التشريع المصلحي المعاصر بين النظرية والتطبيق

بقلم

أ/ محفوظ بن صغير

أستاذ مساعد مكلف بالدروس بمعهد العلوم القانونية والإدارية

المركز الجامعي بالوادي

الملخص :

يقدم هذا البحث معالجة شرعية لمبدأ الأخذ بالمصلحة المرسلة نظريا من خلال التطرق إلى مفهومها وشرعيتها في حدود الاعتبار بشروطها ومراعاة ضوابطها التي تجعلها تساير متطلبات العصر دون مصادمتها للنصوص الشرعية . ذلك لأن النصوص الشرعية متناهية والحوادث والمستجدات غير متناهية، وعليه فحيثما وجدت المصلحة الحقيقية الملائمة لمقاصد الشرع فثم شرع الله ، وليس على إطلاقها، حيثما وجدت المصلحة الملائمة لروح التشريع فثم شرع الله . هذا وقد جاء هذا البحث مؤكدا مرونة الشريعة الإسلامية من خلال بعض النماذج التطبيقية التي أساسها المصلحة المرسلة المسايرة لمتطلبات العصر ومدى قدرتها على حل المشكلات المستجدة ، في إطار مقاصد الشريعة الإسلامية. كون المصلحة في الشريعة الإسلامية شاملة للمنافع الروحية والمادية والدنيوية والأخروية، وملائمة للدين ومتفرعة عنه بخلاف المصلحة في الأنظمة الوضعية.

The summary:

This research presents a legal treatment to the principle of the free benefit. This subject is detailed through the following sub- titles:

The definition of the free benefit, its legality, the conditions and rules which lead and guide the free benefit to go with the real needs without any conflicts with the legal texts.

We Know that the legal texts are limited, and the actions and needs are limitless, so, we find the legal act wherever find real benefit, which is surely adequate to the aims of shari'a.

This research emphasized on the flexibility of the Islamic Shari'a through some

practical examples related to the free benefit. This later might be up to date , and able to solve the new problems.

The free benefit in Islamic shari'a is wide, containing the spiritual material benefit, related to this life, or the other life.

Our religion used to accept and save the benefits, in contrary to the human systems.

This research discussed what is summarized above.

أولا : مفهوم المصلحة لغة واصطلاحا

1 . المصلحة لغة : كادت كلمة اللغويين تتفق حول المعنى اللغوي للمصلحة، كونها نقيض المفسدة ومرادفة للمنفعة وزنا ومعنى.

قال صاحب اللسان: « والمصلحة الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح، والاستصلاح نقيض الاستفساد»[1]. وقريب من هذا التعريف ورد في ترتيب القاموس المحيط:« والمصلحة واحدة المصالح، واستصلح نقيض استفسد »[2]، ومن هنا نعلم أن المصلحة والمفسدة ضدان لا يجتمعان.

وعند التحقيق نجد أن اللغويين، وحتى علماء الصرف، لم يتكلموا في تفسير المصلحة وإيضاح معناها، بل قرروا أن كل ما فيه حسن حال ويحقق منفعة وصلاحا عاما أو خاصا فهو مصلحة، وكل ما فيه سوء حال وتلحقه مضرة وفساد عام أو خاص فهو المفسدة.وبهذا يكون مدار تحقيق المصلحة وتفسيرها لغة أن كل ما كان سبيلا لجلب المنافع في مقابل دفع المضار فهو مصلحة، وكل ما كان سبيلا لدفع المضار في مقابل جلب المنافع فهو مصلحة. فنقيض الفساد هو الصلاح الذي هو عين المصلحة المحققة للنفع الخالص.

2 . المصلحة اصطلاحا:

اختلفت تعابير الأصوليين وتباينت تعاريفهم للمصلحة، وتعيين المقصود منها شرعا على أقوال نوردها فيما يلي على سبيل التمثيل لا الحصر:

فعرفها الإمام الغزالي . رحمه الله . بقوله: " المصلحة هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[3].

فالإمام الغزالي فرق في الأخذ بالمصلحة، فجعل منها ما يعد مصلحة وما لا يعد، فهناك من المصالح ما تكون مندرجة ضمن مقصود الشرع ومنها ما قد

تكون ناشئة عن حكم الهوى وخاضعة له فتصير غير معتبرة شرعا، فهو محق في ذلك، لأنا نقيد المصلحة ونجعلها داخلة ضمن مقصود الشرع ومندرجة فيه، فإنها قد تفوت على الخلق مصالح ضرورية. ذلك لأن ما يعد عند امرئ مصلحة ومنفعة قد تعد عند الشارع مفسدة، وحتى أن الناس يختلفون في تقديرهم للمصلحة، وعليه فما يعد عند قوم مصلحة قد يعد عند آخرين مفسدة وهكذا.

