



كلية الحقوق

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

فى إطار القانون العام

دراسة مقارنة

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث

محمد عبد النبى حسنين محمود

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / أحمد يوسف سليمان

أستاذ ورئيس قسم الشريعة

كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة رئيساً

الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ

أستاذ ورئيس قسم القانون العام سابقاً

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس عضواً

الأستاذ الدكتور / محمود أبو السعود حبيب

أستاذ القانون العام المساعد ورئيس القسم

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ... مشرفاً وعضواً

الأستاذ الدكتور / سعيد أبو الفتوح البسيونى

أستاذ الشريعة المساعد بقسم الشريعة

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ... مشرفاً وعضواً

١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م



كلية الحقوق

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

فى إطار القانون العام

دراسة مقارنة

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث

محمد عبد النبى حسنين محمود

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / أحمد يوسف سليمان

أستاذ ورئيس قسم الشريعة

كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة رئيساً

الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ

أستاذ ورئيس قسم القانون العام سابقاً

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس عضواً

الأستاذ الدكتور / محمود أبو السعود حبيب

أستاذ القانون العام المساعد ورئيس القسم

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ... مشرفاً وعضواً

الأستاذ الدكتور / سعيد أبو الفتوح البسيونى

أستاذ الشريعة المساعد بقسم الشريعة

كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ... مشرفاً وعضواً

١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م

اهداء

إلى روح والدي تَعَمَّده الله في الصالحين ، وإلى روح
شيخى وإمامى الذى كَفَّلَنى بعطفه وعظيم توجيهه الأستاذ
الدكتور / فؤاد على مخيمر ، إمام أهل السنة ورئيس الجمعية الشرعية
الراحل جعله الله فى أعلى عليين ، وإلى روح أخى
ورفيق عمرى / ياسر محمود سلامة ، إلى كل من له فضل
على ، إلى مشرفي الكرمين : الأستاذ الدكتور / محمود
أبو السعود حبيب ، والأستاذ الدكتور / سعيد أبو الفتوح البسيونى ، إلى
الجمعية الشرعية وإمامها الأستاذ الدكتور / محمد المختار المهدى ،
وإلى إخوانى فى ركب دعوتها ، إلى حبات العقد الفريد
الذين أذكركم عند الغروب وكلِّى يقينٌ أن فجر دعوتهم
سيعود ، إلى أستاذى الدكتور / عبد الرحمن سلامة ، إلى
أخى الدكتور / خالد فهمى ، إلى والدتى الحنون ،
إلى من وقفت بجوارى ، وسهرت معى الليالى
زوجتى أم أسامة وأبرار وعبد الرحمن . إلى كل من قدَّم
إلى يد العون من المسلمين ، أهدى هذا العمل المتواضع
راجياً من الله تعالى أن يجزى الجميع عنى خيراً ،
وأن يقبله منى وينفع به المسلمين .” .

آمين



ملخص

رسالة دكتوراه

**نظرية الموازنة بين المنافع والمضار
في إطار القانون العام**

**دراسة مقارنة
في النظام الإسلامي والنظم الوضعية**

مقدمة من

محمد عبد النبي حسنين محمود

إشراف

الأستاذ الدكتور / سعيد أبو الفتوح البيهوتي

الأستاذ الدكتور / محمود أبو السعود حبيب

أستاذ الشريعة المساعد - قسم الشريعة

أستاذ القانون العام المساعد

كلية الحقوق - عين شمس

رئيس قسم القانون العام

كلية الحقوق - عين شمس

تمت دراسة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام في مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة.

أما المقدمة: فقد اشتملت على بيان ما للموضوع من أهمية وأسباب اختياره ومنهج البحث فيه وخطة البحث.

الباب الأول: تحدث فيه عن ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتطورها التاريخي في النظام الإسلامي والنظم الوضعية مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، وقسمته إلى فصلين:

الفصل الأول: ذكرت فيه ماهية الموازنة لغة واصطلاحاً في النظام الإسلامي والنظم الوضعية،
الفصل الثاني: نظرية الموازنة وتطورها التاريخي في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

وباب الثاني: ذكرت فيه المنهج التأسيلي لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار وقسمته إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

الفصل الثاني: مبررات النظرية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

الفصل الثالث: معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

أما الباب الثالث: فقد ذكرت فيه ضوابط ومقومات ومجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مع بيان أهميتها ومدى تقدير الفقهاء لها ومستقبل العمل بها، وقسمته إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: ويشمل ضوابط ومقومات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

الفصل الثاني: ويشتمل على مجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

الفصل الثالث : ويشتمل على أهمية وتقدير ومستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

ثم الخاتمة : والتي اشتملت على أهم النتائج والتوصيات :

توضح الرسالة أن رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على الأثر المترتب على قرار الإدارة بنزع الملكية تعد ضماناً لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وكذلك سياج حماية من غلو الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية. وهذه النظرية هي من ابتكار القضاء الإداري الفرنسي الذي استطاع بها أن يقوم بواجب الحماية للأفراد، وقد استقى القضاء الإداري هذا المبدأ التوازني بين المنفعة والمضرة من مبادئ القانون وعلايته؛ إذ إن غاية الشرائع القيام على مراعاة مصالح الشعوب بجلب المنفعة لهم وتكثيرها، ودفع المضار وتقليلها، وخصوصاً إذا وجد التعارض بين المنفعة العامة التي تعمل الإدارة على تحقيقها، والمضرة التي يصاب الأفراد من جراء تحقيق تنفيذ الإدارة لقراراتها المتعلقة بالمنفعة العامة.

والنظام الإسلامي لم يكن يبعد عن هذه النظرية بل كان له فضل سبق في الأخذ بها منذ أن نزل الوحي بأول آية في الخمر في مكة وتحريمها في المدينة، ومنه النهي (صلى الله عليه وسلم) مليئة بالمواقف التي تظهر وجه الموازنة بين المنفعة والمضرة، ولم يقتصر تطبيقها على مجالات محصورة في نزع الملكية ومتعلقة في التخطيط العمراني والاقتصاد والصحة العامة، بل شمل تطبيقها كل شئون الحياة، والذي ساعد على ظهور فقه الموازنات ميكراً في النظام الإسلامي وجود النصوص القرآنية الغناء التي تشير من قريب أو من بعيد لفقه الموازنة من تأصيل شرعي وتطبيق عملي وكان الهدف من وراء هذا كله رعاية مصالح الناس في المعاش والمعاد وفق المنهج الرباني.

فأما النتائج التي توصلت إليها الدراسة فهي كالآتي :

- ١- أكدت الدراسة أن بمقتور الفقه الإسلامي أن يكتسب قطاراً محدداً لطرح نظريات منسجمة مع مختلف أبعاد الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وذلك من خلال شأيا الأحكام المتفرقة فيه، كما أثبتت النظرية في القانون الوضعي أن للفقه القانوني لا يمتنع شيء في ظل القرار من التبعية الفلسفية من النظم الوضعية.
- ٢- أن التزجيج بين المنافع والمضار في تعارضهما لا يكون بمجرد الخفاء والظهور بل بقوة الأكثر من عظم المنفعة وقلة المضرة والعكس.

٣- أن الاعتداد بالقرارات الإدارية والحكم عليها منوط بالنظر إلى مقدار المنفعة التي يحققها، ومقدار المضرة التي تترأها.

٤- أصبحت المقاصد العامة للتشريع هي المرجع الأساسي عند فقدان النص في المسائل والوقائع المتجددة، وعلى القاضي أن يعتمد عليها في استنباط أحكامه مبرطة اتفاق حكمه مع روح التشريع وأهدافه العامة، وأحكامه الأساسية.

٥- أن لتطبيق نظرية الموازنة ثمرات منها مرونة الفقه الإسلامي وخصوصيته وصلاحيته للتطبيق، ومنها كون الموازنة منهجاً لإيجاد حكم في النوازل التي لا نص فيها ولا اجتهاد.

٦- وفي القضاء الإداري تعد النظرية نوعاً رقابياً جديداً على أعمال الإدارة أثبتت نجاحها ولديها من الشمول ما يستوعب كل القرارات الإدارية ليست المتعلقة بنزع الملكية وحدها بل كل المجالات حتى المجال التأديبي.

أهم التوصيات:

١- يوصى البحث بالعمل على أن يكون الفقه المقاصدي مطلباً دراسياً إجبارياً على جميع الدارسين دراسة شرعية أو قانونية في الجامعات والكليات الشرعية.

٢- توسيع البحث وتكثيفه في مجال أصول المقاصد العامة، والنظر إلى ما تحققه الأحكام العسيرة من منافع عامة ومناقص خاصة مشروعة، وما تدفعه من مضار على المجتمع والأفراد على السواء، في النظام الإسلامي والنظم الوضعية.

٣- العمل على ضبط منولات المصطلحات في الفقه القانوني وضمانتها عما يزلحها من المعاني مع تحديد المقصود الشرعي منها ومحاولة فهم المراد من نصوص القاعدة القانونية وتفسيرها تفسيراً يلحق بتطبيقها على الوقائع التي سبقت لأجلها.

٤- التركيز على وجه الاتفاق بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية وبخاصة في المقاصد العامة.

٥- القضاء على التخبض في الأعمال الإدارية، مما لا يدع مجالاً للانحراف للسلطة أو التعسف.



**Summary Of Doctorate
Dissertation**

**Theory Of Balance Between Benefits and Harms
In The Field Of The Public Law**

A Comparative Study
In the Islamic and Positive Systems

Presented By

Mohammed Abd El Naby Hassaneen Mahmoud

Supervisors

Prof. Dr. Mahmoud Abu Saud Habeeb
Assis Prof. Of Public Law
Head Of the Public Law Department
Faculty Of Law – Ain Shams University

Prof. Dr. Said Abu El Fotouh Al Basiony
Assis. Prof. Of Sharia
Department of Sharia
Faculty Of Law – Ain Shams University

The study of the balance between the benefit and harm has been implemented according to the public law field through an introduction, three sections and a conclusion.

Concerning introduction, it contains clarifying the importance of the topic and reasons of choosing it and plan of research.

First Section

I mention in it, the definition of the theory of balance between benefit and harm and its historical development in the Islamic system and positive systems and clarifying ways of agreement and conflict between them, and I divide it into two chapters:-

First Chapter:

I mention in it the definition of the balance in the Islamic system lingual and conventionally and the positive system and second chapter, the theory of balance and its historical development in the Islamic and the positive systems.

Second Section

I mention in it the methodology way of the balance theory between benefits and harms, and I divided it into three chapters:-

First Chapter:

The legal basis of the balance theory in the Islamic system and the positive systems.

Second Chapter:

Justifications of the theory in the Islamic system and the positive systems.

Third Chapter:

Standards of the balance theory between the benefits and harms in the Islamic systems and the positive systems.

Concerning the Third Section

I mention in it standards, foundations and fields of application of the balance theory between benefits and harms in the Islamic and the positive systems, and clarifying its importance and the opinions of jurists and the future of it – I divide it into three chapters:-

First Chapter:

Contains the standards, foundations of application of the balance theory between the benefits and harms in the Islamic system and the positive systems.

Second Chapter:

Contains the fields of application the balance theory between the benefits and harms in the Islamic system and the positive systems.

Third Chapter:

Contains the importance, evaluation and the future of the balance theory between the benefits and harms in the Islamic system and the Positive systems.

This dissertation demonstrate that the impact of the supervision of the balance between benefits and harms, resulting from the decision of the administration to seize the property. This supervision is a guarantee to protect rights and freedoms of individuals. It is also considered as a protection against the administrative exceeding of its discriminated authority. This theory originated from the French administrative Judiciary that used in protecting the individuals; the administrative legislation drew this balanced principal between benefit and harm from the principals of the law; since the aim of the legislations is to protect the needs of the peoples and get benefit for them, and protect them from harm, especially if there is a conflict between the public benefit that the administration wants to perform, and harm to the individuals that resulting from the administration's carrying out of its decisions relating to the public benefit.

The Islamic system is not away from this theory but it has the leading in carrying out it since the revelation come with the first verse concerning wine in Mecca and prohibiting it in Madina, the prophet's Sunna (Peace and Prayer be upon him) full of situations that reveal the balance between benefit and it is harm, and its application was not limited to the fields of seizing property and relating to building planning, economy and general health, but it was applied in all the fields of life, that helps in the appearance of balances jurisprudence early in the Islamic system; and the existence of the Quranic texts that refer to the jurisprudence of balance from a legal origin and practical application – the aim from all that was to promote the people's interests in the daily life and the hereafter according to God's way.

Then the Conclusion

Contains the important results and recommendations. The results of the study are as follow:-

- 1- The balance theory assures that the Islamic jurisprudence is able to obtain theoretical frame work and offer systematic theories in the different economic, political and social dimensions, that through the various rules of it; in addition theory in the positive law verifies that the legal jurisprudence has no bonds during escape from the philosophic following of the positive systems.
- 2- The balance between benefits and harms in their conflict is not implemented through appearance and disappearance but through the effect of increasing benefit and decreasing harm and vis-à-vis.
- 3- Consideration of the effective and administrative decisions and evaluating it depends upon searching for the value, of the benefit that, it performed, and the harm that it prevented.
- 4- The common objectives of the legislation become the main element with the absence of the text in the renewable matters and events, the judge in deducing his rules should depend on agreement of his judgment with the spirit of the legislation and its general aims and the basic judgments.
- 5- Application of the balance theory has many merits; as the flexibility of the Islamic jurisprudence and its specification and verification to be applicated, and also

as; the balance is considered as a way to find solutions among the events that has no text or diligence.

- 6- In the positive administrative law the theory is considered as a kind of a new supervision on the administrative works, and verified its success and has a field for all the administrative decisions that not relating to seizing property only but all field even the moral field.

The Important Recommendations

- 1- The dissertation recommends making the 'purposed jurisprudence as on obligatory educational requirements to the students of the legal and Islamic studies in the low and Islamic universities and faculties.
- 2- Expanding the research and intensifying it in the field of the general purposes, and looking at what the issued judgments, implemented from general and legal specific benefits, and what it prevented from harms upon the society and the individual alike, in the Islamic and Positive Systems.
- 3- Work at controlling the terminology of legal jurisprudence to understand the aim of the texts of the legal basis and explain it, in away that has a benefit in applying it on the events that were created to it.
- 4- Focusing on the way of agreement between Islamic and the positive systems specially in the general objectives.
- 5- Terminating the confusion in the administrative works, to prevent arbitrariness or abuse of the authority.

المقدمة

إن الحمد لله أحمدته وأستعينه وأستهديه وأتوكل عليه وأتقرب إليه الشاء كله ، لا أحصى ثناء عليه ، هو كما أثنى على نفسه .
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، أنزل الفرقان على عبده ؛ ليكون لنا هدى ورحمة ، وشرعة ومنهاجا .
وأشهد أن سيدنا محمدا عبد الله ورسوله ، أصل الشريعة وفصل الأحكام ، فاللهم صل وسلم وبارك عليه ، وعلى آل بيته الأطهار ، وصحابته الأخيار الذين عاشوا بالإسلام قلبا وقالبا ، سلوكا وأخلاقا ، حكما وقضاء ، وارض اللهم عن التابعين وتابعي التابعين ، وعلماء الأمة الميامين .

وبعد :

فإن الله تعالى جلت حكمته سنَّ الشرائع كلها ، التي أنزلها على جميع رسله لإقامة مصالح الدنيا والآخرة ، ودفع مضارهما ، وإن الناظر المدقق يستنتج هذه الحقيقة ، وهي أن غاية الشرائع إقامة مصالح الإنسان ، وتحقيق الطمأنينة له ، غير أن المصالح الدنيوية متنوعة ومتشعبة فقد تتعارض فيما بينها ، وقد ينازعها ما هو أولى منها ، ومن هنا كانت الحاجة ملحة إلى فقه التطبيق الذي من مكوناته العمل بالموازانات ، والركون إلى الأولويات ، عند تزاخم المنافع وتعارضها ، وهذا لا يعني النقص في المنهج كدين ، فالدين كامل في أصوله وفروعه ، تام في مبادئه وأهدافه ، قال تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ (سورة المائدة : آية ٣) أما فقه التدين : أعنى التطبيق ، فهو خاضع لاعتبارات أخرى كمعرفة واقع الزمان والمكان ، وأحوال الإنسان المكلف بتنفيذه ، فالله تعالى أمر بالعدل والإحسان كدين كامل ، قال تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ (سورة النحل آية ٩٠) وكذلك نهى عن الفساد ، قال تعالى : ﴿ وَلَا تَفْسُدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾ (سورة الأعراف: آية ٥٦) ، ولكن تطبيق المبدأ على أرض الواقع يحتاج إلى فقه الإعتدال والاعتدال وبخاصة إذا اشتمل فعل العباد على منفعة ومضرة ، فالعبرة بالأرجح والأعم نفعاً والعكس .

ولما كان الفقه الإسلامي هدفه تنظيم حياة الناس ، كان واقعياً في أحكامه ، يجارى الوقائع ويساير المتغيرات بما يملكه من مرجعية دائمة بدوام الحياة .
ولم تكن النظم الوضعية ببعيدة عن هذا المعنى ، إذ إن غاية أمرها أن ينتظم أمر أفرادها بما تسنه من قوانين بغية تحقيق السكينة والأمن والصحة لرعاياها وصيانة حقوقهم وحماية حرياتهم ، وما يفرق بينها وبين النظام الإسلامي إلا كون تشريعاتها محدودة الزمان ، فاقدة لروح الدين ، تتنوع أهدافها بتنوع الفلسفة التي تعتنقها ، والقاسم المشترك الذي يجمع بين النظامين أن كلا منهما يعمل على عدم النيل من حقوق الأفراد ، ولا سيما إذا كان عن طريق الدولة بحجة تحقيق المنفعة العامة ، ومن ثم يحدث التعارض بين حق الفرد فيما يملك ، وحرية بما ينتفع ، وحق الدولة في تحقيق النفع العام ، ولذا كانت الموازنة في النظامين الإسلامي والوضعي لإقامة العدل وحماية الحريات .
أسباب اختيار الموضوع :

أولاً : إنه مع النصف الثاني من القرن التاسع عشر ازداد تدخل الدولة في العديد من المجالات التي كانت دائماً محجوزة للأنشطة الفردية وارتبطت المنفعة العامة بالسياسة الاقتصادية والاجتماعية ، وتدخلت الدولة في مجالات الإسكان

والتخطيط العمرانى والصحة والبيئة والتعليم ، وخصوصا وأنه زاد اعتماد الأفراد عليها . ترتب على هذا كله أن زادت المشروعات التى وجب على الدولة إقامتها أو تُسند القيام بها لجهات خاصة لتحقيق المنفعة العامة التى يحتاج تنفيذها إلى أراضى وعقارات مملوكة للأفراد .

ولاشك أن تنفيذ المشروعات وما يتبعها من اللجوء العاجل من قبل الإدارة إلى الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على بعض العقارات وما يترتب عليه من الإضرار بالأفراد المالكين لها ، وكذلك المنتفعين بها ، كمن لهم حق الانتفاع بالإيجار والارتفاع ، أدى إلى محدودية الحماية المفروضة لحق الملكية والاحترام الواجب له .

والذى ساعد على عدم حماية الحقوق الفردية بجدية عدم وضع تعريف واضح للمنفعة العامة عند غالب المشرعين فى النظم الوضعية ، وإنما اكتفوا باشتراط وجودها وتوافرها ، مع ترك سلطة تحديد الأعمال المحققة لها للإدارة ، أو أن يتدخل المشرع بالنص على حالات معينة ، بنص يتسم بالاتساع والعمومية ، ولقد أدى هذا إلى تزايد السلطة التقديرية للإدارة فى تحديد المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية ، وصارت المنفعة العامة متأرجحة ضيقا واتساعا بحسب الفلسفة التى تأخذ بها الدول؛ فتضيق عند الأخذ بالمذهب الفردى الرأسمالى ، وتتسع عند الأخذ بالمذهب التدخلى الاشتراكى ، ولذا وُسمت المنفعة العامة بعدم التحديد والقابلية للتبدل والتغير وفقا للمنهج الذى تنتهجه الدولة .

ولقد تابع القضاء الإدارى فى سابق عهده المشرع فى عدم وضع تعريف للمنفعة العامة مكتفيا بالقول بوجودها أو غيابها ، وسبب ذلك أن المبادئ العامة التقليدية لم تكن لتسمح للقاضى الإدارى أن يقوم بإكمال النقص الذى قد يعتور محل القرار الإدارى ؛ ذلك لأنها ارتبطت بالبعد السياسى الذى صاحب الدستور الفرنسى وإعلان حقوق الإنسان إلى ما قبل دستور سنة ١٩٥٨ م .

ولكن أمام مناداة رجال الفقه القانونى القضاء الإدارى أن يعمل على الحد من أعمال سلطة الإدارة التقديرية وأن يتبنى اتجاهات ومبادئ جديدة لمواجهة تدخل الإدارة فى المجالات الحديثة ، ولاسيما إذا كانت لها صلة بالعقارات والأموال ، واستجاب القضاء الإدارى لهذا النداء واستطاع أن يبسط رقابة جديدة على أعمال السلطة التقديرية للإدارة بعدما تبين له تعدد المنافع محل الاعتبار وتشابكها ، ووجود ما قد يتعارض منها مع المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية ، إضافة إلى ظهور منافع جديدة منها ما هو دائم وغيره محدود الزمان ، ومنها ما هو أكثر أهمية من غيره .

ومن ثم استطاع القضاء الإدارى وهو المنوط بحماية الحريات وحقوق الأفراد ، أن يتحرر رويدا وبحكمة من دائرة ذاك البعد السياسى ، وأن يبسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على أعمال سلطة الإدارة التقديرية ، وبخاصة فيما هو متعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة ، ليحقق الضمانات للأفراد المتعاملين مع الإدارة وبما يوازن سلطتها المتنامية .

ومن ثم كان لابد من بيان واضح لهذه الرقابة الحديثة تشمل بيان حقيقتها وضوابطها ومجالات تطبيقها .

ثانيا : لقد منَّ الله تعالى على بالالتحاق إلى قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس – وإن كنت أزهرى القلب والقالب – وأثناء حضوري بين يدى أساتذة أجلاء ، وقعت عيني على (كتاب الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس

الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وموقف مجلس الدولة المصرى منه) وهو من مؤلفات أستاذى الحبيب الدكتور / رمضان محمد بطيخ رئيس قسم القانون العام بالكلية - والذي دَوّن فيه نوعا رقابيا من ابتكار مجلس الدولة الفرنسى ليحد به من سلطة الإدارة التقديرية ، وكان بعنوان (نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) دَوّن تحته بأسلوب جديد فى الرقابة على القرارات الإدارية ، خرج به القاضى الإدارى على إلف العادة ، واستطاع أن يقوم بتقييم محل القرار الإدارى من حيث الموازنة بين المزايا المترتبة عليه ، والأضرار الناجمة عنه ، فإذا كانت الأضرار هى الراجحة قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار الإدارى حتى وإن كانت الإدارة تبتغى به تحقيق المنفعة العامة، وإذا كانت المنافع والمزايا هى الغالبة ، قضى المجلس بمشروعية وصحة القرار ، وبعد أن علمت زمن تطبيق النظرية فى فرنسا المؤقت بعام ١٩٧١م ، قلت سبحان الله ، إن الفطرة الإنسانية تنطق بلسان الحال لتؤكد صلاحية النظام الإسلامى لقيادة الحياة بكل أبعادها .

فحين يتحرر العقل الإنسانى من عقال التبعية السياسية ، ويصفوا العلم من العصبية ، تنسجم الفطرة مع الشريعة الإسلامية ، وكيف لا والذي يعدّه فقهاء القانون اليوم ابتكارا كان فى النظام الإسلامى شرعة ومنهاجاً منذ ما يزيد على أربعة عشر قرناً من الزمان .

ومن ثم وجدت فى نظرية الموازنة محلاً مثمراً للدراسة المقارنة فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، لا من باب أن أبرز علوّ النظام الإسلامى فى تشريعه ، وسمو مبادئه ، ومدى صلاحيته دون غيره ، فهذا أمر لا يختلف عليه اثنان ، (ولا ينتطح فيه عنزان)^(١) ، ولا يجحده إلا واحد من اثنين مخالف فى الملة ، ومنافق يريد اجتزاء الشريعة الإسلامية .

وإنما أردت أن أظهر نتاج عقول تفاعلت مع الواقع فى زمن معين وفى بيئة معينة ، واستطاعت أن تُقيم ميزان العدل فى قضائها ، وإن كنا نخالفها فى الملة ، فالإنصاف يدعونا أن نذكر محاسنهم ، ومدى قربهم من الفقه الإسلامى ، ولا أنسب لنفسى سبق البحث فى هذا الميدان ، بل أنا عالة على ما سبقنى إليه علماء الأمة من السلف والخلف ، ولقد كانت الموازنة أشبه ما تكون بقواعد منثورة فى مدوناتهم ، ثم أتى العز بن عبد السلام وجمعها فى كتابيه (قواعد الأحكام) و (القواعد الصغرى) ومن بعد ابن تيمية إذ دَوّن مجمل النظرية فى كتابيه (السياسة الشرعية ، وأحكام الحسبة) ، ومن بعده ابن القيم فى كتابه (الطرق الحكمية) ومن بعدهما الشاطبى ، فلقد أفرد لها باباً فى كتابه (الموافقات) ، غير إن جميعهم اكتفى بالتقعيد للموازنة وطريقة الترجيح دون الالتفات إلى الاسم ؛ ذلك لأن العبرة عندهم بالمسمى ، والمعنى دون الاسم والمبنى ، وفى عصرنا ومع اشتهاى مصطلح النظريات العلمية ، وضع العلماء الموازنة فى قالبها التنظيرى من باب التجديد فى الفقه الإسلامى ، والذي عنى به العلامة الدكتور القرضاوى فى كتابه (الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد) أن تصاغ أحكام الفقه الجزئية وفروعه المتفرقة ، ومسانله المنثورة فى أبوابها المختلفة من كتب الفقه فى صورة نظريات كلية عامة ، تصبح هى الأصول الجامعة ، التى تنبثق منها فروعها ، وتتشعب جزئياتها المتعددة ، وتطبيقاتها المتنوعة ، ومن هذه النظريات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، أطلق عليها الدكتور : يوسف القرضاوى مصطلح فقه الموازنات- وفى

(١) مثل : قاله النبى ﷺ انظر (مسند الشهاب تأليف محمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القضاعى (ت: ٤٥٤هـ) تحقيق / حمدى عبد

المجيد السلفى ٤٧/٢ - مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) .

المغرب العربى يسمونها فقه النوازل – ومنذ أن كتب الشيخ عن هذا الفقه الذى أحيا به تراث ابن عبد السلام والشاطبى ، انطلقت الأقلام لتسطر فى هذا الميدان مرة بفقه المقاصد ، ومرة عن طريق المصلحة وضوابطها . والمطلع على ما كتب يلمس بجلاء ملحظين أساسيين هما :

١ -دقة الكتب فى تصوير واقع الحياة وقضايا المجتمع .
٢ -تجسيد حقيقة الفقه الإسلامى وطبيعته المتطورة فى استجابة مرنة لعلاج الحوادث ، واستيعاب منضبط للمتغيرات .

وإذا كنت أظلت فى بيان اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بنظرية الموازنة ؛ فذلك لأن الإسلام عقيدتنا وشريعتنا ، ودين الدولة التى نحيا على أرضها ، ونحمل جنسيتها ، ولا يعنى هذا أن نبخس فقهاء القانون حقهم .

فمنذ أن ارتفع صوت مجلس الدولة الفرنسى بإعمال نظرية الموازنة مع أول قضية له (قضية المدينة الشرقية ليل) عام ١٩٧١م ، وبدأ فقهاء القانون يكتبون عنها ما بين مؤيد ورافض ، حتى أصاب خيرُ النظرية بلادنا إذ نحن فى القضاء الإدارى لفرنسا تبع ، وكتب عنها فقهاء القانون المصرى فى بعض كتبهم ، ولم يفرّدوا لها بحثاً مستقلاً يحوى مضمونها وخصائصها وأبعادها ، وكل ما فى الأمر أن وضعت فى بعض الكتب كفصل أو باب يتم به المؤلف دائرة البحث ، باستثناء ما أفردته الدكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل فى كتابها (دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزاع الملكية – الاتجاه الحديث لمجلس الدولة فى مصر وفرنسا) .

كذلك اتسم بعضها بالإيجاز الشديد فى الإفصاح عن النظرية ككتاب (قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة للدكتور/سامى جمال الدين) ، وانفرد كتاب (الاتجاهات المتطورة) للأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ ببيان مضمون النظرية ومعايير تطبيقها ،مع تذكيره ونُصحته الواعى لقضائنا الإدارى بأن يعمل جاهداً فى الأخذ بنظرية الموازنة خصوصاً وأنه يملك من المقومات ما يؤهله لذلك . ومن قبل كانت رسالة الدكتوراه التى بعنوان (رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع وتقديرها فى دعوى الإلغاء للدكتور / محمود سلامة جبر – فبعد أن ذكر مضمون النظرية اهتم بالنماذج التطبيقية لها ، ثم قارن بينها ، وبين الغلط البين ، دون أن يذكر ضوابط أو معايير لها، وكذلك كان الدكتور : أحمد أحمد الموفى فى رسالته : (فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية الخاصة – نظرية الموازنة – دراسة مقارنة) ، ومع كثرة النماذج التطبيقية فى رسالته كان اهتمامه بمجال نزاع الملكية شديداً دون بقية المجالات الأخرى ، وبمنظرة عامة جاءت رسالته مستوعبة لمعظم قضايا الموازنة فى النظم الوضعية ، وخصوصاً فى فرنسا .

ولذلك أردت أن أجمع شتات نظرية الموازنة ، وأن أفرد لها تأصيلاً شرعياً وقانونياً مع وضع منهج للعمل بها .

منهج البحث :

- ١ - تعريف المصطلحات المتعلقة بنظرية الموازنة ، وبيان ماهيتها ، وضبط مدلولها ؛ وذلك لارتكاز الموضوع عليها ، انطلاقا من أقوال علماء اللغة ، وفقهاء الشريعة الإسلامية ، وفقهاء القانون .
- ٢ - التمسك الأدلة النقلية والعقلية لكل فكرة قدمتها ، ولكل رأى طرحته .
- ٣ - حرصت على جمع المادة من مراجعها الأصلية ، وعرضها عرضا مناسبا فى كل فقرة من فقرات البحث .
- ٤ - أفردت لتطبيق النظرية بابا مستقلا ، بحسب مجالاتها الأربعة ، ولم يمنع ذلك من ضرب بعض الأمثلة التطبيقية فى الباب النظرى لتقوى بها الحجة .
- ٥ - حاولت انتقاء الاستدلال والمثال بحسب الإمكان .
- ٦ - جعلت فى نهاية كل مبحث مقارنة ليتضح وجه الإتفاق والمخالفة بين النظامين الإسلامى والوضعى .
- ٧ - قمت بترجمة للصحابة ، وبعض الأعلام الذين اقتضت الدراسة الترجمة لهم .

خطة البحث :

وبعد ما ذكر قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة :

الباب الأول : أفردته لبيان مصطلح نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتاريخها ، وعقدت ذلك فى فصلين :

الفصل الأول : ذكرت فيه ماهية نظرية الموازنة فى الفقه الإسلامى ، والفقه القانونى .
الفصل الثانى : تحدثت فيه عن تاريخ النظرية فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الباب الثانى : وقد تحدثت فيه عن أساس النظرية فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية ، ومعايير أعمالها ، ومبرراتها وفصلت بيان ذلك فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : ذكرت فيه الأساس القانونى للنظرية فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية مع المقارنة .

الفصل الثانى : وتحدثت فيه عن معايير النظرية فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية مع المقارنة .

الفصل الثالث : وقد ذكرت فيه مسوغات النظرية ومبرراتها فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية مع المقارنة .

الباب الثالث : وقد أفردته لمجالات تطبيق النظرية مع ذكر ضوابط ومقومات وطرق التطبيق ، مع ختمه بذكر مميزات النظرية ، وتقدير أهل العلم لها مع نظرة متأنية لمستقبلها ، وكان هذا فى الفصول الثلاثة :

الفصل الأول : تحديد ضوابط تطبيق الموازنة ومقوماته وطرقه فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية .

الفصل الثانى : ذكر مجالات تطبيق النظرية – مجال نزع الملكية ، مجال التخطيط العمرانى ، المجال الاقتصادى ، مجال الصحة العامة – فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية مع المقارنة .

الفصل الثالث : إظهار مميزات النظرية وأهميتها وتقدير فقهاء الشريعة والقانون لها ، ومعرفة مدى ولاء مجلس الدولة فى مصر وفرنسا لنظرية

الموازنة بين المنافع والمضار مع المقارنة .

الخاتمة : وتضمنت أهم ما توصل إليه البحث من نتائج مع أهم التوصيات .
وختاما : أتوجه بالحمد والشكر إلى الله تعالى الذى وفقتى إلى إتمام هذا البحث وأكرمني به ، كما أتوجه بالشكر والعرفان بالفضل لأستاذتى المشرفين علىّ؛ إذ تكرر ما فقبلا الإشراف على هذا البحث وإعداده ، وحبائى كلاهما بحلمه وعلمه ودعمه بأرائه ونصائحه ، فجزاهما الله عنى خير الجزاء ، كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدنى ولو بكلمة ، فلهم منى جزيل الشكر ، ولا أدعى فيما كتبت إلا مناصرة الحق فى ذاته لأنه حق ، فإن وفقت فهذا من فضل الله يؤتيه من يشاء ، وإن كانت الأخرى ، فقد برئت ذمتى ، واستغفر الله على زلتى ، والله أسأل أن يأخذ بيدى فى المضايق ، وأن ييسر العسير ، ويسهل الصعب ، كما أسأله أن يرضى عن علماء المسلمين من السلف والخلف أجمعين ، وأن يحشرنى وإياهم فى زمرة النبيين والصديقين والشهداء والصالحين، وحسن أولئك رفيقا .
وَصَلِّ اللّهُمَّ وَسَلِّمْ وَبَارِكْ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَ عَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ أَجْمَعِينَ .

الباب الأول

ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

وتطورها التاريخي

ويشتمل هذا الباب على الفصلين التاليين :

الفصل الأول :

ماهية النظرية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

الفصل الثاني :

تاريخ النظرية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

لقد استطاع القضاء الإداري أن يطور رقابته رويداً رويداً حتى وصل بها إلى رقابة الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية ؛ من أجل حماية حريات الأفراد وحفظ حقوقهم أمام سلطة الإدارة التقديرية ولاسيما إذا تعلق قرار الإدارة بتقييد هذه الحريات ونزع الملكيات لأجل المصلحة العامة وفيه كان التعارض بين ملكية الفرد وماله من حرية في التصرف فيها وما تتوخاه الإدارة من العمل على المنفعة العامة ، وهذا التعارض نتيجة الصراع الدائم بين الفرد والسلطة وكل منهما يريد أن يحقق ما ينفعه ، وهنا يوضع الفرد والمجتمع موضع التقابل الحاد كأنهما معسكران متضادان كل ما يرضى أحدهما يغضب الآخر .

هذا على النقيض من النظام الإسلامي ؛ إذ إنه لا يضع الفرد والإدارة موضع التقابل ، وإنما يربى الإسلام الطرفين معا ويوازن بينهما ليمنع الجنوح سواء كان الجنوح من هذا أو ذاك ، فيلزم الفرد بواجبات تجاه إدارته ويلزمها بواجبات تجاهه ، فمفتاح الجميع واحد ؛ الإيمان بالله تعالى وإتباع منهجه للحياة ، قال تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٢) وقال ﷺ : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته »^(٣). وقال أيضا : « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وعرضه وماله »^(٤) ، " فالشريعة سياج يخدمها الوالي أو الأمير فهو راع أمر بالعدل ، والرعية أحرار يستعبدوها العدل ، والعدل سلك به نظام العالم " ^(٥) ، فأخرج الإسلام بهذه التوجيهات مجتمعا متوازنا ^(٦) الملكية الفردية فيه مصونة بأمر التشريع الإسلامي ، ولا تُنزع منه إلا رعاية

(٢) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٣) الطبراني (ت : ٣٦٠ هـ) - المعجم الأوسط - تحقيق / طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسني - دار الحرمين للنشر - القاهرة ١٤١٥ هـ - ١٧١/٤ .

(٤) صحيح البخاري بشرح فتح الباري - ابن حجر - ١٠/٤٦٤ .

(٥) أحمد بن محمد بن محمد بن عرب شاه (ت : ٨٥٤ هـ) - فاكهة الخلفاء ومفاكهة الظرفاء - تحقيق أ. د/ محمد رجب النجار - سلسلة الذخائر - عدد (٩٤) - الهيئة العامة لقصور الثقافة - مصر ٢٠٠٣ م - ص ٥٢٩ .

(٦) انظر (محمد قطب - حول التفسير الإسلامي للتاريخ - الناشر - المجموعة الإعلامية - جدة - المملكة العربية السعودية - ط ٣ - ١٩٨٩ م - ص ٢٢٧ : ٢٣٣ .

لحق الآخرين^(٧).

ومن ثم جاز لنا أن نقول : بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى منهج شرعى ، وفى النظم الوضعية تمثل أرقى مرحلة وصلت إليها الرقابة الإدارية ، غير أن هذا قول يحتاج إلى تصور شامل لماهية نظرية الموازنة وبعدها التاريخى ؛ ذلك لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره .

ولقد درج أهل البحث والنظر فى مثل هذا العلم ، أن يعرفوا مصطلحه ، ويبينوا كنهه ، ليكون الحكم عليه عن بصيرة . وإذا كان فهم النظرية ، ووضوح معالمها ، متوقفا على تحديد معناها ، وبالأخص (تعيين اللفظ للدلالة على المعنى)^(٨) ، والقيام بالإخبار عن تاريخها لإبراز هويتها^(٩) فإن من اللازم الكشف عن المراد بالمصطلح عند أهل هذا الفن من باب قول العلماء : (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)^(١٠) ، وخصوصاً وأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مركبة من عدة مصطلحات " الموازنة ، المنافع ، المضار " .

وإن الناظر فى الفقه الإسلامى يجد للنظرية بعداً تاريخياً واصطلاحياً يعطيه إطاراً معرفياً بحقيقتها ، وكيفية الأخذ بها فى ميدان الرقابة القضائية على أعمال سلطة الإدارة التقديرية . وحتى يتضح المراد كان من الأهمية بمكان أن نتعرف على مصطلحات النظرية ، ومن بعد بيان تطورها التاريخى وهذا البيان والتعريف كائن فى الفصلين التاليين :

الفصل الأول :

ماهية النظرية فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الفصل الثانى :

(٧) انظر (دكتور / محمد فاروق النبهان - مدير دار الحديث الحسنية للدراسات الإسلامية العليا - الرباط - المغرب - الاتجاه الجماعى فى التشريع الإقتصادى الإسلامى - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٤ - ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م - ص ٢١٤)

(١) انظر (الإمام الشوكانى - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق فى علم الأصول - تحقيق الدكتور / شعبان محمد إسماعيل - مطبعة دار السلام - القاهرة - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م - ص ٧٤ .

(٩) الهوية : هي امتياز الأمر المتعلق عن الأغيار ، انظر (الرجاني - التعريفات - تحقيق إبراهيم الأبياري رقم (١٢٤٤) - ص ٢٥١ .

(١٠) انظر (الإمام الغزالي - المستصفى - تحقيق محمد سليمان الأشقر ط ١ مؤسسة الرسالة - ١ / ١٣٨) وانظر (فخر

الدين الرازي - المحصول فى علم الأصول - تحقيق د/ طه جابر فياض - ط ٣ مؤسسة الرسالة - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م -

١٩٢/٢) ، وانظر (الأرموي - التحصيل من المحصول - تحقيق الدكتور عبد الحميد علي أبوزنيد ١ / ٣٠٩ - ط ١ .

مؤسسة الرسالة - ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م - ١ / ٧٤ .

تاريخ النظرية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

الفصل الأول

**ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار
في النظام الإسلامي والنظم الوضعيّة**

تكميل :

إن محاولتنا في تجميع ما كتب من تعريفات لمصطلحات نظرية الموازنة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون جعلتنا نقف عند حد تعريفات لغوية ومعانٍ اصطلاحية لم تقم بواجب التوضيح الشافي للمصطلحات التي نحن بصدددها.

ولذا سأعرض لبيان معاني المصطلحات الثلاثة لغة واصطلاحاً ، وفي الأخير أفرد لها تعريفات تجمع محتويات المصطلح ، وذلك في إطار المبحثين التاليين :

المبحث الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

المبحث الثاني : ماهية المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

المبحث الأول

ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

مصطلح الموازنة حديث فى رسمه ونظمه فى النظم الوضعية بيد أنه قديمٌ نظماً ومضموناً وقاعدة فى النظام الإسلامى ؛ ذلك لأن مصدره الرئيس والأساس الذى تُبنى عليه الأحكام وتستقى منه القواعد هو القرآن الذى حوى بين دفتيه آياتٍ كثيرة فيها معنى الموازنة بخلاف النظم الوضعية التى استحدثت القضاء الإدارى فيها مبدأ الموازنة ليحقق به رقابة فاعلة على أعمال سلطة الإدارة التقديرية .

وحتى نكون مستوعبين لهذا الفارق الدلالى لمصطلح الموازنة كان لابد من أن نخط معانيه اللغوية والاصطلاحية فى النظامين الإسلامى والوضعى فى إطار المطلبين التاليين :

الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

الثانى : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب الأول

ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

الموازنة لغة :

مشتقة من الجذر اللغوي (وزن) لكنها من الفعل (وازن) بالنظر إلى بنائها ؛ يقول تعالى ﴿ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴾^(١١) ويقصد بها عدة معان:

المعنى الأول : يقصد بها المساواة بين الشيئين ، تقول : وازن الشيء الشيء أي ساواه^(١٢).

المعنى الثاني : المقابلة بين الشيئين نقول : وازن بين الشيئين موازنة ووزانا أي قابل بينهما للمفاضلة والترجيح^(١٣).

المعنى الثالث : معرفة قدر الشيء ، يقال : وزنته وزنا وزنة ، والمتعارف في الوزن عند العامة ما يقدر بالقسط والقبان^(١٤) ^(١٥) كقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الزُّنْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ ﴾^(١٦).

وقد أجمل الآمدي^(١٧) هذه المعاني الثلاث وزاد عليها معنى المقارنة ، في مقدمة كتابه (الموازنة بين شعر أبي تمام والبحري) فقال : (ولكني أوازن - يعني أقارن - بين قصيدة وقصيدة من شعرهما . أي شعر أبي تمام والبحري . إذا اتفقا في الوزن والقافية وإعراب القافية ، وبين معنى ومعنى ، ثم أقول أيهما أشعر في تلك القصيدة ، وفي ذلك المعنى ، ثم أحكم)^(١٨)

(١١) سورة المطففين : آية ٣ .

(١٢) انظر (جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨ هـ) - أساس البلاغة دار التنوير العربي بيروت . لبنان ط ٤ (١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م) ص ١٩٨ .

(١٣) انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز - ص ٦٦٧) ؛ وانظر (ابن منظور - لسان العرب - دار صادر بيروت (١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م) - ٤٤٧ / ١٣) وانظر (إسماعيل بن حماد الجوهري - الصحاح للجوهري . تحقيق / أحمد عبد الغفور عطار - دار العلم للملايين - ط ٣ - ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م - ٢٢١٣ / ٦) وانظر (الزمخشري - أساس البلاغة - ص ١٩٨ .

(١٤) انظر (الراغب الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - ضبط ومراجعة / محمد خليل عتاني - دار المعرفة - بيروت - ط ٢ - ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٧ م - ص ٥٣٧ .

(١٥) القَبَان : هو الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساما ؛ يحرك عليها جسم ثقيل يسمى الرمانة ؛ لتبيين وزن ما يوزن . انظر (المعجم الوجيز - ص ٤٨٩) .

(١٦) سورة الرحمن : آية ٩ .

(١٧) الآمدي : هو القاسم الحسن بن بشر بن يحيى الآمدي (ت : ٣٧٠ هـ) عالم بالأدب أهم كتبه : [المؤلف = والمختلف في أسماء الشعراء وكناهم وألقابهم وأنسابهم ، الموازنة بين البحري وأبي تمام ، تفضيل شعر امرئ القيس على الجاهلين] انظر (الآمدي - مقدمة كتاب الموازنة . تحقيق السيد أحمد صقر . دار المعارف) .

(١٨) راجع (القاسم الحسن بن بشر بن يحيى الآمدي (ت ٣٧٠ هـ) - مقدمة الموازنة بين شعر أبي تمام والبحري تحقيق

ومن ثم فإن الموازنة في ضوء ما ذكره الآمدي وغيره من معانٍ، فإن الموازنة تعني :
المقابلة بين أمرين والمقارنة بينهما بإبراز محاسنهما وإظهار مساوئهما ، فإن اتزنا فهي المساواة ،
وإلا فالمفاضلة والترجيح^(١٩) .

• الموازنة اصطلاحاً :

لقد عني الفقهاء بالموازنة بين المنافع والمضار : المفاضلة والترجيح بينهما ، وقد ظهر
هذا من أقوالهم في مضمون الموازنة .

(١) قال صاحب (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) " إذا اجتمعت مصالح ومفاسد ،
فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ، امتثالاً لأمر الله تعالى فيها : ﴿ فَاتَّقُوا
اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾^(٢٠) وإن تعذر الدرء والتحصيل ، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا
المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة^(٢١) .

(٢) وقال الإمام ابن تيمية - رحمه الله : (القاعدة العامة فيها إذا تعارضت المصالح
والمفاسد والحسنات والسيئات أو تزاومت فإنه يجب ترجيح الراجح منهما فيما إذا ازدحمت
المصالح والمفاسد ، وتعارضت المصالح والمفاسد)^(٢٢) .

(٣) وقال العلامة الدكتور يوسف القرضاوى : (أما فقه الموازنات فنعني به جملة أمور :
- الموازنة بين المصالح بعضها وبعض ، من حيث حجمها وسعتها ، ومن حيث عمقها
وتأثيرها ، ومن حيث بقاؤها ودوامها ، وأيها ينبغي أن يقدم ويعتبر ، وأيها ينبغي أن يسقط ويلغى .
- الموازنة بين المفاسد بعضها وبعض ، من تلك الحثيات التي ذكرناها في شأن
المصالح ، وأيها يجب تقديمه ، وأيها يجب تأخيرها أو إسقاطه .
- الموازنة بين المصالح والمفاسد إذا تعارضتا ، بحيث نعرف متى نقدم درء المفسدة
على جلب المصلحة ، ومتى تغتفر المفسدة من أجل المصلحة^(٢٣) .

السيد أحمد صقر . دار المعارف ط ٤ .

(١٩) هذه المعاني ظاهرة في عناوات الكتابين التاليين :

(أ) الشيخ أبى طالب إبراهيم بن هبة الله بن على الديار بكرى التستورى (ت ١٠٦٧ هـ) - كتاب الموازنة في تفضيل مشايخ
الفقه من السلف القديم على الخلف .

(ب) أبى بكر محمد بن جعفر بن محمد بن عبد الله البغدادي المؤدب النحوى الشيعى (ت : ٣٥٠ هـ) - الموازنة لمن استبصر
فى الإمامة الإثنى عشر ، انظر (إسماعيل باشا بن محمد أمين بن مير البابانى أصلاً والبغدادى مولداً ومسكناً إيضاح
المكتون فى الذيل على كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون - دار الفكر بيروت ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م ٥٩٩/٢) .

(٢٠) سورة التغابن : آية ١٦ .

(٢١) انظر (العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام فى مصالح الأنام - ص ٧٤) .

(٢٢) انظر (ابن تيمية - مجموع الفتاوى - دار الوفاء - ط ١ - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م - ٢٨ / ٧٥) .

(٢٣) انظر (د/ يوسف القرضاوى - كتاب فقه الأولويات - مكتبة وهبة ط ٢ ؛ ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م ص ٢٧ وكتاب أولويات

وقال أيضا : (إذا تعارضت المصالح والمفاسد كما هو الشأن في جل أمور الحياة فإن الشريعة ترجح أعلى المصلحتين ، وتختار أخف الضررين ، وتقدم درء المفسدة على جلب المصلحة ، ولا تبالي بمنفعة صغيرة وراءها مضرة كبيرة) (٢٤).

وقد اعتمد الدكتور القرضاوى على دليل التدرج فى تحريم الخمر ، لما وراءها من ضرر كبير على العقول والأجسام والأعراض والأخلاق والأموال ، برغم ما فيها من منافع اقتصادية لبعض الناس . وهو ما أشار إليه القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ (٢٥).

٤) وقال الدكتور محمد مصطفى شلبي : (وأما تعارض المصلحة مع مصلحة أخرى وهذا إنما يكون في المصالح المرسله ، فالمجتهد يوازن بين المصلحتين ثم يعمل بالراجحة ، وعند تساويهما يعمل بأيهما شاء ، وكذلك المفاسد إذا تعارضت مفسدتان يدفع أعظمهما ضرا عند رجحان إحداها على الأخرى ، أو يدفع واحدة منهما عند التساوي ، هذا إذا لم يمكن جلب المصلحتين معا أو دفع المفسدتين ، فإن أمكن ذلك وجب عليه ، وإن اجتمع في أمر مفسدة ومصلحة ، نظر للراجح وفعله سواء كان جلب المصلحة أو دفع المفسدة ، وعند التساوي يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، هذا إذا لم يمكن الجمع بينهما .

ومما يقع به الترجيح هنا عموم المصلحة ، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، كما يقدم دفع المفسدة العامة على دفع المفسدة الخاصة) (٢٦).

٥) وقال الدكتور فوزي محمد طایل في مضمون الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة : لا يفترض الفكر السياسي الإسلامي أن هناك فرصة لحدوث أي تعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ؛ لأن الأولى مقدمة على الأخيرة عند المفاضلة بينهما ، كما أن كلا منهما مكمله للأخرى ومؤدية إليها ، وفي هذا تحقيق للتوازن بينهما ؛ لذا فإن العلاقة بين المصلحتين هي علاقة توازن منذ اللحظة الأولى (٢٧).

تقدير أقوال العلماء فى تعريف الموازنة :

١- يظهر لنا مما سبق من أقوال العلماء أن بينهم اتفاقا على أن الموازنة هي: المفاضلة والترجيح . وهذا ما جعل العلامة القرضاوى يقول بأنها تدخل فى موضوع (التعارض

الحركة الإسلامية فى المرحلة القادمة - مكتبة وهبة ط ٤ ؛ ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م ص ٢٦ ، وكتاب السياسة الشرعية فى ضوء

نصوص الشريعة ومقاصدها - مكتبة وهبة ط ١ - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م ص ٣٠١ .

(٢٤) انظر (د/يوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط . دار التوزيع والنشر الإسلامية - ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م - ص ٦٧) .

(٢٥) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٢٦) انظر (د/ محمد مصطفى شلبي - تعليل الأحكام - رسالة دكتوراه - مطبعة الأزهر ١٩٤٧ م / ١٣٦٧ هـ - ص ٣٢٨) .

(٢٧) انظر (د/ فوزي محمد طایل - أهداف ومجالات السلطة فى الدولة الإسلامية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ط ١ - ١٩٨٦ م - ص ١٣٨) .

والترجيح (^{٢٨}) وظهر هذا المعنى أيضا في أقوال كل من الإمام العز بن عبد السلام والإمام ابن تيمية - رضي الله عنهما .

٢ وبالنظر إلى تعريف الدكتور القرضاوى ومضمون كلامه : نجد أنه قد زاد على التعريف أقسام المنافع (المصالح) والمضار (المفسدات) ثم أضاف إليها معايير الترجيح ، وقد ظهر ذلك في قوله (ومن حيث حجمها وسعتها ، ومن حيث عمقها وتأثيرها ، ومن حيث بقاؤها ودوامها) (^{٢٩}) .

٣ وبالنظر إلى تعريف كل من الأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبي ، و الأستاذ الدكتور / فوزي محمد طایل نجد أن كلا منهما قد ذكر أن الموازنة معناها الترجيح والمفاضلة ، إلا أنهما قد ذكرا أنواع المصلحة . أي المنفعة . من حيث كونها خاصة أو عامة ، وكذلك المفسدة . أي المضرة . فتقدم العامة على الخاصة ، واعتبر الدكتور / محمد مصطفى شلبي عموم المصلحة وعموم المفسدة ، مما يقع به الترجيح عند تعارض المصالح والمفسدات .

ومن ثم فإن أقوال علماء الفقه الإسلامي لا تعطينا تعريفا اصطلاحيا يتصف بالجمع والمنع لتعريف الموازنة بين المنافع والمضار ، ولا سيما إذا كان الأصل في الأحوال العادية ، على الإنسان أن يسعى لتحقيق المصالح كلها ، ودرء المفسدات جميعها ، لكنه قد يطرأ عليه بعض الظروف تجعله لا يستطيع القيام بتحقيق مصلحة إلا بتركه لأخرى أو بارتكابه لمفسدة ، أو لا يستطيع أن يترك مفسدة إلا إذا ارتكب أخرى ، أو ترك مصلحة ، ومن أجل أن يقرر الإنسان ما يجب عليه فعله في هذه الحالات المتعارضة (^{٣٠}) كان لا بد له من قارب للنجاة ، أو سفينة إلى بر الحياة ، وقارب النجاة وجود قواعد وأسس ومعايير تمنحه المفاضلة بين الأمرين ، والترجيح لأي الفعلين ، وهذا لا يتأتى إلا بوضع تعريف لمصطلح الموازنة ، تعريف جامع ، لا إطناب فيه ممل ، ولا إيجاز مخل .

(٢٨) انظر (د/القرضاوى - السياسة الشرعية - ص ٣٠٠) .

(٢٩) انظر (د/القرضاوى فقه الأولويات - ص ٢٧) .

(٣٠) انظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة - فقه الموازنات - مجلة البحوث الفقهية - عدد (٥١) المملكة العربية السعودية . الرياض - ١٤٢٢هـ . ٢٠٠١م - ص ٧) .

المطلب الثاني

ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

مصطلح الموازنة في النظم الوضعية مصطلح حديث ، والبحث عن مدلوله يحتاج منا أن ندرس المصطلح الغربي في سياقه الأصلي دراسة جيدة مبتعدين عن مرض التحيز إلى المصطلح المنقول المترجم أو المعرب ، ونعرف مدلولاته حق المعرفة ، ثم نحاول إيجاد معنى له من داخل المعجم العربي^(٣١). مبتعدين عن الترجمة الحرفية للكلمة الأصلية أي النقل دون الاجتهاد في وضع معنى لها ، وإنما استفراغ الوسع في استخراج مدلول للمصطلح من خلال الجمع بين ما ورد من معانٍ للمصطلح الغربي نأخذ منها ونبدع من خلال معجمنا العربي .

• تعريف الموازنة لغة :

الموازنة تعني : عملية إيجاد التوازن ، ولا يتأتى ذلك إلا بالمقابلة بين المتعارضين ، وإبراز مزايا كل منهما ليتم الترجيح .

ومن ثم نستطيع أن نقول إن تعريف الموازنة لغة لا يختلف كثيرا عن تعريفها عند أصحاب المعاجم العربية ، ووجد لفظ التوازن في القانون كتوازن السلطات ، واعتبر أهل القانون أنه (مصطلح يطلق على مبدأ يحكم النظام البرلماني بهدف إيجاد تأثير متبادل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية لتحقيق التعاون والتوازن بينهما)^(٣٢).

• تعريف الموازنة اصطلاحا :

١ - عرفها الأستاذ الدكتور /سليمان مرقص بقوله : هي التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة فالقانون في ذاته هو عبارة عن تنظيم عادل للمجتمع يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام^(٣٣)

٢ وعرفها الأستاذ الدكتور / سامي جمال الدين بقوله (هي المضاهاة الصريحة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري ، بحيث ينتهي القضاء إلى ترجيح المزايا . فإذا رجحت المزايا ، أعلن القاضي مشروعية القرار ، وإذا رجحت الأضرار تعين عليه إلغاء القرار لعدم مشروعيته)^(٣٤) .

٣ وعرفتها الأستاذة الدكتورة /نبيلة عبد الحليم كامل بقولها : " تقييم شرط المنفعة العامة

(٣١) انظر (سعيد بشار - المصطلح خيار لغوي ..وسمة حضارية . سلسلة كتاب الأمة العدد ٧٨ ؛ كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر ؛ ط ١ - ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م - ص ١٠٢) .

(٣٢) المعجم القانوني : مجمع اللغة العربية بالقاهرة - ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م - ص ١١ .

(٣٣) انظر (د/ سليمان مرقص - الوافي في شرح القانون المدني (الفعل الضار بالمسؤولية المدنية) - مطبعة السلام - شبرا - ط ٥ - ١٩٨٨م - ص ٩٠) .

(٣٤) د/ سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - دراسة تحليلية مقارنة . كلية الحقوق . جامعة الإسكندرية . دار النهضة العربية القاهرة ؛ ١٩٩٢م - ص ٢٣٣ .

- في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار وتقدير مزايا القرار ومضاره (٣٥).
- ٤ وعرفها أيضا الدكتور أحمد أحمد الموفي ، قال : هي بحث الآثار والنتائج المترتبة على المشروع لإمكان الحكم عليه ، سواء الآثار الايجابية أم السلبية ، وأن يتم مقارنتها ، أو موازنتها، بحيث لا يعترف له . أي المشروع . بصفة المنفعة العامة إلا إذا تفوقت إيجابيات المشروع على سلبياته(٣٦) .
- ٥ وبين مضمونها الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ بقوله : أن يأخذ القضاء في اعتباره عند تقييم مضمون قرار مَّا لكافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون ، أو على الأقل كل ما يعتقد أن له أهمية خاصة في هذا الصدد ، سواء فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه، أو ما يتعلق بالمزايا المترتبة عليه ، بحيث يتمكن بعد ذلك من إجراء عملية معايرة أو موازنة بين هذه وتلك من ناحية ، وبين الغاية أو الهدف من ذلك القرار من ناحية أخرى ، فإذا انتهت عملية المعايرة أو الموازنة هذه إلى ترجيح الأضرار ، يتعين عليه . أي القاضي . الحكم بإلغاء القرار ، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة أعلن . القاضي . عن صحة ومشروعية ذلك القرار(٣٧).
- يتضح من الآراء السابقة :
- أن كل تعريف للنظرية ، قد اقتصر على جانب من جوانب مضمونها ، فمنهم من اقتصر كلامه على التوفيق بين المصلحة العامة والخاصة مع مراعاة العدل الذي يحقق للمجتمع الخير ويكفل لأفراده التمتع بحرياتهم ، وهذا ما ورد في التعريف الأول للموازنة فاكتمل واضعه يبرز غاية القانون ، وأنواع الموازنة وخاصة بين المصالح الخاصة والعامة ، إلا أنه قد أهمل بيان حد الموازنة والمقصود بها .
 - وذكر البعض الآخر في بيانه لمضمون النظرية ما يجب أن يقوم به القاضي تجاه المصالح المتعارضة التي يمسها القرار الإداري ، وهذا ما ذكرته الأستاذة الدكتورة نبيلة عبد الحليم ؛ دون أن توضح كيفية التقييم .
 - وذكر آخرون أن الموازنة هي مجرد بحث الآثار والنتائج المترتبة على المشروع، والترجيح بين الإيجابيات والسلبيات ، واقتصر هذا التعريف على الجانب العملي للنظرية ، دون
-
- (٣٥) د/ نبيلة عبد الحليم كامل أستاذ القانون العام كلية الحقوق جامعة القاهرة - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية . الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا - دار النهضة العربية القاهرة . ١٩٩٣ م - ص ٢٠ .
- (٣٦) انظر (د/ أحمد أحمد الموفي - فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية - دراسة مقارنة . كلية الشريعة والقانون . جامعة الأزهر فرع أسبوط . دار النهضة الحديثة القاهرة - ص ٢٢١ ، ٢٢٢) ، وانظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الخلط بين الإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ١٩٩٣ م - ص ١٥٩) .
- (٣٧) انظر (الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ أستاذ ورئيس قسم القانون العام ؛ كلية الحقوق ؛ جامعة عين شمس - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها . دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٩٦ م - ص ٣٠٦) .

أن يكون هناك معنى واضح لمصطلح الموازنة ، واكتفى أصحاب هذا المضمون بالشرح للموازنة بين المنافع والمضار ، دون وضع لماهية الموازنة.

وباختصار شديد فإنهم لم يأتوا لنا بتعريف يروى غليلا ويشفى عليلا ، وإنما اكتفوا بالمضمون والشرح عن ماهية الموازنة ، حتى ذكر الأستاذ الدكتور / سامي جمال الدين مضمون الموازنة بأنها : المضاهاة ، وهذا المعنى يختلف تماما عن معنى الموازنة، فالمضاهاة هي : المشابهة ، والمشاكلة والمماثلة^(٣٨) فإذا كانت مشتقة من ضهى ؛ فهي المماثلة وإذا كانت من ضاهى فهي المشاكلة بدليل قوله تعالى ﴿يُضَاهِيُونَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾^(٣٩) وإنما تعني الموازنة المقارنة والمفاضلة بين الشيئين .

— والأصل في ماهية الشيء أن يذكر ما يتكون منه ، وأن تبين عناصره الأساسية، حتى نصل إلى ما يسميه الفلاسفة (حد الشيء) ، وبذلك يمكن أن يكون التعريف جامعا مانعا كما يقول المناطقة ، وعلماء أصول الفقه والشريعة^(٤٠).



وبالوقوف على ما سبق ذكره من تعريفات لمصطلح الموازنة يتضح لنا الفارق بين الفقه الإسلامي ، وفقه القانون الوضعي بخصوص ماهية الموازنة بين المنافع والمضار يبدو في بعض الألفاظ فقط وخصوصا في التعريف الاصطلاحي . فأهل الفقه الإسلامي في مضمون تعريفهم للموازنة ، كانوا أضبط لغة من غيرهم ، فلم يرد في قول أحدهم لفظ يخل بالمعنى ، كما ورد عند البعض من أهل القانون كلفظ (مضاهاة) إلا أن كلا منهما لم يأت بتعريف جامع مانع وفق منهج وضع الاصطلاح .

ومن ثم سأحاول وضع تعريف يوضح المراد قدر الاستطاعة ملتزما جهدي بما ذكرته سلفا من حد الماهية للموازنة مقيداً بفقه صناعة المصطلح^(٤١) ؛ بأن يكون التعريف جامعا بين أنواع الموازنات وكيفية الترجيح ، مع بيان أدوات المفاضلة بين المتعارضات والمتقابلات .

تعريف الموازنة بين المنافع والمضار :

هي الأخذ بمجموعة القواعد والأسس والمعايير التي تضبط عملية الجمع والترجيح بين المصالح المتعارضة ، و المفاصد المتنافرة ، وكذلك المصالح والمفاصد المتقابلة ؛ ليتبين أيهما أرجح فيقدم على غيره .

(٣٨) (راغب الأصفهاني - المفردات - ص ٢٩٥) ، وانظر (الكفوي - الكليات - تحقيق د/ محمد المصري ، د/ عدنان درويش - مؤسسة الرسالة - ١٤١٣ هـ / ١٩٨٥ م - ص ٨٤٣) .

(٣٩) (سورة التوبة : آية ٣٠ .

(٤٠) انظر (د/ حماد محمد شطا أستاذ القانون العام والعلوم الإدارية كلية الملك فهد الأمنية - الأصول الإسلامية للقانون الإداري - الكتاب الأول . النظرية العامة للقانون الإداري . دار الصحوة للنشر ١٤١٧ هـ . ص ٢٦٧) .

(٤١) راجع في ذلك : المصطلح خيار لغوي .. وسمه حضارية . سلسلة كتاب الأمة العدد ٧٨ ؛ كتاب الأمة ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر ؛ الطبعة الأولى - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م ص ٤٩ .

المبحث الثانى

ماهية المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

المنافع والمضار ، والمصالح والمفاسد مصطلحات مترادفة لغة واصطلاحاً ، فكل منهما يؤدي معنى الآخر ، ولكل منهما حقيقتان : لغوية والأخرى اصطلاحية ؛ اصطلاحاً عليها الفقهاء فى كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، وتظهر معالم ذلك فى المطلبين التالين :

الأول : المنافع والمضار وحقيقتهما اللغوية .

الثانى : المنافع والمضار وحقيقتهما الاصطلاحية .

النظام الإسلامي والنظم الوضعية

أولاً : حقيقة المنافع في اللغة :

وتعرف المنفعة في اللغة الفرنسية بأنها النفع أو الفائدة .

ومعناها يقترب من كلمة ①

بين الاثنين بمصطلح الضرر لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »^(٥٣) .

فالضرر إلحاق المفسدة على جهة المقابلة أى أن كلا من الطرفين يقصد ضرر الآخر^(٥٤). والمضرة تضاهى المفسدة ، كما أن المنفعة تضاهى المصلحة فى المعنى وغالبا ما يعبر عنها بالخير والشر ، والنفع والضرر والحسنات والسيئات^(٥٥).

ومما يجب الإشارة إليه أن الفقه القانونى ارتضى القول بمصطلح الإضرار دون غيره^(٥٦)، وذلك من باب النظر إلى المفعول به وهو الفرد ؛ إذ إن الإدارة غالبا ما تقوم بنزع ملكيته بحجة المنفعة العامة أو المصلحة العامة ، وقد يصاب الفرد بالضرر وهو المفعول به فى كل الأحوال ، فكان استعمال مصطلح الإضرار أولى لدى فقهاء القانون من غيره ولاسيما وأن مهمة القضاء حماية حقوق الأفراد وحرياتهم .

ومن ثم نستطيع تحديد المراد بأن مصطلح المضار ما كان من طرفين فى إطار الملكيات الخاصة كحالة مضار الجوار^(٥٧) والإضرار ما كان فى إطار علاقة الإدارة بالأفراد .

وحتى يتأصل المعنى تنتقل إلى حقيقة المصطلح عند أهل الفقه فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

(٥٣) الحديث رواه مالك فى الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى ، وله طرق يقوي بعضها بعضا ، انظر (الإمام النووي الأربعين النووية - الحديث الثانى والثلاثون . ط دار التوزيع والنشر ١٩٩٠م - ص ١٥٥). وانظر (ابن رجب الحنبلي - جامع العلوم والحكم - ط مكتبة الدعوة بالأزهر للطبع والنشر والتوزيع ١٩٨٧م - ص ٣٠١)، وانظر (الزرقاني - موطأ مالك . دار الكتب العلمية . لبنان - ٤٠/٤).

(٥٤) انظر (الشيخ / عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع فيما لا نص فيه - " نظرية الطوفى فى رعاية المصلحة " دار القلم - الكويت - الطبعة السادسة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م - ص ١٠٨) .

(٥٥) انظر (د/ نور الدين ابن مختار الخادمى - المقاصد الشرعية - مكتبة العبيكان - الرياض - السعودية - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م - ص ٢١) .

(٥٦) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٣٠٣) وانظر (د/ سامى جمال الدين - قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٣) .

(٥٧) انظر (د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى " حق الملكية " - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٩١م - ٨/ ٩١٠) .

المطلب الثاني

المنافع والمضار وحقيقتهما الاصطلاحية

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

بعد أن بينا معنى المصطلحين في ظل البناء اللغوي ، فإنه يجدر بنا بيان معناهما الاصطلاحى عند كلٍّ من : الفقه الإسلامى ، والفقه الوضعى .

أولاً : المنافع والمضار في الفقه الإسلامى^(٥٨).

لعلماء الأصول عبارات متنوعة في تعريف المنافع والمضار وتعيين المقصود منهما : فمنهم من ربطهما بالسبب الموصل إليهما ومنهم من ربطهما بمقصود الشارع وهو رعاية مصالح العباد ومنهم من ربطها بالفعل نفسه .

١- قال الرازى في المحصول : والمنفعة عبارة عن اللذة أو ما يكون طريقاً إليه، والمضرة عبارة عن الألم أو ما يكون طريقاً إليه واللذة : حدها إدراك الملائم ، والألم : إدراك المنافى^(٥٩).

وفي هذا التعريف نجد أنه ربط المنفعة بأسبابها والمضرة بأسبابها ، وفي نفس المعنى عرف العز بن عبد السلام المنافع : بأنها اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها . وعرف المضار بأنها الآلام وأسبابها ، والغموم وأسبابها^(٦٠) ، وكذلك المصلحة والمفسدة فهما يحملان نفس التعريف وقال ابن القيم : « المصلحة هي النعيم واللذة وما يفضى إليه ، والمفسدة هي العذاب والألم وما يفضى إليه »^(٦١).

وقد يعبر عنهما أيضاً بلفظ المصلحة باعتبار أنها تفضى إلى ما يوافق الإنسان تحصيلاً وإبقاءً ، وقد يعبر عن التحصيل بالمنفعة وعن الإبقاء بالمضرة ؛ لأن ما قصد إبقاؤه - فإنزله مضرة - وإبقاؤه دفع المضرة^(٦٢).

٢- عرفها الغزالي بقوله : « المصلحة : عبارة في الأصل عن جلب نفع أو دفع مضرة ، ولسنا نعنى به ذلك ، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع .

(٥٨) أعنى بذلك المعنى العام للفقه الإسلامى وهو الذى يشمل علم أصول الفقه والفقه معاً ، لكنه عند الشخصيص فأعنى به علم الأصول والقواعد الفقهية إذ إن أهل الأصول هم الذين ذكروا اصطلاحاً للمنافع والمضار والمناسبة والتعليل.

(٥٩) فخر الدين الرازى - المحصول في علم أصول الفقه - ١٥٨/٥ وانظر فى ذلك أيضاً (الشوكانى - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - دار السلام - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م - ٦٢٦/٢) .

(٦٠) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١٢/١ .

(٦١) ابن القيم - مفتاح دار السعادة - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٤/٢ .

(٦٢) انظر (فخر الدين الرازى - المحصول - ١٥٧/٥) .

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 ، ودفعها مصلحة»^(٦٣).

وفى نفس المعنى عرفها الخوارزمي^(٦٤) بقوله : « هي المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفساد عن الخلق»^(٦٥).

وبالنظر لتعريف الغزالي والخوارزمي نجد أنهما يتفقان من حيث المعنى ؛ لأن دفع المفساد على الخلق يلزم منه تحصيل المصالح كما أن دفع المصالح يلزم منه حصول المفساد لأنهما ضدان . ولذا اكتفى الخوارزمي بإحدى الحالتين عن الأخرى ذلك لأن تحصيل إحداها يستلزم دفع الأخرى ؛ فضيق الخوارزمي الدائرة بحسب ظاهر العبارة إيجازا بخلاف الغزالي الذي جانبه الإيجاز في عبارته السالف ذكرها^(٦٦).

ومن هذا يتضح أن المنفعة هي ما حوفظ فيها على مقصود الشارع باعتبار أنها سبب يؤدي إليه ، وبناءً عليه فليس هناك ما يمنع في وضع التدابير المختلفة إتباعا للمنافع ودرءاً للمفاسد في أمور الحياة المختلفة من العمل والكسب والتداوى ورسم السياسات العامة لتحقيق مصالح الناس ودرء الضرر عنهم^(٦٧).

٣- وعرفها الطوفي^(٦٨) بقوله : « هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة»^(٦٩).

-
- (٦٣) أبو حامد الغزالي - المستصفى - تحقيق الدكتور / محمد سليمان الأشقر - ٤١٦/١ - ٤١٧ .
- (٦٤) الخوارزمي هو : العلامة أبو سعيد أحمد بن محمد بن علي بن نمير الخوارزمي الشافعي الضرير - أحد أئمة المذهب ببغداد وتلميذ الشيخ أبي حامد الغزالي (ت - ٤٤٨ هـ) انظر (العلامة الذهبي - سير أعلام النبلاء - ٨/١٨ : ٩) .
- (٦٥) الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - ٦٩١/٢ .
- (٦٦) انظر (د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - الطبعة الثانية ١٤١٥هـ/١٩٩٤م - ص ١٣٥) .
- (٦٧) انظر (الغزالي - المستصفى - هامش ٤١٦/١) .
- (٦٨) نجم الدين الطوفي : هو أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد ؛ ينسب إلى طوفي ، ويطلق عليه الصرصري ، وهي قرية من أعمال "صرصر" من سواد بغداد ، وهو حنبلي المذهب ومتهم بالتشيع ، وتوفي عام ٧١٦ هـ ، أهم كتبه : [بغية السالك في أمهات المسالك في أصول الفقه ، والذريعة إلى معرفة أسرار الشريعة، وشرح المقامات الحريرية ، وشرح الأربعين النووية ، ومنها حديث "لا ضرر ولا ضرار" الذي قال فيه بتقديم المصلحة على النص] . انظر (ابن حجر - الدرر الكامنة - الهند - ١٥٤/٢) وانظر (الأعلام ١٢٧/٣ ، ١٢٨) .
- (٦٩) الطوفي نجم الدين - التعيين في شرح الأربعين - تحقيق / أحمد حاج محمد عثمان - المكتبة المكية - السعودية - ١٤١٩هـ/١٩٩٨م - ص ٢٣٩ . وللطوفي رأى شاذ في أمر المصلحة وعلاقتها بالنص هذا ، وقد وجهت للطوفي في المصلحة سهام النقد التي أصابت حين وجهت وجعلت قوله مقيد بما لا يخالف الشرع ؛ راجع في ذلك (د/ حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - مكتبة المتنبي - القاهرة - ١٩٨١م - ص ٥٢٩) وانظر في ذلك أيضا (البوطي - ضوابط المصلحة - ص ١٧٨ وما بعدها) .

٤- وعرفها ابن عاشور^(٧٠) فقال عن المنفعة : « بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح ؛ أى النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للأحاد ».

وعرف المضرة بقوله : « وأما المفسدة فهي ما قابل المصلحة وهي وصف للفعل يحصل به الفساد أى الضر دائما أو غالبا للجمهور أو للأحاد »^(٧١).

٥- وعرفها الشاطبي بقوله : « إني أعني بالمصلحة : ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق »^(٧٢).

وهذا الإطلاق مقيد بما غلب من المنافع والمضار وموافقته للخطاب الشرعى ، قال الإمام الشاطبي : « المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب للمصالح ودفع للمفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل برده كان مردودا باتفاق المسلمين »^(٧٣).

وباستقراء ما ورد من تعريفات للمنافع والمضار والمصلحة والمفسدة عند علماء أصول الفقه نجد أنهم حصروا معانيها في ثلاثة :

١ على السبب المؤدى إلى مقصود الشرع كتعريف الغزالي والعز بن عبد السلام والرازي

٢- على نفس المقصود للشارع كتعريف جمهور الأصوليين ومنهم ابن عاشور والآمدى^(٧٤) الذى قال : «المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة أو دفع مضرة أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد ، لتعالى الرب تعالى عن الضرر والانتفاع »^(٧٥).

٣- على اللذات والأفراح : أى بالنظر إلى الفعل ذاته حقيقة ؛ ذكره ابن عبد السلام ، حين قسم المصلحة إلى حقيقية وهي : اللذات والأفراح ، ومجازية ؛ وهي : الأسباب المؤدية

(٧٠) هو محمد الفاضل بن محمد الطاهر بن عاشور (١٣٢٧هـ : ١٣٩٠هـ - ١٩٠٩م : ١٩٧٠م) . انظر (محمد الطاهر بن عاشور - مقدمة كتاب مقاصد الشريعة الإسلامية - تحقيق ودراسة / محمد الطاهر الميساوى - دار النفائس - الأردن - الطبعة الثانية ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م - ص ١٣) .

(٧١) محمد الطاهر ابن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية - ص ٢٧٨ : ٢٧٩ .

(٧٢) الشاطبي - الموافقات - تحقيق د/ عبد الله دراز - دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠/٢ .

(٧٣) الشاطبي - الاعتصام - تحقيق / رشيد رضا - دار المعرفة - لبنان - ١٤٠٩هـ / ١٩٨٥م - ١١٣/٢ .

(٧٤) الآمدى هو : سيف الدين أبو الحسن على بن أبي على بن محمد بن سالم بن محمد العلامة التغلبى الشافعى ملأت تصانيفه الأسماع أهمها [الإحكام فى أصول الأحكام فى أصول الفقه ، لباب الألباب ، دقائق الحقائق] (ت - ٦٣١هـ) - انظر (أبى بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضى شعبة(ت ٨٥١هـ) - طبقات الشافعية - تحقيق د/ الحافظ عبد العليم خان- عالم الكتب بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ، ٧٩/٢ : ٨٣) ، وانظر (الزركلى - الأعلام - ٣٣٢/٤) .

(٧٥) الآمدى - الإحكام فى أصول الأحكام- مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ١٨٣/٣ .

إلى اللذات والأفراح^(٧٦).

هذا وقد قسم علماء الأصول المنافع إلى ثلاثة أقسام :

الأول : الضروري : هو المنفعة التي تتضمن حفظ الضروريات وضدها المضرة في فقد أى منها .

قال الغزالي : « نعى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وما لهم ؛ فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ... وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح »^(٧٧).

وعرفها الشاطبي بقوله: « فمعناها - أى الضرورات - أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج ، وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين . والحفظ لها يكون بأمرين :

- ١ - ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ؛ وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود .
- ٢ - ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم »^(٧٨).

والضرورى ينقسم إلى أصلى وهو المتضمن حفظ مقصود من الضروريات الخمسة وتابع : وهو الجارى مجرى التتمة والتكملة ، بحيث لو فرض فقدته لم يخل بالأصلى^(٧٩) . وهو يشمل العبادات والمعاملات وهو ما كان راجعا إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض وبغير عوض^(٨٠) .

الثانى : الحاجى : جمعها حاجيات وعرفها الشاطبي بقوله : « معناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ، ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ، فإذا لم نزاع دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد

(٧٦) انظر (ابن عبد السلام - الفوائد فى اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى - تحقيق / إياد خالد الطباع - دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص ٣٢) وانظر فى ذلك أيضا (د/ زين العابدين العبد نور - رأى الأصوليين فى المصلحة - كلية الشريعة والقانون - الأزهر - ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م ١ / ١٤ ، ١٧) وانظر (الدكتور / عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام - دار النفائس الأردن - الطبعة الأولى - ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م - ص ١٠١) .

(٧٧) الغزالي - المستصفى - ٤١٧/١ .

(٧٨) الشاطبي - الموافقات - ٧/٢ . وانظر فى ذلك أيضا (الآمدى - الإحكام - ١٨٥/٣ : ١٨٦) .

(٧٩) انظر (الآمدى - الإحكام - ١٨٥/٣) .

(٨٠) انظر (الشاطبي - الموافقات - ٨/٢) .

العادى المتوقع فى المصالح العامة»^(٨١).

والمقصود منها ما يلى :

١- رفع الحرج .

٢- حماية الضروريات وحفظها.

٣- تحقيق مصالح أخرى تابعة أو خاصة أو جزئية أو عامة^(٨٢)، ومثالها تضمين الصناع .
الثالث التحسينى : وجمعها تحسينات عرفها الجوينى بقوله : « ما لا يتعلق بضرورة حاقة ولا حاجة عامة ولكن يلوح فيه غرض فى جلب مكربة أو فى نقيض لها »^(٨٣).

وعرفها الغزالى فقال : « هى ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا ، ورعاية أحسن المناهج فى العادات والمعاملات »^(٨٤) .
وعرفها الشاطبى فقال : « هى » الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات »^(٨٥).

وهى فى المرتبة الثالثة بعد الضروريات والحاجيات وعند التعارض بينها وبين من علا عليها فى الدرجة قدم الضرورى على الحاجى ، والحاجى على التحسينى ، وكذلك يتم ترجيح ما كان عاما للجمهور على ما كان لآحاد الناس ، وهذا المعنى يشمل الأقسام الثلاثة : قال الطاهر بن عاشور فى تعريفه للمنفعة والمضرة : المنفعة هى (وصف للفعل يحصل به الصلاح أى النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد)^(٨٦) . وعرف المضرة بقوله : هى (وصف للفعل يحصل به الفساد أى الضر دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد)^(٨٧) . مبينا بذلك أنهما ينقسمان إلى عامة وخاصة .

وبعد الجمع والبيان لما ذكره علماء الأصول فى تعريف المنافع والمضار يجوز أن نجمل ما سلف ، وأن نوجز اللفظ فى تعريف المنافع وضدها بتعريف اصطلاحى نميل إليه ونرجحه لإيجازه فى اللفظ واستيعابه للمعنى فنقول :

المنفعة هى المحافظة على مقصود الشرع فى جلب كل ما فيه مصلحة ، ودفع كل ما فيه مفسدة ومقصود الشرع من الخلق : أن يحفظ عليهم دينهم ونفوسهم وعقولهم وعرضهم

(٨١) الشاطبى - الموافقات - ٩/٢ .

(٨٢) انظر (الشاطبى - المرجع السابق - ١١/٢ : ١٦) .

(٨٣) الجوينى - البرهان فى أصول الفقه - برقم ٩٠٣ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م - ٩٧/٢ .

(٨٤) الغزالى - المستصفى - ٤١٨/١ . وانظر (الغزالى - شفاء الغليل - ص ٨٣) .

(٨٥) الشاطبى - الموافقات - ٩/٢ . وانظر (د/ نادية محمد شريف العمري - القياس فى التشريع الإسلامى - دراسة أصولية - دار هجر للطباعة والنشر - الطبعة الأولى - ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م - ص ٢٤٧) .

(٨٦) ابن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية - ص ٢٧٨ .

(٨٧) ابن عاشور - المرجع السابق - ص ٢٧٩ .

وأموالهم ، وهى الضروريات الخمس ، التى تواترت الرسالات بحفظها وصيانتها^(٨٨) . وفقد ذلك مضرة وهى ضد المنفعة.

هذا تعريف المنافع والمضار فى الفقه الإسلامى فما تعريفها فى فقه النظم الوضعية ؟

ثانيا : تعريف المنافع والمضار فى الفقه القانونى :

من الأهمية بمكان أن نذكر قبل تعريف المنفعة والمضرة عند رجال الفقه القانونى أن المنفعة من الأفكار الأخلاقية التى عبرت إلى مجال القانون وهذا ما جعل مصطلح المنفعة والمضرة يختلط بكثير من المعانى دون أن يوجد فصل واضح بينها^(٨٩) .

(٨٨) انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - دار الفكر - بيروت - ط ١ - ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م - ص ٤١٥) .

(٨٩) حاول كثير من المفكرين منذ زمن طويل إخضاع الأفكار الأخلاقية : مثل الخير والشر ، والصدق والأمانة للمنهج الرياضى فيما عرف " بترييض الأخلاق " ولقد مر ذلك بمرحلتين أكتفى فى الأولى منهما ببيان حدود الفكرة وجوهرها وهذا هو الوضوح وفى المرحلة الثانية : تبين أنه لا يكفى لتعريف الفكرة الأخلاقية توضيح معناها ؛ وإنما يجب تمييزها من غيرها من الأفكار وهو ما يطلق عليه " التمييز " . انظر (د/أحمد أحمد الموائى فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية الخاصة - ص ١٤) .

أ- تعريف المنفعة :

(١) يعبر الفلاسفة عنها بقولهم : (إنها تحقيق السعادة أو اللذة للأفراد) (٩٠) .

وهؤلاء هم أنصار مذهب اللذة وقد وصفوها بأنها الشعور بالراحة نتيجة خفض توتر الفرد بإشباع حاجة معينة لديه ، وربطوا مذهب اللذة بالخير والشر ، واعتبروا أن الإنسان ينشد اللذة دائما في تصرفاته باعتبارها هي الخير الأعظم ويعزف عن الألم باعتباره الشر الأوحده ؛ غير أن الخير والشر نسيان ، ومن ثم توصلوا إلى " نسبة كل من اللذة والألم بحسب المناسبة التي تقترب بأى منهما " (٩١) .

(٢) وعرف أنصار مذهب السعادة المنفعة: بأنها السعادة التي هي غاية الإنسان والتي تجيء مصاحبة لحالة الانسجام (٩٢) .

ولكن تم توجيه النقد لأصحاب هذين المذهبين بأن السعادة واللذة إذا اعتبرت أى منهما هدفا لكل فرد يضعه نصب عينيه ، ويسعى لتحقيقه سيؤدى فى النهاية إلى التعارض بين الأفراد ذلك لأن كل فرد يريد تحقيق هدفه على حساب الآخرين .

وبناءً على هذا النقد رأى دعاة مذهب المنفعة أن يعدلوا عن مفهوم اللذة ومفهوم السعادة إلى مفهوم آخر يراعى مصالح البشرية ككل (٩٣) .

(٣) ذهب بنتم (صاحب المذهب النفعى) إلى أن المنفعة هي ميزان الخير والشر فى هذه الحياة ، وأن اللذة للفرد لا تتحقق إلا من خلال إسعاد أكبر عدد من الناس ؛ فالفرد وحده عاجز عن الوصول إلى ما يحقق منفعته إلا بتضامنه مع الآخرين - وقال بنتم : إن المنفعة العامة هي الأولى وأن أخلاقياتها تنبذ أنانية الفرد ، وتجعله يبحث عما يكون نافعا ليس له فقط وإنما لغيره أيضا (٩٤) .

وإذا علمنا أن الشعور بالمنفعة العامة ومداها كماً وكيفاً متفاوت بين الأفراد بحسب عاداتهم وخبراتهم وثقافتهم بل أمزجتهم وأغراضهم ، وأن هذا التفاوت قد أدى إلى إثارة الخلاف فى وضع موازين الخير والشر لجميع أعمال البشر وتصرفاتهم مع الإجماع الشكلى على اعتبار أصل المنفعة جنسا لهذه الموازين ، وقد اعترف بنتم ومن بعده (ستوارت مل) بهذا الخلاف (٩٥) .

وسبب هذا الخلاف أنهم جعلوا للمنفعة أساساً مادياً بحثاً ، قدّره قوم بالعرف ، إلا أن

(٩٠) انظر (د/سعد المغربى - ظاهرة تعاظم الحشيش - دار المعارف القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٨٤م ص ٤٤٢) .

(٩١) د/ زكريا إبراهيم - مشكلات فلسفية ، المشكلة الخلقية مكتبة مصر القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٧٥م ص ١٢٢ .

(٩٢) انظر (د/زكريا إبراهيم - المرجع السابق - ص ١٤٣) .

(٩٣) انظر (د/أحمد أحمد الموافى - فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية الخاصة - ص ١٦) .

(٩٤) راجع فى ذلك (د/ زكريا إبراهيم - مشكلات فلسفية - المشكلة الخلقية - ص ١٦٣) . وانظر فى ذلك أيضا (بنتم

- أصول الشرائع - ترجمة أحمد فتحى زغلول - مطبعة بولاق - بدون تاريخ - ١٧/١) .

(٩٥) انظر (د/ توفيق الطويل - مذهب المنفعة العامة - دار النهضة العربية - مصر - ص ١٤٢) .

العرف غالبا ما يعممه سلطان جائر ، أو جهل من شأنه أن يولد خرافات باطلة ، أو هوى متبعا لا يجد من يوثقه بوثاق الخلق والعقل ، ومثال العرف الذى سنه السلطان ما كان يفعله الرومان عندما يولد لهم طفل يضعونه عقب ولادته فى إناء مملوء خمرا فإن بقي الطفل مفيقا أبقوه ، واستحق عندهم التربية والحياة و إلا أهملوه ليموت غير مأسوف عليه، ومثال الجهل والخرافة كالذى كان يفعل عند بعض القبائل العربية من وأد البنات أحياء خوفا من العار والفضيحة ، ومثال العرف التاريخي عن الهوى ، الأعراف التى تفيض بها اليوم مجتمعات أوروبا مما لا يقره إلا رعونة الشهوات والأهواء^(٩٦).

ومقياس العرف هذا قد تبين بالبحث العلمى أنه لا يصلح أن يُتخذ مقياسا للخير والشر لكنه فى الواقع المعيشى ما زال متبعا^(٩٧). يقول غوستاف لوبون : (والذى يقود الناس ولاسيما إذا اجتمعوا إنما هى التقاليد وهم لا يسهل عليهم أن يغيروا منها سوى الأسماء والأشكال)^(٩٨)

وقدّر قوم المنفعة بالسعادة الشخصية وجعلوها أساسا للمنفعة ، وأن ما يستفيد منه الإنسان صاحب الفعل لنفسه هو مقياس المنفعة بغض النظر عما يلاقيه الآخرون من مضار^(٩٩) ، وبلا شك أن هذا الأساس هو مذهب كثير ممن أصيب بمرض (الأنا) ونشأ عنه من المفاسد ما هو معلوم لكل باحث^(١٠٠).

وقدر قوم أساس المنفعة بما سموه (أكبر سعادة للنوع البشرى بل لكل حساس) وهو المذهب الذى أطلق عليه اسم مذهب السعادة العامة أو مذهب المنفعة ، ومعنى ذلك أنه عند الحكم على عمل بأنه خير أو شر يجب أن ينظر إليه فيما ينتجه من لذائذ وآلام لا لأنفسنا فحسب بل لجميع النوع البشرى ، ومن أنصار هذا المذهب بتنام وجون ستوارت صاحب نظرية المنفعة^(١٠١).

(٩٦) انظر (د. توفيق الطويل - مذهب المنفعة العامة ص ١٤٢) .

(٩٧) انظر (أحمد أمين - الأخلاق- دار الكتب المصرية - ص ٩٤) .

(٩٨) غوستاف لوبون - روح الاجتماع ترجمة / أحمد فتحى زغلول - مطبعة الشعب - ص ٩٩ .

(٩٩) هذا رأى لفيلسوف يونانى يسمى (أبيقور مات سنة ٢٣٠ ق.م) وقد تبنى هذا الرأى من بعده فى العصر = الحديث (هوبز) وأيا ما كان القصد الحقيقى لهذا الفيلسوف فإنه جمع من حوله الساقطين ، وربما كان أبيقور مظلوما فى حمل كلامه على المحمل الذى تمسك به الساقطون بل الأقرب إلى الحق أن ما كان يعنيه عائد بالنتيجة إلى مذهب المنفعة العامة ، ولكنه كان يرى أن الفرد حينما يقدم من المنافع ما يشمل أكبر قدر من المجتمع ، فإن قصارى مرماه ؛ إنما هو تحقيق منفعته الشخصية وذلك بسبب ما ينويه من شعور اللذة والسعادة فى عمله ذلك؛ فالإنسان حتى وهو يسدى النفع إلى المجتمع فإنما هو ينفع بذلك نفسه بأوسع معانى النفع الشاملة للجسم و النفس غير أننا نقول مع ذلك : إن العبرة بما ينتج عن مذهبه وما درج عليه الناس فى الواقع بعد ذلك . راجع (بتنام - أصول الشرائع - ٣٠/١) وانظر (د/محمد سعيد رمضان البوطى - ضوابط المصلحة - هامش ص ٣١) .

(١٠٠) انظر (محمد رمضان البوطى - ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية - ص ٣١) .

(١٠١) انظر (د. محمد رمضان البوطى - ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية - ص ٣١) .

وهذا قول لا يمارى فيه عاقل غير أنه نظرى أكثر منه واقعى فمن السهل أن يسقط أمام أبسط الأعراف والشهوات البراقة وما الذى يصد تجار السياسات والشهوات عن بذر بضاعتهم ونثرها فى المجتمعات وبخاصة وأنهم يعلمون أن الموازين التى وضعها علماء الفلسفة والأخلاق - على اختلافهم - إنما استلهموها من الحياة التى يعيشونها ، ومن الأمور الخادعات أن يرتبط بقيود هو الذى صاغها ثم ألقى بها إلى من جاء يسعى لوثقه بها^(١٠٢).

ومن ثم كانت المنفعة عندهم هى الفائدة الشخصية المحضة المتمثلة فى جلب الخير ودرء الشر فى إطار المعايير المادية .

هذا تعريف المنفعة عندهم فما حقيقة المضرة ؟

ب- حقيقة المضرة :

يكاد الفقه القانونى يتفق على معنى الضرر أو المضرة أو الضرار والمضار ، فلقد درج الفقه على تعريف الضرر بقوله : هو (المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للإنسان سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو اعتباره أو غير ذلك)^(١٠٣).

وأيضاً عرف الضرر بأنه : (الأذى الذى يصيب الإنسان فى جسمه أو فى ماله فيلحق به خسارة مالية أو الأذى الذى يصيبه فى حقوق ومصالح غير مالية فى عاطفة المضرور أو سمعته أو شعوره بألم يسبب إصابته فى جسمه مثلاً أو فى حريته وعرضه أو غير ذلك من المعانى التى يحرص الناس عليها)^(١٠٤).

وعرفه العلامة السنهورى بأنه : الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية محققة أو غير مالية ، وكذا الإخلال بحقوقه وسلامته وحياته وسلامته جسمه^(١٠٥).

وعرفه الدكتور سليمان مرقس بقوله : (هو الأذى الذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له)^(١٠٦) سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة

(١٠٢) انظر (البوطى - المرجع السابق - ص ٣٢) .

(١٠٣) المستشار الدكتور / طه عبد المولى إبراهيم المستشار بمحكمة النقض - مشكلات تعويض الأضرار الجسدية فى القانون المدنى فى ضوء الفقه والقضاء - دار الفكر والقانون - الطبعة الأولى ٢٠٠٠م - ص ٦٣ .

(١٠٤) الدكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله بالاشتراك مع الدكتور / أحمد شوقى عبد الرحمن - النظرية العامة للقانون - مصادر الالتزام - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ١٩٩٩م - ص ٨٨ وما بعدها .

(١٠٥) انظر (د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى- إضافة وتنقيح المستشار مصطفى محمد الفقى - مصادر الالتزام- دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة ١٩٨١م - ١١٩٧/٢ وما بعدها) .

(١٠٦) اشترط الفقه المصرى أن تكون هذه الحقوق مشروعة بمعنى أنها تستند إلى حق يحميه القانون أو طالما كانت المصلحة غير مخالفة للقانون على النقيض من الفقه الفرنسى والذى ظهر اختلافه بشأن طلب من الخلية بالتعويض عما أصابها من فقد خلية فقال البعض بعدم مشروعية هذا الطلب لأن هذه العلاقة غير مشروعة ، وقضت بذلك محكمة النقض الفرنسية قبل ١٩٧٠م غير أنه فى ٢٧ فبراير ١٩٧٠م أقرت حق الخلية فى التعويض تأسيساً على أن المادة ١٣٨٢ مدنى لا

وإذا تتبعنا ما ذكره أهل القانون من تعريف للضرر نجد أن الاتفاق ظاهر بينهم باعتبار أن الضرر هو الأذى الذى يصيب الإنسان سواء كان هذا الأذى ماديا أو أدبيا وهذا فى ظل المشروعية ، والفقه الفرنسى ليس بمنأى عن هذا ولاسيما وأنه هو الذى رفع شعار حماية حقوق الإنسان .

أولا محل الاتفاق بينهما :

ثانيا محل الاختلاف :

الفرق الأول : البعد الزمني :

المحصول - ١٥٨/٥ .

إن الزمن الذى يظهر فيه أثر كل من المنفعة والمضرة محدود بالدنيا فى النظم الوضعية ؛ إذ أنهم لا يبصرون ما وراء الدنيا من امتداد لحياة أخرى وهذا اعتقاد المجموع باستثناء فئة قليلة لا دور لهم فى مثل هذا الميدان ، وهم بعض رجال الدين .

ومن ثم كانت ضوابط القانونيين والفلاسفة للخير والشر واللذة والألم فى تخبط واضطراب وتكاثر عليهم الانتقادات من حولهم قدر تكاثر أنواع الميول والأهواء^(١١٠)، ويمتاز النظام الإسلامى فى ضوء هذا الفرق بأن المنفعة والمضرة ليست محصورة فى الدنيا وحدها بل فى الدنيا والآخرة معا ، وبيان ذلك أن المنفعة هى المصلحة أو الوسيلة إليها فكل عمل أثمر لصاحبه منفعة - وإن جاءت الثمرة متأخرة - يعتبر عملا صالحا ، ولذا فإن الأعمال لا توضع فى معيار الزمن الدنيوى وحده بل يمتد امتدادا شاسعا إلى ما بعد الموت بحيث تتضاءل قيمة الحياة الدنيا كما وكيفا، والتنبيه على وجود هذه الحياة من أهم ما بعث به الرسل والأنبياء^(١١١). قال العز بن عبد السلام : (تنقسم المصالح - أى المنافع - إلى الحسن والأحسن ، والفاضل والأفضل كما تنقسم المفسدات - أى المضار - إلى القبيح والأقبح ، والرذيل والأرذل ؛ ولكل واحد منها رتب : عاليات ودانيات ومتوسطات ومتساويات وغير متساويات .

ولا نسبة لمصالح الدنيا إلى مصالح الآخرة ، لأنها خير منها وأبقى ولا نسبة لمفسدات الدنيا إلى مفسدات الآخرة ؛ لأنها شر منها وأبقى^(١١٢). وأكد المعنى إجمالا قول الشاطبى : (وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معا)^(١١٣). وبهذا سما النظام الإسلامى على النظم الوضعية بربط المنافع بالبعد الزمنى غير المحدد بعمر الفانية بل امتد بها للباقية .

(١١٠) انظر (الدكتور / توفيق الطويل - المنفعة العامة ص ١٨١ : ١٨٢) . ومثل هذه الانتقادات ما قدم من انتقاد لتعريف (ستورات مل) للذة بالدور إذ عرفها بأنها ما من شأنه أن يكون مرغوبا فيه وفى الوقت نفسه جعلها معيارا لما يجب أن يرغب فيه الناس انظر (المنفعة العامة ١٨١ ، ١٨٢) وأيضا انتقد (غوستاف لوبون) القول بأن القوانين والأنظمة تؤثر فى سلوك الناس ، فيرى أنها متأثرة بهم وليست مؤثرة فيهم فقال : (لا يزال الناس يذهبون إلى أن النظمات تقوم المعوج الحياة الاجتماعية وأن تقدم الأمم أثر من آثار إتقان تلك النظمات وإصلاح الحكومات ، وأنه يمكن إحداث الانقلابات الاجتماعية بواسطة الأوامر والقوانين ، ذاك وهم تأصل فى الأفكار لما تبدده التجارب على تكرارها ، وقد ضاعت فيه متاعب الفلاسفة والمؤرخين الذين تصدوا لبيان فساده ولكنهم لم يلاقوا صعوبة فى إقامة الدليل على أن النظمات بنات الأفكار والمشاعر والأخلاق وأن الأفكار والمشاعر والأخلاق تتغير بتغير القوانين ، راجع (غوستاف لوبون - روح الاجتماع - ص ١٠٥) .

والحق أنه لا دور فى تعريف (مل) للذة لأن المصدر الذى استقى منه تعريفه للمنفعة هو التجارب والخبرات السابقة ، وأيضا المجتمع الذى ألزمه بمقتضى هذا التعريف ، كما أنه ليس مسلما أن القوانين متأثرة بالناس وليست مؤثرة فيهم ، بل هى متأثرة بالسابقين ومؤثرة فى اللاحقين ، انظر (البوطى - ضوابط المصلحة ص ٣٥).

(١١١) انظر (البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٤٥) .

(١١٢) العز بن عبد السلام - الفوائد فى اختصار المقاصد - ص ٣٩ .

(١١٣) الشاطبى - الموافقات - ٤/٢ .

الفرق الثاني : البعد التقييمي للمنفعة :

أساس تقييم المنفعة والمضرة في النظم الوضعية مادي بحت ، سواء كانت الثمرة عائدة على الفرد وحده أو على المجتمع ، وليس ثمة تعارض بين كون ما يترتب على المنفعة والمضرة حسيا أو معنويا ، فإن مرد الجميع إلى نوع واحد وهو ما يسمى بالمنفعة المادية ، رغم محاولة (ستوارت مل) في أن يثبت بالبرهان التجريبي تنوع اللذة إلى حسية ومعنوية ، وأن المعنوية ترجح في كثير من الأحيان على الحسية .

إلا أنه رد عليهم (بأن المنافع المعنوية لا تعلو في الحقيقة على الحسية إلا لاقتناع أصحابها أن المعنوية من شأنها أن تثمر المنافع الحسية أيضا ففضائل الأعمال عندهم سبيل للوصول إلى الأمانى والمقاصد المادية)^(١١٤) . كما أن الرذائل تستخدم أيضا للمهمة ذاتها .

ومن ثم نقرر أن أرباب القوانين الوضعية غالبا ما تعود موازين المنافع والمضار ، والخير والشر ، والفضائل والرذائل ، عندهم إلى القيمة المادية المحسوسة التي بها وحدها تقوم الدنيا كلها في نظرهم^(١١٥) .

هذا بخلاف النظام الإسلامى الذى ارتقى بالمنافع البشرية واعتبرها دينيه أكثر منها دنيوية يفضل آجلها عاجلها ، ونبذ الطابع المادى لها والذى ابتليت به الحضارات المادية شرقا وغربا حيث التضحية بمصلحة الفرد فى سبيل مصلحة الطبقة المسيطرة ، وغربا حين يخدم الاقتصاد فيها الطبقة الرأسمالية^(١١٦) وهمها تحصيل الكثير من المنفعة على حساب الآخرين .

إن قيمة المنفعة والمضرة فى النظام الإسلامى لا تنحصر فيما تنطوى عليه من لذة مادية بل هى نابعة من حاجتى كل من الجسم والروح فى الإنسان فهى الفطرة السليمة والتى تتحقق فيها منافع الجسم والروح وتشبع الحاجات الروحية للإنسان كما تشبع الحاجات المادية قال تعالى ﴿ فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾^(١١٧) .

ومن ثم كانت المنفعة فى النظام الإسلامى ناظرة باعتدال إلى نوازع كل من الجسم والروح وأن المنفعة ليست فى إشباع الإنسان لغرائزه ورغباته بل فى كبح جماحها وضبطها على المنهج عبادة ومعاملة وأن سعادة الإنسان ليست فى تحصيل المزيد من اللذة وإنما فى التحرر من سيطرة

(١١٤) انظر (البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٣٧) وانظر (أحمد أمين - الأخلاق - ص ١٠٧ : ١٠٨) .

(١١٥) البوطى - المرجع السابق - ص ٣٨ .

(١١٦) انظر (روجيه جارودى - الحضارة على طريق الانتحار- عرض وتقديم د/ مصطفى محمود مقال بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٣/٥/٧) ، وضرب مثلا لذلك فقال : (نجد الحضارة المادية الرأسمالية يخدم الاقتصاد فيها منافع الطبقة الرأسمالية فتهدف الصناعة فيها لتشغيل الآلة ولو أنتجت أدوات الهلاك والدمار ، ويهدف الإعلان فيها لتزيين المنتجات - أيا كانت للناس - لتتولد لديهم حاجات لا قيمة لها فيتصارع الناس لإشباعها سواء عادت عليهم بالنفع أو لا .

(١١٧) سورة الروم : آية ٣٠ .

نفسه عليها^(١١٨) قال تعالى ﴿ قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا * وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا ﴾^(١١٩).

الفرق الثالث : البعد الدينى :

ففى النظم الوضعية يعتبر الدين فرعا للمنفعة موافقا لها ، وأنه يستعان به من حيث كونه مؤثرا فى تنفيذ وجوه المنفعة المعتبرة لديهم واهتم مفكروهم بالبحث عن كيفية وجوب استعمال المؤثر الدينى فى تحقيق ما يراه علماء القانون فى مسالك الخير والشر فيقولون : إن لهم أن يخططوا سبل مصالحهم التى يفهمونها ، وعلى الدين أن يذلل العقبات التى فى هذا السبيل ؛ يقول بنتام : (يجب أن يكون سير الديانة موافقا لمقتضى المنفعة ، فالديانة باعتبارها مؤثرا تتركب من عقاب وجزاء فعقابها يجب أن يكون موجها ضد الأعمال المضرة بالهيئة الاجتماعية فقط وجزاؤها يكون موقوفا على الأعمال التى تنفعها فقط ، وهذه هى القاعدة الأولية والطريقة الوحيدة فى الحكم على سير الديانة هى النظر إليها من جهة الخير السياسى فى الأمة فقط وما عدا ذلك

يالتفت إليه)^(١٢٠) !

ومع هذا فقد كانت هناك فئة ترفع لواء الدين من زاوية الحساب فى اليوم الآخر وثواب الجنة وعذاب النار غير أن هؤلاء يعدون جزءا من تسخير الدين ابتغاء المآرب التى رآها علماء القانون ، وأيضا هم يقفون عند نقطة هامة بعد اعتبار حساب اليوم الآخر فى تمييز الخير والشر ألا وهى تلمس مقاصد الدين التى تضبط سلوك الإنسان حتى يصبح هذا السلوك مصلحة يثاب عليها ، وهى وقفة لا نتيجة لها (ذلك لأن الشرائع السابقة على الإسلام قد لحق بها التغيير والتبديل المتكرر حتى ضاعت معالمها ، ولم يبق فيها ما يمكن الاعتماد عليه والتمسك به من الأحكام التشريعية)^(١٢١).

ومن ثم فإن منفعة الدين عندهم فى المرتبة الدنيا من منافعهم الذاتية بخلاف النظام الإسلامى والذى اعتبر الدين أساسا للمصالح الأخرى ومقدما عليها ، ويجب التضحية بكل المنافع والمصالح فى سبيل الحفاظ على مصلحة الدين ولاسيما وأنه المقصد الأول من الضروريات الخمس المتمثلة فى حماية الدين ، والنفس ، العقل ، النسل والعرض والنسب ، والمال ، على العكس مما رأيناه معتبرا لدى علماء القانون فهم لا يقيمون وزنا للدين بحد ذاته

(١١٨) انظر (د/أحمد أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية - ص ١٨) .

(١١٩) سورة الشمس : آية ٩ ، ١٠ .

(١٢٠) بنتام - أصول الشرائع ص ٣٠٧ ، وهذا القول دفع الكثير ممن فقدوا عقولهم أن يصدقوا مقولة (الدين مخدر

للشعوب) هذا وقد تبنى هذه النظرية على نطاق واسع (وليم جيمس) وشرحها فى كتابه (البراجماتية) حيث دعا إلى

التمسك بكل ما من شأنه أن يحقق غاية أخلاقية سليمة حتى ولو كان الأمر المتمسك به باطلا فى جوهره بل لا يهم أن

يكون حقا أو باطلا ما دام أنه يحقق نفعا مرغوبا فيه ، انظر (الدكتور توفيق الطويل كتاب المنفعة العامة - ص ٢٦٦) .

(١٢١) البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٤٣ .

ولا للآخرة (١٢٢).

ومن الأدلة على البعد الدينى فى النظام الإسلامى :

١ قضى الله تعالى أن يجعل الإنسان حياته الدنيا بما فيها واسطة لاكتساب السعادة فى الحياة الآخرة ؛ قال تعالى ﴿ وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴾ (١٢٣) وقال تعالى ﴿ وَمَنْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا ﴾ (١٢٤) وبين الله ﷻ لعباده كيفية التسبب فى بلوغ سعادة الآخرة وذلك بالزامهم شريعة كاملة يتبعونها هى مجموع ما يلتزم مع فطرة الإنسان الصافية الأولى ، ويضمن لهم فى حياتهم هذه - فضلا عن الحياة الآخرة - السعادة الكاملة (١٢٥).

٢ للمصالح والمنافع الضرورية كلها منقسمة إلى خمسة أقسام مرتبة، وأولها الدين قال الغزالي : (وتحريم تفويت هذه الأصول الخمسة والزجر عنها يستحيل أن لا تشتمل عليه ملة من الملل ، وشريعة من الشرائع التى أريد بها إصلاح الخلق) (١٢٦). وهذا يعنى أن اعتبار المنافع الدنيوية فرعا عن جوهر الدين الذى يقضى أولا وآخرا بوقوف الإنسان موقف العبودية من خالقه تبارك وتعالى .

٣ للمصالح الدنيوية التى جاءت بها الشريعة إنما جاءت ضمن منهج معلوم وحد مرسوم رسمتها نصوص الكتاب والسنة والقياس الصحيح قال تعالى ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾ (١٢٧). وقال تعالى ﴿ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ﴾ (١٢٨).

وهذه الأدلة برهان ساطع وحجة دامغة على أن المنافع والمضار فى النظام الإسلامى إنما تقف منصهرة فى إطاره ومنظومته إذ به صح شرعها وبواسطته تم ضبطها (١٢٩).

وخلاصة القول :

فإن المنافع والمضار التى وضع الفقه القانونى مفهومها ومعانيها ، والتى اتخذها أساسا لقوانينه ، إنما تنبع هذه المعانى من أنانية فردية غير منضبطة ، وإن ظهرت بمظهر السعى إلى الصالح العام ، فهى منافع ومصالح تحوم حول حاجات الجسم وشهواته ولا تضع فى حساب الوسيلة غاية من وراء الحياة الدنيا ، وإن لم تنتكر للدين فقد جعلته وسيلة لتحقيق مآربها

(١٢٢) انظر (البوطى - المرجع السابق - ص ٥٥) .

(١٢٣) سورة القصص : آية ٧٧ .

(١٢٤) سورة الإسراء : آية ١٩ .

(١٢٥) انظر (البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٤٦) .

(١٢٦) أبو حامد الغزالي - المستصفى - تحقيق د/محمد سليمان الأشقر - ١٤١٧/١ .

(١٢٧) سورة الحشر : آية ٧ .

(١٢٨) سورة الأنعام : آية ١٥٣ .

(١٢٩) انظر (البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٥٧) .

المادية^(١٣٠).

وهذا على النقيض من الفقه الإسلامى والذى ربط المنافع بالامتداد الزمنى الأبدى ؛ ما بعد الحياة الدنيا وأن المنفعة وسيلة للعمل الصالح فى إطار التوسط والاعتدال بين ما يحتاجه الجسم وتحتاجه الروح مع الانضباط بما يمليه الشرع من أوامر يتم الخضوع لها ، والتضحية فى سبيل حمايتها .

وبعد ذكر ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجدر بنا أن ننتقل إلى طرق باب التاريخ لنعيش ميلاد هذه النظرية ومراحل تطورها فى كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

(١٣٠) انظر (البوطى - المرجع السابق - ص ٤٤) .

الفصل الثاني
تاريخ نظرية الموازنة
بين المنافع والمضار
في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

تمهيد :

إن الوقوف على تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ورفع النقاب عن مدار أعمالها في النظام الإسلامي والنظم الوضعية يجعلنا ملزمين بأن نهتم بلحظتين أساسيتين في حياتها : لحظة نشأتها ، ولحظة استمراريتها في الحياة . فإن نشأة النظرية لم يكن لها زمن محدد في التنظير والتقييد بل بين النظامين تفاوت من حيث زمن نشأتها ومحاولة التقييد لها ، وهذا ما دفعنا إلى دراسة فاقهة واعية لتاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظامين الإسلامي والوضعي ، مبتعدين عن مرض العصبية البغيضة ، والحماسة المريضة ، والهوى المضل ، وأن ننظر إلى نشأتها وعوامل تطورها من خلال المبحثين التاليين :

الأول : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .

الثاني : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .

المبحث الأول تاريخ النظرية في النظام الإسلامي

تمهيد :

لم تكن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي بمثابة شجرة بلا أصل ولا نبتة بلا جذر ، وإنما لها تاريخ أصيل وجدت جذوره في القرآن والسنة ، وسيقانه في إجماع الصحابة وأفعالهم ، وفروعه في صياغة الفقهاء والأئمة لقواعده ، ويتضح المعنى في المطالب التالية :

- الأول : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عهد النبوة (النشأة والتكوين)
- الثاني : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عصر الصحابة (البناء والكمال)
- الثالث : الموازنة بين المنافع والمضار وعصر التابعين وتطور النظرية .
- الرابع : الموازنة بين المنافع والمضار وعصر أئمة الفقه (طور التدوين)
- الخامس : الموازنة بين المنافع والمضار وعصر عموم الفقهاء (الجمع والرسوم والتنسيق)

.(

المطلب الأول

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

في عهد النبوة (النشأة والتأسيس)

لقد نشأت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، مع نشأة الأحكام الشرعية نفسها ، وكانت بداية الموازنات مع نزول الوحي على الرسول ﷺ . والأدلة على ذلك كثيرة :

(أ) منها تعليل الرسالة المحمدية بكونها رحمة ، خير وصلاح للناس أجمعين ؛ قال تعالى : ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ ^(١٣١) والآية وصف للنبي ﷺ ولشريعته . ومن مظاهر كونها رحمة للعالمين ، أن فيها مقومات الرحمة العامة للخلق ، وأنها وافية بمصالحهم ، فإن لم تكن بهم رحمة ، لكانت عليهم نقمة .

وحكمة تمييز شريعة الإسلام بهذه المزية أن أحوال النفوس البشرية مضت عليها عصور ، وأطوار ، تهيأت بتطوراتها أن تساس بالرحمة ، وأن تراعي لها المصلحة - أي المنفعة - وأن تدفع عنها المشقة - أي المفسدة - بمقادير ضرورية لا تقام المصالح بدونها ^(١٣٢) وكان الله ﷻ يقول لنبيه ﷺ : " إن ما بعثت به سبب لسعادة الناس في الدارين ، ومنشأ لانتظام مصالحهم ^(١٣٣) .

فالشريعة الإسلامية كما يقول ابن القيم - رحمه الله : (عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى البعث فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه) ^(١٣٤)

(ب) قول الله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ ^(١٣٥) هذه الآية من الآيات التي تتحدث عن طبيعة الشريعة الإسلامية وخصائصها ، فالشريعة عدل كلها ؛ والعدل : هو إعطاء الحق لصاحبه ، وهو الأصل الجامع للحقوق الراجعة إلى الضروري والحاجي من الحقوق الذاتية ، وحقوق المعاملات . والعدل هنا كلمة جامعة فهي بإجمالها مناسبة إلى أحوال المسلمين . والفحشاء : اسم جامع لكل عمل أو قول تستفطعه النفوس لفساده ^(١٣٦) .

(١٣١) سورة الأنبياء : آية ١٠٧ .

(١٣٢) انظر (محمد الطاهر ابن عاشور - التحرير والتنوير. دار سحنون للنشر والتوزيع. تونس. ١٩٩٧م ١٦٨/٨).

(١٣٣) انظر (د/ محمد سعيد رمضان البوطي - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - ص٧).

(١٣٤) ابن القيم - كتاب أعلام الموقعين - تحقيق عصام الدين الصابطي . دار الحديث ط ٣ (١٤١٧هـ ١٩٩٧م - ٥/٣)

(١٣٥) سورة النحل : آية ٩٠ .

(١٣٦) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٢٥٧/٧) .

والبغي : هو الاعتداء في المعاملة ، ومن ثم فحقيقة العدل بين شيئين أو شخصين :
المعادلة والموازنة بين المنافع والمضار بينهما في أمر ما (١٣٧).

فالمقصود به إذن مراعاة التوسط - أي الاعتدال والاتزان - بين طرفي الإفراط والتفريط في كل شيء وليس حقيقة انتظام مصالح الناس وتناسقها مع بعضها إلا خطأ مستقيماً يفصل بين طرفي الإفراط والتفريط في شئونها ، وهما طرفان ينتهيان بالمفسدة لا محالة .
ويبرز هذا المعنى واضحاً في تصريح الآية بالمفهوم المخالف (١٣٨) للعدل المأمور به ، وهو النهي عن الفحشاء والمنكر والبغي .

وليست هذه الثلاث ، إلا جماع المفسدات المختلفة ، التي تعرقل السبيل إلى تنظيم مصالح الناس ، وتحقيق الخير لهم (١٣٩) .

ج) إن مراحل الدعوة المحمدية لتعطينا دلالات واضحة تؤكد ارتباط نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بالمنهج ارتباطاً وثيقاً .

أولاً : مرحلة الدعوة في مكة :

بدأ التشريع في هذه المرحلة بالبداية الجنينية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فبدأ بالصفح ، والصبر ، وأداء الصلوات ، مع البعد عن مواجهة أهل مكة بالسلاح واللسان ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوا أَيْدِيَكُمْ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ يَخْشَوْنَ النَّاسَ كَخَشْيَةِ اللَّهِ أَوْ أَشَدَّ خَشْيَةً وَقَالُوا رَبَّنَا لِمَ كُتِبَ عَلَيْنَا الْقِتَالُ لَوْلَا أَخَّرْتَنَا إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ قُلْ مَتَاعُ الدُّنْيَا قَلِيلٌ وَالْآخِرَةُ خَيْرٌ لِمَنِ اتَّقَى وَلَا تُظْلَمُونَ فَتِيلًا ﴾ (١٤٠)

فإن بعض المهاجرين كانت تأخذه الحماسة والاندفاع ، لدفع أذى المشركين . وهم في مكة . لكن النبي ﷺ كان يقول لهم « أمرت بالعفو فلا تقاتلوا القوم » (١٤١) وذلك لعدة اعتبارات :

أ) الاعتبار الأول : (الجهاد لو بدأ في الابتداء لأباد الكفرة أهل الإسلام ، لقلة عدد

(١٣٧) ابن عاشور - المرجع السابق - ٢٥٧/٧ .

(١٣٨) المفهوم المخالف : هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه ، مخالف لما دل عليه المنطوق به ، لانتفاء قيد من القيود المعتد بها في الحكم المسكوت عنه ، وسمي هذا المفهوم مفهوم المخالفة ، لما يرى من المخالفة بين حكم المنطوق به ، وحكم المسكوت عنه ، ويسميه بعض الأصوليين بـ (دليل الخطاب) والبعض الآخر بـ (المخصوص بالذكر) انظر (الجويني - البرهان في أصول الفقه - ١/١٦٦) ، وانظر (الجرجاني - التعريفات - ص ٢٧٩) ، وانظر (د/ قطب سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٤٢٨) .

(١٣٩) انظر (د/ محمد سعيد رمضان البوطي - ضوابط المصلحة - ص ٧١) .

(١٤٠) سورة النساء : آية ٧٧ .

(١٤١) انظر (الحاكم محمد بن عبد الله - المستدرک علی الصحيحین - تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م - ٧٦/٢) ، وانظر (النسائي - السنن الكبرى - تحقيق د/ عبد الغفار سليمان البنداري ، وسيد كسروی حسن - الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م - ٣/٣) .

المؤمنين ، وكثرة الكافرين) (١٤٢) .

ب) الاعتبار الثاني : إن القتال يؤدي إلى قطع الأرحام ، ولكل من الصحابة الكرام ﷺ في قریش نسبا وصهرا ، فكان الأصلح في هذه المرحلة للدعوة الحث على صلة الأرحام ، وإفشاء السلام وإطعام الطعام ، حتى تنشرح صدور القوم للإسلام ، وهذا ما أمر به النبي ﷺ صحابته به .

ج) الاعتبار الثالث : (إن جهاد المسلمين إن كانوا من قلة العدد ، أو ضعف القوة والعدة ، بحيث يغلب على الظن أنهم سيقتلون من غير نكاية في أعدائهم ، فينبغي أن نقدم هنا مصلحة حفظ النفس ؛ لأن المصلحة المقابلة وهي مصلحة حفظ الدين موهومة أو منفية الوقوع) (١٤٣) . وقرر الإمام العز بن عبد السلام حرمة الخوض في مثل هذا الجهاد بقوله (فإذا لم تحصل النكاية وجب الانهزام ، لما في الثبوت من فوات النفوس مع شفاء صدور الكفار وإرغام أهل الإسلام ، وقد صار الثبوت هنا مفسدة محضة ليس في طيها مصلحة) (١٤٤) . إذن كانت الموازنة بين المنافع والمضار ظاهرة في ترجيح مصلحة حماية النفس وكانت الأولى بالرعاية في هذه المرحلة من غيرها .

ثانيا : مرحلة الدعوة في المدينة :

١ - بمجرد أن وصل النبي ﷺ المدينة بدأت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تتضح أكثر ، وبخاصة بعد ما وصف رب العباد ﷺ عباده المؤمنين بقوله : ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِيَ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾ (١٤٥) فإن الآية (تدل على وجوب النظر والاستدلال ، وذلك لأنه تعالى بيّن أن الهداية والفلاح مرتبطان بها إذا سمع الإنسان أشياء كثيرة ، فإنه يختار منها ما هو الأحسن والأصوب) (١٤٦) .

وبدأت الموازنة بين المنافع والمضار تنمو وتكتمل ، فظهرت الموازنة بين المنافع والمضار بين المصلحة العاجلة والمصلحة الآجلة ، والمصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، والمنفعة والمضارة ، وأيهما أولى بالترجيح ، فعاهد النبي ﷺ اليهود في المدينة من باب المصلحة ودفع المضرة ، ونزل القرآن يحذر من الإفساد لأجل المصلحة الخاصة ، قال تعالى : ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ ﴾ (١٤٧) . قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : (والفساد ضد الصلاح ، ومعنى الفساد : إتلاف

(١٤٢) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١ / ٥١ .

(١٤٣) د/ محمد سعيد رمضان البوطي - ضوابط المصلحة . ص ٢٢٨ .

(١٤٤) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١ / ٨٣ .

(١٤٥) سورة الزمر : آية ١٧ ، ١٨ .

(١٤٦) الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الرازي الشافعي (ت ٥٤٤ : ٦٠٦ هـ)

- تفسير مفاتيح الغيب أو الشرح الكبير - دار الغد العربي - ط ١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م - ١٣ / ٤١٢ .

(١٤٧) سورة البقرة : آية ٢٠٥ .

ما هو نافع للناس نفعا محضاً أو راجحاً فيتألف الألبان مثلاً إتلاف نفع محض ، وإتلاف الحطب بعلة الخوف من الاحتراق إتلاف نفع راجح .

والمراد بالرجحان : رجحان استعماله عند الناس ، لا رجحان كمية النفع على كمية الضرر ، فيتألف الأدوية السامة فساد ، وإن كان التداوى بها نادراً ، لكن الإهلاك بها كالمعدوم لما في عقول الناس من الوازع عن الإهلاك بها ، فيتفادى عن ضررها بالاحتياط في رواجها ، وبأمانة من تسلم إليه . وأما إتلاف المنافع المرجوحة فليس من الفساد كإتلاف الخمر ، بل إتلاف ما لا نفع فيه بالمرّة كإتلاف الحيات والعقارب والفئران والكلاب الكلبة^(١٤٨) ، وإنما كان الفساد غير محبوب عند الله : لأن في الفساد بالتفسير الذي ذكرنا . أي ما سبق بيانه . تعطيلاً لما خلقه الله في هذا العالم لحكمة صلاح الناس ، فإن الحكيم لا يحب تعطيل ما تقتضيه الحكمة ، فقتال العدو إتلاف للضرر الراجح ، ولذلك يقتصر في القتال على ما يحصل به إتلاف الضرر بدون زيادة ، ومن أجل ذلك نهى عن إحراق الديار في الحرب ، وعن قطع الأشجار إلا إذا رجع في نظير أمير الجيش أن بقاء شيء من ذلك يزيد قوة العدو ، ويطيل مدة القتال ، ويخاف منه على جيش المسلمين أن ينقلب إلى هزيمة وذلك يرجع إلى قاعدة ، الضرورة تقدر بقدرها^(١٤٩) .

٢ ما حدث في أمر أسرى بدر ، والموازنة بين المنافع والمضار بين الفداء والقتل ، بين المنفعة القليلة ، والمصلحة الأعظم ، وما حدث في صلح الحديبية من موازنة بين المصلحة الجوهرية والمصلحة الشكلية ، فظاهر الصلح ظلم المسلمين وفي الحقيقة فتح ونصر .

٣ تدخل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في اقتصاد الأمة فحرم النبي ﷺ الاحتكار^(١٥٠) مراعاة للمصلحة العامة ، (واتفق علماء المسلمين على أن الاحتكار حرام ، وهو ظلم عام ، وصاحبه مذموم فعله بالشرع لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من احتكر حُكرة »^(١٥١) يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ »^(١٥٢) فهذا الدليل يبين خطورة الفعل الذي يرتكبه المحتكر ، لأنه منع الناس حاجتهم في مقابل مصلحته الخاصة^(١٥٣) .

ومن ثم فليس ثمة ما يمنع من القول بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار نشأت وتأسست في هذا العهد النبوي وولدت نظرياً وعملياً .

(١٤٨) الكلبة : أي المجنونة ، فالكلب : أي المجنون الذي يكلب بلحوم الناس ، فيأخذه شبه جنون ، ومن عقره كلب : أي يأخذه داء فيقال رجل كلب ؛ (الراغب الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - ص ٤٤٠) .

(١٤٩) الطاهر بن عاشور - التحرير والتنوير - ٢/ ٢٧٠ .

(١٥٠) الاحتكار : هو حبس الطعام للغلاء ؛ (الجرجاني - التعريفات - ص ٣٢) .

(١٥١) والحكرة : بضم الحاء وسكون الكاف لغة : حبس السلع عن البيع ؛ وفي الشرع : إمساك الطعام عن البيع ، وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس إليه ؛ (النووي - المجموع شرح المذهب - تحقيق الدكتور / محمود مطرجي . دار الفكر ط ١ - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م - ١٣/ ٥١) .

(٥) الحديث برواية أبي هريرة رضي الله عنه وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الإمام الشوكاني - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - ٢٦١/٥) دار الحديث . ط ٤ (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م)

(٦) انظر (د.أ. سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية . دار الوفاء للطباعة والنشر - ط ١ - ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م - ص ٥٤٨ - ٥٥٠) .

سمات النظرية في عهد النبوة :

(أ) أن كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ قد تضمنتا القواعد الكلية والأسس الثابتة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

(ب) إن التشريع الإسلامي قد كملت قواعده وأسسها في هذا العهد لقوله تعالى : ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١٥٤)

(ج) لم يعرف هذا العصر المسائل الافتراضية ، بل كانت كل المسائل واقعية تدعو الحاجة إلى بيان لفقه الموازنات تجاهها .

(د) لم يكن للنظرية تدوين لقواعدها استقلالاً ، إنما كانت قواعدها في بلاغ النبي ﷺ وحكمه ، وإقراره^(١٥٥) .

(١) سورة المائدة : آية ٣ .

(٢) انظر (د / رشاد حسن خليل - المدخل للفقه الإسلامي - مطبعة الأخوة الأشقاء - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م - ٧١/١) .

المطلب الثاني

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عصر الصحابة

(البناء والكمال)

يُعد هذا العصر ، عصر بناء النظرية ، وإسقاط أسسها على أرض الواقع ، وأصبحت الموازنة بين المنافع والمضار ، واقعا حياتيا ، فلقد استوعب الصحابة الكرام عليهم السلام فقه الموازنة بين المنافع والمضار وعملوا بها في أمورهم الحياتية ، والأدلة على ذلك كثيرة :

١- منها أن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم من أول يوم بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم وفي أول قضية واجهتهم ، تعارضت فيها مصلحتان وهما : مصلحة دفن النبي صلى الله عليه وسلم ومصلحة تنصيب الخليفة ، وأشكل عليهم تحديد أي المصلحتين يكون البدء بها ، وأيهما تؤخر ، وبناء على فقه الموازنات ، فقد تجلّى للصحابة أن المصلحتين متفاوتتان بين صغرى وكبرى ، الصغرى دفن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والكبرى اختيار خليفة للمسلمين ، وإن بقاء المسلمين بدون خليفة أمر خطير على الإسلام والمسلمين ، وأمر لا بد من الإسراع في إقامته حفاظا على كيان الدولة الإسلامية ، لذا قدم الصحابة عليهم السلام اختيار الخليفة على دفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل ذلك على أخذ الصحابة بفقه الموازنات^(١٥٦) (وحدث ذلك في سقيفة بني ساعدة) .

٢- ومنها ما حدث في حروب الردة ، حيث قدم الصديق أبو بكر رضي الله عنه حماية الدين على حماية النفس وذلك من باب الموازنة بين المصالح الضرورية ، وقال أبو بكر رضي الله عنه « والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فإن الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عقالا^(١٥٧) كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعه ، فقال عمر رضي الله عنه : فوالله ما هو إلا أن رأيت الله تعالى قد شرح صدر أبي بكر للقتال ، فعرفت أنه الحق^(١٥٨) .

٣- ومنها أيضا : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه زاد على أبي بكر في الأخذ بهذه النظرية ، وكانت طريقته في إدارة شئون الدولة الإسلامية ، الأخذ بالقرآن القطعي الدلالة ، فإن لم يجد ، حقق مراد الشارع من طلب المصالح ودرء المفاسد . وقد توسع أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه بالأخذ بهذه النظرية ، حتى أنه رضي الله عنه ضبط بها اقتصاد الأمة ، حتى لا يتلاعب التجار بالأسعار ، وخاصة وأن التجارة نشطت في عصره نتيجة اتساع الدولة واستقرارها ، وكثرة الأموال بأيدي الناس من

(١٥٦) انظر (الحافظ ابن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ) البداية والنهاية - تحقيق / أحمد عبد الوهاب فتحي - دار الحديث القاهرة - ٥ ط - ١٤١٨هـ/١٩٩٨م - ٢٣٢/٥) ، وانظر (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ١٤/٥١ - السعودية . الرياض - ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١ م) .

(١٥٧) العقال : هو الحبل الذي يعقل به البعير ؛ أي يشد به (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز - طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م - مصر - ٤٢٩) .

(١٥٨) انظر (صحيح البخاري بشرح فتح الباري لابن حجر - دار أبي حيان . القاهرة . ط ١ - ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م - ١٩٥/١٧) .

الغنائم والعطاءات المستحقة ، والرواتب التي وصلت إلى كل بيت ، فنهى عمر رضي الله عنه عن الاحتكار قائلا : « لا حُكرة في سوقنا ، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهب . أي معدن الذهب وجمعه أذهب . إلى رزق الله نزل بساحتنا ، فيحتكرونه علينا » (١٥٩) .

وتشتد مراقبة أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه على الأسواق ، فيكتشف أن حاطبا^(١٦٠) رضي الله عنه يبيع الزبيب بسعر أقل من السعر الذي يبيع به التجار ، و لو اقتدى التجار به لأصابهم الضرر ، وعندما علم أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه بأن تجارا قادمون من الطائف بالزبيب لبيعه في أسواق المدينة ، تأكد عنده أن سعر حاطب هذا مضر بدون شك ، وتعددت الروايات واختلفت في ذلك ، فرواية تقول بأن حاطبا كان يزيد في السعر ، كما ورد في سنن البيهقي الكبرى (سأل عمر الفاروق حاطبا ، بكم تبيع الزبيب ؟ أو كيف تبيع الزبيب ؟ فقال : مدين بدرهم ، ويستكثر عمر الثمن ، ويرى أن هذا السعر مضر بالناس) (١٦١) .

والرواية الثانية تقول : (إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مر بحاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه وهو يبيع زيبا له في السوق ، فقال عمر بن الخطاب : إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا) (١٦٢) - (١٦٣) .

وهنا أمره عمر بن الخطاب رضي الله عنه بضبط السعر ليطمئن الأمر مع المصلحة العامة ، ولا يضر بالتجار^(١٦٤) ، وهذا من باب الموازنة بين المنفعة العامة والخاصة ، بل من باب درء المفسدة ، وتقديمها على المصلحة الخاصة .

ومن ثم يجول بخاطر القارئ سؤال : لماذا أخذ الأمراء بهذه الموازنة بين المنافع والمضار ؟ والإجابة على ذلك واضحة : فإن الأمر يتعلق بإدارة الدولة وتسيير أمورها ، ولا شك أن إدارة شئون الدولة تقوم على المصلحة ودفع المفسدة وإقامة المصلحة في الأولى ، ومخالفة ذلك في الثانية ، ولذا قال الله عز وجل في شأن الوالي الفاسد : ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ (١٦٥) - (١٦٦) .

(١٥٩) الإمام مالك (ت ١٧٩هـ) الموطأ - تحقيق/محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء التراث العربي ٦٥١/٢ .
(١٦٠) حاطب بن أبي بلتعة بن عمرو بن عمير بن سلمة بن صعب بن سهل حليف لبنى أسد بن عبد العزى من الصحابة المهاجرين (ت : ٣٠ هـ) انظر (ابن ماكولا على بن هبة الله - الإكمال - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١١هـ - ص)

(١٦١) البيهقي - السنن الكبرى - ٢٩/٦ .

(١٦٢) مالك - الموطأ - ٦٥١/٢ .

(١٦٣) هذا النوع من التجارة يسمى بلغة العصر (الحرق) .

(١٦٤) انظر (د/ غالب بن عبد الكافي القرشي - أوليات الفارق في الإدارة والقضاء - مكتبة الجيل الجديد صنعاء . مؤسسة الكتب الثقافية . بيروت - ط ١ - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م - ٢٢٢/١ - ٢٢٥) .

(١٦٥) سورة البقرة : آية ٢٠٥ .

(١٦٦) انظر (الإمام محمد أبو زهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية - دار الفكر العربي بدون تاريخ - ص ٢٣٥) .

سمات النظرية في هذا العصر :

- (أ) أصبح للموازنة بين المنافع أهمية خاصة أمام الوقائع المتجددة .
- (ب) انطلق الصحابة رضي الله عنهم بالنظرية تطبيقاً ، لا تدوينا واكتفى الأمراء بما معهم من آيات قرآنية ، ونصوص نبوية تفتح أمامهم باب العمل بالموازنة بين المنافع والمضار ، فمثلاً قتال أبي بكر الصديق رضي الله عنه للمرتدين اعتمد على حديث رسول الله ﷺ « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله تعالى ، فقال أبو بكر والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة » ^(١٦٧) وكذلك أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه في منعه للاحتكار وغلاء الأسعار من قبل أحد التجار دون الباقي ، أو تقليل السعر من باب مراعاة المصلحة العامة اعتمد على روح النص القرآني ﴿ ليفسد فيها ﴾ والنص النبوي عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوي ، أن النبي ﷺ قال : « لا يحتكر إلا خاطئ » ^(١٦٨)
- (ج) كان الأصل العام الذي وضع ميزان الترجيح بين المنافع ، والمفاسد هو حديث النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ^(١٦٩) فكان القاعدة التي بنى الصحابة عليه شئون أعمالهم وإدارة دولتهم .

(١٦٧) انظر (صحيح البخارى بشرح فتح البارى ١/١٦١ برقم (٢٥)) ، ورواه مسلم في صحيحه ٢٣٢/١ برقم (٢٠) .

(١٦٨) رواه مسلم في صحيحه ٤٨/٦ برقم (١٦٠٥) .

(١٦٩) رواه أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله عنه وقال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم ؛ انظر (الحاكم - المستدرک- ١/٥٤٤) .

المطلب الثالث

عصر التابعين وتطور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

لم يكن الصحابة رضي الله عنهم وحدهم هم الذين أخذوا بفقه الموازنات دون غيرهم بل كان التابعون ومن تابعهم بإحسان - رضي الله عنهم - على نفس درجة الأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار ، بل إن أكثر علماء هذا العصر كانوا أكثر أخذاً بها ، لعدة أسباب :

الأول : جدة كثير من الأمور والقضايا ، والتي لم تكن من قبل ^(١٧٠) .

الثاني : كثرة البحث عن علل الأحكام ومقاصدها ، والتفاهم إلى الأعراف والمصالح ، ويذكر الإمام أحمد أن ذلك العمل يعد من قبيل العمل بالمقاصد ، والتي هي جزء من الموازنة بين المنافع والمضار فيقول رحمه الله وهما . أي أعمال التعليل ومراعاة المنافع ودفع المفاسد . من باب فهم مراد الشارع ^(١٧١) .

ومن ثم كان العلماء من التابعين رضي الله عنهم كثيرا ما يفعلون ما يحقق النفع ويدرك الفساد . ومنهم القاضي شريح ^(١٧٢) ، فلقد جاءه البخاري ^(١٧٣) فقال له : ما الذي أحدثت في القضاء فقال : (إن الناس قد أحدثوا فأحدثت) ^(١٧٤) .

وليس معنى هذا أنه خالف الكتاب والسنة ، وإنما معناه : أن القاضي شريح نظر إلى علل الأحكام ، وذلك ضمن مقاصد الشارع فبنى أحكامه في الوقائع المستجدة على ضوء فقه الموازنات مع مراعاة للمصالح والمفاسد .

وهناك نماذج كثيرة ، تبرهن على الأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار في عصر التابعين ، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ، وما يرتبط بالبحث في ضوء القانون العام .

منها ما حكم به عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ^(١٧٥) إبان خلافته أنه رأى ما كان يعتمد إليه عامة

(١٧٠) انظر (د/ البوطي - ضوابط المصلحة - ص ٣١٤) .

(١٧١) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - دار الوفاء . القاهرة - ط ١ - (١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م - ١٩٥٤/١٩) .

(١٧٢) القاضي شريح : هو شريح ابن الحارث بن قيس أبو أمية الكندي قاضي الكوفة وقد تولى القضاء لعمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، وعلى بن أبي طالب ثم عزله على ، وولاه معاوية ، ثم استقل في القضاء ، وقيل إنه كان إذا جلس للقضاء قرأ هذه الآية : [يا داود] (سورة ص : آية ٢٦) ، وكان يقول : إن الظالم ينتظر العقاب والمظلوم ينتظر النصر ، ومكث قاضيا نحو سبعين سنة (ت ٧٨ هـ) انظر (ابن كثير البداية والنهاية - ٨٦/٩) ، وانظر (الزركلي - الأعلام - دار العلم للملايين - بيروت - ط ١١ - ١٩٩٥ م - ١٦١/٣) .

(١٧٣) البخاري : هو سعيد بن فيروز أبو البخاري الطائي مولاهم الكوفي الفقيه ، وثقه يحيى بن معين ، توفي سنة ٨٢ هـ في واقعة الجمام . انظر (سير أعلام النبلاء للذهبي - ٢٧٩/٤) .

(١٧٤) انظر (الطبقات الكبرى لابن سعد - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ط ١ - ٢٠٠٢ - ٢٥٤/٨) ، وانظر (سير أعلام النبلاء للذهبي - ١٠٣/٤) .

(١٧٥) عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف أبوحفص القرشي الأموي أمير المؤمنين ؛ وأمه أم عاصم ليلى بنت عاصم بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم يقال له أشج بن مروان ، وكان تابعا جليلا روى عن أنس والسائب بن يزيد ، يوبع له بالخلافة بعد ابن عمه سليمان بن عبد الملك (ت ١٠١ هـ) انظر (ابن الجوزي - صفة الصفوة . دار ابن خلدون ؛ بدون تاريخ - ٣٠٩/١) وانظر (الإمام ابن كثير - البداية

ولاية بني أمية من قبله ، من ظلم الناس ، وأخذ حقوقهم بدون موجب ، حتى وجد أنه لا بد من رد حقوق الناس إليهم .

(قال ابن الجوزي - رحمه الله^(١٧٦) : حدثنا محمد بن راشد^(١٧٧) عن سليمان^(١٧٨) يعني ابن موسى أنه بلغه أن قوما من الأعراب^(١٧٩) خاصموا إلى عمر بن عبد العزيز قوما من بني مروان ، في أرض كانت الأعراب أحيوها - أي قاموا بزراعتها - فأخذها الوليد بن عبد الملك^(١٨٠) رحمه الله فأعطاهم أهلها ، فقال عمر بن العزيز^(١٨١) قال : قال رسول الله ﷺ « البلاد بلاد الله ، والعباد عباد الله ، من أحيا أرضا ميتة فهي له »^(١٨٢) فردها على الأعراب)^(١٨٢) .

لذا فإن الآثار والمرويات لتؤكد بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تضرب بجذورها في عصر الرسالة ، وعصر التابعين ، وأنهم كانوا ينطقون بكلمات لا تخص موضوعا واحدا أو قضية معينة ، بل يمكن إجراؤها في كثير من الوقائع .
سمات هذا العصر :

١ - اتسم بالتطبيق الواسع للموازنات بين المنافع والمضار كتضمنين الصانع .

٢ - أن الموازنة بين المنافع والمضار في هذا العصر لم تعرف لها صياغة مستقلة ، وإنما كانت مجرد أقوال ، منقولة من السنة كحديث « لا ضرر ولا ضرار » ، وأحكام مدونة كحكم القاضي شريح بتضمنين الصانع حماية لمصالح الناس ، وما اندرج من أحكام أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز^(١٨٣) .

٣ - أصبح لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار منهج واضح يتمثل في أمرين:

والنهاية - ١٩٩/٩ .

(١٧٦) الإمام ابن الجوزي : هو جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي القرشي التميمي البكري البغدادي ، الفقيه الحنبلي ، الحافظ المفسر ، المؤرخ الأديب له نحو ثلاثمائة مصنف من أهمها : تلقيح فهوم أهل الآثار في مختصر السير والأخبار ، والأذكياء وأخبارهم ، مناقب عمر بن عبد العزيز ، تلييس إبليس ، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم (ت ٥٩٧هـ) انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ٣٥/١٣) ، وانظر (الزركلي - الأعلام - ٣١٦/٣) .

(١٧٧) محمد بن راشد : هو محمد بن راشد المكحولي الخزاعي الدمشقي أبو عبد الله ويقال أبو يحيى روى عن مكحول الشامي ، وليث بن أبي رقية ، وسليمان بن موسى ، وثقه أحمد ، وقال ابن حجر : صدوق بهم ، وقال عنه عبد الرزاق : (ما رأيت أحدا أروع في الحديث منه (ت ١٦٠هـ) انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ١٠٤/٥) .

(١٧٨) سليمان بن موسى : هو سليمان بن موسى الأموي مولاهم أبو أيوب ، ويقال أبو الربيع ، ويقال أبو هشام الدمشقي الأشدق ، فقيه أهل الشام في زمانه ، أرسل عن جابر ومالك ابن بخامر السكسكي ، روى عن واثلة بن الأسقع ، (ت ١١٩هـ) انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب ٢/٤٢٦) .

(١٧٩) الأعراب : جمع عرب ، ولكنه صار اسما إلى مكان البادية ، والعربي المفصح (الأصفهاني - المفردات ص ٣٣١)
(١٨٠) الوليد بن عبد الملك : هو مروان بن الحكم بن أبي العاص (ت ٩٦هـ) انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ١٦٨/٩) .

(١٨١) رواه البخاري عن عمر^(١٨٢) (ابن حجر - فتح الباري . دار بن حيان . ط ١ - ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م - ٤٣١/٦) .

ورواه الدارمي في سننه . دار الكتاب العربي . بيروت لبنان - ط ١ - ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م - ٣٣٦/٢ .

(١٨٢) الإمام ابن الجوزي - سيرة عمر بن عبد العزيز دار الفجر للتراث . القاهرة - ط ١ - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص ٩٣ .

(أ) البناء على النص الصريح مثل قاعدة (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) (١٨٣)
والمراد بالراعي ، كل من ولي أمرا من أمور العامة ، فإن تصرفه عليهم ، مترتب على وجود
المنفعة في ضمنها ، وأنه مأمور من قبل الشارع أن يحوطهم برعاية مصالحهم ، وأن يدفع المضرة
عنهم (١٨٤) وللقاعدة مرجعية شرعية ، في حديث رسول الله ﷺ « ما من أمير يلي أمر
المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح ، إلا لم يدخل معهم الجنة » (١٨٥) .

(ب) موافقة روح النص ومقصده ، ومثال ذلك تضمين الصناع من باب حمل الصناع على
العناية بما لديهم من أمتعة الناس وأموالهم ، ومعلوم أنه لم يرد نص بالتضمين ، أو عدمه وإنما
استنباط لمقصد النص القائل « لا ضرر ولا ضرار » فاعتبر العلماء هذا النص أصلاً عام في
الموازنة بين المصلحة العامة والخاصة ، والمنفعة ، والمفسدة .

(١٨٣) (المادة ٥٨) مجلة الأحكام العدلية .

(١٨٤) انظر (الشيخ الزرقا - شرح القواعد الفقهية . دار القلم - ط ٥ - ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م - ص ٣٠٩) .

(١٨٥) صحيح بشرح مسلم النووي . دار الحديث - ط ١ - ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م - ٤٥٤/٦ .

المطلب الرابع

الموازنة بين المنافع والمضار وعصر أئمة الفقه

(طُور التدوين)

دخلت الموازنة بين المنافع والمضار في هذا العصر طورا جديدا ، فبعد أن كانت مجرد أقوال منقولة وأحكام مأثورة بدأ تدوينها من قبل أئمة المذاهب الفقهية وساعد على ذلك ، تلك الحالة السياسية في ذلك الوقت التي أدت إلى وجود فرق من المسلمين ، منهم الغلاة كالخوارج والشيعة ، وظهر الوضع للحديث والفتوى بغير رواية ودراية ، وكثر ذلك في النصف الأول من القرن الثاني مما دفع العلماء إلى حماية تراث الأمة الإسلامية فقاموا بتدوين السنّة (على رأس المائة في عهد عمر بن عبد العزيز بأمر منه) (١٨٦) .

ومع بداية النصف الثاني من القرن الثاني الهجري بدأت المذاهب الفقهية تظهر في الأمة ، وقام أصحابها بتدوين أحكام تشريعية عامة ، في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها ، وظهرت على الساحة الفقهية مدرستان : مدرسة الرأي ، ومدرسة الحديث ، مما جعل البعض يظن أن بين المدرستين اختلافا في الأخذ بهذه الموازنة بين المنافع والمضار ومراعاة المصلحة فقالوا :

١ ابن أهل الحديث يجعلون جل اهتمامهم على الحديث ، وعلى الأخذ بظاهر النصوص ، ولا يصرفونها إلى معان أخرى ، كالأخذ بعلّة الحكم .

٢ وأهل الرأي : فإن نزعتهم تتجه إلى إمعان النظر في مقاصد الشارع ، وأساس التشريع عندهم : أن الأحكام الشرعية مقصود بها مصالح الناس ، وأن أحكام الشرع معقولة المعنى ، وعلى أهل العلم البحث عن تلك العلل ، وربطها بالأحكام وعلى هذا الأساس يفهمون النصوص ، ويستنبطون الأحكام ، ولو أدى ذلك إلى صرف النص عن ظاهره (١٨٧) .

والحقيقة أن هذا الخلاف المزعوم بين المدرستين - مدرسة الحديث في المدينة ومدرسة الرأي في الكوفة - خلاف في الظاهر عند من قلّت بضاعتهم ، لكنه عند التحقيق في المسألة ، نجد أن الإمام مالك رحمته الله (١٨٨) وهو من ينسب إليه عمل أهل المدينة ومدرسة الحديث ، قد

(١٨٦) أحمد إبراهيم بك - علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي - دار الأنصار - ١٣٥٧هـ / ١٩٣٩م - ص ٣٠ .
(١٨٧) انظر (المستشار / عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية . دراسة مقارنة- دار الشباب للطباعة ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م - ص ٨٢) ؛ وانظر (د/ طه جابر العلواني - أصول الفقه الإسلامي - منهج بحث ومعرفة - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - سلسلة الأبحاث العلمية (١) - ط ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م - ص ١٤) .

(١٨٨) الإمام مالك رحمته الله هو : مالك بن أنس بن مالك بن عامر بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيلان بن عمرو بن الحارث ؛ إمام أهل الهجرة في زمانه وأحد الأئمة الأربعة ، وإليه تنسب المالكية ، جمع بين الفقه والحديث ، روى عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، وسعيد المقبري ، وغيرهما ، وروى عنه : الزهري ، والأوزاعي ، والثوري ، ومن مؤلفاته : [الموطأ ، رسالة في غريب القرآن] توفي ١٧٩هـ ، ودفن بالمدينة انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ١٨٨/١٠) .

أخذ بفقهاء الموازنة بين المنافع والمضار ومراعاة المصلحة وخاصة أنه قد تتلمذ على اثنين من فقهاء المدينة هما : ابن شهاب الزهري^(١٨٩) والذي كان يعد من صغار التابعين ، وكذلك ربيعة الرأي^(١٩٠) وقد نقلنا رضي الله عنهما فقه فقهاء المدينة السبعة^(١٩١).

والذي يلاحظ من فقه هؤلاء الأعلام الكرام أن أكثرهم كان يجمع بين دقة الرواية وصدقها ، وبين الإفتاء بالرأي^(١٩٢).

(١٨٩) ابن شهاب الزهري هو : محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري مدني تابعي فقيه حافظ أدرك من أصحاب النبي ﷺ أنس بن مالك وسهل بن سعد الساعدي ، وعبد الرحمن بن أيمن بن نائل ، وروى عن ابن عمر نحو من ثلاثة أحاديث ، وروى عن السائب بن يزيد ، وهو من أصحاب مالك بن أنس (ت ١٢٤هـ) انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ٢٨٤/٥) ، وانظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ٣٤٣/٩) .

(١٩٠) ربيعة الرأي هو : أبوعثمان ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء المدني إمام حافظ وفقه مجتهد كان بصيرا بالرأي - أى بصيرا بالقياس - وكان صاحب الفتوى بالمدينة ، وبه تفقه مالك (ت ١٣٦هـ) ؛ انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ١٥٣/٢) ، وانظر (الزركلي - الأعلام - ١٧/٣) .

(١٩١) الفقهاء السبعة هم : سعيد بن المسيب (ت ٩٣هـ) ، وعروة بن الزبير وهو ابن أخت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها (ت ٩٤هـ) ؛ وأبو بكر عبد الرحمن بن الحارث (ت ٩٤هـ) والقاسم ابن محمد ابن محمد بن أبي بكر الصديق ﷺ (ت ١٠٧هـ) وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ﷺ (ت ٩٨هـ) وسليمان بن يسار ؛ وكان مولى أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ ، ثم أعتقته رضي الله عنها (ت ١٠٧هـ) وخارجه بن زيد بن ثابت ﷺ (ت ٩٩هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ٢٩٣/٢) ، وانظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ١٩٤/٩) ، وانظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ١٨/٤) .

(١٩٢) الرأي هو : مصدر (رأى الشيء يراه رأيا ، ثم غلب استعماله على المرئي نفسه ، من باب استعمال المصدر في المفعول ، كالهوى في الأصل مصدر هويه يهواه هوى ، ثم استعمال في الشيء الذي يهوى فيقال : هذا هوى فلان ، والعرب تفرق بين مصادر فعل الرؤية بحسب محالها فنقول : رأى كذا في النوم رؤيا . ورآه في اليقظة رؤية ، ورأى كذا . لما يعلم بالقلب ولا يرى بالعين . رأيا ، ولكنهم خصوه بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب ، مما تعارض فيه الإمارات ، فلا يقال لمن رأى بقلبه أمرا غائبا عنه مما يحس به إنه رأيه ، ولا يقال أيضا للأمر المعقول الذي لا تختلف فيه العقول ولا تعارض فيه الإمارات إنه رأى ، وإن احتاج إلى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها .

وقد ذم قوم العمل بالرأي مطلقا واعتمدوا على ظاهر بعض النصوص وأقوال بعض الصحابة رضي الله عنهم منها قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَن تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنتُمْ لَا تَشْعُرُونَ ﴾ الحجرات : ٢ ، وقالوا إذا كان رفع الصوت فوق صوته ﷺ محبط لأعمالهم فكيف يكون تقديم آرائهم وعقولهم وسياساتهم ومعارفهم على ما جاء به ﷺ ؟ واستدلوا بحديث مالك الأشجعي قال : قال رسول الله ﷺ « تفرقت أمتي على بضع وسبعين فرقة ، أعظمها فتنة قوم يقيسون الدين برأيهم » وحديث ابن عباس ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « ومن قال في القرآن برأيه فليتبوأ مقعده من النار » واعتمدوا على قول أبي بكر وعمر وعثمان وابن مسعود ومعاذ رضي الله عنهم - في ذم العمل بالرأي ، ولكن الناظر المحقق يرى أن تأويلهم للآية على ما تحتمل من معاني ، كذلك الحديث الأول أنكره ابن معين ﷺ وقال ليس له أصل ؛ وقال محمد بن المروزي بطلان الحديث وقال الشيخ أحمد شاكر : حديث ضعيف جدا أخطأ فيه نعيم ابن حماد - انظر (ابن القيم - أعلام الموقعين - هامش ص ٥٧) .

وأقسام الرأي ثلاثة :

- ١- رأي باطل بلا ريب : وهو المخالف للنص ، المبني على الظن والحرص .
- ٢- رأي صحيح : واستعمله السلف وعملوا به وأفتوا به ، وسوغوا القول به .
- ٣- رأي مشتببه فيه أو وضع موضع الاشتباه ؛ وسوغ السلف العمل به عند الاضطرار فهو بمنزلة ما أبيح للمضطرب من الطعام والشراب الذي يحرم عند عدم الضرورة ؛ (راجع في ذلك أعلام الموقعين من ص ٥٦ : ٦٩) وراجع في ذلك أيضا (د/نادية محمد شريف العمري - نشأة القياس الأصولي وتطوره . دار هجر للطباعة والنشر ط ١ (١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م -

ويقول الإمام محمد أبو زهرة^(١٩٣)، وحيث كثر التخريج يكثر معه فقه الرأي^(١٩٤) .
 وساعد على انتشار هذه المدرسة في الحجاز أسباب كثيرة منها على سبيل المثال :
 - كثرة ما بأيديهم من الأحاديث والآثار .
 - قلة النوازل التي كانت تستدعي منهم إعمال فقه الموازنات .
 أما مدرسة الرأي ، فلقد انتشرت وشاعت في العراق ، وساعد على انتشارها أيضا :
 - تأثر علماء العراق بفقه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه^(١٩٥) وأبي موسى الأشعري^(١٩٦) وابن عباس رضي الله عنه^(١٩٧) .
 - تفتش حركة الوضع في الحديث ، مما جعل علماء العراق يضعون شروطا شديدة في قبول الحديث ، لم يسلم معها من المروى لهم إلا القليل من مرويات الصحابة الذين أقاموا في العراق .
 - كثرة الحوادث والنوازل في تلك البيئة ، مع قلة المرويات مما دفع العلماء إلى العمل بالرأي ، والبحث عن فقه مصلحي يعالج به الفقيه النازلة .
 - انتقال الخلافة إلى العراق أدى إلى إعمال ما يسمى بالسياسة الشرعية والأخذ بالمصلحة ، وفقه الموازنة بين المنافع والمضار^(١٩٨) .
 وهذه الأسباب أدت إلى انقسام جمهور المسلمين^(١٩٩) إلى هاتين المدرستين ؛ مدرسة الرأي ومدرسة الحديث .
 والحق أن أهل الرأي يتفقون مع سائر المسلمين ، في أن من استبان له السنة فليس له

(١٩٩ : ٢٠) .

(١٩٣) الإمام محمد أبو زهرة هو : محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد بن عبد الله ، أكبر علماء الشريعة في عصره ولد بمدينة المحلة الكبرى ، تولى تدريس العلوم الشرعية ثلاث سنوات ، وعلم في المدارس الثانوية سنتين ونصف ، واتجه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين ، وعين أستاذا محاضرا فيها ، وعضوا للمجلس الأعلى للبحوث العلمية ، وكان وكيلا لكلية الحقوق جامعة القاهرة ، أهم كتبه : [أصول الفقه ، = تاريخ المذاهب الإسلامية ، الملكية ، تاريخ الجدل في الإسلام] (ت ١٣٩٤ هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ٢٥ / ٦) ، وانظر (أبوبكر عبد الرازق - أبو زهرة - إمام عصره - حياته وأثره العلمي - دار الاعتصام - بدون تاريخ) . وانظر (ناصر وهدان - أبو زهرة عالما إسلاميا ومنهجه في بحوثه وكتبه - شركة ناس للطباعة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م) .
 (١٩٤) الإمام محمد أبو زهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية - ص ٢٥٥ .
 (١٩٥) ابن مسعود رضي الله عنه : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمع بن مخزوم بن صاملة بن كاهل بن الحارث بن تميم (ت ٣٢١ هـ) انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ٢٦٨ / ٣) .
 (١٩٦) أبو موسى الأشعري رضي الله عنه : هو عبد الله بن قيس بن سليم بن مضار بن حرب الأشعري (٢١ هـ : ٤٤٤ - ٦٠٢ . ٦٦٥ م) انظر الأعلام ١١٤ / ٤ .
 (١٩٧) ابن عباس رضي الله عنهما : هو عبد الله ابن عباس بن عبد المطلب الهاشمي ابن عم الرسول ﷺ (ت ٦٩ هـ) انظر (ابن حجر تهذيب التهذيب - ١٨١ / ٣) .
 (١٩٨) راجع في ذلك (الإمام محمد أبو زهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية . ص ٢٥٧) ، وانظر (د / طه جابر العلواني - أصول الفقه الإسلامي - ص ١٤) وانظر (د / رشاد حسني خليل - المدخل للفقه الإسلامي ؛ تطوره . مصادره . مذاهبه الفقهية ص ١٢٠ ، ١٢٩) .
 (١٩٩) انظر (الإمام / محمد أبو زهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية - ص ٢٥٧) .

أن يدعها لقول ، وكل ما أخذ عليهم مما اعتبر من مخالفتهم للسنة ، فعذرهم فيه أنه لم يصلهم فيه حديث أو وصلهم ولم يثقوا به لضعف راويه ، أو لوجود قاذح فيه لا يراه غيرهم قاذحا ، أو لأنه ثبت عندهم حديث آخر معارض لما أخذ به سواهم .

كما أن أهل الحديث ، يتفقون مع أهل الرأي في وجوب اللجوء إليه حين لا يكون في المسألة نص^(٢٠٠) .

وبعد هذا السياق التاريخي ، يطرح السؤال نفسه : ما موقف أئمة المذاهب الفقهية من نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ؟

أعني بأئمة الفقه ، أئمة المذاهب الأربعة : الإمام أبو حنيفة رحمه الله^(٢٠١) والإمام مالك رحمه الله والإمام الشافعي رحمه الله^(٢٠٢) والإمام أحمد رحمه الله^(٢٠٣) .

(٢٠٠) د/ طه جابر العلواني - أصول الفقه الإسلامي - ص ١٥ .

(٢٠١) الإمام أبو حنيفة رحمه الله : هو الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن كاوس بن هرمز التيمي بالولاء الكوفي إليه تنسب الحنفية (ت ١٥٠ هـ) انظر (عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي - طبقات الحنفية - دار أمير محمد كتب خاتنة كراتشي (د : ت) - ٢٦/١) .

(٢٠٢) الإمام الشافعي رحمه الله : أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن نافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصي القرشي الإمام المعروف والمجدد لأمر الدين ، على رأس المائتين روى عن مسلم بن خالد الزنجي ، ومالك بن أنس ، وابن عيينة ، وروى عنه سليمان بن داود الهاشمي ، والحميدي ، وحرملة ، ومن أهم مصنفاته : [الأم ، الرسالة ، أحكام القرآن ، واختلاف الحديث] توفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ ، ودفن بالقرافة ، انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ٢٠/٥) ، وانظر (الزركلي - الأعلام - ٢٦/٦) .

(٢٠٣) الإمام أحمد رحمه الله : هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله بن حيان بن عبد الله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن بن شيبان الإمام الجليل أبو عبد الله الشيباني المروزي ثم البغدادي - صاحب المذهب الصابر على المحنة الناصر للسنة ، قال أبوزرعة : بلغت كتبه يوم أن مات اثني عشر حملا (ت ٢٤١ هـ) انظر (السبكي - تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي - طبقات الشافعية الكبرى - تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلو ، د / محمود محمد الطناحي - دار هجر للنشر - القاهرة - ط ٢ - ١٤٣ هـ/ ١٩٩٢ م ٢٧/٢) ، وانظر (الزركلي - الأعلام - ٢٠٣/١) .

١) موقف الإمام أبي حنيفة رحمه الله :

في العصر الذي ظهر فيه الإمام أبو حنيفة رحمه الله ، ومع اتساق الفقه الإسلامي وتفتح براعمه ، وانفصاله عن الفنون الأخرى ، بدأ فقه الموازنات يظهر في ثوب قواعد فقهية ، ترتبط بأصولها ارتباطاً وثيقاً ، وتم تدوينها من قبل صاحبي الإمام أبي حنيفة وهما الإمام القاضي أبو يوسف ، والإمام محمد بن الحسن الشيباني ^(٢٠٤) .

والأمر الذي يلفت الانتباه ، أن القواعد الفقهية ذاتها لم تدون في هذه الفترة جملة واحدة ، بل تكونت مفاهيمها ، وصيغت نصوصها بطريق التخريج والترجيح والاستنباط من دلالات النصوص التشريعية العامة وعلل الأحكام ، والمقررات العقلية ^(٢٠٥) وكان للإمام عبارات فيها معنى القاعدة ، فصاغها صاحباه وجمعاهما في كتبهما .

والناظر إلى كتب الأحناف ، يجد أن أقدم كتاب يحتوي على بعض القواعد الفقهية المتضمنة لفقه الموازنة بين المنافع والمضار ، هو كتاب (الخراج) للإمام القاضي أبي يوسف ؛ والكتاب يحتوي على عبارات تتعلق بموضوع القواعد والموازنة بين المنافع والمضار ، منها على سبيل المثال (لا ينبغي لأحد أن يحدث شيئاً في طريق المسلمين مما يضرهم ، ولا يجوز للإمام . أي ولي الأمر . أن يقطع شيئاً مما فيه الضرر عليهم ، ولا يسعه ذلك) ^(٢٠٦) .

يقول الدكتور : على أحمد الندوي : (هذه العبارة يتحقق فيها معنى القاعدة ، باعتبار أن الشرط الأول منها يتعلق بقواعد رفع الضرر ، والشرط الثاني يتمثل فيه مفهوم القاعدة الشهيرة : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ") ^(٢٠٧) .

كذلك الناظر في كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ومنها كتاب الأصل ^(٢٠٨) يجد كثيراً من المسائل الفقهية ، المعللة بتعليلات كثيرة ما تقوم مقام التقعيد: مثل قوله (التحرى يجوز في كل ما جازت فيه الضرورة) ^(٢٠٩) .

وبناءً على ما سبق : فإن فقه الموازنة بين المنافع والمضار لم يكن فناً مستقلاً عند أئمة الأحناف وإنما كان في صورة قواعد فقهية متناثرة داخل المذهب وسمائها الأئمة أصولاً . كذلك

(٢٠٤) الإمام محمد بن الحسن رحمه الله : هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولى لبنى شيبان ، حضر مجلس أبي حنيفة ، وتفقه على أبي يوسف ، وصنف الكثير منها : [الآثار ، السير الكبير ، الأصل في أصول الفقه ، الحجة على أهل المدينة] (ت ١٨٩ هـ) انظر (الشيرازي - طبقات الفقهاء ١ - ٦٤٢ /) وانظر (الزركلي - الأعلام - ٨٠ / ٦) ، (ابن كثير - البداية والنهاية - ١٠ / ٢١٨) .

(٢٠٥) انظر (الشيخ / الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٣٦) .
(٢٠٦) انظر (أبو يوسف - الخراج - تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد ؛ وسعد حسن محمد . المكتبة الأزهرية للتراث ١٤٢٠ - القاهرة - ١٩٩٩ م - ص ١٠٦) .

(٢٠٧) مجلة الأحكام العدلية (مادة : ٥٨) .
(٢٠٨) الإمام محمد بن الحسن - كتاب الأصل - تحقيق / أبو الوفاء الأفعاني . طبعة الهند الأولى ومطبعة دائرة المعارف العثمانية .

(٢٠٩) انظر (الإمام محمد بن الحسن - كتاب الأصل - ٣ / ٣٤) ، وانظر (د/ على أحمد الندوي - القواعد الفقهية - ص ٩٨) .

لم تكن القواعد المدونة في كتاب الخراج لأبي يوسف ، وكتاب الأصل لمحمد بن الحسن بالقدر الكافي الذي يعطينا صورة متكاملة عن فقه الموازنة بين المنافع والمضار .

(٢) موقف الإمام مالك رحمه الله :

نقل أتباع الإمام مالك رحمه الله عن إمامهم الأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار ، وعلى وجه التحديد العمل بالمصلحة ، باعتبار أنها جزء من أجزائها ، بل بعض منها ، وإن أخذ الإمام بالمصلحة ليس مجازيا ، وإنما كان على سبيل الحقيقة ^(٢١٠) ، ولقد كان للإمام منهج في ذلك ، ذكره الإمام الشاطبي ^(٢١١) فقال (أما قسم العادات فهو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر ^(٢١٢) للعقول ، فإنه . أي الإمام مالك استرسل فيه استرسال المُدِلِّ العريق في فهم المصلحة ، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلا من أصوله ، حتى لقد استشنع العلماء كثيرا من وجوه استرساله ، زاعمين أنه خلع الرقعة ، وفتح باب التشريع ، وهيهات ، ما أبعد من ذلك بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالإتباع ، بحيث يخيل للبعض أنه مُقلد لمن قبله ^(٢١٣) .

وقام أتباع الإمام بتدوين ذلك في كتبهم ، ووضعوا تعليقات وتأصيلات في ختام معظم المسائل الفقهية ، هذه التعليقات تشبه القاعدة الفقهية ، نذكر منها على سبيل المثال ما ذكره الإمام ابن عبد البر القرطبي ^(٢١٤) في كتابه (التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد) ^(٢١٥) من بيان لمنهجه في كتابه وأنه احتوى على قواعد وأصول ، فقال : (وإنما غرضنا التعريف ، بما

(٢١٠) انظر (د/ البوطي - ضوابط المصلحة - ص ٣١٩) .

(٢١١) الإمام الشاطبي هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي ، الغرناطي أبو إسحاق الشهير بالشاطبي ، أصولي حافظ ، كان من أئمة المالكية ، من شيوخه ابن الفخار البيروني ، وأبو عبد الله البنس ، ومن تلاميذه : الإمام أبو يحيى بن عاصم ، وأخوه القاضي أبو بكر بن عاصم ، والشيخ أبو عبد الله البياني ، من أهم مؤلفاته : [الموافقات في أصول الفقه ، والاعتصام في الحوادث والبدع] توفي سنة ٧٩٠هـ ، انظر (أبو العباس أحمد بن أحمد التيبكيني - نيل الابتهاج بتطريز الديباج - دار الكتب العلمية - بيروت (د : ت) ص ٢٤٦) ، وانظر (الزركلي - الأعلام - ٧٥/٢) .

(٢١٢) المناسب الظاهر : هو المناسب الذي أثبتته البحث والدراسة والتحقيق ملائمة لتشريع الحكم عنده ، من جلب منفعة أو درء مفسدة ، وينقسم إلى ما هو واقع في محل الضرورة (ضروريات) وما هو في محل الحاجة (حاجيات) وفي محل التحسين (تحسينات) انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٤٤٦) .

(٢١٣) الشاطبي - الاعتصام . المجموعة الدولية للطباعة ؛ ط ٢ ١٤١١هـ / ١٩٩١م - ٣٦٦/٢ .

(٢١٤) الإمام ابن عبد البر رحمه الله : هو يوسف أبو عمر بن عبد البر بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي ، شيخ علماء الأندلس ، وكبير محدثيها في وقته ، حافظ فقيه ، أهم كتبه : [التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد] (ت ٤٦٣هـ) انظر (ابن فرحون المالكي (ت ٧٩٩هـ) - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب تحقيق وتعليق د/ محمد الأحمدي أبو النور - مكتبة دار التراث - القاهرة - ١٩٧٢م - ٣٦٧/٢) .

(٢١٥) التمهيد كتاب في الفقه المالكي احتوى على الأسانيد والعبارات والأصول في فقه الإمام مالك . قضى ابن عبد البر رحمه الله في كتابته حوالي (ثلاثين عاما) وذكر ذلك في قوله :

سمير فؤادي من ثلاثين حجة وصاقل ذهني والمعوج عن همي
بسطت لهم فيه كلام نبيهم لما في معانيه من الفقه والعلم
وفيه من الآداب ما يهتدى به إلى البر والتقوى وينفي من الظلم

انظر (ابن عبد البر - التمهيد - تحقيق : مصطفى العلوي ، ومحمد عبد الكبير البكري ؛ طبعة المغرب ط ١) ، وانظر (د/ علي أحمد الندوي - القواعد الفقهية - هامش ص ١١٤) .

في الحديث من المعاني ، التي جعلها الفقهاء أصولاً في أحكام الديانة ، ليوقف على الأصول (٢١٦) فإنه ﷺ ربط القاعدة بالحديث ، ومنها القاعدة التي تقول (من وجب له شيء من الأشياء ، لم يدفع عنه ، ولم يتصور عليه فيه إلا بإذنه) ربطها الإمام ابن عبد البر ﷺ بالحديث فقال : (قال مالك عن أبي حازم بن دينار ، عن سهل بن سعد الساعدي ، أن رسول الله ﷺ أتى بشراب ، فشرب منه وعن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ : فقال للغلام : أتأذن لي أن أعطي هؤلاء ؟ فقال : لا . والله يا رسول الله لا أؤثر بنصبي منك أحداً ، قال : فتله (٢١٧) رسول الله ﷺ في يده » (٢١٨) .

كذلك ورد في التمهيد قول صاحبه (الأصل في الشرائع : العلل ، وما كان لغير العلة ورد به التوقيف) (٢١٩) .

والملاحظ من هذه الأصول أنها أيضاً لم تصغ في كتب مستقلة ، ولم تجمع تحت فن خاص ، وإنما كانت مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بأقوال الأئمة ومدوناتهم الفقهية .

(٣) موقف الإمام الشافعي ﷺ :

بالرجوع إلى أصول الإمام الشافعي (٢٢٠) نجد أنها تتسع للعمل بهذه النظرية وبخاصة في بعض أجزائها وهو العمل بالمصلحة .

والذي يميز الشافعي عن غيره أنه لم يأخذ بمطلق المصلحة ، وإنما اشترط لها شروطاً معينة ، تجعلها معتمدة على نصوص الشريعة ، ويؤكد الإمام الغزالي هذا المعنى ، بأن العمل بالمصلحة وفقه الموازنة بين المنافع والمضار ليس أصلاً زائداً على الكتاب والسنة والإجماع والعقل . أي القياس . وأن من عده أصلاً خامساً بعد هذه الأصول فقد أخطأ ، لأن العمل بها ، يرجع إلى مقاصد الشارع أي : يرجع حاصلها إلى القياس ، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع (٢٢١) .

وبناء على ما سبق نجد الإمام الشافعي لم يصغ قواعد فقهية تحمل في باطنها معنى الموازنة بين المنافع والمضار صراحة ، وإنما الغالب فيما ورد عنه في كتبه ، وخاصة كتاب (الأم) كانت ضوابط فقهية ، وبجانب ذلك هناك قواعد فقهية يمكن إجراؤها وتطبيق الفروع عليها في

(٢١٦) ابن عبد البر - التمهيد - ١٩ / ٩٦ : ٩٧ . وانظر (د / علي أحمد الندوي - القواعد الفقهية - ص ١١٥) .

(٢١٧) فتله : بفتح التاء وتشديد اللام : أي ألقاه ووضعه . انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز ص ٧٦) .

(٢١٨) الحديث : أخرجه البخاري - باب (إذا أذن له أو أحله) ، رقم ٢٣١٩ - ٨٦٥ / ٢ .

(٢١٩) ابن عبد البر - التمهيد - ١٨ / ٢٧٣ .

(٢٢٠) يعد الشافعي ﷺ أول من وضع أصول الفقه وقواعد الاستنباط ، يقول : الفخر الرازي ﷺ (كانوا قبل الإمام الشافعي ، يتكلمون في مسائل أصول الفقه ، ويستدلون ويعترضون ، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة ، وفي كيفية معارضتها وترجيحاتها ، فاستنبط الشافعي : علم أصول الفقه ، ووضع للحق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع ، فثبت أن نسبة الشافعي إلى علم الشرع كنسبة أرسطو إلى علم العقل : (الرازي - مناقب الشافعي ص ٥٧) وانظر (د / حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - مكتبة المتنبي ١٩٨١ م - هامش ص ٣٠٨ .

(٢٢١) أبو حامد الغزالي - المستصفى . تحقيق د / محمد سليمان الأشقر - ٤١٥ / ١ .

كثير من الأبواب ، وهي آية بينة على رواسب هذا العلم في أقدم المصادر الفقهية عند الأئمة (٢٢٢) .

وإليك بعض هذه النماذج على سبيل المثال :

١ ذكر الإمام الشافعي في كتابه الأم عدة قواعد وتعليقات جرت مجرى القاعدة ، تظهر معنى الموازنة بين المنافع والمضار : مثل : (الأعظم إذا سقط عن الناس ، سقط ما هو أصغر منه) (٢٢٣) . هذه القاعدة جرت على لسان الإمام عند تعليل بعض الأحكام المتعلقة بالإكراه ، كقوله تعالى ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ (٢٢٤) .

٢ كذلك قوله (لا يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها) (٢٢٥) ، وقوله (قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات) (٢٢٦) ؛ وقوله (كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة ، فإذا زایل (٢٢٧) ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم ، مثلاً : الميتة المحرمة في الأصل ، المحلة للمضطر فإذا زایلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم) (٢٢٨) . وهذه القواعد الثلاث الأخيرة ، تجدها متحدة في مغزاها ، وهي تؤدي إلى معنى واحد ، وهو بيان حكم الضرورة ، وتختص القاعدة الأخيرة ، بوضع قيد على الضرورة (فإذا زایلت عادت إلى أصل التحريم)

٣ كذلك هناك قواعد نسبها الشافعية إلى إمامهم ، كالقاعدة المشهورة : إذا ضاق الأمر اتسع (٢٢٩) .

وقواعد الشافعي وأتباعه تتميز بميزتين :

أولهما : أنها قواعد عملية ، لها تأصيل ومرجعية شرعية ، وتطبيق على الفروع ، وترد إليها كثير من الجزئيات كتخريج الأصول على الفروع للزنجاني (٢٣٠) .

و آخرهما : أنها ليست قواعد ضابطة للفروع والجزئيات في مذهبه ؛ دعت إليها نزعة المذهبية ، وأملت لها حاجة الدفاع عن الفروع ، بل هي أصول وقواعد حاكمة على الفقه ، وليست

(٢٢٢) د/ على أحمد الندوي - القواعد الفقهية . ص ٩٩ .

(٢٢٣) الإمام الشافعي - الأم - ٣/ ٣٥١ (باب البيوع) دار الغد العربي - ط ١ - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .

(٢٢٤) سورة النحل : آية ١٠٦ .

(٢٢٥) المرجع السابق ٤/ ٢٣٨ .

(٢٢٦) المرجع السابق ٤/ ١٩٩ .

(٢٢٧) زایل : فارق ، كقوله تعالى " لو تزيلوا " أي تفرقوا (الأصفهاني - المفردات ص ٢١٦)

(٢٢٨) الأم - ٤ / ٣٧٨ .

(٢٢٩) انظر (الزركشي - المنتور في القواعد - ت / تيسير فائق أحمد محمود . طبعة الكويت - ط ١ - ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م - ١/ ١٢٠) .

(٢٣٠) الإمام الزنجاني : أبو البقاء شهاب الدين محمود بن أحمد بن بختيار الزنجاني (ت ٦٥٦هـ / ١٢٥٨م) ، انظر (الزركلي

- الأعلام - ١٦١/ ٧) ، وانظر (الزنجاني - مقدمة تخريج الفروع على الأصول - تحقيق الدكتور / محمد أديب الصالح ؛ مكتبة العبيكان . الرياض ط ١ - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م) .

خاضعة له فهو يزن بها فقه أهل المدينة ، وأداء أهل العراق .
وهذا بخلاف غيره من المذاهب الأخرى ، كالمالكية ، والأحناف ، فكُتِّبَ الأصول
الأحناف يستنبطون القاعدة ، ويستدلون عليها من فقه أبي حنيفة ، والفروع المروية عنه ، ثم
يخرجون على هذه الفروع ، مسترشدين بتلك القواعد^(٢٣١).

٤) موقف الإمام أحمد رحمه الله :

لم يكن الإمام أحمد بأقل من غيره من الأئمة الكرام الذين سبقوه في الأخذ بالمصلحة ،
وإعمال الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة (بل إن فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلاً من
أصول الاستنباط ، وينسبون هذا الأصل إلى إمامهم جميعاً)^(٢٣٢) .

وقد وافق الإمام أحمد الإمام الشافعي في اعتبار المصلحة ليست أصلاً خاصاً بذاته ،
بمعنى كونه قسيماً للكتاب والسنة والقياس ، بل كان رحمه الله يعدها معنى من معاني القياس^(٢٣٣) .

ولقد وردت عن الإمام أحمد عبارات فيها معنى الموازنة بين المنافع والمضار ، وتتسم
بطابع القواعد ، أوردها الإمام أبو داود^(٢٣٤) في كتاب (المسائل) ، وذكر بعضاً منها ابن القيم
رحمه الله منها على سبيل المثال :

- (المُخَنَّث يَنْفَى ، لَأَنَّهُ لَا يَقَعُ مِنْهُ إِلَّا الْفُسَادُ وَالْعَرَضُ لَهُ ، وَلِلْإِمَامِ نَفْيُهُ إِلَى بَلَدٍ يَأْمَنُ
فُسَادَ أَهْلِهِ ، وَإِنْ خَافَ بِهِ عَلَيْهِمْ حَبْسُهُ)^(٢٣٥) .

- ومنها (إِنْ النِّسَاءُ إِذَا خِيفَ عَلَيْهِنَ السَّاحِقَةُ حَرَمَ خُلُوعُهُنَّ بَعْضُهُنَّ بَعْضًا)^(٢٣٦) .

والمُتَدَبِّرُ لَهُذِينَ النَّصِيِينَ يَجِدُ أَنَّهُمَا يُعْطِيَانِهِ مَعْنَى الْمَوَازَنَةِ بَيْنَ الْمَنَافِعِ وَالْمَضَارِّ ، وَبِخَاصَّةٍ
فِي أَمْرِ تَقْيِيدِ الْحُرِّيَّاتِ مِرَاعَاةً لِلْمَصْلَحَةِ الْعَامَةِ ، وَإِلَى هَذَا الْوَقْتِ لَمْ تَكُنْ قَوَاعِدُ الْمَوَازَنَةِ بَيْنَ
الْمَنَافِعِ وَالْمَضَارِّ قَدْ صِيغَتْ الصِّيَاغَةُ الْمَرْجُوءَةُ ، وَلَمْ تَجْمَعْ تَحْتَ مِظْلَةٍ فَنَ مُسْتَقِلَّ بِذَاتِهِ ، وَإِنَّمَا
هِيَ عِبَارَاتٌ ، وَشَبِيهُ قَوَاعِدَ ، مُرْتَبِطَةٌ بِمَوْضُوعِهَا الْأَمُّ وَهُوَ فِقْهُ الْإِسْلَامِ الْعَامِ .
سمات هذا العصر :

١ ابن القواعد التي جاءت في كتب الأئمة أتت في عبارات ، وقوالب مفصلة ، وتعوزها
الصياغة الرصينة القويمة .

٢ ابن الغالب فيها طابع المذهبية بخلاف الإمام الشافعي وأتباعه .

(٢٣١) انظر (د/ حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - هامش ص ٣٠٨) .

(٢٣٢) انظر (الإمام محمد أبو زهرة - مناقب الإمام أحمد بن حنبل دار الفكر العربي - ص ٢٩٧) ، وانظر (البوطي - ضوابط
المصلحة - ص ٣٢١) .

(٢٣٣) انظر (البوطي - ضوابط المصلحة - ص ٣٢٠) .

(٢٣٤) الإمام أبوداود : سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن شداد بن يحيى بن عمران أبوداود السجستاني (ت ٢٧٥ هـ) وله
كتاب المسائل . تقديم / السيد رشيد رضا . طبعة بيروت . الطبعة الثانية . انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ٥٩ / ١١) .

(٢٣٥) ابن القيم - أعلام الموقعين - ص ٣٠٩ .

(٢٣٦) ابن القيم - المرجع السابق - ص ٣٠٩ .

٣ ابن القواعد التي تحمل معنى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار حتى ذلك الوقت لم تكن تحت مظلة فن مستقل ، ولم تُجمع جملة واحدة بل وُجِدَتْ متناثرة في مدونات الفروع الفقهية^(٢٣٧).

(٢٣٧) انظر (عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية - ص ٨٦) .

المطلب الخامس

الموازنة بين المنافع والمضار وعصر عموم الفقهاء

(الجمع والرسوخ والتنسيق)

إن الموازنة بين المنافع والمضار تكونت كفكرة في لب قواعد كلية مأثورة في الفقه الإسلامي وهذه القواعد كما علمنا تكونت بالتدريج في عصر الأئمة ، وعلى أيدي كبار الفقهاء ، منذ عهد الصحابة - رضي الله عنهم - مستندين إلى الاستنباط من دلالات النصوص التشريعية العامة ، وعلل الأحكام^(٢٣٨) .

ولم توضع القواعد جملة واحدة ، بل كان لا يعرف لكل قاعدة صائغ معين من الفقهاء إلا ما كان منها نص حديث نبوي كقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » أو ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد ، كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة رحمته في كتاب (الخراج) الذي وضعه للرشيد (ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف)^{(٢٣٩) (٢٤٠)} .

كذلك بالنظر إلى اعتبارها فنا مستقلا ، فقد تأخر ذلك إلى القرن الرابع الهجري وما بعده من القرون^(٢٤١) ، وحتى يتم البيان ، ويتضح البرهان ، لا بد من الفصل بين الجمع والرسوخ .

أولاً : الجمع للقواعد الكلية :

لما برزت ظاهرة التقليد في القرن الرابع الهجري ، ولما صار مذهب كل إمام علما مخصوصا عند أهل مذهبه ، ولم يكن للأتباع سبيل إلى الاجتهاد والقياس ، احتاج هؤلاء إلى تنظير المسائل في الإلحاق وتعريفها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذاهب إمامهم^(٢٤٢) .

وعن طريق ذلك نما الفقه واتسع نطاقه ، وكثرت فروعه والفتاوى بكثرة الوقائع والنوازل ، وعند ذلك وضعوا القواعد والضوابط لتضبط الفروع بها والوقائع ، وتم تجميعها في قالب متسق^(٢٤٣) .

ولقد كان السبق في تجميع القواعد التي تعالج موضوع نظرية الموازنة بين المنافع

(٢٣٨) راجع في ذلك (عمر الشريف - المرجع السابق - ص ٨٦) ، وانظر (الشيخ / الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٣٦) .

(٢٣٩) أبو يوسف - الخراج - ص ٧٨ .

(٢٤٠) الشيخ الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٣٦ .

(٢٤١) انظر (د/ أحمد على الندوي - القواعد الفقهية - ص ١٣٣) .

(٢٤٢) انظر (د/ أحمد على الندوي - القواعد الفقهية - ص ١٣٣) .

(٢٤٣) انظر (الشيخ الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٣٦ : ٣٧) وانظر (د/ أحمد على الندوي - القواعد الفقهية - ص ١٣٤ : ١٣٥) .

والمضار للأحناف وأول من جمع هذه القواعد الإمام أبو طاهر الدباس^(٢٤٤) من فقهاء القرن الرابع الهجري، إذ جمع منها سبع عشرة قاعدة ، وقد تضمنت القواعد الخمس الأساسية التي تصب في قناة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بل يرى الفقهاء أنها من أهم القواعد ، ذكر ذلك الإمام العلائي^(٢٤٥) ، وكذلك الإمام السيوطي^(٢٤٦) والإمام ابن نجيم^(٢٤٧) .

وأهم هذه القواعد :

١- الأمور بمقاصدها .

٢- الضرر يزال .

٣- العادة محكمة .

٤- المشقة تجلب التيسير .

ثم جمعها بعده الإمام الكرخي^(٢٤٨) في سبع وثلاثين قاعدة ، ويمكن أن يقال أن الإمام الكرخي قد اقتبس معظمها من أبي طاهر الدباس فهو من أقرانه ، وهذه القواعد يمكن إدراجها في موضوع واحد وهو { فقه الموازنات } .

ثم جاء الإمام أبو زيد الدبوسي^(٢٤٩) وأضاف إلى أصول الكرخي إضافات علمية قيمة ، في القرن الخامس الهجري ، مع التفريع عليها ، وجمع ذلك في كتابه " تأسيس النظر"^(٢٥٠) . ويعد هذا الكتاب أنفس ما أنتجه الفقهاء في بيان سر منشأ الخلاف بين الفقهاء ، وأول كتاب ظهر في فقه الموازنات قبل أن يكون أول كتاب في القواعد الفقهية^(٢٥١) ، وقد جمع فيه الدبوسي ستاً وثمانين قاعدة فقهية معظمها تدور في فلك المذهب الحنفي . وقال أبوزيد : " جمعت في كتابي هذا أحرفاً إذا تدبر الناظر فيها وتأملها ، عرف محالّ التنازع ومضار التناطح عند التخاصم . فيصرف عنايته إلى ترتيب الكلام ، وتقوية الحجج في المواضع التي عرف أنها مدار القول ، ومجال التنازع في موضع النزاع ، فيسهل عليهم تحفظها ، ويتيسر لهم سبيل

(٢٤٤) الإمام أبو طاهر الدباس : هو محمد بن محمد بن سفيان ؛ كان من أقران أبي الحسن الكرخي ، توفي بمكة - من علماء القرن الرابع الهجري . انظر (اللكنوى - الفوائد البهية في تراجم الحنفية - مطبعة السعادة - القاهرة - ط ١ - ص ١٣٥) .

(٢٤٥) الإمام العلائي : هو خليل ابن كيكليدي بن عبد الله العلائي الدمشقي ، أبو سعيد صلاح الدين (ت ٧٦١هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ٣٢١/٢) .

(٢٤٦) الإمام السيوطي : عبد الرحمن ابن الكمال أبي بكر بن محمد بن سابق الدين بن الفخر عثمان بن ناظر الدين السيوطي (ت ٩١١ هـ) . انظر (الزركلي - الأعلام - ٣٠١/٣) .

(٢٤٧) الإمام ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٢٦ - ٩٧٠ هـ) انظر (الزركلي - الأعلام ٦٤/٣) .
(٢٤٨) الإمام الكرخي : أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي (٢٦٠ - ٣٤٠ هـ / ٨٧٤ - ٩٥٢ م) انظر (الزركلي - الأعلام - ١٩٣/٤) .

(٢٤٩) أبوزيد الدبوسي هو : عبيد الله بن عمر بن عيسى القاضي الدبوسي نسبة إلى بلدة دبوسية بين بخارى وسمرقند (ت : ٤٣٠ هـ) انظر (اللكنوى - الفوائد البهية في تراجم الحنفية - ص ١٠٩) . وانظر (ابن خلكان - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان - تحقيق / إحسان عباس - مطبعة الغرب - بيروت - ط ١ - ٣٣٣/٣) .

(٢٥٠) انظر (الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية . ص ٣٩٥) .

(٢٥١) انظر (د/ علي أحمد الندوي - القواعد الفقهية - ص ١٦٦) .

الوصول إلى عرفان مأخذها ، فأمكنهم قياس غيرها عليها " (٢٥٢).

كذلك كان للمالكية جهد ظاهر في مسألة التجميع للقواعد منهم الإمام محمد بن حارث الخشني المالكي (٢٥٣) فقد جمعها في كتابه " أصول الفتيا " وتناول فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية ، وهذا في القرن الرابع الهجري (٢٥٤) .

أما في القرن السابع الهجري ، فقد برز هذا العلم وظهر ظهورا كبيرا ، وإن لم يبلغ مرحلة النضج ، وعلى قائمة العلماء في تجميعه الإمام محمد بن إبراهيم الجاجرمي السهلي (٢٥٥) فقام الإمام بتأليف كتاب سماه (القواعد في فروع الشافعية) وتبعه في ذلك الإمام عز الدين بن عبد السلام فألف كتابه (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) وهذا الكتاب يعد عمدة في نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وتبع العز بن عبد السلام في ذلك الإمام القرافي المالكي وألف كتابه (الفروق) ووضعه الإمام لبيان الفروق بين القواعد ، وقد جمع فيه حوالي (٥٤٨ قاعدة) .

إلا أن الفرق بينه وبين العز بن عبد السلام أن الإمام ابن عبد السلام بنى كتابه على فصول فقهية موضوعية ، وفصلها تفصيلا ، أكثر فيه من بيان حكمة التشريع ، وهذا أقرب إلى الموازنة بين المنافع والمضار من غيره (٢٥٦) .

أما القرافي فلم يجمع القواعد التي تضم في جعبتها معنى الموازنة بين المنافع والمضار ، بالمعنى الذي نعنيه ، وإنما أراد القرافي من القواعد ، معنى الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى ، وعرضها في كل موضوعين متشابهين ، ثم قام بإظهار الفروق بينهما (٢٥٧) ، ومع ذلك (انتشرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرقة في مناسبات تعليل الأحكام ونصب الضوابط) (٢٥٨) .

أما القرن الثامن الهجري ، فإنه يعد العصر الذهبي لتجميع القواعد الفقهية . ولقد نما التأليف فيها ، ومن أبرز العلماء عناية بهذا الفن ؛ الشافعية ثم تتابع التأليف من المذاهب الأخرى ، نذكر منهم على سبيل المثال ابن الوكيل الشافعي (٢٥٩) ، فلقد ألف كتابا سماه (الأشباه

(٢٥٢) أبوزيد الدبوسي - تأسيس النظر - تحقيق / مصطفى محمد القباني الدمشقي - دار زيدون - بيروت (د : ت) - ص ٩ .

(٢٥٣) الإمام محمد بن حارث الخشني : أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الخشني القيرواني (ت ٣٦١ هـ ؛ وقيل ٣٧١ هـ) انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء - مؤسسة الرسالة . بيروت - ط ١١٧ ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م) .

(٢٥٤) انظر (د/ علي أحمد الندوي - القواعد الفقهية - ص ١٣٦) .

(٢٥٥) الإمام الجاجرمي : هو معين الدين أبو محمد ابن إبراهيم الجاجرمي السهلي ت ٦١٣ هـ - فقيه شافعي انظر (الزركلي - الأعلام ٢٩٦/٥) .

(٢٥٦) انظر (د/ علي أحمد الندوي - شرح القواعد الفقهية - ص ١٣٧ : ١٣٨) .

(٢٥٧) انظر (الشيخ الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٤٢) .

(٢٥٨) الشيخ الزرقا - المرجع السابق - ص ٤٣ .

(٢٥٩) ابن الوكيل : هو العلامة أبو عبد الله محمد بن الشيخ الإمام مفتي المسلمين زين الدين عمر بن بكر بن عبد الصمد المعروف بابن الرحل ، وبابن الوكيل (ت ٧١٦ هـ) انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ٨٧/١٤) .

والنظائر) كذلك تاج الدين السبكي^(٢٦٠) قد وضع كتابه (الأشباه والنظائر) ، ومن الأحناف الإمام الغزّي^(٢٦١) ألف كتابه (القواعد في الفروع) ، ومن المالكية الإمام المقرئ^(٢٦٢) فوضع كتاب (القواعد) ، ومن الحنابلة الإمام ابن رجب^(٢٦٣) فألف كتابه (القواعد في الفقه) جمع فيه مائة وستين قاعدة ، وختمه بإحدى وعشرين فائدة^(٢٦٤) .

وفي القرن التاسع الهجري ظهرت مؤلفات كثيرة في القواعد على المنهاج السابق فنجد الإمام ابن الملحق^(٢٦٥) صنف كتابا في القواعد ، واعتمد فيه على قواعد السبكي ، وتبعه في ذلك بعض الأئمة كالإمام الحصري^(٢٦٦) فوضع (القواعد للحصري) والإمام المقدسي^(٢٦٧) وضع كتابا في القواعد الفقهية أسماه (نظم الذخائر في الأشباه والنظائر) .

والناظر في صفحات تلك الكتب يجد الآتي :

- ١- يجد أن معظمها عالية على غيرها . كقواعد الحصري . فهي عالية على كتاب (المجموع المذهب في قواعد المذهب : للعلائي) .
- ٢- أن عمل هؤلاء العلماء في القواعد كان تكميلا وتنسيقا لما جمعه الأوائل من العلماء ، كعمل ابن الملحق في كتابه^(٢٦٨) .

ثانيا : الرسوخ والتنسيق :

بعد التقصي والاستقراء علمنا أن القواعد الفقهية ، والتي تضمنت فقه الموازنة بين المنافع والمضار، دارت في أول تدوينها في كتب وأقوال الأئمة من أهل الاجتهاد ، وتناقلها

(٢٦٠) ابن السبكي : هو أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٢٧ : ٧٧١ هـ / ١٣٢٧ : ١٣٧٠ م) انظر (الزركلي - الأعلام - ١٨٤/٤) .

(٢٦١) الإمام الغزّي : هو علي بن عثمان الغزّي الدمشقي ؛ الملقب بشرف الدين الحنفي (ت ١٠٠٥ هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ١٦٢/٤) .

(٢٦٢) الإمام المقرئ المالكي : محمد بن محمد أحمد المقرئ المالكية (ت ٧٥٨ هـ) - انظر (الزركلي - الأعلام - ٣٧/٧) .

(٢٦٣) الإمام ابن رجب : هو زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي (ت ٧٩٥ هـ) .

(٢٦٤) انظر (الشيخ / الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٤٣) .

(٢٦٥) ابن الملحق : هو سراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد المصري (ت ٨٠٤ هـ) انظر (ابن حجر- إنباء الغمر بانباء العمر - تحقيق د/ حسن حبشي - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م - ٢١٩/٢) ، وانظر (ابن الملحق - مقدمة طبقات الأولياء . تحقيق نور الدين شريعة . دار المعرفة بيروت ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م) ؛ وانظر (الزركلي - الأعلام - ٥٧/٥) .

(٢٦٦) الإمام الحصري هو : تقى الدين أبوبكر بن محمد بن عبد المؤمن بن معلى الحصري (ت : ٨٢٩ هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ٢٩/٢) .

(٢٦٧) الإمام المقدسي : هو محمد بن أحمد بن سعيد (حنبلي) ت ٨٥٥ هـ ؛ انظر (الزركلي - الأعلام - ٣٣٢/٥) .

(٢٦٨) انظر (د/ علي أحمد الندوى - القواعد الفقهية - ص ١٣٩) .

عنهم تلاميذهم ، وأعمل التلاميذ والأتباع الفكر فيها والتنقيح ، وزادوا فيها وأنقصوا حتى اتضحت معالمها^(٢٦٩) . لكن هذه القواعد على الرغم من تلك الجهود المضنية لعلماء الفقه الإسلامي ظلت متفرقة ومتناثرة في مدونات مختلفة كما علمت سلفا ، ولم تجمع هذه القواعد جمعا كليا ، ولم يستقر لها قرار ، إلا عندما قام أهل النظر والاجتهاد في عهد السلطان عبد العزيز خان العثماني ، في أواخر القرن الثالث عشر الهجري بجمع هذه القواعد في مجلة جامعة ، أطلق عليها (مجلة الأحكام العدلية)^(٢٧٠) ، وأحسن هؤلاء العلماء انتقاء القواعد واختبارها ، ثم قاموا بتنسيقها تنسيقا رائعا ، اتسم بالإيجاز في العبارة ، ووضع غالب القواعد في مجلة الأحكام العدلية بصيغ فنية تشريعية بالمعنى الدستوري^(٢٧١) ، وهذا ما جعل نصوص مجلة الأحكام أوضح في العبارة وأوجز في الصياغة عن غيرها للأسباب الآتية :

١- إن القواعد التي جاءت في المدونات السابقة لم تكن كلها قواعد عامة بل كثيرا منها قواعد مذهبية بخلاف قواعد المجلة فجمعتها قواعد عامة الغالب فيها نصب الضوابط وتعليل الأحكام .

٢- إن كثيرا من القواعد المدونة في كتب السابقين كانت في قوالب مفصلة ، تعوزها الصياغة الرصينة القويمة ، على غير ما صيغت به مجلة الأحكام ، وامتازت به من إيجاز العبارة ، ورصانة الصياغة^(٢٧٢) ، ومع ذلك لم يكن لقواعد فقه الموازنة بين المنافع والمضار بين صفحات المجلة استقلال ذاتي ، وإنما كانت ترتبط بالقواعد الفقهية التي تُظهر كنهها ، ولم تكن لها راية تستظل بظلها إلا هذه القواعد .

وهذا ما جعل فقهاء العصر ينادون باستقلال لفقه الموازنة بين المنافع والمضار وما يندرج تحته من معاني ، وفاز بقصب السبق في ذلك الإمام محمد الطاهر بن عاشور^(٢٧٣) فلقد نادى بأن يكون لهذا الفقه فن مستقل وبخاصة فقه المقاصد ، وسار على هذا الدرب كثير من العلماء ومنهم العلامة القرضاوي ، ومعظم مجالات الأبحاث الفقهية^(٢٧٤) تنادي بأن يكون لفقه

(٢٦٩) انظر (د/ على أحمد الندوى - المرجع السابق - ص ١٥٦) .

(٢٧٠) مجلة الأحكام العدلية : هي قانون معاملات صادر عن الدولة التركية في أواخر القرن التاسع عشر الميلادي ، وطبق هذا القانون في معظم أنحاء الدولة ، والمرجع أنه ما زال مطبقا في أنحاء محدودة من العالم العربي والإسلامي إلى اليوم ، وقد تضمنت المجلة في مقدمتها (٩٩ مادة) تضمنتها الكثير من القواعد المنصوصة وغير المنصوصة . انظر (المستشار عمر شريف - تاريخ الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية - ص ٨٧) .

(٢٧١) انظر (الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٤٣) .

(٢٧٢) انظر (د/ على أحمد الندوى - القواعد الفقهية - ص ١٥٧) ، وانظر (الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٤٣) .

(٢٧٣) الإمام محمد الطاهر بن عاشور التونسي ، رئيس المفتين المالكية بتونس ، وشيخ جامع الزيتونة ، أهم كتبه : [مقاصد الشريعة الإسلامية ، أصول النظام الإجتماعي في الإسلام ، والتحرير والتنوير في تفسير القرآن] توفي سنة ١٣٩٣ هـ ، انظر (الزركلي - الأعلام - ١٧٤/٦) .

(٢٧٤) منها على سبيل المثال (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة) تصدر عن المملكة العربية السعودية . الرياض ، (مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية) تصدر عن مجلس النشر العلمي بالكويت .

الموازنات استقلالية في دراسته ، وفي صياغته .

سمات هذا العصر :

- ١ -الفاعلية في جمع وتدوين القواعد الفقهية .
 - ٢ -أصبح للقواعد الفقهية فن مستقل ، ظهر ذلك في كتب القواعد للأئمة الأعلام .
 - ٣ -وضوح فقه الموازنات في صيغ القواعد الفقهية .
 - ٤ -الاهتمام بالتنسيق بين القواعد ، وحسن الصياغة .
 - ٥ -اعتبار فقه الموازنات جزء من القواعد الفقهية .
- وبعد أن علمنا كنه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتاريخها في الفقه الإسلامي ،
نطوى صفحته ، ونطرق باب تاريخها في النظم الوضعية آملين أن نجد بغيتنا في المبحث التالي :

تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

●♠♣⊠□□□□□♠⊠◆♠□■ □□◆□ ♠⊠◆♠♣ ♠♠◆◆♠●♠
◆é □◆♠●♠□◆♣

لذا كان من المهم استقراء مراحل القضاء الإداري في إرساء قواعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ولا سيما إذا كان متعلقا بنزع الملكية للمنفعة العامة وما يترتب عليها من أضرار ، وذلك في ضوء تاريخ العمل بها في فرنسا ، ثم نتبعه بتاريخها في مصر ، وذلك في المطلبين التاليين :

الأول : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا.

الثانى : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر .

(٢٧٥) مجمع اللغة العربية - معجم القانون - القاهرة ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص ٤٨٠ .

المطلب الأول

تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا

إن الإدارة عموما في مختلف الأنشطة التي تمارسها ، تسعى إلى تحقيق هدفين أساسيين هما المحافظة على النظام العام ، وتحقيق المصلحة العامة ، والإدارة إذ تسعى إلى تحقيقهما قد تتعارض أنشطتها مع حقوق وحريات الأفراد ، ويظهر هذا التعارض بصورة واضحة في حق نزع الملكية^(٢٧٦)، ومن المستقر قانونا وفقها وقضاء أن (السلطة القضائية هي الحارسة لحق الملكية) وهو ما أكدته إعلان حقوق الإنسان (مادة ١٣) ومن ثم فإن استخدام الإدارة لحق نزع الملكية ، يظل خاضعا لرقابة القضاء^(٢٧٧) .

(ولا يجب أن يغيب عن نظرنا في هذا الصدد ، أن تطور القضاء في هذا المجال ليس إلا نتيجة لتطور إجراء نزع الملكية نفسه ، وازدياد حالاته وتنوع صورها ، نتيجة لتطور المجتمع ، وظهور النظريات الحديثة في التخطيط والتوسع العمراني ، بل وحتى تجميل المدن وما يستلزمه أيضا حماية البيئة ، مما يترتب عليه في الآونة الأخيرة ، ازدياد الحالات التي تلجأ الإدارة فيها إلى نزع الملكية ، مستندة في ذلك إلى المنفعة العامة .

ونتيجة لذلك وجد القضاء نفسه مضطرا إلى إعادة تقييم سلطته في مجال الرقابة على هذا العنصر (المنفعة العامة)، حتى يظل القضاء الإداري قائما بدوره في حماية الحقوق الفردية ، وبخاصة في مجال نزع الملكية ، وأن يوازن بين ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية^(٢٧٨) وحدود لا يجوز لها في سبيل المصلحة العامة من مساس بحقوق وحريات الأفراد^(٢٧٩) .

وبالتبع لأحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، يظهر على القائمة حكم بالغ التطور أصدره مجلس الدولة في ٢٨/٥/١٩٧١م^(٢٨٠) قَدَّر المجلس فيه مدى تحقق المنفعة العامة في ضوء المضار التي تلحق الملكية الخاصة ، وما يحققه نزع الملكية

(٢٧٦
٢٧٧
٢٧٨
٢٧٩
٢٨٠)

وانظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا) . حقوق القاهرة ؛ دار النهضة العربية ١٩٩٣م - ص ٨٠ .

(٢٧٧) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٨٠) .
(٢٧٨) السلطة التقديرية هي : حرية رجل الإدارة في الموازنة بين مختلف العناصر التي يقوم عليها قراره بغية تحقيق الصالح العام ، مثل اختيار قطعة أرض لإقامة مشروع معين ، انظر (معجم القانون ص ٤٦٧) .
(٢٧٩) المرجع السابق (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية ص ٨٠) .

(٢٨٠) انظر (د/ سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة . حقوق عين شمس . دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢م - ص ٢٣٥)

من مصلحة عامة تفوق أو تقل عما يصيب الأفراد من مضار^(٢٨١).

ومن ثم فإن هذا الحكم يمثل الخط الفاصل بين عهديين :

الأول : ما قبل عام ١٩٧١ م .

الثاني : ما بعد عام ١٩٧١م ، ويمثل عهد (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة) تجاه

المنفعة العامة وإرساء قواعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

أولاً: موقف القضاء الإداري تجاه النظرية قبل ١٩٧١ م:

قبل عام ١٩٧١ م لم يكن للقاضي الإداري أن يفحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حدة في ضوء الموازنة بين المنافع والمضار ، وإنما كان يعتمد على التأكد فقط من هدف هذه العملية أي تحقيق المنفعة العامة ^(٢٨٢) ، وكان يسمى مثل هذا الفعل (بالرقابة القضائية التقليدية) ، وكان مجلس الدولة الفرنسي يقف في قضائه عند رقابة الشرعية الداخلية لقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة - غالبا - عند فحص عيب انحراف السلطة رغم ما يكتنف إثباته من صعوبة.

ولذلك كانت مثل هذه الرقابة توصف بأنها ضيقة وضعيفة ، وأن سلطة القاضي فيها محدودة ، تتمثل في بحث ما إذا كانت الحالة محل نزاع الملكية للمنفعة العامة ، تردُّ ضمن الحالات التي حددها القانون وما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا (٢٨٣) ؛ لذلك فإن تقدير مجلس الدولة لتحقيق المشروع للمنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة بمعنى أنه ينظر إلى العملية في ذاتها بغض النظر عن الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة أو بمصالح عامة أخرى (٢٨٤) وكان ذلك بحجة أن هذه الأمور متعلقة بالملاءمة المحضة التي لا يراقبها القضاء الإداري (٢٨٥) ، ومعنى ذلك أن حدود الرقابة التقليدية لمجلس الدولة كانت ترجع إلى اعتماده على مفهوم مجرد وذاتي للمنفعة العامة ، ورفضه رقابة أوصاف ، ونتائج نزاع الملكية (٢٨٦) .

(٢٨١) انظر (د/ سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٢٣٥) ، وانظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراة - حقوق عين شمس ١٩٩٣ م - ص ١٥٤) .

(٢٨٢) انظر (د/ سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة - ص ٢٣٥).

(٢٨٣) لمزيد من التفصيل انظر :




















وانظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكيف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء - ص ١٥٥).

(٢٨٤) د/ محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٥٥ .

(👉📁👉) (📁🔌🖨️🖱️) (📁👉) (📁📁📁) (♠️♦️♦️) (٢٨٥) انظر)

(٢٨٦) انظر (د/ محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٥٧) .

١- مرحلة ما قبل الثورة الفرنسية :

٢- الموازنة بين المنافع والمضار والثورة الفرنسية :

(٢٨٧) لقد ردّ بعض أهل الفقه ملكية الملك لجميع الأراضي قبل الثورة الفرنسية إلى موقف ديني :

وانظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة في الملكية الخاصة - ص ٩٠) .

P.L. JOSSE : Travaux publics .Expropriation, 1958,p . 263.

Marcel WALINE :Précis de droit administratif

Michel BOURGEAIS : la notion d'utilité publique en matière d'expropriation, (1990) mémoire pour le D.E.S. de droit public, Nantes, 1976, p.6 .

89

مادة (٥٣٨) من الدستور ، وقد ظل الأمر كذلك إلى أن تم تعديل المادة (٥٤٥) من القانون المدني حيث تم استخدام مصطلح المنفعة العامة بدلا من الضرورة العامة ، ولقد كان وراء هذا التعديل أسباب جوهرية تتضح فيما يلي :

أ - أن وصف الضرورة الذى اشترطه القضاء كان مُقيدا للإدارة من المضى قدما فى تنفيذ الأعمال اللازمة لتحقيق النفع العام .

ب - وجود حاجة البلاد الملحة إلى مزيد من المشاريع لتعمير الأرض ، وإعداد الطرق الحديدية ، والقنوات لتسهيل التبادل التجارى لأهميته للاقتصاد الحر^(٢٩٢) ، ومع هذه الأسباب أتت صياغة المادة (٥٤٥) وفيها شيء من التشدد ؛ ذلك لأن الذين صاغوها اشترطوا أن يتم التأكد من أن هناك سببا للمنفعة العامة ، يستمد من طبيعة الأشياء ويقترّب من الضرورة^(٢٩٣) .

والوقوف على هذه المرحلة - بدقة - يُظهر أن القضاء لم يكن ليتدخل برقابه ليوازن بين منفعة ومنفعة ، ذلك لأنه ممنوع عليه أن ييسر رقابته على أعمال السلطة التنفيذية ، فقد نصت المادة (١٣) من القانون الصادر فى ١٦ : ٢٤ فى أغسطس سنة ١٧٩١ م ، والمتعلق بتنظيم السلطة القضائية على أن القضاة لا يمكنهم بأى طريقة كانت التعرض لعمل السلطات الإدارية ، وقد جاء النص بهذا المعنى مرة أخرى فى القوانين الصادرة فى ١٦ ، ٢١ فريكتور للسنة الثالثة لقيام الجمهورية^(٢٩٤) .

وأهم ما يميز هذه المرحلة ما يلي :

- أن القانون المدنى الفرنسى هو الذى عدّل عن مبدأ الضرورة العامة إلى مبدأ المنفعة العامة ، ولم يكن من القضاء الإدارى إلا أن يجرى المُشرع فيما قام به من تعديل^(٢٩٥) .

- تميزت الدولة فى هذه المرحلة بالمركزية الشديدة ، وبالتالي كانت الهيئات المحلية التى هى أدرى بالحاجات المطلوب إشباعها ، ليس لها أى سلطة حقيقية ومن ثم كانت الإدارة

السنة الأولى للجمهورية . انظر (د/ ربيع أنور فتح الباب - الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ، ودور المجلس الدستورى فى فرنسا- دار النهضة العربية ١٩٩٦م - ص ٦١) .

(٢٩٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموصافى - فكرة المنفعة العامة - ص ٩٢) ، وقد عزا قوله إلى :

Henri BERTHELMY : Préface sur: la propriété dans ses rapports avec l'administration, par.SANLAVILLE,1923. P.VI .

michel BOURGEAIS : La notion d'utilité Publique ,  : انظر (٢٩٣)  P

michel BLANC – PATTIN ,Jacques, CHEVALLIER et Francois D'ARCY
L'expropriation en question 11977,P □32 ets .

(٢٩٤) انظر (د/ ربيع أنور فتح الباب - الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ، ودور المجلس الدستورى فى فرنسا - ص ٥٢ : ٥٣) ، وقد عزا المؤلف قوله إلى :

Michel TROPER, La séparation des pouvoirs et L'histoire
constitutionnelle française, L.G.D.J. ,PP□0 ets

(٢٩٥) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ١٠) .

أكثر من ذلك ، بل رفض المجلس أن يفحص مضمون المشروع ، ومن ثم فقد رفض مجلس الدولة عندما قامت الإدارة بنزع ملكية بعض العقارات لإنشاء الإدارة طريقا للسيارات بحث التخطيط الذي أخذت به الإدارة واكتفى بمراجعة ما إذا كان المشروع في حد ذاته وبصرف النظر عن مزاياه الخاصة محققا للمنفعة العامة أولاً^(٣٠٧) فمجلس الدولة اكتفى ببحث هدف المصلحة العامة فقط دون اعتبار للظروف المحيطة بهذا المشروع .

٤ - مرحلة ما بعد ١٩٢٩ م وحتى عام ١٩٧١ م :

في هذه الفترة الزمنية بدأ تدخل الدولة واضحا في كثير من الأنشطة العامة، وكان وراء هذا التدخل عوامل كثيرة منها :

أ - تحسن مستوى المعيشة والحاجة الملحة إلى مساكن تتصف بالرفاهية والحاجة إلى شغل أوقات الفراغ ، وزيادة عدد المركبات التي أدت إلى ازدحام الطرق ولاسيما عقب العطلات الأسبوعية

ب - الهجرة من الريف إلى المدن ، مع عدم وجود سياسة سابقة للاحتفاظ بمخزون عقارى .
ج - رغبة فرنسا في ظل تقوية الوحدة الأوروبية ، أن تظهر بمظهر يتناسب مع مكانتها بين الدول الأوروبية مما أدى إلى الحاجة إلى ضرورة إنشاء مناطق صناعية واسعة ، حتى تقوى فرنسا على المنافسة ، كما ظهرت الحاجة أيضا إلى تحسين شبكة المواصلات والاتصالات لزيادة التبادل التجاري مع الدول الأوروبية .

د - تطور الوضع الدولي ، واشتعال الحرب الباردة وغيرها ، مما أدى إلى زيادة الحاجة إلى الدفاع القومي ، والحاجة إلى تخزين المواد النووية في أماكن يتوفر فيها الأمان ، مما أدى إلى نزع ملكية أراضي واسعة .

هذه الأسباب أدت إلى تغيير النظرة إلى إجراء نزع الملكية بل أصبحت أمرا عاديا بعد أن كانت إجراء استثنائيا ، وبدت فكرة (المنفعة العامة) أوسع من فكرة (المرفق العام) التي كان لها نطاق محدد وأبعاد مرسومة^(٣٠٨) ، وظهر أمر التخلي عن فكرة (المرفق العام) والعودة مرة ثانية إلى المنفعة العامة والتي أطلق عليها البعض مسمى (المصلحة العامة)^(٣٠٩) مع الأخذ في الاعتبار أن مضمون المصطلحين ، (المنفعة - المصلحة) واحد إذ لا مشاحة في الاصطلاح .

(٣٠٧) انظر

C.E:                         , Groupement de defense des riverains de La route de L'interieur, Rec                         . D                         concl. Kohn, note jone A.J                         وانظر (د/محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء : ص ١٥٦) 

(٣٠٨) انظر (د/ أحمد أحمد المصطفى فكرة - المنفعة العامة ص ٩٤ : ٩٥) وانظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ١٢) .

(٣٠٩) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ١٢) .

المناطق الصناعية ، والمجمعات السكنية الصناعية ، وإقامة مخزون عقارى ، وذلك بالنسبة لبعض المشروعات كالتوسع فى أطراف المدن ، وتجديدها وإنشاء المراكز السياحية وإنشاء المدن الجديدة^(٣١٥) ، ولعل السبب وراء امتداد المنفعة العامة لتشمل تكوين المخزون العقارى هو الاحتياط للظروف المستقبلية التى قد يتعذر فيها على الدولة أو الأشخاص القائمين على أعمال العمران الحصول على العقارات اللازمة لإجراء التوسعات العمرانية المطلوبة إما لتعذر وجودها أو لارتفاع أثمانها^(٣١٦) .

ب - السماح بإمكانية التنازل عن العقارات المنزوع ملكيتها لأشخاص القانون العام أو الخاص ، وذلك حرصا من المشرع على مشاركة كل الهيئات - حتى الخاصة منها - فى تنفيذ خطط التعمير^(٣١٧) .

والحقيقة أن ما أورده القانون العقارى ليس إلا تطبيقا لاستخدام نزع الملكية فى مجالات التخطيط العمرانى ، وإن شمله بعض التوسع باعتبار أن نزع الملكية أصبح أحد وسائل الدولة فى تحقيق غاياتها الاجتماعية والاقتصادية ، كما أن نزع الملكية إجراء قانونى له ضماناته ، فلا يخشى من التوسع فى تطبيقه ، ولكن يجب على منفذيه أن يوازنوا بين الضرورات الاجتماعية التى أدت إلى إيجاده ، وحقوق الآخرين من المنزوعة ملكياتهم^(٣١٨) .

ورغم وضوح النصوص وأهمية المنفعة العامة المتحققة من الإجراء ، فإن الإدارة ظلت مترددة فترة طويلة فى استخدامه ، بل انتقد كثير من الفقهاء هذا التوسع الذى أورده القانون على فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية باعتبار أنه يؤدى إلى نقل ملكية المال من ذمة شخص إلى ذمة آخر بواسطة السلطة العامة ، مما يخل بالاحترام الواجب لحق الملكية كما أنه يخالف شرط

(^{٣١٥} )

ولقد أدمج هذا القانون جزئيا فى كود التخطيط العمرانى فى المواد (١٤١ : ١٥٢) ثم أدمجت بعض نصوصه فى مرسوم نزع الملكية فى المواد 

لائحة إدارية تبين طرق تطبيق نصوصه:



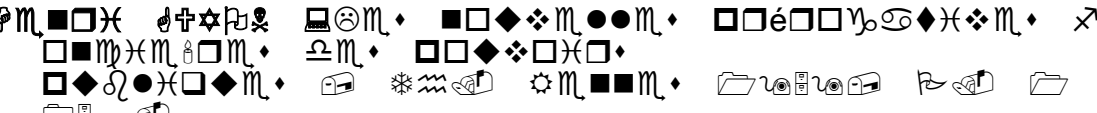
(٣١٦) انظر :



(٣١٧) انظر :



(٣١٨)



الضرورة العامة الوارد في إعلان حقوق الإنسان ، كما يرى منتقدوا هذا التوسع أنه يتعارض مع المفهوم الفردي للملكية في فرنسا ، كما أنه يؤدي إلى تعسف الإدارة^(٣١٩) .

وأمام هذا التوسع بدأ القضاء الإداري الفرنسي يطور نفسه تطورا هائلا ، ولاسيما في مجال الرقابة على شرط المنفعة العامة ، فلم يكتف في هذه المرحلة بالتأكد من وجود منفعة عامة من وراء القرار الإداري ، بغض النظر عما إذا كانت هذه المنفعة محققة للمصلحة العامة أم لا ، بل تحول القضاء الإداري نحو التضييق من شرط المنفعة العامة ، ووقف موقفا تقييما للمشروع الذي يترتب عليه تحقيق المصلحة العامة ، من حيث كونه محققا لها أو لا^(٣٢٠) .

ووضح هذا الاتجاه من القضاء في حكم لمحكمة فرساي الإدارية التي اشترطت تبرير الجهة الإدارية للإعداد المقترح ، بينما ألغى مجلس الدولة قرار تقرير المنفعة العامة لإقامة مخزون عقارى طالما أن المشروع (وهو التوسع في أحد المدافن) يمكن إقامته في الأجل القريب دون الحاجة لإقامة المخزون العقاري^(٣٢١) .

وقد استحسن الفقهاء هذا القضاء شريطة أن يكون نزع الملكية للمشروعات الضرورية للمنفعة العامة على المستوى القومي ، وهو ما قضى به مجلس الدولة^(٣٢٢) .

وقال البعض إن اتجاه المشرع في التوسع في مبدأ المنفعة العامة أدى إلى ازدياد سلطة الإدارة في هذا المجال^(٣٢٣) وأن الرقابة القضائية صارت مقيدة أمام ادعاء الإدارة بأن مشروعها

(٣١٩) راجع في هذا :

Expropriation . preemption publique en France 1950 – 1973 . Documents pour l'étude comparative des politiques foncières urbaines, C.R.U., 1977

(٣٢٠) انظر (د/أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة ص ٩٤ : ٩٥) .

(٣٢١) راجع في هذا :

في راجع (٣٢٢)

هذا في راجع (٣٢٣)

د / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ١٤٠ .

يحقق مصلحة عامة ؛ تقول الأستاذة الدكتورة : نبيلة عبد الحليم كامل : (بل العكس هو الصحيح ، فلقد أدى هذا التوسع في مفهوم (المصلحة العامة) إلى ازدياد سلطة القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الإدارة ، بشأن نزاع الملكية : فلم تعد قرارات الإدارة في هذا الصدد مشروعة لمجرد أنها ترمي إلى تحقيق (منفعة عامة) بل يتوقف الأمر على مدى ما تستند إليه هذه المنفعة من تحقيق (المصلحة العامة) (٣٢٤) .

يتضح مما سبق أن القضاء الإداري ، وقف أمام التدخل الإداري الواسع ، وقوفا حذرا في البداية ، إلا أنه في هذه المرحلة بدأ يقيّم المصلحة العامة التي تركز إليها الإدارة في تبريرها لنزع الملكية ، وانتهى القضاء الإداري إلى تأكيد مبادئ ثلاثة :

المبدأ الأول : أن يوصم قرار نزع الملكية بعدم المشروعية إذا كان الهدف منه الإضرار بأحد الأفراد (٣٢٥) أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي (٣٢٦) أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من لأحد المشتريين الأجانب (٣٢٧) .

المبدأ الثاني : إن قرار نزع الملكية ، يكون موصوما بعدم المشروعية إذا كان لاعتبارات مالية ، إلا إذا قرر المشرع ذلك (٣٢٨) .

المبدأ الثالث : عدم مشروعية القرار الإداري بنزع الملكية إذا كان من باب تحقيق منفعة خاصة (٣٢٩) .

سمة النظرية في هذه المرحلة :

بالنظر إلى هذه المرحلة نجد أن الموازنة بين المنافع والمضار ظهرت في تقييم القضاء الإداري للمصلحة العامة ، وكونه يقيّم المصلحة إنما يعني أن يزن درجتها ومدى اعتبارها ، وهذا التقييم إنما هو جزء من أجزاء الموازنة بين المنافع والمضار بالنظر إلى معناها العام ، الذي حددنا كنهه وحقيقته من قبل لغة واصطلاحا ، والملاحظ أن القضاء الإداري في هذه المرحلة لم يفصح

(٣٢٤) د / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ١٤٤ .

(٣٢٥) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري ص ١٥) وقد أشارت إلى :

«... في حالة نزع الملكية لأحد الأفراد أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من لأحد المشتريين الأجانب» .

(٣٢٦) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري ص ١٥) وقد أشارت إلى :

«... في حالة نزع الملكية لأحد الأفراد أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من لأحد المشتريين الأجانب» .

(٣٢٧)

«... في حالة نزع الملكية لأحد الأفراد أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من لأحد المشتريين الأجانب» .

(٣٢٨)

«... في حالة نزع الملكية لأحد الأفراد أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من لأحد المشتريين الأجانب» .

٣٢٩

«... في حالة نزع الملكية لأحد الأفراد أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من لأحد المشتريين الأجانب» .

عن النظرية قولاً وإنما مارسها عملاً على نطاق محدود ، يضيق ويتسع بحسب الظروف السياسية .

"وعلى أية حال لا يسعنا أمام الحلول القضائية التي يقدمها مجلس الدولة الفرنسي في إطار رقابته على أعمال الإدارة ، إلا أن نقول أن هذا المجلس - حامى الحقوق والحريات - إنما يحاول دائماً الحد من سلطات الإدارة التقديرية بما يحقق التوازن بين مصلحة الإدارة وحماية هذه الحقوق وتلك الحريات .

ومن ثم فإن رقابته على الوجود المادى للوقائع - حتى وإن كانت تلك الوقائع مجردة الأوصاف أو أنها بسيطة وليست مركبة - إنما يعد في نظرنا خطوة هامة بدأ بها مجلس الدولة ليحقق سياسته القضائية الرامية إلى وضع القيود على سلطات الإدارة لكي لا تتحول هذه السلطات إلى نوع من الجور أو العسف" (٣٣٠).

ثانياً : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار منذ عام ١٩٧١:

يعد عام ١٩٧١م الحد الفاصل بين عهدين للقضاء الإداري ، بين عهد الاكتفاء بوجود شرط المنفعة العامة وتقدير المصلحة العامة التي تبغيها الإدارة من وراء المشروع الذي نزع الملكية من أجله وبين عهد وصل فيه دور القاضي الإداري إلى تقييم الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل قرار إداري على حدة ، والنظر فيما يحققه من فوائد ، ويحدثه من أضرار ، وما يستلزمه المشروع من تكاليف وأعباء مالية (٣٣١).

ومن ثم اعتبر هذا العهد ، عهد تطور القضاء الإداري في رقابته على أعمال الإدارة المتعلقة بسلطتها التقديرية ، وأصبح للموازنة بين المنافع والمضار ظهور فعلي في أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، وكان أول ظهور لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في حكم مجلس الدولة الفرنسي ، الخاص بالمدينة الشرقية الجديدة (٣٣٢) ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه محاولة لإعادة تخطيط مدينة (ليل) وبقصد نقل الجامعة من وسط المدينة نظراً

(٣٣٠) انظر أ. د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٩٠ .

(٣٣١) انظر : د/ سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة ص ٢٣٥ .

(٣٣٢) انظر د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري ص ١٧ .

Labetoulle et Cabanes et
concl . Braibant; Rev. Administrative 1971. 422, concl . Braibant : J . C .P 1971 ;
11.16873 ,Note Homont; C.J.E.G. 1972.J.38,note Virol) .

لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات والمرور وتواجد عدد كبير من طلاب الجامعة . وكان عددهم حوالي ثلاثين ألف طالب . وأساتذتها والعاملين بها ، لذلك رأت السلطات المحلية نقل الجامعة بكافة كلياتها ومعاهدها ، ومبانيها وخدماتها ، إلى شرق المدينة ، مع إقامة حي جديد يتسع لعدد من السكان يتراوح ما بين عشرين وخمسة وعشرين ألف نسمة . وكان هذا التخطيط الجديد يقتضي ، نزع ملكية ما يقرب من خمسمائة هكتار من الأراضي ، بتكلفة تبلغ مليار فرنك فرنسي.

غير أن هذا المشروع كان يقتضي نزع ملكية وإزالة مائتين وخمسين منزلا كان بعضها حديث البناء ، بل إن بعضها كان مقاما وفقا لتراخيص بناء لم يمض عليها أكثر من عام . وأمام الاحتجاج الصارخ من جانب أصحاب المنازل خطت الإدارة خطوة نحو التخفيف من حدة الآثار التي تترتب على تنفيذ المشروع ، فقامت الإدارة بإجراء تعديل في التخطيط الذي وضعته ابتداء ، بحيث سمح هذا التعديل بخفض عدد المنازل المطلوب إزالتها إلى (٨٨) منزلا فقط ، ولكن الإدارة ، في نفس الوقت رفضت تعديلا تقدمت به (جمعية الدفاع عن منازل السكان المراد نزع ملكيتهم) ويرمي هذا التعديل إلى تجنب هدم أي منزل من المنازل الواقعة بالمنطقة . وبالفعل أصدرت الإدارة قرارها ، بإقامة المشروع ، ونزع ملكية (٨٨) شخصا وإزالة منازلهم التي تعوق تنفيذ المشروع وفقا للتخطيط الموضوع له . وقد صدر بالفعل قرار وزير التخطيط والإسكان بتاريخ (٣ أبريل ١٩٦٨) وقد طعنت جمعية الدفاع عن السكان التي أقيمت خصيصا لهذا الغرض في القرار المشار إليه^(٣٣٣) تقدمت إحدى الجمعيات المشار إليها سابقا باقتراح آخر يتضمن (نقل محور الطريق ٣٠ متر فقط) بما يحقق تفادي هدم ٨٠ منزلا . ولكن الإدارة تمسكت برأيها قائلة بأن هذا الاقتراح سيؤدي إلى فصل الطلبة عن السكان، بينما اندماجهم أحد أهداف المشروع الرئيسية^(٣٣٤).

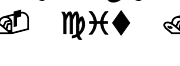
أدى إصرار الإدارة على موقفها ، إلى أن قامت جمعية الدفاع عن السكان بالطعن في قرار تقرير المنفعة العامة أمام محكمة مدينة (ليل) الإدارية التي أصدرت قرارها بإلغاء قرار تقرير المنفعة العامة ، ولكن لعب آخر يتعلق بمشتملات ملف التحقيق المسبق^(٣٣٥) قام وزير الإسكان بالاستئناف أمام مجلس الدولة ، وقام مفوض الدولة  بتلخيص ادعاءات الجمعية في وجهين :

الأول : ادعاء الجمعية بأن قرار نزع الملكية للمنفعة العامة مشوب بعيب الانحراف بالسلطة ، فالمشروع في رأي الجمعية ، لتحقيق منفعة شركة عقارية . وردَّ على هذا الادعاء

(٣٣٣) د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ١٧ : ١٨ .

(٣٣٤) انظر د/ أحمد أحمد موافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢١٨) .

(٣٣٥) انظر في ذلك د/ أحمد أحمد موافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢١٨) وقد عزا إلى :

ومتطلبات الإدارة هو أهم واجبات القاضي (٣٤٢) .

الثاني : أن الطعن في قرار إعلان المنفعة العامة لا يمكن أن يتم الفصل فيه بعيدا عن الظروف المحيطة به ودون النظر إلى أعبائه المالية ، ومن ثم أصبح عمل القاضي الإداري لا يقف عند حد وجود المنفعة العامة وإنما يقوم قاضي الإلغاء (أو تجاوز السلطة بمعنى آخر) (٣٤٣) بالموازنة بين المنافع والمضار بين الإيجابيات والسلبيات ، ويتم هذا الأمر على مرحلتين :
المرحلة الأولى : التأكد من أن هناك منفعة عامة تبرر نزع الملكية ، وأن المشروع الذي ادعته الإدارة يحقق هذه المنفعة العامة ، وأن العقار المطلوب نزع ملكيته لا غنى عنه لتحقيق هذه المنفعة (٣٤٤) .

المرحلة الثانية : التأكد من أن الأضرار أو الأعباء التي يفرضها هذا المشروع ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة المنوطة بتحقيقها من قبل الإدارة (٣٤٥) .

وعلى هذا فإن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار ، يتطلب من القاضي الإداري أن يضع الآثار الناجمة عن القرار الإداري في ميزان العدالة : مزاياه في كفة ، وأضراره في كفة أخرى ، وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية (٣٤٦) وعلى ذلك استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يخرج على قضائه التقليدي وأن هذه القضية كانت بمثابة النافذة التي استطاع القضاء أن يقفز منها هروبا من الموروث التقليدي، إلى الاتجاه الحديث الذي انسجم القضاء فيه مع المبادئ السامية التي لا يختلف عليها اثنان ولا ينتطح فيها عنزان ، ألا وهي العدالة ، وحماية الحقوق والحريات دون أن يطغى جانب على جانب (٣٤٧) .

ولقد بدأ مجلس الدولة يراقب ما هو أكثر مما سبق ، واستطاع المجلس أن يمارس رقابته على تقدير (ما إذا كان التخلص من المخلفات الكيميائية لإحدى الشركات عن طريق صبها بأنابيب في خليج Marseilles من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالنشاط السياحي و الاقتصادي للشاطئ ، وقرر . أي المجلس . أن صب هذه المخلفات على مسافة سبعة كيلومترات

(٣٤٢) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري ص ٢١)؛ وانظر (د/أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة ص ٢٢١) .

(٣٤٣) أ.د / سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة ص ٢٣٥ .

(٣٤٤) انظر (أ.د / سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة ص ٢٣٥) ؛ وانظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة ص ٢٢١) .

(٣٤٥) وانظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة ص ٢٢٠) وقد عزا إلى .

Andrè HOMONT : Note sous C.E. Ass . 28.5.1971 . Ville Nouvelle - Est, J.C.P. 1971,II, 16873 .

(٣٤٦) أ.د / سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة ص ٢٣٤ .

(٣٤٧) انظر

C.E:21 février 1975, Mamet, Rec. 149.

C.E: 20 février 1987, Ville de Lozanne, Rec. N. 44864. J.C.P., II,20982 .

C.E: 25 novembre 1988, Epoux Perez, Rec N.74232, J.C.P., IV, P.412 .

من الشاطئ وعلى عمق ألف متر لا يلحق ضررا بالمصلحة العامة^(٣٤٨) ، وبذلك يكون مجلس الدولة قد بسط رقابته في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على أعمال الإدارة في المجال الاقتصادي والصحي.

(٣٤٨) (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الخلط البين للإدارة في تكييف الوقائع ص ١٥٨) ، وانظر :
C.E ., 15 mars 1968, Commune de Canis , Rec. P .189 .

المطلب الثاني

تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر

إذا كانت قضية المدينة الشرقية (♠♦♦ ♣♣♣ ♣♣♣ ♣♣♣) هي بداية العمل الفعلي بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا ، كذلك كانت قضية (عزبة خير الله) في مصر سببا في تحول كبير للقضاء الإداري ، هذا التحول يشبه إلى حد كبير التحول الذي حدث في فرنسا ، إذ لجأ القضاء الإداري في مصر للأخذ بفكرة (الموازنة بين المنافع والمضار) ووصل الأمر بالقاضي إلى تقييم القرار الإداري من حيث (مزاياه ومساوئه)^(٣٤٩)

وقد قال بعض الفقهاء : (أما في مصر فإنه - فيما نعلم حتى اليوم - لم ير القضاء الإداري فيها أن يمدّ رقابته إلى ملاءمة قرارات نزع الملكية للتأكد من التوازن بين المصلحة أو المنفعة العامة المتحققة منها وبين العناصر الأخرى المترتبة عليها)^(٣٥٠) . وقد اعتمد هذا القول على حكم للمحكمة الإدارية العليا قضت فيه بأن كل ما اشترطه القانون لإجازة نزع الملكية وهو أن تكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك .

وقد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التنفيذية التي لها طبقاً للمادة (١٢) أن تجدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة ، وكذلك العقارات التي ترى أنها مكتملة لأغراض المشروع^(٣٥١) كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في القضية (٥٧١ لسنة ١٨ ق) في ١٢/٥/١٩٧٩م (بأنه المقرر قانوناً أن لجهة الإدارة سلطاتها في اختيار الموقع وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققاً للمصلحة العامة وبما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراية ، وينعقد لها من أسباب الاختصاص الصحيح . ومثل هذا الاختيار مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية ، وينأى عن تعقيب القضاء الإداري، ما دام أن رائده الصالح العام ، وأنه لا ينهض من الشواهد ما ينبئ عن أنها انحرفت به عن غاياته ، فتكتبت وجه المصلحة العامة ، أو اتخذته بباعث مثبت الصلة بها)^(٣٥٢)

ومع ذلك فقد قال فريق آخر من فقهاء القانون في مصر بأن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار ليس غريبا عن القضاء الإداري في مصر ، وضربوا لذلك مثالا : بما قامت به محكمة

(٣٤٩) انظر (أ.د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة - ص٢٧).

