ومن الامثلة على ذلك ايضا نص المادة (254) ، والتي جعل المشرع فيها عقوبة الاكراه على عدم الشهادة ، او الامتناع عنها نتيجة عطية او وعد او اغراء ، نفس عقوبة شهادة الزور ، اذ نصت هذه المادة على انه (**يعاقب بنفس عقوبة شاهد الزور : 1- من اكره او اغرى باي وسيلة شاهدا على عدم اداء الشهادة او الشهادة زورا ولو لم يبلغ مقصده . 2- من امتنع عن اداء الشهادة نتيجة لعطية او وعد او اغراء).**

الفرع الثاني

المـصـلـحـة

المقصد الاول : تعريف المصلحة واقسامها

المصلحة في اللغة : ضد المفسدة ، وهي ما يترتب على الفعل من منفعة وصلاح .

اما في الاصطلاح فهي : جلب المنافع ودفع المفاسد والمضار، وقد غلب القران الكريم استعمال لفظ الحسنات في المصالح والسيئات في المفاسد ، قال تعالى **مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ** [43] .

ويقسم الفقهاء المصالح من حيث اعتبار الشارع لها الى ثلاثة اقسام وهي المصالح المعتبرة والمصالح الملغاة والمصالح المرسلة ، كما يقسمون المصلحة من حيث اهميتها الى ثلاثة اقسام ايضا ، هي المصالح الضرورية والمصالح الحاجية والمصالح التكميلية وبحسب التفصيل الاتي :

اولا : اقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها : يقسم الفقهاء المصالح من حيث اعتبار الشارع لها الى ثلاثة اقسام :

القسم الاول : المصالح المعتبرة : وهي المصالح التي قام الدليل الشرعي على رعايتها واعتبارها واجاز الشارع بناء الاحكام عليها ، وهذا النوع يشمل جميع المصالح التي جاءت الشريعة الاسلامية لتحقيقها سواء اكانت مصالح ضرورية ام حاجية ام تحسينية ، ومثالها مصلحة حفظ الدين والمال والعقل والنسل والحياة ، وقد شرع

---

[43] سورة الانعام / 160 .

القران الكريم والسنة النبوية الاحكام الخاصة بتحقيق هذه المصالح كتشريع الجهاد لحماية مصلحة الدين ، وتشريع حد السرقة لحماية مصلحة المال وتشريع حد القذف لحماية مصلحة العرض والنسب ، وتشريع حد شرب الخمر لحماية مصلحة العقل ، وتشريع القصاص لحماية مصلحة حفظ النفس ومن هذا النوع من المصالح جاء القياس اذ يبحث المجتهد عن المصلحة المعتبرة في حكم من الاحكام ، فان ادركها ووجدت واقعة اخرى غير منصوص على حكمها ووجدت فيها نفس المصلحة قاسها المجتهد على الواقعة المنصوص على حكمها.

ومن امثلة هذا النوع من المصالح في القانون تشريع القواعد الخاصة بضمان الاتلاف في حالة الضرر وجواز ابرام العقود بمختلف انواعها وتشريع العقوبات في القوانين الجنائية والقواعد الخاصة بالانفاق على الزوجة والاولاد والاقارب فهي جميعا قواعد شرعت لحماية المصالح المشروعة المندرجة تحتها .

القسم الثاني : المصالح الملغاة : وهي مصالح قامت الادلة الشرعية على عدم اعتبارها فلا يصلح التعليل بها ولا يصلح بناء الاحكام عليها ، والشارع الغى هذا النوع من المصالح لما يمكن ان يخالطها من مفسدة ، او لما يمكن ان يترتب على الغائها من مصلحة اعظم منها نفعا .

ومن امثلة هذا النوع من المصالح ، مصلحة الانثى في المساواة بالذكر في الميراث ، اذ الغى الشارع هذه المصلحة في قوله تعالى **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** [44] ، ومثالها ايضا مصلحة المرابي في الحصول على المال عن طريق الربا ، فهي مصلحة اهدرها الشارع في قوله تعالى **وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** [45] ، ومثالها كذلك الاستسلام للعدو في القتال لحفظ النفس ، فهي مصلحة الغاها الشارع وامر بالقتال حتى الاستشهاد او النصر .

