قاعدة "الضرر يزال" ضوابطها وتطبيقاتها

(عرض لنماذج من فقه الأسرة في الفقه المالكي)

الأستاذ / عبد القادر بن عزوز

أستاذ مكلف بالدروس بكلية العلوم الإسلامية

-جامعة الجزائر-

تعتبر القواعد الفقهية من أهم القواعد التي تنظم المسائل الفقهية الجزئية المتشابهة لتسهيل العملية الاجتهادية ولاستمرارها عبر اختلاف المكان والزمان. وإن من هذه القواعد التي احتوتها كتب القواعد الفقهية، قاعدة "الضرر يزال" وقواعد أخرى تسير وفق نفس المضمون نحو "يحتمل الضرار الخاص من أجل الضرر العام" وقاعدة "الأخذ بأخف الضررين" وهذه القواعد أصلها عمومات الشريعة وقد يستشهد عليها بالحديث النبوي الشريف ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾[1] وإن الحديث عن الضرر هو البحث في المفسدة الشرعية والتي أمر الشارع بتركها لما فيه من مصلحة الحفاظ على الكليات الخمس. وقبل الخوض في البحث في ضوابط وتطبيقات هذه القاعدة الفقهية، أبدأ بتعريفها، وبيان أنواع الضرر، ثم أبحث في ضوابط تطبيق هذه القاعدة مع بيان أمثلة تطبيقية من فقه الأسرة وفق المدرسة الفقهية المالكية.

واحد: تعريف الضرر في اللغة: يراد بالضرر في اللغة ما قابل الوسع، والتيسير، فهو سوء الحال، والضيق[2] ويقابله المفسدة.

اثنان: تعريف الضرر في الاصطلاح: هو المفسدة الراجحة الواقعة على أحد الكليات الخمس.

ثالثة: أنواع الضرر: ينقسم الضرر وفق تعلقه إلى أنواع متنوعة نذكر منها :

أ- من حيث تعلقه بالأشخاص : ينقسم الضرر من حيث تعلقه بالأشخاص إلى قسمين :

01-ضرر خاص ،وهو الضرر الذي يقع على فرد أو بعض الأفراد دون بقية الآخرين.

02- ضرر عام ،وهو الضرر الواقع على عموم المجتمع.

ب-من حيث وضوحه وظهوره : ينقسم الضرر من حيث ظهوره ،أي معرفته واتفاق العلماء عليه إلى قسمين :

01-ضرر متفق عليه، وهو الضرر الذي يتفق العلماء عليه إما بنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع .

02 -ضرر مختلف فيه[3]، وهو الضرر الذي يختلف العلماء في ضبطه وتحديده لعدم ظهوره وتعلقه بالاجتهاد في البحث عنه .

ج- من حيث جنسه: ينقسم الضرر من حيث تقديره وتقويمه، أي معرفة جنس الضرر لجبره وإصلاحه إلى قسمين :

01 - ضرر مادي، نحو مسألة تقسيم الفريضة ووجود من له سهم معلوم في كتاب الله أو سنة نبيه ﷺ وبالإجماع وكان ذلك أكثر من المال فرفع الضرر في هذه الحالة يستدعي اللجوء إلى العول بها[4] .

02- ضرر معنوي، نحو أن يقطع الزوج عن زوجته الكلام أو أن يحول وجهه عنها في فراشها دون حاجة تستدعي ذلك[5].

أربعة: ضوابط تطبيق قاعدة الضرر يزال وتطبيقاتها الفقهية: إن المتتبع للفتاوى الفقهية الجزئية في كتب الفقهاء عامة تمكن الباحث من الوقوف على الضوابط التي يمكن للمطبق لقاعدة " الضرر يزال" أن يقف عندها قبل الخوض في تقدير هذا الأمر الذي يبحث فيه هل هو من الضرر الواجب إزالته أم لا؟ وللإجابة عن هذا السؤال،

أحاول الوقوف عند بعض المسائل الفقهية المتعلقة بفقه الأسرة وفق المدرسة الفقهية المالكية، إذ نجدهم يضعون ضوابطا للتفرقة بين ضرر وآخر لتحديد معنى الضرر الواجب إزالته و التي يمكن ملاحظته فيما يلي :

