بسم الله الرحمن الرحيم

JournaL of the Faculty of Sharia & Law(FSLJ)

مجلة كلية الشريعة و القانون

https://journal.oiu.edu.sd/index.php/JFSL

2025; 14 (1) ; 170-200

ISSN: 5442-1858

ht ps:/ doi.org/10.52981/jfsl.v13i2.3272

مراعاة المصلحة عند المالكية وأثره في التشريعات المعاصرة

د. شمس الدين محمد حامد التكينة

الاستاذ المشارك - كلية الإمام مالك للشريعة والقانون- العميد الأسبق لكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

تخصص الفقه المقارن

للاستشهاد بهذا المقال:

د. شمس الدين محمد حامد التكينة - مراعاة المصلحة عند المالكية وأثره في التشريعات المعاصرة، مجلة كلية الشريعة و القانون

ISSN: 5442-1858

ht ps:/ doi.org/10.52981/jfsl.v13i2.3272

مستخلص:

يهدف البحث إلى دراسة مراعاة المصلحة عند المالكية ؛ والذي يمثِّل ملاءمة روح النص التشريعي لمقاصد الشريعة، ويعكس إرادة الحق ونجاة عباده في الدنيا والآخرة. ، وذلك من خلال إبراز تناول المدرسة الفقهية المالكية لمبدأ مراعاة المصلحة وإظهار أهميته في التشريع الإسلامي مع بيان مدى انعكاس مراعاة المصلحة عند المالكية في التشريعات المعاصرة؛ اتبعت في سبيل ذلك المنهج الا ستقرائي والمنهج التحليلي للوصول إلى النتائج والتوصيات والتي منها ان مبدأ مراعاة المصلحة أحد أهم المبادئ في الاجتهاد الأصولي، وتنقسم المصلحة إلى عدة أقسامٍ، من حيث أصلها تتنوع إلى مصلحة شهد الشرع لاعتبارها، ومصلحة شهد الشرع لبطلانها، ومصلحة لم يشهد الشرع لا لاعتبارها ولا لبطلانها. ومن حيث القوة تتنوع إلى: ضرورية، وحاجية، وتحسينية. ومن حيث المرتبة تتفاوت المصالح في الدرجات بين اليقين والظن؛ فمنها: المصالح القطعيّة، والمصالح الظنية.

الكلمات المفتاحية : المراعاة – المصلحة – المالكية – التشريعات.

Abstract:

This research aims to study the Maliki School's consideration of the public interest, which represents the compatibility of the spirit of the legislative text with the objectives of Islamic law, and reflects the will of truth and the salvation of His servants in this world and the hereafter.

This is done by highlighting the Maliki school of jurisprudence's approach to the principle of taking into account public interest and demonstrating its importance in Islamic legislation, while explaining the extent to which the Maliki school's consideration of public interest is reflected in contemporary legislation.To achieve this, the inductive and aanalytica was followed approaches to reach the results and recommendations, including that the principle of taking into account the public interest is one of the most important principles in the principles of jjurisprudence. Interests are divided, in terms of strength, into: necessary, essential, and beneficial. Interests vary in their rank between certainty and conjecture, including: definitive interests and conjectural interests.

Keywords: consideration, interest, ownership, objective.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فإن من المآثرِ التي تفخَرُ بها حضارتنا الإسلامية والعربية ذلك الموروث الأصولي والفقهي الفريد الذي جسّد آلية التفكير لدى فقهاء المسلمين، وأظهر بوضوحٍ كيف استطاعوا تشييد هذه المنظومة التشريعية التي اتسمت بالتكامل والشمول، وظلت صامدة لقرونٍ طويلة متعاقبة، مثّلت فيها مرجعيةً شرعيةً لأمةٍ كاملة من الناس، وكانت دائمًا تتسم بالموثوقية والمرونة، وتلبي حاجات المجتمع فيما يخص المجال التشريعي.

وقد انعكست آثار تلك المنظومة، لا على التشريع العربي والإسلامي فقط، بل امتد ذلك إلى غيره من التشريعات؛ حيث مثّل هذا الموروث رافدًا أساسيًا في المراحل الأولى لوضع التشريعات غير العربية، بل كان في صدارتها، ولم تكن تلك الصدارة مستمدة من استناد التشريع الإسلامي إلى القوة والسلطة؛ وإنما من كونه تشريعًا مرنًا مناسبًا لكل عصر وقادرًا على تنزيل الأحكام على واقع الناس وما ينزل بهم من حوادث ومسائل، فكانت صدارته ووجاهته تقديرًا إنسانيًا واختيارًا منطقيًا في المقام الأول يعبّر في حقيقة الأمر عن مكانة التشريع الإسلامي وموقعه في نفوس الناس ونظرة المجتمعات إليه.

إن هذه المكانة التي تحققت للتشريع الإسلامي قد نبعت من مبادئه وأسسه التي جعلته قابلًا للتطور الدائم والنمو المستمر، ولعلّ من أهم هذه الأسس تلك المصادر الاجتهادية التي انبنى عليها الفقه الإسلامي كالقياس والعُرف والاستحسان. وتأتي في طليعة تلك المصادر «مراعاة المصلحة»؛ ذلك المصدر الذي يمثِّل ملاءمة روح النص التشريعي لمقاصد الشريعة، ويعكس إرادة الحق نجاة عباده في الدنيا والآخرة. ومن هنا كان اهتمام فقهاء وأصوليي المدرسة الفقهية المالكية به يفوق غيرهم؛ حيث تُعد هذه المدرسةُ مدرسةً فقهيةً رائدةً في العناية بمقاصد الشريعة وتفعيلها في الأحكام التشريعية، وقد انعكس هذا الاهتمام على التشريعات المعاصرة فتأثرت كبير التأثر بمراعاة المصلحة عند المالكية.

وهذا ما يحاول هذا البحث أن يلقي الضوء عليه.

أهمية الموضوع:

تتجلّى أهمية موضوع هذا البحث في دعم مبدأ مراعاة المصلحة في الاجتهاد الأصولي لتقرير مراعاة هذا المبدأ في الأحكام الشرعية وتفعيله في قضية الاختيار الفقهي، وذلك من خلال إبراز تناول المدرسة الفقهية المالكية لمبدأ مراعاة المصلحة وإظهار أهميته في التشريع الإسلامي مع بيان مدى انعكاس مراعاة المصلحة عند المالكية في التشريعات المعاصرة؛ سواء العربية والإسلامية وغيرهما.

مشكلة البحث:

تتلخص إشكالية هذه الدراسة في محاولة الإجابة عن التساؤلات الآتية:

أولًا: ما مدى حجية المصلحة في التشريع الإسلامي؟ وكيف استدل بها الأصوليون؟

ثانيًا: ما موقع المصلحة بين الأدلة الإجمالية عند المالكية؟

ثالثًا: ما ضوابط اعتبار المصلحة؟

رابعًا: كيف تأثرت التشريعات المعاصرة بمبدأ مراعاة المصلحة؟

أهداف الدراسة:
أولًا: التعريف بالمصلحة في التشريع الإسلامي مفهومًا وأقسامًا.
ثانيًا: بيان موقع المصلحة من الأدلة الإجمالية عند أصوليي المالكية مقارنةً بغيرهم.
ثالثًا: تحديد ضوابط اعتبار المصلحة.
رابعًا: إظهار تأثُّر القانون الفرنسي والتشريعات العربية بمراعاة المصلحة عند المالكية كشاهدٍ على أثرِها في التشريعات المعاصرة.

منهج البحث:
قامت هذه الدراسة على اتباع المناهج الآتية:
الأول: المنهج الاستقرائي: وذلك بتتبّع النصوص القانونية التي تعكس إشكالية الدراسة وجمعها للوصول إلى الهدف من هذه الدراسة، وهو التأكيد على تأثُّر القوانين المعاصرة بمبدأ مراعاة المصلحة عند المالكية.
الثاني: المنهج التحليلي للوصول إلى النتائج والتوصيات من خلال النظر في تناول الأصوليين لأصل مراعاة المصلحة وضوابطها لبيان مدى حجيتها عند المالكية وتأثير ذلك في التشريعات المعاصرة.

خطة البحث:
اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تُقسّم إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة، وذلك على النحو التالي:
المقدمة: تشتمل على أهمية الموضوع وأهدافه وإشكالية البحث ومنهج البحث وخطته.
المبحث الأول: مراعاة المصلحة عند المالكية. ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: مفهوم المصلحة وحجيتها وأقسامها. وفيه ثلاثة فروع:
الفرع الأول: مفهوم المصلحة.
الفرع الثاني: حجية المصلحة.
الفرع الثالث: تقسيمات المصلحة.
المطلب الثاني: المصلحة المرسلة عند المالكية. وفيه ثلاثة فروع:
الفرع الأول: ضوابط الاحتجاج بالمصلحة المرسلة.
الفرع الثاني: أهمية المصلحة المرسلة وفوائدها.
الفرع الثالث: مجال العمل بالمصلحة المرسلة.
المبحث الثاني: أثر مراعاة المصلحة عند المالكية في التشريعات المعاصرة. ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول: تأثر القانون الفرنسي بأصل مراعاة المصلحة. وفيه فرعان:
الفرع الأول: نشأة القانون الفرنسي وعلاقته بالمذهب المالكي.
الفرع الثاني: مدى تأثر القانون الفرنسي بمراعاة المصلحة عند المالكية.

المطلب الثاني: تأثر التشريعات العربية بأصل مراعاة المصلحة. وفيه فرعان:
الفرع الأول: تأثر التشريعات العربية بالقانون الفرنسي.
الفرع الثاني: مدى تأثر التشريعات العربية بأصل مراعاة المصلحة.
الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مراعاة المصلحة عند المالكية

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم المصلحة وحجيتها وأقسامها ومناهج الأصوليين في الاستدلال بها

الفرع الأول: مفهوم المصلحة:

المصلَحة في اللُّغة مصدرٌ ميمي على وزن "مفعَلَة" من "صَلَحَ"؛ وهو أصلٌ واحدٌ يدل على خلاف الفساد؛ يُقال: صلح الشيء يصلح صلاحًا[1]؛ فالمصلحة بمعنى الصلاح، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يُراد ذلك الشيء له؛ كالقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة به[2]، ومؤدّى معنى المصلَحة أنها: ما فيه الخير والصواب[3]؛ فكل ما كان فيه نفعٌ سواء كان بالجلب والتحصيل كاستحصال الفوائد واللّذائذ، أو بالدفع والاتقاء كاستبعاد المضار والآلام، فهو جديرٌ بأن يسمى "مصلَحة".

أما المصلَحة اصطلاحًا فقد تعدّدت تعريفات الأصوليّين لها، ومن هذه التعريفات أنها: "ما يتضمن حفظ الدِّين والنّفس والعقل والنسل والمال، ودفع ما يُفوّت ذلك"[4]، ويؤخذ من ذلك أن المصلَحة في الأصل تعني جلب النفع ودفع الضرر كما هي عند أهل اللُّغة، ولكنها في الاصطلاح الشرعي: جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع لا مطلق نفع أو ضرر؛ فقد يكون الأمر مصلَحةً في نظر الناس وهو مفسَدة في نظر الشارع؛ كالأهواء والشهوات والعادات المحرمة شرعًا، وبالعكس كالحدود والعقوبات الشرعية؛ فالحاصل أن رجوع المصلَحة إلى المقاصد الشرعية في الجملة شرطٌ أساسيٌّ في اعتبارها مصلَحة.

وهذا التعريف قد ذكره الأصوليون عند بيانهم للمناسِب غالبًا، وأنه "الوصف الذي يترتب على شرع الحُكم عنده مصلَحة"، ولذلك قسموها إلى معتبَرة وملغاة ومرسَلة، واشترطوا فيها شروطًا حتى تصلح دليلًا على الأحكام[5].

الفرع الثاني: حجية المصلحة:

اتفق العلماء على أن الشارع سبحانه قاصدٌ بشريعته تحقيقَ مصالح العباد ودفعَ الضرر والفساد عنهم في العاجل والآجل؛ فكل نص نَزَل وكل حكم شُرع قُصد به تحقيق مصلحة أو دَفْع مفسدة ظهرت للمجتهد أو خَفِيَت عليه[6].

نعم، قد تقرّر لدى سائر فقهاء المسلمين أن الفقه الإسلامي أساسه مصالح الأمة، وأن الشريعة جاءت لمصلحة الخلق، ولكن قد اختلف العلماء في تطبيق هذا الأصل:

فالشافعية يرون أن المصلحة لا تُعرَف إلا بأن يكون لها من الشرع شاهدٌ بالاعتبار؛ ذلك لأنهم لا يعملون إلا بالنصوص والحمل عليها بالقياس الذي يكون أساسه وجود ضابط يضبط ما بين الأصل و الفرع أي ما بين المنصوص عليه والملحق به[7].

وهذا الرأي يقاربه رأي الحنفية مع توسيع باب الحمل على النصوص أكثر من الشافعي من باب الا ستحسان.

