الباب الثاني

نظرية الموازنة بين المنافع الإسلامي والمضار في الفقه الوضعي والقانون

الباب الثاني

نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

The Balance Theory between benefits and damages in Islamic jurisprudenceand in the Positive law

تعتبر رقابة الموازنة بين المنافع والمضار أرقى مراحل تطور الرقابة التي استطاع القضاء الإداري أن يصل إليها في النظم الوضعية من أجل حماية حريات الأفراد وحفظ حقوقهم أمام سلطة الإدارة التقديرية لا سيما إذا تعلق قرار الإدارة بتقييد هذه الحريات ونزع الملكيات لأجل المنفعة العامة, وفيه كان التعارض بين ملكية الفرد وماله من حرية في التصرف فيها وما تتوخاه الإدارة من العمل على تحقيق المنفعة العامة، وهذا التعارض نتيجة الصراع الدائم بين الفرد والسلطة, وكل منهما يريد أن يحقق ما يريده، وهنا يوضع الفرد والمجتمع موضع التقابل الحاد, كأنهما معسكران متضادان, كل ما يرضي أحدهما يغضب الآخر.

هذا على النقيض من النظام الإسلامي إذ أنه لا يضع الفرد والإدارة موضع التقابل، وإنما يربي الإسلام الطرفين معاً، ويوازن بينهما ليمنع الجنوح سواء كان الجنوح من هذا أو ذاك، فيُلزم الفرد بواجبات تجاه إدارته، ويُلزمها بواجبات تجاهه، حيث إن مفتاح الجميع واحد، الإيمان بالله تعالى، وإتباع منهجه للحياة، قال تعالى: وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ[١]، وقال : كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته[٢]، وقال أيضاً: كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وعرضه، وماله[٣]، فالشريعة سياج يخدمها الوالي أو الأمير، فهو راع أُمر بالعدل، والرعية أحرار يستعبدها العدل، والعدل سلك به نظام العالم، فأخرج الإسلام بهذه التوجيهات مجتمعاً متوازناً[٤]، الملكية الفردية فيه مصونة بأمر التشريع الإسلامي، ولا تنزع منه إلا رعاية لحق الآخرين[٥].

وبالتالي نجد أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي منهج شرعي، وفى النظم الوضعية تمثل أرقى مرحلة وصلت إليها الرقابة الإدارية، غير أن هذا يحتاج إلى تصور شامل لماهية نظرية الموازنة، وضوابطها، ومعاييرها، ومجالات تطبيقها، ذلك لأن الحكم على الشئ فرع عن تصوره.

وبما أننا نعرض لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار للموازنة بين المنفعة العامة والمنفعة الخاصة بصدد نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة باعتباره استثناءً على الأصل وهو أن الملكية الخاصة مصونة لا تمس، فإنه من الأهمية أن نعرض للأساس الشرعي الذي يبيح نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة بعد إجراء الموازنة بينهما والمتمثل في حالة الضرورة (نظرية الظروف الاستثنائية)، والتي تجيز تقديم المنفعة العامة على المنفعة الخاصة.

وبناءً على ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى أربعة فصول متتالية يسبقهم فصل تمهيدي نتناول فيه الأساس الشرعي الذي يبيح نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة (نظرية الظروف الاستثنائية) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ثم نتناول في أولهم ماهية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ثم نتناول في ثانيهم الأساس الشرعي والقانوني (مبدأ المشروعية) لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ثم نتناول في ثالثهم معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وأخيراً نتناول في الفصل الرابع ضوابط وطرق تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

---

(١) سورة التوبة - آية (٧١).
(2) المعجم الأوسط - الطبراني أبو القاسم بن أحمد - دار الحرمين – القاهرة - عام ١٤١٥(هـ)- ٤/١٧١.
(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ١٠/٤٦٤.
(٤) الدكتور محمد قطب - حول التفسير الإسلامي للتاريخ - الناشر المجموعة الإعلامية – جدة - المملكة العربية السعودية - عام ١٩٨٩م- ص٢٢٧.
(٥) الدكتور محمد فاروق النبهان - الاتجاه الجماعي في التشريع الإقتصادي الإسلامي - مؤسسة الرسالة – بيروت - عام١٩٨٨م - ص٢١٤.

الفصل التمهيدي

الوضعي الإسلامي والقانون الفقه نظرية الظروف الاستثنائية في

The Exceptional Circumstances Theory in the Islamic jurisprudence and in the Positive Law

إن نظرية الظروف الاستثنائية لها أهمية بالغة في كل أطوار الحياة الإنسانية، فما من إنسان في هذا الوجود إلا وقد تحيد به ظروف تدفعه إلى الخروج على بعض القواعد الواجب اتباعها واحترامها، ومرجع ذلك إلى الطبيعة البشرية ومدى الضعف الذي يحيط بها، فكما أن الناس لا يستغنون عن القواعد التي تنظم حياتهم في صورتها العادية، فإنهم لا يستغنون عن تلك القواعد التي تحكم الظروف الاستثنائية التي قد تحيط بفريق منهم، لذلك فإن الله وهو العليم بضعف هذا الإنسان شرع له كل ما يصلح شأنه ويقوِّم معوجه في حياته الدنيا وعند رجوعه إلى ربه.

وبالنسبة للحياة فى هذه الدنيا فإن الله أنزل القواعد المحكمة الأبدية الدائمة التي لا تقبل تبديلاً ولا نسخاً ولا تغييراً، ومع ذلك فإن الله تبارك وتعالى أعقب هذه الأحكام الدائمة التي تطبق في الظروف العادية بأحكام أخرى تطبق في الظروف الاستثنائية حرصاً على حياة الناس، ومحافظة على حقوقهم، وما أكثر ما يصادف الناس من ظروف اضطرارية أو استثنائية، وما أكثر الأزامات التي تحيط بهم، والتي تجعل من تطبيق الأحكام الدائمة أمراً شاقاً عسيراً، فيضطر إلى الخروج عن مقتضاها.

فهذه الشريعة وافية تهدف إلى تحقيق مصالح العباد وسعادتهم في الدنيا والآخرة بما امتازت به من السهولة واليسر وبلوغها الغاية من حيث الصلاحية لكل زمان ومكان، حيث إن مصالح الناس متشابكة، وتعاون الأفراد والجماعات أمر محتم تدعوا إليه ضرورات الحياة، ولقد سنت شريعتنا دستوراً يؤدي تطبيقه إلى رفع الحرج والمشقة، حيث إن هذه الشريعة مؤسسة على رفع الحرج، والأدلة على ذلك كثيرة سواء من القرآن الكريم أو من السنة النبوية ونوضح ذلك فيما يلي:

الأدلة من القرآن الكريم:

قول الله في وصف الرسول : وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ(١)، وقوله تعالى فيما علمنا أن ندعوا به: رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ(٢)، وقوله : لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا(٣)، وقوله تعالى: يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ (٤)، وقوله : وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٥)، وقوله تبارك وتعالى: يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا(٦)، وقوله تعالى أيضاً: مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ(٧).

الأدلة من السنة:

قال النبي : بعثت بالحنفية السمحة، وما خير النبي بين أمرين إلا أختار أيسرهما ما لم يكن إثماً ، إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث.

(١) سورة الأعراف – آية (١٥٧).
(٢) سورة البقرة – آية (٢٨٦).
(٣) سورة البقرة – آية (٢٨٦).
(٤) سورة البقرة – آية (١٨٥).
(٥) سورة الحج – آية (٧٨).
(٦) سورة النساء – آية (٢٨).
(٧) سورة المائدة – آية (٦).

ويتضح مما سبق أن الأحكام التي شرعت للاستثناء أو الضرورة فائدتها التخفيف من الله تبارك وتعالى عن عباده، ومن ثم فهي بمثابة الهدية والصدقة من الله، ويدل على ذلك قول الرسول لمن سأله عن تشريع قصر الصلاة حتى فى حالة الأمن: صدقة تصدق الله بها عليكم فأقبلوا صدقته[١]، وبما أن رد الهدية يعتبر من سوء المعاملة، فإن رد الرخص التي وهبنا الله إياها بعدم ممارستها يعد من سوء الأدب مع الله تعالى، وقد جاء في الحديث: إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه.

وبناءً على ما سبق صاغ فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ما يسمى بنظرية الظروف الاستثنائية لمواجهة ما يجد من ظروف وأحداث استثنائية.

المقصود بحالة الضرورة في الشريعة الإسلامية:

إن وضع تعريف محدد للظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة في الفقه الإسلامي يحتاج إلى كثير من البحث، وليس ذلك راجعاً إلى عدم الوصول إلى تعريف يوضح حقيقتها، وإنما إلى عدم وجود تعريف عام شامل يتضمن كل حالات الاضطرار يمكن إسناده إلى فقيه بعينه، والسبب في ذلك أن الفقهاء قد اكتفوا بوضوح معناها اللغوي، وهو لا يكاد يختلف عنه في حالة الإصطلاح الفقهي[٢].

المعنى اللغوي للضرورة:

قال أحد علماء اللغة:" إن الضرورة اسم للاضطرار الذي هو الإلجاء بالقوة والقهر "[٣].

وقد جاء فى لسان العرب: الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول حملتنى الضرورة على كذا وكذا، وقد أضطر فلان إلى كذا وكذا[٤].

تعريف الضرورة عند الفقهاء:

فقد عرَّفها فقهاء المالكية عن طريق الاستطراد في شرح بعض أحكام الأطعمة المباحة وغير المباحة، وقالوا أن الضرورة هي:" الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً "، وهذا التعريف جامع لكل حالات الضرورة القائمة بالنفس، سواء نفس الفاعل أو نفس الغير.

ولكن هناك تعريف شامل يشمل المعنى الكامل للضرورة على أنها مبدأ أو نظرية يترتب عليها إباحة المحظور أو ترك الواجب، وهو أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع[٥].

وبالتالي يتضح من التعريفات السابقة أن نظرية الظروف الاستثنائية تعني أن القرارات التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية، يمكن أن تعتبر أعمالاً مشروعة في ظروف أخرى إذا ثبت أنها لازمة وضرورية لحماية النظام العام وكفالة سير المرافق بانتظام واطراد[٦].

(١) صحيح مسلم – ص٢/١٤٣.
(٢) الدكتور يوسف قاسم - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي – الناشر دار النهضة العربية – القاهرة - عام ١٩٩٣م- ص٨٠.

(٣) الدكتور يوسف قاسم – المرجع السابق – ص ٥.
(٤) لسان العرب - لابن منظور – ط ١- دار صادر – بيروت - عام ١٤١١(هـ) – ج١٩ – ص ٤٨٣: ٤٨٤.
(٥) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي – النظريات العامة في الفقه الإسلامي– كلية الحقوق جامعة الإسكندرية – مطابع السعدني – عام ٢٠٠٦م– ص٣٦.
(٦) الدكتور فؤاد محمد النادي – القضاء الإداري واجراءات التقاضي – عام ١٩٩٨م – ص ٨٠ :٨٥.

المقصود بالنظرية في القانون:

اختلف فقهاء القانون في تعريف الظروف الاستثنائية وتعددت آرائهم في ذلك، فقد عرَّفها البعض بأنها:" وضع غير عادي وخطير يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة للمحافظة على المصلحة العامة، مع عدم إمكان إعمال القواعد العادية ".

وعرَّفها البعض الآخر بأنها:" نظرية قضائية صاغها وكونها مجلس الدولة الفرنسي مقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف، حيث تكون ضرورية لحماية النظام العام، ويتسع نطاق المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية ليتكون ما يسمى بالمشروعية الاستثنائية التي تتمتع السلطة الإدارية بمقتضاها باختصاص واسع لم تتمتع به في ظل الظروف العادية"(١).

وهناك رأي آخر للعميد الطماوي إذ يقول:" إذا واجهت الإدارة ظرفاً استثنائياً لا يمكن معه التقيد بقواعد الشرعية العادية ولم يكن ثمة تشريع يخوَّل الإدارة سلطات كافية لمواجهة تلك الظروف فإن مجلس الدولة الفرنسي يجري تخويله سلطة التحرر مؤقتاً من قواعد الشرعية العادية بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف كظروف الحرب، فقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أسس النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى، وطبقها للمرة الثانية فى الحرب العالمية الثانية"(٢).

ثم يؤكد الدكتور الطماوي أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بنظرية الظروف الاستثنائية عند ظروف الحرب فحسب، فليست الحرب إلا مثالاً للظروف الاستثنائية التي يتعرض لها المجتمع، والتى تستلزم منح الإدارة سلطات أوسع، ولهذا سحب مجلس الدولة نظرية الظروف الاستثنائية على فترة الشدة التي أعقبت الحربين العالميتين باعتبارهما من أثار الحرب، وطبقها أيضاً في الأوقات العصيبة التي يتعرض لها المجتمع فى وقت السلم، أو إذا هددت المصلحة العامة(٣).

وقد جاء الإسلام بشريعة كاملة متضمنة مبادئ وأحكام تنظم شئون الحياة الدنيا، وحرصت على تقرير مبدأ المساواة أمام أحكام الشرع على إطلاقه، فلا قيود ولا استثناءات، إنما مساواة بين الأفراد، ومساواة تامة بين الجماعات والأجناس، ومساواة تامة بين الحكام والمحكومين، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرؤوسين، لا فضل لرجل على رجل، ولا لأبيض على أسود، ولا لعربي على أعجمي، فالناس جميعاً في الشريعة الإسلامية على اختلاف شعوبهم وقبائلهم متساوون في الحقوق والواجبات، والجميع على مستوى واحد من المسئولية أمام الله وأمام المجتمع(٤)، ومقتضى هذا أن الناس سواء، لا فرق بين حاكم أو محكوم، فالجميع يخضعون لأحكام الشرع ويلتزمون به سواء بسواء، وهذا هو الخضوع لمبدأ الشرعية.

وقد ورد مبدأ الشرعية في الكتاب والسنة، وأجمع الخلفاء والصحابة على تطبيق هذا المبدأ وحرصوا على تنفيذه، وكذلك فقهاء المسلمين، وسوف نبين ذلك في ثلاثة مباحث متتالية نتناول في أولهم بيان المقصود بالمشروعية والشرعية والشريعة، ثم نتناول في ثانيهم مبدأ الشرعية في الكتاب والسنة وأعمال الصحابة وعند فقهاء المسلمين، وأخيراً نتناول في المبحث الثالث الأساس الشرعي والقانوني لنظرية الظروف الاستثنائية.

(١) الدكتور مجدي المتولي – أثر الظروف الاستثنائية علي مبدأ الشرعية "دراسة مقارنة" – ص ٤٤.
(٢) الدكتور سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية - ط ٦ – دار الفكر – القاهرة – عام ١٩٨٤م – ص ١١٢.
(٣) الدكتور محمد الطماوي – المرجع نفسه – ص ١١٢: ١١٤.
(٤) الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم – الرقابة علي أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة – رسالة دكتوراه - كلية الحقوق – جامعة القاهرة – عام ١٩٧٦م – ص ٦٣.

المبحث الأول

بالمشروعية والشرعية والشريعة المقصود

المشروعية لغة:

مصدر صناعي كأن يقال: تنظر المحكمة العليا فى مشروعية قانون الأحزاب – وهي ما يسوغه الشرع ويبيحه.[1]

المشروعية اصطلاحاً:

مبدأ المشروعية من المنظور الإسلامي: يعني خضوع الحكام والمحكومين للقواعد والأحكام الإلهية المتعلقة بالعقيدة والمعاملات التي فرضها الله تعالى، بحيث يحدد بمقتضاها الإطار العام الذى يلتزم به المسلمون حكاماً ومحكومين، ويحدد نطاق السلطة العامة وعلاقاتها، سواء أكانت هذه العلاقات بين الهيئات الحاكمة بعضها البعض فى الدولة الإسلامية من ناحية، أو فيما بينها وبين المحكومين من ناحية أخرى، مسلمين كانوا أم غير مسلمين.[2]

مبدأ المشروعية من المنظور القانوني: يقصد بمبدأ المشروعية من المنظور القانوني سيادة حكم القانون، أو ضرورة احترام القواعد القانونية القائمة من كافة سلطات الدولة، ويستوي فى ذلك سلطة التشريع، وسلطة القضاء، وسلطة التنفيذ، حيث تخضع الدولة بجميع هيئاتها وأفرادها لقواعد عامة موضوعة مقدماً[٣].

ويقصد به أيضاً: احترام الإدارة للقانون في كافة تصرفاتها وأعمالها الإيجابية والسلبية على السواء، الصريحة والضمنية[٤].

ويقصد به أيضاً: سيادة القانون، بمعنى احترام أحكامه وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم، فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأفراد، ليس فقط فى علاقتهم ببعضهم البعض، وإنما كذلك في علاقتهم بسلطات الحكم في الدولة[٥].

ويقصد به أيضاً: أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم، وأن يمكن الأفراد – بوسائل مشروعة- من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها، بحيث يمكن أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عنَّ لها أن تخرج على حدود القانون عن عمد أو إهمال[٦].

وبالتالي يقتضى هذا المبدأ أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون، ولكي يزداد هذا المبدأ وضوحاً ولا يختلط بغيره من مصطلحات من نفس مادته (ش – ر – ع) تحتم علينا أن نفرق بينه وبين مصطلحي الشريعة والشرعية.

---

(1) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود - نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في إطار القانون العام – دراسة مقارنة في النظام الإسلامي والنظم الوضعية - رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – عام ١٤٢٦ (هـ)/ ٢٠٠٥م – ص١٤٥.
(٢) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ١٤٥.
.عام ١٩٧٧م – ص ٥ – دار الفكر العربي – الطبعة الثانية - الدكتور محمود حلمي – القضاء الإداري (3)
(4) الدكتور رمزي الشاعر – تدرج البطلان في القرارات الإدارية – دار النهضة العربية – عام ١٩٨٤م – ص ٢٠١.
(٥) انظر:
.JIEAN RIVERO: droit administrat،f ,zeéd.,Dalloz,1975.p.17

(٦) الدكتور سليمان الطماوي – القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) - دار الفكر العربي – القاهرة - عام ١٩٧٦م – ص ١٩.

الفرق بين الشريعة والمشروعية:

)أ) الشريعة لغة واصطلاحاً:

تطلق الشريعة لغة: على المورد الذي يرده الناس والدواب للشرب، فهي تعني مورد الإبل إلى الماء الجاري، ويسمى مثل هذا المكان أيضاً مشروعاً ومشرعة، كما أنها تطلق على الطريقة الواضحة، قال تعالى: لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا(١)، أي شريعة تتبعونها، وطريقاً واضحاً تسلكونه، قال الله : ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا(٢)، أي طريقة.

الشريعة اصطلاحاً:

يقصد بها عند علماء أصول الفقه: مجموعة الأصول والعقائد والمبادئ والأنظمة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والجنائية التي شرعها الله عز وجل لتنظيم حياة الفرد والمجتمع على الأرض وفق مراده جل جلاله,(3) وتتميز هذه الأنظمة والمبادئ بالشمول والثبات والتوازن والدوام، وذلك لأنها إلهية المصدر والمنشأ.

ويقصد بها عند فقهاء القانون: الطريقة المثلى التي يجب أن ينظم على أساسها السلوك الإنساني(٤).

(ب) المشروعية:

أما المشروعية فهى تعني خضوعاً للشرع، واحتراماً له، وموافقة له أو للقانون .

وتتميز المشروعية بالمرونة إذ أنها تساير كل عصر، وتتميز أيضاً بما يضعه وليَّ الأمر من قانون يحمي به مصالح العباد، ولا يخالف به ما نص عليه الكتاب والسنة، وبذلك تختلف المشروعية عن الشريعة، فالشريعة تمثل المصدر الثابت، والمشروعية تمثل موافقتها وعدم المخالفة لنصوصها، وكذلك تمثل الجانب التطبيقي للمصادر الشرعية عن طريق الاستنباط والاجتهاد وتطبيق القواعد في مواجهة ظروف الواقع وملابساته(٥).

الفرق بين الشرعية والمشروعية:

قال البعض: أن الشرعية والشريعة بمعنى واحد، فهي تعني "ما شرع الله لعباده .(6)"

وقال البعض الآخر أيضاً: أن الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان في المعنى، باعتبار أن كلاً منهما يغطى الآخر في مضمونه وفحواه(٧).

---

(١) سورة المائدة – آية (٤٨).
(٢) سورة الجاثية – آية (١٨).
(٣) الدكتور قطب مصطفي سانو – معجم مصطلحات أصول الفقه - ط١ - دار الفكر – بيروت – لبنان - عام ٢٠٠٠م – ص٢٤٩.
(٤) الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع نفسه – ص٢٤٩.
(٥) الدكتور محمد الدين محمد قاسم – السياسة الشرعية ومفهوم السياسة الحديث - الطبعة الأولى – المعهد العالمي للفكر الإسلامي – القاهرة – عام ١٩٩٧م – ص ١٣٤.
(٦) القاموس المحيط – ٣/٤٢.
الدكتور عبد العزيز عبدالمنعم خليفة – الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري – دار النهضة العربية – عام (7) ٢٠٠١م – ص ٧، ٨.

وقال البعض الآخر أيضاً: أن الشرعية والمشروعية مصطلحان مترادفان من حيث الظاهر، أما من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما فإن الشرعية تعني موافقة الشرع، أما المشروعية فهي تفيد محاولة موافقة الشرع(١).

ولكن هناك رأي آخر يقول 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(٢).

وبالتالي فالشرعية هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده، والمشروعية هي موافقة ما ورد به الشرع.

وعرَّف"لوبادير"(٣) الشرعية بأنها:"مجموعة القوانين الدستورية والعادية والمعاهدات الدولية والعرف ومبادئ القانون العامة"، وطبقاً لهذا التعريف لا تخضع الدولة للقانون فقط بل للوائح والمعاهدات والعرف وأحكام القضاء.

وبالتالي نجد أن الضمانة الأساسية التي تحمي الأفراد من تعسف الإدارة وتحكمها تكمن في خضوع الإدارة للقانون عند ممارستها لنشاطها.

المبحث الثاني

مبدأ الشرعية في الكتاب والسنة وأعمال الصحابة وعند فقهاء المسلمين

أولاً: مبدأ الشرعية في القرآن:

إن الأحكام في الإسلام مصدرها الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى، فليس هناك فرد مهما علا مقامه يعلو فوق شريعة الله، فالحكام والمحكومين متساوون أمام أحكام الشرع، فلا امتياز لأحد على أحد(٤)، فقد أمر الله رسوله بتبليغ رسالته للناس كافة بشيراً ونذيراً، قال تعالى: وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا(٥)، وقال : يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ(٦).

---

(1) الدكتور ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية – كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - عام ١٩٨٥م - ص ١٨، ١٩.

(٢) الدكتور عبد العزيز عبدالمنعم خليفة – المرجع السابق – ص ٩.
:انظر (3)

De Laubadere: Traite elementaire de droit administratif: 1957 p. 199.

(4) الدكتور فؤاد محمد النادي– مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي - طبعة أولى – دار الكتاب الجامعي - عام ١٩٨٠م- ص٦٤. والدكتور عبد الحكيم حسن العيلي – الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام دراسة مقارنة - طبعة دار الفكر العربي – القاهرة - عام ١٩٨٣م - ص٢٠٥.

(٥) سورة سبأ – آية (٢٨).

(٦) سورة الحجرات – آية (١٣).

وقد حرص الشارع الحكيم على نزع سلطة التشريع من يد البشر لكيلا يتميز بها بعض الناس على بعض، فتختل قاعدة المساواة من أصولها، وجعل دور الحاكم هو تنفيذ أحكام شريعته، فالسلطة العامة فى الدولة الإسلامية ملتزمة دائماً بما جاء به الشارع من قواعد وأحكام، وقد ورد هذا المبدأ صراحة فى قوله تعالى: إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا (١)، وقوله :إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَقُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ

الْفَاصِلِينَ[٢]، **وقوله تعالى: فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ**[٣]، **وقوله تعالى: فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**[٤]، **وقوله : ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ**[٥]، **وهذه بعض الآيات التي تبين إلى أي مدى حرصت الشريعة على تطبيق الشرع بصفة دائمة ومستمرة، كما أن الله سبحانه وتعالى نعت الذين لا يطبقون ما أنزله من أحكام وتكاليف بالفسق والظلم والكفر، وهذا يعني ضرورة خضوع الحكام والمحكومين للشرع وضرورة إتباع أحكامه.**

كما أن الله تعالى قرن طاعة أولي الأمر بطاعة الله ورسوله، قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا [٦].

