



مقاصد الشريعة في تشريعات الحدود

د. هيثم عبد أكيد خرنث*

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد.

فإن علماء الأصول يكادون يجمعون على أن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل، وأن ليس في أحكام الله تعالى ما لا يسير على مبدأ تعليل الشريعة مقررين أن التعليل مستمر في جميع تفاصيل الشريعة، ولهذا عمدوا إلى استقراء الأحكام الشرعية وعللها والمصالح المرجوة منها بغية وضع مناهج أصولية وتقرير قواعد أصولية لمبدأ التعليل تنظم الأحكام الشرعية، حتى لا يكون الاجتهاد عبثاً يناقض سمو الشريعة في كمالها وتكاملها، فوضعوا مناهج وقواعد للتعليل، منها ما كان يدور حول التعليل الكلي للأحكام، ومنها ما كان يدور حول التعليل الجزئي، فكان منهم أن أبدعوا في تقعيد التعليل من خلال وضع القياس والاستحسان والمصالح المرسلة ومقاصد الشريعة.

وتعد مقاصد الشريعة من المباحث المهمة التي تظهر مدى الترابط بين العلل والمصالح من جهة وبين الأحكام الشرعية من جهة أخرى، إلا أن للمقاصد دوراً مختلفاً عن غيرها من المناهج الأصولية التي وضعت لتقعيد مبدأ التعليل -القياس والاستحسان والمصالح المرسلة- إذ إن المقاصد تدور حول التعليل الكلي للأحكام بخلاف الأخرى

* الجامعة الأسمرية.

حيث كانت تدور حول التعليل الجزئي، ولهذا كان للمقاصد طريقة مختلفة في ارتباطها بالأحكام.

ورغم اتفاق الأصوليين على ابتناء الأحكام على مقاصد كلية وارتباطها بها، إلا أنهم مختلفون في طبيعة الوظيفة التشريعية للمقاصد، ويشدّد الخلاف بين المعاصرين حيث نجدهم -بوجه عام- في اتجاهين:

الاتجاه الأول: يعتبر المقاصد تفرعاً على بحوث العلة في أصول الفقه، رابطاً إياها بمسألة التعليل بالحكمة وبمسلك من مسالك العلة وهو المناسب المرسل، وبناء على ذلك يرفض أصحاب هذا الاتجاه أن تعطى للمقاصد وظيفة تشريعية ابتدائية مستقلة في استنباط الأحكام الجزئية؛ لأنه لما جعل المقاصد جزءاً من مباحث القياس، وأجرى عليها شروط القياس وضوابطه، لم تكن الأحكام المستنبطة بالمقاصد سوى أحكاماً مستنبطة بالقياس، وبهذا نجد أن أصحاب هذا الاتجاه لا يجعلون للمقاصد وظيفة تشريعية مستقلة.

الاتجاه الثاني: يعتبر المقاصد الإطار العام الذي تبنى عليه كافة مناهج الاستنباط والاجتهاد، فكانت مباحث أصول الفقه مضبوطة بهذا الإطار وسائرة على وفقه وطريقته، وبناء على ذلك فإن عجزت تلك المباحث الأصولية التقليدية عن مواكبة المستجدات الحديثة في استنباط أحكامها، أو ناقضت تلك المقاصد في تحقيق المصالح ودرء المفاسد، فإن الواجب حينها العودة إلى الأساس التشريعي أي العودة إلى مقاصد الشريعة العامة واستنباط الأحكام الجزئية بها، وعليه فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون جواز استقلالية المقاصد بوظيفة تشريعية ابتدائية في استنباط الأحكام الجزئية.

وليس الغرض من هذا البحث تحقيق القول في هذه القضية، لكن يمكن بيان الراجح في ذلك بالقول: إن مما يجانب الصواب الادعاء أن للمقاصد وظيفة تشريعية ابتدائية مستقلة في استنباط الأحكام الجزئية، فرغم صحة القول بأن المقاصد الإطار العام الذي تبنى عليه كافة مناهج الاستنباط والاجتهاد، إلا أن المقاصد لا يتصور إدراكها في الجزئيات إدراكاً كلياً مستمراً، وإنما يتصور ذلك في الكليات؛ لأن الحكمة المطلقة لا يملكها المجتهد فقد تخفى عليه حقيقتها أو يخطئ في تقديرها أو موازنتها بغيرها أو غير ذلك من دقائق الحكم والمصالح التشريعية العامة في الجزئيات، وإن أوكلنا أمر تقدير المقاصد في الجزئيات إلى المجتهدين فسنجد اختلافاً كبيراً وبوناً

شاسعاً بينهم في إدراكها وتصورها في تلك الجزئيات، وفي ذلك يقول الشاطبي: «إن المصالح التي تقوم بها أحوال العبد لا يعرفها حق معرفتها إلا خالقها وواضعها، وليس للعبد بها علم إلا من بعض الوجوه، والذي يخفى عليه منها أكثر من الذي يبدو له، فقد يكون ساعياً في مصلحة نفسه من وجه لا يوصله إليها، أو يوصله إليها عاجلاً لا آجلاً، أو يوصله إليها ناقصة لا كاملة، أو يكون فيها مفسدة تربى في الموازنة على المصلحة فلا يقوم خيرها بشرها، وكم من مدبر أمراً لا يتم له على كماله أصلاً ولا يجنى منه ثمرة أصلاً وهو معلوم مشاهد بين العقلاء، فلماذا بعث الله النبيين مبشرين ومنذرين، فإذا كان كذلك فالرجوع إلى الوجه الذي وضعه الشارع رجوع إلى وجه حصول المصلحة والتخفيف على الكمال بخلاف الرجوع إلى ما خالفه»⁽¹⁾.

ومن هنا نجد أن جمهور الأصوليين يرفضون التعليل بالحكمة⁽²⁾، ويقصرون الجواز على التعليل بالعلة دون الحكمة؛ لأن العلة وصف ظاهر منضبط، حيث كان الظهور والانضباط شرطاً لاعتبار عِلِّيَّة الوصف، بخلاف الحكمة التي لا تكون على هذا النحو في الظهور والانضباط، فرغم كون الحكمة الغاية الأساس لتشريع الحكم إلا أن القول بالتعليل بها يؤدي إلى كثرة الغلط والخطأ في تقديرها وتحقيقها في المحل، فلأجل ذلك رفض جمهور الأصوليين التعليل بالحكمة وقصروا الجواز على العلة فقط، ومن أجاز التعليل بالحكمة فقد أجاز به بشرط أن تكون الحكمة ظاهرة ومنضبطة، إذ ينتفي حينئذ كثرة الغلط والخطأ في التقدير⁽³⁾.

ولذا فإنني أرى أن دور المقاصد التشريعي يكمن فيما يلي:

أولاً: وظيفة تشريعية ابتدائية للأحكام الكلية، ذلك أن مقاصد الشريعة والمصالح العامة

1- الشاطبي، الموافقات 1/ 349.

2- إن مصطلح الحكمة مرادف لمصطلح المقاصد أو على الأقل قريب منه إلى حد كبير، انظر: الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي 21، د. زياد احميدان، مقاصد الشريعة الإسلامية 24.

3- انظر: الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام 3/ 254، الرازي، المحصول في علم الأصول 5/ 287، الأسنوي، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول، 3/ 105، البدخشي، منهاج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول، 3/ 105، الزركشي، تشنيف المسامع بجمع الجوامع 3/ 215.

ويجب التنبيه إلى أن بعض الأصوليين -كالرازي والبيضاوي- ذهب إلى جواز التعليل بالحكمة مطلقاً سواء أكانت ظاهرة ومنضبطة أم لا، وهم في ذلك قريبون من الاتجاه الثاني الذي يرى أن الوظيفة التشريعية للمقاصد تتعدى إلى استنباط الأحكام الجزئية.