ومن امثلة هذا النوع من المصالح في القانون مانص عليه المشرع المدني العراقي في نص المادة (174) والتي جاء فيها (لايجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ....) حيث الغى المشرع مصلحة المقرض في تقاضي فوائد على الفوائد حماية لأموال الناس.

---

[44] سورة النساء / 11 .

[45] سورة البقرة / 275 .

القسم الثالث : المصالح المرسلة : وهي المصالح التي يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب مصلحة او دفع مفسدة ، الا انه لم يقم دليل شرعي على اعتبارها او الغائها ، وقد اتفق الفقهاء على ان العبادات لا يجري فيها العمل بالمصالح المرسلة ، لان العبادات من المسائل التوقيفية ولا مجال للاجتهاد فيها ، والزيادة فيها ابتداع ، والابتداع في الدين مذموم ، وبعبارة اخرى فالمصالح المرسلة هي التي سكت الشارع عنها ، وليس لها اصل تقاس عليه ، وفيها معنى مناسب يصلح ان يكون مناطا لبناء الحكم الشرعي عليه ، ومن امثلة هذا النوع من المصالح المصلحة التي اقتضت جمع القران الكريم بعد وفاة النبي (صلى الله عليه واله) ، وضرب النقود وتضمين الضياع ، وقتل الجماعة بواحد ، وهذا النوع من المصالح اختلف الفقهاء في حجيتهِ ومدى جواز بناء الاحكام الشرعية عليه ، فلهم في هذا الامر مذهبين :

المذهب الاول : مذهب جمهور الفقهاء الذين ذهبوا الى القول بحجية المصالح المرسلة ومشروعية بناء الاحكام عليها ، مستندين في ذلك على امرين:

الامر الاول : ان الوقائع متجددة والبيئات متغيرة والمصالح غير متناهية ، فقد تحصل عند الناس احداث ووقائع لم تكن معروفة في زمن سابق ، لذا وجب الاخذ بالمصالح المرسلة لرفع الضيق والحرج عن الناس .

الامر الثاني : اجماع الصحابة على العمل بالمصالح المرسلة بعد وفاة النبي (صلى الله عليه واله) فيما استجد من وقائع واحداث ، فشرعوا لها من الاحكام ما يحقق المصلحة ، دون ان ينكر احد من الصحابة ذلك كما استدلوا ايضا بان الله تعالى اوجب علينا ما تدرك العقول نفعه ، وحرم علينا ما تدرك العقول مضرته ، فاذا كانت هناك واقعة جديدة لا حكم للشارع فيها ، بنى المجتهد رايه فيها بناء على ما ادركه عقله.

المذهب الثاني : وهو ما ذهب اليه بعض الفقهاء الذين قالوا بأنكار العمل بالمصالح المرسلة كدليل من ادلة الاحكام مستدلين في ذلك بالأدلة الاتية :

1- لم تقيم دليل شرعي على جواز العمل بالمصالح المرسلة ، ومن ثم يكون العمل بها عملا بلا دليل وقد رد الفقهاء هذا الدليل بالقول انه لم يرد دليل يفيد بتقييد المصلحة المعتبرة بالمنصوص عليها ، ولا بإلغاء المسكوت عنها ، وان الصحابة اجمعوا على العمل بالمصالح المرسلة .

2- ان الشارع اعتبر بعض المصالح والغى البعض الاخر بنصوص صريحة ، اما المصالح المرسلة فهي مترددة بين الاعتبار والالغاء ، ومع هذا التردد لا يمكن الجزم باعتبارها والا كان ذلك ترجيحا بلا مرجح وقد رد الفقهاء هذا الدليل ايضا بالقول ان ما اعتبره الشارع من المصالح كثير وما الغاه قليل ، فاذا وجدت مصلحة لم يقيم دليل على الغائها او اعتبارها وفيها منفعة الحقت بالأعم الاغلب دون القليل النادر.

