التجريم للمصلحة

الأستاذ بوصنوبرة مسعود
جامعة 8 ماي 54 ـ قالمة

المقدمـــــة

تجريم بعض النشاط المرتبط بالعمل دفعت إليه عوامل معيّنة، حملت المشرّع في مختلف البلاد على أن يجرّم النّشاطات المادّية الّتي يقوم بها كلٌّ من المستخدم أو العامل أو الغير، وهذا التدخل رسم من خلاله البنيان القانوني للجريمة حماية لمصلحة، سواء كانت تلك المصلحة امتدادا لحق أو رخصة، أو كان الحق أو الرّخصة فرعا لها، سواء اعتمد مفهوم جلب المنفعة أو درء المفسدة، لذا فأسباب التّجريم إجمالا تدور مع المصلحة وجودا وعدما، و لم يسبق بحث هذه العلاقة خاصة فيما يتعلق بقانون عقوبات العمل الجزائري وذلك سببٌ يسوغ هذه الدراسة إضافة إلى كونه يتصف بالجدة، ومن ثمّ له أهمية علمية وعملية ونظرية تعود بالفائدة على المجتمع والبحث العلمي من خلال فرض الإشكالية التالية وهي:

"ما مدى تأثير المصلحة في التجريم والعقاب ورسم النموذج القانوني للجرائم؟"

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت الموضوع إلى ثلاث مطالب هـــي مفهـــوم المصلحة ومفهوم المصلحة في الشريعة، ومفهوم المصلحة عند الوضعيين، مستعينا بأهم مناهج البحث العلمي المتداولة في العلوم الاجتماعية والقانونية ومنها المنـــهج المقـــارن ومنهج تحرير النصوص والمنهج التاريخي والاستنباط والاستدلال.

المطلب الأوّل: مفهوم المصلحة:

المصلحة من حيث هي منفعة، أو لذة، أو شهوة، أو حق، أو امتدادا لحق، أو مجرد مركز قانوني، لها مفهومٌ متغيرٌ بحسب الزمان والمكان، وبحسب مدلول الخير والشر لدى المجتمع الذي يقر هذه المصلحة، ويوفر لها الحماية، ولها علاقة بالحكم الشرعي، أو القاعدة القانونية التي ترسم النموذج القانوني لجريمة من الجرائم، لذا درست ضمن الفرع الأول تعريف المصلحة لغة واصطلاحا؛ وضمن الفرع الثاني علاقة القاعدة القانونية بهذه المصلحة.

الفرع الأول: تعريفها:

المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى من حيث اللغة، ومن حيث الاصطلاح تفيد القيام بالفعل أو الامتناع عن فعل فيه صلاح ونفع للفاعل، وهي بهذا المعنى ضد الفساد[1] لذا فجلب المنافع مصلحة ودفع المضّار أو المخاطر مصلحة، لكن لماذا اعتبرت المصلحة سببا لحماية العمل من السّلوك والنّشاط الخارجي الّذي يقوم به العامل أو المستخدم فعلا مجرّما، سواء كان نشاطا إيجابيا أو مجرّد امتناع عن عمل أمر القانون بإتيانه، هل يرجع ذلك إلى طبيعة هذه المصلحة باعتبارها الأثر المباشر للحقّ أو الرّخصة، أم باعتبارها أصلا والحقّ والرّخصة فرع لها؟ إذا كانت المصلحة كالمنفعة أو هي المنفعة ذاتها فما هي المنفعة؟

هذا السّؤال طرح من قبل الباحثين والفلاسفة قبل ابتكار الكتابة، وترسخ منذ أن بدأ تدوين الفلسفة، ومنذ ذلك التّاريخ والباحثون مختلفون في تحديد مفهوم المنفعة، أو المصلحة، وشروطها، وخصائصها، ونطاقها، وأنواعها، فالمصلحة باعتبارها حقا أو ثمرة

---

1) حسني الجندي: المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، (ط1)، دار النهضة العربية: القاهرة- مصر، 2005م، ص 119.

الحق، أو أصل الحق، وذلك من خلال تعريف هذا الحق نفسه إذ عرفه فقهاء الشريعة بأنه: " مصلحة مستحقة شرعا، أو الحكم الثابت شرعا" أو "اختصاص يقرّر به المشرّع سلطة أو تكليفا"[1]. وعرفه فقهاء القانون بأنه: " مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون"[2]؛ وأنه: "مصلحة يحميها القانون"[3]؛ وأنّه: "مصلحة ماديّة أو أدبية يحميها القانون"؛ وأنه: "مصلحة معيّنة مرسومة الحدود يحميها القانون"؛ وأنّه: "مزية يستأثر بها شخص دون سائر النّاس بنص قانوني"[4]؛ وأنه: "مصلحة اجتماعية يحميها القانون، أو مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون ويقوم على تحقيقها والدّفاع عنها قدرة معترف بها لإرادة ما"؛ وأنه: "قدرة للإرادة الإنسانية يعترف بها القانون ويحميها ومحلّها مال معيّن، أو مصلحة معينة، أيّ قدرة أو سلطة تقوم على خدمة مصلحة ذات صفة اجتماعية"[5] مصلحة تتمتع بالحماية القانونية بواسطة إرادة تستطيع أن تمثّلها وتذود عنها.

هذه التّعاريف كلّها ربطت الحكم الشرعي أو القاعدة القانونية المثبتة للحكم بالمصلحة أو المنفعة الّتي تحقّقها هذه المصلحة، سواء بجلب منفعة أو درء ودفع مفسدة.

---

1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، (ط3)، دار الفكر: دمشق- سوريا، 1989م، (8/4-9).

2) عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة بالفقه الغربي- (دط)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع: القاهرة- مصر، 1953م، (9/1).

3) فـرج توفيق حسن: المدخل للعلوم القانونية، (ط1)، الدار الجامعية: بيروت- لبنان، 1988م، ص 451؛ ومقبل أحمد محمد قائد: المسئولية الجزائية للشخص المعنوي -دراسة مقارنة-، (ط1)، دار النهضة العربية: القاهرة- مصر، 2005، ص 13.

4) منصور إسحاق إبراهيم: نظريتا القانون والحق، (ط2)، ديوان المطبوعات الجامعية: الجزائر، 1990م، ص 209.

5) المدخل للعلوم القانونية: مرجع سابق، ص 454.

الفرع الثـــاني: علاقة القاعدة القانونية بالمصلحة:

القاعدة القانونية أو الشرعية هي التي تضع إطار البنيان القانوني للأفعال المحرمة، لكن ما هي العلّة أو الحكمة من هذا التّشريع أو العقوبة الجزائية؟ باعتبارها قاعدة جزائية أو حكما شرعيا يقرر جزاء، على اعتبار أنّ الحكمة هي الباعث على تشريع الحكم والأثر الذي يترتب عليه، وذلك الأثر هو جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وأنّ العلّة هي الوصف الظّاهر المنضبط الذي يبنى عليه الحكم ويدور معه وجودا وعدما[1].

إذا كانت المنفعة نفسها غير متّفق على تعريفها، ولا على أوصافها، ولا على شروطها وخصائصها وأنواعها، وبالتّالي تعتبر هذه العلّة غير منضبطة بسبب اختلاف البواعث من شخص إلى شخص، ومن قانون إلى قانون، ومن زمن إلى زمن، بالنسبة للأحكام الشرعية، ومن ثمّة اختلاف الحكمة من كلّ تشريع، ومن بين ذلك اختلاف الحكمة من العقوبة الجزائية من جريمة إلى جريمة أخرى، لاختلاف المقاصد وأغراض العقوبة...؟

ومناط هذه العقوبة التي تفهم عند البعض بأنّها المنفعة المحمية، وهي اللّذة أو كلّ ما يوفّر اللّذة ويقلّل من الألم، حتى لو كانت من الرّخص أو الحرّيات العامّة، على اعتبار أنّ الرّخصة هي: "مكنة واقعية لاستعمال حرّية من الحرّيات العامّة"[2]. سواء اعتبرت الرّخصة مرادفة للحق أم لها مفهومها وشروطها وخصائصها ونطاقها الخاص، وسواء اعتبرت الحرّيات العامّة حقوقا أم لها مفهومها ونطاقها[3]؛ فالمناط المشترط لهذه الأوصاف: "حق، حرّية، رخصة" هي المنفعة التي يجنيها الفرد أو الجماعة، والتي شاع

---

1) المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام: مرجع سابق، ص 125.

2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ص 9.

3) نظريتا القانون والحق: مرجع سابق، ص 206، 207.

التّعبير عنها بالمصلحة، سواء كانت مصلحة فردية، أو مصلحة جماعية، أو مصلحة عامّة، أو مصلحة خاصة، لكن ألا يحق للغير أن يتساءل عن وجود المنفعة أو المصلحة، هل لها وجود حقيقةً، أم مجرد توهم؟

إذا كان من غير الممكن الاتفاق على مفهوم المصلحة أو المنفعة، أو تحديد نطاقها وشروطها وخصائصها، ألا يمكن أن يكون ذلك دليلا على أن هذا المفهوم الشّائع للمصلحة مجرد وهم أو تخيّل فكري لشيء غير معلوم، يحاول كلّ فرد أن يفسّره ويحدّد نطاقه حسب ما يشتهي، ويدرج رغباته الذّاتية ضمن المصالح، وما ينتقص من تلك الرغبة ضمن المفاسد، لاسيما وأهواء النّاس متشعّبة، ورغباتهم مختلفة إلى حدّ التّناقض في غالب الأحيان؛ سواء اعتمد العقل متحررا وبمعزل عن القواعد الأخلاقية كوسيلة جادّة لتحديد النّفع والضّرر، والخير أو الشّر، أو اعتمد العقل لتحديد ذلك. لكن تقيدا بالقواعد الأخلاقية التي تستمد من الله في مفهوم الخير والشّر، والنّفع والضّرر، والأمن والخطر، أو تستمد من المعتقدات الفلسفية أو ميراث الشعوب المختلفة.

فالمنفعة والمصلحة المعتبرة حقيقية عند البعض ما هي إلاّ منفعة أو مصلحة موهومة عند البعض الآخر، لكن ألاّ يمكن أن يوصف تعبيرنا بأنّ المنفعة الحقيقية موهومة بأنّه هو الوهم نفسه، وأنّ كلّ فرد له أن يقرّر ما يفيده وما لا يفيده، وبالتّالي ما ينفعه وما يضرّه، وما يشكّل خطرا عليه وما يحقّق الأمن له، وما هو مصلحة له ومفسدة بالنسبة إليه، وأنّ توافق رغبات الأغلبية هي التي تشكّل ضمير الجماعة، وبالتّالي ما توافق عليه الناس يحقق المصلحة، لكن بالمقابل أليس الإصلاح الذي يقوم به المصلحون في المجتمعات المتعددة والأزمنة المختلفة هو تغيير الواقع، والواقع هو ما استقرّ عليه رأي الجماعة، وبالتّالي يعتبر المصلح مجرما إذا فشل وعظيما إذا تغلب على غيره؟

لذا فالرّأي عندي أنّ المصلحة هي المزية المشروعة التي يحميها الشّرع أو القانون، سواء كانت في صورة حق، أو رخصة، أو مكنة لممارسة حرّية من الحرّيات العامّة، أو مجرّد مركز قانوني يوفّر له القانون أو الشّرع الحماية في مواجهة الغير.

المطلب الثّاني: مفهوم المصلحة في الشّريعة:

الله سبحانه وتعالى يعلم في الأزل ما ينفع العبد وما يضره، وما هو خير وما هو شر له، والأحكام الشرعية التي تحدد مفهوم الجزاءات عن جرائم معينة، وهي الحدود والقصاص فيها مصلحة وحياة للعباد، ومن ثمة فالحكمة علمها عند الله والفرد ملزم باتباع ما أمر به وما نهي عنه، لكن الحكمة والعلة تبدوان خافيتين أحيانا في جرائم التعزير التي يجتهد الحكام أو الفقهاء أو القضاة في توقيعها على الأفراد اللذين يتعارض سلوكهم مع القائمين على المجتمع بصفة شرعية، أو باعتبارهم قوة غالبة أو يمثلون القوة الغالبة، لذا درست ضمن الفرع الأول علاقة الحكمة والعلة وضمن الفرع الثاني الحكمة من التعزير، وضمن الفرع الثالث المقاصد الشرعية.

الفرع الأول: الحكمة والعلّة:

لكلّ حكم في الشّريعة الإسلامية حكمة وعلّة وسبب، تبين قصد الشّارع ممّا شرع[1] على اختلاف في تحديد مفهوم العلّة الشّرعية للحكم: هل هي مؤثّرة فيه أم معرفة له فقط، وذلك خلافا لمن يرى أنّ علماء الأصول معظمهم اتفقوا في علم الكلام على أن أفعال الله تعالى لا تعلّل[2]. وقد شاع رواية الاتّفاق بين الباحثين المسلمين، سواء من باب الإيمان أو من باب الاقتناع الشّخصي، أنّ الشريعة خير كلّها، والخير فيه نفع،

---

1) المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام: مرجع سابق، ص 115.

2) محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، (ط4)، مؤسسة الرسالة: بيروت- لبنان، (دت)، ص 73.

والنّفع هو المصلحة بذاتها، سواء كانت دنيوية أو أخروية، وسواء كانت فردية حق العبد أيّ الفرد، وحق الله أيّ الجماعة، فالمصلحة هي غاية الشّريعة، لكن المراد بالمصلحة هي المصلحة الحقيقية وليست المصلحة الموهومة، أو مجرّد اللّذة كيفما كان تحصيلها، لكن ما هي المصالح المعتبرة في الشّريعة والتي تعتبر مقاصد هذا الشّرع.

أغلبية الباحثين يرى أنّ المقاصد المحقّقة للمصالح خمسة، وهي: حفظ الدّين والنّفس والعقل والنّسل والمال، والبعض يضيف إليها العرض، ولكلّ مصلحة من هذه المصالح الخمسة أحكام، إذ منها الضّروري والحاجّي والتّحسيني؛ ومنها ما هو جالب للمنفعة ودافع للضّرر أو الخطر، ومنها ما ينفع العامة، ويسمّى المصلحة العامّة، ومنها ما ينفع الفرد ويسمى المصلحة الخاصّة، وحماية هذه المصالح من خلال تجريم الأفعال الّتي تمسّ بأسسها، وتؤدّي إلى هدمها مصلحة حقيقية، وحماية الأسس التي تقوم عليها تلك المقاصد ولا تستقيم إلاّ بها مصلحة حقيقية، لذا فالمصلحة في الشّريعة لها خصائصها، والعقوبة المؤدّية إلى تحقيق هذه المصلحة لها أغراضها وخصائصها، لذا فدراسة المصلحة في التّجريم والعقاب في مجال حماية العمل نفسه، أو حماية طرفي علاقة العمل، أو الجهات المكلّفة بمراقبة تطبيق قوانين العمل، يشمل كلّ المفاهيم التي سبق إيجاز مصطلحاتها، باعتبارها سببا للتّجريم.

فمَا هي العلّة؟ وما هي المقاصد؟ وما هي بالتّالي المصالح التي يحميها الشّرع؟ أو تحميها الشّريعة باعتبارها أولى بالرّعاية؟[1].

فالحكمة تفهم على أنها نقيض السّفه، وتعرف عند الأصوليين بأنها: "ما يترتّب من شرعية على عمل المكلّف من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، والحكمة من إنزال

---

1) المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام: مرجع سابق، ص 109.

الشّرائع هي مصلحة الإنسان فردا أو جماعة، لذا فحكمة كلّ عمل هو ما يترتّب عليه من أثر بما يحفظ نظاما أو يدفع فسادا عامًّا أو خاصًّا[1].

والعلّة يراد منها سبب الحكمة أو النّص، أي المعنى الذي يتناسب مع النّص، والأثر الناجم عن تشريع الحكم، وهي كذلك مناط الحكم أو الوصف الظّاهر المنضبط المناسب للحكم[2]. لذا تبدو بعض أوجه الاختلاف بين الحكمة والعلّة، إذ من شروط العلّة أن تكون وصفا ثابتا وظاهرا ومنضبطا ومطّردا، يؤدي انتفاؤها إلى انتفاء الحكم، بينما الحكمة قد تكون خفية ليس من الميسّر التّحقق من وجودها، أو عدم وجودها، بل قد تكون الحكمة من الأمور التّقديرية، وبالتّالي فالأحكام ترتبط بالعلل وجودا وعدما، ولا ترتبط بالحكمة، لكنّ هذه العلّة التي يدور الحكم الشّرعي معها وجودا وعدما، والّتي تعتبر مناط الحكم، والأثر المترتب عليه، قد يفهم منها أنّ أفعال الله معلّلة بالمصلحة الحقيقية، لأنّ الله تعالى رحيم بعباده، يدفع عنهم الفساد، ويرفع عنهم الحرج، على ألاّ يكون التّعليل مؤديا إلى هدم النّص أو عدم الأخذ به، مثلما ذهب إلى ذلك المالكية، والمعتزلة والماتوريدية وبعض الحنابلة[3]، خلافا للأ شاعرة والظّاهرية اللذين يرون أنّ الأحكام الشّرعية غير معلّلة بالمصلحة، وغير مقيّدة بها، لأنّ الله لا يسأل عمّا يفعل، وبالتّالي لله أن يشرّع حكما ليس فيه مصلحة، مع اعترافهم بأنّ الاستقراء أثبت أنّ جميع الأحكام الشّرعية كلّها جاءت لمصلحة العباد.

---

1) المرجع السابق، ص 109- 110.

2) المرجع نفسه، ص 106-107.

3) محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، (دط)، دار الفكر العربي: القاهرة- مصر، 1976م، ص 37؛ 370.

وخلافا للشّافعية وبعض الحنفية اللذين يقرون بأن المصلحة يمكن أن تكون علّة الحكم باعتبارها أمارة للحكم، وليست باعثة على التّشريع أو مؤثّرة فيه بالاتّحاد[1].

إذا الثابت بالاستقراء أنّ جميع الأحكام الشّرعية مناطها المصلحة، وبالتّالي تدور معها وجودا وعدما، على أساس أنّ المصلحة المشروعة الحقيقية، هي علّة الحكم الشّرعي باعتبارها أمارة دالّة عليه، وليست باعثا عليه أو مؤثّرة في وجوده، غير أنّ المصلحة الحقيقية المعتبرة شرعا، والمقصودة من الحكم الشّرعي كون المقاصد حسب تعريف العلامة بن عاشور: "هي المعاني والحكم الملحوظة للشّارع في جميع أحوال التّشريع أو معظمها". وحسب تعريف الأستاذ علال الفاسي أنّ: "المراد بمقاصد الشّريعة الغاية منها والأسرار التي وضعها الشّارع عند كلّ حكم من أحكامها[2].

وإذا كانت المصلحة المشروعة يمكن إرجاعها إلى مقاصد الشّرع الّتي وقع شبه إجماع عند الباحثين المسلمين على أنّها خمسة، وهي الدّين والنّفس والعقل والنّسل والمال، وبعضهم أضاف العِرض باعتباره مصلحة سادسة، وبعضهم اعتبر العِرض مصلحة داخلة ضمن المصالح الخمس التي تستغرقها.

فهل العقوبة الجزائية مصلحة رغم أنّ من خصائصها الإيلام والرّدع بنوعيه: الرّدع الخاص والردع والعام، والإصلاح للفاعل، والزّجر للفاعل وغيره، تعتبر مصلحة؟

للإجابة على هذا التّساؤل، لابدّ من الإجابة أولا على علّة التّجريم للوصول إلى ملاحظة أين هي الحكمة من هذا التّجريم، وما مقصود الشّارع أو المشرّع من ذلك، وما هي المصلحة المرجوة، لاسيما والأفعال المعتبرة جرائم، بمعنى الأفعال التي تندرج ضمن البنيان القانوني للجريمة، ويصبح النّموذج القانوني صادقا عليها، أمر بتركها أو

---

1) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ص 36، 37، 369، 370.

2) المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام: مرجع سابق، ص 118.

نهى عن فعلها، لأنّ في إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة الذي أصبح محدّدا إجمالا في العصر الحالي بنظام الأسرة، ونظام الملكية، ونظام الحكم، والنّظام الاجتماعي[1]؛ وهو مجموع الأسس الاقتصادية والعقائدية والسّياسية التي يقوم عليها نظام الجماعة، وإذا كانت العقوبة بحدّ ذاتها مفسدة بالنّسبة للفرد، لأنّها تلحق به الأذى، إمّا في ماله، أو جسمه، أو في غير ذلك، والعقوبات المعتمدة في الشّريعة الإسلامية هي الحدود، القصاص، ويضاف إليها التّعزير. لكنّ الشّريعة أقرّتها كونها تحمي مصلحة الجماعة الحقيقية، بل إنّ الجريمة في نظر مقترفها مصلحة بالنّسبة إليه خاصّة، وأفعال الإنسان عموما تدور بين المصلحة والمفسدة، وبالتّالي فأفعال الإنسان تختلط فيها المصالح والمفاسد، وميزان المصالح عند أغلبية الأفراد هو النّفع الذي يعود عليه، بغضّ النّظر عن الضّرر الذي يصيب الجماعة، لذا فهو بطبعه يختار السّلوك الذي يجد فيه منفعة آجلة أو عاجلة حسب تقديره.

فإذا لم تتقرّر عقوبات على إتيان ما أمر به أو ترك ما نهى عنه لرجحت عند الفرد المنفعة التي يتصوّرها، حتّى لو كان في ذلك ضرر كبير على الجماعة، لكن إذا قرّر لهذا الفعل المجرّم أو الممنوع جزاء، حينها يدخل الفرد عنصر الجزاء ضمن وسائل الموازنة بين الخير والشّر بالنّسبة له شخصيا، والنّفع والضّرر العائد إليه، أو الذي يحل به شخصيا بسبب عدم الالتزام بما أمر به الشّرع أو المشرّع أو نهى عنه.

فإذا كانت العقوبة متوازنة، والفرد عاقلا، يحسن التّدبر والتّفكر بمقياس الرّجل العادي، فإنّه يرجح المصلحة الشّخصية، وهي تجنّب العقاب الذي ينتج عن ارتكاب فعل نهى عن القيام به، أو إتيان فعل أمر بتركه، لذا فالعقوبات مفاسد مقرّرة على

---

1) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي، (ط5)، (د.ن)، (د.م)، 1968م، (70/1).

الأفراد لحملهم على ما يكرهون طالما فيها[1] مصلحة الجماعة، ومصلحة الفرد الحقيقية مع مصلحة الجماعة، خاصّة وأنّ الله سبحانه وتعالى لا تضرّه معصية ولو عصى أهل الأرض جميعا، ولا تنفعه توبة ولو تاب أهل الأرض جميعا، لذا فالمنفعة من الحكم الشّرعي هي ما يعود على الفرد والجماعة من خير، وتجنّب ما يلحق الفرد والجماعة من ضرر، وذلك هو المصلحة، لذا فالخير كلّ الخير فيما أمر الله به، والشّر والضّرر في كلّ ما نهى الله عنه.

الفرع الثاني: الحكمة من التعزير:

وإذا كان الله لا يسأل عمّا يفعل، وهو الذي حرّم أفعالا معيّنة وقدر لها جزاء مقدّرا، فهل التّعزير يدخل ضمن الجرائم، وهل يصدق النّموذج القانوني للجرائم حسب مفهوم العصر الحديث وبنيان هذه الجرائم على بعض التّعازير التي ينسب للرسول ﷺ وبعض الخلفاء من بعده القيام بها، ليتّخذوا منها حجّة على جواز إيقاع عقوبات قد تصل إلى حدّ القتل تعزيرا.

من هذا السّؤال يشتّق سؤال آخر هل فعلا توجد جرائم غير جرائم الحدود والقصاص؟ إذا كان الله سبحانه وتعالى يعلم في الأزل أنّ مقتضى دفع النّاس بعضهم ببعض، هو دفع مصلحة أو دفع مضرّة ومفسدة، وأنّ تلك المصلحة المجلوبة أو المضرّة المدفوعة فيها خير ونفع، أو فيها شرّ وضرر، فهل الفرد مهما بلغ من العقل والعلم والسّلطان بإمكانه أن يدرك الخير والشّر لمجموع أهل الأرض، أو ممن هم تحت سلطانه، حتّى يعطى سلطة تقدير مكمن المصلحة، فيحمل النّاس جميعا عليها، ويلزمون بفعل ما يؤمرون بفعله وترك ما يؤمرون بتركه؟

---

1) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي: مرجع سابق، (68/1، 69).

قد لا أصل إلى جواب حقيقي ودقيق ، لكنّ الثّابت بالاستقراء، أنّ أغلب الباحثين والعلماء في الشّريعة الإسلامية، ولما لم يجدوا في شرع الله إلاّ جرائم محدودة ومعدودة، وعقوباتها مقدّرة، كما لم يوفقوا مثلما لم يوفق الحكام في إقناع النّاس بما يرونه مصلحة حقيقية، سواء كانت مصلحة جماعة أم مصلحة فرد، بحثوا عن أدلّة تسوّغ للحكّام أو من ينوب عنهم سلطة العقاب تحت مبرر مصلحة الجماعة، وخير الجماعة، وحماية أمن الجماعة، وأقرّوا أنّ الأصل في الشّريعة أنّه لا تعزير في غير معصية، ومعنى ذلك إذا كانت هناك معصية لم يقرّر الله لها عقابا يحق للحاكم أن يقرّر لها عقابا، أو يقوم القاضي المعين من قبل الحاكم بذلك، بل إنّ بعض الفقهاء أجازوا توقيع العقوبات في غير المعصية، وما ورد استثناء أصبح هو القاعدة، بحيث أصبحت العقوبات التّعزيرية لا تحصى ولا تعدّ، حتّى علّل البعض أسباب عدم التّحديد بأنّها ليست محرّمة لذاتها بل حرمت لوصف تعلّق بها[1].

