جامعة الملك سعود
كلية التربية
قسم الثقافة الإسلامية

مبدأ الشرعية في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية

إعداد / علي عبد الرحمن الحسون

بإشراف د. أحمد سعيد حسوان
الأستاذ المساعد بقسم الثقافة الإسلامية
كلية التربية - جامعة الملك سعود

مبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية
فى الفقـــه الإسلامـى
وتطبيقاتـــه
فـــى
المملكـــة العربيـــة السعوديـــة

إعـــداد

على عبد الرحمن الحسون

بإشراف الدكتور

أحمـد سعيد صـوان

مبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية

فى الفقه الإسلامـــــى

وتطبيقاتـــه

فـــى

المملكة العربيـــــة السعوديـــــة

إعـــداد

على عبد الرحمن الحسون

بإشراف الدكتور

أحمـد سعيد صـــوان

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ / / ١٤هـ

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستـــــير

فـــــــى

قســم الثقافة الاسلاميـة " كلية التربية " جامعة الملك سعود

نوقشت هذه الرسالة بتاريـــــخ / / ١٤ هـ

وتمت إجازتهـــا .

بإشـــــــراف

الدكتـور / أحمد سعيد صـــــوان

وعضـــوية كـل من :

١ -

٢ -

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالـــى :

" وما كان ربك مهلك القرى حتى
يبعث فى أمها رسولا يتلـــــو
عليهم آياتنا وما كنا مهلكـــــى
القرى إلا وأهلها ظالمـــــون"
سورة القصص الآية (٥٩) .

المقدمـــــــــــة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــــة

الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم مالك يوم الدين وأصلى وأسلم على سيد الأولين والآخرين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين . . . وبعد :

يقول الله تبارك وتعالى : " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا " (١) .

ويقول جل شأنه : " ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين " (٢) .

ويقول سبحانه : " ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسولَ الله وخاتم النبيين " (٣) .

بيّنت هذه الآيات الكريمة أن الرسالات السماوية قد خُتمت برسالة الاسلام الخالدة على يدى خاتم الرسل محمد صلى الله عليه وسلم فهى الرسالة العامة لكل البشر، الخالدة أبد الدهر، فقد كان الرسل يبعثون إلى قومهم خاصة وبعث محمد صلى الله عليه وسلم إلى الناس كافة كما لم تكن الرسالات السماوية مهيئة للخلود والبقاء حيث كانت تتتابع الرسل كلما حاد الناس عن الطريق الحق، بينما دين الاسلام دين خالد لا يؤثر فيه تعاقب الأزمان والأجيال والأمم .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٣ .
(٢) سورة آل عمران الآية : ٨٥ .
(٣) سورة الأحزاب الآية : ٤٠ .

ودينٌ هذه صفته وطبيعته فإنه - عند ما يُصدر تشريعاته - لابد أن يضع فى حسبانه التغيّر والتطور اللذَيْن جعلهما الله سبحانه وتعالى من سمات الحياة الدنيا حيث يضع للبشر تشريعا لا يعيبه تغيّرُ الزمان وتبدُّل المكان ولذلك فإن الإسلام فى أحكامه لم ينتهج ما نهجته الشرائع السماوية السابقة عليه بسرد الأحكام جملة وتفصيلا - اللهم إلا فى أحكام العقيدة وهى التى اتفقت الشرائع السماوية عليها وعلى تفصيلها - بل جاءت الأحكام الإسلامية مفصلة فيما لا يتغير بتغير الزمان والمكان كالأمور العقائدية والتعبدّيه المحضه وكجرائم الحدود والقصاص والدية،أما ما عدا ذلك فقد أتى بالأحكام والقواعد العامةلها وترك التفصيلات لأولي الأمر الذين يدّرُسون هذه الأحكام من واقع المجتمع والزمان اللذَيْن يعيشون فيهما .

وحتى يضمن الإسلام سلامة تطبيق تلك الأحكام والتشريعات وحتى يضمن سرعة انتشار العقيدة الإسلامية ورسوخها فى سائر المعمورة فلا يصاب الناس باليأس والقنوط فيتوانوا عن الدخول فى دين الإسلام خوفا من العقاب على الأفعال التى ارتكبوها فى حالة الكفر سواء كان ذلك فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم أو بعده ، من أجل هذا كله فقد قرر قاعدة عظيمة فى ذلك الشأن تقضى بأن لا يعاقب أحد على فِعْل فَعَلَه قبل أن يرد نص بتجريمه والعقاب عليه .

قال تعالى : " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " (١) .

ولما تلكأ عمرو بن العاص رضى الله عنه عن مبايعة الرسول صلى الله عليه وسلم خوفا من العقاب على الذنوب التى ارتكبها فى السابق قال له الرسول صلى الله عليه وسلم " أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان

---

(١) سورة الاسراء الآية : ١٥ .

قبله " (١) وغير هذا كثير من الآيات والأحاديث التى ستأتى فى مكانها .

وهذه القاعدة هى ما تعرف اليوم بقاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أو" إلا بقانون " ويعبَّر عنها بمبدأ الشرعية الجنائية .

وبهذا يتضح لنا أن شريعتنا السمحة قد سبقت كافة التشريعات الوضعية فى إقرارها لهذا المبدأ والأخذ به وتنظيمه ووضع ضوابطه والأخذ بنتائجه وتطبيقاته المختلفة ، وليس هذا بغريب على الشريعة الغراء التى أرست مبادىء العدالة الحقة وتشددت فى احترام حقوق الانسان الأساسية وحرصت كل الحرص على الحفاظ عليها وعلى حمايتها من كل ما ينوطها بسوء .

وتأكيدا لما ذكرت فقد استخرت الله تبارك وتعالى وعزمت على بركته وتوفيقه أن يكون موضوع بحثى فى رسالة الماجستير بعد أن أنهيت الساعات المنهجية المقررة هو :

" مبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية فى الفقه الاسلامى وتطبيقاته فى المملكة العربية السعودية "

أما عن السبب فى اختيارى لهذا الموضوع فذلك يرجع إلى عدة أمور أهمها :

أولا : أن مبدأ الشرعية بصفة عامة يمثل واحدا من أهم أعمدة العدالة الجنائية فهو أهم ضمان جنائى للإنسان يجعله يسير فى حياته مطمئنا دون أن يتعرض لمحاسبات فجائية ، كما أنه يعد

---

(١) سيأتى تخريج هذا الحديث عند الكلام على أدلة مبدأ الشرعية من السنة المطهرة .

عاصما للسلطة من الوقوع فى هاوية الظلم والاستبداد .

وثانيا : لقد سبقت شريعتنا الغراء غيرها من النظم البشرية فى النص على المبدأ وتقريره وتطبيقه والأخذ بأهم نتائجه بنحو اثني عشر قرنا من الزمن، وقد أردت من خلال بحثى هذا أن أؤكد على هذا المعنى وأبرهن عليه بطريقة تقضى على كل المزاعم المناهضة فى ذلك .

وثالثا : أن هذا الموضوع - أعنى مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية خاصةً - يعدّ موضوعا بكرا حيث لم يُفرد هذا الموضوع - فيما أعلم - بدراسة مستقلة بل إن غالب الكتابات تكون فى المبدأ فى القانون الوضعى ثم يشار إليه فى الشريعة الإسلامية فى جزئية من الجزئيات ، أو تكون كتابة مقارَنه بحيث تطغى الصبغة القانونية على الناحية الشرعية وهذا ما شجعنى على حصر البحث فى إطار الشريعة الإسلامية مع الإشارة الى القوانين الوضعية بالقدر اللازم للمقارنة فقط .

هذا وقد عملت جاهدا على إخراج هذه الرسالة فى الصورة التى ينبغى أن تكون عليها وقد كلفنى ذلك وقتا وجهدا كبيرين فالموضوع كما أسلفت موضوع بكر إضافة إلى ذلك فان الكتب القديمة لا تبحث الموضوع مستقلا فى المسائل الجنائية بل تبحثه على شكل قواعد فقهية عامة فى كافة التشريعات من جنائية وغيرها أو مباحث أصولية عامة ، وهذا ما جعلنى أجتهد أكثر فى التفتيش عن كل ما له صلة بالموضوع من قريب أو بعيد فبحثت فى الكتب عامة القديم منها والحديث؛ أما القديم فلأنه الأساس المتين لمثل هذه الدراسات وأما الحديث فلأن كتابات أصحابه لا تخلو من رأى سديد أو تنسيق أو جمع لأشتات متناثرة .

وأما بالنسبة للقسم الخاص بتطبيقات المبدأ فى المملكة العربية السعودية فقد استغرق ذلك منى أوقات طويلة وسط السجلات والملفات فى محكمة الرياض الكبرى والمحكمة المستعجلة وديوان المظالم وهيئة التحقيق والتأديب وقسم الوثائق بمعهد الإدارة العامة بالرياض .

وانني بعملى هذا لا أدعى الكمال ، وأننى قد وفيت البحث حقه من جميع جوانبه ، فقد بذلت جهدى ولكن الموضوع ما زال بحاجة إلى من ينظر فيه ويضيف إليه وحسبى أننى أعترف بتقصيرى .

خطة البحث :

لقد قسمت خطة هذه الرسالة الى مقدمة وفصل تمهيدى وأربعة فصول رئيسية يلى ذلك الخاتمة ، وستكون بإذن الله تعالى على النحو التالى :

١ - " المقدمة " وهى التى بين أيدينا وقد اشتملت على التعريف بهذا البحث من جميع جوانبه .

٢ - الفصل التمهيدى : " التعريف بمبدأ الشرعية وأهميته وتاريخه " :

حيث نعرض لتعريف مبدأ الشرعية فى اللغة والاصطلاح ثم ما يتضمنه هذا التعريف من معان ثم نذكر قيمة المبدأ وأهميته ، وأخيرا نتكلم عن تاريخ المبدأ منذ نزول آدم عليه السلام وحتى عصرنا هذا وذلك فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية .

