

كلية الحقوق

نظـــرية الموازنـــة بيـــن المنافـــع والمضـــار
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 يوســف سليمـــان

أستاذ ورئيس قســم الشـــريعـــة
كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة ..... رئيسًا

الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيـــخ

أستاذ ورئيس قسم القانـــــون العام سابقا
كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ..... عضوًا

الأستاذ الدكتور / محمود أبو السعود حبيب

أستاذ القانون العام المساعد ورئيس القسم
كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ... مشرفًا وعضوًا

الأستاذ الدكتور / سعيد أبو الفتوح البسيونى

أستاذ الشـــريعـــة المساعد بقسم الشريعة
كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ... مشرفًا وعضوًا

١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م

*BP
69
.E3
M278
2008
c.1
ell
Thesis

إهـــداء

إلى روح والدى تغمّده الله فى الصالحين ، وإلى روح شيخى وإمامى الذى كفلنى 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 علىّ ، إلى مشرفىّ الكريمين : الأستاذ الدكتور / محمود أبوالسعود حبيب ، والأستاذ الدكتور / سعيد أبوالفتوح البسيونى ، إلى الجمعية الشرعية وإمامها الأستاذ الدكتور / محمد المختار المهدى ، وإلى إخوانى فى ركب دعوتها ، إلى حبات العقد الفريد الذين أذكرهم عند الغروب وكلّى 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 قدّم إلىّ يدَ العون من المسلمين ، أُهدى هذا العمل المتواضع راجيًا من الله تعالى أن يجزى الجميع عنى خيرًا ، وأن يتقبله منّى وينفع به المسلمين ؛؛؛ .

آميـــن

المقدمة

إن الحمد لله أحمده وأستعينه وأستهديه وأتوكل عليه وأثنى عليه الثناء 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 ، أصَّل الشريعة وفصَّل 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 وتابعى التابعين ، وعلماء الأمة الميامين .

وبعد :

فإن الله تعالى جلت حكمته سنَّ الشرائع كلّها ، التى أنزلها على جميع رسله لإقامة مصالح الدنيا والآخرة ، ودفع مضارهما ، وإن الناظر المدقق يستنتج هذه الحقيقة ، وهى 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 الذى من مكوناته العمل بالموازنات ، والركون إلى الأولويات ، عند تزاحم المنافع وتعارضها ، وهذا لا يعنى النقص فى المنهج كدين ، فالدين كامل فى أصوله وفروعه ، تام فى مبادئه وأهدافه ، قال تعالى : ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلامَ 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 وَالإِحْسَانِ ﴾ (سورة النحل آية ٩٠) وكذلك نهى عن الفساد ، قال تعالى : ﴿وَلا تُفْسِدُوا فِي الأرض بَعْدَ إِصْلاحِهَا ﴾ (سورة الأعراف: آية ٥٦) ، ولكن تطبيق المبدأ على أرض الواقع يحتاج إلى فقه الإتزان والاعتدال وبخاصة إذا اشتمل فعل العباد على منفعة ومضرة ، فالعبرة بالأرجح والأعم نفعا والعكس .

ولما كان الفقه الإسلامى هدفه تنظيم حياة الناس ، كان واقعيا فى 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 بُغية تحقيق السكينة والأمن والصحة لرعاياها وصيانة حقوقهم وحماية حرياتهم ، وما يفرق بينها وبين النظام الإسلامى إلا كون تشريعاتها محدودة الزمان ، فاقدة لروح الدين ، تتنوع أهدافها بتنوع الفلسفة التى تعتنقها ، والقاسم المشترك الذى يجمع بين النظامين أن كلاً منهما يعمل على عدم النيل من حقوق الأفراد ، ولاسيما إذا كان عن طريق الدولة بحجة تحقيق المنفعة العامة ، ومن ثم يحدث التعارض بين حق الفرد فيما يملك ، وحريته بما ينتفع ، وحق الدولة فى تحقيق النفع العام ، ولذا كانت الموازنة فى النظامين الإسلامى والوضعى لإقامة العدل وحماية الحريات .

أسباب اختيار الموضوع :

أولا : إنه مع النصف الثانى من القرن التاسع عشر ازداد تدخل الدولة فى العديد من المجالات التى كانت دائما محجوزة للأنشطة الفردية وارتبطت المنفعة العامة بالسياسة الاقتصادية والاجتماعية ، وتدخلت الدولة فى 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 تُسْنِدَ 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 والارتفاق ، أدى إلى محدودية الحماية المفروضة لحق الملكية والاحترام الواجب له .

والذى ساعد على عدم حماية الحقوق الفردية بجدّية 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 ، وتتسّع عند الأخذ بالمذهب التدخُّلى الاشتراكى ، ولذا وُسمت المنفعة العامة بعدم التحديد والقابلية للتبدل والتغير وفقا للمنهج الذى تنتهجه الدولة .

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

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 ، لدعا 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 بحدود الزمان ، ومنها ما هو أكثر أهمية من غيره .

ومن ثم استطاع القضاء الإدارى وهو المنوط بحماية الحريات وحقوق الأفراد ، أن يتحرر رويدًا 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 بيانٍ واضح لهذه الرقابة الحديثة تشمل بيان حقيقتها وضوابطها ومجالات تطبيقها .

ثانيا : لقد منَّ الله تعالى علىَّ بالالتحاق إلى قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس – وإن كنت أزهرىّ القلب والقالب – وأثناء حضورى

بين يدىّ أساتذة أجلاء ، وقعت عينى 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 – والذى دوّن فيه نوعا رقابيا من ابتكار مجلس الدولة الفرنسى ليحد به من سلطة الإدارة التقديرية ، وكان بعنوان (نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار) دوّن 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 والذى يعدّه فقهاء القانون اليوم ابتكارا كان فى النظام الإسلامى شرعة ومنهاجًا منذ ما يزيد على أربعة عشر قرنا من الزمان .

ومن ثم وجدت فى نظرية الموازنة مجالا مثمرا للدراسة المقارنة فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، لا من باب أن أبرز عُلوَّ النظام الإسلامى فى تشريعه ، وسمو مبادئه ، ومدى صلاحيته دون غيره ، فهذا أمر لا يختلف عليه اثنان ، (ولا ينتطح فيه عنزان)[1] ، ولا يجحده إلا واحد من اثنين مخالف فى الملة ، ومنافق يريد اجتزاء الشريعة الإسلامية .

وإنما أردت أن أُظهر نتاج عقول تفاعلت مع الواقع فى زمن معين وفى بيئة

---

١١) مثل : قاله النبى ﷺ انظر (مسند الشهاب تأليف محمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القضاعى (ت:٤٥٤هـ) تحقيق /حمدى عبد المجيد السلفى ٢/٤٧ – مؤسسة الرسالة – بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م) .

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 دوّن مجمل النظرية فى كتابيه (السياسة الشرعية ، وأحكام الحسبة) ، ومن بعده ابن القيم فى كتابه (الطرق الحكمية) ومن بعدهما الشاطبى ، فلقد أفرد لها بابا فى كتابه (الموافقات) ، غير إن جميعهم اكتفى بالتقعيد للموازنة وطريقة الترجيح دون الالتفات إلى الاسم ؛ ذلك لأن العبرة عندهم بالمسمَّى ، والمعنى دون الاسم والمبنى ، وفى عصرنا ومع انتشار مصطلح النظريات العلمية ، وضع العلماء الموازنة فى قالبها التنظيرى من باب التجديد فى الفقه الإسلامى ، والذى عنى به العلامة الدكتور القرضاوى فى كتابه (الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد) أن تصاغ أحكام الفقه الجزئية وفروعه المتفرقة ، ومسائله 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 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 كُتب يلمس بجلاء ملحظين أساسين 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 أطلت 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 يفردوا لها بحثا مستقلا 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 نزع الملكية – الاتجاه الحديث لمجلسى 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 ونُصحه الواعى لقضائنا الإدارى بأن يعمل جاهدًا فى الأخذ بنظرية الموازنة خصوصا 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 الموافى فى رسالته : (فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية الخاصة – نظرية الموازنة – دراسة مقارنة) ، ومع كثرة النماذج التطبيقية فى رسالته كان اهتمامه بمجال نزع الملكية شديدا دون بقية المجالات الأخرى ، وبنظرة عامة جاءت رسالته مستوعبة لمعظم قضايا الموازنة فى النظم الوضعية ، وخصوصا فى فرنسا .

ولذلك أردت أن أجمع شتات نظرية الموازنة ، وأن أفرد لها تأصيلا شرعيا وقانونيا 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- التمست الأدلة النقلية والعقلية لكل فكرة قدمتهـــا ، 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 إعمالها ، 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 وفقنى إلى إتمام هذا البحث وأكرمنى به ، كما أتوجه بالشكر والعرفان بالفضل لأستاذتى المشرفَيْن علىَّ؛ إذ تكرَّما فقبلا الإشراف على هذا البحث وإعداده ، وحبانى كلاهما بحلمه وعلمه ودعمه بآرائه 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 فبهذا من فضل الله يؤتيه من يشاء ، وإن كانت الأخرى ، فقد برئت ذمَّتى ، 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 اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد و على آله وأصحابه أجمعين .

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 .

تمهيد

لقد استطاع القضاء الإدارى أن يطور رقابته رويدًا رويدًا حتى وصل بها إلى رقابة الموازنة بين المنافع والمضار فى 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 فى 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 الإسلامى ؛ 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 ﴾[١] وقال ﷺ : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته»[٢].وقال أيضا : « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وعرضه وماله »[٣] ، " فالشريعة سياج يخدمها الوالى أو الأمير فهو راع أُمِر

---

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) الطبرانى (ت : ٣٦٠هـ) – المعجم الأوسط – تحقيق / طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسنى– دار الحرمين للنشر – القاهرة ١٤١٥هـ– ١٧١/٤ .

(٣) صحيح البخارى بشرح فتح البارى– ابن حجر – ٤٦٤/١٠ .

بالعدل ، والرعية أحرار يستعبدها العدل ، والعدل سُلك به نظـام العـالم " [١]، فأخرج الإسلام بهذه التوجيهات مجتمعا متوازنا [٢] الملكية الفردية فيه مصونة بـأمر التشريع الإسلامى ، ولا تُنزع منه إلا رعاية لحق الآخرين [٣].

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

ولقد درج أهل البحث والنظر في مثل هذا العلم ، أن يعرفوا مصـطلحه ، ويبينوا كنهه ، ليكون الحكم عليه عن بصيرة . وإذا كان فهم النظرية ، ووضـوح معالمها ، متوقفا على تحديد معناها ، وبالأخص (تعيين اللفظ للدلالة على المعنى)[٤]، والقيام بالإخبار عن تاريخها لإبراز هويتها[٥] فإن من اللازم الكشف عـن المـراد بالمصطلح عند أهل هذا الفن من باب قول العلماء : (ما لا يتم الواجب إلا به فهو

---

(١) أحمد بن محمد بن عرب شاه (ت : ٨٥٤هـ) – فاكهة الخلفاء ومفاكهة الظرفاء –تحقيـق أ.د/محمـد رجب النجار– سلسلة الذخائر – عدد (٩٤) – الهيئة العامة لقصـور الثقافـة – ،مصـر ٢٠٠٣ م – صـ ٥٢٩.

(٢) انظر (محمد قطب – حول التفسير الإسلامى للتاريخ– الناشر – المجموعة الإعلامية – جدة – المملكـة العربية السعودية – ط٣ – ١٩٨٩م – صـ ٢٢٧ : ٢٣٣.

(٣) انظر (دكتور / محمد فاروق النبهان – مدير دار الحديث الحسنية للدراسات الإسلامية العليا – الرباط – المغرب – الاتجاه الجماعى فى التشريع الإقتصادى الإسلامى– مؤسـسـة الرسـالة – بـيروت – ط٤ – ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م – صـ٢١٤) .

(١) انظر (الإمام الشوكانى – إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق فى علم الأصول – تحقيق الدكتور / شعبان محمد إسماعيل – مطبعة دار السلام – القاهرة – ١٤١٨هـ /١٩٩٨م – صـ٧٤ .

(٥) الهوية :هي امتياز الأمر المتعقل عن الأغيار ، انظر (الجرجاني – التعريفات – تحقيق إبراهيم الأبياري رقم (١٢٤٤) – صـ ٢٥١.

واجب)[1]، وخصوصًا وأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مركبة من عدة مصطلحات " الموازنة ، المنافع ، المضار " .

وإن الناظر فى الفقه الإسلامى يجد للنظرية بعدًا تاريخيا واصطلاحيا يعطيه إطارًا معرفيا 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 في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

الفصل الثاني :

تاريخ النظرية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

---

(١) انظر (الإمام الغزالي – المستصفى – تحقيق محمد سليمان الأشقر ط١ مؤسسة الرسالة – ١ / ١٣٨) وانظر (فخر الدين الرازي – المحصول فى علم الأصول – تحقيق د/ طه جابر فياض– ط٣ مؤسسة الرسالة – ١٤١٨هـ/١٩٩٨م – ١٩٢/٢) ، وانظر (الأرموي – التحصيل من المحصول – تحقيق الدكتور عبد الحميد علي أبوزنيد ١/ ٣٠٩ – ط١ ـ مؤسسة الرسالة – ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨م – ٧٤/١ .

الفصل الأول

ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

تمهيد :

إن محاولتنا فى تجميع ما كتب من تعريفات لمصطلحات نظرية الموازنة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون جعلتنا نقف عند حد تعريفات لغوية ومعان اصطلاحية لم تقم بواجب التوضيح الشافى للمصطلحات التى نحن بصددها.

ولذا سأعرض لبيان معانى المصطلحات الثلاثة لغة واصطلاحا ، وفى الأخير أفُرد لها تعريفات تجمع محتويات المصطلح ، وذلك فى إطار المبحثين التاليين :

المبحث الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المبحث الثانى : ماهية المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المبحث الأول

ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

مصطلح الموازنة حديث فى رسمه ونظمه فى النظم الوضعية بَيْد أنه قديمٌ نظْما ومضمونًا 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 استحدث 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 اللغوى (وزن) لكنها من الفعل (وازن) بالنظر إلى بنائها ؛ يقول تعالى ﴿ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴾[١] ويقصد بها عدة معان:

المعنى الأول : يقصد بها المساواة بين الشيئين ، تقول : وازن الشيء الشيء أي ساواه[٢] .

المعنى الثاني : المقابلة بين الشيئين نقول : وازن بين الشيئين موازنة ووزانا أي قابل بينهما للمفاضلة والترجيح [٣].

المعنى الثالث : معرفة قدر الشيء ، يقال : وزنته وزنا وزنة ، والمتعارف في الوزن عند العامة ما يقدر بالقسط والقبان[٤] [٥]كقوله تعالى : ﴿ وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ ﴾[٦].

وقد أجمل الآمدى[٧]هذه المعاني الثلاث وزاد عليها معنى المقارنة ، في مقدمة

---

(١) سورة المطففين :آية ٣ .

(٢) انظر (جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشرى (ت ٥٣٨هـ)– أساس البلاغة دار التنوير العربي بيروت ـ لبنان ط٤ (١٤٠٤هـ /١٩٨٤م) صـ١٩٨).

(٣) انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز – صـ٦٦٧) ؛ وانظر (ابن منظور – لسان العرب – دار صادر بيروت (١٤١٤ هـ/١٩٩٤م)– ٤٤٧/١٣) وانظر (إسماعيل بن حماد الجوهري – الصحاح للجوهري ـ تحقيق / أحمد عبد الغفور عطار – دار العلم للملايين – ط٣ – ١٤٠٤ /١٩٨٤م – ٢٢١٣/٦) وانظر (الزمخشري – أساس البلاغة – صـ ١٩٨).

(٤) انظر (الراغب الأصفهاني – المفردات في غريب القرآن – ضبط ومراجعة / محمد خليل عتاني – دار المعرفة – بيروت – ط ٢ – ١٤٢٠هـ / ١٩٩٧م – صـ٥٣٧).

(٥) القَبّان : هو الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساما ؛ يحرك عليها جسم ثقيل يسمى الرمّانة ؛لتبيين وزن ما يوزن. انظر (المعجم الوجيز – صـ٤٨٩) .

(٦) سورة الرحمن : آية ٩ .

(٧) الآمدي : هو القاسم الحسن بن بشر بن يحي الآمدي (ت :٣٧٠هـ) عالم بالأدب أهم كتبه : [المؤتلف =

كتابه (الموازنة بين شعر أبي تمام والبحتري) فقال : (ولكني أوازن – يعني أقارن – بين قصيدة وقصيدة من شعرهما ـــ أي شعر أبي تمام والبحتري ـــ إذا اتفقا في الوزن والقافية وإعراب القافية ، وبين معنى ومعنى ، ثم أقول أيهما أشعر في تلك القصيدة ، وفي ذلك المعنى ، ثم أحكم)[1] .

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[2] .

• الموازنة اصطلاحا :

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 الآنام) " إذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ، امتثالا لأمر الله تعالى فيها : ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ ﴾[3] وإن تعذر الدرء والتحصيل ، فإن كانت المفسدة

= والمختلف في أسماء الشعراء وكناهم وألقابهم وأنسابهم ، الموازنة بين البحترى وأبي تمام ، تفضيل شعر امرئ القيس على الجاهلين] انظر (الآمدى – مقدمة كتاب الموازنة ـــ تحقيق السيد أحمد صقر ـــ دار المعارف) .

(١) راجع (القاسم الحسن بن بشر بن يحيى الآمدي(ت ٣٧٠هـ) – مقدمة الموازنة بين شعر أبي تمام والبحتري تحقيق السيد أحمد صقر ـــ دار المعارف ط٤ .

(٢) هذه المعاني ظاهرة في عنوانات الكتابين التاليين :

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

(ب) أبي بكر محمد بن جعفر بن محمد بن عبد الله البغدادي المؤدب النحوى الشيعى (ت : ٣٥٠هـ) – الموازنة لمن استبصر في الإمامة الإثنى عشر ، انظر (إسماعيل باشا بن محمد أمين بن مير البابانى أصلا والبغدادى مولدا ومسكنا إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون – دار الفكر بيروت ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م ٢/٥٩٩).

(٣) سورة التغابن :آية ١٦ .

أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة[١] .

٢) وقال الإمام ابن تيمية – رحمه الله : (القاعدة العامة فيها إذا تعارضت المصالح والمفاسد والحسنات والسيئات أو تزاحمت فإنه يجب ترجيح الراجح منهما فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد ، وتعارضت المصالح والمفاسد)[٢] .

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 الحيثيات التي ذكرناها في شأن المصالح ، وأيها يجب تقديمه ، وأيها يجب تأخيره أو إسقاطه .

– الموازنة بين المصالح والمفاسد إذا تعارضتا ، بحيث نعرف متى نقدم درء المفسدة على جلب المصلحة ، ومتى تغتفر المفسدة من أجل المصلحة[٣] .

وقال أيضا : (إذا تعارضت المصالح والمفاسد كما هو الشأن في جُل أمور الحياة فإن الشريعة ترجح أعلى المصلحتين ، وتختار أخف الضررين ، وتقدم درء المفسدة على جلب المصلحة ، ولا تبالي بمنفعة صغيرة وراءها مضرة كبيرة)[٤] .

وقد اعتمد الدكتور القرضاوى على دليل التدرج فى تحريم الخمر ، لما وراءها من ضرر كبير على العقول والأجسام والأعراض والأخلاق والأموال ، برغم ما فيها

---

(١) انظر (العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام في مصالح الأنام – صـ٧٤) .

(٢) انظر (ابن تيمية – مجموع الفتاوى – دار الوفاء – ط١ – ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م – ٢٨ /٧٥).

(٣) انظر (د/ يوسف القرضاوي – كتاب فقه الأولويات – مكتبة وهبة ط٢؛ ١٤١٦ هـ /١٩٩٦م صـ٢٧ وكتاب أولويات الحركة الإسلامية في المرحلة القادمة – مكتبة وهبة ط٤ ؛ ١٤١٢هـ /١٩٩٢م صـ٢٦، وكتاب السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – مكتبة وهبة ط١ – ١٤١٩هـ ١٩٩٨م صـ٣٠١) .

(٤) انظر (د/يوسف القرضاوي – الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط ـ دار التوزيع والنشر الإسلامية – ١٤١٤هـ /١٩٩٤م – صـ ٦٧) .

اقتصادية لبعض الناس . وهو ما أشار إليه القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنْ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ (١) .

٤) وقال الدكتور محمد مصطفى شلبي : (وأما تعارض المصلحة مع مصلحة أخرى وهذا إنما يكون في المصالح المرسلة ، فالمجتهد يوازن بين المصلحتين ثم يعمل بالراجحة ، وعند تساويهما يعمل بأيهما شاء ، وكذلك المفاسد إذا تعارضت مفسدتان يدفع أعظمهما ضررا 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) (٢) .

٥) وقال الدكتور فوزي محمد طايل 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 مكملة للأخرى ومؤدية إليها ، وفي هذا تحقيق للتوازن بينهما ؛ لذا فإن العلاقة بين المصلحتين هي علاقة توازن منذ اللحظة الأولى(٣).

تقدير أقوال العلماء في تعريف الموازنة :

١– يظهر لنا مما سبق من أقوال العلماء أن بينهم اتفاقا على أن الموازنة هي: المفاضلة والترجيح . وهذا ما جعل العلامة القرضاوي يقول بأنها تدخل في موضوع

---

(١) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٢) انظر (د/ محمد مصطفى شلبي – تعليل الأحكام – رسالة دكتوراه – مطبعة الأزهر ١٩٤٧م /١٣٦٧هـ – صـ ٣٢٨).

(٣) انظر (د/ فوزي محمد طايل – أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ط١ ؛ ١٩٨٦م – صـ١٣٨).

(التعارض والترجيح) [١] 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 (المفاسد) ثم أضاف إليها معايير الترجيح، وقد ظهر ذلك في قوله(ومن حيث حجمها وسعتها ، ومن حيث عمقها وتأثيرها ، ومن حيث بقاؤها ودوامها) [٢] .

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

ومن ثم فإن أقوال علماء الفقه الإسلامي لا تعطينا تعريفا اصطلاحيا يتصف بالجمع والمنع لتعريف الموازنة بين المنافع والمضار ، ولاسيما إذا كان الأصل في الأحوال العادية ، على الإنسان أن يسعى لتحصيل المصالح كلها ، ودرء المفاسد 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 [٣] 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 .

---

(١) انظر (د/القرضاوى – السياسة الشرعية – صـــ٣٠٠) .

(٢) انظر (د/القرضاوي فقه الأولويات – صـــ٢٧) .

(٣) انظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة – فقه الموازنات – مجلة البحوث الفقهية – عدد (٥١) المملكة العربية السعودية ـــ الرياض – ١٤٢٢هـــ ـــ ٢٠٠١م – صـــ٧) .

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 المعرَّب ، ونعرف مدلولاته حق المعرفة ، ثم نحاول إيجاد معنى له من داخل المعجم العربي [١] .مبتعدين عن الترجمة الحرفية للكلمة الأصلية أي النقل دون الاجتهاد فى وضع معنى لها ، وإنما استفراغ الوسع فى 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) [٢].

- **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[٣]

---

(١) انظر (سعيد بشار – المصطلح خيار لغوي ..وسمة حضارية ـــ سلسلة كتاب الأمة العدد ٧٨ ؛ كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر ؛ ط١ – ١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م – صـ١٠٢) .

(٢) المعجم القانوني : مجمع اللغة العربية بالقاهرة – ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م – صـ ١١ .

(٣) انظر (د/ سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني (الفعل الضار بالمسئولية المدنية) – مطبعة السلام – شبرا – ط٥ – ١٩٨٨م – صـ٩).

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)[١] .

٣–وعرفتها الأستاذة الدكتورة /نبيلة عبد الحليم كامل بقولها : " تقييم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار وتقدير مزايا القرار ومضاره)[٢].

٤–وعرفها أيضا الدكتور أحمد أحمد الموافي ، 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 ـــ أي المشروع ـــ بصفة المنفعة العامة إلا إذا تفوقت إيجابيات المشروع على سلبياته[٣] .

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

---

(١) د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة – دراسة تحليلية مقارنة ـــ كلية الحقوق ـــ جامعة الإسكندرية ـــ دار النهضة العربية القاهرة ؛ ١٩٩٢م – صـــ٢٣٣.

(٢) د/ نبيلة عبد الحليم كامل أستاذ القانون العام كلية الحقوق جامعة القاهرة – دور القاضي الإدارى في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية ـــ الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا – دار النهضة العربية القاهرة ـــ ١٩٩٣ م – صـــ٢٠.

(٣) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية – دراسة مقارنة ـــ كلية الشريعة والقانون ـــ جامعة الأزهر فرع أسيوط ـــ دار النهضة الحديثة القاهرة – صـــ ٢٢١ ، ٢٢٢) ، وانظر (د/محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الخلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ١٩٩٣م – صـــ ١٥٩) .

عليه ـــ أي القاضي ـــ الحكم بإلغاء القرار ، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة أعلن ـــ القاضي ـــ عن صحة ومشروعية ذلك القرار[1].

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 فاكتفى واضعه بإبراز 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 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[2] فإذا كانت مشتقة من ضهى ؛ فهي المماثلة وإذا كانت من ضاهى فهي المشاكلة بدليل قوله تعالى ﴿ يُضَاهِئُونَ قَوْلَ الَّذِينَ

---

(١) 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 ـــ دار النهضة العربية القاهرة –١٩٩٦م – صـــ ٣٠٦) .

(٢) (راغب الأصفهاني – المفردات – صـــ٢٩٥) ، وانظر (الكفوي – الكليات – تحقيق د/ محمد المصري ، عدنان درويش – مؤسسة الرسالة – ١٤١٣هـ /١٩٨٥م – صـــ٨٤٣).

كَفَرُوا ﴾[١] 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 [٢].

❋❋❋

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 مقيدًا بفقه صناعة المصطلح[٣] ؛ 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 المفاسد المتنافرة ، وكذلك المصالح والمفاسد المتقابلة ؛ ليتبين أيهما أرجح فيقدم على غيره .

---

(١) سورة التوبة :آية ٣٠.

(٢) انظر (د/ حماد محمد شطا أستاذ القانون العام والعلوم الإدارية كلية الملك فهد الأمنية – الأصول الإسلامية للقانون الإداري – الكتاب الأول ـ النظرية العامة للقانون الإداري ـ دار الصحوة للنشر ١٤١٧هـ ـ صـ٢٦٧).

(٣) راجع فى ذلك : المصطلح خيار لغوي ..وسمة حضارية ـ سلسلة كتاب الأمة العدد ٧٨ ؛ كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر ؛ الطبعة الأولى –١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م صـ ٤٩ .

المبحث الثانى

ماهية المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

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

الأول : المنافع والمضار وحقيقتهما اللغوية .

الثانى : المنافع والمضار وحقيقتهما الاصطلاحية .

المطلب الأول

المنافع والمضار وحقيقتهما اللغوية في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

لكل من المنافع والمضار معانٍ عند أهل اللغة العربية وفي بعض اللغات الأجنبية؛ فما حقيقة هذه المعاني ؟

أولا : حقيقة المنافع في اللغة :

المنافع : جمع منفعة – وهي من مادة – نفع– والمنفعة كل ما يجلب خيرا ، فيه نفع ومنفعة ومنافع صحيحة ، ومنافع عامة أو خاصة [١]، وهي اسم مصدر من نفعني كذا نفعا فالأعضاء كالعينين منافعهما البصر[٢].

ويقصد بها أيضا : (المصلحة والصلاح والنفع – وصلح صلاحا وصلوحا ؛ أي : زال عنه الفساد وصلح الشيء أي : كان نافعا أو مناسبا – ويقال – أصلح في عمله أو أمره ؛ أي أتى بما هو صالح نافع ، وأصلح الشيء أزال فساده واستصلح الشيء تهيأ للصلاح)[٣].

ومن هذا المعنى ندرك أن المنفعة والمصلحة معناهما واحد ، وكل منهما تطلق على الشيء الذي فيه نفع وصلاح قوي ، فلا يطلق على الشيء منفعة أو مصلحة إلا

---

(١) انظر (مجمع اللغة العربية– المعجم الوسيط – الهيئة العامة لمطابع الأميرية – القاهرة ١٤٠٥هـ /١٩٨٥م – ٩٧٩/٢) وانظر في ذلك أيضا (الزمخشري – أساس البلاغة ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤ م) وانظر (أبي البقاء الكفوي – الكليات) وانظر (المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم – المعجم العربي الأساسي – ط لاروس – ١٩٩٩م صـ ١٢١٨) .

(٢) انظر (البعلي الحنبلي (ت : ٧٩١هـ) – المطلع على أبواب المقنع – طبعة المكتب الإسلامي ١٤٠١هـ/١٩٨١م – صـ٣٦٥).

(٣) المعجم الوسيط ٥٢٢/١ .

إذا غلب نفعه وصلاحه[١]. وكل ما فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل أو بالدفع والاتقاء جدير بأن يسمى مصلحة ومنفعة .

وتعرف المنفعة فى اللغة الفرنسية بأنها النفع أو الفائدة .

(Ce qui convient, ce qui importe, ce qui est bon)[٢]

ومعناها يقترب من كلمة (N´ecessaire) أى ضرورى فيقال أعمال ضرورية بمعنى أنها أعمال مفيدة أو شديدة النفع[٣].

والمنفعة ضد المضرة كما أن المفسدة ضد المصلحة ، فما هى المضرة ؟

ثانيا : حقيقة المضار فى اللغة :

المضار : جمع مضرة ، وتطلق على الضرر والضُّر ؛ وفيه لغتان : بالضم والفتح :

فإذا ضم (الضُّر) كان اسم مصدر ، ويقصد به ما كان خاصا بما فى النفس من مرض وهزال ، قال تعالى ﴿ وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ ﴾[٤]. وإذا كان بالفتح كان مصدرا وكان معه ما يقابله من النفع ، قال تعالى ﴿ وَلا يَمْلِكُونَ لِأَنفُسِهِمْ ضَرًّا وَلا نَفْعًا وَلا يَمْلِكُونَ مَوْتًا وَلا حَيَاةً وَلا نُشُورًا ﴾[٥] وهو شائع فى كل ضرر على وجه العموم[٦] ويجمع الضرر على إضرار ، والمضرة على مضار غير أن المعنى بينهما يتحد فى زاوية ويختلف فى زاوية أخرى فمحل معناهما أن

---

(١) انظر (د/ أحمد الريسونى – نظرية التقريب والتغليب – دار الكلمة للنشر والتوزيع – الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ٣١١) .

(٢) انظر (د/ يوسف محمد رضا – الكامل الكبير (فرنسى – عربى) مكتبة لبنان – بيروت (د . ت) .

(٣) انظر

(stephane RIALS : Le juge administratif Francais et la Technique du standard .1980 - P.94) .

(٤) سورة الأنبياء : آية ٨٣ .

(٥) سورة الفرقان : آية ٣ .

(٦) انظر (الزمخشرى – أساس البلاغة صـ ٣٦٨) وانظر (المعجم الوسيط ٥٥٨/١) وانظر (الكليات لأبى البقاء الكفوى – ٥٧٨) وانظر (الألوسى – روح المعانى – ت ١٢٧٠هـ – دار الغد العربى – الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م – ٦١٣/١١) .

كلا منهما يعطى معنى وجود الأذى والضر والذى هو ضد النفع والنعمة .

ومحل الاختلاف بينهما أن المضار يذكر حين ينسب الضر على فاعله والمفعول به كقوله تعالى : ﴿ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى ﴾[١].فيقال رجل مُضِر وامرأة مضر أى لها ضرة .

ويُذكر الإضرار حين يحمل الإنسان على ما يضره وهو فى التعارف حمله على أمر يكرهه[٢] .

ومن هنا كان مصطلح الإضرار خاصا بالمفعول به ومصطلح المضار عاما فى نسبة الضرر للفاعل والمفعول به ، وهذا ما دعانا إلى اختيار مصطلح المضار لعمومه عن الأضرار ، ويجمع بين الاثنين بمصطلح الضرار لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »[٣] . فالضرار إلحاق المفسدة على جهة المقابلة أى أن كلا من الطرفين يقصد ضرر الآخر[٤].والمضرة تضاهى المفسدة ، كما أن المنفعة تضاهى المصلحة فى المعنى وغالبا ما يعبر عنها بالخير والشر ، والنفع والضر والحسنات والسيئات[٥] .

ومما يجب الإشارة إليه أن الفقه القانونى ارتضى القول بمصطلح الإضرار دون غيره[٦] ، وذلك من باب النظر إلى المفعول به وهو الفرد ؛ إذ إن الإدارة غالبا ما تقوم

---

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) انظر (راغب الأصفهاني – المفردات فى غريب القرآن – صـ ٢٩٧).

(٣) الحديث رواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمرو بن يحيى ، وله طرق يقوي بعضها بعضا ، انظر (الإمام النووي الأربعين النووية – الحديث الثاني والثلاثون ـ ط دار التوزيع والنشر ١٩٩٠م – صـ١٥٥). وانظر (ابن رجب الحنبلي – جامع العلوم والحكم – ط مكتبة الدعوة بالأزهر للطبع والنشر والتوزيع ١٩٨٧م – صـ ٣٠١)، وانظر (الزرقاني – موطأ مالك ـ دار الكتب العلمية ـ لبنان – ٤٠/٤).

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

(٥) انظر (د/ نور الدين ابن مختار الخادمى – المقاصد الشرعية – مكتبة العبيكان – الرياض – السعودية – الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م – صـ٢١) .

(٦) انظر (أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٠٣) وانظر

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[1] والإضرار ما كان فى إطار علاقة الإدارة بالأفراد .

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

(د/ سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ٢٣٣) .

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

المطلب الثانى

المنافع والمضار وحقيقتهما الاصطلاحية

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

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

أولا : المنافع والمضار فى الفقه الإسلامى[١] .

لعلماء الأصول عبارات متنوعة فى 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 فى المحصول : والمنفعة عبارة عن اللذة أو ما يكون طريقا إليه، والمضرة عبارة عن الألم أو ما يكون طريقا إليه واللذة : حدها إدراك الملائم ، والألم : إدراك المنافى[٢] .

وفى هذا التعريف نجد أنه ربط المنفعة بأسبابها والمضرة بأسبابها ، وفى نفس المعنى عرف العز بن عبد السلام المنافع : بأنها اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها . وعرف المضار بأنها الآلام وأسبابها ، والغموم وأسبابها[٣] ، وكذلك المصلحة والمفسدة فهما يحملان نفس التعريف وقال ابن القيم : « المصلحة هى النعيم واللذة وما يفضى إليه ، والمفسدة هى العذاب والألم وما يفضى إليه»[٤] .

وقد يعبر عنهما أيضا بلفظ المصلحة باعتبار أنها تفضى إلى ما يوافق الإنسان

---

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

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

(٣) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام– ١٢/١.

(٤) ابن القيم – مفتاح دار السعادة – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان –١٤/٢.

تحصيلا وإبقاء ، وقد يعبر عن التحصيل بالمنفعة وعن الإبقاء بالمضرة ؛ لأن ما قصد إبقاؤه – فإزالته مضرة – وإبقاؤه دفع المضرة[١] .

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

ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو : أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة »[٢].

وفى نفس المعنى عرفها الخوارزمى[٣] بقوله : « هى المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق [٤] » .

وبالنظر لتعريف الغزالى والخوارزمى نجد أنهما يتفقان من حيث المعنى ؛ لأن دفع المفاسد على الخلق يلزم منه تحصيل المصالح كما أن دفع المصالح يلزم منه حصول المفاسد لأنهما ضدان . ولذا اكتفى الخوارزمى بإحدى الحالتين عن الأخرى ذلك لأن تحصيل إحداهما يستلزم دفع الأخرى ؛ فضيق الخوارزمى الدائرة بحسب ظاهر العبارة إيجازا بخلاف الغزالى الذى جانبه الإيجاز فى عبارته السالف ذكرها[٥] .

ومن هذا يتضح أن المنفعة هى ما حوفظ فيها على مقصود الشارع باعتبار أنها سبب يؤدى إليه ، وبناءً عليه فليس هناك ما يمنع فى وضع التدابير المختلفة إتباعا للمنافع ودرءًا للمفاسد فى أمور الحياة المختلفة من العمل والكسب والتداوى ورسم

---

(١) انظر (فخر الدين الرازى – المحصول – ١٥٧/٥) .

(٢) أبو حامد الغزالى – المستصفى – تحقيق الدكتور / محمد سليمان الأشقر – ٤١٦/١ – ٤١٧ .

(٣) الخوارزمى هو : العلامة أبو سعيد أحمد بن محمد بن على بن نمير الخوارزمى الشافعى الضرير – أحد أئمة المذهب ببغداد وتلميذ الشيخ أبى حامد الغزالى (ت – ٤٤٨هـ) انظر (العلامة الذهبى – سير أعلام النبلاء– ٨/١٨ : ٩) .

(٤) الشوكانى – إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول – ٦٩١/٢.

(٥) انظر (د/ يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – المعهد العالمى للفكر الإسلامى– الطبعة الثانية ١٤١٥هـ/١٩٩٤م – صـ١٣٥) .

السياسات العامة لتحقيق مصالح الناس ودرء الضرر عنهم[١].

٣- وعرفها الطوفى[٢] بقوله :« هى السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة»[٣].

٤- وعرفها ابن عاشور[٤] فقال عن المنفعة : « بأنها وصف للفعل يحصل به الصلاح ؛ أى النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد ».

وعرف المضرة بقوله : « وأما المفسدة فهى ما قابل المصلحة وهى وصف للفعل يحصل به الفساد أى الضر دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد »[٥].

٥- وعرفها الشاطبى بقوله : « إنى أعنى بالمصلحة : ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعما على الإطلاق»[٦].

---

(١) انظر (الغزالى – المستصفى – هامش ٤١٦/١) .

(٢) نجم الدين الطوفى : هو أبو الربيع سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم بن سعيد ؛ ينسب إلى طوفى ، ويطلق عليه الصرصرى ، وهى قرية من أعمال "صرصر" من سواد بغداد ، وهو حنبلى المذهب ومتهم بالتشيع ، وتوفى عام ٧١٦هـ ، أهم كتبه : [بغية السالك فى أمهات المسالك فى أصول الفقه ، والذريعة إلى معرفة أسرار الشريعة، وشرح المقامات الحريرية ، وشرح الأربعين النووية ، ومنها حديث "لا ضرر ولا ضرار " الذى قال فيه بتقديم المصلحة على النص] . انظر (ابن حجر – الدرر الكامنة– الهند– ١٥٤/٢)وانظر (الأعلام ١٢٧/٣، ١٢٨) .

(٣) الطوفى نجم الدين – التعيين فى شرح الأربعين – تحقيق / أحمد حاج محمد عثمان – المكتبة المكية – السعودية – ط١ – ١٤١٩هـ/١٩٩٨م – صـ ٢٣٩ . وللطوفى رأى شاذ فى أمر المصلحة وعلاقتها بالنص هذا ، وقد وجهت للطوفى فى المصلحة سهام النقد التى أصابت حين وجهت وجعلت قوله مقيد بما لا يخالف الشرع ؛ راجع فى ذلك (د/ حسين حامد حسان – نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى – مكتبة المتنبى – القاهرة – ١٩٨١م – صـ ٥٢٩) وانظر فى ذلك أيضا (البوطى – ضوابط المصلحة – صـ١٧٨ وما بعدها) .

(٤) 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 – صـ ١٣) .

(٥) محمد الطاهر ابن عاشور – مقاصد الشريعة الإسلامية – صـ ٢٧٨ : ٢٧٩.

(٦) الشاطبى – الموافقات – تحقيق د/ عبد الله دراز – دار الكتب العلمية – بيروت – ٢٠/٢ .

وهذا الإطلاق مقيد بما غلب من المنافع والمضار وموافقته للخطاب الشرعى ، قال الإمام الشاطبى : « المراد بالمصلحة عندنا ما فهم رعايته فى حق الخلق من جلب للمصالح ودرء للمفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال ، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى بل برده كان مردودا باتفاق المسلمين »[١].

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

١–على السبب المؤدى إلى مقصود الشرع كتعريف الغزالى والعز بن عبد السلام والرازى .

٢– على نفس المقصود للشارع كتعريف جمهور الأصوليين ومنهم ابن عاشور والآمدى[٢] الذى قال :«المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة أو دفع مضرة أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد ، لتعالى الرب تعالى عن الضرر والانتفاع »[٣].

٣– على اللذات والأفراح : أى بالنظر إلى الفعل ذاته حقيقة ؛ ذكره ابن عبد السلام ، حين قسم المصلحة إلى حقيقية وهى : اللذات والأفراح ، ومجازية ؛ وهى : الأسباب المؤدية إلى اللذات والأفراح[٤].

---

(١) الشاطبى – الاعتصام – تحقيق / رشيد رضا– دار المعرفة – لبنان – ١٤٠٩هـ/١٩٨٥م – ١١٣/٢.

(٢) 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 (أبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضى شهبة(ت ٨٥١هـ) – طبقات الشافعية – تحقيق د/ الحافظ عبد العليم خان– عالم الكتب بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ،٧٩/٢: ٨٣) ، وانظر (الزركلى – الأعلام – ٣٣٢/٤) .

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

(٤) انظر (ابن عبد السلام – الفوائد فى اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى – تحقيق / إياد خالد الطباع– دار الفكر – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م– صـ٣٢) 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 – صـ ١٠١) .

هذا وقد قسم علماء الأصول المنافع إلى ثلاثة أقسام :

الأول : الضرورى : هو المنفعة التى تتضمن حفظ الضروريات وضدها المضرة فى فقد أى منها .

قال الغزالى : « نعنى 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 فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح »[١].

وعرفها الشاطبى بقوله: « فمعناها – أى الضرورات – أنها لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج ، وفوت حياة وفى 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 »[٢].

والضرورى ينقسم إلى أصلى وهو المتضمن حفظ مقصود من الضروريات الخمسة وتابع : وهو الجارى مجرى التتمة والتكملة ، بحيث لو فرض فقده لم يخل بالأصلى[٣].

وهو يشمل العبادات والمعاملات وهو ما كان راجعا إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض وبغير عوض[٤].

الثانى : الحاجىّ : جمعها حاجيات وعرفها الشاطبى بقوله : « معناها أنها مفتقر

---

(١) الغزالى – المستصفى – ٤١٧/١ .

(٢) الشاطبى – الموافقات – ٧/٢ . وانظر فى ذلك أيضا (الآمدى – الإحكام – ١٨٥/٣ : ١٨٦) .

(٣) انظر (الآمدى – الإحكام – ٣/ ١٨٥) .

(٤) انظر (الشاطبى – الموافقات – ٨/٢) .

إليها من حيث التوسعة ، ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ، فإذا لم نراع دخل على المكلفين – على الجملة – الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة »[١].

والمقصود منها ما يلى :

١– رفع الحرج .

٢– حماية الضروريات وحفظها.

٣– تحقيق مصالح أخرى تابعة أو خاصة أو جزئية أو عامة[٢]، ومثالها تضمين الصناع .

الثالث التحسينى : وجمعها تحسينات عرفها الجوينى بقوله : « ما لايتعلق بضرورة حاقة ولا حاجة عامة ولكن يلوح فيه غرض فى جلب مكرمة أو فى نقيض لها »[٣].

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»[٤].

وعرفها الشاطبى فقال : هى « الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات »[٥].

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

---

(١) الشاطبى – الموافقات – ٩/٢ .

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

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

(٤) الغزالى – المستصفى – ٤١٨/١ . وانظر (الغزالى – شفاء الغليل – صـ ٨٣) .

(٥) الشاطبى – الموافقات – ٩/٢ . وانظر (د/ نادية محمد شريف العمرى – القياس فى التشريع الإسلامى – دراسة أصولية– دار هجر للطباعة والنشر – الطبعة الأولى – ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م– صـ٢٤٧) .

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)[١]. وعرف المضرة بقوله : هى (وصف للفعل يحصل به الفساد أى الضر دائما أو غالبا للجمهور أو للآحاد) [٢].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 ، ودرء كل ما فيه مفسدة ومقصود الشرع من الخلق : أن يحفظ عليهم دينهم ونفوسهم وعقولهم وعرضهم وأموالهم ، وهى الضروريات الخمس ، التى تواترت الرسالات بحفظها وصيانتها[٣]. 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[٤].

---

(١) ابن عاشور – مقاصد الشريعة الإسلامية – صـ ٢٧٨ .

(٢) ابن عاشور – المرجع السابق – صـ ٢٧٩ .

(٣) انظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – دار الفكر – بيروت – ط١ – ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م – صـ ٤١٥) .

(٤) 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 الموافى فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية الخاصة – صـ ١٤) .

أ– تعريف المنفعة :

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

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 فى تصرفاته باعتبارها هى الخير الأعظم ويعزف عن الألم باعتباره الشر الأوحد ؛ غير أن الخير والشر نسبيان ، ومن ثم توصلوا إلى " نسبية كل من اللذة والألم بحسب المناسبة التى تقترن بأى منهما "[٢] .

(٢) وعرف أنصار مذهب السعادة المنفعة: بأنها السعادة التى هى غاية الإنسان والتى تجيء مصاحبة لحالة الانسجام[٣] .

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[٤] .

(٣) ذهب بنتام (صاحب المذهب النفعى) إلى أن المنفعة هى 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 بنتام : إن المنفعة العامة هى الأولى وأن أخلاقياتها تنبذ أنانية الفرد ، وتجعله يبحث عما يكون نافعا ليس له فقط وإنما لغيره أيضا[٥] .

---

(١) انظر (د/سعد المغربى – ظاهرة تعاطى الحشيش– دار المعارف القاهرة – الطبعة الثانية ١٩٨٤م صـــ٤٤٢) .

(٢) د/ زكريا إبراهيم – مشكلات فلسفية ، المشكلة الخلقية مكتبة مصر القاهرة – الطبعة الثانية١٩٧٥م صـــ١٢٢.

(٣) انظر (د/زكريا إبراهيم – المرجع السابق – صـــ١٤٣) .

(٤) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية الخاصة – صـــ ١٦) .

(٥) راجع فى ذلك (د/ زكريا إبراهيم – مشكلات فلسفية – المشكلة الخلقية – صـــ ١٦٣) وانظر فى ذلك أيضا (بنتام – أصول الشرائع– ترجمة أحمد فتحى زغلول – مطبعة بولاق – بدون تاريخ – ١٧/١) .

وإذا علمنا أن الشعور بالمنفعة العامة ومداها كمًا وكيفًا متفاوت بين الأفراد بحسب عاداتهم وخبراتهم وثقافاتهم 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 بنتام ومن بعده (ستوارت مل) بهذا الخلاف[١].

وسبب هذا الخلاف أنهم جعلوا للمنفعة أساسًا ماديًا بحتًا ، قدَّره قوم بالعرف ، إلا أن 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 بقى 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 التاريخى عن الهوى ، الأعراف التى تفيض بها اليوم مجتمعات أوروبا مما لا يقره إلا رعونة الشهوات والأهواء[٢].

ومقياس العرف هذا قد تبين بالبحث العلمى أنه لا يصلح أن يُتخذ مقياسا للخير والشر لكنه فى الواقع المعيشى ما زال متبعا[٣]. يقول غوستاف لوبون : (والذى يقود الناس ولاسيما إذا اجتمعوا إنما هى التقاليد وهم لا يسهل عليهم أن يغيروا منها سوى الأسماء والأشكال)[٤].

وقدَّر قوم المنفعة بالسعادة الشخصية وجعلوها أساسا للمنفعة ، وأن ما يستفيده الإنسان صاحب الفعل لنفسه هو مقياس المنفعة بغض النظر عما يلاقيه الآخرون من مضار[٥] ، وبلا شك أن هذا الأساس هو مذهب كثير ممن أصيب بمرض

---

(١) انظر (د/ توفيق الطويل – مذهب المنفعة العامة– دار النهضة العربية – مصر – صـ١٤٢) .

(٢) انظر (د. توفيق الطويل – مذهب المنفعة العامة صـ ١٤٢) .

(٣) انظر (أحمد أمين – الأخلاق– دار الكتب المصرية – صـ ٩٤) .

(٤) غوستاف لوبون – روح الاجتماع ترجمة / أحمد فتحى زغلول– مطبعة الشعب – صـ ٩٩.

(٥) هذا الرأى لفيلسوف يونانى يسمى (أبيقور مات سنة ٢٣٠ ق.م) وقد تبنى هذا الرأى من بعده فى العصر =

(الأنا) ونشأ عنه من المفاسد ما هو معلوم لكل باحث[١].

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 بنتام وجون ستوارت صاحب نظرية المنفعة[٢].

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 ونشرها 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[٣].

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 :

= 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 (بنتام – أصول الشرائع – ١/٣٠) وانظر (د/محمد سعيد رمضان البوطى – ضوابط المصلحة – هامش صـ ٣١).

(١) انظر (محمد رمضان البوطى – ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية – صـ٣١).

(٢) انظر (د. محمد رمضان البوطى – ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية – صـ٣١) .

(٣) انظر (البوطى – المرجع السابق – صـ٣٢) .

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)[١].

– وأيضا 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 مثلا أو فى حريته وعرضه أو غير ذلك من المعانى التى يحرص الناس عليها)[٢].

– وعرفه العلامة السنهورى بأنه : الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية محققة أو غير مالية ، وكذا الإخلال بحقوقه وسلامة حياته وسلامة جسمه[٣].

– وعرفه الدكتور سليمان مرقس بقوله : (هو الأذى الذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له[٤] سواء كان ذلك الحق أو

---

(١) 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– صـ ٦٣ .

(٢) الدكتور / فتحى عبد الرحيم عبد الله بالاشتراك مع الدكتور / أحمد شوقى عبد الرحمن – النظرية العامة للقانون – مصادر الالتزام – مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ١٩٩٩م – صـ٨٨ وما بعدها.

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

(٤) 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 الخليلة بالتعويض عما أصابها من فقد خليلها 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 الخليلة فى التعويض تأسيسا على أن المادة ١٣٨٢ مدنى لا تشترط وجود رابطة قانونية بين المجنى عليه المتوفى وطالب التعويض (المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٠م – صـ ٣٥٣) وانظر فى ذلك أيضا (المجلة السالف ذكرها سنة ١٩٥٨م – صـ ٣٢٣) وانظر فى ذلك أيضا (السنهورى – الوسيط – ٨٥٨/١) . وعكس الرأى الأول Jeanne Vandamme فى بحث لها فى حق الخليلة فى التعويض عن قتل خليلها وتبنى هذا الرأى ؛ انظر (د. سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – الفعل الضار والمسئولية المدنية – مطبعة السلام شبرا – الطبعة الخامسة – ١٩٨٨م – ١٣٤/٢).

تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك)[١].

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 .

وهنا يلح علينا سؤال ليس ببعيد عن الأذهان ألا وهو : هل ثمة اتفاق واختلاف بين تعريف كل من الفقه فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية للمنفعة والمضرة ؟

❋❋❋

بالمقارنة بين تعريف الفقه الإسلامى للمنافع والمضار ومقابلها فى فقه القانون للنظم الوضعية نجد أن هناك محل اتفاق واختلاف .

أولا محل الاتفاق بينهما :

إن بين علماء الفقه الإسلامى والفلاسفة وعلماء الأخلاق الذين يستمد الفقه القانونى منهم مادته الاصطلاحية[٢] اتفاق واضح فى تعريفهم للمنفعة والمضرة بأنها اللذة ووسيلتها ، وعكسها المضرة والتى تعنى الألم ووسيلته وأن المضرة هى ما يصيب الإنسان فى نفسه وماله وحريته ، وأنها تقابل فى الفقه الإسلامى الضرورات الخمس نوعا ما ، وذكر هذا المعنى العز بن عبد السلام حين قال : (المنفعة هى اللذات وأسبابها ، والمضرة : هى الآلام وأسبابها)[٣].

---

(١) الدكتور سليمان مرقس – الوافى – الفعل الضار ١٣٣/٢ ؛ وانظر (المستشار حسين عامر– وعبد الرحيم عامر رئيس النيابة بالنقض المدنى – المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية– دار المعارف – الطبعة الثانية – ١٩٧٩م صـ ٣٣٢–٣٣٣) .

(٢) لا نريد أن نفرق هنا بين علماء الفلسفة والأخلاق وأرباب النظم الوضعية ذلك لأن علماء القانون إنما يتخذون من نظريات علماء الفلسفة والأخلاق فى المصلحة والمنفعة أساسا يقيمون عليه بناء النظم والقوانين ، والنموذج الذى نراه حقلا صحيحا لمثل هذا هو المجتمع الأوروبى – انظر (البوطى – ضوابط المصلحة صـ٣٣).

(٣) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام – صـ١١٢ ، انظر (الفوائد فى اختصار المقاصد – صـ٣٢) ، وانظر (الرازى – المحصول – ١٥٨/٥) .

تحديد محل الاختلاف :

إذا كان تعريف علماء المسلمين قد اقترب من تعريف القانونين للمنفعة والمضرة إلا أن ثمة فروقًا جوهرية بين التعريفين :

الفرق الأول : البعد الزمنى :

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 وتكاثرت عليهم الانتقادات من حولهم قدر تكاثر أنواع الميول والأهواء[1]، 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

---

(١) انظر (الدكتور / توفيق الطويل – المنفعة العامة صـــ ١٨١: ١٨٢) . ومثل هذه الانتقادات ما قدم من انتقاد لتعريف (بنتوارت 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 النظامات تقوّم المعوج الهيأة الاجتماعية وأن تقدم الأمم أثر من آثار إتقان تلك النظامات 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 النظامات بنات الأفكار والمشاعر والأخلاق وأن الأفكار والمشاعر والأخلاق تتغير بتغير القوانين ، راجع (غوستاف لوبون – روح الاجتماع – صـــ 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 صـــ ٣٥).

أهم ما بعث به الرسل والأنبياء[١]. قال العز بن عبد السلام : (تنقسم المصالح – أى المنافع – إلى الحسن والأحسن ، والفاضل والأفضل كما تنقسم المفاسد – 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 لمفاسد الدنيا إلى مفاسد الآخرة ؛ لأنها شر منها وأبقى)[٢]. وأكد المعنى إجمالا قول الشاطبى : (وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معا)[٣].

وبهذا سما النظام الإسلامى على النظم الوضعية بربط المنافع بالبعد الزمنى غير المحدد بعمر الفانية بل امتد بها للباقية .

الفرق الثانى : البعد التقييمى للمنفعة :

أساس تقييم المنفعة والمضرة فى النظم الوضعية مادى 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) فى أن يثبت بالبرهان التجريبى تنوع اللذة إلى حسية ومعنوية ، وأن المعنوية ترجح فى كثير من الأحيان على الحسية .

إلا أنه رد عليهم (بأن المنافع المعنوية لا تعلو فى الحقيقة على الحسية إلا لاقتناع أصحابها أن المعنوية من شأنها أن تثمر المنافع الحسية أيضا ففضائل الأعمال عندهم سبيل للوصول إلى الأمانى والمقاصد المادية)[٤]. 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 التى بها وحدها تقوم الدنيا كلها فى نظرهم[٥].

---

(١) انظر (البوطى- ضوابط المصلحة – صـ ٤٥) .

(٢) العز بن عبد السلام – الفوائد فى اختصار المقاصد – صـ ٣٩ .

(٣) الشاطبى – الموافقات – ٤/٢ .

(٤) انظر (البوطى – ضوابط المصلحة – صـ ٣٧) وانظر (أحمد أمين – الأخلاق – صـ ١٠٧ : ١٠٨).

(٥) البوطى – المرجع السابق – صـ ٣٨ .

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[١] 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 لا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لا يَعْلَمُونَ ﴾[٢] .

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 نفسه عليها[٣] قال تعالى ﴿ قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا*وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا ﴾[٤] .

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

---

(١) انظر (روجيه جارودى – الحضارة على طريق الانتحار– عرض وتقديم د/ مصطفى محمود مقال بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٣/٥/٧) ، وضرب مثالا 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 .

(٢) سورة الروم : آية ٣٠ .

(٣) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية – صـــ١٨) .

(٤) سورة الشمس : آية ٩ ، ١٠ .

كيفية وجوب استعمال المؤثر الديني 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 لا يلتفت إليه)[١] !

ومع هذا فقد كانت هناك فئة ترفع لواء الدين من زاوية الحساب فى اليوم الآخر وثواب الجنة وعذاب النار غير أن هؤلاء يعدون جزءاً 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)[٢] .

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

---

(١) بنتام – أصول الشرائع صـ 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 – صـ ٢٦٦) .

(٢) البوطى – ضوابط المصلحة – صـ ٤٣ .

يقيمون وزنا للدين بحد ذاته ولا للآخرة [١].

ومن الأدلة على البعد الديني في النظام الإسلامي :

١–قضى الله تعالى أن يجعل الإنسان حياته الدنيا بما فيها واسطة لاكتساب السعادة في الحياة الآخرة ؛ قال تعالى ﴿ وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ ﴾[٢] وقال تعالى ﴿ وَمَنْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا ﴾[٣] وبين الله ﷻ لعباده كيفية التسبب في بلوغ سعادة الآخرة وذلك بالزامهم شريعة كاملة يتبعونها هي مجموع ما يلتئم مع فطرة الإنسان الصافية الأولى ، ويضمن لهم في حياتهم هذه – فضلا عن الحياة الآخرة – السعادة الكاملة[٤].

٢–المصالح 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 التي أريد بها إصلاح الخلق) [٥].وهذا يعني أن اعتبار المنافع الدنيوية فرعا عن جوهر الدين الذي يقضي أولا وآخرا بوقوف الإنسان موقف العبودية من خالقه تبارك وتعالى .

٣–المصالح الدنيوية التي 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 فَانتَهُوا﴾[٦].وقال تعالى ﴿ وَلا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ﴾[٧].

---

(١) انظر (البوطي – المرجع السابق – صـ ٥٥) .

(٢) سورة القصص : آية ٧٧ .

(٣) سورة الإسراء : آية ١٩ .

(٤) انظر (البوطي – ضوابط المصلحة – صـ ٤٦) .

(٥) أبو حامد الغزالي – المستصفى – تحقيق د/محمد سليمان الأشقر – ٤١٧/١ .

(٦) سورة الحشر : آية ٧ .

(٧) سورة الأنعام : آية ١٥٣ .

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[١].

وخلاصة القول :

إن المنافع والمضار التى وضع الفقه القانونى مفهومها ومعانيها ، والتى اتخذها أساسا لقوانينه ، إنما تنبع هذه المعانى من أنانية فردية غير منضبطة ، وإن ظهرت بمظاهر السعى إلى الصالح العام ، فهى منافع ومصالح تحوم حول حاجات الجسم وشهواته ولا تضع فى حساب الوسيلة غاية من وراء الحياة الدنيا ، وإن لم تتنكر للدين فقد جعلته وسيلة لتحقيق مآربها المادية[٢].

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 لنعايش ميلاد هذه النظرية ومراحل تطورها فى كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

---

(١) انظر (البوطى – ضوابط المصلحة – صـ ٥٧) .

(٢) انظر (البوطى – المرجع السابق – صـ ٤٤) .

الفصل الثاني

تاريخ نظريـــة الموازنة

بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

تمهيد :

إن الوقوف على تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ورفع النقاب عن مدار إعمالها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية يجعلنا ملزمين بأن نهتم بلحظتين أساسيتين في حياتها : لحظة نشأتها ، ولحظة استمراريتها فى الحياة . فإن نشأة النظرية لم يكن لها زمن محدد فى التنظير والتقعيد بل بين النظامين تفاوت من حيث زمن نشأتها ومحاولة التقعيد 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 فى النظام الإسلامى بمثابة شجرة بلا أصل ولا نبتة بلا جذر ، وإنما لها تاريخ أصيل وجدت جذوره فى القرآن والسنة ، وسيقانه فى إجماع الصحابة وأفعالهم ، وفروعه فى صياغة الفقهاء والأئمة لقواعده ، ويتضح المعنى فى المطالب التالية :

الأول : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى عهد النبوة (النشأة والتكوين)

الثانى : نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى 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 والرسوخ 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 إِلا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ﴾ [1] 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 تميز 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 [2] وكأن الله ﷻ يقول لنبيه ﷺ : " إن ما بعثت به سبب لسعادة الناس في الدارين ، ومنشأ لانتظام مصالحهم [3].

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 .....) [4]

---

(١) سورة الأنبياء : آية ١٠٧ .

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

(٣) انظر (د/ محمد سعيد رمضان البوطي – ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية – ص–٧).

(٤) ابن القيم – كتاب أعلام الموقعين– تحقيق عصام الدين الصبابطي – دار الحديث ط٣ (١٤١٧هـ– ١٩٩٧م – ٥/٣)

ب) قول الله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ [1] 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 تستفظعه النفوس لفساده [2].

والبغي : هو الاعتداء في المعاملة ، ومن ثم فحقيقة العدل بين شيئين أو شخصين : المعادلة والموازنة بين المنافع والمضار بينهما في أمر ما [3].

فالمقصود به إذن مراعاة التوسط – أي الاعتدال والاتزان – بين طرفي الإفراط والتفريط في كل شيء وليس حقيقة انتظام مصالح الناس وتناسقها مع بعضها إلا خطًا مستقيما يفصل بين طرفي الإفراط والتفريط في شئونهم ، وهما طرفان ينتهيان بالمفسدة لا محالة .

ويبرز هذا المعنى واضحا في تصريح الآية بالمفهوم المخالف [4] للعدل المأمور به ، وهو النهي عن الفحشاء والمنكر والبغي .

وليست هذه الثلاث ، إلا جماع المفاسد المختلفة ، التي تعرقل السبيل إلى تنظيم مصالح الناس ، وتحقيق الخير لهم [5].

---

(١) سورة النحل :آية ٩٠ .

(٢) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير– ٢٥٧/٧) .

(٣) ابن عاشور – المرجع السابق – ٢٥٧/٧ .

(٤) المفهوم المخالف : هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه ، مخالف لما دّل 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 – ١٦٦/١) ، وانظر (الجرجاني – التعريفات – صـ٢٧٩)، وانظر (د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٤٢٨) .

(٥) انظر (د/ محمد سعيد رمضان البوطي – ضوابط المصلحة – صـ٧١) .

جـ) إن مراحل الدعوة المحمدية لتعطينا دلالات واضحة تؤكد ارتباط نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بالمنهج ارتباطا وثيقا .

أولا : 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 الصَّلاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ يَخْشَوْنَ النَّاسَ كَخَشْيَةِ اللَّهِ أَوْ أَشَدَّ خَشْيَةً وَقَالُوا رَبَّنَا لِمَ كَتَبْتَ عَلَيْنَا الْقِتَالَ لَوْلا أَخَّرْتَنَا إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ قُلْ مَتَاعُ الدُّنْيَا قَلِيلٌ وَالآخِرَةُ خَيْرٌ لِمَنْ اتَّقَى وَلا تُظْلَمُونَ فَتِيلا ﴾[١]

فإن بعض المهاجرين كانت تأخذه الحماسة والاندفاع ، لدفع أذى المشركين ـــ وهم في مكة ـــ لكن النبي ﷺ كان يقول لهم « أمرت بالعفو فلا تقاتلوا القوم» [٢] وذلك لعدة اعتبارات :

أ) الاعتبار الأول : (الجهاد لو بدأ في الابتداء لأباد الكفرة أهل الإسلام، لقلة عدد المؤمنين ، وكثرة الكافرين)[٣] .

ب)الاعتبار الثاني : إن القتال يؤدي إلى قطع الأرحام ، ولكل من الصحابة الكرام ﷺ في قريش 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 .

جـ) الاعتبار الثالث : (إن جهاد المسلمين إن كانوا من قلة العدد ، أو ضعف القوة والعدة ، بحيث يغلب على الظن أنهم سيقتلون من غير نكاية في

---

(١) سورة النساء : آية ٧٧ .

(٢) انظر (الحاكم محمد بن عبد الله – المستدرك على الصحيحين – تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٤١١هـ / ١٩٩٠م – ٢/٧٦) ، وانظر (النسائي – السنن الكبرى – تحقيق د/ عبد الغفار سليمان البنداري ، وسيد كسروى حسن – الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٤١١هـ/ ١٩٩١م – ٣/٣) .

(٣) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١/ ٥١ .

أعدائهم ، فينبغي أن نقدم هنا مصلحة حفظ النفس ؛ لأن المصلحة المقابلة وهي مصلحة حفظ الدين موهومة أو منفية الوقوع)[١] . 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)[٢]

إذن كانت الموازنة بين المنافع والمضار ظاهرة فى 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 ﷻ عباده المؤمنين بقوله : ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِي الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾[٣] فإن الآية (تدل على وجوب النظر والاستدلال ، وذلك لأنه تعالى بيَّن أن الهداية والفلاح مرتبطان بها إذا سمع الإنسان أشياء كثيرة ، فإنه يختار منها ما هو الأحسن والأصوب)[٤] .

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 الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ ﴾[٥] .

---

(١) د/ محمد سعيد رمضان البوطي – ضوابط المصلحة ـ صـ ٢٢٨ .

(٢) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١ /٨٣ .

(٣) سورة الزمر : آية ١٧ ، ١٨ .

(٤) الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن على التيمي البكري الرازي الشا
(ت٥٤٤: ٦٠٦هـ) – تفسير مفاتيح الغيب أو الشرح الكبير – دار الغد العربي
١٤١٣هـ/١٩٩٣م– ٤١٢/١٣.

(٥) سورة البقرة : آية ٢٠٥ .

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : (والفساد ضد الصلاح ، ومعنى الفساد : إتلاف ما هو نافع للناس نفعا محضا أو راجحا فإتلاف الألبان مثلا إتلاف نفع محض ، وإتلاف الحطب بعلة الخوف من الاحتراق إتلاف نفع راجح .

والمراد بالرجحان : رجحان استعماله عند الناس ، لا رجحان كمية النفع على كمية الضر، فإتلاف الأدوية السامة فساد ، وإن كان التداوى بها نادرا ، لكن الإهلاك بها كالمعدوم لما في عقول الناس من الوازع عن الإهلاك بها ، فيتفادى عن ضرها بالاحتياط في رواجها ، وبأمانة من تسلم إليه . وأما إتلاف المنافع المرجوحة فليس من الفساد كإتلاف الخمور ، بل إتلاف ما لا نفع فيه بالمرة كإتلاف الحيّات والعقارب والفئران والكلاب الكَلِبة[1]، وإنما كان الفساد غير محبوب عند الله : لأن في الفساد بالتفسير الذي ذكرنا ــ أي ما سبق بيانه ــ تعطيلا لما خلقه الله في هذا العالم لحكمة صلاح الناس ، فإن الحكيم لا يحب تعطيل ما تقتضيه الحكمة ، فقتال العدو إتلاف للضر الراجح ، ولذلك يقتصر في القتال على ما يحصل به إتلاف الضر بدون زيادة ، ومن أجل ذلك نهى عن إحراق الديار في الحرب ، وعن قطع الأشجار إلا إذا رجح 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[2].

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[3] مراعاة للمصلحة العامة ، (واتفق علماء المسلمين على أن الاحتكار

---

(١) الكلبة : أي المجنونة ، فالكلب : أي المجنون الذي يكلب بلحوم الناس ، فيأخذه شبه جنون ، ومن عقره كَلَب : أي يأخذه داء فيقال رجل كَلِب ؛ (الراغب الأصفهاني – المفردات في غريب القرآن – صـ٤٤٠) .

(٢) الطاهر بن عاشور – التحرير والتنوير – ٢/٢٧٠ .

(٣) الاحتكار : هو حبس الطعام للغلاء ؛ (الجرجاني – التعريفات – صـ٣٢) .

حرام ، وهو ظلم عام، وصاحبه مذموم فعله بالشرع لحديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « من احتكر حُكرة[١] يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ »[٢] فهذا الدليل يبين خطورة الفعل الذي يرتكبه المحتكر ، لأنه منع الناس حاجتهم في مقابل مصلحته الخاصة[٣] .

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

سمات النظرية في عهد النبوة :

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

(ب) إن التشريع الإسلامي قد كملت قواعده وأسسه في هذا العهد لقوله تعالى :

﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾[٤]

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

(د) لم يكن للنظرية تدوين لقواعدها استقلالا ، إنما كانت قواعدها في بلاغ النبي ﷺ وحكمه ، وإقراره[٥] .

---

(١) 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 المهذب – تحقيق الدكتور / محمود مطرجي ـــ دار الفكر ط١ –١٤١٧هـ /١٩٩٦م – ٥١/١٣) .

(٥) الحديث برواية أبي هريرة ﷺ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الإمام الشوكاني – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار – ٢٦١/٥) دار الحديث ـــ ط ٤ (١٤١٧هـ / ١٩٩٧م)

(٦) انظر (أ.د / سعيد أبو الفتوح محمد البسيوني – الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية ـــ دار الوفاء للطباعة والنشر – ط١ – ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م – صـ٥٤٨ : ٥٥٠) .

(١) سورة المائدة : آية ٣ .

(٢) انظر (د / رشاد حسن خليل – المدخل للفقه الإسلامي – مطبعة الأخوة الأشقاء ـــ 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 ﷺ فقه الموازنة بين المنافع والمضار وعملوا بها في أمورهم الحياتية ، والأدلة على ذلك كثيرة :

١– منها أن صحابة رسول الله ﷺ من أول يوم بعد وفاة الرسول ﷺ وفي أول قضية واجهتهم ، تعارضت فيها مصلحتان وهما : مصلحة دفن النبي ﷺ ومصلحة تنصيب الخليفة ، وأشكل عليهم تحديد أي المصلحتين يكون البدء بها ، وأيهما تؤخر ، وبناء على فقه الموازنات ، فقد تجلى للصحابة أن المصلحتين متفاوتتان بين صغرى وكبرى ، الصغرى دفن رسول الله ﷺ ، 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 ﷺ اختيار الخليفة على دفن رسول الله ﷺ فدل ذلك على أخذ الصحابة بفقه الموازنات[1] (وحدث ذلك في سقيفة بني ساعدة) .

٢– ومنها ما حدث في حروب الردة ، حيث قدم الصديق أبو بكر ﷺ حماية الدين على حماية النفس وذلك من باب الموازنة بين المصالح الضرورية ، وقال أبو بكر ﷺ « والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ، فإن الزكاة حق المال ، والله لو منعوني عقالا[2] كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه ، فقال

---

(١) انظر (الحافظ ابن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ) البداية والنهاية – تحقيق / أحمد عبد الوهاب فتحي– دار الحديث القاهرة – ط٥ – ١٤١٨هـ/١٩٩٨م – ٥/٢٣٢) ، وانظر(مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ١٤/٥١– السعودية – الرياض– ١٤٣٢هـ/ ٢٠٠١ م) .

(٢) العقال : هو الحبل الذي يعقل به البعير ؛ أي يشد به (مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز –طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٥هـ /١٩٩٤م – مصر– صـ٤٢٩)

عمر ﷺ : فوالله ما هو إلا أن رأيت الله ﷻ قد شرح صدر أبي بكر للقتال ، فعرفت أنه الحق» (١) .

٣- ومنها أيضا : أن عمر بن الخطاب ﷺ 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 ﷺ بالأخذ بهذه النظرية ، حتى أنه ﷺ ضبط بها اقتصاد الأمة ، حتى لا يتلاعب التجار بالأسعار ، وخاصة وأن التجارة نشطت في عصره نتيجة اتساع الدولة واستقرارها ، وكثرة الأموال بأيدي الناس من الغنائم والعطاءات المستحقة ، والرواتب التي وصلت إلى كل بيت ، فنهى عمر ﷺ عن الاحتكار قائلا : « لا حُكرة في سوقنا ، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب ـــ أي معدن الذهب وجمعه أذهاب ـــ إلى رزق الله نزل بساحتنا ، فيحتكرونه علينا » (٢) .

وتشتد مراقبة أمير المؤمنين عمر ﷺ على الأسواق ، فيكتشف أن حاطبا(٣) ﷺ يبيع الزبيب بسعر أقل من السعر الذي يبيع به التجار ، و لو اقتدى التجار به لأصابهم الضرر ، وعندما علم أمير المؤمنين عمر ﷺ 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) (٤) .

---

(١) انظر (صحيح البخارى بشرح فتح البارى لابن حجر – دار أبي حيان ـــ القاهرة ـــ ط١ – ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م – ١٩٥/١٧) .

(٢) الإمام مالك (ت١٧٩هـ) الموطأ – تحقيق/محمد فؤاد عبد الباقي ـــ دار إحياء التراث العربي ٦٥١/٢.

(٣) حاطب بن أبي بلتعة بن عمرو بن عمير بن سلمة بن صعب بن سهل حليف لبني أسد بن عبد العزى من الصحابة المهاجرين (ت : ٣٠ هـ) انظر (ابن ماكولا علي بن هبة الله – الإكمال – دار الكتب العلمية – بيروت – ط ١ – ١٤١١هـ – ص)

(٤) البيهقي – السنن الكبرى – ٢٩/٦ .

والرواية الثانية تقول : (إن عمر بن الخطاب ﷺ مر بحاطب بن أبي بلتعة ﷺ وهو يبيع زبيبا له في السوق ، فقال عمر بن الخطاب : إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا)[١]-[٢] .

وهنا أمره عمر بن الخطاب ﷺ بضبط السعر ليتمشى الأمر مع المصلحة العامة، ولا يضر بالتجار[٣]، 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 ﷻ في شأن الوالي الفاسد : ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾[٤]-[٥]

سمات النظرية في هذا العصر :

(أ) أصبح للموازنة بين المنافع أهمية خاصة أمام الوقائع المتجددة .

(ب) انطلق الصحابة ﷺ بالنظرية تطبيقا ، لا تدوينا واكتفى الأمراء بما معهم من آيات قرآنية ، ونصوص نبوية تفتح أمامهم باب العمل بالموازنة بين المنافع والمضار ، فمثلا قتال أبي بكر الصديق ﷺ 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

---

(١) مالك – الموطأ – ٦٥١/٢ .

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

(٣) انظر (د/ غالب بن عبد الكافي القرشي – أوليات الفاروق في الإدارة والقضاء– مكتبة الجيل الجديد صنعاء ـــ مؤسسة الكتب الثقافية ـــ بيروت – ط١ – ١٤١٠هـ /١٩٩٠م –٢٢٢/١ : ٢٢٥) .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٠٥ .

(٥) انظر (الإمام محمد أبو زهرة – تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية – دار الفكر العربي بدون تاريخ – صـ ٢٣٥).

لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة »[١] وكذلك أمير المؤمنين عمر ﷺ 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 »[٢]

(جـ) كان الأصل العام الذي وضع ميزان الترجيح بين المنافع ، والمفاسد هو حديث النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »[٣] فكان القاعدة التي بنى الصحابة عليه شئون أعمالهم وإدارة دولتهم .

---

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

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

(٣) رواه أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري ﷺ وقال الحاكم :حديث صحيح على شرط مسلم انظر (الحاكم – المستدرك– ٥٤٤/١) .

المطلب الثالث

عصر التابعين وتطور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

لم يكن الصحابة ﷺ 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 أخذا بها ، لعدة أسباب :

الأول : جدة كثير من الأمور والقضايا ، والتي لم تكن من قبل[١] .

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 ــ أي أعمال التعليل ومراعاة المنافع ودفع المفاسد ــ من باب فهم مراد الشارع[٢].

ومن ثم كان العلماء من التابعين ﷺ كثيرا ما يفعلون ما يحقق النفع ويدرأ الفساد .ومنهم القاضي شريح[٣] ، فلقد جاءه البختري[٤] فقال له :ما الذي أحدثت في القضاء فقال : (إن الناس قد أحدثوا فأحدثت)[٥] .

وليس معنى هذا أنه خالف الكتاب والسنة ، وإنما معناه : أن القاضي شريح

---

(١) انظر (د/ البوطي – ضوابط المصلحة – صـ ٣١٤).

(٢) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – دار الوفاء ــ القاهرة – ط١ – (١٤١٨هـ /١٩٩٧م– ١٥٤/١٩).

(٣) 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 فى 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 ٧٨هـ) انظر (ابن كثير البداية والنهاية – ٨٦/٩) ، وانظر (الزركلي – الأعلام – دار العلم للملايين – بيروت – ط١١ – ١٩٩٥م – ١٦١/٣) .

(٤) البختري : هو سعيد بن فيروز أبو البختري الطائي مولاهم الكوفي الفقيه ، وثقه يحيى بن معين ، توفى سنة ٨٢ هـ فى واقعة الجماجم . انظر (سير أعلام النبلاء للذهبي – ٢٧٩/٤) .

(٥) انظر (الطبقات الكبرى لابن سعد – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ط١ – ٢٠٠٢– ٢٥٤/٨) ، وانظر (سير أعلام النبلاء للذهبي – ١٠٣/٤) .

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[1] ﷺ إبان خلافته أنه رأى ما كان يعمد إليه عامة ولاة 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[2] : حدثنا محمد بن راشد [3] عن سليمان[4] يعني ابن موسى أنه بلغه أن قوما من الأعراب [5] خاصموا إلى عمر بن عبد العزيز قوما من بني مروان ، في أرض كانت الأعراب أحيوها – أي قاموا بزراعتها –

---

(١) عمر بن عبد العزيز ﷺ 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 بني مروان ، وكان تابعا جليلا روى عن أنس والسائب بن يزيد ، بويع له بالخلافة بعد ابن عمه سليمان بن عبد الملك (ت ١٠١هـ) انظر (ابن الجوزي – صفة الصفوة ـــ دار ابن خلدون ؛ بدون تاريخ – ٣٠٩/١) وانظر (الإمام ابن كثير – البداية والنهاية – ١٩٩/٩) .

(٢) 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 ، تلبيس إبليس ، المنتظم في تاريخ الملوك والأمم (ت ٥٩٧هـ) انظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ٣٥/١٣) ، وانظر (الزركلي – الأعلام – ٣١٦/٣).

(٣) 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 يهم ، وقال عنه عبد الرزاق : (ما رأيت أحدا أورع في الحديث منه (ت ١٦٠هـ) انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ١٠٤/٥) .

(٤) 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 يخامر السكسكي ، روى عن واثلة بن الأسقع ، (ت ١١٩هـ) انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب ٤٢٦/٢)

(٥) الأعراب : جمع عرب ، ولكنه صار اسما إلى سكان البادية ، والعربي المفصح (الأصفهاني – المفردات صـ ٣٣١)

فأخذها الوليد بن عبد الملك [١] رحمه الله فأعطاها أهله ، فقال عمر بن العزيز ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « البلاد بلاد الله ، والعباد عباد الله ، من أحيا أرضا ميتة فهي له »[٢] فردها على الأعراب [٣] .

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 كتضمين الصناع .

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 بتضمين الصناع حماية لمصالح الناس ، وما اندرج من أحكام أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز ﷺ .

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

(أ) البناء على النص الصريح مثل قاعدة (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) [٤] 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)[٥] وللقاعدة مرجعية شرعية ، في حديث رسول الله ﷺ « ما من أمير يلي أمر المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح ، إلا

---

(١) الوليد بن عبد الملك : هو مروان بن الحكم بن أبي العاص (ت ٩٦هـ) انظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ١٦٨/٩) .

(٢) رواه البخاري عن عمر ﷺ (ابن حجر – فتح الباري ــ دار بن حيان ــ ط١ –١٤١٦هـ /١٩٩٦م – ٤٣١/٦) .

ورواه الدارمي في سننه ــ دار الكتاب العربي ــ بيروت لبنان – ط١– ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م – ٣٣٦/٢).

(٣)الإمام ابن الجوزي – سيرة عمر بن عبد العزيز دار الفجر للتراث ــ القاهرة – ط١ ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م– صـ ٩٣.

(٤) (المادة ٥٨) مجلة الأحكام العدلية .

(٥) انظر (الشيخ الزرقا – شرح القواعد الفقهية ــ دار القلم –ط٥ – ١٤١٩هـ/١٩٩٨م – صـ٣٠٩).

لم يدخل معهم الجنة »[1] .

(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 .

(١) صحيح بشرح مسلم النووى ــ دار الحديث – ط١ – ١٤١٥هـ /١٩٩٤م- ٦/٤٥٤ .

المطلب الرابع

الموازنة بين المنافع والمضار وعصر أئمة الفقه

(طور 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 السنَّة (على رأس المائة في عهد عمر بن عبد العزيز بأمر منه)[1].

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–إن أهل الحديث يجعلون جل اهتمامهم على الحديث ، وعلى الأخذ بظاهر النصوص ، ولا يصرفونها إلى معان أخرى ، كالأخذ بعلة 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

---

(١) أحمد إبراهيم بك – علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي– دار الأنصار –١٣٥٧هـ/١٩٣٩م – صـ٣٠) .

ذلك إلى صرف النص عن ظاهره[١] .

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 ﷺ[٢] وهو من ينسب إليه عمل أهل المدينة ومدرسة الحديث ، قد أخذ بفقه الموازنة بين المنافع والمضار ومراعاة المصلحة وخاصة أنه قد تتلمذ على اثنين من فقهاء المدينة هما : ابن شهاب الزّهري[٣] والذي كان يعد من صغار التابعين ، وكذلك ربيعة الرأي[٤] وقد نقلا رضي الله عنهما فقه فقهاء المدينة السبعة[٥] .

---

(١) انظر (المستشار /عمر شريف – نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية ـــ دراسة مقارنة– دار الشباب للطباعة ١٤٠٧هـ /١٩٨٧م – صـ٨٢) ؛ وانظر (د/ طه جابر العلواني – أصول الفقه الإسلامي – منهج بحث ومعرفة – المعهد العالمي للفكر الإسلامي – سلسلة الأبحاث العلمية (١) – ط١ ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م– صـ١٤) .

(٢) الإمام مالك ﷺ 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 المقبرى ، وغيرهما ، وروى عنه : الزهرى ، والأوزاعى ، والثورى ، ومن مؤلفاته : [الموطأ ، ورسالة فى غريب القرآن] توفى١٧٩هـ، ودفن بالمدينة انظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ١٠/١٨٨) .

(٣) ابن شهاب الزهري هو : محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبد الله بن شهاب الزهرى مدنى تابعى فقيه حافظ أدرك من أصحاب النبى ﷺ أنس بن مالك وسهل بن سعد الساعدى ، وعبد الرحمن بن أيمن بن نايل ، وروى عن ابن عمر نحو من ثلاثة أحاديث ، وروى عن السائب بن يزيد ، وهو من أصحاب مالك بن أنس (ت١٢٤هـ) انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ٥/٢٨٤) ،وانظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ٩/٣٤٣) .

(٤) ربيعة الرأي هو : أبوعثمان ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء المدنى إمام حافظ وفقيه مجتهد كان بصيرا بالرأى – أى بصيرا بالقياس – وكان صاحب الفتوى بالمدينة ، وبه تفقه مالك (ت ١٣٦هـ) ؛ انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ٢/١٥٣) ، وانظر (الزركلى – الأعلام – ٣/١٧) .

(٥) الفقهاء السبعة هم : سعيد بن المسيب (ت ٩٣ هـ) ، 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) وخارجة بن زيد بن ثابت ﷺ (ت ٩٩هـ) انظر (الزركلي– الأعلام – ٢/٢٩٣) ، وانظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ٩/ ١٩٤) ، وانظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب ٤/ ١٨) .

والذي يلاحظ من فقه هؤلاء الأعلام الكرام أن أكثرهم كان يجمع بين دقة الرواية وصدقها ، وبين الإفتاء بالرأي[١] .

ويقول الإمام محمد أبو زهرة[٢]، وحيث كثر التخريج يكثر معه فقه

---

(١) 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 استعمل في الشيء الذي يُهوى فيقال : هذا هوى فلان ، والعرب تفرق بين مصادر فعل الرؤية بحسب محالها فتقول : رأى كذا في النوم رؤيا ــ ورآه في اليقظة رؤية ، ورأى كذا ــ لما يُعلم بالقلب ولا يرى بالعين ــ 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 و لا تتعارض فيه الإمارات إنه رأى ، وإن احتاج إلى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها .

وقد ذم قوم العمل بالرأى مطلقا واعتمدوا على ظاهر بعض النصوص وأقوال بعض الصحابة رضي الله عنهم منها قوله تعالى ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ وَلا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَنْ تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنْتُمْ لا تَشْعُرُونَ ﴾ الحجرات : ٢ ، وقالوا إذا كان رفع الصوت فوق صوته ﷺ محبط لأعمالهم فكيف يكون تقديم آرائهم وعقولهم وسياستهم ومعارفهم على ما جاء به ﷺ ؟ واستدلوا بحديث مالك الأشجعي قال : قال رسول الله ﷺ « تفترق 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 ببطلان الحديث وقال الشيخ أحمد شاكر : حديث ضعيف جدا أخطأ فيه نعيم ابن حماد – انظر (ابن القيم – أعلام الموقعين – هامش صـ٥٧) .

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 مشتبه فيه أو وضع موضع الاشتباه ؛ وسوغ السلف العمل به عند الاضطرار فهو بمنزلة ما أبيح للمضطر من الطعام والشراب الذي يحرم عند عدم الضرورة ؛ (راجع في ذلك أعلام الموقعين من صـ٥٦: ٦٩) وراجع في ذلك أيضا (د/ نادية محمد شريف العمري – نشأة القياس الأصولي وتطوره ــ دار هجر للطباعة والنشر ط١ (١٤٠٧هـ /١٩٨٧م – صـ١٩ : ٢٠) .

(٢) الإمام محمد أبوزهرة هو : محمد بن أحمد بن مصطفي بن أحمد بن عبد الله ، أكبر علماء الشريعة فى عصره ولد بمدينة المحلة الكبرى ، تولى تدريس العلوم الشرعية ثلاث سنوات ، وعلّم فى المدارس الثانوية ستين ونصف ، واتجه إلى البحث العلمى فى كلية أصول الدين ،وعين أستاذا محاضرا فيها ، وعضوا للمجلس الأعلى للبحوث العلمية ، وكان وكيلاً لكلّية الحقوق جامعة القاهرة ، أهم كتبه : [أصول الفقه ، =

الرأي [١] . 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 ﷺ وابن مسعود [٢] ﷺ وأبي موسى الأشعري [٣] ﷺ وابن عباس [٤] ﷺ .

– تفشي 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 [٥] .

= تاريخ المذاهب الإسلامية ، الملكية ، تاريخ الجدل في الإسلام] (ت١٣٩٤هـ) 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 ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م) .

(١) الإمام محمد أبو زهرة – تاريخ المذاهب الإسلامية – صـ ٢٥٥.

(٢) ابن مسعود ﷺ : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ بن مخزوم بن صاملة بن كاهل بن الحارث بن تميم (ت٣٢١هـ) انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ٢٦٨/٣) .

(٣) أبو موسى الأشعري ﷺ : هو عبد الله بن قيس بن سليم بن مضار بن حرب الأشعري (٢١هـ:٤٤هـ – ٦٠٢ ــ ٦٦٥ م) انظر الأعلام ١١٤/٤ .

(٤) ابن عباس رضي الله عنهما : هو عبد الله ابن عباس بن عبد المطلب الهاشمي ابن عم الرسول ﷺ (ت ٦٩هـ) انظر (ابن حجر تهذيب التهذيب – ١٨١/٣) .

(٥) راجع في ذلك (الإمام محمد أبو زهرة – تاريخ المذاهب الإسلامية ــ صـ ٢٥٧) ، وانظر (د/ طه جابر العلواني – أصول الفقه الإسلامي – صـ١٤) وانظر (د/ رشاد حسني خليل – المدخل للفقه الإسلامي ؛ تطوره ــ مصادره ــ مذاهبه الفقهية صـ ١٢٠ ، ١٢٩) .

وهذه الأسباب أدت إلى انقسام جمهور المسلمين[١] إلى هاتين المدرستين ؛ مدرسة الرأي ومدرسة الحديث .

والحق أن أهل الرأي يتفقون مع سائر المسلمين ، في أن من استبانت له السنَّة فليس له 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 قادح فيه لا يراه غيرهم قادحا ، 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[٢] .

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 ﷺ [٣] والإمام مالك ﷺ والإمام الشافعي ﷺ [٤] والإمام أحمد ﷺ [٥] .

---

(١) انظر (الإمام /محمد أبو زهرة – تاريخ المذاهب الإسلامية– صـــ٢٥٧) .

(٢) د/ طه جابر العلواني – أصول الفقه الإسلامي – صـــ ١٥.

(٣) الإمام أبو حنيفة ﷺ : هو الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن كاوس بن هرمز التيمي بالولاء الكوفي إليه تنسب الحنفية (ت١٥٠ هـــ) انظر (عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي – طبقات الحنفية – دار أمير محمد كتب خانة كراتشي (د : ت) – ٢٦/١) .

(٤) الإمام الشافعي ﷺ : 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] توفى بمصر سنة ٢٠٤ هـــ ، ودفن بالقرافة ، انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ٢٠/٥)، وانظر (الزركلي – الأعلام – ٢٦/٦) .

(٥) الإمام أحمد ﷺ : هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس بن عبد الله بن حيان بن عبدالله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن بن شيبان الإمام الجليل أبو عبد الله الشيباني المروزى ثم البغدادى – صاحب المذهب الصابر على المحنة الناصر للسنة ، قال أبوزرعة : بلغت كتبه يوم أن مات اثنى عشر حملا (ت٢٤١هـــ) انظر (السبكى – تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى – طبقات الشافعية الكبرى – تحقيق د/ عبد الفتاح محمد الحلو ، د / محمود محمد الطناحي– دار هجر للنشر – القاهرة – ط٢ – ١٤١٣هـ/١٩٩٢م ٢٧/٢) ، وانظر (الزركلي – الأعلام – ٢٠٣/١) .

١) موقف الإمام أبي حنيفة ﷺ :

في العصر الذي ظهر فيه الإمام أبوحنيفة ﷺ ، ومع اتساق الفقه الإسلامي وتفتح براعمه ، وانفصاله عن الفنون الأخرى ، بدأ فقه الموازنات يظهر في ثوب قواعد فقهية ، ترتبط بأصولها ارتباطا وثيقا ، وتم تدوينها من قبل صاحبي الإمام أبي حنيفة وهما الإمام القاضي أبو يوسف ، والإمام محمد بن الحسن الشيباني [١] .

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[٢] وكان للإمام عبارات فيها معنى القاعدة ، فصاغها صاحباه وجمعاها 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 شيئا في طريق المسلمين مما يضرهم ، ولا يجوز للإمام ـــ أي ولي الأمر ـــ أن يقطع شيئا مما فيه الضرر عليهم ، ولا يسعه ذلك [٣] .

يقول الدكتور : على أحمد الندوي : (هذه العبارة يتحقق فيها معنى القاعدة ، باعتبار أن الشطر الأول منها يتعلق بقواعد رفع الضرر ، والشطر الثاني يتمثل فيه مفهوم القاعدة الشهيرة : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ") [٤] .

---

(١) الإمام محمد بن الحسن رحمه الله : هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولى لبني شيبان ، حضر مجلس أبي حنيفة ، وتفقه على أبي يوسف ، وصنف الكثير منها : [الآثار ، السير الكبير ، الأصل في أصول الفقه ، الحجة على أهل المدينة](ت١٨٩هـ) انظر (الشيرازي – طبقات الفقهاء ١– /٦٤٢) وانظر (الزركلي – الأعلام – ٦/٨٠) ، (ابن كثير – البداية والنهاية – ٢١٨/١٠).

(٢) انظر (الشيخ / الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٣٦) .

(٣) انظر (أبو يوسف – الخراج – تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد ؛ وسعد حسن محمد ـــ المكتبة الأزهرية للتراث ١٤٢٠– القاهرة – هـ/١٩٩٩م – صـ١٠٦) .

(٤) مجلة الأحكام العدلية (مادة : ٥٨) .

كذلك الناظر في كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، ومنها كتاب الأصل[١] يجد كثيرا من المسائل الفقهية ، المعللة بتعليلات كثيرا ما تقوم مقام التقعيد: مثل قوله (التحرى يجوز في كل ما جازت فيه الضرورة)[٢] .

وبناءً على ما سبق : فإن فقه الموازنة بين المنافع والمضار لم يكن فنا مستقلا عند أئمة الأحناف وإنما كان في صورة قواعد فقهية متناثرة داخل المذهب وسماها الأئمة أصولا . كذلك 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 ﷺ :

نقل أتباع الإمام مالك ﷺ 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[٣] ، ولقد كان للإمام منهج في ذلك ، ذكره الإمام الشاطبي[٤] فقال (أما قسم العادات فهو جارٍ على المعنى المناسب الظاهر[٥] للعقول ، فإنه ـــ أي الإمام مالك استرسل فيه استرسال المُدلّ العريق في فهم المصلحية ، نعم مع مراعاة مقصود الشارع أن لا

---

(١) الإمام محمد بن الحسن – كتاب الأصل – تحقيق / أبو الوفاء الأفغاني ـــ طبعة الهند الأولى ومطبعة دائرة المعارف العثمانية .

(٢) انظر (الإمام محمد بن الحسن – كتاب الأصل – ٣٤/٣) ، وانظر (د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـــ٩٨).

(٣) انظر (د/ البوطي – ضوابط المصلحة – صـــ٣١٩) .

(٤) الإمام الشاطبي هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي ، الغرناطي أبو إسحاق الشهير بالشاطبي ، أصولي حافظ ، كان من أئمة المالكية ، من شيوخه ابن الفخار البيرى ، وأبو عبد الله البلنسي ، ومن تلاميذه : الإمام أبويحى بن عاصم ، وأخوه القاضى أبوبكر بن عاصم ، والشيخ أبو عبد الله البيانى ، من أهم مؤلفاته : [الموافقات فى أصول الفقه ، والاعتصام فى الحوادث والبدع] توفى سنة ٧٩٠هـــ ، انظر (أبو العباس أحمد بن أحمد التنبكتى – نيل الابتهاج بتطريز الديباج– دار الكتب العلمية – بيروت (د : ت) صـــ٢٤٦) ، وانظر (الزركلى – الأعلام – ٧٥/٢) .

(٥) المناسب الظاهر : هو المناسب الذي أثبته البحث والدراسة والتحقيق ملائما 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 – صـــ٤٤٦) .

يخرج عنه ولا يناقض أصلا من أصوله ، حتى لقد استشنع العلماء كثيرا من وجوه استرساله ، زاعمين أنه خلع الربقة ، وفتح باب التشريع ، وهيهات ، ما أبعده من ذلك بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالإتباع ، بحيث يخيل للبعض أنه مُقلد لمن قبله [١] .

وقام أتباع الإمام بتدوين ذلك في كتبهم ، ووضعوا تعليلات وتأصيلات في ختام معظم المسائل الفقهية ، هذه التعليلات تشبه القاعدة الفقهية ، نذكر منها على سبيل المثال ما ذكره الإمام ابن عبد البر القرطبي [٢] في كتابه (التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد) [٣] من بيان لمنهجه في كتابه وأنه احتوى على قواعد وأصول، فقال : (وإنما غرضنا التعريف ، بما في الحديث من المعاني ، التي جعلها الفقهاء أصولا في أحكام الديانة ، ليوقف على الأصول) [٤] فإنه ﷺ ربط القاعدة بالحديث ، ومنها القاعدة التي تقول (من وجب له شيء من الأشياء ، لم يدفع عنه ، ولم يتسور 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 أتي بشراب ، فشرب منه وعن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ :

---

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

(٢) الإمام ابن عبد البر ﷺ : 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 ، أفهم 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 – ٢/٣٦٧) .

(٣) التمهيد كتاب في الفقه المالكي احتوى على الأسانيد والعبارات والأصول في فقه الإمام مالك – قضى ابن عبد البر ﷺ في كتابه حوالي (ثلاثين عاما) وذكر ذلك في قوله :

سهر 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 ويبغي من الظلم

انظر (ابن عبد البر – التمهيد – تحقيق : مصطفى العلوي ، ومحمد عبد الكبير البكري ؛ طبعة المغرب ط١)، وانظر (د/ علي أحمد الندوي – القواعد الفقهية – هامش صـ١١٤) .

(٤) ابن عبد البر – التمهيد – ١٩/ ٩٦: ٩٧، وانظر (د/ علي أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ ١١٥).

فقال للغلام : أتأذن لي أن أعطي هؤلاء ؟ فقال : لا ـــ والله يا رسول الله لا أوثر بنصيبي منك أحدا، قال : فتلّه[١] رسول الله ﷺ في يده» [٢].

كذلك ورد في التمهيد قول صاحبه (الأصل في الشرائع : العلل ، وما كان لغير العلة ورد به التوقيف) [٣].

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

٣) موقف الإمام الشافعي ﷺ :

بالرجوع إلى أصول الإمام الشافعي[٤] 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 شروطا معينة ، تجعلها معتمدة على نصوص الشريعة ، ويؤكد الإمام الغزالي هذا المعنى ، بأن العمل بالمصلحة وفقه الموازنة بين المنافع والمضار ليس أصلا زائدا على الكتاب والسنة والإجماع والعقل ـــ أي القياس ـــ وأن من عده أصلا خامسا بعد هذه الأصول فقد أخطأ ، لأن العمل بها ، يرجع إلى مقاصد الشارع أى : يرجع حاصلها إلى القياس ، وهو اقتباس الحكم من معقول النص والإجماع [٥].

وبناء على ما سبق نجد الإمام الشافعي لم يُصِغْ قواعد فقهية تحمل في باطنها معنى الموازنة بين المنافع والمضار صراحة ، وإنما الغالب فيما ورد عنه في كتبه ،

---

(١) فتله : بفتح التاء وتشديد اللام : أي ألقاه ووضعه . انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز صـــ٧٦) .

(٢) الحديث : أخرجه البخاري .

(٣) ابن عبد البر – التمهيد – ٢٧٣/١٨ .

(٤) 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 قانونا كليا يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع ، فثبت أن نسبة الشافعي إلى علم الشرع كنسبة أرسطو إلى علم العقل : (الرازي – مناقب الشافعي صـــ ٥٧) وانظر (د/ حسين حامد حسان – نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي – مكتبة المتنبي ١٩٨١م– هامش صـــ٣٠٨.

(٥) أبو حامد الغزالي – المستصفى ـــ تحقيق د/ محمد سليمان الأشقر – ٤١٥/١ .

وخاصة كتاب (الأم) كانت ضوابط فقهية ، وبجانب ذلك هناك قواعد فقهية يمكن إجراؤها وتطبيق الفروع عليها في كثير من الأبواب ، وهي آية بينة على رواسب هذا العلم في أقدم المصادر الفقهية عند الأئمة [١] .

وإليك بعض هذه النماذج على سبيل المثال :

أ- ذكر الإمام الشافعي في كتابه الأم عدة قواعد وتعليلات جرت مجرى القاعدة ، تظهر معنى الموازنة بين المنافع والمضار : مثل : (الأعظم إذا سقط عن الناس ، سقط ما هو أصغر منه) [٢] . هذه القاعدة جرت على لسان الإمام عند تعليل بعض الأحكام المتعلقة بالإكراه ، كقوله تعالى ﴿ إِلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [٣] .

ب- كذلك قوله (لا يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها) [٤] ، وقوله (قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات) [٥] ؛ وقوله (كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة ، فإذا زايل [٦] ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم، مثلا : الميتة المحرمة في الأصل ، المحلة للمضطر فإذا زايلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم) [٧] . 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 زايلت عادت إلى أصل التحريم)

ج- كذلك هناك قواعد نسبها الشافعية إلى إمامهم ،كالقاعدة المشهورة: إذا ضاق الأمر اتسع[٨] .

---

(١) د/ علي أحمد الندوي – القواعد الفقهية ـــ صـ ٩٩ .

(٢) الإمام الشافعي – الأم – ٣٥١/٣ (باب البيوع) دار الغد العربي – ط١ – ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م .

(٣) سورة النحل : آية ١٠٦.

(٤) المرجع السابق ٢٣٨/٤.

(٥) المرجع السابق ١٩٩/٤.

(٦) زايل : فارق ، كقوله تعالى " لو تزيلوا " أي تفرقوا (الأصفهاني – المفردات صـ٢١٦).

(٧) الأم – ٤ / ٣٧٨.

(٨) انظر (الزركشي – المنثور في القواعد – ت/ تيسير فائق أحمد محمود ـــ طبعة الكويت ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م-١/١٢٠) .

وقواعد الشافعي وأتباعه تتميز بميزتين :

أولهما : أنها قواعد عملية ، لها تأصيل ومرجعية شرعية ، وتطبيق على الفروع، وترد إليها كثير من الجزيئات كتخريج الأصول على الفروع للزنجاني [١] .

و آخرهما : أنها ليست قواعد ضابطة للفروع والجزيئات في مذهبه ؛ دعت إليها نزعته المذهبية ، وأملتها حاجة الدفاع عن الفروع ، بل هي أصول وقواعد حاكمة على الفقه ، وليست خاضعة له فهو يزن بها فقه أهل المدينة ، وأداء أهل العراق .

وهذا بخلاف غيره من المذاهب الأخرى ، كالمالكية ، والأحناف ، فكُتَّاب الأصول الأحناف يستنبطون القاعدة ، ويستدلون عليها من فقه أبي حنيفة ، والفروع المروية عنه ، ثم يخرجون على هذه الفروع ، مسترشدين بتلك القواعد[٢].

٤) موقف الإمام أحمد ﷺ :

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 أصلا من أصول الاستنباط ، وينسبون هذا الأصل إلى إمامهم جميعا) [٣] .

وقد وافق الإمام أحمد الإمام الشافعي في اعتبار المصلحة ليست أصلا خاصا بذاته، بمعنى كونه قسيما للكتاب والسنة والقياس ، بل كان ﷺ يعدها معنى من معاني القياس [٤] .

ولقد وردت عن الإمام أحمد عبارات فيها معنى الموازنة بين المنافع والمضار ،

---

(١) الإمام الزنجاني : أبو البقاء شهاب الدين محمود بن أحمد بن بختيار الزنجاني (ت٦٥٦هـ/١٢٥٨م) ، انظر (الزركلي – الأعلام – ١٦١/٧) ، وانظر (الزنجاني – مقدمة تخريج الفروع على الأصول – تحقيق الدكتور / محمد أديب الصالح ؛ مكتبة العبيكان ـ الرياض ط١-١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م) .

(٢) انظر (د/ حسين حامد حسان – نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي – هامش صـ ٣٠٨) .

(٣) انظر (الإمام محمد أبو زهرة – مناقب الإمام أحمد بن حنبل دار الفكر العربي – صـ٢٩٧) ، وانظر (البوطي – ضوابط المصلحة – صـ٣٢١).

(٤) انظر (البوطي – ضوابط المصلحة – صـ٣٢٠) .

وتتسم بطابع القواعد ، أوردها الإمام أبو داود [١] في كتاب (المسائل) ، وذكر بعضا منها ابن القيم ﷺ منها على سبيل المثال :

– (المُخنث ينفى ، لأنه لا يقع منه إلا الفساد والعرض له ، وللإمام نفيه إلى بلد يأمن فساد أهله ، وإن خاف به عليهم حبسه) [٢].

– ومنها (إن النساء إذا خيف عليهن الساحقة حرم خلوة بعضهن ببعض)[٣].

والمتدبر لهذين النصين يجد أنهما يعطيانه معنى الموازنة بين المنافع والمضار ، وبخاصة في أمر تقييد الحريات مراعاة للمصلحة العامة ، وإلى هذا الوقت لم تكن قواعد الموازنة بين المنافع والمضار قد صيغت الصياغة المرجوة ، ولم تجمع تحت مظلة فن مستقل بذاته ، وإنما هي عبارات ، وشبه قواعد ، مرتبطة بموضوعها الأم وهو فقه الإسلام العام .

سمات هذا العصر :

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

٢–إن الغالب فيها طابع المذهبية بخلاف الإمام الشافعي وأتباعه .

٣–إن القواعد التي تحمل معنى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار حتى ذلك الوقت لم تكن تحت مظلة فن مستقل ، ولم تُجمع جملة واحدة بل وُجدت متناثرة في مدونات الفروع الفقهية[٤].

---

(١) الإمام أبوداود : سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن شداد بن يحيى بن عمران أبوداود السجستاني (ت٢٧٥هـ) وله كتاب المسائل ـ تقديم / السيد رشيد رضا ـ طبعة بيروت ـ الطبعة الثانية . انظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ٥٩/١١).

(٢) ابن القيم – أعلام الموقعين – صـ ٣٠٩ .

(٣) ابن القيم – المرجع السابق – صـ ٣٠٩ .

(٤) انظر (عمر شريف – نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية – صـ٨٦) .

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[١] .

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 ﷺ في كتاب (الخراج) الذي وضعه للرشيد (ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف) [٢][٣] .

كذلك بالنظر إلى اعتبارها فنا مستقلا ، فقد تأخر ذلك إلى القرن الرابع الهجري وما بعده من القرون [٤] ، وحتى يتم البيان ، ويتضح البرهان ، لا بد من الفصل بين الجمع والرسوخ .

أولا : 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

---

(١) راجع في ذلك (عمر الشريف – المرجع السابق – صـ٨٦) ، وانظر (الشيخ / الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ ٣٦) .

(٢) أبو يوسف – الخراج – صـ ٧٨ .

(٣) الشيخ الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ ٣٦ .

(٤) انظر (د/ أحمد علي الندوي – القواعد الفقهية – صـ ١٣٣) .

الأصول المقررة من مذاهب إمامهم)[١] .

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[٢].

ولقد كان السبق في تجميع القواعد التي تعالج موضوع نظرية الموازنة بين المنافع والمضار للأحناف وأول من جمع هذه القواعد الإمام أبو طاهر الدباس[٣] 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[٤] ، وكذلك الإمام السيوطي[٥] والإمام ابن نجيم[٦] .

وأهم هذه القواعد :

١- الأمـــور بمقاصـــدها .

٢- الضـــــرر يـــزال .

٣- العـــادة محكمـــة .

٤- المشقة تجلـــب التيسير .

ثم جمعها بعده الإمام الكرخي[٧] في سبع وثلاثين قاعدة ، ويمكن أن يقال أن

---

(١) انظر (د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ ١٣٣) .

(٢) انظر (الشيخ الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٣٦ :٣٧) وانظر (د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ١٣٤ : ١٣٥) .

(٣) الإمام أبو طاهر الدباس : هو محمد بن محمد بن سفيان ؛ كان من أقران أبي الحسن الكرخي ، توفى بمكة– من علماء القرن الرابع الهجرى . انظر (اللكنوى – الفوائد البهية فى تراجم الحنفية – مطبعة السعادة – القاهرة – ط١ – صـ ١٣٥) .

(٤) الإمام العلائي : هو خليل ابن كيكلدي بن عبد الله العلائي الدمشقي ، أبو سعيد صلاح الدين (ت٧٦١هـ) انظر (الزركلي – الأعلام – ٣٢١/٢) .

(٥) 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) .

(٦) الإمام ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٢٦ – ٩٧٠هـ) انظر (الزركلي – الأعلام ٣ /

(٧) الإمام الكرخي : أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي (٢٦٠ – ٣٤٠ هـ /٨٧٤ –
(الزركلي – الأعلام – ١٩٣/٤).

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[١] وأضاف إلى أصول الكرخي إضافات علمية قيمة ، في القرن الخامس الهجري ، مع التفريع عليها ، وجمع ذلك في كتابه " تأسيس النظر"[٢] . 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[٣] ، وقد جمع فيه الدبوسي ستًا وثمانين قاعدة فقهية معظمها تدور في فلك المذهب الحنفي . وقال أبوزيد : " جمعت في كتابي هذا أحرفًا 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 الوصول إلى عرفان مأخذها ، فأمكنهم قياس غيرها عليها "[٤].

كذلك كان للمالكية جهد ظاهر في مسألة التجميع للقواعد منهم الإمام محمد بن حارث الخشني المالكي[٥] فقد جمعها في كتابه " أصول الفتيا" وتناول فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية ، وهذا في القرن الرابع الهجري [٦] .

أما في القرن السابع الهجري ، فقد برز هذا العلم وظهر ظهورا كبيرا ، وإن

---

(١) أبوزيد الدبوسي هو : عبيد الله بن عمر بن عيسى القاضي الدبوسي نسبة إلى بليدة دبوسية بين بخارى وسمرقند (ت : ٤٣٠هـ) انظر (اللكنوي – الفوائد البهية في تراجم الحنفية – صـ١٠٩) . وانظر (ابن خلكان – وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان – تحقيق / إحسان عباس – مطبعة الغريب – بيروت – ط ١ – ٣٣٣/٣) .

(٢) انظر (الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية ـ صـ٣٩) .

(٣) انظر (د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ ١٦٦).

(٤) أبوزيد الدبوسي – تأسيس النظر – تحقيق / مصطفى محمد القباني الدمشقي – دار زيدون – بيروت (د :ت) – صـ ٩ .

(٥) الإمام محمد بن حارث الخشني : أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الخشني القيرواني (ت ٣٦١هـ ؛ وقيل ٣٧١ هـ) انظر (الذهبي – سير أعلام النبلاء – مؤسسة الرسالة ـ بيروت – ط١١ ١٤١٧هـ/١٩٩٦م) .

(٦) انظر (د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ ١٣٦).

لم يبلغ مرحلة النضج ، وعلى قائمة العلماء في تجميعه الإمام محمد بن إبراهيم الجاجرمي السهلكي[١] فقام الإمام بتأليف كتاب سماه (القواعد في فروع الشافعية) وتبعه في ذلك الإمام عز الدين بن عبد السلام فألف كتابه (قواعد الأحكام في مصالح الآنام) 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 [٢] .

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[٣]، ومع ذلك (انتشرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرقة في مناسبات تعليل الأحكام ونصب الضوابط) [٤] .

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 [٥] ، فلقد ألف كتابا سماه (الأشباه والنظائر) كذلك تاج الدين السبكي [٦] قد وضع

---

(١) الإمام الجاجرمي : هو معين الدين أبو محمد ابن إبراهيم الجاجرمي السهلكي ت٦١٣هـ – فقيه شافعي انظر (الزركلي – الأعلام ٢٩٦/٥) .

(٢) انظر (د/ على أحمد الندوي – شرح القواعد الفقهية – صـ١٣٧ : ١٣٨) .

(٣) انظر (الشيخ الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٤٢) .

(٤) الشيخ الزرقا – المرجع السابق – صـ٤٣ .

(٥) 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 ٦٧٦هـ) انظر(ابن كثير – البداية والنهاية – ٨٧/١٤

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

كتابه (الأشباه والنظائر) ، ومن الأحناف الإمام الغزّي [١] ألف كتابه (القواعد في الفروع) ، ومن المالكية الإمام المقرى [٢] فوضع كتاب (القواعد) ، ومن الحنابلة الإمام ابن رجب ﷺ [٣] فألف كتابه (القواعد في الفقه) جمع فيه مائة وستين قاعدة ، وختمه بإحدى وعشرين فائدة [٤].

وفي القرن التاسع الهجري ظهرت مؤلفات كثيرة في القواعد على المنهاج السابق فنجد الإمام ابن الملقن ﷺ[٥] صنف كتابا في القواعد ، واعتمد فيه على قواعد السبكي ، وتبعه في ذلك بعض الأئمة كالإمام الحصني[٦] فوضع (القواعد للحصني) والإمام المقدسي[٧] وضع كتابا في القواعد الفقهية أسماه (نظم الذخائر في الأشباه والنظائر) .

والناظر في صفحات تلك الكتب يجد الآتي :

١– يجد أن معظمها عالة على غيرها ــ كقواعد الحصني ــ فهي عالة على كتاب (المجموع المذهب في قواعد المذهب : للعلائي) .

٢– أن عمل هؤلاء العلماء في القواعد كان تكميلا وتنسيقا لما جمعه الأوائل

---

(١) الإمام الغزيّ : هو على بن عثمان الغزّي الدمشقي ؛ الملقب بشرف الدين الحنفي (ت ١٠٠٥هـ) انظر (الزركلي – الأعلام – ١٦٢/٤) .

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

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

(٤) انظر (الشيخ / الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٤٣) .

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

(٦) الإمام الحصني هو : تقي الدين أبوبكر بن محمد بن عبد المؤمن بن معلى الحصني (ت : ٨٢٩هـ) انظر (الزركلي – الأعلام – ٢٩/٢).

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

من العلماء ، كعمل ابن الملقن في كتابه [1] .

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 عنهم تلاميذهم ، وأعمل التلاميذ والأتباع الفكر فيها والتنقيح، وزادوا فيها وأنقصوا حتى اتضحت معالمها[2] .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) [3] ، وأحسن هؤلاء العلماء انتقاء القواعد واختيارها ، ثم قاموا بتنسيقها تنسيقا رائعا ، اتسم بالإيجاز في العبارة ، ووضع غالب القواعد في مجلة الأحكام العدلية بصيغ فنية تشريعية بالمعنى الدستوري [4] ، 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 فجملتها قواعد عامة الغالب فيها نصب الضوابط وتعليل الأحكام .

٢– إن كثيرا من القواعد المدونة في كتب السابقين كانت في قوالب

---

(١) انظر (د/ على أحمد الندوى – القواعد الفقهية – صـ١٣٩) .

(٢) انظر (د/ على أحمد الندوى – المرجع السابق – صـ١٥٦).

(٣) 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) ضمنتها الكثير من القواعد المنصوصة وغير المنصوصة . انظر (المستشار عمر الشريف – تاريخ الحكم والإدارة في الدولة ... صـ٨٧).

(٤) انظر (الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٤٣).

مفصلة ، تعوزها الصياغة الرصينة القويمة ، على غير ما صيغت به مجلة الأحكام ، وامتازت به من إيجاز العبارة ، ورصانة الصياغة[1] ، 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[2] فلقد نادى بأن يكون لهذا الفقه فن مستقل وبخاصة فقه المقاصد ، وسار على هذا الدرب كثير من العلماء ومنهم العلامة القرضاوي ، ومعظم مجلات الأبحاث الفقهية [3] تنادي بأن يكون لفقه 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 كُنه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتاريخها في الفقه الإسلامي ، نطوي صفحته ، ونطرق باب تاريخها في النظم الوضعية آملين أن نجد بغيتنا في المبحث التالي :

---

(١) انظر (د/ علي أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ١٥٧) ، وانظر (الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٤٣).

(٢) 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 ١٣٩٣هـ ، انظر (الزركلي – الأعلام = ٦/١٧٤) .

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

المبحث الثاني

تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

إنه بالتتبع لتاريخ القضاء الإداري نجد أن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار ارتبط ارتباطا قويا بـ :(نزع الملكية للمنفعة العامة) l'expropriation pour cause d'utilité publique [1]

بل يمكن القول بأن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار نشأ معها ، باعتبار أن نزع الملكية للمنفعة العامة فى الغالب الأعم تُصيب الأفراد بالمضار ، ولما لها من علاقة وطيدة بالأثر المترتب على القرار الإدارى بنزع الملكية .

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

الأول : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا.

الثاني : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر .

---

(١) مجمع اللغة العربية – معجم القانون – القاهرة ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م – صـ ٤٨٠ .

المطلب الأول

تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا

إن الإدارة عموما في مختلف الأنشطة التي تمارسها ، تسعى إلى تحقيق هدفين أساسين 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 فى حق نزع الملكية[1]، ومن المستقر قانونا وفقها وقضاءً أن (السلطة القضائية هي الحارسة لحق الملكية) وهو ما أكده إعلان حقوق الإنسان (مادة ١٣) ومن ثم فإن استخدام الإدارة لحق نزع الملكية ، يظل خاضعا لرقابة القضاء [2] .

(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 الإدارى قائما بدوره في حماية الحقوق الفردية ، وخاصة فى مجال نزع الملكية ، وأن يوازن بين ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية [3] وحدود لا يجوز لها في سبيل المصلحة العامة من

---

(١) M.Waline : Dorit administratif , 7'eme édition , Sirey , Paris1957-P87et s.s.

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) ـــ حقوق القاهرة ؛ دار النهضة العربية ١٩٩٣م – صـــ٨.

(٢) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـــ٨) .

(٣) السلطة التقديرية هي :حرية رجل الإدارة في الموازنة بين مختلف العناصر التي يقوم عليها قراره بغية تحقيق لصالح العام ، مثل اختيار قطعة أرض لإقامة مشروع معين ، انظر (معجم القانون صـــ٤٦٧) .

مساس بحقوق وحريات الأفراد) [١] .

وبالتتبع لأحكام مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة، يظهر على القائمة حكم بالغ التطور أصدره مجلس الدولة في ٢٨/٥/١٩٧١م [٢] قدّر المجلس فيه مدى تحقق المنفعة العامة في ضوء المضار التي تلحق الملكية الخاصة ، وما يحققه نزع الملكية من مصلحة عامة تفوق أو تقل عما يصيب الأفراد من مضار [٣] .

ومن ثم فإن هذا الحكم يمثل الخط الفاصل بين عهدين :

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.

أولا : 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 [٤] ، 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 نزع الملكية للمنفعة

---

(١) المرجع السابق (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية صـ ٨).

(٢) انظر (د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة ـ حقوق عين شمس ـ دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٢م – صـ٢٣٥) .

(٣) انظر (د/ سامي جمال الدين – المرجع السابق – صـ ٢٣٥) ، وانظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة – حقوق عين شمس ١٩٩٣م – صـ١٥٤) .

(٤) انظر (د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ٢٣٥).

العامة ، تَرِدُ ضمن الحالات التي حددها القانون وما إذا كان من شأن العملية تحقيق المنفعة العامة أم لا [١] ؛ 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 [٢] وكان ذلك بحجة أن هذه الأمور متعلقة بالملاءمة المحضة التي لا يراقبها القضاء الإداري[٣] ، ومعنى ذلك أن حدود الرقابة التقليدية لمجلس الدولة كانت ترجع إلى اعتماده على مفهوم مجرد وذاتي للمنفعة العامة ، ورفضه رقابة أوصاف ، ونتائج نزع الملكية [٤] .

ومع ذلك فإنه باستقراء المراحل التي مرت بها (المنفعة العامة) فإننا نشم منها على استحياء وفي دائرة ضيقة جدا رائحة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

١ – مرحلة ما قبل الثورة الفرنسية :

في العصور الوسطى لم يكن هناك نص ينظم إجراء نزع الملكية بل كان من حق الإدارة أن تنزع العقارات التي تحتاج إليها بحجة أن الأرض كلها مملوكة للملك ديانة [٥] وليس للأفراد حق سوى الانتفاع . وبالتالي عندما يلزم إقامة مشروع عام ، كإعادة تخطيط المدن أو الدفاع ، فإن الأرض كانت تسترجع للمنفعة العامة ، وكان التعبير بالمنفعة العامة هو المعروف قبل أن تدخل إلى مجال نزع الملكية كلمة

---

(١) لمزيد من التفصيل انظر :

André Homont , l' Exporopriation pour causé d'utilité publique ,1975, p.2 et su.
Philippe Godfrin , Droit adminstratif des biens , 1978, p. 200 et su .

وانظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء – صـ ١٥٥) .

(٢) د/ محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ ١٥٥ .

(٣) انظر (G.A 1978 P. 551 et su)

(٤) انظر (د/ محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ ١٥٧) .

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

Didien Linotte : Recherches sur la nation d'intérêt général en droit administratif francais, th .Bordeaux , 1975, P.54 et su

وانظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة في الملكية الخاصة – صـ ٩٠) .

(الضرورة العامة)[١]، وهو تعبير قديم على الضرورة ومن ثم فليس لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في هذه المرحلة مكان .

٢– الموازنة بين المنافع والمضار والثورة الفرنسية :

اهتمت الثورة الفرنسية بالملكية الخاصة باعتبارها حقا طبيعيا ، مثله مثل حق الحرية والمساواة ، لذا وضعت المبادئ التي تكفل حماية هذه الملكية ، حيث نصت المادة (١٧) من إعلان حقوق الإنسان على أن : (لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره ، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا)[٢] ، ولا يجوز المساس بملكية الأفراد إلا (للضرورة العامة) ، ومصطلح الضرورة العامة لم يكن ليقصد به وصف الضرورة بمعناها المطلق والصارم "وإنما يعنى فقط أن تكون هناك أسباب قوية تجعل نزع الملكية ضروريا"[٣] ، ولقد انتقل نفس النص من المادة (١٧) إلى دستور ١٧٩١م ، وكذلك ١٧٩٣م ، ودستور السنة الثالثة للجمهورية[٤] مادة (٥٣٨) من الدستور ، وقد ظل الأمر كذلك إلى أن تم تعديل المادة (٥٤٥) من القانون المدنى حيث تم استخدام مصطلح المنفعة العامة بدلا من الضرورة العامة ، ولقد كان وراء هذا التعديل أسباب جوهرية تتضح فيما يلى :

أ– أن وصف الضرورة الذى اشترطه القضاء كان مُقيدا للإدارة من المضى قدما فى

---

(١) الضرورة العامة : هي الأعمال والتصرفات التي لابد منها في قيام مصالح المجتمع دون النظر إلى أفراد. انظر (د/أحمد أحمد الموافى – المرجع السابق صـ٩٠) وقد عزا إلى :

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

(٢) يقول فالين : أنه رغم نص المادة (١٧) على اشتراط الضرورة العامة إذ بالمشرع ينص عام ١٩٢٥ على نزع الملكية لإقامة منشأة رياضية . انظر :

Marcel WALINE :Précis de droit administratif , 1970 , p.252.

André de LAUBADERE :Traite élémentaire de droit administratif, 7e ed. ,1980 .p.236 .

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

(٤) تجدر الإشارة إلى أن المقصود بالسنة الثالثة للجمهورية أنها السنوات التى بدأت منذ إلغاء الملكية الملكية بعد عزل الملك (لويس السادس عشر) وإعلان الجمهورية التى بدأت فى ٢١سبتمبر ١٧٩٢م ، وكان هذا التاريخ هو بداية السنة الأولى للجمهورية . انظر (د/ ربيع أنور فتح الباب – الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ، ودور المجلس الدستورى فى فرنسا– دار النهضة العربية ١٩٩٦م – صـ٦١) .

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[١] ، ومع هذه الأسباب أتت صياغة المادة (٤٥) وفيها شيء من التشدد ؛ ذلك لأن الذين صاغوها اشترطوا أن يتم التأكد من أن هناك سببا للمنفعة العامة ، يستمد من طبيعة الأشياء ويقترب من الضرورة[٢].

والوقوف على هذه المرحلة – بدقة – يُظهر أن القضاء لم يكن ليتدخل برقابته ليوازن بين منفعة ومنفعة ، ذلك لأنه ممنوع عليه أن يبسط رقابته على أعمال السلطة التنفيذية ، فقد نصت المادة (١٣) من القانون الصادر فى ١٦: ٢٤ فى أغسطس سنة ١٧٩١م ، 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 فريكتدور للسنة الثالثة لقيام الجمهورية[٣] .

وأهم ما يميز هذه المرحلة ما يلى :

- أن القانون المدنى الفرنسى هو الذى عَدَلَ عن مبدأ الضرورة العامة إلى مبدأ المنفعة العامة ، ولم يكن من القضاء الإدارى إلا أن يجارى المُشرع فيما قام به من تعديل[٤] .
- تميزت الدولة فى هذه المرحلة بالمركزية الشديدة ، وبالتالى كانت الهيئات

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد المواني – فكرة المنفعة العامة – صـ٩٢) ، وقد عزا قوله إلى :

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

(٢) انظر : **michel BOURGEAIS :** La notion d'utitite Publique , 1979 P.6 .
michel BLANC – PATTIN ,Jacques, CHEVALLIER et Francois D'ARCY L'expropriation en question,1977,P 32 ets .

(٣) انظر (د/ربيع أنور فتح الباب – الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ، ودور المجلس الدستورى فى فرنسا – صـ٥٢ : ٥٣) ، وقد عزا المؤلف قوله إلى :

Michel TROPER, La séparation des pouvoirs et L'histoire constitutionnelle francaise, L.G.D.J, 1973,PP.5. ets

(٤) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ١٠) .

المحلية التي هي أدرى بالحاجات المطلوب إشباعها ، ليس لها أي سلطة حقيقية ومن ثم كانت الإدارة فوق الأفراد ، ولاسيما وأن هدفها يختلف عن أهدافهم[1].

إلى القضاء الإداري كانت مهمته في هذه المرحلة التأكد من وجود منفعة عامة تستدعي نزع الملكية ، دون أن يطرق باب الظروف المحيطة بها ، ودرجة المنفعة التي يحققها المشروع الذي أقدمت الإدارة على تنفيذه ، وكان أقصى ما يملكه القضاء هو القول بمشروعية القرار الإداري ، إذا كان يهدف تحقيق منفعة عامة ، حتى ولو أدى تحقيق القرار إلى أضرار جمة تلحق بالأفراد. ومن هنا كانت كفة الترجيح دائما للمنفعة العامة ، وليس ثمة وجود يُذكر في هذه المرحلة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار . مع أنه ثبت بالاستقراء أنه لا توجد منفعة لا تشتمل على مضرة كما لا توجد مضرة لا تنطوي على منفعة[2].

٣– الموازنة بين المنافع والمضار في القرن التاسع عشر الميلادي :

مع بداية القرن التاسع عشر بدأت فكرة المنفعة العامة ترتبط بفكرة النظام العام [3] والسبب في ذلك تأثرها بمبادئ الثورة الفرنسية وساد في هذه الفترة المذهب الفردي ، فاقتصرت وظيفة الدولة على حفظ النظام والأمن ، وامتنعت عن التدخل في المجالات الأخرى ، كالمجال الاقتصادي إلا في دائرة ضيقة جدا ، وهي المشروعات التي تتجاوز إمكاناتها إمكانات الأفراد أو لا تدر دخلا ، وترتب على ذلك أن ضاق نطاق اللجوء لنزع الملكية[4] ، واقتصر عمل الإدارة على مجال إعداد الأراضي اللازمة للطرق، وخصوصا الطرق الحديدية والقنوات لتسهيل التبادل

---

(١) انظر : 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.P.31

(٢) انظر (د/فتحي الدّريني – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده – مؤسسة الرسالة – بيروت– سوريا – ط١– ١٤١٧هـ/١٩٩٧م– صـ١٢٥) .

(٣) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة – صـ٩٢) .

(٤) انظر

Jean-claude venezia : Administration et secteur privé , colloque d'Aix en- provencezer et 2 e Juin 1973 .P.1:10

التجاري لأهميته للاقتصاد الحر[١] .

وعموما فقد ارتبطت المنفعة العامة خلال هذه المرحلة بالأشغال العامة ؛ لكنها اقتصرت على الأشغال التي يجرى تنفيذها(Travaux) بشرط أن يحقق المشروع نفسه (ouvrage) منفعة عامة كما حُددت المنفعة بشكل ضيق بحيث لا تنزع إلا ملكية العقارات الداخلة بالفعل فى نطاق المشروع دون تلك اللازمة لتحسينه أو توسعاته المستقبلية[٢] ، كما أنها لا تشمل تحقيق الأهداف الاجتماعية أو الجمالية إلا إذا تعلق المشروع بإعداد أو تشييد مرفق عام[٣] .

وهذه الفترة تشبه فترة ما قبل الثورة إلا أن الفارق بينهما أن القانون في هذه الفترة كان هو الحاكم بخلاف الأولى حيث كانت الأهواء توجهها . ثم ما لبث أن قامت الإدارة مرة ثانية ، بإشباع حاجات عامة لا يشبعها الأفراد ، أو لا يشبعونها على نحو كامل ، فكان من الضروري أن تُنتزع الملكية لأجل ذلك ، وساعد الإدارة على فعل ذلك إجازة المشرع الفرنسي لها نزع الملكية ، من أجل حماية الصحة العامة، أو تحقيق أهداف اجتماعية ؛ كتوفير المساكن لذوي الدخل المحدود أو رعاية الشباب أو إقامة مبان رياضية . بل أجاز المشرع نزع الملكية من أجل تجميل المدن حتى لو اقتضى الأمر تجميل الأماكن المحيطة بالآثار "[٤] . وحتى يتمكن القضاء الإدارى من مجاراة المشرع في هذا الصدد ، فقد اتخذ اتجاها جديدا ، مؤداه الربط ما بين المرفق العام والمنفعة العامة .

معنى ذلك أن الإدارة إذ تزاول نشاطها اليومي بتقديم الخدمات للجمهور ، إنما تقدمها عن طريق المرفق العام ، لذلك يكون من الطبيعي أن يصبح هذا المرفق المعيار ، الذي تتحدد به مشروعية أنشطة الإدارة بمعناها الواسع ، وأصبح هذا مبررا

---

(١) انظر (د/أحمد احمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٩٢) .

(٢) انظر

P.L. JOSSE: Travaux publics .Expropriation , 1958 .p.270 .

(٣) انظر

René ALLARD : Le droit Administratif de l'expropriation et des marchés de Travaux publics, 3e èd Eyrolles, Paris. 1974 .p33.

(٥) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل– دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة في حالة نزع الملكية صـ١١) .

استثنائيا مجحفا ، لنزع الملكية ، وبمعنى آخر : أن تكون هناك منفعة عامة في كل مرة يتطلب الأمر فيها تنفيذ أنشطة المرفق العام (١) .

ومن ثم فلقد سادت – ومنذ أواخر القرن التاسع عشر – القاعدة التي تقرر " عدم انتزاع ملكية إلا لأجل مرفق عام " (٢) ولقد سمح تطبيقيا لذلك ـــ مثلا ـــ يتزع الملكية لإعداد ملعب أو إنشاء صالة احتفالات (٣) .

وهنا وقف دور القاضي أمام التأكد من وجود منفعة عامة ، وقد غُلّت يده من بسطها 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 بحثَ التخطيط الذي أخذت به الإدارة واكتفى بمراجعة ما إذا كان المشروع في حد ذاته وبصرف النظر عن مزاياه الخاصة محققا للمنفعة العامة أولا)(٤) فمجلس الدولة اكتفى ببحث هدف المصلحة العامة فقط دون اعتبار للظروف المحيطة بهذا المشروع .

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

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 التى أدت إلى ازدحام الطرق

---

(١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة في حالة نزع الملكية صـــ١١) . وانظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة : صـــ ٩٥) .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـــ٩٣) وقد عزا إلى :

Louis ROLLAND : les tendances nouvelles en matiére d'expropriation ,. R.D.P. 1912, P.338 .

(٣) د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـــ٩٤ .

(٤) انظر

C.E: 30 Juin1961 , Groupement de defense des riverains de La route de L'interieur, Rec .452 . D.1961- 663 , concl. Kohn, note jone A.J1961-646. G.A.1978 , P. 564.

وانظر (د/محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء : صـــ١٥٦) .

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 إجراءً استثنائيا ، وبدت فكرة (المنفعة العامة) أوسع من فكرة (المرفق العام) التي كان لها نطاق محدد وأبعاد مرسومة [١] ، وظهر أمر التخلي عن فكرة (المرفق العام) والعودة مرة ثانية إلى المنفعة العامة والتى أطلق عليها البعض مسمى (المصلحة العامة) [٢] مع الأخذ فى الاعتبار أن مضمون المصطلحين ، (المنفعة – المصلحة) واحدُ إذ لا مشاحة في الاصطلاح .

وظهر مصطلح المصلحة العامة بدلا من المنفعة العامة فى قضية Gambiero[٣] والتى كان قرار نزع الملكية فيها من أجل إقامة أحد بيوت للشباب نظرا لما يحققه من مصلحة عامة ، وفيها قال مفوض الدولة (ليس من الضروري تبرير نزع الملكية ، التمسك بنظرية المرفق العام ، يكفي توافر المصلحة العامة[٤]. لذلك فإن القرار الصادر بنزع الملكية في القضية المذكورة ، من أجل إقامة أحد

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي فكرة – المنفعة العامة صـــ٩٤ : ٩٥) وانظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ١٢) .

(٢) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ ١٢) .

(٣) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ ١٢.

(٤) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى –صـــ١٣) .

بيوت الشباب : " نظرا لما يحققه من مصلحة عامة يتوافر بالنسبة له شرط المنفعة العامة [١].

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسى بالأخذ بهذه الفكرة – حتى قبل أن يُصدر المشرع القانون العقارى فى ١٩٥٣/٨/٦م ، ومن قبله قانون تنمية الصحة الجسمية فى ١٩٢٥/٣/٢٥م – إذ اعترف المجلس بصفة المنفعة العامة لإقامة مائة وستين مسكنا للإيجار بسعر مناسب [٢] ، كما اعترف من قبل بالمنفعة العامة لإقامة ملاعب رياضية فى ١٩٢٣/١١/١٤م [٣] .

ومن الملاحظ أن القضاء الإدارى كان أسبق فى الاعتراف بصفة المنفعة العامة من إصدار التشريع الذى ظل عاجزا زمنا طويلا عن تلبية جميع الاحتياجات التى تحقق المصلحة العامة .

وأمام تدخل الدولة فى الأنشطة العامة بدأ المشرع يتوسع فى فكرة المنفعة العامة التى يترتب عليها نزع الملكية ، فأصدر عدة قوانين اعترف فيها بصفة المنفعة العامة بالأعمال المتعلقة بأغراض عديدة منها على سبيل المثال :

- أغراض الصحة العامة : كتلك الخاصة بهدم المساكن غير الصحية .
- أغراض التوجيه العمرانى : سواء المتعلقة بتقسيم الأراضى ، أو تجميع الأراضى المتخلفة عن الأنشطة المختلفة ، أو تلك التى تسمح بحفظ الآثار التاريخية أو الطبيعية .
- أغراض اجتماعية : كإقامة المساكن للأسر كثيرة العدد ، ولذوات الدخل المحدود . وازداد هذا التوسع التشريعى بصدور القانون العقارى ١٩٥٣ ، وقانون التوجيه العقارى سنة ١٩٦٧م ، والذى وسّع كل منهما من أوجه المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية ، والتى منها :

أ- السماح بنزع الملكية من أجل إعداد الأرض وتهيئها للاستخدام

---

(١) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ ١٣ .

C.E: 10 janvier 1958, Bò et autres, Rec . 918 .
C.E: 10 november 1965 , Ste du Teleohniqe du Mont – Dore , Rec: 599.

(٢) انظر : C.E 21.11.1951 , Locaze, leb . 543

(٣) انظر : C.E 14-11- 1923 , Farges , leb . p.144

العمرانى ، وإقامة التجمعات السكنية ، والمنشآت الملحقة بها حتى ولو لم يكن هناك أزمة مساكن ، وإقامة المناطق الصناعية ، والمجمعات السكنية الصناعية ، وإقامة مخزون عقارى ، وذلك بالنسبة لبعض المشروعات كالتوسع فى أطراف المدن ، وتجديدها وإنشاء المراكز السياحية وإنشاء المدن الجديدة (١) ، 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 (٢) .

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 (٣) .

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 (٤) .

---

(١) La Loi Fonciere du 6-8-1953 ,D. 1953, p .259 .

ولقد أدمج هذا القانون جزئيا فى كود التخطيط العمرانى فى المواد (١٤١ : ١٥٢) ثم أدمجت بعض نصوصه فى مرسوم نزع الملكية فى المواد (L.21 – 1, L.21,-2, L.21-3) كما صدرت لائحة إدارية تبين طرق تطبيق نصوصه:
Le décret 54-683 du 8-2-1954 , D. 1954, P.93

(٢) انظر :
Andre' de LAUBADERE : Traite' elementaire de droit administratif , T.II, 1980, P.242.

(٣) انظر :
Christian TOPALOV : Expropriation preemption publiqe en France 1950 – 1973 , 1977 , P.46 .

(٤)
Henri GUYON :Les nouvelles prérogatives foncie'res des pouvoirs publiques , Th. Rennes 1959, P. 105 .

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 الضرورة العامة الوارد فى إعلان حقوق الإنسان ، كما يرى منتقدوا هذا التوسع أنه يتعارض مع المفهوم الفردى للمكلية فى فرنسا ، كما أنه يؤدى إلى تعسف الإدارة(١) .

وأمام هذا التوسع بدأ القضاء الإداري الفرنسي يطور نفسه تطورا هائلا ، ولاسيما فى مجال الرقابة على شرط المنفعة العامة ، فلم يكتف فى 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 الإدارى نحو التضييق من شرط المنفعة العامة ، ووقف موقفا تقيميا للمشروع الذى يترتب عليه تحقيق المصلحة العامة ، من حيث كونه محققا لها أو لا(٢) .

ووضح هذا الاتجاه من القضاء فى حكم لمحكمة فرساى الإدارية التى اشترطت تبرير الجهة الإدارية للإعداد المقترح ، بينما ألغى مجلس الدولة قرار تقرير المنفعة العامة لإقامة مخزون عقارى طالما أن المشروع (وهو التوسع فى أحد المدافن) يمكن إقامته فى الأجل القريب دون الحاجة لإقامة المخزون العقارى(٣) .

---

(١) راجع فى هذا :

Pierre CHAREYRE : La nōtion d'utilité publique en législation et en jurisprudence, R.E.D.I 1964, No. 9 , P. 488 et s .

Christain TOPALOV : Expropriation . preemption publique en France 1950 – 1973 . Documents pour l'étude comparative des politiques foncières urbaines, C.R.U.,1977 P.200.

R.BERAUD : Nouveau code commente' de L'expropriation , 1964, P.32

P L JOSSE :L'expropriation dans la cadre de la loi fonciere du 6-8-1953, D. 1954 , P.45.

(٢) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة صـ ٩٤ : ٩٥) .

(٣) راجع فى هذا : Versailles 10-7-1975, Bodson , leb. P. 801 .

1981, Min. de L'Interieur c.Veuve/Parveau , D.S. 1981.P.540 .

وقد استحسن الفقهاء هذا القضاء شريطة أن يكون نزع الملكية للمشروعات الضرورية للمنفعة العامة على المستوى القومي ، وهو ما قضى به مجلس الدولة (١) .

وقال البعض إن اتجاه المشرع في التوسع في مبدأ المنفعة العامة أدى إلى ازدياد سلطة الإدارة في هذا المجال (٢) وأن الرقابة القضائية صارت مقيدة أمام ادعاء الإدارة بأن مشروعها يحقق مصلحة عامة ؛ تقول الأستاذة الدكتورة : نبيلة عبد الحليم كامل : (بل العكس هو الصحيح ، فلقد أدى هذا التوسع في مفهوم (المنفعة العامة) إلى ازدياد سلطة القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الإدارة ، بشأن نزع 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) (٣) .

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 تركن 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 (٤) أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي (٥) أو نزع الملكية بقصد منع مالكه من بيعه لأحد المشترين الأجانب (٦) .

المبدأ الثاني : إن قرار نزع الملكية ، يكون موصوما بعدم المشروعية إذا كان

---

(١) راجع في هذا : C.E:26-5-1982, Furhman et autres , R.J.I. 1982, P.367.

(٢) د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري– صـ١٤ .

(٣) د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري– صـ١٤ .

(٤) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري صـ١٥) وقد أشارت إلى :
C.E: 27 Octobre1971 , Commune de st- Marc jaumegarde , Rec – P.39 .

(٥) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري صـ ١٥) وقد أشارت إلى :
C.E : (sect) 17 mors1911 Richepin , Rec- P. 90.

(٦) C.E : 6 janvier 1967, Boucher, J . C .P 1967,11:15,121, Note , A. Homont .

لاعتبارات مالية ، إلا إذا قرر المشرع ذلك [١] .

المبدأ الثالث : عدم مشروعية القرار الإدارى بترع الملكية إذا كان من باب تحقيق منفعة خاصة[٢] .

سمة النظرية في هذه المرحلة :

بالنظر إلى هذه المرحلة نجد أن الموازنة بين المنافع والمضار ظهرت في تقييم القضاء الإداري للمصلحة العامة ، وكونه يقيِّم 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 فى هذه المرحلة لم يفصح عن النظرية قولا وإنما مارسها عملا على نطاق محدود ، يضيق ويتسع بحسب الظروف السياسية .

"وعلى أية حال لا يسعنا أمام الحلول القضائية التى يقدمها مجلس الدولة الفرنسى فى إطار رقابته على أعمال الإدارة ، إلا أن نقول أن هذا المجلس – حامى الحقوق والحريات – إنما يحاول دائما 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 فى نظرنا خطوة هامة بدأ بها مجلس الدولة ليحقق سياسته القضائية الرامية إلى وضع القيود على سلطات الإدارة لكى لا تتحول هذه السلطات إلى نوع من الجور أو العسف" [٣].

ثانيا : 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 نزعت الملكية من أجله وبين عهد وصل فيه دور القاضي

---

(١) C .E : 7 août1925, sieur Grouzillac, Rec .824. D .N .1925.653.

(٢) C .E : 4 mons Borderu ,AJ .D .A .,1944.624, Note , P .L.

(٣) انظر (أ .د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسى – ص

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 [١] .

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 (ville Nouvelle EST)[٢] ، وتتلخص وقائع هذه القضية فى أنه محاولة لإعادة تخطيط مدينة (ليل) وبقصد نقل الجامعة من وسط المدينة نظرا لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات والمرور وتواجد عدد كبير من طلاب الجامعة ـــ وكان عددهم حوالي ثلاثين ألف طالب ـــ 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

---

(١) انظر (: د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة صـــ٢٣٥) .

(٢) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري صـــ١٧)

C.E :28 mai1971, ministre de L'Equipement et du logement C . Fédération. de Défense des personnes concernées par le paojer actuellement dénomé (ville Nouvelle EST), Rec.409 , conol. Braibant.
(D .1927.194, note Le masurier ; R .D.P.1972.454 , Note Waline ; A . J. 1971 . 404 et463 chr .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) .

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[١] 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 [٢].

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 لعيب آخر يتعلق بمشتملات ملف التحقيق المسبق [٣] قام وزير الإسكان بالاستئناف أمام مجلس الدولة ، وقام مفوض الدولة BRAIBANT 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 مفوض الدولة قائلا أنه يجوز للإدارة أن تعهد بمشروعاتها لشركات خاصة لتنفيذها ، ويمكن بالتالي أن تتحقق المنفعة الخاصة لها إلى جانب المنفعة

---

(١) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ ١٧ : ١٨ .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد موافي – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢١٨) .

(٣) انظر في ذلك (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢١٨) وقد عزا إلى :
Michel BOURGEAIS : op . cit . P.60 et . ss .

العامة[١] .

. الثاني : انتقد مفوض الدولة أمام هدم ٨٨ منزلا بعضها حديث جدا ؛ ما درج عليه مجلس الدولة مطالبا إياه بضرورة وضع تعريف جديد للمنفعة العامة [٢].

إذ أنه لم يعد الأمر عبارة عن السلطة العامة والمنفعة العامة في جانب والملكية الخاصة في جانب آخر ، وإنما أصبحت هناك منافع عديدة وراء مشروعات نزع الملكية ، وبأنه لم يعد من الممكن الاكتفاء بكون المشرع يقدم في ذاته منفعة ، وإنما يجب ـــ فوق ذلك ـــ أن توضع في الميزان أعباء المشروع مع مزاياه ، تكلفته مع عائده [٣] .

ومن ثم فإن ما ذكره مفوض الدولة BRAIBANT يقتضي أنه للقول بالمنفعة العامة فقط في أي مشروع لا يكفي ، وإنما أصبح من الضروري بحث الآثار والنتائج المترتبة على المشروع سواء الإيجابية والسلبية والمقارنة بينهما أو الموازنة بين المنافع والمضار ، بحيث لا يعترف للمشروع بأن يحقق المنفعة العامة إلا إذا غلبت إيجابياته سلبياته[٤] . كذلك بين مفوض الدولة أن ما يدخل في السلبيات تكلفة المشروع المالية وعبؤه الاجتماعي ، والأضرار التي تصيب الأفراد في ثرواتهم [٥] .والأمر الذي يلفت الانتباه أن القسم القضائي لمجلس الدولة الذي انعقد في هيئة جمعية عمومية ، أخذ بوجهة نظر مفوض الدولة ، وقرر القسم القضائي بأنه (لا يحقق مشروع ما للمنفعة العامة ، إلا إذا كانت الأضرار التي يسببها للملكية الفردية وتكلفته المالية ، وعبؤه الاجتماعي ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة التي يحققها) [٦]

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢١٩).

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢١٩).

(٣) د/ أحمد أحمد الموافي – المرجع السابق صـ ٢١٩ .

(٤) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – المرجع السابق صـ ٢٢٠).

(٥) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – المرجع السابق صـ ٢٢٠).

(٦)

une opération ne peut être également déclarée d' U. P. que si les atteintes,a la propriété privee , le cout financier et eventuellement les inconvenients pordre social qu'elle comporte , ne sont pas excessifs al'égard de l'intérêt qu'elle presente "Recueil Dalloz-Sirey. 1972, P. 195.

وبذلك ظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى الوجود التطبيقي وراعى القضاء الإداري الفرنسي فيها اعتبارين أساسين :

الأول : حماية حقوق الأفراد ، ومقتضيات حسن سير الإدارة ومتطلباتها ؛ فالحكم السابق في القضية قد أظهر هذا المعنى ، ووضعه موضع التطبيق العملي ببيان عناصر الموازنة بين المنافع والمضار ، وكيف يجريها القاضي الإداري ، باعتبار أن إقامة التوازي بين حقوق الأفراد ومتطلبات الإدارة هو أهم واجبات القاضي [١] .

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) [٢] بالموازنة بين المنافع والمضار بين الايجابيات 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[٣] .

المرحلة الثانية : التأكد من أن الأضرار أو الأعباء التي يفرضها هذا المشروع ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة المنوط تحقيقها من قبل الإدارة [٤].

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،

---

(١) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري صـــ٢١)؛ وانظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة صـــ ٢٢١) .

(٢) أ.د /سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة صـــ٢٣٥ .

(٣) انظر (أ.د /سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة صـــ٢٣٥) ؛ وانظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة صـــ٢٢١).

(٤) وانظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة صـــ٢٢٠) وقد عزا إلى .

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

وأضراره في كفة أخرى ، وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية [١] 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 [٢] .

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 cassls من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالنشاط السياحي و الاقتصادي للشاطئ ، وقرر ـــ أي المجلس ـــ أن صب هذه المخلفات على مسافة سبعة كيلومترات من الشاطئ وعلى عمق ألف متر لا يلحق ضررا بالمصلحة العامة [٣] ، وبذلك يكون مجلس الدولة قد بسط رقابته في ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على أعمال الإدارة في المجال الاقتصادي والصحي.

---

(١) أ .د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة صـــ٢٣٤ .

(٢) انظر

C.E:21 fèvrier 1975, Mamet, Rec. 149.
C.E: 20 fèvrier 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 .

(٣) (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الخلط البين للإدارة في تكييف الوقائع صـــ 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 (ville Nouvelle Est) 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)[١] .

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)[٢] . 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 طبقا للمادة (١٢) أن تحدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة ، وكذلك العقارات التي ترى أنها مكملة لأغراض المشروع[٣] كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في القضية (٥٧١ لسنة ١٨ ق) في ١٩٧٩/٥/١٢م (بأنه المقرر قانونا أن لجهة الإدارة سلطانها في اختيار الموقع وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققا للمصلحة العامة

---

(١) انظر (أ.د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة – صـ٢٧).

(٢) د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ٢٣٨ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية ١٩٢ لسنة ٢٢ق بتاريخ ١٩٧٨/١/٢٨م (المجموعة الإدارية ١ لسنة ٢٣ – صـ٥٨) .

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 رائدهُ الصالح العام ، وأنه لا ينهض من الشواهد ما ينبئ عن أنها انحرفت به عن غاياته ، فتنكبت وجه المصلحة العامة ، أو اتخذته بباعث مثبت الصلة بها (١) .

ومع ذلك فقد قال فريق آخر من فقهاء القانون فى مصر بأن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار ليس غريبا عن القضاء الإداري في مصر ، وضربوا لذلك مثالا : بما قامت به محكمة 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 للمدعى 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 حسبانه 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 الرى 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 إلغاءَه (٢) .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ـــ المجموعة ـــ السنة ٢٤ /صـــ١١١ـــ وراجع في ذلك : محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/١١/١٩ م ؛ قضية رقم (١٣٣١) لسنة ٥ق ـــ المجموعة ـــ ا لسنة (٨) صـــ١٢٩ ـــ وقضية (١٣٤٦) بتاريخ ١٩٥٥/٤/١٧م ـــ المجموعة (١) لسنة ٩/ ١٢٩) .

(٢) حكمها في ١٩٥٤/٣/٣م قضية ١١٧ لسنة ٧ق المجموعة السنة (٨) صـــ٨٤٤ ؛ انظر (د/ سامي

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)[١] 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 ١٩٩١/٣/٩م) :

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 واحدة ، منها على سبيل المثال .

١– تعاظم 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

جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ٢٤٠) .

(١) أ .د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وموقف مجلس الدولة المصري منها – صـ٣٦٤ .

تختلط المصالح الخاصة بالمصالح العامة ، وهو ما أدى إلى الموازنة بين المصالح [١].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[٢] ، 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[٣].

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 [٤].

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

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى– فكرة المنفعة العامة – صـ ٣١٤ ، ٣١٥) .

(٢) انظر (أ .د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي – صـ٣٦١) ، وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ ٢٧) .

(٣) انظر (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة ـ دراسة مقارنة ـ كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس برقم (١٤٦٥) مكتبة الكلية – صـ٣٦٤) .

(٤) انظر(د/ عزت صديق طنيوس – المرجع السابق صـ ٣٦٥) ، وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ ٢٨).

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 مكملة لأغراض المشروع [١] .

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 [٢] ولقد قررت المحكمة الإدارية العليا (أن المشرع أحاط حق الملكية الخاصة بعنايته ، وصانها بالارتفاع بها إلى النص عليها في الدستور ، فالملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون والدستور)[٣] ، 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) [٤] .

وقد أكد هذا المعنى ما قررته 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

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في ١٥/عام (١٩٦٥ ــ ١٩٨٠) الجزء الرابع صـــ٤٢،٤١ رقم (١) ، وراجع في ذلك (أ .د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة ــ صـــ٣٦١) وأيضا (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – صـــ٣٦٤ وما بعدها).

(٢) راجع في ذلك (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ ٢٨ : ٢٩) .

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

(٤) المرجع السابق صـــ٣٤ .

عقارات بالمعنى المحدد قانونا للعقار وطبقا للمادة ١/٨٢ من القانون المدني [١] . 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 ـــ جواز ذلك من خلال التأميم وهو لا يكون إلا بقانون) [٢] وفي نطاق رقابة القضاء على (صحة الوقائع) قررت المحكمة الإدارية العليا (أن الإدارة لا يجوز لها أن تستخدم وسيلة نزع 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 [٣] .

الموقف الثاني : بين أصحاب هذا الموقف بأن مجلس الدولة فى 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 [٤] كذلك رغم كون إصدار وثيقة السفر يدخل في السلطة التقديرية للإدارة بموجب المادة (١) من القانون (٩٧) لسنة ١٩٥٩م . فلقد ألغت المحكمة الإدارية العليا

---

(١) المرجع السابق صـــ٣٤.

(٢) مجموعة فتاوى قسم الرأي بمجلس الدولة (السنة الرابعة والخامسة : أكتوبر ٤٩ ، ١ سبتمبر ١٩٥١ صـــ٣٥٨ ؛ فتوى رقم ٦٣٨ في ١٩٥١/٢/١٧م .

(٣) راجع في ذلك (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري صـــ ٣٥) .

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٧٧/٧/٥ في القضية ٥٧٧ لسنة ٢٩ق (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 ـــ الإسكندرية ١٩٨٥م – صـــ٤٣٧)

قرار مدير مصلحة وثائق السفر بسحب وعدم منح ، أو تجديد جواز سفر لأحد المواطنين [١] .

ووجه دلالة ما سبق : أن القاضي الإداري وازن بين القيمة القانونية للحرية الفردية ، وبين مقدار الضرر الذي يسببه الإجراء للفرد [٢] .

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 [٣] .

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 [٤] . 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 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 ضآلة التجمعات السكانية بالمنطقة ، حيث لا يوجد

---

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

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٤٥).

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٥/١١/٨م السنة العاشرة في القضية رقم (٣٤٠٧) سنة٧ق – صـ ٢٠.

(٤) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة – صـ ٣٤٦).

سوى الجامعة والمدرسة الثانوية ، والاستاد الرياضي والمطار ، والتي لا تعتبر مساكن [١] ومن اللافت للنظر أن المحكمة قد اعتمدت في موازنتها على قول الخبراء من وزارة العدل ، حيث انتقل هؤلاء إلى أرض النزاع وعاينوها 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 ـــ فيما لو وجدت ـــ ونسبة قيمتها إلى قيمة أرض النزاع [٢] .

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)[٣] .

تقدير ما سبق :

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

أما أصحاب المعارضة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإنهم تأثروا بالطابع العام الذى أظهر وقوف القضاء الإدارى عند حد مراقبة الوقائع المادية لقرار نزع الملكية والتأكد من الغاية التى تعمل الإدارة على تحقيقها من المشروع المزمع تنفيذه والذى فى سبيله تنزع الملكية ، وعذرهم ما يرونه من عوامل سياسية تريد فى كل لحظة ألا تخرج الرقابة القضائية عن مدارها التقليدى ، ومما ساعدهم على هذه النظرة أيضا أن القضاء الإدارى حينما أخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، لم يفصح عنها بقول ظاهر ولم يبن حكمه عليها مباشرة . ومن ثم نكاد نميل إلى ما قاله

---

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

(٢) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـــ٣٤٧).

(٣) د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـــ٣٤٧ .

أستاذى الدكتور رمضان محمد بطيخ بأن : قضاءنا الإدارى ممثلا فى مجلس الدولة لم يأخذ أو يتبنى بشكل حاسم تلك النظرية . (١) .