وهذه الآية تبين وتوضح وجوب طاعة الحكام أُولِي الْأَمْرِ ، ولكن هذه الطاعة ليست مطلقة، بل مقيدة ومرتبطة بمدى طاعة الحكام لله وللرسول، فإذا أمر الحكام بمعصية فإنه يجب على المحكومين الامتناع عن تنفيذ الأمر امتثالاً لقول النبي : لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق [٧].

ثانياً: مبدأ الشرعية في السنة:

لقد حرص النبي على بيان عدم امتياز فئة من الناس على فئة أخرى في الحياة الدنيا، فالناس جميعاً سواسية أمام الشرع، وأنه يجب على كل شخص مهما علا شأنه أن يخضع لأحكام الشرع، وأن يمتثل الأمر ويجتنب النهي ويقف عند الحد مصداقاً لقول النبي : الناس سواسية كأسنان المشط، ليس لأحد على أحد فضل إلا بالتقوى، وقوله أيضاً: ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأحمر على أبيض ولا لأبيض على أحمر فضل إلا بالتقوى، وقد حرص الرسول على توضيح وجوب الخضوع دائماً لأحكام الشرع فقال: على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يُؤمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة[٨]، وقال عليه الصلاة والسلام: لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وقرن الرسول أقواله بتصرفاته وأفعاله بحرصه دائماً على تطبيق أوامر الشرع، **فقد طبق الرسول مبدأ الشرعية يوم أن سرقت امرأة من أشراف قريش من بني مخزوم، فقالوا من يكلم فيها رسول الله؟ فقالوا: ومن يجترئ إلا أسامة بن زيد، فكلمه أسامة، فقال النبي لأسامة:" أتشفع فى حد من حدود الله "، ثم قام خطيباً، فقال: ما إكثاركم على فى حد من حدود الله وقع على أمة من إماء الله، ثم قال: إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها** [٩].

---

(١) سورة النساء - آية (١٠٥).
(٢) سورة الأنعام – آية (٥٧).
(٣) سورة المائدة – آية(٤٨).
(٤) سورة المائدة – آية(٤٤).
(٥) سورة الجاثية - آية (١٨).
(٦) سورة النساء – آية (٥٩).
(٧) الروضة الندية شرح الدرر البهية – أبي الطيب صديق القنوجي – طبعة أولى – مطبعة المنيرة - القاهر – ج٢ - ص٣٦١.
(٨) صحيح مسلم – ج٦ – ص١٥.
(٩) سبل السلام – ابن حجر العسقلاني – مطبعة الاستقامة – سنة ١٣٥٧(هـ) – ج٤ – ص ٢٨. صحيح البخاري – ج٨ – ص ١٣٤ .

ثالثاً: مبدأ الشرعية في أعمال الصحابة:

جاء خلفاء النبي من بعده فاهتدوا بهديه، وتمسكوا بتطبيق مبدأ الشرعية الذي هو أصل من أصول الحكم الإسلامي.

فهذا أبو بكر الصديق يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة، فيستهل خلافته بقوله: أيها الناس إني وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني، الصدق أمانة، والكذب خيانة، والضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له إن شاء الله، لا يدع قوم الجهاد في سبيل الله إلا ضربهم الله بالذل، ولا تشيع الفاحشة في قوم قط إلا عمهم الله بالبلاء، أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم، قوموا إلى صلاتكم يرحمكم الله(١).

وقال أيضاً: يا أيها الناس إنما أنا مثلكم لعلكم ستكلفوني ما كان رسول الله يطيق، إن الله اصطفى محمداً على العالمين وعصمه من الأنات، وإنما أنا متبع ولست بمبتدع، فإن استقمت فاتبعوني وإن زغت فقوموني (٢).

وكان أبو بكر إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله، فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضي به، وإن لم يكن في كتاب الله وعلم عن رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها، وإن لم يجد خرج فسأل المسلمين فقال: هل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء، فربما اجتمع إليه النفر يذكرون من رسول الله قضاء فيه، فيقول أبو بكر الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ علينا سنة نبينا .

رابعاً: موقف فقهاء المسلمين من مبدأ الشرعية:

إزاء وضوح النصوص وقطعيتها قرر الفقهاء أن الحاكم مثله مثل أي فرد عادي من أفراد الرعية، فهو واحد من المسلمين له ما لهم وعليه ما عليهم من فرض، وسنة، وطاعة، ومعصية، وحلال، وحرام، وغير ذلك من الأحكام، وأن حكمه على غيره يجب أن يكون بمثل حكمه على نفسه.

وتناول الفقهاء مبدأ الشرعية – أي خضوع الحكام والمحكومين للقانون عند تناولهم لموضوع طاعة الرعية لأولي الأمر، وأجمعوا(٣) على أن الإمام الكامل تجب طاعته في كل ما يأمر به ما لم يكن مخالفاً لأحكام الشرع، وهذا يعني أن الإمام يجب أن يمارس سلطاته وصلاحيته في حدود الشريعة، وذلك لأن طاعة الإمام وإن كانت واجبة إلا أنها ليست واجبة في ذاتها، فالأحكام لابد لها من مقاصد
يتمكن وليّ الأمر من تحقيق مقاصد الشرع وأهدافه، ومن ثم فإن حق الطاعة مرتبط ارتباطا أساسياً بما فرضه الشارع من قواعد وأحكام، فإذا خرج أولي الأمر عن النطاق الذي رسمه الشارع وابتغاه، فإن الطاعة تكون في هذه الحالة غير واجبة وغير جائزة، وهذا ما انتهى إليه المفسرون(٤) لقوله سبحانه وتعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، حيث قرروا أن الطاعة المفروضة للحكام ليست طاعة أصلية واجبة ابتداءً، وإنما هي طاعة تبعية ترتبط أساساً بمدى طاعة أولي الأمر لله وللرسول والتزامهم بأوامرهما واجتناب نواهيهما، والعمل على تحقيق وكفالة مقاصد الشريعة وأهدافها، ولا يكون لأولي الأمر طاعة فيما وراء ذلك، بل إنه يجب على كل مسلم في هذه الحالة الرد والإنكار(٥).

---

(١) التاريخ لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري –ج٣ - ص٢١٠.
(٢) تاريخ الطبري – المرجع نفسه - ج٣ – ص٢٢٣: ٢٢٤.
(٣) الروضة الندية شرح الدرر البهية –ج٢ - ص٣٦١.
(٤) مفاتيح الغيب والتفسير للإمام فخر الرازي - الطبعة الأولى – المطبعة الخيرية – عام ١٣٠٨(هـ)- ج٣ - ص٣٤٢.
(٥) الدكتور فؤاد محمد النادي - رئيس الدولة بين الشرعية الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة – رسالة دكتوراه – ص٨٨٧ وما بعدها.

وقد حرص الفقهاء المسلمين على تقرير مبدأ وجوب الخضوع للقانون وتطبيق أحكام

الشرع بصفة دائمة، فبالرغم من أن قاعدة حجية الأحكام وعدم جواز المساس بها تقضي بأنه لا يجوز للقاضي أن ينقض حكم نفسه أو حكم غيره إذا رفع إليه[1]، فإنهم أجمعوا على أن الأحكام التي جاءت مخالفة للشرع لا حجية لها لكونها باطلة، ولكل قاضي من القضاة نقضها إذا رفعت إليه وليس لأحد أن يجيزها.

يتبين لنا مما سبق أن مبدأ الشرعية هو أحد الدعائم الأساسية في نظام الحكم الإسلامي، فالدولة الإسلامية نشأت منذ بدايتها دولة قانونية، فلم تكن دولة استبدادية يكون القانون فيها هو إرادة الحاكم يخضع لأهوائه دون رقيب أو حسيب.

المبحث الثالث

الأساس الشرعي والقانوني لنظرية الظروف الاستثنائية

سوف نعرض في هذا المبحث للأساس الشرعي والقانوني لنظرية الظروف الاستثنائية في مطلبين متتاليين نتناول في أولهما الأساس الشرعي لنظرية الظروف الاستثنائية، ثم نتناول في ثانيهما الأساس القانوني لها.

المطلب الأول

الأساس الشرعي لنظرية الظروف الاستثنائية

أقرت الشريعة الإسلامية نظرية الضرورة والأحوال الاستثنائية لا لتعذيب أفراد المجتمعات، وسلب حقوقهم، وقيام الحكومات الدكتاتورية، وإنما لتيسير الحياة على أفراد المجتمع [2]، وقال ابن القيم:"إن الشريعة الإسلامية مبناها وأساسها في الحكم مصالح العباد في المعاش، والمعاد، وعكس ذلك ليس من الشريعة الإسلامية في شئ، فمناط الشريعة الإسلامية العدل بين العباد، ونشر الرحمة بين الخلق، وقد بعث الله رسوله الكريم بالشريعة الإسلامية رحمة للعالمين لتكون منارة للعباد في الدنيا والآخرة"[3].

وهناك الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي يستنبط منها مظاهر التيسير في الأحكام الشرعية، وسوف نوضح ذلك من خلال الحديث عن الأساس الشرعي لنظرية الظروف الاستثنائية في القرآن الكريم والسنة النبوية وذلك فيما يلي:

---

(١) المغني – لابن قدامة –ج١١- ص٤٠٥.

(٢) الدكتورة شادية إبراهيم مصطفى - تنظيم التشريع الإسلامي للظروف الاستثنائية - ط١- الناشر مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض – السعودية - عام ١٤٣٣(هـ) - ص ١٠.

(٣) ابن القيم - إعلام الموقعين - ج٣ - ص ١٤.

أولاً: النصوص المعالجة لنظرية الظروف الاستثنائية في القرآن الكريم:

إن القرآن الكريم يتضمن الكثير من الآيات التي تثبت أصل نظرية الظروف الاستثنائية،

وتؤكد مشروعية العمل بها إذا توافر الداعي إلى تطبيقها والعمل بمقتضاها، ويلاحظ ذلك من خلال تأكيد بعض الآيات القرآنية على إبتناء الشريعة الإسلامية على السماحة واليسر ورفع الحرج ودفع المشقة عن العباد.

وتأسيس القرآن الكريم لنظرية الظروف الاستثنائية وإفرادها بأحكام خاصة يكمن في إتجاهين، أحدهما مباشر، والآخر غير مباشر وذلك على النحو التالي:

الاتجاه غير المباشر:

وهو اتجاه يتبدى فى بيان الشريعة لمبادئ اليسر والسماحة ورفع الحرج ودفع المشقة عن الناس في أحكام الشرع، وما ينطوي على ذلك من اعتماد الشارع على بيان مظاهر التيسير في الأحكام الشرعية كلما وجدت المشقة.

ومن الآيات القرآنية التى تدل على ذلك قوله تعالى: يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ (١)، وقوله تعالى: وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ(٢)، وقوله تعالى: يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا (٣)، وقوله تعالى: لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا (٤).

فهذه الآيات القرآنية وإن كانت تدل على أن التشريع الإسلامي بني على التخفيف والتيسير ورفع الحرج عن المكلفين في أحكام الشرع فإنها تدل أيضاً من جهة أخرى غير مباشرة على تأسيس نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية في حالة وجود المشقة أو الضرورة.

الاتجاه المباشر:

ويظهر هذا الاتجاه فى آيات القرآن الكريم التي نصت صراحة على إعطاء الضرورة أحكاماً تغاير الأحكام المقررة في حالة السعة والاختيار وإن تفاوت إستخدام اللفظ الذي يدل على ذلك، ومن هذه الآيات قوله تعالى: إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٥)، وقوله : حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٦)، وقوله تعالى: وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ (٧).

فهذه الآيات تبين أن القرآن الكريم قد أباح تناول المطعومات المحرَّم تناولها في الشريعة تقديراً منه لحالة الاضطرار المتمثلة في الخوف على النفس من الهلاك، حيث استثنى الله تعالى حالة الضرورة من التحريم.

---

(١) سورة البقرة – آية (١٨٥).
(٢) سورة الحج - آية(٧٨).
(٣) سورة النساء – آية (٢٨).
(٤) سورة البقرة – آية (٢٨٦).
(٥) سورة البقرة – آية (١٧٣).
(٦) سورة المائدة – آية (٣).
(٧) سورة الأنعام – آية (١١٩).

أما الآيات التى عبرت عن حالة الضرورة بمعناها أو ما يجري مجراها، منها قوله : مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (١)، حيث أجازت هذه الآية الكريمة التلفظ بكلمة الكفر في حالة الاضطرار بالإكراه على ذلك بالقتل أو باتلاف بعض الأعضاء مع أن ذلك محرَّم بحسب

الأصل.

ويتبين لنا مما سبق أن القرآن الكريم قد أسس نظرية الضرورة في العديد من الآيات، وأنه لم يقتصر في بيانه لأصول تلك الضرورة على ضرورة المخمصة كما يذهب إلى ذلك بعض الباحثين المحدثين الذين تناولوا هذه النظرية بالبحث، وإنما امتدت حالات الضرورة لتشمل أيضاً ضرورات الإكراه والظلم وظروف الحرب وغير ذلك، بحيث تؤدي هذه النصوص إلى نظرية متكاملة ومنضبطة للضرورة سواء للأفراد أو الدولة فى المجال الداخلي أو الخارجي.

ثانياً: النصوص المعالجة لنظرية الظروف الاستثنائية في السنة:

وقد أكدت السنة النبوية أيضاً هذا الأصل العام بنصوص عديدة منها قول النبي : بعثت بالحنفية السمحة، أي بالشريعة السهلة التي تعدل عن الباطل إلى الحق، وقوله أيضاً: إن الله شرع لكم الدين، فجعله سهلاً سمحاً واسعاً ولم يجعله ضيقاً ، وقوله : إن خير دينكم أيسره (٢)**، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: ما خير رسول الله بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعدهما منه، وقوله : إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه، وقوله لمعاذ بن جبل وأبى موسى الأشعري عندما بعثهما إلى اليمن: يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا وتطاوعا**(٣)**، كما أجَّل إقامة الحدود لضرورة المرض وذلك بالنسبة للزانية غير المحصنة حتى تشفى من مرضها وتقوى على تحمل الجلد.**

مما سبق يتضح لنا أن جذور نظرية الظروف الاستثنائية إنما تكمن في نصوص الشريعة الإسلامية، سواء أكانت قرآناً أو سنة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية

إن الفقه القانوني يرد هذه النظرية إلى أساسين هما(٤):

الأساس الأول: يتلخص في أن القواعد القانونية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية وأوضاع معينة مقدرة سلفاً، فإذا طرأت ظروف استثنائية ثم أُجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية فإن ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض حتى ونية واضعي تلك النصوص العادية، هذا فضلاً عن أن مبدأ الشرعية ليس ثابتاً جامداً وإنما يتغير ويتسع ويضيق نطاق تطبيقه تبعاً للظروف المختلفة التي تحيط بالدولة، كما أن القوانين ليست غاية في ذاتها وإنما هي وسيلة تهدف لتحقيق الصالح العام، فإذا حدثت ظروف تستدعي الخروج على بعض القوانين تحقيقاً للصالح العام فلا جناح على الدولة في ذلك.

---

(١) سورة النحل – آية (١٠٦).
(٢) صحيح البخاري – ج٨ – ص١٩٨.
(٣) صحيح البخاري – ج٨ – ص٣٦.
(٤) الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم - المرجع السابق - ص ٤٧ وما بعدها.

أما الأساس الثاني: فيقوم على فكرة افتراض وجود قاعدة عامة تنتظم القوانين جميعها وهي وجوب بقاء الدولة واستمرارها، ولهذا فإنه إذا كان في مراعاة مبدأ الشرعية بدقة في وقت معين التضحية بالدولة لأدى ذلك إلى التضحية بالكل في سبيل الإبقاء على الجزء، كما يؤدي بطريق غير مباشر إلى القضاء على مبدأ الشرعية نفسه.

وبناءً على ذلك فمن غير المقبول القول بأن احترام القانون يقتضينا التضحية بالدولة، وبالتالي بالأداة التي تعمل على بقاء القانون، ولذلك يجب أن يكون للسلطة العامة حق الخروج

عليه في حالة الظروف الاستثنائية، لأن بقاء الدولة يجب أن يكون في المحل الأول، ومن ثم وجد ما يسمى بالسلطة التقديرية للإدارة التي يقصد بها تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية(١)، فلا يُفرض عليها سلوك معين تلتزمه في تصرفها ولا تحيد عنه(٢)، بمعنى أن يكون للإدارة قدر من حرية التقدير سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراء أو عدم اتخاذه أو بالنسبة لأسباب اتخاذه، بحيث تملك تقدير ملائمة التصرف واختيار الوقت المناسب لاتخاذه، بشرط أن تتوخى في كل ما تأتيه تحقيق الصالح العام، وألا تنحرف عن هذه الغاية مطلقاً وإلا كان عملها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة(٣).

ونظراً لخطورة السلطات التي تتمتع بها الإدارة بناءً على هذه النظرية إذ أنها تؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم فإن القضاء وضع شروطاً وحدوداً لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية تتلخص فيما يأتي:

١) يجب أن تتوافر حالة الظروف الاستثنائية كوجود خطر جسيم يهدد النظام والأمن العام، الأمر الذي يتطلب سرعة تدخل الإدارة لتفادي هذا الخطر والعمل على تلافيه.

٢) أن يكون تصرف الحكومة هو الوسيلة الوحيدة اللازمة لمواجهة الموقف، بمعنى أن تكون الوسائل القانونية العادية الموجودة تحت تصرف الإدارة قاصرة وعاجزة عن مواجهته.

٣) أن تكون ممارسة السلطات الاستثنائية بقدر ما تتطلبه الضرورة وفي حدود ما تقتضيه فقط، بمعنى أن الضرورة تقدر بقدرها.

٤) أن يكون هدف الإدارة من تصرفها ابتغاء مصلحة عامة.

وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا في أحكامها، ومنها الحكم الصادر بتاريخ ١٤ إبريل سنة ١٩٦٢م الذي نص على أن:"سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولا شك طليقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعوا إلى التدخل، وأن يكون تصرف الحكومة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف، وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء مصلحة عامة".

ويلاحظ أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تؤدي إلى إسباغ صفة المشروعية على جميع التصرفات التي تقوم بها الإدارة في تلك الظروف إلا بالقدر الذي تتطلبه هذه الظروف.

---

(١) الدكتور سعيد عبد المنعم الحكيم – المرجع السابق – ص ٤٠.
(٢) الدكتور سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – ص ٢٦.
(٣) الدكتور سليمان الطماوي – نظرية التعسف في استعمال الحق - الطبعة الثالثة - مطبعة عين شمس – القاهرة - عام ١٩٧٨م– ص ٤٨.

علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بمبدأ المشروعية:

إن تطبيق أحكام الشريعة واجب فى ساعة السعة وفى ساعة العسرة على السواء، فالشريعة قائمة فى الظروف العادية والاستثنائية وإن اختلفت الأحكام في الحالتين.

فالمشروعية في حالة السعة، أي حالة الظروف العادية تعني تطبيق الأحكام الأصلية، وليس للحاكم أو الفرد أن يترخص لنفسه أو لغيره وإلا سقط عن رخصته الشرعية، أما المشروعية في حالة الضروة أو الظروف الاستثنائية تعني العدول عن الأحكام الأصلية إلى الأحكام الاستثنائية، أي العدول عن أحكام العزيمة إلى أحكام الرخصة، ولقد كانت قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) تقنيناً لأحكام الضرورة .

ومع ذلك هناك قيود على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات منها قاعدة الضرورة تقدر

بقدرها، وأهمية هذا القيد أنه يفرض على المتصرف فى حالة الضرورة أن يلتزم بدائرتها، فإن خرج عنها سقط عن تصرفه الشرعية، وهكذا تأكد قيام النظرية بأصلها، وتأكد قيام شريعة الله في اليسر والعسر، فحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية ليست استثناءً على الشرعية الإسلامية بل هى الوجه الآخر والثاني للشرعية الإسلامية.

ومما سبق يتبين لنا أيضاً أن الإدارة لا تخرج عن نطاق مبدأ الشرعية في ظل الظروف الاستثنائية، بل تظل خاضعة للقانون وإنما تعمل فقط على توسيع نطاقه بحيث تخلق صورة جديدة للشرعية.

الفصل الأول

الوضعي والقانون الإسلامي الفقه ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في

سوف نتناول في هذا الفصل تعريف الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وذلك في مبحثين متتاليين نتناول في أولهما ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي, ثم نتناول في ثانيهما لماهيتها في القانون الوضعي.

المبحث الأول

ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي

الموازنة لغة:

الموازنة مشتقة من الجزر اللغوي)وزن,(لكنها من الفعل(وازن) بالنظر إلى بنائها، يقول الله تعالي: وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ,[1] ويقصد بها عدة معان:

المعنى الأول: يقصد بها المساوة بين الشيئين، نقول: وازن الشئ الشئ أي ساواه.

المعنى الثاني: المقابلة بين الشيئين، نقول: وازن بين الشيئيين موازنة ووزاناً، أي قابل بينهما

للمفاضلة والترجيح[٢].

المعنى الثالث: معرفة قدر الشئ، يقال: وزنته وزناً، والمتعارف في الوزن عند العامة ما يقدر بالقسط والقبان[٣]، كقوله تعالى: وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ [٤].

ومن ثم فإن الموازنة تعني: المقابلة بين أمرين، والمقارنة بينهما بإبراز محاسنهما، وإظهار مساوئهما، فإن اتزنا فهي المساوة، وإلا فالمفاضلة والترجيح.

الموازنة اصطلاحاً:

لقد عنى الفقهاء بالموازنة بين المنافع والمضار والمفاضلة 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 [٥] وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة[٦].

.(سورة المطففين - آية (٣ (1)
(2) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - القاهرة - دار التحرير للطباعة والنشر - عام ١٩٨٠م - ص ٦٦٧.
(٣) المعجم الوجيز - ص ٤٨٩.
(4) سورة الرحمن - آية (٩.(
(٥) سورة التغابن - آية (١٦).
(6) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام - الطبعة الثانية - مؤسسة الريان - عام ١٩٩٨م - ص٧٤.

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"[١].

٣) وقال الدكتور يوسف القرضاوي: 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 ينبغى أن يقدم ويعتبر، وأيها ينبغى أن يسقط ويلغى.

الموازنة بين المفاسد بعضها وبعض من حيث حجمها وسعتها، ومن حيث عمقها وتأثيرها، ومن حيث بقاؤها ودوامها، وأيها يجب تقديمه واعتباره، وأيها يجب تأخيره وإسقاطه.

الموازنة بين المصالح والمفاسد إذا تعارضتا، بحيث نعرف متى نقدم درء المفسدة على جلب المصلحة، ومتى تغتفر المفسدة من أجل المصلحة[٢].

وقال أيضاً:" إذا تعارضت المصالح والمفاسد كما هو الشأن فى جل أمور الحياة فإن الشريعة ترجح أعلى المصلحتين، وتختار أخف الضررين، وتقدم درء المفسدة على جلب المصلحة، ولا تبالي بمنفعة صغيرة وراءها مضرة كبيرة "[٣].

٤) وقال الدكتور فوزي محمد طايل فى 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 كل منهما مكملة للأخرى ومؤدية إليها، وفى هذا تحقيق للتوازن بينهما لذا فإن العلاقة

بين المصلحتين هي علاقة توازن منذ اللحظة الأولى"[٤].

المنافع لغة: المنافع جمع منفعة – وهي من مادة نفع- والمنفعة كل ما يجلب خيراً فيه نفع ومنفعة ومنافع صحيحة، ومنافع عامة أو خاصة، وهي اسم مصدر من نفعني كذا نفعاً، فالأعضاء كالعينين منافعهما البصر[٥].

كما اطلقت المنفعة بمعنى المصلحة وهي الصلاح، فالمنفعة في اللغة كالمصلحة لفظاً ومعنى، والمنفعة العامة هي ما كان فيه نفع مشترك بين الناس.

المضار لغة: المضار: جمع مضرة، وتطلق على الضرر والضُر.