(٣٥٠) د / سامي جمال الدين - قضاء الملازمة - ص ٢٣٨ .

(٣٥١) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية ١٩٢ لسنة ٢٢ ق بتاريخ ٢٨/١/١٩٧٨م (المجموعة الإدارية ١ لسنة ٢٣

٠ (٥٨ -

(٣٥٢) حكم المحكمة الإدارية العليا . المجموعة . السنة ٢٤ / ص ١١١ . وراجع في ذلك : محكمة القضاء الإداري في

١٩/١١/١٩٥٣ م ؛ قضية رقم (١٣٣١) لسنة ٥٥ ق. المجموعة ١ لسنة (٨) ص ١٢٩ . وقضية (١٣٤٦) بتاريخ

١٧/٤/١٩٥٥ م. المجموعة (١) لسنة ١٢٩ / ٩ .

القضاء الإداري في أحد أحكامها بإجراء هذه الموازنة بين المنافع والمضار في مجال إلغاء التراخيص، حيث قضت بأنه " متى استبان للمحكمة أن المدعي شيد مصنعا للطوب ، وعول في استغلاله على الأتربة التي رخص له فيها وبالتكاليف المعتدلة التي يحققها له قرب المصنع المرخص له في أخذ الأتربة منه ، وأن هذا المصنع يعمل في إنتاج الطوب بالفعل فإن تفتيش الري للترخيص الذي منحه للمدعي استنادا إلى أن المناطق الأخرى القول بأن المدعي يمكنه أن يستولى منها على باقي الأتربة اللازمة له بدون ترخيص ، أو بأنه يمكن الترخيص له في أخذ الأتربة منها غير جائز لأنها أبعد من المنطقة التي ألغي ترخيصه فيها بالقرار المطعون فيه ، ولأن هذا يكبده نفقات أكبر في النقل وبذل الوقت والجهد ، فضلا عن اضطراب العمل ، مما يخرج عما قدره في حساباته وقت حصوله على الترخيص وإقامته المصنع، ويلحق به أضرارا لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام . وأما كونه لم يحصل بعد على ترخيص في إدارة المصنع ، فهذا أمر لا يتعلق بتفتيش الري ولا تأثير له في الرابطة القانونية القائمة بينه وبين التفتيش ، وهي التي تحكمها شروط الترخيص الذي لم يثبت أن المدعي جاوز حدوده أو خالف أحكامه مخالفة تجيز سحبه أو إلغائه (٣٥٣) .

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة قارنت ووازنت بين مصلحتين متعارضتين.

أ) مصلحة الطاعن في بقاء الترخيص على ما هو عليه لما يحققه ذلك من قلة في التكاليف ، ووفرة في الوقت والجهد ، وكذلك انتظام العمل في المصنع .

ب) مصلحة الإدارة " وإدارة تفتيش الري " في إلغاء هذا الترخيص ، ونقل الطاعن إلى منطقة أخرى للحصول على الأتربة اللازمة لإدارة المصنع .

وانتهت هذه المقارنة ، أو الموازنة بين المنافع والمضار إلى ترجيح مصلحة الطاعن على مصلحة الإدارة ، معتبرة أن هذه المصلحة الأخيرة لا تبررها (علة تستند إلى الصالح العام)^(٣٥٤) وحتى يتضح المراد ، ويستبين السبيل ، كان من اللازم عرض موقف القضاء الإداري في مصر قبل وبعدها قضية عزبة خير الله .

أولا : موقف القضاء الإداري قبل قضية (عزبة خير الله ١٩٩١/٣/٩ م) :

إن القضاء الإداري في مصر لا يختلف كثيرا عن موقف القضاء الإداري في فرنسا وبخاصة فيما يتعلق برقابة القضاء الإداري على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ، بل إن الوضع في مصر يقترب من ذلك الذي دفع إلى إيجاد قضاء الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا ، فإن الأسباب الذي أدت إلى إظهار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الدولتين شبه

(٣٥٣) حكمها في ١٩٥٤/٣/٣ م قضية ١١٧ لسنة ٧ ق المجموعة السنة (٨) ص ٨٤٤ ؛ انظر (د/ سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة - ص ٢٤٠) .

(٣٥٤) أ. د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وموقف مجلس الدولة المصري منها - ص ٣٦٤ .

واحدة ، منها على سبيل المثال .

١ تعاطم تدخل الدولة في المنافع الاقتصادية ، حيث المشكلة الاقتصادية في مصر أكثر إلحاحا .

٢ - اختلاط المنافع الخاصة بالمنافع العامة ، وذلك بأن تعهد الإدارة بتنفيذ مشروعاتها إلى الجهات والأجهزة ، والوحدات الاقتصادية العامة والخاصة ، سواء عن طريق المشاركة ، أو الإسناد ، وبخاصة إذا كانت المشروعات كبيرة ، وتحتاج إلى أموال كثيرة ، تعجز ميزانية الإدارة عن مواجهتها ، فقد تعهد الإدارة إلى الشركات الخاصة بتنفيذ هذه المشروعات ، وكذلك البنوك لتقترض منها ، ومن ثم تختلط المصالح الخاصة بالمصالح العامة ، وهو ما أدى إلى الموازنة بين المصالح^(٣٥٥). ولقد وقف الفقه القانوني أمام هذه المرحلة السابقة على حكم القضاء الإداري في قضية " عزبة خير الله " موقفين :

الموقف الأول : قال بأن القضاء الإداري في مصر ، ممثلا في مجلس الدولة لم يأخذ أو يتبنى هذه النظرية في هذه المرحلة ، وإنما اكتفى فقط عند حد مراقبته صحة الوقائع المادية ومراقبة الغاية دون الخوض في تقدير مدى ملاءمة القرار^(٣٥٦) ، وقرروا " أن سبب قرار المنفعة العامة غالبا هو حالة واقعية تتمثل في حاجة الجمهور إلى إنشاء مرفق عام أو تحسينه ، أو إقامة مشروع عام ، كإنشاء مدرسة ، أو مستشفى ، أو توسيع شارع ، وعليه فإنه لكي تقول الإدارة بتوافر المنفعة العامة ، التي تتيح نزع الملكية الفردية يتعين أن توجد هذه الحالة الواقعية فعلا ، وللقضاء كامل الحق في أن يراقب وجود هذه الحالة ، بل يجب أن يتأكد فعلا من وجودها^(٣٥٧). وعلى ذلك فإن القضاء مكبل اليدين ، فيمتنع عليه أن يزن مدى المنفعة العام التي يقتضيها سد هذه الحاجة الواقعية ، وإنما حده أن يقف عند مجرد التحقق من الوجود الفعلي للواقع المدعي به، ولا يجوز له أن يخطو أبعد من ذلك ، وما على الإدارة إلا أن تبين تدخلها كان لسد هذه الحاجة بإقامة المشروع التي يمثل المنفعة العامة ، ولا يملك القضاء إلا التسليم بتوافر هذه المنفعة^(٣٥٨).

ومن هنا فليس ثمة قيد على سلطة الإدارة في اختيار المكان ، وتحديد الزمان ، ونوع المنفعة العامة ، وحجة هذا الفريق من فقهاء القانون ما قرره المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن بقولها (أن كل ما اشترطه القانون رقم (٥٧٧) لسنة ١٩٥٤م لإجازة نزع الملكية هو أن

(٣٥٥) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٣١٤ ، ٣١٥) .

(٣٥٦) انظر (أ) د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٦١) ، وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٢٧) .

(٣٥٧) انظر (د/ عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - دراسة مقارنة - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - برقم ١٤٦٥) مكتبة الكلية - ص ٣٦٤ .

(٣٥٨) انظر (د/ عزت صديق طنبوس - المرجع السابق ص ٣٦٥) ، وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٢٨) .

تكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وقد أطلق القانون مجال التقدير ، في هذا الشأن للسلطة التنفيذية التي لها طبقا للمادة (٢٢) من القانون أن تحدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة ، وكذلك العقارات التي ترى أنها مكملية لأغراض المشروع (٣٥٩) .

وقال أصحاب هذا الرأي أيضا أن أحكام القضاء الإداري في مصر ، تؤكد ما ذكرناه ، فقد درجت أحكامه منذ وقت طويل ، على التسليم بسلطة الإدارة التقديرية ، في تقرير توافر المنفعة العامة لمشروع معين وضرورة نزع الملكية من عقار معين دون غيره وتحديد الزمان من حق الإدارة فقط دون غيرها (٣٦٠) ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا (أن المشرع أحاط حق الملكية الخاصة بعنايته ، وصانها بالارتفاع بها إلى النص عليها في الدستور ، فالملكية الخاصة مصنونة ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون والدستور) (٣٦١) ، ومن ثم أصبح دور القضاء الإداري قاصر على مراقبة أمرين اثنين : أولهما : الوقائع المادية ، وآخرهما : مراقبة الغاية التي تعمل الإدارة على تحقيقها ألا وهي (تحقيق المنفعة العامة) ، فإذا استخدمت الإدارة قرار نزع الملكية لتحقيق غايات أخرى ، لا تتوافر فيها صفة المنفعة العامة ، كأن تكون الغاية من نزع الملكية تحقيق مآرب شخصية ، أو ربح مادي ، أو تحقيق هدف آخر غير المنفعة العامة كتأميم النشاط مثلا (قضى القضاء بالبطلان للقرار) (٣٦٢) .

وقد أكد هذا المعنى ما قرره الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع . أن نزع الملكية طبقا للمادة الأولى من القانون رقم (٥٧٧) لسنة ١٩٥٤م بشأن نزع الملكية (المعدل بالقانون ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠) لا يمكن أن يرد إلا على عقارات بالمعنى المحدد قانونا للعقار وطبقا للمادة ١/٨٢ من القانون المدني (٣٦٣) . ترتيبا على ذلك إذا كان محل نزع الملكية ليس العقار فقط ، وإنما النشاط الذي يتخذ العقار محلا لمباشرته " فلا يجوز نقله من الملكية الخاصة للأفراد إلى الملكية العامة ، بنزع الملكية طبقا للقانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤م المشار إليه . جواز ذلك من خلال التأميم وهو لا يكون إلا بقانون (٣٦٤) وفي نطاق رقابة القضاء على (صحة الوقائع) قررت المحكمة الإدارية العليا (أن الإدارة لا يجوز لها أن تستخدم وسيلة نزع

(٣٥٩) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في ١٥/عام (١٩٦٥ . ١٩٨٠) الجزء الرابع ص ٤٢، ٤١ رقم (١) ، وراجع في ذلك (أ. د. / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة . ص ٣٦١) وأيضا (د. / عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - ص ٣٦٤ وما بعدها) .

(٣٦٠) راجع في ذلك (د. / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٢٨ : ٢٩) .

(٣٦١) مجموعة أبو شادي (الإدارية العليا في عشر سنوات ١٩٥٠ : ١٩٦٥) .

(٣٦٢) المرجع السابق ص ٣٤٤ .

(٣٦٣) المرجع السابق ص ٣٤٤ .

(٣٦٤) مجموعة فتاوى قسم الرأي بمجلس الدولة (السنة الرابعة والخامسة : أكتوبر ٤٩ ، ١ سبتمبر ١٩٥١ ص ٣٥٨ ؛ فتوى رقم ٦٣٨ في ١٧/٢/١٩٥١ م .

الملكية إلا وفقا لما قرره الدستور والقانون حفاظا على الملكية الخاصة ، وما هو مقرر من ضرورة التوفيق بين حق الدولة في الحصول على العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة وبين حقوق ذوي الشأن من ملاك هذه العقارات (٣٦٥) .

الموقف الثاني : بين أصحاب هذا الموقف بأن مجلس الدولة في مصر أخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في هذه المرحلة ، بل فاق في ذلك نظيره الفرنسي، ومن مظاهر الأخذ بهذه النظرية ما يلي :

١- رقابة القضاء الإداري للإجراء المقيد للحرية العامة مع خطورة الإضرار بالأمن ، ولقد راقب القضاء ما إذا كان وقوف شخص موقف المعارضة السياسية ، يؤدي إلى قيام حالة الاشتباه والخطورة على الأمن العام في حقه ، مما يبرر اعتقاله (٣٦٦) كذلك رغم كون إصدار وثيقة السفر يدخل في السلطة التقديرية للإدارة بموجب المادة (١) من القانون (٩٧) لسنة ١٩٥٩ م . فلقد ألغت المحكمة الإدارية العليا قرار مدير مصلحة وثائق السفر بسحب وعدم منح ، أو تجديد جواز سفر لأحد المواطنين (٣٦٧) .

ووجه دلالة ما سبق : أن القاضي الإداري وازن بين القيمة القانونية للحرية الفردية ، وبين مقدار الضرر الذي يسببه الإجراء للفرد (٣٦٨) .

٢- ألغى القضاء الإداري قرار الإدارة بإزالة السقف الذي أقامه أحد التجار الحاصل على رخصة شغل أرض فضاء بسوق الخضار والفاكهة ، لأن الإدارة اختارت وقتا غير ملائم (٣٦٩) .

وجه الدلالة : أن الإلغاء لم يكن لمجرد أن القرار صدر في وقت غير ملائم ، ولكن لما ترتب على اختيار ذلك التوقيت من أضرار بالمنافع محل الاعتبار (٣٧٠) . إذن نستطيع القول بأن القاضي وازن بين المصلحة والمضرة .

٣- أخذ القضاء الإداري بنظرية الموازنة بين منفعة الأمن ، ومنفعة الإسكان ، وظهر ذلك جليا في قضية استيلاء الأمن المركزي على مساحات من تقسيم معتمد في مدينة المنيا ، والذي

(٣٦٥) راجع في ذلك (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري ص ٣٥) .

(٣٦٦) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٧/٧/٥ في القضية ٥٧٧ لسنة ٢٩ ق (حيث قضت بقولها بأن " ما يوحي به تاريخ المدعي السياسي من كونه يقف موقف المعارضة السياسية لا يفيد في ذاته قيام حالة الاشتباه ، أو الخطر على الأمن والنظام المبرر للاعتقال بحسبان أن الاعتقال إجراء ماس بالحرية ، لا ينبغي اللجوء إليه إلا في حالة الطوارئ فقط ، وأن تكون قامت حالة من حالات الضرورة القصوى المستندة إلى وقائع ثابتة تفيد يقينا خطورة الشخص على الأمن ، وليس لموقف المعارضة السياسية أن يفيد في ذاته قيام تلك الحالة من حالات الخطر الوشيك على الأمن والنظام) راجع في ذلك (د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية ١٩٨٥ م - ص ٤٣٧)

(٣٦٧) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٢/٢٧ م في الطعن ٢٥٧ لعام ٢٦ ق

(٣٦٨) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٤٥) .

(٣٦٩) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٥/١١/٨ م السنة العاشرة في القضية رقم (٣٤٠٧) سنة ٧ ق - ص ٢٠ .

(٣٧٠) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٤٦) .

تم تصحيحه فيما بعد بإصدار قرار رئيس مجلس الوزراء بتقرير المنفعة العامة لمشروع إقامة مقر لقوات الأمن المركزي بالمدينة وتناول حكم محكمة القضاء الإداري في حيثياته بيان أوجه النفع التي ادعتها الجهة الإدارية ، والمتمثلة في مقتضيات المحافظة على الأمن العام بعد أحداث أكتوبر عام ١٩٨١ ، وضرورة تواجد قوات الأمن المركزي بهذا المكان ، بالقرب من أماكن التجمعات الطلابية والعمالية ومسجد المنيا ، فبدأ وكأن الحكم يتناول هذا الجانب الإيجابي في الموازنة بين المنافع والمضار ، ثم انتقل الحكم إلى بيان الجانب السلبي الخاص بإضرار المشروع بمنفعة الإسكان .

هذا وقد عوّل على ضالة التجمعات السكانية بالمنطقة ، حيث لا يوجد سوى الجامعة والمدرسة الثانوية ، والاستاد الرياضي والمطار ، والتي لا تعتبر مساكن^(٣٧١) ومن اللافت للنظر أن المحكمة قد اعتمدت في موازنتها على قول الخبراء من وزارة العدل ، حيث انتقل هؤلاء إلى أرض النزاع وعابثوها على الطبيعة وبينوا حالتها ، ومدى اتصالها بالمباني السكنية المجاورة ، وما إذا كان يوجد بجوارها أرض مملوكة للدولة يمكن أن يقام عليها المشروع ، وبيان حالتها ومساحتها . فيما لو وجدت . ونسبة قيمتها إلى قيمة أرض النزاع^(٣٧٢) .

وبذلك استطاع القاضي أن يقيم معيارا للموازنة وهو التكلفة المالية للمشروع وللأرض المنزوعة هذا وقد انتهى الحكم إلى القول بأن الإدارة (وازنت بين الاعتبارات المختلفة في اختيار الموقع محل مشروع المنفعة العامة المشار إليه ، ورجحت اختيار الموقع محل النزاع باعتباره أفضل المواقع في تقديرها لتحقيق النفع العام..... وقد تأيد بما ورد في تقرير مكتب خبراء وزارة العدل)^(٣٧٣) .

تقدير ما سبق :

إنه بنظرة واعية لموقف المؤيدين والمعارضين لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر رأينا أن المؤيدين لها أدق فقها وأكثر تفاؤلا ، إذ اعتمدوا في تأييدهم على أحكام القضاء الإداري في ميدان أعمال الموازنة بين المنافع والمضار على أكثر من قرار للسلطة الإدارية ، ولا سيما المتعلقة بنزع الملكية .

أما أصحاب المعارضة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإنهم تأثروا بالطابع العام الذي أظهر وقوف القضاء الإداري عند حد مراقبة الوقائع المادية لقرار نزع الملكية والتأكد من الغاية التي تعمل الإدارة على تحقيقها من المشروع المزمع تنفيذه والذي في سبيله تنزع الملكية ، وعذرهم ما يرونه من عوامل سياسية تريد في كل لحظة ألا تخرج الرقابة القضائية عن مدارها التقليدي ، ومما ساعدتهم على هذه النظرة أيضا أن القضاء الإداري حينما أخذ بنظرية الموازنة

(٣٧١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٨٧/٦/٢٥م في القضية رقم (٢١٠٣) سنة ٣٨ ق .

(٣٧٢) انظر (د/أحمد أحمد المواقف - فكرة المنفعة العامة - ص٣٤٧) .

(٣٧٣) د/أحمد أحمد المواقف - فكرة المنفعة العامة - ص٣٤٧ .

بين المنافع والمضار ، لم يفصح عنها بقول ظاهر ولم يبين حكمه عليها مباشرة . ومن ثم نكاد نميل إلى ما قاله أستاذى الدكتور رمضان محمد بطيخ بأن : قضاءنا الإدارى ممثلا فى مجلس الدولة لم يأخذ أو يتبنى بشكل حاسم تلك النظرية . (٣٧٤) .

ثانيا : موقف القضاء الإدارى بعد قضية (عزبة خير الله ٩/٣/١٩٩١ م) :

إن الحكم فى قضية خير الله يعد بحق تحولا كبيرا فى قضاء مجلس الدولة المصرى ، فلقد أرسى هذا الحكم مبادئ سامية نذكرها بعد بيان وقائع هذه القضية .

أ - تلخص وقائع هذه الدعوى . فى أن محافظ القاهرة قام بإصدار قرار لصالح شركة " المعادى للتنمية والتعمير بموجبه يتم تسليم عزبة خير الله ، وقد كانت أرضا مملوكة للدولة بمنطقة دار السلام وألزم القرار ساكنيها بإزالة ما على هذه الأرض من تعديات وهدم ما عليها من منشآت ومبان ، وقد كان عدد المساكن يقارب العشرين الألف ، ويقطن بها ما يقرب من خمسين ألف نسمة .

ب - طعن اثنان من سكان هذه العزبة فى قرار محافظ القاهرة ، وطلبا من القضاء الإدارى بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وفى الموضوع إلغاء القرار واعتباره عديم الأثر وكأنه لم يكن ، وذلك للأسباب التالية :

١ - أن القرار يمس آلاف الكادحين الذين أقاموا مساكنهم من أموالهم الخاصة ، من عشرات السنين وقيمون فيها بالكاد (٣٧٥) . بما يحفظ كرامتهم ويلم شملهم .

٢ - إن المحافظة التى تقوم بالهدم والتشريد سبق لها أن أصدرت قرارا يحمي حياة هذه الجموع لمبانيهم التى شيدها على أرض الدولة ، وهو القرار رقم ٨٩٢ بتاريخ ٢٣/٥/١٩٧٠م الذى قرر عدم إزالة أية تعديات على أرض الدولة ، اكتفاء بالحصر ، وتحصيل رسم انتفاع من الشاغلين ، ونسبة ٥٪ عن المدد السابقة .

٣ - سبق للمحافظة أن أصدرت القرار رقم ٥٣ فى ٢٩/٥/١٩٧٣م بالموافقة على بيع مثل تلك الأرض للأفراد طالما أقيمت عليها مبان تشغلها أرواح ، وذلك بثمن مقداره ٧ جنيهات للمتر . وقد تم تنفيذ هذا القرار فى مناطق أخرى بعزبة دسوقي المجاورة لعزبة خير الله ، وعزبة ناصر ومنطقة ترب اليهود من ذات منطقة عزبة المدعين .

٤ - إن قرار الإزالة والتشريد المطعون فيه ولد معدوما لافتقاده شرط المصلحة العامة اللازم لإصدار مثل هذا القرار ، إذ لا يعقل أن يتم تشريد عشرات الآلاف من الأرواح ، وهدم عشرات الألوف من المنازل ، بما يتناقض مع سياسة الدولة فى التعمير ، وذلك فى سبيل إرضاء شركة لتقسيم الأراضي ، أو مشروع استثماري ، وفى عهد سيادة القانون ، فإن حماية أعراض

(٣٧٤) أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ٣٦١ .

(٣٧٥) الكاد : ما يفيد على وقوع الفعل بعسر ، والإكاد : حزام يربط به ويشد : انظر (الكفوى - الكليات - ٧٤١) وانظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز - ٢١) .

النساء وأرواح الأطفال أولى من فكرة عابرة جاشت بفكر من أصدر القرار (٣٧٦) .
موقف القضاء الإداري :

استجابت محكمة القضاء الإداري لطلب الطاعنين ، فأوقفت تنفيذ القرار المطعون فيه ، وبذلك تكون محكمة القضاء الإداري قد خالفت ما كان مستقرا من قبل ، في شأن قرارات نزع الملكية ، وإزالة التعدي عن أملاك الدولة ، ولم يقف القضاء عند حد التأكد من توافر المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة وتسعى إلى تحقيقها وهي (الحفاظ على أملاك الدولة) ولكن القاضي الإداري بدأ يبحث عن الأضرار التي قد تصيب مصالح عامة أخرى ، وقرر أن القرار المطعون فيه ، يكون قد ضحى بوجه مصلحة عامة أخرى ، وهي ما سيلقاه عدد كبير من المواطنين من هدم منازلهم وتشريدتهم ، وجعلهم دون مأوى يلجأون إليه .

هذا وقد وازن القاضي بين مصلحتين عامتين : أولاهما :

الحفاظ على أملاك الدولة ، وأخراهما حماية هذا العدد من المواطنين فرجح الثانية على الأولى مقررًا أنها أولى بالعناية وأحق بالتغليب (٣٧٧) .

هذا الحكم الذي قرره محكمة القضاء الإداري لم يلق قبولا عند كل من محافظة القاهرة والشركة التي كان قرار المحافظ المطعون فيه قد صدر لصالحها ، فقام كل منهما بالطعن في هذا الحكم ، طعنت المحافظة بالطعن رقم (١٩١٤) لسنة ٣٠ ق وطعنت الشركة برقم (١٨٧٥) لسنة ٣٠ ق وأعلن كل منهما إلى الأسباب التالية :

أ - من المقرر أن جهة الإدارة حرة في تقدير مناسبة الأمر الإداري وملاءمة إصداره ، ولا سبيل إلى التعقيب على السلطة التقديرية إلا بسبب إساءة استعمال السلطة وهو ما لم يتم عليه دليل (٣٧٨) .

ب - إن من المسلم به أن المراكز القانونية لا تقوم ولا تكتسب على خلاف أحكام القانون ، وقد سلم الحكم المطعون ضدهما لا سند لهما في وضع اليد على الأرض ، وأن ذلك قد تم بطريق الغصب والبناء على أملاك الدولة دون أي سند قانوني ولذا فإن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون ، لأن الغصب والاعتداء مهما طال أمده لا يتولد منه مركز يحميه القانون ، وبذلك (أخطأ الحكم فيما ذهب إليه من اعتبار حماية مراكز المعتدين مصلحة عامة ، على الرغم من عدم قيام أية علاقة قانونية تحول المطعون ضدهما حيازة الأرض محل المنازعة ، أو البناء عليها ، وهكذا غلب في تقديره حماية التعدي على حماية الحق) (٣٧٩) .

ج - لقد أقحم القضاء الإداري نفسه في عمق السلطة التقديرية لجهة الإدارة دون وجود

(٣٧٦) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٤٥ : ٤٦) .

(٣٧٧) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٤٨) وانظر (د.أ/ رمضان محمد بطيح - الاتجاهات المتطورة

- ص ٣٦٦ : ٣٦٧)

(٣٧٨) (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٥١ .

(٣٧٩) (د/نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٥١ : ٥٢ .

شبهة الانحراف بهذه السلطة ، وأحل القاضي محل جهة الإدارة، وهذا مسلك مرفوض حسبما قرره القضاء الإداري من فجر إنشائه حتى الآن (٣٨٠)

د - خطأ الحكم ، حيث اعتبر أن هذا القرار المطعون فيه ، هو فقط حماية أرض الدولة من التعدي ، ويتبدى خطأ هذا القول في إغفال ما أثبتته الأوراق من صدور قرارات جمهورية بتخصيص هذه الأرض لتتولى الشركة الطاعنة تعمير المنطقة واستغلالها ، وإجراء تقسيمها وفقا للأسس العلمية في التخطيط ، وإنشاء المجتمعات العمرانية على أسس غير عشوائية وفقا لتخطيط علمي سليم (وإذا كان تعمير تلك الأراضي يتم بناءً على تلك الأسس التزاما بقوانين التخطيط العمراني ، فكيف يقال بحماية تعد على هذه الأرض يتحصل في شغلها دون تنظيم ، ولا تخطيط لبعض العشش أو المباني الحقيبة ، التي يتألف المبنى فيها من حجرة أو حجرتين ، الأمر الذي يفسد تخطيط المنطقة من أساسه) (٣٨١) ، وبخاصة إذا علم بأن الشركة التي تقوم بالتعمير ليست مجرد شركة لتقسيم الأراضي ، أو مشروع استثماري على ما ذهب إليه المدعيان ، بل هي شركة قطاع عام تقوم على تنفيذ مشروع اقتصادي، وفقا للسياسة العامة للدولة.

هـ - إن القول بأن المباني القائمة عشرون ألف مسكن ، قول لم يقم عليه دليل وكان على المدعين تقديم ما يفيد ذلك ، وقد تأثر الحكم بذلك ؛ فبسط حمايته على هذا العدد الموهول ، وهو خطأ فاحش لأن هذا العدد الهائل لم يستنفر القضاء ، وإنما لجأ إليه اثنان فقط هما لا ينوبان عن الجمع الكبير (٣٨٢) .

وبعد أن أظهر كل من الطاعنين ما لديه من سلاح تجاه حكم القضاء الإداري ظنا منه أن المحكمة الإدارية العليا ستعيد عجلته إلى الوراء ، إذا بالإدارية العليا تفاجئ الجميع ، وتعديل هي الأخرى عن مسلكها القديم وتضع يدها في يد محكمة القضاء الإداري وتعصد الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار بين المصالح ، والأمر الذي يلفت الانتباه أن الإدارية العليا ردّت على الشبهات التي أثارها الطاعنان من قبل المحافظة والشركة ، من كون عدد السكان ليس بالعديد الكثير ، فأثبتت أن عددهم مما هو ثابت يبلغ ٨٦٥٠ مسكنا وتضمنت الحافظة ٢٤ كشفا يتضمن كل كشف منها أسماء بعض القاطنين في هذه المنطقة التي تبلغ في المتوسط حوالي ٦٠ اسما في كل كشف ، وهي كشوف مرسلة من حي مصر القديمة والمعادي.....

(٣٨٠) هذا القول من أعجب الأقوال فأصحابه يريدون أن يجعلوا للإدارة قداسة حتى لا تسأل عما تفعل فيكفي ما تقوله بأنها تتوخى المصلحة العامة ، وهذا الكلام إذا جاز في الدول شبه القانونية فلا يجوز أن يقول به أحد في ظل دولة سيادة القانون والدستور التي تحمي في ظله الحقوق وتضامن فيه الحريات كذلك كيف يقال بأن هذا ما استقر عليه أمر القضاء الإداري منذ نعومة أظفاره ، وفجر إنشائه فهو كلام يتضاد مع السنن فالمولود يكبر ، والصبي يبلغ وينضج ، وأعتقد أن قضاءنا الإداري على درجة كبيرة من النضج مما يؤهله إلى أن يحتمي الأفراد به ، وينعمون تحت مظله .

(٣٨١) د/نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٥٢ .

(٣٨٢) راجع في ذلك (الإدارية العليا ٩/٣/١٩٩١م) الطعين رقمي ١٨٧٥ ، ١٩١٤ سنة ٣٠ ق " دائرة منازعات الأفراد والعقود والتعويضات " .

هذا وقد فاجأت الإدارية الطاعنين بقولها : إن السلطة القضائية وهي تراقب الإدارة فيما تتخذه من قرارات بناء على سلطتها التقديرية فإنها . أي السلطة القضائية تصبح مسئولة عن (إقامة العدالة وحماية الشرعية (٣٨٤) والمشروعية (٣٨٥) وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة للمصريين (٣٨٦) .

والناظر إلى حشيات هذا الحكم يعتقد بأن القضاء المصري تطور تطوراً ظاهراً في مجال نزع الملكية بل أخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار عملاً بمبدأ العدالة الاجتماعية .

المبادئ التي أرساها حكم قضية " عزبة خير الله " :

١ - اتجاه المحكمة إلى الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار التي يمسه القرار المطعون فيه .

٢ - أن المحكمة لا تقف عند حد (المنفعة العامة) وإنما موازنتها بالأضرار الناجمة عن تنفيذ القرار الصادر بشأنها .

٣ - أن العدالة بمعناها الواسع لا تقف عند النصوص الجامدة ، وإنما تتسع لتشمل كل أنواعها من عدالة اجتماعية ، واقتصادية .

ومن ثم فإن قضية عزبة خير الله تعد بداية مرحلة جديدة ، بل بداية تطور في قضاء مجلس الدولة المصري واتجاه جديد له ، وهذه القضية ليست الوحيدة التي عمل القضاء الإداري فيها بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار وإنما تتبعها قضايا أخرى مثل : (قضية سوق روض الفرج) والعجيب أن مجال أعمال النظرية في هذه القضية ، لم يكن متعلقاً بقرار نزع الملكية ، وإنما كان متعلقاً بإلغاء تراخيص مزاولة نشاط تجاري (بالجملة) في سوق روض الفرج وذلك رغبة من الإدارة أن تنقل نشاط التجارة بالجملة إلى السوق الجديدة والتي أقامتها هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة فأصدر محافظ القاهرة قرار رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢م بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٨م بإلغاء التراخيص لجميع تجار الجملة في سوق روض الفرج ، مما أدى إلى أن طعن في القرار حوالي ٣٥ تاجراً ممن شملهم القرار أمام محكمة القضاء الإداري وطالبوا :

أولاً : بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرارات السلبية (٣٨٧) بالامتناع عن تجديد تراخيص الأشغال الممنوحة لهم ، وما يترتب على ذلك من آثار .

ثانياً : وبصفة مستعجلة أيضاً الحكم بوقف تنفيذ القرار رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢ الصادر

(٣٨٣) نفس الحكم السابق .

(٣٨٤) بيان تعريفها سيأتي في الأساس القانوني للنظرية .

(٣٨٥) بيان تعريفها والفرق بينها وبين الشرعية سيأتي في الأساس القانوني للنظرية .

(٣٨٦) دور القاضي الإداري - ص ٥٥ .

(٣٨٧) القرارات السلبية : هي القرارات التي يفترض المشرع قيامها نتيجة التزام الإدارة للصلمت فترة محدودة، انظر (مجمع

اللغة العربية - المعجم القانوني - ص ٤٧٤) .

من محافظ القاهرة بتاريخ ٢٨/١/١٩٩٢م فيما قرره من إنهاء نشاط تجار الجملة بسوق روض الفرج ، وإلغاء كافة التراخيص اعتبارا من ١٩٩٢/٤/٥م وما يترتب على ذلك من آثار .

ثالثا : وفي الموضوع بإلغاء القرارات الإدارية المطعون فيها جميعا وما يترتب على ذلك من آثار مع إلزام المدعي عليه بالمصروفات (٣٨٨) .

واستجابت محكمة القضاء الإداري لطلب الطاعنين . أي التجار . مستندة في حكمها على فكرة الموازنة بين المنافع والمضار بين المصالح ، فقارنت المحكمة بين مصلحتين متعارضتين : مصلحة الطاعنين في القرار في بقاء السوق بروض الفرج ، حيث أنهم يزاولون نشاطهم فيه منذ زمن بعيد ، وبين مصلحة الإدارة في شغل سوق العبور ، وما يترتب على ذلك من زيادة في الموارد المالية للدولة تحقيقا للمصالح العام الذي يعود على المجتمع بخدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية (٣٨٩) .

وعمدتنا في تأكيد هذا المعنى ما ورد من أقوال صريحة ، وواضحة في حكم محكمة القضاء الإداري نذكر منها الآتي :

(أ) ذكرت المحكمة أن سوق العبور يعد بكل المعايير نقلة حضارية ، وعملا يستحق الإشادة والتقدير لكل من ساهم في إنجاز هذا الصرح الشامخ الذي صمم على أحدث الأساليب العالمية ؛ ثم أردفت المحكمة قائلة : إن الدراسات المتخصصة ، التي أجرتها الإدارة ، بما فيها الدراسة العلمية ، التي قامت بها هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، تؤكد احتياج القاهرة الكبرى إلى ثلاثة أسواق للتجارة بالجملة ، ثم اختيار مواقعها خارج القاهرة الكبرى .

(ب) ذكرت المحكمة (أن سوق روض الفرج بوصفه الحالي لا يلائم ظروف العصر الذي نعيشه لضيقه عن استيعاب حركة التعامل ، ولوقوعه داخل الكتلة السكنية المزدهمة ، وعدم كفايته من الناحية الصحية والأمنية ، والمرورية..) (٣٩٠) .

(ج) ثم ذكرت المحكمة المصالح العامة التي يمسها القرار بقولها (عندما يكون في زيادة الموارد المالية للدولة تحقيقا للمصالح العام نظرا لما يعود على المجتمع من خدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية ، فقد يكون من الأجدى تحقيقا للمصلحة العامة أيضا الاستغناء عن تلك الزيادة المالية المتوقعة من التصرف الإداري في سبيل المحافظة على حقوق الأفراد

(٣٨٨) محكمة القضاء الإداري جلسة ١٩٩٢/٤/٢م ، والدعاوى أرقام : (٢٧٩٠) لسنة ٤٦ ق ورقم (٣٧١٧) لسنة ٤٦ ق والدعوى رقم (٣٤٩٤) لسنة ٤٦ ق ، والمقامة من عدد من التجار بسوق روض الفرج ضد / محافظ القاهرة ، ووزير التعمير والمجتمعات العمرانية الجديدة ، ووزير الأوقاف ، وهيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري ص٦٢) .

(٣٨٩) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي . ص٣٥٥) وانظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص٦٣) .

(٣٩٠) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص٦٢) .

والحريات العامة (٣٩١) .

وفي الأخير انتهت المحكمة إلى قرارها الذي يبرز أخذها بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار بوضوح وظهر ذلك جليا بقولها (ولئن كانت المصلحة العامة تقتضي بحق جهة الإدارة بإنشاء أسواق جديدة للجملة خارج الكتلة السكنية ، وتحديد التاريخ الذي تراه مناسبا لتشغيله ، فإن من مقتضى تحقيق التوازن بين تلك المصلحة العامة ، وما قد ينجم عن تلازم ذلك الإنهاء الفوري للنشاط بالأسواق القائمة بالفعل بمناسبة الافتتاح من أضرار بالغة قد تلحق العديد من المواطنين مما يوصم القرار المطعون فيه بعدم الملاءمة التي تعد شرطاً من شروط المشروعية وعنصرها لازماً يكشف عن مدى مشروعية عمل الإدارة^(٣٩٢) .

ثم تستطرد المحكمة قائلة (إنه إن كان لجهة الإدارة أن تنشئ أسواقاً جديدة ، وهو ما يحقق مصلحة عامة مؤكدة ، فإنه ليس بلازم أن يواكب افتتاحها إنهاء النشاط بالأسواق القائمة ، لأن المصلحة العامة تقتضي توازن السوقين معاً على الأقل لحين استكمال الأسواق الأخرى المخطط لإنشائها وبعد الانتهاء من إنشاء الطريق الدائري الذي يربط هذه الأسواق بمداخل القاهرة الكبرى لذلك فإن الأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة ، حسب ما يقرره الحكم هو افتتاح سوق العبور في موعده ، والإسراع في إنشاء الأسواق الأخرى المقترحة وأيضاً الإبقاء مؤقتاً على نشاط سوق روض الفرج لحين استكمال باقي الأسواق المذكورة ، وبخاصة وأن القول بغير ذلك سينجم عنه أضرار جسيمة تصيب هذه الشريحة العريضة من المواطنين في حالة إنهاء نشاطها بالسوق دفعة واحدة^(٣٩٣)) هذا وقد انتهت المحكمة إلى إصدار حكمها بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه نظراً لتوافر ركني الجدية والاستعجال^(٣٩٤) .

ومن ثم فإن قضية عزبة خير الله فتحت الباب أمام القضاء الإداري ليقوم بالحد من سلطة الإدارة التقديرية ، والدليل على ذلك كثرة الأحكام التي اعتمدت على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قولاً وعملاً بعدها ، كذلك مناداته فقهاء القانون رجال القضاء الإداري أن يقيموا للنظرية وزناً وأن ينطلقوا لقيموا ميزان الاعتدال بين سلطة الإدارة التقديرية في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ، وبين حماية حقوق ومصالح الأفراد ، وأقرب دليل ليوضح ما ذكرناه موقف بعض فقهاء القانون ضد قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٥٤٢) لسنة (٢٠٠١ م) الصادر بتاريخ ٢٥ / ٤ / ٢٠٠١ م " بتقرير المنفعة العامة لجزرتي الذهب والوراق " ^(٣٩٥) . فلقد نادى الدكتور إبراهيم درويش بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وقد نعى على القرار المذكور بعدم

(٣٩١) د/ نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٦٥ .

(٣٩٢) حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ١٩٩٢/٤/٢ .

(٣٩٣) الحكم السابق ، راجع في ذلك (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري- ص ٦٣ : ٦٤) وانظر (أ.د. / رمضان محمد بطيح - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٦٦) .

(٣٩٤) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٦٦) .

(٣٩٥) د/محمود سلامة - مقال مع القانون - نشر جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١ م - ص ١٥ .

المشروعية (٣٩٦) .

والأمر العجيب أن المستشار الدكتور / محمود سلامة (نائب رئيس هيئة قضايا الدولة) قام بالرد السريع على أقوال الدكتور / إبراهيم درويش قائلا :

١ - إن القرار (أي قرار نزع الملكية للمنفعة العامة من جزيرة الذهب والوراق) لا يَعدُّ سندا من نصوص الدستور الذي أكد في المادة (٣٤) " أن الملكية الخاصة مصونة ، ولا تُنزع للمنفعة العامة إلا وفقا للقانون ، ومقابل تعويض " (٣٩٧) . كما يركز القرار على سند من نصوص القانون رقم (٣) لسنة ١٩٨٢م) والمتعلق بشأن التخطيط العمراني ، والذي تنص المادة (٤٢) منه ، كذلك مساندة أحكام القانون رقم (١٠) لسنة (١٩٩٠) بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، والذي عقد مادته الثانية لبيان الأعمال التي تعد من المنفعة العامة في تطبيق أحكامه .

وإذا صدر القرار المذكور متوسدا النصوص المتقدمة فلا وجه للنعي عليه بعدم المشروعية .

٢ - إن النعي على القرار المذكور ينصب على إغفاله لفكرة الموازنة بين المنافع والمضار أو بين المصلحة العامة والخاصة ، فإنه قول يستوقف النظر من وجهين :

الأول : أنه يتجاهل تطورات مهمة على صعيد تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، أدت إلى هجرها من منبتها الأصلي في فرنسا .

هذا العقم الذي أصاب النظرية ، وأحالها إلى نظرية جرداء قاحلة ، لا تقدم حلا لنزاع قائم ، أدى إلى تدخل المشرع الفرنسي لتدارك سلبياتها ، وذلك بإصداره قانون (١٠ يوليو ١٩٧٦م) المعدل بقانون (٢٠ أكتوبر ١٩٧٧م) والذي فرض على الإدارة القيام بدراسات جدوى لمشروعات الأشغال العامة ، التي تنفذها ، أو ترخص بها مع بيان مضار هذه المشروعات وآثارها الخاصة بالنسبة للبيئة (٣٩٨) .

هذا التعديل التشريعي الذي أصدره المشرع الفرنسي يؤكد عجز نظرية الموازنة عن مواجهة التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ، خصوصا في المجال الاقتصادي وشئون البيئة ، وضيقها عن استيعاب هذه الأوضاع الجديدة .

الثاني : أنه تغافل عن معطيات واقعية فرضها منطق العصر واستوجبتها تطوراتها ومتغيرات تتعلق بالمصلحة العامة . ذلك أنه من المقرر أن غاية النشاط الإداري - ومن ثم الحكومي عامة - تحقيق المصلحة العامة . غير أن فكرة المصلحة العامة لم تعد كما كانت في الماضي ، فكرة مجردة تقدر لذاتها ، وإنما أصبحت تقدر تقديرا واقعيا وفقا لقيم اجتماعية وسياسية واقتصادية ،

(٣٩٦) انظر (مقال مع القانون - نشر جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م - ص ١٥) .

(٣٩٧) د/محمود سلامة - مقال مع القانون - نشر جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م - ص ١٥ .

(٣٩٨) د/محمود سلامة - مقال مع القانون - نشر بجريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م - ص ١٥ .

٣- يقول المستشار الدكتور / محمود سلامة في دفاعه عن القرار السابق : إن الأحكام التي أشار إليها التعليق بشأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ظنا منه أنها تسانده ، فإذا كانت محكمة القضاء الإداري في مصر قد قضت بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه بخصوص (سوق روض الفرج) استنادا إلى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن الإدارية العليا لم تأخذ بها ، بل رفضت صراحة تطبيقها ، وأوردت في حشيات حكمها ما يدل على ذلك (ومن حيث أن ما ذهب إليه المطعون ضدهم (المدعون) من أنه قد جرى قضاء هذه المحكمة على مراقبة ما يخرج على نطاق المشروعية ، ويدخل في مجال رقابة الملاءمة المتعلقة باختيار البدائل في السياسات الإدارية ، ورقابة التقدير الذي تباشره الإدارة من خلال الموازنة بين المنافع والمضار التي تترتب على قرار معين ، لا يقوم على سند صحيح من الواقع أو القانون ، إذ ليس صحيحا أن قضاء مجلس الدولة قد استقر على تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار) (٤٠٢) .

ثم أردف قائلا : هذا القضاء الصريح والقاطع يؤكد ما سبق أن أوردناه في أن التعليق تغافل عن التطورات القضائية المتعلقة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار وأدت إلى هجرها (٤٠٣) . والرد على هذه الحجة سهل ميسور فهي واهية من حيث المعنى ، ركيكة من حيث المبنى لأمرين :

أولهما : أن جوهر ما قررته الإدارية العليا بشأن (قضية سوق روض الفرج) أنها قالت : (أنه لا يكفي للقول بأن القرار الإداري غير مشروع أن يكون قد جانب غايات الصالح العام الذي يحددها القانون ، وإنما يكون أيضا كذلك . أي غير مشروع .) إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهرا أو مؤكدا أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات وصوالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية) (٤٠٤) . ويستطرد الحكم قائلا : " من حيث أنه لا شك يؤكد هذا المبدأ وذلك التفسير لأحكام الدستور وحدود المشروعية ما هو مسلم به من مبادئ الشريعة الإسلامية ، المصدر الرئيسي للتشريع طبقا للمادة (٢) (٤٠٥) من الدستور من أن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع ، وأن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرورة تقدر بقدرها عند التصرف لدفعها (٤٠٦) .

آخرهما : إن السلطة التقديرية ، التي يخاف على فقدانها البعض ، باقية ولن تزول في ظل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وكل ما في الأمر ، أن القاضي الإداري برقبته لتلك السلطة

(٤٠٢) د/محمود سلامة - مقال مع القانون - نشر بجريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١ م - ص ١٥ .

(٤٠٣) المقال السابق - ص ١٥ .

(٤٠٤) انظر (أ.د. / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٦٧) ؛ وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٥٨) .

(٤٠٥) مادة (٢) من الدستور والمعدلة طبقا لنتيجة الاستفتاء على تعديل الدستور الذي أجري يوم ٢٢ / مايو / ١٩٨٠ م (الجريدة الرسمية عدد (٢٦) في يوم ٢٦ / يولية / ١٩٨٠ م) .

(٤٠٦) وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٥٨) .

إنما يوجد توازنا جديدا لهذه السلطة ، وبمعنى أدق تحديد ما يجب أن يتسم به التوازن بين الصالح العام ، وبين حقوق الأفراد وحررياتهم من تكافؤ وتعادل^(٤٠٧) . وكون المحكمة الإدارية العليا خالفت فكرة الموازنة بين المنافع والمضار في بعض أحكامها فإنما هو لسبب سياسي ، لا لقصور النظرية عن الانسجام مع تطور الواقع المعاصر ، فالنظرية لم تهجر ، وإنما لم تنضج العقلية الإدارية حتى نقبلها .

ومن ثم فإن ما اجتج به الدكتور المستشار في غير ما هو له ، وكان الأولى المناداة بإعمال النظرية بدلا من إهمالها .

ومن هنا نجد أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر قريبة من وضعها في فرنسا ، ويتمثل ذلك في السياسة التي ينتهجها القضاء الإداري في مصر ، إلى الحد من السلطة التقديرية لجهة الإدارة ، حرصا منه على توفير قدر أكبر من الحماية للأفراد المتعاملين معها^(٤٠٨) .

غير أن القضاء الإداري المصري قد يجد ما يدفعه إلى المضي قدما نحو إرساء مبادئ هذه النظرية في ميدان سلطة الإدارة التقديرية ، حيث يوجد في تقديرنا من القواعد الدستورية ، ما يعد سندا قويا للعمل بتلك النظرية ، وبخاصة المبدأ المستمد من الشريعة الإسلامية^(٤٠٩) ، وبمقتضاه " لا ضرر ولا ضرار" .



وخلاصة ما سبق :

بعد عرض تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، وجدنا ثمة فروقا بين النظامين ظهرت في وجه للاتفاق ووجه للاختلاف في كل من النظام الإسلامي والنظم الوضعية وكذلك في النظامين الفرنسي والمصري ، وقد بانت معالم الاتفاق والاختلاف فيما يلي :

أولا : الفروق بين النظامين الفرنسي والمصري في إطار تاريخ النظرية :

بالوقوف على تاريخ النظرية في كل من فرنسا ومصر ، يتضح وجه الاتفاق والاختلاف من خلال مداورة الأسباب التي أدت إلى ظهور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في كلا النظامين ، وكذلك الظروف السياسية التي سادت عند كليهما ، والانطلاقة القضائية لأعمال الموازنة بين المنافع والمضار ، وبسط رقابتها على أعمال السلطة التقديرية ، ويظهر هنا وجه المقارنة فيما يلي :

(١) وجه الاتفاق :

(٤٠٧) انظر (د.أ) / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٦٧) .
(٤٠٨) انظر (د) / أحمد أحمد الموفي - فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة - ص ٣٢٥) .
(٤٠٩) انظر (د) / سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة - ص ٢٤١) .

ليس ثمة خلاف كبير بين مصر وفرنسا وبخاصة موقف القضاء الإدارى عندهما ، فيما يتعلق بإيجاد قضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، وبسطه على قرارات الإدارة المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، فإن القضاء المصرى اتخذ فى خصوص شرط المنفعة العامة فى قرار نزع الملكية موقفاً جديداً بشأن قضية (عزبة خير الله) يشبه إلى حد كبير موقف القضاء الإدارى الفرنسى بشأن المدينة الشرقية الجديدة ، إذ أخذ القضاء بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار^(٤١٠) . وهذا الشبه بين الدولتين كان له أسبابه ومنها :

أ- أن الأسباب التى أدت إلى ظهور النظرية فى الدولتين شبه واحدة ، فإذا كان السبب وراء ظهورها فى فرنسا هو التقدم العلمى المتزايد ، واتساع نطاق المجال الاقتصادى ، وتعدد المسائل الفنية والعلمية فيه ، وتدخل السلطة التقديرية الواسع فى تلك المجالات واتصالها بالمتزايد بالأموال والعقارات ، مما دفع القضاء الإدارى الفرنسى أن يعمل جاهداً على الحد من احتمالات تعسف الإدارة فى مثل هذه المجالات^(٤١١) .

فإن مثل هذه الأسباب موجودة فى مصر ، بل وأدت إلى إظهار النظرية لدى قضائها الإدارى ، فتعاطم تدخل الدولة فى المنافع الاقتصادية ، واختلاط المنفعة الخاصة بالمنفعة العامة كانا سببا رئيسا فى وجود نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

ب - أن العائق السياسى أمام تقدم القضاء الإدارى للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، ولاسيما فى مجال نزع الملكية ، فى فرنسا هو نفس العائق فى مصر ، إذ كانت السلطة السياسية فى فرنسا تخشى أن يتحول القضاء إلى ما كان عليه فى السابق قبل الثورة الفرنسية ، أن يقوم بتقييد حرية الإدارة فى مباشرة أعمالها . وأن إعطاء القاضى سلطة واسعة فى الرقابة على أعمال الإدارة سيجعل الأفراد والإدارة فى حالة من عدم الاستقرار^(٤١٢) .

(٢) وجه الاختلاف :

إنه بالتتابع لتاريخ النظرية فى كل من فرنسا ومصر ، يتأكد سبق القضاء الفرنسى فى تطبيقه لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار قبل القضاء الإدارى المصرى ، مما جعل البعض من فقهاء القانون يقول : بأن مجلس الدولة المصرى ما زال يتبنى الاتجاهات التقليدية فى رقابته على أعمال السلطة التقديرية ، فهو يقتصر بالرقابة على وقائع القرارات الإدارية حينما تصدر عن سلطة تقديرية ، ورقابة مدى صحة التكييف القانونى لهذه الوقائع ، ومن بعد رقابة التناسب بين أهمية وخطورة

(٤١٠) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٢٧) .

(٤١١) انظر (د/ سامى جمال الدين - قضاء الملاءمة - ص ٢٣٣) ، وانظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة -

ص ٣١٥) .

الوقائع وبين الإجراء الذى تتخذه الإدارة .

أما بخصوص نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فما زال البون شاسعا بين مجلس الدولة المصرى وبينها ، فهو لم يعرفها حتى الآن ، ولا سيما الموازنة بين التكاليف والمزايا للمشروع الذى نزعته الملكية لأجله ، وإن كانت هناك بعض الأحكام القليلة التى قد توحى بعدم تجاهل قضائنا الإدارى لنظرية الموازنة^(٤١٣) .

ومع هذا فإن كثيرا من أهل الفقه القانونى فى مصر قالوا : بأن مجلس الدولة فى مصر اتخذ موقفا رقابيا جديدا ، خرج به عما هو مألوف لديه ، هذا الموقف يشبه إلى حد كبير موقف مجلس الدولة الفرنسى^(٤١٤) .

ومن ثم فإذا كان قياس السبق بعدد القضايا التى طبق فيها مجلس الدولة المصرى رقابة الموازنة بين المنافع والمضار فإن الأسبقية لمجلس الدولة الفرنسى ، وهذا ما بنى عليه أصحاب القول الأول قولهم بأن مجلس الدولة المصرى لم يعرف النظرية حتى الآن .

أما إذا كان السبق للقواعد التى بُنيت عليها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فهو إن لم يكن بين مجلس الدولة فى فرنسا ومصر وجه شبه فى هذا التحول الرقابى الهام ، فإن الأسبقية لمجلس الدولة المصرى ، إذ إنه يملك القاعدة التى تمكنه من الانطلاقة الرقابية الحديثة ، ألا وهى قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) التى تعد أساسا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

وإذا كان السبق بالزمن الذى طبقت فيه النظرية وظهرت معالمها الرقابية ، كان مجلس الدولة الفرنسى أحسن شأنًا من نظيره المصرى .

ثانيا : الفروق بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار تاريخ النظرية:

بالتتبع لتاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، تبين لنا أن للنظرية أهمية خاصة فى النظامين ، وهذا ما جعل لها وجوهاً للاتفاق والاختلاف يستوجب بيانها فيما يلى :

(١) محل الاتفاق :

— أن الموازنة بين المنافع والمضار كانت محل اعتبار عند قضاة الإسلام كالقاضي شريح رحمته الله وأيضا لدى القضاء الإدارى .

— شغل بها أهل البحث والنظر من فقهاء الإسلام حتى أظهروها فى صورة ، قواعد فقهية ، واجتهدوا فى تدوين القواعد التى تحكمها ، كذلك شغل بها أهل الفقه القانونى ، وبدءوا يبحثون لها عن تأصيل قانونى .

— تأخر التدوين فى كلا النظامين للنظرية .

(٤١٣) انظر (أ.د. / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ١٣) .

(٤١٤) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٢٧) .

(٢) محل الاختلاف :

في النظام الإسلامي ظهرت الموازنة بين المنافع والمضار مع نزول القرآن في العهد المكي ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾^(٤١٥) كذلك في المدينة ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا ﴾^(٤١٦) وبدأ تطبيقها : مع تطبيق القرآن في واقع الأمة في ذاك الوقت ، فاتحد تأصيلها وتطبيقها . عند نزول الوحي على النبي محمد ﷺ . أما الموازنة بين المنافع والمضار عند كل من فرنسا ومصر ، فإنها تمثل تطورا مرحليا للقضاء الإداري ، ولذا تقدم تطبيقها في بعض أحكام القضاء الإداري عن تأصيلها ، ولا زال الأمر في دور النشأة والتكوين للنظرية ، ولا زال الفقه القانوني يبحث عن تأسيس قانوني لها ، " فالقضاء الإداري هو الذي يمد القانون بنظرياته ، وأحكامه ، أو على الأقل بالغالبية العظمى منها ^(٤١٧) " .

إن الموازنة بين المنافع والمضار ، ليست من خلق القضاء الإسلامي ، ولا من إنشاء العقل الاجتهادي ، بل من خلق المشرع في القرآن ، ومن بنائه في السنة النبوية ، ولا يزال القرآن والسنة مصدرا لإنشاء والخلق لها وبقية المصادر (إجماع ، قياس ، مصالح مرسله ، استحسان) لها كاشفة ^(٤١٨) واقتصر دور القاضي والمجتهد على الكشف لها ، ومحاولة تعييدها وتدوينها بعد استقراء النصوص التي تحويها .

هذا بخلاف القضاء الإداري تجاه هذه النظرية ، فهو المصدر الأصلي لها ، بل هو المنشئ للموازنة وهذه طبيعة دوره عموما أنه يقوم بدور الإنشاء لمجمل القانون الإداري ونظرياته ، فله الفضل في إرساء قواعد القانون الإداري ، وتطويرها على وجه يكسبها الخصوبة والمرونة ، وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٦٥) لسنة (١٩٥٥ م) هذا المعنى بقولها (يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي ، يتتبع الحلول المناسبة للروابط القانونية ، التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد ، وهي روابط تختلف في طبيعتها عن روابط القانون الخاص ومن ثم ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقل بها في هذا الشأن ^(٤١٩) .

ومن ثم يترجح ^(٤٢٠) أن النظام الإسلامي أكمل بناءً للنظرية وتكوينها ، وأقدم ظهورا وتأسيسا وتدوينا على عكس النظم الوضعية ، فما زالت النظرية فيها في مرحلة التأسيس والتكوين

(٤١٥) سورة الأنبياء : آية ١٠٧ .

(٤١٦) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٤١٧) انظر (عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية - ص ٢٠٢) .

(٤١٨) انظر (د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه . مؤسسة الرسالة . ط ٦ - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م - ص ١٩٥) .

(٤١٩) انظر (أ/ عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية - ص ٢٠٣) .

(٤٢٠) الترييح : هو تفصيل الشيء وتقويته ، وهو إظهار قوة لأحد الدليلين على الآخر : (د/ قطب مصطفى سانو - معجم

مصطلحات أصول الفقه - ص ١٣٠)

الباب الثاني

تأصيل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

ويشتمل هذا الباب على الفصول الآتية :

الفصل الأول : الأساس القانوني لنظرية الموازنة (مبدأ المشروعية)

الفصل الثاني : مبررات نظرية الموازنة .

الفصل الثالث : معايير نظرية الموازنة .

تمهيد :

إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ليست مجرد أداة رقابية يستخدمها القضاء الإداري ويتركها وقت ما يشاء ، بل هي مبدأ رقابي ضارب بجذوره في عمق نصوص شرعية في النظام الإسلامي ، ودستورية في النظم الوضعية وله امتداد في القوانين العادية ، ويُستخدم هذا المبدأ الرقابي الجديد وضْعًا ، القديم شرعًا ، في إطار معايير معلومة ، وفق مبررات مرسومة ، فلا يجوز للقضاء أن يستعمل الموازنة بين المنافع والمضار بعيدًا عن المعايير المتمثلة في مقدار المنفعة الحقيقية الظاهرة ، مع أخذه في الاعتبار بمقدار الضرر الذي ينال الأفراد من جرّاء إقرار تلك المنفعة .

ومن ثم فإن لنظرية الموازنة أساسًا قانونيًا تعتمد عليه وتنبثق من خلال نصوصه في إطار منهج عملي له مبرراته ومعاييره ، تتضح معالمه ، وتظهر دلالاته في الفصول التالية :

الفصل الأول : الأساس القانوني للموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

الفصل الثاني : مبررات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

الفصل الثالث : معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

الفصل الأول

- (الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار
مشروعية النظرية)
في النظام الإسلامي والنظم الوضعية**

تمهيد :

إن الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار والمشروعية تمثّلان الأصل الشرعي وما به تثبت النظرية ، فما هي المشروعية ؟

تعريف مبدأ المشروعية : (' Principe dela le'galite')

أولا : المشروعية لغة :

مصدر صناعي (٤٢١) . كأن يقال : تنظر المحكمة العليا في مشروعية قانون الأحزاب . وهي ما يسوغه الشرع ويبيحه (٤٢٢) .

ثانيا : المشروعية اصطلاحا :

١ - مبدأ المشروعية من المنظور الإسلامي : يعني خضوع الحكام والمحكومين للقواعد والأحكام الإلهية المتعلقة بالعقيدة ، والمعاملات ، التي فرضها الله ﷻ بحيث يتحدد بمقتضاها الإطار العام الذي يلتزم به المسلمون حكاما ومحكومين ، ويحدد نطاق السلطة العامة وعلاقاتها ، سواء أكانت هذه العلاقة بين الهيئات الحاكمة بعضها البعض في الدولة الإسلامية من ناحية أو فيما بينها وبين المحكومين من ناحية أخرى مسلمين كانوا أم غير مسلمين (٤٢٣) .

٢ - مبدأ المشروعية من المنظور القانوني : يقصد بمبدأ المشروعية سيادة حكم القانون ، أو ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة من كافة سلطات الدولة ، تستوى في ذلك سلطة التشريع ، وسلطة القضاء ، وسلطة التنفيذ ، فتخضع الدولة بجميع هيئاتها وأفرادها لقواعد عامة موضوعة مقدما (٤٢٤) .

ويقصد به أيضا : احترام الإدارة للقانون في كافة تصرفاتها ، وأعمالها الإيجابية والسلبية على السواء الصريحة والضمنية (٤٢٥) .

- ويقصد به : سيادة القانون بمعنى احترام أحكامه وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم ،

(٤٢١) المصدر الصناعي : يراد به كل لفظ زيد في آخره ياء مشددة ، بعدها تاء مربوطة ، ليدل على معنى مجرد لم يكن يدل عليه قبل الزيادة ، وهذا المعنى المجرد الجديد : هو مجموعة الصفات الخاصة بذلك اللفظ مثل (إنسانية) فإنها تدل في الأصل على حيوان ناطق ، فإذا ما جاءت مصدرا صناعيا أي إنسانية ، تغيرت دلالتها تغيرا كبيرا ، إذ يراد في صياغتها الجديدة ، معنى جديد ، يشتمل على الصفات المختلفة التي يختص بها الإنسان كالشفقة والرحمة ، (د/ محمد إبراهيم عبادة - معجم مصطلحات النحو الصرف والعروض والقافية . طبعة دار الآداب . القاهرة : ٢٠٠١ م . ص ١٥٣) .

(٤٢٢) انظر (المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم . المعجم العربي الأساسي للناطقين بالعربية ومتعلمها . ص ٦٨١ : ٦٨٢) .

(٤٢٣) انظر (أ.د/ فؤاد محمد النادي - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامي - دار الكتاب الجامعي ١٩٨٠ م - ص ٧٣) وانظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة . الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري المحامي بالنقض . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ م - ص ٧) .

(٤٢٤) أ.د / محمود حلمي - القضاء الإداري . دار الفكر العربي . ط ٣ . ١٩٧٧ م . ص ٥ .

(٤٢٥) انظر (أ.د/ رمزي الشاعر . تدرج البطالان في القرارات الإدارية . دار النهضة العربية ١٩٨٤ م - ص ٢٠١) ؛ وانظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة . الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري . ص ٦) .

فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأفراد ، ليس فقط في علاقتهم ببعضهم البعض ، وإنما كذلك في علاقتهم بسلطات الحكم في الدولة (٤٢٦) .

- ويقصد به أيضا : أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم ، وأن يمكن الأفراد . بوسائل مشروعة . من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها ، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عَنَّ لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال (٤٢٧) .

ويقتضي هذا المبدأ أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون . والقانون هنا يؤخذ بمعناه العام أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء أكانت مكتوبة ، أو غير مكتوبة ، وأيا كان مصدرها (٤٢٨) . وبالنظر لكل ما ورد من تعريفات " لمبدأ المشروعية قانونا ، نجد أن التعريف الأخير جامع للمعنى ، واضح العبارة ، أصاب المقصود من المشروعية .

وحتى يزداد المبدأ وضوحا ، وحتى لا يختلط بغيره من مصطلحات من نفس مادته (ش . ر . ع) تحتم علينا أن نفرق بينه وبين مصطلحي الشريعة والشرعية.

الفرق بين الشريعة والمشروعية :

(أ) تطلق الشريعة لغة : على المورد الذي يردده الناس والدواب للشرب ، ويسمى مثل هذا المكان أيضا مشروعا ومشركة ، كما أنها تطلق على الطريقة الواضحة (٤٢٩) ؛ قال تعالى ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمَنْهَاجًا﴾ (٤٣٠) . أي شريعة تتبعونها ، وطريقا واضحا تسلكونه (٤٣١) . قال تعالى ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ﴾ (٤٣٢) أي طريقة (٤٣٣) : فهي تعني " مورد الإبل إلى الماء الجاري ، ثم استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ،

(٤٢٦)

(٤٢٧) أ.د/ سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - ١٩ / ١ .

(٤٢٨) انظر (د/ ماجد راغب الحلو . القضاء الإداري - ص ٢٥٥) .

(٤٢٩) انظر مختار الصحاح . مادة (شرع)

(٤٣٠) سورة المائدة : آية ٤٨ .

(٤٣١) انظر معجم ألفاظ القرآن الكريم مادة (شرع) . إصدار مجمع اللغة العربية . القاهرة - ١٣ / ٢ .

(٤٣٢) سورة الجاثية : آية ١٨ .

(٤٣٣) جاءت كلمة (شريعة) في القرآن الكريم بمعنى طريقة في هذا الموضع من الآية المذكورة من سورة الجاثية وهي سورة مكية ، أي قبل نزول آيات الأحكام والتشريعات وما يتعلق بها ، مما دفع دعاة العلمانية إلى المغالطة هنا ويقولون : إن لفظة

" الشريعة " لم ترد في القرآن بمعنى التشريع والقانون ، فلم تركزكم على قضية التشريع في الإسلام ؟

الحق يقال : لو كان الأمر أمر ألفاظ لأمكن أن يقال : إن القرآن لم يرد فيه لفظة (عقيدة) لا في سورة مكية أو مدنية ، فلم تركزكم على قضية العقيدة ؟

ومن ثم فليس الأمر أمر ألفاظ وإنما أمر مغلفات مكشوفة لا يتورط فيها عاقل ، كذلك من المؤكد والمقطوع به والمعلوم بالضرورة : أن القرآن يشتمل على أحكام تشريعية في كل المجالات ، وقد أفرد العلماء لها مؤلفات خاصة مثل (أحكام القرآن للرازي الحنفي المعروف بالخصاص) ومثل (أحكام القرآن لابن العربي المالكي) وغيرهما انظر (د/ يوسف القرضاوي - مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مكتبة وهبة ١٩٩٠ م - ص ٨ ، ٩) .

ثابت من نبي من الأنبياء" (٤٣٤) .

وتطلق الشريعة اصطلاحاً : (Law of Islam , Divine law shariah)

– يقصد بها عند علماء أصول الفقه : مجموعة الأصول والعقائد ، والمبادئ والأنظمة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والجناية التي شرعها الله ﷻ لتنظيم حياة الفرد والمجتمع على الأرض وفق مراده جل جلاله (٤٣٥) .

وتتميز هذه الأنظمة والمبادئ بالشمول والثبات والتوازن والدوام ؛ وذلك لأنها إلهية المصدر والمنشأ (٤٣٦) .

– ويقصد بها عند فقهاء القانون " الطريقة المثلى التي يجب أن ينظم على أساسها السلوك الإنساني (٤٣٧) .

(ب) أما المشروعية كما علم فهي تعني خضوعاً للشرع واحتراماً له وموافقة له أو للقانون (٤٣٨) .

وتتميز المشروعية بالمرونة ، إذ إنها تسير كل عصر ، وتتميز أيضاً بما يضعه ولي الأمر من قانون يحمي به مصالح العباد ، ولا يخالف به ما نص عليه الكتاب ، وبذلك تختلف المشروعية عن الشريعة ، فالشريعة تمثل المصدر الثابت والمشروعية تمثل موافقتها، وعدم المخالفة لنصوصها ، كذلك تمثل الجانب التطبيقي للمصادر الشرعية ؛ عن طريق الاستنباط والاجتهاد وتطبيق القواعد في مواجهة ظروف الواقع وملايساته (٤٣٩) .

الفرق بين الشرعية والمشروعية :

(أ) قال البعض : بأن الشرعية والشريعة بمعنى واحد ، فهي تعني " ما شرع الله لعباده " (٤٤٠) .

(ب) وقال البعض : بأن الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان في المعنى ، باعتبار أن كلا منهما يغطي الآخر في مضمونه وفحواه (٤٤١) .

(ج) قال البعض : إن الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان من حيث الظاهر ، أما من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما ، فإن الشرعية تعني موافقة الشرع ، أما المشروعية فهي

(٤٣٤) الكليات ص ٥٢٤ .

(٤٣٥) د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – ص ٢٤٩ .

(٤٣٦) د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – ص ٢٤٩ .

(٤٣٧) د/ ماجد راغب الحلو . القضاء الإداري – ص ١٨ .

(٤٣٨) راجع في ذلك (د/ فؤاد محمد النادي – مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامي – ص ٧٣) ، وراجع أيضاً (د/ رمزي الشاعر – تدرج البطالان في القرارات الإدارية – ص ٢٠١) .

(٤٣٩) د/ محمد الدين محمد قاسم – السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث – المعهد العالمي للفكر الإسلامي . القاهرة (سلسلة الرسائل الجامعية) الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م – ص ١٣٤ .

(٤٤٠) (القاموس المحيط – ٣ / ٤٢ ؛ وانظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمي – علم المقاصد الشرعية – ص ١٤٠) .

(٤٤١) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري – ص ٧ : ٨) .

تفيد محاولة موافقة الشرع ؛ ثم قال صاحب هذا الرأي " والمحاولة قد تصيب وقد تخيب " (٤٤٢) ، هذا وقد ترجم معنى المشروعية والشرعية في الفقه الفرنسي ، وبين بأن المشروعية تعني احترام قواعد القانون ، أما الشرعية فهي تعني مفهوماً أوسع ، وفكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة ، وما يجب أن يكون عليه القانون (٤٤٣) .

ومن الملاحظ أن صاحب هذا الرأي أكد بهذا النقل المترجم على أن الفرق بين المصطلحين خلاف ما ذكره من الموافقة ومحاولة الموافقة ، لذا فإن الفقه الفرنسي في قوله أسلم وأكثر انضباطاً بعامل الزمان .

والرأي الذي نميل إليه ونرجحه هو القائل بعدم الترادف بين مصطلحي الشرعية والمشروعية ، باعتبار أن المصطلح الأول يقتصر مضمونه على القواعد الشرعية المستمدة من الشريعة الإسلامية ، أما المشروعية فيتسع نطاقها ليشمل القواعد المستمدة من الشريعة ، والقواعد المستمدة من القوانين الوضعية التي توافقها (٤٤٤) .

فالشرعية هي ما شرعه الله تعالى لعباده ، والمشروعية هي موافقة ما ورد به الشرع .
ولذلك نفضل استعمال مصطلح " المشروعية " في التعبير عن مرجعية " نظرية الموازنة بين المنافع والمضار " عن غيرها من المصطلحات للأسباب الآتية :
١- أن مصطلح المشروعية يقوم على قاعدتين أساسيتين .

إحداهما : شكلية ، وتتمثل في خضوع الدولة بكامل هيئاتها وسلطاتها للقانون بمعناه الواسع المكتوب منه وغير المكتوب (٤٤٥) .

وأخرهما : موضوعية وهي القيام بحماية الحقوق ومراعاة المصالح مع بيان الخطوط الفاصلة بين حق الدولة وحقوق الأفراد والمصلحة العامة والمصلحة الخاصة .

2- إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تفتقر إلى نصوص جزئية ترسم مسارها ، وتحدد كيفية تطبيقها ومن ثم فمرجعيتها أقرب إلى المشروعية منها إلى الشريعة أو الشرعية ، إذ إن الشريعة تختص بالمصادر المنشئة وهي في النظام الإسلامي : القرآن والسنة حقيقة ، ومجازاً في الأدلة المتفق عليها عند الأئمة الأربعة وهي " القرآن والسنة والإجماع والقياس " (٤٤٦) .

أما المشروعية فهي تحوي في جعبتها المصادر المنشئة والمصادر الكاشفة (٤٤٧) .
" كالإجماع ، والقياس ، والمصالح المرسلة ، والاستحسان وبقية المصادر المختلف فيها " كذلك تحتوي على المصادر المكتوبة وغير المكتوبة في القانون (كالعرف ، والمبادئ العامة)

(٤٤٢) د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ١٨ : ١٩ .

(٤٤٣) د/ ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص ١٩ .

(٤٤٤) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة . الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري - ص ٩ .

(٤٤٥) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة . المرجع السابق - ص ٩ .

(٤٤٦) راجع في ذلك (الشيخ عبد الوهاب - أصول الفقه) .

(٤٤٧) انظر (د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه . مؤسسة الرسالة - ط٦ - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م - ص ١٩٥) .

إنشاءً والأحكام القضائية كشفًا (٤٤٨) .

وإعمال نظرية الموازنة على ضوء مصطلح المشروعية الذى يقوم على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها ، ومراعاتها حماية حقوق الأفراد وحررياتهم فى تصرفاتها ، فالمشروعية تفرض على الإدارة قيودًا لصالح الأفراد ، غير أن حماية حقوق الأفراد وحررياتهم يجب ألا يحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن أدائها ، وهذا القدر من الحرية يتفاوت ضيقًا واتساعًا بحسب الظروف ومدى تحقيق الإدارة للمنفعة العامة . ومن ثم تجد النظرية أساسها ومرجعيتها فتصبح النظرية واقعا قضائيا ، تُحمى فى ظله الحقوق ، وتُصان فيه الحريات .

وبعد بيان لحقيقة مبدأ المشروعية ، نستبين ما تعتمد عليه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من مرجعية شرعية ، وما تؤسس عليه من مصادر قانونية من خلال المباحث التالية :

(٤٤٨) انظر (د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإدارى - ص ٢٦ : ٤٥) .

- الأول : مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .
- الثاني : مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .
- الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار الأساس القانوني للنظرية .

المبحث الأول

مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

إن النشاط العام للسلطة في النظام الإسلامي الأصيل ، ما هو إلا تطبيق للقانون الذي يحكم الدولة الإسلامية ، قال تعالى ﴿ الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ ﴾^(٤٤٩) . وقال تعالى ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾^(٤٥٠) .

ومن ثم فليس في النظام الإسلامي نشاطات دينية للسلطة وأخرى سياسية . كما يظن البعض .^(٤٥١) وغاية ما هنالك ، أن السلطة في الدولة الإسلامية ما هي إلا أداة يناد بها الإشراف على تطبيق القانون الذي يحكم هذه الدولة ، وكذلك تراعى في كل أوجه نشاطها أن تجيء مطابقة لما أمر به الشرع ، أو غير متعارضة مع نص شرعي قطعي الدلالة ، وهدفها هو " إقامة نظام الحياة الإسلامي بحذافيره ، دون نقص أو إبدال " ^(٤٥٢) . وبناء على ذلك ، فإن تدخل السلطة في الحياة الاقتصادية ، والاجتماعية ، وحماية حقوق الأفراد ، يعيد نشاطا من نشاطات السلطة في النظام الإسلامي ، وذلك إعمالا لمبدأ : الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وإعمالا لقاعدة " سد الذرائع " ^(٤٥٣) وغيرها من القواعد الأصولية والفقهية ^(٤٥٤) .

والذي يدعوننا إلى الدهشة أن دساتير معظم الدول العربية ، ودول العالم الإسلامي على وجه الخصوص ، ومنها مصر قد نصت على ذلك في دستورها المعدل سنة (١٩٨٠م) وفي المادة الثانية منه " الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع " .

وهذا يعني أن كافة قوانين الدولة وعلى رأسها القانون الدستوري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، أو هي لا تخالف نصا قطعيا من نصوص كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ^(٤٥٥) .

والسؤال الذي يدور في خلدنا : هل يُعد مصطلح النظام الإسلامي متعددا تبعا للأنظمة

(٤٤٩) سورة الحج : آية ٤١ .

(٤٥٠) سورة آل عمران : آية ١١٠ .

(٤٥١) كأصحاب الفكر التنويري مثل صاحب كتاب (التنوير من ثقب إبرة) : د/ محمد رفعت سعيد ؛ وصاحبة كتاب (المرأة بين الطربوش والقبعة) لإقبال بركة والكتابان من إصدارات سلسلة مكتبة الأسرة ٢٠٠٢م .

(٤٥٢) انظر (الإمام أبو الأعلى المودودي - الخلافة والملك - دار القلم - الكويت - ١٣٩٨هـ / ١٩٧٨م - ص ٤٥)

وانظر (الإمام أبو الأعلى المودودي - الحكومة الإسلامية - المختار الإسلامي - القاهرة ١٩٧٧هـ / ١٩٧٧م - ص ٨٥)

وانظر (د/ فوزي محمد طایل - أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية - ص ١٢ : ١٣) .

(٤٥٣) سد الذرائع : هو منع التصرف الجائز ، الذي يؤدي إلى ارتكاب تصرف آخر محظور ، أو هو منع الأمر الذي ظاهره

الجواز ، إذا قويت التهمة في التطرف به إلى الممنوع . انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه -

ص ٢٣١) .

(٤٥٤) انظر (د/ فوزي محمد طایل - أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية - ص ١٣) .

(٤٥٥) (د/ فوزي محمد طایل - المرجع السابق - ص ٣٥) .

العربية التي تعتنق الإسلام ديناً وشريعة ، أم أنه يعد نظاماً إسلامياً واحداً بناءً على توحيد مصادره المتمثلة في القرآن والسنة والإجماع والقياس ؟

أولاً : قال الدكتور / حماد محمد شطا : " إن ما يدعو إلى الرثاء لدول العالم بصفة عامة ودولنا العربية بصفة خاصة ، أنها لا تعطي لشرع الله تعالى ما يستحقه من المكانة اللائقة به ، و قسارى جهد المخلص من أنظمة الحكم أن تجعلها مصدراً أول وما يدعو إلى الأسف والحزن أنها لا تعد سقفاً للمشروعية " (٤٥٦) .

هذا وقد استثنى صاحب هذا الرأي ، من بين الدول الإسلامية العربية ، المملكة العربية السعودية وعلل ذلك بقوله " إن الدولة السعودية تكاد تنفرد وحدها دون العالمين في وقتنا الحاضر بتطبيق شرع الله ﷻ قولاً وعملاً ، فتعامل الشريعة الإسلامية معاملة تليق بها ليس باعتبارها نصوصاً واجبة التطبيق فحسب ، بل ولا يجوز اللجوء إلى غيرها في حضرة نص في الموضوع ، وعند الضرورة فلا يجوز لنظام وضعي (قانون) أن يخالف نصاً إسلامياً ليس فحسب ، بل ولا حتى روح التشريع) ثم ذكر الكاتب أن الشريعة تمثل سقف المشروعية للقانون الإداري في المملكة العربية السعودية (٤٥٧) .

(٤٥٦) د/ حماد محمد شطا - الأصول الإسلامية للقانون الإداري - الكتاب الأول . النظرية العامة للقانون . دار الصحوة للنشر والتوزيع . القاهرة . ص ٢٦٥ .

(٤٥٧) د/ حماد محمد شطا - الأصول الإسلامية للقانون الإداري - ص ٢٦٥ .

مناقشه هذا الرأي :

(١) إنه بمجرد قراءته نشم منه رائحة التمييز بين الدول الإسلامية ، كذلك جعل من النظام الإسلامي نُظْمًا متنوعة تبعا لتعدد الدول الإسلامية وذلك من خلال قوله " و قصارى جهد المخلص من أنظمة الحكم " . ومما يسترعى النظر أن معظم الدول الإسلامية نصت صراحة على أن الإسلام دين الدولة ، وأن الشريعة الإسلامية هي " المصدر الرئيسي للتشريع " ومن بينها مصر المسلمة .

(٢) إن صاحب الرأي بنى قوله على بعض الإجراءات التي تقف عقبة في سبيل التطبيق للشريعة الإسلامية ، في الدول الإسلامية ، فمثلا في مصر مع أن النص الدستوري جعل " مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع" ^(٤٥٨) والأصل أنه يقتضي عدم الرجوع إلى غيره ما دام قد وجد الحكم فيها ، وهذا أمر لا يختلف عليه أحد ، ويعني أن الدولة تطبق الشريعة الإسلامية، غير أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد قضت في حكم لها بأن " الامتناع عن تطبيق نص قانوني قائم بحجة أنه يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، التي هي المصدر الرئيسي للتشريع ، وفقا للدستور هذا الامتناع يشكل في واقعه تعرضا لمدى دستورية النص ، أيا كانت الصورة التي يتم بها التعرض بطريق مباشر ، أو غير مباشر .

وما دام النص التشريعي قائما ولم يعدل ، أو يلغ بالطريق الذي رسمه المشرع ، وجب على المحكمة إعمال حكمه ومقتضاه دون إهمال أو إغفال وإلا غدا حكمها مجانباً للقانون مشوباً بالقصور ^(٤٥٩) .

والناظر إلى هذا الحكم يجد أن الإدارية العليا بنت حكمها على سند قانوني إجرائي ، فحواه اتجاه المشرع إلى توحيد الجهة التي تفصل في موافقة أو مخالفة القانون ، وهي المحكمة الدستورية . كذلك لم تتعرض المحكمة الإدارية العليا إلى أصل المسألة وهي الشريعة الإسلامية باعتبارها الأساس الأول للتشريع في مصر ^(٤٦٠) .

وهذه العقبة الكنود المتمثلة في القوانين الإجرائية ، هي التي دفعت صاحب الرأي السالف ذكره إلى حصر تطبيق الشريعة في المملكة السعودية .

(٣) إن النظام الإسلامي ليس شكلا فقط ، ولا مجرد حماية القضايا التعبدية (كالصلاة ، والزكاة ، والحج) كما يوجد في النظام السعودي وإنما النظام الإسلامي شامل لكل شئون الحياة : السياسية والاجتماعية والاقتصادية والتعبدية . فهل بلدنا الشقيق حفظها الله تطبق هذا النظام الشامل في كل شئون حياتها كما يدعي صاحبنا الكريم ؟ الحق يقال : أن الواقع ينبئنا بالخبر اليقين ^(٤٦١) .

(٤٥٨) دستور جمهورية مصر العربية والمعدل بتاريخ إبريل عام ١٩٨٠ م .

(٤٥٩) الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ ق بتاريخ ١٣ يونية عام ١٩٨٢ م .

(٤٦٠) انظر (د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ٢٢) .

(٤٦١) لقد عاشت المملكة العربية السعودية زمنا طويلا ترفض فيه الانتخابات البلدية بحجة أنها من البدعة ، بل وتعاقب كل

ومن ثم فإننا نقول : إن الدولة الإسلامية لا تختلف فيما بينها على أن الإسلام هو حياتها ، وأن شريعته منهجها ، إلا أنه في كل بلد عقبات تحول دون التطبيق الشامل ، وتفاوت درجاتها من دولة وأخرى .

ثانيا : إن النظام الإسلامي . مرادف للدولة الإسلامية " والدولة الإسلامية هي تلك الدولة العالمية التي تضم شعبا غالبية العظمى من المسلمين ، وتسري أحكام الشريعة على كل جوانب الحياة فيها " (٤٦٢) .

لذا فإن النظام الإسلامي لا يفرز إلا دولة واحدة ، وليس مجموعة من لا يطلق على تطبيقه في الدول الإسلامية نظما لسببين :

الأول : وحدة المرجعية عند كل الدول الإسلامية بخلاف القانون الوضعي فإنه متعدد المرجعيات كالمرجعية الرأسمالية ، والشيوعية .

الثاني : أنه يطلق على الدول الإسلامية اليوم " دولا " مجازا ، أما حقيقة فهي دولة واحدة ، إذ إن النظام الإسلامي لا يفرز سوى دولة إسلامية واحدة (٤٦٤) . لذا فإن مرجعيتها واحدة .

ومن ثم فإن مبدأ المشروعية لنظرية الموازنة في النظام الإسلامي يقوم على أسس ومصادر يتم بيانها في المطالب التالية :

المطلب الأول : القرآن الكريم .

المطلب الثاني : السنة .

المطلب الثالث : الإجماع .

المطلب الرابع : القياس المعتمد .

المطلب الخامس : بناء الأحكام على المظان .

المطلب السادس : العقل ومراعاة الضرورة والبدهة .

من يتحدث عن الديمقراطية والشورى في الحكم ، واليوم وفي ظل هيمنة القطب الواحد في العالم المتمثل في القبضة الأمريكية الحديدية خضع النظام السعودي لما يمليه عليه الآخرون من العمل على الإصلاح الداخلي ، ليس من باب أن الإسلام أمر بها ، فقد كانت مرفوضة من قبل ، وإنما لأن سيدة العالم أمريكا أجبرتهم عليها (ولا حول ولا قوة إلا بالله) .

(٤٦٢) د/ فوزي محمد طایل - أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية - ص٣٦ .

(٤٦٣) انظر (د/ فوزي محمد طایل - المرجع السابق - ص٣٦) .

(٤٦٤) راجع في ذلك (د/ فوزي محمد طایل - المرجع السابق - ص٣٦) .

المطلب الأول

القرآن الكريم

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

يعد القرآن الكريم المصدر الأول للتشريع ، وإذا حققنا النظر بأن أصل الأحكام واحد وهو القرآن ، ومهمة الرسول ﷺ البيان ، والإخبار عن الله أنه حكم بكذا وكذا^(٤٦٥) . قال تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴾^(٤٦٦) . والقرآن هو : كلام الله المنزل على رسول الله ﷺ المنقول إلينا عن النبي ﷺ نقلا متواترا بين دفتي المصحف نظما ومعنى^(٤٦٧) . والآيات القرآنية المتعلقة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار كثيرة ، وواضحة الدلالة على اعتبار مبدأ المشروعية للنظرية . وإن عملية رصد النصوص المؤيدة لنظرية الموازنة في القرآن الكريم ، قل فيه الراصدون كما قال الشاعر :

جميع العلم في القرآن ولكن . . . تقاصر عنه أفهام الرجال^(٤٦٨) .

ولذا لا نستطيع حصر النصوص المؤيدة للنظرية ، وإنما نأخذ منها نماذج على سبيل

المثال :

أولا : دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المضرة :

(أ) قال تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ ﴾^(٤٦٩) . هذه الآية الكريمة تعد عمدة لنظرية الموازنة حيث كان العرب يعتبرون الخمر والميسر (القمار . واليانصيب) باب رزق لهم فالخمر للإسكار والاتجار قال تعالى ﴿ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾^(٤٧٠) . والميسر يحقق مصلحة للفقير واعتبروها من قبيل المصالح العامة^(٤٧١) . إلا أن الشرع بين بأن الضرر فيها يربو على

(٤٦٥) انظر (الغزالي - المستصفى - ١/ ١٨٩) .

(٤٦٦) سورة النحل : آية ٤٤ .

(٤٦٧) انظر (الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى . وضع حواشيه عبد الله محمد محمود عمر . دار الكتب العلمية ط ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م - ١ / ٣٦ : ٣٧) ، وانظر (الغزالي - المستصفى - ١ / ١٩٣) .

(٤٦٨) الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري - المرجع السابق . ١ / ٤٥ .

(٤٦٩) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٤٧٠) سورة النحل : آية ٦٧ .

(٤٧١) تقوم بعض الحكومات بإباحة اليانصيب : وهو مال كثير تجمعه هي ، أو بعض الجمعيات الخيرية أو الشركات من أُلوف الناس ثم تخصص جزءا منه لبعض المشتركين فيه يقسم بينهم على سبيل الميسر ، وتأخذ هي الباقي بحجة أنها تقوم بإنشاء مشافي ومدارس وهي مصلحة عامة ، لكن الشرع حرمه لشدة الضرر فيه؛ انظر (السيد محمد رشيد رضا - تفسير المنار . الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٠ م . ٢ / ٢٥٥) .

هذه المنافع فقال تعالى ﴿وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ أي أن "المفاسد والأضرار التي تنشأ منهما أعظم من المنافع المتوقعة" (٤٧٢). ويطلق الإثم على المعصية ، والضرر والمفسدة (٤٧٣). كما يقصد به الإبطاء عن الخير (٤٧٤). لذا قرر العلماء أنه إذا تعارضت منفعة ومضرة ، وكانت المضرة أعظم وجب تقديم دفع المفسدة ، وإن استلزم ذلك تفويت المنفعة ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات وبخاصة إذا كانت المضرة عامة (٤٧٥) وعمدنا في ذلك قوله ﷺ في الحديث الذي رواه أبو هريرة ؓ (٤٧٦). "..... فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم" (٤٧٧).

(٤٧٢) العلامة الألوسي - روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني ، دار الغد العربي . الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ٤٤١ / ٢.

(٤٧٣) انظر (محمد الطاهر عاشور - التحرير والتنوير - ٢ / ٣٤٣).

(٤٧٤) الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - ص ١٩ .

(٤٧٥) انظر (ابن نجيم - الأشباه والنظائر - مكتبة نزار مصطفى الباز . الرياض . الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م - ص ٩١).

(٤٧٦) أبو هريرة ؓ هو عبد الرحمن بن صخر . وقيل ابن غنم . الدوسي : (ت ٥٧هـ) ؛ انظر (ابن حجر العسقلاني (ت : ٨٥٢هـ) - تهذيب التهذيب - دار إحياء التراث العربي ٦ / ٤٨١ .

(٤٧٧) رواه البخاري في صحيحه كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ؛ ١٧ / ٦١ (فتح الباري) دار أبي حيان - الطبعة الأولى (١٤١٦هـ / ١٩٩٦م) .

ورواه مسلم . كتاب الحج (صحيح مسلم بشرح النووي) . دار الحديث القاهرة . الطبعة الأولى " ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م . ٥ / ١١١ .

قال النووي رحمه الله (٤٧٨) " هذا من جوامع الكلم وقواعد الإسلام " (٤٧٩) . وبناء على ذلك " إذا اجتمع في أمر من الأمور منفعة ومضرة أو مصلحة ومفسدة، فلا بد من الموازنة بينهما ، والعبرة للأغلب والأكثر " (٤٨٠) . فإذا كانت المفسدة أعظم اجتنابها ، ولا نبالي بفوات المنفعة والمصلحة ، وعلى ضوء الآية ﴿ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ وازن العلماء بين كل من المضرة والمنفعة بقولهم : " أما منفعة الخمر فبالتجارة ونحوها ، وأما منفعة الميسر فيما يأخذه المقامر من المقمور ، وأما مفسدة الخمر فيإزالة العقول وما تحدثه من العداوة والبغضاء ، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وأما مفسدة القمار فيإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهذه مفسدات عظيمة بالنسبة إلى المنافع المذكورة (٤٨١) . وقالوا أيضا " بأن المنافع . فيها . فدينوية من حيث أن فيها نفع البدن لكن هذه المصالح لا توازي مضرتها ومفسدتها الراجحة، لتعلقها بالعقل والدين (٤٨٢) ولهذا قال تعالى ﴿ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ ومن ثم فقد وازن العلماء أيضا بين مفسدة ضرورية ، وبين مصلحة حاجية فكان درء المفسدة الضرورية وهي : حفظ الدين والعقل أولى وأهم في منفعة التكسب ، ورعاية الفقراء ، بالانتجار في الخمر ، والناتج من المقامرة .

(ب) قوله تعالى ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ (٤٨٣) ... استنبط العلماء من الآية أن الطاعة إذا أدت إلى معصية راجحة وجب تركها (٤٨٤) .

وقال بعض العلماء : " لقائل أن يقول : إن شتم الأصنام من أصول الطاعات ، فكيف يحسن من الله تعالى أن ينهى عنه ؟

الجواب : أن هذا الشتم وإن كان طاعة وفيه منفعة ، إلا إنه إذا وقع على وجه يستلزم وجود منكر عظيم ، وجب الاحتراز منه (٤٨٥) .

ولذا فإن الأمر وإن كان فيه مصلحة إلا أن الضرر المترتب عليه أكبر بكثير من المصلحة المرجوة ، والذي يؤدي إليه السب في الآية تبغيض الناس في دين الله ﷻ ، والوصول بهم إلى

(٤٧٨) الإمام النووي رحمه الله هو : الإمام الحافظ ، شيخ الإسلام ، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الشافعي (٦٧٠هـ) انظر مقدمة صحيح مسلم بشرح النووي .

(٤٧٩) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر - ١٧ / ٧٧ .

(٤٨٠) د/ حسن سالم الدوسي - فقه الموازنات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . جمادى الآخرة ١٤٢٢هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت - عدد ٤٦ / ٤١٦ .

(٤٨١) انظر (الإمام العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام . مؤسسة الريان - الطبعة الثانية ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م . ٧٤ / ١) .

(٤٨٢) انظر (ابن كثير - تفسير القرآن الكريم - دار إحياء الكتب العلمية . عيسى الحلي - ٢٥٥ / ١) .

(٤٨٣) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(٤٨٤) تفسير المنار - ٧ / ٥٦٦ .

(٤٨٥) انظر (الإمام فخر الدين الرازي (ت ٦٠٦هـ) مفاتيح الغيب ، أو التفسير الكبير . دار الغد العربي - الطبعة الأولى ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م - ٦ / ٥٠٩) .

سب الله الأعلى ، وهذا أعظم ضررا من مصلحة سب آلهتهم ، وتعد هذه المضرة من المضار العام والضروري ويقول الإمام بن تيمية رحمه الله : وجماع ذلك داخل في القاعدة العامة فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد . أي المنافع والمضار . والحسنات والسيئات أو تراجعت فإنه يجب ترجيح الراجح منها^(٤٨٦) . ولذا فإن وجه دلالة الآية : أن الله تعالى نهى عن سب آلهة المشركين مع كون السب حمية لله تعالى وإظهار لباطل أعدائه ، إلا أن السب سيوصل إلى ضرر عام بل أعظم وأشد ، من مجرد الحمية والإظهار لباطلهم^(٤٨٧) واعتبر بعض العلماء الآية " دليل على وجوب الحكم بقاعدة سد الذرائع^(٤٨٨) .

ثانيا : دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المنفعة :

(أ) قال تعالى : ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٤٨٩) وجه الدلالة من الآية: ما قاله الحافظ الفقيه العز بن عبد السلام رحمه الله " التلطف بكلمة الكفر مفسدة . مضرة . محرمة ، لكنه جائز بالحكاية والإكراه ، إذا كان قلب المكره مطمئنا بالإيمان ، لأن حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلطف بكلمة لا يعتقدونها الجنان " (٤٩٠) . وقال الإمام الغزالي : " وحيث ذكرنا خلافا ، فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين ، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى ، ولذا قطعنا بكون الإكراه مبيحا لكلمة الردة لأن الحذر من سفك الدم أشد من هذه الأمور " (٤٩١) . لذلك كان ترجيح المنفعة أولى من مفسدة النطق بالكفر ، ولا سيما إذا كان يترتب عليها حفظ النفوس ، وبقاء الإسلام في القلوب .

(ب) قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(٤٩٢) . وجه دلالة الآية : أنها وازنت بين مضرة ومنفعة في الجهاد ، فالمضرة فيه قتل النفس ، والمصلحة فيه راححة؛ وهي صيانة الدين ، وأن تصبح الأمة مرهوبة الجانب ، قوية الجناح ، يخافها أعداؤها .

يقول الإمام بن القيم رحمه الله : بينت الآية أن الجهاد الذي أمروا به وإن كان مكروها للنفوس ، شاقا عليها ، فمصلحته راجحة ، وهو خير لهم وأحمد عاقبة وأعظم فائدة من التقاعد عنه وإيثار البقاء والراحة ، فالشر . أي المضرة . الذي فيه مغمور بالنسبة إلى ما تضمنه من الخير^(٤٩٣) .

(٤٨٦) مجموع فتاوى بن تيمية - دار الوفاء - الطبعة الأولى - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ٢٨ / ٧٥ .

(٤٨٧) انظر (د / محمود حامد عثمان - قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي - دار الحديث القاهرة . الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م . ص ١٤٢) .

(٤٨٨) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - طبعة دار إحياء التراث العربي - ٧ / ٦١ .

(٤٨٩) سورة النحل : آية ١٠٦ .

(٤٩٠) قواعد الأحكام في مصالح الأنام - ١ / ٧٥ .

(٤٩١) الغزالي - المستصفى - ١ / ٤٣٠ .

(٤٩٢) سورة البقرة : آية ٢١٦ .

ومن هنا رجحت الآية المنفعة على المضرة ، وهذا ما تدعو إليه الشريعة من عمل بالمنافع ولا سيما إذا كانت هي الراجحة (٤٩٤) .

وبالنظر إلى الدليلين المتعلقين بالموازنة بين المنفعة والمضرة ، تبين لنا أن هناك فرق بين ما إذا كان الأمر متعلق بالأفراد أو الأمة ، فإذا كان متعلقاً بالأفراد قدمت منفعة المحافظة على النفس على الدين قبل " الإكراه على الكفر " أما إذا كان الأمر متعلقاً بالأمة وهنا تتعارض مصلحة عامة على مصلحة خاصة مثل تشريع الجهاد فتقدم العامة في ظل ميزان مقاصد الشريعة ومراتبها (٤٩٥) .

ثالثاً : دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة :

(أ) قال تعالى : ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَصَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (٤٩٦) .

الأصل في المنافع أنها إذا اجتمعت وتم تحصيلها جميعاً ، كان ذلك أسلم وأحكم ، ولكن المسألة يعترضها الإشكال إذا حدث تنازع بين المنافع ، بحيث لا يمكن إعمال واحدة إلا بترك الأخرى ، ومن ثم تكون في حاجة إلى الموازنة .

والآية التي نحن بصددّها دليل واضح يؤكد المعنى ، فلقد وازنت الآية بين منفعة الفداء بالمال ، ومنفعة القتل للأسرى ، ومع أن رسول الله ﷺ قد اختار الفداء ، نظراً لحاجة المسلمين إليه في ذاك الوقت إلا أن الله ﷻ أبى عليه ذلك ، وذكره بأن منفعة القتل أولى في مرحلة الضعف ؛ وقبل أن نشخن في الأرض بالعزة والقوة التي ترهب أعداءنا ؛ ولئلا يفضى ذلك . أي الفداء بالمال . إلى ضعفنا ورجحانهم علينا " (٤٩٧) . وعليه فإنه يجب المبالغة في القتل في تلك الفترة ؛ حتى يذل الكفر ويقل حزبه ، ويعز الإسلام ويتولى أهله (٤٩٨) . قال ابن عباس ؓ " كان هذا يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل ، فلما كثروا واشتد سلطانهم أنزل الله تعالى بعد هذا في الأسرى (٤٩٩) . ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً ﴾ (٥٠٠) .

(٤٩٣) انظر (ابن القيم الجوزية - مفتاح دار السعادة - دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان بدون تاريخ - ١ / ١٥) ، وانظر (أ/عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري . القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين - دار ابن القيم ، ودار ابن عفان الطبعة الأولى - ١٤٢١هـ - ص ٣٤٤) .

(٤٩٤) انظر (مقاصد الشريعة عند ابن تيمية) : الدكتور / يوسف أحمد محمد البدوي . دار النفائس . الأردن . الطبعة الأولى - ١٤١٢هـ / ٢٠٠٠م . ص ٢٨٧ .

(٤٩٥) انظر (أهمية مقاصد الشريعة في الاجتهاد . أحمد محمد الرفايقة - ص ١٦) نقلاً عن (نحو تفعيل مقاصد الشريعة) د جمال الدين عطية - المعهد العالمي للفكر الإسلامي . دار الفكر . دمشق . سورية ط ١ - ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م - ص ٣٨ .

(٤٩٦) سورة الأنفال : آية ٦٧ .

(٤٩٧) تفسير المنار ١٠ / ٧٣ .

(٤٩٨) تفسير الألوسي ٦ / ٦٢٣ .

(٤٩٩) تفسير القرطبي ٨ / ٥٠ .

لذا فإن العمل بالمنفعة الأكمل والأهم أولى ، يقول بن القيم : " فإن الشريعة مبنها على تحصيل المصالح ، بحسب الإمكان ، وأن لا يفوت منها شيء ، فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت ، وإن تراجحت ولم يمكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض قدم أكملها وأهمها وأشدها طلبا للشارع " (٥٠١) .

والمعنى أن المنفعتين إذا تنازعتا بحيث لم يمكن الجمع بينهما بفعل الجميع ، فيؤخذ بأعلاهما ولو أدى إلى تفويت أدناهما ، ولذا قال أحد العلماء : فإن تراجحت عدد المصالح . . . يقدم الأعلى من المصالح (٥٠٢) .

قال تعالى : ﴿فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكَبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾ (٥٠٣) .

﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾ (٥٠٤) .

هذا النص القرآني يشير إلى ضرورة الموازنة بين المنافع وتقديم حفظ المنفعة الأكبر والأعم ، ولو بتفويت الأقل ، ولقد أراد نبي الله موسى ﷺ حفظ مصلحة القوم في كمال سفينتهم دون عيب ، لذا أنكر صنيع الخرق بقوله ﴿لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾ ولو يدرك بنى الله موسى ﷺ السر في التصرف الذي أقدم عليه الخضر ﷺ حيث أقدم بالخرق ؛ وهو تفويت المصلحة القليلة في سبيل الإبقاء على المصلحة والمنفعة الأكبر للقوم ، فإنهم كانوا ذو مسكنة ، وكان وراءهم ملك يسخر الناس لمصالحه الخاصة كبناء القصور ونقل أدواتها عن طريق تلك السفن ، فتم خرقها ليحرم الملك سلبها وغصبها من أصحابها ؛ حتى لا يصاب بضرر بالغ (٥٠٥) .

ومن ثم يدخل في هذا المضمار ما هو مقرر ومسلم به من :

١ - تقديم المنفعة العامة عند تنازعها مع المنفعة الخاصة .

٢ - تقديم المنفعة الكبيرة عند تعارضها مع الصغيرة .

٣ - تقديم منفعة الكثرة على منفعة القلة (٥٠٦) .

(٥٠٠) سورة محمد : آية ٤ .

(٥٠١) انظر (ابن القيم - مفتاح دار السعادة . دار الكتب العلمية . بيروت لبنان . (د: ت) ١٩/٢ .

(٥٠٢) انظر (د/ مصطفى بن كرامة الله مخدوم - روضة الفوائد شرح منظومة القواعد لابن سعدي . دار أشبيلية للنشر والتوزيع . السعودية . الرياض . الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م - ص ٣٦) .

(٥٠٣) سورة الكهف: آية ٧١ .

(٥٠٤) سورة الكهف : آية ٧٩ .

(٥٠٥) انظر (التحرير والتنوير ١٢/١٦) .

(٥٠٦) انظر (د/ يوسف القرضاوي - فقه الأولويات - دراسة جيدة في ضوء القرآن والسنة . مكتبة وهبة . الطبعة الثانية -

١٤١٦ هـ . ١٩٩٦ م - ص ٢٨) وانظر (د/ أحمد الريسوني - نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية . دار

الكلمة . مصر - الطبعة الأولى - ١٤١٨ هـ . ١٩٩٧ م - ص ٣٦٣) .

وفي نفس المعنى قال العز بن عبد السلام إذا اجتمعت مصالح أخروية فإن أمكن تحصيلها حصلناها ، وإن تعذر تحصيلها سقط ، فإن تساوت تخيرنا بينها ، وقد تفرغ فيما يقدم منها وإن تفاوتت قدمنا الأصلح فالأصلح ولا نبالي بفوات الصالح ، ولا يخرج بتفويته عن كونه صالحا وإن اجتمعت مصالح المباح اقتصرنا في حق أنفسنا على الكفاف ، ولا ننافس في تحصيل الأصلح ونقدم الأصلح فالأصلح في حق كل من لنا عليه ولاية عامة أو خاصة إن أمكن ، فلا نفرط في حق المولى عليه في شق ثمرة ، ولا في زنة برة ، ولا مثقال ذرة (٥٠٧) .

ومن ثم فلا يوجد تعارض بين المصلحتين العامة والخاصة ؛ لأن الأولى مقدمة على الأخيرة عند المفاضلة بينهما ، كما أن كلا منهما مكملة للأخرى ومؤدية لها ، وفي هذا تحقيق للتوازن بينهما ، ولذا فإن العلاقة بين المنفعتين هي علاقة توازن منذ اللحظة الأولى (٥٠٨) .

رابعا: دليل الموازنة بين المضار المتعارضة :

(أ) قال تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ (٥٠٩) .
وجه دلالة الآية : أن قتل النفس . وهو مضرة كبيرة . مقدم على مضرة الكفر ، لأن ضرر الكفر أشد وأعظم من قتل النفس (٥١٠) .

ومعنى الآية كما قال جمهور المفسرين " إنكم يا كفار قريش تستعظمون علينا القتال في الشهر الحرام ، وما تفعلونه أنتم من الصد عن سبيل الله لمن أراد الإسلام ، ومن كفركم بالله وإخراجكم أهل المسجد منه كما فعلتم برسول الله ﷺ وأصحابه ﷺ أكبر جرما " (٥١١) .

وإن ما نقمه الكفار على المسلمين من قتل في الشهر الحرام ، وإن كان مضرة ، فما هم عليه من الصد عن سبيل الله واضطهاد المسلمين وفتنتهم عن دينهم ، إذ يقتلون من يسلم أو يؤذونه في نفسه وأهله وماله أعظم مضرة من القتال في الشهر الحرام (٥١٢) . وفي هذا المعنى قال عبد الله بن جحش ﷺ (٥١٣) :

تعدون قتلا في الحرام عظيمة وأعظم منه لو يرى الرشد راشد

(٥٠٧) انظر (الإمام العز بن عبد السلام - الفوائد في مختصر القواعد . مكتبة السنة القاهرة . ط ١ ١٤١٤هـ/١٩٩٤م - ص ٤٦ : ٤٧) .

(٥٠٨) انظر (د/ فوزي محمد طایل - أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية - ص ١٣٨) .

(٥٠٩) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

(٥١٠) انظر (أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري - القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لابن القيم - ص ٣٣٣) .

(٥١١) انظر (القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ٥٠/٣) ، وانظر (الشوكاني - فتح القدير . دار الفكر - ٢١٨/١) .
(٥١٢) انظر (د/ حسن سالم الدوسى - فقه الموازنات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . جمادى الآخرة ١٤٢٢هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت - عدد ٤٦/٤١٢) .

(٥١٣) عبد الله بن جحش بن رثاب بن يعمر الأسدي بن عمه رسول الله ﷺ استشهد يوم أحد ودفن مع حمزة بن عبد المطلب ﷺ . انظر (ابن الجوزي - صفة الصفوة - دار ابن خلدون . الإسكندرية (ت.د) ١/٢٢١) .

صدودكم عما يقول محمد وكفر به والله راء وشاهد
 وإخراجكم من مسجد الله أهله لئلا يرى الله في البيت ساجد (٥١٤).

وبناءً على ما تم بيانه في المسألة اعتبر العلماء أنه من القواعد الكلية أن [تدرأ أعظم
 المفسدين باحتمال أيسرهما إذا تعين وقوع إحدهما] (٥١٥).

وللعلماء في ذات القاعدة صيغ مختلفة منها :

١ - إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون ضرورة وجب تقديم أخفهما
 مفسدة وأقلهما ضرراً ، لأن الزيادة ضرورة إليها فلا تباح (٥١٦).

٢ - إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما (٥١٧).

يقول ابن القيم . رحمه الله . " إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما
 أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه
 رفعه " (٥١٨).

(ب) قال تعالى ﴿ قَالَ يَبْنَؤُمْ لَا تَأْخُذْ بِذُنُوبِي وَلَا بِرَأْسِي إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ
 بَنِي إِسْرَءِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي ﴾ (٥١٩).

وجه دلالة الآية : أن نبي الله هارون عليه السلام اجتهد ووازن بين مفسدتين كلاهما عظيم، إلا
 أنه اعتبر أن فرقة الجماعة أعظم لذا رجحها بدليل قوله :

﴿ إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَءِيلَ ﴾ فقدم وحدة الجماعة على أي اعتبار
 آخر بصفة مؤقتة ، حتى يعود موسى عليه السلام ليتفاهما على كيفية العلاج (٥٢٠). قال القرطبي . رحمه
 الله . " إني خشيت أن أخرج وأتركهم ، وقد أمرتني أن أخرج معهم ، فلو خرجت لاتبعني قوم ،
 ويتخلف مع القوم قوم ، وربما أدى الأمر إلى سفك الدماء ، وخشيت أن زجرتهم أن يقع قتال
 فتلومني على ذلك " (٥٢١).

وهذا اجتهد منه في سياسة الأمة إذ تعارضت عنده مفسدة حفظ العقيدة ، وحفظ
 الجماعة من الهرج ، وفي أثنائها حفظ الأنفس والأموال والأخوة بين الأمة فرجح الثانية (٥٢٢).

(٥١٤) القرطبي ٣ / ٤٩ .

(٥١٥) الزركشي - المنتور في القواعد . تحقيق د / تيسير فائق أحمد محمود ، راجعه د/ عبد الستار أبو غدة . وزارة الأوقاف
 والشئون الإسلامية . الكويت - ٣٤٨ / ١ .

(٥١٦) ابن رجب - القواعد . دار الفكر - بدون تاريخ - ٢٤٦ / ١١٢ .

(٥١٧) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مادة (٢٨) مجلة الأحكام العدلية - ص ٢٠١ .

(٥١٨) ابن القيم - القواعد الفقهية . ص ٣٣٣ .

(٥١٩) سورة طه : آية ٩٤ .

(٥٢٠) انظر (د/ يوسف القرضاوي - السياسة الشرعية - ص ٣٠٣).

(٥٢١) انظر (القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ١١ / ٢٥٤) .

(٥٢٢) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٢٩٣ / ٨) .

" والأمر اندرج في فعل الأولى دون المعصية " (٥٢٣) . وكان اجتهاده عليه السلام مرجوحا ؛ لأن حفظ الأصل الأصل للشرعية أهم من حفظ الأصول المتفرعة عنه ، فصالح الاعتقاد أهم من صلاح الاجتماع ، لذلك لم يكن نبي الله موسى عليه السلام خافيا أن هارون عليه السلام كان من واجبه أن يتركهم وضلالهم وأن يلتحق بأخيه ، فإن حرمة الشريعة بحفظ أصولها وعدم التساهل فيها (٥٢٤) .

ومن ثم فإن نبي الله هارون درأ الأفسد في نظره وبنى موازنته على ذلك ، وفي هذا المعنى يقول العز ابن عبد السلام رحمته الله [إذا اجتمعت المفاصد فإن أمكن درءها درأناها ، وإن تعذر درءها ، فإن تساوت تخيرنا وقد نقرع ، وإن تفاوتت درأنا الأفسد فالأفسد ، ولا يخرج الفاسد عن كونه مفسده] (٥٢٥) .

(٥٢٣) انظر (الرازي - مفاتيح الغيب - ٢٩/١١) .

(٥٢٤) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٢٩٤/٨) .

(٥٢٥) انظر (العز بن عبد السلام - القواعد الصغرى " الفوائد في مختصر القواعد " - ص ٤٧) .

المطلب الثاني

السنة

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

السنة هي المصدر الثاني المنشئ للأحكام (وقد اتفق من يعتد بهم من أهل العلم أن السنة المطهرة مستقلة بتشريع الأحكام ، وأنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام)^(٥٢٦) وأكد النبي ﷺ هذا المعنى بقوله : « ألا وإنني أوتيت القرآن ومثله معه »^(٥٢٧) .

وتطلق السنة في اللغة : على الطريقة المتبعة والسلوكة محمودة كانت أو مذمومة . وقال الإمام الخطابي^(٥٢٨) أصلها الطريقة المحمودة إذا أطلقت وعلى المذمومة إذا قيدت ، كقوله ﷺ « من سن سنة سيئة »^(٥٢٩) .

وتطلق اصطلاحاً على عدة معاني :

الأول : هي ما أثر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير ، وهذا المعنى يرادف الحديث عند أهله .

الثاني : هي ما صدر عن النبي ﷺ من قول ، أو فعل ، أو تقرير مقصود به التشريع ، وهذا المعنى عند أهل الأصول والفقه .

الثالث : هي الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة ، أي الحالة التي جرى عليها التعامل الإسلامي في العصر الأول ، وهذا المعنى يتفق مع نظريتنا . الموازنة بين المنافع والمضار . ويقال : كان الإمام الأوزاعي^(٥٣٠) إماماً في السنة أي في معرفة الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة^(٥٣١) .

ومن ثم فإن لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مرجعية في السنة منها على سبيل المثال لا الحصر .

(٥٢٦) الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ١٣٢/١ .

(٥٢٧) الإمام أحمد - مسند الإمام أحمد . المطبعة اليمنية - القاهرة . ١٣١٣هـ - ١٣١/٤ ، وانظر (الحافظ السيوطي - مفتاح الجنة في الاحتجاج بالسنة . هدية مجلة الأزهر . المحرم ١٤٢٠هـ . ص ١٨٨)

(٥٢٨) الإمام الخطابي : هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب أبو سليمان الخطابي . فقيه حافظ وأديب محدث (ت ٣٨٨هـ) انظر (السيوطي - طبقات الحفاظ . تحقيق / على محمد عمر . طبعة مكتبة وهبة القاهرة ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م - ص ٤٠٣) .

(٥٢٩) صحيح مسلم . باب الحث على الصدقة ولو بشق تمر ، رقم (١٠١٧) . ١١١/٤ .

الدارمي . باب من سن سنة حسنة أو سيئة برقم (٥١٢) ١٤٠/١ .

(٥٣٠) الإمام الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد أبو عمرو الأوزاعي إمام الديار الشامية في الفقه والزهد ، سكن بيروت وتوفي بها ، أهم كتبه [السنن في الفقه ، المسائل (سئل فيه عن سبعين ألف مسألة ، أجاب عليها كلها)] (ت ١٥٧هـ) انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ١٠/١٢٤ : ١٢٩ ، والزركلي - الأعلام - ٣/٣٢٠) .

(٥٣١) انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ٢٣٥ : ٢٣٦) ، وانظر (الكفوي الكليات - ص ٩٧٤) ، وانظر (الشوكاني - إرشاد الفحول - ص ١٣١) .

أولاً : دليل الموازنة بين المضار المتعارضة :

١ دفع أعظم المفسدتين والمضرتين ، وعمدنا حديث النبي ﷺ الذي رواه أبو سعيد الخدري (٥٣٢) « لا ضرر ولا ضرار » (٥٣٣) .

وجه دلالة الحديث : إن الشريعة وضعت لتحقيق المنافع والمصالح للخلق ودرء المفساد والمضار عنهم ، والحديث أصل عام في الموضوع ، ورد فيه النفي العام للمضار إلا ما خصصه الدليل (٥٣٤) ، كالحدود الشرعية من رجم وجلد ، وقطع ، وصلب ، ونفي . واعتبر العلماء هذا الحديث أصل من أصول الإسلام التي عليها مدار الأحكام وخصوصا المتعلقة بالمنافع والمضار ، إذ إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ولا سيما إذا كانت مرتبطة بالمنافع العامة والخاصة .

يقول بن القيم (٥٣٥) : " إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به " (٥٣٥) ، وقال السيوطي . رحمه الله . " ونشأ من ذلك قاعدة وهي : إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " (٥٣٦)

٢- دفع المضرة العامة في مقابلة الخاصة :

عن أبي هريرة (٥٣٧) قال : قال النبي ﷺ « لا يُمنع فضل الماء لِيُمنع به الكأل » (٥٣٧) . قال الحافظ بن حجر . رحمه الله . " والمعنى أن يكون حول البئر كأل^(٥٣٨) ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن لأصحاب المواشي رعيه إلا إذا تمكنوا من تلك البئر لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعي ، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعي " (٥٣٩) ولا خلاف بين العلماء أن صاحب الماء أحق بمائه من غيره ، إلا إنه تعارض حقه في الماء مع مصلحة الناس فيه ، وهنا تعارضت مضرتان ، مضرة نقصان الماء لصاحبه بأخذ الناس منه ، ومضرة هلاك المواشي لعموم الناس ، وهنا تعارضت المضرة الخاصة والمضرة العامة ، فراعى المشرع أعظمهما ضررا بإزالته ،

(٥٣٢) أبو سعيد الخدري (٥٣٢) هو : سعد بن مالك بن سنان بن ثعلبة بن الأبحر (ت ٦٤ هـ) انظر (ابن سعد - الطبقات الكبرى - تحقيق د/ علي محمد عمر . طبعة هيئة الكتاب - ٢٠٠٢م - ٣٥٠/٥) ، وانظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ٢٨٢/٢) .

(٥٣٣) رواه أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري (٥٣٣) وقال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم ؛ انظر (الحاكم - المستدرک - ٥٤٤/١) .

(٥٣٤) انظر (الشيخ عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه . ط دار القلم ١٩٩٣م ص ١٠٦ : ١١٨) ، وانظر (د/ حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - ص ٥٢٩) .

(٥٣٥) ابن القيم - أعلام الموقعين - ط ٣ - دار الحديث ١٩٩٧م - ١٢١/٢ .

(٥٣٦) السيوطي - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية - مكتبة التوفيقية - القاهرة - ص ١٧٩ .

(٥٣٧) أخرجه البخاري . كتاب الشرب والمساقاة (باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء) رقم : ٢٣٥٣ ، ٤٥٣/٦ ، ورواه مسلم . كتاب المساقاة . باب تحريم بيع فضل الماء برقم : ١٥٦٤ ، ٤٩٤/٥ .

(٥٣٨) الكأل : العشب رطبه ويابس ، انظر (الشيرازي الفيروزابادي - القاموس المحيط - ٢٦/١) .

(٥٣٩) ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري - ٤٥٣/٦ .

بارتكاب أخفهما .

ومن ثم وضع الفقهاء هذه القاعدة الفقهية : " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام " ^(٥٤٠) وفي ذات المعنى قولهم : " الأمر الخاص مغمور بالعام ، واليسير من الضرر محتمل للكثير من النفع والصالح " ^(٥٤١).

(٥٤٠) الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ١٩٧ .

(٥٤١) د/ على أحمد الندوي - القواعد الفقهية ص ١١٢ .

ثانيا : دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة :

١ - الموازنة بين المنفعة العامة والخاصة : عن ابن عباس رضي الله عنه (٥٤٢) قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تلقى الركبان ، وأن يبيع حاضر لباد » (٥٤٣) . وعن جابر (٥٤٤) قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » (٥٤٥) .

إن النبي ﷺ نهى عن بيع الحاضر للبادي ، وعن تلقى الركبان ، رعاية لمصلحة عامة ، هي مصلحة أهل الحضر وأهل السوق ، وتقديمها على المنفعة الخاصة المتمثلة في حصول المتلقي على السلعة وإعادته لبيعها بربح خاص يعود عليه ، وقد ظهر أمر الترجيح بين المنفعتين العامة والخاصة في قول النبي ﷺ « دعوا الناس يرزق الله تعالى بعضهم من بعض » فترجحت العامة على الخاصة لتعلق قصد الشارع بالأولى (٥٤٦) .

هذا وقد ثبت تحريم هذا البيع لأجل الخديعة ودفع الضرر (٥٤٧) ، وحلى ابن المنذر (٥٤٨) عن الجمهور أن النهي للتحريم إذا كان البائع عالما والمبتاع مما تعم الحاجة إليه (٥٤٩) ، وقال صاحب المذهب :

(ويحرم أن يبيع حاضر لبادي ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد ، فإذا باع اتسع ، وإذا لم يبع ضاق فإن كان البلد كبيرا لا يضيق على أهله ، يترك البيع ففيه وجهان : أحدهما : لا يجوز للخبر ، والثاني يجوز لأن المنع لخوف الإضرار بالناس ، ولا ضرر هنا) (٥٥٠) .

٢ - ترجيح المنفعة الجوهرية على الشكلية :

أعظم مثال لهذا الترجيح بين المنافع ، هو صلح الحديبية الذي عقده النبي ﷺ مع

(٥٤٢) ابن عباس . رضي الله عنهما . هو : عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي ويكنى بأبي العباس ، (ت ٦٨هـ ، انظر (ابن سعد - الطبقات الكبرى - ٦ / ٤٣٥ : ٣٢٠ رقم ١٣٦٧ .

(٥٤٣) رواه البخاري . كتاب البيوع باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ؟ رقم : ٢١٥٨ . ١٩٩/٦ . ورواه مسلم . كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي . رقم : ١٢٥١ . ٤٢٤/٥ .

(٥٤٤) جابر رضي الله عنه هو : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة بن حرام بن غنم بن كعب بن سلمة ، يكنى بأبي عبد الله (ت ٧٨هـ) انظر (ابن سعد الطبقات الكبرى - ٤ / ٣٨٢ : ٣٩٢ برقم ٦٩٦) .

(٥٤٥) رواه البخاري . كتاب البيوع باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ؟ رقم : ٢١٥٨ . ١٩٩/٦ . ورواه مسلم . كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي . رقم : ١٢٥١ . ٤٢٤/٥ .

(٥٤٦) انظر (الشاطبي - الموافقات - ٢ / ٢٤) .

(٥٤٧) انظر (ابن رشد الحفيد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر للنشر والتوزيع . بدون تاريخ - ١٢٤/٢) .

(٥٤٨) ابن المنذر هو : أبو بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الحافظ الفقيه شافعي المذهب أهم كتبه [الإجماع ، الأوسط في الفقه المقارن] (ت : ٣١٨هـ) انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء - مؤسسة الرسالة - ط ١١ - ١٩٩٨م - ١٤ / ٤٩٠ : ٤٩٢) .

(٥٤٩) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار - ط ٤ - دار الحديث ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م - ١٩٥/٥ : ١٩٦) .

(٥٥٠) النووي - المجموع بشرح المذهب - دار الفكر للنشر والتوزيع . لبنان - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م - ٣٦/١٣

قريش^(٥٥١)، والمتأمل في بنود هذا الصلح يرى أنها كلها تنازلات ، وقد جعلت هذه البنود عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : (والله ما شككت منذ أسلمت إلا يومئذ)^(٥٥٢) وحتى الصحابة الكرام . رضي الله عنهم . لما أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بعد إتمام الصلح أن ينحروا ويحللوا ليتحللوا من إحرامهم ، لم يفعل منهم أحد ، إلا بعد مشورة أم المؤمنين أم سلمة . رضي الله عنها . لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وطلب هؤلاء الأ خيار المصلحة الشكلية من الصلح ، كوصف الرسالة الملاصق لاسم رسولنا صلى الله عليه وسلم " محمد رسول الله " وأن تكتب بسم الله الرحمن الرحيم كاملة ، ولم ينظروا إلى المصلحة الجوهرية الممتدة عبر الزمن ، ألا وهي التفرغ لنشر الدعوة بعد الصلح في الجزيرة العربية وخارجها هذه واحدة ، الثانية ، أمن المسلمون شر قريش ، فاتجه النبي صلى الله عليه وسلم إلى التخلص من بقايا الخطر اليهودي في المدينة^(٥٥٣) . ومن ثم وضحت الموازنة بين المنافع ، فقد رأينا النبي صلى الله عليه وسلم يغلب المصالح والمنافع الجوهرية والمستقبلية ، على المنافع الشكلية^(٥٥٤) ، وكيف لا ، وقد اعتبر القرآن هذا الصلح فتحا قال تعالى ﴿ إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُبِينًا ﴾^(٥٥٥) .

وقد تناول العلماء هذا الصلح واعتبروه عمدة في الموازنة بين المنافع بقولهم: والمصلحة المترتبة على إتمام هذا الصلح ، ما ظهر من ثمراته الباهرة ، وفوائده المتظاهرة التي كانت عاقبتها فتح مكة ، قال النووي : (أن للإمام أن يعقد الصلح على ما رآه مصلحة للمسلمين ، وإن كان لا يظهر ذلك لبعض الناس في بادئ الرأي . وفيه احتمال المفسدة اليسيرة لدفع أعظم منها أو لتحصيل مصلحة أعظم منها ، إذا لم يمكن ذلك إلا بذلك)^(٥٥٦) . وهكذا فكل عمل يطول نفعه ، ويقوى عطاؤه فهو أولى بالاعتبار من غيره .

ثالثا : دليل الموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة .

إن ميزان الترجيح عند تعارض المنافع والمضار ، كما هو معمول به عند أهل العلم ، أن العبرة للأغلب والأكثر ، فإن للأكثر حكم الكل فإذا تعارضت المنفعة مع المضرة ، وكان لابد من ارتكاب المفسدة إذا أخذ بالمنفعة ، أو تفويتها إذا ارتكبت المضرة^(٥٥٧) فإنه ينظر إلى حجم كل منهما ويوازن بينهما على النحو الآتي:

١- إذا كانت المضرة أعم وأعظم من المنفعة الخاصة اجتنبناها ، ولا نبالي بالمنفعة

(٥٥١) انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ١٦٥/٤) .

(٥٥٢) ابن القيم - زاد المعاد - ١٨٣/٢ - النور الإسلامية للنشر - بدون تاريخ .

(٥٥٣) انظر (د/ حسن سالم الدوسى - فقه الموازنات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . جمادى الآخرة ١٤٢٢ هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت - عدد ٤٠٦/٤٦) .

(٥٥٤) انظر (د/أحمد الريسوني - نظرية التقريب والتغليب - ص ٣٦٧) .

(٥٥٥) سورة الفتح : آية ١ .

(٥٥٦) انظر (النووي - شرح صحيح مسلم - ٣٨٠/٦) .

(٥٥٧) انظر (د/ حسن سالم الدوسى - فقه الموازنات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . جمادى الآخرة ١٤٢٢ هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت - عدد ٤١٦/٤٦) .

الخاصة والقليلة ، ودليل ذلك : ما رواه معمر بن عبد الله العدوي ^(٥٥٨) : أن النبي ﷺ قال : « لا يحتكر إلا خاطئ » ^(٥٥٩) .

والمحتكر : هو الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم ، هو ظالم لعموم الناس ^(٥٦٠) .

ووجه دلالة الحديث : تحريم الاحتكار لظلم العباد ولهذا كان من حق ولي الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل ^(٥٦١) . لكن في فعله إضرارا عاما بالمجتمع ، لذا نهى الشرع عنه ^(٥٦٢) وعليه وضعت قاعدة : [دفع الضرر العام واجب بإتيان الضرر الخاص] ^(٥٦٣) ، وفي نفس المعنى أيضا قاعدة [يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام] ^(٥٦٤) وذلك لما في المنع من الاحتكار ضرر خاص واقع على المحتكر .

٢- إذا كانت المنفعة أكبر من المضرّة قدّمتا تحصيل المنفعة على المضرّة ، وإن كان يترتب عليه ضرر أو مفسدة قليلة ، فلا تُمنع الأفعال التي تفضي إلى المفسدة نادرا وقليلًا ومنفعتها أرجح من مضرّتها .

والدليل على ذلك : ما ورد في جواز الإجارة ، وخصوصا جواز استئجار المشرك ، فعن عروة ابن الزبير . رضي الله عنهما . ^(٥٦٥) عن أم المؤمنين عائشة . رضي الله عنها . في حديث الهجرة قالت : « واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر ﷺ رجلا من بني الدّيل ثم من بني عبيد بن عدي هاديا خريتا » ^(٥٦٦) ^(٥٦٧)

والإجارة : نوع من البيع ، وهي عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال ، وتمليك المنافع بعوض إجارة ، وبغير عوض إعاره ^(٥٦٨) ، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة ، وهذه المنفعة التي هي محل عقد الإيجار كانت مثار خلاف بين الفقهاء باعتبار وجودها حكما أو قيام

(٥٥٨) معمر بن عبد الله العدوي هو : ابن نضلة بن عوف بن عبيد بن عويج بن عدي بن كعب العدوي ، روى حديث الاحتكار

، وروى عنه سعيد بن المسيب ، انظر (ابن سعد - الطبقات الكبرى - برقم ٤١٩ - طبعة الهيئة المصرية للكتاب -

٢٠٠٢م - ١٣٠/٤هـ) ، وانظر (ابن حجر - تقريب التهذيب - ٢٦٦/٢) .

(٥٥٩) رواه مسلم . كتاب المساقاة باب تحريم الاحتكار في الأقوات . رقم ١٦٠٥ ، ٤٨/٦ .

(٥٦٠) انظر (ابن القيم - الطرق الحكمية دار البيان العربي ١٩٨٥م - ص ٢٥٢) .

(٥٦١) انظر (ابن القيم - المرجع السابق - ص ٢٥٢) .

(٥٦٢) انظر (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - عدد ٩٣/٥١) .

(٥٦٣) أمير بادشاه - تيسير التحرير في أصول الفقه . مطبعة مصطفى البابي الحلبي - ٣٠١/٢ .

(٥٦٤) الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية « مادة : ٢٦ » ص ١٩٧ .

(٥٦٥) عروة بن الزبير هو : عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى . أمه أسماء بنت أبي بكر . رضي الله عنها .

(ت ٩٩هـ) انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ١١٩/٤) .

(٥٦٦) خريتا : أي ماهرا بالدلالة ، وسمي خريتا لشقة ألباز ، انظر لسان العرب لابن منظور ٣٠/٢ .

(٥٦٧) رواه البخاري . كتاب الإجارة . باب استئجار المشرك عند الضرورة برقم : ٢٢٩٣ ، ٣١٩/٦ .

(٥٦٨) الجرجاني - التعريفات - ص ٣١٨ .

العين المؤجرة محلها ، والراجح أنها موجودة استقلاً بحسب طبيعتها الخاصة^(٥٦٩) .
 والمعقود عليه في الإجارة فيه بعض الغرر ، والغرر مجهول العاقبة لا يُدرى أيكون أم لا^(٥٧٠) ولذا فيه مضرة إلا أنها خاصة بالعائد ، وفي المقابل تتعطل مصالح الناس بفقدائها ، ومن نظر من العلماء إلى نسبة الضرر فيها قال بعدم الجواز للغرر . يقصد بذلك أن الإجارة عقد على منافع لم تخلق^(٥٧١) ومن نظر إلى ما تحققه الإجارة من منفعة عامة للناس قال بالجواز موضحاً حكمة ذلك بأنها جائزة لحاجة الناس إليها ، وبهذا الرأي قال الجمهور^(٥٧٢) ومن هنا نجد أن المشرع راعى المنفعة العامة للناس دون اعتداد بالمضرة القليلة الموهومة .
 كذلك أمر استئجار المشترك فإنه أجاز أيضاً للضرورة وللصلحة العامة ، وبخاصة عند عدم وجود المسلم الذي يقوم بمثل هذا العمل^(٥٧٣) قال ابن بطال^(٥٧٤) : عامة الفقهاء يجيزون استئجارهم عند الضرورة^(٥٧٥) وفي هذا دليل على تغليب المنفعة العامة على المضرة الخاصة ، وفي هذا المعنى وضعت القاعدة التي صاغها الشاطبي بقوله : (المصلحة إذا كانت هي الغالبة . عند مناظرتها بالمفسدة في حكم الاعتقاد . فهي المقصودة شرعاً ، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ، وكذلك المفسدة ، إذا كانت هي الغالبة . بالنظر إلى مصلحة في حكم الاعتقاد . فرفعها هو المقصود شرعاً ، ولأجله رفع النهي)^(٥٧٦) .
 هذا ولم تقتصر المرجعية الشرعية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار عند حد القرآن والسنة كمصدرين منشئين لها ، وإنما تعدت مرجعيتها إلى المصادر الكاشفة كالإجماع ، وهذا ما سنوضحه بإذن الله تعالى في المطلب الثالث .

(٥٦٩) انظر (ابن قدامة - المغني . دار الحديث - ١٩٩٦م - ٣٢١/٧) ، وانظر (د/ محمد عبد المنعم حبشي - التعدي على المنافع في الشريعة والقانون . دراسة مقارنة - الكتاب الجامعي . كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م - ص ٨١ : ٨٦ .

(٥٧٠) الكفوي - الكليات - ص ٦٧٢ .

(٥٧١) انظر (ابن قدامة - المغني - ٣٢٠/٧) .

(٥٧٢) (ابن قدامة - المرجع السابق - ٣٢٠/٧) .

(٥٧٣) انظر (ابن حجر - فتح الباري ٣١٩/٦) .

(٥٧٤) ابن بطال هو : ابن وهب بن عبد الأعلى أبو عبد الله التميمي ، ت ٣٦٦هـ ، انظر ترجمته في (ابن فرحون - الديباج المذهب . دار الكتب العلمية . بيروت - ٣٢١/١) .

(٥٧٥) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار . ط دار الحديث ١٩٩٦م - ٣٣٦/٥) .

(٥٧٦) الشاطبي - الموافقات - ٢١/٢ ، وانظر (د/ أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي . دار الكلمة . المنصورة . مصر - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م - ٢٧٥) .

المطلب الثالث

الإجماع

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع على سبيل الترتيب إجمالاً ، وهو المصدر الأول من المصادر الكاشفة للأحكام ، فهو وسيلة لكشف الحكم وبيانه لا لخلقه وإنشائه ، إذ يقوم به أهل الاجتهاد من توفرت فيهم شروطه .

ويطلق في اللغة : على العزم والاتفاق ، وفي الاصطلاح : على اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور بعد وفاته ﷺ على أمر شرعي عملي^(٥٧٧) . وهو حجة شرعية عند جمهور الفقهاء ، يجب العمل به على كل مسلم ، خلافاً للشيعة^(٥٧٨) والخوارج^(٥٧٩) ، والنظام من المعتزلة^(٥٨٠) .

ومنذ أحس العلماء المسلمون . بعد الصدر الأول . بخطر الفصام بين مبادئ الإسلام كالعدل والمساواة ورعاية مصالح العباد ، وواقع الحياة ، وجهودهم متصلة لرتق الفتق ، ودأب الصدع ، وإعادة الاتزان بين المصالح والمفاسد^(٥٨١) ، وخصوصاً وأن الجماهرة العظمى من علماء الأمة من السلف والخلف مجمعون على أن أحكام الشريعة في جملتها معللة ، وأن لها مقاصد في كل ما شرعته ومنها إقامة مصالح الخلق في العبادات والمعاملات^(٥٨٢) . وباستقراء ما ورد من مسائل شرعية أجمع العلماء على أحكامها ، وجدنا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مرجعية في الإجماع ، ووجدنا نقولاً للعلماء تؤكد المعنى كقولهم : (إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو من حكمة مقصودة)^(٥٨٣) وقولهم (وأما الإجماع : فقد أجمع إلا من

(٥٧٧) انظر (الإمام أحمد بن قاسم العبادي - الشرح الكبير على الورقات . مؤسسة قرطبة . ط ١ - ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م - ٣٥١/٢) ، انظر (ابن الحاجب - منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م - ص ٥٢ .

(٥٧٨) الشيعة : هم فرقة من الفرق السياسية الإسلامية ظهوروا في آخر عهد عثمان بن عفان ؓ ونمو وترعرعوا في عهد على بن أبي طالب ؓ . وينقسمون إلى مغالي ومعتدل ، المغالي كالإمامية ، والمعتدل كالشيعة الزيدية . يقولون بإجماع أهل البيت فقط دون غيرهم ، انظر (الشيخ محمد أبوزهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية - ص ٣٠ : ٣٥) ، وانظر موقفهم الفقهي في (الرازي - المحصول - ١٠١/٤ : ١٢٤) .

(٥٧٩) الخوارج : هم جماعة خرجوا على الإمام على ؓ ممن كانوا معه في حرب صفين . انظر (الشهرستاني - الملل والنحل . طبعة الحلبي - ١١٤/١) .

(٥٨٠) النظام : هو أبو إسحاق إبراهيم بن سياد المعروف بالنظام (ت ما بين ٢٢١ ، ٢٢٣) وهو زعيم الطائفة النظامية من المعتزلة . يقول بعدم الإجماع شرعاً وإن كان يجوز عقلاً ، انظر (النجوم الزاهرة ٢/٢٢٤ . ط دار الكتب المصرية) .

(٥٨١) انظر (الأمدي - أحكام الأحكام - ١٣٩/١) .

(٥٨٢) انظر (د/ حسن سالم الدوسي - فقه الموازنات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية . جمادى الآخرة ١٤٢٢ هـ . تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت - عدد ٤٦ / ٣٨١) .

(٥٨٣) الأمدي - أحكام الأحكام - ٢٨٥/٣ .

يعتد به من جامدي الظاهرية^(٥٨٤) على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد^(٥٨٥) . وقد ظهر العمل بنظرية الموازنة من خلال ما نقل عن السلف الصالح استيعابهم لفقه الموازنات ، وإجماعهم على مشروعيته وبخاصة بين المنافع والمضار والترجيح بينهما . ونبرهن على ذلك بمثالين :

الأول : عمل الصحابة الكرام عليهم السلام بالموازنة من أول يوم بعد وفاة النبي ﷺ ، وفي أول قضية واجهتهم بعده ﷺ مباشرة وهي أنه تعارض لديهم مصلحتان وهما : مصلحة دفنه ، ومصلحة تنصيب خليفة بعد رسول الله ﷺ^(٥٨٦) .

وبناءً على نظرية الموازنة فقد تجلّى للصحابة أن المصلحتين متفاوتتان بين كبرى وصغرى ، وعامة وخاصة ، فالكبرى والعامة هي تنصيب خليفة للمسلمين ، والصغرى والخاصة هي دفن رسول الله ﷺ ومن ثم قدم الصحابة على العامة على الخاصة ، ولم يخرج من بينهم من ينكر مثل هذا العمل^(٥٨٧) فدلّ ذلك على أخذهم بالنظرية محل البحث .

الثاني : اتفاق الصحابة عليهم السلام على تضمين الصناع ، وقال على ﷺ « لا يصلح الناس إلا ذاك »^(٥٨٨) ذلك لأن وجه المنفعة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع ، وترك الأمتعة لدى الصناع دون ضابط يؤدي على ادعائهم عند التفريط في المتاع إلى ضياعه وهلاكه ، فتضيع الحقوق ، وتتطرق الخيانة^(٥٨٩) .

ومن ثم قضى الصحابة بتضمين الصانع من باب الموازنة بين المنفعة والمضرة ، وكانت المنفعة التضمين ، ولا يقال : (إن هذا نوع من الفساد وهو تضمين البريء ، إذ لعله ما أفسد ، ولا فرط ، فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد . أي المضرة . لأننا نقول : إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت ، ووقوع التلف من الصناع من غير تسبب ولا تفريط بعيد ، والغالب القوت (قوت الأموال) وأنها لا تستند إلى التلف السماوي ، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط^(٥٩٠) .

لذا وازن الصحابة بين المصلحة والمضرة وغلبوا المصلحة العامة على الخاصة بل على

(٥٨٤) الظاهرية : هي مذهب فقهي يقرر أن المصدر الفقهي هو النصوص ، فلم يأخذوا بالقياس ولا الاستحسان ولا المصالح المرسلّة ، ولا الذرائع ؛ وإذا لم يوجد نص أخذوا بالاستصحاب الذي هو الإباحة الأصلية ، وينسبون إلى داوود بن علي الأصبهاني (ت : ٢٧٠هـ) والذي كان يأخذ بظاهر النص فنسبوا إليه . انظر (الشيخ / محمد أبو زهرة - تاريخ المذاهب الإسلامية - ص ٥٠٦) وانظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط مادة (ظهر) - ٥٩٩/٢) .

(٥٨٥) الشيخ عبد الوهاب خالف - مصادر التشريع فيما لا نص فيه - ص ١١٦ (شرح حديث لا ضرر ولا ضرار للطوفي) .

(٥٨٦) انظر (البوطي - فقه السيرة . دار السلام . ط ٦ ١٩٩٩م / ١٩٩٩م . ٣٥١) .

(٥٨٧) انظر (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة) عدد ١٤/٥١ .

(٥٨٨) د/ حامد جامع - على بن أبي طالب عليه السلام حاكماً وفقهياً - توزيع أخبار اليوم ٢٠٠١م . ٢٧٩/٢ .

(٥٨٩) انظر (البوطي - ضوابط المصلحة - ص ٣١٠) .

(٥٩٠) الشاطبي - الاعتصام - ٣٥٧/٢ .

المفسدة الخاصة في سبيل درء العامة التي يصاب بها خلق كثير .

المطلب الرابع

القياس المعبر

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

القياس : لغة : التقدير ، وقاس يقيسه قياسا ، وقايست بين شيئين إذا قدرت بينهما - ويقال : قصر مقياسك عن مقياسي ، أى منالك عن منالي (٥٩١) .
واصطلاحا : اختلف الأصوليون في تعريفه :
عرفه الجويني بقوله : " حمل معلوم على معلوم ، في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما ، يأمر بجمع بينهما ، من إثبات حكم ، أو صفة أو نفيهما " (٥٩٢) .
وعرفه الاسنوي (٥٩٣) ، بقوله : " إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت " (٥٩٤) ،
وعرفه صاحب التوضيح بقوله : " القياس : هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك بمجرد فهم اللغة " (٥٩٥) .
وعرفه السمرقندي (٥٩٦) بقوله : " القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين يمثل علته في الآخر " .

واعترض على لفظة إثبات فقال : " وإنما ذكرنا لفظة (الإبانة) دون لفظة (الإثبات والتحصيل) " لأن إثبات الحكم وتحصيله ، وإيجاده فعل الله تعالى ، فهو المثبت للأحكام ، أما القياس فهو فعل القاييس ، وهو تبيين وإعلام أن حكم الله تعالى كذا ، وعلته كذا ، وهما موجودان في الموضوع المختلف فيه (٥٩٧) ، وقد لاقى هذا المصدر اعتراضا من الشيرازي ، والجويني ،

(٥٩١) انظر (ابن منظور - لسان العرب - ٤٠/٥) .

(٥٩٢) انظر (الجويني - البرهان في أصول الفقه - ٥/٢) ، وانظر (الغزالي - المستصفى - ٢٣٦/٢) ، وانظر (الشوكاني - إرشاد الفحول - ٥٧٧/٢) .

(٥٩٣) الإسنوي هو : الإمام جال الدين عبد الرحيم ابن الحسن الإسنوي ، نسبة إلى مدينة (إسنا) بأقصى صعيد مصر شافعي المذهب (ت : ٧٧٢هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ٤٣/١) .

(٥٩٤) الإسنوي - زوائد الأصول على منهاج الوصول إلى علم الأصول - دراسة وتحقيق /محمد سنان شيف الجلالى- مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - ط ١ - ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م - ص ٣٧٤ .

(٥٩٥) التفاتازاني - التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي - دار الكتب العلمية - بيروت (د : ت) - ٥٢/٢ .

(٥٩٦) السمرقندي هو : محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي ، من أهل سمرقند ، فقيه حنفي وشيخ فاضل قليل القدر تفقه على أبي المعين ميمون المكحول ، وصدر الإسلام أبو اليسر البزدوي ، ومن تلاميذه : محمد بن الحسين أستاذ صاحب (الهداية) ، وابنته فاطمة وزوجها علاء الدين الكاساني ، أهم مؤلفاته : [ميزان الأصول في نتائج العقول ، وتحفة الفقهاء في الفروع] (ت ٥٧٥هـ) انظر (اللكوني - الفوائد البهية في تراجم الحنفية - مصر ١٣٢٤هـ - ص ١٥٨) .

(٥٩٧) السمرقندي - ميزان الأصول في نتائج العقول (المختصر) - تحقيق د/محمد زكي عبد البر دار التراث - القاهرة - الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ص ٥٥٤ .

فقال الأول (إن المصالح لا تعرف بالقياس ، ولكن ما عرف بالقياس فهو معلوم بالنص) ^(٥٩٨) ، واعتبرها الجويني : (فن لا يضبطه القياس ، ولا يحيط به نظر المستنبط ، والأمر فيه محال على أسرار الغيوب ، والله تعالى المستأثر به ، فلا يسوغ اعتبار ضرب إحداها من جهة اختصاصها ، ولا يسوغ اعتبارها في إثبات قضيتها الخاصة بغيرها من الضروب) ^(٥٩٩) .

ومع هذا الاعتراض فإن الجويني ذكر في تمهيده للقياس بأن (القياس مناط الاجتهاد ، وأصل الرأي ، ومنه يتشعب الفقه ، وأساليب الشريعة ، وهو المفضى إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع ، مع انتفاء الغاية والنهاية ، فإن نصوص الكتاب والسنة محصورة ، ومواقع الإجماع معدودة مأثورة ... ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها ، والرأي المبتوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى - ملتقى من قاعدة الشرع ، والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس ، وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال ، فهو إذا أحق الأصول باعتناء الطالب) ^(٦٠٠) .

وبنظرة فاحصة في أقوال جمهور علماء الأصول تجد أنهم اعتدوا بالقياس في الموازنة بين المنافع والمضار ، حين يغيب النص عن المجتهد ؛ فإنه يبنى الحكم على الوصف الذي يراه باجتهاده المنطلق من الأدلة الشرعية محققا المصلحة في جلب النفع ، ودفع الضرر عن الفرد ، والمجتمع ، بما يتفق مع مقاصد الشريعة ، وهو ما يسمى بالمناسب المرسل ^(٦٠١) ، الذي يعد أحد مسالك العلة كركن من أركان القياس ، أيضا : قسم العلماء العلة من حيث ارتباطها بالحكم ، ومناسبتها له وإفضاؤها إلى تحقيق المقاصد الشرعية إلى أقسام ثلاثة ، ليست في درجة واحدة من الأهمية ، والاعتبار ، بل هي متفاوتة فيما بينها ، فمنها الضروري ، ومنها الحاجي ، ومنها التحسيني ، على النحو الذي وزعه الباحثون في المقاصد بعد أن قاموا بدراسة مستفيضة لها ولترتيب الشرع للأحكام التشريعية ^(٦٠٢) .

وتبعاً لتحقيق الحكم الشرعي لهذه المقاصد ، تدور العلة مع حكمها ، وتخضع لتقسيماتها ، وهذا التقسيم هو محل عمل الموازنة ، ومن ثم أصبحت العلة ، ومناسبتها المرسل مصدرا موثقا لنظرية الموازنة ، وأساسا لبناء أحكامها لمعالجة كثير من القضايا الإسلامية ، والمشكلات الاجتماعية والفردية ^(٦٠٣) .

^(٥٩٨) الشيرازي - النبصرة في أصول الفقه - تحقيق د/محمد حسن هيتو- دار الفكر - دمشق سوريا - الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م - ص ٤٢٠ .

^(٥٩٩) الجويني - البرهان - ٩٣/٢ .

^(٦٠٠) الجويني - المرجع السابق - ٣/٢ .

^(٦٠١) انظر (د/نادية محمد شريف العمري - القياس في التشريع الإسلامي - دراسة أصولية في بيان مكانته وأثره في الجوانب التطبيقية- دار هجر للطباعة والنشر - القاهرة - ط ١ - ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م - ص ٢٤٢) .

^(٦٠٢) انظر (د/نادية محمد شريف العمري - المرجع السابق - ص ٢٤٥) .

^(٦٠٣) انظر (د/نادية محمد شريف العمري - المرجع السابق - ص ٢٤٣) .

وبناء على ذلك فالقياس عند جمهور العلماء مصدر من مصادر نظرية الموازنة ، وأكّد ابن القيم العمل بالقياس المعتبر في الموازنة بقوله : "هو ما أرشد الله عباده إليه في غير موضع من كتابه ، فقياس النشأة الثانية على النشأة الأولى في الإمكان ... وقاس حياة الأموات بعد الموت على حياة الأرض بعد موتها بالنبات ... وقد اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلاً تتضمن تشبيه شيء بنظيره ، والتسوية بينهما في الحكم ، وقد ركز الله في فطر الناس وعقولهم التسوية بين المتماثلين ، وإنكار التفريق بينهما ، والفرق بين المختلفين ، وإنكار الجمع بينهما^(٦٠٤) .

^(٦٠٤) ابن القيم - إعلام الموقعين - ١٢٠/١ : ١٢١ .

المطلب الخامس

بناء الأحكام على المظان

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

الظن فى اللغة يدل على معنيين : اليقين والشك ، فأما اليقين فيقول القائل : ظننت ظنا ، أى أيقنت ، قال تعالى : ﴿ قَالَ الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا اللَّهِ كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾^(٦٠٥). أراد بها : يوقنون^(٦٠٦).

وأما الشك كأن يقول : ظننت الشيء إذا لم يتيقنه ، فإن العرب تسمى اليقين ظنا ، والشك ظنا^(٦٠٧).

والظن فى الاصطلاح : له عدة تعريفات عند علماء الأصول منها :

الظن : هو إصابة المطلوب بضرب من الإشارات^(٦٠٨).

أيضا هو : ترجيح أحد الاحتمالين فى النفس على الآخر ، من غير القطع ، كما أنه الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض^(٦٠٩).

وعُرف أيضا بأنه : الطرف الراجح المطابق للواقع ، والوهم الراجح غير المطابق للواقع ، وهو إدراك الطرف الراجح من التردد بين أمرين^(٦١٠).

أما : (المِظنة) بكسر الظاء : فهى للمعلم ، وهو حيث يعلم الشيء أن يجمع المظان ، ومِظنة الشيء : أن يجمع موضعه ومألفه^(٦١١).

ولقد بين العز بن عبد السلام أن الشرع أقام الظن مقام العلم فى كثير من الأحكام ، ولذا كان الظن طريقا معتبرا للكشف عن المصالح والمفاسد ، فقال : (بالاعتماد فى جلب مصالح الدارين ، ودرء مفاسدهما على ما يظهر فى الظنون)^(٦١٢)، لكنها لا تبنى على ظنون وتخمينات غير مطردة^(٦١٣) ، وقال أيضا : (وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورة

(٦٠٥) سورة البقرة : آية ٢٤٩ .

(٦٠٦) انظر (أبو الحسين أحمد بن فارس - معجم مقاييس اللغة - تحقيق/عبد السلام محمد هارون- دار الكتب العلمية - ٤٦٢/٣).

(٦٠٧) انظر (أبو الحسين أحمد بن فارس المرجع السابق - ٤٦٣/٣) ، انظر (الطبرى - جامع البيان فى تفسير القرآن- دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م - ٢٠٦/١).

(٦٠٨) الأصفهاني - الذريعة إلى مكارم الشريعة - تحقيق : د/ أبو اليزيد العجمي- دار الوفاء - الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م - ١٨٥.

(٦٠٩) انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص٢٧٣).

(٦١٠) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ٤٥١/٢ : ٤٥٢).

(٦١١) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - المرجع السابق ٤٥١/٢) ، وانظر (الكفوى- الكليات ص٨٦٨).

(٦١٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٥/١ .

(٦١٣) انظر (د/أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص٢٧٧).

والتجارب والعادات ، والظنون المعتبرات^(٦١٤) .
وعلة ذلك :

١ - لأنه لما كان سعى العباد لجلب المصالح العاجلة والآجلة ، ودفع المفاسد العاجلة والآجلة جاءت الشريعة باتباع الظن في ذلك ، والحاصل أن معظم مصالح الواجب والمندوب والمباح مبنى على الظنون المضبوطة بالضوابط الشرعية^(٦١٥) .

٢ - إن الغالب صدق الظنون عند قيام أسبابها ، وندرة كذبها ، ولو اعتبر الشرع اليقين في المعاملات لفاتت مصالح كثيرة ، خوفا من وقوع مفسد يسيرة ، وكل احتمال يؤدي اعتباره إلى تعطيل المصالح المشروعة ، أو جلب المفاسد المدفوعة فهو منطرح لا تلتفت إليه^(٦١٦) .
وكيف لا وللعمل به مرجعية في القرآن والإجماع ، قال تعالى : ﴿ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ﴾^(٦١٧) ، وفي الآية دلالة على أن الإصلاح الذي تتضمنه ، إنما يعلم من طريق الاجتهاد وغالب الظن .

وأجمع الصحابة والأئمة على أن المجتهد مأمور أن يعمل على وفق ظنه ، والناظر في المصالح والمفاسد مجتهد^(٦١٨) .

وكذلك ثبت بالاستقراء أن العمل بالظن معتبر ، وثابت في تفاصيل الشريعة ، قال الشاطبي : "إن أصل العزيمة ، وإن كان قطعيا فأصل الترخيص قطعي أيضا ، فإذا وحدنا المظنة اعتبرناها ، كانت قطعية أو ظنية ، فإن الشارع قد أجرى الظن في ترتيب الأحكام مجرى القطع ، فمتى ظن وجود سبب الحكم استحق السبب للاعتبار ، فقد قام الدليل القطعي على أن الدلائل الظنية ، تجرى في فروع الشريعة مجرى الدلائل القطعية ، ولا يقال : إن القاطع إذا عارض الظن سقط اعتبار الظن ، لأن نقول : إنما ذلك في باب تعارض الأدلة ، بحيث يكون أحدهما رافعا لحكم الآخر جملة ، أما إذا كانا جاريين مجرى العام مع الخاص ، أو المطلق مع المقيّد ، فلا .

ومسألتنا من هذا الثاني لا من الأول ؛ لأن العزائم واقعة على المكلف بشرط أن لا حرج ، فإن كان الحرج صح اعتباره ، واقتضى العمل بالرخصة^(٦١٩) .

ومع قول جمهور العلماء بالمتظنون فإنهم قد وضعوا للعمل به ضوابط :

الضابط الأول : أن يكون للظن مستند من أمانة أو نحوها^(٦٢٠) .

(٦١٤) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام ١٠/١ .

(٦١٥) انظر (العز بن عبد السلام - شجرة المعارف - تحقيق د/ إباد خالد الطباع - دار الطباع للطباعة والنشر - دمشق الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٨٩م - ص ٤١١ ، ٤٦٨) .

(٦١٦) انظر (العز بن عبد السلام - المرجع السابق - ص ٤١١) .

(٦١٧) سورة البقرة : آية ٢٢٠ .

(٦١٨) انظر (الرازي - المحصول - ٤٦/٦) .

(٦١٩) الشاطبي - الموافقات ٢٥٣/١ : ٢٥٤ .

(٦٢٠) انظر (الرازي - المحصول - ٣٧/٦) .

قال ابن عبد السلام : "أمر الشرع باتباع ظنون مستفادة من أمارات تفيده؛ لما في ذلك من تحصيل المصالح المظنونة ، فإن الغالب على الظن أنه يصدق عند قيام علامات ، وكذبه نادر ، فلو عطلنا العمل بالظن خوفا من نادر كذبه وإخلافه لعطلنا أغلب المصالح لأندر المفاسد ، ولو عملنا بالظن المشروع لحصلنا أغلب المصالح بتحمل أندر المفاسد ، ومقتضى رحمة الشرع تحصيل المصالح الكثيرة الغالبة ، وإن لزم في ذلك حصول مفاسد قليلة نادرة" (٦٢١) ؛ ذلك لأن الله ﷻ قد أجرى العادة بأن الظنون لا تقع إلا بأسباب تشيرها وتحركها (٦٢٢).

الضابط الثاني : أن لا يكون الظن مخالفا للشرع .

الظن محض اجتهاد في تحديد المنفعة والمضرة ، فلا شقة في الظن بمعزل عن الشرع ، ولقد عد الفقهاء من المناهى الظاهرة العمل بالظن المخالف للشرع (٦٢٣). قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَصَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾ (٦٢٤).

الضابط الثالث : أن يكون الظن بعد تثبت وروية :

إن إطالة التأمل ودقة التثبت عند إثبات أى مقصد شرعى تترتب عليه ثمرة الاصابة في تحديد المقصد ، ومعرفة المصلحة من المفسدة ، والعكس يؤدي إلى التقدير الخاطئ ، وتغير المطلوب بتغير المقصد ، والتثبت مطلوب شرعا ليعرف سبب الأعمال فيترك ، وما قدمه الله تعالى فيقدم ، وحتى لا يجترئ أحد على ظن إلا بعد نظر وتأمل ، حذر القرآن من التسرع واتباع الهوى ، قال تعالى : ﴿ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمُ الْهُدَى ﴾ (٦٢٥)، وحتى يتم التمييز بين الحق والباطل ، والنافع والضار على المجتهد يتثبت من الأمانة ، وأن يستحضر تقوى الله ﷻ ، وأن يحذر من الزلل ، واتباع ظنون الهوى معتقدا أنها ظنون معتبرة .

ومن ثم حذر العلماء من عدم التثبت والروية بقولهم : (إن الناس أجمعوا على أنه لا يجرى المجتهد بظنه بأول خاطر حتى يبالغ في الاجتهاد ، ويستفرغ وسعه فيغلب على ظنه قوة الأمانة على غيرها من الأمارات ، ويجب عليه العمل بها لا بما ظنه بأضعف الأمارات والخواطر) (٦٢٦).

وإن محل عمل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار هو أمر الدنيا وما فيها من معاملات ، والمنفعة المحضة في المعاملة شحيحة وكذلك المضرة المحضة نادرة ، ومن ثم تظهر إشكالية الترجيح بين المنفعة والمضرة إذا حدث التعارض بينهما ، وانعدم النص من الكتاب والسنة

(٦٢١) ابن عبد السلام - شجرة المعارف - ص ٨٩. وانظر (ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ٦٣).

(٦٢٢) انظر (ابن عبد السلام - المرجع السابق - ص ٦٣) .

(٦٢٣) انظر (ابن عبد السلام - المرجع السابق - ص ٦٣) .

(٦٢٤) سورة النساء : آية ٩٤ .

(٦٢٥) سورة النجم : آية ٢٣ .

(٦٢٦) أبو خطاب محفوظ الكلواذاني - التمهيد في أصول الفقه - دار المدني - جدة - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م -

والإجماع للترجيح ، حينئذ يبنّي الترجيح على الغالب من الأمرين ، أي على مظان الأمرين ، فمظنة الشيء : أي الطرف الراجح من التردد بين أمرين ، وترجيح أحدهما على الغالب (٦٢٧) .

ويتم معرفة الغالب من الأمرين . المنفعة والمضرة . بالتجربة والعادة والظنون المعتمدة ، إذ أن معظم أمر الدنيا مبني على ذلك ، لقوله تعالى ﴿ اذْفَعْ بِأَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (٦٢٨) . ولقوله تعالى ﴿ لِنَبْلُوهُمْ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾ (٦٢٩) .

ووجه دلالة الآيتين : أن الأمور إذا أشكلت علينا والتبست تخيرنا أحسنها وأقربها إلى المصلحة وأبعدها عن المضرة ، وإذا تعارضت علينا الأدلة اتبعنا أرجحها وأقواها ، وإذا اضطربت علينا المسالك تخيرنا أسلمها (٦٣٠) "حيث أن أساس الوزن في الترجيح العلمي هو تغلب الظنون ، أو تغلب الظنين المتعارضين ، فأيهما كان أغلب ، كان هو الراجح ، وكان العمل عليه" (٦٣١) . والمجتهد مطالب بأن يلتزم الأقوى والأغلب من الأدلة والإمارات ، فما أفاد الظن الغالب مقدم على ما أفاد المغلوب (٦٣٢) .

وفي ذات المعنى قال العز بن عبد السلام : " لما كان الغالب صدق الظنون بنيت عليها مصالح الدنيا والآخرة ؛ لأن كذبها نادر ، ولا يجوز تعطيل مصالح صدقها الغالب خوفا من وقوع مفسد كذبها النادر ، ولا شك أن مصالح الدنيا والآخرة مبنية على الظنون كما ذكرنا " (٦٣٣) ، ووضع العز بن عبد السلام أساسا لهذا القول فقال : (ولا يوجد في هذه الشريعة مصلحة محضة منهي عنها ، ولا مفسدة محضة مأمورا بها) (٦٣٤) والعبرة في أمر الموازنة للغالب الشائع لا النادر ، كما قال صاحب الفروق : (اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر ، وهو شأن الشريعة وهو كثير لا يحصى كثرة) (٦٣٥) .

الأمثلة على مرجعية بناء الأحكام على المظان :

(١) منع التجار من المغالاة في الأسعار مراعاة لحاجة الناس ، وكان لولي الأمر أن يفرض التسعير الجبري .. مستعينا بأهل الخبرة ، حتى يتحقق التوفيق بين المصلحتين الخاصة للتاجر

(٦٢٧) انظر (الأئدي شهاب الدين - كشف الألفاظ - تحقيق د/ خالد فهمي - مكتبة الخانجي - القاهرة - ط ١ - ٢٠٠٢م - ص ٧) ، انظر (الرجزاني - التعريفات - تحقيق / عبد الرحمن عميرة - ص ١٨٨) انظر (الحدود الأنينة ص ٦٧) ، انظر (الكفوى - الكليات ص ٨٦٨) .

(٦٢٨) سورة المؤمنون : آية ٩٦ .

(٦٢٩) سورة الكهف : آية ٧ .

(٦٣٠) انظر (د/ أحمد الريسوني - نظرية التغريب والتغليب - ص ١٥٤) .

(٦٣١) د/ أحمد الريسوني - المرجع السابق ص ١٤ .

(٦٣٢) د/ أحمد الريسوني - المرجع السابق ص ١٤١ .

(٦٣٣) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام - ص ٢٠٦ .

(٦٣٤) العز بن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ١٣١ .

(٦٣٥) انظر (الشيخ / محمد علي بن حسين المكي المالكي - تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م - ٢٤٠/٤) .

والعامة في منع الإضرار بالناس من غلاء الأسعار بناءً على الغالب من المنفعة والمضرة .

(٢) منع الأفراد من إقامة فرن للخبز في سوق البزازين (٦٣٦) أو مصنع للأسمت في وسط حي للسكن ، دفعا للضرر العام عن أهل الحي (٦٣٧) .

وباستقراء ما ورد من أمثلة نجد أن اشتراط الضرر المحض ، أو المصلحة المحضة متعذر لذا بُنى الحكم على الغالب ، بل ما غلب على الظن وقوعه ، وعندئذ يمنع الفرد من التصرف ، وعليه أن يتحمل ضرره الخاص ، دفعا للضرر العام مادام الضرر هو الغالب ، وفي هذا المعنى قال الإمام الشاطبي : (لأن المصلحة إذا كانت غالبية ، فلا اعتبار بالندور في انخراطها) (٦٣٨) .

هذا وقد وضعت القواعد الفقهية التي تؤكد ما ذكرناه ، ومنها قاعدة (العبرة للغالب الشائع لا النادر) (٦٣٩) ومنها قاعدة (الأحكام إنما هي للغالب الكثير والنادر في حكم المعدوم) (٦٤٠) ومن هاتين القاعدتين يتضح لنا :

أن المنافع والمضار متفاوتة في العلو والرتبة والاعتبار لما غلب منها .

(٦٣٦) البزازين : جمع بَزَّاز أى صاحب حرفة . بيع الثياب والقماش ، والبَز : الثياب أو متاع البيت من الثياب ، انظر (الكفوى - الكليات - ص ٢٤٩) .

(٦٣٧) الدكتور / فتحي الدريني - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - مؤسسة الرسالة - ط ١ - ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م - ص ٢٣٧ .

(٦٣٨) الشاطبي - الموافقات - ٢ / ٣٤٨ .

(٦٣٩) انظر (الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٢٣٥ - مادة ٤٢ مجلة الأحكام العدلية) . وانظر (د/ عبد المجيد جمعة الجزائرى - القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لابن القيم - ص ٣٥٤ .

(٦٤٠) د/عبد المجيد جمعة الجزائرى - القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لابن القيم - ص ٣٥٤ .

المطلب السادس

العقل ومراعاة الضرورة والبداهة

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

إن الله ﷻ فطر عباده على معرفة معظم المصالح الدنيوية ليحصلوها ، وعلى معرفة معظم المفساد الدنيوية ليتروكوها ، ولو استقرى ذلك لم يخرج عما ركزه الله في الصباح من ذلك إلا اليسير القليل : (فمعظم ما نحث عليه الطباع تحث عليه الشرائع ، وما أنفق على الصواب إلا أولو الأبواب)^(٦٤١) ، ولقد هيا الله تعالى العقل الإنساني ليكون للبشر أداة إدراك ، وفهم ونظر وتلقى ، أيضا وموازنة ، فتطلق الإنسانية في الكون سعيا لتسخيره وعمارته وإصلاحه ، وفق سنن الله تعالى ، ونواميسه تحقيقا لمعنى الخلافة ، مهتدية بنور الوحي ومقاصد الشريعة^(٦٤٢) .

والقرآن الكريم دعى إلى النظر العقلى والتدبر فى الكون واستخراج أسرارہ قال تعالى : ﴿ قُلْ أَنْظَرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا تُغْنِي الْآيَاتُ وَالنُّذُرُ عَنْ قَوْمٍ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾^(٦٤٣) ، وعدّ العلماء إهمال النظر من المنهيات ، بدليل قوله تعالى : ﴿ أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبْلِ كَيْفَ خُلِقَتْ ﴾^(٦٤٤) ، والتقصير فيه تفريط فى أمر الله تعالى ، وإهمال لما أمر به المنظور فيه^(٦٤٥) .

والعقل من أشرف المخلوقات وأخطرها ، فهو حجة للتوحيد كالسمع ، قال تعالى : ﴿ وَقَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ ﴾^(٦٤٦) ، أى نسمع قول الرسول ﷺ ، أو نعقل وجه الدليل ، فهو محل معرفة الإله ومناطق خطابه وتكاليفه^(٦٤٧) ، ويتوصل به إلى معرفة مصالح الدنيا ومفاسدها ، ولا يخفى على عاقل أن تحصيل المصالح المحضة ، ودرء المفساد المحضة عن نفس الإنسان ، وعن غيره محمود حسن ، ولا يسمى عاقلا إلا من عرف الخير فطلبه ، والشر فتركه^(٦٤٨) ، وهذا متعلق بالدار الدنيا ، أما الآخرة فطريقها الشرع .

ولطريق العقل فى الموازنة بين المنافع والمضار ضوابط :

قد يتوصل الإنسان بعقله إلى إدراك المنفعة ؛ لكنه مهما بلغ من قدرة على الإدراك فسيظل عاجزا عن إدراك مصالحه ، ومصالح غيره ، وغالبا ما يتوهم الإنسان أن فى الشيء منفعة فى الدين ، أو الدنيا ، ثم تكون المنفعة مرجوحة كمن توهم بأن فى الخمر نفعا ، فكان الرد من

(٦٤١) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٢/٢٣١ .

(٦٤٢) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام - دار النفائس - الأردن - الطبعة الأولى - ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م - ص ١٩٤) .

(٦٤٣) سورة يونس : آية ١٠١ .

(٦٤٤) سورة الغاشية : آية ١٧ .

(٦٤٥) انظر (ابن عبد السلام - شجرة المعارف - ص ١٠٥) .

(٦٤٦) سورة الملك : آية ١٠ .

(٦٤٧) انظر (ابن عبد السلام - شجرة المعارف - ص ٣٨٠) .

(٦٤٨) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٦/١ .

الله تعالى : ﴿ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ (٦٤٩).

لذا كان من اللازم إيجاد ضوابط للعقل تمنعه من الانحراف في النظر ، وتعصمه في التفكير من الزلل .

الضابط الأول : الحذر من أحادية البحث عن المصالح ، وضرورة أن تكون المعرفة بالأمور الدنيوية والأخروية ماثلة أمام الباحث ، قال تعالى : ﴿ يَعْلَمُونَ ظَاهِرًا مِّنَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ عَنِ الْآخِرَةِ هُمْ غَافِلُونَ ﴾ (٦٥٠). أى : (يعلمون تصرفا ظاهرا أو سعيًا ظاهرا ، من تصرف الحياة الدنيا أو من سعى الحياة الدنيا ، وهم عن عمل الآخرة ، أو عن سعى الآخرة معرضون) (٦٥١).

وهذا الضابط يهدف إلى بيان رفض النظام الإسلامى لنظرية التجزئة التى تنادى بالعقل وحدة ، أو بالحس فقط كمصدر أساسى للمعرفة الصحيحة ، أو بالنظر إلى الدنيا بمعزل عن الآخرة ، أو العكس ؛ ولكنه يدعو فى المقابل إلى النظرة الكلية الشاملة فى توجه الإنسان المعرفى ، حتى لا تكون الذات الإنسانية فريسة لمحدودية العقل والحس.

فلولا الرسالة لم يهتد العقل إلى تفاصيل النافع والضار فى المعاش والمعاد (٦٥٢)، ولولا العقل لما كانت التكاليف إذ (بالعقول يحصل التكليف ، وبها تدرك مصالح الدنيا) (٦٥٣).

فالعقل أسُّ الفضائل وعماد الدنيا ، والقرآن يمدّه بما يبصره ، فمن اتبع ما أناره له العقل نجا وفاز ، ومن عاج (٦٥٤) عنه هلك ، وربما أهلك ، قال تعالى ﴿ فِي ذَلِكَ لَذِكْرٌ لِّمَن كَانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعَ وَهُوَ شَهِيدٌ ﴾ (٦٥٥). أراد بذلك العقل، إذ إن قوة العقل تعين النفس المميّزة على نصرة العدل (٦٥٦) ، ويكفيك من منفعتة أنه يهديك إلى صدق النبى ﷺ ويفهمك موارد إشاراته (٦٥٧).

الضابط الثانى : الحذر من اتباع الهوى عند البحث عن المصالح ، وما ذاك إلا لأن الهوى آفة العقول ، فإذا تحكّم فى النفس أضل العقل ، وجعله يرى الحسن قبيحا ، والقبيح حسنا ، كما يكون اتباع الهوى فى الأحكام الشرعية مظنة ؛ لأن يحتال بها على أغراضه فتصير

(٦٤٩) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٦٥٠) سورة الروم : آية ٧ .

(٦٥١) د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام - هامش ص ١٧٦ .

(٦٥٢) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٥٥/١٩ .

(٦٥٣) د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام - هامش ص ١٩٧ .

(٦٥٤) عاج : يعوج إذا عطف ، والعوج : الانعطاف فيما كان قائما فمال كالرمح والحائط . انظر (ابن منظور - لسان العرب

مادة - عوج - ٣٣١/٢ : ٣٣٢) .

(٦٥٥) سورة ق : آية ٣٧ .

(٦٥٦) انظر (ابن حزم - الإحكام فى أصول الأحكام - ٧/١) .

(٦٥٧) أبوحامد الغزالي - إحياء علوم الدين - تحقيق / بدوى طبانة - دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبى القاهرة -

٣١/١ .

كآلة المعدة لاقتناص الأغراض^(٦٥٨).

الضابط الثالث : أن يكون للعقل فى النظر مستند شرعى :

إن إعمال العقل بالبحث ، والنظر فيما هو نافع لجلبه ، وفيما هو ضار لدرءه أمر مطلوب ؛ لكنه مشروط بأن يكون له مستند من أصل شرعى ؛ لأن (عقول العقلاء قد تختلف ، وتباين على النقائض ، والأضداد فى المظنونات ، ولا يلزم مثل ذلك فيما له أصل أو تقريب ، فإذا ما تشوّف الناظرون إلى الأصول الموجودة ، فإذا رمقوها واتخذوها معتبرهم ، لم يتباعد أصلا اختلافاهم)^(٦٥٩).

ومن ثم فإنه عند العجز عن وجود الدليل القطعى الدلالة يلزم المجتهد عقله ضرورة ، أخذاً فى حسابه التجارب بداهة .

العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أمر تفرضه الضرورة فى كثير من الأحيان وتشهد له البداهة العقلية ، وبخاصة إذا تعد الحصول على المنافع المحضة ، أو درء المضار المحضة ، وقد يغيب النص الذى يحكم الواقعة ، أو ترد نصوص ظنية تقوى قولاً معيناً ، وترجع فعلاً خاصاً ، فهل نعطل النصوص ؟ وهل يجوز لنا التوقف أمام واقع الحياة المتجدد ، السريع التغير ؟ أم نسأى بين الراجح والمرجوح ، والغالب والمغلوب ؟ الإجابة : لا ، إذ أن الضرورة بين التى لا بد منها لقيام الحياة للعباد ، بحيث إذا اختلفت كلها أو بعضها ، اختل نظام حياتهم وعمتهم الفوضى وهى التى يحتاج الناس لها من أجل أن يقوم أمر الحياة ونظام الوجود على صلاح واستقرار واستقامة ، لا على فساد وتهارج^(٦٦٠) وكذلك البداهة التى تعنى : فعل الأولى فى كل شيء والأغلب والأرجح ، بحيث لا يسع العقل سوى إلا الانصياع لها وقبولها^(٦٦١) وهى أخص من الضرورى ، فإذا كانت الضرورة تعنى : فعل ما يحتاجه الناس ولا تقوم حياتهم إلا به ، فإن الأمر البديهي يعنى فعل الأولى فيه والأغلب .

ومن هنا فإن الضرورة الواقعية والبداهة العقلية تدفعان إلى الأخذ بالأغلب والأرجح من المنفعة والمضرة ، وتشيران إلى أنه هو الصواب ، والعمل به هو الصواب ، ولو احتمل الخطأ فى باطن الأمر الذى لا علم لنا به ، (إذ الأصل أن أمور المسلمين محمولة على السداد والصلاح حتى يظهر غيره)^(٦٦٢) وفى هذا المضمون وضع العلماء عدة قواعد من أهمها :

(٦٥٨) انظر (الشاطبى - الموافقات - ١٣٤/٢) .

(٦٥٩) الجوينى - البرهان - ١٦٤/٢ .

(٦٦٠) انظر (الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن - المصالح المرسلة ، الكتاب الجامعى - كلية الشريعة جامعة الأزهر ١٩٩٧م - ص ٢٣) ، انظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمى - علم مقاصد الشريعة . مكتبة العبيكان . الرياض . ط ١ - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١م - ص ٨٥) ، وانظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٢٦٧) ، انظر (الكفوى - الكليات - ص ٥٧٦) ، انظر (الجرجاني - التعريفات - ص ١٧٩)

(٦٦١) انظر (الكفوى - الكليات - ص ٢٤٨) ، انظر (الجرجاني - التعريفات - ص ٦٨) ، انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ١٠٤) .

(٦٦٢) الإمام أبو زيد عبيد الله عمر بن عباس الدبوسى الحنفى - تأسيس النظر - تحقيق / مصطفى محمد القبانى الدمشقى

- ١ المتصرف على الرعية منوط بالمصلحة (٦٦٣) .
 - ٢ الضرورات تبيح المحظورات (٦٦٤) .
 - ٣ الضرورة تقدر بقدرها (٦٦٥) .
 - ٤ الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة (٦٦٦) .
 - ٥ المضرر يدفع بقدر الإمكان (٦٦٧) .
- وحتى لا يفتح باب تعطيل النصوص باسم المصالح والضرورات يجب أن تتوافر عدة شروط للعمل بمرجعية الضرورة والبداهة منها :
- ١ أن يكون النفع أو الضرر محققا مطردا .
 - ٢ أن يكون النفع أو الضرر غالبا واضحا ، تنساق إليه عقول العقلاء والحكماء ، بحيث لا يقاومه ضده عند التأمل .
 - ٣ أن يكون أحد الأمرين من النفع أو الضرر معضدا بمرجع من جنسه (٦٦٨) .
- وأهم من ذلك أن لا يكون في العمل بأحدهما مخالفة للنصوص الشرعية والقواعد الكلية (٦٦٩) . قال تعالى ﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾ (٦٧٠) ، وهناك بعض الأمثلة بالعمل بمرجع الضرورة والبداهة منها :
- أولا : إذا وقعت ضرورة عامة للأمة وتحتاج إلى مال كي تقوم بها فإن وجود هذه الضرورة يبيح المحظور ، وهو الأخذ من فضل أموال الموسرين ، مع أن أخذ مال الغير محظور في الأصل لحرمة الأملاك الخاصة (٦٧١) إلا أنه أبيض للضرورة ، بناء على قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) (٦٧٢) ، ويجب على ولي الأمر أن يأخذ من مال الأغنياء بقدر الحاجة بناء على (

- دار ابن زيدون . بيروت . مكتبة الكليات الأزهرية . القاهرة (د:ت) - ص ١٦٢) .

(٦٦٣) الزركشى - المنتور في القواعد - ٣٠٩/١) وانظر (السيوطي - الأشباه والنظائر - ص ٣٣١) .

(٦٦٤) ابن نجيم الحنفى - الأشباه والنظائر - ص ٨٧ ، وانظر (الزركشى - المنتور في القواعد - ٣١٧/٢) .

(٦٦٥) ابن نجيم الحنفى - الأشباه والنظائر - ص ٨٧ ، وانظر (الزركشى - المنتور في القواعد - ١٣٨/٣) .

مثل : (١) معونة الشتاء (٢) خصم أيام من راتب العاملين في الدولة لسداد الديون المصرية (٣) ومثله ما حدث لنصرة الشعب الفلسطيني .

(٦٦٦) الزركشى - المنتور في القواعد - ٢٤/٢) وانظر (السيوطي - الأشباه والنظائر - ص ١٨٠) .

(٦٦٧) الشيخ الزرقا - شرح القواعد الفقهية - مادة ٣١ . مجلة الأحكام العدلية - ص ٢٠٧ .

(٦٦٨) انظر (الأستاذ / أحمد بوعود - فقه الواقع أصول وضوابط . المغرب: كتاب الأمة عدد ٧٥ / ١٤٢١ هـ . ص ١٥٥ ، ١٥٦) .

(٦٦٩) انظر (القراضوى - السياسة الشرعية . مكتبة وهبة . القاهرة . ط ١٩٠٩ هـ / ١٩٩٨ م - ص ١٧١) .

(٦٧٠) المؤمنون : آية ٧١ .

(٦٧١) انظر (الأستاذ/ صلاح الدين عبد الحليم سلطان - سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية والضرائب . تقديم د / محمد بلتاجي - دار هاجر للطباعة والنشر - ط ١ - ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م - ص ٢٢٢) .

(٦٧٢) ابن نجيم الحنفى - الأشباه والنظائر - ص ٨٧ . الزركشى - المنتور في القواعد - ٣١٧/٢ .

ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها^(٦٧٣) ووجه المنفعة هنا واضح ، حيث افتقار الإمام المطاع إلى تكثير الجنود ، وسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الأقطار ، ومصلحة الأمة ظاهرة « إلا أنها في محل ضرورة فتقدر بقدرها ، فلا يصح هذا الحكم إلا مع وجودها »^(٦٧٤) .

ثانيا : الرسائل الشخصية لها حرمة خاصة في ضوء النهي عن التجسس لقوله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(٦٧٥) ، إلا أن هذا ليس على إطلاقه فقد تتعارض مع مصلحة الأمة في تحقيق أمنها ، لذا فإن النظر فيها جائز عند الحاجة والضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها ، بل قد يكون النظر في الرسائل الشخصية واجبا خصوصا إذا كان فيها ضرار على المسلمين ، وقد يأخذ النظر إليها سبيل القوة بالقانون وفق القاعدة التي تقول (الضرر يزال)^(٦٧٦) .

وذلك دون إذن من صاحبها ، وعمدنا في ذلك : حديث حاطب بن أبي بلتعة^(٦٧٧) الذي رواه على بن أبي طالب عليه السلام^(٦٧٨) . « فقلنا أخرجى الكتاب فقالت ما معي من كتاب ، فقلنا : لتخرجن الكتاب أو لتلقين الثياب ، فأخرجته من عقاصها »^(٦٧٩) «^(٦٨٠) .

ووجه دلالة الحديث : إنه لا يجوز فتح رسائل الغير إلا إذا كان فيه مصلحة للمسلمين أو كان فيه ضرر عليهم^(٦٨١) (والطريق الذي استخرج به الكتاب من المرأة من السياسة الشرعية)^(٦٨٢) . بل هو من باب الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة ، ومن ثم يجوز لنا أن نقول : إذا انعدم النص قرآنا وسنة وإجماعا ، وكان أمر المنفعة واضحا وحاجة الناس إليه ضرورية ، جاز لنا أعمال الموازنة في الواقعة بشرط عدم المخالفة للنصوص القطعية ، وما أجمعت عليه الأمة من ثوابت ، ومن هنا حق لأهل الاجتهاد والنظر أن يوجدوا لكل واقعة مرجعية حتى يتسنى لولى الأمر أن يتدخل لتحقيق العدل والمصلحة ، ودرء المضرّة والمفسدة ، اللتين هما (قطب الرحي

(٦٧٣) ابن نجيم الحنفى - الأشباه والنظائر - ص ٨٧ ، ويعضد بقول العز في مسألة (يؤخذ من الأمراء قبل عموم الناس) .

(٦٧٤) الاعتصام للشاطي ٣٥٩/٢ .

(٦٧٥) سورة الحجرات : آية ١٢ .

(٦٧٦) مادة (٢٠) - مجلة الأحكام العدلية - انظر (أ . د / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى - ص ١٩٨) .

(٦٧٧) حاطب بن أبي بلتعة : يكنى بأبى محمد وهو مالك بن عدى بن الحارث بن مرة بن أد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان بن سبأ بن يشجب بن يعرب بن قحطان توفي سنة ٣٠ هـ - انظر (الطبقات الكبير لابن سعد - ١٠٦/٣ .

(٦٧٨) على بن أبى طالب عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم - (ت . ٤٠ هـ) - انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب ٢١١/٤) .

(٦٧٩) عقاصها : مشتقة من : عقص شعره أى صغره وفتله ، وعقاصها : أى ضفائرها ، انظر (الفيروزابادى - القاموس المحيط - ٣٠٦/٢) .

(٦٨٠) رواه البخارى - تفسير الممتحنة برقم (٤٨٩٠) - انظر (ابن حجر - فتح البارى - ١٩/١١) .

(٦٨١) انظر (د / محمد رآكان الدغمى - حماية الحياة الخاصة فى الشريعة الإسلامية . دار السلام - ط ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م - ص ١٢٠ ، ١٢١) .

(٦٨٢) ابن فرحون - تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الحكام - مطبعة الحلبي - القاهرة - ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م - ١٣٩ / ٢ .

لأحكام السياسة الشرعية قد تقتضي كل منهما من ولي الأمر التدخل في شئون الأفراد في كل ظرف يغلب على الظن فواتها بعدم التدخل ، كما في الاحتكار ، والتسعير الجبري وأخذ فضل من أموال الأغنياء لدفع خطر طارئ على البلاد أو ما أشبه ذلك سواء أكان التدخل في حق أصل الملكية ، كما في منع الاحتكار ، والتسعير الجبري أو في منع المباح إذا أفضى استعماله إلى ضرر عام^(٦٨٣). ومن هنا جاز لولي الأمر أن يقيد استعمال الحق بالقدر الذي يصون المنفعة العامة ، ويدفع المضرة العامة .

تنبيه :

قد يتبادر إلى الذهن بمجرد النظر إلى مرجعية الضرورة والبداهة ، أن بينها وبين بناء الأحكام على المظان تشابها ، فعلى الرغم مما بينهما من تشابه في الظاهر ، إلا أننا أفردنا مبحثا للضرورة والبداهة ، وفصلناه عن مبحث بناء الأحكام على المظان لاعتبارات خاصة تجعله مفارقا للأخير ، ولعل أهم هذه الاعتبارات التي دعت إلى فصله هي :

أولا : أن الضرورة والبداهة يحصل بدون فكر ونظر ، حيث يتضح أمرها ويفرض نفسه على الذهن الصافي الذي لا يسعه إلا قبوله والانصياع له^(٦٨٤) بخلاف بناء الأحكام على المظان التي يحتاج فيها إلى بذل جهد ونظر للترجيح والأخذ بالغالب .

ثانيا : الضرورة والبداهة محلها تقديم الضروري على الحاجي والتحسيني ، بينما بناء الأحكام على المظان محلها الترجيح بين أمرين في مرتبة واحدة ، كأن يترد الأمران في مرتبة الضروري ، أو في مرتبة الحاجي ، والتحسيني ، والمعنى أن يكون بناء الحكم على الغالب بين أمرين ضروريين فأيهما غلب بنى الحكم عليه .

وبعد البيان لأساس النظرية في ضوء النظام الإسلامي ، وجب علينا الانتقال للتعرف على أساس مشروعيتها القانونية في النظم الوضعية .

(٦٨٣) الدكتور / فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده . طبعة مؤسسة الرسالة - ط ١ - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م . ص ١٧٣ : ١٧٤)

(٦٨٤) انظر (د/ القطب سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه ص ١٠٤) .

المبحث الثاني

مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

تعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من المستجدات الرقابية على سلطة الإدارة التقديرية ، ولذا كانت الحاجة ملحة لمعرفة تأصيلها ، وبيان أساس مشروعيتها ، ولاسيما وأن منهجها يجسد في الواقع رمز العدالة في ذاته ، وهذا هو الغرض من القانون ووظيفته جملة وتفصيلا ، إذ إن القانون يهدف إلى غرضين رئيسيين : الأول : صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة .

الثاني : حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامة (٦٨٥) .

ووظيفة القانون الأساسية هي : تنظيم المجتمع تنظيما يحقق هذين الغرضين ، وبوفق بينهما ، أو بعبارة أخرى هي تنظيم المجتمع تنظيما يحقق الخير العام ① (٦٨٦) ، كما أن كل نظام يرمي إلى تحقيق الخير العام يجب أن يكون العدل أساسه ، وكل توفيق بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة يجب أن يكون نتيجة موازنة عادلة بين هذه المصالح المختلفة » (٦٨٧) .

وإذا كانت المشروعية تعني سيادة القانون ، واحترام أحكامه بل وسرياتها على كل من الحاكم والمحكوم ، فإن المشروعية تفترض توافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة ومواطنيها مع القواعد القانونية ، وهذا ما أكدته دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١م في المادة (٦٤) منه ، والتي تنص على أن [سيادة القانون أساس الحكم في الدولة] (٦٨٨) . بل إن القانون الإداري ، الذي هو عمدتنا فيما نحن بصدده يتميز بأصالة قواعده ، وخروجها على القواعد المألوفة في القانون الخاص ، إذا إن المشرع لم يلزم القضاء الإداري بتطبيقها على أقضية الإدارة ، بل ترك للقضاء الإداري سلطة واسعة في ابتداع الحلول المناسبة مع عدم تقييده بقاعدة بعينها ، إلا أن يكون المشرع قد ألزمه بها (٦٨٩) ، والحق يقال إن الأصل ألا نستقل القاعدة القانونية الواحدة بذاتها ، بل أن نتعاون مع قواعد قانونية أخرى لتحقيق هدف معين (٦٩٠) . وهذا ما أحدثه القضاء الإداري وَفَضَّلَ به على غيره ، وبذلك ظفر بالمرونة والقدرة على مسايرة التطور والاستجابة لدواعي المصلحة ، وكان من بين ذلك تلك النظرية التي نُحَدِّد معالم مشروعيتها ، ونذكر مصادرها ، المتمثلة في القواعد الدستورية ، والقوانين العادية ، وموقف القضاء منها ، في كل من فرنسا ومصر ، من خلال المطالب التالية :

(٦٨٥) انظر (الدكتور / سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني - ص ٨) .

(٦٨٦) (الدكتور / سليمان مرقس- المرجع السابق : ص ٨) .

(٦٨٧) (الدكتور / سليمان مرقس- المرجع السابق : ص ٨) .

(٦٨٨) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ١٦ ، ١٨) .

(٦٨٩) انظر (عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية . دراسة مقارنة - ص ٢٠١) .

(٦٩٠) انظر (د/ سليمان مرقس- الوافي في شرح القانون المدني - ص ٢٧) .

- الأول : الدستور ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار .
- الثاني : القوانين العادية ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار.
- الثالث : القضاء الإداري ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

المطلب الأول

الدستور

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

يعد الدستور قانوناً أعلى للقضاء الإداري بل هو الأساس في كل دولة إذ منه تنحدر التشريعات العادية ، وتظهر أهميته للقضاء الإداري حين لا يجد القاضى نصاً تشريعياً يحدد له الجزاء الذى يترتب على مخالفة ما . ومن ثم يتعين على القاضى أن ينشأ قاعدة قانونية يستخلصها من روح التشريع والمبادئ التى أرساها الدستور^(٦٩١) .

والنظرية التى نحن بصددھا يجد القضاء الإداري لها مرجعية في الدستور ، وإن كانت النظرية من إنشائه شكلاً إلا أن جوهرها ومضمونها في الدستور ، فقد وضع الخطوط العامة لمثل هذه النظرية ، وترك للقضاء التفاصيل ، ولا سيما وأن معظم نظريات القانون الإداري ومبادئه هي من صنع القضاء حين الميلاد كشفاً ، وابتكار حكم لها حين التطبيق إنشاءً^(٦٩٢) .

أولاً : الدستور الفرنسي :

الدستور الفرنسي رسم للقضاء الإداري خطوطاً عريضة لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وخصوصاً وأنه ذكر ذلك مجملًا في مواد « إعلان حقوق الإنسان والمواطن »^(٦٩٣) ، والملحقة بالدستور الفرنسي الصادر في ٤/١٠/١٩٥٨ م ، والذي أعلن فيه الشعب الفرنسي ارتباطه بحقوق الإنسان ، فلقد ذكرت المادة الثانية من الإعلان لحقوق الإنسان [أن هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم ، هذه الحقوق هي الحرية ، الملكية ، الأمن ، ومقاومة الطغيان]^(٦٩٤) .

وذكرت المادة الخامسة أيضاً [لا يحق للقانون أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع ، كل ما لا يحرمه القانون لا يمكن منعه ، ولا يمكن أن يجبر أحدٌ على فعل ما لا يأمر به القانون]^(٦٩٥) .

وأيضاً ذكرت المادة السابعة عشرة من الإعلان قولها [لما كانت الملكية حقاً مصوناً ومقدساً ، فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة

(٦٩١) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ٣٩١) .

(٦٩٢) انظر (د/ أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون . الكتاب الأول . الكتاب الجامعي . جامعة عين شمس . دار وهذان للطباعة والنشر - ص ٧٧) ، وانظر (دكتور / مصطفى عبد الحميد عدوي ، والدكتور / محمد محيى الدين إبراهيم - مبادئ القانون الكتاب الجامعي . جامعة المنوفية . كلية الحقوق ٢٠٠٢ م . ص ٤٩) .

(٦٩٣) صدر إعلان حقوق الإنسان في ٢٦ أغسطس ١٩٧٨ م .

(٦٩٤) الدستور الفرنسي الطبعة الجديدة باللغتين العربية والفرنسية ١٩٩٩ م - ص ٢٨ .

(٦٩٥) نفس المرجع السابق ص ٣٠ .

قانونا، ويشترط التعويض العادي والمسبق [(٦٩٦)] .

أيضا نصت المادة السادسة عشر على أن: [كل مجتمع لا يكون ضمان الحقوق مكفولة فيه ، ولا الفصل بين السلطات قائما فيه ، هو مجتمع لا دستور له قط] (٦٩٧) .

وإنه باستقراء هذه المواد يتبين لنا أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار محمولة في نصوص الدستور الفرنسي ، حيث أنه يمثل ما استقر في ضمير المجتمع الفرنسي من تقدير لحقوق الإنسان وحرياته ، والحق يقال : أن الدستور الفرنسي وضع لنظرية الموازنة القواعد العامة لإعمالها ، ووضح هذا في عدة عبارات ، منها ما ورد في نص المادة ١٧ (لما كانت الملكية حقا مصونا ومقدسا ، فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة قانونا) وكلمة ضرورة تعني : الاحتياج الذي يترتب على فقده الهلاك للمجموع .

وكذلك عبارة (ضمان الحقوق) وعبرة (الحفاظ على الحقوق) . ومن ثم فالموازنة بين المنافع العامة والخاصة أمر ثابت ، وكذلك بين الضرر العام والخاص ، وكذلك الضرر الأعظم الذي يترتب عليه هلاك المجموع .

ولقد تمثل دور القاضي الإداري بالنسبة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أنه عمل على إظهار مبدأ جديد يحد به من سلطة الإدارة التقديرية في وقت اتسعت فيه أنشطة الدولة الاقتصادية وتطورت فيه مقتضيات التخطيط وال عمران .

وقد جعل القضاء الإداري من نظرية الموازنة بين المنافع والمضار سياق حماية للحقوق والحرريات الفردية مراقبا بها الأثر المترتب على القرار الإداري ، موازنا بين الأضرار والمنافع لإيجاد حد الاعتدال بين حقوق الأفراد والإدارة (٦٩٨) .

ثانيا : الدستور المصري :

الدستور المصري كغيره من الدساتير يعد حاميا للحريات والحارس على حقوق الأفراد ، وبخاصة أمام السلطة التقديرية للإدارة ، والذي يدفعنا إلى القول بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لها تأصيلها في الدستور المصري دون وجل ، أننا وجدنا الدساتير المصرية بدءا من دستور ١٩٢٣م حتى دستور ١٩٧١م حريصة على معالجة أمر هذه النظرية وذلك في ضوء المادة ٣٤ من الدستور الحالي [أن الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض وفقا للقانون] (٦٩٩) ، وأيضا نص المادة ٥٧ والتي تقول أن [كل اعتداء على الحرية الشخصية ، أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين ، وغيرها من الحقوق ، والحرريات العامة التي

(٦٩٦) الدستور الفرنسي ص ٣٠ .

(٦٩٧) الدستور الفرنسي ص ٣٠ .

(٦٩٨) انظر (د / محمود حلمي - القضاء الإداري . دار الفكر العربي . ط ٢ - ١٩٧٧م . ص ١٠) .

(٦٩٩) دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له . هيئة المطابع الأميرية ط ٨ - ١٩٩٩م - ص ٦ .

يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء [(٧٠٠)] .

ويتبين من هذين النصين المذكورين أنهما قد كفلا حماية الملكية الخاصة وفي ذات الوقت أجازا للدولة بصفة استثنائية اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد في ظل ضوابط معينة أهمها :

١- أن يكون نزع ملكية هذه العقارات لازماً للمنفعة العامة ، فتوافر المنفعة العامة هو الركن الأساسي الذي يتركز عليه أي قرار خاص بنزع الملكية ، وبدونه لا يكون له أي كيان قانوني .

٢- أن يتم ذلك مقابل تعويض الملاك الذين تنزع ملكيتهم تعويضاً عادلاً نظير ما أصابهم من ضرر (٧٠١) .

ومن ثم فإن القاضي الإداري حين يفك القيد عن يده ، ويطلقها ليُعملَ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مراقبته لأعمال السلطة الإدارية الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة فيوازن بين ما يترتب عليها من ضرر عام على الأفراد أعظم من المنفعة العامة المرجوة ، إنما يجد لميزان ترجيحه لكلا الأمرين مرجعية دستورية ولاسيما وأن القاضي من مهامه الأولى إظهار مبدأ الاعتدال والاتزان في الدولة .

مما سبق يتضح لنا : أن كلا من الدستورين الفرنسي والمصري قد وجدت فيه القواعد العامة التي فتحت الباب للقضاء الإداري إلى أعمال الموازنة بين المنافع والمضار على القرارات الإدارية المتعلقة بتحقيق المنفعة العامة .

أما محل الاختلاف بينهما فنجد أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد طبقها مجلس الدولة الفرنسي حين وُجدت الواقعة التي تستوجب تطبيقها ، وهنا بدأ البحث عن تأصيل قانوني لها من خلال الدستور كما ذكرت سلفاً .

في حين أن الدستور المصري يحمل تأصيلها قبل تطبيقها بناءً على نص المادة الثانية منه ، والتي تقول : « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع » (٧٠٢) ، ومن هنا جاز لنا أن نقول أن لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيل دستوري وفق المادة السالف ذكرها ، حيث إن الشريعة الإسلامية . دون عصبية . قد حوت في ظل مبادئها الراقية قواعد هذه النظرية ، مما جعل للدستور المصري فضل السبق على نظيره الفرنسي في هذا الميزان .

(٧٠٠) دستور جمهورية مصر العربية ص ١٠ .

(٧٠١) انظر (تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكاتب لجان الإسكان والمرافق العامة والتعمير عن مشروع قانون بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين » القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠م ص ١٣ ، المطابع الأميرية . الطبعة الخامسة ٢٠٠٠ م) .

(٧٠٢) دستور جمهورية مصر العربية . ص ١ .

المطلب الثاني

القوانين العادية

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

تعد القوانين العادية بقسميها المكتوب وغير المكتوب المصدر الثاني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وذلك لانعدام القانون الإداري عن قاعدة حاکمة لعملية الموازنة بين المنافع والمضار ، وهذا غالب أمره ، فإن قواعده مبعثرة في أكثر من قانون ، وليس هذا بمنقصة فيه بل هو دليل على تميزه بالمرونة شكلا وموضوعا على نظائره من القوانين العادية المدنية وغيرها ، فهي مجرد قضاء تطبيقي لما وضع لها من نصوص لا تحيد عنها ، ولا تخرج عن حدودها .

ومن ثم فليس لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار قانون خاص يبين مدار عملها وكيفية تطبيقها ، بل هي تستمد مادتها من القوانين الأخرى مدونة كانت أم لا ، كالقانون المدني والعقوبات ، وكذلك المعاهدات الدولية أعني بها القوانين التي تلي الدستور في الدرجة ، بدءاً بما صدر من السلطة التشريعية منتهيا بالعرف ، وتمثل القوانين العادية بقسميها المكتوب وغير المكتوب ، الأساس الثاني لمشروعية الموازنة بين المنافع والمضار ، فالغالب على قواعد القانون الإداري أنها تستمد مادتها من القوانين الأخرى المدونة وغير المدونة ، مدونة كالقانون المدني ، وقانون العقوبات ، وكذلك المعاهدات الدولية^(٧٠٣) وقوانين البيئة العالمية^(٧٠٤) والعرف والمبادئ العامة للقانون .

وبناء على ذلك فإن دور القاضي الإداري إذا ما وُجد نص دستوري أو تشريعي أن يقوم على تفسيره وتوضيحه وبيان مجاله^(٧٠٥) ، إذا كان له علاقة بالموازنة بين المنافع والمضار ، وهذا بخلاف دوره إذا ما كان المصدر عرفا أو مبادئ عامة للقانون فإنه يستعين بهما في استنباط قاعدة حاکمة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(٧٠٦) .

ولذا كان لزاما أن نستخرج معالم لنظرية الموازنة من بين ثنايا القانون المدني ، وكذلك

(٧٠٣) المعاهدات الدولية وقوتها : تلحق المعاهدات الدولية بالتشريع في مصر حين تكون الدولة طرفا فيها ، حيث نصت المادة (١٥١) من الدستور الحالي على أن (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها لمجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ، ونشرها وفقا للأوضاع المقررة) . إلا أن المعاهدات في بعض البلاد كفرنسا تعتبر في مرتبة أعلى من التشريع العادي ، أي في مرتبة وسط بين الدستور والقانون العادي .

انظر (الدكتور / محمد مرغني - القضاء الإداري ومجلس الدولة - الكتاب الجامعي ١٩٩٤ م . ٢٤/١) .

(٧٠٤) المرجع السابق ٢٢/١ .

(٧٠٥) د / محمود حلمي ، د / فؤاد محمد النادي - الوجيز في مبادئ القانون الإداري . ص ١٨ .

(٧٠٦) انظر (د / محمود حلمي المرجع السابق ص ١٨) .

أولاً : القانون المدني ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

ثانيا : المبادئ القانونية العامة ونظرية الموازنة :

وهي أحد المصادر للقانون الإداري غير المدون ، وسر تميز المبادئ القانونية العامة أنها توصف بالعمومية ، والنسبية والقابلية للتغيير^(٧١٠) أيضا تكتسب مصداقيتها من ضمير الجماعة

ونعني بالنسبية والقابلية للتغيير ، أنها لا توجد في كل الدول بنفس القوة والقدر ، وإنما تتفاوت درجة العمل بها من دولة

وأخلاقياتهم ، وما يرتضيه هذا الضمير من قيم ومبادئ قانونية ، هذا بخلاف ما يردده بعض أساتذتنا من أنها من خلق القضاء وصنعه ^(٧١١) ، وهذا رأي بعيد عن الواقع . وما أميل إليه وتطمئن له النفس ، ما قاله أستاذي الدكتور : محمد مرغني خيري : (إن دور القاضي لا يتعدى أن يكون دور المكتشف أو المعلن عن شيء هو موجود من قبل ، إن دور القاضي في الكشف عن المبادئ القانونية العامة لا يتجاوز كثيرا دور « أرشيمدس » في الكشف والإعلان عن قانون الطفو) (٧١٢) .

وللمبادئ القانونية العامة أثر واضح في إعمال نظرية الموازنة في كل من فرنسا ومصر ، وبخاصة وأن المنازعات التي تعرض على القضاء كثيرة ومتنوعة فإذا لم يجد لها نصا يحكمها ، كان لزاما عليه أن يبحث عن الحل المناسب للنزاع في ضوء المبادئ القانونية العامة ، وأن يستوحي للمنازعة قاعدة تحكمها من قانونها الطبيعي ومبادئ العدالة ^(٧١٣) .

١- ففي فرنسا ظهرت أهمية العمل بالمبادئ القانونية العامة في فرنسا ، كأحد مصادر القانون ، حين لجأ مجلس الدولة الفرنسي إليها بكثرة منذ سنة ١٩٤٠م ، وذلك عقب اجتياز الجيوش الألمانية لفرنسا أثناء الحرب العالمية الثانية ، وسقوط الجمهورية الثالثة ^(٧١٤) ، وإقامة حكومة مؤقتة خاضعة لسلطات الاحتلال الألماني وإنهاء الدستور وما فيه من نصوص حامية لحقوق الأفراد وحررياتهم . وهنا لجأ مجلس الدولة إلى استخلاص بعض المبادئ القانونية لحماية

لأخرى ، فمثلا « مبدأ حرية التجارة والصناعة » تجد له بريقا قويا في الدول الرأسمالية . كالولايات المتحدة الأمريكية . هذا بخلاف بعض الدول الاشتراكية والشيوعية ، أما التغيير فمن السهل تغييرها دون قيود إجرائية كما في غيرها من التشريعات . (٧١١) كلمة " الخلق " تعني الإيجاد من العدم ، والحق يقال أن المتصف بها وحده هو الله ﷻ لقوله تعالى ﴿ أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ ، تَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾ . فلا يجوز أبدا أن يتصف بها الخلق ، وإنما يجوز أن يقال . جَعَلَ . أي صياغة الشيء بعد وجوده ، ومن ثم فإن دور القاضي هنا دور كاشفي للمبدأ العام . لا خلقي ، أما كلمة " الصنع " إذا كانت تعني الصناعة الموضوعية للمبدأ فهذا ما نخالفه ، أما إذا كانت تعني الصياغة الشكلية للمبدأ فهذا أمر لا بأس به بقوله إذ أن القاضي الإداري يقوم بصياغة المبدأ شكلا في قالب قاعدة قانونية يعمل بها .

(٧١٢) الدكتور / محمد مرغني خيري - القضاء الإداري . قضاء الإلغاء . ص ٣٩ .

(٧١٣) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري . ص ٣٨ : ٣٩) .

(٧١٤) الجمهورية الثالثة في فرنسا - بدأت الجمهورية الأولى في فرنسا بعد الثورة منذ ٢٢ سبتمبر سنة ١٧٩٢م وانتهت في ٩ نوفمبر ١٧٩٩م ، وبدأت الجمهورية الثانية منذ سنة ١٨٤٧م حتى سنة ١٨٥١م ، وبدأت الجمهورية الثالثة غالبا في ٤ فبراير سنة ١٨٧٩م ، وذلك عندما استولى الجمهوريون على السلطة ووصول جيل جريفي JULLES GREVY إلى السلطة وإعلان حكومته الجمهورية للجمهوريون . ويمكن القول أن الجمهورية الثالثة بدأت منذ ١٨٧٩م حتى سنة ١٩٤٠م وقد استمرت الدولة في هذه الفترة في تطبيق دستور سنة ١٨٧٥م ، ثم قامت الجمهورية الرابعة مع دستور ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦م حتى سنة ١٩٥٨م ، ثم الجمهورية الخامسة مع دستور ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨م حتى الآن . انظر في ذلك (د/ربيع أنور فتح الباب - الظروف الخاصة بنشأة نظام ازدواج الهيئة التشريعية - " نظام المجلسين في النظم الديمقراطية الحديثة " - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٢م - ص ٢١١) . وقد عزا إلى :

Jacques OLLE LAPRUNE: La stabilité des ministres sous la troisième
republique 1879 – 1940 paris 1962, pp.11 et jean GICQUEL P.521 ets.

المبادئ مستوحاة من إعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير^(٧١٩).

٢- وفي مصر يلجأ مجلس الدولة كثيرا إلى المبادئ العامة للقانون ، كأحد مصادر الشرعية ، منذ تاريخ متقدم وبخاصة مبدأ الحرية والذي أحد به على نهج مجلس الدولة الفرنسي ، وظهر ذلك واضحا جليا في حكمه الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٥٣م والذي يقول فيه : « إن حق التنقل فرع من الحرية الشخصية للفرد ، ولا يجوز مصادره ولا مناهضته دون مسوغ أو تقييده بلا مقتض ... إن الحرية حق مقرر لا يجوز الحد منه أو انتقاصه إلا لمصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح دون تعسف أو انحراف في استعمال السلطة ، وقد كفلتها دساتير العالم أجمع ، وقررت لها من الضمانات ما تسمو عن المآرب الشخصية وتنأى بها عن الهوى ، وتكفل لأبناء البلاد جميعا تمتعهم بحقوقهم الفردية ، وهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية الصالح العام ... »^(٧٢٠) ، وأيضا قول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٥/١/٢٣م (.... لا مرأى في أن حق الشكوى والتظلم كحق التقاضي يكفله القانون للكافة ، ويحميه الدستور على أنه من الحريات المتصلة بمصالح الأفراد)^(٧٢١) .

وقد أقر مجلس الدولة المصري مبدأ المساواة وغيره من المبادئ القانونية العامة ، غير أنه لم يعطها قيمتها الفعلية والاستفادة من ميدانها الرحب ، ذلك لتمسكه بالنصوص المكتوبة وإن كانت أدنى من هذه المبادئ^(٧٢٢) . والسبب في ذلك ليس لقصور هذه المبادئ ، وإنما لعوامل أخرى قد تكون في أخذ القضاء بمنهج التدرج في الوصول نحو كمال العدالة ، ولا سيما وهو يملك ما فيه الغناء عن ذلك كله ألا وهي مبادئ الشريعة الإسلامية والتي هي غنية خصبة لمثل هذه المبادئ السالفة الذكر .

ومن الجائز القول أنه يوجد بين المبادئ العامة للقانون في مصر ما يُعَدُّ سنداً قانونياً لذلك متمثلاً في المبدأ المستمد من الشريعة الإسلامية وبمقتضاه " لا ضرر ولا ضرار " حيث ترى أن مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ القانونية العامة الملزمة للكافة في مصر .

(٧١٩) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري . ص ٤٠) .

(٧٢٠) السنة السابعة ص ٣٠٢ .

(٧٢١) مجموعة أبوشادي ص ٢٧٧ .

(٧٢٢) انظر (الدكتور / محمد مرغني خيرى - القضاء الإداري . الإلغاء . ص ٣٤) .

يحتاج إلى وقفة علمية منصفة ، لا عنصرية فيها ولا اجتراء ، بل محاولة للتوضيح والبيان ووقوف على طريق الصواب .

والواضح من أقوال فقهاء القانون أنهم على طرفي نقيض :

أ) فريق من العلماء يقول وهم الأكثرون : إن القانون الإداري جملة وتفصيلا هو قانون قضائي ، فوجوده مرتبط بإنشاء القضاء الإداري ، فلا يؤرخ للقانون الإداري إلا بتاريخ القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي عام ١٧٨٩م في فرنسا ، وفي مصر عام ١٩٤٦م^(٧٢٦) . وليس هذا الرأي في مصر وفرنسا فقط ، بل قال به أحد فقهاء القانون في أمريكا وهو القاضي (☆☆☆) فقال : (إن القانون هو ما ينطق به القضاء ، أما التشريع ، والسوابق القضائية ، والعرف فهي جميعا من مصادر القانون)^(٧٢٧) . ويقول الدكتور المرغني : فمقتضى هذا القول أن القاضي هو المشرع الأول للقانون^(٧٢٨) .

ب) أما الفريق الثاني فيقول : أن مهمة القاضي تنحصر في مجرد التطبيق للقانون ولقد عبّر (مونتسكييه) عن ذلك بقوله : (القاضي هو اللسان الناطق بالقانون)^(٧٢٩) . ولا شك أنه رأى يضع القاضي موضع الآلة في التطبيق ويتعد به عن الواقع ، وما تفرضه عليه المنازعات من محاولات جادة لإيجاد حلول لها مناسبة .

وأيما كان موقف فقهاء القانون من كون القانون الإداري من خلق القضاء من عدمه ، فإن حديثنا يدور حول تطور رقابي كان للقاضي الإداري فضل إنشائه ولا سيما وأن مهمته تتلخص في عبارتين :

أ) في إطار القانون فهو المطبق له .

ب) وما يستجد من منازعات فهو يبحث عن الحل ويتكسر النظريات التي تحتويه فهو منشئ للنظرية بناءً على أنها تحتوي على أكثر من قاعدة قانونية . ولذا فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار هي من ابتكار القضاء الإداري وإنشائه ، إلا أن تطبيقه لها راجع إلى القواعد القانونية التي تحكمها .

نعم نظرية الموازنة تمثل اتجاها حديثا للقضاء الإداري ، ولكن السبب وراء تأخره في تطبيقها ليس في انعدام القاعدة القانونية التي تجعل القاضي يلبس قرار الإدارة رداء المشروعية ، وإنما سبب إحجامه عن تطبيقها هو البعد السياسي ، والتاريخي لوجوده ، وخصوصا وأن وجوده كان بسبب نفور الإدارة من البرلمانات القضائية في فرنسا . ومن ثم جاز لنا أن نشير بإيجاز عن موقف كل من القضائيين الفرنسي و المصري من هذه النظرية :

(٧٢٦) انظر (د/ أنور أحمد رسلان - القانون الإداري السعودي ، تنظيم الإدارة العامة ونشاطها . دراسة مقارنة . صادر عن الإدارة العامة للبحوث بمعهد الإدارة العامة بالملكة السعودية ١٤٠٨ هـ - ص ١٢٥) .

(٧٢٧) د/ محمد مرغني خيري - القضاء الإداري . ص ٤٣ .

(٧٢٨) د/ محمد مرغني خيري - المرجع السابق ص ٤٣ .

(٧٢٩) انظر (د/ محمد مرغني خيري - القضاء الإداري . ص ٤٣) .

أولاً : القضاء الإداري الفرنسي ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

تمثل مسألة نزع الملكية للمنفعة العامة الأرض البكر التي نبتت فيها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وقد كان القاضي الإداري في فرنسا مقيد الخطى قبل قضية المدينة الشرقية (ليل) عام ١٩٧١ م ، ولم يكن له أن يفحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حدة ، وإنما كان يعتمد على التأكد فقط من أنها للمنفعة العامة ، إلا أن القضاء الإداري في فرنسا فاجأ الجميع بحكمه الصادر في ٢٨/٥/١٩٧١ م والذي بمقتضاه أصبح لا يمكن فصل المنفعة العامة عن الظروف المحيطة بها ، وإنما أصبح للقاضي الإداري أن يقدر هذه المنفعة العامة في ضوء الأضرار التي تلحق الملكية الخاصة ، علاوة على التكلفة المالية للمشروع ، وإضافة إلى المضار ذات الطابع الاجتماعي المحتمل وقوعها ^(٧٣٠) . وهذا الحكم هو عين نظرية الموازنة .

والأمر الذي نؤكد عليه أن القضاء الإداري هنا لم يخرج على إطار المشروعية في رقابته لأعمال سلطة الإدارة التقديرية ، بل هو كما قال الفقيه (ديجي) : « أن القاضي يطابق بين أعمال الإدارة والقانون بمعناه الواسع » ^(٧٣١) بحيث تكون له سلطة واسعة في التفسير ، وليس في إنشاء قواعد القانون ^(٧٣٢) .

ومن ثم فإن القضاء الإداري الفرنسي بحكمه في قضية المدينة الشرقية والمعروف باسم () استطاع أن يمد رقابته إلى محل القرار الإداري المتعلق بنزع الملكية ، والذي أخذ القضاء فيه بما أبداه مفوض الدولة () من ملاحظات ، ومن أهمها تقييم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار ، وتقدير مضار القرار ومزاياه ^(٧٣٣) وبذلك أوجد القضاء قيда جديدا على سلطة الإدارة التقديرية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة.

ثانيا : القضاء الإداري المصري ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

لم يكن مجلس الدولة المصري في البداية على نفس الدرجة التي كان عليها نظيره

(٧٣٠) انظر (د/ سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٥) .

C.E 28.5.1971, Ville nouvelle est, L. 409, concl .

وانظر

BRAIBANT ,A.J.D.A 1981, p.405, D. 1972, p. 194, n. Lemasurier, R.D.P. 1972, p. 454, n. M. Waline, R.A . 1971, P.422 .

(٧٣١) د/ سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٣٠٣ .

(٧٣٢) انظر (د/ سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٣٠٤) .

الفرنسي في بسط رقابته غير التقليدية على أعمال الإدارة وفيما يشمل سلطتها التقديرية ، بل كان القضاء المصري متبنياً منذ نشأته الاتجاهات التقليدية ، ولم يفصح عن خروجه على هذا الإطار لكنه كان يعمل ما يشبه الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي ، فيما يسمى بنظرية الغلو ، غير أنه اقتصر في تطبيقها على المجال التأديبي فقط^(٧٣٤) ، ومع ذلك قام مجلس الدولة بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عزبة خير الله، وسوق روض الفرج ، وحديثاً وبالتحديد في ٢٠١٤/٢/٢٠م رأينا مجلس الدولة المصري يقيم لنظرية الموازنة اعتباراً وذلك في الطعن (رقم ٢٥٢٤ لسنة ٤٢ ق.ع) والذي يخص قرار الإدارة بإزالة التعدي على أملاك الدولة وبشأنه تقول الإدارية العليا : [ومن حيث إن الأصل في نشاط الإدارة أنها تستهدف في كل أعمالها المصلحة العامة ، مما يجعلها تستقل بتقدير مناسبة ، وملاءمة إصدار القرار الإداري إلا أن المصلحة تتفاوت في مدارجها وتباين في أولوياتها بما يتطلب مراعاة ذلك في تصرفاتها بحيث تعطي لكل وجه من أوجه المصلحة العامة أهمية ، ولا تضحي بوجه منها لتشد وجهها آخر مع ظهور التفاوت بينهما ، إذ في الحالة تختلط مناسبة عمل الإدارة بمشروعيتها ويلزم لكي يكون مشروعاً أن يكون مناسباً ، وهو ما تنبسط عليه رقابة القضاء للتحقق منه]^(٧٣٥).

ومن هنا يظهر لنا أن مجلس الدولة خطى خطوات حثيثة نحو تطبيق هذه النظرية ، بل وكشف النقاب عن مضمونها ، وحدد ما يجب أن يقوم عليه عمل الإدارة في ضوءها ، ووضح هذا المعنى جلياً في الحكم المذكور . ولذا نقول بأن النظرية وجدت في القضاء الإداري رحماً للميلاد ، لكن مادة التكوين والغذاء كانت في رحاب القانون بمعناه الواسع من دستور ومبادئ عامة للقانون ، وفروع القانون الخاص ، وانتهى الأمر بالمخاض والميلاد عند القضاء الإداري.



(٧٣٤) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات الحديثة - ص ٣٧٩ : ٣٨٠) .

(٧٣٥) مجلة المحاماة . العدد الثاني ٢٠٠٢م ص ٤٨٧ .

المبحث الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

إن الوقوف الواعى أمام الأساس القانونى للنظرية ليظهر لنا مواطن الاتفاق والاختلاف بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، فى إطار الأساس القانونى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بلا عصبية فى الانتماء ، إذ إن الحق قبلتنا والعمل إلى الوصول إليه هدفنا ، فى ضوء المطالبين التالين :

الأول : مقارنة بين مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى إطار مشروعية النظرية .

الثانى : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار مشروعية النظرية .

المطلب الأول

مقارنة بين مجلس الدولة الفرنسى والمصرى

فى إطار مشروعية النظرية .

لقد تأسست نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى كل من فرنسا ومصر على قواعد معلومة كانت بمثابة المداد الذى سطر به مجلس الدولة فى كل من الدولتين معالم نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ومن ثم كانت المصدرية للنظرية فى الدولتين واحدة تمثلت فى كل من الدستور والقوانين العادية والمبادئ القانونية ، غير أن هناك فرقا كبيرا بين الدولتين فى وضع الأساس القانونى للنظرية .

(١) ففى فرنسا كانت الأسس القانونية للنظرية تمثل تطورا للعقل الإنسانى الذى يحاول بجد واجتهاد أن يعود بالإنسانية إلى حد الاستقامة بكل أبعادها سواء كانت الاستقامة فى الحقوق الخاصة أو العامة ، ويهدف من وراء هذا إقامة ميزان العدل والاعتدال ، لكن هذا العقل قد تعوق تقدمه الأهواء البشرية والنزوات السلطوية ، فقد يتقدم خطوة ويؤخر أخرى تبعا لوجود هذه العوائق أو لا .

ومن ثم كانت القوانين الوضعية بكل درجاتها العليا والدنيا ، تمثل مدى سمو الإنسان على ذاته وجودا وعدما .

(٢) وفى مصر يختلف الأمر فإن النظرية تملك قاعدة ربانية أدرجها الدستور المصرى بين مواده ، وهى الاعتداد بالشرعية الإسلامية كمصدر رئيسى للتشريع ، والشرعية الإسلامية ملكة من القواعد والمبادئ التى تمنح نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيلا ربانيا ، يتعبد الناس باتباعه ، ويرتقى الأفراد بالتزامه ، وتحيا البشرية فى ظله حياة الأمن على النفس والمال والعرض ، وتحيا الدولة أيضا حياة العدل والمساواة فى الحقوق والواجبات ، ولذا كان السبق للقضاء فى مصر تجاه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيلا لا تطبيقا ، فالسبق فى التطبيق كان من نصيب

مجلس الدولة فى فرنسا .

المطلب الثانى

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار مشروعية النظرية .

إن الوقوف على مصادر نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية يجعلنا نحدد بوضوح نقاط الاتفاق والاختلاف بين النظامين ، وخصوصا وأن مادة كل منهما تختلف عن الأخرى ، ويظهر وجه المقارنة فيما يلى :

(١) محل الاتفاق :

لعل وجه الاتفاق بين الفقه الإسلامى والفقه الوضعى هو أن نظرية الموازنة لم يقوم القضاء بتطبيقها من فراغ وإنما وجد لها أساسا قانونيا ومرجعية شرعية وليس عليه إلا أن يعمل اجتهاده ليصل إلى مراده (٧٣٦) .

(٢) وجه الاختلاف :

من المبادئ الهامة التى تتبوأ مكانا عاليا فى الفكر القانونى ، مبدأ المشروعية ، الذى يميز الدولة القانونية حيث تخضع جميع السلطات للقانون ، عن الدولة البوليسية التى لا يخضع فيها الحكام للقانون .

ويعد مبدأ المشروعية ضمانا أساسية لحماية الأفراد من تعسف الإدارة ، بل هو فى الوقت الحالى قمة الضمانات الفعالة والأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم (٧٣٧) .

ولا يمكن أن توجد رقابة على أعمال الإدارة إذا لم تخضع هذه الإدارة للقانون (٧٣٨) ، وهو ما نص عليه الدستور المصرى الصادر فى عام ١٩٧١م مادة ٦٨ (...) ويحذر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار من رقابة القضاء (.

ومن ثم فإن وجود الرقابة القضائية يرتكز على أساس دستورى ألا وهو كفالة احترام مبدأ المشروعية ، كما يعد هذا المبدأ أساسا أصليا لقيام القضاء الإدارى فى النظام الإسلامى حيث يخضع جميع من فى الدولة رؤساء وأفراد لأحكام وقواعد المشروعية الإسلامية .

إن جوهر المشروعية يكمن حقيقة فى سيادة حكم القانون بين الفرد والدولة ، بحيث يستطيع الفرد فى ظل هذا المبدأ إذا ما اعتدى على حقه أو حريته من قبل إحدى السلطات العامة أن يلجأ للقضاء الإدارى مبينا أوجه انتهاك القانون، وبذلك توصف الدولة بأنها قانونية فى

(٧٣٦) انظر (د/ محمد عبد المنعم حشى - التعدى على المنافع فى الشريعة والقانون - دراسة مقارنة- الكتاب الجامعى - ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م - ص ٢٩ ، ٥٩) .

(٧٣٧) انظر (د/ داود الباز - أصول القضاء الإدارى فى النظام الإسلامى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٨م - ص ١٦) .

(٧٣٨) انظر (د/ محمود حافظ - القضاء الإدارى - مطبعة لجنة التأليف والترجمة - القاهرة - ط ٣ - ١٩٦٦م - ص ٢١)

مقابلة الدولة البوليسية التي لا مكان ولا وجود فيها لهذا المبدأ .

وإذا كان هناك من اتفاق بين القضاء الإدارى الإسلامى والوضعى على هذا المبدأ إجمالاً ، فإن ثمة اختلاف بين النظامين يظهر فى رؤية الترادف بين مصطلح المشروعية وسيادة القانون . إن سيادة القانون فى النظم الوضعية تقتصر على ضمانات إجرائية فحسب ، وهى فى ذات الوقت جزء من واجبات الحكومة المستولة .

ويؤخذ على هذا التصور عدم اهتمامه بضرورة وضع قيود على ممارسة السلطة التشريعية لعملية التشريع على نحو يقيد مضمون التشريع ذاته . ولذا فإن سيادة القانون ليست بديلاً عن المشروعية ولا تغنى عنها لما يلى :

أ) أن السيادة بنص الدستور للشعب وحده وأنه هو الذى يمارسها ويحميها ، وكما يقول الدكتور / رمضان محمد بطيخ : " فإن القانون لا يمكن أن تكون له سيادة فى ظل انقلاب الأوضاع وزيادة نسبة التشريعات الحكومية على التشريعات البرلمانية ، وأخالى لا أجاوز الحقيقة عندما أقرر أن الإدارة قد أضحت هى المشرع الأصيل من الناحية الفعلية والواقعية ، وتقضى قواعد القانون الدستورى بأن البرلمان الذى يُحرم أعضاؤها من أهم اختصاصاتها وهو التشريع تتحول إلى مجرد مجالس استشارية ، لا تباشر سلطات فعلية فى شئون الحكم" (٧٣٩) .

ب) يقول الأستاذ أندريه لوبادير إن أهم مقومات أو ضمانات مبدأ المشروعية هو الفصل بين الأجهزة التشريعية والتنفيذية فى البنيان الدستورى ، فإذا كان المصدر الرئيسى للمشروعية هو التشريع فإنه يلزم لضمانات فاعليته أن يكون صادراً من سلطة أخرى غير الإدارة أو السلطة التنفيذية (٧٤٠) .

ومن ثم فإن المشروعية لا يكون لها أثر إذا ما كان القانون الذى تخضع له السلطة أياً كانت ، بيدها أن تشكل كيف تشاء ومتى تشاء (٧٤١) ، إذ تغدو هذه المشروعية سراباً تحسبه الجماهير المتعطشة إليها ماء حتى إذا جاءته لم تجده شيئاً ، وإذا كان بوسع الفئة الحاكمة أن تصوغ الظلم قواعد وتنسج الباطل قوانين فإن المشروعية فى هذه الحالة تكون مشروعية زائفة ، إذ لا تلبث السلطة أن تأكل بأفواهها ما صنعتها أيديها من القوانين أو تحل الحرام وتحرم الحلال .

وبناءً على ما سبق فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تجد لها سنداً خصباً فى ميدان المشروعية فى ظل النظام الإسلامى الذى تعتمد المشروعية فيه على القانون الإلهى ، فإذا

(٧٣٩) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ - ترايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية - دار الفكر العربى - القاهرة - ١٩٨٨م - ص ١٧٠) .

(٧٤٠) انظر :

André de Laubadere : Traité élémentaire de droit administratif, 4 éme éd T.I. 1976, P. 204 ets .

(٧٤١) انظر (د/ على جريشة : المشروعية الإسلامية العليا ، الوفاء للطباعة والنشر - القاهرة - ط ٢ - ١٩٨٦م - ص ١٨) .

ما حادت الإدارة عنه فإن مسئوليتها تتحقق فى هذه الحالة وتجب محاسبتها ؛ ذلك لأن الحكام والأفراد يخضعون فى حياتهم لشرع الله تعالى ، ولتقوم الإدارة بتنفيذ شرعه جل وعلا أى أن تعمل لمصلحة المسلمين بتنفيذ شرعه (٧٤٢).

(٧٤٢) انظر (الإمام / محمد أبو زهرة - المجتمع الإنسانى فى ظل الإسلام - دار الفكر العربى - ص ١٢٦) وانظر (تقى الدين النيهانى - نظام الحكم فى الإسلام - دار الأمة للطباعة والنشر - بيروت - ط ٣ - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م - ص ٣٩)

الفصل الثانى

**مبررات نظرية الموازنة
بين المنافع والمضار
فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية**

تمهيد :

المبررات لغة : جمع مبرر وهو ما يدعو إلى التبرير - والتبرير مصدر برّر والجمع تبريرات ، ومعناها : تفسير المرء سلوكه بأسباب معقولة أو مقبولة كما يقال : " مبررات الثورة على الفساد ما تزال موجودة " .

وأيضاً برّر عمله : أى ذكر من الأسباب ما يسوغه^(٧٤٣) .

اصطلاحاً :- وهى كلمة محدثة - أعنى بها ما يوجد من أسباب تبيح العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ؛ وخصوصاً وأنه من المتفق عليه بين رجال الفقه الإدارى أن السلطة التقديرية للإدارة لا يجب أن تباشر خارج إطار القانون بمعناه العام ، بمعنى أن الإدارة فى ظل معناها الوظيفي^(٧٤٤) حينما تباشر اختصاصاتها التقديرية فإنه يجب أن تلتزم فى هذا الشأن دائرة وحدود النظام القانونى ؛ لما فى ذلك من ضمانات لحماية حقوق وحريات الأفراد ، ولا يحق للإدارة تقييد هذه الحريات والحقوق إلا لأجل الصالح العام^(٧٤٥) . والذى يتمثل فى الأمن، والسكينة والصحة العامة^(٧٤٦)، وحتى لا تخرج الإدارة عن الحدود القانونية حين تسن قراراتها لأجل المصلحة العامة كانت الموازنة بين المنافع والمضار حتى لا يطغى جانب على جانب، بل ظهرت النظرية ، ووجدت أسباب ظهورها بين جنابات حريات الأفراد وتقييدها وأمن الوطن بما لا يضر بمصلحة الأفراد ، والصحة العامة وما فيها من حماية للأفراد .

وليس هذا ببعيد عن النظام الإسلامى فلا يجوز للسلطة التنفيذية فيه وعلى رأسها ولى الأمر أن يرفع لواء السياسة الشرعية بمنأى عن المرجعية الشرعية ، ولا يقيد حرية إلا للمصلحة العامة ، وعندئذ وجدت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مبرراتها والتى تتمثل فى المباحث التالية :

المبحث الأول : حماية الحريات .

المبحث الثانى : حماية الوطن وتأمينه .

المبحث الثالث : الوقاية من الأمراض .

(٧٤٣) انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط- القاهرة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م - ٥٠/١) وانظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الكبير - ٢/٢١٥) ، وانظر (المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم - المعجم العربى الأساسى للناطقين بالعربية ومتعلّماتها- طبعة لاروس ١٩٩٩م - ص ١٤٦).

(٧٤٤) انظر (د. فؤاد محمد النادى ، د/ محمود حلمى - الوجيز فى القانون الإدارى ص ٤) .

(٧٤٥) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٥).

(٧٤٦) انظر (الدكتور / محمود عاطف البنا - حدود سلطة الضبط الإدارى- الكتاب الجامعى - حقوق القاهرة - بدون تاريخ- ص ٨) .

المبحث الأول

حماية الحريات

الحريات جمع حرية وتعُدُّ من المصطلحات الجذابة ، وهي لغة من مادة (حرر) وتأتى على عدة معان :

تأتى تارة بمعنى نقيض العبودية فنقول (حر) بالضم نقيض العبد ، والجمع (أحرار) و (حرار) - و (الحرة) نقيض الأمة ، والجمع (حرائر) و (حررة) أى أعتقه .
وتأتى بمعنى (التحرر من الاشتغال بغير طاعة الله ، قال تعالى ﴿ إِذْ قَالَتُ امْرَأَةُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَدَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾^(٧٤٧)، وتأتى الحرية بمعنى الضبط والتدقيق كقولهم : حرر الكتابة أى : أقام حروفها وأصلح الساقط منها^(٧٤٨).

(٧٤٧) آل عمران : ٣٥ .

(٧٤٨) انظر (الدكتور / محمد بن عبد الله بن إبراهيم الخرعان - حرية التعبير بين المفهوم الشرعى والمفاهيم المعاصرة - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - العدد ٤٨ - ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م - مجلس النشر العلمى جامعة الكويت - الكويت - ص ٣٠٢) .

الحرية اصطلاحاً :

أ- تطلق عند أهل الأصول على التصرف بإرادة واختيار ويقصد بها خلو الآدمي من قيد الرق والعبودية لغير الله حكماً وحقيقة . وهى عندهم على مراتب :

(١) حرية العامة عن رق الشهوات .

(٢) حرية الخاصة عن رق المزايدات لفناء إرادتهم فى إرادة الحق .

(٣) حرية خاصة الخاصة عن رق الرسوم والآثار لا نمحاقهم فى تجلى نور الأنوار^(٧٤٩) .

ب- وعند أصحاب القانون الوضعى : تطلق الحرية على ذلك الخير الذى يمكننا من التمتع بجميع الخيرات الأخرى ، وتعنى أيضاً : قدرة الإنسان على اختبار سلوكه بنفسه . وكما يقول الفيلسوف (لبيتز) : " قدرة الإنسان على فعل ما يريد ، ومن عنده وسائل أكثر يكون عادة أكثر حرية لعمل ما يريد " (٧٥٠) .

ويضاهى هذا التعريف قول (فولتير) : عندما أقدر على ما أريد فهذه حريتى .

ومعنى هذا أن الحرية ليست أمنية أو حلمًا ، وإنما هى إرادة واستطاعة تتأثر بالإمكانات المتاحة للفرد^(٧٥١) .

وإذا كان هذا هو مفهوم الحرية عند كل من فقهاء النظام الإسلامى والنظم الوضعية فإننا نستخلص بيسر وسهولة أن الحرية المطلقة لا وجود لها فلا يمكن أن يكون الإنسان حراً حرية مطلقة وإنما توضع حريته فى ميزان المنافع العامة والخاصة ، والمضار العامة والخاصة ، وتدور الحرية مع أيهما غلب .

ومن ثم أميل إلى تعريف (جون ستيوارت مل)^(٧٥٢) للحرية حيث قال : " إن الحرية عبارة عن قدرة الإنسان على السعى وراء مصلحته التى يراها بحسب منظوره شريطة أن لا تكون مفضية إلى إضرار الآخرين " (٧٥٣) .

فهذا التعريف خلق نوعاً من التوازن بين الحرية الفردية وأنانيتها ومصلحة المجموع^(٧٥٤) .

لذا نستبين حماية الحريات كمبرر لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى المطالب

التالية :

(٧٤٩) الجرجاني - التعريفات - ص ١١٩ . (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ١٧٧) .
(٧٥٠) الدكتور / سعاد الشرقاوى - نسبة الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانونى - دار النهضة العربية ١٩٧٩م - ص ٤ .

(٧٥١) الدكتور / نعيم عطية - النظرية العامة للحريات الفردية - الدار القومية للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٥م - ص ٢٣ .
(٧٥٢) جون ستيوارت مل : أحد أعلام الفكر السياسى والفلسفى فى بريطانيا إبان القرن التاسع عشر الميلادى (١٨٠٦ : ١٨٧٣) وأبوه (جيمس مل) أكبر مريد بنتم صاحب نظرية المنفعة .

(٧٥٣) انظر (الشيخ عباس الظهيرى - حدود الحرية - مجلة المنهاج - بيروت - لبنان ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م - عدد ٢٣ / ٣٢)

(٧٥٤) انظر (جون ستيوارت مل - عن الحرية - ترجمة الدكتور / حسين فوزى النجار - الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٠م - ص ٢١)

- المطلب الأول : حماية الحريات فى النظام الإسلامى .
- المطلب الثانى : حماية الحريات فى النظم الوضعية .
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار مبررات النظرية

المطلب الأول

حماية الحريات في النظام الإسلامي

لقد عمل النظام الإسلامي على بناء مجتمع فاضل يكرم فيه الإنسان وتضان فيه كافة الحقوق للأفراد ، وقد حمت الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للأفراد ولاسيما وأن الشريعة الإسلامية تبتغي تحقيق مصالح العباد ودفع الضرر عنهم في الدنيا والآخرة ، وقد حرمت كل أنواع الضرر والشر والفساد ، فحرمت الاعتداء على الحقوق ولو كان ما يلحقه الإنسان بنفسه من ضرر في جسده أو عقله كالانتحار وشرب الخمر ، لكنه قد تتعارض هذه الحقوق مع المصالح العامة ، ومن هنا غلب النظام الإسلامي مقتضيات المصلحة العامة على الخاصة^(٧٥٥).

