نظرية المصلحة في الفقة الاسلامي

حسين حسان

[نالت هذه الرسالة شهادة العالمية من درجة أستاذ « الدكتوراه » من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بتقدير امتياز مع مرتبة الشرف الأولى وتبادلها مع الجامعات الأجنبية].

تمهيد

أولا — التعريف بالمصلحة :

١ — المصلحة فى اللغة .

٢ — المصلحة فى الشرع .

ثانياً — تقسيمات المصلحة :

١ - من حيث اعتبار الشارع .

٢ — من حيث قوتها فى ذاتها .

٣ - من حيث العموم والخصوص .

٤ - من حيث الثبات والتغير .

أولا : التعريف بالمصلحة

١ ـــ المصلحة فى اللغة :

الذى يؤخذ من تتبع كتب اللغة أن المصلحة تطلق بإطلاقين[1]:

---

(١) انظر فى معنى المصلحة لغة المعاجم الآتية :

١ ـ جاء فى أقرب الموارد جـ ١ ص ٦٥٦ أن « المصلحة ما يترتب على الفعل ويبعث على الصلاح ، يقال : رأى الإمام المصلحة فى ذلك ، أى هو مما يحمل على الصلاح ، ومنه سمى ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه مصلحة ، والجمع مصالح ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد » .

٢ ـ وجاء فى القاموس المحيط جـ ١ ص ٢٧٧ « الصلاح ضد الفساد ، وأصلحه ضد أفسده والمصلحة واحدة المصالح ، واستصلح نقيض استفسد » .

٣ ـ وجاء فى أساس البلاغة جـ ٢ ص ٢٣ «وأمر الله ونهى لاستصلاح العباد ، ورأى الإمام المصلحة فى ذلك ، ونظر فى مصالح المسلمين ، وهو من أهل المصالح لاالمفاسد » .

٤ ـ وجاء فى تاج العروس شرح القاموس جـ ٢ ص ١٨٣ « الصلاح ضد الفساد ، ورأى الإمام المصلحة فى كذا ، والمصلحة واحدة المصالح أى الصلاح ، ونظر فى مصالح الناس ، وهو من أهل المصالح لا المفاسد ، واستصلح نقيض استفسد » .

٥ ـ وفى مختار الصحاح ص ٧٥ « صلح » الصلاح ضد الفساد ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح ضد الاستفساد » .

٦ ـ وجاء فى المنجد ص ٢٨٦ « صلح ، وصلح صلاحاً ... ضد فسد ، زال عنه الفساد . كان صالحاً ، واستصلح ضد استفسد ، والصالح ضد الفاسد ، والمصلحة ما يبعث على الصلاح ، ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه أو نفع قومه . والجمع المصالح » .

٧ ـ وجاء فى المصباح المنير جـ ١ ص ١٥٧ « صلح بالضم ضد فسد ، وأصلح أتى بالصلاح ، وهو الخير والصواب ، وفى الأمر مصلحة أى خير ، والجمع مصالح » .

٨ ـ وجاء فى تاج اللغة للجوهرى جـ ١ ص ١٨٤ « صلح » الصلاح ضد الفساد ، تقول صلح الشىء يصلح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولا ... والإصلاح نقيض الإفساد ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح نقيض الاستفساد » .

٩ ـ وجاء فى المعجم الوسيط جـ ١ ص ٥٢٢ «المصلحة الصلاح والنفع ، وصلح صلاحاً =

الأول : أن المصلحة كالمنفعة لفظاً ومعنى ، فهى على هذا الإطلاق ، إما مصدر بمعنى الصلاح ، كالمنفعة بمعنى النفع ، وإما اسم للواحدة من المصالح ، كالمنفعة اسم للواحدة من المنافع .

الثانى : تطلق المصلحة على الفعل الذى فيه صلاح بمعنى النفع ، مجازاً مرسلا ، من باب إطلاق اسم المسبب على السبب ، فيقال إن التجارة مصلحة ، وطلب العلم مصلحة ، وذلك لأن التجارة وطلب العلم سبب للمنافع المادية والمعنوية .

والمصلحة بهذا المعنى ضد المفسدة ، فهما نقيضان لايجتمعان ، كما أن النفع نقيض الضرر . والمناسبة بين معنى المصلحة لغة ومعناها شرعاً مناسبة واضحة تظهر عند تعريف المصلحة عند أهل الشرع .

أما المنفعة فقد عرفها البعض بأنها اللذة تحصيلا أو إبقاء . والمراد بالتحصيل جلب اللذة ، والمراد بالإبقاء المحافظة عليها[1].

= وصلوحاً زال عنه الفساد . وصلح الشيء كان نافعاً أو مناسباً ، أصلح فى عمله أو أمره أتى بما هو صالح نافع ، وأصلح الشيء أزال فساده ، واستصلح الشيء تهيأ للصلاح » .