وقد تطغى النزعة الفردية على المصلحة الجماعية، أو تطغى النزعة الجماعية على مصلحة الفرد الحقيقية وذلك لتحقيق كل من الفرد والجماعة مآربه ومصالحه الذاتية ومن ثم يحدث الجور ويعم الفساد. فحتى يكون الحكم عدلا في توزيع المصالح والمنافع، لابد أن تكون هذه المصالح مندرجة تحت مقصود الشرع ومنضبطة بضوابطه المحددة.

- وعرفها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور بقوله: "ويظهر لي أن نعرفها بأنها وصف للفعل الذي حصل به الصلاح أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد"[4].وقد بدا من تعريفه هذا أن المصلحة عامة وهي ما فيه صلاح عموم الأمة أو الجمهور، وخاصة وهي ما فيه نفع الآحاد على حد تعبيره وكذا يلمح من تعريفه هذا التغاضي عن الضابط الشرعي فحيث ما وجد شرع الله فثم المصلحة بعينها حتى ولو لم يعقل معناها؛ إذ لا سبيل للعقل إلى إدراكها في الجانب التعبدي فإذا وجدت مصلحة في أمر من الأمور عارية عن الضابط الشرعي فإنها لا تعتبر.

ونورد فيما يلي تعريفا مختارا للمصلحة[5]: « تطلق ويراد بها المنفعة سواء أكان النفع عاما أم كان خاصا غالبا أو مغلوبا عاجلا أو آجلا....» هذا من الجانب اللغوي.

- أما الجانب الشرعي لها[6]: «فهي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها».

ثانيا: الاعتبار الشرعي للمصلحة:

قال الإمام الرازي في تقسيم المصالح بالإضافة إلى شهادة الشرع:

« أعلم أن المصالح بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام:

أحدها: ما شهد الشارع باعتباره.

وثانيها: ما شهد الشارع ببطلانه.

وثالثها: ما لم يشهد له بالاعتبار، ولا بالإبطال نص معين»[7].

1. المصالح المعتبرة شرعا:

قال مصطفى شلبي في تعريفها: «هي ما قامت الأدلة الشرعية المعينة على رعايتها واعتبارها بأن أمرت بتحصيل أسبابها الموصلة إليها»[8] ويرجع حاصلها إلى القياس.

وقد استقرأها العلماء بتتبعهم لنصوص الكتاب والسنة فما وجدوها تخرج عن المصالح الثلاث الشاملة لمجموع المصالح التي وضعت الشرائع لأجلها.

وفي هذا المقام يقول الشاطبي:" باستقراء أدلة الشريعة الكلية والجزئية ثبت قطعيا أن الشارع قاصد إلى حفظ المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية"[9] وإن من أول مقاصد الشريعة صيانة الضروريات ثم ضمان ما سواها[10].

فالمصالح المعتبرة شرعا منها ما يرجع إلى حفظ أمر ضروري أو حفظ أمر حاجي أو تحسيني.

يقول الشاطبي: "مجموع الحاجيات، ومجموع التحسينيات يصح اعتبار كل منها بمثابة فرد من أفراد الضروريات"[11]. فالمقاصد الضرورية في الشريعة الإسلامية أصل الحاجيات والتحسينيات[12].

وعلى كل فإن المقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجبة والتحسينية كما يقول الشاطبي[13]، وتمثيل ذلك:

1. أن الضروري أصل لما سواه من الحاجي والتحسني.

2. إن اختلال الضروري يلزم منه اختلال الباقيين بإطلاق.

3. إنه لا يلزم من اختلال الباقيين اختلال الضروري.

4. إنه قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق أو الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما.

5. إنه ينبغي المحافظة على الحاجي وعلى التحسيني للضروري.

وعليه فإذا تكاملت هذه المقاصد فإن الحياة تستقيم وتستمر ولا يختل نظامها ولا يلحق أفرادها حرج فيحدث التوازن وعلى هذا فالأحكام الشرعية التي شرعت لحفظ الضروريات أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة وتليها الأحكام التي شرعت لتوفير الحاجيات ثم الأحكام التي شرعت للحاجيات كالمكملة التي شرعت لحفظ الضروريات[14].

2. المصالح الملغاة :

وأما النوع الثاني من المصالح فهي المصالح الملغاة: وهي ما شهد الشارع ببطلانها[15]. بمعنى أنها خالفت مقتضى دليل شرعي نصا كان أو إجماعا، وقامت الأدلة الشرعية على عدم اعتبارها شرعا فلا يصح التعليل بها ولا بناء الأحكام الشرعية عليها لما ينجر عنها من مفاسد.

قال الشاطبي: " هي ما شهد الشارع برده فلا سبيل إلى قبوله، إذ المناسبة لا تقتضي الحكم لنفسها وإنما ذلك مذهب أهل التحسين العقلي، بل إذا ظهر المعنى، وفهمنا من الشارع اعتباره في اقتضاء الأحكام فحينئذ نقلبه فإن من المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودفع المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشارع باعتبار ذلك المعنى، بل برده كان مردودا باتفاق المسلمين"[16].