---

(1) ينظر: مقاييس اللغة لابن فارس (303/3)، ومختار الصحاح لأبي بكر الرازي (ص178) مادة (صلح).
(2) ينظر: المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد (ص210).
(3) ينظر: المصباح المنير للفيومي (345/1).
(4) المستصفى للغزالي (ص174)، وينظر: شرح العضد على مختصر المنتهى (ص239).
(5) ينظر: فصول البدائع للفناري (346/2)، وبيان المختصر للأصفهاني (127/3)، والإبهاج شرح المنهاج لابن السبكي (184/3).
(6) ينظر: المستصفى للغزالي (ص173)، والموافقات للشاطبي (221/1)، وفقه المصلحة لحسين حامد حسان (ص17).
(7) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج (3/ 286).

أما المالكية فقد اعتبروا المصلحة في الفقه أصلًا مستقلًا بذاته، فما لم يُعرف بالنص من المصالح عُرف بالنصوص العامة في الشريعة كمنع الضرر ونحوه؛ فللمجتهد أن يحكم بأنّ العمل الذي فيه مصلحة لا يعتورها ضرر أو يقل عنها هو عملٌ مطلوب، والعكس بالعكس من غير احتياجه في هذا الحكم إلى شاهدٍ خاصٍّ؛ بل قد تتخصّص النصوص التي موضوعها المعاملات بالمصالح[1]؛ يقول ابن رشد: «ومالك -رحمه الله- يعتبر المصالح، وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها»[2]، ويقول الدردير عن الإمام مالك: «من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة»[3].

ومن هنا عُدّ أصل المصلحة المرسلة من الأصول التي تميّز بها المذهب المالكي عن سواه، لا على سبيل التفرّد المطلق، وإنما على سبيل كثرة التفريع على وَفقه[4]، ففي حقيقة الأمر لم يتفرد المالكية بـ الأخذ بالمصلحة المرسلة؛ بل جميع المذاهب قائلون بها، إلا أن المالكية لهم عناية زائدة بالمصلحة المرسلة بكثرة البناء عليها في اجتهاداتهم والعناية ببيان هذا الأصل والاحتجاج له؛ يقول القرافي: «وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا افتقدتَ المذاهبَ وجدتَهم إذا قاسوا وجمعوا وفرّقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهدًا بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرّقوا؛ بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة؛ فهي حينئذٍ في جميع المذاهب»[5].

وقد ظهرت عناية الإمام مالك ومدرسته بالمصلحة المرسلة في إسهامات علماء المالكية في علم المقاصد والمصالح؛ فكان الإمام أبو إسحاق الشاطبي شيخًا لعلم المقاصد بلا نزاع بتأليفه كتابين في هذا الباب: "الموافقات في أصول الشريعة"، و"الاعتصام". ثم توالى علماء المالكية في رفع راية علم المقاصد كالشيخ محمد الطاهر بن عاشور في كتابه "مقاصد الشريعة الإسلامية".

فالاحتجاج بالمصلحة لدى المالكية في مؤلفاتهم وبناء الاجتهادات في المسائل والأحكام عليها أمرٌ ظاهر لكل مطّلع على مؤلفاتهم في الفقه والأصول، فالمصلحة تُساير اجتهاد المدرسة المالكية في أي وجهةٍ تنحو إليها، وهي أحد المعتبرات في كل نظرٍ سلكت إليه؛ فهي قطب الرحى في المذهب المالكي[6]. وبذلك يتقرر أن المصلحة أحد الأدلة الإجمالية عند جمهور الأصوليين عمومًا، وهي اصل مستقل من اصول التشريع عند المالكية خصوصًا.

أدلة حجية المصلحة:

استدلّ الأصوليين على حجية المصلحة بعدة أدلة؛ منها:

الدليل الأول: ما جاء في القرآن والسّنّة وفعل السلف على رعايةِ الشريعة للمصالح؛ فأما القرآن الكريم فقد اشتمل على نصوصٍ شرعية تدلّ على أن هذه الشريعة جاءت مراعية لمصالح العِباد، فمن ذلك[7]: قوله تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ}[الأنبياء: 107]، فالآية تدلّ على أن رسالته صلى الله عليه وسلم رحمةٌ؛ حيث إن شريعته راعَتْ مصالح العباد الدنيويّة والأخرويّة، ولو خلت رسالته من المصلحةِ لخلت من الرحمةِ فينافي ما نطقت به الآية[8]. ومن ذلك قوله تعالى: {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا

(1) ينظر: التوسط بين مالك وابن القاسم للطرطوشي (ص20)، ومالك: حياته وعصره لأبي زهرة (ص392).
(2) بداية المجتهد لابن رشد (2/ 21).
(3) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي (4/ 174).
(4) ينظر: الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي لحاتم باي (ص107).
(5) شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص394)، ويراجع: البحر المحيط للزركشي (8/ 84).
(6) ينظر: الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي لحاتم باي (ص107).
(7) ينظر: المحصول للرازي (172/5) وما بعدها، والتحرير والتنوير للطاهر بن عاشور (169/17)، وشرح الأربعين النووية للطوفي (ص357)، والتعليل المصلحي عند المالكية لماجدة مليك (ص44).
(8) ينظر: تشنيف المسامع للزركشي (32/3).

يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ} [البقرة: 185]، وقوله: {يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ}[النساء: 28]، و{وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ}[الحج: 78]؛ فهذه الآيات بمجموعها تدل على أن الشارع راعى مصالح العباد وبنى عليها الأحكام التي تحفظها حتى لا يقع الناس في الضيق والحرج..

أما السُّنّة فقد قال صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»[1]؛ فهذا يدل على أن الشريعة لم تأت بأي نوعٍ من أنواع الضرر للعباد؛ فتكون قد جاءت بالنفع، وهو المصلحة، كما أقر صلى الله عليه وسلم معاذًا رضي الله عنه حينما بعثه إلى اليمن على قوله إن لم يجد في المسألة نصًّا من كتابٍ ولا سنةٍ: «أجتهد رأيي ولا آلو»[2]، ويدخل في الاجتهاد بالرأي استعمال القياس والاستحسان والمصلحة المرسلة.

أما صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد راعَوْا كذلك في اجتهاداتهم مصالحَ الناس؛ فعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما قالا بتضمين الصُّنّاع؛ رعايةً لمصالح الخلق وسدًّا لذريعة تضييع أموالهم[3]، قال علي ٌ رضي الله عَنْهُ: «لا يُ ُصلح الناس َ إلا ذاك»[4].

الدليل الثاني: أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مسترسلين في استنباط المصالح من أصول الشريعة من غير توقُّف وقوف عند بعضها؛ فإذا وجدنا أصلً ا استنبطنا منه معنى مناسبً ا للحكم، فيكفي فيه ألا يناقضه أصل ٌ من أصول الشريعة ويكفي في الضبط فيه استناد ُه إلى أصل متفق الحكم[5].

الفرع الثالث: تقسيمات المصلحة:

تنقسم المصلحة إلى عدة أقسامٍ باعتبارات مختلفة، وذلك كما يلي:

التقسيم الأول: من حيث أصلها:

تتنوع المصالح من حيث شهادة الشرع لها إلى أنواعٍ ثلاثة[6]:

الأول: مصلحة شهد الشرع لاعتبارها.

الثاني: مصلحة شهد الشرع لبطلانها.

الثالث: مصلحة لم يشهد الشرع لا لاعتبارها ولا لبطلانها.

فأقواها: مصلحة شهد الشرع لاعتبارها؛ وذلك بوجود الأصل الذي يشهد لنوع المصلحة أو لجنسها؛ فتضمين السارق قيمة المسروق وإن أُقيم عليه الحدُّ زجرًا له عن العدوان مصلحة معتبَرة؛ لأن الشارع قد شهد لنوعها، وذلك بحكمه بالضمان على السارق لتعديه.

وإعطاء الشارب حُكم القاذف إقامة لمظنّة القذف، وهو الشرب، مقام القذف؛ مصلحة شهد الشرعُ لا عتبارها؛ وذلك لوجود الأصل الذي يشهد لجنس هذه المصلحة، وذلك الأصل هو إقامة الخلوة مقام الزّنا في الحرمة، وهذا يتضمن مطلَق إقامة المظنة مقام المظنون[7].

والنوع الثاني من المصالح من هذه الجهة غير معتبَرٍ، وهو المصلحة التي شهد الشرعُ لبطلانها،

---

(1) رواه أحمد في مسنده برقم (2865) (5/ 55)، وابن ماجه في سننه برقم (2341)، (2/ 784)، والطبراني في الكبير برقم (11576) (11/ 228)، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك برقم (2345) (2/ 66)، والدارقطني في سننه برقم (3079) (4/ 51)، والبيهقي في سننه برقم (11384) (6/ 114)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي، وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة. ينظر: نصب الراية للزيلعي (4/ 384).

(2) رواه أحمد في مسنده برقم (22007) (36/ 333)، وأبو داود برقم (3592) (3/ 303)، والترمذي برقم (1327) (3/ 608) عن رجالٍ من أصحاب معاذٍ، قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل».

(3) الاعتصام للشاطبي (18/3).

(4) أخرجه الشافعي في الأم (102/7)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى، حديث رقم (11664)، (202/6).

(5) ينظر: البرهان للجويني (205/2)، وشفاء الغليل للغزالي (ص195).

(6) ينظر: شفاء الغليل للغزالي (ص189)، وجمع الجوامع بشرح المحلي وحاشية العطار (326/2)، وتنقيح الفصول للقرافي (ص170).

(7) ينظر: شفاء الغليل للغزالي (ص189)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص15)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص150).

كوجود نصٍّ يدل على حُكم في الواقعة يناقض الحُكمَ الذي تمليه المصلحة؛ ومنه: فتوى أحد الفقهاء لملِكٍ جامَع في رمضان بالصوم بدلًا من العتق مع أنه واجدٌ للرقبة؛ وذلك لمصلحة أن الملِك لا ينزجر عن انتهاك حرمة الصوم بعتق الرقبة، وإنما يزجره الصومُ، والكفارة شُرعت للزجر، وقد شهد الشرعُ لبط لان هذه المصلحة؛ لوجود النصّ الذي يجعل الكفّارة لمن واقع في رمضان هي عتق الرقبة لواجدها؛ وبذلك تكون المصلحة قد أوجبت في هذه الواقعة حكمًا يناقض الحكمَ الذي يدل عليه النصّ[1].

والنوع الثالث هو المصلحة التي لم يـ ـَشـ ـْرع الشارع حكمًا لتحقيقها ولم يدل ـّ دليل ٌ شرعي على اعتبار ـِها أو إلغائها، وهي المصلحة المرسلة[2].

التقسيم الثاني: من حيث القوة:

تتنوع المصالح من حيث قوّتها في ذاتها إلى أنواعٍ ثلاثة؛ ذلك أن الشريعة قد جاءت لحفظ مقاصدها في الخلق ومصالح العباد بالمفهوم الشامل للمصالح[3]، وهذه المقاصد على ثلاثة أنواع تتفاوت في القوّة؛ فأقواها: المقاصد الضرورية، ثم المقاصد الحاجية، ثم التحسينية[4]، وهذا التقسيم الث لاثي هو تصنيف مبكِّر قد ذكره غالبُ الأصوليّين[5]، وهو تقسيم له مقوّماته النظرية وآلياته العملية؛ فهو يتميز مقارنة مع غيره من التقسيمات الأخرى بقدر كبير من الوضوح من حيث التقعيد والتأصيل و التفصيل والتحديد والتمثيل، فقد أصبح يمثل البنية الأساسية في التصوُّر الإسلاميّ للبحث عن فقه المصالح، كما كان له الأثر البالغ في توظيف علم المقاصد في الاجتهاد الفقهي والاستدلال المصلحي[6]، وعلى هذا الترتيب تأتي أقسام المصالح من حيث القوة.

فالمصالح الضرورية هي المصالح اللازمة التي لا بدّ من تحصيلها لكي يقوم صلاح الدين والدنيا لأ جل إسعاد الخلق في الدارين؛ بحيث إذا فـ ـُقدت لم تجر ـِ مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم[7]، وهذا القسم يُعرف بالقواعد المقاصدية الكبرى، أو: "الكليات الخمس"، وهي: "حفظ الدِّين، والنّفْس، والعقل، والنسل، والمال"، وهي مصالح لازمة وحتمية لكل أُمّة وملّة، وقد دلّت عليها نصوص كثيرة وأدلة متنوعة، وجاءت كل الشرائع لحفظها، كما أن القوانين الوضعية وضعت لخدمتها[8].

والمصالح الحاجية هي المصالح التي تكون من قبيل ما تدعو حاجة الناس إليها، أو المصلحة الواقعة في محل الحاجة، وهي محتاجٌ إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤد ـّي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب؛ فإذا لم تـ ـُراع ـَ دخل المكل ـّفون في الحرج و المشق ـّة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد الذي يترتب على فوت المصالح الضرورية[9]، وتسمى "المصلحة الحقيقية الحاجية"، أو "المصلحة الحاجية" اختصارًا، أو "الحاجة" و"الحاجيات" بشكل أوجز، وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات.