قد ثبتت باستقراء النصوص وملاحظة عللها الكلية، قال البيضاوي: «الاستقراء دل على أن الله سبحانه شرع أحكامه لمصالح العباد تفضلاً وإحساناً»⁽⁴⁾، وقال الشاطبي: «استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد»⁽⁵⁾، وقال في الاستدلال على ثبوت هذه المقاصد: «ودليل ذلك استقراء الشريعة والنظر في أدلتها الكلية والجزئية وما انطوت عليه من هذه الأمور العامة، على حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص، بل بأدلة منضاف بعضها إلى بعض مختلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة»⁽⁶⁾.

ولما كانت مقاصد الشريعة والمصالح العامة ثابتة باستقراء النصوص فإنها تعد مناطات كلية للأحكام، وهذا بخلاف الأدلة التفصيلية التي تعد مناطات جزئية لتلك الأحكام⁽⁷⁾، فإن كان مناط المقاصد مناطاً كلياً فإن الأحكام المبنية عليها كذلك أي أن أحكامها كلية، فنقول مثلاً: إن من مقاصد الشريعة حفظ النفس، أما الحكم الذي يبنى على ذلك المقصد وجوب كل ما يؤدي إلى حفظها وتحريم كل ما يؤدي إلى تلفها وإهلاكها، وهذا حكم كلي⁽⁸⁾.

وهذا بدوره أدى إلى أن تتسم هذه المقاصد وأحكامها بالعمومية والقطعية، يقول الشاطبي في ذلك: «وإذا دل الاستقراء على هذا وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة»⁽⁹⁾.

وبهذا نخلص إلى أن لمقاصد الشريعة وظيفة تشريعية للأحكام الكلية دون الأحكام الجزئية، وهي ثابتة باستقراء النصوص ومتصفة بالعمومية والقطعية، وانبى على ذلك أن تكون المقاصد حاکمة على القواعد الأصولية والأدلة التفصيلية، وهذا بدوره أدى إلى ظهور الوظيفة التالية.

4- الأسنوي، نهاية السؤل 3/ 56.

5- الشاطبي، الموافقات 2/ 6.

6- المصدر نفسه 2/ 51.

7- البوطي، د. محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية 108.

8- وهذا أشبه ما يكون بالقواعد الفقهية إذ إنها أحكام كلية، وقد ثبتت هذه القواعد باستقراء النصوص، فنقول مثلاً: إن من قواعد الفقه: اليقين لا يزول بالشك، وهذا حكم كلي لا جزئي، ولا يجوز إثبات مثل هذه القاعدة الفقهية إلا باستقراء النصوص.

9- الشاطبي، الموافقات 2/ 7.

ثانياً: وظيفة النقض والاعتراض على بعض ما ينتج من تطبيق بعض القواعد الأصولية في استنباط أحكام جزئية، فعندما يختل عمل قاعدة أصولية في استنباط حكم جزئي، فقد يظهر ذلك من خلال مناقضة مقصد شرعي عام، فيبطل الحكم المستنبط ويبحث في حكمه من جديد حتى يوافق مقاصد الشريعة، ولذا فإن الأصوليين يجعلون تحقق المصلحة شرطاً في العمل في بعض القواعد الأصولية.

ومن تطبيقات ذلك في قواعد الأصول اشتراط الأصوليين في باب العلة في القياس أن تكون العلة مشتملة على الحكمة، فإن لم تشتمل عليها بطل التعليل حينئذ بها ولا يصح تعدية حكم الأصل إلى الفرع، وهذا ما نص عليه الأصوليون، قال ابن السبكي: «ومن شروط الإلحاق بها (أي بالعلة) (10) اشتمالها على حكمة تُبْعَثُ على الامتثال، وتُصَلِّحُ شاهداً لإناطة الحكم، ومن ثمَّ كان مانعها وصفاً وجودياً يُخِلُّ بحكمتها» (11)، أي أن تحقق الحكمة والمقصد من تشريع الحكم في الفرع شرط لصحة تعدية الحكم إليه، فإن انتفت الحكمة والمقصد الشرعي كان ذلك مانعاً لسبب الحكم -وهو العلة- من ثبوت الحكم في الفرع، فتكون العلة متحققة لكن المانع (وهو انتفاء الحكمة) لما ورد على العلة لم يثبت الحكم بها، ويقول ابن الحاجب في المعنى نفسه: «ومن شروط علة الأصل أن تكون بمعنى الباعث أي مشتملة على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم» (12).

ومن تطبيقاته أيضاً تحقيق المناط في باب القياس، فقد ذكر الأصوليون أنه عبارة عن النظر في إثبات العلة في بعض الصور بعد معرفة العلة بنص أو إجماع أو استنباط (13)، وقد مثل البعض لذلك بإيقاف عمر بن الخطاب رضي الله عنه سهم المؤلفة قلوبهم، وإيقافه أيضاً حد السرقة عام المجاعة (14)، فقد يظهر للبعض أن العلة متحققة في تلك الصور، لكن المدقق فيها يجد خلاف ذلك، فالحكمة من تشريع سهم المؤلفة قلوبهم ومن تشريع حد السرقة غير متحققة بكاملها، فأوقف عمر رضي الله عنه الحكم في المسألتين.

10- أو بسبب العلة، فيكون المعنى: ومن شروط إلحاق الفرع بالأصل بسبب وجود العلة في الفرع اشتمال العلة على الحكمة.

11- ابن السبكي، جمع الجوامع 84.

12- ابن الحاجب، المختصر 4/ 174.

13- ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير 3/ 194.

14- البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية 129 - 132.

ومن تطبيقاته أيضاً بعض أوجه الاستحسان، إذ هو عدول بحكم واقعة عن نفاذها للدليل، ومن ذلك مصلحة راجحة دل الدليل على اعتبارها وجعلها مناطاً للأحكام، وغير ذلك من التطبيقات في شتى أبواب الأصول.

وبعد هذا البيان الموجز للمقاصد ودورها التشريعي، فإنني أبتغي من هذا البحث ربط ذلك بواقع تطبيقي يظهر أثر مقاصد الشريعة في تشريع الأحكام الجزئية من خلال أحد الأبواب الفقهية، وهو باب الحدود، وسيظهر لنا من خلال تطبيق دور الوظيفة التشريعية للمقاصد في باب الحدود وجود ارتباط بنائي محكم بينهما وسيتبين لنا أثر مقاصد الشريعة في تشريعات الحدود.

ويتمحور البحث حول عدة نقاط أعرض فيها بعض القواعد والضوابط التي يتبين فيها أثر الفقه المقاصدي في تشريعات الحدود، ولا أزعج أني وفيت الموضوع حقه، بل إنني اقتصرته على بعض تشريعات الحدود؛ لأن الغاية تتحقق بالتمثيل وهي تنقضي بهذا القدر، كما أن استقصاءه يحتاج إلى أكثر من هذا البحث، أما هذه النقاط فعلى النحو التالي:

- الأولى: ابتناء تشريعات الحدود على حفظ مقاصد الشريعة
 - الثانية: تعد الحدود وسائل سلبية لحفظ مقاصد الشريعة
 - الثالثة: اقتصار تشريعات الحدود على حفظ المقاصد الضرورية
 - الرابعة: ابتناء تشريعات الحدود على مبدأ الشرعية
 - الخامسة: انتفاء المقصد من تشريع الحد يمنع إقامته ويمنع تشريعه أيضاً
 - السادسة: وجوب المساواة في تشريع الحدود وتطبيقها
 - السابعة: خصوصية الإثبات في بعض الحدود
 - الثامنة: درء الحدود بالشبهات
 - التاسعة: الستر والشفاعة في الحدود
- وفيما يلي تفصيل ذلك:

الأولى: ابتناء تشريعات الحدود على حفظ مقاصد الشريعة

ثبت بالاستقراء أن تشريعات الإسلام في كل تفصيلاتها وعلى وجه مستمر أبداً إنما جاءت لحفظ مقاصد الشريعة بتحقيق المصالح ودرء المفاسد، ولا يلزم من كون هذه المقاصد ملحوظة في أكثرها وغير ملحوظة في بعضها من أن تكون المقاصد غير

الملحوظة منتفية في التشريعات أو غير مبنية عليها، وهذا ما نص عليه الطاهر ابن عاشور بقوله: «مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها» (15).