١٠ — وراجع لسان العرب ج ٢ ص ٣٤٨ « والمصلحة الصلاح ، والمصلحة واحدة المصالح » .

١١ — ويقول الطوفى « أما لفظها (أى المصلحة) فهى مفعلة من الصلاح ، وهو كون الشيء على هيئة كاملة بحسب مايراد ذلك الشيء له ، كالقلم يكون على هيئته الصالحة للكتابة به ، والسيف على هيئته الصالحة للضرب به . شرح الطوفى لحديث لا ضرر ولا ضرار ملحق برسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢١٠ .

١٢ — ويقول الدكتور مصطفى زيد « أما علماء الصرف والنحو فقد قرروا أن المصلحة مفعلة من الصلاح بمعنى حسن الحال ، وأن صيغة مفعلة هذه تستعمل لمكان ما كثر فيه الشيء المشتقة منه ، فالمصلحة عندهم إذن شيء فيه صلاح قوى » المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٩ .

(١) انظر المحصول للرازى ١٩٤ مخطوط بدار الكتب .

٢ — المصلحة فى الشرع :

عرض الأصوليون لتعريف المصلحة فى موضعين. أحدهما : عند تعريف المناسب بأنه الوصف الذى يترتب على شرع الحكم عنده مصلحة ، فقالوا إن المراد بالمصلحة هو اللذة أو ما كان وسيلة إليها ، وقد أدخلوا دفع المفسدة فى المصلحة ، فتطرقوا إلى تعريف المفسدة بأنها الألم ، وما كان وسيلة إليه ، ثم قسموا كلا من المصلحة والمفسدة إلى نفسى ، وبدنى ، دنيوى ، وأخروى[1]. وهذا التعريف يتفق مع تعريف أهل اللغة ، فهم لم يقصدوا بالمصلحة معنى مغايراً لمعناها لغة ، فقد سبق أن المصلحة لغة تطلق حقيقة على المنفعة ، ومجازاً على السبب المؤدى إلى النفع .

وأما الموضع الثانى فهو عند الكلام على المصلحة كدليل شرعى . وفى هذا الموضع يجد الباحث تعريفات ثلاثة : أولها للغزالى الشافعى ، والثانى للطوفى الحنبلى ، والثالث للخوارزمى .

أولا — أما الغزالى فقد عرف المصلحة بقوله « أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب

---

(١) راجع شرح العضد على مختصر المنتهى ٢ : ٢٣٩ حيث يقول « والمصلحة اللذة ووسيلتها ، والمفسدة الألم ووسيلته ، وكلاهما نفسى وبدنى ، دنيوى وأخروى » انظر أيضاً قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١ : ١٢ حيث يقول « المصالح ضربان : أحدهما حقيقى ، وهو الأفراح واللذات ، والثانى مجازى ، وهو أسبابها . وربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح ، لا لكونها مفاسد ، بل لكونها مؤدية إلى المصالح ، وذلك كقطع الأيدى المتآكلة حفظاً للأرواح ، وكالمخاطرة بالأرواح فى الجهاد ، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد ، بل لكون المصالح هى المقصودة من شرعها ، كقطع السارق ، ... وقتل الجناة ، ورجم الزناة ، وجلدهم وتغريبهم ، وكذلك التعزيرات ، كلها مفاسد أوجبها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية ، وتسميتها بالمصالح من مجاز تسمية السبب باسم المسبب » ويقول أيضاً ، السابق ١ : ١٠ : « المصالح أربعة أنواع : اللذات وأسبابها ، والأفراح وأسبابها ، والمفاسد أربعة أنواع : الآلام وأسبابها ، والغموم وأسبابها » .

المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم . لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود 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 ، ودفعه مصلحة ، وإذا أطلقنا المعنى المخيل أو المناسب فى باب القياس أردنا به هذا الجنس »[1] .

والذى يؤخذ من تعريف الغزالى أمور ثلاثة :

١ — أن المصلحة فى الأصل — ويعنى به العرف أو اللغة — جلب النفع ودفع الضرر ، وهذا يتفق مع معنى المصلحة لغة ، إذ هى تطلق فى اللغة على جلب المنفعة مجازاً كما تطلق على المنفعة نفسها حقيقة ، ولما كانت المنفعة والمضرة نقيضين ، كان دفع المضرة مصلحة أيضاً .

