

الجامعة الأردنية
كلية الدراسات العليا
قسم الفقه وأصوله

مبدأ الشرعية في التجريم والعقوبة

إعداد

نزار داود محمد جرن

المشرف

الدكتور نيا ب عبد الكريم عقل

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

نيسان ٢٠٠٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي هذا البحث المتواضع:

إلى والدي أطال الله في عمره ، الذي رباني على العزة والإباء

والشموخ .

و إلى من ربنتي على الأخلاق والفضيلة ، ينبوع الحنان الذي لا

ينضب ، والدتي .

وإلى زوجتي أم محمد ، التي وقفت بجانبني طوال الدراسة ، ولم

تأل جهداً ، وولدي محمد .

وأسأل الله العلي القدير أن يجعل هذا العمل متقبلاً وخالصاً لوجهه

الكريم .

شكر

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل، الدكتور : نيا ب عبد الكريم عقل، على تفضله بالإشراف على هذه الرسالة ، وعلى جهوده في تقديم العون والنصيحة والتوجيه لي خلال فترة البحث ، كما أتقدم بجزيل الشكر لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على تكريمهم بمناقشة هذه الرسالة ، وهم :

١. الاستاذ الدكتور محمد حسن ابو يحيى حفظه الله .

٢. الاستاذ الدكتور محمد غرايبة حفظه الله .

٣. الاستاذ الدكتور عبدالله ابراهيم الكيلاني حفظه الله .

كما وأتقدم بكل الإحترام والتقدير لأساتذتي الأفاضل في كلية الشريعة في الجامعة الاردنية ، لتفضلهم بتدريسي خلال السنوات السابقة، ولا يفوتني في هذا المقام بأن أتقدم بالشكر إلى الأخ باسل الشاعر على ما بذله من جهد ومعونة في طباعة الرسالة ، سائلاً المولى عز وجل أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتهم يوم القيامة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، منزل الكتاب ، ومجري السحاب ، وهازم الأحزاب ،
نحمده حمداً يوازي نعمه ، ويكافئ مزيده ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على
محمد شفيع المذنبين وحبیب رب العالمين .

إن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان ليقوم في مقام العبودية له وحده ، وينهض
بمستلزمات الخلافة على وجه الأرض ، وهو ما أشارت إليه الآيات القرآنية ، قال
تعالى : ﴿ وما خلقت الجن والإانس إلا ليعبدون ﴾ ^(١) ، وقوله تعالى : ﴿ وإذ
قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة ﴾ ^(٢) .

فإنه عز وجل قد بين في هذا السياق القرآني الغاية التي من أجلها أودع
الإنسان في أرضه، وهو أن ينهض بتبعات الخلافة، فيأمر بالمعروف، وينهى عن
المنكر، ويقوم المعوج، ويرشد الضال، ويعمر الأرض في ضوء شريعة خالقه تبارك
وتعالى، ووفق مقاصدها وقواعدها، ذلك أن الإنسان برغم ما أودع الله به من الحكمة
والفهم إلا أنه يظل قاصراً في عقله، وتفكيره وسلوكه، ويعتريه النقص، ويصيبه
الخلل .

من أجل تلك الحقيقة الثابتة أرسل الله نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم،
وأنزل عليه كتابه، وبين له الحلال والحرام، وميز الحق من الباطل، وأظهر له كل ما
فيه خير وصلاح للإنسانية جمعاء، لتسمو إلى المرتبة العلية في فكرها، واعتقادها ،
وتوجهها، ولتسير نحو الهداية والرشاد بخطى ثابتة .

(١) سورة الذاريات : آية ٥٦ .

(٢) سورة البقرة : آية ٣٠ .

فالرسالة التي جاء بها محمد صلى الله عليه وسلم هي من أجل إرشاد الناس إلى العقيدة الخالصة الحقة ، وحث الناس على الإلتزام بمكارم الأخلاق ، ومحاسن العادات ، وزجرهم عن كل ما فيه مفسدة أو ضرر بنظام الجماعة ، أو حياة أفرادها ، أو بأموالهم ، أو بأعراضهم ، أو بنسلهم ، أو غير ذلك مما يستوجب حفظه لضمان استمرارية الحياة .

ولتحقيق هذه الغايات العليا شرعت العقوبات لتكفل حماية الأخلاق ، ومصصلحة الفرد والجماعة، وحفظ الأصول الخمسة - الدين والنفوس والعقل والنسل والمال - التي لا تستقيم الحياة بدونها .

هذا ، ولقد جاءت النصوص الشرعية في هذا الشأن واضحة المعالم ، ثابتة الأسس والقواعد ، تتسم بالعدالة المطلقة والإحاطة والشمول ، بحيث تلبي حاجة الأفراد والجماعات في كل زمان ومكان ، الأمر الذي تفتقده القوانين الوضعية والتشريعات الأرضية التي لم تسلم من التغيير والتبديل ، نظراً لعدم سد حاجة الفرد والجماعة ، هذا فضلاً عن أن غالباً ما تكون هذه القوانين آنية ، إذ بوسع الأغلبية البرلمانية أن تعدل الدستور كما تعدل القانون في الدولة ، وغالباً ما تتهاوى بعض القوانين ، فتقتضي التعديل أمام تغيرات البيئة ، وتبدل الأحوال والظروف ، فما كان مباحاً ممارسته بالأمس يكون محظوراً في الحاضر ، وما هو محظور اليوم قد يكون مباحاً في الغد ، بمعنى أن شرعية الأحكام الجنائية غالباً ما تكون رهينة أمزجة الحكام وأهواء الناس .

إن عدم ثبات شرعية الأحكام الجنائية ، وعدم إحاطتها واستغراقها لجميع الأفعال ، اقتضى مني أن يكون مبدأ الشرعية في التجريم والعقوبة محلاً للبحث ، وما يتصل به من أفكار وتصورات - ما استطعت إلى ذلك سبيلاً - ولا سيما ونحن في أمس الحاجة لاستنباط العديد من القواعد والأحكام التي تنظم حياتنا .

هذا ، ولست أزعم أن ما في هذا البحث هو على وجه الكمال ، لا تشوبه شائبة ولا يعتريه نقص ، كذلك فإنني لا أدعي أن كل ما كتب بين دفتي هذا البحث هو عصارة فكري ، أو نتاج جهدي ، بل كثيراً ما كنت أعتمد على آراء وأفكار علمائنا ، ثم قمت بتوظيفها في خدمة هذا البحث ، بصورة تحقق النفع والخير لي ولمن يقرب صفحات البحث - إن شاء الله - .

مشكلة البحث :

تتمثل أهمية هذا الموضوع من خلال النظر في المشاكل التي سنبحثها في هذا البحث ، وهي كما يلي :

- ١- تحديد مفهوم مبدأ الشرعية في التجريم والعقوبة ، وبيان الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ .
- ٢- ربط المبدأ بقواعد فقهية شرعية، مصحوباً بالتطبيق العملي .
- ٣- عرض مسائل فقهية تبين أن الشريعة الإسلامية متطورة في مبادئها وقواعدها ، الأمر الذي يؤكد صلاح الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان .
- ٤- مدى صلاحية الشريعة الإسلامية في معالجة كافة الجرائم التي يستحدثها المجرمون في كل زمان ومكان .
- ٥- ارتباط مبدأ الشرعية بمفهوم العدل ، باعتبار أن الحكم على فعل بأنه جريمة لا يكون إلا وفق شريعة الله - وهي العدل - وليس وفق رغبة الحاكم .

الجهود السابقة :

لم يفرد فقهاؤنا القدامى - رحمهم الله تعالى - هذا الموضوع في مصنفاتهم بشكل مباشر ، حيث أنني لم أقف على عبارة تؤكد هذا المبدأ بشكل واضح وصريح ، وكل ما وجدته في صدد هذا الموضوع بعضاً من القواعد الفقهية ، كقاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة) ، وقاعدة (الأصل براءة الذمة) ، وهاتان قاعدتان شرعيتان لهما ارتباط بصلب موضوعنا ، على النحو الذي سنبينه في ثنايا موضوعنا - بإذن الله - .

أما المعاصرون فإنهم لم يبحثوا هذا الموضوع بحثاً مستقلاً ومستفيضاً ، بل اكتفوا بعرض الموضوع بصورة عامة ضمن مؤلفاتهم التي عنيت بالتشريع الجنائي الإسلامي ، ومن أشهر من كتب في هذا الموضوع : الشيخ عبدالقادر عودة ، في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي ، والشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الجريمة - جزاهما الله عنا وعن الأمة الإسلامية خير الجزاء -

منهجية البحث

المنهج الذي اتبعته في هذا البحث على النحو التالي :

١- الإطلاع على ما كتب حول هذا الموضوع في كتب التشريع الجنائي الإسلامي ، لا سيما الكتب الحديثة منها ، والتي تناولت هذا الموضوع بشكل مباشر ، غير أنني لم أعض الطرف عن الكتب القديمة ، فقد لجأت إليها في بحثي مسترشداً ببعض العبارات التي نطق بها علماؤنا السلف ، والتي كانت بمثابة لبنة أساسية لهذا البحث .

- ٢- العمل بمقتضيات الأمانة العلمية التي تستوجب مني توثيق المعلومات ، وعزوها إلى مصادرها المستقاة منها .
- ٣- عرض المسائل الفقهية وتحديد الخلاف الفقهي المثار حولها ، مع مناقشة آراء العلماء ، ثم الخلوص أخيراً إلى الرأي المختار ، مع تبيان سبب هذا الترجيح .
- ٤- عرض المذاهب الفقهية حسب الترتيب الزمني لكل مذهب ، فأعرض أولاً : المذهب الحنفي ، ثم المالكي ، ثم الشافعي ، ثم الحنبلي ، وأخيراً المذهب الظاهري.
- ٥- ترقيم الآيات التي مرت في صلب البحث ، ذكراً اسم السورة ، ورقم الآية.
- ٦- تخريج الأحاديث الواردة في ثنايا البحث من كتب الحديث المشهورة .
- ٧- عمدت إلى فهرسة الرسالة ، وذلك على النحو التالي :
- فهرس الآيات الكريمة حسب ترتيب السور القرآنية .
 - فهرس الأحاديث والآثار حسب الحروف الهجائية .
 - فهرس الأعلام حسب الحروف الهجائية .
 - فهرس المراجع التي اعتمدت عليها في البحث وترتيبها حسب الحروف الهجائية للمؤلفين .
 - فهرس الموضوعات .

الفهرس العام

أ.....	الاهداء
ب.....	الشكر
ت.....	المقدمة
د.....	الفهارس العامة
١.....	الفصل التمهيدي
	الباب الأول : مبدأ الشرعية في التجريم والعقوبة في الإطار الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي
٦.....	
٧.....	الفصل الأول : المبدأ في ظل الشريعة الإسلامية
٨.....	المبحث الأول : مبدأ الشرعية المراد بحثه
١٧.....	المبحث الثاني : تحقيق أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية
١٨.....	المطلب الأول : أدلة المبدأ من القرآن
٢٤.....	المطلب الثاني : أدلة المبدأ من السنة
٣٠.....	المبحث الثالث : الأساس الذي يقوم عليه المبدأ
٤١.....	المبحث الرابع : خصائص المبدأ في الشريعة الإسلامية
٤٢.....	المطلب الأول : ربانية المبدأ
٤٥.....	المطلب الثاني : شمولية المبدأ
٤٨.....	المطلب الثالث : ثبات المبدأ ومرونته
٥١.....	المبحث الخامس : أهمية المبدأ في الشريعة الإسلامية
٥٢.....	المطلب الأول : حفظ أمن المجتمع واستقراره
٥٤.....	المطلب الثاني : تحقيق العدل الإلهي
٥٨.....	المطلب الثالث : ضبط الحكم على الجريمة

- ٦١..... الفصل الثاني : المبدأ في الإطار الجنائي الوضعي
- ٦٢..... المبحث الأول : تحديد مفهوم المبدأ في الإطار الجنائي الوضعي
- ٦٥..... المبحث الثاني : التطبيق التاريخي للمبدأ
- ٦٨..... المبحث الثالث : مبررات وجود المبدأ في الإطار الجنائي
- ٧٠..... المبحث الرابع : الإنتقادات التي وجهت للمبدأ
- ٧٢..... المبحث الخامس : موازنة المبدأ بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
- ٧٧..... الفصل الثالث : إرتباط المبدأ بالقواعد الفقهية الشرعية
- ٧٨..... المبحث الأول : ارتباط المبدأ بقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة
- ٧٩..... المطلب الأول : مفهوم مفردات القاعدة
- ٨١..... المطلب الثاني : إختلاف الفقهاء في القاعدة
- ٨٧..... المطلب الثالث : أهمية القاعدة وصلتها بمبدأ الشرعية
- ٨٩..... المطلب الرابع : التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية
- ٩٢..... المبحث الثاني : ارتباط المبدأ بقاعدة الأصل براءة الذمة
- ٩٣..... المطلب الأول : مفهوم مفردات القاعدة وأدلتها
- ٩٦..... المطلب الثاني : أهمية القاعدة وصلتها بمبدأ الشرعية
- ٩٨..... المطلب الثالث : التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية
- ١٠٣..... المبحث الثالث : قاعدة لا ضرر ولا ضرار
- ١٠٤..... المطلب الأول : مفهوم قاعدة لا ضرر ولا ضرار
- ١٠٦..... المطلب الثاني : أنواع الضرر
- ١٠٨..... المطلب الثالث : أهمية القاعدة وصلتها بمبدأ الشرعية
- ١١١..... المطلب الرابع : التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية

الباب الثاني : التطبيق العملي للمبدأ و ضمانات تطبيقه	١١٧.....
الفصل الأول : التطبيق العملي للمبدأ في الشريعة الإسلامية	١١٨.....
المبحث الأول : تطبيق المبدأ في جرائم الحدود	١١٩.....
المطلب الأول : تحديد مفهوم الحدود	١٢٠.....
المطلب الثاني :.تطبيق المبدأ في جرائم الحدود	١٢٢.....
المبحث الثاني : تطبيق المبدأ في جرائم القصاص	١٣٢.....
المطلب الأول : تحديد مفهوم القصاص	١٣٣.....
المطلب الثاني : تطبيق المبدأ في جرائم القصاص	١٣٤.....
المبحث الثالث : تطبيق المبدأ في جرائم التعازير	١٣٩.....
المطلب الأول : تحديد مفهوم التعازير	١٤٠.....
المطلب الثاني : تطبيق المبدأ في جرائم التعازير	١٤١.....
الفصل الثاني : عدم رجعية النصوص الجنائية	١٥٧.....
المبحث الأول : تحديد مفهوم عدم رجعية النصوص الجنائية	١٥٨.....
المبحث الثاني : التطبيق العملي لمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية	١٦١.....
المبحث الثالث : إستثناءات مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية	١٦٥.....
الفصل الثالث : القياس في الحدود	١٨٢.....
التمهيد	١٨٣.....
المبحث الأول : تحرير محل النزاع وتصوير مذاهب الفقهاء	١٨٤.....
المبحث الثاني : أدلة المذهب الأول ومناقشتها	١٨٦.....
المبحث الثالث : أدلة المذهب الثاني ومناقشتها	١٩٠.....
المبحث الرابع : الرأي المختار	١٩٢.....
الفصل الرابع : الضوابط التي تضمن عدم خرق الإجتهد للمبدأ	١٩٤.....
المبحث الأول : سلطة ولي الأمر	١٩٥.....
المطلب الأول : حسن اختيار ولي الأمر	١٩٦.....

- المطلب الثاني : تحديد سلطة ولي الأمر ١٩٩
- المطلب الثالث : إحتكام ولي الأمر إلى نصوص الشريعة ٢٠٢
- المبحث الثاني : النظر إلى ذاتية الفعل وما يترتب عليه من مفسدة ... ٢٠٦**
- المطلب الأول : تعريف المفسدة وحكمها ٢٠٧
- المطلب الثاني : أنواع المفاسد ٢٠٩
- المطلب الثالث : المعيار في اعتبار الفعل مفسدة ٢١٣
- المبحث الثالث : النظر إلى ظرف الجاني ٢٢٠**
- التمهيد ٢٢١
- المطلب الأول : صور إباحة الفعل الجنائي في الشريعة الإسلامية ٢٢٣
- المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية وموانعها ٢٣١
- الفصل الخامس : الخطة التي تضمن تطبيق المبدأ في العصر الحاضر .. ٢٣٩
- المبحث الأول : إستقلال القضاء وتخصيصه ٢٤٠**
- المطلب الأول : إستقلال القضاء ٢٤١
- الفرع الأول : مفهوم القضاء واستقلاله ٢٤٢
- الفرع الثاني : إستقلال القضاء ومبدأ الشرعية ٢٤٦
- المطلب الثاني : تخصيص القضاء ٢٥١
- الفرع الأول : مفهوم تخصيص القضاء ٢٥٢
- الفرع الثاني : أنواع تخصيص القضاء ٢٥٥
- المبحث الثاني : تفسير النصوص الجنائية ٢٥٨**
- المطلب الأول : المراد بتفسير النصوص الجنائية ٢٥٩
- المطلب الثاني : أهمية تفسير النصوص الجنائية ٢٦٢
- المطلب الثالث : التطبيق العملي لتفسير النصوص الجنائية ٢٦٥
- المبحث الثالث : تقنين الأحكام الجنائية ٢٧١**
- المطلب الأول : مفهوم التقنين ومشروعيته ٢٧٢

- المطلب الثاني : دواعي التقنين في العصر الحاضر ٢٧٤
- المبحث الرابع : نشر الأحكام الجنائية عبر وسائل الإعلام ٢٧٧
- المطلب الأول : تحديد مفهوم الإعلام ٢٧٨
- المطلب الثاني : الوسائل الإعلامية المتبعة في صدر الإسلام ٢٧٩
- المطلب الثالث : الوسائل الإعلامية المتبعة لنشر الأحكام في العصر الحديث ٢٨١
- المطلب الرابع : المنهج الإعلامي لنشر الأحكام ٢٨٤
- الفصل السادس : التطبيق العملي لمبدأ شرعية التجريم والعقوبة ٢٨٥
- المبحث الأول: حكم الإجهاض..... ٢٨٦
- التمهيد ٢٨٧
- المطلب الأول : تحديد مفهوم الإجهاض ٢٩٠
- المطلب الثاني : الضرر الناجم عن الإجهاض ٢٩١
- المطلب الثالث : الحكم الشرعي للإجهاض ٢٩٥
- المطلب الرابع : تحديد الرأي في حكم الإجهاض في ظل مبدأ الشرعية..... ٢٩٩
- المطلب الخامس : حكم الإجهاض بعد نفخ الروح ٣٠٢
- المبحث الثاني : استخدام الآلات الحديثة في إزهاق النفس ٣٠٤
- التمهيد ٣٠٥
- المطلب الأول : الآلات الحديثة المستخدمة في إزهاق النفس ٣٠٧
- المطلب الثاني : الحكم الشرعي في استخدام هذه الآلات في القتل ٣٠٩
- المطلب الثالث : ضوابط استخدام آيسر آلات القتل ٣١٧
- ثالثاً : الخاتمة : وفيها أهم نتائج وتوصيات البحث ٣٢٠
- قائمة المراجع ٣٢٤

الفهارس

٣٥١.....	فهرس الآيات القرانية.....
٣٥٦.....	فهرس الاحاديث والآثار.....
٣٥٩.....	فهرس الاعلام المترجم لهم.....

تمهيد

قبل الخوض في تحديد المراد من مبدأ الشرعية في التجريم والعقوبة، لابد لنا من تسليط الضوء على مفهوم الجريمة والعقوبة وبيان أقسام كل من المصطلحين .

أولاً : مفهوم الجريمة .

الجريمة لغةً : أصل كلمة الجريمة مشتق من الجرم : أي التعدي ، والجرم : الذنب ، والجمع جروم ومنها الجريمة (١) .

الجريمة اصطلاحاً : "هي محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير" (٢) وهذا التعريف هو الذي يعيننا في البحث ، لكون الجريمة يجب أن تحظرها الشريعة الإسلامية ، فلا يعتبر الفعل جريمة إلا إذا كان فيه مخالفة شرعية .

ومثل الجريمة الجنائية، وإن كان بعض الفقهاء يطلق لفظ الجنائية على كل اعتداء وقع على النفس أو الأطراف ، غير أن أكثر الفقهاء يطلقون لفظ الجنائية على ما هو أشمل من ذلك ، حيث جاء في مواهب الجليل : " الجنائية هي : ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالاً أو مآلاً ، والجنائيات الموجبة للعقوبات سبع: البغي، والردة ، والزنا ، والقذف ، والسرقه ، والحراية ، والشرب " (٣) .

تقسم الجرائم من حيث قوة الاعتداء إلى ثلاثة أقسام (٤) :

١. جرائم الحدود : وهي الجرائم الخطيرة التي حددتها الشريعة الإسلامية، ووضعت لها عقاباً مقدراً لكونها تمس المصالح الضرورية للحياة البشرية (٥) .

(١) ابن منظور : لسان العرب ١٢ / ٩٠ ، مادة جرم .

(٢) الماوردي : الأحكام السلطانية ، ص ١٩٢ .

(٣) الحطاب : مواهب الجليل ٨ / ٣٦٥ .

(٤) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ١ / ٧٨ .

(٥) سيأتي بيان ذلك في ص : ١٢٠ وما بعدها .

٢. جرائم القصاص : وهي الجرائم التي فيها اعتداء على النفس, أو ما دون النفس, كالقتل والضرب وقطع بعض الأطراف, وقد وضعت الشريعة الإسلامية لهذه الجرائم عقوبات مقدرةً لحسم مادة الشر في المجتمع^(١).

٣. جرائم التعزير : وهي الجرائم التي لم تضع لها الشريعة الإسلامية عقوبةً مقدرةً, كما هو الحال في جرائم الحدود والقصاص, وإنما تركت تحديد ذلك لولي الأمر حسبما تمليه الظروف وتقتضيه المصلحة العامة^(٢).

وجرائم التعزير متعددة, ويمكن ردها إلى ثلاثة أنواع, وهي^(٣):

- نوع لا حد فيه ولا قصاص, ولكن ثبت النهي عنه, كالربا والرشوة وخيانة الأمانة... الخ.
- نوع فيه حد أو قصاص, ولكن لم تكتمل شروط إقامة الحد أو القصاص.
- نوع شرع فيه الحد ووجدت شبهة درأت ذلك الحد.

وبهذه الوسيلة وجد الأساس الشرعي لتجريم الأفعال المستحدثة ومعاقبته, بل إن ذلك يبين أن الشريعة الإسلامية تتسع لكل ما يستجد في الحياة المعاصرة, ولاسيما أن في كل تقدم وتطور أثراً خطيراً, إذ أن انتشار العلوم قد أدى إلى احتمالات وقوع جرائم عدة بطرق متنوعة وأساليب مختلفة, لم يرد فيها نص شرعي مباشرةً بشأن تجريمها, ومقدار العقاب لها.

(١) سيأتي تفصيل ذلك في ص : ١٣٣ وما بعدها.

(٢) سيأتي تفصيل ذلك في ص : ١٤٠ وما بعدها.

(٣) قاسي بن يوسف : مدى فاعلية عقوبات الحدود, ص ٢٤.

والسؤال الذي يرد في هذا المقام : ما هو الأساس الذي يعد منطلقاً لتجريم الأفعال ؟ وكيف يتم تحديد درجة العقاب لها ؟ وما هي الضوابط التي تضمن سلامة الاجتهاد في تكييف هذه الأفعال تكييفاً شرعياً ... ؟

هذه الأسئلة وغيرها سنتطرق لها في مضمار البحث, ونحاول الإجابة عليها بإذن الله .

تقسم الجرائم من حيث نوع الجريمة إلى أربعة أقسام (١) :

١- جرائم تتعلق بحق الله تعالى : وهي الجرائم التي فيها اعتداء على حق المجتمع, كجرائم الحدود .

٢- جرائم تتعلق بحق العبد : وهي الجرائم التي فيها اعتداء على حق العبد, كجرائم القصاص والدية .

٣- جرائم تتعلق بحق الله وحق العبد, ولكن غلب فيها حق الله , كالسرقة وهي محل خلاف بين الفقهاء .

٤- جرائم تتعلق بحق الله وحق العبد, ولكن غلب فيها حق العبد , كالقذف (وهي أيضاً محل خلاف بين الفقهاء) .

ويقصد بحق الله تعالى : هو كل حق تعلقت به مصلحة عامة , أو فيه حق للمجتمع, وكل ما يشرع لصالح الجماعة, بحيث لا تغلب على هذه المصلحة العامة مصلحة خاصة .

ويقصد بحق العبد : هو كل حق تعلقت به مصلحة شخصية , كالقصاص المقرر حقاً لولي الدم إن شاء أخذ بهذا الحق , وإن شاء تنازل عنه بمقابل (أخذ الدية) أو بغير مقابل (٢) .

(١) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي , ٩٩/١ , أبو زهرة : الجريمة , ص ١٣٠ .

(٢) حسين توفيق رضا : أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية , ص ٨ .

ثانياً : مفهوم العقوبة :

العقوبة لغةً : العقاب والمعاقبة : أن تجزي الرجل بما فعل سوءاً (١) .

العقوبة اصطلاحاً : لم أقف على تعريف خاص للعقوبة لدى العلماء السلف ، إلا أنهم قد وضعوا تعريفاً محدداً لكل نوع من أنواع العقوبات ، فعرفوا الحدود، والقصاص، والديات ، والتعزير .

أما تعريف العقوبة لدى المُحدِّثين فهي :

- ١- " الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع " (٢) .
 - ٢- " الجزاء لمن خالف أوامر الله ونواهيه " (٣) .
 - ٣- " جزاء وضعه الله للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به " (٤) .
- وتقسم العقوبات بالنظر إلى الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام (٥) :
- ١- العقوبات الأصلية : وهي العقوبات المقررة أصلاً للجريمة، كعقوبة قطع اليد لجريمة السرقة .
 - ٢- العقوبات البدلية : وهي العقوبات التي تحل محل العقوبة الأصلية عند وجود مانع شرعي من تنفيذ العقوبة الأصلية، كأخذ الدية بدلاً عن القصاص إذا درء القصاص عن القاتل .
 - ٣- العقوبات التبعية : وهي العقوبات التي تلحق بالجاني بناءً على الحكم بالعقوبة الأصلية ، كحرمان القاتل عمداً من الميراث .

(١) ابن منظور : لسان العرب ، ١ / ٦١٩ مادة عقب .

(٢) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ، ١ / ٦٠٩ .

(٣) محمد أبو حسان : أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، ص ١٧٩ .

(٤) أحمد فتحي بهنسي : العقوبة في الفقه الإسلامي، ص ١٣ .

(٥) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ، ١ / ٦٣٢ .

٤- العقوبات التكميلية : وهي العقوبات التي تلحق بالجاني بناءً على الحكم بالعقوبة الأصلية, كتعليق يد السارق في رقبتة بعد القطع .

وتقسم العقوبات من حيث تقديرها إلى قسمين (١) :

- ١- عقوبات مقدرة : وهي العقوبات التي تولى الشارع تقديرها وتحديدها, بحيث لا يحق لولي الأمر أن يجتهد في زيادة العقوبة أو نقصانها ، وتشمل الحدود والقصاص (٢)
- ٢- عقوبات غير مقدرة : وهي العقوبات التي لم يحددها الشارع بنص خاص, وإنما فوض أمر تحديدها إلى ولي الأمر حسبما تستوجبه المصلحة وما تقتضيه الظروف والأحوال (٣) .

(١) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام, ٢ / ٦٧١ .

(٢) انظر ص , ١٢٠ وما بعدها, وص, ١٣٣ وما بعدها .

(٣) انظر ص, ١٤٠, وما بعدها .

الباب الأول

مبدأ الشرعية في التجريم والعقوبة في الاطار
الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي

وفيه :

الفصل الأول:

. المبدأ في الإطار الجنائي الإسلامي .

الفصل الثاني :

. المبدأ في الإطار الجنائي الوضعي .

الفصل الثالث:

. ارتباط المبدأ بالقواعد الفقهية الشرعية .

وفيه:

المبحث الأول :

تحديد مفهوم المبدأ .

المبحث الثاني :

تحقيق أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثالث :

الأساس الذي يقوم عليه المبدأ.

المبحث الرابع :

أهمية المبدأ في ظل الشريعة الإسلامية.

المبحث الخامس :

خصائص المبدأ في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

مبدأ الشرعية المراد بعبثه

المعنى القانوني للشرعية : صفة الافعال المطابقة للقانون أو المقيدة بالقانون^(١) .

الالفاظ ذات الصلة للشرعية^(٢) :

أ. مبدأ سيطرة احكام القانون : وهو خضوع جميع الافراد حكماً ومحكومين للقاعدة التشريعية الصادرة من البرلمان ثم لأحكام القانون القضائي .

ب. مبدأ سيادة القانون : وهو خضوع جميع التصرفات لقانون الدولة .

المعنى الاصطلاحي للشرعية : هي حالة ما أصبح شرعياً^(٣).

وقبل أن نتعرض لمفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقوبة شرحاً وتفصيلاً ، ينبغي علينا أن نضع بين يدي القارئ أموراً تجدر الإشارة إليها^(٤) :

أولاً : أن الله هو المشرع للناس بما يقيم به مصالحهم في الدارين الأولى والآخرة ، قال تعالى : ﴿ شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك ﴾^(٥) .

ثانياً : أن الله وحده منزه عن كل عيب ، مبرأ من كل نقص ، متصف بأسمى صفات الكمال والجمال والجلال ، وهذا يقتضي أن يكون حكمه أحسن الأحكام وأعدلها .

(١) جميل صليبا : المعجم الفلسفي ٢/٧٠٠ .

(٢) عبدالجليل محمد : مبدأ المشروعية ص ٤٩ وما بعدها .

(٣) محمد قلعه جي : معجم لغة الفقهاء ص ٢٦٠ .

(٤) محمد الفيتوري : فقه العقوبة الحدية ١/٢٢٩ وما بعدها .

(٥) سورة الشورى : آية ١٣ .

ثالثاً : أن الله وحده هو الذي يملك حق التكليف لعباده ، ولا يكلفهم إلا بما يُطاق ، قال تعالى : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ (١) ، وهذا يقتضي من العباد أن يذعنوا إذعاناً كاملاً لله وحده .

رابعاً : أن الأوامر والنواهي الصادرة من الذات الإلهية إنما جاءت من أجل تحقيق مصالح العباد ، وضمان سلامتهم في الدنيا ، وفوزهم في الآخرة ، قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً . يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً ﴾ (٢) .

وإذا تبين لنا هذا ، فإننا نقول أن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة يعني أن تجريم الفعل الصادر من المكلف ينبغي أن يكون له سند شرعي مستمد من المصادر التشريعية التي توجب التجريم، وأن يكون تحديد نوع العقاب وتقدير درجته وفق دليل من أدلة الشرع (٣) ، وبموجب هذا المبدأ لا يجوز إيقاع العقاب على فعل ارتكبه الإنسان ، إلا بعد صدور الحكم الشرعي الذي يرهب الإنسان ، ويعد ارتكاب هذا الفعل جريمة تستوجب العقاب ، وقبل صدور الحكم بذلك الأمر يكون الإنسان مبرأ من وطأة التجريم والعقاب ، وهذا يعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي (٤) .

والحق نقول : أن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة جاء منسجماً ومتناغماً مع منطلق الإسلام وروح الشريعة الإسلامية الغراء ، التي لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها ، إذ أن المشرع لا يأذن لنفسه أن يعاقب الناس على أفعال قد وقعت منهم قبل أن يورد نص بشأن حرمتها.

يقول أبو زهرة : " جاءت الشريعة الإسلامية بمبادئ كان العرب على خلافها، فكان من العرب من يبيح لنفسه أن يتزوج زوجة أبيه ، بل يرث زواجه لها،

(١) سورة البقرة : آية ٢٨٦ .

(٢) سورة الأحزاب : آية ٧١ .

(٣) انظر إلى هذه الأدلة في ص : ١٤٣ وما بعدها .

(٤) انظر عبد القادر عودة : التشريع الجنائي، ١ / ١١٢ وما بعدها ، الحسيني جاد : العقوبة البدنية،

ص١٨، أحمد بهنسي : العقوبة ، ص٣١٩ .

١٠
كما يرث أمواله وحقوقه ، وحرّم الإسلام ذلك بقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشةً ومقتاً وساء سبيلاً ﴾ (١)
وكان العرب يبيحون الجمع بين الأختين في عصمة الزواج ، فجاء الإسلام وحرّم ذلك قال تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ﴾ (٢) (٣) .

ثم يقول أبو زهرة : " وهكذا نجد القرآن في تحريمه وبيان المؤاخذة واعتبار الفعل، إنما يستثني ما كان منهم في الجاهلية ، مع أن الفعل في ذاته فاحشة ومقت وأنه أسوأ السبيل في العلاقة الزوجية ، وليس ذلك الإستثناء إلا دفعاً للمؤاخذة عليه في الآخرة ، وإن كان فعلاً يخالف النظام الفاضل الذي يليق بجماعة فاضلة وهو قبيح في ذاته عند العقلاء " (٤) .

وأود في هذا المقام أن أورد بعضاً من إشارات علماء الشريعة ، الذين سبقونا في استخلاص هذا المبدأ الناصع ، الذي يبرز لنا أسمى معاني العدالة في شريعة الله .

لقد بين لنا هؤلاء العلماء الأفاضل ، أن الحكم على أفعال العباد من حيث كونها جريمة تستوجب عقاباً ، لا بد وأن يكون ذلك راجعاً إلى شريعة الله.

يقول الإمام الشاطبي (٥) : " فمن حق الله تعالى - أي التحليل والتحريم - لأنه تشريع مبتدأ وإنشاء كلية شرعية فهو - التحليل والتحريم بلا نص شرعي - مجرد تعد فيما ليس لغير الله فيه نصيب ، فلذلك لم يكن لأحد فيه خيرة " (٦) .

(١) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٣) الجريمة ، ص ١٨٦ .

(٤) المصدر السابق ص ١٨٨ ، بتصريف .

(٥) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي ، الغرناطي أبو إسحاق المعروف بالشاطبي، فقيه أصولي

مفسر محدث لغوي، مالكي المذهب ، له مصنفات مشهورة منها (الموافقات) و (الاعتصام)، توفي سنة ٧٩٠ هـ ، انظر ترجمته في نيل الابتهاج، ص ٤٦ ، شجرة النور الزكية، ص ٢٣١ .

(٦) الموافقات ، ٢ / ٢٥٤ .

واستدل ابن رجب الحنبلي^(١) " من قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ (٢) على " أن ما لم يوجد تحريمه فليس بمحرم " (٣) .

ولقد استدل ابن عبد البر^(٤) بالحديث الوارد في شأن تحريم الخمر: { أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أما علمت أن الله حرّمها ، قال : لا ، قال : فسارّه إنسان ، فقال صلى الله عليه وسلم : بما ساررته ، قال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذي حرم شربها حرم بيعها } (٥) . على أن التحريم لأبد أن يكون له سند شرعي من كتاب الله أو سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، وأكد هذا بقوله : " وقد كانت الشدة والإسكار موجودين في الخمر قبل تحريمها ، ولم يكف ذلك بموجب تحريمها ، ولأن العلة في التحريم ما يقرع السمع من الكتاب والسنة ، وإنما كانت الشدة وصفاً من أوصاف الخمر ، فلما ورد الشرع بتحريم المسكر صار الإسكار والشدة فيها علماً للتحريم بدليل الإعتبار في ذلك " (٦) .

-
- (١) هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، البغدادي، الدمشقي، الزاهد المحدث ، الفقيه الأصولي، له مصنفات كثيرة، منها: (ذيل طبقات الحنابلة) و (جامع العلوم والحكم)، توفي سنة ٧٩٥ هـ ، انظر ترجمته في الجوهر المنضد، ص ٤٦ .
- (٢) سورة الأنعام : آية ١٤٥ .
- (٣) جامع العلوم والحكم، ص ٣١٨ .
- (٤) هو يوسف بن عمر بن عبد البر بن عبد الله بن محمد، الحافظ المحدث الفقيه مالكي المذهب ، من أشهر علماء الأندلس، من مصنفاته (التمهيد) و(الإستنكار) و(الإستيعاب) ، توفي رحمه الله سنة ٤٦٣ هـ ، انظر ترجمته في الديباج المذهب، ص ٣٥٧ .
- (٥) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٢٢ : المساقاة ، باب ٣٢ : بيع الخمر ٦١٣ ، رقم الحديث ١٥٧٨ والنسائي في سننه ، كتاب ٤٤ : البيوع ، باب ٩٠ : بيع الخمر ٣٥٣/٧ ، رقم الحديث ٤٦٧٨ .
- (٦) التمهيد ٩ / ١٢٦ .

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي عن الإمام أحمد بن حنبل (١) أنه : " كان ينكر الكلام في مسائل الحلال والحرام بمجرد الرأي من غير دليل شرعي " (٢) .
وكذلك الإمام ابن قدامة (٣) ، الذي أنكر بعضاً من العقوبات لعدم ورود نص شرعي بها .

يقول ابن قدامة : " والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ، ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا اخذ ماله، لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به " (٤) .

وقد نقل عن الامام مالك (٥) نفي عقوبة التغريب عن المرأة الزانية، بحجة أن " ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به " (٦) .
وهذان الخبران يؤكدان الشطر الثاني من المبدأ، وهو أنه لا عقوبة من غير دليل شرعي .

(١) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني، إمام أهل السنة ، أنكر بدعة القول بأن القرآن مخلوق، كان إماماً في الفقه والحديث واللغة والقرآن، وإليه ينسب المذهب الحنبلي، من أشهر مصنفاته: (المسند) توفي رحمه الله سنة ٢٤١ هـ ، انظر ترجمته في تذكرة الحفاظ ، ٢ / ٤٣١ .

(٢) جامع العلوم والحكم، ص ٢٨٦ .

(٣) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، موفق الدين ، أبو محمد ، أحد كبار الحنابلة ، له عدة مصنفات ، من أشهرها: (المغني) وهو شرح لمختصر الخرقي ، و (الكافي) و (روضة الناظر) ، توفي رحمه الله سنة ٦٢٠ هـ ، انظر ترجمته في شذرات الذهب ، ٥ / ٨٨ .

(٤) المغني ، ١٢ / ٥٢٦ .

(٥) هو مالك بن أنس، إمام دار الهجرة، إليه يُنسب المذهب المالكي، كان فقيهاً محدثاً، قال به الشافعي : " إذا ذكر العلماء فالنجم مالك " من أشهر مؤلفاته (الموطأ) ، توفي رحمة الله سنة ١٧٩ هـ ، انظر ترجمته في الديباج المذهب، ص ١٧ .

(٦) القرافي : الذخيرة ١٢ / ٨٨ ، ابن قدامة : المغني ، ١٢ / ٣٢٢ .

ومن العلماء الذين أشاروا في كتبهم إلى^{١٣} أن حق التحليل والتحرير إنما هو عائد إلى الشرع، هو العز بن عبد السلام^(١)، فقد قال في ذلك " فإن الحلال ما قام دليل تحليله والحرام ما قام دليل تحريمه "^(٢).

هذا، ولقد شنع الإمام ابن تيمية^(٣) - رحمه الله - على أولئك الذين يوجبون أشياء ويحرمون أشياء بلا علم ولا هدى ولا كتاب منير، حيث قال: " إلا أن يكون - أي الذي يحل ويحرم دون نص شرعي - أخرقاً كافراً ، فيقول أنا أوجب هذا واحرم هذا بلا أمر من الله ، ولا مرجع لأحدهما من جهة العقل ، فإذا فعل هذا كان شارعاً من الدين لما لم يأذن به الله ، وهو مع هذا دين معلوم الفساد بالعقل ، حيث جعل الأفعال المستوية بعضها واجب وبعضها محرم بلا سبب يوجب التخصيص ، إلا محض التحكم الذي لا يفعله حيوان أصلاً لا عاقل ولا مجنون "^(٤).

وقد أكد ابن تيمية أن كل من يتولى الفصل والحكم على أفعال الناس، عليه أن يأتي بحكم شرعي مؤيد لذلك، يقول: " يجب أن ينصب لكل حكم دليلاً - وهذا يشمل الحكم في الجرائم وغيرها - وأدلة الأحكام من الكتاب والسنة والإجماع وما تكلم به الصحابة والعلماء إلى اليوم بقصد حسن "^(٥).

إن القول بمبدأ شرعية التجريم والعقوبة، قد يتبادر إلى ذهن المرء لأول مرة أنه مقصور على عدد محدود من الجرائم ، كجريمة القتل العمد ، والقتل الخطأ ،

(١) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي، " سلطان العلماء " ، كان فقيهاً وأصولياً، ولد سنة

٥٧٧ هـ ، أخذ الفقه عن ابن عساكر ، وأخذ علم الأصول عن الزوري ، له مؤلفات عدة ، من أشهرها: (قواعد الأحكام) و (القواعد الصغرى) ، توفي رحمه الله سنة ٦٦٠ هـ ، انظر ترجمته في طبقات الشافعية للأسنوي ٢ / ٨٤ . طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٥ / ٨٠ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ / ١٠٥ .

(٣) هو أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية ، الإمام الفقيه الأصولي المفسر المحدث المتكلم،

حنبلي المذهب، ولد في حران، توفي رحمه الله سنة ٧٢٨ هـ ، انظر ترجمته في البدر الطالع ١ / ٦٣ مجموع الفتاوى ١٩ / ٨١ .

(٤) أبو الحسن البعلي : الاختيارات الفقهية لابن تيمية، ص ٣٣٣ .

والإعتداء على ما دون النفس من الأعضاء ، والزنا والقذف والسرقة ... الخ ، وهذا يؤدي إلى نتيجة فاسدة وهي قصور التشريع الجنائي الإسلامي

عن مواجهة الجرائم ، ولحل هذا الإشكال ينبغي الوقوف على كنه الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وألا تقتصر على علاج المسألة من هذه الزاوية، أي زاوية البحث عن صيغة المبدأ في ذاته، بل ينبغي أن نتخطى ذلك إلى البحث عن قيام النتائج التي تترتب على المبدأ أو عدم وجودها .

إن التجريم والعقوبة في الشريعة الإسلامية ليس باباً مفتوحاً على مصراعيه أمام القضاة أو الحكام ، يجرمون من الأفعال ما شاءوا ويعاقبون كيف شاءوا ، ذلك أن الفقهاء قد عنوا عنايةً فائقةً بتعريف كل جريمة من الجرائم التي قرر لها عقوبة محددة ، فبينوا أركانها وعناصرها المكونة لها ، وشروط تطبيق العقوبة المقررة لها وقد استندوا في ذلك إلى نصوص الكتاب والسنة ، وهذا الصنيع منهم يؤكد لنا مدى اهتمامهم بأن يكون التشريع واضحاً ومفصلاً ، حتى لا تكون هناك فرصة لتعسف ولي الأمر بإيقاع العقوبة في موضع لا يجوز إيقاعها فيه ، كما أنهم عنوا عنايةً فائقةً بتحديد جرائم الحدود والقصاص، وتحديد العقوبات المقررة بإزائها، ومنعوا من الحكم بهذه العقوبات عند اختلال ركن من أركان الجريمة، أو فقد شرط من شروط إيقاع العقاب عليها (١) .

هذا ولقد حاول الإمام ابن رجب الحنبلي أن يضع طريقةً ليتمكن المجتهدون من خلالها معرفة الجرائم بكافة أشكالها ، وإخضاعها للنصوص الشرعية والأدلة المعتمدة في بناء الأحكام ، وحتى لا يقف المجتهد مكتوف اليدين إزاء ما يستحدثه الجناة والمجرمون من " تقنيات " في علم الإجرام، بل عليه أن يبذل جهده في أدلة الشرع التي أحاطت بكل شئٍ علمياً، وبينت لكل فعل وقول حكماً .

يقول ابن رجب: " ولكن مما ينبغي أن يعلم أن ذكر الشيء بالتحليل والتحريم وما قد يخفى فهمه من نصوص الكتاب والسنة، فإن دلالة هذه النصوص قد تكون

(١) انظر فيما تقدم محمد الحسيني : أساس حق العقاب ، ص ١٧ - ٤١ .

بطريق النص والتصريح ، وقد تكون بطريق العموم والشمول، وقد تكون دلالاته بطريق الفحوى والتنبه كما في قوله تعالى: ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ (١).

فإن دخول ما هو أعظم من التأفف من أنواع الأذى يكون بطريق الأولى ويسمى ذلك مفهوم الموافقة (٢). وقد تكون دلالاته بطريق مفهوم المخالفة (٣).

كقوله صلى الله عليه وسلم : { في الغنم السائمة زكاة } (٤)، فإنه يدل بمفهومه على أنه لا زكاة في غير السائمة وقد أخذ أكثر الفقهاء بذلك محتجين بمفهوم المخالفة ، وقد تكون دلالاته من باب القياس، فإذا نص الشارع على حكم في شئ لمعنى من المعاني وكان ذلك المعنى موجوداً في غيره ، فإنه يتعدى الحكم إلى كل ما وجد في ذلك المعنى عند جمهور العلماء ، وهو من باب العدل والميزان الذي أنزله الله وأمر بالعمل به ، فهذا كله مما يعرف به دلالة النصوص على التحليل والتحرير ، فأما ما انتفى فيه ذلك كله، فهنا يستدل بعدم ذكره بإيجاب أو تحريم على أنه معفو عنه ، وهنا مسلكان :

أحدهما : أن يقال لا إيجاب ولا تحريم إلا بالشرع ، وما لم يوجب الشرع شيئاً ولم يحرمه فيكون غير واجب أو غير محرم ، كما يقال في هذا على نفي تحريم الضب ونحوه أو نفي تحريم بعض العقود المختلف فيها .

ولا يصح هذا الاستدلال إلا لمن عرف أنواع أدلة الشرع وسبرها ، فإن قطع من ذلك بانتفاء ما يدل على إيجاب أو تحريم قطع بنفي الوجوب والتحرير ... الخ

(١) سورة الإسراء ، آية ٢٣ .

(٢) هي دلالة النص كما أطلق عليها علماء الأصول في المذهب الحنفي ، وهي " فهم غير المنطوق من المنطوق بسياق الكلام ومقصوده ، وقيل: هي الجمع بين المنصوص وغير المنصوص بالمعنى اللغوي " البزدوي : كشف الأسرار ١ / ١١٥ .

(٣) مفهوم المخالفة : هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق المقيد بقيد لغير المنطوق عند انتفاء ذلك القيد المعتبر في تشريعه، انظر أستاذنا الدريني : المناهج الأصولية ص: ٣٢٤ .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب: ١٧ الزكاة ، باب: ١١، صدقة الماشية: ١/٢٣٧ رقم: ٦٠٨، وأبو داود في سننه: كتاب: ٩ الزكاة ، باب: ٤: في زكاة السائمة: ٢/٣١٥ رقم: ١٥٦١.

المسلك الثاني : أن يذكر من أدلة الشرع العامة ما يدل على ما لم يوجبه الشرع ولم يحرمه فإنه معفو عنه، مثل قوله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الحج في كل عام فقال : ﴿ ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم ، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ﴾ (١) " (٢) .

وبهذه العبارات يكون ابن رجب الحنبلي قد أرسى القواعد المنهجية في التجريم والعقاب ، وذلك للتعرف على حكم الشرع في المسائل الجنائية التي لم يرد بها نص شرعي خاص ، وبذلك يتضح أن التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية ليس مقصوراً على الجرائم التي ورد بها نص مباشر من كتاب الله أو سنة النبي صلى الله عليه وسلم، بل إنه يشمل كافة الجرائم التي يمكن أن تخل بنظام الجماعة .

وخلصه القول : أن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة يقوم على أساس العدل ووفق ميزان القسط والإنصاف بين الناس جميعهم ، وذلك ضمن أمرين هامين :

الأول : إن الجريمة لا تنسب إلى أي مكلف كان، حتى يرد دليل شرعي صحيح على أن الفعل الذي ارتكبه هو جريمة أو مفسده تخالف نصوص الشرع .

الثاني : إن العقوبة لا تترتب على الجريمة التي أحدثها المكلف إلا إذا كانت العقوبة في ضوء الكتاب أو السنة، أو كانت مستمدةً من أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٩٦ : الإعتصام بالكتاب والسنة ، باب ٢ : الإقتداء بسنن رسول

الله صلى الله عليه وسلم ، ٨ / ١٧٦ رقم ٧٢٨٨ وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب : ١٥ ، الحج ،

باب ١ : وجوب الحج، ص ١١٦ رقم ٢٦١٨ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٢٤ : المناسك ، باب ١ :

وجوب الحج ، ٥ / ١١٦ ، رقم ٢٦١٨

(٢) جامع العلوم والحكم ، ص ٣١٧ - ٣١٨ بتصرف .

المبحث الثاني

تحقيق أصل مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية

وفيه :

المطلب الأول:

أدلة المبدأ من القرآن الكريم.

المطلب الثاني:

أدلة المبدأ من السنة النبوية المطهرة.

المطلب الأول

أدلة مبدأ الشرعية من القرآن

في هذا المطلب سنتولى عرض الأدلة الشرعية المستمدة من كتاب الله، والتي تؤكد لنا أن هذا المبدأ قد ضرب جذوره في الشريعة الإسلامية، ولم يكن بدعاً من القول أو افتراءً على الشريعة، وقد جاء ذلك بطرق متعددة في القرآن الكريم :

الطريقة الأولى : إنذار الله الأمم السابقة بالعقوبة قبل وقوعها. (١)

إن الله عز وجل لم يعاقب الأمم السابقة إلا بعد إنذارهم بترك المعاصي وإنذارهم بإيقاع العقوبة عليهم ، ولم يأخذ الله أي أمة بغتةً قبل إنذارهم بالعقوبة مقدماً، وثبت هذا بالآيات العديدة الدالة على ذلك، ومنها قوله تعالى : ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً ﴾ (٢) .

قال ابن عاشور (٣) : " أشعرت الآية أن من أعمال الناس هو يغضب الله ويعاقب عليه ، وهي الأفعال التي تدل العقول السليمة على قبحها لإفضائها إلى الفساد والأضرار البينة ، ووجه الإشعار أن الحجة إنما تقابل محاولة عمل ما ، فلما بعث الله الرسل لقطع الحجة، علمنا أن الله حين بعث الرسل كان بصدد أن يؤخذ المبعوث إليهم ، فاقتضت رحمته أن يقطع حجتهم ببعثه الرسل لإرشادهم وإنذارهم، ولذلك جعل قطع الحجة علةً غائيةً للتبشير والإنذار ، إذ التبشير والإنذار إنما يبينان عواقب الأعمال " (٤) .

(١) عوض إدريس : الدية ، ص ٤٦٥ .

(٢) سورة النساء: آية ١٦٥ .

(٣) هو محمد الطاهر بن محمد بن عبد القادر بن عاشور ، نقيب أشرف تونس ، وكبير علمائها ، ولي

القضاء فيها سنة ١٢٦٧ هـ ، ثم الفتيا ثم نقيب الأشرف ، توفي بتونس ، له كتب من أشهرها:

(شفاء القلب الجريح) و (هدية الأديب) و (مقاصد الشريعة الإسلامية)، انظر ترجمته في الأعلام

١٧٣ / ٦ .

(٤) التحرير والتتوير ٦ / ٣٩ .

وقوله تعالى : ﴿ من اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ (١) .
 جاء في روح المعاني : " بيان للعناية الربانية إثر بيان اختصاص آثار الهداية والضلال بأصحابها ، وعدم حرمان المهدي من ثمرات هدايته ، وعدم مؤاخذة النفس بجناية غيرها أي وما صح وما استقام منا ، بل استحال في سنتنا المبنية على الحكم البالغة أو ما كان في حكمنا الماضي وقضائنا السابق أن نعذب أحداً بنوع ما من العذاب دنيوياً كان أو أخروياً على فعل شيء أو ترك شيء أصلياً كان أو فرعياً (حتى نبعث) إليه (رسولاً) يهدي إلى الحق ويردع عن الضلال ويقوم الحجج ويمهد الشرائع " (٢) .

هذا، وقد نزلت آيات قرآنية تؤكد ما قررته الآيتان السابقتان كقوله تعالى :
 ﴿ وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون ﴾ (٣) ، وقوله تعالى : ﴿ وما أهلكنا من قرية إلا ولها كتاب معلوم ﴾ (٤) ، وقوله تعالى : ﴿ وضرب الله مثلاً قرية كانت آمنة مطمئنة يأتيها رزقها رغداً من كل مكان فكفرت بأنعم الله فأذاقها الله لباس الجوع والخوف بما كانوا يصنعون ﴾ (٥) .

الطريقة الثانية : إخبار القرآن عن اعتراف الأمم التي وقع عليها العذاب والعقوبة بأنه قد جاءها النذير (٦) .

لقد حصل اعتراف من قبل الأمم الغابرة التي أخذها الله بعذاب من عنده، بأنه قد جاءتها الرسل والنذر من بين يديها ومن خلفها، ولكنها كذبت الرسل وعصت أمر ربها، كما في قوله تعالى : ﴿ تكاد تميز من الغيظ كلما ألقي فيها فوج سألهم

(١) سورة الإسراء : آية ١٥ .

(٢) الألويسي ١٥ / ٤٩ .

(٣) سورة القصص : آية ٥٩ .

(٤) سورة الحجر : آية ٤ .

(٥) سورة النحل : آية ١١٢ .

(٦) عوض إدريس : الدية ص ٤٦٧ .

خزنتها ألم يأتكم نذير . قالوا بلى قد جاءنا نذير فكذبنا وقلنا ما نزل الله من شيء إن أنتم إلا في ضلال كبير ﴿١﴾ .

والآية تقتضي أنه لا يلقى في نار جهنم أحد إلا سئل على جهة التوبيخ والتقريع عن النذر ، فأقروا بأنهم جاعوهم فكذبوهم (٢)، وقالوا اعترافاً بأنه عز وجل قد أراح عليهم بالكلية ، وجمعوا بين حرف الجواب ونفس الجملة المجاب بها مبالغةً في الإقرار بمجيء النذير ، وتحسروا على ما فاتهم من السعادة في تصديقهم وتمهيداً لما وقع منهم من التقريط ندماً واغتماماً على ذلك (٣) .

الطريقة الثالثة : إخبار القرآن عن استحقاق الأمم للعقوبة والوعيد لتكذيبها رسل الله المنذرين (٤) .

لقد حكى القرآن عن الأمم التي جاءها النذير فكذبتة ولم ترتدع واستمرت في ضلالها وعنادها ، وفي هذا يقول الله تعالى : ﴿ وما تأتيهم من آية من آيات ربهم إلا كانوا عنها معرضين . فقد كذبوا بالحق لما جاءهم فسوف يأتيهم أنباء ما كانوا به يستهزئون ﴾ (٥) .

لقد أخبر الله سبحانه وتعالى أنهم أعرضوا عن تلك الآيات حين انتهم ، فقد كذبوا بما لا يمكن لعاقل تكذيبه أصلاً، من غير أن يتدبروا في حاله ومآله، ويقفوا على ما فيه تضاعيفه من الشواهد الموجبة لتصديقه ، وبناءً على ما تقدم لكونه أمراً عظيماً يقتضي ترتب الوعيد عليه (٦) . وكذا قوله تعالى : ﴿ إقترب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون . ما يأتيهم من ذكر من ربهم محدث إلا استمعوه وهم

-
- (١) سورة تبارك : آية ٨ - ٩ .
 - (٢) ابن عطية : المحرر الوجيز ١٥ / ٩ .
 - (٣) الألوسي : روح المعاني ٢٩ - ١٨ .
 - (٤) عوض إدريس : الدية ، ص ٤٦٦ .
 - (٥) سورة الأنعام : آية ٤ - ٥ .
 - (٦) الألوسي : روح المعاني ٧ / ١١٩ - ١٢٠ .

يلعبون. لاهية قلوبهم وأسروا النجوى^{٢١} الذين ظلموا هل هذا إلا بشر مثلكم
أفتأتون السحر وأنتم تبصرون ﴿ (١) .

الطريقة الرابعة: إخبار القرآن أن الله أرسل الرسل وفصل الآيات ليتحقق
الردع والانزجار للناس، وحتى تستقيم أمور حياتهم .

قال تعالى : ﴿ يا بني آدم إما يأتينكم رسل منكم يقصون عليكم آياتي فمن
اتقى وأصلح فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون . والذين كذبوا بآياتنا واستكبروا
عنها أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ (٢) . وقوله تعالى : ﴿ يريد الله ليبين
لكم ويهديكم سنن الذين من قبلكم ويتوب عليكم والله عليم حكيم ﴾ (٣) . وقوله
تعالى : ﴿ يبين لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم ﴾ (٤) .

قال الألوسي (٥) : " فإنه سبحانه أمرهم بالتقوى، وبين لهم ما كانوا عليه في
الجاهلية، ولما تم تفصيله قال عز وجل لهم : إني بينت لكم ضلالكم فاتقوني كما
أمرتكم، فإن الشر إذا عُرف اجتنب والخير إذا عُرف ارتكب " (٦) .

الطريقة الخامسة : إخبار القرآن أن الحرام ما حرمه الله في شرعه فلا
يجوز إتيانه أو فعله ولا يحل لأحد أن يحرم شيئاً لم يحرمه الله.

(١) سورة الأنبياء : آية ١ - ٣ .

(٢) سورة الأعراف : آية ٣٥ - ٣٦ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٦ .

(٤) سورة النساء : آية ١٧٦ .

(٥) هو محمود شكري بن عبد الله بن شهاب الدين الألوسي ، الحسيني ، أبو المعالي ، المؤرخ ، عالم بالأدب

والدين، من الدعاة إلى الإصلاح ، ولد في بغداد وأخذ العلم عن أبيه ، تصدر للتدريس ، وحمل على

أهل البدع والضلال ، له مؤلفات كثيرة ، من أشهرها : (روح المعاني)، توفي سنة ١٣٤٢ هـ، انظر

ترجمته في الاعلام ٧ / ١٧٢ .

(٦) روح المعاني : ٥ / ٢٩٩ .

قال تعالى : ﴿ وَمَالِكُمْ أَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنْ كَثِيرًا لِيُضِلُّوا بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمَعْتَدِينَ ﴾ (١) .

قال ابن رجب الحنبلي : " فعنفهم على ترك الأكل مما ذكر اسم الله عليه معللاً بأنه قد بين لهم الحرام وهذا ليس منه " (٢) .

وكذا قوله تعالى : ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِيهَا أَوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فِسْقًا أَلْهَلْ لغيرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٣) . قال ابن تيمية : " فنزلت الآية على أن ما لم يجد تحريمه فليس بمحرّم , وما لا يحرم فهو حل " (٤) .

وكذا قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكُذْبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ لَا يَفْلَحُونَ . مَتَاعٌ قَلِيلٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (٥) .

جاء في تفسير الآية : " لا تحلوا ولا تحرموا لأجل قول تنطق به ألسنتكم من غير حجة ... , وإن هذه الآية تتناول بعموم لفظها فتيا من أفتى بخلاف ما في كتاب الله أو في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما يقع كثيراً من المؤثرين للرأي المقدمين له على الرواية أو الجاهلين لعلم الكتاب والسنة ... , وأنهم لحقيقون بأن يحال بينهم وبين فتاواهم ويمنعوا من جهالاتهم , فإنهم أفتوا بغير علم من الله ولا هدى ولا كتاب منير , فضلوا وأضلوا هم ومن يستفتيهم " (٦) .

(١) سورة الأنعام : آية ١١٩ .

(٢) جامع العلوم والحكم ص ٣١٨ .

(٣) سورة الأنعام : آية ١٤٥ .

(٤) مجموع الفتاوى : ٢١ / ٥٣٧ .

(٥) سورة النحل : آية ١١٦ - ١١٧ .

(٦) أبو الطيب القنوجي : فتح البيان ٧ / ٣٣٢ .

قال الشوكاني (١): " فالآية دلت على أن التحريم أو التحليل ليس إلينا وإنما هو إليه، فلا يعلم الحلال ولا الحرام إلا بإذنه" (٢).

وقوله تعالى: ﴿ أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله ولولا كلمة الفصل لقضي بينهم وأن الظالمين لهم عذاب أليم ﴾ (٣).

قال ابن تيمية: " إنه ليس لأحد أن يحرم إلا ما جاءت الشريعة بتحريمه ، وإلا فالأصل عدم التحريم سواء في ذلك الأعيان والأفعال ، وليس له أن يشرع ديناً واجباً أو مستحباً ما لم يقم دليل شرعي على وجوبه واستحبابه " (٤).

المطلب الثاني

-
- (١) هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، الصنعاني، اليماني، الفقيه المفسر الأصولي المحدث المجتهد ، ألف كثيراً من الكتب النافعة في شتى علوم الشريعة، من أشهر مؤلفاته: (إرشاد الفحول) (فتح القدير) و (السيل الجرار) و (نيل الأوطار) ، توفي رحمه الله سنة ١٢٥٠هـ انظر ترجمته في البدر الطالع ٢ / ٢١٤ ، والفتح المبين ٣ / ١٤٤ .
 - (٢) إرشاد الفحول ٢ / ١١٦٢ .
 - (٣) سورة الشورى : آية ٢١ .
 - (٤) مجموع الفتاوى ٢١ / ٣٠٦ .

أدلة مبدأ الشرعية من السنة النبوية

لقد شهدت السنة النبوية لمبدأ شرعية التجريم والعقوبة بالصحة والإعتبار ، واعتبرت السنة النبوية أن حق الحاكمية سواء كان في العادات أو المعاملات أو الجنايات وغيرها لله وحده ، فلا يجرم فعل إلا وفق شرع الله ، ولا يعاقب أحد على فعل ما إلا وفق شرع الله ، وقد أشارت السنة إلى هذا المبدأ بعدة طرق :

الطريقة الأولى : أن النبي صلى الله عليه وسلم بيّن للصحابة ومن بعدهم أنه تاركهم على المحجة البيضاء ، فبيّن لهم كل ما خفي عن أنظارهم من الأحكام التي تخص دنياهم ودينهم، قال صلى الله عليه وسلم : ﴿ قد تركتم على المحجة البيضاء ، ليلها كنهارها ، لا يزيغ عنها إلا هالك، ومن يعيش منكم فسيروى اختلافاً كثيراً ، فعليكم بسنتي ، وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي ، عضوا عليها بالنواجذ وعليكم بالطاعة وأن عبداً حبشياً ﴾ (١).

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك أمته بعد أن بين لهم أحكام الدنيا والآخرة، فما من شيء إلا وقد نصّ عليه ، فاستوجب ذلك أن التبيين قد تناول أيضاً أحكام الجرائم والعقوبات وبيّن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنته المطهرة ، ولذا فإن النبي صلى الله عليه وسلم أرشد إلى ضرورة الرجوع إلى الشرع في الحكم .

الطريقة الثانية : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد بيّن للناس الحلال ليفعلوه والحرام ليجتنبوه، قال صلى الله عليه وسلم : ﴿ الحلال بيّن والحرام بيّن، وبينهما أمور مشتبّهات ، لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام ، كالراعي يرعى حول

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٢٩: السنة ، باب ٦ : في لزوم السنة ٥ / ١٨٥ ، رقم ٤٥٩٤ والترمذي في سننه ، كتاب ٣٨ : العلم ، باب ١٦ : ما جاء في الأخذ بالسنة ٣٠ / ٤٧٣ ، رقم ٢٦٧٦ ، وقال حديث حسن صحيح ، وابن ماجه في سننه ، في المقدمة ، باب ٦ : إتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين ١ / ٤٨ ، رقم ٤٣ .

الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ألا إن حمى الله محارمه ، ألا وإن في الجسد مضغه إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب } (١) .

وجه الاستدلال : أن الحديث بين أن حكم الأشياء ثلاثة أقسام ، حلال واضح لا يخفى حلّه ، وحرام واضح لا يخفى تحريمه، على الناس ويدخل فيه الجنايات والجرائم وأمور أخرى مشتبهة على كثير من الناس (من غير العلماء) (٢) .

ولما كان الحرام بيناً وظاهراً قد بيّنه القرآن والسنة ، دل ذلك على أن التحريم - الذي يترتب عليه التجريم والعقاب - قد نصّ عليه من الشارع الحكيم .

ويتأيد هذا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: { الحلال ما أحله الله في كتابه، والحرام ما حرّمه الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو عفو } (٣)، وبقوله صلى الله عليه وسلم : { إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدّ حدوداً فلا تعتدوها ، وحرّم أشياءً فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمةً بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها } (٤) .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب ٢ : الحلال بين والحرام بين ٣ / ٥ ، رقم ٢٠٥١ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ١٢٢ : المساقاة ، باب ٢٠ : أخذ الحلال وترك الشبهات ص ٦٢٠ ، رقم ١٥٩٩ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ١٨ : البيوع ، باب ٣ : اجتناب الشبهات ٤ / ١١٢ ، رقم ٣٣٢٢ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٢ : البيوع ، باب ١ : ما جاء في ترك الشبهات ٢ / ٢٥٥ ، رقم ١٢٠٥ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٤٤ : البيوع ، باب ٢ : اجتناب الشبهات في الكسب ٧ / ٢٧٧ ، رقم ٤٤٦٥ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٣٦ : الفتن ، باب ١٤ : الوقوف عند الشبهات ٤٠ / ٣٨٨ ، رقم ٣٩٨٤ .

(٢) ابن رجب الحنبلي : جامع العلوم والحكم ٧٥ .

(٣) أخرجه الترمذي في سننه كتاب ٢١ : اللباس ، باب ٦ : ما جاء في لبس الفراء ٢ / ٥٧٨ ، رقم ١٧٢٦ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٢٩ : الأطعمة ، باب ٦٠ : أكل الجبن والسمن ٤ / ٦٢ ، رقم ٣٣٦٧ .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه ، كتاب الرضاع ، باب ٤ / ١٠٩ ، رقم ٤٣٥٠ .

٢٦
وجاء في جامع العلوم والحكم : " (وسكت عن أشياء) ، أي أنه سكت عن
ذكرها رحمةً بعباده ورفقاً ، حيث أنه لم يحرمها عليهم حتى يعاقبهم على فعلها ، ولم
يوجبها عليهم حتى يعاقبهم على تركها " (١) .

وجاء فيه أيضاً : " من عمل بهذا الحديث فقد فاز بالثواب وأمن من العقاب ،
لأن من أدى الفرائض ، واجتنب المحارم ، ووقف عند الحدود ، وترك البحث عما
غاب عنه ، فقد استوفى أقسام الفضل ، وأوفى حقوق الدين ، لأن الشرائع لا تخرج
عن هذه الأنواع المذكورة في هذا الحديث " (٢) .

وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن من الحقوق المفترضة على الأنبياء أن
يبينوا للناس كافة الشرور التي وجب على الناس اجتنابها ، قال صلى الله عليه
وسلم : { ما بعث الله نبياً إلا كان حقاً عليه أن يدل أمته على خير ما يعلمه
لهم ، وينهاهم عن شر ما يعلمه لهم } (٣) .

وجه الاستدلال : أن الحديث نص في أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد
بين لأُمَّته أنواع الشرور والمحارم كلها ، فاقتضى ذلك أن ما من جريمة إلا وقد
تناولها الرسول بالبيان ونص عليها ، وبين ما يتعلق بها من العقاب أو غيره .

الطريقة الثالثة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أسقط العقاب عما فعله الناس
في الجاهلية الأولى قبل بعثته صلى الله عليه وسلم ، لأن الناس لم ينهبوا على
اجتنابها ولم يحذروا منها ، ومن هذه الأفعال أكل الربا والدماء التي كانت بين
العرب في الجاهلية ، وقد جاء نص صريح في ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم :

(١) ابن رجب الحنبلي ، ص ٣٢٠ .

(٢) ابن رجب الحنبلي ، ص ٣١١ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٣٣ : الأمانة ، باب ١٠ : وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء...، ص رقم
١٨٤٤ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٣٦ : الفتن ، باب ٩ : ما يكون من الفتن ٤ / ٣٧٢ ، رقم

{ إن كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة، وأول دم أضعه دماؤنا ، وربما الجاهلية موضوع ، وأول ربا أضعه ربانا } (١) .

الطريقة الرابعة : أنه ثبت في السنة الصحيحة أن الصحابة كانوا يفعلون أشياء لعدم ورود نص من الشارع بشأن تحريمها أو تجريمها ، ولو ورد شيء من ذلك لامتنعوا عنه كالعزل (٢) ، حيث جاء في السنة : { كنا نعزل والقرآن ينزل ، فلو كان شئ ينهى عنه لنهى عنه القرآن } (٣) .

وكذا جاء في السنة الصحيحة أنه : { أهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أما علمت أن الله حرمها ، قال : لا ، قال : فسارّه إنسان ، فقال صلى الله عليه وسلم : بما ساررته، قال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذي حرم شربها حرم بيعها } (٤) .

وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم شدد النكير على بعض أصحابه عندما حرموا على أنفسهم أشياء لم يأذن الله بتحريمها، وأمرهم بالرجوع إلى السنة المطهرة ، فما أمروا به فهو الحلال المتبع ، وما نهوا عنه فهو الحرام المجتنب .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ١٥ : الحج ، باب ١٩ : حجة النبي صلى الله عليه وسلم ص ٤٥٤ ،

رقم ١٢١٨ وأبو داود في سننه ، كتاب ١٨ : البيوع ، باب ١٥ : في وضع الربا ٤/١١٥ ، رقم: ٣٣٢٧ ، وابن ماجة في سننه كتاب ٢٥ : المناسك . باب ٧٦ : الخطبة يوم النحر ٣/٣٠٥٥ ، رقم : ٤٩٢ .

(٢) العزل : هو النزاع بعد الإيلاج لينزل ماء الرجل خارج الفرج ، أنظر : الشوكاني : نيل الأوطار ٦ / ٧٠٨ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب : النكاح باب ٦٧ : النكاح ، باب ٩٧ : العزل ٦٠ / ١٨٧ رقم ٥٢٠٧ ، ومسلم في صحيحه كتاب ١٦ : النكاح ، باب ٢٢ : حكم العزل ص ٥٤١ / ١٤٤٠ ، والترمذي في سننه ، كتاب : النكاح ، باب ٣٨ : ما جاء في العزل ٢ / ٢٠٨ / ١١٣٧ ، وابن ماجة في سننه كتاب ٩ : النكاح ، باب ٣٠ : العزل ٢ / ٤٥٧ / ١٩٢٦ .

(٤) تقدم تخريج هذا الحديث في ص ١١ .

فقد روى أنس (١) رضي الله عنه : { أن نفرأ من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا أزواج النبي صلى الله عليه وسلم عن عمله في السر ، فقال بعضهم: لا أتزوج النساء ، وقال بعضهم : لا آكل اللحم ، وقال بعضهم : لا أنام على الفراش ، وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ، ولكني أصلي وأنام ، وأصوم وأفطر ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني } (٢).

وكذلك جاء في السنة : { أن نفرأ كانوا جلوساً بباب النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال بعضهم: ألم يقل الله كذا وكذا ، وقال بعضهم : ألم يقل الله كذا وكذا ، فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج فكأنما فقيء في وجهه حب الرمان ، فقال : بهذا أمرتم - أو بهذا بعثتم - أن تضربوا كتاب الله بعضه ببعض ، إنما ضلت الأمم قبلكم في مثل هذا ، إنكم لستم مما هاهنا في شيء ، انظروا الذي أمرتم به فاعملوا به والذي نهيتم عنه فانتهوا } (٣).

وقد جاء عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم إنكارهم الشديد على من يحرم أشياء على الناس لم يحرمها الله ، قال عبد الله بن مسعود (٤) : { عسى رجل أن يقول أن الله أمر بكذا ونهى عن كذا ، فيقول الله عز وجل كذبت ، أو يقول أن الله حرم كذا وأحل كذا ، فيقول له الله عز وجل كذبت } (٥).

(١) هو أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد الأنصاري ، الخزرجي ، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن الرجال الذين أكثروا الحديث والرواية عن الرسول ، قام على خدمه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر سنين ، أقام بالمدينة وشهد الفتوح ثم سكن البصرة إلى أن توفي فيها سنة ٩٠ هـ أو سنة ٩٣ هـ انظر ترجمته في الإستيعاب ١ / ٤٤ والإصابة ١ / ٨٤ .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٧٢٨/٤ رقم الحديث ١٤٠٩١ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٦٦٦/٢ رقم الحديث ٦٨٤٥ .

(٤) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شخص الهذلي ، أبو عبد الرحمن ، أسلم قديماً ، وهاجر

الهجرتين ، وشهد بدرأ والمشاهد كلها ، ولازم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر الرواية عنه توفي سنة ٣٣ هـ ، انظر ترجمته في الإصابة ٢ / ٢٠ ، وأسد الغابة ٢ / ٧٤ .

(٥) أخرجه الطبري : المعجم الكبير ٩ / ٢٣١ ، رقم ٨٩٩٥ .

وكذلك } لما أراد عمر بن الخطاب ^(١) أن ينهى عن حلل الحبرة - وهي اثواب يمنية - لأنها تصبغ بالبول ، فقيل : له ليس ذلك لك ، قد لبسهن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولبسناهن في عهده .

وفي رواية أخرى : يا أمير المؤمنين قد لبسهن نبي الله صلى الله عليه وسلم ، ورأى الله مكانها ، ولو علم أنها حرام لنهى عنها ، فقال : صدقت { ^(٢) .

(١) هو عمر بن الخطاب ابن نفيل القرشي ، أبو حفص ، كان شديداً وجباراً في الجاهلية ، أسلم بعد اربعين رجلاً واحدى عشرة امرأة ، هاجر الى المدينة وحده علناً ، شهد بدرأً واحداً والخندق وبيعة الرضوان ، تولى الخلافة بعد ابي بكر الصديق ، وظل فيها الى أن قتل سنة ٢٣ هـ انظر ترجمته في أسد الغابة ٣ / ٣١٨ .

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٢٠ / ١٤٣ .

المبحث الثالث

الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الشرعية

إن الأساس الذي يقوم عليه المبدأ هو المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية ، التي هي أساس البقاء الإنساني ، وسبب امتداد وجوده في كل زمان ومكان ، وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية أن أي اعتداء على هذه المقاصد إنما هو اعتداء آثم على الفطرة وعلى أمر الجماعة ، وكل جماعة يقع عليها اعتداء فسبيلها محتوم ، وهو الدمار والخراب والفساد ، لذا كان من العدل أن يحكم الشرع على كل فعل فيه اعتداء على أمر من هذه المقاصد بأنه جريمة يستلزم عقاباً رادعاً وزاجراً في آن واحد (١) ، وفيما يلي سنتولى عرض أنواع المقاصد بصورة موجزة :

تحديد مفهوم المقاصد :

المقاصد لغةً :

جمع مقصد وهي مصدر، والفعل قصد يقصد ، قصده : نوت نحوه (٢) .

المقاصد اصطلاحاً :

يعد الإمام الشاطبي من أوائل خاض في ميدان المقاصد ، ويعد كتابه " الموافقات " من أسمى الكتب وأجلها التي وضعت في هذا الباب ، وبالرغم من هذا إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً بقالب خاص لمفهوم المقاصد .

وقد خاض العلماء من بعده هذا الميدان العريق ونقلت عنهم تعريفات لمفهوم المقاصد .

فقد عرفها ابن عاشور بقوله : " هي الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة " (٣) . وعرفها محمد سعد بقوله : " المقاصد هي المعاني والحكم ونحوها التي

(١) أنظر أستاذنا محمد نعيم ياسين : الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ١٤ .

(٢) أحمد بن يوسف : عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ ٣ / ٣٦٤ .

(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٤٦ .

٣١
راعاها الشارع في التشريع^{٣١} عموماً وخصوصاً ، من أجل تحقيق
مصالح العباد " (١) .

ولا أرى مناسبة للوقوف على كل جزئيه ينطوي عليها كل تعريف من هذه
التعاريف ، إلا أنه لا بد من القول أن نقطة التقاطع بين هذه التعاريف، أن الشريعة
الإسلامية شرعت للعباد أحكاماً تتطوي كلها على حكم جليلة ومعاني عظيمة التي يتم
بها جلب منفعة ودفن مفسدة .

أنواع المقاصد :

لقد قام العلماء في تنويع المقاصد وتقسيمها إلى رتب متفاوتة ودرجات
مختلفة بعضها أهم من بعض ، وهي على النحو التالي:

النوع الأول: المقاصد الضرورية:

وقد عرفها الشاطبي بقوله : " أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا،
بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهاجر وفوت
حياة ، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين " (٢) .

وقد حصرها العلماء في خمسة أمور وهي (٣) :

- حفظ الدين .
- حفظ النفس .
- حفظ العقل .
- حفظ النسل .
- حفظ المال .

وسنتولى عرض الأصول الخمسة بصورة موجزة :

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٣٧ .

(٢) الموافقات : ٧ / ٢ .

(٣) المصدر السابق : ٨ / ٢ .

أولاً : حفظ الدين :

الدين : هو مجموعة العقائد والعبادات والأحكام والقوانين التي شرعها الله سبحانه وتعالى لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقتهم ببعضهم ببعض (١) ، وحفظ الدين يكون بالمحافظة على ما يقيم أركانه ويثبت قواعده، عن طريق العمل به في الحياة الواقعية والحكم به في جميع مظاهر الحياة، سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو ثقافية ، وكذلك ضرورة الدعوة إليه بالترغيب تارة أو التهيب تارة أخرى، وأخيراً بالجهاد في سبيل إعلاء كلمته وتنفيذ حدوده وإقامة شعائره في الأرض (٢) .

ثانياً : حفظ النفس :

حفظ النفس في الشريعة الإسلامية يكون بما شرعه الله لإيجادها، عن طريق الزواج الشرعي بغية التوالد والتناسل وبقاء النوع الإنساني على أكمل الوجوه وحفظه من الإنقراض ، ثم أوجبت الشريعة الإسلامية بتزويد النفس بأسباب بقائها واستمرارها في الحياة من طعام وشراب ومسكن ، كذلك حرم الإسلام الإعتداء على النفس سواء كان قتلاً أو إتلافاً، وسواء أكان ذلك من الإنسان نفسه بالانتحار أم من غيره (٣) .