ومن أهم الحقوق التي أرساها الإسلام حق الحرية لأنها فطرة الله التي فطر الناس عليها ، ولأنها حق طبيعي للأفراد ، وبها يتميز الإنسان عن سائر الكائنات . وجاء الإسلام ليضمن هذه الحريات ويحميها من العبث والإكراه سواء في ذلك الحرية الدينية والسياسية والفكرية ، وبخاصة وأن الحرية دعامة لجميع ما سنه الإسلام من عقائد ، وأنها أساس أى مجتمع إنسانى سليم^(٧٥٦).

الفرع الأول

حرية الإنسان في اختيار عقيدته

يقصد الفقهاء غالبا بحرية الاعتقاد حق الفرد البالغ العاقل في اعتناق الدين الذى يريده وحقه في ممارسة الشعائر الدينية ، والإسلام هو الدين الحق ، وأن عقيدته هي الصواب والصراط المستقيم ، وأنها المنسجمة مع العقل ، ومع ذلك يترك الإسلام للإنسان حرية الاعتقاد ، على أن يتحمل نتيجة هذا الاختيار .

ووضح هذا المعنى في قوله تعالى ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾^(٧٥٧) . وقال تعالى ﴿ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ إِنَّا أَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ نَارًا أَحَاطَ بِهِمْ سُرَادِقُهَا وَإِنْ يَسْتَغِيثُوا يُغَاثُوا بِمَاءٍ كَالْمُهْلِ يَشْوِي الْوُجُوهَ بِئْسَ الشَّرَابُ وَسَاءَتْ مُرْتَفَقًا ﴾^(٧٥٨) . وقال تعالى ﴿ فَإِنْ حَاجُّوكَ فَقُلْ أَسْلَمْتُ وَجْهِيَ لِلَّهِ وَمَنِ اتَّبَعَنِ وَقُلْ لِلَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ وَالْأُمِّيِّينَ أَسْلَمْتُمْ فَإِنْ

(٧٥٥) انظر (الدكتور / وهبة الزحيلي - نظرية الضرورة الشرعية - مؤسسة الرسالة - الطبعة الخامسة - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ص ٥١) .

(٧٥٦) انظر (د / عبد الكريم عثمان - معالم الثقافة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م - ص ٥٨) .

(٧٥٧) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٧٥٨) سورة الكهف : آية ٢٩ .

أَسْلَمُوا فَقَدْ اهْتَدَوْا وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ وَاللَّهُ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ ﴿٧٥٩﴾. ومن ثم نرى أن الدعوة إلى الإسلام أساسها الإقناع ، وغير المسلمين في دار الإسلام هم وشأنهم في عقائدهم ، وبالأولى في غير دار الإسلام ، ولا يجيز الإسلام أخذهم بالشدة والجبر على اعتناقه ^(٧٦٠). غير أن حرية الاعتقاد لاقت فهما اعوجا في زماننا من قبل من يسمون أنفسهم بالتنويريين ، فشذ بهم الفهم حين عابوا على حد الردة وقالوا بأنه يتنافى مع قول الله تعالى ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ ^(٧٦١) وقد قام فقهاء الشريعة بالرد على هذا القول الموبوء ، بأن النبي ﷺ سن لنا هذا الحد بقوله : « من بدل دينه فاقتلوه » ^(٧٦٢). ولهذا الحديث أساسه القرآن في قول الله تعالى ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ ^(٧٦٣). وقوله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أَرَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا﴾ ^(٧٦٤) ، وحتى يكون على بينة من الأمر ليظهر لنا مبرر الموازنة بين المنافع والمضار ، ولترد على الذين يريدونها عبثية ؛ لخدموا بذلك الحملات التنصيرية ، علينا أن نفرق بين فرعين للحرية :

أولهما : الحرية التكوينية ، وثانيهما : الحرية التشريعية والقانونية .

أولا : الحرية التكوينية :

وهذه الحرية تتصل بخلق الإنسان ، وهي ليست حقا طبيعيا يستمد من غريزة الرجل المتناقضة والإنسان ما كان ليصل لإدراك حريته على الوجه الذي أراده الإسلام لولا نزول الوحي ، ولولا الرشد الديني الذي جاء به القرآن ^(٧٦٥). ولقد كان أول ما نادى به الإسلام هو أن الإنسان ليس عبدا للطبيعة ولا للحجر والشجر ولا للإنس أو جن ، وإنما هو وسائر المخلوقات مخلوق لإله واحد طبع الطبيعة وخلق الإنس والجن وإليه يرد مصيرها ، فلا عبادة لغيره ؛ ولا عبودية لأحد من المخلوقات على أحد من الناس ^(٧٦٦).

والأساس الشرعي لهذه الحرية : قوله تعالى ﴿إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا

(٧٥٩) سورة آل عمران : آية ٢٠ .

(٧٦٠) انظر (المستشار / عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية - دراسة مقارنة - ص ١٦١) وانظر في ذلك أيضا (الدكتور / محمد الزحيلي - مقال حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة - مجموعة من الباحثين - كتاب الأمة عدد : ٨٧ - المحرم ١٤٢٣ هـ - ص ٩٠) .

(٧٦١) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٧٦٢) رواه البخاري - كتاب استتابة المرتدين - رقم (٦٩٢٢) انظر (فتح الباري لابن حجر - ١٠ / ١٦) .

(٧٦٣) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

(٧٦٤) سورة النساء : آية ١٣٧ .

(٧٦٥) انظر (أ/ علال الفاسي - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - دار المغرب الإسلامي - الطبعة الخامسة - ١٩٩٣م - ص ٢٤٨) .

(٧٦٦) انظر (المرجع السابق ص ٢٤٩) .

كُفُورًا^(٧٦٧). وقوله تعالى ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾^(٧٦٨) وهذه الآية فتحت حرية الإنسان في الهداية والضلال، وقال تعالى ﴿وَقُلْ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾^(٧٦٩). وأقوال الصحابة الكرام التي تدور في فلك الحرية التكوينية قول الإمام علي^(٧٧٠) عليه السلام (إن الله أمر عباده تخييرا " لا جبرا " ونهاهم تحذيرا وكلف يسيرا)^(٧٧١) ، ومن هنا فالحرية التكوينية تتمثل في الأمور التالية :

- ١ عدم إكراه أحد على ترك دينه أو إكراهه على عقيدة معينة .
- ٢ ترك الحرية لأصحاب الديانات الأخرى من أهل الكتاب ليمارسوا شعائرتهم وعباداتهم في المجتمع الإسلامي ، فلا تهدم لهم كنيسة ولا يكسر لهم صليب .
- ٣ ترك الحرية لهم فيما أباحت لهم أديانهم من الطعام وغيره .
- ٤ إعطاؤهم الحرية في قضايا الأحوال الشخصية من الزواج والطلاق والنفقة وغيرها .
- ٥ صيانة حقوقهم وحماية كرامتهم وترك حرية الجدل والمناقشة لهم ضمن حدود العقل والمنطق والأدب^(٧٧٢) .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه أمام هذه الحرية التكوينية التي تجعل الإنسان حرا في اختيار معتقده وعبادته ، هل هذه الحرية مطلقة في الإسلام وإذا كانت مطلقة فلماذا سن الإسلام الجزية ، وما المقصود بقول الله تعالى ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٧٧٣) ؟

إن الحرية التكوينية تعنى كما ذكرنا سلفا أن الإنسان حر ومختار ، وينعم بهذه الحرية في أفعاله وتصرفاته وقناعاته ومعتقداته جميعها ، إلا أنه يتحمل في النهاية مسئولية الاختيار من عقاب وثواب ، فرحمة الله تعالى به أنه أعطى الإنسان عقلا ليميز به وأظهر دلائل قدرته وأرسل إليه رسله ليوضحوا له الطريق ، وليبينوا له السبيل ، فإن أحسن الاختيار له ثواب ذلك ، وإن أساء فله العقاب ، ولذا فإن هذه الحرية مقيدة بالخواتيم قال تعالى ﴿خَتَمَ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ وَعَلَى سَمْعِهِمْ﴾^(٧٧٤) .

وقال العلماء : الختم هو الطبع على قلوب الكفار عقوبة على كفرهم كما قال الله تعالى ﴿بَلْ طَبَعَ اللَّهُ عَلَيْهَا بِكُفْرِهِمْ فَلَا يُؤْمِنُونَ إِلَّا قَلِيلًا﴾^(٧٧٥) .

(٧٦٧) سورة الإنسان : آية ٣ .

(٧٦٨) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٧٦٩) سورة الكهف : آية ٢٩ .

(٧٧٠) الإمام علي : هو علي بن أبي طالب ، ابن عم رسول الله ﷺ (ت : ٤٠ هـ) انظر (ابن سعد - الطبقات الكبير - ٣٨ / ٣٠) .

(٧٧١) الإمام محمد عبده - نهج البلاغة - المكتبة التوفيقية - القاهرة - الطبعة الأولى - ٤ / ٥٣٣ : ٤٣٤ .

(٧٧٢) الدكتور / عبد الكريم عثمان - معالم الثقافة الإسلامية - ص ٥٨ : ٥٩ .

(٧٧٣) سورة التوبة : آية ٢٩ .

(٧٧٤) سورة البقرة : آية ٧ .

(٧٧٥) سورة النساء : آية ١٥٥ .

وهذا الختم على قلوب الكافرين وسمعهم لم يكن ابتداءً أبداً، وإنما جزاء وعقوبة على اختيارهم^(٧٧٦).

(٧٧٦) انظر (أ / عباس ظهيري - حدود الحرية من المنظور الكلامي والفقهى والعرفاني - مجلة المنهاج - ٤٠/٢٣) .

قيود على حرية العقيدة (الحرية التكوينية) :

القيود الأول : الجزية :

الجزية عبارة عن قدر من المال يؤخذ من أهل الذمة^(٧٧٧)، وذلك مقابل الدفاع عنهم وإعفائهم من التجنيد .

وأساس مشروعيتها قوله تعالى ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾^(٧٧٨).

والواضح أن المقصود هو دفع الجزية (عن يد) أى عن قدرة و (صاغرون) أى عن استسلام لحكم الإسلام بها ، وذلك لعدة أهداف :

١ - أن يعلن معطى الجزية استسلامه وعدم مقاومته بالقوة المادية للدعوة إلى دين الله الحق .

٢ - أن يساهم فى نفقات الدفاع عن نفسه وماله وعرضه وحرماته التى يكفلها الإسلام لأهل الذمة الذين يؤدون الجزية فيصبحون فى ذمة المسلمين وضمانتهم ، ويدفع عنها من يريد الاعتداء عليها من الداخل أو من الخارج بالمجاهدين المسلمين^(٧٧٩).

٣ - لإسهام فى بيت مال المسلمين الذى يضمن الكفالة والإعاشة لكل عاجز عن العمل ، بما فى ذلك أهل الذمة بلا تفرقة بينهم وبين المسلمين دافعى الزكاة^(٧٨٠).

هذا إذا كان الفرد قادرا على دفعها ، وقادرا على العمل والكسب ، فإذا كان غير ذلك أعطى من بيت مال المسلمين ، وهذا ما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهو أول من أعطى فقراء أهل الذمة من بيت مال المسلمين روى أبو يوسف ، وأبو عبيد : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه - مر بباب قوم وعليه سائل يسأل - شيخ كبير ضريب البصر فضرب عضده من خلفه ، وقال : من أهل الكتاب أنت ؟ فقال : يهودى ، قال فما ألجأك إلى ما أرى ؟ قال : أسأل الجزية والحاجة والسن ، قال : فأخذ عمر بيده وذهب به إلى منزله فوضح له بشيء من المنزل^(٧٨١). ثم أرسل إلى خازن بيت المال فقال : انظر هذا وضرباه^(٧٨٢). فوالله ما أنصفناه

(٧٧٧) انظر (د/ غالب عبد الكافي القرشى - أوليات الفاروق السياسية - دار الوفاء - المنصورة - ط١ - ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م - ص ٢٢٦) .

(٧٧٨) سورة التوبة : آية ٢٩ .

(٧٧٩) انظر (د/ غالب عبد الكافي القرشى - أوليات الفاروق السياسية - ص ٢٣٠) .

(٧٨٠) د/ غالب عبد الكافي القرشى - المرجع السابق - ص ٢٣١ ، وراجع فى ذلك أيضا (سيد قطب - تفسير فى ظلال القرآن - ١٦٣٤/٣) .

(٧٨١) رضى له : أعطاه شيئا ليس بالكثير - انظر (النهاية فى غريب الحديث ٢/ ٢٢٨) وانظر (لسان العرب ٣/ ١٩) .

(٧٨٢) ضرباؤه : أى أمثاله ونظراؤه - انظر (لسان العرب ١/ ٥٤٨) .

إن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾^(٧٨٣). والفقراء هم المسلمون ، وهذا من المساكين من أهل الكتاب ، ووضع عنهم الجزية وعن ضربائه^(٧٨٤).
هذا ما فعله أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه مع فقراء أهل الذمة^(٧٨٥) ، بل وصل الأمر به أنه رضي الله عنه وازن بين مصلحة الأمة في أخذ الجزية من أهل الذمة وبين رفض نصارى تغلب^(٧٨٦) لإعطائها بسبب اسمها - الجزية - إذ إنهم أنفوا أن يسلموا الجزية وأبوا ذلك وطلبوا إعفاءهم من اسم الجزية وسيدفعون ما يدفع المسلمون وزيادة ولكن باسم الصدقة ، فرأى عمر أن لا سبيل إلى ذلك فالله تعالى ورسوله ﷺ قد أمرا بأخذ الجزية من أهل الكتاب وإلا قوتلوا ، فخيرهم بين أمرين : إما دفع الجزية ، وإما الجلاء إلى الروم فاخترأوا الجلاء وبدأوا يتهيأون للرحيل ومضى بعضهم فأشار على الفاروق رجل اسمه النعمان بن زرة^(٧٨٧). أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة ولا يدعهم يذهبون إلى العدو فيكونون قوة له إذ قال له : يا أمير المؤمنين (إن القوم لهم بأس وشدة وهم عرب يأنفون من الجزية وليست لهم أموال ، إنما هم أصحاب حروث ومواش ، ولهم نكاية في العدو ، فلا تعن عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة)^(٧٨٨). فبعث أمير المؤمنين في طلبهم ، فردهم وصالحهم على أن مضاعفة الصدقة عليهم ، واشترط عليهم أن لا

(٧٨٣) سورة التوبة : آية ٦٠ .

(٧٨٤) انظر (أبو يوسف - الخراج - ص ١٣٩) .

(٧٨٥) وهذا الفعل من أمير المؤمنين عمر الفاروق رضي الله عنه يدل على سماحة الإسلام التي ليست فوقها سماحة ، ولا يستطيع أى نظام أو أى حاكم أن يعمل هذا العمل في معاملة الآخرين من غير أبناء جنسه ومن على غير عقيدته ، ومن أراد أن يتأكد من قولنا هذا فليراجع التاريخ قديما وحديثا ، ولينظر في الوقت الحاضر إلى أكثر الدول حرية وديمقراطية كما يدعون ، ليرى كيف يعاملون الأقليات فيها ، كيف يعامل السود في أمريكا وأوروبا ، بل كيف يعاملون المسلمين في بلادهم ، هل وصلت بهم ديمقراطيتهم إلى العفو عن كل فقير من الضرائب المفروضة عليه ويعطونه ما يكفيه من خزنة الدولة ؟ بل هل استطاعوا أن يعاملوا فقراءهم كما كان يعامل عمر فقراء أهل الذمة ؟ الإجابة بكل صراحة لا ؛ والعجيب أن أمريكا جثمت على جسد الأمة المسلمة لتقطعه إربا وتسلبه ثرواته ، وتتعاقد مع بقية الذئاب على أكل لحمه . (وللعلم أنا أكتب هذه الكلمات بعدما سمع العالم أجمع بما تفعله الدولة الديمقراطية الأولى في العالم - أمريكا - بالعراق المسلمة من ذبح وقتل واستغلال للثروات ، وتوقيع عقود نهب بترول العراق لشركات أمريكية ، بتاريخ ٢١/٤/٢٠٠٣ م) فهل يجوز لكل تابع لهم اليوم أن يتكلم عن الإسلام بنت شفه ؟ راجع في ذلك أيضا (أوليات الفاروق عمر السياسية للدكتور / غالب عبد الكافي القرشي ص ٢٣٤) وأيضا (جريدة الأسبوع المصرية بتاريخ ٢١/٤/٢٠٠٣ مقال للأستاذ / مصطفى بكرى) .

(٧٨٦) بنو تغلب : هم بنو تغلب بن وائل بن ربيعة بن نزار ، من صميم العرب انتقلوا في الجاهلية إلى النصرانية وكانوا قبيلة عظيمة لهم شوكة قوية واستمروا كذلك على نصرانيتهم ، وحتى جاء الإسلام لم يسلموا ، وكانوا في الشمال الشرقي للجزيرة العربية ، انظر (ابن القيم الجوزية - أحكام أهل الذمة، تحقيق / يوسف أحمد البكري ، شاعر توفيق العاروري - دار ابن حزم للنشر الدمام - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ٢٠٠٦/١) ، وانظر (البلاذري - فتوح البلدان - تحقيق عبد الله أنيس الطباع، عمر أنيس الطباع - مؤسسة المعارف - بيروت - لبنان ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م - ص ٢٤٩) .
(٧٨٧) النعمان بن زرة هو : النعمان بن زرة بن وائل بن ربيعة بن شبيب بن زيد التغلبي - انظر (ابن ماكولا - الاكمال - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١١هـ - ٥٠٩/١) . وانظر (ابن حجر - الإصابة - تحقيق / علي محمد البيجاوي - دار الجيل - بيروت - ط ١ - ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م - ١٣٥/٢) .

(٧٨٨) أبى عبيد القاسم بن سلام - الأموال - دار الفكر بيروت - لبنان - ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م - ص ٣٧ .

ينصروا أولادهم^(٧٨٩) . ومن ثم فقد راعى أمير المؤمنين المصلحة ، ووازن بين المصلحتين الجوهرية المتمثلة فى أخذ الجزية ، كمال يخدم الصالح العام ، وبين المصلحة الشكلية الحرفية المتمثلة فى الاسم فأيهما أولى بالرعاية الاسم أو المسمى ؛ لاشك أن المسمى أولى ولاسيما وأنه يحقق المقصود .

لذلك فإن الجزية ليست حكما إسلاميا تعسفيا وإنما سنّها الإسلام لمراعاة مصلحة الأمة العامة ، مع عدم المساس بحرية الآخر فى معتقده وحقه فى إنسانيته وكرامته ، وهو ما كان واقعا يحياه الناس تحت مظلة الدولة الإسلامية على اختلاف عقائدهم ، وكان الولاة يعلمون الناس هذا الأمر بأحكامهم وأقوالهم (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا)^(٧٩٠) . كلمة قالها أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه لعامله على مصر عمرو بن العاص رضي الله عنه ويا ليت قومي يعلمون .

القيد الثانى : قتال غير المسلمين لدفع أذاهم :

إن حرية الاعتقاد لغير المسلمين مضمونة لا يمكن لأحد أن ينال منها أو يتعرض إليها بمحو أو إثبات ، لأنها كما ذكرت سلفا متعلقة بوجود الإنسان وضميره ؛ ومن المستحيل التحكم فيها .

وإذا حاول البعض أن يضربهم أو يفسد على المسلمين دينهم ، كان لزاما قتاله لدفع أذاه ، ودفع ضرره قال تعالى ﴿ أَذِنَ لِلَّذِينَ يَقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ * الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْجَمَتْ صَوَامِعُ وَبِيْعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴾^(٧٩١) . وقال تعالى ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ ﴾^(٧٩٢) . إنه القتال لتحرير الإنسان فى الأرض ، فقد تطفى قوى الشرك لتقف حجر عثرة أمام إرادة الإنسان فى الاختيار ، فتكون الفتنة ؛ لذا وجب القتال لزوالها ، ولتحرير الناس من قيودها .

وإن مبرر القتال الذى أنيطت به هذه الأمة لا يعود خيره عليها وحدها بل للبشرية جمعاء ، فالأمة منتدبة به لمهمة إنسانية كبيرة ، ففيه ضمان لحرية العقيدة وحرية العبادة ، فلولاها (لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد)^(٧٩٣) . ومن ثم كان تعليل الإذن للقتال بأمور ثلاثة :

١ رد الظلم والاعتداء .

٢ أنه لحماية جميع المعابد من ظلم الكافرين .

(٧٨٩) انظر (أوليات الفاروق السياسية - ص ٢٣٧) .

(٧٩٠) ابن الجوزى - مناقب عمر - ص ٨٩ .

(٧٩١) سورة الحج : آية ٣٩ ، ٤٠ .

(٧٩٢) سورة الأنفال : آية ٣٩ .

(٧٩٣) انظر (الرازى - مفاتيح الغيب - ٤٩٤/٧) ، وانظر (الألوسى - روح المعانى - دار الغد العربى - القاهرة - ط ١ -

١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ٤٤/١٢) وانظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٢٧٦ / ١٧) وانظر (رشيد رضا - شرح المنار -

الهيئة المصرية للكتاب - ١٩٩٠م - ٥٥٣/٩) وانظر (سيد قطب - فى ظلال القرآن - ٢٤٢٤/٤) .

٣ إزالة العقبات أمام تبليغ الدعوة إلى الله تعالى ، وأن يحسن الناس الاختيار^(٧٩٤).

ويا له من منهج قويم ، القتال فيه لحماية المعابد وروادها بلا إكراه للمخالفين على اعتناقه ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾^(٧٩٥) ، ومن ثم فإن حرية الاعتقاد ليست على إطلاقها ، إنما تقيد في الإسلام بالقيدين السابقين لا انتهاك بهما لكرامة الإنسان ، ولا إكراه له على الدين .

ثانيا : الحرية التشريعية :

عرفنا مما سبق أن موقع ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ هو ما قبل الرضا في الانتظام في المجتمع الإسلامي والرضا بمنهجه حاكما ، فالإنسان حر مختار تكويننا ، غير أن هذا الموقع يتغير بعد رضاه بالإسلام دينا ، وهنا تأتي الحرية التشريعية ، التي لها بعد فقهي فهي من وجهة النظر الفقهية تمثل حرية الإنسان من منظور الشرع ونظامه القانوني^(٧٩٦).

وهنا تكون حرية اعتقاد المسلم - الذي رضى بالله ربا وبالإسلام دينا ، وبسيدنا محمد ﷺ نبيا ورسولا - فهي محدودة له بما جاء به الدين الإسلامي مما تتكون جامعة المسلمين بالاتفاق على أصوله ، فإذا ما خرج المسلم على هذه الأصول عُذَّ مرتدا ، وقضى عليه النظام الإسلامي بالقتل لقول النبي ﷺ ﴿مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ﴾^(٧٩٧) ، ولا يكون التنفيذ إلا بعد الاستئابة التي قال بها جمهور العلماء^(٧٩٨).

(وإن جريمة الردة إذا وقعت في دولة إسلامية اتخذت النظام الإسلامي كقاعدة عامة أساسا لنظام الحكم فيها ، وتقيدت بمبادئه ، فإنها في هذه الحالة تكون بمثابة خروج على مبادئ النظام العام في الدولة واعتداء على أصول الحكم ومبادئه الجوهرية شأنها تماما شأن أى جريمة يرتكبها فرد في أى دولة من الدول ضد نظام الحكم فيها ، أو خروجا على مبادئه اعتبارا أن العقيدة والشريعة في النظام الإسلامي متلازمان لا تنفك إحداهما عن الأخرى ، فإذا ارتكب الفرد المسلم منكرا أو خرج على النظام فيستتاب ثلاثة أيام ، فإن لم يتب قتل حدا تطهيرا للجامعة الإسلامية من عروق الأدواء المهلكة لها^(٧٩٩) .

(٧٩٤) انظر (الشيخ / سيد سابق - فقه السنة- دار الفتح للإعلام العربى - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م - ٣٦٣/٣) .

(٧٩٥) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٧٩٦) مجلة المنهاج - عدد ٢٣ - ص ٤١ .

(٧٩٧) ابن حجر - فتح البارى - ١٧ - باب . الاعتصام بالكتاب والسنة .

(٧٩٨) انظر (الدكتور / محمد محمد فرحات - المبادئ العامة فى الفقه الجنائى - أستاذ الفقه بحقوق عين شمس - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى - ١٩٩٨م - ص ٢٩٩) .

(٧٩٩) انظر (المستشار / عمر شريف - نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية - ص ١٦٧) ، وانظر (الطاهر بن عاشور - أصول النظام الاجتماعى فى الإسلام- دار النفائس - الأردن - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م - ص ٢٧١) ، وانظر (د/علال الفاسى - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - ص ٢٥٣) ، وانظر (أ/عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى- دار التراث - القاهرة - بدون تاريخ- ٧٠٧/٢) .

وبا ليت التنويريين يفهمون أن حرية الاعتقاد المكفولة في الابتداء لغير المسلم تتغير بمجرد دخوله في الإسلام فلا يكره في الابتداء ، وإنما يعاقب حدا بعد الدخول في الإسلام (٨٠٠).

وفي ضوء هذا المعنى كانت الموازنة بين المنافع والمضار بين حماية الدين وهو المقصد الأول من مقاصد التشريع الإسلامي ، بل هو أولى الضروريات الخمس ، وبين حماية النفس وما لها من حقوق ، وكان الترجيح للدين وحمايته من عبث العابثين .
والحق أقول إن حرية الاعتقاد في الإسلام أمانة قوية تدفع عنه الاتهام بالعنف والإرهاب ، وهذه الحرية ليست مطلقة بحيث يستوى الإيمان والكفر عند الله ، وإنما لهذه الحرية ثلاثة ضوابط حتى ينجلي الحق لدى عيني .

١- أن هذه الحرية مقصورة على الحياة الدنيا ، بخلاف الآخرة فلا يستوى فيهما مؤمن وكافر ، قال تعالى ﴿يَوْمَ يَأْتِ لَا تَكَلِّمُ نَفْسٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ فَمِنْهُمْ شَقِيٌّ وَسَعِيدٌ﴾ (٨٠١).

٢- إن حرية الاعتقاد في الإسلام مكفولة بالنظر إلى علاقات الناس بعضهم ببعض ، فليس لأحد كائنا من كان أن يجبر أحدا على اعتناق عقيدة هو بها كافر ، ولو كانت عقيدة الإسلام - أما عند الله تعالى فالمؤمن من أهل الطاعة والرضوان ، والكافر مغضوب عليه ملعون ، قال تعالى ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ أَنْ نَجْعَلَهُمْ كَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَوَاءً مَحْيَاهُمْ وَمَمَاتُهُمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ﴾ (٨٠٢).

٣- إن حرية الاعتقاد في الإسلام في الحياة الدنيا مكفولة لغير المسلمين الذين ورثوا عقائد أخرى غير الإسلام عن آبائهم وأمهاتهم ، أما من ولد من أب مسلم وظل على الإسلام بعد بلوغه فإنه يقتل حدا ، فالكفر الموروث لا شأن لنا به ، وإنما شأن حد الردة بالكفر الطارئ .
ومن ثم فلا حجة لخصوم الإسلام في قتل المرتد ، واعتباره دليلا على إرهابية الإسلام ، لأن ذلك شأن من شئون الإسلام الداخلية (٨٠٣).

الفرع الثاني

حرية الفكر والتعبير

(٨٠٠) انظر (د/ علال الفاسي - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - ص ٢٥٣) وقال الدكتور / علال الفاسي : ولقد أغرق المبشرون الأجانب في بلاد الإسلام وعملاؤهم في الحيلة والتزوير حتى أخذوا يؤلفون كتباً باسم الإسلام ، ويدسون فيها ما يؤدي بصفة غير مباشرة إلى هدم العقيدة في نفس المسلم الذي لم يتحصن بعد بمعرفة دينه ، ونظر ذكي ، إلا إذا حاول المسلمون مقاومتهم بطرق ما ؛ اعتبروا ذلك مساساً بالحرية ؛ مع إن ما يقولونه (إن حرية الإيمان المعطاة للإنسان ابتداء تبقى له بعد دخوله الإسلام ، فلا يؤاخذ بارتداده عن الإسلام ؛ كما لم يؤاخذ بعدم إيمانه قبل دخوله فيه) وما يفعلونه تجاوز لكل حدود الحرية والكرامة - (د/ علال الفاسي - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - ص ٢٥٣) .

(٨٠١) سورة هود : آية ١٠٥ .

(٨٠٢) سورة الجاثية : آية ٢١ .

(٨٠٣) الدكتور / عبد العظيم المطعني - مقال - مجلة الأزهر - مجمع البحوث الإسلامية - إصدار ربيع الآخر ١٤٢٣هـ /

٢٠٠٢م - ٤ / ٥٧٣ : ٥٧٥ .

إن حرية الفكر فيما عدا الاعتقاد الديني تشمل التفكير في الآراء العلمية والفقهية ، وكذلك المتعلقة بالسياسية الشرعية وشئون الحياة العادية ، غير أنها لا تستقل بنفسها وإنما تحتاج إلى وسيلة للإفصاح عن نفسها بالقول والرأى ، فهي ما يجول بالعقل ، وما يجول بالعقل لا يعرف إلا بواسطة القول ^(٨٠٤).

والإسلام جعل التفكير فريضة دينية لإعمال العقل ، وحث الإسلام العقل على الانطلاق والعمل ، والنظر في الكون والحياة ، ومنحه الحرية في البحث والاختيار لكشف الحقائق ، ومعرفة الأسرار ، وأقرب دليل على ذلك كثرة تذييل غالب الآيات الكونية قوله تعالى ﴿ لعلكم تعقلون ﴾ ، ﴿ لعلهم يتفكرون ﴾ ، وقوله ﴿ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَعِبْرَةً لِّأُولِي الْأَبْصَارِ ﴾ ^(٨٠٥) . وقوله تعالى ﴿ إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ ﴾ ^(٨٠٦) ، وقوله ﷺ ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ ﴾ ^(٨٠٧) ، وقد حمى الإسلام العقل معقل التفكير فحرم عليه ما يعطله ويفسده فشرح تحريم الخمر وجعل على شاربها حدا ، وصان الإسلام إرادة الإنسان بمنع إجبارها وقسرها وإكراهها ، وفي الحديث ﷺ رفع القلم عن ثلاث : النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يكبر ★ ^(٨٠٨) . وفيه أيضا ﷺ رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ★ ^(٨٠٩) . وقد نظر الإسلام إلى وسائل الإدراك التي توصل إلى العقل تلك المعلومات عما يحيط به ؛ ليقوم بعملية التحليل - وهي الحواس الخمس - بمقدار ما يصل إلى العقل من معلومات صحيحة بمقدار ما يكون تفكيره سليما وتعبيره صادقا ^(٨١٠).

وإذا كانت حرية التفكير فريضة وآلته - العقل - مصونة ، والتعبير واجب ، فليس كل تفكير مقبول ، بل هناك ضوابط للتفكير حتى لا يضل وللتعبير قيود حتى لا يذل.

١ - ضابط الحرية الفكرية :

أنه إذا تعارض النقل مع العقل قدم النقل إذا لم يكن هناك باب للجمع بينهما من تأويل للنقل مع المحافظة على قوانين اللغة يتفق معه العقل ، فإن لم يكن فالتسليم بصحة المنقول مع الاعتراف بالعجز عن فهمه وتفويض الأمر إلى الله في علمه ^(٨١١).

(٨٠٤) انظر (محمد الطاهر بن عاشور - أصول النظام الاجتماعي في الإسلام - ص ٢٧٤) .

(٨٠٥) سورة آل عمران : آية ١٣ .

(٨٠٦) سورة آل عمران : آية ١٩٠ .

(٨٠٧) سورة عبس : آية ٢٤ .

(٨٠٨) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم عن عائشة مرفوعا ، ورمز له السيوطي بالصحة ، وانظر (المنأوى - فيض التقدير بشرح الجامع الصغير - المكتبة التجارية مصر الطبعة الأولى - ١٣٥٦ هـ / ٣٥ / ٤ رقم ٤٤٦٢) .

(٨٠٩) رواه الطبراني عن ثوبان مرفوعا وصححه السيوطي وحسنه النووي ، انظر (المنأوى - فيض التقدير ٣٤ / ٤ - برقم ٤٤٦١) .

(٨١٠) انظر (الدكتور / زكريا عبد الرازق المصري - الإسلام وحرية الإنسان - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م - ص ١٣٢ : ١٣٥) .

(٨١١) انظر (بكر موسى - حرية الإنسان في الإسلام - كتاب سلسلة البحوث الإسلامية لمجمع البحوث الإسلامية - عدد

٢ - ضوابط حرية التعبير :

لقد حدد القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ضوابط للتعبير - الذى هو سبيل الإفصاح لما يدور فى الفكر - تحديدا دقيقا وواضحا نجمل منه ما يلى :

أ - ضابط القول الحسن والتزام الحق فيه وعدم الاعتداء به ، وعمدة هذا الضابط المتعلق باللفظ قوله تعالى ﴿ وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا ﴾^(٨١٢) . وقوله تعالى ﴿ وَقُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنْزِعُ بَيْنَهُمْ ﴾^(٨١٣) . وقوله تعالى ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(٨١٤) . وباستقراء هذه الآيات يتبين لنا أن التعبير باللفظ جائز شرعا لكنه فى حدود القول الحسن المنضبط عقديا والصحيح تشريعا ، فلا يجوز التطاول به على ثوابت النظام الإسلامى باسم حرية الفكر والإبداع^(٨١٥) . ذلك لأن حماية الدين وثوابته أولى من مثل هذه الأفكار المريضة والتعبيرات الملوثة .

ب - الالتزام بضابط الصدق والأمانة ، قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾^(٨١٦) ؛ أى قولا مستقيما لا اعوجاج فيه ولا انحراف^(٨١٧) ، وقال القرطبي (أى قصدا وحقا)^(٨١٨) ؛ فعلى صاحب القول أن يلزم الصدق فهو من أهم خصائص القول وضوابطه وفى الحديث ﷺ من حدث بحديث وهو يرى أنه كذب فهو أحد الكذابين ★^(٨١٩) .

ج - مراعاة التوقيت والتثبت من المصدر قال تعالى ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾^(٨٢٠) . قال ابن كثير^(٨٢١) . فى تفسير هذه الآية : (إنكار على من يبادر إلى الأمور قبل تحققها فيخبر بها ويفشيها وينشرها ، وقد لا يكون

٨٤ - ١٣٩٧هـ / ١٩٧٧م - ص ١٣٣) .

(٨١٢) سورة البقرة : آية ٨٣ .

(٨١٣) سورة الإسراء : آية ٥٣ .

(٨١٤) سورة الأعراف : آية ٣٣ .

(٨١٥) راجع فى ذلك (الدكتور / عبد العزيز حمودة - المرایا المقعرة - كتاب عالم المعرفة - عدد ٢٧٢ - ٢٠٠١م - سلسلة شهرية يصدرها المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب) ، وراجع ما كتب فى الرد على رواية (وليمة أعشاب البحر) والنرى تجرأ فيها المؤلف على ثوابت الإسلام باسم الإبداع .

(٨١٦) سورة الأحزاب : آية ٧٠ .

(٨١٧) ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - ٥٢١/٣ .

(٨١٨) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ١٤ / ٢٥٣ .

(٨١٩) رواه الترمذى فى كتاب العلم برقم (٢٦٦٢) - ٣٥/٥ .

(٨٢٠) سورة النساء : آية ٨٣ .

(٨٢١) ابن كثير هو : الإمام الحافظ الحجة عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضوء بن كثير القرشى الدمشقى الشافعى (ت : ٧٧٤هـ) انظر (ابن حجر - إنباء الغمر بأنباء العمر - ٣٩/١) .

لها صحة ، وفي الحديث ❶ كفى بالمرء كذبا أن يحدث بكل ما سمع ★ (٨٢٢) - (٨٢٣) .

٣ - قيود حرية التعبير في النظام الإسلامي :

هذه القيود يمكن إجمالها فيما يلي :

أ - أنه لا يجوز أن تستخدم حرية الرأي لهدم أسس ودعائم النظام الإسلامي أو إلى نشر الإلحاد أو الأهواء أو الضلالة والبدع بين المسلمين ، ويقول الشافعي ❷ لو علم الناس ما في الكلام من الأهواء لفروا منه فرارهم من الأسد ★ (٨٢٤) . وقال الحسن وابن سيرين : ❸ لا تجادلوا أهل الأهواء ولا تجالسوهم ولا تسمعوا منهم ★ (٨٢٥) .

ب - لا مجال لحرية الرأي إذا ما استهدفت الفتنة أو خيف منها الفرقة بين أفراد الجماعة أو ألحقت ضررا بالغير (٨٢٦) .

ج - كما أنه تعدت حرية الرأي نطاقها فاعتدت على الأخلاق أو الآداب أو النظام العام أو تجاوزت حدود الفضيلة وجب ردها إلى أعقابها فإذا منع الفرد من الخوض فيها فهو بذلك منع من الاعتداء ولم يحرم من حق (٨٢٧) .

ومما سبق نخلص إلى أن ممارسة الإنسان لحرية التفكير والتعبير ليست مطلقة وإنما مقيدة بضوابط ، بل نجد أن مما توحى به النصوص السالفة في دلالاتها أن الأصل هو القيد لقوله تعالى ﴿ لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا ﴾ (٨٢٨) . ففي حال القول الإنسان مطالب بقول الخير وإن لم يكن لديه ثمة خير بقوله فليصمت لحديث النبي ﷺ ❹ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت ★ (٨٢٩) .

ومن ثم كانت حرية الفكر والتعبير في محل الخضوع لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيلا وتطبيقا (٨٣٠) . فلإنسان الحق في أن يقول ما يشاء مما لا ينافي العدل ولا يضر بالآخرين .

(٨٢٢) رواه مسلم في صحيحه باب النهي عن الحديث بكل ما سمع - رقم (٧) - ٣١/١ .

(٨٢٣) ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - ٥٢٩/١ .

(٨٢٤) الذهبي - سير أعلام النبلاء - ١٠/١٦ : ١٨ .

(٨٢٥) سنن الدارمي برقم (٤٠١) ١٢١/١ - تحقيق فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي - دار الكتاب العربي بيروت - لبنان - ط ١ سنة ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م .

(٨٢٦) د/ محمد حافظ سليمان - حرية الرأي والرقابة على المصنفات - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣ م - ص ٥٣ .

(٨٢٧) د/ حسن محمد هند - النظام القانوني لحرية التعبير - دراسة مقارنة - مكتبة الأسرة - القاهرة سنة ٢٠٠٤ م - ص ٣٢ .

(٨٢٨) سورة النساء : آية ١٤٨ .

(٨٢٩) متفق عليه - رواه البخاري - ٢٦٤/١١ ، ومسلم : (٤٧) .

(٨٣٠) انظر (الدكتور / محمد بن عبد الله بن إبراهيم الخرعان - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - يصدرها مجلس

النشر العلمي - جامعة الكويت - حرية التعبير بين المفهوم الشرعي والمفاهيم المعاصر - عدد ٤٨ - ص ٣٢٦ : ٣٢٨)

الفرع الثالث

الحرية الاقتصادية

من حق الإنسان أن يعمل وأن يأخذ ثمرة عمله قال ﷺ ﴿إِنْ أَفْضَلَ الْكَسْبُ كَسْبَ الرَّجُلِ مِنْ يَدِهِ وَإِنْ نَبَى اللَّهُ دَاوُودَ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ﴾ ★^(٨٣١). فالعمل من أهم أسباب الكسب الحلال ، كذلك من حق الإنسان أن يتاجر وأن ينتج والحقيقة أن الحرية الاقتصادية لا تتحقق في مجتمع ما إذا كان يسمح لبعض أفراده أو جماعاته باستغلال إخوانهم ، وأخذ نتائج أعمالهم بغير حق وكان إلى جانب ذلك يمنع الناس من حقهم في أن يكدحوا ليكسبوا قوتهم ، أو يحرمهم من أجورهم^(٨٣٢).

أما المجتمع الفاضل في ظل الإسلام فهو الذى يعطى حرية التملك ويتيح فرصة العمل للجميع ، ويتيح الاتجار والإنتاج باعتبار ذلك أصل مقرر في النظام الإسلامى قال تعالى ﴿لِيَأْكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلَا يَشْكُرُونَ﴾^(٨٣٣). وقال تعالى ﴿مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُنْخَسُونَ﴾^(٨٣٤). وباستقراء ما ورد في هذا الميدان من آيات كريمة وأحاديث نبوية شريفة جاز لنا أن نقول بأن الحرية الاقتصادية في ظل النظام الإسلامى ليست مطلقة - بمعنى أن يعمل الإنسان أو أن يتاجر وأن ينتج فيما يريد وأن يكسب ما يريد - بل وضع الإسلام لهذه الحرية قيودا وضوابط تجعل من الحرية الاقتصادية وظيفة اجتماعية ، باعتبار أن الله ﷻ خلق ما فى الأرض جميعا لينتفع بها عباده ، وكان أول قيد على الحرية الاقتصادية هو قيد نوعية المال فهناك أموال لا يجوز تملكها لاعتبارين :

الأول : إما لأنها من الملكيات العامة والتي يترتب على تملكها للأفراد مفساد ومضار عظيمة لحديث النبى ﷺ ﴿الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكأ والنار﴾ ★^(٨٣٥) ، وقوله أيضا : ﴿الثلاثة لا يمنعن ؛ الماء والكأ والنار﴾ ★^(٨٣٦).

الثانى : وإما لأنها محرمة شرعا كالخمر والخنزير وما يضر بالعباد^(٨٣٧) ، وهناك قيدان على حرية مالك المال فى التصرف :

١ عدم الإضرار بالغير لحديث ﷺ ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾ ★^(٨٣٨). فنهى الإسلام عن حجب المال عن التداول ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾^(٨٣٩). ولأجل ذلك كان فى الإسلام

(٨٣١) رواه مسلم - صحيح الجامع للألبانى - رقم ٥٥٤٦ .

(٨٣٢) علال الفاسى - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - ص ٢٦٠ .

(٨٣٣) سورة يس : آية ٣٥ .

(٨٣٤) سورة هود : آية ١٥ .

(٨٣٥) الهيثمى - مجمع الزوائد - مسند الحارث - تحقيق د/ حسين أحمد صالح الباكى - مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة - ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م - ٥٠٨/١ .

(٨٣٦) ابن حجر - فتح البارى - ٤٥٥/٦ .

(٨٣٧) انظر (المستشار / عمر شريف - نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية - ص ١٨١) .

(٨٣٨) سبق تخريجه ص ٦١ .

(٨٣٩) سورة التوبة : آية ٣٤ .

تقرير حق الارتفاق والشفعة .

٢ تحقيق صالح الجماعة وهذا القيد واضح في فريضة الزكاة والتي تصرف في مصالح الجماعة وكذلك ما جاز للحاكم أخذه من مال الأغنياء عند الضرورة ، ويرى كثير من الفقهاء المعاصرين أن من حق الحاكم تحديد الملكية الخاصة للمصلحة العامة كما حدث في الأندلس^(٨٤٠). (فمن حق ولي الأمر التدخل لمصلحة الجماعة بما في ذلك حق تجريد المستخلف من وظيفته الاجتماعية " نزع الملكية " كلا أو بعضا إذا ما رأى الإمام أن المستخلف قد انحرف عن الضوابط المحددة لاستخلافه)^(٨٤١).

ومن ثم فهي حرية مقيدة بحق الغير وبما فيه المصلحة العامة ؛ وهو ما يشمل المنع من ما يضر بالمجتمع من المحرمات وضروب الفساد لذلك كانت الحاجة إلى الموازنة بين المنافع والمضار مطلوبة ليتحقق العدل ويعم الخير .

وبعد أن تعرفنا على حماية الحريات بما فيها من حرية للاعتقاد وحرية للفكر والتعبير وحرية للاقتصاد ، على سبيل المثال لا الحصر في النظام الإسلامي ، جاز لنا أن ننقل إلى النظم الوضعية لتعرف على سمات حماية الحريات فيها في إطار المطلب التالي.

(٨٤٠) انظر (المرجع السابق ص ١٨٤ : ١٨٥) .

(٨٤١) الدكتور / فاضل عباس الحسب - الفكر الاقتصادي الإسلامي - دراسة مقارنة - علم المعرفة - بيروت لبنان - الطبعة الثانية ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م - ص ٣٨ .

حماية الحريات فى النظم الوضعية

تمثل الحرية فى النظم الوضعية أحد حقوق الإنسان الأساسية ، كحقه فى السكن والعيش ، وعدم ممارسة الظلم ضده ، وذلك فى إطار قانونى يحفظ له حريته ويحمى حقوقه الاقتصادية والفكرية والاعتقادية وفيه تقول المادة الثانية من ملحق إعلان حقوق الإنسان فى فرنسا الصادر فى ٢٦ أغسطس ١٧٨٩م (إن هدف كل تجمع سياسى هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم هى الحرية الملكية ، الأمن ، مقاومة الطغيان) وفى الدستور المصرى تنص المادة (٤٦) على أن (تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية) وكذلك تنص المادة (٤٧) على أن (حرية الرأى مكفولة) وحماية الحريات فى مجال الدراسات القانونية والدستورية ، محلها فى بؤرة المواضيع الشائكة ، ولاسيما وأنها كانت سببا فى كثير من الأحداث والثورات والصراعات ، وبخاصة الحريات العامة والتي يتمتع بها جميع من يتواجدون فى مجتمع ما دون تفرقة بسبب الجنس أو الكفاءة أو المركز الاجتماعى ، وتمنح هذه الحريات امتيازات خاصة للأفراد يتمتع على السلطة التعرض لها وتسمى أحيانا بالحقوق المدنية (Droit civils) غير أن عبارة الحريات العامة هى الأكثر شيوعا فى الدساتير والمؤلفات العلمية المعاصرة ولعل سبب هذا الشيوع لعبارة الحريات العامة أن الحريات ليست مجرد حقوق و امتيازات للأفراد فى مواجهة بعضهم البعض، وإنما صارت امتيازات للأفراد فى مواجهة السلطة العامة ^(٨٤٢) بعد أن كان هناك عدم اعتراف لحقوق وحرىات الأفراد فى مواجهة السلطة فى ظل العصور القديمة حتى أوائل القرن التاسع عشر ^(٨٤٣). وحتى لا يطغى جانب على جانب فى هذا الميدان كانت الحاجة إلى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ملحة ، وتظهر معالمها فى ضوء بعض أنواع الحرية التى لها علاقة بالسلطة ألا وهى حرية الاعتقاد وحرية الفكر والتعبير وحرية الاقتصاد ، لما لها من علاقة بالمصالح العامة ، والخاصة التى يريد البعض أن يجعلها تحت تصرف الإرادة العامة التى تعمل على تحقيق المصلحة العامة ^(٨٤٤) بيد أنها تقع فى

(٨٤٢) انظر (د/ سعاد الشرقاوى - نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني - ص ٥ : ٦) .

(٨٤٣) انظر في ذلك أيضا (الدكتور / ثروت بدوى- النظم السياسية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٥ - ص ٤١٢)

وقد ذكر الدكتور ثروت بدوى قول الفقيه كوليوار :

[illegible]

(٨٤٤) يقول جان جاك روسو : إن كل عضو في المجتمع يهب نفسه به بمجرد تكوينه ، وهو يهب نفسه كما هو في تلك

اللحظة بكل ما يملك من قوى ومنها ما في حيازته من ممتلكات ، ولا يعني ذلك أنه بمقتضى هذا التصرف تغيير طبيعة الحيازة بتغير الأيدى وتصبح جزءا من ممتلكات صاحب السيادة بل لما كانت قوى المجتمع السياسي أكبر بما لا يقارن من قوى الفرد ، فإن الحياة العامة أيضا تكون ، بذلك أقوى وأحكم دون أن تكون أكثر شرعية ، على الأقل في مواجهة

أغلاط وتخطئ كما يخطئ الأفراد ، ولهذا كانت الموازنة بين المنافع والمضار بين مصلحتين والمناسبة بين منفعتين .

الفرع الأول

حرية العقيدة فى النظم الوضعية

إن حرية الاعتقاد ليس لها تاريخ بعيد فى النظم الوضعية ولا سيما وأن الغرب عامة وأوروبا خاصة وسائر أنحاء العالم ، كان فيه الإكراه على الدين فى ذلك الوقت هو السائد ، والتعصب الدينى هو السياسة العامة فى تلك الدول حتى قامت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م وأعلنت حرية التدين ، وكان لإعلانها صدى عميق لدى بقية دول العالم ، أخذ فى التدرج الإيجابى حتى تم إعلانها جماعيا عام ١٩٤٨م غير أن هذا الإعلان ظهر على استحياء^(٨٤٥) . فى المادة (١٨) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ١٩٤٨م والتي تنص على أن : (لكل شخص الحق فى حرية التفكير والضمير والدين ، ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته ، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها ، سواء أكان ذلك سرا أم مع الجماعة)^(٨٤٦) .

وأساس هذه الحرية عندهم أنها حق طبيعى للإنسان ، وورد هذا الأساس فى إعلان بريطانيا لحقوق الإنسان (إعلان فرجينيا فى ١٢/٦/١٧٧٦م) ، وإعلان استقلال الولايات المتحدة فى ٤/٧/١٧٧٦م والإعلان الفرنسى لحقوق الإنسان ٢٦/٨/١٧٨٩م واعتمدت هذه الإعلانات على فلسفة مدرسة القانون الطبيعى والحقوق الطبيعية ، وليس أدل على ذلك من استخدام صفة الإعلان الذى يعنى أن المبادئ والحقوق التى تضمنها لها صفة تقريرية لا إنشائية - أى - أنه لا يفعل سوى الاعتراف بحقوق الإنسان الطبيعية السابقة على المجتمع ، وليس لوضعيه من فضل سوى الإعلان عن الحقوق الواردة فيه على الملأ^(٨٤٧) .

والذى يستقرى واقع هذه الدول يجد أن حرية الاعتقاد عندهم مجرد شكل براق ، يضل بمخبره ويخدع بمظهره ، فهم لا يقولون بعصمة المعتقد ، وإنما هو عندهم أمر نسبي بناءً على الفلسفات التى تقوم عليها هذه الدول ، فالفلسفة الشيوعية لا تعترف بالمعتقدات الدينية ، وتقهر أصحابها على تركها ، والفلسفة الليبرالية لا تدعى العصمة للمعتقدات ، صحيح أنها قالت بحرية الإنسان فى ما يعتقد غير أنها على نقيض من ذلك بأفعالها فلم تضع ضوابط للمعتقدات

الأجانب : إذ إن الدولة ، فى مواجهة أعضائها ، هى سيدة كل ممتلكاتهم بمقتضى العقد الاجتماعى الذى هو أساس جميع الحقوق داخلها . انظر (جان جاك روسو - العقد الاجتماعى - ترجمة / عبد الكريم أحمد ص ٧٩ - الهيئة المصرية للكتاب ٢٠٠٠م) .

(٨٤٥) انظر (الدكتور / أحمد الريسونى ، والدكتور محمد الزحيلي - حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة- كتاب الأمة الصادر عن دولة قطر - عدد ٨٧ - ١٤٢٣هـ - ص ٩٧) .

(٨٤٦) الدكتور / سعاد الشراوى - نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانونى - ص ١٧٢ .

(٨٤٧) د / محمد يوسف علوان - القانون الدولى لحقوق الإنسان - مجلة عالم الفكر- تصدر عن المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب - الكويت - ٢٠٠٣/٣١) .

بل تركتها مشاعا لكل من يريد اعتناقها، أو الخروج منها أو النيل منها بتجريح وتشويه ، ذلك لأنها بنت نفسها على غير دين بل فصلت بين الحرية الإعتقادية وبين بقية أنواع الحريات ، وفي هذا المعنى يقول جون ستيورات مل - وهو أحد أعلام الفكر السياسى والفلسفى فى بريطانيا إبان القرن التاسع عشر : (ولا أقول أن الاعتقاد بصدق العقيدة مدعاة للعصمة ، بل إن ما أقول إن ادعاء العصمة معناه إجبار الغير على قبول ما نراه فى العقيدة دون أن نسمع رأيه فيها ، ولا أستطيع أن أدعى العصمة حتى وإن كانت لحماية أعز معتقداتى ، فالرأى مهما بلغ فساده ومهما كان من إيمان الناس بضرره فليس هناك ما يبرر حرمان صاحبه من عرضه والدفاع عنه حتى وإن تعرض هذا الرأى بالنقد للعقيدة أو الآداب المرعية فالحق يوجب أن نستمع إلى كل رأى مخالفا مهما بلغ إجماع الناس على مخالفته) (٨٤٨).

والعجيب أن (مل) برهن على قوله هذا بما فعلته حكومة أثينا مع (سقراط) وإن أثينا اتهمته بإفساد عقول الشباب وأيضا استدل بما واجهه المسيحيون من الإنكار والتعذيب ثم يقول (وما كان الذين عذبوهم على هذا القدر من السوء والشر فيمن كانوا يرجمون الشهداء فيذكر أن (القديس بولس) كان أحد أولئك الراجمين ، وما كان الإمبراطور العادل الحكيم (ماركوس أوريليوس) إلا أحد معذبيهم) (٨٤٩).

ونتاج ما يقوله (مل) أن حرية المعتقد يستوى فيها اعتقاد الحق واعتقاد الباطل ، وهو مالا نعتقده ولا نقره وإن كان لستيورات مل بعض العذر لأنه عاش فى بيئة الفصل فيها بين الدين والدولة محمود ، ذلك لأن المعتقد المسيحى لم يقدم ما يصلح به أمر الدولة اقتصاديا واجتماعيا بخلاف النظام الإسلامى الذى قدم منها متكاملا للبشرية حين كمل نضجها العقلى وصارت مهينة لاستقبال ما يُقَوِّم اعوجاجها فى كل شأن من شئون حياتها .

ومن ثم جاز لنا أن نتساءل هل الأنظمة العربية سارت على نفس الفلسفة التى قامت عليها الدول الغربية والشرقية ؟

الإجابة : لا ، ذلك لأن الإسلام كان له التأثير الإيجابى فى الدول العربية وبخاصة فى مصر التى نص دستورها بكل صراحة على أن الدولة تكفل حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية واعتبر الدستور المصرى الشريعة الإسلامية هى القانون العام ، بل وعدّها المصدر الرئيسى للتشريع فى نص المادة الثانية منه .

ومعنى ذلك أن ما ذكرناه فى النظام الإسلامى ينطبق على الدستور المصرى إلا أن الأمر يحتاج إلى شجاعة من القضاء فى التطبيق .

ومن ثم فَضَّلَ النظام المصرى نظيره الفرنسى بهذا الضابط لحرية الاعتقاد وفق الشريعة الإسلامية وخصوصا وأن النظام الفرنسى وغيره من الدول الغربية اعتبرت العقيدة أحد أنواع

(٨٤٨) جون ستيورات مل - عن الحرية - ترجمة / عبد الكريم أحمد - ص ٣٢ .

(٨٤٩) جون ستيورات مل - المرجع السابق - ص ٣٣ .

حريات الإنسان الروحية التي ترتبط به ارتباطا طبيعيا^(٨٥٠) لذلك لم تكن حرية العقيدة في النظم الوضعية على درجة من القوة كمبرر لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار اللهم إلا في النظم العربية ومنها على سبيل المثال مصر .

الفرع الثاني

حرية الفكر والتعبير في النظم الوضعية

مما لا شك فيه أن الاعتراف بحقوق وحريات الأفراد هو أحد مقومات الدولة القانونية إذ إن الهدف من قيامها هو حماية الأفراد من تعسف السلطات العامة واعتدائها على حقوقهم ، لأن مبدأ الاعتراف بالحريات ما وجد إلا لضمان تمتع الأفراد بحرياتهم العامة وحقوقهم الفردية^(٨٥١) .

وحرية الفكر والتعبير كأحد أنواع الحريات كان لها قصب السبق من الحريات الأخرى إذ جاء النص عليها في غالب الدساتير واضحا ومحددا فتتص المادة (١١) من ملحق إعلان الإنسان والمواطن على أن (حرية إيصال الأفكار والآراء هي من أغلى حقوق الإنسان ، لكل مواطن إذن أن يتكلم ويكتب ويطلع بحرية ولا يصبح محلا للمساءلة إلا عند استعمال هذه الحرية في الحالات المحددة في القانون) .

أولا : حرية التعبير في فرنسا :

أصدرت فرنسا إعلانا لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ متضمنا سبع عشرة مادة نصت الأولى على الحرية بقولها [يولد الناس أحرار ومتساوين في الحقوق وبيقون والاختلافات الاجتماعية لا يمكن أن تقوم إلا على أساس المنفعة المشتركة]^(٨٥٢) .

وفي المادة الرابعة : عُرِّفت الحرية بأنها : "القدرة على القيام بكل مالا يلحق ضررا بالغير، و على ذلك لا قيد على ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان طالما لا تمس الحقوق التي يتمتع بها المجتمع ، وهذه القيود لا يتم تحديدها إلا بقانون"^(٨٥٣) .

(٨٥٠) انظر (د / جمال الدين عطية - ضوابط الحريات الفكرية - مجلة المسلم المعاصر عدد ٩٩ / ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م - ص ١٧٣) .

(٨٥١) انظر (د / منير حميد البياني - عميد كلية الحقوق - جامعة الزرقا الأهلية في الأردن - حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون من كتاب الأمة - عدد ٨٨ / ١٤٢٣ هـ - ص ٨٣) .

(٨٥٢) ملحق إعلان الإنسان والمواطن الصادر في ٢٦ أغسطس آب ١٧٨٩ م .

(٨٥٣) انظر (د / محمد حافظ سليمان - حرية الرأي والرقابة على المصنفات - دار النهضة العربية ١٩٩٣ م - ص ٦١) .

كما نصت المادة الثانية من نفس الإعلان على : (أن هدف كل تجمع سياسى هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم ، هذه الحقوق هى : الحرية ، الملكية ، الأمن ، مقاومة الطغيان) .

ولقد تناول الإعلان أيضا فى المادتين العاشرة والحادية عشرة منه حرية الرأى باعتبارها من الحريات الجوهرية ، والتي تعنى إمكانية تعبير الفرد عن فكره فى أى أمر من الأمور سواء ، أكان سياسيا أم دينيا فقالت المادة العاشرة : (لا يجب إزعاج أى شخص بسبب أرائه بما فيها الآراء الدينية ، شريطة ألا يكون من شأن التعبير عنها الإخلال بالنظام العام الذى يقيمه القانون)

ومع تناول هذه النصوص لحق الفرد فى التعبير عن رأيه ، وانه لا يجوز إزعاج أى شخص بسبب أرائه ومعتقداته ، إلا أن الدستور الفرنسى قد وضع قيда على تلك الحرية تمثل هذا القيد فى اشتراطه التالى :

أن لا تكون المجاهرة به سببا فى الإخلال بالنظام العام .
وعلى ذلك يتبين لنا أن الإعلان الفرنسى لم ينص على حرية مطلقة من كل قيد أو شرط ، وإنما تركها رهينة ألا تكون هذه الحرية سببا فى الإخلال بالنظام العام (٨٥٤) .

ثانيا : حرية التعبير فى الولايات المتحدة الأمريكية :

باستقراء وضع حرية التعبير فى الولايات المتحدة الأمريكية يتبين لنا أن إعلان الاستقلال الأمريكى الصادر فى ٤ يوليو ١٧٧٦م نص على : أن كل الناس خلقوا متساويين وأن خالقهم قد منحهم بعض الحقوق الغير قابلة للتحويل بتوسطها الحق فى الحياة والحرية والسعادة (٨٥٥) .

كما نجد فى أول تعديل لدستور الإتحاد الأمريكى الصادر سنة ١٧٨٧م ، أنه نص على : أن الكونجرس لن يسن قانونا يقيد من حرية الكلام أو الصحافة ، أو حق الأفراد فى الاجتماع سلميا ، كذلك فإن التعديل الخامس والرابع عشر على الدستور قد نص أيضا على : أنه لن يحرم أى شخص من الحياة أو الحرية أو الملكية بدون الإجراءات المرعية للقانون .

ومن الملاحظ على هذه النصوص أن الأسلوب الأمريكى يقوم على الاعتراف الدستورى بالحريات مع توفير الضمان القضائى لها ، عن طريق رقابة دستورية القوانين تجاه السلطة التشريعية (٨٥٦) .

وبدراسة وضع الحرية فى الولايات المتحدة الأمريكية يتبين لنا أن النصوص السالف ذكرها - سواء فى إعلان الاستقلال الأمريكى أو فى التعديلات - قد أطلقت عباراتها فى شأن

(٨٥٤) انظر (د/حسن محمد هند - المستشار بمجلس الدولة - النظام القانونى لحرية التعبير - دراسة مقارنة - الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٤م - ص ٣٤) .

(٨٥٥) انظر (د/محمد حافظ سليمان - حرية الرأى والرقابة على المصنفات - ص ٦٢) .

(٨٥٦) د/محمد حافظ سليمان - المرجع السابق - ص ٦٢ .

حرية التعبير التى يحميها الدستور ، هى حرية كاملة لا تخضع للضرورة التى تملئها طبيعة الحياة الاجتماعية المنظمة^(٨٥٧) .

ومع هذا فإن المحاكم الأمريكية حاولت الكشف عن ضرورة وجود قيود لهذه الحرية ، وبالفعل أشارت فى بعض أحكامها إلى تلك القيود ، التى منها :

- أ - عدم نشر أفكار فوضوية تهدد المجتمع .
- ب - ألا تؤدي إلى خطر واضح يؤدي إلى كوارث .
- ج - ألا تؤدي إلى خلق حالة من عدم الاستقرار .

ووضحت هذه القيود فى أكثر من حكم للمحكمة الفيدرالية العليا منها على سبيل المثال :

حكم الفيدرالية العليا فى قضية (جيتلو) الذى اتهم بخرق قانون حظر نشر الأفكار الفوضوية ، وحث العمال على الثورة ، وبالرغم من أنه لم ينجم عن هذا النشر أى فعل من أفعال العنف ، فقد اعتبرت المحكمة أن نشر هذه الأفكار يشكل تهديدا كافيا لفرض قيود على حرية التعبير والصحافة .

أيضا أدانت المحكمة العليا (شتيك) الذى اتهم بخرق قانون الجاسوسية الفيدرالى أثناء الحرب العالمية الأولى ، لقيامه بدعوة الشباب إلى العصيان ، وعدم الانخراط فى سلك الجندية ، وذلك على أساس أن هذه الدعوى تخلق خطراً واضحاً وحالاً يؤدي إلى كوارث^(٨٥٨) .

"ولم تقف المحكمة العليا موقف التصديق على الإدانة الدائمة للتقييد من طلاقة الحرية ، وغنما قامت بإلغاء حكم الإدانة الذى صدر ضد الكاهن الكاثوليكي (ترمبلو) لانتقاده التفرقة العنصرية وامتداحه نظام حكم الجنرال فيرانكو الديكتاتورى واحتقاره اليهود والشيوعيين مخالفاً بذلك قانون السلم فى ولاية شيكاغو ، وقد ذكرت المحكمة فى حكمها : (بأن ممارسة حرية الكلام والخطاب الحر فى النظام الديمقراطى مدعاة للجدل والمناظرة ، ولا يتحقق الغرض الأسسمى منه إلا عندما يخلق حالة من عدم الاستقرار ، وعدم الرضا بالظروف الراهنة ، وقد يشير حفيظة الناس ، ويسبب الغضب والتحدى ، وقد يكون الإجحاف والتحامل له نتائج غير مرضية ، كما أنه يحمل بذور قبول الفكرة أو رفضها"^(٨٥٩) .

ثالثا : حرية التعبير فى مصر :

لقد عنى المشرع الدستورى المصرى بتأكيد مبدأ حرية الفكر والرأى والتعبير وكفالة البحث العلمى ، فورد فى دستور ١٩٧١م عدة نصوص تظهر مدى سمو المشرع المصرى فى هذا الميدان منها : المادة (٤٧) التى تنص على أن : (حرية الرأى مكفولة ولكل إنسان التعبير

(٨٥٧) د/محمد حافظ سليمان - المرجع السابق - ص ٧٠ .

(٨٥٨) د/محمد حافظ سليمان - المرجع السابق - ص ٧١ .

(٨٥٩) د/محمد حافظ سليمان - المرجع السابق - ص ٧٠ .

عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون والنقد الذاتى والنقد البناء ضمانا لسلامة البناء الوطنى) .

وتنص المادة (٤٨) على أن (حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة ، والرقابة على الصحف محظورة وإنذارها أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإدارى محظور ويجوز استثناء فى حالة إعلان الطوارئ أو زمن الحرب أن يفرض على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة فى الأمور التى تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومى ، وذلك كله وفقا للقانون) .

وكذلك تنص المادة (٥٤) منه أيضا على أن (للمواطنين حق الاجتماع الخاص فى هدوء غير حاملين سلاحا ودون حاجة إلى إخطار سابق ، ولا يجوز لرجال الأمن حضور اجتماعاتهم الخاصة والاجتماعات العامة والمواكب والتجمعات مباحة فى حدود القانون)

ومفاد هذه النصوص أن المشرع الدستورى المصرى نظم حق التعبير وأباح حرية الصحافة والنشر وحق الاجتماع ونقد العمل العام^(٨٦٠) .

ولكن ثمة قيود وضوابط لهذه الحرية استتبطناها من بعض أحكام المحكمة الدستورية المصرية منها :

- ١ - يجب أن يكون الإيمان بحرية التعبير حقيقيا .
- ٢ - من المقرر أن حرية التعبير وتفاعل الآراء التى تتولد عنها ، لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها ، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها ، أو من ناحية العقوبة اللاحقة التى تتوخى قمعها ، بل يتعين أن ينقل المواطنون من خلالها - وعلائية - تلك الأفكار التى تجول فى عقولهم ، فلا يتهايمسون بها نجيا ، بل يطرحونها عزمًا - ولو عارضتها السلطة العامة - إحداثا من جانبهم - وبالوسائل السلمية - لتغيير قد يكون مطلوبا ، فالحقائق لا يجوز إخفاؤها ، ومن غير المتصور أن يكون النفاذ إليها ممكنا فى غيبة حرية التعبير ، كذلك فإن الذين يعتصمون بنص المادة (٤٧) من الدستور ، لا يملكون مجرد الدفاع عن القضايا التى يؤمنون بها ، بل كذلك اختيار الوسائل التى يقدرّون مناسبتها وفعاليتها سواء فى مجال عرضها أو نشرها ، ولو كان بوسعهم إحلال غيرها من البدائل لترويجها ، ولعل أكثر ما يهدد حرية التعبير أن يكون الإيمان بها شكليا أو سلبيا ، بل يتعين أن يكون الإصرار عليها قبولا بتبعاتها ، وألا يفرض أحد على غيره صمتا ، ولو بقوة القانون^(٨٦١) .

ثم بينت المحكمة الدستورية خطورة الإيمان الشكلى بحرية التعبير فقالت : (إن الإيمان غير الحقيقى أو الشكلى يخلق مؤسسات خاوية ، أو أشكال لحكم الفرد ، بل يتعين أن يوجد

(٨٦٠) انظر (د/حسن محمد هند - النظام القانونى لحرية التعبير - ص ٣٠) .

(٨٦١) حكم المحكمة الدستورية فى الدعوى رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ٥/٤/١٩٩٥ م .

الرأى والرأى الآخر ، وتتفاعل الآراء تُثمر الرأى الصحيح الناضج الذى يلائم المجتمع^(٨٦٢) .
ولذلك فإن ما ورد من نصوص فى الدساتير الفرنسية والأمريكية والمصرية وما ورد فيها
من معانٍ راقية ، تدفعنا للقول بأن حرية التفكير والتعبير والتي تعنى أن يفكر الإنسان تفكيراً
علمياً مستقلاً وأن يأخذ بما يهديه إليه فهمه ويعبر عنه بمختلف وسائل التعبير .

ولكن ثمة فارق دقيق بين حرية التعبير كمفهوم قانونى ، وبين عملية التفكير فى حد ذاتها
فعملية التفكير فى الإنسان لا تتوقف ما دام له عقل سليم ، وما دامت الحياة تدب فى جسمه
و هنا ليس للقانون أن يطول بالتنظيم ما يدور داخل العقل من أفكار ما دام لم يفصح عنها
صاحبها . إلا إذا اتخذت أفكاره مظهراً اجتماعياً سلوكياً لها تأثيرها السلبى على المجتمع ، فإذا
ما ظهرت الموبقات فى مثل هذه الحرية تدخل القانون بالضرورة لتنظيم الحياة الاجتماعية ، ولو
على حساب الاستقلال الفردى ، لإقامة الصالح المشترك للجميع . ومعنى ذلك أن تدخل
القانون للحد أو التضييق من حرية الفرد لا يكون جائزاً إلا إذا اقتضى الصالح المشترك ذلك .
ومن ثم يكون الصالح الفردى هو الأصل والاستثناء هو الصالح المشترك^(٨٦٣) .

هذه العلاقة بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية ، إنما تتألف من إيجاد التوازن
اللائق بينهما باعتبار أنها علاقة بين عنصرين مختلفين فى التفسير للمصلحة فحسب ، لا بين
ضدين من معدنيين متناقضين متصارعين^(٨٦٤) . ذلك لأن إظهار الحقيقة لا يستغنى عنها
المجتمع لاتخاذ قرارات سليمة ، وأن أى قيد على هذا يعد تعسفاً على حرية التعبير ما دامت
هناك ضرورة اجتماعية تبيح حرية التعبير^(٨٦٥) . ومن هنا كانت حرية التفكير والتعبير ينبوع
الأصيل لكل ما وصلت إليه جهود الجنس البشرى من أعمال عظيمة^(٨٦٦) .

غير أن هذه الحرية تتقيد بعدم المساس أو الإضرار بالفرد أو الجماعة بمعنى ألا يكون
فى ممارستها ما يتضمن إخلالاً بحقوق الآخرين مما يعد جرائم فى نظر القانون وبحسب ما يقرره

والحقيقة أن التجربة التاريخية والواقعية أثبتت أنه ليس للإعلان عن حرية الفكر والتعبير
من قوة إلا بقدر تشبث الشعوب بحرياتها وعزمها على التمسك بها ، ويقظتها الدائمة عليها ،

(٨٦٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٤/١/١٩٩٥ م .

(٨٦٣) انظر (د/نعيم عطية - فى النظرية العامة للحريات الفردية - الدار القومية - القاهرة - ١٩٦٥ م - ص ٩٥) ، وانظر

(د/عماد عبد الحميد النجار - النقد المباح - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٧ م - ص ٧) .

(٨٦٤) انظر (د/عماد عبد الحميد - المرجع السابق - ص ٤٤) .

(٨٦٥) راجع فى ذلك (حكم المحكمة الدستورية فى الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق بجلسته ١٤/١/١٩٩٤ م ، وحكمها فى

الدعوى الدستورية رقم ٦ لسنة ١٥ ق بجلسته ١٥/٤/١٩٩٥ م ، وحكمها فى الدعوى الدستورية رقم ٤٤ لسنة ٧ ق

بجلسته ٧/٥/١٩٨٨ م) ، وراجع أيضاً (بحث جمعية المساعدة القانونية بنقابة المحامين فى شأن حرية الصحافة المقدم

للمحكمة الدستورية العليا برقم ١٦ لسنة ٢٤ ق - قدمه أ.د/عاطف البنا وآخرون) .

(٨٦٦) انظر (د / عبد الفتاح محمد العيسوى - حقوق الإنسان فى الإسلام - مجلة الوعى الإسلامى - الكويت - عدد ٤٣١

- ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م - ص ٤٣) .

وكذلك احترام الأنظمة وتقديرها لها^(٨٦٧) ، وأن الذى يقرر الحريات ومداهما يتأثر دائما بالمناخ الذى يسيطر على الدولة مما يكون له أثره على السلطة فى الإقلال أو التوسعة فى الضوابط والقيود ، ولاشك فى أن السلطة التنفيذية فيما تمارسه من رقابة على تطبيق المبدأ وضوابطه متأثرة فى عملها باعتبارات السلامة الوطنية والتى يتم بها تقييد حرية الفكر^(٨٦٨) .

ويجب أن نتساءل : هل حرية الفكر والتعبير تعنى أن يقول الناس ما شاءوا؟ وفيما شاءوا ؟ ومتى شاءوا وأنى شاءوا ؟ وهل التعبير خاضع لإرادة الحكومة ؟ وإذا أجبنا بنعم نكون قد جانبنا الصواب لسببين :

الأول : إن الواقع يقول غير ذلك ، ففي الأمم التى تعد طليعة الشعوب الديمقراطية نلاحظ تناقضا كبيرا بين القول بحرية الفكر والرأى وبين التطبيق ، ففي فرنسا فإنه لا يمر شهر دون أن تمنع صحيفة ما لأن السلطة لا ترضى على مقال ما : وإن منع الصحف يخالف حرية القول ، مما يعنى خضوع حرية الفكر والتعبير لإرادة الحكومات .

الثانى : لو قلنا نعم سنجعل من حرية الفكر والتعبير بابا للفوضى فى القول ، وسنفتح منافذ للتحرىضات والأكاذيب والتشهير والتهديد مما يعرض حريات الآخرين إلى أخطار مادية ومعنوية مما يحمل على الأخذ بمعيار مشيئة رجال الأقلام ، وهذا ما أوقعنا فى حيرة : إما أن نجعل المقياس هو إرادة الحكومة ، وإما أن نجعله إرادة أصحاب الأقلام ومن يوحى إليهم بما يكتبون^(٨٦٩) .

ومن الممكن أن نقول إن العبرة دائما بالتطبيق فإذا كانت حرية الفكر والتعبير منصوص عليها دستوريا فى فرنسا ومصر إلا أنها مقيدة بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومى ، وأنها حرية مقبولة ما دام فيها الضمان لسلامة البناء الوطنى ، ولذلك كانت الحاجة إلى فقه الموازنة بين المنافع والمضار تحت رقابة القضاء ، حتى لا يكون الخصم هو الحكم كما يقول القائل : (إذا كان خصمى حاكما فماذا أصنع)^(٨٧٠) .

أيضا هناك قيود على هذه الحرية أحدها : قيد تشريعى والمتمثل فى أن حرية الفكر مقيدة بسلامة الوطن ، آخرها : قيد واقعى والمتمثل فى ما ينشأ من حالة الطوارئ الاستثنائية التى تصنع قييدا مؤقتا على الحريات عموما وعلى الخصوص حرية الفكر والتعبير ، والتى يرتبط بها ما يسمى بحرية الاجتماع والقول ، ومن هنا كانت الضمانة الوحيدة لحماية الحريات ، رقابة القضاء لأعمال الإدارة فى ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

الفرع الثالث

الحرية الاقتصادية

(٨٦٧) انظر (الدكتور / نعيم عطية - النظرية العامة للحريات الفردية - ص ٢٩٤) .

(٨٦٨) انظر (المستشار / عمر شريف - نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية - دراسة مقارنة - ص ١٦٩: ١٦٨) .

(٨٦٩) انظر (د/ محمد عزيز الحبابي - من الحريات إلى التحرر - دار المعارف - مصر - د . ت - ص ١٨) .

(٨٧٠) د/ محمد عزيز الحبابي - من الحريات إلى التحرر - ص ١٨ .

من أنواع الحريات التى تعتبر مبررا من مبررات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار " الحرية الاقتصادية " فما المقصود بها ؟ وما حدودهما ومداها فى النظم الوضعية ؟ يقصد بالحرية الاقتصادية : (الحرية المطلقة التى تفسح الطريق أمام الأفراد فى مجال التملك والعمل والتعاقد والإنتاج والاستهلاك) (٨٧١).

وهى تعنى أيضا : (الاعتراف المطلق للأفراد باكتساب الأموال وإنفاقها على النحو الذى يرونه ، وبالصورة التى يرغبون فيها) (٨٧٢).

ولقد أمكن لفقه النظرية العامة للحريات أن يتوصل إلى التمييز بين ما يسمى بالحريات ذات المضمون الاقتصادى أو الحرية الاقتصادية بناء على مفهومها ونطاقها فى الأنظمة الحديثة والتى تختلف باختلاف الأساس الفلسفى الذى يسود الدولة .

ففى الدولة التى تأخذ بالمذهب الفردى يتسع مفهوم الحرية الاقتصادية عنها فى الدول التى تأخذ بالمذهب الاشتراكى فمفهومها يضيق فيه إلى حد كبير والأساس الجوهرى للخلاف بين المذهبين ، إنما يكمن فى النظر إلى وضع الدولة إزاء الفرد (٨٧٣).

أولا : الحرية الاقتصادية فى النظام الرأسمالى :

تعد الحرية الاقتصادية فيه من أهم الأركان التى يتألف منها كيانه ، وهى حرية مطلقة الفرد فيها له حق التملك للسلع والإنتاج بشكل غير محدود حسب مشيئته ومصلحته ، ويهدف النظام الرأسمالى من وراء مبدأ الحرية الاقتصادية : أن يجعل الفرد هو العامل الوحيد فى الحركة الاقتصادية ، فهو أعرف بمنافعه من غيره ولا يتأتى للفرد أن يصبح كذلك ما لم يزود بالحرية فى مجال استغلال المال وتهيئته ، ويستبعد من طريقه التدخل الخارجى من جانب الدولة وغيرها (٨٧٤). وعليه فلإنسان أن يغزو جميع عناصر الإنتاج من الأرض والآلات والمباني والمعادن وغير ذلك من ألوان الثروة ، ويجوز له استغلال مكينه وإمكاناته على الوجه الذى يروق له ، ويحق لجميع الأفراد القيام بالمنافسة سعيا وراء المادة ، مما يؤدى إلى زيادة الإنتاج وتحسينه، وابتكار أفضل أساليبه، وتجنب الإسراف فى موارده ضمانا لأكبر ربح (٨٧٥).

ومن ثم فإن دور الدولة فى ظل هذا النظام الرأسمالى ينحصر فى الدفاع عن الوطن وحماية الأمن الداخلى بما يمكن الأفراد من ممارسة حقوقهم بحرية مطلقة ، لذلك الحديث عن الموازنة بين المنافع والمضار بين مصلحة الفرد ومصلحة المجموع فى ظل النظام الرأسمالى يحتاج إلى استقراء للواقع ومنه سيظهر لنا فشل هذا النظام على إثره تفشت البطالة ، وقامت

(٨٧١) د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية - ص ٢٩ .

(٨٧٢) الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى - المرجع السابق : ٢٩ .

(٨٧٣) انظر (المستشار / عمر شريف - المرجع السابق - ص ١٤٩).

(٨٧٤) انظر (الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية - ص ٢٩ : ٣٠)

(٨٧٥) الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى - المرجع السابق : ٣٠ .

الاحتكارات ، وأهدرت في ظله حقوق العمال ، ومن ذلك نعتبر أن مثل هذا التوافق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة مجرد ادعاء مزعوم ، أدعى إلى السخرية منه إلى القبول ^(٨٧٦) .

ثانيا : الحرية الاقتصادية في ظل النظام الاشتراكي :

على العكس من دور الدولة في النظام الرأسمالي ، فإن المذهب الاشتراكي يرى أن دور الدولة لا يقتصر على مجرد حماية الوطن وتأمينه بما يحق للأفراد نيل حقوقهم والتصرف فيها بحرية مطلقة كما ذهب إلى ذلك (آدم سميث) ^(٨٧٧) وإنما يتعدى دور الدولة إلى التدخل في الحياة الاقتصادية وتنظيمها بما يضمن حسن توزيع الثروة على الأفراد ، وعدم سيطرة طبقة على أخرى وإن أهدرت في سبيل ذلك حقوق الأفراد .

وهنا نجد أن موقف النظام الاشتراكي هو تقييد حرية الأفراد الاقتصادية بل ومصادرتها بكل عنف وشدة ، فمن أركانه التي يعتمد عليها هذا النظام ، محو الملكية الخاصة ولاسيما في مجال الإنتاج بصورة عامة ، فيؤمم كل وسائلها فهو يرفض الأنانية والدوافع الذاتية ، ويفنى الفرد في المجتمع ، ولذلك الملكية العامة لوسائل الإنتاج هي أهم ما يميز هذا النظام ، والفرد لا يملك حرية الاختيار ، أو التحديد لنوع العمل الذي يقوم به ، وإنما عليه أن يعمل في الجهة التي تحددها له الحكومة وفقا للخطة التي تضعها الدولة .

وإذا كان للرأسمالية مساوئ فإن للاشتراكية ما هو أسوأ ، إذ إنها تجعل من الفرد مجرد آلة من آلات الإنتاج وأداة في يد الدولة تستخدمها لتنفيذ برامجها الاقتصادية ، ووصل بها الأمر إلى أن قتلت في الإنسان كل حافز ، وحطمت فيه كل دافع إلى العمل والتنمية ، الذي يعد من أقوى غرائز النفس البشرية ألا وهو حب التملك الذي يدفع بصاحبه إلى العمل الجاد والإنتاج المثمر ^(٨٧٨) .

وهكذا يبدو أن الأمر في النظامين الرأسمالي والاشتراكي يتمخض عن حقيقة واضحة ، وهي الصراع بين الفرد والدولة ولأيهما تكون الغلبة .

وختاما جاز لنا القول بأن الحرية المطلقة لا أصل لها في الواقع وإنما هي حرية نسبية مقيدة بما يتعارض مع المصلحة العامة وقد وضع هذا القيد في النصوص الدستورية لغالب دول العالم ، ومن قبلها نصوص ملحق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م فتقول المادة الثالثة والعشرون منه [لكل شخص الحق في العمل وله حرية اختياره بشروط عادلة مرضية ، كما أن له حق الحماية من البطالة] وفي المادة التاسعة والعشرون من الإعلان نجد قيда على هذه الحرية إلا وهو مراعاة حقوق الآخرين وحررياتهم ومراعاة المصلحة العامة ، فنقول : (يخضع

(٨٧٦) انظر (الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - المرجع السابق - ص ٣٢ : ٣٣) .

(٨٧٧) راجع في ذلك (جون كينيث جالبريث - تاريخ الفكر الاقتصادي الماضي صورة الحاضر - ترجمة / أحمد فؤاد بليغ -

سلسلة عالم المعرفة - يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت - ٧١/٢٦١) .

(٨٧٨) انظر (د / سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية - ص ٣٦)

الفرد فى ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التى يقرها القانون فقط ، لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام ، والمصلحة العامة والأخلاق فى مجتمع ديمقراطى) ، وكذلك نص الدستور الفرنسى على نفس المعنى فى ملحق (١) إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر فى ٢٦ أغسطس / آب ١٩٨٩م بقوله فى المادة (١٧) (لما كانت الملكية حقا مصونا ومقدسا ، فلا يمكن لأحد أن يجرم منها إلا عندما تقتضى ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة قانونا ، وبشرط التعويض العادى والمسبق) وأوضحت المادة (٥٤٥) من القانون المدنى الفرنسى النص السابق بقولها : (لا يجبر أى شخص على التنازل عن ملكيته إلا إذا كان ذلك من أجل المنفعة العامة) (٨٧٩).

وبالنظر إلى الدستور المصرى نجد أنه حدد أساسه الاقتصادى فى ضوء النظام الاشتراكى الديمقراطى^(٨٨٠). وظهر انتمائه لهذا النظام فى نص المادة (١٣) والتى اعتبرت العمل حق ولا يجوز فرضه على المواطنين جبرا ، ثم بين الدستور الفرق بين الملكية الخاصة المستغلة وغير المستغلة ، فقال فى المادة (٣٢) (الملكية الخاصة تتمثل فى رأس المال غير المستغل وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية فى خدمة الاقتصاد القومى وفى إطار خطة التنمية ، دون انحراف أو استغلال ، ولا يجوز أن تتعارض فى طرق استخدامها مع الخير العام) وبهذا اعتبر مثل هذه الملكية تحت إمرة الدولة ، توجهها حسب خطة التنمية للصالح العام ما دام لم يقم صاحبها باستغلالها.

وفى نص المادة (٣٤) نجد أن الدستور المصرى وضع ضابطا لنزع الملكية الخاصة التى يستغلها صاحبها بأنها لا تنزع منه إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون . من أجل ذلك كان للقضاء الإدارى من وقفة شجاعة حين وضع لواء الموازنة بين المنافع والمضار التى وجدت مبررها فى مثل هذا النزاع بين حق الفرد فى ملكيته الخاصة وحرية فى استغلالها وحق الدولة فى تقييد هذه الحرية مراعاة للصالح العام ، وللقضاء كلمته الأخيرة حين تترجح إحدى المصلحتين أو المفسدتين .



(٨٧٩) القانون المدنى الفرنسى - طبعة ١٩٩١م : ١٩٩٢م - ص ٤١٧ .

(٨٨٠) المادة (٤) من دستور جمهورية مصر العربية .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار مبررات النظرية

إن مفهوم الحرية فى النظم الوضعية عموما يتسم بالنسبية فهى عندهم ليست مطلقة وأيضا غير ثابتة ، تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فمفهومها فى الاتحاد السوفيتي مثلا يختلف عن مفهومها فى الولايات المتحدة ، وكذلك مفهومها خلال ثورة ١٧٨٩م فى فرنسا يختلف عن مفهوم الحرية فى القرن العشرين بالإضافة إلى هذا ، هناك مفهوم ثان للحرية نابع من كون حريات الأفراد يقابلها حق الدولة، ذلك لأن الدولة كى تدوم لا بد لها من النظام ، ومن تقابل الحريات العامة والنظام العام ينتج أن الحريات لا يمكن أن تكون مطلقة كما أن النظام بدوره لا يمكن أن يكون مطلقا ، ومن هنا يتعين إيجاد علاقة متوازنة بين الحريات العامة والنظام العام ، والمحافظة على التوازن بين الحريات والنظام يتطلب إدراكا ووعيا بأن الحريات من الناحية الواقعية لا يمكن أن تكون إلا نسبية (٨٨١).

وهذا الاتسام بالنسبية يجد له محلا فى النظام الإسلامى ، فالحرية فيه ليست مطلقة ، بل مُوجَّهة توجيها ربايا ينسجم مع الفطرة الإنسانية ، ومع هذا المظهر الاتفاقى بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فهناك وجوه أخرى لهذا الاتفاق تندرج تحت عمومية قيود الحرية وضوابطها ، فإن فريقا كبيرا من الفقهاء فى النظامين الإسلامى والوضعى ، قد تبنى منهجا علميا وضع من خلاله ضوابط عامة لحرية الفكر والتعبير ، وصاغها فى العناصر الآتية :

١ - وجود ضرورة اجتماعية تبيح التقييد للحرية أو الجزاء عليها : فلا يكفى لوضع قيد للحرية أن تكون هناك ضرورة معقولة أو مقبولة فحسب ، وإنما ينبغى إقامة الدليل على وجود احتياج مجتمعى ملح لهذا القيد .

٢ - تناسب القيد الجزاء مع الغرض المشروع الذى يستهدفه : وعلاوة على كل ما تقدم يجب أن يكون التقييد للحريات متناسبا مع الغرض المشروع المقصود ، كما يجب أن تكون الأسباب المبنى عليها هذا التقييد منتجة وكافية . وفى هذا السياق قضت المحكمة الأمريكية بأن التقييد يجب أن يكون ضروريا لتأمين غرض من الأغراض المشروعة ، ويجب أن ينسجم هذا التقييد مع معايير الضرورة كما حددتها المحكمة الأوروبية (٨٨٢) ، وهذا النهج هو ذات النهج الذى اتبعته العديد من المحاكم الدستورية ، وخير مثال على ذلك ما قضت به المحكمة الأمريكية العليا من أنه "حتى وبالرغم من أن غرض الحكومة قد يكون مشروعاً وقويا ، فإن الغرض لا يتأنى أن يتحقق باستخدام وسائل تخنق بشكل واسع الحريات الشخصية الأساسية ،

(٨٨١) د/ سعاد الشراوى - نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني - ص ١١ .

(٨٨٢) انظر (د/عماد عبد الحميد النجار - النقد المباح - ص ١٤) .

طالما يمكن هذا الغرض بقدر أقل من التقييد" (٨٨٣) .

٣ - ضرورة توافق القيد الجزائي مع متطلبات النظام الديمقراطي : تنص المواثيق الأربعة سالفة الذكر على شرط توافق التقييد مع النظام الديمقراطي ، ومن ثم فإن متطلبات النظام الديمقراطي سوف تكون المحور لتفسير ما تقصده هذه المواثيق لتبيان مدى مشروعية أى قيد ، ويتضح من مطالعة هذه المواثيق أن أبرز هذه المتطلبات هو الإقرار بأن أفضل طريقة لتأمين صيانة وتحقيق حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، إنما يعتمد من ناحية على ديمقراطية سياسية فعالة ، ويعتمد من ناحية أخرى على توافر التفاهم المشترك ، ومراعاة حقوق الإنسان .

٤ - امتياز الأمور المتصلة بالشأن العام : وحتى يتسنى تحديد مدى كفاية الأسباب المقدمة لتبرير التقييد على حرية التعبير ، عولت المحكمة الأوروبية على الوجه المتعلق بالمصلحة العامة فى الدعوى ، فعندما تكون المعلومات المعرضة للتقييد متعلقة باهتمام ذو طبيعة عامة وهذه الطبيعة ليست محل منازعة ، فلا يسمح بتقييدها إلا عندما يتوافر دليل قاطع بأن إفشاءها من شأنه أن ينجم عنه عواقب واضحة تبرر تخوفات الدولة، كما أن مستوى التقييد لا يقبل التقييد المطلق .

٥ - خضوع السلطة التقديرية للدولة فى تنظيم الحريات للرقابة الصارمة (٨٨٤) .

٦ - خضوع الحرية لقاعدة التفسير الموسع الذى تفرضه طبيعة النظام الاجتماعى لا النظام السياسى ، وفى ذلك يقول جون ستيوارت مل عن النظام الاجتماعى الصالح : هو النظام الذى ينمى فى الشعب خير الصفات ، ويحقق التقدم المادى والمعنوى للمجموع ، ثم يأتى بعد ذلك توجيه هذه الصفات إلى معالجة الشؤون العامة على أكمل وجه (٨٨٥) .

وعند هذا المعنى يكون محل الاتفاق بين النظم الوضعية والنظام الإسلامى فى أن الحريات ليست مطلقة وإنما هى مقيدة بعدم الإضرار بالآخرين (٨٨٦) ؛ أما بالنظر إلى مصدرية كل منهما وطبيعة المعايير التى يضعها كل نظام ، فهناك اختلاف كبير بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى ذلك .

أولاً : من حيث المصدرية : من الثابت يقينا أن مصدر الحرية وحمايتها بأنواعها الثلاثة - السالف ذكرها فى النظام الإسلامى هو المصدرية الربانية التى وضع كنهها فى آيات قرآنية وأحاديث نبوية ، فلم تكن حماية الحريات فيه - أى النظام الإسلامى - وليد صراعات طبقية ولا

(٨٨٣) راجع (بحث جمعية المساعدة القانونية لحقوق الإنسان فى الطعن رقم ١٦/٤٢ ق - ص ٧ وما بعدها) ، وانظر (د/محمد باهى أبو يونس - التقييد القانونى لحرية الصحافة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٦م - ص ٣١ وما بعدها) .

(٨٨٤) انظر (د/محمد باهى أبو يونس - المرجع السابق ص ٨ : ٩) .

(٨٨٥) انظر (د/نعيم عطية - فى النظرية العامة للحريات الفردية - ص ٤٣) وقد عزا إلى (جون ستيوارت مل - الحكومة النيابية - ص ١٩١ ، ١٩٥) .

(٨٨٦) انظر (جون ستيوارت مل - عن الحرية - ص ٢٦) .

يتجزأ مصدريتها ربانية - قرآن وسنة - وتطبيق صحابة (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا) (٨٩٣).

ثانيا : من حيث الضوابط : إن النظر إلى ضوابط حماية الحريات فى ظل النظم الوضعية وهى فى عصر يشهد انفتاحا كبيرا بين الدول يعنى أننا لا نستطيع تحديد ضوابط للمجموع ذلك لاختلاف الدساتير عند كثير من دول العالم فى هذا الميدان ، ونكتفى بملاحظة واحدة خاصة بالإعلان العالمى لحقوق الإنسان ١٩٤٨م فإنه لم ترد به أى ضوابط أو قيود للحرية .

وإن اختلاف الفلسفات التى أسست عليها دساتير غالب دول العالم وبخاصة الغربى منها ساعد كثيرا على غياب تلك الضوابط ، وإن كان هناك شبه اتفاق بينهم ، وهو أن تكون الحرية مقيدة بالأخلاق والآداب العامة وعدم الإضرار بالآخرين ، أما النظام الإسلامى فهو واضح الضوابط سواء أكانت الحرية عقدية أو فكرية أو اقتصادية نلخصها فى ضوابط ثلاث :

الأول : عدم الخروج على النظام العام فى الدولة الإسلامية ومثال ذلك حرية العقيدة فالخروج على النظام العام يعنى إقامة حد الردة فهى جريمة سياسية شبيهة بالخيانة العظمى ، وعلى العكس من النظم الوضعية التى تعطى الحرية للإنسان فى تغيير دينه بمحض إرادته وتعتبر تطبيق مباشر لمبدأ حرية الاعتقاد .

الثانى : عدم الإخلال بالقيم الاجتماعية فمنع الإسلام ترويج الفاحشة سواء بالقول أو الفعل وبذلك وضع الإسلام ضابطا لحرية الفكر والتعبير وإن كان العالم الغربى يعتبرها حرية كمواقفهم على ما كتبه سلمان رشدى فى كتابه (آيات شيطانية) انتهك فيه مشاعر المسلمين وقام بالسخرية من معتقداتهم ، نجد أن الإسلام يرفض هذا النهج بقوله تعالى ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ (٨٩٤).

الثالث : التوازن فى رعاية مصلحة كل من الفرد والمجتمع ، فلا مصلحة للفرد تهدر باسم مصلحة المجتمع ، ولا مصلحة للمجتمع تهدر باسم مصلحة الفرد ، ومن حق ولى الأمر التدخل فى حالة إلحاق الضرر بالطرف الآخر أو تعريض مصلحته للخطر ، وكقاعدة عامة يقر الإسلام مبدأ (تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) (٨٩٥).

وظهر ذلك جليا فى الحرية الاقتصادية فمن أجل الحفاظ على التوازن فيها ظهرت فى الإسلام مؤسسة : نظام الحسبة لمراقبة النظام الاقتصادى ونظام الزكاة لاقتطاع جزء محدود من مال الغنى لأجل الفقير ، وكانت الدعوة إلى التراحم والتكافل بين أفراد المجتمع من خلال تحقيق السعر العادل والأجر العادل ، والصدقة والزكاة .

(٨٩٣) ابن الجوزى - مناقب عمر بن الخطاب - ص ٨٩ .

(٨٩٤) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(٨٩٥) مادة (٢٦) مجلة الأحكام العدلية - وانظر (د / محمد الزحلى - القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى

- مجلس النشر العلمى - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٩٩ م) .

والدعوة إلى استخدام النقود والتعامل من خلال السوق الخالي من الربا والاحتكار والغش والتدليس والظلم^(٨٩٦).

وهذا كله على النقيض من المذهبين الرأسمالي والاشتراكي .

لذلك نقول : أن الحرية في الإسلام تبنى ولا تهدم ، حرية تسعد لا تشقى ، تحترم حق الفرد، ولا تغفل عن إعطاء الأولوية للصالح العام للمجتمع بناء على قاعدة (دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر)^(٨٩٧).

(٨٩٦) انظر (د/ سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام- مؤسسة الرسالة - ط ٢ - ١٧٤١٧هـ/ ١٩٩٦م - ص ٥٤) .

(٨٩٧) مادة (٢٧) مجلة الأحكام العدلية - انظر (د / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي - ص ٢٠٨) .

المبحث الثاني

حماية الوطن وتأمينه

من المعلوم يقينا أن الغاية من القانون بمعناه العام هو حماية حقوق الأفراد وحياتهم على نحو واضح لا يحتمل شكاً أو تأويلاً ، كما وفر القانون لها الحماية ، وأن تصرف الإدارة منوط بمراعاة هذه الحقوق ، غير أن هذه الحقوق قد تتعارض مع المصالح العامة للأمة التي كلفت الحكومة بمراعاتها كالأمن العام والسكينة العامة، والصحة العامة وهنا على الإدارة أن تتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام ، وبما يتفق مع روح الشريعة والقانون ، ولن تتمكن من ذلك إلا حين تعمل الموازنة بين المنافع والمضار بين المصلحتين الخاصة والعامة ، وحتى يزداد الأمر وضوحاً نستقرئ ما ورد بهذا المبرر في النظام الإسلامي والنظم الوضعية في المطالب التالية .

المطلب الأول : حماية الوطن وتأمينه في النظام الإسلامي .

المطلب الثاني : حماية الوطن وتأمينه في النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار حماية الوطن

وتأمينه .

المطلب الأول

حماية الوطن وتأمينه في النظام الإسلامي

ولى الأمر في النظام الإسلامي هو صاحب الولاية العامة الأصلية في كافة شؤون المسلمين ، وعليه أن يتخذ ما يراه من الإجراءات التي تكفل تحقيق مصالح الأمة ، ما دامت هذه الإجراءات متفقة مع روح الشريعة ومقاصدها ولا تخالف نصا صريحا في القرآن والسنة وما أجمع عليه مجتهدو الأمة^(٨٩٨).

وعليه وضع العلماء قاعدة فقهية تقول : (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)^(٨٩٩). ومن ثم فقد تتعارض مصلحة الفرد والمتمثلة في انتقاله وسكنه وحقه في التملك مع مصلحة الأمة في أمنها والحفاظ على نظامها العام بل على كيانها وآدابها العامة ، فتقييد الحريات بأنواعها في سبيل حماية الأمة ولاسيما إذا تعلق الأمر بكيانها وعقيدتها وأخلاقها ، فقد يكون حق الفرد في حماية نفسه وحياته ، وحقه في تنقله ، غير أن ولى الأمر له حق تقييدها وبخاصة فيما يتعلق بالأمر العام ، ومما لا شك فيه أن مفسدة الاعتداء على كيان الأمة أعظم ضررا من حماية النفس ومضرة عدم الاعتداد بآداب الأمة وأخلاقها أشد ضررا من تقييد حرية الفرد في التنقل أو حريته بالكلمة ولقد وضع الإمام الشاطبي قاعدة لمثل هذا المعنى فقال : (كل فعل مأذون فيه يصبح غير مأذون فيه ، إذا آل إلى مفسدة غالبية أو أكثرية ، سواء أقصد الممارس للفعل ذاك المآل أم لم يقصده)^(٩٠٠).

ومما تجدر الإشارة إليه أن نفاذ تصرف ولى الأمر على الرعية ولزومه عليهم شاءوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه^(٩٠١) وهنا كان لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مبرر ثان في النظام الإسلامي ظهر في إطار حماية الوطن وتأمينه نظريا وتطبيقيا ، نأخذ منها على سبيل المثال :

١ الجهاد : فللمسلم حق في حياته لكنه يضحي بها في سبيل دينه ووطنه من أى اعتداء .

٢ قتال البغاة : فيتلاف مال الغير مفسدة في حقه مضمون ببذله إلا في قتال البغاة والصوال والممتنعين من أداء الحقوق بالقتال^(٩٠٢).

٣ المراقبة الأخلاقية : للإنسان حرية الكلمة ونقل الأخبار غير أن هذه الحرية مقيدة بعد

(١) انظر (المستشار / عمر شريف - نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية - ص ٥٣).

(٨٩٩) مادة (٥٨) مجلة الأحكام العدلية - انظر (السيوطي - الأشباه والنظائر - ص ١٥٨) وانظر (ابن نجيم الحنفي - الأشباه والنظائر - ص ١٢٣) .

(٩٠٠) د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ٤٥٥ .

(٩٠١) انظر (الشيخ/أحمد ابن الشيخ محمد الزرقا- شرح القواعد الفقهية - ص ٣٠٩) .

(٩٠٢) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - ٨٠/١ .

الإضرار بأمن الوطن وحمايته فيحذر نشر جو الهزيمة أو النفاق ، ويلزم مراجعة المصدر الرسمي^(٩٠٣). قال تعالى : ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾^(٩٠٤).

ومن واجب ولي الأمر أيضا أن يحافظ على الآداب العامة في الأمة وأن يجنب أفرادها الزلل الخلقي ، فيقيد حرية الفرد في سبيل حماية أخلاق المجتمع ، ومن ثم قد يقيد ما أبيح للفرد - كحرية الانتقال - في سبيل منع الأضرار وهو ما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع نصر بن حجاج^(٩٠٥). لما تشب به النساء ليقى أمير المؤمنين المجتمع من الخلل الأخلاقي^(٩٠٦). " والواقع أن المنع من الفعل المباح الذي يؤدي غالبا إلى مفسدة راجحة على مصلحته ، تطبيق للعام المأخوذ من استقراء النصوص "^(٩٠٧) قال تعالى : ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٩٠٨). فحرم الله سب آلهة المشركين مع كون السب غيظا وحمية لله تعالى وإهانة لآلهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم لله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسيئته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم^(٩٠٩).

وقال تعالى : ﴿وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾^(٩١٠). فالضرب بالأرجل جائز في نفسه إلا أن الشرع منعه لئلا يكون سببا إلى سماع الرجال صوت الخلخال فيشير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن فتسوء الأخلاق في المجتمع وتشيع الفاحشة^(٩١١).

(٩٠٣) انظر (الدكتور / محمد عبد الله دراز - دستور الأخلاق في القرآن - دراسة مقارنة للأخلاق النظرية في القرآن - تعريب وتحقيق وتعليق د / عبد الصبور شاهين - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان - ط ١٠ ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م - ص ٧٥٢).

(٩٠٤) سورة النساء : آية ٨٣ .

(٩٠٥) نصر بن حجاج هو : نصر بن حجاج بن علاط السلمى ثم البهزى ، شاعر من أهل المدينة ، كان جميلا ، قالت إحدى نساء المدينة فيه :

يا ليت شعري عن نفسى أراهقة منى ولم أقض ما فيها من الحاج
هل من سبيل إلى خمر فأشربها ؟ أم من سبيل إلى نصر بن حجاج

فسمعها عمر بن الخطاب وطلبه ، وحلق شعر رأسه ، ثم نفاه إلى البصرة ، ولما قتل عمر عاد نصر إلى المدينة . انظر (الأعلام ٢٢/٨) .

(٩٠٦) عن عبد الله بن بريدة الأسلمى : قال : بينما عمر بن الخطاب رضي الله عنه يعس ذات ليلة ، فإذا امرأة تقول : " هل من سبيل إلى خمر فأشربها - أم هل من سبيل إلى نصر بن حجاج فلما أصبح سأل عنه ، فإذا هو من بنى سليم ، فأرسل إليه فإذا هو أحسن الناس شعرا ، وأصبحهم وجها ، فأمر عمر بن الخطاب أن يجم شعره ، ففعل فخرجت جبهته فازداد حسنا فأمره عمر أن يعتم ففعل ، فازداد حسنا ، فقال عمر رضي الله عنه لا = والذى نفسى بيده لا يجامعنى بأرض أنا فيها ، فأمر له بما يصلحه وسيره إلى البصرة " - انظر (ابن الجوزى - مناقب عمر بن الخطاب - ص ٧٩) .

(٩٠٧) د/ حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامى - ص ٥٢٦ .

(٩٠٨) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(٩٠٩) ابن القيم - أعلام الموقعين - ٣/ ١١٣ .

(٩١٠) سورة النور : آية ٣١ .

(٩١١) انظر (ابن القيم - المرجع السابق ٣/ ١١٣) .

المطلب الثانى

حماية الوطن وتأمينه فى النظم الوضعية

من المعلوم يقينا أن الغاية من منح السلطة التنفيذية^(٩١٢) هو حماية النظام العام بمعناه الواسع ، وعليه فإن على الإدارة أن تحقق أغراضا ثلاثة استقر عليها النظام العام :

الغرض الأول : حماية الأمن العام (La sécurité pulique)^(٩١٣). ويقصد به حماية الأرواح والأموال من خطر الاعتداء ، كما يدخل فى هذا الغرض الوقاية مما يسبب اضطراب الأمن كالمظاهرات والاجتماعات الخطرة والفتن والمؤامرات الداخلية .

الغرض الثانى : حماية الهدوء العام أو السكينة العامة (La tranquillité publique) ويقصد بهذا الغرض المحافظة على الهدوء والسكون ومنع الإزعاج ، ويدخل فى مدلولها حماية الأخلاق والآداب العامة والتي تكون على درجة من الجسامة تستلزم تدخل الإدارة لمنعها^(٩١٤).

الغرض الثالث : حماية الصحة العامة (La salubrite' publique) ويقصد به حماية الجمهور من الأمراض ومنع انتشار الأوبئة والاحتياط من كل ما قد يكون سببا أو يحتمل أن يكون سببا للمساس بالصحة العامة^(٩١٥). وإذا كان الدستور والقوانين العادية قد قررا حق الإنسان فى حريته وتملكه فإنه قد تتعارض هذه الحقوق مع أمن وحماية الوطن الذى يمثل الصالح العام محل الحماية من قبل الإدارة ، ومن هنا سمح القضاء الإدارى أن تخرج الإدارة على ما تفرضه القوانين من قيود إذا اقتضت ظروف استثنائية كأن يكون هناك تهديد للوطن خارجيا أو داخليا^(٩١٦). فإذا تبين أن تطبيق قاعدة قانونية فى حالة معينة لا يتفق مع مقتضيات المحافظة على الأمن العام فى الظروف الاستثنائية فإن القضاء يسمح للسلطات العامة بالخروج على القوانين العادية وتطبق القواعد التى تتفق وهذه الظروف^(٩١٧). فتمنع الإدارة ما

(٩١٢) ليس كل عامل من العاملين فى الجهاز الإدارى من رجال الضبط الذين يملكون استخدام أساليبه ، وأعمال الضبط الإدارى منوطة بموظفين تحدد واجباتهم واختصاصاتهم القوانين واللوائح - وتحدد القوانين المنظمة للضبط الخاص بالمختصين به ، وما يملكون اتخاذه من إجراءات - ويتركز الضبط الإدارى فى مصر واليمن فى يد السلطة المركزية (رئيس الجمهورية - رئيس مجلس الوزراء - وزير الداخلية ومروؤوسيه - أما الوزراء فسلطتهم فى شئون الضبط استثنائية بحتة ، تقتصر على حالات معينة تنص عليها القوانين - أما الضبط المحلى فيختص به المحافظون والمجالس المحلية فى الحدود المبينة فى قانون الإدارة المحلية وبعض القوانين الأخرى - انظر (د / محمود حلمى ، د/ فؤاد محمد النادى - الوجيز فى مبادئ القانون الإدارى المصرى واليمنى - ص ١١٠) .

(٩١٣) مجمع اللغة العربية - معجم القانون - ص ٤٧٥ .

(٩١٤) د / محمود حلمى ، د/ فؤاد محمد النادى - الوجيز فى مبادئ القانون الإدارى المصرى واليمنى - ص ١١١ .

(٩١٥) د / محمود حلمى - المرجع السابق - ص ١١١ .

(٩١٦) راجع فى ذلك (د/ محمود أبو السعود حبيب - الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة - ١٩٩٠م)

(٩١٧) د / محمود حلمى - انظر القضاء الإدارى - دار الفكر العربى - ط ٢ - ١٩٧٧ - ص ٢٤ .

يسمى بلوائح الضرورة أو لوائح الضبط الإدارى إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل قد وضع لها القانون عدة إجراءات شأنها شأن سائر الأعمال الإدارية وهى : القواعد التى تتفق وهذه الظروف (٩١٨). فتمنع الإدارة ما يسمى بلوائح الضرورة أو لوائح الضبط الإدارى إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل قد وضع لها القانون عدة إجراءات شأنها شأن سائر الأعمال الإدارية وهى :

- ١ أن تصدر من مختص .
 - ٢ أن تصدر وفقا للإجراءات والأشكال المقررة .
 - ٣ أن ترد على محل جائز قانونا .
 - ٤ أن تكون مستندة إلى سبب يبررها .
 - ٥ أن تستهدف الإدارة من ورائها حفظ النظام العام والمصلحة العامة .
 - ٦ تتناسب الإجراءات الضبطى مع الأسباب الدافعة له .
- لذا كان من طبيعة هذه السلطة ومقتضياتها أن توائم بين ما للأفراد من حقوق وما يتطلبه النظام العام من حماية (٩١٩). ويظهر هذا البناء الضبطى فى نصوص دستورية فى النظامين الفرنسى والمصرى .
- أولا : فى فرنسا .

لا شك أن المادة (١٦) من الدستور الفرنسى تخول للإدارة سلطة ضخمة وخطيرة تتمثل فى اتخاذ إجراءات استثنائية تحد من حريات الأفراد وحقوقهم حين تتعرض الدولة لخطر جسيم يهدد سلامة الوطن وأمنه ، وتنص المادة (١٦) على أنه (عندما تكون مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ التزاماتها الدولية مهددا بطريقة خطيرة حالة ، ويكون العمل المنتظم للسلطات الدستورية العامة متعطلا ، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التى تفرضها هذه الظروف بعد مشاورة رسمية مع رئيس الوزراء ورؤساء مجلسى البرلمان والمجلس الدستورى .

ويقوم رئيس الجمهورية بإبلاغ هذه التدابير إلى الأمة فى رسالة .

ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من إرادة تأمين ، فى أقل وقت ، وسائل قيام السلطات العامة الدستورية بأداء مهامها . ويتم أخذ رأى المجلس الدستورى فى صدد هذه التدابير . ويجتمع البرلمان بقوة القانون . لا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية .

والمستفاد من هذا النص أنه حدد نوعين من الشروط لإعماله ؛ الأولى موضوعية ، والثانية شكلية (٩٢٠). وما يهمنا هو الشروط الموضوعية والتى نجد فيها مبررا للنظرية التى نحن

(٩١٨) د / محمود حلمى - انظر القضاء الإدارى - ص ٢٤ .

(٩١٩) انظر (الدكتور / محمود عاطف البنا - حدود سلطة الضبط الإدارى - ص ٦٠) .

(٩٢٠) الشروط الشكلية (الإجرائية) : ١ - ضرورة التشاور مع الوزير الأول ورؤساء المجالس النيابية والمجلس الدستورى .

بصدها .

الشرط الأول : من الشروط الموضوعية هو : أن تتعرض مؤسسات الدولة أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية لخطر جسيم وحالاً فمن اللازم أن يكون لتطبيق هذه المادة من قبل رئيس الدولة - أعلى درجة في السلطة التنفيذية - في أوقات الأزمات الخاصة ، أن يكون هناك خطر يهدد المؤسسات الدستورية أو استقلال الأمة سواء كان هذا الخطر خارجي كالاعتداء والتهديد من دولة أجنبية باحتلال جزء من أراضي الدولة ، أو داخلياً كما لو حاولت بعض الجماعات الانفصال عن إقليم الدولة بجزء معين منه ، وهذا الخطر يجب أن يتجاوز في شدته المخاطر المعتادة المألوفة ، وأن يكون حالاً في إطار ما حددته المادة (١٦) ومنها استغلال وسلامة الوطن^(٩٢١).

الشرط الثاني : أن يترتب على هذا الخطر توقف السلطات العامة الدستورية عن سيرها المنتظم . وهذا الشرط لا يعنى أن تتوقف السلطات الدستورية عن مباشرة مهامها ، وعجزها التام فى ذلك بل يكفى أن يتعذر عليها مباشرة وظائفها بطريقة طبيعية وعادية ، وتقدير مثل هذا الأمر متروك لتقدير رئيس الجمهورية ^(٩٢٢) . ويظهر لنا أن المشرع الفرنسى للدستور كان حريصا على وضع هذين الشرطين حتى يحول دون التعسف فى استخدام هذه المادة . وليس ثمة شك فى أن هذه المادة تتعارض مع ما للأفراد من حقوق وحريات قد تقيّد أو تسلب ، لذا كان لابد من مراقبة القاضى الفرنسى على القرارات الصادرة تطبيقاتها ، وكان من السهل عليه أن يرفع ميزان الموازنة بين المنافع والمضار حتى لا يكون الأمر مطلقا للإدارة ، ونشم هذا المبرر من روح النص وما فيه من قيود ، إلا من مجلس الدولة الفرنسى أحجم عن ذلك نظرا لظروف نشأته ومالها من علاقة سياسية فاعتبر قرار اللجوء إلى تطبيق المادة (١٦) من أعمال السيادة ، وأن حدود رقابته تقف عند حد المظهر الشكلى وهو التحقق من وجود القرار ^(٩٢٣) .

٢- توجيه بيان للأمة . راجع في ذلك (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب - الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية - ص ١٩٧ : ٢٠٥) .

(٩٢١) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب - الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية - ص ١٩٣)
 (٩٢٢) لقد ذهب البعض إلى التضييق من نطاق عمل المادة (١٦) فاشترط ثبوت عجز السلطات عن أداء مهامها . انظر :

 هذا وقد ذهب البعض الآخر إلى أنه يكفي اللجوء إلى هذه المادة أن يتعذر على

السلطات مباشرة وظائفها بطريقة طبيعية - انظر (د/ محمود أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٩٤) .

(٩٢٣) راجع في ذلك (د/ محمود أبو السعود - المرجع السابق - ص ٢٥٨ : ٢٦٣) وراجع في ذلك أيضا (د/ محمد حسن عبد العال - رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادرة بالتطبيق للمادة (١٦) من الدستور الفرنسي والمادة- ٧٤ من الدستور المصري- سنة ١٩٨٣- ص ٣٩) .

وراجع في ذلك أيضا











وراجع أيضا :

ثانيا : فى مصر .

ومن أجل حماية الوطن وتأمينه من أى خطر يهدده فى مصر كانت المادة (٧٤) من الدستور التى تنص على أنه (لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بيانا إلى الشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها) . وقد سنحت الفرصة للقضاء المصرى أن ييسر رقابته على القرارات والإجراءات التى صدرت معتمدة فى تطبيقها على المادة السالف ذكرها^(٩٢٤) ؛ ففي ١٢/٢٦ ١٩٧٨م صدر حكم من محكمة أمن الدولة العليا بمناسبة الطعن الذى تقدم به المتهمون فى قضية (الشيوعية)^(٩٢٥) بشأن دستورية القرار بقانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٧ فى ٧ فبراير ١٩٧٧م والمعروف بقانون (أمن الوطن والمواطن) وهذا القانون أصدره رئيس الجمهورية بناء على المادة ٧٤ من الدستور^(٩٢٦) . وكان حكم المحكمة على غير ما توقعه المتهمون فلقد قضت المحكمة برفض الدفع بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧م وذلك لعدم جديته ، ذلك لأن المتهمين أثاروا عدم دستورية القرار على أساس عدم توفر شروط تطبيق المادة (٧٤)

وبخاصة فيما يتعلق باشتراط الخطر الجسيم والحال . وكان رد المحكمة يتلخص فى أمرين :
الأول : فيما يتعلق بعدم توفر شرط الخطر الجسيم ، قالت المحكمة : إن الأحداث التى وقعت يومى ١٨ ، ١٩ يناير ١٩٧٧م والتى تخللتها أعمال الإتلاف والنهب والسلب للمال العام والخاص على السواء وامتدت حتى إلى أقسام الشرطة وتسببت فى تعطيل المرافق العامة وإصابة الحياة العامة بالشلل فى مدينة القاهرة والإسكندرية وبعض المدن الأخرى ، هذه الأحداث لا ريب تعتبر خطرا يهدد سلامة الوطن .

الثانى : فيما يتعلق بعد توفر شرط الحالية . ذهبت المحكمة إلى أن عبارة " لا يهدد الوحدة الوطنية " لا تعنى بالضرورة أن يكون الخطر واقعا بل تمتد لتشمل الخطر المتجمل ، وأن الظروف التى كانت قائمة حينذاك يقطع باستمرار الخطر الذى يهدد سلامة الوطن حتى تاريخ إلقاء رئيس الجمهورية لبيانه ، إلى جانب ذلك فإن رئيس الجمهورية وهو فى موقع يمكن من

(٩٢٤) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب - المرجع السابق - ص ٢٦٤) .
(٩٢٥) الشيوعية هى : مذهب يقوم فى أساسه على الاستيلاء على وسائل الإنتاج وإلغاء الملكية الفردية ، وفيه تتدخل الدولة فى حياة الأفراد وتخضعهم لإشرافها ، انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز - ص ٣٥٧) .
(٩٢٦) راجع فى ذلك (أ . د / عمر حلمى - الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى - حقوق عين شمس ١٩٧٩م - ص ٤٦٩ وما بعدها) .

ومن الملفت للانتباه أن مسلك القضاء المصرى قد أكد رقابته على مدى توافر الظروف

(٩٣٠) الدكتور / محمود أبو السعود حبيب - المرجع السابق - ص ٢٦٧ .

القرار المطعون فيها كانت فى ٢ سبتمبر ١٩٨١م فى تاريخ لاحق على وقوع الأحداث ناهيك عن أنها صدرت فى وقت لم تكن الأمور تستلزم صدورها حتى ولو كان رئيس الجمهورية يخشى وقوع أحداث خطيرة فى المستقبل حسبما جاء فى خطابه ، وما جاء فى الخطاب وما نسب إلى أحزاب الأقلية وإلى الجماعات الإسلامية وإلى بعض الشخصيات الدينية لا يبلغ من الخطورة درجة تبرر القرارات المطعون فيها وأن هذه القرارات ليست الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر ، ولاسيما وأن الشرطة سيطرت على الموقف وصانت الأمن العام فى حينه^(٩٣٤). وهذا الموقف من منطلق إحساس القضاء أن من شأن هذه القرارات المساس بحرية المواطنين وحقوقهم لذا فقد فرض رقابته بمراجعة الإدارة فى تقديرها لأهمية وخطورة الحالة الواقعية التى بررت ويتضح من استقراء الحكم أن محكمة القضاء الإدارى من حقها الرقابة على مدى توفر الشروط الموضوعية ، ويعد هذا الموقف خطوة هامة ومعتدلة وجريئة فى سبيل حماية حقوق وحريات الأفراد فى مواجهة أية إساءة محتملة لاستخدام السلطات المنصوص عليها فى المادة ٧٤ من الدستور من قبل الإدارة وهو ما يبرر إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار . وموقف القضاء المصرى أكثر شجاعة من نظيره الفرنسى الذى وقف عند حد التفسير لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى واعتبر قرار اللجوء إليها من قبيل أعمال السيادة^(٩٣٦).



(٩٣٤) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب - المرجع السابق - ص ٢٦٧ : ٢٧١) .

(٩٣٥) انظر (الدكتور / سامى جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ١٨٤) .

(٩٣٦) د / محمود أبو السعود حبيب - المرجع السابق - ص ٢٧١

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار حماية الوطن وتأمينه

إذا كانت حماية الوطن وتأمينه مطلوب فى النظام الإسلامى باعتبار أن الإمامة والرياسة والزعامة متعلقة بالخاصة والعامة فى مهمات الدين والدنيا ومتضمنها حفظ الحوزة - أى حفظ البلاد - ورعاية الرعية^(٩٣٧). وإن كان التعارض حصل ما كان أقرب للمصلحة العامة ، وقدم الأكمل والأهم والأشد طلبا إلى الشارع وإن فوت البعض كما قال ابن القيم : (فإن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح بحسب المكان، وأن لا يفوت منها شيء ، فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت وإن تراجعت ولم يكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض قدم أكملها وأشدها طلبا للشارع)^(٩٣٨). ومثال ذلك : إذا كانت مصلحة الأسرى - الذين تترس بهم الأعداء - أعظم من رميهم لم يجز رميهم ، إلا أن يخشى على جيش المسلمين وتكون مصلحة حفظ الجيش أعظم من مصلحة حفظ الأسارى حينئذ يكون رمى الأسارى أولى ، من باب دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما^(٩٣٩). كذلك رأينا أن حماية الوطن فى النظم الوضعية واجب قانونى ؛ ذلك لأن المشرع يمنح الإدارة سلطات معينة كسلطات الضبط الإدارى من أجل تحقيق أغراض أو أهداف معينة من أجل الحفاظ على الأمن العام والسكينة العامة ، ويجب على الإدارة أن تعمل على تحقيقه فى نطاق المصلحة العامة والغاية التى قصدها المشرع سواء كان الهدف عاما أو خاصا ، فإذا لم تقم الإدارة بما أُنيطت به من واجبات عد ذلك انحراف منها بالسلطة عن هذه الأهداف واعتبر قرارها مشوبا بعيب " إساءة استعمال السلطة "^(٩٤٠). وهو ما يمثل محل الاتفاق بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، أما محل الاختلاف فيظهر فى ضوء ما يلي .

أولا : من حيث المصدرية :

فإن مصدر حماية الوطن وتأمينه فى النظام الإسلامى القرآن والسنة وأفعال الصحابة وأقوالهم ، فالقرآن والسنة مصدران منشئان لها وردت فيها نصوص عامة للمسألة التى نحن بصددتها قال تعالى ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا

(٩٣٧) انظر (إمام الحرمين أبى المعالى الجوينى - غياث الأمم فى النياث الظلم الغياثى - تحقيق - د/ مصطفى حلمى، د / فؤاد عبد المنعم أحمد- دار الدعوة للطبع والنشر - الإسكندرية - ١٩٧٩م - ص ٥٥) .

(٩٣٨) ابن القيم الجوزية - مفتاح دار السعادة - ١٩ / ٢ .

(٩٣٩) ابن القيم الجوزية - المرجع السابق - ص ١٨ .

(٩٤٠) انظر (الدكتور/ نبيلة عبد الحليم كامل ، الدكتور / يسرى محمد العصار - القضاء الإدارى والقضاء الدستورى - دار

النهضة العربية ٢٠٠١م - ص ٣٢٩ : ٣٣٠) وراجع فى ذلك أيضا (محكمة القضاء الإدارى - جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٥٦م

، المجموعة السنة العاشرة - ص ٢٩٩) .

عَلَى الظَّالِمِينَ ﴿٩٤١﴾. وأفعال النبي ﷺ بينت المراد ؛ أما أقوال الصحابة وأفعالهم فهي تعد مصدرا كاشفا من مصادر التشريع أكدت هذه الأقوال والأفعال وجوب حماية الوطن وتأمينه لا باعتبار أنه تطور حضارى وفكرى بل هو التزام شرعى لا تتغير نصوصه ، وإن تنوعت وسائله أو تغيرت ، وهذا على النقيض من مصدر حماية الوطن وتأمينه فى النظم الوضعية . فمصدر هذه الحماية هو القانون ، والنصوص القانونية تمثل تطورا فكريا وثقافيا فما كان مباحا فى الماضى أصبح ممنوعا فى الحاضر ، وكذلك فإن القانون يتبع الفلسفة السائدة فى المجتمع فالقاعدة القانونية فى النظام الاشتراكى تختلف عن الأخرى فى النظام الرأسمالى وإن كان بينهما اشتراك فى عدم الاعتراد بالبعد الدينى عند صياغة القاعدة القانونية ، ومن ثم فإنها دائمة التغير تبعا لاحتياجات النظام ، حتى وإن كان فيها انتهاك لحقوق الإنسان والحد منها .

ثانيا : من حيث التطبيق :

باستقراء ما ورد من وقائع فى النظام الإسلامى فى ميدان حماية الوطن وتأمينه نجد أن حماية الوطن وتأمينه قام الولاية به لا فيما يخص الاعتداء عليه من قبل عدو ماكر وإنما أيضا من الأخلاق المفسدة التى تهز كيان الأمة فوقف الإسلام أمام إشاعة الفاحشة من باب حماية الوطن وإن كان السبيل إليها هو تقييد حرية الأفراد ، وفعل ذلك ليس بدعا بل له مرجعية شرعية فى قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (٩٤٢) . وكذلك لا يوجد استثناء لأى عمل من هذه الأعمال من المساءلة ديانة وقضاء ذلك لأن النظام لا يعرف ما يسمى بأعمال السيادة التى تستثنى بعض أعمال الأمراء من المسؤولية إذ إن الكل رعاة ورعية حكاما ومحكومين تحت المنهج الشرعى سواء ، بخلاف النظم الوضعية التى تتم فيها حماية الوطن وتأمينه فى إطار الأخطار التى تهدد النظام العام فى الدولة سواء أكان محض اعتداء داخلى أو خارجى يعوق العمل المنتظم للسلطات الدستورية ، وهذه الحماية تفرض على الحكومة أن تضع قرارات استثنائية قد تقييد بها الحريات وتمنع بسببها بعض الحقوق ، غير أنها لا تجعل غاليا الحكومة محل مساءلة قضائية فابتكر القضاء لذلك ما يسمى بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة واكتفى القضاء بالتعويض عن الأضرار التى تنجم عن مثل هذه القرارات دون النظر إلى درجة الضرر والمصلحة وأيهما أولى بالرعاية .

ومما لا شك فيه أن أعمال السيادة يحتذى بها غالبا أصحاب الأنظمة الديكتاتورية ليرتفعوا بأنفسهم عن المساءلة القضائية مهما كانت الآثار الضارة المترتبة عليها ، وهذه الأعمال السيادية بهذه المثابة تمثل نقطة سوداء فى جبين المشروعية (٩٤٣) ، وكثير من أهل الفقه القانوني

(٩٤١) سورة البقرة : آية ١٩٣ .

(٩٤٢) سورة النور : آية ١٩ .

(٩٤٣) انظر (الأستاذ الدكتور / سليمان محمد الطماوى - القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء - ص ٣٢٦) .

يرغبون في زوالها ومن ثم نقول : أن النظام الإسلامي في حماية الوطن وتأمينه أشمل وأحكم .

المبحث الثالث

الوقاية من الأمراض

لقد وجدت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لها مبررا في ميدان الوقاية من الأمراض ولاسيما إذا أدى المرض إلى هلاك المجموع ، عندئذ تكون الموازنة بين المنافع والمضار بين حماية المجموع في مقابلة الحجر على الفرد وخصوصا وأن الإدارة مسئولة عن حماية الصحة العامة ، وظهر هذا المبرر بوضوح في كل من النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار المطالب التالية:

المطلب الأول : الوقاية من الأمراض ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .

المطلب الثاني : الوقاية من الأمراض ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار الوقاية من الأمراض .

المطلب الأول

الوقاية من الأمراض

ونظرية الموانعة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .

من المتفق عليه بين جمهور علماء الأصول أن الشريعة مبنية على مصالح العباد جملة وتفصيلا ومن مقاصدها حماية النفس والمحافظة على بقائها ، ومن وسائل المحافظة على بقاء النفس فرض العقوبة على القاتل ومنع أى اعتداء يؤدي إلى إفنائها والزج في بحر متلاطم من الأمراض والأوبئة ، ومن ثم حرم الشرع بيع النجاسات والمستقذرات الضارة بالصحة العامة والخاصة والمحافظة على مقصود الشرع فيها واضح وهو دفع المفساد عن الخلق^(٩٤٤) . ويعد هذا هدفاً أعلى في الشريعة الإسلامية ولا سيما إذا كان يتعلق بالمصلحة العامة التي لها حق الأولوية والأفضلية فيما يتعلق بحياة الجماعة ولو كان على حساب مصالح الفرد إذا لم تنسجم مع مصالح الجماعة والمجتمع^(٩٤٥) .

وحتى يقي الإسلام المجتمع من الأمراض لم يكتف بالعلاج وإنما جمع بين سبل الوقاية وأسباب العلاج ؛ فلقد حرم الإسلام الزنا باعتباره طريقاً موصلاً إلى أمراض فتاكة كالإيدز وذلك من أجل سلامة المجتمع من الأمراض الجنسية ، وكذلك نهى الزوجين عن المعاشرة الجنسية أثناء الطمث حفاظاً على الحالة الصحية والنفسية^(٩٤٦) . وأيضاً كل مرض معدى كالجدام إذا استضر الناس بأهله أجاز الإسلام حجرهم فإذا كانوا في قرية فلا يخرجون منها ويمنعون من أذى الناس فيها والحديث في ذلك واضح الدلالة فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا عدوى ولا هامة ولا صفر ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد أو قال من الأسود »^(٩٤٧) . وروى مسلم في صحيحه « كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ إنا قد بايعناك فارجع »^(٩٤٨) ولقد كان النهي من النبي ﷺ أيضاً عن إدانة النظر إلى المجذومين « ذلك لأن الطبيعة نقالة فإذا أدام النظر إلى المجذوم خيف عليه أن يصيبه ذلك بنقل الطبيعة »^(٩٤٩) .

(٩٤٤) انظر (الدكتور / جمال الدين عطية - النظرية العامة للشريعة الإسلامية - مطبعة المدينة - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ / ١٩٨٨م - ص ١٠٢ : ١٠٣) ، وانظر في ذلك أيضاً (د/ وهبة الزحيلي - نظرية الضرورة الشرعية - ص ٥٤ : ٥٦) .

(٩٤٥) انظر (الأستاذ الدكتور / عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان - فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد - سلسلة محاضرات العلماء البارزين - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - البنك الإسلامي للتنمية - جدة - السعودية - الطبعة الأولى ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م - ٢ / ١٣٠) .

(٩٤٦) راجع في ذلك (الدكتور / محمد عبد الحكيم عبده - الإسلام ومكافحته للأمراض والفواشش - مقال بمجلة الأزهر - الجزء الخامس - السنة الثانية والسبعون - جمادى الأولى - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص ٦٩٧ : ٧٠٢) وراجع في ذلك أيضاً (الأستاذ الدكتور / عبد المعبود عمارة - البيئة والوقاية والعلاج من منظور إسلامي - مجلة منبر الإسلام - شوال ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م - ١٠ / ٥٨ - ص ٩٠ : ٩٢) .

(٩٤٧) رواه البخاري - كتاب الطب - باب الجدام - ٤٤ / ١٣ .

(٩٤٨) رواه مسلم - باب اجتناب المجذوم - ٤٨٧ / ٧ .

(٩٤٩) ابن القيم - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - ص ٢٩٢ : ٢٩٣ .

وكل ذلك بسبب كثرة المخالطة وطول المجالسة؛ ولهذا يأمر الأطباء بترك المخالطة له^(٩٥٠). والمقصود من وراء ذلك هو حفظ هذه النفس وخصوصا المجموع منها وذلك فيه إقامة لأصلها الذى يعد المحور الذى تدور عليه عمارة الأرض ، تتحقق به معنى الاستخلاف فيها ويحصل الحفظ للنفس من جانبيين :

الأول : حفظها من جانب الوجود : ويتم هذا بتحقيق ما يضمن بقاءها فى الاستمرار كتوفير المأكل والمشرب والملبس والمسكن .

الثانى : حفظها من جانب العدم : وذلك بحماية الذات الإنسانية من التلف سواء أكان على وجه الأفراد أو العموم ، وتأميننا لهذا الجانب أوجبت الشريعة القصاص قال تعالى ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾^(٩٥١) ، وهذا المناخ هو الذى اعتده الأصوليون فى التدليل على حفظ النفس بينما نجد الإمام ابن عاشور أنه اعتبر هذا قاصر عن أداء المعنى الحقيقى لحفظ النفس ، وبين أن الأهم من القصاص هو حفظها من التلف قبل وقوعه على سبيل الوقاية فقال : (وليس المراد حفظها بالقصاص كما مثل لها الفقهاء بل نجد القصاص هو أضعف أنواع حفظ النفوس لأنه تدارك بعض القوات . بل الحفظ أهمه حفظها عن التلف قبل وقوعه ؛ مثل مقاومة الأمراض السارية ؛ وقد منع عمر بن الخطاب الجيش من دخول الشام لأجل طاعون عمواس^(٩٥٢) - (٩٥٣). وذلك لما فيه من دفع الأذى عن النفس لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ومراتب الدفع فى الفضل على قدر المدفوع ، فدفع أعظم الشرور هو أفضل الدفع^(٩٥٤). من باب درء أعظم المفسدتين وبناء على قاعدة (يختار أهون الشرين)^(٩٥٥) ، وقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)^(٩٥٦) ، وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)^(٩٥٧).

(٩٥٠) انظر (ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى - كتاب الطب - ٤٧/١٣) .

(٩٥١) سورة البقرة : آية ١٧٩ .

(٩٥٢) طاعون عمواس وقع فى خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ فعن عبد الله بن عبد الله بن الحارث بن نوفل عن عبد الله بن عباس « أن عمر بن الخطاب ﷺ خرج إلى الشام حتى إذا كان يسرغ لقيه أمراء الأجناد - أبو عبيدة بن الجراح وأصحابه - فأخبروه أن الوباء قد وقع بأرض الشام - قال ابن عباس فقال عمر : ادع لى المهاجرين الأولين فدعاهم فاستشارهم وأخبرهم أن الوباء قد وقع فى الشام فاختلّفوا فقال بعضهم : قد خرجنا لأمر ولا نرى أن نرجع عنه ، وقال بعضهم : معك بقية الناس وأصحاب رسول الله ﷺ ولا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء فقال عمر : ارتفعوا عني ثم قال : ادعوا لى الأنصار . فدعوتهم فاستشارهم فسلّكوا سبيل المهاجرين واختلفوا كاختلافهم فقال ارتفعوا عني ثم قال : ادع لى من كان ها هنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح فدعوتهم فلم يختلف منهم رجلا ، فقالوا : نرى أن نرجع بالناس ولا تقدمهم على هذا الوباء فنأدى عمر فى الناس : إني مصبح على ظهر فأصبحوا عليه : فقال أبو عبيدة بن الجراح : أفرارا من قدر الله ، فقال عمر : لو غيرك قالها يا أبا عبيدة ، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله » رواه البخارى - فتح البارى - كتاب الطب - ٧٦/١٣ .

(٩٥٣) الطاهر ابن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية - ص ٣٠٣ .

(٩٥٤) الدكتور / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى - ص ٢٠٨ .

(٩٥٥) انظر (د / عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام - ص ٤٧٩) .

(٩٥٦) الشيخ / الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ١٩٧ .

(٩٥٧) الشيخ / الزرقا - المرجع السابق - ص ١٩٩ ، الدكتور / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفى

وهنا وجدت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مسوغا لها يكمن في حماية المجتمع من الأمراض^(٩٥٨).

والشافعي - ص ٢٠٨ .
(٩٥٨) الحديث عن ذلك بالتفصيل سيكون في الباب الثالث (مجال الصحة العامة) .

المطلب الثانى

الوقاية من الأمراض

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية

إن حماية الوطن من الأمراض والعلل واجب يقع على عاتق الإدارة ، ومُنحت الإدارة فى سبيل الوصول إلى هذه الحماية سلطة الضبط الإدارى التى تمنع وصول المرض أو انتشاره ، وهذا المنع قد يؤدى إلى أن تقيد بعض حقوق الأفراد ، ومن ثم كانت الموازنة بين المنافع والمضار وبخاصة أن القانون أعطى الإدارة هذه السلطة حيث حظر أى عمل يؤدى إلى انتشار الأمراض فإذا صدر قرار إدارى بمنع إلقاء قاذورات فى طريق عمومى أو تلويث مياه النيل والترع والمصارف فلا يعد هذا القرار إلا أن يكون تذكيرا للأفراد بالنصوص التشريعية التى تحظر مثل هذه المخالفات (المواد ٣٧٧ وما بعدها من قانون العقوبات)^(٩٥٩) ، ويعد هذا من قبيل حماية الصحة العامة التى تعد من مقتضيات المحافظة على النظام العام والموازنة بين المنافع والمضار كان لها قصب السبق فى ميدان الوقاية من الأمراض لدى النظام الفرنسى عنه فى النظام المصرى وكان هذا المبرر حين كانت الموازنة بين المنافع والمضار بين المنافع العامة .

أولا فى فرنسا :

من المعلوم أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا وجدت لإعمالها نصيبا أكبر فى ميدان نزع الملكية للمنفعة العامة وفيه انطلق القضاء الإدارى لا ليتأكد من أن وراء قرار الإدارة بنزع الملكية منفعة عامة ؛ بل ليوازن بين مجمل الأضرار العملية وبين مجمل المزايا المترتبة على مشروع نزع الملكية من ناحية^(٩٦٠) ، ومن ناحية أخرى ليوازن بين منفعتين أيهما أعظم نفعاً ومن ثم حين وجد القضاء الإدارى الفرنسى تعارضا بين منفعتين عامتين إحدهما صحية . والثانية تتمثل فى إقامة طريق يؤدى إلى سرعة المرور .

وهنا وازن القضاء بينهما ؛ ولأنه يضع جميع المنافع فى الاعتبار فإنه أدخل الإضرار بالمنفعة الأخرى فى الجانب السلبي للميزان ولقد وجد ذلك طريقه للتطبيق بصدد حكم مستشفى سانت مارى (Ste.civile ste – Marie de l'Assomption) وفى هذا الحكم نظر القاضى إلى الجانب الإيجابى للمنفعة ، فوجد أن الطريق يربط بين فرنسا وإيطاليا وبخاصة فى تلك المنطقة (شمال مدينة نيس) السياحية المطلة على البحر ، وأنه سيؤدى إلى نقل الطريق خارج مدينة (نيس) فوجد ما يترتب عليه من منافع أقل مما يترتب عليه من مضار ولاسيما فيما يتعلق بالصحة العامة ، إذ إن الطريق سيمر بجوار مستشفى خاص وسيترتب عليه هدم أحد مبانيها والإدارة لم تستطع أن تتلافى هذا الضرر العام بإنشاء مستشفى آخر مماثل أو على الأقل ضمان

(٩٥٩) انظر (الدكتور / محمود عاطف البنا - حدود سلطة الضبط الإدارى - ص ٧٩) .

(٩٦٠) انظر (دكتور / سامى جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٧) .

لذلك يجوز القول بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار كان من دواعي إعمالها الوقاية من الأمراض التي هي مظهر من مظاهر حماية الصحة العامة ، وكذلك حماية البيئة التي تعتبر اليوم أرضا خصبة لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار والقاضى الإدارى لا يتردد البتة فى تطبيق النظرية على القرارات التي تصدرها الإدارة فى هذا المجال ، وذلك تطبيقا للقانون الصادر عام ١٩٧٦ الخاص بحماية البيئة ، ولقد تم تعديل هذا القانون فى ١٢ يوليو ١٩٨٣م بقصد تنظيم اجراءات حماية البيئة وجعلها أكثر فعالية لمواجهة المتغيرات التي طرأت فى هذا المجال (٩٦٤) . ولقد اعتبر القانون أن لكل فرد حقا فى الطبيعة وليس هذا فحسب وإنما يجب على كل فرد السهر من أجل حماية هذه الطبيعة أو الإرث الطبيعى **Patrimoine naturel** الذى يعيش فى كنفه وهذا يعنى ضرورة التوفيق بين المصلحة الفردية والجماعية أو الخاصة والعامة^(٩٦٥)

اعتبر المشرع في مصر انتشار الوباء أحد أسباب اللجوء لإعلان حالة الطوارئ بناء على أن الوباء خطر يهدد كيان الدولة ، وعليه جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير اللازمة لمقاومته

ولا شك أن حقوق الأفراد أمام هذه التدابير قد يعثرها التقييد ، ولذا جاز للقاضي الإداري أن يوازن بين المصلحتين الفردية والجماعية وما يترتب على الإجراءات المتخذة في سبيل الحد من انتشار المرض وإزالة ما يترتب عليه من أضرار ، وخصوصا وأن المشرع عندما

(٩٦٣) دكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع الملكية - ص ٢٥ .

[illegible]

243

سمح بإعلان حالة الطوارئ فيما يتعلق بانتشار الأوبئة لم يحدد الأماكن التي تقع فيها هذه الأوبئة ؛ هذه واحدة . الثانية : أنه لم يحدد ماهيتها^(٩٦٦) .

وحتى لا تسيء الإدارة استعمال المادة (١٦٢) لسنة ١٩٥٨م كان لزاما على القضاء أن يشدد في رقابته وأن يخطو خطوات حثيثة نحو أعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مثل هذا الميدان .

وإذا كان من حق الفرد أن يصنع وأن يقيم منشأة لذلك فإن المشرع وضع نصوصا خاصة تقيد هذا الحق إذا كان سيؤدى إلى الإضرار بالبيئة ، ومنها النصوص التشريعية الخاصة بحماية الهواء من الدخان والأتربة والغازات ، وكان لصدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بشأن البيئة - والتي يعد الإنسان جزءا منها - وجدت حماية الهواء من التلوث بالدخان والأتربة قسطا كبيرا من الاهتمام التشريعي فقد نظمت مواده الأماكن التي يقيم عليها المشروع كما نصت المادة (٣٤) من القانون على أنه (يشترط أن يكون الموقع الذى يقام عليه المشروع مناسبا لنشاط المنشأة بما يضمن عدم تجاوز الحدود المسموح بها لملوثات الهواء ، وأن تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها) . واشترط المشرع بأن يكون الموقع الذى يقام عليه المشروع مناسبا - وهى مرونة فى النص - أعطت الجهة الإدارية سلطة تقديرية فى تحديد مدى مناسبة الموقع للمشروع المطلوب السماح بترخيصه^(٩٦٧) ، ومن ثم جاز للقاضى أن يقوم برقابة القرار الإدارى فى ضوء الموازنة بين المنافع والمضار مراعى بذلك حقوق الأفراد فهو قبلتها ، وآخذا بعين الاعتبار المصلحة العامة فهو حاميا ، وفى ضوء هذا البناء التوازنى تكون النظرية التى نحن بصددتها قد وجدت لنفسها مبررا يبيح للقاضى الإدارى وضع ميزانها فى ميدان حماية الوطن من الأمراض والعلل . ولنا أن نتساءل هل يوجد وجه مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى هذا الميدان ؟



(٩٦٦) انظر (دكتور / محمود أبو السعود حبيب - الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية - ص ٢٨٤ : ٢٨٦) .

(٩٦٧) انظر (دكتور / محمود سامى قرنى - حماية البيئة جنائيا - دراسة مقارنة - دار القومية العربية للثقافة والنشر - ١٩٩٤م - ص ٥٨ : ٥٩) .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية

فى إطار الوقاية من الأمراض

إنه بالتتابع لما ورد فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار حماية الوطن ووقايته من انتشار المرض نجد أن محل الاتفاق يدور فى أن كلا من النظام الإسلامى والنظم الوضعية وجد مبررا للنظرية فى هذا الميدان ولا يوجد ثمة فروق جوهرية بين النظامين سوى أن للمنهج الإسلامى مرجعية ربانية فى القرآن والسنة كقوله تعالى ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾^(٩٦٨). وقوله تعالى ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ ﴾^(٩٦٩) ، وفى السنة قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ، وقال ﷺ : فى الحديث الذى رواه أبو هريرة ؓ « لا يورد الممرض على المصح »^(٩٧٠). ووجه دلالة الأحاديث : مجانية ما يحصل الضرر عنده فى العادة والاحتراز مما يحصل عنده الضرر^(٩٧١).

وهذا لا يعنى أن هناك تناقضا مع حديث (لا عدوى ولا طيرة)^(٩٧٢)؛ إذ إن التطير يعنى التشاؤم ، وذلك لأنهم فى العرب كانوا يتطيرون بالسوانح والبوارح^(٩٧٣)، فينفرون الطباء والطيور فإن أخذت ذات اليمين تبركوا ، وإن أخذت ذات الشمال رجعوا عن سفرهم وتشاءموا لا اعتقادهم أنها تنفع أو تضر ، وقال جمهور العلماء : " ليس ثمة تناقض بين الحديثين ، ويجب الجمع بينهما وهما صحيحان ، وقالوا : (وطريق الجمع أن حديث لا عدوى المراد به نفى ما كانت الجاهلية تزعمه وتعتقد ؛ أن المرض والعاهة تعدى بطبعها لا بفعل الله تعالى . وأما حديث « لا يورد الممرض على المصح » فأرشد فيه إلى مجانية ما يحصل الضرر عنده فى العادة بفعل الله تعالى وقدره ، فنفى فى الحديث الأول العدوى بطبعها ، ولم ينفى حصول الضرر عند ذلك بقدر الله تعالى وفعله ؛ وأرشد فى الثانى إلى الاحتراز مما يحصل عنده الضرر بفعل الله وإرادته وقدره ، : والجمع بينهما هو الصواب الذى عليه جمهور العلماء ويتعين المصير إليه)

(٩٦٨) سورة الأعراف : آية ١٥٧ .

(٩٦٩) سورة البقرة : آية ٢٠٥ .

(٩٧٠) رواه مسلم - باب لا عدوى ولا طيرة - برقم (١٠٥) - ٤٧٢/٧ .

(٩٧١) انظر (صحيح مسلم بشرح النووي - ٤٧٤ / ٧) .

(٩٧٢) أخرجه مسلم عن أبي هريرة - باب الطيرة والفأل برقم (٢٢٢٣)

(٩٧٣) السوانح : جمع سانحة والسانحة هى التى تعرض للإنسان عن اليمين ، فحملها العرب على التيمين والبركة ، كقول القائل :

أقول والطير لنا سانح :: يجرى لنا أيمته بالسعود . انظر (لسان العرب ٤٩١/٢)

البوارح : تطلق على الرياح الشدائد التى تحمل التراب فى شدة الهبوات - ويقصد بها العرب الشر والعذاب الشديد . والتباريح الشدائد ، والبوارح شدة الرياح من الشمال فى الصيف دون الشتاء .

والبارح من الطباء والطير خلاف السانح ، وقد كانت العرب تتشائم منها . (انظر لسن العرب ٤١١/٢ : ٤١٠) .

وعليه فقد وازن الولاة والقضاة بين الضرر العام المتمثل فى المرض المعدى الذى يضر بالمجموع، والضرر الخاص المتمثل فى الحجر على المريض الذى يحمل العدوى فى ظل المرجعية الشرعية .

وهذا على خلاف النظم الوضعية التى تمثل حماية الوطن ووقايته من الأمراض تطورا حضاريا انبثق من فكر المجتمع وثقافته وهذا التطور يخضع فى الغالب إلى الفلسفة القانونية التى تحكم المجتمع وهى فى ذلك دائمة التغيير فى أصلها ووسائلها .

وهنا من الجائز أن نقول شتان بين ما هو ثابت التأصيل ومتغير الوسائل بحسب حاجات العصر كالنظام الإسلامى وبين متغير التأصيل والوسيلة بحسب تغير أساسه الفلسفى كالنظم الوضعية .

الفصل الثالث

معايير نظرية

الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

تقرير المبدأ سهل لكن ممارسته أمر صعب ، وحتى يسهل التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار ، كان لزاماً أن توضع معايير للوزن بين المنفعة والمضرة ليتم الترجيح بينهما دون إفراط أو تفريط .

وأعني بالمعايير كل ما تقدر به الأشياء ، وما يقاس به غيره ويستوي به ^(٩٧٥) ، والمعنى المراد هنا: ما يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من الوقوف على مزايا وعيوب عملية ما ، أو نتائج تصرف إداري معين ^(٩٧٦) . ذلك لأنه عند تنفيذ قرار الإدارة بنزع الملكية ، أو بإقامة مشروع ما ، قد يحتف بها ظروف مؤثرة ، بحيث يفضي التنفيذ إلى نتائج ضرورية لا تنسجم مع الأصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، من حماية لحقوق الأفراد جملة وتفصيلاً ، ومن ثم كان على القاضي الإداري أن ينظر في الأمر معتمداً على ميزان للترجيح بين مصلحتين ، أو بين منفعة ومضرة ، حتى يتحقق العدل وتدرأ المفسدة ، بل أسوأ النتائج المترتبة على تنفيذ قرار الإدارة ، وحتى يتسنى للقاضي أعمال الموازنة كان عليه الاعتماد على عدة معايير قد تتشابه فيما بينها في كلا النظامين الإسلامي والوضعي ، وقد تختلف في واحدة منها تبعاً لمصدرية كل منها ، وليبيان معايير النظرية نقسم هذا الفصل على النحو التالي :

المبحث الأول : معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي.

المبحث الثاني : معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .

المبحث الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار معايير النظرية .

(١) انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه . ص ٤٢٤) وانظر (الدكتور / محمود عبد الرحمن عبد

المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية . طبعة دار الفضيلة ، مصر ، ١٩٩٩م - ٣/ ٣٢١) .

(٢) الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات الحديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣١٢

المبحث الأول

معايير نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

إنه مما لا شك فيه أن الشريعة جاءت بتحصيل المنافع وتكميلها ، وتعطيل المفسد وتقليلها ، وقد أوكلت للمجتهدين حين التعارض بين المنافع والمضار أن يقوموا بواجب الترجيح في ضوء الموازنة بين المتعارضين ، وحذرت الشريعة من الترجيح بالهوى ، والموازنة بالشهوة ، لأجل ذلك رسم العلماء منهجا للترجيح بين المصالح والمفاسد جلبا ودفعاً (٩٧٧).

ووضعوا لها معايير منعا للزلل عند التطبيق ، نعرض لها في المطالب التالية :

المطلب الأول : معيار التفسير المصلحي للنص .

المطلب الثاني : معيار قيمة المنفعة ورتبتها .

المطلب الثالث : معيار زمنية المنفعة .

(١) انظر (ابن زغيبه عز الدين - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - دار الصفوة . الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ . ١٩٩٦ م . ص ٢٩٥) .

المطلب الأول

معياري التفسير المصلحي للنص

لقد علم أهل الاجتهاد أن ثمرة استخراج الأحكام المرجوة لا تكون إلا عن طريق النظر في نصوص الشريعة بكلياتها وجزئياتها ، حيث خطت لهم سبيل المصلحة ونسقت لهم مراتبها ، حتى لا يقودهم العقل البشري المحدود الإدراك إلى إقرار مصلحة مزاجية ، كتلك العادات المستوردة من الشرق والغرب إشباعا للشهوات ، الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب الفوضى والاضطراب في الحياة^(٩٧٨) ، وقد ينفر البعض من مثل هذه العبارات ، فمنهم من يريد الاقتصار على حرفية النص دون إعمال للمصلحة ودور العقل فيها ، وهؤلاء يُسمَّون بالظاهرية^(٩٧٩) ، ومنهم من يريد فتح الباب على مصراعيه للعقل^(٩٨٠) ؛ إذ اعتبر هؤلاء أن هناك انفصاما بين النص والمصلحة كالذي ذكره نجم الدين الطوفي^(٩٨١) .

والذي أكد عليه أهل العلم أن دور العقل يتمثل في تقدير المصلحة التي يستهدف النص تحقيقها وبخاصة إذا كان ظني الدلالة ، إذا لم يكن مصرحا بها قطعاً ، ومن ثم فإن النص يُفسر بما يحقق المصلحة مع عدم الغفلة عن مختلف المصالح والمفاسد التي لها صلة بموضوع النص « ومعلوم أن أحد مسالك التعليل هو مسلك المناسبة^(٩٨٢) . وهو مسلك عقلي إلى حد كبير »

(١) انظر (الأستاذ الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن - المصالح المرسله - الكتاب الجامعي . كلية الشريعة والقانون . جامعة الأزهر - ص ٣٧) .

(٢) انظر (الشيخ محمد الغزالي . الإسلام المفترى عليه . نهضة مصر . ط ٢ - ١٩٩٩م - ص ٩٣) .

(٣) أعني بالعقل : مجموع الطاقات الإدراكية لدى الإنسان ، مما قد يسمى فطرة ، أو خبرة ، أو فكراً .. مع توفر هذه الطاقات من حصيلة معرفية في أي تخصص ؛ انظر (دكتور / أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي . ص ٢٢٤) .

(٤) نجم الدين الطوفي هو : نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعد (ت: ٧١١هـ)؛ وهو الذي وضع نظرية في المصلحة وتقديمها على النص ، وأن المصلحة التي يحتج بها الطوفي هي التي يحكم بها العقل وحده ، ولقد أقام نظريته على أسس أربعة :

الأساس الأول : استقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد .

الأساس الثاني : المصلحة دليل شرعي مستقل عن النص .

الأساس الثالث : مجال العمل بالمصلحة هو المعاملات والعادات .

الأساس الرابع : المصلحة أقوى أدلة الشرع .

وقد قام العلماء بالرد عليه وتفنيده حججه واحدة بعد أخرى ، حتى كان ما نميل إليه وهو : « أن النص هو ما يدور عليه العمل فان كان قطعي الدلالة فثم التطبيق ، وإن كان ظني الدلالة فمجال العقل تحديد المراد وتخريج المناط . لمزيد من التفصيل راجع في ذلك (الدكتور / حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - ص ٥٢٩ : ٥٦٨) وانظر (الشيخ / عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه - ص ١٠٥ : ١٤٤) .

(١) المناسبة : لغة : هي الملائمة ، يقال : « الملايس الصوفية مناسبة لفصل الشتاء » أي ملائمة له ، والوصف مناسب للحكم : أي ملائم له . وفي الاصطلاح : المناسب عند الأصوليين ؛ هو المقصود في باب التعليل ، ومنه يؤخذ تعريف المناسبة .

وعرفها البيضاوي : بأنها ما يجلب للإنسان نفعاً أو يدفع عنه ضرراً .

وعرفها بن الحاجب : بأنها وصف ظاهر منضبط يحصل عقلاً من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصوداً من حصول

هذا المسلك تبنى عليه اجتهادات واستنباطات كلها عبارة عن تفسير مصلحي للنصوص ، وحتى يتضح المعنى نذكر ما قاله الدكتور : حسين حامد حسان : [وقد ينص الشرع على حكم واقعة ، دون أن يدل النص على المصلحة . صراحة . التي قصد بالنص تحقيقها ، ويجد الفقيه أن فهم النص ، وتحديد مضمونه ، ونطاق تطبيقه يتوقف على معرفة هذه المصلحة فعند ذلك يجتهد الفقيه في التعرف على هذه المصلحة أو الحكمة أو العلة أو الوصف المناسب ، مسترشدا بما عرف من عادة الشرع وتصرفه في الأحكام ، مستعينا بروح الشريعة وعللها المنصوصة وقواعدها أو مصالحها المستنبطة ، فإذا ما توصل إلى هذه الحكمة ، وتعرف على تلك المصلحة ، فسّر النص في ضوءها ، وحدد نطاق تطبيقه على أساسها (٩٨٤) .

وهناك نماذج كثيرة تبرهن على ذلك نأخذ منها على سبيل المثال :

١ - التسعير :

ففي الحديث الذي رواه أنس رضي الله عنه (٩٨٥) قال : غلا السعر على عهد النبي ﷺ فقالوا يا رسول الله : سَعَرْنَا فقال : « إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر . وإنني لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال » (٩٨٦) .

ووجه دلالة الحديث : أن التسعير ظلم ، وأنه ليس لولي الأمر أن يسعر على الناس ، وأن الأمر بيد الله تعالى ، وليس لأحد أن يتدخل فيه ، ومع هذا فإن الإمام مالك وكثير من الحنابلة ، يتحولون بجواز التسعير الجبري في بعض الحالات ، بل بوجوب التسعير فيها ! وكان قولهم هذا بناءً على التفسير المصلحي للنص عن طريق النظر العقلي .

مصلحة ، أو دفع مفسدة ، والمناسبة على ضربين : مناسبة في المعاني ، ومناسبة في الألفاظ .

فالمعنوية : هي أن يتبدى المتكلم بمعنى ثم يتم كلامه بما يناسبه معنى دون لفظ كقوله تعالى ﴿ أو لم يهد لهم كم أهلكنا من قبلهم ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ أفلا يسمعون ﴾ « السجدة : ٢٦ » لأن موعظة الآية الأولى سمعية ، والآية الثانية مرئية .

واللفظية : هي دون رتبة المعنوية ، فهي الإتيان بكلمات ، وهي على ضربين : تامة وغير تامة :

فالتامة : أن تكون الكلمات مع الاتزان مقفاة .

والناقصة موزونة وغير مقفاة ، ومن شواهد المناسبة اللفظية التامة قوله تعالى ﴿ ما أنت بنعمة ربك بمجنون . وإن لك لأجرا غير ممنون ﴾ « القلم : ٢ ، ٣ » ومن شواهد الناقصة قول النبي ﷺ « أعيدكم بكلمات الله التامة ، من كل شيطان وهامة ، ومن كل عين لامة » فلم يقل ملمة وهي : القياس لمكان المناسبة اللفظية .

والمناسبة : لا يقوم الاستدلال بها وحدها ، بل لا بد من إظهار التأثير بالنص أو الإجماع ، انظر (حجة الإسلام الغزالي - شفاء العليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل . دار الكتب العلمية . بيروت . الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص ٧١) . وانظر (أبي البقاء الكفوي - الكليات ص ٨٦٦) وانظر (الدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣/ ٣٥٦) .

- (٢) الدكتور / أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الشاطبي - ص ٢٢٤ .
- (١) الدكتور / حسين حامد حسان . نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي : المقدمة . م . بند ٨ .
- (٢) أنس بن مالك هو : أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام بن جندب بن عامر بن غنم بن النجار أبو حمزة المنى خادم رسول الله (ت . ٩٣هـ) انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب - ٢٣٨/١) .
- (٣) رواه : الدارمي في سننه - باب البيوع برقم ٢٥٤٥ - ٣٥٤/٢ - ورواه الترمذي في كتاب البيوع برقم ١٣١٤ - ٦٠٥ ، ٦٠٦ .

فقد رأى هؤلاء أن التسعير في ضوء الحديث ظلم ، ولكنهم وجدوا حالات يكون عدم التسعير فيها هو الظلم . كأن يكون فيه إضرار بمجموع المشتريين ، أو يكون في وضع أحد التجار للسلعة ثمنا بخسا إضرار ببقية التجار في السوق . وهنا تتعارض المنافع مع المضار ، وتتعارض المصالح العامة مع الخاصة ، لذلك في مثل هذه الحالات يكون التسعير عدلا ومصلحة عامة ، ففسر المالكية الحديث على أساس أنه قيل في شأن حالات معينة من التسعير ، وأن الحالات التي يناسبها ، ليست بداخلة في مقتضى الحديث ، بل هي داخلة في مقتضى أدلة أخرى تمنع الظلم ، وتأمّر بإقامة القسط والتوازن بين المصالح^(٩٨٧).

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم : [وأما التسعير فممنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز . فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بضمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباح الله لهم ، فهو حرام . وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بضمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز ، بل واجب . فأما القسم الأول : فهو ما روى عن أنس رضي الله عنه ... وأما الثاني : فمثل أن يبيع أرباب السلع من بيعها ، مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير هنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به]^(٩٨٨).

ومن هنا كان التسعير الجبري الذي هو بأمر السلطان ، أو نوابه ، أو كل من يلي أمر المسلمين . لأهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر معين ، فيمنعوا من الزيادة عليه ، أو النقصان لمصلحة^(٩٨٩) . أي ما تقضي به مصلحة الأمة (فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مرّ بحاطب بن أبي بلتعة رضي الله عنه وهو يبيع زيبا له بالسوق ، فقال له عمر : إما أن تزيد في السعر ، وأما أن ترفع من سوقنا)^(٩٩٠).

يقول الإمام مالك : لو أن رجلاً أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس ، وإما رفعت^(٩٩١) (٩٩٢).

-
- (٤) انظر (الإمام الشاطبي - نظرية المقاصد - ص ٢٢٥) .
 (١) ابن القيم - الطرق الحكمية - دار البيان العربي . ١٩٨٥م - ص ٢٥٢ : ٢٥٣ .
 (٢) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار - ٢٦٠/٥) .
 (٣) رواه : مالك في الموطأ باب البيوع - رقم ٧٨٩ / ٢٥٤ - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .
 (٤) انظر (النووي - المجموع - شرح المذهب - دار الفكر - ط ١ - ١٩٩٦م - ٥/٣) .
 (٥) هذا وقد خالف كثير من العلماء هذا القول وقالوا : بتحريم التسعير وأنه مظلمة ووجه قولهم : أن الناس مسيطرون على أموالهم ، والتسعير حجر عليهم ، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن ، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ « البقرة » ، انظر (الشوكاني - نيل الأوطار - ٢٦٠/٥) .

وهذا كلام مردود عليه : بأن ولي الأمر له حق التسعير الجبري لتحقيق العدل والمصلحة التي هي قطب الرحى لأحكام السياسة الشرعية : فمن واجبه التدخل في كل ظرف يغلب على الظن فوات المصلحة ، فله حق تقييد استعمال الحق بالقدر الذي

هذا وقد استدل بعض الكاتبيين في المصلحة بهذا على أن الإمام مالك يقدم المصلحة على النص ، والحق أن الصواب جانبهم إذ إن الإمام مالك لم يكن قوله على خلاف ما يقتضيه النص وإنما قوله كما ذكر الدكتور : حسين حامد حسان : « تطبيق للنص ، واستخراج لمناطه بطريق الاجتهاد ، ومثل هذا النوع من الاجتهاد يتفق الأئمة على سلوكه ، واستنباط الأحكام بناء عليه ، ومقتضاه أن يرد نص بحكم شرعي ، دون أن يدل النص بلفظه على مناط هذا الحكم ، ويكون عمل الفقيه هو استنباط هذا المنطاط بطريق الاجتهاد ، معتمدا على ما عرف من تصرفات الشارع في التشريع وتفريع الأحكام » (٩٩٣).

٢- إعطاء المؤلفة قلوبهم : فرضت الزكاة على المسلمين في العام الثاني من الهجرة ، واحتلت المكان الثالث من بين أركان الإسلام ، ومصارفها ثمانية بنص الآية، قال تعالى ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ (٩٩٤). ومن بين المصارف ، مصرف المؤلفة قلوبهم وهم الذين يراد تأليف قلوبهم بالاستمالة إلى الإسلام أو التثبيت عليه ، أو كف شرهم عن المسلمين (٩٩٥). أعطاهم النبي ﷺ ، وأعطاهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه في خلافته ، وجاء عهد الفاروق عمر فلم يعطهم من الزكاة ، فهل عطل عمر بن الخطاب بذلك النص أو قدم المصلحة عليه ؟

يصون المصلحة العامة مثل :

- ١ - منع المباح إذا أدى إلى مفسدة عامة .
- ٢ - التسعير الجبري : وقال العلماء (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا أن يتعدى أبواب الطعام تعديا فاحشا في القيمة ، فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة ، لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع) ويرتكز هذا التدخل على قاعدة « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » انظر (الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية - ص ٥٦٩ : ٥٨٠) .
- (١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - ص ١٧٤ .
- (٢) التوبة : آية ٦٠ .
- (٣) انظر (ابن قدامة - المغني - ٤ / ٩٩) .

لقد كان الفاروق عمر رضي الله عنه متبعاً لا مبتدعاً ^(٩٩٦). وكان فهمه للقرآن والسنة فهماً واسعاً واعياً ، فلم يقف رضي الله عنه عند حرفية النص ، وإنما نظر إلى حكمته وعلته ، وهو أن مصرف المؤلف قلوبهم كان لأجل استمالتهم ليكونوا قوة للإسلام ، والوقاية من الفتنة ، فلما قويت شوكة الإسلام رأى عمر أن حكمة إعطاء هذا الفريق قد زالت ، فامتنع عن إعطائهم شيئاً ، وليس معنى ذلك أنه عطل العمل بالنص ، ولكنه وجد من الفئات الأخرى المنصوص عليها في الآية ، من هم أولى بالرعاية من المؤلف قلوبهم ^(٩٩٧). وإذا كان جمع كبير من أهل العلم انتقد هذا الصنيع من عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، لكن عمر - منعهم العطاء من الصدقات - مع أن صنفهم لا يزال موجوداً ، بحجة أن الله تعالى أغنى دين الإسلام بكثرة أتباعه فلا مصلحة للإسلام في دفع أموال المسلمين لتأليف من لم يتمكن الإسلام من قلوبهم مراعاة لمصلحة الأمة ^(٩٩٨).

وقال كثير من العلماء : (هم باقون إذا وجدوا فإن الإمام ربما احتاج إلى أن يستأنف على الإسلام ، وبه قال الزهري ، وعمر بن عبد العزيز ، والشافعي ، وأحمد ، وابن العربي من المالكية وقال : « الصحيح عندي أنه إن قوى الإسلام زالوا ، وإن احتيج إليهم أعطوا » فهو يرى بقاء هذا الصرف ، ويرى أن عدم إعطائهم في زمن عمر بن الخطاب لأجل عزة الإسلام وهذا هو الذي صححه المتأخرون . قال ابن الحاجب في المختصر : " والصحيح بقاء حكمهم إن احتيج إليهم " . وهذا الذي لا ينبغي تقلد غيره ^(٩٩٩).

ومن ثم فإن عمر بن الخطاب . لم يقدم المصلحة على النص . وإنما اجتهد بعقله ليحقق مناط النص .
وجماع الأمر :

أن مصلحة النصوص الشرعية ومصلحية أحكامها ، عاشت عليها الأمة وعاش بها أمراؤها ، ووازنوا بين المصالح بناءً على مصالح الأمة وأعظم المصلحتين ، كما وضع ذلك في المثاليين السابقين .

وإذا كان ما سبق معلوماً ومسلماً به فإنه يقرر على وجه الخصوص أمرين :

(١) يقول العلمانيون والمتغربون في عصرنا ، ممن ينادون بتعطيل نصوص الشرع بدعوى معارضتها للمصالح التي يتوهمونها : قولهم « أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الذي سن هذه السنة حين منع المؤلف قلوبهم من الصدقات ، وأن عمر بهذا عطل نصاً قرآنياً ، وأوقف العمل بآية » وهذا خطأ بالغ وقعوا فيه ؛ فعمر رضي الله عنه منعهم لأن النص لا تتناولهم ، لا لأن النص انتهى أمدّه ، راجع في ذلك (الدكتور / يوسف القرضاوي - السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها . ص ١٧١ : ١٧٨) .

(٢) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوي - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة . دراسة مقارنة . دار الفكر العربي . ط ٢ - ١٩٧٦ م . ص ١٧٤) وانظر (د/ غالب عبد الكافي القرشي - أوليات الفاروق السياسية . دار الوفاء . الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م - ص ١١٠) .

(٣) انظر (أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي - الأموال - تحقيق - د محمد أحمد سراج ، د / علي جمعة محمد دار السلام مصر . ط ١ - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م - ص ٣٢) .

(١) ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٢٣٩ / ١٠ .

أولهما : ضرورة النظر المصلحي إلى النصوص وما ترمي إليه من أحكام شرعية، باعتبار أن وراء كل حكم شرعي مصلحة ، أو مصالح يرمي إلى جلبها ، ومفاسد يرمي إلى دفعها ، وأن ذلك هو غاية عمل القاضي بمقتضى الحكم الشرعي، والنص الشرعي ، وأن يتمسك القاضي بحكم الشرع بقدر ما يحقق من منافع ويدرك من مضار.

آخرهما : ضرورة الأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة ، وهذا هو بيت القصيد، فحياتنا الخاصة والعامة ، وحياتنا الدينية والدنيوية ، تعج بالمتعارضات بين المصالح والمفاسد ، ومن ثم يحتاج الأمر إلى موازنة بينهما ؛ ليتم الترجيح لأحدهما في ضوء ما يقتضيه النص ، بعلم ونظر (١٠٠٠).

(٢) انظر (د / أحمد الريسوني - نظرية التقريب والتغليب - ص ٣٢٣) .

المطلب الثاني

معيار قيمة المنفعة ومرتبتها

يعنى معيار المنفعة ما كان به المحافظة على مقصود الشرع ، دون إظهار لمعيار المضرة ، حيث أنها داخلة في هذا المعيار ، فالمنفعة عبارة عن جلب لمصلحة أو درأ لمفسدة ، ودرا المفسدة في الأصل تحقيق للمنفعة التي هي مقصود الشرع من الخلق^(١٠٠١).

ومعيار الترجيح بين المنافع المتعارضة ، والمضار المتفاوتة ، قد تتشابه في الأمور وتتداخل وتلتبس في حالات وصور لا حصر لها ، حتى أنك لتجد قوما ﴿ وَتَرَكْنَا بَعْضَهُمْ يَوْمَئِذٍ يَمُوجُ فِي بَعْضٍ وَنُفِخَ فِي الصُّورِ فَجَمَعْنَاهُمْ جَمْعًا ﴾^(١٠٠٢) وتجد من يعيشون في الأرض فسادا وهم يرددون ﴿ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴾^(١٠٠٣) ، ولا يعصم من هذا الزلل إلى وجود معيار للمنفعة يتمثل في نوع المنفعة ومرتبتها ، وعمومها وخصوصها ، وقدرها وقيمتها، ودوامها .

ووضح معيار المنفعة في قول ابن القيم : « الشريعة مبناه على تحصيل المصالح بحسب الإمكان ، وألا يفوت منها شيء فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت ، وإن لم يمكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض ، قدم أكملها وأهمها وأشدّها طلبا للشارع »^(١٠٠٤) ، ويقول أيضا « إذا تأملت شرائع دين الله التي وضعها بين عباده ، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة ، أو الراجحة وإن تراجحت قدم أهمها وأجلها ، وإن فات أدناها »^(١٠٠٥) .

ويظهر أمرها في ضوء ما يلي :

(١٠٠١) انظر (القرضاوى - السياسة الشرعية - ص ٨٧) .

(١٠٠٢) سورة الكهف : أية ٩٩ .

(١٠٠٣) سورة البقرة : أية ١٠ .

(١٠٠٤) ابن القيم - مفتاح دار السعادة - ١٩/٢ .

(١٠٠٥) ابن القيم - المرجع السابق - ٢٢/٢ .

أولاً : رتبة المنفعة :

المقصود بهذا المعيار معرفة درجة المنفعة في سلم المصالح والمفاسد ، وهو السلم الذي اشتهر بين أهل العلم بالتقسيم الثلاثي : [الضروريات ، والحاجيات ، والتحسينات] . وإن كثيراً من المنافع والمضار إنما تندرج في هذه الدرجة ، أو تلك على سبيل التغليب لا غير .

ومعنى هذا أنه عند التعارض يقدم ما كان من قبيل الضروريات على ما كان من قبيل الحاجيات أو التحسينات ، وكذلك ما كان من قبيل الحاجيات يقدم على ما كان تحسيني . ومن أمثلة العمل بهذا المعيار الرتبي - ما كانت الحاجة إليه أشد ، وضرر فقده أبلغ ، ففيما يخص مصلحة الأكل والشرب باعتبار أنها ضرورية يترتب عليها حفظ النفس وبفقدتها تهلك ، وبذلك تتعارض مع المصالح الحاجية التي تتعلق بالبعد عن المحرمات والتتزه عن الخبائث . فإذا فقد الإنسان الحد الضروري من الطعام ، ولم يجد سوى المحرم بقدر ما يحفظ عليه حياته وتتم به سلامته ، جاز له تناول المحرم الحاجي في سبيل مراعاة المنفعة الضرورية وهي حفظ الحياة للإنسان ، وقد ظهر هذا المعيار في قول الله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلِيَ لغيرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ يَنْتَقِ الْيَوْمَ يَسَّرَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِي الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (١٠٠٧) .

ووجه دلالة الآية : أنه إذا وقع الإنسان في ضرورة المخرصة - أي المجاعة - والتي هي سبيل إلى ضمور البطن وهلاك النفس جاز له أن يأكل مما حرم عليه بشرط عدم ميله للحرام وطلبه وتملكه . وهذا يدل على أن أفضل صفات الإسلام السماحة والرفق ، قال ابن عاشور : « فلما علمهم يوجسون خيفة الحاجة في الأزمات بعد تحريم ما حرم عليهم من المطعومات ، وأعقب ذلك بالمنة - ﴿ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾ - ثم أزال ذلك ما أوجسوه في نفوسهم بقوله ﴿فمن اضطر﴾ » (١٠٠٨) .

ومن هنا رجع ما كان ضروريا على ما كان حاجيا ، وبنفس المعيار يقدم ما كان حاجيا على التحسيني ، كالسعي على الكسب ولو كان في ذلك شيء من المحظورات كسماع ما لا يجوز أو رؤية ما لا يجوز كالنظر للأجنبية فإنه يقدم السعي الحاجي على حرمة النظر التحسيني بشرط أن يتحاشاه قدر الإمكان (١٠٠٩) .

(١٠٠٦) انظر (د/ أحمد الريسوني - نظرية التقريب والتغليب - ص ٣٤٣) .

(١٠٠٧) سورة المائدة : آية ٣ .

(١٠٠٨) ابن عاشور - التحرير والتنوير - ١٠٩/٦ ، وانظر (القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ٦٦/٦) . وانظر (الدكتور

/ أحمد الريسوني - نظرية التقريب والتغليب - ص ٣٤٤) .

(١٠٠٩) د / أحمد الريسوني - المرجع السابق ص ٣٤٥ .

ثانيا : أنواع المنفعة :

يقصد بهذا المعيار معرفة انتماء المنفعة إلى أحد أنواع الضروريات الخمس ، والتي هي مقصود الشرع من الخلق : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، وأنفسهم ، وعقولهم ، ونسلهم ، وأموالهم . فكل ما يتضمن حفظها فهو المنفعة ، وكل ما يفوت هذه الأنواع فهو مضرة ودفعه مصلحة ومنفعة^(١٠١٠) ، وكذلك إذا كانت المنفعة من جنس الحاجيات أو التحسينات ، هنا تكون الموازنة بين منفعتين ضروريتين أو حاجيتين أو تحسينيتين ، وحين تكون المنفعتان المتعارضتان متكافئتين في الرتبة فإنه يتعين اللجوء إلى معيار آخر ، وهو النظر في نوع كل منهما ، فإن اختلف النوع ، بأن كانت إحداها تدرج في حفظ النفس والأخرى تدرج في حفظ المال أو الدين ، فحينئذ يتم ترجيح نوع على نوع حسب الترتيب العام للضروريات الخمس .

ويوجد اتفاق بين العلماء على أن أسمى هذه الضروريات ، وأولاها بالحفظ والأرجح في التقديم هي ضرورة الدين ثم النفس ، وكذلك بينهم اتفاق على أن آخرها وأدناها هو المال . أما العقل والنسل فنجد من يقدم النسل على العقل عند الترجيح كالألمدي ، فإنه قد رتب الكليات الخمس على نفس ترتيب الإمام الغزالي فقال : « المقاصد الخمسة التي لم تخل من رعايتها ملة من الملل ، ولا شريعة من الشرائع هي : الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال (...) »^(١٠١١) .

وعند الترجيح بين أنواع المنافع الضرورية اختار تقديم حفظ النسل على حفظ العقل معللا ذلك بأن حفظ العقل إنما هو فرع لحفظ النفس والنسل ، فبحفظها يقع حفظ العقل ، وبفواتها يفوت العقل أيضا .

أما حفظ العقل فلا يتضمن حفظ النفس والنسل ، بل لا يتصور هو نفسه بدون حفظهما ...^(١٠١٢) . ولكن المشهور بين أهل العلم أن الضروريات الخمس مرتبة كالاتي : [حفظ الدين ، حفظ النفس ، حفظ العقل ، حفظ العرض ، حفظ المال] .

ومعنى ذلك أنه إذا تعارض حفظ الدين مع النفس أو ما سواها كان الترجيح للدين ، فإذا تعارض الجهاد ؛ وهو منفعة ضرورية تتعلق بالحفاظ على الدين ، مع دفع الهلاك عن النفس ؛ وهي منفعة ضرورية تتعلق بالحفاظ على النفس من الهلاك فإنه ترجح المحافظة على الدين على منفعة الحفاظ على النفس^(١٠١٣) ، وكذلك أمر المفسد والمضار فإن معيار الترجيح لها في

(١٠١٠) انظر (الغزالي - المستصفى - تحقيق الدكتور/ محمد سليمان الأشقر - ١٧/١ - ٤) . وانظر (سيف الدين الآمدي - الإحكام في أصول الأحكام - ١٨٤/٣) .

(١٠١١) (الآمدي - الإحكام في أصول الأحكام - ١٨٥/٣) .

(١٠١٢) انظر (ابن الحاجب - منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م - ص ٢٢٨) . وانظر أيضا (دكتور / أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ٣٨) .

(١٠١٣) انظر (الدكتور / عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ٦ -

ضوء رتبته بحسب خطورتها أمرٌ من السهولة بمكان - فأشدها خطرا ما كان من قبيل الضروريات ؛ وهي المرتبة الأولى ثم يليها في المرتبة ما كان الضرر فيها متعلقا بالحاجيات ، ثم تأتي بعد ذلك المضار المتعلقة بالتحسينات - ولكن المشكلة تظهر حين تكون المضرتان في رتبة الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات ، وفي هذه الحالة يكون الترجيح بمعيار نوع المضرة أيضا ، فأشد المفسد والمضار ما كان متعلقا بالدين ، ثم النفس ، ثم العقل ، ثم النسل ثم المال.

ومثال ذلك ما تعرض له الإمام أحمد بن حنبل من محنة ، حيث ظهر في هذه المحنة فهم الإمام الدقيق لنظرية الموازنة ، بل لفقه الموازنات بين المنافع والمضار ، فتعارضت فيها مفسدتان ، الأولى تتعلق بالدين وما قد يؤدي إلى الانحراف بأساس الاعتقاد وسلامة التصور الإسلامي لدى الأمة الإسلامية إذا وافق على الإمام ما يريدونه من تحريف للدين في قضية خلق القرآن ؛ وهي من المفسدات الضرورية المتعلقة بالدين ، أما المفسدة الثانية : فهي البلاء الشديد الذي تعرض له الإمام أحمد^(١٠١٤) لذلك تحمل المفسدة المتعلقة بالنفس ؛ ليدراً بذلك المفسدة المتعلقة بالدين^(١٠١٥).

وفي ذات المعنى وضع العلماء عدة قواعد منها [دفع أعلى المفسدتين وإن وقع أدناهما^(١٠١٦)]. وعبر عنها الحافظ ابن رجب بقوله : [إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون ضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضررا]^(١٠١٧). ومنها قاعدة (تحصيل أعلى المصلحتين وإن فاتت أدناهما)^(١٠١٨) ، وقاعدة (دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما)^(١٠١٩) . ودلالة ذلك في الكتاب ، قال تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يَقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا

١٤١٧هـ/١٩٩٧م - ص ٣٨٣).

(١٠١٤) راجع في ذلك (الحافظ تقي الدين المقدسي (ت : ٦٠٠هـ) - محنة الإمام أحمد بن محمد بن حنبل - تحقيق الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي- دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع - مصر - الطبعة الأولى - ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م - ص ٧٣ : ١٣١) .

(١٠١٥) انظر (الدكتور / عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة - منهج فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - عدد : ٦٦/٥١ : ٦٧) .

(١٠١٦) أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري - القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لابن القيم - ص ٣٣٢ .

(١٠١٧) ابن رجب - القواعد - طبعة دار الفكر - القاهرة - بدون تاريخ - ق/١١٢ ص ٢٤٦ .

(١٠١٨) د/ عبد المجيد جمعة الجزائري - القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين - ص ٣٣٣ .

(١٠١٩) د/ عبد المجيد جمعة الجزائري - المرجع السابق ص ٣٣٣ .

خَالِدُونَ» (١٠٢٠). فقدم قتل النفس على الكفر لأن ضرر الكفر أشد من ضرر القتل (١٠٢١). وباستقراء ما سبق يتضح لنا أن هذا المعيار يتم العمل به حين يكون التكافؤ بين المنافع والمفاسد في رتبة واحدة كأن تكون ضرورية ، أو حاجية ، أو تحسينية وهنا يقدم أعلاهما نوعا في ضوء الكليات الخمس .

ثالثا : معيار مقدار المنفعة :

يقصد بهذا المعيار بأنه إذا تعارضت منفعتان أو مفسدتان ، وكانتا متساويتين رتبة ونوعا وعموما وخصوصا ، فإنه يوازن بينهما بالنظر إلى مقدار كل واحدة منهما ، فأيهما كانت أكبر مقدارا رجحت على الأخرى ، وهذا المعيار معيار كميّ، ظهرت دلالته في قول الله ﷻ ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ (١٠٢٢). فإنه إن صح في الزوجة ما يستوجب النفور ، فقد يكون في بقائها خيرا كثيرا ، وليس من الصواب تفويت الكثير ، أي المصلحة الكبيرة ، لوجود ضرر ما ، بل الصواب تحمل الضرر القليل لأجل الخير الكثير (١٠٢٣).

وأیضا وضع ذلك في قول النبي ﷺ رواية أبي هريرة ؓ « لا يفرك مؤمن مؤمنة ، إن كره منها خلقا رضي منها آخر » (١٠٢٤) .

وهكذا نتعلم من رسولنا فقه الموازنات ، فالخير الكثير أولى بالاعتبار من القليل . ومن هنا وضع العلماء قواعد تحدد المراد ويتحقق بها المناط (١٠٢٦) . منها قاعدة (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما) (١٠٢٧) وقاعدة (يختار أهون الشرين) (١٠٢٨) . وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) (١٠٢٩) .

ومن الأمثلة القرآنية على ضرورة الموازنة بين المصالح وتقديم حفظ المصلحة الأكبر

(١٠٢٠) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

(١٠٢١) انظر (الأستاذ الدكتور / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي- جامعة الكويت - لجنة التأليف والنشر - الطبعة الأولى ١٩٩٩م - ص ٢١٤) .

(١٠٢٢) سورة النساء : ١٩ .

(١٠٢٣) انظر (د/ أحمد الريسوني - نظرية التقريب والتغليب - ص ٣٦٢) .

(١٠٢٤) أبو هريرة هو : عبد الرحمن بن صخر الدوسي (ت: ٥٩هـ) انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ٩٩/٨) وانظر (ابن سعد - الطبقات الكبير - ٢٣٠/٥) وانظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء - ٢/٢٢٦) .

(١٠٢٥) رواه مسلم - باب الرضا - برقم ١٤٦٩ - ٣١٤/٥٤ .

(١٠٢٦) سميت تحقيق المناط : لأنه بعد العلم بالوصف المناسب يكون الحكم . انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ١٢٢) .

(١٠٢٧) السيوطي - الأشباه والنظائر - ص ١١٧ ، وانظر (الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ٢٠١ : ٢٣٠) وانظر (د/

محمد الزحيلي - القواعد على المذهب الحنفي والشافعي - ٢٠٨ : ٢١٥) . وانظر (د/ على أحمد الندوي - القواعد

الفقهية - ص ٣١٣) ومجلة الأحكام العدلية م (١٩ ، ٢٧ ، ٢٨) .

(١٠٢٨) السيوطي - المرجع السابق - ص ١١٧ .

(١٠٢٩) السيوطي - المرجع السابق - ص ١١٧ .

قدرا ، ولو بتفويت الأقل ، ما جاء في قصة موسى عليه السلام مع الخضر في شأن السفينة حيث قام الخضر بخرقها وتعييبها وهذا إفساد وتضييع ، ينقص قيمة السفينة، ويتطلب لإصلاحها كلفة ، ولكنه فعل ؛ ليدفع عن أصحابها ضررا أكبر يتمثل في اغتصاب الملك لسفينتهم وضياعها منهم (١٠٣٠).

وأیضا وازن النبي ﷺ بين المصالح الكبرى والمصالح الدنيا في صلح الحديبية ، قال ابن القيم : « إن مصالحه المشركين ببعض ما فيه من ضيم على المسلمين جائز للمصلحة الراجحة ، ودفع ما هو شر منه ، ففيه دفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما » (١٠٣١).

ومن الأمثلة على ذلك أيضا : مسألة ما إذا اجتاحت الطوفان منزل شخص فقام آخر بالثقب في حائط ذلك المنزل حتى يخرج الماء منه بعمله هذا ، فإنه ارتكب مفسدة صغرى لدرء ما هو أكبر منها وهو خراب المنزل جملة (١٠٣٢).

لذا كان لا بد من الأخذ بهذا المعيار حتى يتم النظر لأخف المنفعتين وأغلظهما، فترجح ما كان كبير القدر دون سواه ، يقول ابن تيمية : « لا يدفع الفساد القليل بالكثير ، ولا يدفع أخف الضررين بتحصيل أعظم الضررين » (١٠٣٣).

وكذلك لا تدرأ المفسدة وتقدم على المصلحة إلا إذا كانت أكبر منها وكذلك المصلحة .
رابعا : معيار عموم المنفعة :

ومقتضى هذا المعيار أنه عند تساوى المنفعتين المتعارضتين في الرتبة والنوع ، فإنه يلزم النظر إلى عمومها وخصوصها فإن كانت إحداها عامة ، والأخرى خاصة فإنه يترجح الأولى على الثانية ، أى ما كان نفعه عاما على ما كان نفعه خاصا ، يقول العز بن عبد السلام (اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة) (١٠٣٤) ، ومن ثم لا ترجح المصالح الخاصة على العامة ، ذلك لأن الفقه الإسلامى لا ينظر إلى مصالح الفرد باعتباره وحدة مستقلة عن المجتمع ، وأن حقوقه ليست غاية فى ذاتها بل اعتبره وحدة إنسانية تعيش فى مجتمع وترتبط به ارتباط مصالح متبادلة ، لذلك وضع قواعد للتنسيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عند التعارض ، رعاية للمصلحتين ما أمكن (١٠٣٥).

وقد وضع أهل العلم قواعد هى بمثابة المعايير لهذه النظرية التى نحن بصدددها منها

(١٠٣٠) انظر (د/ أحمد الريسونى - نظرية التقريب والتغليب - ص ٣٦٣).

(١٠٣١) ابن القيم - زاد المعاد- النور الإسلامية للنشر - القاهرة - ١٨٧/٢.

(١٠٣٢) انظر (الدكتور / عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة - منهج فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - عدد ٧١/٥١) ، وراجع في ذلك (د/ حسين حامد حسان - نظرية المصلحة في الفقه الإسلامى - ص ٤٨٢ : ٤٨٣) .

(١٠٣٣) ابن تيمية - مجموع الفتاوى - ١٩٤/٢٣.

(١٠٣٤) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٢٥٢/٢ .

(١٠٣٥) انظر (الدكتور/ فتحى الدربنى - نظرية التعسف فى استعمال الحق - ٣٧) ، وانظر (د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام - ص ٢٤٢) .

قاعدة (بتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) (١٠٣٦). وهذه القاعدة بناء على أن الضرر قسمان : خاص ، وعام .

وأيضاً قاعدة (دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص) (١٠٣٧).

ومثال ذلك ما قضى به الخلفاء الراشدون بتضمين الصناع ، موافقين بذلك القاضى شريح الذى قضى بتضمينهم مراعى بذلك مصالح الناس فى عدم ضياع أموالهم بسبب سوء أفعال بعض الصناع (١٠٣٨).

ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة عند الصناع ، وهم يغيبون عن الأمتعة فى غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين :

إما ترك الاستصناع بالكلية ، وذلك شاق على الخلق ، وإما أن يعملوا ولا يضمّنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع ، فتضيع الأموال ، ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانة ، فكانت المصلحة التضمين .

وهذا معنى قول الإمام على عليه السلام (لا يُصلحُ الناس إلا ذاك) (١٠٣٩)، وعنه : (يضمن الصناع ما أفسدوه ، أخطأوا أو تعمّدوا ، إذا عملوا بأجر) (١٠٤٠). وقال أيضا : (كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن) (١٠٤١).

وهذا كله من باب تفضيل المصلحة العامة على الخاصة ، فإذا ما استحکم التعارض واستحال رفعه ، قدمت المصلحة العامة لشمولها وعمومها ، وفوتت المصلحة الخاصة لضيقها وانحصارها (١٠٤٢).

(١٠٣٦) مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٦ ، انظر (ابن نجيم - الأشباه والنظائر - ص ٨٨) .

(١٠٣٧) الدكتور / على أحمد الندوى - القواعد الفقهية - ص ٤٢٢ ، وقد عزا القاعدة لصاحب تيسير التحرير فى أصول الفقه : ٣٠١/٢ - فاعلم .

(١٠٣٨) انظر (الأستاذ / عمرو مصطفى الوردانى- المقاصد الشرعية عند القاضى شريح - مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٣ لسنة ١٤٢٣ - ص ٢٣١) .

(١٠٣٩) د/ حامد جامع - على بن أبى طالب حاكما وفقها - ٢٧٩/٢ .

(١٠٤٠) د/ حامد جامع - المرجع السابق ٢٧٩/٢ .

(١٠٤١) د/ حامد جامع - المرجع السابق ٢٧٩/٢ .

(١٠٤٢) انظر (ابن زغبة عز الدين - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية- مطابع دار الصفوة - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٦م - ص ٣٠٠) .

المطلب الثالث

معياري منية المنفعة

يقصد بهذا المعيار أن المنافع إذا تعارضت وقد ظهرت مساواتهم في الرتبة والنوع والعموم والخصوص والقدر فإنه تنظر إلى امتداد المنفعة الزمنية ، فترجح أدوم المصالح نفعا ، وكذلك إذا تعارضت المنافع والمضار ، والمفاسد مع بعضها البعض ومن الأمثلة على ذلك : موقف أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في مسألة الأرض المفتوحة عنوة، فإن هذه الأراضي تعارض فيها مصلحتان : الأولى مؤقتة تتمثل في توزيعها على الفاتحين ، والأخرى : طويلة الأمد ضاربة في الأجيال والأزمان .

وهي ترك هذه الأراضي في أيدي أصحابها ، وفرض الخراج عليها لبيت المال وذلك لمصلحة الأجيال المتلاحقة ، قال عمر رضي الله عنه : « وكيف أقسم بينهم فيأتي من بعدهم فيجدون الأرض بعلاجها^(١٠٤٣) قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت ؟ ما هذا برأى »^(١٠٤٤) ، وقال أيضا كلمته المشهورة : « لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خير »^(١٠٤٥). وهنا وزن أمير المؤمنين عمر بين منفعة مؤقتة ومنفعة دائمة فرجح الثانية على الأولى ، وتسمى هذه الأرض بأرض الخراج .

ومن الأمثلة على هذا المعيار في ضوء تعارض المنافع والمضار - صلح الحديبية- هذا الصلح تناوله العلماء بالدراسة والتحليل مقارنين بين عاجل أمره وآجله ، موازنين بين مضاره ومنافعه ، ولخص أقوالهم الإمام النووي قال : (قال العلماء : والمصلحة المترتبة على إتمام هذا الصلح : ما ظهر من ثمراته الباهرة ، وفوائده المتظاهرة التي كانت عاقبتها فتح مكة ، وإسلام أهلها كلها ، ودخول الناس في دين الله أفواجا)^(١٠٤٦). ولذلك تهمل المنفعة العامة الطارئة لتحصيل الدائمة ، أيضا قد تكون المنفعة في زمن ولا تكون نفسها منفعة في زمن آخر .

سادسا : معيار يقينية المنفعة :

وأعني بهذا المعيار أنه إذا تعارضت منفعتان ، أو مضرتان ، أو منفعة ومضرة ، وقد وجدت كل المعايير السابقة فإنه لا يمكن إعمال ما سبق من معايير إلا بالنظر إلى ما ينتج عنه في الخارج من منفعة أكدة ومتيقنة أو مضرة يقينية أو غلب على الظن تحققها فإنها تقدم على الموهومة الوقوع ، أو غلب على الظن عدم تحققها، ذلك " لأن الفعل إنما يتصف بكونه مصلحة أو مفسدة حسب ما ينتج عنه في الخارج من آثار ، وهذه الآثار قد تكون مقطوعا بها أو مظنونة

(١٠٤٣) علوجها : جمع عِلَج بالكسر العير والحمار ، وحمار الوحش السمين ، وتجمع على علوج وأعلاج . انظر (الشيرازي - القاموس المحيط ١/ ١٩٨ - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م).

(١٠٤٤) أبو يوسف - الخراج - ٣٥٥ ، وانظر (أبو جعفر الداودي - الأموال - طبعة دار السلام ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م - ١٢١١).

(١٠٤٥) رواه البخاري - باب المزارعة برقم (٢٣٣٤) - انظر (ابن حجر - فتح الباري - ٦/ ٤٣٠) .

(١٠٤٦) النووي - صحيح مسلم بشرح النووي - ٦/ ٣٨٢ : ٣٨٤ .

مشكوكة أو موصومة" (١٠٤٧).

ومثال ذلك: أن التضحية بالنفس في سبيل الله أمر واجب وتفضيل حماية الدين ببذل النفس هو الأولى ، لكنه قد يغلب على الظن أن دخول المسلمين في قتال مع الكفار بقلة عدد وعدة ، قد يؤدي إلى قتلهم من غير نكاية في الأعداء وإعزاز للدين ، يقول العز بن عبد السلام : « فإذا لم تحصل النكاية وجب الانهزام لما في الثبوت من فوات النفوس مع شفاء صدور الكفار ، وإرغام أهل الإسلام ، وقد صار الثبوت هنا مفسدة محضة ليس في طيها مصلحة » (١٠٤٨).

ومن ثم كان هذا المعيار في غاية الأهمية تأتي حين توجد بقية المعايير بل يجعلنا نقول بأن تساوى المنفعة والمضرة في الرتبة لا يكفي القول فيه بأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وإنما ينظر إلى قيمة كل منهما وزمانه ومدى تحققه في الخارج ، وأن أمر الترجيح بين المتعارضين يتأثر بظروف الزمان والمكان فإن كلمة الكفر مفسدة مقدم درؤها على حفظ النفس ولكن هذا الميزان يختلف حين نجد بأن الإسلام أجاز قول الكلمة الكفرية باللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان من أجل حفظ النفس ، وقدم حفظ النفس على كلمة الردة بقوله تعالى ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (١٠٤٩). ذلك لأن حفظ النفس منفعة متيقنة أكدة ونصرة الدين في ذاك الوقت أمر متوهم .

هذه هي معايير النظرية في النظام الإسلامي ، وضعها أهل العلم بعد استقرار شديد للآيات والأحاديث وأفعال الصحابة الكرام وأقوالهم دون ميل للرأى أو إتباع للهوى ، وبعد بيان ما وضعوه وتدوين ما ذكره ، انتقل إلى معرفة معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية في المبحث التالي .

(١٠٤٧) د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - المعهد العالمى للفكر الإسلامى - الطبعة الثانية ١٩٩٤م - ص ١٩١ .

(١٠٤٨) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٨٣/١ ، وانظر (ابن زغية - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٢٣٨) وانظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد ٤٨/٥١) ، وانظر (د/ حسن سالم الدوسى - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد ٤٦/٤٠٨) .

(١٠٤٩) سورة النحل : آية ١٠٦ .

المبحث الثاني

معايير نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

[illegible]

ومقتضى ذلك أنه من أجل إعمال نظرية الموازنة أصبح من الضروري بحث الآثار والنتائج المترتبة على مشروع مّا وفق التكاليف المالية والأعباء الاجتماعية المترتبة عليه ، ومقدار ما ينتج عنه من منافع ، وما يترتب عليه من أضرار على حقوق الأفراد وما لهم ملكية خاصة^(١٠٥). هي بمثابة معايير للنظرية في النظم الوضعية نينها في المطالب التالية :

المطلب الأول : معيار مقدار المنفعة .

المطلب الثاني : معيار التكاليف المالية .

المطلب الثالث: معيار حق الملكية الخاصة .

المطلب الرابع : معيار العبء الاجتماعي .

J-P. Gilli: Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation . : انظر (١٠٥٠)

A.J.1973,P.P.13 et s.s.

(١٠٥١) انظر (د) رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - دار النهضة العربية

١٩٩٦م - ص ٣١٢) ، وانظر (د/ عزت صديق طنوس - نزاع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة) كلية الحقوق -

جامعة عين شمس ١٩٨٨م - ص٣٧٣ ، وانظر (د/ أحمد أحمد المواقف - فكرة المنفعة العامة - ص ٢١٩) .

المطلب الأول

معيار مقدار المنفعة

من المتفق عليه أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تنصب أساسا على محل القرار الإداري أى الأثر المترتب على القرار ، فبعد أن كان دور القاضى الإداري يقتصر على مراقبة تقليدية تتمثل فى النظر إلى مصدر القرار وهو (الاختصاص) أو الشكل وتدرج به الأمر حتى وصل إلى مراقبة الوقائع وتكييفها القانوني^(١٠٥٢)، ثم طور رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة ابتداء بنظرية الغلط البين^(١٠٥٣) إلى أن وصل بها إلى الموازنة بين المنافع والمضار .

ومعنى ذلك : أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعنى المراقبة الموضوعية لمضمون القرار الإداري ، مع ملاحظة أن هذا التطبيق لا يكون إلا إذا كانت الإدارة تتمتع فى هذا الخصوص بسلطة تقديرية ، ولا يتسنى لها هذا إلا فى حالتين :

الأولى : إذا أتاح المشرع لها قدرا من حرية الاختيار بين عدة حلول فى خصوص مسألة معينة .

الأخيرة : إذا تخلى المشرع عن وضع أية حلول ، مكتفٍ بتحديد الغاية أو الهدف من القرار^(١٠٥٤).

ومن ثم كانت الموازنة بين المنافع والمضار والتي يأخذ القاضى فى اعتباره حين إعمالها ، تقييم مضمون القرار وكافة الجوانب المتعلقة به ، سواء ما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه ، أم المزايا المترتبة عليه ومقدار هذه المزايا والمنافع^(١٠٥٥)، وبخاصة إذا لم يحدد المشرع عناصر المنفعة ، إذ إنها تختلف بحسب الظروف والأحوال ، ولذا فإن القاضى لا يبحث ما إذا كان المشروع الذى يراد تحقيقه موافقا لفكرة المنفعة العامة بصفة مجردة ، وإنما يقدر المنفعة العامة بحسب ملاسبات كل حالة حيث يمكن أن يعتبر عمل ما من أعمال المنفعة العامة فى ظروف وأماكن معينة ولا يعتبر كذلك فى ظروف أخرى ، وذلك كاعتبار نزع الملكية لإنشاء خنادق فى مدينة معينة يعتبر محققا للمنفعة العامة نظرا للاحتياجات المحلية ، بخلاف مدينة أخرى قد لا يحقق نفس القدر من المنفعة مقابل ما يتحمله الأفراد من مضار^(١٠٥٦).

ولذلك على القاضى أن يوازن بين مقدار المنفعة سواء تجاه ما يقابلها من مضار أو منافع عامة أخرى ، فأيهما علا قدره غلب وحق للقاضى الإداري إقرار القرار الإداري بهذا الشأن أو

(١٠٥٢) راجع فى ذلك (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية) .

(١٠٥٣) راجع فى ذلك (د/محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع وتقديرها فى دعوى الإلغاء " دراسة مقارنة " - حقوق عين شمس ١٩٩٣ م) .

(١٠٥٤) أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٣٠٥ .

(١٠٥٥) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣٠٧) .

(١٠٥٦) انظر (د/عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - حقوق عين شمس ١٩٨٨ م - ص ٣٧٢) .

إلغاؤه .

ومثال ذلك : رفض مجلس الدولة الفرنسي لنزع ملكية كان بهدف السماح بإنشاء قناة لإخراج النفايات الكيماوية لأحد مصانع الألومنيوم المستغلة من قبل شركة (باشنس) في عرض البحر ، والمنفعة العامة من وجهة النظر الموضوعية أكيدة، وقانون المناجم يتيح ذلك ولكن رفض المجلس كان بناءً على وزن قدر المنفعة أمام ما يترتب على المخاطر التي تحتوى على إضرار بالصحة العامة ، والنباتات البحرية ، وأيضا التنمية الاقتصادية والسياحية للأماكن المجاورة^(١٠٥٧) .

وهنا نجد الاعتبار بقدر المنفعة إيجابا وسلبا في عملية الموازنة ليتم الترحيح بين المنفعة والمضرة في ضوء قدر كل منهما .

(١٠٥٧) : انظر
général ()
وكان هذا في قضية حازت على اهتمام الرأي العام لفترة وهي قضية () أو الطينة الحمراء
في كاسيس (١٥ مارس ١٩٨٦ ، مقاطعة كاسيس ص ١٨٩ - ١٩٦٨) ص ٤٧١ -
.

المطلب الثاني

معيار التكاليف المالية

إن إعمال نظرية الموازنة لم ينصب فقط على الأخذ بمعيار قدر المنفعة وحده بل إنه بعد التثبت من قدرها فإنه ينظر إلى التكاليف المالية التي تتحملها الإدارة على نحو يقيم توازنا بين مزايا المشروع المزمع نزع الملكية لأجله والأضرار والتكاليف المالية^(١٠٥٨).

وعلى ذات الأساس ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن ملف تحقيق نزع الملكية يجب أن يتضمن تقريراً موجزاً بالمصروفات ، يسمح لأصحاب الشأن بالإطلاع عليه للتأكد من أن المشروع بمراعاة تكاليفه الكلية ، والتي يتم تقديرها بصورة معقولة لها طابع المنفعة العامة^(١٠٥٩).

لذلك وجب على القاضى الإدارى أن يأخذ فى حسابه عند تقييم عملية ما، التكاليف التى تتحملها الجهة المنفذة للمشروع ، وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ من عدمه وذلك بالنظر أن مشروعاً ما قد يكون صالحاً للتنفيذ على مستوى إقليم أو مدينة كبرى ، حيث تستطيع الجهة القائمة على التنفيذ أن تتحمل تكاليف إنشائه دون أن يصيبها إرهاب مالى أمام ما يحققه المشروع من مزايا ومنافع ، هذا المشروع قد لا يكون صالحاً للتنفيذ فى قرية صغيرة ذات موارد محدودة ، لأنه يسبب لها أعباء مالية تفوق قدراتها^(١٠٦٠).

فالقاضى الإدارى لم يكتف بتقدير التكلفة المالية للمشروع فحسب ، وإنما أخذ فى الاعتبار مقدرة الجهة القائمة على التنفيذ على تمويل المشروع^(١٠٦١).

ومن ثم ألغى القضاء الإدارى قراراً بنزع ملكية لما فيه من عدم المعقولة والتناسب بين تكلفته المالية ومنافعه المترتبة عليه .

مثال ذلك: قضى مجلس الدولة الفرنسى بإلغاء مشروع بإنشاء مطار (◆ ■) فى إحدى القرى وعلة ذلك : أن المطار لا يحقق أى فوائد اقتصادية ولا تتناسب تكلفته مع المصادر المالية للبلدة^(١٠٦٢)؛ حيث يقول الحكم^(١٠٦٣)

(١٠٥٨) انظر (د/محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين - ص ١٥٩) .

(١٠٥٩) المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :

المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :
المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :
المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :
المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :

(١٠٦٠) د/ رمضان محمد بطيح - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٣١٢ .

(١٠٦١) انظر (المرجع السابق ص ٣١٣) .

(١٠٦٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية - ص ٢٤٢) .

(١٠٦٣) انظر :

المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :
المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :
المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :
المرجع السابق ص ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :

١٠٦٤

وفي حكم محكمة نيس الإدارية في قضية ()
(قَارَنَ الحكم في تحقيق المشروع للمنفعة العامة بين الاستثمارات الهامة المترتبة على تنفيذه
وبين التكاليف التي تتكبدها البلدية في سبيل إنشائه^(١٠٦٤) .
وثمرة ذلك : أنه يؤخذ بمعيار التكلفة المالية حين الموازنة بين المنافع والمضار ؛ ليتمكن
القاضي الإداري من الترجيح على بصيرة بين منافع ومضار مشروع ما .

وانظر (أ . د / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣١٣) .

(١٠٦٤)
* ١٠٦٤

معايير حق الملكية الخاصة

يعنى حق الملكية الخاصة انتفاع أحد الأفراد بملكه استعمالا واستغلالا وتصرفا ، كما أنها تعنى انتفاع عدد من الأفراد ، أو فئة أو جماعة بعينها كمنفعة أو جمعية^(١٠٦٥). إلا أن هذه المنفعة الخاصة قد تتعارض مع العامة وقديما كان يضحى بالمنفعة الخاصة فى سبيل تحقيق المنفعة العامة وفق ما كان سائدا بالنسبة للمفهوم التقليدى لنزع الملكية ، فإنه كان يقوم على المقابلة بين حق الملكية الخاصة وما يقتضيه من استئثار فى استعمال الحق والانتفاع به والتصرف فيه ، وبين مصلحة المجتمع التى تستوجب التدخل لتنظيم استغلال الحق ، وترجع المنفعة العامة على الخاصة نظرا لمستلزمات الحياة الاجتماعية^(١٠٦٦).

أما وفق المفهوم الحديث فإن مجلس الدولة الفرنسي قد لجأ إلى الموازنة كصيغة قانونية جديدة يدخل فيها كل المنافع محل الاعتبار - الخاصة والعامة - ويحكم لإحدهما بالإيجاب والسلب بحسب ما لها من قدر في الانتفاع أو الضرر .

وهنا يوازن القاضى الإدارى طبقا لهذا المعيار بين الأضرار التى يمكن أن تصيب الملكية الخاصة أو المنفعة الخاصة فى مقابلة المنفعة العامة والفوائد التى تترتب عليها^(١٠٦٧).

ومثال ذلك : قرار مجلس الدولة الفرنسى بخصوص القضية الشهيرة

(١٠٦٥) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٦٨) .

ويفرق (♠♣♥♦) في المسؤولية عن الأعمال التشريعية السليمة بين تلك التي تحقق منفعة عامة ، وتلك التي تحقق منفعة فئوية ، وانظر في ذلك :

[illegible][illegible]

(١٠٦٧) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣١٣) .

١٠٦٨) (انظر

المطلب الرابع

معياري العبء الاجتماعي

إذا تساوت المنافع في معيار قدر المنفعة وتكاليفها المالية وعلاقتها بحق الملكية الخاصة فإنه ينظر إلى معيار آخر وهو التكلفة الاجتماعية أو العبء الاجتماعي للمشروع والآثار الاجتماعية التي تترتب عليه وهو من منطلق حرص القضاء الإداري على تحقيق أعلى درجة من الفاعلية في رقابته على أعمال الإدارة وضمان التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد واعتبارات فعالية أعمال الإدارة ونشاطها في ظل الظروف المتغيرة دوماً (١٠٧٣).

هذا وقد برز هذا المعيار حين وازن القاضي الإداري في قضية معسكر (١٠٧٤) بين المنفعة المترتبة على إقامة المدرسة العسكرية والمضار الشديدة المتمثلة في العبء الاجتماعي من عدم استغلال الأرض للزراعة حيث يتم الاستيلاء على ١٣٧٠٠ هكتار ، ورأى المجلس أنها تؤثر على التنمية الاقتصادية والاجتماعية للإقليم ، وفي الأخير رجع المجلس منفعلة إقامة المدرسة العسكرية للدفاع القومي .
والحقيقة أن القاضي قد أجرى تقديراً مادياً للأضرار المترتبة على مشروع إقامة المدرسة متمثلة فيما يتحملها المجتمع من أعباء ، ثم أقام موازنة حقيقية توصل منها في النهاية إلى تفوق العناصر الإيجابية للمشروع ، وبين ذلك مفوض الدولة في تقريره فقال : " إن قيام الجيش بمناورات يستلزم تخصيص مناطق تتسع لمرمى النيران وتضمن الأمن ، وعليه فإن وجود معسكرات متسعة للمناورة يعكس ضرورة كبيرة" (١٠٧٥).

Institutions et droits administratifs

.3/Biens, expropriations, travaux publics .P.U.F., Paris,

1978 .

ومن الملاحظ أن هذا الحكم لم يكن له من الناحية العملية أثر يذكر إذ أنه قد صدر بعد أن تم بالفعل تنفيذ الطريق المشار إليه ،

وراجع في ذلك أيضاً (أ.د / رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣١٤) .

(١٠٧٣) انظر (د/ سامي جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٩٠) .

(١٠٧٤)

(١٠٧٥) راجع في الإشارة إلى تقرير مفوض الدولة :

الصحة العامة على غيرها مستنداً إلى أن المشروع بحالته قد أقرته بيوت الخبرة العالمية^(١٠٨٢).

ثالثاً : معيار مراعاة الملكيات الخاصة : أقام القضاء الإدارى بالاعتداد بهذا المعيار فى قرار إلغاء الإدارة ترخيصاً لمصنع طوب فألغت المحكمة هذا القرار بحجة أنه يلحق المدعى أضراراً من ورائه (لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام)^(١٠٨٣).

ويتضح من الحكم " أن المحكمة وازنت بين مصلحتين متعارضتين : مصلحة الطاعن فى بقاء الترخيص على ما هو عليه لما يحققه ذلك من قلة فى التكاليف ووفرة فى الوقت والجهد كذلك من انتظام للعمل فى المصنع ، ومصلحة الإدارة (إدارة تفتيش الرى) فى إلغاء هذا الترخيص ، ونقل الطاعن إلى منطقة أخرى للحصول على الأتربة اللازمة لإدارة المصنع ، وانتهت من هذه المقارنة أو الموازنة إلى ترجيح مصلحة الطاعن على مصلحة الإدارة معتبرة أن هذه المصلحة الأخيرة لا تبررها " علة تستند إلى الصالح العام "^(١٠٨٤) ، وبذلك رجحت المصلحة الخاصة على العامة لما كان يترتب على قرار الإدارة من مضار أشد عما كانت ستحققه من منافع

ومما تجدر الإشارة إليه أن مجلس الدولة المصرى لم يقتصر على الموازنة بين منفعة عامة وخاصة فقط ، بل تعدى إلى الموازنة بين منافع عامة متعارضة والترجيح بينها بحسب أولوية كل منها ، وفيه قضت محكمة القضاء الإدارى بإلغاء قرار الإدارة بإزالة التعدى على أملاك الدولة وقالت المحكمة : (ومن حيث أن الأصل فى نشاط الإدارة أنها تستهدف فى كل أعمالها المصلحة العامة مما يجعلها تستقل بتقدير مناسبة وملائمة إصدار القرار الإدارى إلا أن المصلحة العامة تتفاوت فى مدارجها وتباين فى أولوياتها بما يتطلب مراعاة ذلك فى تصرفاتها بحيث تعطى لكل وجه من أوجه المصلحة العامة أهمية ولا تضخى بوجه منها ؛ لتشد وجهها آخر ، مع ظهور التفاوت بينهما إذ فى هذه الحالة تختلط مناسبة عمل الإدارة بمشروعيتها ، ويلزم لكى يكون مشروعاً أن يكون مناسباً وهو ما تنبسط عليه رقابة القضاء للتحقق منه .

ومن حيث إنه فى واقع الدعوى الراهنة فإن الظاهر من أوراقها أن القرار المطعون فيه صدر بإزالة تعدى المطعون على أرض النزاع وما يترتب على ذلك من طردهم جميعاً من أرض الدولة ، وأن الغرض الذى أفصحت عنه ذات الأوراق هو تخصيص الأرض لجمعيات الإسكان

(١٠٨٢) أعتقد أن القاضى الإدارى كان مدفوعاً فى حكمه فى هذه القضية ، لو بقدر معين باعتبارات سياسية تحتم عليه ألا يقف ضد المشروعات الهامة للدولة - وبخاصة إذا كانت معونة من العم سام - انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - المرجع السابق - ص ٣٥١) .

(١٠٨٣) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٤/٣/٣م القضية رقم ١١٧ لسنة ٧ ق المجموعة - لسنة ٨ ص ٨٤٤ .

(١٠٨٤) أ. د / رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣٦٤ .

المشار إليها في قرار محافظ القاهرة رقم ١٩٨٧/١٠٦ م وتلك غاية وإن كان يظهر فيها وجه مصلحة عامة على نحو معين إلا أنه في الجانب الآخر يكون قد ضحى بوجه مصلحة عامة أجدى وهى حماية عدد كبير من المواطنين من التشريد بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم ، كل ذلك فى مجموعة لابد أن يولد حاجة عامة ومصلحة عامة أولى بالاعتبار من تلك التى استهدفها القرار الطعين (١٠٨٥) - (١٠٨٦) .

رابعا : معيار التكلفة الاجتماعية : إنه عند المقارنة بين المنافع يضع القاضى فى ميزان الترجيح مقدار ما يتحمله المجتمع من أعباء ، ووضح ذلك المعيار فى مناسبة إقامة مشروع الصرف الصحى بالقاهرة الكبرى ، حيث تبين أن تنفيذ المشروع فى الموقع الذى اختارته الإدارة يسبب أضرارا كبيرة متمثلة فيما يتحمله المجتمع من فقدان (٥١) فدان من أجود الأراضى الزراعية والتى يعتمد عليها فى إنتاج الحبوب والمواد الغذائية الضرورية لتحقيق الأمن الغذائى للبلاد ، وتوفير فرص عمل فى المجال الزراعى ، وكان الأولى أن تقضى المحكمة الإدارية بإلغاء القرار لكنها رغم اقتناعها بفداحة ما يتحمله المجتمع من مضار إلا أنها ارتأت تغليب الصحة العامة على غيرها (١٠٨٧) .

ويتضح مما سبق أن مجلس الدولة المصرى أخذ بمثل ما أخذ به نظيره الفرنسى من معايير غير أن هناك فارق وحيد هو أن العمل بها فى مصر لم يكن على درجة من الوضوح والبيان والكثرة فى التطبيق كفرنسا .

وبعد تعداد معايير نظرية الموازنة فى كل من مصر وفرنسا ، تبين لنا أن القضاء الإدارى لم يقيم بالمقابلة بين المنافع والمضار والموازنة بينهما ، وترجيح ما غلب منهما كضرب من الارتجالية والعشوية ، بل قامت موازنة القضاء وفق معايير معقولة المعنى ظاهرة المبنى ومن ثم بعد هذا البيان جاز لنا أن نتساءل : هل هناك اتفاق بين معايير النظرية فى كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، أم أن هناك اختلافاً ؟



(١٠٨٥) الطعين والمطعون معناهما واحد ، وهو المنع - مشتقة من طعن : أى منع ووخز، انظر (الشيرازى - القاموس المحيط - ٢٤٠/٢) .

(١٠٨٦) الطعن رقم ٣٩٦ لسنة ٤٣ ق ع - جلسة ١٨/٤/٢٠٠١ م ، انظر (مجلة المحاماة - العدد الثانى - ص ٨٧٤ - ٢٠٠٢ م)

(١٠٨٧) حكم محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٦/٥/١٩٩١ م (غير منشور) فى القضية ٣٣٠٤ لسنة ٣٩ ق .

المبحث الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

يتضح مما سبق من بيان لمعايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى الفقهاء الإسلامى والقانونى بشقيه الفرنسى والمصرى ، أنها قد وُضعت وُحُددت معالمها ، ليستطيع كل من المجتهد والقاضى أن يعتد بها حين يتعين عليه أعمال الموازنة بين المنافع والمضار ، حتى يصل من اعتماده عليها إلى الترجيح المرجو فى الحكم ، وتحقيق المصلحة العامة التى لا تعظم الأضرار على الأفراد فى مقابلها .

والظاهر أن هذه المعايير التى يجب أن يحملها القضاء الإدارى محمل الجد ، لم يضعها أهل الاجتهاد فى الفقه الإسلامى والقضاء فى النظم الوضعية ، إلا بناء على أصول فنية استقاها من الواقع الذى غالبا ما يتأثر بإقامة منفعة عامة تصيب الأفراد بأضرار أيا كانت درجة هذا الضرر .

ومن هنا فإن تحديد المعايير - السالف ذكرها - لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار تمثل سياج حماية للقاضى من الوقوع فى الزلل ، فهى عينه المبصرة على تحقيق المنفعة العامة التى تأبى أن يضار الأفراد فى سبيلها بأدنى درجة منه ، فإن لم تكن إزالته كلها ممكنة ، فعلى الأقل أن تكون المضرة فى أدنى درجاتها ، وهذا المعنى يعطينا دلالة على وجه الاتفاق بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، غير أنه لا يمنع من وجود وجوه للاختلاف بينهما .

نذكرها فى المطلبين التاليين :

المطلب الأول : وجه الاختلاف بين كل من القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى فى إطار معايير النظرية .

المطلب الثانى : وجه الاختلاف بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار معايير النظرية

279

وكان من وراء مجلس الدولة الفرنسى فقهاء القانون إذ إنهم انطلقوا ليقوموا على تحديد المعايير للنظرية حتى لا يكون الأمر ضرباً من الهوى والعمل على إعاقاة الإدارة فى مباشرة أعمالها ، وهو ما جعل البعض منهم يتخوف من إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

هذا على النقيض تماماً فى مصر فما زالت النظرية بين الأخذ والرد ، مع ما يملكه مجلس الدولة المصرى من إمكانيات فنية ، وما لديه من قواعد قانونية وخصوصاً مبادئ الشريعة الإسلامية ، فما زالت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى طور التكوين ووضوح المعالم ، ومما يُحمد له أن كل يوم يفاجئنا مجلس الدولة المصرى بجديد عن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مما يدفعنا للجزم بأنه يخطو خطوات بطيئة ، إلا أنها تسير فى الطريق بُغية الوصول إلى حد الكمال فى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وإن لم يصل إليه فهو على الأقل قريب منه ، فإذا كانت النظرية لديه قد ظهرت فى شكلها الهلامى فإنها تتشكل يوماً بعد يوم فى حكم بعد حكم ، وإن لم تكن معايير النظرية غير واضحة فهذا لقللة الأحكام فيها ، وكذلك لقللة وقوف أهل الفقه القانونى عليها .

المطلب الثاني

وجه الاختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار معايير النظرية

من الثابت أن معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد وضعت بناء على أصول فنية فى كلا النظامين الإسلامى والوضعى ، غير أن بين الفقهاء وجه اختلاف فى الأصل الذى على إثره وضعت تلك المعايير ، ومن هنا كان الاختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية ظاهر فى أمرين .

(١) أن محل اجتهاد أهل الفقه الإسلامى فى تحديد معايير النظرية كان فيما يوحى به النص من دلالة وما يرنوا به من مناط ، فهو اجتهاد فى مدار النص ، وهذا على خلاف ما كان من فقهاء النظم الوضعية فتحديد المعايير إنما هو محض اجتهاد حين استقرؤوا الواقع واستشعروا مسؤولياتهم تجاه الأفراد - من حماية للحقوق والحريات - فوضعوها ليستطيعوا تطبيق نظرية الموازنة وليضعوا الإدارة أمام منهج لا يجوز لها الابتعاد عنه وإلا وُسِمت الإدارة بخروجها عن المشروعية ، وصحيح أنهم ينتمون إلى فلسفة غير إسلامية إلا أنهم وصلوا باجتهاد منهم إلى ما يريده النظام الإسلامى من مراعاة للمصالح ودرء للمفاسد ، وبعد هذا بالنسبة لفقهاء القانون وبخاصة فى فرنسا محمودة لا مذمة ؛ ذلك لأنهم أكدوا صدق المنهج الإسلامى فى تحرير العقول من عقال الديكتاتورية ، فحين ينفك العقل البشرى من قيود الأهواء والشهوات والقهر ، وينظر إلى واقع الحياة نظرة من يريد الإصلاح حينئذ من السهل عليه أن ينسجم مع المنهج الإسلامى فى ضوء قوله تعالى ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾ (١٠٩٤).

(٢) بالنظر إلى معايير النظرية فى الفقهاء الإسلامى والقانونى نجد أن معاييرها فى الفقه الإسلامى أشمل وأكمل منه فى الفقه القانونى ، وعلة ذلك أن النظرية عندهم ما زالت فى دور التطور ولم تصل إلى الشمول فى التطبيق بعد ، وإنما هى خطوات جريئة من القضاء الإدارى للحد من سلطة الإدارة التقديرية ؛ فوضع من المعايير ما لا يختلف عليه أحد من الإدارة أو غيرها (١٠٩٥)؛ فربط القضاء المعايير بالجانب المادى الملموس الذى يتناسب مع طبيعة المرحلة ، ومن ثم كان أهم معيارين للموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية هما : معيار التكلفة

(١٠٩٤) الأعراف : ٥٦ .

(١٠٩٥) هذا لا يمنع من وجود عدم اتفاق بين الفقهاء حول هذه النظرية وسيوضح هذا الأمر بالتفصيل فى الباب الثالث -) مبحث مستقبل النظرية (.

المادية و العبء الاجتماعى .

وأخيراً : بعد بيان المنهج التأصيلي لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار من بيان لأساسها القانونى ومبرراتها ومعاييرها ننتقل إلى محل تطبيقها وضوابطه ومدى تقدير العلماء لها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الباب الثالث

ضوابط ومجالات تطبيق

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ومستقبلها

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

ويشتمل هذا الباب على الفصول الآتية :

الفصل الأول : ضوابط وطرق ومقومات تطبيق النظرية فى النظام

الإسلامى والنظم الوضعية .

الفصل الثانى : مجالات تطبيق النظرية فى النظام الإسلامى والنظم

الوضعية .

الفصل الثالث : مميزات ومستقبل النظرية فى النظام الإسلامى والنظم

الوضعية.

تمهيد :

حينما قام القضاء الإدارى الفرنسى بخروجه الجرى على الرقابة التقليدية لأعمال سلطة الإدارة التقديرية فى قضية المدينة الشرقية (ليل) ، وأرسى مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار على محل القرار الإدارى بنزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد فتح الباب أمام الفقه القانونى المؤيد للنظرية لبحث عن أساس قانونى يقوّى شوكتها ، ويمنح نظرية الموازنة سنداً من المشروعية ، وساعده على ذلك أن قواعد القانون الإدارى ليست بالقاعدة الجامدة كنظيرتها فى القوانين العادية ، بل هو قانون يتصف بالمرونة ، وله باع طويل فى صياغة قاعدة قانونية تؤيد أحكام قضائه ، يستمد مادتها بداية من المبادئ العامة للقانون والدستور ، ومنتهايا بأحكام القضاء فيه . وقد وجد الفقهاء فى بعض القواعد الدستورية والقوانين العادية والمبادئ العامة للقانون ما يؤيد مبدأ الموازنة بصورة مباشرة وغير مباشرة ، ولقد كان لحكم مجلس الدولة السالف ذكره عظيم الأثر فى أن يستخرج فقهاء القانون معايير لتطبيق النظرية ، ومن قبل الوقوف الواعى أمام مبررات الأخذ بها كمبدأ رقابى جديد .

ومن ثم فإن فقهاء القانون قد بذلوا جهداً كبيراً فى العمل على إيجاد سند قانونى للنظرية ومحاولة الوقوف على مبرراتها ووضع معايير لها .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فهم أحسن حالا من نظرائهم فى النظم الوضعية ، ذلك لأنهم ملكوا النص المؤيد لفقه الموازنة فى القرآن والسنة ، وقد وجدوا من الوقائع الكثير التى نزل بها الحكم ، وما كان عليهم إلا أن يقوموا بالتقعيد لفقه الموازنات ليكون ميزاناً يحقق به القاضى الترجيح بين المنفعة والمضرة دونما عناء .

غير أن وضع أساس للنظرية والوقوف أمام أسبابها ووضع معايير لإعمالها يعد منهجاً نظرياً فى ذاته ، يلزم له وجود واقع تطبقى يؤكده ؛ لذا كان لزاماً أن نحدد مظاهر تطبيق النظرية فى مجالات محددة ارتضاها الفقه القانونى بعدما وقف أمام أحكام القضاء فيها ، وكان ظهور هذه الأحكام فى مجالات أربع أولها نزع الملكية للمنفعة العامة ، وآخرها تقييد الحريات لأجل الصحة العامة ، ولعلها علامات هادية لمن أراد أن يسلك الطريق .

وحتى لا تدل القدم أو تنحرف بنا السبل كان من الواجب أن نحدد ضوابط للتطبيق فلا تصير الموازنة بين المنافع والمضار ضرباً من العبث أو باباً يكاد منه للإدارة ، وإنما ميزان تُوزن عليه المنافع والمضار ، والقاضى مع أيهما رجحَ وغلب ، ومن ثم يدور البحث حول هذه المجالات فى الفصول التالية :

الفصل الأول : ضوابط تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار وطرقه ومقوماته فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الفصل الثانى : مجالات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية.

الفصل الثالث : مستقبل الموازنة بين المنافع والمضار ومدى تقدير الفقهاء لها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الفصل الأول

**ضوابط تطبيق الموازنة
بين المنافع والمضار وطرقه ومقوماته
فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية**

تكميل :

قد يتبادر إلى الذهن أن الموازنة بين المنافع والمضار منهج وفقه معروف ، وقد يعدّها البعض أمرًا بدهيًا في حقيقته ، وقد يظن ظانٌّ أن هذا النوع الرقابى الجديد على طرفى التام والكمال ، والحقيقة أن هذا التطور الرقابى يكون أمرًا بعيد المنال ، فإذا ما جاء القاضى الإدارى لتطبيقها مع انعدام ضوابطها قد يراه أمرًا بعيدًا يتفلسف من بين يديه بل قد يتسرب في ثنايا التعارض بين المنافع والمضار ولاسيما إذا فقد القضاء آلة الاجتهاد التى تتمثل فى مجموع ضخم من المعارف والعلوم التى يجب أن يمتلكها عند التطبيق^(١٠٩٦).

ومن ثم كانت الضوابط التى تدفع الزلل والطريق الموصل الذى يمنع الانحراف والمقوم الذى يصد الهوى والتشهى ويُبقي للعقل الوزن الذى ملك آلة الاجتهاد استقامته .

ولبيان ضوابط التطبيق وطرقه ومقوماته يدور حديثنا فى إطار المباحث التالية :

المبحث الأول : ضوابط تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المبحث الثانى : طرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المبحث الثالث : مقومات تطبيق الموازنة المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

(١٠٩٦) انظر (دكتور / طه جابر العلوانى - مقاصد الشريعة- دار الهادى للطباعة والنشر - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/٢٠٠١م - ص ٦٣) .

المبحث الأول

ضوابط تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

الضوابط جمع ضابط

هو لغة : من ضبطه ضبطاً من باب ضرب ، حفظه حفظاً بليغاً .

ومنه قيل " ضَبُّ البلاد وغيرها " إذا قمت بأمرها قياماً ليس فيه نقص وضبط ضبطاً من باب تعب : عمل بكلتا يديه فهو أضبط ، ويطلق على الضبط أيضاً : الحزم (١٠٩٧) .

ويعرف الضابط اصطلاحاً بأنه : هو ما يقصد به نظم صور متشابهة أو هو : ما عم صورا أو ما كان القصد منه ضبط صور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر فى مآخذها (١٠٩٨) ، وقيل هو (حكم كلى ينطبق على جزئياته أو هو : القاعدة الكلية النازمة للقضايا المتشابهة والمتداخلة) (١٠٩٩) ، وقيل هو : ما يضبط وينظم من المبادئ أو القواعد (١١٠٠) .

واختلف العلماء فى الضابط هل يجمع فروعا من باب واحد أو من أبواب مختلفة ؟ والراجح أنه يجمع فروعا من أبواب مختلفة غير أنه يجب فيه الجمع والانعكاس (أعنى كونها بحيث يدخل فيه جميع أفراد المضبوط ، وأما المنع والاطراد أعنى الكون بحيث لا يدخل فيها شيء من اعتبار المضبوط فليس بواجب فيها) (١١٠١) .

ومن المعلوم أن معظم المنافع والمضار معروف بالعقل وخصوصاً فى المسائل الدنيوية ، وأن تقديم أعظم المنافع وذرةً أضرّها محمودٌ حسنٌ ، وكذلك تقديم الراجحة على المرجوحة ، واتفق الحكماء على ذلك ، لكن العقل البشرى قد تتجاذبه الأهواء ، ويقهره تجبر الأمراء ، وهنا كان لابد له من عاصم وسياس حماية حتى لا يقع فى هوة الجور ، وتمثل هذا السياج فى ضوابط معلومة حين يقوم المجتهد والقاضى بتطبيق الموازنة ، تتضح معالم هذه الضوابط فى المطالب التالية :

المطلب الأول : ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين المنافع والمضار فى إطار ضوابط النظرية .

(١٠٩٧) د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ٤٠٣/٢ ، وأيضاً (الجرجاني - التعريفات - ص ١٧٨) .

(١٠٩٨) د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ٤٠٤/٢ .

(١٠٩٩) دكتور / قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٢٦٣ .

(١١٠٠) المعجم العربى الأساسى للناطقين بالعربية ومتعلميها - ص ٧٦٢ .

(١١٠١) أبو البقاء الكفوى - الكليات - هامش ص ٧٢٨ .

المطلب الأول

ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

الموازنة بين المنافع والمضار كما سبق أن رأينا تكون مطلوبة حين يكون التصادم بين منفعتين أو مضرتين ، أو منفعة ومضرة في الواقع العملي على نحو يعجز المجتهد أحيانا عن الجمع بينهما ، فيضطر إلى اختيار أحدهما وإعطائه الأولوية التنفيذية .

وهذا الترجيح لحكم على آخر أو لمنفعة على أخرى في عالم الامتثال لا يكون عشوائيا بل يجب أن يكون وفق ضوابط ، ووضع فقهاء الشريعة الإسلامية ضوابط لهذا الغرض عليها اتفاق عند الجمهور ، وهذه الضوابط هي بمثابة قوانين يستتير بها القاضى والمجتهد في ترجيح حكم على آخر ؛ ليخرج من زحمة المنافع المتقابلة والمضار المتعارضة التي وقع فيها ، وإذا استحضرنا هذه الضوابط أدركنا أهميتها في الحياة العملية فهي تثير الطريق وتساعد على الترجيح السليم والاختيار الصائب^(١١٠٢) ذلك لأن الضوابط والموازنة بين المنافع والمضار متلازمان مترابطان لا يجوز عقلا ولا شرعا الفصل بينهما أو إهدار واحد منهما وهي كما يلي :

الضابط الأول: عدم المعارضة للنص القطعي :

أعنى به معارضة ما رجحه المجتهد للنص سواء أكان قرآنا أو سنة وخصوصا إذا كان قطعي الدلالة ، وهذا الضابط هو أشد الضوابط لزوما وأعظمها خطرا في الفقه الإسلامي فما صادم كتابا أو سنة لا يكون حكما شرعيا أبدا^(١١٠٣) وحسبنا في ذلك قول رسول الله ﷺ « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد »^(١١٠٤) .

ومعنى ذلك أن قيام منفعة أو درء مضرة فيها مخالفة للنص - قرآنا وسنة - لا يجوز العمل بها سواء كانت تلك المخالفة كلية وهي ما يطلق عليها المعارضة بحيث لا يمكن الجمع بينها أو كانت مخالفة دون ذلك بحيث يمكن الجمع بينها^(١١٠٥) ، وهذا يدعونا إلى التفريق بين ما كان قطعي الدلالة وما كان ظني الدلالة فالمنفعة التي يعول عليها المجتهد لا ينبغي أن تعارض نصا قطعيا ؛ لأن هذا التعارض سيؤول حتما إلى تقرير التعارض بين القواطع الشرعية : أى بين النص القطعي ودليل المنفعة وشاهدها البعيد ، وهذا محال ومردود ، لأنه موقع في اتهام الشارع بالتناقض والنقص والتقصير .

(١١٠٢) انظر (د/ محمد الوكيلى - فقه الأولويات - دراسة في الضوابط- سلسلة الرسائل الجامعية (٢٢) - المعهد العالى للفكر الإسلامى - الطبعة الأولى - ١٤١٦هـ / ١٩٩٧م - ص ١٩٧) .

(١١٠٣) انظر (دكتور / محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - نظرية الاستحسان فى التشريع الإسلامى وصلتها بالمصلحة المرسله - دار دمشق للطباعة والنشر - سوريا - الطبعة الأولى ١٩٨٧م - ص ٦٦ .

(١١٠٤) رواه : البخاري - باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود - رقم ٢٦٩٧ ، انظر (ابن حجر- فتح البارى- ١٦٨/٧) .