ومن أمثلة ذلك: أكل الأموال الربوية على ما فيها من تحقيق المصلحة المتمثلة في زيادة الثروة ونمائها، إلا أن الشارع الحكيم، ألغاها وأبطل التعامل بها، فلم يبق مجال لتحقيق المصلحة من ورائها بدليل قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[17]. وقوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ﴾[18].

وكذا مصلحة مساواة البنت بالابن في الميراث لتساويهما في الصلة بالأب المتوفى وبالأخوة الجامعة بينهما، فإن الشارع الحكيم قد ألغى تلك المصلحة التي سببها التساوي في الصلة بقوله تعالى: ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ [19]. فهما يتفاوتان في مغانم نصيب الإرث لتفاوتهما في مغارم الأعباء والالتزامات، من نفقات ومهور وغير ذلك.

فكل ما كانت فيه مصلحة معتبرة شرعا، فإنها بالضرورة لا تنجر عنها مفسدة وما كانت فيه مصلحة وهمية ألغاها الشرع، فإنها بالضرورة تنجر عنها مفاسد.

وخلاصة القول أن التشريع بناء على مصلحة اعتبرها الشارع بأي نوع من أنواع الاعتبار تشريع سائغ وهو بالقياس، والتشريع بناء على مصلحة ألغاها الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ومعارضة لمقاصد الشرع[20].

3 . المصالح المرسلة (الاستصلاح)

وأما النوع الثالث من المصالح فهي المصالح المرسلة: وهي كل مصلحة داخلة في مقاصد الشارع ولم يرد في الشرع نص باعتبارها بعينها أو بنوعها ولا باستعبادها، فهي تدخل في عموم المصالح التي تجتلب بها المنافع وتجتنب بها المضار، والتي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها بوجه عام، ودلت نصوصها وأصولها على مراعاتها بوجه عام، والنظر إليها في سائر نواحي الحياة، ولم يحدد الشارع لها أفرادا وأنواعا ولذا سميت مرسلة [21] أي مطلقة، فهي الملائمة لمقاصد الشريعة ولا يشهد لها نص خاص بالاعتبار أو الإلغاء.

قال الغزالي:"وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والإجماع فليس خارجا من هذه الأصول لكنه لا يسمى قياسا بل مصلحة مرسلة"[22].

ويعبر عنها بعضهم بالمناسب المرسل، وبعضهم بالاستصلاح، وبعضهم بالاستدلال المرسل وذلك أن كل حكم يقوم على أساس يمكن النظر إليه من ثلاث جوانب:فمن نظر إلى جانب المصلحة المترتبة عليه عبر عنها بالمصالح المرسلة، وهي التسمية الشائعة، ومن نظر إلى جانب الوصف المناسب الذي يستوجب ترتيب الحكم عليه تحقيق تلك المصلحة عبر عنها بالمناسب

المرسل، ومن نظر إلى جانب الوصف المناسب أو المصلحة عبر عنها بالاستصلاح أو الاستدلال[23].

فحقيقة المصلحة المرسلة: هي كل منفعة داخلة في مقاصد الشريعة دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء.

ثالثا: الضوابط الشرعية للمصلحة:

لا تكون المصلحة مشهودا لها بالاعتبار إلا إذا كانت وفق الضوابط الآتية:

1 . عدم معارضتها لنص أو إجماع كقياس صحيح:

إن أول ضابط للمصلحة في الشريعة الإسلامية هو عدم معارضتها للأدلة الشرعية المتفق عليها، لأن معرفة مقاصد الشريعة إنما تمت استنادا إلى الأحكام الشرعية المأخوذة من أدلتها التي هي الكتاب السنة والإجماع والقياس. والمدلول لا يقوى على معارضة دليله، فإن عارضت منها شيئا فهي باطلة يجب ردها وتقديم النص عليها، لأن معيار الأخذ بالمصلحة هو الاعتبار الشرعي لها[24].

2 . اندراج المصلحة ضمن مقاصد الشريعة:

وذلك بأن تكون المصلحة مندرجة فيما قصده الشارع من مراعاة مصالح الناس، ومقاصد الشارع تنحصر في حفظ خمسة أمور: الدين، النفس، العقل، النسل، المال. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة ودفعها مصلحة وهي واقعة في ثلاث مراتب الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وعليه فمن خالف هذه المقاصد بأن تكون وسيلة لهدم روح تلك المقاصد فإنه يدخل ضمن نطاق المفاسد ويكون خارجا عن نطاق المصالح المعتبرة[25].

3 . عدم تفويتها مصلحة أهم منها أو مساوية لها:

إذا شهد للمصلحة دليل من النص أو الإجماع أو القياس أو كانت موافقة لمقاصد الشرع كانت معتبرة في ذاتها، فإن تعارضت ولم يمكن الجمع بينهما كان ترجيح إحداهما على الأخرى محل نظر في قيمة المصالح في حد ذاتها فنقدم ما يراه الشارع حسب أهميته من تقديم ما يحفظ الدين على ما يحفظ النفس وتقديم ما يحفظ النفس على ما يحفظ العقل إلى آخره.