3- ان الاخذ بالمصالح المرسلة يؤدي الى تدخل الاهواء والمصالح في التشريع ، ويفتح الباب لغير المجتهدين بالتدخل ، فيقع الخلط في احكام الشريعة ، وهو من الامور غير المطلوبة حفاظا على مصلحة الدين وقد رد الفقهاء على هذا الدليل ايضا بالقول ان تشريع الاحكام انما يقع على عاتق المجتهدين فان قام بذلك غيرهم ، كان من السهل على العلماء والمجتهدين كشفهم ، ودفع الاحكام غير المنضبطة التي قالوا بها.

والراجح بين الرأيين السابقين هو الراي القائل بحجية المصالح المرسلة ، لان الادلة تشهد له ، ولجريان العمل عند صحابة رسول الله (صلى الله عليه واله) ، وائمة الاجتهاد في الامة في جميع العصور على العمل بالمصالح المرسلة ، وان انكار هذا الامر فيه من الضيق والحرج ما يؤدي الى جمود حياة الناس وصعوبة تسيير امورهم .

الا ان الفقهاء الذين قالوا بحجية المصالح المرسلة لم يطلقوا الامر وانما اشترطوا للعمل بالمصالح المرسلة وبناء الاحكام عليها توافر الشروط الاتية :

الشرط الاول : ان تكون المصالح حقيقية وليست وهمية ، واهل العلم هم الضابط في تحديد ما يعتبر من المصالح المرسلة حقيقيا وما يعتبر منها وهميا .

الشرط الثاني : ان تكون المصالح عامة وليس خاصة ، بان يعم النفع الناتج عن بناء الاحكام عليها جميع الافراد ، وليس فرد او مجموعة محددة .

الشرط الثالث : ان لا تكون المصلحة ملغاة ، فالمصالح التي قام الدليل على الغائها لا يجوز بناء الاحكام عليها ، فلا يعد من المصالح المرسلة مساواة الانثى بالذكر في الميراث لقيام الدليل على الغاء هذه المصلحة من الشارع .

الشرط الرابع : ان تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع ، فلا تخالف اصلاً من اصول التشريع ، ولا تنافي حكما من احكامه ، بان تكون مصلحة يمكن من ترتيب الاحكام عليها تحقيق النفع للناس او دفع الضرر عنهم.

ثانيا : اقسام المصالح من حيث اهميتها : قسم الفقهاء المصالح من حيث اهميتها في التشريع وفي تحقيق النفع للناس الى ثلاثة اقسام :

القسم الاول : المصالح الضرورية : وهي المصالح التي تقوم عليها حياة الناس بحيث اذا اختلت اختل نظام الحياة وعمت الفوضى وساد الفساد ، وهي تشمل الضروريات الخمس للإنسان : **واولها : حفظ الدين** : وهو من المقاصد الاساسية للتشريع ، وقد فرض الشارع الكريم الجهاد لحفظ هذه المصلحة ، قال تعالى **وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ** [46] ، كما شرع عقوبة اخروية للمرتد عن دينه في قوله تعالى **وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ** [47] ، وعقوبة دنيوية في قوله (صلى الله عليه واله) **(من بدل دينه فاقتلوه)** .

وقد راعى الدستور العراقي لسنة 2005 مصلحة الدين وذلك بالنص في المادة في المادة (2/ الفقرة 1) على عدم جواز سن تلك القوانين التي تتعارض مع ثوابت الأسلام اذ جاء في هذه الفقرة **(لايجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الأسلام).**

وثانيها : مصلحة حماية النفس : اذ شرع القران الكريم القصاص لحماية الارواح ، قال تعالى **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** [48] ، وشرع الدفاع الشرعي لرد الاعتداء على النفس وما دون النفس ، قال تعالى **فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ** [49] .