(١١٠٥) انظر (د/ محيى الدين محمد قاسم - السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث- سلسلة الرسائل الجامعية (٢٧) - المعهد العالمى للفكر الإسلامى - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ص ١٣٧) .

أما ما يتعلق بالنص الظني وهو الذى يدل على أكثر من معنى وحكم تحمله اللغة العربية - مثل : نص القرء والملازمة - فيكون الاجتهاد قائما على حصر كل تلك المعانى والأحكام وتحديد أقربها إلى المراد الإلهي وأنسبها إلى المنفعة المشروعة ، فقد يكون أحد تلك المعانى متماشيا مع المصلحة فيقع اعتماده بناء على المنفعة ، ولا عبرة هنا بمعارضة المنفعة لغير ذلك المعنى المعتمد على وفق المصلحة ، إذ لا يعد ذلك معارضة للنص فى هذا الميدان وإنما هو من قبيل العمل بأحد دلالات النص لاستحالة الجمع^(١١٠٦) فشتان بين موازنة للمنافع ضمن دلالات الألفاظ والخروج عليها .

والخلاصة : أن العمل بمقتضى دلالة النص الظني واجب اتفاقا ما لم تقم قرينة من الشرع أو العقل ، أو اللغة أو العرف العام تخرجه عن ظاهره ؛ فيؤوّل حينئذ حسبما تقتضيه تلك القرينة ، ولما كان تخيل المنفعة والمضرة المعارضة لدلالة الظاهر ليس قرينة من هذه القرائن الأربع ، كان الأخذ بها مناقضة للظاهر لا تأويلا له وهو غير جائز ، والجواز صحة تأويل الظاهر بما ينسجم مع مقتضى القياس .

وقد شذ قوم حين أرادوا تقديم المنفعة على النص بحجة البحث عن روح التشريع والنصوص وأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بما يخالف الكتاب وأوردوا نقولا عن نجم الدين الطوفى قال فيها [ولم يقف الصحابة عند هذا الحد فى رعاية المصلحة حيث لا نص ولا إجماع ولا قياس فقد أوقع عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا مخالفا بذلك ما جرى عليه العمل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد أبى بكر رضي الله عنه بل فى صدر من عهده هو أيضا ؛ لأنه رأى أن هذه هى الوسيلة لمنع المسلمين من الحلف بالطلاق الثلاث أى للمصلحة وحدها ، وأجاز قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا فى قتله ؛ لأنه رأى فى عدم قتلهم به إهدار لدم معصوم وتشجيعا على القتل الحرام بالاشتراك فيه ، ولم يقطع يد سارق أو سارقة فى عام المجاعة ؛ لأنه رأى أن هذه السرقة كانت لحفظ الحياة وحفظ الحياة مقدم على حفظ المال هذا مع أن آية القصاص صريحة فى أن النفس بالنفس وآية حد السرقة صريحة فى الأمر بقطع يد السارق والسرقة دون قيد^(١١٠٧) .

وأيضا ما قاله الأستاذ على حسب الله : (إذا استعرضنا ما قدمناه من الفروع الماثورة فى رعاية المصلحة وجدنا منها ما اعتبرت فيه المصلحة مع معارضتها للكتاب أو السنة أو القياس .

فمن النوع الأول : إسقاط عمر سهم المؤلفة قلوبهم محافظة على مال الدولة حينما

(١١٠٦) راجع (د/ نور الدين بن مختار الخادمي - الاجتهاد المقاصدى - حجته - ضوابطه - مجالاته - كتاب الأمة - عدد ٦٦ - إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - قطر ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م - ٣٤/٢ : ٣٨) .

وراجع فى ذلك أيضا (دكتور / محمد سعيد رمضان البوطى - ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية - ص ١٢٠ : ١٢٦)

(١١٠٧) د/ مصطفى زيد - المصلحة فى التشريع الإسلامى - دار الفكر العربى - ص ٣١ ، وانظر فى ذلك أيضا (د/ حسين حامد حسان - نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى - ص ٥٢٩ وما بعدها) وانظر أيضا (الشيخ / عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه - ص ١٠٥ وما بعدها) .

وجد أن إعطاءهم لا يأتي بالعرض المقصود منه ، وقد يؤدي إلى نقيضه ، وذلك معارض لقوله تعالى في آية الصدقات : ﴿ وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ﴾^(١١٠٨) ومنه إسقاط حد السرقة عام المجاعة ، محافظة على الأنفس وذلك معارض لقوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(١١٠٩) ومنه قتل الجماعة بالواحد وذلك معارض لقوله تعالى ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ ﴾^{(١١١٠) - (١١١١)} .

وهذه النقول جعلتهم يتجرءون على النص ويقولون (حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله) وهذه مقولة لا تؤخذ على إطلاقها وإنما تقبل فيما لا يحكم فيه نص صحيح صريح^(١١١٢) ، والمشير للانتباه أنهم يقولون بلا تحقيق أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو أول من عطل النصوص في مقابلة المنفعة ولاسيما المنفعة العامة فإنه رضى الله عنه رفض أن تُقسم الأرض المفتوحة على المجاهدين برغم أن ظواهر النصوص وسوابق السنة كانت ضده^(١١١٣) وعليه قالوا بإباحة الربا من باب أن مصلحة الأمة اليوم فيه ، والتسوية بين البنت والابن بدعوى المصلحة ، وترك الجهاد مراعاة لمصلحة الأمة .

وهذا كلام مرفوض جملة وتفصيلا، وحتى لا تأخذنا الحماسة في الرد عليهم دون بينة نقول :

إن الرد على أمثال هؤلاء يحتاج إلى وضع مرجعية لا يختلف عليها اثنان من المسلمين ألا وهي رد كل النزاع إلى الله تعالى في قرآنه وإلى النبي صلى الله عليه وسلم في سنته قال تعالى ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾^(١١١٤) وعمدة ردنا عليهم جملة : هو ما قاله صاحب المستصفي : (المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام : قسم شهد الشرع لا اعتبارها ، وقسم شهد لبطلانها ، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لا اعتبارها)^(١١١٥) .

القسم الأول :

أما ما شهد الشرع لا اعتبارها فهو حجة ، ويرجع حاصلها إلى القياس وهو اقتباس الحكم من معقول ، والإجماع ، فإنه نظر في كيفية استثمار الأحكام من الأصول المثمرة ، ومثاله حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرم قياسا على الخمر ، لأنها حُرمت لحفظ العقل

(١١٠٨) سورة التوبة : آية ٦٠ .

(١١٠٩) سورة المائدة : آية ٣٨ .

(١١١٠) سورة البقرة : آية ١٧٨ .

(١١١١) الأستاذ / على حسب الله - أصول التشريع الإسلامي - دار المعارف - ص ١٥٦ .

(١١١٢) انظر (دكتور / يوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط - دار التوزيع والنشر الإسلامية - مصر

- ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م - ص ٦٨) .

(١١١٣) انظر (الشيخ / محمد الغزالي - الإسلام المفترى عليه - نهضة مصر - للطباعة والنشر - الطبعة الثانية - ١٩٩٩م -

ص ٩٣) .

(١١١٤) سورة النساء : آية ٥٩ .

(١١١٥) انظر (الشيخ / أبو حامد الغزالي - المستصفي من علم الأصول - ١/٤١٤) .

الذى هو مناط التكليف فتحریم الشرع الخمر دليل على ملاحظة هذه المصلحة .
القسم الثانى :

ما شهد الشرع لبطلانها ومثالها قول بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع فى نهار رمضان : إن عليك صوم شهرين متتابعين فلما أنكر عليه حيث لم يأمره باعتاق رقبة مع اتساع ماله قال : لو أمرته بذلك لسهل عليه ، واستحققر اعتاق رقبة فى جنب قضاء شهوته فكانت المصلحة إيجاب الصوم لينزجر به .

فهذا قول باطل ومخالف لنص الكتاب الذى رتب العقوبات فى عبارة (فمن لم يجد) بالمصلحة وفتح هذا الباب يؤدى إلى تغيير جميع حدود الشرائع ونصوصها بسبب تغير الأحوال ؛ ثم إذا عرف ذلك من صنيع العلماء لم تحصل الثقة للملوك بفتواهم ، وظنوا أن كل ما يفتون به فهو تحريف من جهتهم بالرأى .
القسم الثالث :

ما لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين ، وهذا فى محل (ومعلوم أن صلاح الخلق فى تحصيل ما يجلب لهم نفعاً أو يدفع عنهم ضرراً ، لكنه يجب أن يحافظ فيه على مقصود الشرع ، ومثال ذلك : رسم السياسات العامة لتحقيق مصالح الناس ودفع الضرر عنهم سواء كان ذلك معهوداً فى زمن النبى ﷺ أو عرف بعده من المحدثات فى شؤون الحياة المختلفة وليس هذا موضع بحث علماء الأصول فهذا لا إشكال فيه إنما البحث والإشكال فيما عارض من المنافع نصاً أو قاعدة شرعية ولو من بعض الوجوه^(١١١٧) .
أما الرد تفصيلاً فنقول :

إنهم أرادوا أن تستقل العقول بإدراك المنافع والمضار ، وهذا هو أساس نظرية الطوفى فى المصلحة ، والتى انفرد بها دون سائر العلماء فقال : (إن الله ﷻ جعل لنا طريقاً إلى معرفة مصالحنا عادة فلا نتركه لأمر مبهم "يقصد النصوص الشرعية" يحتمل أن يكون طريقاً إلى المصلحة وألا يكون)^(١١١٨) ويقول الطوفى أيضاً : (ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ من أدلته ... لأن هذا إنما يقال فى العبادات التى تمضى مصالحها عن مجارى العقول والعبادات ... أما مصلحة سياسة المكلفين فى حقوقهم فهى معلومة لهم بحكم العادة والعقل فإذا رأينا دليل الشرع متقاعداً عن إفادتها علمنا أننا أحلنا فى تحصيلها على رعايتها)^(١١١٩) ، وزاد الطوفى الأمر شدة بعد ما بين فى شرحه لحديث « لا ضرر ولا ضرار » ، أنه يقتضى رعاية المصالح إثباتاً والمفاسد نفياً ، وجعل أدلة الشرع فى حسابه تسعة عشر دليلاً فقال ما نصه (

(١١١٦) انظر (الغزالي - المستصفى - تحقيق - الدكتور / محمد سليمان الأشقر - ٤١٤/١ : ٤١٦) .

(١١١٧) انظر (الغزالي - المستصفى - ٤١٦/١ : ٤١٧) .

(١١١٨) (دكتور / حسين حامد حسان - المصلحة فى الفقه الإسلامى - ص ٥٣٠ .

(١١١٩) (دكتور / مصطفى زيد - المصلحة فى التشريع الإسلامى - ص ٢٣٣ ، راجع شرح الحديث (الشيخ/ عبد الوهاب خلاف - مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه - ص ١٠٥ : ١١٠) .

وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع . ثم هما إما يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفها ، فإن وافقها فيها ونعمت ولا نزاع وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما (١١٢٠) .
والرد على هذه الأقوال يتلخص فى النقاط التالية :

١ أما قوله باستقلال العقول بإدراك المصالح والمفاسد فهو قول خالف به أئمة الفقه فإن أحدا منهم لم يؤسس نظريته فى المصلحة على افتراض أن العقل يستقل بإدراك المصالح والمفاسد دون اهتداء بالنص الشرعى الذى يشهد لنوع المصلحة أو جنسها بالاعتبار (١١٢١) .

٢ أما قوله بأن المصلحة دليل شرعى مستقل عن النصوص ، فقول شذ به صاحبه عن فقهاء الأمة عموما ، أضف إلى هذا أن الطوفى نجم الدين عاش بين سنتى ٦٥٧ - ٧١٦ هـ وهذه الفترة الزمانية كانت فيها ضغوط شديدة متعلقة بانتهاء العالم الإسلامى ، فمن الثابت عندهم أن المصلحة تعتمد فى دلالتها على النصوص الشرعية وأن المصلحة لا يؤخذ بها إلا إذا كانت ملائمة لتصرفات الشارع ، وفسروا هذه الملازمة بالدخول تحت جنس شهدت له النصوص فى الجملة فهى مصلحة تستمد حجيتها من النص لا التى تتعارض معه (١١٢٢) .

٣ وقوله بأن مجال عمل المصلحة هو المعاملات والعادات دون العبادات ، فإنها تؤخذ كدليل شرعى فيهما أما العبادات فلا تصلح المصلحة دليلا فيها وأساس ذلك عند الطوفى (أن الشارع قصد العبادات لحق نفسه ، وقصد المعاملات لنفع العباد ، ومن ثم فهو أدرى بحقه فى العبادات لأن هذا الحق لا يعرف كما وكيف وزمانا ومكانا ، وذلك بإتباع النصوص التى ضمنها الشارع قصده وإرادته ، وأما فى المعاملات فالعباد أدرى بمصالحهم ومن ثم كان لهم تحصيل هذه المصالح ، وإن خالفت نصوص الشارع) (١١٢٣) .

وهذا قول مردود أيضًا : لأن الأساس الذى بنى عليه هذا القول محال وبخاصة وأنه بنفسه مهد لبيان كونه محالا دون أن يشعر (إذ إنه ساق البراهين على أن كتاب الله تعالى جاء متضمنا لمصالح الخلق واستخرجها واحدة بعد أخرى من قوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ (١١٢٤) وبدهى أن كتاب الله تعالى إنما يكون متضمنا للرحمة بالعباد ، والرعاية لمصالحهم إذا كانت نصوصه متفقة مع هذه المصالح ، وإذن فمن المحال أن تجد آية فيه تدعو إلى ما يخالف المصلحة الحقيقية (١١٢٥) .

ومن ثم فإن ما فرضه الطوفى ومن حاز حزوه من إمكان مخالفة المصالح للنص فرضًا

(١١٢٠) دكتور/ مصطفى زيد - المصلحة فى التشريع الإسلامى - ص ١٧ .

(١١٢١) انظر (دكتور / حسين حامد حسان - المصلحة فى الفقه الإسلامى - ص ٥٣١) .

(١١٢٢) انظر دكتور / حسين حامد حسان - المرجع السابق - ص ٥٣٣ .

(١١٢٣) دكتور/ مصطفى زيد - المصلحة فى التشريع الإسلامى - ص ٢٠٨ .

(١١٢٤) سورة يونس : آية ٥٧ .

(١١٢٥) البوطى - ضوابط المصلحة - ص ١٨٣ : ١٨٤ .

محال ، وما سبق من القول دليل واضح على عكس دعواه (١١٢٦) .

والواقع أن المصلحة المصادمة للنصوص لا تكون عند التأمل العميق والتحليل الدقيق مصلحة حقيقية ؛ بل هي مصلحة موهومة زينها لصاحبها القصور أو الغفلة أو الهوى أو التقليد للآخرين (١١٢٧) قال تعالى ﴿ اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ ﴾ (١١٢٨) ، وقال تعالى ﴿ قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ وَإِنْ تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ ﴾ (١١٢٩) .

٤ أما قولهم بأن عمر بن الخطاب ؓ ألغى بعض النصوص أو أوقف العمل بها على نحو ما لأنه رأى المصلحة في ذلك ، وهو قول مرفوض وكاذب فلا يوجد نص إلهي كما ذكرت سلفا ضد المصلحة كما أنه لا يوجد بشر يملك إلغاء النص ، ولننظر ما نسب إلى عمر بن الخطاب ؓ في هذا الشأن أنه منع سهم الزكاة أن يصرف للمؤلفة قلوبهم بحجة أن الإسلام استغنى عن تألفهم (١١٣٠) . وفهم صنيع عمر على أنه تعطيل للنص في هذه المسألة خطأ شنيع فهو ؓ لم يعطل النص وإنما حرّم قوماً من الزكاة لأن النص لا يتناولهم (١١٣١) .

وأيضاً من الحجج التي استند إليها من يريدون تعطيل النصوص : موقف عمر ابن الخطاب من تقسيم الأرض المفتوحة على الفاتحين المنتصرين من الصحابة الذين طالبوه بتقسيمها عليهم ، باعتبارها غنيمة غنموها بسيوفهم كما قسم النبي ﷺ أرض خيبر ؛ فطالبوه بتقسيم أرض السواد (أرض فارس والعراق) ولكن عمر الخطاب أبى عليهم ذلك ولم يستجب لمطالبتهم إياه بالتقسيم لها . فقال المعطلون الجدد إن عمر قدم المصلحة على النص برغم ظهورها وبرغم سوابق السنة التي تتعارض معه .

وهؤلاء القوم لم ينقلوا إلينا ما احتج به عمر حينما منع تقسيم الأرض على الفاتحين

(١١٢٦) انظر (البوطي - المرجع السابق - ص ١٨٤) .

(١١٢٧) انظر (د/ يوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراد - ص ٧٠) وانظر (البوطي - ضوابط المصلحة - ص ١٨٤) .

(١١٢٨) سورة الأعراف : آية ٣ .

(١١٢٩) سورة النور : آية ٥٤ .

(١١٣٠) يقول الأستاذ الدكتور / محمد البلتاجي أستاذ الشريعة بكلية دار العلوم - جامعة القاهرة : " وحوالي عشرين عاما قبل كتابة هذا البحث - أى بحثه - منهج عمر بن الخطاب في التشريع ، عاد إلينا هذا الفكر الخاطئ من جديد على لسان الدكتور / نصر أبوزيد ؛ حين شبه فكره بفكر عمر بن الخطاب ؓ ، واستشهد بمسألة المؤلفة قلوبهم في مقال له بجريدة العربي بتاريخ ١٩٩٥/٦/٢٦ م ، وقد تم الرد عليه ، من قبل علماء فضلاء منهم الأستاذ البلتاجي (راجع في ذلك (أ.د. / محمد البلتاجي - منهج عمر بن الخطاب في التشريع - دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته- دار السلام - ط الثانية ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م - ص ١٦١ : ١٧١ .

(١١٣١) انظر (الشيخ / محمد الغزالي - دستور الوحدة الثقافية بين المسلمين- دار الشروق - الطبعة الأولى - ١٤١٨هـ/١٩٩٧م - ص ٣٤) .

وجعلها وقفا على الأجيال القادمة يتوارثونه جيلا بعد جيل^(١١٣٢). وهذا باعتبار أن الإسلام لا يرضى أن تتكون من أبنائه طبقة مترفة تعيش قاعدة على ما غنمت من ثمار الفتوح ، كما أن الإسلام لا يرضى أن يتحول الآخرون إلى أن يعيشوا لغيرهم عيشة لا مستقبل لها ولا رجاء فيها ، وإن أمير المؤمنين عمر وجد في فهم الدين على هذا الوجه ما يهدد مستقبله ومستقبل حماته وما يؤدي إلى إيقاع المظالم بالأمم المهزومة^(١١٣٣) وعندما استغل بعض المعاصرين المتغربين^(١١٣٤) الذين لا يوقرون النصوص الشرعية ولا يقدرونها حق قدرها - هذا الاجتهاد العمري ليصلوا من ورائه إلى تعطيل النصوص وتقديم المصلحة عليها وقالوا بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو الذي سن للمسلمين ذلك وأسسوا حجتهم في هذه القضية على دليلين :

الأول : قوله تعالى ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾^(١١٣٥) ، وقالوا بأن وجه دلالة الآية توجب قسمة كل غنائم الحرب بين المحاربين سواء كانت عقارا أو منقولا ولكن عمر ترك هذه الآية عمدا ولم يعمل بمقتضاها ولم يقسم الأرض على المجاهدين.

الثاني : ورد في السنة الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم خيبر حين فتحها بين المسلمين بل وأشرك معهم بعض من هاجروا إلى الحبشة ولكن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ترك هذا النص لاعتبارات مصلحة رآها .

وتفنيد حجج هؤلاء كائن فيما أورده صاحب كتاب الخراج قال (إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استشار الناس في أرض السواد حين افتتح فأرى عامتهم أن يقسمه وكان بلال بن رباح رضي الله عنه من أشدهم في ذلك وكان رأى عمر رضي الله عنه أن يتركه ولا يقسمه فقال : اللهم اكفني بلالا وأصحابه ومكثوا في ذلك يومين أو ثلاثة أو دون ذلك .

ثم قال عمر : إني وجدت حجة ، قال الله تعالى في كتابه ﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾^(١١٣٦) حتى فرغ من شأن بني النضير فهذه عامة في القرى كلها ، ثم قال الله تعالى ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ

(١١٣٢) انظر (دكتور / يوسف القرضاوى - السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - مكتبة وهبة - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م - ص ١٨٨ : ١٨٩) .

(١١٣٣) لقد وضع الشيخ محمد الغزالي هذا القول تحت عنوان (حرفة النصوص والمصلحة العامة) واكتفى رحمه الله بقوله : " وعمر يعتمد في هذا الحكم على مبدأ تقييد الملكية ، دون أن يأتي بما احتج به عمر من قرآن ، ومع تقديرنا لشيخنا رحمه الله فقد كان من الأولى الإتيان بدليل من القرآن يعضد قوله ولا سيما وأنا نعيش في زمان كثر فيه من يصطادون في الماء العكر ومن يستغلون مثل هذه الأقوال ليعضدوا بها قولهم المسموم - راجع في ذلك (الشيخ / محمد الغزالي - الإسلام المفترى عليه - ص ٩٣) .

(١١٣٤) المتغربين : هم الذين فتنوا بثقافة الغرب جملة وتفصيلا .

(١١٣٥) سورة الأنفال : آية ٤١ .

(١١٣٦) سورة الحشر : آية ٦ .

وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿١١٣٧﴾ ثم قال الله تعالى ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ﴾ (١١٣٨) ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال ﴿وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (١١٣٩) ؛ ثم قال عمر : هذا بلغنا والله أعلم للأَنْصار خاصة ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ﴾ (١١٤٠) وقال عمر فكانت هذه عامة لمن جاء من بعدهم ، فقد صار هذا الفياء بين هؤلاء جميعا فكيف نقسمه لهؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغير قسم فأجمع على تركه وجمع خواجه (١١٤١) قال أبو يوسف " والذي رأى عمر ؓ من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله تعالى ما كان كتابه من بيان ذلك توفيقا من الله تعالى كان له فيما صنع وفيه كانت الخيرة لجميع المسلمين وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم) (١١٤٢) .

ومن ثم كان ما ذكره عمر ؓ من أدلة قرآنية أقوى رد على من أرادوا تعطيل النصوص فإنه ؓ لم يخرج على النص وإنما طبق نصا آخر ، فإذا كانت قسمة الأرض المفتوحة سنة فإن عدم قسمتها أيضا سنة بناء على دليل فيها له دلالة ظنية سواء كان الدليل القرآني الذي اعتمد عليه المعطلون للنصوص أو كان سنة ، فإن أمير المؤمنين لم يخالف نصا قطعيا في السنة إذ لم يأخذ بالتقسيم النبوي لخير ذلك لأن الفعل النبوي فيها لا يدل بذاته على الوجوب بل على مجرد المشروعية هذه واحدة.

الثانية : أن التصرفات النبوية التي تدخل في باب السياسة والاقتصاد هي في الغالب تصرفات بوصف الإمامة لا بوصف التبليغ ، فهي بمثابة قرارات السلطة الإدارية والسياسية اتخذت مراعاة للمصلحة وهذا يعتبر سنة لمن أتى بعده ؓ من الخلفاء والأمراء .

الثالثة : من الثابت في السنة أنه ؓ قسم خبير رعاية لحقوق المسلمين خلفا بعد ذلك ، ورعاية لمعنى الرسالة الخاتمة ، مع أنه لم يقسم أرض مكة مع أنها فتحت عنوة أيضا (١١٤٣) .

(١١٣٧) سورة الحشر : آية ٧ .

(١١٣٨) سورة الحشر : آية ٨ .

(١١٣٩) سورة الحشر : آية ٩ .

(١١٤٠) سورة الحشر : آية ١٠ .

(١١٤١) أبو يوسف - الخراج - ص ٣٧ ، وانظر في ذلك أيضا (أبو عبيد - الأموال - تحقيق محمد خليل هراس من علماء الأزهر الشريف - دار الفكر - بيروت لبنان - ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م - ص ٦٩ : ٧٧) .

(١١٤٢) أبو يوسف - المرجع السابق - ص ٣٨ .

(١١٤٣) انظر (دكتور / يوسف القرضاوى - السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - ص ١٩٤ : ١٩١) .

ونتيجة ما سبق :

نجد أن تبدّل الأحكام وتغيّر العمل بها إنما هو بتغير الأحوال والأزمان حسب تغير مناطها وهي قاعدة أساسية في منهجية الموازنة بين المنافع والمضار ، يقول ابن القيم (فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة ، وإن دخلت فيها بالتأويل)^(١١٤٤) ، وعلى ذلك فإن الحكم الشرعي يدور حسب تغير مناطه باختلاف الزمان والمكان والحال ، ولا يعني ذلك تبديل حقيقة الحكم ، وإنما التأكيد على دوامه واستمراريته .

وقد اكتسبت تلك القاعدة المنهجية أبعادها الحركية من خلال موقف عمر ابن الخطاب من المؤلفة قلوبهم ، فإن ظاهر الأمر أن عمر عطل نصّا يحكم بإعطاء المؤلفة قلوبهم سهمًا من الزكاة ، وصادم تطبيقًا استمر عليه النبي طوال عهده ، وبالتالي - على حد قول هؤلاء - إذا لم يكن هذا نسخًا لحكم بفعل اجتهادي ، فهو على الأقل تعليق وتعطيل له .

وحقيقة المسألة وجوهرها أن فعل عمر بن الخطاب متفق تمام الموافقة لمنطوق النص ومفهومه^(١١٤٥) ؛ فإن الله تعالى قد أناط حق الزكاة بوصف معين ، هو مناط الاستحقاق لثمانى فئات من الناس منهم المؤلفة قلوبهم ، ولما كان التأليف ليس وضعًا طبيعيًا للناس ، بل هو شيء يقصد إليه ولي الأمر إن وجد مصلحة الأمة في حاجة إليه ويتركه إن كانت الأمة في غير حاجة إليه ، وإذا اقتضت المصلحة الشرعية التأليف مجددًا ، أصبح هذا الصنف موجودًا فعليًا ، ويستحق سهمه من الزكاة ، وإذا لم تقبض المصلحة ذلك ، أصبح هذا الصنف معدومًا .

ومن ثم فالنص لم يعطل ، وإنما الوصف هو الذى انعدم ، وهو استجلاب المسلمين لقلوبهم بالتأليف ، فإن الاستجلاب ليس حكمًا شرعيًا ثابتًا للنص ، وإنما هو مناط لحكم علقه الله عليه ، فكلما تحقق المنطوق (حاجة المسلمين إلى التأليف لمصلحة) تحقق الحكم المتعلق

(١١٤٤) ابن القيم - إعلام الموقعين - ٥/٣ .

(١١٤٥) منطوق اللفظ : هو ما دل عليه اللفظ في محل النطق ، بأن يكون حكمًا للمذكور ، أو حالًا من أحواله ، سواء أذكر هذا الحكم ، ونطق به ، أم لم يذكر مطلقًا ، ومنه المنطوق الصريح : وهو دلالة اللفظ على الحكم بطريق المطابقة أو التضمن مثل (البيت) فإنه يدل على معنى البيت بطريق المطابقة - ويدل على السقف بطريق التضمن لأن البيت يتضمن السقف لأنه عبارة عن السقف والحيطان .

ومنه المنطوق غير الصريح : وهو دلالة اللفظ على الحكم بطريق الالتزام ، أى أنه لم يوضع له اللفظ ، بل هو لازم لما وضع له ؛ مثل دلالة لفظ السقف على الحائط مع أن الحائط لازم له ، ومفهوم اللفظ يقصد به : ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، أى يكون حكمًا لغير المذكور وحالًا من أحواله ، ومنه مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة ، انظر (د/قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٥٢) ، وانظر (الغزالي - المستصفى ١/٧٤) ، وانظر (الشوكاني - إرشاد الفحول - ٥١٩/٢) .

به (استحقاقهم لسهم من الزكاة) (١١٤٦) .

وبناءً على ما سبق بيانه فإنه لا يجوز أن تعارض المنفعة الراجعة ما نص عليه القرآن أو السنة وكانت دلالة قطعية .

الضابط الثاني: عدم معارضة الموازنة بين المنافع والمضار للإجماع والقياس معلوم أن الإجماع والقياس مصدران كاشفان لمصدرين منشئين هما : القرآن والسنة ، واعتبر أهل الأصول أن القرآن والسنة مصدران أجمع عليهما مجتهدوا الأمة ، وأن الإجماع والقياس مصدران اتفق عليهما جمهور الفقهاء ، والإجماع منه ما هو قطعي الدلالة وهو الذي يندرج تحت مسمى " الإجماع الصريح " (١١٤٧) ، ومنه ما هو ظني عند فريق من العلماء تحت مسمى " الإجماع السكوني " (١١٤٨) ، وكذلك القياس وهو حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع يلي الإجماع ولا سيما إذا كان صحيحاً تم وفق الشروط الموضوعية وبنى على أسسه المعلومة ، ومن ثم لا ينبغي حين إعمال الموازنة بين المنافع والمضار أن تخالف إجماعاً أو قياساً .

أولاً : من حيث عدم معارضة الموازنة للإجماع القطعي :

ذلك لأن هذا النوع من الإجماع لا يتغير بتغير المصلحة مهما كانت مشروعيتها ومنطقيتها ودرجة المعقولية فيها ، ولا ينبغي أن يقال : إنها مصلحة معتبرة وقطعية ، ولا ينبغي أن يقال : (إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ويلزم من ذلك أنها أقوى أدلة الشرع لأن الأقوى من الأقوى أقوى) (١١٤٩) . وحجة هذا القول : (أن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح فهي إذن محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه) (١١٥٠) .

والظاهر من هذا أن الطوفى أطلق القول بوجوب تقديم المصلحة على الإجماع دون أن يفرق بين الإجماع القطعي والظني ، ولكنه عند تحقيق المسألة نجد أن الطوفى في ثنايا قوله (إن معنى « لا ضرر ولا ضرار » نفى الضرر والمفاسد شرعاً ، وهي نفى عام إلا ما خصه الدليل وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع وتخصيصها به في نفى الضرر

(١١٤٦) انظر (البوطي - ضوابط المصلحة ص ١٢٨ : ١٣٠) ، وانظر (د/يوسف القرضاوى - السياسة الشرعية - ص ١٧٥ وما بعدها) .

(١١٤٧) الإجماع الصريح : هو اتفاق مجتهدى عصر من العصور على حكم واحد فى المسألة المعروضة للنظر ، بأن يبدى كل منهم رأيه صراحة فى المسألة ، وتتفق الآراء على حكم واحد فيها ، قولاً أو فعلاً ويسمى هذا الإجماع : إجماعاً قطعياً .

(١١٤٨) الإجماع السكوني : هو أن يقول بعض مجتهدى الأمة بحكم واقعة وينتشر ذلك الحكم بين المجتهدين فى ذلك العصر ، فيسكتون ولا يظهر منهم اعتراض ولا إنكار على ذلك الحكم ، ويسمى هذا الإجماع : إجماعاً ضمناً ، أو إجماعاً اعتبارياً ، وإجماعاً ظنياً ، والإجماع الظنى هو الذى يعلم وقوعه بالتبع والاستقراء ، وهذا هو الإجماع الذى يكثر ورودده فى مدونات فقهاء المذاهب ، انظر (دكتور / قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٣٩) .

(١١٤٩) (دكتور / مصطفى زيد - المصلحة فى الشريعة الإسلامية - ص ١٨) .

(١١٥٠) (دكتور / مصطفى زيد - المرجع السابق - ص ٣٥) .

وتحصيل المصلحة (١١٥١) . ويقول أيضا : (إن النص والإجماع إن خالفا المصلحة ، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما) (١١٥٢) ، ويستفاد من هذا أن الطوفى نفسه لم يقل بتقديم المصلحة على ما كان قطعى الدلالة كالأخص فيقول : "ولا نزاع إذ قد اتفقت الأدلة الثلاثة على الحكم ، وهى النص والإجماع ورعاية المصلحة المستفادة من قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » وإن خالفها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان " (١١٥٣) فإن معنى تقديم المصلحة على الدليل الخاص القطعى إنما هو بمثابة افتئات عليه وتعطيل له ومن ثم فالمصلحة لا تعارضه وهو ما يعنيه الطوفى .

أما إذا كان النص عاما أو مطلقاً أى له دلالة ظنية جاز تقديم المصلحة على ما هو ظنى وهو ما يعنيه الطوفى ، وليس هناك خلاف بينه وبين الجمهور فى هذه المسألة ، فعند الشافعية (يبنى العام على الخاص لأن ما تناوله الخاص متيقن ، وما تناوله العام ظاهر مظنون والمتيقن أولى (١١٥٤) . وعليه فقد تقرر عند العلماء " أن الخاص أقوى دلالة من العام والأقوى أرجح " (١١٥٥) .

وعليه نقول : الإجماع القطعى هو كالنص القطعى فى دلالته على حكمه فى اليقين وعدم التأويل ، وفى أولويته على المصلحة حتى وإن بنى الإجماع على مستند ظنى فى دلالته فالذى يعيننا هو قطعية الإجماع كمصدر من مصادر التشريع ولا يعيننا ظنية النصوص التى أكسبته الشرعية القطعية ، هذا بخلاف الإجماع الظنى الذى انبنى على مصلحة الإجماع المرجوعة والمصلحة الحادثة ، وإذا كان كذلك فإنه يعمل فيه بترجيح الراجح على المرجوح لسبب من الأسباب المتعلقة بالقطع أو الكلية أو العموم أو الوقوع (١١٥٦) .

ثانيا : من حيث عدم معارضة الموازنة للقياس :

يعد القياس بابا للتوسعة على الأحكام فى الأخذ بمتطلبات الوقائع المتجددة فى إطار السياسة الشرعية ، ويعد القياس بعد النص والإجماع مصدرا رابعا للتشريع ويعنى حمل على النص لعل أو أمر آيل إلى مصلحة ، ومن المعلوم أن القياس يستند مع حكمه أى أن يكون مظنة تحقيق

(١١٥١) دكتور / مصطفى زيد - المرجع السابق - ص ٢٠٨ .

(١١٥٢) دكتور / مصطفى زيد - المرجع السابق - ص ٢٩٩ .

(١١٥٣) نجم الدين سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم الطوفى الحنبلى - التعيين فى شرح الأربعين - تحقيق / أحمد حاج محمد عثمان - مؤسسة الريان - بيروت - ط ١ - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م - ص ٢٣٨ .

(١١٥٤) الشوكانى - إرشاد الفحول - ص ١٦٣ .

(١١٥٥) الشوكانى - المرجع السابق - ص ١٦٣ .

(١١٥٦) انظر (د) نور الدين بن محمود بن مختار الخادى - الاجتهاد المقاصدى - حجته - ضوابطه - مجالاته - ص ٤٢ ، وانظر فى ذلك أيضا (دكتور / محمد مصطفى شلبى - تعليل الأحكام - ص ٣٢٤) .

حكمة الحكم والغرض المقصود من تشريعه^(١١٥٧) وهذا الوصف سماه الأصوليون بـ (المناسب) الذى متى عرض على العقول تلقته بالقبول^(١١٥٨) ، والمناسب تختلف درجاته ومراتبه باختلاف اعتباره أو إلغائه شرعا إذ المعتبر منه له مراتب تتراوح بين النص المباشر على علة الحكم تصريحاً أو إيماءً ، وبين النص غير المباشر على العلة ، بالنص على جنسها ونوعها وحكمها^(١١٥٩). والغرض فى بيان درجات المناسب ومراتبه هو معرفة المقبول من غيره ، وإجراء القياس والترجيح بينه وبين المصالح عند التعارض وإبراز تفاوت المصالح فى منظور الشرع الحنيف بتفاوت الاعتبار الشرعى لها قوة وضعفاً ، وبصورة مباشرة وغير مباشرة^(١١٦٠) ، وما يعيننا هنا هل يمكن تقديم المصلحة على القياس عند التعارض ؟

أولاً : يجب أن نذكر أن التعارض الحقيقى لا يتصور إلا بين أمرين متساويين فى القوة وحينئذ إما أن يكون النسخ عند معرفة التاريخ لكليهما ، أو التوقف إلى أن يظهر دليل يرجح أحدهما ، وهى حالة تقديرية وليست واقعية^(١١٦١) . فإذا كان أحدهما قطعياً والآخر ظنياً فلا يمكن أن يوجد التعارض ، ومن ثم فلا يمكن أن تعارض منفعة مظنونة قياساً قطعياً ، فلا يمكن أن يخالف اليقين بالخطأ أو يخالف ظن بوجه ، وأدنى ما تقتضيه هذه الحقيقة العقلية هو أن الطرف الأقوى صحيح الاعتبار ثابت الدليل^(١١٦٢) .

ثانياً : أن القياس يتول فى الغالب إلى دليل الكتاب والسنة إذ هما ميزان اعتباره وبهما يقوى على مخالفته ، وقد استقر الدليل على عدم مخالفة الموازنة بين المنافع للكتاب والسنة فلو صح ذلك لصح أن يقضى بما توهم كونه مصلحة أو منفعة أو قياساً على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ وذلك باطل بداهة^(١١٦٣) . لذا فلا يمكن أن يقدم الأخذ بالمنافع فى مقابلة العمل

(١١٥٧) انظر (دكتور / عبد الكريم زيدان - الوجيز فى أصول الفقه - ص ٢٠٨) .

(١١٥٨) انظر (دكتور/ نور الدين بن مختار الخادمى - الاجتهاد المقاصدى - ص ٤٣) .

(١١٥٩) المناسب المعتبر : هو ما شهد الشارع باعتباره بأن وضع من الأحكام التفصيلية ما يوصل إليه ، ويسمى بعض الأصوليين هذا المناسب بالمصلحة المعتبرة ، ومثاله : جميع الأحكام الشرعية الموضوعة للمحافظة على مقصود من مقاصد الشريعة الكلية الخمسة ، أو غايات الأحكام التى لم تنج فى ملة من الملل وهى : حفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال ، مثل قوله تعالى ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النَّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ﴾ (البقرة : ٢٢٢) .

المناسب الملغى : هو الوصف الذى يظهر للمجتهد أنه محقق لمصلحة ، ولكن ورد من الشارع من أحكام الفروع ما يدل على عدم اعتباره ، ويسميه بعض الأصوليين بالمصلحة الملغاة .

المناسب الملائم : هو المناسب المعتبر الذى ثبت اعتباره لا بالنص ولا بالإجماع وإنما بترتيب الحكم على وفقه ، والفرق بينه وبين المناسب المباشر أن الثانى ثبت بالنص عليه صراحة دون الأول ، راجع فى ذلك (الشيخ / محمد الغزالى - شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م - ص ١٦ : ٤٩) .

(١١٦٠) انظر (دكتور/ نور الدين بن مختار الخادمى - الاجتهاد المقاصدى - ص ٤٤/٢) .

(١١٦١) انظر (الغزالى - المستصفى - ص ٢٣٣) .

(١١٦٢) انظر (دكتور / عبد الكريم زيدان - الوجيز فى أصول الفقه - ص ٢٠٧) .

(١١٦٣) انظر (دكتور / عبد الكريم زيدان - المرجع السابق - ص ٢٠٧) .

بالقياس إلا في حالة واحدة وهي إذا كان القياس شبيها وتعارضت المنافع قدمت عليه لكون القياس الشبهى^(١١٦٤) مظنونا أى يظن فيه تحصيل المصلحة " فإذا انتفت بأن ترتب على العمل بالقياس الشبهى مفسدة أو مصلحة مرجوحة ، تعين العمل بالمصلحة الراجحة .

ولذلك جاز لنا القول بأن القياس " إن كان مناسبا فإنه ينظر فى مصلحته التى عمل به من أجلها ؛ فإن كانت مرجوحة أو أصبح لا يحصل مصلحته ، بل يترتب على العمل به مفسدة ، أُلغى وعمل بما يجلب المصلحة)^(١١٦٥) .

(١١٦٤) قياس الشبه هو : إلحاق فرع بأصل لكثرة شبهه للأصل فى الأوصاف من غير أن يعتمد الأوصاف التى شابه الفرع فيها الأصل علة حكم الأصل ، وهو أيضا : أن يلحق المسكوت عنه بالمنطوق به لا لأنه أولى ، ولا لأنه فى معناه ، ولا لعله مناسبة بل يلحق المسكوت عنه بالمنطوق به لشبه بينهما يظن به أن يحتوى على علة جامعة بينهما للحكم من غير أن يوقف عليها .

وهو أيضا : أخذ حكم فرع من شبه أصله ، وتعبير آخر ؛ هو ما تجاذبته الأصول فأخذ من كل أصل شيئا ، ويسميه بعض الأصوليين قياس الدلالة وذلك لأن الفرع فيه يحمل على الأصل يضرب من الشبه على العلة التى علق الحكم عليها فى الشرع وتعرف صحة هذا القياس من ثلاثة طرق :

أن استدلال بثبوت حكم من أحكام الفروع على ثبوت الفرع ثم رد ذلك الفرع إلى أصل ومثاله : الاستدلال على عدم وجوب سجود التلاوة بجواز فعله على الراحلة بغير عذر وبيان هذا أن القائن فى المثال السابق استدلال بثبوت حكم من أحكام الفرع وهو جواز السجود على الراحلة على ثبوت حكم الفرع نفسه وهو كونه مندوبا غير واجب .

أن يستدل بحكم يشاكل حكم الفرع ويجرى مجراه على حكم الفرع ثم يقاس على أصل ، ومثاله : الاستدلال على صحةظهار الذمى بصحة طلاقه ؛ وبيان هذا أن يقول القائن : إن ظاهر الذمى صحيح قياسا على صحة طلاقه فمن صح طلاقه صح ظهاره ، وذلك لأن الظهار والطلاق يجريان مجرى واحدا ويتعلقان بالقول ويختصان بالزوجة فإذا صح أحدهما دل ذلك على صحة الآخر . وبما أن طلاق الذمى صحيح بلا خلاف ، فإن ظهاره - قياسا على ذلك - ينبغى أن يكون صحيحا .

ج- أن يحمل الفرع على الأصل يضرب من الشبه القائم بين الأصل والفرع ، ولا يشترط بالضرورة أن يكون ذلك الشبه مطابقا كل المطابقة ، ومثاله : قول القائن : إنه يجب فى الجنابة على العبد الأرض لا القيمة ، وذلك قياسا على الحر فالعبد يشبه الحر فى كونه آدميا مخاطبا ومثابا ومعاقبا يوم القيامة ، ولذلك فمن جنى على طرف من أطرافه وجب فيه الأرض ، كما يجب ذلك فى الجنابة على الحر مطلقا . (دكتور / قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٣٥٤ : ٣٥٥)

وراجع فى قياس الشبه أيضا (الغزالي - شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل - ص ١٤٥ : ٢٠٥) .

(١١٦٥) (دكتور / محمد مصطفى شلبى - تعليل الأحكام - ص ٣٢٨ .

الضابط الثالث : عدم تفويت المنافع الراجعة وتغليب المرجوحة أو المساوية لها. هذا الضابط دقيق وعميق يحتاج إلى دراية كافية وهمة عالية وخبرة بالغة بالمصالح الشرعية ومراتبها وترجيحها ، وربط المنافع بالوقائع والمتغيرات ، ومعلوم أن المنافع تتنوع بحسب عدة اعتبارات وتترجح بحسب القوة والقطع والضرورة عند التعارض^(١١٦٦) .

ومما لاشك فيه أن التعارض بين المنافع المتشابكة يحتاج إلى منهج مُرجَّح لإحدى المنافع ، ولقد شغل موضع رفع التعارض بين المنافع حيزا كبيرا من كتب العز بن عبد السلام ، وأيضا الإمام الشاطبي ، وكذلك ابن عاشور ، وباستقراء ما دُوِّنَ في كتاب القواعد والموافقات ومقاصد الشريعة لان عاشور كان هذا الميزان الذي يتناول تصنيف المصالح في الأهمية ، حتى لا تذلل قدم مجتهد حين يقوم بعملية الموازنة بين المنافع والمضار ، ويتحدد هذا المنهج في جوانب ثلاثة ؛ بحيث إذا تعارضت منفعتان في مناط واحد وكان لابد لنيل إحدهما من تفويت الأخرى كان من اللازم عرضهما على هذه الجوانب ترتيبا :

الضابط الأول : النظر إلى قيمة المنفعة من حيث ذاتها وترتيبها في الأهمية حسب ذلك . فإذا تعارضت منفعتان فليُنظر أولا إلى قيمتها فيكون اختلاف قيمة ، وإذا نظرنا إلى كليات المنافع وجدنا المعتبر منها متدرجا حسب الأهمية في خمس مراتب : الدين ، النفس ، العقل ، "النسل ، العرض ، النسب " ، المال . فعند التعارض يقدم ما به حفظ النفس على ما به حفظ العقل والنسل والمال ، ومن المتفق عليه أن رعاية هذه الكليات الخمسة يكون بوسائل متدرجة أيضا حسب الأهمية في ثلاث مراتب هي : الضروريات ، الحاجيات ، التحسينيات ، فإذا تقرر هذا فاعلم بأنه عند التعارض يكون الضروري مقدم على الحاجي ، والحاجي على التحسيني ، وإن كان كل منهما متعلقا بكل على حدة . جعل التفاوت بينهما بحسب تفاوت متعلقاتها فيقدم الضروري المتعلق بحفظ النفس وهكذا

وسبب ذلك : أن الضروري هو الأصل المقصود وأن ما سواه مبني عليه كفرع من فروعه^(١١٦٧) ، وإذا كان التعارض بين منفعتين متعلقتين بكل واحد كالدين أو النفس ، وهنا على المجتهد أن ينتقل إلى الجانب الثاني من المنهج .

الضابط الثاني : النظر إلى المنافع من حيث مقدار شمولها . ذلك أن المنافع قد تتفق من حيث هي ، وفي مدى الحاجة إليها ، ولكنها قد تختلف في مقدار شمولها ومدى انتشار نفعها ، وحينئذ يقدم الأعم والأشمل على الضيق المحدود إذ إنه لا يعقل إهدار ما تتحقق به فائدة جمهرة الناس من أجل فرد أو فئة قليلة .

ومثال ذلك : ترجيح منفعة حفظ عقول الناس من الزيف والضلال على مصلحة الفرد في ممارسة حرية الرأي والكتابة عند تعارضهما ، ذلك أن الأولى أعم وأشمل من الثانية ، وأيضا

(١١٦٦) انظر (دكتور / نور الدين بن مختار الخادمي - الاجتهاد المقاصدي - ص ٤٥) .

(١١٦٧) انظر (البوطي - ضوابط المصلحة- ص ٢١٨ : ٢٢٠)

المفسدة المترتبة على إهمال الأولى أشد خطرا من إهمال الثانية ، مع العلم بأن المنفعتين فى رتبة واحدة وهى الحاجيات (١١٦٨) .

وعليه كان جلب أعظم المنفعتين وتقديم المنفعة العامة على الخاصة وبخاصة وأن الفرد لا يتضرر غالبا بتقديم منفعة الجماعة عليه إذ إنه داخل فيهم (١١٦٩) . وفيه قال العز بن عبد السلام (وتحصيل أعلى المصلحتين وإن فاتت أدناهما) (١١٧٠) . وقال ابن القيم : (مبنى الشريعة على دفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما وتحصيل أكمل المصلحتين بتفويت أدناهما ، بل بناء مصالح الدنيا والدين على هذين الأصلين) (١١٧١) .

وإذا تم الترجيح للأعم أثرا والأشمل كان لزاما من النظر إلى الجانب الثالث .

الضابط الثالث : النظر إلى المنفعة من حيث التأكد من نتائجها أو عدمه :

وهذا الجانب يعطينا تصورا واقعيا عن مدى تحقيق المنفعة وحصولها فى الخارج ، ذلك لأن الفعل يتصف بكونه منفعة أو مضرة بحسب ما ينتج على صعيد الواقع ، فربما كان الفعل مؤكدا ولكن نتيجته مظنونة ومن ثم كانت المنفعة المؤكدة النتائج مقدمة على المظنونة الموهومة والمقطوعة الحصول مقدمة على المظنونة .

ومثال ذلك : هجوم فئة من المسلمين العزل على ضعفهم من الأعداء المسلحين ، فمنفعة كل منهما من الربح والنصر موهومة . هذا ويعمل بالمظنونة فى عامة الأحكام ، ما لم ينسخ الظن بيقين معارض (١١٧٢) .

والخلاصة : أنه إذا تعارضت منفعتان على المجتهد أن يوازن بينهما ثم يعمل بالراجحة وقوعا والى تدرج فى مراتب الأهمية الذاتية والى تدرج بعد ذلك حسب درجة شمولها وسعة فائدها وإذا تساوت المنفعتان جاز للمجتهد أو القاضى أن يعمل بأيهما شاء (١١٧٣) . قال العز بن عبد السلام : (إذا تعارضت المصلحتان وتقدر جمعهما فإن عُلِمَ رجحان إحداهما قدمت ، وإن لم يعلم رجحانها فإن غلب التساوى فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدمها ، ويظن آخر رجحان مقابلها فيقدمه فإن صوبنا المجتهدين فقد حصل لكل واحد منهما مصلحة لم يحصلها الآخر . وإن حصرنا الصواب فى إحداهما فالذى صار إلى المصلحة الراجحة مصيب للحق والذى صار إلى المصلحة المرجوحة مخطئ معفو عنه إذا بذل جهده فى اجتهاده ، وكذلك

(١١٦٨) البوطى - المرجع السابق - ص ٢٢١ .

(١١٦٩) البوطى - المرجع السابق - ص ٢٢١ .

(١١٧٠) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٩١ / ١ .

(١١٧١) د/ أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائرى - القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم - ص ٣٢٩ .

(١١٧٢) انظر (البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٢٢٢) .

(١١٧٣) انظر (دكتور / محمد مصطفى شلبى - تعليق الأحكام - ص ٣٢٨) وانظر فى ذلك أيضا (البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٢٢٢ : ٢٢٣) .

إذا تعارضت المفسدة والمصلحة .

فإن قيل : كيف تصوبون المختلفين ، مع أن بعضهم قد أصاب المرجوح الذي لو اطلع عليه لما جاز له الاعتماد عليه .

قلنا : ترك الرجحان رخصة على خلاف القواعد ، وفي الرخص تترك المصالح الراجعة إلى المصالح المرجوحة للعذر دفعا للمشاق ، لو قلنا بوجوب الاستدراك لأدى إلى مشقة عظيمة عامة بخلاف من أخطأ النص والإجماع ، والأقيسة الجلية أو القواعد الكلية ، فإن خطأ ذلك لا يقع إلا نادرا فمن له أهلية الاجتهاد فيجب استدراكه لندرتة وقلته .

والحاصل : أن الشرع يجعل المصلحة المرجوحة عند تعذر الوصول إلى الراجعة أو عند مشقة الوصول إلى الراجعة ، بدلا من المصلحة الراجعة كما يبذل الوضوء بالتييم ، والصيام بالاغتاق والإطعام بالصيام والعرفان بالاعتقاد في حق العوام والفاتحة بالأذكار ، وجهة السفر في صلاة النافلة بالقبلة وجهة المقاتلة في الجهاد بالقبلة (١١٧٤).

وبناء على كلام العز بن عبد السلام يكون عند التساوى الاختيار ولا حرج فيه بعد استفراغ الوسع في البحث عن الأكثر نفعا ومحاولة تقديمه على الأقل منه .

الضابط الرابع : ألا تؤدي إلى أضرار أكبر منها .

هذا الضابط محله إذا تزامنت مضرتان ارتكبت أخفهما بدفع أشدهما وهذا الدرء للمضرة الكبيرة باحتمال الصغيرة طبيعة بشرية . قال العز بن عبد السلام : (واعلم أن تقديم الأصلح فالأصلح ودرء الأفسد فالأفسد مركز في طبائع العباد نظرا لهم من رب الأرباب) (١١٧٥). لذا فقد اعتبر التشريع الإلهي هذه الطبيعة البشرية في كثير من أحكامه ومنها قوله تعالى في شأن القتال في الأشهر الحرم مبينا أن القتال فيها أقل مفسدة من الصد عن سبيل الله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (١١٧٦). فالقتال في الأشهر الحرم كبير الإثم عظيم الجرم لكن الاعتداء على المسلمين والإسلام ، والصد عن سبيل الله وقتل المسلمين وفتنتهم في دينهم أعظم مفسدة وأكبر جرما (١١٧٧).

وعليه صاغ العلماء قواعد قطعية منها (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا

(١١٧٤) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٨/١ : ٤٩ .

(١١٧٥) انظر (ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٧/١ .

(١١٧٦) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

(١١٧٧) انظر (د/ محمد الوكيل - فقه الأولويات دراسة في الضوابط - سلسلة الرسائل الجامعية (٢٢) - المعهد العالمي

لفكر الإسلامى - الطبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٧م - ص ٢١١ : ٢١٤) .

بارتكاب أخفهما (١٧٨) ، وقاعدة يختار أهون الشرين أو (أخف الضررين) (١٧٩) . ومن ثم فلا يمكن أن تخرج الموازنة بين المنافع والمضار عن هذا الإطار وإلا كانت ضربا من العيشية . وفيما يلي أمثلة تطبيقية للمفاسد المتزاخمة والموازنة بينها على أساس هذا الضابط .

أ - الموت مفسدة مخلة بضروري ؛ وهو حفظ النفس ، وقطع عضو من جسد المريض مضرة مخلة بحاجي فإذا كان بقاء عضو المريض سيؤدي إلى انتشار المرض في الجسد كله وبالتالي سيؤدي إلى موته وجب قطع العضو لأن ضرر قطعه أهون من ضرر الموت وهنا تزاخمت مضرة مخلة بضروري مع مفسدة مخلة بحاجي فكان تقديم الضروري على الحاجي .

ب - إذا كان للدولة من الإمكانيات ما يفي فقط بإنشاء مرفق عمومي ضروري كالمستشفى ، فإن هذا المرفق مقدم على ما هو كماله لحديقة عمومية ذلك لأن انعدام المستشفى ضروري بينما انعدام الحديقة كماله .

ج - قتل فرد من أفراد المسلمين مضرة ، والاعتداء على مجموع الأمة مضرة أكبر ، لذلك أجاز الفقهاء التضحية بفرد من المسلمين في سبيل الحفاظ على حياة الجميع ، ويعرف هذا بتتريس الكفار (١٨٠) . وهنا تعارضت مضرة مخلة بضروري مع مضرة مخلة بضروري أهم منه ، وفي هذا المعنى كانت القاعدة التي تقول : (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) (١٨١) .

الضابط الخامس : أن تكون المنفعة الراجحة متحققة لا متوهمة .

إن واقع نظام العالم هو التشابك والاختلاط في المنافع وكذلك المضار ولذا فإن الموازنة بين المنافع والمضار في مثل هذا المجال وبخاصة في المعاملات تقتضي ضبط المنفعة المقصودة ، والمنفعة جنس تصدق على المتحققة والغالبة وتصدق أيضا على المظنونة والنادرة ، فلو تعارضت منفعتان وكانت إحداهما راجح وقوعها والأخرى موهومة تقدم الراجحة وتترك الأخرى الموهومة مهما كانت درجتها .

وقد قسم العز بن عبد السلام المنافع والمضار بحسب توقع حصولها من عدمه إلى : (مقطوع ومظنون وموهوم) (١٨٢) . فتقدم المنفعة المقطوع بها المتحققة ثبوتا والأقوى أثرا وأشمل نفعا على المظنونة وتقدم المظنونة على الموهومة (١٨٣) .

ومثال ذلك : لو أراد عدد قليل من المسلمين ضعيفي العدد والعدة والجهاد المسلح بحيث يغلب على الظن هزيمتهم في مواجهة من سيقاتلونهم من الكفار من غير نكاية في أعدائهم فينبغي هنا أن تقدم مصلحة حفظ النفس على مصلحة الدين ذلك لأن مصلحة حفظ الدين

(١٧٨) أ.د / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي - ص ٢١٣ .

(١٧٩) أ.د / محمد الزحيلي - المرجع السابق - ص ٢١٠ .

(١٨٠) انظر (د/ محمد الوكيل - فقه الأولويات دراسة في الضوابط - ص ٢٢٠) .

(١٨١) أ.د / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي - ص ٢١٦ .

(١٨٢) العز بن عبد السلام - الفوائد في اختصار المقاصد - ص ٤١ .

(١٨٣) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام - ص ٢٤٣) .

موهومة على مؤكدة وإن بدت الموهومة فى رتبها أو حجمها أرجح^(١١٨٤).

وخلاصة ما سبق من ضوابط للموازنة بين المنافع والمضار كان على المجتهد أن ينظر للمنفعة والمضرة من حيث عدم تصادمها مع نص فى الكتاب أو السنة أو إجماع قطعى الدلالة وكذلك القياس ثم ينظر فى مرتبة المنفعة والمضرة بحسب أهميتها الذاتية ، المتمثلة فى مراتب الكليات الخمس وفى الوسائل الثلاث لإحرازها وهى : الضروريات - الحاجيات - التحسينات ثم تندرج معها حسب درجة شمولها وسعة فائدتها ثم لينظر إليها بحسب قطعية وقوعها وظنيته وما عساها أن تكون موهومة فعلى ضوء هذا الترتيب تتصنف عند التعارض المنافع والمضار وعندئذ يستطيع المجتهد أن يرجح البعض منها على الآخر^(١١٨٥).

تلك كانت ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى فهل وضعت النظم الوضعية ضوابط لتطبيقها؟ هذا ما نتعرف عليه فى المطلب التالى :

(١١٨٤) انظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة - منهج فقه الموازنات فى الشريعة الإسلامية - ص ٤٨) .

(١١٨٥) انظر (دكتور / محمد سعيد رمضان البوطى - ضوابط المصلحة - ص ٢٢٢ : ٢٢٣) .

المطلب الثاني

ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار

في النظم الوضعية

لقد ظل القضاء الإداري زمناً طويلاً في مجال نزاع الملكية للمنفعة العامة يقف عند حد التأكد من وجود " منفعة عامة " ليحكم بمشروعية قرار الإدارة ، وطالما تأكد القاضي من أن المشروع الذي صدر القرار من الإدارة بنزع الملكية لأجله يحقق مصلحة عامة فإنه يرفض أى طعن في القرار^(١١٨٦).

لكن حكم القضاء فيما تعلق بالمدينة الشرقية " ليل " أحدث تطوراً في رقابة القضاء الإداري ؛ إذ إنه لم يقف عند حد التأكد من المصلحة العامة فحسب ، وإنما صار يوازن بين المصالح المتعارضة والمضار المتقابلة ، ذلك لأن القضاء الإداري قَبِلَ لحماية أهداف القانون في المجتمع المتمثلة في تحقيق العدالة ، ومراعاة المصلحة العامة والخاصة للفرد والجماعة ، غير أن هذه الحماية لا تتحقق إلا بالاستعانة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار التي يستطيع القضاء الإداري من خلالها أن يُحدِّد من سلطة الإدارة التقديرية ، وحتى لا يصبح القضاء سيفاً حاداً على يد الإدارة ، أو أن يكون حجر عثرة أمام مسيرة الإدارة لمتطلبات الواقع ، كان لابد من وجود ضوابط لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مما يبعد القضاء عن الشطط ، وهذه الضوابط التي نذكرها هي مجرد استنباط من أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر .

حيث يتضح من هذه الأحكام أن ضوابط تطبيق بين المنافع والمضار متمثلة في وجود السبب الدافع لسمو المنفعة ، وأن تكون المنفعة متحققة لا متوهمة ، وأن يعتد بالمنفعة ذات التكلفة المالية الباهظة ، وأن يوجد التناسب بين المنافع والمضار ، وتظهر معالم هذه الضوابط فيما يلي :

الضابط الأول : وجود السبب الدافع لسمو المنفعة :

لما كانت أولى تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزاع الملكية للمنفعة العامة^(١١٨٧) فإنه من اللازم على القاضي أولاً أن يتثبت من وجودها ، وأن غاية القرار الإداري هو تحقيق المنفعة العامة ، وأنه لا يترتب عليه منافع جانبية كمنفعة خاصة أو منفعة مالية تكون سبباً دافعاً للقرار^(١١٨٨) . فإذا وجد القاضي أن هذه المنافع الجانبية ليست السبب الدافع

(١١٨٦) دكتور / نبيلة عبد الحكيم كامل - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا) - ص ١٩ .

(١١٨٧) انظر (أ . د / محمد رمضان محمد بطيخ - الاتجاه المتطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٠٦) .

(١١٨٨) يعتبر بعض فقهاء القانون فكرة السبب الدافع قيّداً على سلطة الإدارة التقديرية بل ويعتبره قيّداً على عيب الانحراف بالسلطة يضيق من نطاق تطبيقه ، وقد خلطوا فيه بين الباعث والسبب الدافع إذ أنه يجمع بين الحالة الواقعية والنتيجة المراد تحقيقها . راجع في ذلك :

والذى يلفت الانتباه أن مجلس الدولة الفرنسى طور أخذه بهذا السبب الدافع واعتبر أن تحقيق المنفعة الخاصة لا يتعارض مع المنفعة العامة ، ثم بعد علم القضاء بضرورة نزع الملكية فإنه يجب عليه (تحديد ما إذا كان تنفيذ هذه العملية سيجر إلى وجود سلبيات شديدة تضر وتفوق المنفعة التى ستقدمها)^(١١٨٩)أولا .

(**Groupe**ment de défense de l'îlot firminy – centre)

الضابط الثاني : أن تكون المنفعة متحققة لا متوهمة .

ومحل إعمال هذا الضابط يكون في الموازنة بين المنافع المتعارضة وكذلك المضار
فحين " يقوم ممثلو الشعب المنتخبين^(١٩٩١) بتقدير أهمية مشروع ما على آخر بمناسبة إقرار
الموازنة العامة للدولة كما أن الإدارة وهي المنوط بها تنفيذ السياسة العامة للدولة توازن بين
المنافع العامة المختلفة وتضع أولويات لبعض المنافع التي تراها جديرة بالرعاية فتؤثرها على

de l'acte administratif, L.G.D.J., Paris, 1977































(١١٩١) أعنى بذلك فرنسا والدول الحرة الأبية التي لا ترضى بعقل الرجل الأوحدهى له تبع كدول العالم الثالث، التي صارت نتائج انتخاباتها معلومة بـ (٩٩,٩ ٪) والواحد مات فى الطريق من شدة ركضه ليقول : نعم ! فخر مغشيا عليه " ولا حول ولا قوة إلا بالله " .

غيرها" ويأتي أخيرا دور القاضى الإدارى الذى يخضع عمل الإدارة فى هذا المجال لرقابته ، وبعد تأكده من تطبيق النصوص التى فرضت تلك الحالة ، وبعد بحث الظروف التى دفعت الإدارة لترجيح منفعة ما على منفعة أخرى، فإنه يقوم بإعمال الموازنة بين المنافع العامة المتعارضة فيرجح المتحققة على المتوهمة .

وبناء على هذا فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسى أحكاما بالإلغاء وفق هذا الضابط ومنها: إلغاء قرار تقرير منفعة عامة بإقامة عدة مساكن لذوى الدخل المحدود - وهى منفعة عامة - لتعارضها مع منفعة اقتصادية ناجمة عن التوسع فى الفنادق لمساهمتها فى تنشيط السياحة وإيجاد فرص عمل جديدة ، وفى هذا الحكم الذى أيد به مجلس الدولة محكمة "ليون" بإلغاء قرار تقرير المنفعة العامة كان مطبقا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(١٩٢).

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فى الموازنة بين المنافع العامة المتعارضة ، بل عندما تكون المنفعة العامة موهومة وغير مؤكدة ، ويترتب على تنفيذها ضرر بالغ يلحق بمنافع عامة أخرى أو خاصة ، كان على القاضى أن يحكم بالإلغاء إن لم تترث الإدارة وتعيد النظر فى مشروعاتها .

الضابط الثالث : الاعتداد بالمنفعة المالية :

من الثابت عند القائلين بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أنها تتطلب من القاضى الإدارى أن يضع على كفتى الميزان الآثار الناجمة عن القرار الإدارى نفعاً وضراً وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية^(١٩٣).

فقد تنوخى الإدارة من وراء قرارها بنزع الملكية للمنفعة العامة نفعاً مالياً ، وقد تصدر قرارها بنزع ملكية الأفراد فى سبيل ذلك ، وهنا يقف القاضى فى ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإذا أن يلغى القرار الإدارى وإما أن يبقيه ، ومن ضوابط إعماله للموازنة النظر إلى المنفعة المالية العامة وإن كان المشروع خاصاً أو كان قرار الإدارة يفيد مشروعات خاصة ، هذه المشروعات تساهم فى التنمية الاقتصادية عن طريق ممارسة نشاط تجارى . ومن السهل الطعن فى قرار كهذا من الإدارة ، حين يكون القرار خادماً لفئة مخصوصة ؛ فهو مظنة انحراف الإدارة بالسلطة ، لكن القاضى الإدارى خرج عن هذا الإطار مؤكداً أن القرار الإدارى وإن كان يخدم فئة مخصوصة فإنه وبنفس القدر يشبع احتياجات البلدة فى التنمية التجارية وإقامة المساكن وهى منافع مالية عامة ، وهذا المعنى كان فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Mamet التى قررت فيها الإدارة تقرير المنفعة العامة للتوسع فى أربعة شوارع وتشديد مجمع تجارى على أساس أن أى عمل يهدف أساساً إلى إفادة أى مشروع خاص يكون محققاً للمنفعة

(١٩٢) انظر : commune de lozanne c/Epoux : Fischnaller, D. ١٩٦٠, P. ١٢٨, T.A Lyon ١٩٦٠, Epoux Fischnaller c./Min. de l'Interieur et de la Decentralisation par le prefet du Rhône D.S. ١٩٦٠, P. ١٢٨, note , D. CHABANOL .

(١٩٣) انظر (دكتور / سامى جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٤) .

العامة ولاسيما إذا كان المشروع الخاص يحقق مزايا اقتصادية واجتماعية مؤكدة (ولو تعلق بنشاط تجارى)^(١١٩٤) . والواضح من هذا : أن مجلس الدولة ألقى فى هذه القضية الربط والتلازم بين تحقيق العمل الإدارى بالمنفعة الخاصة وبين الانحراف بالسلطة^(١١٩٥) ، إذا كان العائد من وراء المنفعة الخاصة مصلحة مالية عامة .

وعلى ذلك كان من ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار الاعتداد بالمنفعة المالية العامة وإن كانت من مشروع خاص ، ولا يعنى هذا إغفال ما يترتب عليه من مضار مالية فقد يكون عبء التكاليف المالية أعظم مما يدره من منافع مالية ، وهنا لا يمكن إقرار هذه المنافع وخصوصا إذا كان الأمر متعلقا بنزع الملكية (فلا يمكن قانونا اعتبار عملية نزع الملكية محققة للمنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التى تلحق الملكية الخاصة من جرائها وما تتطلبه من تكاليف مالية وكذلك ما يحتمل أن ينتج عنها من مضار اجتماعية لا تتجاوز بشكل مبالغ فيه المزايا أو المنافع التى يمكن أن تترتب عليها)^(١١٩٦) .

الضابط الرابع : التناسب وانعدامه بين المنافع والمضار .

القرار الإدارى له غاية مقيدة بقيدين : قيد خاص ؛ وهو ما يضعه المشرع من قوانين خاصة تحدد عمل الإدارة ، وفيه تكون الإدارة مقيدة فى عملها بنص القانون . وقيد عام : وهو الذى ترك المشرع فيه للإدارة حرية التصرف بشرط عدم خروجها على المصلحة العامة للأمة .

وعلى الإدارة أن لا تخرج بقراراتها عن القيدين وإلا شابها عيب إساءة استعمال السلطة^(١١٩٧) . ومع ذلك للإدارة الحرية فى تقدير الظروف التى تدعوها لإصدار القرار وخصوصا ما يتعلق بالمنفعة العامة، وهنا يباشر القضاء رقابته المتطورة المعروفة (الموازنة بين المنافع والمضار) وبها خرج القاضى الإدارى برقابته على فكرة المنفعة العامة التقليدية التى كانت تقوم على المقابلة بين المنفعة الخاصة والعامة^(١١٩٨) ، وأصبحت المنفعة العامة تمثل فكرة نوعية

(١١٩٤) انظر :

C. min. de l'Intérieur c./Mamet, Deryng et autres, R.D.P., P., note J.M. AUBY.

(١١٩٥) انظر :

René HOSTIOU :Chr. De la jurisprudence administrative de l'expropriation pour l'année, A.J.P.I. , P. et ss ; et note sous C.E . Asso. Des amis de l'abbaye de Fontevraud, A.J.D.A . P.

Patrick LOQUET : La communauté urbaine le promoteur et le iplodocus ou de l'utilité publique d'une opération privée, Mél . J. TENEUR , Lille , Tome II . P.

(١١٩٦) أ.د / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٣٠٧ .

(١١٩٧) انظر (أ.د / سليمان محمد الطماوى - نشاط الإدارة - دار الفكر العربى - مصر - الطبعة الثانية - ١٩٥٤م - ص ٢٣٩ .

(١١٩٨) انظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع وتقديرها فى دعوى الإلغاء - حقوق عين شمس ١٩٩٢م - هامش ص ١٥٩) .

وذلك تحت تأثير التدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة حتى صار حق الملكية للفرد له وظيفة اجتماعية وأصبحت المنفعة العامة تقدر وفقا لظروف المشروع وما يحققه من مزايا اجتماعية واقتصادية مع الأخذ في الاعتبار بالمنافع الأخرى والمضار المترتبة على المشروع المراد تنفيذه^(١١٩٩).

ومن ثم كان على القاضى الأخذ بضابط التناسب للمنفعة المراد تحقيقها وانعدامه ومنه الأخذ بتناسب تكلفة المشروع مع ما يحققه من مزايا اقتصادية ، وهذا الضابط يخضع فى الغالب لظروف الزمان والمكان ، فقد يحقق مشروع ما مزايا متعددة فى مكان ما لا يحقق مثلها فى مكان آخر أمام ما تتكلفه الإدارة من أعباء وأيضا يقاس الأمر على الزمان .

وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى فى قضية (Grassin)^(١٢٠٠) .التى تتعلق بإقامة أحد مطارات التدريب على الرياضة الجوية ، وفيها رأت البلدية إمكان استخدام المطار فى المستقبل فى تنمية السياحة وتنشيط اقتصاد المنطقة مع إضافة بعض التجهيزات على المطار فى المرحلة المقبلة .

وفى هذه القضية دعا مفوض الدولة المجلس إلى مقارنة مزايا المشروع المتعلقة بالمنفعة المباشرة التى يحققها للبلدة وبين أعبائه المالية والاجتماعية المترتبة على المشروع والتى تدفع بالموازنة بين المنافع والمضار إلى الاتجاه السلبى .

وهنا وجد المجلس أن تكلفة المشروع (سبعمائة ألف فرنك) غير متناسبة تماما مع المصادر المالية للبلدة التى أريد إقامة المطار عليها ، وأنها لا تستمد أى مساعدات من جهات أخرى فقضى المجلس بإلغاء القرار فى حين أن المجلس قضى بعدم إلغاء قرار الإدارة فى قضية مشابهة ؛ وهى قضية **Borderie**^(١٢٠١) ، وفيها قضى بعدم الإلغاء لأنه فحص خصائص البلدة من حيث قلة عدد السكان وقلة مواردها ولكنه توصل إلى أن هناك باعنا آخر وقع لإقامة المشروع^(١٢٠٢) . كما أن هذا الضابط يؤكد على أن انعدام التناسب بين المنفعة والمضرة لضرارة المنفعة قد يتخذ قرينة على قصد الإضرار وأيا ما كان فانعدام التناسب يكون سببا فى تعسف

(١١٩٩) انظر (د/ محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٥٩) .

(١٢٠٠) انظر :

١٢٠٠ : انظر (د/ محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٥٩) .

(١٢٠١) انظر

(١٢٠٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٩٠) .

بل فى هذا الضابط تعدو المنفعة المشروعة غير مشروعة إذا ترتب عليها مضار مساوية لها أو راجحة عليها نتيجة لظرف من الظروف وهو ما يعطى القضاء الإدارى الحق فى الإلغاء . وبناءً على ما سبق من ضوابط للموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية فإنه إذا تم الطعن فى قرار إعلان المنفعة العامة ، يقوم قاضى الإلغاء (أو قاضى تجاوز السلطة) بالتأكد أولاً : من أن هناك منفعة عامة فإذا توافرت هذه المنفعة عليه ثانياً : أن يفحص ما إذا كانت حقيقية أو وهمية فإذا ما علم جديتها تعين عليه تقدير ما يترتب عليها من أضرار مالية واقتصادية واجتماعية^(١٢٠٤). فإن علم رجحانها أقرها وإن تساوت المنفعة المرجوة مع المضرة المترتبة عليها فإن استطاع تحقيق المنفعة ودرء المضرة فعل ، وإن لم يستطع كان درء المضرة أولى غير أن ذلك يخضع لظروف الزمان والمكان .

(١٢٠٣) انظر (دكتور / فتحى الدرينى - نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى - ص ٣٤٦) .
(١٢٠٤) انظر (د/ سامى جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٧ ، ٢٧٣).

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار ضوابط النظرية

يتضح مما سلف بيانه لضوابط إجراء عملية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، أن بين ضوابط النظاميين تفاوت كبير يظهر من حيث تحديد المراد بالضوابط المذكورة ، واستيعاب عملية الموازنة بين المنافع والمضار .

١ فى النظام الإسلامى وجد اللفظ المحدد للمراد من الضابط الموضوع ، وكذلك كانت الضوابط مستوعبة لكل جوانب الموازنة بين المنفعة والمضرة ، وعلة هذا الاستيعاب فى النظام الإسلامى وجود مادة غناء فى القرآن والسنة والإجماع والقياس لإنشاء وكشف هذه الضوابط ، وما كان أمام أهل الاجتهاد إلا أن يقوموا بتجميعها ومحاولة أعمالها ، وإسقاطها على دنيا الوقائع المتجددة التى تبحث عن حكم يجيزها أو يمنعها ، والأمثلة على هذا كثيرة ذكرنا غالبها فى الباب الثانى (١٢٠٥) .

٢ أما فى النظم الوضعية : فالضابط للنظرية ما زال فى طور البناء والتكوين ، ولا سيما وأنها تمثل تطورا رقييا ما زال القضاء الإدارى يلتقط حباته من بين النثر من القواعد القانونية المتنوعة ، والمبادئ القانونية العامة ، ويحاول جاهدا دون كلل أو ملل أن يقوم على استكمال كل جوانب نظرية الموازنة بين المنافع والمضار حتى تتحقق الحماية الكاملة لحريات وحقوق الأفراد التى هى من أولويات واجباته .

وإذا كان القضاء الإدارى فى النظم الوضعية لم يصل إلى حد استكمال جوانب نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فهو معذور لسببين :

(١٢٠٥) انظر (الباب الثانى - الفصل الأول - الأساس القانونى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى - ص ١٤٩ من الرسالة) .

الأول : أنه لم يجد بين القواعد القانونية ما يكفيه للوصول بالنظرية إلى حد الكمال .
الثانى : إن بعض العوامل السياسية كانت بمثابة عقبة كئود أمام تطوره الرقابى على أعمال السلطة التقديرية .

ومع هذين السببين النكدين استطاع القضاء الإدارى بعقل واع أن يكسر القيود ، وأن يتدرج فى رقابته ، وأن يتقدم بخطوات حثيثة مرنة نحو أعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وحتى لا يصطدم بالجدار السىادى الذى تحتوى وراءه الإدارة إذا ما حاول القضاء أن يغلّ يدها أو يلغى قرارها ، بسط القضاء رقابته الموضوعية على أعمال الإدارة وقراراتها بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بدلا من الوقوف عند الحد الشكلى للقرار .

المبحث الثاني

طرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

المقصود بطرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار منهج التطبيق المتمثل فى بيان المراحل التى تمر بها عملية الموازنة بين المنافع والمضار حتى يصل المجتهد والقاضى إلى الحكم المرجو ، ولا يمكن لكليهما أن يلجأ إلى مراحل التطبيق للموازنة إلا بعد إدراكه لأمرين : الأول : التعرف على الواقعة المراد تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار عليها ، ذلك لأن الموازنة بين المنافع والمضار منهج مرسوم يلجأ إليه القضاء الإدارى عند تراحم المنافع والمضار فى واقعة معينة ، فما على القاضى إلا التعرف أولاً على الواقعة وأن ينظر ما فيها من تعارض بين المنافع والمضار^(١٢٠٦).

الثانى : التثبت من وجود تعارض بين المنافع والمضار فى الواقعة الواحدة ، وهذا الأمر يحتاج إلى بعض الجهد من القاضى والمجتهد ، وحتى يحيط القاضى بدقائقه وظروفه قبل أن يوازن ، عليه أن يسأل أهل التخصص والخبرة فى هذا الميدان ، معنى ذلك أن القاضى وبخاصة الإدارى لم يعد يقف عند حد رقابة التأكد من أن المشروع المزعوم تنفيذه يحقق نفعاً عاماً ، كما أنه لم يكتف برقابة ما إذا كان العقار اللازم لهذا المشروع هو الذى يحقق فى الواقع المنفعة العامة التى تدعيها الإدارة ، بل أصبح القاضى يعمل برقبته فى ما إذا كان المشروع يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب ومضار^(١٢٠٧).

وهذا الأمر ليس عاماً وإنما يتم البحث لكل واقعة على حدة .

هذا وقد وجه المعارضون للنظرية نقداً رئيساً قالوا فيه : إن القضاء الإدارى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار يُدخل تقديره محل رجل الإدارة ، رغم عدم قدرته على ذلك وعدم توافر الوسائل الفنية لديه ، وأنه سيجعل تقديره الشخصى وما يتبع ذلك من ميول وأهواء^(١٢٠٨).

والرد على هذا النقد سهل ميسور بأمرين :

١ ابن القاضى الإدارى يقوم برقبته هذه على التقييمات التى تجربها الإدارة بما لها من سلطة تقديرية وذلك حين تتسم هذه التقييمات باللامعقولية أو المبالغة ، أو حينما تكون ذات رصيد سلبى فى ميزان التكاليف والمزايا^(١٢٠٩).

(١٢٠٦) انظر (دكتور) جمال الدين عطية - النظرية العامة للشرعية الإسلامية - مطبعة المدينة - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٨م - ص ٢٤٦) وانظر فى ذلك أيضاً (د / عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام - ص ٢٣٠) .

(١٢٠٧) انظر (أ . د / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٢١٠) .

(١٢٠٨) انظر (د/ أحمد أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٣٧) وانظر فى ذلك أيضاً (أ . د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٣٤٩) .

(١٢٠٩) أ . د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ص ٣٤٩ .

٢ ابن القاضى إذا حَزَبَهُ أمر تقدير المنافع والمضار كان من السهولة عليه بمكان أن يكلف أهل الخبرة والتخصص بتقدير ذلك وخصوصا وأنه يمثل إحدى السلطات العامة فى الدولة ، وإذا ما تعرف القاضى على الواقعة وثبت لديه أن فيها تعارضا بين منافعها ومضارها وأن ذلك يستوجب عليه إعمال الموازنة بين المنافع والمضار كان عليه السير فى التطبيق وفق مراحل معلومة لا يجوز له الخروج عليها وهى : الجمع بين المنافع والمضار أو الترجيح أو التخيير أو التوقف .

وطرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار نتعرف عليها فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : الجمع بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المطلب الثانى : الترجيح بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المطلب الثالث : التخيير بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المطلب الرابع : التوقف بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المطلب الأول

الجمع بين المنافع والمضار

حيثما تحققت المنفعة وتؤكد القاضى من ثبوتها فيجب العمل على رعايتها وجلبها ،
وحيثما تحققت المضرة وتؤكدت فيجب العمل على دفعها وسد أبوابها والحكم بإلغاء ما كان فى
سبيلها^(١٢١٠). وهذا ظاهر بيّن ، لكن حركة التطبيق للموازنة تكون حيث تتعارض منفعتان أو
مضرتان أو منفعة ومضرة ، وعندئذ إن كان هناك وجه للجمع بينهما فهو الأولى ، وإن أمكن
تحصيلها حصلناها كالجمع بين المنافع ، وإن أمكن درؤها درأناها كالجمع بين المضار
^(١٢١١). فما المقصود بالجمع وما هى شروطه وكيفية إعماله بين المتعارضتين ؟

تعريف الجمع لغة واصطلاحًا :

يطلق الجمع لغة : على تأليف المفترق ، وهو مصدر كقولك : جمعت الشيء ، ويقال :
جمع الشيء عن تفرقه بجمعه جمعا وجمعه وأجمعه فاجتمع ، والمجموع الذى جُمع من هنا
وهنا وإن لم يجعل كالشيء الواحد^(١٢١٢).

ويطلق الجمع اصطلاحًا على أنه : بيان التوافق والائتلاف بين الأدلة الشرعية سواء كانت
عقلية أو نقلية ، وبيان عدم وجود خلاف بينه حقيقة بطريقة من طرق دفع التعارض بين الأدلة
كتأويل^(١٢١٣) جميع ما يظهر التعارض فيه أو تأويل بعضه أو حمل المطلق على المقيد أو
تخصيص العام بالخاص .

(١٢١٠) انظر (د/ أحمد الريسونى - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبى - ص ٢٩٧) .

(١٢١١) انظر (العز بن عبد السلام - الفوائد فى اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى - ص ٤٥ : ٤٦) .

(١٢١٢) انظر (ابن منظور - لسان العرب - ٥٣/٨) وانظر (الشيرازى - القاموس المحيط - ٩٥٤/٢) .

(١٢١٣) التأويل : هو صرف الكلام عن ظاهره إلى وجه محتمل ، وعند الغزالي : التأويل عبارة عن احتمال يعضده دليل يصير
به أغلب الظن من المعنى الذى دل عليه الظاهر ، وهو غير صحيح : أما أولا فلأن التأويل ليس هو نفس الاحتمال الذى
حمل اللفظ عليه بل هو نفس حمل اللفظ عليه ، وفرق بين الأمرين : وأما ثانيا فلأنه غير جامع ، فإنه يخرج منه التأويل
بصرف اللفظ عما هو ظاهر فيه إلى غيره بدليل قاطع غير ظنى ، حيث قال : يعضده دليل يصير به أغلب على الظن من
المعنى الذى دل عليه الظاهر ، وأما ثالثا : فلأنه أخذ فى حد التأويل من حيث هو تأويل وهو أعم من التأويل بدليل ؛ ولهذا
يقال : تأويل بدليل ، وتأويل من غير دليل .

فتعريف التأويل على وجه يوجد معه الاعتضاد بالدليل لا يكون تعريفاً للتأويل المطلق ، اللهم إلا أن يقال : إنما أراد تعريف التأويل
الصحيح دون غيره .

والحق فى ذلك أن يقال : أما التأويل من حيث هو تأويل مع قطع النظر عن الصحة والبطلان ، هو حمل اللفظ على غير مدلوله
الظاهر منه مع احتمال له . وأما التأويل المقبول الصحيح فهو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له بدليل
يعضده ؛ الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى - ٣٧/٢ ، وانظر (شهاب الدين الأبدى - بيان كشف الألفاظ - تحقيق -
د/ خالد فهمى وقدم له وراجعته - أ . د/ رمضان عبد التواب - ص ٣٨ برقم (١٦٣) وانظر (الغزالي - المستصفى ٩٤/٢) .

وأیضا هو : إزالة الاختلاف بين الحجتين بتأويلهما وانفكاك جهتهما^(١٢١٤).

أولا : موقف الفقه الإسلامی من طریق الجمع فی الموازنة بین المنافع والمضار:
اختلف الفقهاء فی الأخذ بالجمع بین متساهل ومانع ومعتدل .

١- قال البعض : بقبول الجمع والتوفيق بین المتعارضین وتساهل فیہ ، فأخذ بالتأویل القریب والبعید فی الجمع بین المتعارضین بشرط : ألا يكون بالتأویل خروج عن روح الشریعة ولا يكون مخالفا لعمل الأمة وخرقا لإجماعهم .

وهؤلاء یرون أنه متى لاح للمجتهد أمارات التعارض وذلك یحمل اللفظ علی المجاز وحمل المطلق علی المقید ، والعام علی الخاص ونحو ذلك^(١٢١٥).

٢- فریق آخر قال باستحالة الجمع بین المنافع أو المضار وقالوا بأن هذا لا وجود له (بل التفصیل إما أن يكون حصوله أولى بالفاعل وهو راجح المصلحة وإما أن يكون عدمه أولى به وهو راجح المفسدة ، وأما فعل يكون حصوله أولى لمصلحته وعدمه أولى به لمفسدته وكلاهما متساویان فهذا مما لم یقم دلیل علی ثبوته بل الدلیل یقتضی نفيه فإن المصلحة والمفسدة والمنفعة والمضرة واللذة والألم إذا تقابلا فلا بد أن یغلب أحدهما الآخر فیصیر الحكم للغالب وأما أن یتدافعا یتصادما بحيث لا یغلب أحدهما الآخر فغیر واقع^(١٢١٦).

ولكن یُرَدُّ علیهم : بأن الجمع ممكن فی ظل شروط معينة وضعها أهل العلم للأخذ به .

٣- سلك جمهور العلماء مسلکا وسطا بین الرأيین السابقین فلم یتساهلوا فی الأخذ بالجمع دون قید أو شرط ، وأیضا لم یرفضوا العمل به بل قبلوا العمل به ما أمكن ، قال العز بن عبد السلام : (فإن أمكن تحصیلها حصلناها ، وإن تعذر تحصیلها حصلنا الأصل فالأصلح والأفضل فالأفضل)^(١٢١٧). وكذلك المضار والمفاسد قال فیها أیضا (فإن أمكن درءها درأنا وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد والأرذل فالأرذل)^(١٢١٨). وكذلك إذا تعارضت المنافع والمضار قال العز بن عبد السلام : (إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصیل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فیهما ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾^(١٢١٩). وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالی بفوات المصلحة^(١٢٢٠).

(١٢١٤) د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ١٥٦ ، وانظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ١/ ٥٣٨) .

(١٢١٥) انظر (دكتور / محمد الحفناوی- التعارض والترجيح عند الأصولیین وأثرهما فی الفقه الإسلامی- دار الوفاء - مصر - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م - ص ٢٦٠) .

(١٢١٦) ابن القيم الجوزية - مفتاح دار السعادة - ١٦/٢ .

(١٢١٧) العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام فی مصالح الأنام- ١/ ٥٠ ، وأیضا (القواعد الصغرى : ٤٥) .

(١٢١٨) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٧/١ ، وأیضا (ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ٤٦) .

(١٢١٩) سورة التغابن : آية ١٦ .

(١٢٢٠) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٧٤/١ ، وأیضا (ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ٤٧) .

ومع ذلك اشترط الجمهور لذلك شروطا حتى يكون ما وصل إليه المجتهد من حكم مقبولا .

أ- شروط الجمع والتوفيق بين المتعارضين .

١ أن يكون كل من المتعارضين ثابت الحجية .

٢ ألا يؤدي الجمع إلى بطلان نص من نصوص الشريعة أو بطلان جزء منه، فإذا أدى التوفيق بين المتعارضين من قبل المجتهد بنوع من التأويل في أحدهما ، وأدى ذلك إلى بطلان نص قطعي الدلالة أو جزء منه فإنه لا يعتبر بمثل هذا الجمع ، ولا يعتمد عليه في الأحكام الشرعية .

٣ أن يكون المتعارضان متساويين وذلك حتى يصح الجمع بينهما ، فإذا كان أحدهما أقوى من الآخر يصار إلى الترجيح ، ومع ذلك يقول الجلال المحلي^(١٢٢١). (فإن أمكن الجمع والترجيح فالجمع أولى منه على الأصح)^(١٢٢٢). وكلامه هذا صريح في عدم اشتراط المساواة بين المتعارضين لإعمال الجمع بينهما^(١٢٢٣).

٤ ألا يكون الجمع بالتأويل البعيد ، ويتحقق ذلك ألا يخرج التأويل عن القواعد المقررة في اللغة ، وألا يخالف عرف الشريعة ومبادئها السامية ، وألا يخرج به عما لا يليق بكلام المشرع^(١٢٢٤).

ب - كيفية العمل بالجمع في تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار .

من المتفق عليه عند الجمهور أن الجمع بين المتعارضين أحسن من تفويت إحداهما ، فإذا تعارضت منفعتان من جهة واحدة كأن تكون عامتين أو خاصتين فإنه يصار إلى الجمع بينهما ما أمكن ذلك ، يقول ابن القيم (فإن الشريعة مبنها على تحصيل المصالح بحسب الإمكان وأن لا يفوت منها شيء فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت)^(١٢٢٥). ومن قبله أكد على هذا المعنى العز بن عبد السلام فقال : (من رفق الله بنا أنه أمرنا إذا اجتمعت مصلحتان قاصرتان أو متعدتان أن نحصلهما فإن عجزنا عن تحصيلهما حصلنا أعلاهما)^(١٢٢٦). وقال في تعليقه على حديث النبي ﷺ : « الإيمان بضع وسبعون شعبة أعلها قول لا إله إلا الله وأدناها إمطة الأذى عن الطريق »^(١٢٢٧)، قال : (فمن قدر على الجمع بين الأمر بمعروفين في وقت واحد لزمه ذلك

(١٢٢١) الجلال المحلي هو : محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المكي الشافعي (ت . ٨٦٤هـ) انظر (الزركلي - الأعلام- دار العلم للمالين - بيروت - ط ٥ - ١٩٨٠م - ٣٣٣/٥) .

(١٢٢٢) د/ محمد الحفناوي - التعارض والترجيح - ص ٢٦٦ .

(١٢٢٣) انظر (د/ محمد الحفناوي - المرجع السابق - ص ٢٦٦) .

(١٢٢٤) انظر (د/ محمد الحفناوي - المرجع السابق - ص ٢٦٦) .

(١٢٢٥) ابن القيم - مفتاح دار السعادة - ١٩/٢ .

(١٢٢٦) العز بن عبد السلام - شجرة المعارف والأحوال ، ومصالح الأقوال والأعمال - تحقيق / إباد خالد الطباع - ٤٠١/١

: ٤٠٢ - دار الطباع للطباعة والنشر - دمشق - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٩٨م .

(١٢٢٧) النووي - شرح صحيح مسلم - ٢٧٧/١ - رقم (٣٠) .

، لما ذكرناه من وجوب الجمع بين المصلحتين (١٢٢٨).

وليس هذا قاصراً على المنافع فقط ، بل من الممكن الجمع بين دفع مضرتين كما قال العز بن عبد السلام : (فمن قدر على الجمع بين درء أعظم الفعلين مفسدة ودرء أدناها مفسدة جمع بينهما) (١٢٢٩). وقال : (وإن قدر على دفع منكرين دفعة واحدة لزمه ذلك) (١٢٣٠). وعليه فإذا تعارضت مصلحة عامة مع مصلحة خاصة أو مضرة عامة مع خاصة فإنه يصار إلى الجمع بين المصلحتين في الجلب أو المضرتين في الدرع ما أمكن حتى لا تقدم إحداها على الأخرى ، ذلك لأن الشريعة اعتبرت الفرد ومنفعته ، وكذلك الأمة ومنفعتيها وجعلت مكونات الواقع الاجتماعي مكوناً منهما ؛ فإنكار أحد مكونات هذا الواقع أو إهماله بتفويته مع إمكانية تحصيله يعتبر ظلماً تأباه الشريعة ولا تسير نحوه ، وأن الشريعة اعتبرت المنفعة الفردية كالمنفعة العامة في نظامها التشريعي ، وفي هذا المعنى يقول الدكتور فتحي الدريني : (إن استقراء مصادر الشريعة ومواردها أثبت أن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المصالح الفردية بما يقوم عليه نظامها الشرعي العام كالمصلحة العامة سواء بسواء) (١٢٣١). ومن ثم إذا وجد المجتهد أو القاضي مسلكاً لتحصيل المنافع العامة دون التعرض للمصالح الخاصة بالإلغاء أو بالحد من بعضها جمعاً بين المنفعتين فعل (١٢٣٢).

ثانياً : موقف الفقه القانوني من الجمع بين المنافع والمضار .

إن طريق الجمع بين المنافع والمضار يجلب الأولى ودفع الثانية لم يصل إليه القضاء الإداري بصورة واضحة ، تجعلنا نجزم باعتداده بهذا الطريق ، وإنما هناك بعض المظاهر التي تشير من بعيد من بين ثنايا أحكام القضاء لطريق الجمع بين المنفعة والمضرة ، منها على سبيل المثال : حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية سانت ماري ، والتي تتعلق بإقامة جزء من طريق سريع شمال مدينة نيس ، وإنشاء مفرق وتحويله ، هذا الطريق يربط فرنسا بإيطاليا ، وينقل الطريق العام خارج المدينة ، وجانب المنفعة فيه هو سيولة المرور وفتح باب للرواج الاقتصادي بين البلدين ، بينما الجانب السلبي يتمثل في الإضرار بالملكية الخاصة والأعباء المالية والاجتماعية ، كما أنه يشتمل على إضرار شديد بمنفعة عامة أخرى تتعلق بالصحة العامة حيث سيمر الطريق بجوار مستشفى خاص مما يترتب عليه هدم أحد مبانيها ، وكذلك ستؤدي التحويلة الملحقة بالطريق إلى الإضرار بالمساحة الخضراء للمستشفى .

وهنا وجد مجلس الدولة نفسه مطالباً بالتحكيم بين منفعتين عامتين متعارضتين هما : (الصحة العامة وسيولة المرور) ولذا لجأ مجلس الدولة إلى قرار يبدو غريباً لأول وهلة ؛ وهو

(١٢٢٨) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٩١/١ .

(١٢٢٩) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٩٤/١ .

(١٢٣٠) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٩٤/١ .

(١٢٣١) د/ فتحي الدريني - أصول التشريع الإسلامي - طبعة جامعة دمشق - ١٩٧٦م - ص ٢٥٦ .

(١٢٣٢) انظر (ابن زغبة عز الدين - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٣٠٠) .

الإلغاء الجزئى للقرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة ، فاعترف المجلس بصفة المنفعة العامة للجزء من المشروع الذى سيجرب عليه هدم مبنى من المستشفى ، بينما أنكرها على الجزئين الآخرين لإضرارهما الشديد بالبيئة من جراء المساحات الخضراء وإحداث الضوضاء للمستشفى .

وبصرف النظر عن طبيعة الإلغاء فإن ما يهمنا هو أن القضاء الإدارى وضع على كفتى الميزان منفعتين عامتين كلتاهما أساسية وضرورية ، وليس هناك أولوية لواحدة على أخرى ، ومن ثم استطاع أن يجمع بين المنفعتين ، فجلب واحدة ودرء الضرر الكبير عن الأخرى .

وبناء على هذا نرى أن القضاء الإدارى سار على طريق الجمع بين المنافع تطبيقاً لا تأصيلاً .

المطلب الثاني

الترجيح بين المنافع والمضار المتعارضة

الترجيح لغة : من رَجَحَ الشيء بيده : أى وزنه ونظر ما ثقله ، وأرجح الميزان: أى أثقله حتى مال ، وأرجحت لفلان ورجحت ترجيحاً : إذا أعطيته راجحاً ، فالترجيح الميل والثقل^(١٢٣٣).

وهو أيضاً : بيان القوة لأحد المتعارضين على الآخر^(١٢٣٤).

ويقصد بالترجيح اصطلاحاً : اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما بما يوجب العمل به وإهمال الآخر^(١٢٣٥).

ويعنى ذلك قيام المجتهد بتقديم أحد الطرفين المتعارضين بالقول أو الفعل لما فى أحد الطرفين من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر^(١٢٣٦).

والترجيح بين المنافع والمضار هو لب موضوعنا بل هو أدق أعمال المجتهد وأصعبها عليه وعلى القاضى ؛ إذ هو خلاصة علمه ، وفيه تظهر براعته ولاسيما إذا كان مجال الترجيح عند المتشابهات التى لا يعلمها كثير من الناس^(١٢٣٧).

أولاً : موقف الفقهاء من العمل بالترجيح بين المنافع والمضار

قد تمسك جمهور العلماء بطريق الترجيح بين المتعارضين من المنافع والمضار مستدلين على ذلك بالنص والإجماع والمعقول .

فأما اعتمادهم على النص فقولہ صلى الله عليه وسلم : « عليكم بالسواد الأعظم »^(١٢٣٨).

ووجه دلالة الحديث : تغليب الظاهر الراجح .

وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم : « نحن نحكم بالظاهر »^(١٢٣٩) .

ووجه دلالة الحديث : البناء على الظاهر فى الفتيا والشهادة وقيم المتلفات

(١٢٣٣) ابن منظور - لسان العرب.

(١٢٣٤) أبو البقاء الكفوى - الكليات - ص ٣١٥ .

(١٢٣٥) الآمدى - الإحكام - ٣٥٧/٤ .

(١٢٣٦) انظر (البرزنجى - التعارض والترجيح - ٨٩/١ - دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ م) .

(١٢٣٧) انظر (دكتور / يوسف أحمد محمد البدوى - مقاصد الشريعة عند ابن تيمية - ص ٢٩٩) .

(١٢٣٨) مسند الإمام أحمد ٢٧٨/٤ - مؤسسة قرطبة للنشر - مصر (د:ت) .

(١٢٣٩) قال عنه ابن كثير (لم أقف له على سند لكن له معنى فى الصحيح ، وهو قول النبى ﷺ « إنما أفضى بنحو ما أسمع »

انظر (ابن كثير - تحفة الطالب - تحقيق / عبد الغنى بن حميد بن محمود الكبيسى - دار حراء للنشر - مكة المكرمة -

الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٧٤/١) .

وغيرها (١٢٤٠).

وأما الإجماع فقد اعتمد الجمهور على إجماع الصحابة في الأخذ بالراجح (١٢٤١).
وقالوا : لو لم يُعمل بالراجح للزم العمل بالمرجوح ، ولا شك أن ترجيح المرجوح على
الراجح ممتنع عقلاً .

وأما المعقول فقال الجمهور : (إذا كان أحد الطرفين راجحاً فالعقلاء يوجبون بعقولهم
العمل بالراجح، وذلك لأن مناسبة العقل تقتضي تقديم الراجح على المرجوح ، والأصل تنزيل
التصرفات الشرعية منزلة التصرفات العرفية ، ولقد روى عن ابن مسعود رضي الله عنه (١٢٤٢) قوله صلى
الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (١٢٤٣). وحاصل ذلك عند
الجمهور : أن ترجيح الراجح متعين عرفاً فكذا شرعاً (١٢٤٤).

وقد أنكر البعض العمل بالترجيح وحثهم في المنع : (أن الدليلين إذا تعارضا ورجح
أحدهما ففي كل واحد منهما مقدار هو معارض بمثله ، فسقط المثلان ويبقى مجرد الرجحان ،
ومجرد الرجحان ليس بدليل وما ليس بدليل لا يجوز الاعتماد عليه فلا يعتمد على الرجحان ، بل
ينبغي تخريج هذه الصورة على صورة تساوى الإماراتين والحكم هناك التخيير على المشهور
والتوقف على الشاذ فكذلك يجرى ههنا القولان (١٢٤٥).

وقد رد عليهم الجمهور بما فند عليهم حججهم (١٢٤٦). ونكتفي بقول الإمام الجويني بعد
ذكره لحقيقة الترجيح قال : (والكلام بعده في إثبات صحته عند تعارض ما يصح فيه التعارض
من أدلة الشرع وغيرها ، وذلك صحيح عندنا ثابت في الجملة ، وأنكره من لا عبرة بإنكاره
والدليل على صحته وثبوته - في الجملة - ما تقرر من اتفاق العقلاء والعلماء على تقديم الأمر
على غيره بفضيلة يختص بها أحدهما) ؛ ثم قال : (فمن رد الترجيح ورغب عنه - مع ما
قصصناه عليه - خلع نفسه عن جملة أهل العقول والشرعية وذلك غير مرغوب فيه .

فإن قيل : إذا لم يكن الترجيح في نفسه دلالة ، كيف صير ما ليس بدلالة عند التعارض
دلالة ؟

قيل : الترجيح لا يصير ما ليس بدلالة دلالة ، لكن عند التعارض يلتبس عين الحجة بما
ليس بحجة ، والترجيح زيادة إنضافت إلى أحد المتقابلين وصار وصفا فيه ؛ فأخرج الآخر عن أن

(١٢٤٠) انظر (القرافي - شرح تنقيح الفصول - دار الفكر - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ص ٣٢٨)

(١٢٤١) راجع في ذلك (د/ محمد الحفناوي - التعارض والترجيح عند الأصوليين - ص ٢٩٠ : ٢٩٢) .

(١٢٤٢) ابن مسعود هو : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب من السابقين الأولين في الإسلام هاجر الهجرتين (ت: ٣٢هـ)
ودفن بالبقيع ، انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء ١/ ٤٦١) .

(١٢٤٣) العجلوني - كشف الخفاء - تحقيق / أحمد القلاش - مؤسسة الرسالة - بيروت ط ٤ - ١٤٠٥هـ - ١٩٢/١ .

(١٢٤٤) انظر (دكتور / محمد الحفناوي - التعارض والترجيح - ص ٢٩٢) .

(١٢٤٥) القرافي - شرح تنقيح الفصول - ص ٣٢٨ .

(١٢٤٦) لمزيد من التفصيل في رد الجمهور - انظر (القرافي - شرح تنقيح الفصول - ص ٣٢٩ : ٣٣٠) .

يقابله فسقط ما يوههم مقابلته له ، فبقى دلالة بلا مقابل يقدم به قول صاحبها .
فإن قيل : فالوصف الذى به يختص الترجيح مختص بماذا ؟ بالحكم أو بالدليل أو
بالمستدل ؟

قيل : لابد من أن يكون للترجيح تأثير وتعلق بالحكم أو بأحد الدليلين . فهذا وجه
اختصاصه بكونه ترجيحاً لما هو ترجيح له ، فبعد هذا يجوز أن يكون نصفه فى الدليل أو نصفه
فى ناصب الدليل أو نصفه يكون فى تأويل الدليل (١٢٤٧).

شروط العمل بطريق الترجيح :

إن الترجيح لا يكون فيما كان قطعياً ؛ لأن القطعى لا يحتمل التزايد فلا يتصور فيه
الرجحان ، ومن ثم يكون الترجيح فيما كان ظنيا والعلم بالرأى فيه غالب ، ذلك لأن الترجيح فيه
يكون بوجوه مؤثرة فى قوة الظن وغلبة الرأى (١٢٤٨).

وحتى يمكن قبول ما وصل إليه المرجح لابد من توافر عدة شروط :
١- أن يكون المرجح عالماً بما يقدم فى الجلب من المنافع وما يؤخر فى الدرع من
المضار .

وفيه يقول العز بن عبد السلام : (فإن تعذر درء الجميع أو جلب الجميع ، فإن تساوت
الرتب تخير ، وإن تفاوتت استعمل الترجيح عند عرفانه والتوقف عند الجهل به) (١٢٤٩). ويقدر
الإمام ابن تيمية هذا الشرط بقوله : (إن تمام الورع أن يعلم الإنسان خير الخيرين ، وشر الشرين
، ويعلم أن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المفاسد وتقليلها ، وإلا
فمن لم يوازن ما فى الفعل والترك من المصلحة الشرعية والمفسدة الشرعية فقد يدع واجبات
ويفعل محرمات) (١٢٥٠). وقال أيضاً : (فليس العاقل الذى يعلم الخير من الشر ، وإنما العاقل
الذى يعلم خير الخيرين وشر الشرين) (١٢٥١).

٢- أن يكون الترجيح بين المنافع والمضار بناءً على الظهور والغلبة ؛ فالعبرة فى الترجيح
بما غلب نفعه أو مضرته وكان هذا على الظاهر بكثرة أسبابه (١٢٥٢).

فالغالب معتبر فى الشريعة فهذا شأنها فى تقديمه على النادر وهو الأصل (١٢٥٣). (وإن

(١٢٤٧) الإمام الجوينى - الكافية فى الجدل - دار الكتب العلمية - بيروت ط ١ - ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م ص ٢٦٧ ، وانظر
فى ذلك (الدكتور الحفناوى - التعارض والترجيح - ص ٣٩٣ : ٣٩٤) .

(١٢٤٨) انظر (الشيخ الإمام علاء الدين شمس النظر أبى بكر محمد بن أحمد السمرقندى - ميزان الأصول فى نتائج العقول)
المختصر (تحقيق وتعليق - د.أ. / محمد زكى عبد البر - مكتبة دار التراث - القاهرة - الطبعة الثانية ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م -
ص ٧٣٠) .

(١٢٤٩) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٧/١ .

(١٢٥٠) ابن تيمية - مجموع الفتاوى - ٢٩٠/١٠ .

(١٢٥١) ابن تيمية - المرجع السابق - ٣٣/٢٠ .

(١٢٥٢) انظر (القرافى - الفروق - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - ط ١ - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م - ٢٤١/٤)

(١٢٥٣) القرافى - المرجع السابق - ٢٤٠/٤ .

اشتمل فعلٌ على مصلحة ومفسدة فالعبرة بأرجحهما (١٢٥٤). وقد ذكر ابن القيم : (المصلحة والمفسدة أو المنفعة والمضرة ؟ أو اللذة والألم إذا تقابلا فلا بد أن يغلب أحدهما الآخر ، فيصير الحكم للغالب) (١٢٥٥).

وهو ما سار عليه العمل في النظام الإسلامي إذ إن : (العمل إذا اشتمل على مصلحة ومفسدة فإن الشارع حكيم ، فإن غلبت مصلحته على مفسدته شرعه ، وإن غلبت مفسدته على مصلحته لم يشرعه بل نهى عنه) (١٢٥٦).

ومن ثم فالأصل للغالب ، والنادر لا حكم له غالبا ، إلا أنه يستثنى من تقديم الغالب على النادر والراجع على المرجوح عند تعذر العمل به وخصوصا فيما لا تدانى مصلحته المصلحة العامة (١٢٥٧). أو في فعله مشقة تربو على المصالح رحمة بالعباد ووفقا بهم ومراعاة لضرورتهم (١٢٥٨). ومن هذه المستثنيات :

أ- ما ألغى الشرع فيه الغالب وقدم النادر رحمة بالعباد ، ومنه : تقديم عقد الجزية لتوقع إسلام بعضهم وهو نادر ، والغالب استمرارهم على الكفر ، وموتهم عليه بعد الاستمرار فألغى الشارع حكم الغالب ، وأثبت حكم النادر رحمة بالعباد في عدم تعجيل القتل وحسم مادة الإيمان عنهم (١٢٥٩).

ومنه أيضا : تقديم المفضول على الفاضل كتقديم الصالح على الأصلح في الولاية إذا كان الأصلح بغیضا للناس أو محتقرا عندهم ، والصالح محببا إليهم عظيما في أعينهم ، فيقدم الصالح على الأصلح لأن الإقبال عليه موجب للمسارة إلى طواعيته وامتنال أمره في جلب المصالح ودرء المفاسد (١٢٦٠).

وحاصل هذا : أن الشرع يجعل المنفعة المرجوحة عند تعذر الوصول إلى الراجحة ، أو عند مشقة الوصول إليها (١٢٦١).

ب : ما ألغى الشرع فيه الغالب والنادر معا رعاية للضرورة ورحمة بالعباد.

ومثاله : أخذ السراق المتهمين بالتهم وقرائن الأحوال كما يفعله الأمراء اليوم دون الإقرار الصحيح والبيّنات المعتبرة الغالب مصادفته للصواب والنادر خطأه ، ومع ذلك ألغاه الشرع صونا للأعراض ، والأطراف عن القطع (١٢٦٢).

(١٢٥٤) انظر (ابن تيمية - مجموع الفتاوى - ١٤٣/٣٢) .

(١٢٥٥) ابن القيم - مفتاح دار السعادة - ١٦/٢ .

(١٢٥٦) انظر (ابن تيمية - مجموع الفتاوى - ١٨٨ / ١١) .

(١٢٥٧) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٢ / ٢٠٨) .

(١٢٥٨) انظر (ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٢ / ٣٠٧) .

(١٢٥٩) القرافي - الفروق - ٢٤٤/٤ .

(١٢٦٠) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١ / ٦٦) .

(١٢٦١) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١ / ٤٩) .

(١٢٦٢) القرافي - الفروق - ٢٤٩/٤ .

٣- ألا يكون الترجيح بحسب التشهى والهوى ، بل ينبغى أن يكون بعد علم ودراية .
معنى ذلك أن يملك المرجح آلية الترجيح : " فالترجيح بمجرد الإرادة التى لا تستند إلى أمر علمى باطن ولا ظاهر ، لا يقول به أحد من أئمة العلم والزهور "(١٢٦٣). فإن علم رجحان إحدى المصلحتين قدمها ، وإن لم يقف على الرجحان ولم يجد نصا أو قرينة تدل على التفضيل فليس له أن يفضل إحداهما على الأخرى (١٢٦٤).

٤- توخى الحذر فى الترجيح بين ما هو متفق عليه بين العلماء وبين ما هو مختلف فيه .
ففى مثله يطول الخلاف والنزاع ؛ فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحدى المنفعتين فيقدمه ، ويظن آخر رجحان مقابلها فيقدمه ، وسبب ذلك اختلاف العلماء فى رتب المنافع ، ولا يهتدى إلى الوقوف على تفاوت المنافع ورجحان بعضها على بعض إلا من وفقه الله إلى معرفتها (١٢٦٥).

والممنوع فى الترجيح هنا : هو الترجيح الذى يؤدى إلى افتراق الكلمة وحدوث العداوة والبغضاء (١٢٦٦). ولذا كان على القائم بالترجيح الحذر منه .

أما العلم بوجود الخلاف فى الترجيح بين العلماء فعلى المرجح أن يأخذ منه ما كان به دفع للمشقة ورفع للعذر . وكلا الطرفين مصيب يقول العز بن عبد السلام (وعلى الجملة فإذا وقع الخلاف فى وجود المصالح ، فالمصيب من عرف وجودها أو فقدها ، وإذا وقع الخلاف فى رجحان بعض المصالح على بعض ، فالمصيب من عرف رجحانها أو تساويها ، وإذا وقع الخلاف فى تساوى المصالح فالمصيب من عرف تساويها ورجحانها) (١٢٦٧). ويسأل الإمام العز بن عبد السلام : (كيف تصوبون المختلفين مع أن بعضهم قد أصاب المرجوح الذى لو اطلع عليه لما جاز له الاعتماد عليه ؟) (١٢٦٨). قلنا : ترك الرجحان رخصة على خلاف القواعد ، وفى الرخص نترك المصالح الراجحة إلى المصالح المرجوحة للعذر وفقا للمشاق ، ولو قلنا بوجود الاستدراك لأدى ذلك إلى مشقة عظيمة عامة بخلاف من أخطأ النص أو الإجماع أو الأقيسة الجلية أو القواعد الكلية ، فإن خطأ ذلك لا يقع إلا نادرا (١٢٦٩).

وخلاصة ما سبق : إذا توفرت هذه الشروط اعتبر الترجيح مقبولا ويمكن بناء الحكم

(١٢٦٣) ابن تيمية - مجموع الفتاوى - ٢٦٩/١٠ .

(١٢٦٤) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٨/١) .

(١٢٦٥) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٣/١) .

(١٢٦٦) انظر (الشاطبي - الموافقات - ٢٦٤/٤) .

(١٢٦٧) د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام - ص ٢٤٤ .

(١٢٦٨) هذا السؤال بخلاف ما ورد فى مسألة : هل كل مجتهد مصيب ؟ يقول الإمام العز بن عبد السلام : " إن صوبنا المجتهدين فقد حصل لكل واحد منهما مصلحة لم يحصلها الآخر ، وإن حصرنا الصواب فى أحدهما فالذى صار إلى المصلحة الراجحة مصيب للحق ، والذى صار إلى المصلحة المرجوحة مخطئ معفو عنه إذا بذل جهده فى اجتهاده) راجع فى ذلك (قواعد الأحكام - ٤٨/١) .

(١٢٦٩) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٨/١ .

عليه .

منهج الترجيح بين المنافع والمضار :

إذا استحكم التعارض بين المنافع والمضار ، ولم يتمكن المجتهد من الجمع بينهما، كان من المناسب أن يأخذ بأى وجه من وجوه الترجيح حسب أولوية العمل بأيهما ، وذلك بعد تسجيل المعلومات الأساسية التى تثبت قيمة المنفعة والمضرة ومعرفة وذلك فى إطار ما إذا كانت فى قسم الضرورى أو الحاجى ، أو الكمالى فيقدم الأهم على المهم ، وما اشتدت إليه الضرورة على ما مست إليه الحاجة^(١٢٧٠). فيقدم الضرورى على الحاجى ، والحاجى على الضرورى ، فإذا تساوت فى المرتبة كأن يكون التعارض بين منفعة ومضرة كلاهما ضرورى ، فإنه هنا يقدم ما كان متعلقا بحفظ النفس على العقل وهكذا ، وحتى يتضح المنهج نفصله فى العناصر التالية :

(١٢٧٠) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٢/ ٢٣٩) .

أولا : الترجيح بين المنافع المتعارضة :

إذا تعارضت منفعتان ولا يمكن الجمع بينهما كان الترجيح بينهما من ثلاثة وجوه :
الوجه الأول : النظر في قيمة المنفعة وترتيبها .

الأصل أن يعمل القاضى والمجتهد على مراعاة المنفعة الخالية من أى مضرة ومن أى
منفعة معارضة ومن ثم يكون للفعل المراد تنفيذه وظهرت منفعته حالان :
١ - : ألا تعارض منفعته مضرته ولا منفعة أخرى ، فالأولى تعجيله .
٢ - أن تعارض منفعته منفعة هي أرجح منه وهنا تؤخر عنه^(١٢٧١).

وحتى يتم ذلك لابد من النظر إلى قيمة المنفعة وربتها من حيث تقسيمها بحسب القوة
الذاتية إلى الضروريات والحاجيات والكماليات ، فإذا تساوت فى الضرورى اعتد بالأشد
ضرورة^(١٢٧٢). فيقدم حفظ النفس على العقل ، والعقل على العرض وعلى المال مع الالتزام بما
سبق من معايير سائلة الذكر ، ذلك لأن التعارض بين المنافع يوجب الموازنة بين المنافع والمضار
، فإن ثبت مدى أهمية إحداها قدمت على الأخرى " ومنها تقديم ذوى الضروريات على ذوى
الحاجيات فيما ينفق من الأموال العامة "^(١٢٧٣).

الوجه الثانى : النظر من حيث عموم المنفعة وخصوصها .

وعليه إذا تعارضت منفعتان إحداها عامة والأخرى خاصة فإنه ينظر أولا إلى إمكانية
الجمع بينهما حتى لا تقدم إحداها على الأخرى ، فإذا استحکم التعارض قدمت المنفعة العامة
على الخاصة لشمولها وعمومها وتفوت الخاصة لضيقها وانحصارها، وقد عد العلماء تقديم
المنفعة العامة على الخاصة قاعدة معتبرة " فيحكم على الخاصة لأجل العامة "^(١٢٧٤). بل اعتبر
ابن عبد السلام " المصلحة العامة كالضرورة الخاصة "^(١٢٧٥).

وهذا التقديم للمنفعة العامة على الخاصة وجد أساسه فى علتين :

الأولى: " أن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر من اعتنائه بالمصالح الخاصة "^(١٢٧٦).

الثانية : أنه لا يقول عاقل بإهدار ما تتحقق به فائدة جمهور الناس لأجل منفعة شخص أو
فئة قليلة ، هذا لأن فوات المنفعة العامة يلحق الضرر بالعموم ، وفى فوات المنفعة الخاصة لا
يلحق الضرر بالمفرد أو الفئة القليلة لانفعائها بتلك المنفعة إذا كانت من جنسها وأيضا باعتبار
الفرد من أفراد العموم^(١٢٧٧).

(١٢٧١) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٧/١) .

(١٢٧٢) انظر (د / محمد الوكيلى - فقه الأولويات - دراسة فى الضوابط - ص ٢٠٠) .

(١٢٧٣) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١٢٥/١ .

(١٢٧٤) الشاطبى - الموافقات - ٢٦٦/٢ .

(١٢٧٥) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٣٢٦/٢ .

(١٢٧٦) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٢٥٢/٢ .

(١٢٧٧) انظر (ابن زغبة - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية- ص ٣٠٠) .

وهنا يجب على القاضى أن يمنع أصحاب المنافع الخاصة من الاتصال بمصالحهم بالقدر الذى تتحقق به المنافع العامة مع عدم المغالاة فى ذلك حتى لا يقضى إلى إلغائها جملة ، فإن تقديم منفعة العموم يكون بالقدر الذى يراعى فيه خفة الضرر الذى يلحق بالأفراد . ومثال ذلك : صيرورة الثروات الطبيعية للمنفعة العامة ، وإن كانت فى ملكية خاصة لأن رعاية المنفعة العامة مقدم على المنفعة الخاصة^(١٢٧٨) .

الوجه الثالث : النظر فى المنافع من حيث حصولها من عدمه .

خلاصة هذا الوجه أن المنفعة إذا تعارضت مع أخرى قدمت من كانت أقوى أثرا وأشمل نفعاً^(١٢٧٩) . وخصوصاً إذا كانت المنفعة آكدة التحقق غير موهومة فتقدم الأولى وتترك الثانية مهما كانت درجتها^(١٢٨٠) .

ثانيا : الترجيح بين المضار المتعارضة .

التعارض بين المضار والترجيح بينها يشبه الترجيح بين المنافع المتعارضة ، فإذا انعدم التمكن من الجمع بين المضرتين فى الدرء وتعذر ذلك ، فعلى المجتهد أن يرجح بين المضرتين أيهما أولى بالدرء ، والأشد إضرارا أولى بالدرء من الأخف ضررا ، والضرر العام أولى بالترك من الخاص ، والحقيقى مقدم على الموهوم .

ذلك لأن الشريعة ما جاءت (إلا لدرء المفساد وتقليلها ، ومهما ظهرت المفساد الخالية عن المصالح يُسعى فى درئها^(١٢٨١)) فإن أمكن درؤها جميعا درأنا وإن تعذر علينا درء الجميع قدمنا الأفسد فالأفسد^(١٢٨٢) .

وقال ابن القيم (إن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما هذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه)^(١٢٨٣) .

ومن ثم كانت قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)^(١٢٨٤) .

ولا ينبغي أن ننسى أن درء المضار فى هذه الأوجه الثلاثة " قيمة ومرتبة المضرة ، عموم وخصوص المضرة ، تحققها من عدمه) دائما يقوم على مراعاة أصول المقاصد الثلاثة : الضروريات ، الحاجيات ، التحسينات .

وكذلك المضرة التى يسمح بارتكابها لدفع ما هو أثقل منها يجب أن لا يتعدى مواقع

(١٢٧٨) انظر (ابن زغية - المرجع السابق - ص ٣٠٠ : ٣٠١) .

(١٢٧٩) انظر (الغزالي - المستصفى - ٤٣٠/١) .

(١٢٨٠) انظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة - منهج فقه الموازنات فى الشريعة الإسلامية - ص ٤٨) .

(١٢٨١) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٧/١) .

(١٢٨٢) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٧١/١ .

(١٢٨٣) انظر (الغزالي - المستصفى - ٤٣٠/١) .

(١٢٨٤) ابن القيم الجوزية - الطرق الحكمية - ٢٧١ .

الضرورى فى حالة الأفراد ، ومواقع الحاجة فى حالة العموم^(١٢٨٥).

ثالثا : الترجيح بين المنفعة والمضرة المتعارضتين :

يقول ابن تيمية : "عند اجتماع المصالح والمفاسد والمنافع والمضار وتعارضها يحتاج إلى الفرقان"^(١٢٨٦). ويقول أيضا : "ومن أصول الشرائع أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما"^(١٢٨٧).

ويضع العز بن عبد السلام مسلكين للترجيح بين المنافع والمضار مسلك الدرء للمضرة على جلب المنفعة ، والثانى مسلك الجلب للمنفعة على درء المضرة .

(١٢٨٥) انظر (ابن زغية - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٣٠٦) .

(١٢٨٦) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٣٤٨/١٠ .

(١٢٨٧) ابن تيمية - المرجع السابق - ٢٩٣/٢٠ .

المسلك الأول : دفع المضرة وإن فاتت المنفعة .

وهذا لا يكون إلا حين يتعذر على المجتهد الجمع أى الدرء والجلب معا ، حينئذ إن كانت المضرة أعظم من المنفعة درأ المضرة ولا يبالى بفوات المنفعة ، وما آية الخمر وما فيها من إثم كبير ومنافع إلا أكبر دليل على هذا المسلك ، ولقد عد الشاطبي من القواعد الشرعية : (أن المفسدة إذا أُرِيَتْ على المصلحة فالحكم للمفسدة) (١٢٨٨).

المسلك الثانى : جلب المنفعة وإن ارتكبت المضرة .

فإذا كانت المنفعة أعظم وتربو على المضرة كان جلبها أولى ومقتضى القواعد الفقهية ألا تترك المصالح الغالبة للمفسدة النادرة (١٢٨٩). ويقول الشاطبي : (إن المصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة فى حكم الإعتبار فهي المقصودة شرعا ولتحصيلها وقع الطلب على العباد) (١٢٩٠).

وبعنى بذلك أن المنافع إذا شابتها مضرة فإنه ينظر إليها من جهتين :

الأولى : النظر إلى ذات المنفعة من حيث هي ووجودها فى الحياة الدنيا .

الثانية : النظر إليها من حيث تعلق الخطاب الشرعى بها .

وبناء على النظرة الأولى فإن المنافع الدنيوية لا يمكن بحسب العادة الجارية أن تخلو من مضرة وتحصيل المنفعة مشوب بمشاق وتكاليف مقترنة بها أو تسبقها أو تلحقها ، ذلك لأن منافع الدنيا ليست محضة (١٢٩١). يقول ابن عبد السلام : (المصالح المحضة قليلة وكذلك المفاسد المحضة والأكثر منها اشتمل على المصالح والمفاسد) (١٢٩٢).

أما بالنسبة للنظر الثانى وهو من حيث تعلق الخطاب الشرعى بالغالب من المنفعة أو المضرة ، فيجعل الغالب هو الأساس فى تشريع الحكم فإذا كانت المنفعة هي الغالبة على المضرة فحكمها هو المراد ، وإذا كانت المضرة هي الغالبة فحكمها هو المقصود . وعندئذ لا ينظر إلى الجهة المرجوحة (١٢٩٣).

وهذا الترجيح لا يتم إلا بعد الأخذ بمعايير الموازنة بين المنافع والمضار والتي تتلخص

فى الآتى :

(١٢٨٨) الشاطبي - الموافقات - ١/١٢٥ .

(١٢٨٩) انظر (القرافي - شرح تنقيح الفصول - ٣٥١) .

(١٢٩٠) الشاطبي - الموافقات - ٢/٢١ .

(١٢٩١) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ١٤٧) .

(١٢٩٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١/١٤ .

(١٢٩٣) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ١٤٧) .

- ١ الترجيح بين المنفعة والمضرة بأعلاهما رتبة كالضروري والحاجي .
- ٢ الترجيح بين المنفعة والمضرة بأعلاهما نوعا ، كحفظ النفس والعقل .
- ٣ الترجيح بين المنفعة والمضرة من حيث العموم والخصوص .
- ٤ الترجيح بين المنفعة والمضرة بأكبرهما قدرا .
- ٥ الترجيح بين المنفعة والمضرة بأطولهما زمنا .
- ٦ الترجيح بين المنفعة والمضرة بأكدهما تحقفا .

فإذا ما تم التساوى فعلى المجتهد أن يلجأ إلى طريق ثالث من طرق الموازنة بين المنافع والمضار وهو التخيير .

موقف الفقه القانوني من الترجيح بين المنافع والمضار :

من منطلق إحساس القضاء الإداري بما قد تؤدي إليه القرارات الإدارية من مساس بحريات المواطنين وحقوقهم ، وخصوصا في مجال نزع الملكية وأيضا في مجال الضبط الإداري ، فقد خطا هذه الخطوة الرشيدة ورفع ميزان الترجيح بين المنافع والمضار ، وبسط رقابته بها للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، فبدأ ينظر إلى ما يترتب على القرار من آثار ، واشترط لها شرطين :

الأول : أن تكون ممكنة ، والثاني : أن تكون جائزة قانونا^(١٢٩٤).

والذي يهمننا في المسألة كون الأثر المترتب على القرار ممكنا في أرض الواقع من العملية والواقعية ، وأمام تدخل الإدارة في كثير من المجالات والذي قد يؤدي إلى احتمال تعسف الإدارة وبعدها عن جادة الصواب ، كان على القضاء أن يعمل على الحد من احتمال ذلك في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(١٢٩٥)، والتي في ظلها يراعى القضاء الإداري (عدم رجحان أضرار القرار الإداري على منفعه)^(١٢٩٦).

ومن ثم كان الطريق الواضح لتطبيق النظرية هو الترجيح الذي يظهر في الموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة^(١٢٩٧)، ودليل ذلك : الصياغة التي صيغت بها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بأيدي فقهاء القانون إذ قالوا : (لا يمكن قانونا اعتبار عملية نزع الملكية محققة للمنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق الملكية الخاصة من جرائها وما تتطلبه من

(١٢٩٤) انظر (دكتور / سامي جمال الدين - قضاء الملاءمة - ص ٢١١) .

(١٢٩٥) انظر (دكتور / سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٢٣٣) .

(١٢٩٦) دكتور / سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٢٣٤ .

(١٢٩٧) انظر (دكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ٢٠) .

تكاليف مالية ، وكذلك ما يحتمل أن ينتج عنها من مضار اجتماعية لا تتجاوز بشكل مبالغ فيه المزايا أو المنافع التي يمكن أن تترتب عليها (١٢٩٨).

وطريق الترجيح واضح بجلاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية المدينة الشرقية ليل ، وحكم مجلس الدولة المصري في ٩ مارس ١٩٩٠ م (قضية عزبة خير الله) إذ كانت عملية الترجيح فيهما بين المزايا والأضرار الناشئة عن القرار الإداري ، وبعد المقارنة بينهما كان الترجيح في القضية الأولى للمصلحة العامة على الخاصة ، وفي الثانية في تقديم مصلحة عامة على أخرى متمثلة في حماية آلاف الأسر من التشرذم في عزبة خير الله .

ومن ثم فالترجيح هو السبيل الوحيد أمام القضاء الإداري لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار . فهو لا يحكم بمشروعية القرار الإداري المتعلقة بالمنفعة العامة إلا إذا كانت فوائده ومزاياه تتفوق العيوب والأضرار الناجمة عنه ، وهي رقابة تتجسد رغبة القاضي الإداري وحرصه على الوصول إلى هدف أسمى طالما سعى نحو تحقيقه ، ألا وهو عقلنة الاختيارات التقديرية للإدارة (١٢٩٩) .

وللترجيح في النظم الوضعية ثلاثة سبل :

١ - الترجيح بين المنافع وخصوصا العامة والخاصة .

٢ - الترجيح بين المضار العامة والخاصة .

٣ - الترجيح بين المنفعة والمضرة .

وهذه السبل منضبطة بما سبق من ضوابط للنظرية في النظم الوضعية (١٣٠٠) .

(١٢٩٨) أ. د / رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٠٧ .

(١٢٩٩) انظر أ. د / رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣١١ .

(١٣٠٠) راجع في ذلك (ضوابط النظرية في النظم الوضعية) .

المطلب الثالث

التخير بين المنافع والمضار

التخير لغة : من خيّر فلاناً إذا فوّض إليه الاختيار .

واصطلاحاً : التسوية بين فعل الشيء وتركه ، من غير ترجيح لأحدهما على الآخر .
ويسمى الفعل المخير فيه "الإباحة" ، أى : للملكف أن يفعل ، وله ألا يفعله (١٣٠١).

موقف الفقه الإسلامى من طريق التخيير بين المنافع والمضار
هذا الطريق لا يلجأ إليه المجتهد إلا حين تتساوى المنافع فى القيمة والرتبة وما سبق من
معايير ، وكذلك المضار ، وذلك بعد أن يستفرغ وسعه فى البحث عن قرينة ترجح إحدى
المنفعتين أو المضرتين فإذا كانت المساواة من كل الوجوه كان اللجوء إلى التخيير بين المنافع
والمضار .

أولاً : التخيير بين المنافع .

يقول العز بن عبد السلام : (إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا فى التقديم
والتأخير للتنازع بين المتساويين) (١٣٠٢). ويقول أيضاً : (وإن تعذر تحصيلها : فإن تساوت ،
تخيرنا بينها ؛ وقد يقرع فيما نقدم منها) (١٣٠٣).

وكيفية التقديم بين المنفعتين يكون بأحد أمرين :

أ- ما يظهر رجحانه لمجتهد مع ظن الآخر رجحان المقابل فيقدمه ، وهذا باب قول ابن
عبد السلام (فإن غلب التساوى فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداها فيقدمها ويظن آخر
رجحان مقابلها فيقدمه) (١٣٠٤).

غير أن هذا التقديم لأحدهما مضبوط بما هو أقرب إلى روح التشريع ومبادئه العامة .

ب- الإقراع بين المنفعتين عند التساوى ، وشرعت الإقراع عند التساوى ولاسيما فى
الحقوق دفعا للضعائن والأحقاد وللرضاء بما جرت به الأقدار ، ومثال ذلك : الإقراع بين الأمراء
عند تساويهم فى مقاصد الخلافة (١٣٠٥).

ثانياً : التخيير بين المضار

مما هو معلوم أن المجتهد أو القاضى لا يسلك هذا الطريق إلا حين يمتنع عليه الجمع
بين المضرتين فى الدرع وعند تساويهما ، يقول العز بن عبد السلام : (إذا اجتمعت المفاصد :
فإن أمكن درؤها درأنا ، وإن تعذر درؤها : فإن تساوت رتبها تخيرنا ، وقد يقرع ..) (١٣٠٦).

(١٣٠١) انظر : قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ١٢٧ .

(١٣٠٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٦٨/١ .

(١٣٠٣) ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ٤٥ ، وانظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٥٠/١) .

(١٣٠٤) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٨/١ .

(١٣٠٥) انظر (ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٦٩/١) .

(١٣٠٦) ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ٤٦ .

وكيفية هذا هي نفس كيفية التخيير في المنافع .

ومثاله : التخيير عند تكافؤ العدوان من كل وجه من القرب أو البعد مع الجمع أو الترجيح^(١٣٠٧).

ثالثا : التخيير بين المنفعة والمضرة عند التساوى

هذه المسألة فيها خلاف بين العلماء ، فلم يتفق جميعهم على وجودها كما اتفقوا على وجود المساواة بين المنافع بعضها البعض والمضار كذلك ، وأنكر وجودها قوم وأثبته آخرون . ومن القائلين بوجودها العز بن عبد السلام وأكد ذلك بقوله : (وأما ما تكافأت فيه المصلحة والمفسدة فقد يتخير فيه وقد يمتنع وهذا يقطع اليد المتأكلة عند استواء الخوف في قطعها وإبقائها)^(١٣٠٨).

وقال قوم بعدمها ومنهم ابن القيم فبعد أن ذكر الاختلاف في وجودها وحكمها قال : (الجواب أن هذا التقسيم - يعنى المساواة بين المنفعة والمضرة - لا وجود له إن حصره التقسيم بل التفصيل إما أن يكون حصوله أولى بالفاعل وهو راجح المصلحة وإما أن يكون عدمه أولى به وهو راجح المفسدة ، وكلاهما متساويان فهذا مما لم يقدّر دليل على ثبوته بل الدليل يقتضى نفيه فإن المصلحة والمفسدة والمنفعة والمضرة واللذة والألم إذا تقابلا فلا بد أن يغلب أحدهما الآخر فيصير الحكم للغالب ، وإما أن يتدافعا ويتصادما بحيث لا يغلب أحدهما الآخر فغير واقع)^(١٣٠٩).

ومع كوننا عالة على علمائنا وخصوصا الإمام العز بن عبد السلام ، إلا أن قوله في التخيير مرجوح ، والراجح ما قاله ابن القيم فهو أكثر واقعية ومناسبة لمنهج الشرع ؛ فهو ينفي المساواة ، وأنه لا بد من التدافع بين المنفعة والمضرة ؛ وعلى الفرض جدلا بوجود المساواة بين المنفعة والمضرة إلا أن درء المضرة مقدم على جلب المنفعة وهذا ما اتفق عليه المجموع من العلماء إذ إنهم قعدوا لذلك قاعدة (درء المفسدات أولى من جلب المصالح)^(١٣١٠). ذلك لأن الشريعة جاءت لجلب المنافع ودرء المضار والمفاسد فإذا ما كان من تعارض للمنفعة والمضرة قدم دفع المضرة غالبا لأن الشرع حريص على دفع المضار، بل يعتنى بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات^(١٣١١). بدليل قوله ﷺ : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم »^(١٣١٢).

موقف الفقه القانوني من طريق التخيير بين المنافع والمضار :

(١٣٠٧) انظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١٢٥/٢) .

(١٣٠٨) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٩٠/١ .

(١٣٠٩) ابن القيم الجوزية - مفتاح دار السعادة - ١٦/٢ .

(١٣١٠) مادة (٣٠) - مجلة الأحكام العدلية .

(١٣١١) انظر (أ. د / محمد الزحيلي - القواعد الفقهية على المذهب الشافعي والحنفي - ص ٢١٨) .

(١٣١٢) رواه البخارى - برقم (٧٢٨٨) - انظر (فتح البارى - ٦١/١٧) .

بالوقوف أمام أحكام القضاء الإدارى فى الموازنة بين المنافع والمضار والذى تساوت فيه درجة المنفعة والمضرة ، لا نجد ما يشير من قريب أو بعيد تبنى القضاء الإدارى طريق التخيير بين المنفعة والمضرة ، وكل ما هنالك هو أن القضاء مازال يضع لبنات جديدة فى بناء هذه الرقابة التوازنية على أعمال السلطة الإدارية ، وكل ما يهدف إليه أن تحسن الإدارة الاختيار بين المنافع ، وأنها هى المنوطة بذلك ، فعليها أن تحسن اختيار مشاريعها التى تتحقق أعلى قدرًا من المنفعة العامة لعموم الأمة .

المطلب الرابع

التوقف فى الموازنة بين المنافع والمضار

التوقف لغة : من توقف فى الأمر ؛ إذا انتظر وتريث .

واصطلاحاً : هو عدم القدرة على الترجيح بين الآراء المتعارضة تعارضاً ظاهرياً ، والاستسلام ببقاء التعارض إلى أن يظهر فى الأفق إلى أن يدفعه ويزيله^(١٣١٣) .

موقف الفقه الإسلامى من طريق التوقف فى الموازنة بين المنافع والمضار .

هذا الطريق هو آخر طريق يسلكه المجتهد حين تخفى عليه المنفعة والمفسدة ، وإن كان هذا عزيز الوجود إلا أن الأولى التوقف بعد بذل الجهد واستفراغ الوسع لمعرفة وجه المنفعة فى الواقعة مع بقاء خفائها ، يقول العز بن عبد السلام : (فما خفيت عنا مصالحه ومفاسده فلا نقدم عليه حتى تظهر مصلحته المجردة عن المفسدة أو الراجحة عليها ، وهذا الذى جاءت الشريعة بمدح الأناة فيه إلى أن يظهر رشده وصلاحه)^(١٣١٤) .

موقف الفقه القانونى من طريق التوقف بين المنافع والمضار :

إن القضاء الإدارى لم يلجأ إلى إقرار مبدأ جديد فى الرقابة على أعمال السلطة الإدارية إلا حين وجد من ارتفاع درجة المضار بالأفراد ، لكن حين تتساوى الكفتان فغاية أمره أن يترك الاختيار للإدارة فهذا من صميم عملها ، ولا توجد أحكام قضائية حتى اليوم تبين أن القضاء توقف فى الموازنة بين منفعة ومضرة ترتبت على مشروع أقرته الإدارة .

وخلاصة المسألة : أن هذه السبل التى وضع الفقه الإسلامى أساسها وتبنى فقهاؤه التعيد لها لم تكن ببعيدة على وجه العموم عن تطبيقات القضاء الإدارى فى النظم الوضعية . وإن كان من وجه للمقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى طرق الموازنة بين المنافع والمضار نجد أن النظام الإسلامى حدد فقهاؤه معالم الطريق للتطبيق ؛ بدءاً من التجميع وانتهاءً بالتوقف ، وهذا على النقيض من النظم الوضعية التى اكتفت بالترجيح دون سواه ، فهو طريق مبتسر يحتاج إلى شيء من مادة الحياة لإبقائه بل للوصول إلى ما يرجى منه حتى تحمى الحريات وتضمن الحقوق .

وحسن ظننا أن رجال الفقه القانونى على وضع منهج للتطبيق أقدر ؛ ذلك لأن غاية الجميع أن لا يغتصب حق ولا تطغى إدارة على الخلق ، وكذلك ما زلنا نكرر أن الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية ما زالت فى طور البناء والتكوين .

(١٣١٣) انظر : د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ١٥٢ . وانظر أبو البقاء الكفوى - الكليات - ص ٣٤ .

(١٣١٤) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٧/١ .

المبحث الثالث

مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

المقومات : مشتقة من " قَوَّمَ " أى قَوَّمَ المعوج عدَّله وأزال عوجه ، والمقومات جمع " مقومة " أى ما بها يتزن الشئ ويعتدل^(١٣١٥) .

ولقد حدد العلماء عدة مقومات ؛ لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار حتى لا تكون قيذا يَغْلَى من حركة الإدارة ، وحتى لا يكون الترجيح فيها بالهوى ، ولا تصير الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجرد إملاءات من اليد العليا على القاضى أن ينطق بها ، وهذه المقومات لها فى النظام الإسلامى حدود وفى النظم الوضعية شروط، تتضح معالمها فى المطالب التالية :

المطلب الأول : مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار مقومات تطبيق

النظرية .

(١٣١٥) انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز - ص ٥٢١) .

المطلب الأول

مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي

وضع فقهاء الإسلام لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار مقومات عامة وخاصة كلها تتعلق بالقاضي الذي يُجرى عملية الموازنة بين المنافع والمضار ذلك لأنه قاضي مظالم يفصل في الوقائع التي بين الأفراد والسلطة فلا بد أن تتوفر فيه شروط تباعد بينه وبين الزلل في الحكم .

أولاً : المقومات العامة في القضاء

١- توفيق الله تعالى ؛ فتوفيق الله وعونه أساس كل خير ونجاح " فمن وفقه الله تعالى للوقوف على المصالح عرف فاضلها من مفضولها ، ومقدمها من مؤخرها " (١٣١٦) . يقول العز بن عبد السلام : (فالحمد لله الذي دعانا إلى ما فيه صلاحنا في أولانا وأخرانا ونهانا عما فيه فسادنا في ديانا وأخرانا ، وأمرنا بكل حسن واجب أو مندوب ، ونهانا عن كل قبيح محرم أو مكروه ، وأمرنا أن ندعوه بمثل ذلك عطفاً علينا ، وإحساناً إلينا) (١٣١٧) . وكيف لا وقد قال ﷺ « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » (١٣١٨) .

فالفقه منحة من الله تعالى ، والموازنة بين المنافع والمضار درب من دروبها والله هو الجالب للمصالح الدارئ للمفاسد ، ولكنه أجرى عادته وطرده سنته بترتيب بعض مخلوقاته على بعض ؛ لتعريف العباد عند وجود الأسباب ما رتب عليها من خير فيطلبوه عند وقوعها ووجودها ، وما رتب عليها من شر فيجتنبوه عند قيامها وتحققها ، وهذا هو الغالب في العادة ، وكثير من ينفك عن ذلك ، فكم من مرغب لم يرغب وكم من مرهب لم يرهب ، وكم من مزجور لم يزدجر ، وكم من مدكر لم يتذكر ، وكم من مأمور بالصبر لم يصطر ، ولو شاء الله لقطع كل مسبب عن سببه وخلق المسببات كلها مجردة عن الأسباب وكذلك لو شاء الله لخلق الأسباب كلها مجردة عن المسببات ؛ لكنه قرن الأسباب بالمسببات في مطرد العادات ليضل من بذلك من يشاء ويهدى من يشاء (١٣١٩) .

٢- الفطرة السليمة : المقصود هنا فهم سليم وطبع مستقيم يُعرف بهما دق المصالح والمفاسد وجلهما ، وأرجحهما من مرجوحهما ، وتفاوت الناس في ذلك على قدر تفاوتهم فيما ذكرته ، وقد يغفل الحاذق الأفضل عن بعض ما يطلع عليه الأخرق المفضول (١٣٢٠) .

لقد " طبع الله تعالى عباده على إثثار أفضل الأغراض وعلى طلب أمثلها فأمثلها وعلى

(١٣١٦) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٤٣/١ .

(١٣١٧) ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ٥٢ .

(١٣١٨) النووي - شرح صحيح مسلم - باب لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين - رقم ١٧٥ - ٧٦/٧ .

(١٣١٩) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١٦/١ .

(١٣٢٠) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٣٢٧/٢ .

دفع أعظم الضررين بأدناهما" (١٣٢١). والإنسان السوى هو الذى يحسن إلى نفسه فيجلب لها النفع ويدراً عنها المضرة ، وكذلك إحسانه إلى غيره وتترتب فضائل الأشياء بما يترتب عليها من مصالح ومنافع ، وقد ذكر ابن عبد السلام ما يعضد ذلك بقوله : (واعلم أن تقديم الأصلح فالأصلح ، ودفع الأفسد فالأفسد مركز في طبائع العباد نظراً لهم من رب الأرباب) (١٣٢٢).

وذكر أيضاً أن : (الإنسان بطبعه يؤثر ما رجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما رجحت على مصلحته) (١٣٢٣). فالصبي إذا خير بين اللذيذ والألد ؛ لاختار الألد (١٣٢٤).

٣- نبذ الهوى : الهوى لغة : مصدر هوى يهوى هوى ، والهوى ميل النفس إلى الشهوة ويقال للنفس المائلة إلى الشهوة ، وقيل : سمي بذلك لأنه يهوى بصاحبه في الدنيا إلى كل داهية قال تعالى ﴿ أَفَرَأَيْتَ مَنْ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللَّهُ عَلَى عِلْمٍ ﴾ (١٣٢٥) ، والهوى : ذهاب في انحدار ، والهوى : ذهاب في ارتفاع (١٣٢٦).

والهوى اصطلاحاً : ميلان النفس إلى ما تستلذه من الشهوات من غير داعية الشرع (١٣٢٧).

ومن ثم فالهوى سبب كثير من الآفات ولذا حذر الفقهاء من إتباعه إذ هو سبب من أسباب انخرام الموازنة بين المنافع والمضار واختلالها ، فنجد صاحب الهوى يقدم الأخس على الأحسن ، والأقبح على القبيح ، يقول العز بن عبد السلام : (ولو خلوا عن الجهل والهوى لقدموا الأحسن على الأخس ، ولدفعوا الأقبح بالتزام القبيح ، فمن يهدى من أضل الله وما لهم من ناصرين) (١٣٢٨).

ولذلك حذر الإسلام من الغفلة والهوى بل شدد في التحذير من الهوى في إثبات مقاصد الشرع ، ذلك لأن الغفلة تسد باب الخير ، والهوى يفتح باب الشر (١٣٢٩). قال تعالى ﴿ وَلَا تُطِغْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا ﴾ (١٣٣٠). والمقاصد الشرعية لم توضع حسب أهواء الناس وميولاتهم ؛ فمراسم الشريعة مضادة للهوى من كل وجه (١٣٣١).

وما قصد الشارع من وضع الشريعة إلا لإخراج النفوس عن أهوائها وجعل هذه الأهواء

(١٣٢١) ابن عبد السلام - شجرة المعارف - ص ٨ .

(١٣٢٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٧/١ .

(١٣٢٣) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ١٤/١ .

(١٣٢٤) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٨/١ .

(١٣٢٥) سورة الجاثية : آية ٢٣ .

(١٣٢٦) انظر (الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - ص ٥٢٤) .

(١٣٢٧) الجرجاني - التعريفات - ص ٣١٤ .

(١٣٢٨) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام : ٧/١ .

(١٣٢٩) انظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٣٢٩/١٠ : ٣٣٦) .

(١٣٣٠) سورة الكهف : آية ٢٨ .

(١٣٣١) انظر (الشاطبي - الموافقات - ٢٤٨/١) .

تابعة لمقصود الشرع^(١٣٣٢).

والقاضي عليه أن يحذر الهوى وهو معه على ثلاثة أحوال :

الأول : إما أن يجعل هواه علمه وهذا منهي عنه ؛ لأنه من أقوى أسباب الضلال ﴿ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾^(١٣٣٣).

الثاني : وإما أن يكون ممن يريد الله به خيرا فيستفيق فإذا هو عون للعلم على الهوى، حتى يديل العلم على الهوى^(١٣٣٤).

الثالث : وإما أن يقبح الله هواه بعلمه فلا يطمع هواه أن يغلب العلم ولا أن يكون معه نصفاً ولا نصيباً ، وهذا الثالث هو خيرهم كلهم^(١٣٣٥).

٤- استقلال القضاء : وأعني بذلك أن لا يقع القضاة تحت تأثير سلطة أو شخص من شأنه أن ينحرف بالقضاء عن هدفه الأسمى ، وهو إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أصحابها .

وحتى يتحقق للقضاء الاستقلال في ميزان الإسلام كان لابد من قيامه على ثلاث ركائز .
الأولى : الحياد :

معنى هذا أن يكون القاضي بعيداً عن التحيز والمحاباة لفريق دون فريق فلا يميل إلى السلطة على حساب حقوق الأفراد ، ولا إلى الفرد على حساب مصالح المجموع التي كلفت الإدارة بمراعاته ، بل على القاضي أن يكون محايداً ، مطبقاً للقوانين على كلا الجانبين على حد سواء^(١٣٣٦).

ولقد جاء الإسلام بهذه الركيزة ونصت الآية القرآنية عليها وعلى وجوب العدل في الحكم ، وألا يتأثر القاضي بهواه سواء أحب أو كره ، قال تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾^(١٣٣٧). وقال تعالى ﴿ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾^(١٣٣٨).

وقال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ

(١٣٣٢) انظر (الشاطبي - الموافقات - ١ / ٢٥١) .

(١٣٣٣) سورة ص : آية ٢٦

(١٣٣٤) انظر (تفسير الطبري - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥هـ - ١٧١/٢٧) .

(١٣٣٥) انظر (تفسير الطبري - المرجع السابق - ١٧١/٢٧) .

(١٣٣٦) انظر (دكتور/ محمد عبد القادر أبو فارس - الجامعة الأردنية - القضاء في الإسلام - دار الفرقان - عمان - الأردن

١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م - ١٨٩٤) .

(١٣٣٧) سورة النساء : آية ٥٨ .

(١٣٣٨) سورة النساء : آية ١٣٥ .

عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴿١٣٣٩﴾. ولقد حرص الإسلام على ضمان حياد القاضي فجعل مرجعية قضاؤه في القرآن والسنة لا فيما خطته يد وليه وسلطانة .

الثانية : التخصص :

والمقصود بذلك أن يكون القاضي مؤهلا علميا وخلقا لتولي منصب القضاء لذلك اشترط الفقهاء فيمن يُرشح لمنصب القضاء أن تتوافر فيه شروط خاصة منها: الإسلام - البلوغ - العقل - الذكورة^(١٣٤٠) - العدالة - الاجتهاد^(١٣٤١). سلامة الحواس كالسمع والبصر والنطق وسلامة الأعضاء كسلامة اليدين والرجلين .

واستحب العلماء أن يتمتع بصفات وآداب كالورع والتقوى والعفة والزهد ، وقلة الطمع

(١٣٣٩) سورة المائدة : آية ٨ .

(١٣٤٠) شرط الذكورة شرط مختلف فيه بين الفقهاء نتيجة إختلافهم في حكم قضاء المرأة ؛ فذهب قوم إلى منع قضاء المرأة مطلقا واستدلوا بقوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ النساء : ٣٤ - يعنى فى العقل والرأى فلم يجز أن يقمن على الرجال ، واستدلوا أيضا بقوله تعالى ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ البقرة : ٢٨٢ - قال ابن قدامة : فقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن ولهذا لم يول النبي ﷺ ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم إمراة قضاء ، وكذلك استدل هؤلاء بالسنة بما رواه البخارى بسنده عن أبى بكره قال : لقد نفعتنى الله بكلمة أيام الجمل لما بلغ النبى ﷺ أن فارسا ملكوا ابنة كسرى قال : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ؛ واستدلوا بالمعقول فقالوا : إن القاضي يحضره جحافل الخصوم والرجال ويحتاج فيه إلى كمال الرأى وتمام العقل والفتنة ، والمرأة خلاف ذلك

وذهب قوم بجواز تولي المرأة القضاء : وهما الحسن البصرى والامام الطبرى وقالوا بأنه لا يشترط الذكورة وحجتهم : أن المرأة تجوز أن تكون فقيهة فيجوز أن تكون قاضية .

وقال قوم بالجواز فى وقت وبالمنع فى وقت وهم الأحناف ودليلهم أن المرأة من أهل الشهادة ، قال تعالى ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ البقرة ٢٨٢ - وقالوا : وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة ، لأن المرأة من أهل الشهادات فى الجملة ، إلا إنها لا تقضى فى الحدود والقصاص لأنه لا شهادة لها ، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة .

وخلاصة القول : أن من منع القضاء للمرأة لم ينقصها حقها ، كما أن ما أجازها لها لم يزد عليها حقها ، فحقوق المرأة فى الإسلام مكفولة ، وأما كونها لا تساوى الرجل فى بعض الأمور فمرجع ذلك إلى حكمة إلهية عادلة ، وإلى تركيب فسيولوجى اقتضته طبيعة الحياة الكونية بتقدير الخالق ﷻ ، فكل من الرجل والمرأة له دور فى الحياة ، ولا يغنى أحدهما فيه عن الآخر ، وهذا هو الفارق الذى جعل للرجل نظرة وللمرأة نظرة فى القيام بالأعباء ، وتحمل المسئولية ، هذا الفارق ذكره القرآن الكريم : قال تعالى ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَى﴾ (آل عمران : ٣٦) هذا الفارق هو الذى بنى عليه المانعون أدلتهم فى منع قضاء المرأة ، وكذا فارق الضعف العام الذى تميزت به المرأة عن الرجل ، وقد يوجد الضعف عند بعض الرجال كقول النبى ﷺ لأبى ذر الغفارى « إنك لضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي وندامة ★ فمن هذا نرى : أن بعد المرأة عن ولاية القضاء من تمام رعاية حقها وصيانة كرامتها لكن يستثنى من ذلك حالات خاصة بشروط معينة تجيز للمرأة القضاء منها :

أن يكون ذلك فى حالة الضرورة .

أن يكون فيما لا ولاية فيه كقضاء التحكيم .

أن يكون فيما لا يجلب حظره .

أن يكون فيما يحصل بين النساء ولا يطلع عليه الرجال عادة .

انظر (الدكتور / عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميصى - القضاء ونظامه فى الكتاب والسنة- معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامى - المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م - ص ١٢٣ : ١٣١) .
(١٣٤١) سيأتى الحديث عنه فى المقومات الخاصة للموازنة .

والنزاهة والشورى ، قال عمر بن عبد العزيز : (ينبغي أن يجتمع للقاضي خمس خصال : يكون عالماً بما مضت عليه السنة ، حليماً ذا أناة ، عفيفاً مشاوراً فإذا اجتمع ذلك فى القاضي كان قاضياً وإن نقص منهن شيئاً كان وصماً فيه) (١٣٤٢). وفوق هذا كله فقد كان المرشح لمنصب القضاء يقام له الفحص والامتحان حتى يتولى القضاء ، (روى عبد الرزاق (١٣٤٣) عن معمر (١٣٤٤) قال : لما عزل ابن شبرمة (١٣٤٥) عن القضاء قال له والى اليمن : اختر لنا رجلاً نوليه القضاء فقال له ابن شبرمة : ما أعرفه ، فذكر له رجل من أهل صنعاء فأرسل إليه فجاء ، فقال ابن شبرمة : هل تدري لم دعيت ؟ قال : لا قال : إنك قد عينت لأمر عظيم ، للقضاء ، قال : ما أيسر القضاء قال له ابن شبرمة : فنسألك عن شيء يسير منه ، قال : سل ، قال ابن شبرمة : ما تقول فى رجل ضرب شاة حاملاً فألقت ما فى بطنها ؟ فسكت الرجل ، فقال له ابن شبرمة : إنا بلوناك فما وجدنا عندك شيئاً فقل له ما القضاء فيها ؟ قال ابن شبرمة : تُقَوِّم حاملاً وتُقَوِّم حائلاً ويغرم قدر ما بينهما) (١٣٤٦).

الثالثة : أن يملك القاضي حرية الرأى :

فلا توضع عليه القيود ، ولا يكبل عقله وفكره بل ينبغي أن يفسح له المجال ليفكر ويستنبط ومن ثم رأينا فى الدولة الإسلامية قضاة لا يتقيدون بمذهب فقهى معين بل كانوا يحكمون بما توصلوا إليه من رأى وإن خالف مذهبهم ، منهم الماوردى ، وشريح فقد كانا يقضيان بما توصلوا إليه من اجتهاد دون التقيد بمذهب معين .

والإسلام حريص على أن يكون عقل القاضي متفتحاً يفكر فى حرية تامة ويحذره من الاستمرار على الخطأ بل يشجعه لأن ينظر فى كل قضية تعرض عليه ، ولا يجد بأساً أن يتغير اجتهاده فى المسألة الواحدة باختلاف الزمان (١٣٤٧).

ثانياً : المقومات الخاصة فى القضاء

يجب أن يتوفر لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار أركان أساسيان ليخرج الحكم من القاضي فى النهاية صائباً أو أقرب إلى الصواب ومنها .

أ- أن يتوفر شرط الاجتهاد :

(١٣٤٢) ابن الجوزى - سيرة عمر بن عبد العزيز - دار الفجر للتراث - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م - ص ٢٠٤ .

(١٣٤٣) عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميرى مولاهم أبوبكر الصنعانى (ت : ٢١١هـ) - انظر (الذهبى - سير أعلام النبلاء - ١٠١/١) وانظر (الزركلى - الأعلام - ٣/٣٥٣) .

(١٣٤٤) معمر : معمر بن راشد مولى الأزدي من أهل البصرة صاحب عبد الرزاق (ت : ١٥٣هـ) انظر (ابن قتيبة - المعارف - تحقيق الدكتور / ثروت عكاشة - الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٢م - ص ٥٠٦) وانظر (الزركلى - الأعلام - ٢٧٢/٧) .

(١٣٤٥) ابن شبرمة : عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الضبي أبو شبرمة الكوفي ، قاضى الكوفة (ت : ١٤٤هـ) انظر (محمد بن خلف المعروف بوكيع - أخبار القضاة - تصوير عالم الكتب - بيروت - بدون تاريخ - ٤٩/٣ وما بعدها) .

(١٣٤٦) ابن قتيبة - عيون الأخبار - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٧٣م - ٦٤/١ .

(١٣٤٧) انظر (دكتور / محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء فى الإسلام - ص ١٩٥) .

الاجتهاد شرط خاص فى القاضى الذى يقوم بعملية الموازنة بين المنافع والمضار وهو طريق من طرق الموازنة بين المنافع والمضار إذ عن طريقه يصل القاضى لمعرفة فى الواقعة من حسن أو قبح وفاضل ومفضول^(١٣٤٨)، ونافع وضار . أما اعتباره شرطاً خاصاً فى القاضى أو المجتهد فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط الاجتهاد .

والاجتهاد فى عرف أهل الأصول : " هو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى "^(١٣٤٩).

والمجتهد : هو الفقيه المستفرد لوسعه لتحصيل ظن بحكم شرعى^(١٣٥٠).
وحتى تثبت للمجتهد الملكة التى يستطيع بها استخراج الأحكام من مآخذها كان لابد من توفر شروط لذلك هى :

١ أن يكون عالماً بنصوص الكتاب والسنة وبخاصة آيات الأحكام وأحاديث الأحكام .
٢ أن يكون عالماً بمسائل الإجماع الصريح حتى لا يقول بغير ما قال به السلف ووقع عليه الإجماع .

٣ أن يكون عالماً بلسان العربية ، بحيث يمكن تفسير ما ورد فى الكتاب والسنة من الغريب ونحوه ، وإن يتمكن من معرفة معانيها وخواص تراكيبها وما اشتملت عليه من مزايا ولطائف .

٤ - أن يكون عالماً بأصول الفقه ومقاصد الشريعة ، قال الغزالي : (ومعظم ذلك - أى الاجتهاد - يشتمل على ثلاثة فنون : علم الحديث ، علم اللغة ، علم أصول الفقه)^(١٣٥١).

٥ - أن يكون عالماً بالناسخ والمنسوخ^(١٣٥٢).

واشترط البعض له فى القضاء ثلاثة شروط :

١ - أن يكون عارفاً بالأصول .

٢ - أن يحسن الارتياض فى الفروع .

٣ - أن يكون قادراً على الترجيح^(١٣٥٣).

ب- المشاورة فيما التبس أمره .

قد تلتبس بعض الأمور لدى القاضى فلا يدرى ما يقدم وما يؤخر فشرع لمعرفة ذلك السؤال والمشورة ، فيلزم " السؤال عن معرفة مصالح ما يعزم عليه ، فإن كان من المصالح المقدمة قدم ، وإن كان من المصالح المؤخرة أخر ، وإن جهل أهو من المصالح المقدمة أم

(١٣٤٨) انظر (العز بن عبد السلام - شجرة المعارف - ص ٢٣٣) .

(١٣٤٩) الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - ٧١٦/٢ .

(١٣٥٠) الشوكاني - المرجع السابق - ٧١٦/٢ .

(١٣٥١) الغزالي - المستصفى - ٣٨٨ / ٢ .

(١٣٥٢) انظر (الشوكاني - إرشاد الفحول - ٧٢٠/٢) .

(١٣٥٣) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضى - القضاء ونظامه فى الكتاب والسنة - ص ١٣١) .

المؤخرة فلا يقدم عليه حتى يعلم الأصلح من تقديمه وتأخيرهِ" (١٣٥٤). وكذلك تلزمه المشاورة لأهل الاجتهاد والعلم فيما التبس من " الحوادث المشككة والنوازل الملتبسة دون ما استقرت أحكامه بالنصوص أو بالإجماع أو بالقياس الذى لا يحتمل غيره ، فيجمع له المختلفين من أهل الاجتهاد ليسأل كل واحد منهم عن حكم الحادثة ودليلها ، ويعارض الأدلة بعضها ببعض ويكشف عن عللها وأصولها ، ولا يفوض ذلك إليهم ، حتى يجتهد كاجتهادهم فإذا وضح له الصواب بعد الكشف والنظر عمل عليه وحكم به" (١٣٥٥).

ومن ثم ينبغي له أن يرتب مع العلماء الحضور فى مجلس حكمه لمشاورتهم فى المشكلات ، ليسمع من العلماء فيكون ذلك معونة له على تذليل طرق الاجتهاد (١٣٥٦). وتلزم القاضى المشاورة لثلاثة أمور :

- ١ - الاقتداء بالصحابة فقد كانوا لا ينفذون الأحكام المشتبهة إلا بعد المشاورة .
 - ٢ - يجوز أن يخفى على القاضى من أحكام الحوادث والنوازل ما يكون علمه عند غيره فلا يجوز أن يمضى حكمه على التباس واحتمال .
 - ٣ - أن القاضى مجتهد وعلى المجتهد التقصى فى اجتهاده ؛ بمعنى أن يكشف عن الحكم بالسؤال ويشاور فى طلب الصواب (١٣٥٧).
- وخلاصة ما سبق أن الموازنة بين المنافع والمضار الدقيقة تكون بتحرى جادتها ، والإحاطة بأسبابها مع الاستعانة بخبرات الآخرين ، والتثبت عند ترجيح جانب على جانب على ألا يكون هذا حسب الهوى أو قبل المعرفة التامة بالنافع والمضار منها ، ويحصن ذلك كله بتقوى الله تعالى وتوفيقه (١٣٥٨).

(١٣٥٤) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٣٣٦/٢ .

(١٣٥٥) أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى (ت : ٥٤٠هـ) - أدب القاضى - تحقيق / محيى هلال سرحان - مطبعة الإرشاد - بغداد ١٣٩١هـ / ١٩٧١م - ١/٦١٣ : ٦١٤ .

(١٣٥٦) انظر (القاضى شهاب الدين أبى إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبى الدم الحموى الشافعى (ت : ٦٤٢هـ) - كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات فى الأقضية والحكومات - تحقيق الدكتور / محمد مصطفى الزحيلي - دار الفكر - دمشق - ط ٢ - ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م - ص ١١٠) .

(١٣٥٧) انظر (الماوردى - أدب القاضى - ١/٦١٤ : ٦١٥) .

(١٣٥٨) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام - ص ٢٣٤) .

المطلب الثانى

مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظم الوضعية

لقد وضعت النظم الوضعية حدودًا وضمانات لإخراج الحكم القضائى على وجه العموم سليما يتوفر العدل فى الدول عن طريقه ، وينتشر الأمن فى الرعية بسببه ، فاشتراط لذلك شروطا يجب توفرها فى القاضى ، وجعل لسلامة القيام بواجبه مؤيدات وضمانات .

أولا : الشروط التى يجب توافرها فى القاضى :

- ١ أن يكون القاضى حسن السمعة محمود السيرة .
- ٢ ألا يكون قد حكم عليه من المحاكم أو مجلس التأديب لأمر مخل بالشر ولو كان قد رد إليه اعتباره

٣ أن يكون حاصلًا على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا أحدهما فى العلوم الإدارية أو القانون العام إذا كان التعيين فى وظيفة مندوب^(١٣٥٩).

وبالنظر إلى هذه الشروط نجد أنها جمعت بين الصفات الخلقية والسلوكية والصفات العلمية بأن يكون القاضى على درجة علمية تؤهله للقيام بعملية التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار ، وتكاد تكون هذه الشروط واحدة فى معظم دول العالم ومنهم فرنسا ومصر .

ثانيا : المؤيدات والضمانات التى تحمى القاضى من التبعية:

إن الاعتداء على حرية القضاء عاقبته وخيمة ، ونتيجته مدمرة ، إذ هو يؤدى إلى الظلم والجور ، وهذا بدوره يؤدى إلى أن يفقد الناس ثقتهم بعدالة القضاء ، وإذا ما فقدوا ثقتهم بالقضاء انطلق كل واحد منهم ليأخذ ما قد يظن أنه حق له بيده ، فتدب الفوضى ، ويضطرب حبل الأمن ولاسيما إذا كان الأمر فيما بين الدولة والأفراد .

لهذا كله كان مبدأ استقلال القضاء هاما للغاية ، وحمايته من عبث العابثين فى غاية الأهمية^(١٣٦٠).

وأخطر شيء يهدد استقلال القضاء تدخل الإدارة أو السلطة التشريعية فيه فتحاول الحد من سلطته ، بل قد تهدد القاضى بالحقاق الأذى إن هو أصر على موقفه ، وقد تلحق به الأذى فعلا فتهدده فى رزقه بالاستغناء عن خدمته أو إحالته على التقاعد .

وقد تسن السلطة التشريعية ما يقيد صلاحيات القاضى ، وتجعله تحت رحمتها ، عند

(١٣٥٩) راجع (المادة (٧٣) من قانون مجلس الدولة (مصر)) .

(١٣٦٠) انظر (دكتور / محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء فى الإسلام - ص ١٩٦) .

التعيين وغيره^(١٣٦١). ومن ثم لابد من مؤيدات تكفل بحماية استقلال القضاء وخصوصا في مواجهة الإدارة " حتى لا يتهم القضاء الإدارى بمحاباة الإدارة على حساب الأفراد ، واستقلال المحاكم الإدارية هنا يتمثل فى أن أعضاءها مستقلون ومتميزون عن رجال الإدارة العاملين كما أن القانون الأساسى للمحاكم الإدارية يحتوى على ضمانات جدية لقضاتها تكفل لهم الاستقلال^(١٣٦٢)."

ولقد نصت الدساتير العربية على ذلك ، وكذلك فى فرنسا^(١٣٦٣). على أن (السلطة القضائية مستقلة)^(١٣٦٤). وفى مصر تنص المادة (١٦٦) على أن (القضاء مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة) وتنص المادة (١٧٢) من الدستور المصرى على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فى المنازعات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى) . وفى المغرب تنص المادة (٧٦) من الدستور أن (القضاء مستقل عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية)^(١٣٦٥).

(أ) المؤيدات :

لا بد من وجود مؤيدات تكفل استقلال القضاء وحمايته أهمها :

١ - الحماية الدستورية : بمعنى أن ينص الدستور على مبدأ استقلال القضاء وأن يرتفع النص إلى مستوى الإلزام القانونى .

٢ - الحماية الجزائية : وهى أن يكون هناك عقاب لكل من يتدخل فى شئون القضاء ، حتى تبقى للقضاء هيئته وحتى لا ينحرف به أحد المتنفذين من المسؤولين وأن يكون ذلك بنص قانونى .

٣ - الحماية الشعبية : وأعنى بها أن يقف أفراد الشعب مع القاضى وفى صفه ضد من يحاول التعرض له ، أو يتدخل فى شأن من شؤونه حتى يؤثر على إقامة العدل بين الناس وحماية

(١٣٦١) أعنى بذلك المجالس النيابية والشعبية فى دول العالم الثالث فغالب أمرهم عمال وفلاحون ترشيحهم بأمر من سيدهم ونجاحهم بفضل يده عليهم والإنسان عبد لمن يتفضل عليه ومن ثم فهم آله فى يده يوجهها كيفما شاء ومتى شاء (ولا حول ولا قوة إلا بالله) .

(١٣٦٢) أ . د / سليمان محمد الطماوى - القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء - ص ٤٠ .

(١٣٦٣) انظر (دكتور / ماجد راغب الحلو - القضاء الإدارى - ص ٨٥ : ٨٧)

(١٣٦٤) أيضا نص المادة (١٦٢) من دستور الكويت (شرف القضاة ونزاهة القضاة وعدلهم أساس الملك وضمان للحقوق والحريات) .

(١٣٦٥) المادة (٥٢) من الدستور التونسى - والمادة (١٣١) من الدستور السورى (راجع فى ذلك (أ . د / سليمان الطماوى - السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى - دار الفكر العربى - ط ٤ ١٩٧٩م - ص ٢٨٧ : ٢٩٤) .

حقوقهم وحررياتهم^(١٣٦٦).

يقول الدكتور محمد مرغني خيرى : (والواقع أن قضية استقلال المجلس فى مواجهة الإدارة أو عدم استقلاله لا يتوقف على مجرد النصوص القانونية أو بالجهة التى يلحق بها أو لا يلحق ، قد توقفه على الظروف الاجتماعية والسياسية التى تسود البلاد، وبمدى الوعى والإحساس بالكرامة والمسئولية لدى أعضاء المجلس أنفسهم ولدى الشعب بأكمله الذى عليه أن يقدر قيم الحريات العامة والديمقراطية ومدى حاجته إلى مجلس الدولة وأن يشعر بالدور الذى يلعبه لحماية الشرعية فى الدولة ، وفى إقرار كلمة الحق والعدل والقانون)^(١٣٦٧).

(ب) الضمانات :

حتى يظل القضاء جملة وتفصيلا مستقلا وبخالصة القضاء الإدارى كان لازماً من وجود ضمانات تكفل هذه الاستقلالية وتحميها ، منها :

١ - ضمانات إدارة القضاء :

حتى يستمر القضاء الإدارى مستقلا لابد أن يدار عن طريق مجلس قضائى يتكون من عدد من القضاة المتخصصين وهذا المجلس يقوم باختيار القضاة الأكفاء حسب الشروط والمواصفات المطلوبة^(١٣٦٨).

٢ - ضمانات التعيين :

حتى يشعر القاضى بالاستقلال التام وهو يمارس وظيفته لابد له أن يتحرر من كل شعور بالخوف من أى سلطة أو جماعة أو فرد أو أن يفكر أنه مدين لمن عينه أو قام بترقيته بل على القاضى أن يشعر أنه حصل على هذا المكان القضائى نتيجة كفاءته وأهليته لهذا المنصب^(١٣٦٩). وهذا يستوجب الحديث عن طرق اختيار القاضى فى النظم الوضعية :

الطريقة الأولى : الانتخاب المباشر :

وهو أن يقوم أفراد الأمة باختيار القاضى لمدة من الزمن ، وتتجدد الانتخابات كلما انقضت المدة المعينة . وهذه الطريقة متبعة فى اختيار القضاة فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وأيضا بعض الدساتير الاشتراكية ذات الطابع الماركسى ، كدستور الاتحاد السوفيتى ، وبولندا ، وتشيكوسلوفاكيا^(١٣٧٠).

(١٣٦٦) انظر (القضاء فى الإسلام - ص ١٩٧ : ٢٠٤) .

(١٣٦٧) أ . د / محمد مرغني خيرى - القضاء الإدارى - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - الكتاب الجامعى ١٩٩٣ م - ص ١١٢ : ١١٣ .

(١٣٦٨) راجع فى تنظيم مجلس الدولة الفرنسى (د/ ماجد راغب الحلو - القضاء الإدارى - ص ٨٩ : ٩٧) . وأيضا (الطماوى - القضاء الإدارى - ٦٧/١ : ٩٣) ، وراجع فى تنظيم مجلس الدولة المصرى (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - القضاء الإدارى والقضاء الدستورى - ص ٢١٠ : ٢٢٣) وراجع فيه أيضا (د/ الطماوى - القضاء الإدارى - ٩٤/١ : ١٤٢) .

(١٣٦٩) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء فى الإسلام - ص ٢٠٨) .

(١٣٧٠) انظر (د/ الطماوى - السلطات الثلاث - ص ٢٩٦) .

مميزات هذه الطريقة :

- أ - إظهار الطابع الديمقراطي في انتخاب القضاة .
 - ب - أنها تكفل مبدأ استقلال القضاء تجاه السلطة التنفيذية .
 - ج - توثيق صلة القضاة بالشعب .
- وعلى الرغم من هذه المميزات إلا أن هذه الطريقة هي أسوأ الطرق عملاً فعيوبها كثيرة منها :

- أ - أنها تجعل القضاة يقعون تحت تأثير رغبات الجماهير التي تختارهم بل تخضع القضاة لانتهازية الأحزاب السياسية .
- ب - أن هذه الطريقة لا تفرز الأكفاء من القضاة الذين لا يحسبون لرضا الجماهير أو سخطها حساباً .

ج - عدم تقدير الناحيتين للمؤهلات والمزايا التي يتعين توافرها في القضاة^(١٣٧١).

الطريقة الثانية : الانتخاب من الهيئة التشريعية :

وهذه الطريقة يقوم فيها أعضاء المجالس النيابية في بعض الدول بإختيار القضاة، وهذه الطريقة أيضاً تكون بالنسبة للمحاكم ذات الطابع السياسي . وميزتها أنها تحرر القضاة من الوقوع تحت تأثير السلطة التنفيذية ، ورغبات الجماهير . وعيوبها : أنها تكبل أيدي القضاة ، وتجعلهم تحت رحمة الأحزاب السياسية فتملئ على القضاة ما تريد^(١٣٧٢).

الطريقة الثالثة : الجمع بين الانتخاب والتعيين :

وطبيعة هذه الطريقة أن السلطة التنفيذية تقوم بترشيح عدد من القضاة ثم يختار من بين هذا العدد مجلس الأمة عدداً معيناً ، وعيب هذه الطريقة أنها تجعل القاضي واقفاً تحت تأثير السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، فيشعر غالباً بفضل هاتين السلطتين عليه ، لذا ما عليه إلا أن يرضيهما^(١٣٧٣).

الطريقة الرابعة : اختيار القضاة بواسطة السلطة التنفيذية :

فتقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة ، وهي أكثر الطرق انتشاراً في العالم ، "وأنجحها في العمل وهي لا تتعارض مع استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية"^(١٣٧٤). ولقد علل الدكتور الطماوي هذه الطريقة بقوله : (لأن القانون يحدد الطرق التي يتعين على السلطة التنفيذية أن تراعيها وهي تعيين القضاة ، والشروط والمؤهلات التي يجب توافرها في المرشحين لمنصب

(١٣٧١) انظر (د/ سليمان الطماوي - السلطات الثلاث - ص ٢٥٦) - وانظر في ذلك أيضاً (د/ محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء في الإسلام - ص ٢٠٩)

(١٣٧٢) انظر (١ / د/ سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٩٧) - وانظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء في الإسلام - ص ٢٠٩) .

(١٣٧٣) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء في الإسلام - ص ٢١٠) .

(١٣٧٤) انظر (أ . د/ سليمان الطماوي - السلطات الثلاث - ص ٢٩٧) .

القضاء (١٣٧٥). وقد أخذت الدول العربية بهذه الطريقة وخصوصا فى القضاء المدنى والجنائى والإدارى (١٣٧٦). مما يعد هذا من مميزاتا . ولكن هذه الطريقة لم تسلم من النقد وبيان مساوئها .

فقال البعض : إن من مساوئ هذه الطريقة أن القضاة يقعون تحت تأثير السلطة التنفيذية وهوها ، مما يجعل بعض القضاة يتهاونون فى بعض القضايا التى تكون الإدارة طرفا فيها . أيضا تكون هذه الطريقة حافزا لأحد أفراد السلطة ؛ لأن يتدخل فى الأمور القضائية ، فيحرف بالقضاء عن الجادة ، والقضاة يجاملون من أجل سلطته (١٣٧٧). الطريقة الخامسة : التعيين من قبل السلطة القضائية : وفيها يقوم مجلس قضائى مكون من عدد من القضاة المتخصصين باختيار القضاة الأكفاء وتثبيتهم وكذلك يقوم هذا المجلس بترقيتهم ونقلهم على أن تكون قرارات هذا المجلس القضائى حائزة على موافقة رئيس الدولة .

مميزات هذه الطريقة :

- أ - أنها تجعل السلطة القضائية مستقلة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية.
 - ب - أنها تحرر القضاة من ضغط الجماهير وهوها .
 - ج - أنها تفرز العناصر المؤهلة للقضاء .
- ويلوح لنا أن هذه الطريقة هى أقرب الطرق سلامة وتحقيقا لاستقلال القضاء ، مع الأخذ فى الاعتبار أن توضع القوانين المنظمة لذلك (١٣٧٨).
- ٣- ضمانات تثبيت القضاة :

ومن شأن هذه الضمانة ألا يتعرض القضاة لأى أمر من شأنه أن يهدد القضاة فى أرزاقهم ومراكزهم واستقرارهم ، حتى تبقى للقضاة نزاهتهم وأقوى سلاح يمكن أن يهدد أمن القضاة هو التلويح لهم بالعزل أو النقل أو غير ذلك .

ومظاهر ضمانات تثبيت القضاة هى :

- أ - عدم القابلية للعزل ولقد ورد النص على ذلك فى معظم الدساتير العربية وكذلك الأجنبية ومنها فرنسا ، ذلك لأن عدم تعرض القاضى للعزل يصل به إلى الحياد التام والاستقلال فى عمله وخصوصا إذا كان تعيينه من قبل السلطة التنفيذية (١٣٧٩). وخصوصا أعضاء مجلس الدولة فتتص المادة (٩١) من القانون الإدارى المصرى (أعضاء مجلس الدولة من درجة مندوب فما فوقها غير

(١٣٧٥) انظر (أ . د / سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٩٧) .

(١٣٧٦) انظر (أ . د / سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٩٧) .

(١٣٧٧) انظر (د / محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء فى الإسلام - ص ٢١٠) .

(١٣٧٨) انظر (د / محمد عبد القادر أبو فارس - المرجع السابق - ص ٢١٢) .

(١٣٧٩) انظر (أ . د / سليمان الطماوى - السلطات الثلاث - ص ٢٩٧) .

قابلين للعزل (١٣٨٠).

ب تحديد المرتب والمراكز بنص القانون لأن منصب القضاء ينأى بصاحبه عن مواطن الشبهة ، والقاضى يمسك بيده ميزان العدل ، ومن ثم تحدد الدول للقضاة مرتبات مجزية بقوانين خاصة حسب الظروف ، وإن كانت بعض الدساتير العربية ومنها مصر فقد حدد دستورها راتب القاضى (١٣٨١).

ج - ترك معظم الشئون التنفيذية لرجال القضاء لمجلس القضاء الأعلى :
ذلك لأن الاختصاص الحقيقى لمثل هذه الأمور يمارسه (مجلس أعلى للقضاء) يشكل من ممثلين لرجال القضاء يجرى اختيارهم بطرق خاصة ، وقد ورد النص على ذلك فى دستور مصر والمغرب والكويت وسوريا والسودان (١٣٨٢).

ولهذا فإن هذه الضمانات تطمئن القضاة فى أعمالهم بل وتحميهم من أى تعسف قد يلحق بهم فلا يعزل القاضى ولا ينقل ولا يحال إلى التقاعد إلا إذا ارتكب سببا يوجب له العزل أو الإحالة إلى التقاعد والتي تتولى العزل وغيره بالنسبة للقاضى جهة قضائية مختصة بعيدة عن السلطة التنفيذية والتشريعية (١٣٨٣).

٤ - ضمانات هيبة القضاء :

والمقصود بها أن يكون القضاء غير مسئول عن الأحكام الصادرة منه مسئولية جزائية أو مدنية أو تأديبية إلا إذا ظهر من القاضى أنه متعمد الإساءة فى حكمه إلى أحد من الناس ، وثبت ذلك بطريق من طرق الإثبات المشروعة كالشهادة والإقرار والقرينة .
فإذا ثبت أنه غش أو دلس أو غدر واعتدى على حياة الناس فإنه يلاحق مدنيا ، وتأديبيا ، وجزائيا . ويلحق من قبل السلطة القضائية دون التنفيذية أو التشريعية ، ويوجه المجلس القضائى إنذارا أو خصما لبعض راتبه ، أو تخفيضا لدرجته من العليا إلى الدنيا أو أمرا بنقله إلى مكان بعيد عن محل إقامته (١٣٨٤). وأيضا تتحمل الدولة مسئولية أعمال القضاء (١٣٨٥).

٥ - ضمانات حياد القضاء :

معنى ذلك أن يكون القاضى بعيدا عن محاباة الأقارب محايدا وبعيدا عن ظلم الأعداء ولذا منعت القوانين القاضى من القضاء لزوجته وولده أيضا منعه من الاتجار والعمل فى مهنة

(١٣٨٠) انظر المادة (٩١) قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة وفقا لآخر التعديلات المعدلة بالقانون رقم (

١٣٦) لسنة ١٩٨٤م - الجريدة الرسمية عدد ٢٣ فى ٦/٦/١٩٧٤م) .

(١٣٨١) راجع فى ذلك (دستور جمهورية مصر العربية - المطابع الأميرية ١٩٩٩م) .

(١٣٨٢) انظر (أ . د / سليمان الطماوى - السلطات الثلاث - ص ١٩٨) .

(١٣٨٣) انظر (د/ محمد بد القادر أبوفارس - القضاء فى الإسلام - ص ٢١٢) .

(١٣٨٤) راجع فى ذلك (قانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة وفقا لآخر التعديلات - ص ٥٥ وما بعدها - المطابع الأميرية ٢٠٠١) .

(١٣٨٥) راجع فى ذلك (أ . د/ رمزى طه الشاعر - المسئولية عن أعمال السلطة القضائية - مجلة العلوم القضائية والاقتصادية - العدد الثانى - السنة الثامنة عشر ١٩٧٦ - ص ١٤٦ : ١٩٦) .

تتنافى مع القضاء^(١٣٨٦).

وخلاصة ما سبق : فإن وجود تلك المؤيدات وهذه الضمانات تجعل طريقة تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار بمنأى عن الانحراف عن جادة الصواب ، وتصيح باب إنصاف للبلاد والعباد .

(١٣٨٦) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء في الإسلام - ص٢١٦) .

المطلب الثالث

مقارنة

بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار طرق ومقومات تطبيق النظرية

بالنظر فيما سبق بيانه لمقومات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية يتضح لنا أن بين الطرفين نقاط اتفاق ونقاط اختلاف .

أولا : نقاط الاتفاق :

إن غاية القضاء فى النظامين الإسلامى والوضعى واحدة ، وهى أن يحقق القضاء هدفه الأسمى من إقامة العدل بين المتحاكمين ، وظهر ذلك بين الجانبين فى أنه لابد لتحقيق ذلك قيام ثلاثة ركائز :

الأولى : الحياد . وبه جاءت الآية القرآنية ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (١٣٨٧). وقال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلُوتُوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ (١٣٨٨). وهذه الركيزة حملتها معظم النصوص القانونية لترقى بالقاضى إلى الحياد وعدم المحاباة .

الثانية : التخصص . أيضا حرص كل من النظام الإسلامى وكذلك النظم الوضعية على ألا يتولى القضاء إلا متخصص مؤهل علميا .

الثالثة : السمو الأخلاقى للقاضى فى النظامين الإسلامى والوضعى .

أما بالنسبة لمؤيدات حماية القضاء ، فثمة اتفاق بين الطرفين فى وضع حماية للقاضى بهذه المؤيدات :

– فإذا كانت الحماية دستورية فى النظم الوضعية فإن روح الشريعة الإسلامية تستوعب هذه الحماية بل تعده واجبا من باب (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب) (١٣٨٩).

– وإذا كانت الحماية جزائية فإن النظم الوضعية تعاقب كل من يتدخل أو يعوق عمل القضاء فيها ، فروح الشريعة الإسلامية تتسع أيضا لهذا التدبير ، وتاريخ القضاة فى الإسلام يحدثنا بأن التدخل فى شئون القاضى الكفاء ليس مستحبا ، بل إن المتدخل قد يتعرض لعقوبة

(١٣٨٧) سورة النساء : آية ٥٨ .

(١٣٨٨) سورة النساء : آية ١٣٥ .

(١٣٨٩) انظر (الإمام الغزالي - المستصفى - تحقيق محمد سليمان الأشقر - ١ / ١٣٨) .

الحبس من القاضى ، وورد أن شريك^(١٣٩٠) قاضى الكوفة أخته امرأة وهو فى مجلس الحكم فقالت له : أنا بالله ثم بالقاضى ، قال : من ظلمك ؟ قالت : الأمير موسى بن عيسى عم أمير المؤمنين^(١٣٩١). كان لى بستان على الفرات فيه نخل ورثته عن أبى وقاسمت إخوتى وبنيت بينى وبينهم حائطا فاشتري الأمير من إخوتى وساومنى فى نصيبى فلم أبعه فلما جاءت هذه الليلة بعث بخمسمائة غلام وفاعل فافتعلوا الحائط فأصبحت لا أعرف من نخلى شيئا ، فقال : يا غلام أحضر طينة فأحضرها وختمها وقال : امض إلى بابى حتى يحضر معك فجاءت المرأة بالطينة المختومة فأخذها الحاجب ودخل على موسى فقال : قد أعدى القاضى عليك ، وهذا ختمه ، فقال : ادع لى صاحب الشرطة فدعا به فقال : امض إلى شريك وقل يا سبحان الله ما رأيت أعجب من أمرى ، امرأة ادعت دعوى لم تصح أعديتها على ، قال صاحب الشرطة : إن رأى الأمير أن يعفينى من ذلك ، فقال : امض وبلغ فخرج ، فلما حضر إلى شريك وأعلمه بما قال الأمير حبسه ، وحبس كثيرا من رجاله ، فركب موسى بن عيسى إلى باب السجن ، وفتح الباب ، وأخرجهم ، ولما أعلم السجن شريكا بذلك قال لغلामه : الخَقِّ بنقلى إلى بغداد والله ما طلبنا هذا الأمر منهم ولكن أكرهونا عليه ، ولقد ضمنوا لنا فيه الاعتزاز إذا تقلدناه لهم ، ومضى نحو قنطرة الكوفة إلى بغداد يرفع الأمر إلى الخليفة ، ولما بلغ الخبر الأمير ركب فى مركبه فلاحقه وجعل يناشده ، فلم ينتقل من مكانه حتى أجاب جميع ما طلبه منه القاضى ، وحضر الأمير مجلس القضاء وجاءت المرأة فقال : هذا خصمك قد حضر فما تقولين ؟ فذكرت قصتها فقال الأمير : صدقت قال القاضى : ترد ما أخذ منها وتبنى حائطا سريعا كما كانت قال أفعل ، ثم بعد ذلك قال للمرأة ، هل بقى لك عليه دعوى ؟ قالت : لا وبارك الله عليك وجزاك خيرا ، قال : قومى ، فقامت من مجلسه ، وقال السلام عليك أيها الأمير أتأمر بشيء ؟ فقال أى شيء آخر وضحك . فقال له شريك : أيها الأمير ذاك الفصل حق الشرع ، وهذا القول الآن حق الأدب فقام الأمير وانصرف إلى مجلسه وقال : مَنْ عَظَّمَ أمر الله أذلَّ الله له عظماء خلقه^(١٣٩٢).

فانظر وتأمل هيبة القضاة ومدى احترام الحكام والمحكومين لهم .

– وإذا كانت الحماية شعبية فهى فى النظام الإسلامى من قبيل الحسبة التى تحول دون أى إنسان والعبث فى القضاء ، ولا تدع القاضى وحده بل تؤيده وتدعم موقفه^(١٣٩٣).

ثانيا : نقاط الاختلاف :

١ - إن الجانب الوضعى اهتم بالظاهر أكثر من اهتمامه بالضمير ، فاهتم بسن القوانين

(١٣٩٠) شريك هو : شريك بن عبد الله بن الحارث النخعى الكوفى أبو عبد الله (ت : ١٧٧هـ) - انظر (الزركلى - الأعلام - ١٦٣/٣) .

(١٣٩١) موسى بن عيسى : هو موسى بن عيسى بن موسى بن محمد العباسى الهاشمى أمير من آل عباس (ت : ١٨٣هـ) - انظر (الزركلى - الأعلام - ٣٢٦/٧) .

(١٣٩٢) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس - القضاء فى الإسلام - ص ٢٠١) .

(١٣٩٣) د/ محمد عبد القادر أبو فارس - المرجع السابق - ص ٢٠٢ .

المنظمة للقضاء دون الاهتمام بالضمير ، وهذا بخلاف النظام الإسلامى الذى جمع بين الحسنيين ، فقبل أن يسن القوانين اهتم بتربية القلب وتصفية الضمير وقام بترويضها على حب الله تعالى ، والرغبة فى مثوبته والرغبة من عقوبته ، وحذر من الهوى والميل إلى الشهوة ليكون الدافع ليس نص القانون والعقوبة الدنيوية فقط، وإنما الخوف من الله تعالى وتجنباً لعقابه فى الآخرة .

٢ - إن القانون الوضعى الذى ينظم حماية القضاء وإدارته ويصون له هيئته ، يخضع هذا القانون وخصوصاً الدستورى منه إلى فلسفة المجتمع ، وإلى مدى خضوعه للتغيير ، وهذا على النقيض من النظام الإسلامى فى قضائه ؛ فالقضاء فيه يخضع لمرجعية ربانية لا تتأثر بتغيير أحوال العباد فهى مرجعية ثابتة المصدر ، مرنة الدلالة يخضع لها البشر وتستوعب قضاياهم ولا تخضع هى لتبدل أفكارهم وانفراط عقدهم .

٣ - إن الحكم القضائى فى النظم الوضعية يكون ملزماً أو غير ملزم بحسب النظام السائد فإذا كان ديمقراطياً فمن السهل فيه أن يكون حكم القضاء ملزماً غالباً للمجموع وإذا كان ديكتاتورياً فلا مكان لقانون ولا لقاض يحمله بل الكل تحت إمرة الفرد الواحد الذى تحميه دولة بوليسية تغتصب معها الحقوق .

أما النظام الإسلامى فالكل فيه خاضع للشرعية الواحدة ، وما الأمير فيه إلا أجير يخضع لحكم القضاء الذى تعتبر الوظيفة فيه مغرماً وليست مغنماً ، ومما يؤكد خضوع رئيس الدولة إلى حكم القاضى ويلتزم بتنفيذه موقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع رجل يهودى أخذ منه عمر فرساً على سوم الشراء فحمل عليه فغضب فخاطبه اليهودى فقال عمر : اجعل بينى وبينك رجلاً ؛ فقال الرجل : إني أرضى بشرىح العراقى ، فقبل عمر وحكم شريح بينهما فقال شريح لعمر : أخذته صحيحاً سليماً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليماً^(١٣٩٤) .

هذا هو سمو الإسلام ؛ فأخبرنى بالله عليك هل يستوى الشرى مع الشرى ؟ !
وختاماً نقول : تلك ضوابط التطبيق للموازنة وطرقه ومقوماته ؛ ليملك بها من قلت بضاعته الآلة ، ويستأنس بها من استوحش الطريق ، ليجد الكل للموازنة ميداناً فسيحاً نعالج بها الوقائع الجديدة ، ونستبصر بها إذا تنازعت الحقوق ، وكل يجذب إلى جانبه ، فيعود إلينا ميزان العدل فلا يؤكل مال ولا يغتصب حق .

ومظاهر هذا تتضح فى الحديث عن مجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى الفصل التالى .

(١٣٩٤) انظر (ابن القيم - إعلام الموقعين - ١/ ٨٤) .

الفصل الثانى

مجالات تطبيق نظرية الموازنة بين

المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

من السهل أن نقرر المبدأ وأن نؤصل له ؛ لكن الصعوبة تواجهنا عندما نبحت عن مجالات لتطبيقه ، وميادين لإعماله ، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار كمبدأ جديد ظهر في ساحة الرقابة القضائية على أعمال سلطة الإدارة التقديرية ، لم نقف له على مجالات عدة طبق القضاء الإداري عليها رقابته الجديدة ، إلا بمقدار ما أوحاه واقع العصر من كثرة تدخل الإدارة في معظم شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية والصحية ؛ هذا التدخل الذي استدعى الإدارة لوضع قرارها بنزع الملكية إذا تعلق بتحقيق منفعة عامة .

ومن هنا كان المجال البارز على سطح تطبيق النظرية في النظم الوضعية هو المجال الذي كان تدخل الدولة فيها واضحا جليا ، والذي انحصر في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة وصورها المتمثلة في الاقتصاد العام والتخطيط العمراني والصحة العامة .

وهذا الحصر لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فرضه واقع التدخل الإداري ، بخلاف النظام الإسلامي الذي اتسم بشمول أعمال الموازنة بين المنافع والمضار ، سواء كان إعمالها في دائرة العبادات أو المعاملات ، أو كان بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الدولة والأفراد .

غير أن البحث يقتصر على مجال نزع الملكية وصورها الثلاثة ، التي انتظمها فقه القانون في النظم الوضعية بناء على سبب الدراسة ، وهو ظهور النظرية التي نحن بصدددها في النظام الوضعي الفرنسي وغيره .

والذي يستقرئ القضايا التي طبقت فيها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجد أنه تم تطبيقها في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة وصورها ، التي نستطرد الحديث عنها في المباحث التالية .

المبحث الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار .

المبحث الثاني : التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار .

المبحث الثالث : الاقتصاد والموازنة بين المنافع والمضار .

المبحث الرابع : الصحة العامة والموازنة بين المنافع والمضار .

المبحث الأول

نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار

(Lexpropriation pour cause d'utilité publique)

النزع هو : الإخراج أو الأخذ بقوة وهو من نزع الشيء أى جذبه من مقره ؛ كنزع القوس عن كبده ، قال تعالى ﴿ تَنْزِعُ النَّاسَ كَأَنَّهُمْ أَعْجَازُ نَخْلٍ مُنْقَعِرٍ ﴾^(١٣٩٥) ، قيل : تقلع الناس من مقرهم^(١٣٩٦) .

ويعرف نزع الملكية فى الفقه الغربى بأنه : إجراء إدارى من شأنه حرمان شخص من ملكه جبرا لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل^(١٣٩٧) .

وبيزيد الفقه الفرنسى على هذا التعريف : بأنه " إجراء إدارى قضائى " فزاد لفظ قضائى بناءً على أن جزءا من إجراءات نزع الملكية تمارسه السلطة القضائية^(١٣٩٨) .

والذى نستنبطه من التعريف أن نزع الملكية يجب أن تتوفر فيها ثلاثة مميزات منها :

أ - أن يتوفر فيها الإجراء الجبرى : ذلك لأنها تؤخذ من صاحبها بالقوة .

ب - أن تنتقل الملكية فيها إلى الدولة : وهذا هو الفاصل بين نزع الملكية وبين كثير من التصرفات الإدارية الأخرى كنزع ملكية العقار جبرا عن صاحبه لمصلحة الدائن وهى مسألة مدنية بحته محل بحثها قانون المرافعات ، وأيضا الأخذ بالشفعة التى تعد نوعا من أنواع نزع الملكية جبرا عن صاحبه^(١٣٩٩) ، غير أنه خارج عن إطار موضوع بحثنا الذى فسر نزع الملكية للمنفعة العامة على أنه قيد على الملكية بعد قيامها اقتضته مصلحة المجتمع كأثر للاعتراف لها بالوظيفة الاجتماعية ، وحق المالك لها لا ينقضى ، وإنما ينتقل إلى التعويض^(١٤٠٠) .

ج - أن يكون نزع الملكية للمنفعة العامة : ذلك لأن نزع الملكية امتياز من امتيازات الإدارة تظهر فيه بمظهر السلطة العامة ، وتقيد بقيد الصالح العام الذى فرضته النصوص المقررة له^(١٤٠١) فهى تأخذ الملك جبرا عن صاحبه للنفع العام^(١٤٠٢) .

ومن ثم فإن نزع الملكية قد أحاطه القضاء الإدارى بضمانات جدية ليحد من سلطة الإدارة التقديرية فيه ، واتخذ فى ذلك منهج التدرج إلى أن وصل إلى أعمال نظرية الموازنة بين

(١٣٩٥) سورة القمر : آية ٢٠ .

(١٣٩٦) انظر (الأصفهاني - المفردات فى غريب القرآن - ص ٤٩٠) .

(١٣٩٧) انظر فى ذلك (د / ماجد راغب الحلو - القانون الإدارى - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٨٣م - ص ٥٧٧) وانظر (د/ فؤاد العطار - القانون الإدارى - دار النهضة العربية القاهرة - ط ٣ - ١٩٧٦م - ص ٥٥٩) .

(١٣٩٨) HOSTIOU (René) : Code de l'expropriation . Commenté et annoté , Litec , éd.

1981, 1989. P. 3 .

(١٣٩٩) راجع فى ذلك (الشيخ / محمد أبوزهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربى - القاهرة - ١٩٧٦م - ص ٤٨) .

(١٤٠٠) انظر (د/ محمد على حنبولة - الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة - حقوق عين شمس - ١٩٧٣م - ص ٦٧٢) .

(١٤٠١) انظر (د/ فؤاد العطار - القانون الإدارى - ص ٥٥٨) .

(١٤٠٢) انظر (مجمع اللغة العربية - معجم القانون - ص ١٤٩) .

المنافع والمضار التي نحن بصدددها .

وعليه فإن نزع الملكية للمنفعة العامة هو الميدان الذي ولدت فيه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، ويمثل مجاله الرئيسى فى التطبيق للموازنة وتحديدًا عام ١٩٧١م فى النظم الوضعية حينما أصدر مجلس الدولة الفرنسى حكمه المتطور فى ٢٨/٥/١٩٧١م فى قضية المدينة الشرقية ، وقد كان هذا المجلس من قبل يقتصر دوره على التأكد من الإعلان عن المنفعة العامة فى القرار الإدارى بنزع الملكية ، وقد كانت يد القاضى الإدارى مغلوطة أمام فحص الظروف المحيطة بنزع الملكية ، ويكفيه فقط أن يتأكد من هدف العملية وهو بالطبع تحقيق المنفعة العامة (١٤٠٣) .

وبمجرد أن أصدر المجلس حكمه بشأن المدينة الشرقية أسدل الستار على مجرد التأكد من هدف العملية ، وأصبح القاضى الإدارى يقوم بتدبير المنفعة العامة للمشروع مع عدم انعزالها عن الظروف المحيطة بها حتى يقدر مدى تحقق هذه المنفعة فى ضوء الأضرار التى تترتب عليها سواء كانت هذه الأضرار لاحقة بالملكية الخاصة أو مضرّة بمشروع عام آخر (١٤٠٤) . والنظام الإسلامى فى هذا المجال يسير مع النظم الوضعية جنباً إلى جنب .

(١٤٠٣) انظر (د/ سامى جمال الدين - انظر قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٥) .

(١٤٠٤) انظر (د/ سامى جمال الدين - المرجع السابق - ص ٢٣٥) .

ويظهر التطبيق للموازنة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة في ضوء المطالب التالية :

المطلب الأول : مجال نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .

المطلب الثاني : مجال نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار نزع الملكية .

المطلب الأول

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

إن الإسلام أقر الملكية للأفراد وراعى ذلك كما ظهر من مناجاه ، فهو يدرك فطرة الإنسان التى فطر عليها، تلك الفطرة التى جُبلت على حب التملك ، والتى يحفزها هذا الحق إلى مزيد من الجهد والإنتاج الذى يعم نفعه الفرد والمجتمع^(١٤٠٥). وحتى يحمى الإسلام هذه الملكية وضع حدا رادعا لمن ينتهكها بسرقة أو غصب أو نهب لذا يقول ﷺ : « من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين »^(١٤٠٦) ، وقال أيضا : « من اقتطع مال امرئ مسلم بغير حق لقي الله ﷻ وهو عليه غضبان »^(١٤٠٧) ، وقال : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه »^(١٤٠٨).

يتضح من هذه الأدلة أن الشريعة الإسلامية أقرت حق الملكية ، وشرعت له من المؤيدات ما يشته ، بيد أنها قيدته بما لا يضر بالغير ، فردا كان أو جماعة ، فحق الغير محافظ عليه شرعا ، كما أن حق الجماعة مصون أيضا ، إذ إن الشريعة رسالة تعتنى بالفرد والمجموع معا ، بالفرد باعتباره اللبنة الأساس فى بناء المجتمع ، وأما المجموع فيبدوا اعتناء الشريعة به فى تقييد حق الفرد بمنع اتخاذه وسيلة إلى الإضرار بالجماعة^(١٤٠٩).

وتقييد حرية التملك للفرد هو من باب تقييد المباح ، وللدولة يد فى هذا التقييد بناء على أسباب مشروعة لا دخل للهوى فيه ولا للمصلحة الذاتية للقائم بالأمر ، وإنما تدخلها وفق أسباب معلومة تنبنى على مرجعية شرعية ، وهذه الأسباب تتضح فى النقاط التالية :

١- وجوب مصلحة عامة تقتضى تقييد التملك :

لقد أقر الفقه الإسلامى لأئمة المسلمين الحق فى تقييد الملكية إذا كان وراء هذا التقييد مصلحة عامة.

وذهب فريق من العلماء إلى تقييد حق تملك المعادن الظاهرة - وهى التى يتوصل إليها بغير مؤنة ينتابها الناس ، كالملاح والكبريت ، والنفط ، فلا يجوز تملكها لأحد من الناس ولا

(١٤٠٥) انظر (أبو بكر بن أبى الدنيا (ت : ٢٨١ هـ) - إصلاح المال - تحقيق ودراسة / مصطفى مفلح القضاة - الوفاء للطباعة والنشر - ط ١ ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م - ص ٨٢) وانظر (عبدالسميع المصرى - مقومات الاقتصاد الإسلامى - مكتبة وهبة - ط ٤ ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م - ص ٣٩) .

(١٤٠٦) صحيح البخارى باب - إثم من ظلم شيئا من الأرض - رقم (٢٣٢١) - ٨٦٦/٢ ، باب ما جاء فى سبع أرضين برقم (٣٠٢٣) - ١١٦٧/٣ ، صحيح مسلم - باب تحريم الظلم وغصب الأرض - رقم ١٦١٢ - ١٢٣١/٣ .

(١٤٠٧) صحيح البخارى باب - كلام الخصوم بعضهم فى بعض - رقم (٢٢٨٥) - ٥٨١/٢ .

(١٤٠٨) صحيح مسلم باب - تحريم ظلم المسلم وخذله - رقم (٢٥٦٤) - ١٩٣٦/٤ .

(١٤٠٩) انظر (د/ بشير بن مولود جحيش - فى الاجتهاد التنزيلى - كتاب الأمة عدد ٩٣ قطر ١٤٢٤ هـ - ص ١٣٥) .

احتجازها دون المسلمين ، لأن فيه ضررا بهم وتضييقا عليهم^(١٤١٠).
ودليل ذلك : أن النبي ﷺ أقطع أبيض بن حمال " معدن الملح " فلما قيل له أنه بمنزلة
الماء العِدَّ رَدَّه^(١٤١١) .

ووجه الدلالة : أن الامتلاك ليس مباحا في كل الأموال بلا قيد ولا شرط ، وعدم تقييد
الحق الفردي بعدم الإضرار بالمصلحة العامة في كل موطن يترتب عليه الإضرار بعموم
الأمة^(١٤١٢) .

٢- إقامة التوازن بين الناس بإقامة العدل الاجتماعي :

إن الشريعة الإسلامية كما أنها تُنقذ الفرد من حماقة سلوكه ، فإنها تنقذ المجتمع من
حماقة بعض طبقاته ! والقاعدة العامة في هذا هي في قوله تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ
وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ
وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴾^(١٤١٣) .

وفى ضوء الآية الكريمة يتحدد هدف الرسالة في إقامة التوازن والعدل بين الناس ، ذلك
لأن محور الأحكام هو قيام الناس بالقسط ، وميزان هذا هو الشرع الذي يمسك به المصلحون
لضبط الأوضاع وتوزيع الحقوق والواجبات!

فإذا كان إصلاح حال الجماعة الإنسانية يحتل من الدين هذه المنزلة فالمنافع العامة
مصونة حيث ورد في الحديث : « إن المسلمين شركاء في ثلاثة : في الماء والنار والكأ »^(١٤١٤) .

وهي أمور على سبيل التمثيل لا الحصر ، فلا يجوز احتكارها لفرد ما لأن حاجة
الجمهير إليها سواء ، فلا يصح تمكين يد واحدة من تملكها .
ومن ثم فإنه يجوز تقييد ملكية الأراضي الزراعية وكذلك الملكية الصناعية من أجل
مصلحة الجماهير العامة^(١٤١٥) .

فإذا اتسعت الحاجات باتساع الحضارة وتغير الزمن ، فعلى الحكومة أن تضع يدها باسم
الشعب - على مصادر الثروة العامة ، وأن تُقضى المحتكرين - أفرادا كانوا أو شركات - من
محاولة استغلالها لأنفسهم ..^(١٤١٦) .

(١٤١٠) انظر (د/ فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ص ٢١٧ : ٢١٨) .

(١٤١١) النسائي - السنن الكبرى - تحقيق - د/ عبد الغفار سليمان البندار - ص ٣٠٣ ، وسيد كسراوى حسن برقم

(٥٧٦٧) - دار الكتب العلمية - بيروت ط ١ - ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م - ٤٠٦/٣ .

(١٤١٢) انظر (د/ فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ص ٢١٨) .

(١٤١٣) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(١٤١٤) ابن حجر - فتح الباري - ٤٥٥/٦ .

(١٤١٥) الشيخ / محمد الغزالي - الإسلام والأوضاع الاقتصادية - نهضة مصر - للطباعة والنشر - طبعة ثانية ١٩٩٨ م - ص

(١٠٤) .

(١٤١٦) الشيخ / محمد الغزالي - المرجع السابق - ص ١٠٤ .

هذا وقد جعل الأصوليون حق الله تعالى - وهو كل ما يتعلق به النفع العام - قسيما للحق الفردى - حق العبد- والأحكام فى الإسلام تقوم على التنسيق بين الحقين أو المصلحتين العامة والخاصة بالتوفيق بينهما ما أمكن ، فإذا تعذر فبتقديم المصلحة العامة.

والشريعة فى ذلك لا تعرف التصرف المطلق فى الحق الذى لا يرمى الصالح العام ، وإنما تعرف التصرف المقيد بالأهداف الشرعية والتى منها مراعاة مصلحة الجماعة وعلى المالك أن يقوم بهذه الحقوق ؛ لأنها مرتبطة بوجود الملكية^(١٤١٧).

٣- أن تصرف الولاية منوط بمراعاة المصلحة :

معنى ذلك أن الإمام إذا احتاج من أجل حماية الملك المتسع الأقطار حتى لا تصير بلادنا عرضة لاستيلاء الأعداء لانتزاع وتقييد بعض ملكية الأفراد ، جاز له ذلك وفق ميزان " إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين " ^(١٤١٨).

ويتضح مما سبق من أسباب لتقييد الملكية وانتزاعها أنه ينبغى مايلى :

أ - حراسة واقع الدولة بكل ملابساته وظروفه ، والتأكد من ميسر الحاجة لمثل هذا الإجراء ، وأنه قد يتحقق فى واقع دون واقع مما يقتضى تحقيقا خاصا لمناط^(١٤١٩) القرار بنزع الملكية .

ب - إن هذا الإجراء هادف إلى تحقيق مقاصد شريعة أساسية لحماية البيضة ، أو لدفع ما نزل بالبلاد من خطر داهم أو كوارث طبيعية عامة .

ج- أنه عند اتخاذ هذا القرار وإلزام الرعية به لابد من التبصر بمآلات هذا التطبيق ، فإن كان يفضى إلى النتائج الحسنة المرجوة كان لابد من إمضائه ، وإن تبين عدم إفضائه إلى ذلك ، وأنه لا يؤدى إلا إلى الإضرار بالرعية وإرهاقها كان لابد من الإحجام عنه^(١٤٢٠).

ثالثا : مظاهر نزع الملكية فى النظام الإسلامى :

من الثابت فى التشريع الإسلامى صيانة الملكية الفردية وحمايتها من الاعتداء عليها ، ولكنه يلاحظ أن هناك حالات تنزع فيها الملكية وأقرها جمهور الفقهاء وهى حالات محدودة نأخذ منها ثلاث :

الأولى : نزع الملكية رعاية لحق الآخرين :

وفى هذه الحالة تنزع الملكية جبرا عن صاحبها وبخاصة حين تتعارض المصالح الخاصة

(١٤١٧) انظر (د/ محمد فاروق النبهان - الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى - ص ١٨٧) .

(١٤١٨) الغزالى - المستصفى - ١ / ٤٢٦ .

(١٤١٩) المناط هو : الوصف الظاهر المنضبط الذى يدور مع الحكم وجودا ، وعدما ، وهو العلة الشرعية ، وسميت مناطا لأن الحكم يناط بها أى يتعلق بها ، وهو إطلاق مجازى على العلة - انظر (د/ قطب مضطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه ص ٤٥٠) .

(١٤٢٠) انظر (د/ بشير بن مولود جحيش - الاجتهاد التنزيلى - كتاب الأمة - قطر - عدد ٩٣ - ١٤٢٤ هـ - ص ١٤٠)

مع بعضها البعض ، وهنا تقدم المصلحة الضرورية على غيرها (١٤٢١) .
ومثال ذلك في الشفعة التي تعد حالة من حالات التملك الجبري وتطلق في اللغة على
الضم (١٤٢٢) .

وتسمى اصطلاحاً : تملك العقار جبراً على المشتري بما قام به (١٤٢٣) ، وأيضاً : تملك
البقعة جبراً بما قام على المشتري بالشركة والجوار (١٤٢٤) . وباستقراء ما ورد في الشفعة نجد أن
سبب ثبوتها هو الخوف من الضرر الذي يلحق الشفيع من المشتري الجديد (١٤٢٥) ، واتفق
الفقهاء على أن الشفعة على خلاف الأصل .

قال ابن قدامة (١٤٢٦) : (جملة ذلك أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل ، إذ هي
انتزاع ملك المشتري بغير رضا منه وإجباره على المعارضة ، ولكن أثبتها الشرع لمصلحة
راجحة) (١٤٢٧) .

الثانية : نزع الملكية رعاية للمصلحة العامة :

إن الشريعة الإسلامية حينما أقرت الملكية الخاصة لم تجعلها مطلقة وإنما قيدتها بما
يحقق مصلحة المجتمع ، وعندئذ أقرت الشريعة نزع الملكية استجابة لمصلحة عامة تستدعيها
حاجة ملحة .

وأجاز الفقهاء لولي الأمر أن ينزع هذه الملكية للضرورة ، وحتى لا يكون نزع الملكية
سيفاً على رقاب الأفراد يستخدمه الأمراء متى شاءوا وكيفما شاءوا كلما سنحت لهم الفرصة
للتضييق على من يخالفونهم في الرأي وضع الفقهاء لجواز نزع الملكية شرطين :
١ ألا تكون الحاجة إلى نزع الملكية مجرد رغبة من حاكم (١٤٢٨) .

(١٤٢١) انظر (د/ محمد فاروق البهان - الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي - ص ٢١٤) .

(١٤٢٢) انظر (الراغب الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - ص ٢٢٦) .

(١٤٢٣) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ص ٣٤٠ ، ٣٤١) .

(١٤٢٤) الجرجاني - التعريفات - ص ١٦٧ .

(١٤٢٥) وحتى تتحقق الشفعة لابد من اتصال بين العقار المبيع وعقار الشفيع ، ويتخذ هذا الاتصال أشكالاً ثلاثة :

- اتصال شركة على الشيوع بين العقارين .

- اتصال شركة في حقوق الارتفاق .

- اتصال جدار ملاصق . انظر (الكاساني - بدائع الصنائع - ٤/٥) .

(١٤٢٦) ابن قدامة هو : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله المقدسي الصالحي الحنبلي ،
وكنيته أبو محمد ، ويلقب بموفق الدين (ت : ٦٢٠هـ) انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء - ١٦٦/٢٢ ، وانظر (أبو

الحسين محمد بن يعلى - طبقات الحنابلة - تحقيق / محمد حامد الفقي - دار المعرفة - بيروت - ٣٧/٢) .

(١٤٢٧) ابن قدامة - المغني - ١٤٤/٧ . وانظر (الشيخ/ علي أحمد الجرجاوي - حكمة التشريع وفلسفته - مراجعة / خالد

العتار - إشراف مكتب التوثيق والدراسات - دار الفكر - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ١٢٧/٢) .

(١٤٢٨) لقد شهد تاريخنا الإسلامي عصوراً سيطر فيها ملوك ظلمة أرادوا تسخير الشريعة وفقهاء الدين لخدمتهم بغية إصدار

الفتاوى لهم بمصادرة الملكيات الفردية ، غير أن فقهاء الدين رفضوا ذلك وأبوا أن يكونوا أداة بيد أولئك الملوك ، ورفضوا

بأن يفتوا لهم بجواز التعدي على الملكيات الفردية ، ويمثل لهؤلاء الملوك (بالظاهر بيبرس البندقداري) الذي أراد أن ينزع

العقارات ، وطالب بيبرس ذوي العقارات بمستندات تشهد لهم بالملك وإلا انتزع من أيديهم متعللاً أن بلاد مصر فتحت

٢ ألا يكون نزع الملكية للسيطرة أو للإضرار بالأفراد .

ويمكن أن نرى صورة من صور نزع الملكية في حالة الاستملاك لأجل المصالح العامة ، فلقد أجاز التشريع الإسلامي استملاك الأراضي المجاورة للمسجد لتوسيعه ، فإذا امتنع أصحابها عن بيعها جاز لولي الأمر أن ينزع ملكيتهم عنها ، ويدفع قيمتها لهم ، وأجاز التشريع أيضا مثل هذا لتوسيع الطريق إذا دعت الحاجة إلى ذلك (١٤٢٩) .

وأیضا نقل الشيخ محمد أبو زهرة عن الزيلعي (١٤٣٠) : " أنه إذا ضاق المسجد على الناس ويجنبه أرض رجل ، تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام ، أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضي وأدخلوها في المسجد ، وهذا من الإكراه الجائر (١٤٣١) ، وهو ما فعله أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فلقد أمر بشراء ما حول المسجد الحرام من دور ، فرضى البعض وأبى البعض الآخر ، فأخذها عمر بن الخطاب جبرا عن أصحابها ، ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ليأخذها أصحاب الدور وقال لهم : (إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها ، ولم تنزل الكعبة عليكم) (١٤٣٢) .

الثالثة : الاعتداد بالملكية الجماعية :

لقد اعتبر التشريع الإسلامي ملكية بعض الحاجات الأساسية ملكية جماعية نظرا لضرورتها وحاجة الأمة إليها ، ولم يكتف الإسلام بأن جعل الملكية الفردية ذات طبيعة مزدوجة بين الفردية والجماعية بناءً على الحقوق المترتبة عليها ، والقيود الجماعية التي تأخذ من طغيانها ، بل أقر الإسلام الملكية الجماعية ، وقصد من وراء ذلك أهدافا تتفق جميعها على تحقيق المصلحة العامة للأمة ، فعندما وجد الإسلام أن إقرار الملكية الفردية في بعض الأنواع سيلحق أضرارا كبيرة بالأمة في حاضرها ومستقبلها أقر الملكية الجماعية مراعاة للمنفعة العامة ، مثل الأراضي المفتوحة والملكية الجماعية فيها ، والملكية الجماعية في الأوقاف الخيرية ، وكذلك الحي .

وأهداف الإسلام من وراء ذلك ما يلي :

١ إشراك جميع الناس في الثروة العامة للأمة .

عنوة فلا يصح امتلاكها ، ولا يجوز وقفها وأراد إدخال الأوقاف بيت المال .

ولكن العلماء وقفوا له بالمرصاد - حينما كان هناك من العلماء من يقول كلمة حق في وجه سلطان جائر - وقال له محي الدين النووي " أبو زكريا محي الدين بن يحيى بن شرف بن مربى بن حسن الخزامي الحوراني النووي - (ت : ٦٧٦ هـ) الزركلي - (الأعلام) : إن ذلك غاية العناد وإنه عمل لا يحله أحد من المسلمين " وما زال ينهاه عن ذلك بالرفق والشدة حتى كف بيرس عما كان يريد - انظر (حاشية ابن عابدين ٣٦٢/٤) .

(١٤٢٩) انظر (الشيخ/ مصطفى الزرقا - المدخل الفقهي العام - مطبعة الجامعة السدريّة - ط ٥ (د . ت) - ٢٢٧/١) .

(١٤٣٠) الزيلعي هو : الإمام المحدث جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي (ت : ٧٦٢) انظر (مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي - كشف الظنون - دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢ م - ١٤٨١/٢) .

(١٤٣١) انظر (الشيخ/ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد - مطبعة فتح الله إلياس - مصر - ط ١ - ص ١٤٣) .

(١٤٣٢) انظر (د/ محمد فاروق النبهان - الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الاسلامي - ص ٢١٩) .

٢ - تأمين نفقات الدولة لتأمين الثغور وتقوية الجيوش .

٣ تشجيع الأعمال الخيرية كالوقف .

٤ المتوسعة على المسلمين في جميع المجالات كإحياء الأرض الموات .

٥ إشراك الناس في الحاجات الضرورية كالماء والكأ والنار والملح .

ذلك لأن هذه الأشياء تقوم عليها حياة البشر (١٤٣٣) .

وتحققت هذه الأهداف وصارت واقعا حيويًا لبى بها التشريع الإسلامى نداء الصالح العام ، ووُجِدَت تطبيقات عديدة لإجراء نزع الملكية للمنفعة العامة ، منها ما هو مباشر وصريح فى نزع الملكية تحققت فى ضوئه تلك الأهداف ولا شبهة فى اعتباره ، ومنها ما هو غير مباشر وإنما ذكر تحت أوصاف أخرى ، أعتبر فيها نزع الملكية .

أولا : بعض التطبيقات المباشرة لنزع الملكية للمنفعة العامة :

هناك صور تقليدية لنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وصور غير تقليدية لها ، وكان أمر الموازنة بين المنافع والمضار فيها واضح .

١ - الصور التقليدية :

الصورة الأولى : إقامة المساجد وتوسعتها :

تمت هذه الصورة فى عهد عمر بن الخطاب ؓ حينما احتاج أمر توسعة المسجد الحرام إلى نزع بعض ملكيات الدور المجاورة له ، وحدث ذلك والصحابة موجودون ولم يعترض عليه إلا نفر قليل ، ومن ثم كان هذا إجازة من جمهور الصحابة على نزع الملكية للصالح العام (١٤٣٤) .

الصورة الثانية : حمى الأرض :

الحمى هو : المكان المحمى والممنوع والمقصود به أن يحمى الإمام جزءا من الأرض المباحة لمصلحة المسلمين ، دون أن تختص بفرد معين ، وحمى الموات هو المنع من إحيائه إملاكا ليكون مستقبلي الإباحة لنبت الكأ ورعى المواشى (١٤٣٥) .

وأرض الحمى تحميها الدولة لمصلحة عامة مثل حجز بعض الأراضى للتدريبات العسكرية أو الحدائق العامة أو بناء جامعة أو مستشفى عام أو مباني الوزارات وما إلى ذلك ، وهذه الأرض لا يجوز لأحد أن يحييها أو يملكها (١٤٣٦) .

(١٤٣٣) انظر د/ محمد فاروق النيهان - المرجع السابق - ص ٢٥١ : ٢٥٦ .

(١٤٣٤) انظر (د/ بدران أبو العينين بدران - الشريعة الإسلامية - تاريخها ونظرية العقود - مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦م - ص ٣٥٥) ، وانظر فى ذلك أيضا (د/ عبد الحكيم حسن العلى - الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام - دار الفكر العربى - القاهرة - ١٩٨٣ - ص ٥١٩) .

(١٤٣٥) الماوردى - الأحكام السلطانية - دار ابن خلدون - الإسكندرية - مصر - ص ١٨٩ .

(١٤٣٦) انظر (د/ صلاح الدين عبد الحليم سلطان - سلطة ولى الأمر فى فرض وظائف مالية (الضرائب) دراسة فقهية مقارنة - إشراف أ. د. / محمد بلتاغى - دار هجر - ط ١ - ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م - ص ٧١) .

والدليل على صحة هذا التقييد لحرية الأفراد في تملكها ما فعله النبي ﷺ حيث حمى أرضاً بالمدينة تسمى (النقيع)^(١٤٣٧) . خص بها النبي ﷺ خيل المسلمين المعدة للحرب^(١٤٣٨)

وحتى لا يتجرأ ولي أمر فيحمي الأرض لمصلحة له ولهواه قال ﷺ « لا حمى إلا لله ورسوله »^(١٤٣٩) . ومعناه : " أنه لا حمى إلا على مثل ما حماه الله ورسوله للفقراء والمساكين ولمصالح كافة المسلمين ، لا على مثل ما كانوا عليه في الجاهلية من تفرد العزيز منهم بالحمى لنفسه »^(١٤٤٠) .

وفي ضوء هذا يكون مذهب الحمى لله ولرسوله في وجهين :

أحدهما : أن تحمي الأرض للخيل الغازية في سبيل الله .

آخرهما : أن تحمي الأرض لنعم الصدقة إلى أن توضع مواضعها وتفرق في أهلها^(١٤٤١) وقد حمى الخلفاء من بعده ﷺ فقد حمى أبو بكر ﷺ بالربذة^(١٤٤٢) ، لأهل الصدقة ، وأيضاً حمى عمر بن الخطاب ﷺ من الشرف مثل ما حماه أبو بكر^(١٤٤٣) . وأيضاً عثمان بن عفان ﷺ وروى أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير - أحسبه عن أبيه - قال : " أتى أعرابي عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام علام تحميها ؟ فأطرق عمر ، وجعل ينفخ ويفتل شاربته - وكان إذا كربه أمر فتل شاربته ونفخ - فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبرا من الأرض في شبر »^(١٤٤٤) .

وقد انقسم الفقهاء إلى فريقين في فهم قوله ﷺ : « لا حمى إلا لله ورسوله » فهل يجوز أن يفعل الحمى غير رسول الله ﷺ ؟

أ - قال فريق منهم لا يجوز لأحد بعد رسول الله بالحمى سواء كان خليفة أو غيره ومنهم ابن حزم الذي يرى أن لا يكون لغير رسول الله ﷺ ولو كان خليفة فضلا عن نوابه في الولايات والنواحي وقال : " فصح أن ليس للإمام أن يحمي شيئا من الأرض " وقال " أما رسول الله ﷺ

(١٤٣٧) النقيع هو : موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب لمكان يصير فيه من الماء ، وهو موضع أرض تلقاء المدينة ، من جهة مكة ، يبعد عن مكة ثلاث مراحل أي (ما يقارب تسعين كيلومتر) انظر (عبد العزيز البكري الأندلسي - معجم ما استعجم - تحقيق : مصطفى السقا- طبع بالقاهرة ١٣٦٨ م - ٤/ ١٣٢٣) .

(١٤٣٨) انظر (الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ١٨٩) .

(١٤٣٩) رواه البخاري في باب السرب برقم (٢٣٧٠) انظر (فتح الباري ٤/ ٤٤) .

(١٤٤٠) (الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ١٩٠) .

(١٤٤١) انظر (أبو عبيد - الأموال - دار الفكر - بيروت - ١٤٠٨ هـ / ١٩٩٨ م - ص ٣٧٥ : ٣٧٦) .

(١٤٤٢) الربذة : مكان في بلاد غطفان شمال شرقي المدينة حمى منها عمر يريد أن يربد أي ما يساوي اثني عشر ميلا مضروبة في بعضها انظر (البكري - معجم ما استعجم - ٢/ ٦٣٣) .

(١٤٤٣) انظر (الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ١٨٩) .

(١٤٤٤) أبو عبيد - الأموال - ص ٣٧٧ .

فهو الذى له الحمى والإقطاع" (١٤٤٥) .

ب - وقال الجمهور بجواز حمى الإمام أو نائبه إذا كان فيه مصلحة عامة للمسلمين ، ولا يجوز أن يحمى لنفسه شيئاً ولا أن يخص به قريباً أو حميماً ، وبه قال الشافعية على الراجح عندهم (١٤٤٦) . وكذلك المالكية والحنابلة (١٤٤٧) .

ومع ذلك فإن الحمى موضوع فوق كفتى الموازنة بين المنافع والمضار فإذا كان الغالب فيه المنفعة العامة للمسلمين وإن ترتب عليها ضرر قليل فهو الأولى ، وإن غلب الضرر فى مقابلة المنفعة القليلة فترك الحمى أولى وفى ذات المعنى يقول الشافعية : (وإن أراد الخليفة أن يحمى لخليل المجاهدين ، ومواشى الفقراء ، نظر :

إن كان الحمى يضر بكافة المسلمين لضيق الكأ عليهم لم يجز ، وإن كان الحمى قليلاً من كثير ، لا يحمل الضرر الكثير فجائز ...) (١٤٤٨) .

وقال صاحب المغنى (وليس لهم أن يحموا إلا قدراً لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم ؛ لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى ، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس) (١٤٤٩) .

ولقد كان لأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه قصب السبق فى وضع آلية للموازنة فى هذا الميدان حيث أنه منع ولده أن يكون من المستفيدين من الحمى فقد قام بتعيين موظف خاص بأرض الحمى (١٤٥٠) .

وكان لهذه السياسة العمرية الفضل فى وضع ضوابط لإعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى الحمى تتلخص فى النقاط التالية :

- ١ - أن لا يكون الحمى مملوكاً لأحد ، وأن يكون للمصلحة العامة .
- ٢ - أن يكون الحمى بقدر الحاجة .
- ٣ - تحقيق المصلحة من وراء الحمى بأقل تكلفة مالية فقد شدد عمر فى ذلك وقال : (فالماء والكأ أيسر على من الذهب والورق أى الفضة) (١٤٥١) .
- ٤ - استمرار الحمى باستمرار الحاجة ، فإذا انتهت تلك الحاجة توقف الحمى ، وهذا الحكم خاص بحمى الولاة بعد رسول الله ﷺ فالراجح عند الحنابلة والشافعية أنه يجوز نقضه إذا

(١٤٤٥) ابن حزم - المحلى - طبعة بيروت - لبنان - ٩٨/٩ .

(١٤٤٦) انظر (الشافعية - الأم - دار الغد العربى - مصر - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م - ٦٥/٤) .

(١٤٤٧) انظر (ابن قدامة - المغنى مع الشرح الكبير - تحقيق - د/ محمد شرف الدين خطاب ، د/ السيد محمد السيد - دار الحديث - القاهرة - ط ١ - ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م - ٥٥١/٧ : ٥٥٣) .

(١٤٤٨) الدكتور / محمود مطرجى - المجموع شرح المذهب للنووى - ط دار الفكر - لبنان - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م - ١١٥ / ١٦ .

(١٤٤٩) ابن قدامة - المغنى مع الشرح الكبير - ٥٣٣/٧ .

(١٤٥٠) انظر (د/ غالب بن عبد الكافى القرشى - أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء - ٢٠٤/١ - ٢٠٧) .

(١٤٥١) رواه البخارى - ١٧٥/٦ .

زالت الحاجة (١٤٥٢) .

٥ - عدم انتفاع القريب والصديق للخلفاء والأمراء من الحمى سدا للذريعة .

٦ - انتفاع الفقير والضعيف أولى بالانتفاع بالحمى من الأغنياء ، وهذا لا يعنى أن هذا الفعل يضاهي الشيوعية التي تساوى بين الناس في الفقر ولا كالأسمالية التي تشجع على تكديس الأموال وكنزها بأيدي أفراد يمتصون جهود الضعفاء والفقراء وتشجع الجشع والاستغلال (١٤٥٣) .

٧ - الحرص على الاستفادة من الأرض الموات للمصلحة العامة (١٤٥٤) .

الصورة الثالثة : نزع ملكية الأرض ممن لا يعمرها :

أيضا من الصور التقليدية لنزع الملكية للمنفعة العامة نزع ملكية الأرض ممن لا يعمرها ، وهذه الأرض لا مالك لها ولا تقع في حوزة الأرفاق للبلد ، وإنما يملكها الفرد المسلم عن أحد طريقين الأول : أن يقطعها له ولي الأمر في مقابلة زراعتها وتقديم خدمات عن طريقها للدولة ، وللأفراد المسلم حق استغلالها لا حق رقبته (١٤٥٥) .

الثاني : أن يقوم المسلم بإحيائها من باب قوله ﷺ " من أعمار أرضا ليست لأحد فهو أحق بها " (١٤٥٦) . فالأرض الميتة التي لا مالك لها يجوز لأي فرد من الأمة أن يحييها ويملك رقبة الأرض بإحيائها لها .

والذي يهمن أن الإقطاع من قبل ولي الأمر ليس حقا مطلقا وإنما مقيد بمراعاة مصلحة الأمة وعدم الإضرار بها ، ومن ثم وضع العلماء له عدة ضوابط منها .

١ - أن لا تكون الأرض المقطوعة ملكا لأحد يقول الماوردي (وإقطاع السلطان مختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره ، ولا يصح فيما تعين فيه مالكة وتميز مستحقه (١٤٥٧) . فالإقطاع يصح في موات لم يستقر عليه ملك لأحد (١٤٥٨) .

٢ - أن يكون الإقطاع فيما لا يضر بالناس وما يستغنى به وينتفع به هو وغيره ، فليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه من المعادن الظاهرة وهي ما كان جوهرها الذي أودعه الله ﷻ في جواهر الأرض بارزا كمعادن الملح والكحل والقار والنفط (١٤٥٩) .

وجملة ذلك : أن المعادن الظاهرة التي ينتفع بها الناس لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ؛ لأن فيه ضرر بالمسلمين وتضييقا عليهم ، وأيضا يتعلق به مصالح

(١٤٥٢) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٥٥٥/٧) .

(١٤٥٣) د/ غالب بن عبد الكافي القرشي - أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء - ٢٠٩/١ .

(١٤٥٤) د/ غالب بن عبد الكافي القرشي - المرجع السابق - ٢٠٩/١ .

(١٤٥٥) انظر (د/ محمد فاروق النبهان - الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي - ص ٢٢٤) .

(١٤٥٦) رواه البخاري - باب من أحيا أرضا مواتا - رقم (٢٣٣٥) انظر (فتح الباري - ٤٣٢/٦) .

(١٤٥٧) الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ١٩٥ .

(١٤٥٨) انظر (النووي - المجموع - ١٠٩ / ١٦) .

(١٤٥٩) انظر (الشافعي - الأم - ٥٧/٤) وانظر (ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار -

دار الفكر - بيروت - لبنان - ١٤١٥/١٩٩٥م - ٧٥٦/٦) .

المسلمين فلم يجز إحياءه ولا إقطاعه كمشارع الماء وطرقات المسلمين^(١٤٦٠). فعن أبيض بن حمّال^(١٤٦١). عن شُمير أنه وفد على رسول الله ﷺ فاستقطعه الملح فقطع له ، فلما ولى ، قال رجل من المجلس : أتدرى ما قطعت له ؟ إنما قطعت له الماء العد ، قال : فانتزعه منه^(١٤٦٢) . والمقصود بالماء العد أى : الدائم الذى لا انقطاع لمادته ، ودلالة الحديث : أن المعدن الظاهر لا يجوز إقطاعه كالماء العد^(١٤٦٣) .

٣ - أن يكون الإقطاع لمن يقدر على إحيائه بالغرس أو البناء ، ذلك لأن الإقطاع معلل بإحيائه فإذا انتفت العلة بطل الإقطاع^(١٤٦٤) .

٤ - أن يكون الإقطاع فى غير ما يحتاجه العامر كالطرقات والشوارع ومقاعد الأسواق فيه إضرار بالناس على أملاكهم وطرقهم^(١٤٦٥) .

ونخلص مما سبق : فى أن إقطاع ولى الأمر للأفراد مرهون بعدم الإضرار بالناس وكذلك بشرط استغلاله وإحيائه ، ومن ثم فالموازنة بين المنافع والمضار واضح أمرها ولاسيما وأن الرسول ﷺ ربط الإقطاع بمراعاة حق الضعيف والفقير روى الشافعى - رحمه الله - بسنده عن يحيى بن جعدة^(١٤٦٦). قال : " لما قدم رسول الله ﷺ المدينة أقطع الناس الدور فقال حى من بنى زهرة يقال لهم بنو عبد بن زهرة نكب عنا ابن أم عبد فقال رسول الله ﷺ « فلم ابتعثنى الله إذا ؟ إن الله لا يقدس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه »^(١٤٦٧) .

وسار على هذا النهج عمر بن الخطاب ؓ فلقد ربط الإقطاع بالإحياء فإذا لم يقيم المقطوع له بزراعتها أو البناء عليها نزعته منه فى ضوء الموازنة بين المنافع والمضار بين المنفعة والمضرة ، روى أن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزنى^(١٤٦٨). العقيق أجمع^(١٤٦٩). فلما كان عمر قال لبلال : إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي^(١٤٧٠) .

(١٤٦٠) انظر (ابن قدامة - المغنى - مع الشرح الكبير - ٥١٨ ، ٥١٧/٧) .

(١٤٦١) أبيض بن حمّال هو : أبيض بن حمّال من ولد عمرو بن عامر من أهل مآرب - انظر (ابن سعد - الطبقات - ٣١٦/٦ ، ٨٣/٨) .

(١٤٦٢) أبو عبيد - الأموال - ص ٣٥٠ .

(١٤٦٣) انظر (النوى - المجموع - ١١٠/١٦) .

(١٤٦٤) انظر (النوى - المجموع - ١٠٩/١٦) .

(١٤٦٥) انظر (المجموع - ٨٧/١٦) .

(١٤٦٦) يحيى بن جعدة هو : يحيى بن جعدة بن هبيرة بن عمرو بن عائز بن عمران بن مخزوم القرشى المخزومى روى عن جدته أم أبيه هانئ بنت أبى طالب - ثقة - انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب ١٢٤/٦) .

(١٤٦٧) الشافعى - الأم - ٦٨/٤ .

(١٤٦٨) بلال بن الحارث هو : أبو عبد الرحمن المدنى روى عن النبى ، وعن عمر ، وعن ابن مسعود ، من الطبقة الثالثة من المهاجرين ، وأول من قدم مزينة على النبى (ت : ٦٠ هـ) انظر (تهذيب التهذيب ٣١٥/١) .