المبحث الثانى :

قيمة مبدأ الشرعية وأهميته .

المبحث الثالث :

تاريخ مبدأ الشرعية .

٣ - الفصل الأول : " الفقه الاسلامى ومبدأ الشرعية "

يختص هذا الفصل بالعرض لمبدأ الشرعية فى الفقه الإسلامى وأنه نص عليه منذ اللحظات الأولى خلافا لما يراه بعض الكتاب المحدثين ، وستتم هذه المناقشة فى مبحثين :

المبحث الأول :

فى تقرير المبدأ فى الشريعة الإسلامية وأدلته .

المبحث الثانى :

الرأى القائل بعدم أخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ الشرعية والرد عليه .

٤ - الفصل الثانى : " تطبيقات مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامى " .

ونورد فى هذا الفصل الأمثلة الحية للتطبيقات العملية والتى طُبق فيها مبدأ الشرعية على الجرائم فى الشريعة الإسلامية بأنواعها الثلاثة من حدود وقصاص أو ديه وتعازير وذلك فى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول فى : مبدأ الشرعية فى جرائم الحدود .

المبحث الثانى فى : مبدأ الشرعية فى جرائم القصاص والدية .

المبحث الثالث فى : مبدأ الشرعية فى جرائم التعزير .

٥ - الفصل الثالث : " نتائج مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامى "

يعد هذا الفصل بمثابة الثمرة المتحصلة للفصلين السابقين حيث نعرض هنا لأهم النتائج والفوائد المترتبة على الأخذ بمبدأ الشرعية وتطبيقه وسنجمل أهم هذه النتائج فى أربعة مباحث :

المبحث الأول : عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى .

المبحث الثانى : حصر مصادر التجريم والعقاب .

المبحث الثالث : حظر القياس كمصدر من مصادر التجريم والعقاب .

المبحث الرابع : التفسير الضيق لنصوص التجريم والعقاب .

٦ - الفصل الرابع : " تطبيقات مبدأ الشرعية فى قضاء المملكة العربية السعودية "

يعتبر هذا الفصل ربطا للبحث النظرى بالواقع الملموس إذ أنه يختص بتطبيق مبدأ الشرعية فى قضاء المملكة العربية السعودية وهي الدولة التى نعيش داخلها وتحت سلطانها ، وستتم مناقشة ذلك فى مبحثين :

المبحث الأول فى : كيف أخذ القضاء السعودى بمبدأ الشرعية .

المبحث الثانى فى : النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى المحاكم الشرعية مع تذييل ذلك بنماذج لتطبيقات المبدأ فى أحكام الهيئات القضائية القانونية .

٧ - الخاتمـــة :

وقد ختمت هذا البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج التى خرجت بها من هذا الموضوع .

أما عن منهج البحث فانه يتلخص فى عدة نقاط :

١ - لقد حرصت على أن أتبع فيه الأسلوب العلمى وأن أكون موضوعيا فى النقد والتحليل والترجيح .

٢ - يختص هذا البحث بدراسة مبدأ الشرعية فى إطار الشريعة الإسلامية ، وقد سرت على هذا الأساس غير أننى لا أتمسك بذلك عندما أجد الفرصة سانحة لإظهار محاسن الشريعة بذكر ما يوافقها أو يخالفها مما جاءت به القوانين الوضعية بصفة مختصرة .

٣ - عملت جاهدا على ايراد مختلف الأدلة على تقرير المبدأ فى الشريعة الاسلامية فقد ذكرت الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية كما ذكرت آراء بعض الصحابة ثم القواعد الفقهية ثم دليل الاستصحاب ، كل ذلك من أجل التأكيد على تقرير الشريعة الاسلامية للمبدأ ورفع التشكك الذى يلغط به الغرب ، كما حرصت بصفة عامة على توثيق كافة ما يطرح فى هذه الرسالة من آراء ومناقشات بالبراهين والأدلة المختلفة من كتاب أو سنة أو اجماع الأمة أو أثر .

٤ - حرصت على نقل الآراء الفقهية من مصادرها الرئيسية كما قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة معتمدا على مصادرها الأصلية أعنى كتب الحديث من صحاح

وسنن غير معتمد على كتب الفقه أو شروحات الأحاديث .

٥ - عند الحديث عن تطبيقات المبدأ فى الفقه الإسلامى اعتمدت على الرأى المشهور والغالب فى الفقه الإسلامى بالنسبة للجرائم والعقوبات غير متعرض للخلافات والآراء التى تعج بها كتب الفقه . وبالمناسبة فإن المذهب الفقهى السائد فى دولة ما هو الذى يتقرر بموجبه نوع الجرائم وعقوباتها ويكون النص فيه ملزما للأفراد التابعين لسلطانها .

وفى الختام لا يفوتنى أن أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل لأستاذى الدكتور أحمد سعيد صوان المشرف على هذه الرسالة والذى صرف من وقته وجهده الكثير فى سبيل توجيهى وإرشادى وتذليل الصعاب أمامى فجزاه الله عنى خير الجزاء .

كما أشكر كل من ساهم بجهد فى سبيل إخراج هذه الرسالة إلى النور بالصورة التى هى عليها .

والله الهادى إلى سواء الصراط

وصلى الله على نبينا محمد

وعلى آله وصحبه

أجمعين

الباحث

على عبد الرحمن الحسون

الفصل التمهيدى

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية وأهميته وتاريخه

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية وأهميته وتاريخه

من الضرورى قبل أن نخوض فى موضوع البحث أن نمهد لذلك ببيان جملة أمور تعتبر مدخلا طبيعيا لموضوع مبدأ الشرعية ، حيث سنتناول فيه التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية ، ثم نبين أهمية المبدأ وقيمته ثم يلى ذلك عرض لتاريخ المبدأ على مر العصور وحتى عصرنا هذا .

وسيكون عرض تلك الموضوعات فى ثلاثة مباحث على النحو التالى :

المبحث الأول :

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية .

المبحث الثانى :

قيمة مبدأ الشرعية وأهميته .

المبحث الثالث :

تاريخ مبدأ الشرعية .

المبحـــث الأول

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائيـة

نتناول فى هذا المبحث تعريف كلمة الشرعية فى اللغة وفـى الاصطلاح ثم تعريف كلمة الجنائية أيضا فى اللغة وفى الاصطلاح ، ثم نوضح مضمون مبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية .

تعريف كلمة " الشرعيـة " :

أ - فى اللغـة :

الشرعية مؤنث الشرعى وهو النسبة إلى الشرع، والشرع فى اللغة مصدر شَرَعَ فيقال شَرَعَ يشْرَعَ شَرْعاً أي تناول الماء بفيه وأصله مشتق من الشريعة التى هى مورد الشاربة وكذا الطريق المؤدية إليه ومنه سمى الطريق العظيم بالشارع ، ثم أطلق اسم الشريعة والشرع وكذا التشريع على ما سنه الله لعباده من الدين ، سمى بذلك لأن فيه الطريق إلى الفوز والفلاح والنجاة تشبيهاً بسالك طريق الماء (١)، وإذا كان الشرع هو ما سنه الله

---

(١) تاج العروس من جواهر القاموس لمحب الدين الزبيدى الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر نشر دار ليبيا للنشر والتوزيع بنغازى جـ ٥ ص ٣٩٤ و ٣٩٥ . ولسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور رتبه وصنفه على الحرف الأول من الكلمة : يوسف خياط ونديم مرعشلى طبعة دار لسان العرب بيروت جـ ٢ ص ٢٩٩ و ٣٠١ والجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى الناشر دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بالقاهرة عام ١٣٨٧هـ جـ ٦ ص ٢١١ وجـ ١٦ ص ١٦٣ .

لعباده من الدين فالشرعى إذن ما وافق الشرعَ وانطبق عليه مطلقا .

ب - فى الاصطلاح :

والشرعية فى الفقه الحديث أخص من الشرعى فقد اصطُلح على إطلاقها على النص والتحديد للجرائم والعقوبات خاصة ، فيقال اكتسبت هذه الجريمة أو هذه العقوبة الشرعية أى قد نُصَّ عليها وحُدِّدت من قِبَل الشارع (١) .

تعريف كلمة " الجنائية " :

أ - فى اللغة :

الجنائية أو الجنائى نسبةً إلى الجناية والجناية فى اللغة مصدر جَنَى فيقال جَنَى يجْنى جِنايةً الذنبَ أى اقترفه وأصله من جَنَى الثمرَ أى تَنَاوَلَه من شجرته طريا ومنه قوله

---

(١) مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن للدكتور محمد سليم العوا بحث مستخرج من مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الرابع من السنة الحادية والعشرين ص ٥ والعقوبة فى الفقه الاسلامى أحمد فتحى بهنسى الطبعة الثانية ١٤٠١هـ دار الرائد العربى بيروت ص ٣١ والتقرير الذى قدمته الدكتورة سلوى توفيق بكير إلى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية والمنشور فى المجلة الجنائية القومية العدد الأول والثانى مارس - يوليو ١٩٧٦م المجلد التاسع عشر ص ١٧٥ . وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود محمود مصطفى الطبعة السابعة دار النهضة العربية ١٩٦٧م ص ٦٢ . وقانون العقوبات القسم العام د / مأمون محمد سلامه طبعة دار الفكر العربى ١٩٧٩م ص ٢٣ .

تعالـــى :

" تساقط عليك رطبا جنيـــــــــا " (١)

ثم أُطلق اسم الجناية على كل ما يجنيه المرء ويكتسبه من إثـــم وشـر(٢) . وقد أشار إلى هذا المعنى اللغوىّ كثيرٌ من الفقهـاء حيث ذكروا أن الجناية فى الأصل تشمل كل اعتداء على نفـس أو مال أو غيرهما ، لكنَّ أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الاعتداءات الواقعة على النفس أو البدن خاصـة وهى القصاص والدية (٣) .