إنّ مناقشة الأدلّة الّتي سيقت لإثبات شرعية عقوبة ما اصطلح عليه بالتّعزير، نتيجتها الحتمية برأيي تتعارض مع روح التّشريع وذلك لعدّة أسباب:

- منها أنّ نزول الآية 34 من سورة النّساء كانت بسبب قيام أحد المسلمين من الأنصار بتأديب زوجته، إذ لطمها على وجهها فاشتكت ذلك إلى رسول الله ﷺ بأنّه ضربها، وأثّر في وجهها، فقال رسول الله ﷺ: "ليس له ذلك" فأنزل الله تعالى الآية: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ

1) المرجع السابق، (150/1).

عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾[1]. فسبب نزول الآية هو الضّرب الذي وقع من قبل رجل على زوجته، وبسبب الخروج على طاعته، لأنّ النّشوز المراد هو الارتفاع، فالمرأة النّاشز هي المرتفعة على زوجها التّاركة لأمره المعرضة عنه المبغضة له.

وقد بيّن رسول الله ﷺ معنى هذه الآية في حجة الوداع بقوله: "واتقوا الله في النّساء فإنّهنّ عندكم عوان ولكم عليهنّ ألاّ يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهنّ ضربا غير مبرح ولهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف". وإذا جمعنا معنى وحكم هذا الحديث إلى أحاديث رسول الله ﷺ: "لا تضربوا إماء الله". وحديث: " أنّ لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا، لكم عليهنّ ألاّ يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه وعليهنّ ألاّ يأتين بفاحشة مبيّنة، فإن فعلن فإنّ الله تعالى أذن لكم أن تهجروهن في المضاجع وتضربوهنّ ضربا غير مبرّح فإن انتهين فلهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

فالحديث الأول لا يجيز الضرب عموما، وهو القاعدة الأصلية، والحديث الثاني يحدد بعض التزامات الزوجين من حقوق وواجبات مدنية، ويبيح الضرب تأديبا استثناء للزوج متى ارتكبت الزوجة جريمة غير أخلاقية، وفسّر الضّرب غير المبرّح بالضّرب الذي لا يحدث أثرا من جرح أو كسر، وضم هذا الحديث إلى حديث آخر يبيح الضّرب تأديبا ويندب ترك هذه الرخصة إذ ورد فيه: "اضربوا ولا يضرب خياركم".

بل إن البعض من الفقهاء اعتبر فعل الضّرب رغم توفّر أسبابه عند من يقول بجوازه له حكم الكراهة، وفقا لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "إني لأكره للرّجل يضرب أمته عند غضبه ولعله أن يضاجعها من يومه".

---

1) النساء: 34.

بل إن عطاء وهو من الفقهاء البارزين يرى أن الإذن بضرب الرجل لزوجته مجرّد إباحة وأنّه لا يضربها[1]، إذ ثبت لنا أنّ رسول الله ﷺ لم يقتص من الزّوج الفاعل، و لم يعزّره، بل قال: "أردت أمرا وأراد الله غيره"؛ مع أنّ الرسول ﷺ هو السّاهر على تنفيذ شرع الله وأحكامه، ولو كان للتّعزير من مبرر لأقامه ضد المخطئ، سواء كان الرجل أو المرأة، وبما أنّه لم يفعل فدلّ ذلك على عدم جواز التعزير[2]. وإذا قيل أنّ التعزير يقع من الحاكم على الغير بسبب اعتدائه على غيره استنادا للآية 34 من سورة النساء «...وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ...» مستندين إلى أنّ النّشوز وعدم الطّاعة معصية لا حدّ ولا كفارة فيهما، ومعنى ذلك أنّ العقوبات المقرّرة بهذه الآية هي: الوعظ، والهجر، والضّرب، وقد فرضت لكلّ معصية لا حد فيها ولا كفارة[3]؛ مستدّلين على ذلك بالمقاطعة التي لحقت المخلّفين الثلاثة عن الغزوة، واعتبار ذلك نوعا من الهجر، لإسقاط هذا الحكم الذي أورده هذا الحديث على غيره من الوقائع حتّى يعطي تفسيرا واسعا لمعنى الهجر، رغم أنّ معنى الهجر المتعارف عليه، هو هجر أحد الزّوجين للآخر، سواء كان المراد هو الكّف عن النّوم إلى جانب الزّوج الآخر، أو الابتعاد عن فراش الزّوجية المعتاد، أو عدم النّكاح فعلا، أو أن يوليها ظهره أو لا يكلّمها، أو لا يجتمع معها في فراش، أو يكلّمها بكلام فيه غلظة مع وطئها. غير أن معنى النشوز في لسان العرب يأخذ عدة أوصاف منها: أنّه ضد الوصل، وأنّه مالا ينبغي من القول، وأنّه

---

1) أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي: أحكام القرآن، ت علي محمد البجاوي، (دط)، دار المعرفة: بيروت- لبنان، 1987م، (420/1).

2) الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير القريشي الدمشقي: تفسير ابن كثير، تصحيح خليل الميس، (دط)، دار القلم: بيروت- لبنان، (دت)، (422/1، 423).

3) التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي: مرجع سابق، (146/1).

مجانبة الشّيء، وأنّه هذيان المريض، وأنّه انتصاف النّهار، وأنّه يفيد معنى الشّاب الحسن الوجه والجسم، وأنّه الحبل الذي يشدّ في حقو الجمل[1].

كما أنّ اعتبار النّشوز معصية مرادف للخطيئة، أو ما يأثم عليه الشّخص الفاعل، لم يقم عليها أيّ دليل، فعدم طاعة الزّوج لها مراتب، الشّائع منها تفويت الاحتباس الشّرعي الّذي يذهب إليه بعض الفقهاء، وحدّه ترك بيت الزّوجية من غير علم الزّوج، ومن غير إذنه، أو رفضها الرّجوع إلى بيت الزّوجية بعد دعوتها إليه من قبل الزّوج، إذ حتّى الاحتباس الذي يعتبره البعض حقا للزّوج محلّ مناقشة، لأنّ الله سبحانه وتعالى أبلغنا في كتابه الحكيم: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. وليس رغما عنهن ولا بغير رضائهن، ومن ثمة فالمقدمة القائلة بأنّ النّشوز خروج عن الطّاعة، والخروج عن الطّاعة معصية، وكلّ معصية لم يقرّر لها الشّرع حدّا أو كفارة يدّل على أنّ العقوبات فرضت لكلّ معصية تقع من أيّ شخص على أيّ شخص آخر، مقدمة لم تثبت صحّتها، و لم يثبت صدقها، وبالتّالي فالنّتيجة المتوصّل إليها نتيجة مغلوطة، لأنّ العلاقة الزّوجية رابطة وميثاق غليظ، لا يخوّل الزّوج سلطة العقاب، وإذا كانت الآية تخوّل الزّوج الوعظ، ثمّ الهجر، ثمّ الضّرب، فإنّ هذا الصّنف الأخير لا يلجأ إليه إلا بعد استنفاذ الوسيلتين الأوليين، فهل هذا التّدرج في العقاب يطلب في التّعزير كذلك؟ لم يقل بذلك أيّ فقيه، بل إنّ الضّرب المرخّص به للزّوج مشروط بقيام علاقة الزّوجية وارتكاب فاحشة مبينة أوجريمة الوطء في فراش الزوجية، ويشترط فيه لدى جميع الباحثين أن يكون غير مبرّح، وهو الضّرب الذي لا يحدث أثرا ولا كسرا ولا قطعا ولا قتلا، فهل يتّخذ من تفسير هذه الآية وسيلة يتمّ التّوصّل بها إلى إباحة التّعزير الّذي لا حدود له،

1) أحكام القرآن: مرجع سابق، (419/1).

بل أجاز البعض أن يصل إلى حد القتل، ولقد حاول الأستاذ عبد القادر عودة جمع المعاصي التي لا حدّ فيها ولا كفارة، وقرّر أنّها لا تخرج عن أحد الأنواع الثلاثة: نوع شرع في جنسه الحد، مثل السرقة غير مكتملة الأركان والشّروط، ونوع شرع فيه الحدّ ولكنّ لم يتمّ هذا الحدّ لشبهة، ونوع لم يشرع فيه حدّ ولا في جنسه حدّ، واعترف بأنّ هذا النّوع غير محصور مثل: "أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وخيانة الأمانة ممن أؤتمن عليها... وتطفيف الكيل والميزان، وشهادة الزّور، وأكل الرّبا والسّب والرّشوة وغير ذلك"[1] من مثل ألعاب القمار والميسر، ودخول المساكن بغير حق، والتّجسس[2].

كما حاول تصنيف أنواع التّعازير، وقسّمها إلى ثلاثة أنواع: تعزير على المعاصي، وتعزير على المصلحة العامّة، وتعزير على المخالفات، وتخضع هذه الأفعال إلى عقوبات هي: الوعظ، والتّهديد، والجلد، والتّوبيخ، الحبس، الصّلب، القتل، الغرامة، التّشهير، النّفي[3]؛ مستندا إلى أنّ أساس عقوبة الوعظ والتّهديد والجلد والضّرب هو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ﴾[4] وقوله عليه الصلاة والسلام " رحم الله امرئ علّق سوطه بحيث يراه أهله"؛ وقوله: "لا ترفع عصاك عن أهلك"؛ وقوله: "علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر". ليصل إلى نتيجة مفادها أنّ الحديث الأخير فيه دليل على عقوبة الجلد[5]؛ رغم أنّ هذا الحديث متعلّق بتأديب الأبناء، وحق الآباء

---

1) التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي: مرجع سابق، (132/1، 133).

2) المرجع نفسه، (143/1).

3) المرجع نفسه، (145/1-147).

4) النساء: 34.

5) التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنا بالقانون الوضعي: مرجع سابق، (146/1).

على الأبناء لا يمتد أثره إلى غيرهم، وتأديب الزّوجة من الإباحات المقرّرة للزوج دون غيره، وبالتّالي فالاستنتاج المبني على أنّ جواز ضرب الصّغير الممتنع عن تأدية واجب الصّلاة تأديبا له من قبل أبيه مصدر لقاعدة عامّة هي جواز التّعزير بالضّرب استنتاج غير منطقي، ومن ثمّة لا يجوز القياس عليها حتّى على رأي من يأخذ بالقياس في العقوبات الجزائية التّعزيرية لتخلّف العلّة، وهي الامتناع عن أداء الواجب الديني، وهو ركن أساسي من أركان الإسلام، وهو الصّلاة، وتخلّف رابطة القرابة: "أبوة وبنوة" فما يجوز للأب لا يجوز بالضّرورة للغير على نفس الفعل، وهو ترك الصّلاة، بل إنّ الراشد العاقل التّارك للصّلاة لا يعزر وذلك باتفاق جميع الفقهاء.

كما أنّ ما يجوز للزّوج من تأديب زوجته لا يجوز لغيره لانعدام العلاقة الزّوجية، فما كان مقرّرا للزّوج لا ينتقل إلى الحاكم أو القاضي أو المفتي أو غيرهم.

أما بقية الأحاديث المشار إليها وهي: "رحم الله أمرا علّق سوطه ..." و"لا ترفع عصاك عن أهلك"، فلا دليل فيها على عقوبة التّعزير، والتّخويف الذي فهم من هذين الحديثين ليس عقوبة، ولم يقل أحد من قبل بأنّ تخويف الشّخص يدخل ضمن العقوبات، وحتّى لو قيل بذلك، فلا يوجد أيّ دليل من الكتاب يدل على ذلك، بل إنّ هذين الحديثين من الأحاديث الضّعيفة ويتعارضان مع روح الإسلام، وآيات من القرآن قطعية الثبوت والدلالة، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾. وقوله عليه الصلاة والسلام: "مثل المسلمين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد....".