ثالثاً : حفظ العقل :

العقل منة كبرى من الله تعالى على الإنسان، إذ به تدرك حقائق الأشياء وبواطن الأمور ، وبه نال الإنسان التكريم الإلهي، وذلك في قوله تعالى : ﴿ ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ﴾ (٤) .

(١) انظر محمد سعد : مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٩٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(٣) انظر أحمد الرفايعه: أهمية مقاصد الشريعة في الاجتهاد، ص ١٦ .

(٤) سورة الإسراء : آية ٧٠ .

وقد أولت الشريعة الإسلامية عنايةً فائقةً بالعقل الإنساني وذلك من عدة وجوه:

الأول: أن الله تعالى أكثر من ذكر العقل في كتابه، كقوله تعالى: ﴿ **إِنْ كُنْتُمْ تَعْقِلُونَ** ﴾ (١) . وقوله: ﴿ **لِعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ** ﴾ (٢) .

الثاني: أن الله جعل العقل مناط التكليف ، فغير العاقل ليس مكافئاً قال الأمدى (٣) : " إنفق العقلاء على أن شرط المكف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة " (٤) .

الثالث: تحريم ما يفسد العقل، إذ عنيت الشريعة الإسلامية بالعقل، فحرمت كل ما من شأنه أن يفسد العقل أو يسبب له خللاً يؤدي إلى اضطرابه أو تعطيل عمله أو شله عن التفكير والإبداع (٥) .

رابعاً: حفظ النسل :

لقد أوجب الإسلام تحصين الفروج والإبتعاد عن المحارم واجتتاب الزنا، لأنه من أشد أنواع الإعتداء على الأعراض وأكبرها إثماً وجرماً ، قال تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴾ (٦) .

وقد حذر الإسلام من كل عمل يؤدي إلى الزنا، كالنظر والمصافحة وكذلك الخلوة بالمرأة والإنفراد بها (٧) .

(١) سورة آل عمران : آية ١١٨ .

(٢) سورة الأنعام : آية ١٥١ .

(٣) هو علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الفقيه الأصولي ، الملقب بـ " سيف الدين " له مؤلفات كثيرة، من أشهرها: (الإحكام في أصول الأحكام) ، توفي رحمه الله سنة ٦٣١ هـ انظر ترجمته في طبقات الشافعية للسبكي ١٢٩ / ٥ .

(٤) الأمدى : الأحكام في أصول الأحكام ١ / ١١٤ .

(٥) محمد سعد : مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٢٣٥ .

(٦) سورة الإسراء : آية ٣٢ .

(٧) عبد العزيز الخياط : المؤيدات الشرعية، ص ٢٧ .

خامساً : حفظ المال :

لقد حث الإسلام على كسب المال من طريقه المشروعة, لما يترتب على وجود المال في أيدي أناس صالحين من مصالح عظيمة, وأمر بالسعي في الأرض لتحصيله

واكتسابه بالطرق المشروعة (١) ، كذلك حرم الإسلام اكتساب المال بوسائل غير مشروعة, كالسرقة والغصب والرشوة ، ووضع عقوبات زاجرة لمن يتعدى على مال غيره .

النوع الثاني : المقاصد الحاجية :

وقد عرفها الإمام الشاطبي بقوله : " وأما الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة , ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين الحرج والمشقة ، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد المادي المتوقع في المصالح العامة " (٢).

إذاً فالحاجيات تكون في الأمور التي لم تصل إلى درجة الضرورة, بحيث إذا فقدت استحالت الحياة في الوجود ، بل إن فواتها يؤدي إلى وقوع الناس في حرج أكيد, وهذا لا ينسجم مع فطرة الإسلام وروح الشريعة , قال تعالى : ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ (٣) .

وقد ذكر الشاطبي بعضاً من مظاهر رفع الحرج عن الناس في الشريعة الإسلامية, فقال : " ففي العبادات كالرخص المخففة بالنسبة إلى لحوق المشقة بالمرض والسفر, وفي العادات كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات وما هو حلال مأكلاً ومسكناً ومركباً وما أشبه ذلك " (٤) .

(١) سليمان بن إبراهيم : المال في القرآن الكريم, ص ٤٦ وما بعد .

(٢) الموافقات : ٨ / ٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ١٨٥ .

(٤) الموافقات : ٨ / ٢ .

النوع الثالث : المقاصد التحسينية :

وعرفها الشاطبي : " وأما التحسينات فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات " (١). كالتنزه عن النجاسات .

ومن هنا نقول بأن الله عز وجل شرع للأمة المؤمنة تشريعات تهدف إلى تطهير النفس البشرية من الصفات الحيوانية ، وتركيتها من العادات الهمجية الشرسة، وذلك حتى ترتقي النفس البشرية في سلم الأخلاق والمحامد ، فما أنزل القرآن على قلب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا من أجل أن يصنع إنساناً مستقيماً النفس ، طاهر الروح، قائماً على الخلق الكريم ، ويتعالى عن سفاسف الأمور ، وسوء الأخلاق ، قال تعالى : ﴿ هو الذي بعث في الأميين رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة ﴾ (٢) .

وبعد عرض أنواع مقاصد الشريعة الإسلامية التي تعتبر أساساً للتجريم والعقاب ، فإنه يحق لنا أن نسأل هل يعتبر مبدأ شرعية التجريم والعقوبة مجرماً لكافة التصرفات اللاأخلاقية التي ورد بها النص الجنائي، ومبيحاً لنظائرها من التصرفات اللاأخلاقية التي خلت من نص جنائي صريح !؟

وللإجابة عن هذا السؤال نقول وبالله التوفيق : إن الذي يستقرىء نصوص الشريعة الإسلامية ويمعن نظره فيها ، يتجلى له أن أحكام الشريعة تنطوي على معاني وحكم وأسرار ، والتي يطلق عليها علماء الأصول " مقاصد الشريعة الإسلامية " والتي تم بيانها آنفاً ، وبدونها تصبح الشريعة الإسلامية ضرباً من العبث واللغو وهذا محال من صاحب الشرع .

إن حصول العلم بمرامي أحكام الشريعة والغايات التي تنطوي عليها نصوص الشرع ، يكفل للمجتهد إعطاء التكليف الفقهي لكل المسائل المستجدة والوقائع المستحدثة في حياة الناس وواقع الدنيا ، وإن خلت هذه الوقائع أو تلك المسائل من

(١) المصدر السابق : ٨ / ٢ .

(٢) سورة الجمعة : آية ٢ .

نصوص صريحة ومباشرة ، وهذا ما يمنح الشريعة الإسلامية روح البقاء والخلود ويحقق لها ديمومتها في كل زمان ومكان، ويضمن لها صيرورتها في مختلف أطر الحياة وتقلبات الدهر .

ولقد بين الغزالي (١) الأساس الذي يقوم عليه التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية وذلك في قوله : " إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، ولكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم و أنفسهم وعقلهم ،ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة ، وهذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات ، فهي أقوى المراتب في المصالح، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل وعقوبة المبتدع الداعي لبدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم، أو قضاؤه بإيجاب القصاص إذ به يحفظ النفوس ، وإيجاب حد الشرب إذ به حفظ العقول التي هي ملاك التكليف ، وإيجاب حد الزنا إذ به حفظ النسب والأنساب، وإيجاب زجر الغصاب والسراق به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش لهم وهم مضطرون إليها ، وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل إلا تشتمل عليه ملة من الملل ، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق ، ولذا لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقه وشرب المسكر " (٢).

ولما كان أساس التجريم والعقاب هو حفظ مقاصد الشارع من الخلق على الوجه المبين سلفاً، فإننا نكون قد تلاشنا إزدواجية الحكم على الأفعال المتناظرة ، ذلك أن المجتهد قبل أن يصدر حكماً على فعل معين ضمن مبدأ الشرعية ، فإنه

(١) هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الغزالي ، كنيته أبو حامد ، ولقبه حجة الإسلام ، كان فقيهاً أصولياً، له مؤلفات كثيرة من أشهرها : (إحياء علوم الدين) و (المنحول) و (المستصفي) و (الوسيط)، توفي سنة ٥٠٥ هـ ، انظر ترجمته في طبقات الشافعية للأسنوي ٢ / ١١١ ، وطبقات الشافعية للسبكي : ٤ / ١٠١ .

(٢) المستصفي ١ / ٤١٧ .

يسعى دائماً إلى الربط بين المصالح التي يكون الاعتداء عليها جريمةً تستحق عقاباً رادعاً وزاجراً في آن واحد ، وبين الفعل الصادر من المكلف ، فإن كان الفعل يشكل خطراً أو يؤدي إلى الاستخفاف بهذه المصالح فإن الفعل يعتبر جريمةً .

ومن هنا نشأت ضرورة العلم والاحاطة بمقاصد الشريعة ومعانيها التي تتبثق منها الأحكام الشرعية التي تمكن المجتهد من مواجهة الحياة بكافة مشاكلها ومختلف معضلاتها، ويرتب عليها الأحكام الشرعية المناسبة في ضوء الكتاب والسنة.

وفيما يلي نورد نقولات لبعض الأصوليين التي تظهر أهمية العلم والإحاطة بمقاصد الشريعة ، يقول الجويني (١): " إذا وقعت واقعة فأحوج المجتهد إلى طلب الحكم، فينظر أولاً في نصوص الكتاب ، فإن وجد مسلكاً دالاً على الحكم ، فهو المراد، وإن أعوزه انحدر إلى نصوص الأخبار المتواترة ، فإن وجده ، وإلا انحط إلى نصوص أخبار الأحاد، فإن عثر على مغزاه ، وإلا انعطف على ظواهر الكتاب ، فإن وجد ظاهراً لم يعمل بموجبه حتى يبحث عن المخصصات ، فإن لاح له مخصص ترك العمل بفحوى الظاهر وإن لم يتبين مخصص ، طرد العمل بمقتضاه ثم إن لم يجد في الكتاب ظاهراً نزل عنه الى ظواهر الاخبار المتواترة مع انتفاء المختص ثم الى اخبار الاحاد فإن عدم المطلوب في هذه الدرجات لم يخض في القياس بحد، ولكن ينظر في كليات الشرع ومصالحها العامة وعدّ الشافعي (٢)

(١) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، أبو المعالي، إمام الحرمين، الفقيه الأصولي المتكلم، ولد سنة ٤١٩ هـ ، تفقه على يد والده وغيره ، له مصنفات عديدة من أشهرها: (الغياثي) و(البرهان) و(الشامل في أصول الدين)، توفي رحمه الله سنة ٤٧٨ هـ انظر ترجمته في طبقات الشافعية للسبكي ٣/٣٤٨، وطبقات الشافعية للأسنوي ١ / ١٦٥ .

(٢) هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع المطلبى القرشي ، صاحب المذهب المنسوب إليه، من مؤلفاته (الأم) و (الرسالة) ، توفي رحمه الله سنة ٢٠٤ هـ انظر ترجمته في الانتقاء ٦٦، وطبقات الشافعية الكبرى ١ / ١٠٠ .

من هذا الفن إيجاب القصاص في المتقل ، فان نفيه يخرم قاعدة الزجر ،
ثم إذا لم يجد في الواقعة مصلحةً عامةً التفت إلى مواضع الإجماع " (١) .

وموطن الاستشهاد : هو أن معرفة المقاصد ضرورية حتى في فهم النصوص
كما هو الأمر في القتل بالمتقل ، فإن عدم القول به يخرم مقصد الشريعة في
القصاص ، لأنه يفتح الباب لكل من تسول له نفسه بالاعتداء على الآخرين
وقتلهم، فيستخدم المتقل لينجو من القصاص تحايلاً على مقصد الشرع .

وكذا فإن الامام السبكي (٢) جعل من شروط المجتهد : " أن يكون له من
الممارسة والتتبع لمقاصد الشريعة ما يكسبه قوةً يفهم منها مراد الشرع من ذلك، وما
يناسب أن يكون حكم له في ذلك المحل ، وإن لم يصرح به ، كما أن من عاشر ملكاً
حاكماً ومارس أحواله وخبر أموره ، إذا سئل عن رأيه في القضية الفلانية يغلب

على ظنه ما يقوله فيها وإن لم يصرح له به، لكن بمعرفته بأخلاقه وما
يناسبها من تلك القضية ، فإذا وصل الشخص لهذه الرتبة ... فقد حاز رتبة
الكاملين في الإجتهد " (٣) .

وكذلك الإمام الشاطبي - الذي كان بعيد الشأو في علم المقاصد وأسرار
الشريعة - قال : " فإذا بلغ الإنسان مبلغاً فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة
من مسائل الشريعة وفي كل باب من أبوابها ، فقد حصل به وصف هو السبب في
تنزله منزلة الخليفة للنبي صلى الله عليه وسلم في التعاليم والفتيا والحكم بما
أراد الله " (٤) ، ولقد جعل الشاطبي شروط المجتهد تتحصر في وصفين :

(١) البرهان ٢ / ١٣٣٧ - ١٣٣٨ .

(٢) هو علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي، الفقيه ، الأصولي المتكلم، الشافعي، له مؤلفات كثيرة

منها: (الإبتهاج في شرح المنهاج)، ولكنه لم يكمله وأكمه ابنه عبد الوهاب، توفي رحمه الله سنة

٧٥٦ هـ، انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى ١٤٦/٦ وطبقات الشافعية ١/٣٧٠ .

(٣) الإبتهاج في شرح المنهاج ١ / ١١ .

(٤) الموافقات ٤ / ٦٤ .

" الأول : فهم مقاصد الشريعة على كمالها .

الثاني : التمكن من الاستنباط بناءً على فهمه فيها .

أما الأول : فقد مر في كتاب المقاصد أن الشريعة مبنية على اعتبار المصالح، وإن المصالح إنما اعتبرت من حيث اعتبار الشارع كذلك، لا من حيث إدراك المكلف .

الثاني : فهو كالخادم للأول : فإن التمكن من ذلك إنما هو بواسطة معارف محتاج إليها في فهم الشريعة أولاً ، ومن هنا كان خادماً للأول وفي استنباط الأحكام ثانياً " (١)

ومن المعاصرين الذين أشاروا إلى أهمية المقاصد في معرفة الحكم الشرعي لأفعال العباد هو عبد الكريم زيدان حيث يقول : " معرفة مقاصد الشريعة العامة أمر ضروري لفهم النصوص الشرعية على الوجه الصحيح ولإستنباط الأحكام من أدلتها على وجه مقبول ، فلا يكفي أن يعرف المجتهد وجوه دلالات الألفاظ على المعاني، بل لا بد له من معرفة أسرار التشريع والأغراض العامة التي قصدها الشارع في تشريعه الأحكام المختلفة ، حتى يستطيع أن يفهم النصوص ويفسرها تفسيراً سليماً ويستنبط الأحكام في ضوء هذه المقاصد العامة " (٢) .

وبهذا يتقرر أن المجتهد إذا اجتهد في تجريم فعل ما وتقدير عقاب مناسب له، ينبغي أن يستند في ذلك إلى مقاصد الشريعة ، فيكون حكمه في التجريم والعقاب هو حكم الشريعة وليس حكم المجتهد ، وهذا يعني شرعية التجريم والعقوبة .

إن المجتهد هو شارع من وجه ، لأن ما يبلغه من الشريعة إما منقول عن صاحبها ، أو مستنبط من المنقول ، فأما الأول فإنه يكون مبلغاً عن صاحب الشرع، وأما في الثاني فإنه يكون فيه قائماً مقامه في إنشاء الأحكام ، وإنشاء الأحكام إنما هو

(١) المصدر السابق ٤ / ٦٤ .

(٢) الوجيز في أصول الفقه ص ٣٧٨ .

للشارع ، فإذا كان للمجتهد إنشاء الأحكام بحسب نظره واجتهاده فهو من هذا الوجه شارع واجب إتباعه والعمل على وفق ما قاله, وهذه هي الخلافة على التحقيق .

بل القسم الذي هو فيه مبلغ لا بدّ من نظره فيه من جهة فهم المعاني من الألفاظ الشرعية, ومن جهة تحقيق مناطها وتنزيلها على الأحكام, فإنه قد قام مقام الشارع في هذا المعنى (١) .

المبحث الرابع

خصائص مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية

(١) انظر المصدر السابق ٤ / ١٤٠

وفيه :

المطلب الأول :

ربانية المبدأ .

المطلب الثاني :

شمولية المبدأ .

المطلب الثالث :

ثبات المبدأ ومرونته .

المطلب الأول

ربانية المبدأ

هذه الميزة الأولى التي يمتاز بها مبدأ شرعية التجريم والعقوبة ، فهو رباني في مصدره ، رباني في حكمه بالجريمة والعقوبة ، رباني في تنفيذه .

لما كان مصدر الشريعة الإسلامية من عند الله ، فهي موحاة إلى الرسول صلى الله عليه وسلم باللفظ والمعنى وهو القرآن الكريم ، أو بالمعنى دون اللفظ وهي السنة المطهرة (١) اقتضى ذلك أن يكون الحكم على أفعال الناس بالتجريم والعقاب نابعاً من عند الله رب العالمين ، وليس نابعاً من هوى الحكام أو نزوة القضاة .

هذا، ولقد وردت الآيات القرآنية في سبيل تأكيد هذا الأمر الأساسي الذي لا ينبغي أن يتغافل عنه الناس على تنوع طبقاتهم ، واختلاف شرائحهم ، وهو ضرورة رد الحكم إلى الله تعالى ، فله الحكم في كل تشريع وله الحكم في كل قضية أولاً وآخراً ، قال تعالى : ﴿ وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله ذلكم الله ربي عليه توكلت وإليه أنيب ﴾ (٢) .

إن القرآن الكريم معجز إلى يوم القيامة بما فيه من تشريع ، فوجب على ولي الأمر أن يلجأ إليه في كل واقعة أو جريمة مستجدة في حياة الناس ، ذلك أن حكم القرآن حجة على الناس وعلى أفعالهم ، وهو سبيل للهداية والرشاد والخير ، كما أنه كفيل بحسم مادة الشر وقطع دابر الإجرام في كل زمان ومكان .

إن القول بضرورة رد الحكم إلى الله تعالى، يعني أن يكون الحكم مستمداً من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الصحيحة أيضاً ، فكلاهما وحي من الله تعالى ويستمد منهما التشريع ، والحلال والحرام يعرف من السنة كما يعرف من الكتاب العزيز الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، فكلام النبي صلى الله عليه

وسلم حجة ملزمة للحاكم ولغيره، لقوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى ﴾ (١)
وقال أيضاً : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ﴾ (٢) .

(١) شعبان إسماعيل : التشريع الإسلامي، ص ٢٩ .

(٢) سورة الشورى : آية ١٠ .

(١) سورة النجم : آية ٣ - ٤ .

(٢) سورة النساء : آية ٦٥ .

ومع كون السنة المّطهرة مفسرةً للقرآن ومبيّنةً له ، فهي تستقل بالتشريع أحياناً ، كتحرير الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها^(٣) ، وتحرير أكل لحوم الحمر الأهلية^(٤) ونحو ذلك ، فإن السنة يتحاكم إليها كما يتحاكم إلى القرآن^(٥) .

كما أن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة يكون صادراً عن حكم الله - القرآن أو السنة - كذلك فإنه يكون أيضاً بالاستدلال الصحيح المعتبر المنبثق عن هذين الأصلين ، كالإجماع والقياس والعرف والاستحسان وقول الصحابي وسد الذرائع، وما تكلم به الفقهاء وعلماء الأصول ، فكل واحدة من هذه الاستدلالات صحيحة ليس بحكم ذاتها فحسب ، ولكن بحكم استنادها إلى أصل شرعي .

إن القول بربانية المبدأ يعني تجرد ولي الأمر في قضية التجريم والعقاب من داعية هواه وأغلال شهوته وقيود نزواته ، ويجعل حظه من الحكم جانباً ثم عليه التسليم المطلق بما ورد في كتاب الله أو سنة النبي صلى الله عليه وسلم بطريق النظر الصحيح فيهما ، الذي يوفق بين العقل والشرع للتوصل إلى الحكم الشرعي الصحيح على أفعال المكلفين .

(٣) قال صلى الله عليه وسلم: { لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها }، أخرجه البخاري في صحيحه كتاب ٦٧: النكاح، باب ٢٨: لا تتكح المرأة على عمتها، ١٥٦/٦ رقم ٥١٠٨ ، ومسلم في صحيحه، كتاب ٦٦: النكاح، باب ٤: تحرير الجمع بين المرأة وعمتها، ص ٥٢٤ رقم ١٤٠٨ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٦: النكاح، باب ١٣: ما يكره أن يجمع بينهما من النساء، ١٢ / ٣ رقم ٢٠٥٨ ، وابن ماجة في سننه، كتاب ٩: النكاح ، باب ٣١ : لا تتكح المرأة على عمتها ، ٤٥٨ / ٢ رقم ١٩٢٩ .

(٤) روى جابر : { أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل } ، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب ٦٤: المغازي، باب ٣٩: غزوة خيبر، ٨٥/٥ ، رقم ٤٢١٩ ، ومسلم في صحيحه، كتاب ٣٤: الصيد والذبائح، باب ٦: في أكل لحوم الخيل، ص ٧٧٣ رقم ١٩٤١ ، وأبو داود في سننه كتاب ٢٢: الأطعمة، باب ٢٧: أكل لحوم الخيل، ٢٩٤/٤ رقم ٣٧٨٢ ، والنسائي في سننه، كتاب ٤٢: الصيد والذبائح، باب ٢٦: الإذن في أكل لحوم الخيل، ٢٢٩/٧ رقم: ٤٣٤٠ .

(٥) عبد العزيز كامل : الحكم والتحاكم ، ١ / ٣٠ - ٣١ .

وإذا تصورنا ذلك، فإننا ندرك مدى البون الشاسع في تجريم الفعل في ظل الشريعة الإسلامية وبين تجريمه في ظل القوانين الوضعية، ذلك أن الحاكم في ظل القوانين الوضعية لا يسلم من مؤثرات تؤثر على عقله وفكره، كالزمان الذي يعيش فيه، والجنس الذي ينتمي إليه، والمذهب الذي ينتحله، وفوق هذا وذاك طبيعة النفس البشرية وما يكمن فيها من ميول ونزوات، فإذا اجتمعت هذه المؤثرات مع قصور الإنسان وجهله كانت النتيجة صدور تلك الأحكام مصبوغةً بصبغة زمان معين، أو مكان معين، أو مذهب معين، أو حالة مزاجية معينة، مما يوقع الظلم والجور على الخلق والعباد، وهذه النتيجة ليست افتراضيةً فحسب، بل هي حقيقة واقعية يشهد لها التاريخ والحاضر، فالقوانين الوضعية في هذا العصر غدت تتخبط تخبطاً عشوائياً في نظمها ودرساتها ومعاييرها، فكل يوم تطلع فيه الشمس يلمسون خللاً فيما وضعوا، ويدركون فساداً فيما قننوا، وما يجهلون أكثر مما يعلمون، فهناك يرى فيها الاستبداد والظلم ويرى الإنحراف والشطط في الأحكام ويرى التفكك والرذيلة تنتشر على قدم وساق في المجتمعات، وكل هذا نتاج لعدم ربانية مبدأ التجريم والعقاب في النظم الوضعية، وعدم جعل الشريعة الإسلامية مصدراً لأحكامها وينبوعاً لقوانينها ودرساتها (١).

المطلب الثاني

شمولية المبدأ

من الخصائص المميزة لمبدأ شرعية التجريم والعقوبة هو الشمولية، وأعني به شموله لكافة الجرائم والعقوبات شمولاً تاماً، بحيث لم يدع جريمة

(١) محمد سعد: مقاصد الشريعة، ص ٤٢٣ - ٤٢٤.

أو عقوبةً إلا وقد نص عليهما ، إما بنص شرعي عام أو خاص أو بقاعدة كلية أو بمبدأ عام.

ذلك أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت خاتمةً لكافة الرسالات السابقة، ونسخت كل دين سالف يتعبد به الله ، فكانت أحكام الشريعة الإسلامية - ومن جملتها أحكام الجرائم والعقوبات كافةً - ناسخةً لما قبلها شاملةً لما بعدها، أي شاملةً لأحكام الجرائم والعقوبات على أطوار الحياة وامتداد التاريخ، ويتأكد هذا القول بالآية الكريمة : ﴿ ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمةً وبشرى للمسلمين ﴾ (١) ، وقوله تعالى : ﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيء ثم إلى ربهم يحشرون ﴾ (٢) .

هاتان الآيتان تفيدان أن القرآن العظيم قد حوى جميع أحكام الدنيا والآخرة ، ولم يغفل عن جانب منها التي تخص حياة الإنسان، ومن بين الأحكام التي تناولها القرآن أحكام الجرائم والعقوبة، مما وقع في عهد الرسالة وما سيقع في العصور المتلاحقة .

ولقد بين الشاطبي أن أحكام الشريعة قد شملت أفعال العباد على سبيل الاستغراق والشمول ، فقال : " فلذلك جرت الأحكام الشرعية في أفعال المكلفين على الإطلاق وإن كانت آحادها الخاصة لا تنتهى ، فلا عمل يعرض ولا سكون يدعى إلا والشريعة عليه حاكمة إفراداً وتركيباً، وهو معنى كونها عامةً ، وإن فرض في

نصوصها أو معقولها خصوص ما فهو راجع إلى عموم آخر ، كالعرايا، وضرب الدية على العاقلة ، والقراض ، والمساقاة ، والصاع في المصراة ، وأشباه ذلك ، فإنها راجعة إلى أصول حاجية و تحسينية أو ما يكملها، وهي أمور عامة فلا

(١) سورة النحل : آية ٨٩ .

(٢) سورة الأنعام : آية ٣٨ .

خاص في الظاهر إلا وهو عام في الحقيقة والإعتبار في أبواب الفقه بين في ذلك" (١).

هذا ولقد بينت الشريعة الإسلامية كيفية الحكم على أفعال العباد من حيث معرفة كون الفعل جريمة أم لا ، ومقدار العقاب منذ عهد الرسالة إلى قيام الساعة، وذلك بالتنصيص على المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية ، واعتبرت أن كل فعل يهدد أحد هذه المصالح أو يؤدي إلى إحداث خلل في أي جانب منها فهو مفسدة - جريمة - تستوجب عقاباً يتلاءم معها شدةً وتكليلاً ، سواء كانت هذه المفسدة تمس الجانب الضروري أو الحاجي أو التحسيني .

إن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة - المستمد من أصول الشريعة الإسلامية العامة وقواعدها الكلية - يفسح المجال أمام أهل الاجتهاد والاختصاص لتكليف أفعال المكلفين تحت قاعدة واسعة وهي قاعدة " جلب المصلحة ودفع المفسدة " ، سواء كانت تتعلق بالفرد على وجه الخصوص أو بالجماعة على وجه العموم وهذا يمثل فيصل التفرقة بين مبدأ شرعية التجريم والعقوبة في ظل الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

إن التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية شمل جميع الجرائم بكافة أحداثها وملابساتها ، حتى غدا هذا المبدأ واسع الآفاق ، مترامي الأطراف ، تتدرج تحته الجرائم بكافة أنواعها وتعدد طرقها وأساليبها ، حتى لم يجد فقهاء الشريعة حرجاً في الحكم على أفعال الناس من حيث أنها جريمة أو ليست ذلك، في مختلف أطوار الحياة، وتقدم عجلة الزمان .

أما القوانين الوضعية فالأصل الذي اتبعته في التجريم والعقاب هو تحديد كل جريمة على حدة ، وتعيينها تعييناً دقيقاً، وتبيين أركانها الأساسية التي لا تقوم

بغيرها، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة جداً، وكانت كل حاله جديدة تقتضي تغييراً في نصوص التجريم والعقاب، حتى كان

من السهل التحايل على النصوص والهروب من العقاب (١) ، وهذا يعني عدم شمولية مبدأ شرعية التجريم والعقوبة في ظل القوانين الوضعية .

إن مما يبرز لنا أيضاً شمولية مبدأ التجريم والعقوبة في الشريعة الغراء، أنه قد شمل المخالفات التي يحدثها الناس من حين لآخر ، والتي يعاقب عليها الإنسان بعقوبة دنيوية ، وشمل أيضاً المخالفات الشرعية التي يعاقب عليها الإنسان بعقوبة أخروية، وأمثلة ذلك مبنوثة في نصوص القرآن والسنة، كالغيبية التي تناولتها النصوص الشرعية بالحظر والتحريم، لقوله تعالى: ﴿ وَلَا يَغْتَب بَِعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾ (٢). فالشريعة قد نصت على أن الغيبة هي عادة مستقبحة في الإنسان، فلا يحل له أن يغتاب أحداً من الناس ولكنها لم تنص على عقاب دنيوي بل جعل العقاب أخروياً ، وهذا يبرز لنا شمولية مبدأ التجريم لكافة الجرائم الدنيوية وشموله للجرائم الأخروية على حد سواء.

المطلب الثالث

(١) عبد القادر عوده : التشريع الجنائي ١ / ١٦١ - ١٦٢ .

(٢) سورة الحجرات : آية ١٢ .

ثبات المبدأ ومرونته

إن مبدأ الشرعية قد جمع بين صفتين يظن القارئ في بادئ رأيه أنهما صفتان متغايرتان، ولكن الأمر على غير هذه الصورة، فإن كلاً من صفة الثبات والمرونة قد اتحدا في مبدأ التجريم والعقاب في غاية التوافق والإنسجام، كل حسب معناه ومؤداه من غير اختلاف أو اضطراب.

فأما ثبات المبدأ : فهو يتجلى أمام الناظر عند تتبعه للنصوص الواردة في جرائم الحدود والقصاص، والتي أصبحت من القواعد الثابتة كثبوت الصخر لا تتغير ولا تتبدل ولا يجوز تعديلها بزيادة أو نقصان - سواء في تحديد نوع الجريمة ومقدار عقوبتها - وكل محاولة لإجراء تعديل أو تبديل فيها فإنها تعود على نفسها بالإبطال.

ذلك أن جرائم الحدود والقصاص من أخطر الجرائم وأشدّها فتكاً بنظام الجماعة بما تعكسه من آثار سلبية، ونتائج هدامة في أركان المجتمع الإسلامي كإشاعة الخوف والذعر، ونهب الأموال، واغتصاب الحقوق، وإزهاق الأرواح، وسلب الحريات، وخدش الأعراض، وإضاعة العقول، وتشريد الأبناء وغيرها من المفسد التي تفوق الحصر، والتي اتفقت جميع الملل على تحريمها وحظرها، فافتضى هذا الأمر التنصيص على هذه الجرائم الهدامة، وتقدير العقاب الرادع والزاجر لأصحابها لتسير الحياة الإنسانية قدماً، وتؤدي رسالتها في الكون بأمن واستقرار، وحتى ينعم الناس بالحرية والاطمئنان على دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم.

وأما مرونة المبدأ : فهي متمثلة في تجريم الأفعال فيما لا نص قطعي فيه أو لم يرد فيها نص خاص، يقول الدريني: "والإسلام قد وضع بيد ولي الأمر سلطةً تقديريةً واسعةً في هذا النوع الثاني، يملك بمقتضاه التصرف والتدبير واتخاذ

ما يلائم العصر والظروف من الإجراءات والنظم التي تقتضيها المصلحة العامة، ولو لم يرد بذلك نص خاص ولا انعقد عليه إجماع، ولا دل عليه قياس

خاص اعتماداً على الأدلة الإجمالية ولكنها سلطه تقديرية في الموضوع لا في الغاية أو المقاصد الأساسية أو القواعد العامة للتشريع " (١).

إن مرونة مبدأ شرعية التجريم والعقوبة يمثل روح تطور التشريع الإسلامي في مواجهة الحياة بكافة نظمها وأطرها ، ويلائم كل وضع جديد ، ذلك أن غاية مبدأ التجريم أن يقوم الخطأ ، ويصوب المعوج ، وأن يخضعه للطريق السوي المستقيم ويصح وجوده باسم التطور .

إن مبدأ التجريم لم يضعه المجتمع ، ولكن وضعه خالق الكون ومدبر الأمر ليرقى بالمجتمع الإنساني ، ويخضع ظروفه وأوضاعه لهدايته وتوجيهه ، وهذا يفسح المجال أمام أهل الإجتهد في فهم نصوص التجريم والعقاب والإستتباط منها، معتمدين على القواعد الفقهية التي نص عليها علماء الشريعة الإسلامية، كقاعدة " لا ضرر ولا ضرار " (٢) ، وقاعدة " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " (٣) وغيرها من القواعد التي يمكن لأهل الإجتهد أن يجعلوها مستنداً لهم في التجريم والعقاب (٤) ، على أن يكون مبدأ التجريم المرناً مغياً بغاية حفظ مقاصد التشريع الإسلامي .

يقول الدريني : " هذه الحاجات والمطالب على تنوعها وكثرتها وتجدها نتيجةً لتطور الحياة بالناس ، هي مقصود الشارع من التشريع كله ، ويطلق عليها الأصوليون والفقهاء " المصالح " أو " المقاصد " لكنها مصالح نمائية ومفاهيم كبرى أساسية " دستورية " ، تتغاها القواعد والأحكام قصد إلى تحقيقها ، بل وضعت في التشريع الإسلامي المناهج العلمية الدقيقة للإجتهد والتشريع - علم أصول الفقه - لينهض باستتباط الأحكام والنظم ، كوسائل عملية وملائمة وناجعة

لتحقيق ما يجد من المصالح ، إذ لم يكن قد ورد بشأنه نص خاص به أو نظير يقاس عليه أو انعقد عليه إجماع ، إذ لا يجوز إهمال مصالح الدولة أو الأمة أو

(١) خصائص التشريع الإسلامي - ١٨٨ .

(٢) أنظر ص : ١٠٤ من الرسالة .

(٣) ابن نجيم : الأشباه والنظائر ص ١٤٩ .

(٤) شعبان إسماعيل : التشريع الإسلامي - ٣٧ - بتصرف .

الأفراد دون تحقيق بوسائل عملية^{٥٠} اجتهادية إذا لم يكن ثمة نصوص خاصة
بتلك الوسائل " (١) .

(١) خصائص التشريع الإسلامي ص: ١٩٦ .

المبحث الرابع

أهمية مبدأ الشرعية في ظل الشريعة الإسلامية

وفيه :

المطلب الأول :

حفظ أمن المجتمع واستقراره.

المطلب الثاني :

تحقيق العدل الإلهي .

المطلب الثالث :

تحقيق ضبط الحكم على الجريمة.

المطلب الأول

حفظ أمن المجتمع واستقراره

إن تنصيب الشريعة الإسلامية على كافة الجرائم والجنايات ، سواء كان بنص خاص كجرائم الحدود والقصاص ، أم بنص عام كجرائم التعازير ، نابع من حرصها على حفظ أمن المجتمع الإنساني ، وتحقيق استقراره وتثبيت نظامه ، ودفع شر المعتدين عنه حتى يعيش الناس في أمن وأمان ، على دينهم وأعراضهم ومشاعرهم وغير ذلك مما يستوجب حفظه وعدم التفريط به ، ذلك أن التجارب العملية قد أثبتت أن التنصيب على الجرائم والعقوبات يؤدي إلى كبح جماح الإجرام ، واستئصاله من جذوره ، إذ تجعل الإنسان محجماً عن الاعتداء على أمن المجتمع ، وكيف لا يرتدع عن ذلك وهو يسمع آيات القرآن والأحاديث النبوية تقرر أنه وتهز بدنه، بما تضمنته من تهديد ووعيد وحلول سخط الرب وانتقامه ممن يرسل يده للعبث في أسس وأعمدة المجتمع ، قال تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾^(١) . وقوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾^(٢) .

جاء في إعلام الموقعين : " إنما شرع لهم في ذلك ما هو موجب أسمائه وصفاته من حكمته ورحمته ولطفه وعدله ، لنزول النوائب وتنقطع الأطماع عن الظلم والعدوان، ويقتنع كل إنسان بما آتاه مالكة وخالقه ، فلا يطمع في استلاب غير حقه " ^(٣) .

(١) سورة النساء : آية ٩٣ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣٣ .

(٣) ابن القيم : ١١٤ / ٢ .

إذاً فإن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة هو عبارة عن حزام أمني للمجتمع، يهدف إلى خلق مجتمع إنساني آمن في معيشتته ومعاده ومتكامل من الناحية الإجتماعية، وقد لا يستطيع الإنسان أن يتصور مدى مساهمة المبدأ في تثبيت أركان المجتمع إلا بالرجوع إلى دائرة الإحصائيات الجنائية .

ولنذكر على سبيل المثال الإحصائيات الجنائية المصرية والتي هي دليل قاطع على صحة ما نقول ، إذ تفيد أن عدد الجنايات قد بلغ ما بين عام ١٩٤٢م وعام ١٩٤٣م : " ٨١٧٥ جناية ، منها ١٧٥٢ جناية قتل عمد ، و ١١١٩ جناية شروع في القتل ، و ٩٨٩ جناية سرقة بإكراه وشروع فيها ، و ٣٤٣ جناية هتك عرض وفسق ، و ٣٢٦ جناية ضرب أفضى إلى الموت ، و ١١٩٦ جناية ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة ، و ٦٣٤ جناية عود ، ولو تم الرجوع إلى ما قبل ذلك بعشر سنين أي ما بين عام (١٩٣٢ - ١٩٣٣) لوجدنا أن عدد الجنايات كان أقل من العدد الواقع ما بين عام (١٩٤٢ - ١٩٤٣) إذ بلغ عدد الجنايات ٦٩٥٧ جناية " (١).

لا يمكن لنا أن ننكر أن هذه الجرائم قد حظيت بنص قانوني يمنع مقارفة هذه الأفعال ويعتبرها أفعال خارجة عن القانون ، بل الذي نؤكد هنا هو أن القائمين على تقنين هذه الجرائم ضمن لوائح قانونية مدرجة في دستور الدولة، لم يوفقوا في التنصيص على العقوبة ، فلا يكفي أن نحسن الحكم على فعل بأنه جريمة خارج عن قانون الدولة ، بل لا بد من التنصيص على نوع العقاب الأصلح والأنسب لهذه الجريمة الذي يضمن عدم وقوعها مرة أخرى ، وهذا ما تم ملاحظته في الفقرة السابقة من تزايد عدد الجنايات بصورة ملفتة للنظر .

ومن هنا نؤكد القول بأن القوانين الوضعية لو اتخذت من الشريعة الإسلامية أساساً للتنصيص على الجريمة والعقاب، لكان ذلك أحرى للقضاء على نوازع الشر في المجتمع ، وقلع جذوره وتحقيق استقرار المجتمع وسلامته .

(١) عبد القادر عودة : التشريع الحائى ٧١٠/١ .

المطلب الثاني

تحقيق العدل الإلهي

العدل لغةً : هو ما قام في النفوس أنه مستقيم ، وهو ضد الجور ، والعدل من أسماء الله سبحانه وتعالى ، وسمي بالعدل لأنه لا يميل به الهوى فيجور في الحكم، وهو في الأصل مصدر سُمي به فوضع موضع العادل (١) .

العدل اصطلاحاً : التوسط بين الإفراط والتفريط (٢) .

كفالة العدل :

الإسلام هو الدين الذي بنظمه وأحكامه أسس مبادئ العدل ورفع بين الناس إلى درجة قاعدته الغيبية الأولى ، قاعدة توحيد الله سبحانه وتعالى ، وآيات الكتاب الكريم تدعو للإيمان بالله والعدل بين الناس ، وضرورة التحرر من أغلال العبودية وقيود الذل والاستغلال، حتى يكون الإنسان حراً طليقاً لا يخضع إلا لله ، ولا يذل إلا لمن بيده ملكوت السماء والأرض.

ومن أجل هذا المفهوم الرباني ، الذي يقوم عليه صلاح الدين والدنيا ، جاءت آيات الله متوالية في نزولها ، لترسخ هذا المعنى السامي في نفوس البشر ، قال تعالى : ﴿ إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ﴾ (٣) .

وجه كون مبدأ الشرعية يعمل على تحقيق العدل :

لا شك أن مبدأ التنصيص على الجريمة والعقوبة من قبل الشارع الحكيم، يصبغ الحكم في الجرائم وتحديد درجة العقاب بصبغة العدل ، وأي عدل ! عدل رب

(١) ابن منظور : لسان العرب ١١ / ٤٣٠ - مادة العدل .

(٢) محمد قلعه جي : معجم لغة الفقهاء ، ص ٣٠٧ .

(٣) سورة النحل : آية ٩٠ .

العالمين الذي قال عن ذاته المقدسة : ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَإِنْ تَكَ حَسَنَةً يَضَاعِفْهَا وَيُؤْتِ مِنْ لَدُنْهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾ (١) .

ولا عجب أبداً في هذا السياق، ذلك إن لم يتم مقدماً تحديد نوع الجريمة وصفة وقوعها، وقوة أثرها، والظروف التي احتفت بها، ثم تحديد درجة العقاب المناسب لها، فلا ريب أنه سيؤدي إلى زعزعة ميزان العدل بين الناس، واضطراب المعايير بينهم حتى يتناهى الأمر إلى الحكام والقضاة فلا يفصل بين الناس بالعدل - وربما يكيلوا الأمور بمكيالين - وتسير الأمور في المحاكم ودور القضاء على تهارج وفساد ، ويصبح الحق باطلاً والباطل حقاً ، فيعاقب البريء ويخلى سبيل المجرم، أو ربما يعاقب الجاني بعقوبتين مختلفتين برغم ارتكابه فعلاً إجرامياً واحداً.

فلما قضت الشريعة الإسلامية الغراء - التي لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها - بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي ، جعلت العدل هو الأساس الذي يقوم عليه جهاز الحكم بين الخلق، حتى لا يضار أحد بحكم جائر، وحتى لا تصبح المحاكم سيفاً مسلطاً على رقاب الضعفاء من الناس الذين لا يستطيعون حيلةً ولا يهتدون سبيلاً لرفع الظلم عنهم .

فالشريعة قد جاءت بالعدل بين الناس، الخاص منهم والعام، الحاكم والمحكوم، الغني والفقير، الشريف والوضيع ، القوي والضعيف، في جميع مجالات الحياة الإنسانية بمختلف مرافقها وتنوع مجالاتها ولا سيما في دائرة الجريمة والعقوبة تلك الدائرة التي يترتب عليها فوت حياة أو الإبقاء على قيدها (٢).

فلم يكتف الإسلام بالحث على المساواة ، بل اعتبر السبب المباشر لخراب الأمم وهلاكها هو الكيل بمكيالين ، والتفرقة بين رعايا المجتمع في دائرة الجريمة

(١) سورة النساء : الآية ٤٠ .

(٢) أنظر عدنان التركماني : الإجراءات الجنائية الإسلامية ، ص ٣٢٧ .

والعقوبة ، والتي قال فيها النبي صلى الله عليه وسلم : { إنما هلك من كان قبلكم ، كان إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد } (١) .

وبهذا يكون الرسول صلى الله عليه وسلم قد أعلن لأول مرة في تاريخ الإنسانية كلها عن ضرورة تطبيق المساواة والعدالة بين كافة البشر دون تمييز ، حتى لو كان الجاني ذا قرابة من الحاكم والسلطان ، وهذا من أهم ما يتمخض عنه مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة.

لهذا كله نرى أننا مأمورون بإقامة العدل بين الخصوم في تجريم أفعالهم أو تبرئتها ، قال تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ﴾ (٢) ، وقوله تعالى : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ (٣) .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٨٦ : الحدود ، باب ١٢ : إقامة الحدود على الشريف والوضيع ، ٨ / ٢١ رقم ٦٧٨٨ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٢٩ : الحدود ، باب ٢ : قطع السارق الشريف وغيره ... ص ٦٦٨ رقم ١٦٨٨ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ٤ : الحد يشفع فيه ، ٥ / ٧١ رقم ٤٣٧٣ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٥ : الحدود ، باب ٦ : ما جاء في كراهية أن يشفع في الحدود ، ٢ / ٣٩٦ ، رقم ١٤٣٠ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٢٠ : الحدود ، باب ٦ : الشفاعة في الحدود ، ٣ / ٢٢٨ رقم ٢٥٤٧ .

(٢) سورة المائدة : آية ٤٩ .

(٣) سورة ص : آية ٢٦ .

وهذه النصوص القرآنية لم تدع لأولياء الأمر مجالاً يحكمون وفق رغباتهم أو نزواتهم ، وينزلون العقاب على من هم دونهم من البشر عدواناً وظلماً ، ولم تعط مجالاً بأي حال من الأحوال وتحت أي ظرف من الظروف أن يستأثروا بزمam التجريم والعقاب وفق رغباتهم ونزواتهم ، وكيفما تمليه عليهم شهواتهم .

بل إن الشريعة وحدها لها حق الإمساك بهذا الزمام ، وتحدد العقوبة لكل من يرتكب جرمًا - في حق نفسه أو حق الجماعة - يؤدي إلى اهتزاز استقرار أمر الجماعة أو تهديد أمنها ، ونصت على ذلك بنصوص قطعية الثبوت والدلالة^(١).

يقول عبد الرحيم صدقي : " لذا فإن المنطق المجرد يؤيد توحيد المعاملة وتحديدها ، وبمفهوم المخالفة لهذا المنطق يمكن القول بأن ترك جرائم الحدود دون عقوبات محددة يعد ظلماً ، ذلك أن المعاملة العقابية المتغيرة لأمر ثابت توقع الظلم لا سيما من قبل المحاكم " (٢) .

ويقول الأستاذ السيد المهدي : " إن العقوبات الشرعية وسائل لتحقيق العدل ولحفظ مصالح الناس في خمسة أمور هي : الدين والنفس والمال والعقل والنسل ... وذلك عندما تكون مصالح الناس في هذه المجالات الخمسة قائمة على أساس يرتضيه فيحمله الشرع ، ومما يلزم لتحقيق العدل وحفظ المصالح المذكورة أن تكون ولاية الأمر " الحكومة " صحيحة التكوين بمقياس الشرع، فيكون في وجودها وعملها دعم للعدل ورعاية لتلك المصالح جميعها " (٣) .

(١) وهي جرائم الحدود والقصاص الذي لا يختلف في شأنها اثنان ولا ينازعها رأيان ، وتظل ثابتة ما دامت السماء والأرض .

(٢) الجريمة والعقوبة، ص ١١٤ .

(٣) العقوبات الشرعية، ص ١٧٧ .

المطلب الثالث

تحقيق الضبط في التجريم والعقوبة

الضبط : لزوم الشيء لا يفارقه في كل شيء (١) .

والمقصود بالضبط هو أن نصوص التجريم والعقاب لها حد معتبر لا يمكن أن تكون خاضعةً لرغبات الناس وأهوائهم ، فالشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على تقرير عقوبات خاصة لعدد من أنواع الجرائم والحدود، وأمرت بتنفيذها ضمن حالات معينة وظروف محددة، ولا يمكن أن يتجاوزها الحاكم دون أن يوليها أي اهتمام، فولي الأمر في ظل الحكم الإسلامي لا يستطيع بأي حال من الأحوال أن يجري تعديلات من تلقاء نفسه على جرائم الحدود والقصاص، كأن يزيد عليها أو ينقص منها أو يستبدل عقوبة الجلد بعقوبة السجن مثلاً (٢)، لأن عقوبات الحدود والقصاص مقدرة ومقررة في الكتاب والسنة وتلقنتها الأمة بالقبول والعمل، وهذه سمة بارزة في نظام العقوبات المستمد من الشريعة الإسلامية (٣) .

إذا سلمنا بهذا، نستطيع أن نقول بأن الشريعة الإسلامية ضبطت لكل نوع من أنواع الجرائم ما يماثلها من العقوبة ، دون زيادة أو نقصان ، ودون أن يكون للعقل الإنساني القاصر أي تدخل في هذا الشأن إلا في حدود ما يقتضيه الأمر وتستلزمه تقلبات الحياة واختلاف البيئات .

(١) ابن منظور : لسان العرب ٧ / ٣٤٠ ، مادة ضبط .

(٢) للحاكم مثلاً الحق في أن يزيد على عقوبة الجلد لشارب الخمر بالسجن لفترة زمنية محدودة إذا اقتضت الضرورة ذلك ، وتكون هذه الزيادة من قبيل التعزير وليست ضمن العقوبة المقدرة شرعاً .

(٣) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ١ / ٧٠٨ .

فالشارع عندما نص على الجريمة وحدد عقوبتها ضمن معايير معينة ، أراد من هذا أن تعطي هذه العقوبات مدلولها الإيجابي في المجتمع الإنساني ، وتحقق مقاصد الشرع على أحسن وجه وأتم حال ، وهذا ما تفتقره القوانين الأرضية - التي هي من صنيع البشر - والتي عجزت حتى هذه الساعة عن إيجاد ضبط محكم بين الجريمة والعقوبة .

يقول صاحب مقاصد الشريعة : " لذا نجد في القوانين الوضعية عدم الإنضباط فيقدرون عقوبةً غير مناسبة للجريمة ، إما أن تكون أكبر من الجريمة فيقع الظلم ، أو أقل فلا يحصل المقصود ، فالقاتل مثلاً يحكم عليه بالسجن فترة معينة ثم يذهب طليقاً كأن لم يفعل شيئاً ، والسارق كذلك ، وهلم جر " (١).

وبهذا يمكن القول أن الضبط في الحكم يحقق أمرين :

أولاً : أنه يجعل الأحكام الصادرة في حق المخالفين بعيدة كل البعد عن الإفراط والتفريط ، مما يضيف عليها سمة التوسط والإتزان .

ثانياً : أنه يجعلها سهلة التطبيق ، لأنه ببيان الأحكام وتناول ظروف تطبيقها وشروطها يجعل من اليسير على ولي الأمر أن يطبقها وينفذها كما جاءت دون أن يحدث خلل أو تعديل (٢) .

إذاً يمكن القول بأن لهذا المبدأ قصد نبيل ، وغاية كريمة ، ألا وهي إخراج ولي الأمر من داعية هواه ليكون منقاداً لله وحده ، فالهوى لا يستقيم به حال ولا ينضبط به أمر ، ولذا قال ربنا تبارك وتعالى : ﴿ **ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن** ﴾ (٣) .

(١) محمد سعد : ص ٤٤٤ .

(٢) المصدر السابق ، ص ٤٤٥ .

(٣) سورة المؤمنون : آية ٧١ .

إن أنظمة الناس وحكمهم على الأمور لا بد أن يعترها الهوى ، بحيث تكون هذه الأحكام جائرةً في أساسها ووقوعها على الناس ، فبما رحمة من الله نزل علينا تشريعه وبين لنا أحكامه ، في الوقائع والمسائل التي تعترض قافلة الحياة .

يقول الإمام ابن القيم ^(١): " إن الناس لو تركوا إلى عقولهم في معرفة وترتيب كل عقوبة على ما يناسبها من الجناية جنساً ووصفاً وقدرًا ، لذهبت بهم الآراء كل مذهب ، وتشعبت بهم الطرق كل متشعب ، ولعظم الخلاف واشتد الخطب، فكفاهم أرحم الراحمين وأحكم الحاكمين مؤونة ذلك ، وأزال عنهم كلفته وتولى بحكمته وعلمه ورحمته وتقديره نوعاً وقدرًا، ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة ويليق بها من النكال " ^(٢). ويقول في موضع آخر: " فلم يشرع في الكذب قطع اللسان ولا القتل، ولا في الزنا الخصاء، ولا في السرقة إعدام النفس، وإنما شرع لهم في ذلك ما هو موجب أسمائه وصفاته من حكمته ورحمته ولطفه وإحسانه " ^(٣) .

لذا فإن الإنسجام والانتظام سمة بارزة من سمات نصوص التجريم، كما قال ربنا تبارك وتعالى : ﴿ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴾ ^(٤).

" فأخبر الله سبحانه وتعالى أن ما كان من عند غير الله لا بد وأن يقع فيه اختلاف واضطراب ، وبمفهوم المخالفة أنه ما كان من عند الله فلا تجد فيه اختلافًا ولا اضطراباً ، بل تجد توافقاً وانسجاماً " ^(٥).

(١) هو محمد بن أبي بكر بن سعد ، الفقيه الأصولي المفسر النحوي ، أبو عبد الله ، أخذ العلم عن الإمام ابن تيمية ، له مصنفات كثيرة من أشهرها : (إعلام الموقعين) و (زاد الميعاد) ، توفي سنة ٧٥١ هـ ، أنظر ترجمته في مختصر طبقات الحنابلة ، ص ٨ .

(٢) إعلام الموقعين ٢ / ١١٥ .

(٣) المصدر السابق ٢ / ١١٤ .

(٤) سورة النساء : آية ٨٢ .

(٥) محمد سعد : مقاصد الشريعة، ص ٣٣٩ .

الفصل الثاني

مبدأ الشرعية في الإطار الجنائي الوضعي

وفيه:

المبحث الأول :

تحديد مفهوم المبدأ في الإطار الجنائي الوضعي.

المبحث الثاني :

التطبيق التاريخي للمبدأ .

المبحث الثالث :

مبررات وجود المبدأ في الإطار الجنائي الوضعي.

المبحث الرابع :

الانتقادات التي وجهت للمبدأ.

المبحث الخامس :

موازنة المبدأ بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول

تحديد مفهوم مبدأ الشرعية في الإطار الجنائي الوضعي

بعد أن عرضنا مفهوم المبدأ في الفقه الجنائي الإسلامي ، وذكرنا أنه يقوم في أساسه على أن المكلف لا يسأل عن فعله الإجرامي إلا إذا سبقه إعلام وإنذار يحمله على اجتناب الفعل ، وكذلك لا يحق لولي الأمر أن يوقع العقاب على مرتكب الفعل إلا في إطار النص الشرعي الذي ورد بتجريم الفعل وتقدير العقاب عليه .

وتأسيساً على هذا فإننا نقول أن مفهوم المبدأ في نطاق القانون الجنائي الوضعي يؤدي إلى هذا المعنى ابتداءً ، وسنتولى في هذا المبحث تحديد مفهوم المبدأ من الوجهة القانونية الوضعية .

عرض المبدأ :

جرى الإصطلاح القانوني على استعمال عبارة " الركن القانوني للجريمة " أو " الركن الشرعي للجريمة " أو " مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات " ، وكل هذه العبارات مترادفة ، ولا وجه لتفضيل أحدهما على الآخر ، فمؤدى هذه العبارات واحد ، فالركن القانوني للجريمة هو الصفة غير المشروعة للفعل^(١) وتبرز أهميته الكبرى في بناء الجريمة، إذ لا تتحقق الجريمة حال انتفاء هذا الركن ، فقوام الركن القانوني هو خضوع الفعل لنص التجريم مع انتفاء أسباب التبرير^(٢) .

(١) يعرف البعض الركن القانوني: بأنه نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل ، انظر : محمود حسني : شرح قانون العقوبات اللبناني، ص ٧٣ .

(٢) أسباب التبرير : هي ظروف مادية تطرأ على وقت ارتكاب الفعل ، فتزيل عن المجرم الصفة الجرمية وتحيله إلى فعل مبرر ارتكابه ، كالجرح الذي يحدثه الطبيب في جسد المريض بقصد الشفاء . انظر: كامل السعيد : الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني ، ص ٩٩ .

إن خضوع الفعل لنص التجريم هو بعينه مبدأ شرعية التجريم والعقوبة^(١)، والذي يعني عدم اعتبار الفعل جريمةً إلا إذا كان هناك نص في القانون يجرمه، وأن تكون العقوبة المترتبة على الفعل مقررّة في نص القانون، ويترتب عليه أمران:

الأول: أنه لا يمكن اعتبار الفعل جريمةً إلا إذا نص عليه في القانون.

الثاني: لا يمكن تقدير العقوبة لفعل ما إلا إذا نص القانون عليها.

فإذا عرضت واقعة لم يكن قد نص عليها القانون فلا يمكن الحكم بإدانة الفاعل وعقابه^(٢).

وبالإضافة لهذا التحديد فإن فكرة شرعية الجرائم والعقوبات في القانون الوضعي تستوجب صياغة النص الجنائي الذي يجرم الفعل صياغةً دقيقةً على نحو لا يسمح بدخول النص ما ليس فيه من مظاهر السلوك، ومن هنا يمكن القول بأن الصياغة الفضفاضة للنصوص الجنائية تتنافر مع مبدأ الشرعية، وهذا ما أدى إلى ظهور ما يُسمى "جرائم القالب الحر" وهي تلك الجرائم التي لم تحدد أركانها وعناصرها بدقة وانضباط، كأن يشرع في القانون مادة تنص على أن: "كل سلوك يضر بالمصلحة الاقتصادية فعقابه كذا وكذا، فمثل هذا القالب الفضفاض يفتح باب الإعتداء على الحريات والحقوق الفردية، كحرية التعبير عن الرأي وحرية التدين^(٣).

لهذا فإن بعض أهل القانون يرى أن مبدأ الشرعية مركب من شقين: الأول منهما إيجابي، والآخر سلبي.

(١) محمود حسني: شرح قانون العقوبات، ص ٧٧ وما بعدها.

(٢) عبد العزيز عامر: شرح الأحكام العامة للجريمة، ص ٩١، عبد الفتاح الصيفي: حق الدولة في

العقاب، ص ٩، محمد الفاضل: المبادئ العامة في التشريع الجزائي، ص ٩٣.

(٣) عوض محمد وسليمان عبد المنعم: النظرية العامة للقانون الجزائي، ص ١٠٥.

أما الأول : فإنه يتم بواسطته تجريم سائر أنواع السلوك المتطابقة مع النصوص القانونية النافذة بالعقوبة المقررة .

أما الثاني : فإنه يتم به إباحة سائر أنواع السلوك الأخرى غير المنصوص عليها وغير متطابقة مع أي من هذه القواعد العقابية (١).

(١) عامر أحمد المختار : ضمانات سلامة أحكام القضاء الجنائي , ص ٩, محمد زكي وعلي عيد القادر : قانون العقوبات اللبناني , ص ٣١.

المبحث الثاني

التطبيق التاريخي لمبدأ الشرعية

إن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة لم يتكامل ولم يأخذ صفته الأخيرة إلا بعد ربح طويل من الزمن ، تمتد جذوره في التاريخ لتصل إلى عصر الفراعنة.

فالعقوبات في عهد الفراعنة لم تقع جزافاً ، ولم تكن سلطة القاضي مطلقةً في اختيار العقوبة المناسبة ، بل كان مقيداً بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل قانوني، وأهم العقوبات التي كانت تنزل على أجساد المخالفين للنظم الفرعونية الإعدام والعقوبات المقيدة للحرية البدنية والمالية، كالسجن ودفع الغرامات (١).

وهناك فريق آخر من شراح القانون يرى أن مرد هذه القاعدة إلى العهد الروماني الذي تضمنت قوانينه هذا المبدأ (٢).

وإن اختلفوا في تحديد العهد الذي عمل به هذا المبدأ لأول مرة، إلا أنهم اتفقوا على أنه تم إقرار هذا المبدأ في المادة الثانية من حقوق الإنسان الذي صدر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م .

وقد كان القانون الفرنسي يتشدد في تطبيق هذه القاعدة تشدداً بالغاً ، واتخذ هذا التشدد صوراً منها :

أولاً : حصر الجرائم وتحديد عقوبتها.

ثانياً : فرض عقوبة واحدة لكل فعل إجرامي في الغالب .

ثالثاً : جعل العقوبة ذات حد واحد وإن احتملت طبيعتها ذات حدين .

(١) رؤوف عبيد : مبادئ الحسم من التشريع العقابي ، ص ٢١ وما بعدها ، غالب الداودي : شرح

قانون العقوبات العراقي ، ص ٢٥ .

(٢) محمد سليم العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، ص ٥٦ ، سامي النصراري : النظرية

العامة للقانون الجنائي المغربي ، ص ٤٣ .

وقد ترتب على هذا التشدد جمود النصوص وتضييق سلطة القضاة ، وذلك لعدم مرونة العقاب وعدم اعتبار ظروف الجناة من الظروف المؤثرة في العقاب .
 لقد كان لهذا الأثر البالغ في تعديل هذا النظام من أجل تحقيق مرونة العقاب وإفساح المجال للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة لطبيعة الفعل الإجرامي .
 وكان من أهم الوسائل التي اتبعت في سبيل ذلك :

أولاً : جعل المشرع حدين لكل عقوبة، بحيث يكون للقاضي سلطة في تقدير العقاب المناسب .

- ثانياً : النزول على الحد الأدنى للعقاب إذا توفر ظرف مخفف للعقاب .
- ثالثاً : إيقاف تنفيذ العقاب في حق المجرم إذا اقتضت المصلحة ذلك .
- رابعاً : وضع نظام للعقوبة من غير تحديد كالحبس لفترة غير محددة .
- خامساً : منح السلطة التنفيذية حق تنفيذ العقاب وتخفيفه وحق العفو .
- سادساً : منح القاضي حق العفو عن العقاب (١) .

ثم انتقل هذا المبدأ من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى ، واكتسب هذا المبدأ إقراراً عالمياً حتى نص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٤٨م ، وأخذت به معظم دساتير العالم (٢) ، واعتبر هذا المبدأ من المبادئ الدستورية في الدول العربية ، فقد نصت المادة (٢٥) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٦٤م على أن : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون " ، وكذلك المادة (٢٠) من الدستور العراقي عام ١٩٦٤م ، والمادة (٣٢) من الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢م ، وبعضها لا ينص على هذا المبدأ صراحةً ولكنه يستفاد منه ضمناً من بعض النصوص ، ومن

(١) عبد العزيز عامر : شرح الأحكام العامة للجريمة ، ص ٩٣ ، عبد القادر عوده : التشريع الجنائي الإسلامي ١ / ١٥٧ .

(٢) محمد سليم العوا : في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، ص ٥٦ .

هذه الدساتير، الدستور الأردني الصادر عام ١٩٥٢م ، إذ نصت المادة (٨) منه على أن " لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون " .

وقد أكد قانون العقوبات الأردني هذه المبدأ في معرض التصييص على تطبيق الأحكام الجزائية ومراعاة الزمن في ذلك ، فنصت المادة (٣) على أنه: " لا يقضى بأي عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجريمة ، وتعتبر الجريمة تامةً إذا تمت أفعال تنفيذها دون النظر إلى وقت حصول النتيجة " (١) .

(١) كامل السعيد : الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني ، ص ٤٣ .

المبحث الثالث

مبررات وجود مبدأ الشرعية في الإطار الجنائي

لا شك أن وجود المبدأ في ظل القانون الوضعي له ما يبرره، فلم يقنن من باب العبث بل من أجل أن يخدم مصلحةً سياسيةً أو تنقيفيةً أو إصلاحيةً أو اجتماعيةً^(١).

أما من الناحية السياسية : فتتجلى مظاهره أنه يعتبر من أهم الضمانات للأمن والحرية الفردية.

إذ يأمن المواطن من عدم تحكم السلطة به ، إذ ليس باستطاعة المشرع أن يأمر بعقاب على أفعال كانت مباحةً عند وقوعها ، وكذلك ليس باستطاعة القاضي أن يعاقب على أعمال لم يجرمها القانون .

فالشرعية إذاً هي صمام الأمان يحول دون تعسف السلطة وتحكمها، فلولا تعيين الجرائم وتحديد العقوبات مقدماً لأدى هذا إلى إطلاق يد الحكام في تقدير العقاب وابتكار عقوبات تتماشى مع أهوائهم وتحقق مصالحهم .

فالفردي عندما يعرف الممنوع من المباح ، والمأذون فيه والمحظور ، فإنه يتحرر من قيود الحكام وتعسفهم ، أما إذا كان الأمر على نقيض ذلك فإنه سيظل حائراً مضطرباً .

أما من الناحية التنقيفية : فإن المشرع القانوني يحدد ضمن لائحة المواد القانونية الأفعال الإجرامية التي تستوجب العقاب ، ومن ثم يتم نشر هذه المواد عبر الوسائل الإعلامية، أو عن طريق عقد ندوات خاصة يتم بها تذكير كافة المواطنين بضرورة الحفاظ على المصالح العامة وأمن المجتمع ، ويحظر بتاتاً كل فعل من شأنه أن يشكل خطراً عاماً على الناس والمجتمع ، ويتمخض عن هذا فوائد طيبة منها :

(١) غالب الداودي : شرح قانون العقوبات العراقي ، ص ٢٨ ، عبد الرؤوف مهدي : شرح القواعد

العامة لقانون العقوبات ، ص ٨ .

أولاً : حصول المعرفة التامة لدى المواطنين بما يجب لهم وعليهم تجاه أمتهم ووطنهم.

ثانياً: نشر الأمن والإستقرار في أرجاء الوطن, والقضاء على عوامل الفساد والتخريب فيه.

أما من الناحية الإصلاحية : فإنه يبدو من خلال حشد الأفعال المخلة بالنظام والمجتمع مع تحديد درجة العقاب المقدره لكل فعل بما يتلاءم مع طبيعة الجرم ، وهذا الأمر بدوره يشكل قوة ضغط على من تسول له نفسه بالانحراف عن نظم المجتمع أو الخروج عن دائرة القيم والمعايير الخلقية والقانونية ، ويحفظ للإنسان إنسانيته وللمواطن كرامته .

وأما من الناحية الاجتماعية : فإن هذا المبدأ يحقق العدالة بين شرائح المجتمع الإنساني ، فتحديد الجرم مع تقدير العقاب يضمن تساوي الأفراد أمام القانون وخضوعهم خضوعاً كاملاً لسيادته بقطع النظر عن مناصبهم وأجناسهم .

فلا تفاضل بين حاكم ومحكوم أو رفيع ووضيع ، فالكل جار عليه القانون، وهذا من أهم الأسس التي ينبغي أن يقوم عليها نظام الحكم في هذا العصر ، والتي نادى بها منظمة حقوق الإنسان وكافة الحركات التي تدعو إلى الحرية والمساواة .

المبحث الرابع

الانتقادات التي وجهت لمبدأ الشرعية

برغم ما قيل من الحديث بشأن مبررات وجود المبدأ في القانون الوضعي، وإقراره ضمن لائحة المواد الدستورية في العالم بصفته أنه يعود بالخير والنفع على المجتمع من الناحية السياسية والتنقيفية والأخلاقية والاجتماعية، إلا أن هذه المبدأ لم يسلم من الانتكاسات التي اعترضت طريقه، فقد كان محل نقد من قبل شرّاح القانون الوضعي الذين صوّبوا بسهام نقدهم إلى الأسس التي يبنى عليها المبدأ.

وأرى من الضرورة العلمية عرض هذه الانتقادات في هذا المقام ويمكن حصرها فيما يلي :-

أولاً : الجمود وعدم مسايرة التطور :

لقد اتهم بعض شرّاح القانون مبدأ شرعية التجريم والعقوبة بالجمود وعدم مواكبته لمسيرة الحضارة في المجتمع الإنساني، وهذا راجع بأصله إلى أن السلطة التشريعية المخولة بسن القوانين الهادفة إلى حماية المجتمع من الإجرام والمجرمين محصورة في عدد معين بالنسبة للجرائم التي تحدث في كل عام.

فالنصوص والمواد القانونية التي تجرم وتعاقب في آن واحد لا تستطيع إحصاء الأفعال الإجرامية، فهي أفعال لا حصر لها، فالمجتمع كلما كثر أبنائه ازدادت الحياة تعقيداً، ويتفنن الأفراد في اختلاق جرائم لم ينص عليها القانون، وبالتالي فإن هذه الأفعال تترك عارية من القانون وتصبح ضمن دائرة المباح، ولهذا قيل أن مبدأ الشرعية في القانون الوضعي يتنافى مع القيم والأخلاق بعد وقت طويل من سن القانون (١).

(١) مصطفى العوجي : النظرية العامة للجريمة ١ / ٢٨٧، هلال أحمد : أصول التشريع الجنائي

ثانياً : إهمال المبدأ لشخصية الجاني .

أُتهم المبدأ بأنه يهمل شخصية الجاني ولا يُسائر الاتجاه الحديث , لأن المبدأ يقضي بإنزال العقاب على مرتكب الجريمة التي نص عليها القانون دون النظر إلى شخص الجاني الذي ارتكبها , كذلك فإن المبدأ يفرض على القاضي أن ينزل العقاب المقدر للجريمة بناءً على الأضرار المادية التي تعقب فعل الإجرام وليس من أجل مواجهة خطورة الجاني، علماً بأن العقاب وضع في الأساس من أجل مواجهة الجاني والحد من خطره وضرره على المجتمع, وليس تقدير الأضرار المادية للجريمة فحسب .

وبموجب هذا المبدأ يفقد القاضي حريته في اختيار العقاب الأصح والأنجع للمتهم الذي يتلاءم مع طبيعة الجرم والظروف المحيطة بفعل الإجرام ، إذ كيف يتسنى له ذلك وقد فرض على القاضي الحكم في دائرة النص فقط؟! (١) .

ثالثاً: تقييد سلطة القاضي .

ما دام أن الأمر قد استقر على النص المكتوب الذي هو المصدر الوحيد للتشريع الجنائي, فإنه يتحتم على القاضي إثر ذلك أن يعين النص الجنائي حال إصداره حكماً بالإدانة على متهم ما ، ولا يسوغ له أبداً أن يصدر حكماً بالإدانة استناداً إلى العرف أو حسب ما تقتضيه المصلحة أو تمليه الحاجة ، ولو كان ذلك جائزاً لكان معناه تمكين القاضي الجنائي من التشريع، إي إنشاء الجرائم وهذا بخلاف مضمون مبدأ الشرعية (٢).

(١) عبد العزيز عامر : شرح الأحكام العامة للجريمة ، ص ٩٦ .

(٢) علي راشد : القانون الجنائي ، ص ١٤٨ .

المبحث الخامس

موازنة المبدأ بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

عندما نتكلم عن نظام التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، قد نجد بعض التوافق بينهما من حيث أن كليهما يعتبران النص أو القانون هو مصدر التجريم والعقاب ، وهو المعيار الفاصل بين ما هو مباح وما هو تحت طائلة العقاب والجزاء .

إذا فالنص القانوني هو الذي يتولى تحديد مواصفات الفعل الذي يعتبر خارقاً للقانون، وبدون هذا النص صراحةً أو ضمناً يبقى الفعل في دائرة الإباحة .

وبالرغم من ذلك فإنه حين نعزم على عقد مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية فيما يتعلق بمضمون المبدأ ، فإنه لخليق بنا في هذا المقام أن نشير إلى أمور محدودة ينبغي مراعاتها قبل أن نتولى عملية القياس وتحديد الفوارق الجوهرية بينهما.

فنقول وبالله التوفيق : إن الشريعة الإسلامية تختلف عن النظم الوضعية في أصلها ووسائلها وأهدافها .

أما من حيث الأصل : فإن الشريعة نزلت من رب حكيم عادل اتصف بكل صفات الجمال والكمال والجلال ، لا يعتريه نقص ولا يصيبه عيب لقوله تعالى :
﴿ ليس كمثله شيء وهو السميع البصير ﴾^(١) .

لذلك فإن تشريع السماء الصادر من جهة الرب تبارك وتعالى هو تشريع إلهي باقٍ إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، إستودع الله فيه عناصر الهداية والرشاد التي يقوم عليها صلاح الحياة ، وتكفل للإنسانية عبر أطوار حياتها رقيها وفلاحها في

(١) سورة الشورى : آية ١١ .

الدنيا وفوزها ونجاتها في الآخرة ، فمن سار على دربه هدي إلى صراط مستقيم ، ومن زاغ عن أمره ضل وساء سبيلاً .

أما من حيث أهدافها : فالشريعة الإسلامية بأوامرها ونواهيها ومثلها تهدف إلى إعداد فرد صالح في المجتمع ، محرراً من القيود الأرضية وأغلال التبعية ، لا يخضع إلا لله ولا يتوجه إلا إليه ، منه يستمد حكمه وتشريعه ، وإليه يرجع في أمره كله ، لا سلطان لأحد عليه إلا الله ، كما أخبر الله تعالى في كتابه الحكيم: ﴿ قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ، لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ ﴾ (١) .

أما من حيث الوسائل : فالشريعة الإسلامية جعلت عبادة الله وإقامة شعائره في الأرض وحفظ حدوده الوسيلة المثلى لنيل رضاه ، والدخول في رحابه ، والفوز بنعيمه الأبدي الذي يستحيل عليه الفناء والزوال ، قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (٢) .

وبعد هذا يتسنى لنا إظهار تفوق الشريعة الإسلامية عن غيرها من النظم الأرضية بشأن مبدأ التجريم والعقاب.

أولاً : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة الإسلامية باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها ، فالجرائم الأشد فتكاً بالمجتمع وأهله ، نرى أن الشريعة لم تنتهون في وضع عقوبات صارمة وزاجرة بشأنها ، ونلاحظ أن الشريعة لم تفوض لولي الأمر تحديد هذه العقوبات ، بل تولت هذا الأمر بنفسها ونصت على نوع الجريمة مع ذكر مواصفاتها مع الإهتمام البالغ بالظروف التي تحيط بفعل الجريمة، مع تحديد العقاب المستحق للفعل الإجرامي ، وهذا يشمل جرائم الحدود والقصاص .

(١) سورة الأنعام : آية ١٦٣ .

(٢) سورة الحج : آية ٧٧ .

أما بالنسبة لجرائم التعازير فإن الأمر يختلف عن هذا نظراً للتفاوت بينها، فإن جرائم التعازير أقل خطراً وأضعف ضرراً من جرائم الحدود والقصاص، لذا فقد فوضت لولي الأمر أمر تحديدها وتقدير العقاب المناسب لها في مختلف مرافق الحياة الإنسانية، وذلك وفق القواعد الكلية للشريعة الإسلامية وأصولها العامة.

أما في القوانين الوضعية فإن الأمر على نقيض ذلك، إذ يُعمل بالمبدأ بأسلوب واحد وبطريقة محددة تعم الجرائم كافةً، ولهذا يقع الظلم والاستبداد في حق المخالفين، فليس من المنطق بشيء أن يعاقب الجاني بعقوبة الإعدام مثلاً جزاء فعل قد مارسه لا ينجم عليه ضرر بالغ في المجتمع.

وهذا الأمر جعل القانون الوضعي يعدل عن هذه الطريقة إلى طريقة هي أجدى وأصلح للمتهم، وذلك عن طريق تحديد عقوبتين لكل فعل إجرامي ويكون للقاضي الحرية في اختيار العقوبة المناسبة لفعل الجريمة.

ومن الجدير ذكره أن هذه الطريقة لم تسفر عن النتائج المنتظرة، فسرعان ما تزايدت عدد الجرائم وازداد استفحالها في المجتمع بسبب تساهل القضاة في اختيار العقوبة الأقل ضرراً بجسد المتهم^(١).

ثانياً: إن مبدأ الشرعية هو عبارة عن درع واقٍ للأخلاق والآداب التي هي أهم مقومات المجتمع الإسلامي، ذلك أن الناظر إلى النصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية يرى جميعها تسعى إلى هدف نبيل ومبتغى كريم، ألا وهو إقامة مجتمع إسلامي مؤسس على الآداب والقيم الخلقية، فجرائم الخيانة والتجسس والقتل والغش والكذب، كلها من الأفعال التي تناولتها النصوص بالتجريم القاطع الأبدي، حتى اعتبرت من النظام الشرعي العام التي لا يجوز تغييرها أو حذفها أو الاتفاق على خلافها.

(١) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي: ١/١٦٠.

وأما في القوانين الوضعية فإن التجريم والعقاب لا يقوم على هذا الأساس الراسخ ، بل يقوم على أساس فاسد نابع من اعتبارات مصلحة وأغراض ذاتية حتى لو تناقضت مع المبادئ الأخلاقية ، فمثلاً نجد كثيراً من التشريعات الأرضية تبيح الأمهات من الرذائل وسفاسف الأخلاق إذا وقعت برضا الشخص نفسه ، كالزنا واللواط وشرب الخمر ، بغض النظر عن حالات هذه الجرائم وعواقبها الوخيمة التي تعكسه على الفرد والمجتمع (١) .

ثالثاً : لقد وضعت الشريعة الإسلامية عناصر استرشاد للقضاة والتي يتم بموجبها تحديد مدى فداحة الجريمة والأضرار الناجمة عنها ، ومن ثم تقدير العقاب الأنسب لها، حيث تمكن الفقهاء من استخلاص هذه العناصر التي شهدت لها النصوص الشرعية بالصحة والإعتبار، ويطلق عليها " مقاصد الشريعة الإسلامية " (٢) ، والتي يتم بموجبها تحديد العقاب لكل فعل إجرامي وإن لم يرد به نص صريح بتجريمه وتقدير العقاب له .

وهذا ما جعل النصوص الجنائية الشرعية أكثر دقةً ومرونةً، تتمشى مع روح العصر وتلبي حاجات المجتمع في كل أرض وزمان .

وهذا ما تفتقر إليه القوانين الوضعية التي قد خلت من هذا العنصر الحيوي الذي يمنحها صفة الخلود والبقاء .

فالقوانين الجنائية الوضعية عنيت بذكر الأفعال المخلة بالنظام والمجتمع ، مع تحديد المواصفات لكل فعل ضمن حدود ضيقة مع تقدير درجة العقاب لها ، الأمر الذي جعل القاضي مكبلاً بقيود وأغلال لا تأذن له بالخروج عن نطاق نص القانون

(١) انظر أستاذنا محمد نعيم ياسين : الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي ، ص ٢٥ ، عبود السراج :

التشريع الجنائي المقارن ١ / ٣٠ .

(٢) انظر ص ٣٠ من الرسالة وما بعدها .

المرسوم له، وقد تمخض عن هذا نتائج غير طيبة إذ جعلت المهرة من المجرمين يتفننون باختلاق أساليب متلونة في الإجرام ، بحيث تكون بمعزل عن نصوص التجريم والعقاب ، وهذا يساعدهم على التنصل من بين مخالف العقاب .

رابعاً : التشريع الجنائي الإسلامي يضمن عدم اجترأ المسلم بالاعتداء على حق من حقوق الله أو حقوق الأمة ، وهذا عائد إلى الوازع الديني الذي يفيض بكل نفس مؤمنة ، فإذا أقدم مؤمن على ارتكاب فعل فيه اعتداء على القيم الخلقية والنظم الإجتماعية فسرعان ما تنزجر نفسه ويرتدع قلبه وتتجلي بصيرته، فيعود إلى رشده ويقلع عن الاعتداء مع العزم بأن لا يعود إليه أبداً .