---

(١) سورة مريم آية رقم : ٢٥ .

(٢) تاج العروس المرجع السابق جـ ١٠ ص ٧٧ و ٧٨ ولسان العرب المرجع السابق جـ ١ ص ٥١٩ و ٥٢٠ .

(٣) شرح فتح القدير للامام كمال الدين بن الهمام على الهداية : شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الدين على المرغينانى ومعه شرح العناية على الهداية للبابرتى وحاشية المحقق سعد الله المفتى ويليه تكملة شرح فتح القدير المسمى " نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار " لشمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده ، طبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ . جـ ١٠ ص ٢٠٣ . والمغنى لأبى محمد عبد الله بن قدامة على مختصر الخرقى نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض جـ ٧ ص ٦٣٥ . وكشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهونى نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض جـ ٥ ص ٥٠٣ . وحاشية رد المحتار لمحمد بن عابدين على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه أبى حنيفة النعمان ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ نشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر جـ ٦ ص ٥٢٧ .

فبالنظر إلى المعنى اللغوى نجد أن الجناية جـــاءت بمعنى الجريمة ، أما فى الاصطلاح الفقهى عند الكثيريـــــن فتختلف عنها ، فالجريمة تُعَرَّف بأنها :" محظورات شرعية زجـر الله عنها بحد أو تعزير " (١) وعليه فالجناية تختلف عن ذ لـــك إذ أنها تختص بالاعتداء على النفس أو البدن ، ولكنْ هنـــاك اتجاه حديث حول إطلاق اسم الجناية على الجريمة بوجه عـــام فعُرِّفت الجناية على هذا بأنها : " اسم لفعل محرَّم شرعا ســواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذ لك " (٢) . فتكون بذ لـــك مساوية لها فى اللغة والاصطلاح .

ومما يقوي هذا الاتجاه أن بعض الفقهاء لا يسمى جرائم الاعتداء على النفس أو البدن بالجنايات بل يطلق عليها بعضهم اسم الجراح بينما يطلق عليها البعض الآخر اسم الدمـــاء (٣) .

---

(١) الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبى الحسن الماوردى طبعة ١٣٩٨ هـ نشر دار الكتب العلمية ببيروت لبنان ص ٢١٩ ، والأحكام السلطانية لأبى يعلى الفراء تحقيق محمد حامد الفقى الطبعـــة الأولى ١٣٥٦ هـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلـــــى وأولاده بمصر ص ٢٤١ .

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى لعبد القادر عودة الطبعة الخامسة ١٣٨٨ هـ جـ ١ ص ٦٧ .

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للخطيب محمـد الشربينى على متن المنهاج لأبى زكريا يحيى النووى طبعة ١٣٥٢ هـ نشر دار احياء التراث العربى ببيروت لبنان جـ ٤ ص ٢ . المدونة الكبرى رواية سحنون التنوخى عن عبد الرحمن بن القاسم عن الامام مالك بن أنس الأصبحى طبعة مكتبة المثنى ببغداد جلد ٦ جـ ١٦ ص ٣٠٦ ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد الحطاب وبهامشـــه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق طبع ونشر مكتبة النجـــاح طرابلس ليبيا جـ ٦ ص ٢٣٠ ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن على الشوكانى الطبعة الأخيرة بمكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر جـ ٧ ص ٧ . وكتاب : القصاص ـ الديات ـ العصيان المسلح فى الفقه الاسلامى أحمد الحصرى طبعة ١٣٩٣ هـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية ص ٤٤ .

ثم أيضا فان من يسميها بالجنايات تجده يؤكد على معناها الأصلى الذى هو الاعتداء بوجه عام قبل ذكره للتعريف الاصطلاحى .

وأيضا فان لهذا الاتجاه ما يسنده صراحةً فى كتب الفقهاء ، فقد أطلق بعضهم لفظ الجناية اصطلاحا على كافة أنواع الجرائم من حدود وقصاص وتعازير (١) .

فلفظ الجناية إذن مرادف للفظ الجريمة فى الاصطلاح الشرعى وبذلك جرت تعبيرات عامة الباحثين الاسلاميين

---

(١) قال ابن فرحون المالكى : (الفصل العاشر فى الجنايات وهى الجناية على النفس والجناية على العقل والجناية على المال والجناية على النسب والجناية على العِرْض وجناية المحاربين والجناية فى الأديان . . .) ثم قال بعد ذلك عندما أراد أن يتكلم عن الاعتداء الخاص بالنفس : (والكلام هنا فى الجناية على النفس) فقيَّدَ الجنايةَ بكونها فى النفس دون بقية الجنايات التى ذكرها آنفا . ثم قال فى موضع آخر (فصل فى الجناية على العقل والشرب). تبصرة الحكام فى أصول الاقضية ومناهج الأحكام للقاضى ابن فرحون المالكى طبع فى هامش كتاب فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك لمحمد عليش طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت لبنان جـ ٢ ص ٢٢٩ و٢٣٠ و٢٥٠ .
وقال ابن رشد تحت كتاب الجنايات : (والجنايات التى لها حدود أربع : جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنايات على الاموال . . . وجنايات على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه إنما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط) ثم إنه عندما أراد أن يتكلم عن الجناية على النفس والبدن قال : (كتاب القصاص) وبعده ذَكَر (كتاب الديات فى النفوس) فلم يذكر لفظ الجناية هنا حيث أنها عنده عامة فى كل الجرائم . بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن رشد القرطبى طبعة دار الفكر جـ ٢ ص ٢٩٦ و ٣٠٦ .

المحدثـــين (١) .

وعلى هذا الأساس يختلف معنى الجناية الاصطلاحـــى فى الفقه الاسلامى الحديث عنه فى القانون الغربى ، فالجرائم فى القانون تنقسم إلى ثلاث مراتب : أشدها الجناية ، تليهـــا الجُنْحة ثم أقلها مرتبة المخالفة (٢) ، فالجناية إذن أحد أقسام الجرائم فى القانون بينما هى الجرائم نفسها فى الشريعة ، ومن هذا يتبين أن كلاً من الجناية والجنحة والمخالفة تعتبر جنايـة فى الفقه الإسلامى ولكن ليست كل جناية فى الفقه الإسلامى تعد جناية فى القانون الغربى (٣) .

---

(١) التشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٦٧ — والتشريع الجنائى الإسلامى لعبد الله بن سالم الحميد ص ١١-١٣ الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ مطابع النصر الحديثة بالرياض وغيرهمـا من الكتب التى سماها أصحابها باسم مشتق من لفظ الجناية .

(٢) وتتم التفرقة بين هذه الأقسام عن طريق نوع ومقدار العقوبة المقررة لكل واحدة ففى القانون المصرى مثلا تختص الجناية بما كانـــت عقوبته الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقـة المؤقتة أو السجن وتختص الجنحة بما كانت عقوبته الحبس الـذى تزيد مدته عن أسبوع أو الغرامة التى تزيد عن جنيه مصرى كمـــا تختص المخالفة بما كانت عقوبته الحبس الذى لا يزيد عن أسبـوع أو الغرامة التى لا تزيد عن جنيه مصرى ، شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود نجيب حسنى الطبعة الرابعة ١٩٧٧م نشر دار النهضة العربية طباعة مطبعة جامعة القاهرة والكتـاب الجامعى ص ٥٨ و ٥٩ وقانون العقوبات د / مأمون سلامـــة المرجع السابق ص ٨٩ و ٩٠ .

(٣) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ١ ص ٦٦ - ٦٨ و التشريع الجنائى الاسلامى عبد الله الحميـــد المرجع السابق ص ١١ - ١٤ .

ب - في الاصطـــــلاح :

إن كلمة جنائية أو جنائي موصوفاً بها فيقال : مسائـــل جنائية أو تشريع جنائى أو قانون جنائى ، هذه الكلمات تعنى كل ما يتعلق بباب الجرائم والعقوبات عليها ، فالمسائل الجنائيـــة والقانون الجنائى والتشريع الجنائى تطلق فى الاصطلاح الحديث ويراد بها : مجموعة القواعد التى تنظِّم التجريم والعقاب (١) .

مضمون مبدأ الشرعية فى المسائـل الجنائيـة :

يُعبَّر عن مضمون مبدأ الشرعية فى النظم القانونية المعاصرة بأنه : " لا جريمةَ ولا عقوبةَ إلا بقانون " (٢) أى بنص قانونى . إلا أننا لا نجـد فى الفقه الاسلامى تعريفا معيَّناً ومخصَّصاً لمبدأ الشرعية، ومرجع ذلـــك أمران : أوَّلُهما : الطريقة التى وجد بها هذا المبدأ فى الفقـــــه الإسلامى ، ذلك أن الإسلام لم يَعْرِف مبدأ الشرعية على أنه نظريـــة

---

(١) قانون العقوبات القسم العام د / مأمون سلامة المرجع السابـــق ص ٥ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حســـنى المرجع السابق ص ١ والأصول العامة للقانون د / توفيق حسن فرج توزيع مكتبة مكاوى بيروت طبعة ١٩٧٥م ص ٧٢ .

(٢) الأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد الطبعة الرابعة ١٩٦٢م مطبعة دار المعارف بمصر ص ٨٨ . وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود مصطفى المرجع السابـق ص ٦٢ وقانون العقوبات القسم العام د / مأمور سلامة المرجـــع السابق ص ٢٢ والقاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى نشـــر الشركة الشرقية للنشـر والتوزيع بيروت لبنان ص ٢٩١ .