٢ — أن الغزالى لا يقصد بالمصلحة معناها العرفى ، وإنما يقصد بها جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع ، لا مطلق نفع أو ضرر . ومعنى هذا أن النـــاس قد يعدون الأمر منفعة وهو فى نظر الشارع مفسدة ، وبالعكس ، فليس هناك تلازم بين المصلحة والمفسدة فى عرف الناس ، وفى عرف الشارع ، أو بعبارة أخرى ، فإن المصلحة فى نظره هى المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس ، فإن الأخيرة عند مخالفتها للأولى ليست فى الواقع مصالح ، بل أهواء وشهوات زينتها النفس ، وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح . فقد كان أهل الفترة يرون المصلحة فى وأد البنات ، وحرمان الإناث من الإرث ، وقتل غير القاتل ، وما كانوا يعتقدون أن فى شرب الخمر ولعب الميسر وزواج الأخدان ، ونسبة الولد إلى غير أبيه مفسدة . والقانون الرومانى فى أوج عظمته ، كان

---

(١) المستصفى ١ : ٢٨٦ .

يجيز للدائن أن يسترق مدينه فى الدين ، وإذا كان هناك أكثر من دائن ، ولم يوجد من يرغب فى شراء المدين ، فإن القانون أعطى للدائنين حق اقتسام جثة المدين . وما كان أحد فى روما يرى أن فى هذا الحكم مفسدة حتى جاء الإسلام بمبدئه العادل : « فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم » .

والقانون الإنجليزى ظل قرابة عشرة قرون يرى أن المصلحة فى حرمان الإناث من الميراث ، واستقلال الابن الأكبر بالتركة ، وأن الميراث كحجر إذا ألقى ينزل إلى أسفل ولا يصعد إلى أعلى ، ومن ثم فما كانوا يتصورون أن الأصول يأخذون نصيباً من الميراث[1] . ولا زال القانون الأمريكى يرى المصلحة فى إطلاق حرية الموصى ولو أدى ذلك إلى أن يوصى الشخص بكل ثروته إلى خليلته تاركا ورثته عالة يتكففون الناس. ولقد بدأ رجال الفقه والقضاء وعامة الشعب يحسون الخطورة والمفاسد التى تترتب على ترك هذه الحرية دون قيود[2]. وآخر مثل لعرض الأهواء

---

(١) وأخيراً وبعد أربعة عشر قرناً ، أخذ الإنجليز بمبادىء الشريعة الإسلامية ، فأشركوا الإناث فى الإرث ، وورثوا الابن الأصغر ، وأصول الميت ، وآخر قانون قرر هذا كان فى سنة ١٩٢٥ ، وكان الحال كذلك فى معظم الولايات الأمريكية ثم عدلت عنه ، وهذا يدلنا على عظم الثروة التى بأيدينا ، وأن المصلحة فيما جاء به التشريع الإسلامى ، وإن بدا لبعض ضعاف الإيمان أن المصلحة فى التخلى عنه إلى غيره . راجع فى ذلك بحثاً لنا مقدماً إلى جامعة نيويورك ، معهد القانون المقارن عنوانه : « الوراثة فى الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزى » ، حيث أثبتنا أن القانون الإنجليزى وصل فى آخر تطوره وبعد أربعة عشر قرناً إلى ما بدأ به الإسلام . مجلة القانون والاقتصاد العدد ٢ س ٣٦ .

(٢) انظر رسالة تقدمت بها إلى جامعة نيويورك، معهد القانون المقارن عنوانها : « القيود على حرية الإيصاء فى الفقه الإسلامى والقانونين الأمريكى والإنجليزى » . وقد كانت هذه الرسالة بمثابة اقتراحات مقدمة لرجال القانون لتكون موضع اعتبار عند النظر فى تعديل قانون الوصية فى أمريكا ، وذلك على أساس أن الاتجاه هناك إلى فرض قيود على هذه الحرية لمصلحة الورثة وحفظاً على الآداب العامة ، والشريعة الإسلامية قيدت حرية الموصى بما فيه مصلحة الورثة . واشترطت أن لا يكون الباعث على عمل الوصية غير مشروع ، ولا مخالفاً للآداب . مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ س ٣٦ .

والشهوات فى ثوب المصالح القانون الذى أقره مجلس العموم واللوردات الإنجليزى ، وهو يجعل اللواط عملا مشروعاً لا ضرر فيه على الفرد ولا على الجماعة(١).

من أجل هذا حرص الغزالى رحمه الله على التفرقة بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع ، وقرر أن المحافظة على الثانية ، وإن خالفت الأولى ، هى المصلحة الشرعية .