---

[46] سورة البقرة / 193 .

[47] سورة البقرة / 217 .

[48] سورة البقرة / 179 .

[49] سورة البقرة / 194 .

وتحمي القوانين الجنائية بصورة عامة مصلحة النفس بتشريع العقوبات الخاصة بالأعتداء عليها ومن ذلك مانص عليه المشرع العراقي في المادة (405) والتي نصت على أنه (**من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت**) .

وثالثها : مصلحة العرض والنسب : ولحماية هذه المصلحة شُرع الزواج كوسيلة للتكاثر والتناسل ، قال تعالى **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** [50] ، وشُرعت عقوبة الزنى لحماية الاعراض والانساب ، قال تعالى **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ** [51] ، وشرع ايضا حد القذف لحماية الاعراض من القول فيها بغير حق ، قال تعالى **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ** [52] .

ولحماية هذه المصلحة في القانون أورد المشرع الجنائي العراقي العقوبات الخاص بجرائم الأغتصاب واللواط وهتك العرض وذلك في الفصل الأول من الباب التاسع (المواد (393 – 398) .

ورابعها : مصلحة حماية المال : ولحماية هذه المصلحة حرم الشارع اكل المال بالباطل وجعل التراضي اساساً لذلك ، قال تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** [53] ، وشرع القطع كحد للسرقة فقال تعالى **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ** [54] .

---

[50] سورة الروم / 21 .

[51] سورة النور / 2 .

[52] سورة النور / 6-7 .

[53] سورة النساء / 29 .

[54] سورة المائدة / 38 .

وتورد التشريعات الجنائية عقوبات صارمة على تلك الجرائم التي تهدف الى اهدار تلك المصلحة المهمة ومن ذلك مانص عليه المشرع العراقي بتقرير عقوبات بالجرائم الواقعة على اموال الناس كجرائم السرقة واغتصاب السندات ولأموال وخيانق الأمانه وجرائم الأحتيال (المواد 439 – 459) .

وخامسها : مصلحة حماية العقل : فحرم الشارع شرب الخمر لما يحدثه من خلل واذى في عقل الانسان وما يترتب على ذلك من مفاسد ، قال تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ** [55] ، وشرع النبي (صلى الله عليه واله) الجلد كعقوبة لشارب الخمر .

ويمثل عقل الأنسان قيمة عليا في التشريعات الوضعية لذا نجد هذه التشريعات تعاقب على تلك الأفعال التي تؤثر في العقل وتعدها جرائم موجبة للعقاب كجريمة السكر التي عاقب عليها المشرع الجنائي العراقي في المواد (386 – 388) .

القسم الثاني : المصالح الحاجية : وهي المصالح التي يحتاجها الناس لرفع الضيق والحرج عنهم ، الا ان فقدها واختلالها لا يؤدي الى اختلال حياتهم ، وانما يؤدي الى الضيق والحرج على الناس ، والضيق والحرج مدفوعان في قوله تعالى **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** [56] ، ولحماية هذا النوع من المصالح اوجد الشارع الكثير من الاحكام والرخص منها اباحة الفطر للمسافر والمريض ، قال تعالى **فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ**[57] ، واجاز قصر الصلاة الرباعية الى ثنائية ، قال تعالى **وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ** [58] ، واجاز اكل المحرمات عند الاضطرار ، قال

---

[55] سورة المائدة / 90 .

[56] سورة الحج / 78 .

[57] سورة البقرة / 184 .

[58] سورة النساء / 101 .

تعالى **فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** [59] ، وغيرها من الرخص والاحكام التي اراد الشارع منها رفع الضيق والحرج عن الناس .

ولعل من أمثلة هذا النوع من المصالح في القانون ماجاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي المادة (7 الفقرة 2) والتي قضت باعطاء سلطة تقديرية للقاضي في الأذن بزواج الشخص المريض عقليا متى ماتوافرت الشروط التي بينها المشرع في هذه المادة وذلك رعاية لمصلحة هذه الفئة من الناس أستثناءا من القاعدة العامة التي قررها المشرع في المادة (7) والتي تشترط لتمام أهلية الزواج العقل وأتمام الثامنة عشر من العمر .