مستقلة ذات تعريفات وتقسيمات قابلة للنقاش والبحث حتى تتبلور وتجد طريقها إلى الاستقرار - كما حصل ذلك التدرُّج في النظم القانونية - بل إن الفقه الاسلامي عَرَفَ المبدأ مستقرا منذ اللحظة الأولى لانطلاقة الإسلام فهو أول كلمة أملاها رسول الله صلى الله عليه وسلم على قريش حينما ناداهم وجمعهم فقال : " إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد" (١) امتثالا لأمر الله تبارك وتعالى له بالجهر في الدعوة في قوله جل شأنه :

" وأنذر عشيرتك الأقربين " (٢)

وثانيهما : أن طبيعة الوحي السماوي تقضي وتحتم أن يكون الوحيُ هو مصدرَ الأحكام التشريعية عامة ، فجاءت بحوث الفقهاء رحمهم الله تعالى ترجمةً لهذا العموم حيث لم يُفْرِدوا بحوثا مستقلة بمبدأ الشرعية في المسائل الجنائية وإنما كانت بحوثهم عامة في بيان وجوب الالتزام بما ورد به الشرع الشريف من الأحكام الاسلامية من جنائية وغيرها ، وأن ما لم يرد به الشرع من ذلك فليس بتشريع ولا يجب الالتزام به .

ولهذا فقد جاءت تعريفات الفقهاء لمبدأ الشرعية على شكل قواعد فقهية ومباحث أصولية عامة لتندرج تحتها الأحكام الجنائية وغير الجنائية .

---

(١) صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري نشر المكتب الإسلامي استنانبول - تركيا طبعة ١٩٧٩م جـ ٦ ص ١٦ ، ١٧ .
ومسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الاقوال والأفعال الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بيروت جـ ١ ص ٢٨١ و ٣٠٧ .

(٢) سورة الشعراء الآية : ٢١٤ .

فمن القواعد الفقهية العامة قولهم : " الأصل فى الأشياء (والأفعال) الإباحة " (١) وقولهم : " لا حُكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع " (٢) وغير هاتين القاعدتين مما سيأتى .

وأما المباحث الأصولية العامة ففى باب الاستصحاب الذى هو : " استدامة إثبات ما كان ثابتا أو نفى ما كان منفيا (حتى يقوم الدليل المغيّر لذلك) " (٣) وهذا التعريف عام يشمل سائر أقسام الاستصحاب والمقصود هنا هو القسم الخاص باستصحاب البراءة الأصلية والعدم الأصلى حتى ينهض الدليل المغير لذلك كما سيأتى .

فدلت هاتان القاعدتان كما دل دليل الاستصحاب أيضاً على أن كلَ شيء وكلَ فعل مباحٌ أصلاً فيجوز فعله ويجوز تركه حتى يرد نصٌّ مانع يُحرِّم ذلك الفعلَ ، فلا يوصف الفعل بأنه جريمة ولا يعاقب عليه حتى يقوم الدليل الشرعى على تجريمه والعقاب عليه .

---

(١) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان لزين العابدين ابن ابراهيم بن نجيم نشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان وتوزيع دار الباز مكة المكرمة طبعة ١٤٠٠هـ ص ٦٦ والأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين السيوطى نشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان توزيع دار الباز مكة المكرمة طبعة أولى ١٣٩٩هـ ص ٦٠ .

(٢) الإحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين على الآمدى نشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان وتوزيع دار الباز مكة المكرمة طبعة ١٤٠٠هـ جـ ١ ص ١٣٠ وروضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل ، المكتبة السلفية ومطبعتها ١٣٩١هـ ص ٢٢ .

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين محمد بن القيم تحقيق محمد عبد الحميد الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ بمطبعة السعادة بمصر جـ ١ ص ٣٣٩ وعلم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامى عبد الوهاب خلاف الطبعة السادسة ١٣٧٣هـ مطبعة النصر بمصر ص ١٠٠ .

وبذلك يلتقى التشريع الاسلامى والقانون الوضعي على تعريف مبدأ الشرعية بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" ولكن يزيد الفقه الاسلامى كلمة " شرعي " ويزيد القانون كلمة " قانوني " ولا مشاحة فى التعبير ما دام الهدف واحدا .

وتعنى عبارة : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أن أفعال الأفراد وسلوكهم لا يمكن أن تدخل تحت قائمة التجريم والعقاب ما لم يكن هناك نص صادر عن السلطة المختصة وهى السلطة التشريعية يؤكد تجريمَ الفعل وعقابَ مرتكبه،شريطة أن يكون هذا النص صادرا و ساري المفعول قبل ارتكاب الجريمة .

فليس للقاضى أن يُجرِّم أفعالا جديدة لم ينص الشارع عليها: لا عن طريق الإنشاء لها ولا حتى عن طريق القياس أو إكمال النصوص الجنائية ولا أن يستبدل عقوبة بأخرى - فى غير جرائم التعزير فى الشريعة الاسلامية - فذلك كله من اختصاص السلطة التشريعية ، بل عليه أن يلتزم بالنصوص الواردة عن الشارع فى ذلك:فى شأن تحديد الجريمة ذاتها وفى تحديد أركانها وشروطها،ثم إذا ثبت لديه أن فعلا ما يعتبر جريمة فليس له أن يوقع على مرتكبها غير العقاب الذى قرره الشارع ونص عليه خصوصا فى جرائم الحدود والقصاص والدية فى الشريعة الاسلامية كما سيأتى (١) .

وحتى يتبلور معنى عبارة :" لا جريمة ولا عقوبة الا بنصٍ" نقول :

أولا : تعنى هذه العبارة التفرقةَ الكاملةَ بين اختصاص كلٍّ من السلطة التشريعية والقضائية وبالتالى التنفيذية وهذا ما يعبِّر عنه

---

(١) فى أصول النظام الجنائى الاسلامى الدكتور محمد سليم العوا نشر دار المعارف بمصر بدون تاريخ ص ٥٠ وشرح قانون العقوبات د / محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٧٨ .

بمبدأ فصل السلطات فى المجال الجنائى والذى يعتبر نتيجة حتيمية لمبدأ الشرعية .

ذلك أن مبدأ الشرعية يقضى بأن تتسم القواعد التشريعية بالعمومية والتجريد بغض النظر عن الحالات الفردية ، وعلى هذا فتختص السلطة التشريعية بتحديد الجرائم وعقوباتها كما سلف ، وتختص السلطة القضائية بتطبيق ذلك على القضايا المماثلة ثم يأتى دور السلطة التنفيذية لتتولى تنفيذ الأحكام الصادرة تحت إشراف السلطة القضائية (١) .

والجدير ذكره هنا أن مبدأ فصل السلطات مما تأخذ به الشريعة الاسلامية :

فالمشرع هو الله تبارك وتعالى عن طريق رسوله صلى الله عليه وسلم ثم بعد انقطاع الوحى يكون الحكم المستجدُّ مبنيا ومؤسسا على النصوص القرآنية الكريمة والنبوية الشريفة عن طريق الأئمة المجتهدين فقط حتى وإنْ اجتهد القاضى أو الحاكم فبصفة كلٌّ منهما مجتهدا لا قاضيا .

وأما السلطة التنفيذية فيرأسها ولى الأمر(وهو الخليفة) مباشرة حيث يوزعها على الجهاز الوزارى ورجال الشرطة والجيش .

وأما السلطة القضائية فتتمثل فى القضاة الذين يتم تعيينهم عن طريق الخليفة بصفته المشرف الأول على هذه السلطة ، ومع هذا فهو لا يملك التأثير على أحكامهم ، ليس لأنه لا سلطة له عليهم بل لأنه لا يملك تغيير مقتضيات الأحكام

---

(١) شرح قانون العقوبات د / محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٢ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العوا المرجع السابق ص ٥ و ٦ والأسس العامة لقانون العقوبات مقارنا بأحكام الشريعة الاسلامية د / سمير الجنزورى مطبعة دار نشر الثقافة عام ١٣٩٧هـ ص ١٦٢ - ١٦٤ .

الاسلامية التى يجب على الجميع امتثالها من حاكمين ومحكومين، ومن هنا يتضح أن الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية ليس فصلا جوهريا بل هو فصل جزئى يتم معه التعاون بين هاتين السلطتين فتتحقق وحدة الدولة وتتضافر جهود هما ولا تضيع المسؤوليات فيها (١) .

ثانيا : وتعنى عبارة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أيضاً: أن لا يُطبَّق النص الصادر عن السلطة التشريعية بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن ذلك فى صالح المتهم - كما سيأتى بيانه (٢) - بل لابد أن يكون النص سابقا لفعل الجريمة وسارى المفعول أيضا ، عَلِمَ بذلك النصِّ مرتكبُ الجريمة أم لم يعْلَم به فلا يُصدَّق إذا ادعى الجهل بالحكم ما دام عِلْمُه ممكنا وخصوصا إذا كان مما يتعلق بأمور الحدود والقصاص وبعض التعازير مما هو معلوم من الدين بالضرورة . وهذا إذا لم تكن الأحكام الشرعية مُقَنَّنة أما إذا كانت الأحكام مقننة فلا يُعذَر المتهم بالجهل إذا صدرت فى إحدى وسائل الإعلام الرسمية ومضت المدة المحددة لبدء

---

(١) السلطات الثلاث فى الدساتير العربية وفى الفكر السياسى الإسلامى دراسة مقارنة د / سليمان محمد الطماوي الطبعة الثالثة ١٩٧٤م طبع ونشر دار الفكر العربى ص ٦٠٠ - ٦٠٥ ، ونظام الحكم الإسلامى مقارنا بالنظم المعاصرة د / محمود حلمى الطبعة الثانية ١٩٧٣م طبع ونشر دار الفكر العربى ص ٣٥١ - ٣٩٠ والدولة والسيادة فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة د / فتحى عبد الكريم نشر مكتبة وهبة بالقاهرة ص ٢٢٥ - ٢٥٣ .

(٢) عند الكلام على نتائج مبدأ الشرعية

نفاذ ها كما هي الحال فى النظم القانونية (١) .