(1) ينظر: شفاء الغليل للغزالي (ص189)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص16)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص155).
(2) ينظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي (ص393)، والاعتصام للشاطبي (12/3)، وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف (ص74).
(3) ينظر: التعليل الفقهي عند القاضي عبد الوهاب البغدادي لسعيد الشوية (ص87).
(4) ينظر: الموافقات للشاطبي (17/2)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور (231/3).
(5) ينظر: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للغزالي (ص161).
(6) ينظر: أثر التعليل بالمصلحة لناني (ص107).
(7) ينظر: الموافقات للشاطبي (17/2)، وشفاء الغليل للغزالي (ص162)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص24)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص115).
(8) ينظر: التعليل بالمصلحة عند الأصوليين لرمضان اللخمي (ص114).
(9) ينظر: الموافقات للشاطبي (21/2)، وشفاء الغليل للغزالي (ص165)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص28)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص128).

والمصالح التحسينية هي المصالح التي تُحسِّن حال الإنسان، وتُكمِّل عيشه على أحسن الأحوال، وتتم سعادته في العاجل والآجل، وتسمى المقاصد الكمالية أو التكميلية أو "الكماليات"، ويدخل فيها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب مساوئها، والتحلِّي بمكارم الأخلاق. وهي محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية، وليس فقدانها بمخل ٍّ بأمر ضروري ولا حاجي، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين[1].

التقسيم الثالث: من حيث المرتبة:

تتفاوت المصالح في الدرجات بين اليقين والظن، بل قد تنتهي إلى درجة الوهم؛ وذلك تبعًا لظهور الدلالة وخفائها. وعليه، فأنواع المصلحة من حيث القطع والظن ثلاثة[2]:

أولًا: المصالح القطعيّة:

وهي التي تواترت للدلالة عليها نصوص كثيرة؛ فحصل في الذهن يقينٌ بأنّ هذه المصالح تشتمل على مقصد من مقاصد الشريعة[3]، نحو كون مقصد الشارع التيسير المستفاد من قول النبي ّ صلى الله عليه وسلم: «بُ ِعثت ُ بالحَ ِنيفي ّة ِ السم ّحة َ ِ»[4]، وقوله: «إن ّ هذا الد ّين َ ي ُسر ٌ»[5]؛ فمثل هذا الاستقراء ي ُخو ّل للأ ُصولي ّ أن يقول: إن ّ من المصالح التي راعتها الشريعة: التيسير؛ لأن ّ الأدلة المستقرأة في ذلك كلها عمومات متكررة، وكلها قطعية النسبة إلى الشارع[6].

ومن المصالح القطعية أيضًا ما دلّ العقلُ على أن في تحصيله صلاحًا عظيمًا، أو أن في حصول ضده ضررًا عظيمًا على الأ ُمّة[7].

ثانيًا: المصالح الظنية:

وهي التي يحصل العلمُ بها على سبيل الظّن؛ إذ هي غير منصوص عليها بما يفيد القطع، وأغلبها يستفاد من استقراء تصرّفات الشارع في تشريعه للأحكام؛ لأن ذلك الاستقراء ي ُكسبنا علم ًا باصطلاح الشارع وما ي ُراعيه في التشريع[8].

وليس كونها كذلك بمفضٍ إلى إلغائها أو عدم اعتبارها؛ لأن الظّن منه ما يقوى ليحصل على درجة اليقين وإن لم يطابقه؛ وذلك حال أغلب الأحكام الشرعية[9].

والمصالح الظنية متفاوتة لارتباطها بالظن. ومراتب الظنون في فهم مقاصد الشريعة متفاوتةٌ بحسب تفاوت الاستقراء المستن ِد إلى مقدار ما بين يدي الناظر من الأدلة، وبحسب خفاء الدلالة وقو ّتها؛ فإن دلالة َ تحريم الخمر على كون مقصد الشريعة حفظ العقول عن الفساد العارض دلالةٌ واضحة؛ ولذلك لم يكد يختلف المجتهدون في تحريم ما يصل بالشارب إلى حدِّ الإسكار.

---

(1) ينظر: الموافقات للشاطبي (22/2)، وشفاء الغليل للغزالي (ص169)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص29)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص135).

(2) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (232/3).

(3) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (138/3)، وأثر التعليل بالمصلحة في التشريع الإسلامي لمعاذ ناني (ص103).

(4) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (623/36)، برقم (22291)، والطبراني في المعجم الكبير (170/8) برقم (7715)، وضعفه العراقي في المغني عن حمل الأسفار (ص1499).

(5) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب: الدين يسر، حديث رقم (39)، (16/1).

(6) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (145/3).

(7) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (255/3).

(8) ينظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (189/2)، ومقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (143/3)، وأثر التعليل بالمصلحة في التشريع الإسلامي لمعاذ ناني (ص103).

(9) ينظر: أثر التعليل بالمصلحة في التشريع الإسلامي لمعاذ ناني (ص103).

وأما دلالة تحريم الخمر على أن مقصد الشريعة سدٌّ ذريعة إفساد العقل؛ حتى نأخذ من ذلك المقصد تحريم القليل من الخمر وتحريم النبيذ الذي لا يغلب إفضاؤه إلى الإسكار؛ فتلك دلالةٌ خفية؛ ولذلك اختلف العلماء ُ في مساواة تحريم الأنبذة لتحريم الخمر، وفي مساواة تحريم شرب قليل الخمر[1].

ثالثًا: المصالح الوهمية:

وهي المصالح التي يُتَخَيّل فيها صلاحٌ وخيرٌ وهو عند التأمل ضر ٌ؛ إما لخفاء ضُرّ ِه؛ مثل تناول المخد ِّرات؛ فإن الحاصل بها لمتناوليها ملائِم لنفوسهم وليس هو بصلاح لهم؛ وإما لكون الصلاح مغمور ً ا بفساد[2]؛ كتناول الخمر.

التقسيم الرابع : من حيث العموم والخصوص

تتنوع المصالح من هذه الجهة إلى نوعين:

أولًا: المصالح العامة أو الغالبة:

وهي مصالح تتعلق بعموم الأ ُمّة وتشمل جميع أفرادها؛ بحيث يكون كل منهم مستفيدًا مِنْهَا بصفة مباشرة أو شبه مباشرة؛ كمصلحة حماية العقيدة، وحفظ الجماعة من التفرق، وحفظ الدِّين من الزوال بنحو حفظ القرآن من التلاشي العام والتغيير بانقضاء حفاظه وتلف مصاحفه معًا، وحفظ عِلم السُّنّة من دخول الموضوعات ونحو ذلك مما صلاحه وفساده يتناول جميع الأمة وكل فردٍ من أفرادها[3].

والمصالح الغالبة مصالح تعود إلى جماعة عظيمة من الأ ُمّة كأهل قُطْرٍ أو أهل أحد الأمصار أو القبائل أو الجماعات؛ وذلك مثل تضمين الصناع؛ فالتضمين مصلحة لعامة أرباب السلع، وليسوا هم كل الأمة ولا كافة الخلق، وكذلك التشريعات القضائية لفصل النوازل، والعهود المعقودة بين حكام المسلمين وبين حكام الأ ُمم المخالفة في تأمين تجار المسلمين بأقطار غيرهم ونحو ذلك[4].

ثانيًا: المصالح الخاصة:

وهي مصالح في حق أفرادٍ مخصوصين في أحوالٍ نادرة بعينها؛ ومنها: المصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود، وانقضاء عدة مَن تباعدت حيضتها بالأشهُر؛ فإن هذه مصالح نادرة تتعلق بشخصٍ واحد في حالة نادرة[5].

التقسيم الخامس: من حيث الإطلاق والتقييد:

تتنوع المصالح إلى نوعين: مطلَقة ومقيّدة؛ ذلك أن المصلحة المعتبَرة قد تكون مطلَقة لا تتقيد بتغير الأزمان والبيئات والأشخاص أو الأحوال؛ وذلك كمصلحة تحريم الظلم والسرقة والزِّنَا، وقد تكون مقيّدة بزمنٍ أو بيئة أو نحو ذلك؛ كالتعازير والنهي عن المنكر وما شابههما[6].

التقسيم السادس: من حيث الاستدلال:

(1) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (146/3).
(2) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (257/3).
(3) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (253/3)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص33)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص 147)، والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف حامد العالم (ص172)، وأثر التعليل بالمصلحة لمعاذ ناني (ص105).
(4) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (253/3)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص33)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص 147)، والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف حامد العالم (ص172).
(5) ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور (253/3)، ونظرية المصلحة لحسين حامد حسان (ص33)، والتعليل بالمصلحة للخمي (ص 147)، وأثر التعليل بالمصلحة لناني (ص105).
(6) ينظر: تعليل الأحكام لمصطفى شلبي (ص302)، والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف حامد العالم (ص154).

المتتَبِّع لاستدلال العلماء بالمصلحة يجد ذلك على هيئتَين:

الأولى: اعتبار المصلحة مع غيرها من الأصول دليلًا للمسألة؛ وذلك بأن يكون للمسألة دليلان أو أكثر أحدها المصلحة، والآخر قد يكون نصًّا قرآنيًّا أو نبويًّا، أو إجماعًا أو قياسًا أو غير ذلك.

الثانية: اعتبار المصلحة مدارًا للاستدلال وبناء المسألة عليه؛ وهنا تكون المصلحة هي الدليل الرئيس، ويجري استعماله مجرى الأدلّة التي تُنشئ أحكامًا لا مجرى المرجِّحات التي ترجِّح بعض الأقوال على بعض، وفي هذه الحالة يكون الدليل الآخر الذي يورده الفقيه مجرد تقوية لمذهبه وتدعيم له؛ أما اعتماده الأهم فيكون على المصلحة.

المطلب الثاني: المصلحة المرسلة عند المالكية

الفرع الأول: ضوابط الاحتجاج بالمصلحة المرسلة

تبيّن مما سبق أن الأصوليين وإن اختلفوا في حجية المصلحة إلا أنه في الواقع العملي قد استدل جمهور الفقهاء فعليًا بالمصلحة على الأحكام الشرعية الفرعية، وكان المالكية على رأس من أعمل المصلحة بأنواعها، ومنها المصلحة المرسلة، ولكن هذه المصلحة التي استدلوا بها ليست أي مصلحة يراها المستدل الذي هو المجتهد؛ بل لها ضوابط وضعوها حتى يمكن الاستدلال بها، وهذه الضوابط هي:

أولًا: ملاءمة المصلحة لمقاصد الشريعة:

ليقوم المجتهد بالاستدلال بمصلحةٍ ما ينبغي أن تكون هذه المصلحة منسجمةً مع المصالح التي يقصد الشارع تحصيلها؛ بأن تكون من جنسها ليست غريبةً عنها، وإن لم يشهد لها دليل خاص؛ فالمصلحة التي تُجعَل أساسًا للتشريع وبناء الأحكام الفقهية عليها في الشرع الإسلامي هي التي تتّفق مع مقاصده، ومقاصد الشرع من الخلق تنحصر في حفظ الكليات الخمس المتّفَق على وجوب حفظها، بأقسامها الثلاثة: الضرورية والحاجية والتحسينية[1].

وعلى ذلك، فإن أي مصلحة خارج نطاق المقاصد الخمسة الكبرى فإنه ينبغي أن نعدّها مصلحة اعتبرها الهوى واحتسبها الاستحسان الذاتي غير المنضبط[2].

ثانيًا: عدم معارضة المصالح لأصول التشريع:

يُشترط في المصلحة المستدَل بها ألّا تعارِض أصلًا من أصول التشريع الإسلامي سواء كان نصًّا أو إجماعًا أو قاعدة مقررة في الدين؛ بمعنى ألّا يكون الحكم الثابت بها مخالفًا للحكم الثابت بالنصوص أو الإجماع أو الأصول العامة؛ فإن تعارضت مع أيٍّ من ذلك فلا تُعتبر؛ فإن خالفت في بناء الحكم عليها ما ثبت بالنص أو الإجماع أو الأصول العامة كانت باطلة؛ فتُعد مصلحة ملغاة لا يُبنى عليها حكم[3].

فالنص -من حيث وروده ودلالته على معناه- نوعان: نص قطعي، ونص ظني. فالأول: ما كان مقطوعًا به ثبوتًا ودلالة، والمصلحة التي يعوّل عليها الأصولي لا يجوز أن تعارض نصًّا قطعيًّا؛ لأن المصلحة بهذا المعنى مظنونة، سواء كان لجنسها البعيد دليل أم لا، فإن كانت مظنونة، وكان لها شاهد عام أو دليل على جنسها البعيد فإنها لا تَقْوى على معارضة النص القطعي؛ لاستحالة اجتماع العلم و الظن على محل واحد، وإن كانت مظنونة وليست كذلك -أي: ليس لجنسها البعيد دليل، ويعبر عنها بـ المصلحة الموهومة- فالنص يقدّم عليها لا محالة.