:الفقه الإسلامي المنافع والمضار في

عرَّف الإمام العز بن عبد السلام المنافع بأنها: اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها, وعرَّف المضار بأنها: الآلام وأسبابها، والغموم وأسبابها (6)، وكذلك المصلحة والمفسدة فهما يحملان نفس التعريف, وقال ابن القيم رحمه الله": المصلحة هي النعيم واللذة وما يفضي إليه، والمفسدة هي العذاب والألم وما يفضي إليه.(7)"

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية - ط١- دار الوفاء - عام ١٤١٨(هـ)/١٩٩٧م- ٢٨/٧٥.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي - فقه الأولويات "دراسة جديدة في ضوء القرآن والسنة " – ط٢ - مكتبة وهبة - عام ١٩٩٦م - ص ٢٧.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي - الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراد - دار التوزيع والنشر الإسلامية - عام ١٩٩٤م - ص٦٧ .

(٤) الدكتور فوزى محمد طايل - أهداف ومجالات السلطة في الدولة الإسلامية " دراسة مقارنة "– ط١- دار النهضة العربية - عام ١٩٨٦م - ص ١٣٨.

.ص ٢/٩٧٩ - المعجم الوجيز (5)

(6) العز بن عبدالسلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام- ج١ - ص١٢.

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

هذا وقد قسم علماء الأصول المنافع إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الضروريات:

عرَّفها الشاطبي بقوله:" فمعناها – أي الضروريات – هي التي لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج، وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين[١].

وهذه الضروريات تنحصر في خمسة أشياء هي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال، وعلى هذه الأمور الخمسة يقوم أمر الدين والدنيا، وبالمحافظة عليها يستقيم أمر الأفراد ونظام الجماعات، إذ لا تتوافر الحياة الرفيعة إلا بها، لذلك عنى الإسلام بكل أمر من هذه الأمور، وشرع له أحكاماً تكفل إيجاده وتكوينه، وأحكاماً تعمل على صيانته وبقائه [٢]، ولذلك كان تكريم الإنسان في المحافظة عليها[٣].

القسم الثاني: الحاجيات:

هي الأمور التي يكون الناس في مسيس الحاجة إليها، ويقصد بتشريعها رفع الحرج ودفع المشقة عنهم، وإذا فقدت لا يختل نظام الحياة كما إذا فقد الضروري ولكن ينالهم الحرج والضيق [٤].

القسم الثالث: التحسينات:

عرَّفها الإمام الغزالي بأنها:" ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا ورعاية أحسن المناهج فى العادات والمعاملات"[٥].

وعرَّفها الشاطبى فقال:" هي الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات "[٦].

وقد عرَّفها الأستاذ الدكتور رمضان الشرنباصي بأنها:" الأمور التي ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس في حياتهم على أحسن منهاج، بحيث إذا فقد كمالي من الكماليات لا يختل نظام حياة الناس كما إذا فقد الأمر الضروري ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجي ولكن تكون حياتهم مستنكرة في تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة"(٧).

وهي فى المرتبة الثالثة بعد الضروريات والحاجيات، وعند التعارض بينها وبين من علا عليها في الدرجة، قدم الضروري على الحاجي، والحاجي على التحسيني، وكذلك يتم ترجيح ما كان عاماً للجمهور على ما كان لآحاد الناس.

ويتضح مما سبق أن المنفعة هي: 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 التي تواترت الرسالات بحفظها وصيانتها(٨)، وفقد ذلك مضرة وهي ضد المنفعة.

هذه ماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى الفقه الإسلامي، وفيما يلي نعرض لماهية الموازنة بين المنافع والمضار فى النظم الوضعية في المبحث التالي.

---

(١) الموافقات - للشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي أبو إسحاق - دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان - ٢/٧.
(٢) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي – أصول الفقه الإسلامي – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – عام ٢٠١٣م – ص ٤٥١.
(٣) الدكتور حمدي عطية مصطفي عامر – حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانو الوضعي والفقه الإسلامي – عام ٢٠٠٨م – ص ٨٦.
(٤) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي – المرجع السابق – ص ٤٥٥.
(٥) أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي - المستصفي - الطبعة الأولى - المكتبة التجارية الكبرى – القاهرة - عام ١٩٣٧م - ١/٤١٨.
(6) الشاطبي – الموافقات - ٢/٩.
(٧) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي – المرجع السابق – ص ٤٥٧.
(٨) الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع السابق- ص٤١٥.

المبحث الثاني

ماهية الموازنة بين المنافع والمضار في القانون الوضعي

الموازنة لغة:

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

الموازنة اصطلاحاً:

عرَّفها البعض بقوله:"هي التوفيق بين المصالح العامة والمصالح الخاصة"، فالقانون فى ذاته هو عبارة عن تنظيم عادل للمجتمع يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام.

وعرَّفها الأستاذ الدكتور سامي جمال الدين بقوله:"هي المضاهاة الصريحة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار الإداري، بحيث ينتهي القضاء إلى ترجيح المزايا، فإن رجحت المزايا أعلن القاضي مشروعية القرار، وإذا رجحت الأضرار تعين عليه إلغاء القرار لعدم مشروعيته"(١).

وعرَّفها أيضاً الدكتور أحمد أحمد الموافى، بقوله:"هي بحث الأثار والنتائج المترتبة على المشروع لإمكان الحكم عليه سواء الأثار الإيجابية أم السلبية، وأن يتم مقارنتها، أو موازنتها بحيث لا يعترف له- أي المشروع – بصفة المنفعة العامة إلا إذا تفوقت إيجابيات المشروع على

سلبياته"[٢].

ويتضح مما سبق أن الموازنة بين المنافع والمضار هي: الأخذ بمجموعة القواعد والأسس والمعايير التي تضبط عملية الجمع والترجيح بين المصالح المتعارضة والمفاسد المتنافرة، وكذلك المصالح والمفاسد المتقابلة، ليتبين أيهما أرجح فيقدم على غيره.

المنافع والمضار في الفقه القانوني:

لقد عبَّر الفقهاء عن المنفعة بألفاظ عدة منها: النفع, أو المصلحة, أو الفائدة، واستخدمت كمرادفات، كما استخدم بعض الفقهاء " الصالح العام " كمرادف لعبارة " خير الجماعة .[3]"

وتعرف المنفعة في اللغة الفرنسية بأنها النفع أو الفائدة

((Ce qui convient ce qui importe ce qui est bon)، ومعناها يقترب من كلمة *(Necessaire)*أي ضروري، فيقال أعمال ضرورية بمعنى أنها أعمال مفيدة أو شديدة النفع[٤].

وقد عبَّر الفلاسفة عن المنفعة بقولهم:"إنها تحقيق السعادة أو اللذة للأفراد"[٥].

---

(1) الدكتور سامى جمال الدين – قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة – دراسة تحليلية مقارنة - دار النهضة العربية – القاهرة – عام ١٩٩٢م – ص ٢٣٣.

(٢) الدكتور أحمد أحمد الموافي – فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية – دراسة مقارنة - دار النهضة الحديثة – القاهرة – عام ١٩٩٣م – ص ٢٢١،٢٢٢.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي – الوجيز في القانون الإداري – عام ١٩٧٩م – ص ٤٠٧.

(٤) انظر:

.Stèphanè RLALS :Le jugè àdministràtif frànçàis et là techniquè du stàndàrd.1980-P.94

(٥) الدكتور سعد المغربي – ظاهرة تعاطي الحشيش - الطبعة الثانية – دار المعارف – القاهرة – عام ١٩٨٤م – ص ٤٤٢.

ويكاد الفقه القانوني يتفق أيضاً 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].

وأيضاً عرَّف الضرر بأنه:" الأذى الذي يصيب الإنسان فى جسمه أو فى ماله فيلحق به خسارة مالية، أو الأذى الذي يصيبه فى حقوق ومصالح غير مالية فى عاطفة المضرور أو سمعته أو شعوره بألم بسبب إصابته فى جسمه مثلاً أو فى حريته وعرضه، أو غير ذلك من المعاني التي يحرص الناس عليها"[٢].

وعرَّفه العلامة السنهوري بأنه:" الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية محققة أو غير مالية، وكذا الإخلال بحقوقه وسلامة حياته وجسمه"[٣].

ويتضح مما ذكره أهل القانون من تعريف الضرر أن الاتفاق ظاهر بينهم على أن الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان سواء كان هذا الأذى مادياً أو أدبياً.

---

(١) المستشار الدكتور طه عبدالمولى إبراهيم – مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الأولى – دار الفكر والقانون – عام ٢٠٠٠م – ص٦٣.

(٢) الدكتور فتحي عبدالرحيم عبد الله – النظرية العامة للقانون – مصادر الالتزام – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – عام ١٩٩٩م – ص ٨٨.

(3) الدكتور عبدالرزاق السنهوري – المرجع السابق– ٢/١١٩٧.

الفصل الثاني

الأساس الشرعي والقانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار ليست مجرد أداة رقابية يستخدمها القضاء الإداري ويتركها وقت ما يشاء، بل هي مبدأ رقابي ضارب بجذوره فى عمق نصوص شرعية فى النظام الإسلامي، ونصوص دستورية في النظم الوضعية, وله امتداد في القوانين العادية، ويستخدم هذا المبدأ الرقابي الجديد وضعاً القديم شرعا في إطار معايير معلومة، ووفق مبررات مرسومة، فلا يجوز للقضاء أن يستعمل الموازنة بين المنافع والمضار بعيداً عن المعايير المتمثلة في مقدار المنفعة الحقيقية الظاهرة، مع أخذه في الاعتبار بمقدار الضرر الذي ينال الأفراد من جراء إقرار تلك المنفعة.

ومن ثم فإن لنظرية الموازنة أساساً شرعياً وقانونياً تعتمد عليه وتنبثق من خلال نصوصه في إطار منهج عملي له مبرراته ومعاييره.

وبعد أن عرضنا لمبدأ المشروعية وحقيقته أثناء عرضنا لنظرية الظروف الاستثنائية (الضرورة)، نعرض فيما يلي لمشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي والنظم الوضعية وذلك في مبحثين متتاليين نتناول في أولهما مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظام الإسلامي، ثم نتناول في ثانيهما مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية.

المبحث الأول

الإسلامي الفقه والمضار في مشروعية نظرية الموازنة بين المنافع

إن النشاط العام للسلطة في النظام الإسلامي ما هو إلا تطبيق للقانون الذى يحكم الدولة الإسلامية، فقال الله تعالى: الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ[1] وقال : كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ

وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ.[2]

---

(١) سورة الحج – آية (٤١).
(2) سورة آل عمران – آية (١١٠.(

ومبدأ المشروعية لنظرية الموازنة فى الفقه الإسلامي يقوم على أسس ومصادر نبينها ونوضحها في المطالب التالية:

المطلب الأول: القرآن الكريم.

المطلب الثاني: السنة النبوية.

المطلب الثالث: الإجماع.

المطلب الرابع: القياس المعتبر.

المطلب الخامس: بناء الأحكام على المظان.

المطلب السادس: العقل ومراعاة الضرورة والبداهة.

الأول المطلب

ونظرية الموازنة القرآن الكريم

يعد القرآن الكريم المصدر الأول للتشريع وهو الأصل الأول والمرجعية العليا في الإسلام , ثم تليه السنة النبوية شارحة له ومبينة ومفصلة وموضحة لما فيه، وقد أولى كل منهما اهتماماً واضحاً بالأولويات ومراتب الأعمال.

والقرآن الكريم هو: كلام الله تعالى المنزل على محمد بلسان عربي مبين، المنقول إلينا عن النبى نقلاً متواتراً بين دفتي المصحف نظماً ومعنى، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس[١].

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[٢].

ولذا لا نستطيع حصر النصوص المؤيدة للنظرية، وإنما نأخذ منها نموذج على سبيل المثال:

أولاً: دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح دفع المضرة:

قال تعالى: يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ (٣).

---

(١) الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري– كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام– الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية – عام ١٤١٨(هـ)/ ١٩٩٧م– ١/٣٦، ٣٧.
(٢) الإمام علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري – المرجع السابق – ١/٤٥.
(٣) سورة البقرة – آية (٢١٩).

هذه الآية الكريمة تُعد عمدة لنظرية الموازنة، حيث كان العرب يعتبرون الخمر والميسر باباً للرزق، فالخمر للإسكار والإتجار، قال الله : وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا(١)، والميسر يحقق مصلحة للفقير، إلا أن الشرع بيَّن أن الضرر فيها يربو على هذه المنافع، فقال تعالى: وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا، أي أن المفاسد والأضرار التي تنشأ منهما أعظم من المنافع المتوقعة(٢).

ويطلق الإثم على المعصية والضرر والمفسدة، كما يقصد به أيضاً الإبطاء عن الخير(٣)، 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(٤)، والعمدة فى ذلك قول النبي في الحديث الذى رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي قال: فإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم (٥)، قال النووي رحمه الله:"هذا من جوامع الكلم وقواعد الإسلام "(٦).

وبناءً على ذلك إذا اجتمع فى أمر من الأمور منفعة ومضرة أو مصلحة ومفسدة فلابد من الموازنة بينهما، والعبرة للأغلب والأكثر، 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(٧)، وقالوا أيضاً بأن المنافع فيهما دنيوية من حيث إن فيها نفع البدن، ولكن هذه المصالح لا توازي مضرتها ومفسدتها الراجحة لتعلقها بالعقل والدين(٨)، ولهذا قال : وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا.

ثانياً: دليل الموازنة بين المنافع والمضار مع ترجيح جلب المنفعة:

قال الله : مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ (٩).

وجه الدلالة من الآية ما قاله الفقيه العز بن عبد السلام رحمه الله:" التلفظ بكلمة الكفر مفسدة – مضرة – محرمة، لكنه جائز بالإكراه إذا كان قلب المكره مطمئناً بالإيمان؛ لأن حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان"(١٠).

---

(١) سورة النحل – آية (٦٧).
(٢) العلامة الألوسي – روح المعاني– ٢/٤٤١.
(٣) المفردات في غريب القرآن الكريم للإمام أبي القاسم الراغب الأصفهاني – ط١- دار المعرفة – بيروت- عام١٤٢٠(هـ)/ ١٩٩٧م - ص ١٩.
(٤) ابن نجيم الحنفي – الأشباه والنظائر – ص ٩١.
(٥) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني - كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة - الطبعة الأولى– دار أبي حيان – عام ١٤١٦(هـ)/ ١٩٩٦م – ١٧/٦١.
(٦) فتح الباري– ١٧/٧٧.
(٧) الإمام العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام في مصالح الأنام – ١/٧٤.

(٨) ابن كثير – تفسير القرآن الكريم – ١/٢٥٥.
(٩) سورة النحل – آية (١٠٦).
(١٠) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام في مصالح الأنام – ١/٧٥.

وقال الإمام الغزالي:"وحيث ذكرنا خلافا، فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى، ولذا قطعنا بكون الإكراه مبيحاً لكلمة الردة؛ لأن الحذر من سفك الدم أشد من هذه الأمور "[١]، لذلك كان ترجيح المنفعة أولى من مفسدة النطق بالكفر، ولا سيما إذا كان يترتب عليها حفظ النفوس وبقاء الإسلام فى القلوب .

وكذلك قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ [٢]، ووجه دلالة الآية أنها وازنت بين مضرة ومنفعة فى الجهاد، فالمضرة فيه قتل النفس، والمصلحة فيه راجحة وهي صيانة الدين، وأن تصبح الأمة مرهوبة الجانب، قوية الجناح، يخافها أعداؤها.

يقول الإمام ابن القيم رحمه الله:" بينت الآية أن الجهاد الذي أمروا به وإن كان مكروهاً للنفوس شاقاً عليها فمصلحته راجحة، وهو خير لهم وأحمد عاقبة وأعظم فائدة من التقاعد عنه وإيثار البقاء والراحة، فالشر - أي المضرة - الذى فيه مغمور بالنسبة إلى ما تضمنه من الخير"[٣].

ومن هنا رجحت الآية المنفعة على المضرة، وهذا ما تدعوا إليه الشريعة من عمل بالمنافع، ولا سيما إذا كانت هي الراجحة[٤].

وبالنظر إلى الدليلين المتعلقين بالموازنة بين المنفعة والمضرة تبين أن هناك فرق بين ما إذا كان الأمر متعلق بالأفراد أو الأمة، فإذا كان متعلقاً بالأفراد قدمت منفعة المحافظة على النفس على الدين، أما إذا كان الأمر متعلقا بالأمة وهنا تتعارض مصلحة عامة مع مصلحة خاصة مثل تشريع الجهاد فتقدم المصلحة العامة في ظل ميزان مقاصد الشريعة ومراتبها[٥].

ثالثاً: دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة:

قال الله : مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ [٦].

الأصل في المنافع أنها إذا اجتمعت وتم تحصيلها جميعاً 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 دليلاً واضحاً يؤكد المعنى، فلقد وازنت الآية بين منفعة الفداء بالمال ومنفعة القتال للأسرى، ومع أن رسول الله قد اختار الفداء نظراً لحاجة المسلمين إليه في ذاك الوقت، إلا أن الله عز وجل أبى عليه ذلك، وذكره بأن منفعة القتل أولى فى مرحلة الضعف، وعليه فإنه يجب المبالغة في القتل في تلك الفترة حتى يذل الكفر ويقل حزبه، ويعز الإسلام ويتولى أهله[٧]، قال ابن عباس رضى الله عنهما: كان هذا يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل، فلما كثروا واشتد سلطانهم أنزل الله تعالى بعد هذا في الأسرى : فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً[٨].

---

(١) الإمام الغزالي – المستصفي - ج١ - ص٤٣٠.
(٢) سورة البقرة – آية (٢١٦).
(٣) ابن القيم الجوزية – مفتاح دار السعادة – ١/١٥.
(٤) الدكتور يوسف أحمد محمد البدوي – مقاصد الشريعة - الطبعة الأولى – دار النفائس – الأردن – عام ٢٠٠٠م – ص ٢٨٧.

(٥) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ١٦٢.
(٦) سورة الأنفال – آية (٦٧).
(٧) العلامة الألوسي – المرجع السابق – ٦/٦٢٣.
(٨) سورة محمد – آية (٤).

لذا فإن العمل بالمنفعة الأكمل والأهم أولى، ويقول ابن القيم رحمه الله:" فإن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح بحسب الإمكان، وأن لا يفوت منها شئ، فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت، وإن تزاحمت ولم يمكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض قدم أكملها وأهمها وأشدها طلباً للشارع"[١].

وبالتالي نجد أن المنفعتين إذا تنازعتا بحيث لا يمكن الجمع بينهما بفعل الجميع فيؤخذ بأعلاهما ولو أدى إلى تفويت أدناهما.

رابعاً: دليل الموازنة بين المضار المتعارضة:

قال تعالى: يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ[٢].

وجه دلالة الآية: أن قتل النفس وهو مضرة كبيرة، مقدم على مضرة الكفر؛ لأن ضرر الكفر أشد وأعظم من قتل النفس[٣].

ومعنى الآية كما قال جمهور المفسرين:" إنكم يا كفار قريش تستعظمون علينا القتال فى الشهر الحرام، وما تفعلونه أنتم من الصد عن سبيل الله لمن أراد الإسلام، ومن كفركم بالله وإخراجكم أهل المسجد منه كما فعلتم برسول الله وأصحابه رضي الله عنهم أكبر جرماً "[٤].

وبناءً على ما سبق اعتبر العلماء أنه من القواعد الكلية أن:" تدرأ أعظم المفسدتين باحتمال أيسرهما إذا تعين وقوع إحداهما"[٥].

ويقول ابن القيم رحمه الله:" إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به"[٦].

---

(١) ابن القيم الجوزية – المرجع السابق – ٢/١٩.
(٢) سورة البقرة – آية (٢١٧).
(٣) ابن القيم – أعلام الموقعين – ص ٣٣٣.
(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي - ج٣ - ص ٥٠. وفتح القدير للشوكاني – ١/٢١٨.
(٥) المنثور في القواعد للإمام الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر – ط١- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت - عام ١٤٠٢(هـ)/١٩٨٢م - ج١ - ص ٣٤٨.
(٦) ابن القيم – القواعد الفقهية – ص٣٣٣.

المطلب الثاني

السنة النبوية الشريفة ونظرية الموازنة

السنة هي المصدر الثاني المنشئ للأحكام، وقد اتفق من يعتد بهم من أهل العلم على أن السنة المطهرة مستقلة بتشريع الأحكام، وأنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام(١)، وأكد النبي هذا المعنى بقوله: ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه(٢).

وتطلق السنة في اللغة: على الطريقة – حسنة كانت أو سيئة – ومنه قوله " من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة"، وقيل السنة خاصة بالطريقة الحسنة(٣).

والسنة اصطلاحاً: هي ما صدر عن النبي من قول أو فعل أو تقرير مقصود به التشريع.

وكما أن لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مرجعية في القرآن الكريم لها أيضاً مرجعية في السنة النبوية ويتضح ذلك فيما يلي:

أولاً: دليل الموازنة بين المضار المتعارضة:

إذا كان هناك مفسدتين أو مضرتين دفع أعظمهما, والعمدة في ذلك حديث النبي الذى رواه أبو سعيد الخضري رضي الله عنه أن النبي قال: لا ضرر ولا ضرار .(4)

وجه دلالة الحديث: أن الشريعة وضعت لتحصيل المنافع والمصالح للخلق، ودرء المفاسد والمضار عنهم، والحديث أصل عام في الموضوع، وقد 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، وبصفة خاصة الأحكام المتعلقة بالمنافع والمضار، إذ أن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين، ولا سيما إذا كان مرتبطاً بالمنافع العامة والخاصة.

يقول ابن القيم رحمه الله:"إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به"(٦).

وقال السيوطي رحمه الله:" إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"(٧).

وكذلك في حالة ما إذا كان هناك ضرران أحدهما خاص والآخر عام فإنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

---

(١) الشوكاني محمد بن علي بن محمد - إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول – ط١ - دار السلام – القاهرة - عام ١٤١٥(هـ)/١٩٩٤م - ج١ - ص ١٣٢.

(٢) الإمام أحمد – المسند – ٤/١٣١.

(٣) أصول الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي- كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية- دار المطبوعات الجامعية– ص ١٦٧.

(٤) المستدرك على الصحيحين - للإمام الحاكم النيسابوري – ط١ - دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان - عام ١٤١١(هـ)/١٩٩٠م - ج١ - ص٥٤٤.

(5) الشيخ عبد الوهاب خلاف – مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه – دار القلم – عام ١٩٩٣م – ص ١٠٦.

(٦) ابن القيم – القواعد الفقهية – ص٣٣٣.

(٧) السيوطي – الأشباه والنظائر – ص ١٧٩.

ثانياً: دليل الموازنة بين المنافع المتعارضة:

لقد نهى النبي الله عن تلقي الركبان، وأن يبيع حاضر لباد(١)، فعن جابر قال: قال رسول الله : لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض(٢).

وبالتالي نجد أن النبي نهى عن بيع الحاضر للبادي، وعن تلقي الركبان رعاية لمصلحة

عامة هي مصلحة أهل الحضر وأهل السوق وتقديمهما 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 : دعوا الناس يرزق الله تعالى بعضهم من بعض، فترجحت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لتعلق قصد الشارع بالمصلحة الأولى(٣).

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، فإذا تعارضت المنفعة مع المضرة وكان لابد من إرتكاب المفسدة إذا أخذ بالمنفعة، أو تفويتها إذا ارتكبت المضرة فإنه ينظر إلى حجم كل منهما ويوازن بينهما وذلك على النحو الآتي:

١) إذا كانت المضرة أعم وأعظم من المنفعة الخاصة اجتنبناها ولا نبالي بالمنفعة الخاصة والقليلة، ودليل ذلك: ما رواه معمر بن عبد الله العدوي أن النبي قال: لا يحتكر إلا خاطئ(٤).

والمحتكر هو الذى يعتمد على شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد إغلاءه عليهم، وهو ظالم لعموم الناس(٥).

وجه دلالة الحديث: تحريم الاحتكار لظلم العباد وقد نهى عنه الشرع، ولهذا كان من حق وليّ الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل(٦).

وبناءً على ذلك وضعت قاعدة:" دفع الضرر العام واجب بإتيان الضررالخاص"، وفى نفس المعنى أيضاً قاعدة:" يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام"(٧)، وذلك لما في المنع من الاحتكار ضرر خاص واقع على المحتكر.