فالشريعة الإسلامية إذاً قد ضمنت بتعاليمها وهداياها عدم حدوث خرق في قيم ومعايير المجتمع الإسلامي ، وذلك بما تنميه في نفوس أبنائها من وازع ديني وضمير ينبض بالحب والخير والإيمان.

ولا شك بأن هذا ما تفتقده النظم الجنائية الوضعية والقوانين الأرضية ، التي نسجها ثلة من البشر ، تحكهم الأهواء وتستبد بهم النزوات ، دون أن يكون لهم شأن بتربية أفراد المجتمع تربية إيمانية خلقية راشدة ، تنمي في نفوسهم حب الخير والعطاء وتستأصل منها نوازع الشر والفساد، وتحثهم على الإستشعار برقابة الله تبارك وتعالى الذي يطلع على قلوب وأفعال خلقه دون أن تأخذه سنة ولا نوم .

الفصل الثالث

ارتباط مبدأ الشرعية بالفروع الفقهية الشرعية

وفيه :

المبحث الأول:

قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة) .

المبحث الثاني:

قاعدة (الأصل براءة الذمة) .

المبحث الثالث:

قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) .

المبحث الأول قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة

وفيه :

المطلب الأول :

مفهوم مفردات القاعدة ومضمونها.

المطلب الثاني :

إختلاف الفقهاء في القاعدة وأدلتهم.

المطلب الثالث :

أهمية القاعدة وصلتها بمبدأ الشرعية .

المطلب الرابع :

التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية.

المطلب الأول

قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة

الأصل لغةً : أسفل الشيء ، وجمعه أصول ، وأصل الشيء : صار ذا أصل ذلك كقول الشاعر :

وما الشغل إلا أنني متهيبٌ لعرضك ما لم تجعل الشيء يأصل^(١)

الأصل اصطلاحاً : لقد أطلق العلماء لفظ الأصل على معان عدة^(٢):

- أ- **الدليل** : يقال الأصل في هذه المسألة الكتاب أو السنة ، أي الدليل عليها هو القرآن أو سنة النبي صلى الله عليه وسلم ، كالأصل في وجوب الصلاة قوله تعالى : ﴿ وأقيموا الصلاة و آتوا الزكاة وأركعوا مع الراكعين ﴾^(٣) .
- ب- **الراجع** : يقال الأصل في الكلام الحقيقة ، أي الراجع عند السامع الحقيقة وليس المجاز .
- ج- **المقيس عليه** : أي المحل المشبه به ، ويقاس عليه الفرع بالوصف الجامع بينهما .
- د- **القاعدة الكلية المستمرة** : يقال إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل ، أي: على خلاف القاعدة .
- هـ- **المستصحب** : نحو من تيقن الطهارة وشك في الحدث ، فالأصل الطهارة أي: المستصحب الطهارة .

(١) ابن منظور : لسان العرب ١١ / ١٦ : مادة أصل .

(٢) الزركشي : البحر المحيط ١ / ١٠ ، السعدي : مباحث العلة في القياس ، ص ٦١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٤٣ .

وحيثما وردت كلمة أصل في القواعد الفقهية فالمراد بها القاعدة المستمرة أو الحكم المستصحب ، وعندما ترد في أصول الفقه فالمراد بها غالباً الدليل .

الإباحة لغةً : باح الشيء : ظهر ، وباح به : أظهره ، وأباحتك الشيء : أحلته لك ، أباح الشيء : أطلقه ، والمباح : خلاف المحظور (١) .

الإباحة اصطلاحاً : " وهي الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل " (٢) ، أو هي " ما لا يُمدح على فعله ولا على تركه " (٣) .

وقال الأمدى : " هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل " (٤) .

معنى القاعدة :

تعني هذه القاعدة أن كل ما في الأرض مباح للإنسان تناوله على الجهة التي يكون بها ذلك تناول ، إذ إن الانتفاع بخيرات تعالى من فاكهة وخضار وغيرها منفعة ليس فيها وجه من وجوه القبح ، وكل ما هذا سبيله فالعقل يدعو إليه ويسوغه ، والقول بعدم قبحها من حيث أنه ليس فيها ضرر ، بل على العكس فيها الخير واللذة والمنفعة (٥) .

والإباحة التي هي مراد بحثنا هي الإباحة الأصلية وهي : " ما بقي على الأصل ، فلم يرد فيه من الشرع تعرض لا بصريح اللفظ ولا بدليل من أدلة السمع ، فيقال هي إبقاء ما كان " (٦) أو أن الأصل في الأشياء الإباحة .

(١) ابن منظور : لسان العرب ٢ / ٤١٦ مادة : بوح .

(٢) الجر جاني : التعريفات ، ص ٣١ .

(٣) الشوكاني : إرشاد الفحول ١ / ٧٥ .

(٤) الإحكام في أصول الأحكام ١ / ٩٤ .

(٥) الباجي : أحكام الفصول ٢ / ٦١١ ، عبد الكريم زيدان : أصول الفقه ، ص ٢٧٠ .

(٦) محمد مدكور : نظرية الإباحة ، ص ٩٥ .

المطلب الثاني

اختلاف الفقهاء في القاعدة وأدلتهم

إن مسألة الحكم " الأصل في الأشياء الإباحة " هو الراجح من أقوال العلماء، حتى أن بعض العلماء ادعى الإجماع، قال ابن تيمية: " وذلك أنني لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين في أن ما لم يجيء دليل بتحريمه فهو مطلق غير محجور، وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر في ذلك الإجماع يقيناً أو ظناً كاليقين " (١).

إلا أن الإمام الشوكاني قد ذكر ثلاثة أقوال للعلماء في هذه المسألة فقال: " هل الأصل فيما وقع فيه الخلاف ولم يرد فيه دليل يخصه أو يخص نوعه، الإباحة أو المنع أو الوقف، فذهب جماعة من الفقهاء، وجماعة من الشافعية، ونسبه بعض المتأخرين إلى الجمهور أن الأصل الإباحة، وذهب الأشعري (٢)، وبعض الشافعية إلى الوقف " (٣).

(١) ابن تيمية: مجموع الفتاوى ٢١ / ٣٠٧.

(٢) هو علي بن إسماعيل بن إسحاق بن سالم بن إسماعيل الأشعري، ولد سنة ٢٦٠ هـ، وهو صاحب المذهب الأشعري، كان في أول أمره معتزلي، ثم رجع عن مذهبه وأنشأ مذهب الأشعري، ثم قيل أنه رجع عنه في آخر حياته إلى مذهب السلف، توفي سنة ٣٢٤ هـ، انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى ٢ / ٢٤٥.

(٣) إرشاد الفحول ٢ / ١١٥٧ - ١١٥٨، بتصرف.

ولقد بين الزركشي أن الخلاف في هذه المسألة ينحصر في اتجاهين :-

الأول : الأصل هو المنع ، وبه قال :بعض معتزلة بغداد (١)،وبعض اصحاب الحديث (٢) ، واليه مال الحلواني وابن حامد (٣).

الثاني :الأصل هو الاباحة ، وبه قال ابو علي الجبائي (٤) ، والكرخي (٥) ، ورواية عن الامام احمد ، وبعض الظاهرية (٦).

وأكد ذلك بقوله : " ولم يحكوا هنا - أي في مسألة بعد ورود الشرع - قولاً بالوقف كما هناك - أي قبل ورود الشرع - لأن الشرع ناقل ، وقد خلط بعضهم الصورتين فأجرى الخلاف هنا أيضاً وكأنه استصحب ما قبل السمع إلى ما بعده " (٧).

أدلة القول الأول , بأن الأصل في الأشياء الإباحة :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ (٨) .

-
- (١) ابو الحسين البصري: المعتمد ٣١٥/٢ .
(٢) السمرقندي :ميزان الاصول ص ٢٠٠ .
(٣) آل تيمية :المسودة ص ٤٧٤ . الحلواني: هو محمد بن علي بن محمد ، ابو الفتح ، كان فقيها من فقهاء الحنابلة ،ت:سنة ٥٠٥هـ، انظر ترجمته في طبقات الحنابلة :١٠٦/٣ .
ابن حامد :هو الحسن بن حامد بن علي ، ابو عبدالله ، البغدادي ، امام الحنابلة في زمانه ، ت سنة ٤٠٣هـ ، انظر ترجمته في طبقات الحنابلة ١٧١/٢ .
(٤) ابو الحسين البصري:المعتمد ٣١٥/٢ . هو محمد بن عبدالوهاب بن سلام الجبائي ، الفيلسوف ، المتكلم ، رأس المعتزلة ،ت سنة ٣٠٣هـ، انظر ترجمته في وفيات الاعيان ٣/٣٩٨ .
(٥) ابن نجيم: الاشباه والنظائر ١/٦٦ . هو عبيد الله بن الحسين بن دلال ، ابو الحسن من كرخ جدان ، انتهت اليه رئاسة الحنفية ، توفي سنة ٣٤٠هـ ، انظر ترجمته في تاج التراجم ص ١٤٠ .
(٦) ابن حزم : الاحكام في الاحكام ١/٥٢ .
(٧) البحر المحيط : ٤ / ٣٢٢ .
(٨) سورة البقرة : آية ٢٩ .

وجه الاستدلال : أنه أخبر أنه خلق جميع ما في الأرض للناس ، مضافاً إليهم واللام حرف إضافة ، وهي توجب اختصاص المضاف بالمضاف إليه ، واستحقاق إياه من الوجه الذي يصلح له (١).

الرد : أن الله تعالى لم يخلقها على سبيل الإنتفاع بها، وإنما خلقها ليعتبر بها الخلق ويتأملوا قدرته تعالى وحكمته فيها ، وقد يكون أيضاً على سبيل الإمتنان بها عليهم وتعريفهم موضع النعم ، وليس على سبيل إباحتها لهم (٢).

ثانياً : قوله تعالى : ﴿ قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالاً قل آله أذن لكم أم على الله تفترون ﴾ (٣).

جاء في تفسير هذه الآية : قل يا محمد لهؤلاء المشركين : أرأيتم ما خلق الله لكم من الرزق فحولكموه وذلك ما تتغذون به من الأطعمة ، فجعلتم منه حراماً وحلالاً، فحللتم بعضه لأنفسكم وحرمتم بعضه على أنفسكم ، فقل لهم يا محمد : هل الله قد أذن لكم بأن تحرموا ما حرمتم ، أم أنكم تقولون الباطل على الله وتكذبون (٤).

الرد : الآية وردت في شأن قوم يحرمون ما أحل الله لهم، كعدم دخول البيوت من أبوابها وغيرها، ويعتبرون أن ذلك قربة إلى الله عز وجل، إذاً فالآية خارجة عن محل النزاع (٥).

(١) ابن تيمية : مجموع الفتاوى ٢١ / ٣٠٧ .

(٢) السمعاني : قواطع الأدلة ٢ / ٥٧ .

(٣) سورة يونس : آية ٥٩ .

(٤) الطبري : جامع البيان ٥ / ٣٥٤ - ٣٥٦ ، بتصريف .

(٥) السمعاني : قواطع الأدلة ٢ / ٥٤ - ٥٥ .

ثالثاً : هو أنه انتفاع بما لا ضرر فيه على المالك قطعاً ولا على المنتفع، فوجب ألا يمنع منه، كالأستضاءة بضوء سراج الغير والاستظلال بظل جداره (١).

الرد : هذا الكلام يقتضي القول بإباحة كل المحرمات، لأن فاعلها ينتفع بها ولا ضرر فيها على المالك، بل ويقتضي سقوط التكاليف الشرعية، ولا شك في فساده (٢).

أدلة القول الثاني، بأن الأصل في الأشياء الحظر :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب إن الذين يفترون على الله الكذب لا يفلحون ﴾ (٣).

وجه الاستدلال : " فأخبر سبحانه أن التحريم والتحليل ليس إلى الخلق، إنما هو إلى الله، فلا نعلم الحلال ولا الحرام إلا بإذن من الله " (٤).

الرد : أن القائلين بأصالة الإباحة لم يقولوا ذلك من جهة أنفسهم، بل قالوا بالدليل الذي استدلوا به من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فلا ترد هذه الآية عليهم ولا تتعلق بمحل النزاع (٥).

ثانياً : قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات، لا يعلمهن كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام ﴾ (٦).

(١) الرازي : المحصول ١٤٣٠/٤ .

(٢) المصدر نفسه : ١٤٣١/٤ .

(٣) سورة النحل : آية ١١٦ .

(٤) الشوكاني : إرشاد الفحول ١١٢٦ / ٢ .

(٥) الشوكاني : نيل الأوطار ١١٢٦ / ٢ .

(٦) تقدم تخريجه، انظر، ص : ٢٥.

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم أرشد إلى ترك ما بين الحلال والحرام ولم يجعل الأصل في أحدهما (١) .

الرد : أن الله سبحانه بين حكم ما سكت عنه ، بأنه حلال بما سبق من الأدلة ، وليس المراد من قولة صلى الله عليه وسلم "وبينهما أمور مشتهات" إلا ما يدل الدليل على أنه حلال أو حرام واضح بل تتازعه أمران : الأول يدل على أنه حلال، والآخر يدل على أنه حرام، أما ما سكت عنه فهو عفو (٢) .

ثالثاً : قوله صلى الله عليه وسلم : { إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا ، في بلدكم هذا ، في شهركم هذا } (٣) .

وجه الاستدلال : الحديث يفيد أن الأصل في الأموال والدماء الحرمة، وهو دليل على أن ليس الأصل في الأشياء الإباحة، وإلا كانت الأموال والدماء على أصل الإباحة (٤) .

(١) الشوكاني : إرشاد الفحول ٢ / ١١٦٢ .

(٢) المصدر نفسه ٢ / ١١٦٢ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب ٢٥ : الحج، باب ١٣٢ : الخطبة أيام منى ٢/٢٣١، رقم ١٧٣٩، ومسلم في صحيحه، كتاب ١٥ : الحج، باب ١٩ : حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ص ٤٥٤، رقم ١٢١٨، وأبو داود في سننه، كتاب ١١ : المناسك، باب ٥٦ : صفه حج النبي صلى الله عليه وسلم، ٢/٤٨٣، رقم ١٩٠٠، والترمذي في سننه، كتاب ٣٤ : الفتن، باب ٢ : ما جاء في دماءكم وأموالكم عليكم حرام، ٣ / ٢٠٤ رقم ١٢٥٩ ، وابن ماجة في سننه كتاب ٢٥ : المناسك، باب ٧٦ : الخطبة يوم النحر، ٣ / ٤٩٢ رقم ٣٠٥٥ .

(٤) الشوكاني : إرشاد الفحول ٢ / ١١٦٣ .

الرد: هذا خارج عن محل النزاع, لأنه خاص بالأموال التي قد صارت مملوكةً لغيرها ولا خلاف في تحريمها^(١).

الرأي المختار :

أجدني تميل نفسي إلى قول أن الأصل في الأشياء الإباحة , لقوة أدلتهم ورجاحة حجتهم ، فلو قلنا أن الأصل هو الحظر لأدى ذلك بلا محالة إلى وقوع الناس في حرج شديد وضيق كبير ، وهذا يتنافى مع جوهر الشريعة الإسلامية وروحها التي بيّنت الغاية من إنزال الشرائع والأحكام ، وهو رفع الحرج عن الناس لقوله تعالى : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾^(٢) .

(١) المرجع السابق ١١٦٣/٢ .

(٢) سورة الحج : آية ٧٨ .

المطلب الثالث

أهمية القاعدة وطلتها بمبدأ الشرعية

إن الجرائم والجنایات التي نص عليها المشرع بأنها جريمة ، ثم قدر لها عقاباً رادعاً وزاجراً في آن واحد وبصورة تحفظ مقصد التشريع الإسلامي، لا يُمارى فيها أحد ولا يختلف فيها اثنان بأنها جرائم وعقوبات محددة ، لا يجوز تغييرها أو استبدالها أو الإتفاق على خلافها .

وأما جرائم التعازير فإنها مفوضة إلى أهل الاجتهاد والرأي ، بحسب ما تقتضيه مصلحة الأمة الإسلامية وحسبما تؤدي له نصوص الشريعة الإسلامية العامة وقواعدها الكلية .

إذا فإن قاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة " إنما تبرز أهميتها في قضايا التجريم والعقاب ضمن ما أشكل حاله من المسائل والمستجدات التي تمخض عنها الدهر ، والتي لم تتناولها نصوص الشريعة الإسلامية بالتحريم أو التحليل ، وعندئذ فإنه يتعين على المجتهد أو الحاكم ألا يحكم بتحريم هذه الأفعال أو تلك التصرفات عند فقدانه للأدلة الشرعية في تحريم أو تجريم هذه الأفعال .

فيتخرج على هذا الأصل كثير من الأطعمة والأشربة من النباتات والفواكه التي ترد إلينا من بلاد بعيدة ، ولا نعرف عن أسمائها ولم يثبت ضررها .

ويتخرج عليها أيضاً كثير من أنواع الفرش والأثاث والآلات المتجددة فيما لا يندرج تحت نهي ، كما ويتخرج عليها أيضاً بعض أنواع العقود المستحدثة والمعاملات الجديدة إذا ثبت خلوها من الربا والجهالة والغرر والضرر (١) .

لما كان التجريم والعقاب من عمل المشرع ومن مصادر التشريع المعتمدة، فإن ولي الأمر لا يملك حق التجريم فيما لم يرد به نص بتحريمه أو تجريمه ، كما أنه لا

(١) محمد البورنو : الوجيز في إيضاح قواعد الفقه، ص ١٩٧

يستطيع أن يعاقب على أمر لم يرد به نص خاص أو عام ، أو بطرق الإستدلال الصحيح المعتبر بشأن تجريمه واستحقاق العقوبة عليه ، فلا يفاجأ شخص بعقوبة على فعل لم يرد نص بتجريمه ، ذلك أن مبدأ التجريم والعقاب وبيان مقداره إنما يدخل في اختصاص الشرع وليس لولي الأمر فيه سوى التطبيق وقبل ذلك - قبل ورود نص بتجريمه - يبقى الفعل على الإباحة (١) .

وبوجه عام فإن الحكم على الفعل بأنه جريمة يستوجب العقوبة, إنما يرجع ذلك إلى إذن الله للعبد في تناول هذا الفعل أم لا ، وقد يكون إذن الله في تناول هذا الفعل بعدم تعلق به أي نص سواء كان عاماً أم خاصاً بشأن تجريمه (٢) .

ذلك أن المجتهد إذا تيقن أو غلب على ظنه أن الفعل الذي ارتكبه المكلف لا ينجم عنه مفساد تصيب الإنسان - في دينه أو نفسه أو عقله أو نسله أو ماله - فإن الفعل يكون معفو عنه وداخلاً في دائرة الإباحة ، لأن الفعل لم يتعلق به أي ضرر أو مفسدة, ولم يصطدم مع نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية ، وذلك بناءً على ما قرره القرافي (٣) بأن الزواجر تعتمد المفسد (٤) .

(١) انظر محمد مدكور : نظريه الإباحة ، ص ٥٠ .

(٢) انظر المصدر نفسه ، ص ٥٠ .

(٣) هو أحمد بن ادريس بن عبدالرحمن بن عبدالله ، المالكي ، قال ابن فرحون : " إنتهت إليه رئاسة الفقه

المالكي ، وجد في طلب العلم فبلغ الغاية القصوى في ذلك ، فهو الإمام الحافظ والبحر اللافت " ، كتب في

الأصول والفقه ، له مؤلفات كثيرة ، من أشهرها : (الذخيرة) و (الفروق) ، أنظر ترجمته في السديج

المذهب ، ص ٦٢ ، شجرة النور الزكية ، ص ١٨٨ .

(٤) الفروق ١ / ٢١٣ .

المطلب الرابع

التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية

حكم الإستمناء :

الإستمناء : مأخوذ من المنى وهو ماء الرجل ، واستمنى الرجل أي استدعى خروج المنى (١) ، فالإستمناء إذاً هو استدعاء خروج المنى .

لقد اختلف الفقهاء في حكم الإستمناء .

المذهب الأول : يرى أصحاب هذا المذهب أن الإستمناء مكروه ولا إثم فيه ، وبه قال الظاهرية (٢)

أدلة المذهب :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ (٣) .

وجه الإستدلال : أن الله تعالى قد فصل وبين لنا الحرام كله، وهذا ليس مما فصل لنا تحريمه (٤) .

الرد : أن تعمد نزول المنى حرام ، لأنه استمتاع المرء بنفسه، وهو ممنوع لقوله تعالى : ﴿ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ (٥)(٦) .

(١) ابن منظور : لسان العرب ٢٩٣ / ١٥ : مادة منى .

(٢) ابن حزم : المحلى ٢٢١ / ١٢ .

(٣) سورة الأنعام : آية ١١٩ .

(٤) ابن حزم : المحلى ٢٢١ / ١٢ .

(٥) سورة المؤمنون آية ٧ .

(٦) عبدالله بن الصديق الادريسي : الإستقصاء لأدلة تحريم الإستمناء ، ص ٥١ .

ثانياً : استدلووا بحكم الإباحة الأصلية, لأن مس الرجل ذكره بشماله مباح ، وإذا كان مباحاً فليس هناك زيادة على المباح سوى أن يتعمد الإنسان إخراج المنى وهذا ليس حراماً^(١) .

المذهب الثاني:

يرى أصحاب هذا المذهب تحريم الإستمناء مطلقاً, وبه قال المالكية^(٢), والشافعية^(٣), مستدلين بقوله تعالى : ﴿والذين هم لفروجهم حافظون. إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين. فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾^(٤) .

وجه الاستدلال : أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بحفظ الفروج سوى حالتين وهما جماع الزوجة أو جماع ملك اليمين، ومن تجاوز هاتين الحالتين كان من المعتدين لما أحله الله بنص الآية القرآنية السابقة .

الرد : إن ذلك خرج مخرج ما كانت العرب تفعله من الزنا والتفاخر بذلك في اشعارها ، وكان ذلك كثيراً فيها, بحيث كان في بغاياهم صاحبات رايات ولم ينكروا ذلك^(٥).

المذهب الثالث :

يرى أصحاب هذا المذهب أن الإستمناء حرام, إلا إذا خاف الإنسان على نفسه من الوقوع في الفاحشة، فإنه واجب عليه الاستمناء ، ومن استمنى من غير ضرورة فقد

(١) ابن حزم : المحلى ١٢ / ٢٢١ .

(٢) الحطاب : مواهب الجليل ٨ / ٤٣٦ .

(٣) الشافعي : الأم ٥ / ٩٤ ، الشيرازي : المهذب ٢ / ٢٦٩ ، تفسير البغوي ٣ / ٣٠٣ .

(٤) سورة المؤمنون : آيه ٥-٧ .

(٥) محمد المنتشة : المسائل الطبية ١ / ١٥٤ .

أتى محرماً وعلية التعزير ، وبه قال الحنفية (١) .

واستدل المذهب بقول النبي صلى الله عليه وسلم : { ناكح اليد ملعون } (٢)

جاء في كشف الخفاء أن هذا الحديث " لا أصل له " (٣) .

المذهب الرابع :

يرى أصحاب هذا المذهب أن الاستمنااء حرام ، إلا إذا خشي الإنسان على نفسه من الوقوع في الفاحشة، فإنه يباح له الاستمنااء، ومن فعل من غير ضرورة فعلية التعزير ، وبه قال الحنابلة (٤) .

الرأي المختار :

أجدني تميل نفسي إلى من قال بكراهية الاستمنااء وعدم حرمة، وذلك استناداً إلى الإباحة الأصلية وعدم ثبوت النهي عنه ، وبالتالي تتعدم شرعية تجريم الإستمنااء.

قال الشوكاني: " ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم دليل صحيح ولا ضعيف يقتضي تحريم ما ذكر، بل هو عند الضرورة مباح، وإذا تعاضمت الضرورة وتزايدت الحاجة وخشي أن يفضي ذلك إلى الإضرار ببدنه فهو بمنزلة الأدوية واستعمالها، ويزداد ذلك جوازاً وإباحةً إذا خشي الوقوع في المعصية إن لم يفعل، وهذا إذا لم يمكنه دفع الضرورة بشيء من الأمور التي هي طاعة محضة" (٥).

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٣/٣٣١، الشيخ نظام: الفتاوي الهندية ٢/١٧٠، الزيلعي: تبين الحقائق ٢/١٦٨ .

(٢) لم اقف عليه في كتب السنن .

(٣) حكاة العجلوني عن الرهاوي ، انظر كشف الخفاء ٢ / ٤٣١ .

(٤) المرادوي : الإنصاف ١٠ / ١٨٩ .

(٥) أنظر محمد حجازي: المسائل الطبية المستجدة ١/١٤٤ نقلاً عن الشوكاني من كتابه بلوغ المنى، ص ٨٥.

المبحث الثاني قاعدة الأصل براءة الذمة

وفيه :

المطلب الأول:

مفهوم مفردات القاعدة وأدلتها .

المطلب الثاني:

أهمية القاعدة وصلتها بمبدأ الشرعية

المطلب الثالث:

التطبيق العملي للقاعدة في ظل
مبدأ الشرعية .

المطلب الأول

مفهوم مفردات القائمة وأدلتها

الأصل : تقدم معناه لغةً واصطلاحاً (١) .

البراءة لغةً : برئ : إذا تخلص ، وبرئ : إذا تنزه وتباعد ، والبراء في
المديد : الجزء السالم من زحاف المعاقبة ، والبراءة : المزايله والتباعد (٢) .

البراءة اصطلاحاً : السلامة من العيب ، والبراءة من الحق : خلو الذمة
منه (٣) .

الذمة لغةً : العهد والكفالة ، وجمعها ذمام ، وفلان له ذمة : أي فلان له
حق (٤) .

الذمة اصطلاحاً : لقد اختلف الفقهاء في تعريفها :

الأول : من جعل الذمة وصفاً ، فعرفها بأنها وصف يصير الشخص به أهلاً
للإيجاب له وعليه (٥) ، أي أهلاً للإلتزام (٦) .

الثاني : من جعلها ذاتاً ، فعرفها بأنها نفس لها عهد ، فإن الإنسان يولد وله
ذمة صالحه للوجوب له وعليه بخلاف سائر الحيوانات (٧) .

(١) انظر ص ٧٦ من هذا البحث .

(٢) ابن منظور : لسان العرب ٣١/١ - ٣٣ : مادة برأ .

(٣) محمد قلعه جي : معجم لغة الفقهاء، ص ١٠٦ .

(٤) ابن منظور : لسان العرب ٢٢/١٢ : مادة ذم .

(٥) الجرجاني : التعريفات، ص ١١٠ .

(٦) محمد قلعه جي : معجم لغة الفقهاء، ص ٢١٤ .

(٧) الجرجاني : التعريفات ، ص ١١٠ .

معنى القاعدة : يريد الفقهاء بهذه القاعدة أن المرء بريء الذمة من وجوب شئ عليه أو لزومه ، وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل ، ذلك أن المرء يولد خالياً من كل دين أو التزام أو مسؤولية ، وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق – سواء كانت حقوقاً متعلقةً بالعباد أم حقوقاً متعلقةً بالله – إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة^(١) ، ولذلك لا تقبل دعوى شغل ذمة إنسان بأي حق ما لم يقم دليل يظهر صدق هذه الدعوى .

فكل شخص يولد وذمته بريئة ، وشغلها يحصل بالأفعال والتصرفات والممارسات التي يجريها فيما بعد ، وكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يدلي بدليل يبرهن به على ذلك^(٢) .

أدلة القاعدة :

استدل الفقهاء على صحة اعتبار القاعدة لبناء الأحكام الشرعية بما يلي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾^(٣) .

وجه الاستدلال : هو قوله تعالى : " فله ما سلف " ، ويعني ما مضى ، وفاعله ومفعوله محذوفان ، وأشار بلام التمليك إلى أن ما أخذه من قبل مجيء الموعظة والتحريم فهو ملك لا يجب عليه رده ، لأن آية التحريم إنما تؤثر في حرمة ما وقع بعد نزولها ، ولا تؤثر في حرمة الأفعال الواقعة قبل نزولها^(٤) ، فتبقى حلالاً على البراءة الأصلية ولا حرج عليهم فيه^(٥) .

(١) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٤٨ .

(٢) مرهون الحجى : الإستصحاب عند الأصوليين ، ص ١١١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٧٥ .

(٤) الفوجوي : حاشية الفوجوي على تفسير البيضاوي ٢ / ٦٧٢ .

(٥) فتحي الدريني : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ١ / ٣٦٨ .

ثانياً : قوله تعالى : ﴿ وما كان الله ليضل قوماً بعد إذ هداهم حتى يبين لهم ما يتقون إن الله بكل شيء عليم ﴾ (١) .

وجه الاستدلال : لما كان الإستغفار للمشركين أمراً عظيماً ، أظهر سبحانه وتعالى للمؤمنين ما منّ عليهم به من عدم المؤاخظة بالإقدام عليه (٢) ، وبين لهم أنه ما كان ليقضي عليكم بالضلال في استغفاركم لموتاكم حتى يتقدم إليكم بالنهاي عنه، فأما قبل أن يبين لكم كراهية ذلك بالنهاي عنه فإنه لا يحكم عليكم بالضلال ، لأن المعصية إنما تكون من ترك المأمور به أو فعل المنهي عنه (٣) ، والاستغفار الذي وقع منهم قبل التحريم بقي على البراءة الأصلية (٤).

ثالثاً : استدلووا على صحة اعتبار القاعدة بالعقل .

قال الغزالي : " اعلم أن الأحكام السمعية لا تدرك بالعقل، لكن دل العقل على براءة الذمة من الواجبات، وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثه الرسل - عليهم السلام - وتأبيدهم بالمعجزات ، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ، ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع ، فإذا ورد نبي وأوجب خمس صلوات فتبقى الصلاة السادسة غير واجبة ، لا بتصريح النبي عليه السلام بنفيها ، لكن كان وجوبها منتقياً ، إذ لا مثبت فيبقى على النفي الأصلي ، لأن نطقه بالإيجاب قاصر على الخمس فيبقى النفي في حق السادسة ، وكان السمع لم يرد " (٥).

(١) سورة التوبة : آية ١١٥ .

(٢) البقاعي : نظم الدرر ٣ / ٣٩٤ .

(٣) الطبري : جامع البيان ٦ / ٥٠٠ .

(٤) فتحي الدريني : بحوث مقارنه في الفقه الإسلامي وأصوله ١ / ٣٦٨ .

(٥) المستصفي ١ / ٣٧٧ .

المطلب الثاني

أهمية القاعدة وطلتها بمبدأ الشرعية

إن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة يقضي بأن كل جريمة يمكن وقوعها في الحياة قد أبانت الشريعة الإسلامية جزاءها ، وأبانت كيفية إيقاع ذلك الجزاء، وكذلك أبانت حقيقة الأفعال التي يمكن لأهل الاجتهاد أن يحكموا عليها بأنها جريمة ، وذلك بالرجوع إلى مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية التي هي منطلق للأحكام الشرعية^(١) ، فلم تترك الشريعة الإسلامية باب التجريم والعقاب - الذي يعتبر من أهم القضايا الإنسانية الذي يتصل بحياة البشر وواقع الناس لما يترتب عليه من آثار تصيب صلب الحياة البشرية - مفتوحاً على مصراعيه أمام أهل الأهواء وأصحاب الرغبات ، يثبتون ما أرادوا من الجرائم ويتركون ما أرادوا ، فكان من رحمة الله أن يستأثر التشريع الإسلامي بتحديد الجرائم وتقدير العقاب المستحق لها.

إن إدانة أي فرد في ساحة القضاء وإدعاء شغل ذمته بأي حق ، سواء كان حقاً لله أم حقاً للعبد ، هو أمر خطير لأنه يؤدي إلى مجازاته في شخصه أو في ماله أو في الأمرين معاً ، فيصيبه من هذا ضرر بالغ وتلحق به مفسدة عظيمة.

إذاً كان من لوازم تحقيق العدالة والإنصاف أن يكون ثبوت الحكم على فعل ما، بأنه جريمة مؤكداً ومبيناً في نص شرعي من كتاب الله أو سنة النبي صلى الله عليه وسلم أو بالحمل عليهما، عن طريق النظر الصحيح والاستدلال المعتمد ، وهذا أحرى باتباع الحق بين الناس ، وتحقيق روح العدالة في محاكماتهم وقضاياهم ، بل هو أحسن دليل يرد على انشغال ذمة الإنسان وتعلق الحقوق بها أو عدم انشغالها .

(١) انظر في ذلك ص ٣٠ من الرسالة .

إن كل فرد يقف في ساحة القضاء يحتفظ بحق البراءة ، حتى ينهض دليل شرعي على أنه أتى فعلاً محرماً أو اكتسبت يده شيئاً محظوراً ، وعند فقدان ذلك النص الشرعي يظل الإنسان في براءة من التجريم والعقاب .

إن القول بضرورة استناد القاضي إلى نص شرعي لدى إصداره الحكم بتجريم فعل ما ، يلقي عبء ذلك على القاضي نفسه إذ عليه البحث عن دليل شرعي يتأكد من خلاله انشغال ذمة الإنسان بحق الله أو حق للعبد ، وفي هذه الحالة يظل الفرد محتفظاً ببراءته حتى يقوم الدليل الشرعي على خلاف ذلك .

وبهذا العرض المقدم تظهر لنا جلياً عدالة الحكم في المجتمع الإسلامي ، فلا يدان أحد إلا بنص يجرم الفعل ويعاقب عليه ، ولا يعاقب أكثر من العقاب الذي وضع له شرعاً وحدد له استناداً إلى الكتاب والسنة (١) (٢).

(١) أنظر فيما تقدم أبحاث الندوة العلمية الأولى : المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، ص ١٨٩ - ١٩٩ .

(٢) إن قاعدة الأصل براءة الذمة قد أخذت بها النظم الوضعية ، إلا أن القاعدة في ظل الشريعة الإسلامية تعمل في نطاق أوسع من النطاق الجنائي ، إذ نجد الفقه الإسلامي يعمل هذه القاعدة في كافة فروع القانون ، بل في كافة الصور والواجبات والتكليفات الشرعية ، وعليه فلا يجوز أن يفرض التزام من أي نوع كان - جنائياً ومدنياً - على شخص إلا بعد قيام الدليل المثبت لسبب الإلتزام في حقه ، وتطبيق ذلك في المجال الجنائي ألا يعتبر الشخص مستحقاً للعقوبة إلا بعد ثبوت إدانته ثبوتاً يقينياً . انظر ، محمد سليم العوا : في أصول النظام الجنائي ، ص ١٠٠ - ١٠١ .

المطلب الثالث

التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية

مسألة الكفارة في القتل العمد:

أجمع فقهاء المذاهب (١) ، على وجوب الكفارة في القتل الخطأ وذلك استناداً إلى قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أي يصدقوا ﴾ (٢).

إلا أنهم اختلفوا في وجوب الكفارة في القتل العمد على النحو التالي :

المذهب الأول :

يرى أصحاب هذا المذهب عدم وجوب الكفارة في القتل العمد ، وبه قال الحنيفة، والمالكية (٣) ، وإحدى الروايتين عن أحمد (٤) ، وابن حزم (٥) .

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٠ / ٢٩٩ ، أحمد بن سالم : الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٦ ، محمد بن أحمد : الفتح الرباني ١ / ١١٢ ، ابن النقيب المصري : عمده السالك ص ٣٥٦ ، النووي : منهاج الطالبين ١٧٨/٣ : ابن قدامة : الكافي ٤ / ١٥ .

(٢) سورة النساء : آية ٩٢ .

(٣) محمد بن أحمد : الفتح الرباني ١ / ١١٢ ، أحمد بن سالم : الفواكه الدواني ٢ / ٣٢٧ .

(٤) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٢٢٦ .

(٥) المحلى : ١٣ / ١٤٤ .

ابن حزم : هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، أبو محمد ، كان أديباً أصولياً فقيهاً محدثاً، قوي الحجة ، له مؤلفات كثيرة ، من أشهرها : (المحلى) و (الإحكام في أصول الأحكام)، توفي سنة ٤٥٦ هـ ، أنظر ترجمته في شذرات الذهب ٣ / ٢٩٩ .

المذهب الثاني :

يرى أصحاب هذا المذهب وجوب الكفارة في القتل العمد كما أنه يجب في القتل الخطأ وبه قال الشافعية (١) ، ورواية عن أحمد (٢).

سبب الإختلاف :

١- اختلف الفقهاء في تأويل الحديث الوارد بشأن وجوب الكفارة في القتل العمد .

٢- إثم القتل العمد فالجميع أجمع على وجود الإثم ، إلا أنهم اختلفوا في الكفارة القادرة على محو الإثم (٣).

أدلة المذهب الأول ومناقشتها :

أولاً : الدليل من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهلها ﴾ (٤) .

وجه الاستدلال : أن الله تعالى ذكر القتل العمد وحكمه فقال : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ (٥) ، ولم يذكر الكفارة، وذكر القتل الخطأ وحكمه فبين الكفارة في القتل الخطأ ، فلو كانت واجبة في العمد كوجوبها في الخطأ لبينها القرآن (٦) .

(١) النووي: منهاج الطالبين ١٧٨/٣، الحصيني : كفاية الأختار، ص ٦٦٣، حسين المحلي: الفروع ٣٥٦/٢.

(٢) ابن مفلح : المبدع شرح المقنع ٣٥٢/٧ ، التنوخي : الممتع شرح المقنع ٦١٤/٥.

(٣) دعاء حسن الرزوق : مسائل الخلاف في كفارة الجنابة على النفس ، ص ٨٣ .

(٤) سورة النساء : آية ٩٢ .

(٥) سورة النساء : آية ٩٣ .

(٦) ابن قدامة : المغني ٢٢٧/١٢ ، الحدادي : الجوهرة النيرة ١٥٥/٢ .

الرد : صحيح أن الآية قد بينت الحكم في القتل العمد ولم توجب فيه الكفارة، إلا أن الكفارة قد وجبت من دليل آخر غير هذه الآية^(١).

ثانياً : الدليل من السنة :

روي { أن سويد بن الصامت^(٢) قتل رجلاً، فأوجب صلى الله عليه وسلم القود وليس الكفارة }^(٣).

ثالثاً : الأدلة العقلية :

أ- إن القتل العمد هو فعل يوجب القتل فلا يوجب الكفارة كزنا المحصن^(٤).

ب- إن القاتل في القتل الخطأ تسلم له الحياة وهي أعز الأشياء إليه في الدنيا ، فوجبت الكفارة شكراً ولم يوجد هذا المعنى في القتل العمد، وذلك لأن الخطأ خفيف فتصلح له التوبة، أما القتل العمد فهو عظيم فلا يصلح له^(٥).

(١) دعاء حسن الرزوق : مسائل الخلاف في كفارة الجناية على النفس ، ص ٦٣ .

(٢) هو سويد بن الصامت بن خالد بن عقبة ، الأنصاري ، الخزرجي ، قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة فعرض الرسول عليه القرآن فاستحسنه ثم انصرف ، قدم المدينة على قومه فلم يلبث أن قتله الخزرج فكان رجال يقولون مات سويد مسلماً ، كان شاعراً حسناً ، بليغاً ، أنظر ترجمته في أسد الغابة ٤٠٣/٢ .

(٣) لم أقف على هذا الحديث في كتب السنن ، وقد ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى ٥٥٢/٣ .

(٤) ابن قدامة : المغني ٢٢٧/١٢ .

(٥) الكاساني : بدائع الصنائع ٢٩٩/١٠ .

أدلة المذهب ومناقشتها :

أولاً : استدلوا بحديث واثلة بن الأسقع^(١) ، قال : { أتينا النبي صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال : أعتقوا عنه رقبةً ، يعتق الله لكل عضو منها عضواً من النار }^(٢) .

وجه الإستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر السائلين أن يأمره بعتق رقبة ، وقد استحق النار بالقتل ، ولا يستحق النار إلا بالعمد^(٣) .

الرد : حديث واثلة بن الاسقع له عدة احتمالات وبها تسقط الحجة^(٤) :

- أ- إن عبارة " أوجب النار " تأويل من الراوي .
- ب- أنه لو أراد رقبة القتل لذكر رقبة مؤمنة ، فلما لم يشترط لهم الإيمان فيها دل على أنها ليست من كفارة القتل .
- ج- أمرهم صلى الله عليه وسلم أن يعتقوا عنه ، ولا خلاف بأنه ليس عليهم عتقها عنه .
- د- يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم بالإعتاق تبرعاً .
- و- قال ابن حزم " أما حديث واثلة فلا يصح " ^(٥) .

(١) هو واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب ، كنيته أبو شداد ، وقيل : هو أبو الاسقع وأبو قرصافه ، أسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يجهز جيش تبوك ، وقيل أنه خدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وكان من أصحاب الصفة ، سكن البصرة والشام ، وشهد فتح دمشق والمغازي كلها ، توفي بدمشق سنة ٨٥ هـ ، أنظر ترجمته في أسد الغابة ٤ / ٣٠٠-٣٠١ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٢٤ : العتق ، باب ١٤ : ثواب العتق ، ٤ / ٣٦٤ رقم ٣٩٦ ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ، ٤٩٦ / ٥ ، رقم ١٦١٠٨ .

(٣) الشريبي : مغني المحتاج ٤ / ١٧٤ .

(٤) انظر الجصاص : أحكام القرآن ٣ / ٢٢٢ ، ابن قدامة : المغني ١٢ / ٢٢٧ .

(٥) المحلى : ١٤٤ / ١٢ .

ثانياً : لأن الكفارة إذا وجبت في قتل الخطأ مع عدم المأثم, فلأن تجب في العمد أولى^(١).

الرد : قالوا هذا قياس مع وجود فارق ، لأن الكفارة إذا وجبت في القتل الخطأ فتمحوا إثمه لكونه لا يخلو من تقريط ، فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظيم ، ولا يمكن قياس العمد على الخطأ, لأن الخطأ دونه في الإثم ، فمحو الكفارة لإثم قتل الخطأ الذي هو أدنى لا يدل على محوها لإثم قتل العمد الذي هو أعلى^(٢)

الرأي المختار :

بعد عرض أدلة كل مذهب يترجح لدينا ما ذهب إليه الجمهور القائلون بعدم وجوب الكفارة في القتل العمد , وذلك لما يلي :

أولاً : إنها - أي الكفارة - فيها معنى العقوبة كما ذكر الحنفية^(٣) والعقوبات لا تثبت إلا بنص شرعي .

ثانياً : إن الكفارة لو وجبت لبينها القرآن, لقوله تعالى : ﴿ ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء ﴾^(٤) ، فعدم بيانها دل على عدم وجوبها .

ثالثاً : كما ذكرنا في هذا المبحث أن الأصل براءة الذمة ، ولا تتشغل الذمة إلا بدليل ، وكل من ادعى خلاف الأصل فعليه بالدليل ، ولا نرى دليلاً صالحاً للاحتجاج بوجوب الكفارة ، وهذا يعني عدم شرعية هذه العقوبة في القتل الخطأ لعدم ورود نص بها .

(١) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٢٢٧ .

(٢) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٢٢٧ .

(٣) أنظر الكاساني : بدائع الصنائع ٦ / ٣٧٢ ، ابن عابدين : رد المحتار ١٠ / ١٢٦ .

(٤) سورة النحل : آية ٨٩ .

المبحث الثالث

قاعدة " لا ضرر ولا ضرار "

وفيه:

المطلب الأول:

مفهوم مفردات القاعدة وأدلتها .

المطلب الثاني:

أنواع الضرر .

المطلب الثالث :

أهمية القاعدة وصلتها بمبدأ الشرعية.

المطلب الرابع :

التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية.

المطلب الأول

مفهوم قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" (١)

معنى الضرر والضرار:

اختلف العلماء في الفرق بين الضرر والضرار :

قيل إن معنى " لا ضرر " أي لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع ، وقوله: " لا ضرار " أي لا يضر كل واحد منهما صاحبه ، فالضرار منهما معاً، والضرر فعل واحد ، ومعنى قوله : " لا ضرار " أي لا يدخل الضرر على الذي يضره ولكن يعفو عنه ، كقول الله عز وجل : ﴿ ادفع بالتي هي أحسن السيئة فإذا الذي بينك وبينه عداوة كأنه ولي حميم ﴾ (٢) ، وقيل أن " الضرر و الضرار " بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد (٣).

هذا ، ولقد حاول بعض المعاصرين إيجاد تعريف لمعنى " الضرر " فقال : " هو إلحاق مفسدة بالآخرين ، أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته " (٤) .

وقيل : " كل أذى يلحق بالشخص، سواء أكان في مال متقوم محترم ، أو جسم معصوم أو عرض مصون (٥) .

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه ، كتاب ١٣ : الأحكام ، باب ١٧ : من بنى في حقه ما يضر بجاره، ٣ /

١١٧ رقم ٢٣٤٠ ، والإمام مالك في الموطأ ، كتاب ٣٦ : الأفضية ، باب ٢٦ : القضاء في المرفق، ٢ / ٢٦٥ ، رقم ١٤٩٤ .

(٢) سورة فصلت : آية ٣٤ .

(٣) ابن منظور : لسان العرب ٤ / ٤٨٢ : مادة ضرر ، ابن رجب الحنبلي : جامع العلوم والحكم، ص

٣٤١ ، الشوكاني : نيل الأوطار ٥ / ٣٣٩ ، ابن عبد البر : التمهيد ٨ / ٣٢٤ .

(٤) وهبة الزحيلي : نظرية الضمان، ص ٢٥ .

(٥) محمد المدني : التعويض عن الضرر، ص ٢٨ .

حكم الضرر :

قال الشوكاني : " هذا الحديث - لا ضرر ولا ضرار - فيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة كان ... الخ فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم ، فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بدليل ، فإن جاء به قبلته ، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه ، فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد به كليات وجزئيات " (١) .

(١) نيل الأوطار ٥/٣٣٩ .

المطلب الثاني

أنواع الضرر

أولاً : ينقسم الضرر من حيث جهة الانتفاع به أو عدمه إلى قسمين (١) :

١- أن يكون للشخص غرض صحيح, مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره, أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيتضرر الممنوع بذلك .

٢- أن لا يكون للشخص غرض سوى إلحاق الضرر بذلك الغير, أي لا ينشأ عن فعله منفعة تعود عليه , كتربية وتأديب واسترداد حق أو مقابلة ضرر بمثله جزاءً للمعتدي وزجراً لأمثاله عن فعل مثل هذا الضرر , فإذا خلا الإضرار عن مثل هذه المبررات الشرعية كان إيقاعه قبيحاً ومحرمًا- وهو المراد في بحثنا - .

ثانياً : ينقسم الضرر من حيث ذاته إلى قسمين (٢):

١- الضرر المعنوي : هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره, وسمي ضرراً أدبياً أو معنوياً , لأنه غير مادي فإن محله العاطفة والشعور , ويظهر فيما شتم أحد غيره فألمه في نفسه , أو قبحه أو ذمه بين الناس أو ألقى له بعض العبارات التي تقذح في كرامته ومكانته .

٢- الضرر المادي : وينقسم إلى ضرر جسمي وضرر مالي

(١) انظر ابن رجب الحنبلي : جامع العلوم والحكم ٣٤١ - ٣٤٤ .

(٢) أنظر محمد المدني : التعويض عن الضرر, ص ٢٩-٤٠ .

أ- **الضرر الجسمي**: هو ما كان محله جسد الإنسان, سواء كان بإبانة عضو من الأعضاء أو بتعطيل معنى من المعاني أو جرح أو تشويه ينقص الجمال أو عاهة تقعد عن العمل أو الكسب .

ب- **الضرر المالي**: هو ما كان محله مالا ، سواء أكان حيواناً، أو مالاً منقولاً، أو عقاراً, وسواء أكان الضرر الذي لحق به إتلافاً تاماً للذات, أو تعطيلاً لبعض الصفات أو حدوث نقص فيها أو تعيب, حيث يخرج المال من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة ، أو أدى ذلك إلى نقصان قيمته .

وبالجملة فإننا نؤكد أن الشريعة الإسلامية لا تحل لأي فرد أن يلحق ضرراً بغيره ، سواء أكان ضرراً معنوياً أو مادياً, وليس لأحد أن يضر بأحد من غير وجه شرعي دون الإعتقاد على أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، ومن فعل هذا فقد عرض نفسه لغضب الله ومقته ، لقوله صلى الله عليه وسلم : { من ضار، أضر الله به ومن شاق ، شاق الله به }^(١).

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٢٣: الأفضية ، باب ٣١ : أبواب من القضاء, ٢٣٤/٤ ، رقم ٢٦٣ ، والترمذي في سننه, كتاب ٢٤: البر والصلة ، باب ٢٧ : ما جاء في الخيانة والغش, ٣ / ٨٣ رقم ١٩٤٠ ، وقال حديث حسن غريب ، وابن ماجه في سننه ، كتاب : الأحكام, باب ١٧ : من بنى في حقه ... ٣ / ١١٨ ، رقم ٢٣٤٢ .

المطلب الثالث

أهمية القاعدة وطلتها بمبدأ الشرعية

إن فكرة تقييد سلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب بما ورد به نص شرعي تقوم على أساس عظيم وهو تحقيق المصلحة للعباد ، ذلك أن المصالح هي أساس معتبر في بناء الأحكام الشرعية ، إذ الأحكام مبنية على مصالح العباد .

يقول الإمام الشاطبي في هذا : " والمعتمد إنما هو أنا استقرينا الشريعة الإسلامية فوجدنا أنها وضعت لمصالح العباد ، فإن الله تعالى يقول في بعثة الرسل وهو الأصل : ﴿ رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ ^(١) ويقول تعالى : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمةً للعالمين ﴾ ^(٢) ، وقال في أصل الخلقة : ﴿ وهو الذي خلق السموات والأرض في ستة أيام وكان عرشه على الماء ليبلوكم أيكم أحسن عملاً ﴾ ^(٣) ، وأما تعاليل تفاصيل الأحكام في الكتاب والسنة فأكثر من أن تحصى ، كقوله بعد آية الوضوء : ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون ﴾ ^(٤) ، وقال في الصيام : ﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون ﴾ ^(٥) وفي الصلاة : ﴿ إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ﴾ ^(٦) ، وإذا دل الإستقراء على هذا ، وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم، فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة " ^(٧).

(١) سورة النساء : آية ١٦٥ .

(٢) سورة الأنبياء : آية ١٠٧ .

(٣) سورة هود : آية ٧ .

(٤) سورة المائدة : آية ٦ .

(٥) سورة البقرة : آية ١٨٠ .

(٦) سورة العنكبوت : آية ٤٥ .

(٧) الموافقات ٢ / ٦٠٥ .

وبناءً على هذا نؤكد أن حق ولي الأمر في التجريم والعقاب ينبغي أن يكون منسجماً في أصله مع ما تقدم ، أي أن التجريم والعقاب ينبغي أن يغيأ بغاية عظيمة وهي تحقيق مصالح الشرع المتمثلة في جلب المنفعة ودفع الضرر عن الناس ، ولن يكون ذلك إلا بتتبع نصوص التجريم والعقاب سواء كانت كليةً أم جزئيةً عامةً أم خاصةً .

ينتج عن هذا أن ممارسة ولي الأمر حقه في التجريم والعقاب من غير الاستناد إلى نص شرعي هو تعسف^(١) في استعمال الحق^(٢) ، لأن الحق هو منحة إلهية منحها الله لولي الأمر لاستخدامه بصورة تتفق مع مقصد الشارع ، فمنشأ الحق هو الله تعالى ، إذ لا حاكم غيره ولا تشريع سوى تشريعه .

إذاً فالحق ليس هو صفة طبيعية لدى الإنسان ، بمعنى أن الحق في الإسلام ليس طبيعياً مصدره الطبيعة أو العقل البشري ، وحينئذ فإنه لا يكون الحق مطلقاً ولا غايةً في ذاته بحيث يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته ومشئئته حتى وإن أضر بغيره ، فالشرع هو مصدر الحق وليس ذات الإنسان هي التي أنشأت هذا الحق ابتداءً ، ومن ثم فإن الفرد مقيد في التصرف ضمن ما منح إياه الشرع وفي الحدود المرسومة^(٣) ، وإذا استخدم ولي الأمر حقه في التجريم والعقاب من غير نص شرعي وقع في الجور والظلم وخرم ميزان العدل الذي نصبه الشارع الحكيم للناس ، وبالتالي فهو ضرر عظيم ومفسدة حقيقية لا يقرها الشارع ولا يرضاها رب العالمين ، ويكون حكمه باطلاً لأن ما بني على الباطل فهو باطل .

ومن هنا نؤكد أن نظرة المشرع في تقييد سلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب بما ورد به نص شرعي هي نظرة اجتماعية ، إذ أنه يقيد تصرفه في

(١) عرف أستاذنا فتحي الدريني التعسف، بأنه: " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل " ، أنظر كتابه التعسف في استعمال الحق، ص ٥٢ .

(٢) لقد أدلى بعض الباحثين بعدة تعريفات للحق، ووقع اختياري على ما تقدم به أستاذنا الدريني، وذلك قوله بأن الحق : " إختصاص يقر به الشرع سلطةً على شيء أو اقتضاء أداء أمر تحقيق لمصلحه معينه " ، أنظر كتابه الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ١٩٣ .

(٣) انظر أحمد موافي : الضرر في الفقه الإسلامي ١ / ٦٤٧ .

المسائل الجنائية بهدف تحصيل المنفعة ، التي أطلق عليها علماء الأصول "المصلحة" ، ودرء الشر ويطلق عليه " المفسدة أو الضرر " ، بالنسبة للفرد والمجتمع ليحفظ لهم الدين والنفوس والعقل والنسل والمال ، فيحول هذا القيد دون الاعتداء الحقيقي الواقع أو المتوقع من السلطة الحاكمة على أفراد الأمة وأبنائها، كما أنه يمنع من تعسف السلطة الحاكمة داخل حدود حقها لئلا يؤدي إلى الإخلال بمقصود الشرع (١).

إن تحديد سلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب ضمن إطار النصوص الشرعية له الفضل في المحافظة على عنصرية الفرد ، وعنصرية الجماعة ، وإقامة التوازن الطبيعي بين هذين العنصرين لئلا يطغى أحدهما على الآخر ، فإن الحفاظ على مصلحة الجماعة أمر تهدف له النصوص التشريعية العامة منها والخاصة، وتسعى للحفاظ عليها وإبقائها في حرز منيع لئلا تتناولها الأيدي الأثمة بالاعتداء أو الإفساد ، وكذا مصلحة الفرد أمر ضروري تهدف له النصوص التشريعية لضمان حريته وحفظ كرامته ومنع إلحاق أي أذى أو ضرر في كيانه وكيونته البشرية (٢).

(١) انظر المرجع السابق ١ / ٦٤٤ .

(٢) انظر فتحي الدريني : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص ٢٤ .

المطلب الرابع

التطبيق العملي للقاعدة في ظل مبدأ الشرعية

حكم تغريب الزاني البكر:

لقد ذهب الفقهاء في تغريب الزاني البكر إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول :

يرى أصحاب هذا المذهب أنه لا يُجمع بين الجلد والنفي في حق البكر، إلا أنه يحق للإمام أن يغرب الزاني لمصلحة يراها، ولكن ليس حداً، وبه قال الحنفية^(١).

المذهب الثاني :

يرى أصحاب هذا المذهب أن الحد لا يتم إلا بالنفي في حق البكر، وبه قال الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤).

المذهب الثالث :

يرى أصحاب هذا المذهب أن التغريب هو خاص بالرجال دون النساء وبه قال المالكية^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ٦ / ١٩ ، الشيخ نظام : الفتاوى الهندية ٢ / ١٤٦ .

(٢) الشربيني : مغني المحتاج ٤ / ١٤٧ .

(٣) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٣٢٣ ، المرداوي : الإنصاف ١٠ / ١٣١ .

(٤) ابن حزم : المحلى ١٣ / ٩٥ .

(٥) القرافي : الذخيرة ١٢ / ٨٨ ، ابن رشد : بداية المجتهد ٤ / ١٧٢٠ .

أدلة المذهب الأول ومناقشتها :

أولاً : قوله تعالى: ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾^(١).

وجه الاستدلال : أن الله جعل جزاء كل واحد من الزاني أو الزانية الجلد لا غير، فلا يجب النفي ولو وجب لبينة الله تعالى ، لأن الموضوع موضع يحتاج إلى بيان وترك البيان في هذا الموضوع لا يجوز^(٢).

الرد : صحيح أن الآية لم تبين التغريب كعقوبة في حق الزاني، إلا أن التغريب قد ثبت بدليل آخر^(٣).

ثانياً : روي { أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه غرب رجلاً في شرب الخمر إلى خيبر فلحق به رقل فتنصر ، فقال عمر رضي الله عنه : لا أغرب بعده مسلماً }^(٤).

الرد : أن التغريب الوارد هنا كان في حق من شرب الخمر، وليس في حق الزاني^(٥).

ثالثاً : قول علي بن أبي طالب^(٦) رضي الله عنه: { حسبهما من الفتنه أن ينفيا }^(٧).

(١) سورة النور : آية ٢.

(٢) العيني : البناية في شرح الهداية ٦/٦٨٨.

(٣) أنظر ص : ١١٣ من الرسالة .

(٤) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب ٥١ : الأشربة ، باب ٤٧ : تغريب شارب الخمر ، ٨ / ٧٢٢ رقم ٥٦٩٢ ، والرجل هو ربيعة بن أمية .

(٥) ابن قدامة : المغني ١٢/٣٢٤.

(٦) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب ، القرشي، الهاشمي ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أول الناس إسلاماً في قول أكثر أهل العلم ، هاجر إلى المدينة، وشهد بدرًا وأحدًا والخندق وبيعة الرضوان وجميع المشاهد إلا تبوك، أعطاه الرسول صلى الله عليه وسلم اللواء في مواطن كثيرة ، اشتهر بالعلم والبلاغة ، أنظر ترجمته في أسد الغابة ٣ / ٢٨٢ .

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، باب ٣١٦ : النفي ٧ / ٢٤٩ ، رقم ١٣٣٩١.

الرد : حديث على ابن أبي طالب غير ثابت ^(١) , وعلى فرض ثبوته فإنه يؤخذ من هذه الرواية إيجاب النفي والتغريب , بمعنى أن النفي والتغريب حسبهما من البلاء ^(٢) .

أدلة المذهب الثاني ومناقشتها :

أولاً : { أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم , فقال أحدهما : إن ابني كان عسيفاً على هذا , فزنى بامرأته وإنني افتديت منه بمائة شاة ووليدة , فسألت رجلاً من أهل العلم , فقالوا : إنما على إبنك جلد مائة وتغريب عام , والرجم على امرأة هذا , فقال النبي صلى الله عليه وسلم : والذي نفسي بيده, لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل, على إبنك جلد مائة وتغريب عام } ^(٣) .

الرد : هذا الحديث حجة عليهم لا لهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد أوجب التغريب على الزاني غير المحصن دون المرأة .

(١) ابن قدامة : المغني ٣٢٤/١٢ .

(٢) ابن حزم: المحلى ٩٥/١٣ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه , كتاب ٥٣: الصلح , باب ٥ : إذا اصطحو على صلح جور فالصلح مردود , ٢٢٢/٣ رقم ٢٦٩٥ ومسلم في صحيحه كتاب ٢٩ : الحدود , باب ٥ : من اعترف على نفسه بالزنا, ص ٦٧٠ , رقم ١٦٩١ , والترمذي في سننه , كتاب ١٥ : الحدود , باب ٨ : ما جاء في الرجم على الثيب ٢ / ٣٩١١ رقم ١٤٣٣ , والنسائي في سننه , كتاب ٤٩ : آداب القضاة , باب ٢٢ : صون النساء عن مجلس الحكم ٨ / ٦٣٢ , رقم ٥٤٢٥ , وابن ماجة في سننه , كتاب ٢٠ : الحدود , باب ٧: حد الزنا ٣ / ٢٢٩ , رقم ٢٥٤٩ .

ثانياً : قول النبي صلى الله عليه وسلم : { خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم }^(١).

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب التغريب على الزاني البكر، وهو لفظ عام يشمل الذكر والأنثى .

الرد : عموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم^(٢)، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزنان^(٣) .

أدلة المذهب الثالث ومناقشتها :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾^(٤) .

وجه الاستدلال : أن الله تعالى جعل الجلد حد الزاني فلو وجب معه التغريب لكان التغريب زيادةً على النص، والزيادة على النص نسخ له ، ونسخ القرآن بالسنة غير جائز^(٥).

ثانياً : التغريب في حق الرجل لينقطع من معاشه وتلحق المذمة به في غير بلده، وأما المرأة فلا معيشة لها ويجب حفظها وضبطها عن العار، وفي

(١) أخرجه مسلم في صحيحة ، كتاب ٢٩ ، الحدود باب ٣ : حد الزاني : ٦٦٩ ، رقم الحديث ١٦٩٠

وأبو داود في سننه كتاب ٣٣ : الحدود وباب ٢٤ : في الرجم ٩٠/٥ رقم الحديث ٤٤١٥ والترمذي في سننه كتاب ١٥ : الحدود وباب ٨ : ما جاء في الرجم على الثيب ٤٠٠١٢ رقم الحديث ١٤٣٤ ، وابن ماجه في سننه كتاب ٢٠ الحدود باب ٧ : حد الزنا ٢٣١/٣ ، رقم الحديث ٢٥٥٠ .

(٢) وهو قول النبي : { لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم }، أخرجه البخاري في صحيحة كتاب : تقصير الصلاة ، باب ٣ كم أقام النبي في حجته ، ٤٥/١٠ ، رقم ١٠٨٧ ، ومسلم في صحيحة كتاب ١٥ الحج باب ٧٤ : سفر المرأة مع محرم إلى حج وإلى غيره ، ص ٥٠٠ رقم ١٣٣٨ ، وأبو داود في سننه كتاب ٥ المناسك باب ١ في المرأة تحج بغير محرم ٤٠٤/٢ رقم ١٧٢٠ . وابن ماجه ، كتاب ٢٥ المناسك باب ٧ ، المرأة تحج بغير ولي ٤٤/٣ رقم ٢٨٩٨ .

(٣) ابن قدامة المغني ٣٢٢/١٢

(٤) سورة النور : آية ٢ .

(٥) القرافي : النخيرة ١٢ / ٨٩ .

التغريب إعانة على فسادها وتعريضها للزنا^(١).

الرأي المختار :

بعد عرض أدلة كل فريق يترجح لدينا مذهب المالكية الذي يرى وجوب التغريب على الرجل دون المرأة وذلك للأسباب التالية :

أولاً : إن الحديث الذي استشهد به الشافعية والحنابلة وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم : { البكر بالبكر , جلد مائة وتغريب عام } حديث مخصوص ، خص بالرجل دون المرأة ، ودليل التخصيص هو المصلحة وبالنهاية عن سفر المرأة بغير محرم.

فلو أوجبنا على المرأة التغريب لكان ذلك أدعى لها للإستمرار في طريق السوء والفحشاء ، لبعدها عن أعين من تستحي منهم ولاسيما في هذا الوقت العصيب الذي انتشرت فيه طرق الغواية والفساد , وعمت فيه الرذائل وخفت فيه صوت الحق والفضيلة , وتعددت فيه سبل الانحراف حتى قام على كل سبيل شيطان يدعو إليه , فالأجدى بالمرأة أن تظل بين يدي أهلها , يراقبون حركاتها وسكناتها وخروجها وإيابها .

ثانياً : انطلاقاً من قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" نرى عدم مشروعية التغريب في حق الزانية البكر لعدم ورود نص صريح به , وإيجابه من غير نص شرعي فيه ضرر على المرأة لكونها مخلوقةً ضعيفةً , قاصرة الضلع لا تقوى على توفير لقمة العيش لها , ولا تحسن إيجاب ما يقيم أود حياتها , مما يتسبب في هلاكها أو في ضياعها , وضياع عرضها من أعظم المفاسد التي تلحق بالمرأة بعد تغريبها , والشريعة الإسلامية جاءت لدرء المفاسد ودفع الضرر عن الخلق جميعهم سواء كان ذكراً أم أنثى .

(١) القرافي : الذخيرة ٨٨/١٢ .

وهذا ما أكده ابن قدامة بقوله : " وقول مالك فيما يقع لي أصح الأقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصصٌ بوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم " (١) (٢).

(١) أنظر الحديث ص : ١١٤ من الرسالة .

(٢) المغني ٣٢٤/١٢ .

الباب الثاني

التطبيق العملي للمبدأ وضمانات تطبيقه

وفيه:

الفصل الأول:

التطبيق العملي لمبدأ الشرعية في الشريعة
الإسلامية .

الفصل الثاني :

عدم رجعية النصوص الجنائية .

الفصل الثالث :

القياس في الحدود .

الفصل الرابع :

الضوابط التي تضمن عدم خرق الاجتهاد للمبدأ .

الفصل الخامس:

الخطوة التي تضمن تطبيق المبدأ في
العصر الحاضر .

الفصل السادس :

التطبيق العملي لمبدأ شرعية التجريم والعقوبة.

الفصل الأول

التطبيق العملي للمبدأ في الشريعة الإسلامية .

وفيه:

المبحث الأول:

تطبيق المبدأ في جرائم الحدود .

المبحث الثاني:

تطبيق المبدأ في جرائم القصاص .

المبحث الثالث:

تطبيق المبدأ في جرائم التعازير .

المبحث الأول تطبيق المبدأ في جرائم الحدود

وفيه :

المطلب الأول :
تحديد مفهوم الحدود .

المطلب الثاني :
تطبيق المبدأ في جرائم الحدود.

المطلب الأول

تحديد مفهوم الحدود

الحدود لغةً :

جمع حد : وهو المنع والفصل ، وحدود الله تعالى : هي الأشياء التي بين تحريمها وتحليلها، وأمر ألا يتعدى شيء منها فيتجاوز إلى غير ما أمر منها أو نهى عنه ومنع من مخالفتها .

وسميت حدوداً لأنها نهايات نهى الله عن تعديها .

ويطلق الحد على محارم الله وعقوباته التي قرنها بالذنوب، ومنه قوله تعالى : ﴿ **تلك حدود الله فلا تقربوها** ﴾^(١)، ومنها قول الرجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ **إني أصبت حداً فأقمه علي** ﴾^(٢)، أي أصبت ذنباً أوجب علي حداً، أي عقوبةً^(٣).

الحدود اصطلاحاً:

عرفها الكاساني^(٤) بقوله : " عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى عز شأنه " ^(٥) .

(١) سورة البقرة : آية ١٨٧ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب ٨٦ : الحدود ، باب ٢٧ : إذا أقر بالحد ٨ / ٣٠ رقم ٦٨٢٣ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٤٩ : التوبة ، باب ٧ : قوله تعالى: ﴿ **إن الحسنات يذهبن السيئات** ﴾، ص ١٠٦٠ رقم ٢٧٦٤ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ١٠ : الرجل يعترف بحد ولا يسميه ٥ / ٧٥ ، رقم ٤٣٨١ .

(٣) أنظر ابن منظور : لسان العرب ٣ / ١٤٠ : مادة حد .

(٤) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، لقب بـ " ملك العلماء " تفقه على علاء الدين محمد بن أحمد بن السمرقندي ، وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة ، من أجل أنه شرح كتاب التحفة للسمرقندي هذا وسماه البدائع فجعله مهر ابنته ، توفي رحمه الله يوم الأحد سنة ٥٨٧ هـ في حلب ، من مؤلفاته : (السلطان المبين) و (بدائع الصنائع) ، انظر ترجمته في تاج التراجم، ص ٢٤٩ .

(٥) بدائع الصنائع ٥ / ٤٨٦ .

وعرفها الماوردي^(١): " إنها زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر " (٢) .

وعرفها زكريا الأنصاري^(٣): " عقوبة معينة على ذنب وهي ثلاث : قتل وضرب وقطع " (٤).

-
- (١) هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، البصري ، الفقيه الشافعي ، له مجموعة من المصنفات، من أشهرها: (الحاوي) و (الأحكام السلطانية) و (الإقناع في الفقه) و (وأدب الدين والدنيا) و (التفسير) توفي رحمه الله سنة ٤٥٠ هـ . أنظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٣٠٣ .
- (٢) الأحكام السلطانية ، ص ١٩٤ .
- (٣) هو زكريا بن محمد الأنصاري، القاهري، الشافعي، مشارك في الفقه والحديث والتفسير والنحو، من مؤلفاته: (شرح منهاج الأصول) و (غاية الأصول شرح لب الوصول) ، توفي سنة ٩٢٦ هـ ، أنظر ترجمته في البدر الطالع ١ / ١٧٥ ، ونظم العقبان، ص ١١٣ .
- (٤) تحفة الطلاب ٣٣٩/٤ .

المطلب الثاني

تطبيق مبدأ الشرعية في جرائم الحدود

تمهيد :

يطلق الفقهاء عادةً كلمة " الحدود " على كل عقوبة مقدرة تثبت بدليل شرعي من الكتاب أو السنة.

ولقد امتازت العقوبات التي قدرها الشارع بالشدة والقسوة ، لتظل حاجزاً منيعاً يحول دون الإقدام على ما نص عليه من العقاب ، كقطع اليد في السرقة والجلد في الزنى والقذف ، أو القتل عند الإرتداد عن الإسلام ... الخ .

ولا شك بأن هذه العقوبات ينبغي أن تنفذ في حق من يجترئون على فعل المحظور، بدقة وإتقان متاهيين ، كما ونبه الشارع الحكيم إلى ضرورة إقامتها فور وقوع فعل المحظور ، لأن عدم إقامتها يؤذن بفساد المجتمع البشري، ويعمل على نشر الرذيلة بين الناس ، وقمع جذور الفضيلة وذهاب أهل المروءة .

ولأجل هذا عنيت الشريعة الإسلامية عنايةً فائقةً بالنظام الجنائي حيث لم تفسح المجال لولي الأمر أن يعمل فكره في تحديد العقوبة الحدية التي يراها مناسباً لطبيعة الجرم ، فالأصل أن العقوبات الحدية قد فصلت قدراً ونوعاً في إطار النصوص الشرعية من الكتاب والسنة .

هذا ، ولقد بين صلى الله عليه وسلم ضرورة إقامة الحد في الأرض ، لما يترتب عليه من صلاح عاجل للمجتمع الإسلامي ، الذي يتمثل باستئصال شأفة الإجرام وإخماد جذور الفساد ، كما أن إقامة الحد هو بمثابة سياج أمني ضد أي انتهاك واقع أو متوقع على محارم الله .

وتأسيساً على ما تقدم سأتناول في هذا المطلب العقوبات المقدرة لكافة أنواع الجرائم التي وردت في الكتاب والسنة ، متعرضاً لكل جريمة حدية من حيث مفهومها ، ثم نذكر أصل تحريمها ، ثم الإنتهاء إلى العقوبة المقدرة لها، بدءاً بحد الزنا ثم السرقة ثم الردة ثم القذف ثم السكر ثم الحرابة وأخيراً البغي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنني قد اقتصررت في الوقوف على العقاب الجسدي " العقاب الأصلي " فحسب دون التصريح بالعقوبات التابعة ، وذلك توخياً للإيجاز وبوجه يخدم دراستنا .

أولاً : حد الزنا (١) :

الزنا اصطلاحاً :

"هو وطء في قبل ، خالٍ عن ملك وشبهة " (٢) .

الأصل في تحريم الزنا :

الزنا جريمة بشعة وفعل منكر وكبيرة من الكبائر التي زجر الشارع عنها بعقوبة رادعة ، وهو فعل تأنف منه الطباع السليمة ويأباه أصحاب المروءة (٣) . ووردت في تحريمه أدلة قاطعة منها :

قال تعالى : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ﴾ (٤) ، وقوله : ﴿ ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشاً وساء سبيلاً ﴾ (٥)

العقوبة المنصوص عليها شرعاً :

لا يخلو الزاني من إحدى حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون غير محصن، فيعاقب بعقوبة الجلد ، ودليل ذلك ما جاء في السنة الصحيحة أن الصحابة كانوا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأتاه رجل فقال: أنشدك الله لما قضيت بيننا بكتاب الله، فقال خصمه - وكان أفقه منه- : إقض بيننا بكتاب الله ، وأذن لي حتى أقول ، قال : قل ، قال :

(١) الزنا يمد ويقصر ، زنى مقصور، وزنا ممدود، والمرأة تزاني، أي تبغي ، ابن منظور : لسان العرب ١٤ / ٣٥٩ : مادة زنا .

(٢) النسفي : كنز الدقائق ٣ / ٥٣٩ .

(٣) ماجد أبو رخية : الحدود في الفقه الإسلامي ، ص ٢٦ .

(٤) سورة الفرقان : آية ٦٨ .

(٥) سورة الإسراء : آية ٣٢ .

إن ابني كان عسيفاً على هذا ، وإنه زنى بامرأته فافتديت منه بمائة شاة وخادم ، فسألت رجلاً من أهل العلم ، فأخبرت أنه على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، واغدي يا أنيس^(١) على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، المائة شاة والخادم رد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام " (٢) .

الحالة الثانية :

أن يكون محصناً، فيعاقب بعقوبة الرجم ، ودليل ذلك ما جاء في الحديث السابق:

{ واغدي يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها } .

ثانياً : حد السرقة (٣) :

السرقة اصطلاحاً :

" هي أخذ مال على وجه الخفية والاستتار " (٤) .

الأصل في تحريم السرقة :

لما كان المال هو أصل هام في حياة المجتمع وقوام العيش ، وهو أحد السبل التي يقوم عليها بناء الدول والمجتمعات ، وردت نصوص قاطعة في تحريم الاعتداء على مال الغير سواء كان بالسرقة أم بالإتلاف أم غيرها ، ومنها قول النبي صلى الله عليه وسلم { إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا } (٥) .

(١) هو أنيس بن مرثد الغنوي ، ويقال أنس، والأول أصح ، كان حليف حمزة بن عبد المطلب ، صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد معه فتح مكة وحنيناً ، وكان عين النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين وعام أوطاس ، مات في ربيع الأول سنة ٢٠هـ انظر ترجمته في أسد الغابة ١/١٥٨ ، الإصابة ١/٢٨٠ .

(٢) أنظر تخريج الحديث في ص : ١١٣ من الرسالة .

(٣) السرقة هي نسبة إلى السرقة، والسرقة : مصدر فعل السارق ، والسارق عند العرب من جاء مستتراً إلى حرز فأخذ منه ما ليس له، أنظر ابن منظور: لسان العرب ١٠/ ١٥٥ - ١٥٦ : مادة سرقة .

(٤) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٤١٦ .

(٥) تقدم تخريج الحديث في ص : ٨٥ .

العقوبة المنصوص عليها شرعاً :

لما كانت جريمة السرقة هي من أشد الجرائم التي تفتك بالمجتمع، فتخوف الأمنيين وتقلق المطمئنين وتفشي الذعر في أوساط المجتمع وبين أبنائه ، وذلك بوجه لا يمكن الاحتراز منه ، أوجب الشارع قطع يد السارق ، ولولا ذلك لأدى إلى هلاك الناس بسرقة أموالهم (١) .

والآية الكريمة الموجبة لذلك الحكم قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم ﴾ (٢) .

ثالثاً : حد الردة (٣) :

الردة اصطلاحاً :

" هي عبارة عن قطع الإسلام من مكلف " (٤) .

" والمرتد هو الذي يكفر بعد إسلامه ، فمن أشرك بالله ، أو جحد ربوبيته أو وحدانيته ، أو صفةً من صفاته ، أو قال : إتخذ الله صاحبةً أو ولداً ، أو جحد نبياً أو كتاباً من كتب الله أو شيئاً من القرآن ، أو سبَّ الله أو رسوله كفر ، ومن جحد وجوب العبادات الخمس أو شيئاً منها أو أحل الزنا أو الخمر، أو شيئاً من المحرمات الظاهرة المجمع على تحريمها، لجهل عرف ذلك، وإن كان ممن لا يجهل ذلك كفر " (٥) .

الأصل في تحريم الردة :

قوله تعالى : ﴿ ومن يرتدت منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ (٦) .

(١) أنظر الشيرازي: المهذب ٣/٣٥٤ ، وهبة الزحيلي : الفقه المالكي الميسر ٤/٤٢٧ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٣) الردة لغتاً : مأخوذة من الرد: وهو صرف الشيء ورجعه، وارتد أي تحول ، أنظر ابن منظور:

لسان العرب ٣ / ١٧٢ - ١٧٣ ، مادة ردد.

(٤) الغزالي : الوسيط ٦ / ٤٢٥ .

(٥) برهان الدين الحنبلي : المقنع ٧ / ٤٨٠ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢١٧ .

العقوبة المنصوص عليها شرعاً :

قال ابن قدامة : " وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتدين " (١) ،
ومستند الإجماع قوله صلى الله عليه وسلم : { لا يحل لرجل مسلم يشهد أن لا إله
إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ،
والتارك لدينه المفارق للجماعة } (٢) .

رابعاً : حد القذف (٣) :

"وهو الرمي بزنا أو لواط أو شهادة به" (٤)

الأصل في تحريم القذف :

لما كان القذف سبباً لإشاعة الفاحشة بين المؤمنين ، ومفتاحاً يفتح
الأبواب لتسرب الشكوك إلى قلوب الناس ، فيطرح الثقة منها ويقضي على روح
المحبة والمودة بين الناس ولاسيما بين الأزواج ، عندئذ أنزل المشرع الحكيم آيةً
تحرم قذف المحصنات وتحفظ أعراض الناس، قال تعالى : ﴿ إن الذين يرمون
المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ﴾ (٥) .

(١) المغني ١٢ / ٢٦٤ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٨٨ : الديات ، باب ٦ : قول الله تعالى : ﴿ أن النفس بالنفس
والعين بالعين ﴾ ٨ / ٤٨ رقم ٦٨٧٨ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٢٨ : القسامة، باب ٦ : ما
يباح به دم المسلم، ص ٦٦٢ ، رقم ١٦٧٦ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ١ :
الحكم فيمن ارتد ٥ / ٦٢ ، رقم ٤٣٥٢ ، والترمذي في سننه، كتاب ١٥ : الحدود ، باب ١٥ : ما
جاء من شرب الخمر فاجلدوه ... ٢ / ٤٠٦ ، رقم ١٤٤٤ ، والنسائي في سننه، كتاب ٣٧ : التحريم ،
باب ٥ : نكر ما يحل به دم المسلم ٧ / ١٠٤ ، رقم ٤٠٢٧ .