ولذا فإن التشريعات على وجه العموم والتشريعات الجنائية على وجه الخصوص وتشريعات الحدود بوجه أخص إنما جاءت لحفظ مقاصد الشريعة ولا يمنع خفاؤها أو عدم ملاحظتها أو معارضتها لمقاصد شرعية أخرى معارضة ظاهرة أو انقضاءها أو عدم ابتنائها ومجيئها لحفظ مقاصد شرعية.

وبناء على ذلك فإن الإسلام بتشريعه العقاب عموماً والحدود خصوصاً إنما يبتغي بها حفظ مقاصد الشريعة، وتعود هذه المقاصد إلى خمسة مقاصد كلية عامة وهي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال، وللمقاصد وسائل تعمل على تحقيق حفظ هذه الكليات الخمسة، لكن هذه الوسائل ليست على درجة واحدة، وإنما تتدرج في مراحل ثلاث حسب أهميتها ودرجتها في الحفظ، فوسائل الحفظ ثلاث، وهي على النحو التالي: ضرورية، وحاجية، وتحسينية (16)، أما الضرورية فهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، ويترتب على فقدانها اختلال وفساد كبير في الدنيا والآخرة، وبقدر ما يكون من فقدانها بقدر ما يكون من الفساد والتعطيل في نظام الحياة، وأما الحاجية فهي التي يتحقق بها رفع الضيق والحرَج عن حياة المكلفين والتوسعة فيها، وأما التحسينية فهي التي لا ترتقي أهميتها إلى مستوى المرتبتين السابقتين، وإنما شأنها أن تتم المصالح وتحسن بتحصيلها (17).

الثانية: تعد الحدود وسائل سلبية لحفظ مقاصد الشريعة

إن حفظ المقاصد الشرعية يتم على وجهين يكمل أحدهما الآخر (18):

15- ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية 50.

16- البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية 110.

17- الريسوني، د. أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي 117.

18- إن الفضل في إبداع إيجاد هذا التقسيم وغيره من تقسيمات المقاصد إنما يعود إلى الإمام الشاطبي

الأول: حفظها من جانب الوجود، أي بشرع ما يحقق وجودها ويثبت قواعدها ويقيم أركانها، فوجوب الإيمان راجع إلى حفظ الدين من جانب الوجود.

الثاني: حفظها من جانب عدم، أي بمنع ما يؤدي إلى إلزائها أو الإخلال بها أو فسادها، فوجوب الجهاد راجع إلى حفظ الدين من جانب عدم⁽¹⁹⁾.

وبناء على هذا التقسيم لوجوه حفظ مقاصد الشريعة فإننا ندرك أن تشريعات الحدود تعمل على حفظ المقاصد من جانب عدم، أو كما يسميها البعض وسائل سلبية في حفظ المقاصد⁽²⁰⁾، وفيما يلي بيان ذلك في الحدود السبعة:

أولاً: حد الردة: شرع حد الردة لحفظ الدين من جانب عدم، فبعد أن شرع ما يحفظه من جانب الوجود كوجوب الإيمان ووجوب الدعوة ونشر الإسلام، شرع ما يحفظه من جانب عدم وذلك بقتل المرتد بإقامة حد الردة عليه حتى لا يخل بمقصد الشرع في حفظ الدين.

ثانياً: حد البغي: شرع حد البغي لحفظ الدين والنفس والمال من جانب عدم، فبعد أن شرع ما يحفظ هذه المقاصد بوسائل إيجابية تحقق وجودها، شرع بعد ذلك ما يمنع هدمها وإخلالها فأوجب إقامة حد البغي، لأنه يخل بوحدة الأمة وكيانها بخروج طائفة على الإمام حين اجتمعت كلمة الأمة عليه، فيؤثر في الأمة في دينها ويشيع الهرج والمرج بانتشار القتل وانتهاك أموال الناس.

ثالثاً: حد الحرابة: شرع حد الحرابة لحفظ النفس والمال من جانب عدم، فوجب إقامة حد الحرابة على من ينتهك حرمة النفس والأموال، فيمنع ويشد على يديه ويعاقب حين القدرة عليه.

رابعاً: حد الشرب: شرع حد شرب الخمر لحفظ العقل من جانب عدم، فقد أوجب الشارع ما يؤدي إلى حفظه من جانب الوجود بالعلم والبحث وتوسيع مدارك الإنسان لإعمار الأرض والانتفاع بموجوداتها وغير ذلك من التشريعات التي تحفظ العقل من جانب الوجود، وفي المقابل شرع ما يحفظه من جانب عدم فمنعت المسكرات وحرم

في كتابه الموافقات، وقد استحسن هذه التقسيمات من بعده وأولعوا في تفصيلها وبيانها وشرحها.

19- الشاطبي، الموافقات 2/ 8.

20- الفيتوري، محمد عطية، فقه العقوبة الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي 1/ 153.

شربها، لأن فيها إهلاكاً وإبطالاً وتعطيلاً للعقل البشري، ووجب إقامة العقوبة على الشارب فكان هذا حفظاً للعقل من جانب عدم ووسيلة سلبية في حفظه.

خامساً وسادساً: حدا الزنى والقذف: شرع حدا الزنى والقذف لحفظ النسل من جانب عدم، وقبل ذلك شرع حفظه من جانب الوجود بأن أوجب الشارع بقاء النوع الإنساني وجعل سبيله الزواج، فشرع عقد الزواج وضبطت أحكامه وجعل سبيلاً لقضاء الشهوة والتناسل، وجعلت الأسرة أساس المجتمع ورابطاً بين أفرادها، وفي المقابل وجب حفظ النسل من جانب عدم بمنع كل ما يخل به ويهدم العلاقة السوية التي شرعت بين المرأة والرجل لتنظيم النسل، فأوجب الشارع حدي الزنى والقذف لما فيهما من أثر عظيم في زعزعة استقرار العلاقة الزوجية وكيثونة الأسرة، فكان هذا حفظاً للنسل من جانب عدم ووسيلة سلبية في حفظه.

سابعاً: حد السرقة: شرع حد السرقة لحفظ المال من جانب عدم بعدما شرعت الأحكام التي تنظم طرق تحصيله والانتفاع به ضمن نظام اقتصادي شرعي، فجاء تشريع حد السرقة لما فيه من هدم وإبطال للحفظ الإيجابي، فكان حد السرقة وسيلة سلبية لحفظ المال.

وبهذا ندرك أن تشريعات الحدود إنما هي لحفظ مقاصد الشريعة من جانب عدم، أو كما يسميها البعض وسائل سلبية لحفظ المقاصد.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن كون تشريعات الحدود وسائل سلبية لحفظ مقاصد الشرع إنما هي قاعدة كلية ومستند عام ينطوي تحته كثير من الأحكام المتعلقة بالحدود، فقد أصبحت هذه القاعدة الأساس الذي يضبط تشريعات الحدود، ويبيان ذلك يكون في النقاط التالية.

الثالثة: اقتصار تشريعات الحدود على حفظ المقاصد الضرورية

إن الوسائل السلبية المشروعة لحفظ المقاصد تختلف في حقيقتها وماهيتها عن الوسائل الإيجابية، ذلك أن الوسائل الإيجابية أمر بإيجاد الشيء وذلك لا يتصور إلا فيما يكون حسناً، وبذلك تكون المصلحة المتحققة فيها مصلحة حقيقية، أما الوسائل السلبية فليست على هذا النحو فقد تكون قبيحة في ذاتها إلا أنها أصبحت حسنة لتحقيق مصلحة إضافية لا حقيقية، فشرع لحفظ المال مثلاً وسائل إيجابية كتشريع البيع وهو حسن

بذاته والمصلحة المتحققة به مصلحة حقيقية، أما الوسائل السلبية لحفظه كإقامة حد السرقة فهي قبيحة بذاتها؛ لأن حقيقتها إتلاف عضو محترم مصون قبل السرقة، لكنها تحقق مصلحة إضافية في حفظ المال، أي أن فيها ضرراً خاصاً لكنها تحقق مصلحة جماعية.