ثالثا : وأخيرا فإن عبارة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" تعنى أن هناك فرقاً بين التشريع الجنائى وبين غيره كالتشريع المدنى والتجارى والإدارى ونحوها - من حيث النص ، إذ لا يُعتبر فى الأحكام الجنائية غير النصوص المقررة من قبل الشارع نفسه فلا يعد الفعل جريمة فى الشريعة الاسلامية ما لم يُنص عليه فى الكتاب أو السنة أو الاجماع أما ما عدا ذلك فلا يصلح طريقا للتجريم ، فلا يعتبر جريمة ما ثبت عن طريق القياس (٢) أو العرف أو الاستحسان أو المصالح المرسلة أو غيرها وهذه وإن كانت من الأمور التى يستعملها ويستعين بها المجتهدون عند الاجتهاد فى سن الأحكام الجديدة التى لم ترد بها النصوص ، إلا أن ذلك لا يعنى أن ما ثبت عن طريقها يعد جريمة قبل توصُّل الأئمة المجتهدين إلى ذلك ونصهم على التجريم نفسه .

---

(١) العقوبة للامام محمد أبى زهرة ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربى ص ٢٠٩ والجريمة والمجرم والجزاء د / رمسيس بهنام الطبعة الثانية ١٩٧٦م نشر منشأة المعارف بالاسكندرية ص ١٠٩ وشرح قانون العقوبات د / محمود حسنى المرجع السابق ص ١٠٣ .

(٢) سيأتى من أن القياس الاصطلاحى لا يصلح طريقا للتجريم وأن ما أثبته بعض العلماء وقالوا : إنه ثبت عن طريق القياس ليس كذلك ، كما سيأتى من أن إثبات الجرائم عن طريق الأدلة العامة التى تدخل تحتها أفراد متعددة لا يعد قياسا ، فكل هذا سيأتى فى مبحث منع القياس كطريق للتجريم والعقاب

وهذا على عكس المنازعات والقضايا المدنية والتجارية وغيرها فقد يحكم القاضى فى قضية عن طريق القياس أوالاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف فليس شرطا أن يكون النص واردا قبل رفع الدعوى إلى القضاء . وكذا الحال بالنسبة للنظم القانونية فليس لازما أن ينص المشرع على الحكم فى القضايا المدنية والتجارية وغيرها بل يجوز أن يحكم القاضى بموجب العرف أو القانون الطبيعى أو مبادىء العدالة بخلاف القانون الجنائى الذى لا يعترف إلا بالنص (١) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق ص ٢٠٧ ودراسات مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى " شرعية الجرائم والعقوبات " خالد عبد الحميد فراج الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ نشر دار المعارف ص ٤٦٥ والأسس العامة لقانون العقوبات د / الجنزورى المرجع السابق ص ١٥٩، وشرح قانون العقوبات د / محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٩ .

المبحث الثاني

قيمة مبدأ الشرعية وأهميته

قيمة مبدأ الشرعية وأهميته

يُعدّ مبدأ الشرعية من أعظم وأهم الدعائم - إن لم يكن أهمها - التى ترتكز عليها التشريعات والنظم الجنائية ، فهو الذى يكفل الاستقرار التشريعى والقانونى فى المجتمع فينير الطريق لأبنائه كى يمارسوا نشاطاتهم الخاصة بحرية وطمأنينة ، حيث يحدد لهم مقدّما ما يجب عليهم أن يتجنبوه من الأفعال ، كما يوضح العقاب المترتب على فعلها وبذلك يستطيع الأفراد ممارسة كافة النشاطات الخارجة عما جرى تحديده من تلك الأفعال ، كماتستطيع الدولة مساءلة وعقاب كل من تسوّل له نفسه اقتراف شىء منها ، مع القناعة التامة من قبل الجانى نفسه حيث اكتسبت العقوبة بالنص عليها أساسا شرعيا جعلها مقبولة من الجميع باعتبار أنها تطبّق باسم الشرع أو القانون اللذَيْن يهدفان إلى جلب المصالح ودرء المفاسد بعيدا عن الهوى والتعسف .

ولتوضيح ذلك نجمل قيمة المبدأ فى عدة نقاط على النحو التالى :

أولا : إن مبدأ الشرعية يعد ضمانا لحرية الأفراد بعدم تجريم أفعال لم ترد صراحة فى النصوص التجريمية فيكون كل مواطن فى مأمن عما يسلب حريته أو يقيدها ما دام يتصرف فى حدود الشرع أو القانون ، فلا ملامة عليه فيما إذا اقترف فعلا لم يجرّمه المشرع مسبقا ، وليس بوسع السلطات أن تعاقبه على هذا الفعل إذ لو صح لها ذلك لاتّسمت حياة الناس بالخوف والفزع ولصار الفرد يتساءل أمام كل فعل ينوى الإقدام عليه خوفا من العقاب ، فينتج عن ذلك أن تنشلّ حركة

المجتمع ويضعف انتاجه وقد ينعدم (١) .

ثانيا : وكما يُعد مبدأ الشرعية ضمانا لحريات الأفراد بعدم مساءلتهم على أفعال لم يسبق تجريمها فانه كذلك يُعد ضمانا للمجرم بعدم توقيع عقوبة عليه غير تلك العقوبة التى نص عليها الشرع قبل ارتكاب الجريمة فليس للقاضى فى الشريعة الاسلامية أن يبدل العقوبة أو يزيد فيها أو يضيف عقوبة أخرى لم ترد بها النصوص وذلك فى جرائم الحدود والقصاص والدية دون التعازير كما سيأتى بيانه .

أما بالنسبة للنظم القانونية الوضعية فليس له ذلك فى كافة الجرائم (٢) .

ولا تتوقف أهمية مبدأ الشرعية وفائدته بالنسبة للمتهم عند هذا الحد - فحيث يُمنع الرجوع بالنصوص الجنائية الى الماضى نجد أن الأمر يختلف عن ذلك إذا كان فى الرجوع مصلحة للمتهم إذ يجب الرجوع بالنص الجنائى الى

---

(١) شرح قانون العقوبات د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٨٠ والأحكام العامة فى قانون العقوبات الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٨٩ والجريمة والمجرم والجزاء د / رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٩١ .

(٢) قانون العقوبات د/مأمون سلامة المرجع السابق ص ٢٢ التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق ص ١١٨ - ١٥٦ وشرح قانون العقوبات دكتور محمود حسنى المرجع السابق ص ٨٠ .

الماضى اذا كان أصلح للمتهم فاذا اقترف الشخص جريمة ثم صدر تشريع بإلغائها أو بتخفيف عقوبتها وجب تطبيق النص اللاحق على الجريمة السابقة عليه (١) .

ثالثا : وترتيبا على ما تقدم يعتبر مبدأ الشرعية عاصما للسلطة من التحكم والتعسف والوقوع فى هاوية الظلم والاستبداد فليس لها أن تعاقب على أفعال لا يوجد نص بتجريمها والعقاب عليها كما أنه ليس لها أن تغير فى العقوبة النصّية مطلقا على نحو ما مر .

وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سيادة القانون أو خضوع الدولة للقانون ، ذلك المبدأ الذى يُحتّم على الدولة احترام التشريعات والقوانين الصادرة ، مثلُها فى ذلك مثل بقية الأفراد فى المجتمع فكما أن الأفراد لايجوز لهم اقتراف الجرائم التى نص عليها المشرع إذْ سيعاقبون إنْ هم فعلوا، فكذلك لايجوز للدولة أن تخرج - فى حقهم - على ما سنه المشرع وأَخطَر المجتمع به ، بحيث لا تعاقبهم الا بموجب النصوص التشريعية الصادرة (٢) .

هذا وتنفرد الدولة الاسلامية بأنها هى الدولة التى تطبق هذا المبدأ فى أسمى وأرقى صورة ، فحين تخضع الدولة القانونية المعاصرة لمبدأ سيادة القانون

---

(١) وسيأتى تفصيل الرجعية بالنص الجنائى الى الماضى عند الكلام عن نتائج مبدأ الشرعية فى الفصل الثالث ان شاء الله تعالى .

(٢) الشرعية والاجراءات الجنائية د / احمد فتحى سرور ص١٠١ و١٠٢ . دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧م .مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د /العوا المرجع السابق ص ٦ و٧.

فانها تخضع لقوانين وتشريعات صنعتها أيدٍ بشرية غير مأمونة الزلل والتحكم ، إذ كثيرا ما يحدث أن تعاد صياغة القوانين فيتحول ما كان حراما إلى الحل وما كان حلالا إلى الحرمة ، بينما نجد الأحكام الاسلامية صادرة من عند الله العليم الخبير الذى يعلم أين تكون المصلحة وأين تختبىء المفسدة فلا تغيير ولا تبديل فى الحدود والتشريعات المستقرة والتى دلت عليها النصوص الصحيحة ، ولا قدرة بل ولا سلطان لولاة الأمور فى الدولة الاسلامية أن يتجاوزوها أو يحكموا بما يخالفها ، قال تعالى :

" وأن احكم بينهم بما أنزل الله
ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن
يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك" (١)

وقال سبحانه :

" ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك
هم الكافرون " (٢)

ولا يَرِدُ على هذا القولُ: بأن الأحكام الاجتهادية الإسلامية من صنع الفقهاء، فذلك مردود ، لأن الفقهاء حين يجتهدون فإنهم يضعون نصب أعينهم نصوص الكتاب والسنة فيكون اجتهادهم مؤسسا ومبنيا على هديهما ولا يخرج عن حدودهما وبذلك يكتسب الحكم الاجتهادى الصفة الشرعية

---

(١) سورة المائدة الآية : ٤٩ .
(٢) سورة المائدة الآية : ٤٤ .

السماوية خلافا للحكم الذى يضعه القانونيون بعيدا عن شرع الله ونهجه (١) .