وأما الثاني: وهو النص الظني بمراتبه؛ فهو الذي يدل ﴿ على أكثر من معنى، وأحد معانيه أرجح من الآخر، ووظيفة المجتهد حينئذٍ حصر تلك المعاني التي يحتملها النص، ومن ثَمّ العمل على تحديد أقربها وأنسبها للمصلحة المشروعة، ولا مانع هنا من معارضة المصلحة في حالة معينة لغير ذلك المعنى المحدد على وفق المصلحة، إنما الممنوع تعارض المصلحة لجميع مدلولات النص الظني؛ لأن معارضة كل مدلولات النص الظني كمعارضة النص القطعي تمامًا، فإذا عارضت المصلحة كل المدلولات الظنية فحكمها كحكم معارضة الدلالة القطعية.

أما الإجماع فإنه ينقسم باعتبار قوته إلى قطعي وظني، فالأول مثل إجماع الصحابة المنقول بـ

(1) ينظر: الموافقات للشاطبي (2/ 17)، ومقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور (3/ 231)، والتعليل بالمصلحة عند الأصوليين لرمضان اللخمي (ص169)، والتعليل بالحكمة وأثره لرائد أبو مؤنس (ص376).
(2) ينظر: المصلحة والمنفعة في مجال التشريع لطه حبيشي (ص64).
(3) ينظر: التعليل بالحكمة وأثره لرائد أبو مؤنس (ص377).

التواتر، والإجماع على ما عُلِم من الدين بالضرورة، فهذا النوع من الإجماع لا يتغير بالمصلحة مهما كانت مشروعيتها ودرجة المعقولية فيها، فالإجماع القطعي كالنص القطعي. والثاني كالإجماع السكوتي الذي غلب على الظّن فيه اتفاق الكل، فإذا كان الإجماع قائمًا على أحكام متغيرة -بتغير الحيثيات المكوّنة له- أو مبنيًّا على مصلحة ظرفية لم تثبت أبديتها وبقاؤها، فإنه خاضع للتعديل و التغيير بموجب المصلحة الحادثة، ومجرد الاتفاق في عصر على حكم بناءً على مصلحة لا يكفي في أبديته، بل لا بد مع هذا الاتفاق من اتفاق آخر على أنه دائم لا يتغير.

وينبغي أيضًا ألّا تعارض المصلحة المستدَل بها مصلحةً أهمّ مِنْهَا في القوة والرجحان؛ فإذا كان كذلك وكان ما تحافظ عليه هاتان المصلحتان في تفاوت بالنظر إلى الذات، كما إذا حافظت إحداهما على ضروري والأخرى على حاجي، فتُقدّم ما تحافظ على الضروري، وكذا تُقدّم ما تحافظ على الحاجي إذا كانت مقابلتها تحافظ على التحسيني[1].

والحاصل أن واجب المجتهد العمل على تحقيق المصالح مع التمسك بأصول التشريع والالتزام بقواعدها في مراتب الاستدلال ومنهجية الاستنباط.

ثالثًا: مراعاة الأمر الضروري أو رفع الحرج عند الاستدلال بالمصلحة:

وذلك بحيث لو لم يؤخذ بالمصلحة في مكانها لكان الناس في حرج وعنت وضيق شديد، وفي هذا المجال تدخل المصلحة العامة التي توجب نفعًا عامًّا لجمهور الناس وترفع الحرج عنهم؛ أي: يجب أن يتحقق من تشريع الحكم المبني على المصلحة جلبُ النفع لأكبر عدد من الناس أو دفع الضرر عنهم[2]؛ ذلك لأن رفع الحرج مقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية، وأصل من أصولها، وأن الشارع لم يقصد إلى التكاليف بالمشاق والإعنات، بل يهدف إلى رفع ودفع التضييق والمشقة غير المعتادَة عن المكلّفين[3]؛ جاء عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «ما خُيّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا أخذ أيسرَهما ما لم يكن إثمًا؛ فإن كان إثمًا كان أبعدَ الناس منه»[4]، وعن أنس بن مالك رضي الله عَنْهُ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يسِّروا ولا تعسِّروا وبشِّروا ولا تنفِّروا»[5]، وعن أبي هريرة رضي الله عَنْهُ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إنما بُعثتم ميسِّرين ولم تُبعَثوا معسِّرين»[6]. والأدلة من القرآن والسنة كثيرة على رفع الحرج؛ حتى قال الشاطبي: «إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع»[7]، وقال عن الحرج: «الإجماع على عدم وقوعه وجودًا في التكليف، وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه»[8].

رابعًا: معقولية المصلحة في ذاتها:

من ضوابط الاستدلال بالمصلحة معقوليتها في ذاتها؛ وذلك بأن تكون جارية على ذوق المناسبات المعقولة التي إذا عُرِضت على العقول تلقّتها بالقبول؛ ولا مدخل لها في التعبدات ولا ما جرى مجراها

(1) ينظر: الموافقات للشاطبي (2/ 18).
(2) ينظر: الاعتصام للشاطبي (2/ 40) تحقيق: الشقير، والتعليل بالمصلحة عند الأصوليين لرمضان اللخمي (ص170).
(3) ينظر: الموافقات للشاطبي (210/2).
(4) أخرجه البخاري في كتاب المناقب، باب: صفة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم (3560)، (189/4)، ومسلم في كتاب الفضائل، باب: مباعدته صلى الله عليه وسلم للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرماته، حديث رقم (2327)، (2327).
(5) أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب: ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، حديث رقم (69)، (1 /25)، ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب: في الأمر بالتيسير وترك التنفير، حديث رقم (1734)، (3/ 1359).
(6) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «يسروا ولا تعسروا»، حديث رقم (6128)، (8/ 30).
(7) الموافقات للشاطبي (520/1).
(8) المصدر السابق (212/2).

من الأمور الشرعية؛ لأن عامة التعبدات لا يُعْقَل لها معنى على التفصيل؛ فالأوصاف المناسبة المعقولة هي التي إذا عُرضت على العقول السليمة تلقتها بالقبول[1]؛ بحيث يكون مقطوعًا ترتب المصلحة على الحكم المَقُول به في المسألة، وليس مظنونًا ولا متوهمًا؛ أي: يتحقّق من كون هذه المسألة من أدلة الا ستنباط جلبُ نفع أو دَفْع ضرر[2].

هذه مجمل ضوابط الاستدلال بالمصلحة، فإذا توافرت هذه الضوابط فلا ينبغي لكل ذي لُبٍّ أن يدّعي أن الاستدلال بالمصالح يفتح الطريق أمام الحكم في الشريعة على حساب الأهواء؛ لأن تقييد الا ستدلال بالمصلحة بهذه الضوابط يؤدي إلى أن الذي يأخذ بها ويُجري الأدلة الإجمالية الأصلية والتبعية على مقتضاها هم المجتهدون الذين يُدركون بعلمهم حقائق التنزيل وأسرار التشريع فيُقدِّرُون فقه المصالح ورعاية المقاصد بميزان الشارع وقواعد الشريعة[3].

الفرع الثاني: أهمية المصلحة المرسلة وفوائدها

يتسم العصر الحاضر بتعدد النوازل والوقائع والمستجدات؛ نظرًا للتغير الكبير الذي طرأ على حياة الناس، مما اقتضى ضرورة إعادة النظر في طرق الاستنباط الفقهي تجعل الشريعة تواكب هذا التطور الحاصل وتكون حاكمة عليه. وتُعد المصلحة المرسلة طريقًا مهمًّا من طرق مسايرة شئون الحياة المختلفة في مطالبها المتجددة وحاجاتها المتنوعة؛ إذ النصوص الشرعية متناهية والوقائع غير متناهية ، ومن هنا تظهر أهمية المصلحة المرسلة التي يدل العمل بها على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان وقدرتها على مسايرة تطورات الأحوال، وفي ذلك أبلغ الرد على المغرضين والحاقدين الذين يتهمون الشريعة الغراء بالجمود.

يقول الطاهر بن عاشور: «طريق المصالح هو أوسع طريق يسلكه الفقيه في تدبير أمور الأمة عند نوازلها ونوائبها إذا التبست عليه المسالك، وإنه إن لم يتبع هذا المسلكَ الواضح والمحجة البيضاءَ فقد عطّل الإسلام عن أن يكون دينًا عامًّا وباقيًا»[4].

والأمثلة على الوقائع المستجدة التي توصل العلماء إلى حكمها الشرعي بواسطة المصلحة المرسلة كثيرة، منها:

1- إنشاء بنك للجلود: وبنوك الجلود مؤسسات تقوم بجمع الجلد الزائد عن عمليات الترقيع الجلدي عند الحاجة، فقد تطرأ ظروف غير متوقعة كنشوب حرب أو كارثة من الكوارث، وقد لا يجد الأطباء عددًا كافيًا من مصادر الجلد؛ إذ الضرر المتوقع ينزل منزلة الضرر الواقع.

وقد انتهت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوتها الثامنة سنة 1995م إلى جواز إنشاء بنك لحفظ الجلود الآدمية، بضوابط ثلاثة هي: أن يكون البنك بيد الدولة أو هيئة مؤتمنة تحت إشراف الدولة، وأن يكون اختزان هذه الجلود على قدر الحاجة الواقعة والمتوقعة، وأن تُحترم قطع الجلد التي يستغنى عنها فتدفن ولا تلقى مع الفضلات[5].

2- جواز تحديد الحكومة المسلمة إيجارات المساكن، وتحديد أجور العمال، وتحديد الأسعار إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، نتيجة لتلاعب أصحاب العمل والتجارة بالأجور والأسعار، حيث تندرج

(1) ينظر: الاعتصام للشاطبي (3/ 25) تحقيق: الشقير.
(2) ينظر: أثر التعليل بالمصلحة لمعاذ ناني (ص254).
(3) المصدر السابق.
(4) مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور (3/ 257).
(5) ينظر: الثلاثونات في القضايا الفقهية المعاصرة.. دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والاجتماعية والسياسية بين الشريعة والقانون، لسعد الدين مسعد هلالي (ص54).

هذه الفروع تحت الأصل المعنوي (مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد)، ولا تعارض نصًّا محكمًا[1].

3- توثيق عقود الملكية في دوائر الشهر العقاري، وكذلك تقنين البناء حيث يشترط إذن الجهات المختصة، وكذلك اشتراط الحصول على رخصة قيادة من إدارة المرور لمن يقود سيارة أو مركبة بخارية ونحوها[2].

وإن كانت هذه الإجراءات والتدابير قد نصّت عليها القوانين الوضعية الحديثة، فإن الشرع الإسلامي قد أقرها استنادًا إلى المصلحة المرسلة؛ إذ إنها تنضوي تحت جنس المصالح المعتبرة في الشرع.

الفرع الثالث: مجال العمل بالمصلحة المرسلة

تنقسم أحكام الشريعة بحسب مجالاتها إلى ضربين: عبادات ومقدّرات، ومعاملات وعادات، وقد ذكر العلماء أنه لا يجوز العمل بالمصالح المرسلة في العبادات والمقدّرات كالحدود والكفارات وأنصبة الميراث، وذكروا أن العلة بالنسبة لأحكام العبادات أنها تعبدية امتثالية توقيفية، وأما أحكام المقدرات فلأنها مثل أحكام العبادات فقد استأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدّد به، أو أنها معللة بالمحافظة على النظام العام واستقرار الأحكام، لا سيما فيما يتعلق بالضروريات الخمس، وهي أمن الناس في دينهم ونفوسهم وعقولهم وأعراضهم وأموالهم[3].

يقول الشيخ علي حسب الله: «اتفق العلماء على أن الأمور التعبدية الخالصة يُقتصر فيها على ما ورد به النص، ولا يصح العمل فيها بقاعدة المصالح المرسلة؛ لأن المقصود بها إرضاء الله تعالى، ووسائل رضاه لا تُعرف إلا منه، ولأن فتح باب العمل بالمصلحة فيها يفتح باب الابتداع في الدين وتتغير به شعائره بمرور الزمان»[4].

وعلى ذلك، فلا يجوز العمل بالمصلحة المرسلة فيما يتعلق بالتعبدي المحض، أما ما يخدم التعبدي ويعضده فلا مانع من العمل فيه بالمصلحة المرسلة، مثل: اتخاذ المكبرات الصوتية في الصلوات والأعياد وعرفات من أجل توصيل الصوت إلى أسماع الناس، ومثل اتخاذ الطابق الأول والسطح لتسهيل الطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة، ونحو ذلك[5].

أما فيما يتعلق بالقسم الآخر من الأحكام الشرعية، وهو المعاملات والعادات، فإن العلماء قرروا أنها مجال العمل بالمصالح المرسلة، لأن أحكامها مرنة منوطة بما يصلح للناس في معاشهم، وتتغير بتغير الأحوال والأزمان.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: «وأما الأحوال المدنية أو المعاملات فهي الميدان المقبول للاجتهاد فيها عن طريق القياس والمصالح المرسلة ونحوها»[6].