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

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

أ- تتلخص وقائع هذه الدعوى ـــ في أن محافظ القاهرة قام بإصدار قرار لصالح شركة " المعادي 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 منشئات ومبان ، وقد كان عدد المساكن يقارب العشرين الألف ، ويقطن بها ما يقرب من خمسين ألف نسمة .

ب- طعن اثنان من سكان هذه العزبة في قرار محافظ القاهرة ، وطلبا من القضاء الإداري بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وفي 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 ويقيمون فيها بالكاد (٢) .بما يحفظ كرامتهم ويلم شملهم .

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

٣- سبق للمحافظة أن أصدرت القرار رقم ٥٣ في ١٩٧٣/٥/٢٩م بالموافقة على بيع مثل تلك الأرض للأفراد طالما أقيمت عليها مبان تشغلها أرواح .

---

(١) أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي – صـــ٣٦١.

(٢) الكاد : ما يفيد على وقوع الفعل بعسر ، والإكاد : حزام يربط به ويشد : انظر (الكفوى – الكليات – صـــ٧٤١) وانظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز – صـــ٢١) .

وذلك بثمن مقداره ٧ جنيهات للمتر ـــ وقد تم تنفيذ هذا القرار في مناطق أخرى بعزبة دسوقي المجاورة لعزبة خير الله ، وعزبة ناصر ومنطقة ترب اليهود من ذات منطقة عزبة المدعيين .

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 في التعمير ، وذلك في سبيل إرضاء شركة لتقسيم الأراضي ، أو مشروع استثماري ، وفي عهد سيادة القانون ، فإن حماية أعراض النساء وأرواح الأطفال أولى من فكرة عابرة جاشت بفكر من أصدر القرار (١) .

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 وتشريدهم ، 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 مقررا أنها أولى بالعناية وأحق بالتغليب (٢) .

هذا الحكم الذي قررته محكمة القضاء الإداري لم يلق قبولا عند كل من محافظة القاهرة والشركة التي كان قرار المحافظ المطعون فيه قد صدر لصالحها ، فقام

---

(١) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ٤٥ : ٤٦) .

(٢) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـــ ٤٨) وانظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـــ٣٦٦ : ٣٦٧)

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 يقم عليه دليل (١) .

ب– إن من المُسلَّم 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) (٢) .

ج–لقد أقحم القضاء الإداري نفسه في عمق السلطة التقديرية لجهة الإدارة دون وجود شبهة الانحراف بهذه السلطة ، وأحل القاضي محل جهة الإدارة، وهذا مسلك مرفوض حسبما قرره القضاء الإداري من فجر إنشائه حتى الآن (٣)

د– أخطأ 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

---

(١) د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ٥١ .

(٢) د/نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ ٥١ : ٥٢ .

(٣) 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 وتصان 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 مظلته .

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 الحقيرة ، التي يتألف المبنى فيها من حجرة أو حجرتين ، الأمر الذي يفسد تخطيط المنطقة من أساسه)[١] ، 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 المدعيين تقديم ما يفيد ذلك ، وقد تأثر الحكم بذلك ؛ فبسط حمايته على هذا العدد المهول ، وهو خطأ فاحش لأن هذا العدد الهائل لم يستنفر القضاء ، وإنما لجأ إليه اثنان فقط هما لا ينوبان عن الجمع الكبير[٢] .

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، وتعدل هي الأخرى عن مسلكها القديم وتضع يدها في يد محكمة القضاء الإداري وتعضد الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار بين المصالح، والأمر الذي يلفت الانتباه أن الإدارية العليا ردَّت 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

---

(١) د/نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ٥٢ .

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

والمعادي..... [١] .

هذا وقد فاجأت الإدارية الطاعنين بقولها : إن السلطة القضائية وهي تراقب الإدارة فيما تتخذه من قرارات بناء على سلطتها التقديرية فإنها ـــ أي السلطة القضائية تصبح مسئولة عن (إقامة العدالة وحماية الشرعية [٢] والمشروعية [٣] وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة للمصريين [٤] .

والناظر إلى حيثيات هذا الحكم يعتقد بأن القضاء المصري تطور تطورا ظاهرا في مجال نزع الملكية بل أخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار عملا بمبدأ العدالة الاجتماعية .

المبادئ التي أرساها حكم قضية " عزبة خير الله " :

١– اتجاه المحكمة إلى الأخذ بفكرة الموازنة بين المنافع والمضار التي يمسها 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 تبعتها قضايا أخرى مثل : (قضية سوق روض الفرج) والعجيب أن مجال إعمال النظرية في هذه القضية ، لم يكن متعلقا بقرار نزع الملكية ، وإنما كان متعلقا 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

---

(١) نفس الحكم السابق .

(٢) بيان تعريفها سيأتي في الأساس القانوني للنظرية .

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

(٤) دور القاضي الإداري – صـــ٥٥ .

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 تاجرا ممن شملهم القرار أمام محكمة القضاء الإداري وطالبوا :

أولا : بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرارات السلبية (١) بالامتناع عن تجديد تراخيص الأشغال الممنوحة لهم ، وما يترتب على ذلك من آثار .

ثانيا : وبصفة مستعجلة أيضا الحكم بوقف تنفيذ القرار رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢ الصادر من محافظ القاهرة بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٨م 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 (٢) .

واستجابت محكمة القضاء الإداري لطلب الطاعنين ـــ أي التجار ـــ 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 للصالح العام الذي يعود على المجتمع بخدمات إضافية نتيجة هذه الزيادة المالية (٣) .

---

(١) القرارات السلبية : هي القرارات التي يفترض المشرع قيامها نتيجة التزام الإدارة للصمت فترة محدودة، انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم القانوني – صـــ٤٧٤) .

(٢) 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 صـــ٦٢) .

(٣) انظر (أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ـــ صـــ٣٦٥) وانظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ٦٣) .

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 ، التى 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 المزدحمة ، وعدم كفايته من الناحية الصحية والأمنية ، والمرورية..)[1].

(جـ) ثم ذكرت المحكمة المصالح العامة التي يمسها القرار بقولها (عندما يكون في زيادة الموارد المالية للدولة تحقيقا للصالح 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 والحريات العامة)[2] .

وفي الأخير انتهت المحكمة إلى قرارها الذي يبرز أخذها بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار بوضوح وظهر ذلك جليا بقولها (ولئن كانت المصلحة العامة تقضي 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

---

(١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ٦٢) .

(٢) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ ٦٥.

القرار المطعون فيه بعدم الملاءمة التي تعد شرطا من شروط المشروعية وعنصرا لازما يكشف عن مدى مشروعية عمل الإدارة[١].

ثم تستطرد المحكمة قائلة (إنه إن كان لجهة الإدارة أن تنشئ أسواقا جديدة، وهو ما يحقق مصلحة عامة مؤكدة ، فإنه ليس بلازم أن يواكب افتتاحها إنهاء النشاط بالأسواق القائمة ، لأن المصلحة العامة تقتضي توازن السوقين معا على الأقل لحين استكمال الأسواق الأخرى المخطط لإنشائها وبعد الانتهاء من إنشاء الطريق الدائري الذي يربط هذه الأسواق بمداخل القاهرة الكبرى ..... لذلك فإن الأكثر تحقيقا للمصلحة العامة ، حسب ما يقرره الحكم هو افتتاح سوق العبور في موعده ، والإسراع في إنشاء الأسواق الأخرى المقترحة ..... وأيضا الإبقاء مؤقتا 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 [٢] هذا وقد انتهت المحكمة إلى إصداق حكمها بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه نظرا لتوافر ركني الجدية والاستعجال [٣] .

ومن ثم فإن قضية عزبة خير الله فتحت الباب أمام القضاء الإدارى ليقوم بالحد من سلطة الإدارة التقديرية ، والدليل على ذلك كثرة الأحكام التي اعتمدت على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قولا وعملا بعدها ، كذلك مناداة فقهاء القانون رجال القضاء الإداري أن يقيموا للنظرية وزنا وأن ينطلقوا ليقيموا 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 (٢٠٠١م) الصادر بتاريخ

---

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

(٢) الحكم السابق ، راجع في ذلك (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري– صـ ٦٣ : ٦٤) وانظر (أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي – صـ٣٦٦) .

(٣) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ٦٦) .

٢٥ /٤/٢٠٠١م " بتقرير المنفعة العامة لجزرتي الدهب والوراق "[١] .فلقد نادى الدكتور / إبراهيم درويش بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وقد نعى على القرار المذكور بعدم المشروعية [٢] .

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 الدهب والوراق) لا يَعْدِمُ سندا من نصوص الدستور الذي أكد في المادة (٣٤) " أن الملكية الخاصة مصونة ، ولا تُنزع للمنفعة العامة إلا وفقا للقانون ، ومقابل تعويض "[٣] . كما يرتكز 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

---

(١) د/محمود سلامة – مقال مع القانون – نشر جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ١٥ .

(٢) د/محمود سلامة – مقال مع القانون – نشر جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ١٥ .

(٣) د/محمود سلامة – مقال مع القانون – نشر جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ١٥ .

على الإدارة القيام بدراسات جدوى لمشروعات الأشغال العامة ، التي تنفذها ، أو ترخص بها مع بيان مضار هذه المشروعات وآثارها الخاصة بالنسبة للبيئة [١] .

هذا التعديل التشريعى الذى أصدره المشرع الفرنسى يؤكد عجز نظرية الموازنة عن مواجهة التطورات التى أصابت أنشطة الدولة ، خصوصا فى المجال الاقتصادى وشئون البيئة ، وضيقها عن استيعاب هذه الأوضاع الجديدة .

الثانى : أنه تغافل عن معطيات واقعية فرضها منطق العصر واستوجبتها تطوراته ومتغيرات تتعلق بالمصلحة العامة .ذلك أنه من المقرر أن غاية النشاط الإدارى – ومن ثم الحكومى عامة – تحقيق المصلحة العامة . غير أن فكرة المصلحة العامة لم تعد كما كانت فى الماضى ، فكرة مجردة تقدر لذاتها ، وإنما أصبحت تقدر تقديرا واقعيا وفقا لقيم اجتماعية وسياسية واقتصادية ، وهذا ما يفسر تغير مفهومها تحت تأثير التدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة ،وتغير فلسفة العلاقة بين الفرد والسلطة العامة .

كذلك فإن تحريك المصلحة العامة وتقديرها كان – ولا يزال – أمرا تقديريا تستقل به الإدارة [٢] .

وهذا القول لا يمكن التسليم به مطلقا ، بل هو في الحقيقة حجة على قائله ليس له فيه نصيب من الصواب لاعتبارين :

أ– فالمشرع الفرنسي بهذا التدخل يكون قد أقام للنظرية اعتبارا ، فبعد أن كانت يد الإدارة مطلقة في ميدان نزع الملكية بحجة المنفعة العامة ، بل كانت بمجرد أن تذكر هذه الحجة يقف القضاء مكتوف الأيدي ، دون أن يتجاوز الحد ، ويسأل عن مقدار هذه المنفعة ، ولا يجوز له أن يطالب الإدارة ببيان عن الأضرار التي تلحق الأفراد، أو حتى مقدار التكلفة المالية .

وكون المشرع الفرنسي ألزم الإدارة (القيام بدراسة جدوى لمشروعات الأشغال العامة التي تنفذها أو ترخص بها مع بيان مضار هذه المشروعات ، وآثارها

---

(١) د/محمود سلامة – مقال مع القانون – نشر بجريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ١٥.

(٢) د/محمود سلامة – مقال مع القانون – نشر بجريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ١٥.

خاصة بالبيئة)[1] إنما حد من سلطتها التقديرية أمام حماية الحقوق والحريات منعا للضرر ، وهذا هو جوهر الموازنة بين المنافع والمضار .

ب – يعلم أهل فقه القانون أن القضاء الإداري نشأ فقيرا من النصوص القانونية ، التي تعطيه الحكم للفصل في كل قضية ، ولم يحمل معه أثناء حركته القضائية إلا بضع نصوص تنظم له عمله داخل مجلسه الموقر ، وما أن وقف على قدميه بدأ يخلق لنفسه قانونا تمليه عليه قضاياه ، وحتى لا يصطدم مباشرة مع الواقع السياسي بدأ يقدم خطوة ، ويؤخر الأخرى لينسجم المولود (أي القانون) مع الحياة فإما أن تقبله ، أو يقبلها ، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار هي من هذه الأمشاج ، وهي نسيج قضائي حملتها القضايا الإدارية ، في رحم مجلس الدولة ـــ (الفرنسي ، المصري) ـــ وكان مخاضها تبعا للآلام المترتبة على نزع الملكية للمنفعة العامة ، قابلتها محكمة القضاء الإداري في كلتا الدولتين (فرنسا ومصر) وتم الإعلان عنها في قضية Ville Nouvelle-Est بفرنسا ، وقضية عزبة خير الله بمصر .

ونص المشرع إنما هو بمثابة التدوين لهذا الخلق للقاعدة ، أيضا هذه النظرية تندرج تحت دعوى الإلغاء ، والمتعارف عليه (أن جميع أحكامه تقريبا هي من خلق مجلس الدولة)[2] .

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 حيثيات حكمها ما يدل على ذلك (ومن حيث أن ما ذهب إليه المطعون ضدهم (المدعون) من أنه قد جرى قضاء هذه المحكمة على مراقبة ما

---

(١) د/محمود سلامة – نفس المقال .

(٢) أ .د / سليمان محمد الطماوي ـــ القضاء الإداري ـــ الكتاب الأول ـــ قضاء الإلغاء – دار الفكر العربي ط ـــ٧ – ١٩٩٦م – صـــ٢٨١.

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)[١] .

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 [٢] . 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 ـــ أي غير مشروع ـــ (إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهرا أو مؤكدا أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات وصوالح قومية أسمى وأجدر بالرعاية .....)[٣].

ويستطرد الحكم قائلا : " من حيث أنه لاشك يؤكد هذا المبدأ وذلك التفسير لأحكام الدستور وحدود المشروعية ما هو مسلم به من مبادئ الشريعة الإسلامية ، المصدر الرئيسي للتشريع طبقا للمادة (٢) [٤]من الدستور من أن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع ، وأن الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرورة تقدر بقدرها عند التصرف لدفعها [٥] .

---

(١) د/محمود سلامة – مقال مع القانون – نشر بجريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـــ١٥.

(٢) المقال السابق – صـــ ١٥ .

(٣) انظر (أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـــ ٣٦٧) ؛ وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ٥٨).

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

(٥) وانظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـــ٥٨).

آخرهما : إن السلطة التقديرية ، التي يخاف على فقدها البعض ، باقية ولن تزول في ظل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وكل ما في الأمر ، أن القاضي الإداري برقابته لتلك السلطة إنما يوجد توازنا جديدا لهذه السلطة ، وبمعنى أدق تحديد ما يجب أن يتسم به التوازن بين الصالح العام ، وبين حقوق الأفراد وحرياتهم من تكافؤ وتعادل [١] . 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 اجتح 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 [٢] .

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[٣] ، وبمقتضاه " لا ضرر ولا ضرار".

***

وخلاصة ما سبق :

بعد عرض تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، وجدنا ثمة فروقًا بين النظامين ظهرت فى وجه للاتفاق ووجه للاختلاف فى كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية وكذلك فى النظامين الفرنسى

---

(١) انظر (أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ ٣٦٧) .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة – صـ ٣٢٥) .

(٣) انظر (د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ ٢٤١).

والمصرى ، وقد بانت معالم الاتفاق والاختلاف فيما يلى :

أولا : الفروق بين النظامين الفرنسى والمصرى فى إطار تاريخ النظرية :

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

(١) وجه الاتفاق :

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 موقفا جديدا 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[١] . 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 ، وتعقد المسائل الفنية والعلمية فيه ، وتدخل السلطة التقديرية الواسع فى تلك المجالات واتصالها المتزايد بالأموال والعقارات ، مما دفع القضاء الإدارى الفرنسى أن يعمل جاهدا على الحد من احتمالات تعسف الإدارة فى مثل هذه المجالات[٢] .

فإن مثل هذه الأسباب موجودة فى مصر ، بل وأدت إلى إظهار النظرية لدى

---

(١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٢٧) .

(٢) انظر (د/سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ٢٣٣) ، وانظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣١٥) .

قضائها الإدارى ، فتعاظُم 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[1].

(٢) وجه الاختلاف :

إنه بالتتبع 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 بعدُ رقابة التناسب بين أهمية وخطورة 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 ، ولاسيما الموازنة بين التكاليف والمزايا للمشروع الذى نزعت الملكية لأجله ، وإن كانت هناك بعض الأحكام القليلة التى قد توحى بعدم تجاهل قضائنا الإدارى لنظرية الموازنة[2] .

ومع هذا فإن كثيرًا 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

---

(١) انظر : J.LEMASURIER : Note Sous C.E. 28-5-1971 Ville Nouvelle EST D.S.1972 , P . 200 .

(٢) انظر (أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ١٣) .

إلى حد كبير موقف مجلس الدولة الفرنسى[١] .

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 (لاضرر 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 شأنا 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 الإسلامي والنظم الوضعية ، تبين لنا أن للنظرية أهمية خاصة فى النظامين ، وهذا ما جعل لها وجوهًا للاتفاق والاختلاف يستوجب بيانها فيما يلى :

(١) محل الاتفاق :

- أن الموازنة بين المنافع والمضار كانت محل اعتبار عند قضاة الإسلام كالقاضي شريح ﷺ وأيضا لدى القضاء الإداري .
- شغل بها أهل البحث والنظر من فقهاء الإسلام حتى أظهروها في صورة ، قواعد فقهية ، واجتهدوا في تدوين القواعد التي تحكمها ، كذلك شغل بها أهل الفقه القانوني ، وبدءوا يبحثون لها عن تأصيل قانوني .
- تأخر التدوين في كلا النظامين للنظرية .

---

(١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ٢٧) .

(٢) محل الاختلاف :

- في النظام الإسلامي ظهرت الموازنة بين المنافع والمضار مع نزول القرآن في العهد المكي ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ ﴾[١] كذلك في المدينة ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنْ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾[٢] 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 [٣]" .
- إن الموازنة بين المنافع والمضار ، ليست من خلْق القضاء الإسلامي ، ولا من إنشاء العقل الاجتهادي ، بل من خلق المشرع في القرآن ، ومن بنائه في السنة النبوية ، ولا يزال القرآن والسنة مصدرا الإنشاء والخلق لها وبقية المصادر (إجماع ، قياس ، مصالح مرسلة ، استحسان) لها كاشفة [٤] واقتصر دور القاضي والمجتهد على الكشف لها ، ومحاولة تقعيدها 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 لجمل القانون الإداري ونظرياته ، فله الفضل في إرساء قواعد القانون الإداري ، وتطويرها على وجه يكسبها الخصوبة والمرونة ، وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم

---

(١) سورة الأنبياء : آية ١٠٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٣) انظر (عمر شريف – نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية – صـ٢٠٢).

(٤) انظر (د/ عبد الكريم زيدان – الوجيز في أصول الفقه ـ مؤسسة الرسالة ـ طـ٦-١٤١٧هـ / ١٩٩٧م – صـ١٩٥) .

(١٦٥) لسنة (١٩٥٥م) هذا المعنى بقولها (يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي ، يبتدع 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[1] .

ومن ثم يترجح[2] أن النظام الإسلامي أكمل بناءً للنظرية وتكوينا ، وأقدم ظهورا وتأسيسا وتدوينا على عكس النظم الوضعية ، فما زالت النظرية فيها في مرحلة التأسيس والتكوين .

---

(١) انظر (أ / عمر شريف – نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية – صـ ٢٠٣) .

(٢) الترجيح : هو تفصيل الشيء وتقويته ، وهو إظهار قوة لأحد الدليلين على الآخر : (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ١٣٠)

البـــاب الثانـي

تأصيل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

ويشتمل هذا الباب على الفصول الآتية :

الفصـل الأول : الأسـاس القـانوني لنظريـة الموازنـة (مبـدأ المشروعية)

الفصل الثاني : مبررات نظرية الموازنة .

الفصل الثالث : معايير نظرية الموازنة .

تمهيد :

إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ليست مجرد أداة رقابية يستخدمها القضاء الإدارى ويتركها وقت ما يشاء ، بل هى مبدأ رقابى ضارب بجذوره فى عمق نصوص شرعية فى النظام الإسلامى ، ودستورية فى النظم الوضعية وله امتداد فى القوانين العادية ، ويُستخدم هذا المبدأ الرقابى الجديدُ وضْعًا ، القديمُ شرعًا ، فى إطار معايير معلومة ، وفق مبررات مرسومة ، فلا يجوز للقضاء أن يستعمل الموازنة بين المنافع والمضار بعيدًا عن المعايير المتمثلة فى مقدار المنفعة الحقيقية الظاهرة ، مع أخذه فى الاعتبار بمقدار الضرر الذى ينال الأفراد من جرَّاء إقرار تلك المنفعة .

ومن ثم فإن لنظرية الموازنة أساسًا قانونيًا تعتمد عليه وتنبثق من خلال نصوصه فى إطار منهج عملى له مبرراته ومعاييره ، تتضح معالمه ، وتظهر دلالاته فى الفصول التالية :

الفصل الأول : الأساس القانونى للموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الفصل الثانى : مبررات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

الفصل الثالث : معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى 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 تمثلان الأصل الشرعي وما به تثبت النظرية ، فما هي المشروعية ؟

تعريف مبدأ المشروعية : (Principe dela le'galite')

أولا : المشروعية لغة :

مصدر صناعي [١] . كأن يقال : تنظر المحكمة العليا في مشروعية قانون الأحزاب ـــ وهي ما يسوغه الشرع ويبيحه [٢] .

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 [٣] .

٢– مبدأ المشروعية من المنظور القانوني : يقصد بمبدأ المشروعية سيادة حكم القانون ، أو ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة من كافة سلطات الدولة ،

---

(١) 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 ـــ طبعة دار الآداب ـــ القاهرة : ٢٠٠١م ـــ صـــ١٥٣) .

(٢) انظر (المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ـــ المعجم العربي الأساسي للناطقين بالعربية ومتعلمها ـــ صـــ ٦٨١ : ٦٨٢) .

(٣) انظر (أ.د/ فؤاد محمد النادي – مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامي – دار الكتاب الجامعي ١٩٨٠م – صـــ٧٣) وانظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ـــ الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى المحامي بالنقض ـــ دار النهضة العربية ـــ ٢٠٠١م – صـــ ٧) .

تستوى في ذلك سلطة التشريع ، وسلطة القضاء ، وسلطة التنفيذ ، فتخضع الدولة بجميع هيئاتها وأفرادها لقواعد عامة موضوعة مقدما (١) .

ويقصد به أيضا : احترام الإدارة للقانون في كافة تصرفاتها ، وأعمالها الإيجابية والسلبية على السواء الصريحة والضمنية(٢) .

– ويقصد به : سيادة القانون بمعنى احترام أحكامه وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم ، فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأفراد ، ليس فقط في علاقتهم ببعضهم البعض ، وإنما كذلك في علاقتهم بسلطات الحكم في الدولة (٣) .

– ويقصد به أيضا : أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم ، وأن يمكن الأفراد ـــ بوسائل مشروعة ـــ 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 (٤) .

ويقتضي هذا المبدأ أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون ـــ والقانون هنا يؤخذ بمعناه العام أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء أكانت مكتوبة ، أو غير مكتوبة ، وأيا كان مصدرها (٥) 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 ـــ ر ـــ ع) تحتم علينا أن نفرق بينه وبين مصطلحي الشريعة والشرعية.

---

(١) أ.د / محمود حلمي – القضاء الإداري ـــ دار الفكر العربي ـــ ط٣ ـــ ١٩٧٧م ـــ صـــ ٥.

(٢) انظر (أ.د/ رمزي الشاعر ـــ تدرج البطلان في القرارات الإدارية ـــ دار النهضة العربية ١٩٨٤م – صـــ٢٠١) ؛ وانظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ـــ الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ـــ صـــ٦) .

(٣) JIEAN RIVERO: droit adminstratif , 7 e éd . , Dalloz, 1975 .P . 17

(٤) أ.د/ سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري –١/ ١٩.

(٥) انظر (د/ ماجد راغب الحلو ـــ القضاء الإداري – صـــ٢٥).

الفرق بين الشريعة والمشروعية :

(أ) تطلق الشريعة لغة : على المورد الذي يرده الناس والدواب للشرب ، ويسمى مثل هذا المكان أيضا مشروعا ومشرعة ، كما أنها تطلق على الطريقة الواضحة [١] ؛ قال تعالى ﴿ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴾ [٢] . أي شريعة تتبعونها ، وطريقا واضحا تسلكونه [٣] . قال تعالى ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الأَمْرِ ﴾ [٤] أي طريقة [٥] :

فهي تعني " مورد الإبل إلى الماء الجاري ، ثم استعير لكل طريقة موضوعة بوضع إلهي ، ثابت من نبي من الأنبياء "[٦] .

وتطلق الشريعة اصطلاحا :(Law of Islam , Divine law shariah)

– يقصد بها عند علماء أصول الفقه : مجموعة الأصول والعقائد ، والمبادئ والأنظمة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والجنائية التي شرعها الله ﷻ لتنظيم حياة الفرد والمجتمع على الأرض وفق مراده جل جلاله [٧] .

---

(١) انظر مختار الصحاح ـــ مادة (شرع)

(٢) سورة المائدة : آية ٤٨ .

(٣) انظر معجم ألفاظ القرآن الكريم مادة (شرع) ـــ إصدار مجمع اللغة العربية ـــ القاهرة – ٢/ ١٣.

(٤) سورة الجاثية : آية ١٨ .

(٥) 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 تركيزكم 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 تركيزكم على قضية العقيدة ؟

ومن ثم فليس الأمر أمر ألفاظ وإنما أمر مغلطات 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 بالجصاص) ومثل (أحكام القرآن لابن العربي المالكي) وغيرهما .... انظر (د/ يوسف القرضاوي – مدخل لدارسة الشريعة الإسلامية – مكتبة وهبة ١٩٩٠م – صـ ٨ ، ٩) .

(٦) الكليات صـ ٥٢٤ .

(٧) د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٢٤٩ .

وتتميز هذه الأنظمة والمبادئ بالشمول والثبات والتوازن والدوام ؛ وذلك لأنها إلهية المصدر والمنشأ [١] .

– ويقصد بها عند فقهاء القانون " الطريقة المثلى التي يجب أن ينظم على أساسها السلوك الإنساني [٢] .

(ب) أما المشروعية كما علم فهي تعني خضوعًا للشرع واحترامًا له وموافقة له أو للقانون [٣] .

وتتميز المشروعية بالمرونة ، إذ إنها تساير كل عصر ، وتتميز أيضا 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 وملابساته [٤] .

الفرق بين الشَّرْعية والمشروعية :

(أ) قال البعضُ : بأن الشَّرْعية والشريعة بمعنى واحد ، فهي تعني " ما شرع الله لعباده "[٥].

(ب) وقال البعض : بأن الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان في المعنى ، باعتبار أن كلا منهما يغطي الآخر في مضمونه وفحواه [٦] .

(جـ) قال البعض : إن الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان من حيث

---

(١) د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٢٤٩ .

(٢) د/ ماجد راغب الحلو ـ القضاء الإداري – صـ ١٨ .

(٣) راجع في ذلك (د/ فؤاد محمد النادي – مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامي – صـ ٧٣) ، وراجع أيضا (د/ رمزي الشاعر – تدرج البطلان في القرارات الإدارية – صـ ٢٠١).

(٤) د/ محمد الدين محمد قاسم – السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث – المعهد العالمي للفكر الإسلامي ـ القاهرة (سلسلة الرسائل الجامعية) الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ١٣٤.

(٥) (القاموس المحيط – ٣ /٤٢ ؛ وانظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمي – علم المقاصد الشرعية – صـ ١٤) .

(٦) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري – صـ ٧ : ٨).

الظاهر ، أما من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما ، فإن الشرعية تعني موافقة الشرع ، أما المشروعية فهي تفيد محاولة موافقة الشرع ؛ ثم قال صاحب هذا الرأي " والمحاولة قد تصيب وقد تخيب "(١) ، هذا وقد ترجم معنى المشروعية والشرعية في الفقه الفرنسي ، وبين بأن المشروعية تعني احترام قواعد القانون ، أما الشرعية فهي تعني مفهوما أوسع ، وفكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة ، وما يجب أن يكون عليه القانون (٢) .

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 انضباطا 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 (٣) .

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 (٤) .

وأخراهما : موضوعية وهي القيام بحماية الحقوق ومراعاة المصالح مع بيان

---

(١) د/ ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – صـ ١٨ : ١٩ .

(٢) د/ ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – صـ ١٩ .

(٣) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ـ الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري – صـ ٩ .

(٤) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ـ المرجع السابق – صـ ٩ .

الخطوط الفاصلة بين حق الدولة وحقوق الأفراد والمصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

٢- 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 الشرْعية ، إذ إن الشريعة تختص بالمصادر المنشئة وهى فى النظام الإسلامى : القرآن والسنة حقيقة ، ومجازا فى الأدلة المتفق عليها عند الأئمة الأربعة وهي " القرآن والسنة والإجماع والقياس[١] .

أما المشروعية فهي تحوي في جعبتها المصادر المنشئة والمصادر الكاشفة[٢]. "كالإجماع ، والقياس ، والمصالح المرسلة ، والاستحسان وبقية المصادر المختلف فيها " كذلك تحتوي على المصادر المكتوبة وغير المكتوبة في القانون (كالعرف ، والمبادئ العامة) إنشاءً والأحكام القضائية كشفًا[٣] .

وإعمال نظرية الموازنة على ضوء مصطلح المشروعية الذى يقوم على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها ، ومراعاتها حماية حقوق الأفراد وحرياتهم فى تصرفاتها ، فالمشروعية تفرض على الإدارة قيودًا لصالح الأفراد ، غير أن حماية حقوق الأفراد وحرياتهم يجب ألا يحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن أدائها ، وهذا القدر من الحرية يتفاوت ضيقا واتساعا بحسب الظروف ومدى تحقيق الإدارة للمنفعة العامة .

ومن ثم تجد النظرية أساسها ومرجعيتها فتصبح النظرية واقعا قضائيا ، تُحمى في 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 :

---

(١) راجع في ذلك (الشيخ عبد الوهاب – أصول الفقه) .

(٢) انظر (د/ عبد الكريم زيدان – الوجيز في أصول الفقه ـ مؤسسة الرسالة – ط٦- ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م – صـ١٩٥).

(٣) انظر (د/ ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – صـ٢٦ : 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 الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار الأساس القانونى 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 الأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنْ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الأمور﴾[١] . وقال تعالى ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنْ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾[٢] .

ومن ثم فليس في النظام الإسلامي نشاطات دينية للسلطة وأخرى سياسية ـــ كما يظن البعض ـــ[٣] وغاية ما هنالك ، أن السلطة في الدولة الإسلامية ما هي إلا أداة يناط 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 "[٤] . وبناء على ذلك ، فإن تدخل السلطة في الحياة الاقتصادية ، والاجتماعية، وحماية حقوق الأفراد ، يعد نشاطا من نشاطات السلطة في النظام الإسلامي ، وذلك إعمالا لمبدأ : الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وإعمالا لقاعدة " سد الذرائع "[٥]وغيرها من القواعد الأصولية والفقهية [١].

---

(١) سورة الحج : آية ٤١ .

(٢) سورة آل عمران : آية ١١٠ .

(٣) 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.

(٤) انظر (الإمام أبو الأعلى المودودي – الخلافة والملك – دار القلم – الكويت – ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م – صـ٤٥) وانظر (الإمام أبو الأعلى المودودي – الحكومة الإسلامية – المختار الإسلامي – القاهرة ١٩٧هـ /١٩٧٧م – صـ٨٥) وانظر (د/ فوزي محمد طايل – أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية – صـ١٢ : ١٣) .

(٥) 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 – صـ٢٣١).

والذي يدعونا 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 (٢).

والسؤال الذي يدور في خَلدنا : هل يُعد مصطلح النظام الإسلامى متعددا تبعا للأنظمة العربية التى تعتنق الإسلام دينا وشريعة ، أم أنه يعد نظاما إسلاميا واحدا بناء على توحد مصادره المتمثلة فى القرآن والسنة والإجماع والقياس ؟

أولا : 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 قصارى جهد المخلص من أنظمة الحكم أن تجعلها مصدرا أول ..... وما يدعو إلى الأسف والحزن أنها لا تعد سقفا للمشروعية "(٣).

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 قولا وعملا ، فتعامل الشريعة الإسلامية معاملة تليق بها ليس باعتبارها نصوصا واجبة التطبيق فحسب ، بل ولا يجوز اللجوء إلى غيرها في حضرة نص في الموضوع ، وعند الضرورة فلا يجوز لنظام وضعي (قانون) أن يخالف نصا إسلاميا ليس فحسب ، بل ولا حتى روح التشريع) ثم ذكر الكاتب أن الشريعة تمثل سقف المشروعية للقانون الإداري فى المملكة العربية السعودية(٤).

---

(١) انظر (د/ فوزي محمد طايل – أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية – صـ١٣) .

(٢) د/ فوزي محمد طايل – المرجع السابق – صـ ٣٥ .

(٣) د/ حماد محمد شطا – الأصول الإسلامية للقانون الإداري – الكتاب الأول ـ النظرية العامة للقانون ـ دار الصحوة للنشر والتوزيع ـ القاهرة ـ صـ٢٦٥.

(٤) د/ حماد محمد شطا – الأصول الإسلامية للقانون الإداري – صـ٢٦٥ .

مناقشه هذا الرأي :

(١) إنه بمجرد قراءته نشم منه رائحة التمييز بين الدول الإسلامية ، كذلك جعل من النظام الإسلامى نُظُمًا 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"[١] 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 مجانبا للقانون مشوبا بالقصور [٢] .

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 ـــ كذلك لم تتعرض المحكمة الإدارية العليا إلى أصل المسألة وهي الشريعة الإسلامية باعتبارها الأساس الأول للتشريع في مصر [٣].

---

(١) دستور جمهورية مصر العربية والمعدل بتاريخ إبريل عام ١٩٨٠م .

(٢) الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ق بتاريخ ١٣ يونية عام ١٩٨٢م .

(٣) انظر (د/ ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – صـ٢٢) .

وهذه العقبة الكئود 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 السعودى 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[١] .

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 ، وتتفاوت درجتها من دولة وأخرى .

ثانيا : إن النظام الإسلامي ـــ مرادف للدولة الإسلامية " والدولة الإسلامية هي تلك الدولة العالمية التي تضم شعبا غالبيته العظمى من المسلمين ، وتسري أحكام الشريعة على كل جوانب الحياة فيها "[٢] .

لذا فإن النظام الإسلامي لا يفرز إلا دولة واحدة ، وليس مجموعة من الدول[٣] . كذلك 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[٤] .

---

(١) لقد عاشت المملكة العربية السعودية زمنًا طويلا ترفض فيه الانتخابات البلدية بحجة أنها من البدعة ، بل وتعاقب كل من يتحدث عن الديمقراطية والشورية فى الحكم ، واليوم وفى ظل هيمنة القطب الواحد فى العالم المتمثل فى القبضة الأمريكية الحديدية خضع النظام السعودى لما يمليه عليه الآخرون من العمل على الإصلاح الداخلى ، 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) .

(٢) د/ فوزي محمد طايل – أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية – صـــ٣٦ .

(٣) انظر (د/ فوزي محمد طايل – المرجع السابق – صـــ٣٦) .

(٤) راجع في ذلك (د/ فوزي محمد طايل – المرجع السابق – صـــ٣٦).

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 المعتبر .

المطلب الخامس : بناء الأحكام على المظان .

المطلب السادس : العقل ومراعاة الضرورة والبداهة .

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[١] . قال تعالى ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾[٢] . والقرآن هو : كلام الله المنزل على رسول الله ﷺ المنقول إلينا عن النبي ﷺ نقلا متواترا بين دفتي المصحف نظما ومعنى[٣]. 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[٤] .

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 يُنفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾[٥] . هذه الآية الكريمة تعد عمدة لنظرية الموازنة

---

(١) انظر (الغزالي – المستصفى– ١٨٩/١).

(٢) سورة النحل : آية ٤٤ .

(٣) انظر (الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري – كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى ـــ وضع حواشيه عبد الله محمد محمود عمر ـــ دار الكتب العلمية ط١ ـــ ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م –١/ ٣٦ : ٣٧) ، وانظر (الغزالى – المستصفى – ١/ ١٩٣).

(٤) الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري – المرجع السابق ـــ ١ / ٤٥ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

حيث كان العرب يعتبرون الخمر والميسر (القمار ــ واليانصيب) باب رزق لهم فالخمر للإسكار والاتجار قال تعالى ﴿ وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالاعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ (١) . والميسر يحقق مصلحة للفقير واعتبروها من قبيل المصالح العامة (٢) . إلا أن الشرع بين بأن الضرر فيها يربو على هذه المنافع فقال تعالى ﴿ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾.أي أن " المفاسد والأضرار التي تنشأ منهما أعظم من المنافع المتوقعة "(٣) . ويطلق الإثم على المعصية ، والضرر والمفسدة (٤) . كما يقصد به الإبطاء عن الخير (٥) . 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 (٦) وعمدتنا في ذلك قوله ﷺ في الحديث الذي رواه أبو هريرة ﷺ (٧) . " ..... فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " (٨) .

---

(١) سورة النحل : آية ٦٧ .

(٢) تقوم بعض الحكومات بإباحة اليانصيب : وهو مال كثير تجمعه هي ، أو بعض الجمعيات الخيرية أو الشركات من ألوف 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 ــ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٠م ــ ٢/ ٢٥٥.

(٣) العلامة الألوسي – روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني ، دار الغد العربي ــ الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م –٢ /٤٤١.

(٤) انظر (محمد الطاهر عاشور – التحرير والتنوير – ٢/ ٣٤٣) .

(٥) الأصفهاني – المفردات في غريب القرآن – صـ ١٩ .

(٦) انظر (ابن نجيم – الأشباه والنظائر – مكتبة نزار مصطفى الباز ــ الرياض ــ الطبعة الأولى – ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م – صـ٩١)

(٧) أبو هريرة ﷺ هو عبد الرحمن بن صخر ــ وقيل ابن غنم ــ الدوسي : (ت ٥٧هـ) ؛ انظر (ابن حجر العسقلاني (ت : ٨٥٢هـ) – تهذيب التهذيب – دار إحياء التراث العربي ٦ / ٤٨١ .

(٨) رواه البخاري في صحيحه كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ؛ ١٧ / ٦١ (فتح الباري) دار أبي حيان – الطبعة الأولى (١٤١٦هـ / ١٩٩٦م) .

ورواه مسلم ــ كتاب الحج (صحيح مسلم بشرح النووي) ــ دار الحديث القاهرة ــ الطبعة الأولى " ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م ــ ٥ / ١١١ " .

قال النووي ﷺ (١) " هذا من جوامع الكلم وقواعد الإسلام " (٢) .
وبناء على ذلك " إذا اجتمع في أمر من الأمور منفعة ومضرة أو مصلحة ومفسدة، فلا بد من الموازنة بينهما ، والعبرة للأغلب والأكثر "(٣) . فإذا كانت المفسدة أعظم اجتنباها ، 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 فبما يأخذه المقامر من المقمور ، وأما مفسدة الخمر فبإزالة العقول وما تحدثه من العداوة والبغضاء ، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وأما مفسدة القمار فبإيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهذه مفاسد عظيمة بالنسبة إلى المنافع المذكورة (٤) . وقالوا أيضا " بأن المنافع ـــ فيهما ـــ فدنيوية من حيث أن فيها نفع البدن ..... لكن هذه المصالح لا توازي مضرتها ومفسدتها الراجحة، لتعلقها بالعقل والدين (٥) 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 الفقزاء ، بالاتجار في الخمر ، والناتج من المقامرة .

(ب) قوله تعالى ﴿ وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ (٦) ... استنبط العلماء من الآية أن الطاعة إذا أدت إلى معصية راجحة وجب تركها (٧) .

---

(١) الإمام النووي ﷺ هو : الإمام الحافظ ، شيخ الإسلام ،محيى الدين أبو زكريا يحيي بن شرف الشافعي ٦٧٠هـ) انظر مقدمة صحيح مسلم بشرح النووي .

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر – ١٧ / ٧٧ .

(٣) د/ حسن سالم الدوسى – فقه الموازنات – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ـــ جمادى الآخرة ١٤٢٢هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت – عدد ٤٦/٤١٦.

(٤) انظر (الإمام العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـــ مؤسسة الريان – الطبعة الثانية ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م ـــ ١/٧٤) .

(٥) انظر (ابن كثير – تفسير القرآن الكريم – دار إحياء الكتب العلمية ـــ عيسى الحلبي – ١/٢٥٥).

(٦) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(٧) تفسير المنار – ٧ / ٥٦٦ .

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 [١] .

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 سب الله الأعلى ، وهذا أعظم ضررا من مصلحة سب آلهتهم ، وتعد هذه المضرة من المضار العام والضروري ويقول الإمام بن تيمية ﷺ : وجماع ذلك داخل في القاعدة العامة فيما إذا تعارضت المصالح والمفاسد ـــ أي المنافع والمضار ـــ والحسنات والسيئات أو تزاحمت فإنه يجب ترجيح الراجح منها"[٢] . 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 [٣] واعتبر بعض العلماء الآية " دليل على وجوب الحكم بقاعدة سد الذرائع [٤] .

ثانيا : دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المنفعة :

(أ) قال تعالى : ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾[٥] وجه الدلالة من الآية: ما قاله الحافظ الفقيه العز بن عبد السلام ﷺ " التلفظ بكلمة الكفر مفسدة ـــ مضرة ـــ محرمة ، لكنه جائز بالحكاية والإكراه ، إذا كان قلب المكره مطمئنا بالإيمان ، لأن حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من

---

(١) انظر (الإمام فخر الدين الرازي (ت ٦٠٦هـ) مفاتيح الغيب ، أو التفسير الكبير ـــ دار الغد العربي – الطبعة الأولى ١٤١٢هـ/١٩٩٢م – ٦/ ٥٠٩) .

(٢) مجموع فتاوى بن تيمية – دار الوفاء – الطبعة الأولى – ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م – ٢٨ / ٧٥ .

(٣) انظر (د / محمود حامد عثمان – قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي – دار الحديث القاهرة ـــ الطبعة الأولى – ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م ـــ صـ ١٤٢) .

(٤) القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – طبعة دار إحياء التراث العربي – ٧ / ٦١ .

(٥) سورة النحل : آية ١٠٦ .

مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان " (١) . 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 "(٢) . 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 لا تَعْلَمُونَ ﴾ (٣) . وجه دلالة الآية : أنها وازنت بين مضرة ومنفعة في الجهاد ، فالمضرة فيه قتل النفس ، والمصلحة فيه راجحة؛ وهي صيانة الدين ، وأن تصبح الأمة مرهوبة الجانب ، قوية الجناح ، يخافها أعداؤها .

يقول الإمام بن القيم ﷺ : 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 ـــ أي المضرة ـــ الذي فيه مغمور بالنسبة إلى ما تضمنه من الخير " (٤) .

ومن هنا رجحت الآية المنفعة على المضرة ، وهذا ما تدعو إليه الشريعة من عمل بالمنافع ولا سيما إذا كانت هي الراجحة (٥) .

وبالنظر إلى الدليلين المتعلقين بالموازنة بين المنفعة والمضرة ، تبين لنا أن هناك فرق بين ما إذا كان الأمر متعلق بالأفراد أو الأمة ، فإذا كان متعلقا بالأفراد قدمت

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الآنام – ١ / ٧٥ .

(٢) الغزالي – المستصفى – ١/٤٣٠ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢١٦ .

(٤) انظر (ابن القيم الجوزية – مفتاح دار السعادة – دار الكتب العلمية ـــ بيروت ـــ لبنان بدون تاريخ – ١/ ١٥) ، وانظر (أ/عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري ـــ القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين – دار ابن القيم ، ودار ابن عفان الطبعة الأولى –١٤٢١هـ – صـ٣٤٤).

(٥) انظر (مقاصد الشريعة عند ابن تيمية) : الدكتور / يوسف أحمد محمد البدوي ـــ دار النفائس ـــ الأردن ـــ الطبعة الأولى – ١٤١٢هـ / ٢٠٠٠م ـــ صـ ٢٨٧ .

منفعة المحافظة على النفس على الدين قبل " الإكراه على الكفر " أما إذا كان الأمر متعلقا بالأمة وهنا تتعارض مصلحة عامة على مصلحة خاصة مثل تشريع الجهاد فتقدم العامة في ظل ميزان مقاصد الشريعة ومراتبها (١) .

ثالثا : دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة :

(أ) قال تعالى : ﴿ مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الآخرة وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾(٢) .

الأصل في المنافع أنها إذا اجتمعت وتم تحصيلها جميعا ، كان ذلك أسلم وأحكم ، ولكن المسألة يعتريها الإشكال إذا حدث تنازع بين المنافع ، بحيث لا يمكن إعمال واحدة إلا بترك الأخرى ، ومن ثم تكون في حاجة إلى الموازنة .

والآية التي نحن بصددها دليل واضح يؤكد المعنى ، فلقد وازنت الآية بين منفعة الفداء بالمال ، ومنفعة القتل للأسرى ، ومع أن رسول الله ﷺ قد اختار الفداء ، نظرا لحاجة المسلمين إليه في ذاك الوقت إلا أن الله ﷻ أَبَىَ عليه ذلك ، وذكره بأن منفعة القتل أولى في مرحلة الضعف ؛ وقبل أن نثخن في الأرض بالعزة والقوة التي ترهب أعداءنا ؛ ولئلا يفضى ذلك ــ أي الفداء بالمال ــ إلى ضعفنا ورجحانهم علينا " (٣). وعليه فإنه يجب المبالغة في القتل في تلك الفترة ؛ حتى يذل الكفر ويقل حزبه ، ويعز الإسلام ويتولى أهله (٤) . قال بن عباس ﷺ " كان هذا يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل ، فلما كثروا واشتد سلطانهم أنزل الله تعالى بعد هذا في الأسرى (٥) . ﴿ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً ﴾ (٦)

لذا فإن العمل بالمنفعة الأكمل والأهم أولى ، يقول بن القيم : " فإن

---

(١) انظر (أهمية مقاصد الشريعة في الاجتهاد ــ أحمد محمد الرفايقة – صـــ١٦) نقلا عن (نحو تفعيل مقاصد الشريعة) د /جمال الدين عطية – المعهد العالمي للفكر الإسلامي ــ دار الفكر ــ دمشق ــ سورية ط١ – ١٤٢٢هـــ/ ٢٠٠١م – صـــ ٣٨.

(٢) سورة الأنفال : آية ٦٧ .

(٣) تفسير المنار ١٠ / ٧٣ .

(٤) تفسير الألوسي ٦ / ٦٢٣ .

(٥) تفسير القرطبي ٨ / ٥٠ .

(٦) سورة محمد : آية ٤ .

الشريعة مبناها على تحصيل المصالح ، بحسب الإمكان ، وأن لا يفوت منها شيء ، فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت ، وإن تزاحمت ولم يمكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض قدم أكملها وأهمها وأشدها طلبا للشارع "[١] .

والمعنى أن المنفعتين إذا تنازعتا بحيث لم يمكن الجمع بينهما بفعل الجميع ، فيؤخذ بأعلاهما ولو أدى إلى تفويت أدناهما ، ولذا قال أحد العلماء : فإن تزاحم عدد المصالح . . . يقدم الأعلى من المصالح[٢] .

قال تعالى : ﴿فَانطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾[٣] .

﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا﴾[٤] .

هذا النص القرآني يشير إلى ضرورة الموازنة بين المنافع وتقديم حفظ المنفعة الأكبر والأعم ، ولو بتفويت الأقل ، ولقد أراد نبي الله موسى عليه السلام حفظ مصلحة القوم في كمال سفينتهم دون عيب ، لذا أنكر صنيع الخرق بقوله ﴿ لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا ﴾ ولو يدرك نبي الله موسى عليه السلام السر في التصرف الذي أقدم عليه الخضر عليه السلام 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[٥] .

ومن ثم يدخل في هذا المضمار ما هو مقرر ومسلم به من :

١– تقديم المنفعة العامة عند تنازعها مع المنفعة الخاصة .

---

(١) انظر (ابن القيم – مفتاح دار السعادة ـــ دار الكتب العلمية ـــ بيروت لبنان ـــ (د: ت) ١٩/٢.

(٢) انظر (د/ مصطفى بن كرامة الله مخدوم – روضة الفوائد شرح منظومة القواعد لابن سعدي ـــ دار أشبيليا للنشر والتوزيع ـــ السعودية ـــ الرياض ـــ الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـــ/ ١٩٩٩م – صـــ٣٦) .

(٣) سورة الكهف: آية ٧١ .

(٤) سورة الكهف : آية ٧٩ .

(٥) انظر (التحرير والتنوير ١٢/١٦) .

٢- تقديم المنفعة الكبيرة عند تعارضها مع الصغيرة .

٣- تقديم منفعة الكثرة على منفعة القلة [١] .

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 تمرة ، ولا في زنة برة ، ولا مثقال ذرة [٢] .

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 [٣] .

رابعا: دليل الموازنة بين المضار المتعارضة :

(أ) قال تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنْ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنْ الْقَتْلِ﴾ [٤] .

وجه دلالة الآية : أن قتل النفس ـــ وهو مضرة كبيرة ـــ مقدم على مضرة

---

(١) انظر (د/يوسف القرضاوي – فقه الأولويات – دراسة جيدة في ضوء القرآن والسنة ـــ مكتبة وهبة ـــ الطبعة الثانية –١٤١٦هـ ـــ ١٩٩٦م– صـــ ٢٨) وانظر (د/أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية ـــ دار الكلمة ـــ مصر – الطبعة الأولى – ١٤١٨هـ ـــ ١٩٩٧م – صـــ٣٦٣) .

(٢) انظر (الإمام العز بن عبد السلام – الفوائد في مختصر القواعد ـــ مكتبة السنة القاهرة ـــ ط١ ١٤١٤هـ/١٩٩٤م – صـــ٤٦ : ٤٧).

(٣) انظر (د/ فوزي محمد طايل – أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية – صـــ ١٣٨).

(٤) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

الكفر ، لأن ضرر الكفر أشد وأعظم من قتل النفس [١] .

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 "[٢] .

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 [٣] . وفي هذا المعنى قال عبد الله بن جحش ﷺ[٤] :

تعدون قتلا في الـــحرام عظيمة ... وأعظم منه لو يرى الرشد راشد

صدودكم عمـــا يقـــول محمد ... وكفر به والله راءٍ وشـــــاهد

وإخراجكم من مسجد الله أهـــله ... لئلا يُرى لله في البيـــت ساجد [٥] .

وبناءً على ما تم بيانه في المسألة اعتبر العلماء أنه من القواعد الكلية أن [تدرأ أعظم المفسدتين باحتمال أيسرهما إذا تعين وقوع إحداهما] [٦] .

وللعلماء في ذات القاعدة صيغ مختلفة منها :

١- إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون ضرورة وجب

---

(١) انظر (أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لابن القيم – صـــ٣٣٣.

(٢) انظر (القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – ٥٠/٣) ، وانظر (الشوكاني – فتح القدير ـــ دار الفكر ٢١٨/١.

(٣) انظر (د/ حسن سالم الدوسي – فقه الموازنات – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ـــ جمادى الآخرة ١٤٢٢هـــ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت – عدد ٤١٢/٤٦.) .

(٤) عبد الله بن جحش بن رئاب بن يعمر الأسدي بن عمة رسول الله ﷺ استشهد يوم أحد ودفن مع حمزة بن عبد المطلب ﷺ . انظر (ابن الجوزي – صفة الصفوة – دار ابن خلدون ـــ الإسكندرية (د.ت)١٢١/١.

(٥) القرطبي ٣/ ٤٩ .

(٦) الزركشي – المنثور في القواعد ـــ تحقيق د / تيسير فائق أحمد محمود ، راجعه د/ عبد الستار أبو غدة ـــ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـــ الكويت – ٣٤٨/١.

تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضررا ، لأن الزيادة ضرورة إليها فلا تباح [١] .

٢- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما [٢] .

يقول ابن القيم ـــ رحمه الله ـــ " إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقّاه على حاله وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه "[٣] .

(ب)قال تعالى ﴿ قَالَ يَبْنَؤُمَّ لا تَأْخُذْ بِلِحْيَتِي وَلا بِرَأْسِي إِنِّي خَشِيتُ أَنْ تَقُولَ فَرَّقْتَ بَيْنَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَلَمْ تَرْقُبْ قَوْلِي﴾[٤] .

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 إِسْرَائِيلَ﴾ فقدم وحدة الجماعة على أي اعتبار آخر بصفة مؤقتة ، حتى يعود موسى عليه السلام ليتفاهما على كيفية العلاج [٥].

قال القرطبي ـــ رحمه الله ـــ " 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 "[٦] .

وهذا اجتهاد منه في سياسة الأمة إذ تعارضت عنده مفسدة حفظ العقيدة، وحفظ الجماعة من الهرج ، وفي أثنائها حفظ الأنفس والأموال والأخوة بين الأمة فرجح الثانية [٧] . " والأمر اندرج في فعل الأولى دون المعصية "[٨] .وكان اجتهاده عليه السلام مرجوحا ؛ لأن حفظ الأصل الأصيل للشريعة أهم من حفظ الأصول المتفرعة عنه ، فصلاح الاعتقاد أهم من صلاح الاجتماع ، لذلك لم يكن نبي الله موسى

---

(١) ابن رجب – القواعد ـــ دار الفكر – بدون تاريخ – ٢٤٦/١١٢ .

(٢) الزرقا – شرح القواعد الفقهية – مادة (٢٨) مجلة الأحكام العدلية – صـــ٢٠١.

(٣) ابن القيم – القواعد الفقهية ـــ صـــ ٣٣٣ .

(٤) سورة طه : آية ٩٤ .

(٥) انظر (د/ يوسف القرضاوي – السياسة الشرعية – صـــ٣٠٣).

(٦)انظر (القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – ١١/ ٢٥٤) .

(٧) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير – ٢٩٣/٨) .

(٨) انظر (الرازي – مفاتيح الغيب – ٢٩/١١) .

عليه السلام خافيا أن هارون عليه السلام كان من واجبه أن يتركهم وضلالهم وأن يلتحق بأخيه ، فإن حرمة الشريعة بحفظ أصولها وعدم التساهل فيها [1] .

ومن ثم فإن نبي الله هارون درأ الأفسد في نظره وبنى موازنته على ذلك ، وفي هذا المعنى يقول العز ابن عبد السلام رحمه الله [إذا اجتمعت المفاسد فإن أمكن درءها درأناها ، وإن تعذر درءها ، فإن تساوت تخيرنا وقد نقرع ، وإن تفاوتت درأنا الأفسد فالأفسد ، ولا يخرج الفاسد عن كونه مفسده] [2] .

---

(١) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير – ٢٩٤/٨) .

(٢) انظر (العز بن عبد السلام – القواعد الصغرى " الفوائد في مختصر القواعد " – صـ٤٧) .

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) [١] وأكد النبي ﷺ هذا المعنى بقوله : « ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه »[٢] .

وتطلق السنة في اللغة : على الطريقة المتبعة والمسلوكة محمودة كانت أو مذمومة .

وقال الإمام الخطابي [٣] أصلها الطريقة المحمودة إذا أطلقت وعلى المذمومة إذا قيدت ، كقوله ﷺ « من سن سنة سيئة »[٤] .

وتطلق اصطلاحا 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

---

(١) الشوكاني – إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ـــ ١٣٢/١ .

(٢) الإمام أحمد – مسند الإمام أحمد ـــ المطبعة اليمنية – القاهرة ـــ ١٣١٣هـ – ١٣١/٤، وانظر (الحافظ السيوطي – مفتاح الجنة في الاحتجاج بالسنة ـــ هدية مجلة الأزهر ـــ المحرم ١٤٢٠هـ ـــ صـــ١٨)

(٣) الإمام الخطابي : هو حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب أبو سليمان الخطابي ـــ فقيه حافظ وأديب محدث (ت ٣٨٨هـ) انظر (السيوطي – طبقات الحفاظ ـــ تحقيق /على محمد عمر ـــ طبعة مكتبة وهبة القاهرة ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م – صـــ٤٠٣).

(٤) صحيح مسلم ـــ باب الحث على الصدقة ولو بشق تمرة ، رقم (١٠١٧) ـــ ١١١/٤ .
الدارمي ـــ باب من سن سنة حسنة أو سيئة برقم (٥١٢) ١٤٠/١ .

ـــ الموازنة بين المنافع والمضار ـــ ويقال : كان الإمام الأوزاعي [١] إماما في السنة أي في معرفة الواقع العملي في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة [٢].

ومن ثم فإن لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مرجعية في السنة منها على سبيل المثال لا الحصر .

أولا : دليل الموازنة بين المضار المتعارضة :

١–دفع أعظم المفسدتين والمضرتين ، وعمدتنا حديث النبي ﷺ الذي رواه أبو سعيد الخدري ﷺ [٣] « لا ضرر ولا ضرار » [٤].

وجه دلالة الحديث : إن الشريعة وضعت لتحصيل المنافع والمصالح للخلق ودرء المفاسد والمضار عنهم ، والحديث أصل عام في الموضوع ، ورد فيه النفي العام للمضار إلا ما خصصه الدليل [٥]، 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 ولاسيما إذا كانت مرتبطة بالمنافع العامة والخاصة .

يقول بن القيم ﷺ : " إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين

---

(١) الإمام الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن عمرو بن محمد أبو عمرو الأوزاعي إمام الديار الشامية فى الفقه والزهد ، سكن بيروت وتوفى بها ، أهم كتبه [السنن فى الفقه ، المسائل (سئل فيه عن سبعين ألف مسألة ، أجاب عليها كلها)] (ت ١٥٧هـ) انظر (ابن كثير – البداية والنهاية –١٠/١٢٤ :١٢٩ ، والزركلى – الأعلام – ٣/٣٢٠).

(٢) انظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ٢٣٥: ٢٣٦) ، وانظر (الكفوي الكليات – صـ٤٩٧) ، وانظر (الشوكاني – إرشاد الفحول – صـ١٣١).

(٣) أبو سعيد الخدري ﷺ هو : سعد بن مالك بن سنان بن ثعلبة بن الأبجر (ت ٦٤ هـ) انظر (ابن سعد – الطبقات الكبرى – تحقيق د/ على محمد عمر ـــ طبعة هيئة الكتاب – ٢٠٠٢م – ٥/٣٥٠) ، وانظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ٢/٢٨٢).

(٤)رواه أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري ﷺ وقال الحاكم :حديث صحيح على شرط مسلم ؛ انظر (الحاكم – المستدرك– ١/٥٤٤) .

(٥) انظر (الشيخ عبد الوهاب خلاف – مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ـــ ط دار القلم ١٩٩٣م صـ١٠٦ : ١١٨)، وانظر (د/ حسين حامد حسان – نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي – صـ٥٢٩).

ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به "[١] ، وقال السيوطي ـــ رحمه الله ـــ " ونشأ من ذلك قاعدة .....وهي : إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما "[٢]

٢– دفع المضرة العامة في مقابلة الخاصة :

عن أبي هريرة ﷺ قال : قال النبي ﷺ « لا يُمنع فضل الماء ليُمنع به الكلأ »[٣] .

قال الحافظ بن حجر ـــ رحمه الله ـــ " والمعنى أن يكون حول البئر كلأ[٤] 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 الرّعي "[٥] 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 ، فراعي المشرع أعظمهما ضررا بإزالته ، بارتكاب أخفهما .

ومن ثم وضع الفقهاء هذه القاعدة الفقهية : " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "[٦] وفي ذات المعنى قولهم : " الأمر الخاص مغمور بالعام ، واليسير من الضرر محتمل للكثير من النفع والصلاح "[٧].

---

(١) ابن القيم – أعلام الموقعين – ط٣ – دار الحديث ١٩٩٧م – ١٢١/٢.

(٢) السيوطي – الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية – مكتبة التوفيقية – القاهرة – صـــ١٧٩.

(٣) أخرجه البخاري ـــ كتاب الشرب والمساقاة (باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء) رقم : ٢٣٥٣ ، ٤٥٣/٦ ، ورواه مسلم ـــ كتاب المساقاة ـــ باب تحريم بيع فضل الماء برقم : ١٥٦٤ ، ٤٩٤/٥ .

(٤) الكلأ : العشب رطبه ويابسه ، انظر (الشيرازى الفيروزابادى – القاموس المحيط – ٢٦/١) .

(٥) ابن حجر – فتح الباري بشرح صحيح البخاري– ٤٥٣/٦ .

(٦) الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـــ١٩٧ .

(٧) د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية صـــ١١٢ .

ثانيا : دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة :

١– الموازنة بين المنفعة العامة والخاصة : عن ابن عباس رضي الله عنه [١] قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تلقّى الرّكبان ، وأن يبيع حاضر لباد » [٢] . وعن جابر [٣] قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[٤] .

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 [٥] .

هذا وقد ثبت تحريم هذا البيع لأجل الخديعة ودفع الضرر [٦] ، وحكى ابن المنذر[٧] عن الجمهور أن النهي للتحريم إذا كان البائع عالما والمبتاع مما تعم الحاجة إليه[٨] ، وقال صاحب المهذب :

---

(١) ابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ 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.

(٢) رواه البخاري ــ كتاب البيوع باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ؟ رقم : ٢١٥٨ ــ ١٩٩/٦ . ورواه مسلم ــ كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي ــ رقم : ١٢٥١ ــ٤٢٤/٥ .

(٣) جابر رضي الله عنه هو : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة بن حرام بن غنم بن كعب بن سلمة ، ويكنى بأبي عبد الله (ت ٧٨هـ) انظر (ابن سعد الطبقات الكبرى – ٣٨٢/٤ : ٣٩٢ برقم ٦٩٦).

(٤) رواه البخاري ــ كتاب البيوع باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ؟ رقم : ٢١٥٨ ــ ١٩٩/٦ . ورواه مسلم ــ كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي ــ رقم : ١٢٥١ ــ٤٢٤/٥.

(٥)انظر (الشاطبي – الموافقات – ٢٤/٢) .

(٦) انظر (ابن رشد الحفيد – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر للنشر والتوزيع ــ بدون تاريخ – ١٢٤/٢).

(٧) ابن المنذر هو : أبوبكر 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).

(٨) انظر (الشوكاني – نيل الأوطار – ط٤ – دار الحديث ١٤١٧هـ/١٩٩٧م – ١٩٥/٥: ١٩٦).

(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)[١] .

٢– ترجيح المنفعة الجوهرية على الشكلية :

أعظم مثال لهذا الترجيح بين المنافع ، هو صلح الحديبية الذي عقده النبي ﷺ مع قريش[٢]، والمتأمل في بنود هذا الصلح يرى أنها كلها تنازلات ، وقد جعلت هذه البنود عمر بن الخطاب ﷺ يقول : (والله ما شككت منذ أسلمت إلا يومئذ .....)[٣] وحتى الصحابة الكرام ــ رضي الله عنهم ــ لمّا أمرهم النبي ﷺ بعد إتمام الصلح أن ينحروا ويحلقوا ليتحللوا من إحرامهم ، لم يفعل منهم أحد ، إلا بعد مشورة أم المؤمنين أم سلمة ــ رضي الله عنها ــ لرسول الله ﷺ ، وطلب هؤلاء الأخيار المصلحة الشكلية من الصلح ، كوصف الرسالة الملاصق لاسم رسولنا ﷺ " 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 ﷺ إلى التخلص من بقايا الخطر اليهودي في المدينة[٤] . ومن ثم وضحت الموازنة بين المنافع ، فقد رأينا النبي ﷺ يغلب المصالح والمنافع الجوهرية والمستقبلية ، على المنافع الشكلية [٥]، وكيف لا ، وقد اعتبر القرآن هذا الصلح فتحا قال تعالى ﴿ إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُبِينًا ﴾[٦] .

---

(١) النووي – المجموع بشرح المذهب – دار الفكر للنشر والتوزيع ــ لبنان – ١٤١٧هـ/١٩٩٦م- ٣٦/١٣

(٢) انظر (ابن كثير – البداية والنهاية – ١٦٥/٤) .

(٣) ابن القيم – زاد المعاد – ١٨٣/٢ – النور الإسلامية للنشر – بدون تاريخ .

(٤) انظر (د/ حسن سالم الدوسي – فقه الموازنات – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ــ جمادى الآخرة ١٤٢٢هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت – عدد ٤٠٦/٤٦).

(٥) انظر (د/أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب – صـ٣٦٧) .

(٦) سورة الفتح : آية ١ .

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 النووى : (أن للإمام أن يعقد الصلح على ما رآه مصلحة للمسلمين ، وإن كان لا يظهر ذلك لبعض الناس فى بادئ الرأى . وفيه احتمال المفسدة اليسيرة لدفع أعظم منها أو لتحصيل مصلحة أعظم منها ، إذا لم يمكن ذلك إلا بذلك) (١). 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 (٢) فإنه ينظر إلى حجم كل منهما ويوازن بينهما على النحو الآتي:

١– إذا كانت المضرة أعم وأعظم من المنفعة الخاصة اجتنباها ، ولا نبالي بالمنفعة الخاصة والقليلة ، ودليل ذلك : ما رواه معمر بن عبد الله العدوي (٣) : أن النبي ﷺ قال : « لا يحتكر إلا خاطئ »(٤) .

والمحتكر : هو الذي يعمد إلى شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم ، هو ظالم لعموم الناس (٥) .

ووجه دلالة الحديث : تحريم الاحتكار لظلم العباد ولهذا كان من حق ولي

---

(١) انظر (النووي – شرح صحيح مسلم – ٦/٣٨٠) .

(٢) انظر (د/ حسن سالم الدوسى – فقه الموازنات – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ـــ جمادى الآخرة ١٤٢٢هـ ـــ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت – عدد ٤٦/٤١٦) .

(٣) معمر بن عبد الله العدوي هو : ابن نضلة بن عوف بن عبيد بن عويج بن عدي بن كعب العدوى ، روى حديث الاحتكار ، وروى عنه سعيد بن المسيب ، انظر (ابن سعد – الطبقات الكبرى – برقم ٤١٩ – طبعة الهيئة المصرية للكتاب – ٢٠٠٢م– ٤/١٣٠)، وانظر (ابن حجر – تقريب التهذيب – ٢/٢٦٦).

(٤) رواه مسلم ـــ كتاب المساقاة باب تحريم الاحتكار في الأقوات ـــ رقم ١٦٠٥ ، ٦/٤٨ .

(٥) انظر (ابن القيم – الطرق الحكمية دار البيان العربي ١٩٨٥م – صـــ ٢٥٢) .

الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل[١] .لكن في فعله إضرارا عاما بالمجتمع ، لذا نهى الشرع عنه[٢] وعليه وضعت قاعدة : [دفع الضرر العام واجب بإتيان الضرر الخاص][٣] ، وفي نفس المعنى أيضا قاعدة [يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام][٤] وذلك لما في المنع من الاحتكار ضرر خاص واقع على المحتكر.

٢– إذا كانت المنفعة أكبر من المضرة قدمنا تحصيل المنفعة على المضرة ، وإن كان يترتب عليه ضررا أو مفسدة قليلة ، فلا تُمنع الأفعال التي تفضي إلى المفسدة نادرا وقليلا ومنفعتها أرجح من مضرتها .

والدليل على ذلك : ما ورد في جواز الإجارة ، وخصوصا جواز استئجار المشرك ، فعن عروة ابن الزبير ـــ رضي الله عنهما ـــ[٥] عن أم المؤمنين عائشة ـــ رضي الله عنها ـــ في حديث الهجرة قالت : « واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر ﷺ رجلا من بني الدّيل ثم من بني عبيد بن عدي هاديا خريتا[٦] ..... »[٧]

والإجارة : نوع من البيع ، وهي عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال ، وتمليك المنافع بعوض إجارة ، وبغير عوض إعارة[٨] ، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة ، وهذه المنفعة التي هي محل عقد الإيجار كانت مثار خلاف بين الفقهاء باعتبار وجودها حكما أو قيام العين المؤجرة محلها ، والراجح أنها موجودة استقلالا بحسب طبيعتها الخاصة[٩] .

---

(١) انظر (ابن القيم – المرجع السابق – صـــ٢٥٢) .

(٢) انظر (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – عدد ٥١/٩٣) .

(٣) أمير بادشاه – تيسير التحرير في أصول الفقه ـــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي – ٢/٣٠١.

(٤) الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية « مادة : ٢٦ » صـــ١٩٧.

(٥) عروة بن الزبير هو : عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى ـــ أمه أسماء بنت أبي بكر ـــ رضي الله عنها ـــ (ت ٩٩هـــ) انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب – ٤/١١٩) .

(٦) خرّيتا : أي ماهرا بالدلالة ، وسمي خريتا لشقة ألفازه ، انظر لسان العرب لابن منظور ٢/٣٠ .

(٧) رواه البخاري ـــ كتاب الاجارة ـــ باب استئجار المشرك عند الضرورة برقم : ٢٢٩٣ ، ٦/٣١٩ .

(٨) الجرجاني – التعريفات – صـــ٣١ .

(٩) انظر (ابن قدامة – المغني ـــ دار الحديث – ١٩٩٦م – ٧/٣٢١) ، وانظر (د/ محمد عبد المنعم حبشي – التعدي على المنافع في الشريعة والقانون ـــ دراسة مقارنة – الكتاب الجامعي ـــ كلية الحقوق جامعة عين

والمعقود عليه في الإجارة فيه بعض الغرر ، والغرر مجهول العاقبة لا يُدرى أيكون أم لا [١] ولذا فيه مضرة إلا أنها خاصة بالعاقد ، وفي المقابل تتعطل مصالح الناس بفقدها ، ومن نظر من العلماء إلى نسبة الضرر فيها قال بعدم الجواز للغرر . يقصد بذلك أن الإجارة عقد على منافع لم تخلق [٢] ومن نظر إلى ما تحققه الإجارة من منفعة عامة للناس قال بالجواز موضحا حكمة ذلك بأنها جائزة لحاجة الناس إليها ، وبهذا الرأي قال الجمهور [٣] ومن هنا نجد أن المشرع راعى المنفعة العامة للناس دون اعتداد بالمضرة القليلة الموهومة .

كذلك أمر استئجار المشرك فإنه أجيز أيضا للضرورة وللمصلحة العامة ، وبخاصة عند عدم وجود المسلم الذي يقوم بمثل هذا العمل [٤] قال ابن بطال [٥]: عامة الفقهاء يجيزون استئجارهم عند الضرورة [٦] وفي هذا دليل على تغليب المنفعة العامة على المضرة الخاصة ، وفي هذا المعنى وضعت القاعدة التي صاغها الشاطبي بقوله: (المصلحة إذا كانت هي الغالبة ـــ عند مناظرتها بالمفسدة في حكم الاعتياد ـــ فهي المقصودة شرعا ، ولتحصيلها وقع الطلب على العباد ، وكذلك المفسدة ، إذا كانت هي الغالبة ـــ بالنظر إلى مصلحة في حكم الاعتياد ـــ فرفعها هو المقصود شرعا ، ولأجله رفع النهي) [٧].

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 .

شمس ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م – صـ٨١ : ٨٦ .

(١) الكفوي – الكليات – صـ٦٧٢ .

(٢) انظر (ابن قدامة – المغني – ٣٢٠/٧) .

(٣) (ابن قدامة – المرجع السابق – ٣٢٠/٧).

(٤) انظر (ابن حجر – فتح الباري ٣١٩/٦) .

(٥) ابن بطال هو : ابن وهب بن عبد الأعلى أبو عبد الله التميمي ، ت ٣٦٦هـ ، انظر ترجمته في (ابن فرحون – الديباج المذهب ـــ دار الكتب العلمية ـــ بيروت– ٣٢١/١ .

(٦) انظر (الشوكاني – نيل الأوطار ـــ ط دار الحديث ١٩٩٦م – ٣٣٦/٥.

(٧) الشاطبي – الموافقات – ٢١/٢ ، وانظر (د/ أحمد الريسوني – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ـــ دار الكلمة ـــ المنصورة ـــ مصر – الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م– ٢٧٥) .

المطلب الثالث

الإجماع

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع على سبيل الترتيب إجمالا ، 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[١] .

وهو حجة شرعية عند جمهور الفقهاء ، يجب العمل به على كل مسلم ، خلافا للشيعة[٢] والخوارج[٣] ، والنظام من المعتزلة[٤] .

ومنذ أحس العلماء المسلمون ـــ بعد الصدر الأول ـــ بخطر الفصام بين مبادئ الإسلام كالعدل والمساواة ورعاية مصالح العباد ، وواقع الحياة ، وجهودهم متصلة لرتق الفتق ، ودأب الصدع ، وإعادة الاتزان بين المصالح والمفاسد[٥] ،

---

(١) انظر (الإمام أحمد بن قاسم العبادي – الشرح الكبير على الورقات ـــ مؤسسة قرطبة ـــ ط١ – ١٤١٦هـ /١٩٩٥م – ٣٥١/٢) ، انظر (ابن الحاجب – منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل ـــ دار الكتب العلمية ـــ بيروت ـــ لبنان ـــ الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ /١٩٨٥م– صـــ ٥٢ .

(٢) الشيعة : هم فرقة من الفرق السياسية الإسلامية ظهروا في آخر عهد عثمان بن عفان ﷺ ونمو وترعرعوا في عهد علي بن أبي طالب ﷺ ـــ وينقسمون إلى مغالي ومعتدل ، المغالي كالإمامية ، والمعتدل كالشيعة الزيدية ـــ يقولون بإجماع أهل البيت فقط دون غيرهم ، انظر (الشيخ محمد أبوزهرة – تاريخ المذاهب الإسلامية – صـــ٣٠: ٣٥) ، وانظر موقفهم الفقهي في (الرازي – المحصول – ١٠١/٤ : ١٢٤) .

(٣) الخوارج : هم جماعة خرجوا على الإمام علي ﷺ ممن كانوا معه في حرب صفين ـــ انظر (الشهرستاني – الملل والنحل ـــ طبعة الحلبي – ١١٤/١).

(٤) النظام : هو أبو إسحاق إبراهيم بن سيار المعروف بالنظام (ت ما بين ٢٢١ ، ٢٢٣) وهو زعيم الطائفة النظامية من المعتزلة ـــ يقول بعدم الإجماع شرعا وإن كان يجوز عقلا ، انظر (النجوم الزاهرة ٢٢٤/٢ ـــ ط دار الكتب المصرية) .

(٥) انظر (الآمدي – إحكام الأحكام – ١٣٩/١) .

وخصوصا وأن الجمهرة 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 [١].وباستقراء ما ورد من مسائل شرعية أجمع العلماء على أحكامها ، وجدنا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مرجعية في الإجماع ، ووجدنا نقولا للعلماء تؤكد المعنى كقولهم : (إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو من حكمة مقصودة)[٢] وقولهم (وأما الإجماع : فقد أجمع إلا من يعتد به من جامدي الظاهرية [٣] على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد)[٤] . 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 ﷺ 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 [٥] .

وبناءً على نظرية الموازنة فقد تجلى 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

---

(١) انظر (د/ حسن سالم الدوسي – فقه الموازنات – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ـــ جمادى الآخرة ١٤٢٢هـ تصدر عن مجلس النشر العلمي لدولة الكويت – عدد ٤٦ /٣٨١) .

(٢) الآمدي– إحكام الأحكام – ٢٨٥/٣ .

(٣) الظاهرية : هي مذهب فقهي يقرر أن المصدر الفقهي هو النصوص ، فلم يأخذوا بالقياس ولا الاستحسان ولا المصالح المرسلة ، ولا الذرائع ؛ وإذا لم يوجد نص أخذوا بالاستصحاب الذي هو الإباحة الأصلية ، وينسبون إلى داوود بن على الأصبهاني (ت : ٢٧٠هـ) والذي كان يأخذ بظاهر النص فنسبوا إليه . انظر (الشيخ / محمد أبو زهرة – تاريخ المذاهب الإسلامية– صـ ٥٠٦) وانظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوسيط مادة (ظهر) – ٥٩٩/٢).

(٤) الشيخ عبد الوهاب خلاف – مصادر التشريع فيما لا نص فيه – صـ١١٦ (شرح حديث لا ضرر ولا ضرار للطوفي) .

(٥) انظر (البوطي – فقه السيرة ـ دار السلام ـ ط ٦ ١٤١٩هـ /١٩٩٩م ـ ٣٥١) .

الخاصة ، ولم يخرج من بينهم من ينكر مثل هذا العمل [١] فدلَّ ذلك على أخذهم بالنظرية محل البحث .

الثاني : اتفاق الصحابة ﷺ على تضمين الصناع ، وقال علي ﷺ « لا يصلح الناس إلا ذاك » [٢] 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 [٣] .

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 نوعا من الفساد ـــ أي المضرة ـــ لأنا 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 [٤] .

لذا: وازن الصحابة بين المصلحة والمضرة وغلبوا المصلحة العامة على الخاصة بل على المفسدة الخاصة في سبيل درء العامة التي يصاب بها خلق كثير .

---

(١) انظر (مجلة البحوث الفقهية المعاصرة) عدد ١٤/٥١ .

(٢) د/ حامد جامع – على بن أبي طالب ﷺ حاكما وفقيها – توزيع أخبار اليوم ٢٠٠١م ـــ ٢٧٩/٢.

(٣) انظر (البوطي – ضوابط المصلحة – صـــ٣١٠).

(٤) الشاطبي – الاعتصام – ٣٥٧/٢ .

المطلب الرابع

القياس المعتبر

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

القياس : لغة : التقدير ، وقاس يقيسه قياسا ، وقايست بين شيئين إذا قدرت بينهما – ويقال : قصر مقياسك عن مقياسي ، أي منالك عن منالي [١] .

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"[٢] .

وعرفه الاسنوي [٣]، بقوله : "إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت"[٤]،

وعرفه صاحب التوضيح بقوله : "القياس : هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك بمجرد فهم اللغة"[٥] .

وعرفه السمرقندي [٦] بقوله : "القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر" .

---

(١) انظر (ابن منظور – لسان العرب – ٤٠/٥) .

(٢) انظر (الجويني – البرهان في أصول الفقه – ٥/٢) ، وانظر (الغزالي – المستصفى – ٢٣٦/٢) ، وانظر (الشوكاني – إرشاد الفحول – ٥٧٧/٢) .

(٣) الإسنوي هو : الإمام جمال الدين عبد الرحيم ابن الحسن الإسنوي ، نسبة إلى مدينة (إسنا) بأقصى صعيد مصر شافعي المذهب (ت : ٧٧٢هـ) انظر (الزركلي – الأعلام – ٤٣/١) .

(٤) الإسنوي – زوائد الأصول على منهاج الوصول إلى علم الأصول– دراسة وتحقيق /محمد سنان شيف الجلالي– مؤسسة الكتب الثقافية – بيروت – ط١– ١٤١٣هـ/١٩٩٣م – صـ٣٧٤.

(٥) التفتازاني – التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي– دار الكتب العلمية – بيروت (د : ت) – ٥٢/٢ .

(٦) 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 المكحولي ، 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] (ت٥٧٥هـ) انظر (اللكنوي – الفوائد البهية في تراجم الحنفية – مصر ١٣٢٤هـ – صـ ١٥٨) .

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 القايس ، وهو تبيين وإعلام أن حكم الله تعالى كذا ، وعلته كذا ، وهما موجودان فى الموضع المختلف فيه[١] ، وقد لاقى هذا المصدر اعتراضا من الشيرازى ، والجوينى ، فقال الأول (إن المصالح لا تعرف بالقياس ، ولكن ما عرف بالقياس فهو معلوم بالنص) [٢] ، واعتبرها الجوينى : (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 فى إثبات قضيتها الخاصة بغيرها من الضروب) [٣].

ومع هذا الاعتراض فإن الجوينى ذكر فى تمهيده للقياس بأن (القياس مناط الاجتهاد ، وأصل الرأى ، 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 التى يتوقع وقوعها لا نهاية لها ، والرأى المبتوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى – ملتقى من قاعدة الشرع ، والأصل الذى يسترسل على جميع الوقائع القياس ، وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال ، فهو إذا أحق الأصول باعتناء الطالب) [٤] .

وبنظرة فاحصة فى أقوال جمهور علماء الأصول تجد أنهم اعتدوا بالقياس فى الموازنة بين المنافع والمضار ، حين يغيب النص عن المجتهد ؛ فإنه يبنى الحكم على الوصف الذى يراه باجتهاده المنطلق من الأدلة الشرعية محققا المصلحة فى جلب

---

(١) السمرقندى – ميزان الأصول فى نتائج العقول (المختصر) – تحقيق د/محمد زكى عبد البر دار التراث – القاهرة – الطبعة الثالثة ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ٥٥٤.

(٢) الشيرازى – التبصرة فى أصول الفقه – تحقيق د/محمد حسن هيتو– دار الفكر – دمشق سوريا – الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م – صـ٤٢٠.

(٣) الجوينى – البرهان – ٩٣/٢ .

(٤) الجوينى – المرجع السابق – ٣/٢ .

النفع ، ودفع الضرر عن الفرد ، والمجتمع ، بما يتفق مع مقاصد الشريعة ، وهو ما يسمى بالمناسب المرسل[١] ، الذى 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 فى درجة واحدة من الأهمية ، والاعتبار ، بل هى متفاوتة فيما بينها ، فمنها الضرورى ، ومنها الحاجى ، ومنها التحسينى ، على النحو الذى وزعه الباحثون فى المقاصد بعد أن قاموا بدراسة مستفيضة لها ولترتيب الشرع للأحكام التشريعية[٢] .

وتبعا لتحقيق الحكم الشرعى لهذه المقاصد ، تدور العلة مع حكمها ، وتخضع لتقسيماتها ، وهذا التقسيم هو محل عمل الموازنة ، ومن ثم أصبحت العلة ، ومناسبها المرسل مصدرا موثقا لنظرية الموازنة ، وأساسا لبناء أحكامها لمعالجة كثير من القضايا الإسلامية ، والمشكلات الاجتماعية والفردية[٣] .

وبناء على ذلك فالقياس عند جمهور العلماء مصدر من مصادر نظرية الموازنة ، وأكّد ابن القيم العمل بالقياس المعتبر فى الموازنة بقوله : "هو ما أرشد الله عباده إليه فى غير موضع من كتابه ، فقاس النشأة الثانية على النشأة الأولى فى الإمكان ... وقاس حياة الأموات بعد الموت على حياة الأرض بعد موتها بالنبات ... وقد اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلا تتضمن تشبيه شيء بنظيره ، والتسوية بينهما فى الحكم ، وقد ركز الله فى فطر الناس وعقولهم التسوية بين المتماثلين ، وإنكار التفريق بينهما ، والفرق بين المختلفين ، وإنكار الجمع بينهما)[٤].

---

(١) انظر (د/ نادية محمد شريف العمرى – القياس فى التشريع الإسلامى – دراسة أصولية فى بيان مكانته وأثره فى الجوانب التطبيقية– دار هجر للطباعة والنشر – القاهرة – ط١– ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م – صـ٢٤٢).

(٢) انظر (د/ نادية محمد شريف العمرى – المرجع السابق – صـ٢٤٥) .

(٣) انظر (د/ نادية محمد شريف العمرى – المرجع السابق – صـ٢٤٣) .

(٤) ابن القيم – إعلام الموقعين – ١/١٢٠ : 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 مُلاقُو اللَّهِ كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾[١]. أراد بها : يوقنون[٢].

وأما الشك كأن يقول : ظننت الشيء إذا لم يتيقنه ، فإن العرب تسمى اليقين ظنا ، والشك ظنا[٣].

والظن فى الاصطلاح : له عدة تعريفات عند علماء الأصول منها :

الظن : هو إصابة المطلوب بضرب من الإمارات[٤].

أيضا هو : ترجيح أحد الاحتمالين فى النفس على الآخر ، من غير القطع ، كما أنه الاعتقاد الراجح مع إحتمال النقيض[٥].

وعُرّف أيضا بأنه : الطرف الراجح المطابق للواقع ، والوهم الراجح غير المطابق للواقع ، وهو إدراك الطرف الراجح من التردد بين أمرين[٦].

أما : (المظنة) بكسر الظاء : فهى للمعلم ، وهو حيث يعلم الشيء أن يجمع المظان ، ومظنة الشيء : أن يجمع موضعه ومألفه[٧].

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٤٩ .

(٢) انظر (أبو الحسين أحمد بن فارس – معجم مقاييس اللغة – تحقيق /عبد السلام محمد هارون– دار الكتب العلمية – ٤٦٢/٣) .

(٣) 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 .

(٤) الأصفهانى – الذريعة إلى مكارم الشريعة – تحقيق : د/ أبو اليزيد العجمى– دار الوفاء – الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م – صـ١٨٥.

(٥) انظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ٢٧٣) .

(٦) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية – ٤٥١/٢ : ٤٥٢) .

(٧) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – المرجع السابق ٤٥١/٢) ، وانظر (الكفوى– الكليات صـ٨٦٨) .

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) [١]، لكنها لا تبنى على ظنون وتخمينات غير مطردة[٢] ، وقال أيضا : (وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورة والتجارب والعادات ، والظنون المعتبرات) [٣].

وعلة ذلك :

١– أنه لما كان سعى العباد لجلب المصالح العاجلة والآجلة ، ودفع المفاسد العاجلة والآجلة جاءت الشريعة باتباع الظن فى ذلك ، والحاصل أن معظم مصالح الواجب والمندوب والمباح مبنى على الظنون المضبوطة بالضوابط الشرعية[٤].

٢– إن الغالب صدق الظنون عند قيام أسبابها ، وندرة كذبها ، ولو اعتبر الشرع اليقين فى المعاملات لفاتت مصالح كثيرة ، خوفا من وقوع مفاسد يسيرة ، وكل احتمال يؤدى اعتباره إلى تعطيل المصالح المشروعة ، أو جلب المفاسد المدفوعة فهو منطرح لا تلتفت إليه[٥].

وكيف لا وللعمل به مرجعية فى القرآن والإجماع ، قال تعالى : ﴿ قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾[٦] ، وفى الآية دلالة على أن الإصلاح الذى تتضمنه ، إنما يعلم من طريق الاجتهاد وغالب الظن .

وأجمع الصحابة والأمة على أن المجتهد مأمور أن يعمل على وفق ظنه ، والناظر فى المصالح والمفاسد مجتهد[٧].

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٥/١ .

(٢) انظر (د/أحمد الريسونى – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ٢٧٧) .

(٣) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام ١٠/١ .

(٤) انظر (العز بن عبد السلام – شجرة المعارف – تحقيق د/ إياد خالد الطباع– دار الطباع للطباعة والنشر – دمشق الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٨٩م – صـ٤١١ ، ٤٦٨) .

(٥) انظر (العز بن عبد السلام – المرجع السابق – صـ٤١١) .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٢٠ .

(٧) انظر (الرازى – المحصول – ٤٦/٦) .

وكذلك ثبت بالاستقراء أن العمل بالظن معتبر ، وثابت فى تفاصيل الشريعة ، قال الشاطبى : "إن اصل العزيمة ، وإن كان قطعيا فأصل الترخص قطعى أيضا ، فإذا وجدنا المظنة اعتبرناها ، كانت قطعية أو ظنية ، فإن الشارع قد أجرى الظن فى ترتيب الأحكام مجرى القطع ، فمتى ظن وجود سبب الحكم استحق السبب للاعتبار ، فقد قام الدليل القطعى على أن الدلائل الظنية ، تجرى فى فروع الشريعة مجرى الدلائل القطعية ، ولا يقال : إن القاطع إذا عارض الظن سقط اعتبار الظن ، لأن نقول : إنما ذلك فى باب تعارض الأدلة ، بحيث يكون أحدهما رافعا لحكم الآخر جملة ، أما إذا كانا جاريين مجرى العام مع الخاص ، أو المطلق مع المقيد، فلا .

ومسألتنا من هذا الثانى لا من الأول ؛ لأن العزائم واقعة على المكلف بشرط أن لا حرج ، فإن كان الحرج صح اعتباره ، واقتضى العمل بالرخصة)[1].

ومع قول جمهور العلماء بالمظنون فإنهم قد وضعوا للعمل به ضوابط :

الضابط الأول : أن يكون للظن مستند من أمارة أو نحوها[2].

قال ابن عبد السلام : "أمر الشرع بإتباع ظنون مستفادة من أمارات تفيده؛ لما فى ذلك من تحصيل المصالح المظنونة ، فإن الغالب على الظن أنه يصدق عند قيام علاماته ، 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 فى ذلك حصول مفاسد قليلة نادرة"[3] ؛ ذلك لأن الله ﷻ قد أجرى العادة بأن الظنون لا تقع إلا بأسباب تثيرها وتحركها[4].

الضابط الثانى : أن لا يكون الظن مخالفا للشرع .

الظن محض اجتهاد فى تحديد المنفعة والمضرة ، فلا شقة فى الظن بمعزل عن

---

(١) الشاطبى – الموافقات ٢٥٣/١ : ٢٥٤ .

(٢) انظر (الرازى – المحصول – ٣٧/٦) .

(٣) ابن عبد السلام – شجرة المعارف – صـ٨٩، وانظر (ابن عبد السلام – القواعد الصغرى – صـ٦٣).

(٤) انظر (ابن عبد السلام – المرجع السابق – صـ ٦٣) .

الشرع ، ولقد عد الفقهاء من المناهي الظاهرة العمل بالظن المخالف للشرع[١]. قال تعالى : ﴿ وَلا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾[٢].

الضابط الثالث : أن يكون الظن بعد تثبت وروية :

إن إطالة التأمل ودقة التثبت عند إثبات أى مقصد شرعى تترتب عليه ثمرة الاصابة فى تحديد المقصد ، ومعرفة المصلحة من المفسدة ، والعكس يؤدى إلى التقدير الخاطئ ، وتغير المطلوب بتغير المقصد ، والتثبت مطلوب شرعا ليعرف سيئ 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 إِلا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمُ الْهُدَى﴾[٣]، وحتى يتم التمييز بين الحق والباطل ، والنافع والضار على المجتهد يثبت من الأمارة ، 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 فى الاجتهاد ، ويستفرغ وسعه فيغلب على ظنه قوة الأمارة على غيرها من الأمارات ، ويجب عليه العمل بما لا بما ظنه بأضعف الأمارات والخواطر)[٤].

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 والإجماع للترجيح ، حينئذ ينبني الترجيح على الغالب من الأمرين ، أي على مظان الأمرين ، فمظنة الشيء : أي الطرف الراجح من التردد

---

(١) انظر (ابن عبد السلام – المرجع السابق صـ٦٣) .

(٢) سورة النساء : آية ٩٤ .

(٣) سورة النجم : آية ٢٣.

(٤) أبو خطاب محفوظ الكلواذانى – التمهيد فى أصول الفقه – دار المدنى – جدة – الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م – ٣٣٧/٢.

بين أمرين ، وترجيح أحدهما على الغالب [١] .

ويتم معرفة الغالب من الأمرين ـــ المنفعة والمضرة ـــ بالتجربة والعادة والظنون المعتبرة ، إذ أن معظم أمر الدنيا مبني على ذلك ، لقوله تعالى ﴿ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ [٢] . ولقوله تعالى ﴿ لِنَبْلُوَهُمْ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾[٣] .

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 تحرينا أسلمها [٤] "حيث أن أساس الوزن في الترجيح العلمي هو تغالب الظنون ، أو تغالب الظنين المتعارضين ، فأيهما كان أغلب ، كان هو الراجح ، وكان العمل عليه "[٥].والمجتهد مطالب بأن يلتمس الأقوى والأغلب من الأدلة والإمارات ، فما أفاد الظن الغالب مقدم على ما أفاد المغلوب [٦] .

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 مفاسد كذبها النادر ، ولا شك أن مصالح الدنيا والآخرة مبنية على الظنون كما ذكرنا "[٧] ، ووضع العز بن عبد السلام أساسا لهذا القول فقال : (ولا يوجد في هذه الشريعة مصلحة محضة منهيا عنها ، ولا مفسدة محضة مأمورا بها)[٨] والعبرة في أمر الموازنة للغالب الشائع لا النادر ، كما

---

(١) انظر (الأيذي شهاب الدين – كشف الألفاظ – تحقيق د/ خالد فهمي – مكتبة الخانجي – القاهرة – ط١ – ٢٠٠٢م – صـــ ٧) ، انظر (الجرجاني – التعريفات ـــ تحقيق / عبد الرحمن عميرة – صـــ١٨٨) انظر (الحدود الأنيقة صـــ٦٧) ، انظر (الكفوي – الكليات صـــ٨٦٨) .

(٢) سورة المؤمنون : آية ٩٦ .

(٣) سورة الكهف : آية ٧ .

(٤) انظر (د/ أحمد الريسوني – نظرية التغريب والتغليب – صـــ١٥٤) .

(٥) د/ أحمد الريسوني – المرجع السابق صـــ١٤ .

(٦) د/ أحمد الريسوني – المرجع السابق صـــ١٤١ .

(٧) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام – صـــ٢٠٦ .

(٨) العز بن عبد السلام – القواعد الصغرى – صـــ١٣١ .

قال صاحب الفروق : (اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر ، وهو شأن الشريعة وهو كثير لا يحصى كثرة)[١] .

الأمثلة على مرجعية بناء الأحكام على المظان :

(١) منع التجار من المغالاة فى الأسعار مراعاة لحاجة الناس ، وكان لولى الأمر أن يفرض التسعير الجبرى ..مستعينا بأهل الخبرة ، حتى يتحقق التوفيق بين المصلحتين الخاصة للتاجر والعامة فى منع الإضرار بالناس من غلاء الأسعار بناءً على الغالب من المنفعة والمضرة .

(٢) منع الأفراد من إقامة فرن للخبز فى سوق البزازين [٢] أو مصنع للأسمنت فى وسط حى للسكن ، دفعا للضرر العام عن أهل الحى [٣] .

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 ، وفى هذا المعنى قال الإمام الشاطبى : (لأن المصلحة إذا كانت غالبة ، فلا اعتبار بالندور فى اغمارها)[٤] .

هذا وقد وضعت القواعد الفقهية التى تؤكد ما ذكرناه ، ومنها قاعدة (العبرة للغالب الشائع لا النادر)[٥] ومنها قاعدة (الأحكام إنما هى للغالب الكثير والنادر فى حكم المعدوم)[٦] .....ومن هاتين القاعدتين يتضح لنا :

أن المنافع والمضار متفاوتة فى العلو والرتبة والاعتبار لما غلب منها .

---

(١) انظر (الشيخ / محمد على بن حسين المكى المالكى – تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م – ٤/٢٤٠) .

(٢) البزازين : جمع بزاز أى صاحب حرفة – بيع الثياب والقماش ، والبز : الثياب أو متاع البيت من الثياب ، انظر (الكفوى – الكليات – صـ ٢٤٩) .

(٣) الدكتور / ضحى الدريعى – نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى – مؤسسة الرسالة – ط١ – ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م – صـ٢٣٧ .

(٤) الشاطبى – الموافقات – ٢ /٣٤٨ .

(٥) انظر (الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ ٢٣٥ – مادة ٤٢ مجلة الأحكام العدلية). وانظر (د/ عبد المجيد جمعة الجزائرى – القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لابن القيم – صـ ٣٥٤ .

(٦) د/عبد المجيد جمعة الجزائرى – القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين لابن القيم – صـ٣٥٤ .

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 المفاسد الدنيوية ليتركوها ، ولو استقرى ذلك لم يخرج عما ركزه الله في الصباح من ذلك إلا اليسير القليل : (فمعظم ما نحث عليه الطبائع تحث عليه الشرائع ، وما أنفق على الصواب إلا أولو الألباب)[١] ، ولقد هيأ الله تعالى العقل الإنساني ليكون للبشر أداة إدراك ، وفهم ونظر وتلقي ، أيضا وموازنة ، فتنطلق الإنسانية في الكون سعيا لتسخيره وعمارته وإصلاحه ، وفق سنن الله تعالى ، ونواميسه تحقيقا لمعنى الخلافة ،مهتدية بنور الوحي ومقاصد الشريعة[٢].

والقرآن الكريم دعى إلى النظر العقلي والتدبر في الكون واستخراج أسراره قال تعالى : ﴿ قُلْ انْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالارْضِ وَمَا تُغْنِي الايَاتُ وَالنُّذُرُ عَنْ قَوْمٍ لا يُؤْمِنُونَ﴾[٣] ، وعدّ العلماء إهمال النظر من المنهيات ، بدليل قوله تعالى : ﴿أَفَلا يَنْظُرُونَ إِلَى الابِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ ﴾[٤] ، والتقصير فيه تفريط في أمر الله تعالى ، وإهمال لما أمر به المنظور فيه[٥].

والعقل من أشرف المخلوقات وأخطرها ، فهو حجة للتوحيد كالسمع ، قال تعالى : ﴿ وَقَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ﴾[٦] ، أي نسمع قول الرسول ﷺ ، أو نعقل وجه الدليل ، فهو محل معرفة الإله ومناط خطابه

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٢/٢٣١ .

(٢) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام– دار النفائس – الأردن – الطبعة الأولى – ١٤٢٣هـ /٢٠٠٣م – صـ١٩٤) .

(٣) سورة يونس : آية ١٠١ .

(٤) سورة الغاشية : آية ١٧ .

(٥) انظر (ابن عبد السلام – شجرة المعارف – صـ١٠٥) .

(٦) سورة الملك : آية ١٠ .

وتكاليفه[١] ، ويتوصل به إلى معرفة مصالح الدنيا ومفاسدها ، ولا يخفى على عاقل أن تحصيل المصالح المحضة ، ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان ، وعن غيره محمود حسن ، ولا يسمى عاقلا إلا من عرف الخير فطلبه ، والشر فتركه[٢] ، 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 الله تعالى : ﴿ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾[٣].

لذا كان من اللازم إيجاد ضوابط للعقل تمنعه من الانحراف فى النظر ، وتعصمه فى 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 مِنَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ عَنِ الآخِرَةِ هُمْ غَافِلُونَ﴾[٤].أى : (يعلمون تصرفا ظاهرا أو سعيا ظاهرا ، من تصرف الحياة الدنيا أو من سعى الحياة الدنيا ، وهم عن عمل الآخرة ، أو عن سعى الآخرة معرضون)[٥].

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

---

(١) انظر (ابن عبد السلام – شجرة المعارف – صـ٣٨٠) .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٦/١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٤) سورة الروم : آية ٧ .

(٥)د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام – هامش صـ١٧٦.

لمحدودية العقل والحس.

فلولا الرسالة لم يهتد العقل إلى تفاصيل النافع والضار فى المعاش والمعاد)[١]، ولولا العقل لما كانت التكاليف إذ (بالعقول يحصل التكليف ، وبما تدرك مصالح الدنيا)[٢].

فالعقل أُسُّ الفضائل وعماد الدنيا ، والقرآن يمده بما يبصره ، فمن اتبع ما أناره له العقل نجا وفاز ، ومن عاج[٣]عنه هلك ، وربما أهلك ، قال تعالى ﴿ فِي ذَلِكَ لَذِكْرَى لِمَنْ كَانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعَ وَهُوَ شَهِيدٌ ﴾[٤]. أراد بذلك العقل، إذ إن قوة العقل تعين النفس المميزة على نصرة العدل[٥] ، ويكفيك من منفعته أنه يهديك إلى صدق النبى ﷺ ويفهمك موارد إشاراته)[٦].

الضابط الثانى : الحذر من اتباع الهوى عند البحث عن المصالح ، وما ذاك إلا لأن الهوى آفة العقول ، فإذا تحكم فى النفس أضل العقل ، وجعله يرى الحسن قبيحا ، والقبيح حسنا ، كما يكون اتباع الهوى فى الأحكام الشرعية مظنة ؛ لأن يحتال بها على أغراضه فتصير كالآلة المعدة لاقتناص الأغراض[٧].

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 ، وتتباين على النقائض ، والأضداد فى المظنونات ، ولا يلزم مثل ذلك فيما له أصل أو تقريب ، فإذا ما تشوّف الناظرون إلى الأصول

---

(١) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٥٥/١٩ .

(٢) د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام – هامش صـ١٩٧ .

(٣) عاج : يعوج إذا عطف ، والعوج : الانعطاف فيما كان قائما فمال كالرمح والحائط . انظر (ابن منظور – لسان العرب مادة – عوج – ٣٣١/٢ : ٣٣٢) .

(٤) سورة ق : آية ٣٧ .

(٥) انظر (ابن حزم – الإحكام فى أصول الأحكام – ٧/١) .

(٦) أبوحامد الغزالى – إحياء علوم الدين – تحقيق / بدوى طبانة – دار إحياء الكتب العربية – عيسى الحلبى القاهرة – ٣١/١ .

(٧) انظر (الشاطبى – الموافقات – ١٣٤/٢) .

الموجودة ، فإذا رمقوها واتخذوها معتبرهم ، لم يتباعد أصلا اختلافهم)[١].

ومن ثم فإنه عند العجز عن وجود الدليل القطعى الدلالة يلزم المجتهد عقله ضرورة ، آخذا فى حسبانه 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 قولا معينا ، وترجع فعلا خاصا ، فهل نعطل النصوص ؟ وهل يجوز لنا التوقف أمام واقع الحياة المتجدد ، السريع التغير ؟ أم نساوى 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 وهي التي يحتاج الناس لها من أجل أن يقوم أمر الحياة ونظام الوجود على صلاح واستقرار واستقامة ، لا على فساد وتمارج [٢] وكذلك البداهة والتى تعنى : فعل الأولى فى كل شيء والأغلب والأرجح ، بحيث لا يسع العقل السوى إلا الانصياع لها وقبولها [٣] وهى أخص من الضرورى ، فإذا كانت الضرورة تعنى : فعل ما يحتاجه الناس ولا تقوم حياتهم إلا به ، فإن الأمر البديهى 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

---

(١) الجوينى – البرهان – ٢/١٦٤ .

(٢) انظر (الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن – المصالح المرسلة ، الكتاب الجامعى – كلية الشريعة جامعة الأزهر ١٩٩٧م – صـ٢٣) ، انظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمى – علم مقاصد الشريعة ـ مكتبة العبيكان ـ الرياض ـ ط١– ١٤٢١ هـ /٢٠٠١م – صـ٨٥) ، وانظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ٢٦٧) ، انظر (الكفوى – الكليات – صـ ٥٧٦) ، انظر (الجرجانى – التعريفات – صـ١٧٩)

(٣) انظر (الكفوى – الكليات– صـ ٢٤٨) ، انظر (الجرجانى – التعريفات – صـ٦٨) ، انظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ١٠٤) .

أمور المسلمين محمولة على السداد والصلاح حتى يظهر غيره)[١] وفي هذا المضمون وضع العلماء عدة قواعد من أهمها :

١–التصرف على الرعية منوط بالمصلحة [٢] .

٢–الضرورات تبيح المحظورات [٣] .

٣–الضرورة تقدر بقدرها [٤] .

٤–الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة [٥] .

٥–الضرر يدفع بقدر الإمكان [٦] .

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 ، تتساق إليه عقول العقلاء والحكماء ، بحيث لا يقاومه ضده عند التأمل .

٣–أن يكون أحد الأمرين من النفع أو الضرر معضدا بمرجع من جنسه [٧].

والمهم من ذلك أن لا يكون في العمل بأحدهما مخالفة للنصوص الشرعية والقواعد الكلية [٨]. قال تعالى ﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتْ السَّمَاوَاتُ وَالأَرْضُ وَمَنْ

---

(١) الإمام أبو زيد عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي – تأسيس النظر – تحقيق / مصطفى محمد القباني الدمشقي – دار ابن زيدون ـــ بيروت ـــ مكتبة الكليات الأزهرية ـــ القاهرة (د:ت) – صـــ ١٦٢) .

(٢) الزركشي – المنثور في القواعد – ٣٠٩/١) وانظر (السيوطي – الأشباه والنظائر – صـــ٣٣١) .

(٣) ابن نجيم الحنفي – الأشباه والنظائر – صـــ ٨٧ .وانظر (الزركشي – المنثور في القواعد – ٣١٧/٢).

(٤) ابن نجيم الحنفي – الأشباه والنظائر – صـــ ٨٧ .وانظر (الزركشي – المنثور 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 .

(٥) الزركشي – المنثور في القواعد – ٢٤/٢) وانظر (السيوطي – الأشباه والنظائر – صـــ١٨٠).

(٦) الشيخ الزرقا – شرح القواعد الفقهية – مادة ٣١ ـــ مجلة الأحكام العدلية – صـــ ٢٠٧.

(٧) انظر (الأستاذ / أحمد بوعود – فقه الواقع أصول وضوابط ـــ المغرب: كتاب الأمة عدد ٧٥ / ١٤٢١هـــ ـــ صـــ ١٥٥ ، ١٥٦) .

(٨) انظر (القرضاوي – السياسة الشرعية ـــ مكتبة وهبة ـــ القاهرة ـــ ط١ ـــ ١٤١٩هـــ /١٩٩٨م– صـــ١٧١) .

فِيهِنَّ ﴾ [١] ، وهناك بعض الأمثلة بالعمل بمرجع الضرورة والبداهة منها :

أولا : إذا وقعت ضرورة عامة للأمة وتحتاج إلى مال كى تقوم بها فإن وجود هذه الضرورة يبيح المحظور ، وهو الأخذ من فضل أموال الموسرين ، مع أن أخذ مال الغير محظور فى الأصل لحرمة الأملاك الخاصة [٢] إلا أنه أبيح للضرورة ، بناء على قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)[٣] ، ويجب على ولى الأمر أن يأخذ من مال الأغنياء بقدر الحاجة بناء على (ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها)[٤] ووجه المنفعة هنا واضح ، حيث افتقار الإمام المطاع إلى تكثير الجنود ، وسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الأقطار ، ومصلحة الأمة ظاهرة « إلا أنها فى محل ضرورة فتقدر بقدرها ، فلا يصح هذا الحكم إلا مع وجودها »[٥] .

ثانيا : الرسائل الشخصية لها حرمة خاصة فى ضوء النهى عن التجسس لقوله تعالى ﴿وَلا تَجَسَّسُوا﴾[٦] ، إلا أن هذا ليس على إطلاقة فقد تتعارض مع مصلحة الأمة فى تحقيق أمنها ، لذا فإن النظر فيها جائز عند الحاجة والضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها ، بل قد يكون النظر فى الرسائل الشخصية واجبا خصوصا إذا كان فيها ضرار على المسلمين ، وقد يأخذ النظر إليها سبيل القوة بالقانون وفق القاعدة التى تقول (الضرر يزال)[٧] .

وذلك دون إذن من صاحبها ، وعمدتنا فى ذلك : حديث حاطب بن أبي

---

(١) المؤمنون : آية ٧١ .

(٢) انظر (الأستاذ/ صلاح الدين عبد الحليم سلطان – سلطة ولى الأمر فى فرض وظائف مالية والضرائب – تقديم د / محمد بلتاجى – دار هاجر للطباعة والنشر – ط١ – ١٤٠٩هـ /١٩٨٨م – صـ ٢٢٢) .

(٣) ابن نجيم الحنفى – الأشباه والنظائر – صـ ٨٧ . الزركشى – المنثور فى القواعد –٣١٧/٢ .

(٤) ابن نجيم الحنفى – الأشباه والنظائر – صـ ٨٧ ، ويعضد بقول العز فى مسألة (يؤخذ من الأمراء قبل عموم الناس) .

(٥) الاعتصام للشاطبى ٣٥٩/٢ .

(٦) سورة الحجرات : آية ١٢ .

(٧) مادة (٢٠) – مجلة الأحكام العدلية – انظر(أ . د / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – صـ ١٩٨) .

بلتعة [١] الذى رواه على بن أبي طالب [٢] . « فقلنا أخرجى الكتاب فقالت ما معى من كتاب ، فقلنا : لتخرجن الكتاب أو لتلقين الثياب ، فأخرجته من عقاصها [٣] ..... » [٤] .

ووجه دلالة الحديث : إنه لا يجوز فتح رسائل الغير إلا إذا كان فيه مصلحة للمسلمين أو كان فيه ضرر عليهم [٥] (والطريق الذى استخرج به الكتاب من المرأة من السياسة الشرعية)[٦] . بل هو من باب الموازنة بين المصلحة الخاصة والعامة ، ومن ثم يجوز لنا أن نقول : إذا انعدم النص قرآنا وسنة وإجتماعا ، وكان أمر المنفعة واضحا وحاجة الناس إليه ضرورية ، جاز لنا إعمال الموازنة في الواقعة بشرط عدم المخالفة للنصوص القطعية ، وما أجمعت عليه الأمة من ثوابت ، ومن هنا حقّ لأهل الاجتهاد والنظر أن يوجدوا لكل واقعة مرجعية حتى يتسنى لولى الأمر أن يتدخل لتحقيق العدل والمصلحة ، ودرء المضرة والمفسدة ، اللتين هما (قطب الرحى لأحكام السياسة الشرعية قد تقتضي كل منهما من ولى الأمر التدخل فى شئون الأفراد فى كل ظرف يغلب على الظن فواتها بعدم التدخل ، كما فى 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 فى منع الاحتكار ، والتسعير الجبرى أو فى منع المباح إذا أفضى استعماله إلى ضرر

---

(١) حاطب بن أبي بلتعة : يكنى بأبي محمد وهو مالك بن عمرو بن الحارث بن مرة بن أدد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان بن سبا بن يشجب بن يعرب بن قحطان توفى سنة ٣٠هـ – انظر (الطبقات الكبير لابن سعد – ١٠٦/٣ .

(٢) على بن أبي طالب عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم – (ت . ٤٠هـ) – انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب ٢١١/٤) .

(٣) عقاصها : مشتقة من : عقص شعره أى ضفره وفتله ، وعقاصها : أى ضفائرها ، انظر (الفيروزابادى – القاموس المحيط – ٣٠٦/٢) .

(٤) رواه البخارى – تفسير الممتحنة برقم (٤٨٩٠) – انظر (ابن حجر – فتح البارى– ١٩/١١) .

(٥) انظر (د / محمد واكان الدغمى – حماية الحياة الخاصة فى الشريعة الإسلامية – دار السلام – ط١ ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م – صـ ١٢٠ ، ١٢١) .

(٦) ابن فرحون – تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الحكام – مطبعة الحلبى – القاهرة – ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م – ٢/ ١٣٩ .

عام)[1].ومن هنا جاز لولى الأمر أن يقيد استعمال الحق بالقدر الذى 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 فى الظاهر ، إلا أننا أفردنا مبحثا للضرورة والبداهة ، وفصلناه عن مبحث بناء الأحكام على المظان لاعتبارات خاصة تجعله مفارقا للأخير ، ولعل أهم هذه الاعتبارات التى دعت إلى فصله هى :

أولا : أن الضرورة والبداهة يحصل بدون فكر ونظر ، حيث يتضح أمرها ويفرض نفسه على الذهن الصافى الذى لا يسعه إلا قبوله والانصياع له [2] بخلاف بناء الأحكام على المظان التى يحتاج فيها إلى بذل جهد ونظر للترجيح والأخذ بالغالب .

ثانيا : الضرورة والبداهة محلها تقديم الضرورى على الحاجى والتحسينى ، بينما بناء الأحكام على المظان محلها الترجيح بين أمرين فى مرتبة واحدة ، كأن يترد الأمران فى مرتبة الضرورى ، أو فى مرتبة الحاجى ، والتحسينى ، والمعنى أن يكون بناء الحكم على الغالب بين أمرين ضروريين فأيهما غلب بنى الحكم عليه .

وبعد البيان لأساس النظرية فى ضوء النظام الإسلامى ، وجب علينا الانتقال للتعرف على أساس مشروعيتها القانونية فى النظم الوضعية .

---

(١) الدكتور / فتحى الدرينى – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده ـــ طبعة مؤسسة الرسالة – ط١ – ١٤١٧هـ/١٩٩٧م ـــ صـــ١٧٣ : ١٧٤)

(٢) انظر (د/ القطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه صـــ١٠٤) .

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 فى ذاته ، وهذا هو الغرض من القانون ووظيفته جملة وتفصيلا ، إذ إن القانون يهدف إلى غرضين رئيسين :الأول : صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة .

الثاني : حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامة (١).

ووظيفة القانون الأساسية هي : تنظيم المجتمع تنظيما يحقق هذين الغرضين ، ويوفق بينهما، أو بعبارة أخرى هي تنظيم المجتمع تنظيما يحقق الخير العام (Le bien-commun) [٢] ، 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 »[٣] .

وإذا كانت المشروعية تعني سيادة القانون ، واحترام أحكامه بل وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم ، فإن المشروعية تفترض توافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة ومواطنيها مع القواعد القانونية ، وهذا ما أكده دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١م في المادة (٦٤) منه ، والتى تنص على أن [سيادة القانون أساس الحكم في الدولة] [٤]. 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

---

(١) انظر (الدكتور / سليمان مرقس– الوافي في شرح القانون المدني – صـ ٨).

(٢) الدكتور / سليمان مرقس– المرجع السابق : صـ ٨ .

(٣) الدكتور / سليمان مرقس– المرجع السابق : صـ ٨ .

(٤) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – صـ ١٦ ، ١٨).

تقييده بقاعدة بعينها ، إلا أن يكون المشرع قد ألزمه بها [١] ، والحق يقال إن الأصل ألاّ نستقل القاعدة القانونية الواحدة بذاتها ، بل أن تتعاون مع قواعد قانونية أخرى لتحقيق هدف معين [٢]. وهذا ما أحدثه القضاء الإداري وَفَضُل به على غيره، وبذلك ظفر بالمرونة والقدرة على مسايرة التطور والاستجابة لدواعي المصلحة ، وكان من بين ذلك تلك النظرية التي تُحدد معالم مشروعيتها ، ونذكر مصادرها ، المتمثلة في القواعد الدستورية ، والقوانين العادية ، وموقف القضاء منها ، في كل من فرنسا ومصر ، من خلال المطالب التالية :

الأول : الدستور ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

الثاني : القوانين العادية ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

الثالث : القضاء الإداري ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار.

---

(١) انظر (عمر شريف – نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية ـــ دراسة مقارنة – صـــ٢٠١).

(٢) انظر (د/ سليمان مرقس– الوافي في شرح القانون المدني – صـــ ٢٧).

المطلب الأول

الدستور

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

يعد الدستور قانونا أعلى للقضاء الإدارى بل هو الأساس فى كل دولة إذ منه تنحدر التشريعات العادية ، وتظهر أهميته للقضاء الإدارى حين لا يجد القاضى نصا تشريعيا يحدد له الجزاء الذى يترتب على مخالفة ما . ومن ثم يتعين على القاضى أن ينشأ قاعـــدة قانونية يستخلصـــها من روح التشـــريع والمبادئ التى أرساها الدستور[١] .

والنظرية التي نحن بصددها يجد القضاء الإداري لها مرجعية في الدستور ، وإن كانت النظرية من إنشائه شكلا إلا أن جوهرها ومضمونها في الدستور ، فقد وضع الخطوط العامة لمثل هذه النظرية ، وترك للقضاء التفاصيل ، ولاسيما وأن معظم نظريات القانون الإداري ومبادئه هي من صنع القضاء حين الميلاد كشفا ، وابتكار حكم لها حين التطبيق إنشاءً[٢] .

أولا : الدستور الفرنسي :

الدستور الفرنسي رسم للقضاء الإداري خطوطا عريضة لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وخصوصا وأنه ذكر ذلك مجملا في مواد « إعلان حقوق الإنسان والمواطن »[٣]، والملحقة بالدستور الفرنسي الصادر في ١٩٥٨/١٠/٤م ، والذي أعلن فيه الشعب الفرنسي ارتباطه بحقوق الإنسان ، فلقد ذكرت المادة الثانية من الإعلان لحقوق الإنسان [أن هدف كل تجمع سياسي

---

(١) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – صـ ٣٩١) .

(٢) انظر (د/ أحمد سلامة – المدخل لدارسة القانون ـ الكتاب الأول ـ الكتاب الجامعي ـ جامعة عين شمس ـ دار وهدان للطباعة والنشر – صـ ٧٧) ، وانظر (دكتور / مصطفى عبد الحميد عدوي ، والدكتور / محمد محيى الدين إبراهيم – مبادئ القانون الكتاب الجامعي ـ جامعة المنوفية ـ كلية الحقوق ٢٠٠٢م ـ صـ ٤٩) .

(٣) صدر إعلان حقوق الإنسان في ٢٦ أغسطس ١٩٧٨م .

هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم ، هذه الحقوق هي الحرية ، الملكية ، الأمن ، ومقاومة الطغيان] (١) .

وذكرت المادة الخامسة أيضا [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] (٢) .

وأيضا ذكرت المادة السابعة عشرة من الإعلان قولها [لما كانت الملكية حقا مصونا ومقدسا ، فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة قانونا، ويشترط التعويض العادي والمسبق] (٣) .

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](٤) .

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) وعبارة (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

---

(١) الدستور الفرنسي الطبعة الجديدة باللغتين العربية والفرنسية ١٩٩٩م – صـ ٢٨.

(٢) نفس المرجع السابق صـ ٣٠.

(٣) الدستور الفرنسي صـ ٣٠ .

(٤) الدستور الفرنسي صـ ٣٠ .

أنه عمل على إظهار مبدأ جديد يحد به من سلطة الإدارة التقديرية في وقت اتسعت فيه أنشطة الدولة الاقتصادية وتطورت فيه مقتضيات التخطيط والعمران .

وقد جعل القضاء الإداري من نظرية الموازنة بين المنافع والمضار سياج حماية للحقوق والحريات الفردية مراقبًا بها الأثر المترتب على القرار الإداري ، موازنا بين الأضرار والمنافع لإيجاد حد الاعتدال بين حقوق الأفراد والإدارة[1].

ثانيا : الدستور المصري :

الدستور المصري كغيره من الدساتير يعد حامي الحريات 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 وَجَلٍ ، 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] [2] ، وأيضا نص المادة ٥٧ والتي تقول أن [كل اعتداء على الحرية الشخصية ، أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين ، وغيرها من الحقوق ، والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء] [3] .

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 لازما للمنفعة العامة ، فتوافر المنفعة العامة هو الركن الأساسي الذي يرتكز عليه أي قرار خاص بنزع الملكية ،

---

(١) انظر (د / محمود حلمي – القضاء الإداري ـــ دار الفكر العربي ـــ ط٢– ١٩٧٧م ـــ صـــ ١٠) .

(٢) دستور جمهورية مصر العربية والقوانين الأساسية المكملة له ـــ هيئة المطابع الأميرية ط٨ – ١٩٩٩م – صـــ ٦.

(٣) دستور جمهورية مصر العربية صـــ١٠ .

وبدونه لا يكون له أي كيان قانوني .

٢– أن يتم ذلك مقابل تعويض الملاك الذين تنزع ملكيتهم تعويضا عادلا نظير ما أصابهم من ضرر (١) .

ومن ثم فان القاضي الإداري حين يفك القيد عن يده ، ويطلقها ليُعْمِلَ 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 المرجوّة ، 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 والمصرى قد وجدت فيه القواعد العامة التى فتحت الباب للقضاء الإداري إلى إعمال 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 وجدت الواقعة التي تستوجب تطبيقها ، وهنا بدأ البحث عن تأصيل قانوني لها من خلال الدستور كما ذكرت سلفا .

فى 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 »(٢) ، ومن هنا جاز لنا أن نقول أن لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيل دستوري وفق المادة السالف ذكرها ، حيث إن الشريعة الإسلامية ـــ دون عصبية ـــ قد حوت في ظل مبادئها الراقية قواعد هذه النظرية ، مما جعل للدستور المصري فضل السبق على نظيره الفرنسي في هذا الميزان .

---

(١) 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 صـــ ١٣ ، المطابع الأميرية ـــ الطبعة الخامسة ٢٠٠٠م) .

(٢) دستور جمهورية مصر العربية ـــ صـــ ١ .

المطلب الثانى

القوانين العادية

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

تعد القوانين العادية بقسميها المكتوب وغير المكتوب المصدر الثانى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وذلك لانعدام القانون الإدارى عن قاعدة حاكمة لعملية الموازنة بين المنافع والمضار ، وهذا غالب أمره ، فإن قواعده مبعثرة فى أكثر من قانون ، وليس هذا بمنقصة فيه بل هو دليل على تميزه بالمرونة شكلا وموضوعا على نظائره من القوانين العادية المدنية وغيرها ، فهى مجرد قضاء تطبيقى 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 هى تستمد مادتها من القوانين الأخرى مدونة كانت أم لا ، كالقانون المدنى والعقوبات ، وكذلك المعاهدات الدولية أعني بها القوانين التي تلي الدستور في الدرجة ، بدءًا 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[١] وقوانين البيئة العالمية[٢] والعرف

---

(١) 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 ١٩٩٤م ـــ ٢٤/١).

(٢) المرجع السابق ٢٢/١ .

والمبادئ العامة للقانون .

وبناء على ذلك فإن دور القاضى الإدارى إذا ما وُجد نص دستور أو تشريعى أن يقوم على تفسيره وتوضيحه وبيان مجاله[١] ، إذا كان له علاقة بالموازنة بين المنافع والمضار، وهذا بخلاف دوره إذا ما كان المصدر عرفا أو مبادئ عامة للقانون فإنه يستعين بهما فى استنباط قاعدة حاكمة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار[٢] .

ولذا كان لزاما أن نستخرج معالم لنظرية الموازنة من بين ثنايا القانون المدنى، وكذلك العرف ومبادئ القانون العامة فى كل من النظام الفرنسى والمصرى .

أولا : القانون المدني ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار :

لقد ظهرت معالم نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في ضوء ما يسمى بالتعسف [٣] في استعمال الحق في ضوء نظرية معلومة ، حوت حدود التعسف ، ووضعت ميزان الترجيح بين الحقوق ، ولقد حظيت « نظرية التعسف في استعمال الحق » بنصيب كبير من الدراسة لدى فقهاء القانون الخاص ، باعتباره منبتها الأصلي ، كما لقيت اهتمام جُلّ فقهاء القانون العام ، ويذهب الفقه إلى أن التعسف في استعمال الحق ، يتحقق حين يستعمل الشخص سلطته أو حقه المخول له قانونا ، مع مراعاة كافة الشروط الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها القانون

---

(١) د / محمود حلمي ، د / فؤاد محمد النادي– الوجيز في مبادئ القانون الإداري ـــ صـــ١٨.

(٢) انظر (د / محمود حلمي المرجع السابق صـــ ١٨) .

(٣) أطلق الفقهاء الفرنسيون عليها (les abus des droits) والإنجليز يطلقون عليها (The abuse of Rights) والترجمة الحرفية لكلمة (abus) تعني (إساءة) ولكن تطلق في مصر وفي سوريا على (تعسف) وفي لبنان (إساءة) وفي أصول الفقه (الاستعمال المذموم) كقول الشاطبي « فلم يزل أصل المباح ، وإن كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم » ـــ الموافقات ٢١٩/٣ ، وأيضا وردت كلمة (المضارة في الحقوق) ومن الفقهاء المعاصرين من أطلق على التعسف لفظ (المضارة) كالشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (أسبوع الفقه الإسلامي) انظر (الدكتور / فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ـــ مؤسسة الرسالة ـــ الطبعة الأولى ١٣٨٧هـــ /١٩٦٧م. والطبعة الرابعة ١٤٠٨هـــ / ١٩٨٨م – صـــ ٤٦.

لممارسة الحق أو السلطة ، ثم يتضح بعد ذلك أن استعمال الحق يسبب أضراراً لا تتناسب مع المصلحة المرجوة ، وهنا يظهر عدم التناسب بين المصالح والمضار [١] ، مما يستلزم رفع لواء الموازنة بينهما .

ثانيا : المبادئ القانونية العامة ونظرية الموازنة :

يقصد بالمبادئ القانونية العامة : Les principes généravx de droit

المبادئ التي تستخلص من الأحكام التفصيلية للقانون ، والتي يمكن أن تُتخذ أساسا لاستنباط أحكامٍ للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص [٢] .

وهي أحد المصادر للقانون الإداري غير المدون ، وسر تميز المبادئ القانونية العامة أنها توصف بالعمومية ، والنسبية والقابلية للتغيير [٣] أيضا تكتسب مصدريتها من ضمير الجماعة وأخلاقياتهم ، وما يرتضيه هذا الضمير من قيم ومبادئ قانونية ، هذا بخلاف ما يردده بعض أساتذتنا من أنها من خلق القضاء وصنعه [٤]، وهذا رأي بعيد عن الواقع ـــ وما أميل إليه وتطمئن له النفس ، ما قاله أستاذي الدكتور :

---

(١) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ـــ دراسة مقارنة ـــ كلية الحقوق ـــ جامعة عين شمس ـــ ١٩٩٢م – صـــ ١٣٩) .

(٢) معجم القانون : صـــ ١٣١ .

(٣) نعني بالعمومية : إن هذه المبادئ تجدها مطبقة في جميع فروع القانون ، ولا يقتصر تطبيقها على القانون الإداري فقط ، أيضا ينتشر تطبيقها في كل دول العالم تقريبا .

ونعني بالنسبية والقابلية للتغيير ، أنها لا توجد في كل الدول بنفس القوة والقدر ، وإنما تتفاوت درجة العمل بها من دولة لأخرى ، فمثلا « مبدأ حرية التجارة والصناعة » تجد له بريقا قويا في الدول الرأسمالية ـــ كالولايات المتحدة الأمريكية ـــ هذا بخلاف بعض الدول الاشتراكية والشيوعية ، أما التغيير فمن السهل تغييرها دون قيود إجرائية كما في غيرها من التشريعات .

(٤) كلمة " الخلق " تعني الإيجاد من العدم ، والحق يقال أن المتصف بها وحده هو الله ﷻ لقوله تعالى ﴿ ألا له الخلق والأمر ، تبارك الله أحسن الخالقين﴾ . فلا يجوز أبدا أن يتصف بها الخلق ، وإنما يجوز أن يقال ـــ جَعَلَ ـــ أي صياغة الشيء بعد وجوده ، ومن ثم فإن دور القاضي هنا دور كشفي للمبدأ العام ـــ لا خلقي ، أما كلمة " الصنع " إذا كانت تعني الصناعة الموضعية 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 .

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 .....) [١] .

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 [٢] .

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[٣]، وإقامة حكومة مؤقتة خاضعة لسلطات الاحتلال الألماني وإنهاء الدستور وما فيه من نصوص حامية لحقوق الأفراد وحرياتهم ــ وهنا

---

(١) الدكتور / محمد مرغني خيري – القضاء الإداري ــ قضاء الإلغاء ــ صـــ ٣٩ .

(٢) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري ــ صـــ٣٨ : ٣٩) .

(٣) 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– صـــ٢١١) . وقد عزا إلى :

Jacques OLLE LAPRUNE: La stabilité des ministres sous la troisieme republique 1879 – 1940 paris 1962,pp.11 et jean GICQUEL P.521 ets.

لجأ مجلس الدولة إلى استخلاص بعض المبادئ القانونية لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم [١] ، إلا إنه بدأ بتطبيقها دون تصريح بها إلا نادرا [٢] وذلك قبل حكمه الصادر في مارس ١٩٥١م في قضية

(Societe des concerts du conservatoiRE) [٣] .

وبعده كان المجلس يشير إلى مبادئ القانون صراحة بل ويسميها باسمها ، وبالحكم في القضية هذه بين المفوض (Lé ourneur) في تقريره المقدم بشأنها أن مبادئ القانون العامة مبادئ كبرى تقوم إلى جوار القانون المكتوب ، يعترف بها القضاء ، لأنها ضرورية لتكملة الصرح القانوني، والذي يتعين أن تتطور الأمة في نطاقه بمراعاة المنظمات السياسية والاقتصادية للدولة ، وأن مخالفة هذه المبادئ تستتبع ذات الجزاء المقرر لمخالفة القانون المكتوب ، أي إلغاء القرار الذي يصدر بالمخالفة لها ، وتقرر مسئولية السلطة التي تصدر القرار [٤] .

ومن أمثلة هذه المبادئ التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي:

١– مبدأ المساواة بتطبيقاته المختلفة كالمساواة أمام القانون ، وكذلك المساواة أمام الأعباء العامة.

٢– مبدأ الحرية والتي لا يمكن أن يقيد إلا بنص المشرع .

٣– المبادئ المتعلقة بتقديم الصالح العام وتلبية احتياجات الجماعة أو الإدارة

---

(١) انظر (الدكتور / محمد مرغني خيري – القضاء الإداري ـــ قضاء الإلغاء ـــ صـــ ٣٤) .

(٢) من الأحكام النادرة التي أشار فيها مجلس الدولة الفرنسي صراحة إلى تلك المبادئ حكمه الصادر في ٢٦ أكتوبر ١٩٤٥م في قضية (Aramu) " المجموعة صـــ ٢١٣ " وحكمه الصادر في ٢٩ أبريل ١٩٤٩م في قضية (Boudaux) المجموعة صـــ ١٨٨) ، وانظر الدكتور /الطماوي – القضاء الإداري صـــ ٦٩٨ ـــ وراجع في ذلك :

JeanRivero: Droit administratif , Précis Dalloz,1975 . P. 73 et suivantes .

انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري – صـــ٤٠).

(٣) انظر (المجموعة صـــ١٥١ ، ومجموعة سيري سنة ١٩٥١م القسم الثالث صـــ ٨١) ، وراجع في ذلك أيضا (الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي – القضاء الإداري قضاء الإلغاء ـــ صـــ ٦٩٨) .

(٤) الأستاذ الدكتور / سليمان الطماوي – القضاء الإداري ـــ قضاء الإلغاء ـــ صـــ ٦٩٨ ، وانظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري صـــ ٤٠) .

على المصالح الفردية والأنانية .

ومن ثم يكون للموازنة بين المنافع والمضار مصدرية في مضمار المبادئ القانونية العامة ، من ترجيح المصلحة العامة على الخاصة ، وتغليب حاجة الجماعة على حاجة الفرد وخصوصا وأن هذه المبادئ مستوحاة من إعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير[١] .

٢- وفى مصر يلجأ مجلس الدولة كثيرا إلى المبادئ العامة للقانون ، كأحد مصادر الشرعية ، منذ تاريخ متقدم وبخاصة مبدأ الحرية والذي أخذ 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 مصادرته 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 ...)[٢] ، وأيضا قول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٥/١/٢٣م (.... لا مراء في أن حق الشكوى والتظلم كحق التقاضي يكفله القانون للكافة ، ويحميه الدستور على أنه من الحريات المتصلة بمصالح الأفراد)[٣] .

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[٤] . والسبب في ذلك ليس لقصور هذه المبادئ ، وإنما لعوامل أخرى قد تكون في أخذ القضاء بمنهج

---

(١) انظر (الدكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري ـــ صـــ ٤٠) .

(٢) السنة السابعة صـــ ٣٠٢ .

(٣) مجموعة أبوشادي صـــ ٢٧٧ .

(٤) انظر (الدكتور / محمد مرغني خيري – القضاء الإداري ـــ الإلغاء ـــ صـــ ٣٤) .

التدرج في الوصول نحو كمال العدالة ، و لاسيما 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 فى مصر ما يُعَدُّ سندا قانونيا لذلك متمثلا فى المبدأ المستمد من الشريعة الإسلامية وبمقتضاه " لا ضرر ولا ضرار " حيث ترى أن مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ القانونية العامة الملزمة للكافة فى مصر .

المطلب الثالث

القضاء الإداري

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار

ينطلق فقهاء القانون من قناعة مؤكدة لديهم ، إلى أن القضاء الإداري مصدر من مصادر القانون الإداري ، وأن دوره لا يقتصر على الفصل في الموضوع إذا وجد نص تشريعي يحكمها ، بل يتعدى دوره إلى أكثر من ذلك ، منها :

١) تفسير النص القانوني الإداري لما للقضاء الإداري من صلاحية وزن المصلحة العامة وإنصافها من المصلحة الخاصة عند اللزوم ، وليس في ذلك ضير على صاحب المصلحة الخاصة ، لأنه سيستفيد من المصلحة العامة باعتباره عضوا في الجماعة .

٢) دور القاضي الإداري في اختيار نص من القوانين الأخرى ، حين لا يوجد نص إداري ، فله أن يأخذ بالنص المدني ، أو يطرحه ، وفي حالة الأخذ به يجوز له أن يحوره وأن يستخلص منه ما يتوافق والمصلحة العامة ، مثال ذلك : نظرية التعسف في استعمال الحق ، فلقد حورها القضاء الإداري إلى التعسف في استعمال السلطة .

٣) إذا لم يجد نصا فإنه يبتكر الحل المناسب للنزاع المعروض عليه كابتكاره نظرية الظروف الطارئة ، والتي تبناها القانون المدني فيما بعد .

وهذا ما يميز القضاء الإداري عن نظيره المدني وبخاصة في ابتكار الحلول الجديدة ، والتي يتبناها المشرع فيما بعد فتصير قاعدة تشريعية (١).

والنظرية التي نحن بصددها تعد أحد الحلول التي ابتكرها القضاء الإداري للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وفاجأ مجلس الدولة الفرنسي الإدارة عام ١٩٧١م بحكمه الشهير المتعلق بنزع الملكية للمصلحة العامة بشأن المدينة الشرقية الجديدة (Ville Nouvelle EST) واعتبره الفقه الفرنسي تحولا هاما في قضاء مجلس الدولة من حيث تحديد مدى رقابة القاضي على القرارات الإدارية

---

(١) د / حماد محمد شطا ــ الأصول الإسلامية للقانون الإداري ــ الكتاب الأول – صـــ٢٤٨ : ٢٤٩.

الصادرة بترع الملكية ، ومدى ما للقضاء من حق مراقبة شرط " المنفعة العامة " التي يستند إليها القرار)[١]. وعلى نفس النهج سار مجلس الدولة المصري بحكمه في قضية عرفت باسم عزبة خير الله عام ١٩٩١م[٢].

والملفت للانتباه أن كثيرا من أساتذة الفقه الإداري قالوا : بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار هي من خلق وإنشاء القضاء الإداري ، وهذا قول قديم بناء على قناعتهم بأن القانون الإداري هو من صنع القضاء الإداري ، حديث بناء على أن نظريتنا من صنع القضاء ، وهو كلام يحتاج إلى وقفة علمية منصفة ، لا عنترية 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 بتأريخ القضاء الإداري ومجلس الدولة الفرنسي عام ١٧٨٩م في فرنسا ، وفي مصر عام ١٩٤٦م[٣]. وليس هذا الرأي في مصر وفرنسا فقط ، بل قال به أحد فقهاء القانون في أمريكا وهو القاضي (GRAY) فقال : (إن القانون هو ما ينطق به القضاء ، أما التشريع ، والسوابق القضائية ، والعرف فهي جميعا من مصادر القانون)[٤]. ويقول الدكتور المرغني : فمقتضى هذا القول أن القاضي هو المشرع الأول للقانون[٥].

ب) أما الفريق الثاني فيقول : أن مهمة القاضي تنحصر في مجرد التطبيق للقانون ولقد عبر (موتنتسكيه) عن ذلك بقوله : (القاضي هو اللسان الناطق بالقانون)[٦].

---

(١) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ٥ .

(٢) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ ٥ .

(٣) انظر (د/ أنور أحمد رسلان – القانون الإداري السعودي ، تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ـ دراسة مقارنة ـ صادر عن الإدارة العامة للبحوث بمعهد الإدارة العامة بالمملكة السعودية ١٤٠٨هـ – صـ١٢٥) . .

(٤) د/ محمد مرغني خيري – القضاء الإداري ـ صـ٤٣ .

(٥) د/ محمد مرغني خيري – المرجع السابق صـ ٤٣ .

(٦) انظر (د/ محمد مرغني خيري – القضاء الإداري ـ صـ٤٣) .

ولا شك أنه رأىٌ يضع القاضي موضع الآلة في التطبيق ويبتعد به عن الواقع ، وما تفرضه عليه المنازعات من محاولات جادة لإيجاد حلول لها مناسبة .

وأيا كان موقف فقهاء القانون من كون القانون الإدارى من خلق القضاء من عدمه ، فإن حديثنا يدور حول تطور رقابى كان للقاضي الإداري فضل إنشائه ولاسيما وأن مهمته تتلخص فى عبارتين :

أ) في إطار القانون فهو المطبق له .

ب) وما يستجد من منازعات فهو يبحث عن الحل ويبتكر 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 يُلبس 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 :

أولا : 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 ١٩٧١م ، 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 ١٩٧١/٥/٢٨م 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 [١]. 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 »[٢] بحيث تكون له سلطة واسعة في التفسير، وليس في إنشاء قواعد القانون [٣].

ومن ثم فإن القضاء الإداري الفرنسي بحكمه فى قضية المدينة الشرقية والمعروف باسم (Ville Nouvelle Est) استطاع أن يمد رقابته إلى محل القرار الإدارى المتعلق بنزع الملكية ، والذى أخذ القضاء فيه بما أبداه مفوض الدولة (BRAIBANT) من ملاحظات ، ومن أهمها تقييم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار ، وتقدير مضار القرار ومزاياه [٤]وبذلك أوجد القضاء قيدا جديدا على سلطة الإدارة التقديرية فى 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 الفرنسي في بسط رقابته غير التقليدية على أعمال الإدارة وفيما يشمل سلطتها التقديرية ، بل كان القضاء المصري متبنياً منذ نشأته الاتجاهات التقليدية ،

---

(١) انظر (د/ سامي جمال الدين – قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ٢٣٥) .

وانظر C.E 28.5.1971, Ville nouvelle est, L. 409, concl .

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 .

(٢) د/ سامي جمال الدين – المرجع السابق – صـ٣٠٣ .

(٣) انظر (د/ سامي جمال الدين – المرجع السابق – صـ٣٠٤) .

وانظر DUGUIT, Traite de droit constitutionnel, 2eme, ed, t.11, P.164 ...

(٤) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضي الإداري – صـ٢٠) وقد أشارت إلى :

J.Waline : Le rôle du juge administratif dans la détérmination de l'utilité publique justifiant l'expropriation . 1974. T.11.p.p. 817 et s.s.

J.Raux: L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procèdure d'expropriation . A.J., 1967, p.p.199 et , s.s.

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 [١] ، ومع ذلك قام مجلس الدولة بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في عزبة خير الله، وسوق روض الفرج ، وحديثا وبالتحديد في ٢٠٠١/٢/١٤م رأينا مجلس الدولة المصري يقيم لنظرية الموازنة اعتبارا 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 وتتباين في أولوياتها بما يتطلب مراعاة ذلك في تصرفاتها بحيث تعطي لكل وجه من أوجه المصلحة العامة أهمية ، ولا تضحي بوجه منها لتنشد وجها آخر مع ظهور التفاوت بينهما ، إذ في الحالة تختلط مناسبة عمل الإدارة بمشروعيته ويلزم لكي يكون مشروعا أن يكون مناسبا ، وهو ما تنبسط عليه رقابة القضاء للتحقق منه] [٢].

ومن هنا يظهر لنا أن مجلس الدولة خطى خطوات حيثية نحو تطبيق هذه النظرية ، بل وكشف النقاب عن مضمونها ، وحدد ما يجب أن يقوم عليه عمل الإدارة في ضوئها ، ووضح هذا المعنى جليا في الحكم المذكور . ولذا نقول بأن النظرية وجدت في القضاء الإداري رحما 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.

❋❋❋

(١) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات الحديثة – صـــ٣٧٩ : ٣٨٠) .

(٢) مجلة المحاماة ـــ العدد الثاني ٢٠٠٢م صـــ٤٨٧ .

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 كلٍ 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 المطلبين التاليين :

الأول : مقارنة بين مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى غطار 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 كلٍ 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 والتروات 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 بالشريعة الإسلامية كمصدر رئيسى للتشريع ، والشريعة الإسلامية ملكت 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 كلٍ 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 يقم القضاء بتطبيقها من فراغ وإنما وجد لها أساسا قانونيا ومرجعية شرعية وليس عليه إلا أن يعمل اجتهاده ليصل إلى مراده [١] .

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 ضمانة أساسية لحماية الأفراد من تعسف الإدارة ، بل هو فى الوقت الحالى قمة الضمانات الفعالة والأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم[٢].

ولا يمكن أن توجد رقابة على أعمال الإدارة إذا لم تخضع هذه الإدارة للقانون[٣] ، 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) .

---

(١) انظر (د/ محمد عبد المنعم حبشى – التعدى على المنافع فى الشريعة والقانون – دراسة مقارنة– الكتاب الجامعى – ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م – صـ ٢٩ ، ٥٩) .

(٢) انظر (د/ داود الباز – أصول القضاء الإدارى فى النظام الإسلامى – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨م – صـ ١٦) .

(٣) انظر (د/ محمود حافظ – القضاء الإدارى – مطبعة لجنة التأليف والترجمة – القاهرة – ط٣ – ١٩٦٦م – صـ ٢١) .

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 مقابلة الدولة البوليسية التى لا مكان ولا وجود فيها لهذا المبدأ .

وإذا كان هناك من اتفاق بين القضاء الإدارى الإسلامى والوضعى على هذا المبدأ إجمالا ، 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 المسئولة .

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 بديلا 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 ، وأخالنى لا أجاوز الحقيقة عندما أقرر أن الإدارة قد أضحت هى المشرع الأصيل من الناحية الفعلية والواقعية ، وتقضى قواعد القانون الدستورى بأن البرلمانات التى يُحرم أعضاؤها من أهم اختصاصاتها وهو التشريع تتحول إلى مجرد مجالس استشارية ، لا تباشر سلطات فعلية فى شئون الحكم"[1] .

---

(١) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ – تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية – دار الفكر العربى – القاهرة – ١٩٨٨م – صـ ١٧٠) .

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 صادرا من سلطة أخرى غير الإدارة أو السلطة التنفيذية [١].

ومن ثم فإن المشروعية لا يكون لها أثر إذا ما كان القانون الذى تخضع له السلطة أيا كانت ، بيدها أن تشكله كيف تشاء ومتى تشاء[٢] ، إذ تغدو هذه المشروعية سرابا تحسبه الجماهير المتعطشة إليها ماء حتى إذا جاءته لم تجده شيئا ، 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 صنعته أيديها من القوانين أو تحل الحرام وتحرم الحلال .

وبناءًا على ما سبق فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تجد لها سندًا خصبًا فى ميدان المشروعية فى ظل النظام الإسلامى الذى تعتمد المشروعية فيه على القانون الإلهى ، فإذا 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 [٣].

---

(١) انظر :

André de Laubadere : Traité elementaire de droit administrative, 4 éme éd T.I. 1976, P. 204 ets .

(٢) انظر (د/ على جريشة : المشروعية الإسلامية العليا ، الوفاء للطباعة والنشر – القاهرة – ط٢ – ١٩٨٦م – صـ ١٨) .

(٣) انظر (الإمام / محمد أبو زهرة – المجتمع الإنسانى فى ظل الإسلام – دار الفكر العربى – صـ ١٢٦) وانظر (تقى الدين النبهانى – نظام الحكم فى الإسلام – دار الأمة للطباعة والنشر – بيروت – ط٣ – ١٤١٠هـ/١٩٩٠م – صـ ٣٩) .

الفصل الثانى

مبررات نظرية الموازنة
بين المنافع والمضار
فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

المبررات لغة : جمع مبرِّر وهو ما يدعو إلى التبرير – والتبرير مصدر برَّر والجمع تبريرات ، ومعناها : تفسير المرء سلوكه بأسباب معقولة أو مقبولة كما يقال : " مبررات الثورة على الفساد ما تزال موجودة " .

وأيضا برَّر عمله : أى ذكر من الأسباب ما يسوغه[١] .

اصطلاحا :– وهى كلمة محدثة – أعنى بها ما يوجد من أسباب تبيح العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ؛ وخصوصا 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 الوظيفى[٢] حينما تباشر اختصاصاتها التقديرية فإنه يجب أن تلتزم فى هذا الشأن دائرة وحدود النظام القانونى ؛ لما فى ذلك من ضمانة لحماية حقوق وحريات الأفراد ، ولا يحق للإدارة تقييد هذه الحريات والحقوق إلا لأجل الصالح العام[٣] . والذى يتمثل فى الأمن، والسكينة والصحة العامة[٤] ، 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 جنبات 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 .

---

(١) انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوسيط– القاهرة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م – ١/٥٠) وانظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الكبير – ٢/٢١٥) ، وانظر (المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم – المعجم العربى الأساسى للناطقين بالعربية وتعليميها– طبعة لاروس ١٩٩٩م – صـ ١٤٦).

(٢) انظر (د. فؤاد محمد النادى ، د/ محمود حلمى – الوجيز فى القانون الإدارى صـ ٤) .

(٣) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ٥).

(٤) انظر (الدكتور / محمود عاطف البنا – حدود سلطة الضبط الإدارى– الكتاب الجامعى – حقوق القاهرة – بدون تاريخ– صـ ٨).

المبحث الأول

حماية الحريات

الحريات جمع حرية وتعدُّ من المصطلحات الجذابة ، وهى 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 قَالَتْ امْرَأَةُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾[1] ، وتأتى الحرية بمعنى الضبط والتدقيق كقولهم : حرر الكتابة أى : أقام حروفها وأصلح الساقط منها[2] .

---

(١) آل عمران : ٣٥ .

(٢) 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 – صـ ٣٠٢) .

الحرية اصطلاحا :

أ– تطلق عند أهل الأصول على التصرف بإرادة واختيار ويقصد بها خلو الآدمى من قيد الرق والعبودية لغير الله حكما وحقيقة . وهى عندهم على مراتب :

١) حرية العامة عن رق الشهوات .

٢) حرية الخاصة عن رق المزادات لفناء إرادتهم فى إرادة الحق .

٣) حرية خاصة الخاصة عن رق الرسوم والآثار لا تمحاقهم فى تجلى نور الأنوار[١] .

ب– وعند أصحاب القانون الوضعى : تطلق الحرية على ذلك الخير الذى يمكننا من التمتع بجميع الخيرات الأخرى ، وتعنى أيضا : قدرة الإنسان على اختيار سلوكه بنفسه .

وكما يقول الفيلسوف (ليبتز) : " قدرة الإنسان على فعل ما يريده ، ومن عنده وسائل أكثر يكون عادة أكثر حرية لعمل ما يريد)[٢] .

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 بالإمكانيات المتاحة للفرد[٣] .

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 حرا حرية مطلقة وإنما توضع حريته فى ميزان المنافع العامة والخاصة ، والمضار العامة والخاصة ، وتدور الحرية مع أيهما غلب .

---

(١) الجرجانى – التعريفات– صـ ١١٩ . (د/ قطب مصطفى سانو– معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ١٧٧) .

(٢) الدكتورة / سعاد الشرقاوى – نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانونى– دار النهضة العربية ١٩٧٩م – صـ ٤.

(٣) الدكتور / نعيم عطية – النظرية العامة للحريات الفردية – الدار القومية للطباعة والنشر – القاهرة ١٩٦٥م – صـ ٢٣.

ومن ثم أميل إلى تعريف (جون ستيوارت مل) [١] 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 "[٢].

فهذا التعريف خلق نوعا من التوازن بين الحرية الفردية وأنانيتها ومصلحة المجموع[٣].

لذا نستبين حماية الحريات كمبرر لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى المطالب التالية :

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

---

(١) جون ستيوارت مل : أحد أعلام الفكر السياسى والفلسفى فى بريطانيا إبان القرن التاسع عشر الميلادى (١٨٠٦ : ١٨٧٣) وأبوه (جيمس مل) أكبر مريدى بنتام صاحب نظرية المنفعة .

(٢) انظر (الشيخ عباس الظهيرى – حدود الحرية– مجلة المنهاج– بيروت – لبنان ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م– عدد ٢٣/٣٢) .

(٣) انظر (جون ستيوارت مل – عن الحرية– ترجمة الدكتور / حسين فوزى النجار– الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٠م – صـ ٢١)

المطلب الأول

حماية الحريات فى النظام الإسلامى

لقد عمل النظام الإسلامى على بناء مجتمع فاضل يكرم فيه الإنسان وتصان فيه كافة الحقوق للأفراد ، وقد جمعت الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للأفراد ولاسيما وأن الشريعة الإسلامية تبتغى تحقيق مصالح العباد ودفع الضرر عنهم فى الدنيا والآخرة ، وقد حرمت كل أنواع الضرر والشر والفساد ، فحرمت الاعتداء على الحقوق ولو كان ما يلحقه الإنسان بنفسه من ضرر فى جسده أو عقله كالانتحار وشرب الخمر ، لكنه قد تتعارض هذه الحقوق مع المصالح العامة ، ومن هنا غلب النظام الإسلامى مقتضيات المصلحة العامة على الخاصة[١].

ومن أهم الحقوق التى أرساها الإسلام حق الحرية لأنها فطرة الله التى فطر الناس عليها ، ولأنها حق طبيعى للأفراد ، وبها يتميز الإنسان عن سائر الكائنات . وجاء الإسلام ليضمن هذه الحريات ويحميها من العبث والإكراه سواء فى ذلك الحرية الدينية والسياسية والفكرية ، وبخاصة وأن الحرية دعامة لجميع ما سنه الإسلام من عقائد ، وأنها أساس أى مجتمع إنسانى سليم[٢].

الفرع الأول

حرية الإنسان فى اختيار عقيدته

يقصد الفقهاء غالبا بحرية الاعتقاد حق الفرد البالغ العاقل فى اعتناق الدين الذى يريده وحقه فى ممارسة الشعائر الدينية ، والإسلام هو الدين الحق ، وأن عقيدته هى الصواب والصراط المستقيم ، وأنها المنسجمة مع العقل ، ومع ذلك يترك الإسلام للإنسان حرية الاعتقاد ، على أن يتحمل نتيجة هذا الاختيار .

ووضح هذا المعنى فى قوله تعالى ﴿ لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنْ

---

(١) انظر (الدكتور / وهبة الزحيلى – نظرية الضرورة الشرعية – مؤسسة الرسالة – الطبعة الخامسة – ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ٥١) .

(٢) انظر (د / عبد الكريم عثمان – معالم الثقافة الإسلامية – مؤسسة الرسالة – الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ /١٩٨٢م – صـ ٥٨).

الغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لا انفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[١]. وقال تعالى ﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ إِنَّا أَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ نَارًا أَحَاطَ بِهِمْ سُرَادِقُهَا وَإِنْ يَسْتَغِيثُوا يُغَاثُوا بِمَاءٍ كَالْمُهْلِ يَشْوِي الْوُجُوهَ بِئْسَ الشَّرَابُ وَسَاءَتْ مُرْتَفَقًا ﴾[٢].وقال تعالى ﴿فَإِنْ حَاجُّوكَ فَقُلْ أَسْلَمْتُ وَجْهِيَ لِلَّهِ وَمَنْ اتَّبَعَنِي وَقُلْ لِلَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ وَالأُمِّيِّينَ أَأَسْلَمْتُمْ فَإِنْ أَسْلَمُوا فَقَدْ اهْتَدَوا وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلاغُ وَاللَّهُ بَصِيرٌ بِالْعِبَادِ ﴾ [٣].ومن ثم نرى أن الدعوة إلى الإسلام أساسها الإقناع ، وغير المسلمين فى دار الإسلام هم وشأنهم فى عقائدهم ، وبالأولى فى غير دار الإسلام ، ولا يجيز الإسلام أخذهم بالشدة والجبر على اعتناقه [٤].غير أن حرية الاعتقاد لاقت فهما اعوجا فى زماننا من قبل من يسمون أنفسهم بالتنويريين ، فشذ بهم الفهم حين عابوا على حد الردة وقالوا بأنه يتنافى مع قول الله تعالى ﴿لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾[٥]. وقد قام فقهاء الشريعة بالرد على هذا القول الموبوء ، بأن النبى ﷺ سن لنا هذا الحد بقوله : « من بدل دينه فاقتلوه »[٦].ولهذا الحديث أساسه القرآنى فى قول الله تعالى ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾[٧].وقوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنْ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلاَ لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلا﴾[٨]، وحتى

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٢) سورة الكهف : آية ٢٩ .

(٣) سورة آل عمران : آية ٢٠ .

(٤) انظر (المستشار / عمر شريف – نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية – دراسة مقارنة – صـ١٦١) وانظر فى ذلك أيضا (الدكتور / محمد الزحيلى – مقال حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة – مجموعة من الباحثين– كتاب الأمة عدد : ٨٧ – المحرم ١٤٢٣هـ – صـ ٩٠) .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٦) رواه البخارى – كتاب استتابة المرتدين – رقم (٦٩٢٢) انظر (فتح البارى لابن حجر – ١٠/١٦).

(٧) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

(٨) سورة النساء : آية ١٣٧ .

يكون على بينة من الأمر ليظهر لنا مبرر الموازنة بين المنافع والمضار ، ولنرد على الذين يريدونها عبثية ؛ ليخدموا بذلك الحملات التنصيرية ، علينا أن نفرق بين فرعين للحرية :

أولهما : الحرية التكوينية ، وثانيهما : الحرية التشريعية والقانونية .

أولا : الحرية التكوينية :

وهذه الحرية تتصل بخلق الإنسان ، وهى ليست حقا طبيعيا يستمد من غريزة الرجل المتناقضة والإنسان ما كان ليصل لإدراك حريته على الوجه الذى أراده الإسلام لولا نزول الوحى ، ولولا الرشد الدينى الذى جاء به القرآن [١].ولقد كان أول ما نادى به الإسلام هو أن الإنسان ليس عبدا للطبيعة ولا للحجر والشجر ولا لإنس 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[٢].