رابعا : إن أهم وظائف العقوبة هو تحقيق الردع العام والزجر عن ارتكاب الجرائم ، إلا أنه لا يمكن أن يتحقق هذا الهدف إلا عن طريق مبدأ الشرعية فهو الذى يضع للأفراد حدودا يتّبين فيها المشروع من الممنوع وذلك بالنص على الجرائم وترتيب عقوبات عليها حتى يستطيع الأفراد التمييز بين الأفعال المشروعة وهى التى لا عقاب عليها ، وبين الأفعال الممنوعة وهى التى سوف يتعرضون للعقاب إنْ هم اقترفوا شيئا منها ، وبالتالى فسوف يَقِلّ الإقدام على هذا النوع الأخير (٢) .

خامسا : بعد ما ينص المشرع على الجريمة ويعرف الناس ذلك ويشتهر بينهم نجد أنها - مع مرور الزمن - تكتسب صفة القبح والذم وتنغرس كراهيتها فى النفوس فينفِر المجتمع منها ويبتعد عنها ، ليس للعقاب المترتب على فعلها فحسب بل لأن صفة قبحها قد انطبعت فى أذهان الناس (٣) .

---

(١) من أصول الفكر السياسى الاسلامى د / محمد فتحى عثمان ط أولى ١٣٩٩ هـ مؤسسة الرسالة ص ٣٧و٤١٧-٤٢٤ .
والعقوبة لمحمد أبى زهرة المرجع السابق ص ١٧و١٨ .

(٢) قانون العقوبات د / مأمون سلامة المرجع السابق هامش ص ٢٢
وشرح قانون العقوبات د / محمود حسنى المرجع السابق ص. ٨ .

(٣) الشرعية بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى تقرير قدمه الدكتور مصطفى كمال وصفى الى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية المنعقدة من ٨ - ٩ مايو ١٩٧٦م والمنشور فى المجلة الجنائية القومية العددين الأول والثانى مارس / يوليو ١٩٧٦م ص ١٦٣ .

ولا أدل على ذلك من اختلاف المفاهيم حول بعض الجرائم من دولة لأخرى أو من مجتمع لآخر، فنجد مثلا جريمة الزنا هنا فى المملكة العربية السعودية وهى دولة إسلامية نجدُها تُعتَبَرَ من أبشع وأقذر الجرائم التى يمكن للانسان أن يرتكبها، وليس ذلك من أجل العقوبة المادية الشديدة التى ستحل بالمجرم فقط بل أيضا لأن الشعور الإسلامى نشأ على كراهيتها والنفور منها نتيجةً للنصوص المقرِّعة لِمرتكبيها والتى تَتَرَدَّد على الأسماع فى كل حين . بينما نجد هذه الجريمة ذاتها فى المجتمع الغربى تُعتبر خطيئةً غير ذات شأن ولا يعاقب عليها، ما لم تكن عن طريق الإكراه مثلا أو مع قيام حالة الزوجية أو زناً بقاصر ، كذلك الحال بالنسبة للخمر فبينما ينفر الفرد المسلم من ذكر كلمة خمر نجد أن الفرد الغربي يطرب لها ! (١) .

سادسا : وكما يكسب مبدأُ الشرعيةِ الجريمةَ صفةَ القبح والذم فانه كذلك يضفى على العقوبة صفة العدالة والمشروعية ، فالعقوبة موءلمة وخطيرة تشمئز منها النفوس وتكرهها ، خصوصا إذا وقعت عن طريق الاستبداد والتحكم .

فإذا حدد المشرع سلفا الجريمة والعقوبة المترتبة عليها كان ذلك سندا شرعيا للعقوبة يجعلها مقبولة لدى الجماعة ومَنْ توقع فى حقه باعتبارها ردّ فعل للجريمة المقترَفة

---

(١) الشرعية بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى تقرير الدكتور مصطفى كمال وصفى المرجع السابق ص ١٦٣ .

فكأن المجرم هو الذى أوقع العقاب فى حق نفسه وليست السلطة خصوصا إذا كان هناك تقابل وتوازن بين جسامة الجريمة المرتكَبة والعقاب المقرَّر لها (١) .

سابعا : يعد مبدأ الشرعية ضمانا لتوحيد الأحكام الجنائية بالنسبة لكافة الناس حيث توضع بموجبه قواعد عامة مجردة تطبق فى حق الجميع بغض النظر عن قيمهم ومراتبهم بل وحتى الظروف المحيطة بهم بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية دون التعازير فى الشريعة الاسلامية . وهذا مايعبَّر عنه بمبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية والذى أخذت به الشريعة الاسلامية منذ أربعة عشر قرنا من الزمن بينما لم تعرفه النظم القانونية الا حديثا .

وتحقيقا لهذا المبدأ (٢) فلابد من النص سلفا على الجرائم والعقوبات من قبل المشرع فلو وُكِل التشريع الى القضاة لتضاربت الأحكام واختلفت آراؤهم فى السلوك الواحد من حيث كونُه جريمةً أو لا ومن حيث مقدارُ العقوبة ، ولاختلف التشريع كذلك باختلاف الجانى مركزا ونسبا (٣) .

---

(١) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، المرجع السابق ص ٣١٢ وشرح قانون العقوبات د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٨٠ .

(٢) أعنى مبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية .

(٣) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٣١١ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى المرجع السابق ص ١٦٢ والجريمة والمجرم والجزاء د / رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٩١ .

المبحث الثالث

تاريخ مبدأ الشرعية

تاريخ مبدأ الشرعية

جُلُّ الباحثين يَرجعون بتاريخ مبدأ الشرعية إلى العهد الجمهورى للقانون الرومانى ، بينما يَرجع به البعض إلى قوانين سبقت القانون الرومانى كقانون السومريين وقانون حمورابى فى العراق ، وكقانون أشينا ، وكقانون حور محب فى مصر الفرعونية ، فكل هذه القوانين طبّقت - على نحو مّا - مبدأ الشرعية قبل القانون الرومانى (١) .

إلا أننا لا نجد من يَرجع بالمبدأ إلى ما قبل هذه الحقبة من التاريخ مع أن الحقيقة أن مبدأ الشرعية - من حيث التطبيق لا من حيث النص عليه - قديم قِدَم التاريخ البشرى فقد وُجد مع نزول أبينا آدم عليه السلام من الجنة واستمر مع رسل الله حتى جاءت شريعة الاسلام الخالدة فأضافت الى تطبيقه النصَّ عليه .

ولهذا فسوف نتكلم عن تاريخ مبدأ الشرعية على مرحلتين فى مطلبين :

المطلب الأول : فى العصور القديمة - وتشمل الديانات السماوية قبل الإسلام والقوانين البشرية القديمة .

المطلب الثانى : فى عصور النهضة - والتى تبدأ عندنا وعند كل منصف منذ بزوغ شمس الإسلام وحتى يومنا هذا - وتشمل الشريعة الاسلامية ثم النظم القانونية المعاصرة .

---

(١) سيأتى الكلام عن هذه القوانين عند الحديث عن المبدأ فى ظل القوانين الوضعية القديمة .

المطلـــب الأول

مبدأ الشرعية فى العصـــور القديمـــة

يختص هذا المطلب بمبدأ الشرعية فى العصور القديمة ونعـنى بها تلك الفترات التاريخية التى سبقت ظهور الاسلام حيث سنناقـــش المبدأ فى الديانات السماوية أولا ثم فى النظم القانونية ثانيا .

أولا : مبدأ الشرعية فى الديانات السماوية قبل الاسلام :

قال تعالى :

" وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون" (١)

فقد خلق الله الخلق لعبادته سبحانه كما بينت ذلك الآيـــة الكريمة ، إلاأن هذه العبادة لا تُتَصَوَّر ولا يمكن أن تَتَحقـــق ما لم يكن هناك أوامرُ ونواهٍ تُبيِّن المشروع لاتباعه والممنـــــوع لاجتنابه وهذا هو ما سارت عليه الشرائع السماوية منذ نـــزول أبينا آدم عليه السلام فكل الرسل جاءوا بأوامرَ ونواهٍ أمْلَوْهـــا على قومهـم .

ومن المعروف أن الديانات السماوية لم تكن تكاليفهـا خاصةً بالعبادات الروحية المحضة بل جاءت كذلك بما يكفـــل للناس أمنهم واستقرارهم فى معيشتهم على اختلافٍ فيما بينهـــا من حيث تغليب الجانب الروحى على الجانب المادى أوالعكس حسب ظروف الناس وحاجاتهم . وعلى هذا فسوف نتحدث عن

---

(١) سورة الذاريات الآية : ٥٦ .

مدى احترام مبدأ الشرعية فى ظل هذه الديانات السماوية القديمة مقتصرين فى الحديث عن أربعة أنبياء هم :آدم أبو البشر وأول الأنبياء ، ثم نوح أبو البشر الثانى وأول الرسل ، ثم موسى وعيسى وهما آخر الرسل قبل نبينا محمد عليه وعليهم الصلاة والسلام ، وذلك على النحو التالى :

١ - آدم أبو البشر عليه السلام :

يتحدث القرآن الكريم عن قصة خلْق آدم عليه السلام وأنه أول مخلوق تطأ قدماه الأرض ، خلقه الله بيده ثم نفخ فيه من روحه ثم أمر ملائكته بالسجود له تكريما له وتعظيما كما أسكنه الجنة وحذره من الشيطان الرجيم الذى أبى واستكبر عن السجود له (١) .

وقد أباح الله تبارك وتعالى لآدم عليه السلام أن يأكل من خيرات الجنة كما يريد سوى شجرة معينة فقد حذره وزوجته من الأكل منها قال تعالى :

---

(١) انظر قصة آدم عليه السلام بالتفصيل فى : قصص الأنبياء للإمام أبى الفداء إسماعيل بن كثير الطبعة الأولى ١٤٠١هـ دار عمر ابن الخطاب للنشر والتوزيع بالاسكندرية ص ٥ وقصص الأنبياء محمد الفقى الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ طبع مطابع الشعرانى الحديثة ونشر مكتبة وهبة بالقاهرة ص ١٥ ومع الأنبياء فى القرآن الكريم عفيف عبد الفتاح طبارة الطبعة الثانية دار العلم للملايين بيروت ص ٣٥ والنبوة والأنبياء محمد على الصابونى الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ دار الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع ص ١١٧ .

" وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة
وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربـــا
هذه الشجرة فتكونا من الظالمين " (١)

وقال سبحانه :

" ويا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة فكلا
من حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجـرة
فتكونا من الظالمين " (٢)

والشاهد هنا أن الله تبارك وتعالى أباح لآدم الأكل من شتى أصناف ثمار الجنة وحرّم عليه شجرة بعينها لايجوز له الأكل منها ، فإن أكل فهو من الظالمين المعتدين ، وعلى هذا فإن الأكل من هذه الشجرة منهيٌّ عنه وفِعْلُه يُعدّ خطيئةً حيث نبه الله آدم وحذره من ذلك .

ولكن آدم عليه السلام - بتحريض من الشيطان الرجيم - أكل منها هو وزوجته ، فقد وعده إبليس اللعين بالوعود الكاذبة وحلف الأيمانَ المغلظة الفاجرة بأنه ناصح له قال تعالى :

" فوسوس لهما الشيطان ليبدى لهمـــا
ماوورى عنهما من سوءاتهما وقال ما نهاكما
ربكمـــا عن هذه الشجرة إلا أن تكونـــا
ملكين أو تكونا من الخالدين، وقاسمهمـــا
إنى لكما لمن الناصحين " (٣)

---

(١) سورة البقرة الآية : ٣٥ .
(٢) سورة الأعراف الآية : ١٩ .
(٣) سورة الأعراف الآية : ٢٠ و ٢١ .

ولما كان الأكل من الشجرة يُعتبر بالنسبة لآدم عليه السلام خطيئةً يُعاقَب عليها (١) فقد نزل اللوم من الله لآدم ولقى جزاء فعله فبدت له ولزوجته سوءاتهما بعد أن كانت مستورة ثم أنزلهما الله سبحانه من الجنة إلى الأرض قال تعالى - حيث يتابع القرآن قصة آدم - :

" فدلاّهما بغرور فلما ذاقا الشجرة بدت
لهما سوءاتهما وطفقا يخصفان عليهما من
ورق الجنة وناداهما ربهما ألم أنهكما عن
تلكما الشجرة وأقل لكما إن الشيطان
لكما عدو مبين ، قالا ربنا ظلمنا أنفسنا وإن
لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين ،
قال اهبطوا بعضكم لبعض عدو ولكم في
الأرض مستقر ومتاع الى حين " (٢) .

ومن هنا يتبين أن الأكل من الشجرة كان ممنوعا من قبل ارتكاب الفعل وقد بُلِّغ به آدمُ عليه السلام " ولا تقربا هذه الشجرة " فالمحظور قد نُصَّ عليه صراحة ، ولذا فقد عاتب الله تبارك وتعالى آدم بقوله : " ألم أنهكما عن تلكما الشجرة وأقل لكما إن الشيطان لكما عدو " حيث تدل هذه الآية بمفهوم المخالفة الواضح على أن الله تعالى لو لم ينه آدم ويحذره

---

(١) ولا يَرِدُ على ذلك القول: بعصمة الأنبياء ، لأن خطيئة آدم عليه السلام وقعت منه قبل نبوته بدليل قوله تعالى : " فأكلا منها فبدت لهما سوءاتهما وطفقا يخصفان عليهما من ورق الجنة وعصى آدمُ ربَّه فغوى، ثم اجتباه ربه فتاب عليه وهدى". طه آية ١٢١ ، ١٢٢" راجع ذلك مفصلا في كتاب النبوة والأنبياء محمد الصابوني المرجع السابق ص ٦٥ .

(٢) سورة الأعراف الآيات : ٢٢ - ٢٤ .

مسبقا لما عاتبه وأنزله من الجنة .

وبهذا نخلص إلى أن الفعل الممنوع قد نُصَّ عليه قبل ارتكابه وهذا هو معنى الجزء الأول من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات - أعني " لا جريمة إلا بنص" - نجده هنا صريحا وواضحا إذ لم تُعدّ فعلة آدم خطيئة إلا لأنه قد سبق النصُّ عليها وتَم إبلاغه بها .

أما الجزء الثانى وهو : " لا عقوبة إلا بنص" فان القرآن الكريم لم يذكره بصريح العبارة بل فقط بالتلميح والإشارة فقد قال تعالى محذرا آدم من كيد الشيطان :

" فقلنا يا آدم إن هذا عدو لك ولزوجك
فلا يخرجنكما من الجنة فتشقى " (١)

فالآية تشير إلى أن آدم عنده علم بأنه لو أكل منها لخرج من الجنة . وقال تعالى :

" فوسوس لهما الشيطان ليبدي لهما ما
ووري عنهما من سوءاتهما " (٢)

فهذا إبليس اللعين يبدو أن لديه علما بأن آدم سوف تَظْهَر سوأته إنْ هو أكل من الشجرة ، وما كان إبليس لِيَعلمَ ذلك ثم يخفى على آدمَ صاحبِ الشأن .

---

(١) سورة طه الآية : ١١٧ .
(٢) سورة الأعراف الآية : ٢٠ .

وعلى هذا فيكتمل الجزءان من مبدأ الشرعيـــــــــة " لا جريمة إلا بنص،ولا عقوبة إلا بنص" فلَم يوصف فعـــــلُ آدم بالخطأ إلا بموجب النهى السابق عليه ولم يعاقبه الله تبارك وتعالى إلا بما هو مبيَّن له سابقا ، فيكون عمرُ مبدأ الشرعيـــة عمرَ أبينا آدم عليه السلام وليس كما يزعم الزاعمون .

٢ - نـــوح عليـــه الســـــلام :

كذلك يتحدث القرآن الكريم عن قصة نوح عليه السلام - أولِ الرسل الى الأرض - مع قومه حيث حادوا عن نهج الله القويم وتحولوا إلى عبادة الأصنام والأوثان فأرسل الله تعالى إليهم رسوله نوحـــا يدعوهم إلى عبادته وحده وينذرهم ويخوفهم من عقابه فلبث فيهم زمنا طويلا لا يفتُر فيه عن دعائهم وتخويفهم قال تعالى :

" ولقد أرسلنا نوحا الى قومه فلبث فيهم ألف سنـــة إلا خمسين عاما " (١) .

ولكن هذه المدة الطويلة لم تَحُدَّ من عنادهم وجبروتهم فلم يستجيبـوا له بل عاندوه ورموه بالسفاهة والجنون وكثرة الجدال،كما هددوه بالرجم، فلما يئس من إيمانهم دعى عليهم فعوقبوا بالطوفان الذى أغرقهم ولـــم ينْجُ منهم غيرُ مَنْ آمن مع نوح " وما آمن معه إلا قليل " (٢) .

وقد أسهب القرآن الكريم فى الكلام عن نوح وقومه حتى أننا لنجد سورة مستقلة من القرآن تتحدث عن نوح وتسمى باسمه قال تعالى :

" إنا أرسلنا نوحا إلى قومه أن أنذر قومك من قبل أن يأتيهم عذاب أليم " (٣) . . . الآيات إلى آخر السورة .

---

(١) سورة العنكبوت الآية : ١٤ .

(٢) سورة هود الآية (٤٠) وفى تفصيل قصة نوح راجع : قصـــص الأنبياء لابن كثير المرجع السابق ص ٦١ ومع الأنبياء فى القرآن الكريم عفيف طبارة المرجع السابق ص ٦١ والنبوة والأنبياء محمد الصابونى المرجع السابق ص ١٤٣ .

(٣) سورة نوح الآية الأولى : ١ .

ثم فى موضع آخر يُفصِّل القرآن الكريم قصة نوح مع قومه وكيف حل بهم العذاب، حيث تبدأ القصة بقوله تعالى :

" ولقد أرسلنا نوحا إلى قومه إنى لكم نذير مبين " (١)

ثم تواصل الآيات الكريمة الشرح فى كيفية المجادلة بين نوح وقومه وإصرارهم على التكذيب الى أن يقول الحق تبارك وتعالى على لسانهم :

" قالوا يا نوح قد جادلتنا فأكثرت جدالنا فاتنا
بما تعدنا إن كنت من الصادقين، قال إنما
يأتيكم به الله إن شاء وما أنتم بمعجزين " (٢)

ثم يقول سبحانه :

" ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا
منه قال : إن تسخروا منا فإنا نسخر منكم كما
تسخرون، فسوف تعلمون من يأتيه عذاب يخزيه
ويحلُّ عليه عذاب مقيم " (٣) .

ثم تواصل الآيات الكريمة الحديث عن نزول الطوفان ثم انتهائه وتُختَتَم القصة بقوله تعالى :

" قيل يا نوح اهبط بسلام منّا وبركات عليك "

الآيتان إلى قوله : "إن العاقبة للمتقين" (٤)

---

(١) سورة هود الآية : ٢٥ .
(٢) سورة هود الآية : ٣٢ و ٣٣ .
(٣) سورة هود الآية : ٣٨ و ٣٩ .
(٤) سورة هود الآية : ٤٨ و ٤٩ .

تلك كانت قصة نوح مع قومه، اتضح لنا من خلالها أنهم كذبوه فعاقبهم الله بالغرق، وننتقل منها إلى الشاهد من إيرادها وهو: هل كان القوم الكافرون منذَرين من العذاب قبل وقوعه ؟ لِنتبيّن هل طُبِّق فى حقهم مبدأُ التجريم والإنذار قبل العقاب أم لا ؟ (١) .