وقد قسّم الدكتور مصطفى الزرقا أحكام المعاملات التي تشملها المصالح المرسلة إلى نوعين:

النوع الأول: الأحكام التي تتعلق بشئون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك الشئون والمصالح العامة، وذلك كفرض الضرائب على الأغنياء عند الحاجة إلى الأعمال العامة كتجهيز الجيوش وبناء الجسور وتخطيط الأراضي وإنشاء المستشفيات

(1) ينظر: علاقة المصلحة المرسلة بالثبات والتطور في التشريع الإسلامي.. الفحص الطبي قبل الزواج نموذجًا، لزاهر فؤاد محمد (ص1586، 1587).
(2) ينظر: دور المصلحة المرسلة في أحكام السياسة الشرعية في عهد الصحابة، لمحمد تحسين عطا رجب (ص8).
(3) ينظر: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة لنور الدين الخادمي (ص226، 227).
(4) أصول التشريع الإسلامي للشيخ علي حسب الله (ص172).
(5) ينظر: المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة (ص227).
(6) أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي (758/2).

ودور العجزة، ونحوها من المرافق والأمور اللازمة لتحقيق المستوى اللائق لمعيشة الناس.

ومن هذا القبيل تنظيم السير في الطرق الداخلية والخارجية بأنظمة وقوانين منعًا للحوادث وصيانة لأرواح الناس. ويدخل في هذا القسم أيضًا الأمور المتعلقة بالسياسة الشرعية.

النوع الثاني: الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي والحقوق الخاصة، ومن أمثلة النظام القضائي تنظيم سجلات ومحاضر للقضاة تدوّن فيها وقائع المحاكمات والشهادات والأحكام للتوثيق وصيانة الحقوق، وتخصيص القضاة من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة بقضايا معينة، كالمحاكم الجنائية لمعاقبة المجرمين، والمحاكم الجزئية للقضايا البسيطة، وغير ذلك.

ومن أمثلة الحقوق الخاصة الحكم بانحلال الزواج بين الزوجين عند فقد الزوجة لزوجها وانقطاع أخباره لمدة أربع سنوات في السلم، وسنة واحدة في الحرب كما عند المالكية، وذلك تبعًا لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ بناءً على تحقيق المصلحة للزوجة وعدم تضررها بسبب طول فترة ابتعادها عن زوجها[1].

(1) ينظر: الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها للشيخ مصطفى الزرقا (ص50-55).

المبحث الثاني: أثر مراعاة المصلحة عند المالكية في التشريعات المعاصرة

المطلب الأول: تأثر القانون الفرنسي بأصل مراعاة المصلحة

الفرع الأول: نشأة القانون الفرنسي وعلاقته بالمذهب المالكي

بلغ الفقه الإسلامي عمومًا والفقه المالكي خصوصًا طورَ نضجه واكتماله في الوقت الذي كانت فيه أوربا تتخبط في ظلام الجهل وترزح تحت سيطرةٍ دينيةٍ تُعادي العِلم، وتعاني من حملات الاعتقال التي حرمت أبناءها من تلقي العلوم بكافة صنوفها.

ومن الثابت تاريخيًّا أن أوربا تأثرت بالفقه المالكي في التنظيم والتقنين أثناء وجود الإسلام في بلاد الأندلس؛ فقد دخل الإسلام الأندلس بعد شمال إفريقيا سنة 711م (93هـ)، وجنوب فرنسا إلى بلاد ليون واللوار وبواتيه وأفينيون. ومكث الإسلام في بلاد أوربا إلى سقوط غرناطة سنة 1492م (977هـ)، وبهذا فقد مكث التشريع الإسلامي في أوربا معمولًا به قرابة سبعمائة سنة ونصف تقريبًا في غرب أوربا، ومن شرق أوربا دخل العثمانيون إلى جبال الكربات بالمجر، فخضعت أوربا للتشريع الإسلامي، وتأصلت أحكام الفقه الإسلامي في كافة أنحائها، وباتت هذه الأحكام أعرافًا وتقاليد يتحاكم بها الناس، واستمرّ الأوربيون عليها حتى بعد خروج المسلمين من بلاد الأندلس[1].

ولقد كانت الأندلس أهم مركزٍ للترجمة من العربية إلى اللاتينية؛ إذ اتجه إليها المفكرون الأوربيون في تلك الحقبة من تاريخ أوربا، وقد كان لاتصال الطلاب الغربيين بالمدارس الإسلامية في الأندلس وغيرها أثره في نقل كثير من الأحكام الفقهية والتشريعية إلى لغاتهم، ولم تكن أوربا في ذلك الحين على نظام متقن ولا قوانين عادلة[2].

وقد ترجم الفرنسيون عند احتلالهم مصر أشهر كتب الفقه المالكي إلى اللغة الفرنسية، كان في مقدمة هذه الكتب «مختصر خليل» الذي كان نواة القانون المدني الفرنسي حين وضع نابليون قانونًا لفرنسا، وأرجع الباحثون معظمها إلى كتاب «شرح الدردير على متن خليل»، ومن هذه النقطة بدأت عملية الاقتباس الغربي الحديث من الفقه الإسلامي[3].

ويُشير المستشرق الفرنسي «لويس سيديو» في كتابه «ملخص تاريخ العرب» إلى أن الحكومة الفرنسية أمرت بترجمة فقه الإمام مالك؛ إذ ورد في هذا الكتاب «أن المذهب المالكي هو المذهب الذي يستوقف نظرنا على الخصوص لما لنا من الصلات بعرب إفريقيا، وقد عهدت الحكومة الفرنسية إلى الدكتور بيكولا بيرون بأن يترجم إلى الفرنسية كتاب المختصر في الفقه لخليل بن إسحاق المتوفى سنة 1422م، وقام بالفعل بترجمة هذا الكتاب، وطُبع الكتاب عام 1848م في ست مجلدات» أي بعد حوالي أربعين سنة من وضع قانون نابليون[4].

يقول الدكتور مصطفى شلبي: «وليس ببعيدٍ ما نقله الفرنسيون عن الفقه الإسلامي، وخاصةً المذهب المالكي؛ عند احتلالهم لمصر بعد الحملة الفرنسية، ومن يتتبع مواد القانون الفرنسي يجد فيها الشيء الكثير من الموافقة للفقه المالكي»[5].

ومن أراد قطع الشك باليقين في هذه المسألة فإنه يكفيه اللجوء إلى كتاب «المقارنات التشريعية

---

(1) ينظر: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك لسيد عبد الله علي حسين (1/ 72).
(2) أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي لعبد السلام أحمد فيغو (ص648).
(3) المصدر السابق (ص648).
(4) المصدر السابق (ص649).
(5) المدخل في الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي (ص305).

بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي» بأجزائه العديدة؛ حيث انطوت كل صفحة من صفحات هذا الكتاب على الأدلة التي تؤكد أن القانون المدني الفرنسي منقول من الفقه المالكي[1].

ويُعد القانون المدني الفرنسي أساس القوانين المدنية في أكثر دول العالم اليوم؛ مما يدل على عبقرية الفقه الإسلامي ودوره الكبير في بناء النهضة القانونية الحالية على المستوى العالمي[2].

الفرع الثاني: مدى تأثر القانون الفرنسي بمراعاة المصلحة عند المالكية

لما كان القانون الفرنسي متأثرًا في نشأته بالمذهب المالكي، فكان بدهيًّا أن يأخذ هذا القانون بأصل المصلحة الذي انبنت عليه كثير من المسائل في الفقه المالكي. وفيما يلي نورد بعض النماذج من المسائل المبنية على المصلحة، التي أخذ بها القانون المدني الفرنسي:

1- إبطال العقد بسبب التدليس: حيث أعطى القانون الفرنسي للمتعاقد الذي تعرض للخداع و التدليس الحقّ في إبطال التعاقد. والتدليس هو: كل حيلة أو خدعة لإيقاع الشخص في غلط، وتحت تأثير هذا الغلط المستثار لديه يتعاقد، أو بعبارة أخرى: إيقاع المتعاقد في غلط؛ أي إيهامه بغير الحقيقة لدفعه إلى التعاقد. هكذا ورد تعريفه في القانون المدني الفرنسي[3].

وقد نظّم المشرع الفرنسي عيب التدليس في المادة (1116) من القانون المدني الفرنسي، حيث جاء فيها: «يكون التدليس سببًا في إبطال العقد إذا كانت الحِيَل المستعملة من أحد المتعاقدين جسيمة، بحيث يكون من الواضح أنه لولا هذه الحِيَل لما رضي المتعاقد الآخر. والتدليس لا يُفتَرض بل يجب إثباته»[4].

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن معيار التدليس هو تأثر المتعاقد الآخر بالطرق والوسائل الا حتيالية التي استعملها المتعاقد المتحايل بنية الخداع، كانتحال شخصية أو تقديم وثائق مزورة. كما أضاف الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الصدد طرقًا تخضع لسلطة تقدير القاضي تعتبر تدليسًا، مثل السكوت المتعمد عن وقائع لو علمها المتعاقد الآخر لما أبرم العقد[5].

وقد أخذ الفقه الفرنسي من المذهب المالكي تنظيم ما يتعلق بالتدليس؛ الذي تناوله المذهب من خلال مصطلح «التغرير»، فاستعمال طرق تحايلية يسميه المالكية التغرير الفعلي، وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلًا يُظن به الكمال لترغيب المشتري فيه، وهو في الحقيقة ليس كذلك، مثل صبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد، ومثل تصرية الحيوان؛ بمعنى ترك حلبه مدة قبل بيعه وتسويقه ليعظم ضرعه فينخدع به المشتري لظنه كثرة اللبن[6].

وللمشتري الرد في التغرير الفعلي، ويشترط فقهاء المالكية لقيام حق الرد للمشتري إذا وقع التدليس من البائع وهو يقصد، وهذا ما تدل عليه عبارة الحطّاب: «هذا إن ثبت أن البائع فعله، أو أمر به»[7].

ويعتد المذهب كذلك بالتغرير القولي، رغم صعوبة إثباته في المذهب، وهو مدح السلعة بما ليس

(1) ينظر: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك لسيد عبد الله علي حسين، وقد طبعته دار السلام بالقاهرة، وهو مطبوع في أربع مجلدات.
(2) ينظر: تأثير الحضارة العربية الإسلامية في نشأة الجامعات الأوربية لمحمد أبو حسان (1/ 210).
(3) الجزاءات الإدارية في عقد التوريد .. دراسة مقارنة لسحر جبار يعقوب (ص62).
(4) ينظر: أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي .. العقد نموذجًا لابن خدة حمزة (ص154).
(5) المصدر السابق (ص155).
(6) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل (3/ 115)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، (4/ 437).
(7) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (4/ 438).

فيها ليغري بها، كأن يقول صاحب السلعة: هي جيدة أو مضمونة، مع علمه برداءتها، وذلك لا يجوز؛ لأنه غش وخديعة[1].

ومما هو جدير بالملاحظة أن أثر التدليس من خلال المادة (1116) السالفة الذكر في القانون الفرنسي هو الإبطال لا البطلان؛ مما يدل على إمكانية عدم تمسك المشتري بالمبيع ورده، وهو عين ما قال به المالكية، وهو ثبوت الخيار للمشتري إن شاء ردّ أو أمضى البيع إذا ظهر الحال[2].

فظهر مما أوردناه أن القانون الفرنسي قد وافق المذهب المالكي في جُل الأحكام التفصيلية المتعلقة بعيب التدليس أو التغرير؛ وذلك بهدف تحقيق مصلحة المتعاقد وحفظ حقه عن طريق إبطال العقد.

2- إنهاء عقد العارية من قِبَل أحد المتعاقدين لحاجة مُلِحّة: عرّف القانون المدني الفرنسي في مادته (1875) العارية بأنها عقد يلتزم بموجبه المعير بأن يسلم المستعير شيئًا غير قابل للاستهلاك لمدة معينة أو لغرض معين على أن يرده بعد الاستعمال[3].

ومع اعتبار المشرّع الفرنسي العارية من العقود الملزمة طيلة مدتها المتفق عليها، كما في نص المادة (1888) من القانون الفرنسي، إلا أنه وَفْق المادة (1889) منه أجاز للمعير أن يُنهيها في أي وقت يريده متى جدّت حاجةٌ عاجلة إلى الشيء المستعار، فإذا لم يقبل المستعير وتمسك بإتمام العقد إلى انتهاء مدته رفع المعير طلبه إلى القاضي ليحكم للمعير بإلغاء العقد وَفق سلطته التقديرية إذا تبيّن له أن حاجة المعير للشيء المستعار ملحّة، ومن ثم يجب رده إليه من قِبَل المستعير[4] مع تعويض المستعير إذا كان سيلحقه ضرر مادي نتيجة إنهاء المعير للإعارة كما يُفهم من المادة (1890) من القانون الفرنسي.

وقد أخذ القانون الفرنسي من المذهب المالكي لزوم العارية طيلة مدتها المتفق عليها وَفق المادة (1888)، غير أن المالكية يفرقون بين الاستعارة المقيدة بأجل، والأخرى المطلقة غير المقيدة بأجل، فإن كانت العارية لأجل فليس للمعير أن يرجع فيها قبل انتهاء مدتها، وإن كانت لغير أجل محدد لزم المعير أن يبقيها عند المستعير مدة احتياجه إليها وَفق المتعارف والمعتاد بين الناس[5].