(١٤٦٩) وقيل معادن القبيلة كلها - رواه داود عن مالك عن ربيعة الرأى عن غير واحد - هامش ص ١٤٨ .

(١٤٧٠) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٥١٦/٧) .

ومن ثم فلا ينبغي أن يقطع الإمام أحدا من الموات إلا ما يمكنه إحياءه ، لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضيقا على الناس في حق مشترك بينهم بما لا فائدة فيه ، فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عنه من عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ (١٤٧١) .

الطريق الثاني : إحياء الأرض الموات :

الموات : بفتح الميم والواو تعني الأرض التي لا ماء لها ولا ينتفع بها أحد ، وتعني أيضا : الأرض التي لم تُعمر (١٤٧٢) .

وقال القزاز (١٤٧٣) : " شبهت العمارة بالحياة وتعطيلها يفقد الحياة " (١٤٧٤) .

والمقصود بإحياء الموات : " أن يعتمد شخص إلى أرض لا يعتمد تقدم ملك عليها لأحد ، فيحييها بالسقي أو الزرع أو الغرس أو البناء ، فتصير تلك الأرض بالإحياء ملكه " (١٤٧٥) .

والعمدة في ذلك ما ورد عن النبي ﷺ في قوله « من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » (١٤٧٦) .

وحتى يمكن التملك لمحيي الأرض الموات لابد من توفر عدة شروط :

الشرط الأول : أن لا تكون ملكا لأحد ولا ينتفع بها أحد :

لحديث « من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها » (١٤٧٧) .

الشرط الثاني : أن لا تكون الأرض قريبة من العمران أو لها تعلق بالعمران كالمرافق :

اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يجوز إحياء ما قرب من العامر وله تعلق به كالطريق والمسيل والأسواق .

قال الأحناف : فإن كان حريما لعامر أو جاز عوده لم يجوز إحياءه لأنه ليس بموات (١٤٧٨) .

وقال مالك " ولا يكون له أن يحيي ما قرب من العمران ، وإنما تفسير الحديث : (من أحيا أرضا مواتا) إنما ذلك في الصحارى والبرارى ، وأما ما قرب من العمران وما يتشاح الناس

(١٤٧١) ابن قدامة - المغني - ٥٣٠/٧ .

(١٤٧٢) انظر (النوى - المجموع - ٨٢/١٦) وانظر (ابن حجر - فتح الباري - ٤٣٢/٦) .

(١٤٧٣) القزاز هو : محمد بن جعفر التميمي أبو عبد الله القزاز - أديب عالم باللغة (ت : ٤١٢ هـ) انظر (الزركلي - الأعلام - ٧١/٦) .

(١٤٧٤) ابن حجر - فتح الباري - ٤٣٢/٦ .

(١٤٧٥) النوى - المجموع - ٨٢/١٦ .

(١٤٧٦) أبو عبيد - الأموال - ٣٦٣ ، وأيضا : شرح الزرقاني على موطأ مالك (ت : ١١٢٢ هـ) - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - بدون تاريخ - ٣٦/٤ .

(١٤٧٧) رواه البخاري - باب من أحيا أرضا ميتة - برقم ٢٣٣٥ - انظر (ابن حجر - فتح الباري - ٤٣٢/٦) .

(١٤٧٨) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - ٧٥٩/٦ .

فيه فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا بقطيعة الإمام" (١٤٧٩) .

وقال الشافعي : " الموات ما لم يكن عامرا ، ولا حريما لعامر ، سواء كان قريبا من العامر أو بعيدا" (١٤٨٠) . وقال الشيرازي في المذهب : (وما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر ، وفناء الدار ، والطريق ، وسيل الماء ، لا يجوز إحياءه لأنه نابع للعامر ، فلا يملك بالإحياء) (١٤٨١) .

وقال بذلك الحنابلة : " وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طريقه وسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياءه بغير خلاف في المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها لا يملك بالإحياء ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه" (١٤٨٢) .

وباستقراء ما قاله الأئمة الأربعة يتضح أنه لا يجوز تملك الأرض بالإحياء إذا كانت من العامر أو قريبة من العامر ولها تعلق بمصالحه ، لكن الأمر يختلف إذا لم يكن لها علاقة مصلحة بالعمران وهنا اختلف العلماء ، مرة في حد القريب من العمران ، وأخرى في حد البعيد . فقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذى إذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه" (١٤٨٣) .

وقال الليث : حده خمس الفرسخ . وقال صاحب المذهب : (والإحياء الذى يملك به : أن يعمر الأرض لما يريد ويرجع فى ذلك إلى العرف " لأن النبى ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف" (١٤٨٤) .

وقال الحنابلة : أن تحديد القريب والبعيد من العمران لا يعرف بالتوقف ولا بالرأى والتحكم وإنما يخضع التحديد للعرف" (١٤٨٥) .

والراجح أن أمر التحديد يخضع للعرف فما يعرفه أهل مصر من حد للقريب من العمران والبعيد قد يختلف عما يعرفه آخرون .

وكذلك اختلف العلماء فى إحياء الأرض التى فى العمران أو قريبة منه وليس لها تعلق بمصالح الناس .

قال البعض بجواز ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه وهو قول الشافعى بناءً على

(١٤٧٩) المدونة برواية سحنون - ٢٧٨٤/٦ .

(١٤٨٠) النووى - المجموع - ٨٦/١٦ .

(١٤٨١) النووى - المجموع شرح المذهب - ٨٧/١٦ .

(١٤٨٢) ابن قدامة - المغنى - ٥١٠/٧ .

(١٤٨٣) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٥١٠/٧) .

(١٤٨٤) النووى - المجموع - ٩٠/١٦ .

(١٤٨٥) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٥١٢/٧) .

عموم قوله ﷺ « من أحيا أرضاً ميتة فهي له »^(١٤٨٦) . ولأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياءه كالبعيد وبه قال أحمد في رواية^(١٤٨٧) .

وقال البعض لا يجوز إحياءه لأنه في مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن يحتاج إلى ارتفاعه كأن يجعل فيه طريقه ، قاله أبو حنيفة والليث ورواية ثانية لأحمد .

والراجح ما ذهب إليه الشافعي وأحمد في روايته الأولى لعموم الأدلة غير أنه متوقف على إذن السلطان وولى الأمر الذى من شأنه مراعاة مصالح الناس ، فإذا كان الإحياء يؤدي إلى تضيق طريق واسع يشترك فيه المسلمون وتتعلق مصالحهم به فلا يجوز ، لكنه يجوز الارتفاق بالعقود فى الشارع الواسع للبيع والشراء بما لا يضر بالماراة .

وقال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوق : دعوه فهو له إلى الليل ، وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى ، " وقد روى عن أم المؤمنين عائشة - رضى الله عنها - قالت : قال تعنى رجل يا رسول الله ألا نبني بمنى بناءً فيظلك ، قال : لا « منى مناخ من سبق »^(١٤٨٨) . وله أن يظل على نفسه بما لا ضرر فيه إذا كانت الحاجة تدعو إليه ، بل أجاز البعض فى ضوء ما نقله ابن تيمية (أن يبنى فى الطريق الواسع وقال : وهذا النوع يجوز فى مذهب أحمد المعروف)^(١٤٨٩) .

الشرط الثالث : أن لا يمتنع عن إحياء الأرض بالغرس أو البناء ثلاث سنين :

إن تملك الأرض هنا متوقف على إحيائها لتحقيق من ورائه منافع الناس ، فإذا تحجرها^(١٤٩٠) إنسان وعطل إحياءها كان من حق ولى الأمر أن يخيره بين إحيائها أو نزعها منه ، ونزعها منه من باب مراعاة المنفعة العامة وفى هذا المعنى يقول الأحناف : (ومن حجر أرضاً - أى منع غيره منها - بوضع علامة من حجر أو غيره ثم أهملها ثلاث سنين دفعت إلى غيره ، وقبلها هو أحق بها وإن لم يملكها)^(١٤٩١) .

وقال مالك : (ولو أن رجلاً أحيا أرضاً مواتاً ، ثم أسلمها بعد حتى تهدمت آبارها وهلك شجرها وطال زمانها حتى عفت بحال ما وصفت لك صارت إلى حالها الأول ، ثم أحياها آخر

(١٤٨٦) الزرقانى - شرح موطأ مالك - ٣٦/٤ .

(١٤٨٧) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٥١١/٧) وانظر (أبو جعفر الداودى - الأموال - ص ١٣٣ : ١٣٤) .

(١٤٨٨) الترمذى - سنن الترمذى - تحقيق / أحمد محمد شاكر - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان - بدون تاريخ -

٢٢٨/٣ ، صحيح ابن خزيمة - تحقيق - د/ محمد مصطفى الأعظمى - المكتب الإسلامى - بيروت - لبنان

١٣٩٠هـ/١٩٧٠م - ٢٨٤/٤ ، والمستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابورى - تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا

- دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٤١١هـ/١٩٩٠م - ٦٣٨/١

(١٤٨٩) انظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٢١٧/٣٠ - ٢١٨) .

(١٤٩٠) التحجير هو : لغة : التحجير أو الاحتجار ، اصطلاحاً : وضع الأعلام بالحجارة ونحوها على حدود الأرض لحيازتها ،

ومنع الغير من الإحياء . (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - انظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ٤٣٣/١) .

(١٤٩١) ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار - ٧٥٥/٦ : ٧٥٦ .

بعده كانت لمن أحيائها بمنزلة الذى أحيائها أول مرة (١٤٩٢) .

وقول الإمام مالك يشير إلى الأخذ بالوصف لا بالمدة فإذا ما عفت حال الأرض وصارت ميتة جاز للآخر أن يقوم بإحيائها سواء طالت المدة أو قصرت ، ووضح هذا من سؤال سحنون (١٤٩٣) لعبد الرحمن بن قاسم (١٤٩٤) . قال : قلت : أرأيت مالكا هل كان يعرف هذا الذى يتحجر الأرض أنه يترك ثلاث سنين ، فإن أحيائها وإلا فهي لمن أحيائها ؟ قال ابن القاسم : (ما سمعت من مالك فى التحجر شيئا ، وإنما الإحياء عند مالك ما وصفت لك الأول) (١٤٩٥) .

وعند الشافعية نقل النووى : (إن حق المتحجر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء لأن التحجر ذريعة إلى العمارة وهى لا تؤخر عن التحجر إلا بقدر تهئية أسبابها ، ولهذا لا يصح تحجر من لا يقدر على تهئية الأسباب كفقير يتحجر ليعمر إذا قدر ، فوجب إذا أخر أن يعود مواتا) (١٤٩٦) .

ثم ذكر النووى أنه : (ليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حد معين ، وإنما الرجوع فيها إلى العادة) (١٤٩٧) .

وكانت المدة ثلاث سنوات على الغالب « فروى أن عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض يعنى من يحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » (١٤٩٨) . وبه قال الحنابلة (١٤٩٩) .

ومن ثم فإن التملك للأرض هنا مرتبط بعلة الإحياء فإذا انتفت جاز للآخر أن يحييها وكان من حق ولى الأمر نزعها ، ويدور ذلك فى فلك الموازنة بين المنافع والمضار ومراعاة المنفعة العامة للأمة ، وعليه فإن ما سبق من صور مباشرة لنزع الملكية كان السبب الأصيل فيها هو الأخذ بميزان المنفعة والمضرة .

ثانيا : بعض التطبيقات غير المباشرة لنزع الملكية فى النظام الإسلامى :

من الثابت يقينا أن من بعض أهداف الشريعة : قيام التوازن بين الناس بإقامة العدل

(١٤٩٢) سحنون - المدونة - ٢٧٨٤/٦ .

(١٤٩٣) سحنون هو : أبو سعيد عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التنوخى الحمصى الأصل القيروانى المالكي - قاضى قيروان وصاحب المدونة للإمام مالك (ت : ٢٤٠ هـ) انظر (الذهبى - سير أعلام النبلاء ١٢/٢٦٣ : ٢٦٩) .

(١٤٩٤) عبد الرحمن بن قاسم هو : عبد الرحمن بن قاسم بن خالد العتقى الإمام المشهور روى عن مالك والليث ، وروى عنه أصبغ وسحنون ، (ت : ١٩١ هـ) انظر (ابن فرحون - الديباج المذهب ١/٤٦٨) .

(١٤٩٥) سحنون - المدونة الكبرى - ٢٧٨٤/٦ .

(١٤٩٦) النووى - روضة الطالبين - ٢٨٧/٥ - المكتب الإسلامى - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ .

(١٤٩٧) النووى - المجموع ١٦ / ٩٩ .

(١٤٩٨) ابن حجر - فتح البارى - ٦ / ٤٣٥ .

(١٤٩٩) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٥١٥/٧) .

الإجتماعي فيهم وكذلك السياسي ، ولهذا التوازن ميزان شرعى تتجدد أحكامه بتجدد العصور ، وتتغير قوانينه بتغير الأمكنة والأزمنة ، قال تعالى : ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ (١٥٠٠) .

فقيام الناس بالقسط ، هو محور الارتكاز الذى لا يتغير أبدا وميزان ذلك ليس بالميزان الحديدى الذى يمسكه الولاة والأمراء ، ولكنه الميزان الشرعى الذى يراعى مصالح الناس التى إذا وقف دون تحقيقها نص ظنى الدلالة أول هذا النص وأمضيت المصالح التى لا بد منها (١٥٠١) .

وأظهر نموذج فى ذلك ما كان من فعل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه بالأراضى المفتوحة عنوة التى حارب أهلها المسلمين وهزموا فى الحرب وسقطت بلادهم بأيدي المسلمين .

وموقف عمر بن الخطاب من هذه الأرض أنه ﷺ لم يقم بتقسيمها على المقاتلين من المسلمين كما عهدوه فى عهد أبى بكر ﷺ ومن قبله رسول الله ﷺ فالذى كان معهودا أن تقسم الأرض على الفاتحين ، لكنه بدلا من أن يقوم بتوزيعها على المقاتلين قام بحبسها وقفا على المسلمين ويؤدى الزارعون خراجها أو تكون ملكا للمسلمين ، التصرف فيها تبعا لمصالحهم ، وأيضا قام عمر بمنع بيعها ، ودليل ذلك : " أنه قال لعتبة بن فرق (١٥٠٢) - حين اشترى أرضا على شاطئ الفرات - ممن اشترىها ؟ قال : من أهلها ، قال : هؤلاء أهلها - وأشار إلى المهاجرين والأنصار " (١٥٠٣) .

وقام عمر برد البيع ، ومن ثم رفض عمر تقسيم الأرض المفتوحة على المقاتلين أو بلغة رسالتنا انتزعها من أيديهم لأجل المصلحة العامة .

موقف الصحابة من فعل عمر بأرض السواد (١٥٠٤) :

وقف الصحابة من فعل عمر بين مؤيد ومعارض فحين استشارهم فى وقف الأرض على المسلمين والذرية والأرامل ومن يأتى من بعد ، قال بعضهم معارضا : أتقف ما أفاء الله علينا بأسيا فنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ، ولأبناء القوم ، ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا ؟ ويرد أمير المؤمنين عليهم قائلا : هذا رأى .

(١٥٠٠) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(١٥٠١) انظر (الشيخ / محمد الغزالي - الإسلام والأوضاع الاقتصادية ص ١٠٣ - نهضة مصر - ط ٢ - ١٩٩٨ م) .

(١٥٠٢) عتبة بن فرق هو : عتبة بن فرق بن يربوع بن حبيب بن مالك بن أسعد بن رفاعة بن ربيعة بن رفاعة بن الحارث بن بهثة بن سليم السلمى أبو عبد الله ، نزل الكوفة روى عن النبى ﷺ وروى عن عمر ، وروى عنه إمرأته أم عاصم ، وقيس بن أبى حازم وعرفجة ، غزا مع النبى ﷺ غزوتين - انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب ٦٧/٤) .

(١٥٠٣) أبو عبيد - الأموال - ص ٩٤ .

(١٥٠٤) أرض السواد : هى أرض بالعراق سميت بذلك لكثرة زراعتها - انظر (الأموال لأبى عبيد - ص ٧٤) .

قالوا : فاستشر ، فاستشار المهاجرين الأولين ، فاختلفوا ، فرأى عبد الرحمن بن عوف ، وبلال^(١٥٠٥) ، والزبير بن العوام[ؓ] أن تقسم لهم حقوقهم ، واستشهد هؤلاء بفعل النبي ﷺ ، في تقسيم خير ، واعتبروا فعل عمر مخالفا للسنة .

لكن فريقا آخر من الصحابة أشار على عمر بعدم التقسيم ، بل كان من وراء هذا الفعل رأى معاذ بن جبل[ؓ] (١٥٠٦) . ومن قبله على ابن أبي طالب[ؓ] فحين أراد عمر أن يقسم السواد بين المسلمين ، أمر أن يحصوا^(١٥٠٧) ، فوجد الرجل يصيبه ثلاثة من الفلاحين فشاور في ذلك فقال له على : دعهم يكونوا مادة للمسلمين^(١٥٠٨) . فنظر فيما يكون للمسلمين من بعد أن قسمت الأرض ، ومن ثم وقفها على مصالح المسلمين ، وروى أبو عبيد قال : (قدم عمر الجباية ، فأراد قسم الأراضي بين المسلمين فقال له معاذ : والله إذن ليكون ما تكره ، إنك إن قسمتها صار الربيع العظيم في أيدي القوم ، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة ، ثم يأتي من بعدهم قوم يسددون من الإسلام سدا وهم لا يجدون شيئا ، فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم)^(١٥٠٩) .

وهنا رأى عمر وقف الأرض مراعىا بذلك مصالح المسلمين ، وقال : (فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها^(١٥١٠) . قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت ، ما هذا برأى ، فقال له عبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه - فما رأى ، وما الأرض والعلوج إلا ما أفاء الله عليهم ، فقال عمر : ما هو إلا كما تقول ولست أرى ذلك ، والله لا يفتح بعدى بلد فيكون فيه كبير نيل بل عسى أن يكون كالأعلى المسلمين ، فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام

(١٥٠٥) بلال بن رباح هو : بلال بن رباح التيمي المؤذن أبو عبد الله ، ويقال أبو عبد الرحمن ، وهو ابن حمامة ، وهي أمه روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه أبوبكر ، وعمر مات بدمشق بطاعون عمواس سنة ١٧ أو ١٨ هـ قال ابن منده فالمعرفة (دفع بحلب) ، انظر (ابن حجر - تهذيب التهذيب ٣١٥/١ ، ٣١٦) .

(١٥٠٦) معاذ بن جبل هو : معاذ بن جبل بن أوس بن عائذ بن عدى بن كعب بن عمرو بن آدي بن سعد بن علي بن أسد بن ساردة بن يزيد بن جشم بن الخزرج السيد الإمام أبو عبد الرحمن الأنصاري الخزرجي المدني البدرى شهد العقبة شابا أمرد ، وله عدة أحاديث (ت : ١٨ هـ) انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء ٤٤٣/١ : ٤٦١)

(١٥٠٧) إن عمر بن الخطاب هو أول من مسح الأراضي المفتوحة ووضع الخراج عليها ، فلقد ولي عثمان بن حنيف مسح أرض السواد ، وكان عثمان بن حنيف ذا عقل وبصر وتجربة كما وصف لعمر - وسارع عثمان إلى مسح كل أرض زراعية يصل إليها سواء أكان يزرعها أهلها أم لا يزرعوها فوجد ذلك ستة وثلاثين ألف جريب - والجريب نوع من المساحة وهو يساوي ثلاثة آلاف وستمائة ذراع مربع بالذراع العمري - انظر (الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ١٧٨) وانظر أيضا (أبو عبيد - الأموال - ص ٨٨) .

(١٥٠٨) أبو عبيد - الأموال - ص ٧٤ .

(١٥٠٩) أبو عبيد - المرجع السابق - ص ٧٥ .

(١٥١٠) العلوج : جمع علق بالكسر العير والحمار ، وحمار الوحشى السمين والرغيف الغليظ الحرف ، والرجل من كفار العجم - انظر (الفيروزابادي - القاموس المحيط - ١٩٨/١ : ١٩٩) .

والعراق ؟ (١٥١١).

الملكية الجماعية لأرض العنوة :

لقد جعل عمر هذه الأرض ملكية عامة للأمة (١٥١٢) من باب المصلحة ، ووجد ﷺ الحجة على عدم التقسيم في كتاب الله تعالى قال أبو يوسف : (إن عمر بن الخطاب ﷺ استشار الناس في السواد حين افتتح ، فرأى عامتهم أن يقسمه ، وكان بلال بن رباح من أشدهم في ذلك ، وكان رأى عمر ﷺ أن يتركه ولا يقسمه ، فقال : اللهم اكفني بلالا وأصحابه ، ومكثوا في ذلك يومين أو ثلاثة أو دون ذلك ، ثم قال عمر رضى الله عنه : إني وجدت حجة ، قال الله تعالى في كتابه ﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْحَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ (١٥١٣) .

حتى فرغ من شأن بنى النضير فهذه عامة في القرى كلها ، ثم قال : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ (١٥١٤) .

ثم قال : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴾ (١٥١٥) .

ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال : ﴿ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شَحْنًا نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ (١٥١٦) .

(١٥١١) أبو يوسف - الخراج - ص ٣٥ .

(١٥١٢) لقد استغل العلمانيون في عصرنا موقف عمر أسوأ استغلال ليصلوا إلى مقولتهم الخطيرة وهي : " جواز تعطيل النصوص القطعية بسبب المصالح الدنيوية " وعلى حد قولهم : إذا تعارض النص القطعي والمصلحة جمد النص ، وقدمت المصلحة - ساء ما يحكمون - وزعموا أن عمر بن الخطاب هو الذى سن للمسلمين هذه السنة ، وحجتهم فى هذه القضية قد أسسوها على دليلين :

الأول : قول الله تعالى فى سورة الأنفال ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَىٰ الْجُمُعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ (الأنفال : ٤١) ، وقالوا بأن هذه الآية توجب قسمة كل غنائم الحرب بين الغانمين (المحاربين) عقارا كانت أو منقولا ولكن عمر ترك العمل بالآية ولم يقسم الأرض المغنومة .

الثانى : ما صح فى السنة النبوية أن النبى ﷺ حين غزا خيبر وافتتحها عنوة ، قسمها بين المسلمين الذين شاركوا معه فى فتحها ، ولكن عمر ترك العمل بالسنة هنا لاعتبارات مصلحة رآها ولم يقسمها بين المسلمين ، والرد عليهم فيما ورد - انظر (السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - د/ يوسف القرضاوى - ص ١٩١ : ١٩٢) .

(١٥١٣) سورة الحشر : آية ٦ .

(١٥١٤) سورة : الحشر : آية ٧ .

(١٥١٥) سورة الحشر : آية ٨ .

(١٥١٦) الحشر : آية ٩ .

فهذا فيما بلغنا والله أعلم للأنصار خاصة ، ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال : ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ﴾ (١٥١٧) .

فكانت هذه عامة لمن جاء من بعدهم ، فقد صار الفيء بين هؤلاء جميعا فكيف نفْسِمه لهؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغير قسم ، فأجمع على تركه وجمع خراجـه (١٥١٨) .
والدليل على حجية فعل عمر من السنة أن النبي ﷺ قسم أرض خيبر وأيضا لم يقم بتقسيم أرض مكة مع أنها فتحت عنوة ، فدل ذلك على عدم وجوب تقسيم الأرض ، بل هو على الجواز ، فلا يجوز بحال من الأحوال أن يقول البعض أن عمر خالف نصا قطعيا في السنة إذ إنه لم يأخذ بالتقسيم النبوي ، يقول ابن تيمية وهو من أقوى الدعاة إلى إتباع السنة : (حبس عمر وعثمان رضى الله عنهما للأرضين المفتوحة ، وترك قسمتها على القائمين ، فمن قال : إن هذا لا يجوز ، لأن النبي ﷺ قسم خيبر وقال : إن الإمام إذا حبسها أى وقفها لمصلحة الأمة كلها) نقض حكمه لأجل مخالفة السنة .

فهذا القول خطأ وجراً على الخلفاء الراشدين ، فإن فعل النبي ﷺ فى خيبر إنما يدل على جواز فعله ولا يدل على وجوبه ، فلو لم يكن معنا دليل يدل على عدم وجوب ذلك لكان فعل الخلفاء الراشدين دليلا على عدم الوجوب ، فكيف وقد ثبت أنه فتح مكة عنوة كما استفاضت به الأحاديث الصحيحة ، بل تواتر ذلك عند أهل المغازى والسير (١٥١٩) .

نظرات فى فقه عمر :

إن أمير المؤمنين عمر راعى مصلحة الأمة وهذه المصلحة حقيقة عامة دائمة، وما زعمه البعض من مخالفته للنص زعم باطل من طريقين :

الأول : أن آية الغنيمة ليست قطعية الدلالة على كل ما غنم من منقول وعقار حتى تشمل الأرضين والجبال والأنهار ؟

ولا يملك فقيه بصير بالقرآن واللغة ودلالاتها : أن يزعم بأن الآية الكريمة : ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِن كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أُنْزِلْنَا عَلَىٰ عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّفَٰى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ (١٥٢٠) تدل على ذلك دلالة قطعية ، لأن حقيقة ما يغنمه الإنسان فى الحرب وما يحوزه بالفعل ويستولى عليه معقول ومشاهد فى الكراع والسلاح والثياب والنقود والأدوات ونحوها مما يمكن أخذه وحمله ونقله، بخلاف الأرض الشاسعة والسهول الواسعة ، فمن ذا الذى يقول إنه حازها

(١٥١٧) سورة الحشر : آية ١٠ .

(١٥١٨) أبو يوسف - الخراج - ص ٣٧ .

(١٥١٩) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٣١٢ / ٢٠ .

(١٥٢٠) سورة الأنفال : آية ٤١ .

واستولى عليها يالا بضرب من التجوز والتوسع فى الاستعمال اللغوى ، وليس على الحقيقة .
فكان عمر قال للصحابة الذين عارضوه ، وطلبوا منه قسمتها عليهم " إنكم لم تغنموا
هذه الأرض على وجه الحقيقة ، فلا دليل لكم فى آية الغنمة لأنها فى المنقولات ، وما
أشبهها" (١٥٢١) .

وإذا كان عمر لم يخالف نصاً قطعياً بتركه العمل بآية توزيع الغنمة فهو من باب أولى ،
لم يخالف نصاً قطعياً ، إذ لم يأخذ بالتقسيم النبوى لخبير .
والذى نريد توضيحه هو أن دلالة الفعل النبوى على وجوب قسمة الأرض المفتوحة ،
ودعوى قطعية هذه الدلالة ، وأن ابن الخطاب خالف هذه القطعية مردود عليه من عدة وجوه .
أ- إن فعل النبى ﷺ لا يدل بذاته على الوجوب إلا إذا ورد نص قولى بالإلزام ، ولكن
الفعل يدل على مجرد المشروعية لا على الوجوبية .
ولهذا وسع عمر ﷺ ومن وافقه من الصحابة كمعاذ بن جبل أن يخالفوا الفعل النبوى
ظاهراً ، وإن لم يخالفوه حقيقة .

ب- إن كثيراً من التصرفات النبوية التى تدخل فى باب السياسة والإدارة والاقتصاد هى
فى الغالب تصرفات بوصف الإمامة ، لا بوصف التبليغ عن الله تعالى ، أى أن هذا قرار - تقسيم
خبير - من قرارات السلطة السياسية أو الإدارية العليا ، اتخذها الرسول ﷺ فى ضوء المصلحة
المرعية فى وقته .

ويعد هذا سنة للأئمة من بعده أن يتصرفوا بهذه الصفة كما تصرف ، ويتخذوا من
القرارات ما يرونها أصلح لزمانهم ومكانهم ، وإن خالفوا فى بعض الجزئيات بعض المواقف أو
الآراء النبوية ، بل هم بهذا مطبقون للمنهج النبوى فى رعاية المصالح ودرء المفاسد حسب
ظروف الزمان والمكان .

ج - إن السنة النبوية ثبت فيها تقسيم الأرض فى خير ، وعدم تقسيمها فى مكة ،
وكلاهما سنة متبعة ، ومعنى هذا أن عمر ﷺ لم يخرج بفعله عن حدود المشروعية
الإسلامية (١٥٢٢) .

الثانى : أن عمر لم ينقل ملكية هذه الأرض من الأفراد إلى مجموع الأمة فى سائر الأجيال
إلا بناء على نظرة واعية لقوله تعالى ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ (١٥٢٣) ونظرة
فاقهة فى مآلات الأفعال حين طلب منه بلال بن رباح تقسيم الأرض قال له عمر : " إذن أترك
من بعدكم من المسلمين لا شئ لهم " ثم قال : " اللهم اكفنى بلالا وأصحابه " وتركهم عمر ﷺ

(١٥٢١) السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - د/ يوسف القرضاوى - ص ١٩٣ .

(١٥٢٢) انظر (د/يوسف القرضاوى - السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - ص ١٩٣ : ١٩٤) .

(١٥٢٣) سورة الحشر : آية ٧ .

ذمة يؤدون الخراج للمسلمين^(١٥٢٤) . ذلك لأن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعا ، فالشارع إنما شرع الأسباب لأجل المسببات ، سواء كانت الأفعال موافقة أو مخالفة ، وذلك لأن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل ، فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تُدرا ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه^(١٥٢٥) .

والواضح أن الضرر العام قد ينشأ عن تقسيم الأرض على الأفراد ، والشارع الحكيم لم يأذن في التصرفات لتكون وسائل لتحقيق مفسد مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها أو راجحة عليها ، لما في ذلك من التناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء المفسد ، ومن أن درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة^(١٥٢٦) ومن ثم كانت قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام)^(١٥٢٧) .

موقف الفقهاء من أرض العنوة :

اختلف الفقهاء في حكم أرض العنوة ، هل تقسم بين الغانمين كما فعل الرسول ﷺ أو تبقى ملكا موقوفا للأمة كما فعل عمر رضي الله عنه بأرض السواد ومصر والشام .

أ- ذهب أبو حنيفة إلى تخيير الإمام بين قسمتها بين الغانمين وإبقائها بيد أصحابها وفرض الخراج عليها ، واستدل على القسمة بآية الغنيمة ، واستدل على وقف الأرض وفرض الخراج عليها بالإجماع ؛ لأن عمر بن الخطاب لما فعل ذلك لم ينكر عليه من الصحابة أحد ، فكان هذا إجماعا منهم^(١٥٢٨) .

ب- ذهب مالك إلى عدم تقسيم أرض العنوة وإبقائها ملكا عاما للمسلمين ، ويصرف خراجها في مصالحهم وفي جميع السبل التي تعود على الأمة بالخير والمنفعة العامة^(١٥٢٩) . ولا يجوز للإمام أن يقسمها على الفاتحين ، وقال مالك بأن آية (واعلموا أنما غنمتم ..) ليست عامة ؛ بدليل اتفاق الفقهاء على أن السلب للقاتل إذا نادى به الإمام ، والخيرة للإمام في الرقاب ، أما الأرض فهي غير داخلة في عموم الآية.

واستدل مالك بحديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ « منعت العراق قفيزها ودرهمها ، ومنعت الشام مدها ودينارها ، ومنعت مصر إردبها ودينارها »^(١٥٣٠) . قال الطحاوي^(١٥٣١) :

(١٥٢٤) أبو يوسف - الخراج - ص ٣٧ .

(١٥٢٥) الشاطبي - الموافقات - ١٤٠/٤ : ١٤١ .

(١٥٢٦) انظر (د/ فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ص ٣٠٠) .

(١٥٢٧) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - ص ٨٨ .

(١٥٢٨) انظر (الكاساني - بدائع الصنائع - دار الفكر - بيروت - ط ١ - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م - ١٧٦/٧) .

(١٥٢٩) انظر (الماوردي - الأحكام السلطانية) وانظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٣١٣/٢٠) .

(١٥٣٠) أحمد - المسند - ١٢٠/٢ ، وأبو داود - السنن - ١٦٦/٣ .

(١٥٣١) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدي الطحاوي - شافعي وانتقل إلى المذهب الحنفي (ت :

٣٢١) انظر (الزركلي - الأعلام - ٢٠٦/١) .

منعت العراق بمعنى ستمنع ، فدل ذلك على أنها لا تكون للغانمين ، لأن ما ملكه الغانمون لا يكون فيه ففيز ولا درهم ، ولو كانت الأرض تقسم ما بقي لمن جاء بعد الغانمين بشيء ، والله تعالى يقول : ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴾ (١٥٣٢) بالعطف على قوله : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصَرُّونَ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴾ (١٥٣٣) . قال إنما يقسم ما ينقل من موضع إلى موضع (١٥٣٤) .

ج - وقال الشافعي : تقسم الأرض خمسة أقسام ، فيوزع أربعة أحماسها على الفاتحين ، والخمس لله وللرسول ، كما تقسم باقى الغنائم ، ولا فرق بين المنقولات والأراضى ، واحتج الشافعي بعموم آية الغنيمة ، وقال : " والأرض مغنومة لا محالة ؛ فوجب أن تقسم كسائر الغنائم ، وقد قسم رسول الله ﷺ ما افتتح عنوة من خير " (١٥٣٥) ، وقال أيضا : (ولو جاز أن يدعى الخصوص فى الأرض جاز أن يدعى فى غير الأرض فيبطل حكم الآية) (١٥٣٦) .

وقال الشافعية : وأما آية الحشر ﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾ (١٥٣٧) . فلا حجة فيها ؛ لأن ذلك إنما هو فى الفبيء لا فى الغنيمة ، وأما قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴾ (١٥٣٨) . استئناف كلام بالدعاء لمن سبقهم بالإيمان لا لغير ذلك ، وقالوا : وليس يخلو فعل عمر فى توقيفه الأرض من أحد وجهين :

الأول : إما أن تكون الأرض غنيمة استطاب أنفس أهلها ؛ وطابت بذلك فوقفها ، وكذلك روى جرير (١٥٣٩) . أن عمر استطاب أنفس أهلها وكذلك صنع رسول الله ﷺ فى سبى هوازن (١٥٤٠) لما أتوه استطاب أنفس أصحابه عما كان فى أيديهم .

(١٥٣٢) سورة الحشر : آية ١٠ .

(١٥٣٣) سورة الحشر : آية ٨ .

(١٥٣٤) الطحاوى أبو جعفر - شرح معانى الآثار - تحقيق / محمد زهرى النجار - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٢٠/٢ . وانظر (القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - دار الحديث - القاهرة - ٨/٨ : ٩) .

(١٥٣٥) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ٩/٨ .

(١٥٣٦) القرطبي - المرجع السابق - ٩/٨ .

(١٥٣٧) سورة الحشر : آية ٦ .

(١٥٣٨) سورة الحشر : آية ١٠ .

(١٥٣٩) جرير هو : جرير بن عبد الله بن جابر بن مالك بن نضر بن ثعلبة بن جشم بن عوفى البجلي القسرى ، وقيل أبو عبد الله اليماني روى عن النبي ﷺ ، وعن عمر وعن معاوية ، وروى عنه ابنه وابن ابنه زرة بن عمرو ، مات سنة ٥١ هـ ، انظر (تهذيب التهذيب ١/ ٣٦٨) .

(١٥٤٠) هوازن : هى قبيلة عربية تسكن الطائف وسييت فى غزوة حنين ، منها مالك بن عوف النضرى ، انظر (ابن قتيبة - المعارف ص ٨٦) .

الوجه الثاني : إما أن يكون ما وقفه عمر فينا فلم يحتج إلى مراعاة أحد^(١٥٤١) . وقد علق ابن القيم على دعوى استطابة عمر للفاتحين بأنها لا تصح ، وخصوصا وأن بعض الصحابة كبلال بن رباح نازعوه فيها^(١٥٤٢) .

ولا يمكن أن نقول بالإجماع في المسألة ؛ لأن بعض الصحابة نازعوا أمير المؤمنين عمر في عدم قسمته الأرض فكيف يقول الأحناف بالإجماع؟ والذي يعيننا هو قولهم بتخيير الإمام في الأرض المغنومة ، قال أبو يوسف صاحب أبي حنيفة : (والذي رأى عمر عليه السلام من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها ، عندما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله كان له فيما صنع ، وفيه كانت الخيرة لجميع المسلمين ، وفيما رآه من جمع خراج ذلك ، وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم ؛ لأن هذا لو لم يكن موقوفاً على الناس في الأعطيات والأرزاق لم تشحن الثغور ، ولم تقو الجيوش على السير إلى الجهاد ، ولما أمن رجوع أهل الكفر إلى مدنهم إذا خلت من المقاتلة والمرتقة ، والله أعلم بالخير حيث كان)^(١٥٤٣) .

د- وظاهر مذهب الإمام أحمد وأكثر نصوصه على أن الإمام مخير في الأرض المغنومة تخيير مصلحة لا تخيير شهوة ، فإن كان الأصلح للمسلمين قسمتها قسمها ، وإن كان الأصلح للمسلمين وقفها على جماعتهم وقفها ، وإن كان الأصلح قسمة البعض ووقف البعض فعله . وحجة الإمام أحمد في ذلك هو فعل النبي ﷺ فلقد فعل الأقسام الثلاثة ؛ فإنه قسم أرض قريظة والنضير وترك قسمة مكة وقسم بعض خيبر وترك بعضها لما ينويه من مصالح المسلمين^(١٥٤٤) .

ومن ثم كان اختلاف الفقهاء بين مجيز للوقف مطلقا كمالك ، وبين مانع لحبس الأرض ووقفها مطلقا للشافعي وبين قائل بالتخيير كأبي حنيفة وأحمد .

وسبب خلاف الفقهاء في هذه المسألة : هو ما يظن من التعارض بين آية سورة الأنفال ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ ... ﴾^(١٥٤٥) . وآية سورة الحشر ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴾^(١٥٤٦) . ذلك لأن آية سورة الأنفال تقتضي وجوب تقسيم الغنائم ، وآية سورة الحشر تقتضي إشراك الناس جميعا فيها ، وأيضا آية الأنفال أسبق في التنزيل من آية الحشر .

(١٥٤١) انظر (القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ٩/٨) .

(١٥٤٢) انظر (الإمام الشوكاني (ت : ١٢٥٥ هـ) - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - دار الحديث - الطبعة الرابعة ١٩٩٧ هـ / ١٩٩٧ م - ١٩/٨) .

(١٥٤٣) أبو يوسف - الخراج - ص ٣٨ .

(١٥٤٤) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار - ١٩/٨) .

(١٥٤٥) سورة الأنفال : آية ٤١ .

(١٥٤٦) سورة الحشر : آية ١٠ .

فمن رأى بأن الآيتين وردتا على معنى واحد ، وأن آية الحشر مخصصة لآية الأنفال ، استثنى من ذلك الأرض وقال بعدم التقسيم ، ومن رأى بأن آية الأنفال فى الغنيمة ، وآية الحشر فى الفبيء على ما هو ظاهر من ذلك ، قال بتقسيم الأرض ، واستدل من قال بالتخير بين القسمة وعدمها ما روى عن النبى ﷺ من قسمة خير نصفين ، نصفاً لنوائبه وحوائجه ، ونصفاً بين المسلمين ، وقال هذا يدل على أن الإمام مخير بين القسمة والإقرار بأيديهم^(١٥٤٧) .

والراجح مما سبق هو السياسة العمرية التى أيدھا كثير من الصحابة وأن هذه السياسة كانت توفيقاً من الله تعالى لعمر كما قال أبو يوسف (عندما عرفه الله ما كان فى كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله كان له فيما صنع)^(١٥٤٨) .

ونستنتج مما ذكر أن أكثر الصحابة يؤيدون العمل على جلب أعظم المنافع وأن الاتجاه العام الذى تسير فيه الشريعة الإسلامية هو درء الأضرار التى تلحق الدولة المتمثلة فى عدم قدرة الدولة على تغطية نفقاتها فى الحروب وقيامها بالمصالح العامة ، وكذلك الأضرار التى تلحق المجتمع من تجمع الأموال والأراضى فى أيدى فئة قليلة ، وأيضاً توجد ضرورات ملحة توجب قيام الدولة بها كصناعة الأسلحة ، ومشروعات تمس الحاجة إلى استمرارها مثل الكهرباء والمياه والمجارى ، فلأهمية هذه المشروعات تتجه الدولة إلى القيام بها رعاية للمصلحة العامة^(١٥٤٩) .

إلا أنها فى المقابل قد لا تتمكن من القيام بها إلا بتقييد ملكية الأفراد بل وانتزاعها منهم .

ومن الأهمية بمكان أن نذكر بأن عمر بن الخطاب لم يقيم بهذا العمل وحده ، وإنما فعله من بعده عمر بن عبد العزيز فكان يرى أيضاً وقف الأرض المغنومة على المسلمين^(١٥٥٠) . ولم يقتصر الأمر على العراق وحدها بل تعداها إلى مصر .

وذلك لأن الملكية ما تثبت لآحاد الناس إلا لأنها تحقق مصلحة لصاحبها وللأمة ، فإذا كان منها ضرر وجبت الموازنة بين المصلحة التى شرع لأجلها الحق والمضرة التى تترتب على استعماله ، ولما كانت الشريعة الإسلامية تستهدف المنفعة لأكبر عدد ممكن من الناس فإنها تقيدها بعدم الأضرار البالغ .

وعلى ذلك فإن لولى الأمر العادل أن ينزع الأراضى إن رأى ضرراً أو مصلحة أكبر^(١٥٥١) . مع خضوع فعله هذا لرقابة قضاء المظالم وفقاً للشرع الحكيم ، فولى الأمر فى الإسلام محل مساءلة إذ إن تصرفه باسم شعبه وبناء على اجتهاده وليس لتصرفه قداسة تبعده عن الرقابة

(١٥٤٧) انظر (ابن رشد الحفيد) (ت : ٥٩٥ هـ) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الفكر - بدون تاريخ ٢٩٣/١ : ٢٩٤) .

(١٥٤٨) أبو يوسف - الخراج - ص ٣٨ .

(١٥٤٩) انظر (الأستاذ / صلاح الدين عبد الحليم سلطان - ص ٧٤) .

(١٥٥٠) انظر (أ.د / محمد رواس قلعه جى - موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز - مجلس النشر العلمى - جامعة الكويت ٢٠٠١م - ص ٦٤) .

(١٥٥١) انظر (الأستاذ / عبد السميع المصرى - مقومات الاقتصاد الإسلامى - ص ٧٢ : ٧٣) .

والمساءلة ، فلم يترك ولياً أو أميراً أن يتصرف باسم الحق الإلهي وليس لأحد أن يحاسبه ؟ بل هو في ظل النظام الإسلامي يخضع للمحاسبة (قال عمر رضي الله عنه : (من أراد أن يسأل عن المال فليأتني فإن الله تبارك وتعالى جعلني له خازناً وقاسماً) فهو مسئول أمام من يريد من الأفراد لأنهم ذوو حقوق فيه) (١٥٥٢) .

وتمثلت رقابة القضاء (ولاية المظالم) فيما يلي :

١ المظفر في تعدى كبار موظفي الدولة على الرعية ، وظلمهم لهم .

٢ المظفر فيما يجبي العمال من الناس من أموال .

٣ المظفر في الأملاك المنزوعة من قبل الدولة (١٥٥٣) .

وفيه يقوم قاضي المظالم بالنظر في محل المسألة ووضعه على كفتي الموازنة بين المنافع والمضار ومن ثم فإن نزع الملكية للمنفعة العامة له أصالة تاريخية في النظام الإسلامي بدأ تطبيقه الواضح والظاهر في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه حتى وقتنا الحاضر ، ونزع الملكية في الإسلام لم يترك للأهواء وإنما كان وفق ضوابط وقواعد لا يجوز البعد عنها أو التحايل عليها .

وبناءً على ذلك قرر الفقهاء بشأن انتزاع الملكية للمصلحة العامة قائلين : (في ضوء ما هو مسلم في أصول الشريعة من احترام الملكية الفردية ، حتى أصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة ، وأن حفظ المال أحد الضروريات الخمس التي عرف مقاصد الشريعة رعايتها ، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها ، مع استحضر ما ثبت بدلالة السنة النبوية ، وعمل الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة ، تطبيقاً لقواعد الشريعة العامة في رعاية المصالح ، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة ، وتحمل الضرر الخاص لتفادي الضرر العام قرر ما يلي :

أولاً : يجب رعاية الملكية الفردية وصيانتها من أي اعتداء عليها ، ولا يجوز تضيق نطاقها ، أو الحد منها ، والمالك مسلط على ملكه ، وله في حدود المشروع التصرف فيه بجميع وجوهه ، وجميع الانتفاعات الشرعية .

ثانياً : لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية

التالية :

١ أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن

المثل .

٢ أن يكون نازعه ولي الأمر ، أو نائبه في ذلك المجال .

(١٥٥٢) الأستاذ / عبد السميع المصري - المرجع السابق - ص ٦٧ .

(١٥٥٣) انظر (الدكتور / أحمد بن داود المزجاحي الأستاذ المشارك بقسم الإدارة العامة - كلية الاقتصاد والإدارة جامعة

الملك عبد العزيز - السعودية - الرقابة في الإدارة الإسلامية المفهوم والخصائص - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

عدد (٣٥) - جامعة الكويت - ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م - ص ١١٧ : ١١٩) .

٣ أن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة ، أو حاجة عامة تنزل منزلتها ، كالمساجد ، والطرق ، والجسور .

٤ ألا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه في الاستثمار العام أو الخاص ، وألا يجعل نزع ملكيته قبل الأوان .

فإن اختلفت هذه الشروط ، أو بعضها كان نزع ملكية العقار من الظلم في الأرض ، والغصب التي نهى الله تعالى عنها ورسوله ﷺ على أنه إذا صرف النظر عن استخدام العقار المنزوعة ملكيته في المصلحة المشار إليها تكون أولوية استرداده لمالكه الأصلي ، أو لورثته بالتعويض العادل^(١٥٥٤)

وبناء على ما سبق فإن المصلحة العامة تعد هدفا أعلى في الشريعة الإسلامية لها حق الأولوية والأفضلية فيما يتعلق بحياة الجماعة ، ولو كان على حساب مصالح الأفراد ، علما بأن الشريعة تحافظ على مصالح الفرد ، ما دامت منسجمة مع مصالح الجماعة والمجتمع ، فإذا لم تتلاق المصلحتان في انسجام ووثام ، بل تلاقت في تعارض واصطدام ، ترجحت المنفعة العامة ، ولو أدت إلى الإضرار بما عداها ، وكذلك المنفعة العامة في ذاتها ضرورة من الضرورات التي يجب اعتبارها .

ومن ثم وضع الفقهاء عند التعارض بين المنفعتين ، وتباين الهدفين أصولا تقتضى تقديم العامة على الخاصة ، والجماعة على الفرد منها (يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع ضرر عام)^(١٥٥٥) . ذلك لأن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه ، فيدفع العام دون الخاص^(١٥٥٦) .

كانت هذه هي بعض معالم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة في النظام الإسلامي ، فما هي معالمها في النظم الوضعية ؟
هذا ما نتعرف عليه في المطلب الثاني .

(١٥٥٤) قرار رقم (٤) د ٨٨/٨/٤ بشأن نزع الملكية للمصلحة العامة - الصادر من مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي - انظر (مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الرابعة - العدد الرابع - عام ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م - الجزء الثاني - ص ١٧٩٧ : ١٧٩٨) .

(١٥٥٥) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - ص ٨٨ .

(١٥٥٦) انظر (أ.د / عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان - فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة - آفاق وأبعاد المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - البنك الإسلامي للتنمية - جدة - السعودية - ط ١٤١٤ هـ - ص ١٣٠) .

المطلب الثاني

نزع الملكية للمنفعة العامة

الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

يمثل نزع الملكية للمنفعة العامة الأرض البكر لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية وبخاصة في فرنسا إذ إن مجلس الدولة فيها قام بإعمال النظرية حينما كان محل القرار الإداري منصبا على انتزاع ملكية ما يقرب ٥٠٠ هكتار من الأراضي لأجل إعادة تخطيط المدينة (* ١٩٧١ م) ، ومنذ هذا التاريخ بدأ المجلس في إرساء معالم هذه النظرية بخطوات حثيثة واعية لا تكيل فيها ليد الإدارة عن القيام بالأعمال المنوطة بها ، وخصوصا في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، وقيام المجلس بهذه الرقابة الجديدة إنما هو من باب حمايته للحقوق والحريات وحراسة المصلحة العامة .

وإن مصر ليست بمنأى عن هذا التطور القضائي في الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن أحكام مجلس الدولة فيها تكاد تقترب من تطبيق النظرية في مجال نزع الملكية ، وإن لم يكن تطبيقها ظاهرا كظهورها في مجال التأديب ، وهو ما جعل بعض فقهاء القانون في مصر يقول : بأن النظرية مطبقة في مصر في إطار مصطلح الغلو ، الذي يوجب على السلطة التأديبية ألا تغلو في تقدير الجزاء المناسب للمخالفة التأديبية ، وقالوا بأن مجلس الدولة قصد بذلك إحداث نوع من التوازن بين مصلحة المرفق في عدم تكرار المخالفة ومصلحة المذنب بعدم الإسراف في شدة العقاب (١٥٥٧) .

ومع هذا فإن أحكام مجلس الدولة التي ظهرت أخيرا بشأن عزبة خير الله ، وسوق روض الفرج ، لتعطينا بعض القناعات بتبنى القضاء الإداري المصري لنظرية الموازنة في مجال نزع الملكية .

ومن ثم نعتبر نزع الملكية للمنفعة العامة هو الميدان الحقيقي ، والمحرك الفعلي لإعمال النظرية في كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري .
وتتضح معالم تطبيقها في إطار الفرعين التاليين :

(١٥٥٧) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١١/١١/١٩٦١ في الطعن رقم (٥٦٣) لسنة ٧ ق .

الفرع الأول

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا

يُعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة هو الأكثر أهمية والأكثر ظهوراً لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا ، ذلك لأن السلطات العامة قد تلجأ أحيانا إلى تقنيات مختلفة فتفرض على أعضاء المجتمع أعمالا قانونية يتطلبها الصالح العام ، ومنها نزع الملكية ، وتضع لذلك القوانين والمبادئ التي تتطلب أن يكون نزع الملكية للمنفعة العامة وبطريقة عادلة منها :

١- الملكية حق لا يجوز انتهاكه ، وهو حق مقدس لا يمكن حرمان أحد منه إلا إذا تطلبت المنفعة العامة ذلك ، وبطريقة واضحة ، وبشرط أن تكون عادلة وأن تشمل تعويضا لهذه الخسارة " (١٥٥٨).

وهذا مبدأ له أهمية دستورية يجب على المشرع نفسه احترامه ، ناهيك عن أن المجلس الدستوري يجب عليه أن يعترف به^(١٥٥).

٢- تنص المادة (٥٤٥) من القانون المدني الفرنسي على أنه (لا يمكن حرمان أحد من الاستفادة من ممتلكاته إلا إذا تطلبت المنفعة العامة ذلك مع التعويض عن هذه الخسارة) (١٥٦٠)

وتُعتبر هذه المادة صدى لصوت للنص الدستوري السابق ، ولقد وجدت نصوص سابقة على هذا النص منها قانون (٨ مارس ١٨١٠م) والذي قسم إجراءات نزع الملكية إلى مرحلتين : الأولى : إدارية ، والثانية : قضائية ، وحددت للقاضي نسبة تدخله فى نزع الملكية وذلك بتقدير الخسارة التى يجب التعويض عنها، ومن ثم فالمحاكم القضائية هى المخولة بتحديد القدر المناسب للتعويض عن الخسائر^(١٥٦).

وكذلك قانون (٧ يوليو ١٨٣٣ ، ٣ مايو ١٨٤١) الذى على أساسه تم نزع الملكيات اللازمة لتنفيذ المشروعات الضرورية للقرن التاسع عشر ، وبخاصة فى الأشياء التى

(□١٥٥٨) انظر (إعلان مبادئ حقوق الإنسان ١٧٨٩م مادة ١٧) وانظر في ذلك أيضا :




















































































































































☀ m ■ m m ≡ ∞ □ ◆ ♦ ☞ □ □ ☞ ◆ () ◆ ☞

(۱۵۶.) انظر :

(١٥٦١) انظر المرجع السابق :

8 ☀ ♎ ■ ♌ 7 ♏ ♊ ☯ □ ◆ ♦ 🖨 ⚙️ 🔧 □ ✕ ◆ 🤝 🗑 🔪 ☠️ 🔥 💧 ☀️ 🌸 🍁 🍂 🍃 🍄 🍇 🍈 🍉 🍊 🍋 🍌 🍍 🍎 🍓 🍔 🍕 🍖 🍗 🍘 🍙 🍚 🍛 🍜 🍝 🍞 🍟 🍠 🍡 🍢 🍣 🍤 🍥 🍰 🍷 🍹 🍺 🍻 🍼 🍶 🍽 🍴 🍵 🍶 🍷 🍹 🍺 🍻 🍼 🍶 🍽 🍴 🍵 🍶

مرحلة رقابية جديدة فتحت الباب لتطبيقات غير مباشرة خارج إطار نزع الملكية للمنفعة العامة إلى قضايا اقتصادية وعمرانية لم يكن نزع الملكية فيها مباشرا .

مثال ذلك : قضية (Ville-Nouvelle-Est) :

إن نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة ، هو المجال الذى يستأثر بمعظم أحكام مجلس الدولة الفرنسى بقضاء الموازنة بين المنافع والمضار كتطبيق مباشر لها ، وأظهر تطبيق للموازنة هو قرار مجلس الدولة الفرنسى بشأن المدينة الجديدة ، والتقرير الذى أعده مفوض الدولة بريان (BRAIBANT) وما أبداه من ملاحظات فى مذكرته التالية :

تقرير بريان^(١٥٦٤) والموازنة بين المنافع والمضار فى إطار نزع الملكية :

استطاع بريان فى تقريره أن يبرز وجه الموازنة بين المنافع والمضار وبخاصة فى مجال نزع الملكية ، وقد دون فى مجموعة أحكام مجلس الدولة والمحاكم الإدارية "مجموعة ٤٠٩" فقال مفوض الدولة بريان :

" من حيث أنه طبقاً للمادة الأولى من مرسوم رقم ٧٠١ لسنة ٥٩ فى ٦ يونية سنة ١٩٥٩ بلائحة إدارة عامة فى شأن إجراء التحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة وتحديد القطع التى تنزع ملكيتها وعلى قرار نقل الملكية : " يقدم نازع الملكية إلى المدير ملفا يخضع للتحقيق ويجب أن يتضمن على وجه الإلزام :

أولا : إذا كان تقرير المنفعة العامة مطلوباً بقصد تحقيق أشغال travaux أو إنشاءات ouvrage فإنه يجب أن يتضمن :

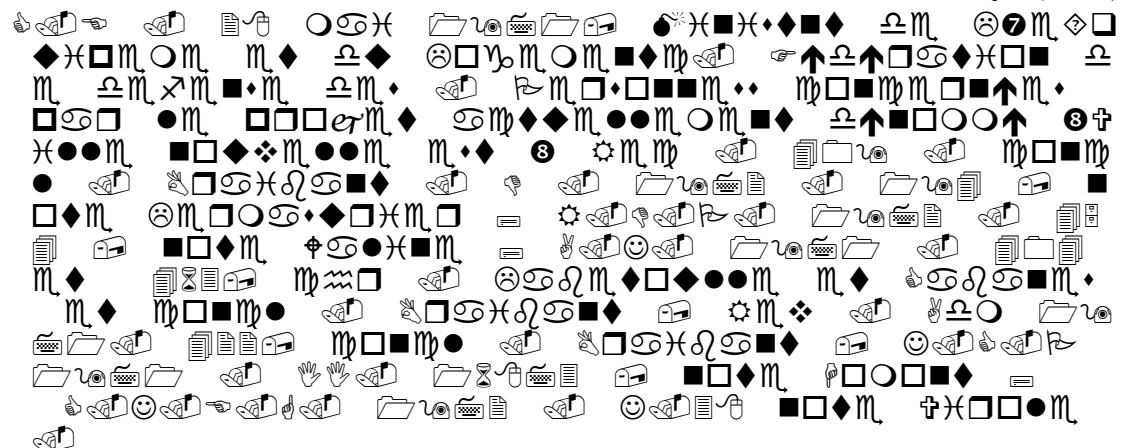
١ مذكرة إيضاحية تبين بصفة خاصة محل العملية .

٢ خريطة الموقع .

٣ المخطط العامة للعمل .

٤ المميزات الأساسية للإنشاءات الأكثر أهمية .

(١٥٦٤) انظر :



٥ التقدير الإجمالي للنفقات .

ثانيا : إذا كان تقرير المنفعة العامة مطلوباً بقصد كسب ملكية عقار فإنه يجب أن يتضمن :

١ مذكرة إيضاحية تبين بصفة خاصة محل العملية .

٢ خريطة موقع العمل .

٣ المحيط المحدد للعقارات المطلوب نزع ملكيتها .

٤ التقدير الإجمالي لما سيكسب ملكيته .

ومن حيث أن هذه النصوص تفرق فيما يتعلق بتكوين الملف الخاضع للتحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة من ناحية في الفقرة أولاً الحالة التي يكون فيها محل نزع الملكية تحقيق أشغال أو إنشاءات ، ومن ناحية أخرى في الفقرة. ثانيا حالة ما يكون نزع الملكية ليس له محل آخر سوى كسب ملكية عقارات .

ومن حيث أنه إذا كان إنشاء مدينة جديدة يتضمن عادة من ناحية كسب ملكية الأراضي ، ومن ناحية أخرى تنفيذ الشخص العام الذي يكسب ملكية هذه الأراضي الأشغال والإنشاءات فلإدارة أن تقتصر في مرحلة أولى على كسب ملكية الأراضي بدلاً من أن تنفذ العملية في نفس الوقت إذا اتضح أنه في تاريخ فتح التحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة أن دراسة برنامج الأشغال والإنشاءات لم تتقدم على وجه كاف بسبب غياب عناصر ضرورية ؛ وأنه في مثل هذه الحالة يمكن ألا يضم ملف التحقيق إلا الوثائق المطلوبة في الفقرة ثانيا من المادة الأولى من مرسوم ٦ يونية سنة ١٩٥٩ .

ومن حيث إنه يتضح من مستندات الملف أنه في ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٦٧ تاريخ إتخاذ المدير قرار فتح التحقيق المقرر من أجل تقرير المنفعة العامة وكسب ملكية العقارات اللازمة لإنشاء المدينة الجديدة بليل شرقاً ، لم يكن لدى الإدارة إلا مشروع أولى لخطة قطاع الإعداد والتعمير الذي سيطبق على المدينة الجديدة ، وأنه إذ لم تكن ثمة دراسات محددة لموقع ومعالم المؤسسات الجامعية التي ستضمها أو محور الطرق التي ستربطها بصفة خاصة ، وأنه على هذا الوجه لم تكن الإدارة قادرة على أن تقدم في التاريخ المذكور أعلاه خطة عامة للأشغال ولا معالم الإنشاءات الأكثر أهمية ، وأنه بذلك كان لها أن تقتصر - كما فعلت - على مجرد كسب ملكية الأراضي اللازمة ، ونتيجة لذلك استطاعت الإدارة قانوناً ألا تقدم في ملف التحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة إلا الوثائق المتطلبة بالمادة الأولى فقرة ثانيا من مرسوم ٦ يونية سنة ١٩٥٩ السابق ذكره .

ومن حيث أنه يترتب على ما تقدم أن المحكمة الإدارية أخطأت إذا استندت على غياب بعض الوثائق المتطلبة في الفقرة أولاً من المادة الأولى من هذا المرسوم من ملف التحقيق لتلغي قرار وزير التعمير والإسكان المشار إليه باعتباره قائماً على إجراء مخالف للقانون .

ومن حيث أن مجلس الدولة دائما وهو ينظر مجموع النزاع بالأثر الناقل للاستئناف أن يبحث أسباب الطعن الأخرى التى تمسك بها " اتحاد الدفاع عن الأشخاص الذين يمسهم المشروع المسمى حاليا المدينة الجديدة شرقا .

عن اختصاص وزير التعمير والإسكان بتقرير المنفعة العامة للعملية :

من حيث أنه يخلص من نصوص المادة ٢ من أمر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٥٨ والمادة ١ من المرسوم رقم ٦٨٠ لسنة ١٩٥٩ فى ١٩ مايو سنة ١٩٥٩ أن وزير التعمير والإسكان كان مختصا بتقرير المنفعة العامة لكسب ملكية العقارات اللازمة لإنشاء المدينة الجديدة طالما أن رأى المفوض المحقق كان موافقا : وأنه إذا كان يجب فى جميع الأحوال أن تقرر المنفعة العامة لإنشاء طريق سيارات طبقا للمادة (١) المذكورة من مرسوم ١٩ مايو سنة ١٩٥٩ بمرسوم بعد أخذ رأى مجلس الدولة : فإن السبب المستمد من وجود مثل هذا الطريق للمرور فى الخطط المعدة للمدينة الجديدة غير سليم فى الواقع ، وأنه إذا كان جزء من الأراضى التى ستكسب ملكيتها سيخصص لإقامة منشآت تعليم عال عليها فلا يفرض أى نص تشريعى أو لائعى أن يوقع وزير التعليم الوطنى على القرار المقرر هذا الكسب للمنفعة العامة :

عن إجراءات التحقيق :

من حيث أن المادة ٢ مرسوم ٦ يونية سنة ١٩٥٩ إذ تنص على أن يعين المدير بقرار منه مفوضا محققا أو لجنة تحقيق يترك الحرية لهذه الجهة فى اختيار أى الأمرين ، وبذلك فليس الاتحاد الطالب على حق فى التمسك بأنه بسبب أهمية العملية كان يجب تعيين لجنة للتحقيق .

ومن حيث أنه يخلص من أوراق الملف أن احكام المادة ٢ من مرسوم ٦ يونية سنة ١٩٥٩ المتعلقة بنشر القرار الأمر بالتحقيق قد احترمت ، وأنه لا يوجد أى نص تشريعى أو لائعى يلزم بإرسال تقرير المفوض المحقق ، الذى يرسل طبقا للمادتين ٨ ، ٢٠ من المرسوم إلى المدير أو وكيل المدير إلى الأشخاص الذين تمسهم إجراءات نزع الملكية .

ومن حيث أنه لا يخلص من أوراق الملف - على ما يدعيه الاتحاد الطالب - أن تقدير قيمة العقارات التى ستكسب والمرفق بملف التحقيق قد أصابه عدم دقة جسيم .

عن منفعة العملية :

ومن حيث أنه لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما إلا إذا كان ما تتضمنه من اعتداء على الملكية الفردية والتكلفة المالية والمساوى الاجتماعية المحتملة التى تتضمنها ليست باهظة بالنسبة إلى المنفعة التى تمثلها ؛ ومن حيث أنه يستفاد من الأوراق المودعة بالملف أن إعداد المنطقة الوارد عليها تقرير المنفعة العامة تم تخطيطه بحيث لا تنفصل المباني الجامعية التى يجب إقامتها فيها عن القطاعات المخصصة للإسكان ؛ وتبرر الإدارة أنها اضطرت لتحقيق هذا الإعداد إلى أن تدخل فى هذه المنطقة عدداً من القطع تتضمن منشآت يتعين هدمها : وأنه فى

هذه الظروف ، وبمراعاة أهمية المشروع فى مجموعه ؛ فليس من طبيعة ظرف تضمن تنفيذ العملية اختفاء حوالى مئة من منازل الإسكان أن يخلع عنها صفة المنفعة العامة .
عن الانحراف بالسلطة :

ومن حيث أن الانحراف بالسلطة المزعوم لم يتم إثباته : (إلغاء الحكم ، رفض الطلب) " (١٥٦٥) .

نظرات فى تقرير بريان وموقف مجلس الدولة الفرنسى :

فى سنة ١٩٦٦ قررت الحكومة القيام "بتجربة عمرانية **urbanisme**" فى مدينة ليل : قاصدة فى نفس الوقت " إخراج التعليم العالى من وسط المدينة حيث ينفجر " و " استيعاب الطلبة فى المدينة " ، وذلك بإنشاء مجموع عمرانى جديد متناسب مع برنامج جامعى ، فأقرت مشروعا بإنشاء مجمع جامعى شرق يكون جامعيا مستعد لاستقبال أكثر من ٣٠ ألف طالب ومدينة جديدة لاستيعاب من ٢٠ إلى ٢٥ ألف من السكان ، وتضمن المشروع الذى احتاج إلى ٥٠٠ هكتار وقدّرت تكاليفه بمليار فرنك نزع ملكية وهدم ٢٥٠ منزلا للسكنى منها حوالى مائة مسكن تم إنشاؤها حديثا بمقتضى تراخيص بناء سلمت فى السنة السابقة ، وأمام الاحتجاجات القوية التى أثارته نية أجهزة التعمير فى هدم مساكن متواضعة أنشئت حديثا بموافقتها ، عدّلت الإدارة مشروعها على وجه بحيث اقتصر الهدم على ٨٨ منزلا واستبعدت فى المقابل الحل الذى كانت اقترحتة جمعية الدفاع ويستهدف إنقاذ ٨٠ منزلا أخرى من الهدم ويقوم على نقل محور طريق الشمال الجنوب المقرر فى المشروع .

وإذ قرر للعملية صفة المنفعة العامة بقرار من وزير التعمير والإسكان فى ١٣ أبريل سنة ١٩٦٨ فقد عرضت جمعية الدفاع هذا القرار لرقابة قاضى تجاوز السلطة ، وتمسكت إلى جانب كثير من أسباب الطعن المتعلقة بالإجراءات وبالموضوع بأن هدم مئة منزل كان تغيير مسار طريق السيارات يسمح بتفاديه ، يعتبر ثمنا باهظاً للعملية المزمعة ، وبذلك كانت هذه فى رأى الجمعية محرومة من صفة النفع العام فيتعين إلغاء قرار ٣ أبريل سنة ١٩٦٨ .
يتضح مما سبق عدة أمور منها :

أولا : من الواضح أن هذه ليست أول مرة يجد فيها مجلس الدولة نفسه أمام مشكلة رقابة قاضى تجاوز السلطة لتقرير المنفعة العامة لعملية نزع ملكية ، ويتحقق القاضى الإدارى تقليديا مما إذا كانت العملية تحقق بذاتها غرض منفعة عامة ولكنه يرفض بحث المضمون الواقعى للمشروع وخاصة اختيار القطع التى تنزع ملكيتها ، وهكذا اقتصر القاضى بمناسبة نزع الملكية لإنشاء طريق سيارات على التحقق مما إذا كان إنشاء طريق سيارات فى ذاته واستقلالاً

(١٥٦٥) مارسولون - بروسيرفى - جى بريان - أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ترجمة د / أحمد يسرى - منشأة المعارف - الإسكندرية - ط ٨ - ١٩٨٤ م - ص ٦٣٢ : ٦٣٥ .

عن الخصائص الذاتية للمشروع محل البحث ذا نفع عام ، ويتمام ذلك رفض بحث اختيار المسار الذى أقرته الإدارة^(١٥٦٦) كذلك رفض مجلس الدولة بمجرد ما تثبت من أن إنشاء مطار هو فى ذاته " عملية يمكن قانونا اعتبارها ذات نفع عام "تقدير ملائمة المشروع ، ثم أبرز أن : " الظروف التى يدعيها الطاعنون من أن العملية التى تباشرها بلدية ليجل L'Aigle لا تبررها على وجه كاف حاجات السكان ، سواء بالنظر إلى النقل الجوى أو ممارسة رياضة الطيران ويجاوز الوسائل المالية للبلدية ، ليس من المجدى إثارتها أمام قاضى تجاوز السلطة^(١٥٦٧) ، وكذلك أيضا فبعد أن قرر المجلس أن : " عمليات ... إنشاء ... مساكن ضرورية لتنفيذ منطقة ذات أولوية فى التعمير يمكن قانونا اعتبارها محلا لقرار تقرير منفعة عامة ، بين المجلس أن نقد الطاعنين الوارد بصفة خاصة على اختيار الأراضى والمواقع المختارة للإنشاءات له صلة بملاءمة العمليات المقصودة ، وبذلك لا يمكن مناقشته على وجه مجد أمام القاضى الإدارى^(١٥٦٨) ، ولا يتم البحث الواقعى للعملية المزمعة إلا للسماح للقاضى بأن يكشف وجود انحراف محتمل بالسلطة^(١٥٦٩) .

ثانيا : يؤدى هذا القضاء عملا - طبقا للتفرقة التقليدية بين رقابة الوصف القانونى للوقائع ورقابة الملاءمة إلى شدة ضآلة الدور الفعلى للقاضى الإدارى اعتبارا من اللحظة التى تفهم فيها فكرة المنفعة بصورة أكثر فأكثر توسعا ، فتعتبر كل عملية ذات صلة بعيدة بالمصالح العامة ذات نفع عام^(١٥٧٠) . وهذا التضييق للرقابة القضائية على المنفعة العامة لعمليات نزاع

(١٥٦٦) انظر :

١٥٦٦ : انظر :
١٥٦٧ : انظر :
١٥٦٨ : انظر :
١٥٦٩ : إنشاء مركز تدريب خيل بلدى مستهدفا فى الواقع السماح بإقامة نادى خاص للخيل .
١٥٧٠ : إنشاء بيت شباب

١٥٦٦ : انظر :
١٥٦٧ : انظر :
١٥٦٨ : انظر :
١٥٦٩ : إنشاء مركز تدريب خيل بلدى مستهدفا فى الواقع السماح بإقامة نادى خاص للخيل .
١٥٧٠ : إنشاء بيت شباب

١٥٦٦ : انظر :
١٥٦٧ : انظر :
١٥٦٨ : انظر :
١٥٦٩ : إنشاء مركز تدريب خيل بلدى مستهدفا فى الواقع السماح بإقامة نادى خاص للخيل .
١٥٧٠ : إنشاء بيت شباب

١٥٦٦ : انظر :
١٥٦٧ : انظر :
١٥٦٨ : انظر :
١٥٦٩ : إنشاء مركز تدريب خيل بلدى مستهدفا فى الواقع السماح بإقامة نادى خاص للخيل .
١٥٧٠ : إنشاء بيت شباب

الملكية موجب للأسف بقدر ما غيرت هذه العمليات وجهها خلال نفس الفترة باستمرار ، فقد خلف نزع الملكية المنفرد الواقع على عدة قطع زراعية لإنشاء مدرسة أو تعديل طريق عمليات تعمير واسعة أو إنشاء طريق سيارات تصيب مئات الملكيات وتؤدي إلى هدم عقارات سكنية عديدة .

يضاف إلى ذلك أن نزع الملكية أصبح يتم اليوم ليس فقط لصالح أشخاص القانون العام ولكن لصالح إحدى شركات الاقتصاد المختلط أو في بعض حالات التعمير لصالح ممول عقارى خاص ، فلم يعد تميّز المصالح العامة والخاصة واضحا ، وفي بعض الحالات يتم تحقيق المصالح العام من خلال تحقيق مصالح خاصة بصفة تامة^(١٥٧١) .

وكما قال مفوض الحكومة بريان : "وهكذا يصبح الموقف معدلا بل وأحيانا مقلوبا ؛ فلم يعد يوجد فقط السلطة العامة والمصالح العام في ناحية وفي الأخرى الملكية الخاصة ؛ فتوجد في حالات عديدة وبصورة تتزايد خلف نازعي الملكية والمنزوعة ملكيتهم مصالح عامة مختلفة ، بل وقد يحدث أن يكون وزن المصالح الخاصة المستفيدة من العملية أكثر ثقلا في إجراءات القرار وتكوينه من المصالح العامة التي قد تضار من ذلك ، فلا يمكن إذن الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة ، بل يجب أيضا أن يوضع في الميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها ، وكما يقول الاقتصاديون عدم نفعها مع نفعها"^(١٥٧٢) .

وهكذا فلا يشير الدهشة إطلاقا قبول مجلس الدولة أحيانا ، منذ عدة سنوات ، أن يذهب في رقابته على المنفعة العامة أبعد من رقابته التقليدية عليها بصفة مجردة **in abstracto** لبحث الاتفاق مع المصالح العام الناشئ عن العملية منظورا إليه واقعا .

فلقد أقر المجلس بالمنفعة العامة لتوسيع حلبة سباق الخيل في كانى - سير - مير - Cagnes Sur- Mer بمراعاة أن هذه العملية " غرضها المساهمة في التطور الاقتصادى والسياحى لبلديات نيس وكانى - سير - مير"^(١٥٧٣) وكذلك أقر صفة المنفعة العامة لتجديد

إنشاء فندق وكازينو في نيس

١٥٧١ (١٥٧١) إذ أدى انحراف الطريق محل بحث القضية إلى حصول شركة سيارات ييجو على المرور مباشرة وتؤكد ، فينفق مع

لمصالح العام إشباع حاجات المرور العام في نفس الوقت .

١٥٧٢ (١٥٧٢) مع حاجات تطوير المجموع الصناعى الذى يلعب دورا هاما في اقتصاد المنطقة .

١٥٧٣ (١٥٧٣) مع حاجات تطوير المجموع الصناعى الذى يلعب دورا هاما في اقتصاد المنطقة .

١٥٧٤ (١٥٧٤) مع حاجات تطوير المجموع الصناعى الذى يلعب دورا هاما في اقتصاد المنطقة .

١٥٧٥ (١٥٧٥) مع حاجات تطوير المجموع الصناعى الذى يلعب دورا هاما في اقتصاد المنطقة .

كتلة سكنية فى وسط مدينة فيرمينى **Firminy** دون الاقتصار على تقرير أن التجديد العمرانى هو فى ذاته عملية ذات منفعة عامة ، ولكن لأن هذا التجديد " يسمح بصفة خاصة من خلال إنشاء مساحات وأماكن مخصصة لانتظار السيارات وهى غير موجودة باستخدام أفضل لوسط مدينة فيرمينى^(١٥٧٤) .

وفوق ذلك لم يقتصر مجلس الدولة فى القضية المعروفة **boues rouges de Cassis** بطين كاسى الأحمر على تقرير أن إنشاء مجارى صرف الفضلات فى حفرة بحرية لا يقل عمقها عن ألف متر تبعد عن الشاطئ بأكثر من ٧ كيلو مترات، وإنه لم يستخلص من الأوراق المودعة بالملف أن من شأن هذا الصرف المساس بالصحة العامة بالحياة الحيوانية أو النباتية تحت سطح البحر أو أنه يخل بالتطور الاقتصادى والسياحى للمناطق الساحلية ؛ وأنه نتيجة لذلك لا يكون الطاعنون على حق فى التمسك بأن المخاطر الجسيمة التى يتضمنها تنفيذ الأشغال المتصلة بالصالح العام من أثرها وسم قرار المنفعة العامة بعدم المشروعية^(١٥٧٥) .

وأصر مجلس الدولة فى نفس الاتجاه الفكرى على الإلزام بأن يتضمن ملف تحقيق نزع الملكية تقديرا إجماليا للنفقات " يسمح لكل أصحاب الشأن بالتأكد من أن الأشغال والإنشاءات بمراعاة تكلفتها الحقيقية النهائية على ما يمكن عقلا تقديره فى وقت إجراء التحقيق ، لها صفة المنفعة العامة"^(١٥٧٦) .

وهذا هو التطور الذى اقترح بريبان على مجلس الدولة المضى فيه إلى نهايته بالحكم بأنه سيقدر المنفعة العامة فى كل حالة بمراعاة ميزان مزاياها ومضارها ، وعلى هذا الأساس يجب أن يراعى القاضى فى المحل الأول طبعا التكاليف المالية للعملية : " فمشروع ما صالح على مستوى منطقة أو هيئة كبيرة لن يكون كذلك بالنسبة لبلدية صغيرة يكون عبئا ثقيلا جدا

١٥٧٤) انظر :
 ١٥٧٥) انظر :
 ١٥٧٦) انظر :

١٥٧٥) انظر :
 ١٥٧٦) انظر :

١٥٧٦) انظر :
 ١٥٧٦) انظر :

١٥٧٦) انظر :
 ١٥٧٦) انظر :

عليها" (١٥٧٧) . ولكن من المناسب كذلك أن يؤخذ في الاعتبار إلى جانب التكلفة المالية للعملية التكلفة الاجتماعية لها . " ففي وقت يكثُر فيه السؤال عن ... البيئة وإطار الحياة ، يجب تجنب قيام مشروعات وإن كانت نافعة من ناحية ، التي تزيد التلوث أو تدمر جزءا من الذمة الوطنية والثقافية للبلاد ؛ فالإغراء كبير بالتضحية براحة سكان ضاحية من أجل مطار ، أو بغابة فونتيلو من أجل طريق سيارات أو بجناح بالار **Pavillon de Baltard** من أجل محطة مترو ، فمن المهم في كل حالة وزن ما للعملية وما عليها بعناية وألا تكون المنفعة العامة للعملية مجرد قناع لجديتها **novicité** العامة المحتملة " (١٥٧٨) .

ثم أضاف مفوض الحكومة أنه في واقعة القضية يعوض عن هدم مائه مسكن بإنشاء محور طرق مركزي لمجمع يتضمن مدينة جديدة لعشرين ألف من السكان ومجمعا جامعيًا لثلاثين ألف طالب : " فيجب أن توضع أهمية العملية في الميزان مع المساكن التي ستهدم ، ومن المؤكد أنه من غير المعقول إبعاد مائة أسرة من مساكنها من أجل إسكان خمسين ، ولكن من العادى جدا هدم مائة مسكن في حالة عملية تسمح ببناء عدة آلاف " (١٥٧٩) ولاشك أنه كان يمكن نقل محور الطرق كما طلبه الاتحاد الطاعن ولكن حينئذ كان سيفصل المجمع الجامعي عن بقية المدينة بينما كان هدف العملية بالذات هو تقريبهما .

واتفاقاً مع التقرير قررت الجمعية العامة للقسم القضائي من حيث المبدأ أنه لا يمكن قانونا اعتبار عملية ما ذات منفعة عامة إلا إذا كان ما تتضمنه من مساس بالملكية الفردية وكانت التكاليف المالية والمضار الممكنة على المستوى الاجتماعي غير باهظة بالنسبة للمصلحة التي تمثلها . ثم حكمت بأنة في واقعة القضية " بمراعاة أهمية مجموع المشروع فليس من شأن ظرف اختفاء مائة مسكن نزع صفة المنفعة العامة عن العملية " (١٥٨٠) .

ثالثا : ولقد زاد اتساع رقابة قاضى تجاوز السلطة منذ حكم المدينة الجديدة شرقا على مزايا ومضار العملية ، إذ يأخذ مجلس الدولة في اعتباره الآن تكاليف العملية ، والمساس بالمصالح العامة الأخرى ، الذى قد تتضمنه العملية . وفي الحقيقة كان على مجلس الدولة في حكم ٢٠ أكتوبر ١٩٧٢ الشركة المدنية لسان مارى دى لا سنسيون **St.M.de I'Assomption** أن يحكم فى شأن المنفعة العامة لإنشاء طريق سيارات شمال نيس (١٥٨١) أن يحكم فى شأن المنفعة العامة لإنشاء طريق سيارات شمال نيس

(١٥٧٧) مارسولون بروسيرفى جى بريان : أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ص ٦٣٨ .

(١٥٧٨) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٣٩ .

(١٥٧٩) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٣٩ .

(١٥٨٠) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٣٩ .

(١٥٨١)



الذى يستهدف ربط البروفانس بإيطاليا بالالتفاف حول كتلة نيس السكنية ، وكذلك فى شأن الإنشاءات التى تستهدف ربط هذا الطريق بالطرق العمرانية لنيس من خلال وصلة وبديل : إذ هددت هذه العملية المستشفى النفسى سان مارى وهو مؤسسة خاصة تواجه وحدها حاجة الإقليم بشأن علاج الأمراض العقلية لعدم وجود أى مستشفى عام من هذا النوع فى الإقليم ، ويؤدى طريق السيارات نفسه إلى هدم مبنى به ٨٠ سريرا . أما الوصلة فتعلو على المستشفى وتسيطر عليها وتمنع أى مشروع للتوسع أما البديل فيوجب هدم مطعم المستشفى وحرمانها من مساحتها الخضراء ومن مكان الانتظار الخاص بها . فالعملية لم تواجه الصالح العامة بمصالحة خاصة إذن ، ولكن تضمنت تنازعا بين مصلحتين عامتين : مصلحة المرور ومصلحة الصحة العامة . والمعتاد أن تتولى الإدارة فى هذه الحالة الفصل بين المصالح العامة المتعارضة . ولكن مفوض الحكومة موريزو اقترح على المجلس أن يدخل فى رقابته للمنفعة العامة التوازن الذى يتحقق بين عناصرها . وأوضح أن هذا التوسع يفرض بوجه أكبر فى واقعة الطعن لأن وزير الصحة العامة لم يستشر فى العملية بل وأعرب خلال إجراءات الطعن عن معارضته . كذلك طلب موريزو من المجلس أن " يرفض إقرار المنفعة العامة للعملية ما دامت فائدها تلحق مساسا خطيرا بمصلحة عامة هامة " وقد تابع مجلس الدولة مفوض الحكومة وأجرى نوعا من التحكيم بين المصالح العامة محل البحث : ولم يبدُ له هدم مبنى به ٨٠ سريرا يتضمن ضررا باهظا بالنسبة إلى الفائدة المنتظرة من ربط طريق السيارات شمال الكتلة السكنية ، وبالمقابل لم يقر إنشاء وصلة الربط ولا البديل رغم فائدة هذه الإنشاءات للمرور لأنها تخلق حول المستشفى منطقة مرور كثيفة ، تبدأ منها الضوضاء ، وتحرم المؤسسة من المساحات الخضراء وكل إمكانية للتوسع .

ولهذا ألغى مرسوم المنفعة العامة فيما يتعلق بإنشاء وصلة الطريق والبديل ، وهذا أول مرة يؤدى فيها قضاء المدينة الجديدة شرقا إلى إلغاء تقرير منفعة عامة .

وبذلك استقر مبدأ أنه " لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما إلا إذا كان ما تتضمنه من مساس بالملكية الخاصة والتكلفة المالية والمضار المحتملة على المستوى الاجتماعى أو المساس بالمصالح العامة الأخرى ليست باهظة بالنسبة إلى المصلحة التى يحققها " (١٥٨٢) ، ومنذ ذلك الحين تتردد صياغة حكم المدينة الجديدة شرقا مُكْمَلَةً بحكم سان مارى دى لا سنسيون فى أحكام عديدة .

رابعا : إذا كان هذا التطور القضائى يُعتبر بكل تأكيد خطوة هامة على طريق توسيع رقابة قاضى تجاوز السلطة للوقائع . فمع ذلك يصعب تحديد نطاقه بدقة من وجهة نظر التفرقة التقليدية بين الرقابة على التكييف القانونى للوقائع ورقابة ملاءمتها .

(١٥٨٢) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٤٠ .

فهل سيقصر القاضى الإدارى على رقابة القانون للوقائع دون أن يبحث رقابة الملاءمة ؟
أم سيذهب هنا كما فعل فى شأن الضبط إلى حد رقابة مدى كفاية التدابير المتخذة للغايات
المستهدفة ؟

ويشور هذا السؤال بصفة أخص فيما يتعلق برقابة القاضى على موقع الأشغال التى
تستهدفها الإدارة أو مسارها ، فقد رأينا أن القضاء رأى تقليديا فى ذلك مشكلة ملاءمة لا تقبل
المناقشة أمام قاضى تجاوز السلطة ، وقد أومأ بريان فى تقريره فى قضية المدينة الجديدة شرقا
إلى أن التصور الجديد الذى يعطيه مجلس الدولة لمهمته فى هذا المجال أثره " إدخال مسألة
اختيار الأرض فى تقدير المنفعة العامة" (١٥٨٣) ومضى القاضى " فى طريق تقديرات واقعية عسيرة
أحيانا تقع على حدود مجال الملاءمة دون أن تدخله " (١٥٨٤) وقد قرر موريزو فى تقريره فى قضية
سان مارى لا سنسيون من ناحية " أنه لا يجب إخفاء أن رقابتكم للمشروعية تقع على حدود
تقدير الملاءمة" (١٥٨٥) لأن هذه الرقابة تتضمن " إحلال تصورك الخاص للمصلحة العامة محل
ذلك الذى غلبته الإدارة " (١٥٨٦) . وقد أبرز مجلس الدولة بجلاء إرادته فى عدم دفع رقابته حتى
رقابة مجرد الملاءمة ، إذ حرص على أن يذكر فى حكمه التقرير التقليدى وطبقا له " ليس
لمجلس الدولة وهو يحكم كقضاء تقدير ملاءمة المسار الذى تم اختياره " (١٥٨٧) . ومع ذلك
يمكن التساؤل عن نطاق مثل هذا التأكيد طالما أن المسار المختار هو حتما العنصر الجوهرى
فى ميزان النفقات - الأرباح . ولم يكن للحكم إقرار الطريق ذاته وتقدير الوصلة والبديل إلا
بالنظر إلى هذا المسار .

فهل يجب أن يستخلص من ذلك أن رقابة القاضى تتضمن منذ ذلك الحين رقابة
الملاءمة ، وأنه لم يعد يوجد أى هامش للوزن التقديرى للإدارة ؟ لا يبدو ذلك ، وقد وُضع
السؤال بطريقة محددة أمام مجلس الدولة فى قضية حكم فيها فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٤ آدم
Adam وآخرون (١٥٨٨) ، فقد كانت الإدارة اختارت أصلا لطريق السيارات الذى يربط

(١٥٨٣) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٤٤١ .

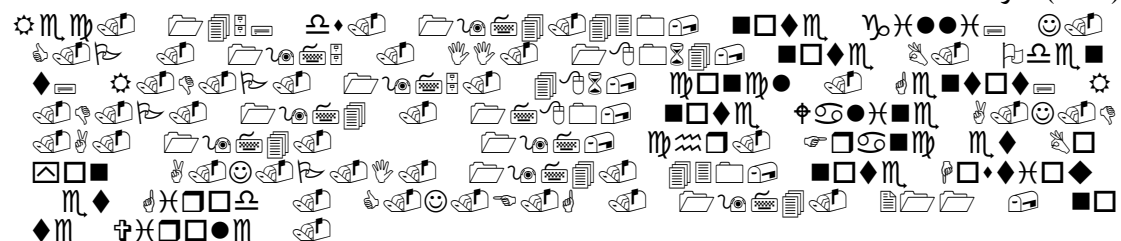
(١٥٨٤) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٤٤١ .

(١٥٨٥) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٤٤١ .

(١٥٨٦) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٤٤١ .

(١٥٨٧) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٤٤١ .

(١٥٨٨) انظر :



Freymin فريمن بستراسبورج مسارا فى وادى زورن **Zorn** وهو ممر طبيعى يمر فيه فعلا الطريق الوطنى الحديدية وقناة المارن - الرين ، ثم اختارت فى النهاية مسارا آخر عبر التلال التى تسيطر على وادى زورن . وقد نازع الطاعنون فى المنفعة العامة لهذا المسار الجديد الذى يقسم منطقة زراعة شديدة الخصوبة ويضايق عمل استغلالات عديدة ، بينما المرور فى وادى زورن وإن كان بالتأكيد أكثر نفقة بسبب اختلاف ارتفاعاته والإنشاءات التى يتطلبها ، ولكنه يتجنب قطع المساحة الزراعية ، وقد أقر مفوض الحكومة جننو **Gentot** أنه رغم التحفظ الذى أجراه حكم سان مارى دى لاسنسيون " يستحيل عمل ميزان بين مزايا ومضار إقامة إنشاء يتعلق بطريق أو بطريق سيارات بغض النظر عن مساره ، فمن المفهوم جدا أن القاضى يستطيع أن يقدر أهمية أو جسامة الاعتداءات التى تقع على الملكيات الخاصة بأخذه فى اعتباره المواقع المستقبلية للإنشاءات محل البحث ، كذلك يمكن أن تختلف نفقة العملية على وجه محسوس حسب اختيار هذا الموقع أو ذاك ، وبالنسبة لطريق سيارات هذا المسار أو ذاك ، فاختيار المسار ليس بالنسبة للإدارة مسألة ملائمة على الإطلاق إذن ، والقرار الذى تتخذ فى هذا الشأن هو أحد عناصر مشروعية" ^(١٥٨٩) ويعود تقدير الإدارة فى جميع الأحوال إلى مجرد مسألة ملائمة بسيطة عندما تختار بين مسارين أو أكثر متساوية فى المنفعة العامة ، "ويبقى فى الحقيقة كما أضاف جننو أن الجهة المختصة ليست ملزمة على الإطلاق باختيار أفضل مسار ممكن وأنها يجب أن تظل حرة فى اختيارها بين مسارات ممكنة لا يخل أى منها بالمنفعة العامة للإنشاء المبتغى فليس عليكم إذن بحث ... أى المسارين يحقق المنفعة القصوى ؛ ... بل تمارس الحكومة اختيارها بين قرارات مشروعين بكل ملائمة" ^(١٥٩٠) ، وفى الواقعة كان المسار عبر التلال كالمسار عبر الوادى يمكن اعتبارهما مع أخذ مزايا ومساوئ كل منهما فى الاعتبار ذوى منفعة عامة؛ ولم يُخف جينتو أنه قد يمكن الأسف للاختيار النهائى الذى أجرته الإدارة ، ولكنه حدد "أن هذا الأسف لا يمكن أن يعنى إلا ملائمة القرار وليس شرعيته" ^(١٥٩١) .

واتفاقا مع تقرير المفوض اقتصر الحكم على بحث ما إذا كان الطريق عبر التلال الذى أقرته الإدارة مطابقا للمنفعة العامة دون بحث ما إذا كان الطريق عبر الوادى كان يقدم مزايا أكبر أو أضرارا أقل . وقد حكم مجلس الدولة فى نفس المعنى بأنه ليس له تقدير ملائمة المسار الذى اختير بالبحث عن حل آخر يقدم نفس المزايا مقابل أضرار أقل ^(١٥٩٢) . ومع ذلك ففى

(١٥٨٩) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٤٢ .

(١٥٩٠) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٤٢ .

(١٥٩١) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٤٣ .

(١٥٩٢) : انظر

الفرض الذى يكون للشخص نازع الملكية أراضى داخلية فى ذمته تسمح بتنفيذ العملية يبحث القاضى ما إذا كان نزع الملكية له مع ذلك صفة المنفعة العامة^(١٥٩٣).

ورغم الهامش المتروك لوزن الإدارة التقليدى ، يظل الثابت أن رقابة القاضى الإدارى على المنفعة العامة لعمليات نزع الملكية " تتأخم رقابة الملاءمة" كما يبين ذلك أنطوان برنار فى تقريره فى حكم ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٧٣ جراسان^(١٥٩٤)، الذى يوضح بجلاء صعوبات القضاء الجديد ، وفى الحقيقة رفض مجلس الدولة فى هذا الحكم صفة المنفعة العامة لإنشاء مطار من الفئة (د) فى أرض بلدية بها ألف ساكن بينها وبين بواتيه حوالى ٥٠ كيلومترا تأسيسا على أسباب تقترب جدا من التقدير الذاتى . فهذا الإنشاء لا يحقق "الحاجات الحقيقية للأوساط الاقتصادية فى المنطقة المهمة بتطوير طيران الأعمال والتى تحت تصرفها من جهة أخرى على بعد أقل من ٥٠ كيلو مترا مطار بواتيه المزود بالإعدادات الضرورية " والإمكانية الممنوحة لأعضاء نادى الطيران المحلى لممارسة الرياضيات الجوية فى أفضل ظروف ليست ذات " طبيعة بمراعاة الضعف الشديد فى نسبة سكان البلدية الذى يمكنه ممارسة هذا النشاط تبرر وحدها منفعة المشروع وهو يبدو من ناحية أخرى أنه سيكون له أثر ملحوظ على التطور الاقتصادى للبلدية : ^(١٥٩٥) : وأخيرا فإن تكاليف العملية " لا تناسب بينها وبين الموارد المالية للبلدية التى ليس بها سوى حوالى ١١٠٠ ساكن ولا يبدو من الأوراق المودعة بالملف أنها ستستفيد من مساهمة مالية خارجية " ^(١٥٩٦) ويعبر الحكم فى النهاية كما أبرز المعلق الذى وقع J.K. عن رأى الذاتى لمجلس الدولة فى ملاءمة إنشاء مطار فى البلدية المعنية ؛ " وهذا رأى قد يهم رجل القانون إذا لم يكن غير مهتم بمسائل الطيران ، كما قد يهم الطيار إذا أحس حبا للاستطلاع نحو المسائل القانونية

انظر : (١٥٩٣)

انظر : (١٥٩٤)

انظر : (١٥٩٥)

انظر : (١٥٩٦)

؛ ولكنه سواء حصل أو لم يحصل على موافقتيهما فليس له أى سند فى القانون ليتغلب على
الرأى العكسى" (١٥٩٧).

ولاشك أن تطبيق قضاء حكم المدينة الجديدة شرقا قد يؤدى بالقاضى الإدارى إلى القيام
بتقديرات فنية صعبة بمراعاة وسائل التحقيق التى تحت تصرفه للفصل بين المصالح المتعددة
العامة والخاصة محل البحث فى عمليات نزاع الملكية الشديدة التعقيد غالبا الخاضعة لرقابته ،
وأن يحل آراءه الخاصة محل آراء الإدارات المختصة ، وأكثر من ذلك كان على مجلس الدولة
أن يحكم على هذا الوجه فى قضايا أثارت جدلا فى الرأى العام وأدت إلى وقوف عدة إدارات
ضد بعضها ، وهذه هى الحال فى قضايا المدينة الجديدة شرقا ، وطريق سيارات شمال نيس
وطريق سيارات فريمن ستراسبور وتوسيع ميدان المناورة والرقابة فى فونتفرو
Fontevraud (١٥٩٨).

(١٥٩٧) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق - ص ٦٤٣ .

(١٥٩٨) انظر :

فيما يتعلق بمسألة التمييز بين المصالح العامة والخاصة محل البحث فى عمليات نزاع الملكية الشديدة التعقيد غالبا الخاضعة لرقابته ، وأن يحل آراءه الخاصة محل آراء الإدارات المختصة ، وأكثر من ذلك كان على مجلس الدولة أن يحكم على هذا الوجه فى قضايا أثارت جدلا فى الرأى العام وأدت إلى وقوف عدة إدارات ضد بعضها ، وهذه هى الحال فى قضايا المدينة الجديدة شرقا ، وطريق سيارات شمال نيس وطريق سيارات فريمن ستراسبور وتوسيع ميدان المناورة والرقابة فى فونتفرو Fontevraud (١٥٩٨).

وقد قدّر مفوض الحكومة بريبان في تقريره في قضية المدينة الجديدة شرقاً إحساساً منه بهذه المخاطر - اقتناعه أن مجلس الدولة سيمارس رقابته على المنفعة العامة لعمليات نزع الملكية " بلباقة وحساب **avec tact mesure** وأضاف " لا محل لأن تمارسوا محل الإدارة الخيارات التقديرية التي تملكها ، فمسائل من نوع ما إذا كان مطار باريس الجديد ينشأ في شمال العاصمة أو جنوبها ، أو إذا كان طريق سيارات الشرق يجب أن يمر أقرب إلى متزأم نانسي تظل مسائل ملائمة ، ولكن يجب أن تتدخلوا فقط فيما جاوز درجة معينة ، في حالة تكلفة اجتماعية أو مالية مرتفعة بشكل غير عادي لا مبرر لها ، فالمهم هو أن تسمح رقابتكم بنقد القرارات التحكيمية غير المعقولة أو السيئة الدراسة وأن تجبر الأشخاص المعنوية أن تقدم للمكلفين أولاً وبعد ذلك عند اللزوم للقاضي تبريرات جدية ومقبولة لمشروعاتها" (١٦٠٣)

خامساً : لقد ظلت أحكام الإلغاء على أساس قضاء المدينة الجديدة شرقاً نادرة جداً في السنوات الأولى من تطبيقه ؛ فلم ينتقد مجلس الدولة أية من عمليات الأشغال المدنية أو العسكرية التي خضعت لرقابته .

[illegible]
































































انظر (١٦٠٢)

405

ولا يجب أن يستخلص من ذلك أن هذا القضاء الهام من الناحية النظرية ليس له أثر من الناحية العملية : فمن ناحية تمت إذاعته على نطاق واسع على المرافق المحلية بمنشورات وزارية ، ويشير إليه قسم الأشغال العامة بمجلس الدولة عندما يؤخذ رأيه فى مشروعات تقرير المنفعة العامة التى يصدر بها مرسوم ، ومن ناحية أخرى فقد تعهدت الإدارة فى حالات معينة بتنفيذ تدابير تستهدف تخفيف المضار البيئية أو الاجتماعية لمشروعاتها ؛ وقد أخذت هذه التعهدات أحيانا شكل "مذكرة **notice** ألحقت بتقرير المنفعة العامة ويراعىها القاضى فى تطبيق قضاء المدينة الجديدة شرقا ، وأخيرا تدخل المشرع بدوره ففرض التزاما بتقديم دراسات جدوى **etude d'impact** تأييدا لمشروعات الأشغال التى تنفذها الإدارة أو ترخص بها ؛ وهذه الوثائق التى نص عليها قانون ١٠ يوليه ١٩٧٦ بشأن حماية الطبيعة والذى حدد مضمونه ونطاقه مرسوم ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٧٧ يجب أن تبين بصفة خاصة آثار المشروع على البيئة والعلاج المستهدف لتخفيف أو إزالة هذه المضار : وتكون دراسات الجدوى على هذا الوجه فيما يتعلق بالاهتمام بالبيئة تطبيقا نظاميا لمبادئ نظرية الموازنة **bilan** وهى أساس قضاء المدينة الجديدة شرقا ، وقد أتاحت لمجلس الدولة فعلا فرصة تطبيق هذه النصوص : وإذا كان قد ظهر على شىء من الشكالية بشأن التقديم المادى لدراسة الجدوى ^(١٦٠٤) ، فلم يتردد فى المقابل فى إلغاء ترخيص ببناء مساحة كبيرة فى منطقة عمرانية مصحوبا بدراسة جدوى كان مضمونها غير كاف بالنسبة لمتطلبات قانون ١٩٧٦ ومرسوم تطبيقه ، وذلك على أساس أن منحه كان عقب إجراءات مخالفة للقانون ^(١٦٠٥).

وقد مدت نظرية الموازنة إلى مجالات أخرى غير نزاع الملكية مثل ؛ مخالفة خطط العمران ^(١٦٠٦). والارتفاقات اللازمة لإنشاء خط كهربائى ^(١٦٠٧). وإنشاء منطقة حماية حول موقع

(١٦٠٤) انظر :

١٦٠٤ : انظر :
 ١٦٠٤ : انظر :
 ١٦٠٤ : انظر :
 ١٦٠٤ : انظر :

١٦٠٤ : انظر :
 ١٦٠٤ : انظر :
 ١٦٠٤ : انظر :
 ١٦٠٤ : انظر :

(١٦٠٥) انظر :
 (١٦٠٥) انظر :
 (١٦٠٥) انظر :
 (١٦٠٥) انظر :

١٦٠٦ : انظر :
 ١٦٠٦ : انظر :
 ١٦٠٦ : انظر :
 ١٦٠٦ : انظر :

(١٦٠٦) انظر :

١٦٠٦ : انظر :
 ١٦٠٦ : انظر :
 ١٦٠٦ : انظر :
 ١٦٠٦ : انظر :

يتمتع بالحماية^(١٦٠٨). ويستوحى حكم S.A.F.E.R.d'Auvergne في ٥ مايو سنة ١٩٧٦ المتعلق بتراخيص فصل ممثلي العمال نفس المبادئ .

ومن ثم تبدو نظرية الموازنة إلى جانب فكرة الغلط البين في التقدير التي تقررت في سنة ١٩٦١ ، وقضاء التوجيهات الذي تقرر في سنة ١٩٧٠ ، إحدى الوسائل التي صنعها مجلس الدولة في الفترة الأخيرة لتدعيم رقابته على السلطة التقديرية للإدارة .

الفرع الثاني

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار في مصر

ما من شك في أن مجلس الدولة المصري كان وما يزال - وندعو الله سبحانه أن يظل دوماً - كافل الحريات الفردية ، وركنها الركين ، وموئلتها الحصين ، إذ إنه أرسى الأسس ، ووطد الأركان لحماية حقوق الإنسان على أرضه ، ودافع عن حق الشعب المصري في أن يتمتع بكامل حرياته العامة وحقوق أفرادها ، فقام بمراقبة الإدارة وعملها لتكون معتصمة بالقانون ، بعيدة عن الهوى ، وبمنأى عن مجانية الصواب^(١٦٠٩) ، ولاسيما إذا تعلق قرارها بنزع الملكية الذي هو تقييد للحرية والحقوق الفردية .

وبدأ مجلس الدولة المصري يمد يد الرقابة على قرارات الإدارة وبخاصة في مجال نزع الملكية ، وعمدته في ذلك نص الدستور وروحه ، الذي يؤكد على صيانة الملكية الخاصة ، وأنها لا يجوز انتزاعها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض ، وحتى الإرث فيها مكفول^(١٦١٠) فالملكية الخاصة حق وأصل ، وانتزاعها للمنفعة العامة استثناء متوقف على مراعاة الصالح العام ، واعتبر

انظر : (١٦٠٧)

انظر : (١٦٠٨)

انظر (الأستاذ / حمدي ياسين - الحماية القضائية لحقوق الإنسان - دراسة موجزة حول دور القضاء المصري في حماية حقوق الإنسان - مجلة المحاماة المصرية - العدد الأول ٢٠٠١ - ص ٥٥٠) .

(١٦١٠) راجع مادة : ٣٤ من الدستور المصري .

القضاء الإدارى المنفعة العامة شرطا جوهريا لنزع الملكية ، بل هى الغاية التى تبرر لجوء الإدارة إلى وسيلة نزع الملكية الفردية لتمكين من ممارسة نشاطها عموماً^(١٦١١) .

واعتمد القضاء الإدارى على ما سنه المشرع من قيود على نزع الملكية ، حيث اشترط القانون شرطين لنزع الملكية :

الأول : ألا يوجه نزع الملكية إلا إلى العقارات المادية والحكمية ، فإجراءات نزع الملكية لا تكون إلا على العقارات التى يملكها الأفراد سواء كانت مادية - دون المنقول - أو حكمية كالحقوق العينية التابعة للعقار ، بخلاف الأموال العامة فهى ليست محلاً لنزع الملكية .

الثانى : أن يكون نزع الملكية منوطاً بتحقيق المصلحة العامة^(١٦١٢) ، ذلك لأن الهدف الذى تسعى الإدارة إلى تحقيقه من وراء نزع الملكية هو تحقيق النفع العام ، وهو ما يقصد به خدمة المجتمع .

وهذان الشرطان قيد المشرع بهما الإدارة ، غير أنه أعطاها حرية كبيرة فى تقرير المنفعة العامة التى تبرر التجائها إلى نزع ملكية عقار مملوك لفرد من الأفراد ، وأيضاً للإدارة الحرية فى تقدير المساحة اللازمة لتحقيق المنفعة العامة^(١٦١٣) ، وهذا هو محل موضوعنا فى الموازنة بين المنافع والمضار ، ذلك لأن السلطة الواسعة فى تقدير قيام المنفعة العامة التى تبرر نزع الملكية والقدر اللازم نزعها ، تجعل الأفراد بدون حماية جدية أمام الإدارة ولاسيما أن المشرع لم يقرر لهم ما يوازن هذه السلطات الواسعة للإدارة^(١٦١٤) ، وأيضاً لم يقم بتحديد عناصر المنفعة العامة ؛ لأنها تختلف بحسب الظروف والأحوال^(١٦١٥) ، ومن ثم تدخل القاضى الإدارى وبسط رقابته ليقوم بواجب حماية الأفراد والإدارة ، حماية الفرد من تعسف الإدارة ، وحماية الإدارة من عدم تحقيق ما أنيطت به من واجبات ومنها مراعاة الصالح العام .

وإنه باستقراء أحكام مجلس الدولة المصرى فى هذا المجال وجدنا أمرين فى ظاهرهما التضاد والاختلاف ، بيد أنهما فى الحقيقة يمثلان واقعا مرحلياً لبسط يد الرقابة وقبضها على محل أعمال السلطة التقديرية للإدارة وبخاصة فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلة ذلك : هو الواقع السياسى الذى يتذوق القضاء مرارته ، مما جعل القضاء يتعامل معه بحكمة وروية ، فقبض يده مراراً وبسطها مرات يبتغى من وراء ذلك الوصول إلى الكمال فى التطبيق

(١٦١١) انظر (د/ عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - دراسة مقارنة - ١٩٨٨م - ص ٣٤٧) .

(١٦١٢) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوى - نشاط الإدارة - " المرافق العامة - الأموال العامة - الموظفون وسائل الإدارة - المسئولية الإدارية " - دار الفكر العربى - الطبعة الثانية - ١٩٥٤م - ص ٢٥٤) وانظر أيضاً (المستشار / عز الدين الدناصورى ، والدكتور / عبد الحميد الشواربى - المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء - شركة الجلال للطباعة - العامرية - الإسكندرية - الطبعة السابعة - ٢٠٠٢م - ص ١٢١٩) .

(١٦١٣) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٥٤) .

(١٦١٤) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٥٤) .

(١٦١٥) انظر (د/ عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - ص ٣٧٢) .

أو على الأقل القرب منه ، فما من تطبيقات عَجَلَى بعيدة عن الحكمة ، وما من سلبية في القيام بالواجب مخزية ، بل هو التدرج وفقه المرحلة .

ومن ثم كانت هناك تطبيقات سَلَّم فيها القضاء بحرية الإدارة في تقرير المنفعة لمشروع ما ، وحريتها في الاستيلاء على ما تراه لازما من العقارات وغيرها لإقامة هذا المشروع ، ومن هذه التطبيقات ما قضت به محكمة القضاء الإداري في أن (للإدارة سلطة تقديرية في صدر الالتجاء إلى وسيلة نزع الملكية لتحقيقه ، ومن حيث المساحة التي يجب أن تنزعها)^(١٦١٦) ، بل سلم القضاء للإدارة بحرية اختيار الوقت والمكان واعتبر ذلك من الملائمات المتروكة للإدارة بما لا يعقب عليها في هذا الشأن^(١٦١٧) .

وهناك تطبيقات لم يُسَلَّم فيها القضاء للإدارة في تقدير المنفعة العامة بل بسط رقابته عليها وألغى بعض قراراتها وذلك في ضوء ما يسمى بقضاء (الغلو) الذي شبهه البعض بقضاء الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا^(١٦١٨) ذلك لأنه يتمثل في عدم التناسب البين أو الصارخ بين الضرر الذي يلحق بأحد الأفراد من جراء تصرف الإدارة وبين الفائدة الضئيلة - أو المنعدمة - التي تعود على الإدارة أو على المصلحة العامة ، واعتبره الدكتور : محمد ميرغني خيرى من مبتكرات مجلس الدولة المصرى الذى سبق به مجلس الدولة الفرنسى^(١٦١٩) .

ومع هذا فقد قال بعض فقهاء القانون - ومنهم الدكتور : سامى جمال الدين : " بأنه فيما نعلم حتى اليوم - لم يُر القضاء الإداري أن يمد رقابته إلى ملائمة قرارات نزع الملكية للتأكد من التوازن بين المصلحة أو المنفعة العامة المتحققة منها وبين العناصر المترتبة عليها " ^(١٦٢٠) ، وحثته في ذلك ما ورد من أحكام للمحكمة الإدارية العليا ، منها ما قضت به الإدارية العليا في ١٩٧٨/١/٢٨ م بأن كل ما اشترطه القانون لإجازة نزع الملكية (هو أن تكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وقد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التنفيذية التى لها طبقا للمادة ١٢ أن تحدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلى الذى قررت له صفة المنفعة العامة ، وكذلك العقارات التى نرى أنها مكمله لأغراض المشروع)^(١٦٢١) .

غير أن الدكتور : سامى جمال الدين عاد فقال : " يبدو أن المحكمة الإدارية العليا تتجه إلى محاولة فرض قدر من الحدود على سلطة الإدارة التقديرية بشأن قرارات نزع الملكية وهو ما

(١٦١٦) قضاء إداري في ١٣/١١/١٩٥٤م سنة ٩ - ص ١٢٦ .

(١٦١٧) راجع حكم الإدارية العليا الصادر في ١١/٥/١٩٥٥م - سنة ١ - ص ٧٠ .

(١٦١٨) أ . د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها - ص ٣٨٠ .

(١٦١٩) انظر (د / محمد ميرغني خيرى - رسالة التعسف في استعمال السلطة - ص ٣٧٥) .

(١٦٢٠) د / سامى جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٨ .

(١٦٢١) الحكم فى القضية ١٩٢ لسنة ٢٢ ق ، المجموعة السنة ٢٣ - ص ٥٨ .

نلمسه من قضائها في الحكم الصادر في ١٨/٥/١٩٨٥^(١٦٢٢). ثم أردف قائلا : " كما أنه على صعيد آخر يمكن ملاحظة أن مبدأ أو فكرة الموازنة بين المنافع والمضار ليست غريبة عن القضاء الإداري في مصر، وعلى سبيل المثال فإنه في مجال إلغاء التراخيص ، قامت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بإجراء هذه الموازنة بين المنافع والمضار...^(١٦٢٣).

وهناك من يقول بأن القضاء الإداري في مصر اتخذ في خصوص شرط " المنفعة العامة " في قرار نزع الملكية ، موقفا جديدا يعد بحق تحولا هاما في هذا الخصوص ، يشبه إلى حد كبير ذلك التحول الذي حدث في فرنسا بمناسبة حكم " المدينة الشرقية الجديدة " إذ لجأ القضاء في مصر كما حدث في فرنسا ، للأخذ بفكرة " الموازنة بين المنافع والمضار بين المصالح " التي يمسها القرار ، وتقييم القرار من حيث " مزاياه ومساوئه " ^(١٦٢٤) ، وضربت الدكتورة : نبيلة عبد الحليم كامل لذلك بمثالين يؤكدان على اقتراب محكمة القضاء الإداري من حكم القضاء الفرنسي في الموازنة بين المنافع والمضار وهما حكمها الصادر في ١٩٩١ م والخاص بقضية عرفت باسم (عزبة خير الله) والثاني حكمها الصادر في (١٩٩٢ م) والمعروف باسم قضية (سوق روض الفرج) ^(١٦٢٥) ، وهما بلا شك يمثلان تطورا هاما للقضاء الإداري في مصر.

ويقول الأستاذ الدكتور : رمضان محمد بطيخ : " وعلى الرغم من أن هذه النظرية قد لاقت ترحيبا وتقديرا من معظم الأوساط الفقهية والقضائية المهمة بضرورة تحقيق ضمانات فاعلة للمواطنين بقصد حماية وصيانة حقوقهم وحرياتهم ضد احتمال تعسف أو تسلط الإدارة حينما تبشر اختصاصاتها المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الحريات بما لها من سلطة تقديرية ؛ نقول رغم ذلك ، فإن قضاءنا الإداري ممثلا في مجلس الدولة لم يأخذ أو يتبنى بشكل حاسم تلك النظرية يبدو أنه ما زال على عهده القديم ، وفيا للمبادئ المستقرة في هذا الشأن ، فقد رفض

(١٦٢٢) حكمها في القضية ٢٤٤١ لسنة ٣٠ ق ، المجموعة السنة ٣٠ - ص ١٠٨٩ ، وفيه قضت الإدارية العليا بقولها : " بأن المادة ٣٤ من الدستور ... المادة (١) من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ م بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، وتنص على أن : يجري نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون ، وبذلك فقد حرص الدستور والقانون على التوفيق بين حق الدولة في الحصول على العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة وبين حقوق ذوي الشأن من ملاك هذه العقارات ، فأرسى ضابطا أساسيا في هذا المجال - هو لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة وهذا ينكشف من ظروف ووقائع الأحوال ، فما تقرره الجهة الإدارية في هذا الشأن يجب أن يكون مستمدا من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للصالح العام ، فإن دلت = الظروف ووقائع الحال على غير ذلك ، وقعت الإجراءات المتحدة في هذه الحالة مشوبة بالبطال لمساسها بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور والقانون في غير الأحوال المقررة ، وتشويه للغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام ، وإذ صدر القرار المطعون فيه منظوبا على هذه المثالب والعيوب فإنه يكون قرارا باطلا جديرا بالإلغاء " .

(١٦٢٣) يأتي تفصيل هذا الحكم في التطبيقات المباشرة للموازنة في مصر .

(١٦٢٤) د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية - ص ٢٧

(١٦٢٥) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٥ : ٦) .

مثلا أن يمد رقابته إلى عنصر الملائمة فى القرارات الخاصة بها مكتفيا فى هذا الشأن برقابة مدى صحة الوقائع المادية (١٦٢٦) .

ومع التقدير لهذين القولين فإن ما ذكر يُعَصَّد ما قلته سلفا من أن موقف مجلس الدولة من نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إنما هو تدرج مرحلى مع مراعاة الواقع السياسى ، فالمجلس لم يتبنَّ النظرية بشكل حاسم كما ذكر الأستاذ الدكتور : رمضان ، أو لم يُعلم عنه أنه بسط رقابة الملائمة على قرارات الإدارة كما ذكر الدكتور سامى جمال الدين ، كل ذلك كان يمثل مرحلة سابقة ، أما اليوم فقد أصبح المجلس يقيم اعتباراً لمبدأ الموازنة بين المنافع والمضار .

ففى عام ٢٠٠١م استطاعت الإدارة العليا أن تبسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على قرار الإدارة فى مجال إزالة التعدى على أملاك الدولة وذلك فى حكمها فى الطعن المقدم ضد قرار محافظ القاهرة رقم ١٠٦/١٩٨٧ إذ قالت : (وتلك غاية وإن كان يظهر فيها وجه مصلحة عامة أجدى وهى حماية عدد كبير من المواطنين من التشريد بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم ، كل ذلك فى مجموعه لا بد أن يولد حاجة عامة ومصلحة عامة أولى بالاعتبار من تلك التى استهدفها القرار الطعين) (١٦٢٧) .

ومن ثم نستطيع أن نقول : إن الوضع فى مصر ليس بالبعيد عن الوضع فى فرنسا ، وإن الأسباب التى دفعت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار هى نفس الأسباب التى تدفع مجلس الدولة فى مصر أن يأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار ، وبالفعل يقترب مجلس الدولة المصرى لإرساء مبدأ العمل بالموازنة بين المنافع والمضار وذلك للأسباب الآتية :

- ١ - تعاضل المنفعة الاقتصادية ؛ وهى المشكلة الأكثر إلحاحا فى مصر فى هذه المرحلة .
- ٢ - اختلاط المنافع الخاصة بالمنافع العامة ؛ ذلك لأن قانون التخطيط العمرانى يَجِيز للوحدات الإدارية المحلية أن تعهد بتنفيذ مشروعاتها إلى الجهات والأجهزة الاقتصادية العامة والخاصة فقد تختلط المنافع .
- ٣ - أيضا من الأسباب اتجاه السياسة التى ينتهجها القضاء الإدارى المصرى إلى الحد من السلطة التقديرية لجهة الإدارة ، حرصا منه على توفير أكبر قدر من الحماية للأفراد المتعاملين معها (١٦٢٨) .

وهذه الأسباب تؤكد إمكانية تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر ، بل طبقت

(١٦٢٦) أ . د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها - ص ٣٦١ .

(١٦٢٧) مجلة المحاماة - عدد ٢ - ٢٠٠٢م - المستحدث من المبادئ التى قررتها دوائر المحكمة الإدارية العليا للعام القضائى (٢٠٠٠م : ٢٠٠١م) - ص ٤٨٧ .

(١٦٢٨) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية الخاصة - ص ٣٤٤ : ٣٤٥) .

بالفعل تطبيقاً مباشراً وغير مباشر ، وهو ما نراه واضحاً في التطبيقات التالية :

أولاً بعض التطبيقات المباشرة للموازنة ومجال نزع الملكية في مصر :

إنه باستقراء أحكام مجلس الدولة المصرى وبخاصة في مجال نزع الملكية ، ثبت أن القضاء الإدارى اقترب فعلاً من العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بل وتأكد ذلك في حكمين مشهورين أحدهما أقرت فيه المحكمة قرار الإدارة والثاني فضت فيه بالإلغاء بناء على الموازنة بين منفعه ومضاره ، وهما على سبيل المثال :

الحكم الأول : فى قضية استيلاء الأمن المركزى على مساحات من تقسيم معتمد فى مدينة المنيا ، وكان ذلك بقرار من رئيس مجلس الوزراء بتقرير المنفعة العامة لمشروع إقامة مقر لقوات الأمن المركزى بالمدينة ، هذا المشروع يستلزم انتزاع ملكية أرض مملوكة يؤثر نزعها على منفعة الإسكان .

ومن ثم كان التعارض بين منفعة الأمن ولاسيما بعد أحداث أكتوبر ١٩٨١م وبين منفعة الإسكان ، وعلى ذلك تناول الحكم فى حيثياته الجانب الإيجابى للمشروع والجانب السلبى ، وكان الجانب الإيجابى متمثلاً فى بيان أوجه النفع التى ادعتها الإدارة من محافظة على الأمن ، وضرورة تواجد قوات الأمن المركزى بالقرب من أماكن تجمعات الطلاب والعمال ، وأيضاً بالقرب من مسجد المنيا .

وأما الجانب الذى تناوله الحكم هو إضرار المشروع بمنفعة الإسكان فى ضوء ضالة التجمعات السكانية بالمنطقة ، حيث لا يوجد سوى الجامعة والمدرسة الثانوية والاستاد ، والتى لا تعد مساكن .

ولم تكن محكمة القضاء الإدارى بهذا ، بل أصدرت قراراً تمهيدياً بنذب مكتب خبراء وزارة العدل لتكليف من يلزم للانتقال إلى أرض النزاع ومعاينتها على الطبيعة وبيان حالتها ، ومدى اتصالها بالمباني السكنية المجاورة ، وما إذا كان يوجد بجوارها أرض مملوكة للدولة يمكن أن يقام عليها المشروع وحالتها ومساحتها - فيما لو وجدت - ونسبة قيمتها إلى قيمة أرض النزاع .

وبهذا القرار التمهيدي من المحكمة نتبين أن القاضى الإدارى فى مصر مارس رقابة متقدمة فى إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، إذ إنه عول على التكلفة المالية ، كما أنه راقب اختيار الإدارة لموقع إقامة المشروع ، وبعد النظر إلى الإيجابيات والسلبيات والاستعانة بالخبراء والاعتداد بالتكلفة المالية ، وموقع إقامة المشروع ، وبعد استكمال آلة النظر فى ظل المعايير السالفة ، انتهى حكم المحكمة إلى القول : بأن الإدارة " وازنت بين الاعتبارات المختلفة فى اختيار الموقع محل مشروع المنفعة العامة المشار إليها ورجحت اختيار الموقع محل النزاع باعتباره أفضل المواقع فى تقديرها لتحقيق النفع العام .. وقد تأيد ذلك بما ورد فى

تقرير مكتب خبراء وزارة العدل .. (١٦٢٩) .

وبناء على الموازنة بين الأضرار والمنافع فى هذه القضية ، كان حكم القضاء الإدارى رفض الطعن المقدم ضد قرار الإدارة بنزع الملكية .

الحكم الثانى : فى حكم محكمة القضاء الإدارى (١٦٣٠) بشأن إصدار محافظ القاهرة قراراً بإعلان المنفعة العامة لإقامة مقر نموذجى للتوثيق بمصر الجديدة والاستيلاء على جزء من الأراضى المملوكة لاتحاد ملاك عمارة الميريلاند .

وتبرر الإدارة قرارها ببيان مزايا المشروع وتقارنهما بالأضرار الناجمة عنه ، وهذا هو نفس المنطق الذى يتبعه قضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، وعلى ذلك تقرر أن الأرض المطلوب نزع ملكيتها مساحتها صغيرة جدا بالنسبة لمساحة الأرض الفضاء الموجودة حول العقار ، كما أنها تستخدم كمواقف لسيارات الملاك ، ولا يتناسب ذلك مع المنفعة التى ستعود على المستفيدين من خدمات المكتب ، وأولهم ملاك العقار وخلفاؤهم .

كما قارنت الإدارة أيضا بين عدد المضارين من المشروع وهم (٢٤٠) مالكا ، والمستفيدين منه وهم سكان المنطقة جميعا ، كما أنها قللت للمحكمة من شأن الأضرار المترتبة على المشروع لضآلتها ، وكونها لم ترد على وحدة سكنية واحدة ، بل على ملكية مجموع السكان ، إضافة إلى أن المبنى سيقام بمواد سابقة التجهيز .

ومع ذكر الإدارة لطرفى الموازنة بين المنافع والمضار ، وأن المنفعة فى المشروع هى الغالبة ، إلا أن المحكمة قضت بإلغاء القرار بناء على أن المحافظ الذى أصدره غير مختص إلا بإصدار قرارات الاستيلاء المؤقت فى الحالات الطارئة أو المستعجلة التى ليس منها القضية محل البحث ، ولم تجد المحكمة داعيا للخوض فى مناقشة أوجه الإلغاء الأخرى (١٦٣١) .

ونفيد مما سبق أن المحكمة لا تلجأ إلى إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلا إذا أغلقت أمامها أبواب الإلغاء الأخرى .

ثانيا : التطبيقات غير المباشرة للموازنة بين المنافع والمضار ومجال نزع الملكية فى مصر:

إذا كان التطبيق المباشر للموازنة بين المنافع والمضار فى مجال نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة قد تم فى إطار مراعاة الملكيات الخاصة والحقوق الفردية من تقييدها والحد من انحراف السلطة بشأنها شيئا فشيئا ، فإن القضاء الإدارى المصرى أيضا طبقها فى غير ما يملكه الإنسان ملكية خاصة كأن تكون الأرض مملوكة للدولة وتم اعتداء الأفراد عليها، أو ما يجده الإنسان من آثار ومعادن فى أرض الدولة ، وأيضا المساقى والمصارف الخاصة المتصلة

(١٦٢٩) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٨٧/٦/٢٥ م (غير منشور) فى القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ٣٨ ق .

(١٦٣٠) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦ م فى القضية رقم ٢٤٤١ لسنة ٤٠ ق .

(١٦٣١) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٤٩) .

بالنيل أو الترع العامة والمصارف العامة ، فمثل هذه الحالات لا تقصد الإدارة نزع ملكيتها أصلا ولكنه يتحقق بإجراءات قانونية أخرى لحماية أموال وتراث الأمة ، فقد يؤدي هذا إلى تعطيل حق الملكية فيصبح فى حكم نزع الملكية^(١٦٣٢) .

ذلك لأن للأفراد فى هذه المناجم والآثار والمعادن ملكية غير مباشرة غير أن القانون اعتبرها من أموال الدولة ، وأعطاه القانون حق نزعها حماية لتراث الأمة ودعما للاقتصاد القومى^(١٦٣٣) .

ومع ذلك لم تنج الدولة من أعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى بعض قراراتها المتعلقة بالآثار ، وتم ذلك بحكم للإدارية العليا فى طعن قدم ضد قرار هيئة الآثار بعرض بعض الآثار خارج مصر مبررة قرارها بأن عرض الآثار فى الخارج لأجل المصلحة العامة ، وفيه أتى حكم الإدارية العليا على غير ما هو متوقع إذ إنها وازنت بين مصلحتين ، وكان الإلغاء بعدها لقرار الإدارة بعرض آثار مصر خارج الوطن ، لتغليب أعظم المصلحتين ، فقالت الإدارية العليا فى حكمها :

" المادة (١٠) من قانون حماية الآثار المشار إليه يجرى نصها على أنه يجوز بقرار رئيس الجمهورية - تحقيقا للمصلحة العامة - ولمدة محددة عرض بعض الآثار فى الخارج ، ولا يسرى هذا الحكم على الآثار التى يحددها مجلس إدارة الهيئة سواء لكونها من الآثار الفريدة أو التى يخشى عليها من التلف " .

وكان المستفاد من هذا النص أن الموافقة على عرض بعض الآثار فى الخارج معقود الاختصاص فى شأنها لرئيس الجمهورية وفقا لما يقدره من دواعى المصلحة العامة واعتباراتها على أن يكون العرض لمدة محددة ، ولا يسرى ذلك على الآثار الفريدة أو التى يخشى عليها من التلف ، التى ائتمن المشرع مجلس إدارة الهيئة وناط به وحده دون سواه تحديدها ، باعتبار أن الهيئة هى الجهة القوامة على حماية الآثار والأمانة عليها ، وبحسبان أن الآثار بصفة عامة بطبيعتها فريدة ، وأن كل أثر فى حد ذاته منفرد ومتفرد ، وأنه لا يوجد أثر واحد يشابه الآخر أو يماثله تماما ، وأن لكل أثر قيمته الفنية والتاريخية والعلمية ، بيد أن ثمة أثارا لها قيمة أكبر من غيرها .

كما أن من نافلة القول أن كل الآثار بحكم قدمها مما يخشى عليها من التلف لذا حرص المشرع أن يكون أمر تقدير هذا الشأن منوطا بمجلس إدارة الهيئة والجهات الفنية بها تمارسه فى إطار من الأسس والأصول العلمية والفنية ، وهو تقرير فى مسائل فنية يؤول الأمر فيها

(١٦٣٢) انظر (د/ محمد زهير جرانه - مبادئ القانون الإدارى المصرى وما بعدها - مكتبة وهبة - القاهرة ١٩٤٤م - ص ٢٧٣) .

(١٦٣٣) راجع فى ذلك (نص المادة : (٢٣) من قانون حماية الآثار رقم (١١٧) لسنة ١٩٨٣م إذ تقول : " على كل شخص يعثر على أثر عقارى غير مسجل أن يبلغ هيئة الآثار به ، ويعتبر الأثر ملكا للدولة " وانظر فى ذلك أيضا (الوسيط للسنهورى ٥٧٧/٨) .

للمتخصصين والخبراء فى هذا المجال شريطة تغيي المصلحة العامة دائما ، والتي تتمثل فى هذا الصدد فى الحفاظ على شموخ الآثار وتحقيق توعية الأغيار بعظمة تاريخ وحضارة مصر (١٦٣٤)

وبعد أن بينت المحكمة أن الآثار لا يمكن أن تقدر بمال وأنه لا يكفى فى ذلك مقولة التأمين على الآثار أيا كان مقداره ، قامت المحكمة بمد رقابتها وإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فيها فقالت :

(وحيث إن قضاء الإلغاء هو بالأساس قضاء مشروعية ، وذلك من جهة تسليط رقابة القاضى الإدارى على القرارات الإدارية المطعون فيها استظهارا لمدى انضباطها داخل أطر المشروعية الحاكمة ، وذلك بوزنها بميزان القانون ومقتضى الشرعية التي تتمثل فيها المصلحة العامة ويتحقق بها استقرار النظام العام ، فيلغيها القاضى الإدارى إن تلمس مجاوزة القرار لإحدى تلك الأطر إما لمخالفة أحكام القانون أو تجاوز ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدى من الشرعية ، وإما لانحرافه عن جادة المصلحة العامة ، التي يتعين أن تكون دائما أساس عمل الإدارة والهدف من تدخلها ، أو استهداف غاية من غايات المصلحة العامة تكون أدنى فى أوليات الرعاية ومدارجها من غايات تعلو ومصالح تسمو غايات فتبتغى .

وإذا كان ذلك وكان الثابت من الأوراق فى ضوء ظروف وأوضاع القرار المطعون فيه أنه صدر من رئيس مجلس الوزراء مفوضا فى ذلك من رئيس الجمهورية بعرض بعض الآثار فى بعض المدن اليابانية بقصد تحقيق الدعاية السياحية لمصر وآثارها حسبما ذكرته الجهة الإدارية وحيث جرى الاتفاق مع شركتين يابانيتين للإعلانات لعرض هذه الآثار فى بعض المدن اليابانية وذلك مقابل مبلغ مليون وأربعمائة وخمسين ألف دولار أمريكى ، وبافتراض أن السلطة المختصة قد رأت فى ذلك تحقيق مصلحة عامة ، فإن هناك مصلحة عامة أحق بالتغليب تتمثل فى وجوب أن يكون عرض آثار مصر القديمة ، التي تشهد على عراقية هذا الوطن وتاريخه وشموخه فى المكان اللائق بها، الأمر الذى يتأبى معه عرضها فى مكان غير مناسب أو غير ملائم لما تستحقه هذه الآثار من تقدير واحترام مهما كان العائد المالى ، ولا يجب أن يكون هو وجه المصلحة العامة فى عرض الآثار فى الخارج على نحو ما يجيزه استثناء نص المادة (١٠) من قانون حماية الآثار المشار إليها ، إذ لا يصح بحال أن تأكل مصر بآثارها ، فوجه المصلحة يهيمن عليها قاض المشروعية الذى يقول فى شأنها قول الحق وكلمة القانون

وفى كل ما تقدم ، ومتى كان الثابت أن قرار الموافقة على عرض بعض الآثار المصرية القديمة فى بعض المدن اليابانية ، قد خلا من بيان جوهرى يتعلق بمكان العرض داخل المدن التي حددها ، وكان مكان العرض ضرورة كونه لائقا ومناسبا صدقا وحقا لتلقى جزء من ثروة

(١٦٣٤) مجلة المحاماة العدد الثانى - المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر المحكمة الإدارية العليا للعام القضائى ٢٠٠١ - ٢٠٠٢ - ٤٧٧ : ٤٧٨ سنة ٢٠٠٢ م .

مصر القومية ، فإن هذا القصور فى البيان يتداعى بأثره على مشروعية القرار حيث تستوعب المشروعية وجه المصلحة العامة القومية فتندمجان فى نسيج قواعد آمرة تخضع لها الأجهزة الفنية والجهات الإدارية ثم تهيمن من بعد ذلك على الأمر كله مقتضيات المشروعية التى لها حفظتها وحمايتها ، ويتحقق كامل هذه المقتضيات متى توافر اليقين بالحفاظ على شموخ الأثر وكونه مصوناً يتوفر له كامل التقدير وكل الرعاية ، فإذا تخلف شيء من ذلك ، كانت الإجازة معيبة ، حُق عليها الإلغاء .

وإذ تتلاقى محصلة الحكم الماثل مع النتيجة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه ، وإن جانبه الصواب فى إدراك كنه القرار محل الرقابة القضائية ، فإن المحكمة تكتفى بأن تحل صحيح تكييفها لتحقيق المنازعة وللأسباب التى يقوم عليها صحيح القضاء محل ما ورد بالحكم المطعون فيه فى هذا الشأن^(١٦٣٥) .

ولم يقتصر أعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر على هذا فحسب بل تعدى إلى استرداد ملكية الدولة لبعض أراضيها ، إذا كان فى سبيل مصلحة عامة أجدى من الإبقاء على ملكية الدولة ، وهنا تبدلت الأدوار فبدلاً من نزع ملكية الفرد كان النزع لملكية الدولة ، وظهر ذلك جلياً فى حكم للقضاء الإدارى المصرى خاص بإزالة التعدى على أملاك الدولة من قبل الأفراد .

ووقائع هذا الحكم أن القرار المطعون فيه صدر بإزالة تعدى المطعون ضدهم على أرض النزاع ، وما يترتب على ذلك من طردهم جميعاً من أرض الدولة ، وأن الغرض الذى أفصحت عنه أوراق الدعوى هو تخصيص الأرض لجمعيات الإسكان المشار إليها فى قرار محافظ القاهرة رقم (١٠٦ / ١٩٨٧ م) .

وفيه قالت المحكمة : (تلك غاية وإن كان يظهر فيها وجه مصلحة عامة على نحو معين إلا أنه فى الجانب الآخر يكون قد ضحى بوجه مصلحة عامة أجدى ، وهى حماية عدد كبير من المواطنين من التشريد بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم ، كل ذلك فى مجموعة لا بد أن يولد حاجة عامة ومصلحة عامة أولى بالاعتبار من تلك التى استهدفها القرار الطعين ، خاصة وأن الجهة الطاعنة أسهمت إلى حد كبير فى وجود هذا التعدى واستشرائه ولم تحرص على منع اتساعه فى مستهله ، أما وقد قعدت عن ذلك ولم تنشط إليه فى حينه ، فإن ذلك من شأنه أن يجعل حماية ما يحقق مصلحتهم أولى بالاعتبار والتقدير وأجدراً بالعناية وأحق بالتغليب ، الأمر الذى يجعل القرار المطعون فيه مشوباً بعيب الغاية مرجحاً للإلغاء عند الفصل فى الطلب الموضوعى ، ومن ثم يتحقق ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذه إلى جانب تحقق ركن الاستعجال لما يترتب عليه التنفيذ من نتائج يتعذر تداركها)^(١٦٣٦) .

(١٦٣٥) الطعن رقم (٤٧٥٣) لسنة ٤٤ ق.ع - جلسة ٢٣/٦/٢٠٠١م.

(١٦٣٦) الطعن رقم (٤٣٩٦) لسنة ٤٣ ق.ع - جلسة ١٨/٤/٢٠٠١م (انظر) مجلة المحاماة عدد ٤٨٧/٢ لسنة

ومن ثم فإن القضاء الإدارى فى مصر استطاع أن يتقدم خطوات حثيثة نحو الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى هذا الميدان الرحب ، ميدان إزالة التعدى على أملاك الدولة ، ولعلها كانت المفاجأة للإدارة بهذا الحكم الذى نحن بصددده حيث وازن القضاء بين مصلحتين عامتين وغلب إحداهما على الأخرى . وفى قضيتنا هذه راقب القضاء الإدارى محل القرار الإدارى ووازن فيه بين منفعتين متقابلتين وأيهما أولى بالترجيح من الأخرى .

تقدير الحكم :

إذا كان ثمة موافقة لقول المحكمة فى صيغة حكمها إجمالاً وبخاصة فيما يشمل الموازنة بين المنافع والمضار عموماً ، ومع الاحترام والتقدير لقضائنا الإدارى ؛ إلا أننا نخالفه فيما يخص ابتناء حكمه بالإلغاء على أن القرار الإدارى المطعون فيه مشوب بعيب الغاية .

وهذا القول ليس عليه دليل واحد يشير من قريب أو بعيد على أن الإدارة تغيّت غير المصلحة العامة والعكس هو الصحيح ، بل إن مدار عمل الموازنة بين المنافع والمضار الفعلى هو محل القرار الإدارى والأثر المترتب عليه ، وهنا يأتى دور القاضى الإدارى الذى ينظر إلى هذا الأثر وما يترتب عليه من أضرار ومنافع .

والأولى هنا أن تُعلى المحكمة الإدارية من شأن ترجيح منفعة على أخرى ، لا من باب الكثرة العددية التى سوف تشمل عدداً من الأفراد والأسر ونقولاًتهم بل من باب مراعاة منفعة العدد الكبير من الأفراد والأسر ومنقولاًتهم ، بل من باب آخر هو ما يمكن أن نسميه الآثار الاجتماعية الخطيرة المترتبة على غير ما حكمت به المحكمة .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار نزع الملكية للمنفعة العامة

من الثوابت لدى فقهاء القانون أن الميدان الذى ولد فيه مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار ويمثل مجاله الرئيسى فى التطبيق، يتمثل فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، وعلى الأخص قرارات إعلان المنفعة العامة فيها . فبعد أن كان القاضى الإدارى يقف عند التأكد فقط من أن القرار الإدارى يهدف من وراء نزع الملكية لتحقيق المنفعة العامة؛ ليحكم بمشروعية القرار ، خرج القضاء الإدارى من هذا النطاق إلى فحص الظروف المحيطة بنزع الملكية ، حيث أصبح للقاضى أن يقدر مدى تحقق هذه المنفعة العامة فى ضوء الأضرار التى تلحق الملكية الخاصة ، علاوة على التكلفة المالية للمشروع ، إضافة إلى المضار ذات الطابع الاجتماعى المحتمل وقوعها^(١٦٣٧) ، وتقدير مدى ملاءمة القرار من حيث المصلحة العامة ، أو بمعنى أدق من حيث ترتيب المصالح العامة ، ودرجة الأضرار الناجمة عنه^(١٦٣٨) .

ولذا كانت الموازنة بين المنافع والمضار تُعدُّ تطوراً رقابياً للقضاء الإدارى فى كل من مصر وفرنسا . وما فعله القضاء الإدارى هو إجراء لهذه الموازنة باعتبار أن نزع الملكية يترتب عليه منفعة للمجموع ، وضرر للمالك ، مع إدخال القضاء بقية المنافع والأضرار فى الموازنة . ولقد طبق فقهاء المسلمين هذه النظرية فى مجال نزع الملكية ، بناء على أن حق الملكية تكفله الشريعة الإسلامية لما فيه من مصلحة للمالك وللمجموع الأمة ؛ ذلك لأن "أحكام الشريعة كلها قامت بتحقيق مصالح العباد ، وكل حق ثابت مُقيد بعدم الضرر ، والمتتبع للأحكام الشرعية الثابتة بالنصوص يرى أنها محققة لمصالح العباد ودفع المضار عنهم"^(١٦٣٩) .

ومن ثم إذا كان لنزع الملكية من ضرر فقد وجبت الموازنة بين المنافع والمضار ؛ لتتضح " المصلحة التى شرع لأجلها الحق ، والمضرة التى تترتب على استعماله ، فيُوزن بين مصلحة صاحب الحق من حيث كمها وأثرها وما يعود عليه، والمضرة التى تصل إلى غيره خاصة أو إلى المجموع ، فإن رجحت مصلحة صاحب الحق لا يُمس حقه ، وإن رجحت مضرة غيره فَيُؤد حقه ليدفع ذلك الضرر "^(١٦٤٠) .

وفى هذا يكون وجه الاتفاق بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية الظاهر فى كون

(١٦٣٧) انظر :

C.E. 28.5.1971 Ville nouvelle est, L. 409, concl . BRAIBANT, A.J.D.A. 1971, P. 405, D.1972, P. 194, n. Lemasurier, R.D.P.1972, P. 454, n. M. Waline, R.A. 1971, P. 422

(١٦٣٨) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٥٦) .

(١٦٣٩) الشيخ /محمد أبو زهرة - التكافل الاجتماعى فى الإسلام- دار الفكر - القاهرة ١٩٦٤م - ص ٤٩ .

(١٦٤٠) د/عبد السميع المصرى - مقومات الاقتصاد الإسلامى - مكتبة وهبة - ط ٤ - ١٤١١هـ / ١٩٩٥م - ص ٧٢ .

نزع الملكية للمنفعة العامة مجالا رحبا لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ذلك لوجود التعارض البين بين منفعة الفرد فى أن يبقى له ما يملكه، ومنفعة الأمة فى أن تتحقق لها حاجاتها العامة ، وفى ضوء الموازنة بين المنفعتين وما يترتب على إقرار واحدة منهما من مضار على الثانية ، يكون الحكم لأيهما غلب ورجح .

وهذه الرقابة التوازنية بين المنفعة والمضرة ، لم ينفرد القضاء الإدارى الفرنسى بوضع لبناتها ، بل صار على نفس الدرب مجلس الدولة المصرى ، فأخذ بعين الاعتبار الأثر المترتب على قرار الإدارة المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة ، وما ينتج عنها من مضار اجتماعية وتكاليف مالية .

ولا يعد هذا سبقا تطبيقيا لأعمال الموازنة بين المنافع والمضار ، بل كان للنظام الإسلامى سبق التأصيل بوضع القواعد والأصول ، والتطبيق للموازنة منذ عدة قرون .
وإذا كان بين النظامين من وجه للاتفاق من حيث الإجمال ، فإن وجهها آخر للاختلاف على سبيل التفصيل ، منه ما هو خاص بفرنسا ومصر ، ومنه ما هو خاص بالنظام الإسلامى والنظم الوضعية ، ويتضح هذا فيما يلى :

أولاً : وجه الاختلاف بين القضاء الإداري الفرنسي والمصري في إطار نزاع الملكية :

إن المستقرى للقضايا المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، التي طبق القضاء الإداري عليها رقابة الموازنة بين المنافع والمضار في كل من فرنسا ومصر ، يجد ثمة خلاف كبير بين القضاءين ؛ ذلك لأن تطبيق النظرية في فرنسا ولاسيما في مجال نزاع الملكية كان واضح المعالم ، وأقرب ما يكون إلى استكمال الأركان لعملية الموازنة بين المنافع والمضار .

وهذا على خلاف تطبيقها في مصر فمازال مدار عملها منحصر في مسائل التراخيص وإزالة التعدي على أملاك الدولة ، وهو ما كان واضحاً في قضية (عزبة خير الله) وهو ما جعل البعض يقول : بأن أحكاماً كثيرة في مصر اقتربت كثيراً من رقابة الموازنة بين المنافع والمضار ، بل وطبقت المحاكم الإدارية بعض عناصر الموازنة، مما يؤكد إمكان تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر^(١٦٤١) .

وهذا القول مع استقراء أحكام مجلس الدولة المصري ، يدفع إلى قناعة بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر ما زالت في طور البناء والكمال ، ولا تمنع هذه القناعة من الإقرار بأن القضاء المصري في العديد من أحكامه قد طبق جانباً أو أكثر من جوانب قضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، لا من باب أن دواعي تطبيقها في فرنسا قائمة في مصر ، ولكن لأن القضاء الإداري المصري صار يتجه اتجاهاً عاماً نحو التضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة ، وخصوصاً إذا ما تعلق الأمر بشرعية تدخلها للمساس بالحقوق والحريات العامة ، وكذلك ما يفرضه اتجاه النظام العالمي من إعادة النظر في علاقة الإدارة بالأفراد ، وهو أن تقوم العلاقة على التوازن والاعتدال^(١٦٤٢) .

ثانياً : وجه الاختلاف بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار نزاع الملكية :

بنظرة فاقهة لما تم جمعه من قضايا طبق فيها كل من القضاء الإسلامي والقضاء الإداري في النظم الوضعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، تجد أن الشريعة الإسلامية أقامت التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ، ولم تسمح بتسلط منفعة الفرد ، ولم تهدف إلى طغيان منفعة الجماعة ، فكان منهجها هو المنهج الوسط ، وهذه الوسطية لم تكن وليدة تطور قضائي ، ولا نضج عقلي لأهل الفقه فحسب ، بل كل ما في الإسلام يدعو إلى الاتزان والاعتدال^(١٦٤٣) .

قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ﴾^(١٦٤٤) . وقال تعالى : ﴿ كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلَا تَطْغَوْا فِيهِ ﴾^(١٦٤٥) . وقال تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ ﴾

(١٦٤١) انظر (د/أحمد أحمد المواقى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٤٦) .

(١٦٤٢) انظر (د/أحمد أحمد المواقى - المرجع السابق - ص ٣٦٢ : ٣٦٣) .

(١٦٤٣) المستشار /عبد القادر عودة - المال والحكم في الإسلام - الدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - ط ٥ - سنة

١٩٨٤م - ص ٥٧ .

(١٦٤٤) سورة الفرقان : آية ٦٧ .

(١٦٤٥) سورة طه : آية ٨١ .

وَالْمَيْسِرَ قُلْ فِيهِمَا إِنَّمَا كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴿١٦٤٦﴾ .

وما كان من أهل الفقه الإسلامى إلا أنهم وضعوا قواعد للموازنة بين المنافع والمضار فى ضوء النصوص القرآنية التى تشير من قريب أو بعيد إلى الاتزان والاعتدال ، وكذلك استقراؤهم لواقع المنافع البشرية ، إذ علموا منها أن مصالح البشر متشابكة ومختلطة بالمضار .

ومن ثم كانت القاعدة فى الشريعة الإسلامية هى تقديم أرجح المصالح ودرء أكبر المفاسد ، وأن يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ولقد طبق الفقهاء من المسلمين هذه القواعد فى مجال نزع الملكية بناء على تلك القواعد ، وعلى أن الشريعة الإسلامية عندما سمحت بنزع الملكية جبرا عن صاحبها لمصلحة جماعة المسلمين راعت الأذى الذى يلحق بالآخرين من بقاء العين فى ملكه ، فأباح نزع الملكية "متى كانت المنفعة التى تعود على المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء" (١٦٤٧) .

وفى هذا قال ابن القيم : " فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به " (١٦٤٨) .

ولم يقف العلماء عند حد وضع القواعد الفقهية المستقاة من نصوص القرآن والسنة ، وإنما وضعوها موضع التطبيق ، وحتى يتمكنوا من ذلك قسموا المنافع بحسب الأهمية إلى ضرورية وحاجية وتحسينية ، كما رتبوا المنافع داخل كل قسم منها بحسب ارتباطها بمقصد من مقاصد الشريعة الخمس [الدين - النفس - العقل - النسل - المال] وهذا التدرج بين المنافع تبدوا أهميته عند تعارض المنافع فيما بينها ، أو اختلاطها بالمضار (١٦٤٩) .

وإذا كان النظام الإسلامى يتفق مع النظام الفرنسى فيما يُسمى بتدرج المنافع ، فإن النظام الإسلامى كان الأسبق فى بيانه والعمل به منذ عدة قرون ، دون غيره من النظم الوضعية .

ومن ثم كان وجه الاختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على نزع الملكية فى أمرين :

أولهما : أن تطبيق النظرية فى مجال نزع الملكية فى النظام الإسلامى لم يكن مجرد تطور قضائى بعيد عن المصدرية القرآنية والنبوية ، وإنما وجد الفقهاء لإعمالها فى مجال نزع الملكية فى آيات القرآن دلالات فتحت أمامهم الباب لتطبيق الموازنة ووضع القاعدة المنهجية للوصول بها إلى الحكم المنشود ، فكان النص قبل التطبيق .

وهذا على خلاف النظم الوضعية التى انطلق قضاؤها الإدارى بالعمل على تطبيق النظرية

(١٦٤٦) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(١٦٤٧) د/عبد الحكيم حسن العيلى - الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٨٣م - ص ٥١٩ : ٥٢٠ .

(١٦٤٨) ابن القيم - إعلام الموقعين عن رب العالمين - ١٢١/٢ .

(١٦٤٩) راجع (الشاطبى - الموافقات - ٢٠/٢ - ٢٣) .

فى مجال نزع الملكية ، ثم ما لبث أن اجتهد فى البحث لها عن مرجعية قانونية. ثانيهما : أن النظم الوضعية ظلت زمنا تستكمل فيه بناء النظرية فى حيث مجال نزع الملكية ، وسبب ذلك وقوف القضاء أمام تجدد الوقائع التى تدفعه لإعمال الموازنة بين المنافع والمضار ، فكانت الواقعة هى المحرك الفعلى الذى يدفع القضاء الإدارى للبحث عن تأصيل لهذا النوع الرقابى الجديد .

وهذا بخلاف النظام الإسلامى الذى ملك النص والقاعدة ، أى ملك رقابة الموازنة بين المنافع والمضار تأصيلا ومنهجيا ، وما كان من القضاء فيه إلا أن ينتظر الواقعة التى يُطبَّق عليها قواعد الترجيح والموازنة ، ويكون ترجيحه لمعرفة الأحكام من الجواز أو المنع بناء على ما يحققه الأمر من نفع أو ضرر .

ومن ثم كان قصب السبق للنظام الإسلامى فى تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، دون النظم الوضعية التى ملكت عقلا يعرف أعظم المنفعتين ، فيقدمها ، وأعظم المضرتين فيمنعها ، لكنه يحتاج إلى نص يقويه ، وقاعدة يستكمل بها ما قصر فيه .

وفى ضوء ما سبق رأينا أن القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر قد قام بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار خصوصا فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، الذى يعتبر النواة للموازنة ، والتى انطلق بها القضاء الإدارى لإعمالها فى مجالات أخرى كمجال التخطيط العمرانى الذى يدور الحديث عنه فى المبحث الثانى.

المبحث الثاني

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار

تعد العمارة مظهرا من مظاهر التقدم الحضارى فى العصر الحاضر ، وبعيدا عن الفوضى العمرانية التى تريدها فكرة العولمة - فإن للعمران ضوابطه وأهدافه ، فالعمارة ليست جدراناً مشيدة عليها زخارف ننظر إليها بإعجاب فقط ، ولكنها بالدرجة الأولى تعبير عن مدى رقى الإنسان وتحضره ، وسمو روحه ، ومن ثم كان العمران والتخطيط له من أجل الإنسان ومصلحته وثقافته وفكره ، وذكر ابن خلدون^(١٦٥٠) . مقدمة فى اختلاف أحوال العمران فى النخصب والجوع وما ينشأ عن ذلك من الآثار فى أبدان البشر وأخلاقهم^(١٦٥١) .

ويعني التخطيط فى اللغة : تقسيم المكان وتهيئته للعمارة ، ويقال : خطط الأرض والبلاد : أى جعل لها خطوطاً وحدوداً^(١٦٥٢) .

والعمارة لغة : اسم مصدر من مادة (عمر) وهى بالكسر نقيض الخراب ، وهى أيضاً البنيان وما يحفظ به المكان .

ويقصد بها أيضاً : ما يُعمر به المكان .

وهى إحياء المكان واشتغاله بما وضع له ، كما أنه يقصد بها التجمع السكاني ، أو هى شعبة من القبيلة^(١٦٥٣) .

ومصطلح التخطيط العمرانى يعنى علم تعمير المساكن ، ويسمى أيضاً بعلم عقود الأبنية والمساكن حماية للناس عن تأثيرات الجو^(١٦٥٤) . ويعرف اصطلاحاً : بأنه فن العمارة والتعمير .

وعرفه ابن خلدون بقوله : بأنه الاجتماع البشرى الذى يتم بالمساكن والتنازل فى مصر أو محلة للأنس والعشيرة واقتضاء الحاجات لما فى طباع البشر من التعاون على المعاش^(١٦٥٥) . وهنا نجد امتداداً للموازنة بين المنافع والمضار حيث تتعارض مصالح الناس لما فى طباع

(١٦٥٠) ابن خلدون هو : عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن الحسن بن محمد بن جابر بن محمد بن إبراهيم بن محمد عبد الرحيم الحضرمي المغربي المالكي المعروف بابن خلدون (ت : ٨٠٨ هـ) انظر (ابن حجر - إنباء الغمر بأنباء العمر ٣٣٩/٢) ، وانظر أيضاً (الزركلي - الأعلام ٣/٣٣٠) .

(١٦٥١) ابن خلدون - مقدمة ابن خلدون - دار ابن خلدون - الإسكندرية - بدون تاريخ - ص ٦٢ .

(١٦٥٢) انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوجيز - ص ٢٠٢) .

(١٦٥٣) انظر (ابن منظور - لسان العرب ٤/٦٠٤) ، وأيضاً (الكفوى - الكليات ص ٦٤٣) ، وأيضاً (الزمخشري - أساس البلاغة ٢/٨٤١) ، وأيضاً (د/ قطب سنانو - معجم المصطلحات الفقهية ٢/٥٣٩) .

(١٦٥٤) انظر (صديق بن حسن القنوجي - أبجد العلوم - تحقيق عبد الجبار زكار - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٧٨م - ١٧١/٢) .

(١٦٥٥) طارق والي - النظرية العمرانية فى العبر الخلدونية- الطبعة الأولى - إصدارات بيت القرآن - المنامة البحرين - ١٩٩٥م - ص ١١ ، وانظر فى ذلك أيضاً (ابن خلدون - مقدمة ابن خلدون ص ٣٠) .

الإنسان من ميل للعدوان والظلم ، ومن ثم كان لابد من يد تدفع بعضهم عن بعض ، وتكون لها الغلبة والسلطان ، وهي الدولة مالكة اليد القاهرة ، حتى لا يصل أحد إلى غيره بعدوان ، فنظمت الدولة شأن العمران ، ووصل بها الحال إلى أن نزع ملكية الأفراد من أجل تخطيطها ورسم سياستها العمرانية ، وحتى لا يصل الأمر إلى تعسفها كانت الرقابة من قبل القضاء ليتحقق الاعتدال والاتزان في هذا المجال العمراني ، وهذه الرقابة القضائية ليست قاصرة على النظم الوضعية ، بل سبق امتدادها الزمني إعمالها في النظام الإسلامي منذ القرن الأول الهجري .
وتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار في المجال العمراني تتضح مظاهره في المطالب التالية :

- المطلب الأول : التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .
- المطلب الثاني : التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار التخطيط العمراني .

المطلب الأول

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي

عمارة الأرض واجب إسلامي لاشك فيه لقوله تعالى ﴿ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ ﴾^(١٦٥٦) ، وهو واجب على الأفراد كما أنه واجب على الدولة باعتبار أن عمارة الأرض هي الواجب الثاني بعد وجوب عبادة الله تعالى^(١٦٥٧) ، وهذا الوجوب هو من واجبات الكفاية^(١٦٥٨) ، بمعنى أن العمران الإسلامي والتخطيط لأجله لا يعني أن يقوم به فرد بذاته أو الدولة وحدها ، وإنما يتحقق عن طريق أى منهما ، في إطار التصور الإسلامي للمجتمع بما له من مواصفات إسلامية معينة ، بدءا من اختيار الولاية إلى القيام بكل المهن الصناعية لتحقيق الاكتفاء الذاتي^(١٦٥٩) .

ويرى الفقهاء أن العمل وتشديد العمارة من أركان الدولة والملك ، ومن شروط الاجتماع البشري ، فهو مصدر الرزق وأساس الحياة الاقتصادية ، ولا يكون ذلك إلا بأن يأخذ السلطان الناس بالعمارة وكثرة الغراس ، وقد تكرر عن الحكماء قولهم (الملك بالجند ، والجند بالمال ، والمال بالعمارة)^(١٦٦٠) .

ويندرج فقه التخطيط العمراني بين وسائل حفظ الضرورى من مقاصد التشريع الإسلامي ، وهو حفظ النفس فإن من وسائل حفظها كما عبر الشاطبي بقوله : (والعادات راجعة إلى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود أيضا ، كتناول المأكولات ، والمشروبات ، والملبوسات ، والمسكنات)^(١٦٦١) ، فالسكن والعمران وسيلة من وسائل حفظ النفس الإنسانية ، والاهتمام بهذه الوسيلة مشروط بالمقدار الذى يتوقف عليه حفظ النفس من الهلاك ، ومن ثم فالتخطيط العمراني واجب لأن للوسائل أحكام المقاصد^(١٦٦٢) .

(١٦٥٦) سورة هود : آية ٦١ .

(١٦٥٧) انظر (د/ نعمان عبد الرازق السامرائي - نحن والحضارة والشهود- سلسلة كتاب الأمة عدد ٨٠ - ذو القعدة ١٤٢١هـ / فبراير ٢٠٠١م - ص ١٠٨) .

(١٦٥٨) الواجب الكفائي : هو ما طلب الشارع حصوله من غير نظر إلى من يفعله ، وإنما من مجموع المكلفين ، بحيث إذا فعله أحدهم ، سقط الطلب عن الباقي ، وارتفع الإثم عنهم جميعا ، وإذا أهمله الجميع أثموا جميعا . وسمى واجبا كفايا ؛ لأن الواجب فيه منسوب إلى الكفاية والسقوط ، من حيث أن فعله من أى فاعل يسقط طلبه عن الآخرين - انظر (معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٤٦٨ : ٤٦٩) .

(١٦٥٩) انظر (أ . د/ جمال الدين عطية - مؤسسات الزكاة والعمران في الدولة الإسلامية - مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٦ - ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م - ص ١٦٨ : ١٧٠) .

(١٦٦٠) انظر (ابن الأزرق - بدائع السلك في طبائع الملك - تحقيق د/ محمد عبد الكريم ، د/ على سامر النشار - الدار العربية للكتاب - ليبيا وتونس ١٩٧٧م - ٢٢٦/١ : ٢٢٧) .

(١٦٦١) الشاطبي - الموافقات - ٧/٢ : ٨ .

(١٦٦٢) انظر (العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام ٤٣/١) .

وعلى ذلك فإن التخطيط العمراني في النظام الإسلامي منحصر في طرفين :
الأول : في اختيار الأماكن .

الثاني : اختيار مؤن العمارة وطرق عمارة المساكن بها وما يتعلق بذلك من الاحتراسات .
والطرف الأول له مراتب وهي درجة ارتفاع الأماكن وهي تختلف باختلاف الأشخاص
وعيوب البقعة ، وجيرة الغابات والبحار والأنهار والبلاد .

ومراتب الطرف الثاني أيضا هي علو البيوت وسفلها وفتحاتها وقياس البيوت ،
واحتراسات تخص حفظ الصحة في البيوت وصحة الهواء^(١٦٦٣) .

والتخطيط العمراني في الإسلام ليس مجرد تشكيل للأحجار، وتزيين للواجهات وتنظيم
للمدن ، بل هو وقبل كل شيء تعبير مجسد لقيم المجتمع المسلم وثقافته ، ذلك لأن له
خصوصياته وشروطه وضوابطه .

أولا : خصائص التخطيط العمراني في النظام الإسلامي .

فأما خصوصياته فأهمها السترة وعدم الكشف التي وضعت لها القواعد الفقهية؛ لتعالج
الحساسية العالية للمجتمع الإسلامي لضرر الكشف ، وتمت صياغة هذه القواعد في شكل مواد
قانونية يسهل استيعابها والاستفادة منها للتشريع العمراني المعاصر ، وتحتاج إلى قرار سياسي
يلزم كلا من الإدارات المحلية والسكان وأصحاب التخصص في ميدان التخطيط العمراني والبناء
بمراعاتها في مدننا المعاصرة، فالله ﷻ ينزع بالسلطان ما لا ينزع بالقرآن^(١٦٦٤) .

المادة الأولى : حقوق الله وحقوق العباد :

فإن مسألة الكشف تقع بين حقين مختلفين هما حق الله تعالى وحقوق الآدميين، ويفرق
بين الحقين أن الأول مرتبط بنواهي الشرع وأوامره ، وليس للعبد حق في إسقاطه أو التسامح فيه
فحق الله ﷻ في مسألة الكشف وعدم التستر هو نهيه عن الاطلاع على عورات المسلمين
والنظر إلى حريمهم .

والحق الثاني : هو حق الإنسان في مسألة الاطلاع فيما يحتاج إليه من التصرف والحركة
في بيته من قيام وقعود وجلب منافع ودفع مضار .

ومن هنا فإن الكشف و الاطلاع وقع بين حقين : أحدهما ليس للمسلم التسامح فيه
بفتح نوافذ لبيته وعدم حرصه على السترة ، وهو كحكم المرأة السافرة في بلاد الإسلام ، فتؤمر
بالحجاب حتى وإن أكرهت على ذلك، وكذلك الساكن الذي يعرض بيته للإطلاع يكون واجب
السلطة في بلاد الإسلام منعه وإكراهه على التستر .

هذا القول لا يعجب كثيرا من أصحاب الفكر العلماني الذين ينادون بالكشف حتى في
المسكن ظنا منهم أنه معلم من معالم الحضارة ولاسيما وأن العمارة العصرية قد نشأت وتطورت

(١٦٦٣) انظر (صديق بن حسن القنوجي - المرجع السابق - ١٧١/٢) .

(١٦٦٤) قول منسوب إلى الخليفة الثالث عثمان بن عفان ؓ - انظر (ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - ٨٥/٥) .

فى ظل الفكر العلمانى الذى قلص أو غيب دور القيم الأخلاقية والدينية فى حياة المجتمع ، ولذلك جاءت العمارة العصرية نموذجاً مفتوحاً على الخارج لا يعبر اهتماماً كبيراً لمسألة السترة وعدم التكشف^(١٦٦٥) .

وثانيهما حق الإنسان فى مسألة الاطلاع وعليه فإنه يمكن للجار أحياناً أن يتنازل عن حقه بأن يترك الجزء المعرض للتكشف خالياً ، أو يأمر أهله بالتستر دوماً عند المرور بذلك الموقع .

المادة الثانية : قاعدة لا ضرر ولا ضرار :

وبناءً عليها تدخل مسألة التكشف فى باب الضرر الذى منعه الشارع وفى ضوءه يكون للجار أن يفعل فى ملكه ما يشاء ولا يجوز له أن يلحق بالآخر ضرراً إلا إذا كانت هناك مصلحة بينة ، ومثال ذلك أن يرفع المالك جداره عالياً زيادة عن لزوم التستر مع علمه أن ذلك يحجب الهواء والضوء عن جاره ، فيمنع المالك من ذلك لإضراره بالآخرين وهنا قد يجتمع ضرران ، ضرر التكشف وضرر الضوء والهواء ، ومن ثم يعمل بالموازنة بين المنافع والمضار وفقاً للقاعدة الفقهية التى تقول : (إذا اجتمع ضرران نفى الأصغر الأكبر)^(١٦٦٦) ، وحينئذ يقال للجار استر على نفسك .

المادة الثالثة : حيازة الضرر بالتقادم .

تدخل مسألة الاطلاع فى حيازة الضرر بالتقادم فللرجل حق الضرر بالسبق ، ومثاله : أن يكون الباب موجوداً فى السابق فيريد الجار الجديد فتح باب مقابل له ، فيمنع إذا رفض الجار القديم ذلك ، ونتيجة ذلك أن البناء الجديد يخضع دائماً لاعتبار ما هو موجود من البنايات المجاورة .

وقد حدد الفقهاء مدة معينة لحيازة الضرر فى حالة طول الأمد وهى ما بين عشر سنوات إلى عشرين سنة فى النوافذ والأبواب ، إذا كان خاصاً ، أما إذا كان الضرر فى الاطلاع عاماً فلا تحديد بمدة وإنما المنع منه دائم ، ومثاله أن تكون صومعة وسط الأحياء السكنية حيث يمكن للمؤذن أن يطل على ما بداخل البيوت جميعها ، فذلك يمنع لعدة أوجه أهمها أن الضرر لا يحاز لمن لا يملك ، ولا على العام .

(١٦٦٥) وقد تبجح هؤلاء على فرضية الحجاب للمرأة المسلمة بحجة أنه عادة اجتماعية ولم يدر هؤلاء أنه فريضة شرعية بنص القرآن وهدى السنة بل الحجاب فريضة فى العهدين القديم والجديد ففى رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس [كو (١) ٥/١١] نص بذلك على فرضية الحجاب ، وتقول الرسالة : (وأما كل امرأة تصلى ، أو تسير ورأسها غير مغطى ، فتشبه رأسها ؛ لأنها والمحلوقة شيء واحد بعينه ، إذا المرأة إن كانت لا تغطى ، فليقص شعرها ، وإن كان قبيحاً بالمرأة أن تقص أو تحلق ، فلتغطى ... ؛ لهذا ينبغى للمرأة أن يكون لها سلطان على رأسها من أجل الملائكة) ، وأيضاً يقول نشيد الإنشاد (١/٤) : [عيناك حمامتان من تحت نقابك] ، فهذه النصوص تصرح بالزام الحجاب ، وتفصح عملية الاغتيل المقصودة من الغرب والمتغربين ، راجع فى ذلك مقال الدكتور / خالد فهمى بعنوان (الحجاب فى العهدين القديم والجديد) (مجلة المنار الجديدة - عدد ١٦ / ١٠١ : ١٠٣ - ٢٠٠١ م) .

(١٦٦٦) انظر (الشيخ أحمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية مادة (٢٧) - ص ١٩٩) .

المادة الرابعة : باب سد الذرائع .

وبناء عليها فإنه يمنع الفعل إذا كان يترتب عليه الضرر ولو لم يظهر الضرر في الحاضر ، ففتح كوة في أعلى الحائط بقصد الإضاعة لا يتحقق بها الكشف والاطلاع عموماً غير أنها يمكن أن تكون ذريعة للإطلاع على حرم الجار وإن لم يستعملها في حينه ، فإن حيازة الضرر بالقدم قد يؤدي إلى الإضرار بالجار إذا سكنت عنها ، ولذلك يحق له أن يطلب من السلطة غلقها ، كما أن سد الكوى بعد الحكم عليها تلمس جميع معالمها ؛ لئلا تكون ذريعة في المستقبل للدعاء بحيازة الضرر .

وقد اختلف الشافعية والمالكية في الأخذ بهذا المبدأ : حيث يرى الشافعية ألا يمنع الرجل من إحداث شيء بمجرد توقع الضرر ، غير أنه يمنع من استعماله إذا ثبت الضرر كمن يبنى شرفة فلا يمنع من بنائها غير أنه يمنع من استعمالها^(١٦٦٧) .

المادة الخامسة : لا يزال ضرر بضرر آخر .

معنى ذلك أن يقوم الرجل بفعل مضر بجاره لكون جاره قد قام بنفس الفعل ، والدافع من وراء ذلك أن يضطره إلى التنازل أو التراجع ، ومثال ذلك أن يفتح الرجل باباً أو نافذة بيته ليقابل بها الفتحة الموجودة ببيت جاره وذلك إرغاماً له على غلقها ، فإذا ثبت ذلك يجبر الجانبان على التراجع بأن تسد كلا الفتحتين مثلاً .

المادة السادسة : قياس الضرر .

لقد وضع الفقهاء مقاييس لتقدير الضرر تعتمد في معظمها على خصائص حاسة البصر ، فقد قدروا ارتفاع ستائر السطوح على أن تكون بقامة الإنسان قائماً وهي ما يقرب من سبعة أشبار أو المترين تقريباً .

أما الفتحات التي يسمح بها بقصد الإنارة فيشترط فيها : أن تكون في أعلى الحائط بارتفاع لا يسمح للناظر أن يرى منها شيئاً حتى ولو كان على سرير^(١٦٦٨) ، ويرجع أصل ذلك إلى حادثة وقعت في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين فتح رجل كوة في جداره فطلب عمر رضي الله عنه من أحد أعوانه أن يصعد فوق سرير ليتحقق من انتفاء الضرر^(١٦٦٩) ، وبذلك يكون تقدير الارتفاع ٢,٢٥ متر تقريباً .

ولا يسمح الفقهاء للذي يريد أن يفتح كوة في برج له مشرف على أملاك غيره أو مباني غيره مثل الهضبة إلا إذا تأكد من عدم رؤية التفاصيل ، وقد اشترط فقهاء المالكية أن يكون ذلك البعد

(١٦٦٧) انظر (ابن حجر - فتح الباري - ٦ / ٥٧٨ : ٥٨٢) .

(١٦٦٨) السرير في العربية يقصد به المقعد أو الكرسي .

(١٦٦٩) ابن الرامي أبو عبد الله محمد بن إبراهيم اللخمي التونسي المعروف بابن الرامي بناء من أهل تونس ، وبها وفاته ، قال في مقدمة كتابه الإعلان بأحكام البنين " ليعلم من قرأ كتابي هذا أنني بناء أجير ، سيعذرني إن وجد فيه خطأ في اللفظ والترتيب ، أما في النقل فلا لأنني بذلت الجهد " - مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي المغربي - أعداد ٢ ، ٣ ، ٤ - ذو القعدة ١٤٠٢ هـ / سبتمبر ١٩٨٢ م - ص ٣٠٨ انظر (الزركلي - الأعلام - ٥ / ٢٩٨) .

مقدار الغلوة أو الغلوتين وهى مقدار رمية سهم وتكون بـ ١٨٤,٨ متر وضعفها ٣٦٩,٦ متر (١٦٧٠) ، وهذا القياس يصلح لبناء الصوامع .

أما عن فتح الأبواب على الطرق العامة فقد قيد الفقهاء فتح الأبواب فى الطرق المسدودة برضى السكان الشركاء ، أما فى الطريق النافذ فيكون الفتح بحسب اتساع الطريق ، فإن كان الطريق أقل من سبعة أذرع أو (٣,٥ متر) وجب التنكيب بقدر ما يمنع رؤية ما وراء الأبواب المقابلة ، أما إن زاد عن ذلك وكثرت فيه حركة السير فيكون مستحبا . وإذا غاب المقياس والمعيان فإنه يرجع فى كيفية تحديد الضرر إلى أهل الخبرة لمعاينة الموقع وإبداء الرأي التقني .

ومن ثم فإننا نستخلص مما سبق ذكره أن مسألة الكشف والاطلاع لها قواعدها فى الفقه الإسلامى وأنها إسلامية المبدأ والمنتهى ؛ إذ أنها تظهر سمات هذا الدين وخصائصه ، وتبين مدى ارتباط المجتمع المسلم بثقافته وفكره (١٦٧١) ، وأيضا تؤكد على أن البعد عن هدى السماء يجلب التعاسة وسقوط الحضارة ، قال تعالى : ﴿ وَضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعَمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ ﴾ (١٦٧٢) ، والنظام الإسلامى فى تخطيطه للعمارة لم يكن متوقفا على نفسه وإنما نهل من علم الآخر بما لا يتعارض مع ثوابته ، وأخذ الفقهاء فى أحكام البنيان بما جرى عليه الناس وارتضوه ، ولم يعترضوا عليه ، بما لا يتعارض مع القرآن والسنة ، فأخذوا بالعرف فى تلك المسألة وبنوا قاعدتهم الفقهية (العادة محكمة) (١٦٧٣) .

ومثال ذلك : أن سكان مدينة رشيد فى العصر العثمانى ، اعتادوا إذا كان للمنزل واجهتان على شارعين أن يوضع باب المنزل فى الشارع الأكثر خصوصية ، وهو الشارع الجانبى الذى يرتاده مرة أقل عددا (١٦٧٤) .

ومع الأخذ بالعرف فى البنيان إلا أنهم اعتمدوا فى أحكامهم على قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) فلقد احتلت هذه القاعدة بابا واسعا فى فقه العمران .

توجيه الفقهاء لقاعدة (لا ضرر لا ضرار) :

فسر الفقهاء الضرر بما يقوم به الشخص من فعل لجلب مصلحة له ويكون فى ذلك

(١٦٧٠) انظر (ابن الرامى - الإعلان بأحكام البنيان - ص ٢٤) ، وقد ذكر هذا من المالكية ابن الماجشون ومطرف وأصغ (

(١٦٧١) راجع فى ذلك (د/ مصطفى أحمد بن حموش - مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدنا المعاصرة من المنظور الفقهى المالىكى - مجلة الأحمديّة - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دى - البحرين - العدد السابع - محرم ١٤٢٢هـ / مارس ٢٠٠١م - ص ٢٢١ : ٢٢٧) .

(١٦٧٢) سورة النحل : آية ١١٢ .

(١٦٧٣) انظر (السيوطى - الأشباه والنظائر)

(١٦٧٤) انظر (خالد محمد مصطفى عزب - تخطيط وعمارة المدن الإسلامية- سلسلة كتاب الأمة - قطر - عدد ٥٨ ربيع الأول ١٤١٨هـ - ص ٨٣) .

ضرر على غيره ، أما الضرر فهو ما يقوم به الشخص من فعل ظاهره مشروع غير أنه ليس وراءه مصلحة بينة مما بين وجود نية فاسدة وراء ذلك الفعل^(١٦٧٥) .

ويمكن إدراك مدى حرية التصرف في الملكية الخاصة ، وكذلك قيود تصرف السلطات العامة في العمران الإسلامي من خلال نظرية الضرر ، فليس لأحد أن يمنع آخر من تصرف في ملكه إلا إذا كان ذلك التصرف منبعا للضرر على الغير أو على الحياة العامة ، فالإمام له ولاية الإيجاب فيما كان الضرر فيه عاما^(١٦٧٦) .

وفي بعض الحالات يكون العكس صحيحا بالنسبة للملكية الخاصة ، وبهذا القول تكون الموازنة بين المنافع والمضار مقيدة بقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)^(١٦٧٧) . ومثال ذلك : قيل لسحنون^(١٦٧٨) المسجد يجعل فيه المنار فإذا صعد المؤذن عاين ما في الدور ، قال : يمنع من الصعود فيها لأن هذا من الضرر^(١٦٧٩) . وتعود هذه المسألة إلى الموازنة بين المنافع والمضار في ظل المقاصد الشرعية .

ومن ثم فإنه يمكن تقسيم الضرر في مجال التخطيط العمراني إلى نوعين ، ضرر جوار وضرر عام ، فأما الأول : فإنه يتمثل في الكشف والاطلاع وإحداث اهتزاز يضعف جدار الجار ، وإنشاء أنشطة تحدث الدخان والرائحة الكريهة ، وأما الثاني : فإنه يتمثل في التطبيق على المادة وإحداث ما يخشى الخطر منه ، مثل الحائط المائل ، والأنشطة الاقتصادية التي تقوم على استعمال النار والمتفجرات وكذلك الإزعاج الناجم عن الأصوات وتقليل الإضاءة والهواء في بعض الأقوال^(١٦٨٠) .

وهناك مثال تطبيقي لذلك في الوثيقة التاسعة والعشرون التي تقول يتقبل الضرر الخاص في سبيل الضرر العام ، ويتمثل ذلك في هدم حانوت لتوسيع مدخل السوق^(١٦٨١) .

ثانياً : ضوابط التخطيط العمراني في النظام الإسلامي :

تحدث ابن خلدون عن الشروط والمقومات التي يجب مراعاتها في أوضاع المدن فقال :

(١٦٧٥) انظر (المناقشة بالتفصيل في كتاب (ابن الرامي - الإعلان بأحكام البيان- ص ٢٩٩ : ٣٠٠) .

(١٦٧٦) انظر (السرخسي - المبسوط - ت ٢٣ / ١٧٥) ، وانظر أيضا (حاشية ابن عابدين - ٤٤٨/٥) .

(١٦٧٧) د/ مصطفى الزرقا - شرح القواعد الفقهية ص ١٩٧ .

(١٦٧٨) سحنون هو : الإمام العلامة فقيه المغرب أبو سعيد عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التنوخي الحمصي الأصل المغربي القيرواني المالكي قاضي القيروان وصاحب المدونة للإمام مالك (ت : ٢٤٠ هـ) انظر (سير أعلام النبلاء ١٢ / ٢٦٣ : ٢٦٩) .

(١٦٧٩) انظر (محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله - مواهب الجليل- دار الفكر - بيروت - ط ٢ - ١٣٩٨هـ - ٤٤٠/١) .

(١٦٨٠) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - فقه العمران الإسلامي من خلال الأرشيف العثماني الجزائري في الفترة من ٩٥٦هـ / ١٥٤٩ م : ١٢٤٦هـ / ١٨٣٠ م) - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي - الطبعة الأولى - ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠ م - ص ٨١ : ٨٢) .

(١٦٨١) انظر (صيغة الوثيقة التاسعة والعشرون بتاريخ ١١٧٠هـ في المرجع السابق - ص ١٩٩) .

(اعلم أن المدن قرار تتخذه الأمم عند حصول الغاية المطلوبة من الترف ودواعيه فتؤثر الدعة والسكون وتتوجه إلى اتخاذ المنازل للقرار)^(١٦٨٢) ثم أردف قائلا : (ولما كان ذلك القرار وجب أن يراعى فيه دفع المضار بالحماية من طوارقها وجلب المنافع وتسهيل المرافق لها)^(١٦٨٣) .

وفي ضوء هذا القول نجد أن ابن خلدون وضع ضابطين للمدينة الإسلامية في عمرانها وتمثل الضابطان في دفع المضار وجلب المنافع .

١- دفع المضار :

والمقصود بهذا الضابط أن تكون المدينة محمية بنوعين من الحماية : الأولى (طبيعية ، والثانية عسكرية) .

فأما الحماية الطبيعية فإنها تكون بعدة أمور :

(أ) بوضع المدينة في ممتنع الأمكنة ، إما على هضبة متوعدة من الجبل ، وإما باستدارة بحر أو نهر ، حتى لا يوصل إليها إلا بعد العبور على جسر وقنطرة ، فيصعب منالها على العدو ، ويتضاعف امتناعها وحصنها .

(ب) أن تكون بضمن الشروط البيئية، ويراعى فيها الحماية من الآفات السماوية ، طيب الهواء للسلامة من الأمراض ، فإن الهواء إذا كان راكدا أو مجاورا للمياه الفاسدة ، أو مناقع متعفنة أو مروج خبيثة أسرع العفن إلى مجاورتها ، فأسرع المرض للحيوان الكائن فيها ، كما حدث لبلدة قابس بإفريقية ، لا يكاد سكانها أو طارقها أن يخلص من حمى العفن ، وقابس كانت مدينة مستجدة العمران في ذاك الزمان ، كثيرة السكان تموج بأهلها موجا ، فكان ذلك معينا على تموج الهواء وتخفيف الأذى^(١٦٨٤) .

(ج) فأما الحماية العسكرية وهي المكملة للحماية الطبيعية والتي تتمثل في أن يدار على منازل المدينة الأسوار وخصوصا عند أهل الحضر الذين يلقون جنوبهم على مهاد الراحة والدعة وينغمسون في النعيم والترف ، ومن ثم أوكلوا أمرهم في المدافعة عن أحوالهم وأنفسهم إلى واليهم^(١٦٨٥) .

واعلم بأن المدن إذا كانت حاضرة البحر إذا لم تكن في موقع جبلى وعليها الأسوار ولم يكن لها ظهير بشرى من الحراسة كثيرة العدد يكون صريحا للمدينة إذا طارقها من العدو لم تفلح ، ومن ثم فإن حماية المدينة بالحماية العسكرية أحد طرفي دفع المضار^(١٦٨٦) .

(١٦٨٢) طارق والى - النظرية العمرانية في العبر الخلدونية - ص ٢٩٨ .

(١٦٨٣) طارق والى - المرجع السابق - ص ٢٩٨ .

(١٦٨٤) انظر (شاطر مصطفى - المدن في الإسلام حتى العهد العثماني - دار ذات السلاسل - الكويت - ط ١ - ١٩٨٨ م - ص ١٦٢) .

(١٦٨٥) انظر (طارق والى - النظرية العمرانية في العبر الخلدونية - ص ٢٩٩) .

(١٦٨٦) انظر (شاطر مصطفى - المدن في الإسلام حتى العصر العثماني - ص ١٦٤) .

٢- جلب المنافع :

إن الاجتماع الحضري والمدنى هو عبارة عن تركيز سكانى فى مكان معين يجب أن تتوفر فيه شروط معينة لبتاح لهؤلاء السكان من وسائل العيش ما يتجاوز حدود الكفاية الأصلية ، وهذا يستلزم سلطة قوية ليتحقق تسهيل المرافق وجلب المنافع ويتحقق هذا بأمرين :

الأول : أن يقع المكان فى منطقة غنية بالسكان لتحتفظ المدينة بحياتها ، وهذا هو البعد الإنسانى البشرى فى عمران المدينة .

الثانى : خصوبة المكان والمناطق القريبة منه بحيث يمكن لسكان المدينة أن يستندوا إلى حياة زراعية قوية وقريبة تؤمن لهم السلع الضرورية والحاجيات الكمالية التى يحتاجون إليها ، وهذا ما يسمى بالبعد الاقتصادى الإنتاجى فى عمران المدينة .

ومن الطبيعى أن هذا يتوقف على مدى قوة السلطة المسيطرة وهو ما يطلق عليه البعد السياسى والتنظيمى لعمران المدينة^(١٦٨٧) .

وهكذا تتفاوت أقدار المدن بتفاوت جودة مكانها الطبيعى ، وهوائها الصحى ، وحياتها العسكرية .

والممتع لتاريخ إنشاء المدن الإسلامية يجد أن منها ما كان سبب إنشاءه الحماية العسكرية والحفاظ على خصوصية الأمة مثل مدينة البصرة^(١٦٨٨) ؛ فإن سبب إنشائها أن الصحابى الجليل عتبة بن غزوان رضي الله عنه^(١٦٨٩) كتب يستأذن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فى (أنه لا بد للمسلمين من منزل إذا اشتاتوا أشتوا فيه ، وإذا رجعوا من غزوهم لجأوا إليه فكتب إليه عمر : أن ارتد لهم منزلا قريبا من المراعى والماء وكتب إلى بصفته) فكتب إليه عتبة بن غزوان : (إنى قد وجدت أرضا كثيرة القصة^(١٦٩٠) فى طرف البر إلى الريف ، ودونها منافع^(١٦٩١) فيها ماء وفيها قصباء^(١٦٩٢)) فلما وصلت الرسالة إلى عمر قال : (هذه أرض بصرة^(١٦٩٣) قريبة من

(١٦٨٧) انظر (طارق والى - النظرية العمرانية فى العبر الخلدونية - ص ٣٠٠) .

(١٦٨٨) البصرة أنشأها المسلمون فى العراق سنة أربع عشرة هجرية ، وقال البعض : ست عشرة هجرية وهو قول مرجوح ، وكانت تدعى قبل ذلك أرض الهند ، وفيها حجارة خشنة ، انظر (ابن كثير - البداية والنهاية - ٤٦/٧) .

(١٦٨٩) عتبة بن غزوان رضي الله عنه هو : صحابى جليل منى من السابقين الأولين فى الإسلام ، هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة ، اختط بالبصرة ، وفتح فتوحات كثيرة ، وهو من عمال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ت ٢٠ هـ) وقيل قبل ذلك ، انظر (ابن حجر - الإصابة فى تمييز الصحابة - دار الفكر - بيروت - لبنان - بدون تاريخ ٤٥٥/٢) .

(١٦٩٠) القصة : هى الحجارة المتشقة ، انظر (ابن منظور - لسان العرب - مادة قضض - دار صادر - بيروت - ٢٢٠/٧) .

(١٦٩١) المناقع : هى المواضع التى يستنقع فيها الماء ، انظر (ابن منظور - المرجع السابق - ٣٥٩/٨) .

(١٦٩٢) القصباء : هى جماعة القصب ، والقصب كل نبات ذى أنابيب واحدتها قصبه (ابن منظور - المرجع السابق - ٦٧٤/١) .

(١٦٩٣) أرض بصرة : أى طيبة ذات حجارة رخوة بيضاء وبها سميت البصرة - انظر (ابن منظور - المرجع السابق - ٦٧/٤) .

المشارب والمرعى والمحتطب ، فأذن له بنزولها فنزلها (١٦٩٤) .

وهنا أدرك أمير المؤمنين عمر حاجة الأمة الملحة إلى إنشاء مدن تكون بمثابة معسكرات دائمة في أطراف الدولة النامية ، تكون الحياة فيها ميسرة من وجود ماء وقرب من المزارع ، دون أن تفقد الجندى المسلم مقومات الجندية (١٦٩٥) .

أيضا نجد أن إنشاء بعض المدن في الدولة الإسلامية ، كان بسبب البعد الصحى لأفراد الأمة ، ومن هذه المدن الكوفة (١٦٩٦) ، فإن سبب بناءها أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى على وفد المدائن تغير الوجوه واختلاف الهيئة فدهش لذلك وسألهم : ما الذى غيركم ؟ قالوا : وخومة البلاد (١٦٩٧) ، فنظر فى حوائجهم وعجل سراحهم وكتب إلى قائده سعد بن أبى وقاص رضي الله عنه (١٦٩٨) ، الذى كان قائدا عاما فى العراق وفارس ، وقال له : (أنبئنى ما الذى غير ألوان العرب ولحومهم ؟ فكتب إليه سعد بن أبى وقاص : إن العرب خددهم (١٦٩٩) وكفى (١٧٠٠) ألوانهم وخومهم المدائن ودجلة) (١٧٠١) ، فكتب إليه عمر : (إن العرب لا يوافقها إلا ما وافق إبلها من البلدان فابعث سلمان (١٧٠٢) رائدا وحذيفة (١٧٠٣) ، وكانا رائدى الجيش فليرتادا منزلا

(١٦٩٤) أ.د / سليمان محمد الطماوى - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة - دراسة مقارنة - ص ٣١٨ (وانظر د/ غالب بن عبد الكافي القرشى - أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء - ١٠٩/١) .

(١٦٩٥) انظر أ.د / سليمان محمد الطماوى - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة - ص ٣١٨ .

(١٦٩٦) الكوفة : مدينة فى العراق كانت تسمى قبل ذلك بسورستان - أنشأها المسلمون عام ١٥ هـ ، وتعنى الكوفة المواضع المستديرة من الرمل فإنها تسمى كوفانى ، وقيل : التكوف الاجتماع - انظر (البلاذرى - ت ٢٧٨ هـ - فتوح البلدان - تحقيق د/ عبد الله أنيس الطباع ، د/ عمر أنيس الطباع - مؤسسة المعارف - بيروت ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م - ص ٣٨٧ : ٣٨٨ .

(١٦٩٧) وخومة البلاد : الخومة جمعها أوخام و وخام وشيء وخم أي وبئى وبلدة وخمة و وخيمة إذا لم توافق ساكنها ، انظر (مختار الصحاح ص ٤٧٧) .

(١٦٩٨) سعد بن أبى وقاص هو : سعد بن أبى وقاص واسم أبى وقاص مالك بن وهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة ويكنى أبا إسحاق وأمه حمنة بنت سفيان بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي (ت : ٥٥ هـ) انظر (ابن قتيبة أبى محمد بن عبد الله بن مسلم (ت : ٢٧٦ هـ) - المعارف تحقيق د/ ثروت عكاشة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ط ٢ - ٢٠٠٢ م - ص ٢٤١ : ٢٤٢) .

(١٦٩٩) خددهم : أى هزل لحومهم ونقص - انظر (لسان العرب ١٦١/٣) .

(١٧٠٠) كفى ألوانهم : أى غيرها .

(١٧٠١) البلاذرى - فتوح البلدان - ص ٣٩٠ .

(١٧٠٢) سلمان الفارسي هو : سلمان بن ثمامة بن شراحيل بن الأصهب الجعفي ، وفد على النبي ﷺ وغزا مع علي ونزل الرقة و اعتزل القتال في الفتنة هو وقوم ارتابوا بالقتال فأقاموا بالرقة فكان علي يرسل إليهم الأعطية ويقول لا نمنعكم حاكم من الفيء لأنكم مسلمون وإن امتنعتم من نصرتنا وكان سلمان ممن قام مع حجر بن عدي على زياد فلما قبض زياد على حجر وأصحابه أفلت سلمان وكان جده شراحيل رئيسا في الجاهلية وليس الأصهب والده وإنما هو جد أبيه وهو شراحيل بن الشيطان بن الحارث بن الأصهب واسمه عوف بن كعب بن الحارث بن سعد بن عمرو بن ذهل بن مروان بن جعفي بن سعد العشيرة وكان كثير الغارة فقتله بنو جعدة (توفي في خلافة عثمان) ، انظر (الإصابة ٣ / ١٣٧) .

(١٧٠٣) حذيفة هو : حذيفة بن اليمان من نجباء أصحاب ﷺ وهو صاحب السر واسم اليمان حسيل ابن جابر العبسي اليماني أبو عبد الله (ت : ٣٦ هـ) انظر (سير أعلام النبلاء ٣٦١/٢ : ٣٦٦) .

بريا وبحريا ، ليس بينى وبينكم فيه بحر ولا جسر^(١٧٠٤).

وأیضا من المدن الهامة التى أسسها المسلمون مدينة الفسطاط^(١٧٠٥) التى أرادها عمر بن الخطاب أن تكون بعيدة عن غارات الأعداء فأشار على عمرو بن العاص رضي الله عنه^(١٧٠٦) أن يؤسس مدينة ليس بينه وبينها ماء فهدى الله تعالى عمرو بن العاص لاختيار مكان يقع عند رأس الدلتا قرب حصن بابلون يشغل المنطقة الواقعة بين النيل وجبل المقطم^(١٧٠٧).

ومن ثم فإننا نجد أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه لا يجد مصلحة إلا عمل بها ، وكذلك اهتمامه بالعمران فى ضوء جلب المنفعة ودرء المضرة ، وعلى ذلك كان أعمال الموازنة بين المنافع والمضار واقعا تحياها الأمة تحت إدارة ولايتها حتى الحكم العثماني^(١٧٠٨) ، وما كان يخطر ببال أحد أن تطبق الدولة الإسلامية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال التخطيط العمرانى مع مراعاتها لضوابط تأسيس المدينة الإسلامية ، وكان هذا واضحا جليا فى ظل النماذج التطبيقية التالية :

المثال الأول : العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى نقل السكان من مكان إلى مكان آخر :

حينما تم الفتح للعراق وأسست بعض المدن مثل البصرة والكوفة ، صاحب ذلك ترتيب نزول السكان فى تلك الأمصار الجديدة^(١٧٠٩) ، وكان رأى أمير المؤمنين عمر نقل الناس إلى المصر الذى يحقق لهم المصلحة ، ويدراً عنهم المفسدة ، وكان من رأيه أن تنزل كل قبيلة فى محلة ، وكان هدفه رضي الله عنه من وراء ذلك الوقاية من انتشار الفتنة إذا اجتمع فى المحلة الواحدة أخلاط من الناس ، فيؤدى الأمر إلى انتشار الفتنة وسفك الدماء^(١٧١٠).

وهنا وازن أمير المؤمنين عمر بين منفعيتين : الأولى والمتمثلة فى حق الفرد المسلم فى الانتقال إلى المكان الذى يحب ويريد ، والثانية وهى : حق الدولة فى عدم انتشار الفتنة واغتيال النفس الإنسانية، ومن ثم رجع المصلحة العامة على الخاصة .

(١٧٠٤) البلاذرى - فتوح البلدان - ص ٣٨٨ .

(١٧٠٥) الفسطاط : بضم الفاء تطلق لغة على كل مدينة : ولكنها تطلق بالتعيين على المدينة التى بناها عمرو بن العاص فى مصر عام ٢١ هـ - انظر (لسان العرب ٣٧١/٧) .

(١٧٠٦) عمرو بن العاص هو : عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سهم ، ويكنى أبو عبد الله - أسلم عام الحديبية (ت : ٤٢ هـ) انظر (ابن سعد - الطبقات الكبير ٤٧/٥ : ٨٢) .

(١٧٠٧) انظر (معجم البلدان ٢١٤/٥) .

(١٧٠٨) بدأ الحكم العثماني من (٦٥٦ هـ / ١٢٥٨ م : ١٣٢٩ هـ / ١٩٢٤ م) - راجع فى ذلك (د/ على محمد الصلابي - الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط) .

(١٧٠٩) الأمصار : جمع مَصْر : هي المدينة المعروفة تُذكر وتُؤنث و المَصْرُ واحد الأمصار و المَصْران الكوفة والبصرة و المَصِيرُ بوزن البَصير المعنى وجمعه مَصْران كرغيف ورغفان ثم المَصَارِين جمع الجمع وفلان مَصَّر الأمصار مَصِّراً كما يُقال مدَّن المدُن - انظر (مختار الصحاح ص ١٩٥) .

(١٧١٠) انظر (الماوردي - الأحكام السلطانية والولايات الدينية - ص ١٩١) .

المثال الثاني : العمل بالموازنة بين المنافع والمضار فى تغليب أعظم المنفعتين :

هناك مصالح عامة تتمثل فى المرافق العامة^(١٧١١) ، مثل الأسواق والطريق العام، وأماكن المستشفيات ، وما شابه ذلك من المصالح .

فإذا نزل الناس ليستقروا فى مكان عام فإن للدولة أن تمنع ذلك سواء قبل النزول أو بعده ، إن كان ذلك النزول مضرا بالمستفيدين من المكان ، ولو نزل الناس فى مكان يرى الحاكم أن المصلحة رفعهم وإنزالهم فى مكان غيره فله ذلك^(١٧١٢) ، وهذا معنى ما ذكره الماوردى فى بيانه لقول النبى ﷺ : « منى مناخ من سبق إليها »^(١٧١٣) قال : (والضرب الثانى أن يقصدوا بنزول الأرض الإقامة فيها والاستيطان بها ، فللسلطان فى نزولها بها نظر يراعى فيه الأصلح فى نزولهم فيها أو منعهم منها قبل النزول وبعده ، وإن لم يضر بالسابلة^(١٧١٤) راعى الأصلح فى نزولهم فيها أو منعهم منها ونقل غيرهم إليها)^(١٧١٥).

ويدخل فى ذلك أيضا ما اختص بأفنية الشوارع والطرق وحفر الخلجان ، كما حدث فى مصر وتقديم المصلحة العامة فيه على خوف الأفراد^(١٧١٦) ، فهو موقف على نظر السلطان فى الأخذ بالموازنة بين المنفعة العامة والخاصة ، ودرء المفسدة ودفع أعظمها ضررا^(١٧١٧) .

ونتيجة ما سبق : أن قرار نقل السكان من مكان إلى مكان فى ضوء التخطيط العمرانى إنما هو قرار يعتمد على مراعاة المنفعة ودرء المفسدة . ، وبالفعل كان تنفيذ أمير المؤمنين عمر لهذا القرار عمل إدارى رائع ، وأعطى بفعله هذا مسوغا شرعيا لأى حاكم شرعى أن يفعل مثل ذلك إذا كان سيحقق مصلحة عامة تنفع الأمة وتدفع عنها المضرة ، لقول النبى ﷺ « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى »^(١٧١٨).

ولم يقتصر تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال التخطيط العمرانى على عهد الخليفة الثانى عمر رضي الله عنه ، بل تعدى العمل بها إلى الدولة العثمانية ، فإنه من خلال الأرشيف العثمانى الجزائى ، وجد أن الأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار كان معمولاً به ، وإليك بعض

(١٧١١) المرافق : جمع مرفق وهى المنافع سواء كانت مجتمعة ، أو خاصة وهى تكون تابعة للدور أو الشوارع - انظر (لسان العرب ١١٨/١٠ : ١١٩) .

(١٧١٢) انظر (أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء ١٣٢/١) .

(١٧١٣) سنن الدارمى رقم (١٩٣٧) ١٠٠/٢ ، مسند أحمد برقم (٢٥٧٥٩) ٢٠٦/٦ .

(١٧١٤) السابلة : يقصد بها ابن السبيل .

(١٧١٥) الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ١٩١ .

(١٧١٦) ولقد كانت الغاية من إعمار مصر بشق خليج أمير المؤمنين لربط النيل بالبحر الأحمر هى العمل على = الإصلاح الاقتصادى عن طريق التخطيط العمرانى - انظر (الإمام تقي الدين أحمد بن على بن عبد القادر بن محمد المقرئ - ت ٨٤٥ هـ - الخطط المقرئية - طبعة مصر - بدون تاريخ - ١١٤/١ : ١١٥) ، وانظر (أ.د/ سليمان الطماوى - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة - ص ٣٢٢) .

(١٧١٧) انظر (الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ١٩٢) ، وانظر أيضا (أوليات الفاروق ١٣٢/١) .

(١٧١٨) الزيلعى - نصب الراية - تحقيق محمد يوسف البنورى ١٣٥/١ - دار الحديث القاهرة ١٣٥٧ هـ .

الأمثلة :

المثال الأول : الموازنة بين المنافع والمضار وهدم المباني والبساتين المحيطة بسور مدينة الجزائر .

فلقد بعث أمير أمراء الجزائر في ذاك الوقت بخطاب أشار فيه إلى الاهتمام بتعمير قلعة الجزائر العسكرية وتطهير الخنادق من أجل حفظ وحراسة الولاية ، وكانت هناك بعض الحقائق والبساتين والأبنية على مرمى المدافع ، ومن ثم وجب إزالتها لاعتبارين :

(١) تأمين أمن وأمان الأهالي والرجال^(١٧١٩) .

(٢) كيلا تصبح تلك بمثابة متاريس للأعداء فيما إذا قدر لهم - والعياذ بالله - الاستيلاء على المدينة^(١٧٢٠) .

وفي هذا المثال تتضح الموازنة بين منفعتين عامتين - حفظ حراسة الدولة بتعمير القلعة والحفاظ على بعض الحائق والبساتين والأبنية - غير أن المنفعة في حماية وحراسة الدولة أهم وأعظم ، ومن ثم فإنه من أجلها قد تهدم البيوت وينقل أصحابها إلى أماكن أخرى ، لمصلحة الأمة الغالبة .

المثال الثاني : الموازنة بين المنافع والمضار وأحداث ساقية عامة وتميرها على أملاك خاصة ومحبة :

لقد تم شراء قطعة أرض لإحداث الساقية للماء فيها وحتى يستفيد منها عموم الناس كان الأمر يستلزم إمرارها في أملاك آخرين وهنا كان القرار بإلزام الملاك للأراضي المجاورة التي يستلزم مرور الماء من الساقية العامة على أراضيهم لأجل المصلحة العامة وتعويضهم بالمال مقابل ذلك^(١٧٢١) .

وهنا تعارضت منفعتان عامة وخاصة ولكن قدم الحكم العمل بالعامة دون الخاصة مع المقابل في التعويض وهذا هو عين الموازنة بين المنافع والمضار .

مثال ثالث : الموازنة بين المنافع والمضار وهدم حانوت لتوسيع مدخل القسارية ؛ فإنه من أجل توسيع الطريق العامة لكافة المسلمين تم إقرار هدم دكان وتعويض صاحبه بالمال^(١٧٢٢) .

ونخلص مما ذكرناه من نماذج تطبيقية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال

(١٧١٩) د/ مصطفى أحمد بن حموش - فقه العمران الإسلامي من خلال الأرشيف العثماني الجزائري ١٥٤٩هـ/ ١٩٥٦م : ١٢٤٦هـ / ١٨٣٠م - الوثيقة الثانية - ت ٢٧/٤/ ١٩٨١م - ص ١٠٨ .

(١٧٢٠) د/ مصطفى أحمد بن حموش - المرجع السابق ص ١٠٨ .

(١٧٢١) انظر (فقه العمران الإسلامي من خلال الأرشيف العثماني الجزائري - الوثيقة السادسة والعشرون - ت ١٢١٩هـ - ص ١٩١ : ١٩٥) .

(١٧٢٢) انظر (فقه العمران من خلال الأرشيف العثماني الجزائري - الوثيقة التاسعة والعشرون - ت ١١٧٠هـ ص ١٩٩ : ٢٠٥) .

التخطيط العمرانى فى النظام الإسلامى إلى ما يلى :

١ - أن النظام الإسلامى لم يبتعد كثيرا عن تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال التخطيط العمرانى .

٢ - لقد وضع الإسلام للعمارة أساسا شرعيا يكمل فيه انتماء المسلم لدينه وفكره وثقافته .

٣ - لقد راعى النظام الإسلامى حاجة كل بلد وعمل على معالجتها .

٤ - لقد عمل النظام الإسلامى على تقديم المصلحة العامة على المصالح الفردية، سواء كانت المصالح الفردية لأفراد معينين أم لبلد دون سائر البلدان ، فإنه حين رفض أهل مصر وتخوفوا من الخليفة لم يوافقهم على ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقام المشروع للصالح العام^(١٧٢٣) .

وظاهرة تطبيق الموازنة بين المصالح العامة والخاصة وترجيح العامة لها شواهدا من عصر النبوة الكريم ، ولكننا أفرطنا فى الاستشهاد بتطبيقها فى عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، حتى لا يتطرق شك فى أن ما حدث فى العصر النبوى كان لدواعى خصوصية عصر التأسيس للدولة الإسلامية . وإذا كان للتخطيط العمرانى هذه المعالم والسمات فى النظام الإسلامى فى إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإن لهذا المجال أيضا معالمه ونماذجه التطبيقية فى النظم الوضعية نتعرف عليها من خلال النظر فى المطلب التالى :

(١٧٢٣) انظر (أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء ١/ ١٨٥) .

المطلب الثاني

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار

في النظم الوضعية

العمران في النظم الوضعية له إحياءاته ولاسيما وأنه يحمل الدلالة على التخطيط Urbanism - أى علم تخطيط المدن - الذى ظهر حديثا وأخذ بفكرة العولمة أو العالمية ، وظهر ذلك فى ورود كلمة (المعمورة) التى استعملها أفلاطون خلال مدينته الفاضلة (وكلمة المعمورة : تعنى ما عمر من الأرض ، أو بمعنى العالم ، وتحمل الكلمة فى اللغة دلالة على الدار المبنية أو المسكونة وهذا المعنى أقرب إلى صفة الفكرة العالمية فى المصطلح الغربى Global Village^(١٧٢٤) .

وهذا التخطيط الوضعى للعمران له خصائصه التى تميزه فى فلسفتين متناقضتين أولاهما : الفلسفة الليبرالية التى تمجد الحرية الفردية كأداة للوصول إلى السعادة .
أخرهما : الفلسفة المثالية الاشتراكية التى تمجد الجماعة وتقيد الحرية الفردية للوصول إلى السعادة البشرية العالمية ، وكلاهما معلم من معالم العمران الغربى والوضعى^(١٧٢٥) .
وإنه باستقراء ما كتب عن التخطيط العمرانى فى النظم الوضعية نجد أن نظريتنا التى هى محل البحث كان لها الفوز بقصب السبق فى هذا الميدان ، وخصوصا عندما تتعارض مصالح الفرد مع مصالح المجتمع وهو ما نتعرف عليه فى الفرعين التاليين :

(١٧٢٤) انظر (د/ على عبد الظاهر ثوينى - العمارة والمعماري فى التراث والمفهوم الإسلامى - مجلة منار الإسلام الإماراتية - عدد ٣٤٤ - شعبان ١٤٢٤هـ / أكتوبر ٢٠٠٣م - ص ٢٢) .

(١٧٢٥) راجع فى ذلك (ماريالويزا برنيرى - المدينة الفاضلة عبر التاريخ - ترجمة د/ عطيات أبو السعود ، د/ عبد الغفار المكاوى - سلسلة عالم المعرفة - إصدار المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب - الكويت - عدد ٢٢٥ سنة ١٩٩٧م - ص ٢٩ : ٢٥٧) .

الفرع الأول

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا

لم يأخذ مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية فحسب ، بل تعددت تطبيقاته إلى مجالات أخرى ومنها التخطيط العمراني^(١٧٢٦)، لتصبح الموازنة بين المنافع والمضار وكأنها أصل عام في قضاء مجلس الدولة ، ولقد فاز مجال التخطيط العمراني بنصيب أكبر من تطبيق للموازنة في ميدانه عن غيره من المجالات الأخرى ، وكان القضاء في هذا المجال وفاقاً عند حد ما إذا كان القرار الذي يمهّد لإنشاء طريق عام ، أو تخطيط حديث للمدن أو نقل الأسواق من مكان إلى مكان يحقق منفعة عامة أولاً ، ويرفض الخوض ما إذا كان هذا التخطيط ملائماً مناسباً ، ولا يقل أهمية عن الأضرار التي يلاقيها الأفراد من جراء هذا القرار .

وما لبث أن صار هذا الموقف منتقداً ولاسيما في ظل التوسعات العمرانية الحديثة من إقامة مدن ، وطرق سريعة التي في مقابلها تنزع ملكيات المئات من الناس^(١٧٢٧)، ومن ثم أمام هذا التطور الهائل للعمران بسط القضاء الإداري رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بالتخطيط العمراني في إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

أسباب إعمال الموازنة بين المنافع والمضار في مجال التخطيط العمراني :

- (١) أن يلبي التخطيط العمراني حاجة من حاجات السكان حتى تنزع الملكية من أجله^(١٧٢٨) .
- (٢) إن مسألة تخطيط أو تنظيم المدن ليست له قوانين جامدة وإنما تتسم قوانينه بالمرونة وعدم الثبات حتى تكون قادرة على الملائمة والتكيف مع ما قد يحدث في المجتمع من تطورات اجتماعية واقتصادية وبيئية ، وإذا كانت قوانين التخطيط العمراني غير ذلك لأصبحت عقبة كئود أمام ارتقاء وتطور المجتمعات^(١٧٢٩) .
- " وهذه المرونة لا تتحقق في الواقع إلا إذا أجازتها القواعد القانونية ذاتها والخاصة بتخطيط أو تنظيم المدن إمكانية مخالفتها أو الخروج على مقتضياتها إذا ما كان ذلك أمراً لازماً وضرورياً " ^(١٧٣٠) .
- (٣) إن القواعد المرنة للتخطيط العمراني غالباً ما تكتفي بإقراره دون أن تضع شروطاً وضوابط محددة لمنحه أو منعه تاركة للإدارة مطلق الحرية في ذلك .
- (٤) إن الصورة الإجمالية لقانون التخطيط العمراني وتنظيم المدن تعطي للإدارة سلطة تقديرية

(١٧٢٦) راجع في ذلك (د/ محمود سلامة جبر - رقابة الغلط البين - ص ١٦٥) ، وأيضاً (د/ أحمد أحمد الموفي - فكرة المنفعة العامة ص ٢٢٢) .

(١٧٢٧) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري - ص ١٨ : ١٩) .

(١٧٢٨) انظر : (Rene' chapus : Droit Administratif GENERAL . 1988 . P. □512)

(١٧٢٩) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٢٤) .

(١٧٣٠) أ.د/ رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣٢٤ .

واسعة لبيانها أو تحديدها ، وحتى لا تنقلب هذه الحرية إلى إجراء تعسفي لا تحترم فيه الحقوق ، ولا تصان فيه الملكيات للأفراد ، حرص القضاء الإدارى على إيجاد وسيلة يحد بها من سلطة الإدارة التقديرية فكانت الموازنة بين المنافع والمضار^(١٧٣١) ولقد وجد القضاء الإدارى نفسه فى هذا المجال أمام أمرين متعارضين :

الأول : مصلحة الأفراد فى تمتعهم بالاستثناء من قواعد التنظيم العمرانى ، وهى مصلحة تجسد حق الملكية الخاصة الواجب حمايته من قبل القضاء .

الثانى : مصلحة عموم المواطنين فى تنظيم عمرانى معين ، يتمثل فى تمتع المواطنين ببيئة عمرانية حضرية ملائمة ، أو بمستوى معين من الحياة الاجتماعية فى هذه البيئة^(١٧٣٢) .

وبناء على ذلك فقد بدأ القضاء الإدارى يسط رقابته على قرارات الإدارة فى هذا المجال بادئا فى مجال الإثبات مطالبا الإدارة بضرورة الإفصاح عن الأسباب التى استندت إليها لمنح أو رفض الإجراء الاستثنائى لقواعد التنظيم العمرانى ، فإذا أتت الإدارة بأسباب منطقية كان لها الإذعان بمشروعية قرارها ، وإن لم تأت بأسباب منطقية ومعقولة كان الإلغاء لقرارها من قبل القضاء ، والملاحظ أن القضاء الإدارى فى حالة عجز الإدارة عن الإفصاح عن أسباب منح أو رفض الإجراء الاستثنائى للتخطيط العمرانى ، فإنه يقوم من تلقاء نفسه بفحص كافة القواعد القانونية فى هذا المجال ، ثم يستخلص منها الشروط المبيحة للسلطة الاستثنائية ، حرصا من القضاء على أن أى إجراء استثنائى يجب أن يؤسس على أسباب مستمدة من التشريعات التى تحكم التخطيط العمرانى ، وهو ما يشكل قيда يحد من حرية الإدارة حينما تباشر سلطتها التقديرية فى هذا المجال^(١٧٣٣) .

ومن ثم صارت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار منهجا راقيا للقضاء الإدارى ظهرت معالمه فى ظل تطبيقات للقضاء حتى فى مجال التخطيط العمرانى ، نذكر منها على سبيل المثال ما يلى :

المثال الأول : قضية تدمير وسط مدينة (L'ilot)

(Groupement de la defense de l'ilot firminy – centre)

وفى هذه القضية قررت الإدارة إعادة تدمير وسط المدينة ولأجل ذلك كان من اللازم إزالة بعض المساكن التى سترتب عليها الإضرار بأصحابها ، وهنا خرج القاضى الإدارى عما كان مألوفاً من إقراره بأن المشروع يحقق منفعة عامة ، بل أخذ يعدد مزايا المشروع التعميري من أنه سيحقق الاستخدام الأمثل للمنطقة ، وأنه سيسمح بإقامة مكان لانتظار السيارات ، وكون تدمير

(١٧٣١) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣٢٥) .

(١٧٣٢) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣٢٥) .

(١٧٣٣) انظر :

LABETOULLE (Daniel) : Le Pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et interventionnisme économique . colloque du 5.3.1977, I.F.S.A., Aix-en-Provence, éd. Cujas ,1978 .p.33

وسط المدينة يؤدي إلى إزالة المساكن ، فإنها غير صحية ، مما يترتب عليه تغليب المنفعة العامة على الأضرار الخاصة ، وبناء على ذلك فقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بعدم إلغاء القرار الإداري بالتعمير^(١٧٣٤) .

المثال الثاني : قضية (Epoux thony et Epoux Hartmann – six) .

وفي هذه القضية قامت البلدية بمشروع تقسيم أراضي للمحلة من أجل أن تقيم عليها عدة مساكن ، ومن ثم تقدم الطاعنون وادعوا في طعنهم عدم شرعية القرار لغياب المنفعة العامة ، وذكروا أيضا أنه كان من الأفضل إقامة المشروع إما على أرض أخرى ، أو على الأرض المملوكة للبلدية نفسها دون اللجوء إلى نزع ملكية الأفراد لأجل هذا التخطيط .

ومن الملفت للانتباه أنهم طالبوا مجلس الدولة الفرنسي بأن يحدد بوضوح مدى التطور القضائي الذي أخذ به في نظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(١٧٣٥) . وباستقراء ما ذكر في هذه القضية نجد أن القضاء الإداري كان في السابق يرفض بحث ما إذا كان هناك تخطيط معين أو مكان آخر يقام فيه المشروع ويحقق فائدة أكبر أو أضرارا أقل من ذلك الذي اختارته الإدارة ، وإن الفرد هنا أيضا أصبح يدعى أن الإدارة تملك وقت إصدار القرار بنزع الملكية من الأفراد – عقارا يمكن أن يقام عليه المشروع دون حاجة إلى نزع الملكية بأي شكل من الأشكال ، وهذا ما ادعاه الطاعنون بالفعل .

ومن ثم انتقد مفوض الدولة موقف المجلس السابق ، ورأى أن عدم إجراء القضاء للمقارنة بين الموقع الذي اختارته الإدارة والموقع الآخر الذي يدعيه الأفراد، لا يتفق مع المنطق، بل رأى مفوض الدولة أن الرقابة التي ارتضاها مجلس الدولة لنفسه منذ ١٩٧١م تسمح له بالبحث عن اختيار الموقع الأفضل الذي يحقق المنفعة المثلى^(١٧٣٦) .

وبالتالي فإنه من باب أولى يملك مناقشة مدى لزوم نزع ملكية الأفراد ، عندما تملك البلدية الأرض الكافية لتنفيذ المشروع ، فطالما يملك الأكثر فلا حرج عليه إذا مارس الأقل .

وبالفعل أخذ المجلس برأى مفوض الدولة في القيام بإجراء مفاضلة بين عدة مواقع ، ومنها : النظر فيما تملكه البلدية من أرض ، ولكنه توصل في النهاية إلى إقرار المشروع ورفض الطعن المقدم من الأفراد ضد البلدية ؛ لأن الأرض التي تملكها لا يمكن أن ينفذ عليها المشروع

(١٧٣٤) انظر :

- (C.E:  , Groupement de la defense de L'ilôt Firminy – centre , A . J . D . A ) .

وراجع في ذلك أيضا (د/ أحمد أحمد الموفى – فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية – ص ٢٢٢) .

(١٧٣٥) انظر :

- (C . E . 20 11 . 1974 , Epoux thony et Epoux Hart mann six , R . A . 1975 , P. 373 , concl . D . LAETOULLE) .

(١٧٣٦) انظر في نفس المعنى :

- (J. LEMASURIER : Bilan – coût – avantages et necessite Publique , R . A . 1979 , P . 504) .

بشروط مماثلة حيث الأرض أقل مساحة وأكثر انحدارا^(١٧٣٧) .

ومن المثاليين السابقين يتضح لنا أن مجلس الدولة استطاع أن يبسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على حرية الإدارة في مجال التخطيط العمراني فقيدها الحركة الغير معقولة ، وبين لها أن أى إجراء استثنائي لقواعد التنظيم العمراني لا يمكن اتخاذه قرار بشأنه إلا إذا كان هناك رصيد إيجابي واضح وظاهر لصالح المنفعة العامة^(١٧٣٨) ، وإذا كان القضاء الإداري قد رفض الطعن في قضية : (Epoux thony) فإنه ألغى قرارات كثيرة للإدارة في هذا المجال منها :

أ - إلغاؤه لقرار الإدارة بإنشاء طريق محلي قصد به توصيل منزلين بالطريق العام وذلك لأضراره الكبير بالملكيات الخاصة .

ب - إلغاؤه لقرار إقامة حديقة عامة على أرض تستخدم كل عام لقضاء العطلة الصيفية لقلة المنفعة وعظم التكاليف المالية والمضرة .

ج - إلغاؤه قرارا إداريا بإقامة وصلة طريق تعارض التخطيط العمراني العام للمنطقة ، وأيضا تؤدي هذه الوصلة إلى حرمان حديقة عامة من جزء من أرضها ، وكذلك اقتطاع جزء من حديقة قصر يعد من الآثار التاريخية ، وفي هذه القضية وازن القضاء الإداري بين منفعتين ومضرتين . بين المنفعة التاريخية للآثار وبين إقامة هذه الوصلة للطريق العام ، وكذلك بين مضرة الأفراد من الانتفاع بالحديقة العامة ، ومضرة عدم وجود هذه الوصلة ، ومن ثم غلب المنفعة التاريخية لعظمها ، ودفع مضرة الأفراد بالانتفاع بالحديقة العامة^(١٧٣٩) .

الفرع الثاني

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار في مصر

من البدهيات أن الصالح العام هو الهدف الذي تسعى إليه كافة أجهزة الإدارة في سائر الدول على اختلاف مذاهبها الشمولية أو الديمقراطية ومن بينها مصر ؛ لأن الهدف من وجود الدولة هو تحقيق الخير العام للجميع ، وما سائر المؤسسات في الدولة على اختلاف أنواعها ودرجاتها سوى وسائل لتحقيق هذا الهدف ، وما عليها إلا أن تختار من بين المنافع العامة أكثرها تحقيقا للصالح العام ، نظرا لما يعود على المجتمع من منافع ، ومن بين هذه المنافع التخطيط العمراني من إقامة للمساكن وشق الطرق ، وإقامة الأسواق .

وقد يكون تحقيق ذلك مقيدا لحرية الأفراد في التملك ، أو نازعا لملكياتهم ، ومن هنا فقد يكون أمام الإدارة منفعتان ، وما عليها إلا المفاضلة والموازنة بين المتعارضتين ، لتختار

(١٧٣٧) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٩٤ : ٢٩٥) .

(١٧٣٨) انظر (د.أ/ رمضان محمد بطيح - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة - ص ٣٢٨) .

(١٧٣٩) راجع في ذلك (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٤٢ : ٢٤٣) .

أكثرهما تحقيقاً للصالح العام^(١٧٤٠) ؛ فإذا حادت عن جادة الصواب وقف لها القضاء الإداري موقف المصحح للمسار ، المقوم للاعوجاج دونما إغلال لسلطتها التقديرية .

ولم تكن مصر بمنأى عن هذا الهدف وسبل تحقيقه ، وللقضاء الإداري سلطته الرقابية في هذا المجال ، غير أن رقابته في الماضي كانت تقف عند حد التأكد من وجود منفعة عامة هي سبب القرار ، والمنفعة العامة غالباً هي : (حالة واقعية تتمثل في حاجة الجمهور إلى إنشاء مرفق عام ، أو تحسينه ، أو إقامة مشروع عام ؛ كإنشاء مدرسة ، أو مستشفى ، أو توسيع شارع ، أو غير ذلك ؛ وعليه فإنه لكي تقول الإدارة بتوافر المنفعة العامة التي تبيح نزع الملكية الفردية ، يتعين أن توجد هذه الحالة الواقعية فعلاً ، وللقضاء كامل الحق في أن يراقب وجود مثل هذه الحالة ، بل يجب أن يتأكد فعلاً من وجودها ، فإذا ثبت له عدم وجود مثل هذه الحالة الواقعية فإن له أن يلغى قرار المنفعة العامة ، ولا تتمتع الإدارة بأى سلطة تقديرية في خصوص القول بوجود الحالة الواقعية ، فمتى ادعت وجودها فقد أصبح الأمر تحت بصر القضاء وسمعه ليتثبت من حقيقتها)^(١٧٤١) .

ومن ثم فإذا رأت الإدارة أن تتدخل لسد حاجة ما بإقامة مشروع أو بتوسيع شارع فإن القضاء الإداري يمتنع عليه مناقشتها فيه ، ولا يملك إلا التسليم بتوافر هذه المنفعة .

لكن رقابة القضاء الإداري في السنوات الأخيرة استطاع أن يخطو خطوات بطيئة نحو إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في ميدان العمران ، ومع بطء خطواته إلا أنها حكيمة ورشيدة في ظل أنظمة حاكمة لم ينضج لها عقل لاستيعاب مثل هذا التطور الرقابي من القضاء الإداري على قرارات الإدارة في مجال العمران .

وهذا ما جعل البعض يقول بأن القضاء الإداري في مصر لا يعرف ما يسمى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وأن النظرية وتطور تطبيقها في فرنسا أدى إلى هجرها ؛ ذلك لأنها نظرية عقيمة قاحلة أدى بها جذبها إلى تدخل المشرع الفرنسي ليتدارك سلباتها ، وأصدر قانون ١٠ يوليو ١٩٧٦م المعدل بقانون ٢٠ أكتوبر ١٩٧٧م ، ولقد فرض هذا القانون على الإدارة في فرنسا القيام بدراسات جدوى لمشروعات الأشغال العامة التي تنفذها أو ترخص بها مع بيان مضار هذه المشروعات وآثارها وبخاصة بالنسبة للبيئة^(١٧٤٢) .

(وهذا التعديل التشريعي الذي أصدره المشرع الفرنسي يؤكد عجز نظرية الموازنة بين المنافع والمضار عن مواجهة التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ؛ وبخاصة في المجال

(١٧٤٠) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري - دراسة مقارنة - ص ١٥٠ : ١٥١) .

(١٧٤١) د/ عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - دراسة مقارنة - ص ٣٦٤ : ٣٦٥ .

(١٧٤٢) انظر (المستشار / محمود سلامة - مدى مشروعية قرار تقرير المنفعة العامة لجزييتي الذهب والوراق - مقال نشر بجريدة الأهرام - عدد الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م - ص ١٥) .

الاقتصادى وشئون البيئة وضيقها عن استيعاب هذه الأوضاع الجديدة^(١٧٤٣) .
والحقيقة أن هذا القول جانبه الصواب لأمرين :

أولهما : أن إصدار المشرع الفرنسى قانونا يلزم الإدارة بدراسة المشروع المزمع تنفيذه من حيث منفعه ومضاره إنما هو حجة للنظرية لا عليها ، ولا سيما وأنها من ابتكار القضاء الإدارى الفرنسى الملهم الفعلى للقانون الإدارى .

آخرهما : أنه باستقراء أحكام مجلس الدولة الفرنسى وُجد بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار امتد تطبيقها لا ليشمل نزاع الملكية فحسب ، بل ليصل إلى مجال التخطيط العمراني والاقتصادي وأيضا مجال تسريح العمال ، والارتفاقات الإدارية ، فلقد مد المجلس تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار لرقابة مشروعية الاستثناء من قواعد التخطيط العمراني ومنها قضية (ville de Limoge)^(١٧٤٤) ، واشترط المجلس حتى يكون الاستثناء مشروعاً ومحققاً للمنفعة العامة (ألا تكون الأضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمراني مفرطة بالنسبة للمنفعة التي يحققها)^(١٧٤٥) .

وفى قضية (Gorliet Bonifay)^(١٧٤٦) وسع المجلس فى فرنسا نطاق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجال الارتفاقات الإدارية ، فحينما اختارت الإدارة تخطيطاً لمرور خطوط الكهرباء مع تفاديها بعض المنشآت لإنتاج المواد الهيدروكربونية ، وفيه طعن الأفراد مدعين بأنه تخطيط طويل ومكلف ، وقصد به تحقيق منفعة لشركة خاصة، ورفع الطعن إلى محكمة مرسيليا فرفضت إلغاء القرار بحجة أنه مشروع يتعلق ، وبمطلق اختيار الإدارة وفقاً لما درج عليه مجلس الدولة الفرنسى سابقاً ، وهو تطبيق رقابة الحد الأدنى على الارتفاقات الإدارية ، وهى رقابة الخطأ الظاهر فى التقدير ، أو قضاؤه بأن عناصر الاتفاق يجب أن تتعين جيداً ، بما يكفل أن يقام المشروع بشكل أفضل^(١٧٤٧) .

ولكن مفوض الدولة فى هذه القضية طالب المجلس بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع

(١٧٤٣) المقال السابق - جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١ م - ص ١٥ .

(١٧٤٤) انظر :

- (C.E. ASS, 18-7-1973 , Ville de limoges , A.J.P.I. 1974 p 808 , A.J.P.I 1974, P. 782 note Robert SAVY, R.D.P 1974 , P 558 , concl . Michel Rovgevin - BAVILLE , J.C.P 1973 , 11 , 17575 , note LIET - VEAUX, CABANES et LEGER: chr , generale de la  administrative Francaise , A.J.D.A  , p 480 , D.S .  ,note J.G collignon) .

وراجع أيضا :

- (Marcel WALINE: L'appréciation des intérêts généraux concernés parue derogation aux regles D'urbanisme ,R.D.P 1974,PP.259 - 271).

وانظر أيضا (د/ أحمد أحمد الموافى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٢٩ : ٣٣٠) ، وانظر أيضا (أ.د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٢٧ : ٣٢٨) .

(١٧٤٥) د/ أحمد أحمد الموافى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٣٠

(١٧٤٦) C.E.ASS . 24-1-1975 Goriliet et Bonifay Precite .

(١٧٤٧) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٣١) .

والمضار على هذه القضية ؛ إذ إنه رأى أن إقامة خطوط الكهرباء وما تستلزمه من تثبيت أعمدة وتمديد أسلاك كهربائية تضر ضررا بالغاً بمنافع الملاك المجاورين بما يؤدي نزع ملكياتهم.

وبالفعل تابع المجلس رأى المفوض مقرراً (أن التخطيط لا يكون مشروعاً إلا إذا كانت الأعباء التي يسببها لمنافع الأفراد ليست مفرطة بالنسبة للمزايا التي يحققها المشروع)^(١٧٤٨) .

وبالنظر إلى هذه الصيغة نجد أنها جاءت عامة مما يجعلها سهلة التطبيق على ارتفاعات أخرى ، وإن كانت لم تشر إلى العناصر المختلفة التي تدخل في الموازنة بين المنافع والمضار كالملكية الفردية ، والأعباء الاجتماعية ، ومع ذلك فإن المجلس أكد بها قضاءه الذي انتهى إليه في مجال نزع الملكية بإخضاع موقع إقامة المشروع لرقابته^(١٧٤٩) .

وهكذا استمر مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بالنظرية في أحكامه حتى صارت مبدأ عاماً للقانون الإداري ، ومن ثم يرى " فالين " بأنها ستمتد إلى مجالات أخرى عديدة، بل صارت النظرية اتجاهاً قانونياً منه نص المادة الرابعة من القانون رقم ٧٧ - ٨٠٦ والخاص بمعاينة الاتفاقيات الاقتصادية غير المشروعة على أن : (المشروع المقترح يمكن ألا يؤدي إلى تطبيق أحد الإجراءات المنصوص عليها ، إذا كان يساهم في التقدم الاقتصادي والاجتماعي مساهمة كافية تعوض الأضرار التي يسببها لمبدأ المنافسة الحرة)^(١٧٥٠) .

فهل بعد هذا يجوز لآحاد الفقهاء أن يقول بأنها نظرية قاحلة عقيمة ، والحقيقة أن مجلس الدولة المصري ، وإن كان لم يأخذ بالنظرية اسماً وعلماً مما جعل البعض يظن أنه لم يطرق بابها ، إلا أنه أخذ بها في السنوات الأخيرة مضموناً وموضوعاً ، فلا يعني الوقوف على الاسم ؛ بل الأهم من ذلك المسمى - ومن المشهور أن العبرة بالمسميات لا بالأسماء وأن استخدامنا للمصطلح استخدام كاشف لا منشئ - وهو ما حدث بالفعل ، فلقد أخذ مجلس الدولة المصري بمبدأ تقييم القرار الإداري من حيث (مزاياه ومساوئه)^(١٧٥١) ، وهو جوهر نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وظهر ذلك في التطبيقات التالية ، وبخاصة في مجال التخطيط العمراني ، ومنها على سبيل المثال ما يلي :

المثال الأول : قضية (عزبة خير الله)

إنه قبل الحكم الخاص بعزبة خير الله (١٩٩١/٣/٩ م) كان للقضاء الإداري موقفاً لا يختلف كثيراً عن موقف القضاء الفرنسي قديماً ؛ وهو الوقوف عند حد التأكد من صحة الوقائع

FRANC et Boyon : chr . générale de la jurisprudence : انظر (١٧٤٨)

prancaise , A.J.D.A 1975 , P. 131 .

(١٧٤٩) راجع في ذلك :

Andre de LAUBADERE : traite elementaire de droit Administratif , T

11 .L.G.D.J.ed, Paris. 1980, P . 254).

J.O : du 20-7-1977 P . 3833 .

(١٧٥٠) راجع في ذلك :

(١٧٥١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية - الاتجاه الحديث لمجلس الدولة فى مصر وفرنسا - ص ٢٧) .

وأن القرار الإداري يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة ، وخصوصا إذا تعلق الأمر بنزع الملكية من الأفراد ، أو إزالة التعدي على أملاك الدولة^(١٧٥٢) .

وباعتبار أن قضية (عزبة خير الله) تشير في جانب منها إزالة التعدي على أملاك الدولة ، وفي جانب آخر إزالة ما قد عمره الناس في هذه البقعة من مساكن على نفقتهم الخاصة ، وما يترتب على ذلك من مضار تلحق بالأفراد ومنافع تريد الإدارة تحقيقها .

ومن ثم فإن الأمر يقتضي أن نذكر بإيجاز شديد بعض المبادئ التي كانت مستقرة في هذا الشأن قبل صدور حكم من القضاء الإداري يخص عزبة خير الله ، وأيضا المبادئ التي أرساها هذا الحكم فيما بعد ، وذلك بعد ذكر وقائع القضية^(١٧٥٣) .

أولا : وقائع قضية (عزبة خير الله) .

تتلخص وقائعها : في أن محافظ القاهرة أصدر قرارا لصالح شركة (المعادى للتنمية والتعمير) يقتضي تسليم الأرض المملوكة للدولة المعروفة بعزبة (خير الله) الكائنة بمنطقة دار السلام ، التابعة لمحافظة القاهرة - وإزالة التعديت على هذه الأرض، وهدم ما عليها من منشآت ومباني يبلغ عددها ما يقارب عشرين ألف مسكن ، ويقطن بها ما يقرب من خمسين ألف نسمة .

وأمام هذا القرار وما يتبعه من آثار تضر بحوالي خمسين ألف نسمة ، تقدم اثنان منهم بطعن في قرار المحافظ ، وطلبا من القضاء الإداري بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وأيضا إلغاء القرار واعتباره عديم الأثر وكأنه لم يكن ، وذلك للأسباب التالية :

١ - لأن القرار يمس آلاف الكادحين الذين أقاموا مساكنهم من أموالهم الخاصة من عشرات السنين وقيمون فيها بالكد^(١٧٥٤) ، بما يحفظ كرامتهم ويلم شملهم.

٢ - إن المحافظة التي تقوم بالهدم والتشريد سبق وأن أصدرت قرارا بحماية هذه الجموع لمبانيهم التي شيدوها على أرض الدولة ، وهو القرار رقم (٨٩٢) بتاريخ ١٩٧٠/٥/٢٣ م ، وفيه قررت المحافظة عدم إزالة أية تعديت على أرض الدولة مكتفية بالحصص للسكان ، وتحصيل رسم انتفاع منهم ، ونسبة ٥٪ عن المدد السابقة .

٣ - أيضا سبق للمحافظة أن أصدرت قرارا رقم (٥٣) بتاريخ ١٩٧٣/٥/٢٩ بالموافقة على بيع مثل تلك الأرض للأفراد طالما أقيمت عليها مبان تشغلها أرواح ، بضمن قدره سبعة جنيها للتر ، وقد تم تنفيذ هذا القرار في مناطق أخرى كعزبة دسوقي المجاورة لعزبة خير الله ، وعزبة ناصر ، ومنطقة مقابر اليهود من ذات عزبة خير الله .

(١٧٥٢) راجع في ذلك (د/ عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة) ، وأيضا (د/ محمد إبراهيم سليمان - الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ١٩٦٢م).

(١٧٥٣) انظر (الإدارية العليا : ١٩٩١/٣/٩ م - الطعن رقم ١٨٧٥ ، ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق - دائرة منازعات الأفراد والعقود والتعويضات) حكم غير منشور .

(١٧٥٤) الكد : الشدة في العمل وطلب الرزق والكسب : انظر (ابن منظور - لسان العرب - ٣/٣٧٧) ، (أبو عبد الرحمن بن أحمد الفراهيدي - كتاب العين - تحقيق د/ مهدي المخزومي ، د/ إبراهيم السامرائي - ٢٧٣/٥).

٤ - إن قرار الهدم والإزالة ولد معدوما لافتقاده شرط المصلحة العامة اللازمة لإصدار مثل هذا القرار ، إذ لا يعقل أن يتم تشريد عشرات الآلاف من الأرواح وهدم عشرات الألوف من المنازل بما يتناقض مع سياسة الدولة في التعمير ، وذلك في سبيل إرضاء شركة لتقسيم الأراضي أو مشروع استثماري ، وفي عهد سيادة القانون^(١٧٥٥) ؛ فإن حماية أعراض النساء ، وأرواح الأطفال أولى من فكرة عابرة جاشت بفكر من أصدر القرار^(١٧٥٦) .

وبناء على الأسباب الأربعة للطعن المقدم استجابت محكمة القضاء الإداري لطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وبالفعل تم وقف القرار ، وهو ما لم يلق قبولا من جانب محافظة القاهرة ، وأيضا الشركة التي صدر القرار من المحافظة لصالحها ، فطعن كل منهما على قرار المحكمة الإدارية بوقف تنفيذ قرار المحافظة^(١٧٥٧) .

ثانيا : حكم محكمة القضاء الإداري :

إنه بالنظر إلى حكم المحكمة نجد أنه قد خالف المبادئ المستقرة من قبل في شأن قرارات نزع الملكية وإزالة التعدي عن أملاك الدولة ، ومنها ما يلي :

أ - متى صدر قرار نزع ملكية العقار للمنفعة العامة متوافرة فيه شروط إصداره طبقا لأحكام القانون فإنه ينتج أثره^(١٧٥٨) .

ب - عندما تبسط المحكمة رقابتها على مشروع القرار الصادر بإزالة التعدي على الأراضي المملوكة للدولة لا تفصل في النزاع حول الملكية ، ولا تتغلغل في فحص المستندات المقدمة من الخصوم بقصد الترجيح فيما بينهما لإثبات الملكية ، ويترتب على ذلك ، أن رقابة المشروعية التي تسلطها محكمة القضاء الإداري على هذه القرارات تجد حدها الطبيعي في التحقق من أن سند الجهة الإدارية هو سند جدي له شواهد المبررة لإصدار القرار بإزالة التعدي إداريا^(١٧٥٩) .

فإنه بخلاف هذه المبادئ نجد أن الحكم الصادر بشأن عزبة خير الله وبخاصة في الشق المستعجل المتعلق بوقف التنفيذ ، قد أسس على اعتبارات لم يسبق للقضاء الإداري في مصر

(١٧٥٥) الطاعنون يقصدون حينما يكون القانون فوق الجميع وفي خدمة مصالح الشعوب .

(١٧٥٦) انظر (الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري " دائرة منازعات الأفراد والهيئات " جلسة بتاريخ ١٥/٣/١٩٨٤ م - الدعوى رقم (١٦٨١) لسنة ٨٣ ق) حكم غير منشور .

(١٧٥٧) الطعن رقم (١٩١٤) لسنة ٣٠ ق - والطعن رقم (١٨٧٥) لسنة ٣٠ ق ، وفيهما قررت المحكمة العليا بعد فحص الطعنين أمام دائرة فحص الطعون التابعة لها في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٦/٦/١٩٨٦ م - قررت ضم الطعنين أمام المحكمة ليصدر فيهما حكم واحد ، وتم تداول الطعنين أمام المحكمة العليا حتى أصدرت حكمها بتاريخ ٩/٣/١٩٩١ م) .

(١٧٥٨) د / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإداري - ص ٤٧ ، وراجع في ذلك أيضا (د/ عزت صديق طنبوس - نزع الملكية للمنفعة العامة - ص ٣٦٤ : ٣٦٥) ، وذكر المؤلف أنه أمر خاص بالتخطيط العمراني أن يصدر من السلطة المخولة بإصداره قانونا .