٣ — قرر الغزالى أن المصلحة بهذا التعريف ترادف المعنى المناسب أو المخيل فى باب القياس ، فقال: « وإذا أطلقنا المعنى المناسب أو المخيل فى باب القياس أردنا به هذا الجنس » ومعنى هذا أن رجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية فى الجملة شرط أساسى فى اعتبارها مصلحة ، أو فى اعتبار الوصف الذى يرتب الحكم عليه وصفاً مناسباً ، وبعد ذلك يبقى النظر فى اعتبار الشارع وعدم اعتباره ، ونوع هذا الاعتبار للمصلحة أو الوصف المناسب ، إذ مجرد حكم العقل برجوع المصلحة إلى المقاصد الشرعية فى الجملة ليس ضابطاً كافياً فى التعرف على المصالح الشرعية . فقد يلغى الشرع هذا الوصف أو المصلحة بنص خاص ، وإذا لم تكن ملغاة فقد يعتبر الشارع نوع المصلحة فيكون إثبات الحكم بها من باب القياس الذى هو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع ، وقد يكون اعتبار الشارع لجنس هذه المصلحة ، فتدخل تحت باب الاستدلال المرسل ، وقد يسكت الشرع عن المصلحة ، فلا يناقضها نص ، ولا يشهد لجنسها شرع ، فتكون مصلحة غريبة ، لا يجوز التشريع بناء عليها ، لأنها عندئذ ترادف الهوى والتشهى . وهكذا نجد الغزالى رحمه الله

---

(١) راجع الأهرام السنة ٩٢ العدد ٢٨٩١٨ فى ١٢ فبراير ١٩٦٦ ، فقد جاء فيه مايلى: « وافق مجلس العموم البريطانى أمس على قانون باعتبار الشذوذ الجنسى عملا مشروعاً بين البالغين ، وقد تمت الموافقة بأغلبية ١٦٤ صوتاً ضد ١٠٧ أصوات ، وقد استقبل الجالسون فى شرفة الزوار الموافقة بالتصفيق » .

شديد الحذر فى فتح باب المصالح ، فهو يشترط المناسبة العامة ، ويعنى بها دخول المصلحة تحت المقاصد الشرعية ، ثم يشترط شروطاً أخرى زيادة على هذا الشرط فى المصلحة التى يجور الحكم بمجردها ، كما سنرى فيما بعد .

ثانياً — أما الطوفى فقد عرف المصلحة فقال « وأما حدها بحسب العرف: فهى السبب المؤدى إلى الصلاح والنفع ، كالتجارة المؤدية إلى الربح ، وبحسب الشرع هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة ، ثم هى تنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات ، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين ، وانتظام أحوالهم كالعادات[1].

والذى يؤخذ من تعريف الطوفى للمصلحة ما يأتى :

١ — أن المصلحة عند أهل العرف تطلق على كل سبب يؤدى إلى النفع ، وهذا هو المعنى اللغوى للمصلحة كما سبق ، وهو الإطلاق المجازى للمصلحة . وقد رأينا الغزالى يعرف المصلحة فى الأصل بهذا التعريف . والفرق أن الغزالى عبر بجلب النفع ، والطوفى بالسبب المؤدى إلى النفع ، إلا أن الجلب للنفع سبب أيضاً فتوافق التعريفان عرفاً .

٢ — أن الطوفى يفرق بين مقاصد الخلق ومقاصد الشارع كما فعل الغزالى تماماً . فهو يقول إن المصلحة هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع ، أى إلى نفع مقصود للشارع . وليس إلى مطلق نفع فى عرف الناس ، فالقصاص مصلحة فى نظر الطوفى لأنه سبب إلى حقن الدماء وهو نفع مقصود للشارع ، ورجم الزانى مصلحة لأنه سبب لحفظ النسل وهو نفع مقصود للشارع . ولقد سبق أن رأينا الغزالى يصرح بأن كل ما تضمن حفظ أحد الأصول الخمسة فهو مصلحة ، فيكون القصاص مصلحة لأنه يتضمن حفظ النفس ، وهو أحد الأصول أو المقاصد الخمسة .

---

(١) رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ٢١١ .

٣ — هناك فرق فى غاية الأهمية بين الغزالى والطوفى فيما يتعلق بالمصلحة كدليل شرعى ، وقد أغفل هذا الفرق كثير ممن كتبوا فى المصلحة فوقعوا فى كثير من الأخطاء فى حكاية مذهب الطوفى فى المصلحة والمقارنة بينه وبين غيره من القائلين بهذا الأصل . فلقد سبق أن رأينا أن الغزالى يذكر هذا التعريف على أنه تعريف للمصلحة بمعنى المناسب أو المخيل ، وليس بمعنى الدليل الشرعى ، إذ أنه قسم المصلحة بعد ذلك أقساماً . واشترط فيها شروطاً حتى تصلح دليلا على الأحكام . فقال إن المصلحة بهذا المعنى تنقسم بحسب اعتبار الشارع إلى الملغاة ، والمعتبرة ، والمرسلة ، وهذه الأخيرة قسمان ، ملائمة ، وغريبة ، أما المصلحة الملغاة والغريبة فليست بحجة عنده قطعاً ، وأما المعتبرة فهى داخلة فى باب القياس الذى يشهد له الأصل المعين ، وأما الملائمة فهى التى يأخذ بها دون شهادة الأصل المعين لنوعها ، ما دامت النصوص قد شهدت لها بالملاءمة لجنس تصرفات الشرع بل إنه لم يأخذ بكل مصلحة ملائمة ، فقد أخذ بالمصالح الضرورية وما جرى مجرى الضرورى ، ووافقه المالكية على ذلك كله إلا أنهم أطلقوا القول بالمصالح الملائمة فى الضرورات والحاجات .