وما تمّ استنتاجه من حديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "يا أبا ذر أعيرته بأمّه، إنك امرؤ فيك جاهلية" للتّدليل على أنّ رسول الله ﷺ عاقب أبا ذر بالتّوبيخ استنتاج يخلو من المقدمات التي يمكن أن توصل إلى هذه النّتيجة، فإبداء الملاحظة لم يبلغ إلى مفهوم التّوبيخ في العصر الحديث، والمفهوم القانوني أو المفهوم الاصطلاحي لهذه

العقوبة، كما أنّ العقوبة فيها ضرر ولا يمكن الإضرار بالغير من غير دليل شرعي صريح، وليس بمجرد استنتاج، والرّد على عقوبة الحبس والصّلب المتوصّل إليهما من خلال ما أشارت إليه بعض الأحاديث العملية للرسول ﷺ ، مثل قولهم إنّ رسول الله حبس رجلا في تهمة، وأنّه ﷺ صلب رجلا على جبل أبو ناب، فهي أحاديث ضعيفة، وتتعارض مع روح الشّريعة المبنية على أن الأصل في الأشياء الإباحة، ولا يجوز تحريم ما أحلّ الله، ومن باب أولى لا يجوز ابتكار عقوبات لم ينص عليها الكتاب والسنّة، وتنسب إلى الشّريعة، بينما هي مجرّد تصوّر لمصلحة قد تكون لها مبرراتها في ذلك الزّمان، وليس لها مبرراتها في أزمنه أخرى، وأمّا الغرامة والتّشهير فأساسها الإجماع عند القائلين به، ولكن أيّ إجماع؟ هل هو إجماع قرية أو مدينة أم كلّ المسلمين؟ أم أنّ ما أجمع عليه كبار العلماء في عصر يصبح ملزما لمن يليهم من المسلمين؟ فالإجماع لن يتحقّق عمليا لاسيما في العصر الحديث، وبالتّالي لا يمكن أن يلزم المسلمون بأحكام صدرت بشأن أشخاص وعلى أفعال معلومة في زمن محدّد.

وإذا كانت رغبة بعض الفقهاء مسايرة العصر الحديث، لاسيما العقوبات التي تقرّرها القوانين الوضعية، ومنها عقوبة الغرامة والتّشهير، فإنّ ذلك يكون بنفس أدوات العصر الحديث، وهي وجوب أن تصدر عن الجماعة أو من يمثلها حقيقة؛ وقابلة للإلغاء والتّعديل، وإذا كانت العقوبات السالفة الذّكر آثارها تبدوا ضعيفة ما عدا عقوبة الصّلب، فإنّ القول بأنّ عقوبة القتل قد تكون من بين العقوبات التّعزيرية يثير جدلا حقيقيا، لأنّ الله سبحانه وتعالى بين أحكام القتل، وتوعّد من يتجاوز ذلك باعتباره من الظّالمين، فهل يجوز بعد ذلك لكائن من كان مهما بلغ علمه أن يجيز للحاكم قتل مسلم أو غيره بدعوى ظنية، وهي جواز التّعزير استنادا إلى حديث ضعيف ظني، لقتل نفس

حرّم الله قتلها إلاّ بالحقّ، وأمّا حديث الرسول ﷺ: "من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشقّ عصاكم ويفرّق جماعتكم فاقتلوه"؛ وقوله: "...هناة وهناة فمن أراد أن يفرّق هذه الأمّة وهي جمع فاضربوه بالسّيف كائنا من كان"؛ فتخريجهما على أنّهما يجيزان التّعزير المؤدّي إلى القتل يتعارض مع نص قرآني قطعي الثبوت والدلالة، لا يجوز مخالفته بأيّ شكل من الأشكال، وبالتّالي لا يجوز الاستناد إليهما لقتل النّفس التي حرم الله، لأنّ الله لم يسوّغ قتل النّفس إلا بالحقّ، وليس من الحقّ إعطاء الحاكم أو المفتي أو القاضي حق تفسير عبارة: "شقّ عصى المسلمين أو تفرقة المسلمين" على أنّه جريمة.

الفرع الثالث: المقاصد الشرعية:

قد يعتبر الحكام ما هو نصيحة من عالم تفرّقة بين المسلمين، لأنّها تحرمه من إشباع غريزة العدوان، وقد يفسّر مجرّد رأي لباحث أو فقيه بأنّه يهدف إلى شقّ عصا المسلمين أو تفرقتهم، وبالتّالي يتّخذ من هذين الحديثين ذريعة لإسكات هذه الأصوات الدّاعية إلى الخير، النّاهية عن المنكر، تأسيسا على أنّ أفضل الجهاد كلمة حق عند حاكم جائر.

إنّ إباحة التّعزير من بعض الفقهاء كان بسبب عجزهم عن إيجاد وسائل تربوية تحمي أفراد المجتمع وحقوقهم، فلم يجدوا بدّا بعد إقرارهم بالفشل عمليا من البحث عن وسيلة أخرى، وأسهل الوسائل هي إقصاء الأخر، وإلزامه بما يرفض الالتزام به إراديا، ثمّ بحثوا عن أدلّة تسوّغ ذلك، رغم أنّها مخالفة لروح الشّريعة، ونصوص قطعية الثبوت والدّلالة، لذا لا مفر من عرضها على الموازين والمعايير التي اعتمدها الفقهاء والأصوليون لتقرير متى يمكن القول بوجود مصلحة حقيقية أولى بالرعاية والحماية من غيرها من المصالح، سواء كانت تلك المصالح حقيقية هي الأخرى، أم مصالح موهومة، والمصلحة المعتبرة هي المصلحة الحقيقية، سواء كانت المنافع والمضار حقيقية أو إضافية، وهي التي

تثبتها وتقرّرها الأحكام الإسلامية، وترجع إلى مقاصد الشّرع الخمسة، وهي: الدّين، والمراد به ما فيه حفظ الدّين، والنّفس، والمراد بها ما فيه حفظ النّفس، والعقل، والمراد به ما فيه حفظ العقل، والنّسل، والمراد به ما فيه حفظ النّسل، والمال، والمراد به ما فيه حفظ المال.

ذلك لأنّ الدّنيا التي يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه المعاني: "الأمور الخمسة" ولا تتوافر الحياة الإنسانية الرفيعة إلاّ بها، ولذلك كان تكريم الإنسان في المحافظة عليها، ومنع الاعتداء عليها، فالتّدين من صفات الإنسان، وهو الذي يميّزه عن الحيوان وغيره، لذا لا بد من أن يحفظ له دينه، وأن تتوفّر له حرّية الاعتقاد والبعد عن الفتنة، بدليل قوله تعالى: ﴿۞ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ۝﴾. وقوله تعالى: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِ ۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشْدُ مِنَ ٱلْغَيِّ﴾.

والمحافظة على النّفس يدخل ضمنها حق الحياة، وحقّ الحياة يقتضي حماية النّفس من كلّ اعتداء عليها، بالإزهاق، أو قطع الأطراف، أو إحداث الجروح والآلام، وحماية كرامة الإنسان من سب أو قذف، وكلّ ما يمسّ النّفس الإنسانية بغير حقّ ، لذا تحمي حرية الفكر والرّأي والإقامة وحرّية العمل[1]؛ وحماية العقل يراد منها حفظ العقل ممّا قد يعتريه، ويؤثّر فيه، لأنّ من أصيب عقله يصبح شرّا على نفسه وعلى المجتمع الذي يعيش فيه، وعبئا على الجماعة البشرية، خاصّة والإنسان الفرد مثله مثل عضو الجسم يجب

1) أصول الفقه: مرجع سابق، ص 367؛ والجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ص 37، 38.

المحافظة عليه، لحماية الجسم وحماية العقل باعتباره مركز الجسم فيه حماية للجماعة، وبث الخير والنّفع بدل الشّر والضّرر[1].

والمحافظة على النّسل مؤدّاها المحافظة على استمرار الوجود الإنساني في هذا الكون، من خلال تنظيم كيفية الإنجاب، والتّربية على عقيدة أو مذهب الوالدين، ومنع كلّ ما يمسّ العِرض والشّرف وكذا الكرامة الإنسانية.

والمحافظة على المال تتحقّق من خلال تنظيم تنميته ومنع الاعتداء عليه من قبل الغير، وإيجاد قواعد توفّر العدل في توزيعه.

وبالاستقراء يكاد يجمع البشر على أنّ هذه الكلّيات الخمس، الحفاظ عليها فيه مصلحة، ومنع الاعتداء عليها أو كلّ ما يؤدي إلى هذا الاعتداء مصلحة، وقد توافر نقل العلماء المسلمين خاصّة علماء الأصول فقرة ذات أهمية خاصة تلخّص بدقة مقاصد الشّرع الخمس وهي من كتاب المستصفى للغزالي: ".... إنّ جلب المنفعة ودفع المضّرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشّرع ومقصود الشّرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكلّ ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكلّ ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضّرورات فهي أقوى المراتب في المصالح"[2]؛ لذا فالمقاصد الخمسة وسائل لتحقيق غاية كلّية هي عبادة الله، وأن يكون اختيارهم وتصرّفهم وفقا لما أمر به ونهى عنه[3].

---

1) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ص 368، 38.

2) المرجع نفسه، ص 39، 40، 369.

3) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص 121.

وإذا كانت مراتب المصالح متفاوتة من حيث قواعدها الكّلية، فمنها الضّروري، وهو ما يؤدي إلى قيام أركان هذه المصالح، والحاجي وهو ما يرفع الضّيق عن النّاس بتحقيق تلك المصالح، والتّحسيني وهو ما يكون الأخذ به أخذا بما يليق من كمال الأشياء[1]، فإنّ تلك المصالح نسبية إضافية، وليست حقيقية ذاتية، إذا ما نظر إلى كلّ فعل من الأفعال، والمراد من وصفها بأنّها إضافية، هو أنّها منافع ومضار في حال دون حال، وبالنّسبة لشخص دون شخص آخر، أو وقت دون وقت آخر[2].

فهي نسبية من حيث الأشخاص، ومن حيث الزّمان، ومن حيث المكان، بل أكثر من ذلك، أنّ الأغراض في الأمر الواحد تختلف، وقد تتعارض، فالفعل الواحد وعند إتيانه أو الامتناع عنه، فيه نفع للبعض وقد يكون فيه ضرر للغير في نفس الوقت، لذا فمناط الأحكام المصالح الحقيقية، وليس أغراض الأفراد، لأنّ أغراض النّاس يمكن أن يكون هدفها بعض الملّذات، أو الشّهوات والأهواء الشّخصية، وتلك الأهواء الشّخصية منها ما يدخل ضمن المصالح التي يحميها الشّرع، ومنها ما لا يدخل ضمن هذه المصالح، وإذا ثبت أنّها إضافية، فيها نفع لقوم وضرر لقوم آخرين، أو منفعة عاجلة ومضرّة آجلة، فإنّ المصلحة الحقيقية هي رعاية الكلّيات الخمس، من مقاصد الشّرع التي تعتبر قطعية إذا نظر إليها في المجموع[3].

ورغم أنّها مصالح كلّية وقطعية فإنّها متفاوتة بحسب الأحكام التّكليفية، وأوامر الشّرع من طلب فعل أو طلب كفّ، فالمصالح التي أوجبها الله لعباده وطلب فعلها، فيها الفاضل بمعنى أفضل المصالح، وهو الفعل الذي يكون شريفا في نفسه رافعا لأقبح

---

1) المرجع السابق، ص 120، 121.

2) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: مرجع سابق، ص 41، 42.

3) المرجع نفسه، ص 42، 43.

المفاسد، جالبا لأرجح المصالح، وذلك مرتبط بالواجب، فكلّما كانت المصلحة أشدّ كان الواجب أقوى، ويقابل هذه المصالح طلب الكفّ: وهي مصلحة تقوم بدفع الفساد ومنع الضّرر، والنّهي عن الفساد مرتبط بقوّة هذا الفساد وانتشاره، فكلّما اشتدّ الفساد كلّما قوي طلب الكفّ عنه حماية للمصلحة من التّلف، أو دفعا للضّرر أو الخطر، وتلك المفاسد مقسّمة إلى قسمين:

قسم حرّم الله قربانه، وقسم كره الله إتيانه، فمّما حرّم الله قربانه هو الكبائر، وهي مقسّمة إلى الكبير والأكبر والمتوسط بينهما، وتتناقص هذه الكبائر برتبها الثلاث حتّى تبلغ درجة الصغائر، وأوامر الشّرع المتمثّلة في الفعل أو الكفّ قد لا تبلغ درجة الواجب، أو الحرمة، بل تندب فقط، أو تكره فقط، وإذا لم تبلغ درجة الوجوب، أو الحُرمة، أو النّدب، أو الكراهة، فإنّها تدخل ضمن مصلحة المباح الذي يعود فعله أو تركه بالنّفع العاجل أو الآجل على فاعله، لأنّه يحقّق له مصلحة جزئية شخصية، ومن خلال هذا العرض والمناقشة تيقنت من دقة الفقيه عز الدّين عبد السّلام الذي ربط "بين المطلوب فعله وبين المصالح، وأنه مرتب في القوّة على مقدار ما فيه من مصلحة. وربط بين المحرّمات في الشّرع وبين المفاسد ربطا محكما دقيقا؛ ورتّب قوّة التّحريم على قوّة المفسدة فما تكون مفسدته أشدّ يكون تحريمه أقوى، وإنّ المفاسد متدرّجة من التّحريم نزولا وصعودا فأعظم الأشياء مفسدة أكبر الكبائر، ثمّ يتزل مقدار الإثم بمقدار نزول الفساد حتّى يصل إلى درجة المباح حيث يكون لا فساد في الفعل أو التّرك"[1].