والناظر في العقوبات الحدية يجد أنها عقوباتٌ توقع ضرراً كبيراً على المحدود، بل إنها اعتداء على ما وجب حفظه وصيانته؛ لأن الحدود قتل أو قطع عضو أو ضرب وإيذاء أو نفي وإبعاد، وهذه أضرار ممنوعة في الأصل، فيحرم الاعتداء على أي إنسان بأي وجه من هذه الأوجه من الإيذاء كأصل عام، لكنها أصبحت مشروعة لما تحققه من حفظ لمقاصد الشريعة من جانب عدم، ولما كانت أوجه الإيذاء هذه ممنوعة في الأصل لما فيها من اعتداء على إنسانية الإنسان بالقتل أو غيره، وجب أن لا يصار إليها إلا لضرورة حقيقية متحققة، فلا يشرع الحد إلا لحفظ مقصد شرعي ضروري، فلا يتصور القتل مثلاً لأجل تحقيق مقاصد حاجية؛ لأن حفظ النفس مقصد ضروري فلا ينتهك إلا لتحقيق مقصد ضروري أعظم.

وبناء على ذلك فإن تشريعات الحدود لما كانت وسائل سلبية لحفظ المقاصد وجب أن لا تشرع إلا لتحقيق مقاصد ضرورية، فتشريعها لحفظ مقاصد من جانب عدم يؤدي إلى انتهاك ما وجب حفظه من جانب الوجود وهي مقاصد ضرورية أصلاً، فلا يتصور إعدامها والرجوع عن حفظها إلا لحفظ مقصد أعظم وذلك لا يكون إلا في مقصد ضروري أكبر.

الرابعة: ابتناء تشريعات الحدود على مبدأ الشرعية

إن مبدأ الشرعية في التشريعات الجنائية الوضعية يتمحور في أمرين⁽²¹⁾:

الأول: شرعية السلطة القائمة على التشريع والحكم والإدارة، فلا يوصف حكمٌ بالشرعية الصحيحة حتى يكون صادراً من أهله أولاً، وسلطة ولي الأمر لا تتصف بالمشروعية حتى تستند إلى أساس عقدي أو فكري يملك ولي الأمر من خلالها حقية التشريع والحكم والإدارة، وبدون هذا الاستناد لا يمكن وصف أحكامه وتشريعاته بالشرعية حتى ولو كانت عادلة ومنصفة وتعطي الحق لأصحابه.

21- وهذا ما أشار إليه بعض المعاصرين انظر مثلاً: الفيتوري، فقه العقوبة الحدية 1/ 199 وما بعدها.

الثاني: قيام نظام تشريعي جنائي يحدد الأفعال التي تعد جرائم ويبين أحكامها وعقوباتها، ولا يجوز تجريم فعل قبل بيان منعه، كما لا يجوز إيقاع العقوبة قبل تحديدها وترتيبها على الفعل الممنوع.

وقد قرر فقهاء الشريعة هذه القاعدة وعملوا بها؛ لأن أصلها موجود في الشرع، فأما مبدأ شرعية السلطة فقائم؛ لأنه من الله تعالى، بل إننا نرى كمسلمين أن الأحكام لا توصف بالشرعية إلا إذا نسبت إلى الشرع بنص أو استنباط على وفق مناهج وقواعد أصولية، وهذا ما ذكره الله تعالى في كتابه الكريم: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام: 57].

وأما مبدأ الشرعية في تحديد الجريمة قبل وقوعها والعقوبة قبل إيقاعها، فقد قرر الفقهاء إجماعاً أن الفعل لا يوصف بالجرم والتحريم إلا باستناده لدليل، ولا يجوز أن يجرم فعل قبل تحريمه⁽²²⁾، لأن الإنسان لا يكلف قبل بلوغه الحكم فهم متفقون على هذه القاعدة وإن كانوا مختلفين في كيفية التكليف بناء على اختلافهم في مسألة التحسين والتقيح العقليين وتعليل الأحكام بها.

والنصوص الدالة على صحة مبدأ الشرعية والعمل به في الشريعة الإسلامية مستفيضة، منها قول الله تعالى: ﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: 165]، ومنها قول الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: 15]، فهذه النصوص وغيرها واضحة الدلالة في العمل بمبدأ الشرعية في تحديد الجريمة قبل وقوعها والعقوبة قبل إيقاعها⁽²³⁾.

22- انظر تفصيل ذلك: عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي 70 وما بعدها، الخامس، د. فهمي بن الطيب، الفقه الجنائي الإسلامي 163 وما بعدها.

23- اعترض البعض على ذلك مدعين أن الشريعة قد عاقبت على جرائم لم تنص على عقوباتها قبل إيقاع العقوبة على تلك الجرائم، بل ادعوا أن تلك الأفعال لم ينص على تحريمها وإنما جاء النص بتحريمها وإيقاع العقوبة على مرتكبيها بعد وقوعها، ومثلوا لذلك بحديث القذف حين نزل قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْنُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَةٍ فَجُودُوهُنَّ ثَمَنَيْنِ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَدَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: 4] حيث جلد رسول الله ﷺ حسان بن ثابت وحمنة بنت جحش ومسطح ﷺ على ما روى به عائشة -رضي الله عنها-، فنزل النص محرماً ومعاقباً على الفعل بعد وقوعه. انظر: يونس عبد القوي الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي 62.

ويجاب عن ذلك أن الفعل قد ثبت تحريمه قبل نزول النص؛ لأن في ذلك طعناً في مسلم بالظن، ولا يجوز بأي وجه اتهام الغير والظن في أعراضهم بمجرد الظن، وهو حكم معلوم للصحابة،

=

وقد امتازت الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بوضع هذه القاعدة والعمل بها منذ بداية التشريع الإسلامي، بينما لم تعمل بها القوانين الوضعية إلا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية، وقررت لأول مرة في إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789م، ثم انتقلت من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية⁽²⁴⁾.

ولم تتميز الشريعة الإسلامية بسبق الوضع والعمل بهذا المبدأ فقط، بل امتازت الشريعة فيه بأكثر من ذلك، وفيما يلي بيانه:

- تتميز أحكام الشريعة بكونها صادرة من الله عز وجل المتصف بصفات الكمال مما أكسبها صفة العدل المطلق والحكمة المطلقة، أما غيرها من القوانين الوضعية فصادرة من قبل الإنسان المتصف بصفات العجز والنقص، فكانت غير منزهة عن الأهواء والنزوات والخطأ والتناقض.

والدليل على ذلك خروج النبي ﷺ على الناس وصعوده المنبر وقوله ﷺ: «من يعذرني من رجل قد بلغني عنه أذاه في أهلي ... فقام سعد بن معاذ ... فقال: أنا يا رسول الله أعذرك فإن كان من الأوس ضربت عنقه ...» صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب حديث الإفك، حديث رقم 3826، فكان الفعل معلوم التحريم؛ لأن النبي ﷺ طلب إعذاره من معاينة عبد الله بن أبي بن سلول، وسعد بن معاذ ﷺ طلب من النبي ﷺ الإذن بضرب عنقه، مما يدل على أن الفعل محرم معلوم التحريم، لكن النبي ﷺ لم يعاقب القاذف؛ لأن العقوبة المستحقة هي عقوبة تعزيرية وتقديرها يعود للإمام حينئذ، وكان يرى أنها لن تجدي نفعاً ولن توقف الإفك، بل ربما تزيده، فكان يرجو نزول الوحي ليقطع الأمر، فتأخر لحكمة أرادها الله تعالى، كما أنه لم يثبت للنبي ﷺ أن عبد الله بن أبي أشاع الإفك بصريح اللفظ ولذا قال النبي ﷺ: «بلغني عنه»، فلما استفحل الأمر صعد المنبر وطلب من الناس أن يعذروه من معاينته، إلا أن الوحي نزل وحوّل العقوبة من عقوبة تعزيرية استحققت على أصحاب الإفك إلى عقوبة حدية، فلما أقامها النبي ﷺ أقامها على من ثبت عليه القذف وهم الثلاثة الذين سبق ذكرهم، أما عبد الله بن أبي فلم يحده النبي ﷺ لأنه لم يثبت عليه القذف رغم كونه «الذي تولى كبره منهم» لأن الحد لا يقام إلا بشروطه الشرعية المعروفة.