أما الطوفى فإنه يعرف المصلحة التى يحتج بها كدليل شرعى بهذا التعريف ، ولا يقسمها بعد ذلك بحسب اعتبار الشارع ، ولا بحسب قوتها فى ذاتها ، ولا بحسب الملاءمة وغيرها ، ولا يشترط فى المصلحة أى شرط زائد على رجوعها إلى المقاصد الشرعية العامة ، بل إنه يحكم على كل هذه التقسيمات بالتكلف والتعسف ، ويرى أن الطريق إلى معرفة المصالح والمفاسد أيسر من هذا التعقيد[1]. وبذلك يكون الضابط للمصلحة كدليل شرعى

---

(١) يقول الطوفى : « اعلم أن هؤلاء الذين قسموا المصلحة إلى معتبرة وملغاة ومرسلة ، ضرورية ، وغير ضرورية تعسفوا وتكلفوا . إذ الطريق إلى معرفة حكم المصالح أعم من هذا وأقرب ، وذلك بأن نقول : قد ثبت مراعاة الشارع للمصلحة والمفسدة إجماعاً ، وحينئذ نقول: =

عند الطوفى هو رجوعها إلى المقاصد الشرعية ، فى حين أن المالكية وغيرهم يشترطون فى المصلحة شروطاً فوق ذلك ، كما سنرى ذلك مفصلا فيما بعد : والنقطة الهامة التى يجب التنبيه عليها فى هذا المقام هو أن الطوفى يعرف المصلحة كدليل شرعى ، فى حين أن الغزالى يعرف مطلق المصلحة الشرعية ، ثم يشترط فيها شروطاً بعد ذلك حتى يجوز الاعتماد عليها بمفردها كدليل شرعى على حكم الوقائع غير المنصوص عليها .

ثالثاً — وأما الخوارزمى فقد عرف المصلحة فقال : « والمراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق »[1].

وهذا التعريف لا يختلف عن التعريفين السابقين إلا فى حصر مقاصد الشرع فى دفع المفاسد عن الخلق ، فى حين أن الغزالى والطوفى أطلقا المقاصد الشرعية ، ولم يقيدا ذلك بدفع المفاسد فقط ، بل إن الغزالى قد صرح بأن مقصود الشارع جلب المصالح ودفع المفاسد فقال: « كل ما تضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت أحد هذه الأصول

= الفعل إن تضمن مصلحة مجردة حصلناها ، وإن تضمن مفسدة مجردة نفيناها وإن تضمن مصلحة من وجه ، ومفسدة من وجه ، فإن استوى فى نظرنا تحصيل المصلحة ودفع المفسدة توقفنا على المرجح أو خيرنا بينهما ، كما قيل فيمن لم يجد من السترة إلا ما يكفى أحد فرجيه فقط . . . وإن لم يستو ذلك ، بل ترجح إما تحصيل المصلحة وإما دفع المفسدة ، فعلناه ، لأن العمل بالراجح متعين شرعاً . وعلى هذه القاعدة يتخرج كل ما ذكروه فى تفصيلهم للمصلحة . أما المعتبرة شرعاً كالقياس ، فمصلحته ظاهرة ، مجردة أو راجحة ، وأما الملغاة كمنع زراعة العنب ، والشركة فى سكنى الدار ، فلأن المصلحة والمفسدة تعارضتا فيها ، لكن مصلحتها ضعيفة ، ومفسدتها عظيمة ، فكان نفيها أرجح ، لما يلزم من منع النفع المحقق من زراعة العنب ، والارتفاق المحقق بالشركة فى السكنى ، لأجل مفسدة موهومة . وهى اعتصار الخمر ، وحصول الزنا ، ولو سلم أن المفسدة مظنونة لكنها غير قاطعة ، والمصلحة التى تقابلها قاطعة ، فكان تحصيلها بالتزام المفسدة المظنونة أولى من العكس » ج ١ ص ٤١٦ من نزهة الخاطر العاطر ، للشيخ ابن بدران الدمشقى . نقله صاحب رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص ١٣٨ .

(١) نقله عنه الشوكانى فى إرشاد الفحول ص ٢٤٢ .

فهو مفسدة ، ودفعه مصلحة . ولكن إذا عرفنا أن المصلحة والمفسدة نقيضان ، سهل الخطب ، ذلك أن دفع المفاسد عن الخلق يستلزم جلب المصالح لهم ، وبذلك يكون الخوارزمى متفقاً مع الغزالى والطوفى فى تعريف المصلحة .