(٣) قذف : مأخوذ من قذف بالشيء : أي رمى، والتقاذف : الترامي، وقول الله تعالى : ﴿ قل إن ربي
يقذف بالحق ﴾ : أي يأتي بالحق ويرمي بالحق ، أنظر ابن منظور : لسان العرب ٩ / ٢٧٦ : مادة
قذف .

(٤) البهوتي : كشف القناع ٦ / ١٠٤ .

(٥) سورة النور : آية ٢٣ .

العقوبة المنصوص عليها شرعاً :

لقد أوجب الشارع الحكيم على القاذف عقوبةً رادعةً وزاجرةً له ولأمثاله بما يتناسب مع طبيعة الجرم الذي آتاه، بأن يجلد ثمانين جلدةً ، قال تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدةً ولا تقبلوا لهم شهادةً أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ (١) .

خامساً : حد السكر (٢) :

السكر اصطلاحاً: "شرب مسلم مكلف ما يسكره مختاراً لا لضرورة ولا لعذر" (٣) .

الأصل في تحريم السكر :

قوله تعالى: ﴿انما الخمر والميسر والاتصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾ (٤) .

وقوله صلى الله عليه وسلم: { كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام } (٥)

وهذا التحريم القاطع للخمر جاء مناسباً للأضرار الإجتماعية والأخلاقية والدينية جراء شربها ، فشارب الخمر يختل توازنه العقلي ويفقد قدرته على التحكم في تصرفاته القولية منها والفعلية ، فإذا فقد الإنسان عقله هبط من رتبة الأدمية إلى

(١) سورة النور : آية ٤ .

(٢) السكر لغةً : نقيض الصحو، والسكران خلاف الصاحي ، أنظر ابن منظور: لسان العرب ٤/ ٣٧٢ : مادة سكر .

(٣) الحطاب : مواهب الجليل ٤٣٣/٨ ، نقلاً عن ابن رشد .

(٤) سورة المائدة : آية ٩٠ .

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٣٦ : الأشربة ، باب ٧ : بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام، ص ٧٩٦ رقم ٢٠٠١ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٢١ : الأشربة ، باب ٦ : النهي عن المسكر ٤ / ٢٥٢ ، رقم ٣٦٧١ ، والترمذي في سننه ، كتاب ٢٧ : الأشربة ، باب ١ : ما جاء في شارب الخمر ٣ / ٤٣ ، رقم ١٨٦١ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٥١ : الأشربة ، باب ٢١ : إثبات اسم الخمر لكل مسكر من الأشربة ٨ / ٦٩٤ ، رقم ٥٥٩٨ .

البهيمية , فالمحافظة على العقل أمر متفق عليه من جهة العقول والنقول التي تتمثل بالشرائع (١) .

العقوبة المنصوص عليها شرعاً :

لقد وردت نصوص شرعية توجب عقاباً رادعاً على كل من تناول شيئاً من المسكرات ومنها, قوله صلى الله عليه وسلم : { من شرب خمرأ فاجلدوه } (٢) . هذا ، ولقد صح : { أن علياً جلد الوليد (٣) بن عقبة أربعين ، ثم قال : جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين, وأبو بكر (٤) أربعين , وعمر ثمانين , وكل سنة وهذا أحب إلي } (٥) .

-
- (١) انظر ماجد أبو رحية : الحدود في الفقه الإسلامي, ص ٩٨ ، سعيد الأحمري : حكمة تحريم الخمر, ص ٥٢ .
- (٢) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٣٣: الحدود ، باب ٣٨ : إذا تتابع في شرب الخمر ١٢٢/٥ ، رقم ٤٤٧٧ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٥: الحدود , باب ما جاء في شرب الخمر فاجلدوه ... ، ٤٠٦/٢ رقم ١٤٤٤ ، والنسائي في سننه, كتاب ٥١: الأشربة ، باب ٤٢ : ذكر الروايات المغلطات في شرب الخمر ٧١٦/٨ ، رقم ٥٦٧٧ .
- (٣) هو الوليد بن عقبة بن أبي معيط ، أمه أروى بنت كريب ، أسلم يوم الفتح هو وأخوه خالد ، كنيته أبو وهب ، قيل أنه أسلم وقد ناهز الاحتلام ، وقد رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل صغير وقد نزل فيه قول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ ، تولى الكوفة في عهد عثمان لما يتمتع به من حلم وشجاعة وأدب ، حتى أنه كان من الشعراء ، قيل أنه شهد صفين مع معاوية وقيل لم يشهدا ، توفي بالرقعة ودفن ببلخ ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٣١٥/٤
- (٤) هو عبد الله بن عثمان ، أبو قحافة ، بن عامر ، القرشي ، أمه سلمة بنت صخر, ابنة عم أبي قحافة, صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الغار وفي الهجرة وأول من تولى الخلافة بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لقب بالصديق ، كان محبوباً عند قريش في الجاهلية حيث كانت تأتي إليه الديات ، أسلم على يديه ابن عباس ، توفي يوم الجمعة ٢٣ / جمادى الآخرة وعمره ٦٣ سنة ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٢٠ / ٣ .
- (٥) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٢٩ : الحدود ، باب ٨ : حد الخمر, ص ٦٧٦ ، رقم ١٧٠٧ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ٣٧ : الحد في الخمر ١٢١ / ٥ رقم ٤٤٧٦ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٢٠: الحدود ، باب ١٦ : حد السكران ٢٤٢ / ٣ رقم ٢٥٧١ .

سادساً : حد الحراية (١):

الحراية اصطلاحاً : " هو خروج جماعة أو فرد لإخافة الناس أو الإعتداء على أنفسهم ، أو أموالهم ، أو أعراضهم, على وجه يتعذر معه الغوث ، إعتقاداً على القوة , سواء أكان الخروج داخل العمران أم خارجه " (٢) .

وأما المحارب فهو : " قاطع طريق لمنع سلوك ، أو أخذ مال مسلم أو غيره , على وجه يتعذر معه الغوث ، وإن انفرد بمدينه " (٣) .

الأصل في تحريم الحراية :

لما كانت الحراية سبباً في زعزعة استقرار أمن الدولة ، وفي تسرب الرعب والخوف إلى نفوس الجماعة المسلمة , سواء كان خوفاً على نفوسهم ، أم أموالهم أم أعراضهم , كان من دواعي الأمر أن ينزل الله حكماً بيناً في تحريم هذا الجرم الذي يُرتكب في حق الجماعة المؤمنة ، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (٤) .

(١) الحراية لغةً : حاربه حراباً : أي قاتله ، المعجم الوسيط ١٦٣/١ .

(٢) ماجد أبو رخية : الحدود في الفقه الإسلامي , ص ١٨٠ .

(٣) الحطاب : مواهب الجليل ٨ / ٤٢٧ .

(٤) سورة المائدة : آية ٣٣ .

العقوبة المنصوص عليها شرعاً :

بناءً على ما تقدم ، فإن من مقتضيات العدل الإلهي أن يتوعد الله أولئك الذين يسعون في الأرض فساداً بعقاب أليم يتناسب مع عظم جرمهم ، فكان العقاب هو في قوله تعالى : ﴿ أَنْ يَقْتُلُوا أَوْ يَصْلُبُوا أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلاَفٍ أَوْ يَنْفُوا ﴾^(١) من الأرض ﴿^(٢) .

فالعقاب المتضمن في هذه الآية هو : القتل أو الصلب أو القطع من خلاف أو النفي .

سابعاً : حد البغي^(٣) :

البغي اصطلاحاً : " هم قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرجون خلعه ، لتأويل سائغ وفيهم منعة ، يحتاج في كفهم إلى جمع جيش " ^(٤).

" إذا فالباغي هو المخالف للإمام العادل ، الخارج عن طاعته بالامتناع عن أداء ما وجب عليه أو غيره " ^(٥).

(١) لقد اختلف العلماء في تفسير معنى النفي على أقوال : ذهب الحنفية أن النفي معناه السجن ، والسجن هو نفي من سعة الدنيا إلى ضيقها ، فكأن المسجون قد سجن ، أنظر الجصاص : أحكام القرآن ٥٤/٤ ، وذهب المالكية إلى أن النفي هو إخراج المحاربين من البلد الذي أحدثوا فيه ، إلى بلد آخر وحبسهم فيه ، أنظر القرافي : الذخيرة ١٢٧/١٢ ، وذهب الشافعية إلى أن النفي معناه تعزيز المحاربين الذين لم يأخذوا مالا ولم يقتلوا ، أنظر الشربيني مغني المحتاج ٤ / ١٨١ ، وذهب الحنابلة إلى أن النفي هو تشريدهم عن الأمصار والبلدان فلا يتركون يأوون بلداً ، أنظر ابن قدامة : المغني ١٢ / ٤٨٢ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣٣ .

(٣) البغي لغةً : التعدي ، وأصل البغي مجاوزة الحد ، وبغى عليه : أي عدا عليه وظلمه ، أنظر ابن منظور : لسان العرب ١٤ / ٧٨ : مادة بغي .

(٤) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٢٤٢ .

(٥) القزويني : العزيز شرح الوجيز ١١ / ٦٩ .

الأصل في تحريم البغي :

لما كان البغي إضعافاً لشوكة المسلمين، وشقاً لعصى طاعة إمامهم وتفريقاً لجمع الأمة الإسلامية ، وتشتيتاً لصفها، جاءت النصوص الشرعية متراصة في تحريم البغي والخروج على إمام المسلمين ومنها ، قول الرسول الله صلى الله عليه وسلم : { من أعطى إماماً صفقة يده وثمره قلبه فليعطه ما استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر } (١) .

العقوبة المنصوص عليها شرعاً:

لقد وردت نصوص شرعية قطعية الدلالة والثبوت في عقاب البغاة الذين يخرجون على الإمام العادل ، وهو وجوب قتالهم حتى يذعنوا لأمر الله .

قال تعالى : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين ﴾ (٢) (٣) .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٣٣ : الإمارة ، باب ١٠ : وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء ... ، ص ٧٣٩ ، رقم ١٨٤٤ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٠ : الفتن ، باب ١ : ذكر الفتن ودلائلها ١٣/٥ ، رقم ٤٢٤٧ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٣٩ : البيعة ، باب ٢٥ : ما على من بايع الإمام ... ٧ / ١٧٢ ، رقم ٤٢٠٢ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٣٦ : الفتن ، باب ٩ : ما يكون من الفتن ٤ / ٣٧٣ ، رقم ٣٩٥٦ .

(٢) سورة الحجرات : آية ٩ .

(٣) ذكر الإمام ابن قدامة أن هذه الآية قد تضمنت خمسة فوائد :

أولاً : أنهم لم يخرجوا بالبغي عن الإيمان، فإنه قد سماهم مؤمنين .

ثانياً : أنه أوجب قتالهم .

ثالثاً : أنه أسقط قتالهم إذا أفاعوا إلى أمر الله .

رابعاً : أنه أسقط عنهم التبعة فيما أنفوه في قتالهم .

خامساً : أن الآية أفادت جواز قتال كل من وقع حقاً عليه ، أنظر المغني ١٢ / ٢٣٧ .

المبحث الثاني
تطبيق المبدأ في جرائم القصاص

وفيه :

المطلب الأول:

. تحديد مفهوم القصاص .

المطلب الثاني:

. تطبيق المبدأ في جرائم القصاص .

المطلب الأول

تحديد مفهوم القصاص

القصاص لغةً (١) :

القصاص في اللغة مشتق من " قصّ " , والقصاص له عدة معاني ، منها :

- القطع : يقال : قصّ الشعر , أي قطعه .
- تتبع الأثر : يقال : قصصت الأثر , إذا اتبعت أثره .
- فعل القاص : يقال لمن قصّ القصة .

القصاص اصطلاحاً :

عرف العلماء القصاص تعريفات كثيرة تختلف في العبارة , إلا أنها متحدة في

الحقيقة والمعنى ، ومنها :

- " القصاص هو أن يفعل بالفاعل مثملاً فعل " (٢) .
- " هو معاقبة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح عمداً بمثلها " (٣) .
- " هو معاقبة المجرم بمثل ما فعل , فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح " (٤) .

وبناءً على هذا , فالقصاص يشمل القصاص في النفس وما دونها , كالقطع

والجرح .

وجه التناسب بين المعنى اللغوي والإصطلاحي أن القصاص هو تتبع للجاني

لعقابه بمثل ما فعل بالمجني عليه .

(١) ابن منظور : لسان العرب ٧/٧٣ : مادة قصّ .

(٢) الجرجاني : التعريفات , ص ١٧٦ .

(٣) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ٢ / ٦٧٩ .

(٤) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي ١ / ٦٦٣ .

المطلب الثاني

تطبيق المبدأ في جرائم القصاص

طبقت الشريعة الإسلامية هذا المبدأ تطبيقاً عملياً دقيقاً في جرائم القصاص ، نظراً لأن الإنسان تحكمه أحياناً النزوات العدوانية ، والنزعات الهمجية الشرسة التي من شأنها أن تفسد الإنسان وتعريه من القيم الخلقية فيهوي إلى أسفل سافلين ، فلا يراعي للإنسانية حرمةً ، ولا يقدر لها قيمةً .

لذا نجد التشريع الإسلامي قد وضع حداً منيعاً للحيلولة دون وقوع أي جرائم ترتكب في حق النفس أو ما دونها ، وذلك حرصاً منه على ضمان حق الحياة لكل إنسان ، وعيشاً كريماً لكل مخلوق على وجه الأرض عامةً ، لا ظلم فيها ولا شطط .

ومن أجل هذا الهدف النبيل أكدت الشريعة الإسلامية حرمة الاعتداء على الأنفس البشرية بالقتل ، أو ما دونها بالقطع أو بالجرح ، ويمكن لنا أن نسوق بعض النصوص التي تؤكد ذلك :

١- قال تعالى : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (١) . هذه الآية الكريمة تفيد أن من استحل حرمة مؤمن بالاعتداء على شيء منه ، فليستحل منه كما استحل منه (٢) ، وهذه الآية تشمل الاعتداء على النفس وما دونها .

٢- قوله تعالى : ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾ (٣) . ومعنى قوله تعالى : ﴿التي حرم الله﴾ : " أي

(١) سورة البقرة : آية ١٩٤ .

(٢) الطبري : جامع البيان ٢ / ٢٠٥ .

(٣) سورة الفرقان : آية ٦٨ .

حرمها الله بمعنى حرم قتلها ، لأن التحريم إنما يتعلق بالأفعال دون الذوات ، فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه مبالغةً في التحريم " (١) .

٣- قوله صلى الله عليه وسلم : { لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة } (٢) . فهذا الحديث نص في حرمة دم الإنسان المسلم ، ولا يحل دمه إلا بالأمر المذكورة في الحديث ، وهي زنا المحصن ، ترك الدين ، أو القتل .

٤- أجمع علماء الإسلام على حرمة النفس البشرية وحرمة الإعتداء ، قال ابن قدامة : " وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق " (٣) .

وبعد أن عرضنا الأدلة الشرعية الدالة على حرمة الإعتداء على النفس أو ما دونها فإننا سنتعرض لبعض العقوبات الشرعية المقررة في حق من إعتدى على النفس البشرية المحترمة أو ما دونها .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن العقوبات الشرعية المقررة في ذلك كثيرة ويضيق المقام عن ذكرها ، وسنكتفي بذكر بعض هذه العقوبات على سبيل المثال لا الحصر ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : الجناية على النفس .

ثانياً : الجناية على ما دون النفس .

(١) الألو سي : روح المعاني ١٩ / ٦٣ .

(٢) تقدم تخريج الحديث في ص: ١٢٦ .

(٣) المغني ١١ / ٤٤٣ .

أولاً : الجناية على النفس :

والجناية على النفس قد تكون بالقتل العمد أو الخطأ (١) .

القتل العمد : هو أن يقصد القاتل القتل مباشرةً بضرب بمحدد أو متقل أو بإحراق أو تفريق أو خنق أو سم أو غيرها الخ (٢) .

القتل الخطأ : هو الذي لا يقصد به القتل أو الضرب ، كما لو رمى صيداً فأصاب إنساناً (٣) .

العقوبة المقررة للقتل العمد :

لقد نص الشارع على العقوبة الأصلية للقتل العمد ، وهي القصاص ، وهي عقوبة متفق عليها بين الفقهاء ، والقصاص لا يجب إلا بالعمد ، قال ابن قدامة : " أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد ، ولا نعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً " (٤) .

الأصل في هذه العقوبة :

هو قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً ﴾ (٥) .

(١) إقتصرونا على هذين الصنفين من القتل لأنهما محل إجماع بين العلماء ، أما ما عداهما فهي محل خلاف بينهم ، والذين قالوا بهذين الصنفين هم المالكية ، والظاهرية ، انظر ابن رشد : بداية المجتهد ٤/١٦٥٢ ، الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦/١٨٤ ، ابن حزم : المحلى ٥/١٣ .

(٢) وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ٦/٢٢٣ .

(٣) المرجع السابق ٦/٢٢٤ .

(٤) المغني ١١/٤٥٧ .

(٥) سورة الإسراء : آية ٣٣ .

ولقد أضاف الشافعية عقوبةً أخرى للقتل العمد وهي الكفارة (١) .

العقوبة المقررة للقتل الخطأ :

الأصل في عقوبة القتل الخطأ :

قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ... فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبةً من الله وكان الله عليمًا حكيمًا ﴾ (٢) .

فالأية أفادت أن من قتل مؤمناً خطأً فعليه تحرير رقبة مؤمنة ، ودية مؤداة إلى ورثة القتيل إلا إذا تنازلوا عنها فمن لم يجد أي رقبةً يحررها - فعليه صيام شهرين متتابعين (٣) .

ثانياً : العقوبة في الجناية على ما دون النفس .

الجناية على ما دون النفس :

هي كل اعتداء على جسد إنسان ، من قطع عضوٍ أو جرح أو ضرب مع بقاء النفس على قيد الحياة (٤) .

والجناية على ما دون النفس قد تكون عمداً أو خطأً:

العقوبة المقررة للجناية العمد :

لقد نصت الشريعة الإسلامية على عقوبة الجناية على ما دون النفس عمداً وهي القصاص ، وذلك بأن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجني عليه ، وذلك لقوله

(١) انظر اختلاف العلماء في هذه المسألة ص : ٩٨ وما بعدها.

(٢) سورة النساء : آية ٩٢ .

(٣) الألوسي : روح المعاني ٥ / ١٤٨ .

(٤) وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ٦ / ٣٦٠ .

تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾^(١) ، أي ذوات قصاص^(٢) ، فإذا فقأ العين فقأت عينه، وإذا جزع أذناً جذعت أذنه .

وقد أضاف المالكية عقوبةً أخرى وهي التعزير^(٣) ، فنقطع مثلاً يد الجاني ويعزر .

العقوبة المقررة للجناية الخطأ :

لقد قررت الشريعة الإسلامية عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأً ، هي الأرش^(٤) ، والأصل في هذا ما جاء في السنة : { أن الربيع بنت النضر^(٥) كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرش ، فأبوا ، وطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبي ، فأمر بالقصاص ، فجاء أخوها أنس^(٦) ، فقال يا رسول الله : أتكسر ثنية الربيع ، والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتهما ، فقال النبي : كتاب الله القصاص ، قال : فعفى القوم ، ثم قال رسول الله : { إن من عباد الله لو أقسم على الله لأبره }^(٧) .

(١) سورة المائدة : آية ٤٥ .

(٢) الشوكاني : فتح القدير ، ص ٤٧٠ .

(٣) انظر الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٠١/٦ .

(٤) هو المال الواجب دفعه عند إتلاف ما دون النفس، انظر محمد قلعه جي : معجم لغة الفقهاء، ص ٢١٢ .

(٥) هي الربيع بنت النضر بن ضمضم بن يزيد ، أخت أنس بن النضر، الذي هو عم أنس بن مالك خادم رسول الله ، هي من بني عدي بن النجار ، والدها بن سراقه ، انظر ترجمتها في أسد الغابة ٢٨٢/٥ ، الإصابة ٢٣٢/٣ .

(٦) هو أنس بن النضر بن ضمضم بن زيد ، عم أنس بن مالك الذي هو خادم الرسول عليه السلام ، قتل يوم أحد شهيداً، وقد قتلته المشركون ومثلوا به ، فما عرفته إلا أخته من ثيابه ، انظر ترجمته في أسد الغابة ١٥٣/١ ، الإستيعاب ١٩٨/١ .

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٦٥ : تفسير القرآن، باب ٢٣ : يأبئها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ١٨٠/٥ رقم ٤٤٩٨ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٢٨ : القسامة والمحاربيين والقصاص والديات ، باب ١٥ : إثبات القصاص في الأسنان ... ، ص ٦٦٢ رقم ١٦٧٥ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٤٥ : القسامة ، باب ١٧ : القصاص من الثنية ، ٣٩٦/٨ ، رقم ٤٧٧١ .

المبحث الثالث
تطبيق المبدأ في جرائم التعازير

وفيه :

المطلب الأول:

- تحديد مفهوم التعازير .

المطلب الثاني:

- تطبيق المبدأ في جرائم التعازير .

المطلب الأول

تحديد مفهوم التعازير

التعزير لغةً :

مأخوذ من العزر : أي اللوم ، وعزّره : أي رده ، وقيل التعزير : هو أشد الضرب ، وعزّره : أي ضربه ذلك الضرب (١).

التعزير اصطلاحاً :

هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود (٢) ، وهو في كل فعل معصية (٣) لا حد فيها ولا كفارة (٤) .

والتعزير بهذا المعنى هو نظام جنائي خالد من حيث صلاح نفاذه في كل زمان ومكان ، وهو عقاب مرن تتم صياغته تبعاً لتغير الظروف واختلاف البيئات ، فما يعد عقاباً في زمان قد لا يصلح في زمن آخر ، وما يعاقب به الإنسان قد لا يعاقب به غيره .

والتعازير هي مجموعة من العقوبات تبدأ بأدنى العقوبات ، كالتوبيخ واللوم والإنذار ، وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد ، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة (٥) .

(١) ابن منظور : لسان العرب ٥٦١/٤ : مادة عزر .

(٢) الماوردي : الأحكام السلطانية، ص ٢٠٥ .

(٣) ذهب الإمام ابن القيم إلى أن المعصية تقسم إلى ثلاثة أنواع : الأول : فيه حد ولا كفارة فيه ، كالزنا والسرقة ، وشرب الخمر ، والقذف . الثاني : فيه كفارة ولا حد فيه ، كالجماع في الإحرام ونهار رمضان ، ووطء المظاهر منها قبل التكفير . الثالث : لا كفارة فيه ولا حد ، كسرقة ما لا قطع فيه والنظر إلى الأجنبية . أنظر : الطرق الحكمية ، ص ١٤٢ .

(٤) محمد السامري : المستوعب ٩٩ / ٣ .

(٥) انظر ابن عابدين : رد المحتار ٧٨ / ٦ .

المطلب الثاني

تطبيق المبدأ في جرائم التعازير

لقد تم البحث سلفاً في شأن تطبيق مبدأ شرعية التجريم والعقوبة ضمن إطار الحدود والقصاص ، وأبرزنا أن الشريعة الإسلامية أخذت بهذا المبدأ بمنهج يحقق العدالة بين الناس لدى ترفعهم للقضاء ، ويحرر الناس من سلطة القضاة وتعسفهم في إنزال العقاب بالناس دون حق شرعي .

وإذا كان الأمر كذلك ضمن دائرة الحدود والقصاص ، فهل هو كذلك في جرائم التعزير ؟ . وهل تركت الشريعة الإسلامية لولي الأمر حرية التصرف في هذه الجرائم وفق هواه ، أو حسبما يتماشى مع حالته المزاجية ، يقدر الجريمة ويحدد العقاب لها بما بلغ إليه عقله وفكره دون ضوابط شرعية أو كوابح تعصمه من الوقوع في ظلم الناس وقهر العباد ؟ ! .

إذاً في هذا المطلب إن شاء الله سنتولى الإجابة عن هذه الأسئلة ، مبينين من خلالها أن الشريعة الإسلامية قد طبقت مبدأ شرعية التجريم والعقوبة في جرائم التعزير ، ولم تترك الميدان لولاية الأمر يصولون ويجولون فيه بلا ضابط أو قيد .

إن نظام التعازير في الإسلام له ضوابط تحكمه ، وقواعد تؤصله ، مما يجعل التعزير قائماً على أسس العدالة ، بعيداً كل البعد عن الشطط والظلم، ويدور في فلك النصوص التشريعية حكماً وتنفيذاً .

فولي الأمر حين يستعرض المخالفات الشرعية التي تقع من العباد ، لا يصدر حكماً بعيداً عن متناول هذه النصوص بل يدور في محيطها ، جاعلاً من هذه الضوابط المرتكز الأول والمستند الشرعي لحكمه ، وهي التي تمنح حكمه في الجريمة والعقوبة صفة الشرعية .

ويمكن أن نجمل هذه الضوابط ضمن ثلاثة أمور (١) :

أولاً : مصادر التشريع .

ثانياً : تحري المصلحة في الحكم.

ثالثاً : حفظ الكرامة الإنسانية .

الضابط الأول : مصادر التشريع .

مصادر التشريع الإسلامي هي وحدة متكاملة ، تشكل نظاماً شاملاً للإنسان والكون والحياة ، كما أنها تنظم علاقة الإنسان بنفسه وعلاقته بالمجتمع كذلك علاقته مع خالقه تبارك وتعالى .

فمصادر التشريع بهذا التصور تضمن للإنسان حياة سعيدة آمنة مطمئنة، خالية من الإهتزازات الخلقية والإضطرابات السلوكية ، كما أنها ترتقي بالمجتمع الإنساني إلى أعلى عليين على كافة الأصعدة والمستويات ، سواء كان على المستوى الخلقي أم الديني أم الاجتماعي أم الاقتصادي .

وإذا تقرر هذا فلزام على كل من يتولى الفصل في خصومات الناس والحكم على أفعالهم والأخذ بشدة على أيدي المنحرفين الذين تتكبوا عن سبل الهدى والرشاد ، أن يجعل من مصادر التشريع نقطة الانطلاق والمعتمد الأول في إعادة الأمور إلى نصابها ، وإعطاء كل ذي حق حقه ، وإعلامه بما له من حقوق وما عليه من واجبات ، وبذلك يكون حكمه أقرب إلى ميزان القسط ومنطق الشريعة .

كذلك فإن الرجوع إلى مصادر التشريع يكفل بإعطاء تكييف فقهي مناسب لكل الوقائع والمسائل الواقعة والمتوقعة ، ويكون التكييف الفقهي فيها ملائماً ومطابقاً للواقع ، وبموجب هذا يتعين على ولي الأمر ضرورة الرجوع إلى هذه

(١) أنظر عبد الرحمن صدقي : الجريمة والعقوبة ، ص ١٣٤ ، عدنان خالد : الإجراءات الجنائية، ص ٣٠٨ فقد بين من ضوابط التعازير العرف وسد الذرائع ، وهذا ما أثبتناه ضمن مصادر التشريع.

المصادر والاحتكام إليها في الوقائع كلها ، سواء ورد بها نص خاص أم نص عام، ولا سيما أن هذه المصادر قد أحاطت بكل شيء علماً ، وأعطت لكل حدث حكماً.

وفيما يلي سنتولى عرض موجز لمصادر التشريع الإسلامي متوخين الإيجاز والاقتصار على ما تدعو له الحاجة ببيانه .
أولاً : القرآن الكريم (١) :

القرآن اصطلاحاً : هو كلام الله المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم المتعبد بتلاوته .

والقرآن بهذا الوصف يقوم بدور المبلغ عن رب العالمين للخلق أجمعين، فأعطى لكل شيء حكماً ، وأقام على كل شيء علماً ، ومن ثم لا يجوز لمن تبوء مقعد الاجتهاد والقضاء أن يغض طرفه عن كتاب الله ، وما ينطوي عليه من أحكام وتشريعات تتناسب مع كل ظرف وحال .

فالقرآن قد امتاز بأنه قد أحاط بين دفتيه القواعد العامة ، ورسم المبادئ الكلية التي يحتاج إليها البشر في مختلف أطر حياتهم وتعاقب أزمانهم ، قال الله تعالى: ﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيء ﴾ (٢). وبهذه الآية تتحقق عالمية القرآن وخلوده ، فالقرآن لا يرتبط بزمان دون زمان ، ولا يمكن حصره في مكان دون مكان، وهذا هو مظهر من مظاهر إعجازه في الخطاب والتشريع .

هذا ، ولقد اشتمل القرآن على بعض الأفعال التي تتدرج تحت اسم المعصية دون أن يضع لها القرآن عقوبةً حديةً ولكنه نص عليها بعقوبة

(١) القرآن لغةً : مصدر قرأ : ويسمى كلام الله تعالى الذي أنزله على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم قرآناً ومعنى القرآن : أي الجمع ، وسمي قرآناً لأنه يجمع السور فيضمها، وقرأت الشيء قرآناً : أي جمعته مضمون بعضه إلى بعض ، انظر ابن منظور : لسان العرب ١ / ١٢٨ : مادة قرأ .

(٢) سورة الأنعام آية : ٣٨ .

تعزيرية، ومثاله: قوله تعالى: ﴿ وَاللّٰتِي تَخَافُونَ نَشْوَزَهُنَّ فَعْظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ﴾ (١) .

لقد أرشدت هذه الآية الأزواج حال نشوز (٢) زوجاتهم إلى النصح ، بأن يقولوا لهن اتقين الله ، وارجعن عما أنتن عليه ، " واهجروهن " (٣) ، أي اتركوهن منفردات في مضاجعهن فلا تدخلوهن تحت اللحف ولا تباشروهن ، فيكون الكلام كنايةً على ترك الجماع ، " واضربوهن " أي ضرباً غير مبرح - وهو أن لا يقطع به لحماً ولا أن يكسر به عظماً (٤) .

فهذه الآية نصت على جريمة تعزيرية كما نصت على العقاب المناسب لها طبقاً لترتيب معين ، بدءاً بالوعظ ثم بالهجر وأخيراً بالضرب غير المبرح .

ثانياً : السنة النبوية (٥) : هي " ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقوال وأفعال وتقريرات ، وروي روايةً سليمةً ولو كانت أحاديةً حيث يصح الاستدلال بها في الأحكام " (٦) .

والسنة بهذا القالب هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي الذي أمرنا ربنا تبارك وتعالى بالإحتكام إليها ، ولا يوجد خلاف بين علماء الإسلام

(١) سورة النساء : آية ٣٤ .

(٢) النشوز : يكون بين الزوجين ، وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه ، واشتقاقه من النشز ، وهو ما ارتفع من الأرض ، انظر ابن منظور : لسان العرب ٥ / ٤١٨ ، مادة نشز .

(٣) ذكر ابن تيمية أن الهجر نوعان ، الأول : بمعنى الترك للمنكرات ، والثاني : بمعنى العقوبة عليها ، فأما الأول : فهو المذكور في قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ ، وأما الثاني : فهو هجر من يظهر المنكرات فإنه يهجر حتى يتوب ، انظر ، مجموع الفتاوى ١١٥/٢٨ .

(٤) أنظر الألويسي : روح المعاني ٥ / ٢٥ .

(٥) السنة لغةً: هي السيرة الحسنة كانت أم القبيحة ، انظر ابن منظور : لسان العرب ٣ / ٢٢٥ : مادة سن .

(٦) انظر أحمد المنجور : المنهج المنتخب ، ص ٦٧٥ ، عبد المنعم النمر : السنة والتشريع ، ص ٩ ،

عبد المجيد محمود : نظرات فقهية وتربوية ، ص ١٠ .

قاطبةً في وجوب الاحتكام والرجوع إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بحكم أنها تفسر أحكام القرآن ، وتزيل ما أشكل فهمه منه (١) .

لقد أتت السنة النبوية بأنواع أخرى من العقوبات التعزيرية ، الأمر الذي يخول ولي الأمر أن يأخذ بها ويحكم بمقتضاها عند استدعاء الحاجة ، ومنها : التعزير بالقتل في حالة العود على الجريمة ، فقد { أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل شارب الخمر في المرة الرابعة } (٢) .

ثالثاً : الإجماع (٣) : هو اتفاق أهل الحل والعقد في أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور (٤) .

وإذا انعقد الإجماع في مرحلة زمنية وفق شروطه وأركانه ، فهو حجة بإجماع أمة محمد صلى الله عليه وسلم على ذلك ، وتبرز لنا أهمية الإجماع بأنه مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، ويتعين على المجتهد أن يستمد منه أحكامه ، ولقد نقلت لنا جمهرة من كتب الفقه الإسلامي طائفةً من العقوبات التعزيرية التي انعقد عليها الإجماع من أهل العلم والفتيا ، فقد جاء في " الطرق الحكمية " : " إتفاق العلماء دون نزاع بينهم ، على من وجب عليه حق من عين أو دين وهو قادر على أدائه وامتنع منه ، بأن يعاقب حتى يؤديه ، ونصوا كذلك على عقوبته بالضرب " (٥) .

-
- (١) مصطفى السباعي : السنة ومكانتها من التشريع الإسلامي ، ص ٥٣ .
 (٢) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ٣٨ : إذا تتابع الناس في شرب الخمر ١٢١/٥ ، رقم ٤٧٧ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٥ : الحدود ، باب ١٥ : ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه ٢ / ٤٠٦ ، رقم ١٤٤٤ .
 (٣) الإجماع لغةً : أي الإعداد والعزيمة على الأمر ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ ﴾ ، ويعني الإجماع أيضاً أن تجمع الشيء المنفرد جميعاً ، انظر ابن منظور : لسان العرب ٥٧/٨ : مادة جمع .
 (٤) الرازي : المحصول ٢ / ٣ .
 (٥) انظر ابن القيم : ص ١٤١ .

رابعاً : القياس (١) : وهو "إلحاق فرع بأصل في الحكم لعلامة جامعة بينهما" (٢) والقياس في المرتبة الرابعة من مصادر التشريع (٣) .

لقد أسهب الأصوليون بعرض مدى حجية القياس وحدود تطبيقه من خلال عرض أصوله وقواعده وطرق استنباط العلة ونواقضها ، ومن خلال بيان مفهوم القياس أصولياً فإنه يتسنى لولي الأمر أن يقم القياس في عملية تجريم الفعل وتقدير العقاب التعزيري المناسب له ، من خلال إثبات الأصل من القرآن أو السنة أو الإجماع ثم إلحاق الفرع بها - الجنائية التي يراد الحكم لها - ونمثل له بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما هجر ثلاثة رجال (٤) من أصحابه لتخلفهم عن معركة تبوك ، وأمر أصحابه بهجرهم ، فيقياس عليه من تخلف عن واجب من واجبات الدين الإسلامي ، فكما أن التعزير قد يكون على فعل محرم أو ترك واجب يكون على ترك سنة النبي صلى الله عليه وسلم في شعيرة من شعائر الإسلام أو فعل مكروه (٥) .

خامساً : الإستصلاح : هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسل (٦) .

والمصالح المرسل هي : " التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها " (٧) .

(١) القياس لغةً : أي التقدير، انظر ابن منظور : لسان العرب ٦ / ١٨٧ : مادة قاس .

(٢) حافظ ثناء الله الزاهدي : تيسير الأصول ، ص ٢٤١ ، وهناك تعريفات أخرى مسطرة في كتب الأصول يمكن اللجوء إليها.

(٣) رفض الظاهرية الإحتجاج بالقياس واعتبروه لا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه ، إذ لا يجوز الحكم إلا بنص من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، انظر ابن حزم : الإحكام في أصول الأحكام ٥٥/٧ .

(٤) هم كعب بن مالك ، وهلال بن أمية ، ومرارة بن الربيع ، انظر سيرة ابن هشام ٤ / ١٦٢ .

(٥) انظر سيد صالح : أثر العرف في التشريع الإسلامي ، ص ٢٥٤ .

(٦) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ١ / ١٠٠ .

(٧) وقد أطلق عليه الأمدي المناسب المرسل ، انظر الإحكام في أصول الأحكام ٣ / ٢٠٣ .

وإذا وقع الإستصلاح ضمن قيود وضوابط^(١) تجلب المنفعة وتدرء المفسدة فبوسع ولي الأمر الإعتماد عليها في شأن تجريم الفعل وتقدير العقاب له .

سادساً : الاستحسان^(٢) : هو الرجوع عن دليل خاص إلى مقابله , بدليل طارئ عليه أقوى منه , من نص أو إجماع أو غيره^(٣).

والاستحسان بهذا الاعتبار يفتح المجال لولاية الأمر من المسلمين لتجريم أفعال لم يرد بها نص شرعي ثم تقدير عقوبة مناسبة لها .

سابعاً : سد الذرائع^(٤) : وهو منع الجائز لئلا يتوصل به إلى ممنوع^(٥) .

وبناءً عليه فإن العمل إن كان في أصله مشروعاً ، إلا أنه يفضي إلى ما ليس بمشروع ، فإنه يحظر على الإنسان إتيانه ، يقول ابن تيمية : " ثم هذه الذرائع إذا كانت تفضي إلى المحرم غالباً ، فإنه يحرمها مطلقاً وكذلك إذا كانت قد تفضي وقد لا تفضي لكن الطبع متفاض لإخطائها ، وأما إن كانت تفضي أحياناً ، فإن لم يكن بها مصلحة راجحة على الإفضاء القليل وإلا حرمها أيضاً " ^(٦) .

وبناءً عليه فإن سد الذرائع هو من المرتكزات الأساسية في تجريم الأفعال وتقدير العقوبة المناسبة لها لأن هذا يتلاءم مع مقصود الشارع ، ومثاله قوله تعالى:

﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ ^(٧) .

(١) ومن هذه الضوابط أن تكون ملائمةً ، لمقاصد الشريعة ، وأن تكون عامةً ليست مصلحةً شخصيةً ، بل يحصل بها النفع لعامة الناس ، وألا تعارض نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، وأن لا تكون في الأمور التعبدية ، انظر اليوبي : مقاصد الشريعة ، ص ٥٣٢ ، البوطي : ضوابط المصلحة، ص ١١٠ .

(٢) الإستحسان لغةً : أي عد الشيء حسناً ، انظر القاموس المحيط ٤ / ٢١٥ .

(٣) الأمدى : الإحكام في أصول الأحكام ٣ / ٢٠٢ ، ابن تيمية : المسودة ، ص ٤٥٣ ، كشف الأسرار على أصول البزدوي ٤ / ٢ .

(٤) سد الذرائع : كلمة مركبة من شطرين ، الأول سد : ويعني إغلاق الخلل وردم الثلم والثاني الذرائع: جمع ذريعة وتعني الوسيلة ، انظر لسان العرب ٣ / ٢٠٧ : مادة سدّ ، ٨ / ٩٦ : مادة ذرع .

(٥) الشاطبي : الموافقات ٣ / ١٥١ .

(٦) مجموع الفتاوى ٣ / ٢٥٧ .

(٧) سورة الأنعام : آية ١٠٨ .

فحرم الله سبحانه وتعالى سب آلهة المشركين مع كون السب غيظاً وحميةً لله وإهانةً لآلهة المشركين ومن يعبدها ، والعلة في ذلك أن هذا ذريعة لأن تتناول السنة الكفار بالسوء فيسبوا الذات الإلهية عدواً ، فكان من الأولى عدم سب آلهتهم لئلا يسبوا الله^(١).

ثامناً : العرف (٢) : هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك^(٣) . أو هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل^(٤) .

إن العرف الصحيح الذي لا يتصادم مع نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة له أثر كبير في اعتبار الفعل جنائية أم لا ، وكذلك في ترتيب العقوبة المناسبة له ، نظراً لاختلاف العقوبة من زمن لآخر ومن مكان لآخر فما يكون جريمةً في زمن قد لا يكون في زمن آخر ، وما يعد عقوبةً في زمن قد لا يعد عقوبةً في زمن آخر ، يقول القرافي : " إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، فربّ تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر ، كقلع الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام إكرام ، وكشف الرأس في الأندلس ليس هوأناً وبالعراق ومصر هوأناً " ^(٥) فالتعزير الذي يستند إلى العرف لا يكون بالجلد أو الضرب أو الحبس أو الإلتلاف فحسب ، بل يكون بكل وسيلة تردع الإنسان عن الوقوع في المعصية التي تتناسب مع شخصية المخالف وحاله ، ولهذا نجد الماوردي يقول : " إن تأديب ذي الهيبة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البداءة والسفاهة " ^(٦) .

(١) الألويسي : روح المعاني ٣٢٩/٨ .

(٢) العرف لغةً : هو ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه ، ابن منظور : لسان العرب ٩ / ٢٣٩ : مادة عرف .

(٣) الوزير : المصنف في أصول الفقه ، ص ٤١٦ .

(٤) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ١ / ١٤١ .

(٥) الفروق ٤ / ١٨٣ .

(٦) الأحكام السلطانية ، ص ٢٠٦ .

الضابط الثاني : تحري المصلحة في الحكم :

بعد أن تكلمنا عن أهمية مصادر التشريع في تجريم الأفعال وتقدير العقوبة التي تتناسب مع طبيعة الجريمة، وأشرنا إلى أنه لا يحق لولي الأمر تجريم أفعال الإنسان إلا إذا جعل من مصادر التشريع الإسلامي وأدلتها قاعدة ثابتة ينطلق منها وركناً يلجأ إليه .

وفي هذا المقام سنتولى عرض الضابط الآخر الذي يعتمد عليه ولي الأمر في باب التعزير ألا وهو المصلحة .

المصلحة اصطلاحاً^(١) : " هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعبادة لحفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم ، طبق ترتيب معين فيما بينها " ^(٢) .

إن من يقلب نظره في الشريعة الإسلامية يتبين له جلياً أنها ما أحلت حلالاً وما حرمت حراماً إلا من أجل تحقيق مقصد عظيم يتمثل في جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم .

يقوم ابن القيم : " إن الشريعة الإسلامية مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة الإسلامية وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وصدق رسوله عليه السلام " ^(٣) .

(١) المصلحة لغةً : مأخوذة من الصلاح : وهو ضد الفساد ، انظر ابن منظور : لسان العرب

٥١٦-٥١٧ : مادة صلح .

(٢) البوطي : محمد سعيد ، ضوابط المصلحة ، ص ٢٧ .

(٣) إعلام الموقعين ٣ / ٣ .

وتأسيساً على هذا الكلام فإن كل من يُنصَّب نفسه للحكم على أفعال الناس ، وما يترافعون به إلى المحاكم ودور القضاء ، يتعين عليه أن يتحرى مصلحة الشرع لدى إصداره الحكم ، وأن يكون حكمه في الواقعة مطابقاً مع الغاية التي جاءت من أجلها الشريعة الإسلامية السمحة ، فمن بلغ به اجتهاده إلى خلاف ذلك فقد ألحق بالناس حرجاً شديداً وأدخلهم في دائرة المشقة والضيق ، ويكون اجتهاده في منأى عن منطق التشريع ، وبالتالي فإن أصدر حكماً فإن حكمه لا يحمل صفة الشرعية ويكون حكمه باطلاً ، لأن ما بني على الباطل فهو باطل .

وبناءً على ما تقدم فإن المسؤولية التي أوكلت إلى ولي الأمر هي معرفة الأحكام الشرعية وما انطوت عليه من مقاصد وغايات عظيمة، ولا يتأتى ذلك إلا إذا أدرك أن أحكام الشرع نوعان :

الأول : هي الأحكام التي لا تتغير عن حالة واحدة عليها، ولا تخضع لتغير الزمان والمكان وهي ثابتة بدوام السماء والأرض.

الثاني : وهي الأحكام التي تتغير حسبما تقتضيه المصالح زماناً ومكاناً وحالاً ، ويدخل في هذا النوع التعازير بأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها حسبما تؤول إليه مصالح الناس وتقتضيه ظروف المجتمع^(١).

وبهذا يتبين لنا أن موقف ولي الأمر إزاء النوع الأخير من الأحكام ، يتسم بالاجتهاد في دائرة التعازير التي لم يرد بها نص خاص ملزم ، على أن يكون هذا الاجتهاد خادماً للمصالح المقصودة التي تحفظ على الناس دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأعراضهم وأمنهم وحقوقهم وحررياتهم ، وتكفل بإقامة العدل .^(٢)

لقد بين مصطفى الزرقا أن الولاية من الخليفة فمن دونه من العمال والموظفين في فرع السلطة الحكومية ليسوا عمالاً لأنفسهم ، وإنما هم وكلاء عن

(١) انظر ابن القيم الجوزية : إغاثة اللهفان ، ص ٣٢٧ .

(٢) انظر القرضاوي : السياسة الشرعية ، ص ٨٤ .

الأمة الإسلامية في القيام بإصلاح التدابير لإقامة العدل ودفع الظلم وتطهير المجتمع من الفساد وتحقيق كل ما فيه خير ونفع للأمة في حاضرها ومستقبلها، وكل عمل وقع من الولاية أو من عمال السلطة الحكومية على غير ذلك هو غير جائز في الشريعة الإسلامية^(١)، وهذا ما اشارت اليه القاعدة الفقهية: " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"^(٢).

الذي ينبغي أن نشير إليه في هذا المقام، أن ما تقتضيه مشروعية العقاب التعزيري أن يحسن ولي الأمر اختيار الوسيلة المثلى في تنفيذ العقوبة، وأن يحسن كذلك اختيار العقوبة التي هي أصلح للجاني والمجتمع.

يقول الإمام ابن تيمية في معرض حديثه عن مقدار التعزير: " هذا يختلف باختلاف الذنب وحال المذنب وحال الناس"^(٣). ثم يبين الإمام ابن تيمية أن المعاصي التي ليس فيها حد ولا كفارة إنما يعاقب أصحابها تعزيراً وتكليلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة وقوع الذنب أو قلته بين الناس، فإن وقع كثيراً زيد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى حسب حال الذنب أو كبر الذنب أو صغره^(٤).

لا شك أن هذا الكلام مؤسس على أن العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمةً من الله لعباده، فهي صادرة من رحمة الله ولطفه بخلقه وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أو جرائمهم أن يبتغي بذلك الإحسان إليهم والرحمة، كما يبتغي الوالد تأديب ابنه والطبيب معالجة مريضه^(٥).

إن اختيار ولي الأمر لأداة العقاب التي تتناسب مع طبيعة الجرم تمنح العقاب صفة الشرعية كما أنها تقطع دابر الإجرام، وهذا واجب أمته نصوص الشريعة العامة على ولي الأمر ولا يعود ذلك إلى أسباب رغبته أو دواعي هواه

(١) انظر مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام ١٠٥٠/٢.

(٢) الأشباه والنظائر ابن نجيم، ص ١٤٩.

(٣) أبو الحسن البعلي: الإختيارات الفقهية، ص ٣٠٣.

(٤) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص ١١٢.

(٥) أبو الحسن البعلي: الإختيارات الفقهية، ص ٢٨٨.

وهذا ما أكده القرافي بقوله: " التخيير يدخل في التعزير مطلقاً ولا يدخل في الحدود إلا في الحراية ... فإن ما تعين سببه ومصلحته وجب عليه فعله ويأثم بتركه ، فهو أبداً - أي ولي الأمر- ينتقل من واجب إلى واجب ، كما ينتقل المكفر في كفارة الحنث من واجب إلى واجب ، غير أن له - المكفر - ذلك بهواه ، وأما الإمام فيتحم ذلك في حقه ما أدت المصلحة إليه فليس له أن يحكم في التعازير بهواه وإرادته".^(١) وهذا هو قوام العدل وأساس القسط بين الناس ، وهذا هو جوهر الدين وحقيقة الإسلام .

وبناءً على هذا الكلام فإنه قد تعرض بين يدي ولي الأمر مخالفات وقعت من أطراف معينة يتطلب فيها الأمر ألا يوقع عقاباً تعزيرياً ، بل عليه أن يعفو ويغض الطرف عنها، فلربما لو لجأ إلى العقاب لفتح باباً عظيماً من أبواب الفتنة، قد تتعكس آثارها سلباً على المخالف أو المجتمع، فأغلاق هذا الباب دون حدوث الفتنة أولى من جلب مصلحة العقاب، وهذا ما أرشدت إليه السنة النبوية المطهرة، إذ ثبت { أن أعرابياً بال في ناحية من نواحي المسجد ، فهمّ به الصحابة ليقعوا به، فنهاهم النبي عليه السلام عن ذلك قائلاً لهم : دعوه حتى إذا فرغ دعا بماء فصبه عليه}.^(٢)

فقد بين بهديه الكريم أنه إذا خيف عند الأمر بمعروف فوات معروف أعظم أو حدوث منكر أخطر فإنه لا يأمر به ، وكذلك إذا خيف من النهي عن منكر حدوث منكر أعظم أو ترك معروف أهم فإنه لا ينهاه عنه.^(٣)

يقول الإمام ابن تيمية : " مثل أن يكون في نهيه - أي العالم - عن بعض المنكرات تركاً لمعروف هو أعظم منفعةً من ترك المنكرات ، فيسكت عن النهي

(١) القرافي : الفروق ٤/ ١٨٢ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٤ : الوضوء، باب ما جاء في غسل البول، ١/ ٩٦ رقم ٢١٨، وأبو داود في سننه كتاب ١ : الطهارة ، باب ١٣٨ : الأرض يصيبها البول ١/ ٣٣٣، رقم ٣٨٣، وابن ماجة في سننه ، كتاب ١ : الطهارة ، باب ٧٨ : الأرض يصيبها البول كيف تغسل ١/ ٢٨٧، رقم ٥٢٨ .

(٣) فضل الهي: حكم الإنكار في مسائل الخلاف، ص ١٠٣ .

خوفاً من أن يستلزم ترك ما أمر به الله ورسوله مما هو عنده أعظم من مجرد ترك ذلك المنكر، فالعالم تارة يأمر وتارة ينهى وتارة يبيح وتارة يسكت عن الأمر أو النهي أو الإباحة " (١).

وهذا بخلاف ما إذا وردت على ولي الأمر وقائع من حياة الناس ليست بمخالفات شرعية ، فتقتضي المصلحة إيقاع العقاب على أصحابها ، حسماً لمادة الفساد وإغلاقاً للأبواب دون الفتن التي لا تحمد عقباها.

يقول القرافي : " إن الزواجر تعتمد المفسد ، فقد يكون معها العصيان في المكلفين ، وقد لا يكون معها عصيان ، كالصبيان والمجانين فإننا نزجرهم ونؤدبهم لا لعصيانهم بل لدرء مفسدهم واستصلاحهم " (٢) .

وبالجملة فإننا نقول: إن تحري المصلحة في إيقاع العقوبة التعزيرية أمر يستلزم من ولي الأمر قوةً في ملاكته ، وعمقاً في فكره ، واحاطةً بجوانب الواقعة المعروضة بين يديه لا يلتفت بالنظر إلى ظاهرها ، بل عليه أن يسبر أغوارها حتى يرى ما يعلق بها من مصالح ومفسدات ومن شرو (٣).

الضابط الثالث: حفظ الكرامة الإنسانية:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية بنصوص قاطعة بينة تحفظ كرامة الإنسان وتحرم كل ما يؤدي إلى ابتذاله أو إهانته بغير حق شرعي ، ويتأكد هذا بقوله تعالى: ﴿ ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً ﴾ (٤).

لا ريب أن التكريم الرباني لهذا الإنسان نابع من أساس استخلاف الإنسان في الأرض، ليحقق منهج الله في هذه المعمورة على الوجه الذي ارتضاه رب العالمين .

(١) مجموع الفتاوى ٣٥/٢٠.

(٢) الفروق: ٢١٣/١.

(٣) انظر ابن نجيم : الأشباه والنظائر، ص ١٤٩.

(٤) سورة الإسراء : آية ٧٠.

هذا ، ولقد حظرت الشريعة العادلة على الحكام وعمال السلطة الحكومية من امتهان الإنسان أو النيل من كرامته ، سواء عند إيقاع العقوبة عليه أم غير ذلك ، وتتجلى هذه المعاني من خلال ثلاثة نصوص :

أولاً : قوله صلى الله عليه وسلم : { إذا ضرب أحدكم فليترك الوجه }^(١).

فقد أرشد النبي عليه السلام في حديثه إلى ضرورة اجتناب الوجه عند الضرب ، سواء كان ضرباً على سبيل التأديب ، أم التعليم ، وذلك لما فيه من منافاة للكرامة الإنسانية وامتهان لمشاعره وخدش لأحاسيسه ووجدانه.

فالشخص المخول بإيقاع العقاب على الجناة والمخالفين ، عليه مراعاة حرمة الإنسان ، ويشهد لهذا قول النبي عليه السلام : { إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح }^(٢).

ثانياً: قوله عليه الصلاة والسلام: { أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود }^(٣).

فقد أرشد النبي عليه الصلاة والسلام وجوب إقالة عثرات أشرف الناس وفضلاء القوم ، وهذا النداء النبوي موجه بالدرجة الأولى إلى العاملين في أجهزة الحكم ودور القضاء ، الذين يملكون صلاحية إلحاق العقاب بالمخالفين ، فعليهم أن

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب ٣٣: الحدود ، باب ٤١: في ضرب الوجه في الحد ١٢٧/٥ ، رقم ٤٤٨٧.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٣٤ : الصيد والذبائح ... ، باب ١١ : الأمر بإحسان الذبح ... ، ص ٧٧٧ رقم ١٩٥٥ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ١١ : الذبائح ، باب ١:باب في النهي عن أن تصبر البهائم ... ٣٦٨/٣ رقم ٢٨٠٧ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٤ : الديات ، باب ما جاء في النهي عن المثلة ٣٨١/٢ رقم ١٤٠٩ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٤٣ : الضحايا ، باب الأمر بإحداذ الشفرة ٢٦٠/٧ رقم ٤٤١٧ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٢٧ : الذبائح ، باب ٣ : إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح ٥٥٥/٣ ، رقم ٣١٧٠ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه عن عائشة - رضي الله عنها- كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ٥: الستر على أهل الحدود ٧٢/٥ ، رقم ٤٣٧٥ ، وأحمد في مسنده : ٨١/٧ رقم ٢٥٩٨٨ .

يتجاوزوا هفوة الاشراف وزلات الكرماء ، بحجة أن الإنسان الشريف في الطابع العام هو أبعد الناس عن اقتراف المحظورات أو الوقوع في دائرة الممنوعات ، وإن قارف شيئاً من ذلك ، فغالباً ما يكون ناشئاً عن عدم في القصد أو خارجاً من إرادته البشرية ، فإن لكل جواد كبوة ، ولكل عالم هفوة ، فمهما أوتي الإنسان من شدة الحرص وقوة في التيقظ فلا يعد في مأمن من الخطأ والزلل .

ثالثاً: جاء في السنة الصحيحة { أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أو في حاجة ، أوصاهم بتقوى الله - عز وجل - وبمن معه من المسلمين خيراً ، ثم يقول له : اغزوا بسم الله وفي سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً }^(١).

هذا الحديث قد تضمن طائفةً من الإرشادات والتوصيات النبوية للغزاة والمجاهدين في سبيل الله ، وجاء ضمن هذه التوصيات النهي عن المثلة^(٢) ، وهذا من رحمة الشريعة الإسلامية بالخلق والناس أجمعين ، إذ أن الرحمة قد عمت أيضاً دائرة الحدود والعقوبات ، وهذا ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من النظم الوضعية ، إذ حرمت الشريعة التمثيل في أجساد الجناة ومن وجب في حقهم العقاب أياً كان ذلك الشخص .

بعد هذا السبح في حقيقة التعازير ، تتجلى لنا حقيقة ناصعة أن الشريعة الإسلامية قيدت ولي الأمر بنصوص ثابتة ، وضوابط كابحة ، والتي تحدد سلطته في التعازير ضبطاً وثبتاً ، حتى لا يكون هذا الباب عرضةً لولاية الأمر ، يحكمون به حسبما تمليه عليهم شهواتهم وأهوائهم .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٣٢: الجهاد والسير ، باب ٢: تأمير الأمراء على البعوث ووصيته إياهم ، ص ٦٨٨ ، رقم ١٧٣١ ، والترمذي في سننه ، كتاب ٢٢: السير ، باب ٤٨ : ما جاء في وصيته صلى الله عليه وسلم في القتال ٥١٩/٢ ، رقم ١٦١٧ ، وابن ماجة في سننه ، كتاب ٢٤: الجهاد ، باب ٣٨ : وصية الإمام ٣/٣٩٣ ، رقم ٢٨٥٨ .

(٢) قال مثلت بالحيوان : إذا قطعت أطرافه وشوهت به ، ومثلت بالقتيل : إذا جدعت أنفه أو أذنه أو مذاكيره أو شيئاً من أطرافه ، والإسم مثلة ، ومثّل صيغة مبالغة ، انظر ابن منظور : لسان العرب ١١ / ٦١٥ : مادة مثل .

كذلك تبين لنا أن سلطة ولي الأمر في هذا المجال ليست مطلقةً ، بل هي محكومة بمصادر الشريعة الإسلامية التي من خلالها يتم تجريم أفعال الجناة والمخالفين ، وتقدير العقاب الموائم لهذه الجرائم بشكل يحقق مصلحة العقاب وانعكاسه إيجاباً على شخصية الجاني من جهة ، وأبناء المجتمع من جهة أخرى، وهو محكوم أيضاً حال إنزال العقاب على الجناة ، ويتمثل هذا بالنصوص الشرعية التي تجعل العقاب يعطي مفعوله الحسن ويترك أثره الطيب في شخصية الجاني ، دون إهدار كرامته أو النيل من أحاسيسه ، وحتى يظل العقاب قائماً على أسس العدالة والرحمة بين الناس.

الفصل الثاني
عدم رجعية النصوص الجنائية

وفيه :

المبحث الأول:

تحديد مفهوم عدم رجعية النصوص الجنائية.

المبحث الثاني:

التطبيق العملي لمبدأ عدم رجعية النصوص

الجنائية.

المبحث الثالث:

إستثناءات مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية .

المبحث الأول

تحديد مفهوم عدم رجعية النصوص الجنائية

لقد تم الحديث سلفاً حول مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقوبة ، وبيننا أن مقتضى المبدأ ضرورة الاستناد إلى نص شرعي يثبت الصفة الجرمية للفعل ، ويرتب عليه العقاب الأنسب لمواجهته، وذلك في ضوء نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية وأصولها العامة.

وقد بينا أن المبدأ جاء موافقاً مع عدل الله الذي حرم على نفسه أن يؤاخذ الناس على أفعالهم حتى يقيم الحجة عليهم ، فبين لهم الحلال ليفعلوه والحرام ليجتنبوه ، وساق الترهيب والوعيد لكل من يأتي ما حرم عليه أو يترك ما أمر به .

والواجب في هذا المقام يحتم علينا فتح صفحة جديدة تتصل اتصالاً وثيقاً لما أشرنا إليه من قبل ، وتعتبر لبنةً متممةً لهذا المبدأ المتألق في النظام الجنائي الإسلامي ، ألا وهي عدم رجعية النصوص الجنائية .

نعني بالنصوص الجنائية : هي النصوص الآمرة التي تُعد مخالفتها معصيةً، والنصوص الناهية التي تُعد مخالفتها معصية أيضاً^(١).

إن مضمون عدم رجعية النصوص الجنائية هو أن النصوص الجنائية لا تنفذ على المخالفين الذين يرتكبون مخالفات في حق نظام الجماعة عند وقوع هذه الأفعال قبل صدور تلك النصوص، بمعنى أن الإنسان يحتفظ بحق البراءة من التجريم والعقاب قبل صدور النص الجنائي الذي يحذره سلفاً من مغبة الوقوع في المحذور^(٢).

لا ريب أن القول بعدم رجعية النصوص الجنائية مستمد من مقاصد الشريعة الإسلامية أولاً ، ثم من منهج العدالة الربانية العلية ثانياً.

(١) محمد أبو زهرة ، الجريمة ، ص ٢٥٦ .

(٢) انظر عبد القادر عودة: التشريع الجنائي ١/٢٦٢، أبو زهرة : الجريمة ، ص ٣٣٠ .

أما بالنسبة للأول: ذلك أن الشريعة الإسلامية أولت بالغ اهتمامها بحفظ النفس البشرية حفظاً تاماً ، وحرمت كل وسيلة تتخذ في سبيل سحقها أو إضعافها دون حق، ونزلت النصوص الشرعية متواليّة تحت الناس على ضرورة صونها ورعايتها، قال تعالى: ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ (١).

من خلال هذا السياق القرآني يتجلى لنا مدى أهمية الإنسان ومنزلته عند الله، إذ الآية تؤكد بظاهرها أنه من قتل نفساً بغير حق فكأنما قتل الناس جميعاً، كما أنه من تسبب بحياة إنسان فكأنه قد تسبب بحياة الناس جميعاً .

إذاً فالنفس البشرية هي نفس محترمة معصومة ، وهي سر وجود هذا الكون، فلا يحق لأي إنسان مهما أوتي من القوة والسلطان أن يدفع بالنفس البشرية إلى الضياع والهلاك قبل أن يقيم عليها الحجة ، وقبل قيام الحجة تحتفظ النفس بحق وجودها واعتبارها.

وأما بالنسبة للثاني: فإن من لوازم العدل في الشريعة الإسلامية ألا تؤاخذ نفساً قبل أن تبين لها الواجب اجتنابه وتقييم عليها الحجة ، فإذا كانت المحاكم الوضعية لا تأذن بتطبيق نصوص التجريم على أفعال قد ارتكبت قبل صدور القانون بها ، انطلاقاً من مبدأ العدالة فمن باب أولى أن تتسم الشريعة الإسلامية بصفة العدالة هذه، ولا سيما أنها قد نزلت من رب حكيم عادل .

يقول أبو زهرة : " جاءت الشريعة الإسلامية بمبادئ كانت العرب على خلافها فكان من العرب من يبيح لنفسه أن يتزوج زوجة أبيه ، بل يرث زواجه له ، كما يرث أمواله وحقوقه ، فحرم الإسلام ذلك بقوله تعالى: ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف... ﴾ (٢)، وهكذا نجد القرآن في تحريمه وبيان

(١) سورة المائدة : آية ٣٢ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٢ .

المؤاخظة واعتبار الفعل إنما يستثني ما كان منه في الجاهلية ، مع أن الفعل في ذاته فاحشة ومقت وأنه أسوأ السبيل " (١).

إذاً فإن مجرد وجود نص تجريم غير كاف لكي يخضع الفعل له ، إذ ليس للنص التجريمي سلطان مطلق ، وإنما يتحدد سلطانه بحدود زمنية معينة، ومن ثم كان خضوع الفعل للنص مقتضياً دخوله في حدود ذلك السلطان ، أما إذا كان خارجاً عنها فمن غير الجائز أن يوصف بأنه غير مشروع وفقاً لذلك النص وإن طابق النموذج المحدد فيه .

وبناءً عليه فإن التحقق من وقوع الفعل جريمةً يستحق الشخص العقاب عليه، يقتضي تحديد زمن الفعل ثم الحكم بدخول الفعل في نطاق النص التجريمي الذي يوجب العقاب (٢).

(١) الجريمة ، ص ١٨٨ .

(٢) محمود حسني : شرح قانون العقوبات ، ص ١٠٢ .

المبحث الثاني

التطبيق العملي لمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية

إن من يقلب نظره في النصوص الجنائية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية والمعروضة بين ثنايا القرآن والسنة النبوية ، يرى أن الشريعة الإسلامية قد أعملت مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية بشكل عام .

وفيما يلي سنتولى عرض بعض من النصوص القرآنية التي تظهر بشكل بين وواضح بأن الشريعة قد تجاوزت عن المخالفات التي قد ارتكبت قبل ورود النص الذي اعتبرها من المحظورات الشرعية والتي لا يجوز الإقتراب منها .

النص الأول : قال تعالى : ﴿ **ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشةً ومقتناً وساء سبيلاً** ﴾ (١).

ورد في سبب النزول : أنه { توفي أبو قيس بن الأسلت (٢) ، وكان من صالحى الأنصار فخطب ابنه امرأته ، فقالت : إنما أعدك ولداً وأنت من صالحى قومك ، ولكن أتى رسول الله فاستأمره ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبا قيس توفي ، فقال لها خيراً ، وإن ابنه قيساً خطبني وهو من صالحى قومه ، وإنما كنت أعهده ولداً فما ترى ؟ فقال : إرجعي إلى بيتك ، فنزلت هذه الآية ﴿ **ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف** ﴾ (٣).

(١) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٢) هو أبو قيس بن الأسلت ، واسمه الأسلت عامر بن جشم بن وائل بن زيد الأوسي ، اختلف في اسمه ، فقيل هو صيفي ، وقيل الحارث ، وقيل عبد الله ، واختلف في إسلامه ، قيل فيه : لم يكن أحد من الأوس والخزرج أوصف لدين الحنفية ولا أكثر مساعلةً عنها من أبي قيس بن الأسلت . وكان يُسأل من اليهود عن دينهم حتى قدم المدينة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمع منه عن شرائع الإسلام ، فقال : ما أحسن هذا وأجمله ، والله لا أسلم إلى سنة . قيل أنه مات قبل أن يحول الحول ، انظر ترجمته في الإصابة ٢٧٩/٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في قوله تعالى : ﴿ **ولا تتكحوا ما نكح آبؤكم من النساء** ﴾ ٢٦/٧ ، رقم ١٣٩١٧ .

وأما قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ ، أي إلا ما كان في الجاهلية (١)، وهو باستثناء ما يستلزمه النهي ويستوجبه مباشرة المنهي عنه ، كأنه قيل: لا تتكحوا ما نكح أبائكم ، فإنه يوجب العقاب إلا ما قد مضى فإنه معفو عنه (٢).

إذاً فقد تبين من خلال هذا النص القرآني أنه لم يكن للنص أثر رجعي من الناحية الجنائية ، ولم يعتبر الفعل - نكاح زوجات الآباء - جنائياً تستوجب عقاباً ، نظراً لتأخر نزول هذا النص عما وقع من قبل .

ونحن إذ نقول بعدم رجعية النص الجنائي وأنه لا يمكن إيقاع العقاب قبل ورود النص الجنائي ، نرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عزم على عقاب كل من بلغه النص ثم تعمد خلافه، فإن البراء بن عازب (٣) قال : ﴿لَقِيتُ خَالِي (٤) وَمَعَهُ الرَّايَةَ ، قُلْتُ : أَيْنَ تَرِيدُ ، قَالَ : بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى رَجُلٍ تَزُوجُ امْرَأَةَ أَبِيهِ مِنْ بَعْدِهِ ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ وَأَخْذَ مَالَهُ﴾ (٥).

فالعقوبة الواردة بالحديث لم تكن إلا بعد ورود نص مجرم للفعل المحظور ونشره بين الناس كافةً ليكون حجةً على المخالفين .

النص الثاني : قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ وَعَمَّاتِكُمْ وَخَالَاتِكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ

(١) السيوطي : الدر المنثور ٤٣٩/٢٠ .

(٢) أبو السعود: تفسير أبي السعود ١١٦/٢ .

(٣) هو البراء بن عازب بن الحارث الخزرجي ، أبو عمارة ، كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، أسلم صغيراً، وغزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس عشرة غزوةً أولها غزوة الخندق ، ولاء عثمان أميراً على الري بفارس، سنة ٢٤هـ ، فغزا أبهر وفتحها ثم قزوين فملكها ، وعاش أيام مصعب بن الزبير ، فسكن الكوفة واعتزل الأعمال ، توفي في زمنه سنة ٧هـ ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٩٨/١ ، الأعلام ٤٦ / ٢ .

(٤) هو هاني بن ينار بن عمرو بن عبيد بن كلاب بن بردة البلوي ، حليف الأنصار ، هو خال البراء بن عازب ، شهد العقبة وبدراً وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قيل أنه مات سنة ٤٥هـ ، وقيل بل سنة ٤١هـ ، انظر: ترجمته في أسد الغابة ٢٧/٤ .

(٥) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب ٢٦ : النكاح ، باب ٥٨ : نكاح ما نكحه الآباء ٤٨/٦ ، رقم ٣٣ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٢٠ : الحدود ، باب ٣٥ : من تزوج امرأة أبيه من بعده ٣ / ٢٦٢ رقم ٦٢٠٧ .

من الرضاة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم اللذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان عفوراً رحيماً ﴿١﴾.

سبب النزول: عن ابن عباس^(٢) قال: ﴿كان أهل الجاهلية يحرمون ما حرم الله إلا امرأة الأب والجمع بين الأختين فأنزل الله: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾^(٣)، ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾^(٤) (٥).

فالآية إذاً حرمت الجمع بين الأختين في النكاح ، وهذا حكم أقرته الآية فهو حجة بعد ورودها ولا يحل العمل على خلافه ، وأما قبل ورود النص فقد كان الفعل على الإباحة كما كان معهوداً في الجاهلية الأولى.

غير أنه لم يعهد للنص أي أثر رجعي من الناحية الجنائية ، وقد نقلت لنا كتب الحديث : ﴿أن فيروز الديلمي^(٦) أدرك الإسلام وتحتة أختان فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : طلق أيهما شئت﴾^(٧).

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كنيته ابن عباس ، واشتهر بها، ولد والنبي صلى الله عليه وسلم بالشعب من مكة فأوتي به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحنكه بريقه وذلك قبل الهجرة بثلاث سنين ، عمي في آخر عمره ، توفي بالطائف سنة ٦٨ هـ ، انظر ترجمته في أسد الغابة ١٠/٣ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٥) أخرجه ابن جرير الطبري في تفسير سورة النساء ، آية ٢٢ ، رقم ٨٩٣٩ ، وعزاه السيوطي إلى ابن المنذر ، انظر: الدر المنثور ، ٤٣٩/٢ .

(٦) هو أبو الضحاك ، صحابي يمني فارسي الأصل ، من الذي بعثهم كسرى لقتال الحبشة ، كان يقال له " الحميري " لنزوله بحمير ومخالفته إياهم ، وفد على النبي صلى الله عليه وسلم وروى عنه أحاديث ، وعاد إلى اليمن فأعان على قتل الأسود العنسي ، وفد على عمر في خلافته ثم سكن مصر ، ولاء معاوية على صنعاء فأقام بها حتى توفي ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٤٦٣/٣ ، الأعلام ١٦٤/٥ .

(٧) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٧: الطلاق ، باب ٢٥: فيمن أسلم وعند نساء أكثر من أربع... ٩٤/٣ رقم ٢٢٣٧ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٩: النكاح ، باب ٣٩: الرجل يسلم وعنده أختان ٤٦٩/٢ ، رقم ١٩٥٠ ، وأحمد في مسنده ١٨٣/٦ ، رقم ١١٢٠٥ .

وهذا الحديث نص في عدم رجعية النص الجنائي لعدم معاقبة النبي صلى الله عليه وسلم لفيروز الديلمي ، وبرأه من ذلك واكتفى النبي صلى الله عليه وسلم في التفريق بينه وبين زوجته .

النص الثالث : قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حَرَمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِبَالِغِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴾ (١).

لقد تناولت الآية قتل الإنسان صيد الحرم ضمن حالتين:-

الحالة الأولى : أنه قتل الصيد وهو ذاك لإحرامه عالماً بحرمة قتل ما يقتله، وهذا بعد ورود النص.

الحالة الثانية : أنه قتل الصيد في الحرم قبل ورود النص المحرم لذلك .

فأما الأولى : فتلزمه الكفارة حسبما أوجبته الآية الكريمة من الهدى أو الطعام أو الصيام .

وأما الثانية : فالآية لم توجب عقاباً على من قتل الصيد في الجاهلية وقد أدرك الإسلام ، وذلك لقوله تعالى: ﴿ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ﴾ ، قال الألوسي : " لكم من الصيد وأنتم محرمون ، فلم يجعل فيه إثماً ولم يوجب فيه جزاءً ، أو لم يؤخذكم في الجاهلية من ذلك مع أنه ذنب عظيم أيضاً " (٢).

(١) سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٢) روح المعاني ٣٩/٧ .

المبحث الثالث

إستثناءات مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية

يتبين لنا مما سبق أن صدور نص يوجب تجريم فعل ما ويعاقب عليه لا يعتبر العقاب شاملاً للجرائم التي وقعت قبل صدوره ، بحيث لا تتدرج تحت إطار النص الجديد.

غير أنه أورد بعض الباحثين في النظام الجنائي الإسلامي حالتين استثنائيتين يكون النص ذا سلطان محكم على الأفعال التي ارتكبت قبل صدور النص وهما:

الحالة الأولى : في الجرائم التي تهدد الجماعة وتشوش نظامها وتزعزع أمنها.

الحالة الثانية: إذا كان النص الجديد أصلح للجاني .

ومن الجدير ذكره أن الحالة الثانية وإن كانت محل وفاق بين الباحثين في النظام الجنائي ، إلا أن الحالة الأولى قد ثار حولها النزاع وانقسم الباحثون عن أنفسهم بين مؤيد ومعارض ، ففريق يرى جواز رجعية النص الجنائي في الجرائم التي تمس النظام العام وتهدد أمن الجماعة ^(١)، وفريق يرى عدم جواز ذلك ^(٢)، وقد قام عند كل فريق من الأدلة التي تدعم استقامة دعواه وصحة وجهته.

ونحن في هذا المبحث سنناقش الحالة الأولى ضمن المراحل التالية :-

أولاً : سبب نزول الآية .

ثانياً : دعوى نسخ آية المحاربة لفعل النبي صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً: دعوى عدم رجعية آية المحاربة .

(١) ويمثل هذا الاتجاه عبد القادر عوده من خلال كتابه التشريع الجنائي ٢٦٦/١.

(٢) ويمثل هذا الاتجاه محمد أبو زهرة من خلال كتابه " الجريمة " انظر ص ٣٣٠ وما بعدها ، وكذلك

محمد العوا من خلال كتابه " في أصول النظام الجنائي " ص ٧٦ .

الحالة الأولى :

وهو جواز رجعية النص الجنائي في الجرائم التي تمس نظام الجماعة وتهدد استقرارها وتعمل على تقويض أركان المجتمع العام، كالحراية التي تعتبر انتهاكاً صارخاً واعتداءً غاشماً على القيم الإجتماعية والنظم والأنفس البشرية على حد سواء، ولعظم شناعتها وفداحة خطرهما على الإنسان والمجتمع أنزل الله فيها قرآناً يُتلى إلى يوم القيامة ، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(١).

المرحلة الأولى: سبب نزول الآية :-

لقد تعدد الروايات بشأن نزول الآية ، وفيما يلي مجملها:-

أولاً : قيل أنها نزلت في المشركين ، إذ روى ابن عباس في قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ قال: ﴿ نزلت في المشركين ، منهم من تاب قبل أن يقدر عليه لم يكن عليه سبيل ، وليست هذه الآية للرجل المسلم ، فمن قتل وأفسد في الأرض وحارب الله ورسوله ثم لحق بالكفار قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يُقام فيه الحد الذي أصاب ﴾^(٢).

الرد : هذا يتعارض مع قوله تعالى: ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾^(٣) ، فالآية أفادت أن توبة المشرك نافعة له في كل حال قبل القدرة وبعدها^(٤).

(١) سورة المائدة : آية ٣٢ .

(٢) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب ٣٧: تحريم الدم ، باب ٩: ذكر اختلاف طلحة بن مصرف ومعاوية ... ١٦/٧ ، رقم ٤٠٥٧ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٣: الحدود ، باب ٣ : المحاربة ٧٠/٥ ، رقم ٤٣٧٢ ، قال ابن حجر في تلخيص الحبير أن الحديث إسناده حسن ١٣٩٢/٤ .

(٣) سورة الأنفال : آية ٣٨ .

(٤) ابن عطية: المحرر الوجيز ٤/٢٣٣ .

ثانياً: قيل أنها نزلت في أهل الكتاب ، إذ روى ابن عباس رضي الله عنه :
 { أن قوماً من أهل الكتاب كان بينهم وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد ،
 فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض } (١).

الرد : هذا يتعارض مع قول الله تعالى: ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ ، فأهل الكتاب تقبل توبتهم قبل القدرة وبعد القدرة عليهم ، وهذا بخلاف المحاربين إذ لا تقبل توبتهم إلا قبل القدرة ، قال تعالى: ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٢) (٣).

ثالثاً: قيل : { أنها نزلت في قوم أبي برزة الأسلمي (٤) ، وكان قد عاهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على ألا يعينه ولا يعين عليه ، فمر قوم من كنانة يريدون الإسلام وأبو برزة غائب فقتلوهم وأخذوا أموالهم } (٥).

رابعاً: قيل أنها نزلت في { أناس من عكل وعرينة قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم وتكلموا بالإسلام ، فاستوخموا (٦) المدينة ، فأمر لهم النبي صلى الله عليه وسلم بذود (٧) وراع ، وأمرهم أن يخرجوا فليشربوا من أبوالها وألبانها ، فانطلقوا حتى إذا كانوا بناحية الحرة كفروا بعد إسلامهم وقتلوا راعي النبي صلى الله

(١) أخرجه ابن جرير الطبري في تفسير سورة النساء ، آية ٣٤ ، رقم ١٨٠٧ ، وعزاه السيوطي إلى عبيد بن حميد عن الضحاك ، انظر: الدر المنثور ٦٦/٣ .

(٢) سورة المائدة : آية ٣٤ .

(٣) محمد شبير: الإسلام يعلنها حرباً ، ص ٨٨ .

(٤) اختلف في اسمه واسم أبيه ، وأصلح ما قيل فيه هو نضلة بن عبيد ، نزل البصرة وله بها دار ، وسار إلى خراسان فنزل مرو وعاد إلى البصرة ومات فيها سنة ٦٠هـ قبل موت معاوية ، وقيل مات سنة ٦٤هـ ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٣٨٦/٤ .

(٥) حكاة الرازي عن بعض أهل العلم في التفسير الكبير في تفسير سورة المائدة ، الآية ٣٤ ، قال الألباني: " لم أقف عليه لا في أبي داود ولا في غيره وليس له ذكر في الدر ولا في غيره " ، انظر: إرواء الغليل ٩٤/٨ .

(٦) استوخموا: استوخمه أي لم يستمرئه ، وخم بلدة: أي لم يوافق سكنها ، انظر ابن منظور : لسان العرب ٦٣١/١٢ : مادة وخم .

(٧) الذود: هو القطيع من الإبل ويكون من ثلاث إلى تسع ، وقيل من الثلاثة إلى العشر ، انظر المرجع السابق ١٦٨/٣ : مادة ذود .