وعليه فإن دعوى وجود حادثة أوقعت فيها عقوبة قبل تحديد الجريمة وعقابها دعوى باطلة، واستدلال أصحاب الدعوى بحادثة الإفك استدلال في غير محله، وغاية ما في الأمر أنها كانت عقوبة تعزيرية يعود تقديرها إلى الإمام، فرفع الله تعالى تقديرها للبشر وأثبت تقديرها في كتابه الكريم فأصبحت حداً من الحدود.

24- يونس عبد القوي الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي 32.

- تتميز أحكام الشريعة بالشرعية الصحيحة، لأن السلطة المُشرَّعة تستمد شرعيتها من أمر الله تعالى وفق منهجه البين، أما القوانين الوضعية فبعضها لا يتصف بذلك لكون السلطة المشرعة لا تمثل الإرادة الحقيقية للشعب، وبالتالي لا تتصف قوانينها بالشرعية.
- تتصف أحكام الشريعة بالقبول الواسع بين أهلها، فنجد الرضا والتسليم المطلق للأحكام؛ لأنها جمعت بين الإقناع العقلي والاطمئنان القلبي، كما جمعت بين التربية الإيمانية والعقوبات الرادعة، وجمعت أيضاً بين الأساليب الوقائية والأساليب العلاجية، بخلاف القوانين الوضعية التي لا تعمل على ذلك إلا بالقدر اليسير الذي لا يؤدي إلى الغاية المرجوة، ومن هنا نجد الفرق واسعاً في معدلات الجريمة بين الطرفين.
- تميزت الشريعة الإسلامية بالسبق في الكيفية المناسبة التي انتهت إليها القوانين الوضعية في تطبيق المبدأ، حيث وجدت تلك القوانين أن الإفراط في تطبيقه أدى إلى حصر كل الجرائم بأشكال محددة وعقوبات ثابتة، بينما الجرائم تتطور وتتغير صورها وأشكالها، كما أدى ذلك إلى عدم مراعاة الظروف والأحوال المخففة، وهذا كله أدى إلى تقييد القاضي في قضائه إلى أضيق دائرة، فعدلت القوانين عن ذلك فعرفت الجرائم تعريفاً عاماً يسمح بدخول النظائر، كما راعت الظروف والأحوال المخففة، وبهذا أعطت للقاضي حق التقدير، أما الشريعة الإسلامية فقد طبقت هذا المبدأ بهذه الكيفية ابتداءً، فأعطت للقاضي حق تقدير العقوبة له فيما يصح فيه الإطلاق لكن في إطار المناهج الاجتهادية الأصولية المضبوطة، وقيدته بنصوص شرعية واضحة فيما يجب فيه التقييد، وعلى هذا الأساس تم تقسيم الجرائم إلى جرائم الحدود والقصاص من جهة وجرائم التعزير من جهة أخرى، فابتدأت الشريعة بما انتهت إليه القوانين الوضعية في الكيفية المناسبة التي يطبق فيها هذا المبدأ⁽²⁵⁾.

وبعد هذا البيان لمبدأ الشرعية وتميز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية في سبق الإقرار والعمل وتميزها في مضمونه أيضاً، أبين علاقة مقاصد الشريعة بهذا المبدأ في تشريعات الحدود، فأقول: إن الفقهاء متفقون على أن الحدود عقوبات مقدرة من الشرع وأن الاجتهاد في تقديرها ممنوع، فنجد أن الحدود مقيّدة في تعيين جرائمها كما

25- انظر: أبو زهرة، الجريمة 133 وما بعدها.

أنها مقيّدة في عقوباتها، وعليه فإن مبدأ الشرعية في الحدود مضيق إلى حد أن القاضي لا يملك سلطة فيها سوى سلطة النطق بالحكم إذا ما قامت أركان الجريمة الحدية وتوفرت شروطها وانتفت موانعها.

وباستقراء الحدود السبعة نجد أن أكثرها منصوص عليه بنصوص من القرآن الكريم واضحة الدلالة على معناها إلا حد الردة وحد الشرب وأحد شقي حد الزنى، حيث جاءت السنة النبوية بأحاديث كثيرة صحيحة بتعيين العقوبة فيها وتقديرها.

والسبب في تطبيق مبدأ الشرعية على هذا النحو المضيق في جرائم الحدود يعود لأمرين:

الأول: أنها شرعت لحفظ مقاصد الشريعة من جانب عدم، وقد سبق البيان أن معنى ذلك هو انتهاك ما وجب حفظه من جانب الوجود وهي مقاصد ضرورية أصلاً كحفظ النفس بإحيائها، حيث أدى وجودها إلى ضرر أكبر من بقائها ووجودها، فوجب إعدامها والرجوع عن حفظها لحفظ مقصد أعظم وذلك لا يكون إلا في مقصد شرعي ضروري أكبر وأعظم، وهذا أمر يعود تقديره للشرع ليحسم فلا يختلف فيه بعد ذلك.

الثاني: بقاء هذه الأفعال الموجبة للعقوبات الحدية واستمرارها في البشرية، ذلك أنها لم تكن مرتبطة ببيئة أو بعرف أو بحالات خاصة وإنما هي أفعال مستمرة في الوجود مادامت البشرية قائمة في المعمورة، فالزنى موجود أبداً لا ينقضي ولا يتغير مهما تغيرت أعراف البشر وأنماط حياتهم، والسرقة والردة وكافة الحدود مستمرة بعينها دون تغير، ولذا صح تقديرها من جهة الشرع تقديراً مستمراً.

وعليه فإن الحدود قائمة على مبدأ الشرعية بإطاره الضيق فلا يكون تقديرها وتحديدها إلا للشرع ولا يملك القاضي سوى سلطة النطق بالحكم.

وبعد هذا البيان يمكن القول: إن مبدأ الشرعية في الحدود، أي حصر تشريعها وتقديرها بالنصوص أدى إلى نتائج، وهي على النحو التالي:

أولاً: عدم جواز القياس في الحدود، وهذا ما قال به كثير من الأصوليين⁽²⁶⁾، فلا يجوز

26- انظر: البخاري كشف الأسرار 2/ 221، وذكر بعض الشافعية أن ما ينقل عن مذهبهم القول بجواز القياس في الحدود إنما هو تنقيح مناط وليس قياساً، انظر: الغزالي، المستصفى 1/ 331، الزركشي، البحر المحيط 4/ 51، وانظر: أبو زهرة، العقوبة 142.

قياس فعل من جنس الفعل الذي استوجب الحد فيه، ولو كان في ذلك حفظ مقصد ضروري، لأنها وسيلة سلبية في الحفاظ تؤدي إلى انتهاك ما وجب حفظه وهو مقصد ضروري، وقد سبق القول: إن ذلك موكل إلى الشرع في تقديره، فلا يجوز تقدير مثل العقوبة الحدية في جنس الفعل، لأن الشارع حصر هذه العقوبة في هذا الفعل، وجعل أمر تقديرها موكلاً إليه، ومثال ذلك قياس الغصب على السرقة في وجوب إقامة حد السرقة، وقياس اللواط على الزنى في وجوب إقامة حد الرجم.

أما إن كان الفعل من غير جنس جرائم الحدود، فهل يمكن القول بجواز إيقاع عقوبة مساوية للعقوبة الحدية أو تزيد عليها، وبمعنى آخر هل يجوز إيقاع عقوبة القتل تعزيراً؟ أقول: نعم، يجوز ذلك؛ لأن تشريع العقوبة مرتبط أساساً بحفظ المقاصد الضرورية من جانب عدم، فإذا ما وجدنا فعلاً ذا أثر بالغ في الأمة ولم يكن من جنس جرائم الحدود وجب إيقاع العقوبة المناسبة ولو كانت العقوبة القتل، ويجب التنبيه هنا إلى أن هذه العقوبة لا تتصف بالدوام والاستمرار، بل يمكن أن تتبدل وتتغير إذا ما تغيرت الظروف والأحوال التي استدعت تشريع هذه العقوبة، وهذا من الفقه المقاصلي في التشريع الجنائي.