(١٧٥٩) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإداري - ص ٤٧) .

أن تطرق إليها أو استند عليها ، ونستخلص من الحكم ما يعضد مرادنا ويثبت أركان نظريتنا فيما يلي :

١- إنه وإن كان من المسلم به قانوناً أن للجهة الإدارية حق إزالة ما يقع من تعديات على أملاك الدولة بالطريق الإداري ، إلا أن سلطتها في ذلك وإن كانت تقديرية ، فإنها تخضع لرقابة القضاء الإداري ، ذلك لأن الأصل في نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام ، ويكون جوهر وظيفة الإدارة العامة هو إشباع الحاجات العامة تحقيقاً لهذا الهدف ، وبالتالي فإنه يجب على جهة الإدارة أن تصدر تصرفاتها بما يراعى الصالح العام ويناسبه (١٧٦٠) .

وهنا استطاع القضاء أن يمد رقابته على سلطة الإدارة التقديرية وأن نشاطها المسبب بتحقيق المنفعة العامة أصبح محلاً للرقابة القضائية ، وهو ما وضح في نص الحكم السالف ذكره حين قال : (إن الأصل في نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام) ثم بين أن وظيفة الإدارة هي الوصول بقراراتها إلى تحقيق هذا الهدف .

ولم يكتف الحكم بذكر الوجه الحسن للقرار الإداري بأنه يحقق مصلحة عامة ، وإنما انتقل إلى الجانب السلبي للقرار ، والمتمثل في تشريد عدد كبير من السكان القاطنين عزبة خير الله ، فقالت المحكمة .

٢- وإنه وإن استهدف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لا ريب فيها ، قوامها الحفاظ على ملك الدولة ، إلا أنه في الجانب الآخر فإن القرار الطعين في استهدافه تحقيق ذلك الوجه للمصلحة العامة قد ضحى بوجه مصلحة عامة أخرى يتمثل في وجوب عدم تشريد عدد كبير من المواطنين بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم ، إذ سيجد ذلك العدد الضخم من المواطنين نفسه من جراء تنفيذ القرار وقد فقد مأواه وحمل متاعه وساق أسرته إلى غير مقر ، وفي هذا النص تحاول محكمة القضاء الإداري أن تضع القضية على كفتي الموازنة بين المنافع والمضار ، وفعلاً وضعت القضية موضع الترجيح بين منفعتين ، وضعتهما عملاً لا علماً ، جوهرها ومضمونها لا اسماً ولا شعاراً ، وتؤكد ذلك في الفقرة التالية إذ تقول :

٣- إن قيام مجتمع من تناولهم القرار واستقراره على أرض الدولة لم ينشأ فجأة أو في خفية من جهات الإدارة أو أجهزتها ، وإنما هي قد أسهمت في وجوده عندما لم تمنعه في بادئ أمره ، أما وإنها لم تقعد في ذلك ولم تنشط إلى منعه ، فإن منعه الآن يعدُّ إخلالاً منها بمسئوليتها نحو الحفاظ على المواطنين وتدابير شئونهم وإشباع حاجاتهم .

إن مؤدى القرار المطعون فيه هو التضحية بوجه المصلحة العامة الكامن في عدم تشريد العدد الضخم من الأفراد الذين يتناولهم هذا القرار والمدعيان منهم وتغليب وجه مصلحة عامة آخر عليه هو حماية أرض الدولة ورفع التعدي عنها ، بينما الوجه الأول أظهر منه وأولى بالرعاية وأجدر بالعناية وأحق بالتغليب ، ويكون إهماله إخلالاً لا يجوز قانوناً بحكم طبيعة الوظيفة الإدارية

(١٧٦٠) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق - ص ٤٧) .

وبالتالى يكون القرار المطعون فيه قد شابه عوار فى الغاية يبدو معه متكباً صحيح حكم القانون ، بعد إذ لم تكشف الإدارة عن أن قرارها قد استهدف من إخلاء الأرض مصلحة عامة أحق من تلك التى ضحى بها ، ويقع من ثم مشوباً بما يرجح معه إلغاؤه عند الفصل فى الطلب الموضوعى من الدعوى بالإلغاء .

وهنا خرج الحكم من محكمة القضاء الإدارى رافعاً مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار مرجحاً مصلحة الطاعنين فى إلغاء القرار الإدارى بالهدم والإزالة لما يترتب عليه ضرر بالغ بعموم السكان ، فضلاً عن كون عمران عزبة خير الله يحقق مصلحة أخرى أولى بالاعتبار من المصلحة العامة التى تدعيها الإدارة .

ومن ثم أصبح من الواضح بمكان أن محكمة القضاء الإدارى مالت للأخذ بنظرية الموازنة بين المصالح المتعارضة وترجيح بعضها على البعض الآخر ، متى قام بينهما تعارض فى ضوء تقييم آثار القرار الإدارى ، من حيث ما يترتب عليه من منافع ، وما نجم عنه من أضرار ، مستندة فى ذلك إلى ما قد يؤدى إليه القرار المطعون فيه من أضرار اقتصادية واجتماعية ، للطاعنين وغيرهما ممن يشملهم القرار ^(١٧٦١) ؛ لذلك فإننا نخلص إلى المبادئ التى أظهرها حكم محكمة القضاء الإدارى وأهمها ما يلى :

أ - لم يعد القاضى الإدارى وقافاً عند حد التأكد من توافر المنفعة العامة ، ولكنه انتقل إلى البحث عن الأضرار التى قد تصيب مصالح عامة أخرى من جراء أثر القرار الإدارى ، وأصبح يقرر أن القرار المطعون فيه " يكون قد ضحى بوجه مصلحة أخرى " .

ب - إظهار المصلحة الأولى بالتغليب والأحق بالعناية عن طريق الموازنة بين المنافع والمضار بين وجهى المصلحة العامة .

تلك هى بعض المبادئ التى استنبطناها من الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى بخصوص قضية عزبة خير الله ، والتى اتضح منها ، اتجاه المحكمة إلى الأخذ بفكرة الموازنة بين المصالح التى يمسها القرار المطعون فيه ، وإن المحكمة لا تقف عن حد (المنفعة العامة) التى تعود من جراء هذا القرار ، والتى تتمثل فى إعادة تخطيط المنطقة وبناءها وفقاً لتخطيط علمى سليم ؛ بل رأت المحكمة أن هذه " المنفعة العامة " لا توازى الأضرار الاجتماعية الناجمة عن تنفيذ هذا القرار ، وتتمثل فى تشريد آلاف الأسر ، وأن يصبح أفرادها بلا مأوى ، وهو ما يمثل قصوراً من جانب الإدارة عن القيام بأعبائها ^(١٧٦٢) .

والذى يدفع إلى التأكيد على أن القضاء الإدارى المصرى يحاول أن يكسر الأغلال التى قيدته زمناً فى ظل الإدارة الأحادية كلما سنحت له الفرصة ؛ ليؤكد استقلاله وليثبت أركان

(١٧٦١) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٥٠)

(١٧٦٢) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق ٤٨ : ٤٩) .

عدالته ، نجد أن الإدارية العليا حين عرض عليها طعنان تقدمتا به كل من المحافظة وشركة المعادى للإسكان والتعمير ، وسوّد الطعنان بأسباب تنفى على الحكم المطعون فيه ، وكلها تدور حول الخطأ الذى وقع فيه حكم محكمة القضاء الإدارى " فى الموازنة بين المنافع والمضار التى أجراها بين أوجه مصلحة عامة توهمها وحقيقة القائم وهو مصلحة عامة واحدة ، هى حماية أرض الدولة والتمكين من تخطيطها وتعميرها بما يكفل توفير المساكن بصفة عامة ، ومساكن محدودى الدخل بصفة خاصة (١٧٦٣) .

ثم أردف الطاعنان فى تسبب طعنيهما بقول مؤداه أن قرار محكمة القضاء الإدارى قد جانبها الصواب فى ترجيح منفعة السكان التى يسكنون فى عشش ومباني غير مخططة علميا .
فقالا : (وإذا كان تعمير تلك الأراضى يتم بناءً على تلك الأسس التزاما بقوانين التخطيط العمرانى ، فكيف يقال بحماية تعدٍ على هذه الأراضى يتحصل فى شغلها دون تنظيم ولا تخطيط لبعض العشش أو المباني الحقيرة التى يتألف المبنى فيها من حجرة أو حجرتين ، الأمر الذى يفسد تخطيط المنطقة من أساسه ، خاصة إذا روعى أن الشركة التى تقوم بالتعمير ليست مجرد شركة لتقسيم الأراضى أو مشروع استثمارى على ما ذهب إليه المدعيان ، بل هى شركة قطاع عام ، تقوم على تنفيذ مشروع اقتصادي وفقا للسياسة العامة للدولة) (١٧٦٤) .
موقف الإدارية العليا من الطعنين :

ظنت كل من المحافظة وشركة المعادى للتعمير أن هذه الأسباب سوف تجعل الإدارية العليا تحكم بإعادة الأمور إلى ما كانت عليه من قبل إقرار القرار الإدارى الذى بنى على أساس من تحقيق المنفعة العامة ، ولكن محافظة القاهرة فوجئت برفض الطعن بناءً على الوقائع المادية التى آثارها الطعن المقدم إلى المحكمة من حيث تضمين المستندات المطعون ضدهما بشهادة رسمية صادرة من شركة توزيع كهرباء القاهرة بتاريخ ١٩٨٩/٨/٢٢ م بناءً على قرار صادر من محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم (١٠٢٩) لسنة (٤١ ق) وأيضا وجود مستند آخر فى صورة كتاب مرسل من نائب محافظ القاهرة بتاريخ ١٩٨٦/٣/٢٩ م إلى مكتب السيد / رئيس الوزراء ، يفيد أن الأرض التى تقع بها هذه التعديلات تقع بمناطق عزبة خير الله وإسطنبول عنتر ، وأن هذه الأرض تقع فى امتياز شركة المعادى للتنمية والتعمير ، ثم ذكر نائب المحافظ أنه قد أرجئ النظر فى تنفيذ هذه القرارات الصادرة بإزالة التعديلات على تلك المناطق ، وقد أخطرت مديرية أمن القاهرة أن تقوم بعمل دراسات كافية بإمكانية تنفيذ هذه القرارات الأمنية (١٧٦٥) .

وبعد أن فند حكم الإدارية العليا مزاعم الشركة الطاعنة انتقل للرد على الدفوع القانونية

(١٧٦٣) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق ص ٥١) .

(١٧٦٤) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل - المرجع السابق ص ٥٢) .

(١٧٦٥) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٥٤) .

على النحو التالي :

١ - لقد نعى الطعن على حكم محكمة القضاء الإدارى بقوله : " من المقرر أن جهة الإدارة حرة فى تقدير مناسبة الأمر الإدارى وملائمته إصداره ولا سبيل إلى التعقيب على السلطة التقديرية إلا بسبب إساءة استعمال السلطة ، وهو ما لم يقم عليه دليل " (١٧٦٦) .

رد الإدارية العليا :

الحقيقة أن الإدارية العليا أقرت فى حكمها هذه الجزئية التى وردت بالطعن فقالت : (لا محل لرقابة فى القضاء الإدارى على الملائمات التقديرية التى تباشرها السلطة الإدارية المختصة عند إصدار قراراتها سواء من حيث اختبارها لمحل القرار ، أو وقت وأسلوب تنفيذه) ما دام أن ذلك يكون فى إطار من الشرعية وسيادة القانون ، وذلك ما لم تنتكس الإدارة الغاية ، وتنحرف عن تحقيقها إلى غاية أخرى لم يقصدها المشرع خولها تلك السلطة التقديرية أو تعتمد تحقيق غايات خاصة لا صلة لها بالصالح العام) (١٧٦٧) .

ومع إقرار الإدارية العليا بما ورد بالطعن إلا أنها أوردت فى حيثيات حكمها عبارة (إقامة العدالة) حين أرادت تحديد مراقبة السلطة القضائية للإدارة فيما تتخذه من قرارات بناء على سلطتها التقديرية قالت : فإنها - أى السلطة القضائية - تصبح مسئولة عن " إقامة العدالة وحماية الشرعية والمشروعية " (١٧٦٨) وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة للمصريين (١٧٦٩) ، وهى عبارة لا تقف عند حد العدالة المجردة التى تستمد من النصوص الجامدة ولكنها عبارة واسعة المعنى ، تتسع لتشمل العدالة الاجتماعية وغيرها ، ومع إقرار الإدارية العليا بما ورد بالطعن ، فإنه فى هذه الحيشة نقل القاضى من الوقوف فى رقابته عند نطاق الوقائع إلى مد رقابته على مدى ملائمة القرار الإدارى (١٧٧٠) .

أيضا نعى الطعن على محكمة القضاء الإدارى أن حكمها اتجه إلى حماية التعدى على حماية الحق ، وأنه أخطأ فى تحد الهدف من القرار .

رد الإدارية العليا :

لقد تصدت المحكمة الإدارية العليا لهذين الدفيعين ، وردت قائلة : (ومن حيث أن المائل فى وقائع الدعوى بحسب ظاهر الأوراق أن الأرض التى يقيم المطعون ضدهما وآخرون فى مساكن أقاموها بها هى أرض مملوكة للدولة صدرت قرارات جمهورية عامى ١٩٧٢ م ،

(١٧٦٦) راجع فى ذلك (د/ عصام عبد الوهاب البرزنجى - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٩١ م) ، وانظر أيضا (د / ثروت عبد العال محمد - الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - فرع أسبوط ١٩٩١ م) .

(١٧٦٧) حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩١/٣/٩ م الخاص بعزبة خير الله .

(١٧٦٨) الشرعية هى : انظر ص ١٥١ من الرسالة .

(١٧٦٩) حكم الإدارية العليا السابق .

(١٧٧٠) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٥٥) .

١٩٧٤م على التوالى بتخصيصهما لشركة المعادى للتنمية والتعمير بهدف إعادة تخطيطها وتعميرها وبناء مساكن عليها ، وأنه لا توجد علاقة قانونية من نوع ما تخولهم حيازة تلك الأرض والبناء عليها ، وإن القرار المطعون فيه منذ عام ١٩٨٣م اقتضى إزالة تلك المساكن بما يترتب على ذلك من طردهم الأرض) .

وهنا فإن الأمر واضح للمحكمة العليا : انه يوجد تعدى على أملاك الدولة يقتضى إزالته ، وأيضا هناك قرار بإعادة تخطيط المنطقة وفقا للأسس العلمية للتخطيط .

ومع وضوح ذلك فإن المحكمة لم تفضل الأخذ بهما مع ما لها من فائدة عامة، وإنما فضلت الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار والنظرة الموضوعية التحليلية للمنفعة العامة ، وهو ما ظهر من حشيات حكمها فيما يلى :

" ومن حيث إن أوراق الدعوى تكشف عن هدف هذا القرار وغايته هى حماية الأرض ملك الدولة والحرص عليها ومنع غصبها أو الاستحواذ عليها دون سند قانونى أو استرداد الأرض من حائزها لتسليمها إلى الخصم المنضم (شركة المعادى للتنمية والتعمير) والتي خصصت لها هذه الأرض منذ عام ١٩٧٢م ، ١٩٧٤م على التوالى لتدخلها فى المخطط العام لتعمير المنطقة وإعادة تخطيطها وبناء مساكن عليها .

ومن حيث إن تلك غاية يظهر من غير شك وجه مصلحة عامة لا ريب فيه قوامه المحافظة على أرض الدولة والعمل على التعمير وفقا للأسس العلمية للتخطيط بكل ما ينطوى عليه ذلك من فوائد للمجتمع العمرانى ، إلا أنه وفى الجانب الآخر ، وكما ذهب إليه الحكم المطعون فيه بحق فإن تنفيذ القرار وإن استهدف تحقيق ذلك الوجه للمصلحة العامة سوف يترتب عليه هدم آلاف المنازل وتشريد عشرات الآلاف من المواطنين بأسرهم ومنقولاتهم على النحو الذى كشفت عنه الأوراق بيقين ولا خلاف عليه) .

وبعد الرد على هذه الدفوع ، ومع الاعتراف بها فى ضوء الأخذ بفكرة (المنفعة العامة المجردة) فإن الإدارية العليا فضلت الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار لتؤكد بذلك اعتناق القضاء المصرى للنظرية صراحة ، بل وأكدت ذلك بعبارات صريحة واضحة دون أدنى لبس أو غموض فقالت :

(فالقرار الإدارى لا يكون غير مشروع لأنه تنكب غايات الصالح العام التى يحددها القانون وينحرف عنها ، وإنما أيضا يكون القرار الإدارى غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهرا أو مؤكد أنها أدنى فى أولويات الرعاية من غايات ومصالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية ، وترتبط بالقيم والمبادئ الأساسية للمجتمع ، وتكون أساسا لسلامة الكيان القومى إذا تعارضت غاية القرار فى الظرف والتوقيت الذى يراد تنفيذه فيه مع السلامة القومية العليا أو مع الوحدة الوطنية أو مع السلام الاجتماعى أو الأمن العام وكان القرار غير مشروع .

ومن حيث أنه لاشك يؤكد هذا المبدأ وذلك التفسير لأحكام الدستور وحدود المشروعية ما هو مسلم به من مبادئ الشريعة الإسلامية ، المصدر الرئيسى للتشريع ، طبقاً للمادة (٥) من الدستور من أن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع ، وأن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرورة تقدر بقدرها عند التصرف لدفعها .

ومن حيث أنه بمراعاة الالتزام بما سبق جميعه من أسس للمشروعية أساسها صريح نصوص الدستور والمبادئ العامة الحاكمة للنظام العام للدولة والمجتمع المصرى ؛ فإنه من حيث أنه لا خلاف على أنه سوف يترتب على تنفيذ القرار الخاص بتسليم الأرض والإزالة والهدم للمباني والمساكن القائمة عليها تشريد عشرات الآلاف من الأفراد والأسر نتيجة فقد المأوى الوحيد لهم إلى غير مقرر بكل ما ينطوى عليه ذلك من إهدار للأسس والقيم العامة التى عليها يقوم المجتمع من رعاية للأسرة وللأخلاق وحمايتها بين عشرات الآلاف من المواطنين ، وتمزيق التضامن الاجتماعى وإثارة لمكان السخط والحقد وخروج بالملكية الخاصة عن أداء وظيفتها الاجتماعية ، وبالتالي من تحقيق الخير العام للشعب إلى التحطيم لحياة عشرات الآلاف من المواطنين دون ضرورة ملجئة تدعو إلى ذلك ، بل إن لذلك احتمالات مؤكدة لقيام خلل فى الأمن العام لا يعرف مداه أو إيجابياته ، وقد استشعرته جهة الإدارة بعد صدور القرار ، وأشارت إليه فى كتاب نائب المحافظ المرسل إلى مكتب رئيس الوزراء ومن هنا كان وجه المصلحة القومية فى عدم التسبب فى نشوء وجود هذه الظاهرة الخطيرة بشقيها الإنسانى والأمنى بتنفيذ القرار محل النزاع وبخاصة أن وجود التجمع السكانى الذى يحطمه ويهدم كيانه القرار المذكور واستقراره على أرض الدولة المخصصة لشركة المعادى للتنمية والتعمير منذ حوالى ١٨ عام ، لم ينشأ فجأة وعلى حين غرة أو خيفة من جهات الإدارة وأجهزتها والشركة التى خصصت لها الأرض ، ولكنه مجتمع سكانى نشأ على مدى زمنى طويل أمامها ، وهو ما لم يتم فى الخفاء ، وقد أسهمت فى وجوده عندما لم تمنعه فى بادئ الأمر ولم تحرص على منع اتساعه فى مستهله سواء تم ذلك بإزالة التعديات فوراً وتدبير مساكن بديلة لهؤلاء ، وكانت الإدارة تملكه فى حينه دون تثريب عليها ، أما وقد قعدت عن ذلك ولم تنشط إليه فى وقته فإن تدميره والقضاء عليه الآن وقد استفحل ليس فقط مما لا يجوز للإدارة فعله ولكنه يكون بمثابة إخلال منها بمسئوليتها نحو الحفاظ على أمن وسلامة المواطنين وحماية السلام الاجتماعى وعدم السماح بأن يترتب على الملكية الخاصة ؛ التشريد والتحطيم لحياة عشرات الآلاف من المواطنين دون ضرورة ملجئة تبرر ذلك ، وتشريدهم دون تدبير شئونهم وإشباع حاجاتهم والحفاظ على الأمن والاستقرار بينهم ، ولاشك أن هذه النتائج تشكل وجه المصلحة القومية الأكثر إلحاحاً ، وأخطر شأنًا يتعين أن تكون فى هذه المرحلة أولى بالرعاية من مجرد إزالة التعدى على أرض مملوكة للدولة ، وهو أمر مشروع ولكنه أدنى من أن يكون أحق بالتغليب (١٧٧١).

(١٧٧١) الطعين رقمى ١٨٧٥ ، ١٩١٤ السنة ٣٠ ق (غير منشور) .

ومن ثم فإن المحكمة الإدارية العليا حرصت في حكمها على التأكيد على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ولا سيما بين المنافع العامة المتعارضة ، ولذلك فقد غلب المنفعة القومية العامة المتمثلة في إبقاء سكان عزبة خير الله في مساكنهم نظرا للمضار الكبيرة التي تلحقهم على مصلحة شركة المعادى للتنمية والتعمير وقيامها بتخطيط حضارى وفقا لمتطلبات العصر .

ولقد حرصت المحكمة العليا على ذكر فكرة الموازنة بين المنافع العامة في قولها : (إن هذه الإدارة يتعين أن تصدر تصرفاتها بما يراعى الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المداير والوزن والأهمية على النحو الذى ألزمها الدستور والقانون ، وإذا لم تلتزم بذلك كان للقضاء الإدارى بحكم ولايته التى أناطها به الدستور والقانون أن يردّها إلى مجال المشروعية وسيادة القانون بحسب صحيح التفسير السليم لأحكام الدستور والقانون وبما يدرأ ما يترتب على تنفيذ قراراتها غير المشروعة من قرارات اجتماعية وسكانية وأخلاقية وصحية وأمنية على النحو الظاهر والثابت فى موضوع الطعن المائل) (١٧٧٢).

وبعد أن عدت المحكمة الأسباب التى استندت إليها مع تنفيذها للحجج القانونية التى اعتمد عليه الطعانان السالف ذكرهما ، انتهت المحكمة العليا فى النهاية إلى إعمال فكرة الموازنة بين المنافع والمضار ورفضت الطعينين المقدمين إليها ضد حكم محكمة القضاء الإدارى المتعلق بقرار المحافظة بإزالة وهدم المباني التى بنيت على أرض عزبة خير الله وعتر ، وذلك لأن القرار من المحافظة (صدر مشويا بعدم المشروعية لانحرافه عن الالتزام بغايات الصالح العام القومى بما يرجح معه إلغاؤه عند الفحص فى طلب الإلغاء، الأمر الذى يتوفر به فى طلب وقف تنفيذه ركن الجدية المشروط فى طلبه ، هذا فضلا عن توافر الاستعجال بسبب ما يلحقه تنفيذ القرار من أضرار مؤكدة يتعذر تداركها) (١٧٧٣) . هذه واحدة .

الثانية : قالت الإدارية العليا بشأن حكم القضاء الإدارى (ومن حيث أن الحكم المطعون فيه - من قبل المحافظة وشركة المعادى للتنمية والتعمير - ذهب إلى القضاء بذلك فإنه - أى حكم القضاء الإدارى بوقف تنفيذ قرار المحافظة - يكون قد أصاب وجه الحق والقانون للأسباب التى سلف ذكرها ، ويكون الطعن عليه غير قائم على سنده الصحيح فى القانون والواقع خلىق بالرفض) (١٧٧٤) .

والناظر بدقة لحكم الإدارية العليا يجد أن بنت حكمها على أساس دستورى فى إطار مادتي (٣٢ ، ٣٤) من الدستور والتى تقولان : (أن للمساكن الخاصة حرمة لا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون ، وهى كذلك لا يسوغ هدمها أو إزالتها إلا

(١٧٧٢) حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩١/٣/٩ م - الخاص بعزبة خير الله .

(١٧٧٣) الإدارية العليا ١٩٩١/٣/٩ م - الطعينين رقمى ١٨٧٥ - ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق (حكم غير منشور) دائرة منازعات الأفراد والعقود والتعويضات .

(١٧٧٤) حكم الإدارية العليا - ١٩٩١/٣/٩ م .

طبقاً لأحكام القانون ولتحقيق الصالح العام ودون الاعتداء على الحقوق والحريات العامة والخاصة للمواطنين التي تكون جديرة بالحماية والرعاية ولها الأولوية على اعتبارات وملائمات الصالح العام المتعلقة بالإزالة والهدم) .

نظرات في حكم الإدارية العليا في قضية عزبة خير الله :
قامت الإدارية العليا بتفسير حكم القضاء الإداري بعيداً عن مضمونه ، وبياناً لذلك كانت لنا هذه النظرات :

النظرة الأولى :

أنه إذا جاز إسناد فكرة التدرج فى العقوبات التأديبية إلى المشرع ، فإنه لا يجوز إسناد التدرج بين المصالح العامة فى حكم ٩ مارس ١٩٩١م إلى الدستور نفسه. ففى القضية التى صدر فيها هذا الحكم ، توجد ولاشك مصالح متعارضة : حماية أملاك الدولة من التعدى من ناحية ، وحماية آلاف الأسر بما يعمل على تحقيق الأمن من ناحية أخرى .

والدستور يقرر حماية المصلحة الأولى ، إذ ينص فى المادة ٣٣ على أن " للملكية العامة حرمة وحمايتها آلاف ودعمها واجب على كل مواطن وفقا للقانون " كما يكفل الدستور حماية الأسرة ، ومن هذه النصوص : " الأسرة أساس المجتمع " ، وتكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة (م ١٠) ، كما يكفل الدستور حماية الأمن فى المادة ١٨٤ : " الشرطة هيئة مدنية نظامية ، رئيسها الأعلى رئيس الجمهورية ، وتؤدى الشرطة واجبها فى خدمة الشعب ، وتكفل للمواطنين الطمأنينة والأمن ، وتسهر على حفظ النظام والأمن العام والآداب ، وتتولى تنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات وذلك كله علما لوجه المبين بالقانون " .

من الواضح إذن أن نصوص الدستور تكفل حماية متساوية لمصالح عامة متنوعة ، وبالتالي فإن حماية هذه المصالح تتمتع بقيمة دستورية ، غير أنه إذا تعارضت أكثر من مصلحة عامة فى وقت واحد ، فإن الترجيح بين المصالح المتساوية من حيث الحماية هو واجب القاضى ، فهو الذى يقرر أية مصلحة عامة أولى بالرعاية فى ظروف معينة ، وفى خصوص القضية التى صدر فيها حكم ٩ مارس ١٩٩١م رأت المحكمة الإدارية العليا أن حماية الأسر من التشرد والمحافظة على الأمن العام ، وهذه مصالح عامة ، تعلو على حماية مصلحة عامة أخرى وهى : (إزالة التعدى على أملاك الدولة) . إن القاضى هنا هو الذى قام بعملية الترجيح ، لأسباب رأى أنها على قدر كبير من الأهمية ، وتتمثل فى تشريد ستين ألف نسمة الأمر الذى ينعكس بالضرورة علل الأمن العام ، وبالتالي فإن حجم الأضرار يفوق بكثير المزايا التى تعود على الدولة من تنفيذ قرار الإزالة .

النظرة الثانية :

أن عملية الترحيح التى قام بها القاضى فى حكم ٩ مارس ١٩٩١ م ، هى فى حقيقتها ترجيح بين المزايا والأضرار الناشئة عن قرار الإزالة ، صحيح أن الترحيح كان بشأن مصالح عامة مختلفة علمالحو الذى أوضحناه ، لكن ذلك لا يعنى إنكار تطبيق نظرية الموازنة فى تلك القضية وذلك لسببين :

الأول : إن تطبيق نظرية الموازنة يتم فى إطار المقارنة بين مزايا وأضرار القرار ، سواء تعلقت بمصالح عامة أو بمصالح خاصة ، وحكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية (Societe Civile de Sainte Marie de L'Assomption) خير برهان على ذلك ، ففى هذه القضية كان الترحيح بين مصلحة عامة : المحافظة على الصحة العامة التى تتعارض مع إزالة جزء من مستشفى للأمراض النفسية ، وإقامة طريق سريع آخر يخدم مصلحة عامة أخرى هى تحسين المرور^(١٧٧٥) ، وقد قرر مجلس الدولة أن حماية الصحة العامة هى المصلحة التى يب ترجيحها على المصلحة العامة الأخرى .

الثانى : إن حماية مصلحة آلاف الأسر من التشرد ، هو فى آن واحد حماية لمصلحة عامة ، وحماية لمصالح خاصة لهذه الأسر ، وبمعنى آخر ، أن حماية المصلحة العامة تحققت هنا بحماية المصالح الخاصة للأسر .

النظرة الثالثة :

أن المحكمة الإدارية العليا فى حكم ٩ مارس ١٩٩١ م استندت أيضا على ما هو مسلم من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع وفقا للمادة (٥) من الدستور ، ومن هذه المبادئ أن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع وأن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرورة تقدر بقدرها .

والاستناد فى هذا الحكم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يجعلنا نتساءل ألا يمكن تطبيق قاعدة أخرى من قواعد الشريعة الإسلامية وهى أنه لا ضرر ولا ضرار^(١٧٧٦) ، بصدد القرارات الإدارية الصادرة فى مجال السلطة التقديرية ، وهو ما يؤدى إلى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار^{(١٧٧٧)؟}

ومن ثم فإنه يجوز لنا أن نقول إن الإدارية العليا فى حكمها هذا تأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار جوهرها ومضمونها ، وإن لم تصرح بها علماً واسماً .
المثال الثانى : قضية منشية السلام^(١٧٧٨) :

(١٧٧٥) د/ محمد عبد اللطيف - نزع الملكية للمنفعة العامة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥م - ص ٣٠ ، ٣١ .

(١٧٧٦) د/ سامى جمال الدين - قضاء الملاءمة - ص ٢٤١ .

(١٧٧٧) انظر (د/ محمد عبد اللطيف - قضية سوق روض الفرج - دراسة نقدية تحليلية - دار النهضة العربية - القاهرة -

١٩٩٥م - ص ١٦٠ : ١٦٢)

(١٧٧٨) محكمة القضاء الإدارى دعوى رقم ١٨٣٧ لسنة ٣٨ ق ، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ م (حكم غير منشور) .

أصدرت محافظة القاهرة قرارا بإزالة مائة وخمسين مسكنا بمنطقة منشية السلام، وذلك لتعدى أصحابها على أملاك الدولة بإقامة تلك المساكن عليها ، وتم الطعن على هذا القرار أمام محكمة القضاء الإدارى فقضت بوقف تنفيذ القرار وقالت : (من المسلم به أنه يتعين لمشروعية تصرف الإدارة فى هذه الحالة ، بإزالة التعدى تحقيقا لمصلحة عامة تتمثل فى حماية مال الدولة ومنع غصبه دون سند من القانون ، ألا يترتب على هذا التصرف الذى يستهدف وجه المصلحة العامة ، التضحية بمصلحة عامة أخرى أجدر بالحماية) (١٧٧٩) .

وانتهى الحكم إلى إلغاء قرار إزالة المساكن لما يترتب عليه من تشريد أربعة آلاف شخص ، حيث اعتبر حكم محكمة القضاء الإدارى أن استفزازهم مصلحة عامة أولى بالرعاية من المصلحة العامة الأخرى المتمثلة فى الحفاظ على أملاك الدولة وما قامت به المحكمة هو عين نظرية الموازنة بين المنافع والمضار (١٧٨٠) .

موقف الإدارة العليا :

تقدمت المحافظة بطعن إلى الإدارة العليا فى حكم محكمة القضاء الإدارى السالف بيانه فكان حكم الإدارة العليا مؤيدا للحكم وذهبت إلى (أن الصالح العام يتدرج فى الأهمية تدرجا يشبه تدرج الأدوات التشريعية المختلفة ، فالصالح العام درجات ومراتب ، يعلو بعضها فوق بعض ، ويتعين على الإدارة أن تعطى كل وجه من أوجه الصالح العام أهميته ، ولا تضحي بوجه أعلى لتشد وجهها أدنى ، وإذا كان مؤدى القرارات المطعون فيهما التضحية بوجه المصلحة العامة المتمثل فى تشريد العدد الكبير من الأفراد ، وتغليب وجه مصلحة عامة أخرى هو حماية أرض الدولة، ورفع التعدى عليها ، بينما الوجه الأول أولى بالرعاية وأجدر بالتغليب من الثانى) (١٧٨١) .

ومن ثم فقد رفضت الإدارة العليا الطعن المقدم لها والتأكيد على حكم محكمة القضاء الإدارى للقرار الإدارى المجافى للمصلحة العامة الأولى بالرعاية يجد سنده فى ضوء مادة (٣٢ ، ٣٤) من الدستور المصرى الذى اعتبر رعاية وحماية الحريات العامة، والخاصة للمواطنين أولى بالاعتبار من الصالح العام المتعلق بالإزالة والهدم .

المثال الثالث : قرار إدارى بإزالة تقفيل شرفة لطبيب .

أصدرت الإدارة قرارا يحمل رقم (٣٥ لسنة ١٩٩٤ م بإزالة ما قام به طبيب بتقفيل بلكونة خاصة بعيادته الطبية وذلك لأنه لم يستصدر ترخيصا من الحى بذلك ، وأيضا لإضرار هذا البناء بالمارة والسكان ، فطعن الطبيب على قرار الإدارة أمام محكمة القضاء الإدارى فقضت بوقف القرار، فطعننت الإدارة المحلية فى الحكم أمام الإدارة العليا ، وبعد إطلاعها على الأوراق

(١٧٧٩) محكمة القضاء الإدارى دعوى رقم ١٨٣٧ لسنة ٣٨ ق ، جلسة ٢٩/٤/١٩٩٣ م (حكم غير منشور) .

(١٧٨٠) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة - الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى - ص ١٥٢) .

(١٧٨١) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٣٤١٩) لسنة ٣٩ ق - (دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات) غير منشور .

قضت بغير ما تتوقع الإدارة بإلغاء قرارها وقالت الإدارية العليا في حكمها الذى يعد مبدءاً قانونياً : (ومن حيث إن الثابت من الأوراق - ودون إنكار من جهة الإدارة - أن الطاعن قام بتقفل البلكونة الخاصة بعيادته الطبية بالزجاج والألمونيال وهى من المواد الخفيفة ، ولا تدخل ضمن مواد البناء أو المنشآت البنائية ولا تشكل ثمة أضراراً بالسكان أو بالمارة أو بغيرهم ، وكانت هذه التعديلات قد اقتضتها ظروف الهيئة والمحافظة على العيادة الطبية ، وبالتالي فهى تدخل فى نطاق التعديلات البسيطة التى تتطلب الحصول على ترخيص بها من الجهة الإدارية المختصة ، ومن ثم فلا يجوز إزالتها ، ومن ثم يكون القرارات المطعون فىها رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٤ م بوقف هذه الأعمال لاسيما أنه صدر بعد تمامها ، والقرار رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٤ م بإزالة هذه الأعمال قد صدرا بالمخالفة لصحيح حقيقة الواقع وحكم القانون مما يتعين الحكم بإلغائهما وما يترتب على ذلك من آثار)^(١٧٨٢) .

ويتضح مما سبق أن مجال التخطيط العمرانى فى كل من مصر وفرنسا قد وضع على كفتى الميزان بين المنافع والمضار ، وظهر من خلال النماذج والأمثلة المضروبة أن القانون إذا كان قد خول الإدارة سلطة تقديرية فى مجال التخطيط العمرانى ورسم إطاراً عاماً يتسم بالمرونة من مراعاة الجانب الحضارى والصحى فى العمران إلا أنه لم يغفل عن مراعاة مصالح الأفراد ، وحرص الدستور على تأكيد هذه الرعاية بل عدها فى أولى المراتب ، وهذا ما كان جلياً فى أحكام مجلسى الدولة فى فرنسا ومصر دونما تمييز بينهما فى أعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال العمران من حيث الجوهر ومحل التمايز الوحيد بين المجلسين بالنسبة للنظرية إنما هو فى إعلان مجلس الدولة الفرنسى عن هوية هذا النوع من الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية فى هذا المجال منذ الميلاد حتى الآن ، على النقيض تماماً مع مجلس الدولة المصرى الذى انتظر زمناً حتى الإعلان عن الموازنة بين المنافع والمضار شكلاً ، ومع ذلك فإنه لا اعتبار غالباً بالاسم بل الاعتبار دائماً للمسمى .

وبعد أن تعرفنا على معالم الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، يبقى أمامنا سؤال ملح ألا وهو : هل توجد ثمة فروق بينها فى تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى هذا المجال ؟
هذا ما نتعرف عليه فى المقارنة التالية :

(١٧٨٢) الطعن رقم ٥٢٦٩ لسنة ٤٤ ق.ع - جلسة ٢٠٠١/٢/٤ م ، انظر (مجلة المحاماة - العدد الثانى - ص ٤٩٠ - مصر سنة ٢٠٠٢ م) .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية

في إطار التخطيط العمراني

إنه باستقراء ما أوردناه من نماذج تطبيقية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال التخطيط العمراني داخل إطار ما يسمى بفقه العمران في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، يجعلنا نجزم بأنه إذا كان بين النظامين محل اتفاق في هذا المجال فإنه اتفاق محدود يتمثل في صورة دفع الضرر الأكبر وجلب المنفعة الأعظم ، وبخاصة في مصر التي تستمد من نص الدستور في مادته الثانية ، أما في فرنسا فإنه مجرد تطور قضائي استطاع القاضى الإدارى بالموازنة بين المنافع والمضار أن يحد من تعسف السلطة الإدارية في مجال العمران ولاسيما إذا لم يحدد لها المشرع هدفا معينا ، وتركه أمر تقديره .

وأقرب مثال على ذلك مسألة أعمال الهدم والبناء : ففي النظم الوضعية روعى تشديد العقوبة بالنسبة إلى أعمال الهدم ، لما يترتب عليه من إضرار من ناحية حرمان الانتفاع باستعمال المبنى علاوة على تبديد الثروة والإضرار بالمارة .

وإذا أردنا البحث عن المسألة في الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء قرروا بأن من له دار في محلة عامرة فأراد أن يهدمها ، فلا يحق له ذلك بل يمنع منه استحساناً^(١٧٨٣) ، من باب تغليب المنفعة العامة على الخاصة وإن كان له حق التصرف في ملكه لكنه لا يجوز له الإضرار بالمجموع .

أما محل الاختلاف بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في مجال العمران فالبون بينهما شاسع من حيث قيم^(١٧٨٤) كل منهما وغايته ، فقيم النظام الإسلامي وغايته في مجال التخطيط

(١٧٨٣) انظر (د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور - نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسله - دار دمشق للطباعة والنشر - دمشق - سوريا - الطبعة الأولى ١٩٨٧م - ص ١١٩) ، وانظر أيضا (د/ أحمد زكي تفاحة - مصادر التشريع الإسلامي وقواعد السلوك العامة - دار الكتاب اللبناني - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م - ص ٦٨) .

(١٧٨٤) القيم : جمع قيمة - وهي مشتقة من الفعل (ق و م) وهي تعنى : الاستقامة أى اعتدال الشيء واستواؤه، فالقوام هو العدل ، كما جاء كذلك أن قوام الأمر هو نظامه وعماده ، وهو ما يفسر الآية : = ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (النساء: ٥) بمعنى التى تقوم أموركم بها ، ويقال : قومت السلعة ، إذا قدرت قيمتها ، وهو تحديد ثمن الشيء بالتقويم ، ومن جهة أخرى فإن القائم كل من ثبت على شيء وتمسك به ، ومنه جاء قال تعالى : ﴿ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ ﴾ (آل عمران : ١١٣) وهو المواظبة على الدين والقيام به .

وإنه من خلال جذر الكلمة نرى أن مفهوم القيمة له معنى أصلى ماضى يدل على المقابل والعوض المقدر ثمنا للشيء، لكن اللفظ انتقل من الدلالة المادية إلى الدلالة المجازية المعنوية المتعددة ، فأصبح لكثير من جوانب الحياة قيمة - ليست بالضرورة مادية - وإنما هي مهمة وذات منفعة .

ويرى البعض أن مقابل مصطلح القيمة في التراث العربى الأدبى القديم هو الخلق الذى عرف بكونه حالة للنفس راسخة تصدر عنها الأفعال من غير حاجة إلى فكر وروية ، وامتدادا لهذا الفهم فإن القيم تصبح مرادفة للأخلاق والشمائل ، حيث إن

العمراىى تختلف عن قيم وغاية النظم الوضعية ، ومن ثم نذكر بعض أوجه الاختلاف فى النقاط التالية :

أولا : قيم العمران فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية :

إن العمران فى النظام الإسلامى له أساس من القيم كغيره من النظم لكن شتان بين قيمه وقيم النظم الوضعية ، ذلك لأن قيم العمران فى النظام الإسلامى لها ثلاث محاور وهى : الربانية ، والإنسانية ، و البيئية ، وهذه المحاور الثلاث تحدد لنا الفروق الشاسعة بين النظام الإسلامى وغيره من النظم فى مجال التخطيط العمرانى :

المحور الأول : القيم الربانية :

من الثابت يقينا أن الإسلام جاء بمنظومة عقائدية وتعبدية تضبط علاقة المسلم بخالقه وخالق الكون ، ولهذه المنظومة بعدان : الأول : سى بمفهوم الألوهية ؛ وهو الذى يضم كل المعارف الغيبية التى يؤمن بها المسلم تسليما .

والثانى : سى بمفهوم الربوبية وهو الذى يشمل الجانبين التشريعى و التعبدى الذى يجب أن يخضع له المسلم فردا كان أو جماعة ^(١٧٨٥) ، ومع أنها فى الغالب معنوية وباطنية تخاطب الضمير إلا أن الكثير منها نجده متجسدا فى المدينة بمفهومها المادى ، ومن ثم فإننا نجد إفرازا لهذه القيم الربانية فى الجانب المادى للمدينة يظهر فيما يلى :

أ - تظهر القيم الربانية فى تربية الواع الدينى فى ضمير المسلم مما يجعله أداة مراقبة فى تصرفاته اليومية وبخاصة المدنية منها ، فهى خاضعة لمقياىى الترهيب وللكسب الحسنات أو درء السيئات ، هذا وقد جاءت النصوص الكثيرة التى توصى بالاهتمام بمصلحة المجتمع وعدم الإضرار ، بل وتجعل النصوص من خدمة المجتمع فضيلة أهم من العبادة مثل الصوم والصلاة التطوعين ، ومن ذلك إمطة الأذى عن الطريق ^(١٧٨٦) ، وقد جاء فى كتب الفقهاء أن لكل آحاد الرعية فى المجتمع أن ينهى عن المنكر فى الشوارع والأسواق والأماكن العامة بقدر المستطاع فمن ذلك منع البناء فى الطريق وإعاقة المرور وغير ذلك ^(١٧٨٧) .

القيم هى تقدير الفرد أو المجتمع لصفات خاصة فى الأشياء أو الأحياء تجعلها محمودة أو مذمومة ، ومرغوبة أو منبوذة ، وأول من استعمل هذه الكلمة (القيم) فى العلوم الإنسانية منذ بداية القرن الماضى هو الفيلسوف الألمانى : نيتشه (ت : ١٩٠٠) انظر (ابن منظور - لسان العرب) ، وانظر (ناصر الدين الأسد - القيم بين الخصوصية والعمومية- مؤتمر الثقافة والعلم - جامعة السلطان قابوس - مسقط - عمان ٢١ : ٢٣ أكتوبر ٢٠٠١م- ص ١ : ١٠) ، وانظر أيضا (صلاح الدين رسلان - القيم فى الإسلام- دار الثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة ١٩٩٠م - ص ٧) ، وأيضا (فوزية دياب - القيم والعادات الاجتماعية- دار الكتاب العربى للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٦م - ص ١٥) .

(١٧٨٥) راجع فى ذلك (د/ يوسف القرضاوى - الخصائص العامة للإسلام) وانظر أيضا (د / مصطفى بن حموش - القيم الإسلامية فى العمران بين التراث والحاجة إلى التجديد -كلية الهندسة - جامعة البحرين .

(١٧٨٦) انظر (د/ مصطفى بن حموش - أزمة محيط أم أزمة سلطة ؟ قراءة جديدة فى أزمة العمران العصرى- مجلة جامعة الملك سعود - العمارة والتخطيط - الرياض - السعودية ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م- ١١/ ١ : ٢١) .

(١٧٨٧) انظر (كامى أفندى الإدرونى (ت : ١٥٠٩ : ١١٣٦ هـ) - رياض القاسمين أو فقه العمران الإسلامى - تحقيق /

وهذا ما يميز المجتمع المسلم عن غيره ، فهو مجتمع يتحرك بذاتيته ، دون سلطة أو قانون ، فهو مجتمع مشارك في التخطيط العمراني .

وفى العشرينيات الأخيرة من هذا القرن بدأ الفكر التخطيطي والعمراني في النظم الوضعية المعاصرة ، يدرك مدى أهمية مشاركة وإسهام المواطن في عمليات التخطيط والإدارة الحضرية والمحافظة على البيئة دون وجود معيارى يد السلطة القسرية ، وسيف القانون ، ومن ثم فهو المجتمع السعيد الذى تقول فيه الحكمة الإنجليزية : (المجتمع السعيد كأن لا وجود للقانون فيه)^(١٧٨٨) .

ب - تظهر القيم الربانية في مجال العمران وبخاصة في أنماط البناء وتصميماتها من مراعاة الخصوصية في وضع ضوابط للإطلاع والتكشاف ، ومن ثم وضع التصميم البنائي في إطار القواعد الفقهية منها لا ضرر ولا ضرار ، وأيضاً مراعاة المقاصد الشرعية ، ومنها حماية العرض ، ولقد تطرق الفقهاء بمختلف مذاهبهم إلى مسألة التكشاف والإطلاع في مسألتين أساسيتين هما : حكم التعلّي في البنيان ، وحكم فتح الكوى للذين يؤديان إلى الإطلاع على حريم الجيران . وتأرجح الأقوال في الغالب بين حرية التصرف في الملكية الخاصة من جهة ، ومنع الضرر الناجم عن هذا التصرف من جهة أخرى .

يقول الأحناف : إن للمالك الحق في التصرف في ملكه بما شاء وليس لأحد الحق في منعه واستند رأيهم هذا إلى القياس على حرية التصرف في الملك ، غير أنهم يقولون يترك إذا أدى إلى الإضرار بالغير بشكل بين ، فيمنع الإنسان من هذا التصرف استحساناً^(١٧٨٩) . وتوسع الشافعية إلى أبعد من ذلك : حيث توسعوا في إثبات حق التصرف حتى وإن أضر بغيره طالما كان التصرف على حسب العادة ودون الإسراف ، ويكون على المتضرر حينئذ التصرف في ملكه لمنع الضرر عن نفسه^(١٧٩٠) .

ويرى المالكية : ضرورة التفريق بين التصرفين بحسب ثبوت المنفعة ، ومن هنا فإنهم يفرقون بين التصرف الذى وراءه منفعة ويسمونه ضرراً ، وبين التصرف الذى ليس من وراءه منفعة ويسمونه ضراراً^(١٧٩١) .

وقال الحنابلة بالرأين السابقين فى روايتين للإمام .

مصطفى بن حموش - ص ٢١٦ - دار البشائر - دمشق ٢٠٠٠ م .
(١٧٨٨) انظر :

Stolijars : □□ Moral and Legal Reasoning , Macmillan Press , London. 1980 , P. 95 .

(١٧٨٩) انظر (د/ إبراهيم محمد الفائز - فقه البناء فى الإسلام - جامعة الملك سعود - الرياض - ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م - ص ٣٩٠ وما بعدها .

(١٧٩٠) د/ إبراهيم محمد الفائز - المرجع السابق - ص ٣٩٠ .

(١٧٩١) يقول الخشنى محمد بن عبد الله القرطبي (ت : ٣٦١هـ) : الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، ويقول ابن الرومى اللخمي التونسي (ت : ٧٤٣هـ/ ١٣٣٤م) ، الضرر : أن تضر بنفسك ليتضرر بذلك غيرك - انظر (ابن الرامى - الإعلان بأحكام البنيان - ص ٢٩٩) .

والذى يظهر من أقوال الأئمة الأربعة أن بينهم محل اتفاق وهو منع الإطلاع على خصوصية الغير ، فعند الشافعية : يرى ابن حجر أن حكم المشرفة الجواز إذا أمن الإشراف على عورات المنازل ، فإن لم يؤمن لم يجبر على سدها ، بل يؤمر بعدم الإشراف ، ولمن هو أسفل منه أن يتحفظ (١٧٩٢) .

وهذا الرأى يتفق مع رأى المالكية فى نفى الضرر ، فالضرر الذى يقصد بتقبله ضرورة هو سد الريح وضوء الشمس ، ولا يدخل فى ذلك الإطلاع ، لأنه ليس فى الإطلاع على الجار ، والنظر إلى محارمه منفعة ، يقول ابن الرامى فى الذى يفتح بابا فى سطحه ولا يخرج أو يدخل إلا بالتشرف على الجار : (لا يمنع من ذلك ، ويزجر عنه ، ويؤدب بعد التقدمة ، ولا يغلق بابه على كل حال) (١٧٩٣) .

ومن ثم فإننا نجد أن الآراء متفقة على عدم الاعتراض على كيفية البناء ، وإنما التحذير من استعماله فى غير الوجه الشرعى ، ويستند التظلم الفقهى الإسلامى فى منع الضرر إلى عدة أساليب متدرجة بين التهيب ، والتدخل المباشر للقضاء وهذه الأساليب يمكن تصنيفها فى أربع درجات هى :

أ - التركيز على التربية العامة والمراقبة الذاتية ، وهو الجانب التبعدى للآيات والأحاديث التى تأمر بغض البصر من جهة ، والتستر من جهة أخرى ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾* وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ (١٧٩٤) .

سلب الشهادة وجرح عدالة الأفراد كعقوبة معنوية للذين لا يمثلون لذلك ، ولا شك أن هذا الإجراء يكون رادعا للأفراد الذين يقيمون وزنا لمكانتهم الاجتماعية ، وذكر الإمام أحمد مثالا لذلك فقال : (إن الرجل إذا أخرج فى طريق المسلمين الإسطوانة والكيف (١٧٩٥) لا يكون عدلا ولا تجوز شهادته) .

ج - الزجر والتوبيخ من قبل القائمين على الحسبة وهو ما نستفيد من قول ابن حجر وابن الرامى السابقين .

د - التدخل المباشر للسلطة فى الحالات التى حكم فيها القضاء ، حيث يمنع الإطلاع والتكشف بالقوة (١٧٩٦) .

(١٧٩٢) انظر (ابن حجر - فتح البارى بشرح صحيح البخارى - ١١٦/٥) .

(١٧٩٣) ابن الرامى - الإعلان بأحكام البينان - ص ٣١٣ .

(١٧٩٤) سورة النور : الآيتين ٣٠ ، ٣١ .

(١٧٩٥) الكيف هو : الكنة تُشَرَّع فوق باب الدار . و كنف الدار يَكْنُفُهَا كَنَفًا : اتخذ لها كَنَفًا . و الكيف : الخلاء وكله راجع إلى السَّتر ، وأهل العراق يسمون ما أشرعوا من أعالي دُورهم كَنَفًا ، واشتقاق اسم الكيف كأنه كُنِفَ فى أستر النواحي ، والحظيرة تسمى كَنَفًا لأنها تكنف الإبل أي تسترها من البرد ، انظر (ابن منظور - لسان العرب - ٣١٠ / ٩) .

(١٧٩٦) راجع فى ذلك (د/ مصطفى أحمد بن حموش - مشكلة الإطلاع والتكشف فى مدتنا المعاصرة - مجلة الأحمدية -

وهذا الذى ذكرناه معلوم متداول فى كتابات مؤرخى العمارة الذين كتبوا فى تاريخ العمارة ؛ حيث قرروا أن أى تاريخ للعمارة يستند إلى فلسفة تحكمه وتسيره وتضع له الضوابط . ومن الرسائل التى كتبت فى هذا الميدان رسالة فى أحكام البنين والعمران وتنظيم المجال من تأليف عيسى بن موسى بن أحمد بن الإمام التطيلي الأندلسي (. : ٣٨٦ هـ) سماها [القضاء بالمرفق فى المباني ، ونفى الضرر] فيها معالجة لطيفة وقيمة للقضايا المتعلقة بالمباني ، وحقوق الجوار فى السكن ، وقواعد المعاملات ، وفق مقررات الفقه الإسلامى ، وتوجيهات الشريعة ، ولم يكتف المؤلف بذلك بل انتقل إلى ما يطرح فى ساحة القضاء من نزاعات ومشاكل^(١٧٩٧) ؛ ومن ثم فإنه بالإمكان أن نقرر أن العمارة الإسلامية فى ظل فلسفة متسقة مع التشريع الإلهي الذى يراعى الآداب العامة والأخلاق الكلية التى قررهما الإسلام .

هذا على النقيض تماما فى النظم الوضعية وهو ما نتعرف عليه فيما يلى :

موقف النظم الوضعية من القيم البصرية والخصوصية :

لقد شهد الغرب متمثلا فى إيطاليا وباقي أوروبا فى مطلع القرن الخامس عشر نهضة فكرية لمدة تقرب من قرنين (الخامس عشر ، والسادس عشر) ثم تلتها مرحلة أخرى أطلق الغرب عليها مصطلح التنوير^(١٧٩٨) ، هذه المرحلة هى التى مهدت لقيام الثورة الصناعية الكبرى فى بريطانيا وغيرها من دول أوروبا كفرنسا ، وكان لهذا التطور الأثر البالغ فى تغيير القيم الاجتماعية والسلوكية ، ومن ثم فقد أحدث زلزالا فى مفاهيم الحياة الغربية ومعتقداتها السابقة ، ولعل أهم بذور النشاط الفكرى التنويرى هو فتح باب الارتباب فى تلك المعتقدات والمسلمات ، على أنها ليست أزلية ولا ثابتة .

وحتى لا نبتعد كثيرا عن مجال التخطيط العمرانى فى النظم الوضعية فإن تأثر المهندسين بهذا الفكر العلمانى - الذى استطاع أن يفصل الدين عن الدولة والحياة العامة ، وإخضاع الحياة البشرية للمنهج العلمى المادى أن تأثرت العمارة الغربية به ولاسيما السترة والخصوصية فيها ، فقد فقدت العمارة سبب انغلاقها على الخارج ، وأصبحت كأي عنصر فى الطبيعة مادة للتحليل والتفكيك ، ولقد ارتبط العمران فى النظم الوضعية بفنون التشكيل التى اهتمت بتجريد جسد الإنسان وكشف أعضائه استنادا إلى الموضوعية العلمية والبحث عن الحقيقة العلمية فى الطبيعة

العدد السابع (١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م) - دار الوفاء - ص ١٩٨ : ٢٠٢) .

(١٧٩٧) هذا الكتاب طبعته منظمة الأيسيسكو بتعاون مع جامعة الزيتونة بتونس ، وصدر هذا الكتاب سنة ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م ، انظر (مجلة الذخائر - بيروت - العدد الحادى عشر والثانى عشر السنة الثالثة ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٢ م) .

(١٧٩٨) هذا المصطلح غربى قلنا وقالبا ويعنى الخروج من ظلامية الكنيسة التى حاربت العلم وبخاصة العلم التجريبي بحجة أنه يتعارض مع تعاليم الرب ، ولكن أفرادا من الدول الإسلامية نقلوا هذا المصطلح من محضنه إلى بلاد الإسلام مفتعين به معركة بينه وبين النظام الإسلامى وتناسى هؤلاء بقصد منهم وبغير قصد أن = الإسلام أمر بالعلم وحث عليه شريطة ألا يؤدى إلى إفساد فى الأرض ، وعدم تجاوزه النصوص الشرعية والمبادئ العامة الإسلامية، فلا يوجد فى الإسلام رجال دين لهم صلاحية منح الغفران والوساطة بين العباد وبين خالقهم .

بعيدا عن قيود الدين^(١٧٩٩).

ومن هنا فقد نتج عن ذلك كله تحول البناء العمرانى تدريجيا من النمط الإنطوائى إلى
البنائية ذات الواجهات المفتوحة على الخارج^(١٨٠٠) ، وكان لهذا المنحى الأثر الجذرى فى
تحكيم المنهج التجريبي والملاحظة الميدانية المجردة من رواسب الماضى والأفكار
المسبقة^(١٨٠١).

إذ إن الإنطوائية فى البناء والخصوصية والستره ما هى إلا موروثات توارثتها الأجيال ،
وبالتالى عدت مجموعة القيم السلوكية ، ومنها التستر من الغير ، ومراعاة الخصوصية أمرا موروثا
، وإن كانت تستمد وجودها من القيم الدينية ، فهى عرضة للتطوير والتغيير وفق مستجدات
العصر والوافق الاجتماعى ، وإذا كان النظام الليبرالى قدم منهجا للخروج على السترة
والخصوصية على المستوى الاجتماعى ، مع ترك بعض الخصوصيات للأفراد فى السترة كأن يقوم
بوضع ستائر ، إلا أن النظام الشيوعى قدم أنموذجا تطبيقيا للعلمانية فى ميدان العمران أكثر جرأة
من الليبرالية ، إذ إنه عمل على إقصاء القيم الأخلاقية عن الحياة الاجتماعية والثقافية ، ومبدأ
الخصوصية فهو لم يكتف بإقصائها عن الحياة العامة بل امتد إلى الحياة الفردية الخاصة ، فكان
للنظام الشيوعى إرساء مبدأ المساواة القسرية بين أفراد المجتمع ، بل بين الرجل والمرأة ،
وشطب ما من شأنه إبراز التمايز والاختلاف^(١٨٠٢).

هذا كله أظهر لنا عدم احترام مبدأ الخصوصية والستره الذى حرص عليه الإسلام ، فعند
الغرب صبغت الحياة العمرانية بالصبغة العلمانية ومنها إظهار العمران الإباحى الذى يؤدى إلى
الاستدراك البصرى ، وتعد أمريكا مثالا واضحا لهذا المنهج فى مظاهر الحياة بما فيها الذوق
المعماري والسلوك الاجتماعى ، فى المدارس فى الجامعات فى المنازل ويقابل هذا سلوك المرأة
المعاصرة فى استعمال المساحيق والألبسة الفاتنة التى تستهلك النظر وتدعو إلى الإباحية وعدم
احترام الخصوصية^(١٨٠٣).

موقف النظم العربية المعاصرة :

(١٧٩٩) وفى ضوء البعد عن القيم الدينية امتلأت المدينة بالتماثيل العارية التى تنحو إلى تصوير اللقطات المثيرة أو المعبرة .
(١٨٠٠) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة - ص ١٧٨) .
(١٨٠١) يعد كتاب القانون الجديد " Novum Organum " للفيلسوف البريطانى بيكون (Bacon) الذى نشر ١٦٢٠م
، باكورة هذا المنحى الذى يدعو إلى تحكيم المنهج التجريبي ، والملاحظة الميدانية المجردة من رواسب الماضى والأفكار
المسبقة ، انظر :

(Anthony O'hear , philosophy of science Clarendon press oxford 1989 □□□□
P 12- 15) .

(١٨٠٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة - ص ١٨١) .

(١٨٠٣) راجع فى ذلك :

Sigfried Giedon space , Time and Architecture Harvard University Press , 1987,
P75- 88 .

Sir Banister Fletcher's ,A History Of Architecture buttersworths, London ,1987 .
P.34 -89 .

شهدت معظم المدن الإسلامية منذ نهاية القرن الماضي تعايشا عسيرا بين الأنماط الإسلامية الموروثة والأنماط الحديثة التي تطورت في أوروبا وكان لانتشار النمط الأوروبي العمراني ، في الدول الإسلامية أسبابه منها :

أ - الاحتلال المباشر :

إذ حرصت إدارة الاحتلال على بناء أنماط عمرانية بالقرب من المدن العتيقة في الدول الإسلامية ومنها مصر ، وأقرب مثال مدن المغرب العربي أثناء الاحتلال الفرنسي .

ب - انتشار الثقافة الغربية العلمانية في الدول الإسلامية :

فقد انتشرت الأنماط العمرانية الحديثة في بعض الدول الإسلامية بدافع ثقافي تمثل في اقتباس أسلوب المعيشة العربي ، وذلك بغية اللحاق بركب الحضارة الموهومة ، وأقرب مثال على ذلك حركة التحديث التي شهدتها تركيا " بلد الخلافة العثمانية " في عهد ما يسمى بـ " التنظيمات " الذي بدأ عام ١٨٣٨ م ، حيث صبغت معظم مجالات الحياة العامة بما فيها قوانين البناء والعمران بالصبغة الغربية ، ومن وراء تركيا مصر فلقد سايرت القاهرة عهد التنظيمات حيث شهدت المدينة تحولا قضائيا جذريا ، الهدف منه تنظيم القاهرة على صورة باريس وباقي مدن أوروبا ، ولقد تبنت النظم العربية والإسلامية هذا المنهج العمراني الذي لا يراعى الخصوصية والتستر ، ومن ثم استبدلت المشربيات التي تحمي عيون الناظرين إلى شبابيك مستطيلة وضعت للحماية الأمنية لا لحماية الخصوصية^(١٨٠٤) .

وقد تبع هذا التغير المعماري تغير في كل ملامح المجتمع وسلوك الأفراد فانعدم الاهتمام بمسألة الإطلاع والتكشاف سواء أكان ذلك من أفراد المجتمع ، أم من السلطة التي بادرت بنفسها إلى هذا التحول ووضعت قوانين لذلك سايرت به النموذج الغربي في البناء ، ومن ثم جمدت أحكام الشريعة الإسلامية في جملتها ، وبخاصة تلك المتعلقة بالنظام العام في العمران ، وأصبحت مجموعة طقوس ، وتطبيقات فردية غير إلزامية^(١٨٠٥) .

ج : تطور الاقتصاد البترولي في الدول الإسلامية :

إنه من أسباب الأخذ بالنموذج الغربي في العمران في الدول العربية والإسلامية التطور الاقتصادي الذي أصبح له دور أساسي في استيراد المنظومة القانونية الغربية في البناء ، فقد اتخذ النظام التخطيطي الشطرنجي للمدن الحديثة ، ونمط الفيلا كوسيلتين في تنمية البيئة المعاصرة منذ العقد الثالث من القرن الماضي ، وقد اكتسبت هاتان الوسيلتان الشرعية ، وبخاصة في المملكة العربية السعودية ودول الخليج العربي ، وذلك نتيجة لمصادقة المخططات الإرشادية ونظم تحديد المناطق ، ونظم البناء من قبل الوزارات المعنية ، فصارت قطعة الأرض المربعة

(١٨٠٤) انظر (على باشا مبارك - الخطط التوفيقية الجديدة لمصر - الهيئة العامة للكتاب - القاهرة - ط ٢ - ١٩٨٠م - ص ٢١٤).

(١٨٠٥) على باشا مبارك - المرجع السابق - ص ٢١٦ .

وقطعة الفيلا وحدة أساسية في تركيب المدن العصرية في هذه الدول^(١٨٠٦) .

" ورغم تأكيد اللوائح والتنظيمات على ضرورة حفظ الخصوصية الأسرية من التعديلات البصرية ، واعتبار ذلك من أهم المحددات التصميمية للسكن ، وإلا أن قوانين الارتداد وفتح النوافذ والشرفات تعاكس ذلك غالبا ، وهكذا ففي اللوائح المتعلقة بالسكن الخاص أو الاستثماري بمدينتي أبوظبي والعين لا يوجد أى اعتبار لمسألة الخصوصية ، أما فى لوائح بلدية الريان بدولة قطر فلا يسمح مبدئيا بفتح شرفات من جهة الجار ، وإلا فيجب أن يرفع سائر لها من جهة الجار بارتفاع (١,٨ م) وعلى بعد (٣ م) عن السور الفاصل ، وفى مادة أخرى يشترط أن تفتح الشرفة إن كانت مسافة الارتداد أزيد من (١٥ م)^(١٨٠٧) .

وفى ضوء التعديلات التى أجريت على اللوائح التنظيمية بالمملكة العربية السعودية ، فقد استحدثت مواد تشترط مراعاة حقوق الجار من حيث الخصوصية ومراعاة الاطلاع والتكشاف ، ومن ذلك اقتراح نوافذ وشرفات تكسر خط البصر بواسطة زجاج داكن أو ستائر مائلة ، كما أنشئت معادلات رياضية تقيد مواضع الفتحات والشرفات ، وتفرض ارتفاعات ومسافات معينة توجب الالتزام بها لحفظ خصوصية الجار^(١٨٠٨) .

وإذا كانت عودة الوعي الإسلامى فى هذا العصر تتجلى فى تزايد المطالبة بالعمارة الإسلامية والاجتهاد فى تعديل تلك القوانين كما هو الحال فى السعودية فإن ذلك لا يعنى أن مسألة الاطلاع والتكشاف قد تم حسمها فما حدث من تعديل سابق إنما كان بمثابة ترقيعات جزئية ، بل ما تشهده العمارة فى المدن الإسلامية حاليا من تحديث لا يعدوا أن يكون تقليدا ساذجا وإبداعا زائغا لا التزام فيه بأدنى مبادئ العمارة الإسلامية ومن بينها الخصوصية ومنع الاطلاع والتستر ، وبعبارة أخرى فإن معظم المباني المعاصرة فى المدن الإسلامية لا تعدو فى جوهرها عبارة عن فيلا بمفهومها الإيديولوجي الغربى ، وبذلك تبقى مسألة منع الضرر من الاطلاع والتكشاف إحدى القيم المفقودة فى المدن الإسلامية^(١٨٠٩) .

المحور الثانى : القيم الإنسانية :

لقد اهتم الإسلام بالقيم الإنسانية وأولاهها الكثير من الاهتمام ظهر ذلك فى حرية التمتع بزينه الحياة الدنيا ، والحث على الزهد ، والجوار والقرباة ، والتكافل الاجتماعى ، والتكامل بين الجنسين ، ومنع الاختلاط .
أولا القرباة :

(١٨٠٦) انظر (على صالح الهدلول - المدينة العربية الإسلامية - دار السهن - الرياض - السعودية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م - ص ١٧٠) .

(١٨٠٧) انظر (إدارة التخطيط العمرانى - اللوائح والنظم التخطيطية والتصميمية للمباني السكنية - وزارة الشئون البلدية والزراعة - دول قطر - سبتمبر ١٩٩٦م) .

(١٨٠٨) انظر (على صالح الهدلول - المدينة العربية الإسلامية - ص ٢٠٢ : ٢٠٥) .

(١٨٠٩) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - مشكلة الاطلاع والتكشاف فى مدننا المعاصرة - ص ١٩٤ : ١٩٧)

إن العمران تأثر بهذه القيم فقد اهتم الفقهاء بالقرابة واعتبرها الأصوليون مقصدا من مقاصد الشريعة وكلياتها الأصولية ، وقد أخذت علاقة القرابة صورا مادية في المدن الإسلامية ، وسرى ذلك في تنظيم الأحياء السكنية حسب الانتماء القبلي ، ووجود العائلة الواحدة في بيت واحد كبير ينتظم حول الحوش أو يتصل بعضه ببعض ، ولهذه القرابة أساليب شرعية تؤدي إلى المحافظة عليها .

منها الموارث وفيه تقسيم العقارات وما يمكن تقسيمه وما لا يمكن إلا بضرر ، ولنظام التوريث الأثر المباشر في ارتباط ذوى القربى^(١٨١٠) .

أيضا من وسائلها الملكية الجماعية وهي التي تعود أصولها ومنافعها إلى جماعة معينة ، ولقد اشتهرت المدن الإسلامية والأرياف بوجود هذا النوع من الملكية الجماعية بجانب الملكية الفردية ، وفيها لا يجوز للسلطة أن تنزع أرضا تملكها جماعة معينة دون وجه شرعى كما هو الحال في الملكية الفردية^(١٨١١) .

وتنشأ الملكية الجماعية بطرق عدة منها : الشراء ، ومن أمثلة ذلك ما أقدم عليه الأندلسيون في الجزائر من شراء دار جماعيا وحولوها إلى مدرسة للجالية الأندلسية^(١٨١٢) ، وأيضا عن طريق الميراث والإحياء ، ويتم استعمالها واستغلالها بطريقة جماعية^(١٨١٣) .

أيضا من وسائل تحقيق القرابة الوقف الأهلى^(١٨١٤) والشفعة^(١٨١٥) .

وفى ضوء ذلك يمكننا أن نتصور مدى تأثير هذه الوسائل على تماسك أفراد العائلة الواحدة ، ومن ثم فقد تميزت البلدان الإسلامية منذ ظهور الإسلام إلى أواخر العهد العثماني بتركيبها الاجتماعية المؤسسة على أساس من الطائفية التي تعنى بها انتظام المجتمع فى صورة طوائف متميزة عن بعضها على أساس الدين أو العرق أو اللغة أو الصنعة ، ولعبت هذه التركيبة دورا وسيطا بين الفرد والدولة ، فقد كان الساكن ينتمى إلى دوائر متدرجة من الوحدات

(١٨١٠) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - من معالم العمران الإسلامى قرابة النسب ، وقرب المكان - مجلة الأحمدية العدد الثانى ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م - ص ٣١٦ : ٣١٧) .

(١٨١١) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - فقه العمران من خلال الأرشيف العثماني الجزائري (٩٥٦هـ/ ١٥٤٩م - ١٢٤٦هـ/ ١٨٣٠م) الوثيقة الثامنة عشرة ، والعقد الذى تم بين الحاكم العثماني فى الجزائر وأصحاب قطعة أرض فى منطقة بحلوان بخصوص فتح طريق (وثيقة ٢/١٨ - (٤٠) ، ١٨ / ٢ - ٣٠) - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - الإمارات - دى - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م - ص ١٥٥) .

(١٨١٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - فقه العمران - وثيقة المحاكم الشرعية (٨٢ - (٢٠) مركز الأرشيف الجزائرى) .

(١٨١٣) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - من معالم العمران الإسلامى قرابة النسب وقرب المكان - ص ١١٧) (١٨١٤) الوقف الأهلى هو : أن يصرح المالك للعقار لدى المؤسسات القضائية أنه وقف العقار لعقبه ولعقب عقبه إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها - انظر (معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ٣ / ٤٩٥) .

(١٨١٥) الشفعة : هى حق الشريك فى شراء حصة شريكه من الملكية المشتركة قبل غيره إذا ما أراد هذه الأخير بيعها ، واسترجاعها إذا ما تم البيع .

الاجتماعية ، ابتداء من الأسرة الصغيرة إلى العائلة ، وانتهاء بمفهوم الأمة^(١٨١٦) ، ومن ثم كان تنظيم الأحياء السكنية حسب الانتماء القبلى ، ووجود العائلة فى بيت واحد كبير .

أما بالنسبة للنظم الوضعية فإن مبدأ القرابة يكاد يكون مختلفيا تماما ، ولاسيما فى المدن المعاصرة ، فإن أهم ما يميز المدينة المعاصرة هو تغلب النزعة الفردية وانحلال العائلة وانكماشها ، واعتماد التوزيع الطبقي الاقتصادى فى التفريق وهيمنة سلطة الدولة على الحياة الاجتماعية ، واستقصاء لأسباب غياب مبدأ القرابة فى العمران العصرى من الصعوبة بمكان لتعددتها وتدخلها ، منها على سبيل المثال :

١ - التقدم التكنولوجى فلقد أدى إلى تغير علاقات العمل والاعتماد على الآلة بدل التآزر البشرى .

٢ - ازدياد الإنتاج الذى أدى إلى نشأة المجتمع الاستهلاكى ، وذلك بدوره أدى إلى الطبقة الاجتماعية .

٣ - خروج المرأة للعمل أدى إلى تفسخ الأواصر العائلية ، وضعف ارتباط الآباء بالأبناء .

٤ - إزالة المبادئ الأخلاقية على المستوى الثقافى أدى إلى إضعاف الروابط الزوجية والإحساس بالمسئولية والتكافل الاجتماعى .

٥ - خشاة مفهوم الدولة الحديث على المستوى السياسى أدى إلى تدخل السلطات العامة فى تنظيم المجتمع وفق مبادئ الطبقة ، ولتكريس هيمنتها التى تقتضى تفتيت الشبكات الاجتماعية وتشجيع الفردية على حساب الحياة الاجتماعية .

٦ - هناك عوامل أخرى من الدرجة الثانية منها : النزوح الريفى إلى المدينة، وأيضا الاحتلال الغربى للكثير من البلدان الإسلامية التى عملت على زعزعة المجتمعات التقليدية^(١٨١٧) .

(١٨١٦) انظر كتاب :

(Ragmond A:les Grandes Villes arabes a l'époque ottomane Paris 1985) .

(١٨١٧) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - معالم العمران الإسلامى قرابة النسب وقرب المكان ص ٣٢٩) .

ثانيا : الجوار :

جاءت النصوص القرآنية والنبوية تحت على حسن الجوار ، ومراعاة حقوق الجار ، بل صنف الجار إلى ثلاثة ، قال تعالى ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴾ (١٨١٨) .

ونشأ في الفقه الإسلامي ما يسمى بحق الارتفاق ، وهو ترافق الجيران في تبادل المصالح بينهم ، والحث على التنازل عن بعض الحقوق لبعضهم البعض عند الحاجة ، وفي السنة أن النبي ﷺ أوصى بعدم منع الجار غرز خشبة في جدار الجار الملاصق ، فعن (أبي هريرة رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره » ، ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها أكتافكم (١٨١٩) .

وقد اختلف الفقهاء في الحكم : فمنهم من قال بوجوب عدم المنع أخذ بظاهر الحديث ، ومنهم من قال بالنadb لكون حق الملكية ثابتا ولا يجوز ، وهم الشافعية في القديم سواء أذن المالك أم لا ؛ فإن امتنع أجبر ، وبه قال أحمد وإسحاق (١٨٢٠) ، وابن حبيب (١٨٢١) من المالكية ، وحملوا النهي في الحديث على التنزيه جمعا بينه وبين الأحاديث الدالة على تحريم مال المسلم إلا برضاه ، واشترط الأحناف إذن المالك فإن امتنع لم يجبر ، واستدل المهلب (١٨٢٢) من المالكية : بأن العمل في ذلك العصر على خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة بقوله : (مالا أراكم عنه معرضين ، ورجح ابن حجر قول الشافعي وأحمد بأن عمر قضى به ولم يخالفه أحد من الصحابة من أهل عصره ، فكان اتفاقا منهم على وجوب عدم المنع (١٨٢٣) .

كما شددت النصوص التشريعية النكير على الإساءة إلى الجيران بالإطلال عليهم ، والإضرار بهم بمختلف الوسائل ، واختلف الفقهاء في مسألة حجب الريح والشمس والضوء برفع البنيان ، فقال الأحناف : إن الضوء من الحوائج الأصلية التي لا يجوز منعها ، بخلاف الريح والشمس التي اعتبروها من الحوائج الزائدة التي لا يلتفت إليها في الخصومة (١٨٢٤) .

(١٨١٨) سورة النساء : آية ٣٦ .

(١٨١٩) البخارى : صحيح البخارى - تحقيق د/ مصطفى ديب البغا - باب (لا يمنع جاره أن يغرز خشبة في جداره - دار ابن كثير - بيروت - ط ٢ - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م - رقم ٢٤٦٣ - ٨٦٩ / ٢) .

(١٨٢٠) إسحاق : هو إسحاق بن إبراهيم بن مسرة مالكي (ت : ٣٥٤ هـ) انظر (ابن فرحون - الديباج المذهب - ٢٩٧ / ١) .

(١٨٢١) ابن حبيب : هو أبو موسى بن محمد بن أحمد بن حبيب سمع من سحنون - انظر (ابن فرحون - الديباج المذهب - ٣٣٥ / ٢) .

(١٨٢٢) ابن المهلب مالكي : هو أبو القاسم بن أحمد بن أسيد بن صفرة التميمي (ت : ٤٣٣ هـ) انظر (ابن فرحون - الديباج المذهب - ٣٤٦ / ٢) .

(١٨٢٣) انظر (ابن حجر - فتح الباري ٥٨٠ / ٦ : ٥٨١) ، وانظر (الشوكاني - نيل الأوطار - ٣١١ / ٥) .

(١٨٢٤) انظر (كامي أفندي الإدريسي - رياض القاسمين ص ١٦٩) .

أما الملكية فقالوا : إن حجب الريح والشمس والضوء مقيدون بالضرورة وبشرط عدم الإضرار لما فيه مصلحة عامة بإذن الإمام^(١٨٢٥) ، قال ابن كنانة^(١٨٢٦) : (ليس لأحد أن يمنع أحدا من رفع شيء من البنيان إذا كان إنما يرفع ذلك لحاجته ، فأما إذا رفع ذلك فأضر به جاره ، وليس له فيه منفعة منع من ذلك ، وأما الجدار فإنما يرفعه بقدر ما يحصن به على نفسه ، فإن رفع أكثر من ذلك ليضر به جاره من غير منفعة له في ذلك منع من ذلك الضرر)^(١٨٢٧) .

ثالثا : التكافل الاجتماعي :

إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية صورت التراحم بين المؤمنين وتربطهم بالبنيان المرصوص الذي يشد بعضه بعضا^(١٨٢٨) ، ومن ثم فإن تداخل البناء وتماسكه جزء من التراث العمراني الإسلامي ، وبالنظر للمدن الإسلامية القديمة تجد الاشتراك في الحوائط والسقوف والأسس ، وللأحاديث النبوية التي تحث على تقديم المعونات ، والسماح للجار بغرز خشبة العامل الأساسي في نشأة هذا التلاحم بين المباني القديمة .

وتمثل مؤسسات الوقف العمود الفقري لقيمة التكافل الاجتماعي في التخطيط العمراني في الإسلام ، ظهرت في المدن القديمة مثل المستشفيات والمساجد والمدارس والحصون والقلاع وغيرها ، وكان هناك تنازل من الأفراد عن ملكياتهم لصالح الأمة أو جماعة معينة ، وكانت روح الانتماء تتجسد في التسليم بسبق المصلحة الجماعية على الفردية من خلال مبدأ نزع الملكية للمصلحة العامة ، بل كان الفرد يتنازل طواعية عن ملكه لمصلحة المجموع ، وهو ما فعله ابن عباس رضي الله عنهما حين تنازل طواعية عن حقه دون مقابل بعد أن أثبت لعمر بن الخطاب عليه السلام عدم شرعية النزع قهراً ، حين أراد عمر توسيع المسجد النبوي^(١٨٢٩) .

ذلك لأن الوحدة الثقافية للمجتمع المسلم أخذت طريقها في العمران وترجمته إلى تجانس النمط السكني والواجهات واللون والطراز المشترك^(١٨٣٠) . هذا بخلاف النظم الغربية ، فهي تعتمد على التوزيع الطبقي وأحياء الأغنياء وأحياء الفقراء ، ومن العجيب أن أغلب المجتمعات العربية والإسلامية منذ القرن الماضي قد تأثرت بهذه النزعة الغربية في العمران البعيد عن قيمة التكافل الاجتماعي ، فقد استبعدت القيم الربانية والدين عموماً من الحياة المدنية ،

(١٨٢٥) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار - ٣١٤/٥) .

(١٨٢٦) ابن كنانة : هو المحدث أبو عمرو أحمد عبد الله بن عبد الرحيم بن كنانة اللخمي القرطبي ، ويعرف أيضا بابن الغنان (ت : ٣٨٣ هـ) انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء ٤٢٥/١٦) .

(١٨٢٧) ابن الرامي - الإعلان بأحكام البنيان - ص ٢٤٦ .

(١٨٢٨) انظر (صحيح البخاري رقم ٤٥٩ - كتاب الصلاة ، وانظر صحيح مسلم - الحديث رقم ٤٦٨٤ - كتاب البر والصلة) .

(١٨٢٩) انظر (د/ إبراهيم محمد الفائز - البناء وأحكامه في الفقه الإسلامي - جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء - الرياض ١٤٠٦ هـ - ص ٥٨٦ : ٦٠٠) .

(١٨٣٠) انظر (كتاب " أموس رابوبور " عن الثقافة والبيت والشكل المعماري :

(Rapoport A. House, form and culture N.J. Prentice Hall, 1969) .

واعتبرت مسألة شخصية ، وكان ذلك سدا لمصدر القيم التي كانت تحرك الضمير بعيدا عن السلطة الخارجية ، وقد حلت محلها قيم قسرية أنشأتها الدولة المركزية الممثلة نظريا للمصلحة العامة .

وهكذا فقد أصبحت المدينة العصرية فى النظم الوضعية تحت تصرف الدولة فى التخطيط والإدارة مما زاد فى مسئولياتها ، ونشأ فى المقابل نوع من التواكل واللامبالاة لدى الفرد ، وتقلص التفاعل مع محيطه إلى داخل بيته على أحسن حال ؛ لكون الخارج يخضع كليا للقوانين الوضعية ، ومن أمثلة تأثير غياب الوازع الدينى فى المدينة ظاهرة التخريب للممتلكات العامة وأيضا الإجرام المنتشر فى المدينة المعاصرة ، ومنها بعض المدن الأمريكية فإن مصدره قلة الأمن الاجتماعى الذى هو نتيجة عدم اكتراث أفراد المجتمع بما يجرى خارج نافذة البيت باعتباره مسئولية الدولة (١٨٣١) .

المحور الثالث : القيم البيئية :

تعد هذه القيم قيما سلوكية بناء عما تقوم به من إرشاد الإنسان إلى كيفية التعامل مع الكون ، انطلاقا من التصور الإسلامى العام للوجود ، ففيه نصوص كثيرة تشير إلى الاهتمام بالبيئة وعدم الإساءة إليها وإلا عدّ ذلك إفساد فى الأرض منها حديث « إذا قامت على أحدكم القيامة وفى يده فسيلة فليغرسها » (١٨٣٢) ، وأيضا حديث « ما من مسلم يغرس غرسا أو يزرع زراعا فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة » (١٨٣٣) ، وأحاديث إمطة الأذى عن الطريق ، والشوكة التى تكون فى الطريق .

وكان لهذا التوجيه النبوى أثره المباشر فى نشأة القيم عند المسلمين ، وبالتالي تفاعل العمران الإسلامى مع البيئة وخصوصا العناصر الرئيسية مثل الشمس والخضرة والماء والتراب ، ومن ثم نشأت فى المناطق الصحراوية الحارة عمارة تتجاوب مع الشمس من حيث استقبال الحرارة فى الشتاء ، وتجنبها فى الصيف ، وهنا كان إعمار الأرض الموت بدافع توسعة رقعة الإعمار ، وامتداد الأحياء حتى داخل المدينة فى رأى بعض الفقهاء ، ففي كثير من الأحيان يلجأ سكان المدينة إلى استغلال المساحات العاطلة الباقية فى المدينة بتمديد البناء عليها ، وينطبق هذا على بناء الأجنحة والواشن التى تمتد فوق الشوارع بعد ترك المساحة الباقية للمرور بشرط رضا أهلها كلهم ، يقول القرافى : وسبب خروج الرواشن عن هذه القاعدة أن الأفنية هى بقية

(١٨٣١) انظر :

Word C. vandalism Architectural press London , 1972 .

New man O. Defensible space London , Architectural press, 1984 .

(١٨٣٢) مسند أحمد برقم (١٣٠٤) ١٩١/٣ ، وانظر (البخارى - الأدب المفرد - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي برقم

(٤٧٩) ١٦٨/١ . دار البشائر الإسلامية بيروت - ط ٣ ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .

(١٨٣٣) صحيح البخارى الحديث رقم ٢١٥٢ - كتاب المزارعة وأيضا صحيح مسلم الحديث رقم (٢٩٠٤)

كتاب المساقاة .

الموات الذى كان قابلا للإحياء ، منع الإحياء فيه لضرورة السلوك ، وربط الدواب وغير ذلك) ، ولا ضرورة فى الهواء يبقى على حاله مباحا فى السكة النافذة ، أما المستدّة فلا لحصول الاختصاص وتعين الضرر عليهم^(١٨٣٤) .

كما نهى الإسلام نهيا قاطعا عن الفساد فى الأرض بقطع الأشجار أو تخريب مصادر المياه حتى فى وقت الحرب وفى أرض العدو إلا استثناءً ، فعندما حزن المسلمون من قطع نخيل اليهود على اعتبار أن ذلك فساد فى الأرض ، ولم يزل عنهم الحزن حتى نزلت آية ﴿ مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْتَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ ﴾^(١٨٣٥) .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن هذه القيم البيئية تعد مبدءا من مبادئ الإحسان والنهى عن الفساد ولا سيما فى العمران الإسلامى الذى يقابله بلغة العصر مفهوم البيئة المستديمة التى تعنى دورة استغلال الإنسان المسلم للطبيعة استغلالا متوازنا ، ولا تتطلب إهدار طاقات جديدة ، وعناصر طبيعية كبيرة ، بل إعادة استعمال العنصر الواحد عدة مرات مثل استعمال المسلمين روث الحيوانات فى الزراعة وفى تجيير الحيطان ، واستعمال قصب القمح والشعير والذرة فى تحضير الطوب واستغلال أجزاء الأشجار الميتة مثل جريد النخل وجذوعه فى التسقيف ، واستغلال الظواهر الطبيعية لتوليد الطاقة مثل استعمال ملاقف الهواء ، وكان لأهل البصرة شأن فى استغلال ظاهرتى المد والجزر فى إدارة الأرحية^(١٨٣٦) ، فكان الماء يدخل الأنهار ويسقى البساتين ويحمل السفن إلى القرى ، فإذا جاء الجزر أفاد أيضا فى عمل الأرحية لأنها على أفواه الأنهار ، فإذا خرج الماء أدارها ، ويبلغ المد حدود البطائح^{(١٨٣٧)-(١٨٣٨)} .

وإذا كان هنا وجه للاتفاق بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى هذه القيم البيئية إلا أنه اتفاق ظاهرى لا يمس الجوهر ، فلقد اكتفت النظم الوضعية بوضع القوانين المنظمة للعمران فى ضوء حماية البيئة ، والعمل على إيجاد مساحات خضراء شاسعة ، وقوانين معاقبة لمن يعمل على تلويث الهواء والماء ، ولكنها لم تربط الأفراد بالقيمة قلبا وقالبا ، إذ إنها تسن قانونا وتخالفه بالأعمال ، ولنا أن نسأل ؟ من وراء إقامة المصانع الكيميائية ، ومن وراء النفايات النووية ؟ ومن وراء ضرب البنية التحتية فى المجتمعات ، ومن وراء الدخان المتجمع فى الهواء جراء حرق قصب الأرز ،

(١٨٣٤) القرافى - الفروق - الفرق رقم ٢١٢ - ٤٥/٤ .

(١٨٣٥) سورة الحشر : آية ٥١ .

(١٨٣٦) الأرحية : هى الرّخى المعروفة وهى مؤنثة وتشتبه رحيان ومن مد قال رَحَاءٌ ورَحَاءَان و أَرْحِيَّةٌ مثل عطاء وعطاءين وأعطية وثلاث أَرْحٍ والكثير أَرْحَاءٌ و رَخَى القوم سيدهم ورحى الحرب حومتها و الرّخى الضرس و الأَرْحَاءُ الأضراس - انظر (الرازى - مختار الصحاح - ص ٥٥٧) ، وانظر أيضا (ابن منظور - لسان العرب - ١٣٨/٤) .

(١٨٣٧) البطائح : الأَبْطُحُ مَسِيل واسع فيه دُفَاقُ الحصى ، وقيل بَطْحَاءُ الوادى تراب لَيِّنٌ مما جَرَّتُهُ السُّيُولُ ، انظر (ابن منظور - لسان العرب - ٢ / ٤١٣) .

(١٨٣٨) انظر (محمد محمود محمددين - التراث الجغرافى الإسلامى- دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض ١٩٩٩م- ص ٣٦٩) .

وبخاصة في مصر ؟ الإجابة واضحة تتلخص في كلمتين : النظم ، وغياب القيم الدينية .

وجه الاختلاف من حيث الغاية :

مما لا شك فيه أن الغاية في النظام الإسلامي واحدة لا تتعدد ، ألا وهي تعبيد الأرض لله في ضوء ما ورد من تشريعات جامعة المقاصد الإسلامية الخمسة (حفظ الدين و حفظ النفس و حفظ العقل و حفظ العرض والنسل والنسب و حفظ المال) ، وكل ما يسن من قوانين يدور في فلكها ، ومجال التخطيط العمراني أحد المجالات التي تؤكد هذا المعنى في الإسلام في حرصه على تحقيق مقاصد التشريع الإسلامي من خلق الإنسان وهي (استخلاف - استعمار - استعباد) .

والنظم الوضعية لا تعرف ما يسمى بوحدة الغاية بل غاياتها متعددة ، وإن كان جميعها يتفق على نفى فكرة الغاية والقصد التي تصافرت عليها الشرائع السماوية المتتابعة من لدن آدم عليه السلام إلى خاتم النبيين سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام ، وهي أن للوجود الإنساني على الأرض غاية مقصودة أرادها الخالق جل وعلا واقتضتها حكمته النافذة^(١٨٣٩) ، ومن توابع فكرة الغاية الربانية أن صنف الإنسان من فصيلة الحيوانات بمفهومه العلمي وترسيخ ماديته في مقابل نفى روحانيته .

ومن ثم وضع قانون التخطيط العمراني بعيدا عن الروحانية ، بل وارتبط بغايات مادية بحتة تبعا للنظام السائد في البلد ، ففكرة الطابوية عندهم ترتبط بالقيود الاجتماعية ، ومن ثم كان التقارب بين الجنسين ، كان البعد عن قيود البصر والعمل على ظاهرة التكشف التي غالى فيها النظام الشيوعي أكثر من غيره ، فلا مكان فيه لحماية الخصوصية ، ولا مكان فيه للستر ، ومن هنا كانت الشيوعية أكثر تطبيقا للعلمانية ، وطغى فيها تقديس الجماعة على الفردية ، وغيرها طغى فيه تقديس الفردية على الجماعة .

خلاصة القول :

أن العمران الإسلامي يعكس القيم الروحية والسلوكية التي وضعها الإسلام لتنظيم الحياة المدنية الجماعية والفردية للمجتمع ، فأهم ما جاء به الإسلام ضبط علاقة الإنسان بربه فتجسدت المعايير الضميرية من خلال الشعائر التعبدية الجسدية والروحية ، ولذلك تخضع تصرفات الأفراد فيه للوازع الديني قبل أن يتدخل عامل السلطة المتمثل في الإدارة والقضاء والمراقبة الخارجية أو الحسية ، وكانت لكل من هذه القيم صور مادية واضحة في المدينة الإسلامية منها : وضع المعايير الضميرية للإنسان في سلوكه الحضري سواء الخاص ، على مستوى سكنه ، أو العام على مستوى الشارع والسوق ، وأماكن التجمعات العامة .

أيضا أثرت فيه هذه القيم من حيث التكافل الاجتماعي الذي ظهر في أنماط العمارة الإسلامية ، مثل السكن المنفتح إلى الداخل ، وحجم المباني المناسب لحجم العائلة

(١٨٣٩) انظر (د/ سفر الحوالي - العلمانية - مطبوعات البحث العلمي وإحياء التراث - (د . ت) ص ١٩٦ .

الكبيرة^(١٨٤٠) ، كل ذلك لا تعرفه النظم الوضعية الجوفاء التى فقدت روح الود والرحمة تجاه الآخرين وأقصى ما تفعله هو إقامة أماكن هى أشبه ما تكون بالسجون للمسنين^(١٨٤١) .

(١٨٤٠) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش - القيم الإسلامية فى العمران - ص ٢٢٥ : ٢٢٧) .
(١٨٤١) راجع (علماء الحملة الفرنسية - كتاب وصف مصر - الإنسان المصرى فى طوار الشيخوخة - ترجمة د/ زهير الشايب - مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٢م - ١/ ١٥١ وما بعدها) .

المبحث الثالث

المجال الاقتصادي والموازنة بين المنافع والمضار

يشكل المجال الاقتصادي أحد الأوجه الرئيسة للمنفعة العامة ، فلم تكن الجوانب الاقتصادية غائبة يوما ما عن اهتمامات الإدارة ، وزاد هذا الاهتمام إلى حد كبير منذ الحرب العالمية الأولى وحتى الآن ، بعد ازدياد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية بعمومها مبتغية بذلك تحقيق التنمية في مختلف قطاعات الدولة^(١٨٤٢) ، بإقامة المناطق الصناعية ، أو مشروعات الطرق والموانئ والمطارات ، أو مشروعات الطاقة اللازمة لتشغيل المشروعات الصناعية ، مما جعل نزاع الملكية ، والحصول على الأرض اللازمة بأقل ثمن لتنفيذ أى مشروع هو أحد أدوات السياسة الاقتصادية^(١٨٤٣) ، وبسبب تأثير هذا التدخل الإدارى على حقوق الأفراد وملكياتهم لم يقف القضاء الإدارى مكتوفى الأيدى كما كان من قبل ، بل وقف أمام هذه السياسة الاقتصادية العامة ليرد الاعتبار للمنفعة الخاصة إذا كان ثمة تعارض بينهما فى ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

ولم يكن هذا هو حال القضاء الإدارى فى فرنسا وحدها بل فى مصر وفى غالب دول العالم سواء فى ذلك دول الشمال الغنية ، أم دول الجنوب النامية ، وأيا كان النظام الذى تنتهجه كل منها.

وكان للموازنة بين المنافع والمضار تطبيقات فى هذا المجال أثبت فيها القضاء الإدارى أنه قادر على الإمساك برمانة الميزان عند حد الاعتدال والاعتزان ، حتى لا يطغى جانب على جانب .

ولم يكن هذا التطور القضائى بعيد عن النظام الإسلامى ، فباستقراء ما ورد فيه من وقائع فى هذا المجال وجدنا أن الموازنة بين المنافع والمضار كانت واقعا حياتيا يعيش به القضاء ، ومن قبله الإدارة الإسلامية ، وحتى يتضح التطبيق التوازنى فى المجال الاقتصادى نفتح صفحات المطالب التالية :

المطلب الأول : المجال الاقتصادي والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى

المطلب الثانى : المجال الاقتصادي والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار المجال

(١٨٤٢) تختلف المنفعة الاقتصادية عن المنفعة المالية ، إذ أن الأخيرة تبتغى بها الإدارة ، تحقيق أهداف مالية ، والنسبة تعد أقل تأكيداً لمنفعة عامة ، انظر (د/ أحمد أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة فى نزاع الملكية - ص ٢٦٤) .

(١٨٤٣) انظر :

Michel BLANC – PATTIN: La fonction actuelle de L'expropriation . Iner : ets économiques dominants et processus de la definition de l'utilite publique , the de cycle ,Grenoble, P. .

المطلب الأول

المجال الاقتصادي والموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي

يقصد بهذا المجال في الإسلام تنظيم الموارد والمصارف ، وتنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، والأغنياء والفقراء^(١٨٤٤) ، ولقد تفرّد الاقتصاد الإسلامي بتحديد هذه المجالات ، والعمدة في ذلك قوله تعالى ﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَمَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَزِينَتُهَا وَمَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ وَأَبْقَى أَفَلَا تَعْقِلُونَ ﴾^(١٨٤٥) ، فلفظة (متاع) ترمز لكل من السلع الاقتصادية والخدمات جميعها ، ولفظة (وزينتها) تعني ما ليست من السلع ولا الخدمات ، وإنما التي يسعى الناس إليها ويقبلون التضحيات من أجل الحصول عليها ، وهذا السلوك الاقتصادي لا يحرمه الإسلام ، وإنما يحرم الغلو فيه ، ومن ثم يستند هذا السلوك على الموازنة بين المنافع والمضار بين التضحية ، وبين إرضاء الغرور حتى لا يسخر السلطان من أجل الاحتفاظ بالزينة أو الفوز بها ، وإن كان في هذا التصرف تدمير للمصالح العليا الأولى^(١٨٤٦) .

ومن الأهمية بمكان أن جميع الفعاليات والأنشطة الاقتصادية التي يتوقف عليها ضمان استمرار الأركان الخمسة للحياة الفردية والاجتماعية الصالحة وسلامتها بنظر الإسلام كافة ، وهذه الأركان هي : (الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال) : كإنتاج الأغذية وتوفير السلع الطبية ، والمنع من السلع الخبيثة ، وغيرها من الإجراءات التي تدخل في إطار الضرورات ، ويختص بها جهاز الرقابة في الاقتصاد الإسلامي (الحسبة)^(١٨٤٧) .

وتتضح الموازنة بين المنافع والمضار بصورة تطبيقية عملية في مجال الاقتصاد الإسلامي لتشمل مختلف مجالاته الاقتصادية الموسومة بخصائص ومعايير وأهداف تمنحه الفارق الجلي بينه وبين غيره من النظم البشرية .

أولاً : خصائص المجال الاقتصادي في الإسلام :

إن أهم ما يميز النظام الاقتصادي الإسلامي عن غيره من الأنظمة الاقتصادية الوضعية ما يلي:

١ - للجمع بين الروح والمادة في الاقتصاد ؛ لإبراز نظام يقوم على التعاون والتراحم بين أفراد

(١٨٤٤) انظر (الشيخ/ عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه - دار الحديث - ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م - ص ٢٩) ، وانظر أيضاً (د/ عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة السادسة ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م - ص ١٥٧) .

(١٨٤٥) سورة القصص : آية ٦٠ .

(١٨٤٦) انظر (د/ عيسى عبه - الاقتصاد الإسلامي مدخل ومنهاج - دار الاعتصام - القاهرة ص ٣٥ : ٣٦) .

(١٨٤٧) انظر (د/ عبد الستار إبراهيم الهبتي - رسالة الاقتصاد للإمام النورسي - دراسة تحليلية - دار البحوث للدراسات الإسلامية - دبي ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م - مجلة الأحمديّة (عدد ٩) ص ٨٨ : ٩٩) .

المجتمع في جميع المعاملات والنشاطات الاقتصادية ، فالزكاة المفروضة للفقراء في أموال الأغنياء بجوانبها المادية والروحية ، فهي أيضا أداة للنمو الاقتصادي والتكافل الاجتماعي ، وفيها يتضح التناسق والمواءمة بين الروح والمادة من أجل الدنيا والآخرة^(١٨٤٨) .

٢ الحرية الاقتصادية في الإسلام هي الأصل ، بينما تدخل ولي الأمر هو الاستثناء ، فحرية التملك لعناصر الإنتاج ، وحرية التعامل والتعاقد هي القاعدة ، أما تدخل الدولة فهو استثناء في نطاق محدودية الضرورة الشرعية ، وفي حالة الإضرار بالمجتمع ، أو بأهداف المجتمع ؛ كحيازة الملكية أو التصرف فيها بطريق غير شرعي أو في حالة ظهور الاحتكار والمضاربة غير الشرعية^(١٨٤٩) .

٣ ازدواجية الملكية في الإسلام ، ولاسيما فيما يتعلق بالملكية الخاصة والملكية العامة ، فأقر الإسلام الملكية الخاصة بقوله تعالى ﴿ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾^(١٨٥٠) . ، وفي ذلك تحاوب مع فطرة الإنسان في حب التملك ﴿وَأِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾^(١٨٥١) ، وتحفيز للنفس لتعمير الأرض ، إلا إنه لا يترك هذه الملكية لهوى النفس بل وضع لها قيوداً منها :
أ . وجوب إحرازها والتصرف فيها بطرق مشروعة .
ب . ألا يكون في أصل تملكها أو التصرف بها إلحاق ضرر بالآخرين .
ج . مراعاة ما تقتضيه المصلحة العامة^(١٨٥٢) .

أما بالنسبة للنوع الثاني من الملكية : وهو الملكية العامة فقد قررها كأصل جنباً إلى جنب مع الملكية الخاصة ، وأساس الملكية العامة في الإسلام هو المصلحة العامة للمسلمين ، فإن الشكل الذي يحقق المصلحة العامة فثمة الملكية العامة في الإسلام ، سواء كان في شكل ملكية دولة ، أو ملكية الجماعة ما دامت تتم ضمن الإطار الشرعي^(١٨٥٣) .

والملكية العامة في النظام الإسلامي تشمل المرافق الواردة في حديث النبي ﷺ « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكأ والنار »^(١٨٥٤) ، وأيضاً يتسع مفهومها لتستوعب كل مرفق له خصائص المواد الثلاثة ، وأكد هذا الفقيه ابن قدامة بقوله : " إن المعادن الظاهرة وهي التي

(١٨٤٨) انظر (د/سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام- مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٧هـ/١٩٩٦م - ص ٥٤ : ٥٥) .

(١٨٤٩) انظر (د/سعيد سعد مرطان - المرجع السابق - ص ٥٥) .

(١٨٥٠) سورة البقرة : آية ٢٧٩ .

(١٨٥١) سورة العاديات : آية ٨ .

(١٨٥٢) انظر (محمد المبارك - نظام الإسلام - الاقتصاد : مبادئ وقواعد عامة- دار الفكر - بيروت - لبنان ١٩٨٠م - ص ٧٨) .

(١٨٥٣) انظر (د/سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام - ص ٥٧) .

(١٨٥٤) رواه البخاري - ١٧٥/٦ .

يوصل إلى ما فيها من غير مؤونة ينتابها الناس وينتفعون بها كالمح والماء والكبريت والقيـر^(١٨٥٥) ، والمومياء^(١٨٥٦) ، والنفط والكحل والبرام^(١٨٥٧) ، والياقوت ، ومقاطع الطين ، وأشباه ذلك ، لا تمتلك بالإحياء ، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم^(١٨٥٨).

ويدخل فى مجالات الملكية العامة : الوقف ، والمرافق الأساسية ومصادر الثروة المائية ، والطاقة .

٤ المتوازن فى رعاية مصلحة كل من الفرد والمجتمع : فالاقتصاد الإسلامى لا يركن إلى رعاية مصلحة الفرد على حساب مصلحة المجتمع ولا العكس ، بل إنه يضمن مصلحة كليهما ، فلا مصلحة تهدر للفرد باسم مصلحة المجتمع ، ولا المجتمع باسم مراعاة مصلحة الفرد ، قال تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴾^(١٨٥٩) ؛ فهدف الديانات والرسالات الأولى : قيام التوازن الناس وإقامة العدل الاجتماعى والسياسى ، وتشريع القوانين المادية والأدبية التى تكفل تحقيق هذه الغاية الكبيرة بينهم ، وبديهي أن الميزان الذى جاء به الأنبياء ليس الميزان الحديدى الذى يمسكه التجار ..! ولكنه الميزان الشرعى الذى يمسك به المصلحون لضبط الأوضاع والأعمال ، وتوزيع الحقوق والواجبات ، وتنظيم الهيئات والطبقات ! (١٨٦٠)

ومن ثم يحق للدولة التدخل فى حالة حدوث انحراف أو تعدٍّ يؤدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر أو تعويض مصلحته للخطر^(١٨٦١) ، وتدخل الدولة منوط بحماية المصلحة العامة ، وتقديرها للظروف التى تستدعى تدخلها محكوم بالقواعد الفقهية ، ووضع الفقهاء قاعدة عامة يقررها الإسلام مبداً عاماً للحفاظ على هذا التوازن ، وهى " تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "^(١٨٦٢) ، وحتى تكون القاعدة روحاً تسرى ، وجسداً يتحرك فى المجال الاقتصادى ، كان نظام الحسبة لمراقبة النشاط الاقتصادى بصفة عامة ، ومراقبة التعامل فى الأسواق بصفة خاصة ، وأيضاً نظام الزكاة لاقتطاع جزء محدد من أموال الأغنياء ، وإنفاقها على الفقراء هو مال المساكين

(١٨٥٥) القيـر : الزيت - انظر (ابن منظور - لسان العرب ٣٤/٢).

(١٨٥٦) المومياء : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزيت المخلوط بالماء ، تلتطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ ولا تتغير ، وهو ما يسمى (التحنيط) ، انظر (الجامع لمفردات الأدوية ٦٩/٤) .

(١٨٥٧) البرام : هو القدور من الحجارة - انظر (ابن منظور - لسان العرب ٢٦٢/٢) .

(١٨٥٨) ابن قدامة - المغنى - ٥١٧/٧ .

(١٨٥٩) سورة الحديد : ٢٥ .

(١٨٦٠) الشيخ /محمد الغزالى - الإسلام والأوضاع الاقتصادية- نهضة مصر - ط٢ سنة ١٩٩٨م - ص١٠٣ .

(١٨٦١) انظر (د/سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام - ص ٥٨) .

(١٨٦٢) ابن نجيم - الأشباه والنظائر ٨٨/١ .

والمحتاجين ، وهنا كان إقامة الاعتدال بين المصلحة الفردية والجماعية فى الاقتصاد تضطلع به نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على ضوء من القواعد العامة المحكمة فى الشريعة^(١٨٦٣) .

٥ - البحث على إعطاء الأولوية للصالح العام للمجتمع : لأجل ذلك أجاز الإسلام فرض الضرائب ، وتحديد السعر ، وترشيد الاستهلاك ، والحجز على ممتلكات السفينة ، وتوجيه الإنتاج والاستثمار فى سلع معينة ، ووضعت القاعدة الفقهية (دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر)^(١٨٦٤) ، وهنا كانت الموازنة بين المنافع والمضار من أجل المعرفة الكاملة ، أى الضررين أكبر ، وأى النفعين أعظم ، ومن ثم وضعت السياسات التى يمكن أن تحقق هذا الهدف ، وكانت الدعوة الدائمة إلى التنمية الاقتصادية من خلال تعمير الأرض ، والسعى للعمل المنتج الحلال ، والابتعاد عن الاكتناز والترف والإسراف والتبذير^(١٨٦٥)

ثانيا : معايير الاقتصاد الإسلامى :

إن إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى الاقتصاد الإسلامى يجعلنا نتطلع إلى إيجاد معيار يسمح بتحديد الموازنة بين المنافع والمضار فى كل مجال من مجالات الاقتصاد الإسلامى ، حتى يمكن توفير المنفعة لكل من طرفى المعاملة الاقتصادية ، والوصول إلى الوضع الأمثل لكل المتغيرات الاقتصادية ؛ ذلك لأن المقصد الأساسى من إعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى الاقتصاد الإسلامى هو تحقيق المصلحة الشرعية التى قصدها الشارع ﷻ لعباده بدرء المفاسد ، وجلب المصالح ، وذلك فى إطار ما اتفقت عليه الأمة من أصول كلية جاءت الشريعة بحفظها ، وهى خمسة (الدين ، النفس ، العقل ، العرض والنسب والنسل، المال)^(١٨٦٦) .

ومعنى ذلك أن يكون معيار الاقتصاد كما يلى :

١- أن يدور فى فلك الكليات الخمس ، أو المقاصد التشريعية الخمسة ، وفى مستوياتها الثلاثة : الضروريات ، الحاجيات ، التحسينات .

أ - الضروريات الاقتصادية : وهى التى لا بد منها فى قيام مصالح الدين ، والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت الحياة)^(١٨٦٧)

ب - الحاجيات : وهى التى لا تتوقف عليها صيانة المقاصد الخمسة للحياة ، ولكنها مطلوبة

(١٨٦٣) انظر (د/ فتحى الدرينى - الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده - ص ٢٢) .

(١٨٦٤) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٢٠٧ .

(١٨٦٥) انظر (د/ سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادى الإسلامى - ص ٥٩) .

(١٨٦٦) انظر (الشاطبى - الموافقات ٢ / ٨) .

(١٨٦٧) انظر (الشاطبى - الموافقات ٢ / ٨) .

لأجل التوسعة ، ورفع الحرج ، ودفع المشقة^(١٨٦٨) .

ج -التحسينات : وهى التى لا تصعب الحياة بتركها أو فقدها ، لكن تناولها يسهل الحياة ويجملها ، وقال فيها الشاطبى هـى : " الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال والمواسات التى تأنفها العقول الراجحة ، إن هذه التحسينات راجعة إلى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية ، والحاجية ؛ إذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضرورى ، ولا حاجى ، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين "^(١٨٦٩) .

وتقتضى هذه المستويات الثلاثة أن يقام الاقتصاد على تحرى ما هو أكثر أهمية ثم الأقل فالأقل ، ومن هنا تعتبر الضروريات واجبة ؛ لأنها المقاصد الأصلية للشرعية ، وأى خلل فيها يلزم معه اختلال الباقي من المقاصد الأخرى ، ولا يلزم من الإخلال بالحاجيات والتحسينيات إلى الإخلال بالضروريات ، وإن كانا يؤديان بصفة عامة إلى الإخلال بالضروريات إلى حد ما^(١٨٧٠) .

٢- مراعاة البعد الزمانى والمكانى والنوعى والادراكى والشخصى :

وذلك بالنسبة إلى كل مستوى من المستويات الثلاثة أن يراعى فيها هذا البعد :

أ -البعد النوعى : تنقسم إلى قسمين : أصلى ومكمل ، أو أصل وفرع .

ب -البعد الشخصى : تنقسم إلى قسمين : عام ، وخاص .

ج - البعد المكانى : تنقسم إلى قسمين : شامل ، وجزئى .

د -البعد الزمانى : فإن المقاصد الخمس تنقسم وفق البعد الزمانى إلى قسمين مؤجل وحال .

هـ -البعد الإدراكى : تنقسم إلى قسمين : ما يمكن إدراكه ، وما لا يمكن إدراكه .

ومن ثم فإنه يتم إعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى فى ظل هذا المعيار فيتم العمل على ما يحفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والعرض ، والنسل ، والنسب ، والمال من المفساد ، وتحقق لهم المصالح على كل مستوى من المستويات بما هو أصلى ، ومكمل ، وللأصلى والمكمل بما هو عام ، وخاص ، وللعام والخاص بما هو شامل وجزئى ، وللشامل والجزئى ، بما يمكن إدراكه ، وما لا يمكن إدراكه^(١٨٧١) ، ونمثل لذلك بحفظ النفس الذى هو حفظ لأصل الإنسان يتم من جانب الوجود بحفظ ما فضله الله به على كثير من خلقه بالعقل والعلم والبيان والنطق والشكل والصورة الحسنة ، والهيئة الشريفة والقامة المعتدلة ، واكتساب العلوم بالاستدلال والفكر ، واقتناص الأخلاق الفاضلة من الصبر والطاعة ، وأيضاً بتوفير ما يقيم هذه النفس من الغذاء (طعام وشراب)

(١٨٦٨) انظر (الشاطبى - الموافقات ٢ / ١٠) .

(١٨٦٩) انظر (الشاطبى - الموافقات ٢ / ١٢) .

(١٨٧٠) انظر (د/ محمد عمارة قاموس المصطلحات الاقتصادية- دار الشروق - بيروت - الطبعة الأولى -

١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م - ص ٣٢) .

(١٨٧١) انظر (د/ سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل - مدخل القيم : إطار مرجعى لدراسة العلاقات الدولية فى الإسلام-

المعهد العالمى للفكر الإسلامى - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ - ص ٤٤٩ : ٤٩١) .

والكساء ، والمسكن^(١٨٧٢).

كما يتم حفظ النفس من العدم بتحريم الاعتداء على النفس وأعضائها، وأيضا حفظ العقل من جانب الوجود بما يحافظ على النفس به من غذاء وكساء ، ومسكن من حيث دخول العقل في النفس ، فالعقل السليم في الجسم السليم ، فضلا عن وجوب التعليم بأنواعه^(١٨٧٣).

(١٨٧٢) انظر (د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٣٥١) .

(١٨٧٣) انظر (د/ نعمت عبد اللطيف مشهور - الوسط : مفهومه - مجالاته - تحديده في الاقتصاد الإسلامي - مجلة المسلم المعاصر - القاهرة - عدد (٩٦) - ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م - ص ١١٧) .

ولقد اتبع النظام الإسلامى أسلوبا واضحا لمنع وقوع أزمات اقتصادية أولعلاجها وحتى لا يقع ضرر على طرفى الحركة الاقتصادية فى الأمة ، وذلك بما يكفل دفع الضرر عن الفرد والجماعة ، ويسلك النظام الإسلامى فى هذا طرق ثلاثة من أجل الحفاظ على التوازن الاقتصادى داخل المجتمع هى : منع الاحتكار ، ومنع السمسرة ، وضمان حرية التجارة^(١٨٧٤) ، وكل ذلك فى إطار الموازنة بين المنافع والمضار ، ومما يزيد الأمر وضوحا أن وجدت نماذج تطبيقية لهذه الأنشطة الاقتصادية ، تعد مثالا لكفتى الموازنة بين المنافع والمضار ، وهى ما يلي :

المثال الأول : الاحتكار والموازنة بين المنافع والمضار :

الاحتكار لغة : مشتق من الفعل (حَكَرَ) بفتح الحاء وضمها ، وهو يعنى ما احتبس انتظاراً لغلائه ، وأيضاً يعنى الظلم وإساءة المعاشرة^(١٨٧٥) .

وفى اصطلاح الفقهاء : قصره بعضهم على الأقوات ، والبعض الآخر قصره على كل ما يضر بالعامّة من الناس قوتا غيره .

– عرفه أبو يوسف بقوله الاحتكار (أى الحبس) بالشراء فى المصر والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامّة ، ويجرى الاحتكار فى كل ما يضر بالعامّة قوتا كان أولا^(١٨٧٦) .

– وعرفه محمد بن الحسن الشيبانى بقوله : بأنه حبس قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت^(١٨٧٧) . ويتحقق الاحتكار عند محمد فى الأقوات ؛ لأن الضرر فى الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بفقدائها وحبسها^(١٨٧٨) .

– وعرفه مالك بقوله : " الحكرة فى كل شيء فى السوق من الطعام والكتاب والزيت وجميع الأشياء والصوف وكل ما يضر بالسوق "^(١٨٧٩) .

– وعرفه النووى بقوله : " قال أصحابنا : الاحتكار المحرم هو الاحتكار فى الأقوات خاصة ، وهو أن يشتري الطعام فى وقت الغلاء للتجارة ، ولا يبيعه فى الحال ؛ بل يدخره ليغلو ثمه " ^(١٨٨٠) . ومن ثم فإن الاحتكار عند الشافعية يتحقق حين إمساك الطعام عن البيع ،

(١٨٧٤) د/ فوزى محمد طایل – المرجع السابق ص ١١٤ .

(١٨٧٥) انظر (الفيروزاباى – القاموس المحيط ١٢/٢) ، وانظر أيضا (أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى – المصباح المنير – المطبعة الأميرية – مصر – الطبعة الثانية ١٩٠٩م – ١٧٥/١) .

(١٨٧٦) الإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء (ت : ٥٨٧هـ) – بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع – مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر – بيروت لبنان – الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م – ١٩٢/٥ : ١٩٣ .

(١٨٧٧) القث : هو الرطبة من علف الدواب . انظر (ابن منظور – لسان العرب ٧٠/٢) .

(١٨٧٨) انظر (بدائع الصنائع ١٩٣/٥) .

(١٨٧٩) المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخى عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم – ١٧٤١/٤ – مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر – بيروت لبنان – الطبعة الأولى ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م .

(١٨٨٠) شرح صحيح مسلم للنووى ٤٩/٦ .

الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس إليه ، فيحرم الاحتكار إذا كان في الأقوات (١٨٨١) .
والاحتكار عند الحنابلة هو ما توفرت فيه شروط ثلاثة :

الأول : أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكر لقوله ﷺ : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » (١٨٨٢) ، ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به ، بل ينفع .

الثاني : أن يكون المشتري قوتاً ، فأما الإدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار عند الحنابلة قال الأثرم (١٨٨٣) : سمعت أبا عبد الله يسأل عن أى شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت الناس فهو الذى يكره ، وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب وهو راوى حديث الاحتكار يحتكر الزيت ؛ لأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها .

الثالث : أن يضيق على الناس بشرائه ، ويحصل هذا بأمرين :
أحدهما : أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين (مكة والمدينة) ، والشغور ، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق كبغداد والبصرة ، ومصر لا يحرم فيها الاحتكار ؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا .

آخرهما : أن يكون فى حال الضيق ، بأن تدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه فى حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم (١٨٨٤) .

وإنه باستقراء ما ورد من تعريفات للفقهاء للاحتكار فإن الأقرب إلى المعنى الذى نريده هو تعريف كل من مالك وأبى يوسف ذلك لمكان الإضرار بالعامه وهو لا يختص بالقوت والعلف دون غيرهما فمتى تحقق الضرر فقد ثبت تحريم الاحتكار ،

ومن ثم فإن الاحتكار هو : جمع الأقوات والسلع التجارية الضرورية على اختلاف أصنافها وحبسها عن المحتاجين لتقل فى الأسواق ويغلو ثمنها مهما كانت حالة المشتري من عجز أو اقتدار (١٨٨٥) .

وهذا التعريف يمكن تعضيده بحجتين :

الأولى : أن أحاديث النهى عن الاحتكار لم تشر إلى سلعة بعينها ، وإنما جاءت مطلقة

(١٨٨١) انظر (النووى - المجموع شرح المذهب ٥١/١٣) .

(١٨٨٢) فتح البارى - باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ١٦٤/٦ .

(١٨٨٣) الأثرم : هو أبو بكر أحمد بن محمد بن هانى بن الأثرم كان حافظا للحديث على مذهب أحمد ، وسمع من أحمد وله كتاب السنن فى الفقه ، وكان يحيى بن معين يقول : الأثرم أحد أبويه لتيقظه ومات حوالى (٢٦٠هـ) قبلها أو بعدها بمدينة إسكاف . انظر (الذهبي - سير أعلام النبلاء ١٢/٦٢٦) .

(١٨٨٤) انظر (ابن قدامة - المغنى - ٦٧٠/٥ : ٦٧١) .

(١٨٨٥) انظر (د/ غالب بن عبد الكافي القرشى - أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء - ٢٣٠/١) ، وانظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية - ص ٥٤٧) .

تشمل الطعام وغيره من السلع التي يحتاج إليها الناس ، وما جاء من الأحاديث مصرحاً بلفظ الطعام لا يصلح لتقييد الأحاديث المطلقة قال الشوكاني : في نيل الأوطار : " وظاهر أحاديث الباب أن الاحتكار محرم من غير فرق بين قوت الآدمي والدواب وبين غيره ، والتصريح بلفظ : (الطعام) ^(١٨٨٦) في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق ^(١٨٨٧) ، وذلك لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب ^(١٨٨٨) ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول " ^(١٨٨٩) .

الثانية : إن العلة في منع الاحتكار هي الإضرار بالمسلمين ، فلا يحرم إلا على وجه يضر بهم ، " ويستوى في ذلك القوت وغيره ؛ لأنهم يتضررون بالجميع " ^(١٨٩٠) . وهو الوجه الذي قاله أبو يوسف : " إن الكراهة لمكان الإضرار بالعامه ، وهذا لا يختص بالقوت والعلف " ^(١٨٩١) .

ومن هنا فإن الاحتكار المحظور في الشريعة الإسلامية هو حبس أى شيء تشتد إليه الحاجة ، ويستعمله الناس في حياتهم ، ويتضررون من حبسه عنهم ، ويستوى في ذلك أن يكون الحبس نتيجة شراء أو اختزان ، وأن يكون الشراء من مصر أو غير مصر .

مضار الاحتكار الاقتصادية :

الاحتكار في الغالب الأعم يؤدي إلى عدة أضرار منها :

١ إهدار حرية التجارة والصناعة والتحكم في الأسواق ^(١٨٩٢) ، بحيث يفرض المحتكر ما شاء من أسعار على الناس ، يكون له التحكم في ثمن المنتج ، وسلطة إغلاق باب المنافسة

(١٨٨٦) حديث عمر قال : سمعت النبي ﷺ يقول : « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس » (رواه ابن ماجه ٢/٢١٥٥) .

(١٨٨٧) الدليل المطلق : هو ما يدل على فرض شائع في جنسه وليس على جميع الأفراد كما هو الحال في عموم العام الذي يدل على جميع الأفراد ، ويقال عموم المطلق بدلي ، وليس شمولياً ، مثاله : قول القائل : " اعتق رقبة ، فإن لفظ رقبة مطلق ويدل على فرض شائع في جنسه إذ إنه يصدق على الرقبة المؤمنة ، وغير المؤمنة ، فأية رقبة أعتقها عُدم مثلاً للأمر - انظر (د/ قطب سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه ص ٣١٠) .

(١٨٨٨) مفهوم اللقب : هو دلالة منطوق اسم الجنس ، أو اسم العلم ، على نفي حكمه المذكور ، عما عداه ، مثاله : قول قائل : " البطل زيد ، يفهم من هذا أن غير زيد ليس ببطل - انظر (د/ قطب سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٤٢٨) .

(١٨٨٩) الشوكاني - نيل الأوطار - دار الحديث - الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م - ٢٦٢/٥ .

(١٨٩٠) الشوكاني - المرجع السابق : ١٧٣/٥ .

(١٨٩١) الكاساني - بدائع الصنائع : ١٩٣/٥ .

(١٨٩٢) ومن أنواع الاحتكار الرابطات التي ينشئها التجار : حيث تتفق طائفة منهم على شراء جميع ما طرح في السوق من سلعة معينة ، ثم يبيعونه على نحو ما يريدون من السعر لانعدام المنافس ، وقد كان الخلفاء الراشدون يمنعون قيام مثل هذه الرابطات أو الشركات الاحتكارية ، لما في ذلك من الضرر على المستهلك ، فقد قدم المدينة المنورة طعام في عهد عمر ، فخرج أهل السوق إليه فابتاعوه ، فقال لهم عمر : " أفى أسواقنا تتجرون ، أشركوا الناس أو أخرجوا فاشترى ثم اتوا فبيعوا " ، انظر (د/ محمد رواسي قلعة جي - تدخل الدولة في السوق في عهد الخلفاء الراشدين - مجلة الوعي الإسلامي - ربيع الأول ١٣٢١هـ / ٢٠٠٠م عدد ٤١٥ - ص ٢٢ : ٢٤) .

والسيطرة على عرض السلعة^(١٨٩٣).

٢ يؤدي الاحتكار إلى سد أبواب الفرص والعمل أمام الآخرين ، فكثيراً ما يعتمد المحتكر إلى تعطيل بعض الموارد الإنتاجية ، أو إلى تشغيلها بأقل طاقتها الإنتاجية، بقصد تحديد العرض طالما كان آمناً من المنافسة ، أو أن يعتمد إلى إهلاك جزء من منتجاته ، حتى لا تؤدي الزيادة في العرض إلى تخفيض الثمن ، وفي الحالتين الضرر كائن بمصالح الناس^(١٨٩٤).

٣ يؤدي الاحتكار إلى قتل روح المنافسة في التفوق والإتقان في الإنتاج ، فهو لا يقدم طريقة جديدة في الإنتاج إلا إذا كانت مصلحته الخاصة تقضي بذلك ، وهي لا تتفق دائماً مع مصلحة المستهلك^(١٨٩٥).

٤ الاحتكار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستهلك ، وحرمانه من التمتع بمزايا التقدم الفني والعلمي في طرق الإنتاج عموماً^(١٨٩٦).

مضار الاحتكار الاجتماعية :

إن الاحتكار يؤدي إلى مضار اجتماعية فادحة ومتعددة منها :

١ أنه يصيب أتباعه بأنانية جشعة مدمرة لا تبالى بالمصلحة العامة ، ما دامت المصلحة الخاصة قد تحققت .

٢ الاحتكار نشاط تجارى يكدر صفو السوق ، ويجعل التعامل فيه خاضعاً لعمليات الاختلاس وانتهاز الفرص .

٣ الاحتكار يثير الحقد والكراهية بين أبناء الشعب ، وبخاصة في الظروف الاستثنائية كالحروب والمجاعات .

٤ الاحتكار يتنافى مع ما يهدفه الإسلام من تنمية العلاقات الطيبة بين الناس وإقامة المجتمع الإسلامى على أسس من المودة والتعاون ، وإنما يحول العلاقة بين الناس إلى علاقة استغلال وحب الأنا دون مراعاة لمصالح الآخرين .

٥ الاحتكار يستعمل أحياناً كسلاح لمحاربة الأمة في ظروفها الحرجة لإشاعة القلق والذعر في صفوفها^(١٨٩٧).

ومن ثم فالأجل هذه المضار حَرَّمَ الإسلام الاحتكار ، ومنعه ، وأيضاً وضعت لفاعله تلك العقوبات الزاجرة والحامية ، غير أن وضعها موضع التنفيذ محكوم بمجموعة من المبادئ والقواعد التى تحفظ التوازن بين مصالح الأفراد ومصلحة الجماعة ، إذ إن مناط الاقتصاد

(١٨٩٣) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام - ص ٥٥٨) .

(١٨٩٤) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - المرجع السابق ص ٥٥٩) .

(١٨٩٥) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - المرجع السابق ص ٥٥٩) .

(١٨٩٦) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - المرجع السابق ص ٥٥٩) .

(١٨٩٧) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - المرجع السابق - ص ٥٦٠) .

الإسلامي هو المصلحة ، ومحاولة التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في حالة التعارض ، وتقديم المصلحة العامة على الخاصة في حالة عدم امكان التوفيق بينهما ، وتقديم المصلحة بحسب أهميتها في ضوء قوله تعالى : ﴿ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾^(١٨٩٨) . وحديث النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ، ولذلك حين تتدخل الدولة لمنع الاحتكار إنما تتدخل من باب تحقيق التوازن الاقتصادي في المجتمع^(١٨٩٩) ، قال تعالى : ﴿ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾^(١٩٠٠) .

وأیضا تبنى الدولة تدخلها لمنع الاحتكار على قواعد فقهية منها :

- قاعدة : (لا ضرر ولا ضرار)^(١٩٠١) .
- (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)^(١٩٠٢) .
- (دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما)^(١٩٠٣) .
- (ما لا يدرك كله لا يترك كله)^(١٩٠٤) .
- (كل ما أضر بالمسلمين : وجب أن ينفي عنهم)^(١٩٠٥) .
- (كل ما أضر بالمسلمين حبسه فهو احتكار ، وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً)^(١٩٠٦) .

المثال الثاني : التسعير الجبرى والموازنة بين المنافع والمضار :

التسعير فى اللغة : مشتق من مادة (سَعَرَ) ومفرده سَعَر ، وجمعه أسعار وهو الذى يقوم عليه الثمن، وقد أَسْعَرُوا ، سَعَّرُوا بمعنى واحد ، أى اتفقوا على سعر^(١٩٠٧) . " وسعر السوق : ما يمكن أن يشتري بها الوحدة أو ما شابهها فى وقت ما " ^(١٩٠٨) .

التسعير اصطلاحاً عند الفقهاء :

أ عرفه الشوكانى بقوله : هو " أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى من أمور

(١٨٩٨) سورة البقرة آية : ٢٧٩ .

(١٨٩٩) انظر (د/ محمد شوقي الفنجري - ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية وأهمية الاقتصاد الإسلامى - هدية مجلة الأزهر - مصر - جمادى الأولى ١٤٢٤هـ - ص ٣٣ : ٤٧) .

(١٩٠٠) سورة الحشر آية : ٧ .

(١٩٠١) الزرقا - شرح القواعد الفقهية (ق : ١٨) (م : ١٩) - ص ١٦٥ .

(١٩٠٢) السيوطى - الأشباه والنظائر (م : ٥٨ / ١) - ص ١١٧ .

(١٩٠٣) ابن القيم - أعلام الموقعين - ٢ / ٢٥ .

(١٩٠٤) انظر (أبو الطيب محمد شمس الحق - عون المعبود ١٠ / ٢٣٣) ، وأيضاً (صديق بن حسن القنوجى - أبعاد العلوم ٣ / ٢٦٧) .

(١٩٠٥) المازرى أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر المالكي - المعلم بفوائد مسلم - تحقيق / محمد الشاذلي النيفر - الدار التونسية للنشر - تونس - ط ١ - ١٩٨٧م - ٢ / ٣٢٢ .

(١٩٠٦) علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغياني أبو الحسين - الهداية شرح البداية - المكتبة الإسلامية - بيروت = = - ٩٢ / ٤ . وانظر (ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ٦ / ٧١٨) ، وأيضاً (الصنعاني - سبل السلام - دار الحديث - القاهرة

- الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م - ٣ / ٣٣) .

(١٩٠٧) انظر (ابن منظور - لسان العرب ٤ / ٣٦٥) .

(١٩٠٨) د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات الفقهية - ٢ / ٢٦٨ .

المسلمين أمراً أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا ، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة" (١٩٠٩) .

ب - وعرفه ابن القيم بأنه : إلزام بالعدل ومنع من الظلم .

فقال : " وأما الثانى : فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها ، مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير هنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به " (١٩١٠) .

وهذان التعريفان لم يخرجاً عن حدود التعريفات التى أوردتها كثير من الفقهاء كالبيضاوى^(١٩١١) ، وابن تيمية ، ومن ثم فإن التسعير هو : تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً وإجبارهم على التبايع بما قدره للمصلحة العامة^(١٩١٢) .

وهذا التعريف يحدد من له صفة التسعير ، ومن سَعَّرَ عليهم ، والهدف الذى من أجله قَدَّرَ السعر جبراً على البائعين .

فالذى له سلطة التسعير هى الدولة متمثلة فى رئيسها ، ومن ينوب عنه - أى السلطة التنفيذية - فالتسعير ليس من سلطة فرد أو طائفة ، فالتسعير : (تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً ، ويجبرهم على التبايع به - أى بما قدره^(١٩١٣)) .

وأما من يُسَعِّرُ عليهم : فهم أهل البيع فى الأسواق^(١٩١٤) ، وإن امتنعوا أجبروا عليه ، وإن خالفوا عُذِّروا بشروط :

١ - أن يلجأ البائعون إلى احتكار السلع واستغلال حاجة الناس إليها .

٢ - أن يكون هناك تواطؤ لرفع أسعارها .

٣ - أن يؤدى ارتفاع الأسعار إلى الإضرار بعامة الناس^(١٩١٥) .

وأما من يسعر لهم : فهم عامة الناس بشرط وجود ضرر عام بهم مع إلزامهم بسداد المثل ، قال مالك : (يجب التسعير على الوالى دفعا للضرر عن العامة)^(١٩١٦) .

وقال أصحاب أبى حنيفة : (لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق

(١٩٠٩) الشوكانى - نيل الأوطار ٢٦٠/٥ .

(١٩١٠) ابن القيم - الطرق الحكمية - ص ٢٥٢ : ٢٥٣ .

(١٩١١) البيضاوى هو : عبد الله بن محمد بن على البيضاوى الملقب بناصر الدين والمكنى بأبى الخير (ت : ٦٨٥هـ) - انظر (ابن كثير - البداية والنهاية ١٣/٣٤٤) .

(١٩١٢) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية - ٢/٢٦٨) .

(١٩١٣) مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيباني الحنبلى - مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى - المكتب الإسلامى (د : ت) - ٦/٦١ .

(١٩١٤) انظر (سليمان بن خلف الباجى المالكي - المنتقى شرح الموطأ - دار الكتاب الإسلامى - ١٩/٥) .

(١٩١٥) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح السيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية - ص ٥٧٠) .

(١٩١٦) نعمان بن على الزيلعى الحنفى - كتاب تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - دار الكتاب الإسلامى - ٣٤/٦ .

ضرر العامة^(١٩١٧) ، ومع هذا أوجب الحنابلة إلزام السَّوْقَة المعاوضة بثمن المثل^(١٩١٨) .
ومن المعلوم أن الهدف الذي من أجله أجاز كثير من الفقهاء التسعير هو مراعاة
المصلحة ذلك لأن وليَّ الأمر منوط بمراعاة مصالح المسلمين بناءً على قاعدة (التصرف على
الرغبة منوط بالمصلحة)^(١٩١٩) .

موقف الفقهاء من تدخل الدولة في التسعير :

أ - قال الأحناف : يكره تسعير الحاكم إلا إذا تعدى البائعون تعدياً فاحشاً - قال الزيلعي
: بالبيع بضعف القيمة^(١٩٢٠) - وذلك لحديث : « لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض
الباسط الرازق »^(١٩٢١) .

ب - قال مالك : يجوز التسعير ، وقال أيضاً : يجب التسعير على الوالي دفعا للضرر عن
العامة^(١٩٢٢) .

ج - رأى الشافعية : قال صاحب المذهب : ((ولا يحل للسلطان التسعير لما روى أنس
رضي الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس : يا رسول الله سَعَّرْ لنا فقال عليه
السلام : « إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحدٌ
يظالمني بمظلمة في نفس ولا مال »^(١٩٢٣))^(١٩٢٤) .

وقال النووي في الروضة : « والتسعير حرام في كل وقت على الصحيح ».

وقيل : « يجوز في وقت الغلاء دون الرخص ، وقيل : إن كان مجلوباً حرم التسعير ،
وإن كان يزرع في البلد ويكون عند القناة جاز ، وحيث جوزنا التسعير فذلك في الأطعمة ،
ويلحق بها علف الدواب على الأصح »^(١٩٢٥) .

د - قال الحنابلة : يحرم التسعير على الناس ، بل يبيعون أموالهم على ما يختارون
لحديث أنس ، ويكره الشراء بما قدره السلطان^(١٩٢٦) .

هـ - قال ابن تيمية وابن القيم ، بجواز التسعير في بعض الأحوال ، وإلى وجوبه إذا امتنع

(١٩١٧) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى ٦٠/٢٨ ، وانظر أيضاً (ابن عابدين - حاشية المحنار على الدر المختار ، شرح تنوير
الأبصار - ٧١٩/٦ : ٧٢٠) .

(١٩١٨) انظر (مصطفى بن سعد بن عبدة الرحياني الحنبلي - مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى - ٦١/٦) .

(١٩١٩) الزرقا - شرح القواعد الفقهية (مادة : ٥٨) (قاعدة : ٥٧) ص ٣٠٩ .

(١٩٢٠) انظر (ابن عابدين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - ٧١٩/٦) .

(١٩٢١) ابن حجر العسقلاني - الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم ٢٣٤/٢ - دار المعرفة -
بيروت (د : ت) ، وأيضاً (الزيلعي - نصب الراية ٢٦٢/٤) .

(١٩٢٢) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار ٢٦٠/٥) ، وأيضاً (الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ٣٤/٦) .

(١٩٢٣) أبو عبد الله بن محمد المقدسي - الأحاديث المختارة باب ما جاء في التسعير برقم (١٦٣٠) ٢٨/٥ . الترمذي -

سنن الترمذي باب ما جاء في التسعير برقم (١٣١٤) ٦٠٥/٣ .

(١٩٢٤) النووي - المجموع شرح المذهب - ٤٩/١٣ .

(١٩٢٥) النووي - روضة الطالبين - المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان - ط ٢ ١٤٠٥ هـ - ٤١١/٣ .

(١٩٢٦) انظر (مصطفى بن سعد بن عبدة الرحياني الحنبلي - مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى - ٦١/٦) .

أرباب السلع من بيعها م ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به^(١٩٢٧) . وقال ابن تيمية : " وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا ألا يبيعوا الطعام ، أو إلا أناسٌ معروفون ، لإتباع تلك السلع إلا لهم ثم يبيعونها هم فلو باع غيرهم ذلك مُنع ، إما ظلما لوظيفة تؤخذ من البائع ، أو غير ظلم؛ لما فى ذلك من الفساد ، فهنا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل ، ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل بلا تردد فى ذلك عند أحد العلماء ؛)^(١٩٢٨) .

وليس هذا هو رأى ابن تيمية وابن القيم وحدهما فقد سبقهما إلى القول به سعيد بن المسيب ، وربيعه بن عبد الرحمن^(١٩٢٩) ، والإمام مالك وأبو يوسف بل وفعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

وباستقراء أقوال الفقهاء فى حكم تدخل ولى الأمر فى تحديد الأسعار على البائعين يمكن إرجاع أقوالهم إلى رأيين :

الرأى الأول : تحريم التسعير وتدخل ولى الأمر فيه .

وأصحاب هذا الرأى هم الشيرازى صاحب المذهب وابن حزم ومن قبل الشافعى ، والحنابلة^(١٩٣٠) ، وكثير من الأحناف ، واستدل هؤلاء بأكثر من دليل منه :

١ - قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾^(١٩٣١) . قال الشوكانى : " فمن وقع الإجبار عليه أن يبيع بسعر لا يرضاه فى تجارته فقد أجبر بخلاف ما فى الكتاب ، وهكذا يدل على عدم جواز التسعير قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(١٩٣٢) فإن من أكره على بيع ماله دون ما يرضى به فقد أكل ماله بالباطل "^(١٩٣٣)

٢ - قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه »^(١٩٣٤) ، وقوله ﷺ : «

(١٩٢٧) انظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى ٤٧/٢٨) ، وأيضا (ابن القيم - الطرق الحكمية - ص ٢٥٣) .

(١٩٢٨) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٤٧/٢٨ .

(١٩٢٩) ربيعة بن عبد الرحمن : هو ربيعة بن عبد الرحمن بن حصن الغنوى ، انظر (محمد بن حبان - الثقات - تحقيق/ السيد شرف الدين أحمد - ٢٣١/٤ دار الفكر بيروت ط ١ - ١٩٧٥م) .

(١٩٣٠) انظر (ابن قدامة - الكافي فى فقه ابن حنبل - ٤١/٢) .

(١٩٣١) سورة النساء : آية ٢٩

(١٩٣٢) سورة البقرة : آية ١٨٨ .

(١٩٣٣) الشوكانى - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - تحقيق / محمود إبراهيم زايد ، محمود أمين النواوى - لجنة إحياء التراث - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م - ٨٦/٣ .

(١٩٣٤) رواه أبو حرة الرقاشى عن عمه ، انظر (الهيشمى - مجمع الزوائد - ١٧٢/٤) وأيضا (أحمد بن الحسين بن على بن موسى أبو بكر البيهقى (ت : ٤٥٨هـ) - سنن البيهقى الكبرى - تحقيق / محمد عبد القادر عطا - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م - ٨١٨٢) .

إن الله هو المسعر القابض الباسط» (١٩٣٥). وقوله ﷺ « بل الله يخفض ويرفع، وإنى لأرجو أن ألقى الله ، وليس لأحد عندي مظلمة » (١٩٣٦).

ووجه دلالة هذه الأحاديث :

عدم جواز التسعير وذلك لإشارة النبي ﷺ في حديث أبي هريرة أن في التسعير مظلمة ، وكونه حَجْرٌ على الناس مع أنهم مسلطون على أموالهم ، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين ، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن (١٩٣٧).

٣ - استدل المانعون من تدخل ولي الأمر في التسعير أيضا بما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه مرَّ بحاطب بن أبي بلتعة بسوق المصلى وهو يبيع زيبيا له ، فسأله عن سعره فقال حاطب : مدين لكل درهم ، فقال عمر : قد حُدِّثت بغير جاءت من الطائف تحمل زيبيا وهم يعتبرون سعره ، فإما أن ترفع عن السعر وإما أن تخل زيبك البيت فتبيعه كيف شئت . فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطبا في داره فقال : إن الذي قلت ليس لك فيه عزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع (١٩٣٨).

٤ - وقال المانعون : إن التسعير هو تقدير الثمن ، وهو نوع من الحجر ، ولا يجوز الحجر على غير المستحق للحجر ، والإمام أبو حنيفة وأصحابه يرون عدم الحجر على الحر (١٩٣٩).

ولم يكتف أصحاب هذا الرأي بهذه الأدلة بل قاموا بالردِّ على الإمام مالك القائل بجواز التسعير في حالة الغلاء والرخص وعلى الشافعية القائلين بجواز التسعير في حالة الغلاء فقالوا : أحاديث الباب ترد عليهم ولا فرق بين حالة الرخص والغلاء ، والتسعير في غير القوتين ؛ لأن التخصيص يحتاج إلى دليل ، والمناسب الملغى (١٩٤٠) لوجود النص بالمنع لا ينتهض لتخصيص

(١٩٣٥) رواه : أنس انظر (الأحايث المختارة ٣٣٧/٦) وأيضا (سنن الترمذى رقم (١٣١٤) ٦٠٥/٣) .

(١٩٣٦) سنن أبي داود باب في التسعير برقم (٣٤٥٠) ٢٧٢/٣ .

(١٩٣٧) انظر (السيل الجرار - ٨٧/٣) وأيضا (نيل الأوطار ٢٦٠/٥) .

(١٩٣٨) انظر (الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني - تحقيق د/ عبد الوهاب عبد اللطيف - لجنة إحياء التراث الإسلامي - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة - ط ٧ سنة ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م - ص ٥٤) وانظر (عبد الرزاق بن همام الصنعاني - مصنف عبد الرزاق - تحقيق حبيب عبد الرحمن الأعظمي - المكتب الإسلامي - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤٠٣هـ - ٢٠٧/٨) .

(١٩٣٩) انظر (الشوكاني - نيل الأوطار ٢٦٠/٥) وأيضا (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام - ص ٥٧٣) .

(١٩٤٠) المناسب الملغى : هو الوصف الذى يظهر للمجتهد أنه محقق لمصلحة ، ولكن ورد من الشارع من أحكام الفروع ما يدل على عدم اعتباره . أو هو ما شهد الشارع بإلغائه بأن وضع أحكاما تدل على عدم الاعتداد به ، ويسميه بعض الأصوليين بالمصلحة الملغاة . انظر (د/ قطب سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه ص ٤٤٨) .

صرائح الأدلة ، بل لا يجوز العمل به على فرض عدم وجود دليل كما تقرر فى الأصول^(١٩٤١) .
ولا فرق بين أن يكون فى التسعير الرد إلى ما يتعامل به الناس أو إلى غيره فإن الفرق بمثل هذا
الفرق هو مجرد رأى وملاحظة مصلحة فى شيء يخالف الشرع ، وقد أشار الرسول ﷺ فى
حديث أنس السابق إلى ما يفيد أن التسعير مظلمة ، فلا خير ولا مصلحة فى مظلمة بل الخير
كل الخير والمصلحة كل المصلحة فى العمل بما ور به الشرع^(١٩٤٢) .
ومن ثم رجح البعض رأى الجمهور القائل بعدم تدخل ولى الأمر فى التسعير وقد بنى
ترجيحه على الحجج الآتية :

أ - لأنه قد جاء فى رواية عمرو بن شعيب أنه قال : وجد عمر بن الخطاب ابن أبى بلتعة
يبيع الزبيب بالمدينة ، فقال : كيف تبيع يا حاطب ؟ فقال : مدين ، فقال : تبتاعون بأبوابنا
وأفئيتنا^(١٩٤٣) ، وأسواقنا ، تقطعون فى رقابنا ، ثم تبيعون كيف شئتم ؟ بع صاعا وإلا فلا تبع فى
سوقنا ، وإلا فسيروا فى الأرض وأجلبوا ثم يبعوا كيف شئتم^(١٩٤٤) .
فقال عمر لحاطب رضى الله عنهما (بع صاعا) أى بع بدرهم ، والصاع معروف أنه
أكبر من المدين إذ الصاع أربعة أمداد^(١٩٤٥) .

ب - أن عمر قد ذهب يعتذر لحاطب فى داره ، وكيف يعتذر له إن كان أمره أن يزيد الثمن ،
فهو فى صالحه لكنه اعتذر له لأمره أن يبيع صاعاً بدرهم .

ج - أن عمر قال لحاطب : إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، وهل يكون الخير
لأهل البلد فى رفع الثمن ؟ وإذا قلنا : أن المراد بأهل البلد (التجار) فلماذا لا يكون
حاطب من ضمنهم قد شمله الخير ولا يعتذر له . مع أن هذا الاحتمال بعيد^(١٩٤٦) .

الرأى الثانى : وهو جواز تدخل ولى الأمر فى التسعير :

يرى أصحاب هذا الرأى جواز التسعير بل وجوبه إذا دعت إلى ذلك الضرورة ولاسيما
وأن كثيرا من الفقهاء قد ربط التسعير بالتعدى الفاحش فى القيمة من قبل أرباب الطعام ، وأن
يرى الإمام فى ذلك مصلحة^(١٩٤٧) .

وقد رد هؤلاء على أصحاب الرأى الأول بقولهم :

أ - إن امتناع الرسول ﷺ عن التسعير لا يعنى بالضرورة التحريم ؛ لأنه ﷺ لو قصد

(١٩٤١) انظر (الشوكانى - نيل الأوطار - ٢٦٠/٥) .

(١٩٤٢) الشوكانى - السيل الجرار - ٨٧/٣ .

(١٩٤٣) أفئيتنا : جمع فناء وهو ساحات الدور الأمامية ، انظر (الشيرازى - القاموس المحيط - ٣٦٨/٤) .

(١٩٤٤) عبد الرزاق - مصنف عبد الرزاق - ٢٠٧/٨ .

(١٩٤٥) الصاع والصواع بالكسر والضم ، ويضم الذى يكال به وتدور عليه أحكام المسلمين ويؤنث وهو أربعة أمداد ، والمد :
رطل وربع ، والصاع : خمسة أرتال ، وقال الدراوردي : معياره الذى لا يختلف أربع حفنات بكفى الرجل الذى ليس بعظيم
الكفين ولا صغيرهما . انظر (الشيرازى - القاموس المحيط ٥١/٣) ، وانظر (ابن منظور - لسان العرب) .

(١٩٤٦) انظر (د/ غالب القرشى - أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء - ٢٢٨/١) .

(١٩٤٧) انظر (الباجى - المنتقى شرح الموطأ - ١٩/٥) .

التحريم لأخبر بذلك صراحة كأن يقول لا تسعروا ، أولا يحل التسعير^(١٩٤٨) . وقال ابن تيمية : (ومن منع التسعير مطلقا محتجا بقول النبي ﷺ : « إن الله هو المسعر القابض الباسط »^(١٩٤٩) ، فقد غلط ، فإن هذه قضية معينة ليست لفظا عاما ، وليس فيها أن أحدا امتنع من بيع يجب عليه أو عمل يجب عليه ، أو طلب في ذلك أكثر من عوض المثل)^(١٩٥٠) .

ومن ثم فإن امتناع الرسول ﷺ عن التسعير له مبرراته ، مثل عدم وجود ضرورة لذلك ، أو كون الارتفاع في الأسعار طبيعيا ، وخاضع لظروف اقتصادية حقيقية وليست مفتعلة من قبل البائعين أو المشترين ، وحيث يتجدد وفقا لقوى العرض والطلب ، كما يمكن اعتباره عادلا ، وأن التدخل سيقود إلى إلحاق الضرر بالبائعين^(١٩٥١) .

إذا امتناع الرسول ﷺ عن التسعير ليس لكونه تسعيرا بل لعدم الحاجة إليه آنذاك ، ولما قد يترتب عليه من ظلم للتجار .

ويرى ابن تيمية في حديث التسعير قضية خاصة ، وهي أن أهل المدينة لم يكونوا بحاجة إلى التسعير ؛ لأن الارتفاع في الأسعار قد يكون لأسباب خارجة عن إرادة البائعين^(١٩٥٢) ، ويضيف ابن تيمية قائلا : " فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم ، وقد ارتفع السعر إما لقلّة الشيء ، وإما لكثرة الخلق ، فهذا إلى الله ، فالزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق "^(١٩٥٣) . وهذا هو التسعير المحرم لأن فيه إكراه البائعين بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباحه الله لهم^(١٩٥٤) .

وأما التسعير الجائز بل الواجب مثل : (أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به)^(١٩٥٥) .

ب- أما فيما يتعلق بآية التراضي ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١٩٥٦) . ووجوبه بين المتعاملين فإن ذلك لا ينقص حق المصلحة العامة في كفالة العدل في البيع والشراء وهو ما يتحقق بالتسعير ، ولا يمكن التحصن بالآية في رفض التسعير للوصول بالتجارة إلى الأضرار بالآخرين ، أي أن الأدلة السابقة لا تجزم التحريم^(١٩٥٧) .

(١٩٤٨) انظر (سعيد سع مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام - ص ١٣٢) .

(١٩٤٩) ابن حجر العسقلاني - الدراية في تخريج أحاديث الهداية - ٢٦٢/٤ .

(١٩٥٠) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى ٢٨ - ٥٧ .

(١٩٥١) انظر (د/ سعيد سع مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام - ص ١٣٢) .

(١٩٥٢) انظر (د/ سعيد سع مرطان - المرجع السابق - ص ١٣٢) .

(١٩٥٣) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى ٢٨ - ٤٧ .

(١٩٥٤) انظر (ابن تيمية - المرجع السابق - ٤٧/٢٨) .

(١٩٥٥) انظر (ابن تيمية - المرجع السابق - ٤٧/٢٨) .

(١٩٥٦) سورة النساء : آية ٢٩ .

(١٩٥٧) انظر (د/ سعيد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام - ص ١٣٣) .

ج- إذا كان الجمهور رجح تحريم التسعير فإن ذلك لا يعنى ترك الحبل على الغارب للتجار ، ومن بيدهم أى مصلحة للناس ، فإن للدولة حقا أن تحمى الضعيف والفقير والمظلوم ، فإذا زاد جشع التجار هذبوا وأدبو ولو أدى ذلك إلى وضع ضوابط تحكمهم وتراقبهم ، وإن رجوع عمر بن الخطاب واعتذاره إلى حاطب رضى الله عنهما لا يعنى أنه أحس بالإثم والظلم والعدوان ، ولكن الوضع كان لا يحتاج أكثر من ذلك ، تأديب خفيف وإشعار له ولغيره أن لا يحدثن أحد نفسه بظلم الناس واستحكامه بأرزاقهم^(١٩٥٨) .

وبعد أن رد أصحاب رأى الثانى على المانعين من تدخل الدولة فى التسعير، استدلو لما ذهبوا إليه من جواز تدخل ولى الأمر فى التسعير بما يأتى :

١ - قوله الله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ ﴾^(١٩٥٩) . أن التسعير إلزام بالعدل ونهى عن الظلم فإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بمثل المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل فهو جائز ، بل واجب^(١٩٦٠) ، ومن ثم " إذا امتنع أرباب السلع من بيعها ، مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير هنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به "^(١٩٦١) . فالأمر يدور مع ضرورة الناس إلى السلع وجودًا وعدما .

٢ - من السنة فقد ثبت أن النبى ﷺ منع من الزيادة على ثمن المثل فى عتق الحصة من العبد المشترك ، فقال « من أعتق شركا له فى عبد ، وكان له من المال ما يبلغ به ثمن العبد ، فُؤم عليه قيمة عدل ، لا ولا شطط »^(١٩٦٣) . فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليهم العبد .

فلم يُمكن المالك أن يساوم المعتق بالذى يريد ، فإنه لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذى لم يعتقه لتكميل الحرية فى العبد : قدر عوضه بأن يُقوّم جميع العبد قيمة عدل ، ويعطيه قسطه من القيمة ، فإن حق الشريك فى نصف القيمة ، لا فى قيمة النصف عند الجمهور^(١٩٦٤) .

(١٩٥٨) انظر (د/ غالب القرشى - أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء ١/ ٢٢٩) .

(١٩٥٩) سورة النحل : آية ٩٠ .

(١٩٦٠) انظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى ٤٧/ ٢٨) .

(١٩٦١) ابن القيم - الطرق الحكمية ص ٢٥٣ .

(١٩٦٢) وكس : أى النقص - والشطط : الجور . انظر (لسان العرب ٦/ ٢٥٧) .

(١٩٦٣) فتح البارى بشرح صحيح البخارى باب العتق - رقم (٢٥٢١) - ٦٤٤/ ٦ - وأيضا صحيح مسلم بشرح النووى -

باب العتق برقم (١٥٠١) - ٣٩٣/ ٥ .

(١٩٦٤) انظر (ابن القيم - الطرق الحكمية ص ٢٦٦) .

ومن ثم صادر هذا الحديث أصلاً في أن ما لا يمكن قسمة عينه ؟ فإنه يباع ويقسم ثمنه ، إذا طلب أحد الشركاء ذلك ، ويجبر الممتنع على البيع ، وحكى بعض المالكية ذلك إجماعاً .
وأيضاً : صار هذا الحديث أصلاً في أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثلث المثل ، لا بما يريد من الثمن ، وأصلاً في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثلثه ، للمصلحة الراجحة .

والمقصود : أنه إذا كان الشارع يوجب إخراج الشيء عن ملك مالكه بعوض المثل ؛ لمصلحة تكميل العتق ، ولم يكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة ، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم ، وهم إليها أضر ؟ مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره .
وهذا الذي أمر به النبي ﷺ من تقويم الجميع قيمة المثل : هو حقيقة التسعير^(١٩٦٥) .

(١٩٦٥) انظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى ٢٨ / ٥٧) ، وانظر (ابن القيم - الطرق الحكمية ص ٢٦٦) .

٣- التسعير واجب سدًا للذرائع :

إن الأصل في تحديد الأسعار هو الحرية ، الذى تحدده قوى العرض والطلب ، وهو مباح أصلاً إلا أن هذا المباح قد يكون وسيلة إلى الاستغلال بكل صوره ، ومن ثم حُقَّ لولى الأمر التدخل لتحديد الأسعار ، إذا حاولت فئة ولو قليلة من التجار استغلال حاجة الناس للسلع ، برفع الأسعار بنسب فاحشة ودون مبرر سوى الجشع واستغلال الظروف ، فى هذه الحالة يمنع التجار من البيع إلا بثمن المثل من باب سد الذرائع التى مقتضاها منع المباحات التى تفضى إلى مفاسد إذ إن يؤدى المباح إلى الحرام يُعدُّ حراماً ويمنع^(١٩٦٦).

٤- المصلحة تقتضى التسعير :

احتج المجيزون للتسعير بأنه مصلحة للناس بالمنع من إغلاء السعر عليهم ، ولا فساد عليهم ، والمصلحة من أهم الأدلة التى تحمل صحة القول بالتسعير ، إذ أنها تسوغ للحاكم أن يتدخل فى نشاط الأفراد بصفة عامة ، وتجعله تدخلاً شرعياً لكونه مستنداً إلى مصلحة الجماعة التى تهون فى سبيلها المنفعة الفردية ، وليس هذا محض قول لا مرجعية له ، فالعمل بالمصلحة مبنى على قول النبى ﷺ « لا ضرر ولا ضرار ، من ضار ضرر الله به ، ومن شاق شق الله عليه »^(١٩٦٧).

وبناء على ذلك : فليس لولى الأمر إذن أن يتدخل إلا حين يقتضى الأمر حفظ مصلحة الجماعة^(١٩٦٨).

وإنه باستقراء كلا الرأيين مع أدلتهم فإننا نميل إلى القول بالرأى الثانى مع الأخذ فى الاعتبار أن تدخل ولى الأمر فى النظام الإسلامى فى التسعير ليس مطلقاً وإنما له ضوابط لا يجوز له الخروج عليها بقرار وإلا عُُدَّ قراره باطلاً ، وتدخله فى التسعير محرماً .

أيضاً ليست مسألة التسعير خاصة برفع الأسعار على جمهور المشترين ، وإنما تتعلق أيضاً حين يقوم أحد البائعين بخفض سعره عن السوق وهو ما يسمى بلغة السوق اليوم (الحرق) وهنا يضر بالفرد بجمهور البائعين ، واحتج الإمام مالك بما قاله عمر بن الخطاب ؓ لحاطب حين رخص فى سعر الزبيب : " إما أن تزيد فى السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا "^(١٩٦٩) . ولذا فإن من انفرد من أهل السوق الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمروا باللحاق بسعر الجمهور من البائعين^(١٩٧٠) .

وهنا تم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى ميدان التسعير حين قدم النظام الإسلامى

(١٩٦٦) انظر (د/سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام - ص ١٣٤ : ١٣٥) .

(١٩٦٧) سنن البيهقى الكبرى - باب لا ضرر ولا ضرار - برقم (١١٦٦) - ٦٩/٦ .

(١٩٦٨) انظر (د/سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادى - ص ١٣٦) ، وانظر (د/ محمد بلتاجى - منهج عمر بن

الخطاب فى التشريع - دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته - ص ٢٠٦) .

(١٩٦٩) انظر (مالك - الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيبانى - ص ٥٤) .

(١٩٧٠) انظر (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٥٥/٢٨) .

حق جمهور المشتريين وكذلك البائعين ، إذا ارتفع السعر أو رخص ، وأعطى لولى الأمر التدخل لصيانة حقوق المسلمين تدخلا وجوبيا بناءً على قاعدة « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » (١٩٧١).

غير أن هذا التدخل ليس مطلقا وإنما له ضوابط اتفق عليها جمهور القائلين بوجوب تدخل ولى الأمر فى التسعير وهى الآتى:

أ - أن يتدخل ولى الأمر فى تحديد الأسعار متى رأى ضرورة لذلك ، قال أصحاب أبو حنيفة : " لا ينبغي للإمام أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة " (١٩٧٢) ، وأيضا للإمام أن يحجر وأن يمنع إذا عم الضرر كما فى الطيب الجاهل (١٩٧٣) ، وقال مالك أيضا " يجب التسعير على الوالى دفعا للضرر عن العامة " (١٩٧٤).

ب - أن يحدد السعر بمشورة أهل التخصص :

قال ابن حبيب : " ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ، ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم ، فيسألهم : كيف يشترون ؟ وكيف يبيعون ؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم ولل العامة سدا حتى يرضوا به " (١٩٧٥) ، وقال الأحناف : لا بأس بالتسعير بمشورة أهل الخبرة أى : أهل الرأى والبصارة ؛ لأن فيه صيانة لحقوق المسلمين عن الضياع ، وأن يتوصل بأهل الخبرة والرأى إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين (١٩٧٦) ،

أن يكون موقوتا بحالة الضرورة وتقديرها ، وهى الزيادة على القيمة المعروفة وأن يكون هناك احتكار بسبب مشاكل اقتصادية كالبطالة ، وأن يترصد بالأمة الغلاء مع حاجة الناس إلى السلعة ، فإذا ارتفعت حالة الضرورة امتنع التسعير ، فهو يدور مع الضرورة وجودا وعدما ، وهذا فى إطار الموازنة بين المنافع والمضار .

د - أن يحدد السعر بالمثل وأن يراعى فيه العدل :

ومن ثم فإن السعر الذى لا يحق للدولة التدخل فيه هو السعر الذى يبيع به كل التجار ، فإذا ما خرج عن هذا السعر خارج بزيادة أو نقصان ردت الدولة إليه (١٩٧٧) ، وأن يراعى فيه العدل بأن

(١٩٧١) الإمام الغزالي - المستصفى - ١ / ١٣٨

(١٩٧٢) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٦٠ / ٢٨ .

(١٩٧٣) انظر (ابن عابدين - حاشية ابن عابدين - ٧٢٠ / ٦) .

(١٩٧٤) الزيلعي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ٣٤ / ٦ .

(١٩٧٥) الباجي - المنتقى شرح الموطأ - ١٩ / ٥ .

(١٩٧٦) انظر (الحموى - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر - دار الطباعة العامرة - القاهرة - ١ ط - ١٣٥٧ هـ -

٢٣ / ١) ، وانظر (الباجي - المنتقى شرح الموطأ - ١٩ / ٥) .

(١٩٧٧) انظر (د/ محمد رواس قلعه جى - تدخل الدولة فى السوق فى عهد الخلفاء الراشدين - مجلة الوعي الإسلامى - عدد

: ٢٢ / ٤١٥) .

يجعل للباعة فى ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس^(١٩٧٨) .

والملاحظ مما سبق أن التسعير واجب إذا اقتضته مصلحة الجماعة ، ومنهى عنه إذا لم تكن هناك حاجة إليه ، وهكذا يجوز للدولة الإسلامية ، بل يجب عليها أن تتدخل فى الشؤون الاقتصادية فتمنع الاحتكار ، وتبيع الأموال المحتكرة بثمن المثل رغما عن أصحابها ، وتقوم بتحديد الأسعار إذا أساء التجار فى معاملاتهم للناس ، دفعا للأضرار التى تلحق المجتمع من جراء ترك الأسعار مطلقة بدون تحديد ؛ لأن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الأفراد ، وأن النصوص التى تمنع التسعير معللة بألا تؤدى حرية الأسعار إلى الإضرار بالناس ، فإذا أدت تلك الحرية إلى الإضرار بالناس فعندئذ لا خلاف بين العلماء فى ضرورة التسعير^(١٩٧٩) ، وهو عين نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

وهنا جاء قرار مجمع الفقه الإسلامى (فى دورته الثامنة لهيئة كبار العلماء المنعقدة فى الرياض فى النصف الثانى من ربيع الأول عام ١٣٩٦ هـ) فى التسعير وخلص فى النهاية إلى : أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير فعلى ولى الأمر أن يسعر عليهم فيما تحقق فيه الشرطان : أحدهما : أن يكون التسعير فيما حاجته عامة لجميع الناس .

والثانى : ألا يكون سببا للغلاء قلة العرض ، أو كثرة الطلب .

مع كون التسعير تسعير عدل ، لا وكس ، ولا شطط ، فإذا اندفعت حاجتهم ، وقامت مصلحتهم بدونهم لم يفعل^(١٩٨٠) .

كما أن التسعير تدبير وقائى عند تعارض المصلحتين : العامة والخاصة ، فهو يحول دون استغلال حاجة الناس ، وفى نفس الوقت تدبير علاجى أيضا يعالج الأزمة إبان وقوعها ، وذلك بغرض التسعير إذا عجز أولياء الأمر عن المحافظة على حقوق الناس والبلاد إلا به ، وبذلك كانت المصلحة المتوقعة كالواقعة ، من حيث جلب المنافع ، ودرء المفاسد والأضرار^(١٩٨١) ، عملا بقاعد : « الضرر يدفع بقدر الإمكان »^(١٩٨٢) ، وقاعدة : « الضرر يزال »^(١٩٨٣) ، وقاعدة : « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح »^(١٩٨٤) .

المثال الثالث : تدخل الدولة فى الإنتاج والاستثمار والموازنة بين المنافع والمضار :
إن الله تعالى خلق الإنسان مدنيا بالطبع ، أى يحتاج إلى من يتبادل معه المنفعة فى كل

(١٩٧٨) انظر (الباجى - المنتقى شرح الموطأ - ١٩/٥) .

(١٩٧٩) انظر (د/ محمد فاروق النبهان - الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى - ص ٣٨٤) .

(١٩٨٠) انظر (د/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان - فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد - ص ١٣٤) .

(١٩٨١) انظر (د/ بشير بن مولود جحيش - فى الاجتهاد التنزيلى - كتاب الأمة عدد - (٩٣) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - قطر - المحرم ١٤٢٤ هـ - ص ١٤٥) .

(١٩٨٢) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - قاعدة (٣٠) مادة (٣١) ص ٢٠٧ .

(١٩٨٣) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - ٨٥/١ ، وأيضا السيوطى - الأشباه والنظائر - ص ١١٢ .

(١٩٨٤) ابن نجيم - الأشباه والنظائر - ٩١/١ .

الأمر ، سواء أكان ذلك عن طريق البيع والشراء أو الإجارة ، أو الاشتغال بالفلاحة أو بالصناعة ، والعمل على الإنتاج ، أو غير ذلك من جميع الوجوه التي هي سبب في جعل الناس مجتمعين غير متفرقين ، ولم يترك الشارع الحكيم باباً من أبواب المنفعة للناس جميعهم إلا طرقه ، ولا سبيلاً من سبل السعادة إلا مهدها وسهلها ، ومن هذه السبل توجيه الأفراد إلى الصناعة والإنتاج واستثمار الطاقات ، فمتى كثرَت الصناعات وتروّج سوقها واتسعت دائرتها ، وكثر الاختراع فيها سهلت في الأمة أسباب الراحة للإنسان من جميع الوجوه ، وبذلك لا يصبح المسلم عولاً على غيره^(١٩٨٥) .

ومن ثم حث الإسلام على العمل والإنتاج بدليل قوله تعالى : ﴿ أَنْ أَعْمَلَ سَاعَاتٍ وَقَدَّرَ فِي السَّرْدِ وَأَعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾^(١٩٨٦) ، وقوله تعالى : ﴿ يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَتَمَائِيلٍ وَجَفَانٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَاتٍ اعْمَلُوا آلَ دَاوُدَ شُكْرًا وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ ﴾^(١٩٨٧) ، وقوله تعالى : ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾^(١٩٨٨) ، وقوله تعالى : ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾^(١٩٨٩) قال ابن كثير : " أى فسادوا حيث شئتم من أقطارها وترددوا فى أقاليمها وأرجائها فى أنواع المكاسب والتجارات ، واعلموا أن سعيكم لا يجدى عليكم شيئاً إلا أن ييسره الله لكم "^(١٩٩٠) . واستعير لفظ (ذلول) للأرض فى تذليل الانتفاع بها ، فهى منقاد مطاوعة^(١٩٩١) .

وقال ﷺ : « من أمسى كالا من عمل يده ، أمسى مغفوراً له »^(١٩٩٢) ، وعن ابن عمر قال : سئل ﷺ أى الكسب أطيب ؟ قال : « عمل الرجل بيده ، وكل كسب مبرور »^(١٩٩٣) ، وقال الإمام على عليه السلام فى كتابه إلى " الأشر الثخمي لما ولّاه على مصر : ثم استوص بالتجار وذوى الصناعات وأوص بهم خيراً : المقيم منهم ، والمضطرب بماله^(١٩٩٤) ، والمترفق^(١٩٩٥)

(١٩٨٥) انظر (الشيخ / على أحمد الجرجاوى - حكمة التشريع وفلسفته - تنقيح ومراجعة / خالد العطار - ٩٠/٢ : ٩٧ - مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م) .

(١٩٨٦) سورة سبأ : آية : ١١ .

(١٩٨٧) سورة سبأ : آية : ١٣ .

(١٩٨٨) سورة الأنبياء : آية : ٨٠ .

(١٩٨٩) سورة الملك : آية : ١٥ .

(١٩٩٠) ابن كثير - تفسير القرآن العظيم - ١٤٢/٨ .

(١٩٩١) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير / ٣١ : ٣٢) .

(١٩٩٢) الهيثمى - مجمع الزوائد - ٦٣/٤ ، وأيضاً (الطبرانى - المعجم الأوسط - تحقيق / طارق بن عوض الحسينى - دار الحرمين - القاهرة ١٤١٥هـ - ٢٨٩/٧ .

(١٩٩٣) الهيثمى - مجمع الزوائد - باب أى الكسب أطيب - ٦٠/٤ ، الطبرانى - المعجم الأوسط - برقم (٢١٤٠) ٣٣٢/٢ .

(١٩٩٤) المضطرب بماله : أى المتردد بماله بين البلدان .

(١٩٩٥) المترفق : أى المكتسب ، والمرافق تفسر بالمنافع وما يتم به الانتفاع كالآنية .

بيدنه ، فإنهم موادُّ المنافع وأسباب المرافق ، وجلَّأُها من المباعِد والمطارح ، فى بَرِّك و بحرك ، وسهلك وجبلك ، وحيث لا يلتئم الناس لمواضعها^(١٩٩٦) (١٩٩٧) .

فوجه الإسلام الإنسان إلى الإنتاج واستثمار الطاقات ، فما المقصود بهما ؟ ومتى تتدخل الدولة فيهما ؟

أولا : الإنتاج ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

الإنتاج : هو ما يقوم به الفرد أو الآلة بإنجازه من السلع أو من المواد المستخرجة من باطن الأرض ، وذلك خلال مدة معينة^(١٩٩٨) .

وعرفه علماء الاقتصاد بأنه يعنى : خلق منفعة جديدة فى شكل سلعة اقتصادية^(١٩٩٩) ، وعُرف أيضا بأنه تطوير الطبيعة إلى شكل أفضل بالنسبة إلى حاجات الناس .

وبلفظ آخر هو : تكوين ثروة قادرة على تحقيق إشباع حاجة أو أكثر من حاجات الناس^(٢٠٠٠) .

والإنتاج بهذه المعانى يهدف إلى القيام بعمل نافع يشبع حاجات الأمة ؛ ولكى يتحقق الإنتاج المحمود لابد من توافر عناصر ثلاثة ، تتدخل الدولة فى عنصرين بالتقييد: الأول وهو العمل المتعلق بالعنصر البشرى فردًا أو طائفة ، والثانى : وهو المتعلق برأس المال ومحل بحثه فى الاستثمار ومجالاته ، وهذه العناصر هى :^(٢٠٠١) .

١ - وجود موارد طبيعية من أراضي زراعية وغابات وشواطئ بحار وأنهار ، وأيضا ما فى باطن الأرض من معادن صلبة أو سائلة ، وهذه الموارد تؤثر تأثيرًا إيجابيا على عملية الإنتاج فى النشاط الاقتصادى للفرد والجماعة ، دون أن تكون هى نفسها نتيجة لهذا النشاط^(٢٠٠٢) . قال تعالى : ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْفُلْكَ لِتَجْرِيَ فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْأَنْهَارَ* وَسَخَّرَ لَكُمُ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَائِبِينَ وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ* وَآتَاكُم مِّنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِن تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ الْإِنسَانَ لَظَلُومٌ

(١٩٩٦) أى يجلبونها من أمكنة بحيث لا يمكن التنازل عن تلك المرافق من تلك الأمكنة ، انظر (السيد الشريف الراضى - نهج البلاغة - هامش ٣/ ٤٨٤ : ٤٨٥) .

(١٩٩٧) السيد الشريف الراضى - نهج البلاغة ٣/ ٤٨٤ : ٤٨٥ .

(١٩٩٨) د/ أحمد زكى بدوى - معجم مصطلحات العلوم الإدارية - برقم (١٥٥٦) - دار الكتاب المصرى للنشر - ودار الكتاب اللبنانى للنشر - (د . ت) - ص ٣٢٠ .

(١٩٩٩) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية ص ٣٢٣) .

(٢٠٠٠) انظر (د/سعيد أبو الفتوح البسيونى - المرجع السابق ص ٣٢٣) .

(٢٠٠١) هذه العناصر الثلاثة فى النظام الإسلامى بخلاف النظم الوضعية ، فعناصر الإنتاج فيها أربعة منها ، المنظم لكن النظام الإسلامى دمجها مع عنصر العمل ، انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام ص ٣٢٦) .

(٢٠٠٢) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى - المرجع السابق ص ٣٢٩) .

كَفَّارٌ ﴿٢٠٠٣﴾ .

٢ - رأس المال : وهو المال الناتج عن عملية إنتاجية سابقة ، والذي يستخدم في صنع سلع جديدة^(٢٠٠٤) ، وعرفه علماء الاقتصاد بأنه : ذلك الجزء من الثروة الذي يستخدم لإنتاج سلع جديدة كالآلات والمعدات والتقنيات والطرق والموانئ وغيرها^(٢٠٠٥).

ولرأس المال أهمية كبرى في الحياة الاقتصادية للمجتمعات ؛ إذ إنه صاحب دور فعال وضرورى في إنتاج السلع والخدمات ، وأيضاً له دور في زيادة رصيد المجتمع من المهارات والكفاءات للعنصر البشرى ، بجانب زيادة رصيد المجتمع من الآلات والمعدات وغيرها^(٢٠٠٦) . وهذا العنصر محل تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فيه في كيفية استثماره ومدى تدخل الدولة لتقييده .

٣ - العمل : وهو المجهود الذى يبذله الإنسان لخلق منفعة ، سواء كان هذا الجهد يدوياً كعمل الفلاح أو الصانع ، أو عقلياً كعمل المدرس أو الطبيب أو المحامى . كما يشمل العمل أيضاً : " عمل المنظم " وهو الذى يوجه العملية الإنتاجية ويوائم بين عناصر الإنتاج المختلفة بما يحقق سير الإنتاج ومضاعفته^(٢٠٠٧) . كما يمكن تعريفه بأنه : كل مجهود بدنى أو ذهنى مقصود ومنظم يبذله الإنسان لإيجاد أو زيادة منفعة مقبولة شرعاً^(٢٠٠٨) .

والإسلام يعتبر العمل وسيلة أولية من وسائل الارتزاق ، والدعامة الأساسية للإنتاج ، قال تعالى : ﴿لِيَأْكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلَا يَشْكُرُونَ﴾^(٢٠٠٩) . أى الذى عملته أيديهم من الغراس بعد التفجير ، وهنا " ما " بمعنى " الذى " ويحتمل أن تكون بمعنى وما عملته أيديهم بالتجارة ، وما عملته أيديهم بالغرس والسقى والآبار ، وكأن الله تعالى ذكر نوعى ما يأكل الإنسان بهما : وهما : الزراعة والتجارة^(٢٠١٠) ، وقال البعض : " المعنى ومن الذى عملته أيديهم أى من الثمار ، ومن أصناف الحلالات والأطعمة ، ومما اتخذوا من الحبوب بعلاج كالخبز والدُّهن المستخرج من السمسم والزيتون "^(٢٠١١) .

(٢٠٠٣) سورة إبراهيم : آية : ٣٢ : ٣٤ .

(٢٠٠٤) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح السيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام ص ٣٢٥) .

(٢٠٠٥) د/ سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام ص ٨٧ .

(٢٠٠٦) انظر (د/ سعيد سعد مرطان - المرجع السابق ص ٨٩) .

(٢٠٠٧) انظر (د/ محمد شوقي الفنجري - الإسلام والتوازن الاقتصادى بين الأفراد والدول - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة - عدد (٤٦) ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م - ص ٨٦) .

(٢٠٠٨) انظر (د/ سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام ص ٨١) .

(٢٠٠٩) سورة يس : آية : ٣٥ .

(٢٠١٠) انظر (الرازى - مفاتيح الغيب ١٣/ ١١٨) ، وانظر أيضاً (الألوسى - روح المعانى ١٥/ ١٦٣) .

(٢٠١١) القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - ٢٩/ ١٥ .

وخلاصة المعنى : أى ليأكلوا من ثمر ما أخرجناه ،ومن ثمر ما عملته أيديهم ، فيكون إدماجاً للإرشاد إلى إقامة الجنات بالخدمة والسقى والتعهد ليكون ذلك أوفر لأغلالها^(٢٠١٢) .

ولكل إنسان فى الأمة الإسلامية أن يعمل ما يشاء وأن يختار الصناعة التى يميل إليها وتوافق طموحه ورغبته بشرط عدم الإضرار بالغير ، وتحرى الحلال المباح .

ومن ثم فإن الإسلام يدعو المسلم إلى العمل بأنواعه الواسعة فلا يقتصر عمله على الاستصناع أو الاتجار ، وإنما يشمل كل عمل أو منفعة يؤديها الإنسان .

٣- تدخل الدولة فى تقييد حرية العمل :

نظراً لأن الأعمال التى تجرى فى حياة الناس متعددة ومتجددة تبعاً للحاجات والابتكارات ، فقد يحدث أن يدعى الصنعة من لا يحسنها ، وأن يحدث فى زمن ما ، أو مكان ما أن تخلو بعض ميادين الأعمال التى تحتاج الأمة إليها ، وهنا جاز لولى الأمر ، أو السلطة التنفيذية فى الدولة أن تتدخل لتقييد حرية الإنسان فى عمله بأمرين :

الأمر الأول : تدخل الدولة فى توفير من يحسن العمل ومنع من لا يحسنه :

حقيق على كل مسلم أن يقوم بإتقان ما يقوم به من أعمال وأن يحسن ما ينفذه من الصناعات بدليل قوله ﷺ : « إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه »^(٢٠١٣) ، وحتى يتقن الصانع صنعته عليه أن يكون ملماً بقواعدها ، عالماً بأصولها ، عارفاً بكل ما يفيد فى ميدانه ، ولذلك حينما رشح نبي الله يوسف عليه السلام نفسه لإدارة خزانة مصر قدم مؤهلاته وأدلة كفاءته ، فوصف نفسه بأنه ذو علم وبصيرة بما يتولاه ، وسأل العمل لعلمه بقدرته عليه ، ولما فيه من المصالح للناس^(٢٠١٤) ، قال تعالى ﴿ قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴾^(٢٠١٥) قال ابن عاشور : " وهذه صيغة تولية جامعة لكل ما يحتاج إليه ولى الأمر من الخصال ، لأن المكانة تقتضى العلم والقدرة ؛ إذ بالعلم يتمكن من معرفة الخير والقصد إليه ، وبالقدرة يستطيع فعل ما يبدو له من الخير ، والأمانة تستدعى الحكمة والعدالة ؛ إذ بالحكمة يؤثر الأفعال الصالحة ويترك الشهوات الباطلة ، وبالعدالة يوصل الحقوق إلى أهلها "^(٢٠١٦) ، واقترح نبي الله يوسف - عليه السلام - ذلك ؛ إنما كان بسبب التربية الإيمانية التى أعدته للقيام بمصالح الأمة مع ما يملكه من مؤهلات ؛ ليعمل فى المصالح مرتاح النفس غير طامع لمتاع دنيوى زائل .

وذكر الشاطبى : أن التربية الإسلامية التى تكفلها الأمة لأبنائها ، تمكن كل ذى موهبة من

(٢٠١٢) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير ١٤/٢٣) .

(٢٠١٣) الهيثمى - مجمع الزوائد - ٩٨/٤ ، وأيضاً : البيهقى - شعب الإيمان - تحقيق / محمد السعيد بسيونى زغلول - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م - ٣٣٥/٤ .

(٢٠١٤) انظر (ابن كثير - تفسير ابن كثير - ٢٧٥/٣) .

(٢٠١٥) سورة يوسف : آية ٥٥ .

(٢٠١٦) ابن عاشور - التحرير والتنوير ٨/١٣ .

القيام بالعمل الكفائي الذى يناسب موهبته ، وأن على كل إنسان أن يبادر إلى نوع التعليم الذى يتفق مع فطرته وميوله^(٢٠١٧) .

فقال : " إن الله ﷻ خلق الخلق غير عالمين بوجوه مصالحهم لا فى الدنيا ولا فى الآخرة ، ألا ترى إلى قوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾^(٢٠١٨) . ثم وضع فيهم العلم بذلك على التدريج والتربية ، تارة بالإلهام كما يلهم الطفل التمام الثدى ومصه ، وتارة بالتعليم ، فطلب الناس بالتعلم والتعليم لجميع ما يستجلب به المصالح ، وكافة ما تدرأ به المفاسد ، إنهاضاً لما جبل فيهم من تلك الغرائز الفطرية ، والمطالب الإلهامية ؛ لأن ذلك كالأصل للقيام بتفاصيل المصالح "^(٢٠١٩) .

ولا يقف دور الدولة عند الاختيار لصاحب الكفاءة فى كل ميدان ، وإنما تكفل له قدرًا من التعليم والخبرة ، وأن تقوم على سد حاجاتهم ، وأن تكفل لهم الراحة والاطمئنان^(٢٠٢٠) . فإذا لم يحسن الإنسان الصنعة ولم يقبل التوجيه والنصح جاز لولى الأمر أن يمنعه وأن يعززه ، ولقد كان من فقه أمير المؤمنين عمر ﷺ أنه منع من لم يتعلم من العمل الذى له صلته بالمصلحة العامة .

وحتى يتثبت عمر من جهل العامل كان ينزل إلى السوق فيسأل صاحب المهنة، فإن لم يحسن الإجابة عززه ونهاه عن ممارستها .

عن القاسم بن محمد^(٢٠٢١) : " أن عمر بن الخطاب ﷺ جاء الجزارين ، فقال : من يذبح لكم ؟ فقالوا : هذا العليج^(٢٠٢٢) . فسأله عمر فلم يحسنها (أى الإجابة) فجلبه جلدات ، ثم قال : لا يذبح لكم إلا من عقل الصلاة "^(٢٠٢٣) ، وذلك لأن المجزرة يقصدها الناس فلا بد أن التزكية سليمة ، ولم يقتصر إخراج طائفة من السوق بسبب جهلهم بصناعتهم ويُعدُّ هذا عملاً إدارياً فريداً من أمير المؤمنين^(٢٠٢٤)

عن ابن طاووس^(٢٠٢٥) عن أبيه : " أن قومًا كانوا فى السوق ، وكان إسلامهم حديثاً لا

(٢٠١٧) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام ص ٣٥٩) .

(٢٠١٨) سورة النحل : آية ٧٨ .

(٢٠١٩) الشاطبى - الموافقات - ١٢٩/١ .

(٢٠٢٠) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام ص ٣٦١) .

(٢٠٢١) القاسم بن محمد هو : القاسم بن محمد بن أبى بكر ﷺ عبد الله بن أبى قحافة - الإمام القدوة الحافظ عالم وقته بالمدينة (ت : ١٠٢ هـ) انظر (الذهبى - سير أعلام النبلاء - ٥٣/٥) ، وانظر (أبو حاتم التميمى البستى - مشاهير علماء الأمصار - تحقيق / م فلايشهر - دار الكتب العلمية بيروت - ١٩٥٩م - ٦٣/١) .

(٢٠٢٢) العليج : بكسر العين تعنى الوحش السمين القوى ، وأيضاً : الرجل من كفار العجم ، وبكسر اللام : تعنى الرجل الشديد الصرع المعالج للأمور ، وهذا يشمل الكافر وغير الكافر ، والظاهر أنه مسلم ، وهو المراد هنا ، والجمع علوج - انظر (الشيرازى - القاموس المحيط - ١٩٩/١) .

(٢٠٢٣) عبد الرزاق - مصنف عبد الرزاق برقم (٨٥٥٨) - ٤٨٢/٤ .

(٢٠٢٤) د/ غالب عبد الكافى القرشى - أوليات الفاروق - ٢٤٠/١ : ٢٤١) .

(٢٠٢٥) ابن طاووس هو : عبد الله بن طاووس بن كيسان اليماني الفقيه القدوة عالم اليمن ، الجندى الحافظ ، انظر (الذهبى

فقه لهم ، لا يحسنون يذبحون ، قال : فأخرجهم عمر بن الخطاب من السوق ، وأمر بإخراجهم " (٢٠٢٦) ، ومن ثم إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة جاز لولي الأمر منع الجاهل بالصناعة والعمل ، " فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم ، وهو من جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا ، لا من حيث أهواء النفوس " (٢٠٢٧) .

الأمر الثاني : تدخل ولي الأمر في تقييد حرية اختيار الصناعة :

من حق المسلم أن يختار من الأعمال ما يريد ما دام العمل مباحاً ، وأن يباشره في أية صورة ، وفي سائر أنواعه ، وجميع مجالاته ، سواء أكان عملاً يدوياً أو فنياً (٢٠٢٨) .

ومع إباحة الإسلام لذلك إلا أنه قيده بعدم الإضرار بمصالح الأمة ، وضرورياتها الخمس " الدين والنفس والعقل و (العرض - النسب - النسل) والمال " (٢٠٢٩) ، وعدم الإضرار بها يكون بأحد أمرين : " أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود ، والثاني : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم " (٢٠٣٠) .

ولذلك كل عمل يخل بمصالح الأمة أو يهدمها أو يكون سبيلاً إلى ذلك ، على المسلم أن يتجنبه وأن يتعد عنه .

ومن ثم إذا تعلقَت صناعة معينة بمصلحة الأمة جاز لولي الأمر أن يجبر العامل عليها ، مع أن الإيجاب فيه إضرار به لكنه يتحمل في مقابل المنفعة العامة التي ينالها المجموع من المسلمين ، مع تعويض ولي الأمر له ، قال ابن تيمية : " إن ولي الأمر إن أجبر أهل الصناعات على ما تحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالزراعة والحياكة والبناء ، فإنه يقدر أجره المثل ، فلا يُمكن المستعمل من نقص أجره الصانع عن ذلك ، ولا يُمكن الصانع من المطالبة بأكثر من ذلك حيث تعين عليه العمل ، وهذا من التسعير الواجب ، وكذلك إذا احتاج الناس إلى من يصنع لهم آلات الجهاد من سلاح وجسر للحرب وغير ذلك ، فيستعمل بأجرة المثل ، لا يُمكن المستعملون من ظلمهم العمال ولا العمال من مطالبتهم بزيادة على حقهم مع الحاجة إليهم ، فهذا تسعير الأعمال " (٢٠٣١) .

ويقول ابن القيم : " ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة ، كالزراعة والنساجة والبناء ، فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجر مثلهم ، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك .

- سير أعلام النبلاء ٣٨/٥ ، وما بعدها .

(٢٠٢٦) مصنف عبد الرزاق برقم (٨٥٥٩) ٤/٤٨٣ .

(٢٠٢٧) الشاطبي - الموافقات - ٣٠/٢ .

(٢٠٢٨) انظر (سعيد أبو الفتوح البسيوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام - ص ٣٧١) .

(٢٠٢٩) الشاطبي - الموافقات - ٨/٢ .

(٢٠٣٠) الشاطبي - المرجع السابق - ٧/٢ .

(٢٠٣١) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٥٢/٢٨ .

ولهذا قالت طائفة من أصحاب أحمد والشافعي : إن تعلم هذه الصناعات فرض على الكفاية ، لحاجة الناس إليها ، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم ، وكذلك أنواع الولايات العامة والخاصة التي لا تقوم مصلحة الأمة إلا بها "(٢٠٣٢) .

(٢٠٣٢) بن القيم - الطرق الحكيمة - ص ٢٥٥ .

ثانيا : الاستثمار ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

يعنى الاستثمار : تنمية رأس المال وإثراؤه وتوظيفه ، وهو وسيلة من وسائل التكسب .
ذلك لأن لإثراء مال الأمة وأفرادها طريقين : " أحدهما : التملك وهو أصل الإثراء
البشرى ، وهو اقتناء الأشياء التى يستحصل منها ما تُسد به الحاجة بغلاته أو أعواضه ، أى
أثمانه " (٢٠٣٣) .

وعرفه ابن الشاط (٢٠٣٤) بقوله : " إنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه ، أو بنيانه من الانتفاع
بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة " (٢٠٣٥) .

ثانيهما : التكسب وهو : معالجة إيجاد ما يسد الحاجة ، إما بعمل البدن ، أو بالمرضاة
مع الغير ، كالبيع والشراء .

وأصول التكسب ثلاثة : الأرض ، والعمل ، ورأس المال .

أما الأرض والعمل فقد سبق الحديث عنهما ، وأما رأس المال فهو : وسيلة لإدامة العمل
لإثرائه ، وهو مال مدخر لإنفاقه فيما يجلب أرباحًا ، ويُعدُّ رأس المال من أصول الثروة لكثرة
الاحتياج إليه (٢٠٣٦) .

والنظام الإسلامى أحل جميع أنواع الصناعات والمهن الشريفة وجميع أنواع التجارة
واستثمار الأموال ، كما أنه أحل ما ينتج عن هذا كله من ربح وجعله ملكا خالصا لصاحب المال
المستثمر بشروط منها :

(١) أن يؤدى على رأس ماله وعلى أرباحه ما عسى أن يكون واجبا على أحدهما كالزكاة
أو أخذ جزء من مال الأغنياء تميز الزكاة بالضرائب (٢٠٣٧) .

(٢) أن لا يتم استثمار الأموال فيما حرمه الإسلام ويضر بالأمة ، ومن ثم حرم الإسلام
الاحتكار ، وحر الإتيان فى الخمر وبيع لحم الخنزير ، ومنع التعامل بالربا (٢٠٣٨) .

(٣) أن تتسق الأهداف والوسائل مع تعاليم الشريعة الإسلامية التى أرسيت دعائمها فى
القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، ذلك لأن للتنمية الاقتصادية فى مفهوم الإسلام لها
مفاهيم خاصة فلها قيم إسلامية ، وتعاليم ربانية وأهداف إيمانية ، قال تعالى : ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنْ

(٢٠٣٣) ابن عاشور - مقاصد الشريعة - ص ٤٦٠ .

(٢٠٣٤) ابن الشاط هو : الإمام أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط المالكي - كان موفور الحظ من الفقه : حسن
المشاركة فى العربية له تأليف منها : " أنوار البروق فى تعقب مسائل القواعد والفروق " و " غنية الرائد فى علم الفرائض " (ت : ٧٢٣هـ) انظر (ابن فرحون المالكي - الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب - تحقيق أ . د/ محمد
الأحمدى أبو النور - دار التراث - القاهرة ١٥٣/٢) .

(٢٠٣٥) القرافى - الفروق ومعه أدرار الشروق على أنواع الفروق - ٣٦٥/٣ .

(٢٠٣٦) انظر (ابن عاشور - مقاصد الشريعة ص ٤٦٢ : ٤٦٣) .

(٢٠٣٧) انظر (د/ يوسف العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٢٩٤) .

(٢٠٣٨) د/ يوسف العالم - المرجع السابق ص ٢٩٥ .

الأرض وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ^(٢٠٣٩). فالتنمية الاقتصادية فى الإسلام أكثر شمولية من مفهوم التنمية ، فى النظم الوضعية ، ولا يعنى هذا عدم إعمال الفكر فى كيفية الخروج من حلقة التخلف الاقتصادى ، بل هو مطلوب فى إطار الشريعة الإسلامية التى من أهدافها عمارة الأرض دون النظر إلى الخراج^(٢٠٤٠)، وإن مما أوصى به الإمام على ؑ نائبه على مصر قوله : (وليكن نظرك فى عمارة الأرض أبلغ من نظرك فى استخراج الخراج ؛ لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة ، ومن طلب الخراج بغير عمارة أخرج البلاد ، وأهلك العباد ، ولم يستقم أمره إلا قليلا)^(٢٠٤١) .

لكن قد يؤثر حب (الأنا) على صاحب المال فيحرص على الربح دون الحرص على ما ينفع الأمة ويصلح به شأنها ، وقد يكسل عن استثماره فيملك العين ، ولا يعمل على الانتفاع بها^(٢٠٤٢) .

لذلك أجاز النظام الإسلامى لولى الأمر أن يتدخل لكبح جماع صاحب المال ، وتوجيهه إلى ما ينفع ولا يضر ، أو يتدخل ليكفله بالاستثمار والإنماء لماله حتى يدور المال دورته ، وقد يتدخل فيقتطع من ماله جزءاً غير الزكاة مراعيًا بذلك مصلحة الأمة.

(٢٠٣٩) سورة هود : آية ٦١ .

(٢٠٤٠) انظر (د/ شوقي أحمد دنيا - الإسلام والتنمية الاقتصادية - دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٧٩م - ص ٨٥) .

(٢٠٤١) السيد الشريف الراضى - نهج البلاغة - ٤٨٢/٣ .

(٢٠٤٢) انظر (على أحمد الجرجاوى - حكمة التشريع وفلسفته - ٩٠/٢) .

أولاً : تدخل الدولة في تكليف من يهمل ماله باستثماره إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك :

لولي الأمر أن يحمل من يهمل ما يملكه ولا يستثمره على الإنتاج لأجل مصلحة الفقير ، ومصلحة البلاد العامة في تنمية الثروة الوطنية ، فإذا امتنع عن استثماره ، وأبقاه معطلا لا يعود عليه بالنفع وعلى المجتمع ، وكان هذا التعطيل متعمدا وطال أمده ، جاز لولي الأمر التدخل إذا اقتضت مصلحة الأمة ذلك^(٢٠٤٣) .

وعمدة ذلك قول النبي ﷺ : « ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين »^(٢٠٤٤) والتحجير يعنى : الإحاطة على الشيء ، والمقصود به هنا : وضع اليد على الأرض الموات وإحاطتها بالأحجار بقصد إحيائها وتعميرها^(٢٠٤٥) .

وطبق عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذا المبدأ فعلا فلم يكتف بالقول وإنما جعله واقعا في حياة الأمة ، ومنهجاً لمن يأتي بعده ، روى عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال وهو على المنبر : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين ، وذلك أن رجلا يحتجرون من الأرض ما لا يعملون »^(٢٠٤٦) .

وهذا القول يضع قيوداً لتدخل ولي الأمر في نزع ما يملكه الإنسان من الأموال وإعطائها لمن يقوم عليها باستثمارها ، فهو تدخل ليس بالمطلق وإنما مقيد بأمور منها :

- ١ - أن يتمتع صاحب المال عن إنمائه .
 - ٢ - أن يقصد صاحب المال بالتعطيل أن يحتجرها ولا يحوطها ببناء ولا غيره^(٢٠٤٧) .
 - ٣ - أن تطول المدة حتى ثلاثة أعوام .
 - ٤ - أن يكون تدخل ولي الأمر للمنفعة العامة .
- ومن ثم فليس للإمام أن يتدخل إلا بحق ثابت معروف^(٢٠٤٨) .
- وبناءً على ذلك : يدفع الضرر عن مجموع الأمة ولو نال الفرد ضرر خاص؛ بل إن الضرر العام إذا دُفع ناله نصيب منه فهو أحد أفراد المجتمع .

قال الشاطبي : " لا يلحق العامل ضرر إلا بمقدار ما يلحق الجميع أو أقل ، ولا يكون موقعا على نفسه ضرراً ناجزاً ، وإنما هو متوقع أو قليل محتمل في دفع الضرر عن غيره ، وهو نظر من يعد المسلمين كلهم شيء واحد ، على مقتضى قوله ﷺ « إن المؤمن للمؤمن كالبنيان

(٢٠٤٣) انظر (د/ فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ص ١٧٦) ، وانظر أيضا (د/ سعيد أبو الفتوح البيهوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام ص ١١٧) .

(٢٠٤٤) قال الزيلعي في (نصب الراية) بأنه ورد عن عمر بن الخطاب .

(٢٠٤٥) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البيهوني - الحرية الاقتصادية في الإسلام ص ١١٧) .

(٢٠٤٦) أبو يوسف - الخراج ص ٧٧ ، أبو عبيد - الأموال ص ٣٦٨ .

(٢٠٤٧) انظر (ابن حجر - فتح الباري ٤٣٥/٦) .

(٢٠٤٨) انظر (أبو يوسف - الخراج ص ٧٨) .

يشد بعضه بعضا وشبك ﷺ أصابعه» (٢٠٤٩)(٢٠٥٠).

فإذا كانت المنفعة العامة هي الغالبة كان الحكم لها بالتقديم على المضرة ، وجاز لولي الأمر أن يحمل رب المال بالعمل على استثماره ، أو أن يقيم غيره على ذلك .

قال الشاطبي : « المصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة - أى عند موازنتها مع المفسدة - فى حكم الاعتياد فهي المقصودة شرعاً ، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ليجرى قانونها على أقوم طريق وأهدى سبيل ، وليكون حصولها أتم وأقرب وأولى بنيل المقصود ، على مقتضى العادات الجارية فى الدنيا فإن تبعها مفسدة أو مشقة فليست بمقصودة ، فى شرعية ذلك الفعل وطلبه » (٢٠٥١) .

والهدف من إجازة النظام الإسلامى للوالى أن يتدخل إنما هو الحرص على مداومة استثمار المالك للمال الذى بين يديه باجتهاد لينتفع به ، ولتنتفع به الأمة .

وبدا هذا الأمر واضحاً فى واقعة بلال بن الحارث المزنى : « فقد أقطعه رسول الله ﷺ ما بين البحر والصخر ، ولم يستطع أن يحيى كل ذلك ، فلما كان زمن عمر بن الخطاب قال له : أنت لا تطيق ما فى يديك ، فقال : أجل ، فقال : فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه ، وما لم تطق فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين ، فقال : لا أفعل ، والله شيئاً أقطعني رسول الله ﷺ ، فقال عمر : والله لتفعلن ، فأخذ منه ما عجز عن عمارته ، فقسمه بين المسلمين » (٢٠٥٢) .

وليس هذا خاصاً بالفرد فقط ، بل قد يكون مع طائفة من أصحاب الأموال ، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه « أن رسول الله ﷺ أقطع لأناس من مزينة أو جهينة أرضاً فلم يعمروها فجاء قوم فعمروها فخاصمهم الجهنيون أو المزنيون إلى عمر بن الخطاب ؓ ، فقال : لو كانت منى ، أو من أبى بكر لرددتها ، ولكنها قطعة من رسول الله ﷺ ، ثم قال : من كانت له أرض ، ثم تركها ثلاث سنين ، فلم يعمرها ، فعمرها قوم آخرون فهم أحق بها » (٢٠٥٣) .

ثانياً : تدخل الدولة بالزام المستثمر إتباع أقوم الطرق فى التنمية :

حث الإسلام على مداومة استثمار المال ، كما حث على إتباع أرشد الوسائل فى سبيل تنميته ، كما أنه نهى عن كنز المال ، والظن به عن الإنفاق قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ (٢٠٥٤) . وجه دلالة الآية على تحريم

(٢٠٤٩) رواه البخارى - كتاب الصلاة ، باب « تشبيك الأصابع فى المسجد وغيره » ، وكتاب الأدب باب « تعاون المؤمنين بعضهم بعضا » ، كتاب المظالم - باب « نصر المظلوم » ، ورواه مسلم « كتاب البر والصلة والأدب ، باب « تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم » برقم (٥٨٥) ١٩٩٩/٣ .

(٢٠٥٠) الشاطبي - الموافقات - ٢/٢٦٩ .

(٢٠٥١) الشاطبي - المرجع السابق - ٢/٢١٠ .

(٢٠٥٢) أبو يوسف - الخراج ص ٧٤ .

(٢٠٥٣) أبو يوسف - الخراج ص ٧٣ .

(٢٠٥٤) سورة التوبة : آية ٣٤ .

الكنز ، ترتيب الوعيد الشديد عليه ، والخطاب فى الآية قيل المراد به أهل الكتاب من اليهود والنصارى ، إشارة إلى الكثير من الأحرار والرهبان فى بدء الآية للدلالة على اجتماع خصلتين مذمومتين فيهم : أخذ الرشوة وكنزهم للأموال ، والضم بها على الإنفاق فى سبيل الخير .

وقيل : إن المراد به المسلمون الكانزون غير المنفقين .

وقيل : المراد به أهل الكتاب وغيرهم من المسلمين ، وهو الراجح من الأقوال والأولى بالاعتبار ؛ لأن الكنز إذا كان محرماً فى حق الكفار من أجل أنه رذيلة مذمومة فتكون فى حق المسلم بطريق الأولى ؛ لأنه أولى باجتنب الرذائل والتحلى بالفضائل^(٢٠٥٥) .

و من ثم منع الإسلام من كنزها وسحبها من مجال التداول وتجميدها ، أى عدم تليتها للحاجات والمصالح التى تتم بها كلمة الله تعالى ، ذلك لأنه يؤدى إلى إفساد التوازن المالى والتجارى، والاقتصادى عامة ، أيضا يفسد معه التوازن الاجتماعى^(٢٠٥٦) .

ومع وجود النهى كان الأمر باستثماره وإتباع أفضل السبل التى تحقق هذا التوازن ، وتعاليم الإسلام تؤكد ذلك بل وتفرضه ، قال ﷺ : « إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه »^(٢٠٥٧) .

فإذا عمد صاحب المال إلى أسلوب فى الاستثمار يؤدى إلى ضالة الإنتاج أو يؤدى إلى تلف رأس المال كان لولى الأمر أن يرده عن الأسلوب العقيم الذى درج عليه إلى الأسلوب الرشيد الذى يحقق المقاصد الشرعية فى المال من حيث التداول والرواج ، والوضوح بإبعاد الأموال عن الضرر ، والعدل فيها بأن توضع فى الموضع الذى خلقت من أجله ، وحفظها من الهلاك^(٢٠٥٨) .

ومن ثم حُقَّ على ولاية الأمر ومتصرفى مصالح الأمة العامة النظر فى حفظ الأموال العامة ، سواء فى تبادلها مع الأمم الأخرى وبقاؤها بيد الأمة الإسلامية ، فمن الأولى : سن أساليب تجارة الأمة مع الأمم الأخرى ، ودخول سلع أحد الفريقين وأموالهم إلى بلاد الفريق الآخر ، كما فى أحكام التجارة إلى أرض الحرب وأحكام ما يؤخذ من تجار أهل الذمة والحريين على ما يدخلونه من السلع إلى بلاد الإسلام ، وأحكام الجزية والخراج .

ومن الثانى : نظام الأسواق والاحتكار ، وضبط مصارف الزكاة والمغانم ، ونظام الأوقاف العامة^(٢٠٥٩) .

فإذا ما استثمر صاحب المال ماله فى ضوء هذه المقاصد الأربعة يكون بذلك قد حقق ما يريده الإسلام منه ، غير أنه أحياناً يعجز أصحاب المال عن استثمارها استثماراً رشيداً مع تضخم

(٢٠٥٥) د/ يوسف العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٩٩ .

(٢٠٥٦) انظر (د/ يوسف العالم - المرجع السابق ص ٩٨) .

(٢٠٥٧) الهيثمى - مجمع الزوائد برواية عائشة - ٩٨/٤ .

(٢٠٥٨) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح السيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام ص ١١٩) .

(٢٠٥٩) انظر (ابن عاشور - المرجع السابق - ص ٧٣ : ٤٧٤) .

ثروتهم ؛ وقد يؤدي هذا العجز إلى حرمان المجتمع عن منافع الاستثمار ، ولا سيما إذا كان عليه قوام المجتمع ، حينئذ كان لولى الأمر أن يتدخل بما يدرأ عن المجتمع هذا الضرر العام^(٢٠٦٠) .
وقد يكون تدخل ولى الأمر هنا بأحد أمرين :

الأول : إلزام هؤلاء الملاك باتّباع الأساليب الرشيدة فى استثمار مصادر الإنتاج التى بين أيديهم .

الثانى : العمل على إبقاء بعضها بين أيديهم على قدر طاقتهم فى الاستثمار ، والاستيلاء على باقيتها ليتولى استثمارها على النحو الذى يفى بمطالب الأمة العامة ، مع تعويض صاحب المال بما يعادل قيمة رأس المال نقداً^(٢٠٦١) .

ثالثا : تدخل بإلزام المستثمرين صناعات معينة :

من حق صاحب المال أن يستثمره فيما يعود عليه بالنفع ، وأن يعمل ما يشاء ما دام نوع العمل مباحا والصناعة مشروعة ، ولكل فرد من أفراد الدولة الإسلامية مسلما كان أو غير مسلم حق مشاع فى السعى والعمل فى حق المعيشة ، وكل أبواب الصناعة والحرفة والتجارة والزراعة وما عداها من المهن مفتوحة للجميع على مصراعيها^(٢٠٦٢) .

والإسلام حين منح الحرية فى التكسب والاستثمار للأفراد ، لم يمنحها مطلقة وإنما أقامها على أساس من العدل ، فلا تهضم حقوق الأفراد لمصلحة المجتمع ولا العكس، وكذلك اعتبر الإسلام قيمة كل إنسان ما يحسنه من صناعة ، والحكمة من ذلك هى سد حاجات المسلمين ومتطلباتهم التى هى قيمة عمله^(٢٠٦٣) .

والصنائع لا يقتصر طلبها على الفرد بل تطلبها الدولة ، إذا تعلقت بمصلحة الأمة، ومن ثم يثور السؤال حول ماهية الأنشطة التى توجه إليها استثمارات المجتمع لتوسيع الطاقة الإنتاجية له ؟

إن تحديد نوع الاستثمار يرتبط بحاجة الأمة وواقع زمانها ومكانها ، ومن حق ولى الأمر إلزام الصناع وأصحاب الأموال أن يستثمروا أموالهم فيما يصلح به شأن الأمة ويخدم مصالح أفرادها مع تقدير أجره المثل ، وفى هذا المعنى يقول ابن تيمية : " والمقصود هنا أن ولى الأمر إن أجبر أهل الصناعات على ما تحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالزراعة والحياكة والبناء ، فإنه يقدر أجره المثل "^(٢٠٦٤) .

وقال أيضا : " وأما فى الأموال فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد ، فعلى أهل السلاح

(٢٠٦٠) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح السيوني - الحرية الاقتصادية فى الإسلام - ص ١١٦) .

(٢٠٦١) د/ سعيد أبو الفتوح السيوني - المرجع السابق - ص ١١٩ .

(٢٠٦٢) انظر (أبو الأعلى المودودى - نظرية الإسلام وهدية فى السياسة والقانون والدستور - الدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م - ص ٣٠١) .

(٢٠٦٣) انظر (ابن خلدون - مقدمة ابن خلدون - ص ٢٨٣) .

(٢٠٦٤) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٥٢/٢٨ .

أن يبيعه بعوض المثل" (٢٠٦٥) .

وقد تكون مصلحة الأمة في الإنتاج الزراعى : أى استغلال ظاهر الأرض فى إنتاج المحاصيل والغلات اللازمة لطعام الإنسان ومنافعه (٢٠٦٦) .

ولقد جاءت نصوص فى السنة تقرر أن الزراعة من أفضل الكسب وأهمها وذلك لشدة الحاجة إليها ، ولما فيها من عموم انتفاع الناس بها (٢٠٦٧) . من هذه النصوص ما رواه أنس بن مالك قال : قال رسول الله ﷺ : « ما من مسلم يغرس غرسا ، أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة ، إلا كان له به صدقة » (٢٠٦٨) .

وقد تكون مصلحة الأمة فى الإنتاج الصناعى الذى يقوم عليه الهيكل الاقتصادى ولاسيما فى عصرنا هذا ، ولا أخص بالذكر صناعة بعينها بل كل صناعة تهدف إلى إشباع حاجات الأمة ، فهى تتعدد وتتوسع بمقدار ما تكون الأمة فى حاجة إليه .

والصناعة عدها الفقهاء من فروض الكفاية ، فإذا لم يقم بها البعض أثم المجموع ، وفى مقدمتهم ولاية الأمر " ويجب على الكفاية أن يتوفر فى بلاد المسلمين أصول الحرف جميعها ، احتيج إليها أو لا ، قال ابن تيمية : قال غير واحد من أصحاب الشافعى وأحمد غيرهم كالغزالي ، وابن الجوزى وغيرهم : إن هذه الصناعات فرض على الكفاية ، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بها " (٢٠٦٩) .

وبصير فرض الكفاية واجبا عينيا إذا تخصص فيه قوم ، أو أخبرهم ولى الأمر عليه ، قال ابن تيمية : (فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحه قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صار هذا العمل واجبا ، يجبرهم ولى الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل) (٢٠٧٠) .

ولم يقتصر النظام الإسلامى على مجرد التوجيه والإرشاد للصنائع بل أشار القرآن إلى أهم أنواع الصناعة منها :

١ صناعة المواد الغذائية : قال تعالى ﴿ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴾ (٢٠٧١) . قال ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى : ﴿ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ : السكر ما حرم من ثمرتيهما ، والرزق الحسن ما أحل من ثمرتيهما ، والرزق الحسن حلاله ، يعنى ما ييس منهما من تمر وزبيب ، وما عمل منهما من طلاء

(٢٠٦٥) ابن تيمية - المرجع السابق - ٥٢/٢٨ .

(٢٠٦٦) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح السيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام ص ٣٩٢) .

(٢٠٦٧) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح السيونى - المرجع السابق ص ٣٩٣) .

(٢٠٦٨) صحيح البخارى - كتاب المزارعة - برقم (٢١٩٥) ٨١٧/٢ ، صحيح مسلم باب فضل الغرس والزرع برقم

(١٥٥٢) ١١٨٨/٣ ، رقم (١٥٥٣) ١١٨٩/٣ .

(٢٠٦٩) وزارة الأوقاف الكويتية - الموسوعة الفقهية - ١٤٠٠ هـ - ٧٣/٢ .

(٢٠٧٠) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٥٠/٢٨ . ابن القيم - الطرق الحكمية - ص ٢٥٦ .

(٢٠٧١) سورة النحل : آية ٦٧ .

وهو الدبس ، وخل ونبيد ، حلال يشرب قبل أن يشتد كما وردت السنة بذلك ^(٢٠٧٢) . ووصف الرزق بالحسن لما فيه من المنافع ^(٢٠٧٣) .

وكلمة (تتخذون) توحى بأن الإنسان أن يستغل ما أنعم الله به عليه من ثمار وزروع في تصنيع كافة ما يلزمه من طعام ومواد غذائية مباحة شرعا ^(٢٠٧٤) .

٢ حناعة الملابس صوفية كانت أو وبرية : قال تعالى : ﴿ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثْنَاوٌ وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ ﴾ ^(٢٠٧٥) ، وقال تعالى : ﴿ وَجَعَلَ لَكُم سَرَائِلَ تَقِيكُمْ الْحَرَّ وَسَرَائِلَ تَقِيكُمْ بِأْسَكُمْ ﴾ ^(٢٠٧٦) .

٣ حناعة المساكن والمنشآت : قال تعالى : ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّن بُيُوتِكُمْ سَكَنًا ﴾ ^(٢٠٧٧) . السكن : ما سكنت إليه وما سكنت فيه وهو على قسمين : الأول : ما اتخذ من الخشب والطين والآلات التي بها يمكن تسقيف البيوت ، الثاني : القباب والخيام والفساطيط وأنشد الفراء :

جاء الشتاء ولما أتخذ سكنا
يا ربح كُفي من حفر القراميص ^(٢٠٧٨)

٤ حناعة الحديد : قال تعالى : ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ ﴾ ^(٢٠٧٩) . وإنزال الحديد : مستعار لخلق معدنه كقوله تعالى : ﴿ وَأَنْزَلَ لَكُم مِّنَ الْأَنْعَامِ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ ﴾ ^(٢٠٨٠) . أى خلق لأجلكم ، وذلك بإلهام البشر استعماله فى السلاح من سيوف ودروع ورماح .

ويجوز أن يراد بالحديد خصوص السلاح المتخذ منه ، والمراد باليأس الضر ، والمنافع : منافع الغالب بالحديد من مغنم .

والمقصود من هذا لفت بصائر السامعين إلى الاعتبار بحكمة الله تعالى من خلق الحديد وإلهام صنعه ، والتنبيه على أن ما فيه من نفع وبأس ، إنما أريد به أن يوضع بأسه حيث يستحق ، يوضع نفعه حيث يليق به لا لتجعل منافعه لمن لا يستحقها مثل قطاع الطريق والثوار على أهل العدل ، وإنما لتجهيز الجيوش لحماية الأوطان من أهل العدوان ، ولإدخال فى البيوت لدفع الضاريات والعاديات على الحرم والأموال ^(٢٠٨١) .

(٢٠٧٢) ابن كثير - تفسير ابن كثير - ٤٠٦/٤ .

(٢٠٧٣) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٢٠٣/٤) .

(٢٠٧٤) انظر (د/سعيد أبو الفتوح البسيونى - الحرية الاقتصادية فى الإسلام - ص ٤٢٦) .

(٢٠٧٥) سورة النحل : آية ٨٠ .

(٢٠٧٦) سورة النحل : آية ٨١ .

(٢٠٧٧) سورة النحل : آية ٨٠ .

(٢٠٧٨) انظر (الرازى - مفاتيح الغيب - ٦٠٣/٩ : ٦٠٤) .

(٢٠٧٩) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(٢٠٨٠) سورة الزمر : آية ٦ .

(٢٠٨١) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ٤١٧/٢٧) .

وتدخل في صناعة الحديد صناعة المعدات الثقيلة إذا كانت فيها مصلحة الأمة ، وعن ابن عباس قال : " ثلاثة أشياء نزلت مع آدم : السندان والكلبتان والميعة " (٢٠٨٢) بمعنى المطرقة .

٥ صناعة التعدين : وهو ما يسبك في النار من ذهب وفضة ، ونحاس أو حديد قال تعالى : ﴿ وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِثْلُهُ ﴾ (٢٠٨٣) وقال تعالى ﴿ آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ حَتَّىٰ إِذَا سَاوَى بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انْفُخُوا ﴾ (٢٠٨٤) . ، وقال تعالى ﴿ وَأَسْلَمْنَا لَهُ بَعْنُ الْقِطْرِ ﴾ (٢٠٨٥) . والقطر : هو النحاس المذاب لقوله تعالى : ﴿ آتُونِي أُفْرِغَ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴾ (٢٠٨٦) ، والإسالة : هي جعل الشيء سائلا ، أى مائعا منبسطا فى الأرض كمنسيل الوادى ، (وعين القطر) ليست عينا حقيقية ، ولكنها مستعارة لمصب ما يصهر فى مصانعه من النحاس المذاب خارجا من فساقي ونحوها من الأنابيب ، كما يخرج الماء من العين لشدة إصهار النحاس وتوالى إصهاره ، فلا يزال يسيل ليصنع له آنية وأسلحة ودرقا (٢٠٨٧) (٢٠٨٨) .

٦ -الصناعات الحربية : قال تعالى ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ ﴾ (٢٠٨٩) ، وقال تعالى ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُودَ مِنَّا فَضْلًا يَا جِبَالُ أَوِّبِي مَعَهُ وَالطَّيْرَ وَآلْنَا لَهُ الْحَدِيدَ * أَنْ أَعْمَلَ سَابِغَاتٍ وَقَدِّرْ فِي السَّرْدِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ (٢٠٩٠) ، ووجه دلالة الآيتين : اشكروا الله تعالى على ما علمكم من صنع الدروع ليمنعكم ويحرسكم من بأسكم ، أى من الجرح ، والقتل ، والسيف ، والسهم والرمح (٢٠٩١) ، وكان من فضل الله تعالى أن آلان الحديد لداود عليه السلام وألهمه عمل سابغات : وهى الدروع الواسعة ليقوم بكل عمل صالح ﴿ وَاعْمَلُوا صَالِحًا ﴾ أى لستم مخلوقين إلا للعمل الصالح فاعملوا ذلك وأكثروا منه ، و الكسب قدروا فيه (٢٠٩٢) . ومن ثم أمر الإسلام بإحسان هذه الصناعة العسكرية وحدد غايتها ومنهج استقامتها : فأما الغاية فهى الصلاح والإصلاح فى الأرض ﴿ وَاعْمَلُوا صَالِحًا ﴾ ، وأما المنهج : الشعور الدائم بمراقبة الله تعالى وعدم الانحراف عن سبيل الرشاد قال تعالى ﴿ إِنِّي بِمَا

(٢٠٨٢) الطبرى - تاريخ الطبرى - دار الكتب العلمية - بيروت - ط١ - ١٤٠٠هـ - ٨٤/١ .

(٢٠٨٣) سورة الرعد : آية ١٧ .

(٢٠٨٤) سورة الكهف : آية ٩٦ .

(٢٠٨٥) سورة سبأ : آية ١٢ .

(٢٠٨٦) سورة الكهف : آية ٩٦ .

(٢٠٨٧) انظر (ابن عاشور - التحرير والتنوير - ١٥٩/٢٢) .

(٢٠٨٨) درقا : الدرق : ضرب من الترس ، الواحدة درقة تتخذ من الجلود ، وغيره - انظر (ابن منظور - لسان العرب ٩٥/١٠) .

(٢٠٨٩) سورة الأنبياء : آية ٨٠ .

(٢٠٩٠) سورة سبأ : آية ١٠ : ١١ .

(٢٠٩١) انظر (الرازى - مفاتيح الغيب - ١٧٣/١١) .

(٢٠٩٢) انظر (الرازى - المرجع السابق - ٦٤٥/١٢) .

تَعْمَلُونَ بَصِيرَةً فَإِنْ مِنْ يَعْمَلْ لِمَلِكٍ شَغْلًا أَوْ عَمَلًا ، ويعلم أنه بمرأى من الملك يحسن العمل ويتقنه ويجتهد فيه^(٢٠٩٣) .

٧ وسائل المواصلات وصناعتها المستحدثة : قال تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(٢٠٩٤) . وعمدتنا في الآية قوله تعالى : ﴿ وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ ففيه دلالة على أن أفعال الله معللة بالمصالح والحكم فكل ما يؤدي إلى انتفاع الإنسان به انتفاعا ضروريا أو حاجيا أو تحسينيا فهو مطلوب سواء دخل فيه ما هو معروف لأهل زمانه أولا ، فالمعروف كالخيل والبغال والحمير ، وغير المعروف كل وسيلة يستحدثها الناس وتحقق منفعة الأمة ، ذلك لأن أنواعها وأصنافها خارجة عن الحد والإحصاء ، ومن ثم ذكرها الله تعالى على سبيل الإجمال ﴿ وَيَخْلُقُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(٢٠٩٥) وعلى ذلك كان على الإنسان أن يعمل فكره وعقله وأن يستخدم ما سخره الله تعالى له للوصول إلى أرقى الصناعات الحديثة سواء في مجال صناعة السفن البحرية للصيد وللحرب ، أو مجال الطائرات الحربية ، أو لنقل الأفراد والبضائع ، أو في مجال صناعة الميكنة الحديثة للسيارات ، بشرط :
أ. أن يقيم صناعته على أسس علمية لها أساس من الخبرة والتعلم .

ب. أن يحقق بها مصالح الأمة المعتبرة شرعا .

وخلاصة القول في تدخل الدولة بإلزام المستثمرين باستثمار أموالهم إذا أمسكوا عنها ، أو عجزوا عن استثمارها ، أو حصروا اهتمامهم فيما على ذواتهم بالنفع دون مجموع الأمة جاز لولي الأمر أن يتدخل بإلزامهم مع مراعاته فقه الأولويات التي يمكن ترتيب الاستثمار في ظلّه على مستوى جلب المصلحة ودرء المفسدة ، ومستوى تحقيق القول في المقصود شرعا^(٢٠٩٦) .
على النحو التالي :

١ الأنشطة التي تشبع الحاجات الأساسية للسكان ، كالمأكل والملبس (الزراعة والصناعة) والتعليم والصحة .

٢ الاستثمار في الصناعات الحربية ، لما لها من أهمية في حماية الدولة ومكتسباتها وقيمها من الأعداء .

٣ رعاية وتسهيل التبادل التجاري ، وهذه تعتمد على النشاطين السابقين ، وما يتمتع به المجتمع من مزايا نسبية^(٢٠٩٧) .

وهذا الترتيب مرجعيته في الموازنة بين المنافع والمضار بين الضروري بأنواعه الخمسة

(٢٠٩٣) انظر (الرازي - المرجع السابق - ٦٤٥/١٢) .

(٢٠٩٤) سورة النحل : آية ٨ .

(٢٠٩٥) انظر (الرازي - مفاتيح الغيب - ٤٨١/٩) .

(٢٠٩٦) انظر (د/ إسماعيل الحسني - نظرية المقاصد عند الإمام محمد بن عاشور - سلسلة الرسائل الجامعية - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م - ص ٢٨٩) .

(٢٠٩٧) انظر (د/ سعيد سعد مرطان - مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام - ص ٢٥٣) .

، والحاجي والتحسيني ، ولا يحق لولي الأمر الخروج على هذه الأولويات وإلا وضع قراره موضع الرفض من قبل قاضي المظالم الذي له الحق في كف ولي الأمر إذا تعسف في قراره .

يقول الماوردي عن اختصاصات ولي المظالم النظر في تعدى الولاة على الرعية ، وأخذهم بالعسف في السيرة ، فهذا من لوازم النظر في المظالم الذي لا يقف على ظلامة متظلم ، فيكون لسيرة الولاة متصفحا ، وعن أحوالهم مستكشفا ، ليقويهم إن أنصفوا ، ويكفهم إن عسفوا ، ويستبدل بهم إن لم يُنصفوا " (٢٠٩٨) .

وعلى القاضي أن يوازن بين ما غلبت منفعته على مضرتة ، وبين ما غلبت مضرتة على منفعته فإذا كانت جهة المصلحة هي الغالبة كان الحكم لها بالتقديم على المفسدة ، قال القرافي : " تقدم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة لأنه دأب صاحب الشرع " (٢٠٩٩) ، وقال الشاطبي : " المصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتقاد فهي المقصودة شرعا ، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ليجري قانونها على أقوم طريق وأهدى سبيل ، وليكون حصولها أتم وأقرب وأولى بنيل المقصود على مقتضى العادات الجارية في الدنيا فإن تبعها مفسدة أو مشقة فليست بمقصودة ، في شرعية ذلك الفعل وطلبه " (٢١٠٠) . وهذا كله إذا تعلق بأمور الدنيا فإنه يفهم على مقتضى ما غلب (٢١٠١) .

وما ذكرناه وفصلناه يظهر لنا أن للموازنة في المجال الاقتصادي الإسلامي باع طويل من التطبيق الذي حرص عليه جمهور فقهاء الإسلام وقضاته على مر العصور ، وبخاصة عصور القوة للنظام الإسلامي .

وإذا أردنا أن نمايز بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في الموازنة بين المنافع والمضار في المجال الاقتصادي علينا أن نتعرف على تطبيقها في النظم الوضعية ليصير التصور واضحا والحكم في التمايز بينا إذ إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، وهو ما نعرفه في المطلب التالي :

(٢٠٩٨) الماوردي - الأحكام السلطانية - ص ٨٤ .

(٢٠٩٩) القرافي - الفروق - ٢١٦/٤ .

(٢١٠٠) الشاطبي - الموافقات - ٢١/٢ .

(٢١٠١) انظر (الشاطبي - المرجع السابق - ٢٠/٢) .

المطلب الثانى

المجال الاقتصادى والموازنة بين المنافع والمضار

فى النظم الوضعية

من أنواع الحريات حرية الفرد فى أن يمتلك ما يشاء ، وأن يستثمر ماله فيما يشاء ، وأن يمارس نشاطه الاقتصادى تبعا للمصلحة التى ييغياها ، واعترف الجميع له بذلك فى ضوء المعطيات المادية سلطة ومجتمعا ، بأن له الحق المطلق فى تملك واستثمار ما يشاء من أموال الأرض ، بأى وسيلة مشروعة بالقانون أو بالعرف المحلى ، وأن يتصرف الفرد فيما يملكه استثمارا واستهلاكا وإنفاقا على النحو الذى يراه ، وبالأسلوب الذى يرغبه^(٢١٠٢).

غير أن هذه الحرية لم يقر لها قرار ، ولم يثبت لها حال ، وبخاصة بعد الحربين العالميتين^(٢١٠٣) ، ولم يعد دور الدولة قاصرا على توفير الأمن فى الداخل والخارج وضمان الإطار القانونى للنشاط الاقتصادى ، بل أصبحت الدولة مسئولة أيضا عن توفير قدر من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للمواطنين ، ومزيد من توفير الخدمات الأساسية للمواطنين ، ولم تكتف بذلك بل استطاعت الدولة - فى ظل بعض النظم الوضعية كالنظام الاشتراكى ، ومع استقرار الأفكار الاقتصادية لكينز - أن تتحمل مسئوليات اقتصادية لضمان مستوى معقول من النشاط الاقتصادى ، ومنع البطالة فضلا عن تحقيق قدر مناسب من النمو الاقتصادى^(٢١٠٤).

وباستقراء ما حدث من تغيير اقتصادى فى غالب دول العالم ، وتدخل الدولة فى الاستثمار والتصنيع ؛ فإنها لم تكن على سبيل واحد بل تعددت سبلها بين إحجام عن التدخل الشامل فى الاقتصاد ، وبين التدخل الشمولى فيه ، وكان هذا الاختلاف بناء على الفلسفة والأفكار السائدة فى كل دولة ، فالدول التى تأثرت أفكارها بالفلسفة الاشتراكية وانبهت بها ، تحول الاتجاه فيها نحو تأكيد دور الدولة فى المجال الاقتصادى بقصد الإسراع بعمليات التنمية الاقتصادية ، وعلاج أسباب قصور الأسواق المحلية .

ولم يقتصر الأمر على الدول التى تأثرت بالفلسفة الاشتراكية ، بل إن معظم مؤسسات التمويل الدولى - البنك الدولى فى مقدمتها - كانت تدعو إلى ضرورة تحمل الحكومات مسئولية التنمية ، وظهر هذا التدخل بشكل أكبر بعد الحرب العالمية الثانية فى الدول الأوروبية كفرنسا ، وأيضا فى الدول النامية كتنزانيا وكوبا ومالى ، وكان فيها واضحا ، وكان أقل وضوحا فى

(٢١٠٢) انظر (د/ عبد الحميد منصور - ضوابط الحرية الاقتصادية فى الإسلام - مجلة منار الإسلام العدد الأول - المحرم ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م - ص ٥٢٢) .

(٢١٠٣) راجع فى ذلك (د/ حازم الببلاوى - النظام الاقتصادى الدولى المعاصر من نهاية الحرب العالمية الثانية إلى نهاية الحرب الباردة - سلسلة عالم المعرفة - عدد (٢٥٧) محرم ١٤٢١هـ/ مايو ٢٠٠٠م) ، وأيضا (د/ جون كينيث جالبريت - تاريخ الفكر الاقتصادى الماضى صورة الحاضر - ترجمة / أحمد فؤاد بليغ - تقديم/ إسماعيل صبرى عبد الله - سلسلة عالم المعرفة - عدد (٢٦١) .

(٢١٠٤) انظر (د/ حازم الببلاوى - دور الدولة فى الاقتصاد - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٩م - ص ٣٦٤) .

تونس أو المغرب أو ساحل العاج ، ومن الدول العربية التي تأثرت به أيضا مصر^(٢١٠٥).
وكان هذا على النقيض تماما في الدول التي تأثرت بالفكر الرأسمالي الذي مازالت
الولايات المتحدة أكثر اعتناقا له فدور الدولة فيه يقتصر على وضع السياسات العامة للاقتصاد
ثم تترك للأفراد حرية الاستثمار .

ومن ثم فإن الحرية الاقتصادية وتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي هو من أكثر القضايا
جدلا ، وخصوصا في عصر التنمية الاقتصادية ، وما يستتبع ذلك من آثار خطيرة ، تتمثل في
التوسع أو التضييق في نطاق كل من الملكية الخاصة والملكية العامة^(٢١٠٦).

وهناك هدف مشترك بين المذهبين أو الفلسفتين الاشتراكية والرأسمالية ألا وهو أن كلا
منهما يهدف " إلى تحقيق المصلحة بجلب النفع ودفع الضرر"^(٢١٠٧)، ولكن المصلحة قد تكون
خاصة أو عامة ، ومن ثم يكون التعارض فهل كلا المذهبين الرأسمالي الذي يدين به المعسكر
الغربي ، والاشتراكي الذي يدين به المعسكر الشرقي ، يقدم حلا واحدا لهذا التعارض أو أن كلا
منهما يقدم حلا مغايرا للآخر بحسب ما يتبناه من فلسفة .

وقد يظن الناظر إلى النظام الاشتراكي أن الدولة أكثر تدخلا في المجال الاقتصادي ؛
حتى تُطبّق عليها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ولكن سرعان ما يتلاشى هذا الظن أمام
التطورات السريعة ، ومجريات الأحداث ؛ فلقد أطلت الرأسمالية برأسها من جديد قبيل نهاية
القرن العشرين ، وأصبحت النغمة الغالبة هي اقتصاد السوق والديمقراطية السياسية ، والاعتراف
بحقوق الإنسان ، وأمام حالة الترهل في الاقتصاد ، وبدا أن دولة الرفاهية welfare state غير
قادرة على الوفاء بالتزاماتها ، جاءت السيدة تاتشر رئيسة وزراء إنجلترا السابقة ، بدعوة إلى
العودة إلى السوق والتخلي عن التدخل المباشر في الإنتاج ، وبيع صناعات القطاع العام إلى
الأفراد ، والمشروعات الخاصة ، بل ودافع رئيس أمريكا (ريجان) عن فكرة تقليص دور الحكومة
، والتخفيف من القيود^(٢١٠٨).

ومن هنا يظل النظام الرأسمالي فارس الحلبة في تدخل الدولة لتنظيم الاقتصاد وتعدد
أساليبها فيه ، ولاسيما وأن المنفعة العامة لم تكن غائبة يوما ما عن اهتمامات الإدارة بالدرجة
الأولى ، ويمثل ذلك انعكاسا لسيادة العقلية الاقتصادية في الفكر الحديث ، حيث أصبحت
الاعتبارات الاقتصادية هي الموجه العام لكل تصرفات الدولة ، ومرجع ذلك إلى أن الدولة عليها
توفير الرفاهية لمواطنيها ، وتحسين ظروف معيشتهم ، وتحقيق ذلك مرتبط بالقدرة الاقتصادية لها

(٢١٠٥) انظر (د/حازم الببلاوي - المرجع السابق - ص ٣٨) .

(٢١٠٦) انظر (د/محمد شوقي الفنجري - مقال الحرية الاقتصادية في الإسلام، وتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي - مجلة
الأزهر العدد الأول - المحرم ١٤٢١هـ/ أبريل ٢٠٠٠م - ص ٦٣) .

(٢١٠٧) د/محمد شوقي الفنجري - ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية وأهمية الاقتصاد الإسلامي - هدية مجلة الأزهر لشهر
جمادى الأولى ١٤٢١هـ - ص ٣٣ .

(٢١٠٨) انظر (د/ حازم الببلاوي - المرجع السابق ص ٢١٨ : ٢١٩) .

، وعلى ذلك لا تتم الموافقة على معظم المشروعات إلا بعد دراسة لجدواها الاقتصادية ، كما أن على الأرض اللازمة لتنفيذ أى مشروع بأقل ثمن ممكن أن يشكل الاهتمام الأول للإدارة^(٢١٠٩).

وترتب على تعاظم المنفعة العامة - والحاجات العامة الجديدة التى تقع فى المقام الأول على عاتق الإدارة - أن أصبحت الأيديولوجية الاقتصادية وليست القانونية التى تحدد محتوى المنفعة العامة ، وترتب على ذلك اتساع نطاق القانون الإدارى وليس هذا فحسب ، وإنما نشأ نوع جديد من القانون الإدارى وتطور نظرياته ، ومنها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، التى يراعى بها القضاء الإدارى الموازنة بين المنافع والمضار بين المزايا والعيوب ، وتغليب العناصر الاقتصادية على العناصر القانونية التقليدية ، كفلسفة جديدة فى القانون ، استوجبتها سيادة المفاهيم الاقتصادية التى عبرت بالمشروعية إلى نظام جديد^(٢١١٠).

ومن هنا أصبح العائد الاقتصادى للمشروع أحد العناصر الرئيسية فى اعتراف القضاء له بصفة المنفعة العامة ، بل أصبحت حيثيات الأحكام تبنى على مدى تناسب التكلفة المالية مع المردود الاقتصادى للمشروع ، أو الربط بين تحقيق المشروع للمنفعة العامة وتناسب تكلفته المالية مع المصادر المالية للبلدة ، هذا بالإضافة إلى اتباع الأسلوب الاقتصادى فى مناقشة إيجابيات المشروع وسلبياته بصفة عامة ، بذكر ما له وما عليه^(٢١١١).

وعلى ذلك فإن تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار أرضا خصبة فى هذا المجال انتهى القضاء فيها إلى تغليب أعظم المنفعتين ، ودرء أعظم المضرتين ، وتغليب المنفعة الخاصة على العامة إذا كانت أشد ضررا ، ورد الاعتبار إلى المنفعة الخاصة إذا كانت أعظم نفعا ، وبرز ذلك فى نماذج كثيرة نأخذ منها على سبيل المثال لا الحصر فى النظم الوضعية ما يلى :

(٢١٠٩) انظر :

Michel BLANC – PATTIN et Jacques CHEVALLIER :

et La fonction actuelle de l'expropriation . intérêt économiques dominants
processus de definition de l'utilite publique, th. De e cycle ,
Grenoble 8

(٢١١٠) انظر (د/حماد محمد شطا - النظرية العامة للقانون - دار الصحوة - القاهرة - ١٤١٩ هـ - ص ٢٢٢ : ٢٢٣) ،

وأیضا (د/ أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٦٥) .

(٢١١١) انظر (د/ أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٦٦) .

أولاً: الاقتصاد والموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا :

لم يقف القضاء الإداري الفرنسي عند الحدود التقليدية للمراقبة مكثفياً على بناء القرار الإداري على هدف المنفعة العامة دون النظر إلى الظروف المحيطة بها والأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة ، أو بمنافع أخرى ، وإنما سعى مجلس الدولة الفرنسي إلى الخروج على قضاءه التقليدي ليراقب قرار نزع الملكية للمنفعة العامة آخذاً في الاعتبار الظروف المحيطة بها ، وما تحققه من فوائد وتحديثه من أضرار وتستلزمه من تكاليف ، وأعباء مالية ، وأثرها على التنمية الاقتصادية^(٢١١٢) ، هذه الرقابة التي سعى إليها القضاء الإداري في فرنسا "نظرية الموازنة بين المنافع والمضار" ساهم في تطورها تغير مفهوم المنفعة العامة ذاته ، فلم تعد فكرة المنفعة العامة فكرة مجردة ذات مضمون كلي ، بل أصبحت فكرة نوعية تقدر وفقاً لظروف المشروع ، وما يحققه من مزايا اقتصادية واجتماعية .

