٢- المصلحة غير المعتبرة:- وهي التي نص الشارع على إلغائها في باب الأحكام، كمصلحة الغشاش في كسب الأرباح عن طريق الغش. قال الرسول(ﷺ) ((مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)).

٣- المصلحة المرسلة (أو المطلقة):- وهي التي لم يرد بشأنها نص على إعتبارها أو عدم إعتبارها كمصلحة تنظيم المرور في العصر الحديث لحماية الأرواح والأموال، ومصلحة تنظيم الرسوم الكمركية حماية للمصلحة الاقتصادية الوطنية.

وفي رأينا المتواضع أنّ هذا التقسيم الثلاثي غير وارد في شرع الله، لأن هذاالنوع الأخير إذا كان من شأنه أن يخدم المصالح المعتبرة يُعدّ منها كالمصالح المكملة لها، وإذا كان من شأنه أن يساعد على تحقيق المصالح غير المعتبرة، فيكون منها وبناء على ذلك لامبرر لهذا التقسيم التقليدي القديم.

فالمصلحة قسمان إما معتبرة أو غير معتبرة في شرع الله ولاثالث لهما.

ب- من حيث الأهمية قسم علماء الإسلام المصلحة المعتبرة الى الضرورية والحاجية والتحسينية:-

القسم الأول: المصالح الضرورية: هي المقاصد الرئيسة للشريعة الإسلامية، ووجه كونها ضرورية، هو أنّ كل مجتمع إذا تخلفت فيه مصلحة من المصالح الضرورية يختل نظام هذا المجتمع، سواء أكان مجتمعا إسلاميا أم غير إسلامي.

وقد قُسّمت المصلحة الضرورية عند علماء أصول الفقه وغيرهم الى خمسة أنواع وهي: حماية الدين، وحماية النفس ومادون النفس، وحماية النسب والعرض، وحماية الأموال، وحماية العقول.

أولاً: حماية الدين: من الضروري إعتناق كل إنسان للاسلام الذي هو آخر دين إلهي نزل للمصلحة البشرية، والالتزام بهذا الدين من ضروريات حياة كل إنسان، لأن من لا دين له لا إلتزام له، ومن لم يكن ملتزما لايكون صالحا لأن يكون عضوا في مجتمعه، ولا أهلا لتحمل أية مسؤولية دنيوية.

ثانياً: حماية الحياة: والحياة وصحتها من الضروريات للانسان لأداء رسالته تجاه ربه ونفسه والمجتمع فهذا الأداء يتوقف على إستمرارية الحياة وسلامة الجسد.

ثالثاً: حماية العرض: من ضروريات حماية كرامة الإنسان وشرفه وأخلاقه. وقد قيل:

وإنما الأمم الأخلاق ما بقيت فإن هم ذهبت أخلاقهم ذهبوا

رابعاً:- حماية الأموال:- وهي من ضروريات إستمرارية الحياة ومن مقوّماتها الرئيسة.

خامساً: حماية العقول:- لان العقل ميزة وحيدة تميّز الإنسان من الحيوانات، فالإنسان والحيوان يشتركان في كل شيء من مقوّمات الحياة، الا العقل وبه يتقدم الإنسان ويطوّر حضارته، ويؤمّن سعادته.

القسم الثاني: المصالح الحاجية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية في حياة الإنسان كالحاجيات التي تساعده على حماية المصالح الضرورية فكل مايدخل في العالم التكنلوجي يُعدّ من المصالح الحاجية، وجميع وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية وطرق الاتصالات السلكية واللاسلكية وعلاقات الشعوب والاستفادة من الخبرات المتبادلة وإحترام النظام الداخلي والدولي ونحو ذلك كلها تُعدّ من المصالح الحاجية.

القسم الثالث: المصالح التحسينية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية والحاجية.

ومن تطبيقاتها العملية في هذا العصر السفرات السياحية للراحة النفسية والزيارات المتبادلة بين الأقارب والأصدقاء لتقوية الصلة، وزيارة المرضى وتقديم الهدايا بالمناسبات والتحيات المتبادلة عند اللقاءات والاستمرار على الرياضة النفسية والجسمية والحفاظ على النظافة وحماية البيئة من التلوث ونحو ذلك كلها تعد من المصالح التحسينية.

وجدير بالذكر أننا لا نجد في المراجع التي تناولت هذه التقسيمات معيارا موضوعيا للتمييز بينها فكم من المصالح الحاجية أصبحت من ضروريات الحياة، وكم

مما كانت من التحسينات أصبحت اليوم -بمقتضى تطور الحياة- من الضروريات اوالحاجيات.

وبناءً على هذه الحقيقة فان توصيف المصلحة بأنها من الضروريات أو الحاجات أو التحسينات خاضع للظروف وتطورات الحياة في كل زمان ومكان.