ثانياً: وجوب استمرار تشريع عقوبات الحدود ودوام إقامتها لأن أمر تقديرها موكل إلى الشرع لما تحفظه من مقاصد ضرورية من جانب عدم، ولا استمرار بقائها في البشرية أبداً كما سبق بيانه، ولهذا جاءت النصوص قاطعة وواضحة في وجوب إقامتها أبداً متى ما استحققت، وعليه فإن دعوى بعض المعاصرين بردها ورفضها مستدلين لذلك بأنها غير مناسبة لعصرنا وعدم موافقتها مع التطور الاجتماعي والمدني وبالتالي السعي لتبديلها وتغييرها، لا يصح قبول دعواهم على هذا الأساس، لما تحويه من إبطال لأساس تشريعها، وقد نص الأصوليون على قاعدة مهمة في الأصول يقولون فيها: إن من شروط التخصيص أن لا يعود التخصيص على العام بالإبطال، وهذا ما وقعوا فيه، فإنهم لما أرادوا تخصيص هذا العصر من لزوم تطبيق الحدود، عادوا على عموم تشريع الحدود بالإبطال، ولهذا فإن دعواهم مردودة ومرفوضة من هذا الوجه.

ثالثاً: عدم جواز الزيادة على العقوبة الحدية، لأنها شرعت لحفظ مقاصد ضرورية من جانب عدم، وبالتالي فإن الزيادة عليها تؤدي إلى زيادة في إعدام مقصد ضروري لا تجوز الزيادة في إعدامه إلا بدليل من الشرع، فيقتصر على ما نص الشارع فيها، ومن هنا لا يجوز أن تتعدى العقوبة إلى غير ما نص عليه الشرع كسب المحدود أو الدعاء

عليه أو نبذه في المجتمع أو رد توبته أو منعه من العمل أو غير ذلك من التعرض المادي أو المعنوي، ومما يستدل على عدم جواز ذلك:

الأول: ما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «أُتِيَ النبي ﷺ برجل قد شرب، قال: اضربوه، قال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده والضارب ببعله والضارب بثوبه، فلما انصرف قال بعض القوم: أجزاك الله، قال: لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان» (27).

الثاني: أن هذه العقوبات الزائدة لا تؤدي الغاية والغرض من تشريعها، إذ إن تشريعها كان لأجل حفظ مقصد ضروري من جانب عدم، فجاء تشريع الحدود متوافقاً مع هذه الغاية، أما هذه العقوبات الزائدة فهي مناقضة لمقصد الشريعة من تشريع الحدود فكانت مردودة من هذا الجانب أيضاً.

وبناء على ذلك يمكن القول بعدم صحة اشتراط عدم المحكومية أو الخلو من السوابق الجنائية لممارسة الأعمال على الإطلاق أو كثير منها، وإنما يصح هذا الشرط في الأعمال التي يشترط فيها العدالة كالقضاء والشهادة وغيرها، وإذا قلنا بجواز هذا الشرط في الأعمال التي يشترط فيها العدالة فلا بد في المقابل من أن تفتح الوسائل لرفع هذه الصفة -عدم العدالة- فلا تعلق هذه الأعمال في وجه المحدود إذا ما ظهرت توبته؛ لأن الفقهاء مجمعون على أن العدالة لا تسقط عن مسلم أبداً إلا في القذف حيث اختلفوا فيها، أما غير ذلك فهم مجمعون على عدم سقوطها أبداً؛ لأن ذلك مناقض لمقاصد الشريعة في التشريعات الجنائية عموماً.

الخامسة: انتفاء المقصد من تشريع الحد يمنع إقامته ويمنع تشريعه أيضاً

سبق القول: إن لمقاصد الشريعة وظيفة تشريعية، وقد بينت أن ذلك يكمن في طريقتين، أما الأولى: فهي وظيفة تشريعية ابتدائية للأحكام الكلية، وأما الثانية: فهي وظيفة النقض والاعتراض على بعض ما ينتج من تطبيق بعض القواعد الأصولية في استنباط أحكام جزئية، فعندما يختل عمل قاعدة أصولية في استنباط حكم جزئي، فقد يظهر ذلك من خلال مناقضة مقصد شرعي عام، فيبطل الحكم المستنبط ويبحث في حكمه من جديد حتى يوافق مقاصد الشريعة.

وما يعيننا بالذكر هنا هو الوظيفة الثانية حيث أقرر هذا المبدأ بالذكر فأقول: إن

27- صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، حديث رقم 6279.

انتفاء المقصد من تشريع الحد يمنع إقامته كما يمنع من تشريعه، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: انتفاء المقصد من تشريع الحد يمنع من إقامته

إن انتفاء الغاية من تشريع الحد يمنع إقامته، ذلك أن الحكم معللٌ انتفاءً بالمقصد الشرعي، فقد توجد صورة الفعل المحرم لكن يدرأ الحد لشبهة جعلت إقامة الحد غير مجدية ولا موصلة لما شرع الحكم من أجله، فالنكاح مثلاً شرع لحفظ النسل من جانب الوجود وفي مقابلته شرع حد الزنى لحفظ النسل من جانب العدم، فإذا وجدت صورة الوطء الحرام وأخذ شكل النكاح ظاهراً كالنكاح المحلل أو نكاح الشغار أو المتعة أو غيرها، فإن التحريم قائم في الوطء، لكن الحد لا يقام رغم وجود علة الزنى وهو الإيلاج في حرام؛ لأن المقصد من تشريع الحد منتفٍ، حيث إن التعدي على النسل غير متحقق بكماله في هذه الصورة؛ لأن الوطء مستند إلى صورة النكاح، فكان الاعتداء على النسل ليس على الوجه الذي يحدث في الزنى.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن الفقهاء يجعلون درء الحد في هذه الصورة وغيرها من قبيل درء الحد بشبهة الدليل المحرم⁽²⁸⁾، ورغم صحة هذا إلا أنه سبب ظاهري، أما حقيقته فلكون المقصد من تشريع الحد منتفٍ في هذه الصورة وهذا هو علة العلة، أي أن درء الحد لشبهة في الدليل المحرم هو العلة، أما انتفاء المقصد من تشريع الحد فهو علة العلة.

ثانياً: انتفاء المقصد من تشريع الحد يمنع من تشريعه

إن حفظ المقاصد الشرعية يتم على وجهين كما سبق بيانه، فالأول: هو حفظ من جانب الوجود، أي بشرع ما يحقق وجودها، والثاني: حفظ من جانب العدم، أي بمنع ما يؤدي إلى إزالتها أو الإخلال بها أو فسادها، ومن البديهي أن الحفظ من جانب العدم لا يتصور إلا بعد أن يتم الحفظ من جانب الوجود، فالمنع من القتل لحفظ الحياة لا يتصور إلا بعد إيجاد الحياة.

وبناء على ذلك فإن الحدود لا تشرع إلا بعد تحقق حفظ مقاصد الشريعة من جانب الوجود، فإن انتفى الحفظ الإيجابي للمقاصد فإن المقصد من تشريع الحدود

28- انظر: العالم، عبد السلام محمد الشريف، النظام العقابي في التشريع الإسلامي 136.

منتفٍ أيضاً، فوجب إيقاف العمل بالحدود وتعليقها بل منع تشريعها حتى يتحقق الحفظ الإيجابي.