القسم الثالث : المصالح التحسينية (التكميلية) : وهي المصالح التي ترجع الى المروءة ، ومكارم الاخلاق ، ومحاسن العادات ، بحيث اذا فقدت لم تختل حياة الناس وليس فيها رفع للضيق والحرج ، الا ان فقدها يؤدي الى خلوا الحياة من مظاهر الجمال والكمال.

وقد نص الشارع الكريم على المسائل الكمالية واوجب رعايتها ، قال تعالى **وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا** [60] ، وقال ايضا **قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ** [61] .

ومن امثلة الاحكام الخاصة بهذا النوع من المصالح ، تحريم الغيبة والنميمة والتجسس قال تعالى **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا** [62] ، ومنها ايضا تحريم الاسراف والتبذير في الانفاق ، وتحريم الشح والبخل ، قال تعالى **لَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنُقِكَ**

---

[59] سورة المائدة / 3 .

[60] سورة المائدة / 6 .

[61] سورة الاعراف / 32 .

[62] سورة الحجرات / 12 .

وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا [63] ، وغيرها من الاحكام التي اراد منها الشارع الوصول بالإنسان الى مستوى معين من الخلق وحسن الهيئة .

المقصد الثاني : رفع التعارف بين المصالح

يحدث كثيرا ان تتعارض مصالح الناس فيما بينها لذلك وضع الفقهاء بعض القواعد لرفع مثل هذا التعارض منها:

1- إذ تعارضت المصالح الضرورية فيما بينها ، قُدمت مصلحة الدين لان الانسان بلا دين تختل جميع موازين حياته ، ثم تأتي بعدها مصلحة العرض والنسب ، فالأنسان حريص على دفع الاذى عن عرضه ونسبه ولو كلفه ذلك حياته ، ثم تأتي ثالثاً مصلحة الحياة ، لأنه بموت الانسان تختل جميع مصالحه الاخرى ، ثم تأتي بعدها مصلحة العقل ، فعقل الانسان اساس التزامه وبفقد العقل تختل مصالح الانسان الاخرى ، ثم اخيرا تأتي مصلحة المال ، فالمال وسيلة الانسان للحياة ودفع الضرر والبقاء .

2- اذا تعارضت المصالح الحاجية مع المصالح التحسينية قدمت الحاجية لان في اقرار المصالح الحاجية كما اشرنا رفع للضيق والحرج عن الناس ، بينما في اقرار المصالح التحسينية تهذيب حياة واخلاق ومظهر الانسان ، ولا شك في ان رفع الضيق والحرج اولى بالرعاية .

3- اذا تعارضت المصالح العامة مع المصالح الخاصة ، تقدم المصالح العامة لأهميتها للمجموع ، ولان اختلال مصالح المجموع يدخل فيه ضمنا اختلال مصالح الافراد ، بينما ليس ضروريا ان يقال ان اختلال مصالح الفرد الواحد او مجموعة افراد يترتب عليه اختلال مصالح المجموع .

4- اذا تعارضت مصلحة مع مفسدة ، وكانتا متساويتان في الاثار ، وجب التضحية بالمصلحة لدفع المفسدة ، ومثال ذلك ، تعارض مصلحة الدولة في استيراد السكائر وبعض المشروبات للحصول على الاموال ، مع مصلحة حماية عقول الناس وحياتهم.

---

[63] سورة الاسراء / 29 .

5- اذا تعارضت مصالح فعلية مع مصالح احتمالية ، قدمت المصالح الفعلية ، ومثال ذلك لو فقد شخص ولم يعرف مصيره جاز لزوجته ان تطلب التفريق بعد مرور مدة معينة ، فمصلحة الزوجة في رفع الضرر عنها وهو ضرر مؤكد اولى من مصلحة بقاء الزواج بين الزوجين .