والأساس الشرعى لهذه الحرية : قوله تعالى ﴿ إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِرًا وَإِمَّا كَفُورًا﴾[٣].وقوله تعالى ﴿ لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾[٤] وهذه الآية فتحت حرية الإنسان فى اختيار الهداية والضلال، وقال تعالى ﴿ وَقُلْ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾[٥].وأقوال الصحابة الكرام التى تدور فى فلك الحرية التكوينية قول الإمام على[٦] ﷺ (إن الله أمر عباده تخييرا " لا جبرا " ونهاهم تحذيرا وكلف يسيرا)[٧] ، ومن هنا فالحرية التكوينية تتمثل فى الأمور التالية :

---

(١) انظر (أ/ علال الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها– دار المغرب الإسلامى – الطبعة الخامسة – ١٩٩٣م– صـ ٢٤٨) .

(٢) انظر (المرجع السابق صـ ٢٤٩) .

(٣) سورة الإنسان : آية ٣ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٥) سورة الكهف : آية ٢٩ .

(٦) الإمام على : هو على بن أبى طالب ، ابن عم رسول الله ﷺ (ت : ٤٠هـ) انظر (ابن سعد – الطبقات الكبير– ٣٠/٣٨).

(٧) الإمام محمد عبده – نهج البلاغة – المكتبة التوفيقية – القاهرة – الطبعة الأولى– ٤/٥٣٣: ٤٣٤ .

١–عدم إكراه أحد عل ترك دينه أو إكراهه على عقيدة معينة .

٢–ترك الحرية لأصحاب الديانات الأخرى من أهل الكتاب ليمارسوا شعائرهم وعباداتهم فى المجتمع الإسلامى ، فلا تهدم لهم كنيسة ولا يكسر لهم صليب.

٣–ترك الحرية لهم فيما أباحت لهم أديانهم من الطعام وغيره .

٤–إعطاؤهم الحرية فى قضايا الأحوال الشخصية من الزواج والطلاق والنفقة وغيرها .

٥–صيانة حقوقهم وحماية كرامتهم وترك حرية الجدل والمناقشة لهم ضمن حدود العقل والمنطق والأدب[١] .

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه أمام هذه الحرية التكوينية التى تجعل الإنسان حرا فى اختيار معتقده وعبادته ، هل هذه الحرية مطلقة فى الإسلام وإذا كانت مطلقة فلماذا سن الإسلام الجزية ، وما المقصود بقول الله تعالى ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلا بِالْيَوْمِ الآخِرِ﴾[٢] ؟

إن الحرية التكوينية تعنى كما ذكرنا سلفا أن الإنسان حر ومختار ، وينعم بهذه الحرية فى أفعاله وتصرفاته وقناعته ومعتقداته جميعها ، إلا أنه يتحمل فى 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﴾[٣] .

وقال العلماء : الختم هو الطبع على قلوب الكفار عقوبة على كفرهم كما قال الله تعالى ﴿بَلْ طَبَعَ اللَّهُ عَلَيْهَا بِكُفْرِهِمْ فَلا يُؤْمِنُونَ إِلا قَلِيلًا﴾[٤] .

وهذا الختم على قلوب الكافرين وسمعهم لم يكن ابتدائيا أبدا، وإنما جزاء وعقوبة على اختيارهم[٥] .

---

(١) الدكتور / عبد الكريم عثمان – معالم الثقافة الإسلامية – صـ ٥٨ : ٥٩ .

(٢) سورة التوبة : آية ٢٩ .

(٣) سورة البقرة : آية ٧.

(٤) سورة النساء : آية ١٥٥ .

(٥) انظر (أ / عباس ظهيرى – حدود الحرية من المنظور الكلامى والفقهى والعرفانى – مجلة المنهاج– ٢٣/ ٤٠) .

قيود على حرية العقيدة (الحرية التكوينية) :

القيد الأول : الجزية :

الجزية عبارة عن قدر من المال يؤخذ من أهل الذمة[١]، وذلك مقابل الدفاع عنهم وإعفائهم من التجنيد .

وأساس مشروعيتها قوله تعالى ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾[٢].

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 يسهم 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[٣].

٣– الإسهام فى بيت مال المسلمين الذى يضمن الكفالة والإعاشة لكل عاجز عن العمل ، بما فى ذلك أهل الذمة بلا تفرقة بينهم وبين المسلمين دافعى الزكاة[٤].

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

---

(١) انظر (د/ غالب عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق السياسية – دار الوفاء – المنصورة – ط١– ١٤١٠هـ/١٩٩٠م – صـ٢٢٦) .

(٢) سورة التوبة : آية ٢٩ .

(٣) انظر (د/ غالب عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق السياسية – صـ ٢٣٠) .

(٤) د/ غالب عبد الكافى القرشى – المرجع السابق – صـ ٢٣١ ، وراجع فى ذلك أيضا (سيد قطب – تفسير فى ظلال القرآن – ١٦٣٤/٣) .

الخطاب ﷺ فهو أول من أعطى فقراء أهل الذمة من بيت مال المسلمين روى أبو يوسف ، وأبو عبيد : أن عمر بن الخطاب ﷺ – مر بباب قوم وعليه سائل يسأل – شيخ كبير ضرير 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 فرضخ له بشىء من المنزل[١] . ثم أرسل إلى خازن بيت المال فقال : انظر هذا وضرباءه[٢] . فوالله ما أنصفناه إن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾[٣] . والفقراء هم المسلمون ، وهذا من المساكين من أهل الكتاب ، ووضع عنهم الجزية وعن ضربائه)[٤] .

هذا ما فعله أمير المؤمنين عمر ﷺ مع فقراء أهل الذمة[٥] ، بل وصل الأمر به أنه ﷺ وازن بين مصلحة الأمة فى أخذ الجزية من أهل الذمة وبين رفض نصارى

---

(١) رضخ له : أعطاه شيئا ليس بالكثير – انظر (النهاية فى غريب الحديث ٢٢٨/٢) وانظر (لسان العرب ١٩/٣).

(٢) ضرباؤه : أى أمثاله ونظراؤه – انظر (لسان العرب ٥٤٨/١) .

(٣) سورة التوبة : آية ٦٠.

(٤) انظر (أبو يوسف – الخراج– صـ١٣٩) .

(٥) وهذا الفعل من أمير المؤمنين عمر الفاروق ﷺ يدل على سماحة الإسلام التى ليست فوقها سماحة ، ولا يستطيع أى نظام أو أى حاكم أن يعمل هذا العمل فى معاملة الآخرين من غير أبناء جنسه ومن على غير عقيدته ، ومن أراد أن يتأكد من قولنا هذا فليراجع التاريخ قديما وحديثا ، ولينظر فى الوقت الحاضر إلى أكثر الدول حرية وديمقراطية كما يدعون ، ليرى كيف يعاملون الأقليات فيها ، كيف يعامل السود فى أمريكا وأوروبا ، بل كيف يعاملون المسلمين فى بلادهم ، هل وصلت بهم ديمقراطيتهم إلى العفو عن كل فقير من الضرائب المفروضة عليه ويعطونه ما يكفيه من خزانة 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 فى العالم – أمريكا – بالعراق المسلمة من ذبح وقتل واستغلال للثروات ، وتوقيع عقود نهب بترول العراق لشركات أمريكية ، بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢١م) فهل يجوز لكل تابع لهم اليوم أن يتكلم عن الإسلام بينت شفه ؟ راجع فى ذلك أيضا (أوليات الفاروق عمر السياسية للدكتور / غالب عبد الكافى القرشى صـ ٢٣٤) وأيضا (جريدة الأسبوع المصرية بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢١ مقال للأستاذ / مصطفى بكرى) .

تغلب[١] 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 فاختاروا الجلاء وبدأوا يتهيأون للرحيل ومضى بعضهم فأشار على الفاروق رجل اسمه النعمان بن زرعة [٢] . 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 فى العدو ، فلا تعن عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة)[٣].فبعث أمير المؤمنين فى طلبهم ، فردهم وصالحهم على أن مضاعفة الصدقة عليهم ، واشترط عليهم أن لا ينصروا أولادهم[٤] . 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 سنَّها الإسلام لمراعاة

---

(١) بنو تغلب : هم بنو تغلب بن وائل بن ربيعة بن نذار ، من صميم العرب انتقلوا فى الجاهلية إلى النصرانية وكانوا قبيلة عظيمة لهم شوكة قوية واستمروا كذلك على نصرانيتهم ، وحتى جاء الإسلام لم يسلموا ، وكانوا فى الشمال الشرقى للجزيرة العربية ، انظر (ابن القيم الجوزية – أحكام أهل الذمة، تحقيق / يوسف أحمد البكرى ، شاكر توفيق العاروري – دار ابن حزم للنشر الدمام – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م –٢٠٦/١) ، وانظر (البلاذرى – فتوح البلدان – تحقيق عبد الله أنيس الطباع، عمر أنيس الطباع– مؤسسة المعارف – بيروت – لبنان ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م – صـ ٢٤٩) .

(٢) النعمان بن زرعة هو : النعمان بن زرعة بن وائل بن ربيعة بن شبيب بن زيد التغلبى – انظر (ابن ماكولا – الاكمال – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٤١١هـ – ٥٠٩/١) . وانظر (ابن حجر – الإصابة– تحقيق / على محمد البيجاوى– دار الجيل – بيروت – ط١ – ١٤١٢هـ/١٩٩٢م – ١٣٥/٢) .

(٣) أبي عبيد القاسم بن سلام – الأموال– دار الفكر بيروت – لبنان – ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م– صـ ٣٧ .

(٤) انظر (أوليات الفاروق السياسية – صـ ٢٣٧).

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) [١] .كلمة قالها أمير المؤمنين عمر ﷺ لعامله على مصر عمرو بن العاص ﷺ ويا ليت قومى 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 بوجدان 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 ﴿ أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَى نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ*الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ [٢] .وقال تعالى ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ ﴾[٣] . إنه القتال لتحرير الإنسان فى الأرض ، فقد تطغى قوى الشرك لتقف حجر عثرة أمام إرادة الإنسان فى الاختيار ، فتكون الفتنة ؛ لذا وجب القتال لزوالها ، وليتحرر 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 ، فلولاه (لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد) [٤] .ومن ثم

---

(١) ابن الجوزى – مناقب عمر– صـ ٨٩.

(٢) سورة الحج : آية ٣٩، ٤٠ .

(٣) سورة الأنفال : آية ٣٩ .

(٤) انظر (الرازى – مفاتيح الغيب – ٤٩٤/٧) ، وانظر (الألوسى – روح المعانى – دار الغد العربى – القاهرة – ط١– ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – ٤٤/١٢) وانظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير – ١٧/ ٢٧٦) وانظر (رشيد رضا – شرح المنار– الهيئة المصرية للكتاب – ١٩٩٠م – ٥٥٣/٩) وانظر (سيد قطب – فى ظلال القرآن– ٢٤٢٤/٤).

كان تعليل الإذن للقتال بأمور ثلاثة :

١–رد الظلم والاعتداء .

٢–أنه لحماية جميع المعابد من ظلم الكافرين .

٣–إزالة العقبات أمام تبليغ الدعوة إلى الله تعالى ، وأن يحسن الناس الاختيار[١].

ويا له من منهج قويم ، القتال فيه لحماية المعابد وروادها بلا إكراه للمخالفين على اعتناقه ﴿لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنْ الغَيِّ﴾[٢] ، ومن ثم فإن حرية الاعتقاد ليست على إطلاقها ، إنما تقيد فى الإسلام بالقيدين السابقين لا انتهاك بهما لكرامة الإنسان ، ولا إكراه له على الدين .

ثانيا : الحرية التشريعية :

عرفنا مما سبق أن موقع ﴿لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنْ الغَيِّ ﴾ هو ما قبل الرضا فى الانتظام فى المجتمع الإسلامى والرضا بمنهجه حاكما ، فالإنسان حر مختار تكوينا ، غير أن هذا الموقع يتغير بعد رضاه بالإسلام دينا ، وهنا تأتى الحرية التشريعية ، التى لها بعد فقهى فهى من وجهة النظر الفقهية تمثل حرية الإنسان من منظور الشرع ونظامه القانونى [٣].

وهنا تكون حرية اعتقاد المسلم – الذى رضى بالله ربا وبالإسلام دينا ، وبسيدنا محمد ﷺ نبيا ورسولا – فهى محدودة له بما جاء به الدين الإسلامى مما تتكون جامعة المسلمين بالاتفاق على أصوله ، فإذا ما خرج المسلم على هذه الأصول عُدَّ مرتدا ، وقضى عليه النظام الإسلامى بالقتل لقول النبى ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه»[٤] ، ولا يكون التنفيذ إلا بعد الاستتابة التى قال بها جمهور العلماء[٥].

---

(١) انظر (الشيخ / سيد سابق – فقه السنة– دار الفتح للإعلام العربى – القاهرة – الطبعة الثانية – ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م – ٣٦٣/٣) .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٥٦ .

(٣) مجلة المنهاج – عدد ٢٣ – صـ ٤١ .

(٤) ابن حجر – فتح البارى– ١٧ – باب. الاعتصام بالكتاب والسنة .

(٥) انظر (الدكتور / محمد محمد فرحات – المبادئ العامة فى الفقه الجنائى – أستاذ الفقه بحقوق عين شمس – – دار النهضة العربية – الطبعة الأولى – ١٩٩٨م – صـ ٢٩٩) .

(وإن جريمة الردة إذا وقعت فى دولة إسلامية اتخذت النظام الإسلامى كقاعدة عامة أساسا لنظام الحكم فيها ، وتقيدت بمبادئه ، فإنها فى هذه الحالة تكون بمثابة خروج على مبادئ النظام العام فى الدولة واعتداء على أصول الحكم ومبادئه الجوهرية شأنها تماما شأن أى جريمة يرتكبها فرد فى أى دولة من الدول ضد نظام الحكم فيها ، أو خروجا على مبادئه اعتبارنا أن العقيدة والشريعة فى النظام الإسلامى 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[١] .

ولو فهم هؤلاء التنويريون أن حرية الاعتقاد المكفولة فى الابتداء لغير المسلم تتغير بمجرد دخوله فى الإسلام فلا يكره فى الابتداء ، وإنما يعاقب حدا بعد الدخول فى الإسلام [٢] .

وفى ضوء هذا المعنى كانت الموازنة بين المنافع والمضار بين حماية الدين وهو المقصد الأول من مقاصد التشريع الإسلامى ، بل هو أولى الضروريات الخمس ، وبين حماية النفس وما لها من حقوق ، وكان الترجيح للدين وحمايته من عبث العابثين .

والحق أقول إن حرية الاعتقاد فى الإسلام أمارة قوية تدفع عنه الاتهام

---

(١) انظر (المستشار / عمر شريف – نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية – صـ ١٦٧) ، وانظر (الطاهر بن عاشور – أصول النظام الإجتماعى فى الإسلام– دار النفائس – الأردن – الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م – صـ ٢٧١) ، وانظر (د/علال الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – صـ ٢٥٣) ، وانظر (أ/عبد القادر عودة – التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى– دار التراث – القاهرة – بدون تاريخ– ٧٠٧/٢) .

(٢) انظر (د/ علال الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها– صـ ٢٥٣) وقال الدكتور / علال الفاسى : ولقد أغرق المبشرون الأجانب فى بلاد الإسلام وعملاؤهم فى الحيلة والتزوير حتى أخذوا يؤلفون كتبا باسم الإسلام ، ويدسون فيها ما يؤدى بصفة غير مباشرة إلى هدم العقيدة فى نفس المسلم الذى لم يتحصن بعد بمعرفة دينه ، ونظر ذكى ، إلا إذا حاول المسلمون مقاومتهم بطرق ما ؛ اعتبروا ذلك مساسا 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 الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – صـ ٢٥٣) .

بالعنف والإرهاب ، وهذه الحرية ليست مطلقة بحيث يستوى الإيمان والكفر عند الله ، وإنما لهذه الحرية ثلاثة ضوابط حتى ينجلى الحق لذى عينين .

١– أن هذه الحرية مقصورة على الحياة الدنيا ، بخلاف الآخرة فلا يستوى فيهما مؤمن وكافر ، قال تعالى ﴿ يَوْمَ يَأْتِ لا تَكَلَّمُ نَفْسٌ إِلا بِإِذْنِهِ فَمِنْهُمْ شَقِيٌّ وَسَعِيدٌ﴾[١] .

٢– إن حرية الاعتقاد فى 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 ﴾[٢] .

٣– إن حرية الاعتقاد فى الإسلام فى 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 فى قتل المرتد ، واعتباره دليلا على إرهابية الإسلام ، لأن ذلك شأن من شئون الإسلام الداخلية [٣] .

الفرع الثانى

حرية الفكر والتعبير

إن حرية الفكر فيما عدا الاعتقاد الدينى تشمل التفكير فى الآراء العلمية والفقهية ، وكذلك المتعلقة بالسياسية الشرعية وشئون الحياة العادية ، غير أنها لا تستقل بنفسها وإنما تحتاج إلى وسيلة للإفصاح عن نفسها بالقول والرأى ، فهى ما

---

(١) سورة هود : آية ١٠٥ .

(٢) سورة الجاثية : آية ٢١ .

(٣) الدكتور / عبد العظيم المطعنى – مقال – مجلة الأزهر – مجمع البحوث الإسلامية – إصدار ربيع الآخر ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م – ٤/ ٥٧٣ : ٥٧٥ .

يجول بالعقل ، وما يجول بالعقل لا يعرف إلا بواسطة القول [١].

والإسلام جعل التفكير فريضة دينية لإعمال العقل ، وحث الإسلام العقل على الانطلاق والعمل ، والنظر فى الكون والحياة ، ومنحه الحرية فى 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 لأُوْلِي الأَبْصَارِ ﴾[٢]. وقوله تعالى ﴿ إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ ﴾[٣] ، وقوله ﷻ ﴿فَلْيَنْظُرْ الإِنسَانُ إِلَى طَعَامِهِ ﴾[٤] ، 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 ، وفى الحديث « رفع القلم عن ثلاث : النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبى حتى يكبر » [٥].وفيه أيضا « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[٦].وقد نظر الإسلام إلى وسائل الإدراك التى توصل إلى العقل تلك المعلومات عما يحيط به ؛ ليقوم بعملية التحليل – وهى الحواس الخمس – فبمقدار ما يصل إلى العقل من معلومات صحيحة بمقدار ما يكون تفكيره سليما وتعبيره صادقا[٧].

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) انظر (محمد الطاهر بن عاشور – أصول النظام الاجتماعي فى الإسلام – صـ ٢٧٤) .

(٢) سورة آل عمران : آية ١٣ .

(٣) سورة آل عمران : آية ١٩٠ .

(٤) سورة عبس : آية ٢٤ .

(٥) رواه أحمد وأبو داوود والنسائى وابن ماجه والحاكم عن عائشة مرفوعا ، ورمز له السيوطى بالصحة ، وانظر (المناوى – فيض القدير بشرح الجامع الصغير – المكتبة التجارية مصر الطبعة الأولى-١٣٥٦هـ ٣٥/٤ رقم ٤٤٦٢) .

(٦) رواه الطبرانى عن ثوبان مرفوعا وصححه السيوطى وحسنه النووى ، انظر (المناوى – فيض القدير ٣٤/٤ – برقم (٤٤٦١)).

(٧) انظر (الدكتور / زكريا عبد الرازق المصرى – الإسلام وحرية الإنسان– مؤسسة الرسالة – الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م – صـ ١٣٢ : ١٣٥) .

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 فى علمه[١] .

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 ﴾[٢] . وقوله تعالى ﴿وَقُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنزَغُ بَيْنَهُمْ ﴾[٣] . وقوله تعالى ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ﴾[٤] . وباستقراء هذه الآيات يتبين لنا أن التعبير باللفظ جائز شرعا لكنه فى حدود القول الحسن المنضبط عقديا والصحيح تشريعيا ، فلا يجوز التطاول به على ثوابت النظام الإسلامى باسم حرية الفكر والإبداع[٥] .ذلك لأن حماية الدين وثوابته أولى من مثل هذه الأفكار المريضة والتعبيرات الملوثة .

ب- الالتزام بضابط الصدق والأمانة ، قال تعالى ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

---

(١) انظر (بكر موسى – حرية الإنسان فى الإسلام– كتاب سلسلة البحوث الإسلامية لمجمع البحوث الإسلامية – عدد ٨٤ – ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م – صـ ١٣٣) .

(٢) سورة البقرة : آية ٨٣ .

(٣) سورة الإسراء : آية ٥٣ .

(٤) سورة الأعراف : آية ٣٣ .

(٥) راجع فى ذلك (الدكتور / عبد العزيز حمودة – المرايا 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) والتى تجرأ فيها المؤلف على ثوابت الإسلام باسم الإبداع .

اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلا سَدِيدًا﴾[١]؛ أى قولا مستقيما لا اعوجاج فيه ولا انحراف)[٢]، وقال القرطبى (أى قصدا وحقا)[٣] ؛ فعلى صاحب القول أن يلزم الصدق فهو من أهم خصائص القول وضوابطه وفى الحديث « من حدث بحديث وهو يرى أنه كذب فهو أحد الكذابين »[٤].

جـ – مراعاة التوقيت والتثبت من المصدر قال تعالى ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لاتَّبَعْتُمْ الشَّيْطَانَ إِلا قَلِيلا﴾[٥].قال ابن كثير[٦].فى تفسير هذه الآية : (إنكار على من يبادر إلى الأمور قبل تحققها فيخبر بها ويفشيها وينشرها ، وقد لا يكون لها صحة ، وفى الحديث « كفى بالمرء كذبا أن يحدث بكل ما سمع »[٧] – [٨].

٣– قيود حرية التعبير فى النظام الإسلامى :

هذه القيود يمكن إجمالها فيما يلى :

أ– أنه لا يجوز أن تستخدم حرية الرأى لهدم أسس ودعائم النظام الإسلامى أو إلى نشر الإلحاد أو الأهواء أو الضلالة والبدع بين المسلمين ، ويقول الشافعى ﷺ « لو علم الناس ما فى الكلام من الأهواء لفروا منه فرارهم من الأسد »[٩] . وقال الحسن وابن سيرين : « لا تجادلوا أهل الأهواء ولا تجالسوهم ولا تسمعوا منهم »[١٠] .

---

(١) سورة الأحزاب : آية ٧٠ .

(٢) ابن كثير – تفسير القرآن العظيم– ٥٢١/٣ .

(٣) القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – ١٤ / ٢٥٣ .

(٤) رواه الترمذى فى كتاب العلم برقم (٢٦٦٢) – ٣٥/٥ .

(٥) سورة النساء : آية ٨٣ .

(٦) 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) .

(٧) رواه مسلم فى صحيحه باب النهى عن الحديث بكل ما سمع – رقم (٧) – ٣١/١ .

(٨) ابن كثير – تفسير القرآن العظيم – ٥٢٩/١ .

(٩) الذهبى – سير أعلام النبلاء – ١٦/١٠ : ١٨ .

(١٠) سنن الدارمى برقم (٤٠١) ١٢١/١ – تحقيق فواز أحمد زمرلى ، خالد السبع العلمى – دار الكتاب

ب– لا مجال لحرية الرأى إذا ما استهدفت الفتنة أو خيف منها الفرقة بين أفراد الجماعة أو ألحقت ضررا بالغير[١] .

جـ– كما أنه تعدّت حرية الرأى 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[٢] .

ومما سبق نخلص إلى أن ممارسة الإنسان لحرية التفكير والتعبير ليست مطلقة وإنما مقيدة بضوابط ، بل نجد أن مما توحى به النصوص السالفة فى دلالاتها أن الأصل هو القيد لقوله تعالى ﴿لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنْ الْقَوْلِ إلا مَنْ ظُلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا ﴾[٣] .ففى حال القول الإنسان مطالب بقول الخير وإن لم يكن لديه ثمة خير بقوله فليصمت لحديث النبى ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت » [٤] .

ومن ثم كانت حرية الفكر والتعبير فى محل الخضوع لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيلا وتطبيقا[٥] .فللإنسان الحق فى أن يقول ما يشاء مما لاينافى العدل ولا يضر بالآخرين .

العربى بيروت – لبنان – ط١ سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

(١)د/ محمد حافظ سليمان – حرية الرأى والرقابة على المصنفات – دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣م – صـ٥٣ .

(٢)د/ حسن محمد هند – النظام القانون لحرية التعبير – دراسة مقارنة – مكتبة الأسرة – القاهرة سنة ٢٠٠٤م – صـ٣٢ .

(٣) سورة النساء : آية ١٤٨ .

(٤) متفق عليه – رواه البخارى – ٢٦٤/١١ ، ومسلم : (٤٧) .

(٥) انظر (الدكتور / محمد بن عبد الله بن إبراهيم الخرعان – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – يصدرها مجلس النشر العلمى – جامعة الكويت – حرية التعبير بين المفهوم الشرعى والمفاهيم المعاصر – عدد ٤٨ – صـ ٣٢٦ : ٣٢٨) .

الفرع الثالث

الحرية الاقتصادية

من حق الإنسان أن يعمل وأن يأخذ ثمرة عمله قال ﷺ « إن أفضل الكسب كسب الرجل من يده وإن نبى الله داوود كان يأكل من عمل يده »[١].فالعمل من أهم أسباب الكسب الحلال ، كذلك من حق الإنسان أن يتاجر وأن ينتج والحقيقة أن الحرية الاقتصادية لا تتحقق فى مجتمع ما إذا كان يسمح لبعض أفراده أو جماعاته باستغلال إخوانهم ، وأخذ نتائج أعمالهم بغير حق وكان إلى جانب ذلك يمنع الناس من حقهم فى أن يكدحوا ليكسبوا قوتهم ، أو يحرمهم من أجورهم[٢].

أما المجتمع الفاضل فى ظل الإسلام فهو الذى يعطى حرية التملك ويتيح فرصة العمل للجميع ، ويتيح الاتجار والإنتاج باعتبار ذلك أصل مقرر فى النظام الإسلامى قال تعالى ﴿ لِيَأْكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلا يَشْكُرُونَ﴾[٣].وقال تعالى ﴿مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لا يُبْخَسُونَ ﴾[٤].وباستقراء ما ورد فى هذا الميدان من آيات كريمة وأحاديث نبوية شريفة جاز لنا أن نقول بأن الحرية الاقتصادية فى 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 والتى يترتب على تملكها للأفراد مفاسد ومضار عظيمة لحديث النبى ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ

---

(١) رواه مسلم – صحيح الجامع للألبانى – رقم ٥٥٤٦ .

(٢) علال الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – صـ ٢٦٠ .

(٣) سورة يس : آية ٣٥ .

(٤) سورة هود : آية ١٥ .

»[١] وقوله أيضا :« الثلاثة لا يمنعن ؛ الماء والكلأ والنار »[٢].

الثانى : وإما لأنها محرمة شرعا كالخمر والخنزير وما يضر بالعباد[٣]، وهناك قيدان على حرية مالك المال فى التصرف :

١– عدم الإضرار بالغير لحديث « لا ضرر ولا ضرار »[٤].فنهى الإسلام عن حجب المال عن التدول ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ﴾[٥].ولأجل ذلك كان فى الإسلام تقرير حق الارتفاق والشفعة .

٢– تحقيق صالح الجماعة وهذا القيد واضح فى فريضة الزكاة والتى تصرف فى 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 فى الأندلس[٦]. (فمن حق ولى الأمر التدخل لمصلحة الجماعة بما فى ذلك حق تجريد المستخلف من وظيفته الاجتماعية " نزع الملكية " كلا أو بعضا إذا ما رأى الإمام أن المستخلف قد انحرف عن الضوابط المحددة لاستخلافه)[٧].

ومن ثم فهى 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 فى النظام الإسلامى ، جاز لنا أن ننتقل إلى النظم الوضعية لنتعرف على سمات حماية الحريات فيها فى إطار المطلب التالى.

---

(١) الهيثمى – مجمع الزوائد – مسند الحارث – تحقيق د/ حسين أحمد صالح الباكرى– مركز خدمة السنة والسيرة النبوية – المدينة المنورة – ١٤١٣هـ/١٩٩٢م – ٥٠٨/١.

(٢) ابن حجر – فتح البارى– ٤٥٥/٦ .

(٣) انظر (المستشار / عمر شريف – نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية – صـ ١٨١) .

(٤) سبق تخريجه صـ٦١.

(٥) سورة التوبة : آية ٣٤.

(٦) انظر (المرجع السابق صـ ١٨٤ : ١٨٥).

(٧) الدكتور / فاضل عباس الحسب – الفكر الاقتصادى الإسلامى – دراسة مقارنة– علم المعرفة – بيروت لبنان – الطبعة الثانية ١٤٠١هـ/١٩٨١م – صـ ٣٨.

المطلب الثانى

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 والتى يتمتع بها جميع من يتواجدون فى مجتمع ما دون تفرقة بسبب الجنس أو الكفاءة أو المركز الاجتماعى ، وتمنح هذه الحريات امتيازات خاصة للأفراد يمتنع 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 [١] بعد أن كان هناك عدم اعتراف لحقوق وحريات الأفراد فى مواجهة السلطة فى ظل العصور القديمة حتى أوائل القرن التاسع عشر [٢]. وحتى لا يطغى جانب على جانب فى هذا الميدان كانت الحاجة إلى نظرية الموازنة بين المنافع

---

(١) انظر (د/ سعاد الشرقاوى – نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانونى – صـ ٥ : ٦) .

(٢) انظر فى ذلك أيضا (الدكتور / ثروت بدوى– النظم السياسية – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٧٥ – صـ ٤١٢) وقد ذكر الدكتور ثروت بدوى قول الفقيه كوليار :

pression libertés publiques est apparue Tardivement endroit public is "Colliard : Libertés , publiques, 5'em éditition, Précis Dalloz, 1975 . 15 .

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[١] بيد أنها تقع فى 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 ولاسيما وأن الغرب عامة وأوربا 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 إعلانه جماعيا عام ١٩٤٨م غير أن هذا الإعلان ظهر على استحياء[٢]. فى المادة (١٨) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ١٩٤٨م والتى 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)[٣].

---

(١) يقول جان جاك روسو : إن كل عضو فى المجتمع يهب نفسه به بمجرد تكوينه ، وهو يهب نفسه كما هو فى تلك اللحظة بكل ما يملك من قوى ومنها ما فى حيازته من ممتلكات ، ولا يعنى ذلك أنه بمقتضى هذا التصرف تتغير طبيعة الحيازة بتغير الأيدى وتصبح جزءا من ممتلكات صاحب السيادة بل لما كانت قوى المجتمع السياسى أكبر بما لا يقارن من قوى الفرد ، فإن الحيازة العامة أيضا تكون ، بذلك أقوى وأحكم دون أن تكون أكثر شرعية ، على الأقل فى مواجهة الأجانب : إذ إن الدولة ، فى مواجهة أعضائها ، هى سيدة كل ممتلكاتهم بمقتضى العقد الاجتماعي الذى هو أساس جميع الحقوق داخلها . انظر (جان جاك روسو – العقد الاجتماعى – ترجمة / عبد الكريم أحمد صـ ٧٩ – الهيئة المصرية للكتاب ٢٠٠٠م) .

(٢) انظر (الدكتور / أحمد الريسونى ، والدكتور محمد الزحيلى – حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة– كتاب الأمة الصادر عن دولة قطر – عدد ٨٧ – ١٤٢٣هـ – صـ ٩٧) .

(٣) الدكتورة / سعاد الشرقاوى – نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانونى – صـ ١٧٢ .

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 لواضعيه من فضل سوى الإعلان عن الحقوق الواردة فيه على الملأ (١).

والذى يستقرئ واقع هذه الدول يجد أن حرية الاعتقاد عندهم مجرد شكل براق ، يضل بمخبره ويخدع بمظهره ، فهم لا يقولون بعصمة المعْتَقَد ، وإنما هو عندهم أمر نسبى 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 يعتقده غير أنها على نقيض من ذلك بأفعالها فلم تضع ضوابط للمعتقدات 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 ، وفى 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) (٢).

---

(١) د / محمد يوسف علوان – القانون الدولى لحقوق الإنسان – مجلة عالم الفكر– تصدر عن المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب – الكويت – ٣١/٣/٢٠٠٣) .

(٢) جون ستيورات مل – عن الحرية– ترجمة / عبد الكريم أحمد – صـ ٣٢ .

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 أوربليوس) إلا أحد معذبيهم)[١] .

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 منهجا متكاملا للبشرية حين كمل نضجها العقلى وصارت مهيئة 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 وعدَّها 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 فَضُلَ النظام المصرى نظيرَه الفرنسى بهذا الضابط لحرية الاعتقاد وفق الشريعة الإسلامية وخصوصا وأن النظام الفرنسى وغيره من الدول الغربية اعتبرت العقيدة أحد أنواع حريات الإنسان الروحية التى ترتبط به ارتباطا طبيعيا[٢]

---

(١) جون ستيورات مل – المرجع السابق – صـ ٣٣ .

(٢) انظر د / جمال الدين عطية – ضوابط الحريات الفكرية – مجلة المسلم المعاصر عدد ٩٩/ ١٤٢١هـ/٢٠٠١م – صـ ١٧٣) .

لذلك لم تكن حرية العقيدة فى النظم الوضعية على درجة من القوة كمبرر لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار اللهم إلا فى النظم العربية ومنها على سبيل المثال مصر .

الفرع الثانى

حرية الفكر والتعبير فى النظم الوضعية

مما لاشك 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[١] .

وحرية الفكر والتعبير كأحد أنواع الحريات كان لها قصب السبق من الحريات الأخرى إذ جاء النص عليها فى غالب الدساتير واضحا ومحددا فتنص المادة (١١) من ملحق إعلان الإنسان والمواطن على أن (حرية إيصال الأفكار والآراء هى من أغلى حقوق الإنسان ، لكل مواطن إذن أن يتكلم ويكتب ويطبع بحرية ولا يصبح محلا للمساءلة إلا عند استعمال هذه الحرية فى الحالات المحددة فى القانون) .

أولا : حرية التعبير فى فرنسا :

أصدرت فرنسا إعلانا لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ متضمنا سبع عشرة مادة نصت الأولى على الحرية بقولها [يولد الناس أحرار ومتساويين فى الحقوق ويبقون والاختلافات الاجتماعية لا يمكن أن تقوم إلا على أساس المنفعة المشتركة][٢] .

وفى 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 التى يتمتع بها المجتمع ، وهذه القيود لا يتم تحديدها إلا بقانون[٣] .

---

(١) انظر (د / منير حميد البياتى – عميد كلية الحقوق – جامعة الزرقا الأهلية فى الأردن – حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون من كتاب الأمة – عدد ٨٨/ ١٤٢٣هـ – صـ ٨٣) .

(٢) ملحق إعلان الإنسان والمواطن الصادر فى ٢٦ أغسطس آب ١٧٨٩م .

(٣) انظر (د/محمد حافظ سليمان – حرية الرأى والرقابة على المصنفات– دار النهضة العربية ١٩٩٣م – صـ٦١).

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 ، والتى 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 قيدا 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)[1] .

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[2] .

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

---

(١) انظر (د/حسن محمد هند – المستشار بمجلس الدولة – النظام القانونى لحرية التعبير – دراسة مقارنة – الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٤م – صـ٣٤) .

(٢) انظر (د/محمد حافظ سليمان – حرية الرأى والرقابة على المصنفات – صـ٦٢) .

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[١] .

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 حرية التعبير التى يحميها الدستور ، هى حرية كاملة لا تخضع للضرورة التى تمليها طبيعة الحياة الاجتماعية المنظمة[٢] .

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 تؤدى إلى خطر واضح يؤدى إلى كوارث .

جـ- ألا يؤدى 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 خطرًا واضحًا

---

(١)د/محمد حافظ سليمان – المرجع السابق – صـ٦٢ .

(٢)د/محمد حافظ سليمان – المرجع السابق – صـ٧٠ .

وحالا يؤدى إلى كوارث[١] .

"ولم تقف المحكمة العليا موقف التصديق على الإدانة الدائمة للتقييد من طلاقة الحرية ، وغنما قامت بإلغاء حكم الإدانة الذى صدر ضد الكاهن الكاثوليكى (ترمينللو) لانتقاده التفرقة العنصرية وامتداحه نظام حكم الجنرال فيرانكو الديكتاتورى واحتقاره اليهود والشيوعيين مخالفا 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 الأسمى منه إلا عندما يخلق حالة من عدم الاستقرار ، وعدم الرضا بالظروف الراهنة ،وقد يثير حفيظة الناس ، ويسبب الغضب والتحدى ، وقد يكون الإجحاف والتحامل له نتائج غير مرضية ، كما أنه يحمل بذور قبول الفكرة أو رفضها"[٢] .

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 عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى 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

---

(١) د/محمد حافظ سليمان – المرجع السابق – صـ٧١ .

(٢) د/محمد حافظ سليمان – المرجع السابق – صـ٧٠ .

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[١] .

ولكن ثمة قيود وضوابط لهذه الحرية استنبطناها 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 – وعلانية – تلك الأفكار التى تجول فى عقولهم ، فلا يتهامسون بها نجيا، بل يطرحونها عزما – 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 يقدرون 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[٢] .

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 الرأى والرأى الآخر ، وتتفاعل الآراء لُتثمر الرأى الصحيح الناضج الذى يلائم المجتمع)[٣] .

---

(١) انظر (د/حسن محمد هند – النظام القانونى لحرية التعبير – صـ٣٠) .

(٢) حكم المحكمة الدستورية فى الدعوى رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية جلسة ١٩٩٥/٤/٥م .

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٤م .

ولذلك فإن ما ورد من نصوص فى الدساتير الفرنسية والأمريكية والمصرية وما ورد فيها من معانٍ راقية ، تدفعنا للقول بأن حرية التفكير والتعبير والتى تعنى أن يفكر الإنسان تفكيرا علميا مستقلا 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 . وهنا ليس للقانون أن يطول بالتنظيم ما يدور داخل العقل من أفكار ما دام لم يفصح عنها صاحبها . إلا إذا اتخذت أفكاره مظهرا اجتماعيا سلوكيا 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 جائزا إلا إذا اقتضى الصالح المشترك ذلك . ومن ثم يكون الصالح الفردى هو الأصل والاستثناء هو الصالح المشترك[١] .

هذه العلاقة بين المصلحة الفردية والمصلحة الجماعية ، إنما تتآلف من إيجاد التوازن اللائق بينهما باعتبار أنها علاقة بين عنصرين مختلفين فى التفسير للمصلحة فحسب ، لا بين ضدين من معدنين متناقضين متصارعين[٢] . ذلك لأن إظهار الحقيقة لا يستغنى عنها المجتمع لاتخاذ قرارات سليمة ، وأن أى قيد على هذا يعد تعسفا على حرية التعبير ما دامت هناك ضرورة اجتماعية تبيح حرية التعبير[٣] .

---

(١) انظر (د/نعيم عطية – فى النظرية العامة للحريات الفردية – الدار القومية – القاهرة – ١٩٦٥م – صـ٩٥) ، وانظر (د/عماد عبد الحميد النجار – النقد المباح – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٧٧م – صـ٧) .

(٢) انظر (د/عماد عبد الحميد – المرجع السابق – صـ٤٤) .

(٣) راجع فى ذلك (حكم المحكمة الدستورية فى الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٤ ق بجلسة ١٩٩٤/١/١٤م ، وحكمها فى الدعوى الدستورية رقم ٦ لسنة ١٥ ق بجلسة ١٩٩٥/٤/١٥م ، وحكمها فى الدعوى الدستورية رقم ٤٤ لسنة ٧ق بجلسة ١٩٨٨/٥/٧م) ، وراجع أيضا (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) .

ومن هنا كانت حرية التفكير والتعبير الينبوع الأصيل لكل ما وصلت إليه جهود الجنس البشرى من أعمال عظيمة[١] .

غير أن هذه الحرية تتقيد بعد المساس أو الإضرار بالفرد أو الجماعة بمعنى ألا يكون فى ممارستها ما يتضمن إخلالا 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 ، وكذلك احترام الأنظمة وتقديرها لها [٢] ، وأن الذى يقرر الحريات ومداها 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 [٣] .

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 ، ففى الأمم التى تعد طليعة الشعوب الديمقراطية نلاحظ تناقضا كبيرا بين القول بحرية الفكر والرأى وبين التطبيق ، ففى 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 ،

---

(١) انظر (د / عبد الفتاح محمد العيسوى– حقوق الإنسان فى الإسلام – مجلة الوعى الإسلامى – الكويت – عدد ٤٣١ – ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م – صـ ٤٣).

(٢) انظر (الدكتور / نعيم عطية – النظرية العامة للحريات الفردية – صـ ٢٩٤) .

(٣) انظر (المستشار / عمر شريف – نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية – دراسة مقارنة – صـ١٦٩:١٦٨).

وسنفتح منافذ للتحريضات 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[١] .

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 حاكمى فماذا أصنع)[٢] .

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 قيدا 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

من أنواع الحريات التى تعتبر مبررا من مبررات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار " الحرية الاقتصادية " فما المقصود بها ؟ وما حدودها ومداها فى النظم الوضعية ؟

يقصد بالحرية الاقتصادية : (الحرية المطلقة التى تفسح الطريق أمام الأفراد فى مجال التملك والعمل والتعاقد والإنتاج والاستهلاك)[٣] .

وهى تعنى أيضا : (الاعتراف المطلق للأفراد باكتساب الأموال وإنفاقها

---

(١) انظر (د/ محمد عزيز الحبابى – من الحريات إلى التحرر – دار المعارف – مصر – د . ت – صـ ١٨) .

(٢) د/ محمد عزيز الحبابى – من الحريات إلى التحرر – صـ ١٨ .

(٣) د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية – صـ ٢٩) .

على النحو الذى يرونه ، وبالصورة التى يرغبون فيها)[١].

ولقد أمكن لفقه النظرية العامة للحريات أن يتوصل إلى التمييز بين ما أسمى 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[٢].

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[٣]. وعليه فللإنسان أن يغزو جميع عناصر الإنتاج من الأرض والآلات والمبانى والمعادن وغير ذلك من ألوان الثروة ، ويجوز له استغلال مكينه وإمكاناته على الوجه الذى يروق له ، ويحق لجميع الأفراد القيام بالمنافسة سعيا وراء المذة ، مما يؤدى إلى زيادة الإنتاج وتحسينه، وابتكار أفضل أساليبه، وتجنب الإسراف فى موارده ضمانا لأكبر ربح [٤].

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

---

(١) الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق : ٢٩ .

(٢) انظر (المستشار / عمر شريف – المرجع السابق – صـ١٤٩).

(٣) انظر (الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية – صـ ٢٩ : ٣٠) .

(٤) الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق : ٣٠ .

فى ظل النظام الرأسمالى يحتاج إلى استقراء للواقع ومنه سيظهر لنا فشل هذا النظام على إثره تفشت البطالة ، وقامت الاحتكارات ، وأهدرت فى ظله حقوق العمال ، ومن ذلك نعتبر أن مثل هذا التوافق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة مجرد ادعاء مزعوم ، أدعى إلى السخرية منه إلى القبول [١] .

ثانيا : الحرية الاقتصادية فى ظل النظام الاشتراكى :

على العكس من دور الدولة فى النظام الرأسمالى ، فإن المذهب الاشتراكى يرى أن دور الدولة لا يقتصر على مجرد حماية الوطن وتأمينه بما يحقق للأفراد نيل حقوقهم والتصرف فيها بحرية مطلقة كما ذهب إلى ذلك (آدم سميث) [٢] وإنما يتعدى دور الدولة إلى التدخل فى الحياة الاقتصادية وتنظيمها بما يضمن حسن توزيع الثروة على الأفراد ، وعدم سيطرة طبقة على أخرى وإن أهدرت فى سبيل ذلك حقوق الأفراد .

وهنا نجد أن موقف النظام الاشتراكى هو تقييد حرية الأفراد الاقتصادية بل ومصادرتها بكل عنف وشدة ، فمن أركانه التى يعتمد عليها هذا النظام ، محو الملكية الخاصة ولاسيما فى مجال الإنتاج بصورة عامة ، فيؤمم كل وسائلها فهو يرفض الأنانية والدوافع الذاتية ، ويفنى الفرد فى المجتمع ، ولذلك الملكية العامة لوسائل الإنتاج هى أهم ما يميز هذا النظام ، والفرد لا يملك حرية الاختيار ، أو التحديد لنوع العمل الذى يقوم به ، وإنما عليه أن يعمل فى الجهة التى تحددها له الحكومة وفقا للخطة التى تضعها الدولة .

وإذا كان للرأسمالية مساوئ فإن للاشتراكية ما هو أسوأ ، إذ إنها تجعل من الفرد مجرد آلة من آلات الإنتاج وأداة فى يد الدولة تستخدمها لتنفيذ برامجها الاقتصادية ، ووصل بها الأمر إلى أن قتلت فى الإنسان كل حافز ، وحطمت فيه كل دافع إلى العمل والتنمية ، الذى يعد من أقوى غرائز النفس البشرية ألا وهو حب

---

(١) انظر (الدكتور / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق – صـ ٣٢ : ٣٣) .

(٢) راجع فى ذلك (جون كينيث جالبريث – تاريخ الفكر الاقتصادى الماضى صورة الحاضر – ترجمة / أحمد فؤاد بلبع – سلسلة عالم المعرفة– يصدرها المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب الكويت –٧١/٢٦١)

التملك الذى يدفع بصاحبه إلى العمل الجاد والإنتاج المثمر [١].

وهكذا يبدوا أن الأمر فى النظامين الرأسمالى والاشتراكى يتمخض عن حقيقة واضحة ، وهى الصراع بين الفرد والدولة ولأيهما تكون الغلبة .

وختاما جاز لنا القول بأن الحرية المطلقة لا أصل لها فى الواقع وإنما هى حرية نسبية مقيدة بما يتعارض مع المصلحة العامة وقد وضع هذا القيد فى النصوص الدستورية لغالب دول العالم ، ومن قبلها نصوص ملحق الإعلان العالمى لحقوق الإنسان ١٩٤٨/١٢م فتقول المادة الثالثة والعشرون منه [لكل شخص الحق فى العمل وله حرية اختياره بشروط عادلة مرضية ، كما أن له حق الحماية من البطالة) وفى المادة التاسعة والعشرون من الإعلان نجد قيدا على هذه الحرية إلا وهو مراعاة حقوق الآخرين وحرياتهم ومراعاة المصلحة العامة ، فنقول : (يخضع الفرد فى ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التى يقررها 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 .....) [٢].

وبالنظر إلى الدستور المصرى نجد أنه حدد أساسه الاقتصادى فى ضوء النظام الاشتراكى الديمقراطى[٣]. وظهر انتمائه لهذا النظام فى نص المادة (١٣) والتى اعتبرت العمل حق ولا يجوز فرضه على المواطنين جبرا ، ثم بين الدستور الفرق بين

---

(١) انظر (د / سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية – صـ ٣٦)

(٢) القانون المدنى الفرنسى– طبعة ١٩٩١م : ١٩٩٢م – صـ ٤١٧.

(٣) المادة (٤) من دستور جمهورية مصر العربية .

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 وحريته فى استغلالها وحق الدولة فى تقييد هذه الحرية مراعاة للصالح العام ، وللقضاء كلمته الأخيرة حين ترجح إحدى المصلحتين أو المفسدتين .

❋❋❋

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 لابد لها من النظام ، ومن تَقَابل 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)[1].

وهذا الاتسام بالنسبية يجد له محلا فى النظام الإسلامى ، فالحرية فيه ليست مطلقة ، بل مُوجَّهة توجيها ربانيا 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

---

(١) د/ [illegible] – نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على النظم القانونى – ص ١١ .

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 حددها المحكمة الأوروبية[1] ، 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 مشروعا وقويا ، فإن الغرض لا يتأتى أن يتحقق باستخدام وسائل تخنق بشكل واسع الحريات الشخصية الأساسية ، طالما يمكن هذا الغرض بقدر أقل من التقييد"[2] .

٣- ضرورة توافق القيد الجزائى مع متطلبات النظام الديمقراطى : تنص المواثيق الأربعة سالفة الذكر على شرط توافق التقييد مع النظام الديمقراطى ، ومن ثم فإن متطلبات النظام الديمقراطى 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 .

---

(١) انظر (د/عماد عبد الحميد النجار – النقد المباح – صـ١٤) .

(٢) راجع (بحث جمعية المساعدة القانونية لحقوق الإنسان فى الطعن رقم ١٦/٤٢ ق – صـ٧ وما بعدها) ، وانظر (د/محمد باهى أبو يونس – التقييد القانونى لحرية الصحافة – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية ١٩٩٦م – صـ٣١ وما بعدها) .

٥– خضوع السلطة التقديرية للدولة فى تنظيم الحريات للرقابة الصارمة[١].

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 الشئون العامة على أكمل وجه[٢] .

وعند هذا المعنى يكون محل الاتفاق بين النظم الوضعية والنظام الإسلامى فى أن الحريات ليست مطلقة وإنما هى مقيدة بعدم الإضرار بالآخرين[٣] ؛ أما بالنظر إلى مصدرية كل منهما وطبيعة المعايير التى يضعها كل نظام ، فهناك اختلاف كبير بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى ذلك .

أولا : 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 ثورات اجتماعية ، أو ثمرة للثورات والحروب فانتزعت انتزاعا ، وإنما هى مقاصد للدين وغاياته العليا ورسالة النبوة[٤].كما كانت الحريات فى النظم الوضعية وليدة الثورات واختلف مدلولها بحسب البيئة التى نشأت فيها ومثال ذلك :

١– اختلاف مدلول الحرية من الحرب الأهلية التى تفجرت فى الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٨٦٠م[٥] . هذه الحرب اشتعلت بسبب مشكلة العبيد أو

---

(١) انظر (د/محمد باهى أبو يونس – المرجع السابق ص ٨ : ٩) .

(٢) انظر (د/نعيم عطية – فى النظرية العامة للحريات الفردية – صـ٤٣) وقد عزا إلى (جون ستيورات مل – الحكومة النيابية – صـ١٩١ ، ١٩٥) .

(٣) انظر (جون ستيوارت مل – عن الحرية – صـ ٢٦).

(٤) انظر (د/ أحمد الريسونى ، د / محمد الزحيلى – حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة – صـ ٢٦) .

(٥) تعرف هذه الحرب باسم الانفصال (Guerre de sécession) وقد اندلعت على أثر إلغاء الرق ، فقد أدى انتخاب (لينكولن) رائد إلغاء الرق فى (١٨٦٠م) إلى ثورة الدول المستفيدة والمدافعة عن

الرق وكان التناقض العجيب بين الولايات الشمالية والجنوبية ، فبينما كانت الولايات الشمالية تحارب من أجل إلغاء الرق كانت الولايات الجنوبية تحارب من أجل الحفاظ على نظام الرق فكان الاسم المعلن للثورة الحرية غير غايته فى الجنوب تختلف عنه فى الشمال ، فتعنى الحرية فى الشمال تحرير زنوج الولايات المتحدة الأمريكية الجنوبية أسوة بالشمالية من الرق ، أما الولايات المتحدة الجنوبية فقد كانت تعنى بالحرية استقلال حكومتها وحريتها فى التصرف فى شئونها الداخلية ومنها مشكلة الرق ، وحريتهم أن يصنعوا ما يشاءون بالرجال الآخرين[١].

٢– الحرية فى عصر الثورة الفرنسية ١٧٨٩م : ظهر فيها إعلان حقوق الإنسان ، الذى اعتبر الحرية بأنها حق الفرد فى أن يفعل كل ما لا يضر بالآخرين ولا يمكن إخضاع ممارسة الحريات الطبيعية لقيود إلا من أجل تمكين أعضاء الجماعة الآخرين من التمتع بحقوقهم وهذه القيود لا يجوز فرضها إلا بالقانون الصادر عن الهيئة النيابية (البرلمان)[٢].

وعندما قامت الثورة الفرنسية خرجت هذه الأفكار من نطاق الفلسفة إلى مجال الصياغة وتأكد ذلك فى دستور ١٧٩١م فى فرنسا .

أقول وبالرغم من وضوح هذه المبادئ وبريقها ، وبالرغم من اقتناع كثير من الشعوب بها ، مما ترتب على سنها فى الدساتير المختلفة إلا أن التطبيق كان بعيدا كل البعد عن المبادئ وكانت الحكومات الفرنسية وكذلك الأمريكية التى أخذت بزمام الحكم بعد الثورة من أكثر الحكومات استبدادا [٣].فالحرية عندهم ليست كلا وإنما تتجزأ حسب جسامة الأنانية المادية ، وكذلك انعدام الجانب الروحى فى حياة الأفراد والأمم [٤].لكن الحرية فى النظام الإسلامى كل لا يتجزأ مصدريتها

الرق وهى الدول الجنوبية فى الولايات المتحدة ، وقد انتصرت الولايات الشمالية بعد أربع سنوات من الحرب امتدت من ١٨٦١م : ١٨٦٥م ، انظر (د/ سعاد الشرقاوى – نسبية الحريات العامة – صـ١٩) .

(١) د/ سعاد الشرقاوى – المرجع السابق : ١٩ .

(٢) د/ سعاد الشرقاوى – المرجع السابق : ١٧ .

(٣) انظر (د / فاروق البنهان – نظام الحكم فى الإسلام – صـ ٢٢٧ : ٢٢٨) .

(٤) وليس أدل على ذلك من ميزان الحرية الذى تدعيه أمريكا فى حربها وعدوانها على العراق ومن قبله

ربانية – قرآن وسنة – وتطبيق صحابة (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا)[١].

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 ﴿ وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمْ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾[٢].

أفغانستان، إنما حرية الكاوبوى الأمريكى ، انظر (مولاى محمد على – الإسلام والنظام العالمى الجديد – ترجمة / أحمد جودة السحار – صـ ٧) .

(١) ابن الجوزى – مناقب عمر بن الخطاب– صـ ٨٩ .

(٢) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

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)[١].

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 .

والدعوة إلى استخدام النقود والتعامل من خلال السوق الخالى من الربا والاحتكار والغش والتدليس والظلم [٢].

وهذا كله على النقيض من المذهبين الرأسمالى والاشتراكى .

لذلك نقول : أن الحرية فى 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) [٣].

---

(١) مادة (٢٦) مجلة الأحكام العدلية – وانظر (د / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – مجلس النشر العلمى – الكويت – الطبعة الأولى ١٩٩٩م) .

(٢) انظر (د/ سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام– مؤسسة الرسالة – ط٢– ١٤١٧هـ/١٩٩٦م – صـ ٥٤) .

(٣) مادة (٢٧) مجلة الأحكام العدلية – انظر (د / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – صـ ٢٠٨) .

المبحث الثانى

حماية الوطن وتأمينه

من المعلوم يقينا أن الغاية من القانون بمعناه العام هو حماية حقوق الأفراد وحرياتهم على نحو واضح لا يحتمل شكا أو تأويلا ، كما وفر القانون لها الحماية ، وأن تصرف الإدارة منوط بمراعاة هذه الحقوق ، غير أن هذه الحقوق قد تتعارض مع المصالح العامة للأمة التى 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 وضوحا نستقرئ ما ورد بهذا المبرر فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى المطالب التالية .

المطلب الأول : حماية الوطن وتأمينه فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : حماية الوطن وتأمينه فى النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار حماية الوطن وتأمينه .

المطلب الأول

حماية الوطن وتأمينه فى النظام الإسلامى

ولى الأمر فى النظام الإسلامى هو صاحب الولاية العامة الأصلية فى كافة شئون المسلمين ، وعليه أن يتخذ ما يراه من الإجراءات التى تكفل تحقيق مصالح الأمة ، ما دامت هذه الإجراءات متفقة مع روح الشريعة ومقاصدها ولا تخالف نصا صريحا فى القرآن والسنة وما أجمع عليه مجتهدو الأمة [١].

وعليه وضع العلماء قاعدة فقهية تقول : (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة) [٢].ومن ثم فقد تتعارض مصلحة الفرد والمتمثلة فى انتقاله وسكنه وحقه فى التملك مع مصلحة الأمة فى أمنها والحفاظ على نظامها العام بل على كيانها وآدابها العامة ، فتقيد الحريات بأنواعها فى سبيل حماية الأمة ولاسيما إذا تعلق الأمر بكيانها وعقيدتها وأخلاقها ، فقد يكون حق الفرد فى حماية نفسه وحياته ، وحقه فى تنقله ، غير أن ولى الأمر له حق تقييدها وبخاصة فيما يتعلق بالأمور العامة ، ومما لاشك فيه أن مفسدة الاعتداء على كيان الأمة أعظم ضررا من حماية النفس ومضرة عدم الاعتداد بآداب الأمة وأخلاقها أشد ضررا من تقييد حرية الفرد فى التنقل أو حريته بالكلمة ولقد وضع الإمام الشاطبى قاعدة لمثل هذا المعنى فقال : (كل فعل مأذون فيه يصبح غير مأذون فيه ، إذا آل إلى مفسدة غالبة أو أكثرية ، سواء أقصد الممارس للفعل ذاك المآل أم لم يقصده) [٣].

ومما تجدر الإشارة إليه أن نفاذ تصرف ولى الأمر على الرعية ولزومه عليهم شاءوا أو أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة فى ضمن تصرفه [٤] وهنا كان لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مبرر ثان فى النظام الإسلامى ظهر فى إطار حماية الوطن وتأمينه نظريا وتطبيقيا ، نأخذ منها على سبيل المثال :

---

(١) انظر (المستشار / عمر شريف – نظام الحكم والإدارة فى الدولة الإسلامية – صـ٥٣).

(٢) مادة (٥٨) مجلة الأحكام العدلية – انظر (السيوطى – الأشباه والنظائر – صـ ١٥٨) وانظر (ابن نجيم الحنفى – الأشباه والنظائر– صـ ١٢٣) .

(٣) د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ ٤٥٥.

(٤) انظر (الشيخ/أحمد ابن الشيخ محمد الزرقا– شرح القواعد الفقهية – صـ ٣٠٩) .

١–الجهاد : فللمسلم حق فى حياته لكنه يضحى بها فى سبيل دينه ووطنه من أى اعتداء .

٢–قتال البغاة : فإتلاف مال الغير مفسدة فى حقه مضمون ببذله إلا فى قتال البغاة والصوال والممتنعين من أداء الحقوق بالقتال [١] .

٣–الرقابة الأخلاقية : للإنسان حرية الكلمة ونقل الأخبار غير أن هذه الحرية مقيدة بعد الإضرار بأمن الوطن وحمايته فيحذر نشر جو الهزيمة أو النفاق ، ويلزم مراجعة المصدر الرسمى [٢] .قال تعالى : ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا به وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾[٣] .

ومن واجب ولى الأمر أيضا أن يحافظ على الآداب العامة فى الأمة وأن يجنب أفرادها الزلل الخلقى ، فيقيد حرية الفرد فى سبيل حماية أخلاق المجتمع ، ومن ثم قد يقيد ما أبيح للفرد – كحرية الانتقال – فى سبيل منع الأضرار وهو ما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ مع نصر بن حجاج [٤] .لما تشبب به النساء ليقى أمير المؤمنين المجتمع من الخلل الأخلاقى[٥] . " والواقع أن المنع من الفعل المباح

---

(١) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام فى مصالح الأنام – ١/٨٠ .

(٢) انظر (الدكتور / محمد عبد الله دراز – دستور الأخلاق فى القرآن – دراسة مقارنة للأخلاق النظرية فى القرآن – تعريب وتحقيق وتعليق د / عبد الصبور شاهين– مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان – ط١٠ ١٤١٨هـ/١٩٩٨م – صـ ٧٥٢).

(٣) سورة النساء : آية ٨٣ .

(٤) 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 شعرى عن نفسى أزاهقة ... 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 ٨/٢٢) .

(٥) عن عبد الله بن بريدة الأسلمى : قال : بينما عمر بن الخطاب ﷺ 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 [illegible] شعره ، ففعل فخرجت جبهته فازداد حسنا فأمره عمر أن يعتم ففعل ، فازداد حسنا ، فقال عمر ﷺ [illegible]

الذى يؤدى غالبا إلى مفسدة راجحة على مصلحته ، تطبيق للعام المأخوذ من استقراء النصوص "[1] قال تعالى : ﴿وَلا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾[2]. فحرم الله سب آلهة المشركين مع كون السب غيظا وحمية لله تعالى وإهانة لآلهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم لله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم [3].

وقال تعالى : ﴿ وَلا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾[4] . فالضرب بالأرجل جائز فى نفسه إلا أن الشرع منعه لئلا يكون سببا إلى سمع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعى الشهوة منهم إليهن فتسوء الأخلاق فى المجتمع وتشيع الفاحشة[5].

= والذى نفسى بيده لا يجامعنى بأرض أنا فيها ، فأمر له بما يصلحه وسيره إلى البصرة " – انظر (ابن الجوزى – مناقب عمر بن الخطاب– صـ ٧٩) .

(١) د/ حسين حامد حسان – نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى – صـ ٥٢٦ .

(٢) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

(٣) ابن القيم – أعلام الموقعين –٣/ ١١٣.

(٤) سورة النور : آية ٣١ .

(٥) انظر (ابن القيم – المرجع السابق ١١٣/٣) .

المطلب الثانى

حماية الوطن وتأمينه فى النظم الوضعية

من المعلوم يقينا أن الغاية من منح السلطة التنفيذية[١] هو حماية النظام العام بمعناه الواسع ، وعليه فإن على الإدارة أن تحقق أغراضا ثلاثة استقر عليها النظام العام :

الغرض الأول : حماية الأمن العام (La sècurité pulique)[٢].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 tranquilité publique) ويقصد بهذا الغرض المحافظة على الهدوء والسكون ومنع الإزعاج ، ويدخل فى مدلولها حماية الأخلاق والآداب العامة والتى تكون على درجة من الجسامة تستلزم تدخل الإدارة لمنعها[٣] .

الغرض الثالث : حماية الصحة العامة (La salubrite' publique)

ويقصد به حماية الجمهور من الأمراض ومنع انتشار الأوبئة والاحتياط من

---

(١) 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 ومرؤوسيه – 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 – صـ ١١٠) .

(٢)مجمع اللغة العربية – معجم القانون – صـ ٤٧٥ .

(٣) د / محمود حلمى ، د/ فؤاد محمد النادى – الوجيز فى مبادئ القانون الإدارى المصرى واليمنى – صـ ١١١ .

كل ما قد يكون سببا أو يحتمل أن يكون سببا للمساس بالصحة العامة[١]. 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 [٢]. 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 [٣].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 : القواعد التى تتفق وهذه الظروف [٤].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–تناسب الإجراء الضبطى مع الأسباب الدافعة له .

لذا كان من طبيعة هذه السلطة ومقتضياتها أن توائم بين ما للأفراد من

---

(١) د / محمود حلمى – المرجع السابق – صـ ١١١ .

(٢) راجع فى ذلك (د/ محمود أبو السعود حبيب – الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية – دار الثقافة الجامعية – القاهرة – ١٩٩٠م)

(٣) د / محمود حلمى – انظر القضاء الإدارى– دار الفكر العربى – ط٢ – ١٩٧٧– صـ ٢٤ .

(٤) د / محمود حلمى – انظر القضاء الإدارى– صـ ٢٤.

حقوق وما يتطلبه النظام العام من حماية [١]. 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 حالّة ، 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 [٢]. وما يهمنا هو الشروط الموضوعية والتى نجد فيها مبررا للنظرية التى نحن بصددها .

الشرط الأول : من الشروط الموضوعية هو : أن تتعرض مؤسسات الدولة أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية لخطر جسيم وحالّ فمن اللازم أن يكون لتطبيق هذه المادة من قبل رئيس الدولة – أعلى درجة فى

---

(١) انظر (الدكتور / محمود عاطف البنا – حدود سلطة الضبط الإدارى – صـ ٦٠) .

(٢) الشروط الشكلية (الإجرائية) : ١– ضرورة التشاور مع الوزير الأول ورؤساء المجالس النيابية والمجلس الدستورى . ٢– توجيه بيان للأمة . راجع فى ذلك (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب – الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية – صـ ١٩٧ : ٢٠٥) .

السلطة التنفيذية – فى أوقات الأزمات الخاصة ، أن يكون هناك خطر يهدد المؤسسات الدستورية أو استقلال الأمة سواء كان هذا الخطر خارجى كالاعتداء والتهديد من دولة أجنبية باحتلال جزء من أراضى الدولة ، أو داخليا كما لو حاولت بعض الجماعات الانفصال عن إقليم الدولة بجزء معين منه ، وهذا الخطر يجب أن يتجاوز فى شدته المخاطر المعتادة المألوفة ، وأن يكون حالا فى إطار ما حددته المادة (١٦) ومنها استغلال وسلامة الوطن[١] .

الشرط الثانى : 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 [٢] . 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 تقيد 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 [٣] .

---

(١) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب – الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية – صـ ١٩٣) .

(٢) لقد ذهب البعض إلى التضييق من نطاق عمل المادة (١٦) فاشترط ثبوت عجز السلطات عن أداء مهامها . انظر :

BURDEAU, Droit constituionnel et institution politiques , 1976 , p . 634

هذا وقد ذهب البعض الآخر إلى أنه يكفى اللجوء إلى هذه المادة أن يتعذر على السلطات مباشرة وظائفها بطريقة طبيعية – انظر (د/ محمود أبو السعود – المرجع السابق – صـ ١٩٤) .

(٣) راجع فى ذلك (د/ محمود أبو السعود – المرجع السابق – صـ ٢٥٨ : ٢٦٣) وراجع فى ذلك أيضا (د/محمد حسن عبد العال – رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإدارى الصادرة بالتطبيق للمادة (١٦)

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 يبسط رقابته على القرارات والإجراءات التى صدرت معتمدة فى تطبيقها على المادة السالف ذكرها[١] ؛ ففى ١٢/٢٦ / ١٩٧٨م صدر حكم من محكمة أمن الدولة العليا بمناسبة الطعن الذى تقدم به المتهمون فى قضية (الشيوعية)[٢] 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[٣] . 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)

من الدستور الفرنسى والمادة- ٧٤ من الدستور المصرى- سنة ١٩٨٣- صـ ٣٩) .

وراجع فى ذلك أيضا

DRAN, Le contrôle jusidictionnle et la garantie des libertés publiques , e'd . 1968 , p. 152

وراجع أيضا :

GAIABERT et Gentot: observations souo, G . E . 2 mass , 1962 , Rubin de servens , A. J . D . A , Avril 1965 .

(١) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب – المرجع السابق – صـ ٢٦٤) .

(٢) 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 – صـ ٣٥٧) .

(٣) راجع فى ذلك (أ . د / عمر حلمى – الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى– حقوق عين شمس ١٩٧٩م – صـ ٤٦٩ وما بعدها) .

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 ١٩٧٧ 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 تقدير الأمور والحكم عليها يملك أن يقدر مدى استمرار الخطر أو زواله [١]، وبهذا استطاعت المحكمة مناقشة الشروط الموضوعية ولاسيما فيما يتعلق بشرطى جسامة الخطر وحلوله ، غير أنها أعطت لرئيس الجمهورية سلطة تقدير مدى جسامة الخطر واستمراريته ، ولاشك أنه اتجاه حميد يتطلب من المحكمة موازنة الأضرار وانتقد بعض فقهاء القانون موقف المحكمة على أساس أنها كانت أمام أحد خيارين .

أحدهما : إما أن تقرر أن شرط الخطر ومعيار جسامته ووجوده واستمراريته هى من المسائل التى تدخل فى سلطة الرئيس التقديرية وبالتالى يمتنع على المحكمة أن تمد رقابتها إليها بوصفها من أعمال السيادة [٢].

---

(١) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب – المرجع السابق – صـ ٢٦٥) .

(٢) المقصود بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة

Les Actes de souveraineté ou de gouvernement :

الأعمال التى لها طبيعة إدارية ولكنها بمنجاة من كل رقابة قضائية مهما كانت درجة عدم مشروعيتها ، أو الآثار الضارة المترتبة عليها ، ونشأت هذه الأعمال السيادية لأول مرة فى ظل ملكية يوليو فى فرنسا وكان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ أول مايو ١٨٢٢م فى قضية

آخرهما : أن تمد المحكمة رقابتها إلى هذه العناصر لتقرر دستورية تطبيق المادة ٧٤ من عدمه دون أن تعتمد فى ذلك على تقدير رئيس الجمهورية[١] . واتفق البعض الآخر فيما أقررته المحكمة من ضرورة إعطاء رئيس الجمهورية سلطة تقديرية كاملة فى التثبت من وجود الخطر الجسيم والحال الموجب للجوء إلى المادة ٧٤ ؛ ذلك لأنه ينبنى على اعتبارات واقعية أكثر منها قانونية ، ولم يتفق مع المحكمة فيما ذهبت إليه من إعطاء رئيس الجمهورية سلطة استخدام المادة ٧٤ لمواجهة الخطر المحتمل والمستقبلي ولاشك أنه أمر يتنافى مع الطابع الاستثنائي للمادة السالف ذكرها ، كما أنه يتعارض مع القواعد العامة التى تحكم نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية [٢] .

ومن الملفت للانتباه أن مسلك القضاء المصرى قد أكد رقابته على مدى توافر الظروف الاستثنائية وخرج على ما يسمى بأعمال السيادة فى قرارات رئيس الجمهورية التى تنبنى على نص المادة ٧٤ من الدستور ، ولقد ظهر هذا جليا حين صدر حكم من القضاء الإدارى فى ١١ فبراير ١٩٨٢م ، حيث طعن أمام المحكمة فى مدى شرعية ودستورية القرارات التى أصدرها رئيس الجمهورية فى أثناء أحداث سبتمبر ١٩٨١م[٣] ، ومع ما أضافه القرار بقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١م من

(Laffittc) ولكنها استقرت وتعددت فى ظل الإمبراطورية الثانية وسبب ظهورها فى ذاك الوقت ترجع إلى الظروف التى أحاطت بمجلس الدولة الفرنسى وما طرأ على مركزه القانونى من تطور استوجب من المجلس فى عهد الإمبراطورية الثالثة استرد مركزه وثقة الحكومة به ، وفيها أرسى قواعد المشروعية ، وبدأ تطور المجلس الرقابى من أجل حماية مصلحة الأفراد ، وحتى لا ينال من هذا التطور الكبير الذى هو فى مصلحة الأفراد قبل كل شيء ، أن للإدارة قدرا كبيرا من الحرية حتى لا يعوقها بتدخله ورقابته ، وإلى الآن ما تزال تطبيقاته النظرية فى فرنسا موجودة ولكن المجلس يتطرق إلى النظرية على استحياء – وقد أنكر الفقهاء هذا الصنيع وعدّوه نقطة سوداء فى جبين المشروعية ولهذا فإن هناك رغبة شبه إجماعية بين الفقهاء بزوالها من عالم القانون وقال بعض الفقهاء إن المفهوم الحديث للسيادة لم يعد نقيضا للمسئولية ، ويكفى ما وجه لأعمال السيادة من نقد عنيف وجهته إليه مدرسة (دجيه) . راجع فى ذلك (الأستاذ الدكتور / سليمان محمد الطماوى – القضاء الإدارى – قضاء الإلغاء – صـ ٣٣٢ : ٣٦٤) وراجع أيضا (الأستاذ الدكتور / محمد مرغنى خيرى – القضاء الإدارى ومجلس الدولة – قضاء التعويض ومبدأ المسئولية الدنية للدولة والسلطات العامة – صـ ١٦٢) .

(١) الدكتور / عمر حلمى – الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى – صـ ٤٧٢ .

(٢) الدكتور / محمود أبو السعود حبيب – المرجع السابق – صـ ٢٦٧ .

(٣) قرارات رئيس الجمهورية برقم (٤٨٩ : ٤٩٥) الجريدة الرسمية – عدد ٣٦ – تابع فى ٣ سبتمبر ١٩٨١م .

فقرة جديدة إلى المادة ٣٤ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠م بشأن حماية القيم من العيب .

هذه الفقرة نُص فيها على اختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل فى التظلمات من الإجراءات التى تتخذ وفقا للمادة ٧٤ من الدستور ، ومع وجود هذه الفقرة فقد قررت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر ١١ فبراير ١٩٨٢ [١] . اختصاصها بالفصل فى الطعون المقدمة إليها ، ويوقف تنفيذ القرار رقم (٤٩٣) والخاص بالتحفظ على بعض الأفراد بتهمة الاشتراك فى الأحداث التى هددت الوحدة الوطنية فى ذلك الوقت ، وأيضا القرار رقم (٤٩٤) والخاص بإلغاء التراخيص الممنوحة بشأن إصدار مجلة الدعوة ومجلة الاعتصام وجريدة الشعب وبعض المجلات الأخرى .

وقد استندت المحكمة فى تبرير اختصاصها بنظر الطعون المثارة أمامها ، على الرغم من وجود المادة (٣٤) إلى أن التظلمات التى تتحدث عنها هذه المادة ليست طريقا بديلا لالتجاء الفرد إلى القضاء المختص طالبا وقف تنفيذ القرار المتخذ ضده ، لأن التظلم لا يحقق للمضرور مزايا قضاء الإلغاء وضماناته ، فالتظلم أمام محكمة القيم هو فى حقيقته تظلم ولائى [٢] . أعطاه المشرع لهذه المحكمة بدلا من السلطة التنفيذية فى محاولة منه ؛ لئلا تكون السلطة التنفيذية خصما وحكما فى نفس الوقت ، وكذلك ذهبت المحكمة إلى أن هذه القرارات ذات طبيعة إدارية وليست فلا إطار النشاط السياسى للسلطة التنفيذية ، لذلك رفضت دفع الحكومة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر الطعون فى قرارات رئيس الجمهورية المذكورة بوصفها من أعمال السيادة ، وبنت المحكمة دفعها على أن هذا القرار صدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارة لا سلطة حكم . ومن ثم بحثت محكمة القضاء الإدارى مدى سلامة تقدير رئيس الجمهورية لقيام الظروف التى تبرر اللجوء إلى

---

(١) حكمها فى دعوى (٣١٢٣) لسنة ٣٥ قضائية .

(٢) التظلم الولائى : هو الذى يلجأ صاحب الشكوى أو التظلم فيه إلى مصدر التصرف أو القرار ، أى إلى العضو الذى اتخذ هذا التصرف أو القرار وهنا يسمى تظلما ولائيا Recor graciaux راجع فى ذلك (أ . د / رمضان محمد بطيخ – الرقابة على أداء الجهاز الإدارى – دراسة علمية وعملية فى النظم الوضعية والإسلامية– دار النهضة العربية ١٩٩٦م– صـ٢٦٤) .

المادة ٧٤ من الدستور ، وذهبت إلى أن الخطر الجسيم المفاجئ الذى دفع رئيس الجمهورية إلى إصدار القرارات المطعون فيها لم يكن موجودا حين إصدارها فإن الأحداث التى وقعت فى الزاوية الحمراء كانت فى شهر يونيو ١٩٨١م وإن 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[١] . وهذا الموقف هو 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 تدخلها [٢]، و يتضح 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[٣] .

***

(١) انظر (الدكتور / محمود أبو السعود حبيب – المرجع السابق – صـ ٢٦٧ : ٢٧١) .

(٢) انظر (الدكتور / سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ ١٨٤) .

(٣) د / محمود أبو السعود حبيب – المرجع السابق – صـ 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[١]. 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 تزاحمت ولم يكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض قدم أكملها وأشدها طلبا للشارع)[٢]. 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[٣]. كذلك رأينا أن حماية الوطن فى النظم الوضعية واجب قانونى ؛ ذلك لأن المشرع يمنح الإدارة سلطات معنية 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 أنيطت به من واجبات عد ذلك انحراف منها بالسلطة عن هذه الأهداف واعتبر قرارها مشوبا بعيب " إساءة استعمال السلطة "[٤]. وهو

---

(١) انظر (إمام الحرمين أبي المعالى الجوينى – غياث الأمم فى التياث الظلم الغياثى – تحقيق – د/ مصطفى حلمى، د / فؤاد عبد المنعم أحمد– دار الدعوة للطبع والنشر – الإسكندرية – ١٩٧٩م– صـ ٥٥) .

(٢) ابن القيم الجوزية – مفتاح دار السعادة– ٢/ ١٩ .

(٣)ابن القيم الجوزية – المرجع السابق – صـ ١٨ .

(٤) انظر (الدكتورة/ نيلة عبد الحليم كامل ، الدكتور / يسرى محمد العصار – القضاء الإدارى والقضاء الدستورى– دار النهضة العربية ٢٠٠١م – صـ ٣٢٩: ٣٣٠) وراجع فى ذلك أيضا (محكمة القضاء

ما يمثل محل الاتفاق بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، أما محل الاختلاف فيظهر فى ضوء ما يلى .

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 بصددها قال تعالى ﴿ وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ انتَهَوْا فَلا عُدْوَانَ إِلا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾[1] . وأفعال النبى ﷺ بينت المراد ؛ أما أقوال الصحابة وأفعالهم فهى 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 الاعتداد بالبعد الدينى عند صياغة القاعدة القانونية ، ومن ثم فإنها دائمة التغيير 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 الولاة 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 وَالآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لا

الإدارى – جلسة ٢٢/ ٤ / ١٩٥٦م ، المجموعة السنة العاشرة – صـ ٢٩٩) .

(١) سورة البقرة : آية ١٩٣ .

تَعْلَمُونَ ﴾[1] . وكذلك لا يوجد استثناء لأى عمل من هذه الأعمال من المساءلة ديانة وقضاءً ذلك لأن النظام لا يعرف ما يسمى بأعمال السيادة والتى تستثنى بعض أعمال الأمراء من المسئولية 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 تقيد 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 يحتمى 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[2]، وكثير من أهل الفقه القانونى يرغبون فى زوالها ومن ثم نقول : أن النظام الإسلامى فى حماية الوطن وتأمينه أشمل وأحكم .

---

(١) سورة النور : آية ١٩ .

(٢) انظر (الأستاذ الدكتور / سليمان محمد الطماوى – القضاء الإدارى – قضاء الإلغاء – صـ ٣٢٦) .

المطلب الأول

الوقاية من الأمراض

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

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 يؤدى إلى إفنائها والزج فى بحر متلاطم من الأمراض والأوبئة ، ومن ثم حرم الشرع بيع النجاسات والمستقذرات الضارة بالصحة العامة والخاصة والمحافظة على مقصود الشرع فيها واضح وهو دفع المفاسد عن الخلق[١] . ويعد هذا هدفا أعلى فى الشريعة الإسلامية ولاسيما إذا كان يتعلق بالمصلحة العامة التى لها حق الأولوية والأفضلية فيما يتعلق بحياة الجماعة ولو كان على حساب مصالح الفرد إذا لم تنسجم مع مصالح الجماعة والمجتمع[٢] .

وحتى يقى الإسلام المجتمع من الأمراض لم يكتف بالعلاج وإنما جمع بين سبل الوقاية وأسباب العلاج ؛ فلقد حرم الإسلام الزنا باعتباره طريقا موصلا إلى أمراض فتاكة كالإيـــدز وذلك من أجل سلامة المجتمع من الأمراض الجنسية ، وكذلك نهى الزوجين عن المعاشرة الجنسية أثناء الطمث حفاظا على الحالة الصحية والنفسية[٣] .

---

(١) انظر (الدكتور / جمال الدين عطية – النظرية العامة للشريعة الإسلامية– مطبعة المدينة – الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٨م – صـ ١٠٢ : ١٠٣) ، وانظر فى ذلك أيضا (د/ وهبة الزحيلى – نظرية الضرورة الشرعية – صـ ٥٤ : ٥٦) .

(٢) انظر (الأستاذ الدكتور / عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان – فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد – سلسلة محاضرات العلماء البارزين – المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب – البنك الإسلامى للتنمية – جدة – السعودية – الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/١٩٩٣م – ٢ / ١٣٠) .

(٣) راجع فى ذلك (الدكتور / محمد عبد الحكيم عبده – الإسلام ومكافحته للأمراض والفواحش – مقال بمجلة الأزهر – الجزء الخامس – السنة الثانية والسبعون– جمادى الأولى – ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م – صـ٦٩٧ : ٧٠٢) وراجع فى ذلك أيضا (الأستاذ الدكتور / عبد المعبود عمارة – البينة والوقاية والعلاج من منظور إسلامى – مجلة منبر الإسلام– شوال ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م – ٥٨/١٠ – صـ ٩٠: ٩٢) .

وأيضا كل مرض معدى كالجذام إذا استضر الناس بأهله أجاز الإسلام حجرهم فإذا كانوا فى قرية فلا يخرجون منها ويمنعون من أذى الناس فيها والحديث فى ذلك واضح الدلالة فعن أبي هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ « لا عدوى ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم فرارك من الأسد أو قال من الأسود »[١].

وروى مسلم فى صحيحه « كان فى وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبى ﷺ إنا قد بايعناك فارجع »[٢] ولقد كان النهى من النبى ﷺ أيضا عن إدامة النظر إلى المجذومين « ذلك لأن الطبيعة نقالة فإذا أدام النظر إلى المجذوم خيف عليه أن يصيبه ذلك بنقل الطبيعة »[٣]. وكل ذلك بسبب كثرة المخالطة وطول المجالسة؛ ولهذا يأمر الأطباء بترك المخالطة له[٤].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 جانبين :

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 الإفراد أو العموم ، وتأمينا لهذا الجانب أوجبت الشريعة القصاص قال تعالى ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[٥] ، وهذا المناط 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 تداركُ بعض الفوات . بل الحفظ أهمه حفظها عن التلف

---

(١) رواه البخارى – كتاب الطب – باب الجذام – ٤٤/١٣ .

(٢) رواه مسلم – باب اجتناب المجذوم – ٤٨٧/٧ .

(٣) ابن القيم – الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية – صـ ٢٩٢ : ٢٩٣ .

(٤) انظر (ابن حجر – فتح البارى بشرح صحيح البخارى –كتاب الطب – ٤٧/١٣) .

(٥) سورة البقرة : آية ١٧٩ .

قبل وقوعه ؛ مثل مقاومة الأمراض السارية ؛ وقد منع عمر بن الخطاب الجيش من دخول الشام لأجل طاعون عمواس [١] – [٢]. 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 الدفوع [٣]. من باب درء أعظم المفسدتين وبناء على قاعدة (يختار أهون الشرين)[٤]، وقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) [٥] ، وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) [٦].

وهنا وجدت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مسوغا لها يكمن فى حماية المجتمع من الأمراض[٧].

---

(١) 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 بسرْغ 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 فاختلفوا 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 عنى ثم قال : ادعوا لى الأنصار . فدعوتهم فاستشارهم فسلكوا سبيل المهاجرين واختلفوا كاختلافهم فقال ارتفعوا عنى ثم قال : ادع لى من كان ها هنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح فدعوتهم فلم يختلف منهم رجلان ، فقالوا : نرى أن ترجع بالناس ولا تقدمهم على هذا الوباء فنادى عمر فى الناس: إنى 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 .

(٢) الطاهر ابن عاشور – مقاصد الشريعة الإسلامية – صـ ٣٠٣ .

(٣) الدكتور / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – صـ ٢٠٨ .

(٤) انظر (د / عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام – صـ ٤٧٩) .

(٥) الشيخ /الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ ١٩٧ .

(٦) الشيخ /الزرقا – المرجع السابق – صـ ١٩٩ ، الدكتور / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – صـ ٢٠٨ .

(٧) الحديث عن ذلك بالتفصيل سيكون فى الباب الثالث (مجال الصحة العامة) .

المطلب الثاني

الوقاية من الأمراض

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية

إن حماية الوطن من الأمراض والعلل واجب يقع على عاتق الإدارة ، ومُنحت الإدارة في سبيل الوصول إلى هذه الحماية سلطة الضبط الإداري التي تمنع وصول المرض أو انتشاره ، وهذا المنع قد يؤدي إلى أن تقيد بعض حقوق الأفراد ، ومن ثم كانت الموازنة بين المنافع والمضار وبخاصة أن القانون أعطى الإدارة هذه السلطة حيث حظر أي عمل يؤدي إلى انتشار الأمراض فإذا صدر قرار إداري بمنع إلقاء قاذورات في طريق عمومي أو تلويث مياه النيل والترع والمصارف فلا يعد هذا القرار إلا أن يكون تذكيرا للأفراد بالنصوص التشريعية التي تحظر مثل هذه المخالفات (المواد ٣٧٧ وما بعدها من قانون العقوبات)[١]، ويعد هذا من قبيل حماية الصحة العامة التي تعد من مقتضيات المحافظة على النظام العام والموازنة بين المنافع والمضار كان لها قصب السبق في ميدان الوقاية من الأمراض لدى النظام الفرنسي عنه في النظام المصري وكان هذا المبرر حين كانت الموازنة بين المنافع والمضار بين المنافع العامة .

أولا في فرنسا :

من المعلوم أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في فرنسا وجدت لإعمالها نصيبا أكبر في ميدان نزع الملكية للمنفعة العامة وفيه انطلق القضاء الإداري 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[٢]، ومن ناحية أخرى ليوازن بين منفعتين أيهما أعظم نفعا ومن ثم حين وجد القضاء الإداري الفرنسي تعارضا بين منفعتين عامتين إحداهما صحية . والثانية تتمثل في

---

(١) انظر (الدكتور / محمود عاطف البنا – حدود سلطة الضبط الإداري – صـ ٧٩) .

(٢) انظر (دكتور / سامي جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ ٢٣٧) .

إقامة طريق يؤدى إلى سرعة المرور .

وهنا وازن القضاء بينهما ؛ ولأنه يضع جميع المنافع فى الاعتبار فإنه أدخل الإضرار بالمنفعة الأخرى فى الجانب السلبى 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 علاج المرضى بمستشفى آخر بالمنطقة هذا فوق الإضرار بالملكية الخاصة والإضرار الشديد بالبيئة بإزالة مساحات خضراء[١] . لذا كان حكم القضاء الإدارى الفرنسى بإلغاء القرار بناءً على وضع المنفعتين على كفتى الميزان فكان الترجيح لمن غلب[٢] . ونص الحكم على أن (القرار الصادر بنزع الملكية وما يشير إليه من منفعة عامة هو باطل نظرا لما يؤدى إليه هذا القرار من مساس بمنفعة عامة أخرى لا تقل أهمية عن " المنفعة العامة الصحية "[٣] .

لذلك يجوز القول بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار كان من دواعى إعمالها الوقاية من الأمراض التى هى مظهر من مظاهر حماية الصحة العامة ، وكذلك حماية البيئة التى تعتبر اليوم أرضا خصبة لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار والقاضى الإدارى لا يتردد البتة فى تطبيق النظرية على القرارات التى تصدرها الإدارة فى هذا المجال ، وذلك تطبيقا للقانون الصادر عام ١٩٧٦ الخاص بحماية

---

(١) انظر (دكتور / أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية – صـ ٢٢٤ : ٢٢٥) .

(٢) لقد ألقى بعض الفقهاء اللوم على الإدارة باعتبار أن قرارها الذى اتسم بالرعونة وعدم الدراسة هو الذى دفع القاضى إلى التدخل – انظر (المرجع السابق صـ ٢٢٥) .

(٣) دكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية – صـ ٢٥ .

البيئة ، ولقد تم تعديل هذا القانون فى ١٢ يوليو ١٩٨٣م بقصد تنظيم اجراءات حماية البيئة وجعلها أكثر فعالية لمواجهة المتغيرات التى طرأت فى هذا المجال [١]. 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[٢].

ثانيا : فى مصر :

اعتبر المشرع فى 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 يعتريها التقييد ، ولذا جاز للقاضى الإدارى أن يوازن بين المصلحتين الفردية والجماعية وما يترتب على الإجراءات المتخذة فى سبيل الحد من انتشار المرض وإزالة ما يترتب عليه من أضرار ، وخصوصا وأن المشرع عندما سمح بإعلان حالة الطوارئ فيما يتعلق بانتشار الأوبئة لم يحدد الأماكن التى تقع فيها هذه الأوبئة ؛ هذه واحدة . الثانية : أنه لم يحدد ماهيتها[٣].

وحتى لا تسيء الإدارة استعمال المادة (١٦٢) لسنة ١٩٥٨م كان لزاما على القضاء أن يشدد فى رقابته وأن يخطو خطوات حثيثة نحو إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى 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

---

(١)– الجريدة الرسمية الصادرة فى ١٣ يوليه ١٩٨٣م – صـ ٢١٥٦ – حول هذا القانون وتعديلاته – انظر: L'enyironnement J. caillosse, enquête Puplique et protection de A.J.D.A, 1987 – p. 484.

(٢) انظر (أ .د/ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣٢٩) .

(٣) انظر (دكتور / محمود أبو السعود حبيب – الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستث صـ ٢٨٤ : ٢٨٦) .

التشريعية الخاصة بحماية الهواء من الدخان والأتربة والغازات ، وكان لصدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بشأن البيئة – والتى يعد الإنسان جزءا منها – وجدت حماية الهواء من التلوث بالدخان والأتربة قسطا كبيرا من الاهتمام التشريعى فقد نظمت مواده الأماكن التى يقام 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 للملوثات الهواء ، وأن تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها) . واشتراط 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[١] ، ومن ثم جاز للقاضى أن يقوم برقابة القرار الإدارى فى ضوء الموازنة بين المنافع والمضار مراعيا بذلك حقوق الأفراد فهو قبلتها ، وآخذا بعين الاعتبار المصلحة العامة فهو حاميها ، وفى ضوء هذا البناء التوازنى تكون النظرية التى نحن بصددها 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 ؟

***

(١) انظر (دكتور / محمود سامى قرنى – حماية البيئة جنائيا – دراسة مقارنة– دار القومية العربية للثقافة والنشر – ١٩٩٤م – صـ ٥٨ : ٥٩) .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار الوقاية من الأمراض

إنه بالتتبع 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﴾[١]. وقوله تعالى ﴿ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لا يُحِبُّ الْفَسَادَ ﴾[٢]، وفى السنة قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار »، وقال ﷺ : فى الحديث الذى رواه أبو هريرة ﷺ « لا يورد الممرض على المصح »[٣]. ووجه دلالة الأحاديث : مجانبة ما يحصل الضرر عنده فى العادة والاحتراز مما يحصل عنده الضرر[٤].

وهذا لا يعنى أن هناك تناقضا مع حديث (لا عدوى ولا طيرة)[٥]؛ إذ إن التطير يعني التشاؤم ، وذلك لأنهم فى العرب كانوا يتطيرون بالسوانح والبوارح[٦]، فينفرون الظباء والطيور فإن أخذت ذات اليمين تبركوا ، وإن أخذت

---

(١) سورة الأعراف : آية ١٥٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٠٥ .

(٣) رواه مسلم – باب لا عدوى ولا طيرة – برقم (١٠٥) – ٤٧٢/٧ .

(٤) انظر (صحيح مسلم بشرح النووى – ٧/ ٤٧٤) .

(٥) أخرجه مسلم عن أبي هريرة – باب الطيرة والفأل برقم (٢٢٢٣)

(٦) السوانح : جمع سانحة والسانحة هى التى تعرض للإنسان عن اليمين ، فحملها العرب على التيمن والبركة، كقول القائل :

أقول والطير لنا سانح :: يجرى لنا أيُمنه 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 الظباء والطير خلاف السانح ، وقد كانت العرب تتشائم منها . (انظر لسان العرب ٤١١/٢ : ٤١٠) .

ذات الشمال رجعوا عن سفرهم وتشاءموا لاعتقادهم 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 وتعتقده ؛ أن المرض والعاهة تعدى بطبعها لا بفعل الله تعالى . وأما حديث« لا يورد الممرض على المصح» فأرشد فيه إلى مجانبة 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)[1].

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 .

---

(١) انظر (النووى – شرح صحيح مسلم – ٤٧٤/٧) .

الفصل الثالث

معايير نظرية

الموازنة بين المنافع والمضار

في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

تمهيد :

تقرير المبدأ سهل لكن ممارسته أمر صعب ، وحتى يسهل التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار ، كان لزاما 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 [1]، والمعنى المراد هنا: ما يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من الوقوف على مزايا وعيوب عملية ما ، أو نتائج تصرف إداري معين[2]. 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 وتفصيلا ، ومن ثم كان على القاضي الإداري أن ينظر في الأمر معتمدا 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 تبعا لمصدرية كل منها ، ولبيان معايير النظرية نقسم هذا الفصل على النحو التالى :

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 الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار معايير النظرية .

---

(١) انظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه ـــ صـــ٤٢٤) وانظر (الدكتور / محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ـــ طبعة دار الفضيلة ، مصر ، ١٩٩٩م – ٣٢١/٣) .

(٢) الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات الحديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي – صـــ ٣١٢

المبحث الأول

معايير نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي

إنه مما لاشك فيه أن الشريعة جاءت بتحصيل المنافع وتكميلها ، وتعطيل المفاسد 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 ودفعا [١].

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 زغيبة عز الدين – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – دار الصفوة ـــ الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ـــ ١٩٩٦م ـــ صـــ ٢٩٥) .

المطلب الأول

معيار 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 الإدارك إلى إقرار مصلحة مزاجية ، كتلك العادات المستوردة من الشرق والغرب إشباعا للشهوات ، الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب الفوضى والاضطراب في الحياة [١]، وقد ينفر البعض من مثل هذه العبارات ، فمنهم من يريد الاقتصار على حرفية النص دون إعمال للمصلحة ودور العقل فيها ، وهؤلاء يُسمَّوْن بالظاهرية [٢]، ومنهم من يريد فتح الباب على مصراعيه للعقل[٣]؛ إذ اعتبر هؤلاء أن هناك انفصاما بين النص والمصلحة كالذي ذكره نجم الدين الطوفي[٤].

---

(١) انظر (الأستاذ الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن – المصالح المرسلة – الكتاب الجامعي ـــ كلية الشريعة والقانون ـــ جامعة الأزهر – صـــ ٣٧) .

(٢) انظر (الشيخ محمد الغزالي ـــ الإسلام المفترى عليه ـــ فضة مصر ـــ ط٢– ١٩٩٩م – صـــ 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 ـــ صـــ ٢٢٤) .

(٤) نجم الدين الطوفي هو : نجم الدين أبو الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعد (ت:٧١٦هـــ)؛ 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 وتفنيد 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 – صـــ٥٢٩ : ٥٦٨) وانظر (الشيخ / عبدالوهاب خلاف – مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه – صـــ١٠٥ : ١٤٤) .

والذي أكد عليه أهل العلم أن دور العقل يتمثل في تقدير المصلحة التي يستهدف النص تحقيقها وبخاصة إذا كان ظنّي الدلالة ، إذا لم يكن مصرحا بها قطعا، 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 [١].وهو مسلك عقلي إلى حد كبير »[٢] .

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 ـــ صراحة ـــ 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

---

(١) المناسبة : لغة : هي الملائمة ، يقال : « الملابس 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 نفعا أو يدفع عنه ضررا .

وعرفها بن الحاجب : بأنها وصف ظاهر منضبط يحصل عقلا من ترتيب الحكم عليه ما يصلح أن يكون مقصودا من حصول مصلحة ، أو دفع مفسدة ، والمناسبة على ضربين : مناسبة في المعاني ، ومناسبة في الألفاظ .

فالمعنوية : هي أن يبتدئ 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 ـــ وإن لك لأجرا غير ممنون ﴾ « القلم : ٢ ، ٣ » ومن شواهد الناقصة قول النبي ﷺ « أعيذكما 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 ـــ دار الكتب العلمية ـــ بيروت ـــ الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م – صـــ ٧١) . وانظر (أبي البقاء الكفوى – الكليات صـــ٨٦٦) وانظر (الدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣٥٦/٣) .

(٢) الدكتور / أحمد الريسوني – نظرية المقاصد عند الشاطبي – صـــ ٢٢٤ .

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 ، فسَّر النص في ضوئها ، وحدد نطاق تطبيقه على أساسها [١].

وهناك نماذج كثيرة تبرهن على ذلك نأخذ منها على سبيل المثال :

١– التسعير :

ففي الحديث الذي رواه أنس ﷺ [٢] قال : غلا السعر على عهد النبي ﷺ فقالوا يا رسول الله : سعِّرْ لنا فقال : « إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر . وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال » [٣].

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 .

فقد رأى هؤلاء أن التسعير في ضوء الحديث ظلم ، ولكنهم وجدوا حالات يكون عدم التسعير فيها هو الظلم . كأن يكون فيه إضرار بمجموع المشترين ، 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 ، وتأمر بإقامة القسط والتوازن بين المصالح [٤].

---

(١) الدكتور / حسين حامد حسان ـــ نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي : المقدمة ـــ م ـــ بند ـــ 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 – ٣/ ٦٠٥ ، ٦٠٦ .

(٤) انظر (الإمام الشاطبي – نظرية المقاصد – صـ ٢٢٥) .

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم : [وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز . فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم ، فهو حرام . وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز ، بل واجب . فأما القسم الأول : فهو ما روى عن أنس ﷺ ... 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] (١).

ومن هنا كان التسعير الجبري الذي هو بأمر السلطان ، أو نوابه ، أو كل من يلي أمر المسلمين ـــ لأهل السوق ألاّ يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر معين ، فيمنعوا من الزيادة عليه ، أو النقصان لمصلحة(٢). أي ما تقضي به مصلحة الأمة (فإن عمر بن الخطاب ﷺ مرَّ بحاطب بن أبي بلتعة ﷺ وهو يبيع زبيبا له بالسوق ، فقال له عمر : إما أن تزيد في السعر ، وأما أن ترفع من سوقنا) (٣).

يقول الإمام مالك : لو أن رجلاً أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس ، وإما رفعت (٤)(٥).

---

(١) ابن القيم – الطرق الحكمية – دار البيان العربي ـــ ١٩٨٥م – صـــ ٢٥٢ : ٢٥٣.

(٢) انظر (الشوكاني – نيل الأوطار – ٥/٢٦٠) .

(٣) رواه : مالك في الموطأ باب البيوع – رقم ٧٨٩ / ٢٥٤ – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

(٤) انظر (النووي – المجموع – شرح المهذب– دار الفكر – ط١ – ١٩٩٦م– ٥/٣).

(٥) هذا وقد خالف كثير من العلماء هذا القول وقالوا : بتحريم التسعير وأنه مظلمة ووجه قولهم : أن الناس مسلطون 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 – ٥/٢٦٠) .

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 يصون المصلحة العامة مثل :

١ – منع المباح إذا أدى إلى مفسدة عامة .

هذا وقد استدل بعض الكاتبين 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 المناط بطريق الاجتهاد ، معتمدا على ما عرف من تصرفات الشارع في التشريع وتفريع الأحكام »(١).

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 وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾(٢). ومن بين المصارف ، مصرف المؤلفة قلوبهم وهم الذين يراد تأليف قلوبهم بالاستمالة إلى الإسلام أو التثبيت عليه ، أو كف شرهم عن المسلمين(٣).أعطاهم النبي ﷺ ، وأعطاهم أبو بكر الصديق ﷺ في خلافته ، وجاء عهد الفاروق عمر فلم يعطهم من الزكاة ، فهل عطل عمر بن الخطاب بذلك النص أو قدم المصلحة عليه ؟

٢– التسعير الجبري : وقال العلماء (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا أن يتعدى أرباب 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 أبوالفتوح محمد البسيوني – الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية – صـ ٥٦٩ : ٥٨٠) .

(١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي – صـ ١٧٤ .

(٢) التوبة : آية ٦٠ .

(٣) انظر (ابن قدامة – المغني – ٤ / ٩٩) .

لقد كان الفاروق عمر ﷺ متبعا لا مبتدعا [١].وكان فهمه للقرآن والسنة فهما واسعا واعيا ، فلم يقف ﷺ عند حرفية النص ، وإنما نظر إلى حكمته وعلته ، وهو أن مصرف المؤلفة 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 شيئا ، وليس معنى ذلك أنه عطل العمل بالنص ، ولكنه وجد من الفئات الأخرى المنصوص عليها في الآية ، من هم أولى بالرعاية من المؤلفة قلوبهم [٢].وإذا كان جمع كبير من أهل العلم انتقد هذا الصنيع من عمر بن الخطاب ﷺ ، لكن عمر – منعهم العطاء من الصدقات ـــ مع أن صنفهم لا يزال موجودا ، 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 [٣].

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

---

(١) يقول العلمانيون والمتغربون في عصرنا ، ممن ينادون بتعطيل نصوص الشرع بدعوى معارضتها للمصالح التي يتوهمونها : قولهم « أن عمر بن الخطاب ﷺ هو الذي سن هذه السنة حين منع المؤلفة قلوبهم من الصدقات ، وأن عمر بهذا عطل نصا قرآنيا ، وأوقف العمل بآية » وهذا خطأ بالغ وقعوا فيه ؛ فعمر ﷺ منعهم لأن النص لا تناولهم ، لا لأن النص انتهى أمده ، راجع في ذلك (الدكتور / يوسف القرضاوي – السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ـــ صـــ ١٧١ : ١٧٨).

(٢) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوي – عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ـــ دراسة مقارنة ـــ دار الفكر العربي ـــ ط٢ – ١٩٧٦م ـــ صـــ ١٧٤) وانظر (د/ غالب عبد الكافي القرشي – أوليات الفاروق السياسية ـــ دار الوفاء ـــ الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٩٠م – صـــ ١١٠) .

(٣) انظر (أبو جعفر أحمد بن نصر الداوودي – الأموال – تحقيق – د محمد أحمد سراج ، د / على جمعة محمد دار السلام ـــ مصر ـــ ط ١– ١٤٢١ هـ/٢٠٠١م – صـــ ٣٢) .

البهم " . وهذا الذي لا ينبغي تقلد غيره)[١].

ومن ثم فإن عمر بن الخطاب ـــ لم يقدم المصلحة على النص ـــ وإنما اجتهد بعقله ليحقق مناط النص .

وجماع الأمر :

أن مصلحية النصوص الشرعية ومصلحية أحكامها ، عاشت عليها الأمة وعاش بها أمراؤها ، ووازنوا بين المصالح بناءً على مصالح الأمة وأعظم المصلحتين ، كما وضح ذلك في المثالين السابقين .

وإذا كان ما سبق معلوما ومسلما به فإنه يقرر على وجه الخصوص أمرين :

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 ويدرأ 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[٢].

---

(١) ابن عاشور – التحرير والتنوير – ٢٣٩/١٠ .

(٢) انظر (د / أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب – صـ٣٢٣) .

المطلب الثاني

معيار قيمة المنفعة ورتبتها

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 ، ودرأ المفسدة في الأصل تحقيق للمنفعة التي هي مقصود الشرع من الخلق[1].

ومعيار الترجيح بين المنافع المتعارضة ، والمضار المتفاوتة ، قد تتشابك فيه الأمور وتتداخل وتلتبس في حالات وصور لا حصر لها ، حتى أنك لتجد قوما ﴿ وَتَرَكْنَا بَعْضَهُمْ يَوْمَئِذٍ يَمُوجُ فِي بَعْضٍ وَنُفِخَ فِي الصُّورِ فَجَمَعْنَاهُمْ جَمْعًا﴾ [2] وتجد من يعيثون في الأرض فسادا وهم يرددون ﴿ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾ [3] ، ولا يعصم من هذا الزلل إلى وجود معيار للمنفعة يتمثل في نوع المنفعة ورتبتها ، وعمومها وخصوصها ، وقدرها وقيمتها، ودوامها .

ووضح معيار المنفعة في قول ابن القيم : « الشريعة مبناها 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 وأشدها طلبا للشارع »[4] ، ويقول أيضا « إذا تأملت شرائع دين الله التي وضعها بين عباده ، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة ، أو الراجحة وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلها ، وإن فات أدناها »[5].

ويظهر أمرها في ضوء ما يلي :

---

(١) انظر (القرضاوى – السياسة الشرعية – صـ ٨٧) .

(٢) سورة الكهف : أية ٩٩ .

(٣) سورة البقرة : أية ١٠ .

(٤) ابن القيم – مفتاح دار السعادة – ١٩/٢ .

(٥) ابن القيم – المرجع السابق – ٢٢/٢ .

أولا : 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 كثيرا من المنافع والمضار إنما تندرج في هذه الدرجة ، أو تلك على سبيل التغليب لا غير [١].

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 وبفقدها تهلك ، وبذلك تتعارض مع المصالح الحاجية التي تتعلق بالبعد عن المحرمات والتنزه 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 وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالأَزْلامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِي الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٢].

ووجه دلالة الآية : أنه إذا وقع الإنسان في ضرورة المخمصة – 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

---

(١) انظر (د/ أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب – صـ٣٤٣) .

(٢) سورة المائدة : أية ٣ .

الأزمات بعد تحريم ما حرم عليهم من المطعومات ، وأعقب ذلك بالمنة – ﴿ورضيت لكم الإسلام دينا ﴾ – ثم أزال ذلك ما أوجسوه في نفوسهم بقوله ﴿ فمن اضطر ﴾ .....)[1].

ومن هنا رجح 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 [2].

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[3]، وكذلك إذا كانت المنفعة من جنس الحاجيات أو التحسينات ، هنا تكون الموازنة بين منفعتين ضروريتين أو حاجتين 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 إحداهما تندرج في حفظ النفس والأخرى تندرج 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 كالآمدي،

---

(١) ابن عاشور – التحرير والتنوير – ١٠٩/٦ ، وانظر (القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – ٦٦/٦). وانظر (الدكتور / أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب – صـ٣٤٤) .

(٢) د / أحمد الريسوني – المرجع السابق صـ ٣٤٥ .

(٣) انظر (الغزالي – المستصفى – تحقيق الدكتور/ محمد سليمان الأشقر – ٤١٧/١) . وانظر (سيف الدين الآمدي – الإحكام في أصول الأحكام – ١٨٤/٣) .

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 ...)[١].

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 ...[٢]. ولكن المشهور بين أهل العلم أن الضروريات الخمس مرتبة كالآتي :[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 [٣]، وكذلك أمر المفاسد والمضار فإن معيار الترجيح لها في ضوء رتبتها 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 المفاسد 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

---

(١) الآمدي – الإحكام في أصول الأحكام – ١٨٥/٣ .

(٢) انظر (ابن الحاجب – منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل– دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م – صـ ٢٢٨) . وانظر أيضا (دكتور / أحمد الريسوني – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي – صـ٣٨).

(٣) انظر (الدكتور / عبد الكريم زيدان – الوجيز في أصول الفقه – مؤسسة الرسالة – بيروت – ط٦ – ١٤١٧هـ/١٩٩٧م – صـ ٣٨٣).

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 المفاسد الضرورية المتعلقة بالدين ، أما المفسدة الثانية : فهي البلاء الشديد الذي تعرض له الإمام أحمد [١] لذلك تحمل المفسدة المتعلقة بالنفس ؛ ليدرأ بذلك المفسدة المتعلقة بالدين [٢].

وفي ذات المعنى وضع العلماء عدة قواعد منها [دفع أعلى المفسدتين وإن وقع أدناهما][٣]. وعبر عنها الحافظ ابن رجب بقوله : [إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون ضرورة رجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضررا] [٤].ومنها قاعدة (تحصيل أعلى المصلحتين وإن فاتت أدناهما) [٥]،وقاعدة (دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما) [٦]. ودلالة ذلك في الكتاب ، قال تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنْ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنْ الْقَتْلِ وَلا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنْ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا والآخرة وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [٧].فقدم قتل النفس على الكفر لأن ضرر الكفر أشد من ضرر

---

(١) 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 – صـ٧٣ : ١٣١) .

(٢) انظر (الدكتور / عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة – منهج فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية ، ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – عدد : ٥١/٦٦ : ٦٧) .

(٣) أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين لابن القيم – صـ٣٣٢ .

(٤) ابن رجب – القواعد – طبعة دار الفكر – القاهرة – بدون تاريخ – ق/١١٢ صـ٢٤٦. .

(٥) د/ عبد المجيد جمعة الجزائرى – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين – صـ٣٣٣

(٦) د/ عبد المجيد جمعة الجزائرى – المرجع السابق صـ٣٣٣.

(٧) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

الفعل [١]. 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 كميٌ، ظهرت دلالته في قول الله ﷻ ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا ﴾ [٢]. فإنه إن صح في الزوجة ما يستوجب النفور ، فقد يكون في بقائها خيرٌ كثير ، وليس من الصواب تفويت الكثير ، أي المصلحة الكبيرة ، لوجود ضرر ما ، بل الصواب تحمل الضرر القليل لأجل الخير الكثير [٣].

وأيضا وضح ذلك في قول النبي ﷺ رواية أبي هريرة ﷺ [٤] « لا يفرك مؤمن مؤمنة ، إن كره منها خلقا رضي منها آخر » [٥].

وهكذا نتعلم من رسولنا فقه الموازنات ، فالخير الكثير أولى بالاعتبار من القليل .

ومن هنا وضع العلماء قواعد تحدد المراد ويتحقق بها المناط [٦]. منها قاعدة

---

(١) انظر (الأستاذ الدكتور / محمد الزحيلي – القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي– جامعة الكويت – لجنة التأليف والنشر– الطبعة الأولى ١٩٩٩م – صـ٢١٤).

(٢) سورة النساء : ١٩ .

(٣) انظر (د/ أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب – صـ ٣٦٢) .

(٤) 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 – ٦٢٦/٢).

(٥) رواه مسلم – باب الرضا – برقم ١٤٦٩ – ٣١٤/٥٤ .

(٦) سميته تحقيق المناط : لأنه بعد العلم بالوصف المناسب يكون الحكم . انظر (د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ١٢٢).

(إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما)[١] وقاعدة (يختار أهون الشرين)[٢]. وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[٣].

ومن الأمثلة القرآنية على ضرورة الموازنة بين المصالح وتقديم حفظ المصلحة الأكبر 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[٤].

وأيضا وازن النبي ﷺ بين المصالح الكبرى والمصالح الدنيا في صلح الحديبية ، قال ابن القيم : « إن مصالحة المشركين ببعض ما فيه من ضيم على المسلمين جائز للمصلحة الراجحة ، ودفع ما هو شر منه ، ففيه دفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما»[٥].

ومن الأمثلة على ذلك أيضا : مسألة ما إذا اجتاح 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[٦].

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 »[٧].

---

(١) السيوطي – الأشباه والنظائر – صـ١١٧ ، وانظر (الزرقا – شرح القواعد الفقهية – ٢٠١ : ٢٣٠) وانظر (د/ محمد الزحيلي – القواعد على المذهب الحنفي والشافعي – صـ٢٠٨ : ٢١٥) . وانظر (د/ على أحمد الندوي – القواعد الفقهية – صـ٣١٣) ومجلة الأحكام العدلية م (١٩ ، ٢٧ ، ٢٨) .

(٢) السيوطي – المرجع السابق – صـ ١١٧ .

(٣) السيوطي – المرجع السابق – صـ ١١٧ .

(٤) انظر (د/ أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب – صـ٣٦٣).

(٥) ابن القيم – زاد المعاد– النور الإسلامية للنشر – القاهرة – ١٨٧/٢.

(٦) 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 الإسلامي – صـ٤٨٢: ٤٨٣) .

(٧) ابن تيمية – مجموع الفتاوى– ١٩٤/٢٣.

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 فى الرتبة والنوع ، فإنه يلزم النظر إلى عمومها وخصوصها فإن كانت إحداهما 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 اعتنائه بالمصالح الخاصة) [١] ، 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[٢] .

وقد وضع أهل العلم قواعد هى بمثابة المعايير لهذه النظرية التى نحن بصددها منها قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) [٣] .وهذه القاعدة بناء على أن الضرر قسمان : خاص ، وعام .

وأيضا قاعدة (دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص) [٤] .

ومثال ذلك ما قضى به الخلفاء الراشدون بتضمين الصناع ، موافقين بذلك القاضى شريح الذى قضى بتضمينهم مراعيا بذلك مصالح الناس فى عدم ضياع أموالهم بسبب سوء أفعال بعض الصناع[٥] .

---

(١) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٢٥٢/٢ .

(٢) انظر (الدكتور/ فتحى الدرينى – نظرية التعسف فى استعمال الحق – ٣٧) ، وانظر (د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام – صـ ٢٤٢) .

(٣) مجلة الأحكام العدلية مادة ٢٦ ، انظر (ابن نجيم – الأشباه والنظائر – صـ ٨٨) .

(٤) الدكتور / على أحمد الندوى – القواعد الفقهية – صـ٤٢٢ ، وقد عزا القاعدة لصاحب تيسير التحرير فى أصول الفقه : ٣٠١/٢ – فاعلم .

(٥) انظر (الأستاذ / عمرو مصطفى الوردانى– المقاصد الشرعية عند القاضى شريح – مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٣ لسنة ١٤٢٣ – صـ٢٣١).

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 يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع ، فتضيع الأموال ، ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانة ، فكانت المصلحة التضمين .

وهذا معنى قول الإمام على ﷺ (لا يُصلِحُ الناس إلا ذاك)[1]، وعنه : (يضمن الصناع ما أفسدوه ، أخطأوا أو تعمدوا ، إذا عملوا بأجر)[2].

وقال أيضا : (كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن)[3].

وهذا كله من باب تفضيل المصلحة العامة على الخاصة ، فإذا ما استحكم التعارض واستحال رفعه ، قدمت المصلحة العامة لشمولها وعمومها ، وفوتت المصلحة الخاصة لضيقها وانحصارها[4].

---

(١) د/ حامد جامع – على بن أبى طالب حاكما وفقيها – ٢٧٩/٢ .

(٢) د/ حامد جامع – المرجع السابق ٢٧٩/٢ .

(٣) د/ حامد جامع – المرجع السابق ٢٧٩/٢ .

(٤) انظر (ابن زغيبة عز الدين – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية– مطابع دار الصفوة – الطبعة ١٤١٧هـ/١٩٩٦م – صـ٣٠٠) .

المطلب الثالث

معيار زمنية المنفعة

يقصد بهذا المعيار أن المنافع إذا تعارضت وقد ظهرت مساواتهم فى الرتبة والنوع والعموم والخصوص والقدر فإنه تنظر إلى امتداد المنفعة الزمنى ، فترجح أدوم المصالح نفعا ، وكذلك إذا تعارضت المنافع والمضار ، والمفاسد مع بعضها البعض ومن الأمثلة على ذلك : موقف أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ فى مسألة الأرض المفتوحة عنوة، فإن هذه الأراضى تتعارض فيها مصلحتان : الأولى مؤقتة تتمثل فى توزيعها على الفاتحين ، والأخرى : طويلة الأمد ضاربة فى الأجيال والأزمان .

وهى ترك هذه الأراضى فى أيدى أصحابها ، وفرض الخراج عليها لبيت المال وذلك لمصلحة الأجيال المتلاحقة ، قال عمر ﷺ : « وكيف أقسم بينهم فيأتى من بعدهم فيجدون الأرض بعلوجها[1] قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت ؟ ما هذا برأى» [2]، وقال أيضا كلمته المشهورة : « لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبى ﷺ خيبر »[3].وهنا وازن أمير المؤمنين عمر بين منفعة مؤقتة ومنفعة دائمة فرجح الثانية على الأولى ، وتسمى هذه الأرض بأرض الخراج .

ومن الأمثلة على هذا المعيار فى 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 التى كانت عاقبتها فتح مكة ، وإسلام أهلها كلها ، ودخول

---

(١) علوجها : جمع علج بالكسر العير والحمار ، وحمار الوحش السمين ، وتجمع على علوج وأعلاج .انظر (الشيرازى – القاموس المحيط ١٩٨/١ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م).

(٢) أبو يوسف – الخراج – صـ٣٥ ، وانظر (أبو جعفر الداوودى – الأموال– طبعة دار السلام ١٤٢١هـ/٢٠٠١م – صـ١٢١) .

(٣) رواه البخارى – باب المزارعة برقم (٢٣٣٤) – انظر (ابن حجر – فتح البارى– ٤٣٠/٦) .

الناس فى دين الله أفواجا .....)[١]. ولذلك تحمل المنفعة العامة الطارئة لتحصيل الدائمة ، أيضا قد تكون المنفعة فى زمن ولا تكون نفسها منفعة فى زمن آخر .

سادسا : معيار يقينية المنفعة :

وأعنى 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 فى 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 فى الخارج من آثار ، وهذه الآثار قد تكون مقطوعا بها أو مظنونة مشكوكة أو موصومة "[٢].

ومثال ذلك :أن التضحية بالنفس فى سبيل الله أمر واجب وتفضيل حماية الدين ببذل النفس هو الأولى ، لكنه قد يغلب على الظن أن دخول المسلمين فى قتال مع الكفار بقلة عدد وعدة ، قد يؤدى إلى قتلهم من غير نكاية فى الأعداء وإعزاز للدين ، يقول العز بن عبد السلام : « فإذا لم تحصل النكاية وجب الانهزام لما فى الثبوت من فوات النفوس مع شفاء صدور الكفار ، وإرغام أهل الإسلام ، وقد صار الثبوت هنا مفسدة محضة ليس فى طيها مصلحة »[٣].

ومن ثم كان هذا المعيار فى غاية الأهمية تأتى حين توجد بقية المعايير بل يجعلنا نقول بأن تساوى المنفعة والمضرة فى الرتبة لا يكفى القول فيه بأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة ، وإنما ينظر إلى قيمة كل منهما وزمانه ومدى تحققه فى 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

---

(١) النووى – صحيح مسلم بشرح النووى – ٣٨٢/٦: ٣٨٤ .

(٢) د/ يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – المعهد العالمى للفكر الإسلامى – الطبعة الثانية ١٩٩٤م – صـ ١٩١ .

(٣) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٨٣/١ ، وانظر (ابن زغيبة – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – صـ 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 ٤٠٨/٤٦) .

الإسلام أجاز قول الكلمة الكفرية باللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان من أجل حفظ النفس ، وقُدم حفظ النفس على كلمة الردة بقوله تعالى ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[1] . ذلك لأن حفظ النفس منفعة متيقنة آكدة ونصرة الدين فى ذاك الوقت أمر متوهم .

هذه هى معايير النظرية فى النظام الإسلامى ، وضعها أهل العلم بعد استقراء شديد للآيات والأحاديث وأفعال الصحابة الكرام وأقوالهم دون ميل للرأى أو إتباع للهوى ، وبعد بيان ما وضعوه وتدوين ما ذكروه ، انتقل إلى معرفة معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية فى المبحث التالى .

---

(١) سورة النحل : آية ١٠٦ .

المبحث الثانى

معايير نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية

على غرار ما سبق من بيان لمعايير النظرية فى النظام الإسلامى حتى يستطيع القاضى أن يقوم بالموازنة بين المنفعة والمضرة نجد النظم الوضعية وبخاصة فى فرنسا قدمت لنا عدة معايير ، ظهرت فى ضوء ما قاله مفوض الدولة (Braibant) وهو ينتقد ما درج عليه مجلس الدولة فى شأن المنفعة العامة : (إنه لم يعد الأمر عبارة عن السلطة العامة والمنفعة العامة فى جانب والملكية الخاصة فى جانب آخر ، وإنما أصبحت هناك منافع عديدة وراء مشروعات نزع الملكية ... وبأنه لم يعد من الممكن الاكتفاء بكون المشروع يقدم – فى ذاته – منفعة عامة ، وإنما يجب – فوق ذلك – أن توضع فى الميزان أعباء المشروع مع مزاياه ، تكلفته مع عائده)[١].

ومقتضى ذلك أنه من أجل إعمال نظرية الموازنة أصبح من الضرورى بحث الآثار والنتائج المترتبة على مشروع مَّا 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[٢]. هى بمثابة معايير للنظرية فى النظم الوضعية نبينها فى المطالب التالية :

المطلب الأول : معيار مقدار المنفعة .

المطلب الثانى : معيار التكاليف المالية .

المطلب الثالث: معيار حق الملكية الخاصة .

المطلب الرابع : معيار العبء الاجتماعى .

---

(١) انظر : J-P. Gilli: Le rôle du juge administratif en matière d'expropriation . A.J.1973,P.P.13 et s.s.

(٢) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – دار النهضة العربية ١٩٩٦م – صـ ٣١٢) ، وانظر (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة (دراسة مقارنة) كلية الحقوق – جامعة عين شمس ١٩٨٨م – صـ٣٧٣) ، وانظر (د/ أحمد أحمد الوافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢١٩) .

المطلب الأول

معيار مقدار المنفعة

من المتفق عليه أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تنصب أساسا على محل القرار الإدارى أى الأثر المترتب على القرار ، فبعد أن كان دور القاضى الإدارى يقتصر على مراقبة تقليدية تتمثل فى النظر إلى مصدر القرار وهو (الاختصاص) أو الشكل وتدرج به الأمر حتى وصل إلى مراقبة الوقائع وتكييفها القانونى[١]، ثم طور رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة ابتداء بنظرية الغلط البين[٢] إلى أن وصل بها إلى الموازنة بين المنافع والمضار .

ومعنى ذلك : أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعنى المراقبة الموضوعية لمضمون القرار الإدارى ، 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[٣].

ومن ثم كانت الموازنة بين المنافع والمضار والتى 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 [٤]، 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

---

(١) راجع فى ذلك (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية) .

(٢) 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 ١٩٩٣م) .

(٣) أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٠٥ .

(٤) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣٠٧) .

بصفة مجردة ، وإنما يقدر المنفعة العامة بحسب ملابسات 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[١] .

ولذلك على القاضى أن يوازن بين مقدار المنفعة سواء تجاه ما يقابلها من مضار أو منافع عامة أخرى ، فأيهما علا قدره غلب وحق للقاضى الإدارى إقرار القرار الإدارى بهذا الشأن أو إلغاؤه .

ومثال ذلك : رفض مجلس الدولة الفرنسى لنزع ملكية كان بهدف السماح بإنشاء قناة لإخراج النفايات الكيماوية لأحد مصانع الألومنيوم المستغلة من قبل شركة (باشنس) فى 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 التى تحتوى على إضرار بالصحة العامة ، والنباتات البحرية ، وأيضا التنمية الاقتصادية والسياحية للأماكن المجاورة[٢] .

وهنا نجد الاعتبار بقدر المنفعة إيجابا وسلبا فى عملية الموازنة ليتم الترجيح بين المنفعة والمضرة فى ضوء قدر كل منهما .

---

(١) انظر (د/عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة– حقوق عين شمس – ١٩٨٨م – صـ٣٧٢).

(٢) انظر : - René chapus : Droit- Administratif général . P.53 , paris. 1988.

(وكان هذا فى قضية حازت على اهتمام الرأى العام لفترة وهى قضية (Boues rouges) أو الطينة الحمراء فى كاسيس (CE ١٥ مارس ١٩٨٦، مقاطعة كاسيس صـ ١٨٩ – ١٩٦٨ AJ صـ ٤٧١ – ١٩٦٩م C.J.E.G صـ ٣١٨ .P.Magnicr).

المطلب الثانى

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 التى تتحملها الإدارة على نحو يقيم توازنا بين مزايا المشروع المزمع نزع الملكية لأجله والأضرار والتكاليف المالية[١].

وعلى ذات الأساس ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى أن ملف تحقيق نزع الملكية يجب أن يتضمن تقريراً موجزاً بالمصروفات ، يسمح لأصحاب الشأن بالإطلاع عليه للتأكد من أن المشروع بمراعاة تكاليفه الكلية ، والتى يتم تقديرها بصورة معقولة لها طابع المنفعة العامة[٢].

لذلك وجب على القاضى الإدارى أن يأخذ فى حسبانه عند تقييم عملية ما، التكاليف التى تتحملها الجهة المنفذة للمشروع ، وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ من عدمه وذلك بالنظر أن مشروعا ما قد يكون صالحا للتنفيذ على مستوى إقليم أو مدينة كبرى ، حيث تستطيع الجهة القائمة على التنفيذ أن تتحمل تكاليف إنشائه دون أن يصيبها إرهاق مالى أمام ما يحققه المشروع من مزايا ومنافع ، هذا المشروع قد لا يكون صالحا للتنفيذ فى قرية صغيرة ذات موارد محدودة ، لأنه يسبب لها أعباء مالية تفوق قدراتها[٣].

فالقاضى الإدارى لم يكتف بتقدير التكلفة المالية للمشروع فحسب ، وإنما أخذ فى الاعتبار مقدرة الجهة القائمة على التنفيذ على تمويل المشروع[٤].

ومن ثم ألغى القضاء الإدارى قرارا بنزع ملكية لما فيه من عدم المعقولية

---

(١) انظر (رقابة مجلس الدولة على الغلط البين – صـ١٥٩) .

(٢) المرجع السابق صـ ١٥٨ ، وقد عزا الباحث إلى :

C.E:,23 janv .1970, Epoux Néel ,A.J.P.I. Rec, p.44. concl . Baudouin, A.J.P.I. 1970, 298.
not Homont,G. A. 1978, P. 567 .

(٣) الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣١٢ .

(٤) انظر (المرجع السابق صـ ٣١٣) .

والتناسب بين تكلفته المالية ومنافعه المترتبة عليه .

مثال ذلك: قضى مجلس الدولة الفرنسى بإلغاء مشروع بإنشاء مطار (un aérodrcm) فى إحدى القرى وعلة ذلك : أن المطار لا يحقق أى فوائد اقتصادية ولا تتناسب تكلفته مع المصادر المالية للبلدة[١]؛ حيث يقول الحكم [٢]:

Le cout serait " hors de proportion avec les resources financieres de la commune "

وفى حكم محكمة نيس الإدارية فى قضية (La valmasque) قَارَنَ الحكم فى تحقيق المشروع للمنفعة العامة بين الاستثمارات الهامة المترتبة على تنفيذه وبين التكاليف التى تتكبدها البلدية فى سبيل إنشائه[٣].

وثمرة ذلك : أنه يؤخذ بمعيار التكلفة المالية حين الموازنة بين المنافع والمضار ؛ ليتمكن القاضى الإدارى من الترجيح على بصيرة بين منافع ومضار مشروع ما .

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية – صـ ٢٤٢) .

(٢) انظر :

C.E. 26. 10.1973 , Grassin, R.A. 1973, P.131 : A.J.D.A. 1974, p.37, note, J.K.; R.D.P.1974. P. 1549; A.J.D.A. 1973 . P. 586 .

وانظر (أ . د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣١٣) .

(٣) T.A.Nice 11.2.1970 ,ste " la valmasque " A.J.P. 1.1972, P.236 .

المطلب الثالث

معيار 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 كنقابة أو جمعية[١]. 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 لترع 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 ، وترجح المنفعة العامة على الخاصة نظرا لمستلزمات الحياة الاجتماعية[٢].

أما وفق المفهوم الحديث فإن مجلس الدولة الفرنسى قد لجأ إلى الموازنة كصيغة قانونية جديدة يدخل فيها كل المنافع محل الاعتبار – الخاصة والعامة – ويحكم لإحداهما بالإيجاب والسلب بحسب ما لها من قدر فى 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[٣].

ومثال ذلك : قرار مجلس الدولة الفرنسى بخصوص القضية الشهيرة Vill nouvelle est و الذى قال فيه " إن أى مشروع لا يمكن أن تتوافر فيه

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٦٨) .
ويفرق (Benoit JEANNEAU) فى المسئولية عن الأعمال التشريعية السليمة بين تلك التى تحقق منفعة عامة ، وتلك التى تحقق منفعة فنوية ، وانظر فى ذلك :
Benoit JEANNEAU : La responsabilite' du fait des réglements légalement Pris, me'l,Rene' SAVATIER,Dalloz 1965,P.389.

(٢) انظر: -(Saloh el Dine SAIAHDAR " L'expropriation pour cause d'utilité publiqe en droit syrien, th. Paris, 1951,p.2.) .

(٣) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣١٣) .

صفة المنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التى يلحقها بالملكية الخاصة والتكلفة المالية التى يقتضيها والآثار الاجتماعية الناشئة عنه متوازنة مع ما ينشأ عنه من منفعة"[١].

وانتهى الحكم فى قضية المدينة الشرقية (ليل) بعدم إلغاء قرار الإدارة بإعلان المنفعة العامة ، ورفض الطعن المقدم من أصحاب الشأن ؛ نظرا للأهمية التى يمثلها هذا المشروع فى مجمله وما يقتضيه تنفيذه من إزالة بعض المبانى السكنية وأن المنفعة العامة المترتبة عليه تفوق فوائدها المضار التى تعود على حقوق الملكية الخاصة بأصحاب المبانى التى تم نزعها[٢].

ومما ينبغى التنبيه عليه أن الموازنة بين المنافع والمضار لم يقتصر دورها فى فلك النظم الوضعية على الموازنة بين منفعة خاصة وعامة وإنما تعدى أمرها بعد قضية (المدينة الشرقية) إلى الموازنة بين منفعة عامة وأخرى عامة ، فى ضوء ما يسمى بـــ (تعارض المنافع العامة)[٣].

ففى قضية (ste'. civile ste-Marie de L'Assomption) اتسع المجال للموازنة بين المنافع العامة والمضار العامة – وهى قضية تتعلق بإقامة طريق للسيارات يصل بين مدينة مارسيليا وايطاليا ، وكان يقتضى إنشاؤه هدم جزء من مبنى مستشفى للأمراض العقلية – وبالفعل كان التعرض بين مصلحتين عامتين – الأولى : مصلحة عامة اقتصادية وسياحية متمثلة فى إقامة الطريق ، والأخرى : مصلحة الصحة العامة والمتمثلة فى استمرار المستشفى فى أداء دورها وعدم هدم أى جزء منها يقتضيه الطريق .

وهنا قرر مجلس الدولة فى فرنسا إلغاء قرار هدم جزء من المستشفى نزولا

---

(١)انظر : (Homont, Note sous (C.E:28 mai 1971), Ville Nouvelle EST J.C.P 1971, 1 , 16873).

(٢) انظر (الدكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـــ٢٣) ، وانظر أيضا (أ.د/رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـــ ٣١٣) .

(٣) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـــ٢٢٤) .

على المصلحة العامة الأخيرة[١] .بل اعتبر المجلس قرار الإدارة بنزع الملكية باطلا ، نظرا لما يؤدى إليه من مساس بمنفعة عامة أخرى لا تقل أهمية عن منفعة الطريق ألا وهى " المنفعة الصحية العامة " ووصل الأمر بالمجلس أن رفض الاعتراف بتوافر شرط المنفعة العامة الذى يبرر نزع الملكية طالما أنه يسبب إضراراً حقيقيا بمنفعة أخرى[٢] .

---

(١) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين – صـ ١٦٤) .

(٢) راجع فى ذلك (د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية – صـ ٢٥) وراجع ذلك أيضا :

charles Debbasch : Institutions et droits administratifs .3/Biens, expropriations, travaux publiques .P.U.F., Paris, 1978 ..,p.239 .

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 فى ذلك أيضا (أ.د / رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣١٤) .

المطلب الرابع

معيار العبء الإجتماعى

إذا تساوت المنافع فى معيار قدر المنفعة وتكاليفها المالية وعلاقتها بحق الملكية الخاصة فإنه ينظر إلى معيار آخر وهو التكلفة الاجتماعية أو العبء الإجتماعى للمشروع والآثار الاجتماعية التى تترتب عليه وهو من منطلق حرص القضاء الإدارى على تحقيق أعلى درجة من الفاعلية فى رقابته على أعمال الإدارة وضمان التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد واعتبارات فعالية أعمال الإدارة ونشاطها فى ظل الظروف المتغيرة دوما[١].

هذا وقد برز هذا المعيار حين وازن القاضى الإدارى فى قضية معسكر (Larzac) [٢]. بين المنفعة المترتبة على إقامة المدرسة العسكرية والمضار الشديدة المتمثلة فى العبء الإجتماعى من عدم استغلال الأرض للزراعة حيث يتم الاستيلاء على ١٣٧٠٠ هكتار ، ورأى المجلس أنها تؤثر على التنمية الاقتصادية والاجتماعية للإقليم ، وفى الأخير رجح المجلس منفعة إقامة المدرسة العسكرية للدفاع القومى .

والحقيقة أن القاضى قد أجرى تقديراً مادياً للأضرار المترتبة على مشروع إقامة المدرسة متمثلة فيما يتحمله المجتمع من أعباء ، ثم أقام موازنة حقيقية توصل منها فى النهاية إلى تفوق العناصر الإيجابية للمشروع ، وبين ذلك مفوض الدولة فى تقريره فقال : " إن قيام الجيش بمناورات يستلزم تخصيص مناطق تتسع لمرمى النيران وتضمن الأمن ، وعليه فإن وجود معسكرات متسعة للمناورة يعكس ضرورة كبيرة"[٣].

هذا مع ما يمليه المشروع من اعتبارات سياسية لا يمكن إهمالها[٤].

---

(١) انظر (د/ سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ ٢٩٠).

(٢) C.E:1.6.1973. Abrham, R.D.P 1974 , P. 303 .

(٣) راجع فى الإشارة إلى تقرير مفوض الدولة :
A.J.D.A. 1976, P. 199; chr . générale de L a J.A.F. par Boyon et NAUWELAERS, précitée P. 198 et ss .

(٤) Hostion etc AillossE : L'extension d'uncamp militaire, cas et ssier d'aménagement et d'urbanisme . G.U.R.D.U.A. Nantes 6 .P.20

وختاما أقول " إنه بالنظر إلى ما سبق من معايير فى ظل النظم الوضعية يكون القضاء الإدارى قد أرسى مبدءاً عاماً مؤداه " (أن أى مشروع لا يمكن الاعتراف له قانونا بتوافر شرط المنفعة العامة ، إلا إذا كانت الأضرار التى يلحقها بالملكية الخاصة أو تكلفته المالية أو آثاره الاقتصادية والاجتماعية أو الأضرار التى يلحقها بمنفعة عامة أخرى ليست باهظة بالنظر إلى المنفعة التى يحققها)[١].ولا يمكن أن نصل إلى قناعة بما تم من ترجيح بين المنفعة والمضرة إلا إذا أخذنا بزمرة المعايير السالفة .

وهنا لنا أن نتساءل : هل أخذ مجلس الدولة المصرى بهذه المعايير ؟

اعتداد مجلس الدولة المصرى بتلك المعايير :

إنه باستقراء ما ورد من أحكام للإدارية العليا فيما نحن بصدده من المعايير لنظرية الموازنة متمثلة فى قدر المنفعة والاعتداد بالتكلفة المالية ، ومراعاة للملكيات الخاصة والاعتبار بما يترتب على مشروع ما من أعباء اجتماعية فإننا نجد أن هذه المعايير وجدت ضمن أحكام مجلس الدولة فيما يتعلق بنزع الملكية .

أولا : بالنسبة لمعيار مقدار المنفعة : فإنه وجد ضمنيا حين وازنت محكمة القضاء بين مزايا ومضار قرار محافظ القاهرة بإعلان المنفعة العامة لإقامة مقر نموذجى للتوثيق بمصر الجديدة[٢] وقللت المحكمة من شأن الأضرار المترتبة على المشروع لضآلتها وكونها لم ترد على وحدة سكنية واحدة بل على ملكية مجموع السكان[٣].

ثانيا : معيار التكاليف المالية : وظهر هذا المعيار فى القضية رقم (٣٣٠٤ لسنة ٣٩ ق) [٤]. إذ أن هذا المشروع (مشروع الصرف الصحى بالقاهرة الكبرى)[٥] قد حمل خزانة الدولة العامة مبالغ باهظة كانت تستدعى من القضاء

---

(١) دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية – صـ ٢٦ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١١/٢٦ /١٩٨٧م (غير منشور) فى القضية ٣٤٤١ لسنة ٤٠ ق .

(٣) انظر (فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية الخاصة – صـ ٣٤٩) .

(٤) حكم محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩١/٥/١٦م (غير منشور) .

(٥) يأتى الحديث عنه بالتفصيل فى مجال الصحة العامة .

إلغاء هذا المشروع ، لكنه لم يفعل ورجح الصحة العامة على غيرها مستنداً إلى أن المشروع بحالته قد أقرته بيوت الخبرة العالمية[١] .

ثالثا : معيار مراعاة الملكيات الخاصة : أقام القضاء الإدارى بالاعتداد بهذا المعيار فى قرار إلغاء الإدارة ترخيصا لمصنع طوب فألغت المحكمة هذا القرار بحجة أنه يلحق المدعى أضرارا من ورائه (لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام)[٢] .

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 "[٣] ، 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

---

(١) أعتقد أن القاضى الإدارى كان مدفوعا 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 الموافى – المرجع السابق– صـ٣٥١) .

(٢) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٥٤/٣/٣م القضية رقم ١١٧ لسنة ٧ ق المجموعة – لسنة ٨ صـ ٤٤٠

(٣) أ . د / رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ٣٦٤ .

وتتباين فى أولوياتها بما يتطلب مراعاة ذلك فى تصرفاتها بحيث تعطى لكل وجه من أوجه المصلحة العامة أهمية ولا تضحّى بوجه منها ؛ لتنشد وجها آخر ، مع ظهور التفاوت بينهما إذ فى هذه الحالة تختلط مناسبة عمل الإدارة بمشروعيته ، ويلزم لكى يكون مشروعا أن يكون مناسبا 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 التراع وما يترتب على ذلك من طردهم جميعا من أرض الدولة ، وأن الغرض الذى أفصحت عنه ذات الأوراق هو تخصيص الأرض لجمعيات الإسكان المشار إليها فى قرار محافظ القاهرة رقم ١٠٦/١٩٨٧م وتلك 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 لابد أن يولد حاجة عامة ومصلحة عامة أولى بالاعتبار من تلك التى استهدفها القرار الطعين)[1]-[2].

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

---

(١) الطعين والمطعون معناهما واحد ، وهو المنع – مشتقة من طعن : أى منع ووخز، انظر (الشيرازى – القاموس المحيط – ٢/٢٤٠) .

(٢) الطعن رقم ٤٣٩٦ لسنة ٤٣ ق ع – جلسة ٢٠٠١/٤/١٨م ، انظر (مجلة المحاماة – العدد الثانى – صـ٤٨٧ – ٢٠٠٢م)

بغداحة ما يتحمله المجتمع من مضار إلا أنها ارتأت تغليب الصحة العامة على غيرها[1].

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 يقم بالمقابلة بين المنافع والمضار والموازنة بينهما ، وترجيح ما غلب منهما كضرب من الارتجالية والعبثية ، 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 اختلافًا ؟

***

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩١/٥/١٦م (غير منشور) فى القضية ٣٣٠٤ لسنة ٩

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 الفقهين الإسلامى والقانونى بشقيه الفرنسى والمصرى ، أنها قد وُضعت وحُددت معالمها ، ليستطيع كل من المجتهد والقاضى أن يعتد بها حين يتعين عليه إعمال 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

المطلب الأول

وجه الاختلاف بين كل من القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى فى إطار معايير النظرية

إذا كان وجه الاتفاق بين مجلس الدولة فى فرنسا ومصر ، قد أظهر حرص كل من المجلسين على وضع معايير لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، تمكن القاضى من وضع حد لتوسع الإدارة فى نزع الملكيات لأجل المنفعة العامة ، بل يستطيع القاضى من خلال تلك المعايير أن يزيل الغموض واللبس اللذين لازما فكرة المنفعة العامة زمنا طويلا ، وبناء عليها قرر بأنه " لا يحقق مشروع ما المنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التى يسببها للملكية الفردية ، وتكلفته المالية ، وعبؤه الاجتماعى ، ليست مفرطة بالنسبة للمنفعة العامة التى يحققها "[١] .

ومع هذا الاتفاق بين المجلسين فى هذه المعايير ، إلا أن الفارق بينهما كبير إلى حد أن قال بعض الفقهاء بأن مجلس الدولة المصرى لم يعرف هذه النظرية حتى اليوم ، ولم ير القضاء الإدارى فى مصر أن يمد رقابته إلى ملائمة قرارات نزع الملكية للتأكد من التوازن بين المصلحة أو المنفعة العامة المتحققة منها وبين العناصر الأخرى المترتبة عليها[٢] .

وهذا القول مردود عليه بأمرين :

(١) : أن القضاء الإدارى المصرى استطاع أن يوازن بين المنافع والمضار فى أكثر من حكم ومنه حكمه فى قضية (عزبة خير الله) وقضية سوق روض الفرج[٣] .

---

(١) une operation ne peut être légalement declareé d'u .p . que si les atteintes a la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénient s d'ordre social qu'elle comporte, ne sont pas excessifsal' egard de l'inter êt qu'elle presente D.S. 1972 .P. 195.note J.LEMASURIER.

انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٢١٩ : ٢٢٠).

(٢) انظر (د/ سامى جمال الدين – قضاء الملائمة – صـ٢٣٨) .

(٣) انظر (د/ سامى جمال الدين – المرجع السابق – صـ٢٣٨) .

وكان القضاء الإدارى المصرى قريبا فى هذين الحكمين من القضاء الإدارى الفرنسى فى قضية المدينة الشرقية الجديدة .

وإذا كان القضاء الإدارى المصرى قد حصرها فى دائرة التعدى على أملاك الدولة ، والتراخيص مما يؤكد أن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار ليست غريبة عن القضاء الإدارى فى مصر فى أحد أحكامها المتعلقة بالتراخيص ، بإجراء الموازنة بين المنفعة والمضرة حيث قضت بأنه : (متى استبان للمحكمة أن المدعى شيد مصنعا للطوب وعوّل فى استغلاله على الأتربة التى رُخص له فيها ،وبالتكاليف المعتدلة التى يحققها له قرب المصنع المرخص له فى أخذ الأتربة منه ، وأن هذا المصنع يعمل فى إنتاج الطوب بالفعل ، فإن إلغاء تفتيش الرى للترخيص الذى منحه المدعى استنادا إلى أن المناطق الأخرى المَقُول بأن المدعى يمكنه أن يستولى منها على باقى الأتربة اللازمة له بدون ترخيص ، أو بأنه يمكن الترخيص له فى أخذ الأتربة منها غير جائز ؛ لأنها أبعد من المنطقة التى ألغى ترخيصه فيها القرار المطعون فيه ، ولأن هذا يكبده نفقات أكبر فى النقل ، والوقت والجهد فضلا عن اضطراب العمل ، مما يخرج عما قدره فى حسبانه وقت حصوله على الترخيص وإقامة المصنع ،ويلحق به أضرارا لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام)[1] .

ومن هنا فليس من الغريب على القضاء الإدارى المصرى الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى القرارات الإدارية ، وبخاصة فيما يمس المصالح الاقتصادية للأفراد، وهى مصالح جديرة بالمراعاة دون ريب[2] .

(٢) إن العبرة ليست بكثرة التطبيقات ، وإنما بوجود هذا النوع الجديد من الرقابة على أعمال السلطة التقديرية ، فإذا كانت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد كثر تطبيق مجلس الدولة الفرنسى لها ، دون مجلس الدولة المصرى ، فهذا لا يمنع من القول بأن مجلس الدولة المصرى قد طبقها بالفعل على أكثر من واقعة سلف ذكرها.

---

(١) راجع فى ذلك (د/عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – دراسة مقارنة – جامعة عين شمس سنة ١٩٨٨م) .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى قضية ١١٧ لسنة ٧ق بتاريخ ١٩٥٤/٢/٣م – المجموعة السنة الثامنة صـــ٨٤٤ . انظر (د/سامى جمال الدين – قضاء الملائمة – صـــ٢٤١) .

وإذا كان هناك من فرق فإنه يكمن فى كون مجلس الدولة الفرنسى قد عمل جاهدا على الاعتداد بالظروف المحيطة بقرار نزع الملكية للمنفعة العامة من مراعاة البعد الاجتماعى والاقتصادى ،وكذلك ما تتحمله الدولة من تكاليف باهظة لا تتناسب البتة مع المنفعة المرجوة من المشروع المزمع تنفيذه ، ومن ثم أخذ المجلس فى وضع معايير محددة استقاها من الواقع المتأثر بتنفيذ المشروع سلبا وإيجابا ، وهو ما أكده مفوض الدولة (Morisot) فى مذكرته الخاصة بقضية (sainte marie) حيث قرر فيما انتهى إليه من نتائج ، أن "فكرة المنفعة العامة فكرة نسبية ، فلا يمكن تقديرها ، وبالتالى تقييمها ، إلا إذا أخذنا فى الاعتبار كافة العناصر المحيطة بها ، وهو ما يؤدى بالضرورة إلى الموازنة بين العناصر الإيجابية والسلبية للمشروع"[1] .

وكان من وراء مجلس الدولة الفرنسى فقهاء القانون إذ إنهم انطلقوا ليقوموا على تحديد المعايير للنظرية حتى لا يكون الأمر ضربا من الهوى والعمل على إعاقة الإدارة فى مباشرة أعمالها ، وهو ما جعل البعض منهم يتخوف من إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

هذا على النقيض تماما فى مصر فمازالت النظرية بين الأخذ والرد ، مع ما يملكه مجلس الدولة المصرى من إمكانات فنية ، وما لديه من قواعد قانونية وخصوصا 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 يوما بعد يوم فى حكم بعد حكم ، وإن لم تكن معايير النظرية غير واضحة فهذا لقلة الأحكام فيها ، وكذلك لقلة وقوف أهل الفقه القانونى عليها .

---

(1) انظر : C.E : 18 juillet 1973, Ville de Limoges , Rec., P.530 . R.D.P,1974 559. concl, ROUGEVIN – Baville et Note Waline, P.529 .
C.E. :27 juillet 1979, Delle Dresceen – Dollgreon, Rec .P. 349 .

المطلب الثاني

وجه الاختلاف بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية في إطار معايير النظرية

من الثابت أن معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد وضُعت بناء على أصول فنية في كلا النظامين الإسلامي والوضعي ، غير أن بين الفقهين وجه اختلاف في الأصل الذي على إثره وضعت تلك المعايير ، ومن هنا كان الاختلاف بين النظام الإسلامي والنظم الوضعية ظاهر في أمرين .

(١) أن محل اجتهاد أهل الفقه الإسلامي في تحديد معايير النظرية كان فيما يوحي به النص من دلالة وما يرنوا به من مناط ، فهو اجتهاد في مدار النص ، وهذا على خلاف ما كان من فقهاء النظم الوضعية فتحديدهم للمعايير إنما هو محض اجتهاد حين استقرؤوا الواقع واستشعروا مسئوليتهم تجاه الأفراد – من حماية للحقوق والحريات – فوضعوها ليستطيعوا تطبيق نظرية الموازنة وليضعوا الإدارة أمام منهج لا يجوز لها الابتعاد عنه و إلا وُسمت الإدارة بخروجها عن المشروعية ، وصحيح أنهم ينتمون إلى فلسفة غير إسلامية إلا أنهم وصلوا باجتهاد منهم إلى ما يريده النظام الإسلامي من مراعاة للمصالح ودرء المفاسد ، ويعد هذا بالنسبة لفقهاء القانون وبخاصة في فرنسا محمدة لا مذمة ؛ ذلك لأنهم أكدوا صدق المنهج الإسلامي في تحرير العقول من عقال الديكتاتورية ، فحين ينفك العقل البشري من قيود الأهواء والشهوات والقهر ، وينظر إلى واقع الحياة نظرة من يريد الإصلاح حينئذ من السهل عليه أن ينسجم مع المنهج الإسلامي في ضوء قوله تعالى ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾[1].

(٢) بالنظر إلى معايير النظرية في الفقهين الإسلامي والقانوني نجد أن معاييرها

---

(١) الأعراف : ٥٦ .

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[1] ؛ 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 المادية و العبء الاجتماعى .

وأخيرًا : 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 .

---

(١) هذا لا يمنع من وجود عدم اتفاق بين الفقهاء حول هذه النظرية وسيتضح هذا الأمر بالتفصيل فى الباب الثالث – (مبحث مستقبل النظرية) .

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 الجرئ على الرقابة التقليدية لأعمال سلطة الإدارة التقديرية فى قضية المدينة الشرقية (ليل) ، وأرسى مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار على محل القرار الإدارى بترع الملكية للمنفعة العامة ، فقد فتح الباب أمام الفقه القانونى المؤيد للنظرية ليبحث عن أساس قانونى يقوِّى شوكتها ، ويمنح نظرية الموازنة سندا 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 ، ومنتهيا 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 قبلُ الوقوف االواعى أمام مبررات الأخذ بها كمبدأ رقابى جديد .

ومن ثم فإن فقهاء القانون قد بذلوا جهدًا كبيرًا 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 ميزانا يحقق به القاضى الترجيح بين المنفعة والمضرة دونما عناء .

غير أن وضع أساس للنظرية والوقوف أمام أسبابها ووضع معايير لإعمالها يعد منهجًا نظريًا فى ذاته ، يلزم له وجود واقع تطبيقى يؤكده ؛ لذا كان لزامًا 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 تذل القدم أو تنحرف بنا السبل كان من الواجب أن نحدد ضوابط للتطبيق فلا تصير الموازنة بين المنافع والمضار ضربا من العبث أو بابا يُكاد منه للإدارة ، وإنما ميزان تُوزن عليه المنافع والمضار ، والقاضى مع أيهما رَجَحَ 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
في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

تمهيد :

قد يتبادر إلى الذهن أن الموازنة بين المنافع والمضار منهج وفقه معروف ، وقد يعدُّها البعض أمرًا بدهيًا في حقيقته ، وقد يظن ظانٌّ أن هذا النوع الرقابي الجديد على طرفي التام والكمال ، والحقيقة أن هذا التطور الرقابي يكون أمرًا بعيد المنال ، فإذا ما جاء القاضي الإداري لتطبيقها مع انعدام ضوابطها قد يراه أمرًا بعيدًا يتفلت من بين يديه بل قد يتسرب في ثنايا التعارض بين المنافع والمضار ولاسيما إذا فقد القضاء آلة الاجتهاد التي تتمثل في مجموع ضخم من المعارف والعلوم التي يجب أن يمتلكها عند التطبيق [1] .

ومن ثم كانت الضوابط التي تدفع الزلل والطريق الموصل الذي يمنع الانحراف والمقوم الذي يصد الهوى والتشهي ويُبقي للعقل الوازن الذي ملك آلة الاجتهاد استقامته .

ولبيان ضوابط التطبيق وطرقه ومقوماته يدور حديثنا في إطار المباحث التالية :

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

المبحث الثاني : طرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

المبحث الثالث : مقومات تطبيق الموازنة المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية .

---

(١) انظر (دكتور / طه جابر العلواني – مقاصد الشريعة– دار الهادي للطباعة والنشر – بيروت لبنان – الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/٢٠٠١م– صـ ٦٣) .

المبحث الأول
ضوابط تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار
فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

الضوابط جمع ضابط (Expert, rule, maxim, regulator)

وهو لغة : من ضبطه ضبطا من باب ضرب ، حفظه حفظا بليغا . ومنه قيل " ضَبْطُ البلاد وغيرها " إذا قمت بأمرها قياما ليس فيه نقص وضبط ضبطا من باب تعب : عمل بكلتا يديه فهو أضبط ، ويطلق على الضبط أيضا : الحزم [١] .

ويعرف الضابط اصطلاحا 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[٢] ، وقيل هو (حكم كلى ينطبق على جزئياته أو هو : القاعدة الكلية الناظمة للقضايا المتشابهة والمتداخلة)[٣] ، وقيل هو : ما يضبط وينظم من المبادئ أو القواعد [٤].

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 ....)[٥] .

ومن المعلوم أن معظم المنافع والمضار معروف بالعقل وخصوصًا فى المسائل الدنيوية ، وأن تقديم أعظم المنافع ودَرْءَ أضرّها محمودٌ حَسَنٌ ، وكذلك تقديم

---

(١) د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية – ٤٠٣/٢ ، وأيضا (الجرجانى – التعريفات– صـ ١٧٨) .

(٢)د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية – ٤٠٤/٢ .

(٣) دكتور / قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٢٦٣ .

(٤) المعجم العربى الأساسى للناطقين بالعربية ومتعلميها – صـ ٧٦٢ .

(٥) أبو البقاء الكفوى – الكليات– هامش صـ ٧٢٨ .

راجحة على المرجوحة ، واتفق الحكماء على ذلك ، لكن العقل البشرى قد تجاذبه الأهواء ، ويقهره تجبر الأمراء ، وهنا كان لابد له من عاصم وسياج 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 في إطار ضوابط النظرية .

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 يستنير بها القاضي 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 تنير الطريق وتساعد على الترجيح السليم والاختيار الصائب[1] 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 :

أعني 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[2] وحسبنا في ذلك قول رسول الله ﷺ « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد »[3] .

ومعنى ذلك أن قيام منفعة أو درء مضرة فيها مخالفة للنص – قرآنا وسنة –

---

(١) انظر (د/ محمد الوكيلي – فقه الأولويات – دراسة في الضوابط– سلسلة الرسائل الجامعية (٢٢) – المعهد العالي للفكر الإسلامي – الطبعة الأولى – ١٤١٦هـ/ ١٩٩٧م– صـ ١٩٧) .

(٢) انظر (دكتور / محمد عبد اللطيف صالح الفرفور – نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة – دار دمشق للطباعة والنشر – سوريا – الطبعة الأولى ١٩٨٧م – صـ ٦٦.

(٣) رواه : البخاري – باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود – رقم ٢٦٩٧ ، انظر (ابن حجر – فتح الباري– ١٦٨/٧) .

لا يجوز العمل بها سواء كانت تلك المخالفة كلية وهى ما يطلق عليها المعارضة بحيث لا يمكن الجمع بينها أو كانت مخالفة دون ذلك بحيث يمكن الجمع بينها[1] ، وهذا يدعونا إلى التفريق بين ما كان قطعى الدلالة وما كان ظنى الدلالة فالمنفعة التى يعول عليها المجتهد لا ينبغى أن تعارض نصا قطعيا ؛ لأن هذا التعارض سيؤول حتما إلى تقرير التعارض بين القواطع الشرعية : أى بين النص القطعى ودليل المنفعة وشاهدها البعيد ، وهذا محال ومردود ، لأنه موقع فى اتهام الشارع بالتناقض والنقص والتقصير .