وأخلص إلى نتيجة مفادها: أن الحدود لا تقام ولا تشرع إلا في ظل نظام شرعي متكامل ومجتمع توفرت فيه مقومات المجتمع الإسلامي، وإلا وصفت الحدود بالقاسية والشديدة؛ لأنها لم تشرع في مجتمعات انتشرت فيها الرذيلة والانحطاط، فحد السرقة مثلاً شرع عقوبة قاسية لا لعين السرقة بل لشذوذ السارق وتنكره لمجتمعه المتكافل حين سرق، فمجمعه كفله وأعطاه حقه ولم يترك له باباً للخير إلا وأعانه عليه، ولم يترك باباً للشر إلا وأغلقه دونه، فلم يجد ما يتنزع به لأجل السرقة، فإن سرق السارق حينها كان مستحقاً لحد السرقة؛ لأنه شاذ عن مجتمعه وجب في حقه القطع، وكذلك الحال في حد الزنى فحين حرّم الله تعالى الزنى شرع ما يقي منه قبل تشريع علاجه وسد السبل المؤدية إليه، فأدّب المسلمين بأداب اجتماعية في بيوتهم أنزلها مفصلة محكمة في كتابه الكريم كما في سورة النور وغيرها، وأوجب ستر العورة وغض البصر وشرع الزواج ونذب إليه وحرّم الخلوة والاختلاط الممنوع، وغير ذلك من التشريعات الوقائية التي جاءت لحفظ النسل من جانب الوجود، فإذا ما تخطى الزاني هذه الحواجز ولم تجد نفعاً في منعه حتى زنى وشاهده أربعة شهود كان هذا شذوذاً ونشراً للرذيلة في مجتمع الفضيلة وجب بتره وإيقاع العقوبة الشديدة والرداعة لكونه شاذاً، وبهذا نجد أن الشرع لم يحرم جرائم الحدود دون أن يسد ذرائعها ويغلق أبوابها، فكيف يدعى وجوب إقامة الحدود مع قيام دواعيها؟ ألا يعد هذا شبهة تمنع تشريع الحد في أقل أحواله.

ومن هنا فإن دعوى تعليق تشريع الحدود دعوى مقبولة ومتوافقة مع المقاصد الشرعية لا لعدم أحقية هذا النظام العقابي أو عدم صلاحيته في زماننا، بل لعدم توفر شروط تشريع الحدود في مجتمعاتنا الحالية، فمن أراد أن يعود بنا إلى تطبيق الشرع فليتكّن الحدود آخر ما يطبق، وهذا من كمال الفقه المقاصدي⁽²⁹⁾، وليس هذا بدعاً من القول بل هو من فقه الصحابة رضي الله عنهم فقد روى البخاري عن عائشة -رضي الله عنها- أنها

29- والذين ذهبوا إلى هذا القول كثير من المعاصرين منهم د. يوسف القرضاوي ود. علي جمعة، وانظر في تفصيل هذه المسألة: عويس، د. عبد الحليم وآخرون، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر 3/ 37 وما بعدها، الخياط، د. عبد العزيز، المؤيدات التشريعية نظرية العقوبات 3 وما بعدها.

قالت: «لو نزل أول شيء لا تشربوا الخمر لقالوا لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل لا تزنا لقالوا لا ندع الزنى أبداً»⁽³⁰⁾، كما نجد ذلك في فقه الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين أوقف حد السرقة في عام الرمادة.

السادسة: وجوب المساواة في تشريع الحدود وتطبيقها

إن مما يجب مراعاته عند تطبيق الحدود السير على مبدأ عمومية العقوبة والمساواة فيها، باعتباره من مميزات مقاصد الشريعة من تشريع الحدود، ذلك أن الشرع في حفظ المقاصد يبغي حفظها حفظاً كلياً لا جزئياً، وإلا كان هذا منافياً لمقصد الشارع من تشريع الحدود، بل إن التطبيق المجتزأ للحدود يخل بمقصد الحفاظ من أصله إذ قد يؤدي ذلك إلى تهاون القوي وغيظ الضعيف، وبالتالي كان في ذلك زيادة في التعدي على حدود الله تعالى، مما يعود على أصل تشريع الحد بالإبطال.

وبناء على ذلك فإن دعوى جواز تخصيص عموم إقامة الحد عن البعض كرؤساء الدول وأشخاص السلك الدبلوماسي والمتمتعين بالحصانة وغيرهم؛ لكونهم جهة تشريعية أو سياسية دعوى باطلة لا تصح⁽³¹⁾، فما يدعونه من تحقيق للمصالح إنما هي مصالح منتفية بأبطالها الشرع وألغائها، ولا يصح ما ادعاه بعضهم أن ذلك جائز مادام القانون ينص على عدم مسؤولية هؤلاء عن جرائمهم، بدعوى أن رفع المسؤولية عنهم إنما كان من قبل المشرع القانوني لا من قبلهم، فما عاد ظلماً وخروجاً عن مبدأ المساواة، فهذه دعوى باطلة لا ينظر إلى قولهم فيها، فالظلم ظلم ولو سنّت له القوانين لتشريع فيبقى ظلماً، ودليل ذلك ما رواه البخاري عن عائشة -رضي الله عنها-: أن قريشاً أهتمتهم المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم رسول الله ﷺ ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ، فكلم رسول الله ﷺ، فقال: أتشفع في حد من حدود الله، ثم قام فخطب، قال: يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، وإيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها⁽³²⁾، فليس هؤلاء بأشرف من فاطمة بنت محمد ﷺ، ولا هي بأقل منهم مرتبة.

30- صحيح البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب تأليف القرآن، حديث رقم 4609.

31- انظر تفصيل ذلك: عودة، عبد القادر التشريع الجنائي الإسلامي 184، يونس عبد القوي، الجريمة والعقاب 95.

32- صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان، حديث رقم 6290.

السابعة: خصوصية الإثبات في بعض الحدود

إن مما يلاحظ أن لبعض الحدود خصوصية في الإثبات وتأكيد وقوع الجرم قبل إيقاع العقوبة، وذلك في حدي الردة والزنى، ففي الردة لا يكفي ثبوت الردة على المرتد بالبيينة بل لا بد من التحقق من رده، فلا يحكم الحاكم برده إلا بعد سماع الردة بنفسه وإقرار المرتد بها وعدم رجوعه عنها، فإن أنكرها أو رجع عنها بعد إقراره بها فلا يحكم برده وقتله، ولا يحكم برده إلا إذا أنكر معلوماً من الدين بالضرورة أجمع المسلمون على القول به، فيحكم حينها برده وقتله، ولم يكنف جمهور الفقهاء بهذا بل أوجبوا استتابة المرتد فلا يجوز قتله إلا بعد استتافته ثم اختلف هؤلاء في مدة استتافته (33).

فيلاحظ من هذه التشريعات أنها لا تسعى إلى التجريم بقدر ما هي تقويم للمعوج بعد ثبوت اعوجاجه ثبوتاً قطعياً وإلا كانت العقوبة.

أما الزنى ففي إثباته خصوصية غير معهودة في التشريع، وذلك بحصر إثباتها بإقرار لا يكون متعدداً بل قاصراً على المقر فقط، وبشهادة أربعة شهود من الرجال مع وجوب اتفاقهم في تفاصيل الشهادة وغير ذلك من الأحكام المقيدة لقبول شهادتهم (34).

وإن ثبوت الزنى على هذا النحو مما يقل بل ينذر حتى يكاد أن يكون من المستحيل، إلا لمن زنى في حالة أقرب ما تكون من المجاهرة منها إلى الستر والخفاء، فإذا كان حاله كذلك وجب في حقه عقوبة مغلظة.

أما علاقة مقاصد الشريعة بخصوصية الإثبات في هذين الحدين وأثرها فيهما، فأحيل الكلام في ذلك إلى ما يليه، لأن التشريع الغائي فيها متحد.

الثامنة: درء الحدود بالشبهات

اتفق الفقهاء على قاعدة يسيرون عليها في تشريعات الحدود وهي وجوب درء الحدود بالشبهات، وقد استدلوا على ذلك بحديث تلقته الأمة بالقبول وهو ما رواه الترمذي عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو

33- انظر تفصيله: عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 877، أبو زهرة، العقوبة 140.

34- انظر تفصيل إثبات الزنى: د. محمد عارف فهمي، الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون 59 وما بعدها.

خير من أن يخطئ في العقوبة» (35).

والشبهة هي الحال التي يكون عليها المرتكب أو تكون موضوع الارتكاب، ويكون المرتكب معذوراً في ارتكابه أو يعد معذوراً في ارتكابه عذراً يسقط الحد، ويمكن أن يستبدل به عقاب دونه على حسب ما يراه الحاكم، ويقسمها الفقهاء إلى أربعة أقسام على حسب ما تتعلق به، فمنها ما يتعلق بالركن الشرعي للجريمة ومنها ما يتعلق بالجهل أو الخطأ النافي للقصد، ومنها ما يتعلق بالإثبات، ومنها ما يتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات والخفاء في تطبيق بعضها (36).