---

(١) صحيح البخاري – كتاب البيوع – ٦/١٩٩. صحيح مسلم – كتاب البيوع – ٥/٤٢٤.
(٢) صحيح البخاري – كتاب البيوع – ٦/١٩٩. صحيح مسلم – كتاب البيوع – ٥/٤٢٤.
(٣) الشاطبي – الموافقات – ٢/٢٤.
(٤) صحيح مسلم – باب تحريم الاحتكار في الأقوات – ٦/٤٨.
(٥) ابن القيم – الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية - دار البيان العربي - عام ١٩٨٥م – ص٢٥٢.
(٦) ابن القيم – الطرق الحكمية – ص٢٥٢.
(٧) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا – ط ٥- دار القلم – دمشق - عام ١٤١٩(هـ)/١٩٩٨م – ص ١٩٧.

٢) إذا كانت المنفعة أكبر من المضرة قدمنا تحصيل المنفعة على المضرة وإن كان يترتب على ذلك ضرراً، أو مفسدة قليلة.

والدليل على ذلك ما ورد فى جواز الإجارة، وخصوصاً جواز استئجار المشرك، فعن عروة بن الزبير – رضي الله عنهما – عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها في حديث الهجرة قالت:" واستأجر النبي وأبو بكر رجلاً من بني الديل، ثم من بني عبيد بن عدي هادياً خريتاً (١)"(٢).

فأمر استئجار المشرك أجيز للضرورة وللمصلحة العامة وبخاصة عند عدم وجود المسلم

الذي يقوم بمثل هذا العمل، قال ابن بطال:" عامة الفقهاء يجيزون استئجارهم عند الضرورة "[٣]، وفي هذا دليل على تغليب المنفعة العامة على المضرة الخاصة، وفى هذا المعنى وضعت القاعدة التي صاغها الشاطبي بقوله:"المصلحة إذا كانت هي الغالبة – عند مناظرتها بالمفسدة فى حكم الاعتياد – فهي المقصودة شرعاً، وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة - بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتياد - فرفعها هو المقصود شرعاً، ولأجله رفع النهي"[٤].

هذا ولم تقتصر المرجعية الشرعية لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار عند حد القرآن والسنة كمصدرين منشئين لها وإنما تعدت مرجعيتها إلى المصادر الكاشفة كالإجماع والقياس، وهذا ما سنوضحه إن شاء الله تعالى في المطالب الآتية:

المطلب الثالث
ونظرية الموازنة الإجماع

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع على سبيل الترتيب إجمالاً، وهو المصدر الأول من المصادر الكاشفة للأحكام, فهو وسيلة لكشف الحكم وبيانه لا لخلقه وإنشائه إذ يقوم به أهل الاجتهاد الذين توفرت فيهم شروطه.

تعريف الإجماع لغة:

الإجماع فى اللغة هو العزم والتصميم على الأمر، أو الاتفاق على أمر، مثال الأول قوله تعالى فأجمعوا أمركم وشركاءكم، وقوله لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل، ومن المعنى الثاني قولهم: أجمع القوم على كذا: إذا اتفقوا عليه[٥].

تعريف الإجماع اصطلاحاً:

يطلق الإجماع اصطلاحاً على اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي[٦].

ولنظرية الموازنة بين المنافع والمضار مرجعية في الإجماع، فقد عمل الصحابة الكرام رضي الله عنهم بالموازنة من أول يوم بعد وفاة النبي ، وفي أول قضية واجهتهم بعده مباشرة وهي أنه تعارض لديهم مصلحتان وهما: مصلحة دفنه ومصلحة تنصيب خليفة بعد رسول الله .

---

(١) خريتاً: أي ماهراً في الدلالة.
(٢) صحيح البخاري – كتاب الإجارة – باب استئجار المشرك عند الضرورة – ٦/٣١٩.
(٣) الشوكاني – نيل الأوطار – ٥/٣٣٦.
(٤) الشاطبي – الموافقات – ٢/٢١.
(٥) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي- المرجع السابق– ص ٢٢٣.
(٦) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي – المرجع نفسه – ص ٢٢٣.

وإعمالاً بنظرية الموازنة فقد تجلى للصحابة أن المصلحتان متفاوتتان بين كبرى وصغرى، وعامة وخاصة، فالكبرى والعامة هي تنصيب خليفة للمسلمين، والصغرى والخاصة هي دفن رسول الله ، ومن ثم قدم الصحابة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ولم يخرج من بينهم من ينكر مثل هذا العمل فدل ذلك على أخذهم بنظرية الموازنة.

وكذلك اتفاق الصحابة رضوان الله عنهم على تضمين الصناع، وقال علي : لا يصلح الناس إلا ذاك ، ذلك لأن وجه المنفعة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وترك الأمتعة لدى الصناع دون ضابط يؤدي إلى ادعائهم عند التفريط في المتاع إلى ضياعه وهلاكه، فتضيع الحقوق، وتتطرق الخيانة[١].

لذا وازن الصحابة بين المصلحة والمضرة، وغلَّبوا المصلحة العامة على المصلحة الخاصة بل على المفسدة الخاصة في سبيل درء العامة التى يصاب بها كثير من الناس.

المطلب الرابع

القياس ونظرية الموازنة

القياس لغة: هو التسوية بين الشيئين؛ لأن تقدير الشئ بما يماثله تسوية بينهما، يقال فلان يقاس بفلان أي يساويه، وفلان لا يقاس بفلان أي لا يساويه.[2]

وقيل في اللغة هو التقدير، يقال قست الثوب بالذراع أي قدرته.

والقياس اصطلاحاً: هو إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لأشتراكهما في علة الحكم عند المثبت.

واعتد جمهور علماء الأصول بالقياس في الموازنة بين المنافع والمضار حين يغيب النص عن المجتهد فإنه يبني الحكم على الوصف الذى يراه باجتهاده المنطلق من الأدلة الشرعية محققاً المصلحة فى جلب المنفعة ودفع المضرة عن الفرد والمجتمع بما يتفق مع مقاصد الشريعة[٣].

وبناءً على ذلك فالقياس عند جمهور العلماء مصدر من مصادر نظرية الموازنة، وأكد ابن القيم رحمه الله على العمل بالقياس المعتبر في الموازنة بقوله:" هو ما أرشد الله عباده إليه في غير موضع من كتابه، وقد اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلاً تتضمن تشبيه شئ بنظيره والتسوية بينهما في الحكم"[٤].

---

(١) الدكتور البوطي محمد سعيد رمضان - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية – ط ٦- مؤسسة الرسالة - عام ١٤٢١(هـ)/ ٢٠٠٠م – ص ٣١٠.
(٢) الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي- المرجع السابق– ص ٢٤٩.
(٣) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ١٨١.
(٤) ابن القيم – إعلام الموقعين – ١/١٢٠.

المطلب الخامس

ونظرية الموازنة بناء الأحكام على المظان

الظن فى اللغة يدل على معنيين: اليقين والشك, فأما اليقين فيقول القائل: ظننت ظناً، أي أيقنت، قال تعالى: قَالَ الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُو اللَّهِ كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ ,[1] أراد بها يوقنون.

وأما الشك كأن يقول: ظننت الشئ إذا لم يتيقنه، فإن العرب تسمى اليقين ظناً، والشك ظناً.

والظن فى الاصطلاح: له عدة تعريفات عند علماء الأصول منها:

الظن: هو إصابة المطلوب بضرب من الأمارات[٢].

أيضاً هو: ترجيح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير القطع، كما أنه الاعتقاد الراجح

مع
إحتمال النقيض[٣].

ولقد بيَّن الإمام العز بن عبد السلام أن الشرع أقام الظن مقام العلم في كثير من الأحكام ولذا كان الظن طريقاً معتبراً للكشف عن المصالح والمفاسد، فقال:" بالاعتماد فى جلب مصالح الدارين ودرء مفاسدهما على ما يظهر في الظنون"[٤].

وللعمل بأحكام المظان مرجعية في القرآن والإجماع قال تعالى: قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ [٥]، وفي الآية دلالة على أن الإصلاح الذى تتضمنه إنما يعلم من طريق الاجتهاد وغالب الظن.

وأجمع الصحابة والأمة على أن المجتهد مأمور على أن يعمل على وفق ظنه، والناظر في المصالح
والمفاسد مجتهد[٦].

وقد وضع جمهور العلماء للعمل بالمظنون عدة ضوابط وهي:

الضابط الأول: أن يكون للظن مستند من أمارة أو نحوها[٧].

قال الإمام العز بن عبد السلام:"أمر الشرع بإتباع ظنون مستفادة من أمارات تفيده لما في ذلك من تحصيل المصالح المظنونة، فإن الغالب على الظن أنه يصدق عند قيام علاماته وكذبه نادر، فلو عطلنا العمل بالظن خوفاً من نادر كذبه 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[٨]؛ ذلك لأن الله سبحانه وتعالى قد أجرى العادة بأن الظنون لا تقع إلا بأسباب تثيرها وتحركها".

---

(١) سورة البقرة – آية (٢٤٩).
(٢) الأصفهاني – الذريعة إلي مكارم الشريعة- ط٢ - دار الوفاء - عام ١٤٠٨(هـ)/١٩٨٧م - ص ١٨٥.
(3) الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع السابق – ص٢٧٣.
(٤) الإمام العز بن عبد السلام – قواعد الأحكام في مصالح الأنام – ١/٥.
(٥) سورة البقرة – آية (٢٢٠).
(6) المحصول في علم أصول الفقه للإمام الرازي محمد بن عمر بن الحسين – ط ٣- مؤسسة الرسالة - عام ١٤١٨(هـ)/١٩٩٧م – ٦/٤٦.
(7) الرازي – المرجع السابق – ٦/٣٧.
(8) شجرة المعارف والأحوال ومصالح الأقوال والأعمال للإمام عبد العزيز بن عبد السلام السلمي - ط١ - دار الطباع للطباعة والنشر – دمشق - عام ١٤١٠(هـ)/١٩٩٨م - ص٨٩. والقواعد الصغرى للإمام عبد العزيز بن عبد السلام السلمي - ط١ - دار الفكر – بيروت – لبنان - عام ١٤٢٠(هـ)/ ١٩٩٩م– ص ٦٣.

الضابط الثاني: أن لا يكون الظن مخالفاً للشرع.

لقد عد الفقهاء من المناهي الظاهرة العمل بالظن المخالف للشرع, قال تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فَعِنْدَ اللَّهِ مَغَانِمُ كَثِيرَةٌ كَذَلِكَ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلُ فَمَنَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَتَبَيَّنُوا إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا.(1)

الضابط الثالث: أن يكون الظن بعد تثبت وروية.

إن التريث وإطالة التأمل ودقة التثبت عند إثبات أي مقصد شرعي تترتب عليه الثمرة في تحديد المقصد ومعرفة المصلحة من المفسدة، والعكس يؤدي إلى التقدير الخاطئ وتغير المطلوب بتغير المقصد، والتثبت مطلوب شرعاً ليعرف سيئ الأعمال فيترك وأحسنها فيقدم، وحتى لا يجترئ أحد على الظن إلا بعد نظر وتأمل حذر القرآن من التسرع وإتباع الهوى فقال الله : إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمُ الْهُدَى.(2)

وحتى يتم التمييز بين الحق والباطل، والنافع والضار على المجتهد أن يتثبت من الأمارة،

وأن يستحضر تقوى الله عز وجل، وأن يحذر من الزلل واتباع ظنون الهوى معتقداً أنها ظنون معتبرة.

ومن الأمثلة على مرجعية بناء الأحكام على المظان:

(1 منع التجار من المغالاة في الأسعار مراعاة لحاجة الناس, فكان لوليّ الأمر أن يفرض التسعير الجبري مستعيناً بأهل الخبرة حتى يتحقق التوفيق بين المصلحتين الخاصة للتاجر, والعامة في منع الإضرار بالناس من غلاء الأسعار بناءً على الغالب من المنفعة والمضرة .

٢) منع الأفراد من إقامة مصنع للأسمنت في وسط حى للسكن دفعاً للضرر العام عن أهل الحي [٣].

ويتضح مما سبق أن اشتراط الضرر المحض، أو المصلحة المحضة متعذر لذا بني الحكم على الغالب، بل ما غلب على الظن وقوعه، وعندئذ يمنع الفرد من التصرف، وعليه أن يتحمل ضرره الخاص دفعاً للضرر العام مادام هذا الضرر هو الغالب، وفى هذا المعنى قال الإمام الشاطبي:" لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرامها"[٤].

وهناك عدة قواعد فقهية تؤكد هذا المعنى، منها قاعدة " العبرة للغالب الشائع لا النادر"[٥]، ومنها قاعدة "الأحكام إنما هي للغالب الكثير، والنادر في حكم المعدوم"[٦].

.(سورة النساء – آية (٩٤ (1)

(2) سورة النجم – آية (٢٣.(

(٣) الدكتور فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى – مؤسسة الرسالة – عام ١٩٦٧م – ص ٢٣٧.

(٤) الشاطبي – الموافقات – ٢/٣٤٨.

(٥) الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية – ص ٢٣٥.

(٦) ابن القيم – إعلام الموقعين – ص ٣٥٤.

السادس المطلب

ونظرية الموازنة العقل ومراعاة الضرورة والبداهة

إن الله سبحانه وتعالى فطر عباده على معرفة معظم المصالح الدنيوية ليحصلوها ويغتنموها, وعلى معرفة معظم المفاسد الدنيوية ليتركوها ويجتنبوها.

والقرآن الكريم دعى إلى النظر العقلي والتدبر في الكون واستخراج أسراره، فقال الله : قُلِ انْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا تُغْنِي الْآيَاتُ وَالنُّذُرُ عَنْ قَوْمٍ لَا يُؤْمِنُونَ[١]، واعتبر العلماء إن إهمال النظر من المنهيات بدليل قوله تعالى: أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ[٢].

ولا بد للعقل من ضوابط تمنعه من الانحراف في النظر، وتعصمه في التفكير من الزلل، فيجب أن تكون المعرفة بالأمور الدنيوية والأخروية ماثلة أمام الباحث، كما يجب الحذر من اتباع الهوى عند البحث عن المصالح، وما ذاك إلا لأن الهوى آفة العقول، فإذا تحكم في النفس أضل العقل، وجعله يرى الحسن قبيحاً، والقبيح حسناً، كما أنه يجب أن يكون للعقل في النظر مستند

شرعي؛ لأن عقول العقلاء قد تختلف من عقل إلى آخر[٣].

كما أن العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أمر تفرضه الضرورة في كثير من الأحيان وتشهد له البداهة العقلية، فإذا كانت الضرورة تعني فعل ما يحتاجه الناس ولا تقوم حياتهم إلا به فإن الأمر البديهي يعني فعل الأولى فيه والأغلب.

وبالتالي فإن الضرورة الواقعية والبداهة العقلية تدفعان إلى الأخذ بالأغلب والأرجح من المنفعة والمضرة .

وبناءً على ذلك وضع الفقهاء عدة قواعد من أهمها:

١) التصرف على الرعية منوط بالمصلحة[٤].

٢) الضرورات تبيح المحظورات[٥].

٣) الضرورة تقدر بقدرها[٦].

٤) الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة[٧].

٥) الضرر يدفع بقدر الإمكان[٨].

---

(١) سورة يونس – آية (١٠١).
(٢) سورة الغاشية – آية (١٧).
(٣) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ١٨٩ :١٩٠.
(٤) الزركشي – المنثور في القواعد – ١/٣٠٩
(٥) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٨٧.
(٦) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٨٧.
(٧) السيوطي - الأشباه والنظائر – ص ١٨٠.
(٨) الشيخ أحمد الزرقا – شرح القواعد الفقهية – ص ٢٠٧.

وبناءً على ما سبق إذا وقعت ضرورة عامة للأمة وتحتاج إلى مال كي تقوم بها فإن وجود هذه الضرورة يبيح المحظور وهو الأخذ من فضل مال الموسرين، مع أن أخذ مال الغير محظور في الأصل لحرمة الأملاك الخاصة، إلا أنه أبيح للضرورة بناءً على قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"[١]، ويجب على ولي الأمر أن يأخذ من مال الأغنياء بقدر الحاجة بناءً على قاعدة "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"[٢]، ووجه المنفعة هنا واضح، حيث إن افتقار الإمام المطاع إلى تكثير الجنود، وسد الثغور، وحماية الملك المتسع الأقطار ضرورة فتقدر بقدرها، فلا يصح هذا الحكم إلا مع وجودها "[٣].

المبحث الثاني

الوضعي القانون الموازنة بين المنافع والمضار في مشروعية نظرية

تعد نظرية الموازنة بين المنافع والمضار من المستجدات الرقابية على سلطة الإدارة التقديرية ولذا كانت الحاجة ملحة لمعرفة أساس مشروعيتها, ولا سيما وأن منهجها يجسد في الواقع رمز العدالة في ذاته, وهذا هو الغرض من القانون ووظيفته جملة وتفصيلاً إذ أن القانون يهدف إلى غرضين رئيسين:

الأول: صون حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة.

الثاني: حفظ كيان المجتمع بإقرار النظام فيه وكفالة المصلحة العامة.

ووظيفة القانون الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيماً يحقق هذين الغرضين ويوفق بينهما، كما أن كل نظام يرمي إلى تحقيق الخير العام يجب أن يكون أساسه العدل، وكل توفيق بين

المصالح العامة والمصالح الخاصة يجب أن يكون نتيجة موازنة عادلة بين هذه المصالح المختلفة.

واذا 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 فى المادة (٦٤) منه والتي تنص على أن: "سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة"(٤).

وقد تميز القضاء الإداري بالمرونة والقدرة على مسايرة التطور والإستجابة لدواعي المصلحة، وكان من بين ذلك نظرية الموازنة بين المنافع والمضار التي نحدد معالم مشروعيتها ونذكر مصادرها المتمثلة في القواعد الدستورية، والقوانين العادية، وموقف القضاء الإداري منها في كل من فرنسا ومصر من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الدستور ونظرية الموازنة.

المطلب الثانى: القوانين العادية ونظرية الموازنة.

المطلب الثالث: القضاء الإداري ونظرية الموازنة.

---

(1) الزركشي – المنثور في القواعد – ٢/٣١٧.
(٢) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٨٧.
(3) الشاطبي – الاعتصام - دار المعرفة – لبنان - عام ١٤٠٩(هـ)/١٩٨٥م – ٢/٣٥٩.
(٤) الدكتور ماجد راغب الحلو – القضاء الإداري - دار المطبوعات الجامعية – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية - عام ١٩٨٥م – ص ١٦: ١٨.

المطلب الأول

ونظرية الموازنة الدستور

يعد الدستور قانوناً أعلى للقضاء الإداري بل هو الأساس في كل دولة إذ منه تنحدر التشريعات العادية, وتظهر أهميته للقضاء الإداري حين لا يجد القاضي نصاً تشريعياً يحدد له الجزاء الذي يترتب على مخالفة ما, ومن ثم يتعين على القاضي أن ينشأ قاعدة قانونية يستخلصها من روح التشريع والمبادئ التي أرساها الدستور.(1)

ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار يجد القضاء الإداري لها مرجعية فى الدستور، وإن كانت النظرية من إنشائه شكلاً إلا أن جوهرها ومضمونها فى الدستور، فقد وضع الخطوط العامة لمثل هذه النظرية وترك للقضاء التفاصيل، لا سيما وأن معظم نظريات القانون الإداري ومبادئه هي من صنع القضاء حين الميلاد كشفاً، وابتكار حكم لها حين التطبيق إنشاءً(٢).

أولاً: الدستور الفرنسي:

لقد رسم الدستور الفرنسي للقضاء الإداري خطوطاً عريضة لإعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، لا سيما وأنه قد ذكر ذلك مجملاً فى مواد " إعلان حقوق الإنسان والمواطن " والملحقة بالدستور الفرنسي الصادر فى ٤/١٠/١٩٥٨م، والذي أعلن فيه الشعب الفرنسي ارتباطه بحقوق الإنسان، فلقد ذكرت المادة الثانية من الإعلان" أن هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم، هذه الحقوق هي الحرية، والملكية، والأمن، ومقاومة الطغيان"(٣).

وذكرت المادة السابعة عشر من الإعلان أنه:" لما كانت الملكية حقاً مصوناً ومقدساً فلا

يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة قانوناً، ويشترط التعويض العادل والمسبق".

وأيضاً نصت المادة السادسة عشر على أن:" كل مجتمع لا يكون ضمان الحقوق مكفولة فيه ولا الفصل بين السلطات قائماً فيه هو مجتمع لا دستور له قط ".

وإنه باستقراء هذه المواد يتبين أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار محمولة في نصوص الدستور الفرنسي، حيث إنه يمثل ما استقر في ضمير المجتمع الفرنسي من تقدير لحقوق الإنسان وحرياته، والدستور الفرنسي وضع لنظرية الموازنة القواعد العامة لإعمالها، ووضح هذا في عدة عبارات منها ما ورد في نص المادة (١٧) " لما كانت الملكية حقاً مصوناً ومقدساً فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي ذلك صراحة الضرورة العامة الثابتة قانوناً ويشترط التعويض العادل والمسبق "، وكلمة ضرورة تعني الاحتياج الذي يترتب على فقده الهلاك للمجموع، وكذلك عبارات (ضمان الحقوق)، و(الحفاظ على الحقوق)، ومن ثم فالموازنة بين المنافع العامة والخاصة أمر ثابت، وكذلك بين الضرر العام والخاص.

وقد جعل القضاء الإداري من نظرية الموازنة بين المنافع والمضار سياج حماية للحقوق والحريات الفردية مراقباً بها الأثر المترتب على القرار الإداري، موازناً بين الأضرار والمنافع لإيجاد حد الاعتدال بين حقوق الأفراد والإدارة(٤).

---

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو – المرجع نفسه – ص ٣٩١.
(٢) الدكتور أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – دار وهدان للطباعة والنشر – ص ٧٧.
(٣) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ١٩٨ :١٩٩.
(٤) الدكتور محمود حلمي – المرجع السابق– ص ١٠.

ثانياً: الدستور المصري:

الدستور المصري كغيره من الدساتير يعد حامي الحريات والحارس على حقوق الأفراد وبخاصة أمام السلطة التقديرية للإدارة، والدساتير المصرية بدءاً من دستور ١٩٢٣م حتى دستور ٢٠١٤م حريصة على معالجة أمر هذه النظرية، فقد نص دستور ٢٠١٤م على أن:" الملكية الخاصة مصونة، تؤدى وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني دون انحراف أو احتكار، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يُدفع مقدماً، وذلك كله وفقاً لما ينظمه القانون"، وأيضاً نص المادة (٥٧) التي 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 تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء".

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 وشروط معينة سنعرض لها بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

ومما سبق يتضح أن كلاً من الدستورين الفرنسي والمصري قد وجدت فيه القواعد العامة التي فتحت الباب للقضاء الإداري إلى إعمال الموازنة بين المنافع والمضار على القرارات الإدارية المتعلقة بالمنفعة العامة.

أما محل الاختلاف بينهما يكمن في أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار قد طبقها مجلس الدولة الفرنسي حين وجدت الواقعة التي تستوجب تطبيقها، ومن هنا قد بدأ البحث عن تأصيل قانوني لها من خلال الدستور.

في حين أن الدستور المصري يحمل تأصيلها قبل تطبيقها بناءً على نص المادة الثانية منه والتي تنص على أن:" الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع"، ويتضح من ذلك أن لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار تأصيل دستوري وفق هذه المادة، حيث إن الشريعة الإسلامية قد حوت في ظل مبادئها الراقية قواعد هذه النظرية، مما جعل للدستور المصري فضل السبق على نظيره الفرنسي في هذا الميزان.

المطلب الثاني

ونظرية الموازنة القوانين العادية

تعد القوانين العادية بقسميها المكتوب وغير المكتوب المصدر الثاني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار, وتمثل القوانين العادية بقسميها الأساس الثاني لمشروعية الموازنة بين المنافع والمضار, فالغالب على قواعد القانون الإداري أنها تستمد مادتها من القوانين الأخرى المدونة وغير المدونة, كالقانون المدني, وقانون العقوبات, وكذلك المعاهدات الدولية, والعرف, والمبادئ العامة للقانون.[1]

---

(١) الدكتور محمد مرغني خيري – القضاء الإداري ومجلس الدولة - الكتاب الجامعي - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام ١٩٩٤م – ١/٢٤.