أما ما يتعلق بالنص الظنى وهو الذى يدل على أكثر من معنى وحكم تحمله اللغة العربية – مثل : نص القرء والملامسة – فيكون الاجتهاد قائما على حصر كل تلك المعانى والأحكام وتحديد أقربها إلى المراد الإلهى 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[2] فشتان بين موازنة للمنافع ضمن دلالات الألفاظ والخروج عليها .

والخلاصة : أن العمل بمقتضى دلالة النص الظنى واجب اتفاقا ما لم تقم قرينة من الشرع أو العقل ، أو اللغة أو العرف العام تخرجه عن ظاهره ؛ فيؤوَّل 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 ﷺ أتى بما يخالف الكتاب وأوردوا نقولا

---

(١) انظر (د/ محيى الدين محمد قاسم – السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث– سلسلة الرسائل الجامعية (٢٧) – المعهد العالمى للفكر الإسلامى – الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ١٣٧).

(٢) راجع (د/ نور الدين بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – حجيته – ضوابطه – مجالاته– كتاب الأمة – عدد ٦٦ – إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – قطر ١٤١٩هـ/١٩٩٨م –٢/٣٤: ٣٨).
وراجع فى ذلك أيضا (دكتور / محمد سعيد رمضان البوطى – ضوابط المصلحة فى الشريعة الإسلامية – صـ١٢٠ : ١٢٦) .

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 ﷺ وعهد أبى بكر ﷺ بل فى صَدْرٍ 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 والسارقة دون قيد [١] . وأيضًا ما قاله الأستاذ على حسب الله: (إذا استعرضنا ما قدمناه من الفروع المأثورة 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 وجد أن إعطاءهم لا يأتى بالغرض المقصود منه ، وقد يؤدى إلى نقيضه ، وذلك معارض لقوله تعالى فى آية الصدقات : ﴿ وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ﴾[٢] ومنه إسقاط حد السرقة عام المجاعة ، محافظة على الأنفس وذلك معارض لقوله تعالى ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنْ اللَّه وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[٣] ومنه قتل الجماعة بالواحد وذلك معارض لقوله تعالى ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى ﴾[٤] - [٥] .

وهذه النقول جعلتهم يتجرءون على النص ويقولون (حيثما وجدت

---

(١) د/ مصطفى زيد – المصلحة فى التشريع الإسلامى– دار الفكر العربى– صـ ٣١ ، وانظر فى ذلك أيضا (د/ حسين حامد حسان – نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى – صـ ٥٢٩ وما بعدها) وانظر أيضا (الشيخ / عبد الوهاب خلاف – مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه – صـ ١٠٥ وما بعدها) .

(٢) سورة التوبة : آية ٦٠ .

(٣) سورة المائدة :آية ٣٨ .

(٤) سورة البقرة : آية ١٧٨.

(٥) الأستاذ / على حسب الله – أصول التشريع الإسلامى– دار المعارف– صـ ١٥٦.

المصلحة فثم شرع الله) وهذه مقولة لا تؤخذ على إطلاقها وإنما تقبل فيما لا يَحْكُمُ فيه نص صحيح صريح[١] ، والمثير للانتباه أنهم يقولون بلا تحقيق أن عمر بن الخطاب ﷺ هو أول من عطل النصوص فى مقابلة المنفعة ولاسيما المنفعة العامة فإنه رضى الله عنه رفض أن تُقسم الأرض المفتوحة على المجاهدين برغم أن ظواهر النصوص وسوابق السنة كانت ضده[٢] 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 فى الرد عليهم دون بينة نقول :

إن الرد على أمثال هؤلاء يحتاج إلى وضع مرجعية لا يختلف عليها اثنان من المسلمين ألا وهى رد كل النزاع إلى الله تعالى فى قرآنه وإلى النبى ﷺ فى سنته قال تعالى ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلا ﴾[٣] وعمدة ردنا عليهم جملة : هو ما قاله صاحب المستصفى : (المصلحة بالإضافة إلى شهادة الشرع ثلاثة أقسام : قسم شهد الشرع لاعتبارها ، وقسم شهد لبطلانها ، وقسم لم يشهد الشرع لا لبطلانها ولا لاعتبارها)[٤].

القسم الأول :

أما ما شهد الشرع لاعتبارها فهو حجة ، ويرجع حاصلها إلى القياس وهو اقتباس الحكم من معقول ، والإجماع ، فإنه نظر فى كيفية استثمار الأحكام من الأصول المثمرة ، ومثاله حكمنا أن كل ما أسكر من مشروب أو مأكول فيحرم قياسا على الخمر ، لأنها حُرمت لحفظ العقل الذى هو مناط التكليف فتحريم الشرع

---

(١) انظر (دكتور / يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط– دار التوزيع والنشر الإسلامية – مصر – ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م – صـ ٦٨) .

(٢) انظر (الشيخ / محمد الغزالى – الإسلام المفترى عليه– نهضة مصر – للطباعة والنشر – الطبعة الثانية – ١٩٩٩م – صـ ٩٣) .

(٣) سورة النساء : آية ٥٩ .

(٤) انظر (الشيخ / أبوحامد الغزالى – المستصفى من علم الأصول – ١/ ٤١٤) .

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 ، واستحقر اعتاق رقبة فى جنب قضاء شهوته فكانت المصلحة إيجاب الصوم ليتزجر به .

فهذا قول باطل ومخالفٌ 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 النظر [١] ومعلوم أن صلاح الخلق فى تحصيل ما يجلب لهم نفعا أو يدفع عنهم ضرا ، لكنه يجب أن يحافظ فيه على مقصود الشرع ، ومثال ذلك : رسم السياسات العامة لتحقيق مصالح الناس ودرء الضرر عنهم سواء كان ذلك معهودا 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 نصا أو قاعدة شرعية ولو من بعض الوجوه[٢] .

أما الرد تفصيلا 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 طريقا إلى معرفة مصالحنا عادة فلا نتركه لأمر مبهم "يقصد النصوص الشرعية " يحتمل أن يكون طريقا إلى المصلحة وألا يكون) [٣] ويقول الطوفى أيضا:

---

(١) انظر (الغزالى – المستصفى – تحقيق – الدكتور / محمد سليمان الأشقر – ١/٤١٤ : ٤١٦ .

(٢) انظر (الغزالى – المستصفى – ١/٤١٦: ٤١٧).

(٣) دكتور/ حسين حامد حسان – المصلحة فى الفقه الإسلامى – صـ ٥٣٠ .

ولا يقال إن الشرع أعلم بمصالحهم فلتؤخذ من أدلته ... لأن هذا إنما يقال فى العادات التى تمضى مصالحها عن مجارى العقول والعادات ... أما مصلحة سياسة المكلفين فى حقوقهم فهى معلومة لهم بحكم العادة والعقل فإذا رأينا دليل الشرع متقاعدًا عن إفادتها علمنا أنا أحلنا فى تحصيلها على رعايتها)[١] ، وزاد الطوفى الأمر شدة بعد ما بين فى شرحه لحديث « لا ضرر ولا ضرار » ، أنه يقتضى رعاية المصالح إثباتًا والمفاسد نفيًا ، وجعل أدلة الشرع فى حسابه تسعة عشر دليلا فقال ما نصه (وهذه الأدلة التسعة عشر أقواها النص والإجماع . ثم هما إما يوافقا رعاية المصلحة أو يخالفاها ، فإن وافقاها فبها ونعمت ولا نزاع وإن خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما)[٢] .

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[٣] .

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 – ٧١٦هـ وهذه الفترة الزمانية كانت فيها ضغوط شديدة متعلقة بانهيار 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 الملاءمة بالدخول تحت جنس شهدت له النصوص فى الجملة فهى

---

(١) دكتور/ مصطفى زيد – المصلحة فى التشريع الإسلامى – صـ ٢٣٣ ، راجع شرح الحديث (الشيخ/ عبد الوهاب خلاف – مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه – صـ ١٠٥ : ١١٠) .

(٢) دكتور/ مصطفى زيد – المصلحة فى التشريع الإسلامى – صـ ١٧ .

(٣) انظر (دكتور / حسين حامد حسان – المصلحة فى الفقه الإسلامى – صـ ٥٣١) .

مصلحة تستمد حجيتها من النص لا التى تتعارض معه[١] .

٣-وقوله بأن مجال عمل المصلحة هو المعاملات والعادات دون العبادات ، فإنما 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 وكيفا 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)[٢] .

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 ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ ﴾[٣] 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)[٤] .

ومن ثم فإن ما فرضه الطوفى ومن حاز حزوه من إمكان مخالفة المصالح للنص فرضًا محال ، وما سبق من القول دليل واضح على عكس دعواه[٥] .

والواقع أن المصلحة المصادمة للنصوص لا تكون عند التأمل العميق والتحليل الدقيق مصلحة حقيقية ؛ بل هى مصلحة موهومة زينها لصاحبها القصور أو الغفلة أو الهوى أو التقليد للآخرين [٦] قال تعالى ﴿اتَّبِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا

---

(١) انظر دكتور / حسين حامد حسان – المرجع السابق – صـ ٥٣٣ .

(٢) دكتور/ مصطفى زيد – المصلحة فى التشريع الإسلامى – صـ ٢٠٨ .

(٣) سورة يونس : آية ٥٧ .

(٤) البوطى – ضوابط المصلحة– صـ ١٨٣ : ١٨٤ .

(٥) انظر (البوطى – المرجع السابق – صـ ١٨٤) .

(٦) انظر (د/ يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراد – صـ ٧٠ ضوابط المصلحة – صـ ١٨٤).

مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلا مَا تَذَكَّرُونَ ﴾ (١) ، وقال تعالى ﴿ قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ وَإِنْ تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلا الْبَلاغُ الْمُبِينُ ﴾ (٢) .

٤ –أما قولهم بأن عمر بن الخطاب ﷺ ألغى بعض النصوص أو أوقف العمل بها على نحو ما لأنه رأى المصلحة فى ذلك ، وهو قول مرفوض وكاذب فلا يوجد نص إلهى كما ذكرت سلفا ضد المصلحة كما أنه لا يوجد بشر يملك إلغاء النص ، ولننظر ما نسب إلى عمر بن الخطاب ﷺ فى هذا الشأن أنه منع سهم الزكاة أن يصرف للمؤلفة قلوبهم بحجة أن الإسلام استغنى عن تألفهم ..... (٣) . وفهم صنيع عمر على أنه تعطيل للنص فى هذه المسألة خطأ شنيع فهو ﷺ لم يعطل النص وإنما حَرَمَ قومًا من الزكاة لأن النص لا يتناولهم (٤) .

وأيضا من الحجج التى 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 النبى 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 التى تتعارض معه .

وهؤلاء القوم لم ينقلوا إلينا ما احتج به عمر حينما منع تقسيم الأرض على

---

(١) سورة الأعراف : آية ٣ .

(٢) سورة النور : آية ٥٤ .

(٣) يقول الأستاذ الدكتور / محمد البلتاجى أستاذ الشريعة بكلية دار العلوم – جامعة القاهرة : " وحوالي عشرين عاما قبل كتابة هذا البحث – أى بحثه – منهج عمر بن الخطاب فى التشريع ، عاد إلينا هذا الفكر الخاطئ من جديد على لسان الدكتور / نصر أبوزيد ؛ حين شبه فكره بفكر عمر بن الخطاب ﷺ ، واستشهد بمسألة المؤلفة قلوبهم فى مقال له بجريدة العربي بتاريخ ١٩٩٥/٦/٢٦م ، وقد تم الرد عليه ، من قبل علماء فضلاء منهم الأستاذ البلتاجى) راجع فى ذلك (أ.د / محمد البلتاجى – منهج عمر بن الخطاب فى التشريع – دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته– دار السلام – ط الثانية ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م – صـ ١٦١ : ١٧١.

(٤) انظر (الشيخ / محمد الغزالى – دستور الوحدة الثقافية بين المسلمين– دار الشروق – الطبعة الأولى – ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ٣٤) .

الفاتحين وجعلها وقفا على الأجيال القادمة يتوارثونه جيلا بعد جيل [١]. 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 فى فهم الدين على هذا الوجه ما يهدد مستقبله ومستقبل حماته وما يؤدى إلى إيقاع المظالم بالأمم المهزومة [٢] وعندما استغل بعض المعاصرين المتغربين [٣] الذين لا يوقرون النصوص الشرعية ولا يقدرونها حق قدرها – هذا الاجتهاد العمرى ليصلوا من ورائه إلى تعطيل النصوص وتقديم المصلحة عليها وقالوا بأن عمر بن الخطاب ﷺ هو الذى سن للمسلمين ذلك وأسسوا حجتهم فى هذه القضية على دليلين :

الأول : قوله تعالى ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ﴾ [٤] ، 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.

الثانى : ورد فى السنة الصحيحة أن رسول الله ﷺ قسم خيبر حين فتحها بين المسلمين بل وأشرك معهم بعض من هاجروا إلى الحبشة ولكن عمر بن الخطاب ﷺ ترك هذا النص لاعتبارات مصلحية رآها .

وتفنيد حجج هؤلاء كائن فيما أورده صاحب كتاب الخراج قال (إن عمر بن الخطاب ﷺ استشار الناس فى أرض السواد حين افتتح فرأى عامتهم أن يقسمه

---

(١) انظر (دكتور / يوسف القرضاوى – السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – مكتبة وهبة – القاهرة – الطبعة الأولى – ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م – صـ ١٨٨ : ١٨٩) .

(٢) لقد وضع الشيخ محمد الغزالى هذا القول تحت عنوان (حرفية النصوص والمصلحة العامة) واكتفى رحمه الله بقوله : " وعمر يعتمد فى هذا الحكم على مبدأ تقييد الملكية ، دون أن يأتى بما احتج به عمر من قرآن ، ومع تقديرنا لشيخنا رحمه الله فقد كان من الأولى الإتيان بدليل من القرآن يعضد قوله ولاسيما وأننا نعيش فى زمان كثر فيه من يصطادون فى الماء العكر ومن يستغلون مثل هذه الأقوال ليعضدوا بها قولهم المبهم " راجع فى ذلك (الشيخ / محمد الغزالى – الإسلام المفترى عليه – صـ ٩٣) .

(٣) المتغربين : هم الذين فتنوا بثقافة الغرب جملة وتفصيلا .

(٤) سورة الأنفال : آية ٤١ .

وكان بلال بن رباح ﷺ من أشدهم فى ذلك وكان رأى عمر ﷺ أن يتركه ولا يقسمه فقال : اللهم اكفنى بلالا وأصحابه ومكثوا فى ذلك يومين أو ثلاثة أو دون ذلك .

ثم قال عمر : إنى وجدت حجة ، قال الله تعالى فى كتابه ﴿ 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 ﴾ (١) حتى فرغ من شأن بنى النضير فهذه عامة فى القرى كلها ، ثم قال الله تعالى ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ (٢) ثم قال الله تعالى ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ﴾ (٣) 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 يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾(٤) ؛ ثم قال عمر : هذا فيما بلغنا والله أعلم للأنصار 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 غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ﴾ (٥) وقال عمر فكانت هذه عامة لمن جاء من بعدهم ، فقد صار هذا الفيء بين هؤلاء جميعا فكيف نقسمه لهؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغير قسم فأجمع على تركه وجمع خراجه (٦) قال أبو يوسف " والذى رأى عمر ﷺ من الامتناع من

---

(١) سورة الحشر : آية ٦ .

(٢) سورة الحشر : آية ٧ .

(٣) سورة الحشر : آية ٨ .

(٤) سورة الحشر : آية ٩ .

(٥) سورة الحشر : آية ١٠ .

(٦) أبو يوسف – الخراج – صـ ٣٧ ، وانظر فى ذلك أيضا (أبو عبيد – الأموال – تحقيق محمد خليل هراس من علماء الأزهر الشريف – دار الفكر – بيروت لبنان – ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م – صـ ٦٩ : ٧٧) .

قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله تعالى ما كان كتابه من بيان ذلك توفيقًا من الله تعالى كان له فيما صنع وفيه كانت الخيرة لجميع المسلمين وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم) [١] .

ومن ثم كان ما ذكره عمر ﷺ من أدلة قرآنية أقوى رد على من أرادوا تعطيل النصوص فإنه ﷺ 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 القرآنى الذى اعتمد عليه المعطلون للنصوص أو كان سنة ، فإن أمير المؤمنين لم يخالف نصا قطعيا فى السنة إذ لم يأخذ بالتقسيم النبوى لخيبر ذلك لأن الفعل النبوى فيها لا يدل بذاته على الوجوب بل على مجرد المشروعية هذه واحدة.

الثانية : أن التصرفات النبوية التى تدخل فى باب السياسة والاقتصاد هى فى الغالب تصرفات بوصف الإمامة لا بوصف التبليغ ، فهى بمثابة قرارات السلطة الإدارية والسياسية اتُّخذت مراعاة للمصلحة وهذا يعتبر سنة لمن أتى بعده ﷺ من الخلفاء والأمراء .

الثالثة : من الثابت فى السنة أنه ﷺ قسم خيبر رعاية لحقوق المسلمين خلفا بعد ذلك ، ورعاية لمعنى الرسالة الخاتمة ، مع أنه لم يقسم أرض مكة مع أنها فتحت عنوة أيضا [٢] .

ونتيجة ما سبق :

نجد أن تَبدُّل الأحكام وتَغيُّر العمل بها إنما هو بتغير الأحوال والأزمان حسب تغير مناطها وهى قاعدة أساسية فى منهاجية الموازنة بين المنافع والمضار ، يقول ابن القيم (فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة ،

---

(١) أبو يوسف – المرجع السابق – صـ ٣٨ .

(٢) انظر (دكتور / يوسف القرضاوى– السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – صـ١٩٤:١٩١) .

وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة ، وإن دخلت فيها بالتأويل)[١] ، وعلى ذلك فإن الحكم الشرعي يدور حسب تغير مناطه باختلاف الزمان والمكان والحال ، ولا يعنى ذلك تبديل حقيقة الحكم ، وإنما التأكيد على دوامه واستمراريته.

وقد اكتسبت تلك القاعدة المنهاجية أبعادها الحركية من خلال موقف عمر ابن الخطاب من المؤلفة قلوبهم ، فإن ظاهر الأمر أن عمر عطل نصًا يحكم بإعطاء المؤلفة قلوبهم سهما من الزكاة ، وصادم تطبيقا استمر عليه النبى طوال عهده ، وبالتالى – على حد قول هؤلاء – إذا لم يكن هذا نسخا لحكم بفعل اجتهادي ، فهو على الأقل تعليق وتعطيل له .

وحقيقة المسألة وجوهرها أن فعل عمر بن الخطاب متفق تمام الموافقة لمنطوق النص ومفهومه[٢] ؛ فإن الله تعالى قد أناط حق الزكاة بوصف معين ، هو مناط الاستحقاق لثمانى فئات من الناس منهم المؤلفة قلوبهم ، ولما كان التأليف ليس وضعا طبيعيا للناس ، بل هو شيء يقصد إليه ولى الأمر إن وجد مصلحة الأمة فى حاجة إليه ويتركه إن كانت الأمة فى غير حاجة إليه ، وإذا اقتضت المصلحة الشرعية التأليف مجددا ، أصبح هذا الصنف موجودا فعلا ، ويستحق سهمه من الزكاة ، وإذا لم تقبض المصلحة ذلك ، أصبح هذا الصنف معدوما .

ومن ثم فالنص لم يعطل ، وإنما الوصف هو الذى انعدم ، وهو استجلاب المسلمين لقلوبهم بالتأليف ، فإن الاستجلاب ليس حكما شرعيا ثابتا للنص ، وإنما هو مناط لحكم علقه الله عليه ، فكلما تحقق المناط (حاجة المسلمين إلى التأليف

---

(١) ابن القيم – إعلام الموقعين– ٥/٣ .

(٢) منطوق اللفظ : هو ما دل عليه اللفظ فى محل النطق ، بأن يكون حكما للمذكور ، أو حالا من أحواله ، سواء أذكر هذا الحكم ، ونطق به ، أم لم يذكر مطلقا ، 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 فى محل النطق ، أى يكون حكما لغير المذكور وحالا من أحواله ، ومنه مفهوم الموافقة ، ومفهوم المخالفة ، انظر (د/قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٤٥٢) ، وانظر (الغزالى – المستصفى ٧٤/١) ، وانظر (الشوكانى – إرشاد الفحول ٥١٩/٢) .

لمصلحة) تحقق الحكم المتعلق به (استحقاقهم لسهم من الزكاة)[١] .

وبناءً على ما سبق بيانه فإنه لا يجوز أن تعارض المنفعة الراجحة ما نص عليه القرآن أو السنة وكانت دلالته قطعية .

الضابط الثانى: 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 قطعى الدلالة وهو الذى يندرج تحت مسمى " الإجماع الصريح "[٢] ، ومنه ما هو ظنى عند فريق من العلماء تحت مسمى " الإجماع السكوتى "[٣] ، وكذلك القياس وهو حجة شرعية ومصدر من مصادر التشريع يلى الإجماع ولاسيما إذا كان صحيحا تم وفق الشروط الموضوعة وبنى على أسسه المعلومة ، ومن ثم لا ينبغى حين إعمال الموازنة بين المنافع والمضار أن تخالف إجماعا أو قياسا .

أولا : من حيث عدم معارضة الموازنة للإجماع القطعى :

ذلك لأن هذا النوع من الإجماع لا يتغير بتغير المصلحة مهما كانت مشروعيتها ومنطقيتها ودرجة المعقولية فيها ، ولا ينبغى أن يقال : إنها مصلحة معتبرة وقطعية ، ولا ينبغى أن يقال : (إن رعاية المصلحة أقوى من الإجماع ويلزم من ذلك أنها أقوى أدلة الشرع لأن الأقوى من الأقوى أقوى)[٤] . وحجة هذا

---

(١) انظر (البوطى – ضوابط المصلحة صـ ١٢٨ : ١٣٠) ، وانظر (د/يوسف القرضاوى – السياسة الشرعية – صـ١٧٥ وما بعدها) .

(٢) 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 ، قولا أو فعلا ويسمى هذا الإجماع : إجماعا قطعيا .

(٣) الإجماع السكوتى : 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 : إجماعا ضمنيا، أو إجماعا اعتباريا ، وإجماعا ظنيا ، والإجماع الظنى هو الذى يعلم وقوعه بالتتبع والاستقراء ، وهذا هو الإجماع الذى يكثر وروده فى مدونات فقهاء المذاهب ، انظر (دكتور / قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ٣٩) .

(٤) دكتور / مصطفى زيد – المصلحة فى الشريعة الإسلامية – صـ ١٨ .

القول : (أن منكرى الإجماع قالوا برعاية المصالح فهى إذن محل وفاق ، والإجماع محل خلاف ، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه)[١] .

والظاهر من هذا أن الطوفى أطلق القول بوجوب تقديم المصلحة على الإجماع دون أن يفرق بين الإجماع القطعى والظنى ، ولكنه عند تحقيق المسألة نجد أن الطوفى فى ثنايا قوله (إن معنى « لا ضرر ولا ضرار » نفى الضرر والمفاسد شرعا ، وهى نفى عام إلا ما خصه الدليل وهذا يقتضى تقديم مقتضى هذا الحديث على جميع أدلة الشرع وتخصيصها به فى نفى الضرر وتحصيل المصلحة)[٢] . ويقول أيضا : (إن النص والإجماع إن خالفا المصلحة ، وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما)[٣] ، ويستفاد من هذا أن الطوفى نفسه لم يقل بتقديم المصلحة على ما كان قطعى الدلالة كالخاص 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 خالفاها وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما ، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما ، كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان "[٤] 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 مطلقًا 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)[٥] . وعليه فقد تقرر عند العلماء " أن

---

(١) دكتور / مصطفى زيد – المرجع السابق – صـ ٣٥ .

(٢) دكتور / مصطفى زيد – المرجع السابق – صـ ٢٠٨ .

(٣) دكتور / مصطفى زيد – المرجع السابق – صـ ٢٩٩ .

(٤) نجم الدين سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم الطوفى الحنبلى – التعيين فى شرح الأربعين – تحقيق / أحمد حاج محمد عثمان – مؤسسة الريان – بيروت – ط١ – ١٤١٩ هـ/ ١٩٩٨م – صـ ٢٣٨ .

(٥) الشوكانى – إرشاد الفحول – صـ ١٦٣ .

الخاص أقوى دلالة من العام والأقوى أرجح "[١] .

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 يعنينا هو قطعية الإجماع كمصدر من مصادر التشريع ولا يعنينا 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[٢] .

ثانيا : من حيث عدم معارضة الموازنة للقياس :

يعد القياس بابا للتوسعة على الحكام فى الأخذ بمتطلبات الوقائع المتجددة فى إطار السياسة الشرعية ، ويعد القياس بعد النص والإجماع مصدرا رابعا للتشريع ويعنى حمل على النص لعلة أو أمر آيل إلى مصلحة ، ومن المعلوم أن القياس يستند مع حكمه أى أن يكون مظنة تحقيق حكمة الحكم والغرض المقصود من تشريعه[٣] وهذا الوصف سماه الأصوليون بـ (المناسب) الذى متى عرض على العقول تلقته بالقبول[٤] ، والمناسب تختلف درجاته ومراتبه باختلاف اعتباره أو إلغائه شرعا إذ المعتبر منه له مراتب تتراوح بين النص المباشر على علة الحكم تصريحا أو إيماءً ، وبين النص غير المباشر على العلة ، بالنص على جنسها ونوعها وحكمها[٥].والغرض فى

---

(١) الشوكانى – المرجع السابق – صـ ١٦٣ .

(٢) انظر (د/ نور الدين بن محمود بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – حجيته – ضوابطه – مجالاته – صـ ٤٢) ، وانظر فى ذلك أيضا (دكتور / محمد مصطفى شلبى – تعليل الأحكام – صـ٣٢٤) .

(٣) انظر (دكتور / عبد الكريم زيدان – الوجيز فى أصول الفقه – صـ ٢٠٨) .

(٤) انظر (دكتور/ نور الدين بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – صـ ٤٣) .

(٥) 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 فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ (البقرة : ٢٢٢) .

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 وضعفا ، وبصورة مباشرة وغير مباشرة[١]، وما يعنينا هنا هل يمكن تقديم المصلحة على القياس عند التعارض ؟

أولا : 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[٢] . فإذا كان أحدها قطعيا والآخر ظنيا فلا يمكن أن يوجد التعارض ، ومن ثم فلا يمكن أن تعارض منفعة مظنونة قياسا قطعيا ، فلا يمكن أن يخالف اليقين بالخطأ أو يخالف ظن بوهم ، وأدنى ما تقتضيه هذه الحقيقة العقلية هو أن الطرف الأقوى صحيح الاعتبار ثابت الدليل[٣].

ثانيا : أن القياس يَئول فى الغالب إلى دليل الكتاب والسنة إذ هما ميزان اعتباره وبهما يقوى على مخالفه ، وقد استقر الدليل على عدم مخالفة الموازنة بين المنافع للكتاب والسنة فلو صح ذلك لصح أن يقضى بما توهم كونه مصلحة أو منفعة أو قياسا على كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ وذلك باطل بداهة[٤] . لذا فلا يمكن أن يقدم الأخذ بالمنافع فى مقابلة العمل بالقياس إلا فى حالة واحدة وهى إذا

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 – ط١ – ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م – صـ ١٦ :٤٩) .

(١) انظر (دكتور/ نور الدين بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – ٤٤/٢) .

(٢) انظر (الغزالى – المستصفى – صـ ٢٣٣) .

(٣) انظر (دكتور / عبد الكريم زيدان – الوجيز فى أصول الفقه – صـ٢٠٧) .

(٤) انظر (دكتور / عبد الكريم زيدان – المرجع السابق – صـ ٢٠٧) .

كان القياس شبهيا وتعارضت المنافع قدمت عليه لكون القياس الشبهى[١] 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 ، ألغى وعمل بما يجلب المصلحة)[٢] .

---

(١) 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 لعلة 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 ، وبتعبير آخر ؛ هو ما تجاذبته الأصول فأخذ من كل أصل شبها ، 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 ستدل 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 القائس فى المثال السابق استدل 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 صحة ظهار الذمى بصحة طلاقه ؛ وبيان هذا أن يقول القائس : إن ظهار 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 القائس : إنه يجب فى الجناية على العبد الأرش 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 الأرش ، كما يجب ذلك فى الجناية على الحر مطلقا . (دكتور / قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٣٥٤ : ٣٥٥) وراجع فى قياس الشبه أيضا (الغزالى – شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل – صـ ١٤٥ : ٢٠٥) .

(٢) دكتور / محمد مصطفى شلبى – تعليل الأحكام – صـ ٣٢٨ .

الضابط الثالث : عدم تفويت المنافع الراجحة وتغليب المرجوحة أو المساوية لها.

هذا الضابط دقيق وعميق يحتاج إلى دراية كافية وهمّة 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[1] .

ومما لاشك فيه أن التعارض بين المنافع المتشابكة يحتاج إلى منهج مُرجِّح 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 دُوّنَ فى كتاب القواعد والموافقات ومقاصد الشريعة لان عاشور كان هذا الميزان الذى يتناول تصنيف المصالح فى الأهمية ، حتى لا تذل قدم مجتهد حين يقوم بعملية الموازنة بين المنافع والمضار ، ويتحدد هذا المنهج فى جوانب ثلاثة ؛ بحيث إذا تعارضت منفعتان فى مناط واحد وكان لابد لنيل إحداهما من تفويت الأخرى كان من اللازم عرضهما على هذه الجوانب ترتيبا :

الضابط الأول : النظر إلى قيمة المنفعة من حيث ذاتها وترتيبها فى الأهمية حسب ذلك .

فإذا تعارضت منفعتان فلْينظر أولا إلى قيمتها فيكون اختلاف قيمة ، وإذا نظرنا إلى كليات المنافع وجدنا المعتبر منها متدرجا حسب الأهمية فى 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 فى ثلاث مراتب هى : الضروريات ، الحاجيات ، التحسينيات ، فإذا تقرر هذا فاعلم بأنه عند التعارض يكون الضرورى مقدم على الحاجى ، والحاجى على التحسينى ، وإن كان كل منهما متعلقًا بكل على حدة . جعل التفاوت بينهما بحسب تفاوت متعلقاتها فيقدم الضرورى المتعلق بحفظ النفس وهكذا ..... .

---

(١) انظر (دكتور / نور الدين بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – صـ ٤٥) .

وسبب ذلك : أن الضرورى هو الأصل المقصود وأن ما سواه مبنى عليه كفرع من فروعه [١] ، وإذا كان التعارض بين منفعتين متعلقتين بكل واحد كالدين أو النفس ، وهنا على المجتهد أن ينتقل إلى الجانب الثانى من المنهج .

الضابط الثانى : النظر إلى المنافع من حيث مقدار شمولها .

ذلك أن المنافع قد تتفق من حيث هى ، وفى مدى الحاجة إليها ، ولكنها قد تختلف فى 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 الزيغ والضلال على مصلحة الفرد فى ممارسة حرية الرأى والكتابة عند تعارضهما ، ذلك أن الأولى أعم وأشمل من الثانية ، وأيضا المفسدة المترتبة على إهمال الأولى أشد خطرا من إهمال الثانية ، مع العلم بأ ن المنفعتين فى رتبة واحدة وهى الحاجيات [٢] .

وعليه كان جلب أعظم المنفعتين وتقديم المنفعة العامة على الخاصة وبخاصة وأن الفرد لا يتضرر غالبا بتقديم منفعة الجماعة عليه إذ إنه داخل فيهم[٣] .وفيه قال العز بن عبد السلام (وتحصيل أعلى المصلحتين وإن فاتت أدناهما)[٤]. وقال ابن القيم : (مبنى الشريعة على دفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما وتحصيل أكمل المصلحتين بتفويت أدناهما ، بل بناء مصالح الدنيا والدين على هذين الأصلين)[٥].

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 ينتجه على صعيد

---

(١) انظر (البوطى – ضوابط المصلحة– صـ ٢١٨ : ٢٢٠)

(٢) البوطى – المرجع السابق – صـ ٢٢١ .

(٣) البوطى – المرجع السابق – صـ ٢٢١ .

(٤) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام– ١/ ٩١ .

(٥) د/ أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائرى – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لابن القيم – صـ ٣٢٩.

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 العُزَّل على ضعفهم من الأعداء المسلحين ، فمنفعة كل منهما من الربح والنصر موهومة . هذا ويعمل بالمظنونة فى عامة الأحكام ، ما لم ينسخ الظن بيقين معارض[1].

والخلاصة : أنه إذا تعارضت منفعتان على المجتهد أن يوازن بينهما ثم يعمل بالراجحة وقوعا والتى تتدرج فى مراتب الأهمية الذاتية والتى تندرج بعد ذلك حسب درجة شمولها وسعة فائدتها وإذا تساوت المنفعتان جاز للمجتهد أو القاضى أن يعمل بأيهما شاء[2]. قال العز بن عبد السلام : (إذا تعارضت المصلحتان وتقدر جمعهما فإن عُلِم 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 إذا تعارضت المفسدة والمصلحة .

فإن قيل : كيف تصوبون المختلفين ، مع أن بعضهم قد أصاب المرجوح الذى لو اطلع عليه لما جاز له الاعتماد عليه .

قلنا : ترك الرجحان رخصة على خلاف القواعد ، وفى الرخص تترك المصالح الراجحة 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 لندرته وقلته .

والحاصل : أن الشرع يجعل المصلحة المرجوحة عند تعذر الوصول إلى

---

(١) انظر (البوطى – ضوابط المصلحة – صـ ٢٢٢) .

(٢) انظر (دكتور / محمد مصطفى شلبى – تعليل الأحكام – صـ ٣٢٨) وانظر فى ذلك أيضا (البوطى – ضوابط المصلحة – صـ ٢٢٢ : ٢٢٣) .

الراجحة أو عند مشقة الوصول إلى الراجحة ، بدلا من المصلحة الراجحة كما يبدل الوضوء بالتيمم ، والصيام بالاعتاق والإطعام بالصيام والعرفان بالاعتقاد فى حق العوام والفاتحة بالأذكار ، وجهة السفر فى صلاة النافلة بالقبلة وجهة المقاتلة فى الجهاد بالقبلة) [١].

وبناء على كلام العز بن عبد السلام يكون عند التساوى الاختيار ولا حرج فيه بعد استفراغ الوسع فى البحث عن الأكثر نفعا ومحاولة تقديمه على الأقل منه .

الضابط الرابع : ألا تؤدى إلى أضرار أكبر منها .

هذا الضابط محله إذا تزاحمت 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 مركوز فى طبائع العباد نظرا لهم من رب الأرباب) [٢]. لذا فقد اعتبر التشريع الإلهى هذه الطبيعة البشرية فى كثير من أحكامه ومنها قوله تعالى فى شأن القتال فى الأشهر الحرم مبينا أن القتال فيها أقل مفسدة من الصد عن سبيل الله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنْ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنْ الْقَتْلِ وَلا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنْ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [٣]. فالقتال فى الأشهر الحرم كبير الإثم عظيم الجرم لكن الاعتداء على المسلمين والإسلام ، والصد عن سبيل الله وقتل المسلمين وفتنتهم فى دينهم أعظم مفسدة وأكبر جرما[٤].

وعليه صاغ العلماء قواعد قطعية منها (إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما) [٥] ، وقاعدة يختار أهون الشرين أو (أخف

---

(١) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام– ٤٨/١ : ٤٩ .

(٢) انظر (ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٧/١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

(٤) انظر (د/ محمد الوكيلى – فقه الأولويات دراسة فى الضوابط– سلسلة الرسائل الجامعية (٢٢) – المعهد العالمى للفكر الإسلامى – الطبعة الأولى ١٤١٦هـ/١٩٩٧م– صـ ٢١١: ٢١٤) .

(٥) أ.د / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – صـ٢١٣ .

الضررين)[١]. ومن ثم فلا يمكن أن تخرج الموازنة بين المنافع والمضار عن هذا الإطار وإلا كانت ضربا من العبثية .

وفيما يلى أمثلة تطبيقية للمفاسد المتزاحمة والموازنة بينها على أساس هذا الضابط .

أ- الموت مفسدة مخلة بضرورى ؛ وهو حفظ النفس ، وقطع عضو من جسد المريض مضرة مخلة بحاجى فإذا كان بقاء عضو المريض سيؤدى إلى انتشار المرض فى الجسد كله وبالتالى سيؤدى إلى موته وجب قطع العضو لأن ضرر قطعه أهون من ضرر الموت وهنا تزاحمت مضرة مخلة بضرورى مع مفسدة مخلة بحاجى فكان تقديم الضرورى على الحاجى .

ب-إذا كان للدولة من الإمكانات ما يفى فقط بإنشاء مرفق عمومى ضرورى كالمستشفى ، فإن هذا المرفق مقدم على ما هو كمالى لحديقة عمومية ذلك لأن انعدام المستشفى ضرورى بينما انعدام الحديقة كمالى .

جـ – قتل فرد من أفراد المسلمين مضرة ، والاعتداء على مجموع الأمة مضرة أكبر ، لذلك أجاز الفقهاء التضحية بفرد من المسلمين فى سبيل الحفاظ على حياة الجميع ، ويعرف هذا بتترس الكفار[٢]. وهنا تعارضت مضرة مخلة بضرورى مع مضرة مخلة بضرورى أهم منه ، وفى هذا المعنى كانت القاعدة التى تقول : (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)[٣].

الضابط الخامس : أن تكون المنفعة الراجحة متحققة لا متوهمة .

إن واقع نظام العالم هو التشابك والاختلاط فى المنافع وكذلك المضار ولذا فإن الموازنة بين المنافع والمضار فى مثل هذا المجال وبخاصة فى المعاملات تقتضى 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 .

---

(١) أ.د / محمد الزحيلى – المرجع السابق – صـ ٢١٠ .

(٢) انظر (د/ محمد الوكيلى – فقه الأولويات دراسة فى الضوابط – صـ ٢٢٠) .

(٣) أ.د / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى – صـ ٢١٦ .

وقد قسم العز بن عبد السلام المنافع والمضار بحسب توقع حصولها من عدمه إلى : (مقطوع ومظنون وموهوم) [١].فتقدم المنفعة المقطوع بها المتحققة ثبوتا والأقوى أثرا وأشمل نفعا على المظنونة وتقدم المظنونة على الموهومة[٢].

ومثال ذلك : لو أراد عدد قليل من المسلمين ضعيفى العدد والعدة والجهاد المسلح بحيث يغلب على الظن هزيمتهم فى مواجهة من سيقاتلونه من الكفار من غير نكاية فى أعدائهم فينبغى هنا أن تقدم مصلحة حفظ النفس على مصلحة الدين ذلك لأن مصلحة حفظ الدين موهومة على مؤكدة وإن بدت الموهومة فى رتبتها أو حجمها أرجح[٣].

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[٤].

تلك كانت ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى فهل وضعت النظم الوضعية ضوابط لتطبيقها ؟هذا ما نتعرف عليه فى المطلب التالى :

---

(١) العز بن عبد السلام – الفوائد فى اختصار المقاصد– صـ ٤١ .

(٢) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام – صـ ٢٤٣) .

(٣) انظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة – منهج فقه الموازنات فى الشريعة الإسلامية – صـ ٤٨) .

(٤) انظر (دكتور / محمد سعيد رمضان البوطى – ضوابط المصلحة – صـ ٢٢٢: ٢٢٣) .

المطلب الثانى

ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظم الوضعية

لقد ظل القضاء الإدارى زمنًا طويلاً فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة يقف عند حد التأكد من وجود " منفعة عامة " ليحكم بمشروعية قرار الإدارة ، وطالما تأكد القاضى من أن المشروع الذى صدر القرار من الإدارة بنزع الملكية لأجله يحقق مصلحة عامة فإنه يرفض أى طعن فى القرار[1].

لكن حكم القضاء فيما تعلق بالمدينة الشرقية " ليل " أحدث تطورا فى رقابة القضاء الإدارى ؛ إذ إنه لم يقف عند حد التأكد من المصلحة العامة فحسب ، وإنما صار يوازن بين المصالح المتعارضة والمضار المتقابلة ، ذلك لأن القضاء الإدارى قِبْلَةً لحماية أهداف القانون فى المجتمع المتمثلة فى تحقيق العدالة ، ومراعاة المصلحة العامة والخاصة للفرد والجماعة ، غير أن هذه الحماية لا تتحقق إلا بالاستعانة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار التى يستطيع القضاء الإدارى من خلالها أن يُحدَّ من سلطة الإدارة التقديرية ، وحتى لا يصبح القضاء سيفا حاداً على يد الإدارة ، أو أن يكون حجر عثرة أمام مسايرة الإدارة لمتطلبات الواقع ، كان لابد من وجود ضوابط لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار مما يبعد القضاء عن الشطط ، وهذه الضوابط التى نذكرها هى مجرد استنباط من أحكام القضاء الإدارى فى كل من فرنسا ومصر .

حيث يتضح من هذه الأحكام أن ضوابط تطبيق بين المنافع والمضار متمثلة فى 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 يلى :

الضابط الأول : وجود السبب الدافع لسمو المنفعة :

لما كانت أولى تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال نزع الملكية

---

(١)دكتورة / نبيلة عبد الحكيم كامل – دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة فى مصر وفرنسا) – صـ١٩ .

للمنفعة العامة[١]. فإنه من اللازم على القاضى أولا أن يتثبت من وجودها ، وأن غاية القرار الإدارى هو تحقيق المنفعة العامة ، وأنه لا يترتب عليه منافع جانبية كمنفعة خاصة أو منفعة مالية تكون سببًا دافعًا للقرار[٢]. فإذا وجد القاضى أن هذه المنافع الجانبية ليست السبب الدافع قضى بشرعية القرار الذى يهدف إلى تحقيق منفعة عامة .

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)[٣] أولا .

وأصبح القضاء الإدارى فى هذا لا يقف عند حد التأكد من أن مشروعا ما يحقق منفعة عامة وفقط ، بل أخذ يعدد مزايا المشروع ليبين رجحانه على أى ضرر يصيب الأفراد ، وكان العمل بهذا الضابط فى قضية :

(Groupement de défense de l'ilot firminy – centre)

وفى هذه القضية (لم يكتف مجلس الدولة بأن يقرر أن إعادة تعمير وسط المدينة يحقق المنفعة العامة وإنما أخذ يعدد مزايا المشروع ، وكونه سيؤدى إلى إزالة المساكن غير الصحية ، ويحقق الاستخدام الأمثل للمنطقة ، وأنه سيسمح بإقامة

---

(١) انظر (أ . د / محمد رمضان محمد بطيخ – الاتجاه المتطور فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٠٦).

(٢) يعتبر بعض فقهاء القانون فكرة السبب الدافع قيدا على سلطة الإدارة التقديرية بل ويعتبره قيدا 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 فى ذلك :

- André de LAUBADERE : Traité élémentaire de droit administratif , L.G.D.J. , 7e éd ., Paris , 1980 .P. 577
- Bernard PACTEAU: Le juge de l'excés de pouvoir et les motifs de l'acte administratif , L.G.D.J., Paris, 1977, P. 89 .
- Chantal PASBECQ : De la frontiére entre légalité et l'opportunité dans l e recours Pour excés de pouvoir , R . D .P. 1980 , P. 302 .

(٣)

- C.E . 27.5.1964 , Groupement de défense de l'ilôt firminy – center , A.J.D.A . 1964 . P 432 .

مكان لانتظار السيارات[١].ومن ثم له كفة الترجيح عند الموازنة بين المنافع والمضار .

الضابط الثانى : أن تكون المنفعة متحققة لا متوهمة .

إنه بهذا الضابط يستطيع القاضى الإدارى أن ينظر إلى النتيجة المادية الواقعة أو المتوقعة ، فكلما اشتدت الحاجة إلى المنفعة كان ترجيحها آكدًا ، ولاسيما إذا كانت متحققة .

ومحل إعمال هذا الضابط يكون فى الموازنة بين المنافع المتعارضة وكذلك المضار فحين " يقوم ممثلو الشعب المنتخبين[٢]بتقدير أهمية مشروع ما على آخر بمناسبة إقرار الموازنة العامة للدولة كما أن الإدارة وهى المنوط بها تنفيذ السياسة العامة للدولة توازن بين المنافع العامة المختلفة وتضع أولويات لبعض المنافع التى تراها جديرة بالرعاية فتؤثرها على غيرها" ويأتى 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 لمساهمته 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[٣].

---

(١) دكتور / أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٢٢ .

(٢) أعنى بذلك فرنسا والدول الحرة الأبية التى لا ترضى بعقل الرجل الأوحد وهى له تبع كدول العالم الثالث، التى 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 " .

(٣) انظر : C.E . 20-2-1987- commune de lozanne c/Epoux Fischnaller, D.S 1989, P.126 , leb .P67, T.A Lyon 17-6-1982, Epoux Fischnaller c./Min. de l'Interieur et de la Decentralisation par le prefet du Rhône D.S. 1982, P. 603 , note , D. CHABANOL .

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 تتريث 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 نفعا وضررا وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية[1].

فقد تتوخى الإدارة من وراء قرارها بنزع الملكية للمنفعة العامة نفعا ماليا ، وقد تصدر قرارها بنزع ملكية الأفراد فى سبيل ذلك ، وهنا يقف القاضى فى ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإما أن يلغى القرار الإدارى وإما أن يبقيه ، ومن ضوابط إعماله للموازنة النظر إلى المنفعة المالية العامة وإن كان المشروع خاصا 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 خادما لفئة مخصوصة ؛ فهو مظنة انحراف الإدارة بالسلطة ، لكن القاضى الإدارى خرج عن هذا الإطار مؤكدا 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 وتشييد مجمع تجارى على أساس أن أى عمل يهدف أساسا إلى إفادة أى مشروع خاص يكون محققا للمنفعة العامة ولاسيما إذا كان المشروع الخاص يحقق مزايا اقتصادية واجتماعية مؤكدة (ولو تعلق بنشاط تجارى)[2] .

والواضح من هذا : أن مجلس الدولة ألغى فى هذه القضية الربط والتلازم بين تحقيق

---

(١) انظر (دكتور / سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ ٢٣٤) .

(٢) انظر :

C.E 21-2-1975, min .de l'Intérieur c./Mamet, Deryng et autres, .
R.D.P. 1975, P. 1497, note J.M. AUBY.

العمل الإدارى للمنفعة الخاصة وبين الانحراف بالسلطة[١]، 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)[٢].

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[٣]. ومع ذلك للإدارة الحرية فى تقدير الظروف التى تدعوها لإصدار القرار وخصوصًا ما يتعلق بالمنفعة العامة، وهنا يباشر القضاء رقابته المتطورة

---

(١) انظر :

René HOSTIOU :Chr. De la jurisprudence administrative de l'expropriation pour l'année 1975, A.J.P.I . 1976, P. 190 et ss ; et note sous C.E . 7-3-1975 . Asso. Des amis de l'abbaye de Fontevraud, A.J.D.A 1976- P.211.

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, 1977, P. 515 .

(٢) أ.د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٠٧ .

(٣) انظر (أ.د / سليمان محمد الطماوى – نشاط الإدارة– دار الفكر العربى – مصر – الطبعة الثانية – ١٩٥٤م – صـ ٢٣٩) .

المعروفة (الموازنة بين المنافع والمضار) وبها خرج القاضى الإدارى برقابته على فكرة المنفعة العامة التقليدية التى كانت تقوم على المقابلة بين المنفعة الخاصة والعامة[١] ، وأصبحت المنفعة العامة تمثل فكرة نوعية 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 فى الاعتبار بالمنافع الأخرى والمضار المترتبة على المشروع المراد تنفيذه[٢].

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)[٣].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

---

(١) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع وتقديرها فى دعوى الإلغاء – حقوق عين شمس ١٩٩٢م – هامش صـ ١٥٩) .

(٢) انظر (د/ محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ ١٥٩) .

(٣) انظر :

C.E.sec.26.10.1973, sievr Grassin A.J.D.A.1974,P.34,concl .BERNARD,note. J. .K;R.A.1973, P.131.

بعدم إلغاء قرار الإدارة فى قضية مشابهة ؛ وهى قضية Borderie[١]، وفيها قضى بعدم الإلغاء لأنه فحص خصائص البلدة من حيث قلة عدد السكان وقلة مواردها ولكنه توصل إلى أن هناك باعثا آخر وقع لإقامة المشروع[٢].كما أن هذا الضابط يؤكد على أن انعدام التناسب بين المنفعة والمضرة لضآلة المنفعة قد يتخذ قرينة على قصد الإضرار وأيا ما كان فانعدام التناسب يكون سببًا فى تعسُّف الإدارة[٣].

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 ثانيا : أن يفحص ما إذا كانت حقيقية أو وهمية فإذا ما علم جديتها تعين عليه تقدير ما يترتب عليها من أضرار مالية واقتصادية واجتماعية[٤]. 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 .

---

(١) انظر

C.E:4.3.1964,Dama veuve Borderie, A.J.D.A . 1964, P. 624
, note P.L. P. 157

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٩٠) .

(٣) انظر (دكتور / فتحى الدرينى – نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى – صـ ٣٤٦) .

(٤) انظر (د/ سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ 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–ففى النظام الإسلامى وجد اللفظ المحدّد للمراد من الضابط الموضوع ، وكذلك كانت الضوابط مستوعبة لكل جوانب الموازنة بين المنفعة والمضرة ، وعلة هذا الاستيعاب فى النظام الإسلامى وجود مادة غنّاء فى القرآن والسنة والإجماع والقياس لإنشاء وكشف هذه الضوابط ، وما كان أمام أهل الاجتهاد إلا أن يقوموا بتجميعها ومحاولة إعمالها ، وإسقاطها على دنيا الوقائع المتجددة التى تبحث عن حكم يجيزها أو يمنعها ، والأمثلة على هذا كثيرة ذكرنا غالبها فى الباب الثانى[1] .

٢– أما فى النظم الوضعية : فالضابط للنظرية ما زال فى طور البناء والتكوين ، ولاسيما وأنها تمثل تطورا رقابيا ما زال القضاء الإدارى يلتقط حباته من بين النثور 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 :

---

(١) انظر (الباب الثانى – الفصل الأول – الأساس القانونى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى – صـ 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 إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ،وحتى لا يصطدم بالجدار السيادى الذى تحتمى وراءه الإدارة إذا ما حاول القضاء أن يَغُلَّ يدها أو يُلْغِى قرارها ، بسط القضاء رقابته الموضوعية على أعمال الإدارة وقراراتها بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بدلا من الوقوف عند الحد الشكلى للقرار .

المبحث الثانى

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 تزاحم المنافع والمضار فى واقعة معينة ، فما على القاضى إلا التعرف أولا على الواقعة وأن ينظر ما فيها من تعارض بين المنافع والمضار[1].

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 نفعا عاما ، 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 رقابته فى ما إذا كان المشروع يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب ومضار[2].

وهذا الأمر ليس عاما وإنما يتم البحث لكل واقعة على حدة .

هذا وقد وجه المعارضون للنظرية نقدا رئيسًا قالوا فيه : إن القضاء الإدارى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار يُدخل تقديره محل رجل الإدارة ، رغم عدم قدرته

---

(١) انظر (دكتور/ جمال الدين عطية – النظرية العامة للشريعة الإسلامية – مطبعة المدينة – الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/١٩٨٨م– صـ٢٤٦) وانظر فى ذلك أيضا (د / عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام – صـ٢٣٠) .

(٢) انظر (أ . د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٢١٠) .

على ذلك وعدم توافر الوسائل الفنية لديه ، وأنه سيحمل تقديره الشخصى وما يتبع ذلك من ميول وأهواء[١].

والرد على هذا النقد سهل ميسور بأمرين :

١–إن القاضى الإدارى يقوم برقابته هذه على التقييمات التى تجريها الإدارة بما لها من سلطة تقديرية وذلك حين تتسم هذه التقييمات باللامعقولية أو المبالغة ، أو حينما تكون ذات رصيد سلبى فى ميزان التكاليف والمزايا[٢].

٢–إن 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 .

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٣٧) وانظر فى ذلك أيضا (أ .د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ٣٤٩) .

(٢) أ . د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ٣٤٩ .

المطلب الأول

الجمع بين المنافع والمضار

حيثما تحققت المنفعة وتأكد القاضى من ثبوتها فيجب العمل على رعايتها وجلبها ، وحيثما تحققت المضرة وتأكدت فيجب العمل على دفعها وسد أبوابها والحكم بإلغاء ما كان فى سبيلها[١].وهذا ظاهر بيّنٌ ، لكن حركة التطبيق للموازنة تكون حيث تتعارض منفعتان أو مضرتان أو منفعة ومضرة ، وعندئذ إن كان هناك وجه للجمع بينهما فهو الأَوْلَى ، وإن أمكن تحصيلها حصلناها كالجمع بين المنافع ، وإن أمكن درؤها درأناها كالجمع بين المضار [٢].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 يجمعه جمعا وجمعه وأجمعه فاجتمع ، والمجموع الذى جُمع من هنا وههنا وإن لم يجعل كالشيء الواحد[٣].

ويطلق الجمع اصطلاحا 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[٤] جميع ما يظهر التعارض فيه أو تأويل

---

(١) انظر (د/ أحمد الريسونى – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ ٢٩٧) .

(٢) انظر (العز بن عبد السلام – الفوائد فى اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى– صـ ٤٥: ٤٦) .

(٣) انظر (ابن منظور – لسان العرب – ٥٣/٨) وانظر (الشيرازى – القاموس المحيط – ٩٥٤/٢) .

(٤) التأويل : هو صرف الكلام عن ظاهره إلى وجه محتمل ، وعند الغزالى : 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 .

بعضه أو حمل المطلق على المقيد أو تخصص العام بالخاص .

وأيضا هو : إزالة الاختلاف بين الحجتين بتأويلهما وانفكاك جهتهما[1].

أولا : موقف الفقه الإسلامي من طريق الجمع في الموازنة بين المنافع والمضار:

اختلف الفقهاء في الأخذ بالجمع بين متساهل ومانع ومعتدل .

١– قال البعض : بقبول الجمع والتوفيق بين المتعارضين وتساهل فيه ، فأخذ بالتأويل القريب والبعيد في الجمع بين المتعارضتين بشرط : ألا يكون بالتأويل خروج عن روح الشريعة ولا يكون مخالفا لعمل الأمة وخرقا لإجماعهم .

وهؤلاء يرون أنه متى لاح للمجتهد أمارات التعارض وذلك يحمل اللفظ على المجاز وحمل المطلق على المقيد ، والعام على الخاص ونحو ذلك[2].

٢– فريق آخر قال باستحالة الجمع بين المنافع أو المضار وقالوا بأن هذا لا وجود له (بل التفصيل 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 متساويان فهذا مما لم يقم دليل على ثبوته بل الدليل يقتضي نفيه فإن المصلحة والمفسدة والمنفعة والمضرة واللذة والألم إذا تقابلا فلابد أن يغلب أحدهما الآخر فيصير الحكم للغالب وأما أن يتدافعا ويتصادما بحيث لا يغلب أحدهما الآخر فغير واقع) [3].

فتعريف التأويل على وجه يوجد معه الاعتضاد بالدليل لا يكون تعريفا للتأويل المطلق ، اللهم إلا أن يقال : إنما أراد تعريف التأويل الصحيح دون غيره .

والحق في 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 احتماله له بدليل يعضده ؛ الإحكام في أصول الأحكام للآمدي – ٣٧/٢ ، وانظر (شهاب الدين الأبذي – بيان كشف الألفاظ – تحقيق – د/ خالد فهمي وقدم له وراجعه – أ . د/ رمضان عبد التواب – صـ ٣٨ برقم (١٦٣) وانظر (الغزالي – المستصفى ٩٤/٢) .

(١) د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ١٥٦ ، وانظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية –٥٣٨/١) .

(٢) انظر (دكتور / محمد الحفناوي– التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي– دار الوفاء – مصر – الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م – صـ٢٦٠) .

(٣) ابن القيم الجوزية – مفتاح دار السعادة –١٦/٢ .

ولكن يُردُّ عليهم : بأن الجمع ممكن فى ظل شروط معينة وضعها أهل العلم للأخذ به .

٣- سلك جمهور العلماء مسلكا وسطا بين الرأيين السابقين فلم يتساهلوا فى الأخذ بالجمع دون قيد أو شرط ، وأيضا لم يرفضوا العمل به بل قبلوا العمل به ما أمكن ، قال العز بن عبد السلام : (فإن أمكن تحصيلها حصلناها ، وإن تعذر تحصيلها حصلنا الأصلح فالأصلح والأفضل فالأفضل)[١].وكذلك المضار والمفاسد قال فيها أيضا (فإن أمكن درءها درأنا وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد والأرذل فالأرذل)[٢].وكذلك إذا تعارضت المنافع والمضار قال العز بن عبد السلام : (إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[٣].وإن تعذر الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالى بفوات المصلحة)[٤].

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 يؤدى الجمع إلى بطلان نص من نصوص الشريعة أو بطلان جزء منه، فإذا أدى التوفيق بين المتعارضين من قبل المجتهد بنوع من التأويل فى أحدهما ، وأدى ذلك إلى بطلان نص قطعى الدلالة أو جزء منه فإنه لا يعتبر بمثل هذا الجمع ، ولا يعتمد عليه فى 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

---

(١) العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام فى مصالح الآنام– ١/٥٠ ، وأيضا (القواعد الصغرى : ٤٥) .

(٢) ابن عبد السلام – المرجع السابق – ١/٧ ، وأيضا (ابن عبد السلام – القواعد الصغرى – صـ ٤٦) .

(٣) سورة التغابن : آية ١٦ .

(٤)ابن عبد السلام – المرجع السابق – ١/٧٤ ، وأيضا (ابن عبد السلام – القواعد الصغرى – ٤٧) .

المحلى[١]. (فإن أمكن الجمع والترجيح فالجمع أولى منه على الأصح)[٢]. وكلامه هذا صريح فى عدم اشتراط المساواة بين المتعارضين لإعمال الجمع بينهما[٣].

٤ –ألا يكون الجمع بالتأويل البعيد ، ويتحقق ذلك بألا يخرج التأويل عن القواعد المقررة فى اللغة ، وألا يخالف عرف الشريعة ومبادئها السامية ، وألا يخرج به عما لا يليق بكلام المشرع[٤].

ب – كيفية العمل بالجمع فى 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 (إن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح بحسب الإمكان وأن لا يفوت منها شيء فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت)[٥]. ومن قبله أكد على هذا المعنى العز بن عبد السلام فقال : (من رفق الله بنا أنه أمرنا إذا اجتمعت مصلحتان قاصرتان أو متعديتان أن نحصلهما فإن عجزنا عن تحصيلهما حصلنا أعلاهما)[٦]. وقال فى تعليقه على حديث النبى ﷺ : « الإيمان بضع وسبعون شعبة أعلاها قول لا إله إلا الله وأدناها إماطة الأذى عن الطريق)[٧]، قال: (فمن قدر على الجمع بين الأمر بمعروفين فى وقت واحد لزمه ذلك ، لما ذكرناه من وجوب الجمع بين المصلحتين)[٨].

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

---

(١) الجلال المحلى هو : محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المكى الشافعى (ت . ٨٦٤هـ) انظر (الزركلى – الأعلام– دار العلم للملايين – بيروت – ط٥ – ١٩٨٠م – ٣٣٣/٥) .

(٢) د/ محمد الحفناوى – التعارض والترجيح – صـ ٢٦٦ .

(٣) انظر (د/ محمد الحفناوى – المرجع السابق – صـ ٢٦٦) .

(٤) انظر (د/ محمد الحفناوى – المرجع السابق – صـ ٢٦٦) .

(٥) ابن القيم – مفتاح دار السعادة– ١٩/٢ .

(٦) العز بن عبد السلام – شجرة المعارف والأحوال ، ومصالح الأقوال والأعمال– تحقيق / إياد خالد الطباع – ٤٠١/١ : ٤٠٢ – دار الطباع للطباعة والنشر – دمشق – الطبعة الأولى ١٤١٠هـ /١٩٩٨م .

(٧) النووى – شرح صحيح مسلم – ٢٧٧/١ – رقم (٣٠) .

(٨) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٩١/١ .

مفسدة ودرء أدناهما مفسدة جمع بينهما)[١].وقال : (وإن قدر على دفع منكرين دفعة واحدة لزمه ذلك)[٢].وعليه فإذا تعارضت مصلحة عامة مع مصلحة خاصة أو مضرة عامة مع خاصة فإنه يصار إلى الجمع بين المصلحتين فى الجلب أو المضرتين فى الدرء ما أمكن حتى لا تقدم إحداهما على الأخرى ، ذلك لأن الشريعة اعتبرت الفرد ومنفعته ، وكذلك الأمة ومنفعتها وجعلت بمكونات الواقع الإجتماعى مكونا منهما ؛ فإنكار أحد مكونات هذا الواقع أو إهماله بتفويته مع إمكانية تحصيله يعتبر ظلما تأباه الشريعة ولا تسير نحوه ، وأن الشريعة اعتبرت المنفعة الفردية كالمنفعة العامة فى نظامها التشريعى ، وفى هذا المعنى يقول الدكتور فتحى الدرينى : (إن استقراء مصادر الشريعة ومواردها أثبت أن الشريعة الإسلامية قد اعتبرت المصالح الفردية بما يقوم عليه نظامها الشرعى العام كالمصلحة العامة سواء بسواء)[٣].ومن ثم إذا وجد المجتهد أو القاضى مسلكا لتحصيل المنافع العامة دون التعرض للمصالح الخاصة بالإلغاء أو بالحد من بعضها جمعا بين المنفعتين فعل[٤].

ثانيًا : موقف الفقه القانونى من الجمع بين المنافع والمضار .

إن طريق الجمع بين المنافع والمضار بجلب الأولى ودفع الثانية لم يصل إليه القضاء الإدارى بصورة واضحة ، تجعلنا نجزم باعتداده بهذا الطريق ، وإنما هناك بعض المظاهر التى تشير من بعيد من بين ثنايا أحكام القضاء لطريق الجمع بين المنفعة والمضرة ، منها على سبيل المثال : حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية سانت مارى ، والتى 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 الاقتصادى بين البلدين ، بينما الجانب السلبى يتمثل فى الإضرار بالملكية الخاصة والأعباء المالية والاجتماعية ، كما أنه يشتمل على إضرار شديد بمنفعة عامة أخرى تتعلق بالصحة العامة حيث

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٩٤/١ .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٩٤/١ .

(٣) د/ فتحى الدرينى – أصول التشريع الإسلامى – طبعة جامعة دمشق – ١٩٧٦م – صـ ٢٥٦.

(٤) انظر (ابن زغيبة عز الدين – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – صـ ٣٠٠) .

سيمر الطريق بجوار مستشفى خاص مما يترتب عليه هدم أحد مبانيها ، وكذلك ستؤدى التحويلة الملحقة بالطريق إلى الإضرار بالمساحة الخضراء للمستشفى .

وهنا وجد مجلس الدولة نفسه مطالبًا بالتحكيم بين منفعتين عامتين متعارضتين هما : (الصحة العامة وسيولة المرور) ولذا لجأ مجلس الدولة إلى قرار يبدو غريبًا لأول وهلة ؛ وهو الإلغاء الجزئى للقرار الإدارى بتقرير المنفعة العامة ، فاعترف المجلس بصفة المنفعة العامة للجزء من المشروع الذى سيترتب عليه هدم مبنى من المستشفى ، بينما أنكرها على الجزءين 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 ثَمَّ استطاع أن يجمع بين المنفعتين ، فجلب واحدة ودرء الضرر الكبير عن الأخرى .

وبناء على هذا نرى أن القضاء الإدراى سار على طريق الجمع بين المنافع تطبيقًا 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 ترجيحا : إذا أعطيته راجحا ، فالترجيح الميل والثقل[١].

وهو أيضا : بيان القوة لأحد المتعارضين على الآخر[٢].

ويقصد بالترجيح اصطلاحا : اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما بما يوجب العمل به وإهمال الآخر[٣].

ويعنى ذلك قيام المجتهد بتقديم أحد الطرفين المتعارضين بالقول أو الفعل لما فى أحد الطرفين من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر[٤].

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[٥].

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 فقوله صلى الله عليه وسلم : « عليكم بالسواد الأعظم »[٦].

ووجه دلالة الحديث : تغليب الظاهر الراجح .

---

(١) ابن منظور – لسان العرب.

(٢) أبو البقاء الكفوى – الكليات– صـ ٣١٥ .

(٣) الآمدى – الإحكام – ٣٥٧/٤ .

(٤) انظر (البرزنجى – التعارض والترجيح – ٨٩/١ – دار الكتب العلمية – الطبعة الأولى – ١٩٩٣م) .

(٥) انظر (دكتور / يوسف أحمد محمد البدوى – مقاصد الشريعة عند ابن تيمية – صـ ٢٩٩) .

(٦) مسند الإمام أحمد ٢٧٨/٤ – مؤسسة قرطبة للنشر – مصر (د:ت) .

وأيضًا قوله صلى الله عليه وسلم : « نحن نحكم بالظاهر » [١] .

ووجه دلالة الحديث : البناء على الظاهر فى الفتيا والشهادة وقيم المتلفات وغيرها [٢].

وأما الإجماع فقد اعتمد الجمهور على إجماع الصحابة فى الأخذ بالراجح[٣].

وقالوا : لو لم يُعمَل بالراجح للزم العمل بالمرجوح ، ولا شك أن ترجيح المرجوح على الراجح ممتنع عقلاً .

وأما المعقول فقال الجمهور : (إذا كان أحد الطرفين راجحا فالعقلاء يوجبون بعقولهم العمل بالراجح، وذلك لأن مناسبة العقل تقتضى تقديم الراجح على المرجوح ، والأصل تنزيل التصرفات الشرعية منزلة التصرفات العرفية ، ولقد روى عن ابن مسعود ﷺ [٤] قوله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ») [٥]. وحاصل ذلك عند الجمهور : أن ترجيح الراجح متعين عرفا فكذا شرعا [٦].

وقد أنكر البعض العمل بالترجيح وحجتهم فى المنع : (أن الدليلين إذا تعارضا ورجح أحدهما ففى 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 ينبغى تخريج هذه الصورة على صورة

---

(١) قال عنه ابن كثير (لم أقف له على سند لكن له معنى فى الصحيح ،وهو قول النبىﷺ « إنما أقضى بنحو ما أسمع » انظر (ابن كثير – تحفة الطالب – تحقيق /عبد الغنى بن حميد بن محمود الكبيسى– دار حراء للنشر – مكة المكرمة – الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ– ١٧٤/١) .

(٢) انظر (القرافى – شرح تنقيح الفصول– دار الفكر – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ٣٢٨) .

(٣) راجع فى ذلك (د/ محمد الحفناوى – التعارض والترجيح عند الأصوليين – صـ ٢٩٠ : ٢٩٢) .

(٤) ابن مسعود هو : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب من السابقين الأولين فى الإسلام هاجر الهجرتين (ت:٣٢هـ) ودفن بالبقيع ، انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء ٤٦١/١) .

(٥) العجلونى –كشف الخفاء – تحقيق / أحمد القلاش– مؤسسة الرسالة – بيروت ط٤– ١٤٠٥هـ – ١٩٢/١.

(٦) انظر (دكتور / محمد الحفناوى – التعارض والترجيح – صـ ٢٩٢) .

تساوى الإمارتين والحكم هناك التخيير على المشهور والتوقف على الشاذ فكذلك يجرى ههنا القولان[١].

وقد رد عليهم الجمهور بما فند عليهم حججهم[٢].ونكتفى بقول الإمام الجوينى بعد ذكره لحقيقة الترجيح قال : (والكلام بعده فى إثبات صحته عند تعارض ما يصح فيه التعارض من أدلة الشرع وغيرها ، وذلك صحيح عندنا ثابت فى الجملة ، وأنكره من لا عبرة بإنكاره والدليل على صحته وثبوته – فى 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 والشريعة وذلك غير مرغوب فيه .

فإن قيل : إذا لم يكن الترجيح فى 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 يقابله فسقط ما يوهم 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 ترجيحا لما هو ترجيح له ، فبعد هذا يجوز أن يكون نصفه فى الدليل أو نصفه فى ناصب الدليل أو نصفه يكون فى تأويل الدليل)[٣].

شروط العمل بطريق الترجيح :

إن الترجيح لا يكون فيما كان قطعيا ؛ لأن القطعى لا يحتمل التزايد

---

(١) القرافى – شرح تنقيح الفصول – صـ ٣٢٨ .

(٢) لمزيد من التفصيل فى رد الجمهور – انظر (القرافى – شرح تنقيح الفصول – صـ ٣٢٩ : ٣٣٠) .

(٣) الإمام الجوينى – الكافية فى الجدل– دار الكتب العلمية – بيروت ط١ – ١٤٢٠هـ /١٩٩٩م صـ٢٦٧ ، وانظر فى ذلك (الدكتور الحفناوى – التعارض والترجيح – صـ ٣٩٣ : ٣٩٤) .

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[١].

وحتى يمكن قبول ما وصل إليه المرجح لابد من توافر عدة شروط :

١– أن يكون المرجح عالما بما يقدم فى الجلب من المنافع وما يؤخر فى الدرء 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)[٢].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)[٣].وقال أيضا: (فليس العاقل الذى يعلم الخير من الشر ، وإنما العاقل الذى يعلم خير الخيرين وشر الشرين)[٤].

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[٥].

فالغالب معتبر فى الشريعة فهذا شأنها فى تقديمه على النادر وهو الأصل[٦]. (وإن اشتمل فعلٌ على مصلحة ومفسدة فالعبرة بأرجحهما)[٧].وقد ذكر ابن القيم : (المصلحة والمفسدة أو المنفعة والمضرة ؟ أو اللذة والألم إذا تقابلا فلابد أن

---

(١) انظر (الشيخ الإمام علاء الدين شمس النظر أبى بكر محمد بن أحمد السمرقندى – ميزان الأصول فى نتائج العقول (المختصر) تحقيق وتعليق – أ.د / محمد زكى عبد البر– مكتبة دار التراث – القاهرة – الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ٧٣٠) .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٧/١ .

(٣) ابن تيمية – مجموع الفتاوى– ٢٩٠/١٠ .

(٤) ابن تيمية – المرجع السابق – ٣٣/٢٠ .

(٥) انظر (القرافى – الفروق– دار الكتب العلمية – بيروت لبنان – ط١– ١٤١٨هـ/١٩٩٨م – ٢٤١/٤)

(٦) القرافى – المرجع السابق – ٢٤٠/٤ .

(٧) انظر (ابن تيمية – مجموع الفتاوى– ١٤٣/٣٢) .

يغلب أحدهما الآخر ، فيصير الحكم للغالب)[١].

وهو ما سار عليه العمل فى النظام الإسلامى 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)[٢].

ومن ثم فالأصل للغالب ، والنادر لا حكم له غالبا ، إلا أنه يستثنى من تقديم الغالب على النادر والراجح على المرجوح عند تعذر العمل به وخصوصا فيما لا تدانى مصلحته المصلحة العامة[٣].أو فى فعله مشقة تربو على المصالح رحمة بالعباد ورفقا بهم ومراعاة لضروراتهم[٤] . 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 فى عدم تعجيل القتل وحسم مادة الإيمان عنهم[٥].

ومنه أيضا : تقديم المفضول على الفاضل كتقديم الصالح على الأصلح فى الولاية إذا كان الأصلح بغيضا للناس أو محتقرا عندهم ، والصالح محببا إليهم عظيما فى أعينهم، فيقدم الصالح على الأصلح لأن الإقبال عليه موجب للمسارعة إلى طواعيته وامتثال أمره فى جلب المصالح ودرء المفاسد[٦].

وحاصل هذا : أن الشرع يجعل المنفعة المرجوحة عند تعذر الوصول إلى الراجحة ، أو عند مشقة الوصول إليها[٧].

ب : ما ألغى الشرع فيه الغالب والنادر معا رعاية للضرورة ورحمة بالعباد.

ومثاله : أخذ السراق المتهمين بالتهم وقرائن الأحوال كما يفعله الأمراء

---

(١) ابن القيم – مفتاح دار السعادة – ١٦/٢ .

(٢) انظر (ابن تيمية – مجموع الفتاوى– ١١/ ١٨٨) .

(٣) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام– ٢/ ٢٠٨) .

(٤) انظر (ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٢/ ٣٠٧) .

(٥) القرافى – الفروق – ٢٤٤/٤ .

(٦) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٦٦/١) .

(٧) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٩/١) .

اليوم دون الإقرار الصحيح والبينات المعتبرة الغالب مصادفته للصواب والنادر خطأه ، ومع ذلك ألغاه الشرع صونا للأعراض ، والأطراف عن القطع[١].

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 "[٢].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[٣].

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[٤].

والممنوع فى الترجيح هنا : هو الترجيح الذى يؤدى إلى افتراق الكلمة وحدوث العداوة والبغضاء[٥].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 ،

---

(١) القرافى – الفروق – ٢٤٩/٤ .

(٢) ابن تيمية – مجموع الفتاوى– ٢٦٩/١٠ .

(٣) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٨/١) .

(٤) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٣/١) .

(٥) انظر (الشاطبى – الموافقات– ٢٦٤/٤) .

فالمصيب من عرف رجحانها أو تساويها ، وإذا وقع الخلاف فى تساوى المصالح فالمصيب من عرف تساويها ورجحانها)[١].ويسأل الإمام العز بن عبد السلام : (كيف تصوبون المختلفين مع أن بعضهم قد أصاب المرجوح الذى لو اطلع عليه لما جاز له الاعتماد عليه ؟[٢].قلنا : ترك الرجحان رخصة على خلاف القواعد ، وفى الرخص نترك المصالح الراجحة إلى المصالح المرجوحة للعذر وفقا للمشاق ، ولو قلنا بوجوب 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)[٣].

وخلاصة ما سبق : إذا توفرت هذه الشروط اعتبر الترجيح مقبولا ويمكن بناءً الحكم 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[٤].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 :

---

(١)د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام – صـ ٢٤٤ .

(٢) 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) .

(٣) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٨/١ .

(٤) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٢٣٩/٢) .

أولا : الترجيح بين المنافع المتعارضة :

إذا تعارضت منفعتان ولا يمكن الجمع بينهما كان الترجيح بينهما من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : النظر فى 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 هى أرجح منه وهنا تؤخر عنه[١].

وحتى يتم ذلك لابد من النظر إلى قيمة المنفعة ورتبتها من حيث تقسيمها بحسب القوة الذاتية إلى الضروريات والحاجيات والكماليات ، فإذا تساوت فى الضرورى اعتد بالأشد ضرورة[٢].فيقدم حفظ النفس على العقل ، والعقل على العرض وعلى المال مع الالتزام بما سبق من معايير سالفة الذكر ، ذلك لأن التعارض بين المنافع يوجب الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن ثبت مدى أهمية إحداهما قدمت على الأخرى " ومنها تقديم ذوى الضروريات على ذوى الحاجيات فيما ينفق من الأموال العامة "[٣].

الوجه الثانى : النظر من حيث عموم المنفعة وخصوصها .

وعليه إذا تعارضت منفعتان إحداهما عامة والأخرى خاصة فإنه ينظر أولا إلى إمكانية الجمع بينهما حتى لا تقدم إحداهما على الأخرى ، فإذا استحكم 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 "[٤]. بل اعتبر ابن عبد السلام " المصلحة العامة

---

(١) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام– ٤٧/١) .

(٢) انظر (د / محمد الوكيلى – فقه الأولويات – دراسة فى الضوابط – صـ ٢٠٠) .

(٣) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١٢٥/١ .

(٤) الشاطبى – الموافقات – ٢٦٦/٢ .

كالضرورة الخاصة "[١].

وهذا التقديم للمنفعة العامة على الخاصة وجد أساسه فى علتين :

الأولى: " أن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر من اعتنائه بالمصالح الخاصة "[٢].

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 لانتفاعها بتلك المنفعة إذا كانت من جنسها وأيضا باعتبار الفرد من أفراد العموم [٣].

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[٤].

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 نفعا[٥].وخصوصا إذا كانت المنفعة آكدة التحقق غير موهومة فتقدم الأولى وتترك الثانية مهما كانت درجتها[٦].

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

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٣٢٦/٢ .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٢٥٢/٢ .

(٣) انظر (ابن زغيبة – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية– صـ ٣٠٠) .

(٤) انظر (ابن زغيبة – المرجع السابق – صـ ٣٠٠ : ٣٠١) .

(٥) انظر (الغزالى – المستصفى– ٤٣٠/١) .

(٦) انظر (د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة – منهج فقه الموازنات فى الشريعة الإسلامية – صـ ٤٨) .

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 المفاسد وتقليلها ، ومهما ظهرت المفاسد الخالية عن المصالح يُسعى فى درئها[١] فإن أمكن درؤها جميعا درأنا وإن تعذر علينا درء الجميع قدمنا الأفسد فالأفسد)[٢].

وقال ابن القيم (إن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما هذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه)[٣].

ومن ثم كانت قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[٤].

ولاينبغى 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 الضرورى فى حالة الأفراد ، ومواقع الحاجة فى حالة العموم[٥].

ثالثا : الترجيح بين المنفعة والمضرة المتعارضتين :

يقول ابن تيمية : "عند اجتماع المصالح والمفاسد والمنافع والمضار وتعارضها يحتاج إلى الفرقان "[٦]. ويقول أيضا : "ومن أصول الشرائع أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما "[٧].

ويضع العز بن عبد السلام مسلكين للترجيح بين المنافع والمضار مسلك الدرء للمضرة على جلب المنفعة ، والثانى مسلك الجلب للمنفعة على درء المضرة .

---

(١) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٧/١) .

(٢) ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٧١/١ .

(٣) انظر (الغزالى – المستصفى – ٤٣٠/١) .

(٤) ابن القيم الجوزية – الطرق الحكمية – ٢٧١ .

(٥) انظر (ابن زغيبة – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية– صـ ٣٠٦) .

(٦) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى– ٣٤٨/١٠ .

(٧) 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 الشاطبى من القواعد الشرعية : (أن المفسدة إذا أَرْبَتْ على المصلحة فالحكم للمفسدة)[١].

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[٢]. ويقول الشاطبى : (إن المصلحة إذا كانت هى الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة فى حكم الإعتبار فهى المقصودة شرعا ولتحصيلها وقع الطلب على العباد)[٣]

ويعنى بذلك أن المنافع إذا شابتها مضرة فإنه ينظر إليها من جهتين :

الأولى : النظر إلى ذات المنفعة من حيث هى 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[٤].يقول ابن عبد السلام : (المصالح المحضة قليلة وكذلك المفاسد المحضة والأكثر منها اشتمل على المصالح والمفاسد)[٥].

أما بالنسبة للنظر الثانى وهو من حيث تعلق الخطاب الشرعى بالغالب من

---

(١) الشاطبى– الموافقات – ١٢٥/١ .

(٢) انظر (القرافى – شرح تنقيح الفصول– ٣٥١) .

(٣) الشاطبى – الموافقات– ٢١/٢.

(٤) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ ١٤٧) .

(٥) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١٤/١ .

المنفعة أو المضرة ، فيجعل الغالب هو الأساس فى تشريع الحكم فإذا كانت المنفعة هى الغالبة على المضرة فحكمها هو المراد ، وإذا كانت المضرة هى الغالبة فحكمها هو المقصود . وعندئذ لا ينظر إلى الجهة المرجوحة[1].

وهذا الترجيح لا يتم إلا بعد الأخذ بمعايير الموازنة بين المنافع والمضار والتى تتلخص فى الآتى :

١–الترجيح بين المنفعة والمضرة بأعلاهما رتبة كالضرورى والحاجى .

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 بآكدهما تحققا .

فإذا ما تم التساوى فعلى المجتهد أن يلجأ إلى طريق ثالث من طرق الموازنة بين المنافع والمضار وهو التخيير.

موقف الفقه القانونى من الترجيح بين المنافع والمضار :

من منطلق إحساس القضاء الإدارى بما قد تؤدى إليه القرارات الإدارية من مساس بحريات المواطنين وحقوقهم ، وخصوصا فى مجال نزع الملكية وأيضا فى مجال الضبط الإدارى ، 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 ، والثانى : أن تكون جائزة قانونا[2].

والذى يهمنا فى المسألة كون الأثر المترتب على القرار ممكنا فى أرض الواقع

---

(١) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ ١٤٧) .

(٢) انظر (دكتور / سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ ٢١١) .

من العملية والواقعية ، وأمام تدخل الإدارة فى كثير من المجالات والذى قد يؤدى إلى احتمال تعسف الإدارة وبعدها عن جادة الصواب ، كان على القضاء أن يعمل على الحد من احتمال ذلك فى ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار[١]، والتى فى ظلها يراعى القضاء الإدارى (عدم رجحان أضرار القرار الإدارى على منافعه)[٢].

ومن ثم كان الطريق الواضح لتطبيق النظرية هو الترجيح الذى يظهر فى الموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة[٣]، ودليل ذلك : الصياغة التى صيغت بها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بأيدى فقهاء القانون إذ قالوا : (لا 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)[٤].

وطريق الترجيح واضح بجلاء فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية المدينة الشرقية ليل ، وحكم مجلس الدولة المصرى فى ٩ مارس ١٩٩٠م (قضية عزبة خير الله) إذ كانت عملية الترجيح فيهما بين المزايا والأضرار الناشئة عن القرار الإدارى ، وبعد المقارنة بينهما كان الترجيح فى القضية الأولى للمصلحة العامة على الخاصة ، وفى الثانية فى تقديم مصلحة عامة على أخرى متمثلة فى حماية آلاف الأسر من التشرد فى عزبة خير الله .

ومن ثم فالترجيح هو السبيل الوحيد أمام القضاء الإدارى لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار . فهو لا يحكم بمشروعية القرار الإدارى المتعلقة بالمنفعة العامة إلا إذا كانت فوائده ومزاياه تتفوق العيوب والإضرار الناجمة عنه ، وهى

---

(١) انظر (دكتور / سامى جمال الدين – المرجع السابق – صـ ٢٣٣) .
(٢) دكتور / سامى جمال الدين – المرجع السابق – صـ ٢٣٤ .
(٣) انظر (دكتورة / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٢٠) .
(٤) أ. د / رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة لقضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٠٧ .

رقابة تتجسد رغبة القاضى الإدارى وحرصه على الوصول إلى هدف أسمى طالما سعى نحو تحقيقه ، ألا وهو عقلنة الاختيارات التقديرية للإدارة[1] .

وللترجيح فى النظم الوضعية ثلاثة سبلٍ :

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 فى النظم الوضعية[2] .

---

(١) انظر أ. د / رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣١١ .

(٢) راجع فى ذلك (ضوابط النظرية فى النظم الوضعية) .

المطلب الثالث

التخيير بين المنافع والمضار

التخيير لغة : من خيَّر فلانًا إذا فوَّض إليه الاختيار .

واصطلاحًا : التسوية بين فَعْل الشيء وتركه ، من غير ترجيح لأحدهما على الآخر . ويسمى الفعل المخيّر فيه "الإباحة" ، أى : للملكف أن يفعله، وله ألا يفعله [(١)].

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 .

أولا : التخيير بين المنافع .

يقول العز بن عبد السلام : (إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا فى التقديم والتأخير للتنازع بين المتساويين) [(٢)].ويقول أيضا : (وإن تعذر تحصيلها : فإن تساوت ، تخيرنا بينها ؛ وقد يقرع فيما نقدم منها) [(٣)].

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 إحداهما فيقدمها ويظن آخر رجحان مقابلها فيقدمه) [(٤)].

غير أن هذا التقديم لأحدهما مضبوط بما هو أقرب إلى روح التشريع ومبادئه العامة .

ب- الإقراع بين المنفعتين عند التساوى ، وشرعت الإقراع عند التساوى

---

(١) انظر : قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – ص١٢٧ .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٦٨/١ .

(٣) ابن عبد السلام – القواعد الصغرى– صـ٤٥ ، وانظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٥٠/١) .

(٤) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٨/١ .

ولاسيما فى الحقوق دفعا للضغائن والأحقاد وللرضاء بما جرت به الأقدار، ومثال ذلك : الإقراع بين الأمراء عند تساويهم فى مقاصد الخلافة[١].

ثانيا : التخيير بين المضار

مما هو معلوم أن المجتهد أو القاضى لا يسلك هذا الطريق إلا حين يمتنع عليه الجمع بين المضرتين فى الدرء وعند تساويهما ، يقول العز بن عبد السلام : (إذا اجتمعت المفاسد : فإن أمكن درؤها درأنا ، وإن تعذر درؤها : فإن تساوت رتبها تخيرنا ، وقد يقرع ..) [٢].

وكيفية هذا هى نفس كيفية التخير فى المنافع .

ومثاله : التخيير عند تكافؤ العدوان من كل وجه من القرب أو البعد مع الجمع أو الترجيح[٣].

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 كقطع اليد المتآكلة عند استواء الخوف فى قطعها وإبقائها) [٤].

وقال قوم بعدمها ومنهم ابن القيم فبعد أن ذكر الاختلاف فى 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 يقم دليل على ثبوته بل الدليل يقتضى نفيه فإن المصلحة

---

(١) انظر (ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٦٩/١).

(٢) ابن عبد السلام – القواعد الصغرى – صـ٤٦ .

(٣) انظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١٢٥/٢) .

(٤) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٩٠/١ .

والمفسدة والمنفعة والمضرة واللذة والألم إذا تقابلا فلابد أن يغلب أحدهما الآخر فيصير الحكم للغالب ، وإما أن يتدافعا ويتصادما بحيث لا يغلب أحدهما الآخر فغير واقع)[١].

ومع كوننا عالة على علمائنا وخصوصا الإمام العز بن عبد السلام ، إلا أن قوله فى التخيير مرجوح ، والراجح ما قاله ابن القيم فهو أكثر واقعية ومناسبة لمنهج الشرع ؛ فهو ينفى المساواة ، وأنه لابد 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 المفاسد أولى من جلب المصالح)[٢]. 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 اعتنائه بالمأمورات[٣]. بدليل قوله ﷺ :« ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم »[٤].

موقف الفقه القانونى من طريق التخيير بين المنافع والمضار :

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 تتحق أعلى قدرًا من المنفعة العامة لعموم الأمة .

---

(١) ابن القيم الجوزية – مفتاح دار السعادة – ١٦/٢ .

(٢) مادة (٣٠) – مجلة الأحكام العدلية .

(٣) انظر (أ . د / محمد الزحيلى – القواعد الفقهية على المذهب الشافعى والحنفى – صـــ٢١٨) .

(٤) رواه البخارى – برقم (٧٢٨٨) – انظر (فتح البارى – ٦١/١٧) .

المطلب الرابع

التوقف فى الموازنة بين المنافع والمضار

التوقف لغة : من توقف فى الأمر ؛ إذا انتظر وتريث .

واصطلاحًا : هو عدم القدرة على الترجيح بين الآراء المتعارضة تعارضًا ظاهريًا ، والاستسلام ببقاء التعارض إلى أن يظهر فى الأفق إلى أن يدفعه ويزيله[1] .

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)[2].

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 التقعيد لها لم تكن ببعيدة على وجه العموم عن تطبيقات القضاء الإدارى فى النظم الوضعية .

---

(١) انظر : د/ قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – ص١٥٢ . وانظر أبو البقاء الكفوى – الكليات – ص٣٤ .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٧/١ .

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 ؛ بدءًا 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 وتصان 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 .

المبحث الثالث

مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

المقومات : مشتقة من " قوَّم " أى قوَّم المعوج عدَّله وأزال عوجه ، والمقومات جمع " مقومة " أى ما بها يتزن الشىء ويعتدل[1] .

ولقد حدد العلماء عدة مقومات ؛ لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار حتى لا تكون قيدا يَغُلّ 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 .

---

(١) انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز – صـ٥٢١) .

المطلب الأول

مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى

وضع فقهاء الإسلام لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار مقومات عامة وخاصة كلها تتعلق بالقاضى الذى يُجرى عملية الموازنة بين المنافع والمضار ذلك لأنه قاضى مظالم يفصل فى الوقائع التى بين الأفراد والسلطة فلابد أن تتوفر فيه شروط تباعد بينه وبين الزلل فى الحكم .

أولا : المقومات العامة فى 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 "[١]. يقول العز بن عبد السلام : (فالحمد لله الذى دعانا إلى ما فيه صلاحنا فى أولانا وأخرانا ونهانا عما فيه فسادنا فى دنيانا وأخرانا ، وأمرنا بكل حسن واجب أو مندوب ، ونهانا عن كل قبيح محرم أو مكروه ، وأمرنا أن ندعوه بمثل ذلك عطفا علينا ، وإحسانا إلينا)[٢].

وكيف لا وقد قال ﷺ « من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين »[٣].

فالفقه منحة من الله تعالى ، والموازنة بين المنافع والمضار درب من دروبها والله هو الجالب للمصالح الدارئ للمفاسد ، ولكنه أجرى عادته وطرد 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 فى العادة ، وكثير من ينفك عن ذلك ، فكم من مرغب لم يرغب وكم من مرهب لم يرهب ، وكم من مزجور لم يزدجر ، وكم من مذكر لم يتذكر ، وكم من مأمور بالصبر لم يصطبر ، ولو شاء الله لقطع كل مسبب عن سببه

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٤٣/١ .

(٢) ابن عبد السلام – القواعد الصغرى – صـ ٥٢ .

(٣) النووى – شرح صحيح مسلم – باب لا تزال طائفة من أمتى ظاهرين – رقم ١٧٥ – ٧٦/٧ .

وخلق المسببات كلها مجردة عن الأسباب وكذلك لو شاء لخلق الأسباب كلها مجردة عن المسببات ؛ لكنه قرن الأسباب بالمسببات فى مطرد العادات ليضل من بذلك من يشاء ويهدى من يشاء)[١].

٢– الفطرة السليمة : المقصود هنا فهم سليم وطبع مستقيم يُعْرف بهما دقُّ المصالح والمفاسد وجُلهما ، وأرجحهما من مرجوحهما ، وتفاوت الناس فى ذلك على قدر تفاوتهم فيما ذكرته ، وقد يغفل الحاذق الأفضل عن بعض ما يطلع عليه الأخرق المفضول [٢] .

لقد " طبع الله تعالى عباده على إيثار أفضل الأغراض وعلى طلب أمثلها فأمثلها وعلى دفع أعظم الضررين بأدناهما "[٣].والإنسان السوى هو الذى يحسن إلى نفسه فيجلب لها النفع ويدرأ 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 ، ودرء الأفسد فالأفسد مركوز فى طبائع العباد نظرا لهم من رب الأرباب)[٤].

وذكر أيضا أن : (الإنسان بطبعه يؤثر ما رجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما رجحت على مصلحته)[٥].فالصبى إذا خير بين اللذيذ والألذ ؛ لاختار الألذ[٦].

٣– نبذ الهوى : الهوى لغة : مصدر هوى يهوى هوى ، والهوى ميل النفس إلى الشهوة ويقال للنفس المائلة إلى الشهوة ، وقيل : سمى بذلك لأنه يهوى بصاحبه فى الدنيا إلى كل داهية قال تعالى ﴿ أَفَرَأَيْتَ مَنْ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللَّهُ عَلَى عِلْمٍ﴾[٧] ، والهُوِىّ : ذهاب فى انحدار ، والهَوى : ذهاب فى ارتفاع[١].

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١٦/١ .
(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٢/ ٣٢٧ .
(٣) ابن عبد السلام – شجرة المعارف – صـ ٨ .
(٤) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٧/١ .
(٥) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١٤/١ .
(٦) ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٨/١ .
(٧) سورة الجاثية : آية ٢٣ .

والهوى اصطلاحا : ميلان النفس إلى ما تستلذه من الشهوات من غيرداعية الشرع[٢].

ومن ثَمَّ 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)[٣].

ولذلك حذر الإسلام من الغفلة والهوى بل شدد فى التحذير من الهوى فى إثبات مقاصد الشرع ، ذلك لأن الغفلة تسد باب الخير ، والهوى يفتح باب الشر[٤].قال تعالى ﴿ وَلا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا ﴾[٥].والمقاصد الشرعية لم توضع حسب أهواء الناس وميولاتهم ؛ فمراسم الشريعة مضادة للهوى من كل وجه[٦].

وما قصد الشارع من وضع الشريعة إلا لإخراج النفوس عن أهوائها وجعل هذه الأهواء تابعة لمقصود الشرع[٧].

والقاضى عليه أن يحذر الهوى وهو معه على ثلاثة أحوال :

الأول : إما أن يجعل هواه علمه وهذا منهى عنه ؛ لأنه من أقوى أسباب الضلال ﴿ وَلَا تَتَّبِعْ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾[٨].

الثانى : وإما أن يكون ممن يريد الله به خيرا فيستفيق فإذا هو عون للعلم

---

(١) انظر (الأصفهانى – المفردات فى غريب القرآن – صـ٥٢٤) .

(٢) الجرجانى – التعريفات – صـ ٣١٤ .

(٣) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام : ٧/١ .

(٤) انظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى– ٣٢٩/١٠ : ٣٣٦) .

(٥) سورة الكهف : آية ٢٨ .

(٦) انظر (الشاطبى – الموافقات – ٢٤٨/١) .

(٧) انظر (الشاطبى – الموافقات – ٢٥١/١) .

(٨) سورة ص : آية ٢٦

على الهوى، حتى يديل العلم على الهوى[١].

الثالث : وإما أن يقبح الله هواه بعلمه فلا يطمع هواه أن يغلب العلم ولا أن يكون معه نصفا ولا نصيبا ، وهذا الثالث هو خيرهم كلهم[٢].

٤– استقلال القضاء : وأعنى 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 فى ميزان الإسلام كان لابد من قيامه على ثلاث ركائز .

الأولى : الحياد :

معنى هذا أن يكون القاضى بعيدا عن التحيز والمحاباة لفريق دون فريق فلا يميل إلى السلطة على حساب حقوق الأفراد ، ولا إلى الفرد على حساب مصالح المجموع التى كلفت الإدارة بمراعاته ، بل على القاضى أن يكون محايدا ، مطبقا للقوانين على كلا الجانبين على حد سواء[٣].

ولقد جاء الإسلام بهذه الركيزة ونصت الآية القرآنية عليها وعلى وجوب العدل فى الحكم ، وألا يتأثر القاضى بهواه سواء أحب أو كره ، قال تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾[٤].وقال تعالى ﴿ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾[٥].

وقال تعالى ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾[٦]. ولقد حرص

---

(١) انظر (تفسير الطبرى – دار الفكر – بيروت – ١٤٠٥هـ– ١٧١/٢٧) .

(٢) انظر (تفسير الطبرى – المرجع السابق – ١٧١/٢٧) .

(٣) انظر (دكتور/ محمد عبد القادر أبوفارس– الجامعة الأردنية – القضاء فى الإسلام– دار الفرقان – عمان – الأردن ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م– صـ١٨٩) .

(٤) سورة النساء : آية ٥٨ .

(٥) سورة النساء : آية ١٣٥ .

(٦) سورة المائدة : آية ٨ .

الإسلام على ضمان حياد القاضى فجعل مرجعية قضائه فى القرآن والسنة لا فيما خطته يد وليه وسلطانه .

الثانية : التخصص :

والمقصود بذلك أن يكون القاضى مؤهلا علميا وخلقيا لتولى منصب القضاء لذلك اشترط الفقهاء فيمن يُرشح لمنصب القضاء أن تتوافر فيه شروط خاصة منها: الإسلام – البلوغ – العقل – الذكورة[1] – العدالة – الاجتهاد[1].سلامة الحواس

---

(١) شرط الذكورة شرط مختلف فيه بين الفقهاء نتيجة إختلافهم فى حكم قضاء المرأة ؛ فذهب قوم إلى منع قضاء المرأة مطلقا واستدلوا بقوله تعالى ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا 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 النبى ﷺ ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم إمرأة قضاء ، وكذلك استدل هؤلاء بالسنة بما رواه البخارى بسنده عن أبي بكرة قال : لقد نفعنى الله بكلمة أيام الجمل لما بلغ النبى ﷺ أن فارسا ملّكوا ابنة كسرى قال : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ؛ واستدلوا بالمعقول فقالوا : إن القاضى يحضره جحافل الخصوم والرجال ويحتاج فيه إلى كمال الرأى وتمام العقل والفطنة ، والمرأة خلاف ذلك

وذهب قوم بجواز تولى المرأة القضاء : وهما الحسن البصرى والامام الطبرى وقالوا بأنه لايشترط 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 ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا 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 أجازه لها لم يزدها على 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 خزى 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 .

كالسمع والبصر والنطق وسلامة الأعضاء كسلامة اليدين والرجلين .

واستحب العلماء أن يتمتع بصفات وآداب كالورع والتقوى والعفة والزهد ، وقلة الطمع والنزاهة والشورى ، قال عمر بن عبد العزيز : (ينبغى أن يجتمع للقاضى خمس خصال : يكون عالما بما مضت عليه السنة ، حليمًا ذا أناة ، عفيفًا مشاورًا فإذا اجتمع ذلك فى القاضى كان قاضيا وإن نقص منهن شيء كان وصما فيه)[٢]. وفوق هذا كله فقد كان المرشح لمنصب القضاء يقام له الفحص والامتحان حتى يتولى القضاء ، (روى عبد الرزاق[٣]عن معمر[٤] قال : لما عزل ابن شبرمة[٥] عن القضاء قال له والى اليمن : اختر لنا رجلا نوليه القضاء فقال له ابن شبرمة : ما أعرفه ، فذكر له رجل من أهل صنعاء فأرسل إليه فجاء ، فقال ابن شبرمة : هل تدرى 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 حاملا فألقت ما فى بطنها ؟ فسكت

أن يكون فيما لا ولاية فيه كقضاء التحكيم .

أن يكون فيما لا يحل حظره .

أن يكون فيما يحصل بين النساء ولا يطلع عليه الرجال عادة .

انظر (الدكتور / عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضى – القضاء ونظامه فى الكتاب والسنة– معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامى – المملكة العربية السعودية – الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م – صـ ١٢٣ : ١٣١) .

(١) سيأتى الحديث عنه فى المقومات الخاصة للموازنة .

(٢) ابن الجوزى – سيرة عمر بن عبد العزيز– دار الفجر للتراث – القاهرة – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م – صـ ٢٠٤.

(٣) عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميرى مولاهم أبوبكر الصنعانى (ت : ٢١١هـ) – انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء – ١٠١/١) وانظر (الزركلى – الأعلام– ٣٥٣/٣) .

(٤) معمر : معمر بن راشد مولى الأزد من أهل البصرة صاحب عبد الرازق (ت : ١٥٣هـ) انظر (ابن قتيبة – المعارف – تحقيق الدكتور / ثروت عكاشة– الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٢م – صـ ٥٠٦) وانظر (الزركلى – الأعلام– ٢٧٢/٧) .

(٥) ابن شبرمة : عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الضبى أبو شبرمة الكوفى ، قاضى الكوفة (ت : ١٤٤هـ) انظر (محمد بن خلف المعروف بوكيع – أخبار القضاة – تصوير عالم الكتب – بيروت – بدون تاريخ – ٤٩/٣ وما بعدها) .

الرجل ، فقال له ابن شبرمة : إنا بلوناك فما وجدنا عندك شيئا فقيل له ما القضاء فيها ؟ قال ابن شبرمة : تُقوَّم حاملاً وتُقوَّم حائلا ويغرم قدر ما بينهما)[١].

الثالثة : أن يملك القاضى حرية الرأى :

فلا توضع عليه القيود ، ولا يكبل عقله وفكره بل ينبغى 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 توصلا إليه من اجتهاد دون التقيد بمذهب معين .

والإسلام حريص على أن يكون عقل القاضى متفتحا يفكر فى حرية تامة ويحذره من الاستمرار على الخطأ بل يشجعه لأن ينظر فى كل قضية تعرض عليه ، ولا يجد بأسا أن يتغير اجتهاده فى المسألة الواحدة باختلاف الزمان[٢].

ثانيا : المقومات الخاصة فى القضاء

يجب أن يتوفر لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار أمران أساسيان ليخرج الحكم من القاضى فى النهاية صائبا أو أقرب إلى الصواب ومنها .

أ- أن يتوفر شرط الاجتهاد :

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[٣]، ونافع وضار . أما اعتباره شرطا خاصا فى القاضى أو المجتهد فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط الاجتهاد .

والاجتهاد فى عرف أهل الأصول : " هو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى "[٤].

---

(١) ابن قتيبة – عيون الأخبار– الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٩٧٣م – ٦٤/١.

(٢) انظر (دكتور/ محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ١٩٥) .

(٣) انظر (العز بن عبد السلام – شجرة المعارف– صـ ٢٣٣) .

(٤) الشوكانى – إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول – ٧١٦/٢) .

والمجتهد : هو الفقيه المستفرغ لوسعه لتحصيل ظن بحكم شرعى[١].

. وحتى تثبت للمجتهد الملكة التى يستطيع بها استخراج الأحكام من مآخذها كان لابد من توفر شروط لذلك هى :

١–أن يكون عالما بنصوص الكتاب والسنة وبخاصة آيات الأحكام وأحاديث الأحكام .

٢–أن يكون عالما بمسائل الإجماع الصريح حتى لا يقول بغير ما قال به السلف ووقع عليه الإجماع .

٣–أن يكون عالما بلسان العربية ، بحيث يمكن تفسير ما ورد فى الكتاب والسنة من الغريب ونحوه ، وان يتمكن من معرفة معانيها وخواص تراكيبها وما اشتملت عليه من مزايا ولطائف .

٤– أن يكون عالما بأصول الفقه ومقاصد الشريعة ، قال الغزالى : (ومعظم ذلك – أى الاجتهاد – يشتمل على ثلاثة فنون : علم الحديث ، علم اللغة ، علم أصول الفقه)[٢].

٥– أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ[٣].

واشترط البعض له فى القضاء ثلاثة شروط :

١– أن يكون عارفا بالأصول .

٢– أن يحسن الارتياض فى الفروع .

٣– أن يكون قادرا على الترجيح[٤].

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

---

(١) الشوكانى – المرجع السابق – ٢/٧١٦ .

(٢) الغزالى – المستصفى– ٢/ ٣٨٨ .

(٣) انظر (الشوكانى – إرشاد الفحول – ٢/٧٢٠) .

(٤) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميضى – القضاء ونظامه فى الكتاب والسنة –ص ١٣١) .

أهو من المصالح المقدمة أم المؤخرة فلا يقدم عليه حتى يعلم الأصلح من تقديمه وتأخيره "[١]. وكذلك تلزمه المشاورة لأهل الاجتهاد والعلم فيما التبس من " الحوادث المشكلة 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 "[٢].

ومن ثم ينبغى له أن يرتب مع العلماء الحضور فى مجلس حكمه لمشاورتهم فى المشكلات ، ليسمع من العلماء فيكون ذلك معونة له على تذليل طرق الاجتهاد[٣].

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[٤].

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 والضار منها ، ويحصن ذلك كله بتقوى الله تعالى وتوفيقه[٥].

---

(١) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٣٣٦/٢ .

(٢) أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى الشافعى(ت : ٤٥٠هـ) – أدب القاضى – تحقيق/ محيى هلال سرحان – مطبعة الإرشاد – بغداد ١٣٩١هـ/١٩٧١م – ٦١٣/١ : ٦١٤.

(٣) انظر (القاضى شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموى الشافعى (ت:٦٤٢هـ)–كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات فى الأقضية والحكومات – تحقيق الدكتور / محمد مصطفى الزحيلى – دار الفكر – دمشق – ط٢ – ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م– صـ ١١٠) .

(٤) انظر (الماوردى – أدب القاضى– ٦١٤/١ : ٦١٥) .

(٥) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام – صـ 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 ، فاشترط 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 بالشبر ولو كان قد رد إليه اعتباره

٣–أن يكون حاصلا عل دبلومين من دبلومات الدراسات العليا أحدهما فى العلوم الإدارية أو القانون العام إذا كان التعيين فى وظيفة مندوب[1].

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 .

---

(١) راجع (المادة (٧٣) من قانون مجلس الدولة (مصر)) .

لهذا كله كان مبدأ استقلال القضاء هاما للغاية ، وحمايته من عبث العابثين فى غاية الأهمية[١].

وأخطر شيء يهدد استقلال القضاء تدخل الإدارة أو السلطة التشريعية فيه فتحاول الحد من سلطته ، بل قد تهدد القاضى بإلحاق 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 التعيين وغيره[٢]. ومن ثم لابد من مؤيدات تتكفل بحماية استقلال القضاء وخصوصا فى 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 "[٣].

ولقد نصت الدساتير العربية على ذلك ، وكذلك فى فرنسا[٤].على أن (السلطة القضائية مستقلة)[٥].ففى مصر تنص المادة (١٦٦) على أن (القضاة 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

---

(١) انظر (دكتور / محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ ١٩٦) .

(٢) أعنى بذلك المجالس النيابية والشعبية فى دول العالم الثالث فغالب أمرهم أنهم عمال وفلاحون ترشيحهم بأمر من سيدهم ونجاحهم بفضل يده عليهم والإنسان عبد لمن يتفضل عليه ومن ثم فهم آلة فى يده يوجهها كيفما شاء ومتى شاء (ولا حول ولا قوة إلا بالله) .

(٣) أ . د /سليمان محمد الطماوى – القضاء الإدارى – قضاء الإلغاء – صـ ٤٠ .

(٤) انظر (دكتور / ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – صـ ٨٥ : ٨٧)

(٥) أيضا نص المادة (١٦٢) من دستور الكويت (شرف القضاة ونزاهة القضاة وعدلهم أساس الملك وضمان للحقوق والحريات).

الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى) .وفى المغرب تنص المادة (٧٦) من الدستور أن (القضاء مستقل عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية)[١].

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 هيبته 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 حقوقهم وحرياتهم[٢].

يقول الدكتور محمد مرغنى 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)[٣].

---

(١) 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 – ط٤ ١٩٧٩م– صـ ٢٨٧ : ٢٩٤) .

(٢) انظر (القضاء فى الإسلام – صـ ١٩٧ : ٢٠٤) .

(٣) أ . د / محمد مرغنى خيرى– القضاء الإدارى – الكتاب الأول – قضاء الإلغاء– الكتاب الجامعى ١٩٩٣م – صـ ١١٢ : ١١٣.

ب) الضمانات :

حتى يظل القضاء جملة وتفصيلا مستقلا وبخالصة القضاء الإدارى كان لازمًا 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[١].

٢– ضمانات التعيين :

حتى يشعر القاضى بالاستقلال التام وهو يمارس وظيفته لابد له أن يتحرر من كل شعور الخوف 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[٢]. 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 ، وبولندة ، وتشيكوسلوفاكيا[٣].

مميزات هذه الطريقة :

أ– إظهار الطابع الديمقراطى فى انتخاب القضاة .

---

(١) راجع فى تنظيم مجلس الدولة الفرنسى (د/ ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – صـ ٨٩ : ٩٧) . وأيضا (الطماوى – القضاء الإدارى– ٦٧/١ : ٩٣) ، وراجع فى تنظيم مجلس الدولة المصرى (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – القضاء الإدارى والقضاء الدستورى – صـ ٢١٠ : ٢٢٣) وراجع فيه أيضا (د/ الطماوى – القضاء الإدارى –٩٤/١ : ١٤٢) .

(٢) انظر (د / محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ ٢٠٨) .

(٣) انظر (د/ الطماوى – السلطات الثلاث – صـ ٢٩٦) .

ب– أنها تكفل مبدأ استقلال القضاء تجاه السلطة التنفيذية .

جـ – توثيق صلة القضاة بالشعب .

وعلى الرغم من هذه المميزات إلا أن هذه الطريقة هى أسوأ الطرق عملا فعيوبها كثيرة منها :

أ– أنها تجعل القضاة يقعون تحت تأثير رغبات الجماهير التى تختارهم بل تخضع القضاة لانتهازية الأحزاب السياسية .

ب– أن هذه الطريقة لا تفرز الأكفاء من القضاة الذين لا يحسبون لرضا الجماهير أو سخطها حسابا .

جـ – عدم تقدير الناخبين للمؤهلات والمزايا التى يتعين توافرها فى القضاة[1].

الطريقة الثانية : الانتخاب من الهيئة التشريعية :

وهذه الطريقة يقوم فيها أعضاء المجالس النيابية فى بعض الدول بإختيار القضاة، وهذه الطريقة أيضا تكون بالنسبة للمحاكم ذات الطابع السياسى .

وميزتها أنها تحرر القضاة من الوقوع تحت تأثير السلطة التنفيذية ، ورغبات الجماهير .

وعيبها : أنها تكبل أيدى القضاة ، وتجعلهم تحت رحمة الأحزاب السياسية فتملى على القضاة ما تريد[2].

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 عددا معينا ، وعيب هذه الطريقة أنها تجعل القاضى واقعا تحت تأثير السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، فيشعر غالبا بفضل

---

(١) انظر (د/ سليمان الطماوى – السلطات الثلاث – صـ ٢٥٦) – وانظر فى ذلك أيضا (د / محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ ٢٠٩)

(٢) انظر (ا د/ سليمان الطماوى –المرجع السابق – صـ ٢٩٧) – وانظر (د / محمد عبد القادر أبو فارس – لقضاء فى الإسلام – صـ ٢٠٩) .

هاتين السلطتين عليه ، لذا ما عليه إلا أن يرضيهما[١].

الطريقة الرابعة : اختيار القضاة بواسطة السلطة التنفيذية :

فتقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة ، وهى أكثر الطرق انتشارا فى العالم ، "و أنجحها فى العمل وهى لا تتعارض مع استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية"[٢].

ولقد علل الدكتور الطماوى هذه الطريقة بقوله : (لأن القانون يحدد الطرق التى يتعين على السلطة التنفيذية أن تراعيها وهى تعيين القضاة ، والشروط والمؤهلات التى يجب توافرها فى المرشحين لمنصب القضاء)[٣].وقد أخذت الدول العربية بهذه الطريقة وخصوصا فى القضاء المدنى والجنائى والإدارى[٤]. مما يعد هذا من مميزاتها .

ولكن هذه الطريقة لم تسلم من النقد وبيان مساوئها .

فقال البعض : إن من مساوئ هذه الطريقة أن القضاة يقعون تحت تأثير السلطة التنفيذية وهواها ، 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 ، فينحرف بالقضاء عن الجادة ، والقضاة يجاملون من أجل سلطته[٥].

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 وهواها .

---

(١) انظر (د / محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ ٢١٠) .

(٢) انظر (أ . د /سليمان الطماوى – السلطات الثلاث – صـ ٢٩٧) .

(٣) انظر (أ . د /سليمان الطماوى – المرجع السابق – صـ ٢٩٧) .

(٤) انظر (أ . د /سليمان الطماوى – المرجع السابق – صـ ٢٩٧) .

(٥) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ ٢١٠) .

جـ – 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[١].

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 القضاء 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[٢]. وخصوصا أعضاء مجلس الدولة فتنص المادة (٩١) من القانون الإدارى المصرى (أعضاء مجلس الدولة من درجة مندوب فما فوقها غير قابلين للعزل)[٣].

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[٤].

جـ – 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[٥].

---

(١) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس – المرجع السابق – صـ ٢١٢) .

(٢) انظر (أ .د / سليمان الطماوى – السلطات الثلاث – صـ ٢٩٧) .

(٣) انظر المادة (٩١) قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة وفقا لآخر التعديلات المعدلة بالقانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨٤م – الجريدة الرسمية عدد ٢٣ فى ١٩٧٤/٦/٦م) .

(٤) راجع فى ذلك (دستور جمهورية مصر العربية – المطابع الأميرية ١٩٩٩م) .

(٥) انظر (أ . د / سليمان الطماوى – السلطات الثلاث – صـ ١٩٨) .

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 والتى تتولى العزل وغيره بالنسبة للقاضى جهة قضائية مختصة بعيدة عن السلطة التنفيذية والتشريعية[١].

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 غشَّ أو دلَّس أو غدر واعتدى على حياة الناس فإنه يلاحق مدنيا ، وتأديبيا ، وجزائيا .ويلاحق 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[٢]. وأيضا تتحمل الدولة مسئولية أعمال القضاء[٣].

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 منعته من الاتجار والعمل فى مهنة تتنافى مع القضاء[٤].

وخلاصة ما سبق : فإن وجود تلك المؤيدات وهذه الضمانات تجعل طريقة تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار بمنأى عن الانحراف عن جادة الصواب ، وتصبح باب إنصاف للبلاد والعباد .

---

(١) انظر (د/ محمد بد القادر أبوفارس – القضاء فى الإسلام – صـ ٢١٢) .

(٢) راجع فى ذلك (قانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة وفقا لآخر التعديلات – صـ ٥٥ وما بعدها – المطابع الأميرية ٢٠٠١) .

(٣) راجع فى ذلك (أ .د/ رمزى طه الشاعر – المسئولية عن أعمال السلطة القضائية – مجلة العلوم القضائية والاقتصادية– العدد الثانى – السنة الثامنة عشر ١٩٧٦– صـ ١٤٦ : ١٩٦) .

(٤) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ٢١٦) .

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 الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [1]. وقال تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [2]. 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 علميًا .

الثالثة : السمو الأخلاقى للقاضى فى النظامين الإسلامى والوضعى .

أما بالنسبة لمؤيدات حماية القضاء ، فثمة اتفاق بين الطرفين فى وضع حماية

---

(١) سورة النساء : آية ٥٨ .

(٢) سورة النساء : آية ١٣٥ .

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)[1].

– 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 الكفء ليس مستحبا ، بل إن المتدخل قد يتعرض لعقوبة الحبس من القاضى ، وورد أن شريك[2] قاضى الكوفة أتته امرأة وهو فى مجلس الحكم فقالت له : أنا بالله ثم بالقاضى ، قال: من ظلمك ؟ قالت: الأمير موسى بن عيسى عم أمير المؤمنين[3]. كان لى بستان على الفرات فيه نخل ورثته عن أبى وقاسمت إخوتى وبنيت بينى وبينهم حائطا فاشترى 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 بابه 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 أمرك ، امرأة ادعت دعوى لم تصح أعديتها علىَّ ، قال صاحب الشرطة : إن رأى الأمير أن يعفينى من ذلك ، فقال : امض ويلك 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 السجان شريكا بذلك قال لغلامه: الحَقْ بنقلى إلى بغداد والله

---

(١) انظر (الإمام الغزالي – المستصفى – تحقيق محمد سليمان الأشقر – ١ / ١٣٨) .

(٢) شريك هو : شريك بن عبد الله بن الحارث النخعى الكوفى أبو عبد الله (ت : ١٧٧هـ) – انظر (الزركلى – الأعلام– ٣/١٦٣) .

(٣) موسى بن عيسى : هو موسى بن عيسى بن موسى بن محمد العباسى الهاشمى أمير من آل عباس (ت : ١٨٣هـ) – انظر (الزركلى – الأعلام– ٧/٣٢٦) .

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 فلحقه 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 بشىء ؟ فقال أى شىء آخر وضحك . فقال له شريك : أيها الأمير ذاك الفصل حق الشرع ، وهذا القول الآن حق الأدب فقام الأمير وانصرف إلى مجلسه وقال : مَنْ عظَّم أمر الله أذلَّ الله له عظماء خلقه [1].

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[2].

ثانيا : نقاط الاختلاف :

١– إن الجانب الوضعى اهتم بالظاهر أكثر من اهتمامه بالباطن ، فاهتم بسن القوانين المنظمة للقضاء دون الاهتمام بالباطن ، 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 والرهبة من عقوبته ، وحذر من الهوى والميل إلى الشهوة ليكون الدافع ليس نص القانون والعقوبة الدنيوية فقط، وإنما الخوف من الله تعالى وتجنبا لعقابه فى الآخرة .

٢– إن القانون الوضعى الذى ينظم حماية القضاء وإدارته ويصون له هيبته ، يخضع هذا القانون وخصوصا الدستورى منه إلى فلسفة المجتمع ، وإلى مدى خضوعه

(١) انظر (د/ محمد عبد القادر أبو فارس – القضاء فى الإسلام – صـ ٢٠١) .

(٢) د/ محمد عبد القادر أبو فارس – المرجع السابق – صـ ٢٠٢ .

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 ملزما أو غير ملزم بحسب النظام السائد فإذا كان ديمقراطيا فمن السهل فيه أن يكون حكم القضاء ملزما غالبا للمجموع وإذا كان ديكتاتوريا 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 للشريعة الواحدة ، وما الأمير فيه إلا أجير يخضع لحكم القضاء الذى تعتبر الوظيفة فيه مغرما وليست مغنمًا ، ومما يؤكد خضوع رئيس الدولة إلى حكم القاضى ويلتزم بتنفيذه موقف عمر بن الخطاب ﷺ مع رجل يهودى أخذ منه عمر فرسا على سوم الشراء فحمل عليه فغضب فخاطبه اليهودى فقال عمر : اجعل بينى وبينك رجلا ؛ فقال الرجل : إنى أرضى بشريح العراقى ، فقبل عمر وحكم شريح بينهما فقال شريح لعمر : أخذته صحيحا سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحا سليما[1].

هذا هو سمو الإسلام ؛ فأخبرنى بالله عليك هل يستوى الثرى مع الثريا ؟!

وختاما نقول : تلك ضوابط التطبيق للموازنة وطرقه ومقوماته ؛ ليملك بها من قلت بضاعته الآلة ، ويستأنس بها من استوحش الطريق ، ليجد الكل للموازنة ميدانا فسيحا 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 .

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 نبحث عن مجالات لتطبيقه ، وميادين لإعماله ، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار كمبدأ جديد ظهر فى ساحة الرقابة القضائية على أعمال سلطة الإدارة التقديرية ، لم نقف له على مجالات عدة طبق القضاء الإدارى عليها رقابته الجديدة ، إلا بمقدار ما أوحاه واقع العصر من كثرة تدخل الإدارة فى معظم شؤون الحياة الاجتماعية والاقتصادية والصحية ؛ هذا التدخل الذى استدعى الإدارة لوضع قرارها بنزع الملكية إذا تعلق بتحقيق منفعة عامة .

ومن هنا كان المجال البارز على سطح تطبيق النظرية فى النظم الوضعية هو المجال الذى كان تدخل الدولة فيها واضحا جليا ، والذى انحصر فى مجال نزع الملكة للمنفعة العامة وصورها المتمثلة فى الاقتصاد العام والتخطيط العمرانى والصحة العامة .

وهذا الحصر لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فرضه واقع التدخل الإدارى ، بخلاف النظام الإسلامى الذى اتسم بشمول إعمال الموازنة بين المنافع والمضار ، سواء كان إعمالها فى دائرة العبادات أو المعاملات ، أو كان بين الأفراد بعضهم البعض أو بين الدولة والأفراد .

غير أن البحث يقتصر على مجال نزع الملكية وصورها الثلاثة ، التى انتظمها فقه القانون فى النظم الوضعية بناء على سبب الدراسة ، وهو ظهور النظرية التى نحن بصددها فى النظام الوضعى الفرنسى وغيره .

والذى يستقرئ القضايا التى طبقت فيها نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجد أنه تم تطبيقها فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة وصورها ، التى نستطرد الحديث عنها فى المباحث التالية .

المبحث الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار .

المبحث الثانى : التخطيط العمرانى 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 ﴿ تَنزِعُ النَّاسَ كَأَنَّهُمْ أَعْجَازُ نَخْلٍ مُنْقَعِرٍ ﴾[١] ، قيل : تقلع الناس من مقرهم [٢] .

ويعرف نزع الملكية فى الفقه الغربى بأنه : إجراء إدارى من شأنه حرمان شخص من ملكه جبرا لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل [٣] .

ويزيد الفقه الفرنسى على هذا التعريف : بأنه" إجراء إدارى قضائى" فزاد لفظ قضائى بناءً على أن جزءا من إجراءات نزع الملكية تمارسه السلطة القضائية[٤].

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 الفيصل بين نزع الملكية وبين كثير من التصرفات الإدارية الأخرى كنزع ملكية العقار جبرا عن صاحبه لمصلحة الدائن وهى مسألة مدنية بحتة محل بحثها قانون المرافعات ، وأيضا الأخذ بالشفعة التى تعد نوعا من أنواع نزع الملكية جبرا عن صاحبه[٥] ، 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 ،

---

(١) سورة القمر : آية ٢٠ .

(٢) انظر (الأصفهانى – المفردات فى غريب القرآن – صـ ٤٩٠) .

(٣) انظر فى ذلك (د / ماجد راغب الحلو – القانون الإدارى– دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٨٣م– صـ ٥٧٧) وانظر (د/ فؤاد العطار– القانون الإدارى – دار النهضة العربية القاهرة – ط ٣ – ١٩٧٦م– صـ ٥٥٩) .

(٤) HOSTIOU (René) : Code de l'expropriation . Commenté et annoté , Litec , éd. 1981, 1989. P . 3 .

(٥) راجع فى ذلك (الشيخ / محمد أبوزهرة – الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية– دار الفكر العربى – القاهرة – ١٩٧٦م – صـ ٤٨) .

وحق المالك لها لا ينقضى ، وإنما ينتقل إلى التعويض[١] .

جـ أن يكون نزع الملكية للمنفعة العامة : ذلك لأن نزع الملكية امتياز من امتيازات الإدارة تظهر فيه بمظهر السلطة العامة ، وتتقيد بقيد الصالح العام الذى فرضته النصوص المقررة له[٢]فهى تأخذ الملك جبرا عن صاحبه للنفع العام[٣].

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 إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التى نحن بصددها .

وعليه فإن نزع الملكية للمنفعة العامة هو الميدان الذى 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 ١٩٧١/٥/٢٨م 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 مغلولة أمام فحص الظروف المحيطة بنزع الملكية ، ويكفيه فقط أن يتأكد من هدف العملية وهو بالطبع تحقيق المنفعة العامة [٤] .

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 مضرة بمشروع عام آخر[٥] . والنظام الإسلامى فى هذا المجال يسير مع النظم الوضعية جنبا إلى جنب .

---

(١) انظر (د/ محمد على حنبولة – الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة – حقوق عين شمس – ١٩٧٣م– صـ٦٧٢) .

(٢) انظر (د/ فؤاد العطار – القانون الإدارى – صـ ٥٥٨).

(٣) انظر (مجمع اللغة العربية – معجم القانون – صـ ١٤٩) .

(٤) انظر (د/ سامى جمال الدين – انظر قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ ٢٣٥).

(٥) انظر (د/ سامى جمال الدين – المرجع السابق – ص ٢٣٥) .

ويظهر التطبيق للموازنة فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة فى ضوء المطالب التالية :

المطلب الأول : مجال نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : مجال نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار نزع الملكية .

المطلب الأول

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى

إن الإسلام أقر الملكية للأفراد وراعى ذلك كما ظهر من منهاجه ، 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[١]. 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 »[٢] ، وقال أيضا : « من اقتطع مال امرئ مسلم بغير حق لقى الله ﷻ وهو عليه غضبان » [٣]، وقال : « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه»[٤] .

يتضح من هذه الأدلة أن الشريعة الإسلامية أقرت حق الملكية ، وشرعت له من المؤيدات ما يثبته ، 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[٥] .

---

(١) انظر (أبو بكر بن أبي الدنيا (ت : ٢٨١هـ) – إصلاح المال – تحقيق ودراسة / مصطفى مفلح القضاة – الوفاء للطباعة والنشر – ط١ ١٤١٠هـ/١٩٩٠م– صـ٨٢) وانظر (عبدالسميع المصرى – مقومات الاقتصاد الإسلامى– مكتبة وهبة – ط٤ ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م– صـ ٣٩) .

(٢) 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) .

(٣) صحيح البخارى باب – كلام الخصوم بعضهم فى بعض – رقم (٢٢٨٥) – ٥٨١/٢ .

(٤) صحيح مسلم باب – تحريم ظلم المسلم وخذله – رقم (٢٥٦٤) – ١٩٣٦/٤ .

(٥) انظر (د/ بشير بن مولود جحيش – فى الاجتهاد التنزيلى –كتاب الأمة عدد ٩٣ قطر١٤٢٤هـ – صـ ١٣٥).

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 ، كالملح والكبريت ، والنفط ، فلا يجوز تملكها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ، لأن فيه ضررا بهم وتضيقا عليهم[١].

ودليل ذلك : أن النبى ﷺ أقطع أبيض بن حمال " معدن الملح " فلما قيل له أنه بمنزلة الماء العدّ ردّه[٢] .

ووجه الدلالة : أن الامتلاك ليس مباحا فى كل الأموال بلا قيد ولا شرط ، وعدم تقييد الحق الفردى بعدم الإضرار بالمصلحة العامة فى كل موطن يترتب عليه الإضرار بعموم الأمة[٣] .

٢ – إقامة التوازن بين الناس بإقامة العدل الاجتماعى :

إن الشريعة الإسلامية كما أنها تُنقذ الفرد من حماقة سلوكه ، فإنها تنقذ المجتمع من حماقة بعض طبقاته ! والقاعدة العامة فى هذا هى فى قوله 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﴾[٤] .

---

(١) انظر (د/ فتحى الدرينى – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده – صـ ٢١٧ : ٢١٨) .

(٢) النسائى – السنن الكبرى – تحقيق – د/ عبد الغفار سليمان البندار – صـ ٣٠٣ ، وسيد كسراوى حسن برقم (٥٧٦٧) – دار الكتب العلمية – بيروت ط١ – ١٤١١هـ/١٩٩١م – ٤٠٦/٣.

(٣) انظر (د/ فتحى الدرينى – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده – صـ ٢١٨ .

(٤) سورة الحديد : آية ٢٥ .

وفى ضوء الآية الكريمة يتحدد هدف الرسالة فى إقامة التوازن والعدل بين الناس ، ذلك لأن محور الأحكام هو قيام الناس بالقسط ، وميزان هذا هو الشرع الذى يمسك به المصلحون لضبط الأوضاع وتوزيع الحقوق والواجبات!

فإذا كان إصلاح حال الجماعة الإنسانية يحتل من الدين هذه المنزلة فالمنافع العامة مصونة حيث ورد فى الحديث : « إن المسلمين شركاء فى ثلاثة : فى الماء والنار والكلأ » [١] .

وهى أمور على سبيل التمثيل لا الحصر ، فلا يجوز احتكارها لفرد مّا لأن حاجة الجماهير إليها سواء ، فلا يصح تمكين يد واحدة من تملكها .

ومن ثم فإنه يجوز تقييد ملكية الأراضى الزراعية وكذلك الملكية الصناعية من أجل مصلحة الجماهير العامة[٢] .

فإذا اتسعت الحاجات باتساع الحضارة وتغير الزمن ، فعلى الحكومة أن تضع يدها باسم الشعب – على مصادر الثروة العامة ، وأن تُقصى المحتكرين – أفرادا كانوا أو شركات – عن محاولة استغلالها لأنفسهم .." [٣] .

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 يرعى الصالح العام ، وإنما تعرف التصرف المقيد بالأهداف الشرعية والتى منها مراعاة مصلحة الجماعة وعلى المالك أن يقوم بهذه الحقوق ؛ لأنها مرتبطة بوجود الملكية[٤].

٣– أن تَصَرُّف الولاية منوط بمراعاة المصلحة :

---

(١) ابن حجر – فتح البارى – ٤٥٥/٦ .

(٢) الشيخ / محمد الغزالى – الإسلام والأوضاع الاقتصادية – نهضة مصر – للطباعة والنشر – طبعة ثانية ١٩٩٨م– صـ ١٠٤) .

(٣) الشيخ /محمد الغزالى – المرجع السابق – صـ ١٠٤ .

(٤) انظر (د/ محمد فاروق النبهان – الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى – صـ ١٨٧) .

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 "[١] .

ويتضح مما سبق من أسباب لتقييد الملكية وانتزاعها أنه ينبنى على مايلى:

أ- دراسة واقع الدولة بكل ملابساته وظروفه ، والتأكد من مسيس الحاجة لمثل هذا الإجراء ، وأنه قد يتحقق فى واقع دون واقع مما يقتضى تحقيقا خاصا لمناط[٢] 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 .

جـ- 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[٣] .

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

---

(١) الغزالى – المستصفى– ١/ ٤٢٦ .

(٢) 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 مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه صـ٤٥٠) .

(٣) انظر (د/ بشير بن مولود جحيش – الاجتهاد التنزيلى – كتاب الأمة – قطر – عدد ٩٣ – ١٤٢٤ هـ – صـ ١٤٠) .

الخاصة مع بعضها البعض ، وهنا تقدم المصلحة الضرورية على غيرها [١] .

ومثال ذلك فى الشفعة التى تعد حالة من حالات التملك الجبرى وتطلق فى اللغة على الضم [٢] .

وتسمى اصطلاحا : تملك العقار جبرا على المشترى بما قام به [٣] ، وأيضا : تملك البقعة جبرا بما قام على المشترى بالشركة والجوار [٤] . وباستقراء ما ورد فى الشفعة نجد أن سبب ثبوتها هو الخوف من الضرر الذى يلحق الشفيع من المشترى الجديد[٥] ، واتفق الفقهاء على أن الشفعة على خلاف الأصل .

قال ابن قدامة [٦] : (جملة ذلك أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل ، إذ هى انتزاع ملك المشترى بغير رضاء منه وإجباره على المعارضة ، ولكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة)[٧] .

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 .

---

(١) انظر (د/ محمد فاروق النبهان – الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى – صـ ٢١٤) .

(٢) انظر (الراغب الأصفهانى – المفردات فى غريب القرآن– صـ ٢٢٦) .

(٣) انظر (د /محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية – صـ ٣٤٠ ، ٣٤١) .

(٤) الجرجانى – التعريفات– صـ ١٦٧ .

(٥) وحتى تتحقق الشفعة لابد من اتصال بين العقار المبيع وعقار الشفيع ، ويتخذ هذا الاتصال أشكالا ثلاثة :

- اتصال شركة على الشيوع بين العقارين .
- اتصال شركة فى حقوق الارتفاق .
- اتصال جدار ملاصق . انظر (الكاسانى – بدائع الصنائع – ٤/٥) .

(٦) ابن قدامة هو : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسى الصالحى الحنبلى ، وكنيته أبو محمد ، ويلقب بموفق الدين (ت : ٦٢٠هـ) انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء – ١٦٦/٢٢، وانظر (أبو الحسين محمد بن يعلى – طبقات الحنابلة – تحقيق /محمد حامد الفقى – دار المعرفة – بيروت – ٣٧/٢).

(٧) ابن قدامة – المغنى– ١٤٤/٧ .وانظر (الشيخ/ على أحمد الجرجاوى – حكمة التشريع وفلسفته – مراجعة / خالد العطار – إشراف مكتب التوثيق والدراسات– دار الفكر – ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م – ١٢٧/٢).

وأجاز الفقهاء لولى الأمر أن يترع هذه الملكية للضرورة ، وحتى لا يكون نزع الملكية سيفا على رقاب الأفراد يستخدمه الأمراء متى شاءوا وكيفما شاءوا كلما سنحت لهم الفرصة للتضييق على من يخالفونهم فى الرأى وضع الفقهاء لجواز نزع الملكية شرطين :

١–ألا تكون الحاجة إلى نزع الملكية مجرد رغبة من حاكم [١] .

٢–ألا يكون نزع الملكية للسيطرة أو للإضرار بالأفراد .

ويمكن أن نرى صورة من صور نزع الملكية فى حالة الاستملاك لأجل المصالح العامة ، فلقد أجاز التشريع الإسلامى استملاك الأراضى المجاورة للمسجد لتوسيعه ، فإذا امتنع أصحابها عن بيعها جاز لولى الأمر أن يترع ملكيتهم عنها ، ويدفع قيمتها لهم ، وأجاز التشريع أيضا مثل هذا لتوسيع الطريق إذا دعت الحاجة إلى ذلك [٢] .

وأيضا نقل الشيخ محمد أبو زهرة عن الزيلعى[٣] .: " أنه إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض رجل ، تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام ،

---

(١) لقد شهد تاريخنا الإسلامى عصورا 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 التعدى على الملكيات الفردية ، ومثل لهؤلاء الملوك (بالظاهر بيبرس البندقدارى) الذى أراد أن يترع العقارات ، وطالب بيبرس ذوى العقارات بمستندات تشهد لهم بالملك وإلا انتزع من أيديهم متعللا أن بلاد مصر فتحت 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 فى وجه سلطان جائر – وقال له محى الدين النووى " أبو زكريا محيى الدين بن يحيى بن شرف بن مرى بن حسن الخزامى الحورانى النووى – (ت : ٦٧٦هـ) الزركلى – الأعلام) : إن ذلك غاية العناد وإنه عمل لا يحله أحد من المسلمين " وما زال ينهاه عن ذلك بالرفق والشدة حتى كف بيبرس عما كان يريده – انظر (حاشية ابن عابدين ٣٦٢/٤) .

(٢) انظر (الشيخ/مصطفى الزرقا – المدخل الفقهى العام – مطبعة الجامعة السورية – ط٥ (د . ت) – ٢٢٧/١).

(٣) الزيلعى هو : الإمام المحدث جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعى الحنفى (ت : ٧٦٢) انظر (مصطفى بن عبد الله القسطنطينى الرومى الحنفى – كشف الظنون– دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٣هـ/١٩٩٢م – ١٤٨١/٢) .

أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضى وأدخلوها فى المسجد ، وهذا من الإكراه الجائز[١] ، وهو ما فعله أمير المؤمنين عمر ﷺ 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)[٢] .

الثالثة : الاعتداد بالملكية الجماعية :

لقد اعتبر التشريع الإسلامى 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 التى 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 فى بعض الأنواع سيلحق أضرارا كبيرة بالأمة فى حاضرها ومستقبلها أقر الملكية الجماعية مراعاة للمنفعة العامة ، مثل الأراضى المفتوحة والملكية الجماعية فيها، والملكية الجماعية فى الأوقاف الخيرية ، وكذلك الحِمَى .

وأهداف الإسلام من وراء ذلك ما يلى :

١–إشراك جميع الناس فى الثروة العامة للأمة .

٢–تأمين نفقات الدولة لتأمين الثغور وتقوية الجيوش .

٣–تشجيع الأعمال الخيرية كالوقف .

٤–التوسعة على المسلمين فى جميع المجالات كإحياء الأرض الموات .

٥–إشراك الناس فى الحاجات الضرورية كالماء والكلأ والنار والملح .

ذلك لأن هذه الأشياء تقوم عليها حياة البشر[٣] .

وتحققت هذه الأهداف وصارت واقعا حيويًا لبَّى بها التشريع الإسلامى نداء

---

(١) انظر (الشيخ/ محمد أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد– مطبعة فتح الله إلياس – مصر – ط١ – صـ ١٤٣) .

(٢) انظر (د/ محمد فاروق النبهان – الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الاسلامى – صـ ٢١٩) .

(٣) انظر د/ محمد فاروق النبهان – المرجع السابق – صـ ٢٥١ : ٢٥٦ .

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 ﷺ 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[١] .

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 مستبقى الإباحة لنبت الكلأ ورعى المواشى[٢] .

وأرض الحمى تحميها الدولة لمصلحة عامة مثل حجز بعض الأراضى للتدريبات العسكرية أو الحدائق العامة أو بناء جامعة أو مستشفى عام أو مبانى الوزارات وما إلى ذلك ، وهذه الأرض لا يجوز لأحد أن يحييها أو يمتلكها[٣] .

---

(١) انظر (د/ بدران أبو العينين بدران – الشريعة الإسلامية – تاريخها ونظرية العقود– مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦م – صـ ٣٥٥) ، وانظر فى ذلك أيضا (د/ عبد الحكيم حسن العيلى – الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام– دار الفكر العربى – القاهرة – ١٩٨٣ – صـ ٥١٩) .

(٢) الماوردى – الأحكام السلطانية– دار ابن خلدون – الإسكندرية – مصر – صـ ١٨٩ .

(٣) انظر (د/ صلاح الدين عبد الحليم سلطان – سلطة ولى الأمر فى فرض وظائف مالية (الضرائب) دراسة فقهية مقارنة – إشراف أ .د / محمد بلتاجى– دار هجر – ط١ – ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م– صـ ٧١) .

والدليل على صحة هذا التقييد لحرية الأفراد فى تملكها ما فعله النبى ﷺ حيث حمى أرضا بالمدينة تسمى (النقيع) [١] .خص بها النبى ﷺ خيل المسلمين المعدة للحرب[٢] .

وحتى لا يتجرأ ولى أمر فيحمى الأرض لمصلحة له ولهواه قال ﷺ « لا حمى إلا لله ورسوله » [٣] . ومعناه : " أنه لا حمى إلا على مثل ما حماه الله ورسوله للفقراء والمساكين ولمصالح كافة المسلمين ، لا على مثل ما كانوا عليه فى الجاهلية من تفرد العزيز منهم بالحمى لنفسه) [٤] .

وفى ضوء هذا يكون مذهب الحمى لله ولرسوله فى وجهين :

أحدهما : أن تحمى الأرض للخيل الغازية فى سبيل الله .

آخرهما : أن تحمى الأرض لنعم الصدقة إلى أن توضع مواضعها وتفرق فى أهلها[٥] .

وقد حمى الخلفاء من بعده ﷺ فقد حمى أبو بكر ﷺ بالربذة[٦] ، لأهل الصدقة، وأيضا حمى عمر بن الخطاب ﷺ من الشرف مثل ما حماه أبو بكر [٧] . وأيضا عثمان بن عفان ﷺ وروى أبو عبيد بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير – أحسبه عن أبيه – قال : " أتى أعرابى عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الإسلام علام تحميها ؟ فأطرق عمر ، وجعل ينفخ ويفتل شاربه – وكان إذا كربه أمر فتل شاربه ونفخ – فلما رأى الأعرابى ما

---

(١) 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 أى (ما يقارب تسعين كيلومتر) انظر (عبد العزيز البكرى الأندلسى – معجم ما استعجم – تحقيق : مصطفى السقا– طبع بالقاهرة ١٣٦٨ م – ١٣٢٣/٤) .

(٢) انظر (الماوردى – الأحكام السلطانية – صـ ١٨٩) .

(٣) رواه البخارى فى باب السرب برقم (٢٣٧٠) انظر (فتح البارى ٤٤/٥) .

(٤) الماوردى – الأحكام السلطانية – صـ ١٩٠ .

(٥) انظر (أبو عبيد – الأموال– دار الفكر – بيروت –١٤٠٨هـ/١٩٩٨م– صـ ٣٧٥ : ٣٧٦).

(٦) الربذة : مكان فى بلاد غطفان شمال شرقى المدينة حمى منها عمر يربدا فى يربد أى ما يساوى اثنى عشر ميلا مضروبة فى بعضها انظر (البكرى – معجم ما استعجم – ٦٣٣/٢).

(٧) انظر (الماوردى – الأحكام السلطانية – صـ ١٨٩) .

به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل عليه فى سبيل الله ما حميت شبرا من الأرض فى شبر)[١] .

وقد انقسم الفقهاء إلى فريقين فى 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 الذى يرى أن لا يكون لغير رسول الله ﷺ ولو كان خليفة فضلا عن نوابه فى الولايات والنواحى وقال : " فصح أن ليس للإمام أن يحمى شيئا من الأرض " وقال " أما رسول الله ﷺ فهو الذى له الحمى والإقطاع "[٢] .

ب– وقال الجمهور بجواز حمى الإمام أو نائبه إذا كان فيه مصلحة عامة للمسلمين ، ولا يجوز أن يحمى لنفسه شيئا ولا أن يخص به قريبا أو حميما ، وبه قال الشافعية على الراجح عندهم[٣] .وكذلك المالكية والحنابلة[٤] .

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 لخيل المجاهدين، ومواشى الفقراء ، نظر :

إن كان الحمى يضر بكافة المسلمين لضيق الكلأ عليهم لم يجز ، وإن كان الحمى قليلا من كثير ، لا يحمل الضرر الكثير فجائز ...)[٥].

وقال صاحب المغنى (وليس لهم أن يحموا إلا قدرا لا يضيق به على المسلمين ويضر بهم ؛ لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة لما يحمى ، وليس من المصلحة

---

(١) أبو عبيد – الأموال – صـ ٣٧٧ .

(٢) ابن حزم – المحلى– طبعة بيروت – لبنان– ٩٨/٩ .

(٣) انظر (الشافعى – الأم– دار الفد العربى – مصر – الطبعة الأولى – ١٤١٠هـ/١٩٩٠م– ٦٥/٤) .

(٤) 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) .

(٥) الدكتور / محمود مطرجى – المجموع شرح المهذب للنووى– ط دار الفكر – لبنان – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م – ١٦/ ١١٥.

إدخال الضرر على أكثر الناس)[١].

ولقد كان لأمير المؤمنين عمر ﷺ 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[٢].

وكان لهذه السياسة العمرية الفضل فى وضع ضوابط لإعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى الحمى تتلخص فى النقاط التالية :

١– أن لا يكون الحمى مملوكا 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 والكلأ أيسر على من الذهب والورق أى الفضة)[٣].

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 زالت الحاجة [٤] .

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 يضاهى الشيوعية التى تساوى بين الناس فى الفقر ولا كالرأسمالية التى تشجع على تكديس الأموال وكنزها بأيدى أفراد يمتصون جهود الضعفاء والفقراء وتشجع الجشع والاستغلال[٥] .

٧– الحرص على الاستفادة من الأرض الموات للمصلحة العامة [٦] .

الصورة الثالثة : نزع ملكية الأرض ممن لا يعمرها :

---

(١) ابن قدامة – المغنى مع الشرح الكبير– ٥٣٣/٧ .

(٢) انظر (د/ غالب بن عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء –٢٠٤/١ – ٢٠٧) .

(٣) رواه البخارى – ١٧٥/٦ .

(٤) انظر (ابن قدامة – المغنى– ٥٥٥/٧) .

(٥) د/ غالب بن عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء – ٢٠٩/١ .

(٦) د/ غالب بن عبد الكافى القرشى – المرجع السابق – ٢٠٩/١ .

أيضا من الصور التقليدية لنزع الملكية للمنفعة العامة نزع ملكية الأرض ممن لا يعمرها ، وهذه الأرض لا مالك لها ولا تقع فى حوزة الأرفاق للبلد ، وإنما يملكها الفرد المسلم عن أحد طريقين الأول : أن يقطعها له ولى الأمر فى مقابلة زراعتها وتقديم خدمات عن طريقها للدولة ، وللفرد المسلم حق استغلالها لا حق رقبتها[١] .

الثانى : أن يقوم المسلم بإحيائها من باب قوله ﷺ " من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها "[٢] .فالأرض الميتة التى لا مالك لها يجوز لأى فرد من الأمة أن يحييها ويملك رقبة الأرض بإحيائها لها .

والذى يهمنا أن الإقطاع من قبل ولى 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 الماوردى (وإقطاع السلطان مختص بما جاز فيه تصرفه ونفذت فيه أوامره ، ولا يصح فيما تعين فيه مالكه وتميز مستحقه[٣] .فالإقطاع يصح فى موات لم يستقر عليه ملك لأحد[٤] .

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 وهى ما كان جوهرها الذى أودعه الله ﷻ فى جواهر الأرض بارزا كمعادن الملح والكحل والقار والنفط[٥] .

وجملة ذلك : أن المعادن الظاهرة التى ينتفع بها الناس لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ؛ لأن فيه ضرر بالمسلمين وتضييقا عليهم ، وأيضا يتعلق به مصالح المسلمين فلم يجز إحياءه ولا إقطاعه كمشارع الماء وطرقات

---

(١) انظر (د/ محمد فاروق النبهان – الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى – صـ٢٢٤) .

(٢) رواه البخارى – باب من أحيا أرضا مواتا – رقم (٢٣٣٥) انظر (فتح البارى – ٤٣٢/٦) .

(٣) الماوردى – الأحكام السلطانية– صـ١٩٥ .

(٤) انظر (النووى – المجموع– ١٦/ ١٠٩) .

(٥) انظر (الشافعى – الأم– ٥٧/٤) وانظر (ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار– دار الفكر – بيروت – لبنان – ١٤١٥هـ/١٩٩٥م– ٧٥٦/٦) .

المسلمين [١] . فعن أبيض بن حمّال[٢] . 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 "[٣] . والمقصود بالماء العد أى : الدائم الذى لا انقطاع لمادته ، ودلالة الحديث : أن المعدن الظاهر لا يجوز إقطاعه كالماء العد[٤] .

٣– أن يكون الإقطاع لمن يقدر على إحيائه بالغرس أو البناء ، ذلك لأن الإقطاع معلل بإحيائه فإذا انتفت العلة بطل الإقطاع [٥] .

٤– أن يكون الإقطاع فى غير ما يحتاجه العامر كالطرقات والشوارع ومقاعد الأسواق فيه إضرار بالناس على أملاكهم وطرقهم[٦] .

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[٧] .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 »[٨] .

وسار على هذا النهج عمر بن الخطاب ﷺ فلقد ربط الإقطاع بالإحياء فإذا لم يقم المقطوع له بزراعتها أو البناء عليها نزعت منه فى ضوء الموازنة بين المنافع والمضار

---

(١) انظر (ابن قدامة – المغنى – مع الشرح الكبير – ٥١٧/٧ ، ٥١٨) .

(٢) أبيض بن حمال هو : أبيض بن حمال من ولد عمرو بن عامر من أهل مآرب – انظر (ابن سعد – الطبقات– ٣١٦/٦ ، ٨٣/٨).

(٣) أبو عبيد – الأموال– صـ ٣٥٠ .

(٤) انظر (النووى – المجموع– ١١٠/١٦) .

(٥) انظر (النووى – المجموع– ١٠٩/١٦) .

(٦) انظر (المجموع – ٨٧/١٦) .

(٧) 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) .

(٨) الشافعى – الأم– ٦٨/٤ .

بين المنفعة والمضرة ، روى أن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزنى[١] .العقيق أجمع[٢].
فلما كان عمر قال لبلال : إن رسول الله ﷺ لم يقطعك لتحيزه عن الناس إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقى[٣] .

ومن ثم فلا ينبغى أن يقطع الإمام أحدا من الموات إلا ما يمكنه إحياؤه ، لأن فى إقطاعه أكثر من ذلك تضيقا على الناس فى 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 الذى أقطعه إياه رسول الله ﷺ[٤] .

الطريق الثانى : إحياء الأرض الموات :

الموات : بفتح الميم والواو تعنى الأرض التى لا ماء لها ولا ينتفع بها أحد ، وتعنى أيضا : الأرض التى لم تُعمر[٥] .

وقال القزاز[٦] : " شبهت العمارة بالحياة وتعطيلها يفقد الحياة"[٧] .

والمقصود بإحياء الموات : " أن يعمد شخص إلى أرض لا يعمد تقدمُ ملك عليها لأحد ، فيحييها بالسقى أو الزرع أو الغرس أو البناء ، فتصير تلك الأرض بالإحياء ملكه "[٨] .

والعمدة فى ذلك ما ورد عن النبى ﷺ فى قوله « من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق »[٩] .

---

(١) 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 : ٦٠هـ) انظر (تهذيب التهذيب ٣١٥/١) .

(٢) وقيل معادن القبيلة كلها – رواه داود عن مالك عن ربيعة الرأى عن غير واحد – هامش صـ١٤٨ .

(٣) انظر (ابن قدامة – المغنى– ٥١٦/٧) .

(٤) ابن قدامة – المغنى– ٥٣٠/٧ .

(٥) انظر (النووى – المجموع – ٨٢/١٦) وانظر (ابن حجر – فتح البارى– ٤٣٢/٦) .

(٦) القزاز هو : محمد بن جعفر التميمى أبو عبد الله القزاز – أديب عالم باللغة (ت : ٤١٢هـ) انظر (الزركلى – الأعلام – ٧١/٦) .

(٧) ابن حجر – فتح البارى– ٤٣٢/٦ .

(٨) النووى – المجموع – ٨٢/١٦ .

(٩) أبو عبيد – الأموال – ٣٦٣ ، وأيضا : شرح الزرقانى على موطأ مالك (ت : ١١٢٢هـ)– دار الكتب العلمية – بيروت لبنان – بدون تاريخ– ٣٦/٤ .

وحتى يمكن التملك لمحيى 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 »[١] .

الشرط الثانى : 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 يجز إحياؤه لأنه ليس بموات[٢] .

وقال مالك " ولا يكون له أن يحيى ما قرب من العمران ، وإنما تفسير الحديث : (من أحيا أرضا مواتا) إنما ذلك فى الصحارى والبرارى ، وأما ما قرب من العمران وما يتشاح الناس فيه فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا بقطيعة الإمام "[٣] .

وقال الشافعى : " الموات ما لم يكن عامرا ، ولا حريما لعامر ، سواء كان قريبا من العامر أو بعيدا"[٤] . وقال الشيرازى فى المهذب : (وما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر ، وفناء الدار ، والطريق ، وسيل الماء ، لا يجوز إحياؤه لأنه تابع للعامر ، فلا يملك بالإحياء)[٥] .

وقال بذلك الحنابلة : " وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه وسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته فلا يجوز إحياؤه بغير خلاف فى المذهب ، وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل

---

(١) رواه البخارى – باب من أحيا أرضا ميتة – برقم ٢٣٣٥ – انظر (ابن حجر – فتح البارى– ٤٣٢/٦).

(٢) ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – شرح تنوير الأبصار– ٧٥٩/٦ .

(٣) المدونة برواية سحنون – ٢٧٨٤/٦ .

(٤) النووى – المجموع– ٨٦/١٦ .

(٥) النووى – المجموع شرح المهذب – ٨٧/١٦ .

مائها لا يملك بالإحياء ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه "[١] .

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 مصلحية بالعمران وهنا اختلف العلماء ، مرة فى حد القريب من العمران ، وأخرى فى حد البعيد .

فقال أبو حنيفة : حد البعيد هو الذى إذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يسمع أدنى أهل المصر إليه[٢] .

وقال الليث : حده خمس الفرسخ .وقال صاحب المهذب : (والإحياء الذى يملك به : أن يعمر الأرض لما يريده ويرجع فى ذلك إلى العرف " لأن النبى ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف "[٣] .

وقال الحنابلة : أن تحديد القريب والبعيد من العمران لا يعرف بالتوقف ولا بالرأى والتحكم وإنما يخضع التحديد للعرف[٤] .

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 عموم قوله ﷺ « من أحيا أرضا ميتة فهى له »[٥] . ولأن النبى ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزنى العقيق وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة ، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر فجاز إحياؤه كالبعيد وبه قال أحمد فى رواية[٦] .

وقال البعض لا يجوز إحياؤه لأنه فى مظنة تعلق المصلحة به فإنه يحتمل أن

---

(١) ابن قدامة – المغنى– ٧/ ٥١٠ .

(٢) انظر (ابن قدامة – المغنى ٧/ ٥١٠) .

(٣) النووى – المجموع – ١٦/٩٠ .

(٤) انظر (ابن قدامة – المغنى – ٧/٥١٢) .

(٥) الزرقانى – شرح موطأ مالك – ٤/٣٦ .

(٦) انظر (ابن قدامة – المغنى– ٧/٥١١) وانظر (أبو جعفر الدارودى – الأموال– صـ ١٣٣ : ١٣٤) .

يحتاج إلى ارتفاقه كأن يجعل فيه طريقه ، قاله أبو حنيفة والليث ورواية ثانية لأحمد .

. والراجح ما ذهب إليه الشافعى وأحمد فى روايته الأولى لعموم الأدلة غير أنه متوقف على إذن السلطان وولى الأمر الذى من شأنه مراعاة مصالح الناس ، فإذا كان الإحياء يؤدى إلى تضييق طريق واسع يشترك فيه المسلمون وتتعلق مصالحهم به فلا يجوز ، لكنه يجوز الارتفاق بالعقود فى الشارع الواسع للبيع والشراء بما لا يضر بالمارة .

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 نبنى بمنى بناءً فيظلك ، قال : لا « منى مناخ من سبق »[1] .

وله أن يظلل 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)[2] .

الشرط الثالث : أن لا يمتنع عن إحياء الأرض بالغرس أو البناء ثلاث سنين :

إن تملك الأرض هنا متوقف على إحيائها لتتحقق من ورائه منافع الناس ، فإذا تحجرها[3] 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 أرضا – أى منع غيره منها – بوضع علامة من حجر أو غيره ثم أهملها

---

(١) 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 ، والمستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابورى – تحقيق / مصطفى عبد القادر عطا – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – ط١ – ١٤١١هـ/١٩٩٠م – ٦٣٨/١

(٢) انظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى– ٢١٧/٣٠ : ٢١٨) .

(٣) التحجير هو : لغة : التحجير أو الاحتجار ، اصطلاحا : 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) .

ثلاث سنين دفعت إلى غيره ، وقبلها هو أحق بها وإن لم يملكها)[١] .

وقال مالك : (ولو أن رجلا أحيا أرضا مواتا ، ثم أسلمها بعد حتى تهدمت آبارها وهلك شجرها وطال زمانها حتى عفت بحال ما وصفت لك صارت إلى حالها الأول ، ثم أحياها آخر بعده كانت لمن أحياها بمنزلة الذى أحياها أول مرة)[٢] .

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[٣] لعبد الرحمن بن قاسم[٤] .قال : قلت : أرأيت مالكا هل كان يعرف هذا الذى يتحجر الأرض أنه يترك ثلاث سنين ، فإن أحياها وإلا فهى لمن أحياها ؟

قال ابن القاسم : (ما سمعت من مالك فى التحجر شيئا ، وإنما الإحياء عند مالك ما وصفت لك الأول)[٥] .

وعند الشافعية نقل النووى : (إن حق المتحجر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشىء لأن التحجر ذريعة إلى العمارة وهى لا تؤخر عن التحجر إلا بقدر تهيئة أسبابها ، ولهذا لا يصح تحجر من لا يقدر على تهيئة الأسباب كفقير يتحجر ليعمر إذا قدر ، فوجب إذا أخر أن يعود مواتا)[٦] .