وكذا بالنسبة لتعارض الضروري مع الحاجي والحاجي مع التحسيني فإننا نقدم ما هو ضروري على غيره من الحاجي والتحسيني عند التعارض [26].

رابعا: شروط العمل بالمصلحة المرسلة

اختلف الأصوليون في تحديد شروط العمل بالمصلحة على مذهبين:

1 . شروط العمل بالمصلحة عند الغزالي ومن وافقه.

وهذا المذهب يمثله بعض علماء الشافعية وفي مقدمتهم الإمام الغزالي في المستصفى، والبيضاوي في المنهاج، والسبكي في جمع الجوامع، وأصحاب هذا المذهب يشترطون في المصلحة المعمول بها أن تكون **ضرورية** وهي التي تكون من إحدى الضروريات الخمس وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال [27].

وكلية: بمعنى أنها توجب نفعا عاما للمسلمين ولا تخصص ببعض الأفراد دون البعض [28].

وقطعية: بمعنى أنها تثبت بطريق لا شبهة فيه.. وذلك حتى لا تختلط بمفسدة، أو تشوبها شائبة التشهي والتلذذ في الأخذ بها.فعلى رأيهم، إذا تحققت هذه الشروط في المصلحة كانت بعيدة عن الهوى، ومتماشية مع روح التشريع الإسلامي، الذي من مقاصده جلب المصالح ودرأ المفاسد.

2 . شروط العمل بالمصلحة عند المالكية ومن وافقهم

في مقابل رأي الغزالي وبقية الشافعية، نجد مذهبا آخر يمثله المالكية والحنابلة: فقد اشترطوا شروطا بتوافرها تبنى الأحكام على رعاية المصلحة، و إلا فلا، وهي كالآتي:

أ . أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع: بحيث لا تنافي أصلا من أصوله، ولا دليلا من دلائله.[29] فالملاءمة تكون لاتفاق المصالح مع مقصود الشارع المراد تحصيله وذلك بكونها من جنسه أو قريبة منه وليست غريبة عنه، وإن لم يشهد لها دليل خاص بذلك [30].

ب . أن يكون تقدير المصلحة في الأمور ذات المناسبات المعقولة المؤسسة شرعا على رعاية المصالح فلا مدخل فيه للتعبدات وما جرى مجراها من الأمور الشرعية[31]. ويعلل ذلك الشاطبي بقوله:"لأن عامة التعبدات لا

يعقل لها معنى على التفصيل كالوضوء والصلاة، والصيام في زمن مخصوص دون غيره والحج ونحو ذلك[32] ".

وعليه فإذا ثبت بالبحث وإنعام النظر أن المصلحة حقيقية ومعقولة في ذاتها، لا وهمية غير معقولة في ذاتها، جاز بناء الحكم عليها لكونه يجلب نفعا أو يدفع ضررا، فتكون بهذا متفقة في الجملة مع المصالح التي قصدها الشارع، أما إذا كانت المصلحة وهمية فلا يسوغ بناء الحكم عليها. وذلك كمن يتوهم المصلحة في سلب الزوج حق التطليق من زوجته وجعله بيد القاضي وحده في جميع الحالات، فإن هذا التشريع لا توجد فيه مصلحة بل على العكس فيه فساد للأسرة ومضرة، حيث يصير ارتباط الزوج بزوجته على أساس من الإكراه، لا على أساس من الرضا المودة، وكذا مصلحة تحكمها داعية الهوى في تشريعها[33] .

ج. أن يكون حاصل الأخذ بها راجع إلى حفظ أمر ضروري ورفع حرج لازم في الدين:

ومرجعها إلى حفظ الضروري ويكون من باب « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب» فهي إذا من الوسائل لا من المقاصد ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى التشديد كما يقول الشاطبي[34] .

وهذه خلاصة القول: في الشروط التي اشترطها العلماء في الأخذ بالمصلحة، حتى لا يكون إعمالها إعمالا للهوى والتشهي وغير ذلك، لأن حاصل هذه القيود أنها تجعل المصلحة حقيقية لا ظنية.

خامسا: المصلحة ومتطلبات العصر

لا تعني كلمة التطور العصرية عصرنة الشريعة وتطورها، لأن شريعة الله ثابتة غير قابلة للتطور وهذا خصوصا في أمور العبادات و المقدرات الشرعية وفي غير هذا فقد رسمت لنا الشريعة الأصول الكلية و الخطوط العريضة التي نتطور في ظلها، ونتماشى تحت رعايتها بما يحقق لنا المصالح التي جاءت الشريعة لتحقيقها دون مخالفة أو إهمال لنصوصها.