وإذا ثبت أنّ المصالح متفاوتة ، بل قد يصعب أحيانا ترجيح أيّ المصالح أولى بالرّعاية والحماية، وإذا ما تحقّقت مثل هذه الفرضية وهي الغالبة في الحياة العملية، وجب عرضها على بعض الضّوابط المعتمدة من قبل فقهاء وعلماء الأصول المسلمين،

---

1) أصول الفقه: مرجع سابق، ص 374-376.

للتّأكد من درجة هذه المصلحة، أو المفسدة التي تؤدّي إلى المساس أو هدم هذه المصلحة، وتلك الضّوابط منها:

اندراجها ضمن مقاصد الشّرع الخمس، وعدم معارضتها للكتاب والسّنة، وعدم معارضتها للقياس على رأي من يأخذ بذلك[1].وما هو قابل للتّأكيد عليه من الضّوابط إنما هو ضابط عدم تفويت هذه المصلحة المشروعة المعتبرة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها في الاعتبار، إذ الاعتبار الذي تأخذه أو توصف به المصالح المشروعة الحقيقية وليس الموهومة، هو مجموعة قيم، وهي تختلف بحسب الجانب الذي ينظر منه الإنسان لهذه المصلحة، فهي من حيث ذاتها مصلحة، لذا تقيّم المصالح من حيث هي، وبما أنّها مصالح تنفع الأفراد وتفيدهم، فهي إذا إمّا أن تكون مصالح فردية أو جماعية، وهي عند الأخذ بها إمّا أن تحدث نتائج معينة بالخارج أم لا، لذا ينظر إلى مدى تحقّق أثر تلك المصالح في العالم الخارجي. فإذا رأى الباحث أو القاضي أو غيرهما شبه تعارض بين مصلحتين، عليه أن يعرضهما على قواعد هذا الضّابط لترجيح إحداهما، والإقرار لها بالاعتبار، وإهمال المصلحة الأخرى، فإذا نظر إلى المصلحة من حيث هي، فهي المصالح التي شهد لها الشّارع بالاعتبار، بأن جعلها عللا لما شرعه من الأحكام، أو شرع أحكاما لتحقيقها[2]. وهي مرتّبة حسب قواعد من الكتاب والسّنة، فأولى هذه المصالح هي حفظ الدّين، ومنح حفظ الدّين الأولوية من خلال شرع الجهاد على المسلمين، ومعلوم أنّ الجهاد المراد هنا هو القتال، والقتال مصدر مباشر غالبا للموت وفقد الحياة، وهذا دليل عند من يأخذ بذلك بأنّ حفظ النّفس متأخر عن حفظ الدّين، لكن فقهاء المسلمين

---

1) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص 216؛ و مكي دردوس: المختصر في أصول الفقه: مرجع سابق، ص 127.

2) وجدي ثابت قابريال: دستورية حقوق الإنسان، (دط)، (دن)، القاهرة= مصر، (دت)، ص 127.

مجمعون على جواز شرب الخمر، وهو يضرّ بالعقل لإنقاذ النّفس من الهلاك، فدلّ ذلك على أنّ حفظ النّفس مقدّم على حفظ العقل، واستدلّ البعض على أسبقية حفظ العقل على حفظ المال، وذلك ما أجمع عليه الفقهاء المسلمون من حماية المحكوم عليه في جريمة الزنا، باشتراطهم لجلد الزاني ألا يتسبّب هذا الجلد في إتلاف عقل الزّاني، أو عضو من أعضائه، أو حاسّة من حواسه، فدلّ هذا على أنّ رتبة حفظ النّسل تالية لحفظ العقل، وأخيرا اعتبر النّهي عن الكفّ عن البغاء في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا﴾[1] دليلا على أنّ حفظ المال متأخر عن حفظ النّسل[2]. غير أنّ هذا التّرتيب غير مسلّم به إذا ما اعتمدنا القواعد الثلاث وهي: أنّ الضّروري مقدّم على الحاجي، والحاجي مقدم على التحسيني، ومتعلّق كلّ مصلحة من هذه المصالح الخمسة مقدّم على غيره بحسب التّرتيب السّابق، واعتمدنا أنّ أقوى أدلّة الشّرع بلا منازع هو كتاب الله، ثمّ سنّة رسوله عليه ﷺ، لأنّ السّنة سواء كانت قولية، أو فعلية، أو إقرارا، شارحة ومفسّرة لكتاب الله، فمشروعية الجهاد بالنّسبة للمسلمين ليس المراد منها دوما القتال، لأنّ الجهاد قد يكون بالنّفس أو المال، وبعض المتأخرين يزيد على ذلك الجهاد بالكلمة.

إنّ الرّسول ﷺ أذن للصحابي عمار بن ياسر أن ينطق بكلمة الكفر لينقذ نفسه من الهلاك بسبب تعذيبه من المشركين، وهذا دليل على أنّ حفظ النّفس مقدّم على حفظ الدّين، وأنّ غاية الإسلام هي إحياء النّفوس بإرشادها إلى اعتناق الإسلام، وليس

---

1) النور: 33.

2) دستورية حقوق الإنسان: مرجع سابق، ص 256.

بقتلها، وهذا يتوافق مع مقاصد الشّرع الحقيقية، وأنّ الجهاد أذن به دفاعا عن الظّلم الذي حاق بالمسلمين الأوائل، وليس لمجرّد القتال.

وثبت بالاستقراء أن الجهاد كان باستمرار دفاعا عن المسلمين بالجملة، وبالتّالي فحفظ النّفس برأيي مقدّم على حفظ الدّين، وهذا ما هو ثابت من تعايش عدد من اليهود والمسلمين وغيرهم ممّن لا يؤمنون بالإسلام على أراض إسلامية، وتعايش وإقامة مسلمين في أوطان غير إسلامية مع غير المسلمين، فإتلاف النّفس لا يقيم الدّين، وعدم حفظ الدّين لا يتلف النّفس ومن ثمّة تقدم النفس على الدّين، وسواء قدّم حفظ الدّين على النّفس، أو قدّم حفظ النّفس على الدّين، فالقاعدة المجمع عليها هي أنّه إذا تعارضت مصلحتان كلاهما من الضّروري، أو كلاهما من الحاجي، أو كلاهما من التّحسيني، ينظر إلى الكلّيات الخمسة المراد حفظها، وهي الدّين، النّفس، العقل، النّسل، المال، فيقدم الضّروري، والحاجي، والتّحسيني، من حفظ الدّين، على الضّروري والحاجي والتّحسيني من حفظ النّفس على الرأي الغالب، وهكذا يقدّم حفظ النّفس على العقل، وحفظ العقل على النّسل، وحفظ النّسل على المال.

لكن يمكن أن يقع التّعارض بين مصلحتين متعلقتين بكلٍ واحد، فالمعيار الذي يعتمد لترجيح إحدى المصلحتين في هذه الصّورة، هو مقدار شمول هذه المصلحة لأكبر عدد من الأفراد، فمصلحة الجماعة أولى بالرّعاية من مصلحة الفرد، على أساس أنّ الفرد نفسه من ضمن الجماعة، والنّفع الّذي يعود على تلك الجماعة يستفيد منه، لكن لا يكفي هذا ، بل يشترط أن يحتكم إلى المعيار الثّالث، وهو: مدى تيقّن أو توقّع حصول هذه المصلحة أو المفسدة في العالم الخارجي المحسوس، فالمصلحة المؤكّدة الوقوع هي التي تراعى، وتهمل المصلحة مظنونة الوقوع، أو التي يشكّ في حصولها.

إذا التّرجيح بين المصلحتين المتعارضتين إذا كانتا متعلقتين بكلٍ واحد، يتم من خلال تحقّق شرط أساسي هو رجحان حصول هذه المصلحة، لكن تقديم المصلحة الرّاجحة على المصلحة المرجوحة يتمّ على وجهين أو صورتين لكلّ منهما[1].

وتتحقق الموازنة من خلال عدة صور لا يسمح موضوع البحث بدارسة الأحكام التّفصيلة تلك، ومع ذلك أشير باختصار إلى المصالح التي لم يشهد لها الشّرع بالاعتبار، وهي كلّ منفعة داخلة في مقاصد الشّرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء[2].

وهي المصالح المرسلة التي أخذ بها المالكية خاصّة، طالما كانت هذه المصلحة من جنس المصالح التي يقرّرها الشّارع الإسلامي، وهذا يفيد أنّها ملائمة لمقاصد الشّريعة الإسلامية، وهذا هو الشّرط الأوّل الذي اشترطه المالكية، وثانيهما أن يكون الغرض من الأخذ بالمصلحة المرسلة رفع حرج ثابت، وثالثهما أن تكون مصلحة معقولة في ذاتها بحيث تتقبّلها العقول السليمة[3]. وهي في هذا المقام إدراك الرّجل العادي من أهل القوم في ذلك الزّمان والمكان، مهما كانت التّسمية التي تصاحب هذا الحكم القائم، والمبني على المصلحة التي لم يشهد لها الشّارع بالاعتبار أو الإلغاء، فهي إن نظر إليها من حيث المصلحة التي يحقّقها هذا الحكم وصفت بأنّها مرسلة، أي غير مقيّدة، وإن نظر إلى هذا الحكم من حيث الوصف المناسب، فهي المناسب المرسل، وإذا نظر إلى أنّ هذا الحكم يبنى على الوصف فهي الاستصلاح والاستدلال[4].

---

1) دستورية حقوق الإنسان: مرجع سابق، ص 252-253.

2) المرجع نفسه، ص 330.

3) أصول الفقه: مرجع سابق، ص 279-280، والمختصر في أصول الفقه: مرجع سابق، ص 131-133.

4) دستورية حقوق الإنسان: مرجع سابق، ص 329.

وسواء أخذ بالمصلحة المرسلة مثلما أخذ بها المالكية والحنابلة، استنادا إلى أنّ الصحابة أخذوا بهذه المصلحة من خلال جمع القرآن، وتضمين الصنّاع من قبل الخلفاء، وإراقة اللّبن المغشوش من قبل عمر بن الخطاب، وقتل الجماعة بالواحد، وأنّ عدم الأخذ بها فيه حرج بيّن، وأنّ الأخذ بها يتوافق مع مقاصد الشّريعة؛ أو رفض الأخذ بها مثلما ذهبت إلى ذلك الظّاهرية، اللذين يأخذون بظاهر النّص، ويرفضون القياس؛ أو رفض الأخذ بها كونها مجرّد هوى لا يسندها دليل إذ الأخذ بمصلحة لم يشهد لها دليل بالاعتبار أو الإلغاء مدعاة للتّملص من أحكام الشّريعة، وسبب لاختلاف الأحكام، فإذا كانت تستند إلى نص فهي تخرج عن فكرة المصالح المرسلة، وتدخل ضمن عموم القياس.

وإنّ الإشكال ليس في الأخذ بنظرية المصالح المرسلة أو عدم الأخذ بها، بل الإشكال يعرض بحدّ ذاته عند طرح السّؤال: من له سلطة تقرير وجود المصلحة في تصرّف ما، أو عدم وجود هذه المصلحة؟ فقد يتبادر إلى الذّهن ابتداء أنّ العالم أو الفقيه هو الذي له القدرة على تحديد مكمن المصلحة والمفسدة، لكن هل المقصود بذلك العالم المتخصّص بعلوم الشّريعة وأصول الفقه والتّفسير وأسباب النزول وعلوم الحديث ...إلخ؟ أم عالم فلسفة؟ أم عالم طبيعة؟ أم غيرهم؟ والتّخصّصات العلمية أصبحت ظاهرة العصر الحديث، ومن أعطى لهذا العالم هذه الرّخصة أو الحق، أو المزيّة؟ وهل يقبل من بيده السلطة الفعلية لهذا الحكم، سواء كانت سلطة فعلية تستند إلى تفويض الأغلبية، أم بحكم الأمر الواقع، وإذا لم يرض الحاكم بذلك، هل يحقّ له استنادا إلى إمكانية إنفاذ ما يأمر أو ينهى عنه، أن يخوّل له تقدير متى تتحقّق المصلحة، ومتى تقع المفسدة؟

أرى أنّ اشتراط الإيمان والعدل والعقل في الحاكم في الفقه القديم لم يعد مبرّرا كافيا لضمان العدل، لأنّ القائم على تحقيق العدل -سواء عند سن النّصوص، أو تطبيقها على الوقائع، أو تنفيذ ما يحكم به- ليس من قبل الحاكم نفسه، بل من أعوان أغلبهم لا تتوفر فيهم الشّروط المثالية لتحقيق العدالة، لذا يبقى التّساؤل قائما: أين المصلحة؟

والشّرع لم ينص صراحة على من له سلطة تقدير متى يكون التّصرّف فيه مصلحة أو مفسدة، ومتى يكون مجرّد مصلحة مرسلة، أي من الإباحات التي لم يأمر الشرع بإتباعها، ولم يأمر بتركها، وحتّى أولو العلم غير معرّفين في الكتاب والسّنة، هل لي أن أقرّر أنّ مثل هذا الحق أو الرّخصة أو المكنة أو المزيّة أو المركز من حق العالم أو الحاكم أو أغلبية المواطنين حتّى لو كانوا على غير صواب؟

المطلب الثالث: مفهوم المصلحة عند الوضعيين:

المصلحة التي يحميها القانون بواسطة الدّعوى عموما، وبواسطة الدّعوى الجزائية في جرائم العمل خصوصا لها عدة مفاهيم، ويتحدّد مفهوم هذه المصلحة حسب الأقيسة المعتمدة من قبل المجتمعات التي تزن من خلالها الخير والشّر، النّفع والضّرر، السّلامة والخطر، فالفلسفة الإغريقية، والمبادئ القانونية الرومانية، والمعتقدات المسيحية، عوامل كان لها تأثيرها في تحديد مفهوم الخير والشر، واللذة والألم، والمصلحة والمضرة، وبالتالي مجموع القيم التي يمكن من خلالها الوصول إلى المصلحة المعتبرة الأولى بالحماية والرعاية، لكن هذه المصلحة لها مناطها، لذا درست مفهوم المصلحة المعتبرة ضمن الفرع الأول، ومناط المصلحة ضمن الفرع الثاني، ومعايير المصلحة ضمن الفرع الثالث.