عليه وسلم واستاقوا الذود ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فبعث الطلب في آثارهم ، فأمر بهم فسمّر^(١) أعينهم وقطع أيديهم وتركوا في ناحية الحرة حتى ماتوا على حالهم {^(٢) .

ولا يخفى رجاحة القول الرابع بأن الآية قد نزلت في العرينيين لصحة الحديث وخلوه من المعارض ، وبناءً على هذا الحديث فإن الآية قد نزلت لتبين حداً شرعياً جزاء فعل قد وقع قبل نزول الآية الكريمة .

المرحلة الثانية: دعوى نسخ آية المحاربة لفعل النبي صلى الله عليه وسلم :

ذهب طائفة من العلماء أن آية المحاربة ناسخة لفعل النبي صلى الله عليه وسلم بالمحاربين^(٣) ، واستدل أصحاب هذا الإتجاه بما يلي :-

أولاً: ما رواه أنس بن مالك: { أن نفرًا من عكل وعرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأسلموا واجتوا المدينة ... فأنزل الله قوله: ﴿ **إنما جزاء الذي يحاربون الله ورسوله** ﴾ {^(٤) .

الرد : هذا الحديث ليس فيه دليل النسخ لا بنص ولا معنى ، وإنما أفاد الحديث بنصه أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع أيدي المحاربين وفعل فيهم ما فعل ، فأنزل الله الآية ابتداءً لحكم جديد أو تأكيداً لفعل النبي صلى الله عليه وسلم^(٥) .

(١) سمّر: وفي حديث آخر سمّل أعينهم: فقأ أعينهم وهو بمعنى سمّر ، انظر المرجع السابق ٣٤٧/١١ ، ماد: سمّل.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٦٤: المغازي ، باب قصة عكل وعرينة ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٢٨ القسامة ، باب ٢: حكم المحاربين والمرتبدين ، ص ٦٥٩ ، رقم ١٦٧١ ، وأبو داود في سننه كتاب ٣٣: الحدود ، باب ٣: ما جاء في المحاربة ٦٧/٥ ، رقم ٤٣٦٤ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١ : الطهارة ، باب ٥٥: ما جاء في بول ما يؤكل لحمه ٦٣/١ رقم ٧٤ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٣٧: تحريم الدم ، باب ٧: تأويل قول الله عز وجل (إنما جزاء الذين يُحاربوا الله) ١٠١/٧ ، رقم ٤٠٣٦ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٢٠ : باب ٢٠ : ما حرب وسعى في الأرض فساد ٢٤٦/٣ ، رقم ٢٥٧٨ .

(٣) ذكره ابن حزم عن أناس ، أنظر المحلى ١٥٤/١٣ .

(٤) سورة المائدة : آية ٣٣ .

(٥) ابن حزم : المحلى ٣ / ١٥٥ ، القاضي عياض : إكمال المعلم / ٥ / ٤٦٣ .

ثانياً: جاء في السنة النبوية { أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع الذين سرقوا لقاحه، وسمل أعينهم بالنار ، عاتبه الله تعالى فأُنزل الله الآية : ﴿إنما جزاء الذي يحاربون الله ورسوله...﴾^(١)(٢).

الرد: هذا حديث مرسل ولفظه منكر جداً ، لأن فيه أن الله قد عاتب نبيه محمد صلى الله عليه وسلم في الآية ، وما يُسمع في الآية أي عتاب أصلاً ، كقول الله تعالى: ﴿عفا الله عنك لم أذنت لهم﴾^(٣)، وأما آية المحاربة فليس فيها أثر للمعاقبة^(٤).

ثالثاً: روي عن أنس بن مالك : { كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة }^(٥).

الرد : ليس في الحديث شيء يبين أن الآية قد نسخت فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما فيه رد على من يدعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد مثل بالمحاربين لعدم حسمهم وتركهم في الحرة حتى ماتوا ، وحاش أن يفعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٦).

(١) سورة المائدة : آية ٣٣ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٣٧: الحدود ، باب ٣: ما جاء في المحاربة ٧/٥٠ ، رقم ٤٣٧٠ ، والنسائي في سننه، كتاب ٣٧: تحريم الدم، باب ٩: ذكر اختلاف طلحة بن مصرف ومعاوية ... ١١٣/٧ ، رقم ٤٠٥٢ .

(٣) سورة التوبة : آية ٤٣ .

(٤) ابن حزم : المحلى ٣/١٥٥ .

(٥) أخرجه النسائي في سننه، كتاب ٣٧: تحريم الدم ، باب ١٠: النهي عن المثلة ، ٧/١١٧ ، رقم ٤٠٥٨ .

(٦) ابن حزم : المحلى ١٣/٥٥ .

لقد أورد القاضي عياض تفسيراً لعدم سقي النبي عليه السلام لهم ، فقال: " ليس فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك ، فقد أجمع المسلمون على أن من وجب عليه القتل فاستسقى لا يمنع من الماء قصداً ، إنما لم يسقوا معاقبةً لجنايتهم وكفرهم نعمة النبي عليه السلام عليهم ، وقيل بل عاتبهم الله بذلك لإعطائهم آل البيت " ، انظر إكمال المعلم ٥/٤٦٤ بتصرف .

يتبين لنا من خلال هذا العرض رجاحة من قال بعدم نسخ آية المحاربة لفعل النبي صلى الله عليه وسلم وذلك للأدلة الآتية :

أولاً: أن دعوى النسخ لا بد وأن تقوم على دليل صريح وبين يثبت صحة ادعاء النسخ ، وهذا ما يفتقر إليه الذين قالوا بالنسخ.

ثانياً: أنه لا يصار إلى النسخ إلا عند تعذر التوفيق بين الأدلة وعدم استطاعة الجمع بينها ، وقد أمكن الجمع بين فعل النبي صلى الله عليه وسلم وما يقتضيه ظاهر الآية الكريمة حسبما تقدم في مناقشة أدلة القائلين بالنسخ .

ثالثاً: أن ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بالمحاربين كان وحياً من الله ، ووفق إرادته ومشيبته ، ولم يأت به من تلقاء نفسه ^(١) ، قال تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى ﴾ ^(٢) .

المرحلة الثالثة: دعوى عدم رجعية آية المحاربة:

لقد جنح بعض كتاب العصر إلى رأي آخر مفاده أن النص الجنائي لا يرجع إلى الماضي ، وإنما يتم تنفيذه على الوقائع التي تحدث بعد وروده ، إذ لا يستساغ عقلاً أن يأخذ المشرع بمبدأ شرعية التجريم والعقوبة ثم يوقع العقاب على مخالفة ارتكبت قبل ورود النص ، وبالتالي فإنه لم يكن لجريمة الحرابة أي أثر رجعي .

قال صاحب هذا الإتجاه : " والصحيح في حكم هذه الآية أنها وإن نزلت في هؤلاء القوم من عكل وعرينة فإنها نزلت بعد عقابهم ، وأنها إنما نزلت تبين عقاب مرتكبي جريمة الحرابة وتنتهي عن المثلة التي ورد في بعض الروايات أنها ارتكبت في حق هؤلاء بسمل أعينهم ومنعهم الماء .

(١) النحاس: الناسخ والمنسوخ ، ص ١١٥ .

(٢) سورة النجم : آية ٣ - ٤ .

وقد ورد التصريح بذلك في صحيح البخاري^(١) ، ومسند أحمد ، وسنن أبي داود^(٢) أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود ...

فآيتنا الحرابية في سورة المائدة لم تطبقا على القوم الذين قتلوا راعي إيل الصدقة أصلاً ، وإنما عوقب هؤلاء بمقتضى النصوص العامة التي توجب المعاقبة بمثل الاعتداء ...

ومن هنا يتبين أيضاً أنه لم يكن ثمة أثر رجعي لتطبيق آيتي الحرابية، وتبقى القاعدة المقررة في التشريع الجنائي الإسلامي أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص^(٣).

ونحن نقف موقف المخالف لما تضمنه هذا النص، وذلك للأدلة التالية:-

أولاً : أن القول بأن الآية قد نزلت بعد عقاب الرسول لتبين عقوبة المحاربين وتنتهي عن المثلة أنه كلام غير متجه ، لأن الآية قد نزلت لتؤيد فعل النبي صلى الله عليه وسلم بالمحاربين ، إذ الآية جاءت موافقةً لفعله في قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف^(٤)، فمقتضى هذا الكلام أن حد الحرابية إنما ثبت في التشريع الجنائي بأمرين :

الأول : بالسنة الفعلية للنبي صلى الله عليه وسلم .

الثاني : بالآية القرآنية المؤكدة والمقررة لهذا الفعل .

(١) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ، حبر الإسلام والحافظ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، صاحب الجامع الصحيح - صحيح البخاري - والتاريخ ، والأدب المفرد ، ولد في بخارى ، ونشأ يتيماً وقام طويلاً في طلب الحديث ، أقام في بخارى فتعصب عليه جماعة ورموه بالتهمة فخرج إلى "خرتتك" من قرى سمرقند ومات فيها سنة ٨٧٠م، انظر ترجمته في تذكرة الحفاظ ٥٥٥/٢ ، تهذيب التهذيب ٤٧/٩ ، الأعلام ٦/٣٤ .

(٢) هو سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، إمام أهل الحديث في زمانه ، أصله من سجستان ، رحل في سبيل الحديث ، وصنف كتابه (السنن) ، توفي بالبصرة سنة ٨٨٩م، انظر ترجمته في تذكرة الحفاظ ٥٩١١/٢ ، الأعلام ٢٢/٣ .

(٣) محمد العوا: في أصول النظام الجنائي ، ص ٧٦ بتصرف .

(٤) ابن حزم : المحلى ١٥٥/٣ .

ثانياً: أما القول أن الآية قد نزلت لنتهى عن المثلة استناداً لما روى عن ابن سيرين (١) ، أنه حديث مرسل ، وقد ورد بصيغة التعليق في صحيح البخاري ، وأورده أبو داود في سننه بصيغة التمريض ، فقد جاء في سننه: وقد روي عن محمد بن سيرين ، قال : { فعل بهم النبي صلى الله عليه وسلم هذا قبل أن تنزل الحدود } (٢).

ثالثاً: أما القول بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عاقبهم بمقتضى مبدأ المماثلة في الشريعة الإسلامية ، فهذا ليس كلام دقيقاً ، إذ جاء الحديث في رواية أخرى عن أنس بن مالك قوله : { فصلب اثنين وقطع اثنين وسمل اثنين } (٣) .

ولم يرد عنهم أنهم صلبوا الراعي (٤) ، وهذا يؤكد أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم بالمحاربين جاء في ابتداء حد وإنشاء عقوبة صارمة لهذا الفعل الجنائي الذي ارتكبه ، والقران جاء مؤكداً للحد الجديد.

ونحن إذ نقول أن للنص الجنائي أثر رجعي في جريمة الحرابة باعتبارها من كبرى الجرائم وأعظمها فتكاً بالأمة وأشدها في زعزعة استقراره، بل وتذهب بأمن وطمأنينة البشر اللتين تعتبران من أهم مقومات الحياة الإنسانية ، ومن أجل نعم الله على الناس، قال الله تعالى مذكراً للناس بهذه النعمة: ﴿ فليعبدوا ربَّ هذا البيت . الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف ﴾ (٥).

(١) هو محمد بن سيرين البصري ، الأنصاري بالولاء ، أبو بكر ، إمام أهل زمانه في علوم الدين بالبصرة ، من أعيان التابعين ، ومن أشرف الكتاب ، مولده ووفاته في البصرة ، نشأ بزازا في إذنه صمم ، وتفقه وروى الحديث واشتهر بالورع وتعبير الرؤيا ، كان أبوه مولى لأنس بن مالك ، توفي سنة ٦٥٣ هـ ، انظر ترجمته في وفيات الأعيان ١٨١/٤ ، حلية الأولياء ٢٩٨/٢ ، الأعلام ١٥٤/٦ .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب ١: الطهارة ، باب ٥٥: ما جاء في بول ما يؤكل لحمه ٦٣/١ ، رقم ٧٣ .

(٣) أخرجه أبو عوانة في مسنده ، كتاب: الحدود ، باب بيان إقامة الحد على من يرتد عن الإسلام ٨٨/٤ ، رقم ٦١٢٢ .

(٤) أورد ابن حجر العسقلاني في فتح الباري نص ما يلي: " وزعم الواقدي أنهم صلبوا ، والروايات الصحيحة ترده " ٣٤٠/١ .

(٥) سورة قريش : آية ٤ .

إن مما لا شك فيه أن الإنسان لن يتذوق طعم الهناء ولذة العيش ولن يؤدي رسالته في الحياة - القيام بخلافة الله في أرضه - على الوجه الذي ارتضاه رب العزة ، في ظل حياة يملؤها الخوف ويحفها الذعر من كل جانب بما تخلفه هذه الجريمة النكراء في حياة الخلق والناس .

إن شعور الإنسان بالأمن على نفسه وماله وولده وعرضه هو سر بقائه في الأرض ، وهو مطلب أساسي لحفظ العنصر الإنساني وعدم انقراضه من الحياة ، لذا كان من مقتضيات العدل الإلهي أن يشرع عقاباً يتلاءم شدة ونكايته مع طبيعة هذا الجرم العظيم ، وأن يأخذهم بعقاب شديد وإن كان من غير سابق إنذار ، وذلك بغية الحفاظ على تماسك المجتمع ووحدته ، فإن ضرورة حفظ المجتمع العام أمر لا بد من إيجاده ، وكل من يتجرأ على خرقه يؤخذ أخذةً شديدةً ولا تقبل فيها الدعوى بعدم العلم بالعقاب المنوط بها ، وذلك تمثيلاً مع المنطق السليم ووفقاً لميزان العدل .

الحالة الثانية : جواز رجعية النص الجنائي إذا كان أصلح للجاني^(١) :

يراد بالنص الجنائي الذي هو أصلح للمتهم هو ذلك النص الذي من شأنه أن يجعل الجاني في وضع أحسن وحالة هي أفضل من ذي قبل ، وبموجب ذلك فإذا صدر نص جنائي أصلح للجاني وجب تطبيق هذا النص على الجاني ، ولو أن الجاني ارتكب الجريمة تحت حكم نص هو أشد عقوبةً^(٢) ، بمعنى امتداد سلطان النص الجنائي إلى ما قبل وروده إذا كان فيه خيراً وصلاحاً للجاني نفسه .

ومن الأمثلة البارزة على جواز هذا الإستثناء :

أولاً: الظهار^(٣) : لقد كان الظهار في الجاهلية وفي أول الإسلام طلاقاً ، أي أنه كان تصرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهاؤه ، ولم يكن يعتبر جريمة^(٤)

(١) انظر عبد القادر عوده : التشريع الجنائي ٢٠٧/١ ، محمد أبو زهرة : الجريمة ، ص ٣٣٠ .

(٢) محمد العاني : فقه العقوبات ، ص ٦٢ .

(٣) الظهار : هو قول الرجل لزوجته أنت علي كظهر أمي ، انظر الشوكاني : نيل الأوطار ٦/٧٨٨ .

(٤) عبد القادر عوده : التشريع الجنائي ١/٢٦٩ .

حتى { ظاهر أوس بن الصامت ^(١) من زوجته خولة ^(٢) فقال لها: أنت علي كظهر أمي ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم لتشتكيه فقالت : يا رسول الله ، كنت عنده وكان شيخاً كبيراً قد ساء خلقه وقد ضجر ، فدخل علي يوماً فراجعت به بشيء فغضب ، فقال : أنت علي كظهر أمي ، ثم خرج فجلس في نادي قومه ساعة ثم دخل علي فإذا هو يرادني عن نفسي ، فقلت : كلا والذي نفس خولة بيده ، لا تخلص إلي وقد قلت ما قلت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حرمت عليه ، فقالت أشكو إلى الله فاقتي ، ثم قالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي ونفست له بطني وظاهر مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حرمت عليه ، فكلمها قال لها ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم هتفت وصاحت : إلى الله أشكو فاقتي ، فنزل الوحي بقول تعالى : ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم ﴾ ^(٣) (٤) .

(١) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر ، الخزرجي ، الأنصاري ، أخو عبادة بن الصامت ، شهد بدرًا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو أول من ظاهر في الإسلام ، سكن بيت المقدس ، وتوفي بالرملة بأرض فلسطين سنة ٣٤هـ وهو ابن ٧٢ سنة ، انظر ترجمته في أسد الغابة ١/١٧١ .

(٢) هي خولة بنت مالك بن ثعلبة بن أصرم بن فهر ، ويقال لها خولة بنت حكيم ، هي من ربات الفصاحة والبلاغة ، استوقفت عمر بن الخطاب في طريقه ذات يوم فجعلت تعظه ، قيل لعمر حبست الناس على هذه العجوز ، فقال عمر : هذه امرأة سمع الله شكواها من فوق سبع سماوات طباق ، انظر ترجمتها في الإصابة ٨/١٤ ، أعلام النساء / ٣٨٢ .

(٣) سورة المجادلة : آية ١ - ٤ .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٧ : الطلاق ، باب ١٧ : في الظهار ٨٢/٣ ، رقم ٢٢٠٩ ، والنسائي في سننه ، كتاب ٢٧ : الطلاق ، باب ٣٧ : الظهار ٤٨٠/٦ ، رقم ٣٤٦٠ .

إذاً فالآية التي نزلت في الظهر قد اخرجته من باب التصرف إلى باب الجريمة ، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه (١).

ومما يؤكد رجعية هذا النص القرآني ، أن العقوبة - إخراج الكفارة - قد طبقت على واقعة حدثت قبل نزول النص القرآني بشأن حكمها ، فمعنى ذلك أن آية الظهر كان لها أثر رجعي (٢)، ووجه الصلاح الذي تضمنه النص الجديد - آية الظهر - هو أن التشريع الإسلامي قد أبقى على الحياة الزوجية وحفظها من أسباب الإنهيار بأن شرّع الكفارة للمظاهر ، ولم يجعل الظهر سبباً للتفريق بين الزوجين كما كان عليه الأمر في الجاهلية وأول صدر الإسلام .

ثانياً: القذف : { لما نزل قول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾ (٣) ، صعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر وقال: يا معشر المسلمين من يعذرنى في رجل قد بلغني أذاه في أهلي ، فوالله ما علمت على أهلي إلا خيراً ، ولقد ذكروا رجلاً ما علمت عليه إلا خيراً وما كان على أهلي إلا معي ، فقام سعد بن معاذ (٤) فقال: أنا أعذرك منه يا رسول الله ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه ، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك ، فقام سعد بن عبادة (٥) ، فقال وهو سيد الخزرج ،

(١) عبد القادر عوده : التشريع الجنائي ١/٢٧٠.

(٢) المرجع السابق ١/٢٧٠ .

(٣) سورة النور : آية ٤-٥.

(٤) هو سعد بن معاذ بن النعمان بن امرئ القيس ، الأوسي ، الأنصاري ، أمه كبشة بنت رافع ، أسلم على يد مصعب بن عمير لما أرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة ليعلم أهلها الإسلام ، شهد بدرًا وأحدًا والخندق ، مات متأثرًا بجرح أصابه في معركة الخندق ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٣١٣/٢.

(٥) هو سعد بن عبادة بن دليم بن حارثة ، الخزرجي ، الأنصاري ، كنيته أبو ثابت ، كان نقيب بني ساعدة عند جميعهم ، شهد بدرًا ، وكان سيداً جواداً ، صاحب راية الأنصار في المشاهد كلها لوجاهته ومكانته عندهم ، ولما توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم رغب في الخلافة من بعده وجلس في سقيفة بني ساعدة للمبايعة ، إلا أن الأمر لم يتم حتى بويع أبو بكر بالخلافة ، توفي بحوران سنة ١٤ هـ ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٢/٢٩٩.

وكان رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية ، أي سعد بن معاذ ، لعمر الله لا تقتله ولا تقدر على قتله ، حتى أوشك الحيان على الاقتتال ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يخفضهم حتى سكتوا { (١) .

إذا فالنص القرآني قد نزل بمناسبة حادث الإفك ، وبه قال سعيد بن جبير (٢) وبعض المفسرين (٣) ، حتى أن بعضهم من بالغ ونقل اتفاق العلماء على ذلك (٤) .
وبناءً على هذا يتضح لنا أنه كان للنص أثر رجعي ، لأن الحكم الوارد في الآية الكريمة قد طبق على واقعة سابقة لنزوله (٥) .

النظرة الموضوعية رجعية النص الجنائي الأصلح للجاني :-

أولاً: إن الأساس الذي يقوم عليه نظام العقوبات في الشريعة الإسلامية هو أساس الرحمة ، وهو أساس راسخ في الشريعة الإسلامية ومن أجله أرسل الله رسوله محمد صلى الله عليه وسلم إلى العالمين كافة ، قال تعالى: ﴿ وما أرسلناك إلا رحمةً للعالمين ﴾ (٦) والرحمة هذه تشمل الخلق والناس على سبيل العموم دون حصر أو استثناء.

- (١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٦٥ : تفسير القرآن ، باب ٦ : قوله تعالى : ﴿ لولا إذ سمعتموه ظنّ المؤمنون والمؤمنات بأنفسهم خيراً ﴾ ، ٦/٦ ، رقم ٤٧٥٠ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٤٩ : التوبة ، باب ١٠ : في حديث الإفك وقبول توبة القاذف ، ص ١٠٦٦ ، رقم ٢٧٧٠ ، والترمذي في سننه ، كتاب ٤٨ : تفسير القرآن ، باب ٢٥ : سورة النور ٤/١٨١ ، رقم ٣١٨٠ .
- (٢) هو سعيد بن جبير ، الأسدي ، الكوفي ، تابعي ، حبشي الأصل ، أخذ العلم عن ابن عباس وابن عمر ، وكان ابن عباس يأتي الكوفة فيستفتيه أهلها فيقول : أتسألوني وفيكم ابن أم دهماء؟ يعني سعيداً ، خرج على عبد الملك بن مروان مع عبد الرحمن بن الأشعث ، ولما قتل توجه سعيد إلى مكة فقبض عليه وأرسل إلى الحجاج فقتله ، انظر ترجمته في حلية الأولياء ٤/٣٠٢ ، الأعلام ٣/٩٣ .
- (٣) انظر في ذلك الطبري : جامع البيان ٩/٢٦٥ ، ابن عطية الأندلسي : المحرر الوجيز ١٠/٤٣٠ ، محمد دروزة : التفسير الحديث ١٢/٤٤٥٢ ، حاشية شيخ زادة ٦/١٩٥ .
- (٤) نقل هذا الإتفاق محمد القاسمي حيث قال: " بل لفظ الآية ينتظم العدة على سبيل الجمع والبدل لأنها - الآية - في قوله تعالى: ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ في أهل الإفك باتفاق أهل العلم والحديث والفقهاء والتفسير " ، انظر محاسن التأويل ١٢/٤٤٥٢-٤٤٥٣ .
- (٥) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ١/٢٦٦ .
- (٦) سورة الأنبياء : آية ١٠٧ .

إن نظام العقوبات من أبرز ما يصور لنا هذا المعنى ، إذ أن العقوبات تستهدف في مجموعها إصلاح المجتمع وتخليصه من الشوائب الخلقية والإضطرابات السلوكية التي تفتك به ، والأخذ به في طريق الرقي والنمو الحضاري القائم على أسس سليمة ، وكذلك إصلاح الجاني والرجوع به إلى طريق الحق والخير والرشاد ، بغض النظر عن الوسيلة التي تتبع في تحقيق هذه الغاية النبيلة والمقصد الرفيع^(١).

ولما كان الجاني لبنةً من لبنات المجتمع الإنساني الذي به ينهض المجتمع وبه يربو وينمو ، وعلى كاهله تبنى الحضارات ، فهو حقيق أن يقوم بأسلوب يتسم بالرحمة والعدل وبطريقة تحقق صلاحه واستقامته ، حفاظاً على شخصيته وكرامته وإيقاءً لإنسانيته وذاتيته وعدم امتهائها ، بغية أن يظل عضواً فعالاً في مجتمعه ويداً معطاءة للعالم الذي يحيط به.

إن العقاب في الشريعة الإسلامية لا يحمل معنى الإنتقام من الجاني^(٢) ، ولا يهدف إلى إرواء غليل القضاة والحكام وإشفاء غيظهم بإيقاع العقاب على الجاني، وإنما هو الأخذ بيد الجاني إلى ما فيه صلاح لدينه ودنياه وتخليصه من الرذائل الخلقية حتى ينشط في أداء رسالته والقيام في واجبه على الوجه الشرعي .

ثانياً: إن القول برجعية النص الجنائي الأصلح للجاني هو تحقيق لمصلحة المجتمع المتمثلة بجلب المنفعة له ودرء المفسدة عنه وعن أبنائه ، فقد تقتضي مصلحة المجتمع في طور من أطوار الحياة استبدال العقاب المنصوص عليه^(٣) من لائحة القانون الجزائي بعقاب آخر هو أصلح للحكم به ، فيتحقق به صلاح الجاني وصلاح المجتمع على حدٍ سواء ، وهذا بخلاف ما لو أوقعنا على الجاني العقاب

(١) لا أريد بهذه العبارة إهدار العقوبات المقدره التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ، فهي عقوبات لا سبيل لأحد من تغييرها أو تبديلها أو تحريفها ، وإنما أردت في ذلك أن ولي الأمر له أن يجتهد في اختيار العقوبة الأنجع والأصلح للجاني عند ارتكابه لجناية لم يرد بها نص .

(٢) محمد أبو زهرة: العقوبة ، ص ٤٧ ، فكري عكاز : فلسفة العقوبة ، ص ٥٠ .

(٣) المراد بهذه العبارة هي الجرائم التعزيرية التي نص عليها في قانون الدولة من حيث نوعية العقاب ومقداره المستحق لجريمة ما ، وليست العقوبات الحدية التي جاء بها التشريع الإسلامي .

المنصوص عليه ، فلربما يؤدي إلى سحق شخصية الجاني ، الأمر الذي قد يتسبب بإلحاق ضررٍ بالمجتمع ، إذاً فاتفق مصلحة الجاني مع مصلحة المجتمع تمليان أحياناً بوجوب رجعية النص الجنائي^(١).

شروط تطبيق الحالة :-

إن جواز رجعية النص الجنائي الأصلح للجاني لا بد أن يتوفر فيه أمران :

الأول : أن يجتهد ولي الأمر ويعمل فكره في النص الأول الموجب للعقاب، فيتأكد من جدوى فاعلية النص في إصلاح الجاني، فإذا تبين صلاحية النص الأول في مواجهة الجريمة أمضاه ، وإلا فعليه أن يعدل عنه إلى غيره^(٢).

الثاني : إذا تبين عدم جدوى النص الأول ، فعلى ولي الأمر أن يختار العقاب الأصلح للجاني ، وذلك حتى تتحقق غاية العقاب المتمثلة في إصلاح الجاني والمجتمع ، وهذا أمر يقتضي من ولي الأمر أن يكون على علم وبينه فيما يقع في المجتمع من مخالفات شرعية وسلوكيات محظورة ، الأمر الذي يستلزم توقد الذكاء وإعمال الفكر والاجتهاد في فهم النصوص الجنائية وما ترمي له من مقاصد وغايات، انطلاقاً من القاعدة الفقهية التي قررها جهابذة العلم الشرعي " أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة "

إن استنصاء ولي الأمر لكافة العقوبات واختيار العقاب الأصلح للجاني يقوم على أساس أن الحكم الاجتهادي الفرعي يختلف باختلاف الجناة وأحوالهم ، ويهدف إلى إصلاحهم في كافة شؤونهم الحياتية، السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية ... بشكل يتوافق مع ما تقتضيه مصلحة المجتمع ويتلاءم مع طبيعة الجرم ، لذا كان من محتمات الأمور أن يكون ولي الأمر عالماً بكتاب الله وما يتضمنه من أحكام وتشريعات ، عالماً بالسنة النبوية ، تتوفر لديه آلية الاجتهاد والوسيلة لفهم ما تدل عليه النصوص الشرعية فهماً صحيحاً.

(١) محمود حسني : شرح قانون العقوبات ، ص ١١٦ .

(٢) أنظر المرجع نفسه ، ص ١١٦ .

المعيار في اعتبار النص الأصل للجاني:

الأساس الذي يقوم عليه النص الأصل للجاني هو مراعاة المقاصد التي راعاها التشريع الإسلامي في كل جزء من أجزاء الفقه الإسلامي، وهي تعتبر مقياساً صالحاً ومعياراً عادلاً في بناء الأحكام عليها، سواء كانت أحكاماً جنائية أم أحكاماً تتعلق بالمعاملات أو الأحوال الشخصية.

هذا، ولقد رأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم لدى تطبيقه النص الجديد في الظهار - الحكم الأصلح للمظاهر - إنما أراد من ذلك أن يبقي استمرارية الحياة الزوجية بين المتظاهرين فإنه أحرى أن يؤدم بينهما، وأحرى كذلك أن تظل العلاقة الزوجية قائمة على حالها محافظةً على أصلها بعيدةً عن كل ما يعرقل مسيرتها.

فلو أمضى الرسول صلى الله عليه وسلم الحكم السابق وهو وجوب التفريق بين المتظاهرين كما كان عليه الأمر في أول الإسلام لأدى ذلك إلى وبال عظيم، فالبيت يتعرض للتصدع والإنهيار، والأولاد مهددون بالضياح في طرق التيه والفساد، والمرأة مهددة بانقطاع سبل الحياة أمامها فلا تجد من يعولها ويقوم على رعايتها، فتقع فريسةً سهلةً بين مخالب الأشرار والمجرمين، وبهذا تفقد المرأة كرامتها وتسحق هويتها وتذوب شخصيتها في بيئة الفساد والضياح، وفي هذا كله إضاعة للدين والنفس والنسل، لذا فإن استبدال المشرع النص الأول بنص آخر هو لحفظ المقاصد الضرورية للإنسان، فالمشرع أراد حفظ الدين والنفس والنسل من أي خطر يهددها.

وما يُقال بشأن الظهار يُقال كذلك بشأن القذف ، فلقد سرى الحكم الجديد الوارد بالآية الكريمة : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(١) ، على واقعة سبقت تشريعه ، وكان في هذا خير وصلاح للمجتمع والأفراد الذين قذفوا عائشة^(٢) ، ذلك أن هذا الحدث الذي وقع بالمجتمع الإسلامي الأول من شأنه أن يزعزع الثقة في قلوب بعضهم البعض ، ويذهب بالمحبة والمودة التي ضربت جذورها فيما بينهم عبر أعوام طوال ، فتتقلب المحبة إلى عداوة وتسقط من قلوبهم معاني الائتلاف والوحدة وتحل معاني الفرقة والإختلاف ، الأمر الذي يمس المجتمع أولاً ، ثم حياة أولئك الذين رموا عائشة ثانياً باعتبارهم أنهم لبنة من لبنات المجتمع ، فما يصيب المجتمع من خير أو شقاء ينعكس ذلك عليهم .

مجال تطبيق هذه الحالة :

لقد أوردنا سلفاً أن الإستثناء في رجعية النصوص الجنائية وجريانها على الأفعال التي تتركب قبل ورود النص الجنائي لا يكون إلا في حالتين :

أولاً: جواز رجعية النص الجنائي في الجرائم التي تمس صلب المجتمع وتشكل خطراً فادحاً على أمنه ونظامه .

ثانياً: جواز رجعية النص إذا كان أصلح للجاني .

أما بالنسبة للحالة الأولى فلا نرى هناك مجالاً لتطبيقها ، ذلك أن الشريعة الإسلامية قد تناولت الجرائم التي تمس صلب المجتمع ، ونصت على العقوبة المقدره لها ، وبينت كيفية تنفيذها ، وكل ما يتعلق بها من أحكام شرعية التي تضمن إيقاعها على مرتكبيها بصورة تتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية .

(١) سورة النور : آية ٤ .

(٢) هي عائشة بنت ابي بكر الصديق ، زوجة النبي صلى الله عليه وسلم ، أمها ام رومان بنت عامر ،

ولدت بعد البعثة بأربعة سنين ، تزوجها رسول الله وهي ابنة تسع ، كنيته أم عبد الله ، أشتهرت = بالعلم والفصاحة والشعر ورواية الحديث ، توفيت سنة ٥٨ هـ ودفنت بالبقيع ، أنظر ترجمتها في

الإصابة ٢٣١/٨ .

وتأسيساً على هذا فلا مجال للاجتهاد فيها من حيث تغييرها أو عدم تغييرها، إذ أصبحت من الثوابت الشرعية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، ولزماً على كل مسلم اجتنابها وعدم الوقوع في مغبتها، وإن خالف في شيء منها قضي أمره بحكم الله وفق ما شرعه الله في كتابه والرسول صلى الله عليه وسلم في سنته.

وأما مجال تطبيق الحالة الثانية فإنها تقع ضمن جرائم التعازير التي ترك أمرها لولي أمر المسلمين، يجتهد فيها حسبما تدعو له مصلحة الفرد والجماعة وحسبما يقوم عليه صلاح الخلق والناس.

فولي الأمر له أن يستبدل عقوبةً تعزيريةً نص عليها في لائحة القانون الجزائي بعقوبة أخرى إذا ارتأى في ذلك مصلحة الجاني والمجتمع، ولا بد في هذا من مراعاة أحوال الجناة واختلاف شخصياتهم وبيئاتهم، فما يعد عقاباً صالحاً لشخص قد لا يكون صالحاً لآخر، وما يعد مناسباً للجاني في لحظة أو ظرف قد لا يكون صالحاً له في ظرف آخر، لذا فإننا نجد أن الشريعة الإسلامية قد تركت هذا الأمر لولي أمر المسلمين يجتهد فيها حسبما تمليه المصلحة الخاصة والعامة وحسبما تقرره القواعد العامة للشريعة الإسلامية.

الفصل الثالث القياس في الحدود

وفيه :

التمهيد :

المبحث الأول:

تحرير محل النزاع وتصوير مذاهب العلماء .

المبحث الثاني:

أدلة المذهب الأول ومناقشتها .

المبحث الثالث:

أدلة المذهب الثاني ومناقشتها.

المبحث الرابع :

الرأي المختار .

التمهيد :

ترتبط مسألة القياس في الحدود إرتباطاً لازماً في جوهر بحثنا في شرعية التجريم والعقوبة ، ذلك أن مقتضى المبدأ أن الإنسان لا يؤخذ على فعل ارتكبه وتبرء ذمته من العقاب حال عدم ورود نص يحرم الفعل الذي وقع منه .

الأمر الذي سنتولى بحثه هو هل من صلاحية ولي الأمر أن ينشأ عقوبةً حديةً قياساً على حد ورد تقديره من الشارع الحكيم ؟

هذه المسألة من جملة المسائل التي اختلف فيها علماء الأصول وانقسموا عن أنفسهم بين معارض ومؤيد ، فريق يرى جواز ذلك ، وآخر يعارض ، وقام عند كل فريق أدلة وبراهين تقوي حجته .

وقبل أن نخوض في معترك هذا الخلاف الأصولي نود ان نذكر أن هذه المسألة تتدرج تحت شرط حكم الأصل ، وهو أن يكون حكم الأصل معللاً بعلّة معقولة أي بعلّة يستقل العقل بإدراكها ، حتى يمكن تعدية حكم الأصل إلى الفرع وإلحاقه به .

ذلك أن مبنى القياس هو اشتراك الأصل والفرع في علّة الحكم ، فيعدى حكم الأصل إلى الفرع عندئذٍ ، فإذا كان حكم الذي ورد به النص غير معلل أو لا يستقل العقل بإدراك علته فلا مجال للقياس لتعذر إلحاق الفرع بالأصل (١) .

ولهذا نجد نصوصاً لبعض العلماء تبين أنه لا قياس في الحدود ، وآخر يرى إمكانية إجراء القياس في الحدود .

وبناءً على ماتقدم سأقوم بإذن الله بدراسة آراء المذاهب دراسةً مقارنةً ، ذاكراً حجة كل فريق فيما وقع عليه نظري ، آخذاً ذلك من مصنفات أنصار المذهب ومناقشتها مناقشةً أصوليةً ثم الخلوص إلى الترجيح مع ذكر السبب .

(١) عمر عبد الله : سلم الوصول ، ص ٢٨٠ .

المبحث الأول

تحرير محل النزاع وتصوير مذاهب العلماء

محل الإتفاق :

أولاً : إتفقوا على عدم جريان القياس فيما لا يعقل معناه , أو على أصل لم تظهر فيه دلالة تدل على عليته (١).

ثانياً : إتفقوا على عدم جواز إجراء القياس في كل ما ورد به نص من الشارع أو إجماع على إمتناع القياس فيه , كالإتفاق على أن المريض لا يقصر وإن ساوى المسافر في الفطر (٢) .

محل الخلاف :

أولاً : إختلفوا في جواز إجراء القياس على أصل عقل معناه من الحدود (٣) .

ثانياً: إختلفوا في جواز إجراء القياس في إبتداء حد أو إنشائه .

سبب الخلاف :

أولاً : هل التعبد بالقياس وقع مطلقاً من غير تخصيص ببعض الصور أو بعض الحالات أو استثناء بعضها , أم أنه وقع في بعض الصور والأحوال (٤) .

ثانياً : هل في الشريعة جملة من المسائل يعلم أنه لايجوز ان تدل دلالة على علة أحكامها فيمتنع استعمال القياس فيها في الجملة , أو ينبغي أن تستقرأ مسألة مسألة (٥) .

(١) أبو الحسين البصري : المعتمد ٢/٢٦٥ ، الشوكاني : إرشاد الفحول ٢/٩٢٥

(٢) الجويني : البرهان ٢/٧٠

(٣) الزركشي : البحر المحيط ٥/٩٨ ، الرهاوي : حاشية الرهاوي ، ص ٧٦٦

(٤) عيسى منون : نبراس العقول ، ص ٧٥ .

(٥) أبو الحسين البصري : المعتمد ٢/٢٦٥ .

تصوير مذاهب العلماء :

المذهب الأول : ذهب كل من المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، إلى جواز إجراء القياس في الحدود من حيث ابتداء الحد وانشائه قياساً على حد ثبت تشريعه .

المذهب الثاني : ذهب الحنفية^(٤) إلى عدم جواز إجراء القياس في الحدود .

الأصل الذي يقوم عليه أنصار هذا المذهب أنهم لا يبتدئون إيجاب حد بقياس في غير ما ورد فيه التوقيف ، فلا يثبتون حد السرقة في غير السرقة من نحو المختلس أو المنتهب أو الخائن قياساً على السارق .

أما الاستدلال عن طريق القياس على مواضع الحدود فهو مشروع عندهم بشرط ألا يوجب حدًا في غير ما ورد به التوقيف^(٥) .

(١) محمد الشنقيطي : نثر الورود ٨٢٦/٢ ، عبد الله الشنقيطي : نشر البنود ٦٩/٢ .

(٢) الأسنوي : نهاية السؤل ٨٢٦ / ٢ ، الرازي : المحصول ٤ / ١٢٩٢ ، الأمدي : الأحكام في أصول الأحكام ٤ / ٥٤ .

(٣) ابن قدامة : روضة الناظر ٢٩٨/٢ ، ابن النجار : شرح الكوكب المنير ٢٢٠/٤ .

(٤) ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ٣٠٦/٣ ، أمير باد شاه : تيسير التحرير ٤ / ١٠٧ ، الأنصاري : فواتح الرحموت ٢ / ٣٨١ ، الجصاص : أصول الجصاص ٢ / ٢٦٦ .

(٥) الجصاص : أصول الجصاص ٢ / ٢٦٧ .

المبحث الثاني

أدلة المذهب الأول ومناقشتها .

لقد استدلت أنصار المذهب الأول على جواز إجراء القياس في الحدود بالنص والإجماع والقياس والمعقول .

أولاً : النص :

إن النصوص الواردة بالتعبد بالقياس جاءت على سبيل الإطلاق من غير تقييد حالة دون أخرى ، وهذا دليل الجواز ، وإلا لوجب تفصيل ذلك و تبيينه ، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة غير جائز (١) ، ومنها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً (٢) إلى اليمن قاضياً قال له : { كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ، قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ ، قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله ، قال أجتهد رأيي ولا ألو - لا أقصر - فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله } (٣) .

(١) الجزري : معراج المنهاج ١٣٧/٢ ، الأسنوي : نهاية السؤل ٨٢٦/٢ ، الشوكاني : إرشاد الفحول

٢ / ٩٢٥ ، شرح البديخي ٣ / ٤٢ ، ابن السبكي : الإبهاج في شرح المنهاج ٣ / ٣٠ .

(٢) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائذ ، الأنصاري ، الخزرجي ، كنيته أبو عبد الرحمن ، وقد نسبه بعضهم إلى بني سلمة بن سعد ، قيل أنه ولد له ولد هو عبد الرحمن وقاتل معه يوم اليرموك وبه كان يكنى ، وهو أحد السبعين الذين شهدوا العقبة من الأنصار ، أخى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين عبد الله بن مسعود ، شهد بدرًا والمشاهد كلها ، مات في ناحية الأردن في طاعون عمواس سنة ١٨ هـ ، انظر ترجمته في الإستيعاب ٣ / ٤٥٩ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ١٩ : الأفضية ، باب ١١ : إجتهد الرأي في القضاء ٢١٥/٤ رقم

٣٥٨٧ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٣ : الأحكام ، باب ٣ : ما جاء في القاضي كيف يقضي ٣٣٠/٢ رقم ١٣٢٧ ، وقال هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وليس إسناده عندي بمتصل .

الرد : إن أريد بأن أدلة القياس تدل على جريانه في الأحكام الشرعية مطلقاً سواء وجدت الأركان والشروط أم لم توجد فهو ممنوع ظاهر الفساد , وإن أريد بأن دلالتها عليه تنحصر عند حصول الأركان والشروط فمسلم (١) .

الرد : إن القول بعدم التسليم في إمكان حصول الأركان والشروط في هذه الصورة - في الحدود - غير مسلم به , لأن العقل يحكم بأنه لا يمتنع عقلاً أن يشرع الشارع الحد لأمر مناسب ثم يوجد ذلك المناسب في صورة أخرى , كقياس النباش على السارق في وجوب القطع بجامع أخذ مال الغير خفية من غير حرز مثله (٢) .

ثانياً : الإجماع :

أن الصحابة لما تشاوروا فيما بينهم في حد شارب الخمر قاس علي حد الشرب على حد القذف ولم ينكر ذلك عليه فعد ذلك إجماعاً , قال علي رضي الله عنه : { إذا سكر هذى و إذا هذى افترى فحده هو حد المفترى } (٣) .

الرد من وجهين :

أولاً : إن الذي ننكره هو إيجاب حد بقياس في غير ما ورد به التوقيف , فأما استعمال الاجتهاد في شيء ورد فيه التوقيف فيتحرى فيه معنى التوقيف فهذا جائز , وقياس الصحابة من هذا القبيل وهو من قبيل الاستدلال بالنص (٤) .

(١) ابن أمير الحاج : التقرير و التحبير ٣/٣٠٦ ، الأنصاري : فواتح الرحموت ٢/٣٨١ .

(٢) السبكي : الإبهاج ٣/٣٠ ، عيسى منون : نبراس العقول ، ص ١٢٤ .

(٣) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، كتاب ٤٢ : الأشربة ، باب ١ : الحد في الخمر ٢/٣٥١ رقم ١٦١٥

والدارقطني في سننه ، كتاب : الحدود والديات وغيره ٣/١١٢ رقم ٣٢٩٠ ، والبيهقي في معرفة

السنن والآثار ، كتاب : الأشربة ، باب : عدد حد الخمر ١٣/٥٠ ، رقم ١٧٤٢٣ .

(٤) ابن أمير الحاج : التقرير و التحبير ٣/٣٠٦ .

الرد : هذا الكلام لا تقوم به حجة لأنه قياس من حيث المعنى لوجود شرائط القياس فيه ولا عبرة بالتسمية (١) .

ثانياً : إن الحد لم يثبت بالقياس بل ثبت بإجماع الصحابة المزيل لشبهة القياس (٢) .

الرد : هذا الكلام غير وجيه بدليل إختلاف الفقهاء في مقدار حدّ الشارب , فلقد أوجب الشافعية (٣) على الشارب أربعين جلدَةً , وبينما أوجب الحنابلة ثمانين جلدَةً في رواية عندهم (٤) , فلو كان إجماعاً لما وقع الخلاف , لأن الإجماع حجة محتمة يجب المصير إليه , ثم إن القول بعدم حجة القياس في الحدود هو إبطال لمذهب الصحابة في إثبات الحكم بالقياس حال عدم ورود النص (٥) .

ثالثاً : القياس :

لما صح جواز إثبات الأحكام بخبر الأحاد وهو دليل ظني , فمقتضى ذلك جواز إثبات الحد بالقياس الذي هو دليل ظني أيضاً (٦) , وقد أجاز أبو يوسف (٧) إثبات الحدود بخبر الأحاد (٨) .

(١) الأسنوي : نهاية السؤل ٨٢٧/٢ .

(٢) الأنصاري : فواتح الرحموت ٣٨١/٢ .

(٣) أبو بكر الحسيني : كفاية الأخيار , ص ٦٧٧ .

(٤) ابن قدامة : المغني ٤٩٨/١٢ .

(٥) عمر عبد الله : سلم الوصول , ص ٢٩٣ .

(٦) السمعاني : قواطع الأدلة ٢ / ١٠٩ , الشيرازي : التبصرة, ص ٤٤١ , الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٥٤/٤ .

(٧) هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم , ولد سنة ١١٣ هـ أخذ من أبي حنيفة الفقه , كان فقيهاً علامةً من حفاظ الحديث , ولي القضاء في عهد المهدي والهادي والرشد , هو أول من وضع كتاباً في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة , توفي سنة ٧١٢ هـ , من مصنفاته : (الأمالي) و(إختلاف الأمصار) , انظر ترجمته في تاج التراجم , ص ٢٨٢ , الأعلام ١٩٣/٨ .

(٨) الأنصاري : فواتح الرحموت ١٧٣/٢ , أبو الحسين البصري : المعتمد ٢٦٥/٢ , ابن الهمام : التحرير ٨٨/٣ .

الرد : إن في القياس شبهة في أصله ، لأن الوصف الذي هو مناط الحكم لا يدل عليه النص عبارةً أو إشارةً أو دلالةً أو إقتضاءً ، فتعيينه من بين سائر الأوصاف بالرأي لا ينفك عن شبهة وهذا بخلاف خبر الآحاد ، فإن أصله كلام النبي صلى الله عليه وسلم وأنه يوجب العلم يقيناً وإنما دخلت الشبهة في طريق الإنتقال إلينا ، وقد كان كلامه صلى الله عليه وسلم حجةً قبل الإنتقال إلينا (١) .

الرد : جملة القول أن خبر الآحاد ظني في الثبوت وقد يكون قطعياً في الحكم ، والقياس هو قطعي في الثبوت وقد يكون ظنياً في دلالاته ، فاجتمع في كل من الدليلين ما يفيد الظن وما يفيد القطع فتساويا .

رابعاً : المعقول :

إن القياس يثبت في غير الحدود ، ذلك لأن العمل بالقياس مغلب على الظن فوجب العمل به (٢) .

الرد : إنما ذكر من الدلائل هو ظني والصورة المتنازع عليها هي مسألة أصولية قطعية فلا يسوغ التمسك بالظن فيها (٣) .

الرد : لا نسلم بأن المسألة قطعية (٤) .

(١) النسفي : كشف الأسرار ٢/٢١٠ .

(٢) عضد الدين : العضد ، ص ٣٣٧ ، الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٤/٥٤ .

(٣) الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٤/٥٤ .

(٤) المصدر السابق .

المبحث الثالث

أدلة المذهب الثاني ومناقشتها .

استدل الحنفية بعدة أدلة نجلها على النحو التالي :

أولاً: إن الحدود تدرأ بالشبهات لقوله صلى الله عليه وسلم : { إدرؤوا الحدود بالشبهات } ^(١) والقياس موضع شبهة لإحتماله الخطأ , وكل ما فيه شبهة لا يجوز إثبات الحد فيه , فلا يجري القياس في الحدود ^(٢) .

الرد من عدة وجوه :

- ١- إن الشبهة الدارئة للحد هي في تحقق السبب الموجب للحد , والحديث محمول عليه والمأمور به هو عدم الإحتيال في ثبوت الحد كي لا يثبت , وليست الشبهة في الحديث هو اسقاط ما ثبت من الشرع لشبهة في دليله غير مانعة من وجوب العمل بمقتضاه ^(٣) .
- ٢- ثم إن الشبهة الناشئة من احتمال القياس للخطأ لا نسلم بها , وإن سلمنا باحتمال الخطأ فيه لا نسلم أن ذلك يكون شبهةً مع ظهور الظن الغالب ^(٤) .
- ٣- إن الشبهة الواردة في الحديث مأخوذة من الاشتباه , وهو تعارض موجبين أحدهما يقتضي وجوب الحد والآخر يقتضي عدمه , فاشتبه الأمران فسقط

(١) هذا الحديث مروى عن عائشة مرفوعاً بلفظ {ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم , فإن الإمام أن يخطأ في العفو خير من أن يخطأ في العقوبة } , أخرجه الترمذي في سننه , كتاب ١٥ : الحدود , باب ٢ : ما جاء في درء الحدود ٣٩٢/٢ , رقم ١٤٢٤ , أخرجه موقوفاً وموصولاً وقال الموقوف اصح , والدار قطني في سننه في أوائل كتاب الحدود والديات وغيره ٣ / ٦٨ رقم ٣٠٧٥ , والبيهقي في السنن الكبرى , كتاب الحدود , باب : ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٤١٣/٨ , رقم ١٧٠٥٧ .

(٢) الأنصاري : فواتح الرحموت ٣٨١/٢ , ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ٣٠٦/٣ , أمير باد شاه : تيسير التحرير ١٠٣/٤ .

(٣) عيسى منون : نبراس العقول , ص ١٢٧ , الأنصاري : فواتح الرحموت ٣٨١/٢ .

(٤) الأمدي : الأحكام في أصول الأحكام ٥٥/٤ .

الحد ، أما القياس إذا لم يفد القطع فالراجح أنه موجب للحد والمرجوح ملغي في جميع مراتب الظنون فلم يتعارض موجبان حتى تحصل الشبهة (١) .

ثانياً : أن الحدود مشتملة على تقديرات لا تعقل كعدد المائة في جلد الزاني ، فإن العقل لا يدرك الحكمة باعتبار خصوص هذا العدد ، والقياس فرع تعقل المعنى في حكم الأصل (٢) .

الرد : إن القول بأن الحدود مشتملة على تقديرات لا يعقل معناها ، فنحن نسلم بأن غير معقول المعنى لا قياس فيه ، لكن نقول بجريان القياس فيما عقل معناه وأدركت علته لا فيما لا يعقل معناه ، وإن إيجاب الحد بالقياس إنما هو معقول بما علم في مسائل الخلاف لا إنه مجهول (٣) .

ثالثاً : إن الحدود للردع و الزجر ومقدار ما يحصل به الردع والزجر لا يعلمه إلا الله ، فمقادير العقاب لا تعلم إلا عن طريق التوقيف (٤) .

الرد :

لو كان هذا دليلاً في نفي القياس في الصورة المتنازع عليها ، لوجب أن يجعل أيضاً دليلاً في نفي القياس في سائر الأحكام الشرعية ، كما قال به نفاة القياس إذ قالوا : إن الأحكام شرعت لمصلحة المكلفين ، والمصلحة لا يعلمها إلا الله فوجب ألا يعمل فيها بالقياس (٥) .

(١) القرافي : نفائس الأصول ٣٧٧٧/٨ .

(٢) ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير ٣٠٦/٣ ، النسفي : كشف الأسرار ٢١٠/٢ ، الأنصاري : فواتح

الرحموت ٣٨١/٢ ، أمير باد شاه : تيسير التحرير ١٠٣/٤ .

(٣) الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٥٥/٤ .

(٤) الجصاص : أصول الجصاص ٢٦٧/٢ .

(٥) الشيرازي : التبصرة ، ص ٤٤٢ .

المبحث الرابع

الرأي المختار

بعد أن تم عرض وجهة كل مذهب وما حشده من أدلة تدعم صحة ما ذهب إليه، ومن ثم مناقشتها ، أجدني أميل إلى ترجيح رأي القائلين بجواز إجراء القياس في الحدود وذلك لما يلي :

أولاً : قوة حجة الجمهور وعدم استسلامهم لمناقشة الطرف المنازع لهم .

ثانياً : ضعف أدلة الحنفية إذ لم تسلم من معارضة ومناقشة الجمهور لها ، فأما دليلهم الأول وهو أن الحدود تدرأ بالشبهات فهو دليل قاصر في إسناد حجتهم لعدم إدراك المعنى المراد من الحديث تماماً .

وأما الدليل الثاني وهو عدم جواز إجراء القياس في الحدود لاشتمالها على تقديرات لا يمكن تعقل معناها ، فهو ليس محل خلاف بين الطرفين ، ذلك أن الجمهور يقولون أصالةً بعدم جواز إجراء القياس فيما لا يعقل معناه ، أما ما يدرك معناه فلا مانع من إجراء القياس فيه .

وأما بالنسبة للدليل الثالث وهو أن الحدود للردع والزجر وهو أمر لا يعلم تقديره إلا من الشارع فهذا حجة عليهم لا لهم ، لأنهم يجيزون إجراء القياس في غالب الأحكام الشرعية ، علماً بأنها قد تتضمن عللاً وأسباباً يتوقف تقديرها على الشارع ، فنراهم مثلاً قد أوجبوا الكفارة على المرأة بسبب الجماع في نهار رمضان قياساً على الرجل (١).

ويمكن أن يرد على هذا القياس بمثل قولهم ، وهو وأن الكفارة قد شرعت للردع والزجر ولا يعلم مقدار ما يحصل به الردع والزجر إلا الله .

(١) أنظر ابن الهمام : شرح فتح القدير ٢/٢٦٣ .

ثالثاً : إن القول بإجراء القياس في الحدود هو من مقتضيات العدل الإلهي الذي كتبه الله على نفسه , فليس من العدل أن يعاقب إنسان بعقوبة حدية على جرم ما ويعفى آخر من الحد عند ارتكابه نظير الجرم.

رابعاً : إن إثبات الحدود بالقياس يحقق مرونة الشريعة الإسلامية ويحفظ صلاحيتها في كل زمان ومكان بغض النظر عن تباعد الأزمان واختلاف البيئات , بل ويعمل على حفظ مقاصد الشريعة الإسلامية في كل بيئة وعصر حتى تسير قافلة الحياة البشرية بأمن وسلامة واطمئنان .

الفصل الرابع

الضوابط التي تضمن عدم خرق الإجتهااد للمبدأ

وفيه :

المبحث الأول:

سلطة ولي الأمر .

المبحث الثاني:

النظر إلى ذاتية الفعل وما يترتب عليه من مفسدة.

المبحث الثالث:

النظر إلى ظرف الجاني .

المبحث الأول

سلطة ولي الأمر

وفيه :

المطلب الأول:

حسن اختيار ولي الأمر .

المطلب الثاني:

تحديد سلطة ولي الأمر .

المطلب الثالث:

إحتكام ولي الأمر إلى نصوص الشريعة

المطلب الأول

حسن اختيار ولي الأمر

إن موضوع اختيار ولي الأمر له أهمية بالغة تجعله جديراً للبحث من جميع جوانبه ، فسلطة ولي الأمر هي إحدى السلطات الأساسية التي يقوم عليها بناء الدولة، وبقدر ما يكون ولي الأمر موفقاً يكون حظ الجماعة سعيداً .

ومن أجل ذلك أولى الإسلام عنايةً فائقةً بسلطة ولي الأمر ، وجعل القيام بهذه السلطة فرضاً من فروض الكفاية ، ويصير القيام به فرض عين إذا أهمل المسلمون هذا الجانب وعطلوه في حياتهم .

لذا فإننا نجد المصنفات الفقهية قد تناولت الحديث عن سلطة ولي الأمر من حيث وجوب اختياره ، والشروط التي لا بد من توافرها فيه ، والطرق التي يتم اختياره بها ، وما إلى ذلك من الأحكام ، ولذا كان لا بد من توافر صفات معينة فيمن يتولى إصدار الأحكام ، ومنها :

أولاً : العلم بالأحكام الشرعية ومقاصدها :

إن من مستلزمات الحكم على أفعال الناس ، أن يكون ولي الأمر عالماً بالسنة والآثار ، عالماً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وأحكام القرآن ، ووجوه الفقه ، واختلاف العلماء ، وذلك لأن المقصود من ولاية أمور الناس : " هو إصلاح دين الخلق الذي متى فاتهم خسروا خسروا مبيناً ، ولم ينفعهم ما نعموا به في الدنيا ، وإصلاح ما لا يقوم الدين إلا به من أمر دنياهم ، وهو نوعان :

الأول : قسم المال بين مستحقيه .

الثاني : عقوبات المعتدين " (١) .

ولا شك أن هذا يتطلب العلم بالأحكام الشرعية وما انطوت عليه من مقاصد جليلة ، وحكم رفيعة .

ثانياً : أن يكون ملاحظاً للنفع العام ولا يتحيز .

ينبغي أن يكون ولي الأمر ملاحظاً للنفع العام ولا يجعل للميول النفسية موضعاً في إصدار الأحكام ، فلا يغضب إلا الله ، ولا يحكم إلا بما أنزل الله ، يريد بذلك دفع الفساد واستئصال شأفة الإجرام من المجتمع (٢) .

وإذا قلنا بأن إرادة الخير واستئصال الفساد هو الباعث على تجريم الفعل دون أن يكون للهوى أو للنفس سبيل إلى ذلك ، فإن هذا لن يتحقق إلا إذا استرشد ولي الأمر بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وجعل من القرآن والسنة رائدين له في معرفة حكم الشرع .

يقول ابن تيمية : " والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات ما يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه ، كما لا يشرع لهم من العبادات التي يتقربون بها إلى الله إلا ما دل الكتاب والسنة على شرعه ، إذ الدين ما شرعه الله ، والحرام ما حرمه الله ، بخلاف الذين ذمهم الله ، حيث حرموا من دون الله ما لم يحرمه ، وأشركوا به ما لم ينزل به سلطاناً ، وشرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله " (٣) .

إن اختيار ولي الأمر وفق الشروط السابقة يعني تنفيذ أحكام الدين في حياة الناس ، وصبغ المجتمع الإنساني بالصبغة الإسلامية التي تحقق العدل ، وتضمن لهم

(١) ابن تيمية : السياسة الشرعية ، ص ٢٤ ، بتصرف .

(٢) أبو زهرة : الجريمة ، ص ٣١٧ .

(٣) السياسة الشرعية ، ص ١٥٧ .

مصالحهم ، وتدفع عنهم المفسد ، وتدفعهم نحو التقدم والرقي الحضاري الذي تتادي به حناجر المجددين ودعاة الإصلاح في كل زمان ومكان .

إن فكرة إصلاح المجتمع ، وترميم ما آل منه للسقوط والانهيال تبدأ بإصلاح أجهزة القضاء ودور الحكم ، ذلك أن لها من الصلاحية والمؤهلات التي تمكنها من إيجاد مجتمع فاضل بعيد عن القلاقل والاضطرابات ، وسلب الحقوق وإضاعتها ، واستئثار قوى الشر والفساد بزمام المجتمع ، فكان لأبد من وضع معايير ثابتة وموازن سليمة يتم بموجبها انتقاء من يصلح للقضاء والحكم وفق استعدادات عالية وشروط منضبطة ، التي تخول ولي الأمر من تغيير الفساد المتفشي ، وتعزيز سلطة القانون وسيادة الدستور وإنفاذه على الناس لإيصال الحقوق إلى أصحابها ، فلا يطغى الفرد على الجماعة ولا تطغى الجماعة على الفرد ، بل تسير مصالح الطرفين باتساق وانسجام تامين ، ليعيش الناس تحت سقف واحد تسودهم المحبة وتنتشر فيهم الطمأنينة والهدوء ، ويسيروا بخطى ثابتة نحو السعادة والاستقرار الحياتي .

المطلب الثاني

تحديد سلطة ولي الأمر

إن سلطة ولي الأمر فيما يتعلق بالنظام العقابي محدودة جداً ، لا تعدو حدود تفهم النص وبيان ما يراد منه وما ينطبق عليه ، وليس له أن يحكم بما يخالفه ، وبالتالي لا مجال له للاجتهاد في تقدير العقوبات الحدية أو إدخال تعديل عليها من زيادة أو نقصان ، ذلك أن مردها إلى الشرع الذي لا سبيل للعقل إليه ، وأما في مجال التعازير فإنه موكل إلى ولي الأمر ليحكم به حسبما يؤدي إليه اجتهاده وما يرتئيه من مصلحة حقيقية .

ينبغي لولي الأمر أن يكيف النصوص الواردة في القرآن والسنة على نحو لا يتصادم مع النصوص الشرعية ، بل ينصبُّ اجتهاده في النص الشرعي من حيث توسيع دائرة تطبيقه وتفهم مراميهِ وإدراك معانيهِ التي قد تغيب عن بعض أفراد الناس (١) .

وبناءً على ما تقدم فإن سلطة ولي الأمر تتحدد بإصلاح أمر الرعية في دينهم ودنياهم بحسب الإمكان ، يقول ابن تيمية : " فإذا اجتهد الراعي في إصلاح دينهم ودنياهم بحسب الإمكان كان من أفضل زمانه ، وكان من أفضل المجاهدين في سبيل الله " (٢) .

يقول ابن عاشور : " وكل مؤتمن على حق فتصرفه فيه منوط بالمصلحة بحسب اجتهاده المستند إلى الوسائل المعروفة في استجلاب المصالح ، فليس له أن يكون في تصرفه جباراً ولا مضياًعاً " (٣) .

(١) عبد السلام العالم : نظرية السياسة الشرعية ، ص ٢٤ .

(٢) السياسة الشرعية ، ص ٢٤ .

(٣) مقاصد الشريعة ، ص ٥٠٦ .

وهذا ما أكده القرافي بقوله: " اعلم أن كل من ولي من الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة لقوله تعالى: ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ (١) (٢) .

إذا فإن اجتهاد ولي الأمر في التجريم والعقاب مقيد بما يلي (٣) :

أولاً : التفسير المصلي للنصوص الجنائية :

يتم ذلك بالنظر والبحث في مقاصد النصوص والمصالح المتوخاة من أحكامها ، واستخراج معانيها ومقتضياتها وفق ما لاح من مقاصد ومصالح دون تكلف أو تعسف ، وهذا التفسير ليس سوى إعمال للأصل المقرر وهو أن أحكام الشريعة كلها حين نفهم مقاصدها وبعدها الاصطلاحي وآثارها التربوية ومصالحها الاجتماعية فإن أحكامها تصبح مدرسةً للسالكين ، وإذا أخذنا النظام العقابي على أنه مجموعة من قواعد التجريم والعقاب فإن ذلك لن يحقق المصلحة المرجوة والغاية المأمولة من تشريع أحكام الإسلام .

ثانياً : التطبيق المصلي للنصوص :

وهو فرع وامتداد للتفسير المصلي للنصوص الجنائية ، والتفسير المصلي أي مراعاة مقاصد النصوص والمصالح المتوخاة منها عند التطبيق ، وهو ما يقضي تكييفاً معيناً لتنزيل النصوص ، وتكييفاً للحالات التي تنطبق عليها النصوص الجنائية والتي لا تنطبق .

وإذا قلنا بأن سلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب إنما تتأطر ضمن قالب المصلحة والمفسدة ، فهذا يعني ضرورة الأخذ بمعيار " مآل الأفعال " واعتباره نقطة انطلاق في تكييف المخالفات الشرعية وفي إخضاعها لمبدأ التجريم والعقاب .

(١) سورة الأنعام : آية ١٥٢ .

(٢) الفروق ٤ / ٣٩ .

(٣) أنظر أحمد الريسوني : الاجتهاد ٥٣ - ٥٤ .

إن اعتبار المآل هو النظر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتصرفات ، وإدخال ذلك في الحسبان عند إصدار الأحكام على أفعال العباد ، وهو أمر يقتضي معرفة ما هو متوقع حصوله .

ذلك أن نظر ولي الأمر في الأفعال التي تقع من المكلفين بمنظار المصلحة أو المفسدة إنما يتعلق باستشراف هذه الأفعال وما تؤول إليه ، فلا يمكن لأحد إدراك مفسدة فعل دون النظر في مآل الفعل ، وما يترتب عليه من أضرار مادية أو معنوية التي تنزع عن الفعل صفة الشرعية ، وتجعله داخلاً ضمن إطار التجريم والعقاب .

لقد ذكر الشاطبي أن : " النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً ، سواء كانت الأفعال موافقةً أم مخالفةً ، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ... وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به " (١) .

هذا ولقد قامت الأدلة الشرعية على صحة اعتبار مآل الأفعال قاعدةً لبناء الأحكام عليها ، وأصبح أصلاً من الأصول الراسخة في دائرة الفقه الإسلامي ، والذي يتم من خلاله وصف الفعل بأحد الأحكام التكليفية الخمسة حسبما ينتج عنها من نتائج وآثار (٢) .

(١) الموافقات ٤ / ١١٢ .

(٢) لا أود الاستمرار في هذا المجال الفسيح ، ولا يمكن لنا أن نستقطبه في دراستنا من جميع نواحيه ، ولمن أراد التعمق في هذا الباب فإنني أحيله إلى الكتب الأصولية التي أروت هذا الموضوع تبياناً وتفصيلاً .

المطلب الثالث

احتكام ولي الأمر إلى نصوص الشريعة الإسلامية وروحها

هناك حد فاصل وقاطع بين حكم ولي الأمر المستمد من الشرع وحكمه المنبعث من الهوى والضلال والفساد، فالأول يبتغي فيه وجه الله، وباعثه هو الحفاظ على المصلحة الحقيقية للتشريع الإسلامي، والثاني يتحاكم إلى الطاغوت، وباعثه الهوى - هوى ولي الأمر - وما يتملق به الناس لإعادة اختياره، وهوى رجال الشورى الذين يتحنون مصالحهم الشخصية، وهوى الدهماء الذين لا يراعون حق الله وحق العباد.

ذلك الفيصل الفارق مأخوذ من كتاب الله والسنة النبوية المطهرة^(١)، قال تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾^(٢)، قال الألوسي: "أي احكم بالحق الذي شرعه الله تعالى لك، فالحق خلاف الباطل، ولا تتبع هوى النفس في الحكومات"^(٣).

يقول ابن تيمية: "ولقد أجمع العلماء على تحريم الحكم والفتيا بالهوى وبقول أو وجه من غير نظر في الترجيح"^(٤)، ويقول ابن حزم: "ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم وهو الحق، وكل ما عدا ذلك فهو باطل وظلم ولا يحل الحكم به ويمنع أبداً إذا حكم به الحاكم"^(٥).

(١) أحمد هبة: موجز أحكام الشريعة، ص ٣٩.

(٢) سورة ص: آية ٢٦.

(٣) الألوسي: روح المعاني ٢٣ / ٢٤٧ - ٢٤٨.

(٤) أنظر أبو الحسن البعلي: الإختيارات الفقهية، ص ٣٣٢.

(٥) المحلي ١٠ / ٢٣٨.

هذا ، ولقد استدلت الفقهاء على وجوب الرجوع في تقرير الأحكام إلى كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً ﴾ (١) .

فالأمر بإطاعة الله وإطاعة الرسول أمر باتباع القرآن والسنة ، والأمر بإطاعة أولي الأمر من المسلمين أمر باتباع ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الأحكام لأنهم أولوا الأمر التشريعي من المسلمين ، والأمر برد الوقائع المتنازع فيها إلى الله والرسول أمر باتباع القياس حيث لا نص ولا إجماع ، لأن القياس فيه رد المتنازع فيه إلى الله وإلى الرسول (٢) .

وبناءً على ما تقدم ، فإنه لا يصح لولي الأمر تجريم فعل أو تقرير عقوبة إلا بالرجوع إلى نصوص القرآن والسنة دون أن يخالف في شيء منها ، إلا إذا كان معتمداً على نص آخر أقوى دلالةً ، أو أعم شمولاً ، أو أقوى سنداً ، وبعبارة أخرى ليس له أن يخالف أمراً مقررراً في الإسلام قط ، وإذا خالف بعض الجزئيات فلا بد من أن يكون له سند أقوى اتصالاً بالشرع من سند هذه الجزئيات نفسها ، وإلا كان حكمه في التجريم والعقاب تهجماً على الشريعة (٣) .

إن كل حكم خالف الشرع فهو باطل وإذا حكم به ولي الأمر فهو باطل ، والعقوبات التي يقررها للجرائم يجب أن تكون في حدود الشرع ، فالجرائم هي ما يعتبره الشرع جريمةً في نص خاص أو نص عام أو قضية كلية عامة علمت من مصادر الشريعة ومواردها ، وهي تسيير على منطقتها ويجب أن تكون العقوبة غير خارجة عن روح الشريعة الإسلامية ، ولا يتم هذا الا ضمن حدود ثلاثة :

(١) سورة النساء : آية ٥٩ .

(٢) عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه ، ص ٢١ .

(٣) أبو زهرة : الجريمة ، ص ٣١٢ .

الحد الأول : أن تكون متناسبةً مع الجريمة ما أمكن ، وأن تكون بشكل عام رادعةً لا تُمكنّ ذا الفساد من الاستمرار في ضلاله وغيه ، وأن يتحرى فيها العدل فلا يعاقب على جرم صغير بعقوبة فاحشة ، أو يعاقب على جرم فادح بعقوبة يسيرة.

الحد الثاني : ألا يكون السبيل إلى تحقيق العقوبة التجسس على المسلمين وتتبع عوراتهم ومحاولة الكشف عن المخالفات التي تقع من بعض أفراد الأمة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا﴾^(١) . فإذا استترت الجريمة التي لا تضر أمن الدولة فإنه لا يحاول الكشف عنها إلا إذا ترتب على إخفائها ضياع حق الإنسان أو زعزعة استقرار الدولة .

الحد الثالث : أن تكون العقوبة على المعاصي العامة بأقل قدر يدفع الفساد ، لأن الأصل في العقوبة هو استئصال الفساد وقلع جذور الانحراف في المجتمع ، فإذا حصل ذلك بأيسر العقوبات التعزيرية فيها ونعمت^(٢) .

بقي أن أشير في هذا المقام إلى أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بنصوص جزئية تتعلق بجرائم محدودة وبيّنت فيها حكم الجريمة ومقدار عقوبتها وتركزت أمر تنفيذها إلى ولي أمر المسلمين وهي متمثلة بجرائم الحدود والقصاص ، وبجانب ذلك جاءت نصوص شرعية في صورة مبادئ كلية وأحكام عامة ولم تتعرض للجزئيات والتفصيلات وهي متمثلة بجرائم التعزير .

إن الشريعة الإسلامية لم تنص على جرائم التعزير ، وإنما وضعت أصولاً وقواعد عامة التي تساعد ولي الأمر في التعرف على الجرائم التي يستحدثها المجرمون في كل زمان ومكان ، من خلال عرضها على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم أو على ما تكلم به الصحابة والتابعون والعلماء إلى عصرنا هذا ، كالإجماع والقياس والاستحسان والعرف وسد الذرائع ...

(١) سورة الحجرات : آية ١٢ .

(٢) أبو زهرة : الجريمة ، ص ٣١٥ - ٣١٧ .

ذلك أن الشارع الحكيم لم يرد أن يجعل نصوصه لوائح تنظيمية تفصيلية ، وإنما أرادها منارات هادية لمن أراد السير ، لهذا اهتم بالنص على المبادئ والأهداف ولكنه يعض الطرف عن الوسيلة والأسلوب " إلا في حالات خاصة لحكم وأسباب هامة " وذلك ليدع الفرصة لعقول البشر ، ويفسح الطريق لاجتهاد الإنسان المسلم ، كي يختار لنفسه الوسيلة المناسبة والصورة الملائمة لحاله وزمنه وأوضاعه دون قيد أو حرج (١) .

(١) محمد الحبيب : وجوب تطبيق الشريعة ، ص ٩٢ .

المبحث الثاني

النظر إلى ذاتية الفعل وما يترتب عليه من مفسدة

وفيه :

المطلب الأول:

تعريف المفسدة وحكمها .

المطلب الثاني:

أنواع المفسد .

المطلب الثالث:

المعيار في اعتبار الفعل مفسدة .

المطلب الأول

تعريف المفسدة وحكمها

المفسدة لغَةً :

مأخوذة من الفساد : وهو نقيض الصلاح ، والمفسدة : خلاف المصلحة ،
والاستفساد : خلاف الاستصلاح ، وهذا الأمر مفسدة إذا فيه فساد (١) .

المفسدة اصطلاحاً :

عرفها الغزالي : " المصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع
من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل
ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو
مفسدة ودفعها مصلحة " (٢) .

وعرفها البغا : "هي كل ما يفوت حفظ الاصول الخمسة " (٣) .

حكم المفاسد :

الأصل في حكم المفاسد أنها تؤدي إلى تقويت الأصول الخمسة التي راعاها
المشرع في تشريعه هو التحريم والجزر عنها ، إذ يستحيل أن لا يشتمل عليه ملة من
الملل وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق ، لذلك لم تختلف الشرائع في
تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقه وشرب المسكر ... (٤) .

واستدلَّ على تحريم المفاسد من قوله صلى الله عليه وسلم : { لا ضرر ولا
ضرار } (١) .

قال الشوكاني : " هذا الحديث فيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة
كان ... فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم ، فعليك

(١) ابن منظور : لسان العرب ٣ / ٣٣٥ : مادة فسد .

(٢) الغزالي : المستصفى ١ / ٤١٧ .

(٣) محمد الحسن البغا : درء المفسدة ص ٧٨ .

(٤) الغزالي : المستصفى ١ / ٤١٧ .

(١) أنظر تخريج الحديث في ص ١٠٤ .

بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بدليل , فإن جاء به قبلته , وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه , فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد به كليات وجزئيات " (٢) .

المطلب الثاني

أنواع المفاسد

سنقوم فيما يلي بعرض أنواع المفاسد التي ينبغي لولي الأمر التنبه لها ومعرفتها حتى يواصل سعيه في استئصالها واقتلاعها من جذورها , والتي تعتبر من

(٢) نيل الأوطار : ٥ / ٣٣٩ .

أهم الضوابط التي تضمن صحة العمل الاجتهادي في تجريم الأفعال وتقدير العقوبة المناسبة لها مما لم يرد به نص شرعي خاص ومباشر .

ويمكن أن تقسم المفاصد حسب الترتيب الآتي ونذكر منها :

أولاً : مفاصد حقيقية ومفاصد مجازية .

ثانياً : مفاصد ظاهرة جلية ومفاصد باطنة خفية .

ثالثاً : مفاصد عاجلة ومفاصد آجلة .

رابعاً : مفاصد حسب تعلق الثواب والعقاب بها .

خامساً : مفاصد محضة ومفاصد مشوبة .

سادساً : مفاصد من حيث اتفاق الشرائع السماوية على درئها أو عدم الإتفاق .

أولاً : المفاصد الحقيقية والمفاصد المجازية :

المفاصد الحقيقية هي الغموم والآلام^(١) التي تظهر على الإنسان أو يشعر بها عقب أي إخلال بالضروريات الخمس ، سواء كان الإخلال جزئياً أم كلياً ، وسواء كان الإخلال بالكفر بالله أم قتل النفس أم الزنا أم أكل أموال الناس بالباطل ... مما ينتج عن ذلك مفسدة حقيقية بالفرد أو المجتمع^(٢) .

وأما المفاصد المجازية فهي المفاصد التي تكون سبباً للمفاصد الحقيقية ، وربما تكون أسباب المفاصد الحقيقية مصالحي ، فنهى عنها الشارع لا لكونها مصالحي ، بل لما تؤول إليه من مفاصد ، كالسعي في تحصيل اللذات المحرمة ، والشبهات المكروهة بترك مشاق الواجبات والمندوبات ، فإنها مصالحي نهى عنها لأدائها إلى المفاصد الحقيقية ، وتسميتها مفاصد تجوزاً من باب تسمية السبب باسم المُسبَّب^(٣) .

ثانياً : المفاصد الظاهرة الجلية والمفاصد الباطنة الخفية :

(١) العز بن عبدالسلام : قواعد الأحكام ١ / ١٢ .

(٢) محمد البغا : درء المفسدة ، ص ٩٩ .

(٣) العز بن عبدالسلام : قواعد الأحكام ١ / ١٤ .

أما المفسد الظاهرة الجلية فهي المفسد التي يدركها عامة الناس وخواصهم - الأغبياء والأذكياء - ولا يحتاج في سبيل معرفتها إلى دقة النظر وإعمال الفكر وإجهاد العقل، وهناك من المفسد لا يعرفها إلا أولوا العلم، ومنها ما يختص بمعرفتها الأولياء، لأن الله تعالى قد ضمن لمن جاهد في سبيله أن يهديه إلى سبيله، قال تعالى: ﴿والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وإن الله لمع المحسنين﴾^(١)، ولأن الأولياء يهتمون بمعرفة أحكامه وشرعه فيكون بحثهم أتم واجتهادهم أكمل^(٢).

ثالثاً : المفسد العاجلة والمفسد الآجلة :

المفسد العاجلة هي المفسد الدنيوية وهي قسمان :

القسم الأول : ناجزة الحصول ، كالكفر ، والجهل الواجب إزالته ، والجوع والظماً، والعري ، وضرر العيال ، والقتال .

القسم الثاني : متوقعة الحصول ، كقتال من يقصدنا من الكفار والبغاة .

والمفسد الآجلة هي المفسد الأخروية وهي متوقعة الحصول لا يقطع بتحققها لأنها قد تسقط بالتوبة أو العفو أو الشفاعة .

وبين الرتبتين مفسد ذات وجهين يكون أحدهما عاجلة والأخرى آجلة ، والعاجلة ناجزة الحصول والآجلة متوقعة الحصول^(٣) .

رابعاً : مفسد بحسب تعلق الثواب والعقاب بها .

فمن المفسد ما يعاقب المكلف على فعله ويؤجر على تركه إذا نوى بتركه القربة ، كالتعرض للدماء والابضاع والأعراض والأحوال .

(٢) سورة العنكبوت : آية ٦٩ .

(٣) العز بن عبدالسلام : قواعد الأحكام ١ / ٢٣ .