يقول في ذلك الشيخ علي حسب الله: « إن كلمة التطور خدعة دسها أعداء الإسلام في أفكار المسلمين للقضاء على مبادئه، ويؤسفنا أن يتأثر بها

بعض الناس، فنسمع منهم من يقول: " إن شريعة الإسلام متطورة" وما هي بمتطورة ولكنها تضع الحدود الصحيحة للتطور الإنساني السليم [35]».

وعليه فإذا اقتضت منا مقتضيات العصر ومتطلباته الأخذ بالمصلحة التي توافق هذه التطورات، نظرنا أولا إلى شرعية هذه المتطلبات وعدم شرعيتها وحكمنا بما يوافق الشرع وبما يدخل تحت مقاصده العامة وهذا عند عدم وجود نص شرعي أو دليل من الأدلة المتفق عليها، وهذه التطورات في أمور المعاملات العصرية تتصف بصفات ثلاثة:

1 . **الشرعية:** وهي الأمور الموافقة للشرع وحكم فيها أنها شرعت لعلل تقتضيها فهي تدور معها وجودا وعدما، ولا يقال في مثل هذه الحالة أن الحكم قد تغير أو أهمل ، ولكن الحكم الشرعي ثابت والضرورة لها حكمها الاستثنائي، فإذا انتهت الضرورة عاد حكم النص.

2 . **غير الشرعية:** [36] وهي الأمور التي تعارض النصوص بدعوى جلب المصالح فهذه باطلة ولا شأن لتطور العصر وتغير أحواله. ومثل هذا سفور المرأة وتبرجها في الطرقات وكشف عوراتها والمحرمات فيها للناس دون حياء بدعوى التمدن والتحضر وهذه في الحقيقة دعوى جاهلية، فهذه المصلحة المتوهمة في هذا ملغاة و لا مجال للعمل بها لمخالفتها النصوص الشرعية.

3 . **ما اتسمت بغير الشرعية:** لكن بتعديل طفيف وتهذيب لها تخرج من ربقة المفاسد إلى زمرة المصالح . وذلك مثل البنوك الربوية فهذه الفوائد التي تعطيها البنوك محرمة بالإجماع، إذا فلا مناص لنا وحتى تكون هذه المعاملة الضرورية في المجتمع الإسلامي شرعية في الربح والخسارة، بأن تنص في عقودها على أنها مضاربة إسلامية بين أشخاص وهيئة البنك ، فتعمل هيئة البنك على استثمار تلك الأموال في التجارة المشروعة التي تنفع المسلمين وبهذا نهذب هذه المعاملة المحرمة التي عليها معظم البنوك في العالم الإسلامي، ونعود بها إلى الأصل الحلال بعيدة عن الحرام.

سادسا: البواعث الداعية إلى الاستصلاح

ليس من سبيل للتوسع في الاستصلاح إلا إذا توافرت دواعي ذلك، وليس من سبيل لاستنباط الحكم الشرعي في واقعة ما إلا بعد إنعام النظر من طرف المجتهد في ذلك، وهذه العوامل والبواعث التي تكون سندا للمجتهد في أن يأخذ بها بقاعدة الاستصلاح هي كما يلي: [37]

1 . **جلب المصالح:** وهي الأمور التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أقوى أساس. كفرض الضرائب العادلة بمقدار الحاجة لأجل تمويل الخدمات العامة والمشروعات الهامة المفيدة [38].

2 . **درء المفاسد:** وهي الأمور التي تضر بالناس أفراداً أو جماعات سواء كان ضررها ماديا أو ومعنويا.

3 . **سد الذرائع:** وهي سد جميع الأبواب والمنافذ التي يلجأ إليها الإنسان لإيقاع الضرر بغيره أو لإهمال أوامر الشريعة والاحتيال عليها ولو لم يقصد ذلك.

4 . **تغير الزمان:** أي اختلاف أحوال الناس وأخلاقهم وأوضاعهم في حياتهم العامة عما كانت عليه[39].

فهذه مجمل العوامل والبواعث التي تدعو المجتهد إلى أن يجتهد في استنباط الأحكام الشرعية وفق ما تتطلبه رعاية المصلحة العامة.

سابعا: بعض تطبيقات المصلحة المرسلة (الاستصلاح) في هذا العصر

من خلال ما سبق ذكره يمكن عرض بعض النماذج التطبيقية للمصلحة المرسلة في العصر الحديث دون الإخلال بضوابطها أو إهمال شروطها وفق ملاءمتها لمقاصد الشريعة وروح التشريع الإسلامي.