الفرع الأول: المصلحة المعتبرة:

إذا كانت المصلحة المعتبرة عند فقهاء الشّريعة الإسلامية وعلماء الأصول تقوم على مراعاة الحياة الدنيوية والأخروية، فهل حقيقة أنّ كلّ المسلمين يتّخذون المصلحة الأخروية غاية عند قيامهم بالتّصرفات الفعلية أو القولية؟

وهل الفلسفة المسيحية والفقهاء الغربيون – وهم في أغلبهم ينتمون إلى الدين المسيحي، حتّى وإن اعتنقوا مذاهب فلسفية، أو تبنّوا نصوص قانونية– لا يفكرون في الحياة الآخرة؟

إن أغلب الباحثين المتشبّعين بالفقه الإسلامي، يذهبون إلى القول بأنّ الشريعة الإسلامية تقوم على عنصرين أساسيين لا ينفكان هما:

أنّ الحياة الدنيا مجرّد امتحان يوصل إلى الحياة الآخرة، وهي الحياة الدائمة، وينسبون إلى الغربيين المسيحيين خاصّة، أنّهم ماديون وأنّهم لا يعملون إلاّ لدنياهم ويهملون أخراهم؟

وبرأيي أنّ مثل هذه الأحكام مبنية على مقارنة غير سليمة، فهي تأخذ بعين الاعتبار الشّريعة الإسلامية عند الحديث عن المسلمين، وتهمل سلوك المسلم نفسه، وتأخذ بعين الاعتبار سلوك الفرد المسيحي، وتهمل المسيحية، لذا تكون النّتيجة كما يحبّها الباحث لكن إذا كانت أغلبية المسلمين حقيقة تأخذ بعين الاعتبار الجزاء الأخروي عند اتخاذها لبعض التّصرفات، فإنّ أقلية معتبرة لا تأخذ بالحسبان مثل هذه الرّغبة في الجزاء، وبالمقابل إذا كانت المذاهب المادّية مسيّطرة على المسيحيين، وذلك بالرّجوع إلى الدّين المسيحي نفسه الذي تضمّن في عمومه توجيهات عامّة فقط، عكس الدّين الإسلامي الذي تضمّنت أحكامه الكثير من القواعد التّفصيلية، لذا فإنّ تأثّر الأفراد بالقواعد الدّينية، سواء كانوا يدينون بالإسلام أم بالمسيحية أم بغيرهما، له نصيبه قلّ أو كثر،

ومن ثمّة لا يخلوا حكم في الغالب إلاّ وكان الدّين أحد مقاييسه، سواء بدعوى الأخذ به، أو الابتعاد عنه، ويتأكّد ذلك من خلال المقارنة بين مفهوم المصلحة في الشّريعة ومفهوم المصلحة عند الوضعيين.

هذه المصلحة التي حاول الفلاسفة منذ القديم وضع تعريف لها، لكن لا الفلاسفة اتفقوا على مثل هذا التّعريف، ولا القوانين الوضعية المستمدة من هذه الفلسفة تمكّنت من إيجاد تعريف جامع مانع لمفهوم المصلحة، باعتبارها غاية الحق، وهو ما كان فعله مطابقا لقاعدة شرعية أو قانونية محكمة، وهي تتنوع حسب تنوع الحق نفسه، فإذا كان الحقّ طبيعيا فالمصلحة طبيعية، وإذا كان الحقّ اجتماعيا فالمصلحة اجتماعية، وإذا كان الحقّ أساسه أخلاقيا فالمصلحة أخلاقية، وإذا كان الحقّ فرديا فالمصلحة فردية، وإذا كان الحقّ عامًّا فالمصلحة عامّة[1].

فالمصلحة الفردية الطّبيعية هي غاية الحقوق الفردية الطبيعية التي بنيت عليها الفلسفة الأوروبية في عمومها، إذ يعتبرون أنّ للفرد حقوقا وبالتّالي مصالح طبيعية سابقة في الوجود على التّنظيم الاجتماعي، أي سابقة على وجود القوانين التي تحمي المصالح، وقد احتفظ الإنسان بهذه الحقوق عند خضوعه لتنظيم الجماعة لنفسها، لذا فالحقوق طبيعية، وبالتّالي فالمصالح الطّبيعية للإنسان وجدت مع وجوده، وعليه لا يجوز المساس بها، أو تقييدها إلاّ بما يحقّق مصلحة الجماعة ويحميها، ويحافظ في نفس الوقت على المصالح الفردية.

---

1) وزارة التربية الوطنية: الفلسفة لطلاب البكلوريا، (دط)، المعهد التربوي الوطني: الجزائر، (دت)، (211-210/1).

فالفرد مثلا عند الفقيه إسمان هو: "مصدر كل حقّ لأنّه الكائن الحقيقي الحيّ المسئول، وغاية الدّولة هي ضمان الإنماء الحرّ لملكات الفرد، ولا تمارس السّلطة السياسية بطريقة مشروعة إلاّ باحترامها للحقوق الفردية"[1].

الفرع الثاني: مناط المصلحة:

المصلحة سواء كانت فردية أو عامّة محورها الفرد، فكلّ ما يحقق منفعته فتلك مصلحة، وكلّ ما يدفع عنه مفاسد ومضار فتلك مصلحة، باعتبار أنّ المنفعة مناطها اللذة وإبعاد الألم، فكلّ ما هو جالب للّذة ودافع للألم مصلحة، وإنّ القواعد القانونية باعتبارها قواعد سلوك وتنظيم المصالح، وتوقيع الجزاء على من يمسّ بتلك المصالح، لا يجوز أن تمسّ بالنّشاط الفردي الحرّ، اعتمادا على فكرة الحقّ الطّبيعي التي يعتمدها الفقيه إسمان، أو اعتمادا على فكرة التّضامن الاجتماعي التي يعتمدها العميد دوجي، القائمة على أنّ امتناع الدّولة عن إصدار أيّ تشريع يعرقل النّشاط الفردي غايته تحقيق مصلحة الحياة الاجتماعية[2].

فالمنفعة إذا مادّية، سواء عادت باللذة على الفرد أو الجماعة، أو أبعدت عنهم الألم، لذا فالميزان دنيوي، لأنّ المراعى فيه هو مصالح الأفراد أو الجماعة الآنية، أي في الحياة الدنيا، فالميزان الذي اتّخذه علماء الأخلاق لضبط المصالح ومعرفتها ميزان دنيوي، إذ اعتبروا أنّ أمر الدّنيا وما فيها من مظاهر اللذائذ والآلام من صنع من فيها وابتكارهم فهم أصل تعميرها، وهي ثمرة سعيهم فيها فكان لابدّ أن يصبح ميزان الخير والشّر عندهم مجرّد ما يتواضعون عليه أو ما يبدوا لهم من التّجارب والخبرات، أو ما يستقلّ به

---

1) دستورية حقوق الإنسان: مرجع سابق، ص 19-20.

2) المرجع نفسه، ص 24.

الإحساس والوجدان البشري"[1]، من استنتاج أو حدس بمختلف أنواعها. فتقدير المنفعة يختلف باختلاف الإحساس بتلك اللّذائذ أو الآلام، جلبا ودفعا، وتحصيلها كما ونوعا مختلف فيه بين الأفراد والجماعات، بل إنّ ما يعتبر منفعة عند البعض يعتبر مضرّة عند البعض الآخر، ولهذا السبب بالذّات صدرت القواعد التي تنظّم كيفية تحصيل المنافع ودفع الآلام والمضارّ، وقد عبّر عن ذلك الفيلسوف الإنجليزي "بنتام" خير تعبير حين صرّح: "لقد قلّ الطّعن على أصل المنفعة، فضلا على أنّه صار معتبرا كأنّه الرّابط الجامع بين الأخلاق والسّياسة، إلاّ أن شبه الاجتماع هذا ظاهري فقط فإنّ النّاس اختلفوا اختلافا كثيرا في فهم المنفعة وتقديرها حق قدرها ولذلك تشعبت مقدّماتهم وتباعدت نتائجهم"[2]. وأكّد ذلك الفيلسوف "مل ستيوارت" لما صرح: " أنّ الخير الأقصى كان مثارا للجدل منذ أيام سقراط الشّاب وبروتاغورس الشّيخ، وتشعّب الباحثون إزاء هذه المشكلة فرقا ومدارس دون أن تلتقي عندهم وجهات النّظر...لأنّ الإنسان يأتي أفعاله من أجل غاية يهدف إليها والقاعدة التي يسير الفعل بمقتضاها يجب أن تستمدّ كلّ طابعها وصورتها من هذه الغاية"[3].

وهذه الغاية قد تكون إثما أراده القائم بالفعل، أو نتج عنه ضرر أصاب الغير حتّى لو لم تتّجه إرادة الفاعل إلى ذلك، ويصفها بعض الباحثين بأنّها الإثم أو الإذناب، غير أنّ دور الإرادة مختلف بشأنه؛ فالفيلسوف سقراط أنكر أن تتّجه إرادة الإنسان إلى فعل الشّر، بل يقرّر أنّ إرادة الإنسان تتّجه إلى فعل الخير، وإذا ما اتّجهت إلى فعل الشّر فهي لم تتّجه إليه مع إدراكها أنّه شرٌّ، بل اتّجهت إلى هذا الفعل لتصوّرها أنّه خير،

---

1) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص 25.

2) المرجع نفسه، ص 26.

3) المرجع نفسه، ص 26.

وبالتّالي فهي إرادة تجهل أنّ مثل هذا الفعل شرّ بذاته، والنّتيجة التي يصل إليها هي عدم وجود إنسان شرير بذاته، لأنّ إرادة الشّر هي إرادة ما لا يكون، وإرادة ما لا يكون ليست إلاّ عدم إرادة، ومن ثمّة فعندما يأتي الإنسان الشّر عالما به متمكنا من الامتناع عن إتيانه فهو إنسان مجبر على ذلك بالخير واللّذة الظّاهرين"[1].

فالجرائم وإن كانت أفعالا إرادية إلاّ أنّها ليست مرادة لما بها من شرّ، بل لما يأمله منها مرتكبها من خير، فالمجرم لا يريد الظّلم كظلم، بل يريد السّعادة ككلّ النّاس[2]. ويرتّب سقراط على ذلك أنّ فاعل الشّر هو إنسان لم يمكنه قياس اللّذة والألم، إذ فضل اللّذة الأقلّ على الأكبر والألم الأكبر على الأقلّ، وذلك نتيجة الجهل مادام كلّ إنسان يبحث تلقائيا عن الخير الأكبر والألم الأقلّ ومن ذلك فالسّلوك السّيء — الجرم — ليس إلاّ خطأ في العلم والقياس"[3]. أمّا الفيلسوف "أفلاطون" فقد رأى أنّ الجريمة ينظر إليها من وجهين:

الوجه الأوّل من حيث الفعل باعتباره ضررا، ومن ثمّ أوجب جبر هذا الضّرر بشكل منفصل عن فكرة الخطأ الذي مناطه الإرادة، لأنّ الإنسان لا يريد الشّر لذاته، وحتّى تحرك إرادة الإنسان للقيام بفعل شرير، فهذا الفعل إذا كان مرادا من فاعله، فهو ليس مرادا باعتباره شرّا، بل باعتباره خيرا وفقا لتقدير الفاعل، فالفعل الذي يسبب ضررا يمكن أن يكون إراديا أو غير إرادي، إلاّ أنّه إذا كان إراديا باعتباره فعلا، فلا يمكن أن

---

1) أحمد محمد خليفة: النظرية العامة للتجريم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار المعارف، جنائي، 5/018— ص 106.

2) المرجع نفسه، ص 106، هامش رقم 2.

3) المرجع نفسه، ص 106، هامش رقم 4.