أما علاقة مقاصد الشريعة بقاعدة درء الحدود بالشبهات، فأحيل الكلام في ذلك إلى ما يليه؛ لأن التشريع الغائي فيها متحد.

التاسعة: الستر والشفاعة في الحدود

إن الستر في الحدود مندوب، كما أن الشفاعة فيها قبل أن يصل أمرها إلى الإمام جائز، وهذا ما نص عليه الفقهاء لما ورد فيه من الأحاديث والآثار الصحيحة، فإذا ارتكبت الجريمة في ستر عن أعين الناس فإن سترها وعدم كشفها أمر مندوب ولو كان الشهود فيها قد وصلوا إلى الحد الشرعي، وإذا كشف أمرها كان جائزاً على أهل الصلاح أن يسترضوا المتضررين كما في السرقة والقتل دون أن يرفعوا أمرها إلى الحاكم حتى لا يقام الحد، وذلك أن في فتح الباب لكشف الحدود وإعلانها من الأضرار أكثر مما في إقامة الحد، والغاية من هذا التشريع تضيق العقاب وجعله رمزاً مانعاً، لا عاماً جامعاً، فلم تكن الغاية منه إقامته على فاعله.

وبالتأمل في التشريعات الأخيرة التي أوردتها، أي خصوصية الإثبات في بعض الحدود، ودرء الحدود بالشبهات، والستر والشفاعة في الحدود، نجد أن لمقاصد الشريعة أثراً في تشريعاتها، ويتمثل ذلك بأمريين:

الأول: أن الحدود شرعت لحفظ مقاصد الشريعة من جانب عدم، أي أنها وسائل سلبية في حفظ المقاصد مما يلزم إيقاع ضرر خاص لتجنب ضرر عام أكبر، فشرعت الحدود من باب الضرورة؛ لأن حقيقتها اعتداء على ما وجب حفظه وصيانه، وبالتالي فإن

35- سنن الترمذي، كتاب الحدود عن رسول الله، باب ما جاء في درء الحدود، حديث رقم 1344.

36- أبو زهرة، العقوبة 150 وما بعدها.

الضرورة تقدر بقدرها ويجب تضيق تطبيق الحدود إلى أبعد حد ممكن بما يتحقق به رفع الضرورة الملجئة إليه، ولهذا كان لبعض الحدود خصوصية في الإثبات لتضيق تطبيقها، كما درئت الحدود بالشبهات للغاية نفسها فإن الشبهة تمنع تحقق الضرورة الملجئة لإقامة الحد، ولزيادة التضيق في تطبيقها شرع الستر والشفاعة فيها قبل وصولها للإمام، كل ذلك كان من باب أن الحدود شرعت للضرورة؛ لأنها وسائل سلبية لحفظ المقاصد، فوجب أن تقدر الضرورة بقدرها ووجب تضيق تطبيقها.

الثاني: أن الحدود شرعت لحفظ مقاصد الشريعة من جانب عدم فإذا ما تحقق هذا المقصد ببعضه جاز إسقاط بعضه بأي وجه يسوغ الإسقاط، ذلك أن الغاية من تشريع الحد هو حفظ المقاصد حفظاً سلبياً بمنع ما يؤدي إلى إلزائها، وهذا متحقق في كون عقوبات الحدود رمزاً مانعاً، ولا يلزم لحفظ هذا المقصد حفظاً سلبياً بجعل الحد عاماً جامعاً، وبيان ذلك: أن الشارع لم يشرع الحدود لإقامتها على كل مرتكبي جرائم الحدود على وجه العموم، وإنما اكتفى بإقامتها على القليل منهم، بل يكاد الشارع أن يجعل الحدود مجرد تشريع خال من التطبيق وإقامة العقوبة، وهذا ما نلاحظه في التشريعات الأخيرة التي أوردتها، أي خصوصية الإثبات في بعض الحدود، ودرء الحدود بالشبهات، والستر والشفاعة في الحدود، والمتأمل في ذلك يدرك أن الغاية من هذا كله أن تشريعات الحدود شرعت لتكون رمزاً للعقاب مانعاً من التعدي على الحدود، لا لكي تطبق على وجه العموم في كل مرتكبي جرائم الحدود، فإذا ما ظهر وجه من أوجه إسقاط العقوبة أجاز الشارع إسقاطها وفتح الباب واسعاً لإيقاف العمل بها فشرع خصوصية في الإثبات ليس لها نظير في باقي العقوبات، وأوجب درء الحدود بالشبهة، وأباح الستر والشفاعة فيها، كل ذلك كان من باب جعل عقوبات الحدود رمزاً مانعاً.

وهذا كله يعود إلى أن الحدود شرعت لحفظ مقاصد الشريعة من جانب عدم بانتهاك ما وجب حفظه من جانب الوجود وهي مقاصد ضرورية أصلاً، فإذا ما تحقق ذلك المقصد من غير إقامة الحد إقامة عامة بأن ضيق تطبيقه إلى أدنى قدر ممكن، جاز ذلك ويكون هذا من باب الفقه المقاصدي في التشريع الجنائي.

وختاماً فقد تبين لنا أن لمقاصد الشريعة أثراً واضحاً في تشريعات الحدود، وظهر لنا وجود ارتباط محكم بينهما من خلال بيان الوظيفة التشريعية للمقاصد في بعض أحكام الحدود، وأسأل الله تعالى أن أكون موفقاً فيما عرضته، وما كان فيه من صواب بففضل الله تعالى ومنه، وما كان فيه من خطأ أو تقصير فمن نفسي والشيطان، والله تعالى الموفق.

المراجع

1. الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي، الرياض، الطبعة الأولى، 2003م.
2. الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول، مطبعة محمد علي صبيح، مصر.
3. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، التقرير والتحبير، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، الطبعة الأولى، 1416هـ.
4. البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1995م.
5. البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار القلم، بيروت، 1987م.
6. البدخشي، محمد بن الحسن، مناهج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول، مطبعة محمد علي صبيح، مصر.
7. البوطي، د. محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السادسة، 2001م.
8. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، سنن الترمذي، دار الكتب العلمية.
9. ابن الحاجب، عثمان بن عمر، مختصر ابن الحاجب مع شرحه رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لابن السبكي، عالم الكتب، بيروت.
10. احميدان، د. زياد محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، 2004م.
11. الخماسي، د. فتحي بن الطيب، الفقه الجنائي الإسلامي، دار قتيبة، دمشق، الطبعة الأولى، 2004م.
12. الخياط، د. عبد العزيز، المؤيدات التشريعية نظرية العقوبة، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، 1986م.
13. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر، المحصول في علم الأصول، مؤسسة الرسالة، بيروت.
14. الريسوني، د. أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، منشورات المعهد العالمي للفكر الإسلامي، نشر المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1992م.

15. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2000م.
16. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مؤسسة قرطبة، القاهرة، والمكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، 1999م.
17. أبو زهرة، محمد، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة.
18. أبو زهرة، محمد، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة.
19. ابن السبكي، عبد الوهاب بن علي، جمع الجوامع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 2002م.
20. الشاطبي، أبو إسحق إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة.
21. ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تونس طبعة سنة 1366هـ.
22. العالم، عبد السلام محمد الشريف، النظام العقابي في التشريع الإسلامي، الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية، 1995م.
23. عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة ناشرون، الطبعة الأولى، 2005م.
24. عويس، د. عبد الحليم رئيس التحرير وآخرون، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء، مصر، الطبعة الأولى، 2005م.
25. الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1413هـ.
26. فهمي، د. محمد عارف، الحدود والقصاص بين الشريعة والقانون، مكتبة الأنجلو مصرية، الطبعة الثانية، 1979م.
27. الفيتوري، محمد عطية، فقه العقوبة الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى 1998م.
28. يونس عبد القوي الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003م.