وعلى ذلك، فالمالكية قالوا بإمكان إنهاء عقد العارية المطلقة بطلب المعير إذا انتهت مدتها المعتادة عرفًا، أما إذا تم إنهاؤها قبل انتهاء مدتها المعتادة لزمه تعويض المستعير كل ما أنفقه، كما لو شرع في غرس أرضٍ استعارها، وأنهى المعير الإعارة قبل انتهاء المدة التي تحتاج إليها الأعمال المطلوبة إلى حين جني المحصول عادةً[6].

فعُلِمَ مما أوردناه أن الفقه الفرنسي اتفق مع الفقه المالكي في لزوم عقد العارية، إلا أنهما افترقا في إمكان إنهائها من قِبَل المعير، ففي الوقت الذي يؤسسه الفقه الفرنسي على حاجة المعير الملحة إلى الشيء المستعار لظروف طارئة دفعته لإنهاء الإعارة، نجد المالكية يقيدون هذا الإنهاء بمرور المدة المعتادة عرفًا لحاجة المستعير إلى هذه الإعارة. أما في حالة لحوق الضرر المادي بالمستعير نتيجة إنهاء المعير للإعارة، فقد اتفق القانون الفرنسي مع الفقه المالكي على حق المستعير في التعويض.

---

(1) ينظر: المعاملات في الفقه المالكي أحكام وأدلة للصادق الغرياني (ص300).
(2) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/ 116).
(3) ينظر: أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي لابن خدة حمزة (ص346).
(4) المصدر السابق (ص346، 347).
(5) ينظر: المعونة على مذهب عالم المدينة لعبد الوهاب بن نصر البغدادي (ص1210)، والشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير ومعه حاشية الصاوي (3/ 577).
(6) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/ 439).

وبذلك فقد راعى القانون الفرنسي مصلحة المتعاقد في إنهاء الإعارة إذا احتاج إلى الشيء المستعار، وراعى مصلحة المستعير بأن أقرّ حقه في التعويض في حالة لحوق الضرر المادي به نتيجة إنهاء المعير للإعارة.

3- نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة، مع الاعتراف بفكرة العدل في التعويض، وهو ما تضمنته المادة (545) من القانون المدني الفرنسي التي حظرت حرمان الأفراد من ملكياتهم الخاصة إلا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل ومسبق[1].

وهو ما نجده عند المالكية، حيث أجازوا بيع الملك الوقفي ولو بالإكراه إذا اقتضى الأمر، باعتبار أن ذلك من المصالح العامة للأمة. قال الخرشي: «إذا ضاق المسجد بأهله واحتاج إلى توسعة، وبجانبه عقار حبس أو ملك فإنه يجوز بيع الحبس لأجل توسعة المسجد، وإن أبى صاحب الحبس أو صاحب الملك عن بيع ذلك فالمشهور أنهم يُجبرون على بيع ذلك ويُشترى بثمن الحبس ما يجعل حبسًا كالأول، ومثل توسعة المسجد توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم»[2].

كما نصّ المالكية على وجوب تعويض أصحاب الملكية الخاصة عند نزع العقار، وتقويم ذلك العقار بثمن المثل، وتقدير ذلك يعود إلى أهل الخبرة المتصفين بالعدالة، فيُعطى صاحبه قيمته العادلة دون نقص أو شطط[3].

المطلب الثاني: تأثر التشريعات العربية بأصل مراعاة المصلحة

الفرع الأول: تأثر التشريعات العربية بالقانون الفرنسي

تُعد فرنسا من أولى الدول التي اتجهت إلى التقنين في العصر الحديث، حيث أسند نابليون بونابرت عقب رجوعه من مصر وترجمة كتب الفقه المالكي إلى أربعة من أساطين القانون مهمة تقنين القوانين، فصدرت القوانين الفرنسية على التوالي ما بين سنة 1804م وسنة 1810م، على النحو التالي: القانون المدني، ثم قانون المرافعات، ثم القانون التجاري، ثم القانون البحري، ثم قانون العقوبات، ثم قانون الإجراءات الجنائية[4].

وقد تأثرت الدول العربية والإسلامية بهذه القوانين وأخذت بها، فقد كان من أبرز الأسباب ضعف الدولة العثمانية التي كانت تفرض سيطرتها على معظم بلدان العالم الإسلامي وافتقارها إلى تنظيم وتدابير تضبط مسئوليات السلطان؛ ومن هنا فقد سارعت إلى إدخال القوانين الوضعية واستيراد التقسيمات الغربية للولايات وتحديد مسئوليات الولاة والقضاة. وتحت تأثير الضغط الأوربي على الدولة العثمانية بحجة إصلاح أوضاع الأقليات الدينية وحماية مصالحها الممنوحة لها بموجب نظام الامتيازات، واقتناع بعض رجال الدولة ممن درسوا أو تأثروا بالنظم الغربية بضرورة الإصلاح الإداري والقانوني عن طريق اقتباس النظم الأوربية التي كانت سببًا في تقدمها، وسعيًا إلى إرضاء الدول في الخارج؛ فقد أصدرت الدولة الوثيقة الدستورية الأولى 1839م في عهد السلطان عبد المجيد المعروفة بخط (كولخانة)، التي أوضحت أسباب الاضطراب والتأخر في الدولة العثمانية، وأعلنت مبادئ الحرية و المساواة لجميع رعايا الدولة أمام القانون، وأكّدت ضرورة الإصلاح الإداري والقضائي عن طريق القوانين التنظيمية. وبدأت الدولة بإصدار تشريعات جنائية وتجارية ومدنية جديدة، ووضعت أسسًا

(1) ينظر: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك لسيد عبد الله (1/ 446).
(2) شرح مختصر خليل للخرشي، وبهامشه حاشية العدوي (7/ 95).
(3) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (4/ 252)، وشرح مختصر خليل للخرشي (5/ 9)، والذخيرة للقرافي (6/ 328).
(4) ينظر: فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية لهاني الطعيمات (ص15).

جديدة للنظام القضائي مجردًا عن الصفة الشرعية، فأصدرت في سنة 1840م قانون الجزاء العثماني الذي يعتبر أول قانون كامل في بلد إسلامي يستمد أحكامه من مصدر أجنبي، حيث استمد أغلب أحكامه عن القانون الجنائي الفرنسي الصادر عام 1810م، ثم تعاقبت عليه التعديلات بمرور الوقت.

كما صدر قانون التجارة العثماني الأول عام 1850م، وهو منقول في جميع أحكامه عن القانون التجاري الفرنسي الصادر في سنة 1807م، ثم قانون التجارة البحرية سنة 1863م. كما صدر في عام 1879م قانون أصول المحاكمات الجزائية، وهو منقول نصًّا عن القانون الفرنسي.

وبذلك فقد سيطرت نُظُم التقنينات الوضعية الغربية على نُظم الدولة العثمانية المختلفة، وإن كانت هذه القوانين في أساسها مأخوذة عن الشريعة الإسلامية كما سبق تقريره، ولم ينج منها سوى نظام المعاملات المدنية المالية التي حكمتها مجلة الأحكام العدلية الصادرة عام 1876م؛ فهي منسوبة للشريعة الإسلامية صراحةً، ومأخوذة عن الفقه الحنفي، وكذلك الأحوال الشخصية التي تأخر تقنينها إلى عام 1917م حيث صدر قانون حقوق العائلة العثماني وَفقًا للشريعة الإسلامية دون تقيد بمذهب معين[1].

هذا، وقد كان القانون المدني العثماني «مجلة الأحكام العدلية» وقانون حقوق العائلة هما القانون الرسمي المطبق في الأقاليم التابعة لسيطرة الدولة العثمانية، أما الأقاليم التي لم تكن تابعة لها وقت صدور هذين القانونين، وهي مصر على وجه الخصوص، التي استقلت عن السلطان العثماني عام 1805م بعد الحملة الفرنسية عليها، وتولي محمد علي باشا الحكم فيها، فقد اتجهت إلى القوانين الفرنسية تقتبس منها بعض الأحكام. ويبدو أن صورة الدولة العصرية التي كان يسعى إليها محمد علي ومن بعده ممن حكموا مصر قد اقترنت في أذهانهم بالحضارة الأوربية بعيدًا عن الدولة العثمانية، ويدل لذلك أن الخديوي إسماعيل رفض الأخذ بمجلة الأحكام العدلية؛ حرصًا منه على الاستقلال التام عن الدولة العثمانية. وبذلك فقد بدأ نفوذ التقنين الفرنسي يتغلغل في مصر منذ عهد محمد علي باشا في الوقت الذي بدأ نفوذ التقنينات المنسوبة إلى الشريعة الإسلامية يتقلص إلى أن انحصر في جانب ا لأحوال الشخصية[2].

وبعد استقلال أقطار الوطن العربي واستردادها لسيادتها الوطنية اتجهت كل دولة على حدة - باستثناء المملكة العربية السعودية- إلى وضع قوانين مدنية لها فتأثرت عند سَنها لتلك القوانين في حدود متفاوتة بأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية لا سيما القانون الفرنسي، فكانت النتيجة ظهور قوانين عربية عديدة. وبالرغم من ذلك، فإن فقهاء التشريع المقارن يصنِّفون القوانين العربية ضمن عائلة القانون المدني الفرنسي[3].

وهناك بعض النماذج من التقنينات العربية التي تم وضعها من قِبَل الفرنسيين، نذكر منها:

1- مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والتي تُعد المصدر الرئيس للقانون المدني في تونس، وذلك منذ صدورها في سنة 1906م، وهذه المجلة في حقيقتها ما هي إلا ثمرة الإرادة الفرنسية، حيث كلّفت الإدارة الفرنسية الحاكمة في تونس عام 1896م لجنة لإعدادها لتطبيقها في الإقليم التونسي، ويرجع إلى المستشرق «ديفيد سانتيلانا» الدور المهم في إعداد هذه المجلة، التي لا تزال القانون الوضعي المعمول به في تونس إلى يومنا هذا[4].

(1) ينظر: التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية لساجر ناصر الجبوري (ص342-345).
(2) ينظر: فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية (ص16).
(3) ينظر: الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي وأثره على القوانين العربية لخدوجة علي موسى (ص67).
(4) المصدر السابق (ص67).

2- ظهير الالتزامات والعقود المغربي: فبعد أن بسطت الحكومة الفرنسية حمايتها على المغرب في سنة 1912م اتجهت إلى إنشاء إصلاحات إدارية وقضائية ومالية وتعليمية وعسكرية، وكان من ضمن هذه الإصلاحات أن شكّلت لجنة فرعية تتكون من ثلاثة أعضاء كُلِّفت بإعداد الظهير المغربي المتضمن تقنين الالتزامات والعقود.

ويُعد ستيفان بيرج العضوَ البارز في هذه اللجنة، وإليه يعود الفضل في إعداد هذا الظهير المغربي، وذلك بفضل خبرته التي اكتسبها بسبب مشاركته في إعداد قانون الالتزامات والعقود التونسي، وكذلك ممارسته للقضاء لمدة طويلة في تونس والجزائر.

وقد صدر في 30 أغسطس سنة 1913م، وهو في مجمله يكاد يكون نسخة مطابقة لنظيره التونسي، مع وجود بعض الاختلافات الشكلية[1].

3- قانون الموجبات والعقود اللبناني: فتح انسحاب العثمانيين من لبنان في سنة 1918م المجال لبسط الحماية الفرنسية عليها، وتعهدت السلطات الفرنسية بموجب القرار رقم 452 الصادر في 17 يونيو 1919م بإنشاء محكمة عليا في بيروت تقوم بوظيفة محكمة النقض، والتوقف عن إرسال القرارات إلى محكمة نقض القسطنطينية. وقبلها كانت فرنسا قد أنشأت في سنة 1913م في بيروت المدرسة الفرنسية للحقوق التي كان هدفها تكوين جيل من الطلبة اللبنانيين لتسهيل عملية استقبال القانون الفرنسي من قِبَل التشريع والقضاء اللبناني.

وفي الوقت نفسه شرعت فرنسا في تحديث القانون المدني اللبناني ليحل محل المجلة العثمانية، وكانت بداية ذلك في سنة 1925م، وقد قام بإنجاز الجزء الأكبر منه الفقيه الفرنسي «لويس جُسران Louis Josserand»، وقد تم الانتهاء من صياغة مشروع هذا القانون في سنة 1930م، وقُدِّم إلى لجنة استشارية مكونة من قضاة لبنانيين وفرنسيين ووقعت عليه تعديلات، وعُرض على البرلمان فأقره، وصدر في 3 مارس 1932م، وتم تأجيل نفاذه إلى 11 أكتوبر 1934م. ومما يميز هذا القانون أنه لم يتأثر بالقانون المدني الفرنسي فحسب، وإنما بالأفكار الشخصية للفقيه الفرنسي «جُسران» أيضًا، كالتمييز بين سبب العقد وسبب الالتزام[2].