(١) المرجع السابق : ١ / ٣٣ .

ومن المفسد ما لا يعاقب المكلف على فعله وتفوته المصلحة بتركه ، كالصلاة في الأوقات المكروهات ، وغمس اليدين في الإناء قبل غسلهما لمن قام من النوم وترك السنن المشروعات في الصلوات (١) .

خامساً : المفسد المحضة والمفسد المشوبة .

المفسد المحضة قليلة في الشرع (٢) .

أما المفسد المشوبة - بالمصالح - فيمكن أن يمثل لها بالعقوبات الشرعية ، فإن ظاهرها يحكم بأنها مفسدة لما يترتب عليها من إتلاف للأعضاء أو إزهاق للأرواح أو نقص للأموال ، ولكنه بحق شرعي ولكن من يعمل فكره في العقوبات الحدية أو غيرها يجد أن مصلحة العقاب أرجح من مفسدته ، إذ بالعقوبات تصان حقوق العباد من الامتهان والعبث ، وتحفظ شعائر الإسلام ، وهناك مواضع تجتمع فيه المفسدة مع المصلحة وتكون المفسدة أرجح من المصلحة ، كشراب الخمر ، إذ فيه مفسدة راجحة وهي إضاعة الدين والعقل والمال ، وهذا راجح على مصلحة النشوة التي تصيب الإنسان في حالة مؤقتة (٣) .

سادساً : مفسد من حيث اتفاق الشرائع السماوية على درئها أو عدم الإتفاق .

فمن المفسد ما اتفقت الشرائع كلها على وجوب درئه لعظمها ، كالكفر بالله تعالى والقتل والزنا والغصب وإفساد العقول .

ومن المفسد ما تختلف فيه الشرائع فيحظر في شرع ويباح في شرع آخر تشديداً على من حرم عليه وتخفيفاً على من أباح له ، كقتل النفس عند المعصية (٤) .

(٢) المرجع السابق : ٣٩ / ١ .

(٣) المرجع السابق : ١٤ / ١ .

(٤) هذا استنتاج من كلام العز بن عبد السلام من كتابه قواعد الأحكام ، أنظر ١٤ / ١ وما بعدها .

(١) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام ٣٣ / ١ .

المطلب الثالث
المعيار في اعتبار الفعل مفسدة

لقد وضع العز بن عبد السلام أن مصالح الدنيا ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع, فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع وهي : الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعبر والاستدلال الصحيح (١) .

وستولى في هذا المطلب وجه مخالفة المفسدة لكل أصل من الأصول الشرعية المعبرة .

أولاً : مخالفة المفسدة للقرآن :

إن القرآن الكريم هو المصدر الأول الذي منه تستنبط الأحكام الشرعية , فهو دستور الأمة ومصدرها الأول وإليه تعود المصادر التشريعية الأخرى , وبه تتحقق خلافة الله تعالى في أرضه وسعادة البشرية كلها لما يتضمنه من رعايته للكليات الخمس : الدين والنفس والعقل والنسل والمال , وإن مخالفة القرآن بأي واحدة من هذه الأمور الخمسة يعتبر مفسدة بحد ذاتها ينبغي على ولي الأمر أن يشد الوثاق في محاربتها وكبح جماحها واجتازها من عروقها , لتظل هذه الأمور الخمسة في منأى عن الخطر والشور (٢) .

إن مخالفة المفاسد للقرآن تقع ضمن صور شتى وأساليب متنوعة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي :

١ - الإتيان بفعل أو قول مخالف للعقيدة الإسلامية, كالنطق بالكفر استهزاءً أو اعتقاداً أو عناداً ومن الأفعال عبادة الصنم والسجود للشمس وإلقاء المصحف في القاذورات أو ممارسة أعمال السحر , أو القيام بأعمال فيها عبادة للشمس أو ما يضاهاها (٣) .

(١) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام ١ / ١١ .

(٢) محمد البيضا : درء المفسدة , ص ١٦٤ .

(٣) الغزالي : الوسيط ٦ / ٤٢٥ .

٢ - أن يقع فعل المكلف على خلاف أحكام القرآن ويكون قصده موافقاً لها فيثاب المكلف على قصده العمل بالحق، ولا يثاب على عمله لأنه خطأ^(١).

٣ - أن يقع فعل المكلف موافقاً لأحكام القرآن ويكون قصده مخالفاً لها ، ومثاله ما ينفقه المكلف من الأموال في القربات ، كالتزكاة والكفارات والأوقاف والصدقات ... يتقرب بها إلى الله تعالى ، فإنه لا يقطع بحل شيء من ذلك لمخالفة ظاهره باطنه ، ولأنه يتقرب إلى الله بشيء من أنواع المفسدات والشرور^(٢) ، وهذا ما يطلق عليه في عرف الشرع " الرياء " ^(٣) .

٤ - أن يخالف تأويل الآية القرآنية إما بحمل الألفاظ على غير ما وضعت له، أو على خلاف عرف الإستعمال أو عادة الشرع ، وعندئذ يحكم عليه بأنه تأويل فاسد أو باطل لاختلال أحد أركانه وشروطه^(٤) .

وهناك كثير ممن ينتسبون إلى هذا الدين قد يلجؤون إلى تأويل آية من كتاب الله بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير ، إذ يبتغون من وراء ذلك جعل آيات القرآن قنطرة للوصول إلى آمالهم وتحقيق أحلامهم ، ويتبعون في سبيل ذلك طرقاً فاسدة كلياً أعناق النصوص وتأويلها تأويلاً تعسفياً بشكل ينسجم مع ميولهم ورغباتهم .

ثانياً : مخالفة المفسدة للسنة النبوية :

إن السنة النبوية وحي من الله تعالى إلى رسوله الكريم محمد صلى الله عليه وسلم، مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى ﴾^(١) ،

(٢) العز بن عبدالسلام : قواعد الأحكام ١ / ٨٩ .

(٣) العز بن عبدالسلام : قواعد الأحكام ١ / ٩٠ .

(٤) الرياء هو إظهار بأن العمل لعبادة لينال بمظهره مطلباً دنيوياً أو يدفع به ضرراً دنيوياً ، أنظر العز بن

عبدالسلام : قواعد الأحكام ١ / ٩٩ .

(٥) الزركشي : البحر المحيط ٣ / ٣٢ .

سواء كان ذلك لفظاً ومعنى كالقرآن الكريم ، أم معنى فقط كالأحاديث التي أحاطت بها كتب السنن .

وكما هو معروف فإن السنة النبوية هي المصدر الثاني من مصادر التشريع ، وهي أيضاً بيان وتفسير للقرآن الكريم الذي هو دستور الأمة المسلمة ، وعليه فإن مخالفة السنة هي مخالفة للقرآن الكريم ، وهو أيضاً خروج عن مقصد الشارع في تشريع الأحكام من جلب المصالح ودرء المفسد ، ولقد أنط الله تعالى طاعته بطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم وجعل طاعة الرسول صلى الله عليه وسلم من طاعة رب العالمين ، قال تعالى : ﴿ من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظاً ﴾ (٢) .

هذا وإن جانب السنة المطهرة يُعتبر معياراً سليماً في الحكم على تصرفات وأفعال المكلفين ومعرفتها إن كانت مفسدةً يجب درؤها ، أو مصلحةً يجب تعزيزها والحفاظ على استمراريتها .

وعليه فإن أي فعل وقع على خلاف منهاج السنة النبوية فهو مفسدة يجب درؤها ومنعها (٣) ، ووجه مخالفة المفسدة للسنة النبوية تكون ضمن الأمور آفة الذكر (٤) ويضاف إليها :

١ - تقديم ما حقه التأخير من دليل ظني على دليل قطعي ، أو دلالة أضعف على دلالة أقوى ، أو تأويل دليل بما لا يترجح به على المعنى الظاهر منه ، أو يهمل العمل بأحد الدليلين توهماً للتعارض بينهما مع أن اللازم العمل بهما جميعاً ، أو يقدم الدليل العقلي على الدليل النقل (٥) .

(١) سورة النجم : آية ٣ - ٤ .

(٢) سورة النساء : آية ٨٠ .

(٣) محمد البغا : درء المفسدة ، ص ١٨١ .

(٤) أنظر صور مخالفة المفسدة للقرآن في ص ٢٠٩ .

(٥) محمد البغا : درء المفسدة، ص ١٨١ .

٢ - أن ينطق بكلام أو خبر مخالف لما تواترت عليه السنة المطهرة , كقول من يقول : " إن في التوراة أن موسى عليه الصلاة والسلام آخر مبعوث" (١) .

٣ - أن يأتي بأقوال وأفعال تخالف نصوص السنة النبوية ثم ينسبها إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا من أخطر المفاصد التي تحوم حول سنة النبي المصطفى صلى الله عليه وسلم، وعادةً يكون الباعث على هذا إما نسيان الراوي لطول عهده بالخبر المسموع ، وإما خطأ بأن أراد النطق بلفظ فسبق لسانه إلى سواه ، أو وضع لفظاً مكان آخر ظاناً أنه يؤدي إلى معناه أو افتراء الزنادقة وغيرهم من أعداء الإسلام الواضعين لأحاديث تخالف نقول الشريعة وتصادم العقول السليمة تنفيراً من الشريعة المطهرة وقصداً لشين الدين (٢) .

ثالثاً : مخالفة المفسدة للإجماع :

إن الإجماع هو الدليل والمصدر الشرعي القطعي الثالث بعد القرآن الكريم والسنة النبوية من حيث الإجمال ، وذلك تفضلاً من الله تعالى بأن كان في اتفاق علماء الأمة وأولي الاختصاص على أمر عصمة من الخطأ مما يصدقه الواقع ويشهد به ، والإجماع وثيق الصلة بالمصدرين الأولين لأنه لا بد للإجماع من مستند صحيح يعتمد عليه ، ويكون معتبراً شرعاً (٣) .

(٢) الزركشي : البحر المحيط ٣ / ٣١٥ ، الغزالي : المستصفى ١ / ٢١٧ .

(٣) الزركشي : البحر المحيط ٣ / ٣١٨ .

(١) محمد البغا : درء المفسدة ، ص ١٩٧ .

ولما كان الإجماع يتوقف أمر انعقاده على اتفاق جميع مجتهدي الأمة ، فالاجتهاد شرط في حصول الإجماع ، وشرط في اعتبار المخالفة أيضاً ، والاجتهاد من شروطه المعتمدة معرفة مقاصد الشريعة (١) كما بين ذلك السبكي وغيره (٢).

ذلك أن الاجتهاد مبني على فهم الكتاب والسنة ولا يفهم إلا بفهم مقاصدها الخاصة والعامة .

وإذا تقرر كون معرفة المقاصد شرطاً في الاجتهاد ، والاجتهاد مشروط بالإجماع ، فإن حصول الإجماع على مسألة من مسائل الدين يكون في ضوء مقاصد التشريع من جلب المصالح ودرء المفساد (٣) .

وبذلك يتبين لنا جلياً أن كل فعل وقع على خلاف الإجماع مفسدة يجب درؤها، والوقوف حيالها بقوة وعزم متواصلين لحسم آثارها السلبية ونتائجها التي تشكل خطراً أكيداً على المصالح الضرورية أو الحاجة أو التحسينية .

رابعاً : مخالفة المفسدة للقياس :

إن القياس هو المصدر الرابع لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإذا كان مناط التشريع كله هو المحافظة على المقاصد الشرعية إيجاباً بالحث على ما يضمن حفظها، وسلباً بدرء المفساد وكبحها ، فإن مصادر الشريعة هي التي رعت ذلك وضبطته .

لذلك كان القياس ضابطاً من هذه الضوابط ، وهو معقول النصوص ومعاني الأحكام ، باعتبار استناده إلى ما قبله من مصادر التشريع ، لذا فإن مخالفته مفسدة لازمة الدرء ، إلا إذا دعا إلى مخالفته دليل من الأدلة كان راجحاً عليه (٤) .

(٢) الشاطبي : الموافقات ٤ / ١٠٥ ، السبكي : الإبهاج في شرح المنهاج ١ / ٨ .

(٣) أنظر ص ٣٨ وما بعدها من الرسالة .

(٤) محمد سعد : مقاصد الشريعة ص ٥١٥ .

(١) محمد البغا : درء المفسدة ، ص ٢٠٣ .

ولما كان القياس هو إلحاق فرع بأصل لعللة جامعة بينهما ، واشترط في هذه العلة أن تكون مشتملة على المناسبة أي أنه يحصل من ترتيب الحكم عليها جلب مصلحة أو درء مفسدة^(١) ، كان لزاماً على ولي الأمر أن يحكم على كل فعل وقع من المكلف على خلاف القياس مفسدة يجب درؤها ، وعليه أن يتبع في ذلك الوسيلة المناسبة لدرء هذه المفسدة .

وقبل أن نختم هذا المبحث لا بد أن نلفت النظر إلى أن الآثام تختلف تبعاً لاختلاف المفاصد ، فما عظمت مفسدته عظم إثمه والعكس صحيح ، وهذا يترتب عليه تفاوت العقوبة ، وهذا ما أكده العز بن عبد السلام فقال : "يختلف إثم المفاصد باختلافها بالصغر والكبر ، وباختلاف ما تقوّته من المنافع والمصالح ، فيختلف الإثم في قطع الأعضاء وقتل النفوس وإزالة منافع الأعضاء باختلاف المنافع ، فليس إثم من قطع الخنصر والبنصر من الرجل كإثم من قطع الخنصر والبنصر من اليد ، لما فوته من منافعها الدينية والدنيوية ، وسواء قطع ذلك من نفسه أو غيره .

وليس الإثم في قطع الأذن كالإثم في قطع اللسان ... وليس من قتل فاسقاً ظالماً من فساق المسلمين بمثابة من قتل إماماً عادلاً أو حاكماً قاسطاً أو ولياً منصفاً لما فوته على المسلمين من العدل والإنصاف .

وعلى هذا حمل قوله تعالى : ﴿ من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾^(٢) .

لما عمت المفسدة في قتل أحدهما وجعل إثمها إثم من قتل الناس جميعاً لما فوته على الناس من مصالح بقائه ، ولما عمت المفسدة في إنقاذ ولاية العدل والإنصاف من المهالك ، جعل أجر منقذها كأجر منقذ الناس من أسباب الهلاك جميعاً

(٢) الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ٣ / ٣٠٢ ، عبدالحكيم السعدي : مباحث العلة ، ص ١٩٧ ،

شرح العضد ٢ / ٢١٣ .

(١) سورة المائدة : آية ٣٢ .

لعموم ما سعى فيه من المصالح ، وكذلك جناية الإنسان على أعضاء نفسه يتفاوت
 إثمهما بتفاوت منافع ما جنى عليه ، وبتفاوت ما فوته على الناس من عدله وإنصافه
 وبره ونصرته للدين ... والمدار في هذا كله على رتب تفويت المصالح وتحقيق
 المفسد " (١) .

المبحث الثالث النظر إلى ظرفه الجاني

(٢) قواعد الأحكام ١ / ٨٨-٨٩ .

وفيه :

تمهيد :

المطلب الأول:

صور إباحة الفعل الجنائي في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني:

موانع المسؤولية الجنائية .

تمهيد

في مستهل بحثنا بينا أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة يعني أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل شرعي ، إذ أن المبدأ جاء للمحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية ولا سيما المقاصد الضرورية التي ترجع إلى حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وإن كل اعتداء على واحد منها هو جريمة حقيق أن يعاقب المعتدي عليها.

فالشارع عندما يجرم السارق ويعاقبه على سرقة ، ويجرم الزاني ويعاقبه على زناه ، ويجرم شارب الخمر ويعاقبه على شربه... إنما أراد في ذلك حفظ هذه المقاصد الضرورية التي لا تستقيم الحياة الإنسانية بدونها ، ومنع الإعتداء عليها ومن ثم إبقائها على الصورة التي ارتضاها رب العالمين لينهض الإنسان بأمانة الله.

إذاً يمكن القول أن مبدأ الشرعية يهدف إلى استئصال الأفعال التي تقع من المكلفين والتي تسبب هدراً وتقويتاً للمصالح الشرعية ، وهذا يوصلنا إلى قاعدة مفادها أنه إذا وجد الاعتداء المقصود على مقاصد الشريعة الإسلامية وجد التجريم والعقاب ، وإذا انتفى الاعتداء المقصود انتفى التجريم والعقاب ، فقاعدة التجريم والعقاب منوطة بالاعتداء المقصود وجوداً وعدمياً ، فليس من العدل أن يجرم شخص ما ويعاقب دون أن يقع منه قصد الاعتداء على مقاصد الشريعة الإسلامية.

إذاً فإننا نجد الشارع الحكيم قد أخرج صوراً متعددة من نطاق التجريم والعقاب ولم يوجب عليها حداً أو عقاباً لعدم توفر عنصر القصد -أو اراده الاعتداء-.

إن القول بعدم تجريم أفعال معينة _ أي إخراجها من نطاق الجريمة والعقوبة _ وإن اتخذت صورة الاعتداء في صورتها الخارجية لا يناقض نصوص الشريعة الإسلامية العامة والخاصة ، وذلك للأمر الذي أشرنا إليه سلفاً ، وهو أن وجود التجريم والعقاب يرتبط بوجود قصد الاعتداء.

فالطبيب مثلاً الذي يزاول مهنة الطب لا يؤاخذ شرعاً على ما يسببه من آلام وأوجاع بجسد المريض ، ذلك أن الطبيب لم يرد الاعتداء على المريض ولم يقصد إيلاسه أو إيذائه ، بل أراد الخير والنفع له وتخليصه من آلامه المرضية التي لحقت

به ، وما يقال في حق الطبيب إزاء معالجة المريض يقال في حق الأب الذي يضرب ابنه بقصد تأديبه وزجره عن طريق السوء .

وعلاوةً على ما تقدم فإن إصدار الحكم بالتجريم والعقاب ينبغي ضبط الفعل ضمن معيارين هاميين :

المعيار الأول: دخول الفعل في نطاق النص الشرعي المتعلق بتجريم الفعل - وقد تم بحثه في الصفحات المتقدمة - .

المعيار الثاني: عدم خضوع ذلك الفعل لأي سبب من أسباب الإباحة والتأكد من عدم وجود أي مانع من موانع المسؤولية الجنائية (١)(٢).

(١) انظر محمد أبو حسان: أحكام الجريمة والعقوبة، ص ٢٧٨ .

(٢) لقد تعرض القانون الأردني لهذه الحالة ونص على حالات معينة إذا توفرت حالة منها في فعل معاقب عليه أصلاً امتنعت العقوبة به بسبب وجود تلك الحالة ، وقد أطلق القانون على بعض هذه الحالات "أسباب التبرير" والتي من شأنها إباحة الفعل الذي وقع ليصبح مشروعاً غير معاقب عليه ، وبذلك تفقد الجريمة ركناً من أركانها الأساسية وهو الركن القانوني ، وقد نص القانون الأردني في المادة (٥٩) على أن " الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعمالها لا يعد جريمة " وقد أوردت المادة (١٣٠/أ) من قانون أصول المحاكمات "إذا تبين للمدعي العام أن الفعل لا يؤلف جرماً... يقرر منع محاكمة المشتكى عليه " ، انظر غازي جرار، شرح قانون العقوبات الأردني ، ص ١٢١ .

المطلب الأول

صور إباحة الفعل الجنائي في الشريعة الإسلامية

لقد قررت الشريعة الإسلامية عدم خضوع بعض الأفعال تحت طائلة التجريم والعقاب لعدم توفر كافة العناصر الأساسية التي توجب تجريم الفعل ، وبالتالي يظل الإنسان في حل وبراءه من المؤاخذة الجنائية عند ممارسته لهذا الفعل ، أي لا يحكم بشرعية الجريمة والعقوبة المتعلقة بهذا الفعل، وسنورد في هذا المقام صوراً من هذه الأفعال ضمن مسائل فقهية متوخين الإيجاز فيها:

أولاً: تأديب الأولاد :

منحت الشريعة الإسلامية أولياء الأمور حق تأديب أولادهم بغية أن يكتسبوا أحسن الأخلاق وأسنى الفضائل والآداب ، وحتى ينشأ نشأةً سالحةً ملتزمين بآداب الإسلام ومقيدين بتوجيهات دينهم الحنيف ، والأصل في هذا قول النبي عليه الصلاة والسلام : { مروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين ، واضربوهم عليها لعشر سنين ، وفرقوا بينهم في المضاجع }^(١).

وقد ذهب الفقهاء إلى أن الأب إذا ضرب ابنه بقصد التأديب حتى أفضى إلى الموت أو إلى تلف عضو من أعضائه فإنه لا يوجب قصاصاً ، لأن قصد العدوان غير قائم^(٢).

وأما إذا أذنب الأب ابنه فأدى ذلك إلى تلف عضو من أعضائه ينظر : فإذا كان التأديب غير مشروع فاتفق الفقهاء على وجوب الضمان^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب ٢: الصلاة، باب ٢٥: متى يؤمر الغلام بالصلاة ٣٨٤/١ ، رقم ٤٩٥.

والترمذي في سننه في أبواب الصلاة، باب ٨٢ : متى يؤمر الصبي بالصلاة ١٥٠/١ ، رقم ٤٠٧ .

(٢) أنظر الشافعي : الأم ١٧٦/٦ ، البهوتي: كشف القناع ١٧/٦ ، القرافي : الذخيرة ٣٣٥/١٢ .

(٣) أنظر الكاساني: بدائع الصنائع ٤١٦/١٠ ، الشافعي: الأم ١٧٥/٦ ، ابن فرحون : تبصرة الحكام ٣٤٩/٢ ،

البهوتي : كشف القناع ١٧/٦ .

أما إذا كان التأديب مشروعاً فقد اختلف فيه الفقهاء أيضاً :

ذهب الحنابلة^(١) ، والمالكية^(٢) ، إلى عدم ضمان الأب فيما أتلّف جزءاً من أعضاء ابنه ، لأنه مأذون له في تأديبه .

وذهبت الحنفية^(٣) ، والشافعية^(٤) ، إلى وجوب الضمان لأنه أهلك وليس له حق الإهلاك .

ثانياً: حق التطبيب :

يعرف العمل الطبي بأنه نشاط يتفق في كفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في الطب ، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، ومن المتفق عليه في الشريعة الإسلامية أن تعلم مهنة الطب فرض من فروض الكفاية وذلك لحاجة المجتمعات إليه ، ولا شك أن الإعراف بهذا الحق يقتضي إياحة جميع الأفعال الضرورية أو الملائمة لاستعماله وتحديد هذه الأفعال يرتبط بالنظريات الطبية السائدة في وقت معين^(٥).

ويشترط لمن يزاول مهنة الطب ما يلي:

أولاً: أن يكون ذا علم وخبرة ، ويتصف بالجرأة بكل ما يقوم به من أعمال طبية^(٦) ، وأن يتمتع بصلاحية مزاوله أعمال الطب وذلك بعد حصوله على شهادة ترخيص من الدولة التي ينتمي إليها .

يقول القرافي: " وكذلك الطبيب - أي أنه يضمن - إن لم يكن له علم ودخل وجرأة ويتقدم إليهم في قطع العروق ونحوها إلا أن يأذن الإمام " ^(٧).

(١) ابن قدامة: المغني ٥٢٨/١٢.

(٢) القرافي: الذخيرة ٢٥٧/١٢.

(٣) الكليبولي: مجمع الأنهر ٣٧٧/٢.

(٤) النووي: روضة الطالبين ٣٨٢/٧.

(٥) شريف فوزي: مبادئ التشريع الجنائي ، ص ١٠٤.

(٦) القرافي: الذخيرة ٢٥٧/١٢.

(٧) الذخيرة ٢٥٧/١٢.

ثانياً: أن يزاول أعمال الطب بعد إذن مسبق من المريض، إذ لا يكون العمل الطبي مباحاً إلا إذا رضي المريض به، والرضا قد يكون صريحاً أو قد يكون ضمنياً، كما لو ذهب المريض إلى حجرة العمليات بعد أن علم بنوع العملية التي تقتضيها حالته.

ثالثاً: أن يأتي العمل الطبي بقصد العلاج، فالحق في مباشرة العمل الطبي له غايته التي من أجلها أباحتها الشريعة الإسلامية، ولذلك كان متعيناً على الطبيب أن يستهدف فيمن يأتيه تحقيق هذه الغاية وهي علاج المريض، وعليه أن يباشر عمله وفقاً للأصول المرعية في مجال الطب^(١).

رابعاً: ألا يؤدي عمل الطبيب إلى مفسدة أعظم خطراً من المرض المصاب به الإنسان وأفدح، يقول النووي^(٢): " وإن كان في قطعها - قطع الغدة - خطر نظر، إن لم يكن في بقائها خطر لم يجز القطع لإزالة الشيء، فإن كان في بقائها خوف أيضاً نظر إن كان الخطر في القطع أكثر لم يجز القطع " ^(٣).

والنتيجة المترتبة على ذلك هي إباحة جميع الأفعال الضرورية للقيام بواجب التطبيب وعدم مسؤولية الطبيب عما يؤدي إليه عمله، لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة، وهذا يعني أن التزام الطبيب إنما هو التزام ببذل غايته لا بتحقيق نتيجة^(٤)، وتبيح الشريعة الإسلامية الأعمال الطبية لأن القصد الخاص منها هو صيانة مصلحة الجسم، فلا يعتبر فعل الجرح أو الضرب الذي يمارسه الطبيب على جسم المريض جرمًا أو محرماً لأن القصد الخاص منه هو شفاء المريض^(٥).

(١) شريف فوزي: مبادئ التشريع الجنائي، ص ١٠٥.

(٢) هو الأمام الحافظ محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف المعروف بـ"النووي"، مولده في المحرم سنة ٦٣١هـ، قدم دمشق وقرأ الحديث ثم حج مع أبيه وأقام في المدينة، تفقه على الكمال إسحاق المغربي وغيره، وقرأ النحو ودرس المنطق وأصول الدين، انشغل بالعبادة والتصنيف، من أشهر مصنفاة: (المجموع) و(روضة الطالبين) توفي سنة ٦٧٦هـ أنظر ترجمته في تذكره الحفاظ ٤/ ١٤٧٠.

(٣) روضة الطالبين ٧/ ٣٨٦.

(٤) مأمون الرفاعي: أسباب رفع المسؤولية الجنائية، ص ١٢٨.

(٥) محمد عساف: القصد وأثره، ص ١٦٩.

هذا إن زاول الطبيب مهنته ضمن الشروط المسبقة ، ولكن عند تخلف شرط من هذه الشروط فعليه أن يتحمل المسؤولية الجنائية ، ويسأل الطبيب عن عمله إذا قصر أو وقع في خطأ نتيجة إهمال^(١).

ثالثاً: دفع الصائل عن النفس :

الصيال لغةً :

مأخوذ من صال عليه: إذا استطال ، وصال عليه : وثب ، والصؤول من الرجال : الذي يضرب الناس ويتناول عليهم ، وصال الجمل وهو جمل صؤول: هو الذي يأكل راعيه ويؤثب الناس فيأكلهم^(٢).

الصيال شرعاً :

هو قتل الناس والعدو عليهم ، ويزاد عليه بغير حق ، ويعبر عن ذلك باستطالة مخصوصة^(٣).

الدفاع عن النفس : ^(٤)

إذا صال شخص على آخر يريد قتله بغير حق ، فللمصول عليه أن يدفع عن نفسه ولو أدى إلى قتل الصائل ، ولكن هل يجب الدفع أم يجوز الإستسلام وترك الدفع ؟ .

(١) انظر الشافعي: الأم ١٧٥/٦ ، ابن مفلح: المبدع ٤/٤٤٧.

(٢) ابن منظور: لسان العرب ١١/٣٨٧: مادة صول .

(٣) الشرقاوي : حاشية الشرقاوي ٤/٣٦٧.

(٤) قد يكون الصول على النفس أو المال أو العرض ، وقد يكون الصول من الإنسان أو الحيوان ، وإقتصر على صول الإنسان على النفس لعدم الإطالة ، ولمن أراد الخوض في هذا البحث فليرجع إلى الكتب الفقهية التي تناولت الموضوع بكافة جوانبه .

لقد اختلف الفقهاء في ذلك :

المذهب الأول :

ذهب الحنفية^(١)، وفي الأصح عند المالكية^(٢)، وقول عند الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤)، إلى وجوب دفع الصائل ولو أدى ذلك إلى قتله.

وقالوا : إذا قُتل الصائل فدمه هدر فلا تدفع الدية إلى أوليائه ولا يقتص من القاتل ، وإذا قُتل الموصول عليه فهو شهيد.

المذهب الثاني :

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم وجوب الدفاع عن النفس ويجوز الاستسلام ، وهو قول عند كل من المالكية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والشافعية^(٧).

أدلة المذهب الأول ومناقشتها :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأصْلَحُوا بَيْنَهَا فإِنْ بَغْت إِحْدَاهَا عَلَى الْآخَرَى ففَاتَلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءت فَأصْلَحُوا بَيْنَهَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسَطُوا إِنْ اللَّهُ يَحِبُّ الْمُقْسَطِينَ ﴾^(٨).

وجه الاستدلال:

أن الله أمر بقتال الفئة الباغية ، ولابغي أشد من قصد الإنسان بالقتل بغير استحقاق ، فاقترض الآية قتل من قصد قتل غيره بغير حق^(٩).

-
- (١) الشيخ نظام: الفتاوي الهندية ٧/٦، الكلبولي: مجمع الأنهر ٣٢٠/٤.
(٢) الخطاب: مواهب الجليل ٨/٤٤٢، العدوي: حاشية العدوي ٨/٣٥٠.
(٣) الشريبي: مغني المحتاج ٤/١٩٤.
(٤) ابن قدامة: المغني ١٢/٥٣٣.
(٥) الخطاب: مواهب الجليل ٨/٤٤٢، العدوي: حاشية العدوي ٨/٣٥٠.
(٦) ابن قدامة: المغني ١٢/٥٣٣، المرادوي: الإنصاف ١٠/٢٢٩.
(٧) الشريبي: مغني المحتاج ٤/١٩٤، الشرقاوي: حاشية الشرقاوي ٤/٣٦٨.
(٨) سورة الحجرات: آية ٩.
(٩) الجصاص: أحكام القرآن ٤/٤٥.

الرد: هذه الآية محمولة على وجوب القتال حال الفتنة^(١).

ثانياً: قوله صلى الله عليه وسلم: { من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله إلا وقد قاتل دونه^(٢) }.

وجه الإستدلال:

أخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن المدافع عن نفسه وأهله وماله شهيد ، ولا يكون مقتولاً دون ماله إلا وقد قاتل دونه^(٣).

الرد : هذا الحديث محمول على سبيل الجواز في الدفاع عن النفس وليس على سبيل الوجوب والإلزام^(٤).

أدلة المذهب الثاني ومناقشتها :

أولاً : استدلوا بالأحاديث الواردة في النهي عن الدفاع عن النفس إذا اشتعلت الفتن في ديار المسلمين ، ومنها :

قول النبي صلى الله عليه وسلم { اجلس في بيتك ، فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك }^(٥).

الرد : هذا الحديث محمول على ترك القتال حال الفتنة^(٦) .

(١) يوسف علي : الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد ١/١٣٤ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب ٤٥: اللقطة، باب ٣٣: من قاتل دون ماله ٣/١٤٨، رقم ٤٨٠ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ١: الإيمان، باب ١٢: الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره ... ، ص ٧٠ رقم ١٤١، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٥: السنة ، باب ٣: في قتال اللصوص ٥/٢٦١، رقم ٤٧٣٨ ، والترمذي في سننه، كتاب ١٤: الديات، باب ٢٢: ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد ١٢/٢ رقم ١٤١٨ .

(٣) الجصاص: أحكام القرآن ٤/٤٥ .

(٤) أستاذنا يوسف علي: الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد ١/١٣٤ .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٣٤: الفتن والملاحم ، باب ٢: النهي عن السعي في الفتنة ٥/١٦ ، رقم ٤٢٦٠ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٣٦: الفتن ، باب ١٠: التثبت في الفتنة ٤/٣٧٣ ، رقم ٣٩٥٨ .

(٦) الجصاص: أحكام القرآن ٤/٧٤ .

ثانياً : استدلوا بقصة ابني آدم لما أقدم أحدهما على قتل أخيه , قال له أخوه:
﴿لئن بسطت إلي يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي لأقتلك إني أخاف الله رب
العالمين. إني أريد أن تبوء بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاء
الظالمين﴾ (١).

يرد على هذا الإستدلال بوجهين:

أولاً: لا حجة فيه على عدم وجوب دفاع الإنسان عن نفسه بقتل من أراد قتله,
وإنما فيه أنه لا يبدأ بقتل غيره .

ثانياً : أنه منسوخ لا محالة , وجائز أن يكون نسخه بشريعة محمد صلى الله عليه
وسلم , والذي يدل على نسخه هو وجوب دفع القاتل لقول الله تعالى : ﴿ وإن
طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا
التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ (٢)(٣).

(١) سورة المائدة : آية ٢٨-٢٩.

(٢) سورة الحجرات : آية ٩.

(٣) الجصاص: أحكام القرآن ٤/٤٥.

الرأي المختار:

بعد استعراض أدلة الفريقين أجدني تميل نفسي إلى رأي الحنفية ومن معهم، وهو وجوب الدفاع عن النفس وذلك لما سنبينه :

أولاً : إن الحديث الذي استشهد به من قال بجواز الدفاع عن النفس وعدم وجوب ذلك ، إنما هو وارد في النهي عن القتال عند حصول الفتن ، وهذا خارج عن محل النزاع ، لأن الصيال قد يكون في غير أوقات الفتن .

ثانياً : أما الآية التي استدلووا بها ، وهي قوله تعالى: ﴿لأن بسطت إلي يدك لتقتلني﴾ فهذه الآية منسوخة قد نسخت بما ذكرنا من الأدلة القرآنية والنبوية التي أوجبت الدفاع عن النفس^(١).

ثالثاً : إن في دفع الصائل كبحاً لجماح الصائتين ، وردعاً لهم وكسراً لشوكتهم ، وإن عدم دفعهم فيه فتح لنوافذ الفساد في المجتمع وانتشار الفوضى والاضطراب في حياة الناس، ويصبح الناس في خوف وقلق على دينهم وأنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، وهذا هو أشد وأعظم أنواع الفساد ، بل هو خطر يهدد كيان البشرية وينذر بسقوطها وانحطاطها.

وبعد عرض الرأي المختار يتبين لنا أن من أقدم على قتل الصائل لا يؤخذ جنائياً ، ويكون فعله غير خاضع للتجريم والعقاب .

(١) الجصاص: أحكام القرآن ٤/٤٦.

المطلب الثاني

موانع المسؤولية الجنائية

المسؤولية الجنائية : هو أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها وهو مختار ومدرك لمعانيها ونتائجها (١) .

إن الذي ينبغي أن نقرره في هذا المطلب أن هناك ظروفاً من شأنها أن تحول دون تحمل الإنسان للمسؤولية الجنائية , بحيث إذا وقع الفعل الجنائي تحت أي ظرف من هذه الظروف يفقد الفعل الصفة الشرعية للتجريم والعقوبة , ويمكن أن نجتزء بعض هذه الظروف , ومنها :

أولاً: السكر:

وهو حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة من الخمر وغيره , فيتعطل معه العقل المميز بين الأمور الحسنة والقبیحة(٢).

وحد السكر الذي يتعلق به الحد ، هو أنه لا يعرف الأرض من السماء , ولا الأنثى من الذكر ولا نفسه من الحمار(٣).

ويميز الفقه الإسلامي بين نوعين للسكر من حيث سببه:

النوع الأول: السكر الذي يحدث عن طريق مباح , كمن شرب الخمر مكرهاً أو شرب دواء فأسكره(٤) أو شرب مضطراً لدفع غصة.

النوع الثاني: السكر المحظور شرعاً , وهو حالة تناول المسكر عمداً , كمن تناوله بغير حاجة فيسكره ويفقده وعيه(٥).

(١) مصطفى الزلمي : المسؤولية الجنائية , ص ٩ .

(٢) محمود عبد المنعم : معجم المصطلحات ٢/٢٧٩.

(٣) هذا عند أبي حنيفة , ذكره السرخسي في المبسوط ٢٤/٣٠.

(٤) هذا بناءً على من أجاز شرب الخمر للتداوي , أنظر السرخسي: المبسوط ٣١/٢٤، الشرقاوي : حاشية

الشرقاوي ٤/٣٨٧.

(٥) شريف فوزي : مبادئ التشريع الجنائي , ص ٣٣٠.

أما النوع الأول : فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الشارب إذا شرب الخمر مضطراً لدفع العطش ، أو تناولها بقصد دفع الغصة ، أو بسبب وقوعه تحت طائلة الإكراه حتى بلغ درجة الثمالة ، ثم ارتكب جنائية فإنه لا يؤاخذ مؤاخذاً جنائيةً على ما ارتكب من محظورات شرعية^(١).

أما النوع الثاني: وهو أن يتناول المسكر عامداً متعمداً من غير حاجة فأدى ذلك إلى فقد وعيه وعدم انضباط تصرفاته ثم أحدث جنائيةً ، فقد اختلف الفقهاء في حكم المؤاخذاً الجنائية .

الفريق الأول: يرى أن السكران يؤاخذ على أعماله الجنائية مؤاخذاً تاماً ، فالسكر لا يعد مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية ، لأن الشارب لجأ إلى السكر عامداً متعمداً غير مكره ، وبه قال الجمهور من الحنفية^(٢) ، والمالكية^(٣) ، وبعض الشافعية^(٤) ، ورواية عند الحنابلة^(٥) ، وذلك للأدلة التالية:

١ - قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾^(٦).

وجه الاستدلال :

أن الله سبحانه قد خاطب في الآية السكارى ألا يقربوا الصلاة فلزم ذلك أن السكارى مخاطبين^(٧).

(١) السرخسي: المبسوط ٣٤/٢٤ ، الخرشي : حاشية الخرشي ٣٤٢/٨ ، الشرقاوي : حاشية الشرقاوي ٣٨٨ /٤ ، ابن قدامه : المغني ٤٩٩/١٢ .

(٢) السرخسي : المبسوط ٣٤/٢٤ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ٣١٥ /٥ .

(٣) الخرشي : حاشية الخرشي ١٣٥ /٨ .

(٤) ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج ١٤/٤ .

(٥) ابن قدامه : المغني ٤٨٢ /١١ .

(٦) سورة النساء : آية ٤٣ .

(٧) ابن الهمام : شرح فتح القدير ٣١٥ /٥ .

٢- ولأنه حكم لو لم يجب عليه الحد لأصبح من أراد أن يعصي الله شرب ما يسكره ثم يعصيه^(١).

الفريق الثاني :

يرى أن السكران لا يتحمل المسؤولية الجنائية ، سواء سكر بطريق مباح أم لا ، وبه قال الظاهرية^(٢) ، ورواية عند الحنابلة^(٣) ، وذلك لما يلي :

١- لأنه زائل العقل أشبه المجنون .

٢- لأنه غير مكلف أشبه الصبي^(٤).

وإنني أجدني مطمئناً إلى رأي الجمهور بأن يؤخذ السكران على جنائته مؤاخذهً جنائيةً ، إذ لم يعهد من الشارع أن جعل المحظورات سبباً لإسقاط التكاليف عن الإنسان ، ولو أخذنا برأي الظاهرية لأصبح ذلك سبباً لانتهاك محارم الله والتعدي على حدوده ، الأمر الذي يؤدي إلى اضطراب المجتمعات وذيوع الفواحش والمنكرات.

ثانياً: الجنون :

الجنون: هو زوال العقل واختلاله بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً^(٥).

والجنون هو مرض يفقد المريض قدرته على إدراك العلاقة بين العالم الحقيقي وأفكاره الذاتية ، ويعجز عن التفكير بوضوح ، وتبدو أعراض الجنون في صورة هلوسة أو تخيلات أو هذيان وقد يكون أصلياً بأن يبلغ الإنسان مجنوناً ، وقد يكون طارئاً بعد البلوغ^(٦).

(١) ابن قدامة : المغني ٤٨٢/١١ .

(٢) ابن حزم : المحلى ٨/١٢ .

(٣) ابن قدامة : المغني ٤٨٢/١١ .

(٤) ابن قدامة : المغني ٤٨٢/١١ .

(٥) محمود عبد المنعم : معجم المصطلحات / ١ / ٥٤٢ .

(٦) شريف فوزي : مبادئ التشريع الجنائي ، ص ١٣٣ .

حالات الجنون :

فرق فقهاء الشريعة بين حالتين للجنون :

الحالة الأولى :

الجنون المطبق : وهو الجنون الذي يستغرق جميع حياة الشخص , بحيث يكون مجنوناً بصورة استمرارية دون انقطاع.

الحالة الثانية :

الجنون المتقطع : وهو جنون يصاب به الشخص على فترات , بحيث يزول عقله في حين ثم يفيق في حين آخر , ويكون فيها مدركاً لما يجري حوله , وربما قد تكون إفاقته غير تامة فيكون أشبه بالصبي غير المميز^(١).

حكم أفعال المجنون:

قال الأمدى : " لقد اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف ، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة ، ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، ومن كون الأمر به هو الله تعالى وأنه واجب الطاعة كون المأمور به على صفة كذا وكذا ، كالمجنون والصبي الذي لا يميز ، فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة بالنظر إلى فهم أصل الخطاب ويتعذر تكليفه أيضاً " ^(٢).

وبناءً على هذا فإن الشريعة الإسلامية لا توقع العقوبة الحدية على المجنون ولا على من في حكمه كالمعتوه ، لأن شرط إقامة الحدود أن يكون المحدود عاقلاً فاهماً للخطاب ، والمجنون ليس بعاقل ولا فاهم للخطاب ، فإذا زنى المجنون أو قذف أو شرب خمرًا فلا يحد .

(١) المصدر السابق ، ص ١٣٣ .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام ١/١١٤ .

هذا ما يتعلق بالحدود ، وأما ما يتعلق بالجنايات التي توجب القصاص ، فإنه أيضاً لا يقتصر منه ، ولكن يُحول حكم الجريمة المقصودة إلى حكم جريمة الخطأ فتجب الدية ، أي يجب القصاص معنى لا صورةً ، ف جرائم المجنون في حقوق العباد لا تذهب هدرًا كجرائم الحدود بل تكون فيها العقوبة المالية ، والسبب في هذا كله أن حقوق العباد لا تقبل السقوط بخلاف حقوق الله ، فإنها تقبل السقوط في حال العذر كالصوم مثلاً ، ويقاربها في معناها جرائم الحدود^(١).

ثالثاً : الإكراه :

الإكراه : هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه فيصير الغير خائفاً به^(٢).

والإكراه بهذا المعنى يشمل الحمل على فعل لا يريد مباشرته ، سواء كان الفعل مباحاً أم غير مباح في أصله^(٣).

ولقد قرر الفقهاء أنه لا بد لقيام عنصر الإكراه كمانع للمسؤولية الجنائية من توافر أربعة أركان^(٤):

أولاً : أن يكون المُكْرَه قادراً على إيقاع ما هدد به ، فإنه إذ لم يكن قادراً على ذلك ويعلم من هده ذلك فإن التهديد لغو .

ثانياً : أن يكون ما هدد به متلفاً للجسم أو مؤذياً له أو متلفاً للمال .

ثالثاً : أن يقع في نفس المُكْرَه أن المههد سينفذ ما هدد به ، فإذا لم يكن كذلك لم يتحقق عنصر الإكراه .

رابعاً : أن يكون الفعل الذي أُكْرَه عليه محرماً ، وأن يكون ممتنعاً عن فعله قبل أن يقع عليه الإكراه .

(١) محمد أبو زهره : الجريمة ، ص ٤٦٩ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٥٣٠ .

(٣) المصدر نفسه ، ص ٥٢٩ .

(٤) المصدر نفسه ، ص ٥٣٠ .

لقد قسم فقهاء الشريعة الإكراه إلى نوعين:

الأول : الإكراه التام ، وهو الذي يوجب الإلجاء والإضطرار ، كالقتل والقطع الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو .

الثاني : الإكراه غير التام ، وهو الذي لا يوجب الإلجاء والإضطرار ، كالحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف فيه التلف^(١) .

ومن أجل أن نبين مدى تأثير الإكراه على رفع المسؤولية الجنائية لا بد أن نبين حكم ما يقع عليه الإكراه ، وهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع ...

النوع الأول : المباح :

وهي الجرائم التي يباح فعلها تحت طائلة الإكراه ، إذ أن الإكراه التام في هذه الحالة من شأنه أن يحول الفعل الذي تناولته أدلة الشرع بالنهاي إلى فعل مباح وأحياناً إلى فعل مستحب .

فأكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير أو شرب الخمر مثلاً ، إذا كان الإكراه تاماً بأن كان بوعيد تلف فإن هذه الأفعال تأخذ حكم الإباحة - أي خارجة من نطاق التجريم والعقاب - لأن هذه الأشياء يباح تناولها عند الإضطرار ، وذلك استناداً إلى قوله تعالى : ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾^(٢) ، أما إذا كان الإكراه غير تام - بأن كان ناقصاً - فلا يحل له الإقدام على أكل هذه المحرمات ولا يرخص له أيضاً لأنه لا يفعله للضرورة^(٣) .

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٠/١٠٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ١٧٣ .

(٣) الكاساني : بدائع الصنائع ١٠/١٠٥ .

النوع الثاني: المرخص :

وهو الإكراه الذي وقع على فعل محرم في ذاته مع ثبوت الرخصة فيه، فالإكراه في هذه الحالة قد أثر في تغيير حكم الفعل وهو رفع المؤاخذة ، لكنه لم يؤثر في وصف الفعل وهو ثبوت الحرمة ^(١) ، كالإكراه على النطق بكلمة الكفر أو سب النبي صلى الله عليه وسلم - والعياذ بالله - لا يسقط النهي عن حقيقة هذه الأفعال ولكنه يرخص للمكروه أن يجيب من أكرهه ^(٢).

النوع الثالث :

الفعل الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلاً ، كقتل المسلم بغير حق ، سواء كان الإكراه ناقصاً أم تاماً ، لأن قتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بأية حالة قال الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون﴾ ^(٣) ، وكذلك قطع عضو من أعضائه ، أو ضربه ضرباً مهلكاً ، والأصل في هذا كله قوله تعالى: ﴿والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً﴾ ^(٤) ، ويدخل في ذلك ضرب الوالدين قل أو كثر لقوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً أما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً كريماً﴾ ^(٥) ، فالنهي عن التأفيف هو نهى عن الضرب بالطريق الأولى ، فكانت الحرمة قائمةً بحكمها فلا يرخص الإقدام عليه وإذا أقدم على أي فعل من هذه الأفعال أثم ^(٦).

(١) الكاساني : بدائع الصنائع ١٠/١٠٦.

(٢) محمد أبو زهرة : الجريمة ، ص ٥٣٨.

(٣) سورة الأنعام : آية ١٥١.

(٤) سورة الأحزاب : آية ٥٨.

(٥) سورة الإسراء : آية ٢٣.

(٦) الكاساني : بدائع الصنائع ١٠/١٠٨.

رابعاً: النوم :

إن النوم لا يؤثر على أهلية الوجوب وإنما يؤثر على أهلية الأداء لعدم أهلية الخطاب بزوال الفهم، فالنائم يجب عليه القضاء بعد إفاقة^(١)، وذلك لأن من شروط التكليف أن يكون المكلف عاقلاً فاهماً للخطاب^(٢)، والنائم ليس فاهماً للخطاب ولا عاقلاً له، فانعدم عنه التكليف حال نومه فهو غير مطالب بالأحكام الشرعية من أمر ونهي .

أما في حالة ارتكابه للمحظورات الشرعية، فإن النوم يعد مسقطاً للمؤاخذة الجنائية وبالتالي لا يلحقه أي عقاب، فما يصدر عنه من حركات جسمانية حتى ولو كانت محظورةً شرعاً كزنى أو قتل لا تعد جريمةً في حقه، ولا يؤاخذ عليها بعقوبة جنائية، فلو وجد منه الزنى وهو نائم فلا حد عليه^(٣).

(١) عبد العزيز البخاري : كشف الأسرار ٣٢١/١.

(٢) الأمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١١٤/٢.

(٣) ابن قدامه : المغني ٣٥٨/١٢، ابن حزم : المحلى ١٢٨/٧ .

الفصل الخامس

الخطة التي تضمن تطبيق المبدأ في العصر الحاضر

وفيه :

المبحث الأول :

إستقلال القضاء واختصاصه .

المبحث الثاني :

تفسير النصوص الجنائية .

المبحث الثالث :

تقنين الأحكام الجنائية .

المبحث الرابع :

نشر الأحكام الجنائية عبر وسائل الإعلام .

المبحث الأول
إستقلال القضاء واختصاصه

وفيه :

المطلب الأول :
استقلال القضاء .

المطلب الثاني :
اختصاص القضاء .

المطلب الأول
استقلال القضاء

وفيه :

الفرع الأول :

مفهوم القضاء واستقلاله .

الفرع الثاني :

استقلال القضاء ومبدأ الشرعية .

الفرع الأول

مفهوم القضاء واستقلاله

قبل أن نتولى الحديث عن تحديد المعنى المراد من مبدأ استقلال القضاء , لا بد من التعرّيج على معنى القضاء لغةً واصطلاحاً حتى يتكشف لنا الأمر واضحاً .

القضاء لغةً : القضاء في اللغة له عدة معاني , منها (١) :

- الحكم : وأصله قضاى لأنه من قضيت ، والجمع أقضية .
- الخلق : كقوله تعالى: ﴿ فقضاهن سبع سموات وأوحى في كل سماء أمرها ﴾ (٢) ، أي خلقهن.
- العمل : كقوله تعالى : ﴿ فاقض ما أنت قاض ﴾ (٣) ، أي اعمل ما أنت عامل.
- الحتم والأمر : كقوله تعالى: ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحساناً ﴾ (٤) ، أي أمر ربك وحتم .
- الفراغ : كقوله تعالى: ﴿ وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب لتفسدن في الأرض مرتين ولتعلمن علواً كبيراً ﴾ (٥) ، أي عهدنا , وهو بمعنى الأداء والإنهاء.

القضاء اصطلاحاً :

-
- (١) ابن منظور : لسان العرب ١٨٦/١٥ : مادة قضى .
 - (٢) سورة فصلت : آية ١٢ .
 - (٣) سورة طه : آية ٧٢ .
 - (٤) سورة الإسراء : آية ٢٣ .
 - (٥) سورة الإسراء : آية ٤ .

هو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات^(١).

استقلال القضاء :

اما المراد من " استقلال القضاء " هو أن لا يقع القضاء تحت تأثير سلطة أو شخص من شأنه أن ينحرف بالقضاء عن هدفه الأسمى , وهو إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أصحابها^(٢).

إن تحقيق استقلال القضاء يرجع في أصله إلى أمرين هامين :

الأول : أن يكون القضاء ذا سلطة مستقلة قائمة بحد ذاتها , وليس وظيفة من الوظائف التابعة للدولة أو سياستها .

ويستتبع إسباغ وصف السلطة على القضاء أن يكون محايداً , فلا يصطبغ بصبغة سياسية أو انتمائه لمذهب أرضي , وأن يكون متخصصاً لحمل ميزان العدل ويصدع بكلمة الحق المستمدة من النص الشرعي .

الثاني : أن يكون القضاة متحررين من أي تدخل - بوعيد أو بترغيب أو ترهيب صادر من جهة معينة لتحقيق مأرب خاص - وأن لا يكونوا متأثرين في قضائهم إلا بحكم النص الشرعي^(٣).

طبيعة القضاء في العهدين : النبوي والراشدي :

إن الناظر إلى العهد النبوي يتبين له أن النبي صلى الله عليه وسلم كان هو القاضي الأول في الدولة الإسلامية , بل هو أو قاضٍ في تاريخ الأمة الإسلامية قاطبةً , وقد تولى رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء امتثالاً لرب العالمين

(١) البهوتي : الروض المربع ، ص ٤٦ .

(٢) انظر : جبر الفضيلات : القضاء في الإسلام ، ص ٢٥٤ ، محمد أبو فارس : القضاء في الإسلام ، ص ١٨٩ ، عبد الكريم زيدان : نظام القضاء ، ص ١٩ ، فاروق الكيلاني : استقلال القضاء ، ص ٥ .

(٣) محمد عبيد : استقلال القضاء ، ص ١٦ ، قمت بإجراء بعض التعديل .

وقياماً بالتكليف الذي ألزمه به ، انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ (١)

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم هو المرجع الأول لحل جميع الخلافات التي تنشأ في المجتمع الإسلامي الذي أنشأه في المدينة المنورة ، وذلك بمقتضى ما جاء في الصحيفة التي كتبها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المؤمنين وأهل يثرب وجاء فيها: ﴿ وَإِنَّمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ حُكْمَهُ إِلَى اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَإِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﴾ (٢).

هذا ، ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية أرسل صلى الله عليه وسلم القضاة إلى البلدان النائية وأمرهم بتنفيذ حكم الله في تلك البلاد ، فبعث معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً (٣).

وقد كانت ممارسة الخلفاء للقضاء على درجات متفاوتة :

فأما أبو بكر الصديق فكان الناس يرجعون إليه في قضايا قليلة كقضية القصاص ونفقة الوالد على الولد... إلا أنه فوض القضاء لعمر بن الخطاب حتى يتفرغ للسياسة العامة للدولة الإسلامية كإرسال الجيوش ونشر الدعوة ...

أما في خارج المدينة فقد كان القضاء ضمن سلطة الوالي نفسه ، ولم يفصل أبو بكر الولاية عن القضاء ذلك أن أحداث وأعباء الولاية لم تكن في عهده كثيرة .

وأما عمر بن الخطاب ، فإن اتساع الدولة وكثرة المشاغل واختلاط غير المسلمين وظهور كثير من المسائل والمستجدات الحياتية التي تتطلب توفير الوقت والجهد لإيجاد الحل المناسب لها ، كل ذلك ألزم عمر أن يجعل سلطة القضاء مستقلة عن عمل الوالي في بعض الولايات التي تحتاج إلى ذلك ليتفرغ الوالي للأعمال الأخرى ، كنشر الأمن وحماية ثغور ولايته وتجهيز الجيش.

(١) سورة المائدة : آية ٤٩ .

(٢) انظر ابو عبيد : الأموال ، ص ٢٩٣ .

(٣) انظر الحديث ص ١٨٦ من الرسالة .

وأما عثمان بن عفان ، (١) فقد حافظ على منهج عمر من حيث استقلال النظام القضائي ، وأعطى الصلاحيات الكاملة للقضاة ، وكان يرأسل القضاة بين الحين والآخر .

وأما علي بن أبي طالب ، فقد كان أفضى الناس في العهد النبوي والراشدي ، واستمر على ممارسة القضاء والفصل في المنازعات أثناء خلافته ، وأفضيته كثيرة في الحدود والقصاص والأموال (٢).

من خلال ما تقدم نرى أن القضاء كان مقترناً بالولاية في العهد النبوي وفي عهد أبي بكر الصديق ، ولكن التغيير الذي طرأ على سلطان القاضي واستقلاله في عمله كان ذلك في عهد عمر بن الخطاب ، إذ عهد إلى قضاة النظر فيما استجد من حياة الناس من قضايا ومسائل لم يكن لها نظير من قبل ، وأصبح للقضاة سلطة خاصة بهم ومستقلة تقريباً في بعض الولايات ، وذلك تمثيلاً مع مقتضيات المصلحة العامة التي ينشدها الدين والشرع تحقيقاً لمبدأ العدالة .

(١) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية ، القرشي ، الأموي ، أبو عبد الله ، ثالث الخلفاء الراشدين ، لقب بذي النورين ، جهز جيش العسرة ، أحد العشرة المبشرين في الجنة ، قتل ظلماً في داره سنة ٣٥ هـ ، أنظر ترجمته في أسد الغابة ٣/٢١٥ .

(٢) انظر فيما تقدم: محمد الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام ، ص ٤٢ وما بعدها ، محمود عرنوس: تاريخ القضاء في الإسلام ، ص ١٢ وما بعدها ، نصر فريد: السلطة القضائية ، ص ٥٦ وما بعدها ، محمد الزعبي: القضاء والقضاة في الدولة العربية الإسلامية ، ص ١٧١-١٨١ ، أحمد البهي: تاريخ القضاء في الإسلام ، ص ١٠٠ .

الفرع الثاني

استقلال القضاء ومبدأ الشرعية

إن استقلال القضاء هو السبيل لحفظ مبدأ الشرعية وسيادة النصوص الشرعية وضبطها للأفعال والتصرفات الواقعة من المكلفين ، سواء كانت أفعالاً جنائيةً أم غيرها ، وبالقدر الذي يحصل عليه القضاء في استقلاله يمكن للقاضي أن يؤدي رسالته ويحكم على أفعال الناس في ظل مبدأ الشرعية (١) .

والذي نؤكد في هذا المقام أن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة لا يقوم في أساسه على وجود نص شرعي يجرم فعل ما ، ويحدد العقاب المناسب لهذا الجرم فحسب ، وإنما أيضاً يقوم على أساس وجود قاضٍ يطبق النص الوارد في التجريم والعقاب وفق ما أدى إليه اجتهاده وبصورة تتماشى مع مقتضيات المصلحة العامة التي ينشدها الشرع الإسلامي .

إن وجود قاضٍ ينظر فيما يرفع إليه من الدعاوى والمخالفات من غير أن يكبل بالأغلال أو يحجر على عقله وفكره بالقيود التي من شأنها أن تعيق منهج تفكيره في الاجتهاد والاستنباط في ضوء مبدأ الشرعية ، لن يتحقق إلا بحصوله على استقلالية تامة وجعل سلطته سلطةً قائمةً وثابتةً لها سيادتها وكيانها غير خاضعة لأي سلطة أخرى في الدولة ، وغير متأثرة بأي تيار آخر سواء كان تيار الحاكم أم الهوى اللذين يقفان عقبة كؤود دون النصوص التشريعية الحاكمة .

إذاً فإن استقلال القاضي في مجال أفضيته يجعله ينطق بحكم الحق المستمد من النصوص الشرعية ، وتحرره من أي ضغوط أو مؤثرات خارجية ، وهذا بعينه أهم ضمان لمبدأ شرعية الأحكام الصادرة من السلطة القضائية.

(١) انظر: وثائق استقلالية القضاء ، ص ٤٣ ، محمد كامل عبيد: إستقلال القضاء ، ص ١٨ .

يمكن لنا أن نصور مدى مساهمة استقلالية سلطة القضاء في حفظ مبدأ شرعية الأحكام ، من خلال عرض موجز لأهم الركائز التي يقوم عليها استقلال القضاء ، وهي^(١):

أولاً: الحياد :

والمقصود منه أن يكون القاضي بعيداً عن التحيز والمحاباة في قضاؤه ، ذلك أن تحيزه يفقده استقلاله ، فمهمة القضاء هو تطبيق النص الشرعي على جميع الناس على حدٍ سواء.

ولقد توالى الأدلة من الكتاب والسنة على ضرورة هذه الركيزة لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعْمًا بِعَظْمِكُمْ بِهِ﴾^(٢).

فالآية الكريمة تدل على وجوب التزام الحاكم بالحق في حكمه ولا يشطط فيه، وأن يعدل بين الناس في قضاؤه وحكمه.

جاء في السنة الصحيحة : { أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجده ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة بن زيد^(٣) فكلموه ، فكلم أسامة النبي صلى الله عليه وسلم فيها، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا أسامة ألا أراك تكلمني في حد من حدود الله عز وجل ، ثم قام خطيباً فقال : إنما

(١) انظر محمد أبو فارس: القضاء في الإسلام ، ص ١٨٩، جبر الفضيلات : القضاء في الإسلام ، ص ٢٥٤، فاروق الكيلاني : استقلال القضاء ، ص ١٩.

(٢) سورة النساء : آية ٥٨.

(٣) هو أسامة بن زيد بن حارثة الكلبى ، كنيته أبو زيد ، يُقال له الحب بن الحب ، أمه بركة مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحاضنته ، مات النبي صلى الله عليه وسلم وهو ابن عشرين سنة، سكن وادي القرى ثم عاد إلى المدينة فمات بالجرف في آخر خلافة معاوية بن أبي سفيان سنة ٥٨هـ، قيل أنه من الأربعة الذين سلموا من الفتنة التي نشبت بين المسلمين بعد وفاته عليه الصلاة والسلام ، انظر ترجمته في الإستيعاب ١/١٧٠.

هلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد^(١) لقطعْتُ يدها { (٢).

ويدل هذا الحديث على ضرورة التزام القاضي الحق والعدل في حكمه ، وأن يجعل حكمه نافذاً على الناس غنيهم وفقيرهم ، أميرهم وخادمهم ، رفيعهم ووضيعهم.

إذاً فاتخاذ القاضي موقف الحياد في حكمه دون أن يماري به أحداً هو سبيل لحفظ مبدأ شرعية التجريم والعقوبة ، بغض النظر عن علو منزلة الجاني ووجاهته في مجتمعه.

ثانياً : التخصص :

ويقصد بالتخصص هو أن يكون القاضي مؤهلاً علمياً وخلقياً ليتولى منصب القضاء ، ولقد بين الفقهاء في مصنفاتهم ضرورة أن يكون القاضي رجلاً ، بالغاً ، عاقلاً ، حراً ، مسلماً ، صادق اللهجة ، عفيفاً عن المحارم ، بعيداً عن مواقف الريب ومظان التهم ، ويُضاف إليها العلم بكتاب الله عز وجل على الوجه الذي تصح به معرفة ما تضمنه من الأحكام والتشريعات ، والعلم بالسنة النبوية المطهرة^(٣).

لا شك أن العمل القضائي قد غدا في هذه الأيام متعدد الفروع ومتشعب المواضيع الأمر الذي يحتاج إلى دراسة متخصصة وخبرة واسعة ، فالتخصص والخبرة هي التي تكون ضمير القاضي وتولد لديه عقلية واسعة تمكنه من القيام بمسؤولية العمل القضائي ، وهي التي تجعل لديه المقدرة على الإجتهد في ظل مبدأ الشرعية .

(١) هي فاطمة الزهراء بنت إمام المتقين رسول الله ، كانت تكنى أم أبيها ، أصغر بنات رسول الله وأحبهن إليه ، ولدت قبل البعثة بقليل نحو سنة أو أكثر ، توفيت سنة ١١ هـ ، دفنت بالبقيع ، أنظر ترجمتها في الإصابة ٢٦٢/٨ .

(٢) انظر تخريج الحديث ص ٢٤٣ .

(٣) انظر ابن فرحون : تبصرة الحكام ١/١٧ ، الماوردي : الأحكام السلطانية ، ص ٥٣ ، ابن قدامة : المغني ١٢/١٤ .

ثالثاً : حرية الرأي والاجتهاد :

إن استقلال القضاء لا يمكن أبداً أن يقوم من دون حرية رأي واجتهاد ،
 فحرية الرأي والاجتهاد هي ركيزة من الركائز التي يقوم عليها استقلال القضاء ،
 وهي تقتضي عدم التعرض للقاضي في صدد عمله القضائي .

فالقاضي ينبغي أن يفسح له المجال ليفكر ويستتبط الأحكام بعقل مسترشد بما
 رسمه الشارع الحكيم سبحانه في كتابه وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم في سنته
 وما أجمع عليه الصحابة ومن أتى بعدهم .

وقد ذهب الماوردي إلى عدم جواز تولية القضاء لمن ينفي القياس ، وهو ما
 أكده بقوله : " وأما نفي القياس فضربان : ضرب منهم نفوه واتبعوا ظاهر النص
 وأخذوا بأقاويل سلفهم فيما لم يرد فيه نص ، وطرحوا الإجتهد وعدلوا عن الفكر
 والاستتباط ، فلا يجوز توليتهم القضاء لقصورهم عن طرق الأحكام .

وضرب منهم نفوا القياس واجتهدوا في الأحكام تعلقاً بفحوى الكلام ، ومفهوم
 الخطاب كأهل الظاهر ، وقد اختلف أصحاب الشافعي رضي الله عنه في جواز
 تقليدهم القضاء على وجهين :

أحدهما : لا يجوز للمعنى المذكور .

**والثاني : يجوز ، لأنهم يعتبرون واضح المعاني وإن عدلوا عن خفي
 القياس " (١) .**

وبهذا يشير الماوردي إلى ضرورة أن يعمل القاضي فكره ويبدل جهده في
 سبيل الخلوص إلى الحكم الشرعي المتعلق بفعل المكلف .

وبناءً على هذا يمكن القول أن حرية القاضي في الإجتهد والاستتباط هو
 مطلب أساسي وحاجة ملحة لتحقيق مبدأ شرعية الأحكام التي تصدر من جهته ، ذلك
 أن الإجتهد يقتضي بذل ما في وسع الإنسان من جهد وطاقة ومقدرة للوصول إلى
 الحكم ، على أن يكون الحكم ضمن القواعد العامة والأصول الكلية للشريعة

(١) الأحكام السلطانية ، ص ٥٥ .

الإسلامية غير خارج عنها ، وإن سلبَ القاضي حقه هذا هو اعتداء صارخ و هتك فاحش لمبدأ شرعية الأحكام الصادرة من جهة القضاء ، سواء كانت أحكاماً جنائية أو مدنيةً أو تجاريةً أو غيرها ، الأمر الذي يجعل ميزان العدالة مضطرباً ويجعل القضاء عاجزاً عن رفع الظلم وإيتاء كل ذي حق حقه.

إذاً فإن استقلال القضاء وصيانة ركائزه الثلاثة من العبث يضمن مبدأ شرعية الأحكام ويجعل أفعال المكلفين خاضعةً للأحكام ومحكومةً لها ، كما أنه يمنح الحكم مصداقيته وواقعيته في حياة الناس دون حيف أو ظلم بأحد .

المطلب الثاني تخصيص القضاء

وفيه :

الفرع الأول :

مفهوم تخصيص القضاء .

الفرع الثاني :

أنواع تخصيص القضاء .

الفرع الأول

المراد بتخصيص القضاء

المراد بتخصيص القضاء هو تقييد القاضي أو المحكمة بالنظر في نوع معين من القضايا ، سواء كانت تتعلق بالناحية المدنية أم التجارية أم الجنائية، وتكون الجهة التي أسند إليها هذا العمل ذا خبرة بالأحكام الشرعية^(١).

إن تعيين القاضي في نوع معين من القضايا يقوم على أساسين:

أولاً: أن القاضي يعتبر نائباً للخليفة الذي عينه، والنائب يستمد ولايته على ما أنيب فيه منيبه وبالحدود التي يحدد بها هذه الولاية ، وعلى هذا فإن القاضي ونائب الخليفة يستمد ولايته القضائية من الخليفة ، ولذا فإن ولايته وما يدخل في أعمال القضاء ووظائفه تقبل التقييد والإطلاق والعموم والخصوص^(٢).

ثانياً: نظراً إلى تعدد الأنواع القضائية وتعقدتها واتساع دائرة القضايا التي ترفع إلى السلطة القضائية وتعلقها بشتى نواحي الحياة الإنسانية من سياسة وتجارة وجرائم جنائية... فقد نجد اختصاص القاضي بنوع معين من هذه القضايا مطلباً جوهرياً وحاجة أساسية للتعمق في نوعية القضايا التي ترفع إليه ودراستها ومن ثم إيجاد الحل الشرعي الأمثل لها.

إن الناظر لأحوال الناس وما يتمخض عنه العصر من قضايا ومخالفات ، يتبين له أن هذه القضايا لم تعد مجرد قضايا بسيطة أو سهلة ، فهي في غاية التعقيد والإشكال، فلم يعد الأمر يقتصر على ما بحثه علماؤنا السلف في المسائل الجنائية وما عرضه في مصنفاتهم ، بل إن الأمر قد تعدى هذه الحدود المرسومة ، وأصبح

(١) انظر فاروق الكيلاني : إستقلال القضاء ، ص ٢٦.

(٢) عبد الكريم زيدان: نظام القضاء ، ص ٣٩.

العالم يشهد ألواناً وأصنافاً من القضايا المتشعبة التي تتطلب دراسة متأنيةً وفهماً عميقاً ونظراً ثاقباً بغية الوصول إلى تكيف فقهي صحيح لها.

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لم يعد الزمن الحاضر الذي نعتاشه ونشهد فيه انقلاباً في الأفكار والتصورات والمعتقدات التي يعقبها انحرافات سلوكية وتصرفات غير مستقيمة ، كالعهد الأول الذي احتضن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه الأبطال ، خال من المشاكل والمنازعات نسبةً لما يقع في حياتنا اليومية ، حيث روى لنا التاريخ أنه لما استخلف أبو بكر عهد إلى عمر بالقضاء مكث عمر سنة لا يتقدم إليه أحد^(١).

إذا فتهافت الناس على المخالفات وكثرة وقوعهم في المنازعات والإشكالات ، كل ذلك اقتضى أن يعين القضاة كل حسب اختصاصه ومجاله ، بمعنى ضرورة تجزئة القضاء من حيث زمانه ومكانه ونوعه، وهو ما أشار إليه سلفنا من الفقهاء، وأكدوا ذلك ضمن مصنفاتهم التي وضعوها في الأفضية ومناهج الحكم .

يقول ابن القيم : " إذا عرض هذا فعموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف ، وليس لذلك حد في الشرع، فقد يدخل في ولاية القضاء وفي بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر وبالعكس ، وكذلك الحسبة وولاية المال ... هذه الولايات في الأصل ولايات دينية ومناصب شرعية ، فولاية الحرب في هذه الأزمنة في البلاد الشامية والمصرية وما جاورها تختص بإقامة الحدود: من القتل والقطع والجلد ، ويدخل فيها الحكم في دعاوى التهم التي ليس فيها شهود ولا إقرار، كما تختص ولاية القضاء بما في كتاب وشهود وإقرار من الدعاوى التي تتضمن إثبات الحقوق والحكم بإيصالها إلى أربابها ، والنظر في الابضاع والأموال التي ليس لها ولي

(١) وكيع : أخبار القضاة ١/١٠٤.

معين... " (١) ، وإذا ما تقرر هذا فإن تخصيص القضاء يقع ضمن صور معينة وهو ما سنتولى عرضه في الفرع الثاني.

(١) الطرق الحكمية ، ص ٣٠٤.

الفرع الثاني

أنواع تخصيص القضاء

أولاً: الإختصاص المحلي :

ويُقصد به اختصاص القضاء من حيث المكان ، وتحديد معيار موضوعي للإختصاص من حيث المكان شيء تمليه ضرورة الحياة العملية في أي مجتمع^(١).

وإذا تم تعيين قاضٍ في مكان معين فإنه لا يملك ولاية القضاء خارج حدود مكانه، يقول الماوردي: " ويجوز أن يكون القاضي عام النظر خاص العمل ، فيقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو في محلة ، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده والمحلة التي عينت له ، وينظر فيه بين ساكنيه وبين الطارئین إليه، لأن الطارئٍ إليه كالساكن فيه ، إلا أن يقتصر به على النظر بين ساكنيه دون الغربيين والطارئين إليه فلا يتعداهم ، ولو قلد جميع البلد ليحكم في أحد جانبيه أو في محلة منه أو في دار من دوره جاز له الحكم في كل موضع منه ، لأنه لا يمكن الحجر عليه في مواضع جلوسه مع عموم ولايته ، فإن أخرج ذلك مخرج الشرط في عقد الولاية أبطلها ، وكان مردود الحكم في ذلك الموضع وغيره"^(٢).

ثانياً: الاختصاص الزماني :

ويُقصد به تحديد زمن معين تنتهي بانتهائه ولاية القاضي للنظر في قضية معينة أو مجموعة من القضايا ، فيصبح بعد نهاية ذلك الزمن غير ذي ولاية ، وبالتالي غير مختص بالقضاء^(٣).

(١) عبد الكريم زيدان : نظام القضاء ، ص ٤٠ ، عبد الرحمن القاسم : النظام القضائي الإسلامي،

ص ٥٢٤ ، جمال المرصفاوي : نظام القضاء ، ص ٨٤.

(٢) الأحكام السلطانية ، ص ٦٠ .

(٣) عبد الرحمن القاسم : النظام القضائي الإسلامي ، ص ٥٤ ، نصر فريد : القضاء في الإسلام ،

ص ١٦٥ .

إن لولي الأمر أن يولي القضاء أحداً من الناس ، ويحدد له ولايته للقضاء بزمن معين تنتهي به ولايته للقضاء ، جاء في " معين الحكام " : " وكذا يجوز تأقيت القضاء بزمان بأن قال: أنت قاضي هذه البلدة هذا الشهر ، أو هذا اليوم ، ويصير قاضياً بقدره " (١).

ثالثاً: الاختصاص الموضوعي أو النوعي :

ويُقصد به تحديد نوعية القضايا التي ينظر فيها القاضي ، فقد تقيّد ولاية القاضي بالنظر في القضايا الجنائية دون المدنية ، وقد يقيد أيضاً بنوع من القضايا الجنائية دون غيرها كجرائم القتل مثلاً (٢).

يقول ابن قدامة : " ويجوز أن يولي في البلد الواحد قاضيين فأكثر ، على أن يحكم كل واحد منهم في موضع ، أو يجعل إلى أحدهما القضاء في حق ، وإلى الآخر في حق آخر " (٣).

ويقول النووي : " إذا نصّب الإمام قاضيين في بلد واحد ، نظر: إن خص كل واحد بطرف منه أو بزمان ، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال والآخر في الدماء والفروج جاز " (٤).

إن تبويض القضاء حسب نوعه وموضوعاته فيه توسعة على القضاة بحيث يتمكن القاضي من التفقه على نحو أعمق بما أوكل به وتخصص فيه ، وبالتالي يكون أقدرًا لحل ما يعرض عليه من القضايا والوصول إلى الحكم الأقرب للشريعة الإسلامية.

(١) أبو الحسن الطرابلسي : معين الحكام ، ص ١٣ .

(٢) عبد الرحمن القاسم : النظام القضائي الإسلامي ، ص ٥٤٤ ، عبد الكريم زيدان : نظام القضاء ، ص ٤ .

(٣) الكافي ٢٤/٤ .

(٤) روضة الطالبين ١٠٤/٨ .

يقول القرافي : " ما تقدم من التوسعة في أحكام القضاة ليس مخالفاً للشرع ، بل تشهد به القواعد ، ذلك أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ، ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا يخرج عن الأحكام الكلية " (١).

وهذا ما نعنيه في بحثنا ، وهو أن نتيجة اختلاف الزمان وتعدد طرق الفساد وتنوع أساليب الانحراف لدى كثير من الناس ، حتى أصبح الانحراف فناً مهنيّاً لا يتقنه إلا ذوا الاختصاص والمهرة ، الأمر الذي فرض علينا ضرورة التسليم لفكرة تخصيص القضاء وقبولها.

إن ما يخلقه أصحاب الانحراف وأهل الفساد من جنح ومخالفات في كل زمان ومكان يحتم على ولي الأمر إيجاد فئة من القضاة يتولون محاسبة أهل الفساد وقمع زيغهم وفقاً لمبدأ " شرعية التجريم والعقوبة " ، ولن يتأتى هذا إلا بقبول فكرة تخصيص القضاء ، بحيث يتم تعيين القضاة كل حسب مؤهلاته وقدراته وخبرته ومجال عمله واختصاصه، ولا حرج أن يتولى أحد القضاء في الأموال وآخر يتولى القضاء في الحدود وآخر في التعازير وآخر في القصاص ... فهو أفضل طريق لتحقيق العدل وانضباط الأحكام والمبادئ ، وفيه ضمان لعدم الخروج عن مبدأ الشرعية في أحكام الجرائم والجنايات وما يتعلق بها من آثار وتبعات ، ولا سيما تلك الجرائم التي لم يرد بها نص شرعي.

ومن ثم فإننا نؤكد أن فكرة تخصيص القضاء يضمن عدم خرق مبدأ الشرعية، فحتى يطبق مبدأ الشرعية تطبيقاً صحيحاً يجب ضبط كل الأفعال والتصرفات الواقعة من الناس ثم تكييفها تكييفاً شرعياً صحيحاً ، وبدون ذلك يصاب مبدأ الشرعية بالخلل ويقع فيه الاضطراب وبالتالي يعجز عن مواجهة الحياة بكافة مشاكلها ومستجداتها مما يفتعله الناس .

(١) الذخيرة ١٢/١٦٤ .

المبحث الثاني
تفسير النصوص الجنائية

وفيه :

المطلب الأول:

- . المراد بتفسير النصوص الجنائية .

المطلب الثاني:

- . أهمية تفسير النصوص الجنائية .

المطلب الثالث:

- . التطبيق العملي لتفسير النصوص الجنائية .

المطلب الأول

المراد بتفسير النصوص الجنائية

يراد بالتفسير تحصيل حكم القانون من التشريع ، ويدخل في ذلك تحديد معنى ما يتضمنه من قواعد ، وبيان شروط أعمال هذه القواعد وتحديد مضمونها .
وبعبارة أخرى : " التفسير هو بيان معنى القانون من خلال نصوصه أو الوصول إلى مدلول النص " (١) .

وهذا المعنى لا يختلف عن المراد بالتفسير في الفقه الإسلامي ، لأن معناه تفهم معنى النص والكشف عن مرامي ألفاظه ومدلولات هذه الألفاظ مع الاستعانة بقواعد اللغة والشريعة ، وعلى أن يلتزم المفسر ذلك فلا يتعداه إلى اتباع الرأي المذموم المستند إلى الهوى والغرض (٢) .

إن مجال التفسير في الشريعة الإسلامية هي النصوص من كتاب أو سنة ، لأن الأحكام الشرعية في هذه النصوص مصوغة في ألفاظ وعبارات ، وقد يكون النص ظني الثبوت أو الدلالة على الحكم ، فيحتاج لنظر فقيه لكي يصل إلى وجه الصواب في ثبوته أو تفهم معنى النص من الكتاب أو السنة والكشف عن مرامي ألفاظه ودلالات هذه الألفاظ .

وبناءً على ذلك يكون التفسير منصباً على النصوص المبينة للجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية ، لأن النصوص هي المصدر الأساسي في مجال الحدود والقصاص وفي مجال التعازير كذلك .