وبناءً على ذلك فإن دور القاضي الإداري إذا ما وجد نص دستوري أو تشريعي أن يقوم على تفسيره وتوضيحه وبيان مجاله إذا كان له علاقة بالموازنة بين المنافع والمضار، وهذا بخلاف دوره إذا كان المصدر عرفاً أو مبادئ عامة للقانون فإنه يستعين بهما في استنباط قاعدة حاكمة لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار[١].

ولذا كان لزاماً استخراج معالم لنظرية الموازنة من بين ثنايا القانون المدني، وكذلك العرف، ومبادئ القانون العامة في كل من النظام الفرنسي والمصري.

أولاً: القانون المدني ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار:

لقد ظهرت معالم نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في ضوء ما يسمى بنظرية التعسف فى استعمال الحق، ولقد حظيت نظرية التعسف فى استعمال الحق بنصيب كبير من الدراسة لدى فقهاء القانون الخاص، ويذهب الفقه إلى أن التعسف في استعمال الحق يتحقق حين يستعمل الشخص سلطته أو حقه المخوَّل له قانوناً مع مراعاة كافة الشروط الموضوعية والإجرائية التي يتطلبها القانون 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 [٢]، مما يستلزم رفع لواء الموازنة بينهما.

ثانياً: المبادئ القانونية العامة ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار:

يقصد بالمبادئ القانونية العامة: المبادئ التي تستخلص من الأحكام التفصيلية للقانون والتي يمكن أن تتخذ أساساً لاستنباط أحكام للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص.

وهي أحد مصادر القانون الإداري غير المدون، وسر تميز المبادئ القانونية العامة أنها توصف بالعمومية والنسبية والقابلية للتغير، وأيضاً تكتسب مصدريتها من ضمير الجماعة وأخلاقياتهم وما يرتضيه هذا الضمير من قيم ومبادئ قانونية.

وقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى استخلاص بعض المبادئ القانونية لحماية حقوق الأفرد وحرياتهم لأن المبادئ القانونية 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 الذى يصدر بالمخالفة لها، وتقرر مسئولية السلطة التي تصدر القرار(٣).

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، والذي لا يمكن أن يقيد إلا بنص المشرع.

٣) المبادئ المتعلقة بتقديم الصالح العام وتلبية احتياجات الجماعة أو الإدارة على المصالح الفردية.

---

(١) الدكتور محمود حلمي – الوجيز في مبادئ القانون الإداري – ص١٨.

(٢) الدكتور محمود سلامة جبر – رقابة مجلس الدولة علي الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوي الإلغاء – دراسة مقارنة – عام ١٩٩٢م – ص ١٣٩.

(٣) الدكتور سليمان الطماوي – القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) – ص ٦٩٨.

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، لا سيما وأن هذه المبادئ مستوحاه من إعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير(١).

وفي مصر يلجأ مجلس الدولة كثيراً إلى المبادئ العامة للقانون كأحد مصادره الشرعية، ونص في أحد أحكامه على:" أن 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 جميعاً تمتعهم بحقوقهم الفردية، وهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية الصالح العام"(٢).

المطلب الثالث

القضاء الإداري ونظرية الموازنة

يذهب فقهاء القانون إلى أن القضاء الإدارى يعد مصدراً من مصادر القانون الإداري حيث إن دوره لا يقتصر على الفصل في الموضوع إذا وجد نص تشريعي يحكمه بل يتعدى دوره إلى أكثر من ذلك كما سنبين ذلك فيما يلي:

١) القضاء الإداري يقوم بتفسير النص القانوني الإداري لما له 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 عضواً في المجتمع.

٢) القضاء الإداري يقوم باختيار نص من القوانين الأخرى حين لا يوجد نص إداري، فله أن يأخذ بالنص المدني أو يطرحه، وفى حالة الأخذ به يجوز له أن يحوَّره وأن يستخلص منه ما يتوافق والمصلحة العامة، مثال ذلك: نظرية التعسف في استعمال الحق، فلقد حوَّرها القضاء الإداري إلى التعسف في استعمال السلطة.

٣) إذا لم يجد القضاء الإداري نصاً 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(٣)، ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعد أحد الحلول التي ابتكرها القضاء الإداري للحد من سلطة الإدارة التقديرية.

---

(١) الدكتور ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٤٠.
(٢) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٢٠٧.
(٣) الدكتور حماد محمد شطا – الأصول الإسلامية للقانون الإداري - الكتاب الأول - دار الصحوة للنشر والتوزيع - القاهرة – ص ٢٤٨: ٢٤٩.

ونشير فيما يلي بإيجاز عن موقف كل من القضائين الفرنسي والمصري من هذه النظرية:

أولاً: القضاء الإداري الفرنسي ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار:

تمثل قضية نزع الملكية الخاصة 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، وتتلخص وقائعها في أن الإدارة أرادت إقامة مدينة سكنية جديدة شرق مدينة " ليل" بشمال فرنسا للإسهام في حل أزمة الإسكان، وتوافق ذلك مع رغبة إدارة التعليم الجامعي في هذا الإقليم في إنشاء مجمع لعدة كليات خارج مدينة "ليل"، وعليه تقرر دمج المشروعين في مشروع واحد يقام علي مساحة ٥٠٠ هكتار بتكلفة مليار فرنك، ويتحقق به اندماج الطلبة مع المواطنين كهدف أساسي للمشروع، ولم يكن للقاضي الإداري أن يفحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حده وإنما كان يعتمد على التأكد فقط من أنها للمنفعة العامة، إلا أن القضاء الإداري فى فرنسا فاجأ الجميع بحكمه الصادر في ٢٨/٥/١٩٧١م والذي بمقتضاه أصبح لا يمكن فصل المنفعة العامة عن الظروف المحيطة بها، وإنما أصبح للقاضي الإداري أن يقدر 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.

ومن المسلَّم به أن القضاء الإداري هنا لم يخرج على إطار المشروعية فى رقابته لأعمال سلطة الإدارة التقديرية، بل هو كما قال الفقيه (ديجي):" إن القاضي يطابق بين أعمال الإدارة والقانون بمعناه الواسع "(٢)، بحيث تكون له سلطة واسعة في التفسير، وليس في إنشاء قواعد القانون.

ومن ثم فإن القضاء الإداري الفرنسي بحكمه في قضية المدينة الشرقية المعروفة باسم *(ville Nouvelle Est)* استطاع أن يمد رقابته إلى محل القرار الإداري المتعلق بنزع الملكية والذي أخذ القضاء فيه بما أبداه مفوض الدولة *(Praipant)* من ملاحظات، ومن أهمها تقييم شرط المنفعة العامة في ضوء المصالح المتعارضة التي يمسها القرار، وتقدير مضار القرار ومزاياه(٣)، وبذلك أوجد القضاء قيداً جديداً على سلطة الإدارة التقديرية فى مجال نزع الملكية للمنفعة العامة(٤).

ثانياً: القضاء الإداري المصري ونظرية الموازنة بين المنافع والمضار:

لم يكن مجلس الدولة المصري في البداية على نفس الدرجة التي كان عليها نظيره الفرنسي فى بسط رقابته غير التقليدية على أعمال الإدارة، بل كان القضاء المصري متبنياً منذ نشأته الاتجاهات التقليدية، ولم يفصح عن خروجه على هذا الإطار، لكنه كان يعمل ما يشبه الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي فيما يسمى بنظرية الغلو، غير أنه اقتصر في تطبيقها على

المجال التاديبي فقط(٥)، ومع ذلك قام مجلس الدولة بتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في قضية عزبة خير الله، وتتلخص وقائعها في أن محافظ القاهرة أصدر قراراً لصالح شركة (المعادي للتنمية والتعمير) يقتضي 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 ومباني يبلغ عددها ما يقارب عشرين ألف مسكن، ويقطن بها ما يقرب من خمسين ألف نسمة(٦).

---

(١) الدكتور سامي جمال الدين – المرجع السابق– ص ٢٣٥.
(٢) الدكتور سامي جمال الدين – المرجع نفسه – ص ٣٠٤.
(٣) انظر:
L' éxpropriàtion J.wàline: lè Role du Juge administrat،f dàns là détérmination dè L'utilité publiqué just،fiànt .T.ll.p.817 ets ١٩٧٤
J.Ràux: L' exàmén dés fàits pàr Lé Jugè administrat،f dàns Lè contrôle dè là légalité internè dè là .procèdurè d' èxpropriation.1967.p.199 ets
(٤) الدكتورة نبيلة عبدالحليم كامل – دور القاضي الإداري في الرقابة علي شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - دار النهضة العربية - عام ١٩٩٣م – ص ٢٠.
(٥) الدكتور رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات الحديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي - دار النهضة العربية – القاهرة - عام ١٩٩٦م – ص ٣٧٩ :٣٨٠.
(6) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٥٣٣ وما بعدها.

وأمام هذا القرار وما يتبعه من أثار تضر بحوالي خمسين ألف نسمة تقدم اثنان منهم بطعن في قرار المحافظ، وطلبا من القضاء الإداري بصفة مستعجلة وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وأيضاً إلغاء القرار واعتباره عديم الأثر وكأنه لم يكن؛ وذلك لأن القرار يمس آلاف الكادحين الذين أقاموا مساكنهم من أموالهم الخاصة من عشرات السنين ويقيمون فيها بالكد بما يحفظ كرامتهم ويلم شملهم، كما أن المحافظة التي تقوم بالهدم والتشريد سبق وأن أصدرت قراراً بحماية هذه الجموع لمبانيهم التي شيدوها على أرض الدولة، وهو القرار رقم (٨٩٢) بتاريخ ٢٣/٥/١٩٧٠م، وفيه قررت المحافظة عدم إزالة أية تعديات على أرض الدولة مكتفية بالحصر للسكان وتحصيل رسم انتفاع منهم، ونسبة ٥% عن المدد السابقة.

كما سبق أيضاً للمحافظة أن أصدرت قراراً رقم (٥٣) بتاريخ ٢٩/٥/١٩٧٣م بالموافقة على بيع مثل تلك الأرض للأفراد طالما أقيمت عليها مبان تشغلها أرواح بثمن قدره سبعة جنيهات للمتر، وقد تم تنفيذ هذا القرار في مناطق أخرى كعزبة دسوقي المجاورة لعزبة خير الله.

كما أن قرار الهدم والإزالة ولد معدوماً لافتقاده شرط المصلحة العامة اللازمة لإصداره، إذ لا يعقل أن يتم تشريد عشرات الألاف من الأرواح وهدم عشرات الألاف من المنازل بما يتناقض مع سياسة الدولة في التعمير، وذلك في سبيل إرضاء شركة لتقسيم الأراضي أو مشروع استثماري.

وبناءً على هذه الأسباب قد استجابت محكمة القضاء الإداري لطلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وبالفعل تم وقف القرار، وهو ما لم يلق قبولاً من جانب محافظة القاهرة، وأيضاً الشركة التي صدر القرار من المحافظة لصالحها، فطعن كل منهما على قرار المحكمة الإدارية بوقف تنفيذ قرار المحافظة، ولكن صدر الحكم من محكمة القضاء الإداري رافعاً لواء مبدأ الموازنة بين المنافع والمضار مرجحاً مصلحة الطاعنين في إلغاء القرار الإداري بالهدم والإزالة لما يترتب عليه من ضرر بالغ بعموم السكان يتمثل في تشريد عدد كبير من المواطنين بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم.

وبالتالي نجد أن محكمة القضاء الإداري قد مالت للأخذ بنظرية الموازنة بين المصالح المتعارضة وترجيح بعضها على البعض الآخر متى قام بينهما تعارض في ضوء تقييم أثار القرار الإداري من حيث ما يترتب عليه من منافع وما ينجم عنه من أضرار، مستندة في ذلك إلى ما قد يؤدي إليه القرار المطعون فيه من أضرار اقتصادية واجتماعية للطاعنين وغيرهم ممن

يشملهم القرار.

ويتضح مما سبق أن مجلس الدولة خطى خطوات نحو تطبيق هذه النظرية، بل وكشف النقاب عن مضمونها، وحدد ما يجب أن يقوم عليه عمل الإدارة في ضوئها، ولذا نجد أن النظرية وجدت في القضاء الإداري رحماً للميلاد، لكن مادة التكوين والغذاء كانت في رحاب القانون بمعناه الواسع من دستور ومبادئ عامة للقانون، وفروع القانون الخاص، وانتهى الأمر بالمخاض والميلاد عند القضاء الإداري[1].

---

(١) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٢١٣.

الفصل الثالث

الموازنة بين المنافع والمضار معايير نظرية الوضعي والقانون الإسلامي الفقه في

إن تقرير العمل بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أمر سهل وميسور إلا أن تطبيق العمل بها قد يعتريه بعض الصعوبات لذا كان لزاماً أن توضع معايير للموازنة بين المنفعة والمضرة ليتم الترجيح بينهما دون إفراط أو تفريط .

والمعايير هي كل ما يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من الوقوف على مزايا وعيوب عملية ما، أو نتائج تصرف إداري معين[1]، ذلك لأنه عند تنفيذ قرار الإدارة بنزع الملكية، أو بإقامة مشروع ما، قد يحتف بها ظروف مؤثرة، بحيث يفضي التنفيذ إلى نتائج لا تنسجم مع الأصل العام الذى قام عليه التشريع من حماية لحقوق الأفراد جملة وتفصيلاً.

ومن ثم كان على القاضي الإداري أن ينظر في الأمر معتمداً على ميزان للترجيح بين مصلحتين، أو بين منفعة ومضرة حتى يتحقق العدل والمصلحة وتدرأ المفسدة.

وحتى يتسنى للقاضي إعمال الموازنة كان عليه الاعتماد على عدة معايير قد تتشابه فيما بينها في كلا الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وقد تختلف في واحدة منها تبعاً لمصدرية كل منها، ولبيان معايير النظرية نقسم هذا الفصل إلى مبحثين متتاليين على النحو التالي:

المبحث الأول: معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في القانون الوضعي.

المبحث الأول

الإسلامي الفقه في معايير نظرية الموازنة

من المسلَّم به أن الشريعة جاءت بتحصيل المنافع وتكميلها, وتعطيل المفاسد وتقليلها, وقد أوكلت للمجتهدين حين يوجد التعارض بين المنافع والمضار أن يقوموا بواجب الترجيح في ضوء الموازنة بين المتعارضين, وحذرت الشريعة من الترجيح بالهوى, والموازنة بالشهوة, لأجل ذلك رسم العلماء منهجاً للترجيح بين المصالح والمفاسد جلباً ودفعاً, ووضعوا لها معايير منعاً للزلل عند التطبيق نعرض لها في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: معيار التفسير المصلحي للنص.

.المطلب الثاني: معيار قيمة المنفعة ورتبتها

.ويقينيتها معيار زمنية المنفعة :المطلب الثالث

---

(1) الدكتور رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – ص ٣١٢.

المطلب الأول

للنص المصلحي التفسير معيار

إن أهل الاجتهاد ذهبوا إلى أن ثمرة استخراج الأحكام المرجوة لا تكون إلا عن طريق النظر فى نصوص الشريعة بكلياتها وجزئياتها, حيث خطت لهم سبيل المصلحة ونسقت لهم مراتبها حتى لا يقودهم العقل البشري المحدود الإدراك إلى إقرار مصلحة مزاجية كتلك العادات المستوردة من الشرق الملحد أو الغرب الكافر إشباعاً للشهوات, الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب الفوضى والإضطراب في الحياة.[1]

والذي أكد عليه أهل العلم أن دور العقل يتمثل في تقدير المصلحة التي يستهدف النص تحقيقها، وبخاصة إذا كان ظني الدلالة، أي لم يكن مصرحاً بها قطعاً، ومن ثم فإن النص يفسر بما يحقق المصلحة مع عدم الغفلة عن مختلف المصالح والمفاسد التي لها صلة بموضوع النص.

وهناك نماذج كثيرة تبرهن على ذلك نعرض منها على سبيل المثال ما يلي:

١) التسعير:

ففى الحديث الذى رواه أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد النبي ، فقالوا يارسول الله: سعر لنا، فقال: إن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطالبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال[٢].

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 يقولون بجواز التسعير الجبري في بعض الحالات، بل بوجوب التسعير فيها، وكان قولهم هذا بناءً على التفسير المصلحي للنص عن طريق النظر العقلي وسنوضح ذلك بالتفصيل عند الحديث عن قيود الملكية للمنفعة العامة.

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[٣]، ومن بين المصارف، مصرف المؤلفة قلوبهم، وهم الذين يراد تأليف قلوبهم بالإستمالة إلى الإسلام أو التثبيت عليه، أو كف شرهم عن المسلمين[٤]، وهؤلاء أعطاهم النبي وأعطاهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه في خلافته، وجاء عهد الفاروق عمر بن الخطاب فلم يعطهم من الزكاة.

---

(١) الدكتور جلال الدين عبد الرحمن - المصالح المرسلة - الكتاب الجامعي - كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر – ص ٣٧.
(٢) سنن الدارمي - للدارمي عبد الله بن عبد الرحمن - ط١- دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان - عام ١٤٠٧(هـ)/١٩٨٧م - باب البيوع - ج ٢ - ص٣٥٤. ورواه الترمذي – كتاب البيوع – ٣/٦٠٥ :٦٠٦.
(٣) سورة التوبة – آية (٦٠).
(4) ابن قدامة – المغني – ٤/٩٩.

ولقد كان الفاروق عمر متبعاً لا مبتدعاً، وكان فهمه للقرآن والسنة فهماً واسعاً واعياً، فلم يقف 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 شيئاً، وليس معنى ذلك أنه عطل العمل بالنص، ولكنه وجد من الفئات الأخرى المنصوص عليها في الآية من هم أولى بالرعاية من المؤلفة قلوبهم[١]، وبالتالي نجد أن عمر بن الخطاب لم يقدم المصلحة على النص، وإنما اجتهد بعقله ليحقق مناط النص.

المطلب الثاني
معيار قيمة المنفعة ورتبتها

يعني معيار المنفعة ما كان به المحافظة على مقصود الشرع, دون إظهار المعيار المضرة، حيث إنها داخلة في هذا المعيار, فالمنفعة عبارة عن جلب لمصلحة أو درأ لمفسدة، ودرأ المفسدة في الأصل تحقيق للمنفعة التي هي مقصود الشرع من الخلق.[2]

ووضح معيار المنفعة في قول ابن القيم:" الشريعة مبناها على تحصيل المصالح بحسب الإمكان، وألا يفوت منها شئ، فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت، وإن لم يمكن تحصيل بعضها إلا بتفويت البعض، قدم أكملها وأهمها وأشدها طلباً للشارع"[٣]، ويقول أيضاً:" 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"[٤].

ويظهر أمرها في ضوء ما يلي:

أولاً: رتبة المنفعة:

المقصود بهذا المعيار معرفة درجة المنفعة في سلم المصالح والمفاسد، وهو السلم الذى أشتهر بين أهل العلم بالتقسيم الثلاثى) : الضروريات، والحاجيات، والتحسينات ,(وإن كثيراً من المنافع والمضار إنما تندرج فى هذه الدرجة, أو تلك على سبيل التغليب لا غير.[5]

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 الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ(٦).

---

(١) الدكتور سليمان محمد الطماوي - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة - الطبعة الثانية – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي – عام ١٩٧٦م – ص ١٧٤. وانظر الدكتور غالب عبد الكافي القرشي – أوليات الفاروق السياسية - الطبعة الأولى– دار الوفاء – المنصورة – عام ١٤١٠(هـ)/١٩٩٠م– ص١١٠.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي– السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها – ط ١- مكتبة وهبة – القاهرة – عام ١٤١٩(هـ)/١٩٩٨ م – ص ٨٧.

(٣) ابن القيم – مفتاح دار السعادة – ٢/١٩.

(٤) ابن القيم – المرجع نفسه – ٢/٢٢.

(٥) الدكتور أحمد الريسوني – نظرية التقريب والتغليب وتطبيقها في العلوم الإسلامية – ط ١- دار الكلمة – المنصورة - عام ١٤١٨(هـ)/١٩٩٧م – ص ٣٤٣.

(٦) سورة المائدة - آية (٣).

ووجه دلالة الآية أنه إذا وقع الإنسان في ضرورة المخمصة – أي المجاعة – والتي هى 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، ومن هنا رجح ما كان ضرورياً على ما كان حاجياً، وبنفس المعيار يقدم ما كان حاجياً على ما كان تحسينياً.

ثانياً: 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(١)، وكذلك إذا كانت المنفعة من جنس الحاجيات أو التحسينات، هنا تكون الموازنة بين منفعتين ضروريتين أو حاجيتين أو تحسينيتين، وحين تكون المنفعتان المتعارضتان متكافأتين 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.

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 منفعة المحافظة على الدين على منفعة الحفاظ على النفس(٢)، وكذلك أمر المفاسد والمضار، فإن معيار الترجيح لها فى ضوء رتبتها بحسب خطورتها أمر سهل وميسور، فأشدها خطراً ما كان من قبيل الضروريات، وهي المرتبة الأولى، ثم يليها فى المرتبة ما كان الضرر فيها متعلقاً بالحاجيات، ثم تأتي بعد ذلك المضار المتعلقة بالتحسينات، وإذا كانت المضرتان في رتبة الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات، في هذه الحالة يكون الترجيح بمعيار نوع المضرة أيضاً، فأشد المفاسد والمضار ما كان متعلقاً بالدين، ثم النفس، ثم العقل، ثم النسل، ثم المال.

ومثال ذلك ما تعرض له الإمام أحمد بن حنبل من محنة، حيث ظهر في هذه المحنة فهم الإمام الدقيق لنظرية الموازنة، بل لفقه الموازنات بين المنافع والمضار، فتعارضت فيها مفسدتان، الأولى تتعلق بالدين وما قد يؤدى إلى الانحراف بأساس الاعتقاد وسلامة التصور الإسلامي لدى الأمة الإسلامية إذا وافق الإمام على 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[٣]، لذلك تحمل المفسدة المتعلقة بالنفس، ليدرأ بذلك المفسدة المتعلقة بالدين [٤].

وفي ذات المعنى وضع العلماء عدة قواعد منها (دفع أعلى المفسدتين وإن وقع أدناهما) وعبر عنها الحافظ بن رجب بقوله: (إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون ضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً)[٥]، ومنها قاعدة (تحصيل أعلى المصلحتين وإن فاتت أدناهما)[٦]، وقاعدة (دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما)[٧]، ودلالة ذلك في القرآن الكريم قوله تعالى: يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ وَلَا يَزَالُونَ يُقَاتِلُونَكُمْ حَتَّى يَرُدُّوكُمْ عَنْ دِينِكُمْ إِنِ اسْتَطَاعُوا وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ[٨]، فقدم قتل النفس على الكفر؛ لأن ضرر الكفر أشد من ضرر القتل.

---

(١) الغزالي – المستصفي – ١/٤١٧.
(٢) الدكتور عبد الكريم زيدان – الوجيز في أصول الفقه - الطبعة السادسة – مؤسسة الرسالة – بيروت – عام ١٤١٧(هـ)/ ١٩٩٧م – ص ٣٨٣.
(٣) الحافظ تقي الدين المقدسي – محنة الإمام أحمد بن حنبل - الطبعة الأولى – دار الهجرة للطباعة والنشر والتوزيع – عام ١٤٠٧(هـ)/ ١٩٨٧م – ص ٧٣.
(٤) الدكتور عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة – منهج فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية – ص٦٦.
(٥) ابن رجب – القواعد – ص٢٤٦.
(٦) الدكتور عبدالمجيد جمعه الجزائري – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب أعلام الموقعين – ط ١– دار ابن القيم – عام ١٤١٢ (هـ)– ص ٣٣٣.
(٧) الدكتور عبدالمجيد جمعه الجزائري – المرجع نفسه – ص ٣٣٣.
(٨) سورة البقرة - آية (٢١٧).

ثالثاً: معيار مقدار المنفعة:

ويقصد بهذا المعيار بأنه إذا تعارضت منفعتان أو مفسدتان، وكانتا متساويتان رتبة ونوعاً وعموماً وخصوصاً، فإنه يوازن بينهما بالنظر إلى مقدار كل واحدة منهما، فأيهما كانت أكبر مقداراً رجحت على الأخري، وهذا معيار كمي، ظهرت دلالته في قول الله : وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا[١].

فإنه إن وجد في الزوجة ما يستوجب النفور منها فقد يكون في بقائها خير كثير، وليس من الصواب تفويت الكثير، أي المصلحة الكبيرة لوجود ضرر ما، بل الصواب تحمل الضرر القليل لأجل الخير الكثير[٢]، وقد وضح ذلك فيما رواه أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ، أنه قال: لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقاً رضي منها آخر [٣].