1 . تسجيل عقود الزواج وتوثيقها:

وتوثيق عقود الزواج لا يدخل في أركان الزواج ولا يكون الزواج دونها باطلا أو فاسدا، غير أنه يعتبر مجرد وسيلة لجلب المصالح ودفع المفاسد، وعليه والحالة هذه يدخل في باب المصالح المرسلة. وبفساد الزمان أصبح لهذا التوثيق دور كبير في تحقيق بعض المصالح ودفع بعض المفاسد، وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادتين 22/19 وكذلك نص في المادة 191 على

تسجيل الوصية أمام الموثق وذلك قصد منع النزاعات والخصومات بعد وفاة الموصي أو إنكار الوصية .فالمصلحة تقتضي تثبيت الزواج و إعطائه طابعه الرسمي الذي يكون حجة عند قيام النزاع وبذلك تسمع جميع الدعاوى المترتبة عليه، وكذلك حتى لا يستطيع الزوج إنكار العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته وفي هذا الإنكار مفاسد لا تخفى، فلا تبقى حجة للمرأة حتى تطالب بالنفقة لها ولأولادها، وكذا ثبوت الميراث لها ولأولادها. كذلك في التوثيق حفظ للأنساب وصيانة للأعراض، فتدفع بذلك جميع الادعاءات والشبهات.

2 . فرض الضرائب على الرعية:

وتدخل هذه ضمن الأحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، وذلك كأن تكون الدولة في حاجة ماسة إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأخطار خوفا من العدوان أو نظرا لما تعاينه الدولة من قلة الموارد أو غير ذلك، ففي مثل هذه الحالات للحاكم العادل أن يفرض ضرائب على المقتدرين من رعيته بقدر ما يسدّ حاجة الدولة وبشرط أن تصرف تلك الأموال فيما يحقق مصالح الناس العامة على اختلافها [40].

3 . تنظيم المرور وفق القانون:

وهذه تدخل في أصلي كلي ضروري وهو حفظ حياة الناس وذلك بمنع التصادم بين السائقين، فتخصص جهة معينة للراجلين و جهة معينة لأصحاب السيارات وفق ما جاء به قانون المرور كما تعين فئة معينة ومختصة تقوم بذلك حفاظا على أرواح الناس، وهذا من صميم مقاصد الشرع في حفظ الأرواح، وعليه فاحترام قوانين المرور وتطبيقه هو مراعاة وتطبيق لمقاصد الشريعة في حفظ النفس .

4 . تسجيل عقود الملكية:

إن الأحكام القانونية تقضي بأن هذه العقود العقارية لا تكسب المتعاقد حقوقا عيينة في العقار ما لم تسجل في السجل العقاري وفي هذا محافظة على أموال الناس من الضياع ومنعا من وقوع الخصومات بين الناس وفيه مصالح أخرى عديدة.

5. تخصيص القضاء من حيث الموضوع

بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة خاصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواه كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوى الحقوق المالية إلى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدعاوى الزمنية وكثرة الدعاوى والأنظمة وحاجتها إلى الأخصائيين في العلم والاختصاص في توزيع العمل.

6. جعل القضاء والمحاكم على درجات

بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع نسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جورا أو خطأ [41].

7. قتل مهرب المخدرات وتعزير مروجها:

نظرا لما للمخدرات من آثار سيئة وذلك بسب كثرة انتشارها ولأن المصلحة تقضي إيجاد عقوبة رادعة لمن يقوم بنشرها وإشاعتها سواء عن طريق التهريب أو الترويج، وعليه فإن مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة السعودية في دورته التاسعة والعشرين المنعقدة بمدينة الرياض 1407/06/9 وحتى 1407/06/20 هـ، وبعد دراسة المجلس للموضوع ومناقشته من جميع جوانبه في أكثر من جلسة وبعد التداول في الرأي واستعراض نتائج هذا الوباء الخبيث القتال، وعليه فإن المجلس يقرر بالإجماع على ما يلي:

1 . **بالنسبة لمهرب المخدرات:** فإن عقوبته القتل لما يسببه تهريب المخدرات من إدخال البلاد في فساد عظيم لا يقتصر على المهرب نفسه وأضرار جسيمة وأخطار بليغة تعود على الأمة بمجموعها، ويلحق بالمهرب الشخص الذي يستورد أو يتلقى المخدرات من الخارج ليموّن بها المروجين لها.

2. **أما بالنسبة لمروّج المخدرات:** فإن ما أصدره بشأنه في قراره رقم (85) بتاريخ 1401/11/11 هـ كان في الموضوع ونصه: الثاني: من يروّجها سواء ذلك بطريق التصنيع أو الاستيراد بيعا أو شراء أو إهداء ونحو ذلك من ضروب إشاعتها ونشرها، فإن كان للمرة الأولى فيعزر تعزيرا بليغا

بالحبس أو الجلد أو الغرامة المالية أو بها جميعا حسب ما يقتضيه النظر القضائي وإن تكرر منه ذلك فيعزر بما يقطع شره عن المجتمع ولو كان ذلك بالقتل لأنه بفعله هذا يعتبر من المفسدين في الأرض وممن تأصل الإجرام في نفوسهم.

3 .أنه لابد قبل إيقاع تلك العقوبات من استكمال جميع الإجراءات اللازمة التي تثبت الجريمة .