ومن ثم فإنه تحت تأثير التدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة تغيرت فلسفة العلاقة بين الفرد والسلطة العامة ، ولم يعد المفهوم التقليدي للمنفعة العامة تقوم على المقابلة بين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة ، وإنما ظهر مفهوم جديد للمنفعة العامة يأخذ في الاعتبار جميع جوانب المنفعة العامة ، وعلى أثر الحركة القضائية والحديث "١٩٧٠/١٩٧١" فإن الاعتبارات الاقتصادية أصبحت ذات تأثير على شرعية عملية نزع الملكية^(٢١١٣) . وبخاصة في وقت تطورت فيه المفاهيم الاجتماعية ، وتعددت فيه المصالح الاقتصادية ، وصارت بعض المصالح الخاصة (كالشركات العملاقة) تختلط شيئاً فشيئاً بالمصلحة العامة ، لما لها من تأثير على خلق فرص العمل وإنعاش المناطق التي تعمل فيها ، أو الاقتصاد القومي بوجه عام^(٢١١٤) .

وبالنظر إلى أحكام مجلس الدولة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في المجال الاقتصادي لإنصاف الملكية الخاصة ، فإنه تدرج بخطوات مدروسة حتى وصل إلى رد الاعتبار للمنافع الخاصة ، مع عدم التفريق في المنافع الخاصة ، وكان من مظاهر اهتمامه بالجانب الاقتصادي أن قام بإلغاء قرار تقرير المنفعة العامة ، لعدم ذكر نفقات المشروع في ملف التحقيق المسبق^(٢١١٥) .

منها على سبيل المثال ما يلي :

(٢١١٢) انظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع ، وتقديرها في دعوى الإلغاء - دراسة مقارنة - ص ١٥٦ : ١٥٨) .

(٢١١٣) انظر : Andre Homont, op.cit. P. ١١١ et su .

C.E: ١٢ mai ١٩٦٠, "ville Nouvelle lille
Est, J.C.P.N ١٩٦٠, ١٢٠٠ .

(٢١١٤) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية - ص ٢٣) .

(٢١١٥) انظر (د/ أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٦٧) .

لتوسيع حلقة لسباق الخيل فى إحدى القرى مدعية الإدارة أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى المساهمة فى التنمية الاقتصادية والسياحية للقرية ، وفى هذه القضية أقر مجلس الدولة الفرنسى بشرعية القرار الإدارى بنزع الملكية للمنفعة العامة لتوسيع حلقة لسباق الخيل لمجموعة قرى تطل على البحر لما يؤدي إليه من المساهمة فى التنمية الاقتصادية والسياحية لقرى "Cagnes et Nice" مجتمعة ، وقد وصل المجلس إلى هذا القرار بعد قيامه بدراسة خاصة لظروف الدعوى والمنطقة ، ومجموعة القرى .

وعلى العكس من ذلك رفض المجلس إعلان شرعية نزع الملكية للمنفعة العامة فى حالة مماثلة تتعلق بإقامة مركز لسباق الخيل يسمح بممارسة رياضة ركوب الخيل للشباب من جميع الطبقات الاجتماعية ، ولإقامة مسابقات محلية ودولية ، وبخاصة فى الألعاب الأولمبية ، وعلى الرغم من أن الهدف من إقامة المركز أمر يحقق المنفعة العامة إذا نظرنا إليها بصفة مجردة إلا أن المجلس قام بدراسة ظروف الدعوى آخذاً فى الاعتبار ظروف القرية التى تقرر إنشاء المركز بها ، وتبين له عجزها وعدم قدرتها بحسب إمكانياتها ومواردها إقامة هذا المركز وخلص إلى عدم شرعية قرار المنفعة العامة^(٢١٢٣). ومن ثم فإن ما يصلح لمكان لا يصلح لآخر بناء على قدرات المكان وإمكانياته .

المثال الثالث : قضية "Ville de sochaux"^(٢١٢٤) :

فى هذه القضية قررت الإدارة نزع ملكية لإقامة طريق بين مدينة سوشو ومونتانيا لتسهيل المرور بينهما ، وهى منفعة عامة أرادت الإدارة تحقيقها ، وهنا نظر مجلس الدولة إلى القضية بموضوعية فوجد أن الطريق يحقق منفعة خاصة لشركة "بيجو" لصناعة السيارات ، ومع ذلك لم يبلغ القرار لأن المجلس وجد بأن شركة "بيجو" وإن كانت شركة خاصة فإنها تشكل مجتمعا صناعيا هاما يساهم فى متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، ولذلك قضى مجلس الدولة - بناء على ذلك - بأن المشروع يحقق المنفعة العامة ، بل واعترف بوجود المنفعتين معا على قدم المساواة العامة والخاصة التى تؤدي إلى المنفعة العامة ، دون أن يلجأ المجلس إلى نظرية السبب الدافع لقرار إقامة الطريق ، وهنا اعترف المجلس بصفة المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية لمصلحة مشروعات

(٢١٢٢) انظر : A.J.D.A. , 918 , Rec . 10 janvier 1958, Bô et autres ,

note J.G. ,


(٢١٢٣) انظر :

C.E: 4 Mars 1964, Dom veuve Borderié , Rec . P. 158 , A.J.D.A. 1984, p.624 , note, P. la borte . P Godfrin , op. cit . P . 22 .

(٢١٢٤) انظر :



العناصر الإيجابية فى المنفعة العامة ، فأصبحت المنفعة العامة يمكن أن تتحقق من خلال إشباع المنفعة الخاصة^(٢١٢٩).

وهذا التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى ، ليس خاصا بفرنسا الدولة الأم للنظرية فحسب ، بل تعدى تطبيقها إلى مصر ، وإن لم تنزل فى مرحلة المهد ، إلا أن لها تطبيقات ليست بالقليلة ، فى هذا المجال نتعرف عليها فيما يلى :

ثانيا : الاقتصاد والموازنة بين المنافع والمضار فى مصر :

من المعلوم أن المشكلة الاقتصادية فى مصر متفاقمة وأكثر إلحاحا ، لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وخصوصا وأن قانون التخطيط العمرانى فى المادة (٤١) من قانون (٣) لسنة (١٩٨٢) ، قد أجاز للوحدة المحلية أن تعهد بتنفيذ بعض مشاريعها للأجهزة والوحدات الاقتصادية العامة أو الخاصة ، فقالت المادة (٤١) " وأن يتم التنفيذ وفقا للبرامج والألويات والمراحل التى تقررها الوحدة المحلية المختصة ، ويجوز للوحدة المحلية المختصة أن تقوم بتنفيذ المشروع بنفسها أو بواسطة من تعهد إليه بذلك من الجهات والأجهزة والوحدات الاقتصادية العامة أو الخاصة سواء عن طريق المشاركة أو الإسناد "^(٢١٣٠).

وسبب هذه الإجازة أن بعض المشروعات تحتاج لنفقات كبيرة تعجز ميزانيتها عن مواجهتها ، ولذلك أتت المذكرة الإيضاحية للقانون (٢٣) من القانون أن يعهد بتنفيذ المشروع إلى فرد أو شركة أو هيئة .

ومما لا شك فيه أن هذه الهيئات أو الأشخاص الذين قد تعهد إليهم الإدارة بتنفيذ مشروع ما ، والتى قد تضطر إلى الاقتراض من البنوك لدفع تكاليف المشروع ، أنها ستكون لها مصالح خاصة مؤكدة فى تنفيذ المشروع ، وقد تختلط هذه المصالح الفردية مع المنفعة العامة المرجوة من المشروع^(٢١٣١)، ومن ثم فقد تتعارض منفعتان متعلقتان بمشروع واحد ، منفعة خاصة ، والأخرى عامة ، هذا التعارض يستلزم وضع المنفعتين أو المصلحتين على كفتى الموازنة بين المنافع والمضار .

ومما يدفع إلى إعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى فى مصر ، ما تقوم به مصر الآن من حركة التحديث وخصوصا فى الاقتصاد ، إذ إنها تحولت إلى نظام قائم على آليات السوق ، ومن قبل تطوير الأجهزة ، والمؤسسات والإدارات ، والسياسات الاقتصادية

(٢١٢٩) انظر : Didier TRUCHET : Les fonction de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, L.G.D.J. Paris, 1977. P. 301 : Guy BRAIBANT: Concl, sur C.E. 28.5.1971, Ville nouvelle – Est, A.J.D.A. 1971, P.456; J.P. GILLI et autres : Les grands arrest administratifs, 7e éd . Sirey 1978, No,110.

(٢١٣٠) قانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير التعمير ، والدولة للإسكان ، واستصلاح الأراضى رقم (٦٠٠ لسنة ١٩٨٢ م) – الطبعة الحادية عشرة ٢٠٠٢ م) .

(٢١٣١) انظر (د/ أحمد الموائى – فكرة المنفعة العامة – ص٤٥) .

حتى يمكن أن تحقق بفاعلية الأهداف الاقتصادية التي تسعى الدولة إلى تحقيقها^(٢١٣٢) ، ولذلك تعين على الإدارة العمل على خلق قطاع خاص قوى ، ومبتكر قادر على قيادة عجلة التنمية والتقدم ، وإلا تعثرت التنمية ، وضعف الاقتصاد ، ولقد أتاحت الدولة للقطاع الخاص المصرى الفردى والجماعى الفرصة لكى ينطلق ، ويقود عملية التنمية ، وازداد تشجيع الحكومة له ، والاعتراف بدوره المهم ، خصوصا منذ بداية التسعينات ، حيث احتل رجال الأعمال فى القطاع الخاص مكان الصدارة الاجتماعية^(٢١٣٣) ، ومن ثم كانت الحاجة ملحة إلى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لرفع الضرر ، ومنع الضرر ، وترجيح أعظم المنفعتين ما دامت تحقق الهدف العام الذى تصبوا إليه الدولة .

ولتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى المصرى نماذج ليست بالقليلة منها ما هو متعلق بالتخطيط العمرانى لكن له علاقة وطيدة بالاقتصاد ، وماله علاقة بالانتاج والتصنيع نأخذ منها على سبيل المثال ما يلى :

المثال الأول: قضية سوق مروض الفرج:

تتعلق هذه القضية بإلغاء تراخيص مزاولة نشاط تجارى بالجملة فى سوق روض الفرج ، وذلك رغبة من الإدارة أن تنقل نشاط الجملة إلى السوق الحديثة بمدينة العبور الذى أقامته هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، وكان الإلغاء للتراخيص بموجب قرار محافظ القاهرة رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ١/٢٨/١٩٩٢ م^(٢١٣٤) ، وفى هذه القضية وزان القضاء الإدارى المصرى بين منفعتين متعارضتين ، الأولى : منفعة الطاعنين فى القرار ، وهم (تجار سوق روض الفرج) ليظلوا باقين بذات المكان - الثانية : مصلحة الإدارة فى شغل سوق العبور ، وما يترتب عليه من زيادة فى الموارد المالية للدولة تحقيقا للصالح العام نظرا لما يعود على المجتمع من خدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية^(٢١٣٥).

(٢١٣٢) انظر (كتاب الاقتصاد "تحديث مصر" كتاب الأهرام المصرية عدد ١٦٩ - يناير ٢٠٠٢ م - ص ٢٧) .

(٢١٣٣) راجع (د/ مصطفى السعيد - الاقتصاد المصرى ، وتحديات الأوضاع الراهنة - مظاهر الضعف - الأسباب / العلاج - دار الشروق - طبعة خاصة لمكتبة الأسرة - القاهرة ٢٠٠٣ م) .

(٢١٣٤) نص القرار رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢ م : المادة الأولى : ينتهى نشاط تجارة الجملة للخضر والفاكهة والدواجن والأسماك بسوق روض الفرج وغمرة ، وتلغى كافة تراخيص مزاولة النشاط بها اعتبارا من يوم ١٩٩٢/٤/٥ م تاريخ بدء العمل بسوق الجملة بالعبور ، وتستبدل بها تراخيص جديدة لمزاوله هذه الأنشطة لسوق العبور بناء على طلبات تقدم للمحافظة حتى يتم استكمال إجراءات إصدارها خلال شهرى فبراير ومارس ١٩٩٢ بالتنسيق مع هيئة المجتمعات الجديدة . المادة الثانية : يحظر ممارسة تجارة الجملة والفاكهة "بالشلايش" الواقعة فى نطاق محافظة القاهرة ، والموضحة بالكشف المرافق لكتاب السيد/ وزير التعمير المشار إليه ، وتلغى تراخيصها اعتبارا من يوم ١٩٩٢/٤/٥ م وتتولى الأحياء دراسة استغلال مواقعها كأسواق جزئية لخدمة المناطق السكنية . المادة الثالثة : تعتبر مواقع سوق روض الفرج ، وغمرة مناطق تخطيطية جديدة ، ويتم تحديد استخدامها بعد الدراسة بمعرفة الأجهزة المعنية . المادة الرابعة : يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره ، وعلى الجهات المعنية اتخاذ إجراءات تنفيذه كل فيما يخصه ، وينشر بالوقائع المصرية .

(٢١٣٥) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وموقف مجلس الدولة المصرى منها - ص ٣٦٤ : ٣٦٥) .

واستجابت محكمة القضاء الإدارى لطلب التجار الطاعنين^(٢١٣٦) ، كما أنها استندت كذلك إلى فكرة الموازنة بين المنافع والمضار التى يمسها قرار المحافظ ، والذى يترتب عليه الإضرار بالتجار متمثلاً فى حرمانهم من العمل فى مكان ظلوا يعملون فيه زمناً طويلاً ، وسيضطر هؤلاء جميعاً إلى ترك أماكنهم فى السوق ، وأماكن سكنهم ، والسكنى بالمقر الجديد الذى سينقلون إليه^(٢١٣٧).

وحينما وازنت المحكمة الإدارية العليا بين المنفعتين ، وجدت بأن المنفعة العامة التى يحققها قرار الإدارة بنقل السوق إلى العبور هو الأولى بالرعاية ، والأجدر بالاعتناء ، من المنفعة العامة الأخرى ، وهى مصالح التجار والمستهلكين ، بل عدت المحكمة (سوق العبور يعد بكل المعايير نقلة حضارية ، وعملاً يستحق الإشادة والتقدير لكل من ساهم فى إنجاز هذا الصرح الشامخ الذى صمم على أحدث الأساليب العالمية) ^(٢١٣٨).

وحين رجّحت المحكمة المصلحة الأولى بالرعاية ، وهى نقل التجار إلى سوق العبور ، وضعت فى معايير الترجيح البعد الاقتصادى للدولة ، فقالت : (كما هو الحال، عندما يكون فى زيادة الموارد المالية للدولة تحقيقاً للمصالح العام نظراً لما يعود على المجتمع من خدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية ، غير أنه إذا كانت هذه الزيادة لا تتحقق إلا بتقييد بعض الحريات العامة والحقوق الفردية ، فقد يكون من الأجدى تحقيقاً للمصلحة العامة أيضاً ، الاستغناء عن تلك الزيادة المالية المتوقعة من التصرف الإدارى ، فى سبيل المحافظة على حقوق الأفراد والحريات العامة ، ويجب المفاضلة ، والموازنة بين المنافع والمضار بينهما لتحديد أيهما أكثر تحقيقاً للمصالح العام ، أو بالأحرى أيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلاً....)^(٢١٣٩).

نظرات فى قضية سوق مروض الفرج :

لم تكن هذه القضية من القضايا التى يمكن للباحث أن يغض البصر عنها ، فهى علماً لعكس من أى قضية أخرى ؛ ذلك لأنها تستمد أهميتها من تعدد الموضوعات التى تثيرها ، ومن موقف القضاء الإدارى والإدارية العليا من هذه الموضوعات ، فقضية سوق مروض الفرج لا تستمد الأهمية من الوقائع المتلاحقة ، وإنما من الاتجاهات المتناقضة التى ظهرت فى حكم القضاء الإدارى والإدارية العليا .

النظرة الأولى : موقف القضاء الإدارى من القضية ونظرية الموازنة :

(٢١٣٦) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩٢/٤/٢ م ، الدعاوى أرقام : ٢٧٩٠ لسنة ٤٦ ق ، ٣٤٥٢ لسنة ٤٦ ق ، ٣٧١٧ لسنة ٤٦ ق ، ٣٤٩٤ لسنة ٤٦ ق ، ٣٨٤٤ لسنة ٤٦ ق .

(٢١٣٧) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٦٣) .

(٢١٣٨) د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٦٣ ، وانظر (د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة

- ص ٣٦٥) ، وانظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع - ص

١٨٨ ، وما بعدها) .

(٢١٣٩) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩٢/٤/٢ م سبق بيانه .

رحب بعض الفقهاء بحكم محكمة القضاء الإداري في قضية سوق روض الفرج وما انتهت إليه من تطبيق لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(٢١٤٠). ومع التقدير لحكم القضاء الإداري من حيث الموضوع ، فإنه يجب على كل ناظر أن يميز بين تطبيق النظرية من حيث المبدأ ، وبين نتيجة تطبيقها من حيث الواقع .

(أ) تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من حيث المبدأ في قضية سوق روض الفرج :

رفض بعض الفقهاء تطبيق نظرية الموازنة من حيث المبدأ على هذه القضية ، بحجة أن نظرية الموازنة نشأت في الأصل في إطار نزاع الملكية للمنفعة العامة لحماية للملكية الخاصة . أما في قضية سوق روض الفرج فإن الأمر لا يتعلق بنزع الملكية مما يعد مبررا لهذه الرقابة القضائية ، كما أن القرار المطعون فيه لم يؤد إلى الإعتداء على الملكية الخاصة حتى تبلغ الرقابة ذروتها فتتجاوز رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة^(٢١٤١) .

هذا الرفض بحجته محل نظر . صحيح أن نظرية الموازنة وجدت التربة الصالحة لها في مجال نزاع الملكية للمنفعة العامة . إلا أن الوقوف بها عند هذا الحد أمر يتعارض مع المناداة بتطور أحكام القضاء الإداري ، سواء فيما يتعلق بنظرية الموازنة أو غيرها ، فلم يعد القضاء يقصر نطاق تطبيق نظرية الموازنة على مجال نزاع الملكية وإنما قرر تطبيقها في مجالات أخرى لا يتعلق الأمر فيها بحماية الملكية الخاصة ، بل تم تطبيق النظرية في مجالات بعيدة تمام البعد عن مجال نزاع الملكية في فرنسا ألا وهو مجال تصاريح فصل ممثلي العمال^(٢١٤٢) .

ومعنى ذلك أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على قضية سوق روض الفرج ، بالرغم من أن الأمر لا يتعلق بنزع الملكية، ولا يقترب منها خلافا لما ذهب إليه بعض الفقهاء . إن النظرية تهدف إلى الحد من السلطة التقديرية للإدارة وتوفير رعاية أكبر للأفراد ، ولاشك أن المصالح الاقتصادية للأفراد هي مصالح جديرة بالرعاية . والأمر في قضية سوق روض الفرج يتعلق بمصلحة اقتصادية للأفراد^(٢١٤٣) .

(ب) نتيجة تطبيق النظرية على قضية سوق روض الفرج :

مع تأييد بعض الفقهاء لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على قضية سوق روض الفرج ، فإن هذا لا يعنى التسليم بالنتيجة التي انتهت إليها محكمة القضاء الإداري ، وهي أن القرار المطعون فيه يحدث أضرارا تفوق المزايا التي تترتب عليه . وهو ما جعل بعض

(٢١٤٠) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٦٣) .

(٢١٤١) انظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة علما لغلط البين - هامش ص ١٩٢) .

(٢١٤٢) انظر

C.E:Ass., 12 mai 1957. Dame et autrés. Rec ., P.280

(٢١٤٣) انظر (د/ محمد عبد اللطيف - قضية سوق روض الفرج - دراسة تحليلية - ص ١٥٠) .

الفقهاء^(٢١٤٤) يقول بأن حكم القضاء الإدارى غير سديد فى نظره للأسباب الآتية :

السبب الأول:

إن رقابة الموازنة تتم بحيطه وحذر وهو مالم تأخذه المحكمة فى الاعتبار .
حينما اقترح مفوض الحكومة بريان على مجلس الدولة الفرنسى نظرية الموازنة بينا المنافع والمضار فى قضية المدينة الشرقية ليل لم يفته أن يشير إلى أن تطبيق النظرية يستوجب الأخذ (بالحيطه والحذر) avec tact et mesure ، وأن رقابة القاضى تكون بعد بلوغ حد معين وأن تقتصر على المشروعات التحكيمية ، أو التى تتسم بعدم المعقولية ، أو التى تنل حظا وافيا من الدراسة^(٢١٤٥) .

وليس هناك شك فى أن محكمة القضاء الإدارى المصرى لم تأخذ فى الاعتبار بهذه الضوابط ، وإنما أعملت رقابة الموازن على إطلاقها ، وهو أمر غير جائز . فالثابت أن عملية نقل سوقى روض الفرج وغمرة تمت فى إطار مشروع إعادة التخطيط الإقليمى الحضرى للقاهرة الكبرى ، وهذا المشروع نال قدرا كبيرا من الدراسة مما ينفى عنه أنه يتسم بعدم المعقولية ، أو تم إعداده بطريقة تحكيمية . ومن الملاحظ أن محكمة القضاء الإدارى قد أشارت فى حكميها إلى الدراسات المتخصصة التى أجرتها جهة الإدارة وما قامت به هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة ، مما يعنى أن المحكمة لم تأخذ هذا العنصر فى الاعتبار .

يتضح مما سبق أن عملية نقل سوق روض الفرج وغمرة ليست من قبيل المشروعات التى يمكن أن يؤدى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار عليها إلى نتيجة إيجابية فى صالح التجار ، فالمشروع كان محلا لدراسات متخصصة . ولا يغير من هذه النتيجة ما استندت إليه المحكمة من تقرير استشارى قدمه المدعون فى الدعوى ، أو رأى المجالس الشعبية المحلية والغرفة التجارية المختصة ، لأن تقدير الإدارة جاء مستمدا من عناصر ثابتة فى الأوراق ولا يجوز للقاضى أن يقوم من جانبه بإعادة النظر فى هذا التقدير .

بناء على ما تقدم فإن الحكم قد وقع فى تناقض واضح ، فقد أكد أن عدم صلاحية سوقى روض الفرج وغمرة من الحقائق المسلم بها ، وهذا وحده يكفى سببا للقرار المطعون فيه ، طالما أن تقدير الإدارة غير مشوب بخطأ بيّن فى التقدير ، وهذا من باب أولى لم يكن محلا للنزاع وإذا عاد الحكم بالرغم من هذا التأكيد وقرر أن الإلغاء الفورى للسوقين قد يلحق أضرارا بالغة بالعديد من المواطنين ، فإنه يكون قد وقع فى تناقض واضح^(٢١٤٦) .

السبب الثانى:

(٢١٤٤) د/ محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٥١ وما بعدها .

Concl ., A.J.D.A ., 1971, P.467.

(٢١٤٥) انظر :

(٢١٤٦) انظر (د / محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٥٢) .

ليس من مقتضى الموازنة أن يحل القاضى محل الإدارة فى اتخاذ القرار الملائم :
استند الناقدون لحكم محكمة القضاء الإدارى المتعلق بقضية سوق روض الفرج ، على خشية بعض الفقهاء الفرنسيين من أن تؤدى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى أن يتحول القاضى الإدارى إلى القاضى المدير^(٢١٤٧). أى أن يحل محل الإدارة ، ولا خلاف فى أن نظرية الموازنة تتضمن توسيعا ملحوظا لسلطة القاضى الرقابية على أعمال الإدارة ، لكن هذا لا يعنى كما ذكر مفوض الحكومة بريان فى تقريره أن يمارس القاضى بدلا من الإدارة الاختيارات أو البدائل التقديرية التى تعتبر من صميم اختصاصها ، فهو لا يفرض على الإدارة أن تبني العقار فى شمال المدينة أو جنوبها ، بل إن دوره يقتصر فقط على التأكد من أن المشروع يحقق منفعة عامة أم لا ، دون أن يكون له الحق فى المقارنة بين البدائل .

وقد انتهت محكمة القضاء الإدارى المصرى إلى نتيجة مؤداها (إنه مما يعد أكثر تحقيقا للصالح العام فعلا هو افتتاح سوق العبور فى موعده والاسراع فى إنشاء الأسواق الأخرى المقترحة مع استكمال الطريق الدائرى الذى يربط بينها ، والإبقاء مؤقتا على نشاط سوق روض الفرج لحين استكمال باقى الأسواق المذكورة) .

والمحكمة فى هذا الحكم لم تقتصر على بيان ما إذا كان قرار نقل السوقين مشروعا أم لا ، بل قامت بإجراء المقارنة والاختيار بين البدائل المختلفة ، وتقرير الحل الملائم من وجهة نظرها ، وبهذا لم تبق المحكمة للإدارة اختصاصا فى هذا الشأن^(٢١٤٨) . كذلك لم يكن حكمها صائبا حتى بالنسبة للمدعين الذين طعنوا فى قرار نقل السوق ، بصرف النظر عما إذا كان هذا النقل عاجلا أو معلقا على شرط ، بينما تلغى المحكمة القرار وتخول الإدارة الحق فى نقل السوق ، ولكن وفق شروط حددتها وهو ما لا يحقق مصلحة المدعين . ومن ثم فإن حكم محكمة القضاء الإدارى قد جاوز بكثير منهج مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Grassin والذى كان محل نقد من جانب الفقه الفرنسى .

السبب الثالث :

لم يحدد الحكم العناصر التى تقوم عليها عملية الموازنة تحديدا كافيا :
حين يقرر القاضى تطبيق نظرية الموازنة فإنه يأخذ فى الحسبان عددا من العناصر الهامة .
غير أن حكم محكمة القضاء الإدارى قد أغفل بعضا من هذه العناصر ، كما أنه حدد بعض العناصر تحديدا ناقصا .

والعناصر التى لم يحددها الحكم أو حددها بشكل غير كاف ما يلى :

(٢١٤٧) انظر :

LEMASURIER(J.)Vers un nouveau principe général du droit? Le principe "Bilan – Coût – avantages" Melanges WALINE,"le juge et le droit public, T11, L.G.D.J.1974, P. 561.

(٢١٤٨) انظر (د/ محمد عبد اللطيف – المرجع السابق - ص ١٥٣) .

(١) أهمية المشروع : من الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى يأخذ فى الاعتبار أهمية المشروع حين يكون متعلقا بمشروع تقوم به الدولة ، ولذلك فإنه لم يصدر حتى الآن حكما بإلغاء قرار المنفعة العامة إذا تعلق بمشروع تضطلع به الدولة ، أما إذا كانت المحليات هى التى تتحمل العبء المالى للمشروع فإنه يتبنى منهجا مختلفا ، إذ من الممكن أن تشكل التكاليف المالية عبئا ثقيلا على المحليات .

وهذا ما لم تراعيه محكمة القضاء الإدارى المصرى ، فمن المعلوم أن الدولة وليست المحليات هى التى تحملت عبء مشروع سوق العبور الذى تجاوز أكثر من مائة مليون جنيه كما أنه جزء من إعادة تخطيط القاهرة الكبرى . وإذا كانت المحكمة قد أشادت فى بداية أسباب حكمها بعملية إنشاء سوق العبور ، إلا أنها لم تأخذ بأهمية المشروع كعنصر فى الموازنة بين المنافع والمضار الناشئة عن القرار المطون فيه ، فلم تشر إلى المزايا التى تعود للمواطنين فى القاهرة ، وكذلك غلبت المصلحة الخاصة للبعض على المصلحة العامة للجميع .

(٢) المحافظة على البيئة : إن الأضرار التى يسببها سوقا روض الفرج وغمرة على البيئة ليست فى حاجة إلى بيان فى وقت يتزايد الاهتمام فيه بالمحافظة على البيئة مراعاة للصحة العامة . ونحن فى حاجة إلى مشروعات مفيدة لا تؤدى إلى زيادة التلوث ، وهو ما لم تأخذ به المحكمة (٢١٤٩) .

(٣) الأضرار الاجتماعية : لم يحدد الحكم بصورة واضحة الأضرار الاجتماعية الناشئة عن النقل الفورى لسوقى روض الفرج وغمرة ، وظهر عدم التحديد لهذه الأضرار من ناحيتين :
- فمن ناحية تحدث الحكم عن أضرار بالغة قد تلحق العديد من المواطنين وبهذا لم يجزم بوقوع هذه الأضرار ولكنه استخدم أسلوب الشك ، ولا يجوز أن تبين المحكمة قضاءها على الظن والافتراض . وإذا كان الحكم قد وصف هذه الأضرار بأنها بالغة أو جسيمة فإنه لم يحددها .

- ومن ناحية ثانية إذا كانت العناصر التى يبنى القاضى حكمه عليها غير محددة فكيف يمكن له إجراء الموازنة بطريقة سليمة ؟ .

باختصار فإن محكمة القضاء الإدارى فى هذه القضية قد طبقت نظرية الموازنة تطبيقا مبالغا فيه ، الأمر الذى أدى على نتائج لا يمكن التسليم بها (٢١٥٠) .

وإذا كان هذا هو موقف محكمة القضاء الإدارى من النظرية فى هذه القضية ، فما هو موقف المحكمة الإدارية العليا ؟

النظرية الثانية : موقف المحكمة الإدارية العليا من نظرية الموازنة فى القضية :

إذا كان موقف محكمة القضاء الإدارى هو المبالغة فى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع

(٢١٤٩) انظر (د/ محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٥٤) .

(٢١٥٠) انظر (د/ محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٥٦) .

والمضار ، فإن موقف الإدارة العليا هو الإمتناع عن تطبيق النظرية واستندت المحكمة الإدارية العليا فى رفضها إلى حجج ثلاث :

الحجة الأولى : قررت المحكمة أنه ليس لمحاكم مجلس الدولة بسط رقابتها على ما يخرج عن رقابة المشروعى لتي تقوم أساسا على محاكمة أى قرار أو تصرف إدارى وفقا لما تقضى بها أحكام الدستور والقوانين واللوائح التنظيمية التى يخضع لها ، وبالتالي فلا يدخل أساس فى رقابة المشروعية المنوطة بمحاكم مجلس الدولة والتى تباشرها فى ولاية وقف التنفيذ والإلغاء للقرارات الإدارية رقابة فحص تقدير واختيار السياسات الإدارية والتنفيذية وملاءمات الاختيار بينها ، والموازنة بين المنافع والأضرار التى تترتب على قرار إدارى معين من حيث الواقع حسب تقدير المحكمة .

الحجة الثانية : تتضمن هذه الحجة الرد على دفاع المطعون ضدهم والذى بمقتضاه يرون تطبيق نظرية الموازنة قياسا على أنه قد سبق للقضاء تطبيق مبدأ التناسب فى مجال التأديب "قضاء الغلو" .

وترفض المحكمة هذه الحجة استنادا إلى أن : "مبدأ الغلو فى توقيع الجزاء التأبى يجد سنده القانونى الطبيعى فى النصوص التأديبية بأنظمة العاملين المدنيين بالدولة وبالقطاع العام وبأنظمة الخاصة ، حيث تتدرج هذه النصوص فى تحديد العقوبة التأديبية بالنص التشريعى ذاته بما يحتم على جهة الإدارة لتحقيق مقتضى هذه النصوص ووفقا لمبادئ حسن الإدارة وما تفرضه طبيعة المرافق العامة وسيرها بانتظام واضطراب ، أن تراعى التناسب بين الجريمة التأديبية والجزاء التأديبى ، حتى لا تخرج عن الغاية المشروعة للقرار التأديبى ، وهى تحقيق الردع والزجر الذى يسهم فى حسن تسيير المرافق العامة وانتظامها ، وهذا بذاته يدخل فى صميم رقابة المشروعية التى ترز القرار التأديبى بميزان القانون وتحقق التزامه وبغايته الوحيدة المشروعة ، وهى حسن سير وانتظام المرافق العامة ، وسلامة أداء العاملين لواجباتهم دون تسبب أو إحجام وخوف يرتبه الغلو فى شدة الجزاءات غير المتناسبة مع عدم جسامة الفعل التأديبى أو بساطة وتفاهة الجزاء الذى لا يتناسب مع خطورة الجريمة التأديبية " .

الحجة الثالثة : وهذه الحجة تتضمن الرد على ما أثاره المطعون ضدهم من أنه سبق للمحكمة الإدارية العليا تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى حكمها بتاريخ ٩ مارس ١٩٩١م (عزبة خير الله) . وترى المحكمة أن ما قضت به فى هذا الحكم " لا يقوم على موازنة بين الأضرار والمنافع بالنسبة للقرار الإدارى محل النزاع مما يدخل فإلملاءات الإدارية .. وإنما يقوم على حتمية إلزام جهة الإدارة بالتنفيذية بمشروعية التدرج الذى حددته نصوص الدستور والقوانين المختلفة للمصالح العامة ، حيث يعلو بالنص الصحيح فى مواد الدستور حماية الأمن القومى والأمن العام ، والسلام الاجتماعى ، على غير ذلك من المصالح العامة الأخرى المشروعة الأقل أهمية ، وحيث يكون التعارض واضحا وظاهرا بين مصلحة أعلى نص عليها الدستور

والقانون ومصلحة أدنى منها مرتبة تَعَيَّن على أساس رقابة المشروعية إعلاء المصلحة الأعلى على الأدنى منها ما دام محققا وثابتا هذا التعارض والتناقض ، وهذه الرقابة تجد في الحكم المذكور أساسها من نصوص الدستور والقانون باعتبارها رقابة مشروعية يفرضها التدرج الذى يحدده الدستور أساسا فى المصالح العامة" .

تقدير اتجاه المحكمة الإدارية العليا :

لا خلاف مع المحكمة الإدارية العليا بشأن نقطة البداية وهى أن رقابة المشروعية تقوم أساسا على محاكمة أى قرار وفقا لما تقضى بها أحكام الدستور والقوانين واللوائح التى يخضع لها . فقضاء الإلغاء هو أساسا قضاء مشروعية وليس قضاء ملاءمة ، وحين يمارس القاضى رقابة الملاءمة فإنه يمارسها فى أضيق الحدود باعتبارها استثناء من أصل عام . وإذا كان ثمت اتفاق فى نقطة البداية مع المحكمة الإدارية العليا فإن هذا لا يعنى الاتفاق معها فى نقطة النهاية التى وصلت إليها وذلك بتفسيرها لقضاء الغلو وتدرج المصالح فإن هذه النهاية محل نظر .

إن المحكمة الإدارية العليا لم ترتب النتائج المنطقية لقضاء الغلو الذى أرسى قاعدته فى حكمها الشهير فى ١١ نوفمبر ١٩٦١م وبيانا لذلك نورد ملاحظتين مهمتين :

الملاحظة الأولى : أن قضاء الغلو لا يجد سنده القانونى فى النصوص التأديبية مباشرة ، ولكن فى روح القانون ومعناه^(٢١٥١) . ومبدأ التناسب أو الغلو يدخل فى عيب مخالفة القانون وليس فى عيب إساءة استعمال السلطة . غير أن هذا الاتجاه الذى أخذت به الإدارية العليا من ربط قضاء الغلو مع النصوص القانونية ، يتعارض مع حكمها الصادر فى ١١ نوفمبر ١٩٦١م والذى لم يرد به هذا التحديد صراحة ، بل إن الحكم أشار صراحة إلى أن مناط مشروعية سلطة التأديب شأنها كشأن أى سلطة تقديرية أخرى وهو ألا يشوب استعمالها غلو ، الأمر الذى يعنى أنه خارج عن نطاق التأديب ، فإن السلطة التقديرية تخضع أيضا لقضاء الغلو الذى يأخذ حينئذ مفهوما آخر غير التناسب بين الخطأ التأديبى والجزاء التأديبى .

وبالتالى فإن السؤال الذى يفرض نفسه هو لماذا تصر المحكمة الإدارية العليا على ربط الغلو بالنصوص القانونية ، بينما لم يرد هذا التحديد فى حكمها بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩٦١م خصوصا وأن السلطة التقديرية تعنى أساسا عدم وجود قيود على الإدارة يكون مصدرها الشرع ، وربط قضاء الغلو بالنصوص ينفى عن سلطة التأديب أنها سلطة تقديرية^(٢١٥٢) .

الملاحظة الثانية : أن الاعتبارات التى تبرر قضاء الغلو فى مجال التأديب هى التى تبرر أيضا نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى غير مجال التأديب ، فالمغالاة فى توقيع الجزاء من شأنها إحداث أضرار بالغة تؤثر فى حسن سير الإدارة وانتظام المرافق العامة . وبالتالى فإن عنصر

(٢١٥١) انظر (د / عبد الفتاح حسن - التأديب فى الوظيفة العامة - المنصورة - ١٩٦٤م - ص ٢٨٣) .

(٢١٥٢) انظر (د / محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٥٩) .

الضرر قائم فى مجال قضاء الغلو ، وهو أحد عناصر نظرية الموازنة ، كما أن اعتبارات العدالة التى تتأبى أن تخرج الإدارة عن كل حد معقول هى التى تبرر قضاء الغلو ، وهى التى تقف أيضا من وراء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(٢١٥٣).

(٢١٥٣) انظر (د / محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٥٩) .

و خلاصة القول :

أنه لم يكن هناك ما يمنع المحكمة الإدارية العليا من تطبيق نظرية الموازنة على وقائع قضية سوق روض الفرج . صحيح أنه لم يكن من شأن تطبيق النظرية لو قامت المحكمة بتطبيقها ، إلغاء القرار المطعون فيه ، نظراً لأن المزايا تفوق الأضرار في هذه القضية^(٢١٥٤) ، لكن مجرد تطبيق النظرية يعنى أن القرار الإدارى فى مصر قد خطا خطوة هامة إلى الأمام وأضاف إلى رصيده حكماً خلافاً من أحكام المبادئ على غرار الحكم الشهير فى ١١ نوفمبر ١٩٦١ م^(٢١٥٥) .

وإذا كان تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى قضية سوق روض الفرج لم يكن مباشراً ، ولا سيما فى المجال الاقتصادى فهناك نماذج أخرى كان تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فيها مباشراً ، وواضحاً وخصوصاً بعد قضية سوق روض الفرج ومع وضع السياسة الصناعية الجديدة التى أتت لتقوم بتنمية قدرة مصر الصناعية ، والتشجيع على المزايا التنافسية لكل قطاع صناعى وإنتاجى فى ظل تنافسى عالمى الذى هو أساس النظام التجارى العالمى الجديد ، والهولة وراء التخصيصية (أو الخصخصة)^(٢١٥٦) ، ومن هنا كان الركون إلى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ضرورياً لحماية الحريات ، ومراعاة مصلحة مجموع الدولة ، وإذا كان المشرع قد وضع جداراً من الحماية من جشع أصحاب رؤوس الأموال متمثلاً فى محاربة الاحتكار ، بل وعدّ المشرع محاولات التأثير على الأسعار للإضرار بالمستهلك ضمن التصرفات التى يعاقب عليها القانون ، إضافة إلى ذلك فقد صدر تشريع يقضى بالزام المستثمر الذى يمتلك حصة تعادل ٥٪ ، أو أكثر من رأس مال منشأة ما - وهى حصة كبيرة يمكن أن تكون نواة للشراء بغرض الاحتكار - بأن يقدم تقريراً فى كل مرة يطرأ فيها تغيير على تلك الحصة^(٢١٥٧) ، وحتى لا يتضرر أصحاب الأموال ، والأفراد من أى قرار تقررته الإدارة اتجه القضاء الإدارى المصرى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ليحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وحرصاً منه على توفير قدر أكبر من الحماية للأفراد المتعاملين معها .

المثال الثانى : قضية محطة تخفيض ضغط الغاز بمنطقة الغانر بمنطقة غرب النيل^(٢١٥٨) :

وتتعلق هذه القضية بإعلان المنفعة العامة لإقامة محطة تخفيض ضغط الغاز ، وإضافة

(٢١٥٤) انظر (د/ سامى جمال الدين - قضاء الملازمة - هامش ص ٢٤١) .

(٢١٥٥) انظر (محمد عبد اللطيف - المرجع السابق - ص ١٦٢) .

(٢١٥٦) انظر (كتاب الأهرام الاقتصادى (تحديث مصر) عدد ١٦٩ - يناير ٢٠٠٢ م - ص ٥٥) .

(٢١٥٧) انظر (د/ منير إبراهيم هندی - أساسيات الاستثمار فى الأوراق المالية - توزيع منشأة المعارف - الإسكندرية

٢٠٠٣ م - ص ٨٨) .

(٢١٥٨) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٣/١٠/١٩٨٧ م فى الدعوى رقم (٤٧٥١) لسنة ٣٩ ق .

الرائحة ، وجميع المنشآت اللازمة لمد الغاز الطبيعي لمنطقة غرب النيل بزماء جزيرة محمد - مركز إمبابة ، وتقدم الطاعنون إلى القضاء الإداري بحجة أن القرار الإداري يترتب عليه إضرار الاستغلال الزراعي الذي يحقق منفعة عامة أخرى ، مع مساوئ تخطيط المشروع الذي اقترحتة الإدارة ، وفعلاً أفلح الطاعنون أن يجروا القضاء الإداري أن ثمة تعارض بين منفعة الطاقة ، والمنفعة الاقتصادية ، مع منفعة الاستغلال الزراعي ، وكلاهما منفعة عامة ، وأيهما أولى بالترجيح على الأخرى ، وبدأت المحكمة تناقش مزايا المشروع وأضراره ، فبان لها أن المشروع يوفر للدولة ما يعادل ثلاثين مليون جنيه بالعمليات الصعبة كانت تتحملها الخزنة العامة في دعم الغاز السائل فضلاً عن توفيره لكميات السولار والمازوت المستخدمة في المصانع ومحطات القوى ، والتي يمكن تصديرها .

كما أوضح الحكم أن الموقع الذي تم اختياره هو أنسب المواقع لتنفيذ المشروع، نظراً لقرب منطقة وراق العرب من شبكة طرق رئيسية صالحة ، لنقل معدات الإنشاء والصيانة ، وأن الموقع قد تم اختياره بعد إجراء الدراسات والأبحاث ، ليستبعد وقوع خطأ ما في جانب الإدارة ، وبعد أن عدت المحكمة مزايا المشروع قضت في حكمها بمشروعية القرار الإداري لهذه المنفعة العامة ، مع مراعاة الحكم موازنة حقوق الأفراد بإشارته إلى اشتراط المجلس الشعبي تعويض الأهالي عن حقوقهم تعويضاً مناسباً^(٢١٥٩).

وبمطالعة حيثيات الحكمين السالف ذكرهما نتبين أن القضاء الإداري في مصر طبق بوضوح نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التي استحدثتها مجلس الدولة الفرنسي ، واستطاع القضاء الإداري المصري أن يقيم موازنة صريحة بين المصالح العامة ، وبين المنافع والمضار التي قد تصيب الأفراد من جراء تنفيذ القرار الإداري ، وخلص القضاء الإداري في النهاية من هذه الموازنة بين المنافع والمضار والمفاضلة إلى التأكيد على أن ما يُعدُّ أكثر تحقيقاً للمنفعة العامة هو الأولى بالرعاية ، والأشد ضرراً هو الأجدر بالمنع تمشيها مع القاعدة الفقهية في التشريع الإسلامي (تغليب أعظم المصلحتين ، ودرء أعظم المفستدين)^(٢١٦٠) (درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة)^(٢١٦١).

وإذا كان للموازنة ميدان للتطبيق في النظام الإسلامي ، والنظم الوضعية في المجال الاقتصادي من حيث الإطار العام غير أن بين النظاميين ثمة فروق نذكرها على وجه التفصيل في المقارنة التالية :

(٢١٥٩) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٤٨) .

(٢١٦٠) الزركشي - المنشور في القواعد - ٣٤٨/١ .

(٢١٦١) السيوطي - الأشباه والنظائر - ص ٩٧ .

المطلب الثالث

مقارنة

بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار المجال الاقتصادى

مما لا شك فيه أن كل مذهب أو نظام اجتماعى أو اقتصادى ، بما فى ذلك الإسلام ، يهدف إلى تحقيق المصلحة بجلب النفع ودفع الضرر ، وهذا لا خلاف فيه كمبدأ عام فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية ، ويمثل محل اتفاق فى المجال الاقتصادى ، ومن بعد تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فيه ، ولكن بنظرة واعية ومنصفة نجد أن هناك فروق جوهرية من الواجب أن نذكرها ، وخصوصا إذا كانت هناك مصلحة عامة ، وأخرى خاصة وتعارضتا ، فإن الترجيح بينهما يختلف باختلاف تلك النظم ، فكل يرجح مصلحة بحسب سياسته ، ومذهبه الاقتصادى من هاتين المصلحتين ، فالنظم الغربية الرأسمالية تجعل الفرد هدفها فتهتم بمصلحته أولا ، ونقدمه على المجتمع ، والمذاهب الجماعية الاشتراكية التى يدين بها المعسكر الشرقى تجعل المجتمع هدفها فتهتم بمصلحته أولا ، وتقدمه على الفرد ، مع أن كلا منهما يزعم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار^(٢١٦٢).

ومن ثم كان الفرق واضحا ، والبون شاسعا بين النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية ، يظهر فى عدة عناصر منها ما هو خاص بالتأصيل للاقتصاد ، ومنها ما هو خاص بالمفاهيم ، ومنها ما هو خاص بالأهداف .

أولا : الفارق التأصيلى للاقتصاد الإسلامى :

علم الاقتصاد الغربى بكل مدارس هو نتاج لرؤى بشرية فى واقع غربى أفرزه الصراع بين الكنيسة والدولة ، والثورة الصناعية والظاهرة الاستعمارية ، والصراع بين رأس المال والعمال ، أو أفرز الصراع الطبقي بين الأغنياء والفقراء ، وينطلق الاقتصاد الغربى والاشتراكى معا بوصفهما وجهين لعملة واحدة من النظر إلى الإنسان على أنه لم يخلقه الله بل نشأ بالنشوء والتطور ، وصلته بالبيئة صلة صراع يسعى الإنسان خلاله إلى قهرها والهيمنة عليها ، ومن ثم فمصدر الاقتصاد الرأسمالى أو الاشتراكى هو الرؤية البشرية للفرد أو المجتمع ، لا مكان فيه للجانب الروحانى^(٢١٦٣).

وهذا على النقيض تماما من النظام الإسلامى فله خصائص تأصيلية هى :

١ - أنه ربانى المصدر : أى أنه ليس من صنع البشر ، بمعنى أنه يستمد أسسه ومبادئه

(٢١٦٢) انظر (د/ محمد شوقى الفنجري - ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية ، وأهمية الاقتصاد الإسلامى - ص ٣٣) .

(٢١٦٣) انظر (د/ السيد عمر - معالم الاقتصاد الإسلامى - مجلة المسلم المعاصر عدد (٩٥) السنة الرابعة والعشرون

١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م - ص ٢٢) .

من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، ولا مكان فيه للجانب البشري إلا من حيث التفكير فى التطبيق فى مختلف العصور ، وبه يتميز الاقتصاد الإسلامى ، بأن مرده ليس اختيار المجتمع أو أهواء النخبة الحاكمة ، وإنما مرده إلى حكم الله تعالى ، بحيث لا يُنظَّم النشاط الاقتصادى إلا وفقا لأصول ومبادئ الإسلام الاقتصادية ، وفى هذا يتسم الاقتصاد الإسلامى بالثبات ، أما من حيث التطبيق فهو متصف بالمرونة إذ إن التطبيق يخضع لظروف الزمان والمكان ، وتبعاً لحاجات الأمة وضرورياتها ، وفيه تتعدد الاجتهادات ، وتتنوع الآراء .

وعدم وضوح هذا المعنى عند الآخر دفع المستشرق الفرنسى ماكسيم رودينسون (Maxime Rodinson) إلى المغالطة والتلبيس على من لا يعرفون النظام الإسلامى فقال : "لست أمام إسلام واحد ، ولكنى أمام عشرة .. مائة .. ألف .. إسلام Je ne suis pas devant un seul islam je suis devant, dix cent, mille islam" (٢١٦٤) .

وأمثال هذا يعتبرون المذاهب والفرق الإسلامية إسلاميات متعددة غافلين أو متغافلين عن أنها اجتهادات بشرية^(٢١٦٥) ليس ميدانها إنشاء التشريع ، بل ميدانها الكشف عن التشريع ومحاولة تطبيقه فى الواقع ، وحتى يزداد الأمر وضوحاً ، وبخاصة فى الاقتصاد الإسلامى ، فالإسلام يوجه النشاط الاقتصادى (أى ما هو كائن) وجهة إسلامية ؛ أى إلى (ما يجب أن يكون) وفقاً لأصول ومبادئ الإسلام الاقتصادية حسبما وردت بها الآيات القرآنية ، والسنة النبوية .

ويقصد بما هو كائن أى النشاط الاقتصادى أو الأمر الواقع ، والقوانين التى تحكمه مثل قانون العرض ، والطلب ، وقانون تناقص المنفعة فهذه كلها قوانين طبيعية لا يمكن وصفها بأنها إسلامية أو اشتراكية أو رأسمالية ، وهو علم محايد لا علاقة له بتوجيهات السياسة أو الأخلاق ، وهو محل الاجتهاد البشرى ، أما (ما يجب أن يكون) أى يجب أن يوجه وفقاً لمبادئ الإسلام ، وهو ما يختلف فيه الإسلام مع غيره من النظم الوضعية، فالاشتراكية توجه النشاط الاقتصادى الكائن أى الأمر الواقع ، وفقاً لأصول ومبادئ الاشتراكية التى تقوم على أساس الملكية العامة ، والتخطيط المركزى مما يجعل الفرد مجرد ترس فى آلة، وكذلك النظام الرأسمالى يوجه النشاط الاقتصادى ، وفقاً لمبادئ الرأسمالية التى تتلخص فى شعار (دعه يعمل دعه يمر) ألا الاقتصاد الحر وآليات السوق^(٢١٦٦) .

٢- التوازن بين الاحتياجات الروحية والمادية :

إن النظام الرأسمالى يفتح الباب على مصراعيه لأهواء الأفراد فى الإنتاج والاستثمار دون

(٢١٦٤) مجلة الأزهر - أبريل ٢٠٠١م - العدد الأول - المحرم ١٤٢٢هـ - ص ٩١ .

(٢١٦٥) انظر (مجلة الأزهر - المرجع السابق - ص ٩١) .

(٢١٦٦) انظر (مجلة الأزهر - المرجع السابق ص ٨٨ : ٨٩) .

وازع ديني ، وكذا الاشتراكية تطلق العنان لسلطة الدولة ، أما الإسلام فهو يلزم الإنسان بالجمع بين الإيمان بالغيب والانتفاع بالعقل ، ولا يعرف الإسلام الفصل المفتعل بين ما هو ديني ودنيوي^(٢١٦٧).

ثانياً: الفارق المفاهيمي:

لعل هذا الفارق هو من أخطر الفروق بين الاقتصاد الإسلامي وغيره ، وبخاصة فيما هو متعلق بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وذلك لتعلقه بإشكالية دقيقة ، وهي الاختلاف التام لمفاهيم محورية للموازنة بين المنافع والمضار تحمل ذات المسميات في منظور الإسلام عن منظور غيره ، وأخص منها الملكية والمصلحة .
(أ) الملكية :

في الاقتصاد الرأسمالي ؛ تعد الملكية الخاصة هي الأصل ، والاستثناء هو الملكية العامة إذا اقتضت الضرورة تولى الدولة نشاطا معيناً ، ذلك لأن الملكية الخاصة في نظر الرأسمالية هي الباعث على النشاط الاقتصادي ، وجوهره .

والملكية في النظام الاشتراكي : محصورة في الملكية العامة فهي الأصل والاستثناء هو ضرورة الملكية الخاصة لبعض وسائل الانتاج ، والنظام يعترف بها بحكم الضرورة الاجتماعية ، وهي غير مصنونة في نظر الاشتراكية لأنها سبب كل المشكلات الاجتماعية . وقد رفعت الاشتراكية شعار عدالة التوزيع لتبرر به مصادرة الملكية الفردية ، ولم تزد عدالة التوزيع لدى الاشتراكية عن كونها مجرد شعار عجز عن النفاذ إلى نطاق التطبيق العملي الذي أوجد طبقات متباينة تحت مسميات جديدة^(٢١٦٨).

أما الملكية في النظام الإسلامي : فهي أصل للخاصة والعامة في وقت واحد ، وليس ثمة استثناء لا للملكية الخاصة ولا العامة فكلاهما أصل ، وكلاهما ليس مطلقاً؛ بل كل منهما مقيد بالصالح العام .

فالملكية الخاصة مصنونة ، ولكنها ليست مطلقة بل مقيدة من حيث اكتسابها ؛ ومن حيث مجالاتها وحدودها ، بل ومن حيث استعمالها ، بل اعتبرها الإسلام وظيفة اجتماعية ؛ ذلك لأن الإسلام قرر عقيدة أن المالك الحقيقي للمال هو الله تعالى ، والبشر مستخلفون فيه ، وعلى المُستخلف أن يتصرف في المال وفق أحكام الشريعة ، وإلا حُقَّ للدولة أن تتدخل وأن تحجر عليه^(٢١٦٩).

(٢١٦٧) انظر (د/ السيد عمر - من معالم الاقتصاد الإسلامي - ص ٢٧) .

(٢١٦٨) انظر (عبد السميع المصري - مقومات الاقتصاد الإسلامي - ص ٢٣٥) .

(٢١٦٩) انظر (د/ محمد شوقي الفنجري - ذاتية الاقتصاد الإسلامي وأهمية الاقتصاد الإسلامي - ص ٤٨) ، وأيضاً (د/ محمد

شوقي الفنجري - المذهب الاقتصادي في الإسلام - مكتبة عكاظ بالمملكة العربية السعودية - ١٩٨١م - ص ١٥٥) وانظر

(د/ السيد عمر - من معالم الاقتصاد الإسلامي ص ٢٩ : ٣٠) .

والإسلام حين يضع قيда على الملكية لا يضعه نتيجة للأخطار أو المساوىء والعيوب التي أسفرت عنها التجربة ، وكشف عنها الواقع العملى - كالرأسمالية ، والاشتراكية ؛ فكلاهما نشأ وتطور لعلاج أمراض اجتماعية واقتصادية - ولكن الإسلام وضع القيد فى نفس الوقت الذى أقر فيه بحرية التملك .

ومن هنا فإن الإسلام يتفرد فى الملكية الخاصة والعامة معا بسياسة اقتصادية متميزة ، لا تركز على الفرد وحده ؛ كالرأسمالية ، ولا على المجتمع وحده كالاشتراكية ، وإنما هى سياسة إسلامية قوامها التوفيق والموازنة بين المنافع والمضار ، والمواءمة بين المصلحتين على السواء ، وتحقيق هذا الاتزان والاعتدال مسئولية الفرد والدولة معا^(٢١٧٠).

هذا التوازن فى الملكية يجمع بين حقوق الأفراد وحقوق المجتمع ، الأمر الذى يفتقده النظام الرأسمالى ، والنظام الاشتراكى ، وذلك لأن النظام الإسلامى فى الملكية يقوم على قاعدة عظمى قوامها : خصوصية الملكية وعمومية المنفعة^(٢١٧١). وكذلك الاقتصاد فى الإسلام ؛ اقتصاد الملاك والعمال معا ، الفرد والجماعة .

(ب) المصلحة :

يرتبط مفهوم المصلحة فى الاقتصاد الوضعى بالربح أو السعادة ، أو يتمكن طبقة من مقاليد القوة ، أو يميزان قوة دولة قومية فى مواجهة غيرها ، أو حتى منظمات فوق قومية من منظور مادية بحت ، ولذلك فهذه الأنظمة الوضعية إما أن تميل إلى تقديم مصلحة الفرد على المجتمع ، أو مصلحة المجتمع على الفرد ، أو مصلحة الدولة القوية على الضعيفة^(٢١٧٢) ، وكلها من صنع البشر الذين غلبت عليهم الأهواء وفق منهج مادية لا مكان فيه لا للعدل^(٢١٧٣).

لكن هذا المفهوم يختلف تماما فى المنظور الإسلامى فالمصلحة فيه لها بعد إيمانى وتشريعى ، وبعيد تماما عن أهواء البشر ، فالمصلحة فى النظام الإسلامى تعنى : المحافظة على مقصود الشرع المتمثل فى جلب كل ما فيه منفعة ، ودرء كل ما فيه مفسدة^(٢١٧٤).

ومن ثم كانت المصلحة فى النظام الإسلامى ثلاثة أنواع : مصلحة معتبرة شرعا ، وهى التى أمر الشارع بتحصيل أسبابها الموصلة إليها ، وورد فيها نص كحفظ النفس لتشريع القصاص .

(٢١٧٠) انظر (د/محمد شوقى الفنجري - الحرية الاقتصادية فى الإسلام - ص ٣٨) .

(٢١٧١) عبارة للدكتور / عبد الصبور مرزوق فى تقديمه لكتاب "الإسلام والتوازن الاقتصادى بين الأفراد والدول" تأليف د/ محمد شوقى الفنجري ص ١٥ - سلسلة قضايا إسلامية - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة عدد ٤٦ سنة ١٤١٩ هـ .

(٢١٧٢) أقرب مثال على ذلك اختلال الموازين فى حرب الولايات المتحدة الأمريكية ضد العراق ، وضد الأمة العربية ، فلا مكان للضعفاء لأن ميزان العدل فى الأمم المتحدة انكسر ، تأكل أمريكا شعبا بأكمله ، وتقتله اقتصاديا وتسلبه ثرواته ، والعالم المادى لا يحرك ساكنا لأن هذه هى شريعتهم .

(٢١٧٣) انظر (د/ السيد عمر - من معالم الاقتصاد الإسلامى - ص ٣٠ : ٣١) .

(٢١٧٤) انظر (د/قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٤١٥) .

ومصلحة ملغاة : وهى الموهومة التى ألغاهها الشارع ، ولم يعترف بها ، ومثالها التسوية فى الميراث بين البنت وأخيها ، فالشرع ألغاهها بالنص ؛ قال تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (٢١٧٥).

والمصلحة المرسلة : هى التى لم يعلم من الشارع دليل بإلغائها ولا باعتبارها، ولكنه يحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة ، أو دفع مفسدة عن الناس ، مثل : تعبيد الطرق ، وتنظيم الإدارات ، واشترط علماء الأصول للعمل بهذه المصلحة : ضرورة وجود ملائمة بين المصلحة التى تعدُّ أصلاً قائماً بذاته ، وبين مقاصد الشرع، بأن لا تتنافى هذه المصلحة أصلاً من أصول الشرع ، وأيضاً كونها معقولة فى ذاتها (٢١٧٦).

أقول إذا كانت المصلحة المرسلة ليس لها دليل صريح فى المسألة التى تتعلق بها فإنها لا تخرج عن حدود المبادئ العامة والقواعد الفقهية فى التشريع الإسلامى ، وهذه المبادئ ، وتلك القواعد لها نصوص كثيرة فى القرآن والسنة باستقراءها يتحدد المبدأ ، ويتضح القاعدة كمبدأ العدل ، وكقاعدة (رفع الحرج) لذلك فإن المصلحة المرسلة لا تخرج عن المشروعية الإسلامية .

ولذلك من الخطأ أن يقول قوم بأنه حيثما كانت المصلحة فثم شرع الله ؛ إذ الصحيح أنه حيثما كان شرع الله فثم المصلحة ، ومعيار المصلحة فى النظام الإسلامى هو : حفظ الدين والنفس والعقل (والنسل والعرض والنسب) والمال ، وتطلق المصلحة على الحد الأدنى لها ؛ بالمصالح الضرورية ، وعلى الحد الأوسط ؛ بالمصالح الحاجية ، وعلى الحد الأعلى بالمصالح التحسينية ، وذكر ابن عبد السلام هذا المعنى فى قوله : (ومصالح الإيجاب أفضل من مصالح الندب ، ومصالح الندب أفضل من مصالح الإباحة، كما أن مفسد التحريم أرذل من مفسد الكراهة) (٢١٧٧).

وهذا المفهوم للمصلحة يجعله تابعا للدين من جهة ، ويفك أسر الغرب لهذا المفهوم ، وإخراجه له من منهج شامل لكل شيء إلى مجرد شعائر أو علاقة خاصة بين العبد وربيه (٢١٧٨).

والإسلام حين يرى بأن المصلحة هى الغالبة أوجبها ، وإذا كانت المضرة هى الغالبة حرمها وألزم درءها ، وهو أمر واجب فى كل شريعة ، قال ابن عبد السلام : " فإن عظمت المصلحة ، وجبت فى كل شريعة " (٢١٧٩) ، وقال : " ما يجب درؤه فإن عظمت مفسدته وجب

(٢١٧٥) سورة النساء : آية ١١ .

(٢١٧٦) انظر (د/قطب مصطفى سانو - المرجع السابق ص ٤١٣) .

(٢١٧٧) ابن عبد السلام - القواعد الصغرى ص ٣٩ . وانظر (ابن عبد السلام - قواعد الأحكام ٢٠/١) .

(٢١٧٨) انظر (د/ يوسف القرضاوى - فقه الزكاة - مؤسسة الرسالة - القاهرة - ط٦ - ١٩٨١م - ٥٧٠/٢ ، وما بعدها)

وانظر (د/ يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ١٤٠ : ١٧٣) .

(٢١٧٩) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٣٤/١ .

دروءه فى كل شريعة" (٢١٨٠)، وقال أيضا : " إذا عظمت المصلحة : أوجبها الرب فى كل شريعة ، وكذلك إذا عظمت المفسدة ، حرمها فى كل شريعة " (٢١٨١).

ثالثا : فارق الأهداف فى التوفيق بين مصلحة الفرد والجماعة :

الاقتصاد الرأسمالى يجعل الفرد هدفه ، فيهتم بمصلحته أولا ويقدمه على المجتمع ، ومن ثم فهو يمنحه الحرية الاقتصادية الكاملة فى ممارسة النشاط الاقتصادى ، وفى التملك ، ويبرر النظام ذلك بأنه حين يرفع مصلحة الفرد وحدها ، إنما يحقق بطريقة غير مباشرة مصلحة المجتمع إلا مجموعة من الأفراد مجتمعين ، ولكن هذا المذهب أدى إلى انتشار البطالة والأزمات الاقتصادية ، والتفاوت بين الطبقات (٢١٨٢).

أما الاقتصاد الاشتراكى : فهو يجعل المجتمع هدفه فيهتم بمصلحته على حساب مصلحة الفرد ، ومن ثم تدخلت الدولة فى كل نشاط اقتصادى ، ولكن هذا النظام أدى إلى مساوئ كثيرة منها : ضعف المبادرات الفردية والحوافز الشخصية ، وبواعت الرقى ، فضلا عن الضغوط المختلفة ، والتعقيدات الإدارية ، وتحكم الطغيان والدكتاتورية ، وانعدام الحريات والشعور بالأمن (٢١٨٣).

أما الاقتصاد الإسلامى فهدفه حفظ التوازن بين مصلحة الفرد ، ومصلحة الجماعة هذا ما عبرت عنه الآية القرآنية الكريمة بقوله تعالى : ﴿ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ (٢١٨٤) ، وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾ (٢١٨٥) ، ولحديث « لا ضرر ولا ضرار » (٢١٨٦).

ومن ثم فإن الحلول الاقتصادية الإسلامية (٢١٨٧) فى إطار نظرية الموازنة بين المنافع

(٢١٨٠) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٣٥/١ .

(٢١٨١) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٣٦/١ .

(٢١٨٢) انظر (د/ محمد شوقي الفنجري - الإسلام وعدالة التوزيع - دار تقيف بالرياض - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م ص ٧٠) .

(٢١٨٣) انظر (د/ محمد شوقي الفنجري - ذاتية السياسة الاقتصادية - ص ٤٣) .

(٢١٨٤) سورة البقرة : آية ٢٧٩ .

(٢١٨٥) سورة الأعراف : آية ٨٥ .

(٢١٨٦) رواه مالك فى الموطأ ، وصححه الحاكم . .

(٢١٨٧) هذه الحلول ليست لها علاقة بالدول العربية فى هذا العصر إذ أنها ارتضت لنفسها أن تكون تابعة للنظم الغربية والشرقية الوضعية ، وهذه التبعية للآخر جرت على الأمة العربية ويلات مفزعة تمثلت فى بعض المعامل لهذه الصورة المفزعة فى ظل التبعية للاقتصاد الغربى منها :

متوسط دخل الفرد فى السودان ٣٠٠ دولار مقابل ١٩٢٧٠ دولار فى الإمارات عام ١٩٨٥م .

حجم التجارة بين البلدان العربية فى ظل التبعية للمراكز الرأسمالية المنعدمة ١٠٪ .

نسبة الاكتفاء الذاتى الغذائى العربى آخذة فى الانخفاض ، ووصلت إلى أقل من ٥٠٪ الآن ، وبلغت قيمة واردات العالم العربى من الأغذية إلى ما يزيد على ٣٦ مليار دولار ، وسوف يتغير إلى الأسوأ بعد حرب العراق .

مجموع ديون الأقطار العربية ذات العجز المالى ما يزيد على ١٥٠ مليار دولار أمريكى مع ظاهرة ارتفاع نسبة الديون لجهات خاصة ، وسبب هذا التدهور الاقتصادى فى العالم العربى هو التبعية العمياء للغرب ، ولا حول ولا قوة إلا بالله ، انظر (د/ رمزي زكى - الاقتصاد العربى تحت الحصار - ص ٢١٨ : ٢٥٣ - مركز دراسات الوحدة العربية - القاهرة ١٩٨٩م) .

والمضار تتميز عن غيرها من الحلول الرأسمالية أو الاشتراكية بل ، والنظم الوضعية ، بأنها ثمرة التوفيق بين مصلحة الفرد ، ومصلحة الجماعة^(٢١٨٨).

(٢١٨٨) انظر (د/ محمد شوقي الفنجري - ذاتية السياسة الاقتصادية - ص ٤٤) .

المبحث الرابع مجال الصحة العامة

أصبحت قضية المحافظة على الصحة العامة والبيئة من أهم القضايا اليوم في حياة الأفراد والأمم والشعوب ، وذلك بعد ظهور المشاكل الصحية والبيئية التي تبدوا معقدة في بعض جوانبها انعكاسا لطبيعة العصر ، وما يشهده من تطور تكنولوجي في الصناعات الحديثة ، ولهذا التطور محاسن ومثالب ، هذه المثالب التي تصدرتها مشاكل البيئة بالنظر لارتباطها بصحة الإنسان وأخلاقياته ومصادر رزقه ، هذه المشكلة دفعت المشرع وبخاصة الجنائي إلى التدخل لحماية الصحة والبيئة من أوجه الاعتداءات المتلاحقة ، ولم يقتصر الأمر على التجريم الجنائي فحسب ، وإنما كان للقضاء الإداري في غالب دول العالم باع طويل في التصدي لهذه الظاهرة المفزعة وخصوصا حرصه الشديد على إلغاء أى مشروع يؤدي إلى الإضرار بالصحة العامة .

وباستقراء الفقه الإسلامي نجد أنه قد استفاد القول في كتب مقاصد الشريعة قديمها وحديثها ، بما قد يصل إلى درجة الإجماع بأن المحافظة على الصحة تدخل ضمن ثلاث من الضرورات الخمس وهي : المحافظة على النفس والنسل ، والعقل ، فكل ما يؤدي إلى حفظ أرواح الناس من الموت أو المرض أو الضعف ، وكل ما يؤدي إلى حفظ النسل والعرض ، وكل ما يصون العقل ويحميه من التغيب أو الإفساد ، فهو من ضرورات الدين والدنيا التي توجب الشريعة الإسلامية توفيرها ، ورعايتها ، والتماس جميع الأسباب لذلك ، ومنع كل ما يفسد ويضر ؛ ومن ثم كان من الطبيعي أن يكون النظام الإسلامي صاحب قاعدة حضارية انبعثت من تعاليمه الدينية تقول : (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) (٢١٨٩).

(٢١٨٩) السيوطي - الأشباه والنظائر - ص ٩٧ .

ولذا كان لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار محل عمل فى هذا المجال المتعلق بالصحة العامة للأفراد والجماعة ، تظهر معالم تطبيقها فى المطالب التالية :

المطلب الأول : مجال الصحة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى

المطلب الثانى : مجال الصحة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار الصحة العامة .

المطلب الأول

الصحة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

النظام الإسلامي نظام متكامل يحرص على سلامة المسلم ، ويحفظ له صحته ، وماله وعرضه كما أنه يحرص على سلامة المجتمع ، وحتى يحقق هذه السلامة الصحية للفرد والمجتمع اعتمد على أسلوبين مهمين للحماية :

أولهما : الحماية الوقائية : أى الوقاية من الأمراض قبل ظهورها ، وانتقالها إلى الأفراد أو المجتمع ، وذلك بالبحث عن مصادر الأمراض وإيقافها ، وللإسلام فى ذلك منهج صحى هو من أهم المناهج التى وفرت الصحة للفرد والجماعة منه :

١ - عناية الإسلام بتهيئة البيئة الصحية للفرد والجماعة ، والحماية المقصودة بحماية التشريع الإسلامى لها هى :

البيئة الطبيعية : أى الوسط الذى يحيط بالإنسان مثل الهواء والماء والتربة والأحياء التى تعيش فى هذا الوسط .

البيئة المشيدة : أى الوسط الذى ابتدعه الإنسان كالأثار والإنشاءات المدنية والسدود^(٢١٩٠) ، ومدى هذه الحماية يتحدد من زاويتين :

الأولى : تتعلق بنوعية المصالح محل الحماية .

والثانية : تتصل بنوعية المساس المحظور ؛ بمعنى : هل يكتفى بالحماية من الاعتداء ، أم تشمل الحماية منع خطر الاعتداء^(٢١٩١) .

وبالعودة بذاكرة التاريخ إلى صدر الإسلام نجد أن النبى ﷺ كان قد قام بتشييد أول مسجد فى الإسلام (قباء) وأشار على أهل المدينة أن يختاروا موقعا ذى أجواء نقية لإقامة منازلهم ، ففضلوا السكنى فى (العالية) ، وقباء على (السافلة) وهى الجهة الشمالية الغربية من المدينة ، وهى التفافة طيبة أن يُشيد أول مسجد فى قباء ذات الموقع الطيب^(٢١٩٢) ، وعن أم المؤمنين عائشة - رضى الله تعالى عنها - قالت : « لما قدم النبى ﷺ المدينة ، وهى أوبأ أرض الله ، وواديها بطحان نجل^(٢١٩٣) ، يجرى عليه الأثل »^(٢١٩٤) .

(٢١٩٠) انظر (د/ محمود صالح العادلى - الإسلام وحماية البيئة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - الرياض عدد (٢٣) - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م - ص ١٣ : ١٧) .

(٢١٩١) انظر (د/ محمود صالح العادلى - المرجع السابق - ص ١٣) .

(٢١٩٢) انظر (د/ محمود صالح العادلى - المرجع السابق : ص ١٣) .

(٢١٩٣) بطحان نجل : البطحان اسم واد من أودية المدينة ، ونجل : الماء الآسن المتغير لونه وطعمه انظر (ابن منظور - لسان العرب ٤/٢ : ٤١٤) .

(٢١٩٤) صحيح البخارى - باب كراهية النبى ﷺ أن تحرى المدينة برقم (١٧٩٠) ٦٦٧/٢

ولهذا دعا النبي ﷺ ربه أن يصحح المدينة للمسلمين ، وأن ينقل وباءها إلى الجحفة ، فقال « اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد ، اللهم بارك لنا في صاعها وفي مدّها ، وصححها لنا ، وانقل حمّاها إلى الجحفة » (٢١٩٥).

ولذلك حرص المسلمون الأوائل على مراعاة العوامل البيئية في اختيار الأماكن التي تلائم طبيعة السكان ومزاجهم ، وتوافق طبيعة أبدانهم ، وتكون بعيدة عن الهوام ، لا خبث فيها ولا وخم (٢١٩٦).

ومما يزيد الأمر تأكيداً أن المسلمين انتقلوا من المدائن عاصمة الفرس ، مع ما لها من رقي معماري ، وما هيئت به من وسائل الترف ، ورغم أنها كانت تحفة العصر ؛ فإنها لم تناسب الطبيعة العربية فلقد استوخمها المسلمون واستوبئوها ، فقد تغيرت ألوانهم وهزلت أجسادهم ، وخفت لحومهم حينما نزلوا بها ، ولما علم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بما آل إليه وضع المسلمين الصحي في المدائن : أدرك بفقهه المعهود أهمية العامل البيئي في اختيار الموضع الذي يصلح لنزول العرب ، وأدرك أيضاً أنه لا تصلح للعرب إلا بيئة جغرافية تشبه البيئة التي خرجوا منها ، ومن ثم كتب إلى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه موضحاً له : " إن العرب بمنزلة الإبل لا يصلحها إلا ما يصلح الإبل ، فارتد لهم موضعا عدنا - غربيا - ولا تجعل بيني وبينهم بحرا " (٢١٩٧).

وتعد هذه وصية رسمية تلزم سعد رضي الله عنه باختيار موقع آمن صحيا وعسكريا ، فاختر سعد والمسلمون معه الكوفة واختطوها لسبب صحي ، وهو أن في موضعها (ينبت الخزامى ، والأقحوان (٢١٩٨) ، والشيخ والقيصوم (٢١٩٩) ، والشقائق (٢٢٠٠) (٢٢٠١).

ومن ثم وضع الفقهاء شروطاً عدة يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند إنشاء الأمصار منها :
١ اعتدال المكان الموافق لصحة الهواء ، وخلو المكان مما يعيبه من الملوثات والعفونات الكريهة ، وما من شأنه أن يؤدي إلى حدوث الأوبئة وانتشار الأمراض .

(٢١٩٥) صحيح البخارى - باب الدعاء برفع الوباء والوجع برقم (٦٠١١) ٢٣٤٣/٥ ، صحيح مسلم - باب الترغيب في سكنى المدينة والصبر على دوائها برقم (١٣٧٦) ١٠٠٣/٢ .

(٢١٩٦) انظر (أبو العباس أحمد بن خالد الناصرى - الاستقصاء في أخبار دول المغرب الأقصى - تحقيق جعفر الناصرى ، ومحمد الناصرى - دار الكتاب - الدار البيضاء - المغرب - ط ١ - ١٩٩٧م - ٢٣/٢) .

(٢١٩٧) انظر (البلازرى - فتوح البلدان - تحقيق/ عبد الله أنيس الطباع ، عمر أنيس الطباع - مؤسسة المعارف - بيروت - ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م - ص ٣٩٠) .

(٢١٩٨) الأقحوان : البابونج على أفعلان ، وهو نبات طيب الريح حواليه ورق أبيض ، ووسطه أصفر . انظر (الرازى - مختار الصحاح ٥٦٨) .

(٢١٩٩) القيصوم : هو ما طال من العشب ، وهو من نبات السهل طيب الرائحة من رياحين البر . انظر (ابن منظور - لسان العرب ٤٨٦/١٢) .

(٢٢٠٠) الشقائق : جمع شقيقة ، وهى لين من غلظ الأرض ، يطول ما طال الحبل . انظر (ابن منظور - لسان العرب - ١٨٥/١٠) .

(٢٢٠١) البلازرى - فتوح البلدان - ص ٣٩٠ .

٢ أن يكون الموقع بعيدا عن مناطق ركود الهواء ، ذلك الركود الذى يساعد على تعفن الأجسام وانتشار الحميات^(٢٢٠٢).

وقد استنبط الفقهاء هذه الشروط من قانون الفطرة أى فطرة خلق الكون ؛ فالله تعالى خلقه بحكمة واعتدال فخلق الأرض وأحاطها بشيء من الدروع الواقية والحامية لها من الأخطار منها : الغلاف الجوى قال تعالى ﴿وَجَعَلَ فِيهَا رَوَاسِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِّلنَّاسِ لِيُنَبِّئَهُمْ﴾^(٢٢٠٣) ، وقال تعالى ﴿وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ﴾^(٢٢٠٤).

ووجه دلالة الآيتين : أن جميع موجودات البيئة متوازنة مقدرة ، خاضعة لقانون دقيق لا تحيد عنه ، بحيث تنسجم فى كيفها وكمها بعضها مع بعض بحيث لا تعثر فيها على خلل أو اضطرب أو تشويش^(٢٢٠٥).

أيضا استنبطها الفقهاء من نهى القرآن عن الفساد فى الأرض ، قال تعالى ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ﴾^(٢٢٠٦) ، وقال تعالى : ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾^(٢٢٠٧).

ففى هاتين الآيتين إشارة واضحة إلى أن الله تعالى قد أصلح الأرض وهياها ، وقدر مكوناتها وجعلها ملائمة للبشر والأحياء ، وكل اعتداء على توازنها يعتبر اعتداء على الحياة ، وبين إفساد البيئة بإهلاك الحرث والنسل من خلق الجبارين الذين لم يخالط صدق الإيمان قلوبهم^(٢٢٠٨) ؛ ذلك لأن سبب فساد البيئة هو الخروج على الفطرة السليمة التى فطر الله الخلق عليها ، لعل أبلغ آية وصفت فى دقة وصدق حالة الأرض فى عصرنا - بعد أن امتد التلوث إلى جميع موارد البيئة ، وأحدث فيها دمارا مريعا - قول الله تعالى : ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾^(٢٢٠٩).

وجمع الدكتور : القرضاوى جملة من مظاهر الإفساد التى رأى أن النص القرآنى قد تضمن معانيها ، وحددها فيما يلى : " الإفساد فى الأرض يشمل الإفساد المادى : بتخريب العمر وإماتة الأحياء ، وتلويث الطاهرات ، وتبديد الطاقات ، واستنزاف الموارد فى غير حاجة ولا مصلحة ، وتعطيل المنافع وأدواتها ، كما يشمل الإفساد المعنوى : كمعصية الله تعالى ،

(٢٢٠٢) انظر (مهندس / محمد عبد القادر الفقى - مراعاة العوامل البيئية فى العمارة الإسلامية- مجلة الوعي الإسلامى العدد (٤٥٦) ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م - ص ٣٢٢).

(٢٢٠٣) سورة فصلت : آية ١٠ .

(٢٢٠٤) سورة الحجر : آية ١٩ .

(٢٢٠٥) انظر (د/ محمد زمران - التصور الإسلامى للبيئة دلالاته وأبعاده- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد (٥٥) ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م - ص ٣٧٢).

(٢٢٠٦) سورة الأعراف : آية ٥٦ .

(٢٢٠٧) سورة الأعراف : آية ٨٥ .

(٢٢٠٨) انظر (د/ محمد زمران - المرجع السابق - ص ٣٨٦) .

(٢٢٠٩) سورة الروم : آية ٤١ .

ومخالفة أمره ، والكفر بنعمته ، والتمرد على شريعته ، والاعتداء على حرمانه ، وإشاعة الفواحش ما ظهر منها ، وما بطن ، وترويج الرذائل ، ومحاربة الفضائل ، وتقديم الأشرار ، وتأخير الأخيار ، وتجبر الأقوياء على الضعفاء ، وقسوة الأغنياء على الفقراء (٢٢١٠) .

ومن قبل أكد الشاطبي أن النعم تتول إلى النقم إذا لم تستخدم فيما خلقت من أجله ، فقال : " إن هذه النعم تؤول بأصحابها إلى النقم ، إنما ذلك من جهة وضع المكلف ؛ لأنه لم تصر نقما في نفسها ، بل استعمالها على غير المقصود فيها هو الذى صيرها كذلك ، فإن كون الأرض مهادا ، والجبال أوتادا ، وجميع ما أشبهه نعم ظاهرة لم تتغير ، فلما صارت تقابل بالكفران بأخذها على غير مأخذ صارت عليهم وبالا ، وفعلهم فيها هو الوبال فى الحقيقة ، لا هى ؛ لأنهم استعانوا بنعم الله على معاصيه (٢٢١١) .

استنبط الفقهاء شروطهم لحماية البيئة من قول النبى ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » (٢٢١٢) . الذى يُعد أحد المبادئ البيئية التى روعيت فى النظام الإسلامى لتأمين الأفراد والشعوب من الأمراض والأوبئة .

والذى يهمنا فى المقام الأول أن التداوى ليس بحرام ، ولا يخالف عقيدة الإسلام ، ولا شريعته ، وذلك واضح من النصوص النبوية ، والقواعد الشرعية العامة ، ولا سيما وأن الشريعة تأمر بالسعى فى أسباب المصالح ودرء المفاسد ، وتوقى الأضرار والمهلكات (٢٢١٣) .

ومن القضايا الصحية والبيئية - قضية التداوى بالمحرم ، قضية العزل والحجر الصحى ، قضية الإشعاع الذرى والنوى - هذه القضايا لها رباط وثيق بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، إذ إن مبناها على فعل الأولى ، ومراعاة الضرورة بكل درجاتها وأبعادها .

القضية الأولى : التداوى بالمحرم :

اتفق العلماء على أن التداوى بالمباح جائز شرعا ، ولكنهم اختلفوا فى مسألة التداوى بالمحرم إذا تعذر المباح .

١ - قال الأحناف : أن التداوى بالحرام حرام كالأستشفاء بلبن الآتان (٢٢١٤) ؛ فقالوا : " لأن لبن الآتان حرام والأستشفاء بالحرام حرام " (٢٢١٥) .

وقال ابن عابدين الحنفى : (اختلف فى التداوى بالمحرم " وظاهر المذهب المنع " وفى النهاية عن الذخيرة يجوز إن علم فيه شفاء ، ولم يعلم دواء آخر ، وفى الخانية فى معنى قوله ﷺ

(٢٢١٠) د/ يوسف القرضاوى - رعاية البيئة فى شريعة الإسلام - دار الشروق - القاهرة - ط ١ - ١٤٢١هـ / ٢٠٠٢ م - ص ٦٨ : ٦٩ .

(٢٢١١) الشاطبي - الموافقات - ١٩٧/٣ .

(٢٢١٢) رواه مالك فى الموطأ ، وصححه الحاكم .

(٢٢١٣) انظر (دراسات حول الطب النبوى ص ٢٢٩) .

(٢٢١٤) الآتان : أنثى الحمار . انظر (الرازى - مختار الصحاح ص ٤٨١) .

(٢٢١٥) الزيلعى - تبين الحقائق - دار الكتاب الإسلامى - بيروت - (د . ت) - ٣٣/٦ .

: « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم »^(٢٢١٦). كما رواه البخارى أن ما فيه شفاء لا بأس به كما يحل الخمر للعطشان فى الضرورة^(٢٢١٧).

وقال أيضا : (أنه لا يظهر الاختلاف فى كلامهم لاتفاقهم على الجواز للضرورة)^(٢٢١٨).
ثم قال : « إن قوله لا للتداوى محمول على المظنون ، وإلا فجوازه باليقينى اتفاق .
أقول : وهو ظاهر موافق لما مرَّ فى الاستدلال - أى بالحديث : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » - لقول الإمام : لكن قد علمت أن قول الأطباء لا يحصل به العلم ، والظاهر أن التجربة يحصل بها غلبة الظن دون اليقين ، إلا أن يريدوا بالعلم غلبة الظن ، وهو شائع فى كلامهم ، وقوله : (وظاهر المذهب المنع) محمول على المظنون كما علمته^(٢٢١٩) ،
وقال صاحب دور الحكام فى تأويل الحديث : (الحرمة ترتفع للضرورة فلم يتناوله حديث ابن مسعود « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » أو يحمل على أنه قاله فى داء عرف له دواء غير المحرم)^(٢٢٢٠).

٢- وقال المالكية : بجواز التداوى بالمحرم للضرورة ؛ فقالوا : (إن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز)^(٢٢٢١).

٣- وقال النووى من الشافعية عن حديث « لم يجعل شفاءكم » (محمول على عدم الحاجة إليه بأن يكون هناك ما يغنى عنه ، ويقوم مقامه من الأدوية الظاهرة ، وكذا الجواب عن الحديثين الآخرين - حديث « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ، وحديث « لا تداووا بحرام » - وقال البيهقى : هذان الحديثان إن صحا حملا على النهى عند التداوى بالمسكر ، وعلى التداوى بالحرام من غير ضرورة ، للجمع بينهما ، وبين حديث العريزيين)^(٢٢٢٢).

٤- أما الحنابلة فقالوا بالمنع مطلقا ، قال ابن قدامة : (ولا يجوز التداوى بمحرم ولا بشيء فيه محرم ، مثل ألبان الأثن ، ولحم شيء من المحرمات ، ولا شرب الخمر للتداوى به ؛ لما ذكرنا من الخبر ؛ ولأن النبى ﷺ ذكر له النبيذ يصنع للدواء فقال : « إنه ليس بدواء ولكنه داء »^(٢٢٢٣))^(٢٢٢٤).

(٢٢١٦) صحيح البخارى باب شراب الحلوى والعسل ٢١/٥ ، ٢٩ ، الهيثمى - مجمع الزوائد باب النهى عن التداوى بالحرام ٨٦/٥ .

(٢٢١٧) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ٢٢٦/١ ، وانظر (محمد بن فراموزا - منلاخسرو الحنفى (ت: ٨٥٨هـ/ ١٤٨٠م - درر الحكماء شرح غرر الأحكام- دار إحياء الكتب العربية (د : ت) ٣١٦/١) .

(٢٢١٨) ابن عابدين - المرجع السابق ٢٢٧/١ .

(٢٢١٩) ابن عابدين - المرجع السابق ٢٢٧/١ .

(٢٢٢٠) محمد بن فراموزا - درر الأحكام - ٣٦١/١ .

(٢٢٢١) الباجى - المنتقى شرح الموطأ - ٢٢١/٧ .

(٢٢٢٢) النووى - المجموع شرح المذهب - ٤٨/٩ .

(٢٢٢٣) صحيح مسلم باب التداوى بالخمر برقم (١٩٨٤) ١٥٧٣/٣ .

وأوضح ما فى المسألة ما ذكره ابن تيمية عندما سئل عن المدواة بالخمير ، وقول من يقول : إنها جائزة : فما معنى قول النبى ﷺ « إنها داء وليست بدواء » فالذى يقول : تجوز للضرورة فما حجته ، وقالوا : إن الحديث الذى قال فيه : «إن الله لم يجعل شفاء أمتى فيما حرم عليها» ضعيف ، والذى يقول بجواز المدواة به فهو خلاف الحديث ، والذى يقول ذلك ما حجته ؟

أجاب ابن تيمية بقوله : (وأما التداوى بالخمير فإنه حرام عند جماهير الأئمة ، كمالك وأحمد وأبى حنيفة ، وهو أحد الوجهين فى مذهب الشافعى ، - هذا بخلاف ما قاله الأتباع - لأنه قد ثبت فى الصحيح عن النبى ﷺ : أنه « سئل عن الخمر تصنع للدواء ، فقال : إنها داء ، وليست بدواء » وفى سنن أبى داود عن النبى ﷺ : « أنه نهى عن الدواء الخبيث » ، والخمر أم الخبائث ، وذكر البخارى ، وغيره عن ابن مسعود أنه قال : « إن الله لم يجعل شفاء أمتى فيما حرم عليها » .

والذين جوزوا التداوى بالمحرم قاسوا ذلك على إباحة المحرمات : كالميتة والدم للمضطر ، وهذا ضعيف لوجوه :

الأول : أن المضطر يحصل مقصوده يقينا بتناول المحرمات ، فإنه إذا أكلها سدت رمقه ، وأزالت ضرورته ، وأما الخبائث بل وغيرها فلا يتيقن حصول الشفاء بها ، فما أكثر من يتداوى ، ولا يُشفى ، ولهذا أباحوا دفع الغصة بالخمير لحصول المقصود بها ، وتعينها له ، بخلاف شربها للعطش ، فقد تنازعوا فيه : فإنهم قالوا : إنها لا تروى .

الثانى : أن المضطر لا طريق له إلا إزالة ضرورته إلا الأكل من هذه الأعيان ، وأما التداوى فلا يتعين تناول هذا الخبيث طريقا لشفائه ، فإن الأدوية أنواع كثيرة ، وقد يحصل الشفاء بغير الأدوية كالدعاء ، والرقية ، وهو أعظم نوعى الدواء ، حتى قال بقراط : نسبة طبنا إلى طب الهياكل ، كنسبة طب العجائز إلى طبنا ، وقد يحصل الشفاء بغير سبب اختبارى بل مما يجعله الله فى الجسم من القوى الطبيعية ، ونحو ذلك .

الثالث : أن أكل الميتة للمضطر واجب عليه فى ظاهر مذهب الأئمة ، وغيرهم ، كما قال مسروق : من اضطر إلى الميتة فلم يأكل منها حتى مات دخل النار ، وأما التداوى فليس بواجب عند جماهير الأئمة ، وإنما أوجبه طائفة قليلة ، كما قاله بعض أصحاب الشافعى وأحمد ، بل قد تنازع العلماء : أيهما أفضل : التداوى أم الصبر ؟ للحديث الصحيح ، حديث ابن عباس « عن الجارية التى كانت تصرع ، وسألت النبى ﷺ أن يدعو لها ، فقال : إن أحببت أن تصبرى ولك الجنة ، وإن أحببت دعوت الله أن يشفيك ، فقالت بل أصبر ، ولكنى أنكشف فادع الله لى أن لا أنكشف ، فدعى لها أن لا تتكشف »^(٢٢٥) ؛ ولأن خلفا من الصحابة والتابعين لم يكونوا

(٢٢٤) ابن قدامة - المغنى - ١١٣/١٣ .

(٢٢٥) مسند أحمد برقم (٣٢٤٠) ٣٤٦/١ ، الهيثمى - مجمع الزوائد - باب فيمن صبر على اللمم ١١٦/٥ .

يتداوون ، بل فيهم من اختار المرض ، كأبي بن كعب ، وأبي ذر ، ومع هذا فلم ينكر عليهم ترك التداوى .

وإذا كان أكل الميتة واجبا ، والتداوى ليس بواجب ، لم يجز قياس أحدهما على الآخر ، فإن ما كان واجبا قد يباح فيه ما لا يباح في غير الواجب ؛ لكون مصلحة أداء الواجب تغمر مفسدة المحرم ، والشارع يعتبر المفسد والمصالح ، فإذا اجتمعا قدم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة ؛ ولهذا أباح في الجهاد الواجب ما لم يُحِمْه في غيره ، حتى أباح رمي العدو بالمنجنيق وإن أفضى ذلك إلى قتل النساء والصبيان ، وتعتمد ذلك يحرم ، ونظائر ذلك كثيرة في الشريعة (٢٢٢٦) .

وكذلك ظهر رأى ابن تيمية بالمنع من التداوى المحرم عندما سئل : (فى المريض إذا قالت له الأطباء : ما لك دواء غير أكل لحم الكلب ، أو الخنزير فهل يجوز له أكله ، مع قوله تعالى ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ (٢٢٢٧) .

وقول النبي ﷺ « إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليهم » (٢٢٢٨) ، وإذا وصف له الخمر أو النبيذ : هل يجوز شربه مع هذه النصوص ؟ أم لا ؟ أجاب ابن تيمية بقوله : (لا يجوز التداوى بالخمر وغيرها من الخبائث) (٢٢٢٩) .

وباستقراء ما ورد من أقوال للفقهاء نقول : بأن الفقهاء اتفقوا على عدم جواز التداوى بالمحرم والنجس من حيث الجملة ، لحديث « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » (٢٢٣٠) ، ولحديث « فتداووا ، ولا تداووا بالحرام » (٢٢٣١) .

وأىضا ما ورد عن عمر بن الخطاب ؓ أنه كتب إلى خالد بن الوليد : (بلغنى أنك تُدَلِّك بالخمر ، وإن الله قد حرم ظاهر الخمر وباطنها ، وقد حرم مس الخمر كما حرم شربها ، فلا تُمَسِّسوها أجسادكم فإنه نجس) (٢٢٣٢) .

وقد عم المالكية هذا الحكم فى كل نجس ، ومحرم سواء أكان خمر أم ميتة ، وسواء كان التداوى به عن طريق الشرب أو طلاء الجسد به ، سواء كان صرفا أو مخلوطا ، مع دواء جائز ، واستثنوا من ذلك حالة واحدة ، أجازوا التداوى بها ، وهى التداوى بالطلاء ، ويخاف بتركه الموت ، سواء كان الطلاء نجسا أو محرما ، صرفا أو مختلطا بدواء جائز (٢٢٣٣) .

(٢٢٢٦) ابن تيمية الحنبلى - الفتاوى الكبرى - دار الكتب العلمية (د : ت) ٦/٣ : ٧ .

(٢٢٢٧) سورة الأعراف : آية ١٥٧ .

(٢٢٢٨) الهيثمى - مجمع الزوائد باب النهى عن التداوى بالحرام - ٨٦/٥ .

(٢٢٢٩) ابن تيمية - الفتاوى الكبرى - ٩/٣ .

(٢٢٣٠) سبق تخريجه - ص ٦٦٠ .

(٢٢٣١) الهيثمى - مجمع الزوائد باب - النهى عن التداوى بالحرام - ٨٦/٥ .

(٢٢٣٢) محمد بن جرير الطبرى أبو جعفر (ت : ٢٢٤ : ٣١٠ هـ) - تاريخ الطبرى دار الكتب العلمية - بيروت ط ١ -

٣٩٠ / ٢ هـ ١٤٠٧ .

(٢٢٣٣) انظر (الدردير - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة

وأما الحنابلة : فأضافوا إلى المحرم والنجس كل مُستخبث ، كبول مأكول اللحم أو غيره ، إلا أبوال الإبل فيجوز للتداوى بها ، وذكر غير واحد من الحنابلة أن الدواء المسموم إن غلبت منه السلامة ، ورجى نفعه ، أبيع شربه لدفع ما هو أعظم منه ، كغيره من الأدوية ، كما أنه يجوز عندهم التداوى بالمحرم والنجس بغير أكل وشرب أى الطلاء .

وذهب الحنابلة أيضا إلى حرمة التداوى بصوت ملهاة ، كسماع الغناء المحرم لعموم قوله ﷺ « ولا تتداؤوا بالحرام » (٢٢٣٤).

أما الأحناف فأجازوا التداوى بالحرام بشرط أن يعلم أنه فيه شفاء ، ولا يجد دواء غيره ، وقالوا : ما قيل إن الاستشفاء بالحرام حرام غير مُجرى على إطلاقه ، وإن الاستشفاء بالحرام إنما لا يجوز إذا لم يعلم أنه فيه شفاء ، ومعنى قول ابن مسعود (لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) ، يحتمل أن يكون قاله فى دواء عرف غير المحرم ، لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ، ويجوز أن يقال : تنكشف الحرمة عند الحاجة ، وقد رد عليهم ابن تيمية كما علمت .

ومن ثم فالخمر عندهم أشد حرمة فى الدواء من غيرها ، وعندهم قولان فى التداوى بها : الإمام أبو حنيفة قال بالتحريم ، أما الأتباع فالفتوى عندهم على الجواز إذا لم يجد غيرها (٢٢٣٥).

أما الشافعية : فقصروا الحكم على النجس والمحرم الصرف فلا يجوز التداوى بهما ، أما إذا كانا مستهلكين مع دواء آخر ، فيجوز التداوى بهما بشرطين : الأول : أن يكون عارفا بالطب ، حتى ولو كان فاسقا فى نفسه ، أو إخبار طبيب مسلم عدل .

الثانى : أن يتعين هذا الدواء فلا يغنى عنه طاهر (٢٢٣٦).

واختلف الفقهاء فى حالة الاضطرار إلى العلاج بالنجس والمحرم :

١ يرى الأحناف : جواز الاستشفاء بالحرام عند تبين حصول الشفاء فيه ، كتناول الميتة عند المخمصة ، والخمر عند العطش ، وإساعة اللقمة ، ولا يجيزون الاستشفاء بالحرام الذى لا يتيقن حصول الشفاء به ، هذا وقد اشترطوا لجواز التداوى بالمحرم شرطين : الأول : يتيقن حصول الشفاء به ، الثانى : عدم وجود دواء غيره (٢٢٣٧).

٢ ذهب المالكية والحنابلة والشافعية - فى وجه - إلى عدم جواز التداوى بالمحرم

١٣٥٦هـ - ٦١/١ ، ٣٥٣/٤ : ٣٥٤) .

(٢٢٣٤) انظر (منصور بن يونس البهوتى الحنبلى (ت : ١٠٠٠ : ١٠٥١ هـ) - دقائق أولى النهى شرح منتهى الارادات -

عالم الكتب - ٣٣٩/١) وانظر (الموسوعة الفقهية ١٥/١١٩) .

(٢٢٣٥) ابن عابدين - حاشية ابن عابدين - ٢٢٦/١ : ٢٢٧) .

(٢٢٣٦) انظر (الموسوعة الفقهية - ١١٨/١١ : ١٢٠) .

(٢٢٣٧) انظر (ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ٢٢٧/١) .

والنجس (٢٢٣٨).

٣ أجاز الشافعية - على المذهب - التداوى بالنجاسات غير الخمر الصرف، والنجاسة غير المستهلكة ، سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر ، ويحل عندهم في حالة الضرورة بشروط :

الأول : أن يكون القدر المأخوذ قليلا لا يسكر .

الثاني : أن يكون أخذ المريض للدواء بقول طبيب مسلم .

الثالث : أن يتناوله ممزوجة بغيرها من لأدوية بحيث تكون مستهلكة فيها .

الرابع : أن لا يمكن الاستغناء عنها بدواء حلال طاهر (٢٢٣٩).

(٢٢٣٨) انظر (الموسوعة الفقهية ٢٢/٢٠٢) .

(٢٢٣٩) انظر (محمد بن أحمد جلال الدين - المحلى شرح المنهاج ، ومعه حاشيتا قليوب وعميرة - ٢٠٣/٤) ، وانظر (ابن

حجر - فتح البارى - ١٢/٦٣٤) .

الرأى الراجع :

بناء على قاعدة الضرورة التى دلت عليها الأدلة الكثيرة من الكتاب والسنة ، كقوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢٢٤٠) ، وقوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢٢٤١) ، وقوله تعالى : ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ﴾^(٢٢٤٢) .

ومن الأحاديث الواردة فى ذلك ما روى عن أبى واقد الليثى قال : " قلت يا رسول الله ، إنا بأرض تصيبنا مخمصة ، فما يحل لنا من الميتة ؟ فقال : إذا لم تصطحبوا ، ولم تغتبقوا ، ولم تحنفوا بها بقاء ، فشأنكم بها " ^(٢٢٤٣) .

ومعنى الحديث : إذا لم تجدوا ألبنة تصطحبونها أو شرابا تغتبقونه ، ولم تجدوا بعد ذلك بقعة تأكلونها ، حلت لهم الميتة ، ويقاس على هذا ما هو فى مثل حالة المضطر لأكل الميتة ، وهو المضطر للدواء بالمحرم^(٢٢٤٤) .

وأیضا : قاعدة : الحاجة التى تنزل منزلة الضرورة^(٢٢٤٥) .

يترجح القول بجواز استعمال المحرم خمر أو دم ، أو لحم حيوان نجس ، أو سُم ، أو غير ذلك من المحرمات ، كدواء داخلى ، شربا أو أكلا ن أو نحوهما بالشروط التى ذكرها الشافعية ، وهى :

- ١ ألا تكون صرفة .
- ٢ ألا يقوم غيرها مقامها .
- ٣ أن يكون المأخوذ قليلا لا يضر ولا يسكر .
- ٤ أن يكون أخذها بقول طبيب مسلم ، لأن غير المسلم لا يبالي بوصفها لمريضه .

ونزيد على ذلك شرطين :

أحدهما : أن يكون فى المرض خطورة على النفس أو الأعضاء ، أو يكون الألم معه شديدا ، لا يحتمل ، أو يحتمل مع مشقة زائدة ، ذلك لأن الأمراض اليسيرة لا تتحقق معها الضرورة .

آخرهما : أن يكون الغالب فيها الشفاء^(٢٢٤٦) .

وظاهر هذه القضية أنها لا تدخل فى إطار القانون العام ، غير أنه مع التطور الهائل فى

(٢٢٤٠) سورة البقرة : آية ١٧٣ .

(٢٢٤١) سورة المائدة : آية ٣ .

(٢٢٤٢) سورة الأنعام : آية ١١٩ .

(٢٢٤٣) البيهقى - السنن الكبرى - باب ما يحل من الميتة - ٣٥٦/٩ .

(٢٢٤٤) انظر (د/وهبة الزحيلي - نظرية الضرورة الشرعية - مؤسسة الرسالة - بيروت ط٥ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م - ص ٦٠) .

(٢٢٤٥) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ص ٢٠٩ .

(٢٢٤٦) انظر (د/ محمد سليمان الأشقر - أبحاث اجتهادية فى الفقه الطبى - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١ - ١٤٢٢هـ

/ ٢٠٠١م - ص ١٠٩) .

صناعة الأدوية ، والتبادل الدولي فيه يجعلنا نربط المسألة بالصحة العامة ؛ لأنها لا تتعلق بفرد له حالة خاصة بالعلاج ، وإنما هي حالة عامة في صناعة الأدوية ، ومن ثم نضع المسألة على كفتي الموازنة بين المنافع والمضار فما غلب نفعه رجحناه ، وما عظم ضروره درأناه ، وإن ارتكب الضرر الأصغر فى سبيل دفع الأعظم .

القضية الثانية : العزل والحجر الصحى :

من القضايا الهامة التى يبرز فيها تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة فى النظام الإسلامى ، الحالة المرضية ومدى الخطر الكامن فيها ودرجة حدتها ، وتأثيرها على المجتمع ، وخصوصا الآثار السلبية التى تنتج عن الأمراض المعدية كالطاعون ، والجذام قديماً^(٢٢٤٧)، ومرض فقدان المناعة (الإيدز) حديثاً . فهل يعزل المريض ويمنع فى مقابل حماية المجتمع فى انتشار المرض ؟ أو يمنح حرية التنقل والاختلاط ؟ لأنها حقوقه وحرية ، ومن ثم تتعارض منفعة ومضرة ، منفعة المريض ومصالحته فى حرية الحركة ، ومصالحه المجتمع من الإضرار به ، وانتشار المرض فيه ، وللفقه الإسلامى فى هذه المسألة منهج جد صواب ؛ لأنه لا يخرج عن دائرة المشروعية ، فقد تحدث الفقهاء عن الطاعون والجذام قديماً ، وحكم الفرار منهما من باب مراعاة مصلحة المجتمع من انتشار المرض .

أولاً : الطاعون :

قال عنه ابن منظور : هو المرض العام والوباء الذى يفسد له الهواء فتفسد له الأمزجة والأبدان^(٢٢٤٨)، وأيضاً هو : داء ورمئ وبائى سببه مكروب يصيب الفئران ، وتنقله البراغيث إلى فئران أخرى وإلى الإنسان^(٢٢٤٩)، والطاعون يعبر به عن ثلاثة أمور :

(٢٢٤٧) يعتبر الجذام من الأمراض الميكروبية القديمة قدم التاريخ ، ويرجع تاريخ وجوده إلى عصور ما قبل الميلاد ، وكان القدماء يعتبرونه لعنة من الآلهة وأعتبر أيضاً من الأمراض الوراثية لانتشاره بين العائلات ، حتى اكتشف (هانسن) الميكروب المسبب للمرض سنة ١٨٧٣م فى النرويج ، وقد وردت أحاديث نبوية كثيرة تخص مريضى ومريض الجذام منها : المنفرة ، ومنها المرغبة ؛ أما المنفرة فقولته ﷺ « فر من المجذوم فرارك من الأسد » ، وكذلك ما ورد عنه ﷺ امتنع عن مصافحة مجذوم فى بيعة العقبة ، أما المرغب فى مريض الجذام ما روى عنه ﷺ أنه أخذ بيد مجزوم وأكل معه فى قصعة واحدة ، وهذا ما اكتشف حديثاً من وجود أنواع مختلفة من المرض منها : المعدى ، وهو غالباً ما يظهر على وجه المريض كوجه الأسد ، وهو موافق لحديث الرسول ﷺ ؛ أما النوع الآخر الغير معدى ، وهو ما يصيب الأعصاب الطرفية ويؤدى غالباً إلى شلل الأطراف ، وهو ما يوافق ما روى عن أخذ الرسول ﷺ بيد مجذوما « فقد يكون مشلولاً » وأكله معه فى وعاء واحد .

والجذام مرض مزمن يصيب الأعصاب الطرفية فى المقام الأول ، وتظهر أعراضه على الجلد والجهاز العصبى ، وفى الحالات المتقدمة قد يؤدى إلى فقدان أطراف اليدين والقدمين ، والنظر وإصابة باقى أجهزة الجسم ما عدا = الجهاز العصبى المركزى ، ويرجع أهمية مرض الجذام إلى العجز الدائم الذى يحدثه فى نسبة كبيرة من المرضى ومن هذا يتضح أن الجذام ليس مشكلة طبية فحسب ، ولكنه ذو أبعاد اقتصادية واجتماعية ونفسية .

انظر (د/ عبد الحميد عبد الفتاح محمد - مقدمة دراسة بعض التغيرات المناخية فى مرضى الجذام النشط والمرضى المعالجين - رسالة دكتوراه - كلية الطب - جامعة الأزهر سنة ١٩٩٣م) .

(٢٢٤٨) انظر (ابن منظور - لسان العرب مادة ط ع ن) .

(٢٢٤٩) انظر (مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط مادة ط ع ن) .

أ- هذا الأثر الظاهر ، وهو الذى ذكره الأطباء من أنه قروح تخرج من الجسد فتكون فى الآباط أو المرافق أو الأيدي أو الأصابع وسائر البدن ، ويكون معه ورم وألم شديد ، وتخرج تلك القروح مع لهيب ، ويسود ما حواليه أو يخضر أو يحمر حمرة بنفسجية كدرة ، ويحصل معه خفقان القلب والقيء .

ب- الموت الحادث ؛ وهو المراد بالحديث « الطاعون شهادة لكل مسلم » (٢٢٥٠).

ج- السبب الفاعل لهذا الداء (٢٢٥١).

حكم القدوم على بلد فيها طاعون أو الخروج منها :

١) قال الأحناف : بعدم جواز الفرار منه أو الهبوط عليه (٢٢٥٢) ؛ لوجود الآثار فى ذلك قال ﷺ : « لا عدوى ولا طيرة ، وإن تكن الطيرة فى شيء فهى فى الفرس والمرأة والدار ، وإذا سمعتم بالطاعون بأرض لستم بها فلا تهبطوا عليه ، وإذا كان وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » (٢٢٥٣) ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما : (أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرغ لقيه التجار فقالوا الأرض سقيمة ، فاستشار المهاجرين والأنصار ، فاختلفوا عليه فعزم على الرجوع ، فقال له أبو عبيدة : أفرارا من قدر الله ؟ فقال عمر : لو غيرك يقولها يا أبا عبيدة ، نفر من قدر الله إلى قدر الله ، أرايت لو كان لك إبل فهبطت بها واديا له عُذوتان ، إحداهما خصيبة والأخرى جدبية ، ألسنت إن رعيت الخصيبة رعيتها بقدر الله ؟ وإن رعيت الجدبية رعيتها بقدر الله ؟ فجاء عبد الرحمن بن عوف فقال : عندى من هذا علم ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه ، فحمد الله عمر وانصرف » (٢٢٥٤) ، وقد يقول قائل : اذا كانت الآجال مقدرة ومحصورة لا تتقدم ولا تتأخر عن وقتها ؛ فما وجه النهى عن دخول أرض بها طاعون وهو ﷺ قد منع الخروج منها بديا لأجله ، ولا فرق بين دخولها وبين البقاء فيها ؟ أجيب وقيل له : إنما وجه النهى أنه إذا دخلها وبها الطاعون أن تدركه المنية ، فيقول قائل : لولم يدخلها ما مات ؛ فانما نهاه النبي عن دخولها ؛ لئلا يقال هذا ، وهو كقوله تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا﴾ (٢٢٥٥). فكره النبي

(٢٢٥٠) صحيح البخارى - باب الشهادة سبع رقم (٢٦٧٥) ١٠٤١/٣ ، صحيح مسلم باب بيان الشهداء رقم (١٩١٦) ١٥٢٢/٣ .

(٢٢٥١) انظر (الموسوعة الفقهية ٣٢٩/٢٨) .

(٢٢٥٢) انظر (أحمد بن على الرازى الحنفى والملقب بالخصاص ، نسبة إلى عمله بالجص (ت: ٣٧٠هـ) - أحكام القرآن - دار الفكر - بيروت - (د : ت) ٦١٥/١) .

(٢٢٥٣) أبو سعيد الهيثم ابن كليب الشاشى (ت: ٣٣٥هـ) - مسند الشاشى - تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة ط ١ - ١٤١٠هـ / ٢١٣ .

(٢٢٥٤) صحيح البخارى باب ما يذكر فى الطاعون رقم (٥٣٩٧) ٢١٦٣/٥ ، صحيح مسلم باب الطاعون والطيرة والكهانة رقم (٢٢١٩) ١٩٤٠/٤ .

(٢٢٥٥) سورة البقرة : آية ١٩٥ .

ﷺ أن يدخلها ، فعسى أن يموت فيها فيقول الجاهل : لو لم يدخلها لما لم يمت^(٢٢٥٦) .
وعلى هذا المعنى روى عن النبي ﷺ : « لا يوردن ذو عاهة على مصح »^(٢٢٥٧) . أراد
بهذا الحديث نفى ما كان يعتقد أصحاب الطبيعة من أن العلل معدية لا محالة ، فأعلمهم بقوله
هذا أن ليس الأمر على ما يتوهمونه ، وبل هو متعلق بالمشيئة إن شاء الله كان ، وإن لم يشأ لم
يكن^(٢٢٥٨) .

٢) قال ابن حزم : ولا يحل أن يهرب أحدٌ عن الطاعون إذا وقع في بلد هو فيه ، ومباح
له الخروج لسفره الذي كان يخرج فيه لو لم يكن الطاعون ، وقال عن النهي في الحديث : فلم
ينه عليه الصلاة والسلام إلا بنية الفرار منه فقط^(٢٢٥٩) .

٣) وقال المالكية : بعدم الفرار أيضا لمن خرج على هذا الوجه ، وجوزوا لمن أراد
الخروج من البلد لغير ذلك الوجه من حاجة تنزل به إلى السفر أو الانتقال ، وقالوا يجوز لمن
استوخم أرضا أن يخرج منها إلى بلد يوافق جسمه - واستدلوا بحديث القوم العرنيين - وكذلك
الإمام بالمسلمين إذا انصرف بهم عن بلاد الوباء إلى بلاد الصحة والسلامة^(٢٢٦٠) ، وذكر ابن
العربي : الأصح والأشهر أن خروجهم إنما كان فرارا من الطاعون ، وهذا حكم باق في ملتنا لم
يتغير ، وعلى النهي عنه لما فيه من ترك المرضى مهملين مع ما ينتظم بهم .

وأما الدخول إلى بلد فيها طاعون ، فقد اختلف العلماء في وجه الحكم على أربعة أقوال

:

الأول : ما فيه من التعرض للبلاء ؛ وذلك لا يجوز في حكم الله تعالى فإن صيانة النفس
عن كل مكروه ، ومخوف واجب .

الثاني : إنما نهى عن دخوله لئلا يشتغل عن مهمات دينه بما يكون فيه من الكرب ،
والخوف بما يرى من عموم الآلام وشمول الأسقام .

الثالث : ما يخاف من السخط عند نزول البلاء به ، وذهاب الصبر على ما ينزل من
القضاء .

الرابع : ما يخاف عليه من سوء الاعتقاد ، كأن يقول : لولا دخولي في هذا البلد لما نزل
بى مكروه^(٢٢٦١) .

ويتجميع أقوال العلماء في مسألة الدخول على أرض بها طاعون ، والخروج منها

(٢٢٥٦) انظر (الجصاص - أحكام القرآن - ١/٦١٥) .

(٢٢٥٧) محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا - تحفة الأحوذى - دار الكتب العلمية - بيروت -
١٩٩٩/٥ .

(٢٢٥٨) انظر (المباركفوري - المرجع السابق - ١٩٩/٥) .

(٢٢٥٩) انظر (ابن حزم - المحلى - ٤٠٣/٣ : ٤٠٤) .

(٢٢٦٠) انظر (الباجي - المنتقى شرح الموطأ - ١٩٩/٧ : ٢٠٠) .

(٢٢٦١) انظر (الجصاص - أحكام القرآن ١/٣٠٤ : ٣٠٥) .

فالجُمهور على أنه لا يجوز الخروج منها بنية الفرار ، وأما الدخول إليها فممنوع للحكم الآتية :
تجنب الأسباب المؤذية والبعد عنها .
الأخذ بالعافية التي هي مادة المعاش والمعاد .
أن لا يستنشقوا الهواء الذي عفن وفسد فيصيبهم المرض .
أن لا يجاوروا المرضى الذين قد مرضوا بذلك فيحصل لهم بمجاورتهم من جنس أمراضهم .

حماية النفوس عن الطيرة والعدوى ، فإنها تتأثر بهما ، فإن الطيرة على من تطير بها .
وبالجملة ففي النهي عن الدخول في أرضه الأمر بالحدز ، والنهي عن التعرض لأسباب التلف ، وفي النهي عن الفرار منه الأمر بالتوكل والتسليم والتفويض ، فالأول : تأديب وتعليم ،
والثاني : تفويض وتسليم^(٢٢٦٢) .

ثانيا : المرض المعدى : كالجدام إذا استضر الناس بأهله :
الطاعون مرتبط بالمكان أما الجدام فمرتبط بالأشخاص ، فإذا ما استضر به الناس ، فعلى
ولى الأمر منع المجذوم من مداخله الناس ، وبأمره بلزوم بيته ، فإن كان فقيرا رزقه ما يكفيه ،
ويكف أذاه عن الناس ، فضرره أشد ممن أصيب بالعين ، فإنه عرف بالإصابة بها أن يجتنب ،
ويتحرز منها ، وإذا كان آكل الثوم والبصل منعه النبي ﷺ دخول المسجد ؛ لئلا يؤذى المسلمين ،
فمن باب أولى ضرر المجذوم والأمراض المعدية^(٢٢٦٣) .

وهذا الحرج على صاحب المرض المعدى إنما هو من باب مراعاة مصلحة المجموع ،
ودرء الضرر عن الأصحاء لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » قال ابن حبيب : يُحكم عليهم
بتنحيثهم ناحية إذا كثروا ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار^(٢٢٦٤) .

وقد يقول قائل : إن الخوف من العدوى ينافي الاعتقاد إذ إنه من التطير المنهى عنه ؟
التطير : هو الظن السيئ الكائن فى القلب ، والطيرة هو الفعل المترتب على هذا الظن
السيئ من فرار أو غيره وكلاهما حرام .

معنى ذلك أن المنهى عنه هو الظن السيئ المبني على الخوف من غير الله تعالى إن كان
ما يقاس فعل واجب أو ترك محرم ، أو كان مما لم تجر العادة بأنه سبب للخوف ، كمن يتطير
بما لا يخاف منه عادة كالعبور بين الغنم يخاف أن لا تقضى حاجته بهذا السبب ، وعلى هذا
الخوف المحرم قوله تعالى ﴿ وَلَمْ يَخْشَ إِلَّا اللَّهَ ﴾^(٢٢٦٥) وقوله ﴿ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِي ﴾^(٢٢٦٦) ..

(٢٢٦٢) انظر (الموسوعة الفقهية ٢٨/٣٣٠ : ٣٣١) .

(٢٢٦٣) انظر (النوى - شرح صحيح مسلم - ٤٢٨/٧) .

(٢٢٦٤) ابن القيم - الطرق الحكمية - ص ٢٩٢ .

(٢٢٦٥) سورة التوبة : آية ١٨ .

(٢٢٦٦) سورة البقرة : آية ١٥٠ .

أما الخوف من غير الله لا يكون حراما : إن كان غير مانع من فعل واجب أو ترك محرم ، وكان مما جرت العادة بأنه سبب للخوف كالخوف من الأسود والحيات ، والعقارب والظلمة ، ومن ذلك الخوف من أرض الوباء لقوله ﷺ : « إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها » (٢٢٦٧).

قال المناوي : أى يحرم عليكم ذلك ؛ لأن الإقدام عليه جرأة على خطر ، وإيقاع للنفس في التهلكة ، والشرع ناهٍ عن ذلك ؛ قال تعالى : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَخْسِنُوا ﴾ (٢٢٦٨) (٢٢٦٩).

وقد يجب الخوف من غير الله تعالى كما أمرنا بالفرار من أرض الوباء ، والخوف منها على أجسامنا من الأمراض والأسقام ، وفي الحديث : « فِرْ من المجذوم فرارك من الأسد » (٢٢٧٠). فصوص النفس والأجسام ، والمنافع والأعضاء والأموال والأعراض عن الأسباب المفسدة واجب ، وعلى هذه القواعد فقس ، يظهر لك ما يحرم من الخوف من غير الله تعالى ، وما لا يحرم (٢٢٧١).

وإذا كان النبي ﷺ قال : « لا عدوى ، ولا طيرة » (٢٢٧٢) ، فقد قال أيضا : « لا يوردن ممرض على مصح » (٢٢٧٣). فهل ثمة تعارض بين الحديثين ؟

الحقيقة أنه لا يوجد تعارض ، فالحديث الثانى يبين أن هناك أمراضا معدية من حامل المرض إلى السليم عن طريق المخالطة أو الملامسة أو باستعمال أدوات المريض ، ومن هنا كان من وسائل الوقاية الصحية الابتعاد عن المرضى بأمراض معدية .

أما الحديث الأول : فيبين أنه فى جميع الأحوال لا يصاب المرء إلا بقدر الله تعالى ، ومع التسليم بذلك فنحن مطالبون بالأخذ بالأسباب ، ومنها حماية عموم الناس من الأمراض (٢٢٧٤). لكن مع رد الأسباب إلى فاعلها إذ إنها جزء من القدر (٢٢٧٥).

وتكون الحماية بإبعاد المرضى عن مخالطة الناس مع التكفل بحاجاتهم ، فروى عن

(٢٢٦٧) أبو سعيد الهيثم بن كليب - مسند الشاشي - تحقيق د/محمود الرحمن زين الله - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - ط ١ - ١٤١٠هـ - ١٣/١ - ٢١٣.

(٢٢٦٨) سورة البقرة : الآية ١٩٥ .

(٢٢٦٩) القرافي - تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية - حاشية محمد على بن حسين المكي المالكي على الفروق - ٤٠١/٤ .

(٢٢٧٠) صحيح البخارى باب الجذام رقم ٥٣٨٠ (٢١٥٨/٥ ، صحيح مسلم باب - الطيرة والفأل - رقم (٢٢٢٥) ١٧٤٧/٤ .

(٢٢٧١) القرافي - الفروق ٤٠٢/٤ .

(٢٢٧٢) صحيح مسلم باب - الطيرة والفأل - رقم (٢٢٢٥) ١٧٤٧/٤ .

(٢٢٧٣) سبق تخريجه - ص ٦٧٠ .

(٢٢٧٤) انظر (الدكتور / زغلول النجار) من الإعجاز العلمى فى السنة « حديث لا عدوى ولا طيرة » مقال بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٢٣ رمضان ١٤٢٤هـ / ١٧ نوفمبر ٢٠٠٣م - ص ٢٢ .

(٢٢٧٥) انظر (ابن القيم - أعلام الموقعين ٣٢٦/٤) .

سحنون قوله : أنهم لا يجتمعون مع الناس الجمعة .
وقال ابن القيم : وأما مرض القرى فلا يخرجون منها ، وإن كثروا ، ولكن يمنعون من أذى الناس .

وقال أصبغ : ليس على مرض الحواضر الخروج منها إلى ناحية أخرى ، ولكن إن كفاهم الإمام المؤنة منعوا من مخالطة الناس ، بلزوم بيوتهم ، والتنجي عنهم .
وقال ابن حبيب : يحكم عليهم بتنحياتهم ناحية إذا كثروا ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار ، ويشهد لهذا القول ما فعله النبي ﷺ مع رجل وفد ثقيف ، فيروى أنه « كان فى وفد ثقيف رجل مجذوم فرسل إليه النبي ﷺ ، إنا قد بايعناك فارجع »^(٢٢٧٦) .
ويقاس على ذلك مرض العصر (الإيدز)^(٢٢٧٧) فيمنع صاحبه من المعاشرة الزوجية ، والاختلاط بين الناس فى ضوء الموازنة بين المنافع والمضار .

القضية الثالثة : حماية الأمة من التلوث :

من المبادئ التى روعيت فى تخطيط المدن الإسلامية ، وتصميمها مبدأ : « لا ضرر ولا ضرار » ، وقد يؤدى هذا المبدأ فى محاولة المخططين المعماريين الإسلاميين منع الضرر عن سكان المدن ، فاهتموا بنقل الصناعات التى تنذر الحاجة إليها خارج المدن لتجنب ما ينجم عنها من ضوضاء أو روائح كريهة أو دخان ، بل كانوا يجعلون الصناعات الكبيرة - مثل مصانع مواد البناء كمصانع الأسمنت فى عصرنا - تقع دائماً خارج أسوار المدينة الإسلامية ، واهتمت كتب الفقه بأحكام نفي الضرر الناجم عن المباني ، ومنه كتاب ابن الرامى^(٢٢٧٨) الذى أوضح فيه أن الضرر يتأتى من الدخان والرائحة والضوضاء ، وسوء استعمال الطريق ، والنظر من الكوى والأبواب ، وفى ذلك جمع ابن الرامى بين مظاهر التلوث التى تعيش فى بلواها الأمة اليوم ، وبين أن الضرر من الدخان ينقسم إلى قسمين :

الأول : لا يمكن منعه لعدم إمكانية الاستغناء عنه ، وهو الدخان المتولد عن المطابخ والتنور .

والثانى : يجب أن يمنع ، وهو دخان الأفران والحمامات ؛ لأنه يتسبب فى إلحاق الضرر بالسكان المجاورين لمصدر الدخان ، ومن ثم فإنه يجب أن تكون خارج المناطق السكنية لتفادى الضرر .

وكذلك الأمر بالنسبة للمدايق فتمنع داخل المناطق السكنية نظراً لما تسببه من روائح كريهة .

(٢٢٧٦) صحيح مسلم باب - اجتناب المجذوم رقم (٢٢٣١) ١٧٥٢/٤
(٢٢٧٧) راجع فى ذلك (د/ جاسم على سالم - الإصابة بمرض فقد المناعة المكتسب وأحكام المعاملات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت عدد ٢٨ - ١٤١٦هـ/١٩٩٦م) .
(٢٢٧٨) ابن الرامى - الاعلان بأحكام البنيان .

وكذلك الضوضاء (التلوث السمعي) فلا تجوز ممارسة أعمال داخل البيوت تسبب الضوضاء ، إذ ربما تنتج منها اهتزازات تؤدي إلى انهيار الدور المجاورة^(٢٢٧٩).

وليس هذا حال الفقهاء فحسب بل حال الأطباء ، ومنهم أبوبكر الرازي الطبيب الشهير (ت : ٣١٣هـ) فقد كان مهتما بتأثير التلوث الهوائي ، فقد استشاره عضد الدولة ابن بويه في اختيار موقع للبيمارستان (المستشفى) العضدى ببغداد ، فما كان من هذا العالم الكبير إلا أن ذهب إلى نواح عدة في عاصمة الخلافة ، لينتخب أصحها هواءً ، وأطيبها جوًّا ، حتى وصل إلى مكان بقيت فيه قطعة اللحم مدة طويلة دون أن تفسد ، وهذا دليل على صحة هوائها ، ومن ثم فقد كان العلماء يحرصون على المكان الخالي من الملوثات التي تؤدي إلى انتشار الأمراض ، وحدثت الأوبئة^(٢٢٨٠).

ولقد كان دور المحتسب العمل على حماية المحيط السكاني من التلوث ، وكان عليه أيضا مراقبة محلات الخبازين فيأمرهم برفع سقائف حوانيتهم ؛ لئلا يتضرر الناس بدخانهم^(٢٢٨١). ومن ثم فإن الفقه والقضاء أولى هذه المسألة ، اهتماما بالغاً فوضعوا من الأحكام ما منعهم الفضل على الآخرين معتمدين في ذلك على قول الله تعالى ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾^(٢٢٨٢) ، وعلى قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وحددوا مسببات الضرر في ثلاثة أنواع هي : الدخان والرائحة الكريهة والأصوات المزعجة ، وصنف الفقهاء من اتباع الإمام مالك الضرر إلى صنفين : ضرر قائم ، وضرر مستجد .

أما الضرر القائم فينقسم إلى أضرار ناتجة عن أنشطة استقرت في المنطقة قبل غيرها من الإشغالات ، ويجمع الفقهاء على إبقائها لأحققتها على غيرها بما أنها (ضرر دخل عليه) . والضرر المستجد : هو الناتج عن أنشطة بدأت بعد استقرار الجيرة المحيطة بها ، ويحكم هذه الحالة قاعدتان : الأولى : وقف الأنشطة في حال الإتلاف والضرر الشديد، مثل دخان نار الحمامات ، وغبار الطواحين ، ورائحة الدباغة . الثانية : تقضى بالإبقاء على النشاط إن كان ضروريا وضئلا ، ويمكن التكيف معه ، مثل دخان المخابز أو مطابخ البيوت^(٢٢٨٣).

وكان لهذا التعضيد الفقهي أثره المباشر في دفع نوعيات المنشآت الصناعية التي تسبب في هذا الضرر إلى أطراف المدينة الإسلامية ، وأقرب مثال على ذلك ما شهدته مدينة القاهرة في

(٢٢٧٩) انظر (م) محمد عبد القادر الفقى - مراعاة العوامل البيئية في العمارة الإسلامية - ص ٣٢ .

(٢٢٨٠) انظر (م) محمد عبد القادر الفقى - مراعاة العوامل البيئية في العمارة الإسلامية - ص ٣٢ .

(٢٢٨١) انظر (د) محمد زومان - التصور الإسلامى للبيئة ودلالاته وأبعاده - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد ٥٥ - ٢٠٠٣/هـ - ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ .

(٢٢٨٢) سورة الأعراف : آية ٥٦ .

(٢٢٨٣) انظر (د) صالح الهذلول - التحكم في استعمالات الأراضي في المدينة العربية - سجل أبحاث ندوة الإسكان في المدينة الإسلامية - منظمة العواصم والمدن الإسلامية - جدة ١٩٨٤م - ص ٢٨٥ : ٢٩٢ .

القرن الحادى عشر الهجرى من مقاومة للتلوث الناتج من المنشآت الصناعية ، وأهم مشروع تم لحماية السكان من التلوث مشروع نقل المدابغ من المنطقة التى كانت تقع جنوب باب زويلة خارج القاهرة ، حيث عمر مكانها مسجد وعمائر أخرى بينما أنشئت مدابغ جديدة بالقرب من قنطرة (قدادار) ، وكان هذا المكان يبعد عن الكتلة العمرانية للمدينة ، ولا يسبب أى أضرار صحية للسكان^(٢٢٨٤).

هذا المثال يبين جانباً من جوانب التشريع الإسلامى فى مراعاة المصالح التى بُنيت على الموازنة بين المنافع والمضار بين مصلحة الفرد والجماعة من حيث حماية الصحة العامة ، بكل مظاهرها ، وهذه الحماية الصحية يمثل جانب كبير منها المصالح الضرورية المتمثلة فى حفظ النفس من الهلاك ، وجانب آخر يتعلق بالمصالح الحاجية أى أنها ليست ضرورية ، وإنما هى تقوم بالجانب التكميلى للضرورى ، ومنها مصلحة الإنسان فى الحفاظ على سلامة البيئة من التلوث بكل أنواعه .

ونخلص مما تقدم أن التشريع الإسلامى يحمى الصحة العامة بوجه عام ، وأنه لم يفرط فى حماية أى عنصر من عناصرهما ، فهو يحمى الحياة الآمنة للإنسان من أى اعتداء ، دون إفراط أو تفريط ، بل فى إطار الاتزان والاعتدال .

(٢٢٨٤) راجع فى ذلك (د/ محمد عبد الستار عثمان - المدينة الإسلامية سلسلة عالم المعرفة - المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب - الكويت ١٩٨٨ م) .

المطلب الثانى

مجال الصحة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية

إن التطور الهائل الذى وصلت إليه الصناعة الحديثة فى ظل غياب القيم الرادعة عن الإضرار بالبيئة والصحة العامة ، أدى إلى فتح سبل الاستثمار الصناعى بلا قيد ، واستغلال المنافع والتفنن فى اختراع وسائل وآلات صناعية فى ظل الحرية الانتاجية يغلب ضررها على نفعها ، بل أدت إلى أن أصبح العلم الصناعى سلاحا يشهره الإنسان فى وجه البيئة ليخضعها لإرادته ، ويستنزف خيراتها ، وانطلق العلم بلا محدودية ، حتى قال عن هذا التقدم "يزنبرج" : "ينظر إلى تقدم العلوم ، وكأنه حملة صليبية لغزو عالم المادة بلا رحمة" (٢٢٨٥) .

ومن ثم وجدت إشكالية حقوق الإنسان فى أن يكون آمنا على نفسه وصحته ، أمام هذه الأضرار الناتجة عن المشروعات الصناعية التى تؤدى إلى تلوث للبيئة ، وما يترتب عليه من أضرار عامة على الصحة (٢٢٨٦) .

هذه الإشكالية فتحت الباب لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار لتطبق فى هذا المجال تطبيقا لا حد لرقعته الأرضية فى بلده الأم فرنسا فحسب بل استوعب تطبيق النظرية دول العالم أجمع ، وخصوصا ، وأن العالم مشغول اليوم بقضايا البيئة ، وآثار المخلفات الصناعية الكيميائية والنووية عليها ، والذى جمع بين العالم فى هذا المجال ، إتفاق دول العالم الغربى والشرقى على أن الهدف من القرار الإدارى عموما - دون النظر للقضاء الموحد أو المزدوج - فى إقامة مشروع صناعى ما أمران :

الأول : تحقيق المصلحة العامة والمتمثلة فى حفظ النظام العام من أمن وسكينة وصحة عامة .

الثانى : تحقيق الهدف الذى خصصه المشرع لإصدار القرار (٢٢٨٧) .

والذى يعنينا فى المقام الأول هو تحقيق المصلحة العامة ، ومنها حفظ الصحة العامة ، التى قد تتعارض مع المشاريع الصناعية الخاصة أو العامة إذا نتج عنها ما يضر بالأفراد صحيا أو ما يضر بالبيئة عموما .

ومن هنا كان للموازنة بين المنافع والمضار محل للإعمال فى كل دول العالم نأخذ منها

(٢٢٨٥) جورج ستانيسو - العلم فى منظوره الجديد ترجمة /كمال خلايلي- سلسلة عالم المعرفة - الكويت ١٩٨٩م ص١٣٤ .

(٢٢٨٦) انظر (د/أسامة الخولى - البيئة وقضايا التنمية والتصنيع - دراسات حول الواقع البيئى فى الوطن العربى ، والدول النامية- تقديم د/ مصطفى طلبة- سلسلة عالم المعرفة عدد ٢٨٥ سبتمبر ٢٠٠٢م ص٤٧) .

(٢٢٨٧) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة - إلغاء القرار الإدارى لحياده عن الهدف المخصص لإصداره -دراسة مقارنة- مجلة المحاماة - القاهرة - العدد الأول ٢٠٠١م - ص٥٩٧) .

على سبيل المثال ما يلي :

أولا : فرنسا :

إنه في مواجهة التقدم العلمي المتزايد ، وفي مواجهة الصناعات الحديثة ، وما نتج عنها من أضرار ، ومع اتساع نطاق السلطة التقديرية في هذا المجال ، كان على القضاء الإداري أن يعمل على إقامة مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار أو التوازن بين المزايا والأضرار المترتبة على القرار الإداري في مجال الصحة العامة^(٢٢٨٨).

وقد كان للإدارة في فرنسا قبل ١٩٧١م سلطة تقديرية في مجال الصحة العامة بلا قيد يحدّها ، وما على القضاء الإداري إلا أن يقضى بالتعويض المادى للمتضرر ، ولكن سرعان ما بدأ القضاء يخطو خطوات مدروسة نحو تقييد هذا السلطة بما يحقق الصالح العام ، ولا ينال من حقوق الأفراد الصحية ، في ظل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

ووجد القضاء الإدارى فى فرنسا لنفسه سنداً دستورياً ، وإطاراً عاماً للنظرية فى المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان : " لا يحق للقانون أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع " (٢٢٨٩).

ومن ثم كان على القاضى الإدارى أن يَتَشَبَّثَ من وجود الضرر بالفعل ، وأن الضرر يربو على المنفعة المرجوة من إقامة مشروع مَّا تحرض الإدارة على تنفيذه .

ووجد القضاء الإداري أنه في ظل الثورة الصناعية والاعتماد على الطاقة النووية والمواد الحفريّة كالفحم والبتروّل والغاز ، وما يترتب عليها من أضرار صحيّة وبيئية خطيرة ، أيضا ما ينتج عن النفايات من تأثير على صحّة الأفراد والمجتمع ، أن على القضاء الإداري القيام بواجب حماية الأفراد من مضارها ، ولن يتمكّن من ذلك إلا بإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، إذ إنها تدفعه إلى النظر إلى الشيء المراد تنفيذه من زاويتين :

الأولى : الأسباب التي على أساسها تم اختيار مشروع مآ دون غيره من المشاريع ، وأنه لا يضر بالصحة والبيئة^(٢٢٩).

الثانية : التأكد من أن المشروع لا يتضمن مخاطر وأضرار تؤثر على الصحة، ولا تؤدي إلى إفساد وتلوث البيئة ، أو أن هذه الأضرار قليلة مقارنة بالمزايا ، أو الفوائد المنتظرة من ورائه^(٢٢٩١).

وتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار في مجال الصحة العامة والبيئة عدة أحكام للقضاء الإداري الفرنسي نأخذ منها على سبيل المثال ما يلي :

(٢٢٨٨) د/ سامي جمال الدين - قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة ص ٢٣٣ .

(٢٢٨٩) مادة (٥) من ملحق إعلان حقوق الإنسان مذيّل به الدستور الفرنسي الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨ م .

(۲۲۹۰) انظر :

Rene chapus : Droit ADministratif 🇫🇷👉💀👈⚙️✌️😬 🏠👤📁🗂️🔍 – Paris ☐☐☐🔍🖱️🖱️ .

(٢٢٩١) انظر (أ.د/رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٤٥).

أ- قضية (الطينة الحمراء) (Des boues Rouges) :

هذه القضية حازت على اهتمام الرأي العام في فرنسا ، والتي تخلص وقائعها في أن الإدارة قررت إنشاء قناة لإخراج النفايات الكيميائية لأحد مصانع الألمونيوم من قبل شركة (باشنس) في عرض البحر في خليج (Cassis) لأجل المنفعة العامة، ومن وجهة نظر الإدارة أنها أكيدة وقانون المناجم يتبع ذلك^(٢٢٩٢).

وهنا تعرض مجلس الدولة لعيوب المشروع ، وذلك بعد دراسة كاملة له ، وللظروف المحيطة بالعملية ككل ، فَقَرَّرَ بأن المشروع ، وإن تَرَتَّبَ عليه إضرار بالصحة العامة للنبات والحيوان ، أو بالتنمية السياحية والاقتصادية في المنطقة ، فإنه ليس بالدرجة التي تجرده من صفته للمنفعة العامة ، وقرر أيضا أن صب هذه المخلفات على مسافة سبعة كيلومترات من الشاطئ وعلى عمق ألف متر لا يلحق ضررا بالمصلحة العامة^(٢٢٩٣).

ولقد كان أمام مجلس الدولة الاستناد للمادة (٧٣) من قانون المناجم التي تَعْتَبِر من أعمال المنفعة العامة الإنشاءات المتعلقة بتنمية الإنتاج ، ولكن المجلس فَضَّلَ المقابلة بين مزايا وعيوب المشروع ، ومن ثم بعد هذا القرار ، موضحا لمعالم الطريق لقلب وضع القانون الذي صدر في عام ١٩٧١ م ، فلقد كان بمثابة تمهيد للتطبيق الصريح لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في ظل قرار (٢٨ مايو ١٩٧١ م) الذي يسمى بقرار المبادئ^(٢٢٩٤).

قضية : (مستشفى سانت ماري) .

"Societe civile sainte – Marie de L'assomption "

تُعَدُّ هذه القضية من أهم القضايا التي شغلت فقهاء القانون في فرنسا ، وتتمثل وقائعها فيما اتخذته الإدارة من قرار ربط مدينة نيس (Nice) الفرنسية والمناطق المحيطة بدولة إيطاليا ، بواسطة طريق سريع يأخذ شكل منحني يدور حول المقاطعة بأكملها غير أنه يقتضى إزالة جزء من مستشفى الأمراض النفسية المعروفة باسم (Saint marie)^(٢٢٩٥). وهي مستشفى خاص ،

(٢٢٩٢) انظر :

Boues Rouges de cassis (boues rouges de cassis), commune . de cassis A.J. note. P. Magnier.

(٢٢٩٣) انظر :

Rene chapus :Droit ADministratif GENERAL P. 536

(٢٢٩٤) انظر :

Rene chapus : op. cit , P. 536 .

(٢٢٩٥)

C.E:A. Boues Rouges de cassis, commune . de cassis A.J. note. P. Magnier. L'Assomption, R.D.P. Boues Rouges de cassis, commune . de cassis A.J. note. P. Magnier.

ولكنها الوحيدة التى تلبى احتياجات المنطقة (ألب ميرينم) ، ويترتب على إزالة هذا الجزء من المستشفى هدم مبنى به أربعة وعشرون سريرا ، وحرمان المستشفى من المساحات الخضراء المحيطة بها ، ومن أماكن السيارات الملحقة به ، وكذلك هدم جزء من المبنى العام المخصص للخدمات التى تقدم للنزلاء^(٢٢٩٦).



(٢٢٩٦) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة - ص ٢٤٤).

موقف القضاء الإدارى الفرنسى :

لم يقف مجلس الدولة أمام المصلحة العامة التى يدعيها القرار ، والمصلحة الخاصة للمستشفى فحسب ، بل نظر إلى الجانب الإيجابى للقرار ، وهو المنفعة العامة المتمثلة فى سرعة المرور ، وأيضا الجانب السلبى ، وهو التأثير على الصحة العامة ، وهنا وجد المجلس نفسه أمام مصلحتين عامتين متعارضتين ، ووجد أنه مطالب بالتحكيم بينهما ؛ لأن الإدارة لم تستطع أن تتلافى المضار المترتبة على المشروع بإنشاء مستشفى آخر مماثل ، أو على الأقل بضمان علاج المرضى بمستشفى آخر مماثل أو على الأقل بضمان علاج المرضى بمستشفى بالمنطقة^(٢٢٩٧).

وهذا ما جعل مفوض الدولة (Morisot) فى هذه القضية يدعو مجلس الدولة إلى أن يزيد من رقابته على شرط المنفعة العامة ، بحيث تتضمن هذه الرقابة ، إلغاء القرار متى كانت المنفعة العامة الناتجة عنه تضر بمنفعة عامة أخرى تزيد فى أهميتها على المنفعة الأولى أى ترجيح المنفعة العامة "الصحية" على منفعة "سرعة المرور باستخدام الطريق السريع" كما أشار مفوض الدولة إلى أن وزير الصحة لم يؤخذ رأيه فى الموضوع ، إلا أنه أثناء نظر الدعوى عارض الوزير فى هدم جزء من المستشفى أو المساس به لأهميته لمواطنى المنطقة ، ولعدم وجود مستشفى عام متخصص بالقرب منه^(٢٢٩٨).

ومن ثم لجأ مجلس الدولة إلى قرار بإلغاء القرار الإدارى ، وإن كان إلغاء جزئيا ، إذ إنه اعترف بصفة المنفعة العامة للجزء من المشروع الذى سيترتب عليه هدم مبنى من المستشفى ، بينما أنكرها على الجزأين الآخرين لإضرارهما الشديد بالبيئة من جراء إزالة المساحات الخضراء ، وإحداث الضوضاء بالمستشفى^(٢٢٩٩).

وبغض النظر عن طبيعة الإلغاء الجزئى ، وإنه يؤدى فى النهاية لنفس نتيجة الإلغاء الكلى ، وعدول الإدارة عن مشروعها بالكامل ، فإن الحكم الصادر فى قضية (Sainte Marie) ، لم يقف عند الحد الذى وقف عنده الحكم الصادر فى قضية المدينة الشرقية الجديدة ، بل تخطاه إلى حد أضاف لمبرراته ، مبررا جديدا مؤاده : "رفض الاعتراف بتوفر شرط المنفعة العامة ، الذى يبرر نزع الملكية ، طالما أن هذا القرار سيسبب ضررا محققا لمنفعة أخرى لا تقل أهمية .

ومع أن مجلس الدولة فى هذه القضية قضى ببطالان القرار الإدارى لما يؤدى إليه من مساس بالصحة العامة التى لا تقل أهمية عن منفعة سرعة المرور ، فقد لاقى انتقادا من قبل بعض

(٢٢٩٧) انظر :

Marcel WALINE : Note sous C.E. 29.6.1979 . Min. de l'Intérieur c./Malardel, R.D.P. 1980, P. 1167 .

(٢٢٩٨) انظر :

Charles Debbasch et autres, op.cit., p 239 .

(٢٢٩٩) انظر :

Marcel WALINE : OP. cit, P. 1167.

فقهاء القانون ، قالوا فيه :

١- إن التحكيم الذى أجراه المجلس بين وزارة الصحة ووزارة الأشغال ، تختص به الإدارات العليا .

٢- كما أنه قارن بين المنافع العامة بعضها ببعض ، للتوصل إلى تفضيل إحداها، بينما المنافع العامة جميعها متساوية ، وليس هناك أولوية لأى منها على غيرها.

٣- كذلك المنطق الذى أتى به الحكم ، وفقا لهذا الرأى يؤدى إلى أن تصبح المنفعة العامة التى هى روح القانون الإدارى وباعثة الحيوية فيه ليست فكرة واحدة.

٤- كما جعل الحكم هناك مشروعات من الدرجة الأولى ، ومشروعات من الدرجة الثانية (٢٣٠٠).

والحقيقة أن المنافع العامة ليست على درجة واحدة وإنما تتعدد بحسب اختلاف أهمية كل منها ، وكذلك بحسب الظروف المحيطة بإقامتها ، مما يترتب عليه إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لحل التعارض فيما بين المنافع ، ومن ثم يكون الترتيب للمنفعة الأولى ، وتكون الحاجة إلى بحث أولوية أى منها .

ويظهر هذا التعدد للمنافع إذا كان المشروع تتنازعه عدة منافع عامة ويتطلب تحقيق بعضها إقامته ، بينما يضر تنفيذه بالمنافع الأخرى ، وهنا يلزم القاضى الإدارى بحث أى المنافع الأولى بالاعتبار .

وإنه باستقراء أحكام مجلس الدولة في مجال الصحة العامة نجد أن المجلس بعد حكمه بإلغاء قرار الإدارة في قضية (ste-civile set – marie de Assomption) درج على الاعتراف بصفة المنفعة العامة لمشروعات لها أضرار على الصحة العامة ، ورفض طلبات الإلغاء بشأنها مكتفيا بالصيغة التقليدية للموازنة ، فلقد اعترف المجلس بصفة المنفعة العامة لإنشاء خط القطارات ذات السرعة الكبيرة (T.G.V) في الرحلة من "باريس – ليون" رغم إضراره الشديد بالبيئة والاستغلالات الزراعية والغابات واحتمالات الإضرار بالمياه ، ولم يقيم المجلس بالإلغاء ، لأنه رأى أن سرعة الانتقال وتوفير الوقت يحقق للمشروع صفة المنفعة العامة رغم كل الأضرار التي قدر المجلس أنها غير مفرطة^(٢٣٠).

(۲۳۰۰) انظر :

Jean WALINE : Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, Mél. WALINE, T. II, 1974, p. 826.

CABANES et LEGER :Chr. Générale de la jurisprudence administrative française ,A . J. D. A . 1972, P , 580

Bruno ODET : Note sous C.E. 20.10.1972, Sté. Civile Ste-Marie de l'Assomption, J.C.P. 1973, II, 17470

انظر (٢٣٠١)

أيضا : اعترف المجلس لمشروع إعداد وتجهيز الموانئ الجوية بصفة المنفعة العامة رغم الأضرار التي يمكن أن تترتب عليه على الاستغلالات الزراعية ، أو الضوضاء المنبعثة منها ، ورفض المجلس الإلغاء لرجحان المنفعة العامة المتمثلة في كون الموانئ الجوية تربط المدن الفرنسية والأجنبية جوا^(٢٣٠٢).

هذا الموقف المتغير من المجلس جعل البعض من فقهاء القانون يفسره بأنه عمل تستلزمه الضرورة العامة ، وأن هذه الضرورة لا تدخل ضمن عناصر الموازنة بين المنافع والمضار ، حيث إنها من المشروعات الكبرى والقومية التي تتفوق على كل الأضرار مهما كانت جسامتها^(٢٣٠٣).

والذي دفع الفقهاء إلى الربط بين فكرة الضرورة العامة ، وهذه المشروعات ما درج عليه مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، من ذكر ألفاظ تشير إلى هذا التفسير منها : (الضرورة - اللزوم - الوجوب) هذه الألفاظ ذكرها مجلس الدولة في حكمه الخاص بإنشاء المفاعلات النووية ، وما يترتب عليها من مضار على الصحة العامة والبيئة .

وعندما طُعن في قرار تقرير المنفعة العامة لإقامة المركز النووي (Greys-Malville) ، والمنشآت الملحقة به ، وكان المفاعل النووي المقام به ، الأول من حيث نوعه ، وقوته في العالم ، كما أنه يستخدم في تشغيله المواد المستعملة في إنتاج القنابل الذرية ، إضافة إلى أنه سيؤدي إلى تلوث المياه في نهر (Rhône) ويضر بالاستغلالات الزراعية ، كما أنه لا يوجد خط سكة حديد لنقل المواد الذرية لمكان المفاعل^(٢٣٠٤).

ولكن المجلس رأى أن المنفعة العامة للمشروع تنبع من عدم التوازن بين احتياجات الطاقة ، والمصادر المتاحة لها على المستوى القومي ، مما أدى إلى ضرورة التوسع في إنتاج الطاقة الكهربائية عن هذا الطريق ، وبالنسبة للأخطار المتوقعة فإن الإدارة سوف تتخذ الاحتياجات اللازمة ، وأما الأضرار الناجمة عن المشروع سواء الاقتصادية أم المالية أم الإضرار بالبيئة أم الأمن ، فإنها تحرمه من صفة المنفعة العامة^(٢٣٠٥).

وإن لفظ (ضروري) في عبارة حكم المجلس الخاص بالمفاعل النووي دفعت البعض من

(٢٣٠٢)

C.E. :  Mmecanu et comité international de defense contre

l'implantation d'un aérodrome aBoos, leb.P  .

Olivier SACHS :Le controle de l'utilité pubique des servitudes (٢٣٠٣)

Administratives, the . Paris   .

(٢٣٠٤) انظر :

Alain BOCKEL : Note sous C.E. 4.5.1979 , département de la Savoie , A.J.D.A. déc. 1979, P,41 .

(٢٣٠٥) انظر :

C.E.4.5.1979 , département de la Savoie et autres, C.J.E.G. 1979 , PP. 118 – 130 J. note Patrick GIROD; A.J.D.A. déc. 1979 , P . 38 et s., note A. BOCKEL précitée ; R.J.E. 1979 , NO. 3, P. 188 et s., note COLSON .

الفقهاء إلى القول بأن هذه المشروعات من قبيل العمل بالضرورة العامة .
أيضا قول مجلس الدولة بشأن التوسع في المعسكرات الحربية ، وما يترتب عليها من
الإضرار الشديد بالبيئة والاستغلالات الزراعية : (إن وجود معسكرات متسعة للمناورة يعكس
ضرورة كبيرة) (٢٣٠٦).

وهذا اللبس في التفسير لموقف مجلس الدولة يرجع إلى التطور الذي شهدته النصوص
الواردة في شأن حماية الملكية الخاصة ، فإن المادة (١٧) من إعلان حقوق الإنسان في فرنسا
تشتط أن تستلزم المشروعات ضرورة عامة حتى يمكن أن يلجأ إلى نزع الملكية بصده (٢٣٠٧) ،
وكذلك نص المادة (٥٤٥) من القانون المدني الفرنسي.

والحقيقة أن القاضى الإدارى قام بالموازنة بين المنافع والمضار دون أن يعتد بالضرورة
في تلك القضايا ، وقارن المجلس بين المزايا والعيوب الأمر الذى جعله يرجح ما غلب نفعه ،
والذى يمكن قبوله : "أن المنفعة العامة في حالة المشروعات الكبرى تتغلب لأهميتها وثقلها على
الأضرار والأعباء التى تفرضها هذه لمشروعات ، لكن ليس هناك ما يمنع من التغلب عليها إذا
اصطدمت بمنفعة أو مجموعة منافع أكثر أهمية تتفوق عليها بثقلها" (٢٣٠٨).

ومن ثم فالقول بأن فكرة المنفعة العامة التى تبرر نزع الملكية للمفاعلات النووية أو
المعسكرات الحربية أو المشاريع القومية تُردُّ إلى فكرة الضرورة العامة قول غير سديد للأسباب
الآتية :

١ - تتواترت أحكام مجلس الدولة في هذا المجال دون تمييز لمشروعات معينة بتعبير
الضرورة العامة .

٢ - إن إيجاد مسميات جديدة يتسبب في خلط الأمور حيث يلزم التفرقة بين ما بعد
ضرورى ضرورة عامة ، وما بعد منفعة عامة ، ولا يستقيم هذا مع رغبة القضاء الإدارى فى وضع
تعريف للمنفعة أكثر تحديدا ودقة .

٣ - أن القول بالضرورة العامة سيخطو بنا إلى الخلف حيث فكرة المنفعة العامة التى
يكفى فيها نوع المشروع للإعتراف له بصفة المنفعة العامة دون أعمال لنظرية الموازنة بين المنافع
والمضار (٢٣٠٩).

(٢٣٠٦) انظر :

C.E.  , Asso cigtion . des amis de l'abbaye de fontevraut,
leb . P 

(٢٣٠٧) نصت المادة (١٧) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان فى فرنسا فى ١٧٨٩/٨/٢٦م بقوله : "لما كانت الملكية
حقا مصونا ومقدسا ، فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضى ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة قانونا ، ويشترط
التعويض العادى والمسبق " .

(٢٣٠٨) د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٥٨ .

(٢٣٠٩) استخدمت محكمة نيس الإدارية فى أحد أحكامها المنفعة العامة ، والضرورة العامة بمعنى واحد ، انظر :

Jean VIROLE : le champ d'application de la déclaration d'utilité publique , A.J.D.A.
1960,p. 179 .

ثانيا ألمانيا :

لقد طبق القاضى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة والبيئة ، بل دخل القاضى فى تقديرات فنية دقيقة فى مسألة إقامة المفاعلات النووية.

فقد منعت محكمة (فراى بوج) (fribourg) إقامة مفاعل نووى فى (why) حيث تبين للمحكمة عدم كفاية احتياطات الأمن المتخذة ، وحتى تصل إلى هذا القرار ، انتقل القضاء إلى مكان إنشاء المفاعل النووى ، واستمعوا إلى آراء الجمهور والإدارة وأعضاء المجالس النيابية ، وممثلى البيئة ، والخبراء ، وطلبوا من حوالى (٤٧) خبيرا تقارير مكتوبة^(٢٣١٠)، وفى النهاية قضت المحكمة بعدم استكمال بناء المنشآت ، وفى حكم للمحكمة الفيدرالية الألمانية فى ١٦/٥/١٩٧٢م فضلت حماية المواطن على أهمية إنتاج الطاقة بصدد فحصها لفاعلية إجراءات الوقاية والحماية المتخذة^(٢٣١١).

هذا التطور الرائع الذى وصل إليه القضاء الألمانى بشأن حماية الصحة العامة من تقديرات فنية دقيقة ، والوصول إلى موازنة عادلة ، دفعنا إلى أن نتساءل : هل وصل القاضى الإدارى فى فرنسا إلى هذا المستوى من الدقة ، أم أنه يتمتع بسلطات أقل فى مواجهة الإدارة لا يجوز له أن يتعداها ؟

الحقيقة أن القاضى الفرنسى لم يتوقف عن محاولاته للوصول إلى الكمال فى نظرية الموازنة لكونه يجهل تلك الأمور الفنية ، بل إنه يتبع سياسة قضائية معينة ، وأقرب دليل على ذلك أنه فى الوقت الذى ترفض فيه المحاكم العادية تطبيق نظرية الاعتداء على القيام بالأعمال التمهيدية لإنشاء المفاعلات النووية ، قبل صدور قرار التصريح بالإنشاء أو قرار تقرير المنفعة العامة ؛ لأنها لم تعترف بحماية البيئة باعتبارها حرية عامة أساسية ، فإننا نجد محكمة (Caen) الإدارية تقضى بوقف تنفيذ قرار التصريح بإقامة مفاعل (Flamanville) لأن الأعمال التى سيتم تنفيذها " تسبب أضرارا من الصعب إصلاحها إذا ما ألغى تصريح البناء "^(٢٣١٢).

ومن ثم فإن تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا له أهمية خاصة ولاسيما فى مجال الصحة العامة والبيئة ، وما زال مجلس الدولة يتبع سياسته القضائية فى إعمالها للحد من سلطة الإدارة التقديرية حتى يصل بالقرار الإدارى إلى حد الاعتدال دونما غلو أو تعسف أو انحراف .

ثالثا : مصر :

Le monde

(٢٣١٠) انظر :



Alain Bockel : Note

(٢٣١١) انظر :



(٢٣١٢) انظر :

J.CAILLOSSE : Jurispudence administrative sur le contentieux nucléaire "Super - phenix" devant ses juges , R.A. 1980, No. 193 , P. 36 et s .

أصبحت الاستثمارات الصناعية بعد خروج المحتل الإنجليزي من مصر ، أهم أهداف ثورة يوليو ١٩٥٢ م ، فقد اهتمت الثورة بالصناعة ، ونظرت إليها على أنها أداة أساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية والتقدم المطلوب^(٢٣١٣).

وأدت سياسة الدولة في ذاك الوقت وهي (الاشتراكية) أن التنمية الاقتصادية لمصر لن تأتى إلا بعد الرقى الصناعى ، وتدخلت الدولة فى الصناعة بالفكر الواحد الشمولى فى عملية التنمية عن طريق القطاع العام^(٢٣١٤) ، واعتبرته أمرا ضروريا ، وليس هناك ما يدعو إلى ترك الأمر للمبادرات الفردية والمشروعات الخاصة ، وانطلقت الدولة فى صناعة الأسمت والحديد والصلب ، والمعادن الأخرى ، ومصافى البترول ، والكيماويات^(٢٣١٥)، هذه الصناعات ساهمت بشكل كبير ومباشر فى التأثير على الصحة العامة والبيئة .
وهذه الآثار الصحية والبيئية فى مصر لها أسبابها :

- ١ غياب التخطيط العلمى السليم فى جميع أطوار الصناعة وعناصرها .
- ٢ عدم وجود خريطة صناعية بمصر تحدد الأماكن المناسبة لكل صناعة تجنباً لأخطارها المحتملة ، وترك الدوائر الصناعية تختار من الأماكن كما تشاء فى غياب التخطيط العلمى المدروس والبعيد المدى لتدارك أية أخطار محتملة لهذه الصناعات .
- ٣ غياب التخطيط العمرانى السليم بالمدن ، وذلك بإعطاء تراخيص للبناء فى مناطق قريبة وممتدة فى اتجاه المساكن ، وعدم تحديد كردونات هذه المدن وامتدادها بعيدا عن هذه المصانع .
- ٤ عدم التزام التخطيط الإنشائى للمصانع بتنفيذ الاشتراكات الهندسية الوقائية للأخطار المحتملة لكل صناعة ، كذلك عدم التزامه بوجود أحزمة أمان حول كل صناعة للسيطرة على أية أخطار محتملة .
- ٥ عدم التزام المنشآت بشراء الماكينات والمعدات والمواد الآمنة ذاتيا .
- ٦ عدم التزام المنشآت لاختبار الأصلح صحيا للعاملين طبقا لأنواع التعرضات المهنية المختلفة .
- ٧ عدم التزام المنشآت بتنفيذ البرامج التدريبية على المهن المختلفة للعاملين بما يؤدى إلى زيادة معرفة العامل بالتعامل السليم مع الماكينات والمعدات عند استخدامها وبالتالي

(٢٣١٣) انظر (د/منى قاسم - التلوث البيئى والتنمية الاقتصادية - الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٩ م - ص ١٧).

(٢٣١٤) أثناء كتابة هذه الفقرة من البحث يكون قد مر على ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ حوالى ٥٢ سنة ، والعجيب ، ونحن فى عصر الخصخصة ، والرجوع بذاكرة التاريخ وجدنا أن الذين ينادون بالخصخصة اليوم ، ويدافعون عنها هم الذين كانوا من قبل فى الستينيات أول المتحمسين للاشتراكية ، وسبحان من يُغير ولا يتغير ، ولكن المثل الهولندى يقول : (تغيير الأحجار تحت الطعام لن يغير من طعم الطعام) .

(٢٣١٥) انظر (د/منى قاسم - المرجع السابق ص ١٦٣) .

معرفة أخطارها وطرق الوقاية منها^(٢٣١٦).

هذه الأسباب أدت إلى الإضرار بمناطق آهلة بالسكان ، ومنها على سبيل المثال مدينة حلوان جنوبى القاهرة : فلقد كانت منتجعا صحيا يؤمها الناس منذ قدماء المصريين لشفاء المرضى من أمراض الصدر والروماتيزم بهواء حلوان وشمسها، ومياهها المعدنية ، ولكنها بعد أن حولتها الاشتراكية إلى قلعة صناعية من دون وعى أو اهتمام بالآثار الصحية على عموم الناس ، تحولت حلوان إلى مدينة ملوثة ١٠٠٪^(٢٣١٧).

أيضا من الأمور التَّكِدَات بسبب التخطيط العشوائى والفكر الأحادى ما آلت إليه بحيرة مريبوط فى محافظة الإسكندرية بسبب مشروع الصرف الصحى ، فلقد أعلن خبراء الصحة والبيئة تضائل حصادها من الثروة السمكية إلى عُشْر ما كانت عليه ، وبلوغها درجة التلوث جعلت منها خطرا على حياة السكان والطيور المهاجرة والمقيمة^(٢٣١٨).

ومن ثم فالتحولات البيئية غير المحمودة لبناء قلعة صناعية فى حلوان أو للصرف الصحى فى البحر ، لم تكن هدفا لمن خططوا لأنشطة تنموية لاشك فى أنها مفيدة اقتصاديا من وجهة نظر معينة ، وما يتحمّله المجتمع بأسره من خسائر وأضرار يصعب تقديره^(٢٣١٩).

ومع ارتفاع الأصوات بالمناداة بحماية الصحة والبيئة على مستوى العالم ، اهتم المشرع المصرى بهذا الأمر ووضع من القوانين المقيدة والراذعة لأصحاب المنشآت الصناعية^(٢٣٢٠) ، ومنه نصوص القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ م ، وبخاصة منشآت المناجم والمحاجر ، ومشروعات البنية الأساسية التى لها تأثير ملحوظ على الصحة والبيئة ، فألزمها المشرع باختيار الموقع المناسب والالتزام بعدم الإضرار بالصحة العامة^(٢٣٢١) ، ولم تقتصر الدولة على وضع القوانين فحسب ، وإنما لأجل حماية الصحة العامة ، وضعت لوائح الضبط الإدارى ، ثم قيام القضاء

(٢٣١٦) انظر (الدكتورة/ عيون عبد القادر مطاوع - قضايا البيئة والتنمية فى مصر - التلوث البيئى من خلال مناقشات ممثلى الأمة فى مجلس الشعب - إشراف الأستاذ/ محمد أبو الفتح نصار- معهد التخطيط القومى - مركز التوثيق والنشر - دراسات توثيقية ١٩٨٩م - ص٦ : ٧) .

(٢٣١٧) إن مأساة مدينة حلوان لن يغفرها التاريخ للعهد السوداء بعد أن وصل فيها التلوث أعلى درجة فى العالم ، وأكثر من المسموح به دوليا ٢٤ مرة ، إذ إنها ملوثة بأتربة الكالسيوم والكبريتات ، وينزل عليها يوميا ٣٦٠ طن من الأتربة حتى صارت مدينة موبوءة بأمراض الصدر والسرطان . انظر (د/ عيون عبد القادر مطاوع - قضايا البيئة والتنمية فى مصر - ص٧١) . وانظر (د/ محمود سامى قرنى - حماية البيئة جنائيا - دراسة مقارنة - دار القومية العربية للثقافة والنشر ١٩٩٤ م) .

(٢٣١٨) انظر (د/ أسامة الخولى - البيئة وقضايا التنمية والتصنيع - دراسات حول الواقع البيئى فى الوطن العربى والدول النامية - تقديم د/ مصطفى طلبة- سلسلة عالم المعرفة - الكويت عدد ٢٨٥ سنة ٢٠٠٢م - ص٣٦) .

(٢٣١٩) انظر (د/ أسامة الخولى - المرجع السابق - ص٣٦) .

(٢٣٢٠) راجع فى ذلك (د/ محمود سامى قرنى - حماية البيئة جنائيا) .

(٢٣٢١) انظر (مستشار/ مصطفى مجدى هرجه - مادة ٢٩ ، من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م - الموسوعة = = القضائية الحديثة فى التشريعات الجنائية- دار محمود للنشر والتوزيع - القاهرة ٢٠٠١م - ٤٣٤/٢) .

بالفصل فيما يعرض من منازعات ، وكل ذلك بهدف حماية البيئة من التلوث^(٢٣٢٢) ، وأمام هذه المشاريع الصناعية الحديثة ، وما يترتب عليها من تأثير على الصحة العامة ، أصبحت الحاجة ملحة في مصر إلى تدخل القضاء الإدارى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، حماية للفرد والجماعة ، ونضرب مثالا لتدخل القاضى بالموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة :

المثال الأول : قررت الإدارة إقامة مشروع صرف صحى بالقاهرة الكبرى ، وتبين أن تنفيذ المشروع فى الموقع الذى اختارته الإدارة يسبب أضرارا كبيرة حيث يؤدى فقدان واحد وخمسين فدانا من أجود الأراضى الزراعية التى يعتمد عليها فى إنتاج الحبوب والمواد الغذائية الضرورية لتحقيق الأمن الغذائى للبلاد ، وتوفير فرص عمل فى المجال الزراعى ؛ بينما على العكس يؤدى نقل المشروع إلى الأراضى البور المجاورة إلى المحافظة على المساحات الخضراء المحيطة بالعاصمة ، وليس هذا هو طلب الطاعنين فقط ، بل طالب معهد البحوث الزراعية بتعديل مسار تنفيذ المشروع ، كما جاء فى تقرير مكتب خبراء وزارة العدل - الذى انتدبته المحكمة لإبداء الرأى- قال : (إنه يمكن من الناحية الفنية تعديل مسار خط المشروع ليمر فى الأراضى البور المجاورة لأرض النزاع المزروعة)^(٢٣٢٣). وبالرغم من اقتناع محكمة القضاء الإدارى بفداحة الأضرار الناتجة عن تنفيذ المشروع بالشكل الذى ارتضته الإدارة ؛ ومن ثم فلقد آثرت المحكمة تغليب منفعة الصحة العامة ، مشيرة إلى موافقة وزارة الزراعة على إقامة المشروع التى اشترطها نص القانون ، فقد حظرت المادة (١٥٢) من قانون الزراعة رقم (٣٥) لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون (١١١) لسنة ١٩٨٣ إقامة مبان ، ومنشآت فى الأراضى الزراعية ، إلا تلك التى تقيم عليها الحكومة مشروعات ذات نفع عام بشرط موافقة وزارة الزراعة ، كما استندت المحكمة أيضا فى ترجيحها ، إلى أن المشروع قد أقرته بيوت الخبرة العالمية .

ومن ثم فإنه فى هذه القضية يبدو ثقل المنفعة العامة المستمدة من الصحة العامة نظرا لسوء حالة الصرف الصحى بالقاهرة الكبرى ، وتهالكه ، وما يمكن أن يؤدى إليه من انتشار الأمراض والأوبئة ، مما جعلها تسمو على بقية المنافع ، وتتغلب على كافة الأضرار .

وإذا كان البعض قد قال : إن القاضى الإدارى كان مدفوعا فى حكمه فى هذه القضية ، ولو بقدر معين - باعتبارات سياسية تحتم عليه ألا يقف ضد هذه المشروعات للدولة ، وبخاصة وأن الإدارة قد نفذت مرحلة كبيرة من المشروع ، ولو كان القاضى غير مدفوع لذلك لكان قد حكم بالإلغاء بعدما بينت الجهات الفنية أنه من الممكن أن ينفذ المشروع فى الأراضى البور ،

(٢٣٢٢) راجع (داود عبد الرازق الباز - مفاهيم أساسية فى القانون لحماية البيئة- مجلة عالم الفكر - الكويت - المجلد

(٣٢) ٢٠٠٤م - ص ٥٩ ، وما بعدها) .

(٢٣٢٣) حكم محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٦/٥/١٩٩١م (غير منشور) فى القضيتين (٣٣٠٤) لسنة ٣٩ ق ، (٢٨٣٥) لسنة ٤٠ ق .

ويأتى بشماره (٢٣٢٤) .

ومع أنه قول معقول غير أنه تناسى أنه فى العالم الثالث حيث الأحادية الآمرة ، والبقية المنفذة وهو أمر غير ذى بال ؛ ولكن الذى يعيننا فى المقام الأول أن القضاء الإدارى المصرى استطاع أن يطبق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مثل هذا المجال .

المثال الثانى : قضت محكمة القضاء الإدارى برفض طلب وقف تنفيذ قرار وزير الصحة بإقامة مستشفى للأمراض الصدرية بمدينة (جرجا) بناء على أن المستشفى من المنافع العامة ، وقد بنى الطاعن اعتراضه على القرار الإدارى بأنه يترتب عليه أضرار بالغة بملكه وتعارضه مع منفعة عامة أخرى متحققة وهى مشروع تقسيم أرضه لتكون امتدادا للعمران بالمدينة ، ولقد أرشد المعارض عن مكان آخر يصلح لإقامة المستشفى وعينته لجنة مختصة وأقرت صلاحيته ؛ ومع ذلك رفضت المحكمة القول برفض تنفيذ القرار ، ولكنها أشارت فى حكمها إلى العديد من المزايا التى يحققها المشروع فى المكان الذى اقترحتة الإدارة ، وأكدت تقارير اللجان، كما أن هناك أعمالا كثيرة قد نفذت (٢٣٢٥) .

وإذا كانت محكمة القضاء الإدارى لم تحكم بإلغاء القرار فإنها قد عدت المزايا، وتدخلت فى تقديرها ، والنظر إلى درجتها ، وهو أحد معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وخصوصا ، وأن هذه القضية كانت تمثل بداية المرحلة لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار (٢٣٢٦) .

هذه بعض معالم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية مع الأخذ فى الاعتبار أن أعمال النظرية ما زال فى طور البناء والتكوين ، وتتفاوت درجاته من دولة وأخرى بناء على درجة رقيها القضائى ، وإذا كنا اقتصرنا على المشاريع الصناعية ، وما يترتب عليها من آثار على الصحة والبيئة ، فلا يعنى ذلك أن الميادين الأخرى مغلقة أبوابها ، بل هناك ميدان صناعة الأدوية ، والأمراض المعدية ووقوف القضاء لها بالمرصاد .

وما من ريب فى أن بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، وجه للمقارنة ، وبخاصة فى تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة يتضح وجه الاتفاق والاختلاف بين النظامين فى المقارنة التالية :

(٢٣٢٤) انظر (د/ أحمد أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٥١) .

(٢٣٢٥) د/ أحمد أحمد الموائى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٤٩ : ٣٥٠ .

(٢٣٢٦) راجع (مجموعة القواعد القانونية التى قدرتها المحكمة الإدارية العليا - المكتب الفنى : س ١ جلسة ١٩٥٥/١١/٥م فى القضية رقم (٢٠) لسنة ٢ ق - ص ٦٤٥ .

المطلب الثالث

مقارنة

بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية

في إطار مجال الصحة العامة

بنظرة متأنية في معالم تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال الصحة العامة والبيئة عند كل من النظام الإسلامي ، والنظم الوضعية ، يتضح أن التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار عندهما قد وجد مكاناً تشريعياً وقضائياً مع وجود مرجعية للقضاء في المبادئ العامة والقواعد الدستورية العامة ، وأيضا المعاهدات الدولية^(٢٣٢٧) ، ومع حركة القضاء الإداري البطيئة نحو بسط رداء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على كل القرارات الإدارية الداخلة في حيز السلطة التقديرية ، إلا أن ثمة وجه للاتفاق بينها وبين النظام الإسلامي في التطبيق يجمع بينهما أن الصحة من العلوم الإنسانية التي لا علاقة لها بمذهب أو فلسفة أو استقلال أو احتلال ، وعمدتنا في ذلك ما حدث من الولايات المتحدة الأمريكية المتحدة في الفلبين عندما تم احتلالها في عام (١٨٩٩ م : ١٩٠٢ م) فمع وجود الاحتلال الأمريكي لم ينس الجنود الأطباء الأمريكيان واجبهما نحو مقاومة مرض وعدوى الكوليرا^(٢٣٢٨) ، ومع وجود مقاومة شرسة من الجنود الفلبينيين لقنت الأمريكيان دروسا لن تنسى ، فإن الجنود الأمريكيان قادوا حربا أخرى ضد عدوى الكوليرا واستطاعوا القضاء عليه^{(٢٣٢٩) (٢٣٣٠)}.

وإذا كان هناك من اتفاق محدود بين النظام الإسلامي ، وغيره من النظم الوضعية لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار في مجال الصحة العامة ، فإن ثمة وجوه كثيرة للاختلاف منها ما يلي :

(٢٣٢٧) انظر (د/ أسامة الخولي - البيئة وقضايا التنمية والتصنيع - ص ٢٢ : ٢٤) .

(٢٣٢٨) الكوليرا : هي حمى تنتقل عدواها بتلوث المياه والأطعمة بكتيريا ذات شكل عصوي أو واوي ، وتؤدي إلى اسهال وقيء شديدين ، وقد تؤدي إلى وفاة المريض خاصة بين الأطفال والمسنين ، ويمكن توقي الكوليرا باتباع الإجراءات التي تكفل بيئة صحية سليمة ، ونظافة المياه والطعام . انظر (دافيد أرنولد - الطب الإمبريالي والمجتمعات المحلية - ترجمة د/ مصطفى إبراهيم فهمي - سلسلة عالم المعرفة - الكويت عدد ٢٣٦ سنة ١٩٩٨ م - هامش ص ١٨٥) .

(٢٣٢٩) هذا الموقف التاريخي نذكره من باب الإنصاف والعدل حتى مع من يخالفونا في الدين ، ويحتلون بلادنا في العراق ، ويأكلون ثرواتنا ، لكن القرآن علمنا أن نكون منصفين في الحكم على الآخر ، لا نخدعنا الشعارات الزائفة ، ولا تغرنا الحماسات الطائشة ، قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ المائدة : ٨ .

(٢٣٣٠) راجع (دافيد أرنولد - الطب الإمبريالي والمجتمعات المحلية ص ١٨٥ : ٢١٥) .

أولاً: من حيث المرجعية:

لقد بُني النظام الإسلامي في حمايته للصحة العامة والبيئة على المصدرة الشرعية في القرآن والسنة ، ففي الوقت الذي اعتبر القرآن الإضرار بالصحة من الفساد في الأرض قال تعالى : ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾^(٢٣٣١) ، وقال تعالى : ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ﴾^(٢٣٣٢) ؛ ذلك لأن كلمة الفساد أعم وأدق ، إذ هي تعني : التلف والعطب والخلل ، والمفسدة والضرر ، وما يؤدي إلى الفساد من لهو ولعب ونحوهما ، وهي ضد المصلحة^(٢٣٣٣).

وعرفه الأصفهاني بقوله : "خروج الشيء عن الاعتدال ، قليلا كان الخروج عنه أو كثيرا ، ويُضادّه الصلاح ، ويستعمل ذلك في النفس والبدن ، والأشياء الخارجة عن الاستقامة"^(٢٣٣٤) . وهذا المعنى يشير بوضوح إلى أن الضرر الذي يصيب الإنسان إنما يرتبط بفعله الخاطئ برابطة السببية^(٢٣٣٥).

وأدت السنة وأكدت على الأخذ بالأسباب بالتداوى ففما الحديث : «تداووا عباد الله ولا تداووا بحرام»^(٢٣٣٦).

ومن ثم فإن من هدى الإسلام المحافظة على الصحة بكل أنواع التداوى بل اعتبر الإسلام المحافظة على الصحة من الضرورات التي هي أعلى درجات مقاصد الشريعة ، ذلك لأن الضروري مُرتبط بإنسانية الإنسان مجردا عن أى اعتبار .

ومن ثم فإن مصادر الحماية للصحة العامة في النظام الإسلامي المصدر الديني (قرآن - سنة - مراعاة مقاصد الشريعة ولاسيما الضروري منها) ولا يعني هذا عدم الاعتداد بالتشريع الوطني الداخل في إطار السياسة الشرعية ، ويكفي في الاعتداد به موقف سيدنا عمر من طاعون عمواس ، وأيضا يعتد النظام الإسلامي بقوانين الدولة الخاصة بالصحة والبيئة ؛ ذلك لأنها لا تتنافى مع مقاصده الشرعية^(٢٣٣٧).

هذا بخلاف النظم الوضعية التي لا تلتفت إلى المرجعية الدينية بقدر ما تلفت إلى المذاهب الفكرية الوضعية التي تنتجها ، لذلك نجد حماية الصحة العامة فيها يرتبط دائما وأبداً

(٢٣٣١) سورة الأعراف : آية ٥٦ .

(٢٣٣٢) سورة الروم : آية ٤١ .

(٢٣٣٣) انظر (المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية - دار الحديث للطبع والنشر - بيروت (د : ت) ص ٦٨٨) .

(٢٣٣٤) الأصفهاني - المفردات في غريب القرآن - ص ٣٨١ .

(٢٣٣٥) انظر (د/ داود عبد الرازق الباز - مفاهيم أساسية في القانون العام لحماية البيئة- مجلة عالم الفكر مجلد ٢٢/٣٢ - ٢٠٠٤م - ص ٦٥) .

(٢٣٣٦) الهيثمي - مجمع الزوائد باب - النهي عن التداوى بالحرام - ٨٦/٥ .

(٢٣٣٧) انظر (د/خيرى أحمد الكباش - الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - عرض وتقديم د/ محمد الفيلي - الكويت- مجلة عالم الفكر - الكويت عدد ٣١ أبريل ، يونيو ٢٠٠٣م - ص ٢١٥ : ٢١٦) .

بمدى رقى المجتمع الغربى والشرقى ، وبمدى إطلاق الحريات فيه . وبناء على ذلك كان من الطبيعى أن تكون الحماية الصحية والبيئية حديثة عهد بالنظم الوضعية ، وخصوصا حماية البيئة التى شغل بها العالم بعد انفجار مفاعل (تشرنوبيل) فى روسيا فى ٢٦/٤/١٩٨٦م وبانفجاره انفجرت معه مشكلة تلوث البيئة بالإشعاعات النووية التى تعد من أخطر المشاكل التى تهدد البشرية ، وهذه الحماية تتطور بتطور التشريعات التى تنظم حياة الإنسان ، ويعد تطور الإنسان بقدر تطور قضائه ، ومع تطور القضاء عملت السلطات فى أغلب دول العالم على حماية الصحة العامة والبيئة فى أقاليمها بطرق مختلفة بحسب ثقافة المجتمع ونضجه الفكرى ؛ لذلك يتأكد للناظر أن مراعاة الصحة والبيئة فى ضوء الموازنات أمر ليس بالقديم بل هو بصفة عامة حديث العهد بها^(٢٣٣٨).

ثانياً: من حيث الدواء :

باستقراء الأحاديث النبوية يجد الناظر أن التداوى بالمحرم أمر منهى عنه إلا فى حدود الضرورة ، ووافقه فى ذلك القانون المصرى الذى جاء فى مادته السابعة من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٣٧م على أن (لا تخل أحكام هذا القانون فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة الغراء)^(٢٣٣٩) ، ولم يخرج القانون المصرى عن حدود الشريعة الإسلامية .

هذا بخلاف غيرهما من النظم الوضعية فى الدول التى لا تدين بالإسلام فى ظل الحرية الاقتصادية والاستثمارية ، وانعدام القيم الروحية ، تُصنع الأدوية من بعض النجاسات والمحرّمات^(٢٣٤٠).

ووقف التشريع الإسلامى منها - وأمام الحاجة إلى الآخر - فى مجال الدواء موقفا راعى فيه الجانب الضرورى فى العلاج آخذاً فى الحسبان بالقواعد الفقهية ، وهى :

- ١ - تحمّل أدنى المفسدتين بإزالة أعظمهما .
 - ٢ - تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما .
 - ٣ - إزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان .
 - ٤ - حفظ الصحة الموجودة .
 - ٥ - حفظ الصحة المفقودة بقدر الإمكان .
- وفى ضوء هذه القواعد خرج مجمع الفقه الإسلامى بالقرار رقم (١١) بشأن استفسارات

(٢٣٣٨) انظر (د/ خيرى أحمد الكباش - الحماية القانونية للإنسان من التلوث الإشعاعى - المجلد ٣١ يوليو - سبتمبر ٢٠٠٢م - ص ٢٧٥) .

(٢٣٣٩) انظر (الوقائع المصرية الصادرة فى ١٩٣٧/٨/٥م - العدد ٧١) .

(٢٣٤٠) انظر (د/ مصطفى محمد عرجاوى - التنظيم الشرعى والقانونى للتداوى بالمحرم - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت - العدد ٤٢ لسنة ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م - ص ١٧٠ : ١٧١) .

المعهد العالمى للفكر الإسلامى بواشنطن والخاص بالتداوى بالمحرم فى السؤال الثانى عشر :
"بخصوص الدواء المشتمل على نسبة من الكحول : هناك كثير من الأدوية تحوى كميات مختلفة
من الكحول : تتراوح بين ٠,٠١ ٪ ، ٢٥ ٪ ، ومعظم هذه الأدوية من أدوية الزكام ، واحتقان
الحنجرة ، والسعال ، وغيرها من الأمراض السائدة ، وتمثل هذه الأدوية الحاوية للكحول ما
يقارب ٩٥ ٪ من الأدوية فى هذا المجال ، مما يجعل الحصول على الأدوية الخالية من الكحول
عملية صعبة ، أو متعذرة ، فما حكم تناول هذه الأدوية ؟

كان الجواب من المجمع الفقهي بالآتى :

"للمريض المسلم تناول الأدوية المشتملة على نسبة من الكحول إذا لم يتيسر دواء خالٍ
منها ، ووصف ذلك الدواء طبيب ثقة ، أمين فى مهنته" (٢٣٤١) ، ذلك لأن الطب كالشرع مهمته
دقيقة وصعبة (فقد وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدبرء مفسد المعاطب والأسقام ،
ولدبرء ما أمكن درؤه من ذلك ، ولجلب ما أمكن جلبه" (٢٣٤٢) .

وإذا كان هناك اختلاف فى المرجعية ، وبعض النواحي العلاجية فهناك أنواع من العلاج
اشترك فيها النظامان الإسلامى والوضعى كالحجر الصحى ، وبعض دوائر الضبطية الإدارية فى
ذلك فلا فرق بين المحتسب ، ورجل الضبط الإدارى فى هذه الحماية الصحية ، وما كان من
اختلاف فلا يمنع القول بأن تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار كانت له أحكامه القضائية ،
وبخاصة عند تعارض المنافع بما فيها منفعة الصحة العامة ، الأمر الذى يؤكد تطور القضاء
الإدارى عموماً فى إرساء هذا المفرد الجديد من مفردات الرقابة القضائية على أعمال سلطة
الإدارة التقديرية ، حماية للحريات وحفاظاً على الحقوق ، والعودة بالإدارة إلى حالة الاعتدال
والاتزان ، وتحقيق الأهداف المناطة بها بالعمل على تحقيق العام بإشاعة الطمأنينة بين الأفراد
على أنفسهم وأموالهم من خطر الاعتداءات التى يمكن أن يتعرضوا لها بسبب القرارات
الإدارية (٢٣٤٣) .

وأن تعمل على تحقيق السكنية العامة بالمحافظة على حالة الهدوء والسكون باتخاذ
الإجراءات اللازمة لذلك (٢٣٤٤) .

وأن تعمل على تأمين الصحة العامة بحماية المواطنين من الأمراض والأوبئة التى تهددها
باتخاذ الإجراءات الضرورية الوقائية من انتشار المرض (٢٣٤٥) ، وأن تتخلى الإدارة عن رعونتها فى
مثل هذه القرارات ، فإن المتأمل فى بعض الأحكام التى قضى فيها مجلس الدولة بالإلغاء يجد

(٢٣٤١) د/عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان - فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة - آفاق وأبعاد - ص ١٩٣ .

(٢٣٤٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام فى مصالح الأنام - ٧/١ .

(٢٣٤٣) انظر (د/سعاد الشرقاوى - القانون الإدارى دار النهضة العربية - ١٩٨٣م - ص ١٥) .

(٢٣٤٤) انظر (د/صلاح الدين فوزى - القانون الإدارى - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة ١٩٩٣م - ص ٤٣٨) .

(٢٣٤٥) انظر (د/ داود عبد الرازق الباز - حماية السكنية العامة - معالجة لمشكلة العصر فى فرنسا ومصر - الضوضاء -
دراسة تأصيلية مقارنة فى القانون الإدارى البيئى والشريعة الإسلامية - دار النهضة العربية ١٩٩٨م - ص ١٢٦) .

معظمها يسبب رعونة قرارات الإدارة وعدم معقوليتها ، وخصوصا فى فرنسا فعلى سبيل المثال ، قضى المجلس بالإلغاء لقرار الإدارة فى إقامة مطار لا يحقق أى فوائد اقتصادية ولا تتناسب تكلفته مع المصادر المالية للبلدة ، وأيضا قضى بالإلغاء فى إقامة وصلة طريق تعارض التخطيط العام للمنطقة ، فتحرم حديقة عامة من جزء من أراضيها ، وتقتطع جزءا من حديقة قصر يعد من الآثار التاريخية .

فعندما تكون المنفعة العامة غير مؤكدة ، والأضرار التى تلحق بالمنافع العامة الأخرى أو الخاصة شديدة^(٢٣٤٦) . فإن على الإدارة أن تترىث فى قرارها وتعيد النظر فى مشروعاتها ، وقبل الإقدام عليها تلزم الإدارة نفسها بدراسة المشروع والبحث والتعليل الموضوعى ، البعيد عن المؤثرات السياسية ، وإلا وجدت القضاء الإدارى ، أمامها بالمرصاد مقوما لاعوجاجها ، وإلا عرضت قراراتها للإلغاء .

وإذا كان تطبيق النظرية قد لاقى ترحيبا واسع النطاق لدى فقهاء القانون حتى طالبوا القضاء بمد تطبيق النظرية لتشمل كل القرارات الإدارية الخاصة بالمنفعة العامة ، ففى نفس الوقت قدمت للقضاء الإدارى انتقادات ليست بالهينة ، وهو ما نتعرف عليه فى الفصل الثالث .

(٢٣٤٦) انظر (د/أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص٢٤٢ : ٢٤٣) .

الفصل الثالث

أهمية الموازنة بين المنافع والمضار

وتقديرها ومستقبلها في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

تمهيد :

لما كانت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار – كما علمنا من تطبيقاتها في المجالات الأربع السالف ذكرها – تعبر عن تطور ملموس للقضاء الإداري في النظم الوضعية ، ومن قبل في النظام الإسلامي، مما دفع الفقهاء إلى الاهتمام بها ، والوقوف أمامها ، ما بين مؤيد لها ومناد بالاستمرارية في مد تطبيقها تطبيقا يصل القضاء به لتحقيق الأصلح في كل شيء ، وبين معارض لتطبيقها ناقد لأحكام القضاء فيها .

غير أن هذا النقد لن يمنع النظر لآثارها وأهميتها ، ولن يقف حجر عثرة أمام مستقبل تطبيقها في النظام الإسلامي ، والنظم الوضعية ، لما لها من آثار إيجابية في حياة البلاد والعباد ، وهذه الأهمية وهذه الآثار لم تسلم من النقد ، ولم تحرم من الدفاع . وهو ما نعرفه تفصيلا من المبحثين التاليين :

المبحث الأول : أهمية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

المبحث الثاني : مستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

المبحث الأول

أهمية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

إن الشريعة الإسلامية حين طبقت الموازنة بين المنافع والمضار أرادت بها إقامة التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ، فلا غلو في مصلحة الفرد ، ولا طغيان في مصلحة الجماعة ، فلا يمكن وصفه بالنزعة الفردية ، ولا الجماعية ، ولكنه يمتاز بالوسطية ، ولم تقف النظرية عند الحد النظري ، بل ولي الأمر مكلف بمراعاتها وفق قاعدة (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة)^(٢٣٤٧) ، فمن يلي أمرا من أمور المسلمين فعليه أن يتصرف التصرف الذي يحقق المنفعة لهم ، لأنه ما ولي هذا الأمر إلا لخدمة المواطنين وإقامة العدل فيهم وتحقيق الخير والمصلحة لهم^(٢٣٤٨)

كذلك النظم الوضعية أيا كانت فلسفتها حين طبقت النظرية أرادت بذلك حماية المجتمع من تعسف الفرد ، وحماية الفرد من طغيان الدولة ، ومن ثم أصبحت الحاجة للموازنة ملحة مقابل المتغيرات العصرية الضخمة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والصحية .

لذلك حرص على النظرية القضاء الإداري ، ونادى بها الفقهاء في المجامع الفقهية نظرا لأهميتها ، وعظم آثارها ، ولكن ثلة من فقهاء القانون ، وأحاداً من فقهاء الشريعة الإسلامية ، لم يرتضوا نظرية الموازنة بين المنافع والمضار منهجا للرقابة على أعمال الإدارة ، ولا بابا للاجتهاد في الفتوى ، ومن ثم رموها بسهام النقد دون النظر إلى جوهرها ومرجعيتها .

ويتضح هذا النقد والرد عليه بعد بيان أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وثمارها في المطالب التالية :

المطلب الأول : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها في النظام الإسلامي .

المطلب الثاني : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها في النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار أهمية وتقدير النظرية .

(٢٣٤٧) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - ٥٧/ق - ٣٠٩ ، مجلة الأحكام العدلية (م/٥٨) ، السيوطي - الأشباه والنظائر -

ص ١٥٨ ، ابن نجيم - الأشباه والنظائر ص ١٢٣ .

(٢٣٤٨) انظر (د/ عبد الكريم زيدان - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - دار عمر بن الخطاب للنشر - الإسكندرية - مصر د

: ت (ص ٩٧) .

المطلب الأول

أهمية الموازنة بين المنافع والمضار

وتقديرها في الظاهر الإسلامي

لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في التشريع الإسلامي أهمية كبيرة في واقع الحياة ، وخصوصا في باب السياسة الشرعية ؛ لأنها أساسا تقوم على رعايته ، وتحقيق المقصد العام للشريعة الإسلامية فيه ، وهو " عمارة الأرض ، وحفظ نظام التعايش فيها ، واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها ، وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة " (٢٣٤٩) ، ومع حاجة الأمة لإعمال النظرية لم يرض بها بعض الفقهاء ، فقدموا لها نقدا ردَّ عليه المؤيدون لها فيما يلي :

أولا : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار :

١ - لكل علم ميزان يعرف به صحيحه من خطئه ؛ نحو الحساب للمعدودات ، والنحو للألفاظ العربية ، كذلك لمعرفة الأصلاح من الصالح والأفسد من الفاسد ، ميزان يعرف به وهو (الموازنة بين المنافع والمضار) التي جاءت الإشارة إليها (٢٣٥٠) ، في قوله تعالى ﴿ وَزِنُوا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ * وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مَفْسِدِينَ ﴾ (٢٣٥١) ، وقوله تعالى ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾ (٢٣٥٢) ؛ أي أن الله ﷻ أرسل الرسل ، وأنزل الكتب لإقامة مصالح الدنيا والآخرة ودفع مفسدتهما (٢٣٥٣) ؛ ولأن مصالح الناس متشابكة ومختلطة بالمضار ، وبخاصة في عصرنا أصبحت حاجة الناس إلى فقه الموازنات ضروريا ، فمع تشابك المصالح والمضار ، والخيرات والشُرور ، يعسر أن تجد خيرا خالصا أو شرا خالصا ، بل يمتزج كل منهما بالآخر (٢٣٥٤) ، وكما يقول العز بن عبد السلام " ولا يوجد في هذه الشريعة مصلحة محضة منهي عنها ، ولا مفسدة محضة مأمورا بها ، وذلك كله من لطف الله ﷻ بعباده ، وبره ، ورحمته ، ولا فرق في ذلك بين دقه وجله ، وكبيره وقليله ، وجليله وخطيره ، إلا أن خفيف المصالح مستحب ، وخطيرها واجب ، وخفيف المفسد مكره ، وكثيرها محرم ، وكلما عظمت المصلحة تأكد الأمر بالوعد والمدح والثناء ، إلى أن تنتهي المصلحة إلى أعظم المصالح " (٢٣٥٥) .

وأحوج القضايا إلى فقه الموازنات هي القضايا المتعلقة بالسياسة الشرعية (٢٣٥٦) المتعلقة بما ينظم أمر الفرد والدولة ، أو الحاكم والمحكوم ، أو السلطة والشعب ، فكثيرا ما يجد ولي الأمر نفسه أمام أمرين أحلاهما مر ، وكثيرا ما تتعارض أمامه المنافع مع بعضها ، أو المفسد أيضا فماذا يفعل ؟ وماذا يقدم ؟

(٢٣٤٩) د/ علال الفاسي - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - دار الغرب الإسلامي - ط ٥ سنة ١٩٩١ م - ص ٤٥ .

(٢٣٥٠) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر - مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام - ص ٢٢٤ : ٢٢٥) .

(٢٣٥١) سورة الشعراء : آية ١٨٢ : ١٨٣ .

(٢٣٥٢) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(٢٣٥٣) انظر (ابن عبد السلام - الفوائد في اختصار المقاصد - ص ٣٢) .

(٢٣٥٤) انظر (القرضاوى - السياسة الشرعية - ص ٣٠٠) .

(٢٣٥٥) ابن عبد السلام - القواعد الصغرى - ص ١٣١ .

(٢٣٥٦) السياسة الشرعية هي : ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد ، وإن لم يضعه الرسول ﷺ ولا

نزل به وحى - انظر (ابن القيم - الطرق الحكمية - ص ١٤) .

وماذا يؤخر؟ (٢٣٥٧) ، وهنا تأتي أهمية الموازنة بين المنافع والمضار في ترجيح أعظم المنافع بالجلب ، وأعظم المفسد بالدرء ؛ لأنه لو تركت المنافع فسد أمر العباد ، وإذا تحققت المفسدات هلك الناس (٢٣٥٨) .

ومن ثم فإن القاعدة في الشريعة الإسلامية هي أن درء أفسد المفسدات محمود حسن ، وأن تقديم المصالح الراجحة على المرجوحة محمود حسن ، وأن درء المفسدات الراجحة على المصالح الراجحة محمود حسن (٢٣٥٩) ، وعلماء الشريعة في ذلك كالأطباء "يدفعون أعظم المرضين بالتزام بقاء أدناهما ، ويجلبون أعلى السلامتين والصحتين ، ولا يبالون بفوات أدناهما ، ويتوقفون عند الحيرة في التساوي والتفاوت ؛ فإن الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء مفسدات المعاطب والأسقام ، ولدرء ما أمكن درؤه ، ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك ، فإن تعذر درء الجميع أو جلب الجميع فإن تساوت الرتب تخير ، وإن تفاوتت استعمل الترجيح عند عرفانه ، والتوقف عند الجهل به ، والذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب ، فإن كل واحد منهما موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفسداتهم (٢٣٦٠) .

٢ - الموازنة بين المنافع والمضار من أصعب الموازين وأشرفها وأولاها بالمعرفة، إذ إن معرفتها منة عظيمة من الله تعالى ، وقد قيل : " ليس العاقل الذي يعرف الخير من الشر ، ولكنه الذي يعرف الخيرين وخير الشرين " (٢٣٦١) ، وكما قال الشاعر :

عرفت الشر لا للشر لكن لتوقيه ومن لا يعرف الشر من الناس يقع فيه
٣ - إن ترك العمل بالموازنة بين المنافع والمضار أو الخطأ فيها عند التطبيق يؤدي إلى الوقوع في مفسدات عاجلة وآخرة ، ويسبب اضطراباً في الدين عظيماً ، وإخلالاً بالنظام العام والخاص في الأمة ، بل وتتهم الشريعة الإسلامية بسبب غياب فقه الموازنات بالعقم ، وعدم مسابقة الوقائع المتجددة ، وهذا مناف تماماً لخصائص هذه الشريعة ، معارض لما جبل عليها العباد ، قال العزيز عبد السلام : (واعلم أن تقديم الأصل فالأصلح ودرء الأفسد فالأفسد مركز في طبائع العباد نظراً لهم من رب الأرباب) (٢٣٦٢) ؛ لأجل ذلك اهتم فقهاء التشريع الإسلامي بهذه النظرية ، وقعدوا لها القواعد الفقهية التي تعد بمثابة خطط تشريعية يلتزمها ولي الأمر في رعايته لمصالح العباد والبلاد ، ويلتزمها المجتهد في التنسيق بين ما يقدمه من منافع وما يؤخره ، وما يدروه تجنباً للإخلال بالنظام العام في الأمة ، كما يلتزمها ولي الأمر في تنزيله للأحكام المنصوصة على أرض الواقع مراعيًا في ذلك ظروف الزمان والمكان .

وهذه القواعد مبنوثة في المدونات الفقهية على اختلاف مذاهبها إلا ما شذ كالظاهرية ، من هذه القواعد ما يلي :

(١) تحصيل المصالح ودرء المفسدات أولى من تعطيلها (٢٣٦٣) .

(٢٣٥٧) انظر (القرضاوى - السياسة الشرعية - ص ٣٠٠) .

(٢٣٥٨) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٥/١ .

(٢٣٥٩) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٧/١ .

(٢٣٦٠) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٧/١ .

(٢٣٦١) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٣٠/٢٠ .

(٢٣٦٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٧/١ .

(٢٣٦٣) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٦٤/١ .

- ٢) دفع الضرر أولى من جلب النفع^(٢٣٦٤).
- ٣) دفع أشد المفسدتين بأخفهما^(٢٣٦٥).
- ٤) يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام^(٢٣٦٦).
- ٥) الولاية الخاصة أولى من الولاية العامة^(٢٣٦٧).
- ٦) يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها^(٢٣٦٨).
- ٧) يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها^(٢٣٦٩).
- ٨) منزلة الوالي من الرعية بمنزلة الولي من اليتيم^(٢٣٧٠).
- ٩) المرعى : دفع الضرر واستمرار الناس على ما يقيم قواهم^(٢٣٧١).
- ١٠) كل ما أضر بالمسلمين ، وجب أن ينفي عنهم^(٢٣٧٢).
- ١١) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة^(٢٣٧٣).
- ١٢) لا ينبغي للإمام أن يحدث شيئا في طريق المسلمين مما يضرهم ، ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئا مما فيه الضرر عليهم ، ولا يسعه ذلك^(٢٣٧٤).
- ١٣) الأمر الخاص مغمور بالعام ، واليسير من الضرر محتمل للكثير من النفع والصالح^(٢٣٧٥).
- ١٤) الضرر يزال^(٢٣٧٦).
- ١٥) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف^(٢٣٧٧).
- ١٦) إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا^(٢٣٧٨).
- ١٧) الضرر يزال بمثله^(٢٣٧٩).
- ١٨) يختار أهون الشرين^(٢٣٨٠).
- ١٩) لا واجب مع عجز ولا حرام مع ضرورة^(٢٣٨١).
- ٢٠) تقديم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة^(٢٣٨٢).
- ٢١) حاجة الناس تجرى مجرى الضرورة^(٢٣٨٣).

-
- (٢٣٦٤) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٦٣/١ .
- (٢٣٦٥) ابن عبد السلام - المرجع السابق - ٦٦/١ .
- (٢٣٦٦) الزرقا - شرح القواعد - (م: ٢٦) (ق: ٢٥) ص ١٩٧ .
- (٢٣٦٧) الزرقا - شرح القواعد (م: ٥٩) (ق: ٥٨) ص ٣١١ .
- (٢٣٦٨) الشافعي - الأم - تفريع فرض الجهاد - دار الغد العربي ط ١ - ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م - ٢٣٨/٤ .
- (٢٣٦٩) القرافي - الفروق - ٢٧٣/٢ .
- (٢٣٧٠) الزركشي - المنشور في القواعد - ٣٠٩/١ .
- (٢٣٧١) الجويني - غياث الأمم - ص ٢٩٦ .
- (٢٣٧٢) المعلم بفوائد مسلم - ٣٢٢/٢ .
- (٢٣٧٣) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - (م: ٥٨) (ق: ٥٧) .
- (٢٣٧٤) أبو يوسف - الخراج - ص ١٠١ .
- (٢٣٧٥) د/ علي أحمد الندوي - القواعد الفقهية - ص ١١٢ .
- (٢٣٧٦) الزرقا - شرح القواعد الفقهية - (م: ٢٠) (ق: ١٩) ص ١٧٩ .
- (٢٣٧٧) الزرقا - المرجع السابق (م: ٢٧) (ق: ٢٦) ص ١٩٩ .
- (٢٣٧٨) الزرقا - المرجع السابق (م: ٢٨) (ق: ٢٧) ص ٢٠١ .
- (٢٣٧٩) الزرقا - المرجع السابق (م: ٢٥) (ق: ٢٤) ص ١٩٥ .
- (٢٣٨٠) الزرقا - المرجع السابق (م: ٢٩) - (ق: ٢٨) ص ٢٠٣ .
- (٢٣٨١) ابن القيم - القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين ص ٣٠٨ .
- (٢٣٨٢) ابن القيم - المرجع السابق ص ٣٤٣ .

(٢٢) اجتهد الأئمة حسب المصلحة (٢٣٨٤).

هذه القواعد تعد منهاجاً قطعياً من حيث مرجعيته في القرآن والسنة ، ظنياً من حيث إسقاطها على أرض الواقع ، ذلك لأن تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار يخضع دائماً لظروف الزمان والمكان ، ومدى الحاجة إليها .

ثانياً : تقدير فقه الموازنة بين المنافع والمضار :

باستقراء ما دونه الفقهاء عن فقه الموازنات ، واهتمام جمهرة كبيرة من علماء الأمة يرى الناظر أن هناك شبه إجماع بين العلماء على أهمية فقه الموازنات لعلاج متطلبات العصر ، وإيجاد حلول إسلامية لما يستجد على الساحة العالمية ولاسيما وأن الوقائع جديدة ، وغير متناهية وسريعة التطور ، وما دون في الماضي داخل في بطون كتب التراث الفقهي ، قلما نجد فيه وقائع شبيهة بواقعنا ، وإذا وجدنا الشبيه فلن يروى غليلاً ، ولن يشفى غليلاً ؛ ولذلك أصبحت الحاجة إلى فقه الموازنة بين المنافع والمضار أشد إلحاحاً عما سبق ، ومع حاجة الأمة إليها فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لم تسلم من النقد قديماً وحديثاً ، وسؤالنا بماذا انتقدوها ؟

لقد انتقد فريق من العلماء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار جملة وتفصيلاً بناء على أنها فرع من تعليل الأحكام ، وهم لا يقولون بتعليل الأحكام كابن حزم الظاهري ، وبناء على أنها عمل بالمصلحة المرسلة ، وهم ينكرون العمل بالمصلحة المرسلة إلا ما ورد به نص من قرآن أو سنة واحتجوا لرفضهم العمل بالموازنة بين المنافع والمضار بين المنافع والمضار بما يلي :

(١) إن القول بأن الله تعالى لا يفعل شيئاً إلا لمصالح عباده قول فاسد ، وأصل لكل كفر في الأرض ، وعلى سبيل التحقيق : هو قول أصل الدهرية "الذين جعلوا برهانهم في إبطال الخالق لما رأوا الأمور لا تجري على المعهود فيما يحسن في عقولهم ، وأنه لا بد من علة للمفعولات" (٢٣٨٥).

(٢) إن القول بالمصلحة ودرء المفسدة يتنافى مع قوله تعالى ﴿وَأَمَّا تُعْرِضَنَّ عَنْهُمْ ابْتِغَاءَ رَحْمَةٍ مِنْ رَبِّكَ تَرْجُوهَا فَقُلْ لَهُمْ قَوْلًا مَيْسُورًا﴾ (٢٣٨٦). فأى مصلحة للظالمين في إنزال ما لا يزيدهم إلا خساراً ، بل ما عليهم في ذلك إلا أعظم الضرر ، وأشد المفسدة ، ولقد كان أصلح لهم لو ينزل ، وما أراد الله تعالى بهم مصلحة قط ، ولكنهم من الذين قال الله فيهم : ﴿وَتَرَى الشَّمْسَ إِذَا طَلَعَتْ تَرَاوُرَ عَنْ كَهْفِهِمْ ذَاتَ الْيَمِينِ وَإِذَا غَرَبَتْ تَقَرُّضُهُمْ ذَاتَ الشَّمَالِ وَهُمْ فِي فَجْوَةٍ مِنْهُ ذَلِكَ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَهُوَ الْمُهْتَدِي وَمَنْ يُضِلِلْ فَلَنْ تَجِدَ لَهُ وَلِيًّا مُرْشِدًا﴾ (٢٣٨٧) (٢٣٨٨) ، ومن ثم أراد ابن حزم بطلان أصل تعليل الشريعة بمراعاة المصلحة ودرء المفسدة بما سبق ، بقوله أيضاً : (العلة اسم لكل صفة توجب أمراً ما ، إيجاباً ضرورياً) (٢٣٨٩) ، ينكر به على جمهور العلماء قولهم بتعليل الشريعة ، وذلك لأن القول بتعليل الشريعة

(٢٣٨٣) ابن القيم - المرجع السابق ص ٣١٧ .

(٢٣٨٤) ابن القيم - المرجع السابق ص ٤٣٩ .

(٢٣٨٥) ابن حزم - الأحكام في أصول الإحكام - دار الكتب العلمية - بيروت - (د : ت) ٦٢١/٨ : ٦٢٢ .

(٢٣٨٦) سورة الإسراء : آية ٢٨ .

(٢٣٨٧) سورة الكهف : آية ١٧ .

(٢٣٨٨) ابن حزم - الإحكام - ٦٢٥/٨ .

(٢٣٨٩) ابن حزم - الإحكام - ٦٠٣/٨ .

يجعله واجبا على الله تعالى ، وتعالى الله عن ذلك علوا كبيرا^(٢٣٩٠) .

(٣) إن جميع الصحابة رضي الله عنهم أولهم عن آخرهم - وجميع التابعين - أولهم عن آخرهم ، وتابعي التابعين ليس منهم أحد قال : إن الله تعالى حكم في شيء من الشريعة لعله ، وإنما ابتدع هذا القول متأخروا القائلين بالقياس^(٢٣٩١) .

(٤) إن الاحتجاج على الموازنة بين المنافع والمضار بالموازنة بين المنافع والمضار بين الأعمال يوم القيامة ، احتجاج غريب فإن موازنة أعمال العباد ؛ وجزاء المحسن بإحسانه ، والمسيء بإساءته ، والعفو عن التائب كله ورد بنص ، فهل ما قلتموه بنص ، أم بغير نص؟^(٢٣٩٢) .

(٥) إن فتح الباب للعمل بالموازنة بين المنافع والمضار سيجعل لذوى الأهواء من الأمراء أن ينسلخوا من الشريعة ، يوقعون الظلم بالناس باسم المصلحة قال تعالى : ﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾^(٢٣٩٣) .

ولم يقف الاعتراض على الظاهرية القدامي ، بل سار على دربهم الظاهرية الجدد^(٢٣٩٤) الذين وقفوا عند النص رافضين الاجتهاد فى الفقه والتجديد فى الفتوى ، ويرون أن تبقى الحياة كما كانت فى عصور السلف مظهرا ومخبرا ، ولذا فهم يرفضون المجالس النيابية ، والتعددية الحزبية ، وتحديد مدة الولاية لرئيس الدولة ، وكذلك رفض تعليل أحكام الشريعة ، ومسايرة وقائع العمر ، وفق منهج الموازنة بين المنافع والمضار مدعين أنهم يحيون منهج السلف^(٢٣٩٥) .

مرد حجج الرافضين للنظرية :

رد جمهور العلماء على حجج الظاهرية قديما وحديثا بقولهم :

أولا : إن منهج السلف الذى يتعصب إليه هؤلاء ظلموه ؛ لأنهم حصروه فى شكلية وجدليات كلامية ، أو فقهية ، حتى خيل لبعضهم أن منهج السلف هو منهج الجمود عند النص ، أو منهج المراء والجدل ، والاهتمام بالجزئى على حساب الكلى ، وبالمختلف فيه على حساب المتفق عليه ، والحقيقة أن منهج السلف منهم براء من كل ما وسموه به فهو منهج يقوم على البناء والعمل وفق أصول ومبادئ هى على الجملة ما يلى :

- ١ - الاحتكام للنصوص المعصومة لا لأقوال الرجال .
- ٢ - رد المتشابهات إلى المحكمات ، والظنيات إلى القطعيات .
- ٣ - فهم الفروع والجزئيات فى ضوء الأصول والكليات .
- ٤ - الدعوة إلى الاجتهاد والتجديد ، وذم الجمود والتقليد .
- ٥ - الدعوة إلى الالتزام لا التسبب فى مجال الفقه .
- ٦ - الدعوة إلى التيسير لا التعسير فى مجال الفقه .
- ٧ - الدعوة إلى التبشير لا التنفير فى مجال التوجيه .

^(٢٣٩٠) انظر (ابن حزم - المرجع السابق - ٦٠٥/٨ ، وما بعدها) .

^(٢٣٩١) انظر (ابن حزم - المرجع السابق ٦٠٢/٨) .

^(٢٣٩٢) انظر (ابن حزم - المرجع السابق ٥٠٩/٨) .

^(٢٣٩٣) سورة المؤمنون : آية ٧١ .

^(٢٣٩٤) هذا الاسم أطلقه الدكتور القرضاوى على بعض من تمسك بالنصوص الجزئية اليوم مع إغفال المقاصد الكلية فى كتابه

(السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ص ٢٣٠) .

^(٢٣٩٥) انظر (د/ القرضاوى - السياسة الشرعية - ص ٢٣١ : ٢٣١) .

- ٨ - العناية بغرس اليقين لا بالجدل في مجال العقيدة .
- ٩ - العناية بالروح لا بالشكل في مجال العبادة .
- ١٠ - العناية بالاتباع في أمور الدين ، والاختراع في أمور الدنيا .
- فهذا هو لباب منهج السلف الذي أسسوا به حضارة إنسانية أخلاقية عالمية^(٢٣٩٦)، ويكفى أن أول من دعا إلى العمل بالموازنة بين المنافع والمضار هو ابن تيمية ومن بعده ابن القيم وهما من رموز السلفية وكبار شيوخها .
- قال ابن تيمية : (القاعدة العامة فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد والحسنات والسيئات أو تزاومت ؛ فإنه يجب ترجيح الراجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد ، وتعارضت المصالح والمفاسد ، فإن الأمر والنهي ، وإن كان متضمنا لتحقيق مصلحة ، ودفع مفسدة فليُنظر في المعارض له ، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر ، لم يكن مأمورا به ، بل يكون محرما ، إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته ، لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة ، فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها ، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشياء والنظائر ، وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدلاً لها على الأحكام)^(٢٣٩٧) .
- وقال ابن القيم : (وإذا تأملت شرائع دينه التي وضعها بين عباده ، وجدت أنها لا تخرج عن تحقيق المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان ، وإن تزاومت قدم أهمها وأجلها ، وإن فاتت أدناها ، وتعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان ، وإن تزاومت غُطل أعظمهما فسادا باحتمال أدناها ، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه دالة عليه ، شهادة له بكمال علمه وحكمته ، ولطفه بعباده ، وإحسانه إليهم ، وهذه الجملة لا يَسْتَرِيبُ فيها من له ذوق من الشريعة ، وارتضع من ثديها ، وورد من صفو حوضها ، وكلما كان تضلعه منها أعظم كان شهوده لمحاسنها ومصالحها أكمل ، ولا يمكن لأحد من الفقهاء أن يتكلم في مآخذ الأحكام ، وعللها ، والأوصاف المؤثرة فيها إلحاقا وفرقا إلا على هذه الطريقة)^(٢٣٩٨) .
- فهذا بعض من كل لبيان تهافت هذه الحجة .
- ثانيا : إن إنكار ابن حزم لعلية الشريعة لما يترتب عليه من محذور وفق المعنى الذي حدده لمصطلح العلة ، نجده لا يستند أن يكون الحكم الشرعي قد شرع لسبب فقال : (ولسنا ننكر وجود أسباب لبعض أحكام الشريعة بل نثبتها ونقول بها)^(٢٣٩٩) ، وإن كان يفرق بين السبب والعلة ؟ فيقول : (وأما السبب : فهو فعل المختار فعلا من أجله لو شاء لم يفعله كغضب أدى إلى انتصار ، فالغضب سبب الانتصار ، ولو شاء المنتصر ألا ينتصر لم ينتصر)^(٢٤٠٠) ، ويقول بأن السبب لا يوجب تعليلا في الشريعة ، ولا موجبا للشيء المسبب منه^(٢٤٠١) .

^(٢٣٩٦) انظر (د/ يوسف القرضاوى - أولويات الحركة الإسلامية - مكتبة وهبة - ط ٤ - ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م ص ٩٦) .

^(٢٣٩٧) راجع في ذلك (ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٧٥/٢٨) .

^(٢٣٩٨) ابن القيم - مفتاح دار السعادة ٢٢/٢ .

^(٢٣٩٩) ابن حزم - الإحكام ٢٠٦/٨ .

^(٢٤٠٠) ابن حزم - المرجع السابق ٦٠٣/٨ .

^(٢٤٠١) ابن حزم - المرجع السابق ٦٠٣/٨ .

ويشترط ابن حزم في السبب أن يكون بنص ، فقال : "ولسنا نقول : إن الشرائع كلها لأسباب ، بل نقول ليس منها شيء بسبب إلا ما نص منها أنه سبب ، وما عدا ذلك فإنما هو شيء أراده الله تعالى الذي يفعل ما يشاء ، ولا نُحَرِّم ولا نُحِلُّ ، ولا نزيد ولا ننقص ، ولا نقول إلا ما قاله ربنا ﷻ ، ونبيننا ﷻ ، ولا نتعد ما قالنا ، ولا نترك شيئاً منه ، وهذا هو الدين المحض الذي لا يحل لأحد خلافه ، ولا اعتقاده سواء" (٢٤٠٢) .

وإذا كان ابن حزم يقصد بنفي التعليل تنزيه الله ﷻ فهو ما يجمع عليه العلماء ، أما إذا كان يقصد بنفي التعليل عدم بناء الأحكام على مراعاة المنافع والمضار ، فهو ما يخالفه قوله بالسببية ؛ إذ إن قوله بها يؤكد أن أحكام الشريعة قد شرعها الله تعالى لغاية ومقصد ، وأن الحكم الشرعي الجزئي قد شرع لهدف محدود ، فإن معنى السبب : أنه اسم لما يتوصل به إلى المقصود . وعند علماء الأصول : أنه الوصف الظاهر المنضبط ، الذي جعله الشارع علامة على حكم شرعي ، هو مسببه ، بحيث يلزم من وجوده وجود المسبب ، ومن عدمه عدم المسبب (٢٤٠٣) .

وهو ما أكده ابن حزم غير أنه اشترط له شرطين :

١- أن تكون تلك الغاية والمقصد لا تحمل مدلول العلة التي سبق أن بين المحذور ينبني على القول بها .

٢- أن يكون ذلك السبب قد علمت سببته من النصوص نفسها ، أي إن السبب لا يكون سبباً إلا إذا نص على أنه سبب .

ومن ثم فإن كلام ابن حزم إذا أنزلناه على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وجدنا أن ابن حزم ملزم بتعليل الشريعة بجلب المصلحة ، ودفع المضرة ، وكونه لا يسميها تعليلًا ، فقد سماها تسببًا وفق المعنى الذي ساقه لمصطلح السبب ، ولا مشاحة في الاصطلاح ما دامت العبرة "للمعنى لا للمبنى" (٢٤٠٤) .

ثالثاً : إن العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار لا يتنافى مع عموم نصوص الشريعة ، وخصوصاً وأن عموم الآيات القرآنية قائمة على الموازنات منها موازين الهداية والضلال ، قال تعالى : ﴿وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ يُضِلُّ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ﴾ (٢٤٠٥) ، وحدد القرآن مظاهر الهداية فقال تعالى ﴿وَمَنْ يُؤْمِنْ بِاللَّهِ يَهْدِ اللَّهُ قَلْبَهُ﴾ (٢٤٠٦) ، وقال تعالى ﴿إِنَّهُمْ فِتْيَةٌ آمَنُوا بِرَبِّهِمْ وَزِدْنَاهُمْ هُدًى﴾ (٢٤٠٧) ، وقال تعالى ﴿الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بآيَاتِ اللَّهِ لَا يَهْدِيهِمُ اللَّهُ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (٢٤٠٨) ، وقال تعالى ﴿وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ﴾ (٢٤٠٩) .

(٢٤٠٢) ابن حزم - المرجع السابق - ٦٠٥/٨ .

(٢٤٠٣) انظر (د/ قطب سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٢٢٨) .

(٢٤٠٤) حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٩٩ ، وانظر (د/ عبد الرحمن الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ١٣١) .

(٢٤٠٥) سورة النحل : آية ٩٣ .

(٢٤٠٦) سورة النباين : آية ١١ .

(٢٤٠٧) سورة الكهف : آية ١٣ .

(٢٤٠٨) سورة النحل : آية ١٠٤ .

(٢٤٠٩) سورة يوسف : آية ٥٢ .

أيضا فيها موازين الحلال والحرام ، والفساد والصالح ، قال تعالى ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ (٢٤١٠) .
فالقول بأن الموازنة بين المنافع والمضار تخالف العمل بالنص قول مردود (٢٤١١) .

رابعاً : إن العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يحقق وجه الحاجة لحل مشكلات العصر غير المتناهية في جميع مجالات الحياة الاقتصادية والعمرانية والسياسية (٢٤١٢) .

فقد اتفق جمهور العلماء على أن الشريعة إنما نزلت لتحقيق مصلحة العباد في المعاش والمعاد ، قال ابن القيم : (إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، وحكمة كلها ، ومصلحة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل) (٢٤١٣) ، وقال أيضاً : (ومن له ذوق في الشريعة ، وإطلاع على أحكامها ، وتضمنها لغاية مصالح العباد في المعاش والمعاد ، ومجيئها بغاية العدل ، الذي يسع الخلاق ، وأنه لا عدل فوق عدلها ، ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح : تبين له أن السياسة العادلة جزء من أجزائها ، وفرع من فروعها ، وأن من أحاط بها علماء بمقاصدها ، ووضعها موضعها وحسن فهمه فيها : لم يحتج معها إلى سياسة غيرها البتة) (٢٤١٤) .

ومن استقرأ ما أثر عن الصحابة وفقهاء الأمة تبين له أنهم كانوا ينظرون إلى ما وراء الأحكام من علل ومصالح ، وما تحمله الأوامر والنواهي من حكم ومقاصد (٢٤١٥) فقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعدم تقسيم أرض السواد ووافقهم جمهور الصحابة ، وأيضاً ما فعله محمد بن الحسن الشيباني حين باع كتب أحد تلامذته بعد موته ف قيل له : إنه لم يوص ، فمتلا قول الله تعالى ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ (٢٤١٦) . وبهذا النظر الدقيق أصاب محمد بن الحسن وأجاد (٢٤١٧) ؛ بناء على أن "الأصل أن أمور المسلمين محمولة على السداد والصالح" (٢٤١٨) .

خامساً : إن العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يربط بين فقه النص وفقه الواقع ، فهي تحمل الفقه مسئولية وضع البرامج ، والخطط التنفيذية في ضوء النصوص القرآنية والنبوية لئلا يسد الثغور ؛ فالموازنة بين المنافع والمضار علم

(٢٤١٠) سورة البقرة : آية ٢٢٠ .

(٢٤١١) راجع في هذا المعنى (عز الدين بليق - موازين القرآن الكريم - دار الفتح للطباعة والنشر بيروت - الطبعة الأولى

١٤٠٢هـ/١٩٨٢م) .

(٢٤١٢) انظر (ديوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط - دار التوزيع والنشر - القاهرة

١٤١٤هـ/١٩٩٤م - ص ٥) .

(٢٤١٣) ابن القيم - إعلام الموقعين - ٥/٣ .

(٢٤١٤) ابن القيم - الطرق الحكيمة - ص ٥ .

(٢٤١٥) انظر (د/عبد الله محمد القاضي - السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق - دار الفكر - مصر - ط ١ -

١٤١٠هـ/١٩٨٩م - ١٠١٥) ، وانظر (ديوسف القرضاوى - السياسة الشرعية ص ٢٢٣) .

(٢٤١٦) سورة البقرة : آية ٢٢٠ .

(٢٤١٧) انظر (ابن عابدين - حاشية ابن عابدين ٦٩٤/٣) .

(٢٤١٨) أبو زيد الدبوسى الحنفى - تأسيس النظر - تحقيق/مصطفى محمد القباني الدمشقى - مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة

(د : ت) ص ١٦٢ .

بالمصالح المرعية التي هي : " علم يعرف حكمة وضع القوانين الدينية ، وحفظ النسب الشرعية بأسرها ، وموضوعه : النظام التشريعي المحمدي الحنفي على صاحبه الصلوات والسلام ؛ من حيث المصلحة والمفسدة ، وأما غايته : فهو عدم وجدان الحرج فيما قضى الله ورسوله والانقياد التام للأحكام الإلهية ، وكمال الوثوق والاطمئنان بها ، والمحافظة عليها ، بحيث تنجذب إليها النفس بالكلية ولا تميل إلى خلاف مسلكها" (٢٤١٩).

ولقد وفق الله تعالى علماء الأمة سلفا وخلفا إلى ذلك ، وعلموا أن ما يقع على عاتق الفقه ، وما يدخل في مسؤوليته هو أن يقوم بتحديد الثغور الأخيرة ، وتعيين الحدود النهائية للجهد البشري ، بحيث يرسم للإنسان الحد الذي ينبغي أن لا يتخطاه ، وأن يعالج الفقه له كل ما يستجد من وقائع وحوادث ، ولن يتمكن الفقه من ذلك إلا حين يفسح الطريق للموازنة بين المنافع والمضار ؛ إذ إنها تعمل على تحقيق المصلحة ، ولكنها لا تخرج عن المقاييس التي وضعها الإسلام لمعرفة المصلحة الحقيقية من المتوهمة ، والراجحة من المرجوحة (٢٤٢٠). ويقوم بها المجتهد الذي ملك آلة الاجتهاد (٢٤٢١). ملتزما بضوابطها ومعاييرها وطرق الوصول إليها .

وخلاصة القول :

أن العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يوقفنا عند حد الاطمئنان أن لا تعارض بين النص وبين الاجتهاد في فهم مراد الله تعالى منه ، وإنزاله دنيا الناس وفق خطة مرسومة وخطوات تنفيذية معلومة تسائر متطلبات الحياة بزمانها ومكانها وأحوال العباد فيها ، وهو ما يسمى (بالتجديد) . ومن ثم نود أن نشير إلى أن هنالك فرقا بين حقيقة الوحي الإلهي المتمثل في الكتاب والسنة ، وبين الجهد البشري في تفسيره ، وفهم المراد منه ، فالوحي أدلى في ذاته ، وثابت وكامل ، لا يمكن تغييره أو تحديثه أو تجديده بأي حال من الأحوال .

أما المعارف والعلوم التي نُسجت حوله من علم تفسير ، وحديث وأصول فقه ، وفقه ولغة فهي علوم بشرية : يجري ما يجري على غيرها من العلوم من تجديد وتغيير ومراجعة ، ولهذا فإن القول بقصور في المعارف الشرعية فإنه ينصرف إلى الجانب المتعلق بالجهد البشري في الفهم ، ولا يقصد منه بأي حال من الأحوال حقيقة الوحي كتابا وسنة فهو كامل وشامل لا قصور ، ولا تقصير فيه ، ولذا فلا يمكن تجديده ، ولا يصح شرعا التفكير في تجديده (٢٤٢٢) ؛ لذلك ليس ثمة تضاد أبدا

(٢٤١٩) صديق بن حسن القنوجي - أبجد العلوم - ١٤٣/٢ .

(٢٤٢٠) انظر (د/ علال الفاسي - مقاصد الشريعة - ص ١٩٣) .

(٢٤٢١) آلة الاجتهاد : أن يكون مجتهدا قائما بالحجة ، ناصرا للسنّة ، له ملكة رد المتشابهات إلى المحكمات ، وقوة استنباط

الحقائق ، والدقائق ، والنظريات من نصوص الفرقان ، وإشارات ودلالاته واقتضائه ، من قلب حاضر وفؤاد يقظان ، انظر

(عبد الرؤوف المناوي - فيض القدير - المكتبة التجارية مصر - ط ١ - ١٣٥٦هـ - ٣٢٨/١) .

(٢٤٢٢) انظر (د/ عرفان عبد الحميد - إسلامية المعرفة ، ومنهجية الشايف الحضاري مع الغرب - مجلة إسلامية - المعرفة

بيروت العدد الخامس السنة الثانية ١٩٩٦م - ص ٩) ، وانظر (د/ قطب مصطفى سانو - الفكر المقاصدي ومناهج البحث

- مجلة الاجتهاد - بيروت - العددان (٥٩ ، ٦٠) السنة الخامسة عشرة - ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م - ص ٢٠٩)

بين العمل بالموازنة بين المنافع والمضار كجهد بشرى لمواكبة العصر ، وبين الأصالة النصية في القرآن والسنة^(٢٤٢٣).

سادسا : العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يدحض اتهامات المستشرقين الذين يرون في الفقه الإسلامى جمودا عن مسايرة الزمان ، قال يوسف شاخت ، وهو أحد المستشرقين المغرضين : (إن الفقه الإسلامى فقه تعبدى تحكمى لا يخضع للعقل، ولا يرحب للمنطق ، ولا يقبل التعليل ، وإنما يجب أن يؤخذ بالتسليم ، والتفويض ، وإن لم يدرك كنهه ، ولم يعرف وجه المصلحة فيه ، كما يجب أن يتلقى بالرضا والقبول ، وإن تناقضت أحكامه فيما بينها ، وضرب بعضها بعضها)^(٢٤٢٤)، وهى مقولة تنم عن قلب حاقداً أسود ، وعقل لا يحسن الفهم للفقه الإسلامى فهو فقه بعيد عن الأسطورة والخرافة ، ولو كان هناك من عقل لأصحاب هذه المقولات الظالمة لأدركوا بأن الفقه يعنى الفهم ، والفهم يعنى تصور المراد من كلام المخاطب فلا مكان فى الفقه الإسلامى لطقوس غير مفهومة ، ولا ترنيمات غير معلومة .

ومن ثم فبالموازنة بين المنافع والمضار يسترشد الفقيه بروح الدين فيما يرمى إليه من جلب المنافع ودفع المضار ، مما يسمو بهذه الأمة الإسلامية وبالنوع الإنسانى إلى مدارج الرقى والسعادة ، ويرقى بها إلى نظام سياسى واقتصادى وعمرانى واجتماعى يكون منارة للعالم كافة ، نبراسا للامم والشعوب^(٢٤٢٥).

(٢٤٢٣) انظر (د/يوسف القرضاوى - الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد- مكتبة وهبة - القاهرة - الطبعة الثانية

١٩٩٩م/١٤٢٠هـ - ص ٢٣ : ٢٥) .

(٢٤٢٤) د/يوسف القرضاوى - المرجع السابق - ص ٨٧ .

(٢٤٢٥) انظر (د/جلال الدين عبد الرحمن - المصالح المرسلة الكتاب الجامعى - كلية الشريعة - جامعة الأزهر - ص ١٥) .

المطلب الثاني

أهمية الموازنة بين المنافع والمضار

وتقديرها في النظم الوضعية

دفع تطور قضاء مجلس الدولة في فرنسا ، وظهور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى تطور القانون الإداري بصفة عامة ، وتغير مفهوم المنفعة العامة ، فلم تعد مجرد تكتة للإدارة لإمرار ما تريد من مشروعات ، بل أدى هذا التطور إلى بحث واقعي وموضوعي للمنفعة العامة ، يأخذ القاضي فيه بحسبانه بالظروف المحيطة بالمنفعة العامة ، وما تحققه من فوائد ، وما تحدثه من أضرار ، وما تستلزمه من تكاليف وأعباء ، وهذا التطور الرقابي بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أثار حماسة كثير من فقهاء القانون بمطالبة القضاء الإداري بعدم التوقف بالنظرية عند حد المجالات السالف ذكرها ، بل عليه أن يبسطها على كل أعمال سلطة الإدارة التقديرية لما للنظرية من مميزات ، ومع هذه المطالبة بأن يمد القضاء الإداري رقابته إلى أكثر مما هو كائن ، وقف فريق آخر من الفقهاء أمام نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وقفة توجس وخيفة ، وبدلاً من أن يعمل فكره للتوجيه ، وضبط عملية الموازنة بين المنافع والمضار قام يرميها بسهام النقد ، وعذره في هذا أن الإنسان عدو ما يجهل ، فاتهم القاضي بها بأنه أصبح يقوم بعمل رجل الإدارة ، حيث أدخل عناصر فنية كالتكلفة المالية والاجتماعية في تقديره^(٢٤٢٦) ، وإن القضاء الإداري في مصر لم يكن ببعيد عما هو دائر في فرنسا ومن ثم تظهر مزايا نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وتقديرها فيما يلي :

أولاً : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية :

لقد حظيت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار باهتمام بالغ لدى فقهاء القانون المؤيدين لها نظراً لما يترتب عليها من ثمار ، وما تعلو به على قريناتها من أنواع الرقابة من مميزات نذكرها في النقاط التالية :

١ . تتمتع نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بتحقيق الإصلاح في الدور التقليدي للقضاء الإداري الحارس على حماية الحريات والشرعية .

٢ . تميزت النظرية بأنها لا تكتفى بممارسة الرقابة العادية على الأسباب الواقعية للقرار الإداري فحسب ، بل امتدت إلى رقابة التطبيق والمساواة بين الأسباب الواقعية للقرار والآثار المترتبة عليه^(٢٤٢٧) .

٣ . تعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من أهم أنواع الرقابة على أعمال سلطة الإدارة التقديرية ، فهي تمثل قمة التطور الرقابي على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة ، فلم يعد القاضي الإداري يكتفى بأن تكون العملية المدعاة من جانب الإدارة تجسد في ذاتها منفعة عامة ، وإنما تطلبت النظرية

Jean Waline : Article précité p. 811 et s .

انظر : (٢٤٢٦)

(٢٤٢٧) يرى فريق من فقهاء القانون في مصر أن لا ثمة علاقة بين مبدأ التناسب وبين نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ؛ لأن التناسب ، وإن كان من المبادئ القانونية إلا أن مقتضاه وجوب مراعاة التناسب بين محل القرار الإداري وسببه ، في حين أن مقتضى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار عدم رجحان أضرار القرار ، ومن ثم فلا علاقة البتة بعنصر السبب ، وإن كانت ذات علاقة غير مباشرة بعنصر الهدف من القرار الإداري ، وعلى ذلك لا يسوغ الخلط بين مبدأ التناسب والتوازن ، وإن كان المنطلق منهما والأساس الذي يقومان عليه هو تحقيق العدالة في أسْمَى صورها ، انظر (د/ سامي جمال الدين - قضاء الملائمة ، والسلطة التقديرية للإدارة - ص ٢٣٤) .

بأن تكون الفوائد والمزايا المترتبة عليها تفوق العيوب والأضرار الناجمة عنها^(٢٤٢٨)

٤. لقد أدت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى وضع الضوابط على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية على نحو يجعلها سلطة شبه مقيدة ، تخضع في ممارستها لشروط واضحة طبقاً لمضمون النظرية^(٢٤٢٩)

٥. إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تقدم ضماناً للأفراد ضد تجاوز السلطة التقديرية ؛ إذ إن تطبيقها من شأنه أن يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد وبصفة خاصة الملكية الخاصة ، ولذا فإن نزع الملكية في إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجب أن يتضمن منفعة عامة حقيقية تستخلص من تقدير ملموس للعملية^(٢٤٣٠).

٦. بناء على ضوابط نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يصبح قرار الإدارة غير مشروع إذا كانت مضاره تفوق منفعه ، وبخاصة وأن الشارع لم يأذن في التصرفات الإدارية لتكون وسائل لتحقيق مفسد مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها ، أو مفسد عليها راجحة ، لما في ذلك من التناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه القوانين ألا وهو العدل ومنع الضرر^(٢٤٣١).

٧. لقد أصبحت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعبيراً عن تغيير عام في التفكير في المجتمع القانوني ، فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بها حد نزع الملكية ، وإنما مد تطبيقها شيئاً فشيئاً إلى مجالات القانون الإداري الأخرى التي تمارس الإدارة بصدها سلطة تقديرية ، بغية حمل الإدارة على ترشيد قراراتها ، ومثال ذلك : أن مجلس الدولة الفرنسي طبق الموازنة بين المنافع والمضار عندما قرر أن شرعية الترخيص باستصلاح مساحة من الغابات لزراعة الأراضي الموجودة عليها مرهون بما إذا كان ذلك سيخل بالتوازن البيئي للمنطقة أم لا ؟ فقد قارن المجلس بين المنفعة المتحققة من الإبقاء على الأشجار لحماية البيئة ، وبين الأضرار التي تلحق بملك الأرض ، ومن ثم رفض التصريح بالاستصلاح^(٢٤٣٢).

٨. إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعتبر بحق من المستجدات أو الاتجاهات الأكثر تطوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ذلك لأنها يتميز بانطوائها على منهج يجسد في الواقع رمز العدالة ألا وهو (الميزان)^(٢٤٣٣)

٩. إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد زودت القضاء والإدارة بسلح فعال لحماية المشروعات ضد تعسف الإدارة ، وبخاصة إزاء المصالح الاقتصادية ، وحق الملكية الخاصة ، وأيضاً المصالح المالية الأخرى مثل ممارسة مهنة معينة ، أو نشاط تجاري أو صناعي ، يكون من شأن القرار الإداري الإضرار به . ومع ما للموازنة بين المنافع والمضار من مميزات وأهمية في عالم القضاء الإداري فقد وقف أمامها فريق بالنقد للقضاء الإداري تارة وللموازنة كأداة للمراقبة تارة أخرى نتعرف على أقوالهم فيما

(٢٤٢٨) انظر (د/رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣١٠) .

(٢٤٢٩) انظر (د/محمود سلامة جبر - رقابة مجلس الدولة على الغلط البين - ص ١٧٦) .

(٢٤٣٠) انظر (د/محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٧٦) .

(٢٤٣١) د/ فتحي الدبرني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ص ٣٠٠ .

(٢٤٣٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٢٩ ، ٣٣٣) .

(٢٤٣٣) انظر (د/رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٥٩) .