الفرع الثاني: مدى تأثر التشريعات العربية بأصل مراعاة المصلحة

من المعلوم أن القانون يُعد أحد المقومات الأساسية التي تكفل ضبط مختلف الأنشطة في المجتمع، فهو الأداة التي تُسهم في بناء المجتمع وتحوطه بسياج من الضوابط التي تحول دون المساس بمصالحه العامة والفردية، والسعي للموازنة بين المصالح المتعارضة والتوفيق بينها؛ لذا أولت التشريعات العربية اهتمامها بالمصلحة وعملت على تحقيقها من خلال النصوص القانونية و التطبيق القضائي، والأمثلة التي تدل على ذلك أكثر من أن تُحصى، ونكتفي منها بالنماذج التالية:

1- ما أخذ به القانون الجزائي الكويتي من المذهب المالكي، بمعاقبة الجناة إذا تعددوا في ارتكابهم للجريمة عن طريق الاشتراك والمساهمة. وفي هذا السياق يقول الشيخ الدردير: «وإن تعدد المباشر للضرب معًا، أو مترتبًا ففي الممالأة على القتل يُقتل الجميع، لا فرق بين الأقوى ضربًا وغيره، بل ولو لم يحصل من أحدهم ضرب كما مر، وهذا إن مات مكانه، أو أنفذ له مقتله، أو رفع مغمورًا حتى مات»[3].

وقد استدلّ فقهاء المالكية على قتل الجماعة بالواحد بما روي أن عمر رضي الله عنه قتل نفرًا،

(1) المصدر السابق (ص68).
(2) المصدر السابق (ص69).
(3) الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، مطبوع مع حاشية الدسوقي (4/ 249).

خمسة أو سبعة برجل واحد قتلوه قتل غيلة، وقال عمر: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا»[1].

وقد أخذ القانون الكويتي بمذهب الإمام مالك فجاء في المادة (50) من قانون الجزاء الكويتي رقم 1960/16 ما يلي: «يُعاقب الفاعل بالعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها أو ساهم في ارتكابها، وإذا تعدد الفاعلون وكان أحدهم غير معاقب لعدم أهليته للمسئولية، أو لانتفاء القصد الجزائي لديه، أو قيام مانع من موانع العقاب وجبت مع ذلك معاقبة الفاعلين الآخرين بالعقوبة المقررة قانونًا لا تتأثر العقوبة المقررة لأحد الفاعلين بالظروف التي تتوافر لدى غيره، ويكون من شأنها تغيير وصف الجريمة إذا كان غير عالم بهذه الظروف»[2].

يقول الإمام الشاطبي: «يجوز قتل الجماعة بالواحد. والمستند فيه المصلحة المرسلة، إذ لا نص على عين المسألة، ولكنه منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو مذهب مالك والشافعي. ووجه المصلحة أن دم القتيل معصوم، وقد قُتل عمدًا، فإهداره داعٍ أنه إلى خرم أصل القصاص، واتخاذ الاستعانة والاشتراك ذريعة إلى السعي بالقتل إذا علم أنه لا قصاص فيه»[3].

2- ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الإماراتي من المذهب المالكي من بقاء الحضانة للأم غير المسلمة، فقد جاء في المادة (145) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: أنه إذا كانت الحاضنة أمًّا، وهي على غير دين المحضون فإن حضانتها تسقط لاختلاف الدين؛ لأن المحضون يتأثر بدين حاضنته الذي يخالف دينه، لكن القانون أعطى القاضي سلطة تقديرية بأن يترك تلك الأم تحتضن صغيرها إن رأى المصلحة في ذلك على ألا تزيد مدة حضانتها له على إتمامه خمس سنوات ذكرًا كان أو أنثى؛ إذ الحضانة مبناها على الشفقة والحنان، فإن رأى القاضي أن يعطي الأم حضانة الولد ولو كانت على غير دينه فإنه لا يجوز بحال إبقاء المحضون عند أمه المخالفة له في الدين بعد إتمامه سن الخامسة؛ إذ إنه يعقل الأديان ويفهمها[4].

وقد أخذ القانون الإماراتي في هذه المسألة بالمشهور عند المالكية[5]؛ نظرًا لأن الحضانة تنبني على الحنان بين الأم وولدها والشفقة الفطرية التي لا تختلف باختلاف الدين، واستنادًا إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «من فرّق بين الوالدة وولدها فرّق الله بينه وبين الأحباء يوم القيامة»[6]، وهو مقتضى روح الإسلام في مصلحة المحضون؛ فإن حضن أم الصغير أحنّ وأشفق وأرعى له من غيرها مهما كان قريبًا من المحضون.

3- ما أخذت به كثير من التشريعات العربية من جواز طلب الزوجة التطليق للضرر المادي أو المعنوي، استنادًا إلى ما انفرد به المالكية من جواز التطليق للضرر ولو لم يتكرر من الزوج، وسواء أكان ماديًا كالضرب أو الهجر، أو معنويًا كسبّها أو سبّ أبويها أو إهمالها أو إيثار امرأة عليها[7].

وقد أخذ بهذا المبدأ كثير من قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في البلاد العربية.

فعلى سبيل المثال: نصّت المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1955 على أنه «إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر بما لا يستطيع معه دوام العشرة، أو ادعى قيام

(1) رواه مالك في الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، رقم (13)، (2/ 871).
(2) ينظر: أثر مذهب الإمام مالك على القانون الجزائي الكويتي.. دراسة تطبيقية لماجد جابر العنزي (ص25).
(3) الاعتصام للشاطبي، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، (2/ 623).
(4) ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة (ص241).
(5) ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش (4/ 426)، وشرح مختصر خليل للخرشي، وبهامشه حاشية العدوي (4/ 212).
(6) رواه الدارمي برقم (2522)، (3/ 1611).
(7) الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، مطبوع مع حاشية الدسوقي (2/ 345).

شقاق جاز له أن يطلب من القاضي التفريق». ونصت بقية الفقرات على الإجراءات التي يتخذها القاضي للتفريق.

وكذلك جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 34 لسنة 1975 المادة (112) الفقرة الأولى: إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يُستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق. ونصت بقية الفقرات على الإجراءات التي يتخذها القاضي للتفريق[1].

4- مسألة ضمان المرتهن للرهن، فإنّ المالكية قد فرّقوا في هذه المسألة بين ما يُغاب عليه وبين ما لا يُغاب عليه، فأما ما يُغاب عليه -وهو ما يمكن إخفاؤه- كالحلي والثياب ونحوها فيقع عبء إثبات الهلاك على المرتهن، فإذا ادّعى أن الهلاك عائد لسبب أجنبي لا يد له فيه كالحرق ونحوه فلا يصدّق إلا ببينة، وأما ما لا يُغاب عليه كالدور والحيوان ونحوهما مما يظهر هلاكه فلا يضمنه المرتهن إلا إذا أقام الراهن البينة على تعديه[2].

وهذا الرأي هو الذي تقتضيه المصلحة، وهو حفظ أموال الناس ودفع الضرر عنهم، وهو الرأي الذي أخذت به كثير من القوانين المدنية العربية؛ حيث نصّت المادة (1103) من القانون المدني المصري على أنه: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه»، وهو المنصوص عليه بالعبارة نفسها في المادة (955) من القانون المدني الجزائري، وفي المادة (1338) من القانون المدني العراقي، وفي المادة (1138) من القانون المدني القطري.

5- قوانين السير والمرور؛ فتنظيم حركة المرور ووضع الإشارات واللوحات وتقسيم الطرق، واستخراج رخصة للقيادة من الجهة المختصة، ومعاقبة المخالفين للنظم والقوانين التي تساعد في تنظيم المرور وحفظ النفس، كل ذلك يُعد من قبيل المصالح المرسلة التي توسع فيها المالكية، والتي تتلاءم مع قواعد الشرع ومقاصد حفظ الأنفس والأموال وتحقيق الأمن والسلامة ودفع الأذى والهلاك.

ومن جهة أخرى نجد أن هذه القوانين قد نصّت على عقوبة الغرامة المالية في حالة مخالفة التعليمات المقررة فيها، وهو الموافق لما رجّحه كثير من متأخري المالكية الذين يرون جواز العقوبة المالية كالإمام البرزلي والشيخ ميارة والتاودي والعربي الفاسي[3].

فعلى سبيل المثال: في قانون السير والمرور بدولة الإمارات: القرار الوزاري رقم 178 لسنة 2017، بشأن قواعد وإجراءات الضبط المروري (النقاط المرورية) نجد أن هذا القرار ينص على بعض التنظيمات والإجراءات التي تضمن الحفاظ على سلامة الناس ومنع الحوادث، وينص على العقوبات المالية في حالة المخالفة، فمن ذلك: إلزام جميع الركاب سواء في المقاعد الأمامية أو الخلفية من المركبات ربط حزام الأمان، وأن السائق سيتحمل مخالفة عدم ربط حزام الأمان لأي راكب معه.

وقد نصّ هذا القرار على أنه تترتب غرامة مالية حددها القرار على عدم ربط حزام الأمان أثناء القيادة من قبل السائق، وعدم ربط حزام الأمان أثناء القيادة لأي من الركاب، أو السماح لطفل صغير بالركوب في المقعد الأمامي، أو تجاوز الإشارة الضوئية الحمراء، أو نحو ذلك.

6- وبالنظر في القوانين والتشريعات العربية يتبيّن أنها تأخذ بمبدأ العقوبة المالية في مختلف الأنشطة والمجالات، فعلى سبيل المثال: تنص المادة رقم (104) من قانون البناء المصري على أنه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الأعمال المخالفة بحد

(1) ينظر: أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون.. دراسة مقارنة لأحمد حميد النعيمي وإبراهيم السلامي (ص79).
(2) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (256/5)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (436/3).
(3) ينظر: أجوبة التسولي عن مسائل الأمير عبدالقادر في الجهاد (ص 151-162)، والفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي (2/ 479).

أدنى خمسين ألف جنيه، ولا تجاوز ثلاثة أمثال قيمة الأعمال المخالفة أو بإحدى هاتين العقوبتين، وعلى كل من أقام أعمالا دون مراعاة الأصول الفنية المقررة قانونًا في تصميم أعمال البناء أو تنفيذها أو الإشراف على التنفيذ أو في متابعته أو عدم مطابقة التنفيذ للرسومات والبيانات أو المستندات التي منح الترخيص على أساسها، أو الغش في استخدام مواد البناء أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة.

وكذلك نصت المادة (289) من قانون العقوبات الجزائري على أنه «إذا نتج عن الرعونة أو عدم الا حتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين، وبغرامة من 500 إلى 15000دينار جزائري، أو بإحدى العقوبتين».

7- ما أخذت به التشريعات العربية من شرط «عدم المنافسة في عقد عمل العامل»، حيث تنص المادة (10) من المرسوم بقانون اتحادي رقم 33 لسنة 2021 «قانون العمل الإماراتي» على أنه يجوز لصاحب العمل إدخال شرط «عدم المنافسة» في عقود العمل. وعليه يمكن لصاحب العمل أن يشترط على العامل في عقد العمل ألا يقوم بعد انتهاء العقد بمنافسته أو الاشتراك في أي مشروع منافس له في القطاع نفسه، على أن يكون الشرط محددا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل، وبالقدر الضروري لحماية مصالح العمل المشروعة، ويجب ألّا تزيد مدة عدم المنافسة على سنتين من تاريخ انتهاء العقد.

فهذا الشرط يحقق مصلحة مشروعة لصاحب العمل، مع عدم الإخلال بمصلحة الطرف الآخر، وهذا الشرط موافق لمذهب المالكية الذين توسّعوا في مسألة اقتران الشرط بالعقد، فقد قرروا صحة الشروط الآتية:

-كل شرط مباح يترتب عليه توثيق موجب العقد.
-كل شرط مباح يترتب عليه اشتراط منفعة يسيرة لمدة معلومة.
-كل شرط مباح يترتب عليه قيام أحد المتعاقدين بعمل في المعقود عليه أو في غيره.
-كل شرط مباح يترتب عليه المنع من تصرف يسير دفعًا لضرر عن أحد المتعاقدين وجلبًا لمنفعة له.
-كل شرط يترتب عليه تحقيق معنى ناجز من معاني البر.

والجامع بين هذه الشروط جميعها المصلحة، سواء أكانت للعقد أم لأحد المتعاقدين[1].

8- يمنع الفقه المالكي إحداث ما يؤدي إلى ضررٍ مما ينتُج عن مخلفات دور الدبغ وما شابهها من الأفران والحمامات، وقد انطوت كتب المالكية على جملة من الأحكام التي تتعلق بذلك[2]؛ وذلك لضرر الجيران[3].

فمنعُ علماء المالكية تلويث الهواء بالروائح الكريهة ونحوها، والذي يُلحق الضرر بالتجمعات السكنية ، هو ما يمكن أن ينطبق على المصانع والمنشآت في عصرنا الحاضر، والتي ينتج عنها مخلفات ونفايات تُلحق الضرر بالإنسان وتؤدي إلى العديد من الأمراض والعلل.

والمنع ما تقرره القوانين الخاصة بحماية البيئة في التشريعات العربية، فعلى سبيل المثال: جاء

(1) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/ 65)، وشرح مختصر خليل للخرشي وبهامشه حاشية العدوي (5/ 82)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش (5/ 58)، والإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام للشيخ ميارة (280/1).
(2) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (2/ 940)، ومنح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد عليش (6/ 322).
(3) ينظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (2/ 348).