رفع التعارض بين المصالح المتعارضة:

إذا وقع تعارض بين مصلحتين يرفع في ضوء المعايير الآتية:-

١- إذا تعارضت مصلحة الدين مع مصلحة الحياة تقدّم الاولى على الثانية لأهمية الدين والعقائد في حياة الإنسان، لذا شرع الجهاد للدفاع عنه.

٢- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية العرض تقدم الثانية على الأولى، لأن الاخلال بها يمس كرامة الإنسان وشرفه وقيمه وأخلاقه.

٣- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الأولى على الثانية لأن الثانية تُعوّض بعد فواتها، بخلاف الأولى، لذا تكون رعاية حماية الأرواح أولى من رعاية حماية الأموال.

٤- عند التعارض بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية تقدم الأولى على الثانية والثالثة، وتقدم الثانية على الثالثة حسب الأهمية.

٥- في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة تُقدّم الأولى، لأن الخاصة تتحقق ضمن العامة ولو كان هذا التحقق بنسبة جزئية، بخلاف الثانية لأن المصلحة الخاصة لا تستلزم غالباً تحقيق المصلحة العامة.

٦- في حالة تعارض المصلحة المحققة والاحتمالية تقدم الأولى لذا تقدم مصلحة الزوجة في الحكم بوفاة زوجها المفقود بعد مدة يحددها الشرع أو القانون لأن بقاء الزوج في الحياة أمر مشكوك فيه.

٧- اذا تعارضت منفعة ومضرة (مفسدة) فان كانتا متساويتين في الدرجة أو كانت المفسدة أكثر من المصلحة يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة. أما إذا كانت المصلحة أهم من درء المفسدة فانها تقدم رغم وجود المفسدة كالحكم على الجاني بعقوبة سالبة للحرية.

ومن الواضح أن في عقوبة الجاني ضرره وضرر أسرته وقد يكون فيها ضرر المجتمع بأن يكون المحكوم عليه طبيبا أو استاذا جامعيا غير أن مصلحة هذه العقوبة أهم وأكثر من ضررها وذلك لحماية الأرواح والأموال والأمن والاستقرار.

٨- إذا تعارضت مفسدتان، يُختار أهونهما شراً، لدرء أشدّهما ضرراً، لذا يجوز في الشرع والقانون قطع الرجل المصابة بالسرطان، لأن مفسدة ومضرة إنتشاره في الجسم كله أكثر وأخطر.

أهمية المصلحة:

للمصلحة أهمية كبيرة في المجالين الشرعي والقانوني لأن القانون يُشرّع ويُعدّل ويُلغى على أساس رعاية المصلحة، ولأن النصوص الغامضة في الشرع والقانون يمكن إزالة غموضها في ضوء المصلحة.

رابعاً: الذرائع فتحها وسدها:

الذرائع جمع ذريعة وهي لغة الوسيلة وفي الإصطلاح الشرعي والقانوني إعطاء الوسيلة حكم غاياتها على أساس أن الاعتداد يكون بالنوايا والمقاصد والنتائج.

وقد وردت هذه القاعدة العامة على لسان الرسول(ﷺ) في قوله (إنما الاعمال بالنيات) كما وردت في القاعدة الشرعية والقانونية (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

أقسام الذرائع:

تنقسم الذرائع من حيث مقاصدها الى أربعة أنواع:-

١- مشروعية الوسيلة والغاية معاً. كمنح الجوائز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في التفوق العلمي فتجب على الدولة فتح هذه الذريعة لانها تخدم المصالح العامة والخاصة.

٢- عدم مشروعية الوسيلة والغاية معا كصنع أسلحة الدمار الشامل للاعتداء بها على الغير فيجب على الدول في العالم كافة مكافحة صنع هذا السلاح وسده.

٣- وسائل غير مشروعة في ذاتها ومشروعة في غاياتها كوسيلة عقوبة الجاني فهي غير مشروعة في ذاتها لأنها ضرر كما ذكرنا ولكنها مشروعة من حيث الغاية السامية التي تحققها وهي حماية مصالح المجتمع في أرواحه وأمواله وأعراضه وأمنه. لذا أقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية مشروعيتها وتشريع العقوبات وتطبيقها من القاضي وتنفيذها من السلطة التنفيذية.

٤- الوسيلة مشروعة في حد ذاتها ولكنها غير مشروعة بالنظر إلى غايتها كتقديم شخص هبة الى إمرأة بقصد بناء العلاقة غير المشروعة معها أو لغرض إستمرارية هذه العلاقة، لذا أقرّت الشريعة والقانون بطلان هذه الهبة.

خامساً: الاستصحاب:

وهو لغة:- مأخوذ من المصاحبة. وفي الاصطلاح إستدامة حكم سابق في زمان لاحق بناءً على عدم ثبوت مزيله.