يكون إراديا باعتباره فعلا سيئا"[1]. لذا فالجريمة باعتبارها شرّا وطلاحاً، لا تقع من الفاعل بإرادته، بل تقع رغما عن إرادته، فالأشرار هم أشرار بغير إرادتهم، ويأتون الظّلم رغما عنهم، وبالتّالي فالمجرمون هم أناس تعساء الحظّ لأنهم أشرار رغما عنهم"[2].

عكس وجهة النّظر هذه يذهب الفيلسوف "أرسطو" إلى القول: "بأنّ الإنسان ربّ أعماله الخيّرة والشريرة، الصّالحة وغير الصّالحة، لأننا حين نقول نعم فنحن قادرون أيضا على أن نقول لا"[3]. لذا فالاختيار هو سبب المسئولية لدى الإنسان، وبالتّالي فالإنسان هو سبب أفعاله؛ إذ "لا يمكن أن يرتكب جريمة أو يؤتي فعل ظالم إلاّ إذا كان الفاعل مريدا في الحالين، غير أنّه متى فعل الإنسان بلا إرادة لا يكون البتّة عادلا و لا ظالما إلاّ بالوساطة، حينئذ يكون كلّ ما في الفعل من عدل أو ظلم مترتبا على ما فيه من اختيار أو عدم اختيار فإذا كان الفعل إراديا فهو ملوم ويكون بهذا وحده خطيئة وظلما"[4].

غير أنّ "أبيقور" يؤكّد التّمييز بين الأفعال الاختيارية، ولا مانع عنده من معاقبة الفاعل عن فعله غير الاختياري" لأنّه إذا كان لا ينسب إلى مرتكب هذه الأفعال قصد آثم فهي تصدر على الأقلّ عن إهمال أو عيوب أخرى ضارة جدا بالجماعة – وذلك عكس سقراط الذي يرى أنّ الخطيئة لا يمكن أن تكون مرادة حقيقة من مرتكبها، وعكس أفلاطون الذي يرى ...أنّ الفضيلة في القصد .... وأن الظّلم لا يكون إراديا

---

1) المرجع السابق، ص 107.

2) المرجع نفسه، ص 108.

3) المرجع نفسه، ص 111.

4) المرجع نفسه، ص 111.

وأنّه لا يجب من ناحية المبدأ اعتبار كلّ ضرر ظلما"[1]. هذه هي الفلسفة الإغريقية التي ما تزال الأسئلة التي طرحتها من قبل عالقة في الأذهان، ولم يقدم بشأنها أيّ جواب شاف إلى غاية اللّحظة، فالتّساؤل عن ماهية المصلحة، ومن يقدر هذه المصلحة، وما هي الموازين التي يحكم من خلالها بين الخير والشّر، والنّفع والضّرر، أي بين المصالح والمضارّ.

وإنّ الثّابت أنّ الفلسفة الإسلامية مثلها مثل الفلسفة الأوروبية لم تتفق على معايير محدّدة، بل بدأ حديثا البحث هل العقل هو الأداة التي تفرز الخير من الشّر، أم القلب، خاصّة والإحساس بالعدل أو الظّلم، بالنّفع أو الضّرر، ليس من مهام العقل، لأنّ مهام العقل تتلخّص في تصنيف هذه الأفعال، ومقارنتها مع مجموع القيّم المتوارثة لدى فرد بذاته، أو لدى جماعة محدودة معلومة، تمهيدا لإصدار حكم عليها، أمّا الذي يقرّر ما إذا كانت ذات نفع أو ضرر، خيرا أو شرّا، فهو القلب لا ريب في ذلك عندي، لكن ذلك لا يعني تسفيه الفلسفة الإغريقية المبنية في عمومها على العقل لتحديد المنفعة، وبالتّالي تحديد المسئولية، ومن بينها المسئولية الجزائية، وتتمحور هذه الفلسفة وتدور بين ثلاث محاور هي: الفرد، الجماعة، الدولة أو السلطة، وهي أمور مادّية دنيوية، خلافا لما يعتمد عند المسلمين، إذ تقوم الفلسفة الإسلامية على الفرد، الله، وأما لعقل والحرّية، والجبر والاختيار، فهي تأتي كشرائط لتحقيق المسئولية الدينية، وهي ذات بعد دنيوي وأخروي، بل إنّ البعد الأخروي يتحكّم في البعد الدنيوي، وبالتّالي فموازين المسئولية مختلفة، وأدواتها مختلفة، فالدّولة القديمة تستمد سلطاتها من الطوطم أو الإله، ومن هذين المصدرين تولّد القانون الطّبيعي الذي يعتقد أنصاره أنّ عقل الإنسان قادر على أن يصل إليه من غير أيّ واسطة، لذا كان سلطان الدّولة في العصور القديمة لا حدود له، ثم تلت

---

1) المرجع السابق، ص 114.

ذلك مرحلة السّيطرة الكنسية، التي اعتبرت أنّ القانون الطّبيعي هو القانون الذي يتوصّل إليه العقل بشرط أن لا يكون متعارضا مع ما تقرّه هذه الكنيسة، وهذا التّصور قريب جدا من تصوّر المسلمين منذ فجر الإسلام وحتّى السّاعة، كون المسلمين يؤمنون في أغلبيتهم، وعلى مختلف مذاهبهم، بأنّ الله هو خالق كلّ شيء، بما فيه الخير والشّر، والنّفع والضّرر، وأنّ فعل الخير ينسب إلى الله، وأنّ فعل الشّر ينسب إلى الفرد وإلى النّفس على سبيل الكسب، والنّفس هي القلب الذي يميّز بواسطتها الفرد النّفع من الضّرر.

وسواء كان العقل هو الأداة التي تميّز المصلحة من عدمها، أم كان القلب هو الأداة التي تميّز ذلك، أم كانت الشّهوة -أي مجرد الإحساس باللّذة والألم- فإن القواعد القانونية ومنها طبعا القوانين التي تجرّم سلوك الأشخاص بما فيهم سلوك المستخدمين والعمال، هي صدى للفلسفة والمعتقدات التي تسود في المجتمع خلال حقبة زمنية.

وبما أنّ القوانين الجزائرية تكاد تكون منقولة نقلا حرفيا عن القوانين الأوروبية، خاصّة القانونين الفرنسي والإيطالي، وأنّ القانونين الفرنسي والإيطالي تمّ صدورهما في ظلال فلسفة تتنازعها أفكار ثلاث هي:

فكرة العدالة أو الشّعور بالعدالة من خلال العقل وذلك عند الفلاسفة "كانط"، و"فيخته"، و"هيجل"، وفكرة المنفعة عند "بنتام" ومن شايعه، وفكرة العقد الاجتماعي عند كل من "هوبز" و"جون ستيوارت ميل" و"جان جاك روسو"، وغيرهم من المصلحين الاجتماعيين الأوروبيين.

لذا ولكي يتمّ تحديد المصلحة، يفترض التّعرف باختصار على مفهوم هذه المصلحة عند هؤلاء الفلاسفة، ليفهم ما هي الأهداف التي يسعى إليها القانون باعتباره مجموعة قواعد تنظّم سلوك الأفراد، لأنّ الإنسان يأتي أفعاله لغاية يهدف إليها، سواء وصفت

فيما بعد من قبل الغير بأنّها خير، أم شرّ، بل قد توصف بأنّها خير من قبل الفاعل نفسه في لحظة معيّنة، ويتغيّر هذا الوصف في لحظة أخرى، بعد حدوث ردة الفعل من قبله، أو من قبل الغير، وتلك الغاية هي المصلحة التي يقدّرها الفاعل، سواء كانت مصلحة فردية أو جماعية، وسواء كانت هذه المصلحة هي ما تواضع النّاس عليه، أو غالبية الأفراد على اعتبارها خيرا ومصلحة، وهي العرف باعتبار أنّ العرف هو اضطراد سلوك الأفراد على اعتبار فعلٍ معيّنٍ سلوكا حميدا أو مذموما، وقدّرت الجماعة أنّ كلّ من خالف قاعدة تعود بالنّفع والمصلحة على الجماعة يلقى جزاء، رغم أنّ العرف ليس دائما مصدره اتّفاق الأفراد عن تراض فيما بينهم، بل قد يكون مصدر ذلك العرف والالتزام مجرّد الخضوع لرغبة تفرض من قبل الغير، ومقياس العرف هذا ما زال سائدا في المجتمعات المعاصرة بدرجات متفاوتة، ويمكن أن يتمّ تقييم المصلحة من خلال السّعادة التي يشعر أو يحس بها شخص ما في زمن ما، وهو مجموع ما يعود على هذا الفرد بالفائدة ، وقد أخذ بفكرة المنفعة الفيلسوف "أبيقور" وأوضحه أكثر "هوبز"، غير أنّ المذهب اشتهر أكثر باسم الفيلسوف "بنتام" الذي يرى أنّه: "...عند الحكم على عمل من الأعمال بأنّه خير أو شرّ فالمقياس والميزان هو ما ينتجه من لذّة أو ألم ليس لشخص فقط بل للمجموعة البشرية...".

ورغم الانتقادات التي وجّهت إلى هذه القاعدة في تقدير المصلحة، من خلال أنّ التّفاوت والاختلاف في قيم اللّذة من حيث الكيف والكم بين الناس، فقد يكون ما هو لذيذ عند شخص أو جماعة – يكون – عكس ذلك عند الآخرين، وقد يكون ما هو أسمى في شموله لدى جماعة معيّنه أدنى من ذلك لدى آخرين، إذ لا معيار للمنافع

والمضارّ إلاّ ما أوجدوه هم من عند أنفسهم، ومشاعر النّفوس متخالفة ومقوّمات الإنسانية لدى النّاس متفاوتة"[1].

لكن معيار المنفعة هذا رغم الانتقادات الوجيهة التي وجّهت إليه، غير أنّه مازال يشكّل الغاية التي توجّه سلوك الأفراد والجماعات، سواء كان في ذلك مصلحة حقيقية للفرد والجماعة معا، أم مصلحة حقيقية للجماعة، وضرر يجب أن يتحمّله الفرد باعتباره عضوا في الجماعة، وينتفع من خلال انتفاع الجماعة، أم مجرّد مصلحة موهومة في نظر الفاعل، أو الجماعة التي ينتمي إليها، لأنّنا إن استبعدنا ميزان المنفعة فسوف يسقط الأشخاص حتما في الفوضوية التي نادى بها بعض الفلاسفة، مثل الفيلسوف "زينون" القائلة بأنّ الإنسان يعرف ويميّز الفضيلة عن الرّذيلة من خلال قوّة غريزية باطنية دون الاستعانة بفكرة المنفعة -المصلحة - للوصول إلى ذلك[2]. وفكرة الفيلسوف "زينون" ليست غريبة عن عجز المفاهيم الفلسفية القديمة والحديثة على السواء، عن إيجاد ميزان ومعيار حقيقي يوصل الإنسان إلى كنه وجوهر الحقيقة، حقيقة الخير والشّر، حقيقة المصلحة والمضرّة.

لذا فقد ثبت بالاستقراء عجز العقل -إذا كان المراد منه هو خلايا المخ- عن تحديد متى تتحقّق المصلحة، ومتى لا تتحقّق، ولم يبق إلا إسناد ذلك إلى القلب الذي إن صلح صلح الجسد كلّه، وإن فسد أصيب الجسم بالوهن، وعدم القدرة على القيام بالأفعال الخيّرة التي تعود بالمصلحة على الفرد والجماعة.

وغير بعيد عن فكرة المنفعة لدى "هوبز" الذي أخذ كذلك بفكرة العقد الاجتماعي باعتباره مصلحة، إذ يرى أنّ الأفراد في صراع دائم، ولتجنّب هذه الصراعات وتنظيم

---

1) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص 28-29.

2) المرجع نفسه، ص 30.

المجتمع أبرم الأفراد عقدا يتنازلون بموجبه عن كامل حقوقهم لصالح كيان آخر هو الدّولة التي ليست طرفا في هذا العقد، وبالتّالي أصبحت لها يد مطلقة في تنظيم المجتمع من خلال القوانين التي تصدرها وفقا للمصالح التي تراها أولى بالرّعاية، وذلك خلافا لـــ "جون لوك" الذي يعتقد أنّ الأفراد لم يتنازلوا عن كلّ حقوقهم بموجب هذا العقد الاجتماعي، بل تنازلوا عن جزء منها فقط، في حدود ما هو ضروري لحماية بقية الحقوق.

أما "جان جاك روسو" الذي اشتهر العقد الاجتماعي باسمه أكثر من غيره، فهو يعتقد أنّ الأفراد كانوا يعيشون في سلام ووئام بحرّية ومساواة، ولكنّ المدنية أدّت إلى تعريض هذه الحرّية والمساواة للخطر، لذا تعاقد الأفراد على حماية ذلك من خلال عقد اجتماعي، وبالتّالي فالدّولة لا تخضع لإرادة الشّعب عند "هوبز" بل لها سلطة مطلقة، وهو تبرير للحكم الملكي والإمبراطوري، ويصلح تبريرا للحكم الشمولي في مختلف العصور، وتجوز الثورة ضدّ هذه الدّولة إذا لم تحترم العقد وفقا لما ذهب إليه "جون لوك"، وتبقى خاضعة لسيادة الشّعب عند "روسو"[1].