وهكذا نتعلم من النبي فقه الموازنات، فالخير الكثير أولى بالاعتبار من القليل، ومن هنا وضع العلماء قواعد تحدد المراد ويتحقق بها المناط، منها قاعدة (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)[٤]، وقاعدة (يختار أهون الشرين)[٥]، وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)[٦].

ومن الأمثلة القرآنية على ضرورة الموازنة بين المصالح، وتقديم حفظ المصلحة الأكبر قدراً، ولو بتفويت الأقل، ما جاء في قصة موسى عليه مع الخضر في شأن السفينة، حيث قام الخضر بخرقها وتعييبها، وهذا إفساد وتضييع ينقص قيمة السفينة، ويتطلب لإصلاحها كلفة، ولكنه فعل، ليدفع عن أصحابها ضرراً أكبر يتمثل في اغتصاب الملك لسفينتهم وضياعها منهم[٧].

لذا كان لابد من الأخذ بهذا المعيار حتى يتم النظر لأخف المنفعتين وأغلظهما، فترجح ما كانت كبيرة القدر دون سواها، يقول ابن تيمية:(لا يدفع الفساد القليل بالكثير، ولا يدفع أخف الضررين بتحصيل أعظم الضررين)[٨].

وكذلك لا تدرأ المفسدة وتقدم على المصلحة إلا إذا كانت أكبر منها، وكذلك المصلحة.

رابعاً: معيار عموم المنفعة:

ومقتضى هذا المعيار أنه عند تساوى المنفعتين المتعارضتين في الرتبة والنوع فإنه يلزم النظر إلى عمومها وخصوصها، فإن كانت أحداهما عامة والأخرى خاصة فإنه يترجح الأولى على الثانية، أي المنفعة العامة على المنفعة الخاصة، يقول الإمام العز بن عبد السلام:" اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة"(٩)، ومن ثم لا ترجح المصالح الخاصة على العامة؛ ذلك لأن الفقه الإسلامي لا ينظر إلى مصالح الفرد باعتباره وحدة مستقلة عن المجتمع، وأن حقوقه ليست غاية في ذاتها، بل اعتبره وحدة إنسانية تعيش في مجتمع وترتبط به ارتباط مصالح متبادلة، لذلك وضع قواعد للتنسيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة عند التعارض، رعاية للمصلحتين ما أمكن(١٠).

---

(١) سورة النساء – آية (١٩).
(٢) الدكتور أحمد الريسوني – المرجع السابق – ص ٣٦٢.
(٣) صحيح مسلم – باب الرضا – برقم ١٤٦٩.
(٤) السيوطي – الأشباه والنظائر – ص ١١٧.
(٥) السيوطي – الأشباه والنظائر – ص ١١٧.
(٦) السيوطي – الأشباه والنظائر – ص ١١٧.
(٧) الدكتور أحمد الريسوني – المرجع السابق – ص ٣٦٣.
(٨) ابن تيمية – مجموع الفتاوى – ٢٣/١٩٤.
(٩) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ٢/٢٥٢.
(١٠) الدكتور فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق – ص ٣٧.

وقد وضع أهل العلم قواعد هي بمثابة المعايير لهذه النظرية التي نحن بصددها منها قاعدة: (تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام)(١)، وأيضاً قاعدة: (دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص).

ومثال ذلك ما قضي به الخلفاء الراشدون بتضمين الصناع، موافقين بذلك القاضي شريح الذي قضى بتضمينهم مراعياً بذلك مصالح الناس في عدم ضياع أموالهم بسبب سوء أفعال بعض الصناع.

ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة عند الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في 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 : لا يصلح الناس إلا ذاك، وعنه : يضمن الصناع ما أفسدوه، أخطأوا أو تعمدوا، إذا عملوا بأجر(٢).

وهذا كله من باب تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فإذا ما استحكم التعارض واستحال رفعه، قدمت المصلحة العامة لشمولها وعمومها، وفوتت المصلحة الخاصة لضيقها وانحصارها.

المطلب الثالث

معيار زمنية المنفعة ويقينيتها

أولاً: معيار زمنية المنفعة:

يقصد بهذا المعيار أن المنافع إذا تعارضت وقد ظهرت مساواتها في الرتبة والنوع والعموم والخصوص والقدر فإنه ينظر إلى امتداد المنفعة الزمني، فترجح أدوم المصالح نفعاً، وكذلك إذا تعارضت المنافع والمضار مع بعضها البعض, ومن الأمثلة على ذلك: موقف أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في مسألة الأرض المفتوحة عنوة، فإن هذه الأراضي تتعارض فيها مصلحتان: الأولى مؤقتة تتمثل في توزيعها على الفاتحين, والأخرى طويلة الأمد ضاربة في الأجيال والأزمان وهي ترك هذه الأراضي في أيدي أصحابها، وفرض الخراج عليها لبيت المال وذلك لمصلحة الأجيال المتعاقبة، قال عمر ": وكيف أقسم بينهم فيأتي من بعدهم فيجدون الأرض بعلوجها[3] قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت؟ ما هذا برأي[4]"، وقال أيضاً كلمته المشهورة: لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي خيبر,[5] وهنا وازن أمير المؤمنين عمر بين منفعة مؤقتة ومنفعة دائمة, فرجح الدائمة على المؤقتة، وتسمى هذه الأرض بأرض الخراج.

---

(١) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٨٨.
(٢) الدكتور حامد جامع – علي بن أبي طالب حاكماً وفقهياً – طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية– ٢/٢٧٩.
(٣) علوجها: جمع علج بالكسر العير والحمار، وحمار الوحش السمين.
(٤) أبو يوسف – الخراج – ص ٣٥.
(٥) صحيح البخاري – باب المزارعة – ٦/٤٣٠.

ثانياً: معيار يقينية المنفعة:

ويقصد 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 متيقنة أو مضرة يقينية أو غلب على الظن تحققها, فإنها تقدم على الموهومة الوقوع, أو غلب على الظن عدم تحققها, ذلك لأن الفعل إنما يتصف بكونه مصلحة أو مفسدة حسب ما ينتج عنه في الخارج من أثار, وهذه الآثار قد تكون مقطوعاً بها أو مظنونة.[1]

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 في قتال مع الكفار بقلة عدد وعدة قد يؤدي إلى قتلهم من غير نكاية في الأعداء وإعزازاً للدين، ويقول الإمام العز بن عبد السلام:" فإذا لم تحصل النكاية وجب الإنهزام لما في الثبوت من فوات النفوس مع شفاء صدور الكفار، وإرغام أهل الإسلام، وقد ثار الثبوت هنا مفسدة محضة ليس في طيها مصلحة"[٢].

هذه هي معايير نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي التي استنبطها أهل العلم بعد استقراء الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وأفعال الصحابة الكرام وأقوالهم دون ميل للرأي أو اتباع للهوى، وسننتقل إلى معرفة معايير النظرية فى القانون الوضعي في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الوضعي القانون في معايير نظرية الموازنة

إذا كان الفقه الإسلامي قد وضع عدة معايير لنظرية الموازنة حتى يستطيع القاضي أن يقوم بالموازنة بين المنافع والمضار, فإن القانون الوضعي وبخاصة فرنسا قدم أيضاً عدة معايير ظهرت في ضوء ما قاله مفوض الدولة *(Braibant)* وهو ينتقد ما درج عليه مجلس الدولة فى

شأن المنفعة العامة": أنه لم يعد الأمر عبارة عن السلطة العامة والمنفعة العامة في جانب والملكية الخاصة فى جانب آخر, وإنما أصبحت هناك منافع عديدة وراء مشروعات نزع الملكية, ولم يعد من الممكن الاكتفاء بكون المشروع يقدم – في ذاته – منفعة عامة، وإنما يجب – فوق ذلك – أن توضع في الميزان أعباء المشروع مع مزاياه, أي تكلفته مع عائده.[3]"

ومقتضى ذلك أنه من أجل إعمال نظرية الموازنة أصبح من الضروري بحث الأثار والنتائج المترتبة على مشروع ما وفق التكاليف المالية والأعباء الاجتماعية المترتبة عليه، ومقدار ما ينتج عنه من منافع، وما يترتب عليه من أضرار على حقوق الأفراد وما لهم من ملكية خاصة(٤).

---

(١) الدكتور يوسف حامد العالم – المقاصد العامة للشريعة الإسلامية - الطبعة الثانية – المعهد العالمي للفكر الإسلامي – عام ١٩٩٤ م – ص ١٩١.

(٢) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٨٣.

(٣) انظر:

Jp.Gilli: Lè Rolè du Juge àdministràt،f èn matièrè d' èxprɔpriation .A.J 1973,p.13 ets.

(٤) الدكتور رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٣١٢.

وسوف نبين معايير هذه النظرية في القانون الوضعي من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: معيار مقدار المنفعة.

المطلب الثاني: معيار التكاليف المالية.

المطلب الثالث: معيار حق الملكية الخاصة.

المطلب الرابع: معيار العبء الاجتماعي.

المطلب الأول

معيار مقدار المنفعة

من المسلَّم به أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تنصب أساساً على محل القرار الإداري, أي الأثر المترتب على القرار, فبعد أن كان دور القاضي الإداري يقتصر على مراقبة تقليدية تتمثل في النظر إلى مصدر القرار, وهو الاختصاص أو الشكل, وتدرج به الأمر حتى وصل إلى مراقبة الوقائع وتكييفها القانوني, ثم طور رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة ابتداءً بنظرية الغلط البيِّن إلى أن وصل بها إلى الموازنة بين المنافع والمضار.

ومعنى ذلك أن نظرية الموازنة بين المنافع والمضار تعني المراقبة الموضوعية لمضمون القرار الإداري، مع ملاحظة أن هذا التطبيق لا يكون إلا إذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بسلطة تقديرية، ولا يتسنى لها هذا إلا في حالتين:

الأولى: إذا أتاح المشرع لها قدراً من حرية الاختيار بين عدة حلول في خصوص مسألة معينة.

الثانية: إذا تخلى المشرع عن وضع أية حلول مكتف بتحديد الغاية أو الهدف من القرار(١).

ومن ثم كانت الموازنة بين المنافع والمضار والتي يأخذ القاضي في اعتباره حين إعمالها، تقييم مضمون القرار وكافة الجوانب المتعلقة به سواء ما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه، أو المزايا

المترتبة عليه، ومقدار هذه المزايا والمنافع، وبخاصة إذا لم يحدد المشرع عناصر المنفعة، إذ أنها تختلف بحسب الظروف والأحوال، ولذا فإن القاضي لا يبحث ما إذا كان المشروع الذي يراد تحقيقه موافقاً لفكرة المنفعة العامة بصفة مجردة، وإنما يقدر المنفعة العامة بحسب ملابسات كل حالة، حيث يمكن أن يعتبر عمل ما من أعمال المنفعة العامة في ظروف وأماكن معينة ولا يعتبر كذلك في ظروف أخرى، وذلك كاعتبار نزع الملكية لإنشاء خنادق في مدينة معينة يعتبر محققاً للمنفعة العامة نظراً للإحتياجات المحلية، بخلاف مدينة أخرى قد لا يحقق نفس القدر من المنفعة مقابل ما يتحمله الأفراد من مضار(٢).

ولذلك على القاضي أن يوازن بين مقدار المنفعة سواء تجاه ما يقابلها من مضار أو منافع عامة أخرى، فأيهما علا قدره يقدم على الآخر، وحق للقاضي الإداري إقرار القرار الإداري بهذا الشأن أو إلغاؤه.

---

(١) الدكتور رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٣٠٥.

(٢) الدكتور عزت صديق طنيوس – نزع الملكية للمنفعة العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - عام ١٩٨٨م – ص٣٧٢.

ومثال ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي لنزع ملكية كان بهدف السماح بإنشاء قناة لإخراج النفايات الكيماوية لأحد مصانع الألومنيوم المستغلة من قبل شركة (باشنس) في عرض البحر، والمنفعة العامة من وجهة النظر الموضوعية أكيدة، وقانون المناجم يتيح ذلك، ولكن رفض المجلس كان بناءً على وزن قدر المنفعة أمام ما يترتب على المخاطر التي تحتوى على إضرار بالصحة العامة، والنباتات البحرية، وأيضاً التنمية الاقتصادية والسياحية للأماكن المجاورة(١).

ويتضح مما سبق أن هناك اعتبار بقدر المنفعة إيجاباً وسلباً في عملية الموازنة ليتم الترجيح بين المنفعة والمضرة في ضوء قدر كل منهما.

المطلب الثاني

معيار التكاليف المالية

إن إعمال نظرية الموازنة لم ينصب فقط على الأخذ بمعيار قدر المنفعة وحده, بل إنه بعد التثبت من قدرها فإنه ينظر إلى التكاليف المالية التي تتحملها الإدارة على نحو يقيم توازناً بين مزايا المشروع المزمع نزع الملكية لأجله, والأضرار والتكاليف المالية اللازمة لانشائه.

وعلى ذات الأساس ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن ملف تحقيق نزع الملكية يجب أن يتضمن تقريراً موجزاً بالمصروفات، يسمح لأصحاب الشأن بالإطلاع عليه للتأكد من أن المشروع بمراعاة تكاليفه الكلية، والتي يتم تقديرها بصورة معقولة له طابع المنفعة العامة.

لذلك وجب على القاضي الإداري أن يأخذ في اعتباره عند تقييم عملية ما التكاليف التي تتحملها الجهة المنفذة للمشروع، وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلاً على التنفيذ من عدمه.

وبالتالي فالقاضي الإداري لم يكتف بتقدير التكلفة المالية للمشروع فحسب، وإنما أخذ في الاعتبار مقدرة الجهة القائمة على التنفيذ على تمويل المشروع.

وبناءً على ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسى بإلغاء قرار بإنشاء مطار في إحدى القرى، حيث إن المطار لا يحقق أي فوائد اقتصادية، ولا تتناسب تكلفته مع المصادر المالية للبلدة، ومن ثم ألغى مجلس الدولة القرار لما فيه من عدم المعقولية والتناسب بين تكلفته المالية ومنافعه المترتبة عليه.

ويتضح مما سبق أنه يؤخذ بمعيار التكلفة المالية حين الموازنة بين المنافع والمضار، ليتمكن القاضي الإداري من الترجيح على بصيرة بين منافع ومضار مشروع ما.

---

(١) انظر:

René chapus: Droit- Administrat،f généràl p.53,pàris .1988

المطلب الثالث

معيار حق الملكية الخاصة

يعني حق الملكية الخاصة انتفاع أحد الأفراد بملكه استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً، كما أنه يعني انتفاع عدد من الأفراد أو فئة أو جماعة بعينها كنقابة أو جمعية,[1] إلا أن هذه المنفعة الخاصة قد تتعارض مع المنفعة العامة, وقديماً كان يضحي بالمنفعة الخاصة في سبيل تحقيق المنفعة العامة وفق ما كان سائداً بالنسبة للمفهوم التقليدي لنزع الملكية, وذلك نظراً لمستلزمات الحياة الإجتماعية.[2]

أما وفق المفهوم الحديث فإن مجلس الدولة الفرنسي قد لجأ إلى الموازنة كصيغة قانونية جديدة يدخل فيها كل المنافع محل الاعتبار – الخاصة والعامة – ويحكم لإحداهما بالإيجاب أو السلب بحسب ما لها من قدر في الانتفاع أو الضرر.

وهنا يوازن القاضي الإداري طبقاً لهذا المعيار بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الملكية الخاصة أو المنفعة الخاصة في مقابل المنفعة العامة والفوائد التي تترتب عليها(٣).

ومثال ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بخصوص القضية الشهيرة (*ville Nouvelle Est*) والذي قال فيه:" إن أي مشروع لا يمكن أن تتوافر فيه صفة المنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة، والتكلفة المالية التي يقتضيها، والآثار الاجتماعية الناشئة عنه متوازنة مع ما ينشأ عنه من منفعة".

وانتهى الحكم فى قضية المدينة الشرقية (ليل) بعدم إلغاء قرار الإدارة بإعلان المنفعة العامة، ورفض الطعن المقدم من أصحاب الشأن، نظراً للأهمية التي يمثلها هذا المشروع في مجمله، وما يقتضيه تنفيذه من إزالة بعض المباني السكنية، وأن المنفعة العامة المترتبة عليه تفوق فوائدها المضار التي تعود على حقوق الملكية الخاصة بأصحاب المباني التي تم نزعها(٤).

ومما ينبغى التنبيه عليه أن الموازنة بين المنافع والمضار لم يقتصر دورها في فلك النظم الوضعية على الموازنة بين منفعة خاصة وعامة، وإنما تعدى أمرها بعد قضية(المدينة الشرقية) إلى الموازنة بين منفعة عامة وأخرى عامة في ضوء ما يسمى بتعارض المنافع العامة(٥).

ففي قضية (*ste'. Civile ste- Marie de l'Assomption*) اتسع المجال للموازنة بين المنافع

العامة والمضار العامة – وهي قضية تتعلق بإقامة طريق للسيارات يصل بين مدينة مارسيليا وايطاليا، وكان يقتضي إنشاؤه هدم جزء من مبنى مستشفى للأمراض العقلية – وبالفعل كان التعارض بين مصلحتين عامتين، الأولى مصلحة عامة اقتصادية وسياحية متمثلة في إقامة الطريق، والأخرى مصلحة الصحة العامة والمتمثلة في استمرار المستشفى في أداء دورها وعدم هدم أي جزء منها يقتضيه الطريق(٦).

---

(١) الدكتور أحمد الموافي – المرجع السابق – ص ٢٦٨.
(٢) انظر:
Sàlohél Diné SALAHDAR: L'éxpropriàtion pour càusé d' utilité publiqe én droit syrién, th. .Pàris,1951,p.2
(٣) الدكتور رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٣٠٥.
(٤) الدكتورة نبيلة عبدالحليم كامل – المرجع السابق – ص ٢٣.
(٥) الدكتور أحمد الموافي – المرجع السابق – ص٢٢٤.
(٦) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٢٠.

وهنا قرر مجلس الدولة في فرنسا إلغاء قرار هدم جزء من المستشفى نزولاً على المصلحة العامة الأخيرة، بل اعتبر المجلس قرار الإدارة بنزع الملكية باطلاً نظراً لما يؤدى إليه من مساس بمنفعة عامة أخرى لا تقل أهمية عن منفعة الطريق، ألا وهي منفعة الصحة العامة، ووصل الأمر بالمجلس إلى أن رفض الاعتراف بتوافر شرط المنفعة العامة الذي يبرر نزع الملكية طالما أنه يسبب إضراراً حقيقياً بمنفعة أخرى(١).

المطلب الرابع

معيار العبء الإجتماعي

إذا تساوت المنافع في معيار قدر المنفعة وتكاليفها المالية وعلاقتها بحق الملكية الخاصة فإنه ينظر إلى معيار آخر وهو التكلفة الإجتماعية أو العبء الإجتماعي للمشروع, والآثار الإجتماعية التي تترتب عليه, وهو منطلق حرص القضاء الإداري 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 في ظل الظروف المتغيرة دوماً.(2)

هذا وقد برز هذا المعيار حين وازن القاضي الإداري في قضية معسكر *(Larzac)* بين المنفعة المترتبة على إقامة المدرسة العسكرية والمضار الشديدة المتمثلة في العبء الإجتماعي من عدم استغلال الأرض للزراعة، حيث يتم الإستيلاء على ١٣٧٠٠ هكتار، ورأى المجلس أنها تؤثر على التنمية الاقتصادية والاجتماعية للإقليم، وفي نهاية الأمر رجح المجلس منفعة إقامة المدرسة العسكرية للدفاع القومي(٣).

والقاضي 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 في تقريره فقال:" إن قيام الجيش بمناورات يستلزم تخصيص مناطق تتسع لمرمى النيران وتضمن الأمن، وعليه فإن وجود معسكرات متسعة للمناورة يعكس ضرورة كبيرة، هذا ما يمليه المشروع من إعتبارات سياسية لا يمكن إهمالها".

اعتداد مجلس الدولة المصري بتلك المعايير:

إنه باستقراء ما ورد من أحكام للمحكمة الإدارية العليا فيما نحن بصدده من معايير لنظرية الموازنة المتمثلة في قدر المنفعة والاعتداد بالتكلفة المالية، ومراعاة الملكيات الخاصة، والاعتبار بما يترتب على مشروع ما من أعباء إجتماعية فإن هذه المعايير وجدت ضمن أحكام مجلس الدولة فيما يتعلق بنزع الملكية ويتضح ذلك فيما يلي:

أولاً: بالنسبة لمعيار مقدار المنفعة:

لقد وجد هذا المعيار ضمنياً حين وازنت محكمة القضاء الإداري بين منافع ومضار قرار محافظ القاهرة بإعلان المنفعة العامة لإقامة مقر نموذجى للتوثيق بمصر الجديدة(٤)، وقللت المحكمة من شأن الأضرار المترتبة على المشروع لضآلتها وكونها لم ترد على وحدة سكنية واحدة، بل على ملكية مجموع السكان.

---

(١) انظر:

Chàrlés Debbàsch: Institutions ét droits administratifs.3/Biéns, éxpropriàtions ,tràvàux publiqes .pàris,1978.p 239

(٢) الدكتور سامي جمال الدين – المرجع السابق – ص ٢٩٠.

(٣) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٢٢.

(٤) محكمة القضاء الإداري جلسة ٢٦/١١/١٩٨٧م في القضية ٣٤٤١ لسنة ٤٠ق. انظر الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٢٣.

ثانياً: معيار التكاليف المالية:

لقد ظهر هذا المعيار في حكم محكمة القضاء الإداري جلسة ١٦/٥/١٩٩١م في القضية رقم (٣٣٠٤ لسنة ٣٩ ق)، إذ أن مشروع الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى موضوع القضية قد حمل خزانة الدولة العامة مبالغ باهظة كانت تستدعي من القضاء إلغاء هذا المشروع، لكنه لم يفعل، ورجح الصحة العامة على غيرها، مستنداً إلى أن المشروع بحالته قد أقرته بيوت الخبرة العالمية(١).

ثالثاً: معيار مراعاة الملكيات الخاصة:

لقد قام القضاء الإداري بالاعتداد بهذا المعيار في إلغاء قرار الإدارة ترخيصاً لمصنع طوب، فألغت المحكمة هذا القرار بحجة أنه يلحق المدعي أضراراً من ورائه لا تبررها علة تستند إلى الصالح العام(٢).

ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة وازنت بين مصلحتين متعارضتين: مصلحة الطاعن في بقاء الترخيص على ما هو عليه لما يحققه ذلك من قلة في التكاليف ووفرة فى الوقت والجهد، كذلك من انتظام للعمل في المصنع، ومصلحة الإدارة (إدارة تفتيش الري) في 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 المصري لم يقتصر على الموازنة بين منفعة عامة وخاصة فقط، بل تعدى إلى الموازنة بين منافع عامة متعارضة، والترجيح بينها بحسب أولوية كل منها(٤).

رابعاً: معيار التكلفة الإجتماعية:

إنه عند المقارنة بين المنافع يضع القاضي في ميزان الترجيح مقدار ما يتحمله المجتمع

من أعباء، ووضح ذلك المعيار في مناسبة إقامة مشروع الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى، حيث تبين أن تنفيذ المشروع فى الموقع الذى اختارته الإدارة يسبب أضراراً كبيرة متمثلة فيما يتحمله المجتمع من فقدان (٥١) فدان من أجود الأراضي الزراعية، والتي يعتمد عليها في إنتاج الحبوب والمواد الغذائية الضرورية لتحقيق الأمن الغذائي للبلاد، وتوفير فرص عمل في المجال الزراعي، وكان الأولى أن تقضي المحكمة الإدارية بإلغاء القرار، لكنها رغم اقتناعها بفداحة ما يتحمله المجتمع من مضار، إلا أنها أرتأت تغليب الصحة العامة على غيرها(٥).

ويتضح مما سبق أن مجلس الدولة المصري أخذ بمثل ما أخذ به نظيره الفرنسي من معايير، غير أن هناك فارق وحيد هو أن العمل بها في مصر لم يكن على درجة من الوضوح والبيان والكثرة فى التطبيق كفرنسا.

وبعد بيان الأساس القانوني لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار ومعاييرها، ننتقل إلى ضوابط وطرق تطبيقها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

---

(١) الدكتور أحمد الموافي – المرجع السابق – ص٢٢٤.