ويمكن القول أن التفسير في الشريعة الإسلامية قد يكون منصباً على النص أصالةً لاستنباط الحكم الشرعي منه - كما هو عليه الحال في مجال الحدود والقصاص - أو يكون منصباً على النص تبعاً في سبيل استخراج الحكم الشرعي من دليل آخر يكون مستنداً إلى النص الشرعي كالقياس ، أو أنه يكون منصباً على

(١) عبد العزيز عامر : شرح الأحكام العامة ، ص ١٣٩ .

(٢) محمد أديب صالح : تفسير النصوص ١/٥٩ .

مجموعة من النصوص الشرعية لاستخراج قاعدة كلية أو أصل عام منها تنطبق على جميع جزئياتها.

أنواع التفسير (١) :

أولاً : التفسير التشريعي :

ويقصد به تحديد مراد الشارع من النص على وجه قاطع .

وهذا النوع من التفسير زاخر في الشريعة الإسلامية ، والسبب في ذلك أن أحكام القرآن الكريم جاءت على نحو كلي إجمالي لا تفصيلي غالباً ، والسنة جاءت مفسرةً ومبينةً للحكم المجمل .

ومثال هذا النوع من التفسير في الشريعة الإسلامية قوله تعالى : ﴿ وأحلّت لكم الأنعام إلا ما يتلى عليكم ﴾ (٢) .

فإن قوله تعالى " ما يتلى " لفظ عام مجمل تولى الشارع الحكيم تفسيره في سورة المائدة حين حيث فصل الله عز وجل للمسلمين ما حرم عليهم من الأنعام والبهائم حيث قال الله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق ﴾ (٣) .

وكما أن القرآن الكريم قد تولى تفسير ما أجمل من الأحكام فإن السنة المطهرة قد تولت تفسير وتفصيل ما ورد في القرآن الكريم من ألفاظ مجملة فالرسول صلى الله عليه وسلم ليس مبلغاً فقط بل هو مشرّع أيضاً لقوله تعالى : ﴿ وما ينطق عن الهوى . إن هو إلا وحي يوحى ﴾ (٤) (١) .

(١) انظر ، محمد أديب صالح: تفسير النصوص ١ / ١١٠ ، الدريني : المناهج الأصولية، ص ١٠٨

، عبدالعزيز عامر : شرح الأحكام العامة ، ص ١٤٥ .

(٢) سورة الحج : آية ٣٠ .

(٣) سورة المائدة : آية ٣ .

(٤) سورة النجم : آية ٣ - ٤ .

ثانياً : التفسير الفقهي :

أما التفسير الفقهي فلا يعدو أن يكون شروحاً للفقهاء واجتهاداتهم في فهم المراد من النصوص.

ثالثاً : التفسير القضائي :

أما التفسير القضائي فيتناول ما غمض من ألفاظ التشريع , كما يتناول التوفيق بين النصوص المتعارضة ، فالقاضي في تفسيره هذا ينزل إلى معترك الحياة الواقعية لفض الخصومات وإقرار الحقوق .

ولعل هذا النوع من التفسير الذي يجمع بين التفسير بالمعنى الفقهي والتفسير العملي الذي يوائم بين حكم النص والحادثة المعروضة هو أقرب الأنواع إلى معنى الاجتهاد بالرأي في مجال النص فهماً وتطبيقاً^(٢) .

المطلب الثاني

(١) انظر أستاذنا الدريني : المناهج الأصولية , ص ١٠٨ .

(٢) سيأتي مثال كل من التفسير الفقهي والقضائي في المطلب الثالث إن شاء الله .

أهمية تفسير النصوص الجنائية

لما كان تفسير النصوص هو صلب الاجتهاد بالرأي ، إذ يتم به استنباط الأحكام الشرعية من نصوص الكتاب والسنة في ضوء استعمالات الألفاظ العربية وأساليبها وطرق دلالاتها ، وحسبما تؤدي له القواعد الشرعية العامة، كان لزاماً علينا أن نبين أهمية تفسير النصوص الجنائية من عدة وجوه :

أولاً : إن من مسلمات الأمور أن القرآن الكريم والسنة النبوية هما مصدر التشريع الإسلامي ، ومنهما تستمد الأحكام وبهما يعرف الحلال من الحرام ، وبغيرهما يتيه المرء في حياته وينحرف ، لذا كان لزاماً على الأمة جمعاء أن تحمل القرآن الكريم ومعه السنة النبوية وتقبل عليهما دراسةً وبحثاً وتفهماً ، ومن المعلوم كذلك أنهما قد جاءا بلغة العرب فلا يمكن لأحد كائناً من كان أن يعرف أحكام الشرع إلا بمعرفة أقسام النظم والمعنى^(١).

ثانياً : إن مهمة ولي الأمر هي استنباط الحكم الشرعي من النصوص الشرعية ، فلا بد له من فهم النصوص أولاً ، وأن يكون عالماً باللغة العربية مدركاً لدقائق العبارات وطرق الأداء ثانياً ، لأن هذه المعرفة لها مداها في فهم النصوص وتبيين الأحكام منها^(٢).

ثالثاً : إن عدم مراعاة القواعد الأصولية وعدم تفسير النصوص تفسيراً صحيحاً وسليماً يؤدي حتماً إلى الخطأ في فهم النص ومعرفة أحكامه، وما يجب تطبيقه من النصوص على الوقائع وأفعال الناس وبالتالي تضيع الحقوق على أصحابها ، لأن القاضي يطبق القانون

(١) عبد الخالق الشاذلي : تقسيم اللفظ من حيث الظهور والخفاء ، ص ٢٦ ، محمد أديب صالح : تفسير

النصوص ١ / ٨ .

(٢) محمد أبو زهرة : أصول الفقه ، ص ١٦ .

حسب فهمه , فإذا كان فهمه سقيماً أدى ذلك إلى ضياع الحقوق كإدانة البريء وتبرئة المجرم (١).

رابعاً : إن تفسير النصوص الجنائية هو أمر ضروري ومطلب جوهري في التشريع الجنائي الإسلامي الذي يقوم على مبدأ شرعية التجريم والعقوبة , إذ يجب أن يلتزم المفسر هذا المبدأ لدى تفسيره للنصوص الجنائية , بمعنى أن يعمد إلى تفسير النصوص في ضوء مبدأ الشرعية , إذ هو السبيل لحفظ مقاصد الشريعة الإسلامية وحفظ حقوق الفرد والجماعة , وبه يتم تجريم الأفعال التي دلت نصوص الشريعة الإسلامية بعمومها أو خصوصها على تجريمها , فلا يجرم المجتهد أو المفسر فعلاً لم يرد نص بتجريمه , ولا يوقع عقوبات على أفعال لم يرد نص بشأنها, وبناءً عليه فإن تفسير النصوص الجنائية يساعد المجتهد على ضبط تصرفات الأفراد وأنشطتهم تحت مبدأ الشرعية.

خامساً : نصوص القرآن والسنة نزلت باللغة العربية , وفهم الأحكام منها إنما يكون فهماً صحيحاً إذا روعيت قواعد التفسير من خلال مقتضى أساليب اللغة العربية وما تدل عليه من ألفاظها مفردة أو مركبة وليس من السائغ عقلاً أن يتم فهم الأحكام الشرعية ومن ثم إنزالها على الوقائع وتطبيقها في حياة الناس دون حصول الفهم الصحيح لهذه النصوص , لذا فإن تفسير النصوص الجنائية وفهمها فهماً صحيحاً وفق مقتضيات اللغة وأساليب بيان الشرع وفي ضوء الأصول العامة للشريعة يعطي تكييفاً سليماً لمختلف الوقائع

(١) عبد الكريم زيدان : الوجيز في أصول الفقه , ص ٧٥ .

المستجدة في حياة الناس , سواء كانت تختص في مجال العقوبات
أو في المجال التجاري أو المجال المدني (١).

(١) عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه , ص ١٤٠.

المطلب الثالث

التطبيق العملي لتفسير النصوص الجنائية

سنقوم في هذا المطلب بإذن الله بعرض مسألة فقهية هي محل خلاف بين العلماء ، من أجل إبراز مدى أهمية تفسير النصوص الجنائية ، ودوره في إعطاء الصفة الشرعية للعقوبة .

قطع يد النباش :

النباش لغةً :

نبش الشيء ، ينبشه نبشاً : استخرجه بعد الدفن ، ونبش الموتى : استخرجه ، والنباش : الفاعل لذلك ، وحرفته النباشة^(١).

النباش اصطلاحاً :

هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن ، وكذلك من يسرق من القبر غير الكفن^(٢).

اختلاف العلماء في قطع يد النباش :

اختلف فقهاء المذاهب في قطع يد النباش على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية^(٣) ، والشافعية^(٤) ، والحنابلة^(٥) ، والظاهرية^(٦) ، إلى وجوب قطع يد النباش .

(١) ابن منظور : لسان العرب ٦ / ٣٥٠ : مادة نبش .

(٢) ابن نجيم : البحر الرائق ٥ / ٩٣ .

(٣) الخرشي : حاشية الخرشي ٨ / ٣٢٢ ، القرافي : الذخيرة ١٢ / ١٦٤ .

(٤) الشربيني : مغني المحتاج ٤ / ٢٢١ ، الماوردي : الحاوي ١٣ / ٣١٣ ، النووي : روضة الطالبين ٣٤٣ / ٧ .

(٥) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٤٥٥ ، البهوتي : كشف القناع ٦ / ١٧٥ ، ابن مفلح : المبدع ٧ / ٤٤١ .

(٦) ابن حزم : المحلى ١٣ / ١٧٠ .

المذهب الثاني : ذهب جمهور الحنفية ^(١) إلى عدم قطع يد النباش , وإنما تقام عليه عقوبة تعزيرية وقد تصل هذه العقوبة إلى قطع اليد ولكن ليس دائماً .
 جاء في تبیین الحقائق : " ولئن ثبت - أي قطع يد النباش - فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك , ونحن نقول بذلك إذا رأى فيه الإمام مصلحةً " ^(٢) .
سبب الخلاف :

- الخلاف في صحة الأحاديث الواردة بشأن قطع يد النباش .
- الخلاف في انطباق اسم السارق على النباش , وهذا الخفاء أوردت الخلاف الفقهي , هل اختصاص النباش بهذا الإسم لأجل الزيادة في معنى السرقة , أم لأجل نقصان في معناها ؟ .
- فقال فريق أن الخفاء لأجل زيادة في معنى السرقة , ذلك لأن سارق الميت يجترئ على حرمة الأموات , والميت لا يمكنه الدفاع عن نفسه فإثم النباش أكبر من إثم السارق .
- وقال فريق آخر أن الخفاء لأجل نقصان في معنى السرقة , ذلك لأن الرغبة تقل في الكفن , إذ أن النفس تعافه ولقلة وقوعه انعدم فيه الحاجة للزجر ^(٣) .

(١) ابن عابدين: رد المحتار ٦ / ١١٦ ، ابن الهمام : شرح فتح القدير ٥ / ٣٧٤ ، العيني : البناية شرح الهداية ٧ / ٢٧ .
 (٢) الزيلعي ٤ / ٣٢ .
 (٣) بشرى علي النمراة : مسائل الخلاف في حد السرقة , ص ٧٢ .

أدلة المذهب الأول ومناقشتها:

أولاً : قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ (١) .

وجه الدلالة : أن قوله تعالى : " والسارق والسارقة " عام يشمل كل سارق , ولا يختلف سارق الحي عن سارق الميت لتوفر ركن السرقة , وهو أخذ مال الغير خفيةً (٢) .

الرد : أن الآية نصت على قطع يد السارق , وهذا لا يشمل النباش , لأن ركن السرقة هو أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه , لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم أو غفلة , والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه , وإنما يسارق عين من لعله أن يهجم عليه فلا يكون النباش في معنى السارق (٣) .

ثانياً : روي أن عائشة رضي الله عنها قالت : { سارق أمواتنا كسارق أحيائنا } (٤) .

وجه الدلالة : أن عائشة رضي الله عنها قد أطلقت لفظ السارق على الذي يسرق من الأموات , وهذا يدل على أن حكمه هو حكم السارق وهو قطع اليد (٥) .

الرد : هذا حديث لا تقوم به حجة فقد جاء في إرواء الغليل " لم أفق عليه , وفيه حجاج بن أرطأة وهو مدلس " (٦) .

(١) سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٢) الماوردي : الحاوي ١٣ / ٣١٤ ، ابن حزم : المحلى ١٣ / ١٧١ .

(٣) الزيلعي : تبیین الحقائق ٤ / ٣٢ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في النباش يأخذ ما حده ١٠ / ٣٤ رقم ٨٦٦٤ ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار ، كتاب ٣٣ : السرقة : باب ٧ : النباش ١٢ / ٤٠٩ ، رقم ١٧١٨٣ .

(٥) الماوردي : الحاوي ١٣ / ٣١٤ .

(٦) الألباني ٨ / ٧٤ .

ثالثاً : قول النبي صلى الله عليه وسلم لعُبادة : { كيف أنت إذا أصاب موت يكون البيت فيه بالوصيف - يعني القبر - ، قلت : الله ورسوله أعلم ، قال : عليك بالصبر } (١).

وجه الدلالة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمي القبر بيتاً ، والبيت حرز بما فيه ، فالقبر حرز للكفن (٢).

الرد : إنما سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم القبر بيتاً على وجه المجاز ، لأن البيت موضوع في اللغة لما كان مبنياً ظاهراً على وجه الأرض ، فسمي القبر بيتاً تشبيهاً له بالبيت (٣).

رابعاً : إن القبر هو حرز للكفن لقوله تعالى : ﴿ أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتاً ﴾ (٤) والكفت : الستر ، فالقبر كفات الأموات (٥).

الرد : إن القبر ليس حرزاً للميت ، فلا يكون المال المسروق في القبر محرزاً فلا قطع إذاً (٦).

أدلة المذهب الثاني ومناقشتها :

أولاً : جاء عن ابن عباس : { ليس على النباش قطع وعليه شبيهه القطع } (٧).

-
- (١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب ٣٣ : الحدود ، باب ٢٠ : في قطع النباش ٨٧/٥ رقم ٤٤٠٩ ، وابن ماجة في سننه ، كتاب ٣٦ : الفتن ، باب ٩ : التثبت في الفتنة ٤ / ٣٧٣ ، رقم ٣٩٥٨ .
- (٢) الشريبي : مغني المحتاج ٤/٢٢١ .
- (٣) الجصاص : أحكام القرآن ٤/٦٩ .
- (٤) سورة المرسلات : آية ٢٥ .
- (٥) القرافي : الذخيرة ١٢/١٦٤ .
- (٦) العيني : البناية شرح الهداية ٧/٢٧ .
- (٧) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب : الحدود ، باب : ما جاء في النباش يؤخذ ما حده ٣٦/١٠ رقم ٨٦٧٢ .

وجه الدلالة : هذا حديث نص في عدم وجوب قطع يد النباش .

الرد : هذا حديث لا تقوم به حجة ، جاء في نصب الراية : " قلت غريب " (١) .

ثانياً : روي أنه { لما كان مروان بن الحكم (٢) والياً على المدينة ، جيء بنباش ، فسأل من بحضورته من الصحابة والفقهاء ، فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به } (٣) .

وجه الدلالة : أنه أيضاً نص في عدم وجوب قطعه وإنما يعاقب عقاباً تعزيرياً .

ثالثاً : إن الكفن غير مملوك لأحد ، لا للميت لأنه ليس أهلاً للملك ، ولا للوارث لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن الحاجة (٤) .

(١) الزيلعي ٣/٣٦٧ .

(٢) هو مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية أبو عبد الملك ، خليفة أموي ، وهو أول من ملك من بني أمية وإليه ينسب بنو مروان ، ولد بمكة ونشأ بالطائف وسكن المدينة ، قاتل مع مروان في معركة الجمل وانهزم أصحابه ، وشهد صفين مع معاوية ، كان والياً للمدينة في عهد معاوية ، ثم تولى الخلافة وباعه أهل الأردن سنة ٦٤هـ ، توفي بالطاعون ، انظر ترجمته في الأعلام ٧ / ٢٠٧ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب: الحدود ، باب: ما جاء في النباش يؤخذ ما حده ٣٣/١٠ رقم ٨٦٦٢ .

(٤) ابن الهمام : شرح فتح القدير ٥/٣٧٦ .

الرأي المختار :

أرى رجحان مذهب الحنفية وهو عدم مشروعية قطع يد النباش , وإنما يعاقب عقاباً تعزيراً حسبما تؤدي له الحاجة وبصورة تحقق المصلحة , وذلك لما يلي :

أولاً : الحديث الذي استدل به جمهور الفقهاء على وجوب قطع يد النباش - حديث عائشة - ضعيف لا تقوم به حجة , والحدود لا تثبت إلا بما صح من الحديث النبوي .

ثانياً: إن ركن السرقة غير متوفر بتمامه في فعل النباش, إذ أن ركن السرقة هو أخذ مال الغير خفيةً, فصفة المالية غير متوفرة في الكفن إذ فيه قصور في ماليته, كما أن فيه قصوراً في ملكه, فهذه شبهة قوية تدرء حد القطع عن النباش

ثالثاً: إن القبر ليس بحرر , لأن الحرز ما يوضع فيه المتاع للحفظ , والكفن لا يوضع في القبر لذلك^(١) .

(١) ابن قدامة : المغني ٤٥٥/١٢ .

المبحث الثالث
تقنين الأحكام الجنائية

وفيه :

المطلب الأول:

مفهوم التقنين ومشروعيته.

المطلب الثاني:

دواعي التقنين في العصر الحاضر.

المطلب الأول

مفهوم التقنين ومشروعيته

يقصد بتقنين الأحكام الشرعية أي وضع أحكام الشريعة في نصوص مرتبة على هيئة مواد في أبواب متجانسة مقسمة تقسيماً منطقياً ، الأمر الذي ييسر الرجوع إلى ما يراد منها ، على أن تلزم الدولة أو ولي الأمر الإحتكام إليها في التعامل والحكم (١) .

مشروعية التقنين :

نقصد بمشروعية التقنين أي البحث عما إذا كانت فكرة التقنين تتفق مع الشريعة الإسلامية الغراء أم أنها تتعارض معها ، ويدخل في المشروعية بالمعنى الذي نقصده كل ما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية مما يهدف إلى العدل، سواء جاء به الوحي أم لم يأت به (٢) .

إن النظر في مسألة تقنين الأحكام الشرعية قد أدخل الشكوك على بعض طائفة من الناس وتخوفوا من نتائج لارتباطه تاريخياً فيما يظهر بإقصاء الأحكام الشرعية عن التطبيق ، ويؤكدون تخوفهم من التقنين بأن الحاجة لا تدعو إليه ، إذ أن أحكام الشريعة كانت موضع التطبيق أكثر من ثلاثة عشر قرناً دون أن يستشعر أحد بنقص أو عجز أو صعوبة لغياب هذا التقنين.

ومن الوجهة الأصولية فإن على القاضي أن يرجع إلى النصوص الشرعية للحكم بما فيها ، وإلا وجب عليه الاجتهاد وبذل قدرته وقوته في سبيل استنباط الحكم الشرعي من النصوص التي توفرت بين يديه .

(١) محمد سراج : الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، ص ٢٥٨ ، عبد الرحمن عياد : نظام الحكم والصحوة الإسلامية ، ص ٢٦٠ ، وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي ، ص ٢٦ ، عبد المجيد الذيباني : المسؤولية في الفقه الجنائي ، ص ١٩ .

(٢) عبد الرحمن القاسم : الإسلام وتقنين الأحكام ، ص ٣٧ .

إن مشروعية تقنين الأحكام تقوم على أساس متين ومعتبر في الشريعة الإسلامية بناءً على ما أكده الماوردي بأنه يحق لولي الأمر تقييد القضاء بمذهب معين أو برأي مجتهد من المجتهدين أو بزمان أو مكان أو نوع معين من القضايا (١) .

وتتقيد ممارسة القاضي لهذا الحق في تحري المصلحة بناءً على القاعدة الفقهية أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ، وكذلك استناده إلى نصوص الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى تنظيم شؤون الأمة في الداخل والخارج على نحو يحقق العدل والخير للعباد والبلاد .

وبناءً على ما تقدم ، يتبين لنا أن فكرة التقنين ليست إحدائاً في أمور الدين وليست بدعاً في التشريع ، وإنما هو تطبيق لأحكام الشريعة بأوسع مدلول (٢) ، وبالتالي فلا مانع من صياغة الأحكام الإسلامية ولاسيما في باب الجرائم والعقوبات في صورة مواد تسهل على ولي الأمر الرجوع إليها مادةً مادةً ، وفقرةً فقرةً ، ولاسيما أن ذلك قد أصبح من مستلزمات العصر الحاضر ومن حاجته الملحة ، إذ أن الكتب الفقهية القديمة لا يسهل لغير المتخصص الرجوع إليها لإستخراج حكم المسألة الفقهية منها ، بل إن مادة الفقه الإسلامي أصبحت بحاجة إلى تنظيم وتبويب يواكب الحياة العملية المعاصرة ويلبي حاجة الناس .

ولا يخفى علينا أن هناك جهوداً قد بذلت في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في أواخر العهد العثماني إذ قننت أحكام الفقه الحنفي في المعاملات المدنية والقضاء في مجلة الأحكام العدلية بين عام ١٢٨٦-١٢٩٣هـ ، كما صدر قانون حقوق العائلة في سنة ١٣٣٦هـ الذي اقتبست أحكامه من المذاهب الإسلامية ولاسيما المذهب الحنفي (٣) .

(١) انظر الأحكام السلطانية ، ص ٧٢ .

(٢) عبد الرحمن القاسم : الإسلام وتقنين الأحكام ، ص ٤١ .

(٣) وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي ، ص ٢٩ .

المطلب الثاني

دور المحامي التقنيين في العصر الحاضر

الذي يجب أن نؤكد في هذا المقام أن فكرة تقنين الأحكام الشرعية ولاسيما الأحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات ليست ضرباً من ضروب الخيال أو لونا من ألوان اللغو والعبث ، وإنما هي نتيجة تمخض عنها أسلوب الحياة ونمط العيش وطبيعة الناس .

وسنتولى في هذا المقام عرض أهم العوامل التي دعت إلى تقنين الأحكام الشرعية متوخين في ذلك الإيجاز بصورة تحقق المطلوب ولا تخل به.

أولاً : تشعب الفقه الإسلامي والآراء الفقهية :

لا شك أن الفقه الإسلامي هو بحر لا ساحل له ، وهو فقه واسع ممتد مترامي الأطراف يشمل جميع نواحي الحياة ، من سياسة واقتصاد واجتماع ودين ورياضة وجنايات ، كما أن نصوص القرآن والسنة اللذين يعتبران المرجعية العليا للفقهاء في استنباط الحكم الشرعي منهما ، قد جاء بعضها قطعي الدلالة بحيث لا تدع مجالاً للاجتهاد ، وبعضها جاء ظني الدلالة التي تقبل التأويل وهي محل خلاف بين علماء الشريعة ، إذ على الفقيه بذل جهده في استنباط الحكم الشرعي منها ، وكان هذا سبباً في اختلاف الفقهاء وتعدد المذاهب في المسألة الواحدة .

على أن هذه المذاهب كلها تدين للإسلام وتؤمن بالقرآن وتقر بوحدانية الله وربوبيته على خلقه ، وينظرون إلى القرآن والسنة النبوية نظرة قدسية واحترام لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يخالفهما .

وعلى هذا فإن الاختلاف الدائر بين الفقهاء ليس مذموماً بل محموداً ، لما فيه من توسعة على الخلق ورفع الحرج عن الناس واختيار الرأي الفقهي الملائم لطبيعة الناس ومنهج حياتهم .

إن انقسام الفقهاء في المسألة الواحدة إلى عدة مذاهب حتى أن للمذهب الواحد فيها روايات مختلفة كمذهب الإمام أحمد وغيره ، قد ألزم ضرورة إختيار رأي راجح في المسألة ، يكون صالحاً لحمل الناس عليه والانقياد له ، على أن يكون ذلك ضمن مادة قانونية مسطرة يسهل الرجوع إليها .

ولا غضاضة في ذلك لأنه أمر توجبه العدالة والمصلحة والنظام الاجتماعي ولا يوجد أي مانع من عمل ذلك (١) .

ثانياً: مستجدات الحياة الإنسانية :

لا ننكر بحال أننا نعيش في عصر استجدت فيه أمور بسبب معطيات الحضارة الحديثة وما تمخضت عنه حياة الناس ، وإن الادعاء بأن الفقه الإسلامي قد أعطى حكماً خاصاً لكل واحدة من هذه المستجدات هو أمر غير مقبول (٢) .

ذلك أن القرآن قد أعطى أحكاماً عامةً ومجملَةً غير مفصلة ليكون تطبيقها متمشياً مع المصلحة ، سواء كانت مصلحةً تتعلق بالفرد أم بالأمة أو بهما معاً (٣) .

لذا كان من الضروري إيجاد طائفة من علماء المسلمين تتولى البحث في مستجدات الحياة الإنسانية من مخالقات شرعية وغيرها ، وعليهم أن يتناولوا هذه المستجدات في ضوء أحكام التشريع الإسلامي ووفق مقاصده وقواعده الكلية ، ليظل الفقه الإسلامي عطاءً متجدداً للمسلمين في كل زمان ومكان لا ينضب معينه ولا يجف ماؤه ، وينبغي أن تكون هذه الأحكام مندرجة في مواد أو لوائح قانونية بحيث تكون سهلة المأخذ يسيرة المتناول ، لا يتردد القاضي في الرجوع إليها ، ولاسيما في باب العقوبات التعزيرية التي هي مجال واسع جداً يكاد يشمل كل نواحي الحياة ، فلم يعد الأمر قاصراً على مجرد الأمثلة التي كان يضربها فقهاء

(١) السيد الصادق المهدي : العقوبات الشرعية ، ص ١١٩ .

(٢) وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي ، ص ٢٤ .

(٣) عبد الرحمن القاسم : الإسلام وتقنين الأحكام ، ص ١٤٤ ، يوسف القرضاوي : السياسة الشرعية ،

المسلمين السلف والتي كانت تتناسب مع طبيعة عيشتهم والعصر الذي وجدوا فيه ، فليست القضية الآن هي مجرد أن رجلاً أصاب من المرأة كل شيء دون الوطء ، أو قذف غيره بدون لفظ الزنى وإنما تقوم العقوبة التعزيرية الآن بحماية كل أركان الحياة في العصر الراهن ، سواء كان في نطاق الاقتصاد أم الاجتماع أم العلم والثقافة أم السياسة أم الدين ، وكل مجال من هذه المجالات يحتاج إلى عقل مدبر ونظر عميق لمواجهة كل ما يستحدثه الناس من انحرافات أو مخالفات شرعية ومن ثم الحكم عليها ضمن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة .

هذا فضلاً عن أن القاضي اليوم ينظر في الجلسة الواحدة عشرات من القضايا ، ولم يعد الأمر كما كان عليه العهد الأول خالياً من المشاكل والمسائل التي ترفع للقضاء .

وبهذه الفكرة نؤكد ضرورة تحديد الجرائم والعقوبات التعزيرية وأن يتولى هذا العمل العلماء والفقهاء ، فهذا هو روح الدين وروح المصلحة ويعود بالنفع والخير على المسلمين (١) .

(١) أنظر حافظ أبو الفتوح : النظام العقابي الإسلامي ، ص ٤٧٣ - ٤٧٥ .

المبحث الرابع
نشر الأحكام الجنائية عبر وسائل الإعلام

وفيه:

المطلب الأول:

تحديد مفهوم الإعلام .

المطلب الثاني:

الوسائل الإعلامية المتبعة في صدر الإسلام.

المطلب الثالث:

الوسائل الإعلامية المتبعة لنشر الأحكام في العصر الحديث.

المطلب الرابع :

المنهج الإعلامي لنشر الأحكام .

المطلب الأول

تحديد مفهوم الإعلام

الإعلام لغةً :

من علم , والعلم : نقيض الجهل , وعلمت الشيء أعلمه علماً : عرفتة (١) .

الإعلام اصطلاحاً :

هو الأسلوب المنظم للدعاية السياسية , أو ترويج الأفكار لاستقبال السيول الفكرية التي تقدمها المصادر التي تتحكم بالرأي العام وتمسك زمام الأمر بيد من حديد (٢) .

بعد أن عرفنا الإعلام بشكل عام نود أن نعطي تعريفاً للإعلام الإسلامي الذي هو عمدة بحثنا , والذي أوكل إليه نشر الأحكام الشرعية وحث الجماهير على وجوب احترامها واتباع ما جاء فيها من أوامر .

الإعلام الإسلامي :

هو بيان الحق وتزيينه للناس بكل الطرق والأساليب والوسائل العلمية المشروعة, مع كشف وجوه الباطل وتقبيحه بالطرق المشروعة , بقصد جلب العقول إلى الحق وإشراك الناس في نيل خير الإسلام وهديه وإبعادهم عن الباطل أو إقامة الحجة عليهم (٣) .

(١) ابن منظور : لسان العرب ١٢ / ٤١٦ .

(٢) تيسير الفتياي : مقومات رجل الإعلام , ص ٢٥ .

(٣) عمارة نجيب : الإعلام في ضوء الإسلام , ص ١٧ .

المطلب الثاني

الوسائل الإعلامية المتبعة في صدر الإسلام

إن فكرة نشر الأحكام عبر الإعلام ليس شيئاً طارئاً في الحياة ، فمنذ أن خلق الله الكون وصور الإنسان اقتضت إرادته أن يبين حكمه للإنسان وفق أسلوب أو تصور معين .

إذاً فإن وسائل الإعلام قديمة منذ قدم العالم ووجود الإنسان على الأرض ، وهو الأساس الأول في بناء الإنسان وتوجيهه لأحسن القيم والآداب وفي صقل شخصيته وفق إرادة الله ومشيبته .

ففي البدء علم الله تعالى آدم عليه السلام جملة شرعه ، وأوضح له السبيل وبين له الرسالة التي ينبغي له أن يحملها إلى أبنائه ومن خلفهم ، وأخذ آدم عليه السلام يبلغ ما أنزل إليه من ربه وما أوتي من الأحكام الشرعية .

ثم أنزل الله تعالى بعد ذلك الكتب على من اصطفاهم من البشر ليكونوا مبلغين عن رب العالمين ويحملوا إلى الناس الأحكام الشرعية والتكاليف التعبدية التي أزمهم الله بها، فيحلوا حلاله ويحرموا حرامه ، فكانت هذه الكتب السماوية بمثابة - وسائل إعلامية - تصل من خلالها التكاليف الشرعية إلى الناس كافةً كالألواح التي ألقيت على موسى عليه السلام والزبور الذي أنزل على داود عليه السلام والقرآن الكريم الذي حوى الحلال والحرام وبين الأوامر والنواهي .

وستتولى في هذا المقام عرض بعض الوسائل الإعلامية التي تم استخدامها لنشر الأحكام في العهد الأول ، ومن أبرزها :

أولاً : القرآن الكريم :

القرآن الكريم هو الوسيلة الإعلامية العظمى والطريقة المثلى لنشر الأحكام وإيصالها إلى العالمين وهذا يتمثل بالسور المدنية ، فالسور المدنية قد اشتملت على بيان

كافة التشريعات والحقوق والواجبات والنظم التي تخص حياة المسلم في حياته السياسية والإقتصادية والإجتماعية والدينية (١) .

ومن ثم كان القرآن وما زال خلاصة التشريع الإسلامي لقول الله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمةً وبشرى للمسلمين﴾ (٢) .

ثانياً : السنة النبوية :

كان للحديث النبوي الدور البالغ والبارز في نشر الأحكام والتشريعات حتى يطلع عليها كافة من الناس والخاصة , وتتضح أهمية السنة الإعلامية أنها جاءت تأكيداً وتفسيراً وتفصيلاً للمعاني التي وردت في القرآن الكريم .

لقد كان حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أكبر الأثر في نشر الأحكام وتبليغ التشريع الإلهي (٣) , وقد اتبع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبلاً عدةً في تبليغ أحكام الله إلى الناس , ومن أبرزها :

- ١- إرسال رسول الله صلى الله عليه وسلم رجالاً من أصحابه في شتى أنحاء الجزيرة ليعلموا الناس أمور دينهم ويفقهونهم في الحقوق الشرعية الواجبة عليهم أدائها , حتى يكون الناس على علم وبينه من أمور دينهم .
- ٢- المبايعات التي كان يجريها رسول الله صلى الله عليه وسلم مع من رغب في الدخول إلى الإسلام , وكان هذا النوع من أبرز الوسائل الإعلامية وأنجحها في تعريف الناس لأحكام الإسلام وفهمها والعمل بمقتضاها .
- ٣- الخطب والمواعظ التي يلقيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على مسامع الصحابة , والتي كان يتخولهم بها بين الفينة والأخرى , فكانت خطبة صلى الله عليه وسلم منبراً إعلامياً لنشر مبادئ الإسلام وقواعد الدين الحنيف يعلن للناس من خلالها ما أمروا به ليفعلوه وما نهوا عنه ليجتنبوه .

(١) تيسير محجوب : مقومات رجل الإعلام , ص ٦٣ .

(٢) سورة النحل : آية ٨٩ .

(٣) تيسير محجوب : مقومات رجل الإعلام , ص ٦٥ .

المطلب الثالث

الوسائل الإعلامية المتبعة لنشر الأحكام في العصر الحديث

نتيجةً لاختلاف الظروف البيئية وتغير أحوال الحياة الإنسانية والانتساع الهائل الحاصل بأعداد البشر ، اقتضى ذلك تعدد الآليات وتنوع الوسائل الإعلامية حتى تتم تغطية إعلامية واسعة وشاملة تشمل الناس على امتداد تراب الأرض .

لذا أرى من أولويات العمل الإسلامي الآن هو تكاتف الجهود وبذل نشاط دؤوب في سبيل استخدام الوسائل المتاحة من أجهزة الإعلام وصبغها بصبغة إسلامية راشدة، ليتمكن المسلمون من خلالها الاطلاع على الأحكام الشرعية التي يتم نشرها بواسطتها ، وانطلاقاً من أن الإعلام قد غدا في العصر الراهن شيئاً لا يستغني عنه الناس في مجال التوعية ، أرى ضرورة التنويه إلى بعض الوسائل الإعلامية المعاصرة التي يمكن تطويعها لخدمة الإسلام ، وحتى تحقق معرفة الناس بالحلال والحرام فيفعلوا ما أحل لهم وينتھوا عما نهوا عنه وتقوم عليهم الحجة ، فلا يعذر الجاهل بجهله ، ومنها :

أولاً : التلفاز :

يعتبر التلفاز بحق معجزة القرن المعاصر ، فهو من أقوى الأجهزة الإعلامية وأهمها شأناً حيث يعتمد في إيصال المعلومات إلى الجماهير عبر الصوت والصورة والحركة والكلمة ، حتى قال بعض المستشرقين : " إن التلفاز قد أصبح المعلم العظيم للشعب " (١) .

ومن هنا نبعت الحاجة إلى إنشاء تلفاز إسلامي من أجل عرض الأحكام العامة من خلال التصور الإسلامي الصحيح المتعلق بأفعال الناس ، وما يصدر عنهم من تصرفات قولية أو فعلية ، أو بمعنى آخر أن تصاغ البرامج المعدة لهذه الغاية في ضوء الإسلام وتصوراته ومقاصده بحيث تسهم هذه البرامج في بناء إنسان صالح في ظل مجتمع صالح متزن خال من الانحرافات السلوكية والإضطرابات الخلقية (٢) .

(١) شاکر إبراهيم : الإعلام ووسائله ودوره ، ص ١٠٤ ، سهير جاد : البرامج التلفزيونية ، ص ٢٢ .

(٢) يحيى بسيوني : التلفزيون الإسلامي ، ص ٤٦ .

ومن الجدير ذكره أن اعداد مثل هذه البرامج التليفزيونية المختصة ببيان الأحكام الشرعية - سواء كانت في مجال الجرائم والعقوبات أم في غيرها - ينبغي أن يشرف عليها مسؤولون إداريون وفنيون ومخططون ومؤلفون وعلماء التشريع الإسلامي ، كل حسب اختصاصه ومجال عمله ، وأن يضعوا نصب أعينهم أنهم في دائرة القيام الرسمي من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وعليهم استخدام الوسيلة التقنية المتطورة جداً في سبيل القيام بهذه الأمانة ، وأن تكون فترات البث التليفزيوني في أوقات فراغ الغالبية العظمى من الناس وأن يتحروا بذلك ساعات العشاء المبكر حيث مظنة وجود الناس في بيوتهم .

ثانياً : الإذاعة :

تعتبر الإذاعة أبلغ الوسائل الإعلامية أثراً ، بل هي مرحلة الإعلام الجماهيري، وهي أسرع وأيسر وسيلة تهدف إلى إعلام الأمة وتنويرها ومساعدتها على الإلمام بما ينطوي عليه الفقه الإسلامي من أحكام وتشريعات في مختلف أطره وكافة مجالاته .

ويمكن أن تساهم الإذاعة في نشر الأحكام والتشريعات الإسلامية وتشجيع الناس على التمسك بالقيم الأخلاقية ، واطلاعهم على الأحكام الشرعية المنوطة بالمسائل المستجدة في حياتهم^(١).

ثالثاً : الصحافة المكتوبة :

لا شك أن الصحافة رسالة تهدف إلى تنوير المجتمع وإصلاح شأنه وتقويم اعوجاجه ، وهي أداة قوية في تغيير العادات والإتجاهات والسير بها في طريق الإصلاح والنجاح .

ولذا فقد أُطلق على الصحافة السلطة الرابعة بعد سلطة الحكومة والبرلمان والقضاء ، وتشمل الصحافة المكتوبة الجرائد والكتب والمجلات

ومن الجدير ذكره أن الجريدة - الرسمية بالذات - يقل عدد قرائها ، فعددتها محدود بالنسبة إلى مجموع الناس ، كما أن جهات توزيعها محددة في بعض المدن مع

(١) شاکر إبراهيم : الإعلام ووسائله ودوره ، ص ٩٦ .

أن ما ينشر فيها موجه للناس جميعهم دون استثناء ، ومن هنا فإن ما ينشر بها من الأحكام مجهول لدى كثير من الناس فلا يحصل لديهم العلم التام بكل ما ينشر .

كذلك فإن الدولة أحياناً تسن قانوناً - جنائياً مثلاً - ثم ترغب بعد حين من الزمن في تعديله أو إحداث تغيير عليه ضمن جريدة لاحقة أو في عدد آخر لم يحصل عليه كافة أبناء المجتمع ، الأمر الذي يعتبر عقبةً في طريق تنفيذ القانون وإعماله في حياة الناس ، لذا كان على أي دولة ترغب في نشر أنظمتها وقوانينها أن تقوم بإيجاد شركات متخصصة لتوزيع هذه الجرائد والنسخ بحيث تصل لكل بيت ، على أن تكون هذه الشركات مزودةً بكافة الوسائل العملية التي تساعدها في عملية النشر والتوزيع ، من سيارات وطائرات وإداريين وعمال ، بالإضافة إلى دور الطبع المزودة بأحدث التقنيات في مجال الطبع والنسخ ، وأن يتم توزيع النشرات بين الكافة مجاناً أو بأجر رمزي وأن تحرص شركات التوزيع على بناء مخازن خاصة تابعة لها بحيث يتم تزويد الناس بهذه المطبوعات عند نفاذها .

المطلب الرابع

المنهج الإعلامي المتبع لنشر الأحكام

على الرغم مما بينته سلفاً من ضرورة إيجاد إعلام إسلامي يهدف إلى إيصال أحكام التشريع لكل مكلفٍ يعيش في أرجاء الأرض ، إلا أن الأمر الذي أود تأكيده هو أن وظيفة الإعلام - بوسائله المتنوعة - لا تنحصر في حشد مجموعة من الأحكام والتشريعات ، ومن ثم عرضها على الناس ضمن مواد قانونية مختصرة ينحصر مجالها في: " افعَل كذا ، ولا تفعل كذا ، أو من فعل كذا يعاقب بكذا ... فحسب " لا بل إن وظيفة الإعلام هي أشمل دائرةً وأوسع نطاقاً من هذا وذاك .

إن مجرد عرض المواد الدستورية أو الأحكام المقننة في الوسائل الإعلامية لا يعني أنها قد أدت واجبها - وبرت نمتها - لرب العالمين .

إن الواجب الذي يملى على الوسائل الإعلامية هي أن تصور واقع الناس وتتنظر إلى أحوالهم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والدينية ، بهدف الاطلاع عليها وتحديد المشاكل التي يعاني منها أبناء المجتمع ، ومن ثم محاولة وضع حلول إيجابية للتخلص من هذه المشاكل والعقبات .

بمعنى أن على الوسائل الإعلامية أن تربط بين المواد المقننة في اللوائح الدستورية وبين الحالة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ... التي يمتاز بها ذلك المجتمع ، وهذا ما يقتضيه ميزان العدل ويتمشى مع روح الحق والعدالة .

ذلك أنه لا يمكن للأحكام التشريعية المنشورة في الوسائل الإعلامية أن تؤدي دورها في المجتمع وأن تتفاعل معه إلا إذا تراجعت الحالة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ... مع بعضها البعض وعملت فيما بينها على صياغة للحكم الشرعي المراد تبليغه وإيصاله للناس ، وبقدر ازدحام هذه الحالات مع بعضها بقدر ما يكون الحكم الشرعي المعلن ناجحاً وعملاً مهماً في نهضة الأمة والشعوب الإسلامية ، وبقدر انفصال بعضهم عن بعض بقدر ما يكون هذا الحكم المعلن فاشلاً في نتائجه وغير بناء ، ولا يترتب عليه أي أثر إصلاحي في حياة الإنسان والمجتمع .

الفصل السادس
التطبيق العملي لمبدأ شرعية التجريم
والعقوبة

وفيه :

المبحث الأول:

حكم الإجهاض .

المبحث الثاني:

إستخدام الآلات الحديثة في إزهاق النفس .

المبحث الأول
حكم الإجهاض

وفيه :

التمهيد :

المطلب الأول :

تحديد مفهوم الإجهاض .

المطلب الثاني :

الضرر الناجم عن الإجهاض .

المطلب الثالث :

الحكم الشرعي للإجهاض .

المطلب الرابع :

تحديد الرأي في حكم الإجهاض في ظل مبدأ
الشرعية .

المطلب الخامس :

حكم الإجهاض بعد نفخ الروح .

تمهيد

إن مسألة الإجهاض هي من المسائل الشائكة التي تمخضت عنها الحضارة المعاصرة التي عرفت ببعدها عن القيم الإسلامية , والمبادئ العلية التي تستمد من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم , والتي تجعل إشباع الرغبة الجنسية حاجة ملحةً وضرورةً هامةً ينبغي القيام بها بكافة السبل وشتى الطرق , دون لفت النظر إلى الوسيلة التي تحقق هذه الغاية , سواء كانت مشروعاً أم غير مشروعاً , ودون تصويب النظر إلى ما يعقب هذه الوسيلة من التزامات وواجبات .

إنه ليستولي علي العجب حين أرى تهافت من ينخدعون بالشعارات التي تنبعث من حناجر مغرضة , والتي تنادي بهدم الحواجز الشرعية بين عالم النساء وعالم الرجال , والدوس على القيم والمعايير الإنسانية المنسجمة مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها , فكان من نتيجة ذلك أن تحرر الرجل من كافة واجباته الشرعية وانطلق من حدود ونطاق الأسرة , وأصبح شغل الرجل أن يحصل على المتعة الجنسية دون أن يعلق به أي تكليف تجاه زوجته أو أبنائه .

هذا , ولقد وصلت معضلة إجهاض الحمل إلى أبعاد لا يمكن الإحاطة بها إلا بمعرفة جوانب من إحصائياتها المذهلة , وتشير الإحصائيات الدولية الى أن قانونية إباحة الإجهاض في دول العالم المختلفة في الوقت الحاضر هي على الوجه التالي :

- ١٠% من البلاد تمنع الإجهاض .
- ٢٤% من البلاد تبيحه فقط لإنقاذ حياة الأم .
- ٢٥% من البلاد تبيحه لأسباب اجتماعية أو اقتصادية .
- ٤٠% من البلاد تبيحه بدون سبب وبمجرد طلب الأم^(١).

(١) انظر جمعية العلوم الطبية الإسلامية : قضايا طبية معاصرة , ص ٤٦-١٤٨.

إن حكم الاجهاض لم يرد بشأنه نص مباشر في دلالاته لا آية ولا حديث ، والذي ورد في كتاب الله عز وجل هو تحريم قتل النفس بغير حق شرعي والتشنيع على ذلك، واعتباره من موجبات الخلود في نار جهنم ، قال الله عز وجل: ﴿ومن

يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً﴾ (١).

كما ورد في القرآن العظيم بيان مراحل خلق الإنسان ، وأن الروح هي أساس تكوينه ، وأنها بحلولها في الجسد تكسبه الهوية الأدمية ، وبرحيلها عنه يحين الأجل ويفقد حياته الإنسانية.

كذلك ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان مراحل خلق الإنسان في بطن أمه ، وتحديد آحاد هذه المراحل ، والوقت الذي ينفخ فيه الروح في جسد ابن آدم ، قال صلى الله عليه وسلم : ﴿ إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون علقةً مثل ذلك ، ثم يكون مضغاً مثل ذلك ، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع كلمات ، ويقال له: اكتب عمله ورزقه وشقي أو سعيد ، ثم ينفخ فيه الروح ﴾ (٢).

وهناك بعض الأحاديث النبوية التي اشتملت على بيان التعويض الذي يجب في إسقاط الجنين ، وهو ما سماه الرسول صلى الله عليه وسلم بالغرة (٣).

هذا هو جملة ما ورد من النصوص مما قد يكون له علاقة بموضوع الإجهاض ، ويلاحظ أنه ليس فيها حكم مباشر للإجهاض ، وإن كان فيها من المعارف ما يمكن أن تكون منطلقاً لمعرفة حكمه .

(١) سورة النساء : آية ٩٣ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٥٩ : بدء الخلق ، باب ٦ : ذكر الملائكة صلوات الله عليهم

٩٤/٤ ، رقم ٣٢٠٨ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٤٦ : القدر ، باب ١ : كيفية الخلق الأدمي في

بطن أمه ، ص ١٠٩ رقم ٢٦٤٣ ، وأحمد في مسنده ٢/٢٥ ، رقم ٣٦٢٤ .

(٣) الغرة: هي ما بلغ ثمنه نصف عشر الدية من العبيد والإماء، انظر ابن قدامة : المغني ٢/٦٦ .

وبناءً على ما تقدم فإن مما لا شك فيه أن هذه المسألة تدخل في الدائرة التي تسمح قواعد الشرع بالإجتihad فيها ، وهذا الذي فهمه فقهاء المسلمين القدامى^(١).

(١) انظر فيما تقدم أستاذنا محمد نعيم ياسين : أبحاث فقهية ، ص ٩١-٩٢.

المطلب الأول

تحديد مفهوم الاجهاض

الاجهاض لغةً :

كلمة الاجهاض مأخوذة من جهض ، يقال : أجهضت الناقة وهي مجهض : ألفت ولدها لغير تمام ، والجمع مجاهيض ، والمُجهَضُ : إذا لم يستبن خلقه، والسَّقَطُ : جهيض ، وقيل السَّقَطُ : الذي قد تم خلقه فنفخ فيه الروح من غير أن يعيش، والاجهاض: الإنزلاق.^(١)

الاجهاض شرعاً :

إن المعنى الإصطلاحي ، للإجهاض عند الفقهاء لا يختلف عن معناه اللغوي في لسان العرب.

والإجهاض في عرف الفقهاء هو : " إلقاء المرأة أو الحيوان حمله ناقص الخلق أو ناقص المدة " ^(٢).

وسيلة الإجهاض :

هو كل نشاط من شأنه أن ينهي حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي ، وقد تكون الوسيلة بتناول أنواع معينة من الطعام ، أو شيء من المشروبات التي تؤدي إلى إسقاط الجنين من بطن أمه ، أو بطريق استعمال وسيلة طبية ، أو تعاطي أدوية معينة ، أو استعمال آلة خاصة للإسقاط ، أو قيام الحامل برياضة عنيفة كالقفر أو حمل الأثقال أو ارتداء الملابس الضيقة.^(٣)

(١) ابن منظور : لسان العرب ١٣١/٧-١٣٢ : مادة جهض .

(٢) محمد قلعه جي : معجم لغة الفقهاء ، ص ٤٥ .

(٣) شريف بدوي : جنایات وجنح الضرب والإجهاض ، ص ٢٦ .

المطلب الثاني

الضرر الناجم عن الإجهاض

إن للإجهاض آثاراً سلبية وانعكاسات ضارة التي من شأنها أن تلحق الضرر بالأم والنسل والمجتمع ، ونود أن نبحث هذه الجوانب الثلاثة على انفراد بصورة موجزة لنعرف من خلالها مدى خطورة الإجهاض على أي واحد من هذه الجوانب، ويمكن لنا أن نصنف هذه الجوانب في فروع ثلاثة:

الفرع الأول : ضرر الإجهاض على الأم.

الفرع الثاني : ضرر الإجهاض على النسل.

الفرع الثالث : ضرر الإجهاض على المجتمع.

الفرع الأول : ضرر الإجهاض على الأم :

إن الإجهاض المفتعل لا يخلو من إلحاق الضرر بالأم ويمكن حصر مدى خطورة الإجهاض على الأم في النقاط التالية:^(١)

أولاً : إن الإجهاض قد يحدث مضاعفات ، وأخطر هذه المضاعفات هي حدوث الالتهابات ، وغالباً ما تكون هذه الالتهابات بسبب محاولات غير سليمة قامت بها الزوجة لإجهاض الحمل ، إذ أن بعض النساء تدخل أجساماً غريبةً في الرحم مما يتسبب بدخول الميكروبات إلى جسم المرأة لتحث الالتهاب العنيف الذي قد يمتد إلى خارج الرحم ، ويؤدي هذا إلى إصابة المرأة بالحمى أو التسمم اللذين قد يعرضان حياة المرأة للخطر.

(١) انظر ماهر مهران : الإجهاض ، ص ١٠٠ - ١٠٥ ، مصطفى عبد الفتاح : جريمة إجهاض الحوامل ، ص ١٥٧.

ثانياً : هناك حالات أخرى هي أشد خطورةً من هذه الالتهابات , فالجراثيم هنا قد تصل إلى الدورة الدموية للمرأة لتصيبها بتسمم قاتل.

وفي حالات أخرى تؤدي الجراثيم إلى تكوين تجمعات من الصديد في الرحم والأبواق , وأحياناً يكون الالتهاب بسيطاً ولكنه يستمر لفترة طويلة , وقد تشكو المرأة من التهاب في الجهاز التناسلي الذي يستمر لأشهر طويلة أو ربما سنين ممتدة.

ثالثاً : إن المرأة التي أجهضت حملها قد تتوقف بعد الإجهاض عن الإنجاب والتوالد , ويكون سبب العقم هنا هو حدوث التهاب في جزء حساس مثل القناة التي تصل بين الرحم والمبيض , فيحدث انسداد القناة ويكون الحمل بعد ذلك مستحيلاً.

رابعاً : قد تصاب المرأة بنزيف دموي وهو الذي قد يؤدي إلى حدوث الأنيميا - فقر الدم- الذي يضعف المرأة عن الحركة .

خامساً : إن الإجهاض يتسبب بإحداث انفعالات نفسية واضطرابات شعورية عنيفة في حق المرأة ، فالمرأة التي رضيت بإجراء عملية الإجهاض ينقدح في نفسها آثار مؤلمة لإحساسها أنها قضت على مشروع ابن.

الفرع الثاني : ضرر الإجهاض على النسل :

من المقررات الشرعية أن شريعة السماء قد حرصت كل الحرص على حفظ النسل , ذلك أن النسل الإنساني من الركائز الأساسية في الحياة ومن أسباب عمارة الأرض.

وفي النسل تكمن قوة الأمم , وبه تكون مرهوبة الجانب عزيزة القدر , تحمي دينها وتحمي نفسها، وتصون عرضها ومالها.

لذا فإننا نرى أن الإسلام قد عني عنايةً فائقةً بالنسل ، وورغب الناس في الإكثار منه وحث على ما يضمن استمراره وبقاءه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : { تزوجوا الودود الولود فإنني مكائر بكم الأمم يوم القيامة } (١).

هذا ، ولقد حرم القرآن الكريم قتل الأولاد خشية الفقر ، قال تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ... ﴾ (٢) وقال أيضاً : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً ﴾ (٣) .

إذاً فإن الإجهاض يعتبر خطراً على النسل الذي حثت الشريعة الإسلامية على تكثيره والإعتناء به، وإنما نسمع في هذه الأيام الدعوات المتكررة التي تنادي إلى تحديد النسل والترويج له بكل الوسائل المتاحة ومن أهمها الإجهاض ، بل وتعتقد المؤتمرات بخصوص هذا الشأن في بلدان العالم الإسلامي وليس له هدف سوى الحد من النسل الإسلامي المتزايد في العالم .

الفرع الثالث : ضرر الإجهاض على المجتمع :

إن للإجهاض خطورةً عظيمةً على الأم والنسل كما أسلفت ، وقد تكون خطورته على المجتمع أشد وطأةً من ذلك.

ويمكن حصر خطر الإجهاض على المجتمع بما يلي:

أولاً : تناقص النسل إلى درجة التهديد بانقراض المجتمع ، وقد لوحظ في المجتمعات التي كانت تبيح الإجهاض من انحدار شديد في عدد السكان بحيث لا تستطيع الحكومة ضبطه أو إيقافه ، الأمر الذي أدى إلى إعادة النظر في

(١) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب ٢٦ : النكاح ، باب ١١ : كراهية تزويج العقيم ٥ / ٣٧٤ ، رقم ٣٢٢٧ ، وأحمد في مسنده ٤ / ٤٠٨ ، رقم ٢١٦٤٠ ، وقد صححه الألباني في إرواء الغليل ١٩٥/٦ .

(٢) سورة الأنعام : آية ١٥١ .

(٣) سورة الإسراء : آية ٣١ .

مسألة الإجهاض وتجريمه بعد إباحتها كما حدث ذلك في الإتحاد السوفييتي ، حيث صدر قانون سنة ١٩١٧ يعطي الحق لكل زوجة أن تتخلص من الجنين الموجود في بطنها إذا أرادت ذلك وبلا قيد أو شرط ، ثم صدر قانون آخر يقضي بعدم إباحتها الإجهاض لكل حامل ، ثم صدر بعد ذلك قانون يحدد الحالات التي يحق للمرأة فيها إسقاط حملها^(١).

ومما لا شك فيه أن تناقص النسل من أكثر المشاكل تعقيداً الذي يواجه المجتمع، ولا سيما في المجتمعات التي تعتمد على الأيدي العاملة المنتجة من الرجال والنساء ، ويعكس أثر ذلك على الناحية الاقتصادية لذلك المجتمع، فيعيق نموه ويحد من انفتاحه الاقتصادي الأمر الذي يهدد أحياناً بحصول الفقر في تلك البلاد .

ثانياً : إن عمليات الإجهاض تؤدي إلى إشاعة الرذيلة والفاحشة وفتح الباب على مصراعيه أمام الانحرافات السلوكية التي تقع بين الجنسين ، ذلك أن المرأة التي تحدثها نفسها بالزنى لا تجد حرجاً من الحمل الذي يعقب الزنا، إذ أن التخلص من هذا الحمل هو أمر بات ميسوراً ، وفي ذلك ضرر اجتماعي فادح إذ تزداد الفوضى الجنسية التي تعاني منها المجتمعات^(٢) .

(١) مصطفى عبد الفتاح : جريمة إجهاض الحوامل، ص ١٦٨ .

(٢) المرجع نفسه ، ص ١٦٨ .

المطلب الثالث

الحكم الشرعي للإجهاض

قبل أن نبين الحكم الشرعي للإجهاض علينا أن نفرق بين أمرين:

الأول : حكم الإجهاض قبل نفخ الروح بالجنين.

الثاني: حكم الإجهاض بعد نفخ الروح بالجنين.

وسنتولى في هذا المقام عرض كل مسألة بصورة انفرادية لمعرفة الحكم الشرعي المتعلق بها.

الفرع الأول : حكم الإجهاض قبل نفخ الروح :

اختلف الفقهاء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح , وكثرت الآراء الفقهية حول هذه المسألة حتى أننا نجد داخل المذهب الواحد عدة آراء , ولا بد أن نقف على أبرز آراء الفقهاء في هذه المسألة.

أولاً : المذهب الحنفي :

اختلف فقهاء الحنفية في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح إلى ما يلي:

١- ذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى إباحة الإجهاض قبل نفخ الروح, حيث جاء في "رد المحتار" نقلاً عن "عقد الفرائد" نص ما يلي: "يباح لها في استنزال الدم مادام الحمل مضغاً أو علقاً لم يخلق له عضو , وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً , وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس آدمي" (١).

(١) ابن عابدين ١ / ٤٣٤.

٢- وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الإجهاض قبل نفخ الروح جائز ولكنه مع الكراهة.^(١)

٣- وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى تحريم الإجهاض قبل النفخ ، لأن الجنين قبل النفخ أصل للآدمي ، ولا يجوز إسقاطه إلا لعذر^(٢) .

ثانياً : المذهب المالكي :

اختلف فقهاء المالكية في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح إلى أقوال نوجزها:

- ١- الرأي الراجح عند فقهاء المالكية هو حرمة الإجهاض بعد استقرار المني في الرحم ، قال عليش^(٣) : " إذا أمسك الرحم المني فلا يجوز للزوجين ولا لأحدهما ولا للسيد التسبب في إسقاطه قبل التخلق على المشهور ، ولا بعده اتفاقاً ، والتسبب في إسقاطه بعد نفخ الروح محرماً إجماعاً... والمتسبب في إلقاء علقه فأعلى فعليه الغرة والأدب " ^(٤) .
- ٢- ذهب للبخمي^(٥) إلى جواز الإجهاض قبل الأربعين يوماً من الوطء

(١) المصدر السابق ١٠ / ٢٠٤ .

(٢) المصدر السابق ١٠ / ٢٠٤ .

(٣) هو محمد بن أحمد ، أبو عبد الله ، الملقب بـ "عليش" فقيه من أعيان المالكية ، مغربي الأصل ، من أهل طرابلس الغرب ، ولد بالقاهرة وتعلم في الأزهر وولي مشيخة المالكية فيه ، توفي بالقاهرة في سجن المستشفى سنة ١٨٢٢ ، من مؤلفاته (فتح العلي المالك) و(منح الجليل)، انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ، ص ٣٨٥ ، الأعلام ١٩/٦ .

(٤) فتح العلي المالك ١ / ٣٣٩ .

(٥) هو علي بن محمد ، المعروف بالبخمي ، القيرواني ، الإمام الحافظ ، رئيس الفقهاء في وقته ، تفقه على محرز السيوري ، وتفقه به الماذري وغيره ، له تعليق على المدونة سماه (التبصرة) ، وهو كتاب مشهور ومعتمد في الفقه المالكي ، توفي سنة ٤٧٨ هـ ، انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ، ص ١١٧ .

- حكاة عيش - (١) .

٣- وذهبت طائفة من المالكية إلى كراهية إسقاط الجنين بعد استقراره في الرحم قبل الأربعين ويحرم بعد ذلك (٢).

ثالثاً: المذهب الشافعي :

اختلف فقهاء الشافعية في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح على عدة أقوال :

١- ذهب فريق من الشافعية وهو المعتمد في المذهب إلى جواز الإجهاض قبل نفخ الروح , قال الرملي (٣): " والراجح تحريمه - الإجهاض- بعد نفخ الروح مطلقاً وجوازه قبله " (٤) .

٢- وذكر الرملي رأياً يحتمله المذهب الشافعي وهو كراهة الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين قال: " وأما قبله - قبل نفخ الروح- فلا يقال أنه خلاف الأولى , بل محتمل للتنزيه والتحریم , ويقوي التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة " (٥) .

وبهذه العبارة يكون الرملي قد أشار إلى رأي في المذهب وهو كراهة الإجهاض إلى فترة مقارنة النفخ كراهةً تنزيهيةً.

٣- ذهب الإمام الغزالي - من الشافعية - إلى حرمة الإجهاض منذ لحظة العلق في الرحم , فقال : " وليس هذا - العزل- كالإجهاض والوآد , لأن ذلك جنائية على موجود حاصل وله أيضاً مراتب , وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة , وإفساد ذلك جنائية فإن صارت مضغاً

(١) فتح العلي المالك ٣٣٩/١ .

(٢) الدردير : حاشية الدردير ٨٦/٣ .

(٣) هو محمد بن حمزة بن أحمد بن حمزة الرملي , المصري , لقبه الشافعي الصغير , له مصنفات كثيرة , من أشهرها : (نهاية المحتاج), توفي سنة ٤٠٠هـ , انظر ترجمته في معجم المؤلفين ٢٥٥/٨ .

(٤) نهاية المحتاج ٤٤٢/٨ .

(٥) نهاية المحتاج ٤٤٢/٨ المرجع السابق ٤٤٢/٨ .

وعلاقةً كانت الجنابة أفحش ، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقه ازدادت الجنابة تفاحشاً ، ومنتهى التفاحش في الجنابة بعد الانفصال حياً " (١) .

رابعاً : المذهب الحنبلي :

اختلف فقهاء الحنابلة في حكم إسقاط الحمل قبل أن تنفخ الروح في الجنين على أقوال:

١- ذهب طائفة من فقهاء المذهب إلى جواز إسقاط الحمل قبل نفخ الروح وفي المرحلة الأولى من تكوين الجنين في بطن أمه ، أي في المرحلة التي يكون فيها نطفةً ومدتها أربعون يوماً ، ولا يجوز إسقاطه بعد هذه المدة ، جاء في "الإنصاف" أنه "يجوز شرب دواء لإسقاط نطفة" (٢).

٢- وذهب ابن الجوزي (٣) إلى حرمة إسقاط الجنين في جميع مراحل تكوينه ، سواء كان ذلك قبل أم بعد نفخ الروح (٤).

٣- وذهب بعض الحنابلة إلى جواز إسقاط الجنين قبل نفخ الروح مطلقاً (٥).

(١) إحياء علوم الدين ٥٨/٢.

(٢) المرداوي ٢٧٤/١.

(٣) هو عبدالرحمن بن علي بن محمد الجوزي ، القرشي ، البغدادي ، أبو الفرج ، كان عالماً في الحديث والتاريخ ، له مؤلفات كثيرة من أشهرها : (صيد الخاطر) و (الأذكياء وأخبارهم) ، أقام في بغداد وتوفي فيها سنة ٥٩٧ هـ ، أنظر ترجمته في الأعلام ٣١٦/٣ .

(٤) أنظر المرداوي : الإنصاف ٢٧٤/١.

(٥) المرداوي : الإنصاف ٢٧٤/١.

المطلب الرابع

تحديد الرأي في حكم الإجهاض في

ظل مبدأ الشرعية

من أفضل ما وقع عليه بصري في مسألة تحديد حكم الإجهاض قبل نفخ الروح بالجنين في ظل مبدأ شرعية التجريم ، هو ما تفضل به أستاذنا الدكتور محمد نعيم ياسين حيث قال: " أن حياة الإنسان تبدأ من نفخ الروح ، ولا تبدأ قبلها ، وأن المخلوق الذي يخلقه الله في بطن الأم قبل نفخ الروح لا يوصف بأنه آدمي ، ولا ينبغي أن يعطى جميع خصائصه وأحكامه ، ولا أن يسوى به في الحرمة والحصانة " (١).

ثم قال أستاذنا: " وهذا القدر الذي اتفق عليه أسلافنا من العلماء: هو الذي سنتخذه منطلقاً للترجيح في حكم الإجهاض... (٢).

إن التحديد السابق لحقيقة الجنين قبل نفخ الروح ، وللحظة التي تبدأ فيها الشخصية الإنسانية يلزمنا بترجيح معين في حكم الإجهاض، وذلك أنه إذا كانت حياة الجنين تمر في مرحلتين ، ولا يمنح الجنين وصف الأدمية إلا في الثانية منهما فلا بد إذاً من التمييز في حكم إسقاط الجنين بين المراحل التي يقع فيها ، إذ من البدهي أن لا تكون الجنانية على حي حاز وصف الأدمية بفضل الله تعالى كذلك التي تقع على جسم حي لم ينفخ فيه من روح الله ، ولم يحز بالتالي على ذلك الوصف ، بل هي في الأولى أشد وأقبح وأجدر بالعقاب ، والجنين فيها أولى بالحماية ، لأنه عندئذ آدمي محترم له حق الحياة ولا يحرم منها.

(١) أبحاث فقهية في قضايا طبية ، ص ٢١١.

(٢) المرجع السابق ، ص ٢١١.

وأما في المرحلة التي لا يكون فيها الجنين مؤهلاً بالروح الأدمية ، فالأصل أن الإجهاض إفساد وإتلاف ، والإتلاف يختلف حكمه باختلاف الشيء المتلف ، فقد يكون الإتلاف واجباً إذا كان المتلف محرم الإستعمال ، أو ضاراً ، أو كان ضرره أكثر من نفعه ، كإتلاف الخمر والصنم وقتل الفواسق من الحيوانات ، وهي التي تضر ولا ينتفع بها ونحو ذلك ، وقد يكون الإتلاف محرماً إذا كان الشيء المتلف نافعاً أو كان نفعه يغلب ضرره ، فليس للمسلم أن يتلف عضواً من أعضائه لغير حاجة وليس له أن يتلف أملاكه...

ولا شك في أن الجنين الذي يتكون في بطن الأم ويصبح بالعلوق والإنعقاد مؤهلاً لاستقبال الروح بعد فترة من الزمن لا يمكن إلا أن يصنف في الأشياء النافعة، ولا يمكن أن يصنف في الأشياء الضارة ، فيكون إسقاطه لغير حاجة محرماً.

وهكذا فإن تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح يقتضيه ما ذكرنا من الأصل في إتلاف الأشياء حيةً كانت أو ميتةً ، وهذا الأصل لا ينبغي مخالفته إلا بدليل...

إن عدم اعتراف الشارع للجنين قبل نفخ الروح بالشخصية الأدمية يقتضي أن تكون الحصانة التي أضفاها عليه أقل بكثير من تلك الحصانة التي جعلها للجنين بعد نفخ الروح ، وهذا يقتضي أن يختلفا في حكم الإجهاض ، وليس لهذا الإختلاف من مجال إلا من حيث إخضاع حكم الإجهاض للأعذار والحاجات :

فالجنين الذي نفخت فيه الروح لا يخضع تحريم إجهاضه لأي عذر سوى عذر واحد سبقت الإشارة إليه - وهو أن يكون قتل الجنين أحد شرين لا مفر من وقوع أحدهما وهو أهون من الشر الآخر - كما لو غلب ظن الأطباء العدول من أن بقاء الجنين في بطن أمه سوف يتسبب في هلاكها.

وأما الإجهاض قبل نفخ الروح فينبغي أن يخضع للأعذار والحاجات ، بحيث تسقط عنه الحرمة إذا كان لسبب معقول وحاجة معتبرة...

على أن الأعذار الشرعية التي يباح لها الإجهاض قبل نفخ الروح لا ينبغي فتح الباب فيها على مصراعيه حتى لا يحشر فيها ما ليس منها، وللاحتياط في ذلك ينصح بأن لا تجري عمليات الإجهاض إلا في مستشفيات محددة ، ولا يجريها أي طبيب ، وأن تعرض الحالات على لجنة من الأطباء المسلمين العدول وبعض أهل الاختصاص الشرعي لتقدير الأعذار وكفايتها من الناحية الصحية والشرعية " (١).

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢١ - ٢٢٣.

المطلب الخامس

حكم الإجهاض بعد نفخ الروح

أجمع فقهاء المذاهب على حرمة إجهاض الجنين بعد نفخ الروح ، واعتبروا إجهاض الجنين في هذه المرحلة قتل للنفس البشرية ، حيث لا يجوز التعرض لها بالأذى أو الضرر ، لقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ (١).

هذا ، ولقد نقل الإجماع الفقيه ابن جزى (٢) حيث قال: "وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له ، وأشد من ذلك إذا تخلق ، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل نفس إجماعاً" (٣).

وقال عيش : " إذا أمسك الرحم المني فلا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التسبب في إسقاطه قبل التخلق على المشهور ولا بعده اتفاقاً " (٤) .

وذكر في هذا المجال الإمام الغزالي: " وإن نفخ فيه - الجنين - واستوت الخلقه ازدادت الجناية تفاحشاً ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الإنفصال حياً " (٥).

ونقل الإجماع من المعاصرين أستاذنا محمد نعيم ياسين ، حيث قال : " ولم نجد فيما وقعت عليه أيدينا من مصنفات فقهية ما يشير إلى أدنى خلاف في هذه المسألة - الإجهاض بعد نفخ الروح - وأصل ذلك: أن قتل النفس المحترمة شرعاً

(١) سورة الإسراء : آية ٣٣ .

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي ، أبو القاسم، كان فقيهاً عالماً باللغة وعلم الأصول ، من أهل غرناطة ، من أشهر مؤلفاته : (القوانين الفقهية) و (تقريب الوصول) قال عنه المقرئزي : " فُقِدَ وهو يحرض الناس يوم معركة طريف " ، انظر ترجمته في الأعلام ٣٢٥/٥ .

(٣) القوانين الفقهية ، ص ١٨٣ .

(٤) فتح العلي المالک ٣٩٩/١ .

(٥) إحياء علوم الدين ٥٨/٢ .

لا يحتمل الإباحة بحال من الأحوال , لقوله عز وجل : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ
التي حرّم الله إلا بالحق ... ﴾ (١)(٢).

(١) سورة الإسراء : آية ٣٣ .

(٢) أبحاث فقهية في قضايا طبية , ص ١٩٤ .

المبحث الثاني:

إستخدام الآلات الحديثة في إزهاق النفس

وفيه :

التمهيد :

المطلب الأول:

الآلات الحديثة المستخدمة في إزهاق النفس .

المطلب الثاني:

الحكم الشرعي في استخدام هذه الآلات في القتل.

المطلب الثالث:

ضوابط استخدام آلات القتل .

تمهيد

إن الناظر إلى الفقه الجنائي الإسلامي يجد أن حالات العقوبة بالقتل محصورة جداً ، فقد بينها النبي صلى الله عليه وسلم في سنته المطهرة بقوله : { لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، و النفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة } ، وهذا الحديث الشريف هو نص في الجرائم الأشد خطورةً على المجتمع ، والتي استوجبت العقوبة بالقتل للحد من انتشارها في المجتمع الإسلامي.

و لما كانت الجرائم الثلاثة المذكورة في نص الحديث عوامل هدامة للركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، وضع الشارع لها عقاباً يتناسب مع عظم هذه الجرائم ، وذلك للحيلولة دون وقوع هذه الجرائم ولصد خطرهما عن أفراد المجتمع .

فالزنى هو سبيل لانتشار الفساد الخلقي والصحي ، وفيه انتهاك للأعراض والأنساب ، وفيه قطع للنسل والذرية الناشئة عن نفور الناس من النكاح الشرعي.

وأما الردة هي من أذع وأشنع الجرائم التي تهدد النظام العام للمجتمع الإسلامي ، وهي تشكل انتهاكاً صارخاً لحرمة الدين ، واعتداءً أثمياً على أحكامه وتشريعاته التي هي أساس وعمدة الحياة ، وبدونها يعيش الناس في تهارج وفساد .

وأما قتل النفس - بغير حق - فهو تضييع للنفس البشرية وهلاكها ، وتفويت للإنسان الذي يقوم بمستحقات الخلافة على الأرض ، وبذلك يضيع الدين وتندثر أحكامه وقيمه.

لذا كان من مقتضيات العدل الإلهي أن شرع الله للناس حدوده التي يتم بها حفظ الدين والنفس والعرض ، حتى تبقى كلها في منأى عن أيدي المستهترين ونظر العابثين ، من غير ظلم أو شطط بأي جانب - سواء كان بالجاني أم المجني عليه - فالعقاب في الشريعة الإسلامية لا يقوم على أساس الإنتقام من الجاني ، وإنما على أساس إصلاحه وإصلاح المجتمع وجلب النفع العاجل والآجل لهما ، انطلاقاً من

قوله صلى الله عليه وسلم : { إن الله كتب الإحسان على كل شيء , فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة , وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة }^(١).

(١) أنظر تخريج الحديث في ص : ١٥٤ .

المطلب الأول

الآلات الحديثة المستخدمة في إزهاق النفس

لقد بينت الشريعة الإسلامية الآلة التي يتم بها إزهاق النفس التي استوجبت القتل ، وهي إما الرجم وإما القتل بالسيف قصاصاً بأن يفعل بالجاني كما فعل بالمجني عليه ، ومع تطور الحياة وتقدم أساليب القتل استحدثت الناس وسائل أخرى تؤدي إلى إزهاق النفس البشرية ، ومنها :

أولاً : الصعق الكهربائي :

وهو عبارة عن تهيج يصيب الأنسجة الحية بسبب مرور التيار الكهربائي خلال الجسم ، والذي يترافق مع التقلص التشنجي غير الإرادي للعضلات^(١).

ويظهر تأثير التيار الكهربائي على جسم الإنسان في صورة إثارة وتهيج وحرارة ، وتأثير الإثارة والتهيج يظهر على عضلات الجسم والقلب والدورة الدموية والجهاز العصبي المركزي ، بينما تأثيره الحراري يظهر على هيئة حروق بسيطة أو شديدة تصيب أجزاء الجسم التي سرى فيها التيار الكهربائي ، وقد تحدث التواءات في أطراف الجسم أو أعضائه ، وتتكسر بعض عظامه نتيجة التقلص في العضلات التي سرى فيها التيار الكهربائي^(٢).

ويصحب سريان التيار الكهربائي في جسم الإنسان فقدان الوعي واختلال عمل القلب أو التنفس أو كليهما معاً الذي يؤدي حتماً إلى الموت^(٣).

(١) صبحي طه : الأمن الكهربائي ، ص ١٦ .

(٢) أحمد فراج : الأمان الصناعي ، ص ١١٨ .

(٣) صبحي طه : الأمن الكهربائي ، ص ١٦ .

ثانياً : الحقن الجرثومية :

الجرثومة هي خلية حية صغيرة , وداخل هذه الخلية الصغيرة - التي لا ترى بالعين المجردة - تحدث تحولات كيميائية حيوية معقدة تسمى " التحول " ونتيجة هذا التحول تتشكل مواد كيميائية التي تسبب مرضاً في جسم الإنسان.

وتتكاثر هذه الجراثيم بتوالد الجرثومة بكل بساطة عن طريق الإنقسام المباشر السريع , بحيث تصبح كل جرثومة اثنتين في دقائق معدودة , وتظهر آثار هذه الجراثيم على الإنسان والحيوان والنبات , وتتكون عادةً من الفيروسات والفطريات والبكتيريا أو من السموم الجرثومية الحيوانية والنباتية.^(١)

(١) معين محمود : الأسلحة الكيميائية والجرثومية , ص ١٢١ .

المطلب الثاني

الحكم الشرعي في استخدام هذه الآلات في القتل

من أجل الكشف عن الحكم الشرعي في استخدام مثل هذه الوسائل في إزهاق النفس البشرية فقد ارتأينا تقسيم الموضوع على النحو التالي :

أولاً : القتل حداً :

ثانياً : القتل قصاصاً :

أولاً : القتل حداً , ويشمل :

(١) الزاني المحصن :

ثبتت عقوبة الزاني في السنة النبوية في أخبار تشبه التواتر , وأجمع عليها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١) , لقوله صلى الله عليه وسلم : { خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً , البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام , والثيب بالثيب جلد مائة والرجم }^(٢).

وتتم طريقة التنفيذ بأن يخرج إلى أرض فضاء , ثم يرمم بحجارة ويكون الحجر ملئ الكف , ولا يربط ولا يقيد , على ألا تكون الحجارة كبيرة ولا صغيرة فيطول تعذيبه^(٣) .

ولا يقوم مقام الرجم أي فعل يؤدي للموت , كالسيف أو غرز الرمح في البطن , لأن السنة النبوية قد حددت آلة القتل فلا يجوز العدول عنها إلى وسيلة أخرى.

(١) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٣٠٩ .

(٢) أنظر تخريج الحديث في ص ١١٤ .

(٣) النسفي : كنز الدقائق ٣ / ٥٤١ , زكريا الأنصاري : أسنى المطالب ٨ / ٣٣٢ .

قال الغزالي : " حجارة الرجم لا بد منها , فلو عدل إلى السيف ووقع الموقع ولكن فيه ترك التكيل المقصود " (١) .

وقال النووي : " لا يقتل المحصن بالسيف , لأن المقصود التمثيل به وتكيله بالرجم فيرجم " (٢) .

(٢) المحارب :

ثبتت عقوبة المحارب في الآية القرآنية الكريمة : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (٣) .

فالآية الكريمة بينت عقوبة المحارب وهي أما القتل أو الصلب أو القطع أو النفي , فالقتل إذاً ثابت بنص الآية القرآنية , إلا أنها لم تبين طريقة القتل , الأمر الذي أدى إلى اختلاف العلماء حول طريقة القتل.

فالحنفية قالوا بأن المحارب يقتل بالسيف أو بحجر أو بعصا(٤) , ولا فرق أن يكون بألة جارحة أو غيرها(٥) .

والمالكية قالوا بقتل المحارب إما بالسيف أو بالرمح بغير تعذيب ولا برمي شيء من عالٍ ولا حجارة(٦) .

والشافعية اختلفوا في قتل المحارب بناءً على اختلافهم في عقوبته , هل المُغَلَّبُ في العقوبة حق الله أم حق العبد :

-
- (١) الوسيط ٤٥٠/٦ .
 - (٢) روضة الطالبين ٧ / ٣١٦ .
 - (٣) سورة المائدة : آية ٣٣ .
 - (٤) ابن عابدين : رد المحتار ، ٦ / ١٤١ .
 - (٥) الألويسي : روح المعاني ٦ / ٣٩٥ .
 - (٦) القرافي : الذخيرة ١٢ / ١٣١-١٣٢ .

فإن كان المُغَلَّب حق الله قتل حداً كالمرتد.

وإن كان المُغَلَّب حق العبد قتل قصاصاً ، ويقتل بمثل ما قتل به^(١).

وأما الحنابلة فقالوا بأن قتل المحارب لا يكون إلا بالسيف^(٢).