ثم ذكر النووى أنه : (ليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حد معين ، وإنما الرجوع فيها إلى العادة)[٧].

---

(١) ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – شرح تنوير الأبصار– ٦/٧٥٥ : ٧٥٦ .

(٢) سحنون – المدونة – ٦/٢٧٨٤ .

(٣) سحنون هو : أبو سعيد عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التنوخى الحمصى الأصل القيروانى المالكى – قاضى قيروان وصاحب المدونة للإمام مالك (ت : ٢٤٠هـ) انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء ١٢/٢٦٣ : ٢٦٩) .

(٤) عبد الرحمن بن قاسم هو : عبد الرحمن بن قاسم بن خالد العتقى الإمام المشهور روى عن مالك والليث ، وروى عنه أصبغ وسحنون ، (ت : ١٩١هـ) انظر (ابن فرحون – الديباج المذهب ١/٤٦٨) ..

(٥) سحنون – المدونة الكبرى – ٦/٢٧٨٤ .

(٦) النووى – روضة الطالبين– ٥/٢٨٧ – المكتب الإسلامى – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ .

(٧) النووى – المجموع١٦ / ٩٩.

وإذا كان عمر لم يخالف نصًا قطعيًا بتركه العمل بآية توزيع الغنيمة فهو من باب أولى ، لم يخالف نصا قطعيا ، إذ لم يأخذ بالتقسيم النبوى لخيبر .

والذى نريد توضيحه هو أن دلالة الفعل النبوى على وجوب قسمة الأرض المفتوحة ، ودعوى قطعية هذه الدلالة ، وأن ابن الخطاب خالف هذه القطعيَّة 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 ظاهرا ، وإن لم يخالفوه حقيقة .

ب– إن كثيرًا 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 خيبر – من قرارات السلطة السياسية أو الإدارية العليا ، اتخذه الرسول ﷺ فى ضوء المصلحة المرعية فى وقته .

ويعد هذا سنة للأئمة من بعده أن يتصرفوا بهذه الصفة كما تصرف ، ويتخذوا من القرارات ما يرونه 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 .

جـ – إن السنة النبوية ثبت فيها تقسيم الأرض فى خيبر ، وعدم تقسيمها فى مكة ، وكلاهما سنة متبعة ، ومعنى هذا أن عمر ﷺ لم يخرج بفعله عن حدود المشروعية الإسلامية[1] .

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 ﴾[2] ونظرة فاقهة فى مآلات الأفعال حين طلب منه بلال بن رباح تقسيم

---

(١) انظر (د/يوسف القرضاوى – السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – صـ ١٩٣ : ١٩٤) .

(٢) سورة الحشر : آية ٧ .

الأرض قال له عمر : " إذن أترك من بعدكم من المسلمين لا شيء لهم ' ثم قال : " اللهم اكفنى بلالا وأصحابه " وتركهم عمر ﷺ ذمة يؤدون الخراج للمسلمين)[١] . ذلك لأن النظر فى 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 تُستجلب أو لمفسدة تُدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه)[٢] .

والواضح أن الضرر العام قد ينشأ عن تقسيم الأرض على الأفراد ، والشارع الحكيم لم يأذن فى التصرفات لتكون وسائل لتحقيق مفاسد مساوية للمصالح التى شرعت من أجلها أو راجحة عليها ، لما فى ذلك من التناقض مع الأصل العام الذى قامت عليه الشريعة ، من جلب المصالح ودرء المفاسد ، ومن أن درء المفسدة مقدم على جلب المنفعة[٣] ومن ثم كانت قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام)[٤] .

موقف الفقهاء من أرض العنوة :

اختلف الفقهاء فى حكم أرض العنوة ، هل تقسم بين الغانمين كما فعل الرسول ﷺ أو تبقى ملكا موقوفا للأمة كما فعل عمر ﷺ 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[٥] .

---

(١) أبو يوسف – الخراج– صـ ٣٧ .

(٢) الشاطبى – الموافقات– ٤/١٤٠ : ١٤١ .

(٣) انظر (د/ فتحى الدريني – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده – صـ ٣٠٠).

(٤) ابن نجيم – الأشباه والنظائر– صـ ٨٨ .

(٥) انظر (الكاسانى – بدائع الصنائع– دار الفكر – بيروت –ط١ – ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م – ١٧٦/٧) .

هؤلاء بفعل النبى ﷺ ، فى تقسيم خيبر ، 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 ﷺ[1] . ومن قبله على ابن أبى طالب ﷺ فحين أراد عمر أن يقسم السواد بين المسلمين ، أمر أن يحصوا [2] ، فوجد الرجل يصيبه ثلاثة من الفلاحين فشاور فى ذلك فقال له على : دعهم يكونوا مادة للمسلمين[3] . فنظر فيما يكون للمسلمين من بعد أن قسمت الأرض ، ومن ثم وقفها على مصالح المسلمين ، وروى أبو عبيد قال : (قدم عمر الجباية ، فأراد قسم الأراضى بين المسلمين فقال له معاذ : والله إذن ليكونن ما تكره ، إنك إن قسمتها صار الريع العظيم فى أيدى القوم ، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة ، ثم يأتى من بعدهم قوم يسددون من الإسلام سدا وهم لا يجدون شيئا ، فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم)[4] .

وهنا رأى عمر وقف الأرض مراعيا بذلك مصالح المسلمين ، وقال : (فكيف بمن يأتى من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها[5] . قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت ، ما هذا برأى، فقال له عبد الرحمن بن عوف – رضى الله عنه– فما الرأى ، وما الأرض والعلوج إلا ما أفاء الله عليهم ، فقال عمر : ما هو إلا كما

---

(١) معاذ بن جبل هو : معاذ بن جبل بن أوس بن عائذ بن عدى بن كعب بن عمرو بن آدي بن سعد بن على بن أسد بن ساردة بن يزيد بن جشم بن الخزرج السيد الإمام أبو عبد الرحمن الأنصارى الخزرجى المدنى البدرى شهد العقبة شابا أمرد ،وله عدة أحاديث (ت : ١٨هـ) انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء ٤٤٣/١ : ٤٦١)

(٢) إن عمر بن الخطاب هو أول من مسح الأراضى المفتوحة ووضع الخراج عليها ، فلقد ولى 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 اهلها أم لا يزرعوها فوجد ذلك ستة وثلاثين ألف ألف جريب – والجريب نوع من المساحة وهو يساوى ثلاثة آلاف وستمائة ذراع مربع بالذراع العمرية – انظر (الماوردى – الأحكام السلطانية– صـ ١٧٨) وانظر أيضا (أبو عبيد – الأموال– صـ ٨٨) .

(٣) أبو عبيد – الأموال– صـ ٧٤ .

(٤) أبو عبيد – المرجع السابق – صـ ٧٥ .

(٥) العلوج : جمع علج بالكسر العير والحمار ، وحمار الوحشى السمين والرغيف الغليظ الحرف ، والرجل من كفار العجم – انظر (الفيروزابادى – القاموس المحيط – ١٩٨/١ : ١٩٩) .

تقول ولست أرى ذلك ، والله لا يفتح بعدى بلد فيكون فيه كبير نيل بل عسى أن يكون كَلاًّ على المسلمين ، فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد الثغور وما يكون للذرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق ؟)[1].

الملكية الجماعية لأرض العنوة :

لقد جعل عمر هذه الأرض ملكيةً عامة للأمة [2] من باب المصلحة ، ووجد ﷺ الحجة على عدم التقسيم فى كتاب الله تعالى قال أبو يوسف : (إن عمر بن الخطاب ﷺ استشار الناس فى السواد حين افتتح ، فرأى عامتهم أن يقسمه ، وكان بلال بن رباح من أشدهم فى ذلك ، وكان رأى عمر ﷺ أن يتركه ولا يقسمه، فقال : اللهم اكفنى بلالا وأصحابه ، ومكثوا فى ذلك يومين أو ثلاثة أو دون ذلك ، ثم قال عمر رضى الله عنه : إنى وجدت حجة ، قال الله تعالى فى كتابه ﴿ 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﴾ [3] .

حتى فرغ من شأن بنى النضير فهذه عامة فى القرى كلها ، ثم قال : ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى

---

(١) أبو يوسف – الخراج– صـ ٣٥ .

(٢) لقد استغل العلمانيون فى عصرنا موقف عمر أسوأ استغلال ليصلوا إلى مقولتهم الخطيرة وهى : " جواز تعطيل النصوص القطعية بسبب المصالح الدنيوية " وعلى حد قولهم : إذا تعارض النص القطعى والمصلحة جد 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 فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَى عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَى 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 مصلحية رآها ولم يقسمها بين المسلمين ، والرد عليهم فيما ورد – انظر (السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – د/ يوسف القرضاوى – صـ ١٩١ : ٢٩٢) .

(٣) سورة الحشر : آية ٦ .

وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ (١) .

ثم قال : ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ﴾ (٢) .

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 يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (٣) .

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﴾ (٤) .

فكانت هذه عامة لمن جاء من بعدهم ، فقد صار الفيئ بين هؤلاء جميعا فكيف نُقسِّمه لهؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغير قسم ، فأجمع على تركه وجمع خراجه) (٥) .

والدليل على حجية فعل عمر من السنة أن النبى 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 فى السنة إذ إنه لم يأخذ بالتقسيم النبوى ، 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 النبى ﷺ قسم خيبر وقال : إن الإمام إذا حبسها أى وقفها لمصلحة الأمة كلها) نقض حكمه

---

(١) سورة : الحشر : آية ٧

(٢) سورة الحشر : آية ٨ .

(٣) الحشر : آية ٩ .

(٤) سورة الحشر : آية ١٠ .

(٥) أبو يوسف – الخراج– صـ ٣٧ .

لأجل مخالفة السنة .

فهذا القول خطأ وجرأة على الخلفاء الراشدين ، فإن فعل النبى 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)[1] .

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 ودلالتها : أن يزعم بأن الآية الكريمة : ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَمَا أَنزَلْنَا عَلَى عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ الْتَقَى الْجَمْعَانِ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾[2] 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 واستولى عليها بإلا بضـــرب من التجـــوز والتوسع فى الاستعمال اللغوى ، وليس على الحقيقة .

فكأن عمر قال للصحابة الذين عارضوه ، وطلبوا منه قسمتها عليهم " إنكم لم تغنموا هذه الأرض على وجه الحقيقة ، فلا دليل لكم فى آية الغنيمة لأنها فى المنقولات، وما أشبهها"[3].

---

(١) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى– ٢٠/ ٣١٢ .

(٢) سورة الأنفال : آية ٤١ .

(٣) السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – د/ يوسف القرضاوى – صـــ١٩٣ .

وكانت المدة ثلاث سنوات على الغالب « فروى أن عمر ﷺ قال : من كانت له أرض يعنى من بحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها »[١] . وبه قال الحنابلة[٢] .

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 الإجتماعى فيهم وكذلك السياسى ، 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﴾[٣] .

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 أُوِّل هذا النص وأمضيت المصالح التى لابد منها[٤] .

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 بأيدى المسلمين .

---

(١) ابن حجر – فتح البارى– ٦/ ٤٣٥ .

(٢) انظر (ابن قدامة – المغنى– ٥١٥/٧) .

(٣) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(٤) انظر (الشيخ / محمد الغزالى – الإسلام والأوضاع الاقتصادية صـ ١٠٣ – نهضة مصر – ط٢ – ١٩٩٨م).

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 فرقد [١] – حين اشترى أرضا على شاطئ الفرات –: ممن أشتريها ؟ قال : من أهلها ، قال : هؤلاء أهلها – وأشار إلى المهاجرين والأنصار "[٢] .

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[٣] :

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 بأسيافنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ، ولأبناء القوم ، ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا ؟

ويرد أمير المؤمنين عليهم قائلا : هذا رأى .

قالوا : فاستشر ، فاستشار المهاجرين الأولين ، فاختلفوا ، فرأى عبد الرحمن بن عوف ، وبلال[٤] ، والزبير بن العوام ﷺ أن تقسم لهم حقوقهم ، واستشهد

---

(١) عتبة بن فرقد هو : عتبة بن فرقد بن يربوع بن حبيب بن مالك بن أسعد بن رفاعة بن ربيعة بن رفاعة بن الحارث بن بهثة بن سليم السلمى أبوعبد 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 ٤/٦٧) .

(٢) أبو عبيد – الأموال– صـ ٩٤ .

(٣) أرض السواد : هى أرض بالعراق سميت بذلك لكثرة زراعتها – انظر (الأموال لأبى عبيد – صـ ٧٤).

(٤) بلال بن رباح هو : بلال بن رباح التيمى المؤذن أبو عبد الله ، ويقال أبو عبد الرحمن ، وهو ابن حمامة ، وهى أمه روى عن النبى ﷺ ، وروى عنه أبوبكر ، وعمر مات بدمشق بطاعون عمواس سنة ١٧ أو ١٨هـ قال ابن منده فى المعرفة (دفن بحلب) ، انظر (ابن حجر – تهذيب التهذيب ١/٣١٥ ، ٣١٦) .

ب– ذهب مالك إلى عدم تقسيم أرض العنوة وإبقائها ملكا عاما للمسلمين ، ويصرف خراجها فى مصالحهم وفى جميع السبل التى تعود على الأمة بالخير والمنفعة العامة[١] .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 فى الرقاب ، أما الأرض فهى غير داخلة فى عموم الآية.

واستدل مالك بحديث أبى هريرة عن رسول الله ﷺ « منعت العراق قفيزها ودرهمها ، ومنعت الشام مدها ودينارها ، ومنعت مصر إردبها ودينارها»[٢] .قال الطحاوى [٣] : (منعت العراق بمعنى ستمنع ، فدل ذلك على أنها لا تكون للغانمين، لأن ما ملكه الغانمون لا يكون فيه قفيز ولا درهم ، ولو كانت الأرض تقسم ما بقى لمن جاء بعد الغانمين بشىء ، 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 ﴾[٤] بالعطف على قوله : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ﴾[٥] . قال إنما يقسم ما ينقل من موضع إلى موضع)[٦] .

جـ – وقال الشافعى : تقسم الأرض خمسة أقسام ، فيوزع أربعة أخماسها على الفاتحين ، والخمس لله وللرسول ، كما تقسم باقى الغنائم ، ولا فرق بين المنقولات والأراضى ، واحتج الشافعى بعموم آية الغنيمة ، وقال : " والأرض مغنومة لا محالة ؛ فوجب أن تقسم كسائر الغنائم ، وقد قسم رسول الله ﷺ ما

---

(١) انظر (الماوردى – الأحكام السلطانية) وانظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى– ٣١٣/٢٠) .

(٢) أحمد – المسند – ١٢٠/٢ ، وأبو داود – السنن– ١٦٦/٣ .

(٣) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة الأزدى الطحاوى – شافعى وانتقل إلى المذهب الحنفى (ت : ٣٢١) انظر (الزركلى – الأعلام – ٢٠٦/١) .

(٤) سورة الحشر : آية ١٠ .

(٥) سورة الحشر : آية ٨ .

(٦) الطحاوى أبو جعفر – شرح معانى الآثار – تحقيق /محمد زهرى النجار – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٢٠/٢ . وانظر (القرطبى – الجامع لأحكام القرآن– دار الحديث – القاهرة – ٨/٨ : ٩) .

افتتح عنوة من خيبر)[١] ، وقال أيضا : (ولو جاز أن يدعى الخصوص فى الأرض جاز أن يدعى فى غير الأرض فيبطل حكم الآية)[٢] .

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﴾[٣] .فلا حجة فيها ؛ لأن ذلك إنما هو فى الفيء 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 ﴾[٤] . 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[٥] .أن عمر استطاب أنفس أهلها وكذلك صنع رسول الله ﷺ فى سبى هوازن[٦] لما أتوه استطاب أنفس أصحابه عما كان فى أيديهم .

الوجه الثانى : إما أن يكون ما وقفه عمر فينا فلم يحتج إلى مراضاة أحد[٧].

وقد علق ابن القيم على دعوى استطابة عمر للفاتحين بأنها لا تصح ، وخصوصا وأن بعض الصحابة كبلال بن رباح نازعوه فيها[٨] .

ولا يمكن أن نقول بالإجماع فى المسألة ؛ لأن بعض الصحابة نازعوا أمير

---

(١) القرطبى – الجامع لأحكام القرآن– ٩/٨ .

(٢) القرطبى – المرجع السابق – ٩/٨ .

(٣) سورة الحشر : آية ٦

(٤) سورة الحشر : آية ١٠

(٥) جرير هو : جرير بن عبد الله بن جابر بن مالك بن نصر بن ثعلبة بن جشم بن عويف البجلى القسرى ، وقيل أبو عبد الله اليمانى روى عن النبى ﷺ ، وعن عمر وعن معاوية ، وروى عنه ابنه وابن ابنه زرعة بن عمرو ، مات سنة ٥١هـ ، انظر (تهذيب التهذيب ٣٦٨/١) .

(٦) هوازن : هى قبيلة عربية تسكن الطائف وسبيت فى غزوة حنين ، منها مالك بن عوف النضرى ، انظر (ابن قتيبة – المعارف صـ٨٦) .

(٧) انظر (القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – ٩/٨) .

(٨) انظر (الإمام الشوكانى (ت : ١٢٥٥هـ) – نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار– دار الحديث – الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م – ١٩/٨) .

المؤمنين عمر فى عدم قسمته الأرض فكيف يقول الأحناف بالإجماع؟ والذى يعنينا هو قولهم بتخيير الإمام فى الأرض المغنومة ، قال أبو يوسف صاحب أبى حنيفة : (والذى رأى عمر ﷺ من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها ، عندما عرفه الله ما كان فى كتابه من بيان ذلك توفيقًا 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 موقوفا على الناس فى الأعطيات والأرزاق لم تشحن الثغور ، ولم تقو الجيوش على السير إلى الجهاد ، ولما أمن رجوع أهل الكفر إلى مدنهم إذا خلت من المقاتلة والمرتزقة، والله أعلم بالخير حيث كان)[1] .

د- وظاهر مذهب الإمام أحمد وأكثر نصوصه على أن الإمام مخير فى 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 فى ذلك هو فعل النبى ﷺ فلقد فعل الأقسام الثلاثة ؛ فإنه قسم أرض قريظة والنضير وترك قسمة مكة وقسم بعض خيبر وترك بعضها لما ينويه من مصالح المسلمين[2] .

ومن ثم كان اختلاف الفقهاء بين مجيز للوقف مطلقا كمالك ، وبين مانع لحبس الأرض ووقفها مطلقا للشافعى وبين قائل بالتخيير كأبى حنيفة وأحمد .

وسبب خلاف الفقهاء فى هذه المسألة : هو ما يظن من التعارض بين آية سورة الأنفال ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ ... ﴾[3] . 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 ﴾[4] .

---

(١) أبو يوسف – الخراج– صـ ٣٨ .

(٢) انظر (الشوكانى – نيل الأوطار – ١٩/٨) .

(٣) سورة الأنفال : آية ٤١.

(٤) سورة الحشر : آية ١٠ .

ذلك لأن آية سورة الأنفال تقتضى وجوب تقسيم الغنائم ، وآية سورة الحشر تقتضى إشراك الناس جميعا فيها ، وأيضا آية الأنفال أسبق فى التنزيل من آية الحشر.

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 الفيء على ما هو ظاهر من ذلك ، قال بتقسيم الأرض ، واستدل من قال بالتخيير بين القسمة وعدمها ما روى عن النبى ﷺ من قسمة خيبر نصفين ، نصفا لنوائبه وحوائجه ، ونصفا بين المسلمين ، وقال هذا يدل على أن الإمام مخير بين القسمة والإقرار بأيديهم[1] .

والراجح مما سبق هو السياسة العمرية التى أيدها كثير من الصحابة وأن هذه السياسة كانت توفيقا من الله تعالى لعمر كما قال أبو يوسف (عندما عرفه الله ما كان فى كتابه من بيان ذلك توفيقا من الله كان له فيما صنع)[2] .

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 ، وأيضا 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[3] . 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 يقم بهذا العمل وحده ، وإنما فعله من بعده عمر بن عبد العزيز فكان يرى أيضا وقف الأرض المغنومة على

---

(١) انظر (ابن رشد الحفيد (ت : ٥٩٥هـ) – بداية المجتهد ونهاية المقتصد– دار الفكر – بدون تاريخ ٢٩٣/١ : ٢٩٤) .

(٢) أبو يوسف – الخراج– صـ ٣٨ .

(٣) انظر (الأستاذ / صلاح الدين عبد الحليم سلطان – صـ ٧٤) .

المسلمين[١] .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 الاضرار البالغ .

وعلى ذلك فإن لولى الأمر العادل أن ينزع الأراضى إن رأى ضررا أو مصلحة أكبر[٢] .مع خضوع فعله هذا لرقابة قضاء المظالم وفقا للشرع الحكيم ، فولى الأمر فى الإسلام محل مساءلة إذ إن تصرفه باسم شعبه وبناء على اجتهاده وليس لتصرفه قداسة تبعده عن الرقابة والمساءلة ، فلم يترك ولى أو أمير أن يتصرف باسم الحق الإلهى وليس لأحد أن يحاسبه ؟ بل هو فى ظل النظام الإسلامى يخضع للمحاسبة (قال عمر ﷺ : (من أراد أن يسأل عن المال فليأتنى فإن الله تبارك وتعالى جعلنى له خازنا وقاسما) فهو مسئول أمام من يريد من الأفراد لأنهم ذوو حقوق فيه)[٣] .

وتمثلت رقابة القضاء (ولاية المظالم) فيما يلى :

١–النظر فى تعدى كبار موظفى الدولة على الرعية ، وظلمهم لهم .

٢–النظر فيما يجبى العمال من الناس من أموال .

٣–النظر فى الأملاك المنزوعة من قبل الدولة[٤] .

وفيه يقوم قاضى المظالم بالنظر فى محل المسألة ووضعه على كفتى الموازنة بين المنافع والمضار ومن ثم فإن نزع الملكية للمنفعة العامة له أصالة تاريخية فى النظام

---

(١) انظر (أ.د/ محمد رواس قلعه جى– موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز– مجلس النشر العلمى – جامعة الكويت ٢٠٠١م– صـ ٦٤).

(٢) انظر (الأستاذ / عبد السميع المصرى – مقومات الاقتصاد الإسلامى – صـ ٧٢ : ٧٣) .

(٣) الأستاذ / عبد السميع المصرى – المرجع السابق – صـ ٦٧ .

(٤) انظر (الدكتور / أحمد بن داود المزجاجى الأستاذ المشارك بقسم الإدارة العامة – كلية الاقتصاد والإدارة جامعة الملك عبد العزيز – السعودية – الرقابة فى الإدارة الإسلامية المفهوم والخصائص– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد (٣٥) – جامعة الكويت – ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م – صـ ١١٧ : ١١٩) .

الإسلامى بدأ تطبيقه الواضح والظاهر فى عهد عمر بن الخطاب ﷺ حتى وقتنا الحاضر ، ونزع الملكية فى 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 : (فى ضوء ما هو مسلم فى أصول الشريعة من احترام الملكية الفردية ، حتى اصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة ، وأن حفظ المال أحد الضروريات الخمس التى عرف مقاصد الشريعة رعايتها ، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها ، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية ، وعمل الصحابة ﷺ فمن بعدهم من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة ، تطبيقا لقواعد الشريعة العامة فى رعاية المصالح ، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة ، وتحمل الضرر الخاص لتفادى الضرر العام قرر ما يلى :

أولا : يجب رعاية الملكية الفردية وصيانتها من أى اعتداء عليها ، ولا يجوز تضييق نطاقها ، أو الحد منها ، والمالك مسلط على ملكه ، وله فى حدود المشروع التصرف فيه بجميع وجوهه ، وجميع الانتفاعات الشرعية .

ثانيا : لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية :

١–أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فورى عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل .

٢–أن يكون نازعه ولى الأمر ، أو نائبه فى ذلك المجال .

٣–أن يكون النزع للمصلحة العامة التى تدعو إليها ضرورة عامة ، أو حاجة عامة تنزل منزلتها ، كالمساجد ، والطرق ، والجسور .

٤–ألا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه فى الاستثمار العام أو الخاص ، وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان .

فإن اختلفت هذه الشروط ، أو بعضها كان نزع ملكية العقار من الظلم فى الأرض ، والغصوب التى نهى الله تعالى عنها ورسوله ﷺ على أنه إذا صرف النظر عن استخدام العقار المنزوعة ملكيته فى المصلحة المشار إليها تكون أولوية استرداده

مالكه الأصلى ، أو لورثته بالتعويض العادل)[١]

وبناء على ما سبق فإن المصلحة العامة تعد هدفا أعلى فى 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 فى انسجام ووئام ، بل تلاقت فى تعارض واصطدام ، ترجحت المنفعة العامة ، ولو أدت إلى الإضرار بما عداها ، وكذلك المنفعة العامة فى ذاتها ضرورة من الضرورات التى 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)[٢]. ذلك لأن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه ، فيدفع العام دون الخاص[٣] .

كانت هذه هى بعض معالم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة فى النظام الإسلامى ، فما هى معالمها فى النظم الوضعية ؟

هذا ما نتعرف عليه فى المطلب الثانى .

---

(١) قرار رقم (٤) د ٨٨/٨/٤ بشأن نزع الملكية للمصلحة العامة – الصادر من مجلس مجمع الفقه الإسلامى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى – انظر (مجلة مجمع الفقه الإسلامى – الدورة الرابعة – العدد الرابع – عام ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م – الجزء الثانى – صـ ١٧٩٧ : ١٧٩٨) .

(٢) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – صـ ٨٨ .

(٣) انظر (أ.د / عبد الوهاب إبراهيم أبوسليمان – فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة – آفاق وأبعاد المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب – البنك الإسلامى للتنمية – جدة – السعودية – ط١ ١٤١٤هـ – صـ ١٣٠ .

المطلب الثانى

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية

يمثل نزع الملكية للمنفعة العامة الأرض البكر لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية وبخاصة فى فرنسا إذ إن مجلس الدولة فيها قام بإعمال النظرية حينما كان محل القرار الإدارى منصبا على انتزاع ملكية ما يقرب ٥٠٠ هكتار من الأراضى لأجل إعادة تخطيط المدينة (VILLE NOUVELL- EST) عام ١٩٧١م ، ومنذ هذا التاريخ بدأ المجلس فى إرساء معالم هذه النظرية بخطوات حثيثة واعية لا تكبيل فيها ليد الإدارة عن القيام بالأعمال المنوطة بها ، وخصوصا فى 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 القضائى فى الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن أحكام مجلس الدولة فيها تكاد تقترب من تطبيق النظرية فى مجال نزع الملكية ، وإن لم يكن تطبيقها ظاهرا كظهورها فى مجال التأديب ، وهو ما جعل بعض فقهاء القانون فى مصر يقول : بأن النظرية مطبقة فى مصر فى إطار مصطلح الغلو ، الذى يوجب على السلطة التأديبية ألا تغلو فى تقدير الجزاء المناسب للمخالفة التأديبية ، وقالوا بأن مجلس الدولة قصد بذلك إحداث نوع من التوازن بين مصلحة المرفق فى عدم تكرار المخالفة ومصلحة المذنب بعدم الإسراف فى شدة العقاب[1] .

ومع هذا فإن أحكام مجلس الدولة التى ظهرت أخيرا بشان عزبة خير الله ، وسوق روض الفرج ، لتعطينا بعض القناعات بتبنى القضاء الإدارى المصرى لنظرية الموازنة فى مجال نزع الملكية .

ومن ثم نعتبر نزع الملكية للمنفعة العامة هو الميدان الحقيقى ، والمحرك الفعلى لإعمال النظرية فى كلٍ من مجلس الدولة الفرنسى والمصرى .

وتتضح معالم تطبيقها فى إطار الفرعين التاليين :

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦١/١١/١١ فى الطعن رقم (٥٦٣) لسنة ٧ق .

الفرع الأول

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا

يُعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة هو الأكثر أهمية والأكثر ظهورا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى 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 التى 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 " (١).

وهذا مبدأ له أهمية دستورية يجب على المشرع نفسه احترامه ، ناهيك عن أن المجلس الدستورى يجب عليه أن يعترف به(٢).

٢– تنص المادة (٥٤٥) من القانون المدنى الفرنسى على أنه (لا يمكن حرمان أحد من الاستفادة من ممتلكاته إلا إذا تطلبت المنفعة العامة ذلك مع التعويض عن هذه الخسارة) (٣).

وتُعتبر هذه المادة صدى صوت للنص الدستورى السابق ، ولقد وجدت نصوص سابقة على هذا النص منها قانون (٨ مارس ١٨١٠م) والذى قسم إجراءات نزع الملكية إلى مرحلتين :الأولى : إدارية ، والثانية : قضائية ، وحددت للقاضى نسبة تدخله فى نزع الملكية وذلك بتقدير الخسارة التى يجب التعويض عنها،

---

(١) انظر (إعلان مبادئ حقوق الإنسان ١٧٨٩م مادة ١٧) وانظر فى ذلك أيضا :
Rene chapus : Droit- ADMINSTRATIF, GENERAL , P. 504 , 1988 PARIS

(٢) انظر : Rene chapus : op. sit . P.504 .

(٣) انظر : Code Civil : 1991- 92 – P.417

ومن ثم فالمحاكم القضائية هى المخولة بتحديد القدر المناسب للتعويض عن الخسائر[١].

وكذلك قانون (٧ يوليو ١٨٣٣م ، ٣ مايو ١٨٤١م) الذى على أساسه تم نزع الملكيات اللازمة لتنفيذ المشروعات الضرورية للقرن التاسع عشر ، وبخاصة فى الأشياء التى كان يلزم نزع ملكيتها لإقامة شبكة " السكة الحديد ، وأيضا مرسوم (قوانين ٨ أغسطس ، ٣ أكتوبر ١٩٣٥ التى حددت الحق العام فى نزع الملكية حتى نهاية الجمهورية الرابعة[٢]. وأخيرا مرسوم ٢٣ أكتوبر ١٩٥٨م .

والحقيقة أن الحقبة الحالية فى فرنسا بشأن قانون نزع الملكية ، جاءت طبقا لهذا المرسوم التشريعى ، الذى غُيِّر أكثر من مرة بقانون ٢٦ يوليو ١٩٦٢م ، ١٠ يوليو ١٩٦٥م ، ١١ يوليو ١٩٧٢م ، ٣١ ديسمبر ١٩٧٥م ، ١٨ يوليو ١٩٨٥م) .

وجميع هذه القوانين السالف ذكرها تمثل مع المراسيم التشريعية اللازمة للتطبيق مادة قانون نزع الملكية للمنفعة العامة والصادرة طبقا لقانون ٢٨ مارس ١٩٧٧م[٣].

وإنه بالتتبع لما سبق من نصوص قانونية جاز لنا أن نقول : بأننا بين مصلحتين يقررهما نصان : الأول : فى إعلان حقوق الإنسان .

والثانى : نص المادة (٥٤٥) من القانون المدنى الفرنسى .

وعليهما فإن نزع الملكية للمنفعة العامة يدور بين منفعة خاصة للفرد ،

---

(١) انظر المرجع السابق :

" Rene' chapus : DRoit ADmiNSTRATIF – GENERAL - 1988 – paris – P.504.

(٢) الجمهورية الرابعة فى فرنسا كانت مع دستور ١٩٤٦م ، وتميزت هذه الفترة فى فرنسا بعدم الاستقرار السياسى أو الحكومى ، انظر (الدكتور / ربيع أنور فتح الباب – الظروف الخاصة بنشأة نظام ازدواج الهيئة التشريعية " نظام المجلسين " فى النظم الديمقراطية الحديثة– دار النهضة العربية١٩٩٢م– صـ ٢١٧ : ٢٢٠)

(٣) انظر :

" Rene' chapus : DRoit ADmiNSTRATIF – GENERAL - 1988 – paris – P.504.

وعامة للمجتمع ، وضرر خاص ، وضرر عام ، لذا فإنه لا يمكن الحكم بنزع الملكية إلا إذا كانت هناك ضرورة عامة كما ورد فى صيغة إعلان حقوق الإنسان ١٧٨٩م ، أو على حد قول المادة (٥٤٥) مدنى المنفعة العامة ، وهو مايستوجب الموازنة بين المنفعتين ، وما تُدرأ به أعظم المضرتين ، وعند التعارض يلزم الترجيح بما يحقق دفع غالب الضررين ويجلب أعظم المصلحتين ، وعليه فإن غالب أمر القضاء أن تدخله ضمان أساسى لحماية المنافع وتكثيرها ، ودرأ المضار وتقليلها .

وبالتتبع لحالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا وجدت أن القضاء الإدارى فيها استطاع أن يحرر كيفية لتحديد المنفعة العامة فى إطار النظرية ، فبعد أن كان إعلان الإدارة عن أن المشروع المزمع تنفيذه يحقق منفعة عامة تبيح نزع الملكية فيقضى مجلس الدولة بأن قرار الإدارة لا يشوبه شىء من عدم القانونية ، وبعد أن كان المجلس يقف عند حد التأكد من وجود منفعة عامة تبرر نزع الملكية للإدارة ، قام القضاء بتطورات عديدة وعميقة أهمها تطوره فى قضية المدينة الجديدة الشرقية ، وقراره فيها بتاريخ ٢١ مايو ١٩٧١م ، ويُعد هذا القرار الأهم فى تاريخ جميع التعديلات التى طرأت على قانون نزع الملكية .

وفى هذه القضية طبق مجلس الدولة الفرنسى مبدأ الموازنة تطبيقا مباشرا ، وكانت بداية 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 بريبان (BRAIBANT) وما أبداه من ملاحظات فى مذكرته التالية :

تقرير بريبان[1] والموازنة بين المنافع والمضار فى إطار نزع الملكية :

استطاع بريبان 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 بريبان :

" من حيث أنه طبقًا 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 مطلوبا بقصد تحقيق أشغال travaux أو إنشاءات ouvrage فإنه يجب أن يتضمن :

١ – مذكرة إيضاحية تبين بصفة خاصة محل العملية .

٢ – خريطة الموقع .

٣ – الخطة العامة للعمل .

٤ – المميزات الأساسية للإنشاءات الأكثر أهمية .

٥ – التقدير الإجمالى للنفقات .

ثانيا : إذا كان تقرير المنفعة العامة مطلوبا بقصد كسب ملكية عقار فإنه يجب أن يتضمن :

١ – مذكرة إيضاحية تبين بصفة خاصة محل العملية .

٢ – خريطة موقع العمل .

---

(١) انظر :

C.E . 28 mai 1971, Ministnt de L'e'quipeme et du Logementc. Fédération de defense des . Personness concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle est " Rec . 409 . concl . Braibant . D . 1972 . 194 , note Lermasurier ; R.D.P. 1972 . 454 , note Waline ; A.J. 1971 . 404 et 463, chr . Labetoulle et Cabanes et concl . Braibant , Rev . Adm 1971. 4 concl . Braibant , J.C.P 1971 . II. 16873 , note Homont ; J.E.G. 1972 . J.38 note Virole .

٣–المحيط المحدد للعقارات المطلوب نزع ملكيتها .

٤–التقدير الإجمالى لما سيكسب ملكيته .

ومن حيث أن هذه النصوص تفرق فيما يتعلق بتكوين الملف الخاضع للتحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة من ناحية فى الفقرة أولا الحالة التى يكون فيها محل نزع الملكية تحقيق أشغال أو إنشاءات ، ومن ناحية أخرى فى 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 الأراضى ، ومن ناحية أخرى تنفيذ الشخص العام الذى يكسب ملكية هذه الأراضى الأشغال والإنشاءات فللإدارة أن تقتصر فى مرحلة أولى على كسب ملكية الأراضى بدلا من أن تنفذ العملية فى نفس الوقت إذا اتضح أنه فى تاريخ فتح التحقيق السابق على تقرير المنفعة العامة أن دراسة برنامج الأشغال والإنشاءات لم تتقدم على وجه كاف بسبب غياب عناصر ضرورية ؛ وأنه فى مثل هذه الحالة يمكن ألا يضم ملف التحقيق إلا الوثائق المطلوبة فى الفقرة ثانيا من المادة الأولى من مرسوم ٦ يونية سنة ١٩٥٩ .

ومن حيث إنه يتضح من مستندات الملف أنه فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٦٧ تاريخ إتخاذ المدير قرار فتح التحقيق المقرر من أجل تقرير المنفعة العامة وكسب ملكية العقارات اللازمة لإنشاء المدينة الجديدة بليل شرقا ، لم يكن لدى الإدارة إلا مشروع أوّلى لخطة قطاع الإعداد والتعمير الذى سيطبق على المدينة الجديدة ، وأنه إذ لم تكن ثمة دراسات محددة لموقع ومعالم المؤسسات الجامعية التى ستضمها أو محور الطرق التى ستربطها بصفة خاصة ، وأنه على هذا الوجه لم تكن الإدارة قادرة على أن تقدم فى التاريخ المذكور أعلاه خطة عامة للأشغال ولا معالم الإنشاءات الأكثر أهمية ، وأنه بذلك كان لها أن تقتصر – كما فعلت – على مجرد كسب ملكية الأراضى اللازمة ، ونتيجة لذلك استطاعت الإدارة قانونًا ألا تقدم فى 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 فى الفقرة أولا من المادة الأولى من هذا المرسوم من ملف التحقيق لتلغى قرار وزير التعمير والإسكان المشار إليه باعتباره قائمًا 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 مختصًا بتقرير المنفعة العامة لكسب ملكية العقارات اللازمة لإنشاء المدينة الجديدة طالما أن رأى المفوض المحقق كان موافقًا : 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 لائحى 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 الآمر بالتحقيق قد احترمت ، وأنه لا يوجد أى نص تشريعى أو لائحى 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 مّا إلا إذا كان ما تتضمنه من اعتداء على الملكية الفردية والتكلفة المالية والمساوئ 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 المبانى الجامعية التى يجب إقامتها فيها عن القطاعات المخصصة للإسكان ؛ وتبرر الإدارة أنها اضطرت لتحقيق هذا الإعداد إلى أن تُدْخل فى هذه المنطقة عددًا 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) "[1].

نظرات فى تقرير بريبان 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

(١) مارسولون – بروسيرفى – جى بريبان – أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى – ترجمة د / أحمد يسرى – منشأة المعارف – الإسكندرية – ط ٨ – ١٩٨٤ م – صـ ٦٣٢ : ٦٣٥ .

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 وقدرت 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 أثارها 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 اقترحته 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 باهظًا 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 واستقلالا عن الخصائص الذاتية للمشروع محل البحث ذا نفع عام ، وبتمام ذلك رفض بحث اختيار المسار الذى أقرته الإدارة[1] كذلك رفض مجلس الدولة بمجرد ما تثبّت من أن إنشاء مطار هو فى

---

(١) انظر :

C.E 30 juin 1961, Groupement de défense des Riverains de la route de l'in

ذاته " عملية يمكن قانونا اعتبارها ذات نفع عام "تقدير ملاءمة المشروع ، ثم أبـرز أن : " الظروف التى يدعيها الطاعنون من أن العملية التى تباشرها بلديـة ليجـل L'Aigle لا تبررها على وجه كاف حاجات السكان ، سواء بـالنظر إلى النقـل الجوى أو ممارسة رياضة الطيران ويجاوز الوسائل المالية للبلدية ، ليس مـن المجـدى إثارتها أمام قاضى تجاوز السلطة[١] ، وكذلك أيضا فبعـد أن قـرر المجلـس أن : " عمليات ... إنشاء ... مساكن ضرورية لتنفيذ منطقة ذات أولوية فى التعمير يمكن قانونا اعتبارها محلا لقرار تقرير منفعة عامة ، بيَّن المجلس أن نقد الطـاعنين الـوارد بصفة خاصة على اختيار الأراضى والمواقع المختارة للإنشاءات له صـلة بملاءمـة العمليات المقصودة ، وبذلك لا يمكن مناقشته على وجـه مجـد أمـام القاضـى الإدارى[٢] ،ولا يتم البحث الواقعى للعملية المزمعة إلا للسماح للقاضى بأن يكشف وجود انحراف محتمل بالسلطة[٣] .

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 توسعًا ، فتعتبر كل عملية ذات صلة بعيدة بالمصالح العامة ذات نفع عام[٤] .وهذا التضييق للرقابة القضـائية

---

térieur, Rec 452 ; D.1961 .663 ,concl . Kahn, note Josse ; A.J .1961 . 464, concl . Kahn

(١) انظر :

C.E: 13 mai 1964, Malby et Bedouet ,, A.J.D.A 1965 , 35 note Laporte

(٢) انظر : C.E: 27 fevr .1970, Chenu, Rec. 148 .

(٣) إنشاء مركز تدريب خيل بلدى مستهدفا فى الواقع السماح بإقامة نادى خاص للخيل .

C.E : 4mars1964, Dam Vve Borderie , Rec 157.

(٤) إنشاء بيت شباب

C.E: 20 dec. 1938 Cambieri ,Rec, 962;D. 1939.3.15 ; concl . Josse:

الحصول على مسكن لسكرتير عام المديرية : 28 juill. 1952. Lamy, Rec. 415

إنشاء فندق وكازينو فى نيس

C.E: 12 avr. 1967, Société nouvelle des entrepises d'hôtels ,J.C.P. Rec.606.

إنشاء شخص عام احتياطيا عقاريا

C.E : 4 now . 1970 , Société civile immobiliére"Les héritiers a . Coubriére , " Rec. 646

على المنفعة العامة لعمليات نزع الملكية موجب للأسف بقدر ما غيرت هذه العمليات وجهها خلال نفس الفترة باستمرار ، فقد خَلَفَ نزع الملكية المنفرد الواقع على عدة قطع زراعية لإنشاء مدرسة أو تعديل طريق عمليات تعمير واسعة أو إنشاء طريق سيارات تصيب مئات الملكيات وتؤدى 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 فى بعض حالات التعمير لصالح ممول عقارى خاص ، فلم يعد تَميُّز المصالح العامة والخاصة واضحا ، وفى بعض الحالات يتم تحقيق الصالح العام من خلال تحقيق مصالح خاصة بصفة تامة[١] .

وكما قال مفوض الحكومة بريان : "وهكذا يصبح الموقف معدلا بل وأحيانا مقلوبا ؛ فلم يعد يوجد فقط السلطة العامة والصالح العام فى ناحية وفى الأخرى الملكية الخاصة ؛ فتوجد فى حالات عديدة وبصورة تتزايد خلف نازعى الملكية والمنزوعة ملكيتهم مصالح عامة مختلفة ، بل وقد يحدث أن يكون وزن المصالح الخاصة المستفيدة من العملية أكثر ثقلا فى إجراءات القرار وتكوينه من المصالح العامة التى قد تضار من ذلك ، فلا يمكن إذن الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة ، بل يجب أيضا أن يوضع فى الميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها ، وكما يقول الاقتصاديون عدم نفعها مع نفعها"[٢] .

وهكذا فلا يثير الدهشة إطلاقا قبول مجلس الدولة أحيانا ، منذ عدة سنوات ، أن يذهب فى رقابته على المنفعة العامة أبعد من رقابته التقليدية عليها بصفة مجردة in abstracto ليبحث الاتفاق مع الصالح العام الناشئ عن العملية منظورا إليه واقعيا .

---

(١) إذ أدى انحراف الطريق محل بحث القضية إلى حصول شركة سيارات يجو على المرور مباشرة وتوكدة ، فينفق مع لصالح العام إشباع حاجات المرور العام فى نفس الوقت .

C.E: 20 juill . 1971, Ville de Sochaux,A.J.D.A
Rec. 561 ; A.J. 1972. P. 227, note Homont .

(٢) مارسولون بروسيرفى جى بريان : أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى – صـ ٧٣٧ .

فلقد أقر المجلس بالمنفعة العامة لتوسيع حلبة سباق الخيل فى كانى – سير – مير – Cagnes Sur- Mer بمراعاة أن هذه العملية " غرضها المساهمة فى التطور الاقتصادى والسياحى لبلديات نيس وكانى – سير – مير[1] " وكذلك أقر صفة المنفعة العامة لتجديد كتلة سكنية فى وسط مدينة فيرمنى 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[2] .

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[3] .

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"[4] .

---

(١)مع حاجات تطوير المجموع الصناعى الذى يلعب دورًا هاما فى اقتصاد المنطقة .

C.E: 10 févr . 1958, Bô, et autres, Rec . 918; A.J.D.A. 1958 . II.128 , note J.G.

(٢) انظر :

C.E: 27 mai 1964, Groupement de défense de L'ilot de Firminy centre, Rec. 229 ; A.J. 1964 . 432, concl . Rigaud ; R.D.P 1965 . 264, note Waline ; - C.E: 18 mars . 1970 , Cons . Vitry, Rec . 205 .

(٣) انظر : C.E: 15 mars 1968, Commune de Cassis , Rec . 189 .

(٤) C.E: 23 janv . 1970 Epoux Neel , Rec. 44, concl. Baudouin; A.J.P.I. 1970 .298, note Homont .

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 عليها"[١] . ولكن من المناسب كذلك أن يؤخذ فى الاعتبار إلى جانب التكلفة المالية للعملية التكلفة الاجتماعية لها . " ففى وقت يكثر فيه السؤال عن ... البيئة وإطار الحياة ، يجب تجنب قيام مشروعات وإن كانت نافعة من ناحية ، التى تزيد التلوث أو تدمر جزءا من الذمة الوطنية والثقافية للبلاد ؛ فالإغراء كبير بالتضحية براحة سكان ضاحية من أجل مطار ، أو بغابة فونتنيلو من أجل طريق سيارات أو بجناح بالار Pavillon de Baltard من أجل محطة مترو ، فمن المهم فى كل حالة وزن ما للعملية وما عليها بعناية وألا تكون المنفعة العامة للعملية مجرد قناع لجدتها novicité العامة المحتملة "[٢] .

ثم أضاف مفوض الحكومة أنه فى واقعة القضية يعوض عن هدم مائه مسكن بإنشاء محور طرق مركزى لمجمع يتضمن مدينة جديدة لعشرين ألف من السكان ومجمعا جامعيا لثلاثين ألف طالب : " فيجب أن توضع أهمية العملية فى الميزان مع المساكن التى ستهدم ، ومن المؤكد أنه من غير المعقول إبعاد مائة أسرة من مساكنها من أجل إسكان خمسين ، ولكن من العادى جدا هدم مائة مسكن فى حالة عملية تسمح ببناء عدة ألاف "[٣] ولاشك أنه كان يمكن نقل محور الطرق كما طلبه الاتحاد الطاعن ولكن حينئذ كان سيفصل المجمع الجامعى عن بقية المدينة بينما كان هدف العملية بالذات هو تقريبهما .

واتفاقًا مع التقرير قررت الجمعية العامة للقسم القضائى 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 الاجتماعى

---

(١) مارسولون بروسيرفى جى بريبان : أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى – صـ ٦٣٨ .

(٢) مارسولون بروسيرفى جى بريبان : المرجع السابق – صـ ٦٣٩ .

(٣) مارسولون بروسيرفى جى بريبان : المرجع السابق – صـ ٦٣٩ .

غير باهظة بالنسبة للمصلحة التى تمثلها . ثم حكمت بأنة فى واقعة القضية " بمراعاة أهمية مجموع المشروع فليس من شأن ظرف اختفاء مائة مسكن نزْع صفة المنفعة العامة عن العملية"[1] .

ثالثا : ولقد زاد اتساع رقابة قاضى تجاوز السلطة منذ حكم المدينة الجديدة شرقا على مزايا ومضار العملية ، إذ يأخذ مجلس الدولة فى اعتباره الآن تكاليف العملية ، والمساس بالمصالح العامة الأخرى ، الذى قد تتضمنه العملية . وفى الحقيقة كان على مجلس الدولة فى حكم ٢٠ أكتوبر ١٩٧٢ الشركة المدنية لسان مارى دى لا سنسيون St.M.de I'Assomption[2] أن يحكم فى شأن المنفعة العامة لإنشاء طريق سيارات شمال نيس 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

---

(١) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٣٩ .

(٢)

C.E: Ass . 20.10.1972 , sté. Civile . Rec.657,concl.Morisot; R.D.P. 1973. P. 843, concl. Morisot, A.J. 1972 . P.576 . chr . Cabanes et Léger; J.C.P. 1973 . J . 60 , note Virole .

موريزو من المجلس أن " يرفض إقرار المنفعة العامة للعملية ما دامت فائدتها تلحق مساسا خطيرا بمصلحة عامة هامة " وقد تابع مجلس الدولة مفوض الحكومة وأجرى نوعا من التحكيم بين المصالح العامة محل البحث : ولم يَبْدُ له هدم مبنى به ٨٠ سريرًا 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 مَّا 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 "[1] ، ومنذ ذلك الحين تتردد صياغة حكم المدينة الجديدة شرقا مُكمَّلةً بحكم سان مارى دى لا سنسيون فى أحكام عديدة .

رابعا : إذا كان هذا التطور القضائى يُعْتبر 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.

فهل سيقتصر 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 ؟

ويثور هذا السؤال بصفة أخص بما 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

---

(١) مارسولون بروسبيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٠ .

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"[١] ومُضى القاضى " فى طريق تقديرات واقعية عسيرة أحيانا تقع على حدود مجال الملاءمة دون أن تدخله "[٢] 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"[٣] لأن هذه الرقابة تتضمن" إحلال تصوركم الخاص للمصلحة العامة محل ذلك الذى غلّبته الإدارة "[٤] . 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 "[٥] . 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[٦] ، فقد كانت الإدارة اختارت أصلا لطريق السيارات الذى يربط Freyming فريمن بستراسبورج مسارا فى وادى زورن Zorn وهو ممر طبيعى يمر فيه فعلا الطريق الوطنى الحديدية وقناة

---

(١) مارسولون بروسيرى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٤٤١ .

(٢) مارسولون بروسيرى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٤٤١ .

(٣) مارسولون بروسيرى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٤٤١.

(٤) مارسولون بروسيرى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٤٤١.

(٥) مارسولون بروسيرى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٤٤١.

(٦) انظر :

Rec. 145; ds. 1974.430, note gilli; J.C.P . 1975 . II. 18064, note B. Odent; R.D.P. 1975. 486, concl . Gentot; R.D.P. 1974 . 1780, note Waline A.J.D.A. 1974. 197, chr. Franc et Boyon A.J.P.I. 1974. 430, note Hostiou et Girod . C.J.E.G . 1974. 211 , note Virole .

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 المستقبلة 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 ملاءمة على الإطلاق إذن ، والقرار الذى تتخذ فى هذا الشأن هو أحد عناصر مشروعية "[1] ويعود تقدير الإدارة فى جميع الأحوال إلى مجرد مسألة ملاءمة بسيطة عندما تختار بين مسارين أو أكثر متساوية فى المنفعة العامة ، "ويبقى فى الحقيقة كما أضاف جنتو 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 قرارين مشروعين بكل ملاءمة "[2] ، 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 للإختيار النهائى

(١) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ٦٤٢ .

(٢) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٢ .

الذى أجرته الإدارة ، ولكنه حدد "أن هذا الأسف لا يمكن أن يعنى إلا ملاءمة القرار وليس شرعيته "[١] .

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 ملاءمة المسار الذى اختير بالبحث عن حل آخر يقدم نفس المزايا مقابل أضرار أقل[٢]. ومع ذلك ففى الفرض الذى يكون للشخص نازع الملكية أراضى داخلة فى ذمته تسمح بتنفيذ العملية يبحث القاضى ما إذا كان نزع الملكية له مع ذلك صفة المنفعة العامة[٣].

ورغم الهامش المتروك لوزن الإدارة التقليدى ، يظل الثابت أن رقابة القاضى الإدارى على المنفعة العامة لعمليات نزع الملكية " تتاخم رقابة الملاءمة" كما بيَّن ذلك أنطوان برنار فى تقريره فى حكم ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٧٣ جراسان[٤]، 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 بواتييه حوالى ٥٠ كيلومترا تأسيسا على أسباب تقترب جدا من التقدير الذاتى . فهذا الإنشاء لا يحقق "الحاجات الحقيقية للأوساط الاقتصادية فى المنطقة المهتمة بتطوير طيران الأعمال والتى تحت تصرفها من جهة أخرى على بعد أقل من ٥٠ كيلو مترا مطار بواتييه المزود بالإعدادات الضرورية " والإمكانية الممنوحة لأعضاء نادى الطيران المحلى لممارسة الرياضيات الجوية فى أفضل ظروف

---

(١) مارسولون بروسيرف جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٣ .

(٢) انظر : C.E : 7 oct. 1977, Syndicat des paludiers et autres , Rec . 380 .

(٣) انظر :

C.E:9 juin 1979, minister de L'interieur c/Malardel , Rec . 295 concl .Dondoux .

(٤) انظر :

Rec . 598; A.J. 1974 . 34, concl , Bernard, note J.K ; A.J. 1973 . 586 ., chr . Franc et Boyon .

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 :[١]: 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 "[٢] ويعبر الحكم فى النهاية كما أبرز المعلق الذى وقع J.K. عن الرأى الذاتى لمجلس الدولة فى ملاءمة إنشاء مطار فى البلدية المعنية ؛ " وهذا الرأى قد يهم رجل القانون إذا لم يكن غير مهتم بمسائل الطيران ، كما قد يهم الطيار إذا أحس حب الاستطلاع نحو المسائل القانونية ؛ ولكنه سواء حصل أو لم يحصل على موافقتيهما فليس له أى سند فى القانون ليتغلب على الرأى العكسى"[٣].

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 نزع 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[٤].

---

(١) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٣ .

(٢) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٣ .

(٣) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٣ .

(٤) انظر :

C.E . 1 er juin 1973, Abraham , Rec . 394 et 7 mars 1975 , Association des amis de L'abbaye de Fontevraud et groupement de defence interdépartemental de la foret de Fontevraud, Rec. 179; A.J.D.A. 1976. 208, note Hostiou .

وتوسيع معسكر الجيش فى لارزاك Larzac[١]. وقطار السرعة الفائقة باريس – ليون[٢]. وخط ١٣ مكررا بمترو باريس[٣]. وتوسيع كفاءة إعادة معاملة الوقود النووى بمركز الهاج La Hague[٤].

وقد قدّر مفوض الحكومة بريان فى تقريره فى قضية المدينة الجديدة شرقا إحساسا 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 التى تملكها ، فمسائل من نوع مًا إذا كان مطار باريس الجديد ينشأ فى شمال العاصمة أو جنوبها ، أو إذا كان طريق سيارات الشرق يجب أن يمر أقرب إلى متزأم نانسى تظل مسائل ملاءمة ، ولكن يجب أن تتدخلوا فقط فيما جاوز درجة معينة ، فى حالة تكلفة اجتماعية أو مالية مرتفعة بشكل غير عادى لا مبرر لها ، فالمهم هو أن تسمح رقابتكم بنقد القرارات التحكمية غير المعقولة أو السيئة الدراسة وأن تجبر الأشخاص المعنوية أن تقدم للمكلفين أولاً وبعد ذلك عند اللزوم للقاضى تبريرات جدية ومقبولة لمشروعاتها"[٥]

خامسا : لقد ظلت أحكام الإلغاء على أساس قضاء المدينة الجديدة شرقا نادرة جدا فى السنوات الأولى من تطبيقه ؛ فلم ينتقد مجلس الدولة أية من عمليات الأشغال المدنية أو العسكرية التى خضعت لرقابته .

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

---

(١) انظر :

T.A. Toulouse 21 juin, 1974, Tarlier et autres, Rec . 736 ; C.E. 5 mars 1976, Tarlier et autres, Rec. 130 ; J.C.P. 1977 II . 18650, note Truchet ; A.J.D.A. 1976 . 253 . note Colson .

(٢) انظر : C.E. 21 janvr . 1977, Person – Magnan et autres, Rec . 30 .

(٣) انظر :

C.E. 18 nov . 1977. Comité Pour L'amélioration des transports, de la circ ulation et de L'environnement de Clichy , Rec . 456 .

(٤) انظر : C.F. 10 déc . 1982, Comité régional d'information et de lutte antinucléaire de Basse . Normandie, Rec . 416 .

(٥) مارسولون بروسيرفى جى بريان : المرجع السابق – صـ ٦٤٤ .

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 ويراعيها 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 أتيحت لمجلس الدولة فعلا فرصة تطبيق هذه النصوص : وإذا كان قد ظهر على شىء من الشكلية بشأن التقديم المادى لدراسة الجدوى [١] ، 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[٢].

وقد مدت نظرية الموازنة إلى مجالات أخرى غير نزع الملكية مثل ؛ مخالفة خطط العمران[٣]. والارتفاقات اللازمة لإنشاء خط كهربائى[١].وإنشاء منطقة حماية

---

(١) انظر :
C.E: 9 juill . 1982, Ministre de L'industrie et autres c/Comité départemental de défense contre les couloirs de ligne a tries haute tension et autres , Rec. 277 ; A.J. 1982 . 587, chr . Tiberghien et lasserre .

(٢) انظر : C.E: 10 juin 1983, Decroix, Rec . P. 255; A.J . 1983 . 537 , chr . Lasserre et Delarue .

(٣) انظر :
C.E: 18 juill 1973 , Ville de Limoges , Rec . 530; D. 1975 . 49, note Colligorn, J.C.P. 1973 . II. 17575, note, Liet-Veaux R.D.P. 1974. 559 , ncl . Rougevin – Bavrille ;R.D.P 1974 . 259 , note , Waline ; A.J. 1973 . 480 , chr . Cabanes et Leger .

موقع يتمتع بالحماية[٢]. ويستوحى حكم S.A.F.E.R.d'Auvergne فى ٥ مايو سنة ١٩٧٦ المتعلق بتراخيص فصل ممثلى العمال نفس المبادئ .

ومن ثم تبدو نظرية الموازنة إلى جانب فكرة الغلط البين فى التقدير التى تقررت فى سنة ١٩٦١ ، وقضاء التوجيهات الذى تقرر فى سنة ١٩٧٠ ، إحدى الوسائل التى صنعها مجلس الدولة فى الفترة الأخيرة لتدعيم رقابته على السلطة التقديرية للإدارة .

الفرع الثانى

نزع الملكية للمنفعة العامة

والموازنة بين المنافع والمضار فى مصر

ما من شك فى أن مجلس الدولة المصرى كان وما يزال – وندعو الله سبحانه أن يظل دوما – كافل الحريات الفردية ، وركنها الركين ، وموئلها الحصين ، إذ إنه أرسى الأسس ، ووطد الأركان لحماية حقوق الإنسان على أرضه ، ودافع عن حق الشعب المصرى فى أن يتمتع بكامل حرياته العامة وحقوق أفراده ، فقام بمراقبة الإدارة وعملها لتكون معتصمة بالقانون ، بعيدة عن الهوى ، وبمنأى عن مجانبة الصواب[٣] ، ولاسيما إذا تعلق قرارها بنزع الملكية الذى هو تقييد للحرية والحقوق الفردية .

وبدأ مجلس الدولة المصرى يمد يد الرقابة على قرارات الإدارة وبخاصة فى مجال نزع الملكية ، وعمدته فى ذلك نص الدستور وروحه ، الذى يؤكد على صيانة الملكية الخاصة ، وأنها لا يجوز انتزاعها إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض ، وحتى

---

(١) انظر :

C.E: 24 janv. 1975 .Gorlier et Bonifay, Rec .54; A.J. 1975, 128 , chr . Franc et Boyon ; C.J.E.G . 1975 . 191, concl . Rougevin . Bavill et note Carron .

(٢) انظر :

C.E : 8 juill . 1977 , Dame Rié et autres ; A.J. 1977 . 620 , chr . Nauwelares et D utheillet de Lamothe

C.E: 12 mai 1975, Dame Ebri et autres,Rec. 280, A.J.D.A . 1975.314,concl, G. Guillaume .

(٣) انظر (الأستاذ / حمدى ياسين – الحماية القضائية لحقوق الإنسان – دراسة موجزة حول دور القضاء المصرى فى حماية حقوق الإنسان – مجلة المحاماة المصرية – العدد الأول ٢٠٠١ – صـ ٥٥٠) .

الإرث فيها مكفول[١] فالملكية الخاصة حق وأصل ، وانتزاعها للمنفعة العامة استثناء متوقف على مراعاة الصالح العام ، واعتبر القضاء الإدارى المنفعة العامة شرطا جوهريا لنزع الملكية ، بل هى الغاية التى تبرر لجوء الإدارة إلى وسيلة نزع الملكية الفردية لتتمكن من ممارسة نشاطها عموما[٢] .

واعتمد القضاء الإدارى على ما سنه المشرع من قيود على نزع الملكية ، حيث اشترط القانون شرطين لنزع الملكية :

الأول : ألا يوجه نزع الملكيـــة إلا إلى العقـــارات المادية والحكميـــــة ، 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 محلا لنزع الملكية .

الثانى : أن يكون نزع الملكية منوطا بتحقيق المصلحة العامة[٣] ، 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 ، وأيضا للإدارة الحرية فى تقدير المساحة اللازمة لتحقيق المنفعة العامة[٤] ، وهذا هو محل موضوعنا فى الموازنة بين المنافع والمضار ، ذلك لأن السلطة الواسعة فى تقدير قيام المنفعة العامة التى تبرر نزع الملكية والقدر اللازم نزعه ، تجعل الأفراد بدون

---

(١) راجع مادة : ٣٤ من الدستور المصرى .

(٢) انظر (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – دراسة مقارنة – ١٩٨٨م – صـــ ٣٤٧) .

(٣) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوى– نشاط الإدارة – " المرافق العامة – الأموال العامة – الموظفون وسائل الإدارة – المسئولية الإدارية " – دار الفكر العربى – الطبعة الثانية – ١٩٥٤م – صـــ ٢٥٤) وانظر أيضا (المستشار /عز الدين الدناصورى ، والدكتور / عبد الحميد الشواربى – المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء– شركة الجلال للطباعة – العامرية – الإسكندرية – الطبعة السابعة – ٢ صـــ ١٢١٩).

(٤) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوى– المرجع السابق – صـــ ٢٥٤) .

حرية جدية أمام الإدارة ولاسيما أن المشرع لم يقرر لهم ما يوازن هذه السلطات الواسعة للإدارة[١]، وأيضا لم يقم بتحديد عناصر المنفعة العامة ؛ لأنها تختلف بحسب الظروف والأحوال[٢] ، 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 مرحليا 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 مرات وبسطها مرات يبتغى من وراء ذلك الوصول إلى الكمال فى التطبيق أو على الأقل القرب منه ، فما من تطبيقات عَجْلى بعيدة عن الحكمة ، وما من سلبية فى القيام بالواجب مخزية ، بل هو التدرج وفقه المرحلة .

ومن ثم كانت هناك تطبيقات سلّم فيها القضاء بحرية الإدارة فى تقرير المنفعة لمشروع ما ، وحريتها فى الاستيلاء على ما تراه لازما من العقارات وغيرها لإقامة هذا المشروع ، ومن هذه التطبيقات ما قضت به محكمة القضاء الإدارى فى أن (للإدارة سلطة تقديرية فى صدر الالتجاء إلى وسيلة نزع الملكية لتحقيقه ، ومن حيث المساحة التى يجب أن تنزعها)[٣] ، بل سلم القضاء للإدارة بحرية اختيار الوقت والمكان واعتبر ذلك من الملائمات المتروكة للإدارة بما لا معقب عليها فى هذا الشأن[٤] .

وهناك تطبيقات لم يُسلّم فيها القضاء للإدارة فى تقدير المنفعة العامة بل بسط

---

(١) انظر (أ. د / سليمان محمد الطماوى– المرجع السابق – صـ ٢٥٤) .

(٢) انظر (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – صـ ٣٧٢) .

(٣) قضاء إدارى فى ١٩٥٤/١١/١٣م سنة ٩ – صـ ١٢٦ .

(٤) راجع حكم الإدارية العليا الصادر فى ١٩٥٥/١١/٥م – سنة ١ – صـ ٧٠ .

رقابته عليها وألغى بعض قراراتها وذلك فى ضوء ما يسمى بقضاء (الغلو) الذى شبهه البعض بقضاء الموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا[1] ذلك لأنه يتمثل فى عدم التناسب البين أو الصارخ بين الضرر الذى يلحق بأحد الأفراد من جراء تصرف الإدارة وبين الفائدة الضئيلة – أو المنعدمة – التى تعود على الإدارة أو على المصلحة العامة ، واعتبره الدكتور : محمد ميرغنى خيرى من مبتكرات مجلس الدولة المصرى الذى سبق به مجلس الدولة الفرنسى [2].

ومع هذا فقد قال بعض فقهاء القانون – ومنهم الدكتور : سامى جمال الدين : " بأنه فيما نعلم حتى اليوم – لم يُر القضاء الإدارى أن يمد رقابته إلى ملائمة قرارات نزع الملكية للتأكد من التوازن بين المصلحة أو المنفعة العامة المتحققة منها وبين العناصر المترتبة عليها " [3] ، وحجته فى ذلك ما ورد من أحكام للمحكمة الإدارية العليا ، منها ما قضت به الإدارية العليا فى ١٩٧٨/١/٢٨م بأن كل ما اشترطه القانون لإجازة نزع الملكية (هو أن تكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وقد أطلق القانون مجال التقدير فى 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 مكملة لأغراض المشروع)[4] .

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 نلمسه من قضائها فى الحكم الصادر فى ١٩٨٥/٥/١٨"[5] .ثم أردف قائلا : " كما أنه على صعيد آخر يمكن ملاحظة أن

---

(١) أ . د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها – صـ ٣٨٠ .

(٢) انظر (د / محمد ميرغني خيرى – رسالة التعسف فى استعمال السلطة – صـ ٣٧٥) .

(٣) د / سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – صـ ٢٣٨ .

(٤) الحكم فى القضية ١٩٢ لسنة ٢٢ق ، المجموعة السنة ٢٣ – صـ٥٨ .

(٥) حكمها فى القضية ٢٤٤١ لسنة ٣٠ ق ، المجموعة السنة ٣٠ – صـ ١٠٨٩ ، وفيه قضت الـ العليا بقولها : " بأن المادة ٣٤ من الدستور ... المادة (١) من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤

فكرة الموازنة بين المنافع والمضار ليست غريبة عن القضاء الإدارى فى مصر، وعلى سبيل المثال فإنه فى مجال إلغاء التراخيص ، قامت محكمة القضاء الإدارى فى أحد أحكامها بإجراء هذه الموازنة بين المنافع والمضار...)[1].

وهناك من يقول بأن القضاء الإدارى فى مصر اتخذ فى خصوص شرط " المنفعة العامة " فى قرار نزع الملكية ، موقفا جديدا يعد بحق تحولا هاما فى هذا الخصوص ، يشبه إلى حد كبير ذلك التحول الذى حدث فى فرنسا بمناسبة حكم " المدينة الشرقية الجديدة " إذ لجأ القضاء فى مصر كما حدث فى فرنسا ، للأخذ بفكرة " الموازنة بين المنافع والمضار بين المصالح " التى يمسها القرار ، وتقييم القرار من حيث " مزاياه ومساوئه " [2] ، وضربت الدكتورة : نبيلة عبد الحليم كامل لذلك بمثالين يؤكدان على اقتراب محكمة القضاء الإدارى من حكم القضاء الفرنسى فى الموازنة بين المنافع والمضار وهما حكمها الصادر فى ١٩٩١م والخاص بقضية عرفت باسم (عزبة خير الله) والثانى حكمها الصادر فى (١٩٩٢م) والمعروف باسم قضية (سوق روض الفرج) [3] ، وهما بلا شك يمثلان تطورا هاما للقضاء الإدارى فى مصر.

ويقول الأستاذ الدكتور : رمضان محمد بطيخ : " وعلى الرغم من أن هذه

نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، وتنص على أن : يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه وفقا لأحكام هذا القانون ، وبذلك فقد حرص الدستور والقانون على التوفيق بين حق الدولة فى الحصول على العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة وبين حقوق ذوى الشأن من ملاك هذه العقارات ، فأرسى ضابطا أساسيا فى هذا المجال – هو لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة وهذا ينكشف من ظروف ووقائع الأحوال ، فما تقرره الجهة الإدارية فى 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 المتخذة فى هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة التى كفلها الدستور والقانون .... فى غير الأحوال المقررة ، وتشويه للغاية التى قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام ، وإذ صدر القرار المطعون فيه منطويا على هذه المثالب والعيوب فإنه يكون قرارا باطلا جديرا بالإلغاء " .

(١) يأتى تفصيل هذا الحكم فى التطبيقات المباشرة للموازنة فى مصر .

(٢) د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية – صـ ٢٧ .

(٣) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ ٥ : ٦) .

النظرية قد لاقت ترحيبا وتقديرا من معظم الأوساط الفقهية والقضائية المهتمة بضرورة تحقيق ضمانات فاعلة للمواطنين بقصد حماية وصيانة حقوقهم وحرياتهم ضد احتمال تعسف أو تسلط الإدارة حينما تباشر اختصاصاتها المتعلقة بهذه الحقوق أو تلك الحريات بما لها من سلطة تقديرية ؛ نقول رغم ذلك ، فإن قضاءنا الإدارى ممثلا فى مجلس الدولة لم يأخذ أو يتبنى بشكل حاسم تلك النظرية ..... يبدو أنه ما زال على عهده القديم ، وفيا للمبادئ المستقرة فى هذا الشأن ، فقد رفض مثلا أن يمد رقابته إلى عنصر الملائمة فى القرارات الخاصة بها مكتفيا فى هذا الشأن برقابة مدى صحة الوقائع المادية)[1] .

ومع التقدير لهذين القولين فإن ما ذُكر يُعضِّد 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 اعتبارًا لمبدأ الموازنة بين المنافع والمضار .

ففى عام ٢٠٠١م استطاعت الإدارية 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 ١٩٨٧/١٠٦ 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 لابد أن يولد حاجة عامة ومصلحة عامة أولى بالاعتبار من تلك التى استهدفها القرار الطعين)[2] .

ومن ثم نستطيع أن نقول : إن الوضع فى مصر ليس بالبعيد عن الوضع فى

---

(١) أ . د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصرى منها – صـ ٣٦١ .

(٢) مجلة المحاماة – عدد ٢ – ٢٠٠٢م – المستحدث من المبادئ التى قررتها دوائر المحكمة الإدارية العليا القضائى (٢٠٠٠م : ٢٠٠١م)– صـ ٤٨٧.

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- تعاظم المنفعة الاقتصادية ؛ وهى المشكلة الأكثر إلحاحا فى مصر فى هذه المرحلة .

٢- اختلاط المنافع الخاصة بالمنافع العامة ؛ ذلك لأن قانون التخطيط العمرانى يجيز 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[١] .

وهذه الأسباب تؤكد إمكانية تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر ، بل طبقت بالفعل تطبيقا مباشرًا وغير مباشر ، وهو ما نراه واضحا فى التطبيقات التالية :

أولا بعض التطبيقات المباشرة للموازنة ومجال نزع الملكية فى مصر :

إنه باستقراء أحكام مجلس الدولة المصرى وبخاصة فى مجال نزع الملكية ، ثبت أن القضاء الإدارى اقترب فعلا من العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، بل وتأكد ذلك فى حكمين مشهورين أحدهما أقرت فيه المحكمة قرار الإدارة والثانى قضت فيه بالإلغاء بناء على الموازنة بين منافعه 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 .

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية الخاصة – صـ ٣٤٤ : ٣٤٥) .

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 متمثلا فى بيان أوجه النفع التى ادعتها الإدارة من محافظة على الأمن ، وضرورة تواجد قوات الأمن المركزى بالقرب من أماكن تجمعات الطلاب والعمال ، وأيضا بالقرب من مسجد المنيا .

وأما الجانب الذى تناوله الحكم هو إضرار المشروع بمنفعة الإسكان فى ضوء ضآلة التجمعات السكانية بالمنطقة ، حيث لا يوجد سوى الجامعة والمدرسة الثانوية والاستاد ، والتى لا تعد مساكن .

ولم تكتف محكمة القضاء الإدارى بهذا ، بل أصدرت قرارا تمهيديا بندب مكتب خبراء وزارة العدل لتكليف من يلزم للانتقال إلى أرض النزاع ومعاينتها على الطبيعة وبيان حالتها ، ومدى اتصالها بالمبانى 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 التمهيدى 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 ..)[1] .

وبناء على الموازنة بين الأضرار والمنافع فى هذه القضية ، كان حكم القضاء الإدارى رفض الطعن المقدم ضد قرار الإدارة بنزع الملكية .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٨٧/٦/٢٥م (غير منشور) فى القضية رقم ٢١٠٣ لسنة ٣٨ق .

الحكم الثانى : فى حكم محكمة القضاء الإدارى [1] بشأن إصدار محافظ القاهرة قرارًا 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 وتقارنها 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[2] .

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:

---

(١) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦م فى القضية رقم ٢٤٤١ لسنة ٤٠ ق .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٣٤٩) .

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 الإداري 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 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[1] .

ذلك لأن للأفراد فى هذه المناجم والآثار والمعادن ملكية غير مباشرة غير أن القانون اعتبرها من أموال الدولة ، وأعطاها القانون حق نزعها حماية لتراث الأمة ودعما للاقتصاد القومى[2] .

ومع ذلك لم تنج الدولة من إعمال 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

---

(١) انظر (د/ محمد زهير جرانه – مبادئ القانون الإدارى المصرى وما بعدها – مكتبة وهبة – القاهرة ١٩٤٤م– صـ ٢٧٣) .

(٢) 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) .

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 والأمينة 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 للمتخصصين والخبراء فى هذا المجال شريطة تغيِّي المصلحة العامة دائما ، والتى تتمثل فى هذا الصدد فى الحفاظ على شموخ الآثار وتحقيق توعية الأغيار بعظمة تاريخ وحضارة مصر)[1] .

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 التى تتمثل فيها المصلحة العامة ويتحقق بها استقرار النظام العام ، فيلغيها القاضى الإدارى إن تلمَّس مجاوزة القرار لإحدى تلك الأطر إما لمخالفة أحكام القانون أو تجاور ما يتعين استواء تصرفات الإدارة على هدى من الشرعية ، وإما

(١) مجلة المحاماة العدد الثانى – المستحدث من المبادئ التى قررتها دوائر المحكمة الإدارية العليا للعام القضائى ٢٠٠٠م – ٢٠٠١ – صـ٤٧٧ : ٤٧٨ سنة ٢٠٠٢م) .

لانحرافه عن جادة المصلحة العامة ، التى 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 ، التى تشهد على عراقة 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 التى حددها ، وكان مكان العرض وضرورة كونه لائقا ومناسبا صدقا وحقا لتلقى جزء من ثروة 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 وحماتها ، ويتحقق كامل هذه المقتضيات متى توافر اليقين بالحفاظ على شموخ الأثر وكونه مصونا 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 لحقيق المنازعة وللأسباب التى يقوم عليها صحيح القضاء محل ما ورد بالحكم المطعون فيه فى هذا الشأن)[1] .

ولم يقتصر إعمال 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 فبدلا من نزع ملكية الفرد كان النزع لملكية الدولة ، وظهر ذلك جليا 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 جميعا من أرض الدولة ، وأن الغرض الذى أفصحت عنه أوراق الدعوى هو تخصيص الأرض لجمعيات الإسكان المشار ليها فى قرار محافظ القاهرة رقم (١٠٦ / ١٩٨٧م) .

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 لابد 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 ، أمَا وقد قعدت عن ذلك ولم تنشط إليه فى حينه ، فإن ذلك من شأنه أن يجعل حماية ما يحقق مصلحتهم أولى بالاعتبار والتقدير وأجدر بالعناية وأحق بالتغليب ، الأمر الذى يجعل القرار المطعون فيه مشوبا بعيب الغاية مرجحا الإلغاء عند الفصل فى الطلب الموضوعى ، ومن ثم يتحقق ركن الجدية فى طلب وقف تنفيذه إلى جانب تحقق ركن الاستعجال

---

(١) الطعن رقم (٤٧٥٣) لسنة ٤٤ ق.ع – جلسة ٢٠٠١/٦/٢٣م.

لما يترتب عليه التنفيذ من نتائج يتعذر تداركها)[1] .

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 بصدده حيث وازن القضاء بين مصلحتين عامتين وغلب إحداهما على الأخرى . وفى قضيتنا هذه راقب القضاء الإداري محل القرار الإداري ووازن فيه بين منفعتين متقابلتين وأيهما أولى بالترجيح من الأخرى .

تقدير الحكم :

إذا كان ثمة موافقة لقول المحكمة فى صيغة حكمها إجمالا وبخاصة فيما يشمل الموازنة بين المنافع والمضار عموما ، 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 تغيَّت 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 عددا من الأفراد والأسر ونقولاتهم بل من باب مراعاة منفعة العدد الكبير من الأفراد والأسر ومنقولاتهم ، بل من باب آخر هو ما يمكن أن نسميه الآثار الاجتماعية الخطيرة المترتبة على غير ما حكمت به المحكمة .

---

(١) الطعن رقم (٤٣٩٦) لسنة ٤٣ ق.ع – جلسة ٢٠٠١/٤/١٨م) انظر (مجلة المحاماة عدد ٢/٤٨٧ لسنة ٢٠٠٢م) .

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 تحقيق 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[1] ، وتقدير مدى ملاءمة القرار من حيث المصلحة العامة ، أو بمعنى أدق من حيث ترتيب المصالح العامة ، ودرجة الأضرار الناجمة عنه [2] .

ولذا كانت الموازنة بين المنافع والمضار تُعدُّ تطورا رقابيا 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 ولمجموع 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

---

(١) 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

(٢) انظر د/سيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٥٦) .

ودفع المضار عنهم "[١] .

ومن ثم إذا كان لنزع الملكية من ضرر فقد وجبت الموازنة بين المنافع والمضار ؛ لتتضح " المصلحة التى شُرع لأجلها الحق ، والمضرة التى تترتب على استعماله ، فيُوَازن 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 قُيِّد حقه ليدفع ذلك الضرر "[٢] .

وفى هذا يكون وجه الاتفاق بين كل من النظام الإسلامى والنظم الوضعية الظاهر فى كون 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 سبقًا تطبيقيا لإعمال 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 وجها آخر للاختلاف على سبيل التفصيل ، منه ما هو خاص بفرنسا ومصر ، ومنه ما هو خاص بالنظام الإسلامى والنظم الوضعية ، ويتضح هذا فيما يلى :

---

(١) الشيخ /محمد أبو زهرة – التكافل الاجتماعى فى الإسلام– دار الفكر – القاهرة ١٩٦٤م – صـ٤٩.

(٢) د/عبد السميع المصرى – مقومات الاقتصاد الإسلامى– مكتبة وهبة – ط ٤ – ١٤١١هـ/١٩٩٥م – صـ٧٢.

أولا : وجه الاختلاف بين القضاء الإدارى الفرنسى والمصرى فى إطار نزع الملكية :

إن المستقرئ للقضايا المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، التى طبق القضاء الإدارى عليها رقابة الموازنة بين المنافع والمضار فى كل من فرنسا ومصر ، يجد ثمة خلاف كبير بين القضاءين ؛ ذلك لأن تطبيق النظرية فى فرنسا ولاسيما فى مجال نزع الملكية كان واضح المعالم ، وأقرب ما يكون إلى استكمال الأركان لعملية الموازنة بين المنافع والمضار .

وهذا على خلاف تطبيقها فى مصر فمازال مدار عملها منحصرا فى مسائل التراخيص وإزالة التعدى على أملاك الدولة ، وهو ما كان واضحا فى قضية (عزبة خير الله) وهو ما جعل البعض يقول : بأن أحكاما كثيرة فى مصر اقتربت كثيرا من رقابة الموازنة بين المنافع والمضار ، بل وطبقت المحاكم الإدارية بعض عناصر الموازنة، مما يؤكد إمكان تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر[1] .

وهذا القول مع استقراء أحكام مجلس الدولة المصرى ، يدفع إلى قناعة بأن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر ما زالت فى طور البناء والكمال ، ولا تمنع هذه القناعة من الإقرار بأن القضاء المصرى فى العديد من أحكامه قد طبق جانبا أو أكثر من جوانب قضاء الموازنة بين المنافع والمضار ، لا من باب أن دواعى تطبيقها فى فرنسا قائمة فى مصر ، ولكن لأن القضاء الإدارى المصرى صار يتجه اتجاها عاما نحو التضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة ، وخصوصا إذا ما تعلق الأمر بشرعية تدخلها للمساس بالحقوق والحريات العامة ، وكذلك ما يفرضه اتجاه النظام العالمى من إعادة النظر فى علاقة الإدارة بالأفراد ، وهو أن تقوم العلاقة على التوازن والاعتدال[2] .

ثانيا : وجه الاختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار نزع الملكية :

بنظرة فاقهة لما تم جمعه من قضايا طبق فيها كل من القضاء الإسلامى والقضاء الإدارى فى النظم الوضعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، تجد أن

---

(١) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٤٦).

(٢) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – المرجع السابق – صـ٣٦٢ : ٣٦٣) .

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 قضائى ، ولا نضج عقلى لأهل الفقه فحسب ، بل كل ما فى الإسلام يدعوا إلى الاتزان والاعتدال[١] قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا﴾ [٢] .وقال تعالى : ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَلا تَطْغَوْا فِيهِ﴾ [٣] .وقال تعالى : ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنْ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [٤] .

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 ، فأباحت نزع الملكية "متى كانت المنفعة التى تعود على المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء"[٥] .

وفى هذا قال ابن القيم : " فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وإن

---

(١) المستشار /عبد القادر عودة – المال والحكم فى الإسلام – الدار السعودية للنشر والتوزيع – جدة – ط٥ – سنة ١٩٨٤م – صـ٥٧.

(٢) سورة الفرقان : آية ٦٧ .

(٣) سورة طه : آية ٨١ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢١٩ .

(٥) د/عبد الحكيم حسن العيلى – الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام دار الفكر العربى – القاهرة ١٩٨٣م– صـ ٥١٩ : ٥٢٠) .

أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به "[١] .

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[٢] .

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 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

---

(١) ابن القيم – إعلام الموقعين عن رب العالمين – ١٢١/٢ .

(٢) راجع (الشاطبى – الموافقات – ٢٠/٢ : ٢٣) .

الموازنة بين المنافع والمضار تأصيلا ومنهجا ، وما كان من القضاء فيه إلا أن ينتظر الواقعة التى يُطبِّق 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 الإداري فى كل من فرنسا ومصر قد قام بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار خصوصا فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، الذي يعتبر النواة للموازنة ، والتى انطلق بها القضاء الإداري لإعمالها فى مجالات أخرى كمجال التخطيط العمراني الذي يدور الحديث عنه فى المبحث الثاني.

المبحث الثاني

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار

تعد العمارة مظهرا من مظاهر التقدم الحضاري في العصر الحاضر ، وبعيدا عن الفوضى العمرانية التي تريدها فكرة العولمة – فإن للعمران ضوابطه وأهدافه ، فالعمارة ليست جدرانا مشيدة عليها زخارف ننظر إليها بإعجاب فقط ، ولكنها بالدرجة الأولى تعبير عن مدى رقي الإنسان وتحضره ، وسمو روحه ، ومن ثم كان العمران والتخطيط له من أجل الإنسان ومصلحته وثقافته وفكره ، وذكر ابن خلدون[1] . مقدمة في اختلاف أحوال العمران في الخصب والجوع وما ينشأ عن ذلك من الآثار في أبدان البشر وأخلاقهم[2] .

ويعني التخطيط في اللغة : تقسيم المكان وتهيئته للعمارة ، ويقال : خطط الأرض والبلاد : أي جعل لها خطوطا وحدودا[3] .

والعمارة لغة : اسم مصدر من مادة (عمر) وهي بالكسر نقيض الخراب ، وهي أيضا البنيان وما يحفظ به المكان .

ويقصد بها أيضا : ما يُعْمَر به المكان .

وهي إحياء المكان واشتغاله بما وضع له ، كما أنه يقصد بها التجمع السكاني ، أو هي شعبة من القبيلة[4] .

ومصطلح التخطيط العمراني يعني علم تعمير المساكن ، ويسمى أيضا بعلم عقود الأبنية والمساكن حماية للناس عن تأثيرات الجو[5] .

---

(١) ابن خلدون هو : عبد الرحمن بن محمد 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 : ٨٠٨هـ) انظر (ابن حجر – إنباء الغمر بأنباء العمر ٣٣٩/٢) ، وانظر أيضا (الزركلي – الأعلام ٣٣٠/٣) .

(٢)ابن خلدون – مقدمة ابن خلدون – دار ابن خلدون – الإسكندرية – بدون تاريخ – صـ ٦٢.

(٣) انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوجيز – صـ ٢٠٢) .

(٤) انظر (ابن منظور – لسان العرب ٦٠٤/٤) ، وأيضا (الكفوي – الكليات صـ ٦٤٣) ، وأيضا (الزمخشري – أساس البلاغة – ٨٤١/٢) ، وأيضا (د/ قطب سانو – معجم المصطلحات الفقهية ٥٣٩/٢) .

(٥) انظر (صديق بن حسن القنوجي – أبجد العلوم – تحقيق عبد الجبار زكار – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – ١٩٧٨م – ١٧١/٢) .

ويعرف اصطلاحا : بأنه فن العمارة والتعمير .

وعرفه ابن خلدون بقوله : بأنه الاجتماع البشرى الذى يتم بالتساكن والتنازل فى مَصر أو محلة للأنس والعشيرة واقتضاء الحاجات لما فى طباع البشر من التعاون على المعاش[1] .

وهنا نجد امتدادا للموازنة بين المنافع والمضار حيث تتعارض مصالح الناس لما فى طباع الإنسان من ميل للعدوان والظلم ، ومن ثم كان لابد من يد تدفع بعضهم عن بعض ، وتكون لها الغلبة والسلطان ، وهى الدولة مالكة اليد القاهرة ، حتى لا يصل أحد إلى غيره بعدوان ، فنظمت الدولة شأن العمران ، ووصل بها الحال إلى أن نزعت ملكية الأفراد من أجل تخطيطها ورسم سياستها العمرانية ، وحتى لا يصل الأمر إلى تعسفها كانت الرقابة من قبل القضاء ليتحقق الاعتدال والاتزان فى هذا المجال العمرانى ، وهذه الرقابة القضائية ليست قاصرة على النظم الوضعية ، بل سبق امتدادها الزمني إعمالُها فى النظام الإسلامى منذ القرن الأول الهجرى .

وتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى المجال العمرانى تتضح مظاهره فى المطالب التالية :

المطلب الأول : التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار التخطيط العمرانى .

---

(١) طارق والى – النظرية العمرانية فى العبر الخلدونية– الطبعة الأولى – إصدارات بيت القرآن – المنامة البحرين – ١٩٩٥م– صـ ١١ ، وانظر فى ذلك أيضا (ابن خلدون – مقدمة ابن خلدون صـ ٣٠

المطلب الأول

التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى

عمارة الأرض واجب إسلامى لاشك فيه لقوله تعالى ﴿ هُوَ أَنشَأَكُمْ مِنَ الأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ ﴾[١] ، وهو واجب على الأفراد كما أنه واجب على الدولة باعتبار أن عمارة الأرض هى الواجب الثانى بعد وجوب عبادة الله تعالى[٢] ، وهذا الوجوب هو من واجبات الكفاية[٣] ، بمعنى أن العمران الإسلامى والتخطيط لأجله لا يعنى أن يقوم به فرد بذاته أو الدولة وحدها، وإنما يتحقق عن طريق أى منهما ، فى إطار التصور الإسلامى للمجتمع بما له من مواصفات إسلامية معينة ، بدءا من اختيار الولاة إلى القيام بكل المهن الصناعية لتحقيق الاكتفاء الذاتى[٤] .

ويرى الفقهاء أن العمل وتشييد العمارة من أركان الدولة والملك ، ومن شروط الاجتماع البشرى ، 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)[٥] .

ويندرج فقه التخطيط العمرانى بين وسائل حفظ الضرورى من مقاصد

---

(١) سورة هود : آية ٦١ .

(٢) انظر (د/ نعمان عبد الرازق السامرائى – نحن والحضارة والشهود– سلسلة كتاب الأمة عدد ٨٠ – ذو القعدة ١٤٢١هـ / فبراير٢٠٠١م – صـ ١٠٨) .

(٣) الواجب الكفائى : هو ما طلب الشارع حصوله من غير نظر إلى من يفعله ، وإنما من مجموع المكلفين ، بحيث إذا فعله أحدهم ، سقط الطلب عن الباقين ، وارتفع الإثم عنهم جميعا ، وإذا أهمله الجميع أثموا جميعا. وسمى واجبا كفائيا ؛ لأن الواجب فيه منسوب إلى الكفاية والسقوط ، من حيث أن فعله من أى فاعل يسقط طلبه عن الآخرين – انظر (معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٤٦٨ : ٤٦٩) .

(٤) انظر (أ . د/ جمال الدين عطية – مؤسسات الزكاة والعمران فى الدولة الإسلامية – مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٦– ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م – صـ ١٦٨ : ١٧٠) .

(٥) انظر (ابن الأزرق – بدائع السلك فى طبائع الملك – تحقيق د/ محمد عبد الكريم ، د/ على سامر النشار– الدار العربية للكتاب – ليبيا وتونس ١٩٧٧م– ١/٢٢٦ : ٢٢٧) .

التشريع الإسلامى ، وهو حفظ النفس فإن من وسائل حفظها كما عبر الشاطبى بقوله : (والعادات راجعة إلى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود أيضا ، كتناول المأكولات ، والمشروبات ، والملبوسات ، والمسكونات)[1] ، فالسكن والعمران وسيلة من وسائل حفظ النفس الإنسانية ، والاهتمام بهذه الوسيلة مشروط بالمقدار الذى يتوقف عليه حفظ النفس من الهلاك ، ومن ثم فالتخطيط العمرانى واجب لأن للوسائل أحكام المقاصد[2] .

وعلى ذلك فإن التخطيط العمرانى فى النظام الإسلامى منحصر فى طرفين :

الأول : فى اختيار الأماكن .

الثانى : اختيار مؤن العمارة وطرق عمارة المساكن بها وما يتعلق بذلك من الاحتراسات .

والطرف الأول له مراتب وهى درجة ارتفاع الأماكن وهى تختلف باختلاف الأشخاص وعيوب البقعة ، وجيرة الغابات والبحار والأنهار والبلاد .

ومراتب الطرف الثانى أيضا هى علو البيوت وسفلها وفتحاتها وقياس البيوت ، واحتراسات تخص حفظ الصحة فى البيوت وصحة الهواء[3] .

والتخطيط العمرانى فى 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 العمرانى فى النظام الإسلامى .

فأما خصوصياته فأهمها السترة وعدم التكشف التى وضعت لها القواعد الفقهية؛ لتعالج الحساسية العالية للمجتمع الإسلامى لضرر التكشف ، وتمت صياغة هذه القواعد فى شكل مواد قانونية يسهل استيعابها والاستفادة منها للتشريع العمرانى المعاصر ، وتحتاج إلى قرار سياسى يلزم كلا من الإدارات المحلية والسكان وأصحاب التخصص فى ميدان التخطيط العمرانى والبناء بمراعاتها فى مدننا المعاصرة،

---

(١) الشاطبى – الموافقات – ٢/٧ : ٨ .

(٢) انظر (العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام ١/٤٣) .

(٣) انظر (صديق بن حسن القنوجى –المرجع السابق – ٢/١٧١) .

فالله ﷻ يتزع بالسلطان ما لا يتزع بالقرآن[١] .

المادة الأولى : حقوق الله وحقوق العباد :

فإن مسألة التكشف تقع بين حقين مختلفين هما حق الله تعالى وحقوق الآدميين، ويفرق بين الحقين أن الأول مرتبط بنواهى الشرع وأوامره ، وليس للعبد حق فى إسقاطه أو التسامح فيه فحق الله ﷻ فى مسألة التكشف وعدم التستر هو نهيه عن الاطلاع على عورات المسلمين والنظر إلى حريمهم .

والحق الثانى : هو حق الإنسان فى مسألة الاطلاع فيما يحتاج إليه من التصرف والحركة فى بيته من قيام وقعود وجلب منافع ودفع مضار .

ومن هنا فإن التكشف و الاطلاع وقع بين حقين : أحدهما ليس للمسلم التسامح فيه بفتح نوافذ لبيته وعدم حرصه على السترة ، وهو كحكم المرأة السافرة فى بلاد الإسلام ، فتؤمر بالحجاب حتى وإن أكرهت على ذلك، وكذلك الساكن الذى يعرض بيته للإطلاع يكون واجب السلطة فى بلاد الإسلام منعه وإكراهه على التستر .

هذا القول لا يعجب كثيرا من أصحاب الفكر العلمانى الذين ينادون بالتكشف حتى فى المسكن ظنا منهم أنه معلم من معالم الحضارة ولاسيما وأن العمارة العصرية قد نشأت وتطورت فى ظل الفكر العلمانى الذى قلص أو غيب دور القيم الأخلاقية والدينية فى حياة المجتمع ، ولذلك جاءت العمارة العصرية نموذجا مفتوحا على الخارج لا يعير اهتماما كبيرا لمسألة السترة وعدم التكشف[٢] .

---

(١) قول منسوب إلى الخليفة الثالث عثمان بن عفان ﷺ – انظر (ابن كثير – تفسير القرآن العظيم – ٨٥/٥) .

(٢) 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) ١١/٥] نص بذلك على فرضية الحجاب ، وتقول الرسالة : (وأما كل امرأة تصلى ، أو تنبر ورأسها غير مغطى ، فتشين رأسها ؛ لأنها والمحلوقة شيء واحد بعينه ، إذا المرأة إن كانت لا تتغطى ، فليقص شعرها ، وإن كان قبيحا بالمرأة أن تقص أو تحلق ، فلتتغطى ... ؛ لهذا ينبغى للمرأة أن يكون لها سلطان على رأسها من أجل الملائكة) ، وأيضا يقول نشيد الإنشاد (١/٤) : [عيناك حمامتان من تحت نقابك] ، فهذه النصوص تصرح بإلزام الحجاب ، وتفضح عملية الاغتيال المقصودة من الغرب والمتغربين ، راجع فى ذلك مقال الدكتور / خالد فهمى بعنوان (الحجاب فى العهدين القديم والجديد) مجلة المنار الجديدة – عدد ١٦ / ١٠١ : ١٠٣ – ٢٠٠١م).

وثانيهما حق الإنسان فى مسألة الاطلاع وعليه فإنه يمكن للجار أحيانا أن يتنازل عن حقه بأن يترك الجزء المعرض للتكشف خاليا ، أو يأمر أهله بالتستر دوما 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 ضررا إلا إذا كانت هناك مصلحة بينة ، ومثال ذلك أن يرفع المالك جداره عاليا 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 وفقا للقاعدة الفقهية التى تقول : (إذا اجتمع ضرران نفى الأصغر الأكبر)[1] ، 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 موجودا فى السابق فيريد الجار الجديد فتح باب مقابل له ، فيمنع إذا رفض الجار القديم ذلك ، ونتيجة ذلك أن البناء الجديد يخضع دائما 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 خاصا ، أما إذا كان الضرر فى الاطلاع عاما 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 .

---

(١) انظر (الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية مادة (٢٧) – صـ ١٩٩) .

المادة الرابعة : باب سد الذرائع .

وبناء عليها فإنه يمنع الفعل إذا كان يترتب عليه الضرر ولو لم يظهر الضرر فى الحاضر ، ففتح كوة فى أعلى الحائط بقصد الإضاءة لا يتحقق بها الكشف والاطلاع عموما غير أنها يمكن أن تكون ذريعة للإطلاع على حرم الجار وإن لم يستعملها فى حينه ، فإن حيازة الضرر بالقدم قد يؤدي إلى الإضرار بالجار إذا سكت عنها ، ولذلك يحق له أن يطلب من السلطة غلقها ، كما أن سد الكوى بعد الحكم عليها تطمس جميع معالمها ؛ لئلا تكون ذريعة فى المستقبل للادعاء بحيازة الضرر .

وقد اختلف الشافعية والمالكية فى 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[1] .

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 بابا أو نافذة بيته ليقابل بها الفتحة الموجودة ببيت جاره وذلك إرغاما له على غلقها ، فإذا ثبت ذلك يجبر الجانبان على التراجع بأن تسد كلا الفتحتين مثلا.

المادة السادسة : قياس الضرر .

لقد وضع الفقهاء مقاييس لتقدير الضرر تعتمد فى معظمها على خصائص حاسة البصر ، فقد قدروا ارتفاع ستائر السطوح على أن تكون بقامة الإنسان قائما وهى ما يقرب من سبعة أشبار أو المترين تقريبا .

أما الفتحات التى يسمح بها بقصد الإنارة فيشترط فيها : أن تكون فى أعلى الحائط بارتفاع لا يسمح للناظر أن يرى منها شيئا حتى ولو كان على سرير[2] ، ويرجع أصل ذلك إلى حادثة وقعت فى عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ حين فتح رجل كوة فى جداره فطلب عمر ﷺ من أحد أعوانه أن يصعد فوق سرير

---

(١) انظر (ابن حجر – فتح البارى– ٦/ ٥٧٨ : ٥٨٢) .

(٢) السرير فى العربية يقصد به المقعد أو الكرسى .

ليتحقق من انتفاء الضرر[١] ، وبذلك يكون تقدير الارتفاع ٢,٢٥ متر تقريبا .

ولا يسمح الفقهاء للذي يريد أن يفتح كوة فى برج له مشرف على أملاك غيره أو مبانى غيره مثل الحضبة إلا إذا تأكد من عدم رؤية التفاصيل ، وقد اشترط فقهاء المالكية أن يكون ذلك البعد مقدار الغلوة أو الغلوتين وهى مقدار رمية سهم وتكون بـ ١٨٤,٨ متر وضعفها ٣٦٩,٦متر [٢] ، 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 والمعيار فإنه يرجع فى كيفية تحديد الضرر إلى أهل الخبرة لمعاينة الموقع وإبداء الرأي التقني .

ومن ثم فإننا نستخلص مما سبق ذكره أن مسألة التكشف والاطلاع لها قواعدها فى الفقه الإسلامي وأنها إسلامية المبدأ والمنتهى ؛ إذ أنها تظهر سمات هذا الدين وخصائصه ، وتبين مدى ارتباط المجتمع المسلم بثقافته وفكره[٣]، 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 بِأَنْعُمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَالْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ ﴾[٤] ،

---

(١) ابن الرامى أبو عبد الله محمد بن إبراهيم اللخمى التونسى المعروف بابن الرامى بناء من أهل تونس ، وهما وفاته ، قال فى مقدمة كتابه الإعلان بأحكام البنيان " ليعلم من قرأ كتابى هذا أنى بناء أجير ، سيعذرنى إن وجد فيه خطأ فى اللفظ والترتيب ، أما فى النقل فلا لأنى بذلت الجهد " – مجلة الفقه المالكى والتراث القضائى المغربى – أعداد ٢ ، ٣ ، ٤ – ذو القعدة ١٤٠٢هـ/ سبتمبر ١٩٨٢م– صـ ٣٠٨) انظر (الزركلى – الأعلام – ٢٩٨/٥).

(٢) انظر (ابن الرامى – الإعلان بأحكام البنيان – صـ ٢٤) ، وقد ذكر هذا من المالكية ابن الماجشون ومطرف وأصبغ) .

(٣) راجع فى ذلك (د/ مصطفى أحمد بن حموش– مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة من المنظور الفقهى المالكى– مجلة الأحمدية – دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبى – البحرين – العدد السابع – محرم ١٤٢٢هـ/ مارس ٢٠٠١م – صـ ٢٢١ : ٢٢٧) .

(٤) سورة النحل : آية ١١٢ .

والنظام الإسلامي فى تخطيطه للعمران لم يكن متقوقعا 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)[١] .

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 الجانبي الذى يرتاده مارة أقل عددا[٢] .

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 ضرر على غيره ، أما الضرار فهو ما يقوم به الشخص من فعل ظاهره مشروع غير أنه ليس وراءه مصلحة بينة مما بين وجود نية فاسدة وراء ذلك الفعل[٣] .

ويمكن إدراك مدى حرية التصرف فى الملكية الخاصة ، وكذلك قيود تصرف السلطات العامة فى العمران الإسلامى من خلال نظرية الضرر ، فليس لأحد أن يمنع آخر من تصرف فى ملكه إلا إذا كان ذلك التصرف منبعا للضرر على الغير أو على الحياة العامة ، فالإمام له ولاية الإجبار فيما كان الضرر فيه عاما[٤] .

وفى بعض الحالات يكون العكس صحيحا بالنسبة للملكية الخاصة ، وبهذا القول تكون الموازنة بين المنافع والمضار مقيدة بقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)[٥] .

---

(١) انظر (السيوطى – الأشباه والنظائر)

(٢) انظر (خالد محمد مصطفى عزب – تخطيط وعمارة المدن الإسلامية– سلسلة كتاب الأمة – قطر – عدد ٥٨ ربيع الأول ١٤١٨هـ– صـ ٨٣) .

(٣) انظر (المناقشة بالتفصيل فى كتاب (ابن الرامى – الإعلان بأحكام البنيان– صـ ٢٩٩ : ٣٠٠) .

(٤) انظر (السرخسى – المبسوط – ت ٢٣/ ١٧٥) ، وانظر أيضا (حاشية ابن عابدين – ٤٤٨/٥) .

(٥) د/ مصطفى الزرقا – شرح القواعد الفقهية صـ ١٩٧ .

ومثال ذلك : قيل لسحنون[١] المسجد يجعل فيه المنار فإذا صعد المؤذن عاين ما فى الدور ، قال : يمنع من الصعود فيها لأن هذا من الضرر[٢] . وتعود هذه المسألة إلى الموازنة بين المنافع والمضار فى ظل المقاصد الشرعية .

ومن ثم فإنه يمكن تقسيم الضرر فى مجال التخطيط العمرانى إلى نوعين ، ضرر جوار وضرر عام ، فأما الأول : فإنه يتمثل فى التكشف والاطلاع وإحداث اهتزاز يضعف جدار الجار ، وإنشاء أنشطة تحدث الدخان والرائحة الكريهة ، وأما الثانى : فإنه يتمثل فى التطبيق على المادة وإحداث ما يخشى الخطر منه ، مثل الحائط المائل ، والأنشطة الاقتصادية التى تقوم على استعمال النار والمتفجرات وكذلك الإزعاج الناجم عن الأصوات وتقليل الإضاءة والهواء فى بعض الأقوال[٣] .

وهناك مثال تطبيقي لذلك فى الوثيقة التاسعة والعشرون التى تقول يتقبل الضرر الخاص فى سبيل الضرر العام ، ويتمثل ذلك فى هدم حانوت لتوسيع مدخل السوق[٤] .

ثانيًا : ضوابط التخطيط العمرانى فى النظام الإسلامى :

تحدث ابن خلدون عن الشروط والمقومات التى يجب مراعاتها فى أوضاع المدن فقال : (إعلم أن المدن قرار تتخذه الأمم عند حصول الغاية المطلوبة من الترف ودواعيه فتؤثر الدعة والسكون وتتوجه إلى اتخاذ المنازل للقرار)[٥] ثم أردف قائلا : (ولما كان ذلك القرار وجب أن يراعى فيه دفع المضار بالحماية من طوارقها

---

(١) سحنون هو : الإمام العلامة فقيه المغرب أبو سعيد عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التنوخى الحمصى الأصل المغربى القيروانى المالكى قاضى قيروان وصاحب المدونة للإمام مالك (ت: ٢٤٠ هـ) انظر (سير أعلام النبلاء ١٢/٢٦٣ : ٢٦٩) .

(٢) انظر (محمد بن عبد الرحمن المغربى أبو عبدالله – مواهب الجليل– دار الفكر – بيروت – ط٢ – ١٣٩٨هـ– ١/٤٤٠) .

(٣) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حوش – فقه العمران الإسلامى من خلال الأرشيف العثمانى الجزائرى فى الفترة من (٩٥٦هـ /١٥٤٩ م : ١٢٤٦هـ/١٨٣٠م)– دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبى – الطبعة الأولى– ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م – صـ ٨١ : ٨٢) .

(٤) انظر (صيغة الوثيقة التاسعة والعشرون بتاريخ ١١٧٠هـ فى المرجع السابق – صـ ١٩٩) .

(٥) طارق والى – النظرية العمرانية فى العبر الخلدونية – صـ ٢٩٨ .

وجلب المنافع وتسهيل المرافق لها)[١] .

وفى ضوء هذا القول نجد أن ابن خلدون وضع ضابطين للمدينة الإسلامية فى عمرانها وتمثل الضابطان فى 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 فى ممتنع الأمكنة ، إما على هضبة متوعرة 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 بضمان 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 مجاورها ، 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 فى ذاك الزمان ، كثيرة السكان تموج بأهلها موجا ، فكان ذلك معينا على تموج الهواء وتخفيف الأذى[٢] .

جـ) فأما الحماية العسكرية وهى المكملة للحماية الطبيعية والتى تتمثل فى أن يدار على منازل المدينة الأسوار وخصوصا عند أهل الحضر الذين يلقون جنوبهم على مهاد الراحة والدعة وينغمسون فى النعيم والترف ، ومن ثم أوكلوا أمرهم فى المدافعة عن أحوالهم وأنفسهم إلى واليهم [٣]

واعلم بأن المدن إذا كانت حاضرة البحر إذا لم تكن فى موقع جبلى وعليها

---

(١) طارق والى – المرجع السابق – صـ ٢٩٨ .

(٢) انظر (شاكر مصطفى – المدن فى الإسلام حتى العهد العثمانى – دار ذات السلاسل – الكويت – ط١ – ١٩٨٨م – صـ ١٦٢) .

(٣) انظر (طارق والى – النظرية العمرانية فى العبر الخلدونية – صـ ٢٩٩) .

الأسوار ولم يكن لها ظهير بشرى من الحراسة كثيرة العدد يكون صريخا للمدينة إذا طرقها طارق من العدو لم تفلح ، ومن ثم فإن حماية المدينة بالحماية العسكرية أحد طرفى دفع المضار [١] .

٢- جلب المنافع :

إن الاجتماع الحضرى والمدنى هو عبارة عن تركز سكانى فى مكان معين يجب أن تتوافر فيه شروط معينة ليتاح 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[٢] .

وهكذا تتفاوت أقدار المدن بتفاوت جودة مكانها الطبيعى ، وهوائها الصحى ، وحمايتها العسكرية .

والمتتبع لتاريخ إنشاء المدن الإسلامية يجد أن منها ما كان سبب إنشاءه الحماية العسكرية والحفاظ على خصوصية الأمة مثل مدينة البصرة[٣] ؛ فإن سبب إنشائها أن الصحابى الجليل عتبة بن غزوان ﷺ[٤] كتب يستأذن أمير المؤمنين عمر

---

(١) انظر (شاكر مصطفى – المدن فى الإسلام حتى العصر العثمانى– صـ ١٦٤) .

(٢) انظر (طارق والى – النظرية العمرانية فى الفكر الخلدونية – صـ ٣٠٠) .

(٣) 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) .

(٤) عتبة بن غزوان ﷺ هو : صحابى جليل مزنى من السابقين الأولين فى الإسلام ، هاجر إلى الحبشة ثم إلى

بن الخطاب فى (أنه لابد للمسلمين من منزل إذا اشتاتوا أشتوا فيه ، وإذا رجعوا من غزوهم لجأوا إليه فكتب إليه عمر : أن ارتد لهم منزلا قريبا من المراعى والماء واكتب إلى بصفته) فكتب إليه عتبة بن غزوان : (إنى قد وجدت أرضا كثيرة القضة[١] فى طرف البر إلى الريف ، ودونها مناقع[٢] فيها ماء وفيها قصباء)[٣] فلما وصلت الرسالة إلى عمر قال : (هذه أرض بصرة[٤] قريبة من المشارب والمرعى والمحتطب ، فأذن له بنزولها فنزلها)[٥] .

وهنا أدرك أمير المؤمنين عمر حاجة الأمة الملحة إلى إنشاء مدن تكون بمثابة معسكرات دائمة فى أطراف الدولة النامية ، تكون الحياة فيها ميسرة من وجود ماء وقرب من المزارع ، دون أن تفقد الجندى المسلم مقومات الجندية [٦] .

أيضا نجد أن إنشاء بعض المدن فى الدولة الإسلامية ، كان بسبب البعد الصحى لأفراد الأمة ، ومن هذه المدن الكوفة[٧] ، فإن سبب بناءها أن عمر بن

المدينة ، اختط بالبصرة ، وفتح فتوحات كثيرة ، وهو من عمال عمر بن الخطاب ﷺ (ت ٢٠ هـ) وقيل قبل ذلك، انظر (ابن حجر – الإصابة فى تمييز الصحابة– دار الفكر – بيروت – لبنان – بدون تاريخ ٤٥٥/٢) .

(١) القضة : هى الحجارة المجتمعة المتشققة ، انظر (ابن منظور – لسان العرب– مادة قضض– دار صادر – بيروت – ٢٢٠/٧) .

(٢) المناقع : هى المواضع التى يستنقع فيها الماء ، انظر (ابن منظور – المرجع السابق – ٣٥٩/٨).

(٣) القصباء : هى جماعة القصب ، والقصب كل نبات ذى أنابيب واحدها قصبة (ابن منظور – المرجع السابق ٦٧٤/١).

(٤) أرض بصرة : أى طيبة ذات حجارة رخوة بيضاء وبها سميت البصرة – انظر (ابن منظور – المرجع السابق – ٦٧/٤) .

(٥)أ.د / سليمان محمد الطماوى – عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة – دراسة مقارنة –صـ٣١٨) وانظر (د/ غالب بن عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء – ١٠٩/١) .

(٦) انظر (أ.د/ سليمان محمد الطماوى – عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة – صـ ٣١٨).

(٧) الكوفة : مدينة فى العراق كانت تسمى قبل ذلك بسورستان – أنشأها المسلمون عام ١٥ هـ ، وتعنى الكوفة المواضع المستديرة من الرمل فإنها تسمى كوفان ، وقيل : التكوف الاجتماع – انظر (البلاذرى – ت ٢٧٨هـ – فتوح البلدان – تحقيق د/ عبد الله أنيس الطباع ، د/ عمر أنيس الطباع – مؤسسة المعارف – بيروت ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م – صـ ٣٨٧ : ٣٨٨ .

الخطاب ﷺ رأى على وفد المدائن تغير الوجوه واختلاف الهيئة فدهش لذلك وسألهم : ما الذى غيركم ؟ قالوا : وخومة البلاد[١] ، فنظر فى حوائجهم وعجل سراحهم وكتب إلى قائده سعد بن أبي وقاص ﷺ[٢] ، الذى كان قائدا عاما فى العراق وفارس ، وقال له : (أنبئنى ما الذى غير ألوان العرب ولحومهم ؟ فكتب إليه سعد بن أبي وقاص : إن العرب خددهم [٣] وكفى[٤] ألوانهم وُخُومةُ المدائن ودجلة)[٥] ، فكتب إليه عمر : (إن العرب لا يوافقها إلا ما وافق إبلها من البلدان فابعث سلمان [٦] رائدا وحذيفة[٧]، وكانا رائدى الجيش فليرتادا منزلا بريا وبحريا ، ليس بينى وبينكم فيه بحر ولا جسر)[٨].

وأيضا من المدن الهامة التى أسسها المسلمون مدينة الفسطاط[٩] التى أرادها

---

(١) وخومة البلاد : الوُخُومَةُ جمعها أَوْخَامٌ و وِخَامٌ وشيء وَخِمٌ أي وَبِئ وبلدة وَخْمَةٌ و وَخِيمَةٌ إذا لم تُوافِق ساكنها ، انظر (مختار الصحاح صـ ٤٧٧) .

(٢) سعد بن أبي وقاص هو : سعد بن أبي وقاص واسم أبي 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 : ٥٥هـ) انظر (ابن قتيبة أبي محمد بن عبد الله بن مسلم (ت : ٢٧٦هـ) – المعارف تحقيق د/ ثروت عكاشة– الهيئة المصرية العامة للكتاب – ط٢ – ٢٠٠٢م – صـ ٢٤١ : ٢٤٢) .

(٣) خددهم : أى هزل لحمهم ونقص – انظر (لسان العرب ١٦١/٣) .

(٤) كفى ألوانهم : أى غيرها .

(٥) البلاذرى – فتوح البلدان – صـ ٣٩٠ .

(٦) سلمان الفارسى 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 تمنعكم حقكم 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 (توفى فى خلافة عثمان) ، انظر (الإصابة ٣ / ١٣٧) .

(٧) حذيفة هو : حذيفة بن اليمان من نجباء أصحاب ﷺ وهو صاحب السر واسم اليمان حسل ويقال حسيل ابن جابر العبسي اليماني أبو عبد الله (ت : ٣٦هـ) انظر (سير أعلام النبلاء ٣٦١/٢ : ٣٦٦) .

(٨) البلاذرى – فتوح البلدان – صـ ٣٨٨ .

(٩) الفسطاط : بضم الفاء تطلق لغة على كل مدينة : ولكنها تطلق بالتعيين على المدينة التى بناها عمرو بن العاص فى مصر عام ٢١هـ – انظر (لسان العرب ٣٧١/٧) .

عمر بن الخطاب أن تكون بعيدة عن غارات الأعداء فأشار على عمرو بن العاص﵁ [١] أن يؤسس مدينة ليس بينه وبينها ماء فهدى الله تعالى عمرو بن العاص لاختيار مكان يقع عند رأس الدلتا قرب حصن بابليون يشغل المنطقة الواقعة بين النيل وجبل المقطم[٢] .

ومن ثم فإننا نجد أمير المؤمنين عمر ﵁ لا يجد مصلحة إلا عمل بها ، وكذلك اهتمامه بالعمران فى ضوء جلب المنفعة ودرء المضرة ، وعلى ذلك كان إعمال الموازنة بين المنافع والمضار واقعا تحياه الأمة تحت إدارة ولاتها حتى الحكم العثمانى[٣] ، 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[٤] ، وكان رأى أمير المؤمنين عمر نقل الناس إلى المصر الذى يحقق لهم المصلحة ، ويدرأ عنهم المفسدة ، وكان من رأيه أن تنزل كل قبيلة فى محلة ، وكان هدفه ﵁ من وراء ذلك الوقاية من انتشار الفتنة إذا اجتمع فى المحلة الواحدة أخلاط من الناس ، فيؤدى الأمر إلى انتشار الفتنة وسفك الدماء[٥] .

---

(١) عمرو بن العاص هو : عمرو بن العاص بن وائل بن هاشم بن سهم ، ويكنى أبو عبد الله – أسلم عام الحديبية (ت : ٤٢هـ) انظر (ابن سعد – الطبقات الكبير ٤٧/٥ : ٨٢) .

(٢) انظر (معجم البلدان ٢١٤/٥) .

(٣) بدأ الحكم العثمانى من (٦٥٦هـ /١٢٥٨م : ١٣٢٩هـ/١٩٢٤م) – راجع فى ذلك (د/ على محمد الصلابى – الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط) .

(٤) الأمصار : جمع مِصْرٌ : هي المدينة المعروفة تُذكر وتُؤنث و المِصْرُ واحد الأمْصارِ و المِصْرانِ الكوفة والبصرة و المَصِيرُ بوزن البَصِير المعى وجمعه مُصْرانٌ كرغيف ورُغفان ثم المَصارِينُ جمع الجمع وفلان مَصَّر الأمصار تَمْصِيرًا كما يُقال مدَّن المُدُن – انظر (مختار الصحاح صـ ١٩٥) .

(٥) انظر (الماوردي – الأحكام السلطانية والولايات الدينية – صـ ١٩١) .

وهنا وازن أمير المؤمنين عمر بين منفعتين : 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 رجح المصلحة العامة على الخاصة .

المثال الثانى : العمل بالموازنة بين المنافع والمضار فى تغليب أعظم المنفعتين :

هناك مصالح عامة تتمثل فى المرافق العامة[١] ، 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[٢] ، وهذا معنى ما ذكره الماوردى فى بيانه لقول النبى ﷺ : « مِنى مناخ من سبق إليها »[٣] 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[٤] راعى الأصلح فى نزولهم فيها أو منعهم منها ونقل غيرهم إليها)[٥].

ويدخل فى ذلك أيضا ما اختص بأفنية الشوارع والطرق وحفر الخلجان ، كما حدث فى مصر وتقديم المصلحة العامة فيه على خوف الأفراد[٦]، فهو موقوف

---

(١) المرافق : جمع مرفق وهى المنافع سواء كانت مجتمعة ، أو خاصة وهى تكون تابعة للدور أو الشوارع – انظر (لسان العرب ١١٨/١٠ : ١١٩) .

(٢) انظر (أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء ١٣٢/١) .

(٣) سنن الدارمى رقم (١٩٣٧) ١٠٠/٢ ، مسند أحمد برقم (٢٥٧٥٩) ٢٠٦/٦ .

(٤) السابلة : يقصد بها ابن السبيل .

(٥) الماوردي – الأحكام السلطانية– صـ ١٩١ .

(٦) 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 تقى الدين أحمد بن على بن عبد القادر بن محمد المقريزي – ت ٨٤٥هـ – الخطط المقريزية– طبعة مصر – بدون تاريخ– ١١٤/١ : ١١٥) ، وانظر (أ.د/ سليمان الطماوى – عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة – صـ٣٢٢).

على نظر السلطان فى الأخذ بالموازنة بين المنفعة العامة والخاصة ، ودرء المفسدة ودفع أعظمها ضررا[١] .

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»[٢].

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 الجزائرى ، وجد أن الأخذ بالموازنة بين المنافع والمضار كان معمولا به ، وإليك بعض الأمثلة :

المثال الأول : الموازنة بين المنافع والمضار وهدم المبانى والبساتين المحيطة بسور مدينة الجزائر .

فلقد بعث أمير أمراء الجزائر فى ذاك الوقت بخطاب أشار فيه إلى الاهتمام بتعمير قلعة الجزائر العسكرية وتطهير الخنادق من أجل حفظ وحراسة الولاية ، وكانت هناك بعض الحدائق والبساتين والأبنية على مرمى المدافع ، ومن ثم وجب إزالتها لاعتبارين :

١) تأمين أمن وأمان الأهالى والرجال[٣] .

٢) كيلا تصبح تلك بمثابة متاريس للأعداء فيما إذا قدر لهم – والعياذ بالله– الاستيلاء على المدينة[٤] .

---

(١) انظر (الماوردي – الأحكام السلطانية– صـ ١٩٢) ، وانظر أيضا (أوليات الفاروق ١٣٢/١) .

(٢) الزيلعى – نصب الراية– تحقيق محمد يوسف البنورى ١٣٥/١ – دار الحديث القاهرة ١٣٥٧هـ .

(٣) د/ مصطفى أحمد بن حموش – فقه العمران الإسلامى من خلال الأرشيف العثمانى الجزائرى ٩٥٦هـ/١٥٤٩م : ١٢٤٦هـ / ١٨٣٠م – الوثيقة الثانية – ت ١٩٨١/٤/٢٧م – صـ ١٠٨.

(٤)د/ مصطفى أحمد بن حموش – المرجع السابق صـ ١٠٨ .

وفى هذا المثال تتضح الموازنة بين منفعتين عامتين – حفظ حراسة الدولة بتعمير القلعة والحفاظ على بعض الحائق والبساتين والأبنية – غير أن المنفعة فى حماية وحراسة الدولة أهم وأعظم ، ومن ثم فإنه من أجلها قد تهدم البيوت وينقل أصحابها إلى أماكن أخرى ، لمصلحة الأمة الغالبة .

المثال الثانى : الموازنة بين المنافع والمضار وأحداث ساقية عامة وتمريرها على أملاك خاصة ومحبسة :

لقد تم شراء قطعة أرض لإحداث الساقية للماء فيها وحتى يستفيد منها عموم الناس كان الأمر يستلزم إمرارها فى أملاك آخرين وهنا كان القرار بإلزام الملاك للأراضي المجاورة التى يستلزم مرور الماء من الساقية العامة على أراضيهم لأجل المصلحة العامة وتعويضهم بالمال مقابل ذلك[١] .

وهنا تعارضت منفعتان عامة وخاصة ولكن قدم الحكم العمل بالعامة دون الخاصة مع المقابل فى 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[٢] .

ونخلص مما ذكرناه من نماذج تطبيقية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال 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 للعمران أساسا شرعيا يكمل فيه انتماء المسلم لدينه وفكره وثقافته .

٣ – لقد راعى النظام الإسلامى حاجة كل بلد وعمل على معالجتها .

---

(١) انظر (فقه العمران الإسلامى من خلال الأرشيف العثمانى الجزائرى – الوثيقة السادسة والعشرون – ت ١٢١٩هـ – صـ ١٩١ : ١٩٥) .

(٢) انظر (فقه العمران من خلال الأرشيف العثمانى الجزائرى – الوثيقة التاسعة والعشرون – ت ١١٧٠هـ صـ ١٩٩ :٢٠٥) .

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 الخليج لم يوافقهم على ذلك عمر بن الخطاب ﷺ وأقام المشروع للصالح العام[1] .

وظاهرة تطبيق الموازنة بين المصالح العامة والخاصة وترجيح العامة لها شواهدها من عصر النبوة الكريم ، ولكننا أفرطنا فى الاستشهاد بتطبيقها فى عهد عمر بن الخطاب ﷺ ، 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 التالي :

---

(١) انظر (أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء ١/١٨٥) .

المطلب الثانى

التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع والمضار

فى النظم الوضعية

العمران فى النظم الوضعية له إيحاءاته 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 [1] .

وهذا التخطيط الوضعى للعمران له خصائصه التى تميزه فى فلسفتين متناقضتين أولاهما : الفلسفة الليبرالية التى تمجد الحرية الفردية كأداة للوصول إلى السعادة .

أخراهما : الفلسفة المثالية الاشتراكية التى تمجد الجماعة وتقيد الحرية الفردية للوصول إلى السعادة البشرية العالمية ، وكلاهما معلم من معالم العمران الغربى والوضعى[2] .

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 :

---

(١) انظر (د/ على عبد الظاهر ثوينى – العمارة والمعمارى فى التراث والمفهوم الإسلامى– مجلة منار الإسلام الإماراتية – عدد ٣٤٤ – شعبان ١٤٢٤هـ/ أكتوبر ٢٠٠٣م – صـ٢٢) .

(٢) 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 – الكو... – عدد ٢٢٥ سنة ١٩٩٧م – صـ ٢٩ : ٢٥٧).

الفرع الأول

التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا

لم يأخذ مجلس الدولة الفرنسى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال نزع الملكية فحسب ، بل تعددت تطبيقاته إلى مجالات أخرى ومنها التخطيط العمرانى[١]، لتصبح الموازنة بين المنافع والمضار وكأنها أصل عام فى قضاء مجلس الدولة ، ولقد فاز مجال التخطيط العمرانى بنصيب أكبر من تطبيق للموازنة فى ميدانه عن غيره من المجالات الأخرى ، وكان القضاء فى هذا المجال وقافًا عند حد ما إذا كان القرار الذى يمهد لإنشاء طريق عام ، أو تخطيط حديث للمدن أو نقل الأسواق من مكان إلى مكان يحقق منفعة عامة أولا ، ويرفض الخوض ما إذا كان هذا التخطيط ملائما مناسبا ، ولا يقل أهمية عن الأضرار التى يلاقيها الأفراد من جراء هذا القرار .

وما لبث أن صار هذا الموقف منتقدا ولاسيما فى ظل التوسعات العمرانية الحديثة من إقامة مدن ، وطرق سريعة التى فى مقابلها تنزع ملكيات المئات من الناس[٢]، ومن ثم أمام هذا التطور الهائل للعمران بسط القضاء الإدارى رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بالتخطيط العمرانى فى إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

أسباب إعمال الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال التخطيط العمرانى :

١) أن يلبى التخطيط العمرانى حاجة من حاجات السكان حتى تنزع الملكية من أجله[٣] .

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 فى المجتمع من تطورات اجتماعية واقتصادية وبيئية ، وإذا كانت

---

(١) راجع فى ذلك (د/ محمود سلامة جبر – رقابة الغلط البين – صـ ١٦٥) ، وأيضا (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة صـ ٢٢٢) .

(٢) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ١٨ : ١٩) .

(٣) انظر : (Rene' chapus : Droit Administratif GENERAL .1988 . P. 512)

قوانين التخطيط العمرانى غير ذلك لأصبحت عقبة كئود أمام ارتقاء وتطور المجتمعات [١] .

" وهذه المرونة لا تتحقق فى الواقع إلا إذا أجازتها القواعد القانونية ذاتها والخاصة بتخطيط أو تنظيم المدن إمكانية مخالفتها أو الخروج على مقتضياتها إذا ما كان ذلك أمرا لازما وضروريا "[٢] .

٣) إن القواعد المرنة للتخطيط العمرانى غالبا ما تكتفى بإقراره دون أن تضع شروطا وضوابط محددة لمنحه أو منعه تاركة للإدارة مطلق الحرية فى ذلك .

٤) إن الصورة الإجمالية لقانون التخطيط العمرانى وتنظيم المدن تعطى للإدارة سلطة تقديرية 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[٣] 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 عمراني معين ، يتمثل فى تمتع المواطنين ببيئة عمرانية حضرية ملائمة ، أو بمستوى معين من الحياة الاجتماعية فى هذه البيئة[٤] .

وبناء على ذلك فقد بدأ القضاء الإدارى يبسط 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

---

(١) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٢٤)

(٢) أ.د/ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣٢٤ .

(٣) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣٢٥) .

(٤) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـ ٣٢٥) .

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 قيدا يحد من حرية الإدارة حينما تباشر سلطتها التقديرية فى هذا المجال[١] .

ومن ثم صارت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار منهجا رقابيا للقضاء الإدارى ظهرت معالمه فى ظل تطبيقات للقضاء حتى فى مجال التخطيط العمرانى ، نذكر منها على سبيل المثال ما يلى :

المثال الأول : قضية تعمير وسط مدينة (L'ilot)

(Groupem ent de la defense de l'ilot firminy – centre)

وفى هذه القضية قررت الإدارة إعادة تعمير وسط المدينة ولأجل ذلك كان من اللازم إزالة بعض المساكن والتى سيترتب عليها الإضرار بأصحابها ، وهنا خرج القاضى الإدارى عما كان مألوفا 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 تعمير وسط المدينة يؤدى إلى إزالة المساكن ، فإنها غير صحية ، مما يترتب عليه تغليب المنفعة العامة على الأضرار الخاصة ، وبناء على ذلك فقد حكم مجلس الدولة الفرنسى بعدم إلغاء القرار الإدارى بالتعمير[٢] .

---

(١) انظر :

LABETOULLE (Daniel) : Le Pouvoir discrétionnaire en matiére d'urbanisme et interventionnisme économique . colloque du 5.3.1977, I.F.S.A., Aix-en-Provence, éd. Cujas ,1978 .p.33

(٢) انظر :

- (C.E: 27 . 5 . 1964 , Groupement de la defense de L'ilôt Firminy – centre , A . J . D .A 1964 P . 432) .

وراجع فى ذلك أيضا (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية – صـ ٢٢٢) .

المثال الثانى : قضية (Epoux thony et Epoux Hartmann – six).

وفى هذه القضية قامت البلدية بمشروع تقسيم أراضى للمحلة من أجل أن تقيم عليها عدة مساكن ، ومن ثم تقدم الطاعنون وادعوا فى 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 الفرنسى بأن يحدد بوضوح مدى التطور القضائى الذى أخذ به فى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار[١]. وباستقراء ما ذكر فى هذه القضية نجد أن القضاء الإدارى كان فى السابق يرفض بحث ما إذا كان هناك تخطيط معين أو مكان آخر يقام فيه المشروع ويحقق فائدة أكبر أو أضرارا أقل من ذلك الذى 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 بأى شكل من الأشكال ، وهذا ما ادعاه الطاعنون بالفعل .

ومن ثم انتقد مفوض الدولة موقف المجلس السابق ، ورأى أن عدم إجراء القضاء للمقارنة بين الموقع الذى اختارته الإدارة والموقع الآخر الذى يدعيه الأفراد، لا يتفق مع المنطق، بل رأى مفوض الدولة أن الرقابة التى ارتضاها مجلس الدولة لنفسه منذ ١٩٧١م تسمح له بالبحث عن اختيار الموقع الأفضل الذى يحقق المنفعة المثلى[٢] .

وبالتالى فإنه من باب أولى يملك مناقشة مدى لزوم نزع ملكية الأفراد ، عندما تملك البلدية الأرض الكافية لتنفيذ المشروع ، فطالما يملك الأكثر فلا حرج

---

(١) انظر :

- (C . E . 20 11 . 1974 , Epoux thony et Epoux Hart mann six , R . A . 1975 , P. 373 , concl . D . LAETOULLE) .

(٢) انظر فى نفس المعنى :

LEMASURIER : Bilan – coût – avantages et necessite Publique , . A . 1979 , P . 504) .

عليه إذا مارس الأقل .

وبالفعل أخذ المجلس برأى مفوض الدولة فى القيام بإجراء مفاضلة بين عدة مواقع ، ومنها : النظر فيما تملكه البلدية من أرض ، ولكنه توصل فى النهاية إلى إقرار المشروع ورفض الطعن المقدم من الأفراد ضد البلدية ؛ لأن الأرض التى تملكها لا يمكن أن ينفذ عليها المشروع بشروط مماثلة حيث الأرض أقل مساحة وأكثر انحدارا[١] .

ومن المثالين السابقين يتضح لنا أن مجلس الدولة استطاع أن يبسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على حرية الإدارة فى مجال التخطيط العمرانى فقيد حركتها الغير معقولة ، وبين لها أن أى إجراء استثنائى لقواعد التنظيم العمرانى لا يمكن اتخاذ قرار بشأنه إلا إذا كان هناك رصيد إيجابى واضح وظاهر لصالح المنفعة العامة[٢]، وإذا كان القضاء الإدارى قد رفض الطعن فى قضية : (Epoux thony) فإنه ألغى قرارات كثيرة للإدارة فى هذا المجال منها :

أ- إلغاؤه لقرار الإدارة بإنشاء طريق محلى 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 .

جـ – إلغاؤه قرارا إداريا بإقامة وصلة طريق تعارض التخطيط العمرانى العام للمنطقة ، وأيضا تؤدى هذه الوصلة إلى حرمان حديقة عامة من جزء من أرضها ، وكذلك اقتطاع جزء من حديقة قصر يعد من الآثار التاريخية ، وفى هذه القضية وازن القضاء الإدارى 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[٣] .

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٩٤ : ٢٩٥) .

(٢) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة – صـ ٣٢٨) .

(٣) راجع فى ذلك (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٤٢ : ٢٤٣) .

الفرع الثانى

التخطيط العمراني والموازنة بين المنافع والمضار فى مصر

من البدهيات أن الصالح العام هو الهدف الذى تسعى إليه كافة أجهزة الإدارة فى سائر الدول على اختلاف مذاهبها الشمولية أو الديمقراطية ومن بينها مصر ؛ لأن الهدف من وجود الدولة هو تحقيق الخير العام للجميع ، وما سائر المؤسسات فى 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 فى التملك ، أو نازعا للملكياتهم ، ومن هنا فقد يكون أمام الإدارة منفعتان ، وما عليها إلا المفاضلة والموازنة بين المتعارضتين ، لتختار أكثرهما تحقيقا للصالح العام[1] ؛ فإذا حادت عن جادة الصواب وقف لها القضاء الإدارى موقف المصحح للمسار ، المقوِّم للاعوجاج دونما إغلال لسلطتها التقديرية .

ولم تكن مصر بمنأى عن هذا الهدف وسبل تحقيقه ، وللقضاء الإدارى سلطته الرقابية فى هذا المجال ، غير أن رقابته فى الماضى كانت تقف عند حد التأكد من وجود منفعة عامة هى سبب القرار ، والمنفعة العامة غالبا هى : (حالة واقعية تتمثل فى 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 التى تبيح نزع الملكية الفردية ، يتعين أن توجد هذه الحالة الواقعية فعلا ، وللقضاء كامل الحق فى أن يراقب وجود مثل هذه الحالة ، بل يجب أن يتأكد فعلا من وجودها ، فإذا ثبت له عدم وجود مثل هذه الحالة الواقعية فإن له أن يلغى قرار المنفعة العامة ، ولا تتمتع الإدارة بأى سلطة تقديرية فى خصوص القول بوجود الحالة الواقعية ، فمتى ادعت وجودها فقد أصبح الأمر تحت

---

(١) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى – مقارنة – صـ ١٥٠ : ١٥١) .

بصر القضاء وسمعه ليتثبت من حقيقتها)[١] .

ومن ثم فإذا رأت الإدارة أن تتدخل لسد حاجة ما بإقامة مشروع أو بتوسيع شارع فإن القضاء الإدارى يمتنع عليه مناقشتها فيه ، ولا يملك إلا التسليم بتوافر هذه المنفعة .

لكن رقابة القضاء الإدارى فى السنوات الأخيرة استطاع أن يخطو خطوات بطيئة نحو إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى ميدان العمران ، ومع بطء خطواته إلا أنها حكيمة ورشيدة فى ظل أنظمة حاكمة لم ينضج لها عقل لاستيعاب مثل هذا التطور الرقابى من القضاء الإدارى على قرارات الإدارة فى مجال العمران .

وهذا ما جعل البعض يقول بأن القضاء الإدارى فى مصر لا يعرف ما يسمى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وأن النظرية وتطور تطبيقها فى فرنسا أدى إلى هجرها ؛ ذلك لأنها نظرية عقيمة قاحلة أدى بها جدبها إلى تدخل المشرع الفرنسى ليتدارك سلبياتها ، وأصدر قانون ١٠ يوليو ١٩٧٦م المعدل بقانون ٢٠ أكتوبر ١٩٧٧م ، ولقد فرض هذا القانون على الإدارة فى فرنسا القيام بدراسات جدوى لمشروعات الأشغال العامة التى تنفذها أو ترخص بها مع بيان مضار هذه المشروعات وآثارها وبخاصة بالنسبة للبيئة[٢] .

(وهذا التعديل التشريعى الذى أصدره المشرع الفرنسى يؤكد عجز نظرية الموازنة بين المنافع والمضار عن مواجهة التطورات التى أصابت أنشطة الدولة ؛ وبخاصة فى المجال الاقتصادى وشئون البيئة وضيقها عن استيعاب هذه الأوضاع الجديدة)[٣] .

والحقيقة أن هذا القول جانبه الصواب لأمرين :

أولهما : أن إصدار المشرع الفرنسى قانونا يلزم الإدارة بدراسة المشروع المزمع تنفيذه من حيث منافعه ومضاره إنما هو حجة للنظرية لا عليها ، ولاسيما

---

(١) د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – دراسة مقارنة – صـ ٣٦٤ : ٣٦٥ .

(٢) انظر (المستشار / محمود سلامة – مدى مشروعية قرار تقرير المنفعة العامة لجزيرتى الذهب والوراق – مقال نشر بجريدة الأهرام – عدد الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ ١٥) .

(٣) المقال السابق – جريدة الأهرام الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م – صـ ١٥.

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 نزع 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 العمرانى ومنها قضية (ville de Limoge)[١] ، واشترط المجلس حتى يكون الاستثناء مشروعا ومحققا للمنفعة العامة (ألا تكون الأضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمرانى مفرطة بالنسبة للمنفعة التى يحققها)[٢] .

وفى قضية (Gorliet Bonifay)[٣] وسع المجلس فى فرنسا نطاق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجال الارتفاقات الإدارية ، فحينما اختارت الإدارة تخطيطا 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 وفقا لما درج عليه مجلس الدولة الفرنسى سابقا ، وهو تطبيق رقابة الحد الأدنى على الارتفاقات الإدارية ، وهى رقابة الخطأ الظاهر فى التقدير ، أو قضاؤه بأن عناصر الارتفاق يجب أن تتعين جيدا ، بما

---

(١) انظر :

- (C.E. ASS, 18– 7–1973 , Ville de limoges , A.J.P.I. 1974 p808 , 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 jurisprudence administrative Francaise , A.J.D.A 1973 , p 480 , D.S . 1975, P. 49 ,note J.G collignon) .

وراجع أيضا :

- (Marcel WALINE: L'appréciatien des intérêts généraux concernes parue derogation aux regles D'urbanisme ,R.D.P 1974,PP.259 – 271).

وانظر أيضا (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٣٢٩ : ٣٣٠) ، وانظر أيضا (أ.د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ ٣٢٧ : ٣٢٨) .

(٢) د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٣٣٠

(٣) C.E. ASS . 24–1–1975 Gorilier et Bonifay Precite .

يكفل أن يقام المشروع بشكل أفضل[١] .

ولكن مفوض الدولة فى هذه القضية طالب المجلس بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار على هذه القضية ؛ إذ إنه رأى أن إقامة خطوط الكهرباء وما تستلزمه من تثبيت أعمدة وتمديد أسلاك كهربائية تضر ضررا بالغا بمنافع الملاك المجاورين بما يؤدى نزع ملكياتهم.

وبالفعل تابع المجلس رأى المفوض مقررا (أن التخطيط لا يكون مشروعا إلا إذا كانت الأعباء التى يسببها لمنافع الأفراد ليست مفرطة بالنسبة للمزايا التى يحققها المشروع)[٢] .

وبالنظر إلى هذه الصيغة نجد أنها جاءت عامة مما يجعلها سهلة التطبيق على ارتفاقات أخرى ، وإن كانت لم تشر إلى العناصر المختلفة التى تدخل فى الموازنة بين المنافع والمضار كالملكية الفردية ، والأعباء الاجتماعية ، ومع ذلك فإن المجلس أكد بها قضاءه الذى انتهى إليه فى مجال نزع الملكية بإخضاع موقع إقامة المشروع لرقابته[٣] .

وهكذا استمر مجلس الدولة الفرنسى فى الأخذ بالنظرية فى أحكامه حتى صارت مبدأ عاما للقانون الإدارى ، ومن ثم يرى " فالين " بأنها ستمتد إلى مجالات أخرى عديدة، بل صارت النظرية اتجاها قانونيا منه نص المادة الرابعة من القانون رقم ٧٧– ٨٠٦ والخاص بمعاقبة الاتفاقيات الاقتصادية غير المشروعة على أن : (المشروع المقترح يمكن ألا يؤدي إلى تطبيق أحد الإجراءات المنصوص عليها ، إذا كان يساهم فى التقدم الاقتصادى والاجتماعى مساهمة كافية تعوض الأضرار التى يسببها لمبدأ المنافسة الحرة)[٤] .

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٣٣١) .

(٢) انظر : FRANC et Boyon : chr . générale de la jurisprudence prancaise , A.J.D.A 1975 , P. 131 .

(٣) راجع فى ذلك :
Andre de LAUBADERE : traite elementaire de droit Administratif . T 11 .L.G.D.J.je éd, Paris. 1980, P . 254).

(٤) راجع فى ذلك : J.O : du 20–7–1977 P . 3833 .

فهل بعد هذا يجوز لآحاد الفقهاء أن يقول بأنها نظرية قاحلة عقيمة ، والحقيقة أن مجلس الدولة المصرى ، وإن كان لم يأخذ بالنظرية اسما وعَلَمًا مما جعل البعض يظن أنه لم يطرق بابها ، إلا أنه أخذ بها فى السنوات الأخيرة مضمونا وموضوعا ، فلا يعنى 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 المصرى بمبدأ تقييم القرار الإدارى من حيث (مزاياه ومساوئه)[1] ، وهو جوهر نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وظهر ذلك فى التطبيقات التالية ، وخاصة فى مجال التخطيط العمرانى ، ومنها على سبيل المثال ما يلى :

المثال الأول : قضية (عزبة خير الله)

إنه قبل الحكم الخاص بعزبة خير الله (١٩٩١/٣/٩م) كان للقضاء الإدارى موقفا لا يختلف كثيرا عن موقف القضاء الفرنسى قديما ؛ وهو الوقوف عند حد التأكد من صحة الوقائع وأن القرار الإدارى يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة ، وخصوصا إذا تعلق الأمر بنزع الملكية من الأفراد ، أو إزالة التعدى على أملاك الدولة[2] .

وباعتبار أن قضية (عزبة خير الله) تثير فى جانب منها إزالة التعدى على أملاك الدولة ، وفى جانب آخر إزالة ما قد عمره الناس فى هذه البقعة من مساكن على نفقتهم الخاصة ، وما يترتب على ذلك من مضار تلحق بالأفراد ومنافع تريد الإدارة تحقيقها .

ومن ثم فإن الأمر يقتضى أن نذكر بإيجاز شديد بعض المبادئ التى كانت مستقرة فى هذا الشأن قبل صدور حكم من القضاء الإدارى يخص عزبة خير الله ،

---

(١) 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 – صـ ٢٧) .

(٢) راجع فى ذلك (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة) ، وأيضا (د/ محمد إبراهيم سليمان –الرقابة على الوقائع فى قضاء الإلغاء – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية ١٩٦٢م).

وأيضا المبادئ التى أرساها هذا الحكم فيما بعد ، وذلك بعد ذكر وقائع القضية[١] .

أولا : وقائع قضية (عزبة خير الله) .

تتلخص وقائعها : فى أن محافظ القاهرة أصدر قرارا لصالح شركة (المعادى للتنمية والتعمير) يقتضى تسليم الأرض المملوكة للدولة المعروفة بعزبة (خير الله) الكائنة بمنطقة دار السلام ، التابعة لمحافظة القاهرة – وإزالة التعديات على هذه الأرض، وهدم ما عليها من منشآت ومبانى يبلغ عددها ما يقارب عشرين ألف مسكن ، ويقطن بها ما يقرب من خمسين ألف نسمة .

وأمام هذا القرار وما يتبعه من آثار تضر بحوالى خمسين ألف نسمة ، تقدم اثنان منهم بطعن فى قرار المحافظ ، وطلبا من القضاء الإدارى 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 ويقيمون فيها بالكدّ[٢] ، بما يحفظ كرامتهم ويلم شملهم.

٢– إن المحافظة التى تقوم بالهدم والتشريد سبق وأن أصدرت قرارا بحماية هذه الجموع لمبانيهم التى شيدوها على أرض الدولة ، وهو القرار رقم (٨٩٢) بتاريخ ١٩٧٠/٥/٢٣م ، وفيه قررت المحافظة عدم إزالة أية تعديات على أرض الدولة مكتفية بالحصر للسكان ، وتحصيل رسم انتفاع منهم ، ونسبة ٥٪ عن المدد السابقة .

٣– أيضا سبق للمحافظة أن أصدرت قرارا رقم (٥٣) بتاريخ ١٩٧٣/٥/٢٩م بالموافقة على بيع مثل تلك الأرض للأفراد طالما أقيمت عليها مبان تشغلها أرواح ، بثمن قدره سبعة جنيهات للمتر ، وقد تم تنفيذ هذا القرار فى مناطق أخرى كعزبة دسوقى المجاورة لعزبة خير الله ، وعزبة ناصر ، ومنطقة مقابر

---

(١) انظر (الإدارية العليا : ١٩٩١/٣/٩م – الطعنين رقمى ١٨٧٥ ، ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق – دائرة منازعات الأفراد والعقود والتعويضات) حكم غير منشور .

(٢) الكدّ : الشدة فى العمل وطلب الرزق والكسب : انظر (ابن منظور – لسان العرب– ٣٧٧/٣) ، (أبو عبد الرحمن بن أحمد الفراهيدى – كتاب العين – تحقيق د/ مهدى المخزومى ، د/ إبراهيم السامرائى – ٢٧٣/٥).

اليهود من ذات عزبة خير الله .

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 فى التعمير ، وذلك فى سبيل إرضاء شركة لتقسيم الأراضى أو مشروع استثمارى ، وفى عهد سيادة القانون[١] ؛ فإن حماية أعراض النساء ، وأرواح الأطفال أولى من فكرة عابرة جاشت بفكر من أصدر القرار[٢] .

وبناء على الأسباب الأربعة للطعن المقدم استجابت محكمة القضاء الإدارى لطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه ، وبالفعل تم وقف القرار ، وهو ما لم يلق قبولا من جانب محافظة القاهرة ، وأيضا الشركة التى صدر القرار من المحافظة لصالحها ، فطعن كل منهما على قرار المحكمة الإدارية بوقف تنفيذ قرار المحافظة[٣] .

ثانيا : حكم محكمة القضاء الإدارى :

إنه بالنظر إلى حكم المحكمة نجد أنه قد خالف المبادئ المستقرة من قبل فى شأن قرارات نزع الملكية وإزالة التعدى عن أملاك الدولة ، ومنها ما يلى :

أ– متى صدر قرار نزع ملكية العقار للمنفعة العامة متوافرة فيه شروط إصداره طبقا لأحكام القانون فإنه ينتج أثره[٤] .

ب– عندما تبسط المحكمة رقابتها على مشروع القرار الصادر بإزالة التعدى على الأراضى المملوكة للدولة لا تفصل فى النزاع حول الملكية ، ولا تتغلغل

---

(١) الطاعنون يقصدون حينما يكون القانون فوق الجميع وفى خدمة مصالح الشعوب .

(٢) انظر (الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى " دائرة منازعات الأفراد والهيئات " جلسة بتاريخ ١٩٨٤/٣/١٥م – الدعوى رقم (١٦٨١) لسنة ٨٣ ق) حكم غير منشور .

(٣) 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 فى جلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٦/٦/١٦م– قررت ضم الطعنين أمام المحكمة ليصدر فيهما حكم واحد ، وتم تداول الطعنين أمام المحكمة العليا حتى أصدرت حكمها بتاريخ ١٩٩١/٣/٩م) .

(٤) د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٤٧ ، وراجع فى ذلك أيضا (د/ عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة – صـ ٣٦٤ : ٣٦٥) ، وذكر المؤلف أنه أمر خاص بالتخطيط العمرانى أن يصدر من السلطة المخولة بإصداره قانونا .

فى فحص المستندات المقدمة من الخصوم بقصد الترجيح فيما بينهما لإثبات الملكية ، ويترتب على ذلك ، أن رقابة المشروعية التى تسلطها محكمة القضاء الإدارى على هذه القرارات تجد حدها الطبيعى فى التحقق من أن سند الجهة الإدارية هو سند جدى له شواهده المبررة لإصدار القرار يازالة التعدى إداريا[1] .

فإنه بخلاف هذه المبادئ نجد أن الحكم الصادر بشأن عزبة خير الله وبخاصة فى الشق المستعجل المتعلق بوقف التنفيذ ، قد أسس على اعتبارات لم يسبق للقضاء الإدارى فى مصر أن تطرق إليها أو استند عليها ، ونستخلص من الحكم ما يعضد مرادنا ويثبت أركان نظريتنا فيما يلى :

١– إنه وإن كان من المسلم به قانونا أن للجهة الإدارية حق إزالة ما يقع من تعديات على أملاك الدولة بالطريق الإدارى ، إلا أن سلطتها فى ذلك وإن كانت تقديرية ، فإنها تخضع لرقابة القضاء الإدارى ، ذلك لأن الأصل فى نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام ، ويكون جوهر وظيفة الإدارة العامة هو إشباع الحاجات العامة تحقيقا لهذا الهدف ، وبالتالى فإنه يجب على جهة الإدارة أن تصدر تصرفاتها بما يراعى الصالح العام ويناسبه [2] .

وهنا استطاع القضاء أن يمد رقابته على سلطة الإدارة التقديرية وأن نشاطها المسبب بتحقيق المنفعة العامة أصبح محلا للرقابة القضائية ، وهو ما وضح فى نص الحكم السالف ذكره حين قال : (إن الأصل فى نشاط الإدارة أن يستهدف الصالح العام)ثم بين أن وظيفة الإدارة هى الوصول بقرارها إلى تحقيق هذا الهدف .

ولم يكتف الحكم بذكر الوجه الحسن للقرار الإدارى بأنه يحقق مصلحة عامة ، وإنما انتقل إلى الجانب السلبى للقرار ، والمتمثل فى تشريد عدد كبير من السكان القاطنين عزبة خير الله ، فقالت المحكمة .

٢– وإنه وإن استهدف القرار المطعون فيه مصلحة عامة لاريب فيها ، قوامها الحفاظ على ملك الدولة ، إلا أنه فى الجانب الآخر فإن القرار الطعين فى استهدافه تحقيق ذلك الوجه للمصلحة العامة قد ضحى بوجه مصلحة عامة أخرى

---

(١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى– صـ ٤٧) .

(٢) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق – صـ ٤٧) .

يتمثل فى 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 ....، وفى هذا النص تحاول محكمة القضاء الإدارى أن تضع القضية على كفتى الموازنة بين المنافع والمضار ، وفعلا وضعت القضية موضع الترجيح بين منفعتين ، وضعتهما عملا لا علما ، جوهرا ومضمونا لا اسما ولا شعارا ، وتأكد ذلك فى الفقرة التالية إذ تقول :

٣- إن قيام مجتمع من تناولهم القرار واستقراره على أرض الدولة لم ينشأ فجأة أو فى خفية من جهات الإدارة أو أجهزتها ، وإنما هى قد أسهمت فى وجوده عندما لم تمنعه فى بادئ أمره ، أما وإنها لم تقعد فى ذلك ولم تنشط إلى منعه ، فإن منعه الآن يعدُّ إخلالا منها بمسئوليتها نحو الحفاظ على المواطنين وتدبير شئونهم وإشباع حاجاتهم .

إن مؤدى القرار المطعون فيه هو التضحية بوجه المصلحة العامة الكامن فى عدم تشريد العدد الضخم من الأفراد الذين يتناولهم هذا القرار والمدعيان منهم وتغليب وجه مصلحة عامة آخر عليه هو حماية أرض الدولة ورفع التعدى عنها ، بينما الوجه الأول أظهر منه وأولى بالرعاية وأجدر بالعناية وأحق بالتغليب ، ويكون إهماله إخلالا لا يجوز قانونا بحكم طبيعة الوظيفة الإدارية .

وبالتالى يكون القرار المطعون فيه قد شابه عوار فى الغاية يبدو معه متنكبا 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 مشوبا بما يرجح معه إلغاؤه عند الفصل فى الطلب الموضوعى من الدعوى بالإلغاء .

وهنا خرج الحكم من محكمة القضاء الإدارى رافعا مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار مرجحا مصلحة الطاعنين فى إلغاء القرار الإدارى بالهدم والإزالة لما يترتب عليه ضرر بالغ بعموم السكان ، فضلا عن كون عمران عزبة خير الله يحقق مصلحة أخرى أولى بالاعتبار من المصلحة العامة التى تدعيها الإدارة .

ومن ثم أصبح من الوضوح 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 [١] ؛ لذلك فإننا نخلص إلى المبادئ التى أظهرها حكم محكمة القضاء الإدارى وأهمها ما يلى :

أ– لم يعد القاضى الإدارى وقافا 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 وفقا 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 قصورًا من جانب الإدارة عن القيام بأعبائها[٢] .

والذى يدفع إلى التأكيد على أن القضاء الإدارى المصرى يحاول أن يكسر الأغلال التى قيدته زمنا فى ظل الإدارة الأحادية كلما سنحت له الفرصة ؛ ليؤكد استقلاليته وليثبت أركان عدالته ، نجد أن الإدارية العليا حين عرض عليها طعنان تقدمتا به كل من المحافظة وشركة المعادى للإسكان والتعمير ، وسوَّد الطعنان بأسباب تنفى على الحكم المطعون فيه ، وكلها تدور حول الخطأ الذى وقع فيه

---

(١) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى ص ٥٠)

(٢) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق ٤٨ : ٤٩) .

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)[١] .

ثم أردف الطاعنان فى تسبب طعنيهما بقول مؤداه أن قرار محكمة القضاء الإدارى قد جانبها الصواب فى ترجيح منفعة السكان التى يسكنون فى عشش ومبانى غير مخططة علميا .

فقالا : (وإذا كان تعمير تلك الأراضى يتم بناءً على تلك الأسس التزاما بقوانين التخطيط العمرانى ، فكيف يقال بحماية تعد على هذه الأراضى يتحصل فى شغلها دون تنظيم ولا تخطيط لبعض العشش أو المبانى 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)[٢] .

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 ١٩٨٩/٨/٢٢م بناء 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 ١٩٨٦/٣/٢٩م إلى مكتب السيد /

---

(١) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق صـ ٥١) .

(٢) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق ٥٢) .

رئيس الوزراء ، يفيد أن الأرض التى تقع بها هذه التعديات تقع بمناطق عزبة خير الله وإسطبل 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 التعديات على تلك المناطق ، وقد أخطرت مديرية أمن القاهرة أن تقوم بعمل دراسات كافية بإمكانية تنفيذ هذه القرارات الأمنية[١] .

وبعد أن فند حكم الإدارية العليا مزاعم الشركة الطاعنة انتقل للرد على الدفوع القانونية على النحو التالى :

١– لقد نعى الطعنان 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 "[٢] .

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 اختيارها لمحل القرار ، أو وقت وأسلوب تنفيذه) ما دام أن ذلك يكون فى إطار من الشرعية وسيادة القانون ، وذلك ما لم تتنكب الإدارة الغاية ، وتنحرف عن تحقيقها إلى غاية أخرى لم يقصدها المشرع خولها تلك السلطة التقديرية أو تتعمد تحقيق غايات خاصة لا صلة لها بالصالح العام)[٣] .

ومع إقرار الإدارية العليا بما ورد بالطعن إلا أنها أوردت فى حيثيات حكمها عبارة (إقامة العدالة) حين أرادت تحديد مراقبة السلطة القضائية للإدارة فيما

---

(١) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٥٤) .

(٢) راجع فى ذلك (د/ عصام عبد الوهاب البرزنجى – السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية – كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩١م) ، وانظر أيضا (د / ثروت عبد العال محمد – الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الإدارية –كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – فرع أسيوط ١٩٩١م) .

(٣) حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩١/٣/٩م الخاص بعزبة خير الله .