6- اذا تعارضت مفسدتان وجب اختيار اقلهما خطورة على المجتمع والافراد ، ومثال ذلك ، ما لو تطلب الامر هدم سياج دار لحماية هذه الدار من حريق شب بها ، فمفسدة هدم سياج الدار اقل خطورة من مفسدة تلفها كليا بالحريق .

المقصد الثالث : المصلحة في النصوص القانونية

لا شك في ان الهدف من التشريعات المختلفة داخل الدولة هو تحقيق مصالح الناس بمختلف مسمياتها ، ودفع كل مضرة او ضيق او حرج عنهم من خلال تشريع النصوص التي تيسر مصالحهم وتسهل الوصول اليها وتدفع عنهم الضيق والحرج .

ويتحدد مفهوم المصلحة من الناحية القانونية وفقا للجهة التي تتدخل في تقريرها والاعتراف بها ففي بعض الحالات يكون الدستور هو المحدد لها والموجد والمنظم لها واحيانا اخرى يكون المشرع العادي في مختلف اقسام القانون وفروعه هو المحدد للمصلحة والمنظم لها فالامر في الحالتين مرتبط بمقصد مهم الا وهو تنظيم حياة الناس لحكم تصرفاتهم بقصد موافقتها للقانون .

ولذلك نجد ان فكرة المصلحة العامة على سبيل المثال قد تسلب من الفرد ممتلكاته الخاصة او قد تقيد حريته في التصرف فيها فتعطي للادارة سلطة استثنائية لتقييد حرية الافراد ، ولذلك نجد ان القوانين بصورة عامة تركز على المصلحة وتعنى بتنظيم الاحكام الخاصة بها كالنصوص الواردة في الدساتير والنصوص الواردة في القوانين المدنية والتجارية والجنائية .

واذا كانت التشريعات المختلفة لم تنص بصورة صريحة على عد المصلحة مصدرا الا ان المطلع على نصوص اي قانون يدرك ان هذه النصوص تهدف بمجموعها الى تحقيق مصالح الناس فهذه المصالح وحمايتها هي المقصد الاول من ايجاد هذه القوانين ، ولمعالجة حالة عدم النص على المصلحة كمصدر للتشريع فان التشريعات المختلفة تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة لحكم المسائل المعروضة امامه عند انعدام النص

التشريعي ، وتعد المصلحة المجال الخصب للقاضي لحكم المسائل التي لا يجد فيها نصا قانونيا محددا يحكمها.

وانطلاقا من هذه الحقيقة جاءت معظم النصوص القانونية وفي مختلف المجالات بمصالح معينة ، ارتضاها المشرع ووجد انها ضرورية لتيسير حياة الناس .

ففي قانون الاحوال الشخصية نجد ان نصوص هذا القانون كان الهدف منها تسيير نظام الاسرة ، وتحقيق مصالح افرادها باعتبارها اللبنة الاساسية لبناء المجتمع ، لذا نجد ان المشرع وضع نصوصا قانونية خاصة بعقد الزواج من خلال بيان شروط هذا العقد واركانه والحقوق المترتبة عليه ، وفي تنظيم المشرع لهذا العقد يمكن بيان بعض الامثلة على رعاية المشرع للمصلحة في نطاق الاسرة من ذلك مثلا : نص المادة (3) الفقرتين (4) و (5) واللتان اشترط فيهما المشرع للزواج بأكثره من امرأة موافقة القاضي واشترط ايضا وجود الكفاية المالية للزواج بأكثر من زوجة ، وان يكون هناك مصلحة مشروعة تدعو الى تعدد الزوجات ، كما منع التعدد في حالة الخوف من عدم العدل بين الزوجات ، ولا شك في ان الهدف من هذه الاحكام هو تحقيق مصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بسبب التعدد .