في الباب الثاني من قانون البيئة المصري رقم 4 لسنة 1994 بعض المواد التي تتضمن إجراءات لحماية البيئة الهوائية من التلوث، حيث نصـ ّت المادة (34) على أنه «يشترط أن يكون الموقع الذي يقام عليه المشروع مناسبـ ًا لنشاط المنشأة بما يضمن عدم تجاوز الحدود المسموح بها لملوثات الهواء، وأن تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت في منطقة واحدة في الحدود المصرح بها».

وجاء في الفقرة (ب) من المادة (37): «يـ ُحظر على القائمين على جمع القمامة ونقلها إلقاء وفرز ومعالجة القمامة والمخلفات الصلبة إلا في الأماكن المخصصة لذلك بعيدـ ًا عن المناطق السكنية و الصناعية والزراعية والمجاري المائية، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون المواصفات والضوابط و الحد الأدنى لبعد الأماكن المخصصة لهذه الأغراض عن تلك المناطق»[1].

(1) ينظر: حماية الشريعة الإسلامية للبيئة الطبيعية.. دراسة فقهية مقارنة لهناء فهمي أحمد عيسى (ص 274).

الخاتمة

أولًا: النتائج:

1- مبدأ مراعاة المصلحة أحد أهم المبادئ في الاجتهاد الأصولي، وقد اهتم سائر الفقهاء بمراعاته في الأحكام الشرعية وتفعيله في قضية الاختيار الفقهي.

2- للمصلحة مكانة كبيرة في اجتهاد المدرسة المالكية ولهم عناية فائقة بها تأصيلًا وتأسيسًا ومراعاةً في الأحكام والاجتهادات وبناءً للمسائل عليها، وتُعد المصلحة المرسلة من الأصول التي تميّز بها المالكية عن سواهم لا على سبيل التفرّد المطلق وإنما على سبيل كثرة التفريع على وَفقه.

3- تنقسم المصلحة إلى عدة أقسامٍ، فمن حيث أصلها تتنوع إلى مصلحة شهد الشرع لاعتبارها، ومصلحة شهد الشرع لبطلانها، ومصلحة لم يشهد الشرع لا لاعتبارها ولا لبطلانها. ومن حيث القوة تتنوع إلى: ضرورية، وحاجية، وتحسينية. ومن حيث المرتبة تتفاوت المصالح في الدرجات بين اليقين والظن؛ فمنها: المصالح القطعيّة، والمصالح الظنية، والمصالح الوهمية. ومن حيث العموم والخصوص تتنوع المصالح إلى مصالح عامة أو غالبة، ومصالح خاصة، ومن حيث الإطلاق والتقييد تتنوع إلى مطلَقة ومقيّدة، ومن حيث استدلال العلماء بالمصلحة نجد ذلك على هيئتَين؛ الأولى: اعتبار المصلحة مع غيرها من الأصول دليلًا للمسألة؛ والثانية: اعتبار المصلحة مدارًا للاستدلال وبناء المسألة عليه.

4- كان لاختلاف آراء الأصوليين في تفسير مصطلح المصلحة وتنوعهم في إضافة البعد المقاصدي للمصالح واختلافهم في تحقق شرطي الظهور والانضباط فيها أثره على قضية الاستدلال بها.

5- المصلحة التي استدل بها المالكية ليست أية مصلحة يراها المجتهد، بل لها ضوابط وضعوها حتى يمكن الاستدلال بها، وهذه الضوابط هي: ملاءمة المصلحة لمقاصد الشريعة، وعدم معارضة المصالح لأصول التشريع، ومراعاة الأمر الضروري أو رفع الحرج عند الاستدلال بالمصلحة، ومعقولية المصلحة في ذاتها.

6- لا يجوز العمل بالمصلحة المرسلة فيما يتعلق بالتعبدي المحض، أما ما يخدم التعبدي ويعضده فلا مانع من العمل فيه بالمصلحة المرسلة. أما ما يتعلق بالمعاملات والعادات فهو مجال العمل بـ المصالح المرسلة.

7- من الثابت تاريخيًّا أن أوربا تأثرت بالفقه المالكي في التنظيم والتقنين.

8- أخذ القانون الفرنسي بأصل المصلحة الذي انبنت عليه كثير من المسائل في الفقه المالكي.

9- تأثرت الدول العربية والإسلامية بالقانون الفرنسي وأخذت به.

10- أولَتِ التشريعات العربية اهتمامها بالمصلحة، وعملت على تحقيقها من خلال النصوص القانونية والتطبيق القضائي.

ثانيًا: التوصيات:

1- مراجعة مختلف التقنينات العربية لإعادة إعمال المصالح المرسلة؛ خاصة مع اختلاف مناط المصلحة باختلاف الزمان والمكان والأحوال.

2- دراسة الفقه المالكي لاستخراج المسائل الفقهية التي كان مناط الحكم فيها هو تحقق المصلحة ، ويعاد تحديد ما عليه الفتوى في المذهب بناء على اختلاف هذه المصلحة.

3- التواصل مع المشرّعين الغربيين؛ وخاصة الفرنسيين منهم؛ لدراسة جوانب تأثير الفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة في التقنين الفرنسي وإقناعهم بإعادة النظر في مناطات أحكام هذه التقنينات، بناء على اختلاف المصلحة للوصول إلى تقنينات عالمية موحدة في المسائل التي تتأثر بها مسيرة الحضارة الإنسانية والتقدم البشري عامة.

أهم المصادر والمراجع

1. أثر التعليل بالمصلحة في التشريع الإسلامي، دراسة نظرية تطبيقية، المؤلف: معاذ بن عبد الكبير ناني، الناشر: مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة: الأولى، 2019م.
2. أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي .. العقد نموذجًا، بن خدة حمزة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان بالجزائر، السنة الجامعية 2016-2017م.
3. أثر فقه الإمام مالك في القانون المدني الفرنسي، عبد السلام أحمد فيغو، ندوة المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة، الرابطة المحمدية للعلماء بالمغرب، المجلد الثاني، 2012م.
4. أثر مذهب الإمام مالك على القانون الجزائي الكويتي .. دراسة تطبيقية، ماجد جابر العنزي، بحث بمجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد (1)، جمادى الآخرة - رجب 1440هـ - مارس 2019م.
5. الاجتهاد الاستصلاحي، مفهومه – حجيته – مجاله - ضوابطه، المؤلف: الدكتور نور الدين عباسي، الناشر: دار ابن حزم، الطبعة: الأولى، 2007م.
6. أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون .. دراسة مقارنة، أحمد حميد النعيمي وإبراهيم السلامي، دار المعتز للنشر والتوزيع - عمّان، 2018م.
7. الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها للشيخ مصطفى الزرقا، دار القلم-دمشق، الطبعة الأولى، 1988م.
8. الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها للشيخ مصطفى الزرقا (ص 50-55)، دار القلم-دمشق، الطبعة الأولى، 1988م.
9. الأصول الاجتهادية التي يبنى عليها المذهب المالكي، حاتم باي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بـ الكويت، سلسلة الوعي الإسلامي، الطبعة العشرون، 1432هـ، 2011م.
10. تأثير الحضارة العربية الإسلامية في نشأة الجامعات الأوربية، محمد أبو حسان، ضمن بحوث المؤتمر التربوي «مؤتمر نحو بناء نظرية تربوية إسلامية معاصرة»، عمّان - الأردن، 1411هـ-1990م، تحت إشراف المعهد العالمي للفكر الإسلامي، جامعة اليرموك وجامعة مؤتة.
11. التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية، ساجر ناصر الجبوري، دار الكتب العلمية - بيروت.
12. تعليل الأحكام عند الإمام الباجي بين التنظير الفقهي والتطبيق الأصولي، المؤلف: الدكتور شكيب الهزاط، الناشر: دار الكلمة للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 2022م.
13. تعليل الأحكام .. عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد، المؤلف: محمد مصطفى شلبي، الناشر: مطبعة الأزهر، 1362هـ - 1943م.
14. التعليل الفقهي عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على نكت مسائل الخلاف، المؤلف: الدكتور سعيد الشوية، الناشر: دار الكلمة للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، 2018م.

15.التعليل بالحكمة وأثره في قواعد الفقه وأصوله .. دراسة أصولية تحليلية، المؤلف: رائد نصري جميل أبو مؤنس، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2001م.
16.التعليل بالمصلحة عند الأصوليين، المؤلف: الدكتور رمضان عبد الودود عبد التواب مبروك محمد اللخمي، الناشر: دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1407هـ - 1987م.
17.الثلاثونات في القضايا الفقهية المعاصرة .. دراسة مقارنة لأهم المسائل الطبية والمالية والا جتماعية والسياسية بين الشريعة والقانون، سعد الدين مسعد هلالي، مكتبة وهبة – القاهرة.
18.الجزاءات الإدارية في عقد التوريد .. دراسة مقارنة، سحر جبار يعقوب، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية، الطبعة الأولى، 2020م.
19.حماية الشريعة الإسلامية للبيئة الطبيعية «دراسة فقهية مقارنة» للدكتورة هناء فهمي أحمد عيسى، بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا-جامعة الأزهر، العدد (33) الجزء الأول، 2018م.
20.دور المصلحة المرسلة في أحكام السياسة الشرعية في عهد الصحابة لمحمد تحسين عطا رجب، رسالة ماجستير بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون-الجامعة الإسلامية-غزة، 2009م (ص 8).
21.الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي وأثره على القوانين العربية، خدوجة علي موسى، حوليات جامعة الجزائر، المجلد (35)، العدد (4)، 2021م.
22.علاقة المصلحة المرسلة بالثبات والتطور في التشريع الإسلامي .. الفحص الطبي قبل الزواج نموذجًا لزاهر فؤاد محمد، بحث بمجلة الدراسات العربية الصادرة عن كلية دار العلوم بجامعة المنيا بمصر، المجلد (4)، العدد (19) (ص1586، 1587).
23.فقه المصلحة وتطبيقاته المعاصرة، المؤلف: حسين حامد حسان، محاضرة رمضانية قدمها المؤلف سنة 1413هـ.
24.قاعدة الاستصحاب دراسة أصولية مقاصدية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، ياسر محمد عبد الرحمن طرشاني وآخرين، بحث مقدم في المؤتمر الثاني للدراسات العليا والأكاديميين في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية بماليزيا، 2019م.
25.قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي الملقب بسلطان العلماء، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ - 1991م.
26.المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006م.
27.المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي، المؤلف: مصطفى زيد، الناشر: دار الفكر العربي، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م.
28.المصلحة والمنفعة في مجال التشريع في ضوء الكتاب والسنة، المؤلف: الأستاذ الدكتور طه حبيشي، 2004م.
29.المعاملات في الفقه المالكي أحكام وأدلة، الصادق الغرياني، دار ابن حزم-بيروت، الطبعة الأولى، 2007م.

30. المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك، سيد عبد الله علي حسين، دار السلام بالقاهرة، الطبعة الأولى، 1421هـ-2001م.
31. مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤلف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، المحقق: محمد الحبيب بن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – قطر، 1425هـ - 2004م.
32. المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المؤلف: يوسف حامد العالم، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإ سلامي، الطبعة: الثانية، 1415هـ - 1994م.
33. المناسبة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور نور الدين الخادمي، المعهد العالمي للفكر الإسلا مي-الولايات المتحدة، دار ابن حزم-بيروت، الطبعة الأولى، 2006م.
34. نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، المؤلف: الدكتور حسين حامد حسان، الناشر: مكتبة المتنبي، القاهرة، 1981م.

***

فهرس الموضوعات

المقدمة.....
المبحث الأول: مراعاة المصلحة عند المالكية.....
المطلب الأول: مفهوم المصلحة وحجيتها وأقسامها.
الفرع الأول: مفهوم المصلحة.....
الفرع الثاني: حجية المصلحة.....
الفرع الثالث: تقسيمات المصلحة وأنواعها.....
المطلب الثاني: المصلحة المرسلة عند المالكية.....
الفرع الأول: ضوابط الاحتجاج بالمصلحة المرسلة.....
الفرع الثاني: أهمية المصلحة المرسلة وفوائدها.....
الفرع الثالث: مجال العمل بالمصلحة المرسلة.....
المبحث الثاني: أثر مراعاة المصلحة عند المالكية في التشريعات المعاصرة.....
المطلب الأول: تأثر القانون الفرنسي بأصل مراعاة المصلحة.....
الفرع الأول: نشأة القانون الفرنسي وعلاقته بالمذهب المالكي.....
الفرع الثاني: مدى تأثر القانون الفرنسي بمراعاة المصلحة عند المالكية.....
المطلب الثاني: تأثر التشريعات العربية بأصل مراعاة المصلحة.....
الفرع الأول: تأثر التشريعات العربية بالقانون الفرنسي.....
الفرع الثاني: مدى تأثر التشريعات العربية بأصل مراعاة المصلحة.....
الخاتمة.....

أهم المصادر المراجع.....

***