4 . لابد من إعلان هذه العقوبات عن طريق وسائل الإعلام إعذاراً وإنذار لمن تسوّل له نفسه ارتكاب هذه الجريمة.[42]

8 . جواز تشكيل الأحزاب السياسية [43]

الأحزاب السياسية عبارة عن تكتلات شعبية تخضع لتنظيم معين وتعمل لتطبيق برنامجها المسطر وفق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وهذا في الحقيقة ما هو إلا وسيلة للوصول إلى وسيلة أكبر منها وهي تولي رئاسة الدولة ومهامها وهذه الأخيرة ما هي إلا وسيلة لتحقيق غاية كبرى وهي تطبيق شرع الله في الواقع، ولا يتنافى تعدد الأحزاب مع ما يقرره الإسلام من أحكام ومبادئ، ذلك أن هذه المبادئ الدستورية العامة التي تبناها الإسلام وهي الشورى والحرية والعدالة والمساواة يصعب حمايتها والحفاظ عليها إلا في ظل نظام يحترم التنظيمات السياسية ويسمح لها ممارسة نشاطها في حدود الصالح العام وأحكام الإسلام، والإسلام دين عالمي يرعى حقوق المسلمين وغير المسلمين فإذا كانت أحكامه موجهة أصلا لتنظيم المسلمين أولا إلا أنه لم يترك غير المسلمين دون حماية، بل هناك مبدأ هام يقضي بحسن المعاملة مع الأقليات الدينية والسياسية داخل الدولة الإسلامية.

وعليه فإن الأحزاب السياسية لها أن تقوم بوظائف عدة أهمها عملية الترشيح لمختلف المناصب السياسية والإدارية وغيرها .

9 . غلبة الحرام على أرض المسلمين:

. إذا عم الحرام الأرض وانقلبت أموال العالم بجملتها محرمة لكثرة المعاملات الفاسدة واشتبه الغصوب بغيرها وعسر الوصول إلى الحلال المحض

ففي مثل هذه الحالة يجوز لكل محتاج أن يأخذ مقدار كفايته من كل مال، لأن تحريم التناول يفضي إلى الهلاك وتخصيصه بمقدار سدّ الرمق يكف الناس عن معاملاتهم الدينية والدينوية ويتداعى ذلك إلى فساد الدنيا وخراب العالم فلا يتفرغون وهم على حالتهم مشرفون على الموت إلى صناعتهم وأشغالهم والشرع لا يرضى بمثله قطعا فيأخذ كل محتاج ما يكفيه لسدّ حاجته دون إسراف ولا تقصير[44].

وعموم القول، فإن الشارع الحكيم قد طلب من المكلف تحقيق المصلحة في كل أحكامه الشرعية فشرع له ما فيه النفع ودفع عنه ما فيه الضرر لكي يتحقق له ما خلق من أجله وهو عمارة هذه الأرض وخلافته فيها وإخلاص العبادة لله تعالى، وهذه لا تتحقق في الواقع إلا إذا تحرى الإنسان أوامر الشريعة ونواهيها فإن المصلحة هنا تكون نسبية قد تشوبها بعض المفاسد فما على المجتهد إلا إعمال نظره في الترجيح بين المصالح والمفاسد عموما، وهذا ما رأيناه في هذه الأمثلة التي هي على سبيل التمثيل لا الحصر.

خاتمة:

بعد هذا العرض السريع لموضوع المصلحة في الشريعة الإسلامية، نكون قد شكّلنا صورة. ولو مجملة. عن هذا الموضوع الهام من موضوعات الشريعة التي تبرز بعمق مدى صلاحية الشريعة في كل عصر ومصر.

ومن هنا تبرز أهمية المصالح في الشريعة، لذا ينبغي اعتبارها أصلا تشريعا مستقلا عند عدم الدليل القطعي كونها أصلا كليا يدلّ على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان ويؤكد مرونتها بإعطاء كل حادثة مستجدة حكمها الشرعي بحكم أن النصوص متناهية والحوادث غير متناهية والعلم عند الله تعالى.

لذا فإن المصلحة تعدّ الأساس التشريعي الفعال الذي يجعل الشريعة في مستوى متطلبات العصر، ويجب عن تساؤلاتنا الراهنة، ويحسم الكثير من الإشكاليات التي طرحها التطور والتقدم، والتي ظلت عهودا طويلة دون إجابة شرعية شافية كافية، أما باعتماد المصلحة كأساس شرعي مبدئي تلغى كل تلك الإشكاليات وتكون شريعتنا فعلا كما أراد الله أن تكون.

لكن هذا لا يعني أبدا أن يفتح الباب للقول في دين الله بالهوى والتشهي دون اعتماد نص أو دليل نصي، ثم تجعل الحجة في ذلك المصلحة مع سوء فهم وتقدير.

فلذلك، لا سبيل للتوسع في الأخذ بالمصالح في التشريع إلا لمجتهد بصير بمقاصد الشريعة وأصولها الكلية، وفي الوقت ذاته محيط بالواقع وملابساته الخاصة، وبالتالي يمكنه توظيف المصلحة كدليل شرعي توظيفا سليما يكون منطلقه فيه العوامل التالية:

1 . جلب المصالح التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أقوى أساس.