أنواعه:

ينقسم الاستصحاب من حيث الأساس الى الانواع الأربعة الآتية:-

١- **إستصحاب الاباحة الاصلية للاشياء النافعة:-** إستنادا الى آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً[1]﴾ وجه الدلالة أن اللام في قوله (لكم) للنفع أي أن فلسفة خلق خيرات الأرض هي المصلحة البشرية من المنفعة المستجلبة. وينبني عليها أن جميع مافي الأرض على ظهرها أوباطنها مشتركة بين الاسرة البشرية على أساس الاباحة الأصلية لاعلى أساس الشيوعية، لأن الثانية لا تكون الا بعد تحقق الملكية.

٢- **إستصحاب حكم البراءة الأصلية:-** من البدهي أن الإنسان حين يولد تكون ذمته بريئة من كل إلتزامات مدنية وجنائية، وله قبل الولادة أهلية الوجوب الناقصة (صلاحية كسب بعض الحقوق التي لاتحتاج الى القبول) وبعد الولادة له

---

[1] سورة البقرة /٢٩.

أهلية الوجوب الكاملة (وهي الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات) كوجوب نفقة أقاربه عليه من الفقراء إذا كان له مال.

وإذا أتهم بأنه مدين للغير أو أنه إرتكب جريمة فعلى القاضي أو المفتى أن يعتبره أنه لاتزال ذمته بريئة عن تلك التهمة إستصحابا للأصل حتى يثبت خلاف ذلك.

٣- **إستصحاب حكم ثابت بسبب شرعي أو قانوني حتى يثبت زوال هذا السبب:** وعلى سبيل المثل من تزوجت من رجل ثم بعد مدة طلبت تزويجها من زوج آخر أمام القضاء، فعليها أن تثبت أن الزوج الأول قد توفي أو طلقها وإنتهت عدتها وبخلاف ذلك على القاضي رد الدعوى وعدم تنفيذ طلبها لأن المفروض أن السبب السابق (الزواج) لايزال مستمراً إستصحاباً.

وكذا من تملك مالا بطريقة مشروعة تستمر هذه الملكية إستصحابا حتى يثبت زوالها بالبيّنة.

٤- **إستصحاب الصفة الأصلية:**- وهذا النوع الأخير من إستنتاجاتى ولم أطلع على مرجع أصولي يتطرق له صراحة

ومن الواضح أن لكل شيء صفات أصلية وصفات عرضية فالأصل في الصفات الأصلية هو البقاء إستصحابا، كما أن الأصل في الصفات العارضة هو عدمها. وبناء على ذلك لايثبت وفاة المفقود إلا بالبيّنة أو مرور زمن يحدده الشرع أو القانون لأجل الحكم بوفاته لأن حياته صفة أصلية فالأصل بقاؤها استصحاباً لكن الوفاة صفة عارضة مشكوك فيها فالأصل عدمها وبني على هذا القسم قاعدة (اليقين لايزول بالشك)، وقاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لأن الأول يدعي خلاف الأصل والثاني مع الأصل.

أهمية الاستصحاب:

للاستصحاب أهميةكبيرة في العمليات القضائية لأن القضاء يعتمد عادة على حجية الاستصحاب في المرافعات المدنية والجزائية والاجراءات القضائية منذ بداية النظر في الدعوى الى صدور الحكم لذا يطلب من المدعي البينة المقبولة لأن الأصل

براءة الذمة لكن يكتفى بيمين المدعى عليه في حالات غياب البينات لأنه مع الأصل، وإذا حصل الخلاف بين المتعاقدين في وقت حدوث عيب خفي في محل العقد فعلى القاضي أن يُرجّح جانب الذي يدّعي سلامة المبيع مثلاً، لأن العيب عارض والأصل عدمه ولأن العارض ينسب الى أقرب أوقاته على أساس أن الأصل عدمه.

وعند الخلاف بين الدائن والمدين في وفاء الدين وعدمه يُرجّح إدعاء الطرف الذي يدعي عدم الوفاء مالم يثبت خلاف ذلك لأن الأصل بقاء الذمة منشغلة بالدين.

وكذلك للاستصحاب أهمية كبيرة في الاجتهادات والفتاوى بصدد الحل والحرمة للاشياء النافعة لأن الأصل فيها الاباحة مالم يثبت وجود نص يُحرّمه ويمنعه [1].

---

[1] للاطلاع على المزيد في المصادر الكاشفة المذكورة يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد/ الجزء الاول.

الفصل الرابع

الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد

نتناول في هذا الفصل بايجاز التعريف بالفقه وفقهاء الشريعة، والاجتهاد والتقليد، موزّعين هذه الدراسة من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث، يخصص الأول لنشأة الفقه وتطوره، والثاني للتعريف بأئمة المذاهب الفقهية الإسلامية، والثالث للتعريف بالاجتهاد والتقليد.