(٢) محكمة القضاء الإداري جلسة ٣/٣/١٩٥٤م في القضية ١١٧ لسنة ٧ق.

(٣) الدكتور رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق- ص ٣٦٤.

(٤) وقد قضت محكمة القضاء الإدارى في هذا الصدد بإلغاء قرار الإدارة بإزالة التعدي 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 وتتباين فى أولوياتها بما يتطلب مراعاة ذلك فى تصرفاتها بحيث تعطى لكل وجه من أوجه المصلحة العامة أهمية ولا تضحى بوجه منها، لتتشد وجهاً آخر، مع ظهور التفاوت بينهما إذ فى هذه الحالة تختلط مناسبة عمل الإدارة بمشروعيته، ويلزم لكى يكون مشروعاً أن يكون مناسباً وهو ما تنبسط عليه رقابة القضاء للتحقق منه. ومن حيث إنه فى واقع الدعوي الراهنة فإن الظاهر من أوراقها أن القرار المطعون فيه صدر بإزالة تعدى الطاعنين على أرض النزاع وما يترتب على ذلك من طردهم جميعاً من أرض الدولة، وأن الغرض التى 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 الأخر يكون قد ضحى بوجه 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.

(٥) محكمة القضاء الإداري جلسة ١٦/٥/١٩٩١م في القضية ٣٣٠٤ لسنة ٣٩ق. انظر الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٢٥ :٣٢٦.

الفصل الرابع

الإسلامي تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه ضوابط وطرق الوضعي والقانون

إن وضع أساس لنظرية الموازنة بين المنافع والمضار، والوقوف أمام أسبابها, ووضع معايير لإعمالها يعد منهجاً نظرياً في ذاته, يلزم له وجود واقع تطبيقي يؤكده، لذا كان لزاماً أن نحدد ضوابط وطرق تطبيق النظرية فى مجالات محددة أرتضاها الفقه القانوني بعدما وقف أمام أحكام القضاء فيها، وكان ظهور هذه الأحكام فى عدة مجالات, أهمها نزع الملكية للمنفعة العامة الذي هو محل البحث.

وحتى لا تذل القدم أو تنحرف بنا السبل فإنه من الحكمة أن نعرض لضوابط وطرق التطبيق حتى لا تصير الموازنة بين المنافع والمضار ضرباً من العبث، وإنما ميزان توزن عليه المنافع والمضار.

ولبيان ضوابط التطبيق وطرقه نقسم هذا الفصل إلي مبحثين متتاليين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ضوابط تطبيق الموازنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الثاني: طرق تطبيق الموازنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول

ضوابط تطبيق الموازنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

.الحزم الضوابط لغة: جمع ضابط، وهو

ويعرف الضابط اصطلاحاً بأنه":حكم كلي ينطبق على جزئياته, أو هو: القاعدة الكلية الناظمة للقضايا المتشابهة والمتداخلة .[1]"

ومن المسلَّم به أن معظم المنافع والمضار تعرف بالعقل وخصوصاً في المسائل الدنيوية، وأن تقديم أعظم المنافع ودرء أضرها محمود حسن، وكذلك تقديم الراجحة على المرجوحة، واتفق الفقهاء على ذلك، ولكن العقل البشري قد تتجاذبه الأهواء، ويقهره تجبر الأمراء، وهنا كان لابد له من عاصم وسياج حماية حتى لا يقع في هوة الجور، وتمثل هذا السياج في ضوابط معلومة حين يقوم المجتهد والقاضي بتطبيق الموازنة، وتتضح معالم هذه الضوابط في المطلبين المتتاليين:

المطلب الأول: ضوابط الموازنة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: ضوابط الموازنة في القانون الوضعي.

.الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع السابق – ص٢٦٣ (1)

المطلب الأول

الإسلامي الفقه في ضوابط الموازنة

إن تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار يكون في حالة التصادم بين منفعتين أو مضرتين، أو منفعة ومضرة فى الواقع العملي على نحو يعجز المجتهد أحياناً عن الجمع بينهما، فيضطر إلى تقديم أحدهما على الأخرى.

وهذا الترجيح لحكم على آخر أو لمنفعة على أخرى لا يكون عشوائياً، بل يجب أن يكون وفق ضوابط محددة، ووضع فقهاء الشريعة الإسلامية ضوابط معينة لتطبيق هذه النظرية، وهذه الضوابط هي بمثابة قوانين يستنير بها القاضي والمجتهد في ترجيح حكم على آخر ليخرج من زحمة المنافع المتقابلة والمضار المتعارضة التي وقع فيها، وهذه الضوابط والموازنة بين المنافع والمضار متلازمتان ومترابطتان لا يجوز عقلاً ولا شرعاً الفصل بينهما أو إهدار إحداهما وهي كما يلي:

الضابط الأول: عدم المعارضة للنص القطعي:

هذا الضابط يعني عدم معارضة ما رجحه المجتهد للنص سواء أكان قرآناً أو سنة، وخصوصاً إذا كان قطعي الدلالة، وهذا الضابط هو أشد الضوابط لزوماً، وأعظمهما خطراً في الفقه الإسلامي، فما عارض كتاباً أو سنة لا يصلح أن يكون حكماً شرعياً أبداً[١]، وحسبنا فى ذلك قول النبي : من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد [٢].

ومعنى ذلك أن قيام منفعة أو درء مفسدة فيها مخالفة للنص – قرآناً أو سنة- لا يجوز العمل بها.

الضابط الثاني: عدم معارضة الموازنة بين المنافع والمضار للإجماع والقياس:

من المتفق عليه أن الإجماع والقياس مصدران كاشفان لمصدرين منشئين هما: القرآن

والسنة، واعتبر أهل الأصول أن القرآن والسنة مصدران أجمع عليهما مجتهدوا الأمة، وأن الإجماع والقياس مصدران اتفق عليهما جمهور الفقهاء، والإجماع منه ما هو قطعي الدلالة، وهو الذى يندرج تحت مسمى " الإجماع الصريح"، ومنه ما هو ظني الدلالة عند فريق من العلماء يندرج تحت مسمى " الإجماع السكوتي "، وكذلك القياس، وهو حجة شرعية، ومصدر من مصادر التشريع، يلي الإجماع إذا كان صحيحاً تم وفق الشروط الموضوعة، وبني على أسسه المعلومة، ومن ثم لا ينبغي حين إعمال نظرية الموازنة بين المنافع والمضار أن تخالف إجماعاً أو قياساً.

الضابط الثالث: عدم تفويت المنافع الراجحة وتغليب المرجوحة أو المساوية لها:

هذا الضابط دقيق وعميق يحتاج إلى دراية كافية، وهمة عالية، وخبرة بالغة بالمصالح الشرعية ومراتبها وترجيحها، وربط المنافع بالوقائع والمتغيرات، ومعلوم أن المنافع تتنوع بحسب عدة اعتبارات، وتترجح بحسب القوة والقطع والضرورة عند التعارض.

وإذا تعارضت منفعتان في مناط واحد وكان لابد لنيل إحداهما من تفويت الأخرى كان من اللازم النظر إلى قيمة المنفعة من حيث ذاتها وترتيبها في الأهمية، كما يلزم النظر إلى المنافع من حيث مقدار شمولها، ومن حيث التأكد من نتائجها أو عدمه.

---

(١) الدكتور محمد عبداللطيف صالح الفرفور – نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة - الطبعة الأولى – دار دمشق للطباعة والنشر – سوريا – عام ١٩٨٧م – ص ٦٦.

(٢) صحيح البخاري – باب إذا اصطلحوا علي صلح جور فهو مردود – ٧/١٦٨.

الضابط الرابع: ألا تؤدي 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 في طبائع العباد نظراً لهم من رب الأرباب"(١).

وبناءً على ذلك صاغ العلماء قواعد قطعية منها: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، وقاعدة (اختيار أهون الشرين أو أخف الضررين)، ومن ثم فلا يمكن أن تخرج الموازنة بين المنافع والمضار عن هذا الإطار وإلا كانت ضرباً من العبث.

وفيما يلي أمثلة تطبيقية للمفاسد المتزاحمة، والموازنة بينها على أساس هذا الضابط:

أ) الموت مفسدة مخلة بضروري، وهو حفظ النفس، وقطع عضو من جسد المريض مضرة مخلة بحاجي، فإذا كان بقاء عضو المريض سيؤدي إلى انتشار المرض في الجسد كله، وبالتالي سيؤدي إلى موته، وجب قطع العضو؛ لأن ضرر قطعه أهون من ضرر الموت، وهنا تزاحمت مضرة مخلة بضروري مع مفسدة مخلة بحاجي، فكان لابد من تقديم الضروري على الحاجي.

ب) قتل فرد من أفراد المسلمين مضرة، والاعتداء على مجموع الأمة مضرة أكبر، لذلك أجاز الفقهاء التضحية بفرد من المسلمين في سبيل الحفاظ على حياة الجميع، ويعرف هذا بتترس الكفار(٢)، وهنا تعارضت مضرة مخلة بضروري مع مضرة مخلة بضروري أهم منه، وفى هذا المعنى صيغة قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) (٣) .

الضابط الخامس: أن تكون المنفعة الراجحة محققة لا متوهمة:

فلو تعارضت منفعتان، وكانت إحداهما راجح وقوعها والأخرى موهومة، تقدم الراجحة، وتترك الأخرى الموهومة مهما كانت درجتها.

وقد قسم الإمام العز بن عبد السلام المنافع والمضار بحسب توقع حصولها من عدمه إلى:

(مقطوع ومظنون وموهوم)[٤]، فتقدم المنفعة المقطوع بها، المتحققة ثبوتاً، والأقوى أثراً، والأشمل نفعاً على المظنونة، وتقدم المظنونة على الموهومة.

ومثال ذلك لو أراد عدد قليل من المسلمين ضعيفي العدد والعدة الجهاد المسلح، بحيث يغلب على الظن هزيمتهم في مواجهة من سيقاتلونه من الكفار من غير نكاية في أعدائهم، فينبغي هنا أن تقدم مصلحة حفظ النفس على مصلحة الدين؛ ذلك لأن مصلحة حفظ الدين موهومة وإن بدت في رتبتها أو حجمها أرجح.

---

(١) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٤٨ :٤٩.
(٢) الدكتور محمد الوكيلي – فقه الأولويات دراسة في الضوابط - الطبعة الأولى – المعهد العالمي للفكر الإسلامي- سلسلة الرسائل الجامعية – عام ١٩٩٧م – ص ٢١١ :٢١٤.
(٣) الدكتور محمد الزحيلي – القواعد الفقهية علي المذهب الحنفي والشافعي – ط ١ - مجلس النشر العلمي – الكويت - عام ١٩٩٩م – ص ٢١٣.
(٤) الفوائد في اختصار المقاصد أو القواعد الصغرى للإمام عبد العزيز بن عبد السلام السلمي - ط١ - دار الفكر – بيروت – لبنان - عام ١٤٢٠(هـ)/ ١٩٩٩م - ص ٤١.

ويتضح مما سبق من ضوابط الموازنة بين المنافع المضار، أنه يجب على المجتهد أن ينظر للمنفعة والمضرة من حيث عدم تصادمها مع نص في الكتاب أو السنة أو إجماع قطعي الدلالة وكذلك القياس، ثم ينظر فى مرتبة المنفعة والمضرة بحسب أهميتها الذاتية، المتمثلة فى مراتب الكليات الخمس، وفي الوسائل الثلاث لإحرازها، وهي الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات، ثم التدرج معها حسب درجة شمولها وسعة فائدتها، ثم لينظر إليها بحسب قطعية وقوعها وظنيته، وما عساها أن تكون موهومة، فعلى ضوء هذا الترتيب تتصنف المنافع والمضار عند التعارض، وعندئذ يستطيع المجتهد أن يرجح البعض منها على الآخر.

تلك كانت ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي، وننتقل إلى المطلب التالي لنستعرض ضوابط الموازنة في القانون الوضعي.

المطلب الثاني

الوضعي القانون في ضوابط الموازنة

لقد ظل القضاء الإداري زمناً طويلاً في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة يقف عند حد التأكد من وجود منفعة عامة ليحكم بمشروعية قرار الإدارة, وطالما تأكد القاضي من أن المشروع الذي صدر القرار من الإدارة بنزع الملكية لأجله يحقق منفعة عامة فإنه يرفض أي طعن في القرار.[1]

لكن حكم القضاء الفرنسي فيما تعلق بالمدينة الشرقية " ليل " أحدث تطوراً في رقابة القضاء الإداري، إذ أنه لم يقف عند حد التأكد من المصلحة العامة فحسب، وإنما صار يوازن بين المصالح المتعارضة والمضار المتقابلة، وهذا يمثل قيداً هاماً على سلطة الإدارة التقديرية، ولكن حتى لا يصبح القضاء سيفاً 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 تتمثل في وجود السبب الدافع لسمو المنفعة، وأن تكون المنفعة متحققة لا متوهمة، وأن يعتد بالمنفعة ذات التكلفة المالية الباهظة، وأن يوجد التناسب بين المنافع والمضار، وهذه الضوابط هي مجرد استنباط من أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا

ومصر.

الضابط الأول: وجود السبب الدافع لسمو المنفعة:

لما كانت أولى تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة[٢]، فإنه من اللازم على القاضي الإداري أولاً أن يتثبت من وجودها، وأن غاية القرار الإداري هو تحقيق المنفعة العامة، وأنه لا يترتب عليه منافع جانبية، كمنفعة خاصة أو منفعة مالية تكون سبباً دافعاً للقرار، فإذا وجد القاضي أن هذه المنافع الجانبية ليست السبب الدافع قضى بشرعية القرار الذى يهدف إلى تحقيق منفعة عامة[٣].

---

(١) الدكتورة نبيلة عبدالحليم كامل – المرجع السابق – ص ١٩.

(٢) الدكتور محمد رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٣٠٦.

(٣) ويعتبر بعض فقهاء القانون أن فكرة السبب الدافع قيداً علي سلطة الإدارة التقديرية، بل ويعتبر قيداً علي عيب الانحراف بالسلطة يضيق من نطاق تطبيقه.

الضابط الثاني: أن تكون المنفعة متحققة لا متوهمة:

إنه وفقاً لهذا الضابط يستطيع القاضي الإداري أن يقوم بإعمال الموازنة بين المنافع العامة المتعارضة، فيرجح المنفعة المتحققة على المتوهمة.

وبناءً على ذلك فقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي أحكاماً بالإلغاء وفق هذا الضابط، ومنها إلغاء قرار تقرير منفعة عامة بإقامة عدة مساكن لذوي الدخل المحدود – وهي منفعة عامة – لتعارضها مع منفعة اقتصادية ناجمة عن التوسع في الفنادق للمساهمة في تنشيط السياحة وإيجاد فرص عمل جديدة[١].

وبالتالي عندما تكون المنفعة العامة موهومة وغير مؤكدة، ويترتب على تنفيذها ضرر بالغ يلحق بمنافع عامة أخرى أو خاصة كان على القاضي أن يحكم بالإلغاء إن لم تتريث الإدارة وتعيد النظر فى مشروعاتها.

الضابط الثالث: الاعتداد بالمنفعة المالية:

من المسلَّم به عند القائلين بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار أنها تتطلب من القاضي الإداري أن يضع على كفتي الميزان الأثار الناجمة عن القرار الإداري نفعاً وضرراً، وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية[٢].

وبناءً على ذلك كان من ضوابط الموازنة بين المنافع والمضار الاعتداد بالمنفعة المالية العامة، وهذا لا يعني إغفال ما يترتب على المشروع من مضار مالية، فقد يكون عبء التكاليف المالية أعظم مما يدره من منافع مالية، وهنا لا يمكن إقرار هذه المنافع، وخصوصاً إذا كان الأمر متعلقاً بنزع الملكية[٣].

الضابط الرابع: التناسب وانعدامه بين المنافع والمضار:

على القاضي الإداري أن يأخذ بضابط التناسب للمنفعة المراد تحقيقها وإنعدامه، والأخذ بتناسب تكلفة المشروع مع ما يحققه من مزايا اقتصادية، وهذ الضابط يخضع فى الغالب لظروف الزمان والمكان، فقد يحقق مشروع ما مزايا متعددة في مكان ما، ولا يحقق مثلها فى مكان آخر أمام ما تتكلفه الإدارة من أعباء، وأيضاً يقاس الأمر على الزمان.

وهذا الضابط يؤكد على أن إنعدام التناسب بين المنفعة والمضرة لضآلة المنفعة قد يتخذ

قرينة على قصد الإضرار، وأيا كان الوضع فإن إنعدام التناسب يكون سبباً في تعسف الإدارة[٤].

بل إنه طبقاً لهذا الضابط تعدو المنفعة المشروعة غير مشروعة إذا ترتب عليها مضار مساوية لها أو راجحة عليها نتيجة لظرف من الظروف، وهو ما يعطي القضاء الإداري الحق في الإلغاء.

وبناءً على ما سبق من بيان لضوابط الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية أنه إذا تم الطعن في قرار إعلان المنفعة العامة، يقوم القاضي الإداري بالتأكد أولاً من أن هناك منفعة عامة، فإذا توافرت هذه المنفعة، عليه ثانياً أن يفحص ما إذا كانت حقيقية أو وهمية، فإذا ما علم جديتها تعين عليه تقدير ما يترتب عليها من أضرار مالية واقتصادية واجتماعية[٥]، فإن علم رجحانها أقرها، وإن تساوت المنفعة المرجوة مع المضرة المترتبة عليها، فإن استطاع تحقيق المنفعة ودرء المضرة فعل، وإن لم يستطيع كان درء المضرة أولى، غير أن ذلك يخضع لظروف الزمان والمكان.

---

(١) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٦٧.
(٢) الدكتور سامي جمال الدين – المرجع السابق – ص ٢٣٤.
(٣) فلا يمكن قانوناً 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) الدكتور فتحي الدريني – المرجع السابق – ص ٣٤٦.
(٥) الدكتور سامي جمال الدين – المرجع السابق – ص ٢٣٧.

المبحث الثاني
طرق تطبيق الموازنة
الوضعي والقانون الإسلامي الفقه في

يقصد بطرق تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار منهج التطبيق المتمثل في بيان المراحل التي تمر بها عملية الموازنة بين المنافع والمضار حتى يصل المجتهد والقاضي 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 الإداري عند تزاحم المنافع والمضار في واقعة معينة، فما على القاضي إلا التعرف أولاً على الواقعة، وأن ينظر ما فيها من تعارض بين المنافع والمضار[١].

الثاني: التثبت من وجود تعارض بين المنافع والمضار في الواقعة الواحدة، وهذا الأمر يحتاج إلى بعض الجهد من القاضي والمجتهد، وحتى يحيط القاضي بدقائقه وظروفه قبل أن يوازن عليه أن يسأل أهل التخصص والخبرة في هذا الميدان[٢].

هذا وقد وجه المعارضون للنظرية نقداً خطيراً حيث إنهم قالوا: إن القضاء الإداري بنظرية الموازنة بين المنافع والمضار يُدخل تقديره محل رجل الإدارة رغم عدم قدرته على ذلك وعدم توافر الوسائل الفنية لديه وإنه سيحمل تقديره الشخصي وما يتبع ذلك من ميول وأهواء[٣].

ولكن يمكن الرد على هذا النقد من جهتين هما:

١) إن القاضي الإداري يقوم برقابته هذه على التقييمات التي تجريها الإدارة بما لها من سلطة تقديرية وذلك حين تتسم هذه التقييمات باللامعقولية أو المبالغة، أو حينما تكون ذات رصيد سلبي في ميزان التكاليف والمزايا[٤].

٢) إن القاضي إذا حزبه أمر تقدير المنافع والمضار كان من السهولة عليه بمكان أن يكلف أهل الخبرة والتخصص بتقدير ذلك، وخصوصاً وأنه يمثل إحدى السلطات العامة في الدولة، وإذا ما تعرف القاضي على الواقعة وثبت لديه أن فيها تعارضاً بين منافعها ومضارها، وأن ذلك

يستوجب عليه إعمال الموازنة بين المنافع والمضار كان عليه السير في التطبيق وفق مراحل معلومة لا يجوز له الخروج عليها وهي: الجمع بين المنافع والمضار أو الترجيح أو التخيير أو التوقف، وهذه هي طرق تطبيق الموازنة ين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وبالتالي سنتعرف على هذه الطرق من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: الجمع بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الثاني: الترجيح بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الثالث: التخيير بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المطلب الرابع: التوقف بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

---

(١) الدكتور جمال الدين عطية – النظرية العامة للشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى – مطبعة المدينة – عام ١٤٠٧(هـ)/ ١٩٨٨م – ص ٢٤٦.

(٢) الدكتور محمد رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٢١٠.

(٣) الدكتور أحمد الموافي – المرجع السابق – ص٢٣٧.

(٤) الدكتور محمد رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٣٤٩.

المطلب الأول

الجمع بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إذا تحققت المنفعة، وتحقق القاضي من ثبوتها، فيجب العمل على رعايتها وجلبها، وإذا تحققت المضرة وتأكدت، فيجب العمل على دفعها وسد أبوابها والحكم بإلغاء ما كان في سبيلها [١]، وهذا لا مشكلة فيه، لكن حركة التطبيق للموازنة تكون حيث تتعارض منفعتان أو مضرتان أو منفعة ومضرة، وعندئذ إن كان هناك وجه للجمع بينهما فهو الأولى، وإن أمكن تحصيلها حصلناها كالجمع بين المنافع، وإن أمكن درءها درأناها كالجمع بين المضار[٢].

تعريف الجمع لغة واصطلاحاً:

يطلق الجمع لغة: على تأليف المفترق، وهو مصدر، كقولك: جمعت الشئ، ويقال: جمع الشئ عن تفرقه بجمعه جمعاً وجمعه وأجمعه فاجتمع، والمجموع الذي جمع من هنا وههنا وإن لم يجعل كالشئ الواحد[٣].

ويطلق الجمع اصطلاحاً على أنه: بيان التوافق والائتلاف بين الأدلة الشرعية سواء كانت عقلية أو نقلية، وأيضاً هو إزالة الإختلاف بين الحجتين بتأويلهما وانفكاك جهتهما[٤].

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الجمع بين المنافع والمضار:

قال الإمام العز بن عبد السلام في الجمع بين المنافع:" فإن أمكن تحصيلها حصلناها، وإن تعذر تحصيلها حصلنا الأصلح فالأصلح والأفضل فالأفضل"[٥]، وكذلك قال أيضاً في المضار والمفاسد:" فإن أمكن درءها درأناها، وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد والأرذل فالأرذل"[٦]، وكذلك إذا تعارضت المنافع والمضار قال الإمام العز بن عبد السلام:" إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك إمتثالاً لأمر الله تعالى فيهما: فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ [٧]، وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة ولا نبالى بفوات المصلحة"[٨].

ومع ذلك اشترط الجمهور لذلك شروطاً محددة وهي:

أ) شروط الجمع والتوفيق بين المتعارضين:

١) يشترط 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 في إحداهما إلى بطلان نص قطعي الدلالة أو جزء منه فإنه لا يعتد بمثل هذا الجمع، ولا يعتمد عليه في الأحكام الشرعية.

---

(١) الدكتور أحمد الريسوني – نظرية المقاصد عند الشاطبي – ط ١ - دار الكلمة – المنصورة - عام ١٤١٨(هـ)/١٩٩٧م – ص ٢٩٧.
(٢) الإمام العز بن عبدالسلام – الفوائد في اختصار المقاصد – ص٤٥ :٤٦.
(٣) ابن منظور – لسان العرب – ٨/٥٣.
(٤) الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع السابق – ص١٥٦.
(٥) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٥٠.
(٦) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٧.
(٧) سورة التغابن – آية (١٦).
(٨) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٧٤.

٣) أن يكون المتعارضان متساويان وذلك حتى يصح الجمع بينهما، فإذا كان أحدهما أقوى من الآخر يصار إلى الترجيح.

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(١).

ب) كيفية العمل بالجمع في تطبيق الموازنة بين المنافع والمضار:

من المتفق عليه عند الجمهور أن الجمع بين المتعارضين أفضل من تفويت إحداهما، فإذا تعارضت منفعتان من جهة واحدة كأن تكون عامتين أو خاصتين، فإنه يصار إلى الجمع بينهما ما أمكن ذلك، يقول ابن القيم:"فإن الشريعة مبناها على تحصيل المصالح بحسب الإمكان وأن لا يفوت منها شئ، فإن أمكن تحصيلها كلها حصلت"(٢)، ومن قبله أكد على هذا المعنى الإمام 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"(٣).