2 . درء المفاسد المضرة بالناس أفرادا وجماعات، سواء كان ضررها ماديا أم معنويا، وسواء كانت المفسدة واقعة أو متوقعة.

3 . سد الذرائع التي يلجأ إليها الإنسان لإيقاع الضرر بغيره والاحتيال على الشرع والتلاعب بأحكامه.

4 . تغير الزمان واختلاف أحوال الناس وأخلاقهم وأوضاعهم في حياتهم العامة والخاصة.

ويمكن من كل هذا أن نستخلص الضوابط الأساسية التي ينبغي للمجتهد مراعاتها في استنباطه للأحكام الشرعية وهي كما يأتي:

. لا اجتهاد بغير استفراغ الوسع مع امتلاك آليات هذا الاجتهاد.

. لا مجال للاجتهاد مع النصوص.

. الشريعة لا تبيح ما فيه مفسدة راجحة.

. المصالح المعارضة بالنصوص مصالح موهوبة.

. حيث يوجد شرع الله فثم المصلحة وليس العكس.

. المصلحة المرسلة محل اتفاق بين الأئمة الأربعة تحقيقا.

. لا اعتبار للاجتهاد في العبادات والمقدارت الشرعية، واعتباره في ذلك يفتح باب للبدع والأهواء.

الهوامش :

1. ابن منظور: لسان العرب، دار المعارف 2479/4.

2. الطاهر أحمد الزاوي: ترتيب القاموس المحيط، (840/2) ط3، دار الفكر.

3ـ المستصفى: الغزالي، مطبعة بولاق، 139/1ـ 140.

4ـ الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ص 65.

5ـ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، 91/1، بتصرف

6ـ د. محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: مكتبة رحاب، ص 27.

7ـ الرازي: المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر العلواني، جـ2، 219ـ 220.

8ـ مصطفى شلبي: أصول الفقه، دار النهضة العربية، 1981، ص 286.

9ـ الشاطبي: الموافقات في أصول الأحكام، شرح، عبد الله دراز، دار الفكر، 51/49/2.

10ـ الزرقا: المدخل الفقهي العام، 92/1، بتصرف.

11ـ الموافقات (23/2).

12ـ المصدر نفسه (16/2).

13ـ الموافقات 25/2،18،17.

14ـ خلاف: علم أصول الفقه، الزهراء، ص 206.

15ـ الرازي: المحصول في علم الأصول: ج2/ق3/ ص 288.

16ـ الشاطبي: الاعتصام، ضبطه وصححه: الأستاذ أحمد الشافي، دار شريفة، 352/2.

17ـ سورة البقرة الآية: 275.

18ـ سورة البقرة الآية: 278.

19ـ سورة النساء الآية: 11.

20ـ خلاف: مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص 88.

21ـ الزرقا: لاستصلاح والمصالح المرسلة، ص 39.

22ـ الغزالي: المستصفى: (143/1).

23ـ البوطي: ضوابط المصلحة، مؤسسة الرسالة، ص 287، وما بعدها.

24ـ جلال الدين عبد الرحمن: غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول، ط1، 39ـ40.

25ـ البوطي: ضوابط المصلحة: 100ـ111.

26ـ غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول، ص 48.

27ـ الأسنوي: نهاية السول شرح منهج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، عالم الكتب، 1982. 387/4ـ 388.

28ـ د/ شعبان محمد إسماعيل: تهذيب شرح الأسنوي على منهاج الوصول إلى علم الأصول، تأليف 192/3ـ193.

29ـ الاعتصام 364/2.

30ـ أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي (799/2)، دار الفكر.

31ـ الزرقا: الاستصلاح والمصالح المرسلة، ص 93.

32ـ الشاطبي: الاعتصام (346/2).

33ـ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ـ، ص 99ـ100.

34ـ الاعتصام (367/2).

35ـ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، دار المعارف مصر، ص 189.

36 ـ د/جلال الدين عبد الرحمن في كتابه « غاية الوصول إلى دقائق علم الأصول»، ص 118 إلى 12، فما بعدها.

37 ـ الزرقا: المدخل الفقهي العام، الزرقا، 97/1.

38 ـ الشاطبي: الاعتصام 358/2.

39 ـ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 98/1ـ103.

40 ـ الشاطبي: الاعتصام 358/2.

41 ـ الزرقا: المدخل الفقهي العام، 108/1ـ109.

42 ـ انظر مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، نصف سنوية يصدرها مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي العدد السادس السنة الرابعة 1412هـ.

43 ـ مجلة الإسلام اليوم تصدرها المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم الثقافية، العدد 4، تحت عنوان موقف الفكر الإسلامي من الأحزاب السياسية. د/نعمان أحمد الخطيب.

44 ـ أنظر: العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، 188/2.