هذه تعريفات المصلحة عند كتاب الأصول القدماء . أما الكتاب المحدثون فبعضهم يكتفى بأن يؤكد أن المصلحة من الظهور والوضوح بحيث لا تحتاج إلى تعريف[١]. والبعض الآخر يسرد تعريفات الغزالى والطوفى وابن عبد السلام والخوارزمى للمصلحة ، وبعض هذه التعريفات تعريفات لها فى اللغة ، والأخرى فى الشرع ، ثم يقول إن المصلحة تطلق باطلاقين فى اصطلاح الأصوليين ، ثم يذكر المعنى اللغوى لها الحقيقى والمجازى ، مع أنه قد سبق لنا أن عرفنا أن الغزالى ، والطوفى ، والخوارزمى جعلوا للمصلحة معنى فى الشرع يخالف معناها اللغوى أعنى النفع ووسيلته[٢].

وأخيراً ، فإن صاحب رسالة ضوابط المصلحة عرف المصلحة التى جعل موضوع رسالته وضع الضوابط لها بما عرفها به الطوفى فقال: « المصلحة فيما اصطلح عليه علماء الشريعة يمكن أن تعرف بما يلى : هى المنفعة التى قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ، ونسلهم ،

---

(١) انظر رسالة المصلحة فى التشريع الإسلامى ص١٩ حيث يقول المؤلف بعد تأكيد أن المصلحة فى غاية الوضوح : « لن أحاول إذن أن أحد المصلحة بالجنس والفصل لأقول هذه هى المصلحة » .

(٢) انظر رسالة تعليل الأحكام فقد قال المؤلف بعد سرد تعريفات الغزالى والطوفى ، والخوارزمى ، وابن عبد السلام: « فهذه العبارات وغيرها ، تفيد أن المصلحة فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين تطلق باطلاقين: الأول مجازى ، وهو السبب الموصل للنفع ، والثانى حقيقى ، وهو نفس المسبب الذى يترتب على الفعل من خير ومنفعة ، ويعبر عنه باللذة أو النفع أو الخير أو الحسنة » ص ٢٧٩ .

وأموالهم ، طبق ترتيب معين فيما بينها . والمنفعة هى اللذة ، أوما كان وسيلة إليها ، ودفع الألم أو ما كان وسيلة إليه»[١] . فالمصلحة فى نظره تصلح حجة فى التشريع إذا توافر بالنسبة لها المناسبة العامة ، أى الدخول تحت المقاصد الشرعية الكلية ، ولم يشترط فيها الملاءمة لجنس تصرفات الشارع ، مكتفياً بالضوابط العامة التى وضعها للمصلحة . وقد حصر هذه الضوابط فى عدم مخالفة هذه المصلحة لنص فى الكتاب أو السنة ، وأن تكون داخلة تحت المقاصد الشرعية العامة ، وهذا الضابط تحقيق لتعريف المصلحة الذى ذكره ، أو شرح وبيان له . وأخيراً فقد شرط عدم مخالفة هذه المصلحة للقياس أو لمصلحة أهم منها ، ولا شك أن عدم مخالفة المصلحة للنص ، يخرج المصالح الملغاة ، ودخول المصلحة تحت المقاصد العامة هو كما قلنا شرح لتعريف المصلحة بالمعنى العام المرادف للمعنى المناسب أو المخيل ، كما ذكر الغزالى والطوفى . وأما عدم مخالفة المصلحة للقياس أومصلحة أرجح منها ، فهو يدخل تحت الجمع بين المصالح المتعارضة ، ويبقى أن صاحب رسالة الضوابط لم يشترط فى المصلحة الملاءمة لجنس تصرفات الشارع ملاءمة أخص من مطلق المناسبة العامة ، ونعنى بذلك دخول المصلحة تحت جنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير نص معين ، أو رجوع المصلحة إلى أصل شرعى مأخوذ بالاستقراء المفيد للقطع من نصوص الشريعة كما عبر عنه الشاطبى المالكى وقال إن هذا هو المعنى بالمصالح التى يحتج بها المالكية .

والفرق بين صاحب رسالة ضوابط المصلحة والطوفى ليس فى تعريف المصلحة التى تصلح دليلا فى الأحكام ، فكل منهما يرى أن المصلحة هى النفع الذى يقصده الشارع الحكيم لعباده ، أى دخول المصلحة الجزئية فى الواقعة المعروضة تحت المقاصد العامة للشارع ، أى المقاصد الخمسة الكلية ، وإنما

---

(١) راجع : ضوابط المصلحة ص ٢ .

الفرق فى أن الطوفى يرى أن هذه المصلحة تقدم على النص والإجماع بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما ، والتعطيل لهما ، وصاحب رسالة ضوابط المصلحة لا يرى أن المصلحة المرسلة بهذا المعنى حجة إذا عارضت نصاً من كتاب أو سنة أو قياساً يعتمد على الأصل المعين .