یلى:

ثانيا : تقدير الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية :
بقدر ما نالته نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من ترحاب وتقدير من قبل جمهرة كبيرة من فقهاء القانون إلا أنها لم تسلم من النقد من قبل ثلة من رجال الإدارة وأيضا من فقهاء القانون ، وقدمت لها الانتقادات على النحو التالي :
أ- نقد الإدارة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار :
بعد مرور أقل من عامين على حكم المدينة الشرقية ليل ، وعُقب صدور أول حكم بالإلغاء تطبيقا للنظرية في قضية :

(ste.civile ste – marie de L'Assomption)

صدر منشور من وزير الأشغال الفرنسي ينبه فيه الإدارات المعنية إلى أن هناك تعريفا جديدا أوجده القضاء الإداري ، وحتى تتواءم تصرفات الإدارة مع القضاء الجديد فقد نص المنشور على ضرورة الأخذ في الحسبان – عند إقامة أي مشروع يستلزم نزع الملكية – بكل النتائج والآثار التي تلحق بالمنافع الفردية أضرارا كبيرة الأهمية ، فتضعف بذلك المنفعة العامة للمشروع ، كما طالب المنشور الإدارات المعنية ألا تسقط من حساباتها أي منافع تتأثر بإقامة المشروع^(٢٤٣٤).

أيضا دفع الحكم السالف ذكره ، وزير الإسكان والتعمير إلى أن يعلق عليه موضحا في تعليقه أن القاضي لم يعد يقتصر على فحص مشروعية الإجراءات فقط ، بل أصبح بموجب القضاء الجديد أن يفحص الفائدة التي تعود على المشروع ، وطالب الوزير الإدارات بالاحتياط الشديد عند إقامة أي مشروع تفاديا لخطر إلغاء القرارات الإدارية في هذا المجال^(٢٤٣٥).

ويمثل هذا التعليق ومن قبله منشور وزير الأشغال ، ومن بعده إصدار منشور ٩٤ لسنة ١٩٩٣م – أول ثمرة لقضاء الموازنة بين المنافع والمضار – إذ إنه وجّه الإدارة إلى دراسة مشاريعها دراسة مستوعبة لكل الظروف والنتائج المترتبة على القرار .

١- ومع هذا انتقد هذا الاتجاه الجديد القضاء الإداري أحد رجال الإدارة العاملة MAYET والذي كان يشغل وقتها مدير الأشغال العقارية قائلا : إنه يخشى من موقف القضاء في نظرية الموازنة بين المنافع والمضار أن يحل القاضي تقديره محل تقدير الإدارة ، أو محل تقدير المنتخبين ، مما يؤدي إلى تشييد ما يسمى (بحكومة القضاء)^(٢٤٣٦).

٢- وليس هذا هو النقد الوحيد للنظرية من قبل رجال الإدارة ، بل نفى بعضهم على القاضي الإداري عدم التزامه بالدور الذي أنيط به ، ذلك ؛ لأن الإدارة تمارس اختيارا مسنولا ، فيجب أن يسمح لها أن تختار بحرية ، وأن يتخذ قرار الإدارة ، وفق اعتبارات ، غالبا ما تكون خافية ، وغير قابلة للقياس^(٢٤٣٧).

(٢٤٣٤) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى – فكرة المنفعة العامة – ص ٢٣٤) .

(٢٤٣٥) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى – المرجع السابق – ص ٢٣٥) .

(٢٤٣٦) انظر : Jeann LEMASURIER : “Bilan – Cout – avantages” – et nécessité publique , R.A. 1979 . P 505 .

وانظر (د/ أحمد أحمد الموفى – فكرة المنفعة العامة – ص ٢٣٥) .

(٢٤٣٧) انظر HUET : Le Pouvoir discretionnaire et le juge administratif Francaise , colloque du 5,3,1977 de l'Institut Francais des sciences Administratives, Aix – en – province, 1978 P.53 .

الرد عليهم :

١ - كأي وافد جديد يتوجس الناس منه خيفة وخصوصا إذا كانوا رجال إدارة ؛ وإنه ما من شك أن الإدارة أمام هذا التطور القضائي بدأت تعيد حساباتها ، وتأخذ حذرها بل انتبهت إلى الظروف المحيطة بقرارها ، وهذه ثمرة من ثمرات قضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن فرض رقابة على بعض عناصر السلطة التقديرية ، لا يخلو من فائدة .

٢ - إن القاضى فى هذه الدرجة الرقابية يقوم بدور الناصح الأمين للإدارة ، ويقدم لها شبه توجيهات عامة ، كما حدث بالفعل فى شأن (إقامة المفاعلات النووية) فلقد أشار على الإدارة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة لإقامة المركز النووى (Greys-malville) بعد ما بين الأضرار الناجمة عن المشروع سواء الأضرار الاقتصادية أو البيئية أو الأمن ، فإنها لا تحرمه من صفة المنفعة العامة^(٢٤٣٨) .

إضافة إلى أن رقابة الموازنة بين المنافع والمضار تسهل للإدارة المركزية تطبيق رقابتها الإدارية على الإدارات الأدنى درجة ، وفي غالب الأحيان تقوم العلاقة بين الإدارة ، والقضاء على التعاون ، والذي يبدو أحد مظاهره فى مجال الموافقة على منح استثناء من قواعد التخطيط العمرانى حيث جاء موقف مجلس الدولة فى قضية Ville de Limoge . متوافقا مع منشورين وزاريين سابقين عليه بضرورة توخى الدقة فى منح هذا الاستثناء ، تم صدور منشور ثالث عقب الحكم بشرع النتائج المترتبة عليه^(٢٤٣٩) .

ومن ثم فإن العلاقة بين القضاء الإدارى والإدارة ، هى علاقة توجيه ، ونصح ، وعلاقة تعاون وتكامل لا علاقة تعارض وتضاد ، ولا سيما وأنهما يجمعها إطار واحد ألا وهو حماية الحريات ، وصيانة الحقوق والقيام على تحقيق الأمن والسكينة والصحة العامة .

ب - موقف الفقه القانونى المعارض :

برغم ما تحققة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من مزايا وما نالته من إعجاب كثير من رجال القانون ، نجد جانبا آخر من الفقهاء ، قد نظر إليها بحذر ، فإنها على القضاء الإدارى ، وعلى مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار بالنقد ، ومن أهم الانتقادات التى وجهت إلى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ما يلى :

١ - إن أهم نقد وجهه الفقه القانونى لقضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، أن القاضى يدخل رقابة الملائمة الواجب تركها للإدارة فى رقابته ، ويحل تقديره محل رجل الإدارة رغم عدم قدرته على ذلك ، وعدم توافر الوسائل الفنية لديه ، والذي قاد هذا النقد هو الأستاذ : فالين ، فقد حذر مجلس الدولة الفرنسى ، أنه إذا لم يمارس تلك الرقابة بحيطه وحذر على نحو ما قاله مفوض الدولة Braibant فى قضية المدينة الشرقية الجديدة ، قال : إن القاضى لن يدخل فى رقابة الملائمة ، وإنما سيقف على حدودها - سيجد نفسه انتقل إلى آفاق جديدة أى إلى ممارسة "قضاء الملائمة"^(٢٤٤٠) .

(٢٤٣٨) انظر (د/ أحمد أحمد الموصلى - فكرة المنفعة العامة - ص ٢٥٣) .

(٢٤٣٩) انظر :

Danial LABETOULLE :Le juge et le pouvoir discrétionnaire, colloque précité du 5.3.1977, I.F.S.A , Aix- en - Provence, 1978, P. 40 .

(٢٤٤٠) انظر :

٢ - هذا النقد أكثر خطورة من سابقه ، فهو يقول بأن الموازنة بين المنافع والمضار لا تحقق ضمانات أكثر فاعلية لكفالة حقوق الأفراد المتعاملين مع الإدارة ، ويبنى قوله على الحجج التالية :

أ- إن المتقاضين لا يعرفون وفقا لهذا القضاء الحل الذى سيطبق ، وذلك لاختلاف تقديرات المحكمة تبعا لكل قضية ، وربما بحسب تشكيل هيئة المحكمة^(٢٤٤١).

ب- إن قضاء الموازنة بين المنافع والمضار هو قضاء الإدارة ، فالصياغة الجديدة لعلاقات الأفراد مع الإدارة ، إنما دفع إليها ضرورة إيجاد مبررات قانونية لذلك الإستعمال المتزايد لنزع الملكية ، حيث تبلغ الزيادة السنوية لعدد الدعاوى ١٥ ٪ ، وهذا ما دفع (Lemediateur)^(٢٤٤٢) ، أن يذكر فى تقريره السنوى عام ١٩٧٨ م ، أن ذلك يبرهن على عدم صلاحية التعريف الجديد للمنفعة العامة فى تقليل التوسع فى اللجوء لنزع الملكية ولا فى الحد من السلطات الممنوحة لنازعى الملكية .

ج- أدى اقتراب قضاء الموازنة بين المنافع والمضار من الواقع إلى البعد عن القانون ، مما أعطى فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي^(٢٤٤٣) .
٣ - قال بعض الفقهاء فى نقد النظرية بأنه من الصعب مقارنة الأشياء غير المثيلة فكيف مثلا يُقارن إنشاء جزء من طريق سريع مع هدم جزء من المستشفى كما حدث فى قضية : Ste. Civile ste – Marie de L'Assomption ، وأيضا العلاقة بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة وكيفية التداخل بينهما ، يجعل فكرة المنفعة العامة متغيرة ، وغير واضحة الحدود ، ومن ثم فإن الهدف الأساسى الذى دفع القضاء للقول بالنظرية لم يتحقق .

٤ - أيضا بقدر اغتباط جمهور الفقهاء بهذه النظرية بقدر انتقادهم للقضاء الإدارى ، فانتقدوا القضاء فى قلة أحكامه بالإلغاء فى كثير من القضايا ، إذ تبين أن من بين^(٤٩) قضية تتعلق بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار حكم المجلس فى ستة منها فقط بالإلغاء^(٢٤٤٤) .

تفنيد حجج الناقدين للموازنة وترجيح قول المؤيدين :

Concl. BRAIBANT sur C.E. 28.5.1971. Ville Nouvelle- Est, A.J.D.A. 1971,P. 463 et s .

(٢٤٤١) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٥٥) .

(٢٤٤٢) (Lemediateur) تعنى الوسيط أو الموفق أو المصلح ، وهو اسم وظيفة فى فرنسا أنشئت بالقانون الصادر فى ١٩٧٣ م ١/٣ ، ويعين بقرار من رئيس الجمهورية - بخلاف السويد وبريطانيا فإنه يعين بواسطة البرلمان ، بعد موافقة مجلس الوزراء ولمدة ست سنوات وهذا الموفق أو المصلح : شخصية مستقلة للدفاع عن الأفراد فى مواجهة الإدارة ، ويراقب احترام السلطات العامة لحقوق المواطنين ، وله حق اقتراح تعديل بعض القوانين ، كما أن له أن يصدر إيعازا للإدارة بأن تتوافق ما أحكام القضاء ، وهو يعد تقريرا سنويا يرفع لكل من البرلمان ورئيس الدولة . راجع فى ذلك :

Auby (Jean-Marie) et (R.Drago) :Traité de Contentieux administratif L.G.D.J. Paris 1984 P.229 .

(٢٤٤٣)

Waline (Jean) : Le rôle du juge administratif dans la determination dl'utilité publique justifiant L'expropriation .Mélanges offerts à Marcel Waline , TII, P.P. 811 et s.s. « L.G.D.J Paris 1974 »P . 824

(٢٤٤٤) انظر (د/ أحمد احمد الموفى - المرجع السابق ص ٢٣٨ : ٢٤١) .

لو ظلت هذه الحجج مع تلك الانتقادات دون رد لكان لها قصب السبق ، ولكن لم يكتب لأراء المناهضين للنظرية الفلاح ولا النجاح أمام ردّ المؤيدين لها بما هو آت إجمالاً وتفصيلاً :

فأما الإجمال : فإن فقهاء القانون قاطبة مجمعون على ضرورة تأييد الحق ؛ بالنظر لما تقتضيه العدالة ، وقواعد الأخلاق وظروف الحياة المستحدثة . وكذلك اتفاقهم على ضرورة تقييد الحق الفردي تبعاً لما تمليه الضرورة العامة، فالحق عند الجميع أصل ، والضرورة استثناء ، ولا يمكن بحال أن تُبدّل المواقع .

أيضاً اتفاقهم على تقييد الملكية الخاصة لمصلحة الجماعة ، ولذا فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لا تخرج عن الإطار المتفق عليه لدى جميعهم .

الرد تفصيلاً :

أولاً : إن الفقه الذى ذهب إلى أن القضاء الحديث أدى بمجلس الدولة إلى رقابة ملائمة القرار الإدارى ، قول لا يمكن التسليم به للأسباب التالية :

أ- إن كلا من مجلس الدولة فى فرنسا ومصر ، حرص على أن يبين أن هذا الاتجاه الحديث (قضاء الموازنة بين المنافع والمضار) لا يعنى بحال ، أن ينتقل القاضى من نطاق رقابة المشروعية إلى نطاق رقابة الملائمة ، فلقد حرص مفوض الدولة Brabant فى قضية المدينة الشرقية على أن يؤكد أن القاضى الإدارى فى ممارسة رقابته على قرارات نزع الملكية ، قد يقترب من حدود (رقابة الملائمة) دون أن يكون له الحق فى الدخول فى دائرتها ، وإنه إذ يمارس هذه الرقابة فلا بد أن يكون بحيطه وحذر .

وكذلك ما حرص عليه حكم "عزبة خير الله" فى مصر على أن يقرر صراحة أن ما يمارسه القاضى فى رقابة المشروعية فى هذه الحالة "لا يمكن أن يكون إقحام للقضاء فى نطاق السلطة التقديرية للإدارة" (٢٤٤٥) .

هذا الرد فى ذاته ردّاً شكليّاً أما من حيث الموضوع فليس ثمة تعارض بين رقابة الملائمة ، والمشروعية ، وحتى يتضح المعنى فلنا أن نتساءل ؟ ما المقصود بالملائمة ؟ وما محل عملها فى القرار الإدارى ؟ ذلك لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

الملائمة تعنى لغة : المناسبة والمقاربة والمقارنة .

واصطلاحاً : كون الوصف مناسباً لترتب الحكم عليه (٢٤٤٦) .

ويقصد بالملائمة فى مجال الضبط الإدارى : مدى التناسب بين الإجراء الذى قيدت به الإدارة إحدى الحريات التى يتمتع بها المواطنون ، وبين الوقائع أو الأسباب التى دفعتها لاتخاذ مثل هذا الإجراء .

ومحل رقابة الملائمة هى التناسب الذى تجريه الإدارة لأهمية وخطورة الوقائع أو الأسباب ، حتى يتسنى لها اختيار الإجراء الملائم أو المناسب (٢٤٤٧) ، والقاضى الإدارى هنا يقوم ببسط رقابته على مدى تناسب الإجراء مع خطورة الواقعة باعتبارها شرطاً للمشروعية .

وهذا بخلاف نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فمحل أعمالها هو ركن المحل، والأثر المترتب على القرار الإدارى بالمقابلة بين منفعه وأضراره ،

(٢٤٤٥) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٦٨) .

(٢٤٤٦) انظر (د/ قطب مصطفى سانو - معجم مصطلحات أصول الفقه - ص ٤٩٦) .

(٢٤٤٧) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ١٧٦) .

والرقابة القضائية في هذا رقابة مشروعية ، إلا أنه ليس ما يمنع من رقابته للوقائع (للملائمة) إذا كانت شرطا لهذه المشروعية^(٢٤٤٨).

ولذلك فطبقا لهذا المفهوم الجديد وفق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن تقدير شرعية القرار الإداري يجب أن يأخذ في الاعتبار عناصر الموازنة بين المنافع والمضار للمنفعة العامة مع إقامة موازنة بينها ، بحيث لا يكون شرعا إلا إذا جاء رصيد هذه الموازنة بين المنافع والمضار إيجابيا لصالح القرار الإداري . ولنضرب لذلك مثالا بقرار نزع الملكية من أجل إقامة مشروعات سياحية واقتصادية ، فإقامة مثل هذه المشروعات ، وما تحققه من مصلحة عامة ، يمثل ركن السبب في الوقائع ، أما نزع الملكية فيمثل النتيجة أي الأثر المترتب على هذا القرار ، وغايته المصلحة السياسية والاقتصادية المقصودة من القرار^(٢٤٤٩).

وإذا كانت الموازنة بين المنافع والمضار قد أصبحت شرطا لشرعية القرار على نحو ما تقدم ، فهل معنى ذلك أن هذه الموازنة بين المنافع والمضار هي ذاتها الملائمة حتى يقال إن الملائمة أصبحت شرطا لمشروعية القرار ؟ وأن الموازنة بين المنافع والمضار هي الأخرى كذلك ؟ فمن المعلوم أن الإدارة قد تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد محل القرار الإداري حين يترك لها المشرع حرية الاختيار بين محلين أو أكثر ، غير إن الوقوف على أبعاد السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار الإداري فإنه يتعين عدم الاكتفاء بنظرة مجردة لمركز المحل دون بقية عناصر القرار ، وبخاصة عنصر السبب^(٢٤٥٠).

وعند عدم تحديد السبب والمحل أو تحديد أحدهما دون الآخر تستقل الإدارة باختيارهما أو باختيار أحدهما في ظل توجيه عام من المشرع وحينئذ يكون للإدارة تقدير ملائمة اختيارهما .

هذه الملائمة راقبها مجلس الدولة الفرنسي جزئيا قبل قضية المدينة الشرقية ، وراقبها بصورة أكبر في نطاق نزع الملكية بعدها في ظل صياغة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وما دامت ملائمة القرار أصبحت خاضعة لرقابة مجلس الدولة فلا معنى لما ذهب إليه بعض مفوضي الدولة من القول بأن رقابة الموازنة بين المنافع والمضار تجاوز رقابة الملائمة^(٢٤٥١).

وإذا كان القضاء الإداري يقوم بملاءمة السبب فإنما يقوم بها بناء على أنه أحد أفراد الموازنة بين المنافع والمضار ، ففي قضية Adam et autres والتي صدر فيها حكم المجلس في ٢٢ فبراير ١٩٧٣م ، وفيها قام التنازع بصدد إنشاء طريق للسيارات أحدهما يجرى تنفيذه في أرض زراعية ، وآخر يتم تسييره بين الوديان والتلال ، وقرر مفوض الدولة في هذه القضية أنه من المستحيل الموازنة بين مزايا وأضرار إنشاء الطريق بعيدا عن تخطيطه ، وأن حقيقة الأمر في هذه الدعوى لا يتمثل في ملائمة اختبار الإدارة بين تخطيطين ، وإنما بين قرارين قانونيين ، وأن القرار الذي سيتخذ سيكون عنصرا من عناصر المشروعية^(٢٤٥٢).

(٢٤٤٨) انظر (د/رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٣٥٣) .

(٢٤٤٩) انظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة الغلط البين - ص ١٧٢) .

(٢٤٥٠) انظر (د/ محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٧٤) .

(٢٤٥١) انظر (د/ محمود سلامة جبر - المرجع السابق - ص ١٧٥) .

Rec.P.

(٢٤٥٢)



تحتاج إلى درجة فنية عالية ، كما أن تقديراته أصبحت تأخذ الطابع الشخصي ، فوق أنه أصبح يجبر الإدارة أن تتحرك في نطاق التعليمات المفروضة عليها ليكون قرارها مشروعاً^(٢٤٥٧) .

وهذا الاتهام مردود عليه بعدما أخطأ التقدير بعدة أمور :
الأول : أن القضاء الإداري رغم تقدمه بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإن القاضي ظل في الدور المحدد له تماماً ، فهو لا يصدر أوامر للإدارة ولا يلزمها بالتصرف على نحو معين ، وحتى في حالات الإلغاء ، فإنه لا يترتب على الإدارة أن يضطر لترك مشروعها ، وإنما يمكنها أن تصدر قرار تقرير منفعة عامة جديدة ، وإذا تعلق القرار باختيار موقع أو تخطيط معين لمشروع ما ، فإن القاضي يترك للإدارة حرية اختيار التخطيط من عدة تخطيطات كلها مشروعة ، وتنحصر رقابته في التخطيط المختار ، شريطة أن يتحقق المنفعة العامة معه ، ومن ثم لا يخرج القاضي الإداري عن دوره كقاضي ولو راقب بعض عناصر الملاءمة ، أما الإدارة فلها أن تتخير من عدة قرارات ما يحقق المنفعة ، وعملها في ذلك له مكنة القانون ، ولا يبدأ القاضي عمله إلا بعد أن تصدر الإدارة قرارها^(٢٤٥٨) .

الثاني : إن الخطأ الذي وقع فيه بعض الفقهاء في تقييمه لقضاء الموازنة بين المنافع والمضار حيث أنه طبق عليها معادلة ثبت عدم صحتها مؤداها أن :
رقابة الملاءمة = القيام بعمل الإدارة

وسبب ذلك خشيته من توسع سلطات القضاء بناء على المفهوم الذي ساد إبان الثورة الفرنسية مترجماً عدم الثقة في القضاة كرد فعل لتعسف برلمانات ما قبل الثورة ، ومن ثم قال باقتصار دور القاضي على تنفيذ القاعدة القانونية فحسب^(٢٤٥٩) .

والواقع الآن أن القاضي الإداري لا يقتصر دوره على التنفيذ الحرفي للتشريع بل يملك قدراً من الحرية في إثبات الوقائع ، وتطبيق القانون ، فيمكن أن يغطي عجز النصوص ، أو يفسرها ، كما أنه يمكنه أن يقيد القواعد التشريعية ، بل وينشئ القواعد القانونية ، وبخاصة إذا تعلق الأمر بما يمس حقوق الإنسان وحرية الأفراد^(٢٤٦٠) .

وهو ما حدث بالفعل في قضاء الموازنة بين المنافع والمضار فالقاضي قام بتفسير النصوص ، وفهم مقاصدها ثم جعلها قاعدة تحكم الواقعة مع احترامه للدستور ، وعدم انسلاخه منه ، وما من شك أن الدستور يعطيه هذا الحق في القيام بمنع الإضرار بالحريات والحقوق .

وأيضاً مما عُدَّ جانب القضاء الإداري أنه يتميز بعدم الفصل بين الأفراد ، بل هو قاض للعلاقات بين الحكومة والمحكومين ، فدوره يندمج في حقل السياسة ،

(٢٤٥٧) راجع في ذلك :

- Chantal PASBECQ : Arecite précité P. ١١١ .

- Jean waline : Artcle précité P. 811 ets .

(٢٤٥٨) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣١٢) ، وانظر (د/ ماجد راغب الحلو - علم الإدارة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٥م - ص ١٦ ، ١٧) .

(٢٤٥٩) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣١٣) .

(٢٤٦٠) انظر (د/ ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٣م - ص ٥٦٤) .

وتؤثر أحكامه بالقطع على السطح السياسى (٢٤٦١) (٢٤٦٢) .
فالقاضى الإدارى يعد الآن أحد وسائل تحقيق السياسة الحكومية عن طريق
إقراره مشروعات الحكومة ، فهو ليس ضد الإدارة بل يتعاون معها ، ووضح دوره
هذا فى أكثر من جانب منها : الاعتراف بالمنافع العامة السامية المتعلقة
بالمعسكرات الحربية والمفاعلات النووية .

ومنها : مراعاة اتجاهات الرأى العام ، فقضاء الموازنة بين المنافع
والمضار يعتبر الرأى العام أحد العناصر المؤثرة فى الميزان ، لكنه لا يعده سبب
الأخذ بالنظرية ، ولقد سبق لمجلس الدولة اعتبارات الرأى العام كثيرا فى أحكامه
قبل أخذه بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، إذ حرص على تهدئة الرأى العام
بصد مشروع إقامة قناة لنقل فضلات أحد المصانع فنجده يحرص على أن يعلن
(أن المشروع لن يسبب أضرارا للتنمية السياحية أو الحيوانية) ، وقام فى سبيل
إثبات ذلك برقابة متعمقة شملت اختبار موقع المشروع (٢٤٦٣) .

ومنها أيضا : ترشيد قضاء الموازنة بين المنافع والمضار للاختبارات
المالية الذى هو من صميم عمل الإدارة .
وصفوة القول أن قضاء الموازنة بين المنافع والمضار معينا للإدارة لا
حاجرا عليها ، موجها ومرشدا لا مقيدا .

الثالث : من الرد على هذه الشبهة أيضا :
أن القاضى الإدارى لا يباشر رقابته على أعمال الإدارة بشكل عشوائى دون
مراعاة لأية ضوابط ، سواء كانت رقابة ملائمة أو مشروعية ، كما أنه لا يباشر
تلك الرقابة انطلاقا من موقف عدائى بل باعتباره واحدا من السلطات العامة فى
المجتمع – كما سلف – وإن تقديره لمدى تصرفات الإدارة ، والذى يباشره إعمالا
لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، لا ينبنى على تقديره الشخصى أو نزوة
شخصية ، لكنه ينظر إلى كافة المعطيات والظروف التى تحيط بالمشروع ، ومن
حقه إذا عسر به أمر التقدير أن يستدعى لها الخبراء ، وفى هذا المعنى يقول الفقيه
J. RENAULD إن الوصول إلى حلول عادلة ، وإن كان يعتمد على إدراك وبديهية
القاضى ، إلا أن ذلك لا يعنى أن هذا الأخير يطلق العنان لأرائه الشخصية أو الذاتية
فى هذا الصدد ، بحيث تكون له حرية مطلقة فى التقييد أو الاعتداء بتلك الأراء ، أن
الحلول العادلة تعتمد أو يجب أن تعتمد على البحث فى مصادر موضوعية تكمن فى
الوسط الاجتماعى – فى الضمير الأخلاقى السائد – فى الحس المشترك – فى
المعنى الاجتماعى للعدالة - (٢٤٦٤) ، وإذا أضفنا إلى ذلك أن القاضى الإدارى تربطه
بالإدارة صلات خاصة تمكنه كما سبق أن بينا من الإحاطة بمستلزمات حسن الإدارة

(٢٤٦١) انظر (د/ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – ص٤٤٢) .

(٢٤٦٢) من الأمور المضحكة والمبكية فى آن واحد أن وقائع القضية رقم (٥٢) لسنة ٦ القضائية – مجموعة مجلس الدولة
للقضاء الإدارى السنة السابعة ص١٥٨٢ ، يقول المدعى أن هذه الأسباب تنخلص فى : أن الرئيس جمال عبد الناصر قد
قال فى إحدى خطبه عام ١٩٦٦م أن مصر أمكنها أن تدير مرفق قناة السويس العالمى ، ولم تستطع أن تدير مستشفى
القصر العينى بكفاءة مماثلة ، فغضب المدعى على ملحوظة رئيس الجمهورية بالقول : بأنه إذا أعطيت إمكانيات هيئة قناة
السويس إلى القصر العينى فإنه كفيل بأن يدار بالكفاية التى يدار بها مرفق القناة ، وإذا أعطيت قناة السويس إمكانيات
القصر لتوقفت الملاحاة فى القناة ، وما أن انتهى المدعى من كلامه حتى فرضت الحراسة على المبنى ، وفصل المدعى من
الاتحاد الاشتراكى ، ومن النادى الأولمبى ، ومن عضوية مجلس نقابة الأطباء ، ومن منصب نقيب ، وفى ٢١ أغسطس من
نفس العام صدر القرار الجمهورى رقم (٣٣٠٦) لسنة ١٩٦٦ بفصله من الخدمة .

(٢٤٦٣) انظر (د/أحمد أحمد الموفى – فكرة المنفعة العامة – ص٣١٥) .

(٢٤٦٤) د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – ص٣٥٦ .

، وكيفية تحقيق التوازن بين المنافع والمضار ، إذ إن قضية الإدارة لن يكون العامل الرئيسي فيها البحث عن الحكم السليم للقانون ، بقدر البحث عن نقطة التوازن بين المصالح الخاصة والعامة ، وهذه مهمة تحتاج من القاضي تقدير الموضوع للقرار الإداري^(٢٤٦٥).

ونخلص من ذلك إلى أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لا علاقة لها باختلاف التقديرات الشخصية للقضاء ، فهو أمر خارج عن طبيعة تلك النظرية ، والتي تعد وسيلة كأي وسيلة رقابية يقوم بها القاضي الإداري للوقوف على مدى ملاءمة تصرف الإدارة مع ما يقصده القانون إجمالاً.

الرابع : أما بخصوص النقد الموجه إلى قلة الإلغاءات مع التطبيق الكثير للنظرية ، مما يعد دليلاً على عدم صلاحيتها ؛ فإنه يمكن إرجاع قلة الإلغاءات إلى أسباب لا تنتقص من العمل بها هي :

١ - أن القاضي الإداري أصبح لا يُلقى بالاً للاعتراضات التقليدية التي تصاحب كل مشروع .

٢ - خشية القاضي أن يتجاوز الحدود الفاصلة بين عمله ، وعمل رجل الإدارة.

٣ - أراد القاضي أن يعطي فرصة للإدارة أن تكييف نفسها مع القضاء الجديد ، ولقد أسفر ذلك عن عدم لجوء الإدارة لنزع الملكية إلا بعد فحص شديدين .

٤ - السياسة التي ينتهجها القضاء الإداري تجاه أعمال سلطة الإدارة التقديرية .

الخامس : أما القول بأن من الصعب مقارنة الأشياء وموازنتها ، وخصوصاً وأن العلاقة بين المنفعة الخاصة والعامة متداخلة ، مما جعل فكرة المنفعة العامة غير واضحة الحدود ، وبالتالي فإن الهدف من الموازنة بين المنافع والمضار لن يتحقق .

فهو قول مخالف للواقع ؛ ذلك لأن تقدير الأشياء ومقارنتها لا يتعلق بالموازنة بين المنافع والمضار فقط بل بتقدير المنفعة العامة عموماً ؛ وأما التداخل بين المنفعة العامة والخاصة ؛ فإنما تفرضه الأيديولوجية السائدة في المجتمع ، ولم يكن من سبيل لمراعاة أثره على تحقق المنفعة العامة إلا باللجوء إلى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

ونتيجة ما سبق أن ما يدعو إلى ضرورة تطبيق هذه الرقابة المتقدمة هو القرارات الإدارية غير المدروسة أو الصادرة بدون تعقل^(٢٤٦٦).

وإذا كان هناك جانب من الفقهاء قد وجه اللوم والنقد للقضاء والنظرية فإن ما يطمئن القلب ، ويشرح الصدر أن جانباً كبيراً من فقهاء القانون ، ينادى بها بل ويرى أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تستحق كل تقدير واحترام ، معتبرين إياها من أهم ضمانات حقوق الأفراد بل ومن أكثرها فعالية في مواجهة الإدارة ، وذلك على أساس أنها تتيح للقاضي الإداري مراجعة ، ومن ثم إلغاء القرارات التعسفية أو الغير معقولة ، وكذلك القرارات التي اتخذت على عجل ، أي دون دراسة متأنية ووافية ، كما أنها تلزم الجهات الإدارية من جهة أخرى ، أن تقدم للمواطنين أولاً ؛ ثم للقاضي بعد ذلك - إذا لزم الأمر - المبررات الجادة

(٢٤٦٥) انظر (د/ سليمان محمد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر - القاهرة - الطبعة السادسة ١٩٩١م

- ص ٣٤) ، وانظر (د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٥٧) .

(٢٤٦٦) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة ص ٢٤٠ : ٢٤٢) .

والمقبولة لمختلف أعمالها أو مشروعاتها التي تمس حقوق وحرريات هؤلاء المواطنين^(٢٤٦٧).
ولذا فقد طالب بها جمهور الفقهاء ضرورة التوسع في أعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار صيانة للحقوق وحماية للحرريات وترسيخ لميزان العدالة بين الأفراد والدولة .

(٢٤٦٧) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة - ص ٣٥٨) .

المبحث الثاني

مستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

بعد بيان ما لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار من أهمية ومناداة جمع كبير من الفقهاء بالاستمرارية في تطبيقها ليس في مجال نزع الملكية فحسب ، وإنما في كل المجالات التي تقع تحت سلطة الإدارة التقديرية ، يبرز على الساحة سؤال عن مستقبلها ، وهل تحققت للموازنة السيادة الكاملة على مجالات المنفعة العامة ؟ والإجابة على هذا التساؤل يظهر في بيان مدى ولاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر ، ومن قبل بيان مستقبلها في النظام الإسلامي مع ذكر حدود علاقة النظرية ببعض النظريات الرقابية ، والاجتهادات الفقهية حتى لا يظن فقيه عدم استقلاليتها عن غيرها .

ويتضح ذكرها في المطالب التالية :

- المطلب الأول : مستقبل الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي .
- المطلب الثاني : مستقبل الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية .
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار مستقبل النظرية .

المطلب الأول

مستقبل نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

تعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من المرتكزات الأساسية للسياسة الشرعية في الفقه الإسلامي ، والتي تسمى بالمصطلح الحديث (فقه النظم) فكثيرا ما تشتد الحاجة إلى الموازنة بين المنافع والمضار ، وبخاصة إذا وجد ولي الأمر نفسه أمام أمرين أحلاهما مر ، وكثيرا ما تتعارض أمامه المصالح والمفاسد بعضها مع بعض فماذا يفعل ؟ وماذا يقدم وماذا يؤخر؟ وعلى أي أساس يقوم التقديم والترجيح؟^(٢٤٦٨)

ومن رحمة الله تعالى بالأمة الإسلامية أن قيض لها علماء جهابذة وضعوا قواعد لعلاج هذا التعارض ، وقد يظن بعض الواهمين أن الفقه الإسلامي لم يتعرض لها وبخاصة في مجال القانون الإداري والقضاء الإداري الذي يضبط العلاقة بين الأفراد والدولة ، وهذا غير صحيح فلقد ألقت الكتب التي عالجت التعارض بين المنافع والمضار في القانون والقضاء الإداري منها : الطرق الحكمية لابن القيم ، والسياسة الشرعية لابن تيمية ، وفيها بين علماؤنا أن الشريعة فرقت أولا بين مصالح الناس المشروعة ، ومصالحهم غير المشروعة ، ومن ثم فلا مكان للمنفعة التي تتعارض مع أحكام التشريع الإسلامي^(٢٤٦٩) .

ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية عن طريق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تستطيع أن تعالج القضايا المتطورة كالنظام الاقتصادي والسياسي ، والإداري ؛ ذلك لأنها لم تضع نفسها في قالب ضيق بالنسبة لها بل جاءت بمبادئ عامة وحكيمة رحيبة الجوانب ، تفسح الفرصة للعقل البشري أن يجتهد في ضوء هذه المبادئ ، وداخل نطاقها ، بما يلزم التطورات المختلفة على مر العصور بشرط عدم الخروج على نص ثابت بالكتاب أو السنة الصحيحة ، وإجماع علماء الأمة^(٢٤٧٠) .

ولكن من باب الإنصاف أمام هذا التطور السريع في قضايا الأمة لا توجد في التراث الفقهي على سبيل التفصيل ضاللتنا والحلول لقضايانا ، إلا في ظل قواعد عامة يستطيع أهل الاجتهاد البناء عليها ، واستنباط أحكام تعالج مشكلات هذا العصر ، وواقعه ، وحاجاته المتجددة^(٢٤٧١) .

ومن ثم فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لم تأخذ مداها في القضاء الفقهي والفكر الإسلامي رغم وجود مدونات لثلة من الأعلام المجتهدين كالعز بن عبد السلام ، ومن بعده ابن تيمية ، وابن القيم ثم الشاطبي ، غير إن هذه المدونات كانت ذات طابع نظري ومعزول^(٢٤٧٢) ، فلم تترتب عليها النقلة المنهجية التي تبني

(٢٤٦٨) انظر (د/يوسف القرضاوي - السياسة الشرعية - ص ٣٠٠) .

(٢٤٦٩) راجع (د/عباس حسيني - خصائص التشريع الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون الوضعي - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت العدد الرابع والعشرون - السنة التاسعة رجب ١٤١٥هـ/ديسمبر ١٩٩٤م - ص ٨٦ : ١١٤) .

(٢٤٧٠) انظر (د/عباس حسيني - المرجع السابق - ص ١١٥) .

(٢٤٧١) انظر (د/يوسف القرضاوي - الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط - ص ٥) .

(٢٤٧٢) انظر (د/طه جابر علوان - مقاصد الشريعة - دار الهادي للطباعة والنشر - بيروت - الطبعة الأولى ١٣٢١هـ/٢٠٠١م

- ص ١٢٦) .

عليها الخطط التنفيذية وبخاصة في عصرنا لكثير من أحكام المعاملات ، والعلاقات بين الأفراد والدولة ، ومن السهل أن نردّ هذا القصور المنهجي للنظرية للأسباب التالية :

- ١ - هيمنة النظر الكلامي المجرد .
- ٢ - هيمنة النظر الفقهي الجزئي .
- ٣ - اتجاه القراءة المنفردة للوحي .
- ٤ - التركيز على الأدوات اللفظية أو السياق اللغوي .
- ٥ - الإغراق في التنظير والافتراضات ، والبعد عن واقع الحياة العملية ومتطلباتها .

٦ - عدم اعتبار خصائص الشريعة محددات منهجية والانتصار على الإشادة بها باعتبارها مناقب مجردة ، وما أكبر الفرق بين الاثنين^(٢٤٧٣) .
وتناسى الفقهاء أن العهد النبوي كانت الموازنة بين المنافع والمضار فيه واقعا حياتيا ، وعهد الصحابة الكرام كانت الموازنة بين المنافع والمضار فيه منهجا مطبقا ، فلم يكتفوا بالوقوف أمام المبادئ التي تحكمها ، وإنما بنوا حياتهم عليها ، ذلك لأنهم كانوا على فهم دقيق ورشيد لوظيفة التدبّر ؛ فالتدين عندهم هو محاولة لتكييف الواقع البشري مع الوحي الإلهي ، وهي محاولة كثيرا ما تقف أمامها بعض الضرورات في وجهها ، أو ظروف طارئة ، أو وقائع جديدة ، فكان فقه الموازنة بين المنافع والمضار يقضى على كل هذه الأمور بتقديم ما عظمت منفعتها على مضرتها والعكس^(٢٤٧٤) .

وبناء على فقه الموازنة بين المنافع والمضار في عهد النبوة والصحابة ارتفعت الأصوات بالمناداة بتبني نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فقها وتطبيقا لعلاج الواقع المتجدد ، والذي دفع إلى هذا النداء المستمر ، وجود الآثار السلبية المتعددة والمتنوعة لإغفال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على العقل المسلم فقها وفكرا^(٢٤٧٥) .

وأمام محاولة المغرضين لإظهار التشريع الإسلامي بمظهر (القانون الميت) الذي تجاوزته ركب التاريخ ، وأمام الاضطراب في المنطق ، والانحراف في أساليب البحث ، والخلط بين الثابت والمتغير شرعا ، وأمام البعد عن التخطيط الشامل والميل إلى الارتجال والتسطيح ، والفصل بين العلم والعمل ، وبين النظرية والتطبيق ، والهروب من الواقع البائس إلى الماضي الغابر ، وأمام هيمنة التفكير الأحادي والتسرع في إصدار الأحكام القيمية ، وأمام تداخل المراتب ، وعدم القدرة على تنظيم الأمور في إطار كل جامع^(٢٤٧٦) .

أمام كل هذا ارتفعت أصوات الفقهاء والمجتهدين بالعمل على إرساء قواعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وإعمالها بشرط البعد عن الاجتهاد الأحادي الجزئي ، والعمل بالنظرية في ظل الاجتهاد الجماعي .

ومن ثم واکب اهتمام العلماء المعاصرين بالنظرية اهتمامهم بالمجامع الفقهية أو الاجتهاد الجماعي ، ولذا يتحدد مستقبل النظرية في النظام الإسلامي عن طريق النظر في أمرين مهمين :

(٢٤٧٣) انظر (د/ طه جابر علوان - المرجع السابق - ص ١٢٧) .

(٢٤٧٤) انظر (د/ طه جابر علوان - المرجع السابق - ص ١٢٥ : ١٢٦) .

(٢٤٧٥) انظر (د/ يوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر - ص ٨٨) .

(٢٤٧٦) انظر (د/ طه جابر علوان - مقاصد الشريعة - ص ١٢٩ : ١٣١) .

أولهما : علاقة النظرية بفقہ المقاصد وفقہ الأولويات .
ثانيهما : علاقة النظرية بالاجتهاد الجماعي .

أولاً: الموازنة بين المنافع والمضار وفقه المقاصد :

المقاصد الشرعية ، ومقاصد الشارع ، ومقاصد الشريعة كلها عبارات تستعمل بمعنى واحد .

المقاصد لغة : جمع مقصد ، مشتق من الفعل قصد يقصد قصداً ، ويطلق على عدة معان منها :

استقامة الطريق ، وشاهده ، قال تعالى ﴿ وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾^(٢٤٧٧)؛ أي على الله تبين الطريق المستقيم ، والدعاء إليه بالحج والبراهين الواضحة .

ومنها أيضاً : العدل كقول الشاعر :

على الحكم المأتى يوماً إذا قضى قضيته ، ألا يجوز ويقصد

أي : ينبغي أن يقصد ؛ وذلك بالحكم العدل .

ومنها الاعتماد والأم ، فقصد بقصده قصداً أي : سار إتجاهه ونحوه^(٢٤٧٨) .

تعريف المقاصد اصطلاحاً :

كتب كثير من العلماء ومنهم الدكتور / أحمد الريسوني أنهم لم يعثروا على تعريف محدد للمقاصد لدى العلماء القدامى ، وإنما هي استعمالات لهم ، واصطلاح أطلقوه قديماً ، وسبب ذلك أن صدر هذه الأمة لم يكونوا يتكلمون ذكر الحدود اللفظية ، ولا الإطالة فيها ؛ لأن المعاني كانت عندهم واضحة ومتمثلة في أذهانهم ؛ كذلك شغلهم التطبيق العملي عن النظر^(٢٤٧٩) .

ومع ذلك نتلمس مفهوم المقاصد من خلال تعبيرات تدل على مضمونها وكيفية تطبيقها منها :

١ - قال الغزالي : " أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضر ، ولسنا نعني به ذلك - أي أن هذا لا خلاف فيه - فإن جلب المنفعة ودفع المضره مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعني بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونسلهم ، وما لهم"^(٢٤٨٠) .

٢ - قال الأمدى : " المقصود من شرع الحكم ، إما جلب مصلحة أو دفع مضره ، أو مجموع الأمرين"^(٢٤٨١) .

٣ - قال العز بن عبد السلام : " من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفساد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها ، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وإن لم يكن فيها إجماع ، ولا

(٢٤٧٧) سورة النحل : آية ١٦ .

(٢٤٧٨) انظر (ابن منظور - لسان العرب - ٣/٣٥٣) وانظر (الشيرازي - القاموس المحيط - ١/٣٢٤ - ٣٢٥) ، وانظر (الرازي - مختار الصحاح - ص ١١٨)

(٢٤٧٩) انظر (د/يوسف أحمد البدوي - مقاصد الشريعة عند ابن تيمية - ص ٤٥) ، وانظر (د/ أحمد الريسوني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ٥) ، وانظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ٤٥)

(٢٤٨٠) الغزالي - المستصفى - ١/٤١٦ ، ٤١٧ ، وانظر (الغزالي - شفاء الغليل - ص ٧٩) .

(٢٤٨١) الأمدى - الإحكام - ٣/١٨٣ .

نص ولا قياس خاص" (٢٤٨٢).

٤- قال الشاطبي: "تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق ، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام : أحدها أن تكون ضرورية ، والثاني : أن تكون حاجية ، والثالث : أن تكون تحسينية" (٢٤٨٣) ، وقال أيضا : "إن الشارع قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدينية" (٢٤٨٤).

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها لم تعط تعريفا دقيقا للمقاصد بالمعنى الاصطلاحي ؛ وإنما أرادوا بتعداد المقاصد وحصرها ، وبيان رعايتها والمحافظة عليها ، ولعل سبب عدم تحديدهم للمعنى ، كونه كان واضحا ورائجا في زمانهم ، وأنهم ما كتبوا مدوناتهم إلا للراشخين في علوم الشريعة ، وهو ما نبه عليه صراحة الشاطبي في مقدمة كتابه الموافقات بقوله : "ولا يسمح للناظر في هذا الكتاب ، أن ينظر فيه نظر مفيد أو مستفيد ، حتى يكون ريان من علم الشريعة أصولها وفروعها ، منقولها ومعقولها ، غير مُخلد إلى التقليد والتعصب للمذهب" (٢٤٨٥).

يقول د/ أحمد الريسوني: "ومن كان هذا شأنه فليس بحاجة إلى إعطائه تعريفا لمعنى مقاصد الشريعة" (٢٤٨٦).

وهناك فريق آخر اهتم بإثبات المقاصد للشريعة ، دون تحديد معناها . فقال العز بن عبد السلام : "اعلم أن الله ﷻ لم يشرع حكما من أحكامه إلا لمصلحة عاجلة أو آجلة ، أو عاجلة وآجلة تفضلا منه على عباده ، إذ لا حق لأحد منهم عليه ، ولو شرع الأحكام كلها خالية عن المصالح لكان قسطا منه وعدلا كما كان شرعها للمصالح إحسانا منه وفضلا" (٢٤٨٧).

وقال ابن تيمية : "إن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح ، وتكميلها ، وتعطيل المفساد ، وتقليلها" (٢٤٨٨).

وقال ابن القيم : "الشريعة عدل كلها ، ورحمة كلها ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعلى الحكمة إلى العيب ، فليست من الشريعة ، وإن دخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه" (٢٤٨٩) . وإذا كان العلماء الأوائل لم يحرصوا على وضع حد ، وتعريف للمقاصد الشرعية ؛ فإن العلماء المحدثين كابن عاشور ، وعلال الفاسي ، والدكتور يوسف العالم ، قد وضعوا تعريفات لها منها :

قال ابن عاشور : "مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها ، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة ، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة ، وغايتها العامة ، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها ، ويدخل في هذا أيضا معان

(٢٤٨٢) ابن عبد السلام - قواعد الأحكام - ٣٢٧/٢ .

(٢٤٨٣) الشاطبي - الموافقات - ٧/٢ .

(٢٤٨٤) الشاطبي - المرجع السابق - ٢٨/٢ .

(٢٤٨٥) الشاطبي - المرجع السابق - ٦١/١ .

(٢٤٨٦) د/ عبد الرحمن الكيلاني - نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ٥ .

(٢٤٨٧) ابن عبد السلام - شجرة المعارف - ص ٤٠١ .

(٢٤٨٨) ابن تيمية - مجموعة الفتاوى - ٣٠/٢٠ .

(٢٤٨٩) ابن القيم - إعلام الموقعين - ٥/٣ .

من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها" (٢٤٩٠).

وقال أيضا حين نوع المقاصد الشرعية إلى معان حقيقية ، ومعان عرفية عامة ، " فأما المعاني الحقيقية فهي التي لها تحقق في نفسها ، بحيث تدرك العقول السليمة ملاءمتها للمصلحة أو منافرتها لها - أي تكون جالبة نفعا عاما أو ضررا عاما" (٢٤٩١).

وقال : "وأما المعاني العرفية فهي المجربات التي ألفتها نفوس الجماهير ، واستحسنتها استحسانا ناشئا عن تجربة ملاءمتها لصالح الجمهور" (٢٤٩٢) ، وقد بين أيضا : "أن مقصد الشريعة من التشريع حفظ نظام العالم ، وضبط تصرف الناس فيه على وجه يعصم من التفساد والتهاك" (٢٤٩٣).

وعرفها علال الفاسي فقال : "المراد بمقاصد الشريعة : الغاية منها ، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها" (٢٤٩٤) ، وقرر أيضا : "أن المقصد العام للشريعة الإسلامية هو عمارة الأرض ، وحفظ نظام التعايش فيها ، واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها ، وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ، ومن صلاح في العقل وفي العمل ، وإصلاح في الأرض ، واستنبأ خيراتها ، وتدبير لمنافع الجميع" (٢٤٩٥).

وعرفها يوسف العالم بقوله : "ومقاصد الشارع هي المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم ، سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع ، أو عن طريق دفع المضار" (٢٤٩٦).

وبعد استعراضنا لمجموعة التعاريف السابقة تبين لنا ؛ أن تعريف الشيخ الطاهر بن عاشور غلب عليه طابع البيان والتوضيح لحقيقة المقاصد ، أكثر من صفة التعريف الذي يكون عادة جامعا مانعا ومحددا بالفاظ محدودة ، تصور حقيقة المعرف ؛ كذلك أدخل ابن عاشور في المقاصد الخصائص العامة للتشريع مثل السماحة والوسطية والشمول وغيرها.

أما بخصوص تعريف الأستاذ (علال الفاسي) فقد اتجه لبيان المقاصد الكلية من إقامة المصلحة ، ودفع المفسدة ، كما يلاحظ من التعريف المقاصد الخاصة التي راعاها الشارع في جزئيات الأحكام ، وهو ما عناه بقوله : (والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها) .

أما الدكتور يوسف العالم فإنه عرف المقاصد بأنها المصالح سواء أكانت دنيوية أو أخروية دون أن يتعرض للمقاصد الجزئية التي يراعيها المشرع ويقصدها ، والتي من شأنها أن تُفضي إلى الغاية الكبرى (٢٤٩٧).

ولقد اخترت تعريفا انفرد به الدكتور عبد الرحمن الكيلاني قال فيه : "مقاصد الشريعة هي (المعاني الغائية التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن

(٢٤٩٠) ابن عاشور - مقاصد الشريعة - ص ٢٥١ .

(٢٤٩١) انظر (ابن عاشور - المرجع السابق - ص ٢٥١) .

(٢٤٩٢) انظر (ابن عاشور - المرجع السابق - ص ٢٥٢) .

(٢٤٩٣) انظر (ابن عاشور - المرجع السابق - ص ٢٩٩) .

(٢٤٩٤) علال الفاسي - مقاصد الشريعة ومكارمها - ص ٧ .

(٢٤٩٥) انظر (علال الفاسي - المرجع السابق - ص ٤٦) .

(٢٤٩٦) د/يوسف حامد العالم - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - ص ٧٩ . وانظر (الغزالي - شفاء الغليل ص ٧٩) .

(٢٤٩٧) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - ص ٤٦) .

طريق أحكامه) " .

وذلك للأسباب الآتية :

١ - كونه وصف المقاصد بأنها المعاني لأنها تشمل المعاني الكلية التي تدور حولها أحكام الشريعة ، مثل إقامة المصلحة ورعايتها ، والحفاظ عليها ، وما يتفرع عن هذا المقصد الكلي من مقاصد أكثر تخصيصا ، مثل الحفاظ على النفس ، كما تشمل المقاصد الجزئية التي يقصدها الشارع مثل قصده إلى ديمومة عقد النكاح .

٢ - كونه قال : " التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها " استفادة من معنى المقصد اللغوي الذي يعنى : سار اتجاهه فلقد وظف العبارة اللغوية خدمة للمعنى الشرعي .

٣ - كونه قال : (عن طريق أحكامه) إذ أدى به إلى بيان أن الأحكام شرعت وسائل لإقامة هذه المقاصد ، وطرقا لتجسيدها في الواقع ، وأن الأحكام هي وسائل لتحقيق غايات مرسومة لها شرعا ، وليست هي غايات في ذاتها^(٢٤٩٨) ، كما أشار إلى ذلك الشاطبي بقوله : " الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها " ^(٢٤٩٩) .

ومن ثم فإن المنافع والمضار ، ومقاصد الشريعة صنوان ، وتوأمين لا ينقسمان ، إذ إن جلب المنافع حفظ للمقاصد من جانب الوجود ، ودرء المفساد حفظ للمقاصد من جانب العدم .

وعلى سبيل التحقيق فإن المصلحة هي المقصد الأصلي من المقاصد الشرعية ، ولا تتحقق المصلحة إلا بجلب المنفعة ودفع المضرة ، ولا يتم ذلك إلا بالموازنة بين المنافع والمضار ولاسيما وأن المنافع المحضة عزيزة الوجود .

وبناء على ذلك تُعد الموازنة بين المنافع والمضار وسيلة لتحقيق المصلحة التي يقصدها التشريع الإسلامي ؛ ولذا وضعت القواعد الكلية الواجبة الإتيان حتى تتحقق المقاصد الشرعية في الدارين ، مثل (درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة) (تغليب أعظم المصلحتين) (المصلحة العامة مقدمة على الخاصة) (يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام) .

وبهذا الاهتمام القديم والحديث ، وفي ظل البحث عن الحلول الشرعية أصبحت الموازنة بين المنافع والمضار غير حبيسة للدائرة الفقهية التقنية في الفقه الإسلامي ، بل أصبحت عملية فكرية في محيط الفرد والجماعة تتطلب أن تكون علما مستقلا بذاته في إطار التجربة ، ودراسة الواقع والسعي إلى إصدار تشريعات تعالج أوضاعا النقص والعجز ، أما من حيث رباطها بعلم أصول الفقه فهي لا تنفك عنه ، فهو الذي يحدد دورها الوظيفي الذي تقوم به حاليا ، والذي ينبغي أن تحرص على تطويره ، وإنسلاخها من الأصول يحررها من روح المقاصد الشرعية ، ويحمد علم الأصول^(٢٥٠٠) .

ثانيا : علاقة الموازنة بين المنافع والمضار بفقه الأولويات :

الأولى في اللغة : اسم تفضيل ، وينحصر استعماله في معنيين :

الأول : بمعنى أحق وأجدر ، والثاني : بمعنى أقرب

يقال : فلان أولى بهذا الأمر من فلان : أي أحق به ، وفلان أولى بكذا أي

(٢٤٩٨) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني - المرجع السابق - ص٤٧) .

(٢٤٩٩) الشاطبي - الموافقات - ٢/٢٩٢ .

(٢٥٠٠) انظر (د/ جمال الدين عطية - نحو تفعيل مقاصد الشريعة - ص١٥٠) .

أخرى وأجدر (٢٥٠١) .
وقد تحمل كلمة أولى معنى التهديد والتوعد ، كقوله تعالى : ﴿أُولَى لَكَ فَأُولَى﴾ (٢٥٠٢)

أما تعريفه اصطلاحاً : فيندر أن تجد كتاباً قديماً فيه هذا المصطلح لأنه برز على الساحة في عصرنا ، ولا أحسب أحداً عرفه تعريفاً ضمناً سوى الدكتور يوسف القرضاوى ، فقال : " وأما فقه الأولويات فنعني به وضع كل شيء في مرتبته ، فلا يؤخر ما حقه التقديم ، ولا يقدم ما حقه التأخير ، ولا يصغر الأمر الكبير ، ولا يكبر الأمر الصغير " (٢٥٠٣) .

وهذا التعريف لا يقتصر على الجانب المعرفى بل يضع منهاجاً تنفيذياً ، وسبب ظهور هذا الفقه وجود الاختلافات الكثيرة الذى حدثت فى مراتب الأعمال ، وفى كثير من سلوكيات المسلمين العلمية والعملية .

أيضاً : الضرورة الدعوية التى أرغمت دعاة الإسلام على نهج مبدأ التدرج والأولويات فى العمل الإسلامى ، وترتب على ذلك سوء التقدير للمصالح والمفاسد فى بعض الفتاوى الشرعية ، وترتب عليها أيضاً الرضا بالموقف الدفاعى دائماً دون الانتقال إلى مرحلة الفكر التأسيسى فنخطط ونرسم منهاج البناء والتعمير (٢٥٠٤)

ومن ثم فإن فقه الأولويات يرفض الإخلال بالنسب التى وضعها الإسلام للتكاليف الشرعية ؛ لأن الإخلال بها يحدث ضرراً بليغاً بالدين والحياة ، وفى ضوء الأولويات ، فالعقيدة فى الإسلام مقدمة على العمل ، لأنها الأساس والأعمال هى البناء ، ولا بناء بغير أساس ، وبعد العقيدة تأتى الأعمال متفاوتة فيما بينها ، فلا يجوز تقديم الواجب على النفل فى الصلاة ، وكذلك من المقرر شرعاً أن المتفاوتة فيما بينها ، فالمصالح الضرورية مقدمة على الحاجية والتحسينية ، والمتعلقة بمصالح الأمة مقدمة على مصلحة الفرد ، وهنا يرتبط فقه الموازنة بين المنافع والمضار بفقه الأولويات ، وإذا كان ظاهر القول أن الأولويات جزء من الموازنة بين المنافع والمضار أو وسيلة لتحقيقها ، فإنها قد تتداخل مع فقه الأولويات ، فتنتهى الموازنة بين المنافع والمضار إلى أولوية معينة (٢٥٠٥) .

والذى يجمع بينهما أنهما يمثلان منهاجاً لتحقيق المقاصد الشرعية .
ومحل الاختلاف بينهما فيما يلى :

(١) أن فقه الأولويات يعد منهاجاً تنظيرياً ، وفقه الموازنة بين المنافع والمضار يمثل المنهج التنفيذى للمصلحة عند تزامنها أو تعارضها .

(٢) يعمل بالأولويات فى كل قضايا الأمة لكنه على المستوى الفردى أكثر ، بخلاف الموازنة بين المنافع والمضار فإن أعمالها فى السياسة الشرعية أكثر .

ومثال ذلك : أن الإنسان قد يجد نفسه أمام واجبين أو حقين ، فيحتار فيما يقدم ، وكثيراً ما يصطدم فى معترك الحياة ، وفى سبيل تحقيق الغاية الدنيوية بمحرمات ، فهل يضحي بمصالحه تفادياً لارتكاب الحرام بدونها ويحقق أغراضه ،

(٢٥٠١) انظر (ابن منظور - لسان العرب - مادة ولى) .

(٢٥٠٢) سورة القيامة : آية ٣٤ .

(٢٥٠٣) د/يوسف القرضاوى - أولويات الحركة الإسلامية - ص ٣٤ ، وانظر (محمد الوكيلى - فقه الأولويات - دراسة فى الضوابط - ص ١٥) .

(٢٥٠٤) انظر (محمد الوكيلى - فقه الأولويات - دراسة فى الضوابط - ص ٣١) .

(٢٥٠٥) انظر (د/ يوسف القرضاوى - أولويات الحركة الإسلامية - ص ٣٥) .

فتأتى الموازنة بين المنافع والمضار ، ونضع له ضوابط تنير له الطريق منها :

- ١ - الأكثر مصلحة أولى بالتقديم من الأقل مصلحة .
 - ٢ - الأكثر مفسدة أولى بالدرء من الأقل مفسدة .
 - ٣ - الجهة الغالبة أولى بالتقديم عند تزامن المصالح مع المفسد .
 - ٤ - جهة المفسدة أولى بالدرء عند تساوى المصالح مع المفسد .
 - ٥ - الأعم مصلحة أولى بالتقديم من الأخص^(٢٥٠٦) .
- ومن ثم فإنها علاقة تكامل بين الفقهاء للحفاظ على مقاصد الشريعة الإسلامية .

ثالثا : علاقة الموازنة بين المنافع والمضار بالاجتهاد الجماعى :

إن الأحكام الشرعية جاءت لمعالجة أوضاع الأمة بما يحقق مصالحها دنيا وأخرى ، لكن نصوصها محدودة ، ووقائع الناس متجددة ، وغير متناهية ، ومنذ أن أحس علماء المسلمين بعد الصدر الأول خطر الفصام بين محدودية النصوص وواقع الحياة ، وجهود أولئك الأعلام متصلة لرأب الصدع ورتق الفتق ، وإعادة الاتصال بين النص والواقع^(٢٥٠٧) ، وكان من أهم وسائلهم فى تحقيق ذلك وسيلتان :

أ- بيان علل الأحكام وغايات الإسلام ، ومقاصد الشريعة :
فبينوا أن لكل حكم وظيفة يؤديها ، وغاية يحققها ، وعلة ظاهرة أو كامنة يعمل لإيجادها ، ومقصدا يستهدفه ، كل ذلك من أجل جلب مصلحة الإنسان أو دفع مضرة عنه .

ب- ترتيب الأولويات الشرعية :
فكان علماءنا المتبصرون بدينهم المدركون لملايسات واقعهم ينطلقون من رؤية واضحة فى ترتيب الأولويات ، فيضعون كل أمر فى مكانه الصحيح من سلم القيم الشرعية ، ولا يهدرون ضروريات من أجل حاجيات ، ولا حاجيات من أجل تحسينات^(٢٥٠٨) .

وبهاتين الوسيلتين تتحقق العلاقة الجدلية : ففقه المقاصد يُمكن من فهم الوحي ، وفقه الموازنات يمكن من فهم الواقع ، هذه العلاقة تمنع من عوامل الفتور التى تصيب الشرائع^(٢٥٠٩) .

وإن تقرير هذا المبدأ من السهولة بمكان فى إطار التنظير والتقعيد بخلاف ممارسته واقعيًا ؛ لأن فقه الموازنات يصعب على العوام ، ومن ثم يحتاج إلى من يملك آلة الاجتهاد ، وخصوصا أمام المصالح المتشابهة ، والقضايا المتجددة ، إذ إنها تحتاج إلى فقه النص والإحاطة بفقه الواقع ، فهما يهديان المسلم لمعالجة مشكلاته وقضاياها^(٢٥١٠) السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، هذه القضايا أصبحت لا تقتصر على الجانب النظرى بل تدخلت فيها جوانب أخرى تخصصية كالطب والاقتصاد ، والبحوث الزراعية ، ولذا لا يمكن الحكم على قضية ما إلا بعد أخذ رأى أهل التخصص فيها ، ويسمى هذا اجتهادا جماعيا .

(٢٥٠٦) راجع (محمد الوكيلى - فقه الأولويات دراسة فى الضوابط - ص١٩٧ : ٢٣٦) .

(٢٥٠٧) انظر (د/ عبد المجيد السوسوة - الاجتهاد الجماعى فى التشريع الإسلامى - كتاب الأمة العدد (٦٢) السنة السابعة

عشرة ط١ ذو القعدة ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م - ص١١٩) .

(٢٥٠٨) انظر (د/ طه جابر العلوانى - مقاصد الشريعة ص١٢٣ : ١٢٤) .

(٢٥٠٩) انظر (د/ طه جابر العلوانى - المرجع السابق - ص١٤٠) .

(٢٥١٠) انظر (د/ عمر عبيد حسنة - الاجتهاد الجماعى فى التشريع - ص١٨) .

فالاتجاه الجماعي اجتهاد جماعة ، وليس جهد فرد ، وإن هذه الجماعة تكون من أغلب العلماء المجتهدين أو أكثرهم (فالاتجاه الجماعي هو : استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحقيق ظن بحكم شرعي بطريق الاستنباط ، واتفاقهم جميعا ، أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور) ^(٢٥١١) ، وأن هذا الاجتهاد لا يكون جماعيا بالمعنى المقصود ، إلا إذا نتج عنه حكم متفق عليه من جميع أولئك المجتهدين أو من أغلبهم ، ولفظ الاتفاق فيه بيان للفرق بين الاجتهاد الجماعي والإجماع ، وقوله : (بعد تشاورهم) فيه بيان بأن الاجتهاد الجماعي لابد أن يكون الحكم الصادر عنه قد أتى بعد تشاور أولئك العلماء ، وتبادلهم للآراء وتمحيصهم للأفكار ، ومناقشتهم لها بطريقة شورية ، من خلال وسيلة يحدونها مثل : (المجالس أو المجامع أو المؤتمرات الفقهية أو غير ذلك) ^(٢٥١٢) .

وسبب ذلك : أن المجامع الفقهية تضم الكفايات الفقهية العالية وتصدر أحكاما شجاعة وبحرية بشرط إبعادها عن كل المؤثرات والضغوط السياسية والاجتماعية ^(٢٥١٣) .

ومن ثمار هذه المجامع أنها تستطيع تشغيل منظومة المقاصد العليا ، مما يجعلها منطلقا أساسيا لإعادة بناء قواعد أصول الفقه ، وبخاصة المتعلقة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فتعالج المشكلات المعاصرة ، والخاصة بالمجال العلمي والطبي والاقتصادي ^(٢٥١٤) .

أيضا : تستطيع هذه المجامع الفقهية بناء على فقه الموازنات أن تكشف الطاقات فتضع لها الخطة والهندسة المناسبة ، فالاتجاه الجماعي فيها يستطيع أن يؤصل المنطلقات ، ويحدد الأهداف المرحلية ، والاستراتيجية ، ويضع البرامج ، ويبتكر الوسائل ، ويحدد المسئوليات ، ويبصر بمواطن القصور ، والخلل ، ويكشف أسباب التقصير ، ويدفع للمراجعة والتقويم ، والإفادة من التجربة ، ويكسب العقل القدرة على التحليل والتعليل ، ويحقق الانسجام بين قوانين الكون ونواميس الطبيعة ، وسنن الله تعالى في الأنفس ، وامتلاك القدرة للتعرف على الأسباب الموصلة إلى النتائج ، وإمكانية المداخلة والتسخير المطلوب شرعا ^(٢٥١٥) .

ولا يقتصر دور الاجتهاد الجماعي على فهم النص ، وإنما يستأنس بعلم الاجتماع والنفس والاقتصاد وغيرها ، وتتمثل ضروب الاستئناس في الاستفادة من مناهج البحث والتوثيق ، والتفسير والتخريج ، وفي إجراء المقارنات والملاحظة ، واختيار العينات أو المقابلة ؛ لأنها تهدف إلى إعطاء نتائج قريبة من الصحة أو صحيحة ^(٢٥١٦) ، وبخاصة إذا تعلق الأمر بمجال السياسة الشرعية ، فهي أبرز مجال يجب أن تتجه إليه الهمم من أجل تقييده وأستخلاص قوانينه وضوابطه حتى يوجد حل لجملة من القضايا ذات الأهمية البالغة في حياة المجتمع المسلم

(٢٥١١) انظر (د/ عمر عبيد حسنة - المرجع السابق - ص ٤٦) .

(٢٥١٢) انظر (د/يوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر - ص ١٢) .

(٢٥١٣) انظر (د/يوسف القرضاوى - المرجع السابق - ص ١٢) . وانظر (د/ عبد المجيد السوسوة - الاجتهاد الجماعي في

التشريع - ص ٤٧) .

(٢٥١٤) انظر (د/يوسف القرضاوى - الاجتهاد المعاصر - ص ٧) .

(٢٥١٥) انظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمي - الاجتهاد المقاصدى - ١٨/١ ، ١٩) .

(٢٥١٦) انظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمي - الاجتهاد المقاصدى - ١٦٦/٢) .

المعاصر (٢٥١٧)

ومن ثم فإن علاقة النظرية بالاجتهاد الجماعي هي علاقة العقل بالجسد ،
فهما لا ينفكان أبدا ؛ فإذا وُجد العقل المقاصدى كان البناء للنظرية فإذا انعدم انهزم
معه بناؤها .

وخلاصة ما سلف :

أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد دبّت فيها الحياة من جديد ،
وانفتح أمامها مستقبل يحمل معه مرجعية الماضى وواقعية الحاضر ، غير إنها لن
يقر قرارها فى ظل تطبيق خادع ، بل يتم أعمالها وتفعيلها داخل إطار تصورات
ثلاثة :

- ١ -التصور الإسلامى لله والكون والإنسان والحياة .
- ٢ -القيم الأخلاقية العامة والخاصة بالعلم .
- ٣ -مقاصد الشريعة الخاصة بالعلم (فقه النص) .
- ٤ -القواعد الشرعية الضابطة للعمل بها (فقه الواقع مع فقه التخطيط
والتنفيذ) (٢٥١٨) .

(٢٥١٧) انظر (د/ جمال عطية - نحو تفعيل مقاصد الشريعة (مدخل نظيرى) - مجلة المسلم المعاصر العدد ١٠٣ السنة

السادسة والعشرون ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م - ص١٤٥) .

(٢٥١٨) انظر (د/ جمال عطية - المرجع السابق - ص١٣٨) .

المطلب الثاني

مستقبل نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

فى ظل القضايا الكثيرة التى طبق فيها القضاء الإدارى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار حتى وصل بالإدارة إلى أن تتبنى قاعدة المعقولية فى التصرفات الإدارية التى تسود اليوم عالم القضاء الإدارى ، والتى يهدف من ورائها إلى أن تحت الإدارة على ترشيد وعقلنة أعمالها الإدارية بصفة عامة ، والتقديرية منها بصفة خاصة^(٢٥١٩) ؛ فإنه يظهر سؤال ملح عن مستقبل هذه النظرية فى تحقيقها السيادة الكاملة لقضاء الموازنة بين المنافع والمضار على مجالات الرقابة القضائية للمنفعة العامة ؟

تم السؤال من قبل عن مدى علاقة النظرية بالمقاصد التشريعية العامة ؟ فهل يستطيع القضاء الإدارى بناء عليها أن يزيد من رقابة الموازنة بين المنافع والمضار أم لا ؟ والإجابة على السؤالين تتلخص فى أمرين :

الأول : الموازنة بين المنافع والمضار وقانون العدالة (المقاصد) :

علمنا مما سبق فى النظام الإسلامى بأن المقصد العام للشريعة الإسلامية : هو عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش فيها واستمرار صلاح المستخلفين فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ، ومن صلاح فى العقل ، وفى العمل ، وإصلاح فى الأرض واستنباط لخيراتها ، وتدبير لمنافع الجميع^(٢٥٢٠) .
فهل عرفت النظم الوضعية هذه المقاصد ؟

إن مصطلح المقاصد يعنى فى النظم الوضعية مبدأ العدالة أو القانون الطبيعى والعدالة تعنى الوسط بين طرفى الإفراط والتفريط ، وتعنى أيضا فى أقوال فلاسفة اليونان الوسط^(٢٥٢١) ، وهذا المبدأ خاضع لتطور الشعوب .

يقول الدكتور سليمان مرقص : "إن النصارى فى القرن الثالث عشر فرقوا بين القانون الإلهى والقانون الطبيعى ، والقانون الإنسانى ، فالأول : هو مشيئة الله ﷻ تصل إلينا من طريق الوحي والشعور ونؤمن بها إيمانا ولا يستطيع العقل أن يدركها على حقيقتها . والثانى : هو غاية ما يستطيع العقل إدراكه من القانون الإلهى الأزلى . والثالث : هو من صنع الإنسان يجب أن يستلهم الثانى ، وأن يطابق مبادئه^(٢٥٢٢) .

ويرى المسيحيون أن خطيئة آدم هى التى عاقبت العقل البشرى عن إدراك القواعد بنفسه ، وقد ازدهرت هذه النظرية عند الفيلسوف (توماس الاكوينى) ، ولكن هذا القول عارضه الفيلسوف سكوت scott وأوكم فى بداية القرن الرابع عشر ، ورأيا أن القانون ليس قاعدة تقتضيها طبيعة الخليفة ، ولكنه أمر ، والأمر يقبل النسخ ؛ ولذلك لا محل للقول بوجود قانون طبيعى أزلى مشتق من طبيعة الأشياء .

(٢٥١٩) انظر (د/مضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - ٣٥٩) .

(٢٥٢٠) انظر (د/ علال الفاسى - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - ٤٥ : ٤٦) .

(٢٥٢١) انظر (د/ علال الفاسى - المرجع السابق - ص ٥١) .

(٢٥٢٢) انظر (د/سليمان مرقص - المدخل للعلوم القانونية - ٢٨٥/١ ، وما بعدها) .

ثم قامت حركة الفقهاء الأساسيين لتأييد نظرية توماس ، ولا تزال هاتان النظريتان محور المذاهب القانونية المختلفة في الغرب^(٢٥٢٣) .

ولكن سرعان ما برزت مدرسة ثالثة تقول بوجود قانون طبيعي ذي حدود متغيرة ، إذ لاحظوا وجود مبادئ ثابتة قليلة العدد ، ويمكن اعتبارها مثلاً أعلى للقانون في كل بلد ، وفي كل زمان ، ومن ثم قالوا : إن القانون الطبيعي يشمل هذه المبادئ القليلة العدد .

ثم مع أوائل القرن العشرين عادت المدارس الفقهية إلى النظرة التقليدية ، إلى القول بأن القانون الطبيعي هو مجموعة مبادئ محصورة العدد مبنية على العدالة وسلامة الذوق ، يتعين على الشرع أن يراعيها ، وتعتبر هي المقياس الذي تقدر به صلاحية التشريع أو عدم صلاحيته ، فالقانون الطبيعي ليس هو القانون المثالي ، ولكنه القاعدة العليا للتشريع التي إن حاد عنها المشرع كان تشريعه ظالماً أو فاسداً^(٢٥٢٤) .

وبناء على هذا القول : فإن العدالة عندهم تعني القاعدة العليا للتشريع التي إن حاد عنها عدُّ ظالماً أو فاسداً ، ولكن هذه القاعدة ليست قاعدة بالمعنى المثالي للقانون أي إنها ليست في قالب صياغة قانونية كما هو معلوم في القانون العادي . والحقيقة أن مفهوم العدالة (المقاصد) يختلف تطور الأخذ به من دولة لأخرى تبعاً للنظام السائد وتبعاً لاختلاف الظروف الاجتماعية والدينية (غير الإسلام) .

مبدأ العدالة في إنجلترا :

اختلف تطور هذا المبدأ في إنجلترا باختلاف الظروف الاجتماعية والدينية ففي القرن الثالث عشر ، كان عند الإنجليز محاكم ملكية ، ومحاكم إقطاعية ، ومحاكم كنسية ، وقد استعملت المحاكم الملكية وسيلة الإحتيال بدعوى حفظ الأمن للملك حتى تغلبت على المحاكم الكنسية والإقطاعية ، وأصبحت المحاكم الملكية تستأثر بالسلطة القضائية في البلاد ، وكانت تطبق القانون العادي المستند إلى العادات والتقاليد والأعراف ، والأحكام الموجودة في السجلات القضائية ، وما أقرته من مبادئ عامة ، ولكن هذه العادات والقوانين اتضح جمودها ، وعدم صلاحيتها لمسايرة التطورات الاجتماعية التي وقعت في إنجلترا ، ولم يكن في استطاعة القضاة أن يحدوا عنها ولو كانت ظالمة ، نظراً لما وقر في نفوسهم من تقديسها ، وكانت تعدّ ضمير الملك موافقاً للعدل الذي هو مسئول عن توزيعه على الناس ، وكان الملك يعطيها في صيغة أوامر إدارية ما لبثت أن تدخلت في القانون العادي باسم العدالة على يد مستشار الملك .

ومن ثم كان مبدأ العدالة منحة من الملك يطوعه كيف يشاء ، وانتهى الأمر بهذه الأوامر العدلية بتكوين محكمة خاصة سميت (ضمير الملك) تحت رئاسة مستشار يسمى (حافظ ضمير الملك) وأصبح الإنجليز يقولون إن العدالة تسيل من ضمير الملك .

(٢٥٢٣) القانون الطبيعي : هو مجموعة المبادئ المثالية الأبدية الخالدة الذي تصلح لكل زمان ومكان ، ولا يجوز للأفراد أو للسلطة في المجتمع أن تخرج عليها ، واختلف أنصاره في بيان مصدره هل هي الإرادة الإلهية ، ومنهم من جعل مصدرها الفعل الإنساني - انظر (د/محمد علي عمران ، د/حمد عبد الرحمن - المدخل لدراسة القانون - الكتاب الجامعي عين شمس - ٢٠٠٠م - ص ١٥ : ١٦) .

(٢٥٢٤) د/محمد علي عمران ، د/حمد عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ١٦ .

وهذه المحكمة كانت تستمد قانونها من قوانين الشعوب الرومانية ، ومن نظريات اليونان فى القانون الطبيعى ، وهكذا التقى التطور لمبدأ العدالة من طريقه القومى مع التطورات الأوروبية الأخرى ، فتكونت عند الإنجليز مجموعة قوانين العدالة إلى جانب القانون المدنى ، وأصبحت مصادر التشريع عندهم ثلاثة : القانون العادى ، وقانون العدالة ، والتشريع ، والمحاكم عندهم نوعان : محاكم عادية تحكم بمقتضى القانون العادى ؟ ومحاكم قانون العدالة ، وتمضى على مقتضيات قانون العدالة الخاضع للتطور القومى ، دون الأخذ بأحكام القانون الطبيعى ، خوفا من نفوذ رجال الكنيسة .

مبدأ العدالة فى العصر الحديث :

استخلص المشرعون الأوروبيون المعاصرون من مجموع التطورات التى دخلت على فكرة القانون الطبيعى وضمير الملك ، والقانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة ، فكرة عامة ترمى إلى الوقوف دائما عند مقتضيات العدالة ، معتبرين أن الإنسانية كلها بحثت عن مبادئ عليا تحقق العدل والمساواة ، وتضمن الإنصاف للجميع .

ولكن الفقهاء المعاصرين يفرقون بين ما هو مبدأ من القانون الطبيعى ؛ أى تلك المجموعة الأزلية من الأصول العامة ، ومما هو ثانوى أو تطبيقي ، ويشتمل على ما يمكن وضعه للمسائل الخاصة من احكام عادلة مبنية على تلك الأصول العامة ، ومن ثم فإنهم ينظرون إلى القانون الطبيعى لا على أنه مجموعة قواعد كما كان يفهمه رجال القرون الوسطى ؛ ولكنه القاعدة التى تهدي المشرع وتدله على ما يجب أن يضعه من قوانين مختلفة متغيرة ؛ وهذه القواعد التى تدل المشرع متغيرة بتغير الزمان ، والمكان ، ولكنها تتصل كلها بغايات إنسانية مثلى هى العدل المطلق^(٢٥٢٥)

وإذا نظرنا لهذه الفكرة المعاصرة نجد عدم خروجها عن الغاية المثلى عند القدماء دون تحديد أو توضيح ، فهى مثالية للعدل يسعى الإنسان لاكتشاف مظاهرها ، بحسب تفكيره هو والفلسفة السائدة فى عصره والمكان الذى يعيش فيه ، ولذا فإن مفهوم العدالة فى الغرب غير مفهومها فى الشرق .
ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار هنا تخضع لمدى رقى الفكر الإنسانى فى الالتزام بمبدأ العدل والإنصاف ، وبخاصة ، وأن مبدأ العدالة (المقاصد) ليست له قواعد تنظم العمل به كالنظام الإسلامى الذى صيغت مقاصده فى قواعد ضابطة للعمل بالموازنة بين المنافع والمضار .

ثانيا : مدى ولاء القضاء الإدارى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

باستقراء أحكام القضاء فى النظم الوضعية ، وجدنا أن إعمال النظرية كان بين الشمول والمحدودية تبعا لنظام القضاء فى النظم الوضعية :

أ- مدى ولاء بريطانيا وأمريكا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار :
فى ظل القضاء الموحد فى أمريكا وبريطانيا حيث تختص المحاكم العادية بنظر جميع المنازعات بين الأفراد والدولة^(٢٥٢٦) - وبصفة خاصة فى إنجلترا - للقضاء الموحد فيها سلطات واسعة فى أعمال الإدارة وموظفيها ، حيث تملك

(٢٥٢٥) انظر (علال الفاسى - مقاصد الشريعة ومكارمها - ص٢٣ : ٤٤) .

(٢٥٢٦) انظر (د/ محمود محمد حافظ - القضاء الإدارى - دراسة مقارنة - ط٦ - ١٩٧٣م - ص٨٩) .

المحكمة إعطاء الأوامر للموظف كما يفعل الرئيس الإداري بالنسبة لمروؤوسيه ، ومن ثم يظهر خضوع وتبعية الإدارة للقضاء .

وفي ظل نظام القضاء الموحد نشأت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار (عدم المعقولية) وتم تطبيقها بشكل عام على جميع أعمال الإدارة، ومع ذلك لم يجعل القضاء الموحد منها عيبا مستقلا عن عيوب الإلغاء ، يقوم إلى جوار العيوب الأخرى ، بل هي تحتل مكانا في عيب مخالفة مبادئ حسن الإدارة^(٢٥٢٧) . ويؤخذ على هذا القضاء : أن تدخله في كل أعمال الإدارة يؤدي إلى عرقلة أعمالها ، كما أنه يحرمها من حريتها في التصرف^(٢٥٢٨) .

ب- مدى ولاء القضاء الإداري للموازنة في ألمانيا : تطلق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في ألمانيا على (مبدأ التناسبية) هذا المبدأ يرتبط في القانون السويسري والألماني بالدستور ، ومقتضاه : أن يتناسب إجراء الإدارة مع الظروف المحيطة^(٢٥٢٩) .

فالموازنة بين المنافع والمضار (التناسبية) في ألمانيا قاعدة قانونية عامة تُطبقها محاكمها على جميع أعمال الإدارة ، نذكر منها على سبيل المثال : الحكم الصادر في ١٩٧٠/٢/١٧ من محكمة العدل الأوروبية في لكسمبورج بخصوص طلب تعويض رفع إلى محكمة فرانكفورت وادعى الطاعن وهو فلاح ألماني ، أن الالتزام الذي فرض لكفالة حرية التجارة قاس جدا بالنسبة للهدف المبتغى ، ويسبب أضرارا بحرية التجارة .

فردت المحكمة بأن : الأعباء التي فرضها الالتزام ليست مفرطة ، وهي النتيجة الطبيعية لنظام السوق وفقا لمقتضيات المنفعة العامة^(٢٥٣٠) . وهذا الحكم أكد أن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار يجد أساسه في مبدأ التناسبية المعروف في ألمانيا ، كما أنه يقترب من مبدأ المعقولية المعروف في القضاء الإنجليزي والأمريكي .

ويؤخذ على هذا القضاء أن تدخله الشامل لكل أعمال الإدارة ، يؤدي إلى عرقلة الإدارة ، كما أنه يحرمها من حريتها في التصرف^(٢٥٣١) . ج - مدى ولاء القضاء الإداري لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا :

مع أهمية النظرية ومناداة الكثير من فقهاء القانون بمد رقابتها على جميع أعمال الإدارة تساءل البعض عن مدى تحقيقها السيادة الكاملة على مجالات الرقابة القضائية ، وخصوصا نزع الملكية للمنفعة العامة ؟

وسبب هذا التساؤل أن بعض الأحكام من جانب المحاكم الإدارية لم تطبق فيها قضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، بل طبقت الرقابة التقليدية في نزع الملكية ، وبعض الأحكام بدت وكأنها تطبق فكرة المنفعة العامة في ذاتها ، كما وُجد

(٢٥٢٧) انظر (د/محمود سلامة جبر - رقابة الغلط البين - ص ١٥٢) وانظر (د/رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - ص ٣٥٩) .

(٢٥٢٨) انظر (د/ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ٧٧) .

(٢٥٢٩) انظر (د/أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٣٦) .

J.P.CORDELIER : Expropriation.Les réformes récentes , colloque de Marly (٢٥٣٠)

19 - 20 avril 1977, centre de recherches d'urbanisme ,1977. p. 127 et ss .

(٢٥٣١) انظر (د/ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ٧٧) .

من نادى من الفقهاء بالاكْتفاء برقابة الخطأ البين في التقدير دون الموازنة بين المنافع والمضار ، وإنه قبل بيان مدى ولاء مجلس الدولة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار نود أن نشير إلى أن عددا من المحاكم الإدارية في بداية الأخذ بالنظرية طبقت الرقابة التقليدية ، ولكن المجلس ألغى أحكامها .

- فقد لجأت الإدارة إلى نزع ملكية فندق لتتهرب من التزامها بشرائه بالمبلغ الكبير المتفق عليه ، وتقدم الطاعنون إلى محكمة باريس الإدارية لإلغاء قرار نزع الملكية ، فرفضت المحكمة إلغاء القرار ، لعدم توافر الانحراف بالسلطة ، حيث إن السبب المدعى به لم يكن السبب الدافع ، ولكن مجلس الدولة رفض إقامة قضائه على أساس الانحراف بالسلطة- وقدّر أن تكاليف المشروع ستكون مفرطة بالنسبة للمنفعة المؤقتة التي ستتحقق من المشروع ، وألغى بناء على ذلك حكم المحكمة الإدارية ، والقرار الإداري إعمالا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار (٢٠٤٢).

- أيضا : طبقت محكمة Rennes الإدارية الرقابة التقليدية بمناسبة إقامة منطقة صناعية تشتمل على معمل لتكرير البترول ، فقررت أن ذلك من المشروعات التي تحقق منفعة عامة لا شك فيها ، ولكن مجلس الدولة طبق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، واعترف للمشروع بصفة المنفعة العامة بناء على أن الأضرار المحتملة من إقامته - للبيئة أو الصيد أو الزراعة - لن تكون مفرطة بالنسبة للمنفعة المتحققة منه للتنمية الاقتصادية (٢٠٤٣).

- وكذلك عندما قضت محكمة Lille الإدارية إلغاء قرار تقرير المنفعة العامة لإقامة مبنى يشتمل على مكاتب ، ومحلات تجارية للانحراف بالسلطة ، ألغى مجلس الدولة الحكم معترفا بتحقيق المشروع للمنفعة العامة ، بعد مقارنته لإيجابيات المشروع ، والأعباء التي يفرضها في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار (٢٠٤٤).

وإذا نظرنا إلى موقف المحاكم الإدارية هنا في عدم إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، نجد أن هذه الحالات لها ما يبررها ، في أن المحاكم الإدارية عادة في بداية التحولات القضائية ، تنتظر في العمل بهذا الوافد الجديد حتى يستقر مجلس الدولة على قضائه الجديد ثم نلتزم به (٢٠٤٥).

الخطأ البين والموازنة بين المنافع والمضار :

لاشك أن وجود نظرية الموازنة بين المنافع والمضار والخطأ البين (٢٠٤٦) معا في أكثر من مناسبة ، جعلت بعض الفقهاء يقول بالاكْتفاء بنظرية الخطأ البين ،

(٢٠٣٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة ص ٣١٨) .

(٢٠٣٣) انظر :

T.A. comite de defense des proprie taires, A.J.P.I

(٢٠٣٤) انظر :

T.A. Lille sieur Mamet, A.J.P.I P. l'Inteieur c/sieurs memet et aurtres, lep .p

(٢٠٣٥) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص ٣١٩) .

(٢٠٣٦) يطلق عليه (الغلط البين) ، وأيضا (الخطأ الظاهر) ، وهي مصطلحات ارتضاها بعض الفقهاء دون بعض ، ولكن المصطلح لم يغير في المضمون ، ومن ثم فلا مشاحة في الاصطلاح ما دامت العبرة بالمعاني لا بالمباني .

وخصوصا وأنه قبل أن يطبق مجلس الدولة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزاع الملكية ، اقترح بعض الفقهاء أن تطبق نظرية الخطأ البين على قضية (المدينة الشرقية) كما أن مفوض الدولة BRAIBANT كان قد دعا مجلس الدولة إلى تطبيق رقابة الخطأ البين في التقدير ، ولكن المجلس لم يفصل في القضية إلا في مارس (١٩٧١م) بناء على تقرير آخر لمفوض الدولة BRAIBANT دعاه فيه إلى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(٢٥٣٧) .

وأیضا في قضية Ville de, limoges اقترح مفوض الدولة على المجلس ثلاث أنواع من الرقابة : الخطأ البين في التقدير ، والموازنة بين المنافع والمضار ، وقضاء التناسبية ، فاختار المجلس تأسيس قضائه على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار^(٢٥٣٨) .

وهذا ما دفع البعض إلى المطالبة بالاكْتفاء بنظرية الخطأ البين أمام قلة تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار من المحاكم الإدارية ، وأيضا تلافيا للانتقادات التي وجهت إلى الموازنة بين المنافع والمضار ، والحقيقة أن نظرية الخطأ البين لن تقوم بعمل الموازنة بين المنافع والمضار فكل منهما عمله ، وإن كان بينهما محل اتفاق فهناك وجوه للاختلاف :

أ- محل الاتفاق بين نظرية الخطأ البين والموازنة بين المنافع والمضار :
الذي يجمع بين النظريتين أن كليهما تقع على السلطة التقديرية للإدارة ، وبخاصة إذا كان خطأ الإدارة في قرارها كبيرا .

وحدد الفقيه Bockel مجال تطبيق النظريتين ، ومحل إعمالها على أحد مظهرى السلطة التقديرية وهما :

(١) حرية تقدير التدخل أو عدم التدخل لإصدار القرار ، وهذا عمل نظرية الخطأ البين ، فيتم فحص شروط التدخل لإصدار القرار ، أو رفض إصداره ، ومثال ذلك : عند إصدار رخصة بناء بجوار أحد المواقع الجمالية أو الآثار التاريخية ، لا يبحث القاضي محتوى الترخيص في ذاته ، من حيث عدد الأدوار ، أو المساحات اللازمة للبناء ، وإنما يبحث فقط ما إذا كان يمكن البناء في هذا المكان أم لا ، ولذا فإن رقابة الخطأ البين في رأى Bockel تتم مع الاحترام الكامل للسلطة التقديرية بصدد محتوى القرار .

(٢) حرية اختيار مضمون أو محتوى القرار ، وهي التي تطبق بشأنها رقابة الموازنة بين المنافع والمضار^(٢٥٣٩) .

ب- محل الاختلاف بين الخطأ البين والموازنة بين المنافع والمضار :
إن الدعوة بإحلال نظرية الخطأ البين محل الموازنة بين المنافع والمضار دعوة لا يمكن التسليم بها للأسباب الآتية :

١ - إن رقابة الخطأ البين ، وإن كان مجالها السلطة التقديرية فإنها تمثل

(٢٥٣٧) انظر :

G.BRAIBANT sur C.E: Ass. , ville nouvelle .Est .A.J.D.A   

(٢٥٣٨) انظر :

   Ville de Limoges , D.S   R.D.P  , P  note WALLINE .

(٢٥٣٩) انظر :

Alai Bockel : contribution à l'étude du pouvoir , discrétionnaire de l'adminisration, A.J.D.A   ets .

الحد الأدنى ، ولا تسعف القاضي الإداري عند الاعتداء على أحد المنافع العامة محل الاعتبار، والتي تستلزم رقابة أكثر تقدماً .

٢ - إن فكرة الخطأ البين فكرة غير واضحة ولا تصلح كمعيار ، بخلاف الموازنة بين المنافع والمضار ، فإنها تتضمن عناصر تطبيقها ومعايير تنفيذها .

٣ - إن المطالبة بتطبيق الخطأ البين بدلا عن الموازنة بين المنافع والمضار لن يؤدي إلى تلافى الانتقادات التي وجهت للموازنة بإحلال القاضي نفسه محل رجل الإدارة ، لاشتراكهما في الرقابة على السلطة التقديرية^(٢٥٤٠) .

٤ - إن تشابك المصالح وتعارضها يجعل القرار الإداري في معظم الحالات توفيقيا بين هذه المصالح ، مما يترتب على ذلك عدم ظهور الخطأ غالبا ، بالتالي يحتاج اكتشافه إلى فحص دقيق ؛ ولذلك يقول Andre de LAUBADERE : " إن مجلس الدولة يحرص على أن يفصل في رقابته بين مجالات من السلطة التقديرية يطبق بصدها رقابة الخطأ الظاهر في التقدير ، وأخرى يطبق بصدها الموازنة بين المنافع والمضار "^(٢٥٤١) .

٥ - إن النظريتين تختلفان من حيث نطاق تطبيقهما ، فالخطأ البين له مجال تطبيق دقيق جدا ، فهو يُمارس على اختصاصات غير مشروطة لم تتم فيها أي رقابة قضائية للوصف القانوني للوقائع ، فتقدير الوقائع هو محل رقابة الخطأ البين ، وهذا على العكس في نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإن محل عملها هو القرار الإداري، وما يترتب عليه من آثار^(٢٥٤٢) .

وعلى ذلك فإن الذي حدث عمليا ليس حلول نظرية الخطأ البين في التقدير محل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بل على العكس ، انتقلت رقابة الموازنة بين المنافع والمضار لمجالات جديدة كالارتفاقات الإدارية وتسريح العمال على حساب رقابة الخطأ البين^(٢٥٤٣) .

ويتضح مما سبق : أن القضاء الإداري في فرنسا باستثناء الحالات النادرة السالف ذكرها والتي اعترف فيها بفكرة المنفعة العامة في ذاتها ، فإنه قد بسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على كل منازعة تتوفر فيها صفة المنفعة العامة في مجال نزع الملكية ، وظل على ولائه لها منذ ١٩٧١م حتى الآن ، بل واستمر القضاء الإداري في توسيع مجال تطبيقها خارج نطاق نزع الملكية ، ولقد مد رقابة الموازنة بين المنافع والمضار في مجال الاستثناء من قواعد التخطيط العمراني ، فاشتراط حتى يكون القرار مشروعا ومحققا للمنفعة العامة ، ألا تكون الأضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمراني مفرطة بالنسبة للمنفعة التي يحققها^(٢٥٤٤) .

وكذلك مد مجلس الدولة رقابة الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجال

Jean KAHN : Article précité

(٢٥٤٠) انظر :

(٢٥٤١) انظر :

André de LAUBADERE : le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'utilité publique justifiant l'expropriation . Mélanges offerts à M. Waline, TII, P.P. 531 et s.s. L.G.D.J. Paris 1974 .

(٢٥٤٢) انظر (د/ محمود سلامة جبر - رقابة الغلط البين - ص ١٨٥) .

(٢٥٤٣) انظر (د/ أحمد أحمد المواني - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٢٨) .

(٢٥٤٤) انظر (د/ أحمد أحمد المواني - المرجع السابق - ص ٣٣٠) .

الارتفاقات الإدارية ففي قضية Gorlier et Bonifay^(٢٥٤٥) ، اختارت الإدارة تخطيطاً لمرور خطوط الكهرباء يتفادى بعض منشآت إنتاج المواد (الهيدروكربونية) فطعن الأفراد بأنه تخطيط طويل ومكلف ، وقصد به تحقيق منفعة شركة خاصة ، فقضت محكمة مرسيليا الإدارية بعدم إلغاء قرار تقرير المنفعة العامة بناء على أن تخطيط المشروع أمر يتعلق بالملائمة وبمطلق اختيار الإدارة وفقاً لما درج عليه مجلس الدولة ، وعندما عرضت القضية على مجلس الدولة ، طالب مفوض الدولة بتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار على القضية ، إذ رأى أن إقامة خطوط الكهرباء وما تستلزمه من تثبيت أعمدة ، وتمديد أسلاك الكهرباء تضر بمنافع الملاك المجاورين بما يصل لنتائج تقترب من نزع الملكية .

ولقد تابع مجلس الدولة رأى المفوض فقرر : أن التخطيط لا يكون مشروعاً إلا إذا كانت الأعباء التي يسببها لمنافع الأفراد ليست مفرطة بالنسبة للمزايا التي يحققها المشروع .

وجاءت صيغة الحكم عامة بما يسمح تطبيقها على ارتفاقات أخرى ، وأن تشر إلى عناصر الموازنة بين المنافع والمضار كالمصلحة الفردية ، والأعباء الاجتماعية ، والمالية ، إلا أن المجلس أكد بها قضاءه الذي انتهى بإخضاع موقع إقامة المشروع لرقابته^(٢٥٤٦) .

وبلغ امتداد رقابة الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجال تسريح العمال بعد ما كان أمرها منوط برقابة الخطأ البين ، فقرر مجلس الدولة : أنه إذا كان طلب تسريح العمال مبنياً على ارتكاب خطأ ما ، فيجب بحث الأفعال المنسوبة للعامل للتأكد من أنها من الشدة بحيث تبرر التسريح ، وعند رفض طلب التسريح بإجراء التسريح تراعى الإدارة المختصة ألا تكون هناك أضرار مجحفة بالمنافع القائمة . وفيه وازن المجلس بين المنفعة العامة المتحققة من رفض طلب التسريح بتسريح العمال مع المنافع محل الاعتبار ، ومن ثم لا يحكم المجلس بشرعية قرار الرفض ، إذا كانت الأضرار المترتبة عليه مجحفة بالنسبة للمنفعة العامة التي يحققها^(٢٥٤٧) .

واستمر تطبيق النظرية حتى أصبحت وكأنها مبدعاً عاماً ، وبالفعل حدثت لها تطبيقات عديدة ، حتى استجاب التشريع لها في مجال القانون الإداري ، ومن قبل استجابت الإدارة لتوجيهات النظرية ، فقامت بتعميم مبادئها على كل الإدارات ، ووصل الأمر إلى أنها أصدرت قرارات صاحبها مذكرات توضح الإدارة فيها الوسائل التي تستخدمها لمواجهة الآثار الاجتماعية أو البيئية التي تنجم عن تنفيذ قرار نزع الملكية^(٢٥٤٨) .

ج - الموازنة بين المنافع والمضار مبدأ عام للقانون في فرنسا :

لقد وصل امتداد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى أن نص الشارع عليها في مجال الاتفاقيات الاقتصادية ، وقانون العمل ، وقانون البيئة .

١ - نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٧٧ - ٨٠٦ ، والخاص بمعاقبة

C. te confiserie AZUUREENNE (٢٥٤٥) انظر :
Leb . (٢٥٤٦) راجع في ذلك :
André de LAUBADERE : Traite élémentaire de droit administrative,

* (٢٥٤٧) انظر (د/ أحمد أحمد الموفي - فكرة المنفعة العامة - ص ٣٣٤) .

(٢٥٤٨) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل - دور القاضى الإدارى - ص ٧١) .

د- مدى ولاء مجلس الدولة في مصر للموازنة بين المنافع والمضار :
باستقراء أحكام القضاء الإداري في مصر نكاد نجزم أن مجلس الدولة في مصر يقترب مما وصلت إليه فرنسا في تطبيق قضائها الإداري لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فأسباب الوصول إلى ما وصلت إليه متوفرة بل وأكثر من ذلك ، فإن مادة ضوابطها ومنهج تطبيقها في مصر أكثر وأنضج ، ولاسيما وأنها تملك الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا لتشريعها ، فمن السهل أن تحكم التطبيق ما دامت أسبابه متوفرة ؛ فالمصالح الاقتصادية تشكل محركا أساسيا في سياسة مصر ، ولقد ترتب على ذلك تعاظم دور المنفعة الاقتصادية ، حتى صارت الأيديولوجية الاقتصادية ، وليست القانونية هي التي تحدد محتوى المنفعة ، مما جعل أمر الموازنة بين المنافع والمضار ملحا ، وكذلك اختلاط المنافع الخاصة بالمنافع العامة ، تُعد سببا جوهريا لإعمالها^(٢٥٥٥) .

ولقد قام مجلس الدولة في مصر بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار في العديد من أحكامه ، منها (عزية خير الله ، وسوق روض الفرج) تمشيا مع اتجاهه العام نحو التضييق في نطاق السلطة التقديرية للإدارة ، وبخاصة إذا تعلق الأمر بشرعية التدخل للمساس بالحقوق والحريات .

ولا نستطيع القول بأن تبنى الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في القضاء المصري يرجع إلى أن دواعي تطبيقها في فرنسا قائمة في مصر ، ولكن يفرضه اتجاه النظام العالمي إلى تحرير الاقتصاد ، وتبنى اقتصاديات السوق ، وما يوجبه من الاعتماد على القطاع الخاص ، وفرض الاحترام للمنفعة الخاصة ، واعتبارها أحد العناصر الرئيسية في تحقيق المنفعة العامة ، وزوال المنطق القانوني الذي كان قائما على التضحية دائما بالمنفعة الخاصة في سبيل المنفعة العامة ؛ إنما يعد مقدمة لزوال أسطورة حماية الدولة للمنفعة العامة وحدها ، بحيث يواكب تحرر الاقتصاد ، إعادة النظر في علاقة الإدارة بالأفراد ، لتقوم على التوازن والاعتدال بدلا من التعسف والإفراط^(٢٥٥٦) .

ولم يكتف القضاء المصري بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار في المجالات نزاع الملكية بل طبقها على قرارات الإدارة والخاصة بالضبط الإداري فلقد راقب القضاء تناسب الإجراء المقيد للحرية العامة مع خطورة الإضرار بالأمن ، وراقب الإجراء الشرطي المتخذ مع الأضرار المترتبة على الاضطراب المراد تجنبه^(٢٥٥٧) .

كما راقب مجلس الدولة الوقائع بفحصها وتكييفها ، فيما إذا كان وقوف شخص ما موقف المعارضة السياسية يؤدي إلى قيام حالة الاشتباه ، والخطورة على الأمن العام في حقه بما يبرر اعتقاله^(٢٥٥٨) .

وكذلك قامت المحكمة الإدارية العليا بإلغاء قرار مدير مصلحة وثائق السفر بسحب وعدم منح أو تجديد جواز سفر لأحد المواطنين^(٢٥٥٩) .

وهذا الإلغاء إنما بناه القاضي على الموازنة بين المنافع والمضار ، بين القيمة القانونية للحرية الفردية وبين مقدار الضرر الذي يسببه الإجراء للفرد ،

(٢٥٥٥) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص٣٦٤) .

(٢٥٥٦) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي - فكرة المنفعة العامة - ص٣٦٣) .

(٢٥٥٧) انظر (د/ محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية - جامعة عين شمس - مصر ١٩٧٤م - ص٢٠٦) .

(٢٥٥٨) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٧/٧/٥م في القضية رقم (٥٧٧) لسنة ٢٩ ق .

(٢٥٥٩) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٢/٢٧م في الطعن رقم (٢٥٧) لعام ٢٦ ق - ص٣٥٩ .

وإذا كان هناك من تطبيق للموازنة بين النافع والمضار في مصر ، إلا أنها لم تصل لدرجة عمومية المبدأ ، لا لعجزها عن المراقبة، بل لاعتبارات أخرى منها :

- ١ - سياسة مجلس الدولة المصري في رقابته على أعمال الإدارة .
- ٢ - البعد السياسى الذى ما زال يعيش بالفكر الشمولى ، وإن كان يرتدى ثوب الديمقراطية ، وسيادة القانون .

ولاشك أن الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في بحث توافر المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية في مصر ، سيضمن لها تحديدا أكثر واقعية ، كما أن الأخذ بها في مجال بحث المنفعة العامة في عموم المجالات التى تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية ، سيضمن لقراراتها مزيدا من المعقولية والرشد ، وسيحقق مزيدا من الضمانات للأفراد المتعاملين معها ، كما أنه سيضفى على العمل الإدارى مسحة أخلاقية هو فى أمس الحاجة إليها^(٢٥١٠) .

(٢٥٦٠) انظر (د/ أحمد أحمد الموفى - فكرة المنفعة العامة - ص٣٦٣) .

وخلاصة القول :

إذا كنا نطالب باتساع رقعة التطبيق لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر فليس هذا لأنها مبدأ يمكن وصفه بالعالمية ؛ ولكن لأنه مبدأ مستمد من شريعتنا الإسلامية التي أرست قواعده وسنت منهجه ، وحددت أهدافه ، وذلك من مراد قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ؛ ولأنه لا توجد شريعة صالحة لكل زمان ومكان سوى تلك التي جاء بها الرسول ﷺ عن المولى ﷺ .

وبعد بيان مدى ولاء النظم الوضعية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فهل يمكن القول أنه أضحى مبدءا عاما للقانون ؟

نعم لقد أضحى مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار مبدءا عاما للقانون في ظل اتجاه السياسة القضائية عموما نحو تضيق السلطة التقديرية للإدارة ، وكان لهذا التضيق عدة مظاهر منها :

١ - رقابة القضاء مدى التزام الإدارة بالمعايير أو القواعد التي تقيد بها سلطاتها التقديرية ، وتعلن عن التزامها ، واعتبر بعض الفقهاء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من هذا القبيل^(٢٥٦١) .

٢ - إجراء نوع من التوازن بين الإجراء المقيد للحرية وبين المنفعة العامة في حماية حقوق الأفراد ، فبحث القضاء مثلا ما إذا كان عرض يحقق منفعة عامة تبرر الإضرار بالحرريات العامة^(٢٥٦٢) .

ولقد أدى تدخل الدولة في المجالات الاقتصادية ، وعدم كفاية وسائل الرقابة ، إلى ضرورة إيجاد مبادئ قانونية جديدة لرقابة تعسف الإدارة في تلك المجالات ، إضافة إلى رغبة القضاء في دفع الإدارة إلى احترام حقوق الأفراد والمنافع محل الاعتبار ، إلى أن تكون نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مبدأ عاما لإقامة درجة الاتزان ، والاعتدال بين الأفراد والدولة ، اعتدال تؤدي فيه الواجبات ، وتُصان فيه الحقوق ، وتُحترم في ظلّه الحريات .

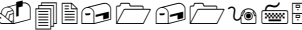
Jean :Guy COLLIGNON :Note sous C.E.  (٢٥٦١)

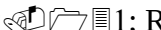
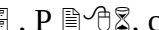
.Ville de

Limoges, D.S   .

J.

(٢٥٦٢) انظر :

C.E.A ss  .min. de l'Information c. ste . Rome – Paris Films, A.J.D.A

 , P  1; R.D.P  , P  , concl . ROUGEVIN – BAVILLE .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية

في إطار مستقبل النظرية

في الإطار العام لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار من حيث مستقبلها وامتدادها في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، يروم وجه الاتفاق بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني في محاولة جادة علمية ومنهجية منظمة بهدف بسط مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار على كل جوانب الحياة الإدارية حماية للحقوق والحريات، والتعايش العادل بلا تعسف أو انحراف .

أما من حيث وجه الاختلاف فيتلخص في ما يلي :

أولاً: من حيث مقاصدها :

فالمقصد في النظام الإسلامي ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان وإنما يخضع تطبيقه لاعتبارات فقه الواقع والنوازل . ذلك لأن نصوصه كأنه في القرآن والسنة، وهما النصان المجمع عليها من قبل الأمة من غير محدودية بالزمان والمكان ، فلا يخضع المقصد تاصيلاً لمذاهب الأفراد وفلسفتهم .

بخلاف المقصد في النظم الوضعية فلا نص على تأصيله ، ولا تصوغه قاعدة قانونية ، وإنما يخضع مضمونه للفلسفة التي تعتمدها الدولة ، ودليل ذلك القانون الطبيعي واختلاف النظم الوضعية فيما بينها حول العمل به وإخضاعه للتطور .

ثانياً: من حيث الضوابط :

فإمتداد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي محوط بضوابط وقواعد قطعية الدلالة ملزمة ، تمنع من تطبيق النظرية بناءً على الأهواء وبسط تطبيقها بناءً على التجربة ومدى قبول الدولة لها ، بل هي تكليف شرعي لا يجوز الخروج عنه .

وهذا على النقيض تماماً من النظم الوضعية إذ إن بسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار فيها خاضع لضوابط أنتجت التجربة، ومن ثم فلا قطعية لها فهي قابلة للتغير والتبديل إلا حين يسن المشرع بها قانوناً.

ولذا كان ثمة اختلاف بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في تلك الزاوية، فلا يمنع أن يكون هناك تكامل وتعاون بين النظامين ، ولا سيما وأن مصر لديها الكثير من القواعد الإسلامية إذ يحتاج الفقه الإسلامي إلى المعارف الإنسانية والاجتماعية في دراسته للواقع المنوط به تطبيق الموازن عليه، وكذلك النظم الوضعية في أمس الحاجة إلى هذه القواعد الشرعية المنظمة لعملية إجراء الموازنة بين المنافع والمضار، حتي يصبح مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار متكاملًا بين المعرفة الشرعية الربانية وسواها من المعارف الاجتماعية ، توجه من خلال هذا التكامل الطاقات لإبراز سبل وطرائق الاستفادة من إيجابيات وحسنات المعارف الشرعية وكذلك الإنسانية ، حتى تغدو المعرفة الشرعية والإنسانية والاجتماعية متكاملة ومتجاوزة ، متجاوزة بذلك جوانب القصور والتقصير في تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

الغاية

الخاتمة

إن كل تشريع له أهداف يرمى إليها ، سواء أكانت هذه الأهداف من قبيل المحافظة على الدين أو النفس أو العقل أو النسل أو المال كما في الشريعة الإسلامية، أو كانت من قبيل المحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة وحماية الحريات والحقوق كما في النظم الوضعية .

والشريعة الإسلامية كالنظم الوضعية لها مقاصد في خصوص الأموال وملكياتها ، هذه المقاصد لها جانب يجلب النفع وجانب يدرأ الضرر ، وكلا الجانبين هما عين أهداف كل تشريع ، غير أن المنافع والمضار قد تتعارض وتتقابل فلا يعرف أيها أولى بالتقديم ، وأولى بالاعتبار ، ومن ثم كانت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التي استطاع القضاء الإداري في النظام الإسلامي والنظم الوضعية أن يقدم من المنافع ما يستحق التقديم ، وأن يؤخر ما يستحق التأخير ، وخصوصا إذا تعلق الأمر بالعلاقة بين الإدارة والأفراد ، فالإدارة منوطة بالقيام بتحقيق المنفعة العامة لمجموع أفراد الأمة ، والتي قد يتبعها نزع ملكية الأفراد ، أو تقييد حرياتهم الاقتصادية والفكرية أمام تحقيق المنفعة العامة ، وكل فرد له منفعة الخاصة في أن يبقى له ملكه، وأن يقوم بالتصرف في ماله بيعا وشراءً وإنتاجا دون أن يقهره أحد على أن يحجب عنه هذه الحرية أو أن يقيد حركته إذا تعلق الأمر بالصحة العامة ، ومن هنا تعارضت منفعتان ، وفي طيها تعارضت منفعة ومضرة .

ولذا وقف القضاء الإداري موقف الموازن بين هاتين المنفعتين ، أو تلك المضرتين ، وأقام لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار اعتبارها بناء على أنها منهج أصيل في النظام الإسلامي ورقابة جديدة في النظم الوضعية ، وانطلق بها في مجالات أربع - هم على سبيل المثال في النظام الإسلامي- وعلى سبيل الحصر في النظم الوضعية وهي : مجال نزع الملكية ، والتخطيط العمراني ، والمجال الاقتصادي ، والصحة العامة ، إذ استطاع القضاء الإداري بهذه النظرية أن يحمي الحريات للأفراد ، وأن يصون حقوقهم ، وفي ذات الوقت النظر إلى ما تحققه المنفعة العامة من مميزات تُقيد في سبيلها تلك الحقوق والحريات .

ولقد كانت هناك نماذج كثيرة تطبيقية لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في تلك المجالات في النظام الإسلامي والنظم الوضعية ، توصلنا من خلال استقراءها إلى أهمية هذا النوع الرقابي الجديد الذي أثبت مدى رقي النظام الإسلامي واستيعابه لكل قضايا الحياة وخصوصا في القضايا المتعلقة بالفصل بين السلطة الإدارية والأفراد ، فلقد أثبتت نظرية الموازنة أن القضاء الإداري الإسلامي استطاع أن يبسط رقابة الإلغاء لقرارات الإدارة حين تحاول أن تبتغي بقراراتها مصالح خاصة دونما تحقيق للمصلحة العامة ، ومن ثم فقد سبق النظام الإسلامي النظم القانونية الوضعية الحديثة في معرفة قضاء الإلغاء من خلال تطبيق نظرية الموازنة .

وقد يقال بأنه لا فائدة من هذه المقارنة ما دام الفقه الإسلامي والوضعي قد وجدا لنظرية الموازنة أساسا قانونيا وشرعيا ولكن يرد على ذلك : بأنه إذا كانت النظرية لها أساس شرعي وقانوني . فإن هناك بعض المظاهر التي تبرز تفوق الشرعية الإسلامية على القوانين الوضعية وأن هذا التفوق مازال قائما وباقيا ومنه

ما يلي :

أ- أنه لا يمكن التسوية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . ذلك لأن المعايير التي تطبق على الفقه الإسلامي تختلف عن غيرها في الفقه الوضعي ؛ بدءا بالنظر إلى مصدر كل منهما حيث أن هذا الأخير ليس له إلا الأرض يستقي منها . أما الفقه الإسلامي فإنه ينهل أصلا من السماء ؛ لأن مصدره الأساسي : هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ ومن أجل ذلك ينبغي التنبيه إلى أن الطفرة التشريعية الراقية - وإن كانت ممنوعة تماما على القانون البشري - فهي متصورة وحاصلة فعلا في صور كثيرة في الفقه الإسلامي ، والسبب في ذلك واضح ، وهو أن الكتاب العظيم والسنة الصحيحة قد حفلا بالمبادئ الراقية الحكيمة ، التي لم يدركها العقل البشري إلا بعد تطور طويل مرير ، وهو ما كان من أمر نظرية الموازنة ، فهي في النظام الإسلامي تمثل التزاما بالنصوص القرآنية ، وما عمل الفقهاء إلا استقراء النصوص ومحاولة التقعيد لنظرية الموازنة في ضوء دلالة النص ، ومثال ذلك :

بالرجوع إلى الكتب المؤلفة في القواعد نجد على سبيل المثال لا الحصر الإمام السيوطي فقد ذكر في كتابه من هذه القواعد ما يأتي : قاعدة [اليقين لا يزول بالشك] . وقاعدة (الضرر يزال شرعا) . هاتين القاعدتين لا تعتبر تطورا بشريا وإنما تقعيد لدلالة نص وهو قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ، وكذلك نجد قاعدة (الأمور بمقاصدها) . لم تخرج عن دائرة النص وهو قوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » . بينما تمثل نظرية الموازنة في النظم الوضعية تطورا قضائيا استطاع القضاء أن يبسط رقابته بها للحد من سلطة الإدارة التقديرية من أجل حماية حقوق الأفراد وحررياتهم .

ب- إن التشريع الإسلامي يُقصد به دائما حفظ مصالح الناس المختلفة على أكمل وجه ، وقواعده ملزمة ديانة وقضاء ، بينما يُشاهد في القوانين الوضعية أن القصور في حماية مصالح العباد هو الصفة الغالبة في كل العصور ، فقد يضع الناس قانونا في عصر ما ، ثم يتضح لهم بعد ذلك فساده ، وكذلك لا يصل الناس إلى القاعدة القانونية الصحيحة إلا بعد تطور مرير قد يستغرق قرونا كاملة .

ج- إن التشريع الإسلامي قد راعى محدودية العقل البشري فلم يطلق له العنان فقيده حيث يكون الهدف والغاية والأمر بالإلزام ، وأطلق له العنان حينما يتعلق الأمر بالوسائل التي تؤدي إلى غاية محموددة ولا تخالف الوسيلة ناصا شرعيا يحرمها .

بينما الفقه الوضعي يطلق العنان للعقل بما يخدم مصالحه ، ونسى هؤلاء أن العقل البشري يعطى بقدر ما يأخذه من مداد ، ومداد العقل في النظم الوضعية هو الفلسفة التي يتفاعل بها المجتمع إيجابا وسلبا ، وأقرب مثال على ذلك : أن العقل البشري لم يتفق فيما بينه على الحق ، فالحق في الغرب غير الحق في الشرق وكذلك الحرية ، ومن ثم فهو عقل قاصر عن مراعاة مصالحه ومصالح الآخرين ، لذلك هو في أمس الحاجة إلى هداية السماء التي تمثل تفوقا تشريعيا في الوصول إلى الحقيقة فورا وبدون صراعات وثورات وهو ما يميز النظام الإسلامي ، والسبب في ذلك أنها من عند العليم الخبير.

وإذا كانت العبارات السالفة بينت ما يمتاز به النظام الإسلامي عن نظيره

الوضعي ، في استيعابه لكل أبعاد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن هذا لا يعني أن نبخس النظم الوضعية حقها ، ولا سيما في فرنسا ومصر ، فإنها اهتمت بالمؤسسة القضائية في هذا الميدان ، وجعلت تطبيق نظرية الموازنة بيد القضاء الإداري الذي يمتاز بهيكلة التنظيمي ومؤسسته الدستورية ولأحكامه على الراجح صفة الإلزام للإدارة والأفراد ، في ظل زمن لم يبق للنظام الإسلامي فيه سوى المجامع الفقهية التي تحاول جاهدة أن تنهض بالفقه الإسلامي ، وأن تسير به نحو الأمام حتى يستوعب ما يستجد من وقائع في دنيا الناس ، وكان من مظاهر النهضة الفقهية الحديثة ، أن المجامع الفقهية اجتهدت ووضعت لنظرية الموازنة قواعد ومعايير مستقاة من نص القرآن وهدى السنة ، وبخاصة في مجال نزع الملكية والتطور الإقتصادي الحديث .

وكان من بين قرارات المجامع الفقهية ما قرره مجمع البحوث الإسلامية وفي أول مؤتمر له سنة ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٤ م بخصوص انتزاع الملكية للمصلحة العامة فقرر أن المال الطيب الذي أدّى ما عليه من الحقوق المشروعة ، إذا احتاجت المصلحة العامة إلى شيء منه أخذ من صاحبه نظير قيمته يوم أخذه .

ولم يكن موضوع انتزاع الملكية قائما بذاته ، وإنما جاء ضمن الأبحاث المقدمة في موضوع الملكية بصفة عامة .

وأيضاً قرر مجمع الفقه الإسلامي بجدة في المملكة العربية السعودية في دورة مؤتمره الرابع من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨ م .

بعد الإطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتزاع الملك للمصلحة العامة . وفي ضوء ما هو مسلم من أصول الشريعة من احترام الملكية الفردية ، حتى أصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة ، وأن حفظ المال أحد الضروريات الخمس التي عرف من مقاصد الشريعة رعايتها ، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها ، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية ، وعمل الصحابة رضي الله عنهم - فمن بعدهم - من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة ، تطبيقاً لقواعد الشريعة العامة في رعاية المصالح ، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة ، وتحمل الضرر الخاص لتفادي الضرر العام .

قرر ما يلي :

أولاً : يجب رعاية الملكية الفردية وصيانتها من أي اعتداء عليها ، ولا يجوز تضيق نطاقها أو الحد منها ، والمالك مسلط ، وله - في حدود المشروع - التصرف فيه بجميع وجوهه وجميع الانتفاعات الشرعية .

ثانياً : لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية :

١ - أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل .

٢ - أن يكون نازعه ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال .

٣ - أن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة ، أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور .

٤ - ألا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه في الاستثمار العام أو الخاص وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان .

فإن اختلفت هذه الشروط أو بعضها كان نزع ملكية العقار من الظلم في الأرض ، والغصب التي نهى الله تعالى عنها ورسوله ﷺ .

على أنه إذا صرف النظر عن استخدام العقار المنزوعة ملكيته في المصلحة المشار إليها تكون أولوية استرداده لمالكه الأصلي ، أو لورثته بالتعويض العادل . والله أعلم .

ومع ما يحمله هذا القرار من مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ومع ما امتاز به من تأصيل في التطبيق ، إلا أنه مع أسفنا الشديد ليست له صفة الإلزام للأنظمة الحاكمة في الدول التي تحوى هذه المجامع الفقهية .

وفى ختام ما بدأته مع هذه النظرية الغناء التي أثبتت أن الشريعة الإسلامية بأصولها ، وفروعها وضعت لأجل تحقيق مصالح العباد ، وأن أحكامها ، وما تهدف إليه من جلب المنافع الحقيقية ، ودرء المضار ، إنما هو لأجل الاعتدال والاعتدال ، وعدم اختلال النظام ، لا بحسب الكل ، ولا بحسب الفرد ، وإنما لمنع الاضطراب والاختلال، وكذلك النظم الوضعية ، وبخاصة في الدول التي تحررت عقول أفرادها من الأوهام ، وسطوة الحكام ، فأقام القضاء بها ميزان العدل بين الدولة والأفراد ، بحيث لا يكون ثمة ضرار .

ومن باب مخالفة إلف العادة - إذ جرت بالعود إلى عرض ما عرض ، وإجمال ما فصل - فذلك قد مضى ، ويكفى أن أظن بأننى قد أتيت على المقصود من موضوع البحث ، وقد بذلت فيه غاية الجهد من خلال فترة البحث التي قضيتها ، أجمع لنظرية الموازنة شواردها ، وألم أطرافها ، وأحرر معانيها وأفكارها ، وأرتب أبوابها وفصولها ، واستخرج معادن أصولها وفروعها من بحرين عظيمين :

أحدهما : هو الفقه الإسلامى .

والثانى : هو النظم الوضعية .

وبهذا أكون قد أسهمت فى وضع لبنة فى بناء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، التى أقام علمائنا قواعدها وأسسوا بنيانها وأركانها ، ومن ثم أوقفت قلمي ، بعد ما توصلت من بحثى إلى النتائج والتوصيات التالية :

أولاً: نتائج البحث:

١ - أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بمعناها الحقيقي وضوابطها يقول بها مجتهدوا الفقه الإسلامى ، وفقهاء القانون الوضعى ، ولا يخالف فى ذلك إلا من يخشى تقييد سلطة الإدارة التقديرية ، وعذرهم أنهم منعوا العمل بها سدّاً للذريعة ، ومنعوا للفساد ، وغالباً ما تزول هذه الخشية حينما يُعلم أن الموازنة لا تقام بالهوى ، ولا بالتشهى ، بل فى ظل ضوابط ، ومعايير ومنهج لإعمالها مرسوم ، وأن غاية ذلك إرشاد الإدارة وتوجيهها والتعاون معها .

٢ - أن محل نظرية الموازنة واقعة لا نص تشريعياً فيها ، وأن المجتهد أو القاضى يبنى حكمه على المقاصد العامة .

٣ - أن لتطبيق نظرية الموازنة ثمرات : منها مرونة الفقه الإسلامى ،

وخصوصيته وصلاحيته للتطبيق ، ومنها كون الموازنة منهجا لإيجاد حكم فى النوازل التى لا نص فيها ولا اجتهاد .

وأما فى القضاء الإدارى الوضعى تعد النظرية نوعا رقابيا جديدا على أعمال الإدارة أثبتت نجاحها ، ولديها من الشمول ما يستوعب كل القرارات الإدارية ليست المتعلقة بنزع الملكية وحدها ، بل كل المجالات حتى المجال التأديبى ، وإن كنا نأمل أن يخطوا قضاءنا المصرى خطوات نحو تطبيق النظرية تطبيقا عاما ، ولاسيما ، وأنها تملك من المرجعية ما يؤهلها لذلك .

٤ - أن الترجيح بين المنافع والمضار ، فى تعارضهما لا يكون بمجرد الخفاء والظهور بل بقوة الأثر من عظم المنفعة ، وقلة المضرة والعكس .

٥ - أن الاعتداد بالقرارات الإدارية والفعال والحكم عليها منوط بالنظر إلى مقدار المنفعة التى يحققها ، ومقدار المضرة التى يدرؤها ، وبالنظر ما إذا كان يترتب عن ذلك إضرار بالغير يفوق ما يحققه الفعل من منافع ، وبناء عليه ، يكون على القاضى ألا يقدم على الحكم حتى يعرف ما يؤول إليه ذلك الفعل فى الواقع .

٦ - أصبحت المقاصد العامة للتشريع هى المرجع الأساسى عند فقدان النص فى المسائل والوقائع المتجددة ، وعلى القاضى أن يعتمد عليها فى استنباط أحكامه شريطة اتفاق حكمه مع روح التشريع ، وأهدافه العامة ، وأحكامه الأساسية .

٧ - لم تعد فكرة الضرورة الواقعية هى المحرك الرئيسى لأعمال نظرية الموازنة وإنما أصبحت الموازنة بين المنافع والمضار علما ومنهجا له كيانه الخاص بين مواضيع أصول الفقه ، وإن كان لا يستطيع الاستقلال عنه فأصول الفقه مصدره ومحضنه ، وكذلك صارت نظرية الموازنة نوعا متطورا من بين أنواع الرقابة على أعمال الإدارة لها خصوصيتها فى طريقة إعمالها ، وتدرجت فى التطبيق حتى صارت مبدعا عاما فى فرنسا ، ومن قبل ألمانيا وأمريكا وإنجلترا ، ونأمل أن يسير مجلس الدولة المصرى على الدرب غير عابئ بأغلال السلطة ، فلديه من المقومات والمرجعيات ما يصل به إلى صيرورة نظرية الموازنة قاعدة عامة يطبقها القضاء على كل أعمال السلطة التقديرية للإدارة .

٨ - أكدت نظرية الموازنة أن بمقدور الفقه الإسلامى أن يكتسب إطارا تنظيريا ، وطرح نظريات منسجمة فى مختلف أبعاد الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ، وذلك من خلال ثنايا الأحكام المتفرقة فيه ، وكذلك أثبتت النظرية فى القانون الوضعى أن الفقه القانونى لا يحجزه شيء فى ظل الفرار من التبعية الفلسفية للنظم الوضعية .

٩ - آخر نتيجة توصل إليها البحث تكمن فى سهولة التكامل بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى ، وبخاصة حين يكون عقل النظم الوضعية منصفًا بعيدا عن العصبية الدينية ، إذ من السهولة بمكان أن يسير على نفس الطريق الذى خطه النظام الإسلامى ، وها هى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، تعود فى صيغة وضعية أنتجها القضاء الإدارى الفرنسى حماية للحقوق والحريات ، وقد ظن أنها تطور قضائى ليس له سابقة ، وإذا بعين الحقيقة تؤكد أسبقية النظام الإسلامى فى وضع قواعد هذه النظرية من قبل ، ولم تقف عند حدها النظرى بل كانت واقعا قضائيا يتحاكم به الأفراد والدولة ، فى ظل قضاء المظالم ، كذلك ليس بخاف على كل منصف من أهل الفقه الإسلامى أن الفقه الإسلامى فى أمس الحاجة إلى الحكمة

المتتمثلة فى العلوم الاقتصادية والاجتماعية ، حتى وإن نبغ فيها الآخر ، فالحكمة ضالته أنى وجدها فهو أحق الناس بها ، ليستكمل بها استقرار الواقع الجديد ، فالمعرفة الشرعية يمكن لها أن تتكامل مع غيرها من المعارف من حيث الموضوع ، والمنهج لا من حيث الفلسفة والمنطق ، ومن ثم تخرج منه نظرية الموازنة بثوبها القشيب لا يعترىها نقص ، ويستحيل عليها عجز ، محققة التوازن فى الأحكام وعدم الاضطراب .

وأخيرا : فإن ما ذكرته من نتائج تدفعني إلى الإحساس بالعجز والنقص ، وإلى شعور دائم يورق فكرى ، وهو أننى لم أستكمل شيئا ، وإن كل ما نقبته ، وكشفت النقاب عنه ، وخضت فيه بقدر ما ، يدعو إلى المزيد من الدراسة والبحث ، ولذا أختتم بالتذكير والتوصية ببعض كبريات القضايا التى تتطلب الكثير من جهد الباحثين وعمل المشرعين ليقوموا بسد الثغرات ، وإيجاد أحكام للوقائع المستجدات ، وتتلخص هذه التنبيهات فى الوصايا التالية :

ثانيا : أهم وصايا البحث :

١ - توسيع البحث وتكثيفه فى مجال أصول المقاصد العامة ، والنظر إلى ما تحققه الأحكام الصادرة من منافع عامة ومنافع خاصة مشروعة ، وما تدفعه من مضار عن المجتمع والأفراد على السواء .

٢ - العمل على ضبط مدلولات المصطلحات فى الفقه القانوني وصيانتها عما يزاحمها من المعانى ، مع تحديد المقصود الشرعى منها ، ومحاولة فهم المراد من نصوص القاعدة القانونية وتفسيرها تفسيراً يليق بتطبيقها على الوقائع التى سبقت لأجلها .

٣ - التركيز على وجه الاتفاق بين النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية ، وبخاصة فى المقاصد العامة .

٤ - يقترح البحث العمل على أن يكون الفقه المقاصدى متطلبا دراسيا إجباريا على جميع الدارسين دراسات شرعية أو قانونية فى الجامعات والكليات والمعاهد الشرعية والقانونية ، ما دامت هذه المؤسسات العلمية المتخصصة ، تهدف إلى تخريج جيل من النشء قادر على تحقيق وصل مكين بين وحى السماء وواقع الأرض ، قادر على حسن توظيف واستخدام تلك المناهج للكشف عن مقاصد القاعدة القانونية، ومن قبل الشرعية ليخفف بها عناء الواقع المعاش ، وكذلك ضرورة التعريف بنظرية الموازنة ، وإيضاحها وفق منهج علمى سليم ، وأن تكون مادة تربوية علمية يربى عليها أجيال الأمة ، ويقام على أساسها كيانهم ، وغذائهم الفكرى ، وهذه التربية العلمية تحقق لنا أمرين :

الأول : الوضوح فى أولويات العمل الإدارى .

الثانى : القضاء على التخبط والغش فى الأعمال الإدارية ، مما لا يدع مجالا للانحراف بالسلطة أو التعسف .

٥ - العمل على إبعاد الفصام بين شؤون الدين والدنيا الذى ما زال يعمق الغياب الحضارى للنظام الإسلامى .

٦ - التأكيد على استقلال القضاء ، وكذلك المجامع الفقهية حتى لا تُسيَس

الفتوى ولا الأحكام .

٧ - العمل على أن تكون نظرية الموازنة مبدعاً عاماً ومنهجاً لإيجاد الحلول لكثير من المسائل الطارئة في حياتنا المعاصرة ، فالموازنة مادة ثرية لا غنى عنها ، غير أنها تتطلب شيئاً من الإحاطة بثقافة العصر ، وقيمته وخصوصاً في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

وختاماً ، أودع قلمي وأطوى صفحي ، فتلك رسالتي أقدمها لأهل الفقه والقانون ليحكموا لها أو عليها ، ولا أدعى فيها كمالاتي ، فما كان فيها من صواب فمن الله ، وما كان فيها من خطأ فمن نفسي ومن الشيطان ، وعذري أنني بشر خطاء والعمل البشري صفة النقصان ومعرض للخطأ والزلل في كل فكرة وعبرة ، كما قال الشاعر :

وما أبرئ نفسي ، إنني بشر أسهو وأخطئ ما لم يحمنى قدر
وما ترى عذراً أولى بذى زلل من أن يقول مقراً : إنني بشر

وحسبى أنني طالب علم ما زلت أحبو نحو المعالي ، أحتاج توجيهها يُقَوِّم اعوجاجي ، ونصيحة تبصرني بعيوبي ، وإرشاداً يُصحح مساري ، ولا يسعني في هذا المقام إلا التضرع إلى الله تعالى بالشكر والحمد له على أن منّ عليّ من صواب وتوفيق ، واستغفره ﷻ على ما وقع مني من خطأ وزلة بسبب عجزى وتقصيري ، وضعف قوتي وقلة بضاعتي ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، والله المستعان ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

"سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك "

الفهارس

١- فهرس قائمة المصادر والمراجع والرسائل والحواليات والمقالات العربية

.

٢- فهرس قائمة المصادر والمراجع والرسائل والحواليات والمقالات الأجنبية

٣- فهرس موضوعات الرسالة

قائمة المصادر والمراجع والرسائل

العربية

المصدر الأول : القرآن الكريم

باقي المصادر والمراجع والرسائل

د / إبراهيم محمد الفائز :

- فقه البناء في الإسلام - رسالة دكتوراه قدمت لجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء - الرياض ١٤٠٦ هـ.

ابن الأزرقي :

- بدائع السلك في طبائع الملك - تحقيق د/ محمد عبد الكريم ، د/ علي سامر النشار - الدار العربية للكتاب - ليبيا وتونس ١٩٧٧ م .

ابن الجوزي :

- سيرة عمر بن عبد العزيز - دار الفجر للتراث - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .
- صفة الصفوة . دار ابن خلدون - بدون تاريخ .
- مناقب عمر - تحقيق / محمد محمد عامر - دار الدعوة الإسلامية - ط ١ - ١٣٢١ هـ / ٢٠٠١ م .

ابن الحاجب :

- منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

ابن الملقن :

- مقدمة طبقات الأولياء . تحقيق نور الدين شريعة . دار المعرفة بيروت ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦ م .

ابن تيمية :

- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية - تحقيق / أبو يعلى القويسني محمد بن عبد الله بن حسن الشبراوي - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط ١ سنة ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م .
- مجموع الفتاوى - دار الوفاء - ط ١ - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م .
- الفتاوى الكبرى - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - (د : ت) .

ابن حجر :

- الإصابة في تمييز الصحابة - دار الفكر - بيروت - لبنان - بدون تاريخ ، وطبعة أخرى تحقيق / علي محمد البيضاوي - دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م .
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم - دار المعرفة - بيروت (د : ت) .
- إنباء الغمر بأبناء العمر - تحقيق د/ حسن حبشي - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة ١٤١٨ هـ / ١٩٩٨ م .

- تهذيب التهذيب - دار إحياء التراث ؛ بيروت . الطبعة الثانية - ١٤١٣ هـ / ١٩٩٣ م .
- فتح الباري شرح صحيح البخاري - دار أبي حيان - القاهرة - ط ١ - ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .

ابن خزيمة :

- صحيح ابن خزيمة - تحقيق - د/ محمد مصطفى الأعظمي - المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان . ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٠ م .

ابن خلكان :

- وفیات الأعیان وأنباء أبناء الزمان - تحقیق / إحسان عباس - مطبعة الغرب - بیروت - ط ١ (د . ت) .

ابن رجب:

- القواعد - طبعة دار الفكر - بدون تاریخ .

- ذیل طبقات الحنابلة .

ابن رشد الحفید :

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الفكر للنشر والتوزيع . د . ت

د/ ابن زغبية عز الدين :

- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - إشراف الدكتور/ محمد أبو الأحنان - دار الصفوة . ط ١ - ١٤١٧ هـ .

١٩٩٦ م .

ابن سعد :

- الطبقات الكبرى - تحقیق د/ علی محمد عمر . طبعة هيئة الكتاب ٢٠٠٢ م .

ابن عابدين :

- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - دار الفكر - بیروت - لبنان - ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م .

ابن عاشور :

- التحرير والتنوير - دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - (د . ت) .

ابن عبد البر:

- الاستيعاب في أسماء الأصحاب - تحقیق / علی محمد البيضاوي - دار الجيل - بیروت - الطبعة الأولى - ١٤١٢ هـ .

- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد - تحقیق / مصطفى بن أحمد العلوي محمد عبد الكبير البكري - دار

النشر - وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية - المغرب ١٣٨٧ هـ .

ابن فارس :

- معجم مقاييس اللغة - تحقیق / عبد السلام محمد هارون - دار الكتب العلمية .

ابن فرحون المالكي :

- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب - تحقیق وتعليق د/ محمد الأحمدی أبو النور - مكتبة دار التراث

- القاهرة ١٩٧٢ م .

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكم (مطبوع بمأمش فتح العلي المالك لأبي عبد الله عليش) - مطبعة

الحلبي - القاهرة - ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م .

ابن قتيبة :

- المعارف - تحقیق د/ ثروت عكاشة - الهيئة المصرية العامة للكتاب - الطبعة الثانية - ٢٠٠٢ م .

- عيون الأخبار - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٧٣ م .

ابن قدامة :

- الكافي في فقه ابن حنبل - الكتب الإسلامية بیروت - ط ٣ - ١٤٠٢ هـ .

- المغني مع الشرح الكبير - تحقیق - د/ محمد شرف الدين خطاب ، د/ السيد محمد السيد - دار الحديث -

القاهرة - ط ١ - ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .

ابن قيم الجوزية :

- أحكام أهل الذمة - تحقيق / يوسف أحمد البكري ، شاكراً توفيق العاروري - دار ابن حزم للنشر الدمام - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .
- أعلام الموقعين - تحقيق عصام الدين الصبايطي . دار الحديث ط ٣ - ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م .
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - دار البيان العربي . ١٩٨٥م .
- زاد المعاد - النور الإسلامية - القاهرة (د . ت) .
- مفتاح دار السعادة - دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان - (د : ت) .
- ابن كثير :**
- البداية والنهاية - تحقيق / أحمد عبد الوهاب فتيح - دار الحديث - الطبعة الخامسة - ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م .
- تحفة الطالب - تحقيق / عبد الغني بن حميد بن محمود الكبيسي - دار حراء للنشر - مكة المكرمة - الطبعة الأولى - ١٤٠٦هـ .
- تفسير القرآن العظيم - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي - (د : ت) .
- ابن ماکولا :**
- الإكمال - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١١هـ .
- ابن منظور :**
- لسان العرب - دار صادر - بيروت (١٤١٤هـ / ١٩٩٤م) .
- ابن نجيم الحنفی :**
- الأشباه والنظائر - مكتبة نزار مصطفى الباز . الرياض . ط ١ - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م .
- أبو إسحاق إبراهيم الفيروزآبادي الشيرازي :**
- التبصرة في أصول الفقه - تحقيق د/ محمد حسن هيتو - دار الفكر - دمشق - سوريا - الطبعة الأولى - ١٤٠٣هـ / ١٩٨٣م .
- طبقات الفقهاء - تحقيق / خليل الميس - دار القلم بيروت - (د : ت) .
- أبو الأعلى المودودي :**
- الخلافة والملك - الدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .
- نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور - الدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .
- أبو البقاء الكفوى :**
- الكليات - تحقيق د/ محمد المصري ، د/ عدنان درويش ص ٨٦٣ . مؤسسة الرسالة ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م .
- أبو الحسن الماوردي :**
- أدب القاضي - تحقيق / محي هلال سرحان - مطبعة الإرشاد - بغداد ١٣٩١هـ / ١٩٧١م .
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية - دار ابن خلدون - الإسكندرية (د . ت) .
- أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي :**
- الفوائد البهية في تراجم الحنفية - مطبعة عيسى الحلبي - مصر - ١٣٢٤هـ .
- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي :**
- عون المعبود - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٥هـ .
- أبو العباس أحمد بن أحمد التنبكي :**
- نيل الابتهاج بتطريز الديباج - دار الكتب العلمية - بيروت - (د : ت) .
- أبو العباس أحمد بن خالد الناصري :**

- الاستقصاء في أخبار دول المغرب الأقصى - تحقيق جعفر الناصري، ومحمد الناصري - دار الكتاب - الدار البيضاء - المغرب - الطبعة الأولى - ١٩٩٧م
- أبو بكر البيهقي :**
- سنن البيهقي الكبرى - تحقيق / محمد عبد القادر عطا - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م
- شعب الإيمان - تحقيق / محمد السعيد بسيوني زغلول - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .
- أبو بكر بن أبي الدنيا :**
- إصلاح المال - تحقيق ودراسة / مصطفى مفلح القضاة - الوفاء للطباعة والنشر - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م .
- أبو بكر بن محمد بن عمر ابن قاضي شهبة :**
- طبقات الشافعية - تحقيق د/ الحافظ عبد العليم خان - عالم الكتب بيروت - ط ١ - ١٤٠٧ هـ .
- أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي :**
- الأموال - دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية - د / محمد أحمد سراج ، د / علي جمعة محمد . دار السلام . مصر . الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١م
- أبو حاتم التميمي البستي :**
- مشاهير علماء الأمصار تحقيق / م فلايشهمر - دار الكتب العلمية بيروت - ١٩٥٩م) .
- أبو حامد الغزالي :**
- إحياء علوم الدين - تحقيق د/ بدوى طبانة - القاهرة - دار إحياء الكتب العربية - عيسى الحلبي (د . ت)
- المستصفى - تحقيق د/ محمد سليمان الأشقر - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧م .
- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .
- أبو خطاب محفوظ الكلواذاني :**
- التمهيد في أصول الفقه - دار المدني - جدة - الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥م .
- أبو زيد الدبوسي الحنفي :**
- تأسيس النظر - تحقيق/ مصطفى محمد القباني الدمشقي - مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة (د . ت)
- أبو سعيد الهيثم بن كليب :**
- مسند الشاشي - تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ .
- أبو عبد الرحمن بن أحمد الفراهيدي :**
- كتاب العين - تحقيق د/ مهدي المخزومي ، د/ إبراهيم السامرائي - دار الفكر - بيروت .
- د/ أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة :**
- القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين - دار ابن القيم للنشر والتوزيع . الدمام . السعودية . ط ١ . ١٤٢١هـ .

أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد المقدسي :

- الأحاديث المختارة تحقيق / عبد الملك بن عبد الله بن هيش - مكتبة النهضة الحديثة - مكة المكرمة - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ .

أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر المازري :

- المعلم بفوائد مسلم - تحقيق / محمد الشاذلي النيفر - الدار التونسية للنشر - تونس - الطبعة الأولى ١٩٨٧ م (٣٢٢/٢

أبو عبيد القاسم بن سلام :

- الأموال - تحقيق خليل محمد هراس - دار الفكر - بيروت ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

أبو يوسف :

- الخراج - تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد ؛ وسعد حسن محمد . المكتبة الأزهرية للتراث ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .

د/أبو بكر عبد الرازق :

- أبو زهرة - إمام عصره - حياته وأثره العلمي - دار الاعتصام - (د.ت) .

أبوداود السجستاني :

- سنن أبي داود . طبعة بيروت . الطبعة الثانية .

أحمد إبراهيم بك :

- علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي - دار الأنصار - ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٩ م .

د/ أحمد أحمد الموافي :

- فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية - دراسة مقارنة . كلية الشريعة والقانون . جامعة الأزهر فرع أسبوط . دار النهضة الحديثة - القاهرة .

د/ أحمد الريسوني :

- حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة - كتاب الأمة الصادر عن دولة قطر - عدد ٨٧ - ١٤٢٣ هـ) .
- نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية . دار الكلمة . مصر الطبعة الأولى - ١٤١٨ هـ . ١٩٩٧ م .
- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي - دار الكلمة . المنصورة . مصر ، ط ١ - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م .

أحمد بن الشيخ محمد الزرقا :

- شرح القواعد الفقهية - دار القلم - دمشق - ط ٥ ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .

أحمد بن حنبل :

- المسند - مؤسسة قرطبة - مصر (د . ت) .

أحمد بن علي الجصاص :

- أحكام القرآن - دار الفكر - بيروت - (د . ت) .

أحمد بن قاسم العبادي :

- الشرح الكبير على الورقات . مؤسسة قرطبة . ط الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م .

أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي :

- المصباح المنير - المطبعة الأميرية - مصر - الطبعة الثانية ١٩٠٩ م .

أحمد بوعود :

- فقه الواقع - أصول وضوابط . كتاب الأمة - قطر - عدد ٧٥ / ١٤٢١ هـ .

د/ أحمد زكي بدوي :

- معجم مصطلحات العلوم الإدارية - برقم (١٥٥٦) - دار الكتاب المصري للنشر - ودار الكتاب اللبناني للنشر

- (د . ت) .

د/ أحمد زكي تفاحة :

- مصادر التشريع الإسلامي وقواعد السلوك العامة - دار الكتاب اللبناني - بيروت - لبنان - ط ١ - ١٤٠٥ هـ /

١٩٨٥ م .

د/ أحمد علي الندوي :

- القواعد الفقهية (نشأتها وتطورها) - دار القلم - دمشق - ط ٥ - ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م .

د/ أسامة الخولي :

- البيئة وقضايا التنمية والتصنيع - دراسات حول الواقع البيئي في الوطن العربي ، والدول النامية - تقديم د/ مصطفى

طلبة - سلسلة عالم المعرفة عدد ٢٨٥ سبتمبر ٢٠٠٢ م .

د/ إسماعيل الحسني :

- نظرية المقاصد عند الإمام محمد بن عاشور - سلسلة الرسائل الجامعية - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - الطبعة

الأولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م

إسماعيل باشا بن محمد أمين :

- إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون - دار الفكر بيروت ١٤١٠ هـ /

١٩٩٠ م .

إسماعيل بن حماد الجوهري :

- الصحاح - تحقيق / أحمد عبد الغفور عطار ؛ دار العلم للملايين ط ٣ (١٤٠٤ / ١٩٨٤ م .

الأرموى سراج الدين بن أبي بكر :

- التحصيل من المحصل - تحقيق الدكتور عبد الحميد علي أبوزنيد . مؤسسة الرسالة - ط ١ - ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

الإسنوى عبد الرحيم بن الحسن :

- زوائد الأصول على منهاج الوصول إلى علم الأصول - دراسة وتحقيق /محمد سنان شيف الجلالى - إشراف د/محمد بن عبد العزيز محمد - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/١٩٩٣ م .

الأصفهاني :

- الذريعة إلى مكارم الشريعة - تحقيق د/ أبو اليزيد العجمي - دار الوفاء - الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٧ م
- المفردات في غريب القرآن - ضبط ومراجعة : محمد خليل عتاني - دار المعرفة - بيروت - ط ٢ - ١٤٢٠هـ/١٩٩٧ م .

الآلوسي محمود بن عبد الله شهاب الدين :

- روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني ، دار الغد العربي . الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧ م
- الأمدي على بن محمد :

- الإحكام في أصول الأحكام - دار الفكر بيروت - لبنان - ط ١ - ١٤١٨هـ/١٩٩٧ م .
- الباجي سليمان بن خلف :

- المنتقى شرح الموطأ - دار الكتاب العربي - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٣١ هـ .

البخاري محمد بن إسماعيل :

- صحيح البخاري - تحقيق د/ مصطفى ديب البغا - دار بن كثير اليمامة - بيروت - ط ٢ سنة ١٤٠٧ هـ - ١٠٨٧ م .

البرزنجي عبد اللطيف عبد الله عزيز :

- التعارض والترجيح - دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ م .

البعلي الحنبلي :

- المطلع على أبواب المقنع - طبعة المكتب الإسلامي ١٤٠١هـ/١٩٨١ م .

البلاذري أبو العباس أحمد بن يحيى بن جابر :

- فتوح البلدان - تحقيق د/ عبد الله أنيس الطباع ، د/ عمر أنيس الطباع - مؤسسة المعارف - بيروت ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ م .

د/ البوطي محمد سعيد رمضان :

- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - الطبعة السادسة - ١٤٢١هـ/٢٠٠٠ م .

الترمذي محمد بن عيسى :

- سنن الترمذي - تحقيق : أحمد محمد شاكر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ٢٢٨/٣ - بدون تاريخ .

الفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر :

- التوضيح على التنقيح - لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنبلي مع شرحه - دار الكتب العلمية - بيروت (د.ت)

الجرجاني علي بن محمد :

- التعريفات - تحقيق د/ عبد الرحمن عميرة - عالم الكتب - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م

الجويني أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله:

- البرهان . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م
- الكافية في الجدل - دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .
- غياث الأمم في التياث الظلم - تحقيق ودراسة د/مصطفى حلمي ، د فؤاد عبد المنعم أحمد - دار الدعوة - القاهرة ١٩٧٩م .

الحارث :

- مسند الحارث - زوائد الهيثمي - تحقيق د/ حسين أحمد صالح الباكري - مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة - ١٤١٣هـ / ١٩٩٢م .

الحافظ تقي الدين المقدسي :

- محنة الإمام أحمد بن محمد بن حنبل - تحقيق الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي - دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع - مصر - الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م

الحاكم النيسابوري :

- المستدرک على الصحيحين - تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤١١هـ / ١٩٩٠م

الحموي أحمد بن محمد :

- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم - دار الطباعة العامرة - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ .

الدارمي عبد الله بن عبد الرحمن :

- سنن الدارمي - تحقيق : فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي - دار الكتاب العربي بيروت - لبنان - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .

الدرديري :

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة ١٣٥٦هـ .

الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان:

- سير أعلام النبلاء ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، ومحمد نعيم العرقسوسي - مؤسسة الرسالة - بيروت ط ١١ - ١٤١٣هـ / ١٩٩٨م .

الرازي محمد بن عمر بن الحسين :

- المحصول في علم أصول الفقه - دراسة وتحقيق - د/ جابر فياض العلواني - مؤسسة الرسالة - ط ٣ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م
- تفسير مفاتيح الغيب أو الشرح الكبير - دار الغد العربي - الطبعة الأولى ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م .

الزرقاني محمد بن عبد الباقي بن يوسف:

- شرح موطأ الإمام مالك - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان (د : ت) .

الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر :

- المنشور في القواعد . تحقيق الدكتور / تيسير فائق أحمد محمود ، راجعه الدكتور / عبد الستار أبو غدة ٣٤٨/١ . وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية . الكويت - ط ١ - ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .
- الرمخشري جار الله محمود بن عمر :
- أساس البلاغة دار التنوير العربي بيروت . لبنان - الطبعة الرابعة (١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م) .
- الزنجاني شهاب الدين :
- مقدمة تخريج الفروع على الأصول - تحقيق الدكتور / محمد أديب الصالح ؛ مكتبة العبيكان . الرياض الطبعة الأولى - ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .
- الزيلعي عبد الله بن يوسف الحنفي :
- تبين الحقائق شرح كنز الحقائق - دار الكتاب الإسلامي - بيروت (د . ت) .
- نصب الراية لأحاديث الهداية - تحقيق محمد يوسف البنوري - دار الحديث القاهرة ١٣٥٧ هـ .
- السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن علي :
- طبقات الشافعية الكبرى - تحقيق د / عبد الفتاح محمد الحلو ، د / محمود محمد الطناحي - دار هجر للنشر - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٤٣ هـ / ١٩٩٢ م .

السمرقندى علاء الدين بن أبى بكر :

- ميزان الأصول فى نتائج العقول (المختصر) تحقيق وتعليق - أ.د / محمد زكى عبد البر - مكتبة دار التراث - القاهرة - الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

السيد الشريف الراضى :

- نَحْجُ البلاغة - شرح وضبط الإمام محمد عبده - المكتبة التوفيقية - القاهرة - (د.ت) .

السيوطى جلال الدين عبد الرحمن :

- الأشباه والنظائر - تخريج وتعليق وضبط / خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان - مؤسسة الكتب الثقافية - ط ١ - ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.

- طبقات الحفاظ . تحقيق / على محمد عمر . طبعة مكتبة وهبة القاهرة - ١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م

- الأشباه والنظائر . تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد ، عماد البارودى . المكتبة التوفيقية .

الشاشى :

- المسند - تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله - مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ

الشاطبى إبراهيم بن موسى اللخمي أبو إسحاق :

- الاعتصام - تحقيق / رشيد رضا - دار المعرفة - لبنان - ١٤٠٩هـ/١٩٨٥م .

- الموافقات - تحقيق د/ عبد الله دراز - ط دار الكتب العلمية . بيروت .

الشافعى الإمام محمد بن إدريس :

- الأم - دار الغد العربى - مصر - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .

الشهرستانى عبد الكريم :

- الملل والنحل . طبعة الحلبي - القاهرة .

الشوكانى محمد بن على بن محمد :

- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - تحقيق الدكتور / شعبان محمد إسماعيل - دار السلام - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٨م .

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - تحقيق / محمود إبراهيم زايد ، محمود أمين النواوى المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة ١٤١٥هـ/١٩٩٤م

- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار - دار الحديث - الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

الشيبانى محمد بن الحسن :

- الأصل - تحقيق / أبو الوفاء الأفعاني . طبعة الهند الأولى ومطبعة دائرة المعارف العثمانية .

الصنعانى محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى :

- سبل السلام - دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م .

الطبرانى أبو القاسم بن أحمد :

- المعجم الأوسط - تحقيق / طارق بن عوض الحسينى - دار الحرمين - القاهرة ١٤١٥هـ .

الطبرى أبو جعفر محمد بن جرير :

- تاريخ الطبرى - دار الكتب العلمية بيروت - الطبعة الأولى - ١٤٠٧هـ .

- جامع البيان فى تفسير القرآن - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م

العجلونى إسماعيل محمد الجراحى :

- كشف الخفاء ومزيل الالتباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس - تحقيق / أحمد القلاش - مؤسسة الرسالة - بيروت الطبعة الرابعة - ١٤٠٥ هـ .
- القرافى أحمد بن إدريس :**
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول - باعتناء مكتب البحوث والدراسات الطبعة الأولى ؛ دار الفكر بيروت لبنان (١٤١٨هـ/١٩٩٧ م) .
- القرطبي محمد بن أحمد الأنصارى :**
- الجامع لأحكام القرآن - دار الحديث - القاهرة ١٩٩٦ م .
- الكاسانى علاء الدين أبوبكر بن مسعود:**
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٦ م .
- المباركفورى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم :**
- تحفة الأحمذى - دار الكتب العلمية - بيروت .
- المرغينانى برهان الدين أبو الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل**
- الهداية شرح البداية - المكتبة الإسلامية - بيروت - لبنان (د . ت) .
- المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم :**
- المعجم العربي الأساسي للناطقين بالعربية ومتعلمها . طبعة لاروس / ١٩٩٩ م
- النسائى :**
- السنن الكبرى تحقيق - د/ عبد الغفار سليمان البندار ، وسيد كسراوى حسن - دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - ١٤١١هـ/١٩٩١ م .
- النووى :**
- المجموع بشرح المذهب - تحقيق الدكتور / محمود مطرجي - ط دار الفكر للنشر والتوزيع . لبنان - ١٤١٧هـ/١٩٩٦ م .
- روضة الطالبين - المكتب الإسلامى - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤٠٥ هـ .
- شرح صحيح مسلم - دار الحديث - القاهرة - ط ١ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤ م .
- الهيثمى الحافظ نور الدين :**
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - دار الكتاب العربى - بيروت - ط ٣ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢ م .
- أمير بادشاه :**
- تيسير التحرير في أصول الفقه . مطبعة مصطفى البابي الحلبي .
- د/ أنور أحمد رسلان :**
- القانون الإداري السعودي ، تنظيم الإدارة العامة ونشاطها . دراسة مقارنة . صادر عن الإدارة العامة للبحوث بمعهد الإدارة العامة بالمملكة السعودية ١٤٠٨ هـ .
- د/ بدران أبو العنين بدران**
- الشريعة الإسلامية - تاريخها ونظرية العقود - مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦ م
- بتنام :**
- أصول الشرائع - ترجمة أحمد فتحي زغلول - مطبعة بولاق - (د . ت) .
- د/ توفيق الطويل :**

- مذهب المنفعة العامة - دار النهضة العربية - مصر
- د/ ثروت بدوى :
- النظم السياسية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٥ .
- د/ ثروت عبد العال محمد :
- الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر - فرع أسبوط ١٩٩١ م
- جان جاك روسو :
- العقد الاجتماعي - ترجمة / عبد الكريم أحمد - الهيئة المصرية للكتاب ٢٠٠٠ م .
- د/ جلال الدين عبد الرحمن :
- المصالح المرسله - الكتاب الجامعي . كلية الشريعة والقانون . جامعة الأزهر .
- د/ جمال الدين عطية :
- النظرية العامة للشريعة الإسلامية - مطبعة المدينة - الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٨ م .
- نحو تفعيل مقاصد الشريعة - المعهد العالمي للفكر الإسلامي . دار الفكر . دمشق . سورية ط ١ - ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م .
- جورج ستانيسو :
- العلم في منظوره الجديد - ترجمة / كمال خلايلي - سلسلة عالم المعرفة - الكويت ١٩٨٩ م .
- جون ستوارت مل :
- عن الحرية - ترجمة الدكتور / حسين فوزى النجار - الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٠ م .
- جون كينيث جالبريت :
- تاريخ الفكر الاقتصادى الماضى صورة الحاضر - ترجمة / أحمد فؤاد بليغ - تقديم/إسماعيل صبرى عبد الله - سلسلة عالم المعرفة عدد (٢٦١) .
- حاجى خليفة المولى مصطفى بن عبد الله القسطنطيني:
- كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون - دار الفكر - بيروت ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م
- د/ حازم البيلاوى :
- النظام الاقتصادى الدولى المعاصر من نهاية الحرب العالمية الثانية إلى نهاية الحرب الباردة - سلسلة عالم المعرفة عدد (٢٥٧) محرم ١٤٢١ هـ / مايو ٢٠٠٠ م .
- د/ حامد جامع :
- دور الدولة فى الاقتصاد - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٩ م .
- على بن أبى طالب حاكما وفقهيا - ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .
- د/ حسن كيرة :
- أصول القانون . مطبعة دار المعارف ١٩٦٠ م .
- د/ حسن محمد هند :
- النظام القانونى لحرية التعبير - دراسة مقارنة - مكتبة الأسرة - القاهرة سنة ٢٠٠٤ م .
- د/ حسين حامد حسان :
- نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى - مكتبة المتنبي - القاهرة - ١٩٨١ م
- د/ حسين عامر :

- المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - دار المعارف - الطبعة الثانية - ١٩٧٩ م .

د/ حماد محمد شطا :

- الأصول الإسلامية للقانون الإداري - الكتاب الأول . النظرية العامة للقانون . دار الصحوة للنشر والتوزيع . القاهرة .

- النظرية العامة للقانون الإداري - دار الصحوة - القاهرة - مكتبة العبيكان - الرياض ١٤١٩ هـ .

خير الدين الزركلي :

- الأعلام - دار العلم للملايين - بيروت - ط ١١ سنة ١٩٩٥ م .

دافيد أرنولد :

- الطب الإمبريالي والمجتمعات المحلية - ترجمة د/ مصطفى إبراهيم فهمي - سلسلة عالم المعرفة - الكويت عدد ٢٣٦

سنة ١٩٩٨ م .

د/ داود عبد الرازق الباز :

- أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي - دار النهضة العربية - ١٩٩٨ م .

- حماية السكنية العامة - معالجة لمشكلة العصر في فرنسا ومصر - الضوضاء - دراسة تأصيلية مقارنة في القانون

الإداري البيئي والشرعية الإسلامية - دار النهضة العربية ١٩٩٨ م .

د/ ربيع أنور فتح الباب :

- الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا - دار النهضة العربية ١٩٩٦ م .

- الظروف الخاصة بنشأة نظام ازدواج الهيئة التشريعية " نظام المجلسين " في النظم الديمقراطية الحديثة - دار النهضة

العربية ١٩٩٢ م .

د/ رشاد حسن خليل :

- المدخل للفقهاء الإسلاميين - مطبعة الأخوة الأشقاء - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م .

د/ رمزي الشاعر :

- تدرج البطالان في القرارات الإدارية . دار النهضة العربية ١٩٨٤ م

د/ رمزي زكي :

- الاقتصاد العربي تحت الحصار - مركز دراسات الوحدة العربية - القاهرة ١٩٨٩ م

د/ رمضان محمد بطيخ :

- الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري

منها . دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٩٦ م .

- الرقابة على أداء الجهاز الإداري - دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والإسلامية - دار النهضة العربية

١٩٩٦ م .

- تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٨٨ م .

د/ زكريا إبراهيم :

- مشكلات فلسفية ، المشكلة الخلقية - مكتبة مصر القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٧٥ م .

د/ زكريا عبد الرازق المصري :

- الإسلام وحرية الإنسان - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م .

د/ زين العابدين العبد نور :

- رأى الأصوليين في المصلحة - كلية الشريعة والقانون - الأزهر - ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م .

د/ سامي جمال الدين :

- قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - دراسة تحليلية مقارنة . كلية الحقوق . جامعة الإسكندرية . دار النهضة العربية القاهرة ؛ ١٩٩٢ م .

د/ سعاد الشرقاوى :

- القانون الإدارى - دار النهضة العربية ١٩٨٣ م .

- نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني - دار النهضة العربية ١٩٧٩ م .

د/ سعد المغربي :

- ظاهرة تعاطى الحشيش - دار المعارف القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٨٤ م .

د/ سعيد أبو الفتوح البسيوني :

- الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية . دار الوفاء للطباعة والنشر - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م .

د/ سعيد بشار :

- المصطلح خيار لغوي .. وسمة حضارية . سلسلة كتاب الأمة العدد ٧٨ ؛ كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر ؛ الطبعة الأولى - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م .

د/ سعيد سعد مرطان :

- مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م

د/ سفر الحوالى :

- العلمانية - مطبوعات البحث العلمى وإحياء التراث - (د . ت) .

د/ سليمان محمد الطماوى :

- السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسى الإسلامى - دار الفكر العربى - الطبعة الرابعة ١٩٧٩ م .

- القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء - دار الفكر العربى - ط ١٩٩٦ م

- النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر - القاهرة - الطبعة السادسة ١٩٩١ م .

- عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة . دراسة مقارنة . دار الفكر العربى . الطبعة الثانية ١٩٧٦ م .

- نشاط الإدارة - " المرافق العامة - الأموال العامة - الموظفون وسائل الإدارة - المسئولية الإدارية " - دار الفكر العربى - الطبعة الثانية - ١٩٥٤ م .

د/ سليمان مرقس :

- الوافى فى شرح القانون المدنى - الفعل الضار والمسئولية المدنية - مطبعة السلام شبرا - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ م .

سيد سابق :

- فقه السنة - دار الفتح للإعلام العربى - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م .

سيد قطب :

- فى ظلال القرآن . دار الشروق الطبعة الأولى (١٩٧٢) ، ط ٢٦ - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م

د/ سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل :

- مدخل القيم : إطار مرجعي لدراسة العلاقات الدولية في الإسلام - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ .

د/ شاكر مصطفى :

- المدن في الإسلام حتى العهد العثماني - دار ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٨٨ م .

شهاب الدين الأبيدي :

- بيان كشف الألفاظ - تحقيق د/ خالد فهمي ، مراجعة د/ رمضان عبد التواب - مكتبة الخانجي القاهرة - ط ١ - ٢٠٠٢ م .

شهاب الدين الحموي الشافعي :

- كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات - تحقيق الدكتور / محمد مصطفى الزحيلي - دار الفكر - دمشق - الطبعة الثانية - ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .

د/ شوقي أحمد دنيا :

- الإسلام والتنمية الاقتصادية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٩ م .

د/ صالح الهذلول :

- التحكم في استعمالات الأراضي في المدينة العربية - سجل أبحاث ندوة الإسكان في المدينة الإسلامية - منظمة العواصم والمدن الإسلامية - جدة ١٩٨٤ م .

صبري الأشوح :

- المعلوم من الدين بالضرورة ، من عقيدة الإسلام وشريعته وقيمه . دار الاعتصام الطبعة الأولى . ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠١ م .

صديق بن حسن القنوجي :

- أبعاد العلوم - تحقيق عبد الجبار زكار - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٧٨ م .

د/ صلاح الدين رسلان :

- القيم في الإسلام - دار الثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة ١٩٩٠ م .

د/ صلاح الدين عبد الحليم سلطان :

- سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية " الضرائب " - دراسة فقهية مقارنة - تقديم الدكتور / محمد بلتاجي - دار هجر للطباعة والنشر - ط ١ - ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨ م .

د/ صلاح الدين فوزي :

- القانون الإداري - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة ١٩٩٣ م .

د/ طارق والى :

- النظرية العمرانية في العبر الخلدونية- ط ١ - إصدارات بيت القرآن - المنامة البحرين - ١٩٩٥ م .

د/ طه جابر العلواني :

- أصول الفقه الإسلامي - منهج بحث ومعرفة - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - سلسلة الأبحاث العلمية (١) -

الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨ م .

- مقاصد الشريعة- دار الهادي للطباعة والنشر - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١ م.

د/ طه عبد المولى إبراهيم :

- مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء- دار الفكر والقانون - الطبعة الأولى

٢٠٠٠ م .

د/ عبد الحكيم حسن العيلي :

- الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام- دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٣ .

د/ عبد الحميد عبد الفتاح محمد :

- بعض التغيرات المناعية في مرضى الجذام النشط والمرضى المعالجين - رسالة دكتوراه - كلية الطب - جامعة الأزهر

سنة ١٩٩٣ م .

د/ عبد الحميد منصور :

- ضوابط الحرية الاقتصادية في الإسلام- مجلة منار الإسلام العدد الأول - المحرم ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١ م.

عبد الرؤوف المناوى :

- فيض القدير- المكتبة التجارية مصر الطبعة الأولى-١٣٥٦هـ.

د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني:

- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - عرضا وتحليلا ودراسة . دار الفكر . دمشق سوريا . ط ١- ١٤٢١هـ/

٢٠٠٠ م .

د/ عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميصي :

- القضاء ونظامه في الكتاب والسنة- معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - المملكة العربية السعودية -

ط ١- ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩ م .

د/ عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري :

- القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين - دار ابن القيم ، ودار ابن عفان الطبعة الأولى (١٤٢١هـ) .

د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري :

- الوسيط في شرح القانون المدنى - إضافة وتنقيح المستشار / مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة ١٩٨١ م .

عبد الرزاق بن همام الصنعاني :

- المصنف - تحقيق حبيب عبد الرحمن الأعظمى - المكتب الإسلامى - بيروت - ط ٢ - ١٤٠٣ هـ .

عبد السميع المصرى :

- مقومات الاقتصاد الإسلامى - مكتبة وهبة - الطبعة الرابعة - ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م

عبد العزيز البكرى الأندلسى :

- معجم ما استعجم - تحقيق : مصطفى السقا - طبع بالقاهرة ١٣٦٨ م .

عبد العزيز بن عبد السلام السلمى :

- الفوائد فى اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى - تحقيق / إياد خالد الطباع - دار الفكر بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .

- شجرة المعارف والأحوال ، ومصالح الأقوال والأعمال - تحقيق / إياد خالد الطباع - دار الطباع للطباعة والنشر - دمشق - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ / ١٩٩٨ م .

- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام . مؤسسة الريان - الطبعة الثانية ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .

د/ عبد العزيز حمودة :

- المرايا المقعرة - كتاب عالم المعرفة - عدد ٢٧٢ - ٢٠٠١ م - سلسلة شهرية يصدرها المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب

د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة:

- الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى . دار النهضة العربية . ٢٠٠١ م .

عبد القادر بن أبى الوفاء القرشى:

- طبقات الحنفية - دار أمير محمد كتب خانة كراتشى (د:ت) .

عبد القادر عودة :

- التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى - دار التراث - القاهرة - (د:ت) .
- المال والحكم فى الإسلام - الدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - ط ٥ - سنة ١٩٨٤ م .

د/ عبد الكريم زيدان :

- أصول الفقه - مؤسسة الرسالة - بيروت - الطبعة السادسة ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م .
- الوجيز فى أصول الفقه - مؤسسة الرسالة . الطبعة السادسة - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م .
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - دار عمر بن الخطاب للنشر - الإسكندرية - مصر (د : ت) .

د/ عبد الكريم عثمان :

- معالم الثقافة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م

د/ عبد الله محمد محمد القاضي :

- السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق - دار الفكر - مصر - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ / ١٩٨٩م .

د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة :

- الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي - كتاب الأمة العدد (٦٢) السنة السابعة عشرة الطبعة الأولى ذو القعدة ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م .

د/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان :

- فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد - سلسلة محاضرات العلماء البارزين - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - البنك الإسلامي للتنمية - جدة - السعودية - الطبعة الأولى ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م .

عبد الوهاب خلاف :

- علم أصول الفقه - دار الحديث - القاهرة - ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م .

- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه . ط دار القلم - دمشق - ١٩٩٣م .

د/ عز الدين الدناصورى :

- المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء - شركة الجلال للطباعة - العامرية - الإسكندرية - الطبعة السابعة - ٢٠٠٢م .

عز الدين بليق :

- موازين القرآن الكريم - دار الفتح للطباعة والنشر بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م .

د/ عزت صديق طنبوس :

- نزع الملكية للمنفعة العامة . دراسة مقارنة . رسالة دكتوراة - كلية الحقوق . جامعة عين شمس برقم (١٤٦٥) مكتبة الكلية .

د/ عصام عبد الوهاب البرزنجى :

- السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٩١م .

علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري :

- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام للبردوى . وضع حواشيه عبد الله محمد محمود عمر . دار الكتب العلمية - ط ١ - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .

د/ علال الفاسى :

- مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها - دار الغرب الإسلامي - ط ٥ سنة ١٩٩١م .

علماء الحملة الفرنسية :

- كتاب وصف مصر - الإنسان المصرى فى طوار الشيخوخة - ترجمة د/ زهير الشايب - مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٢م .

على أحمد الجرجاوى :

- حكمة التشريع وفلسفته - تنقيح ومراجعة / خالد العطار - إشراف مكتب التوثيق والدراسات فى دار الفكر - دار الفكر - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .

على باشا مبارك :

- الخطة التوفيقية الجديدة لمصر - الهيئة العامة للكتاب - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٨٠م .

على حسب الله :

- أصول التشريع الإسلامى - دار المعارف - القاهرة.
- د/ على صالح الهذلول :
- المدينة العربية الإسلامية - دار السهن - الرياض - السعودية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م .
- د/ على محمد الصِّلَاف :
- الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط - دار التوزيع والنشر الإسلامية - القاهرة - ط ١ - ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م .
- د/ عماد عبد الحميد النجار :
- النقد المباح - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٧م
- د/ عمر بن صالح بن عمر :
- مقاصد الشريعة عند عز الدين بن عبد السلام - رسالة دكتوراة - دار النفائس - الأردن - ط ١ - ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م .
- د/ عمر حلمى :
- الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى - حقوق عين شمس ١٩٧٩م .
- عمر شريف :
- نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية . دراسة مقارنة - دار الشباب للطباعة ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م .
- د/ عمر عبيد حسنة :
- مقدمة الاجتهاد الجماعى فى التشريع - كتاب الأمة - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - قطر - عدد ٦٢ - ذو القعدة ١٤١٨هـ .
- د/ عيسى عبده :
- الاقتصاد الإسلامى مدخل ومنهاج - دار الاعتصام - القاهرة (د . ت) .

عيون عبد القادر مطاوع :

- قضايا البيئة والتنمية في مصر - التلوث البيئي من خلال مناقشات ممثلى الأمة في مجلس الشعب - معهد التخطيط القومى - مركز التوثيق والنشر - دراسات توثيقية ١٩٨٩ م .

د/ غالب بن عبد الكافي القرشى :

- أوليات الفاروق السياسية - دار الوفاء - المنصورة - الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠ م .
- أوليات الفارق في الإدارة والقضاء - مكتبة الجيل الجديد - صنعاء . مؤسسة الكتب الثقافية . بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠ م .

غوستاف لوبون :

- روح الاجتماع - ترجمة / أحمد فتحى زغلول - مطبعة الشعب .

د/ فؤاد العطار :

- القانون الإدارى - دار النهضة العربية القاهرة - ط ٣ - ١٩٧٦ م .

د/ فؤاد محمد النادى :

- الوجيز في القانون الإدارى المصرى واليمنى - دار نشر الثقافة - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠ م .
- مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامى - دار الكتاب الجامعى ١٩٨٠ م .

د/ فؤاد مرسى :

- الرأسمالية تحدد نفسها - عالم المعرفة - الكويت - عدد ١٤٧ - ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠ م .

د/ فاضل عباس الحسب :

- الفكر الاقتصادى الإسلامى - دراسة مقارنة - عالم المعرفة - بيروت لبنان - ط ٢ - ١٤٠١هـ/ ١٩٨١ م .

د/ فتحى الدربنى :

- أصول التشريع الإسلامى - طبعة جامعة دمشق - ١٩٧٦ م .
- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - مؤسسة الرسالة - بيروت - سوريا - الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧ م .
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامى - مؤسسة الرسالة . الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٧ م .
- والطبعة الرابعة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨ م .

د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله :

- النظرية العامة للقانون - مصادر الالتزام - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ١٩٩٩ م

د/ فوزي محمد طایل :

- أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ط ١؛ ١٩٨٦ م .

د/ فوزية دياب :

- القيم والعادات الاجتماعية - دار الكتاب العربى للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٦ م .

د/ قطب مصطفى سانو :

- معجم مصطلحات أصول الفقه - دار الفكر بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠ م) .

كامى أفندى الإدرنوي :

- رياض القاسمين أو فقه العمران الإسلامى - تحقيق / مصطفى بن حموش - دار البشائر - دمشق ٢٠٠٠ م .

د/ ماجد راغب الحلو :

- القضاء الإدارى - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٥ م .
- علم الإدارة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٥ م .

مارسولون - بروسبيرفى - جى بريان :

- أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ترجمة د/ أحمد يسرى - منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ١٩٩١ م

ماريالويزا برنيرى :

- المدينة الفاضلة عبر التاريخ - ترجمة د/ عطيات أبو السعود ، د/ عبد الغفار المكاوى - سلسلة عالم المعرفة - إصدار المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب - الكويت - عدد ٢٢٥ سنة ١٩٩٧ م .

مالك بن أنس :

- المدونة الكبرى - برواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم ٢٧٨٤/٦ - إشراف مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت - لبنان - ط ١ " ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م " .
- الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيبانى - تحقيق د/ عبد الوهاب عبد اللطيف - لجنة إحياء التراث الإسلامى - المجلس الأعلى للشتون الإسلامية - القاهرة - ط ٧ سنة ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م .

مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادى :

- القاموس المحيط - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧ م ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .

مجمع اللغة العربية :

- المعجم القانونى - الهيئة العامة للمطابع الأميرية - القاهرة ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م .
- المعجم الكبير - الهيئة العامة للمطابع الأميرية - القاهرة ١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م .
- المعجم الوجيز - طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم - ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤ م
- المعجم الوسيط - الهيئة العامة للمطابع الأميرية - القاهرة ؛ ١٤٠٥ هـ . ١٩٨٥ م .
- معجم ألفاظ القرآن الكريم - الهيئة العامة للمطابع الأميرية - القاهرة .

د/ محمد إبراهيم سليمان :

- الرقابة على الوقائع فى قضاء الإلغاء - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ١٩٦٢ م .

د/ محمد إبراهيم عبادة :

- معجم مصطلحات النحو الصرف والعروض والقافية . طبعة دار الآداب . القاهرة : ٢٠٠١ م .

محمد أبو زهرة :

- تاريخ المذاهب الإسلامية فى السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية - دار الفكر العربى (د . ت) .
- التكافل الاجتماعى فى الإسلام - دار الفكر - القاهرة ١٩٦٤ م .
- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٧٦ م .
- مناقب الإمام أحمد بن حنبل - دار الفكر العربى - القاهرة (د . ت) .

د/ محمد البلتاجى :

- منهج عمر بن الخطاب فى التشريع - دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته - دار السلام - ط الثانية ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م .

د/ محمد الحفناوى :

- التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما فى الفقه الإسلامى - دار الوفاء - مصر - ط ١ - ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

د/ محمد الزجيلى :

- القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى - مجلس النشر العلمى - الكويت - ط ١ - ١٩٩٩ م .
- مقال حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة - مجموعة من الباحثين - كتاب الأمة عدد : ٨٧ - المحرم ١٤٢٣ هـ .

محمد الطاهر ابن عاشور :

- أصول النظام الاجتماعي في الإسلام - دار النفائس - الأردن - ط ١ - ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م .
- التحرير والتنوير. دار سحنون للنشر والتوزيع. تونس. ١٩٩٧م .
- مقاصد الشريعة الإسلامية - تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي - دار النفائس الأردن - ط ٢ - ١٤٢١هـ / ٢٠٠١م .

محمد الغزالي :

- الإسلام المفتى عليه - نهضة مصر - للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - ط ١ - ١٩٩٩م .
- الإسلام والأوضاع الاقتصادية - نهضة مصر - للطباعة والنشر - ط ٢ - ١٩٩٨م .
- دستور الوحدة الثقافية بين المسلمين - دار الشروق - الطبعة الأولى - ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .

د/ محمد المبارك :

- نظام الإسلام في الاقتصاد (مبادئ وقواعد عامة) - دار الفكر - بيروت لبنان ١٩٨٠م.

د/ محمد الوكيل :

- فقه الأولويات - دراسة في الضوابط - سلسلة الرسائل الجامعية (٢٢) - المعهد العالي للفكر الإسلامي - ط ١ -

١٤١٦هـ / ١٩٩٧م .

د/ محمد باهى أبو يونس:

- التقييد القانوني لحرية الصحافة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٦م .

محمد بن أحمد جلال الدين :

- المحلى شرح المنهاج ، ومعه حاشيتا قلوب وعميرة - إحياء الكتاب العربي - عيسى الحلبي - القاهرة ١٣٥٦هـ.

محمد بن عبد الرحمن المغربي :

- مواهب الجليل - دار الفكر - بيروت - ط ٢ - ١٣٩٨هـ .

محمد بن محمد بن أحمد القرشي الشافعي:

- معالم القرية في أحكام الحسبة - دار الفنون - كمبودج .

د/ محمد حافظ سليمان :

- حرية الرأي والرقابة على المصنفات - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣م .

د/ محمد حسن عبد العال :

- رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادرة بالتطبيق للمادة (١٦) من الدستور الفرنسي والمادة ٧٤ من

الدستور المصري - سنة ١٩٨٣ .

د/ محمد راكان الدغمي :

- حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية . دار السلام ط ١ - ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م .

محمد رشيد رضا :

- تفسير المنار . الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٠م .

د/ محمد رواس قلعه جي:

- موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت ٢٠٠١م.

د/ محمد زهير جرانه :

- مبادئ القانون الإداري المصري - مكتبة وهبة - القاهرة ١٩٤٤م.

د/ محمد سليمان الأشقر :

- أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط ١ - ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م .

د/ محمد شوقي الفنجري :

- الإسلام والتوازن الاقتصادي بين الأفراد والدول - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة - عدد (٤٦)
١٩٩٩م/١٤١٩هـ .

- الإسلام وعدالة التوزيع - دار ثقيف بالرياض - ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م
- المذهب الاقتصادي في الإسلام - مكتبة عكاظ بالمملكة العربية السعودية - ١٩٨١م .

د/ محمد صلاح عبد البديع السيد :

- الأصول الإسلامية للقانون الإداري المعاصر - دار النهضة العربية - ١٩٩٩م .

د/ محمد عبد الستار عثمان :

- المدينة الإسلامية - سلسلة عالم المعرفة - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت ١٩٨٨م .

د/ محمد عبد القادر أبو فارس :

- القضاء في الإسلام - دار الفرقان - عمان - الأردن ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

د/ محمد عبد اللطيف صالح الغرفور :

- نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسل - دار دمشق للطباعة والنشر - دمشق - سوريا - الطبعة الأولى ١٩٨٧م .

د/ محمد عبد اللطيف :

- قضية سوق روض الفرج - دراسة نقدية تحليلية لحكم المحكمة الإدارية العليا في ١١ أبريل ١٩٩٣ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥م .

- نزع الملكية للمنفعة العامة - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥م

د/ محمد عبد الله دراز :

- الأخلاق في القرآن - دراسة مقارنة للأخلاق النظرية في القرآن - تعريب وتحقيق وتعليق د / عبد الصبور شاهين - مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان - ط ١٠ - ١٤١٨هـ/١٩٩٨م

د/ محمد عبد المنعم حبشي :

- كتاب التعدي على المنافع في الشريعة والقانون . دراسة مقارنة - الكتاب الجامعي . كلية الحقوق جامعة عين شمس
١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

د/ محمد عزيز الحبابي :

- من الحريات إلى التحرر - دار المعارف - مصر - بدون تاريخ .

محمد علي بن حسين المكي المالكي :

- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية - دار الكتب العلمية - بيروت - ط ١ - ١٤١٨هـ /
١٩٩٨م .

د/ محمد علي حنبولة :

- الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة - رسالة دكتوراه - عين شمس - ١٩٧٣م .

د/ محمد علي عمران :

- المدخل لدراسة القانون - الكتاب الجامعي عين شمس ٢٠٠٠م .

د/ محمد عمارة :

- قاموس المصطلحات الاقتصادية - دار الشروق - بيروت - ط ١ - ١٤١٣هـ/١٩٩٣م .

د/ محمد فاروق النبهان :

- الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى - مؤسسة الرسالة - الطبعة الرابعة - ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨ م .
- د/ محمد محمد فرحات :
- المبادئ العامة فى الفقه الجنائى - دار النهضة العربية - ط ١ - ١٩٩٨ م.
- د/ محمد محمود محمددين :
- التراث الجغرافى الإسلامى - دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض ١٩٩٩ م .
- د/ محمد مرغنى خيرى :
- القضاء الإدارى - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء - الكتاب الجامعى ١٩٩٣ م.
- القضاء الإدارى ومجلس الدولة - قضاء التعويض ومبدأ المسئولية الدنية للدولة والسلطات العامة - حقوق عين شمس - الكتاب الجامعى ١٩٩٤ م .
- نظرية التعسف فى استعمال الحقوق الإدارية . رسالة دكتوراه . جامعة عين شمس ١٩٧٢ م .
- د/ محمد مصطفى حسن :
- السلطة التقديرية - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - مصر ١٩٧٤ م.
- د/ محمد مصطفى شلبي :
- تعليل الأحكام - مطبعة الأزهر ١٩٤٧ م / ١٣٦٧ هـ .
- محمد بن حبان :
- الثقات - تحقيق / السيد شرف الدين أحمد - ٢٣١/٤ دار الفكر بيروت الطبعة الأولى - ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥ م.
- د/ محمود أبو السعود حبيب :
- الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة - ١٩٩٠ م .
- د/ محمود حامد عثمان :
- قاعدة سد الذرائع وأثرها فى الفقه الإسلامى - دار الحديث القاهرة . ط ١ - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦ م .
- د/ محمود حلمي :
- القضاء الإدارى . دار الفكر العربى . ط ٣ . ١٩٧٧ م .
- د/ محمود سامى قرنى :
- حماية البيئة جنائياً - دراسة مقارنة - دار القومية العربية للثقافة والنشر ١٩٩٤ م .
- د/ محمود سلامة جبر :
- رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع وتقديرها فى دعوى الإلغاء - دراسة مقارنة - حقوق عين شمس ١٩٩٣ م .
- د/ محمود عاطف البنا :
- حدود سلطة الضبط الإدارى - الكتاب الجامعى - حقوق القاهرة (د . ت) .
- د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم :
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية . طبعة دار الفضيلة - مصر - ١٩٩٩ م .
- د/ محمود محمد حافظ :
- القضاء الإدارى - دراسة مقارنة - ط ٦ - ١٩٧٣ م .
- د/ محيى الدين محمد قاسم :
- السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث - سلسلة الرسائل الجامعية (٢٧) - المعهد العالمى للفكر الإسلامى - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧ م .

مصطفى أحمد الزرقا :

– المدخل الفقهي العام – دار الفكر . دمشق . ط ٣ - ١٩٩٧ م .

د/ مصطفى أحمد بن حموش :

- القيم الإسلامية في العمران بين التراث والحاجة إلى التجديد – كلية الهندسة – جامعة البحرين .
- فقه العمران الإسلامي من خلال الأرشيف العثماني الجزائري في الفترة من (١٩٥٦ هـ / ١٥٤٩ م : ١٢٤٦ هـ / ١٨٣٠ م) – دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبي – ط ١ - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠ م .

د/ مصطفى السعيد :

- الاقتصاد المصري ، وتحديات الأوضاع الراهنة – مظاهر الضعف – الأسباب / العلاج – دار الشروق طبعة خاصة لمكتبة الأسرة – القاهرة ٢٠٠٣ م .

مصطفى بن سعد بن عبدة الرحياني الحنبلي

- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى – المكتب الإسلامي (د : ت) .

مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي:

- كشف الظنون – دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٣ هـ / ١٩٩٢ م .

مصطفى بن كرامة الله مخدوم :

- روضة الفوائد شرح منظومة القواعد لابن سعدي . دار أشبيليا للنشر والتوزيع . السعودية . الرياض . الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م) .

د/ مصطفى زيد :

- المصلحة في التشريع الإسلامي – دار الفكر العربي – القاهرة .

د/ مصطفى عبد الحميد عدوي :

- مبادئ القانون الكتاب الجامعي . جامعة المنوفية . كلية الحقوق ٢٠٠٢ م .

مصطفى مجدى هرجه :

- الموسوعة القضائية الحديثة في التشريعات الجنائية – دار محمود للنشر والتوزيع – القاهرة ٢٠٠١ م .

منصور بن يونس البهوتي الحنبلي :

- دقائق أولى النهى شرح منتهى الارادات – عالم الكتب

مناخسرو محمد بن فراموزا الحنفي :

- درر الحكماء شرح غرر الأحكام – دار إحياء الكتب العربية – عيسى الحلبي (د . ت) .

د/ منى قاسم :

- التلوث البيئي والتنمية الاقتصادية – الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٩ م .

د/ منير إبراهيم هندی:

- أساسيات الاستثمار في الأوراق المالية – توزيع منشأة المعارف – الإسكندرية ٢٠٠٣ م .

د/ منير حميد البياني :

- حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون – كتاب الأمة – عدد ٨٨ / ١٤٢٣ هـ

مولاي محمد على :

- الإسلام والنظام العالمي الجديد – ترجمة / أحمد جودة السحار .

د/نادية محمد شريف العمري:

- القياس في التشريع الإسلامي – دراسة أصولية في بيان مكانته وأثره في الجوانب التطبيقية – دار هجر للطباعة والنشر – القاهرة – الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م .
- نشأة القياس الأصولي وتطوره . دار هجر للطباعة والنشر – ط ١ - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م .

د/ ناصر الدين الأسد :

- القيم بين الخصوصية والعمومية - مؤتمر الثقافة والعلم - جامعة السلطان قابوس - مسقط - عمان ٢١ : ٢٣ أكتوبر ٢٠٠١ م .

د/ نبيلة عبد الحليم كامل :

- القضاء الإداري والقضاء الدستوري - دار النهضة العربية ٢٠٠١ م .
- دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا) . حقوق القاهرة ؛ دار النهضة العربية ١٩٩٣ م . □

د/ نعمان عبد الرازق السامرائي :

- نحن والحضارة والشهود - سلسلة كتاب الأمة عدد ٨٠ - ذو القعدة ١٤٢١ هـ / فبراير ٢٠٠١ م .

د/ نعيم عطية :

- النظرية العامة للحريات الفردية - الدار القومية للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٥ م .

د/ نور الدين بن مختار الخادمي :

- الاجتهاد المقاصدي - حجته - ضوابطه - مجالاته - كتاب الأمة - عدد ٦٦ - إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - قطر ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .

- علم المقاصد الشرعية - مكتبة العبيكان . الرياض . الطبعة الأولى - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م .

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت :

- الموسوعة الفقهية ١٤٠٠ هـ .

وكيع محمد بن خلف بن حبان :

- أخبار القضاة - تصوير عالم الكتب - بيروت (د . ت) .

د/ وهبة الزحيلي :

- نظرية الضرورة الشرعية - مؤسسة الرسالة - بيروت ط ٥ - ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م .

د/ يوسف أحمد محمد البدوي :

- مقاصد الشريعة عند ابن تيمية . دار النفائس . الأردن . ط ١ - ١٤١٢ هـ / ٢٠٠٠ م .

د/ يوسف القرضاوي :

- الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط - دار التوزيع والنشر الإسلامية - مصر - ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م
- الخصائص العامة للإسلام - مكتبة وهبة - القاهرة .
- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - مكتبة وهبة - القاهرة - ط ١ - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .
- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد - مكتبة وهبة - القاهرة - ط ٢ - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م .
- أولويات الحركة الإسلامية - مكتبة وهبة - الطبعة الرابعة - ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م .
- رعاية البيئة في شريعة الإسلام - دار الشروق - القاهرة - الطبعة الأولى - ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٢ م
- فقه الزكاة - مؤسسة الرسالة - القاهرة - الطبعة السادسة - ١٩٨١ م .
- فقه الأولويات - دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة - مكتبة وهبة . ط ٢ - ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .
- مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية - مكتبة وهبة - القاهرة - ١٩٩٠ م

د/ يوسف حامد العالم :

- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - الطبعة الثانية ١٩٩٤ م .

د/ يوسف محمد رضا :

- قاموس الكامل الكبير (فرنسي + عربي) - مكتبة لبنان - بيروت (د . ت) .

قائمة الدوريات والمجلات

العربية

إدارة التخطيط العمراني :

- اللوائح والنظم التخطيطية والتصميمية للمباني السكنية - وزارة الشؤون البلدية والزراعة - دول قطر - سبتمبر ١٩٩٦ م .

ابن الرامي :

- الإعلان بأحكام البنين - مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي المغربي - أعداد : ٢ ، ٣ ، ٤ ذو القعدة ١٤٠٢ هـ - سبتمبر ١٩٨٢ م .

د/ السيد عمر :

- معالم الاقتصاد الإسلامي - مجلة المسلم المعاصر عدد (٩٥) السنة الرابعة والعشرون ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م .

د/ أحمد بن داود المزجاني :

- الرقابة في الإدارة الإسلامية المفهوم والخصائص - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد (٣٥) - جامعة الكويت - ١٤١٩ هـ / ١٩٩٨ م .

بشير بن مولود جحيش :

- في الاجتهاد التنزيلي - كتاب الأمة عدد ٩٣ قطر ١٤٢٤ هـ .

بكر موسى :

- حرية الإنسان في الإسلام - كتاب سلسلة البحوث الإسلامية لمجمع البحوث الإسلامية - عدد ٨٤ - ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .

د/ جاسم علي سالم :

- الإصابة بمرض فقد المناعة المكتسب وأحكام المعاملات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت عدد ٢٨ - ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .

د/ جمال الدين عطية :

- ضوابط الحريات الفكرية - مجلة المسلم المعاصر عدد ٩٩ / ١٤٢١ هـ / ٢٠٠١ م
- مؤسسات الزكاة والعمران في الدولة الإسلامية - مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٦ - ١٤٢٣ هـ / ٢٠٠٢ م

د/ حسن سالم الدوسي :

- منهج فقه الموازنات في الشرع الإسلامي - دراسة أصولية - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - عدد ٤٦ - الكويت ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م .

د/ حمدي ياسين :

- الحماية القضائية لحقوق الإنسان - دراسة موجزة حول دور القضاء المصري في حماية حقوق الإنسان - مجلة المحاماة المصرية - العدد الأول ٢٠٠١ .

د/ خالد فهمي :

- الحجاب في العهدين القديم والجديد - مجلة المنار الجديدة - ٢٠٠١ م - عدد ١٦ / ١٠١ : ١٠٣

د/ خالد محمد مصطفى عزب :

- تخطيط وعمرارة المدن الإسلامية - سلسلة كتاب الأمة - قطر - عدد ٥٨ ربيع الأول ١٤١٨ هـ .

د/ خيرى أحمد الكباش :

- الحماية القانونية للإنسان من التلوث الإشعاعي - مجلة عالم الفكر - المجلد ٣١ يوليو - سبتمبر ٢٠٠٢ م
- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - عرض وتقديم د/ محمد الفيلى - مجلة عالم الفكر - الكويت عدد ٣١ أبريل ، يونيو ٢٠٠٣ م.
- د/ داود عبد الرازق الباز :
- مفاهيم أساسية فى القانون العام لحماية البيئة - مجلة عالم الفكر مجلد ٣٢/٣٢٠٤ م .
- روجيه جارودى :
- الحضارة على طريق الانتحار - عرض وتقديم د/ مصطفى محمود مقال بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٣/٥/٧ .
- د/ رمزى الشاعر :
- المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية - مجلة العلوم القضائية والاقتصادية - العدد الثانى - السنة الثامنة عشر ١٩٧٦ .
- د/ زغلول النجار :
- من الإعجاز العلمى فى السنة « حديث لا عدوى ولا طيرة » مقال بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٢٣ رمضان ١٤٢٤هـ / ١٧ نوفمبر ٢٠٠٣ م .
- د/ عباس حسيني :
- خصائص التشريع الإسلامى - دراسة مقارنة بالقانون الوضعى - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت العدد الرابع والعشرون - السنة التاسعة رجب ١٤١٥هـ / ديسمبر ١٩٩٤ م .
- عباس ظهيرى :
- حدود الحرية من المنظور الكلامى والفقهى والعرفانى - مجلة المنهاج - عدد ٢٣ - تصدر عن مركز الغدير للدراسات الإسلامية - بيروت لبنان - ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١ م .
- د/ عبد الخالق حميش :
- مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها - صحيفة دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية - عدد (٢١) - جمادى الأولى ١٤٢٥هـ / يولية ٢٠٠٤ م
- د/ عبد الراضى المراعى :
- التربية البيئية فى الإسلام - مجلة الأزهر عدد ٨ - ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩ م .
- د/ عبد الستار إبراهيم الهيتى :
- رسالة الاقتصاد للإمام النورسى - دراسة تحليلية - دار البحوث للدراسات الإسلامية ، وإحياء التراث - دبي ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١ م - مجلة الأحمدية (عدد ٩) .
- د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة :
- إلغاء القرار الإدارى لحياده عن الهدف المخصص لإصداره - دراسة مقارنة - مجلة المحاماة - القاهرة - العدد الأول ٢٠٠١ م
- د/ عبد الفتاح محمد العيسوى :
- حقوق الإنسان فى الإسلام - مجلة الوعى الإسلامى - الكويت - عدد ٤٣١ / ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١ م
- د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة :
- منهج فقه الموازنات فى الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد : ٦٦/٥١ : ٦٧ (المملكة العربية السعودية . الرياض - ١٤٢٢هـ . ٢٠٠١ م .

د/ عبد المعبود عمارة :

- البيئة والوقاية والعلاج من منظور إسلامي - مجلة منبر الإسلام - شوال ١٤٢٠ هـ / ٢٠٠٠ م.

د/ عرفان عبد الحميد :

- إسلامية المعرفة ، ومنهجية الشاغل الحضارى مع الغرب - مجلة إسلامية - المعرفة بيروت العدد الخامس السنة الثانية ١٩٩٦ م .

د/ على عبد الظاهر ثوينى :

- العمارة والمعمارى فى التراث والمفهوم الإسلامى - مجلة منار الإسلام الإماراتية - عدد ٣٤٤ - شعبان ١٤٢٤ هـ / أكتوبر ٢٠٠٣ م .

د/ عمرو مصطفى الوردانى :

- المقاصد الشرعية عند القاضى شريح - مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٣ لسنة ١٤٢٣ .

د/ قطب مصطفى سانو :

- الفكر المقاصدى ومناهج البحث - مجلة الاجتهاد - بيروت - العددان (٦٠٤، ٥٩) السنة الخامسة عشرة ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م

مؤسسة الأهرام :

- كتاب الاقتصاد "تحديث مصر" كتاب الأهرام المصرية عدد ١٦٩ - يناير ٢٠٠٢م

د/ محمود عاطف البنا وآخرون :

- حرية الصحافة - بحث جمعية المساعدة القانونية بنقابة المحامين - المقدم للمحكمة الدستورية العليا برقم ١٦ لسنة ٢٤ ق .

محمد بن عبد الله بن إبراهيم الخرعان:

- حرية التعبير بين المفهوم الشرعى والمفاهيم المعاصرة - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - مجلس النشر العلمى جامعة الكويت - الكويت - العدد ٤٨ - ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م.

د/ محمد رواس قلعه جى:

- تدخل الدولة فى السوق فى عهد الخلفاء الراشدين - مجلة الوعى الإسلامى - ربيع الأول ١٣٢١هـ/ ٢٠٠٠م .

د/ محمد زرمان :

- التصور الإسلامى للبيئة ودلالاته وأبعاده - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد ٥٥ - ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م .

د/ محمد شوقى الفنجرى :

- الحرية الاقتصادية فى الإسلام ، وتدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى - مجلة الأزهر العدد الأول المحرم ١٤٢١هـ/ أبريل ٢٠٠٠م .

- ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية ، وأهمية الاقتصاد الإسلامى - هدية مجلة الأزهر - جمادى الأولى ١٤٢٤هـ .

د/ محمد عبد الحكيم عبده :

- الإسلام ومكافحته للأمراض والفواحش - مجلة الأزهر - الجزء الخامس - السنة الثانية والسبعون - جمادى الأولى - ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .

د/ محمد عبد القادر الفقى :

- مراعاة العوامل البيئية فى العمارة الإسلامية - مجلة الوعى الإسلامى العدد (٤٥٦) ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٤م .

د/ محمد يوسف علوان :

- القانون الدولي لحقوق الإنسان - مجلة عالم الفكر- تصدر عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت - مجلد ٣١ / ٢٠٠٣ م .

د/محمود سلامة :

- مدى مشروعية قرار تقرير المنفعة العامة لجزييرتي الذهب والوراق - مقال نشر بجريدة الأهرام - عدد الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١ م .

د/محمود صالح العادلي :

- الإسلام وحماية البيئة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - الرياض عدد (٢٣) - ١٤١٥هـ / ١٩٩٤ م .

د/ مصطفى أحمد بن حموش :

- أزمة محيط أم أزمة سلطة ؟ قراءة جديدة في أزمة العمران العصري - مجلة جامعة الملك سعود - العمارة والتخطيط - الرياض - السعودية ١٤١٩هـ / ١٩٩٩ م .

- من معالم العمران الإسلامي قرابة النسب ، وقرب المكان - مجلة الأحمدية العدد الثاني ١٤١٩هـ / ١٩٩٨ م .

- مشكلة الإطلاع والتكشف في مدننا المعاصرة من المنظور الفقهي المالكي - مجلة الأحمدية - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي - البحرين - العدد السابع - محرم ١٤٢٢هـ / مارس ٢٠٠١ م .

مصطفى بكرى :

- مقال - جريدة الأسبوع المصرية بتاريخ ٢١/٤/٢٠٠٣ .

د/مصطفى محمد عرجاوى:

- التنظيم الشرعى والقانونى للتداوى بالمحرم- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - الكويت - العدد ٤٢ لسنة ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠ م

د/نعمت عبد اللطيف مشهور :

- الوسط : مفهومه - مجالاته - تحديده فى الاقتصاد الإسلامى- مجلة المسلم المعاصر - القاهرة - عدد (٩٦) - ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠ م .

أحكام القضاء الإدارى المصرى :

- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٩٤ لسنة ٢ ق جلسة ٧ / ١٢ / ١٩٤٨ م السنة ٣ - ص ١٣٧ رقم ٢٩ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ٢٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٣ / ٦ / ١٩٥٠ م السنة ٤ - ص ٨٨١ رقم ٢٧٥ .
- قسم الرأى بمجلس الدولة ، فتوى ٦٣٨ فى ١٧ / ٢ / ١٩٥١ م . مجموعة فتاوى قسم الرأى - السنتين ٤ - ص ٣٥٨ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ٦٨٥ لسنة ٤ ق ، جلسة ٢٩ / ٤ / ١٩٥٢ م السنة ٤ - ص ٨٩٠ رقم ٣٣٧ .
- محكمة القضاء الإدارى الدعوى رقم ١٢٣١ لسنة ٥ ق ، جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٥٤ م السنة ٩ ص ١٢٦ رقم ٩٩ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢ ق جلسة ٥ / ١١ / ١٩٥٥ م السنة ١ - ص ٦٤ ، رقم ٨ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٢٨ لسنة ١٣ ق جلسة ٨ / ٣ / ١٩٦٠ م السنة ١٤ ، ص ٢٤٢ رقم ١٤٥ .
- المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٠١ لسنة ٢ ق جلسة ١١ / ٥ / ١٩٦١ م - مجموعة أبو شادى (الإدارية العليا فى عشر سنوات) ص ٢٣٢٢ رقم ٢٢٣٤ .
- الجمعية العمومية للفتوى والتشريع ، فتوى رقم ١٤٠٠ بتاريخ ١٤ / ١٢ / ١٩٦٣ ، مجموعة أبو شادى ج ٣ ، ص ٢٩٣٣ رقم ١٨٠٨ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٥٧٠ لسنة ٧ ق جلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٦٣ م .
- مجموعة أبو شادى (الإدارية العليا فى عشر سنوات) ج ٢ ، ص ٢٣١٩ رقم ٢٢٣٠ .
- محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ١٦١ لسنة ٢٣ ق جلسة ٢٥ / ١١ / ١٩٧٠ م السنة ٢٥ - ص ١٦٦ - رقم ٢٣ .
- الإدارية العليا - الطعن ٨٣٢ ، ٨٥٢ لسنة ١٢ ق جلسة ٣ / ٤ / ١٩٧٣ م الإدارية العليا (١٥ عاما) ص ٤٢٤٢ رقم ٢ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٠٥٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٨ / ١ / ١٩٧٢ م السنة ٢٦ ، ص ٣٩ ، رقم ١٩ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ٢٨ / ١ / ١٩٧٨ م ، الإدارية العليا (١٥ عاما) ج ٤ ، ص ٤٢٤١ رقم ١ .
- الجمعية العمومية للفتوى والتشريع ، فتوى رقم ٥٢٨ بتاريخ ١ / ٦ / ١٩٧٨ م السنة ٣٢ ، ص ٢٨١ رقم ٩٧ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٦٨١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٥ / ٣ / ١٩٨٤ م (غير منشور) .

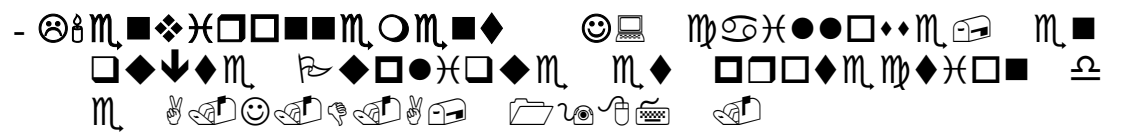
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/٥/١٨ م السنة ٣٠ ص ١٠٨٩ رقم ١٦٨ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٩١٢ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٦/١١/٢٩ م السنة ٣٢ ج١ ص ٢٩٩ ، رقم ٤٦ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٢٤٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٧/١/١٧ م السنة ٣٢ ، ج١ ، ص ٦٥٤ - رقم ١٠٠ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٤ م السنة ٣٢ - ج١ ص ٨١٨ - رقم ١٨٢ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٣٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٧ م السنة ٣٣ - ج١ ص ١٥٤ - رقم ٢١ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٧١٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٣ م السنة ٣٣ - ج١ ص ٨٧٣ رقم ١٣٧ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٣١ ق ، جلسة ١٩٨٨/٤/٢ م السنة ٣٣ - ج٢ - ص ١٢٤٣ رقم ١١٩ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن ١٨٧٥ ، ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٩١/٣/٩ م (غير منشور) .
- محكمة القضاء الإداري ، الدعاوى ٢٧٩٠ ، ٣٤٥٢ ، ٣٧٧١ ، ٣٤٩٤ ، ٣٨٤٤ ، لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢ (غير منشور) .

- **Anthony O'hear** , Philosophy Of Science Clarendon Press Oxford 1989□□□□ .
- **Newman O.** Defensible space London , Architectural Press . 1984.
- **Rapoport A.** House, Form and Culture N.J. Prentice Hall, 1969 .
- **Sigfried Giedon Space** , Time and Architecture Harvard University Press , 1987 .
- **Sir Banister Fletcher's** ,A History Of Architecture buttersworths, London ,1987 .
- **Stoljar S** , □□ Moral and Legal Reasoning London , Macmillan Press . 1980 .
- **Ward C.** Vandalism Architectural Press London 1972 .

قائمة المراجع الأجنبية

أولا : المراجع الفرنسية :

- **ALLARD (René)** : Le droit administratif de l'expropriation et des marchés de travaux publics, 3e éd . Eyrolles. Paris. 1974.
- **AuBY (Jean-Marie) et DUXOS-ADER(Robert)** : l'expropriation pour cause d'utilité publique. Régime juridique , méthode d'évaluation, Sirey, Paris , 1968 .
- **Auby (Jean-Marie) et (R.Drago)** : Traité de Contentieux administratif L.G.D.J. Paris 1984 .
- **BERAUD (R.)** : Nouveau code commenté de l'expropriation formulas, exemples d'évaluation, ,textes , L.G.D.J ., 1964, 1975 .
- **BLANC-PATTIN (Michel) et CHEVALLIER (Jacques)** : et D'ARCY (François) : l'expropriation en question . Actions thématiques programmées, editions du C.N.R.S Paris, 1977 .
- **BOURGEAIS (Michel)** : la notion d'utilité publique en matière d'expropriation, mémoire pour le D.E.S. de droit public, Nantes, 1976 .
- **BURDEAU** : Droit constitutionnel et institutions politiques, éd. 1977.
- **chapus (René)** : Droit – Administratif général , paris . 1988.
- **Colliard –Claude – albert** : Libertés , publiques, 5ém édition , précis Dalloz, 1975 . P. 15 .
- **Debbasch(Ch.), J.Bourdon, J-M. Pontier, J-C. Ricci** : Institutions et droits administratifs .3/Biens, expropriations, travaux publics .P.U.F., Paris, 1978 .
- **GILLI (Jean –Paul)** : Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation . A.J.1973.
- **GODFRIN (philippe)** : Droit administratif des biens .Domaine travaux, expropriation . Collection Droit- sciences économiques , Masson , 1978 .
- **GUYON(Henri)** : Les nouvelles prerogatives foncières des pouvoirs publics , Th. Rennes, 1959 (Dyctylo) .

- **HOMONT (ANDRÉ)** : l'expropriation Pour cause d'utilite publique, Librairies techniques , Paris , 1975 .
- **HOSTIOU (René)** : Code de l'expropriation . Commenté et annoté , Litec , éd. 1981, 1989.
- **JOSSE (P.L)** : Travaux publics . Expropriation , Sirey, Paris , 1958 .
- **LAUBADERE (André de)** : Traité élémentaire de droit administratif , L.G.D.J. , 7e éd ., Paris , 1980 .
- 
- **LINOTTE (Didier)** : Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, Th . Bordeaux, I, 1975.
- **PACTEAU (Bernard)** : Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif , L.G.D.J., Paris, 1977 .
- **Ragmond A:** les Grandes Villes arabes a l'époque ottomane Paris 1985
- **Raux (J):** L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procedure d'expropriation .A.J. 1967, P.P. 197 et s.s.
- 
- **RLALS (Stéphane)** : Le juge administratif français et la technique du standard , L.G.D.J., Paris, 1980 .
- **SALAH DAR (Salah el-Dine)** : l'expropriation pour cause d'utilité publique en drôit syrien, Th, Paris , 1951.
- **SACHS (Olivier)** : Le contrôl de l'utilité publique des servitudes administratives , Th. Paris , II, 1981 .
- **TOPALOV (Christian)** : Expropriation . preemption publique en France 1950 – 1973 . Documents pour l'étude comparative des politiques foncières urbaines, C.R.U.,1977 .
- **TRUCHET (Didier)** : Les fonction de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, L.G.D.J., Paris , 1977 .
- **Waline (Jean)** : Le rôle du juge administratif dans la determination dl'utilité publique justifiant L'expropriation .Mélanges offerts à Marcel Waline , TII, P.P. 811 et s.s. L.G.D.J Paris 1974 .
- **WALINE (Marcel)** : Précis de droit administratif , 1970 .

- **VEDEL** : Introduction aux études politiques , éd . 1976 – 1977 .

مقالات وتعليقات على أحكام القضاء :

- **AUBY (Jean – Marie)** : Chr. Sous C.E : 21.2.1975 Min. de l'Intérieur c./Mamet, Deryng et autres , R.D.P. 1975 .
- **BAUDOUIN** :Concl . sur C.E . 23.1.1970. Epoux Néel, A.J.P.I.,1970 .
- **BERNARD(Antoine)** : Concl . sur C.E. 26.10.1973.Grassin. A.J.D.A .1974 .
- **BOCKEL (Alain)** : Note sous C.E. 4.5.1979, département de la Savoie , A.J.D.A. déc. 1979 .
- **—————** : Contribtion à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration , A.J.D.A. 1978 .
- **BON (Pierre)** : Obs. Sous C.E . 8 . 5. 1981 . Min. de l'Intérieur . c/Veuve Parveau, D.S. 1981, I . R.
- **BOYON (Michel) et NAUWELAERS (Michèle)** : Chr. générale de la jurisprudence administrative français sous C.E. 5.3.1979 . Tarlier et autres. A.J.D.A. 1976 .
- **BRAIBANT (Guy)** : Concl . sur C.E. Ass 28.5.1971, Ville Nouvelle Est, A.J.D.A. 1971 .
- **CABANES et LABETOULLE** : Chr .générale de la jurisprudence administrative français , sous C.E . 28.5.1971, Ville Nouvelle – Est, A.J.D.A. 1971 .
- **CABANES et LEGER** :Chr. générale de la jurisprudence administrative français , A.J.D.A. 1972 .
- **—————** : Chr. générale de la jurisprudence administrative français , , sous C.E . Ass . 18.7.1973, ville de Limoges, A.J.D.A. 1973 .
- **CAILLOSSE (Jacques)** : Jurisprudence administrative sur le contentieux nucléaire “Super-Phenix” devant , ses juges, R.A. 1980, No . 193 .
- **CARRON (Adrien)** : Note sous C.E. 24.1.1975, Gorlier et Bonifay C.J.E.G. 1975, No 292 .
- **CHABANOL (D.)** : Note sous T.A. Lyon 17.6.1982, Fischnaller, D.S. 1982 .
- **CHAREYRE (Pierre)** : La notion d'utilité publique en legislation et en jurisprudence, R.E.D.I . 1964. No.9.

- 684

- ————— : Note sous C.E. 20.7. 1971. Ville de Sochaux , A.J.D.A . 1972 .
- ————— :Note sous C.E. 23.1.1970 . Epoux Néel, A.J.D.A. 1970, No . 5 .
- ————— :Note sous C.E. 6.1.1967, Min . de l'Intérieur c./Boucher J.C.P. 1967, II, 15121 .
- **HOSTIOU (René)** : Note sous C.E. 7.3.1975, Asso . des amis de l'abbaye de Fontevraud, A.J.D.A. 1976 .
- ————— : Chr . de la jurisprudence administrative pour l'année 1975, A.J.P.I 1976 .
- **HOSTIOU (René) et CAILLOSSE (Jacques)** : L'extension d'uncamp militaire, cas et dossier d'aménagement et d'urbanisme . G.U.R.D.U.A. Nantes . 1976 .
- **HUET** : Le Pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français , colloque du 5.3.1977 , I.F.S.A Aix-en-Provence, éd . Cujas, 1978 .
- **JEANNEAU (Benoit)** : "Juridicisation" et actualization de la déclaration des droits de 1789, R.D.P. 1989 .
- La responsabilité du fait des règlements légalement pris, Mél, René SAVATIER, Dalloz, 1965 .
- **J.G** : Note sous C.E . 10.1.1958, Bô et autres . A.J.D.A . 1958 .
- **J.K.** : Note sous C.E . 26.10.1973. Grassin. A.J.D.A. 1974 .
- **JOSSE(P.L)** : Concl . sur C.E. 20.12.1938 . Cambiéri , D. 1939 .
- **KAHN (Jean)** : Concl . sur C.E . 30 . 6.1961 . Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur D. 1961 .
- **LABETOULLE (Daniel)** : Le Pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et interventionnisme économique . colloque du 5.3.1977, I.F.S.A., Aix-en-Provence, éd. Cujas ,1978 .
- **Concl.** Sur C.E. 20.11.1974. Epoux Thony et Epoux Hartmann-Six, R.A. 1975, No. 166 .
- **LAPORTE(P.)** : Obs. Sous C.E. 26.2.1965 . Sieur Guy, A.J.D.A . 1965
- ————— Note sous C.E. 23.5.1963, Dame Veuve Musy, A.J.D.A.1964 .
- ————— Note sous C.E. 13.5.1964. Sieurs Malby et Bédoue . A.J.D.A. , 1965 .

- **LAUBADERE (André de)**: le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence recent du conseil d'état français .Mélanges Waline, TII,Pet s.s. L.G.D.J. Paris 1974 . .P. 531 .
- **LEMASURIER(Jeanne)** : Note sous C.E. 3.10.1980 . Schwarz . A.J.D.A. 1981 .
- ————— Note sous C.E .28.5.1971 , Ville Nouvelle- Est, D.S. 1972 .
- **“Bilan –coût-avantages”** et nécessité publique , R.A. 1979. No. 191 .
- Vers un nouveau principe général du droit ? le principe “Bilan –coût-avantages” Mélanges. WALINE “le juge et le droit public” T.II., L.G.D.J., 1974 .
- **LOQUET(Patrick)** : La communauté urbaine, le promoteur et le Diplodocus ou de l'utilité publique d'une operation privée , Mél .J. TENEUR., T.II. Lille, 1977 .
- **MORISOT** :Concl .sur C.E. Ass 20.10.1972, sté . civile Ste-Marie de l'Assomption, R.D.P.1973 .
- **NAUWELAERS(Michéle) et LAMOTHE (Dutheillet de)** : Chr. général de la jurisprudence administrative française sous C.E Sec . 8.7.1977, Dame Rié , A.J.D.A. 1977 .
- **ODENT (Bruno)** : Note sous C.E . Ass . 20 .10 . 1972 . S.C. Ste-Marie de l'Assomption, J.C.P. 1973, II, 17470
- **PASBECQ (Chantal)** : De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans le recours pour excès de pouvoir, R.D.P. 1980 .
- P.L : Note sous C.E . 29.6.1979, Min . de l'intérieur c./Malardel , C.J.E.G. jan. 1981.
- Note sous C.E. 4.3.1964, Veuve Borderie , A.J.D.A. 1964.
- **ROLLAND (Louis)** : Les tendances nouvelles en matière d'expropriation ,R.D.P. 1912 .
- **ROUGEVIN – BAVILLE (Michel)** : Concl. Sur C.E. 24.1.1975 . Sieurs Gorlier et Bonifay . C.J.E.G. 1975, No. 288 .
- ————— Concl. Sur C.E. Ass.24.1.1975, Min. de l'Information c./sté Rome-Paris films, R.D.P. 1975 .
- ————— Concl. Sur C.E. Ass. 18.7.1973, Ville de Limoges, R.D.P. 1974 .

- **SACHS(Olivier)** : Note sous C.E. 6.2.1981. Leblanc, A.J.D.A. mars 1982.
- **SAVY(Robert)** : La notion de droit économique en droit français , A.J.D.A. 1971 .
- Note sous C.E . Ass . 18.7.1973 ville de Limoges , A.J.D.A. 1973 .
- **TRUCHET (Didier)** : Note sous C.E. 5.3.1976 . Tarlier, J.C.P. 1977. II, 18650 .
- **VENEZIA (Jean-Claude)** : administration et secteur privé, colloque du 1er et 2e juin 1972, Aix-en- Provence, éd . Dalloz, 1973.
- **VIROLE (Jean)** : Le champ d'application de la déclaration d'utilité publique, A.J.D.A . 1969 .
- Note sous C.E 22.2.1974, Sieur Adam, C.J.E.G. 1974 .
- Note sous C.E. Ass. 20.10.1972, S.C. Ste-Marie de l'Assomption C.J.E.G. 1973 .
- Note sous C.E 28.5.1971. Ville Nouvelle-Est, C.J.E.G. 1972, No. 255 .
- **WALINE (Jean)** : Le role du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation . Mélanges WALINE, T. II, L.G.D.J.1974 .
- **WALINE (Marcel)** : Note sous C.E. 17.3.1971, Min. de l'Equipement c./Dame Fusy , R.D.P. 1972.
- Note sous C.E. 22.2.1974. Adam, R.D.P. 1974 .
- Note sous C.E . 28.5.1971. Ville nouvelle – Est, R.D.P. 1972.
- L'appréciation des interest généraux concernés par une derogation aux règles d'urbanisme . R.D.P . 1974 .

المجموعات والدوريات :

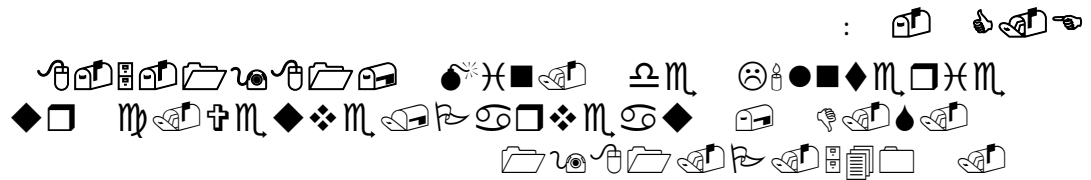
- A.J.D.A : Actualité juridique , droit administratif .
- A.J.P.I : Actualité juridique, propriété immobilière .
- Ass : Assemblée .
- C.E : Conseil d'Etat .
- C.J.E.G : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz .
- C.R.U. : Centre de recherches d'urbanisme .
- D. : Recueil Dalloz .
- D.S. : Recueil Dalloz- Sirey .
- D.U.P : Déclaration d'utilité publique .
- E.J.D : Encyclopédie juridique Dalloz .
- G.A.J.A : Les Grands arrêt de la jurisprudence Administrative .
- I.F.S.A : Institut français des sciences Administrative .
- J.C.A. : Jurisclasseur administratif .
- J.C.P. : Jurisclasseur périodique "sommaire juridique" .
- J.O . : Journal officiel .
- L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence .
- R.A . : Revue administrative .
- R.D.I . : Revue de droit immobilier .
- R.D.P. : Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger .
- Rec . : Recueil des arrêt du conseil d'État, (Recueil Lebon) .
- R.J.E . : Revue juridique de l'environnement .
- S . : : Recueil Sirey .
- T . : Tome .
- T.A . : Tribunal administratif .

أحكام القضاء الإداري الفرنسي :

- C.E : (sect) : 17 Mars 1911, Richepin, Rec 90 .
- C.E : 10 décembre 1923, Dechizeaux, Rec. 1138 .
- C.E : 10 janvier 1958, Bô et autres , Rec . 918 .
- C.E : (Ass) : 30 juin 1961 : groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur , Rec. 452 .
- C.E : 4 Mars 1964, Bordru, A.J. 1964, 624 .
- C.E : 27 mai 1964, groupement de défense de l'ilôt de Firminy – centre , Rec. 229
- C.E : 10 nov. 1965, Sté de Téléphrique du Mont-Dore, Rec . 599 .
- C.E : 6 Janvier 1967, Boucher, J.C. P. 1967, II , 15121 .
- C.E : 12 avril 1967, Société Nouvelle des entreprises d'hôtels, J.C.P, II.15606 .
- C.E : 15 mars 1968, Commune de cassis , Rec . 189 .
- C.E : 23 Janvier 1970, époux Néel, Rec . 44 .
- C.E : 27 Février 1970, S. Chenu et autres, Rec. 148 .
- C.E : 4 novembre 1970 , Société Civile immobilière , Rec. 646 .
- C.E : 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, Rec . 409 .
- C.E : 20 Juillet 1971, Ville de Sochaux, A.J. 1972, 227 .
- C.E : 27 octobre 1971, Commune de St-Mare Jaumegarde, Rec. 632 .
- C.E : 20 **Octobre** 1972, **Société Civile de St-Marie de l'Assomption**, **Rec . 657 .**
- C.E : 1 er juin 1973, Abraham, Rec.44.
- C.E : 18 juillet 1973, Ville de Limoges, Rec . 530 .
- C.E : 26 octobre 1973, Grassin, Rec. 598 .
- C.E : 26 juin 1974, Robert Weyl et autres, Rec. 1009 .
- C.E : 21 février 1975, Mamet , Rec. 149 .
- C.E : 7 mars 1975, Association des amis de l'Abbaye de Fonterraud, Rec. 179 .
- 
- C.E: 22.12.1976, Le Jeune et Epoux Blanc, R.D.P. 1977, p. 891 : Petite

affiche 1977, No . 34,P.5: J.C.A. 1978, No. 89

- C.E : 18 novembre 1977, Comité pour l'amélioration des transports ,
Rec.456.
- C.E : 27 juillet 1979, Delle Dresceen – Dallgreen, Rec. 349 .



- C.E : 10 décembre 1982, Comité regional d'information . Rec. 416 .
- C.E : 20 février 1987, Ville de Lozanne , J.C.P II , 20982 .

القوانين

La loi foncière du 6.8.1953 . -

Le décret No . 54– 683 du 8.2.1954 . -

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٥
الباب الأول	
ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتطورها التاريخي	١٣
الفصل الأول : ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	١٩
المبحث الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	٢٢
المطلب الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي	٢٣
تقدير أقوال العلماء في تعريف الموازنة	٢٦
المطلب الثاني : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية	٢٨
تعريف الموازنة بين المنافع والمضار	٣١
المبحث الثاني: ماهية المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	٣٢
المطلب الأول : المنافع والمضار وحقيقتهما اللغوية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	٣٣
حقيقة المنافع في اللغة	٣٣
حقيقة المضار في اللغة	٣٤
المطلب الثاني : المنافع والمضار وحقيقتهما الاصطلاحية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	٣٧
المنافع والمضار في الفقه الإسلامي	٣٧
تعريف المنافع والمضار في الفقه القانوني	٤٣

الفصل الثاني : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام

- الإسلامي والنظم الوضعية ٥٥
- المبحث الأول : تاريخ النظرية في النظام الإسلامي ٥٨
- المطلب الأول : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عهد النبوة ٥٩
- المطلب الثاني : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عصر الصحابة ٦٥
- المطلب الثالث : عصر التابعين وتطور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ٦٩
- المطلب الرابع : الموازنة بين المنافع والمضار وعصر أئمة الفقه ٧٣
- موقف الإمام أبي حنيفة رحمته الله ٧٨
- موقف الإمام مالك رحمته الله ٧٩
- موقف الإمام الشافعي رحمته الله ٨١
- موقف الإمام أحمد رحمته الله ٨٣
- المطلب الخامس : الموازنة بين المنافع والمضار وعصر عموم الفقهاء ٨٥
- المبحث الثاني: تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية ٩٢
- المطلب الأول : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا ٩٣
- موقف القضاء الإداري تجاه النظرية قبل ١٩٧١ م ٩٤
- نظرية الموازنة بين المنافع والمضار منذ عام ١٩٧١ م ١٠٦
- المطلب الثاني : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر ١١٢
- موقف القضاء الإداري قبل قضية (عزبة خير الله ١٩٩١/٣/٩ م) ١١٤
- موقف القضاء الإداري بعد قضية (عزبة خير الله ١٩٩١/٣/٩ م) ١٢٠
- الفروق بين النظامين الفرنسي والمصري في إطار تاريخ النظرية ١٣٣
- الفروق بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار تاريخ النظرية: ١٣٥

الباب الثاني

تأصيل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

١٣٩

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

الفصل الأول : الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار

١٤٣

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

١٤٥

تعريف مبدأ المشروعية

١٤٧

الفرق بين الشريعة والشرعية

١٥٢

المبحث الأول : مشروعية نظرية الموازنة في النظام الإسلامي

١٥٧

المطلب الأول : القرآن الكريم ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

١٥٧

دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المضرة

١٦٠

دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المنفعة

١٦٢

دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة

١٦٤

دليل الموازنة بين المضار المتعارضة

١٦٨

المطلب الثاني : السنة ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

١٦٩

دليل الموازنة بين المضار المتعارضة

١٧١

دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة

١٧٣

دليل الموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة

١٧٦

المطلب الثالث : الإجماع ونظرية الموازنة

١٧٩

المطلب الرابع : القياس المعبر ونظرية الموازنة

١٨٢

المطلب الخامس : بناء الأحكام على المظان ونظرية الموازنة

١٨٨

المطلب السادس : العقل ومراعاة الضرورة والبداهة ونظرية الموازنة

١٩٦

المبحث الثاني : مشروعية نظرية الموازنة في النظم الوضعية

١٩٨

المطلب الأول : الدستور ونظرية الموازنة

١٩٨

الدستور الفرنسي

٢٠٠

الدستور المصري

٢٠٢

المطلب الثاني : القوانين العادية و نظرية الموازنة

٢٠٣

القانون المدني ونظرية الموازنة

٢٠٤	المبادئ القانونية العامة ونظرية الموازنة
٢٠٩	المطلب الثالث : القضاء الإدارى ونظرية الموازنة
٢١١	القضاء الإداري الفرنسي ونظرية الموازنة
٢١٢	القضاء الإداري المصري ونظرية الموازنة
	المبحث الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار
٢١٤	مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار
	المطلب الأول : مقارنة بين مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى إطار
٢١٥	مشروعية النظرية .
	المطلب الثانى : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار
٢١٦	مشروعية النظرية
	الفصل الثانى : مبررات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى
٢١٩	النظام الإسلامى والنظم الوضعية
٢٢٢	المبحث الأول : حماية الحريات
٢٢٥	المطلب الأول : حماية الحريات فى النظام الإسلامى
٢٢٥	الفرع الأول : حرية الإنسان فى اختيار عقيدته
٢٣٥	الفرع الثانى : حرية الفكر والتعبير
٢٤٠	الفرع الثالث : الحرية الاقتصادية
٢٤٢	المطلب الثانى : حماية الحريات فى النظم الوضعية
٢٤٣	الفرع الأول : حرية العقيدة فى النظم الوضعية
٢٤٦	الفرع الثانى : حرية الفكر والتعبير فى النظم الوضعية
٢٥٣	الفرع الثالث : الحرية الاقتصادية
	المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار
٢٥٨	مبررات النظرية
٢٦٤	المبحث الثانى : حماية الوطن وتأمينه
٢٦٥	المطلب الأول : حماية الوطن وتأمينه فى النظام الإسلامى
٢٦٨	المطلب الثانى : حماية الوطن وتأمينه فى النظم الوضعية
٢٧٧	المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية
٢٨٠	المبحث الثالث : الوقاية من الأمراض

المطلب الأول : الوقاية من الأمراض ونظرية الموازنة بين المنافع	
والمضار فى النظام الإسلامى	٢٨١
المطلب الثانى : الوقاية من الأمراض ونظرية الموازنة بين المنافع	
والمضار فى النظم الوضعية .	٢٨٤
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار	
الوقاية من الأمراض	٢٨٨
الفصل الثالث : معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام	
الإسلامى والنظم الوضعية	٢٩١
المبحث الأول : معايير نظرية الموازنة فى النظام الإسلامى	٢٩٤
المطلب الأول : معيار التفسير المصلحى للنص	٢٩٥
المطلب الثانى : معيار قيمة المنفعة ورتبتها	٣٠٢
المطلب الثالث : معيار زمنية المنفعة	٣١١
المبحث الثانى : معايير نظرية الموازنة فى النظم الوضعية	٣١٤
المطلب الأول : معيار مقدار المنفعة	٣١٥
المطلب الثانى : معيار التكاليف المالية	٣١٧
المطلب الثالث : معيار حق الملكية الخاصة	٣١٩
المطلب الرابع : معيار العبء الاجتماعى	٣٢٢
المبحث الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار	
معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار	٣٢٧
المطلب الأول : وجه الاختلاف بين كل من القضاء الإدارى الفرنسى	
والمصرى فى إطار معايير النظرية	٣٢٨
المطلب الثانى : وجه الاختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية	
فى إطار معايير النظرية	٣٣١
الباب الثالث	
ضوابط ومجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ومستقبلها	
فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية	٣٣٣
الفصل الأول : ضوابط تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار وطرقه	
ومقوماته فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية	٣٣٧

المبحث الأول : ضوابط تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام	
الإسلامى والنظم الوضعية	٣٤٠
المطلب الأول : ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام	
الإسلامى	٣٤٢
الضابط الأول : عدم المعارضة للنص القطعى	٣٤٢
الضابط الثانى : عدم معارضة الموازنة بين المنافع والمضار للإجماع	
والقياس	٣٥٤
الضابط الثالث : النظر إلى المنفعة من حيث التأكد من نتائجها أو	
عدمه	٣٦٠
الضابط الرابع : ألا تؤدى إلى أضرار أكبر منها	٣٦٢
الضابط الخامس : أن تكون المنفعة الراجعة متحققة لا متوهمة	٣٦٣
المطلب الثانى : ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم	
الوضعية	٣٦٥
الضابط الأول : وجود السبب الدافع لسمو المنفعة	٣٦٥
الضابط الثانى : أن تكون المنفعة متحققة لا متوهمة	٣٦٧
الضابط الثالث : الاعتداد بالمنفعة المالية	٣٦٨
الضابط الرابع : التناسب وانعدامه بين المنافع والمضار	٣٦٩
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار	
ضوابط النظرية	٣٧٢
المبحث الثانى : طرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام	
الإسلامى والنظم الوضعية	٣٧٤
المطلب الأول : الجمع بين المنافع والمضار	٣٧٦
المطلب الثانى : الترجيح بين المنافع والمضار المتعارضة	٣٨٢
الترجيح بين المنافع المتعارضة	٣٨٩
الترجيح بين المضار المتعارضة	٣٩٠
الترجيح بين المنفعة والمضرة المتعارضتين	٣٩١
المطلب الثالث : التخيير بين المنافع والمضار	٣٩٦
المطلب الرابع : التوقف فى الموازنة بين المنافع والمضار	٣٩٩
المبحث الثالث : مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى	٤٠١

	النظام الإسلامى والنظم الوضعية
٤٠٢	المطلب الأول : مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى
٤١١	المطلب الثانى : مقومات تطبيق الموازنة فى النظم الوضعية
٤١٩	المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار طرق ومقومات تطبيق النظرية
٤٢٣	الفصل الثانى : مجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية
٤٢٦	المبحث الأول : مجال نزع الملكية للمنفعة العامة
٤٢٩	المطلب الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى
٤٣٢	مظاهر نزع الملكية فى النظام الإسلامى
٤٣٦	التطبيقات المباشرة لنزع الملكية فى النظام الإسلامى
٤٤٧	التطبيقات غير المباشرة لنزع الملكية فى النظام الإسلامى
٤٦٢	المطلب الثانى : نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية
٤٦٣	الفرع الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة فى فرنسا
٤٦٥	قضية المدينة الشرقية (ليل)
٤٦٩	نظرات فى تقرير بريان
٤٨٣	الفرع الثانى : نزع الملكية للمنفعة العامة فى مصر
٤٨٩	التطبيقات المباشرة لنزع الملكية
٤٩١	التطبيقات الغير مباشرة
٤٩٧	المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار نزع الملكية للمنفعة العامة
٥٠٣	المبحث الثانى : مجال التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع

والمضار

- المطلب الأول : التخطيط العمراني والموازنة فى النظام الإسلامى ٥٠٥
- المطلب الثانى : التخطيط العمراني والموازنة فى النظم الوضعية ٥٢٢
- الفرع الأول : التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا ٥٢٣
- الفرع الثانى : التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار فى مصر ٥٢٨
- قضية (عزبة خير الله) ٥٣٢
- نظرات على حكم الإدارية العليا فى قضية عزبة خير الله ٥٤٤
- قضية منشية السلام ٥٤٧
- قرار إدارى بإزالة تقفيل شرفة لطبيب ٥٤٨
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار التخطيط العمراني ٥٥٠
- قيم العمران فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ٥٥١
- المبحث الثالث : المجال الاقتصادى والموازنة بين المنافع والمضار ٥٧٠
- المطلب الأول :المجال الاقتصادى والموازنة فى النظام الإسلامى ٥٧٢
- الاحتكار والموازنة بين المنافع والمضار ٥٧٩
- التسعير الجبرى والموازنة بين المنافع والمضار ٥٨٥
- الإنتاج ونظرية الموازنة ٦٠٠
- تدخل الدولة فى توفير من يحسن العمل ومنع من لا يحسنه : ٦٠٣
- تدخل ولى الأمر فى تقييد حرية اختيار الصنعة ٦٠٥
- الاستثمار ونظرية الموازنة ٦٠٧
- المطلب الثانى : المجال الاقتصادى والموازنة فى النظم الوضعية ٦٢١
- الاقتصاد والموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا ٦٢٥
- الاقتصاد والموازنة بين المنافع والمضار فى مصر ٦٣٠
- نظرات فى قضية سوق روض الفرج ٦٣٣
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار ٦٤٥

المجال الاقتصادى

- ٦٥٣ المبحث الرابع : مجال الصحة العامة
- ٦٥٥ المطلب الأول : الصحة العامة والموازنة فى النظام الإسلامى
- ٦٥٩ التداوى بالمحرم
- ٦٦٧ العزل والحجر الصحى
- ٦٧٤ حماية الأمة من التلوث
- ٦٧٨ المطلب الثانى : مجال الصحة العامة والموازنة فى النظم الوضعية
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار
- ٦٩٤ مجال الصحة العامة
- الفصل الثالث : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها
- ٧٠١ ومستقبلها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية
- المبحث الأول : أهمية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها فى
- ٧٠٤ النظام الإسلامى والنظم الوضعية
- ٧٠٥ المطلب الأول : أهمية الموازنة وتقديرها فى النظام الإسلامى
- ٧١٩ المطلب الثانى : أهمية الموازنة وتقديرها فى النظم الوضعية
- المبحث الثانى : مستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام
- ٧٣٦ الإسلامى والنظم الوضعية
- ٧٣٧ المطلب الأول : مستقبل نظرية الموازنة فى النظام الإسلامى
- ٧٥١ المطلب الثانى : مستقبل نظرية الموازنة فى النظم الوضعية
- المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار
- ٧٦٧ مستقبل النظرية
- ٧٦٩ خاتمة
- ٧٨١ قائمة الفهارس والمراجع
- ٧٨٣ فهرس قائمة المصادر والمراجع العربية
- ٨٢١ فهرس قائمة المراجع الأجنبية
- ٨٣٣ فهرس الموضوعات