تتخذه من قرارات بناء على سلطتها التقديرية قالت : فإنها – أى السلطة القضائية – تصبح مسئولة عن " إقامة العدالة وحماية الشرعية والمشروعية [١] وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة للمصريين)[٢] ، 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 الحيثية نقل القاضى من الوقوف فى رقابته عند نطاق الوقائع إلى مد رقابته على مدى ملائمة القرار الإدارى[٣] .

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 الدفعين ، وردت قائلة : (ومن حيث أن الماثل 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 ١٩٧٢م ، 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

---

(١) الشرعية هى : انظر صـــ ١٥١من الرسالة .

(٢) حكم الإدارية العليا السابق .

(٣) انظر (د / نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـــ٥٥) .

للمنفعة العامة ، وهو ما ظهر من حيثيات 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) والتى 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 ، طبقا للمادة (٥) من الدستور من أن دفع الضرر مقدم على جلب المنافع ، وأن الضروارت 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 للمبانى والمساكن القائمة عليها تشريد عشرات الآلاف من الأفراد والأسر نتيجة فقد المأوى الوحيد لهم إلى غير مقر 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 ، وبالتالى 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 فورا 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 إلحاحا ، وأخطر شأنا 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) [1].

ومن ثم فإن المحكمة الإدارية العليا حرصت فى حكمها على التأكيد على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ولاسيما بين المنافع العامة المتعارضة ، ولذلك فقد غلب المنفعة القومية العامة المتمثلة فى إبقاء سكان عزبة خير الله فى مساكنهم نظرا للمضار الكبيرة التى تلحقهم على مصلحة شركة المعادى للتنمية والتعمير وقيامها بتخطيط حضارى وفقا لمتطلبات العصر .

ولقد حرصت المحكمة العليا على ذكر فكرة الموازنة بين المنافع العامة فى قولها : (إن هذه الإدارة يتعين أن تصدر تصرفاتها بما يراعى الموازنة بين المصالح العامة المتفاوتة المدارج والوزن والأهمية على النحو الذى ألزمها الدستور والقانون ، وإذا لم تلتزم بذلك كان للقضاء الإدارى بحكم ولايته التى أناطها به الدستور والقانون أن يردها 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 الماثل) [2].

وبعد أن عددت المحكمة الأسباب التى استندت إليها مع تفنيدها للحجج القانونية التى اعتمد عليه الطعنان السالف ذكرهما ، انتهت المحكمة العليا فى النهاية

---

(١) الطعنين رقمى ١٨٧٥ ، ١٩١٤ السنة ٣٠ ق (غير منشور) .

(٢) حكم الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩١/٣/٩م – الخاص بعزبة خير الله .

إلى إعمال فكرة الموازنة بين المنافع والمضار ورفضت الطعنين المقدمين إليها ضد حكم محكمة القضاء الإدارى المتعلق بقرار المحافظة بإزالة وهدم المبانى التى بنيت على أرض عزبة خير الله وعنتر ، وذلك لأن القرار من المحافظة (صدر مشوبا 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)[1] . 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 خليق بالرفض)[2] .

والناظر بدقة لحكم الإدارية العليا يجد أن بنت حكمها على أساس دستورى فى إطار مادتى (٣٢ ، ٣٤) من الدستور والتى تقولا : (أن للمساكن الخاصة حرمة لا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون ، وهى كذلك لا يسوغ هدمها أو إزالتها إلا طبقا لأحكام القانون ولتحقيق الصالح العام ودون الاعتداء على الحقوق والحريات العامة والخاصة للمواطنين التى تكون جديرة بالحماية والرعاية ولها الأولوية على اعتبارات وملائمات الصالح العام المتعلقة بالإزالة والهدم) .

نظرات فى حكم الإدارية العليا فى قضية عزبة خير الله :

قامت الإدارية العليا بتفسير حكم القضاء الإدارى بعيدًا عن مضمونه ، وبيانًا لذلك كانت لنا هذه النظرات :

---

(١) الإدارية العليا ١٩٩١/٣/٩م – الطعنين رقمى ١٨٧٥– ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق (حكم غير منشور) دائرة منازعات الأفراد والعقود والتعويضات .

(٢) حكم الإدارية العليا – ١٩٩١/٣/٩م .

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 على الوجه المبين بالقانون " .

من الواضح إذن أن نصوص الدستور تكفل حماية متساوية لمصالح عامة متنوعة ، وبالتالى 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 على الأمن العام ، وبالتالى فإن حجم الأضرار يفوق بكثير المزايا التى تعود على الدولة من تنفيذ قرار الإزالة .

النظرة الثانية :

أن عملية الترجيح التى قام بها القاضى فى حكم ٩ مارس ١٩٩١م ، هى فى حقيقتها ترجيح بين المزايا والأضرار الناشئة عن قرار الإزالة ، صحيح أن الترجيح كان بشأن مصالح عامة مختلفة على النحو 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 الترجيح 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[1] ، 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 ١٩٩١م 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[2]، بصدد القرارات الإدارية الصادرة فى مجال السلطة التقديرية ، وهو ما

---

(١) د/ محمد عبد اللطيف – نزع الملكية للمنفعة العامة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٥م – صـ ٣٠ ، ٣١).

(٢) د/ سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ ٢٤١ .

يؤدى إلى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار [١]؟

. ومن ثم فإنه يجوز لنا أن نقول إن الإدارية العليا فى حكمها هذا تأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار جوهرا ومضمونا ، وإن لم تصرح بها عَلَمًا واسمًا .

المثال الثانى : قضية منشية السلام [٢] :

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)[٣] .

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 [٤] .

موقف الإدارية العليا :

تقدمت المحافظة بطعن إلى الإدارية العليا فى حكم محكمة القضاء الإدارى السالف بيانه فكان حكم الإدارية 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 تضحى بوجه أعلى لتنشد وجها أدنى ، وإذا كان

---

(١) انظر (د/ محمد عبد اللطيف – قضية سوق روض الفرج – دراسة نقدية تحليلية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٥م – صـ١٦٠ : ١٦٢)

(٢) محكمة القضاء الإدارى دعوى رقم ١٨٣٧ لسنة ٣٨ ق ، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩م (حكم غيرمنشور).

(٣)محكمة القضاء الإدارى دعوى رقم ١٨٣٧ لسنة ٣٨ ق ، جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩م (حكم غيرمنشور).

(٤) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى –صـ ١٥٢).

مؤدى القرارين 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)[1] .

ومن ثم فقد رفضت الإدارية 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 ١٩٩٤م 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، فطعنت الإدارة المحلية فى الحكم أمام الإدارية العليا ، وبعد إطلاعها على الأوراق قضت بغير ما تتوقع الإدارة بإلغاء قراراها وقالت الإدارية العليا فى حكمها الذى يعد مبدءا قانونيا : (ومن حيث إن الثابت من الأوراق – ودون إنكار من جهة الإدارة – أن الطاعن قام بتقفيل البلكونة الخاصة بعيادته الطبية بالزجاج والألمونيتال وهى من المواد الخفيفة ، ولا تدخل ضمن مواد البناء أو المنشآت البنائية ولا تشكل ثمة أضرارا بالسكان أو بالمارة أو بغيرهم ، وكانت هذه التعديلات قد اقتضتها ظروف الهيئة والمحافظة على العيادة الطبية ، وبالتالى 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 فيهما رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٤ م بوقف هذه الأعمال لاسيما أنه صدر بعد تمامها ، والقرار رقم ٤٠ لسنة ١٩٩٤م بإزالة هذه الأعمال قد صدرا بالمخالفة لصحيح حقيقة الواقع وحكم القانون مما يتعين الحكم

---

(١) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٣٤١٩) لسنة ٣٩ ق – (دائرة منازعات الأفراد والهيئات والتعويضات) غير منشور .

بإلغائهما وما يترتب على ذلك من آثار)[1] .

. 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 إطارا عاما يتسم بالمرونة من مراعاة الجانب الحضارى والصحى فى العمران إلا إنه لم يغفل عن مراعاة مصالح الأفراد ، وحرص الدستور على تأكيد هذه الرعاية بل عدها فى أولى المراتب ، وهذا ما كان جليا فى أحكام مجلسى الدولة فى فرنسا ومصر دونما تمييز بينهما فى إعمال 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 تماما مع مجلس الدولة المصرى الذى انتظر زمنا حتى الإعلان عن الموازنة بين المنافع والمضار شكلا ، ومع ذلك فإنه لا اعتبار غالبا بالاسم بل الاعتبار دائما 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 :

---

(١) الطعن رقم ٥٢٦٩ لسنة ٤٤ ق.ع – جلسة ٢٠٠١/٢/٤م ، انظر (مجلة المحاماة – العدد الثانى – صـ ٤٩٠ – مصر سنة ٢٠٠٢م) .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار التخطيط العمرانى

إنه باستقراء ما أوردناه من نماذج تطبيقية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال التخطيط العمرانى داخل إطار ما يسمى بفقه العمران فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، يجعلنا نجزم بأنه إذا كان بين النظامين محل اتفاق فى هذا المجال فإنه اتفاق محدود يتمثل فى صورة دفع الضرر الأكبر وجلب المنفعة الأعظم ، وبخاصة فى مصر التى تستمده من نص الدستور فى مادته الثانية ، أما فى فرنسا فإنه مجرد تطور قضائى استطاع القاضى الإدارى بالموازنة بين المنافع والمضار أن يحد من تعسف السلطة الإدارية فى مجال العمران ولاسيما إذا لم يحدد لها المشرع هدفا معينا ، وتركه أمر تقديره .

وأقرب مثال على ذلك مسألة أعمال الهدم والبناء : ففى 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 فى الفقه الإسلامى نجد أن الفقهاء قرروا بأن من له دار فى محلة عامرة فأراد أن يهدمها ، فلا يحق له ذلك بل يمنع منه استحسانًا[1] ، من باب تغليب المنفعة العامة على الخاصة وإن كان له حق التصرف فى ملكه لكنه لا يجوز له الإضرار بالمجموع .

أما محل الاختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى مجال العمران فالبون بينهما شاسع من حيث قيم[2] كل منهما وغايته ، فقيم النظام الإسلامى

---

(١) انظر (د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور – نظرية الاستحسان فى التشريع الإسلامى وصلتها بالمصلحة المرسلة – دار دمشق للطباعة والنشر – دمشق – سوريا – الطبعة الأولى ١٩٨٧م– صـ ١١٩)، وانظر أيضا (د/ أحمد زكى تفاحة – مصادر التشريع الإسلامى وقواعد السلوك العامة– دار الكتاب اللبنانى – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م – صـ ٦٨) .

(٢) القيم : جمع قيمة – وهى مشتقة من الفعل (ق و م) وهى تعنى : الاستقامة أى اعتدال الشيء واستواؤه، فالقوام هو العدل ، كما جاء كذلك أن قوام الأمر هو نظامه وعماده ، وهو ما يفسر الآية : =

وغايته فى مجال التخطيط العمرانى 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 : سمى بمفهوم الألوهية ؛ وهو الذى يضم كل المعارف الغيبية التى يؤمن بها المسلم تسليما .

والثانى : سمى بمفهوم الربوبية وهو الذى يشمل الجانبين التشريعى و التعبدى

= ﴿ 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 مادى 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 هى مهمة وذات منفعة .

ويرى البعض أن مقابل مصطلح القيمة فى 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 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– صـ ١ : ١٠) ، وانظر أيضا (صلاح الدين رسلان – القيم فى الإسلام– دار الثقافة للنشر والتوزيع – القاهرة ١٩٩٠م – صـ ٧)، وأيضا (فوزية دياب – القيم والعادات الاجتماعية– دار الكتاب العربى للطباعة والنشر – القاهرة ١٩٦٦م – صـ ١٥) .

الذى يجب أن يخضع له المسلم فردا كان أو جماعة [١] ، 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 الوازع الدينى فى ضمير المسلم مما يجعله أداة مراقبة فى تصرفاته اليومية وبخاصة المدنية منها ، فهى خاضعة لمقياسي الترغيب والترهيب لكسب 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 إماطة الأذى عن الطريق[٢] ، 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[٣] .

وهذا ما يميز المجتمع المسلم عن غيره ، فهو مجتمع يتحرك بذاتيته ، دون سلطة أو قانون ، فهو مجتمع مشارك فى التخطيط العمرانى .

وفى العشرينيات الأخيرة من هذا القرن بدأ الفكر التخطيطى والعمرانى فى النظم الوضعية المعاصرة ، يدرك مدى أهمية مشاركة وإسهام المواطن فى 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)[٤] .

ب- تظهر القيم الربانية فى مجال العمران وبخاصة فى أنماط البناء

---

(١) 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 .

(٢) 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).

(٣) انظر (كامى أفندى الإدرنوي (ت : ١٥٠٩ : ١١٣٦ هـ) – رياض القاسمين أو فقه العمران الإسلامى – تحقيق / مصطفى بن حموش – صـ ٢١٦ – دار البشائر – دمشق ٢٠٠٠م) .

(٤) انظر :

Stolijars ; Moral and Legal Reasoning , Macmillan Press , London. 1980 , P. 95 .

وتصميماتها من مراعاة الخصوصية فى وضع ضوابط للإطلاع والتكشف ، ومن ثم وضع التصميم البنائى فى إطار القواعد الفقهية منها لا ضرر ولا ضرار ، وأيضا مراعاة المقاصد الشرعية ، ومنها حماية العرض ، ولقد تطرق الفقهاء بمختلف مذاهبهم إلى مسألة التكشف والإطلاع فى مسألتين أساسيتين هما : حكم التعلى فى البنيان ، وحكم فتح الكوى اللذين يؤديان إلى الإطلاع على حريم الجيران .

وتتأرجح الأقوال فى الغالب بين حرية التصرف فى الملكية الخاصة من جهة ، ومنع الضرر الناجم عن هذا التصرف من جهة أخرى .

يقول الأحناف : إن للمالك الحق فى التصرف فى ملكه بما شاء وليس لأحد الحق فى منعه واستند رأيهم هذا إلى القياس على حرية التصرف فى الملك ، غير أنهم يقولون يترك إذا أدى إلى الإضرار بالغير بشكل بين ، فيمنع الإنسان من هذا التصرف استحسانا[١] .

وتوسع الشافعية إلى أبعد من ذلك : حيث توسعوا فى إثبات حق التصرف حتى وإن أضر بغيره طالما كان التصرف على حسب العادة ودون الإسراف ، ويكون على المتضرر حينئذ التصرف فى ملكه لمنع الضرر عن نفسه[٢] .

ويرى المالكية : ضرورة التفريق بين التصرفين بحسب ثبوت المنفعة ، ومن هنا فإنهم يفرقون بين التصرف الذى وراءه منفعة ويسمونه ضررا ، وبين التصرف الذى ليس من ورائه منفعة ويسمونه ضرارا[٣] .

وقال الحنابلة بالرأيين السابقين فى روايتين للإمام .

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

---

(١) انظر (د/ إبراهيم محمد الفائز – فقه البناء فى الإسلام – جامعة الملك سعود – الرياض – ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م – صـ ٣٩٠ وما بعدها.

(٢) د/ إبراهيم محمد الفائز – المرجع السابق – صـ ٣٩٠ .

(٣) يقول الخشنى محمد بن عبد الله القرطبى (ت : ٣٦١هـ) : الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، ويقول ابن الرومى اللخمى التونسى (ت : ٧٤٣هـ/١٣٣٤م) ، الضرار : أن تضر بنفسك ليتضرر بذلك غيرك – انظر (ابن الرامى – الإعلان بأحكام البنيان – صـ٢٩٩) .

الإشراف ، ولمن هو أسفل منه أن يتحفظ [١] .

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 الاطلاع 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)[٢] .

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 الترهيب ، والتدخل المباشر للقضاء وهذه الأساليب يمكن تصنيفها فى أربع درجات هى :

أ- التركيز على التربية العامة والمراقبة الذاتية ، وهو الجانب التعبدى 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 وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾[٣].

سلب الشهادة وجرح عدالة الأفراد كعقوبة معنوية للذين لا يمتثلون 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 والكنيف[٤] لا يكون عدلا ولا تجوز شهادته).

جـ – الزجر والتوبيخ من قبل القائمين على الحسبة وهو ما نستفيده من

---

(١) انظر (ابن حجر – فتح البارى بشرح صحيح البخارى– ١١٦/٥) .

(٢) ابن الرامى – الإعلان بأحكام البنيان – صـ ٣١٣ .

(٣) سورة النور : الآيتين ٣٠ ، ٣١ .

(٤) الكنيف هو : الكُنّة تُشرَع فوق باب الدار. و كَنَف الدارَ يكْنُفها كَنْفًا: اتخذ لها كَنِيفًا. و الكَنِيف: الخَلاء وكله راجع إلى السِّتر، وأهل العراق يسمون ما أشرعوا من أعالي دُورهم كَنِيفًا، واشتقاق اسم الكَنِيف كأَنه كُنِفَ في أَستر النواحي، والحظيرةُ تسمى كَنِيفًا لأَنها تكْنف الإِبل أَي تسترها من البَرد ، انظر (ابن منظور – لسان العرب – ٩ /٣١٠).

قول ابن حجر وابن الرامى السابقين .

د– التدخل المباشر للسلطة فى الحالات التى حكم فيها القضاء ، حيث يمنع الإطلاع والتكشف بالقوة[١] .

وهذا الذى ذكرناه معلوم متداول فى كتابات مؤرخي 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 البنيان والعمران وتنظيم المجال من تأليف عيسى بن موسى بن أحمد بن الإمام التطيلى الأندلسى (ـــ : ٣٨٦هـ) سماها [القضاء بالمرفق فى المبانى ، ونفى الضرر] فيها معالجة لطيفة وقيمة للقضايا المتعلقة بالمبانى ، 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[٢] ؛ ومن ثم فإنه بالإمكان أن نقرر أن العمارة الإسلامية فى ظل فلسفة متسقة مع التشريع الإلهى الذى يراعى الآداب العامة والأخلاق الكلية التى قررها 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 وباقى 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[٣]، هذه المرحلة هى التى مهدت

---

(١) راجع فى ذلك (د/ مصطفى أحمد بن حموش – مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة – مجلة الأحمدية – العدد السابع (١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) – دار الوفاء– صـ ١٩٨ : ٢٠٢) .

(٢) هذا الكتاب طبعته منظمة الأيسيسكو بتعاون مع جامعة الزيتونة بتونس ، وصدر هذا الكتاب سنة ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م ، انظر (مجلة الذخائر – بيروت – العدد الحادى عشر والثانى عشر السنة الثالثة ١٤٢٣هـ /٢٠٠٢م) .

(٣) هذا المصطلح غربى قلبا وقالبا ويعنى الخروج من ظلامية الكنيسة التى حاربت العلم وبخاصة العلم التجريبى بحجة أنه يتعارض مع تعاليم الرب ، ولكن أفرادا من الدول الإسلامية نقلوا هذا المصطلح من محضنه إلى بلاد الإسلام مفتعلين به معركة بينه وبين النظام الإسلامى وتناسى هؤلاء بقصد منهم وبغير قصد أن =

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 الارتياب 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 كأى 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 بعيدا عن قيود الدين[١].

ومن هنا فقد نتج عن ذلك كله تحول البناء العمرانى تدريجيا من النمط الإنطوائى إلى البنية ذات الواجهات المتفتحة على الخارج[٢] ، وكان لهذا المنحى الأثر الجذرى فى تحكيم المنهج التجريبى والملاحظة الميدانية المجردة من رواسب الماضى والأفكار المسبقة[٣] .

= 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 .

(١) وفى ضوء البعد عن القيم الدينية امتلأت المدينة بالتماثيل العارية التى تنحو إلى تصوير اللقطات المثيرة أو المعبرة .

(٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حوش – مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة – صـ ١٧٨) .

(٣) يعد كتاب القانون الجديد " Novum Organum " للفيلسوف البريطانى بيكون (Becon) الذى نشر ١٦٢٠م ، باكورة هذا المنحى الذى يدعو إلى تحكيم المنهج التجريبى ، والملاحظة الميدانية المجردة من رواسب الماضى والأفكار المسبقة ، انظر :

(Anthony O'hear , philosophy of science Clarendon press oxford 1989 P 12– 15) .

إذ إن الإنطوائية فى البناء والخصوصية والسترة 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 والوفاق 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[١] .

هذا كله أظهر لنا عدم احترام مبدأ الخصوصية والسترة 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 المعمارى 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[٢] .

موقف النظم العربية المعاصرة :

شهدت معظم المدن الإسلامية منذ نهاية القرن الماضى تعايشا عسيرا بين الأنماط الإسلامية الموروثة والأنماط الحديثة التى تطورت فى أوروبا وكان لانتشار

---

(١) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش – مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة – صـ ١٨١) .

(٢) 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 .

النمط الأوروبى العمرانى ، فى الدول الإسلامية أسبابه منها :

أ- الاحتلال المباشر :

إذ حرصت إدارة الاحتلال على بناء أنماط عمرانية بالقرب من المدن العتيقة فى الدول الإسلامية ومنها مصر ، وأقرب مثال مدن المغرب العربى أثناء الاحتلال الفرنسى .

ب- انتشار الثقافة الغربية العلمانية فى الدول الإسلامية :

فقد انتشرت الأنماط العمرانية الحديثة فى بعض الدول الإسلامية بدافع ثقافى تمثل فى اقتباس أسلوب المعيشة العربى ، وذلك بغية اللحاق بركب الحضارة الموهومة ، وأقرب مثال على ذلك حركة التحديث التى شهدتها تركيا " بلد الخلافة العثمانية " فى عهد ما يسمى بـــ " التنظميات " الذى بدأ عام ١٨٣٨م ، 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 وباقى مدن أوروبا ، ولقد تبنت النظم العربية والإسلامية هذا المنهج العمرانى الذى لا يراعى الخصوصية والتستر ، ومن ثم استبدلت المشربيات التى تحمى عيون الناظرين إلى شبابيك مستطيلة وضعت للحماية الأمنية لا لحماية الخصوصية[١] .

وقد تبع هذا التغير المعمارى تغير فى كل ملامح المجتمع وسلوك الأفراد فانعدم الاهتمام بمسألة الإطلاع والتكشف سواء أكان ذلك من أفراد المجتمع ، أم من السلطة التى بادرت بنفسها إلى هذا التحول ووضعت قوانين لذلك سايرت به النموذج الغربى فى البناء ، ومن ثم جمدت أحكام الشريعة الإسلامية فى جملتها ، وبخاصة تلك المتعلقة بالنظام العام فى العمران ، وأصبحت مجموعة طقوس ، وتطبيقات فردية غير إلزامية[٢] .

جـــ : تطور الاقتصاد البترولى فى الدول الإسلامية :

---

(١) انظر (على باشا مبارك – الخطط التوفيقية الجديدة لمصر– الهيئة العامة للكتاب – القاهرة – ط٢ – ١٩٨٠م– صـــ ٢١٤).

(٢) على باشا مبارك – المرجع السابق – صـــ ٢١٦ .

إنه من أسباب الأخذ بالنموذج الغربى فى العمران فى الدول العربية والإسلامية التطور الاقتصادى الذى أصبح له دور أساسى فى استيراد المنظومة القانونية الغربية فى البناء ، فقد اتخذ النظام التخطيط الشطرنجى للمدن الحديثة ، ونمط الفيلا كوسيلتين فى تنمية البيئة المعاصرة منذ العقد الثالث من القرن الماضى ، وقد اكتسبت هاتان الوسيلتان الشرعية ، وبخاصة فى المملكة العربية السعودية ودول الخليج العربى ، وذلك نتيجة لمصادقة المخططات الإرشادية ونظم تحديد المناطق ، ونظم البناء من قبل الوزارات المعنية ، فصارت قطعة الأرض المربعة وقطعة الفيلا وحدة أساسية فى تركيب المدن العصرية فى هذه الدول[1] .

" ورغم تأكيد اللوائح والتنظيمات على ضرورة حفظ الخصوصية الأسرية من التعديات البصرية ، واعتبار ذلك من أهم المحددات التصميمية للمسكن ، وإلا أن قوانين الارتداد وفتح النوافذ والشرفات تعاكس ذلك غالبا ،وهكذا ففى اللوائح المتعلقة بالسكن الخاص أو الاستثماري بمدينتى أبوظبى 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 ساتر لها من جهة الجار بارتفاع (١,٨م) وعلى بعد (٣ م) عن السور الفاصل ، وفى مادة أخرى يشترط أن تفتح الشرفة إن كانت مسافة الارتداد أزيد من (١٥م)[2] .

وفى ضوء التعديلات التى أجريت على اللوائح التنظيمية بالمملكة العربية السعودية ، فقد استحدثت مواد تشترط مراعاة حقوق الجار من حيث الخصوصية ومراعاة الاطلاع والتكشف ، 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

---

(١) انظر (على صالح المذلول – المدينة العربية الإسلامية – دار السهن – الرياض – السعودية ١٤١٤هـ/١٩٩٤م – صـ ١٧٠) .

(٢) انظر (إدارة التخطيط العمرانى – اللوائح والنظم التخطيطية والتصميمية للمبانى السكنية – وزارة الشئون البلدية والزراعة – دول قطر – سبتمبر ١٩٩٦م) .

خصوصية الجار[١] .

وإذا كانت عودة الوعى 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 والتكشف 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 زائفا لا التزام فيه بأدنى مبادئ العمارة الإسلامية ومن بينها الخصوصية ومنع الاطلاع والتستر ، وبعبارة أخرى فإن معظم المبانى المعاصرة فى المدن الإسلامية لا تعدو فى جوهرها عبارة عن فيلا بمفهومها الإيديولوجي الغربى ، وبذلك تبقى مسألة منع الضرر من الاطلاع والتكشف إحدى القيم المفقودة فى المدن الإسلامية[٢] .

المحور الثانى : القيم الإنسانية :

لقد اهتم الإسلام بالقيم الإنسانية وأولاها الكثير من الاهتمام ظهر ذلك فى حرية التمتع بزينة الحياة الدنيا ، والحث على الزهد ، والجوار والقرابة ، والتكافل الاجتماعى ، والتكامل بين الجنسين ، ومنع الاختلاط .

أولا القرابة :

إن العمران تأثر بهذه القيم فقد اهتم الفقهاء بالقرابة واعتبرها الأصوليون مقصدا من مقاصد الشريعة وكلياتها الأصولية ، وقد أخذت علاقة القرابة صورا مادية فى المدن الإسلامية ، وسرى ذلك فى تنظيم الأحياء السكنية حسب الانتماء القبلى ، ووجود العائلة الواحدة فى بيت واحد كبير ينتظم حول الحوش أو يتصل بعضه ببعض ، ولهذه القرابة أساليب شرعية تؤدى إلى المحافظة عليها .

منها المواريث وفيه تقسيم العقارات وما يمكن تقسيمه وما لا يمكن إلا بضرر ، ولنظام التوريث الأثر المباشر فى ارتباط ذوى القربى[٣] .

---

(١) انظر (على صالح الهذلول – المدنية العربية الإسلامية – صـ ٢٠٢ : ٢٠٥) .

(٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حوش – مشكلة الاطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة – صـ ١٩٤ :١٩٧)

(٣) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حوش – من معالم العمران الإسلامى قرابة النسب ، وقرب المكان – مجلة الأحمدية العدد الثانى ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م – صـ ٣١٦ : ٣١٧) .

أيضا من وسائلها الملكية الجماعية وهى التى 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 فى الملكية الفردية[١] .

وتنشأ الملكية الجماعية بطرق عدة منها : الشراء ،ومن أمثلة ذلك ما أقدم عليه الأندلسيون فى الجزائر من شراء دار جماعيا وحولوها إلى مدرسة للجالية الأندلسية[٢] ، وأيضا عن طريق الميراث والإحياء ، ويتم استعمالها واستغلالها بطريقة جماعية[٣] .

أيضا من وسائل تحقيق القرابة الوقف الأهلى [٤] والشفعة [٥] .

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 العثمانى بتركيبتها الاجتماعية المؤسسة على أساس من الطائفية التى 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 الاجتماعية ، ابتداء من الأسرة

---

(١) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش – فقه العمران من خلال الأرشيف العثمانى الجزائرى (٩٥٦هـ/١٥٤٩م – ١٢٤٦هـ/١٨٣٠م) الوثيقة الثامنة عشرة ، والعقد الذى تم بين الحاكم العثمانى فى الجزائر وأصحاب قطعة أرض فى منطقة بحلوان بخصوص فتح طريق (وثيقة ١٨/٢- (٤٠) ، ١٨ /٢- ٣٠)– دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – الإمارات – دبى – الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م – صـ ١٥٥).

(٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش – فقه العمران – وثيقة المحاكم الشرعية (٨٢ – (٢٠) مركز الأرشيف الجزائرى) .

(٣) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش – من معالم العمران الإسلامى قرابة النسب وقرب المكان – صـ١١٧)

(٤) 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 – ٤٩٥/٣) .

(٥) الشفعة : هى حق الشريك فى شراء حصة شريكه من الملكية المشتركة قبل غيره إذا ما أراد هذه الأخير بيعها ، واسترجاعها إذا ما تم البيع .

الصغيرة إلى العائلة ، وانتهاء بمفهوم الأمة[١] ، ومن ثم كان تنظيم الأحياء السكنية حسب الانتماء القبلى ، ووجود العائلة فى بيت واحد كبير .

أما بالنسبة للنظم الوضعية فإن مبدأ القرابة يكاد يكون مختفيا تماما ، ولاسيما فى المدن المعاصرة ، فإن أهم ما يميز المدينة المعاصرة هو تغلب النزعة الفردية وانحلال العائلة وانكماشها ، واعتماد التوزيع الطبقى الاقتصادى فى التفريق وهيمنة سلطة الدولة على الحياة الاجتماعية ، واستقصاءً لأسباب غياب مبدأ القرابة فى العمران العصرى من الصعوبة بمكان لتعددها 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 الطبقية 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 – نشأة مفهوم الدولة الحديث على المستوى السياسى أدى إلى تدخل السلطات العامة فى تنظيم المجتمع وفق مبادئ الطبقية ، 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[٢] .

---

(١) انظر كتاب :
(Ragmond A:les Grandes Villes arabes a l'époque ottomane Paris 1985) .
(٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حموش – معالم العمران الإسلامى قرابة النسب وقرب المكان صـ ٣٢٩) .

ثانيا : الجوار :

جاءت النصوص القرآنية والنبوية تحث على حسن الجوار ، ومراعاة حقوق الجار ، بل صنفت الجار إلى ثلاثة ، قال تعالى ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ مَنْ كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا ﴾[1] .

ونشأ فى الفقه الإسلامى ما يسمى بحق الارتفاق ، وهو ترافق الجيران فى تبادل المصالح بينهم ، والحث على التنازل عن بعض الحقوق لبعضهم البعض عند الحاجة ، وفى السنة أن النبى ﷺ أوصى بعدم منع الجار غرز خشبة فى جدار الجار الملاصق ، فعن (أبى هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره » ، ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها أكتافكم)[2] .

وقد اختلف الفقهاء فى الحكم : فمنهم من قال بوجوب عدم المنع أخذ بظاهر الحديث ، ومنهم من قال بالندب لكون حق الملكية ثابتا ولا يجوز ، وهم الشافعية فى القديم سواء أذن المالك أم لا ؛ فإن امتنع أجبر ، وبه قال أحمد وإسحاق [3] ، وابن حبيب [4] من المالكية ، وحملوا النهى فى الحديث على التنزيه جمعا بينه وبين الأحاديث الدالة على تحريم مال المسلم إلا برضاه ، واشترط الأحناف إذن المالك فإن امتنع لم يجبر ، واستدل المهلب[5] من المالكية : بأن العمل فى ذلك

---

(١) سورة النساء : آية ٣٦ .

(٢) البخارى :صحيح البخارى – تحقيق د/ مصطفى ديب البغا – باب (لا يمنع جاره أن يغرز خشبة فى جداره– دار ابن كثير – بيروت – ط٢ – ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م – رقم ٢٤٦٣ – ٨٦٩/٢) .

(٣) إسحاق : هو إسحاق بن إبراهيم بن مسرة مالكى (ت : ٣٥٤ هـ) انظر (ابن فرحون – الديباج المذهب – ٢٩٧/١) .

(٤) ابن حبيب : هو أبو موسى بن محمد بن أحمد بن حبيب سمع من سحنون – انظر (ابن فرحون – الديباج المذهب ٣٣٥/٢).

(٥) ابن المهلب مالكى : هو أبو القاسم بن أحمد بن أسيد بن صفرة التميمى (ت : ٤٣٣هـ) انظر (ابن فرحون – الديباج المذهب ٣٤٦/٢) .

العصر على خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة بقوله : (مالا أراكم عنه معرضين ، ورجح ابن حجر قول الشافعى وأحمد بأن عمر قضى به ولم يخالفه أحد من الصحابة من أهل عصره ، فكان اتفاقا منهم على وجوب عدم المنع[١] .

كما شددت النصوص التشريعية النكير على الإساءة إلى الجيران بالإطلال عليهم ، والإضرار بهم بمختلف الوسائل ، واختلف الفقهاء فى مسألة حجب الريح والشمس والضوء برفع البنيان ، فقال الأحناف : إن الضوء من الحوائج الأصلية التى لا يجوز منعها ، بخلاف الريح والشمس التى اعتبروها من الحوائج الزائدة التى لا يلتفت إليها فى الخصومة[٢] .

أما المالكية فقالوا : إن حجب الريح والشمس والضوء مقيدون بالضرورة وبشرط عدم الإضرار لما فيه مصلحة عامة بإذن الإمام[٣] ، قال ابن كنانة[٤] : (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 فى ذلك منع من ذلك الضرر)[٥] .

ثالثا : التكافل الاجتماعى :

إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية صورت التراحم بين المؤمنين وترابطهم بالبنيان المرصوص الذى يشد بعضه بعضا[٦] ، ومن ثم فإن تداخل البناء وتماسكه جزء من التراث العمرانى الإسلامى ، وبالنظر للمدن الإسلامية القديمة تجد الاشتراك فى الحوائط والسقوف والأسس ، وللأحاديث النبوية التى تحث على تقديم

---

(١) انظر (ابن حجر – فتح البارى ٥٨٠/٦ : ٥٨١) ، وانظر (الشوكانى – نيل الأوطار– ٣١١/٥) .

(٢) انظر (كامى أفندى الإدرنوى – رياض القاسمين صـ ١٦٩) .

(٣) انظر (الشوكانى – نيل الأوطار– ٣١٤/٥) .

(٤) ابن كنانة : هو المحدث أبو عمرو أحمد عبد الله بن عبد الرحيم بن كنانة اللخمى القرطبى ، ويعرف أيضا بابن الغنان (ت : ٣٨٣هـ) انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء ٤٢٥/١٦) .

(٥) ابن الرامى – الإعلان بأحكام البنيان – صـ ٢٤٦ .

(٦) انظر (صحيح البخارى رقم ٤٥٩ – كتاب الصلاة ، وانظر صحيح مسلم – الحديث رقم ٤٦٨٤ – كتاب البر والصلة) .

المعونات ، والسماح للجار بغرز خشبة العامل الأساسى فى نشأة هذا التلاحم بين المبانى القديمة .

وتمثل مؤسسات الوقف العمود الفقرى لقيمة التكافل الاجتماعى فى التخطيط العمرانى فى الإسلام ، ظهرت فى 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 فى 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 رضى الله عنهما حين تنازل طواعية عن حقه دون مقابل بعد أن أثبت لعمر بن الخطابﷺ عدم شرعية النزع قهرًا ، حين أراد عمر توسيع المسجد النبوى[1] .

ذلك لأن الوحدة الثقافية للمجتمع المسلم أخذت طريقها فى العمران وترجمته إلى تجانس النمط السكنى والواجهات واللون والطراز المشترك[2] . هذا بخلاف النظم الغربية ، فهى تعتمد على التوزيع الطبقي وأحياء الأغنياء وأحياء الفقراء ، ومن العجيب أن أغلب المجتمعات العربية والإسلامية منذ القرن الماضى قد تأثرت بهذه النزعة الغربية فى العمران البعيد عن قيمة التكافل الاجتماعى ، فقد استبعدت القيم الربانية والدين عموما من الحياة المدنية ، واعتبرت مسألة شخصية ، وكان ذلك سدا لمصدر القيم التى 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

---

(١) انظر (د/ إبراهيم محمد الفائز – البناء وأحكامه فى الفقه الإسلامى– جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية – المعهد العالى للقضاء – الرياض ١٤٠٦هـ– صـ ٥٨٦ : ٦٠٠).

(٢) انظر (كتاب " أموس رابوبور " عن الثقافة والبيت والشكل المعمارى :

Rapoport A. House, form and culture N.J. Prentice Hall, 1969) .

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 [١] .

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 »[٢] ، وأيضا حديث « ما من مسلم يغرس غرسا أو يزرع زرعا فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة »[٣] ، وأحاديث إماطة الأذى عن الطريق ، والشوكة التى تكون فى الطريق .

وكان لهذا التوجيه النبوى أثره المباشر فى نشأة القيم عند المسلمين ، وبالتالى 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 الموات بدافع توسعة رقعة الإعمار ، وامتداد الأحياء حتى داخل المدينة فى رأى بعض الفقهاء ، ففى 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

---

(١) انظر :

Word C. vandalism Architectural press London , 1972 .

New man O. Defensible space London , Architectural press,1984 .

(٢) مسند أحمد برقم (١٣٠٤) ١٩١/٣ ، وانظر (البخارى – الأدب المفرط– تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى برقم (٤٧٩) ١٦٨/١ .دار البشائر الإسلامية بيروت – ط ٣ ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م) .

(٣) صحيح البخارى الحديث رقم ٢١٥٢ – كتاب المزارعة وأيضا صحيح مسلم الحديث رقم (٢٩٠٤) كتاب المساقاة .

بشرط رضاء أهلها كلهم ، يقول القرافى : وسبب خروج الرواشن عن هذه القاعدة أن الأفنية هى بقية 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 المستدَّة فلا لحصول الاختصاص وتعين الضرر عليهم [١] .

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 لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ﴾ [٢] .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن هذه القيم البيئية تعد مبدءا من مبادئ الإحسان والنهى عن الفساد ولاسيما 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 تجبير 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[٣] ، فكان الماء يدخل الأنهار ويسقى البساتين ويحمل السفن إلى القرى ، فإذا جاء الجزر أفاد أيضا فى عمل

---

(١) القرافى – الفروق– الفرق رقم ٢١٢ – ٤٥/٤ .

(٢) سورة الحشر : آية ٥ .

(٣) الأرحية : هى الرَّحَى المعروفة وهي مؤنثة وتثنيتها رحيان ومن مد قال رَحَاءٌ ورحاءان و أرْحِيَةٌ مثل عطاء وعطاءين وأعطية وثلاث أرْحٍ والكثير أرْحَاءٌ و رَحَى القوم سيدهم ورحى الحرب حومتها و الرَّحَى الضرس و الأرْحَاءُ الأضراس – انظر (الرازى – مختار الصحاح – صـ ٥٥٧) ، وانظر أيضا (ابن منظور – لسان العرب – ١٣٨/٤) .

الأرحية لأنها على أفواه الأنهار ، فإذا خرج الماء أدارها ، ويبلغ المد حدود البطائح[١]-[٢] .

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 ، وبخاصة فى مصر ؟ الإجابة واضحة تتلخص فى كلمتين : النظم ، وغياب القيم الدينية .

وجه الاختلاف من حيث الغاية :

مما لاشك فيه أن الغاية فى النظام الإسلامى واحدة لا تتعدد ، ألا وهى تعبيد الأرض لله فى 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 فى فلكها ، ومجال التخطيط العمرانى أحد المجالات التى تؤكد هذا المعنى فى الإسلام فى حرصه على تحقيق مقاصد التشريع الإسلامى من خلق الإنسان وهى (استخلاف – استعمار – استعباد) .

والنظم الوضعية لا تعرف ما يسمى بوحدة الغاية بل غاياتها متعددة ، وإن كان جميعها يتفق على نفى فكرة الغاية والقصد التى تضافرت عليها الشرائع السماوية المتتابعة من لدن آدم عليه السلام إلى خاتم النبيين سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام ، وهى أن للوجود الإنسانى على الأرض غاية مقصودة أرادها الخالق جل

---

(١) البطائح : الأَبْطَحُ مَسِيل واسِع فيه دُقاقُ الحَصى ، وقيل بَطْحاءُ الوادي تراب لَيِّنٌ مما جَرَّتْهُ السُّيُولُ، انظر (ابن منظور – لسان العرب – ٢ / ٤١٣) .

(٢) انظر (محمد محمود محمدين – التراث الجغرافى الإسلامى– دار العلوم للطباعة والنشر – الرياض ١٩٩٩م– صـ ٣٦٩) .

وعلا واقتضتها حكمته النافذة[١] ، ومن توابع فكرة نفى الغاية الربانية أن صنف الإنسان من فصيلة الحيوانات بمفهومه العلمى وترسيخ ماديته فى مقابل نفى روحانيته .

ومن ثم وضع قانون التخطيط العمرانى بعيدا عن الروحانية ، بل وارتبط بغايات مادية بحتة تبعا للنظام السائد فى البلد ، ففكرة الطابوية عندهم ترتبط بالقيود الاجتماعية ، ومن ثم كان التقارب بين الجنسين ، كان البعد عن قيود البصر والعمل على ظاهرة التكشف التى غالى فيها النظام الشيوعى أكثر من غيره ، فلا مكان فيه لحماية الخصوصية ،ولا مكان فيه للسترة ، ومن هنا كانت الشيوعية أكثر تطبيقا للعلمانية ، وطغى فيها تقديس الجماعية على الفردية ، وغيرها طغى فيه تقديس الفردية على الجماعية .

خلاصة القول :

أن العمران الإسلامى يعكس القيم الروحية والسلوكية التى 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 الدينى قبل أن يتدخل عامل السلطة المتمثل فى الإدارة والقضاء والمراقبة الخارجية أو الحسية ، وكانت لكل من هذه القيم صور مادية واضحة فى المدينة الإسلامية منها : وضع المعايير الضميرية للإنسان فى سلوكه الحضرى سواء الخاص ، على مستوى سكنه ، أو العام على مستوى الشارع والسوق ، وأماكن التجمعات العامة .

أيضا أثرت فيه هذه القيم من حيث التكافل الاجتماعي الذى ظهر فى أنماط العمارة الإسلامية ، مثل السكن المنفتح إلى الداخل ، وحجم المبانى المناسب لحجم العائلة الكبيرة[٢] ، 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[٣] .

---

(١) انظر (د/ سفر الحوالى – العلمانية– مطبوعات البحث العلمى وإحياء التراث – (د . ت) صـ ١٩٦.

(٢) انظر (د/ مصطفى أحمد بن حوش – القيم الإسلامية فى العمران – صـ ٢٢٥ : ٢٢٧) .

(٣) راجع (علماء الحملة الفرنسية – كتاب وصف مصر – الإنسان المصرى فى طوار الشيخوخة – ترجمة د/ زهير الشايب– مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٢م– ١٥١/١ وما بعدها) .

المبحث الثالث

المجال الاقتصادى والموازنة بين المنافع والمضار

يشكل المجال الاقتصادى 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 فى الحياة الاقتصادية بعمومها مبتغية بذلك تحقيق التنمية فى مختلف قطاعات الدولة[١] ، بإقامة المناطق الصناعية ، أو مشروعات الطرق والموانئ والمطارات ، أو مشروعات الطاقة اللازمة لتشغيل المشروعات الصناعية ، مما جعل نزع الملكية ، والحصول على الأرض اللازمة بأقل ثمن لتنفيذ أى مشروع هو أحد أدوات السياسة الاقتصادية[٢] ، 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 والاتزان ، حتى لا يطغى جانب على جانب .

---

(١) تختلف المنفعة الاقتصادية عن المنفعة المالية ، إذ أن الأخيرة تبتغى بها الإدارة ، تحقيق أهداف مالية ، والتى تعد أقل تأكيدا لمنفعة عامة ، انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة فى نزع الملكية – صـــ٢٦٤) .

(٢) انظر :

Michel BLANC – PATTIN: La function actuelle de Léxpropriation . Iner : ets economiques dominants et processus de la definition de l'utilite puplique , the de 3 e cycle ,Grenoble, 1974,. P. 158 .

ولم يكن هذا التطور القضائى ببعيد 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 الاقتصادى والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : المجال الاقتصادى والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار المجال الاقتصادى .

المطلب الأول

المجال الاقتصادى والموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى

يقصد بهذا المجال فى الإسلام تنظيم الموارد والمصارف ، وتنظيم العلاقات المالية بين الدولة والأفراد ، والأغنياء والفقراء[١] ، ولقد تفرَّد الاقتصاد الإسلامى بتحديد هذه المجالات ، والعمدة فى ذلك قوله تعالى ﴿ وَمَا أُوتِيتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَمَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَزِينَتُهَا وَمَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ وَأَبْقَى أَفَلا تَعْقِلُونَ﴾[٢] ، فلفظة (متاع) ترمز لكل من السلع الاقتصادية والخدمات جميعها ، ولفظة (وزينتها) تعنى ما ليست من السلع ولا الخدمات ، وإنما التى يسعى الناس إليها ويقبلون التضحيات من أجل الحصول عليها ، وهذا السلوك الاقتصادى 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 فى هذا التصرف تدمير للمصالح العليا الأولى[٣] .

ومن الأهمية بمكان أن جميع الفعاليات والأنشطة الاقتصادية التى يتوقف عليها ضمان استمرار الأركان الخمسة للحياة الفردية والاجتماعية الصالحة وسلامتها بنظر الإسلام كافة ، وهذه الأركان هى : (الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال) : كإنتاج الأغذية وتوفير السلع الطبية ، والمنع من السلع الخبيثة ، وغيرها من الإجراءات التى تدخل فى إطار الضرورات ، ويختص بها جهاز الرقابة فى الاقتصاد الإسلامى (الحسبة)[٤] .

---

(١) انظر (الشيخ/ عبد الوهاب خلاف – علم أصول الفقه – دار الحديث – ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م – صـ ٢٩) ، وانظر أيضا (د/ عبد الكريم زيدان – الوجيز فى أصول الفقه – مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة السادسة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م– صـ ١٥٧) .

(٢) سورة القصص : آية ٦٠ .

(٣) انظر (د/ عيسى عبده – الاقتصاد الإسلامى مدخل ومنهاج– دار الاعتصام – القاهرة صـ ٣٥ : ٣٦).

(٤) انظر (د/ عبد الستار إبراهيم الهيتى – رسالة الاقتصاد للإمام النورسى – دراسة تحليلية – دار البحوث للدراسات الإسلامية – دبى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م – مجلة الأحمدية (عدد / ٩) صـ ٨٨ : ٩٩) .

وتتضح الموازنة بين المنافع والمضار بصورة تطبيقية عملية فى مجال الاقتصاد الإسلامى لتشمل مختلف مجالاته الاقتصادية الموسومة بخصائص ومعايير وأهداف تمنحه الفارق الجلى بينه وبين غيره من النظم البشرية .

أولا : خصائص المجال الاقتصادى فى الإسلام :

إن أهم ما يميز النظام الاقتصادى الإسلامى عن غيره من الأنظمة الاقتصادية الوضعية ما يلى:

١-الجمع بين الروح والمادة فى الاقتصاد ؛ لإبراز نظام يقوم على التعاون والتراحم بين أفراد المجتمع فى جميع المعاملات والنشاطات الاقتصادية ، فالزكاة المفروضة للفقراء فى أموال الأغنياء بجوانبها المادية والروحية ، فهى أيضا أداة للنمو الاقتصادى والتكافل الاجتماعى ، وفيها يتضح التناسق والمواءمة بين الروح والمادة من أجل الدنيا والآخرة[١] .

٢-الحرية الاقتصادية فى الإسلام هى الأصل ، بينما تدخل ولى الأمر هو الاستثناء ، فحرية التملك لعناصر الإنتاج ، وحرية التعامل والتعاقد هى القاعدة ، أما تدخل الدولة فهو استثناء فى نطاق محدودية الضرورة الشرعية ، وفى حالة الإضرار بالمجتمع ، أو بأهداف المجتمع ؛ كحيازة الملكية أو التصرف فيها بطريق غير شرعى أو فى حالة ظهور الاحتكار والمضاربة غير الشرعية[٢].

٣-ازدواجية الملكية فى 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 لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾[٣] . ، وفى ذلك تجاوب مع فطرة الإنسان فى حب التملك ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾[٤] ، وتحفيزٌ للنفس لتعمير الأرض ، إلا إنه لا يترك

---

(١) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام– مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الثانية ١٤١٧هـ/١٩٩٦م – صـ ٥٤ : ٥٥) .

(٢) انظر (د/سعيد سعد مرطان – المرجع السابق – صـ ٥٥) .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٧٩ .

(٤) سورة العاديات : آية ٨ .

هذه الملكية لهوى النفس بل وضع لها قيودًا منها :

أ- وجوب إحرازها والتصرف فيها بطرق مشروعة .

ب-ألا يكون فى أصل تملكها أو التصرف بها إلحاق ضرر بالآخرين .

ج- مراعاة ما تقتضيه المصلحة العامة[١] .

أما بالنسبة للنوع الثانى من الملكية : وهو الملكية العامة فقد قررها كأصل جنبًا إلى جنب مع الملكية الخاصة ، وأساس الملكية العامة فى الإسلام هو المصلحة العامة للمسلمين ، فإن الشكل الذى يحقق المصلحة العامة فثمة الملكية العامة فى الإسلام ، سواء كان فى شكل ملكية دولة ، أو ملكية الجماعة ما دامت تتم ضمن الإطار الشرعى[٢] .

والملكية العامة فى النظام الإسلامى تشمل المرافق الواردة فى حديث النبى ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء والكلأ والنار »[٣] ، وأيضا يتسع مفهومها لتستوعب كل مرفق له خصائص المواد الثلاثة ، وأكد هذا الفقيه ابن قدامة بقوله: " إن المعادن الظاهرة وهى التى يوصل إلى ما فيها من غير مؤونة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير[٤] ، والمومياء[٥] ، والنفط والكحل والبرام[٦] ، والياقوت ، ومقاطع الطين ، وأشباه ذلك ، لا تملك بالإحياء ، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين لأن فيه ضررًا بالمسلمين وتضييقا عليهم"[٧].

ويدخل فى مجالات الملكية العامة : الوقف ، والمرافق الأساسية ومصادر

---

(١) انظر (محمد المبارك – نظام الإسلام – الاقتصاد : مبادئ وقواعد عامة– دار الفكر – بيروت لبنان ١٩٨٠م– صـ ٧٨) .

(٢) انظر (د/سعيد سعد مرطان –مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام – صـ ٥٧) .

(٣) رواه البخارى – ١٧٥/٦ .

(٤) القير : الزفت – انظر (ابن منظور – لسان العرب ٣٤/٢).

(٥) المومياء : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء ، تلطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ ولا تتغير ، وهو ما يسمى (التحنيط) ، انظر (الجامع لمفردات الأدوية ٦٩/٤) .

(٦) البرام : هو القدور من الحجارة – انظر (ابن منظور – لسان العرب ٢٦٢/٢) .

(٧) ابن قدامة – المغنى– ٥١٧/٧ .

الثروة المائية ، والطاقة .

٤-التوازن 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﴾[١] ؛ فهدف الديانات والرسالات الأولى : قيام التوازن بين الناس وإقامة العدل الاجتماعى والسياسى ، وتشريع القوانين المادية والأدبية التى تكفل تحقيق هذه الغاية الكبيرة بينهم ، وبديهى 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 !)[٢] .

ومن ثم يحق للدولة التدخل فى حالة حدوث انحراف أو تعدٍّ يؤدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر أو تعويض مصلحته للخطر[٣] ، وتدخل الدولة منوط بحماية المصلحة العامة ، وتقديرها للظروف التى تستدعى تدخلها محكوم بالقواعد الفقهية ، ووضع الفقهاء قاعدة عامة يقررها الإسلام مبدءا عاما للحفاظ على هذا التوازن ، وهى " تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام "[٤] ، وحتى تكون القاعدة روحًا تسرى ، وجسدا يتحرك فى المجال الاقتصادى ، كان نظام الحسبة لمراقبة النشاط الاقتصادى بصفة عامة ، ومراقبة التعامل فى الأسواق بصفة خاصة ، وأيضا نظام الزكاة لاقتطاع جزء محدد من أموال الأغنياء ،وإنفاقها على الفقراء هو مال المساكين والمحتاجين ، وهنا كان إقامة الاعتدال بين المصلحة الفردية والجماعية فى

---

(١) سورة الحديد : ٢٥ .

(٢) الشيخ /محمد الغزالى – الإسلام والأوضاع الاقتصادية– نهضة مصر – ط٢ سنة ١٩٩٨م – صـ١٠٣.

(٣) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام – صـ ٥٨) .

(٤) ابن نجيم – الأشباه والنظائر ٨٨/١ .

الاقتصاد تضطلع به نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على ضوء من القواعد العامة المحكمة فى الشريعة[١] .

٥–الحث على إعطاء الأولوية للصالح العام للمجتمع : لأجل ذلك أجاز الإسلام فرض الضرائب ، وتحديد السعر ، وترشيد الاستهلاك ،والحجز على ممتلكات السفيه، وتوجيه الإنتاج والاستثمار فى سلع معينة ،ووضعت القاعدة الفقهية (دفع الضرر الأكبر بالضرر الأصغر)[٢] ، 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[٣] .

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 المنعة 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)[٤].

ومعنى ذلك أن يكون معيار الاقتصاد كما يلى :

١– أن يدور فى فلك الكليات الخمس ، أو المقاصد التشريعية الخمسة ، وفى

---

(١) انظر (د/ فتحى الدرينى – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده – صـ ٢٢) .

(٢) الزرقا – شرح القواعد الفقهية– صـ ٢٠٧ .

(٣) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى الإسلامى – صـ ٥٩) .

(٤) انظر (الشاطبى – الموافقات ٢/ ٨) .

مستوياتها الثلاثة : الضروريات ، الحاجيات ، التحسينات .

أ- الضروريات الاقتصادية : وهى التى لابد منها فى قيام مصالح الدين ،والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت الحياة)[١] .

ب- الحاجيات : وهى التى لا تتوقف عليها صيانة المقاصد الخمسة للحياة ، ولكنها مطلوبة لأجل التوسعة ، ورفع الحرج ، ودفع المشقة[٢] .

ج- التحسينات : وهى التى لا تصعب الحياة بتركها أو فقدها ، لكن تناولها يسهل الحياة ويجملها ، وقال فيها الشاطبى هى : " 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 "[٣] .

وتقتضى هذه المستويات الثلاثة أن يقام الاقتصاد على تحرى ما هو أكثر أهمية ثم الأقل فالأقل ، ومن هنا تعتبر الضروريات واجبة ؛ لأنها المقاصد الأصلية للشريعة ، وأى خلل فيها يلزم معه اختلال الباقى من المقاصد الأخرى ، ولا يلزم من الإخلال بالحاجيات والتحسينيات إلى الإخلال بالضروريات ، وإن كانا يؤديان بصفة عامة إلى الإخلال بالضروريات إلى حد ما[٤] .

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 .

---

(١) انظر (الشاطبى – الموافقات ٢/٨) .

(٢) انظر (الشاطبى – الموافقات ٢/ ١٠) .

(٣) انظر (الشاطبى – الموافقات ٢/ ١٢) .

(٤) انظر (د/ محمد عمارة قاموس المصطلحات الاقتصادية– دار الشروق – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٣هـ/١٩٩٣م – صـ ٣٢) .

ج– البعد المكانى : تنقسم إلى قسمين : شامل ، وجزئى .

د– البعد الزمانى : فإن المقاصد الخمس تنقسم وفق البعد الزمانى إلى قسمين مؤجل وحال .

ه– البعد الإدراكى : تنقسم إلى قسمين : ما يمكن إدراكه ،ومالا 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 المفاسد ، وتتحقق 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[1] ، 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 ، وأيضا بتوفير ما يقيم هذه النفس من الغذاء (طعام وشراب) والكساء ، والمسكن[2].

كما يتم حفظ النفس من العدم بتحريم الاعتداء على النفس وأعضاءها، وأيضا حفظ العقل من جانب الوجود بما يحافظ على النفس به من غذاء وكساء ، ومسكن من حيث دخول العقل فى النفس ، فالعقل السليم فى الجسم السليم ، فضلا عن وجوب التعليم بأنواعه[3] .

---

(١) انظر (د/ سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل – مدخل القيم : إطار مرجعى لدراسة العلاقات الدولية فى الإسلام– المعهد العالمى للفكر الإسلامى – القاهرة – الطبعة الأولى ١٤١٧هـ– صـ ٤٤٩ : ٤٩١).

(٢) انظر (د/ يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – صـ ٣٥١) .

(٣) انظر (د/ نعمت عبد اللطيف مشهور – الوسط : مفهومه – مجالاته – تحديده فى الاقتصاد الإسلامى– مجلة المسلم المعاصر – القاهرة – عدد (٩٦) – ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م – صـ 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[١]، 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 يلى :

المثال الأول : الاحتكار والموازنة بين المنافع والمضار :

الاحتكار لغة : مشتق من الفعل (حَكَرَ) بفتح الحاء وضمها ، وهو يعنى ما احتبس انتظارًا لغلائه ، وأيضا يعنى الظلم وإساءة المعاشرة[٢].

وفى اصطلاح الفقهاء : قصره بعضهم على الأقوات ، والبعض الآخر قصره على كل ما يضر بالعامة من الناس قوتا غيره .

– عرفه أبو يوسف بقوله الاحتكار (أى الحبس) بالشراء فى المصر والامتناع عن البيع لمكان الإضرار بالعامة ، ويجرى الاحتكار فى كل ما يضر بالعامة قوتًا كان أولا[٣].

– وعرفه محمد بن الحسن الشيبانى بقوله : بأنه حبس قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقَتُّ[٤].ويتحقق الاحتكار عند محمد فى الأقوات ؛ لأن الضرر فى الأعم الأغلب إنما يلحق العامة بفقدها وحبسها[٥].

– وعرفه مالك بقوله : " الحكرة فى كل شيء فى السوق من الطعام والكتاب

---

(١) د/ فوزى محمد طايل – المرجع السابق صـ ١١٤ .

(٢) انظر (الفيروزابادى – القاموس المحيط ١٢/٢) ، وانظر أيضا (أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى– المصباح المنير – المطبعة الأميرية – مصر – الطبعة الثانية ١٩٠٩م – ١٧٥/١) .

(٣) 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 .

(٤) القتُّ : هو الرطبة من علف الدواب . انظر (ابن منظور – لسان العرب ٧٠/٢) .

(٥) انظر (بدائع الصنائع ١٩٣/٥) .

والزيت وجميع الأشياء والصوف وكل ما يضر بالسوق"[١].

– وعرفه النووى بقوله : " قال أصحابنا : الاحتكار المحرم هو الاحتكار فى الأقوات خاصة ، وهو أن يشترى الطعام فى وقت الغلاء للتجارة ، ولا يبيعه فى الحال ؛ بل يدخره ليغلو ثمنه " [٢]. ومن ثم فإن الاحتكار عند الشافعية يتحقق حين إمساك الطعام عن البيع ، وانتظار الغلاء مع الاستغناء عنه وحاجة الناس إليه ، فيحرم الاحتكار إذا كان فى الأقوات [٣].

والاحتكار عند الحنابلة هو ما توفرت فيه شروط ثلاثة :

الأول : أن يشترى فلو جلب شيئًا أو أدخل من غلته شيئا فادخره لم يكن محتكر لقوله ﷺ : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »[٤] ، ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به ، بل ينفع .

الثانى : أن يكون المُشترىَ قوتًا ، فأما الإدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار عند الحنابلة قال الأثرم[٥] : سمعت أبا عبد الله يُسأل 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 يُضيّق على الناس بشرائه ، ويحصل هذا بأمرين :

أحدهما : أن يكون فى بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين (مكة والمدينة)، والثغور، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق كبغداد والبصرة ، ومصر لا يحرم فيها الاحتكار ؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا .

---

(١) 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 .

(٢) شرح صحيح مسلم للنووى ٤٩/٦ .

(٣) انظر (النووى – المجموع شرح المهذب ٥١/١٣) .

(٤) فتح البارى – باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ١٦٤/٦ .

(٥) 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 (الذهبى – سير أعلام النبلاء ٦٢٦/١٢) .

أخرهما : أن يكون فى حال الضيق ، بأن تدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشتروها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه فى حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم[١].

وإنه باستقراء ما ورد من تعريفات للفقهاء للاحتكار فإن الأقرب إلى المعنى الذى نريده هو تعريف كل من مالك وأبى يوسف ذلك لمكان الإضرار بالعامة 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 المشترى من عجز أو اقتدار[٢].

وهذا التعريف يمكن تعضيده بحجتين :

الأولى : أن أحاديث النهى عن الاحتكار لم تشر إلى سلعة بعينها ، وإنما جاءت مطلقة تشمل الطعام وغيره من السلع التى يحتاج إليها الناس ، وما جاء من الأحاديث مصرحًا بلفظ الطعام لا يصلح لتقييد الأحاديث المطلقة قال الشوكانى : فى نيل الأوطار : " وظاهر أحاديث الباب أن الاحتكار محرم من غير فرق بين قوت الآدمى والدواب وبين غيره ، والتصريح بلفظ : (الطعام)[٣] فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق[٤]، وذلك لأن نفى الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب[٥]، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد

---

(١) انظر (ابن قدامة – المغنى – ٥/٦٧٠ : ٦٧١) .

(٢) انظر (د/ غالب بن عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء – ١/٢٣٠) ، وانظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية – صـ ٥٤٧) .

(٣) حديث عمر قال : سمعت النبى ﷺ يقول : « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس» (رواه ابن ماجه ٢/٢١٥٥) .

(٤) الدليل المطلق : هو ما يدل على فرض شائع فى جنسه وليس على جميع الأفراد كما هو الحال فى عموم العام الذى يدل على جميع الأفراد ، ويقال عموم المطلق بدلى ، وليس شموليا ، مثاله : قول القائل : "اعتق رقبة ، فإن لفظ رقبة مطلق ويدل على فرض شائع فى جنسه إذ إنه يصدق على الرقبة المؤمنة ، وغير المؤمنة ، فأية رقبة أعتقها عُد ممتثلا للأمر – انظر (د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه صـ ٣١٠) .

(٥) مفهوم اللقب : هو دلالة منطوق اسم الجنس ، أو اسم العلم ، على نفى حكمه المذكور ، عما عداه ،

على ما تقرر فى الأصول "[١].

الثانية : إن العلة فى منع الاحتكار هى الإضرار بالمسلمين ، فلا يحرم إلا على وجه يضر بهم ، " ويستوى فى ذلك القوت وغيره ؛ لأنهم يتضررون بالجميع"[٢]. وهو الوجه الذى قاله أبو يوسف : " إن الكراهة لمكان الإضرار بالعامة ، وهذا لا يختص بالقوت والعلف "[٣].

ومن هنا فإن الاحتكار المحظور فى الشريعة الإسلامية هو حبس أى شيء تشتد إليه الحاجة ، ويستعمله الناس فى حياتهم ، ويتضررون من حبسه عنهم ، ويستوى فى ذلك أن يكون الحبس نتيجة شراء أو اختزان ، وأن يكون الشراء من مصر أو غير مصر .

مضار الاحتكار الاقتصادية :

الاحتكار فى الغالب الأعم يؤدى إلى عدة أضرار منها :

١–إهدار حرية التجارة والصناعة والتحكم فى الأسواق[٤] ، بحيث يفرض المحتكر ما شاء من أسعار على الناس ، يكون له التحكم فى ثمن المنتج ، وسلطة إغلاق باب المنافسة والسيطرة على عرض السلعة[٥].

٢–يؤدى الاحتكار إلى سد أبواب الفرص والعمل أمام الآخرين ، فكثيرًا ما يعمد

مثاله : قول قائل : "البطل زيد ، يفهم من هذا أن غير زيد ليس ببطل – انظر(د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ٤٢٨) .

(١) الشوكانى – نيل الأوطار– دار الحديث – الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م– ٢٦٢/٥ .

(٢) الشوكانى – المرجع السابق : ١٧٣/٥ .

(٣) الكاسانى – بدائع الصنائع : ١٩٣/٥ .

(٤) ومن أنواع الاحتكار الرابطات التى ينشئها التجار : حيث تتفق طائفة منهم على شراء جميع ما طرح فى 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 فى ذلك من الضرر على المستهلك، فقد قدم المدينة المنورة طعام فى عهد عمر ، فخرج أهل السوق إليه فابتاعوه ، فقال لهم عمر : " أفى أسواقنا تتجرون ، أشركوا الناس أو اخرجوا فاشتروا ثم ائتوا فبيعوا " ، انظر (د/ محمد رواسى قلعة جى – تدخل الدولة فى السوق فى عهد الخلفاء الراشدين – مجلة الوعى الإسلامى– ربيع الأول ١٣٢١هـ/ ٢٠٠٠م عدد ٤١٥– صـ ٢٢ : ٢٤) .

(٥) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام – صـ ٥٥٨) .

المحتكر إلى تعطيل بعض الموارد الإنتاجية ، أو إلى تشغيلها بأقل طاقتها الإنتاجية، بقصد تحديد العرض طالما كان آمنًا من المنافسة ، أو أن يعمد إلى إهلاك جزء من منتجاته ، حتى لا تؤدى الزيادة فى العرض إلى تخفيض الثمن ، وفى الحالتين الضرر كائن بمصالح الناس[١].

٣–يؤدى الاحتكار إلى قتل روح المنافسة فى التفوق والإتقان فى الإنتاج ، فهو لا يُقدم طريقة جديدة فى الإنتاج إلا إذا كانت مصلحته الخاصة تقضى بذلك ، وهى لا تتفق دائما مع مصلحة المستهلك[٢].

٤–الاحتكار يؤدى إلى إلحاق الضرر بالمستهلك ، وحرمانه من التمتع بمزايا التقدم الفنى والعلمى فى طرق الإنتاج عموما[٣].

مضار الاحتكار الاجتماعية :

إن الاحتكار يؤدى 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 خاضعا لعمليات الاختلاس وانتهاز الفرص .

٣–الاحتكار يثير الحقد والكراهية بين أبناء الشعب ، وبخاصة فى 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 أحيانا كسلاح لمحاربة الأمة فى ظروفها الحرجة لإشاعة القلق والذعر فى صفوفها[٤].

---

(١) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق صـ ٥٥٩) .

(٢) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق صـ ٥٥٩) .

(٣) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق صـ ٥٥٩) .

(٤) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – المرجع السابق – صـ ٥٦٠) .

ومن ثم فلأجل هذه المضار حَرَّم الإسلام الاحتكار ، ومنعه ، وأيضا 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 الإسلامى هو المصلحة ، ومحاولة التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فى حالة التعارض ، وتقديم المصلحة العامة على الخاصة فى حالة عدم امكان التوفيق بينهما ، وتقديم المصلحة بحسب أهميتها فى ضوء قوله تعالى : ﴿ لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾[١]. وحديث النبى ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ، ولذلك حين تتدخل الدولة لمنع الاحتكار إنما تتدخل من باب تحقيق التوازن الاقتصادى فى المجتمع[٢] ، قال تعالى : ﴿ كَيْ لا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الاغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾[٣].

وأيضا تَبْنى الدولة تدخلها لمنع الاحتكار على قواعد فقهية منها :

- قاعدة : (لا ضرر ولا ضرار)[٤] .
- (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)[٥] .
- (دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما)[٦] .
- (ما لا يدرك كله لا يترك كله)[٧].
- (كل ما أضر بالمسلمين : وجب أن ينفى عنهم)[٨].
- (كل ما أضر بالمسلمين حبسه فهو احتكار ، وإن كان ذهبًا أو فضة أو ثوبًا)[٩].

---

(١) سورة البقرة آية : ٢٧٩ .

(٢) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية وأهمية الاقتصاد الإسلامى – هدية مجلة الأزهر – مصر – جمادى الأولى ١٤٢٤هـ – صـ ٣٣ : ٤٧) .

(٣) سورة الحشر آية : ٧ .

(٤) الزرقا – شرح القواعد الفقهية (ق : ١٨) (م : ١٩) – صـ ١٦٥ .

(٥) السيوطى – الأشباه والنظائر (م :٥٨/١) صـ ١١٧ .

(٦) ابن القيم – أعلام الموقعين – ٢٥/٢ .

(٧) انظر (أبو الطيب محمد شمس الحق – عون المعبود ٢٣٣/١٠) ، وأيضا (صديق بن حسن القنوجى – أبجد العلوم ٢٦٧/٣) .

(٨) المازرى أبو عبد الله محمد بن على بن عمر المالكى – المعلم بفوائد مسلم – تحقيق /محمد الشاذلى النيفر – الدار التونسية للنشر – تونس – ط١ – ١٩٨٧م – ٣٢٢/٢ .

(٩) على بن أبى بكر بن عبد الجليل المرغيانى أبو الحسين – الهداية شرح البداية – المكتبة الإسلامية – بيروت=

المثال الثانى : التسعير الجبرى والموازنة بين المنافع والمضار :

. التسعير فى اللغة : مشتق من مادة (سعَّرَ) ومفرده سِعْر ، وجمعه أسعار وهو الذى يقوم عليه الثمن، وقد أسْعروا ، سعَّروا بمعنى واحد ، أى اتفقوا على سعر[١] .

" وسعر السوق : ما يمكن أن يشترى بها الوحدة أو ما شابهها فى وقت مَّا "[٢] .

التسعير اصطلاحًا عند الفقهاء :

أ- عرفه الشوكانى بقوله : هو " أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى من أمور المسلمين أمرًا أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا ، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة "[٣] .

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 "[٤] .

وهذان التعريفان لم يخْرجَا عن حدود التعريفات التى أوردها كثير من الفقهاء كالبيضاوى[٥]، وابن تيمية ، ومن ثم فإن التسعير هو : تقدير السلطان أو نائبه للناس سعرًا وإجبارهم على التبايع بما قدره للمصلحة العامة[٦].

وهذا التعريف يحدد من له صفة التسعير ، ومن سُعِّر عليهم ، والهدف الذى من أجله قدِّر السعر جبرًا على البائعين .

= – ٩٢/٤ . وانظر (ابن عابدين – حاشية ابن عابدين ٧١٨/٦) ، وأيضا (الصنعانى – سبل السلام– دار الحديث – القاهرة – الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٧م – ٣٣/٣) .

(١) انظر (ابن منظور – لسان العرب ٣٦٥/٤) .

(٢) د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات الفقهية – ٢٦٨/٢ .

(٣) الشوكانى – نيل الأوطار ٢٦٠/٥ .

(٤) ابن القيم – الطرق الحكمية – صـ ٢٥٢ : ٢٥٣ .

(٥) البيضاوى هو : عبد الله بن محمد بن على البيضاوى الملقب بناصر الدين والمكنى بأبى الخير (ت : ٦٨٥هـ) – انظر (ابن كثير – البداية والنهاية ٣٤٤/١٣) .

(٦) انظر (د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم – معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية – ٢٦٨/٢) .

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 سعرًا ، ويجبرهم على التبايع به – أى بما قدره [١]).

وأما من يُسعَّر عليهم : فهم أهل البيع فى الأسواق [٢] ، وإن امتنعوا أجبروا عليه ، وإن خالفوا عُذروا 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 [٣] .

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) [٤] .

وقال أصحاب أبى حنيفة : (لا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة) [٥] ، ومع هذا أوجب الحنابلة إلزام السَّوقة المعاوضة بثمن المثل [٦] .

ومن المعلوم أن الهدف الذى من أجله أجاز كثير من الفقهاء التسعير هو مراعاة المصلحة ذلك لأن ولىّ الأمر منوط بمراعاة مصالح المسلمين بناءً على قاعدة (التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة) [٧] .

موقف الفقهاء من تدخل الدولة فى التسعير :

أ- قال الأحناف : يكره تسعير الحاكم إلا إذا تعدى البائعون تعديا فاحشا –

---

(١) مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيبانى الحنبلى – مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى،– المكتب الإسلامى (د : ت) – ٦١/٦.

(٢) انظر (سليمان بن خلف الباجى المالكى– المنتقى شرح الموطأ – دار الكتاب الإسلامى – ١٩/٥) .

(٣) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية – صـ ٥٧٠) .

(٤) نعمان بن على الزيلعى الحنفى –كتاب تبين الحقائق شرح كنز الدقائق– دار الكتاب الإسلامى – ٣٤/٦.

(٥) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى ٦٠/٢٨ ، وانظر أيضا (ابن عابدين – حاشية المختار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار – ٧١٩/٦ : ٧٢٠).

(٦) انظر (مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيبانى الحنبلى – مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى – ٦١/٦).

(٧) الزرقا – شرح القواعد الفقهية (مادة : ٥٨) (قاعدة : ٥٧) صـ ٣٠٩ .

قال الزيلعى : بالبيع بضعف القيمة [١] – وذلك لحديث : « لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق »[٢] .

ب- قال مالك : يجوز التسعير ، وقال أيضا : يجب التسعير على الوالى دفعا للضرر عن العامة[٣].

ج- رأى الشافعية : قال صاحب المهذب : ((ولا يحل للسلطان التسعير لما روى أنس ﷺ قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس : يا رسول الله سعِّرْ لنا فقال عليه السلام : « إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحدٌ يطالبنى بمظلمة فى نفس ولا مال» [٤]) [٥] .

وقال النووى فى الروضة : « والتسعير حرام فى كل وقت على الصحيح».

وقيل : « يجوز فى وقت الغلاء دون الرخص ، وقيل : إن كان مجلوبا حرم التسعير ، وإن كان يزرع فى البلد ويكون عند القناة جاز ، وحيث جوزنا التسعير فذلك فى الأطعمة ، ويلحق بها علف الدواب على الأصح » [٦] .

د– قال الحنابلة : يحرم التسعير على الناس ، بل يبيعون أموالهم على ما يختارون لحديث أنس ، ويكره الشراء بما قدره السلطان[٧] .

ه– قال ابن تيمية وابن القيم ، بجواز التسعير فى بعض الأحوال ، وإلى وجوبه إذا امتنع 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

---

(١) انظر (ابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – ٧١٩/٦) .

(٢) ابن حجر العسقلانى – الدراية فى تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم ٢٣٤/٢ – دار المعرفة – بيروت (د : ت) ، وأيضا (الزيلعى – نصب الراية ٢٦٢/٤) .

(٣) انظر (الشوكانى – نيل الأوطار ٢٦٠/٥) ، وأيضا (الزيلعى – تبين الحقائق شرح كنز الدقائق – ٣٤/٦) .

(٤) أبو عبد الله بن محمد المقدسى – الأحاديث المختارة باب ما جاء فى التسعير برقم (١٦٣٠) ٢٨/٥ . الترمذى – سنن الترمذى باب ما جاء فى التسعير برقم (١٣١٤) ٦٠٥/٣ .

(٥) النووى – المجموع شرح المهذب – ٤٩/١٣ .

(٦) النووى – روضة الطالبين– المكتب الإسلامى – بيروت – لبنان – ط ٢ ١٤٠٥ هـ – ٤١١/٣.

(٧) انظر (مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيبانى الحنبلى – مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى – ٦١/٦).

المثل ، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به[١] . وقال ابن تيمية : " وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا ألا يبيعوا الطعام ، أو غيره 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 ؛)[٢] .

وليس هذا هو رأى ابن تيمية وابن القيم وحدهما فقد سبقهما إلى القول به سعيد بن المسيب ، وربيعة بن عبد الرحمن[٣] ، والإمام مالك وأبو يوسف بل وفعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ .

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 المهذب وابن حزم ومن قبل الشافعى ، والحنابلة[٤] ، وكثير من الأحناف ، واستدل هؤلاء بأكثر من دليل منه :

١ - قوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٥] .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 : ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[٦] فإن من أكره على بيع ماله دون ما يرضى به فقد أُكل ماله بالباطل "[٧]

---

(١) انظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى ٤٧/٢٨) ، وأيضا (ابن القيم – الطرق الحكمية – صـ ٢٥٣) .

(٢) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٤٧/٢٨ .

(٣) ربيعة بن عبد الرحمن : هو ربيعة بن عبد الرحمن بن حصن الفتوى ، انظر(محمد بن حبان – الثقات – تحقيق/ السيد شرف الدين أحمد – ٢٣١/٤ دار الفكر بيروت ط١ – ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م).

(٤) انظر (ابن قدامة – الكافى فى فقه ابن حنبل – ٤١/٢) .

(٥) سورة النساء : آية ٢٩

(٦) سورة البقرة : آية ١٨٨ .

(٧) الشوكانى – السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار – تحقيق / محمود إبراهيم زايد ، محمود أمين النواوى– لجنة إحياء التراث – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة ١٤١٥هـ/١٩٩٤م –

٢- قوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه» [١] ، وقوله ﷺ « إن الله هو المسعر القابض الباسط » [٢] . وقوله ﷺ « بل الله يخفض ويرفع، وإنى لأرجو أن ألقى الله ، وليس لأحد عندى مظلمة » "[٣] .

ووجه دلالة هذه الأحاديث :

عدم جواز التسعير وذلك لإشارة النبى ﷺ فى حديث أبى هريرة أن فى التسعير مظلمة ، وكونه حَجْرٌ على الناس مع أنهم مسلطون على أموالهم ، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين ، وليس نظره فى مصلحة المشترى برخص الثمن أولى من نظره فى مصلحة البائع بتوفير الثمن[٤] .

٣- استدل المانعون من تدخل ولى الأمر فى التسعير أيضا بما روى عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه مرَّ بحاطب بن أبى بلتعة بسوق المصلى وهو يبيع زبيبا له ، فسأله عن سعره فقال حاطب : مدين لكل درهم ، فقال عمر : قد حُدِّثت بعير جاءت من الطائف تحمل زبيبا وهم يعتبرون سعرك ، فإما أن ترفع عن السعر وإما أن تخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت .

فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطبا فى داره فقال : إن الذى قلت ليس لك فيه عزمة منى ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع)[٥] .

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

٨٦/٣ .

(١) رواه أبو حرة الرقاشى عن عمه ، انظر (الهيثمى – 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) .

(٢) رواه : أنس انظر (الأحاديث المختارة ٣٣٧/٦) وأيضا (سنن الترمذى رقم (١٣١٤) ٦٠٥/٣) .

(٣) سنن أبى داود باب فى التسعير برقم (٣٤٥٠) ٢٧٢/٣ .

(٤) انظر (السيل الجرار –٨٧/٣) وأيضا (نيل الأوطار ٢٦٠/٥) .

(٥) انظر (الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيبانى – تحقيق د/ عبد الوهاب عبد اللطيف – لجنة إحياء التراث الإسلامى – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة – ط ٧ سنة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م – صـ٥٤) وانظر (عبد الرزاق بن همام الصنعانى – مصنف عبد الرزاق – تحقيق حبيب عبد الرحمن الأعظمى– المكتب الإسلامى – بيروت – الطبعة الثانية – ١٤٠٣هـ – ٢٠٧/٨) .

الحجر على الحر[١] .

ولم يكتف أصحاب هذا الرأى بهذه الأدلة بل قاموا بالردّ على الإمام مالك القائل بجواز التسعير فى حالة الغلاء والرخص وعلى الشافعية القائلين بجواز التسعير فى حالة الغلاء فقالوا : أحاديث الباب ترد عليهم ولا فرق بين حالة الرخص والغلاء ، والتسعير فى غير القوتين ؛ لأن التخصيص يحتاج إلى دليل ، والمناسب الملغى[٢] لوجود النص بالمنع لا ينتهض لتخصيص صرائح الأدلة ، بل لا يجوز العمل به على فرض عدم وجود دليل كما تقرر فى الأصول[٣] ." 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 "[٤] .

ومن ثم رجح البعض رأى الجمهور القائل بعدم تدخل ولى الأمر فى التسعير وقد بنى ترجيحه على الحجج الآتية :

أ- أنه قد جاء فى رواية عمرو بن شعيب أنه قال : وجد عمر بن الخطاب ابن أبي بلتعة يبيع الزبيب بالمدينة ، فقال : كيف تبيع يا حاطب ؟ فقال : مدين ، فقال : تبتاعون بأبوابنا وأفنيتنا[٥] ، وأسواقنا ، تقطعون فى رقابنا ، ثم تبيعون كيف شئتم ؟ بع صاعا و إلا فلا تبع فى سوقنا ، وإلا فسيروا فى الأرض وأجلبوا ثم بيعوا كيف شئتم)[٦] .

---

(١) انظر (الشوكانى – نيل الأو طار ٢٦٠/٥) وأيضا (د/ سعيد أبو الفتوح محمد البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام – صـ ٥٧٣) .

(٢) المناسب المُلغى : 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 صـ ٤٤٨) .

(٣) انظر (الشوكانى – نيل الأوطار – ٢٦٠/٥) .

(٤) الشوكانى – السيل الجرار – ٨٧/٣ .

(٥) أفنيتنا : جمع فناء وهو ساحات الدور الأمامية ، انظر (الشيرازى – القاموس المحيط – ٣٦٨/٤) .

(٦) عبد الرزاق – مصنف عبد الرزاق – ٢٠٧/٨ .

فقال عمر لحاطب رضى الله عنهما (بع صاعا) أى بع بدرهم ، والصاع معروف أنه أكبر من المدين إذ الصاع أربعة أمداد[١] .

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 له أن يبيع صاعًا 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[٢] .

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[٣] .

وقد رد هؤلاء على أصحاب الرأى الأول بقولهم :

أ- إن امتناع الرسول ﷺ عن التسعير لا يعنى بالضرورة التحريم ؛ لأنه ﷺ لو قصد التحريم لأخبر بذلك صراحة كأن يقول لا تسعروا ، أولا يحل التسعير[٤] .

وقال ابن تيمية : (ومن منع التسعير مطلقا محتجا بقول النبى ﷺ : « إن الله هو المسعر القابض الباسط » [٥] ، فقد غلط ، فإن هذه قضية معينة ليست لفظا عاما ، وليس فيها أن أحدا امتنع من بيع يجب عليه أو عمل يجب عليه ، أو طلب فى ذلك

---

(١) الصاع والصواع بالكسر والضم ، ويضم الذى يكال به وتدور عليه أحكام المسلمين ويؤنث وهو أربعة أمداد ، والمد : رطل وربع ، والصاع : خمسة أرطال ، وقال الدراوردى : 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) .

(٢) انظر (د/ غالب القرشى – أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء – ٢٢٨/١) .

(٣) انظر (الباجى – المنتقى شرح الموطأ– ١٩/٥) .

(٤) انظر (سعيد سع مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام صـ ١٣٢) .

(٥) ابن حجر العسقلانى – الدراية فى تخريج أحاديث الهداية –٢٦٢/٤) .

أكثر من عوض المثل)[١] .

ومن ثم فإن امتناع الرسول ﷺ عن التسعير له مبرراته ، مثل عدم وجود ضرورة لذلك ، أو كون الارتفاع فى 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[٢].

إذًا امتناع الرسول ﷺ عن التسعير ليس لكونه تسعيرًا بل لعدم الحاجة إليه آنذاك ، ولما قد يترتب عليه من ظلم للتجار .

ويرى ابن تيمية فى حديث التسعير قضية خاصة ، وهى أن أهل المدينة لم يكونوا بحاجة إلى التسعير ؛ لأن الارتفاع فى الأسعار قد يكون لأسباب خارجة عن إرادة البائعين [٣] ، ويضيف ابن تيمية قائلا : " فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم ، وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء ، وإما لكثرة الخلق ، فهذا إلى الله ، فإلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق "[٤] . وهذا هو التسعير المحرم لأن فيه إكراه البائعين بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباحه الله لهم[٥] .

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)[٦] .

ب– أما فيما يتعلق بآية التراضى ﴿ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٧] . ووجوبه بين المتعاملين فإن ذلك لا ينقص حق المصلحة العامة فى كفالة

---

(١) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى ٢٨– /٥٧ .

(٢) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام – صـ ١٣٢) .

(٣) انظر (د/سعيد سعد مرطان – المرجع السابق – صـ ١٣٢) .

(٤)ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٤٧/٢٨ .

(٥) انظر (ابن تيمية – المرجع السابق – ٤٧/٢٨) .

(٦)انظر (ابن تيمية – المرجع السابق – ٤٧/٢٨ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٩ .

العدل فى البيع والشراء وهو ما يتحقق بالتسعير ، ولا يمكن التحصن بالآية فى رفض التسعير للوصول بالتجارة إلى الأضرار بالآخرين ، أى أن الأدلة السابقة لا تجرم التحريم[١] .

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 أحدٌ نفسه بظلم الناس واستحكامه بأرزاقهم[٢] .

وبعد أن رد أصحاب الرأى الثانى على المانعين من تدخل الدولة فى التسعير، استدلوا لما ذهبوا إليه من جواز تدخل ولى الأمر فى التسعير بما يأتى :

١–قوله الله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾[٣] . 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[٤] ، 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 "[٥] . 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

---

(١) انظر (د/ سعيد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام صـ ١٣٣) .

(٢) انظر (د/ غالب القرشى – أوليات الفاروق فى الإدارة والقضاء ٢٢٩/١) .

(٣) سورة النحل : آية ٩٠ .

(٤) انظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى ٤٧/٢٨) .

(٥) ابن القيم – الطرق الحكمية صـ ٢٥٣ .

يبلغ به ثمن العبد ، قُوِّم عليه قيمة عدل ، لا وكس[١] ولا شطط »[٢] . 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 يُقوِّم جميع العبد قيمة عدل ، ويعطيه قسطه من القيمة ، فإن حق الشريك فى نصف القيمة ، لا فى قيمة النصف عند الجمهور[٣] .

ومن ثم صادر هذا الحديث أصلا فى أن ما لا يمكن قسمة عينه ؟ فإنه يباع ويقسم ثمنه ، إذا طلب أحد الشركاء ذلك ، ويجبر الممتنع على البيع ، وحكى بعض المالكية ذلك إجماعًا .

وأيضا : صار هذا الحديث أصلا فى أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل ، لا بما يريد من الثمن ، وأصلا فى جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهرًا بثمنه ، 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 الذى أمر به النبى ﷺ من تقويم الجميع قيمة المثل : هو حقيقة التسعير[٤] .

---

(١) وكس : أى النقص – والشطط : الجور . انظر (لسان العرب ٢٥٧/٦) .

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى باب العتق – رقم (٢٥٢١) – ٦٤٤/٦ – وأيضا صحيح مسلم بشرح النووى – باب العتق برقم (١٥٠١) – ٣٩٣/٥ .

(٣) انظر (ابن القيم – الطرق الحكمية صـ ٢٦٦) .

(٤) انظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى ٢٨/ ٥٧) ، وانظر (ابن القيم – الطرق الحكمية صـ ٢٦٦) .

٣– التسعير واجب سدًا للذرائع :

إن الأصل فى تحديد الأسعار هو الحرية ، الذى تحدده قوى العرض والطلب، وهو مباح أصلا 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 حرام ويمنع[١].

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 تدخلا شرعيا لكونه مستندًا إلى مصلحة الجماعة التى تهون فى سبيلها المنفعة الفردية ، وليس هذا محض قول لا مرجعية له ، فالعمل بالمصلحة مبنىً على قول النبى ﷺ « لا ضرر ولا ضرار ، من ضار ضرر الله به ، ومن شاق شق الله عليه »[٢] .

وبناء على ذلك : فليس لولى الأمر إذن أن يتدخل إلا حين يقتضى الأمر حفظ مصلحة الجماعة[٣] .

وإنه باستقراء كلا الرأيين مع أدلتهما فإننا نميل إلى القول بالرأى الثانى مع الأخذ فى الاعتبار أن تدخل ولى الأمر فى النظام الإسلامى فى التسعير ليس مطلقًا وإنما له ضوابط لا يجوز له الخروج عليها بقرار وإلا عُدَّ قراره باطلا ، وتدخله فى التسعير محرما .

أيضا ليست مسألة التسعير خاصة برفع الأسعار على جمهور المشترين ، وإنما

---

(١) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام – صـ ١٣٤ : ١٣٥) .

(٢) سنن البيهقى الكبرى – باب لا ضرر ولا ضرار – برقم (١١١٦٦) – ٦٩/٦ .

(٣) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى – صـ ١٣٦) ، وانظر (د/ محمد بلتاجى – منهج عمر بن الخطاب فى التشريع – دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته – صـ ٢٠٦) .

تتعلق أيضا حين يقوم أحد البائعين بخفض سعره عن السوق وهو ما يسمى بلغة السوق اليوم (نظام الحرق) وهنا يضر بالفرد بجمهور البائعين ، واحتج الإمام مالك بما قاله عمر بن الخطاب ﷺ لحاطب حين رخص فى سعر الزبيب : " إما أن تزيد فى السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا "[١] .ولذا فإن من انفرد من أهل السوق الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمروا باللحاق بسعر الجمهور من البائعين[٢] .

وهنا تم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى ميدان التسعير حين قدم النظام الإسلامى حق جمهور المشترين وكذلك البائعين ، إذا ارتفع السعر أو رخص ، وأعطى لولى الأمر التدخل لصيانة حقوق المسلمين تدخلا وجوبيًا بناءً على قاعدة « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب »[٣] .

غير أن هذا التدخل ليس مطلقا وإنما له ضوابط اتفق عليها جمهور القائلين وجوب تدخل ولى الأمر فى التسعير وهى الآتى:

أ- أن يتدخل ولى الأمر فى تحديد الأسعار متى رأى ضرورة لذلك ، قال أصحاب أبو حنيفة : "لا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة "[٤] ، وأيضا للإمام أن يحجر وأن يمنع إذا عم الضرر كما فى الطبيب الجاهل[٥] ، وقال مالك أيضا " يجب التسعير على الوالى دفعًا للضرر عن العامة"[٦].

ب- أن يحدد السعر بمشورة أهل التخصص :

قال ابن حبيب : " ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ، ويحضر غيرهم استظهارًا على صدقهم ، فيسألهم : كيف يشترون ؟ وكيف يبيعون ؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سدادُ حتى يرضوا به "[٧] ، وقال الأحناف : لا بأس بالتسعير بمشورة أهل الخبرة أى : أهل الرأى والبصارة ؛ لأن فيه صيانة لحقوق

---

(١)انظر (مالك – الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيبانى – صـ٥٤).

(٢) انظر (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٢٨/٥٥) .

(٣) الإمام الغزالي – المستصفى – ١ / ١٣٨)

(٤) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٢٨/٦٠ .

(٥) انظر (ابن عابدين – حاشية ابن عابدين – ٦/٧٢٠) .

(٦) الزيلعى – تبين الحقائق شرح كنز الدقائق – ٦/٣٤ .

(٧) الباجى – المنتقى شرح الموطأ – ٥/١٩ .

المسلمين عن الضياع ، وأن يتوصل بأهل الخبرة والرأى إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين[١] ،

أن يكون موقوتًا بحالة الضرورة وتقديرها ، وهى الزيادة على القيمة المعروفة وأن يكون هناك احتكار بسبب مشاكل اقتصادية كالبطالة ، وأن يتربص بالأمة الغلاء مع حاجة الناس إلى السلعة ، فإذا ارتفعت حالة الضرورة امتنع التسعير ، فهو يدور مع الضرورة وجودًا وعدمًا ، 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 ردته الدولة إليه[٢] ، وأن يراعى فيه العدل بأن يجعل للباعة فى ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس[٣] .

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 الشئون 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[٤]، وهو عين نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

وهنا جاء قرار مجمع الفقه الإسلامى (فى دورته الثامنة لهيئة كبار العلماء

---

(١) انظر (الحموى – غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر – دار الطباعة العامرة – القاهرة – ط١ – ١٣٥٧هـ – ٢٣/١) ، وانظر (الباجى – المنتقى شرح الموطأ – ١٩/٥) .

(٢) انظر (د/ محمد رواس قلعه جى – تدخل الدولة فى السوق فى عهد الخلفاء الراشدين – مجلة الوعى الإسلامى– عدد : ٢٢/٤١٥) .

(٣) انظر (الباجى – المنتقى شرح الموطأ – ١٩/٥) .

(٤) انظر (د/ محمد فاروق النبهان – الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى – صـ ٣٨٤) .

المنعقدة فى الرياض فى النصف الثانى من ربيع الأول عام ١٣٩٦هـ) 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 الغلاء قلة العرض ، أو كثرة الطلب .

مع كون التسعير تسعير عدل ، لا وكس ، ولا شطط ، فإذا اندفعت حاجتهم، وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل[١] .

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[٢] ، عملا بقاعد : « الضرر يدفع بقدر الإمكان »[٣]، وقاعدة : « الضرر يزال »[٤]، وقاعدة : « درء المفاسد مقدم على جلب المصالح »[٥] .

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 الأمور ، سواء أكان ذلك عن طريق البيع والشراء أو الإجارة ، أو الاشتغال بالفلاحة أو بالصناعة ، والعمل على الإنتاج ، أو غير ذلك من جميع الوجوه التى هى سبب فى جعل الناس مجتمعين غير متفرقين ، ولم يترك الشارع الحكيم بابًا من

---

(١) انظر (د/ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان – فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد –صـ١٣٤).

(٢) انظر (د/ بشير بن مولود جحيش – فى الاجتهاد التنزيلى– كتاب الأمة عدد – (٩٣) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – قطر – المحرم ١٤٢٤هـ– صـ ١٤٥) .

(٣) الزرقا – شرح القواعد الفقهية– قاعدة (٣٠) مادة (٣١) صـ ٢٠٧ .

(٤) ابن نجيم – الأشباه والنظائر –٨٥/١ ، وأيضا السيوطى – الأشباه والنظائر – صـ ١١٢ .

(٥) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ٩١/١ .

أبواب المنفعة للناس جميعهم إلا طرقه ، ولا سبيلا من سبل السعادة إلا مهدها وسهلها ، ومن هذه السبل توجيه الأفراد إلى الصناعة والإنتاج واستثمار الطاقات ، فمتى كثرت الصنائع وتروّج سوقها واتسعت دائرتها ، وكثر الاختراع فيها سهلت فى الأمة أسباب الراحة للإنسان من جميع الوجوه ، وبذلك لا يصبح المسلم عولا على غيره[١] .

ومن ثم حث الإسلام على العمل والإنتاج بدليل قوله تعالى : ﴿ أَنْ اعْمَلْ سَابِغَاتٍ وَقَدِّرْ فِي السَّرْدِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [٢]، وقوله تعالى : ﴿ يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحَارِيبَ وَتَمَاثِيلَ وَجِفَانٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَاتٍ اعْمَلُوا آلَ دَاوُودَ شُكْرًا وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ ﴾[٣]، وقوله تعالى : ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾[٤]، وقوله تعالى : ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾[٥] قال ابن كثير : " أى فسافروا حيث شئتم من أقطارها وترددوا فى أقاليمها وأرجائها فى أنواع المكاسب والتجارات ، واعلموا أن سعيكم لا يجدى عليكم شيئا إلا أن ييسره الله لكم "[٦] . واستعير لفظ (ذلول) للأرض فى تذليل الانتفاع بها ، فهى منقادة مطاوعة[٧] .

وقال ﷺ : « من أمسى كالا من عمل يده ، أمسى مغفورًا له » [٨] ، وعن ابن عمر قال : سئل ﷺ أى الكسب أطيب ؟ قال : « عمل الرجل بيده ، وكل

---

(١)-انظر (الشيخ / على أحمد الجرجاوى – حكمة التشريع وفلسفته – تنقيح ومراجعة / خالد العطار – ٢/٩٠ : ٩٧ – مكتب البحوث والدراسات – دار الفكر – بيروت – ١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

(٢) سورة سبأ : آية : ١١ .

(٣) سورة سبأ : آية : ١٣ .

(٤) سورة الأنبياء : آية : ٨٠ .

(٥) سورة الملك : آية : ١٥ .

(٦) ابن كثير – تفسير القرآن العظيم – ٨/١٤٢ .

(٧) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير ١٤/ ٣١ : ٣٢) .

(٨) الهيثمى – مجمع الزوائد – ٤/٦٣ ، وأيضا (الطبرانى – المعجم الأوسط – تحقيق / طارق بن عوض الحسينى– دار الحرمين – القاهرة ١٤١٥هـ – ٧/٢٨٩.

كسب مبرور » [١] ، وقال الإمام على ﷺ فى كتابه إلى " الأَشْتَر النَّخَعِىِّ لما ولاَّه على مصر : ثم استوص بالتجار وذوى الصناعات وأوص بهم خيرًا : المقيم منهم ، والمضطرب بمَاله[٢] ، والمترفق[٣] ببدنه ، فإنهم موادُّ المنافع وأسباب المرافق ، وجلاَّبها من المباعد والمطارح ، فى برِّك و بحرك ، وسهلك وجبلك ، وحيث لا يلتئم الناس لمواضعها[٤]) [٥] .

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[٦] .

وعرفه علماء الاقتصاد بأنه يعنى : خلق منفعة جديدة فى شكل سلعة اقتصادية[٧] ، وعُرِّف 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[٨] .

والإنتاج بهذه المعانى يهدف إلى القيام بعمل نافع يشبع حاجات الأمة ؛ ولكى يتحقق الإنتاج المحمود لابد من توافر عناصر ثلاثة ، تتدخل الدولة فى

---

(١) الهيثمى – مجمع الزوائد – باب أى الكسب أطيب – ٦٠/٤ ، الطبرانى – المعجم الأوسط – برقم (٢١٤٠) ٣٣٢/٢ .

(٢) المضطرب بماله : أى المتردد بماله بين البلدان .

(٣) المترفق : أى المكتسب ، والمرافق تفسر بالمنافع وما يتم به الانتفاع كالآنية .

(٤) أى يجلبونها من أمكنة بحيث لا يمكن التئام الناس واجتماعهم فى مواضع تلك المرافق من تلك الأمكنة ، انظر (السيد الشريف الراضى – نهج البلاغة – هامش ٣/ ٤٨٤ : ٤٨٥) .

(٥) السيد الشريف الراضى – نهج البلاغة ٤٨٤/٣ : ٤٨٥ .

(٦) د/ أحمد زكى بدوى – معجم مصطلحات العلوم الإدارية – برقم (١٥٥٦) – دار الكتاب المصرى للنشر – ودار الكتاب اللبنانى للنشر – (د . ت) – صـ ٣٢٠.

(٧) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام وأثرها فى التنمية صـ ٣٢٣) .

(٨) انظر (د/سعيد أبو الفتوح البسيونى – المرجع السابق صـ ٣٢٣) .

عنصرين بالتقييد: الأول وهو العمل المتعلق بالعنصر البشرى فردًا أو طائفة ، والثانى : وهو المتعلق برأس المال ومحل بحثه فى الاستثمار ومجالاته ، وهذه العناصر هى : [١].

١– وجود موارد طبيعية من أراضٍ 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[٢]. قال تعالى : ﴿ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ وَأَنزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ وَسَخَّرَ لَكُمُ الْفُلْكَ لِتَجْرِيَ فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَسَخَّرَ لَكُمُ الأَنْهَارَ*وَسَخَّرَ لَكُمُ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَائِبَيْنِ وَسَخَّرَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ*وَآتَاكُمْ مِنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لا تُحْصُوهَا إِنَّ الإِنسَانَ لَظَلُومٌ كَفَّارٌ﴾ [٣] .

٢– رأس المال : وهو المال الناتج عن عملية إنتاجية سابقة ، والذى يستخدم فى صنع سلع جديدة[٤] ، وعرفه علماء الاقتصاد بأنه : ذلك الجزء من الثروة الذى يستخدم لإنتاج سلع جديدة كالآلات والمعدات والقنوات والطرق والموانى وغيرها[٥].

ولرأس المال أهمية كبرى فى الحياة الاقتصادية للمجتمعات ؛ إذ إنه صاحب دور فعال وضرورى فى إنتاج السلع والخدمات ، وأيضا له دور فى زيادة رصيد المجتمع من المهارات والكفاءات للعنصر البشرى ، بجانب زيادة رصيد المجتمع من الآلات والمعدات وغيرها[٦] .

وهذا العنصر محل تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فيه فى كيفية استثماره

---

(١) هذه العناصر الثلاثة فى النظام الإسلامى بخلاف النظم الوضعية ، فعناصر الإنتاج فيها أربعة منها ، المنظم لكن النظام الإسلامى دمجه مع عنصر العمل ، انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ٣٢٦) .

(٢) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – المرجع السابق صـ ٣٢٩) .

(٣) سورة إبراهيم : آية : ٣٢ : ٣٤ .

(٤) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ٣٢٥) .

(٥) د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام صـ ٨٧ .

(٦) انظر (د/سعيد سعد مرطان – المرجع السابق صـ ٨٩) .

ومدى تدخل الدولة لتقييده .

٣- العمل : وهو المجهود الذى يبذله الإنسان لخلق منفعة ، سواء كان هذا الجهد يدويًا كعمل الفلاح أو الصانع ، أو عقليا كعمل المدرس أو الطبيب أو المحامى .

كما يشمل العمل أيضا : " عمل المنظم " وهو الذى يوجه العملية الإنتاجية ويوائم بين عناصر الإنتاج المختلفة بما يحقق سير الإنتاج ومضاعفته[١] .

كما يمكن تعريفه بأنه : كل مجهود بدنى أو ذهنى مقصود ومنظم يبذله الإنسان لإيجاد أو زيادة منفعة مقبولة شرعًا[٢] .

والإسلام يعتبر العمل وسيلة أولية من وسائل الارتزاق ، والدعامة الأساسية للإنتاج ، قال تعالى : ﴿لِيَأْكُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلا يَشْكُرُونَ﴾[٣] .

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[٤] ، وقال البعض : " المعنى ومن الذى عملته أيديهم أى من الثمار ، ومن أصناف الحلاوات والأطعمة ، ومما اتخذوا من الحبوب بعلاج كالخبز والدُّهن المستخرج من السمسم والزيتون "[٥] .

وخلاصة المعنى : أى ليأكلوا من ثمر ما أخرجناه ،ومن ثمر ما عملته أيديهم ، فيكون إدماجا للإرشاد إلى إقامة الجنات بالخدمة والسقى والتعهد ليكون ذلك أوفر لأغلالها[٦] .

ولكل إنسان فى الأمة الإسلامية أن يعمل ما يشاء وأن يختار الصناعة التى

---

(١) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – الإسلام والتوازن الاقتصادى بين الأفراد والدول – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة – عدد (٤٦) ١٤١٩هـ/١٩٩٩م – صـ ٨٦) .

(٢) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام صـ ٨١) .

(٣) سورة يسّ : آية ٣٥

(٤) انظر (الرازى – مفاتيح الغيب ١١٨/١٣) ، وانظر أيضا (الألوسى – روح المعانى ١٦٣/١٥) .

(٥) القرطبى – الجامع لأحكام القرآن – ٢٩/١٥ .

(٦) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير ١٤/٢٣) .

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 :

نظرًا لأن الأعمال التى تجرى فى حياة الناس متعددة ومتجددة تبعًا 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 عملا أن يتقنه » [(١)] ، وحتى يتقن الصانع صنعته عليه أن يكون ملما بقواعدها ، عالمًا بأصولها ، عارفًا بكل ما يفيده فى ميدانه ، ولذلك حينما رشح نبى الله يوسف عليه السلام نفسه لإدارة خزينة مصر قدم مؤهلاته وأدلة كفاءته ، فوصف نفسه بأنه ذو علم وبصيرة بما يتولاه ، وسأل العمل لعلمه بقدرته عليه ، ولما فيه من المصالح للناس[(٢)] ، قال تعالى ﴿ قَالَ اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأرض إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾ [(٣)] 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

---

(١) الهيثمى – مجمع الزوائد – ٩٨/٤ ، وأيضا : البيهقى – شعب الإيمان – تحقيق / محمد السعيد بسيونى زغلول – دار الكتب العلمية – بيروت – ط ١ – ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م – ٣٣٥/٤.

(٢) انظر (ابن كثير – تفسير ابن كثير – ٢٧٥/٣) .

(٣) سورة يوسف : آية ٥٥ .

إلى أهلها "[١] ، واقتراح نبى 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 القيام بالعمل الكفائى الذى يناسب موهبته ، وأن على كل إنسان أن يبادر إلى نوع التعليم الذى يتفق مع فطرته وميوله[٢] .

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 لا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمْ السَّمْعَ والأبصار والأفئدة لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[٣] . ثم وضع فيهم العلم بذلك على التدريج والتربية ، تارة بالإلهام كما يلهم الطفل التقام الثدى ومصه ، وتارة بالتعليم ، فطلب الناس بالتعلم والتعليم لجميع ما يستجلب به المصالح ، وكافة ما تدرأ به المفاسد ، إنهاضًا لما جبل فيهم من تلك الغرائز الفطرية ، والمطالب الإلهامية ؛ لأن ذلك كالأصل للقيام بتفاصيل المصالح "[٤] .

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[٥] .

فإذا لم يحسن الإنسان الصنعة ولم يقبل التوجيه والنصح جاز لولى الأمر أن يمنعه وأن يعزره ، 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 يتزل إلى السوق فيسأل صاحب المهنة، فإن لم يحسن الإجابة عزره ونهاه عن ممارستها .

---

(١) ابن عاشور – التحرير والتنوير ٨/١٣ .

(٢) انظر : د. سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ٣٥٩) .

(٣) سورة النحل : آية ٧٨ .

(٤) الشاطبى – الموافقات – ١٢٩/١ .

(٥) د. سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ٣٦١) .

عن القاسم بن محمد[١] : " أن عمر بن الخطاب ﷺ جاء الجزارين ، فقال : من يذبح لكم ؟ فقالوا : هذا العَلِج [٢] . فسأله عمر فلم يحسنها (أى الإجابة) فجلده جلدات ، ثم قال : لا يذبح لكم إلا من عقل الصلاة "[٣] ، وذلك لأن المجزرة يقصدها الناس فلابد أن التزكية سليمة ، ولم يقتصر إخراج طائفة من السوق بسبب جهلهم بصناعتهم ويُعدُّ هذا عملا إداريا فريدًا من أمير المؤمنين[٤]

عن ابن طاووس[٥] عن أبيه : " أن قومًا كانوا فى السوق ، وكان إسلامهم حديثًا لا فقه لهم ، لا يحسنون يذبحون ، قال : فأخرجهم عمر بن الخطاب من السوق، وأمر بإخراجهم "[٦] ، ومن ثم إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة جاز لولى الأمر منع الجاهل بالصناعة والعمل ، " فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم ، وهو من جهة المصلحة التى هى عماد الدين والدنيا ، لا من حيث أهواء النفوس "[٧] .

الأمر الثانى : تدخل ولى الأمر فى تقييد حرية اختيار الصنعة :

من حق المسلم أن يختار من الأعمال ما يريد ما دام العمل مباحًا ، وأن يباشره فى أية صورة ، وفى سائر أنواعه ، وجميع مجالاته ، سواء أكان عملا يدوياً أو فنيًا[٨] .

ومع إباحة الإسلام لذلك إلا أنه قيده بعدم الإضرار بمصالح الأمة ،

---

(١) القاسم بن محمد هو : القاسم بن محمد بن أبى بكر ﷺ عبد الله بن أبى قحافة – الإمام القدوة الحافظ عالم وقته بالمدينة (ت : ١٠٢هـ) انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء – ٥٣/٥) ، وانظر (أبو حاتم التميمى البستى –مشاهير علماء الأمصار – تحقيق / م فلايشهمر – دار الكتب العلمية بيروت – ١٩٥٩م– ٦٣/١) .

(٢) العلج : بكسر العين تعنى الوحش السمين القوى ، وأيضا : 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) .

(٣) عبد الرزاق – مصنف عبد الرزاق برقم (٨٥٥٨) – ٤٨٢/٤ .

(٤) د/ غالب عبد الكافى القرشى – أوليات الفاروق – ٢٤٠/١ : ٢٤١) .

(٥) ابن طاووس هو : عبد الله بن طاووس بن كيسان اليمانى الفقيه القدوة عالم اليمن ، الجندى الحافظ ، انظر (الذهبى – سير أعلام النبلاء ٥/٨ ، وما بعدها) .

(٦) مصنف عبد الرازق برقم (٨٥٥٩) ٤٨٣/٤ .

(٧) الشاطبى – الموافقات – ٣٠/٢ .

(٨) انظر (سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام – صـ ٣٧١) .

وضرورياتها الخمس " الدين والنفس والعقل و (العرض – النسب – النسل) والمال) [١] ، وعدم الإضرار بها يكون بأحد أمرين : " أحدهما : ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود، والثانى : ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم "[٢] .

ولذلك كل عمل يخل بمصالح الأمة أو يهدمها أو يكون سبيلا إلى ذلك ، على المسلم أن يتجنبه وأن يبتعد عنه .

ومن ثم إذا تعلقت صناعة معينة بمصلحة الأمة جاز لولى الأمر أن يجبر العامل عليها ، مع أن الإجبار فيه إضرار به لكنه يتحمل فى مقابل المنفعة العامة التى يناها المجموع من المسلمين ، مع تعويض ولى الأمر له ، قال ابن تيمية : " إن ولى الأمر إن أجبر أهل الصناعات على ما تحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة والحياكة والبناية، فإنه يقدر أجرة المثل ، فلا يُمكَّن المستعمل من نقص أجرة الصانع عن ذلك ، ولا يُمكَّن 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 يُمكَّن المستعملون من ظلمهم العمال ولا العمال من مطالبتهم بزيادة على حقهم مع الحاجة إليهم ، فهذا تسعير الأعمال"[٣].

ويقول ابن القيم : " ومن ذلك أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة ، كالفلاحة والنساجة والبناء ، فلولى الأمر أن يلزمهم بذلك بأجر مثلهم ، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك .

ولهذا قالت طائفة من أصحاب أحمد والشافعى : إن تعلم هذه الصناعات فرض على الكفاية ، لحاجة الناس إليها ، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم ، وكذلك أنواع الولايات العامة والخاصة التى لا تقوم مصلحة الأمة إلا بها "[٤] .

---

(١) الشاطبى – الموافقات – ٨/٢ .

(٢) الشاطبى – المرجع السابق – ٧/٢ .

(٣) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٥٢/٢٨ .

(٤) بن القيم – الطرق الحكمية – صـ 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 "[١] .

وعرفه ابن الشاط[٢] بقوله : " إنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه ، أو بنيانه من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة "[٣] .

ثانيهما : التكسب وهو : معالجة إيجاد ما يسد الحاجة ، إما بعمل البدن ، أو بالمراضاة 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[٤].

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 واجبًا على أحدهما كالزكاة أو أخذ جزء من مال الأغنياء تميز الزكاة كالضرائب[٥] .

---

(١) ابن عاشور – مقاصد الشريعة– صـ ٤٦٠ .

(٢) ابن الشاط هو : الإمام أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن الشاط المالكى – كان موفور الحظ من الفقه : حسن المشاركة فى العربية له تآليف منها : " أنوار البروق فى تعقب مسائل القواعد والفروق " و " غنية الرائض فى علم الفرائض " (ت : ٧٢٣هـ) انظر (ابن فرحون المالكى – الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب – تحقيق أ . د/ محمد الأحمدى أبو النور– دار التراث – القاهرة ١٥٣/٢).

(٣) القرافى – الفروق ومعه أدرار الشروق على أنواء الفروق – ٣٦٥/٣ .

(٤) انظر (ابن عاشور – مقاصد الشريعة صـ ٤٦٢ : ٤٦٣) .

(٥) انظر (د/ يوسف العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية –صـ ٢٩٤) .

٢) أن لا يتم استثمار الأموال فيما حرمه الإسلام ويضر بالأمة ، ومن ثم حرم الإسلام الاحتكار ، وحر الإتجار فى الخمر وبيع لحم الخنزير ، ومنع التعامل بالربا[١] .

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 أَنشَأَكُمْ مِنْ الأرض وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا فَاسْتَغْفِرُوهُ ثُمَّ تُوبُوا إِلَيْهِ﴾[٢] . 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 [٣]، وإن مما أوصى به الإمام على ﷺ 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 أخرب البلاد ، وأهلك العباد ، ولم يستقم أمره إلا قليلا)[٤] .

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[٥] .

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 جزءًا غير الزكاة مراعيًا بذلك مصلحة الأمة.

---

(١)د/ يوسف العالم – المرجع السابق صـ ٢٩٥ .

(٢) سورة هود : آية ٦١ .

(٣) انظر (د/ شوقى أحمد دنيا – الإسلام والتنمية الاقتصادية – دار الفكر العربى – القاهرة ١٩٧٩م – صـ ٨٥) .

(٤) السيد الشريف الراضى – نهج البلاغة – ٤٨٢/٣ .

(٥) انظر (على أحمد الجرجاوى – حكمة التشريع وفلسفته – ٩٠/٢) .

أولا : تدخل الدولة فى تكليف من يهمل ماله باستثماره إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك :

لولى الأمر أن يحمل من يهمل ما يملكه ولا يستثمره على الإنتاج لأجل مصلحة الفقير ، ومصلحة البلاد العامة فى تنمية الثروة الوطنية ، فإذا امتنع عن استثماره ، وأبقاه معطلا لا يعود عليه بالنفع وعلى المجتمع ، وكان هذا التعطيل متعمدا وطال أمده ، جاز لولى الأمر التدخل إذا اقتضت مصلحة الأمة ذلك[١] .

وعمدة ذلك قول النبى ﷺ : « ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » [٢] والتحجير يعنى : الإحاطة على الشيء ، والمقصود به هنا : وضع اليد على الأرض الموات وإحاطتها بالأحجار بقصد إحيائها وتعميرها[٣].

وطبق عمر بن الخطاب ﷺ هذا المبدأ فعلا فلم يكتف بالقول وإنما جعله واقعًا فى حياة الأمة ، ومنهجًا لمن يأتى بعده ، روى عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب ﷺ قال وهو على المنبر : « من أحيا أرضًا ميتة فهى له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين ، وذلك أن رجالا يحتجرون من الأرض ما لا يعملون » [٤].

وهذا القول يضع قيودًا لتدخل ولى الأمر فى نزع ما يملكه الإنسان من الأموال وإعطاءها لمن يقوم عليها باستثمارها ، فهو تدخل ليس بالمطلق وإنما مقيد بأمور منها :

١- أن يمتنع صاحب المال عن إنمائه .

٢- أن يقصد صاحب المال بالتعطيل أن يحتجرها ولا يحوطها ببناء ولا غيره[٥].

٣- أن تطول المدة حتى ثلاثة أعوام .

---

(١) انظر (د/ فتحى الدرينى – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده – صـ ١٧٦) ، وانظر أيضا (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ١١٧) .

(٢) قال الزيلعى فى (نصب الراية) بأنه ورد عن عمر بن الخطاب .

(٣) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ١١٧) .

(٤) أبو يوسف – الخراج صـ ٧٧ ، أبو عبيد – الأموال صـ ٣٦٨ .

(٥) انظر (ابن حجر – فتح البارى ٤٣٥/٦) .

٤ – أن يكون تدخل ولى الأمر للمنفعة العامة .

ومن ثم فليس للإمام أن يتدخل إلا بحق ثابت معروف[١] .

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 الشاطبى : " لا يلحق العامل ضرر إلا بمقدار ما يلحق الجميع أو أقل ، ولا يكون موقعًا على نفسه ضررًا ناجزًا ، وإنما هو متوقع أو قليل محتمل فى دفع الضرر عن غيره ، وهو نظر من يعد المسلمين كلهم شيء واحد ، على مقتضى قوله ﷺ « إن المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا وشبك ﷺ أصابعه » [٢][٣] .

فإذا كانت المنفعة العامة هى الغالبة كان الحكم لها بالتقديم على المضرة ، وجاز لولى الأمر أن يحمل رب المال بالعمل على استثماره ، أو أن يقيم غيره على ذلك .

قال الشاطبى : « المصلحة إذا كانت هى الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة – أى عند موازنتها مع المفسدة – فى حكم الاعتياد فهى المقصودة شرعًا ، 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 » [٤] .

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 واضحا 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 :

---

(١) انظر (أبو يوسف – الخراج صـ ٧٨) .

(٢) 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 .

(٣) الشاطبى – الموافقات – ٢٦٩/٢ .

(٤) الشاطبى – المرجع السابق – ٢١/٢ .

فانظر ما قويت عليه منها فأمسكه ، وما لم تطق فادفعه إلينا نقسمه بين المسلمين ، فقال : لا أفعل ، والله شيئا أقطعنيه رسول الله ﷺ ، فقال عمر : والله لتفعلن ، فأخذ منه ما عجز عن عمارته ، فقسمه بين المسلمين » [١] .

وليس هذا خاصًا 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 أرضًا فلم يعمروها فجاء قوم فعمروها فخاصمهم الجهنيون أو المزنيون إلى عمر بن الخطاب ﷺ ، فقال : لو كانت منى ، أو من أبى بكر لرددتها ، ولكنها قطيعة من رسول الله ﷺ ، ثم قال : من كانت له أرض ، ثم تركها ثلاث سنين ، فلم يعمرها ، فعمرها قوم آخرون فهم أحق بها » [٢] .

ثانيا : تدخل الدولة بإلزام 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 ، والضن به عن الإنفاق قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[٣] . وجه دلالة الآية على تحريم الكنز ، ترتيب الوعيد الشديد عليه ، والخطاب فى الآية قيل المراد به أهل الكتاب من اليهود والنصارى ، إشارة إلى الكثير من الأحبار والرهبان فى بدء الآية للدلالة على اجتماع خصلتين مذمومتين فيهم : أخذ الرشوة وكنزهم للأموال ، والضن 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 محرما فى حق الكفار من أجل أنه رذيلة مذمومة فتكون فى حق المسلم بطريق الأولى ؛ لأنه أولى باجتناب الرذائل والتحلى بالفضائل[٤] .

---

(١) أبو يوسف – الخراج صـ ٧٤ .

(٢) أبو يوسف – الخراج صـ ٧٣ .

(٣) سورة التوبة : آية ٣٤ .

(٤) د/ يوسف العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – صـ ٤٩٩.

و من ثم منع الإسلام من كنزها وسحبها من مجال التداول وتجميدها ، أى عدم تلبيتها للحاجات والمصالح التى تتم بها كلمة الله تعالى ، ذلك لأنه يؤدى إلى إفساد التوازن المالى والتجارى، والاقتصادى عامة ، أيضا يفسد معه التوازن الاجتماعى[١] .

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 عملا أن يتقنه »[٢] .

فإذا عمد صاحب المال إلى أسلوب فى الاستثمار يؤدى إلى ضآلة 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[٣] .

ومن ثم حُقّ على ولاة 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 والحربيين على ما يدخلونه من السلع إلى بلاد الإسلام ، وأحكام الجزية والخراج .

ومن الثانى : نظام الأسواق والاحتكار ، وضبط مصارف الزكاة والمغانم ، ونظام الأوقاف العامة[٤] .

فإذا ما استثمر صاحب المال ماله فى ضوء هذه المقاصد الأربعة يكون بذلك قد حقق ما يريده الإسلام منه ، غير أنه أحيانا يعجز أصحاب المال عن استثمارها

---

(١) انظر (د/ يوسف العالم – المرجع السابق صـ ٤٩٨) .

(٢) الهيثمى – مجمع الزوائد برواية عائشة – ٩٨/٤ .

(٣) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ١١٩) .

(٤) انظر (ابن عاشور – المرجع السابق – صـ ٤٧٣ : ٤٧٤) .

استثمارا رشيدا مع تضخم ثروتهم ؛ وقد يؤدى هذا العجز إلى حرمان المجتمع عن منافع الاستثمار ، ولاسيما إذا كان عليه قوام المجتمع ، حينئذ كان لولى الأمر أن يتدخل بما يدرأ عن المجتمع هذا الضرر العام[١] .

وقد يكون تدخل ولى الأمر هنا بأحد أمرين :

الأول : إلزام هؤلاء الملاك باتبّاع 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 نقدا[٢] .

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 [٣] .

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[٤] .

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

---

(١) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام – صـ ١١٦) .

(٢)د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – المرجع السابق – صـ ١١٩ .

(٣) انظر (أبو الأعلى المودودى – نظرية الإسلام وهدية فى السياسة والقانون والدستور– الدار السعودية للنشر والتوزيع – جدة – ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م – صـ ٣٠١) .

(٤) انظر (ابن خلدون – مقدمة ابن خلدون – صـ ٢٨٣) .

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 أجرة المثل ، وفى هذا المعنى يقول ابن تيمية : " والمقصود هنا أن ولى الأمر إن أجبر أهل الصناعات على ما تحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة والحياكة والبناية ، فإنه يقدر أجرة المثل "[١] .

وقال أيضا : " وأما فى الأموال فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد ، فعلى أهل السلاح أن يبيعوه بعوض المثل "[٢] .

وقد تكون مصلحة الأمة فى الإنتاج الزراعى : أى استغلال ظاهر الأرض فى إنتاج المحاصيل والغلات اللازمة لطعام الإنسان ومنافعه[٣] .

ولقد جاءت نصوص فى السنة تقرر أن الزراعة من أفضل الكسب وأهمها وذلك لشدة الحاجة إليها ، ولما فيها من عموم انتفاع الناس بها[٤] .من هذه النصوص ما رواه أنس بن مالك قال : قال رسول الله ﷺ : « ما من مسلم يغرس غرسا ، أو يزرع زرعا فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة ، إلا كان له به صدقة »[٥] .

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 وتتنوع بمقدار ما تكون الأمة فى حاجة إليه .

والصناعة عدها الفقهاء من فروض الكفاية ، فإذا لم يقم بها البعض أثم المجموع، وفى مقدمتهم ولاة الأمر " ويجب على الكفاية أن يتوفر فى بلاد المسلمين أصول الحرف جميعها ، أحتيج إليها أو لا ، قال ابن تيمية : قال غير واحد من

---

(١) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٥٢/٢٨ .

(٢) ابن تيمية – المرجع السابق – ٥٢/٢٨ .

(٣) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام صـ ٣٩٢) .

(٤) انظر (د/ سعيد أبو الفتوح البسيونى – المرجع السابق صـ ٣٩٣) .

(٥) صحيح البخارى – كتاب المزارعة – برقم (٢١٩٥) ٨١٧/٢ ، صحيح مسلم باب فضل الغرس والزرع برقم (١٥٥٢) ١١٨٨/٣ ، رقم (١٥٥٣) ١١٨٩/٣ .

أصحاب الشافعى وأحمد غيرهم كالغزالى ، وابن الجوزى وغيرهم : إن هذه الصناعات فرض على الكفاية ، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بها "[١] .

ويصير فرض الكفاية واجبا عينيا إذا تخصص فيه قوم ، أو أخبرهم ولى الأمر عليه ، قال ابن تيمية : (فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صار هذا العمل واجبا ، يجبرهم ولى الأمر عليه إذا امتنعوا عنه بعوض المثل)[٢].

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 والأعناب تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَةً لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴾[٣] .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 يبس منهما من تمر وزبيب ، وما عمل منهما من طلاء وهو الدبس ، وخل ونبيذ ، حلال يشرب قبل أن يشتد كما وردت السنة بذلك "[٤] . ووصف الرزق بالحسن لما فيه من المنافع[٥] .

وكلمة (تتخذون) توحى بأن الإنسان أن يستغل ما أنعم الله به عليه من ثمار وزروع فى تصنيع كافة ما يلزمه من طعام ومواد غذائية مباحة شرعا[٦] .

٢– صناعة الملابس صوفية كانت أو وبرية : قال تعالى : ﴿ وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ ﴾[٧] ، وقال تعالى : ﴿ وَجَعَلَ لَكُمْ سَرَابِيلَ

---

(١) وزارة الأوقاف الكويتية – الموسوعة الفقهية – ١٤٠٠هـ – ٧٣/٢ .

(٢) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٥٠/٢٨ . ابن القيم – الطرق الحكمية – صـ ٢٥٦ .

(٣) سورة النحل : آية ٦٧ .

(٤) ابن كثير – تفسير ابن كثير – ٤٠٦/٤ .

(٥) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير – ٢٠٣/٤) .

(٦) انظر (د/سعيد أبو الفتوح البسيونى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام – صـ ٤٢٦) .

(٧) سورة النحل : آية ٨٠ .

تَقِيكُمْ الْحَرَّ وَسَرَابِيلَ تَقِيكُمْ بَأْسَكُمْ ﴾[١] .

٣– صناعة المساكن والمنشئات : قال تعالى : ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا ﴾[٢] .السكن : ما سكنت إليه وما سكنت فيه وهو على قسمين : الأول : ما اتخذ من الخشب والطين والآلات التى بها يمكن تسقيف البيوت ، الثانى : القباب والخيام والفساطيط وأنشد الفراء :

جاء الشتـــــاء ولّما أتخذ سكنا يا ريح كُفّى من حفر القراميص[٣]

٤– صناعة الحديد : قال تعالى : ﴿ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ﴾[٤] .وإنزال الحديد : مستعار لخلق معدنه كقوله تعالى : ﴿ وَأَنْزَلَ لَكُمْ مِنْ الأنْعَامِ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ ﴾[٥] .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 مغانم .

والمقصود من هذا لفت بصائر السامعين إلى الاعتبار بحكمة الله تعالى من خلق الحديد والهام 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 ، وللإدخار فى البيوت لدفع الضاريات والعاديات على الحرم والأموال[٦] .

وتدخل فى صناعة الحديد صناعة المعدات الثقيلة إذا كانت فيها مصلحة الأمة ، وعن ابن عباس قال : " ثلاثة أشياء نزلت مع آدم : السندان والكلبتان

---

(١) سورة النحل : آية ٨١ .

(٢) سورة النحل : آية ٨٠ .

(٣) انظر (الرازى – مفاتيح الغيب – ٩/٦٠٣ : ٦٠٤) .

(٤) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(٥) سورة الزمر : آية ٦ .

(٦) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير – ٢٧/٤١٧) .

والميقعة "[1] بمعنى المطرقة .

٥– صناعة التعدين : وهو ما يسبك فى النار من دهب وفضة ، ونحاس أو حديد قال تعالى : ﴿ وَمِمَّا يُوقِدُونَ عَلَيْهِ فِي النَّارِ ابْتِغَاءَ حِلْيَةٍ أَوْ مَتَاعٍ زَبَدٌ مِثْلُهُ ﴾[2] وقال تعالى ﴿ آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ حَتَّى إِذَا سَاوَى بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انفُخُوا ﴾[3] . ، وقال تعالى ﴿ وَأَسَلْنَا لَهُ عَيْنَ الْقِطْرِ ﴾[4] . والقطر : هو النحاس المذاب لقوله تعالى : ﴿ آتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴾[5] ، والإسالة : هى جعل الشيء سائلا ، أى مائعا منبطحا فى الأرض كمسيل الوادى ، (وعين القطر) ليست عينا حقيقية ، ولكنها مستعارة لمصب ما يصهر فى مصانعه من النحاس المذاب خارجا من فساقى ونحوها من الأنابيب، كما يخرج الماء من العين لشدة إصهار النحاس وتوالى إصهاره ، فلا يزال يسيل ليصنع له آنية وأسلحة ودرقا[6] [7] .

٦– الصناعات الحربية : قال تعالى ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ ﴾[8] ، وقال تعالى ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا دَاوُودَ مِنَّا فَضْلًا يَاجِبَالُ أَوِّبِي مَعَهُ وَالطَّيْرَ وَأَلَنَّا لَهُ الْحَدِيدَ * أَنِ اعْمَلْ سَابِغَاتٍ وَقَدِّرْ فِي السَّرْدِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾[9] ، ووجه دلالة الآيتين : اشكروا الله تعالى على ما علمكم من صنع الدروع ليمنعكم ويحرسكم من بأسكم ، أى من الجرح ، والقتل ، والسيف ، والسهم والرمح[10] ، وكان من فضل الله تعالى أن آلان الحديد لداود عليه السلام وألهمه عمل سابغات : وهى الدروع الواسعة ليقوم بكل عمل صالح ﴿ وَاعْمَلُوا

---

(١) الطبرى – تاريخ الطبرى – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١– ١٤٠٠هـ – ٨٤/١ .

(٢) سورة الرعد : آية ١٧ .

(٣) سورة الكهف : آية ٩٦.

(٤) سورة سبأ : آية ١٢ .

(٥) سورة الكهف : آية ٩٦.

(٦) انظر (ابن عاشور – التحرير والتنوير – ١٥٩/٢٢) .

(٧) درقا : الدرق : ضرب من الترسة ، الواحدة درقة تتخذ من الجلود ، وغيره – انظر (ابن منظور – لسان العرب ٩٥/١٠) .

(٨) سورة الأنبياء : آية ٨٠ .

(٩) سورة سبأ : آية ١٠ : ١١ .

(١٠) انظر (الرازى – مفاتيح الغيب – ١٧٣/١١) .

صَالِحًا ﴾ أى لستم مخلوقين إلا للعمل الصالح فاعملوا ذلك وأكثروا منه ، و الكسب قدروا فيه[١] . 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 تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ فإن من يعمل لملك شغلا أو عملا ، ويعلم أنه بمرأى من الملك يحسن العمل ويتقنه ويجتهد فيه[٢] .

٧- وسائل المواصلات وصناعتها المستحدثة : قال تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً وَيَخْلُقُ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾ [٣] . وعمدتنا فى الآية قوله تعالى : ﴿ وَيَخْلُقُ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾ ففيه دلالة على أن أفعال الله معللة بالمصالح والحكم فكل ما يؤدى 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 لا تَعْلَمُونَ ﴾ [٤] وعلى ذلك كان على الإنسان أن يعمل فكره وعقله وأن يستخدم ما سخره الله تعالى له للوصول إلى أرقى الصناعات الحديثة سواء فى مجال صناعة السفن البحرية للصيد وللحرب ، أو مجال الطائرات الحربية ، أو لنقل الأفراد والبضائع ، أو فى 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 فى تدخل الدولة بإلزام المستثمرين باستثمار أموالهم إذا أمسكوا عنها ، أو عجزوا عن استثمارها ، أو حصروا اهتمامهم فيما على ذواتهم

---

(١) انظر (الرازى – المرجع السابق – ٦٤٥/١٢) .

(٢) انظر (الرازى – المرجع السابق – ٦٤٥/١٢) .

(٣) سورة النحل : آية ٨ .

(٤) انظر (الرازى – مفاتيح الغيب – ٤٨١/٩) .

بالنفع دون مجموع الأمة جاز لولى الأمر أن يتدخل بإلزامهم مع مراعاته فقه الأولويات التى يمكن ترتيب الاستثمار فى ظله على مستوى جلب المصلحة ودرء المفسدة ، ومستوى تحقيق القول فى المقصود شرعا[١] . على النحو التالى :

١– الأنشطة التى تشبع الحاجات الأساسية للسكان ، كالمأكل والملبس (الزراعة والصناعة) والتعليم والصحة .

٢– الاستثمار فى الصناعات الحربية ، لما لها من أهمية فى حماية الدولة ومكتسباتها وقيمها من الأعداء .

٣– رعاية وتسهيل التبادل التجارى ، وهذه تعتمد على النشاطين السابقين، وما يتمتع به المجتمع من مزايا نسبية[٢] .

وهذا الترتيب مرجعيته فى الموازنة بين المنافع والمضار بين الضرورى بأنواعه الخمسة ،والحاجى والتحسينى ، ولا يحق لولى الأمر الخروج على هذه الأولويات وإلا وضع قراره موضع الرفض من قبل قاضى المظالم الذى له الحق فى كف ولى الأمر إذا تعسف فى قراره .

يقول الماوردى عن اختصاصات ولى المظالم النظر فى تعدى الولاة على الرعية ، وأخذهم بالعسف فى السيرة ، فهذا من لوازم النظر فى المظالم الذى لا يقف على ظلامة متظلم ، فيكون لسيرة الولاة متصفحا ،وعن أحوالهم مستكشفا . ليقويهم إن أنصفوا ، ويكفهم إن عسفوا ، ويستبدل بهم إن لم يُنصفوا "[٣] .

وعلى القاضى أن يوازن بين ما غلبت منفعته على مضرته ، وبين ما غلبت مضرته على منفعته فإذا كانت جهة المصلحة هى الغالبة كان الحكم لها بالتقديم على المفسدة ، قال القرافى : " تقدم المصلحة الغالبة على المفسدة النادرة لأنه دأب صاحب الشرع "[٤] ، وقال الشاطبى : " المصلحة إذا كانت هى الغالبة عند

---

(١) انظر (د/ إسماعيل الحسنى – نظرية المقاصد عند الإمام محمد بن عاشور– سلسلة الرسائل الجامعية – المعهد العالمى للفكر الإسلامى – الطبعة الأولى ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م – صـ ٢٨٩) .

(٢) انظر (د/سعيد سعد مرطان – مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام – صـ ٢٥٣) .

(٣) الماوردى – الأحكام السلطانية – صـ ٨٤ .

(٤) القرافى – الفروق – ٢١٦/٤ .

مناظرتها مع المفسدة فى حكم الاعتياد فهى المقصودة شرعا ، 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 "[1] .

وهذا كله إذا تعلق بأمور الدنيا فإنه يفهم على مقتضى ما غلب[2] .

وما ذكرناه وفصلناه يظهر لنا أن للموازنة فى المجال الاقتصادى الإسلامى باع طويل من التطبيق الذى حرص عليه جمهور فقهاء الإسلام وقضاته على مر العصور ، وبخاصة عصور القوة للنظام الإسلامى .

وإذا أردنا أن نمايز بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى الموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى علينا أن نتعرف على تطبيقها فى النظم الوضعية يصير التصور واضحا والحكم فى التمايز بينا إذ إن الحكم على الشيء فرع عن تصوره ، وهو ما نعرفه فى المطلب التالى :

---

(١) الشاطبى – الموافقات – ٢/٢١ .

(٢) انظر (الشاطبى – المرجع السابق – ٢/٢٠) .

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 يبغيها ، 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[١].

غير أن هذه الحرية لم يقر لها قرار ، ولم يثبت لها حال ، وبخاصة بعد الحربين العالمتين[٢]، ولم يعد دور الدولة قاصرا على توفير الأمن فى الداخل والخارج وضمان استقرار 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[٣] .

وباستقراء ما حدث من تغيير اقتصادى فى غالب دول العالم ، وتدخل

---

(١) انظر (د/ عبد الحميد منصور – ضوابط الحرية الاقتصادية فى الإسلام– مجلة منار الإسلام العدد الأول – المحرم ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م – صـ٥٢) .

(٢) 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 بلبع – تقديم/إسماعيل صبرى عبد الله – سلسلة عالم المعرفة – عدد (٢٦١) .

(٣) انظر (د/حازم الببلاوى – دور الدولة فى الاقتصاد – الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٩٩٩م – صـ٣٦).

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 وانبهرت 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 كتترانيا وكوبا ومالى ، وكان فيها واضحا ، وكان أقل وضوحا فى تونس أو المغرب أو ساحل العاج ، ومن الدول العربية التى تأثرت به أيضا مصر[١].

وكان هذا على النقيض تماما فى الدول التى تأثرت بالفكر الرأسمالى الذى 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 فى النشاط الاقتصادى هو من أكثر القضايا جدلا ، وخصوصا فى عصر التنمية الاقتصادية ، وما يستتبع ذلك من آثار خطيرة ، تتمثل فى التوسع أو التضييق فى نطاق كل من الملكية الخاصة والملكية العامة[٢].

وهناك هدف مشترك بين المذهبين أو الفلسفتين الاشتراكية والرأسمالية ألا وهو أن كلا منهما يهدف " إلى تحقيق المصلحة بجلب النفع ودفع الضرر"[٣]، ولكن

---

(١) انظر (د/حازم الببلاوى – المرجع السابق – صـ ٣٨) .

(٢) انظر (د/محمد شوقى الفنجرى – مقال الحرية الاقتصادية فى الإسلام ،وتدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى – مجلة الأزهر العدد الأول – المحرم ١٤٢١هـ/ أبريل ٢٠٠٠م – صـ ٦٣) .

(٣) د/محمد شوقى الفنجرى – ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية وأهمية الاقتصاد الإسلامى– هدية مجلة الأزهر لشهر جمادى الأولى ١٤٢١هـ – صـ٣٣.

المصلحة قد تكون خاصة أو عامة ، ومن ثم يكون التعارض فهل كلا المذهبين الرأسمالى الذى يدين به المعسكر الغربى ، والاشتراكى الذى يدين به المعسكر الشرقى ، يقدم حلا واحدا لهذا التعارض أو أن كلا منهما يقدم حلا مغايرا للآخر بحسب ما يتبناه من فلسفة .

وقد يظن الناظر إلى النظام الاشتراكى أن الدولة أكثر تدخلا فى المجال الاقتصادى ؛ حتى تُطَبَّق 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 هى اقتصاد السوق والديمقراطية السياسية ، والاعتراف بحقوق الإنسان ، وأمام حالة الترهل فى الاقتصاد ، وبدا أن دولة الرفاهية welfare state غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها ، جاءت السيدة تاتشر رئيسة وزراء انجلترا السابقة ، بدعوة إلى العودة إلى السوق والتخلى عن التدخل المباشر فى الإنتاج ، وبيع صناعات القطاع العام إلى الأفراد ، والمشروعات الخاصة ، بل ودافع رئيس أمريكا (ريجان)عن فكرة تقليص دور الحكومة ، والتخفيف من القيود[١].

ومن هنا يظل النظام الرأسمالى فارس الحلبة فى تدخل الدولة لتنظيم الاقتصاد وتعدد أساليبها فيه ، ولاسيما وأن المنفعة العامة لم تكن غائبة يوما ما عن اهتمامات الإدارة بالدرجة الأولى ، ويمثل ذلك إنعكاسا لسيادة العقلية الاقتصادية فى الفكر الحديث ، حيث أصبحت الاعتبارات الاقتصادية هى الموجه العام لكل تصرفات الدولة ، ومرجع ذلك إلى أن الدولة عليها توفير الرفاهية لمواطنيها ، وتحسين ظروف معيشتهم ، وتحقيق ذلك مرتبط بالقدرة الاقتصادية لها ، 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[٢].

---

(١) انظر (د/ حازم الببلاوى – المرجع السابق صـ ٢١٨ : ٢١٩) .

(٢) انظر :

Michel BLANC – PATTIN et Jacques CHEVALLIER :
La function actuelle de l'expropriation . intérêt economiques dominants et processus de definition de l'utilite publique, th. De 3 e cycle ,

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[1].

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[2].

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 :

---

et processus de definition de l'utilite publique, th. De 3 e cycle , Grenoble , 1974 , P. 158 "

(١) انظر (د/حماد محمد شطا – النظرية العامة للقانون – دار الصحوة – القاهرة – ١٤١٩هـ – صـ٢٢٢ : ٢٢٣) ، وأيضا (د/ أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٢٦٥) .

(٢) انظر (د/ أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٦٦) .

أولا : الاقتصاد والموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا :

لم يقف القضاء الإدارى الفرنسى عند الحدود التقليدية للمراقبة مكتفيا على بناء القرار الإدارى على هدف المنفعة العامة دون النظر إلى الظروف المحيطة بها والأضرار التى تلحقها بالملكية الخاصة ، أو بمنافع أخرى ، وإنما سعى مجلس الدولة الفرنسى إلى الخروج على قضائه التقليدى ليراقب قرار نزع الملكية للمنفعة العامة آخذا فى الاعتبار الظروف المحيطة بها ، وما تحققه من فوائد وتحدثه من أضرار وتستلزمه من تكاليف ، وأعباء مالية ، وأثرها على التنمية الاقتصادية[١] ، هذه الرقابة التى سعى إليها القضاء الإدارى فى فرنسا "نظرية الموازنة بين المنافع والمضار" ساهم فى تطورها تغير مفهوم المنفعة العامة ذاته ، فلم تعد فكرة المنفعة العامة فكرة مجردة ذات مضمون كلى ، بل أصبحت فكرة نوعية تقدر وفقا 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 التقليدى للمنفعة العامة تقوم على المقابلة بين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة ، وإنما ظهر مفهوم جديد للمنفعة العامة يأخذ فى الاعتبار جميع جوانب المنفعة العامة ، وعلى أثر الحركة القضائية والحديثة "١٩٧٠/١٩٧١" فإن الاعتبارات الاقتصادية أصبحت ذات تأثير على شرعية عملية نزع الملكية[٢]. وبخاصة فى وقت تطورت فيه المفاهيم الاجتماعية ، وتعددت فيه المصالح الاقتصادية ، وصارت بعض المصالح الخاصة (كالشركات العملاقة) تختلط شيئا فشيئا بالمصلحة العامة ، لما لها من تأثير على خلق فرص العمل وإنعاش المناطق التى تعمل فيها، أو الاقتصاد القومى بوجه عام[٣].

---

(١) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع ، وتقديرها فى دعوى الإلغاء – دراسة مقارنة – صـ١٥٦ : ١٥٨) .

(٢) انظر : Andre Homont, op.cit. P.25 et su .
C.E: 28 mai 1971, "ville Nouvelle lille Est,J.C.P.N 16873" .

(٣) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الادارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة فى حالة نزع الملكية – صـ ٢٣) .

وبالنظر إلى أحكام مجلس الدولة بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى لإنصاف الملكية الخاصة ، فإنه تدرج بخطوات مدروسة حتى وصل إلى رد الاعتبار للمنافع الخاصة ، مع عدم التفريق فى المنافع الخاصة ، وكان من مظاهر اهتمامه بالجانب الاقتصادى أن قام بإلغاء قرار تقرير المنفعة العامة ، لعدم ذكر نفقات المشروع فى ملف التحقيق المسبق[١].

منها على سبيل المثال ما يلى :

المثال الأول : حكم محكمة نيس الإدارية فى قضية "Lavalmasque"[٢]:

وفى هذه القضية قارن الحكم فى تحقيق المشروع للمنفعة العامة بين الاستثمارات الهامة المترتبة على تنفيذه ، وبين التكاليف التى تتكبدها البلدية فى سبيل إنشائه[٣].

المثال الثانى : حكم مجلس الدولة فى قضية "Grassin "[٤] :

وفى هذه القضية قررت الإدارة إنشاء مطار فى هذه القرية فرأى المجلس أنه تترتب على إقامة المطار بالقرية أضرار كبيرة ماليا ؛ إذ إن نفقات المشروع تفوق إمكانيات القرية ومواردها فضلا عن وجود مطار آخر غير بعيد عنها ، ومن ثم ألغى المجلس قرار الإدارة لعظم المضرة وعدم تحقيق أى فوائد اقتصادية تفوق الأضرار المالية التى تتكبدها القرية[٥].

وإذا كان حكم مجلس الدولة فى هذه القضية قد كشف النقاب عن القرارات الإدارية غير المعقولة ، وغير المقبولة ، وغير المسبوقة بدراسة جيدة وأبحاث واعية من قبل فنيين متخصصين ، فإن المجلس لاقى نقدا شديدا من قبل

---

(١) انظر (د/ أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٦٧) .

(٢) T.A.Nice 11.2.1970 , ste "La Valmasque," A.J.P.I 1972 . P . 236 .

(٣) انظر (د/ أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٢٣) .

(٤) C.E. 20 . oct. 1973, Grassin , Rec . P 598, Antione Bernard .
C.E. 26.10.1973 , Grassin , R.A 1973 , P. 131. , A.J.D.A . 1974 , P.37 note J.K.; R.D.P.1974 P. 1549; A.J.D.A.1973 , P.586 .

(٥) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة الغلط البين – صـ ١٦٥) .

مفوض الدولة الذى ذهب إلى : " أن رقابة مجلس الدولة لقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة تجاوز رقابة الملائمة .... "[١].

والحقيقة أن القاضى الإدارى لم يخرج على الشرعية القانونية حينما ألغى القرار المتعلق بإقامة المطار فى هذه القرية ، ولم يقم بإلغائه لتعلقه بهذه القرية دون سواها، وإنما قام القاضى بتقدير شرعية المشروع فى ضوء الظروف والملابسات المحيطة به لمعرفة مدى تناسبه مع مستوى المنطقة أو الإقليم ، فما يكون مناسبا لمدينة لا يكون مناسبا لقرية بالنسبة لقدراتها وإمكانياتها[٢] ، وهذا المنهج ظهر واضحا فى قضية "Bo" [٣] ، والخاصة بنزع الملكية لتوسيع حلقة لسباق الخيل فى إحدى القرى مدعية الإدارة أن هذا من شأنه أن يؤدى 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 يؤدى 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 الأوليمبية ، وعلى الرغم من أن الهدف من إقامة المركز أمر يحقق المنفعة العامة إذا نظرنا إليها بصفة مجردة إلا أن المجلس قام بدراسة ظروف الدعوى آخذا فى الاعتبار ظروف القرية التى تقرر إنشاء المركز بها ، وتبين له عجزها وعدم قدرتها بحسب إمكانياتها ومواردها إقامة هذا المركز وخلص إلى عدم

---

(١) A.J.D.A. 1974, P. 34, concl . A . Bernard , note . J.K; A.J.D.A, chron . france et Boyon. P. 586 . 2. P. Gadfrin op.cit. P 207 .

(٢) انظر (د/ محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ ١٦٠) .

(٣) انظر : C.E : 10 janvier 1958, Bô et autres , Rec . 918 , A.J.D.A. 1958,11,128 note J.G. , G.A.1978 .P. 566 .

شرعية قرار المنفعة العامة[١]. ومن ثم فإن ما يصلح لمكان لا يصلح لآخر بناء على قدرات المكان وإمكانياته .

المثال الثالث: قضية "Ville de sochaux" [٢] :

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 يُلغ 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 تؤدى 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 خاصة أساسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية[٣].ومن ثم قال :

"Rene' chapus" : [٤]" Poursuivie en vue d'etablir une eleviation Routiere facilitant La circulation entre sochaux et Montbelier, une expropriation va profiter aux usines Peugeot eloignées de la route actuelle : il n'a pas pour autantdu detourne ment de pouvoir , alors surtout qu'" il est conforme a linteret general de satis faire a la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du developpement d'un ensemble industriel qui joueun pole important dans l'economie regionale"

ولم يكتف مجلس الدولة بذلك ، وإنما أكد قضاءه السابق فى أكثر من حكم،

---

(١) 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 .

(٢) انظر :

C.E.20 . Juillet . 1971Ville de sochaux, P.5 & A.J.D.A . 1972, P.227, note A.Homont .

(٣) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٧١) .

(٤) Rene chapus : Droit Administratif GENRAL 1988 . Paris . P . 533 .

بل وذهب إلى ما هو أبعد من قضاء مدينة (شوشو) . منه حكمه فى قضية "Robert-L'eon weylet L'eon weyi" حيث اعتبر مجلس الدولة أن إقامة منطقة صناعية يسمح بالتوسع فى إقامة مصنع خاص ، كما يسمح بإقامة العديد من المشروعات الخاصة التى تساهم فى التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمنطقة [١].

وأيضا حكم مجلس الدولة فى فرنسا فى طلب الشركة الوطنية للسكك الحديدية (SNCF) بعدم الإلغاء ؛ ذلك لأن المشروع يحقق منفعة عامة رغم أنه لن يستعمل إلا لنقل شركة واحدة ، ويفيدها إفادة مباشرة ومؤكدة ، ومع أن إقامة الطريق لم يساهم فى تسهيل حركة المرور على الطريق العام، إلا أن نشاط الشركة الخاصة باستغلال المحاجر يتوافق مع المنفعة العامة[٢].

ونلاحظ فى هذه القضايا السالف ذكرها عدة أمور :

١– منها أن القضاء الإدارى الفرنسى وازن بين المنافع وغلب أعظمهما نفعا .

٢– أنه لم يعبأ بكون القرار لمصلحة الإدارة أو لمصلحة شركة خاصة ، وإنما أقر نزع الملكية وإن كان لأجل شركة خاصة ، ما دامت تحقق منفعة إقتصادية عامة ، تؤثر على الجانب التنموى للدولة .

٣– أنه كان من المعروف قبول تواجد المنفعة الخاصة إلى جانب المنفعة العامة ، ما لم تكن هى السبب الدافع ، ولكن الجديد فى هذه الأحكام هو قبول المنفعة الخاصة كأحد العناصر الإيجابية فى المنفعة العامة ، فأصبحت المنفعة العامة يمكن أن تتحقق من خلال إشباع المنفعة الخاصة[٣].

---

(١) C.E:26,6,1974, Robert-Léon weyl,léon weyl et Delle mathilde Schneidr , A.J.D.A.1975.P.84;R.D.P;1975 .P.523 .

(٢) 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 .

(٣) انظر : Didier TRUCHET :Les function de la notion d'intérét 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.

وهذا التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار فى المجال الاقتصادى ، ليس خاصا بفرنسا الدولة الأم للنظرية فحسب ، بل تعدى تطبيقها إلى مصر ، وإن لم تزل 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 والأولويات 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 "[1].

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[2]، 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 .

---

(١) قانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير التعمير ، والدولة للإسكان ، واستصلاح الأراضى رقم (٦٠٠ لسنة ١٩٨٢م) – الطبعة الحادية عشرة ٢٠٠٢م) .

(٢) انظر (د/ أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٤٥) .

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 حتى يمكن أن تحقق بفاعلية الأهداف الاقتصادية التى تسعى الدولة إلى تحقيقها[١] ، 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[٢] ، ومن ثم كانت الحاجة ملحة إلى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لرفع الضرر ، ومنع الضرار ، 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 روض 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 هيئه المجتمعات العمرانية الجديدة ، وكان الإلغاء للتراخيص بموجب قرار محافظ القاهرة رقم (١٦٤لسنة ١٩٩٢ بتاريخ ١٩٩٢/١/٢٨م) [٣] ، وفى هذه القضية وزان القضاء الإدارى المصرى بين منفعتين

---

(١) انظر (كتاب الاقتصاد "تحديث مصر" كتاب الأهرام المصرية عدد ١٦٩ – يناير ٢٠٠٢م – صـ ٢٧) .

(٢) راجع (د/ مصطفى السعيد – الاقتصاد المصرى ، وتحديات الأوضاع الراهنة – مظاهر الضعف – الأسباب / العلاج– دار الشروق – طبعة خاصة لمكتبة الأسرة – القاهرة ٢٠٠٣م) .

(٣) نص القرار رقم ١٦٤ لسنة ١٩٩٢م : المادة الأولى : ينتهى نشاط تجارة الجملة للخضر والفاكهة

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[1].

واستجابت محكمة القضاء الإدارى لطلب التجار الطاعنين[2] ، كما أنها استندت كذلك إلى فكرة الموازنة بين المنافع والمضار التى يمسها قرار المحافظ ، والذى يترتب عليه الإضرار بالتجار متمثلا فى حرمانهم من العمل فى مكان ظلوا يعملون فيه زمنا طويلا ، وسيضطر هؤلاء جميعا إلى ترك أماكنهم فى السوق ، وأماكن سكنهم ، والسكنى بالمقر الجديد الذى سينقلون إليه[3].

وحينما وازنت المحكمة الإدارية العليا بين المنفعتين ، وجدت بأن المنفعة العامة التى يحققها قرار الإدارة بنقل السوق إلى العبور هو الأولى بالرعاية ، والأجدر بالعناية ، من المنفعة العامة الأخرى ، وهى مصالح التجار والمستهلكين ، بل عدّت المحكمة (سوق العبور يعد بكل المعايير نقلة حضارية ، وعملا يستحق الإشادة والتقدير لكل من ساهم فى إنجاز هذا الصرح الشامخ الذى صمم على أحدث

والدواجن والأسماك بسوق روض الفرج وغمرة ، وتلغى كافة تراخيص مزاولة النشاط بها اعتبارا من يوم ١٩٩٢/٤/٥م تاريخ بدء العمل بسوق الجملة بالعبور ، وتستبدل بها تراخيص جديدة لمزاولة هذه الأنشطة لسوق العبور بناء على طلبات تقدم للمحافظة حتى يتم استكمال اجراءات 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 ١٩٩٢/٤/٥م 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 .

(١) انظر (أ.د/ رمضان محمد بطيخ الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وموقف مجلس الدولة المصرى منها – صـ٣٦٤ : ٣٦٥) .

(٢) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩٢/٤/٢م ، الدعاوى أرقام : ٢٧٩٠ لسنة ٤٦ ق ، ٣٤٥٢ لسنة ٤٦ ق ، ٣٧١٧ لسنة ٤٦ ق ، ٣٤٩٤ لسنة ٤٦ ق ، ٣٨٤٤ لسنة ٤٦ ق .

(٣) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الادارى – صـ٦٣) .

الأساليب العالمية)[1].

وحين رجَّحت 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 تحقيقا للصالح العام نظرا 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 تحقيقا للمصلحة العامة أيضا ، 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 تحقيقا للصالح العام ، أو بالأحرى أيهما يحقق المصلحة العامة الحقيقية فعلاً ....)[2].

نظرات فى قضية سوق روض الفرج :

لم تكن هذه القضية من القضايا التى يمكن للباحث أن يغض البصر عنها ، فهى على العكس من أى قضية أخرى ؛ ذلك لأنها تستمد أهميتها من تعدد الموضوعات التى تثيرها ، ومن موقف القضاء الإدارى والإدارية العليا من هذه الموضوعات ، فقضية سوق روض 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 :

رحب بعض الفقهاء بحكم محكمة القضاء الإدارى فى قضية سوق روض الفرج وما انتهت إليه من تطبيق لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار [3]. ومع التقدير لحكم القضاء الإدارى من حيث الموضوع ، فإنه يجب على كل ناظر أن يميز بين تطبيق النظرية من حيث المبدأ ، وبين نتيجة تطبيقها من حيث الواقع .

---

(١)د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٦٣ ، وانظر (د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ٣٦٥) ، وانظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع – صـ ١٨٨ ، وما بعدها) .

(٢) محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩٢/٤/٢م سبق بيانه .

(٣) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ ٦٣) .