أما نحن فإننا نخالف الاثنين معاً ، ذلك أن المصلحة التى تصلح دليلا فى نظرنا هى المصلحة الملائمة لجنس اعتبره الشارع فى الجملة بغير دليل معين ، وليست هى المصلحة الغريبة التى سكتت عنها الشواهد الشرعية . ولما كانت هذه المصلحة راجعة إلى نصوص شرعية تشهد لجنسها ، فإنها تدخل تحت القياس بمعناه الواسع أو هى نوع منه يطلق عليه قياس المصالح أو المعانى ، كما عبر عنه الغزالى وإمام الحرمين فإنها وإن لم تصلح دليلا فى مقابلة النص الخاص الذى يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، فإنها تصلح بياناً وتفسيراً للعمومات والظواهر ، والمفسر فى الحقيقة هو مجموع النصوص الشرعية الشاهدة لجنس المصلحة بالاعتبار ، أما المصلحة الغريبة فى نظرنا فهى لا تصلح دليلا شرعياً ، فضلا عن معارضتها للنص أو الظاهر .

ثانياً : تقسيمات المصلحة

قسم الأصوليون المصلحة تقسيمات عدة ، ورتبوا على هذه التقسيمات بعض النتائج الهامة ، ونحن نعرض لكل تقسيم من هذه التقسيمات ، ثم نبين على وجه الإجمال أهمية التقسيم والنتائج التي رتبها كتاب الأصول عليه.

التقسيم الأول : أقسام المصلحة من حيث اعتبار الشارع .

هذا هو أهم تقسيمات المصلحة الشرعية ، ولقد سلك كتاب الأصول فى هذا التقسيم طرقاً عديدة ، وسوف أعرض كل طريقة من هذه الطرق مع بيان أوجه الخلاف بينها ، والنتائج المترتبة على هذا الخلاف .

الطريقة الاولى :

يقسم أصحاب هذه الطريقة المصلحة من حيث شهادة الشرع لها بالاعتبار أقساماً ثلاثة :

الأول : مصلحة شهد الشرع لاعتبارها . ويفسرون هذه الشهادة ، بوجود الأصل الذى يشهد لنوع المصلحة أو لجنسها ، فتضمين السارق قيمة المسروق وإن أقيم عليه الحد زجراً له عن العدوان ، مصلحة معتبرة ، لأن الشارع قد شهد لنوعها ، وذلك بحكمه بالضمان على الغاصب لتعديه . وإعطاء الشارب حكم القاذف إقامة لمظنة القذف وهو الشرب مقام القذف ، مصلحة شهد الشرع لاعتبارها ، وذلك لوجود الأصل الذى يشهد لجنس هذه المصلحة ، ذلك الأصل هو إقامة الخلوة مقام الزنا فى الحرمة ، وهذا يتضمن مطلق إقامة المظنة مقام المظنون .

وهذه المصلحة تدخل عند هذا الفريق فى باب القياس ، أو هى القياس

نفسه ، وذلك لأن الشرط عندهم فى القياس أن يوجد الأصل الذى يعتبر الشارع فيه عين المصلحة أو جنسها .

الثانى : مصلحة شهد الشرع لبطلانها . ويفسرون شهادة الشرع للمصلحة بالبطلان بوجود نص يدل على حكم فى الواقعة يناقض الحكم الذى تمليه المصلحة . ومثلوا لذلك بفتوى أحد الفقهاء لملك جامع فى رمضان بالصوم بدلا من العتق مع أنه وجد للرقبة ، وذلك للمصلحة . ووجه المصلحة أن الملك لا ينزجر عن انتهاك حرمة الصوم بعتق الرقبة ، لأنه واجد للرقبة ، وإنما يزجره الصوم ، والكفارة شرعت للزجر . وأما أن هذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، فذلك لوجود النص الذى يجعل الكفارة لمن واقع فى رمضان هى عتق الرقبة لواجدها . وبذلك تكون المصلحة قد أوجبت فى هذه الواقعة حكما يناقض الحكم الذى يدل عليه النص

ويمكن التمثيل لذلك بالقول بأن البنت تساوى الابن فى الميراث ، بدعوى أن المصلحة تقضى بذلك ، لتساويهما فى درجة القرابة من المورث ، ولأن البنت أصبحت تشارك زوجها فى أعباء الحياة ، فساوت الابن من هذه الجهة . وهذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، وذلك لوجود النص على أن للذكر مثل حظ الأنثيين .

وكذلك القول بإعطاء الزوجة حق إنهاء الزواج مساواة لها بالزوج ، وذلك بحجة أن الزوجة طرف فى العقد ، وحقوق العقد تعود على عاقديه دون تفرقة فهذه مصلحة شهد الشرع لبطلانها ، وذلك لوجود النص الذى يقضى بأن الطلاق لمن أخذ بالساق .