وإذا كان مفهوم القانون عند "بنتام" تسيطر عليه فكرة اللّذة والألم، وهدف الإنسان هو الحصول على اللذة وتجنّب الألم، فإنّ هذا القانون يقوم مقام العدالة، والظّلم، والحق، والانحلال، والفضيلة، والرّذيلة، ولا تتقيّد اللّذة عند "بنتام" باللّذة الحسية فقط، بل تمتدّ وتشمل لذائذ أخرى مثل القوّة والمال، السّمعة الطّيبة، والمعرفة، وكلّ ذلك في إطار منح الفرد أكبر قدر من الحرّية لتحقيق أكبر قدر من السّعادة لأكبر عدد من الأفراد، وهو ما يعرف عنده بمبدأ السّعادة العظمى، لذا فتجريم الفعل عنده لتوقيع الجزاء على من يخالف النّظم، يشترط فيه بلوغ درجة مقبولة، وأن يكون الفعل

---

1) النظرية العامة للتجريم: مرجع سابق، ص 128-129.

قابلا للإثبات، مع الأخذ بعين الاعتبار اتّجاه الرّأي العام في التّجريم والعقاب[1]. لكن المنفعة الحسية أو المادّية والتي استبدلت عند "سبينسر" بالنفعية العلية، بمعنى أنّ الإنسان الذي لا يستطيع أن يتلاءم مع بقية أفراد المجتمع ينتهي اعتمادا على قاعدة البقاء للأصلح، وهي النّظرية التي قال بها "داروين" في أصل النّشوء والتّطور، وتقترب وجهة نظر "سبينسر" من الفلسفة العقلية عند "كانط" وغيره، لكنّها مع ذلك تبقى قائمة على فكرة النّفعية، أمّا عند "كانط" فالعنصر البارز هو مفهوم القانون الطّبيعي، باعتبار القانون هو مجموع الظّروف التي تعمل فيها الإرادة الحرّة لفرد مع إرادة حرّة لفرد آخر تحت قانون الحرّية الشاملة، "فأساس القانون عنده –وبالتّالي المصلحة التي يحميها هذا القانون– هو تصرّف الفرد، وفقا لما يمكن أن يكون قاعدة للجميع، والحرّية هي القيمة الخلقية العليا، وهي حقّ طبيعي، وليست منحة، ومن ثمّة فالإنسان غاية بحدّ ذاته وليس وسيلة، لذا فوظيفة الدّولة هي حماية حقوق الأفراد والتّمتع بتلك الحقوق[2]. وهذا يفيد احترام حرّية الآخر بشكل مطلق، وهو ما يعرف بالواجب الأخلاقي عند "كانط" خلافا لفكرة الواجب القانوني التي أخذ بها "فيختة"، والتي تفيد معنى التّبادل للأثر، بحيث إذا لم تحترم حرّيتي فهذا التّصرف يسمح لي بأن لا أحترم حرّيتك، لكنّ كفالة هذا الاحترام أو فرض هذا الاحترام لا يقوم بها الفرد منفردا، بل يقوم بها طرف ثالث وهو السّلطة أو الدّولة بالمفهوم الحالي، لذا يمكن لهذا الطّرف الثّالث "الدّولة" أن تنظّم كيفية استعمال الأفراد لحقوقهم وحرّياتهم، وبالتّالي صار للدّولة دور إيجابي من خلال التّدخل، وليست مجرّد حارس لضمان ممارسة الأفراد لحقوقهم وفقا لمفهوم "كانط"[3]؛

---

1) المرجع نفسه، ص 102، وضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: مرجع سابق، ص 28.

2) النظرية العامة للتجريم: مرجع سابق، ص 129.

3) المرجع نفسه، ص 130.

وخاصّة "سبنسر" الذي بنى نظريته على أساس أنّ الدّولة وظيفتها تقتصر على حماية حقوق الأفراد، وهي وظيفة تفقد أهميتها كلّما ارتقى الإنسان، لأنّ المجتمع هو مجرّد تجمع بين الأفراد يسير في النّمو والارتقاء حتى يبلغ درجة التّخصصٍ بين أفراده، لذا فالكائن الاجتماعي له خلايا هي: مجموعة للتّغذية، ومجموعة لتوزيع الغذاء، ومجموعة للدّفاع والحماية، بحيث يذوب الفرد في الجماعة في نهاية التّطور[1].

لكن بالاستقراء ثبت أن الفرد لم يذب في الجماعة، والدّولة لم تزل، بل صار تدخّل الدّولة أكثر، حتّى أصبح اليوم وفي هذا العصر يعاقب الفرد على النّوايا، و عن الأفكار التي يحملها، رغم أنّ "بنتام" سبق له أن وضع شرطا مفاده عدم جواز محاكمة الأفراد على النّوايا، وهو ما ساد في أوروبا لعصور طويلة، لكنّها أخيرا أصبحت تحاكم الغير بسبب الأفكار والنّوايا، حماية لما تراه مصلحة قانونية لأفراد المجتمع أو السلطة العامة، لأنّ القانون عند فقهاء القانون الوضعي وعلى رأسهم "إهرنج" متطوّر ومتغيّر، حسب الظّروف والأزمنة المختلفة، في المجتمعات المختلفة، فغاية القانون عند إهرنج هي المصلحة التي تقوم من خلال البحث عن اللّذة أو تجنّب الألم مثلما اعتمد "بنتام"، وهي إمّا فردية أو عامّة، وللتّوفيق بين هذه المصالح يصبح وجود الدّولة ضروريا، وهو ما يعرف بالطّرف الثّالث عند سبنسر، وتصبح مهمّة الدّولة تنظيم ممارسة الحقوق والحرّيات من خلال الجمع بين الدّوافع الأنانية من طلب الثّواب والخوف من العقاب، والدّوافع الغيرية مثل الحبّ والشّعور بالواجب، وعليه فأساس أيّ قاعدة قانونية هو الفرد نفسه، لكن طالما أنّ الإنسان له صفة الفرد، وهو كائن اجتماعي بطبعه، فإنّ مصلحته من مصلحة هذه الجماعة التي ينتمي إليها، وعليه فالمصلحة عند "إهرنج" ومن ثمّة المنفعة هي المصلحة العامّة في النّهاية، وبالتّالي فهدف القاعدة القانونية الجزائية في

---

1) المرجع السابق، ص 135-136.

مجال العمل وغيره، هي تحقيق التّوازن بين المصلحتين الفردية والجماعية، وعند التّساوي ترجّح المصلحة العامّة لأنّها أكثر شمولا[1].

الفرع الثالث: معايير المصلحة:

إذا كان هدف القاعدة القانونية الجزائية، هو تحقيق التّوازن بين المصلحتين الفردية والجماعية، وعند التّساوي ترجّح المصلحة العامّة لأنّها أكثر شمولا فكيف تجري الموازنة بين هذه المصلحة، وما هو المعيار والميزان الذي يمكّننا من ذلك، وهل هي مصالح فردية أم عامّة فقط؟

للإجابة على هذا التّساؤل، حاول الفقهاء إيجاد تقسيم لهذه المصالح، ومنهم الفقيه "روسكو باوند" الذي قسّم المصالح التي يحميها القانون إلى مصالح فردية، وهي ما تعود بالنّفع على الفرد خاصّة، والمصالح العامّة وهي المصالح التي تعود على الجماعة بالنّفع باعتبارها شخصية قانونية، وتوسّع في مفهوم المصالح الاجتماعية باعتبارها ما يعود بالنّفع على الجماعة كونها مجتمعا إنسانيا، وهذه المصالح الاجتماعية أولاها أمن الجماعة، ويراد به تحقيق السّلامة العامّة من الغزو والكوارث الطّبيعية والصّناعية، والسّلام العام ومفاده تخويل طرف ثالث وهو الدّولة لاقتضاء الحقوق، وثانيها المصالح الاجتماعية وهي المحافظة على النظّم الاجتماعية، مثل الشّؤون العائلية، التي تشمل نظام الزّواج والطّلاق والميراث والتّنظيم العائلي، العلاقات العائلية، النّظم السّياسية بمختلف أنواعها وأشكالها: ملكية، جمهورية، مجرّد سلطة فعلية، النّظم الثّقافية التي تتضمّن خاصّة العقائد الدّينية والتي تشتّق منها حاليا حرّية العقيدة، وحرية التّعبير، وحرّية الرّأي، وحرّية إنشاء النقابات، وحرّية الانتماء إلى نقابة، وحماية النّظم الاقتصادية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كان اقتصادا رأسماليا، أو اشتراكيا، أو إسلاميا، وثالثها هي

---

1) المرجع السابق، ص 104-105.

المصلحة الأخلاقية، وهي مجموع القيم والنواميس التي ترى الجماعة ضرورة حمايتها، ورابعة المصالح هي المحافظة على الثروة واستمرار استغلالها، وآخر هذه المصالح وأولها هي الفرد نفسه، من خلال حماية حياته وجسمه وعقله.

لكن هذه المصالح متلاصقة وليس بينها فاصل دقيق، وهذا التّقسيم لإجراء المفاضلة بينها، أي إنّه تقسيم معياري، وهو ما يعرف عند "باوند" بالهندسية الاجتماعية. والثّابت أنّ ما هو مصلحة اجتماعية، وما هو مصلحة فردية أمر يختلف فيه النّظر السّياسي، كما أنّ وضع المصالح الاجتماعية في مراتب متفاوتة الأهمية يعد أخذا بوجهة نظر سياسية معيّنة[1]. فإيجاد حلّ للمشكلة لا يبني على التّفكير العقلي المنطقي البحت، بل تتداخل فيه العواطف والقيّم والعقائد الدّينية والفلسفية والاقتصادية خاصّة، وهي إصدار أحكام قيمية، وبالتّالي فهذه الأحكام نسبية، لذا لم يتمكن الباحثون القانونيون والفلاسفة قبلهم من اليونان والرومان والمسلمين من الوصول إلى إيجاد ميزان دقيق يهدينا إلى المصلحة الحقيقية، بل إنّ المشكلة تبدأ عند تعريف ما هي المصلحة الحقيقية.

طبعا يمكن وصف الحقيقية القانونية عموما بأنّها الحقيقة أو المصلحة الحقيقية التي نص القانون على حمايتها من خلال عنصر الجزاء الذي يوقّع على من يخالف هذه القاعدة، ويمكن تحديد المصلحة الحقيقية من خلال الحقيقة القضائية، وهي أنّ الحكم النّهائي الذي يصدر بشأن نزاع بين خصمين لهما مصلحتان متعارضتان هو عنوان للحقيقة فيما فصل فيه في المواد المدنية عامّة، أو فيما فصل فيه وكان فصله ضروريا في المواد الجزائية.

---

1) المرجع السابق، ص 104-108.

ومع ذلك تبقى هذه الحقيقة نسبية ببقاء هذا الحكم القضائي قائما، وذلك النّص القانوني المبين لقاعدة قانونية ويتضمّن حماية مصلحة أولى بالرعاية ساريا على ما يجري تطبيقه عليه.

إنّ المصلحة هي المزّية المتولّدة عن المركز القانوني الذي تحميه قاعدة قانونية أو شرعية، تتضمّن جزاء لمخالفة هذه القاعدة، والمصلحة الحقيقية هي التي يرشدنا الله إليها من خلال الكتاب والسنة، وعند غير المسلمين هي التي تقوّم على أنّها مصلحة من قبل الفئة الغالبة، سواء كان فردا أو جماعة، تستند إلى قناعة فردية أم جماعية، في شكل سلطة مشروعة أو مجرّد سلطة فعلية، تستمد مشروعيتها من قدرتها على إنفاذ قواعد الجزاء والحماية، أو من قوّة الفكرة التي تبنى عليها المصلحة، أو من استقرار رأي الجماعة الذي يشكّل دافعا لهذه الحماية، ومبرّرا لإلزام الغير بما يكرهون.

فالمصلحة القانونية إذا هي ما تقرّه الفئة الغالبة، سواء كانت عند المسلمين أو عند الأوروبيين، أو غيرهم، حتّى وإن اختلفت المقاييس التي يقيسون بها مفهوم المنفعة، وبالتّالي المصلحة، وعموما الخير والشّر، لذا فأوجه المصلحة متعدّدة، فما يراه الفرد مصلحة فهو مصلحة، وما تراه الجماعة مصلحة عامّة أو اجتماعية أو أخلاقية أو اقتصادية فهو مصلحة، وعند تعارض هذه المصالح تقدّم المصلحة التي تراها القوّة الغالبة أولى بالحماية والرّعاية، سواء استندت إلى قوّة الحجّة، أو قوّة السّلطة، أو قوّة العدد، أو قوّة الفكرة، أو قوّة الإيمان، أو مجموع هذه القوى التي أفرزت القوّة الغالبة