أ) تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من حيث المبدأ فى قضية سوق روض الفرج :

رفض بعض الفقهاء تطبيق نظرية الموازنة من حيث المبدأ على هذه القضية ، بحجة أن نظرية الموازنة نشأت فى الأصل فى إطار نزع الملكية للمنفعة العامة حماية للملكية الخاصة . أما فى 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[١] .

هذا الرفض بحجته محل نظر . صحيح أن نظرية الموازنة وجدت التربة الصالحة لها فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة . إلا أن الوقوف بها عند هذا الحد أمر يتعارض مع المناداة بتطور أحكام القضاء الإدارى ، سواء فيما يتعلق بنظريةالموازنة أو بغيرها ، فلم يعد القضاء يقصر نطاق تطبيق نظريةالموازنة على مجال نزع الملكية وإنما قرر تطبيقها فى مجالات أخرى لا يتعلق الأمر فيها بحماية الملكية الخاصة ، بل تم تطبيق النظرية فى مجالات بعيدة تمام البعد عن مجال نزع الملكية فى فرنسا ألا وهو مجال تصاريح فصل ممثلى العمال[٢] .

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 الإقتصادية للأفراد هى مصالح جديرة بالرعاية . والأمر فى قضية سوق روض الفرج يتعلق بمصلحة إقتصادية للأفراد[٣] .

ب) نتيجة تطبيق النظرية على قضية سوق روض الفرج :

مع تأييد بعض الفقهاء لتطبيق نظريةالموازنة بين المنافع والمضار على قضية

---

(١) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين – هامش صـ ١٩٢).

(٢) انظر

C.E:Ass., 12 mai 1957. Dame et autrés. Rec ., P.280

(٣) انظر (د/ محمد عبد اللطيف – قضية سوق روض الفرج – دراسة تحليلة – صـ ١٥٠) .

سوق روض الفرج ، فإن هذا لا يعنى التسليم بالنتيجة التى انتهت إليها محكمة القضاء الإدارى ، وهى أن القرار المطعون فيه يحدث أضرارا تفوق المزايا التى تترتب عليه . وهو ما جعل بعض الفقهاء[1] يقول بأن حكم القضاء الإدارى غير سديد فى نظره للأسباب الآتية :

السبب الأول:

إن رقابة الموازنة تتم بحيطة وحذر وهو مالم تأخذه المحكمة فى الاعتبار .

حينما اقترح مفوض الحكومة بريان على مجلس الدولة الفرنسى نظرية الموازنة بينالمنافع والمضار فى قضية المدينة الشرقية ليل لم يفته أن يشير إلى أن تطبيق النظرية يستوجب الأخذ (بالحيطة والحذر) avec tact et mesure ، وأن رقابة القاضى تكون بعد بلوغ حد معين وأن تقتصر على المشروعات التحكمية ، أو التى تتسم بعدم المعقولية ، أو التى تنل حظا وافيا من الدراسة[2] .

وليس هناك شك فى أن محكمة القضاء الإدارى المصرى لم تأخذ فى الاعتبار بهذه الضوابط ، وإنما أعملت رقابة الموازنن 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 تحكمية . ومنالملاحظ 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

---

(١) د/ محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥١ وما بعدها .

(٢) انظر : Concl ., A.J.D.A .,1971,P.467.

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 بيِّن 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 [١] .

"سبب الثانى:

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[٢]. 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 تبنى 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

---

(١) انظر (د / محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥٢) .

(٢) انظر :

LEMASURIER(J.)Vers un nouvéau 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.

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[1] . 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 :

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

---

(١) انظر (د/ محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥٣) .

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 أهمية 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 [١] .

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 تبن 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[٢] .

وإذا كان هذا هو موقف محكمة القضاء الإدارى من النظرية فى هذه القضية ، فما هو موقف المحكمة الإدارية العليا ؟

النظرة الثانية : موقف المحكمة الإدارية العليا من نظرية الموازنة فى القضية :

---

(١) انظر (د/ محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥٤) .

(٢) انظر (د/ محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥٦) .

إذا كان موقف محكمة القضاء الإدارى هو المبالغة فى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن موقف الإدارية 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 المشروعية لتى تقوم أساسا على محاكمة أى قرار أو تصرف إدارى وفقا لما تقضى بها أحكام الدستور والقوانين واللوائح التنظيمية التى يخضع لها ، وبالتالى 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 الإختيار 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 التأيبى يجد سنده القانونى الطبيعى فى النصوص التأديبية بأنظمة العاملين المدنيين بالدولة وبالقطاع العام وبالأنظمة الخاصة ، حيث تتدرج هذه النصوص فى تحديد العقوبة التاديبية بالنص التشريعى ذاته بما يحتم على جهة الإدارة لتحقيق مقتضى هذه النصوص ووفقا لمبادئ حسن الإدارة وما تفرضه طبيعة المرافق العامة وسيرها بانتظام واضطراد ، 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 تزن القرار التأديبى بميزان القانون وتحقق التزامه وبغايته الوحيدة المشروعة ، وهى حسن سير وانتظام المرافق العامة ، وسلامة أداء العاملين لواجباتهم دون تسيب او 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 فى الملاءمات الإدارية .. وإنما يقوم على حتمية إلتزام جهة الإدارة التنفيذية 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 تَعيَّن على أساس رقابة المشروعية إعلاء المصلحة الأعلى على الأدنى منها ما دام محققا وثابتا هذا التعارض والتناقض ، وهذه الرقابة تجد فى 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 باعتباها 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 أرست 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 [١]. ومبدأ التناسب أو الغلو يدخل فى عيب مخالفة القانون وليس فى عيب إساءة استعمال السلطة . غير أن هذا الإتجاه 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 [٢].

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 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[٣].

---

(١) انظر (د / عبد الفتاح حسن – التأديب فى الوظيفة العامة – المنصورة – ١٩٦٤م – صـ ٢٨٣) .

(٢) انظر (د / محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥٩) .

(٣) انظر (د / محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٥٩) .

وخلاصة 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 ، نظرا لأن المزايا تفوق الأضرار فى هذه القضية[1] ، لكن مجرد تطبيق النظرية يعنى أن القرار الإدارى فى مصر قد خطا خطوة هامة إلى الأمام وأضاف إلى رصيده حكما خلاقا من أحكام المبادئ على غرار الحكم الشهير فى ١١ نوفمبر ١٩٦١م [2].

وإذا كان تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى قضية سوق روض الفرج لم يكن مباشراً ، ولاسيما فى المجال الاقتصادى فهناك نماذج أخرى كان تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فيها مباشراً ، وواضحا وخصوصا بعد قضية سوق روض الفرج ومع وضع السياسة الصناعية الجديدة التى أتت لتقُوم بتنمية قدرة مصر الصناعية ، والتشجيع على المزايا التنافسية لكل قطاع صناعى وإنتاجى فى ظل تنافسى عالمى الذى هو أساس النظام التجارى العالمى الجديد ، والهرولة وراء التخصيصية (أو الخصخصة) [3] ، ومن هنا كان الركون إلى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ضروريا لحماية الحريات ، ومراعاة مصلحة مجموع الدولة ، وإذا كان المشرع قد وضع جداراً من الحماية من جشع أصحاب رؤوس الأموال متمثلا فى محاربة الاحتكار ، بل وعَدّ المشرع محاولات التأثير على الأسعار للإضرار بالمستهلك ضمن التصرفات التى يعاقب عليها القانون ، إضافة إلى ذلك فقد صدر تشريع يقضى بإلزام المستثمر الذى يمتلك حصة تعادل ٥٪ ، أو أكثر من رأس مال منشأة مّا – وهى حصة كبيرة يمكن أن تكون نواة للشراء بغرض الاحتكار – بأن يقدم تقريراً

---

(١) انظر (د/ سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة – هامش صـ ٢٤١) .

(٢) انظر (محمد عبد اللطيف – المرجع السابق – صـ ١٦٢) .

(٣) انظر (كتاب الأهرام الاقتصادى (تحديث مصر) عدد ١٦٩ – يناير ٢٠٠٢م – صـ٥٥) .

فى كل مرة يطرأ فيها تغيير على تلك الحصة[١] ، وحتى لا يتضرر أصحاب الأموال، والأفراد من أى قرار تقرره الإدارة اتجه القضاء الإدارى المصرى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، ليحد من سلطة الإدارة التقديرية ، وحرصًا منه على توفير قدرٍ أكبر من الحماية للأفراد المتعاملين معها .

المثال الثانى : قضية محطة تخفيض ضغط الغاز بمنطقة الغاز بمنطقة غرب النيل[٢]:

وتتعلق هذه القضية بإعلان المنفعة العامة لإقامة محطة تخفيض ضغط الغاز ، وإضافة الرائحة ، وجميع المنشآت اللازمة لمد الغاز الطبيعى لمنطقة غرب النيل بزمام جزيرة محمد – مركز إمبابة ، وتقدم الطاعنون إلى القضاء الإدارى بحجة أن القرار الإدارى يترتب عليه إضرار الاستغلال الزراعى الذى يحقق منفعة عامة أخرى ، مع مساوئ تخطيط المشروع الذى اقترحته الإدارة ، وفعلا أفلح الطاعنون أن يجروا القضاء الإدارى أن ثمة تعارض بين منفعة الطاقة ، والمنفعة الاقتصادية ، مع منفعة الاستغلال الزراعى ، 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 بالعملات الصعبة كانت تتحملها الخزانة العامة فى دعم الغاز السائل فضلا عن توفيره لكميات السولار والمازوت المستخدمة فى المصانع ومحطات القوى ، والتى يمكن تصديرها .

كما أوضح الحكم أن الموقع الذى تم اختياره هو أنسب المواقع لتنفيذ المشروع، نظرا 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 فى جانب الإدارة ، وبعد أن عددت المحكمة مزايا المشروع قضت فى حكمها بمشروعية القرار الإدارى لهذه المنفعة العامة ، مع مراعاة الحكم موازنة حقوق الأفراد بإشارته إلى اشتراط المجلس الشعبى تعويض الأهالى عن

---

(١) انظر (د/ منير إبراهيم هندى – أساسيات الاستثمار فى الأوراق المالية – توزيع منشأة المعارف – الإسكندرية ٢٠٠٣م – صـ ٨٨) .

(٢) محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٨٧/١٠/٢٣م فى الدعوى رقم (٤٧٥١) لسنة ٣٩ق .

حقوقهم تعويضا مناسبا[١].

وبمطالعة حيثيات الحكمين السالف ذكرهما نتبين أن القضاء الإدارى فى مصر طبق بوضوح نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التى استحدثها مجلس الدولة الفرنسى ، واستطاع القضاء الإدارى المصرى أن يقيم موازنة صريحة بين المصالح العامة ، وبين المنافع والمضار التى قد تصيب الأفراد من جراء تنفيذ القرار الإدارى ، وخلص القضاء الإدارى فى النهاية من هذه الموازنة بين المنافع والمضار والمفاضلة إلى التاكيد على أن ما يُعَدُّ أكثر تحقيقا للمنفعة العامة هو الأولى بالرعاية ، والأشد ضررا هو الأجدر بالمنع تمشيا مع القاعدة الفقهية فى التشريع الإسلامى (تغليب أعظم المصلحتين ، ودرء أعظم المفسدتين)[٢] (درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة)[٣].

وإذا كان للموازنة ميدان للتطبيق فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية فى المجال الاقتصادى من حيث الإطار العام غير أن بين النظامين ثمة فروق نذكرها على وجه التفصيل فى المقارنة التالية :

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـــ٣٤٨) .

(٢) الزركشى – المنثور فى القواعد – ٣٤٨/١ .

(٣) السيوطى – الأشباه والنظائر – صـــ ٩٧ .

المطلب الثالث

مقارنة

بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار المجال الاقتصادى

مما لاشك 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[1].

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 مدارسه هو نتاج لرؤى بشرية فى واقع غربى أفرزه الصراع بين الكنيسة والدولة ، والثورة الصناعية والظاهرة الاستعمارية ، والصراع بين رأس المال والعمال ، أو أفرز الصراع الطبقى بين الأغنياء والفقراء ،

---

(١) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – ذاتية السياسة الاقتصادية الإسلامية ، وأهمية الاقتصاد الإسلامى – صـ٣٣) .

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[١].

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 من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، ولا مكان فيه للجانب البشرى 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 يُنظِّمُ 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 ، وتبعا 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"[٢] .

وأمثال هذا يعتبرون المذاهب والفرق الإسلامية إسلاميات متعددة غافلين أو متغافلين عن أنها اجتهادات بشرية[٣] ليس ميدانها إنشاء التشريع ، بل ميدانها الكشف عن التشريع ومحاولة تطبيقه فى الواقع ، وحتى يزداد الأمر وضوحا ،

---

(١) انظر (د/ السيد عمر – معالم الاقتصاد الإسلامى– مجلة المسلم المعاصر عدد (٩٥) السنة الرابعة والعشرون ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م – صـ ٢٢) .

(٢) مجلة الأزهر – أبريل ٢٠٠١م – العدد الأول– المحرم ١٤٢٢هـ – صـ٩١.

(٣) انظر (مجلة الأزهر – المرجع السابق – صـ ٩١) .

وبخاصة فى الاقتصاد الإسلامى ، فالإسلام يوجه النشاط الإقتصادى (أى ما هو كائن) وجهة إسلامية ؛ أى إلى (ما يجب أن يكون) وفقا 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 إشتراكية 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 وفقا لمبادئ الإسلام ، وهو ما يختلف فيه الإسلام مع غيره من النظم الوضعية، فالاشتراكية توجه النشاط الاقتصادى الكائن أى الأمر الواقع ، وفقا لأصول ومبادئ الاشتراكية التى تقوم على أساس الملكية العامة ، والتخطيط المركزى مما يجعل الفرد مجرد ترس فى آلة، وكذلك النظام الرأسمالى يوجه النشاط الاقتصادى ، وفقا لمبادئ الرأسمالية التى تتلخص فى شعار (دعه يعمل دعه يمر) ألا الاقتصاد الحر وآليات السوق[1].

٢– التوازن بين الاحتياجات الروحية والمادية :

إن النظام الرأسمالى يفتح الباب على مصراعيه لأهواء الأفراد فى الانتاج والاستثمار دون وازع دينى ، 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 دينى ودنيوى[2].

ثانيا : الفارق المفاهيمى :

لعل هذا الفارق هو من أخطر الفروق بين الاقتصاد الإسلامى وغيره ، وبخاصة فيما هو متعلق بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وذلك لتعلقه بإشكالية دقيقة ، وهى الاختلاف التام لمفاهيم محورية للموازنة بين المنافع والمضار تحمل ذات المسميات فى منظور الإسلام عن منظور غيره ، وأخصُّ منها الملكية والمصلحة .

---

(١) انظر (مجلة الأزهر – المرجع السابق صـ ٨٨ : ٨٩) .

(٢) انظر (د/ السيد عمر – من معالم الاقتصاد الإسلامى – صـ ٢٧) .

أ) الملكية :

فى الاقتصاد الرأسمالى ؛ تعد الملكية الخاصة هى الأصل ،والاستثناء هو الملكية العامة إذا اقتضت الضرورة تولى الدولة نشاطا معينا ، ذلك لأن الملكية الخاصة فى نظر الرأسمالية هى الباعث على النشاط الاقتصادى ، وجوهره .

والملكية فى النظام الاشتراكى : محصورة فى الملكية العامة فهى الأصل والاستثناء هو ضرورة الملكية الخاصة لبعض وسائل الانتاج ، والنظام يعترف بها بحكم الضرورة الاجتماعية ، وهى غير مصونة فى نظر الاشتراكية لأنها سبب كل المشكلات الاجتماعية . وقد رفعت الاشتراكية شعار عدالة التوزيع لتبرر به مصادرة المكلية الفردية ، ولم تزد عدالة التوزيع لدى الاشتراكية عن كونها مجرد شعار عجز عن النفاذ إلى نطاق التطبيق العملى الذى أوجد طبقات متباينة تحت مسميات جديدة[1].

أما الملكية فى النظام الإسلامى : فهى أصل للخاصة والعامة فى وقت واحد ، وليس ثمة استثناء لا للملكية الخاصة ولا العامة فكلاهما أصل ،وكلاهما ليس مطلقا؛ بل كل منهما مقيد بالصالح العام .

فالملكية الخاصة مصونة ، 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 الحقيقى للمال هو الله تعالى ، والبشر مستخلفون فيه ، وعلى المُستخلف أن يتصرف فى المال وفق أحكام الشريعة ، وإلا حُقَّ للدولة أن تتدخل وأن تحجر عليه[2].

والإسلام حين يضع قيدا على الملكية لا يضعه نتيجة للأخطار أو المساوئ والعيوب التى أسفرت عنها التجربة ،وكشف عنها الواقع العملى – كالرأسمالية ، والاشتراكية ؛ فكلاهما نشأ وتطور لعلاج أمراض اجتماعية واقتصادية – ولكن

---

(١) انظر (عبد السميع المصرى – مقومات الاقتصاد الإسلامى– صـ ٢٣٥) .

(٢) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – ذاتية الاقتصاد الإسلامى وأهمية الاقتصاد الإسلامى – صـ٤٨) ، وأيضا (د/ محمد شوقى الفنجرى – المذهب الاقتصادى فى الإسلام – مكتبة عكاظ بالمملكة العربية السعودية – ١٩٨١م – صـ ١٥٥) وانظر (د/ السيد عمر – من معالم الاقتصاد الإسلامى صـ ٢٩ : ٣٠) .

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 ترتكز 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[١].

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[٢]. 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 مادى 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[٣] ، وكلها من صنع البشر الذين غلبت عليهم الأهواء وفق منهج مادى لا مكان فيه لا للعدل[٤].

لكن هذا المفهوم يختلف تماما فى المنظور الإسلامى فالمصلحة فيه لها بعد إيمانى وتشريعي ، وبعيد تماما عن أهواء البشر ، فالمصلحة فى النظام الإسلامى تعنى : المحافظة

---

(١) انظر (د/محمد شوقى الفنجرى – الحرية الاقتصادية فى الإسلام – صـ ٣٨) .

(٢) عبارة للدكتور / عبد الصبور مرزوق فى تقديمه لكتاب "الإسلام والتوازن الاقتصادى بين الأفراد والدول تأليف د/ محمد شوقى الفنجرى صـ ١٥ – سلسلة قضايا إسلامية – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة عدد ٤٦ سنة ١٤١٩هـ .

(٣) 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 .

(٤) انظر (د/ السيد عمر – من معالم الاقتصاد الإسلامى – صـ ٣٠ : ٣١) .

على مقصود الشرع المتمثل فى جلب كل ما فيه منفعة ، ودرء كل ما فيه مفسدة[١].

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 .

ومصلحة ملغاة : وهى الموهومة التى ألغاها الشارع ، ولم يعترف بها ، ومثالها التسوية فى الميراث بين البنت وأخيها ، فالشرع ألغاها بالنص ؛ قال تعالى ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾[٢].

والمصلحة المرسلة : هى التى لم يعلم من الشارع دليل يإلغائها 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 أصلا قائما بذاته ، وبين مقاصد الشرع، بأن لا تتنافى هذه المصلحة أصلا من أصول الشرع ، وأيضا كونها معقولة فى ذاتها[٣].

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

---

(١) انظر (د/قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ ٤١٥) .

(٢) سورة النساء : آية ١١ .

(٣) انظر (د/قطب مصطفى سانو – المرجع السابق صـ ٤١٣) .

هذا المعنى فى قوله : (ومصالح الإيجاب أفضل من مصالح الندب ، ومصالح الندب أفضل من مصالح الإباحة، كما أن مفاسد التحريم أرذل من مفاسد الكراهة)[١].

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 وربه[٢].

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 "[٣] ، وقال : " ما يجب درؤه فإن عظمت مفسدته وجب درؤه فى كل شريعة "[٤]، وقال أيضا : " إذا عظمت المصلحة : أوجبها الرب فى كل شريعة ، وكذلك إذا عظمت المفسدة ، حرمها فى كل شريعة "[٥].

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 يرعى 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[٦].

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

---

(١) ابن عبد السلام – القواعد الصغرى صـ ٣٩ . وانظر (ابن عبد السلام – قواعد الأحكام ٢٠/١) .

(٢) انظر (د/ يوسف القرضاوى – فقه الزكاة– مؤسسة الرسالة – القاهرة – ط٦–١٩٨١م – ٥٧٠/٢ ، وما بعدها) وانظر (د/ يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – صـ ١٤٠ : ١٧٣) .

(٣)ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٣٤/١ .

(٤)ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٣٥/١ .

(٥)ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٣٦/١ .

(٦) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – الإسلام وعدالة التوزيع – دار ثقيف بالرياض – ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م صـ ٧٠) .

الشخصية ، وبواعث الرقى ، فضلا عن الضغوط المختلفة ، والتعقيدات الإدارية ، وتحكم الطغيان والدكتاتورية ، وانعدام الحريات والشعور بالأمن[١].

أما الاقتصاد الإسلامى فهدفه حفظ التوازن بين مصلحة الفرد ، ومصلحة الجماعة هذا ما عبرت عنه الآية القرآنية الكريمة بقوله تعالى : ﴿لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ﴾[٢] ، وقوله تعالى : ﴿وَلا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلا تُفْسِدُوا فِي الأرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا﴾[٣]، ولحديث « لا ضرر ولا ضرار »[٤].

ومن ثم فإن الحلول الاقتصادية الإسلامية[٥] فى إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تتميز عن غيرها من الحلول الرأسمالية أو الاشتراكية بل ، والنظم الوضعية ، بأنها ثمرة التوفيق بين مصلحة الفرد ، ومصلحة الجماعة[٦].

---

(١) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – ذاتية السياسة الاقتصادية – صـ ٤٣) .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٧٩ .

(٣) سورة الأعراف : آية ٨٥ .

(٤) رواه مالك فى الموطأ ، وصححه الحاكم . .

(٥) 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 المعالم 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 المتعدمة 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/ رمزى زكى – الاقتصاد العربى تحت الحصار – صـ٢١٨ : ٢٥٣ – مركز دراسات الوحدة العربية – القاهرة ١٩٨٩م) .

(٦) انظر (د/ محمد شوقى الفنجرى – ذاتية السياسة الاقتصادية – صـ ٤٤) .

المبحث الرابع
مجال الصحة العامة

أصبحت قضية المحافظة على الصحة العامة والبيئة من أهم القضايا اليوم فى حياة الأفراد والأمم والشعوب ، وذلك بعد ظهور المشاكل الصحية والبيئية التى تبدوا معقدة فى بعض جوانبها انعكاسا لطبيعة العصر ، وما يشهده من تطور تكنولوجى فى الصناعات الحديثة ، ولهذا التطور محاسن ومثالب ، هذه المثالب التى تصدرها مشاكل البيئة بالنظر لارتباطها بصحة الإنسان وأخلاقياته ومصادر رزقه ، هذه المشكلة دفعت المشرع وبخاصة الجنائى إلى التدخل لحماية الصحة والبيئة من أوجه الاعتداءات المتلاصقة ، ولم يقتصر الأمر على التجريم الجنائى فحسب ، وإنما كان للقضاء الإدارى فى غالب دول العالم باع طويل فى التصدى لهذه الظاهرة المفزعة وخصوصا حرصه الشديد على إلغاء أى مشروع يؤدى إلى الإضرار بالصحة العامة .

وباستقراء الفقه الإسلامى نجد أنه قد استفاض القول فى كتب مقاصد الشريعة قديمها وحديثها ، بما قد يصل إلى درجة الإجماع بأن المحافظة على الصحة تدخل ضمن ثلاث من الضرورات الخمس وهى : المحافظة على النفس والنسل ، والعقل ، فكل ما يؤدى إلى حفظ أرواح الناس من الموت أو المرض أو الضعف ، وكل ما يؤدى إلى حفظ النسل والعرض ، وكل ما يصون العقل ويحميه من التغييب أو الإفساد ، فهو من ضرورات الدين والدنيا التى توجب الشريعة الإسلامية توفيرها ، ورعايتها ، والتماس جميع الأسباب لذلك ، ومنع كل ما يفسد ويضر ؛ ومن ثم كان من الطبيعى أن يكون النظام الإسلامى صاحب قاعدة حضارية انبعثت من تعاليمه الدينية تقول : (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) [1].

---

(١)السيوطى – الأشباه والنظائر – صـ 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 فى النظام الإسلامى

النظام الإسلامى 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 كالآثار والإنشاءات المدنية والسدود[١] ، 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[٢].

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 التفاتة طيبة أن يُشَيَّد أول مسجد فى قباء

---

(١) انظر (د/ محمود صالح العادلى – الإسلام وحماية البيئة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – الرياض عدد (٢٣) – ١٤١٥هـ/١٩٩٤م – صـ١٣ : ١٧) .

(٢) انظر (د/ محمود صالح العادلى – المرجع السابق – صـ١٣) .

ذات الموقع الطيب[١] ، وعن أم المؤمنين عائشة – رضى الله تعالى عنها – قالت : « لما قدم النبى ﷺ المدينة ، وهى أوبأ أرض الله ، ووواديها بطحان نجل[٢] ، يجرى عليه الأثل» [٣].

ولهذا دعا النبى ﷺ ربه أن يصحح المدينة للمسلمين ، وأن ينقل وباءها إلى الجحفة ، فقال « اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد ، اللهم بارك لنا فى صاعها وفى مدِّها ، وصححها لنا ، وانقل حُمَّاها إلى الجحفة»[٤].

ولذلك حرص المسلمون الأوائل على مراعاة العوامل البيئية فى اختيار الأماكن التى تلائم طبيعة السكان ومزاجهم ، وتوافق طبيعة أبدانهم ، وتكون بعيدة عن الهوام ، لا خبث فيها ولا وخم[٥] .

ومما يزيد الأمر تأكيدا أن المسلمين انتقلوا من المدائن عاصمة الفرس ، مع ما بها من رقى معمارى ، 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 ﷺ بما آل إليه وضع المسلمين الصحى فى المدائن : أدرك بفقهه المعهود أهمية العامل البيئى فى اختيار الموضع الذى يصلح لنزول العرب ، وأدرك أيضا أنه لا تصلح للعرب إلا بيئة جغرافية تشبه البيئة التى خرجوا منها ، ومن ثم كتب إلى سعد بن أبى وقاص ﷺ موضحا له : " إن العرب بمنزلة الإبل لا يصلحها إلا ما يصلح الإبل ، فارتد لهم موضعا عدنا – غربيا – ولا تجعل بينى وبينهم بحرا "[٦].

---

(١) انظر (د/ محمود صالح العادلى – المرجع السابق : صـ ١٣) .

(٢) بطحان نجل : البطحان اسم واد من أودية المدينة ، ونجل : الماء الآسن المتغير لونه وطعمه انظر (ابن منظور– لسان العرب ٤١٤/٢) .

(٣) صحيح البخارى – باب كراهية النبى ﷺ أن تعرى المدينة برقم (١٧٩٠) ٦٦٧/٢

(٤) صحيح البخارى – باب الدعاء برفع الوباء والوجع برقم (٦٠١١) ٢٣٤٣/٥ ، صحيح مسلم – باب الترغيب فى سكنى المدينة والصبر على دوائها برقم (١٣٧٦) ١٠٠٣/٢) .

(٥) انظر (أبو العباس أحمد بن خالد الناصرى – الاستقصاء فى أخبار دول المغرب الأقصى – تحقيق جعفر الناصرى ، ومحمد الناصرى – دار الكتاب – الدار البيضاء – المغرب – ط١ – ١٩٩٧م – ٢٣/٢) .

(٦) انظر (البلازرى – فتوح البلدان – تحقيق/ عبد الله أنيس الطباع ، عمر أنيس الطباع – مؤسسة المعارف –

وتعد هذه وصية رسمية تلزم سعد ﷺ باختيار موقع آمن صحيا وعسكريا ، فاختار سعد والمسلمون معه الكوفة واختطُّوها لسبب صحى ، وهو أن فى موضعها (ينبت الخزامى ، والأقحوان[1] ، والشيح والقيصوم[2] ، والشقائق [3])[4].

ومن ثم وضع الفقهاء شروطاً عدة يجب أن تؤخذ فى الاعتبار عند إنشاء الأمصار منها :

١– اعتدال المكان الموافق لصحة الهواء ، وطهارة المكان مما يعيبه من الملوثات والعفونات الكريهة ، وما من شأنه أن يؤدى إلى حدوث الأوبئة وانتشار الأمراض .

٢– أن يكون الموقع بعيدا عن مناطق ركود الهواء ، ذلك الركود الذى يساعد على تعفن الأجسام وانتشار الحميات[5].

وقد استنبط الفقهاء هذه الشروط من قانون الفطرة أى فطرة خلق الكون ؛ فالله تعالى خلقه بحكمة واعتدال فخلق الأرض وأحاطها بشىء من الدروع الواقية والحامية لها من الأخطار منها : الغلاف الجوى قال تعالى ﴿وجعل فيها رَوَاسِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِلسَّائِلِينَ ﴾[6] ، وقال تعالى ﴿ وَالأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ﴾[7].

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

بيروت – ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م – صـ ٣٩٠) .

(١) الأقحُوان : البابونج على أفعلان ، وهو نبات طيب الريح حواليه ورق أبيض ، ووسطه أصفر . انظر(الرازى – مختار الصحاح ٥٦٨) .

(٢) القيصوم : هو ما طال من العشب ،وهو من نبات السهل طيب الرائحة من رياحين البر . انظر (ابن منظور – لسان العرب ٤٨٦/١٢) .

(٣) الشقائق : جمع شقيقة ، وهى لين من غلظ الأرض ، يطول ما طال الجبل . انظر (ابن منظور – لسان العرب – ١٨٥/١٠) .

(٤) البلازرى – فتوح البلدان – صـ ٣٩٠ .

(٥) انظر (مهندس / محمد عبد القادر الفقى – مراعاة العوامل البيئية فى العمارة الإسلامية– مجلة الوعى الإسلامى العدد (٤٥٦) ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م – صـ٣٢) .

(٦) سورة فصلت : آية ١٠ .

(٧) سورة الحجر :آية ١٩ .

تعثر فيها على خلل أو اضطرب أو تشويش[١].

أيضا استنبطها الفقهاء من نهى القرآن عن الفساد فى الأرض ، قال تعالى ﴿وَلا تُفْسِدُوا فِي الارْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنْ الْمُحْسِنِينَ﴾[٢] ، وقال تعالى : ﴿وَلا تُفْسِدُوا فِي الارْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾[٣].

ففى هاتين الآيتين إشارة واضحة إلى أن الله تعالى قد أصلح الأرض وهيأها ، 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[٤] ؛ 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 ﴾[٥].

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 العامر وإماتة الأحياء ، وتلويث الطاهرات ، وتبديد الطاقات ، واستنزاف الموارد فى غير حاجة ولا مصلحة ، وتعطيل المنافع وأدواتها ، كما يشمل الإفساد المعنوى : كمعصية الله تعالى ، ومخالفة أمره ، والكفر بنعمته ، والتمرد على شريعته ، والاعتداء على حرماته ، وإشاعة الفواحش ما ظهر منها ، وما بطن ، وترويج الرذائل ، ومحاربة الفضائل ، وتقديم الأشرار ، وتأخير الأخيار ،

---

(١) انظر (د/ محمد زرمان – التصور الإسلامى للبيئة دلالاته وأبعاده– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد (٥٥) ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م – صـ ٣٧٢) .

(٢) سورة الأعراف : آية ٥٦ .

(٣) سورة الأعراف : آية ٨٥ .

(٤) انظر (د/ محمد زرمان – المرجع السابق – صـ٣٨٦) .

(٥) سورة الروم: آية ٤١ .

وتجبر الأقوياء على الضعفاء ، وقسوة الأغنياء على الفقراء)[١].

ومن قبل أكد الشاطبي أن النعم تئول 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 تقصر نعما فى نفسها . بل استعمالها على غير المقصود فيها هو الذى صيرَّها 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 ، وفعلُهم فيها هو الوبال فى الحقيقة . لا هى ، لأنهم استعانوا بنعم الله على معاصيه)[٢].

استنبط الفقهاء شروطهم لحماية البيئة من قول النبى ﷺ : « لا ضرر ولاضرار» [٣]. 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 ، ولاسيما وأن الشريعة تأمر بالسعى فى أسباب المصالح ، وتوقى الأضرار والمهلكات[٤].

ومن القضايا الصحية والبيئية – قضية التداوى بالمحرم ، قضية العزل والحجر الصحى ، قضية الإشعاع الذرى والنووى – هذه القضايا لها ارتباط 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 ، واختلفوا فى

---

(١) د/ يوسف القرضاوى – رعاية البيئة فى شريعة الإسلام– دار الشروق – القاهرة – ط١ ١٤٢١هـ/٢٠٠٢م – صـ٦٨: ٦٩.

(٢) الشاطبى – الموافقات – ٣/١٩٧ .

(٣) رواه مالك فى الموطأ ، وصححه الحاكم .

(٤) انظر (دراسات حول الطب النبوى صـ ٢٢٩) .

مسألة التداوى بالمحرم إذا تعذر المباح .

١– قال الأحناف : أن التداوى بالحرام حرام كالاستشفاء بلبن الآتان[١] ؛ فقالوا : " لأن لبن الآتان حرام والاستشفاء بالحرام حرام"[٢].

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 : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم »[٣]. كما رواه البخارى أن ما فيه شفاء لا بأس به كما يحل الخمر للعطشان فى الضرورة)[٤].

وقال أيضا :(أنه لا يظهر الاختلاف فى كلامهم لاتفاقهم على الجواز للضرورة)[٥].

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 ألأطباء 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)[٦]، 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)[٧].

---

(١) الآتان : أنثى الحمار . انظر (الرازى – مختار الصحاح صـ ٤٨١) .

(٢) الزيلعى – تبين الحقائق – دار الكتاب الإسلامى – بيروت – (د . ت) – ٣٣/٦ .

(٣) صحيح البخارى باب شراب الحلوى والعسل ٢١/٥ ، ٢٩ ، الهيثمى – مجمع الزوائد باب النهى عن التداوى بالحرام ٨٦/٥ .

(٤) ابن عابدين – حاشية ابن عابدين ٢٢٦/١ ، وانظر (محمد بن فراموزا – منلاخسرو الحنفى (ت :٨٥٨هـ/١٤٨٠م – درر الحكام شرح غرر الأحكام– دار إحياء الكتب العربية (د : ت) ٣١٦/١) .

(٥) ابن عابدين – المرجع السابق ٢٢٧/١ .

(٦) ابن عابدين – المرجع السابق – ٢٢٧/١ .

(٧)محمد بن فراموزا – درر الأحكام – ٣٦١/١ .

٢– وقال المالكية : بجواز التداوى بالمحرم للضرورة ؛ ففالوا : (إن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز)[١].

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 العرزيين)[٢].

٤– أما الحنابلة فقالوا بالمنع مطلقا ، قال ابن قدامة : (ولا يجوز التداوى بمحرم ولا بشيء فيه محرم ، مثل ألبان الأتن ، 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 »[٣].)[٤].

وأوضح ما فى المسألة ما ذكره ابن تيمية عندما سئل عن المدواة بالخمر ، وقول من يقول : إنها جائزة : فما معنى قول النبى ﷺ « إنما 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 المداواة به فهو خلاف الحديث ، والذى يقول ذلك ما حجته ؟

أجاب ابن تيمية بقوله : (وأما التداوى بالخمر 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 ،

---

(١) الباجى – المنتقى شرح الموطأ – ٢٢١/٧ .

(٢) النووى – المجموع شرح المهذب – ٤٨/٩ .

(٣) صحيح مسلم باب التداوى بالخمر برقم (١٩٨٤) ١٥٧٣/٣ .

(٤) ابن قدامة – المغنى – ١١٣/١٣ .

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 الغَصَّة بالخمر لحصول المقصود بها ، وتعيُّنها 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 بُقراط : 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 »[1] ؛ ولأن خلقا من الصحابة والتابعين لم يكونوا يتداوون ، بل فيهم من اختار المرض ، كأبى بن كعب ، وأبى ذر، ومع هذا فلم ينكر عليهم ترك التداوى .

---

(١) مسند أحمد برقم (٣٢٤٠) ٣٤٦/١ ، الهيثمى – مجمع الزوائد – باب فيمن صبر على اللمم د

وإذا كان أكل الميتة واجبا ، والتداوى ليس بواجب ، لم يجز قياس أحدهما على الآخر ، فإن ما كان واجبا قد يباح فيه ما لا يباح فى غير الواجب ؛ لكون مصلحة أداء الواجب تغمر مفسدة المحرم ، والشارع يعتبر المفاسد والمصالح ، فإذا اجتمعا قدم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة ؛ ولهذا أباح فى الجهاد الواجب مالم يُبحه فى غيره ، حتى أباح رمى العدو بالمنجنيق وإن أفضى ذلك إلى قتل النساء والصبيان ، وتعمد ذلك يحرم ، ونظائر ذلك كثيرة فى الشريعة)[١].

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﴾[٢].

وقول النبى ﷺ « إن الله لم يجعل شفاء أمتى فيما حرم عليهم »[٣] ، 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)[٤].

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 »[٥] ، ولحديث « فتداووا ، ولا تداووا بالحرام »[٦].

وأيضا ما ورد عن عمر بن الخطاب ﷺ 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 تُمسُوها أجسادكم فإنه نجس)[٧].

وقد عم المالكية هذا الحكم فى كل نجس ، ومحرم سواء أكان خمرا أم ميتة ،

---

(١) ابن تيمية الحنبلى – الفتاوى الكبرى– دار الكتب العلمية (د : ت) ٦/٣ : ٧.

(٢) سورة الأعراف : آية ١٥٧ .

(٣) الهيثمى – مجمع الزوائد باب النهى عن التداوى بالحرام – ٨٦/٥.

(٤) ابن تيمية – الفتاوى الكبرى – ٩/٣ .

(٥) سبق تخريجه – صـ ٦٦٠ .

(٦) الهيثمى – مجمع الزوائد باب – النهى عن التداوى بالحرام – ٨٦/٥ .

(٧) محمد بن جرير الطبرى أبو جعفر (ت : ٢٢٤ : ٣١٠هـ) – تاريخ الطبرى دار الكتب العلمية – بيروت ط١ – ١٤٠٧هـ ٢/ ٣٩٠.

وسواء كان التداوى به عن طريق الشرب أو طلاء الجسد به ، سواء كان صِرفا 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[1].

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 ، أبيح 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 تتداووا بالحرام » [2].

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 ﷺ (لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) ، يحتمل أن يكون قاله فى دواء عرف غير المحرم، لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ، ويجوز أن يقال : تتكشف 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[3].

أما الشافعية : فقصروا الحكم على النجس والمحرم الصرف فلا يجوز

---

(١) انظر (الدردير – حاشية الدسوقى على الشرح الكبير – إحياء الكتب العربية – مطبعة عيسى الحلبى – القاهرة ١٣٥٦هـ – ٦١/١ ، ٣٥٣/٤ : ٣٥٤) .

(٢) انظر (منصور بن يونس البهوتى الحنبلى (ت : ١٠٠٠ : ١٠٥١ هـ) – دقائق أولى النهى شرح منتهى الارادات – عالم الكتب – ٣٣٩/١) وانظر (الموسوعة الفقهية ١١٩/١٥) .

(٣) ابن عابدين – حاشية ابن عابدين – ٢٢٦/١ : ٢٢٧).

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[١].

واختلف الفقهاء فى حالة الاضطرار إلى العلاج بالنجس والمحرم :

١–يرى الأحناف : جواز الاستشفاء بالحرام عند تبّين حصول الشفاء فيه ، كتناول الميتة عند المخمصة ، والخمر عند العطش ، وإساغة اللقمة ، ولا يجيزون الاستشفاء بالحرام الذى لا يتيقن حصول الشفاء به ، هذا وقد اشترطوا لجواز التداوى بالمحرم شرطين : الأول : تيقن حصول الشفاء به ، الثانى : عدم وجود دواء غيره[٢].

٢–ذهب المالكية والحنابلة والشافعية – فى وجه – إلى عدم جواز التداوى بالمحرم والنجس[٣].

٣–أجاز الشافعية – على المذهب – التداوى بالنجاسات غير الخمر الصرف، والنجاسة غير المستهلكة ، سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر ، ويحل عندهم فى حالة الضرورة بشروط :

الأول : أن يكون القدر المأخوذ قليلا لا يسكر .

الثانى : 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[٤].

---

(١) انظر (الموسوعة الفقهية – ١١٨/١١ : ١٢٠) .

(٢) انظر (ابن عابدين – حاشية ابن عابدين ٢٢٧/١) .

(٣) انظر (الموسوعة الفقهية ٢٠٢/٢٢) .

(٤) انظر (محمد بن أحمد بن جلال الدين المحلى شرح المنهاج – ومعه حاشيتا قليوب وعميرة – ٢٠٣/٤) ، وانظر (ابن حجر – فتح البارى – ٦٣٤/١٢) .

الرأى الراجح :

بناء على قاعدة الضرورة التى دلت عليها الأدلة الكثيرة من الكتاب والسنة ، كقوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[1] ، وقوله تعالى ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[2] ، وقوله تعالى : ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[3].

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 تحتفؤوا بها بقلا ، فشأنكم بها "[4].

ومعنى الحديث : إذا لم تجدوا ألبنة تصطحبوها أو شرابا تغتبقونه ، ولم تجدوا بعد ذلك بقة تأكلونها ، حلت لهم الميتة ، ويقاس على هذا ما هو فى مثل حالة المضطر لأكل الميتة ، وهو المضطر للدواء بالمحرم[5].

وأيضا : قاعدة : الحاجة التى تنزل منزلة الضرورة[6] .

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 يبالى بوصفها لمريضه .

---

(١) سورة البقرة : آية ١٧٣ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣ .

(٣) سورة الأنعام : آية ١١٩ .

(٤) البيهقى – السنن الكبرى – باب ما يحل من الميتة – ٣٥٦/٩ .

(٥) انظر (د/وهبة الزحيلى – نظرية الضرورة الشرعية– مؤسسة الرسالة – بيروت ط٥ – ١٤١٨هـ/١٩٩٧م – صـ ٦٠) .

(٦) الزرقا – شرح القواعد الفقهية – صـ٢٠٩ .

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 [1].

وظاهر هذه القضية أنها لا تدخل فى إطار القانون العام ، غير أنه مع التطور الهائل فى صناعة الأدوية ، والتبادل الدولى فيه يجعلنا نربط المسألة بالصحة العامة ؛ لأنها لا تتعلق بفرد له حالة خاصة بالعلاج ، وإنما هى حالة عامة فى صناعة الأدوية ، ومن ثم نضع المسألة على كفتى الموازنة بين المنافع والمضار فما غلب نفعه رجحناه ، وما عظم ضرورة 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 قديما[2]، ومرض فقدان المناعة (الإيدز) حديثا . فهل

---

(١) انظر (د/ محمد سليمان الأشقر – أبحاث اجتهادية فى الفقه الطبى – مؤسسة الرسالة – بيروت – ط١ – ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م – صـ١٠٩) .

(٢) يعتبر الجذام من الأمراض الميكروبية القديمة قدم التاريخ ، ويرجع تاريخ وجوده إلى عصور ما قبل الميلاد ، وكان القدماء يعتبرونه لعنة من الآلهة وأعتبر أيضا من الأمراض الوراثية لانتشاره بين العائلات ، حتى اكتشف (هانسن) الميكروب المسبب للمرض سنة ١٨٧٣م فى النرويج ، وقد وردت أحاديث نبوية كثيرة تخص مرضى ومريض الجذام منها : المنفرة ، ومنها المرغبة ؛ أما المنفرة فقوله 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 حديثا من وجود أنواع مختلفة من المرض منها : المعدى ، وهو غالبا ما يظهر على وجه المريض كوجه الأسد ، وهو موافق لحديث الرسول ﷺ ؛ أما النوع الآخر الغير معدى ، وهو ما يصيب الأعصاب الطرفية ويؤدى غالبا إلى شلل الأطراف ، وهو ما يوافق ما روى عن أخذ الرسول ﷺ بيد مجذوما « فقد يكون مشلولا » 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 =

يعزل المريض ويمنع فى مقابل حماية المجتمع فى انتشار المرض ؟ أو يمنح حرية التنقل والاختلاط ؟ لأنها حقوقه وحريته، ومن ثم تتعارض منفعة ومضرة ، منفعة المريض ومصلحته فى حرية الحركة ، ومصلحة 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 قديما ، وحكم الفرار منهما من باب مراعاة مصلحة المجتمع من انتشار المرض .

أولا : الطاعون :

قال عنه ابن منظور : هو المرض العام والوباء الذى يفسد له الهواء فتفسد له الأمزجة والأبدان[1]، وأيضا هو : داء ورمِيٌّ وبائى سببه مكروب يصيب الفئران ، وتنقله البراغيث إلى فئران أخرى وإلى الإنسان[2]، والطاعون يعبر به عن ثلاثة أمور :

أ– هذا الأثر الظاهر ، وهو الذى ذكره الأطباء من أنه قروح تخرج من الجسد فتكون فى الآباط أو المرافق أو الأيدى أو الأصابع وسائر البدن ، ويكون معه ورم وألم شديد ، وتخرج تلك القروح مع لهيب ، ويَسْوَدُّ ما حواليه أو يخضر أو يحمر حمرة بنفسجية كدِرة ، ويحصل معه خفقان القلب والقيء .

ب– الموت الحادث ؛ وهو المراد بالحديث « الطاعون شهادة لكل مسلم»[3].

ج– السبب الفاعل لهذا الداء[4].

= 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 المناعية فى مرضى الجذام النشط والمرضى المعالجين – رسالة دكتوراه – كلية الطب – جامعة الأزهر سنة ١٩٩٣م) .

(١) انظر (ابن منظور – لسان العرب مادة ط ع ن) .

(٢) انظر (مجمع اللغة العربية – المعجم الوسيط مادة ط ع ن) .

(٣) صحيح البخارى – باب الشهادة سبع رقم (٢٦٧٥) ١٠٤١/٣ ، صحيح مسلم باب بيان الشهداء رقم (١٩١٦) ٣/ ١٥٢٢) .

(٤) انظر (الموسوعة الفقهية ٣٢٩/٢٨) .

حكم القدوم على بلد فيها طاعون أو الخروج منها :

١) قال الأحناف : بعدم جواز الفرار منه أو الهبوط عليه[١] ؛ 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 »[٢] ، 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 ، أرأيت لو كان لك إبل فهبطْت بها واديا له عُدوتان ، إحداهما خصيبة والأخرى جدبية ، ألست 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 »[٣] ، 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 النبى عن دخولها ؛ لئلا يقال هذا ، وهو كقوله تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا ﴾[٤]. فكره النبى ﷺ أن يدخلها ، فعسى أن يموت فيها فيقول الجهال : لو

---

(١) انظر (أحمد بن على الرازى الحنفى والملقب بالجصاص ،نسبة إلى عمله بالجص (ت: ٣٧٠هـ) – أحكام القرآن– دار الفكر – بيروت – (د : ت) ١/٦١٥) .

(٢) أبو سعيد الهيثم ابن كليب الشاشى (ت: ٣٣٥هـ) – مسند الشاشى – تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله – مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة ط١ – ١٤١٠هـ ١/ ٢١٣.

(٣) صحيح البخارى باب ما يذكر فى الطاعون رقم ٥٣٩٧) ٥/٢١٦٣ ، صحيح مسلم باب الطاعون والطيرة والكهانة رقم (٢٢١٩) ٤/١٩٤٠ .

(٤) سورة البقرة : آية ١٩٥ .

لم يدخلها لما لم يمت[١].

وعلى هذا المعنى روى عن النبى ﷺ : « لا يوردن ذو عاهة على مصح»[٢].

أراد بهذا الحديث نفى ما كان يعتقده 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[٣].

٢) قال ابن حزم : ولا يحل أن يهرب أحدٌ عن الطاعون إذا وقع فى بلد هو فيه ، ومباح له الخروج لسفره الذى كان يخرج فيه لو لم يكن الطاعون ، وقال عن النهى فى الحديث : فلم ينه عليه الصلاة السلام إلا بنية الفرار منه فقط[٤].

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[٥] ، وذكر ابن العربى : الأصح والأشهر أن خروجهم إنما كان فرارا من الطاعون ، وهذا حكم باق فى ملتنا لم يتغير ، وعلى النهى عنه لما فيه من ترك المرضى مهملين مع ما ينتظم بهم .

وأما الدخول إلى بلد فيها طاعون ، فقد اختلف العلماء فى وجه الحكم على أربعة أقوال :

الأول : ما فيه من التعرض للبلاء ؛ وذلك لا يجوز فى حكم الله تعالى فإن صيانة النفس عن كل مكروه ، ومخوفٍ واجب .

الثانى : إنما نهى عن دخوله لئلا يشتغل عن مهمات دينه بما يكون فيه من الكرب ، والخوف بما يرى من عموم الآلام وشمول الأسقام .

---

(١) انظر (الجصاص – أحكام القرآن – ٦١٥/١) .

(٢) محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفورى أبو العلا – تحفة الأحوذى – دار الكتب العلمية – بيروت – ١٩٩/٥.

(٣) انظر (المباركفورى – المرجع السابق – ١٩٩/٥) .

(٤) انظر (ابن حزم – المحلى – ٤٠٣/٣ : ٤٠٤) .

(٥) انظر (الباجى – المنتقى شرح الموطأ – ١٩٩/٧ : ٢٠٠) .

الثالث : ما يخاف من السخط عند نزول البلاء به ، وذهاب الصبر على ما يترل من القضاء .

الرابع : ما يخاف عليه من سوء الاعتقاد ، كأن يقول : لولا دخولى فى هذا البلد لما نزل بى مكروه[1].

وبتجميع أقوال العلماء فى مسألة الدخول على أرض بها طاعون ، والخروج منها فالجمهور على أنه لا يجوز الخروج منها بنية الفرار ، وأما الدخول إليها فممنوع للحكَم الآتية :

– تجنب الأسباب المؤذية والبعد عنها .

– الأخذ بالعافية التى هى مادة المعاش والمعاد .

– أن لا يستنشقوا الهواء الذى عفن وفسد فيصيبهم المرض .

– أن لايجاوروا 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 ففى النهى عن الدخول فى أرضه الأمر بالحذر ، والنهى عن التعرض لأسباب التلف ، وفى النهى عن الفرار منه الأمر بالتوكل والتسليم والتفويض ، فالأول : تأديب وتعليم ، والثانى : تفويض وتسليم[2].

ثانيا : المرض المعدى : كالجذام إذا استضر الناس بأهله :

الطاعون مرتبط بالمكان أما الجذام فمرتبط بالأشخاص ، فإذا ما استضر به الناس ، فعلى ولى الأمر منع المجذوم من مداخلة الناس ، ويأمره 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 النبى ﷺ دخول المسجد ؛ لئلا يؤذى المسلمين ، فمن باب أولى ضرر المجذوم

(١) انظر (الجصاص – أحكام القرآن ١/٣٠٤ : ٣٠٥) .

(٢) انظر (الموسوعة الفقهية ٢٨/٣٣٠ : ٣٣١) .

والأمراض المعدية[١].

وهذا الحجر 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 بتنحيتهم ناحية إذا كثروا ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار[٢].

وقد يقول قائل : إن الخوف من العدوى ينافى الاعتقاد إذ إنه من التطير المنهى عنه ؟

التَّطيَّر : 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 المبنى 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 تحمل قوله تعالى ﴿وَلَمْ يَخْشَ إِلا اللَّهَ ﴾[٣]وقوله ﴿ فَلا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِي﴾ [٤]..

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 فى أرض فلا تدخلوها »[٥].

قال المناوى : أى يحرم عليكم ذلك ؛ لأن الإقدام عليه جرأة على خطر ، وإيقاع للنفس فى التهلكة ، والشرع ناهٍ عن ذلك ؛ قال تعالى : ﴿ وَلا تُلْقُوا

---

(١) انظر (النووى – شرح صحيح مسلم – ٤٢٨/٧) .

(٢) ابن القيم – الطرق الحكمية – صـ٢٩٢ .

(٣) سورة التوبة : آية ١٨ .

(٤) سورة البقرة : آية ١٥٠ .

(٥) أبو سعيد الهيثم بن كليب – مسند الشاشى – تحقيق د/محفوظ الرحمن زين الله– مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة – ط١ – ١٤١٠هـ – ٢١٣/١.

بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا﴾[١] [٢].

وقد يجب الخوف من غير الله تعالى كما أمرنا بالفرار من أرض الوباء ، والخوف منها على أجسامنا من الأمراض والأسقام ، وفى الحديث : « فِرَّ من المجذوم فرارك من الأسد»[٣]. فصون 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 [٤].

وإذا كان النبى ﷺ قال : « لا عدوى ، ولا طيرة »[٥] ، فقد قال أيضا : « لا يوردن ممرض على مصح »[٦]. 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[٧]. لكن مع رد الأسباب إلى فاعلها إذ إنها جزء من القدر[٨].

وتكون الحماية بإبعاد المرضى عن مخالطة الناس مع التكفل بحاجاتهم ، فروى عن سحنون قوله : أنهم لا يجتمعون مع الناس الجمعة .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٥ .

(٢) القرافى – تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية – حاشية محمد على بن حسين المكى المالكى على الفروق – ٤٠١/٤ .

(٣) صحيح البخارى باب الجذام رقم ٥٣٨٠) ٢١٥٨/٥ ، صحيح مسلم باب – الطيرة والفأل – رقم (٢٢٢٥) ١٧٤٧/٤ .

(٤) القرافى – الفروق ٤٠٢/٤ .

(٥)صحيح مسلم باب – الطيرة والفأل – رقم (٢٢٢٥) ١٧٤٧/٤ .

(٦) سبق تخريجه – صـ ٦٧٠ .

(٧) انظر (الدكتور / زغلول النجار (من الإعجاز العلمى فى السنة « حديث لا عدوى ولا طيرة » مقال بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٢٣ رمضان ١٤٢٤هـ /١٧نوفبر ٢٠٠٣م – صـ ٢٢) .

(٨) انظر (ابن القيم – أعلام الموقعين ٣٢٦/٤) .

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 ، والتنحى عنهم .

وقال ابن حبيب : يحكم عليهم بتنحيتهم ناحية إذا كثروا ، وهو الذى عليه فقهاء الأمصار ، ويشهد لهذا القول ما فعله النبى ﷺ مع رجل وفد ثقيف ، فيروى أنه « كان فى وفد ثقيف رجل مجذوم فرسل إليه النبى ﷺ ، إنا قد بايعناك فارجع »[1].

ويقاس على ذلك مرض العصر (الإيدز) [2] 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 المعمارين الإسلاميين منع الضرر عن سكان المدن ، فاهتموا بنقل الصناعات التى تندر 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 دائما خارج أسوار المدينة الإسلامية ، واهتمت كتب الفقه بأحكام نفى الضرر الناجم عن المبانى ، ومنه كتاب ابن الرامى[3] 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 :

---

(١) صحيح مسلم باب – اجتناب المجذوم رقم (٢٢٣١)١٧٥٢/٤

(٢) راجع فى ذلك (د/ جاسم على سالم – الإصابة بمرض فقد المناعة المكتسب وأحكام المعاملات – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – الكويت عدد ٢٨ – ١٤١٦هـ/١٩٩٦م) .

(٣) ابن الرامى – الاعلان بأحكام البنيان .

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 للمدابغ فتمنع داخل المناطق السكنية نظرا لما تسببه من روائح كريهة .

وكذلك الضوضاء (التلوث السمعى) فلا تجوز ممارسة أعمال داخل البيوت تسبب الضوضاء ، إذ ربما تنتج منها اهتزازات تؤدى إلى انهيار الدور المجاورة[١].

وليس هذا حال الفقهاء فحسب بل حال الأطباء ، ومنهم أبوبكر الرازى الطبيب الشهير (ت : ٣١٣هـ) فقد كان مهتما بتأثير التلوث الهوائى ، فقد استشاره عضد الدولة ابن بويه فى اختيار موقع للبيمارستان (المستشفى) العضدى ببغداد ، فما كان من هذا العالم الكبير إلا أن ذهب إلى نواح عدة فى عاصمة الخلافة ، لينتخب أَصَحَّهَا هَواءً ، وأَطْيَبَها 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 الخالى من الملوثات التى تؤدى إلى انتشار الأمراض ، وحدوث الأوبئة[٢].

ولقد كان دور المحتسب العمل على حماية المحيط السكانى من التلوث ، وكان عليه أيضا مراقبة محلات الخبازين فيأمرهم برفع سقائف حوانيتهم ؛ لئلا يتضرر الناس بدخانهم[٣].

ومن ثم فإن الفقه والقضاء أولى هذه المسألة ، اهتماما بالغا فوضعوا من الحكام ما منعهم الفضل على الآخرين معتمدين فى ذلك على قول الله تعالى ﴿ وَلا

---

(١) انظر (م/ محمد عبد القادر الفقى – مراعاة العوامل البيئية فى العمارة الإسلامية – صـ ٣٢) .

(٢) انظر (م/ محمد عبد القادر الفقى – مراعاة العوامل البيئية فى العمارة الإسلامية – صـ٣٢) .

(٣) انظر (د/ محمد زرمان – التصور الإسلامى للبيئة ودلالاته وأبعاده– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد ٥٥ – ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م – صـ٣٩٤ ، ٣٩٥) .

تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا﴾[١] ، وعلى قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وحددوا مسببات الضرر فى ثلاثة أنواع هى : 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 فى المنطقة قبل غيرها من الإشغالات ، ويجمع الفقهاء على إبقائها لأحقيتها على غيرها بما أنها (ضرر دُخل عليه) .

والضرر المستجد : هو الناتج عن أنشطة بدأت بعد استقرار الجيرة المحيطة بها ، ويحكم هذه الحالة قاعدتان : الأولى : وقف الأنشطة فى حال الإتلاف والضرر الشديد، مثل دخان نار الحمامات ، وغبار الطواحين ، ورائحة الدباغة .

الثانية : تقضى بالإبقاء على النشاط إن كان ضروريا وضئيلا ، ويمكن التكيف معه ، مثل دخان المخابز أو مطابخ البيوت[٢].

وكان لهذا التعضيد الفقهى أثره المباشر فى دفع نوعيات المنشآت الصناعية التى تتسبب فى هذا الضرر إلى أطراف المدينة الإسلامية ، وأقرب مثال على ذلك ما شهدته مدينة القاهرة فى 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[٣].

هذا المثال يبين جانبا من جوانب التشريع الإسلامى فى مراعاة المصالح التى

---

(١) سورة الأعراف : آية ٥٦ .

(٢) انظر (د/ صالح الهذلول – التحكم فى استعمالات الأراضى فى المدينة العربية – سجل أبحاث ندوة الإسكان فى المدينة الإسلامية – منظمة العواصم والمدن الإسلامية – جدة ١٩٨٤م – صـ٢٨٥ : ٢٩٢) .

(٣) راجع فى ذلك (د/ محمد عبد الستار عثمان – المدينة الإسلامية سلسلة عالم المعرفة – المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب – الكويت ١٩٨٨م) .

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 عناصرها ، فهو يحمى الحياة الآمنة للإنسان من أى اعتداء ، دون إفراط أو تفريط ، بل فى إطار الاتزان والاعتدال .

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 ، واستجلاب 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 ، ويسترف خيراتها ، وانطلق العلم بلا محدودية ، حتى قال عن هذا التقدم "يزنبرج" : "ينظر إلى تقدم العلوم ، وكأنه حملة صليبية لغزو عالم المادة بلا رحمة "[1] .

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[2].

هذه الإشكالية فتحت الباب لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار لتُطبق 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 .

---

(١) جورج ستانسيو – العلم فى منظوره الجديد ترجمة /كمال خلايلى– سلسلة عالم المعرفة – الكويت ١٩٨٩م صـ١٣٤.

(٢) 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 صـ٤٧) .

الثانى : تحقيق الهدف الذى خصصه المشرع لإصدار القرار[١].

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 على سبيل المثال ما يلى :

أولا : فرنسا :

إنه فى مواجهة التقدم العلمى المتزايد ، وفى مواجهة الصناعات الحديثة ، وما نتج عنها من أضرار ، ومع اتساع نطاق السلطة التقديرية فى هذا المجال ، كان على القضاء الإدارى أن يعمل على إقامة مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار أو التوازن بين المزايا والأضرار المترتبة على القرار الإدارى فى مجال الصحة العامة[٢].

وقد كان للإدارة فى فرنسا قبل ١٩٧١م سلطة تقديرية فى مجال الصحة العامة بلا قيد يحدها ، وما على القضاء الإدارى 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 ، فى ظل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

ووجد القضاء الإدارى فى فرنسا لنفسه سندا دستوريا ، وإطارا عاما للنظرية ففى المادة الخامسة من إعلان حقوق الإنسان : " لا يحق للقانون أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع"[٣].

ومن ثم كان على القاضى الإدارى أن يَتَثَبَّت من وجود الضرر بالفعل ، وأن الضرر يربو على المنفعة المرجوة من إقامة مشروع مًّا تحرص الإدارة على تنفيذه .

ووجد القضاء الإدارى أنه فى ظل الثورة الصناعية والاعتماد على الطاقة

---

(١) انظر (د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – إلغاء القرار الإدارى لحياده عن الهدف المخصص لإصداره – دراسة مقارنة– مجلة المحاماة – القاهرة – العدد الأول ٢٠٠١م – صـ ٥٩٧) .

(٢) د/ سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة صـ٢٣٣ .

(٣) مادة (٥) من ملحق إعلان حقوق الإنسان مذيل به الدستور الفرنسى الصادر فى ٤ أكتوبر ١٩٥٨م .

النووية والمواد الحفرية كالفحم والبترول والغاز ، وما يترتب عليها من أضرار صحية وبيئية خطيرة ، أيضا ما ينتج عن النفايات من تأثير على صحة الأفراد والمجتمع ، أن على القضاء الإدارى القيام بواجب حماية الأفراد من مضارها ، ولن يتمكن من ذلك إلا بإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، إذ إنها تدفعه إلى النظر إلى الشيء المراد تنفيذه من زاويتين :

الأولى : الأسباب التى على أساسها تم اختيار مشروع مًا دون غيره من المشاريع ، وأنه لا يضر بالصحة والبيئة[١].

الثانية : التأكد من أن المشروع لا يتضمن مخاطر وأضرار تؤثر على الصحة، ولا تؤدى إلى إفساد وتلوث البيئة ، أو أن هذه الأضرار قليلة مقارنة بالمزايا ، أو الفوائد المنتظرة من ورائه[٢].

وتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة والبيئة عدة أحكام للقضاء الإدارى الفرنسى نأخذ منها على سبيل المثال ما يلى :

أ– قضية (الطينة الحمراء) (Des boues Rouges) :

هذه القضية حازت على اهتمام الرأى العام فى فرنسا ، والتى تخلص وقائعها فى أن الإدارة قررت إنشاء قناة لإخراج النفايات الكيمائية لأحد مصانع الألمونيوم من قبل شركة (باشنس) فى عرض البحر فى خليج (Cassis) لأجل المنفعة العامة، ومن وجهة نظر الإدارة أنها أكيدة وقانون المناجم يتبع ذلك[٣].

وهنا تعرض مجلس الدولة لعيوب المشروع ، وذلك بعد دراسة كاملة له ، وللظروف المحيطة بالعملية ككل ، فَقَرَّرَ بأن المشروع ، وإن ترتَّب عليه إضرار بالصحة العامة للنبات والحيوان ، أو بالتنمية السياحية والاقتصادية فى المنطقة ، فإنه ليس بالدرجة التى تجرده من صفته للمنفعة العامة ، وقرر أيضا أن صب هذه

---

(١) انظر :
Rene chapus : Droit ADministratif GENERAL P.519 – Paris 1988 .

(٢) انظر (أ.د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ ٣٤٥) .

(٣) انظر :
Boues Rouges de cassis (CE. 15.mars.1968 , commune . de cossis , Rec .P.189, A.J .1968, P.471, C.J.E.G 1969,J.P.318 , note. P. Magnier.

المخلفات على مسافة سبعة كيلومترات من الشاطئ وعلى عمق ألف متر لا يلحق ضررا بالمصلحة العامة[١].

ولقد كان أمام مجلس الدولة الاستناد للمادة(٧٣) من قانون المناجم التى تَعْتَبِر من أعمال المنفعة العامة الإنشاءات المتعلقة بتنمية الإنتاج ، ولكن المجلس فضَّل المقابلة بين مزايا وعيوب المشروع ، ومن ثم بعد هذا القرار ، موضحا لمعالم الطريق لقلب وضع القانون الذى صدر فى عام ١٩٧١م ، فلقد كان بمثابة تمهيد للتطبيق الصريح لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى ظل قرار (٢٨مايو١٩٧١م) الذى يسمى بقرار المبادئ[٢].

أ- قضية : (مستشفى سانت مارى) .

"Societe civile sainte – Marie de L'assomption "

تُعَدَّ هذه القضية من أهم القضايا التى شغلت فقهاء القانون فى فرنسا ، وتتمثل وقائعها فيما اتخذته الإدارة من قرار ربط مدينة نيس (Nice) الفرنسية والمناطق المحيطة بدولة إيطاليا ، بواسطة طريق سريع يأخذ شكل منحنى يدور حول المقاطعة بأكملها غير أنه يقتضى إزالة جزء من مستشفى الأمراض النفسية المعروفة باسم (Saint marie)[٣]. وهى مستشفى خاص ، 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[٤].

---

(١) انظر :

Rene chapus :Droit ADministratif GENERAL P.536 .

(٢) انظر:

Rene chapus : op. cit , P. 536 .

(٣)

C.E:A.ss.20 octobr 1972,société civile ste - marie de L'Assomption, R.D.P. P.657,concl . .M.Morisot,A.J.D.A. 1972,P.570 chron.P. cabanes et D.Leger, C.J.E.G. 1973,J,P.60, note J. Virole , J.C.P. 1973,n 17470, note B.odent, R.D.P. 1973, P.843 .

(٤) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى فى الرقابة على شرط المنفعة العامة – صـ٢٤).

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 المضارّ المترتبة على المشروع بإنشاء مستشفى آخر مماثل ، أو على الأقل بضمان علاج المرضى بمستشفى آخر مماثل أو على الأقل بضمان علاج المرضى بمستشفى آخر بالمنطقة[١].

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[٢].

ومن ثم لجأ مجلس الدولة إلى قرار بإلغاء القرار الإدارى ، وإن كان إلغاءً 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 جرّاء إزالة المساحات الخضراء ، وإحداث الضوضاء بالمستشفى[٣].

---

(١) انظر :
Marcel WALINE : Note sous C.E. 29.6.1979 . Min. de l'Intérieur c./Malardel, R.D.P. 1980, P. 1167 .

(٢) انظر :
Charles Debbasch et autres, op.cit., p 239 .

(٣) انظر :
Marcel WALINE : OP. cit, P. 1167.

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 مؤداه : "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 ببطلان القرار الإدارى لما يؤدى إليه من مساس بالصحة العامة التى لا تقل أهمية عن منفعة سرعة المرور ، فقد لاقى انتقادا من قبل بعض 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[1].

والحقيقة أن المنافع العامة ليست على درجة واحدة وإنما تتعدد بحسب اختلاف أهمية كل منها ، وكذلك بحسب الظروف المحيطة بإقامتها ، مما يترتب عليه

---

(١) انظر :

Jean WALINE : Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, Mél. WALINE, T . ll, 1974, p. 826 .

CABANES et LEGER :Chr. Générale de la jurisprudence administrative francaise ,A . J . D . A . 1972, P , 580

Bruno ODENT : Note sous C.E. 20.10.1972, Sté. Civile Ste-Marie de l'Assomption, J.C.P. 1973, ll , 17470

إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لحل التعارض فيما بين المنافع ، ومن ثم يكون الترجيح للمنفعة الأوْلى ، 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 الأوْلى بالاعتبار .

وإنه باستقراء أحكام مجلس الدولة فى مجال الصحة العامة نجد أن المجلس بعد حكمه بإلغاء قرار الإدارة فى 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) فى الرحلة من "باريس – ليون" رغم إضراره الشديد بالبيئة والاستغلالات الزراعية والغابات واحتمالات الإضرار بالمياه ، ولم يقم المجلس بالإلغاء ، لأنه رأى أن سرعة الانتقال وتوفير الوقت يحقق للمشروع صفة المنفعة العامة رغم كل الأضرار التى قدر المجلس أنها غير مفرطة[١].

أيضا : اعترف المجلس لمشروع إعداد وتجهيز الموانئ الجوية بصفة المنفعة العامة رغم الأضرار التى يمكن أن تترتب عليه على الاستغلالات الزراعية ، أو الضوضاء المنبعثة منها ، ورفض المجلس الإلغاء لرجحان المنفعة العامة المتمثلة فى كون الموانئ الجوية تربط المدن الفرنسية والأجنبية جوا[٢].

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 التى تتفوق على كل الأضرار مهما كانت جسامتها[٣].

---

(١) انظر : C.E: 21,1,1977, Paron magrnon, leb. P.30; R.D.P 1977, P.891 .

(٢) C.E : 23,3,1979, Mmecanu et comité international de defense contre l'implantation d'un aérodrome aBoos, leb.P.126.

(٣) Olivier SACHS :Le controle de l'utilité pubique des servitudes

والذى دفع الفقهاء إلى الربط بين فكرة الضرورة العامة ، وهذه المشروعات ما درج عليه مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، من ذكر ألفاظ تشير إلى هذا التفسير منها : (الضرورة – اللزوم – الوجوب) هذه الألفاظ ذكرها مجلس الدولة فى حكمه الخاص بإنشاء المفاعلات النووية ، وما يترتب عليها من مضار على الصحة العامة والبيئة .

وعندما طُعنَ فى قرار تقرير المنفعة العامة لإقامة المركز النووى (Greys-Malville) ، والمنشآت الملحقة به ، وكان المفاعل النووى المقام به ، الأول من حيث نوعه ،وقوته فى العالم ، كما أنه يستخدم فى تشغيله المواد المستعملة فى إنتاج القنابل الذرية ، إضافة إلى أنه سيؤدى إلى تلوث المياه فى نهر (Rhone) ويضر بالاستغلالات الزراعية ، كما أنه لا يوجد خط سكة حديد لنقل المواد الذرية لمكان المفاعل[1].

ولكن المجلس رأى أن المنفعة العامة للمشروع تنبع من عدم التوازن بين احتياجات الطاقة ، والمصادر المتاحة لها على المستوى القومى ، مما أدى إلى ضرورة التوسع فى 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[2].

وإن لفظ (ضرورى) فى عبارة حكم المجلس الخاص بالمفاعل النووى دفعت البعض من الفقهاء إلى القول بأن هذه المشروعات من قبيل العمل بالضرورة العامة .

أيضا قول مجلس الدولة بشأن التوسع فى المعسكرات الحربية ، وما يترتب عليها من الإضرار الشديد بالبيئة والاستغلالات الزراعية : (إن وجود معسكرات

Administratives, the . Paris1981, P.346 .

(١) انظر :

Alain BOCKEL : Note sous C.E. 4.5.1979 , département de la Savoie , A.J.D.A. déc. 1979, P,41 .

(٢)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 .

متسعة للمناورة يعكس ضرورة كبيرة)[١].

وهذا اللبس فى التفسير لموقف مجلس الدولة يرجع إلى التطور الذى شهدته النصوص الواردة فى شأن حماية الملكية الخاصة ، فإن المادة (١٧) من إعلان حقوق الإنسان فى فرنسا تشترط أن تستلزم المشروعات ضرورة عامة حتى يمكن أن يلجأ إلى نزع الملكية بصدده[٢] ، وكذلك نص المادة (٥٤٥) من القانون المدنى الفرنسى.

والحقيقة أن القاضى الإدارى قام بالموازنة بين المنافع والمضار دون أن يعتد بالضرورة فى تلك القضايا ، وقارن المجلس بين المزايا والعيوب الأمر الذى جعله يرجح ما غلب نفعه ، والذى يمكن قبوله : "أن المنفعة العامة فى 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 نتفوق عليها بثقلها "[٣].

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– تواترت أحكام مجلس الدولة فى هذا المجال دون تمييز لمشروعات معينة بتعبير الضرورة العامة .

٢– إن إيجاد مسميات جديدة يتسبب فى 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

---

(١) انظر :
C.E:.7,3,1975, Asso cigtion . des amis de l'abbaye de fontevraut, leb . P.179 .

(٢) 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 " .

(٣) د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٢٥٨ .

العامة التى يكفى فيها نوع المشروع للإعتراف له بصفة المنفعة العامة دون إعمال لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار[١].

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 بورج) (fribourg) إقامة مفاعل نووى فى (why) حيث تبين للمحكمة عدم كفاية احتياطات الأمن المتخذة ، وحتى تصل إلى هذا القرار ، انتقل القضاة إلى مكان إنشاء المفاعل النووى ، واستمعوا إلى أراء الجمهور والإدارة وأعضاء المجالس النيابية ، وممثلى البيئة ، والخبراء ، وطلبوا من حوالى (٤٧) خبيرا تقارير مكتوبة[٢]، وفى النهاية قضت المحكمة بعدم استكمال بناء المنشآت ، وفى حكم للمحكمة الفيدرالية الألمانية فى ١٩٧٢/٥/١٦م فضلت حماية المواطن على أهمية إنتاج الطاقة بصدد فحصها لفاعلية إجراءات الوقاية والحماية المتخذة[٣].

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

---

(١) 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 publiquue , A.J.D.A. 1960,p. 179 .

(٢) انظر : Le monde 15,3,1977 , 16,5,1977

(٣) انظر : Alain BockEl : Note Precitee P.43 .

حرية عامة أساسية ، فإننا نجد محكمة (Caen) الإدارية تقضى بوقف تنفيذ قرار التصريح بإقامة مفاعل (Flamanville) لأن الأعمال التى سيتم تنفيذها " تسبب أضرارًا من الصعب إصلاحها إذا ما ألغى تصريح البناء "[١] .

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 :

أصبحت الاستثمارات الصناعية بعد خروج المحتل الإنجليزى من مصر ، أهم أهداف ثورة يوليو ١٩٥٢م ، فقد اهتمت الثورة بالصناعة ، ونظرت إليها على أنها أداة أساسية لتحقيق التنمية الاقتصادية والتقدم المطلوب[٢].

وأدت سياسة الدولة فى ذاك الوقت وهى (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[٣] ، واعتبرته أمرا ضروريا ، وليس هناك ما يدعو إلى ترك الأمر للمبادرات الفردية والمشروعات الخاصة ، وانطلقت الدولة فى صناعة الأسمنت والحديد والصلب ، والمعادن الأخرى ، ومصافى البترول ، والكيماويات[٤]، هذه الصناعات ساهمت بشكل كبير ومباشر فى التأثير على الصحة العامة والبيئة .

---

(١) انظر :
J.CAILLOSSE : Jurispudence administrative sur le contentieux nucléaire "Super – phenix" devant ses juges , R.A. 1980, No. 193 , P. 36 et s .

(٢) انظر (د/منى قاسم – التلوث البيئى والتنمية الاقتصادية – الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٩م – صـ١٧).

(٣) 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 : (تغير الأحجار تحت الطعام لن يغير من طعم الطعام) .

(٤) انظر (د/منى قاسم – المرجع السابق صـ١٦٣) .

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 تجنبا 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 المنشئات بشراء الماكينات والمعدات والمواد الآمنة ذاتيا .

٦– عدم التزام المنشئات لاختبار الأصلح صحيا للعاملين طبقا لأنواع التعرضات المهنية المختلفة .

٧– عدم التزام المنشئات بتنفيذ البرامج التدريبية على المهن المختلفة للعاملين بما يؤدى إلى زيادة معرفة العامل بالتعامل السليم مع الماكينات والمعدات عند استخدامها وبالتالى معرفة أخطارها وطرق الوقاية منها[1].

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

---

(١) 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 – صـ٦ : ٧) .

أو اهتمام بالآثار الصحية على عموم الناس ، تحولت حلوان إلى مدينة ملوثة ١٠٠٪ [١].

أيضا من الأمور النَّكدَات بسبب التخطيط العشوائى والفكر الأحادى ما آلت إليه بحيرة مريوط فى محافظة الإسكندرية بسبب مشروع الصرف الصحى ، فلقد أعلن خبراء الصحة والبيئة تضاؤل حصادها من الثروة السمكية إلى عُشْر ما كانت عليه ، وبلوغها درجة التلوث جعلت منها خطرا على حياة السكان والطيور المهاجرة والمقيمة[٢].

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 يتحمَّله المجتمع بأسره من خسائر وأضرار يصعب تقديره[٣].

ومع ارتفاع الأصوات بالمناداة بحماية الصحة والبيئة على مستوى العالم ، اهتم المشرع المصرى بهذا الأمر ووضع من القوانين المقيدة والرادعة لأصحاب المنشآت الصناعية[٤] ، ومنه نصوص القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م ، وبخاصة منشآت المناجم والمحاجر ، ومشروعات البنية الأساسية التى لها تأثير ملحوظ على الصحة والبيئة ، فألزمها المشرع باختيار الموقع المناسب والالتزام بعدم الإضرار بالصحة العامة [٥] ، ولم تقتصر الدولة على وضع القوانين فحسب ، وإنما لأجل

---

(١) إن مأساة مدينة حلوان لن يغفرها التاريخ للعهود السوداء بعد أن وصل فيها التلوث أعلى درجة فى العالم ، وأكثر من المسموح به دوليا ٢٤ مرة ، إذ إنها ملوثة بأتربة الكالسيوم والكبريتات ، ويتزل عليها يوميا ٣٦٠ طن من الأتربة حتى صارت مدينة موبوءة بأمراض الصدر والسرطان . انظر (د/ عيون عبد القادر مطاوع – قضايا البيئة والتنمية فى مصر – صـ٧١) . وانظر (د/ محمود سامى قرنى – حماية البيئة جنائيا – دراسة مقارنة – دار القومية العربية للثقافة والنشر ١٩٩٤م) .

(٢) 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 – صـ٣٦).

(٣) انظر (د/ أسامة الخولى – المرجع السابق – صـ٣٦) .

(٤) راجع فى ذلك (د/ محمود سامى قرنى – حماية البيئة جنائيا) .

(٥) انظر (مستشار/ مصطفى مجدى هرجه – مادة ٢٩، من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤م – الموسوعة =

حماية الصحة العامة ، وضعت لوائح الضبط الإدارى ، ثم قيام القضاء بالفصل فيما يعرض من منازعات ، وكل ذلك بهدف حماية البيئة من التلوث[1] ، وأمام هذه المشاريع الصناعية الحديثة ، وما يترتب عليها من تأثير على الصحة العامة ، أصبحت الحاجة ملحة فى 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 الترع المزروعة)[2]. 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 ، ومنشئات فى الأراضى الزراعية ، إلا تلك التى تقيم عليها الحكومة مشروعات ذات نفع عام بشرط موافقة وزارة الزراعة ، كما استندت المحكمة أيضا

= القضائية الحديثة فى التشريعات الجنائية– دار محمود للنشر والتوزيع – القاهرة ٢٠٠١م –٢/٤٣٤) .

(١) راجع (د/داود عبد الرازق الباز – مفاهيم أساسية فى القانون لحماية البيئة– مجلة عالم الفكر – الكويت – المجلد (٣٢) ٢٠٠٤م – صـ٥٩ ، وما بعدها) .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى جلسة ١٩٩١/٥/١٦م (غير منشور) فى القضيتين (٣٣٠٤) لسنة ٣٩ق ، (٢٨٣٥) لسنة ٤٠ ق .

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 ، ويأتى بثماره[1] .

ومع أنه قول معقول غير أنه تناسى أنه فى العالم الثالث حيث الأحادية الآمرة ، والبقية المنفذة وهو أمر غير ذى بال ؛ ولكن الذى يعنينا 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 المعترض عن مكان آخر يصلح لإقامة المستشفى وعاينته 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 اقترحته الإدارة ، وأكدتها تقارير اللجان، كما أن هناك أعمالا كثيرة قد نفذت[2] .

وإذا كانت محكمة القضاء الإدارى لم تحكم بإلغاء القرار فإنها قد عددت

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٥١) .

(٢) د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٤٩ : ٣٥٠ .

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[1].

هذه بعض معالم تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية مع الأخذ فى الاعتبار أن إعمال 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 الأودية ، 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 :

---

(١) راجع (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا – المكتب الفنى : س ١ جلسة ١٩٥٥/١١/٥م فى القضية رقم (٢٠) لسنة ٢ق – صـ٦٤.

المطلب الثالث

مقارنة

بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار مجال الصحة العامة

بنظرة متأنية فى معالم تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة والبيئة عند كل من النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية ، يتضح أن التطبيق للموازنة بين المنافع والمضار عندهما قد وجد مكانًا تشريعيا وقضائيا مع وجود مرجعية للقضاء فى المبادئ العامة والقواعد الدستورية العامة ، وأيضا المعاهدات الدولية[1] ، ومع حركة القضاء الإدارى البطيئة نحو بسط رداء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على كل القرارات الإدارية الداخلة فى حيز السلطة التقديرية ، إلا أن ثمة وجه للاتفاق بينها وبين النظام الإسلامى فى التطبيق يجمع بينهما أن الصحة من العلوم الإنسانية التى لا علاقة لها بمذهب أو فلسفة أو استقلال أو احتلال ، وعمدتنا فى ذلك ما حدث من الولايات المتحدة الأمريكية المتحدة فى الفلبين عندما تم احتلالها فى عام (١٨٩٩م : ١٩٠٢م) فمع وجود الاحتلال الأمريكى لم ينس الجنود الأطباء الأمريكان واجبهم نحو مقاومة مرض وعدوى الكوليرا[2] ، ومع وجود مقاومة شرسة من الجنود الفلبينيين لقنت الأمريكان دروسا لن تنسى ، فإن الجنود الأمريكان قادوا حربا أخرى ضد عدوى الكوليرا واستطاعوا

---

(١) انظر (د/ أسامة الخولى – البيئة وقضايا التنمية والتصنيع – صـ٢٢ :٢٤) .

(٢) الكوليرا : هى حمى تنتقل عدواها بتلوث المياه والأطعمة ببكتريا ذات شكل عصوى أو واوى ، وتؤدى إلى اسهال وقيء شديدين ، وقد تؤدى إلى وفاة المريض خاصة بين الأطفال والمسنين ، ويمكن توقى الكوليرا باتباع الإجراءات التى تكفل بيئة صحية سليمة ، ونظافة المياه والطعام . انظر (دافيد أرنولد – الطب الإمبريالى والمجتمعات المحلية – ترجمة د/ مصطفى إبراهيم فهمى– سلسلة عالم المعرفة – الكويت عدد ٢٣٦ سنة ١٩٩٨م – هامش صـ١٨٥) .

القضاء عليه [١] [٢].

وإذا كان هناك من اتفاق محدود بين النظام الإسلامى ، وغيره من النظم الوضعية لتطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الصحة العامة ، فإن ثمة وجوه كثيرة للاختلاف منها ما يلى :

أولا : من حيث المرجعية :

لقد بُنِىَ النظام الإسلامى فى حمايته للصحة العامة والبيئة على المصدرية الشرعية فى القرآن والسنة ، ففى الوقت الذى اعتبر القرآن الإضرار بالصحة من الفساد فى الأرض قال تعالى : ﴿وَلا تُفْسِدُوا فِي الارْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا ﴾[٣] ، وقال تعالى : ﴿ ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ﴾[٤] ؛ ذلك لأن كلمة الفساد أعم وأدق ، إذ هى تعنى : التلف والعطب والخلل ، والمفسدة والضرر ، وما يؤدى إلى الفساد من لهو ولعب ونحوهما ، وهى ضد المصلحة[٥].

وعرفه الأصفهانى بقوله : "خروج الشيء عن الاعتدال ، قليلا كان الخروج عنه أو كثيرا ، ويُضادُّه الصلاح ، ويستعمل ذلك فى النفس والبدن ، والأشياء الخارجة عن الاستقامة"[٦] .

وهذا المعنى يشير بوضوح إلى أن الضرر الذى يصيب الإنسان إنما يرتبط بفعله الخاطئ برابطة السببية[٧].

وأتت السنة وأكدت على الأخذ بالأسباب بالتداوى ففى الحديث :« تداووا

---

(١) هذا الموقف التاريخى نذكره من باب الإنصاف والعدل حتى مع من يخالفونا فى الدين ، ويحتلون بلادنا فى العراق ، ويأكلون ثرواتنا ، لكن القرآن علمنا أن نكون منصفين فى الحكم على الآخر ، لا تخدعنا الشعارات الزائفة ، ولا تغررنا الحماسات الطائشة ، قال تعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾ المائدة : ٨.

(٢) راجع (دافيد أرنولد – الطب الإمبريالى والمجتمعات المحلية ص ١٨٥ : ٢١٥) .

(٣) سورة الأعراف : آية ٥٦ .

(٤) سورة الروم : آية ٤١ .

(٥) انظر (المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية – دار الحديث للطبع والنشر – بيروت (د : ت) صـ ٦٨٨) .

(٦) الأصفهانى – المفردات فى غريب القرآن – صـ ٣٨١ .

(٧) انظر (د/ داود عبد الرازق الباز – مفاهيم أساسية فى القانون العام لحماية البيئة– مجلة عالم الفكر مجلد ٣٢/٢٠٠٤م – صـ ٦٥) .

عباد الله ولا تداووا بحرام»[١].

ومن ثم فإن من هدى الإسلام المحافظة على الصحة بكل أنواع التداوى بل اعتبر الإسلام المحافظة على الصحة من الضرورات التى هى أعلى درجات مقاصد الشريعة ، ذلك لأن الضرورى مُرتبط بإنسانية الإنسان مجردا عن أى اعتبار .

ومن ثم فإن مصادر الحماية للصحة العامة فى النظام الإسلامى المصدر الدينى (قرآن – سنة – مراعاة مقاصد الشريعة ولاسيما الضرورى منها) ولا يعنى هذا عدم الاعتداد بالتشريع الوطنى الداخل فى إطار السياسة الشرعية ، ويكفى فى الاعتداد به موقف سيدنا عمر من طاعون عمواس ، وأيضا يعتد النظام الإسلامى بقوانين الدولة الخاصة بالصحة والبيئة ؛ ذلك لأنها لا تتنافى مع مقاصده الشرعية[٢].

هذا بخلاف النظم الوضعية التى لا تلتفت إلى المرجعية الدينية بقدر ما تلفت إلى المذاهب الفكرية الوضعية التى تنتجها ، لذلك نجد حماية الصحة العامة فيها يرتبط دائما وأبدًا 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 ١٩٨٦/٤/٢٦م 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[٣].

---

(١) الهيثمى – مجمع الزوائد باب – النهى عن التداوى بالحرام – ٨٦/٥ .

(٢) انظر (د/خيرى أحمد الكباش – الحماية الجنائية لحقوق الإنسان – عرض وتقديم د/ محمد الفيلى – الكويت– مجلة عالم الفكر – الكويت عدد ٣١ أبريل ، يونيو ٢٠٠٣م – صـ٢١٥ : ٢١٦) .

(٣) انظر (د/ خيرى أحمد الكباش – الحماية القانونية للإنسان من التلوث الإشعاعى– المجلد ٣١ يوليو – سبتمبر ٢٠٠٢م – صـ٢٧٥) .

ثانيا : 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)[١] ، 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 والمحرمات[٢].

ووقف التشريع الإسلامى منها – وأمام الحاجة إلى الآخر – فى مجال الدواء موقفا راعى فيه الجانب الضرورى فى العلاج آخذا فى الحسبان بالقواعد الفقهية ، وهى :

١ – تحمل 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 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

---

(١) انظر (الوقائع المصرية الصادرة فى ١٩٣٧/٨/٥م – العدد ٧١) .

(٢) انظر (د/ مصطفى محمد عَرجَاوى – التنظيم الشرعى والقانونى للتداوى بالمحرم– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – الكويت – العدد ٤٢ لسنة ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م – صـ١٧٠ : ١٧١) .

الأمراض السائدة ، وتمثل هذه الأدوية الحاوية للكحول ما يقارب٩٥٪ 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 الفقهى بالآتى :

"للمريض المسلم تناول الأدوية المشتملة على نسبة من الكحول إذا لم يتيسر دواء خال منها ، ووصف ذلك الدواء طبيب ثقة ، أمين فى مهنته"[١] ، ذلك لأن الطب كالشرع مهمته دقيقة وصعبة (فقد وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام ، ولدرء ما أمكن درؤه من ذلك ، ولجلب ما أمكن جلبه"[٢] .

وإذا كان هناك اختلاف فى المرجعية ، وبعض النواحى العلاجية فهناك أنواع من العلاج اشترك فيها النظامان الإسلامى والوضعى كالحجْر 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 عموما فى إرساء هذا المفرد الجديد من مفردات الرقابة القضائية على أعمال سلطة الإدارة التقديرية ، حماية للحريات وحفاظا 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[٣].

وأن تعمل على تحقيق السكينة العامة بالمحافظة على حالة الهدوء والسكون باتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك[٤].

---

(١) د/عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان – فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة – آفاق وأبعاد – صـ١٩٣ .

(٢) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام فى مصالح الأنام – ٧/١ .

(٣) انظر (د/سعاد الشرقاوى – القانون الإدارى دار النهضة العربية – ١٩٨٣م – صـ١٥) .

(٤) انظر (د/صلاح الدين فوزى – القانون الإدارى – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة ١٩٩٣م صـ٤٣٨) .

وأن تعمل على تأمين الصحة العامة بحماية المواطنين من الأمراض والأوبئة التى تهددها باتخاذ الإجراءات الضرورية الواقية من انتشار المرض[1] ، وأن تتخلى الإدارة عن رعونتها فى مثل هذه القرارات ، فإن المتأمل فى بعض الأحكام التى قضى فيها مجلس الدولة بالإلغاء يجد 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 جزءاً من حديقة قصر يعد من الآثار التاريخية .

فعندما تكون المنفعة العامة غير مؤكدة ، والأضرار التى تلحق بالمنافع العامة الأخرى أو الخاصة شديدة[2]. فإن على الإدارة أن تتريث فى قرارها وتعيد النظر فى مشروعاتها ، وقبل الإقدام عليها تلزم الإدارة نفسها بدراسة المشروع بالبحث 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 .

---

(١) انظر (د/ داود عبد الرازق الباز – حماية السكينة العامة – معالجة لمشكلة العصر فى فرنسا ومصر – الضوضاء – دراسة تأصيلية مقارنة فى القانون الإدارى البيئى والشريعة الإسلامية– دار النهضة العربية ١٩٩٨م – صـ١٢٦) .

(٢) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٢٤٢ : ٢٤٣) .

الفصل الثالث

أهمية الموازنة بين المنافع والمضار

وتقديرها ومستقبلها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

تمهيد :

. لما كانت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار – كما علمنا من تطبيقاتها فى المجالات الأربع السالف ذكرها – تعبر عن تطور ملموس للقضاء الإدارى فى النظم الوضعية ، ومن قبل فى النظام الإسلامى، مما دفع الفقهاء إلى الاهتمام بها ، والوقوف أمامها ، ما بين مؤيد لها ومناد بالاستمرارية فى مد تطبيقها تطبيقا يصل القضاء به لتحقيق الأصلح فى 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 فى النظام الإسلامى ، والنظم الوضعية ، لما لها من آثار إيجابية فى حياة البلاد والعباد ، وهذه الأهمية وهذه الآثار لم تسلم من النقد ، ولم تُحرم من الدفاع . وهو ما نعرفه تفصيلا من المبحثين التاليين :

المبحث الأول : أهمية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المبحث الثاني : مستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

المبحث الأول

أهمية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها في النظام الإسلامى والنظم الوضعية .

إن الشريعة الإسلامية حين طبقت الموازنة بين المنافع والمضار أرادت بها إقامة التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ، فلا غلو فى مصلحة الفرد ، ولا طغيان فى مصلحة الجماعة ، فلا يمكن وصفه بالنزعة الفردية ، ولا الجماعية ، ولكنه يمتاز بالوسطية ، ولم تقف النظرية عند الحد النظرى ، بل ولى الأمر مكلف بمراعاتها وفق قاعدة (التصرف على الرعية منوط بالمصلحة) [1] ، فمن يلى أمرا من أمور المسلمين فعليه أن يتصرف التصرف الذى يحقق المنفعة لهم ، لأنه ما ولى هذا الأمر إلا لخدمة المواطنين وإقامة العدل فيهم وتحقيق الخير والمصلحة لهم[2].

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 فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية والصحية .

لذلك حرص على النظرية القضاء الإدارى ، ونادى بها الفقهاء فى المجامع الفقهية نظرا لأهميتها ، وعظم آثارها ، ولكن ثلة من فقهاء القانون ، وآحادًا من فقهاء الشريعة الإسلامية ، لم يرتضوا نظرية الموازنة بين المنافع والمضار منهجا للرقابة على أعمال الإدارة ، ولا بابا للاجتهاد فى الفتوى ، ومن ثم رموها بسهام النقد دون النظر إلى جوهرها ومرجعيتها .

ويتضح هذا النقد والرد عليه بعد بيان أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وثمارها فى المطالب التالية :

المطلب الأول : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها فى النظم الوضعية.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار أهمية وتقدير النظرية .

---

(١) الزرقا – شرح القواعد الفقهية– ق/٥٧ – صـ٣٠٩ ، مجلة الأحكام العدلية (م/٥٨) ، السيوطى – الأشباه والنظائر – صـ١٥٨ ، ابن نجيم – الأشباه والنظائر صـ١٢٣ .

(٢) انظر (د/ عبد الكريم زيدان – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية– دار عمر بن الخطاب للنشر – الإسكندرية – مصر (د : ت) صـ٩٧) .

المطلب الأول

أهمية الموازنة بين المنافع والمضار

وتقديرها فى النظام الإسلامى

لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى التشريع الإسلامى أهمية كبيرة فى واقع الحياة ، وخصوصا فى 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"[١] ، ومع حاجة الأمة لإعمال النظرية لم يرض بها بعض الفقهاء ، فقدموا لها نقدا ردَّ عليه المؤيدون لها فيما يلى :

أولا : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار :

١– لكل علم ميزان يعرف به صحيحه من خطئه ؛ نحو الحساب للمعدودات، والنحو للألفاظ العربية ، كذلك لمعرفة الأصلح من الصالح والأفسد من الفاسد ، ميزان يعرف به وهو (الموازنة بين المنافع والمضار) التى جاءت الإشارة إليها[٢] ، فى قوله تعالى ﴿ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ * وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾[٣] ، وقوله تعالى ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾[٤] ؛ أى أن الله ﷻ أرسل الرسل ، وأنزل الكتب لإقامة مصالح الدنيا والآخرة ودفع مفاسدهما[٥] ؛ ولأن مصالح الناس متشابكة ومختلطة بالمضار ، وبخاصة فى عصرنا أصبحت حاجة الناس إلى فقه الموازنات ضروريا ، فمع تشابك المصالح والمضار ، والخيرات والشرور ، يعَسُر أن

---

(١) د/ علال الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – دار الغرب الإسلامى – ط٥ سنة ١٩٩١م صـ٤٥.

(٢) انظر (د/ عمر بن صالح بن عمر – مقاصد الشريعة عند الإمام العز بن عبد السلام – صـ٢٢٤ :٢٢٥) .

(٣) سورة الشعراء : آية ١٨٢ : ١٨٣ .

(٤) سورة الحديد : آية ٢٥ .

(٥) انظر (ابن عبد السلام – الفوائد فى اختصار المقاصد – صـ٣٢) .

تجد خيرا خالصا أو شرا خالصا ، بل يمتزج كل منهما بالآخر[١] ، وكما يقول العز بن عبد السلام " ولا يوجد فى هذه الشريعة مصلحة محضة منهيا عنها ، ولا مفسدة محضة مأمورا بها ، وذلك كله من لطف الله ﷻ بعباده ، وبره ، ورحمته ، ولا فرق فى ذلك بين دقه وجله ، وكبيره وقليله ، وجليله وخطيره ، إلا أن خفيف المصالح مستحب ، وخطيرها واجب ، وخفيف المفاسد مكروه ، وكثيرها محرم ، وكلما عظمت المصلحة تأكد الأمر بالوعد والمدح والثناء ، إلى أن تنتهى المصلحة إلى أعظم المصالح"[٢] .

وأحوج القضايا إلى فقه الموازنات هى القضايا المتعلقة بالسياسة الشرعية[٣] المتعلقة بما ينظم أمر الفرد والدولة ، أو الحاكم والمحكوم ، أو السلطة والشعب ، فكثيرا ما يجد ولى الأمر نفسه أمام أمرين أحلاهما مر، وكثيرا ما تتعارض أمامه المنافع مع بعضها ، أو المفاسد أيضا فماذا يفعل ؟ وماذا يقدم ؟ وماذا يؤخر؟[٤] ، وهنا تأتى أهمية الموازنة بين المنافع والمضار فى ترجيح أعظم المنافع بالجلب ، وأعظم المفاسد بالدرء ؛ لأنه لو تركت المنافع فسد أمر العباد ، وإذا تحققت المفاسد هلك الناس[٥] .

ومن ثم فإن القاعدة فى الشريعة الإسلامية هى أن درء أفسد المفاسد محمود حسن ، وأن تقديم المصالح الراجحة على المرجوحة محمود حسن ، وأن درء المفاسد الراجحة على المصالح الراجحة محمود حسن)[٦] ، وعلماء الشريعة فى ذلك كالأطباء "يدفعون أعظم المرضين بالتزام بقاء أدناهما ، ويجلبون أعلى السلامتين والصحتين ، ولا يبالون بفوات أدناهما ، ويتوقفون عند الحيرة فى التساوى والتفاوت ؛ فإن الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام ، ولدرء ما أمكن درؤه ، ولجلب ما أمكن جلبه من ذلك،

---

(١) انظر (القرضاوى – السياسة الشرعية – صـ ٣٠٠) .

(٢) ابن عبد السلام – القواعد الصغرى – صـ ١٣١ .

(٣) السياسة الشرعية هى : 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 – صـ ١٤) .

(٤) انظر (القرضاوى – السياسة الشرعية – صـ ٣٠٠) .

(٥) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ١/ ٥ .

(٦) ابن عبد السلام – المرجع السابق – ١/ ٧ .

فإن تعذر درء الجميع أو جلب الجميع فإن تساوت الرتب تخير ، وإن تفاوتت استعمل الترجيح عند عرفانه ، والتوقف عند الجهل به ، والذى وضع الشرع هو الذى وضع الطب ، فإن كل واحد منهما موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفاسدهم)[١].

٢– الموازنة بين المنافع والمضار من أصعب الموازين وأشرفها وأوْلاها بالمعرفة، إذ إن معرفتها منة عظيمة من الله تعالى ، وقد قيل : " ليس العاقل الذى يعرف الخير من الشر ، ولكنه الذى يعرف الخيرين وخير الشرين"[٢] ، 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 يؤدى إلى الوقوع فى مفاسد عاجلة وآخرة ، ويسبب اضطرابا فى الدين عظيما ، وإخلالا بالنظام العام والخاص فى الأمة ، بل وتتهم الشريعة الإسلامية بسبب غياب فقه الموازنات بالعقم ، وعدم مسايرة الوقائع المتجددة ، وهذا مناف تماما لخصائص هذه الشريعة ، معارض لما جبل عليها العباد ، قال العزبن عبد السلام : (واعلم أن تقديم الأصلح فالأصلح ودرء الأفسد فالأفسد مركوز فى طبائع العباد نظرا لهم من رب الأرباب)[٣] ؛ لأجل ذلك اهتم فقهاء التشريع الإسلامى بهذه النظرية ، وقعدوا لها القواعد الفقهية التى تعد بمثابة خطط تشريعية يلتزمها ولى الأمر فى رعايته لمصالح العباد والبلاد ، ويلتزمها المجتهد فى التنسيق بين ما يقدمه من منافع وما يؤخره ، وما يدرؤه تجنبا للإخلال بالنظام العام فى الأمة ، كما يلتزمها ولى الأمر فى تنزيله للأحكام المنصوصة على أرض الواقع مراعيا فى ذلك ظروف الزمان والمكان .

وهذه القواعد مبثوثة فى المدونات الفقهية على اختلاف مذاهبها إلا ما شذ كالظاهرية ، من هذه القواعد ما يلى :

١) تحصيل المصالح ودرء المفاسد أولى من تعطيلها[٤].

---

[١] ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٧/١ .

[٢] ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٣٠/٢٠ .

[٣] ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٧/١ .

[٤] ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٦٤/١ .

٢) دفع الضرر أولى من جلب النفع[١].

٣) دفع أشد المفسدتين بأخفهما[٢].

٤) يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام[٣].

٥) الولاية الخاصة أولى من الولاية العامة[٤].

٦) يجوز فى الضرورة مالا يجوز فى غيرها[٥].

٧) يقدم فى كل ولاية من هو أقوم بمصالحها[٦].

٨) منزلة الوالى من الرعية بمنزلة الولى من اليتيم[٧].

٩) المَرْعى : دفع الضرار واستمرار الناس على ما يقيم قواهم[٨].

١٠) كل ما أضر بالمسلمين ، وجب أن ينفى عنهم[٩].

١١) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة[١٠].

١٢) لا ينبغى للإمام أن يحدث شيئا فى طريق المسلمين مما يضرهم ، ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئا مما فيه الضرر عليهم ، ولا يسعه ذلك[١١].

١٣) الأمر الخاص مغمور بالعام ، واليسير من الضرر محتمل للكثير من النفع والصلاح[١٢].

١٤) الضرر يزال[١٣].

١٥) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[١].

---

(١) ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٦٣/١ .

(٢) ابن عبد السلام – المرجع السابق – ٦٦/١ .

(٣) الزرقا – شرح القواعد – (م٢٦) (ق : ٢٥) صـ١٩٧ .

(٤) الزرقا – شرح القواعد (م :٥٩) (ق :٥٨) صـ٣١١ .

(٥) الشافعى – الأم– تفريع فرض الجهاد– دار الغد العربى ط١ – ١٤١٠هـ/١٩٩٠م – ٢٣٨/٤.

(٦) القرافى – الفروق – ٢٧٣/٢ .

(٧) الزركشى – المنثور فى القواعد – ٣٠٩/١ .

(٨) الجوينى – غياث الأمم – صـ٢٩٦ .

(٩) المعلم بفوائد مسلم – ٣٢٢/٢ .

(١٠) الزرقا – شرح القواعد الفقهية – (م :٥٨) (ق: ٥٧) .

(١١) أبو يوسف – الخراج – صـ١٠١ .

(١٢) د/ على أحمد الندوى – القواعد الفقهية – صـ١١٢ .

(١٣) الزرقا – شرح القواعد الفقهية – (م : ٢٠) (ق : ١٩) صـ١٧٩ .

١٦) إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضررا[٢].

١٧) الضرر يزال بمثله [٣].

١٨) يختار أهون الشرين[٤].

١٩) لا واجب مع عجز ولا حرام مع ضرورة[٥].

٢٠) تقديم المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة[٦].

٢١) حاجة الناس تجرى مجرى الضرورة[٧].

٢٢) اجتهاد الأئمة حسب المصلحة[٨].

هذه القواعد تعد منهجا قطعيا من حيث مرجعيته فى القرآن والسنة ، ظنيا من حيث إسقاطها على أرض الواقع ، ذلك لأن تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار يخضع دائما لظروف الزمان والمكان ، ومدى الحاجة إليها .

ثانيا : 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 فى الماضى داخل فى بطون كتب التراث الفقهى ، قلما نجد فيه وقائع شبيهة بواقعنا ، وإذا وجدنا الشبيه فلن يروى غليلا ، ولن يشفى عليلا ؛ ولذلك أصبحت الحاجة إلى فقه الموازنة بين المنافع والمضار أشد إلحاحا عما سبق ، ومع حاجة الأمة إليها فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لم تسلم من النقد قديما وحديثا ، وسؤالنا بماذا انتقدوها ؟

---

(١) الزرقا - المرجع السابق (م :٢٧) (ق :٢٦) صـ١٩٩ .

(٢) الزرقا - المرجع السابق (م :٢٨) (ق :٢٧) صـ٢٠١ .

(٣) الزرقا - المرجع السابق (م : ٢٥) (ق :٢٤) صـ١٩٥ .

(٤) الزرقا - المرجع السابق (م : ٢٩) – (ق :٢٨) صـ٢٠٣ .

(٥) ابن القيم – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين صـ٣٠٨ .

(٦) ابن القيم – المرجع السابق صـ٣٤٣ .

(٧) ابن القيم – المرجع السابق صـ٣١٧ .

(٨) ابن القيم – المرجع السابق صـ٤٣٩ .

لقد انتقد فريق من العلماء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار جملة وتفصيلا بناء على أنها فرع من تعليل الأحكام ، وهم لايقولون بتعليل الأحكام كابن حزم الظاهرى ، 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 يلى :

١) إن القول بأن الله تعالى لا يفعل شيئا إلا لمصالح عباده قول فاسد ، وأصل لكل كفر فى الأرض ، وعلى سبيل التحقيق : هو قول أصل الدهرية "الذين جعلوا برهانهم فى إبطال الخالق لما رأوا الأمور لا تجرى على المعهود فيما يحسن فى عقولهم ، وأنه لابد من علة للمفعولات"[١].

٢) إن القول بالمصلحة ودرء المفسدة يتنافى مع قوله تعالى ﴿ وَإِمَّا تُعْرِضَنَّ عَنْهُمُ ابْتِغَاءَ رَحْمَةٍ مِنْ رَبِّكَ تَرْجُوهَا فَقُلْ لَهُمْ قَوْلًا مَيْسُورًا﴾[٢]. فأى مصلحة للظالمين فى إنزال ما لا يزيدهم إلا خسارا ، بل ما عليهم فى ذلك إلا أعظم الضرر ، وأشد المفسدة ، ولقد كان أصلح لهم لو يترل ، وما أراد الله تعالى بهم مصلحة قط ، ولكنهم من الذين قال الله فيهم : ﴿ وَتَرَى الشَّمْسَ إِذَا طَلَعَتْ تَزَاوَرُ عَنْ كَهْفِهِمْ ذَاتَ الْيَمِينِ وَإِذَا غَرَبَتْ تَقْرِضُهُمْ ذَاتَ الشِّمَالِ وَهُمْ فِي فَجْوَةٍ مِنْهُ ذَلِكَ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَهُوَ الْمُهْتَدِي وَمَنْ يُضْلِلْ فَلَنْ تَجِدَ لَهُ وَلِيًّا مُرْشِدًا﴾[٣].[٤] ، ومن ثم أراد ابن حزم بطلان أصل تعليل الشريعة بمراعاة المصلحة ودرء المضرة بما سبق ، بقوله أيضا : (العلة اسم لكل صفة توجب أمرا ما ، إيجابا ضروريا)[٥] ، ينكر به على جمهور العلماء قولهم بتعليل الشريعة ، وذلك لأن القول بتعليل الشريعة يجعله واجبا على الله تعالى ، وتعالى الله عن ذلك علوا كبيرا[٦].

---

(١) ابن حزم – الأحكام فى أصول الإحكام– دار الكتب العلمية – بيروت – (د : ت) ٦٢١/٨ : ٦٢٢) .

(٢) سورة الإسراء : آية ٢٨ .

(٣) سورة الكهف : آية ١٧ .

(٤) ابن حزم – الإحكام – ٦٢٥/٨ .

(٥) ابن حزم – الإحكام – ٦٠٣/٨ .

(٦) انظر (ابن حزم – المرجع السابق – ٦٠٥/٨ ، وما بعدها) .

٣) إن جميع الصحابة ﷺ أولهم عن آخرهم – وجميع التابعين – أولهم عن آخرهم ، وتابعى التابعين ليس منهم أحد قال : إن الله تعالى حكم فى شيء من الشريعة لعلة ، وإنما ابتدع هذا القول متأخروا القائلين بالقياس[١].

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؟ [٢].

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 لَفَسَدَتْ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾[٣].

ولم يقف الاعتراض على الظاهرية القدامى ، بل سار على دربهم الظاهرية الجدد[٤]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 مدَّعين أنهم يُحيُون منهج السلف[٥].

رد حجج الرافضين للنظرية :

رد جمهور العلماء على حجج الظاهرية قديما وحديثا بقولهم :

أولا : إن منهج السلف الذى يتعصب إليه هؤلاء ظلموه ؛ لأنهم حصروه فى شكليات وجدليات كلامية ، أو فقهية ، حتى خيل لبعضهم أن منهج السلف هو

---

[١] انظر (ابن حزم - المرجع السابق ٦٠٢/٨) .

[٢] انظر (ابن حزم – المرجع السابق ٥٠٩/٨) .

[٣] سورة المؤمنون : آية ٧١ .

[٤] 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 صـ٢٣٠) .

[٥] انظر (د/ القرضاوى – السياسة الشرعية – صـ٢٣٠ : ٢٣١) .

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 التسيب فى مجال الفقه .

٦–الدعوة إلى التيسير لا التعسير فى مجال الفقه .

٧–الدعوة إلى التبشير لا التنفير فى مجال التوجيه .

٨–العناية بغرس اليقين لا بالجدل فى مجال العقيدة .

٩–العناية بالروح لا بالشكل فى مجال العبادة .

١٠– العناية بالإتباع فى أمور الدين ، والاختراع فى أمور الدنيا .

فهذا هو لباب منهج السلف الذى أسسوا به حضارة إنسانية أخلاقية عالمية[1]، 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 تزاحمت ؛ فإنه يجب ترجيح الراجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد ، وتعارضت المصالح والمفاسد ، فإن الأمر والنهى ، وإن كان متضمنا لتحصيل مصلحة ، ودفع مفسدة فلينظر فى المعارض له ، فإن كان الذى 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

---

[1] انظر (د/ يوسف القرضاوى – أولويات الحركة الإسلامية– مكتبة وهبة – ط٤ – ١٤١٢هـ/١٩٩٢م صـ٩٦) .

برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر ، وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيرا بها وبدلا لها على الأحكام) [١].

وقال ابن القيم : (وإذا تأملت شرائع دينه التي وضعها بين عباده ،وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان ، وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلها ، وإن فاتت أدناها ، وتعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان ، وإن تزاحمت عُطل أعظمهما فسادا باحتمال أدناهما ، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه دالة عليه ، شاهدة 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 تضلّعه منها أعظم كان شهوده لمحاسنها ومصالحها أكمل ، ولا يمكن لأحد من الفقهاء أن يتكلم فى مآخذ الأحكام ، وعللها ، والأوصاف المؤثرة فيها إلحاقا وفرقا إلا على هذه الطريقة) [٢].

فهذا بعض من كل لبيان قمافت هذه الحجة .

ثانيا : إن إنكار ابن حزم لعلّية الشريعة لما يترتب عليه من محظور وفق المعنى الذى حدده لمصطلح العلة ، نجده لا يستند أن يكون الحكم الشرعى قد شرع لسبب فقال : (ولسنا ننكر وجود أسباب لبعض أحكام الشريعة بل نثبتها ونقول بها) [٣] ، 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) [٤] ، ويقول بأن السبب لا يوجب تعليلا فى الشريعة ، ولا موجبا للشيء المسبب منه[٥].

ويشترط ابن حزم فى السبب أن يكون بنص ، فقال : "ولسنا نقول : إن الشرائع كلها لأسباب ، بل نقول ليس منها شيء بسبب إلا ما نص منها أنه سبب،

---

[١] راجع فى ذلك (ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٧٥/٢٨) .

[٢] ابن القيم – مفتاح دار السعادة ٢٢/٢ .

[٣] ابن حزم – الإحكام ٢٠٦/٨ .

[٤] ابن حزم – المرجع السابق ٦٠٣/٨ .

[٥] ابن حزم – المرجع السابق ٦٠٣/٨ .

وما عدا ذلك فإنما هو شيء أراده الله تعالى الذى يفعل ما يشاء ، ولا نُحرِّم ولا نُحلِّل ، ولا نزيد ولا ننقص ، ولا نقول إلا ما قاله ربنا ﷻ ، ونبينا ﷺ ، ولا نتعدَّ ما قالا ، ولا نترك شيئا منه ، وهذا هو الدين المحض الذى لا يحل لأحد خلافه ، ولا اعتقاده سواء)[1] .

وإذا كان ابن حزم يقصد بنفى التعليل تنزيه الله ﷻ فهو ما يجمع عليه العلماء ، أما إذا كان يقصد بنفى التعليل عدم بناء الأحكام على مراعاة المنافع والمضار ، فهو ما يخالفه قوله بالسببية ؛ إذ إن قوله بها يؤكد أن أحكام الشريعة قد شرعه الله تعالى لغاية ومقصد ، وأن الحكم الشرعى الجزئى قد شرع لهدف محدود ، فإن معنى السبب : أنه اسم لما يتوصل به إلى المقصود .

وعند علماء الأصول : أنه الوصف الظاهر المنضبط ، الذى جعله الشارع علامة على حكم شرعى ، هو مسببه ، بحيث يلزم من وجوده وجود المسبب ، ومن عدمه عدم المسبب[2].

وهو ما أكده ابن حزم غير أنه اشترط له شرطين :

١– أن تكون تلك الغاية والمقصد لا تحمل مدلول العلة التى سبق أن بين المحظور ينبنى على القول بها .

٢– أن يكون ذلك السبب قد علمت سببيته من النصوص نفسها ، أى إن السبب لا يكون سببا 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 تعليلا ، فقد سماها تسبيبا وفق المعنى الذى ساقه لمصطلح السبب ، ولا مشاحة فى الاصطلاح ما دامت العبرة "للمعنى لا للمبنى"[3].

---

(١) ابن حزم – المرجع السابق – ٦٠٥/٨ .

(٢) انظر (د/ قطب سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـ٢٢٨) .

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٩٩/٤ ، وانظر (د/ عبد الرحمن الكيلانى – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ١٣١) .

ثالثا : إن العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار لا يتنافى مع عموم نصوص الشريعة ، وخصوصا 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 ﴾[1] ، وحدد القرآن مظاهر الهداية فقال تعالى ﴿وَمَنْ يُؤْمِنْ بِاللَّهِ يَهْدِ قَلْبَهُ ﴾[2] ، وقال تعالى ﴿إِنَّهُمْ فِتْيَةٌ آمَنُوا بِرَبِّهِمْ وَزِدْنَاهُمْ هُدًى ﴾[3] ، وقال تعالى ﴿ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ لَا يَهْدِيهِمُ اللَّهُ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[4] ، وقال تعالى ﴿وَأَنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ ﴾[5].

أيضا فيها موازين الحلال والحرام ، والفساد والصلاح ، قال تعالى ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنْ الْمُصْلِحِ ﴾[6].

فالقول بأن الموازنة بين المنافع والمضار تخالف العمل بالنص قول مردود[7].

رابعا : إن العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يحقق وجه الحاجة لحل مشكلات العصر غير المتناهية فى جميع مجالات الحياة الاقتصادية والعمرانية والسياسية[8].

فقد اتفق جمهور العلماء على أن الشريعة إنما نزلت لتحقيق مصلحة العباد فى المعاش والمعاد ، قال ابن القيم : (إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى 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

---

(1) سورة النحل : آية ٩٣ .

(2) سورة التغابن : آية ١١ .

(3) سورة الكهف : آية ١٣

(4) سورة النحل : آية ١٠٤ .

(5) سورة يوسف : آية ٥٢ .

(6) سورة البقرة : آية ٢٢٠.

(7) راجع فى هذا المعنى (عز الدين بليق – موازين القرآن الكريم– دار الفتح للطباعة والنشر بيروت – الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م) .

(8) انظر (د/يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط– دار التوزيع والنشر – القاهرة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م – صـ٥) .

أدخلت فيها بالتأويل)[١] ، وقال أيضا : (ومن له ذوق فى الشريعة ، وإطلاع على أحكامها ، وتضمنها لغاية مصالح العباد فى المعاش والمعاد ، ومجيئها بغاية العدل ، الذى يسع الخلائق ، 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)[٢].

ومن استقرأ ما أثر عن الصحابة وفقهاء الأمة تبين له أنهم كانوا ينظرون إلى ما وراء الأحكام من علل ومصالح ، وما تحمله الأوامر والنواهى من حكم ومقاصد[٣] فقد قضى عمر بن الخطاب ﷺ بعدم تقسيم أرض السواد ووافقه جمهور الصحابة ، وأيضا ما فعله محمد بن الحسن الشيبانى حين باع كتب أحد تلامذته بعد موته فقيل له : إنه لم يوص ، فمتلا قول الله تعالى ﴿ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنْ الْمُصْلِحِ﴾[٤]. وبهذا النظر الدقيق أصاب محمد بن الحسن وأجاد[٥] ؛ بناء على أن "الأصل أن أمور المسلمين محمولة على السداد والصلاح"[٦].

خامسا : إن العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يربط بين فقه النص وفقه الواقع ، فهى تحمل الفقه مسئولية وضع البرامج ، والخطط التنفيذية فى ضوء النصوص القرآنية والنبوية ليُسد الثغور ؛ فالموازنة بين المنافع والمضار علم بالمصالح المرعية التى هى : " علم يعرف حكمة وضع القوانين الدينية ، وحفظ النسب الشرعية بأسرها ، وموضوعه : النظام التشريعى المحمدى الحنفى على صاحبه الصلوات والسلام ؛ من حيث المصلحة والمفسدة ، وأما غايته : فهو عدم وجدان الحرج فيما قضى الله ورسوله والانقياد التام للأحكام الإلهية ، وكمال الوثوق

---

(١) ابن القيم – إعلام الموقعين – ٥/٣ .

(٢) ابن القيم – الطرق الحكمية – صـ٥ .

(٣) انظر (د/عبد الله محمد القاضى – السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق– دار الفكر – مصر – ط١– ١٤١٠هـ/١٩٨٩م – صـ١٠١) ، وانظر (د/يوسف القرضاوى – السياسة الشرعية صـ٢٢٣) .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٠ .

(٥) انظر (ابن عابدين – حاشية ابن عابدين ٦٩٤/٣) .

(٦) أبو زيد الدبوسى الحنفى – تأسيس النظر– تحقيق/مصطفى محمد القبانى الدمشقى – مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة (د : ت) صـ١٦٢) .

والاطمئنان بها ، والمحافظة عليها ، بحيث تنجذب إليها النفس بالكلية ولا تميل إلى خلاف مسلكها"[١] .

ولقد وفق الله تعالى علماء الأمة سلفا وخلفا إلى ذلك ، وعلموا أن ما يقع على عاتق الفقه ، وما يدخل فى مسئوليته هو أن يقوم بتحديد الثغور الأخيرة ، وتعيين الحدود النهائية للجهد البشرى ، بحيث يرسم للإنسان الحد الذى ينبغى 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 التى وضعها الإسلام لمعرفة المصلحة الحقيقية من المتوهمة ، والراجحة من المرجوحة[٢]. ويقوم بها المجتهد الذى ملك آلة الاجتهاد[٣]. 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 فى فهم مراد الله تعالى منه ، وإنزاله دنيا الناس وفق خطة مرسومة وخطوات تنفيذية معلومة تساير متطلبات الحياة بزمانها ومكانها وأحوال العباد فيها ، وهو ما يسمى (بالتجديد) .

ومن ثم نود أن نشير إلى أن هنالك فرقا بين حقيقة الوحى الإلهى المتمثل فى الكتاب والسنة ، وبين الجهد البشرى فى تفسيره ، وفهم المراد منه، فالوحى أذلى فى ذاته ، وثابت وكامل ، لا يمكن تغييره أو تحديثه أو تجديده بأى حال من الأحوال .

أما المعارف والعلوم التى نُسجَت حوله من علم تفسير ، وحديث وأصول فقه، وفقه ولغة فهى علوم بشرية : يجرى ما يجرى على غيرها من العلوم من تجديد وتغيير ومراجعة ، ولهذا فإن القول بقصور فى المعارف الشرعية فإنه ينصرف إلى

---

[١] صديق بن حسن القنوجى – أبجد العلوم – ١٤٣/٢ .

[٢] انظر (د/ علال الفاسى – مقاصد الشريعة – صـ١٩٣) .

[٣] آلة الاجتهاد : أن يكون مجتهدا قائما بالحجة ، ناصرا للسنة ، له ملكة رد المتشابهات إلى المحكمات ، وقوة استنباط الحقائق ، والدقائق ، والنظريات من نصوص الفرقان ، وإشاراته ودلالاته واقتضاءاته ، من قلب حاضر وفؤاد يقظان ، انظر (عبد الرؤوف المناوى – فيض القدير– المكتبة التجارية مصر – ط١– ١٣٥٦هـ–٣٢٨/١).

الجانب المتعلق بالجهد البشرى فى الفهم ، ولا يقصد منه بأى حال من الأحوال حقيقة الوحى كتابا وسنة فهو كامل وشامل لا قصور ، ولا تقصير فيه ، ولذا فلا يمكن تجديده ، ولا يصح شرعا التفكير فى تجديده[١] ؛ لذلك ليس ثمة تضاد أبدا بين العمل بالموازنة بين المنافع والمضار كجهد بشرى لمواكبة العصر ، وبين الأصالة النصية فى القرآن والسنة[٢].

سادسا : العمل بالموازنة بين المنافع والمضار يدحض اتهامات المستشرقين الذين يرون فى 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 يُدرك كنهه ، ولم يعرف وجه المصلحة فيه ، كما يجب أن يتلقى بالرضا والقبول ، وإن تناقضت أحكامه فيما بينها ، وضرب بعضها بعضا)[٣]، وهى مقولة تنم عن قلب حاقد 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 المخاطِب 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 للأمم والشعوب[٤].

---

(١) انظر (د/عرفان عبد الحميد – إسلامية المعرفة ، ومنهجية التثاقف الحضارى مع الغرب – مجلة إسلامية – المعرفة بيروت العدد الخامس السنة الثانية ١٩٩٦م – صـ٩) ، وانظر (د/قطب مصطفى سانو – الفكر المقاصدى ومناهج البحث – مجلة الاجتهاد – بيروت – العددان (٥٩ ، ٦٠) السنة الخامسة عشرة – ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م– صـ٢٠٩)

(٢) انظر (د/يوسف القرضاوى – الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد– مكتبة وهبة – القاهرة – الطبعة الثانية ١٤١٩هـ/١٩٩٩م– صـ٢٣ : ٢٥) .

(٣) د/يوسف القرضاوى – المرجع السابق – صـ٨٧ .

(٤) انظر (د/جلال الدين عبد الرحمن – المصالح المرسلة الكتاب الجامعى – كلية الشريعة – جامعة الأزهر– صـ١٥) .

المطلب الثانى

أهمية الموازنة بين المنافع والمضار

وتقديرها فى النظم الوضعية

دفع تطور قضاء مجلس الدولة فى فرنسا ، وظهور نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى تطور القانون الإدارى بصفة عامة ، وتغير مفهوم المنفعة العامة ، فلم تعد مجرد تكئة للإدارة لإمرار ما تريد من مشروعات ، بل أدى هذا التطور إلى بحث واقعى وموضوعى للمنفعة العامة ، يأخذ القاضى فيه بحسبانه بالظروف المحيطة بالمنفعة العامة ، وما تحققه من فوائد ، وما تحدثه من أضرار ، وما تستلزمه من تكاليف وأعباء ، وهذا التطور الرقابى بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أثار حماسة كثير من فقهاء القانون بمطالعة القضاء الإدارى 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 الإدارى رقابته إلى أكثر مما هو كائن ، وقف فريق آخر من الفقهاء أمام نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وقفة توجس وخيفة ، وبدلا من أن يُعمل فكره للتوجيه ، وضبط عملية الموازنة بين المنافع والمضار قام يرميها بسهام النقد ، وعذره فى هذا أن الإنسان عدو ما يجهل ، فاتُهم القاضى بما بأنه أصبح يقوم بعمل رجل الإدارة ، حيث أدخل عناصر فنية كالتكلفة المالية والاجتماعية فى تقديره[1] ، وإن القضاء الإدارى فى مصر لم يكن ببعيد عما هو دائر فى فرنسا ، ومن ثم تظهر مزايا نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وتقديرها فيما يلى :

أولا : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية :

لقد حظيت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار باهتمام بالغ لدى فقهاء القانون المؤيدين لها نظرا لما يترتب عليها من ثمار ، وما تعلو به على قريناتها من أنواع الرقابة من مميزات نذكرها فى النقاط التالية :

١–تمتاز نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بتحقيق الإصلاح فى الدور التقليدى

---

[1] انظر : Jean Waline : Article précité p. 811 et s .

للقضاء الإدارى الحارس على حماية الحريات والشرعية .

٢–تميزت النظرية بأنها لا تكتفى بممارسة الرقابة العادية على الأسباب الواقعية للقرار الإدارى فحسب ، بل امتدت إلى رقابة التطابق والمساواة بين الأسباب الواقعية للقرار والآثار المترتبة عليه[١] .

٣–تعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من أهم أنواع الرقابة على أعمال سلطة الإدارة التقديرية ، فهى تمثل قمة التطور الرقابى على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة ، فلم يعد القاضى الإدارى يكتفى بأن تكون العملية المدعاة من جانب الإدارة تجسد فى ذاتها منفعة عامة ، وإنما تطلبت النظرية بأن تكون الفوائد والمزايا المترتبة عليها تفوق العيوب والأضرار الناجمة عنها[٢] .

٤–لقد أدت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى وضع الضوابط على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة فى مجال نزع الملكية على نحو يجعلها سلطة شبه مقيدة ، تخضع فى ممارستها لشروط واضحة طبقا لمضمون النظرية[٣] .

٥–إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تقدم ضمانا للأفراد ضد تجاوز السلطة التقديرية ؛ إذ إن تطبيقها من شأنه أن يؤدى إلى حماية حقوق الأفراد وبصفة خاصة الملكية الخاصة ، ولذا فإن نزع الملكية فى إطار نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجب أن يتضمن منفعة عامة حقيقية تستخلص من تقدير ملموس للعملية[٤] .

٦–بناء على ضوابط نظرية الموازنة بين المنافع والمضار يصبح قرار الإدارة غير

---

(١) يرى فريق من فقهاء القانون فى 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 الإدارى وسببه ، فى 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 الإدارى ، وعلى ذلك لا يسوغ الخلط بين مبدأ التناسب والتوازن ، وإن كان المنطلق منهما والأساس الذى يقومان عليه هو تحقيق العدالة فى أسمى صورها ، انظر (د/ سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة ، والسلطة التقديرية للإدارة – صـ٢٣٤) .

(٢) انظر (د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ٣١٠) .

(٣) انظر (د/محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة على الغلط البين – صـ١٧٦) .

(٤) انظر (د/محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ١٧٦) .

مشروع إذا كانت مضاره تفوق منافعه ، وبخاصة وأن الشارع لم يأذن فى التصرفات الإدارية لتكون وسائل لتحقيق مفاسد مساوية للمصالح التى شرعت من أجلها ، أو مفاسد عليها راجحة ، لما فى ذلك من التناقض مع الأصل العام الذى قامت عليه القوانين ألا وهو العدل ومنع الضرر[١] .

٧–لقد أصبحت نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعبيرا عن تغيير عام فى التفكير فى المجتمع القانونى ، فإن مجلس الدولة الفرنسى لم يقف بها حد نزع الملكية ، وإنما مد تطبيقها شيئا فشيئا إلى مجالات القانون الإدارى الأخرى التى تمارس الإدارة بصددها سلطة تقديرية ، بغية حمل الإدارة على ترشيد قراراتها ، ومثال ذلك : أن مجلس الدولة الفرنسى طبق الموازنة بين المنافع والمضار عندما قرر أن شرعية الترخيص باستصلاح مساحة من الغابات لزراعة الأراضى الموجودة عليها مرهون بما إذا كان ذلك سيخل بالتوازن البيئى للمنطقة أم لا ؟ فقد قارن المجلس بين المنفعة المتحققة من الإبقاء على الأشجار لحماية البيئة ، وبين الأضرار التى تلحق بملاك الأرض ، ومن ثم رفض التصريح بالاستصلاح[٢] .

٨–إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعتبر بحق من المستجدات أو الاتجاهات الأكثر تطورا فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ذلك لأنها يتميز بانطوائها على منهج يجسد فى الواقع رمز العدالة ألا وهو (الميزان) [٣]

٩–إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد زودت القضاء والإدارى بسلاح فعال لحماية المشروعية ضد تعسف الإدارة ، وبخاصة إزاء المصالح الاقتصادية ، وحق الملكية الخاصة ، وأيضاً المصالح المالية الأخرى مثل ممارسة مهنة معينة ، أو نشاط تجارى أو صناعى ، يكون من شأن القرار الإدارى الإضرار به .

ومع ما للموازنة بين المنافع والمضار من مميزات وأهمية فى عالم القضاء الادارى فقد وقف أمامها فريق بالنقد للقضاء الإدارى تارة وللموازنة كأداة للمراقبة تارة أخرى نتعرف على أقوالهم فيما يلى :

---

[١] د/ فتحى الدرينى – الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده – صـ ٣٠٠.

[٢] انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٣٢٩ ، ٣٣٣) .

[٣] انظر (د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ ٣٥٩) .

ثانيا : تقدير الموازنة بين المنافع والمضار فى 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 التالى :

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 فى قضية :

(ste.civile ste – marie de L'Assomption)

صدر منشور من وزير الأشغال الفرنسى ينبه فيه الإدارات المعنية إلى أن هناك تعريفا جديدا أوجده القضاء الإدارى ، وحتى تتواءم تصرفات الإدارة مع القضاء الجديد فقد نص المنشور على ضرورة الأخذ فى الحسبان – عند إقامة أى مشروع يستلزم نزع الملكية – بكل النتائج والآثار التى تلحق بالمنافع الفردية أضرارا كبيرة الأهمية ، فتضعف بذلك المنفعة العامة للمشروع ، كما طالب المنشور الإدارات المعنية ألا تسقط من حساباتها أى منافع تتأثر بإقامة المشروع[١] .

أيضا دفع الحكم السالف ذكره ، وزير الإسكان والتعمير إلى أن يعلق عليه موضحا فى تعليقه أن القاضى لم يعد يقتصر على فحص مشروعية الإجراءات فقط ، بل أصبح بموجب القضاء الجديد أن يفحص الفائدة التى تعود على المشروع ، وطالب الوزير الإدارات بالاحتياط الشديد عند إقامة أى مشروع تفاديا لخطر إلغاء القرارات الإدارية فى هذا المجال[٢] .

ويمثل هذا التعليق ومن قبله منشور وزير الأشغال ، ومن بعده إصدار منشور ٩٤ لسنة ١٩٩٣م – أول ثمرة لقضاء الموازنة بين المنافع والمضار – إذ إنه وجَّه الإدارة إلى دراسة مشاريعها دراسة مستوعبة لكل الظروف والنتائج المترتبة على القرار .

١– ومع هذا انتقد هذا الاتجاه الجديد القضاء الإدارى أحد رجال الإدارة العاملة MAYET والذى كان يشغل وقتها مدير الأشغال العقارية قائلا : إنه

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٢٣٤) .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – المرجع السابق – صـ ٢٣٥) .

يخشى من موقف القضاء فى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار أن يحل القاضى تقديره محل تقدير الإدارة ، أو محل تقدير المنتخبين ، مما يؤدى إلى تشييد ما يسمى بـــ(حكومة القضاء) [١] .

٢– وليس هذا هو النقد الوحيد للنظرية من قبل رجال الإدارة ، بل نفى بعضهم على القاضى الإدارى عدم التزامه بالدور الذى أنيط به ، ذلك ؛ لأن الإدارة تمارس اختيارا مسئولا ، فيجب أن يسمح لها أن تختار بحرية ، وأن يتخذ قرار الإدارة ، وفق اعتبارات ، غالبا ما تكون خافية ، وغير قابلة للقياس[٢] .

الرد عليهم :

١– كأى وافد جديد يتوجس الناس منه خيفة وخصوصا إذا كانوا رجال إدارة ؛ وإنه ما من شك أن الإدارة أمام هذا التطور القضائى 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 الإحتياطات 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[٣] .

إضافة إلى أن رقابة الموازنة بين المنافع والمضار تسهل للإدارة المركزية تطبيق رقابتها الإدارية على الإدارات الأدنى درجة ، وفى غالب الأحيان تقوم العلاقة بين الإدارة ، والقضاء على التعاون ، والذى يبدو أحد مظاهره فى مجال الموافقة على

---

[١] انظر : Jeann LEmAsuRIER : "Bilan – Cout – avantages" – et nécessité publique , R.A. 1979 . P 505 .

وانظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٣٥) .

[٢] 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 .

[٣] انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٥٣) .

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[1] .

ومن ثم فإن العلاقة بين القضاء الإدارى والإدارة ، هى علاقة توجيه ، ونصح ، وعلاقة تعاون وتكامل لا علاقة تعارض وتضاد ، ولاسيما وأنهما يجمعها إطار واحد ألا وهو حماية الحريات ، وصيانة الحقوق والقيام على تحقيق الأمن والسكينة والصحة العامة .

ب – موقف الفقه القانونى المعارض :

برغم ما تحققه نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من مزايا وما نالته من إعجاب كثير من رجال القانون ، نجد جانبا آخر من الفقهاء ، قد نظر إليها بحذر ، فإنهال 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 ، ويُحل تقديره محل رجل الإدارة رغم عدم قدرته على ذلك ، وعدم توافر الوسائل الفنية لديه ، والذى قاد هذا النقد هو الأستاذ : فالين ، فقد حذر مجلس الدولة الفرنسى ، أنه إذا لم يمارس تلك الرقابة بحيطة 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 الملاءمة"[2] .

٢ – هذا النقد أكثر خطورة من سابقه ، فهو يقول بأن الموازنة بين المنافع

---

[1] 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 .

[2] انظر :

Concl. BRAIBANT sur C.E. 28.5.1971. Ville Nouvelle- Est, A.J.D.A. 1971,P. 463 et s .

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[١] .

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)[٢] ، أن يذكر فى تقريره السنوى عام ١٩٧٨م ، 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 للقاضى[٣] .

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

---

(١) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ٣٥٥) .

(٢)(Lemediateur) تعنى الوسيط أو الموفق أو المصلح ، وهو اسم وظيفة فى فرنسا أنشئت بالقانون الصادر فى ١٩٧٣/١/٣م ، 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 .

(٣)
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

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[1] .

تفنيد حجج الناقدين للموازنة وترجيح قول المؤيدين :

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 إجمالا وتفصيلا :

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 الفردى تبعا لما تمليه الضرورة العامة، فالحق عند الجميع أصل ، والضرورة استثناء ، ولا يمكن بحال أن تُبدَّل المواقع .

أيضا اتفاقهم على تقييد الملكية الخاصة لمصلحة الجماعة ، ولذا فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لا تخرج عن الإطار المتفق عليه لدى جميعهم .

الرد تفصيلا :

أولا : إن الفقه الذى ذهب إلى أن القضاء الحديث أدّى 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 الإتجاه 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

(١) انظر (د/ أحمد احمد الموافى – المرجع السابق صـ٢٣٨ : ٢٤١) .

له الحق فى الدخول فى دائرتها ، وإنه إذ يمارس هذه الرقابة فلابد أن يكون بحيطة 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 "[١] .

هذا الرد فى ذاته ردًّا شكليًّا 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 لغةً : المناسبة والمقاربة والمقارنة.

واصطلاحا : كون الوصف مناسبا لترتب الحكم عليه[٢] .

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[٣]، والقاضى الإدارى هنا يقوم ببسط رقابته على مدى تناسب الإجراء مع خطورة الواقعة باعتبارها شرطا للمشروعية .

وهذا بخلاف نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فمحل إعمالها هو ركن المحل، والأثر المترتب على القرار الإدارى بالمقابلة بين منافعه وأضراره ، والرقابة القضائية فى هذا رقابة مشروعية ، إلا أنه ليس ما يمنع من رقابته للوقائع (للملائمة) إذا كانت شرطا لهذه المشروعية[٤] .

---

(١) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـــ٦٨) .

(٢) انظر (د/قطب مصطفى سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه – صـــ٤٤٩) .

(٣) انظر (د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـــ١٧٦) .

(٤) انظر (د/رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – صـــ ٣٥٣) .

ولذلك فطبقا لهذا المفهوم الجديد وفق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن تقدير شرعية القرار الإدارى يجب أن يأخذ فى الاعتبار عناصر الموازنة بين المنافع والمضار للمنفعة العامة مع إقامة موازنة بينها ، بحيث لا يكون شرعيا إلا إذا جاء رصيد هذه الموازنة بين المنافع والمضار إيجابيا لصالح القرار الإدارى .

ولنضرب لذلك مثالا بقرار نزع الملكية من أجل إقامة مشروعات سياحية واقتصادية ، فإقامة مثل هذه المشروعات ، وما تحققه من مصلحة عامة ، يمثل ركن السبب فى الوقائع ، أما نزع الملكية فيمثل النتيجة أى الأثر المترتب على هذا القرار ، وغايته المصلحة السياسية والاقتصادية المقصودة من القرار[١] .

وإذا كانت الموازنة بين المنافع والمضار قد أصبحت شرطا لشرعية القرار على نحو ما تقدم ، فهل معنى ذلك أن هذه الموازنة بين المنافع والمضار هى ذاتها الملائمة حتى يقال إن الملائمة أصبحت شرطا لمشروعية القرار ؟ وأن الموازنة بين المنافع والمضار هى الأخرى كذلك ؟ فمن المعلوم أن الإدارة قد تتمتع بسلطة تقديرية فى تحديد محل القرار الإدارى حين يترك لها المشرع حرية الاختيار بين محلين أو أكثر ، غير إن الوقوف على أبعاد السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار الإدارى فإنه يتعين عدم الاكتفاء بنظرة مجردة لمركز المحل دون بقية عناصر القرار ، وبخاصة عنصر السبب[٢] .

وعند عدم تحديد السبب والمحل أو تحديد أحدهما دون الآخر تستقل الإدارة باختيارهما أو باختيار أحدهما فى ظل توجيه عام من المشرع وحينئذ يكون للإدارة تقدير ملاءمة اختيارهما .

هذه الملائمة راقبها مجلس الدولة الفرنسى جزئيا قبل قضية المدينة الشرقية ، وراقبها بصورة أكبر فى نطاق نزع الملكية بعدها فى ظل صياغة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وما دامت ملاءمة القرار أصبحت خاضعة لرقابة مجلس الدولة فلا معنى لما ذهب إليه بعض مفوضى الدولة من القول بأن رقابة الموازنة بين المنافع والمضار تجاوز رقابة الملاءمة[٣] .

---

(١) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة الغلط البين – صـ ١٧٢) .

(٢) انظر (د/ محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ ١٧٤) .

(٣) انظر (د/ محمود سلامة جبر – المرجع السابق – صـ١٧٥) .

وإذا كان القضاء الإدارى يقوم بملاءمة السبب فإنما يقوم بها بناء على أنه أحد أفراد الموازنة بين المنافع والمضار ، ففى قضية Adam et autres والتى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٢ فبراير١٩٧٣م ، وفيها قام التنازع بصدد إنشاء طريق للسيارات أحدهما يجرى تنفيذه فى أرض زراعية ، وآخر يتم تسييره بين الوديان والتلال ، وقرر مفوض الدولة فى هذه القضية أنه من المستحيل الموازنة بين مزايا وأضرار إنشاء الطريق بعيدا عن تخطيطه ، وأن حقيقة الأمر فى هذه الدعوى لا يتمثل فى ملائمة اختيار الإدارة بين تخطيطين ، وإنما بين قرارين قانونيين ، وأن القرار الذى سيتخذ سيكون عنصرا من عناصر المشروعية[١] .

وخلاصة القول :

أن هذه الرقابة ما زالت تعد من رقابة المشروعية رغم ما تحمله فى طياتها من تدخل القاضى لبحث مدى الملاءمة فى محل القرار ، إذ إن هذا البحث ليس سوى وسيلة للتأكد من مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة بمطابقتها لمبدأ الموازنة بين المنافع والمضار بناء على أنه من المبادئ القانونية العامة التى تلتزم الإدارة باحترامها وإلا بات قرارها المخالف منها غير مشروع[٢] .

ثانيا : أما عن القول بأن قضاء الموازنة بين المنافع والمضار لا يسمح للأفراد بالوقوف مقدما على الحلول المتوقعة للنزاع ، وأنه لا يحقق هدفه من كفالة حقوق الأفراد ؛ لأنه قضاء الإدارة .

فهو قول جانبه الصواب لأمرين :

١) أن المتنازعين لا يستطيعون فى الغالب الوقوف على الحلول المتوقعة لنزاعاتهم سواء لجأ الأفراد إلى القضاء العادى أو إلى القضاء الإدارى ، وأيضا : لو كان الأمر معروف حَلُّهُ مقدما ، ما لجأ أحد إلى القضاء ، بل ولما كان هناك نزاع فى الأصل ، ولاسيما ، وأن واجب القضاء الفصل بين المتنازعين[٣] .

٢) ليس هناك شك فى أن نجاح قضاء مَّا ، لا يقاس بتزايد أو تناقص عدد

---

(١) Rec.P. 145 .D.1974 P.430 not Glle; R.D.P 1975, P.486, Concl . Gentot; G.A.1978,P.54

(٢) انظر (د/سامى جمال الدين – قضاء الملاءمة – صـ ٢٣٦ : ٢٣٧) .

(٣) انظر (د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ٣٥٥) .

القضايا المرفوعة من أجل تطبيقه ، بل على العكس يكون اطمئنان الأفراد إلى ما سيحققه تطبيق القضاء الجديد وراء محاولتهم سلوك هذا الطريق ، ومن ناحية أخرى فإن تزايد عدد القضايا قد يكون ناجما عن زيادة حالات نزع الملكية لزيادة تدخل الدولة فى المجالات المختلفة[١] .

ثالثا : أما القول بأن قضاء الموازنة بين المنافع والمضار اقترب كثيرا من الواقع مع البعد عن القانون مما أدى بالقاضى إلى الركون لتقديراته الشخصية ، وأن يحل تقديره محل رجل الإدارة ، رغم عدم قدرة القضاء الإدارى على ذلك ، وعدم توافر الوسائل الفنية لديه ، مما يجعله مثار شك فى التزامه بمبدأ فصل السلطات بين الإدارة العامة والقضاء[٢] . وهذا المعيار الشخصى للقاضى الإدارى قد يؤدى إلى اختلاف الحلول فى النزاعات المتشابهة ، وهو ما يتنافى مع قواعد العدالة التى هى من أساسيات القضاء الإدارى .

والحقيقة أن هذه الشبهة تحتاج إلى كثير من الإيضاح نوجزها فى الفقرات التالية :

قبل الدخول فى تفاصيل الرد لنا أن نتساءل : هل خرج القاضى الإدارى فى قضاء الموازنة بين المنافع والمضار عن دوره كقاضى أم لا؟

صحيح أن تطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار أثار هذا الاتهام للقاضى من قبل بعض الفقهاء بأنه أصبح يقوم بعمل رجل الإدارة ، حيث أدخل عناصر فنية كالتكلفة المالية ، والأعباء الاجتماعية فى تقديره ، وهذه العناصر تحتاج إلى درجة فنية عالية ، كما أن تقديراته أصبحت تأخذ الطابع الشخصى ، فوق أنه أصبح يجبر الإدارة أن تتحرك فى نطاق التعليمات المفروضة عليها ليكون قرارها مشروعا[٣] .

وهذا الاتهام مردود عليه بعدما أخطأ التقدير بعدة أمور :

الأول : أن القضاء الإدارى رغم تقدمه بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإن القاضى ظل فى الدور المحدد له تماما ، فهو لا يصدر أوامر للإدارة ولا يلزمها

---

(١) انظر (د/أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ ٢٤٠) .

(٢) A.CARRON :Note sous C.E.24,1,1975 .Grlier et Bonifay , C.J.E.G 1975 P.200 .

(٣) راجع فى ذلك :

- Chantal PASBECQ : Arecite précité P.807 .
- Jean waline : Artcle précité P. .811 ets .

بالتصرف على نحو معين ، وحتى فى 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 القاضى يترك للإدارة حرية اختيار التخطيط من عدة تخطيطات كلها مشروعة ، وتنحصر رقابته فى التخطيط المختار ، شريطة أن يتحقق المنفعة العامة معه ، ومن ثم لا يخرج القاضى الإدارى عن دوره كقاضى ولو راقب بعض عناصر الملاءمة ، أما الإدارة فلها أن تتخير من عدة قرارات ما يحقق المنفعة ، وعملها فى ذلك له مكنة القانون ، ولا يبدأ القاضى عمله إلا بعد أن تصدر الإدارة قرارها[١].

الثانى : إن الخطأ الذى وقع فيه بعض الفقهاء فى 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 الذى ساد إبان الثورة الفرنسية مترجما عدم الثقة فى القضاة كرد فعل لتعسف برلمانات ما قبل الثورة ، ومن ثم قال باقتصار دور القاضى على تنفيذ القاعدة القانونية فحسب[٢] .

والواقع الآن أن القاضى الإدارى لا يقتصر دوره على التنفيذ الحرفى للتشريع بل يملك قدرا من الحرية فى إثبات الوقائع ،وتطبيق القانون ، فيمكن أن يغطى 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[٣] .

وهو ما حدث بالفعل فى قضاء الموازنة بين المنافع والمضار فالقاضى قام بتفسير النصوص ،وفهم مقاصدها ثم جعلها قاعدة تحكم الواقعة مع احترامه للدستور ،وعدم انسلاخه منه ، وما من شك أن الدستور يعطيه هذا الحق فى القيام

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣١٢) ، وانظر (د/ماجد راغب الحلو – علم الإدارة العامة – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ١٩٨٥م– صـ١٦ ، ١٧) .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣١٣) .

(٣) انظر (د/ماجد راغب الحلو – القانون الإدارى– دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ١٩٨٣م – صـ٥٦٤) .

يمنع الإضرار بالحريات والحقوق .

وأيضا مما عضّد جانب القضاء الإدارى أنه يتميز بعدم الفصل بين الأفراد ، بل هو قاض للعلاقات بين الحكومة والمحكومين ، فدوره يندمج فى حقل السياسة ، وتؤثر أحكامه بالقطع على السطح السياسى[١] [٢] .

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 النظرية ، ولقد سبق لمجلس الدولة اعتبارات الرأى العام كثيرا فى أحكامه قبل أخذه بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، إذ حرص على تهدئة الرأى العام بصدد 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 اختيار موقع المشروع[٣] .

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

---

(١) انظر (د/ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – صـ٤٤٢) .

(٢) من الأمور المضحكة والمبكية فى آن واحد أن وقائع القضية رقم (٥٢) لسنة ٦ القضائية – مجموعة مجلس الدولة للقضاء الإدارى السنة السابعة صـ١٥٨٢ ، يقول المدعى أن هذه الأسباب تتخلص 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 الملاحة فى القناة ، وما أن انتهى المدعى من كلامه حتى فرضت الحراسة على المبنى ، وفصل المدعى من الاتحاد الاشتراكى ، ومن النادى الأوليمبى ، ومن عضوية مجلس نقابة الأطباء ، ومن منصب نقيب ، وفى ٢١ أغسطس من نفس العام صدر القرار الجمهورى رقم (٣٣٠٦) لسنة ١٩٦٦ بفصله من الخدمة .

(٣) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣١٥) .

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 – [1] ، وإذا أضفنا إلى ذلك أن القاضى الإدارى تربطه بالإدارة صلات خاصة تمكنه كما سبق أن بينا من الإحاطة بمستلزمات حسن الإدارة ، وكيفية تحقيق التوازن بين المنافع والمضار ، إذ إن قضية الإدارة لن يكون العامل الرئيسى فيها البحث عن الحكم السليم للقانون ، بقدر البحث عن نقطة التوازن بين المصالح الخاصة والعامة ، وهذه مهمة تحتاج من القاضى تقدير الموضوع للقرار الإدارى[2] .

ونخلص من ذلك إلى أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لا علاقة لها باختلاف التقديرات الشخصية للقضاء ، فهو أمر خارج عن طبيعة تلك النظرية ، والتى تعد وسيلة كأى وسيلة رقابية يقوم بها القاضى الإدارى للوقوف على مدى ملاءمة تصرف الإدارة مع ما يقصده القانون إجمالا .

---

(١) د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ٣٥٦ .

(٢) انظر (د/ سليمان محمد الطماوى – النظرية العامة للقرارات الإدارية – دار الفكر – القاهرة – الطبعة السادسة ١٩٩١م – صـ٣٤) ، وانظر (د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ٣٥٧) .

الرابع : أما بخصوص النقد الموجه إلى قلة الإلغاءات مع التطبيق الكثير للنظرية ، مما يعد دليلا على عدم صلاحيتها ؛ فإنه يمكن إرجاع قلة الإلغاءات إلى أسباب لا تنتقص من العمل بها هى :

١– أن القاضى الإدارى أصبح لا يُلقى بالا للاعتراضات التقليدية التى تصاحب كل مشروع .

٢– خشية القاضى أن يتجاوز الحدود الفاصلة بين عمله ، وعمل رجل الإدارة.

٣– أراد القاضى أن يعطى فرصة للإدارة أن تكيف نفسها مع القضاء الجديد ، ولقد أسفر ذلك عن عدم لجوء الإدارة لنزع الملكية إلا بعد فحص شديدين .

٤– السياسة التى ينتهجها القضاء الإدارى تجاه أعمال سلطة الإدارة التقديرية .

الخامس : أما القول بأن من الصعب مقارنة الأشياء وموازنتها ، وخصوصا وأن العلاقة بين المنفعة الخاصة والعامة متداخلة ، مما جعل فكرة المنفعة العامة غير واضحة الحدود ، وبالتالى 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 عموما ؛ وأما التداخل بين المنفعة العامة والخاصة ؛ فإنما تفرضه الأيديولوجية السائدة فى 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[1].

وإذا كان هناك جانب من الفقهاء قد وجه اللوم والنقد للقضاء والنظرية فإن ما يطمئن القلب ، ويشرح الصدر أن جانبا كبيرا من فقهاء القانون ، ينادى بها

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة صـ ٢٤٠ : ٢٤٢) .

بل ويرى أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تستحق كل تقدير واحترام ، معتبرين إياها من أهم ضمانات حقوق الأفراد بل ومن أكثرها فعالية فى مواجهة الإدارة ، وذلك على أساس أنها تتيح للقاضى الإدارى مراجعة ، ومن ثم إلغاء القرارات التعسفية أو الغير معقولة ، وكذلك القرارات التى اتخذت على عجل ، أى دون دراسة متأنية ووافية ، كما أنها تلزم الجهات الإدارية من جهة أخرى ، أن تقدم للمواطنين أولا ؛ ثم للقاضى بعد ذلك – إذا لزم الأمر – المبررات الجادة والمقبولة لمختلف أعمالها أو مشروعاتها التى تمس حقوق وحريات هؤلاء المواطنين[1] .

ولذا فقد طالب بها جمهور الفقهاء ضرورة التوسع فى إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار صيانة للحقوق وحماية للحريات وترسيخ لميزان العدالة بين الأفراد والدولة .

(١) انظر (د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة – صـ٣٥٨) .

المبحث الثانى

مستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار

فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية

بعد بيان ما لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار من أهمية ومناداة جمع كبير من الفقهاء بالاستمرارية فى تطبيقها ليس فى مجال نزع الملكية فحسب ، وإنما فى كل المجالات التى 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 فى بيان مدى ولاء مجلس الدولة فى كل من فرنسا ومصر ، ومن قبلُ بيان مستقبلها فى النظام الإسلامى مع ذكر حدود علاقة النظرية ببعض النظريات الرقابية ، والاجتهادات الفقهية حتى لا يظن فقيه عدم استقلاليتها عن غيرها .

ويتضح ذكرها فى المطالب التالية :

المطلب الأول : مستقبل الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى .

المطلب الثانى : مستقبل الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية .

المطلب لثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى 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؟[١] .

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 ألفت الكتب التي عالجت التعارض بين المنافع والمضار في القانون والقضاء الإداري منها : الطرق الحكمية لابن القيم ، والسياسة الشرعية لابن تيمية ، وفيها بيَّن علماؤنا أن الشريعة فرقت أولا بين مصالح الناس المشروعة ، ومصالحهم غير المشروعة ، ومن ثم فلا مكان للمنفعة التي تتعارض مع أحكام التشريع الإسلامي[٢] .

ومما لاشك 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 يلائم التطورات المختلفة على مر العصور بشرط عدم الخروج على نص ثابت بالكتاب أو السنة الصحيحة ، وإجماع علماء الأمة[٣].

---

(١) انظر (د/يوسف القرضاوي – السياسة الشرعية – صـ٣٠٠) .

(٢) 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– صـ٨٦ : ١١٤) .

(٣) انظر (د/عباس حسيني – المرجع السابق – صـ١١٥) .

ولكن من باب الإنصاف أمام هذا التطور السريع فى قضايا الأمة لا توجد فى التراث الفقهى على سبيل التفصيل ضالتنا والحلول لقضايانا ، إلا فى ظل قواعد عامة يستطيع أهل الاجتهاد البناء عليها ، واستنباط أحكام تعالج مشكلات هذا العصر ، وواقعه ، وحاجاته المتجددة[١] .

ومن ثم فإن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار لم تأخذ مداها فى القضاء الفقهى والفكر الإسلامى رغم وجود مدونات لثلة من الأعلام المجتهدين كالعز بن عبد السلام ، ومن بعده ابن تيمية ، وابن القيم ثم الشاطبى ، غير إن هذه المدونات كانت ذات طابع نظرى ومعزول[٢] ، فلم تترتب عليها النقلة المنهجية التى تبنى عليها الخطط التنفيذية وبخاصة فى عصرنا لكثير من أحكام المعاملات ، والعلاقات بين الأفراد والدولة ، ومن السهل أن نردّ هذا القصور المنهجى للنظرية للأسباب التالية :

١– هيمنة النظر الكلامى المجرد .

٢– هيمنة النظر الفقهى الجزئى .