ولكن ما المراد بالنص الذى يعتبر وجوده فى مقابلة المصلحة شهادة من الشرع لها بالبطلان ؟ أهو النص الخاص الذى يدل على حكم الواقعة بخصوصه ، أم ذلك يشمل العمومات والظواهر ؟ وبعبارة أخرى ، هل

المقصود بالنص معناه الفنى الضيق وهو مالا يحتمل التأويل ، وهو ما يقابل الظاهر الذى يحتمل التأويل فيدخله التخصيص ، والتقييد ، والبيان ؟ ، أم المقصود به ما هو أعم من ذلك ، بحيث يدخل تحته النص والظاهر ؟ ويكون المراد به الخبر كتاباً كان أو سنة ، فتكون المصلحة باطلة فى مقابلة العمومات والظواهر التى تحتمل التأويل والتخصيص والبيان ؟

وسنرى أن الإجابة على هذا السؤال تشكل أهم جانب فى نظرية المصلحة وهو ما نبحثه عند الكلام على علاقة المصلحة بالنصوص فى أثناء عرض كل مذهب من المذاهب المختلفة فى المصلحة .

الثالث : مصلحة لم يشهد الشرع لا لبطلانها ، ولا لاعتبارها ، ومعنى ذلك أنه ليس هناك نص يشهد بالاعتبار لنوع هذه المصلحة ولا لجنسها ، كما أنه لا يوجد نص يشهد لها بالبطلان . وليس من اليسير التمثيل لهذا النوع من المصالح بأمثلة واقعة ، ذلك أن كل المصالح التى قال بها الأئمة مصالح مشهود لجنسها بالاعتبار ، بل إن الغزالى أنكر وجود هذا النوع من المصالح ، على أساس أنه لا يتصور أن توجد واقعة مسكوت عنها فى الشرع لأن هذا يتضمن أن الله قد ترك الناس سدى ، وأن الدين لم يكمل ، والنعمة لم تتم ، وهذا خلاف ما أخبر به الشارع سبحانه وتعالى .

على أن الشاطبى قد مثل له بمثال فرضى ، هو القول بحرمان القاتل من الميراث معاملة له بنقيض المقصود ، إذا فرض أنه لم يوجد نص شرعى يقضى بهذا المنع . على أن هذا المثال أيضاً ليس مثالا لمصلحة مسكوت عنها ، فإن المعاملة بنقيض المقصود أصل شرعى شهدت له النصوص فى الجملة ، فالتفريع عليه عمل بمصلحة تلائم جنس تصرفات الشارع ، كما سنرى ذلك فيما بعد .

وقد أخطأ من نسبوا إلى بعض الأئمة القول بهذا النوع من المصالح ، فسوف نرى أن أحداً من هؤلاء الأئمة لم يقل بهذا النوع من المصلحة قط ،

وإنما أخذوا بالمصالح التى التفت الشارع إلى جنسها ، وراعاها فى التفريع ، وتشريع الأحكام .

وهذه الطريقة قد سار عليها جمهور الأصوليين ، وقد خالف فيها الغزالى وبعض الأحناف ، كما سنرى فى شرح الطريقة الثانية . وقد تبين لك من هذه الطريقة أن المصلحة المرسلة عند هذا الفريق هى القسم الثالث . الذى لم يشهد الشرع له بالاعتبار ولا بالبطلان ، وقد نسبوا القول بها إلى بعض الأئمة وقد قلنا إن هذه نسبة خاطئة لاتتفق مع ما نقل عن الأئمة أنفسهم ، وما روى عنهم أتباعهم من الفتاوى التى كان سند القول فيها هو المصلحة المرسلة .

الطريقة الثانية :

صاحب هذه الطريقة هو الغزالى رضى الله عنه . فقد قسم المصلحة أقساماً أربعة :

الأول : مصلحة اعتبر الشارع نوعها ، وهى راجعة عنده إلى باب القياس الذى هو اقتباس للحكم من معقول النص والإجماع . وهو يعنى بالقياس تعدية حكم بعينه من محل النص إلى غير محل النص بعلة هو الموجبة فى محل النص .

الثانى : مصلحة اعتبر الشارع جنسها ، ويسميها كثيراً مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشرع . وقد مثل لها بفتوى الصحابة بإعطاء الشارب عقوبة القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف ، وقد أقام الشارع مظنة الشىء مقام نفس الشىء فى أحكام كثيرة . وقد ذكر لهذا النوع من المصالح أمثلة كثيرة ، سوف نذكرها عند الحديث على نظرية المصلحة عنده .

الثالث : مصلحة تناقض نصاً شرعياً . ويطلق عليها أحياناً المصلحة