الضابط الأول: تحديد الضرر بالمدة الزمنية : إن الوقوف على الضرر قد يكون عسيرا في بعض الأحيان وخاصة فيما يتعلق بالحياة الأسرية أو الزوجية الخاصة و التي جرت العادة أنها من المسائل التي تكتنفها السرية و الحياء ،ولهذا ولرفع هذه المفسدة الواقعة على أحد الزوجين جعلت المدة الزمنية هي الفاصل في تحديد الضرر الواقع على أحدهما،كحالة الإيلاء، أي ترك الوطء أو ما يقوم مقامه[6]، فلعل الزوجة قد يمنعها الحياء من إفشاء سر هجران الزوج لفراشها فجعلت المدة الزمنية هي الفاصل في بيان وقوع الضرر الواجب إزالته عنها، فالتحديد بالأشهر الأربعة فيه المدة الكافية لرفع الضرر الواقع على الزوجة و توقيف هذه المفسدة التي تهدد مستقبل الأسرة و الزوجين على حد السواء .

الضابط الثاني: ضبط الضرر بالسماع و الشهادة و اليمين : جعلت الشريعة الشهادة مقدمة وركيزة لإقامة العدل بين الناس، فهي بمنزلة الوسيلة للمصلحة، ولا يخفى علينا أن قوة الوسيلة من قوة المصلحة، وإن من أعظم المصالح إقامة العدل في الأسرة حفاظا على استقرارها واستمرارها لاستمرار كيان الأمة بها، فإذا انعدمت أسس الأسرة انعدم مفهوم الأمة .ولهذا فقد حاول الفقهاء ضبط الضرر الواقع على أحد أفراد الأسرة بضابط الشهادة وخاصة إذا تهرب أحد الزوجين من بيان الحقيقة أو أخفاها حتى يتستر على ظلمه ومفسدته، فجعلت سماع شهادة الشهود العدول[7] من الجيران أو الأهل سببا كافيا لرفع الضرر عن أحدهما كحالة أن يجبر الزوج زوجته على الخلع فيرفع عنها الظلم بتطليقها منه ولها الحق في استرجاع مالها التي خالعته به[8].كما ضبطوا الضرر باليمين [9] وخاصة في حالة وجود الوازع الإيماني لدى

الطرف المتهم بالضرر، وأما إذا ظهر فسقه فلعله يكتفى بالشهادة فقط لاحتمال كذبه ولما في ذلك من تحقيق مصلحة الطرف المتضرر.

الضابط الثالث: ضبط الضرر بحكم الحاكم : كثيرا ما يربط الفقهاء في تقدير الضرر بحكم الحاكم، فالحاكم يزيل "الضرر إذا رفع إليه "[10] ولعل المقصد من ربط تقدير الضرر بالحاكم منشؤه أنه له السلطة في استدعاء أهل الخبرة لتقدير هذا الضرر بحكم الولاية العامة على أفراد المجتمع .كما أن من مصالحه أنه يكون عند رفع الدعوى من أحد الطرفين المتضررين ولم يقم الدليل على دعواه [11]. وهكذا فحكم الحاكم يعتبر ضابطا لتقدير الضرر ولتقويم التعويض المترتب عليه .ويمكن التمثيل لذلك بالضرر الواقع من حالة النشوز وبعث الحكمين[12]، لأن الأمر يعتبر من أسرار الزوجية التي يصعب فيها الحكم ولذا يرجع للحاكم، لرفع الضرر عن أحدهما.

الضابط الرابع: إثبات قصد الإضرار: إن إثبات قصد الإضرار لرفع الضرر الواقع على شخص ما يحتاج إلى بينة وعادة ما يصعب على المتضرر إقامة هذه البينة، وذلك لارتباط النوايا بالقلب ولا يمكننا الإطلاع على القلوب لنفرق بين نية الإضرار من عدمه ؟ ولكن الفقهاء جعلوا آمارات ظاهرية تدل على نية الإضرار أي قصد الإضرار سواء أكان "حقيقة أو حكما بالحمل عليه وإن لم يحصل ضرر بالفعل"[13] ويرتبون عليها الحكم، نحو تكرار التصرف من الشخص ،فالتكرار يدل على التعمد لأن الإنسان قد يخطأ مرة ؟ويدعي عدم العلم بالضرر؟ ولكن أمارة التكرار تنبئ عن التعمد. كما يظهر القصد بالإضرار بالفعل نحو الظهار مثلا [14] فإن الزوج لا يمكنه أن يدعي عدم العلم بالضرر الواقع على زوجته ؟ أو كحالة المرض المانع من الوطء [15] فيثبت للزوج حق رفع الضرر بالطلاق إن أرادت ذلك.