وقد سبق لنا البيان بأن المشرع العراقي في المادة (7) من قانون الأحوال الشخصية راعى مصلحة المريض عقليا فاعطى للقاضي حق الاذن له بالزواج متى ثبت ان في هذا الزواج تحقيق لمصلحته اذ نصت هذه المادة على انه (**1- يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة . 2- للقاضي ان يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير على ان زواجه لا يضر بالمجتمع وانه في مصلحته الشخصية)**

ومنع المشرع في نص المادة (9) الاكراه على الزواج واعتبر العقد بالإكراه باطلا ما لم يتم الدخول ، ووضع عقوبات للمخالفين لهذه الاحكام ، وعاقب في الفقرة (5) من المادة (10) بالحبس او الغرامة على كل شخص يعقد زواجه خارج المحكمة وذلك رعاية لمصلحة الزوجين في الحفاظ على حقوقهم ، وفرض المادة (19) المهر للزوجة تحقيقا لمصلحتها ولضمان الحفاظ على حقوقها ، وفرض لها في المادة (23) النفقة على الزوج من حين العقد الصحيح ، وذلك رعاية لمصلحتها في الحصول على المال اللازم لحياتها ، وكذلك السكن والكسوة وغيرها من لوازم نفقة الزوجة .

واجاز في المادة (34) انحلال العقد بطريق الطلاق في حالة صعوبة استمرار الحياة الزوجية ، واجاز في المادة (40) لكلا الزوجين طلب التفريق متى ما توافرت اسباب معينة ، وفي المادة (46) اجاز انحلال هذا العقد بطريق الخلع ، واذا كانت هذه امثلة على رعاية المشرع للمصلحة الخاصة بالأسرة ، فلا شك في ان جميع نصوص هذا القانون تهدف الى تحقيق مصالح الاسرة لضمان ديمومتها واستمراريتها ولا يختلف الامر في التشريعات المدنية الخاصة بتنظيم معاملات الناس ، اذ ان الدافع في تشريع النصوص فيها هو تحقيق المصالح المالية للأفراد فتشترط هذه التشريعات مثلا التراضي في العقود للحيلولة دون اكل الاموال بطريق غير مشروع ، وتوجب التعويض عن الاعمال غير المشروعة سواء اكانت اتلافا ، ام غصبا ، ام اضرارا بالنفس وما دون النفس ، وتقرر طرقاً مختلفة لأنتهاء الالتزامات سواء اكان ذلك بالوفاء او بما يعادل الوفاء ، او بالتجديد والانابة ، او بالمقاصة او باتحاد الذمة او بالإبراء، وتحدد الاحكام الخاصة بالعقود المختلفة كالبيع والايجار والمقاولة ، والعمل والوكالة ، وغيرها من العقود .

ولا شك في ان الهدف من جميع هذه الاحكام هو تحقيق مصالح الناس المختلفة وتيسير امورهم ، ودفع الضيق والحرج عنهم ولا يختلف الامر بالنسبة للأحكام التي تأتي بها القوانين الجنائية وكذلك القوانين التجارية ، فالمصلحة دافع مهم واساسي من دوافع تشريع هذه القوانين .

الفرع الثالث

الإستحسان

المقصد الاول : تعريف الإستحسان

الاستحسان لغة : عد الشيء حسناً ، تقول استحسنت هذا الشيء اذا رأيتهُ من الامور الحسنة ، وعكسه الاستقباح ، او هو ما يميل اليه الانسان ويهواه من الصور والمعاني وان كان مستقبحاً من غيره ، فيقال : استحسن فلاناً الطعام او الشراب او الراي او القول اذا عده حسناً .

اما اصطلاحا : فالاستحسان هو عدول المجتهد عن الحكم في مسالة عما حكم في نظائرها الى حكم اخر لوجود دليل يقتضي مثل هذا العدول ، فالاستحسان ان يعدل المجتهد عن الحكم في مسالة معينة عن الحكم بمثل ما حكم في سابقاتها ، لوجود دليلا يقتضي مثل هذا العدول والاخذ بحكم جديد مغاير للأحكام السابقة ،