(٣) المرتد :

ثبتت عقوبة المرتد في السنة الصحيحة وهي القتل^(٣)، إلا أن السنة لم تتناول

الألة المستخدمة في قتل المرتد .

وبناءً على هذا فإنه يقتل بالسيف ضرب العنق ، وأما قتله بغير السيف

فستتولى بحثه في القتل قصاصاً.

ثانياً : القتل قصاصاً :

اختلف الفقهاء فيمن قتل نفساً بغير حق شرعي ، هل يقتل بالسيف أم بغيره.

١- ذهب الحنفية إلى أنه يقتل بالسيف^(٤).

٢- وذهب المالكية إلى أنه يفعل بالجاني كما فعل بالمجني عليه ، ويكرر

عليه الفعل حتى يؤدي إلى موته ولو زاد على الأول^(٥).

٣- وذهب الشافعية إلى أنه يفعل بالجاني بمثل ما فعل بالمجني عليه ، وإن

تعذر ذلك كأن قتله بشيء محرم كشرب الخمر ونحوه فإنه يقتل

بالسيف^(٦).

٤- أما الحنابلة فعندهم روايتان :

الرواية الأولى : أنه يقتص منه بالسيف.

(١) النووي : روضة الطالبين ٧ / ٣٦٨-٣٦٩ ، زكريا الأنصاري : أسنى المطالب ٨ / ٣٩٢ .

(٢) ابن قدامة : المغني ١٢ / ٤٧٨ .

(٣) أنظر الحديث في ص ١٢٦ .

(٤) الحصكفي : الدر المختار ١٠ / ١٣٧ ، الزيلعي : تبيين الحقائق ٧ / ٢٢٥ .

(٥) أبو البركات أحمد الدردير : الشرح الكبير ٦ / ٢٢٣ .

(٦) الشربيني : مغني المحتاج ٤ / ٤٥ ، الشرفاوي : حاشية الشرفاوي ٤ / ٢٠٢ .

الرواية الثانية : أنه يفعل بالجاني بمثل ما فعل بالمجني عليه^(١).

٥- وذهب الظاهرية إلى أنه يفعل بالجاني كما فعل بالمجني عليه^(٢).

أدلة آراء العلماء ومناقشتها :

يمكننا حصر آراء الفقهاء في مسألة كيفية استيفاء القصاص على النحو

التالي :

أولاً : ذهب الحنفية , ورواية عند الحنابلة إلى أن القصاص لا يستوفى إلا بالسيف.

ثانياً : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية , والشافعية , ورواية عند الحنابلة , والظاهرية , إلى أنه يفعل بالجاني بمثل ما فعل بالمجني عليه.

أدلة الفريق الأول ومناقشتها :

أولاً : قول النبي صلى الله عليه وسلم : { لا قود إلا بالسيف }^(٣) .

وجه الدلالة : أن الحديث نص في وجوب القصاص بالسيف , لأن القود يعني القصاص^(٤).

الرد : إن الحديث ضعيف^(٥) , ولا تقوم به حجة.

ثانياً : قوله صلى الله عليه وسلم : { إن الله كتب الإحسان على كل شيء , فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة , وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة }^(٦).

(١) المرادوي : الإنصاف ٩ / ٣٦٢ ، ابن قدامة : المغني ٣ / ٢٧٤ ، ابن مفلح : المبدع ٧ / ٢٣٦ .

(٢) ابن حزم : المحلى ١٢ / ٢٧ .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه , كتاب ٢١ : الديات , باب ٢٥ : لا قود إلا بالسيف ٣ / ٢٩٤ رقم ٢٦٦٧ ، والبيهقي في السنن الكبرى , كتاب : الخراج , باب : ما روي في أن لا قود إلا بحديدة ٨ / ١١٠ رقم ١٦٠٩٠ .

(٤) الطوري : تكملة البحر الرائق ٩ / ٢٢ .

(٥) انظر الألباني : إرواء الغليل ٧ / ٢٨٥ ، وقال ابن حزم : " حديث مرسل " , انظر المحلى ١٢ / ٢٩ .

(٦) أنظر تخريج الحديث في ص ١٥٤ .

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بأن يحسن الإنسان الذبح والقتل بالنسبة للحيوان ، فما الظن إذا كان المقتول هو الإنسان المكرم المحترم^(١).

الرد : هذا الحديث صحيح ، وغاية الإحسان في القتلة هو أن يقتل الجاني بمثل ما قتل به ، وهذا هو عين العدل والإنصاف^(٢).

ثالثاً : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة ، بقوله: { ولا تمتلوا }^(٣).

الرد : الحديث الوارد في النهي عن المثلة إنما هو مخصوص في غير موضع القصاص ، بل هو محمول على من وجب قتله لا على وجه المكافأة^(٤).

ثم إن المثلة لا تكون فيما أوجبه الله عز وجل علينا ، فرجم الزاني المحصن ليس مثلةً لأنه من أمر الله^(٥).

أدلة الفريق الثاني ومناقشتها :

أولاً : الآيات القرآنية الواردة بشأن وجوب المماثلة في العقاب ، ومنها قوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾^(٦).

(١) الزيلعي : تبيين الحقائق ٧ / ٢٢٦ .

(٢) ابن حزم : المحلى ١٢ / ٣١ .

(٣) أنظر الحديث في ص ١٥٥ .

(٤) الشريبي : مغني المحتاج ٤ / ٤٤ ، ابن رشد القرطبي : البيان والتحصيل ١٥ / ٤٦٢ .

(٥) ابن حزم : المحلى ١٢ / ٣٠ .

(٦) سورة النحل : آية ١٢٦ .

الرد : إن الآية الكريمة نزلت لما قتل حمزة بن عبد المطلب ^(١) ، فقال صلى الله عليه وسلم : { **لإن ظفرت بهم لأمتلن بسبعين رجلاً منهم** } فنزلت الآية ^(٢) ، فدل هذا على أن الآية نزلت في غير ما ذكروا ^(٣) .

الرد : إن الله عز وجل نهى نبيه صلى الله عليه وسلم عن أن يمثل بسبعين رجلاً من المشركين، ولم ينهه عن أن يعاقب بمثل ما عوقب به ^(٤).

ثانياً : قوله تعالى : ﴿ ولکم فی القصاص حياة یا أولی الألباب لعلمکم تتقون ﴾ ^(٥).

وجه الدلالة : أن الآية الكريمة قد بينت أن القصاص هو سبب في حفظ الحياة ، والقصاص مأخوذ من قصّ الأثر ، وهو اتباعه ، فكان المعنى أن يتبع الجراح والقاتل فيفعل به ما فعل بالمقتول ، والقصاص يقتضي المماثلة ، أي مماثلة الفعل والجزاء ^(٦).

الرد : إن المماثلة تتحقق بإتلاف نفس الجاني مثل ما اتلف نفس المجني عليه، عند ذلك فإننا نكون قد حققنا معنى المماثلة ^(٧).

ثالثاً : جاء في السنة الصحيحة : { **أن جاريةً خرجت بالمدينة ، فرماها يهودي بحجر ، فجيء بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبها رمق ، فقال لها رسول صلى الله عليه وسلم : فلان قتلك؟ فرفعت رأسها ، فأعاد عليها ، وقال :**

(١) هو حمزة بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، أمه هالة بنت وهيب ، ابنة عم أمينة بنت وهب أم النبي عليه الصلاة والسلام ، هو عم رسول الله وشقيقه في الرضاعة ، سيد الشهداء ، أخى رسول الله بينه وبين زيد بن حارثة أسلم في السنة الثانية من البعثة ، شهد أحداً وكان قائداً للمعركة وقتل فيها ، انظر ترجمته في أسد الغابة ٥٠/٢ .

(٢) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب ٤٨ : تفسير القرآن ، باب ١٧ : من سورة النمل ٤ / ١٥٠ رقم ٣١٢٩ .

(٣) العيني : البناية شرح الهداية ١٣ / ٨٦ .

(٤) ابن حزم : المحلى ١٢ / ١٢ .

(٥) سورة البقرة : آية ١٧٨ .

(٦) ابن رشد القرطبي : البيان والتحصيل ١٥ / ٤٦١ .

(٧) الجصاص : أحكام القرآن ١ / ٢٠٠ .

فلان قتلك ؟ فرفعت رأسها ، فقال لها في الثالثة: فلان قتلك ؟ فخفضت رأسها ، فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتله بين حجرين { (١) .

وجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي قصاصاً بمثل ما قتل به الجارية.

الرد :

- أ. . يحتمل أنه كان مشروعاً ثم نسخ بالأحاديث الناهية عن المثلة^(٢).
- ب. . أو أن يكون اليهودي قد سعى في الأرض فساداً ، فيقتل حسبما يراه الإمام من المصلحة ، بدليل أن الحديث قد جاء في رواية : { أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يرحم فرجم حتى مات }^(٣).
- رابعاً :** أن قتل الجاني بمثل ما قتل به هو تحقيق للقصاص الذي ينشأ عن المماثلة ، فيجب تحقيقاً للمساواة ذاتاً ووصفاً^(٤).
- الرد :** لا نسلم بوجود المساواة ، لأن قتل الجاني بمثل ما قتل به لا يخلو من زيادة فانتهت المساواة^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب ٤٤ : الخصومات ، باب ١ : ما يذكر في الأشخاص ... ١٢٢/٣ رقم ٢٤١٣ ، ومسلم في صحيحه ، كتاب ٢٨ : القسامة ، باب ٣ : ثبوت القصاص في القتل ، ص ٦٦٠ رقم ١٦٧٢ ، وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٤ : الديات ، باب ١٠ : يقاد من القاتل ٥ / ١٤٨ رقم ٤٥١٦ ، والترمذي في سننه ، كتاب ١٤ : الديات ، باب ٦ : ما جاء فيمن رضح رأسه ٣٧٣/٢ رقم ١٣٩٤ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب ٤٥ : القسامة ، باب ١٢ : القود من الرجل للمرأة ٨ / ٣٩٠ رقم ٤٧٥٤ .

(٢) الطوري : تكملة البحر الرائق ٢٢/٩ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب ٢٨ : القسامة ، باب ٣ : ثبوت القصاص في القتل ... ، ص ٦٦٠ رقم ١٦٧٢ .

(٤) ابن قدامة : المغني ٣ / ٢٧٤ ، ابن مفلح : المبدع ٧ / ٢٣٦ .

(٥) العيني : البناية شرح الهداية ١٣ / ٨٦ .

الرأي المختار

أرى رجاحة مذهب الجمهور وهو أن يفعل بالجاني بمثل ما فعل بالمجني عليه إن أمكن ذلك ، وذلك لما يلي :

أولاً : أن في ذلك طاعة لله ورسوله ، لقوله تعالى : ﴿ **ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب** ﴾ ^(١) وقوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ **من قتل عمداً فعليه القود** ﴾ ^(٢) ، والقود هو القصاص ^(٣) والقصاص يقتضي المماثلة في الفعل والجزاء .

ثانياً : أن من حكمة تشريع القصاص هو شفاء صدر ولي المجني عليه وذهاب غيض قلوبهم ، ولا يتأتى هذا بأحسن من أن يفعل بالجاني كما فعل بالمجني عليه .

ثالثاً : أن أخذ الجاني بمثل ما أخذ به المجني عليه هو إقامة لميزان العدل بين الخلق ، وهو في غاية الإنصاف والمساواة ، لأن الجزاء من جنس العمل مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ **جزاءً وفاقاً** ﴾ ^(٤) .

هذا بالنسبة للقتل قصاصاً ، أما القتل حداً فإنه يستخدم فيه أيسر الوسائل وأسهلها وأسرعها في إزهاق الروح ، عدا قتل الزاني المحصن فإنه يتبع في ذلك النصوص القطعية الواردة بشأن كيفية إقامة الحد عليه وهو الرجم حتى الموت .

(١) سورة البقرة : آية ١٧٨ .

(٢) أخرجه النسائي في سننه ، كتاب ٣٧ : تحريم الدم ، باب ١٤ : الحكم فيمن إرتد ٧ / ١١٩ رقم ٤٠٦٨ وأبو داود في سننه ، كتاب ٣٤ : الديات ، باب ١٥ : عفو النساء ٥ / ١٥٤ رقم ٤٥٢٧ .

(٣) ابن منظور : لسان العرب ٣ / ٣٧٢ : مادة قود .

(٤) سورة النبأ : آية ٢٦ .

المطلب الثالث

ضوابط استخدام أيسر آلات القتل

إن العلة في وجوب استيفاء القصاص بالسيف عند الحنفية هي أن القتل بالسيف أيسر وأسهل آلات القتل ، حيث جاء في " أحكام القرآن " : " وإذا كان القتل بالسيف مراداً ثبت أن القصاص هو إتلاف نفسه بأيسر وجوه القتل " (١) ، وجاء فيه أيضاً : " فأوجب عموم لفظه - أي حديث رسول صلى الله عليه وسلم إن الله كتب الإحسان على كل شيء - (٢) أن من له قتل غيره أن يقتله بأحسن وجوه القتل وأيسرها ، وذلك بنفي تعذيبه والمثلة " (٣) .

وبناءً عليه فلا مانع من استخدام آلات ووسائل متطورة في سبيل إزهاق الروح في حال التأكد من أنها سريعة في قتل النفس ، ولا تتسبب في تعذيب من وجب عليه القتل انطلاقاً من قول النبي صلى الله عليه وسلم : { إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته } .

وعلى هذا يجوز شرعاً أن نستخدم آلة متطورة في القتل غير السيف ، على أن يتحقق الإحسان في عملية القتل ولكن ضمن أمور محددة .

أولاً : ألا تكون الآلة المستخدمة في القتل محرمةً في ذاتها ، حيث جاء في روضة الطالبين : " إذا قتله بسحر اقتص منه بسيف ، لأن عمل السحر حرام ، وإذا قتله باللواط وهو مما يقتل غالباً بأن لاط بصغير فالصحيح أنه يقتل بالسيف كمسألة السحر " (٤) .

(١) الجصاص : ١ / ١٩٩ .

(٢) أنظر تخريجه ص : ١٥٤ .

(٣) الجصاص : ١ / ٢٠٠ .

(٤) النووي ٧ / ٩٦ .

ثانياً : ألا تكون آلة القتل بطيئةً في عملها , بحيث تسبب عذاباً وألماً لمن
وجب عليه القتل , حيث جاء في الوسيط : " ثم ينبغي أن يستوفى القصاص
بأسرع ضربة " (١).

ثالثاً : ألا تكون الآلة المستخدمة في القتل تؤدي إلى تشويه جسم المقتول,
ذلك أن تشويه جسم المقتول ينافي تكريم الله تعالى للإنسان, وقد جاء في
الوسيط : " لو قتله بسيف مسموم يفتته قبل الدفن لم يُمكن , وإن كان يفتت بعد
الدفن فوجهان " (٢).

وبناءً على هذا فلا يجوز شرعاً استخدام آلة حديثة من شأنها أن تحدث
تشوهات خلقية في جسد المقتول , إذ أن الأصل في ذلك أن الإنسان مكرم في
حياته كما أنه مكرم في مماته , لقوله تعالى : ﴿ ولقد كرّمنا بني آدم
وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا
تفضيلاً ﴾ (٣) فالآية تفيد بعبارتها أن الله قد كرم الإنسان وفضله على كثير من
مخلوقاته وهذا النص يشير إلى ضرورة أن يكرم الإنسان أخاه في الإنسانية .

وبالنظر إلى بعض الآلات التي تستخدم في قتل النفس كاستخدام الصعق
الكهربائي , فإننا نجد بعض المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز استخدامه كآلة لقتل
الإنسان (٤) , غير أننا نخالفهم الرأي في هذا التوجه , إذ أن من الثابت علمياً أن
الصعق الكهربائي يظهر تأثيره على جسم الإنسان في صورة تهيج , والتي تظهر
على عضلات الجسم والقلب والجهاز العصبي , وفي صورة حرارية تظهر على
هيئة حروق تصيب أجزاء الجسم , هذا فضلاً عن حدوث انكسارات في بعض
عظام الجسم نتيجةً لحدوث التواءات مفاجئة عند سريان التيار الكهربائي في جسم

(١) الغزالي ٦ / ٣٠٥ .

(٢) الغزالي ٦ / ٣٠٦ .

(٣) سورة الإسراء : آية ٧٠ .

(٤) وممن أجاز ذلك الشيخ عبد القادر عودة , أنظر كتابه التشريع الجنائي ٢ / ١٥٤ .

الإنسان^(١) ، وهذا يتنافى مع قوله صلى الله عليه وسلم : { إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ... }
 لذلك قلنا بعدم شرعية استخدام الصعق الكهربائي في قتل النفس والله أعلم.

أما استخدام الحقن الجرثومية فإننا لا نقول بشرعيتها أيضاً ، وذلك لبطئها في قتل النفس ، فهي ليست سريعةً في قتل النفس ، مع ما يترتب عليها من مضاعفة تعذيب من وجب عليه القتل .

وأما بالنسبة لاستخدام المقصلة^(٢) والأسلحة النارية فإننا نقول بشرعية استخدامها ، وذلك لأنهما ألتان تفضيان إلى الموت بسهولة وإسراع ، ولا يتخلف الموت عنهما ، ولا يترتب عليهما تمثيل بالمقتول ولا مضاعفة تعذيبه^(٣) .

(١) انظر في هذا ص ٣٠٧ من الرسالة .

(٢) آلة تستخدم لقطع الرأس ، أنظر ابن منظور : لسان العرب ١١/٥٥٨ : مادة قصل.

(٣) انظر في ذلك عبد القادر عودة : التشريع الجنائي ٢ / ١٥٤ ، مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام

٢/٦٨٤ ، محمد شلتوت : الإسلام عقيدة وشريعة ، ص ٣٨٣ .

أهم النتائج والتوصيات

بعد الخوض في معترك مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة ، وسبر أعماقه للتعرف على حقيقته وأصله ، توصلت إلى نتائج محددة يمكن صياغتها على النحو التالي :

١. لا يمكن لأحد أن يُخضع فعلاً ما تحت وطأة التجريم والعقاب إلا إذا استند إلى نصوص الشريعة الإسلامية ، إذ لا يجوز شرعاً - تحت أي ظرف من الظروف - أن يتجاوز أحد هذه النصوص بدافع الهوى أو الرغبة ، بل عليه ضرورة الإحتكام لها ، فإن كان الفعل - الواقع من المكلف - مندرجاً تحت جرائم الحدود والقصاص أمضى حكم الله المبين فيها ، وإن كان مندرجاً تحت جرائم التعزير ، فإنه لا يحكم على الفعل بالتجريم والعقاب - وفق مشيئته وطبق إرادته المجردة - بل عليه الرجوع للمصادر الشرعية التبعية : كالإجماع والقياس ، والاستحسان والمصالح المرسلة ، والعرف ... بغية أن يكون الحكم خادماً لمقاصد الشريعة وضمن مبدأ الشرعية .

٢. إن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة لا ينبع من التفكير العقلي المنطقي فحسب ، وإنما ينبع أيضاً من مقاصد الشريعة الإسلامية وغاياتها السامية وقواعدها الكلية، فالوقوف على ذلك يعطي المجتهد القدرة على ضبط الأفعال وتكييفها تكييفاً صحيحاً لمعرفة مدى تطابق لفظ الجريمة على هذه الأفعال .

٣. إن هناك نصوصاً من القرآن الكريم والسنة النبوية واضحة الدلالة على العمل بمقتضى مبدأ الشرعية في مجال التشريع الجنائي الإسلامي ، كما أن هناك قواعد فقهية تشير إلى ذلك ، كقاعدة " الأصل براءة الذمة " ، الأمر الذي يشهد بأن الشريعة السماوية كان لها السبق الأول في ترسيخ هذا المبدأ السامي في هذا العالم في حين كانت الدساتير الأرضية في منأى وغفلة عنه .

٤- إن مبدأ الشرعية في ظل القوانين الأرضية لم يعط ثماره على الوجه المأمول منه ، إذ لم يخلُ من انتقادات المفكرين التي أصابت المبدأ في صلبه وعمدة كيانه ، وكيف لا يكون ذلك وهو من صنع البشر الذين تحكمهم الأهواء المتضاربة ، وتستبد بهم الآراء المتشعبة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التشريعات الأرضية قد عجزت عن تقديم قواعد كلية وأصول عامة وأساسية تكون ملاذاً للقضاة يلجؤون إليها لحل المعضلات التي تواجههم ، ومستنداً لهم في التجريم والعقاب كما هو الحال في المنظور الإسلامي فإن فقدان هذه القواعد جعل عمل القضاة مربكاً .

٥- إن الأصل في المفسد هو التحريم ، ولا يمكن إدراك المفسدة على حقيقتها إلا عن طريق الشرع وإعمال العقل ، وذلك بعرض أفعال الناس على مصادر التشريع الإسلامي من : الكتاب والسنة ، والإجماع والقياس ... فإذا خالف فعل أحد هذه المصادر فهو مفسدة يجب درؤها على الوجه المناسب لها ، ولا شك أن هذا ضابط سليم ومعيار دقيق في معرفة ما إذا كان فعل المكلف داخلياً في نطاق التجريم والعقاب أم خارجاً عنه .

٦- ظروف الجاني كالإكراه والجنون الذي يتزامن مع وقوع الفعل الجنائي ، تلعب دوراً بالغاً في نزع شرعية العقوبة عن الجاني ، إذ ينبغي على ولي الأمر أن يضعها نصب عينيه عند إصداره الحكم بالتجريم والعقاب .

٧- إن القياس هو المصدر الرابع لأحكام التشريع الإسلامي ، فما ثبت حكمه بالقياس قد ثبت بالشرع ، وبناءً عليه يجوز لولي الأمر أن يلجأ إلى القياس في تقدير عقوبة لفعل جنائي لم يرد به نص مباشر من كتاب أو سنة .

٨- إن القول برجعية النص الجنائي الأصلح للمتهم هو الاستثناء الوحيد الوارد على قاعدة " عدم رجعية النصوص الجنائية " - المنقرعة عن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة - وهو ما امتازت به الشريعة الإسلامية وتفوقت به على

المبادئ والقوانين البشرية التي يأتيها الباطل من بين يديها ومن خلفها على أن رجعية النص الجنائي لا يتصور وجوده إلا في جرائم التعزير ، أما جرائم الحدود والقصاص فقد تم تحديدها وبيان مقدار العقاب الأنسب لها من قبل المشرع .

٩- إن مبدأ شرعية التجريم والعقوبة يعكس لنا مرونة الشريعة الإسلامية ، وشمولها وإحاطتها لكل ما وقع في الماضي ، وما يقع في الحاضر ، وما سيقع في المستقبل ، ذلك أن مبدأ الشرعية غير محدود بنصوص قطعية الدلالة والثبوت الواردة في بعض أنواع الجرائم كجريمة القذف أو الردة أو الحراة ... وإنما هو مجال واسع ممتد الأطراف يشمل كل الأفعال التي تأنفها العقول السليمة والطباع السوية ، ويحكم عليها بما يناسبها من التجريم والعقاب في كل مرحلة زمنية أو بقعة مكانية .

١٠- إن مبدأ الشرعية يكفل سعادة الإنسان ، ويحقق الأمن للأفراد والجماعات ، فهو يشكل حصناً منيعاً ضد الجنايات والجرائم التي يفتعلها الأشرار من الناس الذين لا يراعون في الإنسان إلا ولا ذمة فيفرض عليهم عقوبات صارمة تنكيلاً بهم وزجراً لغيرهم ، وحتى يعيش الناس في أمن وأمان على دينهم ، ونفوسهم ، وعقولهم ونسلهم ، وأموالهم ، فيسود النظام ، وتنتشر الطمأنينة ، وتعم السعادة كل البشر .

توصيات بما يجب عمله في العصر الراهن

- ١- إنشاء مجمع للشريعة الإسلامية على مستوى العالم الإسلامي بحيث يوعز إلى هذا المجمع إعداد دراسات مفصلة في التشريع الجنائي ، تهدف إلى تحديد الموقف الشرعي تجاه القضايا المستجدة في باب الجرائم والعقوبات مما لم يتطرق إليه المجتهدون من العلماء على امتداد تاريخ التشريع الإسلامي .
- ٢- أن يضم المجمع الإسلامي شرائح مختلفة من أبناء المسلمين من علماء الفقه والأصول والقانون والحديث ... كل حسب مجاله وضمن اختصاصه العلمي ، بحيث يقومون في صعيد واحد ، ويعملون جنباً إلى جنب ، وهذا مطلب جوهرى وحاجة أساسية لاكتمال التكليف الفقهي لكل ما يستجد في حياة الأمة ، ولتحقيق الالتزام بتطبيق حكم الشرع فيها ، على أن تراعى روح الاعتدال واتباع القرآن والسنة ومبادئ المصلحة العامة .
- ٣- أن ينبثق عن المجمع الإسلامي فرع خاص لطباعة ونشر كل ما يتوصل إليه العلماء من أحكام وتشريعات ، ويتم توزيع هذه النشرات على مختلف أنحاء العالم الإسلامي ، حتى ينتشر العلم لدى العامة بما هو محظور وما هو مباح شرعاً ، على أن تكتب هذه النشرات بشتى اللغات ومختلف الألسن، ويراعى فيها جودة الطباعة وسهولة العبارة ووضوح الألفاظ ، فهو أحرى بتحقيق امتثال وانصياع الناس لما يرد في الشريعة من أحكام وتوجيهات وإرشادات .

المصادر والمراجع

١. إبراهيم : شاکر ، الإعلام ووسائله ودوره في التنمية الإجتماعية والإقتصادية ، مؤسسة آدم للنشر والتوزيع.
٢. ابن الأثير : عز الدين أبو الحسن علي بن محمد الجزري ، أسد الغابة في معرفة الصحابة ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧.
٣. ابن الشحنة : أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليم بن أبي الفضل ، لسان الحكام، مطبوع مع معين الحكام ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر.
٤. ابن العربي : أبو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٨٧.
٥. ابن العماد : ابو الفلاح عبدالحی ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، دار المسيرة ، بيروت ، ط ٢ ، ١٩٧٩.
٦. ابن القيم الجوزية : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، راجعه وعلق عليه ، طه عبد الرؤوف سعد ، دار الجيل ، بيروت.
٧. ابن القيم الجوزية : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، إغاثة اللفهان عن مصايد الشيطان ، تحقيق محمد تامر الفقي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٩٣٩.
٨. ابن النجار : محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحی ، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ، الرياض ، ط ١ ، ١٩٨٧.

٩. ابن النحاس : أبو جعفر محمد بن أحمد بن إسماعيل , الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم ، رواية أبي بكر محمد بن علي بن أحمد، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط١، ١٩٨٩.
١٠. ابن النقيب : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن لؤلؤ ، عمدة السالك و عمدة الناسك ، مطبعة علي صبيح ، القاهرة ، ١٩٢٦.
١١. ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، التحرير في اصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية ، ضبطه وصححه عبدالله محمود عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط١ ، ١٩٩٩.
١٢. ابن أمير الحاج : كمال الدين ، التقرير والتحرير شرح التحرير في أصول الفقه الجامع بن اصطلاح الحنفية والشافعية ، ضبطه وصححه عبد الله محمود عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٩.
١٣. ابن أنس : مالك ، الموطأ ، حقق أصوله وخرج أحاديثه خليل مأمون شيخا، دار المعرفة ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٨.
١٤. ابن تيمية : أحمد بن عبد الحلیم ، الحسبة في الإسلام ، تحقيق سيد بن محمد بن أبي سعدة ، مكتبة دار الأرقم ، الكويت ، ط١ ، ١٩٨٣.
١٥. ابن تيمية : أحمد بن عبد الحلیم ، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، الناشر دار الكتاب العربي ، ط٤ ، ١٩٦٩.
١٦. ابن تيمية : أحمد بن عبد الحلیم ، مجموع الفتاوى ، اعتنى بها وخرج أحاديثها وآياتها عامر الجزار وأنور الباز ، مكتبة العبيكان ، السعودية ، ط١، ١٩٩٧.
١٧. ابن جزى : أبو القاسم محمد بن أحمد ، القوانين الفقهية ، دار القلم بيروت، ١٩٧٧.

١٨. ابن حجر العسقلاني : ابو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد ،
تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، مكتبة نزار مصطفى
الباز ، مكة المكرمة ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
١٩. ابن حجر الهيتمي : شهاب الدين أحمد بن محمد ، تحفة المحتاج بشرح
المناهج ، تحقيق عبدالله محمود عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ .
٢٠. ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى شرح المجلى ،
تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٢١. ابن حنبل : أحمد ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، حققه وضبط نصه السيد
أبو المعاطي النوري وآخرون ، عالم الكتب ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨ .
٢٢. ابن حيان : محمد بن خلف ، أخبار القضاة ، عالم الكتب ، بيروت .
٢٣. ابن رجب الحنبلي : زين الدين عبد الرحمن ، جامع العلوم والحكم في شرح
خمسین حديثاً من جوامع الكلم ، تحقيق عبد الله المنشاوي ، مكتبة الإيمان ،
المنصورة ، ط ١ ، ١٩٩٦ .
- طبقات الحنابلة ، دار المعرفة ، بيروت .
٢٤. ابن رشد القرطبي : أبو الوليد ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه في
التعليل في مسائل المستخرجة ، وضمنه المستخرجة من الأسمعة المعروفة
بالعتبية لمحمد العتبي ، تحقيق محمد حجي وعبد الله بن إبراهيم الأنصاري ،
دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٤ .
٢٥. ابن رشد القرطبي : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ، بداية
المجتهد ونهاية المقتصد ، وثقه وخرج أحاديثه ، ماجد الحموي ، دار ابن حزم
للطباعة والنشر ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٥ .
٢٦. ابن زريق : حميد بن محمد ، الفتح المبين في سيرة السادة البوسعيديين ،
تحقيق عبدالمنعم تامر ومحمد عبدالله ، ط ٢ مسقط .

٢٧. ابن سعد : الطبقات الكبرى في البدرين بين المهاجرين والأنصار ، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٥٧ .
٢٨. ابن سلام : أبو عبيد القاسم ، الأموال ، تقديم وتحقيق محمد عماره ، دار الشروق ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٩ .
٢٩. ابن سنيته : ابو عبدالله محمد بن عبدالله ، المستوعب ، مكتبة النهضة الحديثة ، مكة المكرمة .
٣٠. ابن عابدين : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ، رد المحتار على الدر المختار المعروفة بحاشية ابن عابدين " ، دار إحياء التراث الإسلامي العربي ويليه تكملة الحاشية المسماة قرّة العيون الأخيار ، خرج أحاديثه وحققه محمد صبحي حلاق وعامر حسين ، ط ١ ، ١٩٩٨ .
٣١. ابن عاشور : محمد الطاهر ، التحرير والتنوير ، الدار التونسية للنشر ١٩٧١ .
٣٢. ابن عاشور : محمد الطاهر ، مقاصد الشريعة الإسلامية .
٣٣. ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ، الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط ١ ، ١٩٩٥ .
٣٤. ابن عبد البر : ابو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد ، فتح المالك بتبويب التمهيد على موطأ الإمام مالك ، ترتيب وتحقيق مصطفى صميده ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٧٨ .
٣٥. ابن عطية الأندلسي : أبو محمد عبد الحق ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، تحقيق وتعليق عبد الله بن إبراهيم الأنصاري والسيد عبد العال السيد إبراهيم ، ط ١ ، ١٩٨٤ .

٣٦. ابن فرحون : برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن أبي عبد الله ، تبصرة الحكام في أصول القضية ومناهج الأحكام ، وبهامشه العقد المنظم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٣٠١.
٣٧. ابن قدامة المقدسي : شيخ الإسلام موفق الدين أبو محمد عبد الله، الكافي في فقه الإمام أحمد ، حققه وعلق عليه محمد فارس ومسعد عبد الحميد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤.
٣٨. ابن قدامه المقدسي : شيخ الإسلام موفق الدين أبو محمد عبد الله ، المقتع ، ومعه المبدع لابن مفلح ، تحقيق محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٧.
٣٩. ابن قدامه المقدسي : شيخ الإسلام موفق الدين أبو محمد عبد الله ، المغني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر ، ط١ ، ١٩٩٠.
٤٠. ابن قدامه المقدسي : شيخ الإسلام موفق الدين أبو محمد عبد الله ، روضة الناظر وجنة المناظر ، قدم له وخرج شواهد ووضح غوامضه شعبان محمد إسماعيل ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٨.
٤١. ابن قطلوبغا : زين الدين أبو العدل قاسم ، تاج التراجم في من صنف من الحنفية ، عني بتحقيقه إبراهيم صالح ، دار المأمون للتراث ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٢ .
٤٢. ابن ماجة : أبو عبد الله محمد بن يزيد القرشي ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد محمود حسن نصار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٨.
٤٣. ابن مفلح : برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ، المبدع شرح المقتع، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧.
٤٤. ابن منظور : جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط٣ ، ١٩٩٤ .

٤٥. ابن مهنا : أحمد بن غنيم بن سالم , الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي يزيد القيرواني ، ضبطه وصححه عبد الوارث محمد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧.
٤٦. ابن نجيم : زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، تحقيق عبد الكريم الفيضلي، المكتبة العصرية، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨.
٤٧. ابن نصر : أبو محمد عبد الوهاب علي ، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨.
٤٨. ابن هشام : السيرة النبوية ، حققها وضبطها مصطفى السقا وآخرون ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
٤٩. أبو الفتوح : أبو المعاطي حافظ ، النظام العقابي الإسلامي ، ١٩٧٦.
٥٠. أبو حسان : محمد ، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة المنار ، الزرقاء - الأردن ، ط ١ ، ١٩٨٧.
٥١. أبو رحية : ماجد محمد ، الحدود في الفقه الإسلامي ، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع ، شارع بيروت ، الكويت ، ط ١ ، ١٩٩٧.
٥٢. أبو زهرة : محمد ، الجريمة ، دار الفكر العربي القاهرة
٥٣. أبو زهرة : محمد ، العقوبة ، دار الفكر العربي ، القاهرة .
٥٤. أبو فارس : محمد عبد القادر ، القضاء في الإسلام ، دار الفرقان للطباعة والنشر ، عمان ، ط ٤ ، ١٩٩٥.
٥٥. أبو الحسن البعلي : علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد ، الإختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية .
٥٦. أبو الحسين البصري : محمد بن علي بن الطيب ، المعتمد في أصول الفقه ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

٥٧. أحمد : محمد ، الفتح الرباني شرح على نظم رسالة ابن ابي القرواني ، مكتبة القاهرة ، القاهرة .
٥٨. أحمد : هلال عبد الله ، أصول التشريع الجنائي الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٥٥ .
٥٩. إدريس : عوض أحمد ، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن ، دار مكتبة الهلال ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٦ .
٦٠. الإدريسي : عبدالله بن الصديق الحسيني ، الاستقصاء لأدلة تحريم الاستمراء أو العادة السرية من الناحيتين الدينية والصحية ، مكتبة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
٦١. الأسفرائيني : يعقوب بن إسحاق ، مسند أبي عوانة ، تحقيق أيمن بن عارف الدمشقي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨ .
٦٢. إسماعيل : شعبان محمد ، التشريع الإسلامي ومصادره وأطواره ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، ط ٢ ، ١٩٨٥ .
٦٣. الأسنوي : جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن ، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول ، حققه وخرج أحاديثه شعبان محمد إسماعيل ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٩ .
- طبقات الشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٧ .
٦٤. الأصفهاني : أبو نعيم أحمد بن عبد الله ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء ، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٦٥. الألباني : محمد ناصر الدين ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، إشراف زهير الشاويش ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ٢ ، ١٩٨٥ .

٦٦. آل تيمية ، ابو البركت مجد الدين عبدالسلام بن عبدالله الحراني ،شهاب الدين عبدالحليم بن عبد السلام ، تقي الدين أحمد بن عبدالحليم :المسودة في أصول الفقه ،جمعها شهاب الدين ابو العباس أحمد بن محمد ،مطبعة المدني، القاهرة .
٦٧. الألوسي : روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، تحقيق محمد أحمد وعمر عبدالسلام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠ .
٦٨. إمام : كمال الدين ، هموم المثقفين في العالم الإسلامي ، دار الهداية للطباعة والنشر ، القاهرة ط ١ ، ١٩٨٦ .
٦٩. الآمدي : سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، دار الفكر ، ط ١ ، ١٩٨١ .
٧٠. الانصاري: ابو يحيى زكريا ، تحفة الطلاب بشرح متن تحرير تنقيح اللباب في فقه الامام الشافعي ، خرج احاديثه علق عليه صلاح بن محمد بن عويضة ، دار الكتب العلمية ،بيروت ١٩٩٧ .
٧١. أمير باد شاه : محمد أمين الحسيني الخراساني ، تيسير التحرير شرح كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاح الحنفية والشافعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣ .
٧٢. الأنصاري : أبو يحيى زكريا ، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ومعه حاشية الرملي ، ضبط نصه وعلق عليه محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠١ .
٧٣. الأنصاري : عبد العلي محمد بن نظام الدين ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، تحقيق مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨ .

٧٤. **الباجي** : ابو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الاندلسي ، احكام الفصول في احكام الاصول ، تحقيق عبدالله الجبوري ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .
٧٥. **البخاري** : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ، **صحيح البخاري** ، حقق أصولها وأجازها عبد العزيز بن عبد الله بن باز ، دار الفكر ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٨ .
٧٦. **البخاري** : علاء الدين عبد العزيز بن أحمد ، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي** ، حواشيه عبد الله محمود محمد عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٧٧. **بدوي** : شريف ، **جنايات وجنح الضرب والإجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى عام ١٩٨٧** ، دار الثقافة ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٧٨. **البزدوي** : أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم ، **أصول البزدوي** ، مطبوع معه كشف الأسرار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٧٩. **البغا** : محمد بن حسن مصطفى ، **درء المفسدة في الشريعة الإسلامية** ، دار العلوم الإنسانية ، دمشق ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٨٠. **البغدادي** : شرف الإسلام أبو الفتح أحمد بن علي بن برهان ، **الوصول إلى الأصول** ، تحقيق عبدالحميد علي أبو زنيد ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط ١ ، ١٤٠٤هـ .
٨١. **البقاعي** : برهان الدين أبو الحسن إبراهيم بن عمر ، **نظم الدرر في تناسب الآيات والسور** ، خرج أحاديثه وآياته ووضع حواشيه ، عبدالرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٥ .
٨٢. **بهنسي** : أحمد فتحي ، **العقوبة في الفقه الإسلامي** ، دار الرائد العربي ، بيروت ، ١٩٧٠ .

٨٣. البهوتي : منصور بن يونس بن إدريس ، **الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع** ، تحقيق وتعليق سعد محمد اللحام ، دار الفكر بيروت.
٨٤. البهوتي : منصور بن يونس بن إدريس ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، حققه وخرج أحاديثه وآياته محمد عدنان درويش ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
٨٥. البهي : أحمد عبد المنعم ، **تاريخ القضاء في الإسلام** ، مطبعة لجنة البيان العربي ، شارع مصطفى باشا ، ١٩٦٥.
٨٦. البورنو : محمد صدقي بن أحمد ، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه المالكية** ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٢ ، ١٩٩٦.
٨٧. بوساق : محمد بن المدني ، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي** ، دار اشبيليا ، الرياض ، ١٩٩٩.
٨٨. البيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، **السنن الكبرى** ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٤.
٨٩. البيهقي : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، **معرفة السنن والآثار** ، خرج أحاديثه وعلق عليه ، عبد المعطي أمين قلعجي ، دار الوعي ، القاهرة ، ط ١ ، ١٩٩١.
٩٠. التركماني : عدنان خالد ، **الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية** ، أكاديمية نايف العربية للعلوم ، الرياض ، ١٩٩٩.
٩١. الترمذي : أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، **الجامع الصحيح المسمى بـ " سنن الترمذي "** ، تحقيق محمد محمود حسن نصار ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
٩٢. التنوخي : زين الدين المنجي ، **المتع في شرح المقنع** ، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش ، دار خضر ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧.

٩٣. جاد : الحسيني سليمان , العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي ودستوريتها وعلاقتها بالدفاع الشرعي ، دار الشروق ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩١.
٩٤. الجرجاني : أبو الحسن علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، وضع حواشيه محمد باسل السود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
٩٥. جريشه : علي محمد ، المشروعية الإسلامية العليا ، مكتبة وهبة عابدين ، دار عابدين للطباعة ، ط ١ ، ١٩٧٦.
٩٦. الجزري : شمس الدين محمد بن يوسف ، معراج المنهاج شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي ، تحقيق شعبان محمد إسماعيل ، ط ١ ، ١٤١٣هـ.
٩٧. الجصاص : حجة الإسلام أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٥.
٩٨. الجصاص : حجة الإسلام أبو بكر أحمد بن علي الرازي ، أصول الجصاص ، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
٩٩. جمعية العلوم الطبية الإسلامية : قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية ، إعداد طباعة مطابع الدستور التجارية ، عمان ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
١٠٠. الجويني : أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله ، البرهان في أصول الفقه ، تحقيق عبد العظيم الدين ، ط ١ ، ١٣٩٩هـ.
١٠١. الحدادي : أبو بكر بن علي ، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ، مطبعة عارف ، ١٣٢١هـ.
١٠٢. حسني : محمود ، شرح قانون العقوبات اللبناني ، ط ٢ ، بيروت ، ١٩٧٥.

١٠٣. حسين : يوسف علي محمود , الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتها المقررة في الفقه الإسلامي , دار الفكر للنشر والتوزيع , عمان , ١٩٨٢ .
١٠٤. الحسبي : الإمام أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض , اكمال المعلم بفوائد مسلم , تحقيق يحيى إسماعيل , دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع , المنصورة , ط١ , ١٩٩٨ .
١٠٥. الحصكفي : محمد بن علي بن محمد , الدر المختار شرح تنوير الأبصار ومعه حاشية ابن عابدين ويليها تكملة الحاشية لابن الشيخ محمد أمين , تحقيق محمد صبحي حلاق وعامر حسين , دار إحياء التراث العربي , بيروت , ط١ , ١٩٩٨ .
١٠٦. الحصني : تقي الدين أبو بكر بن محمد الحسيني , كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار , خرج أحاديثه وحققه أبو عبد الله النعماني الأثري , دار الفكر للطباعة والنشر , بيروت , ط١ , ٢٠٠١ .
١٠٧. الحصين : سليمان بن إبراهيم , المال في القرآن الكريم , دار المعراج الدولية , المملكة العربية السعودية , ط١ , ١٩٩٥ .
١٠٨. الخطاب : أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي , مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ومعه تاج الإكليل , ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات , دار الكتب العلمية , بيروت , ط١ , ١٩٩٥ .
١٠٩. حنفي : محمد الحسيني , أساس حق العقاب في الفكر الإسلامي والفقه العربي , بحث في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية .
١١٠. الخرشي : محمد بن عبد الله بن علي , حاشية الخرشي على مختصر الخليل , ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات , دار الكتب العلمية , بيروت , ط١ , ١٩٩٧ .
١١١. خلاف : عبد الوهاب , علم أصول الفقه , دار القلم , ط٢ , ١٩٧٨ .

١١٢. خياط : عبد العزيز , المؤيدات التشريعية , دار السلام , ط ٢ , ١٩٨٤ .
١١٣. الداودي : غالب , شرح قانون العقوبات العراقي القسم العام , دار الطباعة الحديثة , البصرة , ١٩٦٩ .
١١٤. الدردير : أبو البركات أحمد بن محمد العدوي , الشرح الكبير , ومعه حاشية الدسوقي , وتقريرات العلامة عليش , خرج آياته وأحاديثه محمد عبدالله شاهين , دار الكتب العلمية , بيروت , ط ١ , ١٩٩٦ .
١١٥. الدريني : محمد فتحي , أصول التشريع الإسلامي ومناهج الإجتهد بالرأي , مطبعة دار الكتاب , ١٩٧٧ .
١١٦. الدريني : محمد فتحي , المناهج الأصولية في الإجتهد بالرأي في التشريع الإسلامي , مؤسسة الرسالة , بيروت , ط ٣ , ١٩٧٧ .
١١٧. الدريني : محمد فتحي , بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله , مؤسسة الرسالة , بيروت , ط ١ , ١٩٩٤ .
١١٨. الدريني : محمد فتحي , خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم , مؤسسة الرسالة , بيروت , ط ١ , ١٩٨٢ .
١١٩. الرازي : فخر الدين محمد بن عامر , التفسير الكبير , دار إحياء التراث العربي , بيروت , ط ٢ , ١٩٩٧ .
١٢٠. الرازي : فخر الدين محمد بن عامر , المحصول في علم اصول الفقه , تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض , المكتبة العصرية , بيروت , ط ٢ , ١٤٢٠هـ .
١٢١. راشد : علي , القانون الجنائي , دار النهضة العربية , ط ٢ , ١٩٧٤ .
١٢٢. الرزوق : دعاء حسن مصطفى , مسائل الخلاف في كفارة الجنابة على النفس , رسالة ماجستير , اشراف : عمر سليمان الاشقر , الجامعة الاردنية سنة : ١٩٩٩ م .

١٢٣. الرفاعي : مأمون وجيه أحمد , أسباب رفع المسؤولية في الفقه الإسلامي , رسالة ماجستير قدمت للجامعة الأردنية .
١٢٤. الرفايعة : أحمد محمد , أهمية مقاصد الشريعة في الإجتهد , رسالة ماجستير قدمت للجامعة الأردنية , كلية الدراسات العليا , كانون أول ١٩٩٢ .
١٢٥. الرملي : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه , نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج , ومعه حاشية أبي الضياء الشبراملي وحاشية أحمد بن عبد الرزاق الشهير بالمغربي , دار الفكر للنشر والتوزيع , الطبعة الأخيرة , ١٩٨٤ .
١٢٦. الريسوني : أحمد , الإجتهد , النص , والواقع , والمصلحة , دار الفكر , دمشق , ط ١ , ٢٠٠٠ .
١٢٧. الزاهدي : حافظ ثناء الله , تيسير الأصول , دار ابن حزم , بيروت , ط ٢ , ١٩٩٣ .
١٢٨. الزحيلي : محمد , تاريخ القضاء في الإسلام , دار الفكر المعاصر , بيروت .
١٢٩. الزحيلي : وهبة , الفقه الإسلامي وأدلته , دار الفكر , ط ٣ , ١٩٨٤ .
١٣٠. الزحيلي : وهبة , الفقه المالكي الميسر , دار الكلم الطيب , دمشق , ط ١ , ٢٠٠٠ .
١٣١. الزحيلي : وهبة , جهود تقنين الفقه الإسلامي , مؤسسة الرسالة , بيروت , ط ١ , ١٩٨٧ .
١٣٢. الزحيلي : وهبة , نظرية الضمان دار الفكر , ط ١ , ١٩٧٠ .
١٣٣. الزرقا : مصطفى أحمد , المدخل الفقهي العام , دار القلم , دمشق , ط ١ , ١٩٩٨ .

١٣٤. الزركشي : بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله ، البحر المحيط في أصول الفقه ، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه محمد محمد تامر ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
١٣٥. الزركشي : شمس الدين محمد بن عبد الله ، شرح الزركشي على مختصر الخرقى في الفقه من مذهب أحمد بن حنبل ، تحقيق وتخريج عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ط ١ ، ١٩٩٧.
١٣٦. الزركلي : خير الدين ، الأعلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط ٦ ، ١٩٨٤.
١٣٧. الزعبي : محمد السعود ، القضاء والقضاة في الدولة العربية الإسلامية ، دار إحسان للطباعة والنشر والتوزيع.
١٣٨. الزلمي : مصطفى إبراهيم ، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، مطبعة أسعد ، ١٩٨٢ .
١٣٩. زيدان : عبدا لكريم ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة، بيروت ، ط ٣ ، ٢٠٠٠.
١٤٠. الزيلى : فخر الدين عثمان بن علي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ومعه حاشيه الشيخ الشلبي ، تحقيق أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
١٤١. السبكي : علي بن عبد الكافي ، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، كتب هوامشه وصححه جماعة من العلماء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٤.
١٤٢. السجستاني : أبو داود سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، حققه محمد عوامه ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨.
١٤٣. السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل ، المبسوط ، دار المعارف للنشر والتوزيع ، بيروت ، ط ٣ .

١٤٤. السعدي : عبد الحكيم بن عبد الرحمن , مباحث العلة في القياس عند الأصوليين , دار البشائر الإسلامية , بيروت , ط ١ , ١٩٨٦.
١٤٥. السعيد : كامل , الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني , ط ١ , ١٩٨١.
١٤٦. السمرقندي: ابو بكر علاء الدين محمد بن أحمد , ميزان الاصول في نتائج العقول , تحقيق محمد زكي عبد البر , مطابع الدوحة الحديثة , قطر .
١٤٧. السمعاتي : أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار , قواطع الأدلة في الأصول , تحقيق محمد حسن إسماعيل , دار الكتب العلمية , بيروت , ط ١ , ١٩٩٧.
١٤٨. السيوطي : جلال الدين , الدر المنثور في التفسير المأثور , صححه وخرج أحاديثه نجدت نجيب تقديم عبد الرازق المهدي , دار إحياء التراث العربي , بيروت , ط ١ , ٢٠٠١.
١٤٩. السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر , نظم العقيان في أعيان الأعيان , حرره فيليب حتي , المطبعة السورية الأمريكية , نيويورك.
١٥٠. الشاذلي : عبد الخالق حسن , تقسيم اللفظ من حيث الظهور والخفاء , رسالة ماجستير قدمت للجامعة الأردنية , ١٩٩٩.
١٥١. الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي اللخمي , الموافقات في اصول الشريعة , حققه خالد عبد الفتاح شبل , مؤسسة الكتب الثقافية , بيروت , ١٩٩٩.
١٥٢. الشافعي : محمد بن إدريس , كتاب الأم , أشرف على طبعه وباشر تصحيحه محمد زهري النجار ومعه مختصر المزني , دار المعرفة , بيروت , ط ٢ , ١٩٧٣.
١٥٣. شبير : محمد عايش عبد العال , الإسلام يعلنها حرباً على قطاع الطريق , مكتبة التوبة , الرياض , ١٩٩٧.

١٥٤. الشربيني : محمد الخطيب , مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شرح على متن منهاج الطالبين للنووي ، مع تعليقات الشيخ جوبلي بن إبراهيم الشافعي ، دار الفكر.
١٥٥. الشرقاوي : عبد الله بن حجازي بن إبراهيم , حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧.
١٥٦. شلتوت : محمود , الإسلام عقيدة وشريعة ، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة ، ط ٦ ، ١٩٧٢.
١٥٧. الشنقيطي : عبد الله بن إبراهيم العلوي , نشر البنود على مراقبي السعود ، وضع حواشيه فادي ونصيف وطارق يحيى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠.
١٥٨. الشنقيطي : محمد الأمين بن المختار , نثر الورود على مراقبي السعود ، تحقيق وإكمال تلميذه محمد ولد سيدي دار المنارة للنشر والتوزيع ، جدة ، ط ١ ، ١٩٩٥.
١٥٩. الشنقيطي : محمد الأمين بن محمد الجكني , أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، طبع وتوزيع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة ، الرياض ، ١٩٨١.
١٦٠. الشوكاني : محمد بن علي ، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، تحقيق وتعليق أبي حفص سامي بن العربي الأثري ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ٢٠٠١.
١٦١. الشوكاني : محمد بن علي ، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، ويليه الملحق التابع للبدر الطالع للصنعاني ، وضع حواشيه خليل المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨.

١٦٢. الشوكاني : محمد بن علي بن محمد , نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، خرج أحاديثه وعلق عليه خليل مأمون شيحا , دار المعرفة ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٨ .
١٦٣. الشيرازي : أبو إسحاق إبراهيم بن علي , التبصرة في اصول الفقه ، دار الفكر .
١٦٤. صالح : محمد أديب , تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط٢ ، ١٩٨٤ .
١٦٥. صدقي : عبد الرحيم , الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ط١ ، ١٩٨٧ .
١٦٦. الصيفي : عبد الفتاح مصطفى , حق الدولة في العقاب ، ط٢ ، ١٩٨٥ .
١٦٧. الطبراني : الحافظ أبو القاسم سليمان بن أحمد , المعجم الكبير ، حققه وخرج أحاديثه حمدي عبد المجيد السلطي , مطبعة الوطن العربي ، ط١ ، ١٩٨٠ .
١٦٨. الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير , جامع البيان في تأويل القرآن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط٣ ، ١٩٩٩ .
١٦٩. طه : صبحي , الأمن الكهربائي ، مطبعة الصباح ، ط١ ، ١٩٨٧ .
١٧٠. العالم : عبد السلام محمد , نظرية السياسة الشرعية والضوابط والتطبيقات ، منشورات جامعة قاد يونس ، بنغازي ، ط١ ، ١٩٩٦ .
١٧١. العالم : يوسف حامد , المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، ط٢ ، ١٩٩٤ .
١٧٢. عامر : عبد العزيز , شرح الأحكام العلمية للجريمة ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا .
١٧٣. العاني : محمد شلال وعيسى صالح العمري , فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط١ ، ١٩٩٨ .

١٧٤. عبد الفتاح : مصطفى , جريمة إجهاض الحوامل , دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة , دار أولي النهى , بيروت , ١٩٩٦.
١٧٥. عبدالمجيد: عبدالمجيد محمود , نظرات فقهية وتربوية في امثال الحديث مع تقدمه في علوم الحديث , مكتبة الصديق , الطائف , ١٩٩٢.
١٧٦. عبد الله : عمر , سلم الوصول لعلم الأصول , مؤسسة المطبوعات , ط ٢ , ١٩٥٩.
١٧٧. عبيد : رؤوف , مبادئ القسم العام من التشريع الجنائي العقابي , دار الفكر العربي , بيروت , ط ٤ , ١٩٧٩.
١٧٨. العجم : رفيق , موسوعة مصطلحات أصول الفقه , مكتبة لبنان , ط ١ , ١٩٩٨.
١٧٩. العدوي : علي بن أحمد , حاشية العدوي , مطبوع مع حاشية الخرشبي , دار الكتب العلمية , بيروت , ط ١ , ١٩٩٧.
١٨٠. عرنوس : محمود محمد , تاريخ القضاء في الإسلام , الناشر مكتبة الكليات الأزهرية , مصر.
١٨١. عساف : محمد مطلق , القصد وأثره في تحديد درجة المسؤولية الجنائية , رسالة ماجستير قدمت للجامعة الأردنية سنة ١٩٩٥ .
١٨٢. العسقلاني : أحمد بن علي ابن حجر , الإصابة في تمييز الصحابة , دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض , دار الكتب العلمية , بيروت , ط ٥ , ١٩٩٥.
١٨٣. عكاز : فكري , فلسفه العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون , شركة مكاتب عكاظ للنشر والتوزيع , ط ١ , ١٩٨٢.
١٨٤. علي : عبد الجليل محمد , مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة , عالم الكتب , القاهرة , ط ١ , ١٩٨٤.

١٨٥. عيش : أبو عبد الله الشيخ محمد أحمد ، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٢٠٧هـ .
١٨٦. العمادي : أبو السعود محمد بن محمد بن مصطفى ، تفسير أبي السعود أو إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم ، وضع حواشيه عبد اللطيف عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، ط ١ ، ١٩٩٨ .
١٨٧. العوا : محمد سليم ، في أصول النظام الجنائي الإسلامي ، دار المعارف ، القاهرة .
١٨٨. العوجي : مصطفى ، النظرية العامة للجريمة ، مؤسسة نوفل ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٤ .
١٨٩. عودة : عبدالقادر ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
١٩٠. عوض : محمد عوض ، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي ، دار البحوث العلمية للنشر والتوزيع ، الكويت ، ط ٢ ، ١٩٨٣ .
١٩١. عوض : محمد عوض ، وسليمان عبد المنعم ، النظرية العامة للقانون الجزائي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٩ .
١٩٢. عيد : محمد كامل ، إستقلال القضاء " دراسة مقارنة " ، ١٩٩١ .
١٩٣. العيني : محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين ، البناية شرح الهداية ، تحقيق أيمن صالح شعبان ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠ .
١٩٤. غانم : عمر محمد إبراهيم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير قدمت لجامعة النجاح الوطنية ، نابلس .
١٩٥. الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد ، إحياء علوم الدين ، وبذيله المغني عن حمل الأسفار ، دار الفكر ، عمان ، طبعة جديدة مخرجة الآيات القرآنية .

١٩٦. الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد ، المستصفي من علم الأصول ، تحقيق محمد سليمان الأشقر ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٧.
١٩٧. الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب ، حققه وعلق عليه محمد محمد تامر ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، شارع الأزهر ، ط١ ، ١٩٩٦.
١٩٨. الفارابي : أبو الفيض محمد ياسين بن عيسى ، الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط٢ ، ١٩٩٦.
١٩٩. الفاضل : محمد ، المبادئ العامة في التشريع الجزائري ، مطبعة الداودي ، دمشق ، ١٩٧٥-١٩٧٦.
٢٠٠. فراج : أحمد ضياء الدين أبو عبد الله محمد بن الحسين ، الأمان الصناعي ، الهيئة المصرية العامة للكتب ، ١٩٧٨.
٢٠١. فرحات : سميرة ، معجم الباقلاني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩١ .
٢٠٢. الفضيلات : جبر محمود ، القضاء في الإسلام وآداب القاضي ، دار عمان ، ١٩٩١.
٢٠٣. فوزي : شريف فوزي محمد ، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي ، سلسلة الكتاب الجامعي ، مكتبة الخدمات الحديثة ، جده.
٢٠٤. الفيتوري : محمد عطيه ، فقه العقوبة الحديه في التشريع الجنائي الإسلامي ، منشورات جامعة يونس ، بنغازي ، ط١ ، ١٩٩٨.
٢٠٥. القادري : محمد بن حسين الطوري ، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، خرج أحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ١٩٩٧.

٢٠٦. القاسم : عبد الرحمن عبد العزيز ، الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية ، مطبعة المدني ، ط ١ ، ١٩٩٦ .
٢٠٧. القاسم : عبد الرحمن عبد العزيز ، النظام القضائي الإسلامي مقارنةً بالنظم القضائية الوضعية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية ، ط ١ ، ١٩٧٣ .
٢٠٨. القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس ، الفروق ، وبهامشه تهذيب الفروق ، عالم الكتب ، بيروت .
٢٠٩. القرافي : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس ، نفائس الأصول في شرح المحصول ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، وعلي محمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، مكة المكرمة ، الرياض ، ط ٢ ، ١٩٩٧ .
٢١٠. القرافي : شهاب الدين أحمد بن إدريس ، الذخيرة ، تحقيق محمد جبي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٤ .
٢١١. القرآن الكريم .
٢١٢. القرضاوي : يوسف ، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠ .
٢١٣. القرطبي : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، محمد محمد أحمد ، الناشر مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ط ٢ ، ١٩٨٠ .
٢١٤. القزويني : أبو القاسم عبداً لكريم بن محمد بن عبد الكريم العزيز ، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٢١٥. قلعه جي : محمد رواس ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٥ .

٢١٦. القنوجي : أبو الطيب صديق بن حسن بن علي , فتح البيان في مقاصد القرآن ، قدم له وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، شركة أبناء شريف الأنصاري ، بيروت ط ١ ، ١٩٨٩ .
٢١٧. القوجوي : محيي الدين محمد بن مصلح الدين مصطفى ، حاشية شيخ زادة على تفسير البيضاوي ، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٩ .
٢١٨. القيرواني : الفتح الرباني شرح نظم رسالة ابن أبي يزيد القيرواني ، دار القومية العربية للطباعة .
٢١٩. الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تحقيق وتعليق علي محمد معوض ، وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ .
٢٢٠. كامل : عبد العزيز مصطفى ، الحكم والتحاكم في خطاب الوحي ، دار طيبه للنشر والتوزيع ، الرياض ، ط ١ ، ١٩٩٥ .
٢٢١. كحّاله : عمر رضا ، إعلام النساء في عالمي العرب والإسلام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط ٥ ، ١٩٨٤ .
٢٢٢. كحّاله : عمر رضا ، معجم المؤلفين ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .
٢٢٣. الكليبولي : عبدالرحمن بن محمد بن سليمان ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى في شرح المنتقى للحصكفي ، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ .
٢٢٤. الكيلاني : فاروق ، استقلال القضاء ، مطبعة دار التأليف ، ط ١ ، ١٩٧٧ .
٢٢٥. الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط ٢ ، مطبعة الصادر ، ١٩٦٦ .
٢٢٦. مجمع اللغة العربية : المعجم الوسيط ، خرجه إبراهيم مصطفى وآخرون ، دار الأمواج ، بيروت، ط ٢ ، ١٩٨٧ .

٢٢٧. المحلي : حسين بن محمد , الآيات البيّنات على شرح جمع الجوامع ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٦ .
٢٢٨. المحلي : حسين بن محمد , الفروع المسمى بـ " كشف اللثام " عن أسئلة الأثام ، تحقيق محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٩ .
٢٢٩. محمود : معين أحمد ، الأسلحة الكيميائية والجرثومية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٢ .
٢٣٠. مختار : عامر أحمد ، ضمانات سلامة أحكام القضاء الجنائي ، مطبعة الأديب البغدادية .
٢٣١. مخلوف : محمد بن محمد ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، طبعة جديدة بالأوفست في الطبعة الأولى ، ١٣٢٩ هـ .
٢٣٢. مذكور : محمد سلام ، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
٢٣٣. المرادوي : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٨ .
٢٣٤. المرصفاوي : جمال صادق ، نظام القضاء في الإسلام ، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي ، المملكة العربية السعودية .
٢٣٥. مرهون : مرهون بن زايد ، الاستصحاب عند الأصوليين وتطبيقاته الفقهية ، رسالة ماجستير قدمت لجامعة آل البيت .
٢٣٦. المصري : أبو العباس أحمد بن النقيب ، عمدة السالك وعدة الناسك ، تحقيق صالح مؤذن ومحمد غياث الصباغ ، مكتبة الغزالي ، دمشق ، ط ٢ ، ١٩٨٥ .

٢٣٧. المنجور : أحمد بن علي ، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ، دراسة وتحقيق محمد الشيخ محمد الأمين ، دار عبد الله الشنقيطي للطباعة والنشر والتوزيع.
٢٣٨. منون : عيسى ، نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول ، عني بتصحيحه ونشره إدارة الطباعة المنيرية ، مطبعة التضامن الأقوى ، مصر ، ط١ .
٢٣٩. المهدي : السيد صادق ، العقوبات الشرعية وموضعها من النظام الاجتماعي الإسلامي ، الزهراء للإعلام العربي ، ط١ ، ١٩٨٧ .
٢٤٠. مهدي : عبدالرؤوف ، شرح القواعد العامة للقانون العقوبات ، مطبعة أطلس ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
٢٤١. مهران : ماهر ، الإجهاض ، المكتبة الطبية ، بيروت .
٢٤٢. موافي : أحمد ، الضرر في الفقه الإسلامي ، دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، السعودية ، ط١ ، ١٩٩٧ .
٢٤٣. المنتشة : محمد بن عبد الجواد ، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية ، جامعة أم درمان .
٢٤٤. النسائي : الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن علي ، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٣ ، ١٩٩٤ .
٢٤٥. النسفي : أبو البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد ، كنز الدقائق ، ومعه تبين الحقائق للزيعلبي وحاشيه الشلبي ، تحقيق أحمد عزو عناية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٠ .
٢٤٦. النسفي : أبو البركات عبد الله بن أحمد حافظ الدين ، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ومعه شرح نور الأنوار على المنار ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٢٤٧. النسفي : عبد الله بن أحمد بن محمود , مدارك التنزيل وحقائق التأويل ، راجعه وضبطه إبراهيم محمد رمضان ، دار القلم ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٨٩ .
٢٤٨. النصراوي : سامي ، النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي ، مكتبة المعارف ، الرباط ، ط ٢ ، ١٩٨٦ .
٢٤٩. نظام : الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، وبهامشه الفتاوى البزازية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط ٣ ، ١٩٨٠ .
٢٥٠. النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، ومعه منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٢٥١. النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف ، منهاج الطالبين ، تحقيق وتعليق أحمد بن عبد العزيز الحداد ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠٠ .
٢٥٢. النيسابوري : أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري ، صحيح مسلم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ٢٠٠١ .
٢٥٣. هبة : أحمد ، موجز احكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
٢٥٤. الهي : فضل ، حكم الإنكار في مسائل الخلاف ، إدارة ترجمان الإسلام ، الرياض ، ط ٢ ، ١٩٩٩ .
٢٥٥. واصل : نصر فريد ، السلطة القضائية ونظام الإسلام ، مطبعة الأمانة ، ط ٢ ، ١٩٨٣ .
٢٥٦. الوزير : أحمد محمد علي ، المصطفى في اصول الفقه ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٩٩٦ .
٢٥٧. ياسين : محمد نعيم ، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط ١ ، ١٩٩٦ .

٢٥٨. ياسين : محمد نعيم , الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي ، دار الفرقان ، عمان ، ط ١ ، ١٩٨٣ .

٢٥٩. اليوبي : محمد سعد بن أحمد , مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية .

٢٦٠. يوسف : قاسي سي , مدى فاعلية عقوبات الحدود ، رسالة ماجستير قدمت للمعهد الوطني لأصول الدين ، الجزائر .

فهرس الأيات القرآنية

رقم الآية	رقم الصفحة	السورة	الآية
٢٩	٨٢	البقرة	هو الذي خلق لكم
٣٠	ت		وإذ قال ربك للملائكة
٤٣	٧٩		وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة
١٧٨	٣١٤		ولكم في القصاص حياة
١٨٥	٣٤		يريد الله بكم اليسر
١٨٧	١٢٠		تلك حدود الله
١٩٤	١٣٤		فمن اعتدى عليكم
٢١٧	١٢٥		ومن يرتدد منكم عن دينه
٢٧٥	٩٤		فمن جاءه موعظة من ربه
٢٨٦	٩		لا يكلف الله نفساً
١١٨	٣٣	أل عمران	إن كنتم تعقلون
٢٢	١٦٣،١٦١،١٥٩،١٠	النساء	ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم
٢٣	١٦٣،١٠		وأن تجمعوا بين الأختيين
٢٦	٢١		يريد الله ليبين لكم
٣٤	١٤٤		والاتي تخافون نشوزهن
٤٠	٥٥		إن الله لا يظلم
٤٣	٢٣٢		يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا
٥٨	٢٤٧		إن الله يأمركم أن تؤدوا

٤٣	٦٥	فلا وربك لا يؤمنون	
٢١٥	٨٠	من يطع الرسول	
٦٠	٨٢	أفلا يتدبرون القرآن	
١٣٧،٩٩،٩٨	٩٢	ومن قتل مؤمناً خطأً	
٢٨٨،٩٩،٥٢	٩٣	ومن يقتل مؤمناً متعمداً	
١٠٨،١٨	١٦٥	رسلاً مبشرين ومنذرين	
٢١	١٧٦	يبين الله لكم أن تضلوا	
٢٦٠	٣	حرمت عليكم الميتة	المائدة
١٠٨	٦	ما يريد الله ليجعل عليكم	
١٥٩	٣٢	من أجل ذلك كتبنا	
١٦٩،١٦٦،١٢٩،٥٢	٣٣	إنما جزاء الذين يحاربون الله	
١٦٧	٣٤	إلا الذين تابوا	
٢٦٧،١٢٥	٣٨	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما	
٢٤٤،٥٦	٤٩	وأن احكم بينهم بما أنزل الله	
١٦٤	٩٥	يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد	
٢٠	٤	وما تأتيهم من آية	الأنعام
٢٠	٥	فقد كذبوا بالحق	
١٤٣،٤٥	٣٨	ما فرطنا في الكتاب	
٨٩	١١٩	وقد فصل لكم ما حرم	
١٤٧	١١٨	ولا تسبوا الذين يدعون	
٢٢،١١	١٤٥	قل لا أجد فيما أوحى	
٣٣	١٥١	لعلكم تعقلون	
٢٩٣	١٥١	ولا تقتلوا أولادكم	

٢٠٠	١٥٢	ولا تقربوا مال اليتيم	
٧٣	١٦٣	قل إن صلاتي ونسكي	
٢١	٣٥	يا بني آدم إما يأتينكم	الأعراف
١٦٦	٣٨	قل للذين كفروا	الأنفال
٩٥	١١٥	وما كان الله ليضل قوماً	
٨٣	٥٩	قل أرأيتم ما أنزل الله	يونس
١٠٨	٧	وهو الذي خلق السموات والأرض	هود
١٩	٤	وما أهلكنا من قرية	الحجر
٢٨٠،١٠٢،٤٥	٨٩	ونزلنا عليك الكتاب	النحل
٥٤	٩٠	إن الله يأمر بالعدل	
١٩	١١٢	وضرب الله مثلاً	
٨٤،٢٢	١١٦	ولا تقولوا لما تصفوا	
٣١٣	١٢٦	وإن عاقبتهم فعاقبوا	
٢٤٢	٤	وقضينا إلى بني إسرائيل	الإسراء
١٩	١٥	من اهتدى فإنما يهتدي	
٢٤٢،٢٣٧	٢٣	وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه	
٢٩٣	٣١	ولا تقتلوا أولادكم	
١٢٣،٣٣	٣٢	ولا تقربوا الزنا	
١٣٦	٣٣	ومن قتل مظلوماً	
١٥٣،٣٢	٧٠	ولقد كرّمنا بني آدم	
٢٤٢	٧٢	فاقض ما أنت قاض	طه
٢٠	١	إقترب للناس حسابهم	الأنبياء
٢٠	٢	ما يأتيهم من ذكر	
٢١	٣	وأسروا النجوى الذين ظلموا	

١٧٦،١٠٨	١٠٧	وما أرسلناك إلا رحمةً	
٧٣	٧٧	يا أيها الذين آمنوا اركعوا	الحج
٨٦	٧٨	وما جعل عليكم في الدين	
٩٠	٥	والذين هم لفروجهم	المؤمنون
٩٠	٦	إلا على أزواجهم	
٩٠،٨٩	٧	فمن ابتغى وراء ذلك	
٥٩	٧١	ولو اتبع الحق أهواءهم	
١١٤،١١٢	٢	الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد	النور
١٨٠،١٧٥،١٢٧	٤	والذين يرمون المحصنات	
١٧٥	٥	إلا الذين تابوا	
١٢٦	٢٣	إن الذين يرمون المحصنات	
١٣٤،١٢٣	٦٨	والذين لا يدعون مع الله	الفرقان
١٩	٥٩	وما كان ربك مهلك القرى	القصص
١٠٨	٤٥	إن الصلاة تنهى عن الفحشاء	العنكبوت
٢١٠	٦٩	والذين جاهدوا فينا	
٢٣٧	٥٨	والذين يؤذون المؤمنين	الأحزاب
٩	٧٠	يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله	
٩	٧١	يصلح لكم أعمالكم	
٥٦	٢٦	يا داود إنا جعلناك خليفة	ص
٢٤٢	١٢	فقضاهن سبع سماوات	فصلت
١٠٤	٣٤	إدفع بالتي هي أحسن	
٤٢	١٠	وما اختلفتم فيه	الشورى
٧٢	١١	ليس كمثلته شيء	
٨	١٣	شرع لكم من الدين	

٢٣	٢١	أم لهم شركاء شرعوا لهم	
٢٢٩،٢٢٧	٩	وإن طائفتان من المؤمنين	الحجرات
٤٧	١٢	ولا يغتب بعضكم بعضاً	
٢٠٤	١٢	يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً	
ت	٥٦	وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون	الذاريات
١٧٠،٤٣	٣	وما ينطق عن الهوى	النجم
١٧٠،٤٣	٤	إن هو إلا وحي يوحى	
١٧٤	١	قد سمع الله قول التي تجادلك	المجادلة
١٧٤	٢	الذين يظاهرون منكم من نسائهم	
١٧٤	٣	والذين يظاهرون من نسائهم	
١٧٤	٤	فمن لم يجد فصيام	
٣٥	٢	هو الذي بعث في الأميين	الجمعة
١٩	٨	تكاد تميز من الغيظ	تبارك
٢٠	٩	قالوا بلى قد جاءنا	
٢٦٨	٢٥	ألم نجعل الأرض كفاتاً	المرسلات
٣١٦	٢٦	جزاءً وفاقاً	النبأ
١٧٢	٣	فليعبدوا رب هذا البيت	قريش
١٧٢	٤	الذي أطعمهم من جوع	

فهرس الأحاديث والآثار

رقم الصفحة	الحديث
١٠١	أتينا النبي صلى الله عليه وسلم في صاحب
١٩٠	إدروا الحدود بالشبهات
١٨٧	إذا سكر هذى
١٥٤	إذا ضرب أحدكم
١٥٤	أقبلوا ذوي الهيئات
١٤٥	أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل
٢٨٨	إن أحدكم يجمع خلقه
١٥٢	أن أعرابياً بال في ناحية
٢٥	ان الله فرض فرائض
١٥٤	إن الله كتب الإحسان
١٥٥	أن النبي صلى الله عليه وسلم إذا بعث
٤٣	أن النبي نهى يوم خيبر
١٦٧	أن أناساً من عكل وعرينة
٣١٤	أن جاريةً خرجت بالمدينة
٨٥	ان دماءكم واموالكم عليكم
١٣٨	أن الربيع بن النضر كسرت
١١٣	أن رجلين اختصما الى رسول الله
١٢٨	أن علياً جلد الوليد
١١٢	أن عمر بن الخطاب غرب رجلا

١٦٣	أن فيروز الديلمي أدركه الإسلام
١٦٧	أن قوماً من أهل الكتاب
٢٧	ان كل شئ من أمر الجاهلية
٢٨	أن نفراً كانوا جلوساً
٢٨	أن نفراً من اصحاب النبي
١٦٧	أن نفراً من عكل وعرينة
٥٦	انما هلك من كان قبلكم
١٢٠	اني أصبت حداً
١٦٧	أنها نزلت في قوم أبي بزره
١١	أهدي لرسول الله رواية
٢٩٣	تزوجوا الودود الولود
١٦١	توفي قيس بن الأسلت
١١٢	حسبهما من الفتنة
٢٥	الحلال بين والحرام بين
٢٥	الحلال ما أحله الله
١١٤	خذوا عني قد جعل الله
١٦	ذروني ما تركتم
٢٦٧	سارق أمواتنا كسارق
١٧٤	ظاهر أوس بن الصامت
٢٨	عسى رجل أن يقول
١٧٢	فصلب اثنين وقطع
١٧٢	فعل بهم النبي صلى الله عليه وسلم
١٥	في الغنم السائمة
٢٤	قد تركتم على المحجة البيضاء
١٦٣	كان أهل الجاهلية يحرمون

١٦٩	كان رسول الله يحث في خطبته
١٢٧	كل مسكر خمر
٢٧	كنا نعزل والقرآن
٢٦٨	كيف أنت إذا أصاب
١٨٦	كيف تقضي إذا عرض
١٠٤	لا ضرر ولا ضرار
٣١٢	لا قود إلا بالسيف
٤٣	لا يجمع بين المرأة وعمتها
١١٤	لا يحل لامرأة تؤمن بالله
١٢٦	لا يحل لرجل مسلم
١٦٢	لقيت خالي ومعه الراية
٢٩	لما أراد عمر بن الخطاب
٢٦٩	لما كان بن الحكم واليا
١٧٥	لما نزل قول الله تعالى : " والذين يرمون..."
٢٦٨	ليس على النباش قطع
٢٦	ما بعث الله نبياً
٢٢٣	مروا صبيانكم لسبع سنين
١٣١	من أعطى اماماً
١٢٨	من شرب خمرأ فاجلدوه
١٠٧	من ضار اضر الله به
٢٢٨	من قتل دون ماله
٣١٦	من قتل عمداً فعليه القود
١٦٦	نزلت في المشركين

فهرس الأعلام المترجم لهم

رقم الصفحة	العلم
٢١	الأ لوسي
٣٣	الأ مدي
١٣	ابن تيمية
٣٠٢	ابن جزي
٨٢	ابن حامد
٩٨	ابن حزم
١١	ابن رجب الحنبلي
١٧٢	ابن سيرين
١٨	ابن عاشور
١٦٣	ابن عباس
١١	ابن عبد البر
١٢	ابن قدامة
٦٠	ابن القيم
٨٢	ابو الحسين البصري
١٦٧	أبو برزة الأسلمي
١٢٨	أبو بكر الصديق
١٧١	أبو داود
٨٢	ابو علي الجبائي
١٦١	أبو قيس بن الأسلت
١٨٨	أبو يوسف

١٢	احمد بن حنبل
٢٤٧	أسامة بن زيد
٨١	الأشعري
١٣٨	أنس بن النضر
٢٨	انس بن مالك
١٢٤	انيس بن مرثد
١٧٤	أوس بن الصامت
١٧١	البخاري
١٦٢	البراء بن عازب
٣٧	الجويني
٨٢	الحلواني
٣١٤	حمزة بن عبد المطلب
١٧٤	خولة بنت مالك
١٣٨	الربيع بنت النضر
٢٩٧	الرملي
١٢١	زكريا الأنصاري
٣٨	السبكي
١٧٥	سعد بن عبادة
١٧٥	سعد بن معاذ
١٧٦	سعيد بن جبير
١٠٠	سويد بن الصامت
١٠	الشاطبي
٣٧	الشافعي
٢٣	الشوكاني
١٨٠	عائشة بنت أبي بكر

٢٨	عبد الله بن مسعود
٢٤٥	عثمان بن عفان
١٣	العز بن عبد السلام
١١٢	علي بن أبي طالب
٢٩٦	عليش
٢٩	عمر بن الخطاب
٣٦	الغزالي
٢٤٨	فاطمة الزهراء
١٦٣	فيروز الديلمي
٨٨	القرافي
١٢٠	الكاساني
٨٢	الكرخي
٢٩٦	اللخمي
١٢	مالك بن أنس
١٢١	الماوردي
٢٦٩	مروان بن الحكم
١٨٦	معاذ بن جبل
٢٢٥	النووي
١٦٢	هانئ بن نيار
١٠١	وائثة بن الاسقع
١٢٨	الوليد بن عقبة