وليس هذا قاصراً على المنافع فقط، بل من الممكن الجمع بين دفع مضرتين كما قال الإمام العز بن عبد السلام:" فمن قدر على الجمع بين درء أعظم الفعلين مفسدة ودرء أدناهما مفسدة جمع بينهما"(٤)، وعليه فإذا تعارضت مصلحة عامة مع مصلحة خاصة، أو مضرة عامة مع مضرة خاصة، فإنه يصار إلى الجمع بين المصلحتين في الجلب أو المضرتين في الدرء ما أمكن حتى لا تقدم إحداهما على الأخرى.

ثانياً: موقف القانون الوضعي من الجمع بين المنافع والمضار:

إن طريق الجمع بين المنافع والمضار بجلب الأولى ودفع الثانية لم يصل إليه القضاء الإداري بصورة واضحة تجزم باعتداده بهذا الطريق، وإنما هناك بعض المظاهر التي تشير من بعيد من بين ثنايا أحكام القضاء لطريق الجمع بين المنفعة والمضرة، منها على سبيل المثال: حكم مجلس الدولة الفرنسي فى قضية سانت ماري والتي تتعلق بإقامة جزء من طريق سريع شمال مدينة نيس، وإنشاء مفرق وتحويله، هذا الطريق يربط بين فرنسا وايطاليا، وينقل الطريق العام خارج المدينة، وجانب المنفعة فيه هو سيولة وسهولة المرور وفتح باب للرواج الاقتصادي بين البلدين، بينما الجانب السلبي يتمثل في الإضرار بالملكية الخاصة والأعباء المالية والاجتماعية،

كما أنه يشتمل على إضرار شديد بمنفعة عامة أخرى تتعلق بالصحة العامة حيث سيمر الطريق بجوار مستشفى خاص مما يترتب عليه هدم أحد مبانيها، وكذلك ستؤدى التحويلة الملحقة بالطريق إلى الإضرار بالمساحة الخضراء للمستشفى(٥).

وهنا وجد مجلس الدولة نفسه مطالباً بالتحكيم بين منفعتين عامتين متعارضتين هما الصحة العامة وسيولة وسهولة المرور، ولذا لجأ مجلس الدولة إلى قرار يبدو غريباً لأول وهلة، وهو الإلغاء الجزئي للقرار الإداري بتقرير المنفعة العامة، فاعترف المجلس بصفة المنفعة العامة للجزء من المشروع الذي سيترتب عليه هدم مبنى من المستشفى، بينما أنكرها على الجزئين الآخرين لإضرارهما الشديد بالبيئة من جراء المساحات الخضراء وإحداث الضوضاء للمستشفى (٦).

ويتضح من ذلك أن القضاء الإداري وضع على كفتي الميزان منفعتين عامتين كلتاهما أساسية وضرورية، وليس هناك أولوية لواحدة على أخرى، ومن ثم استطاع أن يجمع بين المنفعتين، فجلب واحدة ودرء الضرر الكبير عن الأخرى.

---

(١) الدكتور محمد الحفناوي – التعارض والترجيح – ص ٢٦٦.
(٢) ابن القيم - مفتاح دار السعادة – ٢/١٩.
(٣) الإمام العز بن عبد السلام – شجرة المعارف والأحوال، ومصالح الأقوال والأعمال – ١/٤٠١ :٤٠٢.
(٤) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٩٤.
(٥) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٨٠ :٣٨١.
(٦) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٨١.

المطلب الثاني

الوضعي الإسلامي والقانون الفقه في الترجيح بين المنافع والمضار

الترجيح لغة: من رجح الشئ بيده: أي وزنه ونظر ما ثقله، وأرجح الميزان: أي أثقله حتى مال، وأرجحت لفلان ورجحت ترجيحا: إذا أعطيته راجحا, فالترجيح الميل والثقل, وهو أيضاً: بيان القوة لأحد المتعارضين على الآخر.

ويقصد بالترجيح اصطلاحاً: قيام المجتهد بتقديم أحد الطرفين المتعارضين بالقول أو الفعل لما في أحد الطرفين من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر.

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 : عليكم بالسواد الأعظم (١).

ووجه دلالة الحديث: تغليب الظاهر الراجح.

وأما الإجماع فقد اعتمد الجمهور على إجماع الصحابة في الأخذ بالراجح(٢)، وقالوا:" لو لم يُعمل بالراجح للزم العمل بالمرجوح، ولا شك أن ترجيح المرجوح على الراجح ممتنع عقلاً ".

وأما المعقول، فقال الجمهور:" إذا كان أحد الطرفين راجحاً، فالعقلاء يوجبون بعقولهم العمل بالراجح، وذلك لأن مناسبة العقل تقتضي تقديم الراجح على المرجوح، ولقد روي عن ابن مسعود ، أن النبي قال: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وحاصل ذلك عند الجمهور: أن ترجيح الراجح متعين عرفاً، فكذا شرعاً.

شروط العمل بطريق الترجيح:

هناك شروط يجب توافرها للعمل بطريق الترجيح، حيث إن الترجيح لا يكون فيما كان

قطعياً، لأن القطعي لا يحتمل التزايد، فلا يتصور فيه الرجحان، ومن ثم يكون الترجيح فيما كان ظنياً والعلم بالرأي فيه غالب، ذلك لأن الترجيح فيه يكون بوجوه مؤثرة فى قوة الظن وغلبة الرأي.

---

(١) مسند الإمام أحمد ٤/٢٧٨.
(٢) الدكتور محمد الحفناوي – التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي- ط ١ - دار الوفاء - عام ١٤٠٥(هـ)/ ١٩٨٥م – ص ٢٩٠.

وحتى يمكن قبول ما وصل إليه المرجح لابد من توافر عدة شروط :

١) أن يكون المرجح عالماً بما يقدم في الجلب من المنافع وما يؤخر فى الدرء من المفاسد، وفيه يقول الإمام ابن تيمية:" 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 في الفعل والترك من المصلحة الشرعية والمفسدة الشرعية، فقد يدع واجبات ويفعل محرمات"(١)، وقال أيضاً:" فليس العاقل الذى يعلم الخير من الشر، وإنما العاقل الذى يعلم خير الخيرين وشر الشرين "(٢).

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(٣).

وقد قال ابن القيم:" المصلحة والمفسدة أو المنفعة والمضرة، أو اللذة والألم إذا تقابلا فلابد أن يغلب أحدهما الآخر، فيصير الحكم للغالب"(٤).

٣) ألا يكون الترجيح بحسب التشهي والهوى، بل ينبغي أن يكون بعد علم ودراية، ومعنى ذلك أن يملك المرجح آلية الترجيح:" فالترجيح بمجرد الإرادة التي لا تستند إلى أمر علمي باطن ولا ظاهر، لا يقول به أحد من أئمة العلم والزهور"(٥)، فإن علم رجحان إحدى المصلحتين قدمها، وإن لم يقف على الرجحان ولم يجد نصاً أو قرينة تدل على التفضيل، فليس له أن يفضل إحداهما على الأخرى(٦).

٤) توخي الحذر في الترجيح بين ما هو متفق عليه بين العلماء وبين ما هو مختلف فيه، والممنوع في الترجيح هنا هو الترجيح الذي يؤدي إلى افتراق الكلمة وحدوث العداوة والبغضاء(٧)، ولذا كان على القائم بالترجيح الحذر منه.

وبناءً على ما سبق إذا توافرت الشروط السابقة اعتبر الترجيح صحيحاً ومقبولاً ويمكن بناء الأحكام عليه.

منهج الترجيح بين المنافع والمضار:

إذا استحكم التعارض بين المنافع والمضار ولم يتمكن المجتهد من الجمع بينهما كان عليه أن يأخذ بأي وجه من وجوه الترجيح حسب أولوية العمل بأيهما، وذلك بعد تسجيل المعلومات الأساسية التي تثبت قيمة المنفعة والمضرة ومعرفة ذلك في إطار ما إذا كانت في قسم الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات، فيقدم الأهم على المهم، وما اشتدت إليه الضرورة على ما مست إليه الحاجة(٨)، فيقدم الضروري على الحاجي، والحاجي على التحسيني، فإذا تساوت في

المرتبة كأن يكون التعارض بين منفعة ومضرة كلاهما ضروري فإنه هنا يقدم ما كان متعلقاً بحفظ النفس على العقل وهكذا، وحتى يتضح المنهج نفصله في العناصر التالية:

---

(١) ابن تيمية – مجموع الفتاوى – ١٠/٢٩٠.
(٢) ابن تيمية – المرجع نفسه – ٢٠/٣٣.
(٣) القرافي – الفروق – ٤/٢٤١.
(٤) ابن القيم – مفتاح دار السعادة – ٢/١٦.
(٥) ابن تيمية – المرجع السابق – ١٠/٢٦٩.
(٦) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٤٨.
(٧) الشاطبي – الموافقات – ٤/٢٦٤.
(٨) الإمام العز بن عبدالسلام – المرجع السابق – ص ١/٤٨.

أولاً: الترجيح بين المنافع المتعارضة:

إذا تعارضت منفعتان ولا يمكن الجمع بينهما كان الترجيح بينهما من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: النظر في قيمة المنفعة وترتيبها.

الأصل أن يعمل القاضي والمجتهد على مراعاة المنفعة الخالية من أي مضرة، ومن أي منفعة معارضة، ومن ثم يكون للفعل المراد تنفيذه وظهرت منفعته حالتان:

١) ألا تعارض منفعته 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 والتحسينات، فإذا تساوت في الضروري اعتد بالأشد ضرورة (٢)، فيقدم حفظ النفس على العقل، والعقل على العرض وعلى المال؛ ذلك لأن التعارض بين المنافع يوجب الموازنة بين المنافع والمضار، فإن ثبت مدى أهمية إحداهما قدمت على الأخرى (٣).

الوجه الثاني: النظر من حيث عموم المنفعة وخصوصها.

وعليه إذا تعارضت منفعتان إحداهما عامة والأخرى خاصة، فإنه ينظر أولاً إلى إمكانية الجمع بينهما حتى لا تقدم إحداهما على الأخرى، فإذا استحكم التعارض قدمت المنفعة العامة على الخاصة لشمولها وعمومها، وقد عد العلماء تقديم المنفعة العامة على الخاصة قاعدة معتبرة " فيحكم على الخاصة لأجل العامة"(٤)، بل اعتبر الإمام العز بن عبد السلام " المصلحة العامة كالضرورة الخاصة"(٥).

الوجه الثالث: النظر في المنافع من حيث حصولها من عدمه.

ومعنى ذلك أن المنفعة إذا تعارضت مع أخرى قدمت من كانت أقوى أثراً وأشمل نفعاً(٦)، وخصوصاً إذا كانت المنفعة آكدة التحقق غير موهومة، فتقدم الأولى وتترك الثانية مهما كانت درجتها(٧).

ثانياً: الترجيح بين المضار المتعارضة:

التعارض بين المضار والترجيح بينها يشبه الترجيح بين المنافع المتعارضة، فإذا انعدم التمكن من الجمع بين المضرتين في الدرء، فعلى المجتهد أن يرجح بين المضرتين أيهما أولى بالدرء، وبالتالي يكون الأشد ضرراً أولى بالدرء من الأخف ضرراً، والضرر العام أولى بالدرء من الضرر الخاص، والضرر الحقيقي مقدم على الضرر الموهوم.

---

(١) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٤٧.

(٢) الدكتور محمد الوكيلي – المرجع السابق – ص٢٠٠.
(٣) الإمام العز بن عبدالسلام – المرجع السابق – ص ١/١٢٥.
(٤) الشاطبي – ا المرجع السابق – ٢/٢٦٦.
(٥) الإمام العز بن عبدالسلام – المرجع السابق – ص ١/٣٢٦.
(٦) الغزالي – المستصفي – ١/٤٣٠.
(٧) الدكتور عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة – المرجع السابق – ص٤٨.

ذلك لأن الشريعة ما جاءت إلا لدرء المفاسد وتقليلها، ومهما ظهرت المفاسد الخالية عن المصالح يسعى في درئها، فإن أمكن درؤها جميعاً درأنا، وإن تعذر علينا درء الجميع قدمنا الأفسد فالأفسد(١).

وقال ابن القيم:" إن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما هذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه"(٢)، ومن ثم كانت قاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)(٣).

وينبغي أن ننوه إلى أن درء المضار في هذه الأوجه الثلاثة " قيمة ومرتبة المضرة، وعموم وخصوص المضرة، وتحققها من عدمه" دائماً يقوم على مراعاة أصول المقاصد الثلاثة: الضروريات، والحاجيات، والتحسينات.

ثالثاً: الترجيح بين المنفعة والمضرة المتعارضتين:

يقول ابن تيمية:" عند اجتماع المصالح والمفاسد والمنافع والمضار وتعارضها يحتاج إلى الفرقان "، وقال أيضاً:"ومن أصول الشرائع أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما"(٤).

ويضع الإمام العز بن عبد السلام مسلكين للترجيح بين المنافع والمضار، مسلك الدرء للمضرة على جلب المنفعة، والثاني مسلك الجلب للمنفعة عن درء المضرة .

المسلك الأول: دفع المضرة وإن فاتت المنفعة.

وهذا لا يكون إلا حين يتعذر على المجتهد الجمع، أي الدرء والجلب معاً، وحينئذ إن كانت المضرة أعظم من المنفعة درأ المضرة ولا يبالي بفوات المنفعة، وآية الخمر وما فيها من إثم كبير ومنافع أكبر دليل على هذا المسلك.

المسلك الثاني: جلب المنفعة وإن ارتكبت المضرة.

فإذا كانت المنفعة أعظم وتربو على المضرة كان جلبها أولى، ومقتضى القواعد الفقهية ألا تترك المصالح الغالبة للمفسدة النادرة(٥)، ويقول الشاطبي:" إن المصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة فى حكم الإعتبار فهي المقصودة شرعاً ولتحصيلها وقع الطلب على العباد "(٦).

وهذا الترجيح لا يتم إلا بعد الأخذ بمعايير الموازنة بين المنافع والمضار والتي تتلخص في الآتي:

١) الترجيح بين المنفعة والمضرة بأعلاهما رتبة كالضروري والحاجي.

٢) الترجيح بين المنفعة والمضرة بأعلاهما نوعاً كحفظ النفس والعقل.

---

(١) الإمام العز بن عبدالسلام – المرجع السابق – ص ١/٧١.
(٢) الغزالي – المرجع السابق – ١/٤٣٠.
(٣) ابن القيم – الطرق الحكمية – ٢٧١.
(٤) ابن تيمية – المرجع السابق – ٢٠/٢٩٣.
(٥) شرح تنقيح الفصول للإمام شهاب الدين الصنهاجي القرافي - دار المعرفة – بيروت - لبنان – ص ٣٥١.
(٦) الشاطبي – المرجع السابق – ٢/٢١.

٣) الترجيح بين المنفعة والمضرة من حيث العموم والخصوص.

٤) الترجيح بين المنفعة والمضرة بأكبرهما قدراً.

٥) الترجيح بين المنفعة والمضرة بأطولهما زمناً.

٦) الترجيح بين المنفعة والمضرة بآكدهما تحققاً.

فإذا ما تم التساوي فعلى المجتهد أن يلجأ إلى طريق ثالث من طرق الموازنة بين المنافع والمضار وهو التخيير.

ثانياً: موقف القانون الوضعي من الترجيح بين المنافع والمضار:

من منطلق إحساس القضاء الإداري بما قد تؤدي إليه القرارات الإدارية من مساس بحريات المواطنين وحقوقهم، وخصوصاً في مجال نزع الملكية، وأيضاً في مجال الضبط الإداري، فقد خطا هذه الخطوة الرشيدة، ورفع ميزان الترجيح بين المنافع والمضار، وبسط رقابته بها للحد من سلطة الإدارة التقديرية، فبدأ ينظر إلى ما يترتب على القرار من أثار، واشترط لها شرطان وهما أن تكون ممكنة، وأن تكون جائزة قانوناً(١).

ومن ثم كان الطريق الواضح لتطبيق النظرية هو الترجيح الذي يظهر في نظرية الموازنة بين المنافع والمضار المتعارضة، وقال فقهاء القانون أنه لا يمكن قانوناً اعتبار عملية نزع الملكية محققة للمنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق الملكية الخاصة من جرائها وما تتطلبه من تكاليف مالية، وكذلك ما يحتمل أن ينتج عنها من مضار إجتماعية لا تتجاوز بشكل مبالغ فيه المزايا أو المنافع التي يمكن أن تترتب عليها(٢).

ومن ثم فالترجيح هو السبيل الوحيد أمام القضاء الإداري لتطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والمضار، فهو لا يحكم بمشروعية القرار الإداري المتعلقة بالمنفعة العامة إلا إذا كانت فوائده ومزاياه تفوق العيوب والأضرار الناجمة عنه.

وللترجيح في القانون الوضعي ثلاثة طرق:

١) الترجيح بين المنافع وخصوصاً العامة والخاصة.

٢) الترجيح بين المضار العامة والخاصة.

٣) الترجيح بين المنفعة والمضرة .

وهذه الطرق منضبطة بما سبق من ضوابط للنظرية في القانون الوضعي(٣).

---

(١) الدكتور سامي جمال الدين – المرجع السابق – ص ٢١١.

(٢) الدكتور محمد رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق - ص ٣٠٧.

(٣) راجع في ذلك (ضوابط نظرية الموازنة بين المنافع والمضار في النظم الوضعية).

المطلب الثالث

التخيير بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

التخيير لغة: من خير فلاناً إذا فوض إليه الاختيار.

واصطلاحاً: التسوية بين فعل الشئ وتركه من غير ترجيح لأحدهما على الآخر، ويسمى الفعل المخير فيه "الإباحة"، أي أن: للمكلف أن يفعله وله ألا يفعله[١].

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من طريق التخيير بين المنافع والمضار:

هذا الطريق لا يلجأ إليه المجتهد إلا حين تتساوى المنافع في القيمة والرتبة وما سبق من معايير، وكذلك المضار، وذلك بعد أن يستفرغ ما في وسعه في البحث عن قرينة ترجح إحدى المنفعتين أو المضرتين، فإذا كانت المساواة من جميع الوجوه فإنه يلجأ إلى التخيير بين المنافع والمضار.

أولاً: التخيير بين المنافع:

يقول الإمام العز بن عبد السلام:" إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم والتأخير للتنازع بين المتساويين"[٢]، ويقول أيضاً:" 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 التساوي فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدمه، ويظن آخر رجحان مقابله فيقدمه"[٤].

غير أن هذا التقديم لأحدهما مضبوط بما هو أقرب إلى روح التشريع ومبادئه العامة.

ب) الإقراع بين المنفعتين عند التساوي، وشرع الإقراع عند التساوي ولا سيما في الحقوق دفعاً للضغائن والأحقاد، وللرضا بما جرت به الأقدار، ومثال ذلك: الإقراع بين الأمراء عند تساويهم في مقاصد الخلافة[٥].

ثانياً: التخيير بين المضار:

من المتفق عليه أن المجتهد أو القاضي لا يسلك هذا الطريق إلا حين يمتنع عليه الجمع بين المضرتين فى الدرء عند تساويهما، يقول الإمام العز بن عبد السلام:" إذا اجتمعت المفاسد: فإن أمكن درؤها درأنا، وإن تعذر درؤها، فإن تساوت رتبتها تخيرنا وقد يقرع "[٦]، وكيفية هذا التخيير هي نفس كيفية التخيير بين المنافع.

---

(١) الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع السابق – ص١٥٦.
(٢) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٦٨.
(٣) الإمام العز بن عبدالسلام – القواعد الصغرى – ص ٤٥.
(٤) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٤٨.
(٥) الإمام العز بن عبدالسلام – المرجع نفسه – ص ١/٦٩.
(٦) الإمام العز بن عبدالسلام – القواعد الصغرى – ص ٤٦.

ثالثاً: التخيير بين المنفعة والمضرة عند التساوي:

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 في قطعها وإبقائها"(١).

ومن القائلين بعدم وجودها ابن القيم، فبعد أن ذكر الإختلاف في وجودها وحكمها قال:" الجواب أن هذا التقسيم – يعني المساواة بين المنفعة والمضرة - لا وجود له؛ لأنه إما أن يكون حصوله أولى بالفعل وهو راجح المصلحة، وإما أن يكون عدمه أولى به وهو راجح المفسدة، 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 على الآخر، فيصير الحكم للغالب، وإما أن يتدافعا ويتصادما بحيث لا يغلب أحدهما على الآخر فغير واقع(٢).

والرأي الراجح هو ما قال به ابن القيم فهو أكثر واقعية ومناسبة لمنهج الشرع، فهو ينفي المساواة، وأنه لابد من التدافع بين المنفعة والمضرة، وعلى الفرض جدلاً بوجود المساواة بين المنفعة والمضرة إلا أن درء المضرة مقدم على جلب المنفعة، وهذا ما اتفق عليه جمهور العلماء، إذ أنهم قننوا لذلك قاعدة (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح)، ذلك لأن الشريعة جاءت لجلب المنافع والمصالح ودرء المضار والمفاسد، فإذا ما كان من تعارض للمنفعة والمضرة، قدم دفع المضرة غالباً، لأن الشرع حريص على دفع المضار، بل أن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات(٣)، بدليل قول النبي :"ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم "(٤).

ثانياً: موقف الفقه القانوني من طريق التخيير بين المنافع والمضار:

بالوقوف أمام أحكام القضاء الإداري في الموازنة بين المنافع والمضار والتي تساوت فيها درجة المنفعة والمضرة، لا نجد ما يشير من قريب أو بعيد على تبني القضاء الإداري طريق التخيير بين المنفعة والمضرة، وكل من هنالك هو أن القضاء مازال يضع لبنات جديدة في بناء هذه الرقابة التوازنية على أعمال السلطة الإدارية، وكل ما يهدف إليه أن تحسن الإدارة الاختيار بين المنافع، وأنها هي المنوطة بذلك، فعليها أن تحسن اختيار مشاريعها التي تحقق أعلى قدر من المنفعة العامة(٥).

---

(١) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٩٠.
(٢) ابن القيم – مفتاح دار السعادة – ٢/١٦.
(٣) الدكتور محمد الزحيلي – المرجع السابق – ص ٢١٨.
(٤) صحيح البخاري – ١٧/٦١.
(٥) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٩٨.

المطلب الرابع

التوقف في الموازنة بين المنافع والمضار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

التوقف لغة: من توقف فى الأمر، إذا انتظر وتريث.

واصطلاحاً: هو عدم القدرة على الترجيح بين الآراء المتعارضة تعارضاً ظاهرياً[١].

ونعرض فيما يلي لموقف الفقه الإسلامي والقانوني من طريق التوقف في الموازنة بين المنافع والمضار على النحو التالي:

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من طريق التوقف في الموازنة بين المنافع والمضار:

هذا الطريق هو آخر طريق يسلكه المجتهد حين تخفى عليه المنفعة والمفسدة، وإن كان هذا نادر الوجود إلا أن الأولى التوقف بعد بذل الجهد واستفراغ ما في الوسع لمعرفة وجه المنفعة في الواقعة مع بقاء خفائها، يقول الإمام العز بن عبد السلام:"فما خفيت عنا مصالحه ومفاسده فلا نقدم عليه حتى تظهر مصلحته المجردة عن المفسدة أو الراجحة عليها"[٢].

ثانياً: موقف القانون الوضعي من طريق التوقف بين المنافع والمضار:

إن القضاء الإداري لم يلجأ إلى إقرار مبدأ جديد في الرقابة على أعمال السلطة الإدارية إلا حين وجد ارتفاع في درجة المضار بالأفراد، لكن حين تتساوى الكفتان فغاية أمره أن يترك الاختيار للإدارة، فهذا من صميم عملها، ولا توجد أحكام قضائية تبين أن القضاء توقف في الموازنة بين منفعة ومضرة ترتبت على مشروع أقرته الإدارة[٣].

وخلاصة ما سبق أن هذه الطرق التي وضع الفقه الإسلامي أساسها، وتبنى فقهاؤه التقنين لها لم تكن ببعيدة على وجه العموم عن تطبيقات القضاء الإداري في القانون الوضعي.

---

(١) الدكتور قطب مصطفي سانو – المرجع السابق – ص١٥٢.
(٢) الإمام العز بن عبدالسلام – قواعد الأحكام – ص ١/٤٧.
(٣) الدكتور محمد عبدالنبي حسنين محمود – المرجع السابق – ص ٣٩٨.