الضابط الخامس: النظر إلى مآل التصرف : يقرر فقهاء المالكية قاعدة النظر إلى مآل التصرفات عموما وفي إثبات الضرر المتوقع مستقبلا [16]، أي النظر إلى النتيجة المترتبة عن الاستمرار على هذه الحالة وهل ينتج عنها ضرر على أحد الزوجين أم لا ؟ وإن النظر إلى مآل التصرفات القصد منه سد باب الذريعة أمام الضرر أو المفسدة المحتملة مستقبلا بين الزوجين، وهل هو من باب الوهم أم من باب الظن الراجح ؟ أي الظن القريب من اليقين لوقوع الضرر على أحدهما .وإن تقدير التصرف بالمآل فيه مصلحة للزوجين على حد السواء. ومثاله حالة النشوز بين الزوجين واستمرارها فللحكمين تقدير مآل الضرر و الحكم بالتطليق لمصلحتهما ورفع ذلك للقاضي للفصل فيه .

الضابط السادس: عدم العلم بالضرر: إن المقصود بعدم العلم ،هو جهل الشخص المتضرر، بحال من أوقع عليه الضرر؟ لأن الإطلاع و العلم يدل في غالب الأحوال على الرضا ؟ فلا يمكنه إدعاء الضرر بعد ذلك،إذ "عقده مع العلم بالعيب دليل على رضاه "[17]. ومثاله علمه بمرض الذي عقد عليه فإنه لا يمكنه أن يدعي الضرر بعد ذلك لأنه علم ورضي فلا يكون له خيار .

وفي الأخير فإن الضرر في حد ذاته مفسدة ،ولكن مفسدته تختلف باختلاف درجته، فمنه المحتمل ومنه الوسط ومنه الشديد .فأما الأول فواضح أنه لا يمكن المطالبة بإزالته إلا إذا وجدت نية الضرر المتكررة و المقصودة وإن كانت في ظاهرها خفيفة إلا أن الاستمرار فيه يحقق مفسدة للطرف المتضرر .وأما ما كان في درجة التوسط فإن التقدير قد يرجع فيه إلى القضاء أو الولي إذا كان المتضرر منه الزوجة، وقد يعود إلى تقدير الحكمين .وأما الضرر الشديد فإن إزالته واجبة لما ظهر من مفسدته على الطرف المتضرر ،ولصعوبة تحمله إلا بالرجوع بالمفسدة على أحد الكليات الخمس ويستوي في معرفته معظم الناس .و الله الموفق .

الهوامش

1- الموطأ، الإمام مالك، منشورات دار الآفاق الجديدة ،بيروت .ط1979/01، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق ،(حديث رقم 36). وهو حديث مرسل وله شواهد تحسنه

2- لسان العرب، ابن منظور ،مركز التراث ،الأردن، 1419هـ - 1999م ،(484-483/4).

3- القوانين الفقهية، ابن جزئ ،مركز التراث ،الأردن، 1419هـ - 1999م، (224/1).

4- كفاية الطالب أبو الحسن المالكي ،تحقيق يوسف الشيخ محمد. د ر الفكر، بيروت، ط1492هـ ، (512/2).

5- حاشية الدسوقي، الدسوقي ،تحقيق محمد عليش، دار الفكر .بيروت، (17/4).

6- كفاية الطالب، المرجع السابق، (131/2). و الفواكه الدواني .النفراوي، دار الفكر ،بيروت ،ط1415هـ، (475/1).

7- نفس المرجع، (145/2).

8-مواهب الجليل، الحطاب، دار الفكر،بيروت ،ط1398/02هـ ،(34-33/4).

9- مختصر خليل، خليل، تحقيق أحمد علي حركات، دار الفكر ،بيروت ،(131/1).و التاج و الإكليل، المواق، المرجع السابق ،(33/4).

10- حاشية الدسوقي، الدسوقي، المرجع السابق ،(487/2). و المدونة الكبرى ، دار صادر ،بيروت، (162/4).

11- والفواكه الدواني ،المرجع السابق ، (518/2).

12- الدسوقي، المرجع السابق ،(344-343/2).

13- نفس المرجع، (340/2).

14- نفس المرجع، (433/2).

15- نفس المرجع، (429/2).

16- التاج و الإكليل، المرجع السابق ،(435/5).

17- حاشية الدسوقي ، المرجع السابق، (277/2).