٣– اتجاه القراءة المنفردة للوحى .

٤– التركيز على الأدوات اللفظية أو السياق اللغوى .

٥– الإغراق فى التنظير والافتراضات ،والبعد عن واقع الحياة العملى ومتطلباتها .

٦– عدم اعتبار خصائص الشريعة محددات منهاجية والانتصار على الإشادة بها باعتبارها مناقب مجردة ، وما أكبر الفرق بين الاثنين[٣] .

وتناسى الفقهاء أن العهد النبوى كانت الموازنة بين المنافع والمضار فيه واقعا حياتيا ، وعهد الصحابة الكرام كانت الموازنة بين المنافع والمضار فيه منهجا مطبقا ، فلم يكتفوا بالوقوف أمام المبادئ التى تحكمها ، وإنما بنوا حياتهم عليها ، ذلك لأنهم كانوا على فهم دقيق ورشيد لوظيفة التديُّن ؛ فالتدين عندهم هو محاولة لتكييف

---

(١) انظر (د/ يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط – صـ ٥) .

(٢) انظر (د/طه جابر علوان – مقاصد الشريعة– دار الهادى للطباعة والنشر – بيروت – الطبعة الأولى ١٣٢١هـ/٢٠٠١م – صـ١٢٦) .

(٣) انظر (د/طه جابر علوان – المرجع السابق – صـ١٢٧) .

الواقع البشرى مع الوحى الإلهى ، وهى محاولة كثيرا ما تقف أمامها بعض الضرورات فى وجهها ، أو ظروف طارئة ، أو وقائع جديدة ، فكان فقه الموازنة بين المنافع والمضار يقضى على كل هذه الأمور بتقديم ما عظمت منفعته على مضرته والعكس[١].

وبناء على فقه الموازنة بين المنافع والمضار فى عهد النبوة والصحابة ارتفعت الأصوات بالمناداة بتبنى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فقها وتطبيقا لعلاج الواقع المتجدد ، والذى دفع إلى هذا النداء المستمر ، وجود الآثار السلبية المتعددة والمتنوعة لإغفال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار على العقل المسلم فقها وفكرا[٢].

وأمام محاولة المغرضين لإظهار التشريع الإسلامى بمظهر (القانون الميت) الذى تجاوزه ركب التاريخ ، وأمام الاضطراب فى المنطق ، والانحراف فى 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 الماضى الغابر ، وأمام هيمنة التفكير الأحادى والتسرع فى إصدار الأحكام القيمية ، وأمام تداخل المراتب ، وعدم القدرة على تنظيم الأمور فى إطار كل جامع[٣] .

أمام كل هذا ارتفعت أصوات الفقهاء والمجتهدين بالعمل على إرساء قواعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، وإعمالها بشرط البعد عن الاجتهاد الأحادى الجزئى ، والعمل بالنظرية فى ظل الاجتهاد الجماعى .

ومن ثم واكب اهتمام العلماء المعاصرين بالنظرية اهتمامهم بالمجامع الفقهية أو الاجتهاد الجماعى ، ولذا يتحدد مستقبل النظرية فى النظام الإسلامى عن طريق النظر فى أمرين مهمين :

أولهما : علاقة النظرية بفقه المقاصد وفقه الأولويات .

ثانيهما : علاقة النظرية بالاجتهاد الجماعى .

---

(١) انظر (د/ طه جابر علوان – المرجع السابق – صـ ١٢٥ : ١٢٦) .

(٢) انظر (د/ يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر – صـ٨٨) .

(٣) انظر (د/ جابر علوان – مقاصد الشريعة – صـ١٢٩ : ١٣١) .

أولا : 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 قصدا ، ويطلق على عدة معان منها :

استقامة الطريق ، وشاهده ، قال تعالى ﴿ وَعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾[1]؛ أى على الله تبيين الطريق المستقيم ، والدعاء إليه بالحجج والبراهين الواضحة .

ومنها أيضا : العدل كقول الشاعر :

على الحكم المأتى يوما إذا قضى قضيته ، ألا يجور ويقصد

أى :ينبغى أن يقصد ؛ وذلك بالحكم العدل .

ومنها الاعتماد والأم ، فقصد بقصده قصدا أى : سار إتجاهه ونحا نحوه[2].

تعريف المقاصد اصطلاحا :

كتب كثير من العلماء ومنهم الدكتور /أحمد الريسونى أنهم لم يعثروا على تعريف محدد للمقاصد لدى العلماء القدامى ، وإنما هى استعمالات لهم ، واصطلاح أطلقوه قديما ، وسبب ذلك أن صدر هذه الأمة لم يكونوا يتكلفون ذكر الحدود اللفظية ، ولا الإطالة فيها ؛ لأن المعانى كانت عندهم واضحة ومتمثلة فى أذهانهم ؛ كذلك شغلهم التطبيق العملى عن النظرى[3] .

ومع ذلك نتلمس مفهوم المقاصد من خلال تعبيرات تدل على مضمونها وكيفية تطبيقها منها :

١– قال الغزالى : "أما المصلحة فهى عبارة فى الأصل عن جلب منفعة أو

---

(١) سورة النحل : آية ١٦ .

(٢) انظر (ابن منظور – لسان العرب – ٣/٣٥٣) وانظر (الشيرازى – القاموس المحيط – ١/٣٢٤ : ٣٢٥) ، وانظر (الرازى – مختار الصحاح – صـ١١٨)

(٣) انظر (د/يوسف أحمد البدوى – مقاصد الشريعة عند ابن تيمية – صـ٤٥) ، وانظر (د/ أحمد الريسونى – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ٥) ، وانظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ ٤٥) .

دفع مضرة ،ولسنا نعنى به ذلك – أى أن هذا لا خلاف فيه – فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعنى بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونسلهم ، وما لهم"[١] .

٢– قال الآمدى :" المقصود من شرع الحكم ، إما جلب مصلحة أو دفع مضرة ، أو مجموع الأمرين"[٢] .

٣– قال العز بن عبد السلام :" من تتبع مقاصد الشرع فى جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك إعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها ، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وإن لم يكن فيها إجماع ، ولا نص ولا قياس خاص"[٣] .

٤– قال الشاطبى :"تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها فى الخلق ، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام : أحدها أن تكون ضرورية ، والثانى : أن تكون حاجية ، والثالث : أن تكون تحسينية"[٤] ، وقال أيضا : "إن الشارع قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية"[٥] .

وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها لم تعط تعريفا دقيقا للمقاصد بالمعنى الاصطلاحى ؛ وإنما أرادوا بتعداد المقاصد وحصرها ، وبيان رعايتها والمحافظة عليها، ولعل سبب عدم تحديدهم للمعنى ، كونه كان واضحا ورائجا فى زمانهم ، وأنهم ما كتبوا مدوناتهم إلا للراسخين فى علوم الشريعة ، وهو ما نبه عليه صراحة الشاطبى فى مقدمة كتابه الموافقات بقوله :"ولا يسمح للناظر فى هذا الكتاب ، أن ينظر فيه نظر مفيد أو مستفيد ، حتى يكون ريَّان من علم الشريعة أصولها وفروعها ، منقولها ومعقولها ، غير مُخْلِد إلى التقليد والتعصب للمذهب"[٦] .

---

(١) الغزالى – المستصفى – ٤١٦/١ ، ٤١٧ ، وانظر (الغزالى – شفاء الغليل – صـ٧٩) .

(٢) الآمدى – الإحكام – ١٨٣/٣ .

(٣) ابن عبد السلام – قواعد الأحكام – ٣٢٧/٢ .

(٤) الشاطبى – الموافقات – ٧/٢ .

(٥) الشاطبى – المرجع السابق – ٢٨/٢ .

(٦) الشاطبى – المرجع السابق – ٦١/١ .

يقول د/ أحمد الريسونى :"ومن كان هذا شأنه فليس بحاجة إلى إعطائه تعريفا لمعنى مقاصد الشريعة"(١) .

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"(٢) .

وقال ابن تيمية :"إن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح ، وتكميلها ،وتعطيل المفاسد ، وتقليلها "(٣) .

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 العبث ، فليست من الشريعة ، وإن دخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه"(٤) .

وإذا كان العلماء الأوائل لم يحرصوا على وضع حد ، وتعريف للمقاصد الشرعية ؛ فإن العلماء المحدثين كابن عاشور ، وعلاّل الفاسى ، والدكتور يوسف العالم ، قد وضعوا تعريفات لها منها :

قال ابن عاشور :"مقاصد التشريع العامة هى المعانى والحكم الملحوظة للشارع فى جميع أحوال التشريع أو معظمها ، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون فى نوع خاص من أحكام الشريعة ، فيدخل فى هذا أوصاف الشريعة ، وغايتها العامة ، والمعانى التى لا يخلو التشريع عن ملاحظتها ، ويدخل فى هذا أيضا معان من الحِكَم ليست ملحوظة فى سائر أنواع الأحكام ، ولكنها ملحوظة فى أنواع كثيرة منها "(٥)

.

---

(١) د/ عبد الرحمن الكيلانى – نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ٥ .

(٢) ابن عبد السلام – شجرة المعارف – صـ ٤٠١ .

(٣) ابن تيمية – مجموعة الفتاوى – ٣٠/٢٠ .

(٤) ابن القيم – إعلام الموقعين – ٣/ ٥ .

(٥) ابن عاشور – مقاصد الشريعة – صـ٢٥١ .

وقال أيضا حين نوع المقاصد الشرعية إلى معان حقيقية ، ومعان عرفية عامة ، " فأما المعانى الحقيقية فهى التى لها تحقق فى نفسها ، بحيث تدرك العقول السليمة ملاءمتها للمصلحة أو منافرتها لها – أى تكون جالبة نفعا عاما أو ضررا عاما"[١] .

وقال : "وأما المعانى العرفية فهى المجرَّبات التى ألفتها نفوس الجماهير ، واستحسنتها استحسانا ناشئًا عن تجربة ملاءمتها لصلاح الجمهور"[٢] ، وقد بين أيضا : "أن مقصد الشريعة من التشريع حفظ نظام العالم ، وضبط تصرف الناس فيه على وجه يعصم من التفاسد والتهالك"[٣] .

وعرفها علال الفاسى فقال :"المراد بمقاصد الشريعة : الغاية منها ، والأسرار التى وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"[٤] ، 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 فى العقل وفى العمل ، وإصلاح فى الأرض ، واستنبأ لخيراتها ، وتدبير لمنافع الجميع"[٥] .

وعرفها يوسف العالم بقوله :" ومقاصد الشارع هى المصالح التى تعود إلى العباد فى دنياهم وأخراهم ، سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع ، أو عن طريق دفع المضار"[٦] .

وبعد استعراضنا لمجموعة التعاريف السابقة تبين لنا ؛ أن تعريف الشيخ الطاهر بن عاشور غلب عليه طابع البيان والتوضيح لحقيقة المقاصد ، أكثر من صفة التعريف الذى يكون عادة جامعا مانعا ومحددا بألفاظ محدودة ، تصور حقيقة المعرَّف ؛ كذلك أدخل ابن عاشور فى المقاصد الخصائص العامة للتشريع مثل

---

(١) انظر (ابن عاشور – المرجع السابق – صـ٢٥١) .

(٢) انظر (ابن عاشور – المرجع السابق – صـ٢٥٢).

(٣) انظر (ابن عاشور – المرجع السابق – صـ ٢٩٩) .

(٤) علال الفاسى – مقاصد الشريعة ومكارمها – صـ٧ .

(٥) انظر (علال الفاسى – المرجع السابق – صـ٤٦) .

(٦) د/يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية – صـ٧٩) . وانظر (الغزالى – شفاء الغليل صـ٧٩).

السماحة والوسطية والشمول وغيرها.

أما بخصوص تعريف الأستاذ(علال الفاسى) فقد اتجه لبيان المقاصد الكلية من إقامة المصلحة ، ودفع المفسدة ، كما يلاحظ من التعريف المقاصد الخاصة التى راعاها الشارع فى جزئيات الأحكام ، وهو ما عناه بقوله : (والأسرار التى 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 التى يراعيها المشرع ويقصدها ، والتى من شأنها أن تُفضى إلى الغاية الكبرى[١].

ولقد اخترت تعريفا انفرد به الدكتور عبد الرحمن الكيلانى قال فيه : "مقاصد الشريعة هى (المعانى الغائيَّة التى اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامه)" .

وذلك للأسباب الآتية :

١– كونه وصف المقاصد بأنها المعانى لأنها تشمل المعانى الكلية التى تدور حولها أحكام الشريعة ، مثل إقامة المصلحة ورعايتها ، والحفاظ عليها ، وما يتفرع عن هذا المقصد الكلى من مقاصد أكثر تخصيصا ، مثل الحفاظ على النفس ، كما تشمل المقاصد الجزئية التى يقصدها الشارع مثل قصده إلى ديمومة عقد النكاح .

٢– كونه قال : "التى اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها " استفادة من معنى المقصد اللغوى الذى يعنى : سار اتجاهه فلقد وظف العبارة اللغوية خدمة للمعنى الشرعى .

٣– كونه قال : (عن طريق أحكامه) إذ أدّى به إلى بيان أن الأحكام شرعت وسائل لإقامة هذه المقاصد ، وطرقا لتجسيدها فى الواقع ، وأن الأحكام هى وسائل لتحقيق غايات مرسومة لها شرعا ، وليست هى غايات فى ذاتها[٢] ، كما أشار إلى ذلك الشاطبى بقوله : "الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قصد بها أمور أخرى هى معانيها ، وهى المصالح التى شرعت لأجلها "[٣] .

---

(١) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى – قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبى – صـ ٤٦) .

(٢) انظر (د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلانى – المرجع السابق – صـ٤٧) .

(٣) الشاطبى – الموافقات – ٢٩٢/٢ .

ومن ثم فإن المنافع والمضار ، ومقاصد الشريعة صنوان ، وتوأمان لا ينفصمان ، إذ إن جلب المنافع حفظ للمقاصد من جانب الوجود ، ودرء المفاسد حفظ للمقاصد من جانب العدم .

وعلى سبيل التحقيق فإن المصلحة هى المقصد الأصلى 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 التى يقصدها التشريع الإسلامى ؛ ولذا وضعت القواعد الكلية الواجبة الإتباع حتى تتحقق المقاصد الشرعية فى 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 ، وفى ظل البحث عن الحلول الشرعية أصبحت الموازنة بين المنافع والمضار غير حبيسة للدائرة الفقهية التقْنينيَّة فى الفقه الإسلامى، بل أصبحت عملية فكرية فى محيط الفرد والجماعة تتطلب أن تكون علما مستقلا بذاته فى إطار التجربة ، ودراسة الواقع والسعى إلى إصدار تشريعات تعالج أوضاعا النقص والعجز ، أما من حيث رباطها بعلم أصول الفقه فهى لا تنفك عنه ، فهو الذى يحدد دورها الوظيفى الذى تقوم به حاليا ، والذى ينبغى أن تحرص على تطويره ، وانسلاخها من الأصول يحرمها من روح المقاصد الشرعية ، ويحمد علم الأصول[1] .

ثانيا : علاقة الموازنة بين المنافع والمضار بفقه الأولويات :

الأَوْلى فى اللغة : اسم تفضيل ، وينحصر استعماله فى معنين :

الأول : بمعنى أحق وأجدر ، والثانى : بمعنى أقرب

يقال : فلان أَوْلى بهذا الأمر من فلان : أى أحق به ، وفلان أَوْلى بكذا أى أحرى وأجدر[2] .

---

(١) انظر (د/جمال الدين عطية – نحو تفعيل مقاصد الشريعة – صـ١٥٠) .

(٢) انظر (ابن منظور – لسان العرب – مادة ولى) .

وقد تحمل كلمة أوْلى معنى التهديد والتوعد ، كقوله تعالى : ﴿أَوْلَى لَكَ فَأَوْلَى﴾[1] .

أما تعريفه اصطلاحا : فيندر أن تجد كتابا قديما فيه هذا المصطلح لأنه برز على الساحة فى عصرنا ، ولا أحسب أحدا عرفه تعريفا ضمنيا سوى الدكتور يوسف القرضاوى ، فقال :" وأما فقه الأولويات فنعنى به وضع كل شيء فى مرتبته ، فلا يؤخر ما حقه التقديم ، ولا يقدم ما حقه التأخير ، ولا يصغر الأمر الكبير ، ولا يكبر الأمر الصغير "[2] .

وهذا التعريف لا يقتصر على الجانب المعرفى بل يضع منهجا تنفيذيا ، وسبب ظهور هذا الفقه وجود الاختلالات الكثيرة الذى حدثت فى مراتب الأعمال ، وفى كثير من سلوكيات المسلمين العلمية والعملية .

أيضا : 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 أيضا الرضا بالموقف الدفاعى دائما دون الانتقال إلى مرحلة الفكر التأسيسى فنخطط ونرسم منهج البناء والتعمير[3] .

ومن ثم فإن فقه الأولويات يرفض الإخلال بالنِّسبِ التى وضعها الإسلام للتكاليف الشرعية ؛ لأن الإخلال بها يحدث ضررا بليغا 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 شرعا 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 لتحققها ، فإنها قد تتداخل مع فقه الأولويات ، فتنتهى الموازنة بين

---

(١) سورة القيامة : آية ٣٤ .

(٢)د/يوسف القرضاوى – أولويات الحركة الإسلامية – صـ٣٤ ، وانظر (محمد الوكيلى – فقه الأولويات – دراسة فى الضوابط – صـ١٥) .

(٣) انظر (محمد الوكيلى – فقه الأولويات – دراسة فى الضوابط – صـ٣١) .

المنافع والمضار إلى أولوية معينة[١] .

والذى يجمع بينهما أنهما يمثلان منهجا لتحقيق المقاصد الشرعية .

ومحل الاختلاف بينهما فيما يلى :

١) أن فقه الأولويات يعد منهجا تنظيريا ، وفقه الموازنة بين المنافع والمضار يمثل المنهج التنفيذى للمصلحة عند تزاحمها أو تعارضها .

٢) يعمل بالأولويات فى كل قضايا الأمة لكنه على المستوى الفردى أكثر ، بخلاف الموازنة بين المنافع والمضار فإن إعمالها فى السياسة الشرعية أكثر .

ومثال ذلك : أن الإنسان قد يجد نفسه أمام واجبين أو حقين ، فيحتار فيما يقدم ، وكثيرا ما يصطدم فى معترك الحياة ، وفى سبيل تحقيق الغاية الدنيوية بمحرمات ، فهل يضحى بمصالحه تفاديا لارتكاب الحرام بدونها ويحقق أغراضه ، 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 تزاحم المصالح مع المفاسد .

٤– جهة المفسدة أولى بالدرء عند تساوى المصالح مع المفاسد .

٥– الأعم مصلحة أولى بالتقديم من الأخص[٢] .

ومن ثم فإنها علاقة تكامل بين الفقهين 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[٣] ، وكان من أهم وسائلهم فى تحقيق ذلك وسيلتان :

---

(١) انظر (د/ يوسف القرضاوى – أولويات الحركة الإسلامية – صـ٣٥) .

(٢) راجع (محمد الوكيلى – فقه الأولويات دراسة فى الضوابط – صـ١٩٧ : ٢٣٦) .

(٣) انظر (د/ عبد المجيد السوسوة – الاجتهاد الجماعى فى التشريع الإسلامى – كتاب الأمة العدد (٦٢) السنة السابعة عشرة ١٥ ذو القعدة ١٤١٨هـ/١٩٩٨م – صـ١١٩) .

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 علماؤنا المتبصرون بدينهم المدركون لملابسات 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[١].

وبهاتين الوسيلتين تتحقق العلاقة الجدلية : ففقه المقاصد يُمَكّن من فَهْمِ الوحى ، وفقه الموازنات يمكن من فهم الواقع ، هذه العلاقة تمنع من عوامل الفتور التى تصيب الشرائع[٢] .

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 المتشابكة ، والقضايا المتجددة ، إذ إنها تحتاج إلى فقه النص والإحاطة بفقه الواقع ، فَهُما يهديان المسلم لمعالجة مشكلاته وقضاياه[٣] 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 .

فالاجتهاد الجماعى اجتهاد جماعة ، وليس جهد فرد ، وإن هذه الجماعة تكون من أغلب العلماء المجتهدين أو أكثرهم (فالاجتهاد الجماعى هو : استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحصيل ظن بحكم شرعى بطريق الاستنباط ، واتفاقهم جميعا ،

---

(١) انظر (د/طه جابر العلوانى – مقاصد الشريعة صـ١٢٣ : ١٢٤) .

(٢) انظر (د/طه جابر العلوانى – المرجع السابق – صـ١٤٠) .

(٣) انظر (د/ عمر عبيد حسنة – الاجتهاد الجماعى فى التشريع – صـ١٨) .

أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور)[١] ، 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 الجماعى والإجماع ، وقوله : (بعد تشاورهم) فيه بيان بأن الاجتهاد الجماعى لابد أن يكون الحكم الصادر عنه قد أتى بعد تشاور أولئك العلماء ، وتبادلهم للآراء وتمحيصهم للأفكار ، ومناقشتهم لها بطريقة شورية ، من خلال وسيلة يحددونها مثل : (المجالس أو المجامع أو المؤتمرات الفقهية أو غير ذلك)[٢] .

وسبب ذلك : أن المجامع الفقهية تضم الكفايات الفقهية العالية وتصدر أحكاما شجاعة وبحرية بشرط إبعادها عن كل المؤثرات والضغوط السياسية والاجتماعية[٣] .

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 العلمى والطبى والاقتصادى[٤] .

أيضا : تستطيع هذه المجامع الفقهية بناء على فقه الموازنات أن تكشف الطاقات فتضع لها الخطة والهندسة المناسبة ، فالاجتهاد الجماعى 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 ، ويُكسب العقل القدرة على التحليل والتعليل ، ويحقق الانسجام بين قوانين الكون ونواميس الطبيعة ، وسنن الله تعالى فى الأنفس ، وامتلاك القدرة للتعرف على الأسباب الموصلة إلى النتائج ، وإمكانية المداخلة والتسخير المطلوب شرعا[٥] .

---

(١) انظر (د/ عمر عبيد حسنة – المرجع السابق – صـ ٤٦) .

(٢) انظر (د/يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر – صـ١٢) .

(٣) انظر (د/يوسف القرضاوى – المرجع السابق – صـ ١٢) . وانظر (د/ عبد المجيد السوسوة – الاجتهاد الجماعى فى التشريع – صـ٤٧) .

(٤) انظر (د/يوسف القرضاوى – الاجتهاد المعاصر – صـ٧) .

(٥) انظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – ١٨/١ ، ١٩) .

ولا يقتصر دور الاجتهاد الجماعى على فهم النص ، وإنما يستأنس بعلوم الاجتماع والنفس والاقتصاد وغيرها ، وتتمثل ضروب الاستئناس فى الاستفادة من مناهج البحث والتوثيق ، والتفسير والتخريج ، وفى إجراء المقارنات والملاحظة ، واختيار العينات أو المقابلة ؛ لأنها تهدف إلى إعطاء نتائج قريبة من الصحة أو صحيحة[١] ، وبخاصة إذا تعلق الأمر بمجال السياسة الشرعية ، فهى أبرز مجال يجب أن تتجه إليه الهمم من أجل تقعيده وأستخلاص قوانينه وضوابطه حتى يوجد حل لجملة من القضايا ذات الأهمية البالغة فى حياة المجتمع المسلم المعاصر[٢] .

ومن ثم فإن علاقة النظرية بالاجتهاد الجماعى هى 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 دبت فيها الحياة من جديد ، وانفتح أمامها مستقبل يحمل معه مرجعية الماضى وواقعية الحاضر ، غير إنها لن يقر قراراها فى ظل تطبيق خادع ، بل يتم إعمالها 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)[٣] .

---

(١) انظر (د/ نور الدين بن مختار الخادمى – الاجتهاد المقاصدى – ١٦٦/٢) .

(٢) انظر (د/ جمال عطية – نحو تفعيل مقاصد الشريعة (مدخل تنظيرى)– مجلة المسلم المعاصر العدد ١٠٣ السنة السادسة والعشرون ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م – صـ١٤٥) .

(٣) انظر (د/ جمال عطية – المرجع السابق – صـ١٣٨) .

المطلب الثانى

مستقبل نظرية الموازنة

بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية

فى ظل القضايا الكثيرة التى طبق فيها القضاء الإدارى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار حتى وصل بالإدارة إلى أن تتبنَّى قاعدة المعقولية فى التصرفات الإدارية التى تسود اليوم عالم القضاء الإدارى ، والتى يهدف من ورائها إلى أن تحث الإدارة على ترشيد وعقلنة أعمالها الإدارية بصفة عامة ، والتقديرية منها بصفة خاصة[١] ؛ 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 صلاحها بصلاح المستخلفين فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ، ومن صلاح فى العقل ، وفى العمل ، وإصلاح فى الأرض واستنباط لخيراتها ، وتدبير لمنافع الجميع[٢] .

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[٣] ، وهذا المبدأ خاضع لتطور الشعوب .

---

(١) انظر (د/رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى– صـ٣٥٩) .

(٢) انظر (د/ علال الفاسى – مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها– صـ٤٥ : ٤٦) .

(٣) انظر (د/ علال الفاسى – المرجع السابق – صـ٥١) .

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 الوحى 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[1].

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 وأوكام فى بداية القرن الرابع عشر ، ورأيا أن القانون ليس قاعدة تقتضيها طبيعة الخليقة ، ولكنه أمر ، والأمر قبل النسخ ؛ ولذلك لا محل للقول بوجود قانون طبيعى أزلى مشتق من طبيعة الأشياء .

ثم قامت حركة الفقهاء الأساسين لتأييد نظرية توماس ، ولا تزال هاتان النظريتان محور المذاهب القانونية المختلفة فى الغرب[2] .

ولكن سرعان ما برزت مدرسة ثالثة تقول بوجود قانون طبيعى ذى حدود متغيرة ، إذ لاحظوا وجود مبادئ ثابتة قليلة العدد ، ويمكن اعتبارها مثلا أعلى للقانون فى كل بلد ، وفى كل زمان ، ومن ثم قالوا : إن القانون الطبيعى يشمل هذه المبادئ القليلة العدد .

ثم مع أوائل القرن العشرين عادت المدارس الفقهية إلى النظرة التقليدية ، إلى القول بأن القانون الطبيعى هو مجموعة مبادئ محصورة العدد مبنية على العدالة وسلامة الذوق ، يتعين على الشرع أن يراعيها ، وتعتبر هى المقياس الذى تقدر به صلاحية التشريع أو عدم صلاحيته ، فالقانون الطبيعى ليس هو القانون المثالى ،

---

(١) انظر (د/سليمان مرقص – المدخل للعلوم القانونية – ١/٢٨٥ ، وما بعدها) .

(٢) القانون الطبيعى : هو مجموعة المبادئ المثالية الأبدية الخالدة الذى تصلح لكل زمان ومكان ، ولا يجوز للأفراد أو للسلطة فى المجتمع أن تخرج عليها ، واختلف أنصاره فى بيان مصدره هل هى الإرادة الإلهية ، ومنهم من جعل مصدرها الفعل الإنسانى – انظر (د/محمد على عمران ، د/حمد عبد الرحمن – المدخل لدراسة القانون – الكتاب الجامعى عين شمس –٢٠٠٠م – صـ١٥: ١٦) .

ولكنه القاعدة العليا للتشريع التى إن حاد عنها المشرع كان تشريعه ظالما أو فاسدا[1] .

وبناء على هذا القول : فإن العدالة عندهم تعنى القاعدة العليا للتشريع التى إن حاد عنها عُدَّ ظالما أو فاسدا ، ولكن هذه القاعدة ليست قاعدة بالمعنى المثالى للقانون أى إنها ليست فى قالب صياغة قانونية كما هو معلوم فى القانون العادى .

والحقيقة أن مفهوم العدالة (المقاصد) يختلف تطور الأخذ به من دولة لأخرى تبعا للنظام السائد وتبعا لاختلاف الظروف الاجتماعية والدينية (غير الإسلام) .

مبدأ العدالة فى إنجلترا :

اختلف تطور هذا المبدأ فى إنجلترا باختلاف الظروف الاجتماعية والدينية ففى 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 فى البلاد ، وكانت تطبق القانون العادى المستند إلى العادات والتقاليد والأعراف ، والأحكام الموجودة فى السجلات القضائية ، وما أقرته من مبادئ عامة ، ولكن هذه العادات والقوانين اتضح جمودها ، وعدم صلاحيتها لمسايرة التطورات الاجتماعية التى وقعت فى إنجلترا ، ولم يكن فى استطاعة القضاة أن يحيدوا عنها ولو كانت ظالمة ، نظرا لما وَقَرَ فى نفوسهم من تقديسها ، وكانت تَعَدُّ ضمير الملك موافقا للعدل الذى هو مسئول عن توزيعه على الناس ، وكان الملك يعطيها فى صيغة أوامر إدارية ما لبثت أن تدخلت فى القانون العادى 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 .

وهذه المحكمة كانت تستمد قانونها من قوانين الشعوب الرومانية ، ومن

---

(١) د/محمد على عمران ، د/احمد عبد الرحمن – المرجع السابق – صـ ١٦ .

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 العادالة الخاضع للتطور القومى ، دون الأخذ بأحكام القانون الطبيعى ، خوفا من نفوذ رجال الكنيسة .

مبدأ العدالة فى العصر الحديث :

استخلص المشرعون الأوربيون 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 تطبيقى ، 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 تهدى 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[1].

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

(١) انظر (علال الفاسى – مقاصد الشريعة ومكارمها – صـ٢٣ : ٤٤) .

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[١] – وبصفة خاصة فى إنجلترا – للقضاء الموحد فيها سلطات واسعة فى أعمال الإدارة وموظيفها ، حيث تملك المحكمة إعطاء الأوامر للموظف كما يفعل الرئيس الإدارى بالنسبة لمرؤوسيه ، ومن ثم يظهر خضوع وتبعية الإدارة للقضاء .

وفى 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 هى تحتل مكانا فى عيب مخالفة مبادئ حسن الإدارة[٢] .

ويؤخذ على هذا القضاء : أن تدخله فى كل أعمال الإدارة يؤدى إلى عرقلة أعمالها ، كما أنه يحرمها من حريتها فى التصرف[٣] .

ب– مدى ولاء القضاء الإدارى للموازنة فى ألمانيا :

تطلق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى ألمانيا على (مبدأ التناسبية) هذا المبدأ يرتبط فى القانون السويسرى والألمانى بالدستور ، ومقتضاه : أن يتناسب إجراء الإدارة مع الظروف المحيطة[٤] .

فالموازنة بين المنافع والمضار (التناسبية) فى ألمانيا قاعدة قانونية عامة تُطبقها

---

(١) انظر (د/ محمود محمد حافظ – القضاء الإدارى – دراسة مقارنة– ط٦ – ١٩٧٣م– صـ٨٩) .

(٢) انظر (د/محمود سلامة جبر – رقابة الغلط البين – صـ١٥٢) وانظر (د/ رمضان محمد بطيخ – الاتجاهات المتطورة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى – صـ٣٥٩) .

(٣) انظر (د/ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – صـ٧٧) .

(٤) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٣٦) .

محاكمها على جميع أعمال الإدارة ، نذكر منها على سبيل المثال :

الحكم الصادر فى ١٩٧٠/٢/١٧ من محكمة العدل الأوروبية فى لكسمبورج بخصوص طلب تعويض رفع إلى محكمة فرانكفورت وادعى الطاعن وهو فلاح ألمانى ، أن الالتزام الذى فرض لكفالة حرية التجارة قاس جدا بالنسبة للهدف المبتغى ، ويسبب أضرارا بحرية التجارة .

فردت المحكمة بأن : الأعباء التى فرضها الالتزام ليست مفرطة ، وهى النتيجة الطبيعية لنظام السوق وفقا لمقتضيات المنفعة العامة [١] .

وهذا الحكم أكد أن مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار يجد أساسه فى مبدأ التناسبية المعروف فى ألمانيا ، كما أنه يقترب من مبدأ المعقولية المعروف فى القضاء الإنجليزى والأمريكى .

ويؤخذ على هذا القضاء أن تدخّله الشامل لكل أعمال الإدارة ، يؤدى إلى عرقلة الإدارة ، كما أنه يحرمها من حريتها فى التصرف[٢] .

جـ – مدى ولاء القضاء الإدارى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى 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 فى نزع الملكية ، وبعض الأحكام بدت وكأنها تطبق فكرة المنفعة العامة فى ذاتها ، كما وُجد من نادى من الفقهاء بالاكتفاء برقابة الخطأ البين فى 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 فى بداية الأخذ بالنظرية طبقت الرقابة

---

(١) J.P.CORDELIER : Expropriation.Les réformes récentes , colloque de Marly 19 – 20 avril 1977, centre de recherches d'urbanisme ,1977. p. 127 et ss .

(٢) انظر (د/ماجد راغب الحلو – القضاء الإدارى – صـ٧٧) .

التقليدية ، ولكن المجلس ألغى أحكامها .

- فقد لجأت الإدارة إلى نزع ملكية فندق لتهرب 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- وقدر أن تكاليف المشروع ستكون مفرطة بالنسبة للمنفعة المؤقتة التى ستتحقق من المشروع ، وألغى بناء على ذلك حكم المحكمة الإدارية ، والقرار الإدارى إعمالا لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار [١] .
- أيضا : طبقت محكمة Rennes الإدارية الرقابة التقليدية بمناسبة إقامة منطقة صناعية تشتمل على معمل لتكرير البترول ، فقررت أن ذلك من المشروعات التى 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[٢].
- 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 التى يفرضها فى ضوء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار[٣].

وإذا نظرنا إلى موقف المحاكم الإدارية هنا فى عدم إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، نجد أن هذه الحالات لها ما يبررها ، فى أن المحاكم الإدارية عادة فى

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة صـ٣١٨) .

(٢) انظر :

T.A. Rennes 21,2,1973, comite de defense des proprie taires, A.J.P.I 1973, P899 .

(٣) انظر :

T.A. Lille 12,4,1973, sieur Mamet, A.J.P.I 1973, P. 900 .C.E21,2,1975 ,min .de l'Inteieur c/sieurs memet et aurtes, lep .p,149 .

بداية التحولات القضائية ، تنتظر فى العمل بهذا الوافد الجديد حتى يستقر مجلس الدولة على قضائه الجديد ثم نلتزم به[١] .

الخطأ البين والموازنة بين المنافع والمضار :

لاشك أن وجود نظرية الموازنة بين المنافع والمضار والخطأ البين[٢] معا فى أكثر من مناسبة ، جعلت بعض الفقهاء يقول بالاكتفاء بنظرية الخطأ البين ، وخصوصا وأنه قبل أن يطبق مجلس الدولة نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال نزع 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 فى التقدير ، ولكن المجلس لم يفصل فى القضية إلا فى مارس (١٩٧١م) بناء على تقرير آخر لمفوض الدولة BRAIBANT دعاه فيه إلى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار[٣] .

وأيضا فى قضية Ville de, limoges اقترح مفوض الدولة على المجلس ثلاث أنواع من الرقابة : الخطأ البين فى التقدير ، والموازنة بين المنافع والمضار ، وقضاء التناسبية ، فاختار المجلس تأسيس قضائه على نظرية الموازنة بين المنافع والمضار[٤] .

وهذا ما دفع البعض إلى المطالبة بالاكتفاء بنظرية الخطأ البين أمام قلة تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار من المحاكم الإدارية ، وأيضا تلافيا للانتقادات التى وجهت إلى الموازنة بين المنافع والمضار ، والحقيقة أن نظرية الخطأ البين لن تقوم بعمل الموازنة بين المنافع والمضار فلكل منهما عمله ، وإن كان بينهما محل اتفاق فهناك وجوه للاختلاف :

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣١٩) .

(٢) يطلق عليه (الغلط البين) ، وأيضا (الخطأ الظاهر) ، وهى مصطلحات ارتضاها بعض الفقهاء دون بعض ، ولكن المصطلح لم يغير فى المضمون ، ومن ثم فلا مشاحة فى الاصطلاح ما دامت العبرة بالمعانى لا بالمبانى .

(٣) انظر :
G.BRAIBANT sur C.E: Ass.28,5,1971, ville nouvélle .Est .A.J.D.A 1971, P463 .

(٤) انظر :
C.E: 18,7,1973 Ville de Limoges , D.S 1975, P.49; R.D.P ,1974, P.258 , note WALLINE .

أ– محل الاتفاق بين نظرية الخطأ البين والموازنة بين المنافع والمضار :

الذى يجمع بين النظريتين أن كلتيهما تقع على السلطة التقديرية للادارة ، وبخاصة إذا كان خطأ الإدارة فى 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 القاضى محتوى الترخيص فى ذاته ، من حيث عدد الأدوار ، أو المساحات اللازمة للبناء ، وإنما يبحث فقط ما إذا كان يمكن البناء فى هذا المكان أم لا ، ولذا فإن رقابة الخطأ البين فى رأى Bockel تتم مع الاحترام الكامل للسلطة التقديرية بصدد محتوى القرار .

٢) حرية اختيار مضمون أو محتوى القرار ، وهى التى تطبق بشأنها رقابة الموازنة بين المنافع والمضار[١] .

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 الحد الأدنى ، ولا تسعف القاضى الإدارى عند الاعتداء على أحد المنافع العامة محل الاعتبار، والتى تستلزم رقابة أكثر تقدما .

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 يؤدى إلى تلافى الانتقادات التى وجهت للموازنة بإحلال القاضى نفسه محل رجل

---

(١) انظر :

Alai Bockel : contribution á l'étude du pouvoir , discrétionnaire de l'adminisration, A.J.D.A 1978, P.355 ets .

الإدارة ، لاشتراكهما فى الرقابة على السلطة التقديرية[١] .

٤– إن تشابك المصالح وتعارضها يجعل القرار الإدارى فى معظم الحالات توفيقيا بين هذه المصالح ، مما يترتب على ذلك عدم ظهور الخطأ غالبا ، بالتالى يحتاج اكتشافه إلى فحص دقيق ؛ ولذلك يقول Andre de LAUBADERE : " إن مجلس الدولة يحرص على أن يفصل فى رقابته بين مجالات من السلطة التقديرية يطبق بصددها رقابة الخطأ الظاهر فى التقدير ، وأخرى يطبق بصددها الموازنة بين المنافع والمضار"[٢] .

٥– إن النظريتين تختلفان من حيث نطاق تطبيقهما ، فالخطأ البين له مجال تطبيق دقيق جدا ، فهو يُمَارس على اختصاصات غير مشروطة لم تتم فيها أى رقابة قضائية للوصف القانونى للوقائع ، فتقدير الوقائع هو محل رقابة الخطأ البين ، وهذا على العكس فى نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فإن محل عملها هو القرار الإدارى، وما يترتب عليه من آثار[٣] .

وعلى ذلك فإن الذى حدث عمليا ليس حلول نظرية الخطأ البين فى 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[٤] .

ويتضح مما سبق : أن القضاء الإدارى فى فرنسا باستثناء الحالات النادرة السالف ذكرها والتى اعترف فيها بفكرة المنفعة العامة فى ذاتها ، فإنه قد بسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار على كل منازعة تتوفر فيها صفة المنفعة العامة فى مجال نزع الملكية ، وظل على ولائه لها منذ ١٩٧١م حتى الآن ، بل واستمر القضاء

---

(١) انظر : Jean KAHN : Article précité P.15 .

(٢) 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 . P,536.

(٣) انظر (د/ محمود سلامة جبر – رقابة الغلط البين – صـ١٨٥) .

(٤) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٢٨) .

الإدارى فى توسيع مجال تطبيقها خارج نطاق نزع الملكية ، ولقد مد رقابة الموازنة بين المنافع والمضار فى مجال الاستثناء من قواعد التخطيط العمرانى ، فاشترط حتى يكون القرار مشروعا ومحققا للمنفعة العامة ، ألا تكون الأضرار الناجمة عنه لمنفعة التخطيط العمرانى مفرطة بالنسبة للمنفعة التى يحققها[١] .

وكذلك مد مجلس الدولة رقابة الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجال الارتفاقات الإدارية ففى قضية Gorlier et Bonifay[٢] ، اختارت الإدارة تخطيطا 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 وفقا 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 مشروعا إلا إذا كانت الأعباء التى يسببها لمنافع الأفراد ليست مفرطة بالنسبة للمزايا التى يحققها المشروع .

وجاءت صيغة الحكم عامة بما يسمح تطبيقها على ارتفاقات أخرى ، وأن تشر إلى عناصر الموازنة بين المنافع والمضار كالملكية الفردية ، والأعباء الاجتماعية ، والمالية ، إلا أن المجلس أكد بها قضاءه الذى انتهى بإخضاع موقع إقامة المشروع لرقابته[٣] .

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

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – المرجع السابق – صـ ٣٣٠) .

(٢) انظر : C.E: 27,7,1979 ste confiserie AZUUREENNE Leb . P355 .

(٣) راجع فى ذلك :

Andre de LAUBADERE :Traite élémentaire de droit administrative, T 11,1980, P . 254 .

العمال مبنيا على ارتكاب خطأ ما ، فيجب بحث الأفعال المنسوبة للعامل للتأكد من أنها من الشدة بحيث تبرر التسريح ، وعند رفض طلب التصريح بإجراء التسريح تراعى الإدارة المختصة ألا تكون هناك أضرار مجحفة بالمنافع القائمة .

وفيه وازن المجلس بين المنفعة العامة المتحققة من رفض طلب التصريح بتسريح العمال مع المنافع محل الاعتبار ، ومن ثم لا يحكم المجلس بشرعية قرار الرفض ، إذا كانت الأضرار المترتبة عليه مجحفة بالنسبة للمنفعة العامة التى يحققها[١] .

واستمر تطبيق النظرية حتى أصبحت وكأنها مبدءا عاما ، وبالفعل حدثت لها تطبيقات عديدة ، حتى استجاب التشريع لها فى مجال القانون الإدارى ، ومن قبل استجابت الإدارة لتوجيهات النظرية ، فقامت بتعميم مبادئها على كل الإدارات ، ووصل الأمر إلى أنها أصدرت قرارات صاحبتها مذكرات توضح الإدارة فيها الوسائل التى تستخدمها لمواجهة الآثار الاجتماعية أو البيئية التى تنجم عن تنفيذ قرار نزع الملكية[٢] .

ج – الموازنة بين المنافع والمضار مبدأ عام للقانون فى فرنسا :

لقد وصل امتداد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار إلى أن نص الشارع عليها فى مجال الاتفاقيات الاقتصادية ، وقانون العمل ، وقانون البيئة .

١– نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٧٧ – ٨٠٦ ، والخاص بمعاقبة الاتفاقيات الاقتصادية غير المشروعة على أن :(المشروع المقترح يمكن ألا يؤدى إلى تطبيق أحد الإجراءات المنصوص عليها ، إذا كان يساهم فى التقدم الاقتصادى والاجتماعى مساهمة كافية تعوض الأضرار التى يسببها لمبدأ المنافسة الحرة)[٣] .

٢– كذلك امتد نطاق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار إلى مجال قانون العمل بخصوص حرية التعاقد ، ففى فتوى الجمعية العمومية فى ١٩٧٣/٣/٢٢م بإمكان إخضاع العمال والموظفين غير الخاضعين لاتفاق ما (وفقا للمادة ٣١ من الكتاب الأول من تقنين العمال) ، " إذا كانت المنافع العامة الاقتصادية التى تتحقق

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٣٤) .

(٢) انظر (د/نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ٧١) .

(٣) J.O du 20,7,1977 P . 3833 .

تبرر الإضرار بحرية التعاقد"[١] ، وكذلك ألغت المحكمة الإدارية للمنظمة الدولية للعمل (O.I.T) قرارا تأديبيا من مكتب العمل الدولى بعزل حارس ليلى لنومه أثناء العمل ، على أساس أن الجزاء بعيد عن كل تناسب ، نظرًا للظروف الموضوعية والشخصية التى ارتكبت فيها المخالفة[٢] .

وإن مبدأ التناسبية الذى أقيم هذا الحكم عليه معروف فى ألمانيا أيضا ، ووجدت بعض الآراء التى تربطه بنظرية الموازنة ، يقول عنه CORDELIER : إنه يرتبط فى القانون السويسرى والألمانى بالدستور ، ومقتضاه أن يتناسب إجراء الإدارة مع الظروف المحيطة "فلا يجب أن نصيد عصفورا بمدفع"[٣] .

٣– أيضا نجد المشرع الفرنسى بدوره ، وبموجب القانون الصادر فى ١٩٧٦/٧/١٠م بشأن حماية البيئة ، والقرار المنفذ له ١٩٧٧/١٠/١٢م ، ألزم الإدارة عند قيامها بتنفيذ مشروع ما يكون له آثار جانبية على الطبيعة أو البيئة ، أن تقدم دراسة علمية تبين فيها الوسائل التى سنستخدمها لمواجهة الآثار[٤] ، والدراسات التى تقدمها الإدارة ، التى تسمى (الحساب النهائى) إنما هى بمثابة تطبيق لفكرة الموازنة بين المنافع والمضار ، ولاسيما وأن القضاء الإدارى طبقها فى رقابته على الإدارة بمناسبة استخدامها لوسائل الضبط الإدارى[٥] .

ومن ثم أصبحت الموازنة بين المنافع والمضار فى فرنسا مبدأً ومنهجا عاما للرقابة على أعمال سلطة الإدارة التقديرية .

---

(١) انظر :

Didier TRUCHET :Les functions de la notion d'intérêt général dans la jurispru dence du Conseil d'Etat , 1977,P.292 .

(٢) انظر :

Françoise DREYFUS : Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité à propos de trios jugements , T.A. de l'O.I.T.du 14.5.1973, colloque du 5.3.1977, Aix-en- Provence , éd. Cujas, 1978, PP, 85–91 .

(٣) انظر :

J.P. CORDELIER : Expropriation . les réformes récentes, colloques de Marly , 19–20 avril 1977, centre de Recherche d'Urbanisme, 1977,P.126 .

(٤) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – دور القاضى الإدارى – صـ٧١) .

(٥) انظر (د/ نبيلة عبد الحليم كامل – المرجع السابق صـ ٧٢) .

د– مدى ولاء مجلس الدولة فى مصر للموازنة بين المنافع والمضار :

باستقراء أحكام القضاء الإدارى فى مصر نكاد نجزم أن مجلس الدولة فى مصر يقترب مما وصلت إليه فرنسا فى تطبيق قضائها الإدارى لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فأسباب الوصول إلى ما وصلت إليه متوفرة بل وأكثر من ذلك ، فإن مادة ضوابطها ومنهج تطبيقها فى مصر أكثر وأنضج ، ولاسيما وأنها تملك الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا لتشريعها ، فمن السهل أن تُحكم التطبيق ما دامت أسبابه متوفرة ؛ فالمصالح الاقتصادية تشكل محركا أساسيا فى سياسة مصر ، ولقد ترتب على ذلك تعاظم دور المنفعة الاقتصادية ، حتى صارت الأيديولوجية الاقتصادية ، وليست القانونية هى التى تحدد محتوى المنفعة ، مما جعل أمر الموازنة بين المنافع والمضار ملحا ، وكذلك اختلاط المنافع الخاصة المنافع العامة ، تُعَدُّ سببا جوهريا لإعمالها[1] .

ولقد قام مجلس الدولة فى مصر بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار فى العديد من أحكامه ، منها (عزبة خير الله ، وسوق روض الفرج) تمشيا مع اتجاهه العام نحو التضييق فى نطاق السلطة التقديرية للإدارة ، وبخاصة إذا تعلق الأمر بشرعية التدخل للمساس بالحقوق والحريات .

ولا نستطيع القول بأن تَبَنِّى الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى القضاء المصرى يرجع إلى أن دواعى تطبيقها فى فرنسا قائمة فى مصر ، ولكن يفرضه اتجاه النظام العالمى إلى تحرير الاقتصاد ، وتبنى اقتصاديات السوق ،وما يوجبه من الاعتماد على القطاع الخاص ، وفرض الاحترام للمنفعة الخاصة ، واعتبارها أحد العناصر الرئيسية فى تحقيق المنفعة العامة ، وزوال المنطق القانونى الذى كان قائما على التضحية دائما بالمنفعة الخاصة فى سبيل المنفعة العامة ؛ إنما يعد مقدمة لزوال أسطورة حماية الدولة للمنفعة العامة وحدها ، بحيث يواكب تحرر الاقتصاد ، إعادة النظر فى علاقة الإدارة بالأفراد ، لتقوم على التوازن والاعتدال بدلا من التعسف والإفراط[2] .

---

(١) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٣٦) .

(٢) انظر (د/ أحمد أحمد الموافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٦٣) .

ولم يكتف القضاء المصرى بتطبيق قضاء الموازنة بين المنافع والمضار فى المجالات نزع الملكية بل طبقها على قرارات الإدارة والخاصة بالضبط الإدارى فلقد راقب القضاء تناسب الإجراء المقيد للحرية العامة مع خطورة الإضرار بالأمن ، وراقب الإجراء الشرطى المتخذ مع الأضرار المترتبة على الاضطراب المراد تجنبه[١].

كما راقب مجلس الدولة الوقائع بفحصها وتكييفها ، فيما إذا كان وقوف شخص ما موقف المعارضة السياسية يؤدى إلى قيام حالة الاشتباه ، والخطورة على الأمن العام فى حقه بما يبرر اعتقاله[٢] .

وكذلك قامت المحكمة الإدارية العليا بإلغاء قرار مدير مصلحة وثائق السفر بسحب وعدم منح أو تجديد جواز سفر لأحد المواطنين[٣] .

وهذا الإلغاء إنما بناه القاضى على الموازنة بين المنافع والمضار ، بين القيمة القانونية للحرية الفردية وبين مقدار الضرر الذى يسببه الإجراء للفرد ، وإذا كان هناك من تطبيق للموازنة بين النافع والمضار فى مصر ، إلا أنها لم تصل لدرجة عمومية المبدأ ، لا لعجزها عن المراقبة، بل لاعتبارات أخرى منها :

١– سياسة مجلس الدولة المصرى فى 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 فى بحث توافر المنفعة العامة المبررة لنزع الملكية فى مصر ، سيضمن لها تحديدا أكثر واقعية ، كما أن الأخذ بها فى مجال بحث المنفعة العامة فى 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[٤] .

---

(١) انظر (د/محمد مصطفى حسن – السلطة التقديرية – جامعة عين شمس – مصر ١٩٧٤م – صـ٢٠٦) .

(٢) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٧٧/٧/٥م فى القضية رقم (٥٧٧) لسنة ٢٩ ق .

(٣) المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٨٢/٢/٢٧م فى الطعن رقم (٢٥٧) لعام ٢٦ ق – صـ٣٥٩.

(٤) انظر (د/ أحمد أحمد الوافى – فكرة المنفعة العامة – صـ٣٦٣) .

وخلاصة القول:

إذا كنا نطالب باتساع رقعة التطبيق لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى مصر فليس هذا لأنها مبدأ يمكن وصفه بالعالمية ؛ ولكن لأنه مبدأ مستمد من شريعتنا الإسلامية التى 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 التى جاء بها الرسول ﷺ عن المولى ﷻ .

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 فى ظل اتجاه السياسة القضائية عموما نحو تضييق السلطة التقديرية للإدارة ، وكان لهذا التضييق عدة مظاهر منها :

١ – رقابة القضاء مدى التزام الإدارة بالمعايير أو القواعد التى تقيد بها سلطاتها التقديرية ، وتعلن عن التزامها ، واعتبر بعض الفقهاء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من هذا القبيل[١] .

٢ – إجراء نوع من التوازن بين الإجراء المقيد للحرية وبين المنفعة العامة فى حماية حقوق الأفراد ، فبحث القضاء مثلا ما إذا كان عرض يحقق منفعة عامة تبرر الإضرار بالحريات العامة[٢] .

ولقد أدى تدخل الدولة فى المجالات الاقتصادية ، وعدم كفاية وسائل الرقابة ، إلى ضرورة إيجاد مبادئ قانونية جديدة لرقابة تعسف الإدارة فى تلك المجالات ، إضافة إلى رغبة القضاء فى 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 تُؤدَّى فيه الواجبات ، وتُصان فيه الحقوق ، وتُحترم فى ظله الحريات .

---

(١) Jean :Guy COLLIGNON :Note sous C.E. 18,7,1973 .Ville de Limoges, D.S 1975, P.49 . J.

(٢) انظر : C.E.A ss .42,1,1975 .min. de l'Information c. ste . Rome – Paris Films, A.J.D.A 1975, P.131; R.D.P 1975 , P 286, concl . ROUGEVIN – BAVILLE .

المطلب الثالث

مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية

فى إطار مستقبل النظرية

فى الإطار العام لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار من حيث مستقبلها وامتدادها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، يروم وجه الاتفاق بين الفقه الإسلامى والفقه القانوني فى 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 فى ما يلى :

أولاً : من حيث مقاصدها :

فالمقصد فى النظام الإسلامى ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان وإنما يخضع تطبيقه لاعتبارات فقه الواقع والنوازل . ذلك لأن نصوصه كائنة فى القرآن والسنة، وهما النصان المجمع عليها من قبل الأمة من غير محدودية بالزمان والمكان ، فلا يخضع المقصد تأصيلاً لمذاهب الأفراد وفلسفتهم .

بخلاف المقصد فى النظم الوضعية فلا نص على تأصيله ، ولا تَصُوغه قاعدة قانونية ، وإنما يخضع مضمونة للفلسفة التى تعتنقها الدولة ، ودليل ذلك القانون الطبيعي واختلاف النظم الوضعية فيما بينها حول العمل به وإخضاعه للتطور .

ثانيا : من حيث الضوابط :

فإمتداد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى محوط بضوابط وقواعد قطعية الدلالة ملزمة ، تمنع من تطبيق النظرية بناءًا على الأهواء وبسط تطبيقها بناء على التجربة ومدى قبول الدولة لها ، بل هى تكليف شرعي لا يجوز الخروج عنه .

وهذا على النقيض تماماً من النظم الوضعية إذ إن بسط رقابة الموازنة بين المنافع والمضار فيها خاضع لضوابط أنتجتها التجربة، ومن ثم فلا قطعية لها فهى قابلة للتغير والتبديل إلا حين يسن المشرع بها قانوناً.

ولذا كان ثمة اختلاف بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى تلك الزاوية، فلا يمنع أن يكون هناك تكامل وتعاون بين النظامين ، ولاسيما وأن مصر لديها الكثير من القواعد الإسلامية إذ يحتاج الفقه الإسلامى إلى المعارف الإنسانية والاجتماعية فى دراسته للواقع المنوط به تطبق الموازن عليه، وكذالك النظم الوضعية فى أمس الحاجة إلى هذه القواعد الشرعية المنظمة لعملية إجراء الموازنة بين المنافع والمضار، حتى يصبح مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار متكاملاً بين المعرفة الشرعية الربانية وسواها من المعارف الاجتماعية ، توجّه من خلال هذا التكامل الطاقات لإبراز سبل وطرائق الاستفادة من إيجابيات وحسنات المعارف الشرعية وكذلك الإنسانية ، حتى تغدو المعرفة الشرعية والإنسانية والاجتماعية متكاملة ومتجاورة ، متجاوزة بذلك جوانب القصور والتقصير فى تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار .

الخـاتمـــــة

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 فى الشريعة الإسلامية، أو كانت من قبيل المحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة وحماية الحريات والحقوق كما فى النظم الوضعية .

والشريعة الإسلامية كالنظم الوضعية لها مقاصد فى خصوص الأموال وملكياتها ، هذه المقاصد لها جانب يجلب النفع وجانب يدرأ الضر ، 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 التى استطاع القضاء الإدارى فى النظام الإسلامى 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 ، والتى قد يتبعها نزع ملكية الأفراد ، أو تقييد حرياتهم الاقتصادية والفكرية أمام تحقيق المنفعة العامة ، وكل فرد له منفعته الخاصة فى أن يبقى له ملكه، وأن يقوم بالتصرف فى 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 ، وفى طيهما تعارضت منفعة ومضرة .

ولذا وقف القضاء الإدارى موقف الموازن بين هاتين المنفعتين ، أو تلك المضرتين ، وأقام لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار اعتبارها بناء على أنها منهج أصيل فى النظام الإسلامى ورقابة جديدة فى النظم الوضعية ، وانطلق بها فى مجالات أربع – هم على سبيل المثال فى النظام الإسلامى– وعلى سبيل الحصر فى النظم الوضعية وهى : مجال نزع الملكية ، والتخطيط العمرانى ، والمجال الاقتصادى ، والصحة العامة ، إذ استطاع القضاء الإدارى بهذه النظرية أن يحمى الحريات للأفراد ، وأن يصون حقوقهم ، وفى ذات الوقت النظر إلى ما تحققه المنفعة العامة من مميزات تُقيَّد فى سبيلها تلك الحقوق والحريات .

ولقد كانت هناك نماذج كثيرة تطبيقية لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى تلك المجالات فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ، توصلنا من خلال استقراءها إلى أهمية هذا النوع الرقابى الجديد الذى أثبت مدى رقى النظام الإسلامى واستيعابه لكل قضايا الحياة وخصوصا فى القضايا المتعلقة بالفصل بين السلطة الإدارية والأفراد ، فلقد أثبتت نظرية الموازنة أن القضاء الإدارى الإسلامى استطاع أن يبسط رقابة الإلغاء لقرارات الإدارة حين تحاول أن تبتغى بقراراتها مصالح خاصة دونما تحقيق للمصلحة العامة ، ومن ثم فقد سبق النظام الإسلامى النظم القانونية الوضعية الحديثة فى معرفة قضاء الإلغاء من خلال تطبيق نظرية الموازنة .

وقد يقال بأنه لا فائدة من هذه المقارنة ما دام الفقه الإسلامى والوضعى قد وجدا لنظرية الموازنة أساسا قانونيا وشرعيا ولكن يرد على ذلك : بأنه إذا كانت النظرية لها أساس شرعى وقانونى . فإن هناك بعض المظاهر التى تبرز تفوق الشرعية الإسلامية على القوانين الوضعية وأن هذا التفوق مازال قائما وباقيا ومنه ما يلى :

أ- أنه لا يمكن التسوية بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى . ذلك لأن المعايير التى تطبق على الفقه الإسلامى تختلف عن غيرها فى الفقه الوضعى ؛ بدءا بالنظر إلى مصدر كل منهما حيث أن هذا الأخير ليس له إلا الأرض يستقى منها . أما الفقه الإسلامى فإنه ينهل أصلا من السماء ؛ لأن مصدره الأساسى : هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ ومن أجل ذلك ينبغى التنبيه إلى أن الطفرة التشريعية الراقية – وإن كانت ممنوعة تماما على القانون البشرى – فهى متصورة وحاصلة فعلا فى صور كثيرة فى الفقه الإسلامى ، والسبب فى ذلك واضح، وهو أن الكتاب العظيم والسنة الصحيحة قد حفلا بالمبادئ الراقية الحكيمة ، التى لم يدركها العقل البشرى إلا بعد تطور طويل مرير ، وهو ما كان من أمر نظرية الموازنة ، فهى فى النظام الإسلامى تمثل التزاما بالنصوص القرآنية ، وما عمل الفقهاء إلا استقراء النصوص ومحاولة التقعيد لنظرية الموازنة فى ضوء دلالة النص ، ومثال ذلك :

بالرجوع إلى الكتب المؤلفة فى القواعد نجد على سبيل المثال لا الحصر الإمام السيوطى فقد ذكر فى كتابه من هذه القواعد ما يأتى : 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 فى النظم الوضعية تطورا قضائيا استطاع القضاء أن يبسط رقابته بها للحد من سلطة الإدارة التقديرية من أجل حماية حقوق الأفراد وحرياتهم .

ب- إن التشريع الإسلامى يُقصد به دائما حفظ مصالح الناس المختلفة على أكمل وجه ، وقواعده مُلزمة ديانة وقضاء ، بينما يُشاهد فى القوانين الوضعية أن القصور فى حماية مصالح العباد هو الصفة الغالبة فى كل العصور ، فقد يضع الناس قانونا فى عصر مًا ، ثم يتضح لهم بعد ذلك فساده ، وكذلك لا يصل الناس إلى القاعدة القانونية الصحيحة إلا بعد تطور مرير قد يستغرق قرونا كاملة .

جـ - إن التشريع الإسلامى قد راعى محدودية العقل البشرى فلم يطلق له العنان فقيده حيث يكون الهدف والغاية والأمر بالإلزام ، وأطلق له العنان حينما يتعلق الأمر بالوسائل التى تؤدى إلى غاية محمودة ولا تخالف الوسيلة نصا شرعيا يحرمها .

بينما الفقه الوضعى يطلق العنان للعقل بما يخدم مصالحه ، ونسى هؤلاء أن العقل البشرى يعطى بقدر ما يأخذه من مداد ، ومداد العقل فى النظم الوضعية هو الفلسفة التى يتفاعل بها المجتمع إيجابا وسلبا ، وأقرب مثال على ذلك : أن العقل البشرى لم يتفق فيما بينه على الحق ، فالحق فى الغرب غير الحق فى الشرق وكذلك الحرية ، ومن ثم فهو عقل قاصر عن مراعاة مصالحه ومصالح الآخرين ، لذلك هو فى أمس الحاجة إلى هداية السماء التى تمثل تفوقا تشريعيا فى الوصول إلى الحقيقة فورا وبدون صراعات وثورات وهو ما يميز النظام الإسلامى ، والسبب فى ذلك أنها من عند العليم الخبير.

وإذا كانت العبارات السالفة بينت ما يمتاز به النظام الإسلامى عن نظيره الوضعى ، فى استيعابه لكل أبعاد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، فإن هذا لا يعنى

أن نبخس النظم الوضعية حقها ، ولاسيما فى فرنسا ومصر ، فإنها اهتمت بالمؤسسة القضائية فى هذا الميدان ، وجعلت تطبيق نظرية الموازنة بيد القضاء الإدارى الذى يمتاز بهيكله التنظيمى ومؤسسته الدستورية ولأحكامه على الراجح صفة الإلزام للإدارة والأفراد ، فى ظل زمن لم يبق للنظام الإسلامى فيه سوى المجامع الفقهية التى تحاول جاهدة أن تنهض بالفقه الإسلامى ، وأن تسير به نحو الأمام حتى يستوعب ما يستجد من وقائع فى دنيا الناس ، وكان من مظاهر النهضة الفقهية الحديثة ، أن المجامع الفقهية اجتهدت ووضعت لنظرية الموازنة قواعد ومعايير مستقاة من نص القرآن وهدى السنة ، وبخاصة فى مجال نزع الملكية والتطور الإقتصادى الحديث .

وكان من بين قرارات المجامع الفقهية ما قرره مجمع البحوث الإسلامية وفى أول مؤتمر له سنة ١٣٨٣هـ /١٩٦٤م بخصوص انتزاع الملكية للمصلحة العامة فقرر أن المال الطيب الذى أُدِّى ما عليه من الحقوق المشروعة ، إذا احتاجت المصلحة العامة إلى شىء منه أُخذ من صاحبه نظير قيمته يوم أخذه .

ولم يكن موضوع انتزاع الملكية قائما بذاته ، وإنما جاء ضمن الأبحاث المقدمة فى موضوع الملكية بصفة عامة .

وأيضا قرر مجمع الفقه الإسلامى بجدة فى المملكة العربية السعودية فى دورة مؤتمره الرابع من ١٨- ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ الموافق ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨م .

بعد الإطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع انتزاع الملك للمصلحة العامة . وفى 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 التى عرف من مقاصد الشريعة رعايتها ، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها ، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية ، وعمل الصحابة ﷺ - فمن بعدهم - من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة ، تطبيقا لقواعد الشريعة العامة فى رعاية المصالح ، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة ، وتحمل الضرر الخاص لتفادى الضرر العام .

قرر ما يلى :

أولا : يجب رعاية الملكية الفردية وصيانتها من أى اعتداء عليها ، ولا يجوز تضييق نطاقها أو الحد منها ، والمالك مسلط ، وله – فى حدود المشروع – التصرف فيه بجميع وجوهه وجميع الانتفاعات الشرعية .

ثانيا : لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية :

١– أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فورى عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل .

٢– أن يكون نازعه ولى الأمر أو نائبه فى ذلك المجال .

٣– أن يكون النزع للمصلحة العامة التى تدعو إليها ضرورة عامة ، أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور .

٤– ألا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه فى الاستثمار العام أو الخاص وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان .

فإن اختلت هذه الشروط أو بعضها كان نزع ملكية العقار من الظلم فى الأرض ، والغصوب التى نهى الله تعالى عنها ورسوله ﷺ .

على أنه إذا صرف النظر عن استخدام العقار المنزوعة ملكيته فى المصلحة المشار إليها تكون أولوية استرداده لمالكه الأصلى ، أو لورثته بالتعويض العادل . والله أعلم .

ومع ما يحمله هذا القرار من مضمون نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ومع ما امتاز به من تأصيل فى التطبيق ، إلا أنه مع أسفنا الشديد ليست له صفة الإلزام للأنظمة الحاكمة فى الدول التى تحوى هذه المجامع الفقهية .

وفى ختام ما بدأته مع هذه النظرية الغنّاء التى 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 والاتزان ، وعدم اختلال النظام ، لا بحسب الكل ، ولا بحسب الفرد ، وإنما لمنع الاضطراب والاختلال، وكذلك النظم الوضعية ، وبخاصة فى الدول التى 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 بالعوْدِ إلى عَرْضِ مَا عُرِضَ ، وإجمال ما فُصّل – فذلك قد مضى ، ويكفى أن أظن بأننى قد أتيت على المقصود من موضوع البحث ، وقد بذلت فيه غاية الجهد من خلال فترة البحث التى قضيتها ، أجمع لنظرية الموازنة شواردها ، وألم أطرافها ، وأحرِّر 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 لبِنة فى بناء نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ، التى أقام علماؤنا قواعدها وأسسوا بنيانها وأركانها ، ومن ثم أوقفت قلمى ، بعد ما توصلت من بحثى إلى النتائج والتوصيات التالية :

أولا : نتائج البحث :

١ – أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار بمعناها الحقيقى 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 سدًّا للذريعة ، ومنعا للفساد ، وغالبا 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 تشريعيا 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 بترع 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 المجتهد 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 لإعمال 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 مبدءا 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 منصفا 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 المتمثلة فى العلوم الاقتصادية والاجتماعية ، حتى وإن نبغ فيها الآخر ، فالحكمة ضالته أنى وجدها فهو أحق الناس بها ، ليستكمل بها استقراء 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 يعتريها نقص ، ويستحيل عليها عجز ، محققة التوازن فى الأحكام وعدم الاضطراب .

وأخيرا : فإن ما ذكرته من نتائج تدفعنى إلى الإحساس بالعجز والنقص ، وإلى شعور دائم يؤرق فكرى ، وهو أننى لم أستكمل شيئا ، وإن كل ما نقبته ، وكشفت النقاب عنه ، وخضت فيه بقدر مَا ، يدعو إلى المزيد من الدراسة والبحث ، ولذا أختم 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 : أهـم 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 القانونى وصيانتها عما يزاحمها من المعانى ، مع تحديد المقصود الشرعى منها ، ومحاولة فهم المراد من نصوص القاعدة القانونية وتفسيرها تفسيرا 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 ، ويُقام على أساسها كيانهم ، وغذائهم الفكرى ، وهذه التربية العلمية تحقق لنا أمرين :

الأول : الوضوح فى أولويات العمل الإدارى .

الثانى : القضاء على التخبط والغبش 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 تُسيّس الفتوى ولا الأحكام .

٧- العمل على أن تكون نظرية الموازنة مبدءا عاما ومنهجا لإيجاد الحلول لكثير من المسائل الطارئة فى حياتنا المعاصرة ، فالموازنة مادة ثرية لا غنى عنها ، غير أنها تتطلب شيئا من الإحاطة بثقافة العصر ، وقيمه وخصوصا فى المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية .

وختاما ، أودع قلمى وأطوى صحفى ، فتلك رسالتى أقدمها لأهل الفقه والقانون ليحكموا لها أو عليها ، ولا أدعى فيها كمالا ، فما كان فيها من صواب فمن الله ، وما كان فيها من خطأ فمن نفسى ومن الشيطان ، وعذرى أننى بشر خطاء والعمل البشرى صفته النقصان ومعرض للخطأ والزلل فى كل فكرة وعبارة ، كما قال الشاعر :

وما أبرئ نفسى ، إننى بشـــر أسهو وأخطئ ما لم يحمنى قدر

وما ترى عذرا أولى بذى زلل من أن يقول مقرا : إننى بشر

وحسبى أننى طالب علم ما زلت أحبو نحو المعالى ، أحتاج توجيها يُقوّم اعوجاجى ، ونصيحة تبصرنى بعيوبى ، وإرشادا يُصحح مسارى ، ولا يسعنى فى هذا المقام إلا التضرع إلى الله تعالى بالشكر والحمد له على أن منَّ علىّ من صواب وتوفيق، واستغفره ﷻ على ما وقع منى من خطأ وزلة بسبب عجزى وتقصيرى ، وضعف قوتى وقلة بضاعتى ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، والله المستعان ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

"سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك ".

الفهـــــارس

١- فهرس قائمة المصادر والمراجع والرسائل والحوليات والمقالات العربية .

٢- فهرس قائمة المصادر والمراجع والرسائل والحوليات والمقالات الأجنبية

٣- فهرس موضوعات الرسالة

قائمة المصادر والمراجع والرسائل

العـــــربيـــــــة

المصدر الأول : القرآن الكريم

باقى المصادر والمراجع والرسائل

د / إبراهيم محمد الفائـــز:

- فقه البناء فى الإسلام – رسالة دكتوراه قدمت لجامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية – المعهد العالى للقضاء – الرياض ١٤٠٦هـــ.

ابـــــــــــن الأزرق :

- بدائع السلك فى طبائع الملك – تحقيق د/ محمد عبد الكريم ، د/ على سامر النشار– الدار العربية للكتاب – ليبيا وتونس ١٩٧٧م .

ابـــــــــــن الجوزى :

- سيرة عمر بن عبد العزيز– دار الفجر للتراث – القاهرة – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـــ/١٩٩٩م.
- صفة الصفوة ـــ دار ابن خلدون – بدون تاريخ.
- مناقب عمر– تحقيق / محمد محمد عامر– دار الدعوة الإسلامية – ط١- ١٣٢١هـــ/ ٢٠٠١م .

ابـــــــــــن الحاجب :

- منتهى الوصول والأمل فى علمى الأصول والجدل ـــ دار الكتب العلمية ـــ بيروت ـــ لبنان ـــ الطبعة الأولى ١٤٠٥هـــ /١٩٨٥م .

ابـــــــــــن الملقن :

- مقدمة طبقات الأولياء ـــ تحقيق نور الدين شريبة ـــ دار المعرفة بيروت ١٤٠٦هـــ /١٩٨٦م .

ابـــــــــــن تيمية :

- السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية – تحقيق/ أبو يعلى القويسني محمد بن عبد الله بن حسن الشبراوى – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – ط ١ سنة ١٤٠٩ هـــ/١٩٨٨م .
- مجموع الفتاوى– دار الوفاء – ط١ - ١٤١٨هـــ/١٩٩٧م .
- الفتاوى الكبرى– دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – (د : ت).

ابـــــــــــن حجر :

- الإصابة فى تمييز الصحابة– دار الفكر – بيروت – لبنان – بدون تاريخ ، وطبعة أخرى تحقيق / على محمد البيجاوى – دار الجيل – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٢هـــ/١٩٩٢م .
- الدراية فى تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق / السيد عبد الله هاشم – دار المعرفة – بيروت (د : ت) .

- إنباء الغمر بأنباء العمر- تحقيق د/ حسن حبشى - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م .
- تهذيب التهذيب - دار إحياء التراث ؛ بيروت ـ الطبعة الثانية - ١٤١٣هـ /١٩٩٣م .
- فتح البارى شرح صحيح البخارى - دار أبى حيان - القاهرة - ط١- ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م

ابـــن خـــزيمة :
- صحيح ابن خزيمة - تحقيق - د/ محمد مصطفى الأعظمى- المكتب الإسلامى - بيروت - لبنان ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م .

ابـــن خلكان :
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان - تحقيق / إحسان عباس - مطبعة الغريب - بيروت - ط ١ (د . ت) .

ابـــن رجب:
- القواعد - طبعة دار الفكر - بدون تاريخ .
- ذيل طبقات الحنابلة .

ابن رشد الحفيـــد :
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - دار الفكر للنشر والتوزيع ـ د . ت

د/ ابن زغيبة عز الديـن :
- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - إشراف الدكتور/ محمد أبو الأجفان - دار الصفوة ـ ط١- ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .

ابـــن سعد :
- الطبقات الكبرى - تحقيق د/ على محمد عمر ـ طبعة هيئة الكتاب ٢٠٠٢م .

ابـــن عابدين :
- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- دار الفكر - بيروت - لبنان - ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.

ابـــن عاشور :
- التحرير والتنوير - دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - (د.ت) .

ابـــن عبد البر:
- الاستيعاب فى أسماء الأصحاب - تحقيق /على محمد البيجاوى- دار الجيل - بيروت - الطبعة الأولى - ١٤١٢هـ .
- التمهيد لما فى الموطأ من المعانى والأسانيد - تحقيق / مصطفى بن أحمد العلوى محمد عبد الكبير البكرى - دار النشر - وزارة عموم الأوقاف والشئون الإسلامية - المغرب ١٣٨٧هـ .

ابـــــــــــن فارس :

- معجم مقاييس اللغة – تحقيق /عبد السلام محمد هارون – دار الكتب العلمية .

ابـــــــن فرحون المالكى :

- الديباج المذهب فى معرفة أعيان علماء المذهب – تحقيق وتعليق د/ محمد الأحمدى أبو النور – مكتبة دار التراث – القاهرة ١٩٧٢م .
- تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الحكام (مطبوع بهامش فتح العلى المالك لأبى عبد الله عليش) – مطبعة الحلبى – القاهرة – ١٣٧٨هـ/١٩٥٨م .

ابـــــــــــن قتيبة :

- المعارف – تحقيق د/ ثروت عكاشة– الهيئة المصرية العامة للكتاب – الطبعة الثانية – ٢٠٠٢م .
- عيون الأخبار– الهيئة المصرية العامة للكتاب – ١٩٧٣م .

ابـــــــــــن قدامة :

- الكافى فى فقه ابن حنبل – الكتب الإسلامى بيروت – ط ٣ – ١٤٠٢ هـ .
- المغنى مع الشرح الكبير – تحقيق – د/ محمد شرف الدين خطاب ، د/ السيد محمد السيد– دار الحديث – القاهرة – ط ١– ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م .

ابن قيم الجوزيـــــــــة :

- أحكام أهل الذمة – تحقيق / يوسف أحمد البكرى ، شاكر توفيق العاروري – دار ابن حزم للنشر الدمام – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م .
- أعلام الموقعين– تحقيق عصام الدين الصبابطي ـــ دار الحديث ط٣ – ١٤١٧هـ ١٩٩٧م.
- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية – دار البيان العربي ـــ ١٩٨٥م.
- زاد المعاد– النور الإسلامية – القاهرة (د . ت).
- مفتاح دار السعادة – دار الكتب العلمية ـــ بيروت ـــ لبنان – (د: ت) .

ابـــــــــــن كثير :

- البداية والنهاية – تحقيق /أحمد عبد الوهاب فتيح – دار الحديث – الطبعة الخامسة – ١٤١٨هـ/١٩٩٨م .
- تحفة الطالب – تحقيق /عبد الغنى بن حميد بن محمود الكبيسى– دار حراء للنشر – مكة المكرمة – الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ .
- تفسير القرآن العظيم – دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابى الحلبى – (د.ت) .

ابـــــــــــن ماكولا :

- الإكمال – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١١هـ .

ابـــــــــــن منظور :

- لسان العرب – دار صادر – بيروت (١٤١٤ هـ/١٩٩٤م) .

ابـــن نجيم الحنفى :
– الأشباه والنظائر – مكتبة نزار مصطفى الباز ـــ الرياض ـــ ط١ – ١٤١٧هـــ / ١٩٩٦م .

أبو إسحاق إبراهيم الفيروزابادى الشيرازى :
– التبصرة فى أصول الفقه – تحقيق د/محمد حسن هيتو – دار الفكر – دمشق – سوريا – الطبعة الأولى – ١٤٠٣هـــ/١٩٨٣م .
– طبقات الفقهاء – تحقيق / خليل الميس – دار القلم بيروت – (د :ت) .

أبـــو الأعلى المودودي :
– الخلافة والملك – الدار السعودية للنشر والتوزيع – جدة – ١٤٠٧هـــ/ ١٩٨٧م .
– نظرية الإسلام وهدية فى السياسة والقانون والدستور– الدار السعودية للنشر والتوزيع – جدة – د ١٤٠هـــ/١٩٨٥م .

أبو البقاء الكفـــــوى :
– الكليات – تحقيق د/ محمد المصري ، د/ عدنان درويش صـــ٨٦٣ ـــ مؤسسة الرسالة ١٤١٣هـــ /١٩٩٣م .

أبـــو الحسن الماوردى :
– أدب القاضى – تحقيق/ محيى هلال سرحان – مطبعة الإرشاد – بغداد ١٣٩١هـــ/١٩٧١م .
– الأحكام السلطانية والولايات الدينية – دار ابن خلدون – الإسكندرية (د . ت) .

أبو الحسنات محمد عبد الحى اللكنوى :
– الفوائد البهية فى تراجم الحنفية – مطبعة عيسى الحلبى – مصر – ١٣٢٤هـــ .

أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى:
– عون المعبود– دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الثانية ١٤١٥هـــ .

أبو العباس أحمد بن أحمـــد التنبكتى :
– نيل الابتهاج بتطريز الديباج– دار الكتب العلمية– بيروت –(د.ت).

أبو العباس أحمد بن خالد الناصرى :
– الاستقصاء فى أخبار دول المغرب الأقصى – تحقيق جعفر الناصرى، ومحمد الناصرى – دار الكتاب – الدار البيضاء – المغرب– الطبعة الأولى – ١٩٩٧م

أبـــو بكر البيهقـــــى :
– سنن البيهقى الكبرى – تحقيق / محمد عبد القادر عطا – مكتبة دار الباز – مكة المكرمة ١٤١٤هـــ/١٩٩٤م
– شعب الإيمان – تحقيق / محمد السعيد بسيونى زغلول – دار الكتب العلمية – بيروت – ط ١ – ١٤١٠هـــ/ ١٩٩٠م .

أبـــــو بكر بن أبي الدنيا :

- إصلاح المال – تحقيق ودراسة / مصطفى مفلح القضاة ـ 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 – ط١- ١٤٠٧ هـ .

أبو جـعفر أحمـد بن نصـر الداوودي :

- الأموال – دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية - د / محمد أحمد سراج ، د / على جمعة محمد ـ دار السلام ـ مصر ـ الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ/٢٠٠١م

أبو حاتم التميمي البستي :

- مشاهير علماء الأمصار تحقيق / م فلايشهمر – دار الكتب العلمية بيروت – ١٩٥٩م) .

أبـــــــو 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 – ١٤١٧هـ / ١٩٩٧م .
- شفاء الغليل فى بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل – دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م .

أبو خطاب محفوظ الكلواذاني :

- التمهيد فى أصول الفقه – دار المدنى – جدة – الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م .

أبو زيد الدبوسي الحنفي :

- تأسيس النظر– تحقيق/مصطفى محمد القبانى الدمشقى – مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة (د.ت)

أبو سعيد الهيثم بن كليب :

- مسند الشاشى - تحقيق د/محفوظ الرحمن زين الله – مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة – الطبعة الأولى – ١٤١٠هـ.

أبو عبد الرحمن بن أحمد الفراهيدى :

- كتاب العين - تحقيق د/ مهدى المخزومى ، د/ إبراهيم السامرائى – دار الفكر – بيروت .

د/ أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة :

- القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين – دار ابن القيم للنشر والتوزيع ـــ الدمام ـــ السعودية ـــ طـــ١ ـــ 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 ١٤١٠هـ .

أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر المازري:
– المعلم بفوائد مسلم – تحقيق /محمد الشاذلي النيفر – الدار التونسية للنشر – تونس – الطبعة الأولى ١٩٨٧م) ٣٢٢/٢

أبو عبيد القاسم بن سلام :
– الأموال – تحقيق خليل محمد هراس – دار الفكر – بيروت ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م .

أبـــــــــو يوسف :
– الخراج – تحقيق / طه عبد الرؤوف سعد ؛ وسعد حسن محمد ـــ المكتبة الأزهرية للتراث ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م .

أبـــــوبكر عبد الرازق :
– أبو زهرة – إمام عصره – حياته وأثره العلمي – دار الاعتصام– (د.ت) .

أبـــــوداود السجستاني:
– سنن أبي داود ـــ طبعة بيروت ـــ الطبعة الثانية .

أحمـــــــد إبراهيم بك :
– علم أصول الفقه وتاريخ التشريع الإسلامي –دار الأنصار – ١٣٥٧هـ/١٩٣٩م .

د/ أحمـــد أحمـــد الموافي :
– فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية – دراسة مقارنة ـــ كلية الشريعة والقانون ـــ جامعة الأزهر فرع أسيوط ـــ دار النهضة الحديثة – القاهرة .

د/ أحمـــــــد الريسوني :
– حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة– كتاب الأمة الصادر عن دولة قطر – عدد ٨٧ – ١٤٢٣هـ) .
– نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية ـــ دار الكلمة ـــ مصر الطبعة الأولى – ١٤١٨هـ ـــ ١٩٩٧م .
– نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي – دار الكلمة ـــ المنصورة ـــ مصر ، ط١– ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

أحمد بن الشيخ محمد الزرقا:
– شرح القواعد الفقهية – دار القلم – دمشق – ط٥ ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.

أحـــمد بن حنبـــــــل :

– المسند – مؤسسة قرطبة – مصر (د . ت) .

أحـــمد بن على الجصاص :

– أحكام القرآن– دار الفكر – بيروت – (د.ت) .

أحـــمد بن قاسم العبادي :

– الشرح الكبير على الورقات ـــ مؤسسة قرطبة ـــ ط الأولى ١٤١٦هـــ /١٩٩٥م .

أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى:

– المصباح المنير – المطبعة الأميرية – مصر – الطبعة الثانية ١٩٠٩م .

أحـــمـــــــــد بوعود :

– فقه الواقع – أصول وضوابط ـــ كتاب الأمة – قطر – عدد ٧٥ / ١٤٢١هـــ .

د/ أحمد زكى بـــــدوى :

– معجم مصطلحات العلوم الإدارية – برقم (١٥٥٦) – دار الكتاب المصرى للنشر – ودار الكتاب اللبنانى للنشر – (د . ت) .

د/ أحمد زكـــــى تفاحة :

– مصادر التشريع الإسلامى وقواعد السلوك العامة – دار الكتاب اللبنانى – بيروت – لبنان – ط١– ١٤٠٥هـــ/ ١٩٨٥م .

د/ أحمد علـــــى الندْوي :

– القواعد الفقهية (نشأتها وتطورها) – دار القلم – دمشق – ط٥ – ١٤٢٠هـــ / ٢٠٠٠م.

د/ أســـــامة الخـــــولى :

– البيئة وقضايا التنمية والتصنيع – دراسات حول الواقع البيئى فى الوطن العربى ، والدول النامية– تقديم د/ مصطفى طلبة – سلسلة عالم المعرفة عدد ٢٨٥ سبتمبر ٢٠٠٢م .

د/ إسماعيـــــل الحسنى :

– نظرية المقاصد عند الإمام محمد بن عاشور– سلسلة الرسائل الجامعية – المعهد العالمى للفكر الإسلامى – الطبعة الأولى ١٤١٦هـــ / ١٩٩٥م

إسماعيل باشا بن محمد أمين :

– إيضاح المكنون فى الذيل على كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون – دار الفكر بيروت ١٤١٠هـــ / ١٩٩٠م .

إسماعيل بن حماد الجوهري :

– الصحاح – تحقيق / أحمد عبد الغفور عطار ؛ دار العلم للملايين ط٣ (١٤٠٤ /١٩٨٤م .

الأرموى سراج الدين بن أبي بكر :
- التحصيل من المحصول - تحقيق الدكتور عبد الحميد علي أبوزنيد ـــ مؤسسة الرسالة ـــ ط١- ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨م .

الإسنـــوى 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/١٩٩٣م .

الأصـــفهـــــــانى :
- الذريعة إلى مكارم الشريعة - تحقيق د/ أبو اليزيد العجمى - دار الوفاء - الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/١٩٨٧م
- المفردات فى غريب القرآن - ضبط ومراجعة : محمد خليل عتانى - دار المعرفة - بيروت - ط٢ - ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٧م.

الآلوسي محمود بن عبد الله شهاب الدين :
- روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني ، دار الغد العربي ـــ الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م

الآمـــــدى على بن محمد :
- الإحكام فى أصول الأحكام- دار الفكر بيروت - لبنان - ط١- ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م .

الباجي سليمان بن خلف :
- المنتقى شرح الموطأ - دار الكتاب العربى - مطبعة السعادة - مصر - ١٣٣١هـ .

البخارى محمد بن إسماعيل :
- صحيح البخارى - تحقيق د/ مصطفى ديب البغا - دار بن كثير اليمامة - بيروت - ط ٢ سنة ١٤٠٧ هـ /١٠٨٧م .

البرزنجى عبد اللطيف عبد الله عزيز :
- التعارض والترجيح - دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى - ١٩٩٣م .

البعـــــــلى الحنبلى :
- المطلع على أبواب المقنع - طبعة المكتب الإسلامى ١٤٠١هـ/١٩٨١م .

البلاذرى أبو العباس أحمد بن يحيى بن جابر:
- فتوح البلدان - تحقيق د/ عبد الله أنيس الطباع ، د/ عمر أنيس الطباع - مؤسسة المعارف - بيروت ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

د/ البوطي محمد سعيد رمضـــان :

- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة - الطبعة السادسة - ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م .

الترمذى محمد بن عيسى :

- سنن الترمذى - تحقيق : أحمد محمد شاكر- دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان - ٢٢٨/٣ - بدون تاريخ .

التفتازانى سعد الدين مسعود بن عمر:

- التوضيح على التنقيح - لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبى مع شرحه- دار الكتب العلمية - بيروت (د.ت)

الجـرجانى على بن محمد :

- التعريفات - تحقيق د/ عبد الرحمن عميرة - عالم الكتب - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

الجوينى أبو المعالى عبد الملك بن عبد الله:

- البرهان ـ دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان ـ الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م

- الكافية فى الجدل- دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - ١٤٢٠هـ /١٩٩٩م .

- غياث الأمم فى التياث الظلم - تحقيق ودراسة د/مصطفى حلمى ، د فؤاد عبد المنعم أحمد - دار الدعوة - القاهرة ١٩٧٩م .

الحـــــارث :

- مسند الحارث - زوائد الهيثمى - تحقيق د/ حسين أحمد صالح الباكرى - 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

الحـــاكم النيسابورى :

- المستدرك على الصحيحين - تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤١١هـ/١٩٩٠م

الحمـــوي أحمد بن محمد :

- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم - دار الطباعة العامرة - القاهرة - الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

الدارمى عبد الله بن عبد الرحمن :

- سنن الدارمى - تحقيق : فواز أحمد زمرلى ، خالد السبع العلمى - دار الكتاب العربى بيروت - لبنان - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

الـــدردير ى :

- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى الحلبى - القاهرة ١٣٥٦هـ.

الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان:

- سير أعلام النبلاء ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، ومحمد نعيم العرقسوسى- مؤسسة الرسالة - بيروت ط١١ - ١٤١٣هـ/١٩٩٨م .

الرازى محمد بن عمر بن الحسين :

- المحصول فى علم أصول الفقه - دراسة وتحقيق - د/ جابر فياض العلوانى- مؤسسة الرسالة - ط٣- ١٤١٨هـ /١٩٩٧م

- تفسير مفاتيح الغيب أو الشرح الكبير - دار الغد العربي - الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

الزرقانى محمد بن عبد الباقى بن يوسف:

- شرح موطأ الإمام مالك - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان (د : ت) .

الزركشي بدر الدين محمد بن بهـــادر :

- المنثور في القواعد ـــ تحقيق الدكتور / تيسير فائق أحمد محمود ، راجعه الدكتور / عبد الستار أبو غدة ٣٤٨/١ ـــ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـــ الكويت - ط١ - ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

الزمخشرى جار الله محمود بن عمر :

- أساس البلاغة دار التنوير العربي بيروت ـــ لبنان - الطبعة الرابعة (١٤٠٤هـ /١٩٨٤م) .

الزنجـــانى شهاب الدين :

- مقدمة تخريج الفروع على الأصول - تحقيق الدكتور / محمد أديب الصالح ؛ مكتبة العبيكان ـــ الرياض الطبعة الأولى-١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .

الزيلعى عبد الله بن يوسف الحنفى :

- تبيين الحقائق شرح كنز الحقائق - دار الكتاب الإسلامى - بيروت (د . ت).

- نصب الراية لأحاديث الهداية - تحقيق محمد يوسف البنورى - دار الحديث القاهرة ١٣٥٧هـ .

السبكى تاج الدين عبد الوهاب بن على:

- طبقات الشافعية الكبرى - تحقيق د / عبد الفتاح محمد الحلو ، د / محمود محمد الطناحى- دار هجر للنشر - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٤٣هـ/١٩٩٢م .

السمرقندى علاء الدين بن أبي 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 :

- نهج البلاغة – شرح وضبط الإمام محمد عبده – المكتبة التوفيقية – القاهرة – (د.ت) .

السيوطي جلال الدين عبد الرحمن :

- الأشباه والنظائر – تخريج وتعليق وضبط / خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان – مؤسسة الكتب الثقافية – ط١- ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
- طبقات الحفاظ ـــ تحقيق /على محمد عمر ـــ طبعة مكتبة وهبة القاهرة - ١٣٩٣هـ /١٩٧٣م
- الأشباه والنظائر ـــ تحقيق /طه عبد الرؤوف سعد ، عماد البارودي ـــ المكتبة التوفيقية .

الشـــاشـــــــى :

- المسند - تحقيق د/ محفوظ الرحمن زين الله– مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة – الطبعة الأولى- ١٤١٠هـ

الشاطبى إبراهيم بن موسى اللخمى أبو إسحاق :

- الاعتصام - تحقيق / رشيد رضا – دار المعرفة – لبنان – ١٤٠٩هـ/١٩٨٥م .
- الموافقات - تحقيق د/ عبد الله دراز - ط دار الكتب العلمية ـــ بيروت .

الشافعى الإمام محمـــد بن إدريس :

- الأم– دار الغد العربى – مصر – الطبعة الأولى – ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .

الشهـــرستانى عبد الكريم :

- الملل والنحل ـــ طبعة الحلبى – 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.

الشيبـــــانى محمد بن الحسن :

- الأصل - تحقيق / أبو الوفاء الأفغاني ـــ 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- ١٤٠٥هـ .

القـــــرافى أحمد بن إدريس :

- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول - باعتناء مكتب البحوث والدراسات الطبعة الأولى ؛ دار الفكر بيروت لبنان (١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

القرطبى محمد بن أحمد الأنصارى :

- الجامع لأحكام القرآن- دار الحديث - القاهرة ١٩٩٦م .

الكاسانى علاء الدين أبوبكر بن مسعود:

- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع- مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

المباركفورى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم :

- تحفة الأحوذى - 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 ـ طبعة لاروس / ١٩٩٩م

النســـائى :

- السنن الكبرى تحقيق - د/ عبد الغفار سليمان البندار ، وسيد كسراوى حسن - دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة الأولى - ١٤١١هـ/١٩٩١م.

النـــــووى :

- المجموع بشرح المهذب - تحقيق الدكتور / محمود مطرجي - ط دار الفكر للنشر والتوزيع - لبنان - ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.
- روضة الطالبين - المكتب الإسلامى - بيروت - الطبعة الثانية - ١٤٠٥ هـ .
- شرح صحيح مسلم - دار الحديث - القاهرة - ط١ - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.

الهـــيثمي الحافظ نور الدين :

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد – دار الكتاب العربي – بيروت – ط٣ – ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

أميـــــــــــر بادشاه :

- تيسير التحرير في أصول الفقه ـــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي .

د/ أنـــــور أحمد رسلان :

- القانون الإداري السعودي ، تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ـــ دراسة مقارنة ـــ صادر عن الإدارة العامة للبحوث بمعهد الإدارة العامة بالمملكة السعودية ١٤٠٨هـ .

د/ بدران أبو العينين بدران

- الشريعة الإسلامية – تاريخها ونظرية العقود– مؤسسة شباب الجامعة ١٩٨٦م

بنتـــــــــــام :

- أصول الشرائع– ترجمة أحمد فتحى زغلول – مطبعة بولاق – (د.ت) .

د/ تـــــــوفيق الطويل :

- مذهب المنفعة العامة– دار النهضة العربية – مصر

د/ ثـــــــروت 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 أسيوط ١٩٩١م

جـــــــان جاك روسو :

- العقد الاجتماعى – ترجمة / عبد الكريم أحمد – الهيئة المصرية للكتاب ٢٠٠٠م .

د/ جلال الدين عبد الرحمن :

- المصالح المرسلة - الكتاب الجامعي ـــ كلية الشريعة والقانون ـــ جامعة الأزهر .

د/ جمـــال الدين عطية :

- النظرية العامة للشريعة الإسلامية– مطبعة المدينة – الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٨م .
- نحو تفعيل مقاصد الشريعة - المعهد العالمي للفكر الإسلامي ـــ دار الفكر ـــ دمشق ـــ سورية ط ١- ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م .

جـــــــورج ستانسيو :

- العلم فى منظوره الجديد - ترجمة /كمال خلايلى– سلسلة عالم المعرفة – الكويت ١٩٨٩م.

جـــــــون ستيوارت مل :

- عن الحرية – ترجمة الدكتور / حسين فوزى النجار – الهيئة المصرية العامة للكتاب ٢٠٠٠م .

جـــون كينيث جالبريت :
- تاريخ الفكر الاقتصادى الماضى صورة الحاضر - ترجمة / أحمد فؤاد بلبع - تقديم/إسماعيل صبرى عبد الله - سلسلة عالم المعرفة عدد (٢٦١) .

حاجى خليفة المولى مصطفى بن عبد الله القسطنطينى:
- كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون - دار الفكر - بيروت ١٤١٠هـ/١٩٩٠م

د/ حـــــازم الببلاوى :
- النظام الاقتصادى الدولى المعاصر من نهاية الحرب العالمية الثانية إلى نهاية الحرب الباردة - سلسلة عالم المعرفة عدد (٢٥٧) محرم ١٤٢١هـ/مايو ٢٠٠٠م .

د/ حـــــامد جـــامع :
- دور الدولة فى الاقتصاد - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٩م .
- على بن أبى طالب حاكما وفقيها- ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية .

د/ حســـن كيـــــرة :
- أصول القانون ـ مطبعة دار المعارف ١٩٦٠م .

د/ حسن محـــمـــد هنـــد :
- النظام القانونى لحرية التعبير - دراسة مقارنة - مكتبة الأسرة - القاهرة سنة ٢٠٠٤م .

د/ حسين حـــامد حسان :
- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي - مكتبة المتنبي - القاهرة -١٩٨١م

د/ حســين عـــامـــر :
- المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية- دار المعارف - الطبعة الثانية - ١٩٧٩م .

د/ حمـــــاد محمد شطا:
- الأصول الإسلامية للقانون الإداري - الكتاب الأول ـ النظرية العامة للقانون ـ دار الصحوة للنشر والتوزيع ـ القاهرة .
- النظرية العامة للقانون الإدارى - دار الصحوة - القاهرة - مكتبة العبيكان - الرياض ١٤١٩هـ .

خيـــــر الدين الزركلى :
- الأعلام - دار العلم للملايين - بيروت - ط١١ سنة ١٩٩٥م .

دافـيـــــد أرنـــــولد :
- الطب الإمبريالى والمجتمعات المحلية - ترجمة د/ مصطفى إبراهيم فهمى- سلسلة عالم المعرفة - الكويت عدد ٢٣٦ سنة ١٩٩٨م .

د/ داود عبد الرازق الباز :
- أصول القضاء الإدارى فى النظام الإسلامى - دار النهضة العربية - ١٩٩٨م .

- حماية السكينة العامة – معالجة لمشكلة العصر فى فرنسا ومصر – الضوضاء– دراسة تأصيلية مقارنة فى القانون الإدارى البيئى والشريعة الإسلامية– دار النهضة العربية ١٩٩٨م .

د/ ربيـــع أنور فتح الباب :

- الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستورى فى فرنسا– دار النهضة العربية ١٩٩٦م .
- الظروف الخاصة بنشأة نظام ازدواج الهيئة التشريعية " نظام المجلسين " فى النظم الديمقراطية الحديثة– دار النهضة العربية١٩٩٢م .

د/ رشـــاد حسن خليـــل :

- المدخل للفقه الإسلامى - مطبعة الأخوة الأشقاء - ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م .

د/ رمـــــــزى الشاعر :

- تدرج البطلان في القرارات الإدارية ـــ دار النهضة العربية ١٩٨٤م

د/ رمـــــــزى زكى :

- الاقتصاد العربى تحت الحصار– مركز دراسات الوحدة العربية – القاهرة ١٩٨٩م

د/ رمـــضان محمد بطيخ :

- الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها ـــ دار النهضة العربية القاهرة -١٩٩٦م .
- الرقابة على أداء الجهاز الإدارى – دراسة علمية وعملية فى النظم الوضعية والإسلامية – دار النهضة العربية ١٩٩٦م .
- تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية – دار الفكر العربى – القاهرة ١٩٨٨م .

د/ زكـــــــريا إبراهيم :

- مشكلات فلسفية ، المشكلة الخلقية - مكتبة مصر القاهرة – الطبعة الثانية١٩٧٥م .

د/ زكريا عبد الرازق المصرى :

- الإسلام وحرية الإنسان – مؤسسة الرسالة – الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م .

د/ زيـــن العابدين العبد نور :

- رأى الأصوليين فى المصلحة –كلية الشريعة والقانون – الأزهر – ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م .

د/ ســـامي جمال الدين :

- قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - دراسة تحليلية مقارنة ـــ كلية الحقوق ـــ جامعة الإسكندرية ـــ دار النهضة العربية القاهرة ؛ ١٩٩٢م .

د/ سعـــــاد الشرقاوى :

- القانون الإدارى - دار النهضة العربية ١٩٨٣م .

- نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني- دار النهضة العربية ١٩٧٩م .

د/ سعد المغـــــــربي :

- ظاهرة تعاطى الحشيش- دار المعارف القاهرة - الطبعة الثانية ١٩٨٤م .

د/ سعيد أبو الفتوح البسيوني :

- الحرية الاقتصادية في الإسلام وأثرها في التنمية ـــ دار الوفاء للطباعة والنشر - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.

د/ سعيـــد بشـــار :

- المصطلح خيار لغوي ..وسمة حضارية ـــ سلسلة كتاب الأمة العدد ٧٨ ؛ كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر ؛ الطبعة الأولى -١٤٢١هـ / ٢٠٠٠م .

د/ سعيد سعـــد مرطان :

- مدخل للفكر الاقتصادى فى الإسلام - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية - ١٤١٧هـ/١٩٩٦م

د/ سفـــــــــر الحوالى :

- العلمانية - مطبوعات البحث العلمى وإحياء التراث - (د . ت).

د/ سليمان محمد الطماوى :

- السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى الإسلامى- دار الفكر العربى - الطبعة الرابعة ١٩٧٩م .
- القضاء الإدارى - قضاء الإلغاء - دار الفكر العربى - ط ٧ ١٩٩٦م
- النظرية العامة للقرارات الإدارية - دار الفكر - القاهرة - الطبعة السادسة ١٩٩١م .
- عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ـــ دراسة مقارنة ـــ دار الفكر العربي ـــ الطبعة الثانية ١٩٧٦م .
- نشاط الإدارة - " المرافق العامة - الأموال العامة - الموظفون وسائل الإدارة - المسئولية الإدارية " - دار الفكر العربى - الطبعة الثانية - ١٩٥٤م .

د/ سليمان مرقس :

- الوافى فى شرح القانون المدنى - الفعل الضار والمسئولية المدنية- مطبعة السلام شبرا - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨م .

سيد سابق :

- فقه السنة - دار الفتح للإعلام العربى - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م .

سيد قطب :

- في ظلال القرآن ـــ دار الشروق الطبعة الأولى(١٩٧٢) ، ط٢٦ - ١٤١٨هـ /١٩٩٧م

د/ سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل :

- مدخل القيم : إطار مرجعى لدراسة العلاقات الدولية فى الإسلام- المعهد العالمى للفكر الإسلامى - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ .

د/ شـــاكر مصطفى :

- المدن فى الإسلام حتى العهد العثمانى - دار ذات السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٨٨م .

شهـــاب الدين الأُبَّدِىّ :

- بيان كشف الألفاظ- تحقيق د/ خالد فهمى ، مراجعة د/ رمضان عبد التواب - مكتبة الخانجى القاهرة - ط ١ - ٢٠٠٢م .

شهاب الدين الحموى الشافعى :

- كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات فى الأقضية والحكومات - تحقيق الدكتور / محمد مصطفى الزحيلى - دار الفكر - دمشق - الطبعة الثانية - ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م .

د/ شـــوقى أحـــمد دنيا :

- الإسلام والتنمية الاقتصادية - دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٧٩م .

د/ صـــــالح الهذلول :

- التحكم فى استعمالات الأراضى فى المدينة العربية - سجل أبحاث ندوة الإسكان فى المدينة الإسلامية - منظمة العواصم والمدن الإسلامية - جدة ١٩٨٤م .

صبـــــري الأشوح :

- المعلوم من الدين بالضرورة ، من عقيدة الإسلام وشريعته وقيمه ـــ دار الاعتصامـــ الطبعة الأولى ـــ ١٤٢٠هـ / ٢٠٠١م .

صديق بن حسن القنوجى :

- أبجد العلوم - تحقيق عبد الجبار زكار - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٩٧٨م .

د/ صلاح الدين رسلان :

- القيم فى الإسلام- دار الثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة ١٩٩٠م .

د/ صلاح الدين عبد الحليم سلطان :

- سلطة ولى الأمر فى فرض وظائف مالية " الضرائب " - دراسة فقهية مقارنة - تقديم الدكتور / محمد بلتاجى- دار هجر للطباعة والنشر - ط١- ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م .

د/ صلاح الدين فوزى :

- القانون الإدارى - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة ١٩٩٣م .

د/ طارق والى :
- النظرية العمرانية فى العبر الخلدونية- ط١ - إصدارات بيت القرآن - المنامة البحرين - ١٩٩٥م .

د/ طه جـــابر العلوانى :
- أصول الفقه الإسلامي - منهج بحث ومعرفة - المعهد العالمي للفكر الإسلامي - سلسلة الأبحاث العلمية (١) - الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .
- مقاصد الشريعة- دار الهادى للطباعة والنشر - بيروت لبنان - الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/٢٠٠١م.

د/ طه عبد المولى إبراهيم :
- مشكلات تعويض الأضرار الجسدية فى القانون المدنى فى ضوء الفقه والقضاء- دار الفكر والقانون - الطبعة الأولى ٢٠٠٠م .

د/ عبد الحكيم حسن العيلى :
- الحريات العامة فى الفكر والنظام السياسى فى الإسلام- دار الفكر العربى - القاهرة - ١٩٨٣ .

د/ عبد الحميد عبد الفتاح محمد :
- بعض التغيرات المناعية فى مرضى الجذام النشط والمرضى المعالجين - رسالة دكتوراه - كلية الطب - جامعة الأزهر سنة ١٩٩٣م .

د/ عبـــد الحميد منصور :
- ضوابط الحرية الاقتصادية فى الإسلام- مجلة منار الإسلام العدد الأول - المحرم ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

عبـــــد الرؤوف المناوى :
- فيض القدير- المكتبة التجارية مصر الطبعة الأولى-١٣٥٦هـ.

د/ عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني:
- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي - عرضا وتحليلا ودراسة ـــ دار الفكر ـــ دمشق سوريا ـــ ط١- ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م .

د/ عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز الحميصى :
- القضاء ونظامه فى الكتاب والسنة- معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامى - المملكة العربية السعودية - ط١- ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م .

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 السنـــهورى :

- الوسيط فى شرح القانون المدنى- إضافة وتنقيح المستشار / مصطفى محمد الفقى- دار النهضة العربية – الطبعة الثالثة ١٩٨١م .

عبد الرزاق بن همام الصنعانى :

- المصنف - تحقيق حبيب عبد الرحمن الأعظمى- المكتب الإسلامى – بيروت – ط٢ – ١٤٠٣هـ .

عـــــبد السميع المصرى :

- مقومات الاقتصاد الإسلامى- مكتبة وهبة – الطبعة الرابعة - ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م

عبد العزيز البكرى الأندلسى :

- معجم ما استعجم – تحقيق : مصطفى السقا- طبع بالقاهرة ١٣٦٨م.

عبد العزيز بن عبد السلام السلمى :

- الفوائد فى اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى – تحقيق / إياد خالد الطباع- دار الفكر بيروت – لبنان – الطبعة الأولى – ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م .
- شجرة المعارف والأحوال ، ومصالح الأقوال والأعمال- تحقيق / إياد خالد الطباع – دار الطباع للطباعة والنشر – دمشق – الطبعة الأولى ١٤١٠هـ /١٩٩٨م .
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـــ مؤسسة الريان - الطبعة الثانية ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م .

د/ عبد العـــــزيز حمودة :

- المرايا المقعرة –كتاب عالم المعرفة – عدد ٢٧٢ – ٢٠٠١م- سلسلة شهرية يصدرها المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب

د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة:

- الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإدارى ـــ دار النهضة العربية ـــ ٢٠٠١م.

عبد القادر بن أبي الوفاء القرشي:

- 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 – ط٥ – سنة ١٩٨٤م .

د/ عبـــــد الكريم زيدان :

- أصول الفقه - مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة السادسة ١٤١٧هـ/١٩٩٧م .
- الوجيز في أصول الفقه - مؤسسة الرسالة ـــ الطبعة السادسة - ١٤١٧هـ/١٩٩٧م .
- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية- دار عمر بن الخطاب للنشر – الإسكندرية – مصر (د : ت) .

د/ عبد الكريم عثمـــــان :
– 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 الجماعى فى التشريع الإسلامى – 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 الإسلامى للبحوث والتدريب – البنك الإسلامى 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 ـــ ط دار القلم – دمشق – ١٩٩٣م .

د/ عز الدين الدناصورى :
– المسئولية المدنية فى 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 صـــــديق طنيوس :
– نزع الملكية للمنفعة العامة ـــ دراسة مقارنة ـــ رسالة دكتوراة – كلية الحقوق ـــ جامعة عين شمس برقم (١٤٦٥) مكتبة الكلية .

د/ عصام عبد الوهاب البرزنجي :
– 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 للبزدوى ـــ وضع حواشيه عبد الله محمد محمود عمر ـــ دار الكتب العلمية –ط١- ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .

د/ عـــلال الفاسى :
– مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها – دار الغرب الإسلامى – ط٥ 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 :

- الخطط التوفيقية الجديدة لمصر– الهيئة العامة للكتاب – القاهرة – الطبعة الثانية - ١٩٨٠م .

على حسب الله :

- أصول التشريع الإسلامى– دار المعارف - القاهرة.

د/ على صالح المذلول :

- المدينة العربية الإسلامية – دار السهن – الرياض – السعودية ١٤١٤هـ/١٩٩٤م .

د/ على محمد الصَّلاّبى :

- الدولة العثمانية عوامل النهوض وأسباب السقوط – دار التوزيع والنشر الإسلامية – القاهرة – ط١- 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 دكتوارة – دار النفائس – الأردن – ط١- ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م .

د/ عمر حلمى :

- الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى– حقوق عين شمس ١٩٧٩م .

عمر شريف :

- نظام الحكم والإدارة في الدولة الإسلامية ـ 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 فى مصر – التلوث البيئى من خلال مناقشات ممثلى الأمة فى مجلس الشعب – معهد التخطيط القومى – مركز التوثيق والنشر – دراسات توثيقية ١٩٨٩م .

د/ غالب بن عبد الكافى القرشى :
– أوليات الفاروق السياسية – دار الوفاء – المنصورة – الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .
– أوليات الفارق في الإدارة والقضاء- مكتبة الجيل الجديد صنعاء ـ مؤسسة الكتب الثقافية ـ بيروت – الطبعة الأولى – ١٤١٠هـ /١٩٩٠م .

غـوستاف لوبـون :
– روح الاجتماع – ترجمة / أحمد فتحى زغلول– مطبعة الشعب .

د/ فـؤاد العطـار :
– القانون الإدارى – دار النهضة العربية القاهرة – ط ٣ – ١٩٧٦م.

د/ فؤاد محمد النادي :
– الوجيز فى القانون الإدارى المصرى واليمنى – دار نشر الثقافة – القاهرة – الطبعة الأولى – ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .
– مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامي – دار الكتاب الجامعي ١٩٨٠م .

د/ فؤاد مرسى :
– الرأسمالية تجدد نفسها – عالم المعرفة – الكويت – عدد ١٤٧ – ١٤١٠هـ/١٩٩٠م .

د/ فاضل عباس الحسب :
– الفكر الاقتصادى الإسلامى – دراسة مقارنة– عالم المعرفة – بيروت لبنان – ط٢– ١٤٠١هـ/١٩٨١م .

د/ فتـحى الدّريـنى :
– أصول التشريع الإسلامى– طبعة جامعة دمشق – ١٩٧٦م.
– الحق ومدى سلطان الدولة فى تقييده– مؤسسة الرسالة – بيروت– سوريا– الطبعة الأولى– ١٤١٧هـ/١٩٩٧م .
– نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي – مؤسسة الرسالة ـ الطبعة الأولى ١٣٨٧هـ /١٩٦٧م . والطبعة الرابعة ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م .

د/ فتحى عبد الرحيـم عبد الله :
– النظرية العامة للقانون – مصادر الالتزام – مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ١٩٩٩م

د/ فـوزي محمد طايل :
– أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ط١؛ ١٩٨٦م .

د/ فـــوزية ديـــــاب :

- القيم والعادات الاجتماعية- دار الكتاب العربى للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٦م.

د/ قطب مصطفى سانو :

- معجم مصطلحات أصول الفقه - دار الفكر بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م) .

كـــامى أفندى الإدرنوي :

- رياض القاسمين أو فقه العمران الإسلامى - تحقيق / مصطفى بن حموش - دار البشائر - دمشق ٢٠٠٠م .

د/ ماجـــــد راغب الحلو :

- القضاء الإدارى - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٥م .
- علم الإدارة العامة - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٨٥م .

مارسولون - بروسبيرفى - جى بريبان :

- أحكام المبادئ فى القضاء الإدارى الفرنسى - ترجمة د/ أحمد يسرى - منشأة المعارف - الإسكندرية - سنة ١٩٩١م

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 .

مالك بن أنس :

- المدونة الكبرى - برواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم ٦/٢٧٨٤- إشراف مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر - بيروت - لبنان - ط١ " ١٤١٩هـ / ١٩٩٨م " .
- الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيبانى - تحقيق د/ عبد الوهاب عبد اللطيف - لجنة إحياء التراث الإسلامى - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - القاهرة - ط ٧ سنة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م .

مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادى :

- القاموس المحيط - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ/١٩٩٧م ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م .

مجمـــع اللغة العربية :

- المعجم القانوني- الهيئة العامة للمطابع الأميرية - القاهرة ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- المعجم الكبير - الهيئة العامة للمطابع الأميرية- القاهرة ١٤١١هـ/١٩٩٠م .
- المعجم الوجيز ـــ طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم - ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م
- المعجم الوسيط - الهيئة العامة للمطابع الأميرية - القاهرة ؛ ١٤٠٥هـ ـــ 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 ١٩٦٢م.

د/ محمد إبراهيم عبادة :

- معجم مصطلحات النحو الصرف والعروض والقافية ـــ طبعة دار الآداب ـــ القاهرة: ٢٠٠١م .

محمد أبو زهـــــرة :

- تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة والعقائد وتاريخ المذاهب الفقهية - دار الفكر العربي (د . ت) .
- التكافل الاجتماعى فى الإسلام– دار الفكر – القاهرة ١٩٦٤م.
- الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية– دار الفكر العربى – القاهرة – ١٩٧٦م .
- مناقب الإمام أحمد بن حنبل - دار الفكر العربي – القاهرة (د . ت) .

د/ محمد البلتـــــاجى :

- منهج عمر بن الخطاب فى التشريع – دراسة مستوعبة لفقه عمر وتنظيماته– دار السلام – ط الثانية ١٤٢٤هـــ/٢٠٠٣م .

د/ محمـــد الحفنـــاوى :

- التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما فى الفقه الإسلامى– دار الوفاء – مصر – ط١- ١٤٠٥هـــ/١٩٨٥م .

د/ محمـــــد الزحيلى :

- القواعد الفقهية على المذهب الحنفى والشافعى –مجلس النشر العلمى – الكويت – ط١- ١٩٩٩م .
- مقال حقوق الإنسان محور مقاصد الشريعة – مجموعة من الباحثين– كتاب الأمة عدد : ٨٧ – المحرم ١٤٢٣هـــ .

محمد الطاهر ابن عاشور :

- أصول النظام الاجتماعي فى الإسلام – دار النفائس – الأردن – ط١ – ١٤٢١هـــ /٢٠٠١م .
- التحرير والتنوير ـــ دار سحنون للنشر والتوزيع ـــ تونس ـــ ١٩٩٧م .
- مقاصد الشريعة الإسلامية– تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوى – دار النفائس الأردن – ط٢ – ١٤٢١هـــ/٢٠٠١م .

محمد الغزالى :

- الإسلام المفترى عليه– نهضة مصر – للطباعة والنشر والتوزيع – القاهرة – ط١- ١٩٩٩م.
- الإسلام والأوضاع الاقتصادية – نهضة مصر – للطباعة والنشر – ط٢- ١٩٩٨م .
- دستور الوحدة الثقافية بين المسلمين– دار الشروق – الطبعة الأولى – ١٤١٨هـــ/١٩٩٧م .

د/ محمد المبارك :

- نظام الإسلام فى الاقتصاد (مبادئ وقواعد عامة) - دار الفكر - بيروت لبنان ١٩٨٠م.

د/ محمد الوكيـــــــلى :

- فقه الأولويات - دراسة فى الضوابط- سلسلة الرسائل الجامعية (٢٢) - المعهد العالى للفكر الإسلامى - ط١- ١٤١٦هـ/ ١٩٩٧م .

د/ محمد باهى أبو يونس:

- التقييد القانونى لحرية الصحافة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٦م .

محمد بن أحمد جلال الدين :

- المحلى شرح المنهاج ، ومعه حاشيتا قليوب وعميرة - إحياء الكتاب العربى - عيسى الحلبى - القاهرة ١٣٥٦هـ.

محمد بن عبد الرحمن المغربى :

- مواهب الجليل- دار الفكر - بيروت - ط٢- ١٣٩٨هـ .

محمد بن محمد بن أحمد القرشى الشافعى:

- معالم القربة فى أحكام الحسبة - دار الفنون - كمبردج .

د/ محمد حافظ سليمان :

- حرية الرأى والرقابة على المصنفات - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣م .

د/ محمد حسن عبد العال :

- رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإدارى الصادرة بالتطبيق للمادة (١٦) من الدستور الفرنسى والمادة ٧٤ من الدستور المصرى- سنة ١٩٨٣.

د/ محمد راكان الدغمى :

- حماية الحياة الخاصة فى الشريعة الإسلامية ـ دار السلام ط١ - ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥م .

محمـــــــد رشيد رضا :

- تفسير المنار ـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٠م .

د/ محـــمـــد رواس قلعه جى:

- موسوعة فقه عمر بن عبد العزيز- مجلس النشر العلمى - جامعة الكويت ٢٠٠١م.

د/ محمـــد زهير جرانه :

- مبادئ القانون الإدارى المصرى - مكتبة وهبة - القاهرة ١٩٤٤م.

د/ محمد سليمان الأشقر :

- أبحاث اجتهادية فى الفقه الطبى - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط١ - ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م .

د/ محمـــد شوقي الفنجرى :
- الإسلام والتوازن الاقتصادى بين الأفراد والدول – المجلس الأعلى للشئون الإسلامية – القاهرة – عدد (٤٦) ١٤١٩هـ/١٩٩٩م .
- الإسلام وعدالة التوزيع – دار ثقيف بالرياض – ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م
- المذهب الاقتصادى فى الإسلام – مكتبة عكاظ بالمملكة العربية السعودية – ١٩٨١م .

د/ محمد صلاح عبد البديع السيد :
- الأصول الإسلامية للقانون الإدارى المعاصر – دار النهضة العربية – ١٩٩٩م .

د/ محمـــد عبد الستار عثمان :
- المدينة الإسلامية - سلسلة عالم المعرفة – المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب – الكويت ١٩٨٨م .

د/ محمد عبد القادر أبوفارس :
- القضاء فى الإسلام– دار الفرقان – عمان – الأردن ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

د/ محمد عبد اللطيف صالح الفرفور :
- نظرية الاستحسان فى التشريع الإسلامى وصلتها بالمصلحة المرسلة – دار دمشق للطباعة والنشر – دمشق – سوريا – الطبعة الأولى ١٩٨٧م.

د/ محمد عبد اللطيف :
- قضية سوق روض الفرج – دراسة نقدية تحليلية لحكم المحكمة الإدارية العليا فى ١١ أبريل ١٩٩٣– دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٥م .
- نزع الملكية للمنفعة العامة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٥م

د/ محمد عبد الله دراز:
- الأخلاق فى القرآن – دراسة مقارنة للأخلاق النظرية فى القرآن – تعريب وتحقيق وتعليق د / عبد الصبور شاهين– مؤسسة الرسالة – بيروت – لبنان – ط١٠– ١٤١٨هـ/١٩٩٨م

د/ محمد عبد المنعم حبشي :
- كتاب التعدي على المنافع في الشريعة والقانون ـــ دراسة مقارنة – الكتـــاب الجامـــعي — كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م .

د/ محمد عزيز الحبـــابى :
- من الحريات إلى التحرر– دار المعارف – مصر – بدون تاريخ .

محمد على بن حسين المكى المالكى :
- تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م .

د/ محمد على حـــنبولة :

- الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة - رسالة دكتوراه - عين شمس - ١٩٧٣م. .

د/ محمد علـــى عمران :

- المدخل لدراسة القانون- الكتاب الجامعى عين شمس ٢٠٠٠م .

د/ محـــمد عمارة :

- قاموس المصطلحات الاقتصادية- دار الشروق - بيروت - ط١ - ١٤١٣هـــ/١٩٩٣م.

د/ محمد فاروق النبهان :

- الاتجاه الجماعى فى التشريع الاقتصادى الإسلامى- مؤسسة الرسالة - الطبعة الرابعة - ١٤٠٨هـــ/ ١٩٨٨م .

د/ محمد محمد فرحـــــات :

- المبادئ العامة فى الفقه الجنائى - دار النهضة العربية - ط١ - ١٩٩٨م.

د/محمد محمود محمـــــدين :

- التراث الجغرافى الإسلامى- دار العلوم للطباعة والنشر - الرياض ١٩٩٩م .

د/ محمد مرغنى خـــــيرى :

- القضاء الإدارى - الكتاب الأول - قضاء الإلغاء- الكتاب الجامعى ١٩٩٣م.

- القضاء الإدارى ومجلس الدولة - قضاء التعويض ومبدأ المسئولية الدنية للدولة والسلطات العامة- حقوق عين شمس - الكتاب الجامعى ١٩٩٤م .

- نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية ـــ رسالة دكتوراه ـــ جامعة عين شمس ١٩٧٢م .

د/ محمد مصطفى حسن :

- السلطة التقديرية- رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - مصر ١٩٧٤م.

د/ محمد مصطفى شلبي :

- تعليل الأحكام - مطبعة الأزهر ١٩٤٧م /١٣٦٧هـــ .

مـــحمـــد بن حبـــــان :

- الثقات -تحقيق / السيد شرف الدين أحمد - ٢٣١/٤ دار الفكر بيروت الطبعة الأولى - ١٣٩٥هـــ/١٩٧٥م.

د/محمود أبو السعود حبيب :

- الاختصاص التشريعى لرئيس الدولة فى الظروف الاستثنائية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة - ١٩٩٠م .

د/ محمود حامد عثمان :

- قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي - دار الحديث القاهرة ـــ ط١ - ١٤١٧هـــ/ ١٩٩٦م .

د/محمـــــــود حلمي :
- القضاء الإداري ـــ دار الفكر العربي ـــ ط٣ ـــ ١٩٧٧م .

د/محـــمـــود سامي قرنى :
- حماية البيئة جنائيا – دراسة مقارنة – دار القومية العربية للثقافة والنشر ١٩٩٤م .

د/ محـــمود سلامة جبر :
- رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة فى تكييف الوقائع وتقديرها فى دعوى الإلغاء – دراسة مقارنة – حقوق عين شمس ١٩٩٣م .

د/ محـــــمود عاطف البنا :
- حدود سلطة الضبط الإدارى– الكتاب الجامعى – حقوق القاهرة (د . ت) .

د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم :
- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ـــ طبعة دار الفضيلة – مصر– ١٩٩٩م .

محمود محمـــد حافظ :
- القضاء الإدارى – دراسة مقارنة– ط٦ – ١٩٧٣م .

د/محيى الدين محمد قاسم :
- السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث– سلسلة الرسائل الجامعية (٢٧) – المعهد العالمى للفكر الإسلامى – الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م .

مصطفى أحمد الزرقا :
- المدخل الفقهي العام – دار الفكر ـــ دمشق ـــ ط٣ –١٩٩٧م .

د/ مصطفـــى أحمد بن حموش :
- القيم الإسلامية فى العمران بين التراث والحاجة إلى التجديد –كلية الهندسة – جامعة البحرين .
- فقه العمران الإسلامى من خلال الأرشيف العثمانى الجزائرى فى الفترة من (٩٥٦هـ /١٥٤٩ م : ١٢٤٦هـ/١٨٣٠م)– دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبى – ط١– ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م .

د/ مصطـفى الســعيد :
- الاقتصاد المصرى ، وتحديات الأوضاع الراهنة – مظاهر الضعف – الأسباب / العلاج– دار الشروق طبعة خاصة لمكتبة الأسرة – القاهرة ٢٠٠٣م .

مصطفى بن سعد بن عبدة الرحيبانى الحنبلى
- مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى – المكتب الإسلامى (د : ت) .

مصطفى بن عبد الله القسطنطينى الرومى الحنفى:
- كشف الظنون– دار الكتب العلمية – بيروت ١٤١٣هـ/١٩٩٢م.

مصطفى بن كرامة الله مخدوم :

- روضة الفوائد شرح منظومة القواعد لابن سعدي ـــ دار أشبيليا للنشر والتوزيع ـــ السعودية ـــ الرياض ـــ الطبعة الأولى (١٤٢٠ هـــ/ ١٩٩٩م) .

د/ مصـــطفـــــى زيد :

- المصلحة فى التشريع الإسلامى– دار الفكر العربى – القاهرة .

د/مصطفى عبد الحميد عدوي :

- مبادئ القانون الكتاب الجامعي ـــ جامعة المنوفية ـــ كلية الحقوق ٢٠٠٢م .

مصـــطفى مجدى هرجه :

- الموسوعة القضائية الحديثة فى التشريعات الجنائية– دار محمود للنشر والتوزيع – القاهرة ٢٠٠١م.

منصـــور بن يونس البهوتى الحنبلى :

- دقائق أولى النهى شرح منتهى الارادات - عالم الكتب

منلاخسرو محمد بن فراموزا الحنفى :

- درر الحكام شرح غرر الأحكام– دار إحياء الكتب العربية – عيسى الحلبى (د.ت) .

د/ منى قـــاسم :

- التلوث البيئى والتنمية الاقتصادية – الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٩٩م .

د/منير إبراهيم هندى:

- أساسيات الاستثمار فى الأوراق المالية – توزيع منشأة المعارف – الإسكندرية ٢٠٠٣م .

د/منير حميد البياتى :

- حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون - كتاب الأمة – عدد ٨٨/ ١٤٢٣هـــ

مولاى محمد على :

- الإسلام والنظام العالمى الجديد – ترجمة / أحمد جودة السحار .

د/نادية محمد شريف العمرى:

- القياس فى التشريع الإسلامى – دراسة أصولية فى بيان مكانته وأثره فى الجوانب التطبيقية – دار هجر للطباعة والنشر – القاهرة – الطبعة الأولى ١٤٠٧هـــ/١٩٨٧م .
- نشأة القياس الأصولي وتطوره ـــ دار هجر للطباعة والنشر – ط١ - ١٤٠٧هـــ /١٩٨٧م .

د/ ناصر الدين الأسد :

- القيم بين الخصوصية والعمومية – مؤتمر الثقافة والعلم – جامعة السلطان قابوس – مسقط – عمان ٢١ : ٢٣ أكتوبر ٢٠٠١م .

د/ نبيلة عبد الحليم كامل :

- القضاء الإدارى والقضاء الدستورى– دار النهضة العربية ٢٠٠١م .
- دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا) ـــ حقوق القاهرة ؛ دار النهضة العربية ١٩٩٣م .

د/ نعمان عبد الرازق السامرائى :
- نحن والحضارة والشهود- سلسلة كتاب الأمة عدد ٨٠ - ذو القعدة ١٤٢١هـ / فبراير ٢٠٠١م .

د/ نعيم عطية :
- النظرية العامة للحريات الفردية - الدار القومية للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٦٥م .

د/ نور الدين بن مختار الخادمى :
- الاجتهاد المقاصدى - حجيته - ضوابطه - مجالاته- كتاب الأمة - عدد ٦٦ - إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - قطر ١٤١٩هـ/١٩٩٨م .
- علم المقاصد الشرعية - مكتبة العبيكان ـ الرياض ـ الطبعة الأولى- ١٤٢١ هـ /٢٠٠١م .

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت :
- الموسوعة الفقهية ١٤٠٠هـ .

وكيع محمد بن خلف بن حبان :
- أخبار القضاة - تصوير عالم الكتب - بيروت (د . ت) .

د/ وهبة الزحيلى :
- نظرية الضرورة الشرعية- مؤسسة الرسالة- بيروت ط٥ - ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.

د/ يوسف أحمد محمد البدوي :
- مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ـ دار النفائس ـ الأردن ـ ط١ - ١٤١٢هـ / ٢٠٠٠م .

د/ يوسف القرضاوى :
- الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط- دار التوزيع والنشر الإسلامية - مصر - ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م
- الخصائص العامة للإسلام - مكتبة وهبة - القاهرة .
- السياسة الشرعية فى ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - مكتبة وهبة - القاهرة - ط١ - ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م .
- الفقه الإسلامى بين الأصالة والتجديد- مكتبة وهبة - القاهرة - ط٢- ١٤١٩هـ/١٩٩٩م .
- أولويات الحركة الإسلامية- مكتبة وهبة - الطبعة الرابعة - ١٤١٢هـ/١٩٩٢م .
- رعاية البيئة فى شريعة الإسلام - دار الشروق - القاهرة - الطبعة الأولى- ١٤٢١هـ/٢٠٠٢م
- فقه الزكاة- مؤسسة الرسالة - القاهرة - الطبعة السادسة-١٩٨١م .
- فقه الأولويات - دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة - مكتبة وهبة ـ ط٢ - ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م .
- مدخل لدارسة الشريعة الإسلامية - مكتبة وهبة - القاهرة - ١٩٩٠ م

د/ يوسف حامد العالم :
- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - المعهد العالمى للفكر الإسلامى - الطبعة الثانية ١٩٩٤م .

د/ يوسف محمد رضا :
- قاموس الكامل الكبير (فرنسى + عربى) - مكتبة لبنان - بيروت (د.ت) .

قائمة الدوريات والحوليات

العـــــربيـــــــة

إدارة التخطيـــط العمرانى :

- اللوائح والنظم التخطيطية والتصميمية للمبانى السكنية – وزارة الشئون البلدية والزراعة – دول قطر – سبتمبر ١٩٩٦م .

ابـــــــــن الرامى :

- الإعلان بأحكام البنيان – مجلة الفقه المالكى والتراث القضائى المغربى – أعداد : ٢ ، ٣ ، ٤ ذو القعدة ١٤٠٢هـــ - سبتمبر ١٩٨٢ م.

د/ السيد عمر :

- معالم الاقتصاد الإسلامى– مجلة المسلم المعاصر عدد (٩٥) السنة الرابعة والعشرون ١٤٢٠هـــ/٢٠٠٠م .

د/ أحمد بن داود المزجاجى :

- الرقابة فى الإدارة الإسلامية المفهوم والخصائص– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد (٣٥) – جامعة الكويت – ١٤١٩هـــ/ ١٩٩٨م .

بشير بن مولود جـــحيش :

- فى الاجتهاد التنزيلى -كتاب الأمة عدد ٩٣ قطر١٤٢٤هـــ .

بكـــــــــــر موسى :

- حرية الإنسان فى الإسلام– كتاب سلسلة البحوث الإسلامية لمجمع البحوث الإسلامية – عدد ٨٤ – ١٣٩٧هـــ/ ١٩٧٧م .

د/ جـــــــاسم على سالم :

- الإصابة بمرض فقد المناعة المكتسب وأحكام المعاملات - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – الكويت عدد ٢٨ – ١٤١٦هـــ/١٩٩٦م .

د/ جمال الدين عطية :

- ضوابط الحريات الفكرية – مجلة المسلم المعاصر عدد ٩٩/ ١٤٢١هـــ/٢٠٠١م
- مؤسسات الزكاة والعمران فى الدولة الإسلامية – مجلة المسلم المعاصر عدد ١٠٦– ١٤٢٣هـــ/ ٢٠٠٢م

د/ حســـن ســـالم الدوسي :

- منهج فقه الموازنات فى الشرع الإسلامى – دراسة أصولية - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – عدد ٤٦ – الكويت ١٤٢٢هـــ /٢٠٠١م .

د/ حمـــــــــــدى ياسين :

- الحماية القضائية لحقوق الإنسان – دراسة موجزة حول دور القضاء المصرى فى حماية حقوق الإنسان - مجلة المحاماة المصرية - العدد الأول ٢٠٠١.

د/ خـــالد فهـمـــــى :

- الحجاب فى العهدين القديم والجديد - مجلة المنار الجديدة– ٢٠٠١م– عدد ١٦/ ١٠١ : ١٠٣

د/ خالد محمد مصطفى عزب :

- تخطيط وعمارة المدن الإسلامية– سلسلة كتاب الأمة – قطر – عدد ٥٨ ربيع الأول ١٤١٨هـ .

د/ خـــــيرى أحمد الكباش :

- الحماية القانونية للإنسان من التلوث الإشعاعى– مجلة عالم الفكر – المجلد ٣١ يوليو – سبتمبر ٢٠٠٢م

- الحماية الجنائية لحقوق الإنسان - عرض وتقديم د/ محمد الفيلى - مجلة عالم الفكر – الكويت عدد ٣١ أبريل ، يونيو ٢٠٠٣م.

د/ داود عبد الرازق الباز :

- مفاهيم أساسية فى القانون العام لحماية البيئة– مجلة عالم الفكر مجلد ٣٢/٢٠٠٤م .

روجـــــــيه جارودى :

- الحضارة على طريق الانتحار– عرض وتقديم د/ مصطفى محمود مقال بجريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٣/٥/٧ .

د/ رمـــــزى الشاعر :

- المسئولية عن أعمال السلطة القضائية – مجلة العلوم القضائية والاقتصادية – العدد الثانى – السنة الثامنة عشر ١٩٧٦ .

د/ زغـلول النجـــــــار :

- من الإعجاز العلمى فى السنة « حديث لا عدوى ولا طيرة » مقال بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٢٣ رمضان ١٤٢٤هـ /١٧نوفبر ٢٠٠٣م .

د/ عباس حسينى :

- خصائص التشريع الإسلامى – دراسة مقارنة بالقانون الوضعى – مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – الكويت العدد الرابع والعشرون – السنة التاسعة رجب ١٤١٥هـ/ديسمبر ١٩٩٤م .

عباس ظهيرى :

- حدود الحرية من المنظور الكلامى والفقهى والعرفانى – مجلة المنهاج – عدد ٢٣ – تصدر عن

مركز الغدير للدراسات الإسلامية – بيروت لبنان – ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م .

د/ عبد الخالق حميش :

– مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها– صحيفة دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية – عدد (٢١) – جمادى الأولى ١٤٢٥هـ/يولية٢٠٠٤م

د/ عبد الراضى المراغى :

– التربية البيئية فى الإسلام– مجلة الأزهر عدد ٨ – ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م .

د/ عبد الستار إبراهيم الهيتى:

– رسالة الاقتصاد للإمام النورسى - دراسة تحليلية – دار البحوث للدراسات الإسلامية ، وإحياء التراث – دبى ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م – 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 ٢٠٠١م

د/ عبد الفتاح محمد العيسوى :

– حقوق الإنسان فى الإسلام – مجلة الوعى الإسلامى – الكويت – عدد ٤٣١ / ١٤٢٢هـ– ٢٠٠١م

د/ عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة:

– منهج فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد : ٥١/٦٦ : ٦٧) المملكة العربية السعودية ـ الرياض - ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م .

د/ عبد المعبود عمارة :

– البيئة والوقاية والعلاج من منظور إسلامى – مجلة منبر الإسلام– شوال ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.

د/ عرفان عبد الحميد :

– إسلامية المعرفة ، ومنهجية التثاقف الحضارى مع الغرب - مجلة إسلامية – المعرفة بيروت العدد الخامس السنة الثانية ١٩٩٦م .

د/ على عبد الظاهر ثوينى :

– العمارة والمعمارى فى التراث والمفهوم الإسلامى– مجلة منار الإسلام الإماراتية – عدد ٣٤٤ – شعبان ١٤٢٤هـ/ أكتوبر ٢٠٠٣م .

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 (٥٩ ،٦٠) السنة الخامسة عشرة١٤٢٤هـ/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/ محمـــد رواس قلعه جى:
- تدخل الدولة فى السوق فى عهد الخلفاء الراشدين – مجلة الوعى الإسلامى– ربيع الأول ١٣٢١هـ/ ٢٠٠٠م .

د/ محمـــد زرمـــان :
- التصور الإسلامى للبيئة ودلالاته وأبعاده– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية عدد ٥٥ – ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م .

د/ محمـــد شـــوقى 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/ محمـــد عبد الحكيم عبده :
- الإسلام ومكافحته للأمراض والفواحش – مجلة الأزهر – الجزء الخامس – السنة الثانية والسبعون– جمادى الأولى – ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .

د/ محمـــد عبد القادر الفقى :
- مراعاة العوامل البيئية فى العمارة الإسلامية– مجلة الوعى الإسلامى العدد (٤٥٦) ١٤٢٤هـ/٢٠٠٤م .

د/ محمـــد يوسف علوان :

- القانون الدولى لحقوق الإنسان – مجلة عالم الفكر– تصدر عن المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب – الكويت – مجلد ٣١ /٢٠٠٣ م .

د/محمـــــــود ســـــلامة :

- مدى مشروعية قرار تقرير المنفعة العامة لجزيرتى الدهب والوراق – مقال نشر بجريدة الأهرام – عدد الجمعة ١٣ يوليو ٢٠٠١م.

د/محـــــمود صالح العادلى :

- الإسلام وحماية البيئة مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – الرياض عدد (٢٣) – ١٤١٥هـــ/١٩٩٤م .

د/ مصطفـــى أحمد بن حموش :

- أزمة محيط أم أزمة سلطة ؟ قراءة جديدة فى أزمة العمران العصرى – مجلة جامعة الملك سعود – العمارة والتخطيط – الرياض – السعودية ١٤١٩هـــ / ١٩٩٩م.
- من معالم العمران الإسلامى قرابة النسب ، وقرب المكان – مجلة الأحمدية العدد الثانى ١٤١٩هـــ / ١٩٩٨م.
- مشكلة الإطلاع والتكشف فى مدننا المعاصرة من المنظور الفقهى المالكى– مجلة الأحمدية – دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث – دبى – البحرين – العدد السابع – محرم ١٤٢٢هـــ/ مارس ٢٠٠١م .

مصطفـــــــى بكرى :

- مقال - جريدة الأسبوع المصرية بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢١ .

د/مصطفى محمد عَرجَاوى:

- التنظيم الشرعى والقانونى للتداوى بالمحرم– مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية – الكويت – العدد ٤٢ لسنة ١٤٢١هـــ/٢٠٠٠م

د/نعمت عبد اللطيف مشهور :

- الوسط : مفهومه – مجالاته – تحديده فى الاقتصاد الإسلامى– مجلة المسلم المعاصر – القاهرة – عدد (٩٦) – ١٤٢١هـــ/٢٠٠٠م .

أحكام القضاء الإدارى المصرى :

- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٩٤ لسنة ٢ ق جلسة ٧ / ١٢/ ١٩٤٨م السنة ٣ – ص ١٣٧ رقم ٢٩ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ٢٣٦ لسنة ٤ ق جلسة ٦/١٣/ ١٩٥٠ السنة ٤ – ص ٨٨١ رقم ٢٧٥ .
- قسم الرأى بمجلس الدولة ، فتوى ٦٣٨ فى ١٩٥١/٢/١٧م . مجموعة فتاوى قسم الرأى – السنتين ٤ – ٥ ص ٣٥٨ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ٦٨٥ لسنة ٤ق ، جلسة ١٩٥٢/٤/٢٩م السنة ٤-ص ٨٩٠ رقم ٣٣٧ .
- محكمة القضاء الإدارى الدعوى رقم ١٢٣١ لسنة ٥ ق ، جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ السنة ٩ ص ١٢٦ رقم ٩٩ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٠ لسنة ٢ق جلسة ١٩٥٥/١١/٥م السنة ١- ص٦٤ ، رقم ٨ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٢٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٦٠/٣/٨م السنة ١٤ ، ص ٢٤٢ رقم ١٤٥ .
- المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٠١ لسنة ٢ق جلسة ١٩٦١/٥/١١م – مجموعة أبو شادى (الإدارية العليا فى عشر سنوات) ص٢٣٢٢ رقم ٢٢٣٤ .
- الجمعية العمومية للفتوى والتشريع ، فتوى رقم ١٤٠٠ بتاريخ ١٩٦٣/١٢/١٤ ، مجموعة أبو شادى جـ٣ ، ص ٢٩٣٣ رقم ١٨٠٨ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٥٧٠ لسنة ٧ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨م .
- مجموعة أبو شادى (الإدارية العليا فى عشر سنوات) جـ٢ ، ص ٢٣١٩ رقم ٢٢٣٠ .
- محكمة القضاء الإدارى، الدعوى رقم ١٦١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٥م السنة ٢٥- ص ١٦٦ – رقم ٢٣ .
- الإدارية العليا – الطعنان ٨٣٢ ، ٨٥٢ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧٣/٤/٣م الإدارية العليا (١٥ عاما) ص ٤٢٤٢ رقم ٢ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٠٥٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٧٢/١/١٨ السنة ٢٦ ، ص٣٩ ، رقم ١٩ .

- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨م ، الإدارية العليا (١٥عاما) جـ٤ ، ص ٤٢٤١ رقم ١ .
- الجمعية العمومية للفتوى والتشريع ، فتوى رقم ٥٢٨ بتاريخ ١٩٧٨/٦/١م السنة ٣٢ ، ص ٢٨١ رقم ٩٧ .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعوى رقم ١٦٨١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٥م (غير منشور) .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٤٤١السنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/٥/١٨م السنة ٣٠ ص ١٠٨٩ رقم ١٦٨ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٩١٢ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٦/١١/٢٩م السنة ٣٢ جـ١ ص ٢٩٩ ، رقم ٤٦ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٢٤٦ لسنة ٣٠ ق جلسة١٩٨٧/١/١٧م السنة ٣٢ ، جـ١ ، ص ٦٥٤ – رقم ١٠٠ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٤ السنة ٣٢ – جـ١ ص٨١٨ – رقم ١٨٢ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٣٦ السنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٧م السنة ٣٣ – جـ١ ص ١٥٤ – رقم ٢١ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٧١٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٣م السنة ٣٣ – جـ١ ص ٨٧٣ رقم ١٣٧ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٣١ ق ، جلسة ١٩٨٨/٤/٢ السنة ٣٣ – جـ٢ – ص١٢٤٣ رقم ١١٩ .
- المحكمة الإدارية العليا ، الطعنان ١٨٧٥ ، ١٩١٤ لسنة ٣٠ ق ، جلسة ١٩٩١/٣/٩م(غير منشور) .
- محكمة القضاء الإدارى ، الدعاوى ٢٧٩٠ ، ٣٤٥٢ ، ٣٧٧١ ، ٣٤٩٤ ، ٣٨٤٤ ، لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢ (غير منشور) .

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 matiéré d'expropriation, mémoire pour le D.E.S. de droit public, Nantes, 1976 .
- **BURDEAU** : Drôit constitutionnel et institutions politiques, éd. 1977.
- **chapus (René)** : Droit – Administratif général , paris . 1988.
- **Colliard –Claude – albert** : Libertés , publiqes, 5ém éditition , précis Dalloz, 1975 . P. 15 .
- **Debbasch(Ch.), J.Bourdon, J-M. Pontier, J-C. Ricci :** Institutions et droits administratifs .3/Biens, expropriations, travaux publiques .P.U.F., Paris, 1978 .
- **DRAN:** Le contrôle jusidictionnle et la garantie des libertés

publiques , éd 1968 .

- **GILLI (Jean –Paul)** : Le rôle du juge administratif en matiére 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 .
- **L'environnement J**: caillosse, enquête Puplique et protection de A.J.D.A, 1987 .
- **LINOTTE (Didier)** : Recherches sur la notion d'intérét général en droit administratif français, Th . Bordeaux, I, 1975.
- **PACTEAU (Bernard)** : Le juge de l'excés 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.
- **Rivero(Jean)** : Droit administratif ,7e éd ., Dalloz,1975 .

- **RLALS (Stéphane)** : Le juge administratif français et la technique du standard , L.G.D.J., Paris, 1980 .

- **SALAHDAR (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 fonciéres urbaines, C.R.U.,1977 .

- **TRUCHET (Didier)** : Les function de la notion d'intérét 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 (Michéle)** : 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.

- **COLLIGNON (Jean-Guy)** : Note sous C.E Ass 18.7.1973 . ville de Limoges D.S. 1975 . J .

- **COLLIGNON (Jean-Guy)** : Note sous C.E. Ass . 18.7.1973. ville de Limoges D.S. 1975 J .

- **COLSON (Jean-philippe)** : Note sous C.E. 5.3.1976. Tarlier, A.J.D.A. 1976 .

- ——————— : Note sous C.E. 4.5.1979, département de la Savoie , R.J.E . 1979, No . 3 .

- **CORDELIER (J.P)** : Expropriation . Les réformes récentes , colloque de Marly 19 – 20 avril 1977, centre de recherches d'urbanisme ,1977 .

- **DONDOUX(Philippe)** : concl . sur C.E. sec. 29.6.1979 Min . de l'Intérieur c./Malardel , A.J.D.A. oct, 1979,No. 10 .

- **DREYFUS (Francoise)** : Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du princpe de proportionnalité à propos de trios jugements, T.A. de l'O.I.T.14.5.1973, "le pouvoir discrétionnaire et le juge adminstratif, "colloque du 5.3.1977, Aix-en-Provence, éd. Cujas, 1978 .

- **FRANC et BOYON** : Chr . générale de la jurisprudence administrative français , , sous C.E .26.10.1973. Grassin, A.J.D.A. 1973 .

——————— : A.J.D.A .1975 sous C.E. 22.2.1974 , Adam .

- **GENTOT (Michel)** : Concl. Sur C.E. 22.2.1974. Adam, R.D.P. 1975

- **GILLI (Jean-Paul)** : Le rôle du juge administratif en matiére d'expropriation . A.J.D.A 1973 .

- Note sous C.E. 22.2.1974 . sieurs Adam et autres . D.S. 1974.

- **GIROD (Patrick)** : Note sous C.E . 4.5. 1979. département de la Savoie, C.J.E.G. 1979, No. 337 .

- **GUILLAUME (Gilbert)** : Concl. Sur C.E. Ass. 2.5.1975. Dame Ebri, A.J.D.A. 1975 .

- **HOMONT (André)** : Note sous C.E. Ass . 28.5.1971 . Ville Nouvelle – Est, J.C.P. 1971,II, 16873 .

- ———— Note sous C.E. 12.1.1972 , Michel Geersen, et David Geerssen D.S. 1972 .

- ———— : 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. ٦,١,١٩٦٧, 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 réglements 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 matiére 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 Thory 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 juridictionel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence recent du conseil d'etat francais .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 francaise 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 frontiére entre la légalité et l'opportunité dans le recours pour excés 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 matiére 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, 1865 .

- **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'utité 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'appréiation des interest généraux concernés par une derogation aux régles d'urbanisme . R.D.P . 1974 .

المجموعات والدوريات :

A.J.D.A : Actualité juridique , droit administratif .
A.J.P.I : Actualité juridique, propriété immobiliére .
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'utilté publique .
E.J.D : Encyclopédie juridique Dalloz .
G.A.J.A : Les Grands arrest de la jurisprudence Adminstrative .
I.F.S.A : Institut français des sciences Adminstrative .
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 arrêst du conseil d'État, (Rexueil Lebon) .
R.J.E . : Revue juridique de l'environnement .
S . : : Recueil Sirey .
T . : Tome .
T.A . : Tribunal administratif .

أحكام القضاء الإدارى الفرنسى :

- **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 immobiliére , 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 .
- **T.A:** Versailles 10-7-1975, Bodson , leb. P. 801 .
- **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: 8-5-1981,** Min. de L'Interieur c.Veuve/Parveau , D.S. 19 81.P.540 .
- **C.E** : 10 décembre 1982, Comité regional d'information . Rec. 416 .
- **C.E** : 20 février 1987, Ville de Lozanne , J.C.P II , 20982 .

القـوانين

-La loi fonciére du 6.8.1953 .

-Le décret No . 54– 683 du 8.2.1954 .

المراجع الإنجليزية :

- **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 .

فهـــــــرس الموضـــــــوعـات

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 الإســـــــلامى والنـــظم الوضعيـــــــــــة	١٩
المبحث الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	٢٢
المطلب الأول : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى	٢٣
تقدير أقوال العلماء فى تعريف الموازنة	٢٦
المطلب الثاني : ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية	٢٨
تعريف الموازنة بين المنافع والمضار	٣١
المبحث الثانى: ماهية المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية	٣٢
المطلب الأول : المنافع والمضار وحقيقتهما اللغوية فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية	٣٣
حقيقة المنافع فى اللغة	٣٣
حقيقة المضار فى اللغة	٣٤
المطلب الثانى : المنافع والمضار وحقيقتهما الاصطلاحية فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية	٣٧
المنافع والمضار فى الفقه الإسلامى	٣٧
تعريف المنافع والمضار فى الفقه القانونى	٤٣

الفصل الثاني : تاريخ نظريـــــــــــــــة 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 ﷺ	٧٨
موقف الإمام مالك ﷺ	٧٩
موقف الإمام الشافعي ﷺ	٨١
موقف الإمام أحمد ﷺ	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 ١٩٧١م	١٠٦
المطلب الثاني : تاريخ نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مصر	١١٢
موقف القضاء الإداري قبل قضية (عزبة خير الله ١٩٩١/٣/٩م)	١١٤
موقف القضاء الإداري بعد قضية (عزبة خير الله ١٩٩١/٣/٩م)	١٢٠
الفروق بين النظامين الفرنسي والمصرى فى إطار تاريخ النظرية	١٣٣
الفروق بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار تاريخ النظرية:	١٣٥

الباب الثاني

تأصيل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية

الفصل الأول : الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية	١٣٩
تعريف مبدأ المشروعية	١٤٣
الفرق بين الشريعة والشَّرْعية	١٤٥
المبحث الأول : مشروعية نظرية الموازنة في النظام الإسلامي	١٤٧
المطلب الأول : القـــرآن الكـــريم ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار	١٥٢
دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المضرة	١٥٧
دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح المنفعة	١٥٧
دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة	١٦٠
دليل الموازنة بين المضار المتعارضة	١٦٢
المطلب الثاني : السنة ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار	١٦٤
دليل الموازنة بين المضار المتعارضة	١٦٨
دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة	١٦٩
دليل الموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة	١٧١
المطلب الثالث : الإجماع ونظرية الموازنة	١٧٣
المطلب الرابع : القياس المعتبر ونظرية الموازنة	١٧٦
المطلب الخامس : بناء الأحكام على المظان ونظرية الموازنة	١٧٩
المطلب السادس : العقل ومراعاة الضرورة والبداهة ونظرية الموازنة	١٨٢
المبحث الثاني : مشروعية نظرية الموازنة في النظم الوضعية	١٨٨
	١٩٦

المطلب الأول : الدستور ونظرية الموازنة ١٩٨
١٩٨ الدستور الفرنسي
٢٠٠ الدستور المصري
المطلب الثانى : القوانين العادية و نظرية الموازنة ٢٠٢
٢٠٣ القانون المدني ونظرية الموازنة
٢٠٤ المبادئ القانونية العامة ونظرية الموازنة
المطلب الثالث : القضاء الإدارى ونظرية الموازنة ٢٠٩
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 نظـــرية 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

الفرع الأول : حرية العقيدة فى النظم الوضعية	٢٤٣
الفرع الثانى : حرية الفكر والتعبير فى النظم الوضعية	٢٤٦
الفرع الثالث : الحرية الاقتصادية	٢٥٣
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار مبررات النظرية	٢٥٨
المبحث الثانى : حماية الوطن وتأمينه	٢٦٤
المطلب الأول : حماية الوطن وتأمينه فى النظام الإسلامى	٢٦٥
المطلب الثانى : حماية الوطن وتأمينه فى النظم الوضعية	٢٦٨
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية	٢٧٧
المبحث الثالث : الوقاية من الأمراض	٢٨٠
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 الإسلامي والنظم الوضعية	٢٩١
المبحث الأول : معايير نظرية الموازنة في النظام الإسلامي	٢٩٤
المطلب الأول : معيار التفسير المصلحى للنص	٢٩٥
المطلب الثاني : 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 الإجتماعى 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 الوضعيـــــــــة 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 الراجحة 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 النظام الإسلامى والنظم الوضعية ٤٠١
المطلب الأول : مقومات تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى ٤٠٢
المطلب الثانى : مقومات تطبيق الموازنة فى النظم الوضعية ٤١١
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار طرق ومقومات تطبيق النظرية ٤١٩
الفصل الثانى : مجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ٤٢٣

المبحث الأول : مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ٤٢٦
المطلب الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى ٤٢٩
مظاهر نزع الملكية فى النظام الإسلامى ٤٣٢
التطبيقات المباشرة لنزع الملكية فى النظام الإسلامى ٤٣٦
التطبيقات غير المباشرة لنزع الملكية فى النظام الإسلامى ٤٤٧
المطلب الثانى : نزع الملكية للمنفعة العامة والموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية ٤٦٢
الفرع الأول : نزع الملكية للمنفعة العامة فى فرنسا ٤٦٣
قضية المدينة الشرقية (ليل) ٤٦٥
نظرات فى تقرير بريبان ٤٦٩
الفرع الثانى : نزع الملكية للمنفعة العامة فى مصر ٤٨٣
التطبيقات المباشرة لنزع الملكية ٤٨٩
التطبيقات الغير مباشرة ٤٩١
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار نزع الملكية للمنفعة العامة ٤٩٧
المبحث الثانى : مجال التخطيط العمرانى والموازنة بين المنافع والمضار ٥٠٣
المطلب الأول : التخطيط العمرانى والموازنة فى النظام الإسلامى ٥٠٥
المطلب الثانى : التخطيط العمرانى والموازنة فى النظم الوضعية ٥٢٢
الفرع الأول : التخطيط العمرانى 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 العمرانى	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 المجال الاقتصادى	٦٤٥
المبحث الرابع : مجال الصحة العامة	٦٥٣

المطلب الأول : الصحة العامة والموازنة فى النظام الإسلامى ٦٥٥
التداوى بالمحرم ٦٥٩
العزل والحجر الصحى ٦٦٧
حماية الأمة من التلوث ٦٧٤
المطلب الثانى : مجال الصحة العامة والموازنة فى النظم الوضعية ٦٧٨
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار مجال الصحة العامة ٦٩٤
الفصل الثالث : أهمية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها ومستقبلها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ٧٠١
المبحث الأول : أهمية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار وتقديرها فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ٧٠٤
المطلب الأول : أهمية الموازنة وتقديرها فى النظام الإسلامى ٧٠٥
المطلب الثانى : أهمية الموازنة وتقديرها فى النظم الوضعية ٧١٩
المبحث الثانى : مستقبل نظرية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظام الإسلامى والنظم الوضعية ٧٣٦
المطلب الأول : مستقبل نظرية الموازنة فى النظام الإسلامى ٧٣٧
المطلب الثانى : مستقبل نظرية الموازنة فى النظم الوضعية ٧٥١
المطلب الثالث : مقارنة بين النظام الإسلامى والنظم الوضعية فى إطار مستقبل النظرية ٧٦٧
خاتمة ٧٦٩
قائمة الفهارس والمراجع ٧٨١
فهرس قائمة المصادر والمراجع العربية ٧٨٣
فهرس قائمة المراجع الأجنبية ٨٢١
فهرس الموضوعات ٨٣٣