الحقيقة أننا لا نستطيع أن نتبين المبدأ من خلال قصة نوح بنفس الوضوح الذى عرفناه فى قصة آدم عليهما السلام ولعل السبب فى ذلك هو اختلاف القصتين من حيث نوعُ الجزاء ، فالعقاب الذى طبق فى حق آدم كان جزاء دنيويا محضا فلن يؤاخذ على فعلته فى الآخرة ، أما العقاب الذى حل بقوم نوح فقد كان مجردَ مقدمة لعذاب الآخرة الشديد ، ومما لا شك فيه أنهم قد أُنذروا من هذا العذاب الأخروى - إذْ هذه هى مهمة الرسل جميعا: حيث يبشرون المؤمنين وينذرون الكافرين - فكأنهم بذلك قد أنذروا من العقاب الدنيوى الذى حل بهم (٢) .

ومع ذلك فاننا نستطيع أن نستشفّ من خلال الآيات السابقة أنهم قد حذروا من العذاب الدنيوى فعلا قبل وقوعه ! فمثلا : استمع إليهم حين يخاطبون نوحا عليه السلام :

" قالوا يا نوح قد جادلتنا فأكثرت جدالنا فاتنا
بما تعدنا إن كنت من الصادقين " (٣)

---

(١) وأيا مّا كان الأمر فقد كَذَّبوا رسول الله وآذوه ولم يؤمنوا فاستحقوا العقاب على الحالين ،كما أنهم قد أُنذروا من عذاب الآخرة الذى هو أشد وأنكى .

(٢) كان نوح يعرف أن الغرق سيحل بقومه فحين يئس من إيمانهم عَدَل عن دعوتهم واتجه الى نجارة سفينة له وللمؤمنين معه بتوجيه من الله تبارك وتعالى .

(٣) سورة هود الآية : ٣٢ .

يتبين من ذلك أنه قد هدد هم وتوعد هم بالعذاب الدنيوى (١) ثم يجيبهم نوح قائلاً : " إنما يأتيكم به الله إن شاء وما أنتم بمعجزين" (٢) فَعَلّق وقوع العذاب بالمشيئة الربانية ولو كان المقصود الأخروى لما علقه بها إذْ هو واقع بهم لا محالة إذا ماتوا على هذه الحال من الكفر والعناد .

ثم استمع إليه حين يمرون به وهو يصنع السفينة فيسخرون منه فيرد عليهم قائلا : " إن تسخروا منا فانا نسخر منكم كما تسخرون، فسوف تعلمون من يأتيه عذاب يخزيه ويحل عليه عذاب مقيم " (٣) .

فالخطاب موجه من نوح عليه السلام إلى قومه المذكبين الساخرين فهو هنا ينذرهم ويحذرهم مغبةَ سخريتهم وأن العذاب سيحل بهم ثم يسخر المؤمنون منهم (٤) .

وبهذا يُتأكد من أن القوم قد أنذروا وأخبروا قبلاً ، فلم يعاقَبوا إلا بعد الإنذار ، وعلى هذا فقد طبق فى حقهم مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وهذا تفضُّلٌ من الله تبارك وتعالى إذْ هُم مستحقون للعقاب بمجرد التكذيب والإيذاء لرسوله عليه السلام .

---

(١) تفسير القرآن العظيم للحافظ اسماعيل بن كثير تحقيق عبد العزيز غنيم ومحمد عاشور ومحمد ابراهيم البنا دارالشعب الجزء ٤ ص ٢٥١ و ٢٥٢ .

(٢) سورة هود آية : ٣٣ .

(٣) سورة هود آية : ٣٨ و ٣٩ .

(٤) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٥٣ .

٣ - موسى عليه السلام :

يتحدث القرآن الكريم كذلك عن قصة موسى مع الطاغية فرعون ذلك الطاغية الذى ادعى الربوبية وأذل بنى اسرائيل وسامهم سوء العذاب فبعث الله إليهم نبيه موسى عليه السلام ليخلصهم من العذاب ويدلهم على عبادة الله وحده .

فبدأ الصراع بين الايمان والطغيان، فتغلب الايمان مع قلة أهله على الطغيان مع كثرة أنصاره، فأُغرِق فرعون وجنوده وَوَرِث المؤمنون من بنى اسرائيل الأرضَ مِنْ بعدِهم قال تعالى :

" وفى موسى إذْ أرسلناه إلى فرعون بسلطان مبين ،
فتولى بركنه وقال ساحر أومجنون، فأخذ ناه
وجنوده فنبذ ناهم فى اليم وهو مليم " (١)

وقد كانت الظروف التى بُعث فيها موسى عليه السلام من الشدة بحيث تُحتِّم أن يتسم التشريع بالقوة والشدة حتى تتوازن حياة بنى اسرائيل فأُنزلت التوراة على موسى عليه السلام تَحْمِل المواعظ المقرِّعة والأحكام المنظِّمة لحياة بنى اسرائيل قال تعالى :

" إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها
النبيون الذين أسلموا للذين هادوا " (٢)

---

(١) سورة الذاريات الآيات : ٣٨ - ٤٠ .

(٢) سورة المائدة الآية : ٤٤ . وراجع قصة موسى مع فرعون وبنى اسرائيل فى : قصص الأنبياء لابن كثير المرجع السابق ص٢٩٦ وقصص الأنبياء محمد الفقى المرجع السابق ص ٢٠٨ ومع الأنبياء فى القرآن الكريم عفيفى طبارة المرجع السابق ص ٢١٥ .

وقد اشتملت التوراة على أشياء كثيرة من العقوبات المقـــرَّرة لبعض الجرائم فجاءت بعقوبة القصاص للجناية على النفس فما دونهـــا وبالرجم للزانـى .

أما عقوبة القصاص فقد حكاه القرآن الكريم عن التوراة قال تعالى :

" وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالســـــن والجروح قصاص " (١) .

وأما عقوبة الرجم للزانى فقد ورد فى الحديث الصحيـــح أن اليهود جاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجـــلا منهم وامرأةً قد زنيا فسألهم النبى صلى الله عليه وسلم عن حكم الرجـم فى التوراة فجحدوه وأنكروه ثم جيء بالتوراة فتليت فإذا فيها آية الرجم فأمر بهما الرسول صلى الله عليه وسلم فرجما . وقد كانت هذه القصـــة سببا فى نزول الآية الكريمة :

" وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم اللـــه " (٢)

---

(١) سورة المائدة الآية : ٤٥ . والضمير فى قوله "فيها" راجع إلى التوراة المذكورة فى الآية التى قبلها " إنا أنزلنا التوراة " .

(٢) سورة المائدة الآية : ٤٣ . وقد وردت هذه القصة فى صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ٣٠ . وتفسير ابن كثـــير المرجع السابق جـ ٣ ص ١٠٥ .

وكذا هناك بعض المحرّمات على بنى اسرائيل مما ورد فى القرآن الكريم قال تعالى :

" وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون " (١) .

وقال تعالى :

" فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيرا، وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وأعتدنا للكافرين منهم عذابا أليما " (٢) .

وأما ما عدا هذه المحرمات الثابتة بلا مراء فقد وردت فى التوراة أحكام متناثرة بين أسفارها ومختلطة بالخرافات والأساطير، ومن بين هذه الأحكام تحريم القتل والزنا والسرقة وشهادة الزور وتحريم العمل يوم السبت وسرقة الحيوانات وتحريم الجمع بين الأختين والتسرى على الزوجة وكذلك تحريم بعض الأطعمة كلحوم الابل وألبانها (٣) .

---

(١) سورة الأنعام الآية : ١٤٦ .

(٢) سورة النساء الآيتان : ١٦٠ و ١٦١ .

(٣) تفسير بن كثير المرجع السابق جـ ٢ ص ٦٢ و ٦٣ وتاريخ القانون زهدى يكن الطبعة الثانية ١٩٦٩م دار النهضة العربية بيروت ص ١٦٧ وتاريخ النظم والشرائع د / عبد السلام الترمانيسني طبعة ١٩٧٥م جامعة الكويت ص ٢٢١ .

هذا ومن خلال الأحكام السابقة نستطيع أن نحكم بأن الأصل في الأشياء عند اليهود هو الإباحة وأنه لا تحريم إلا لما حرمه الدليل ، إذْ لا معنى لتحريم أفعال معينة - كتلك التي مرّت - ثم ترتيب عقوبة عليها إلا ذاك .

ومما يشير الى أن الأصل في الأشياء الاباحة لدى بني اسرائيل أيضا قوله تعالى :

" كل الطعام كان حلاً لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه من قبل أن تنزّل التوراة قل فأتوا بالتوراة فاتلوها إن كنتم صادقين " (١) .

فقد كانت الأطعمة كلها مباحة لبني اسرائيل حتى مرض اسرائيل عليه السلام فنذر لله إنْ شُفِيَ ليُحرِّمن أطيب الطعام والشّراب إليه وهما لحوم الابل وألبانها فشفاه الله فحرَّمها وتابعه بنوه ثم نصت التوراة على ذلك وزادت عليه (٢) .

ثم مما يؤكد هذا الأصل عندهم الآية السابقة :" وأخذهم الربا وقد نهوعنه " إذ أنها تدل على أنهم لو لم ينهوا عنه لما أثموا وعوقبوا .

ومن خلال ما سبق عرضه : يتضح أن اليهود قد طبق في حقهم مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وهو ما يؤكد ما سبق تقريره من : أن مبدأ الشرعية من حيث التطبيق لا من حيث النص عليه - قديمٌ قِدَم التاريخ البشري !! .

---

(١) سورة آل عمران الآية : ٩٣ .

(٢) مسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ١ ص ٢٧٨ وتفسير بن كثير المرجع السابق جـ ٢ ص ٦٢ .

٤ - عيسى عليه السلام :

لقد طال الأمد على بنى اسرائيل بعد موسى عليه السلام فقست قلوبهم وحادوا عن الصراط المستقيم وبدلوا دين الله وحرفوا التوراة فأرسل الله إليهم نبيه عيسى بن مريم عليه السلام وأنزل معه الأنجيل ليردهم إلى الجادة وليحُط عنهم بعض ما حمّلوه من المصاعب بسبب عنادهم وجبروتهم فلم يستطيعوا تحمله .

فليس دين عيسى عليه السلام دينا جديدا بقدر ما هو امتداد لشريعة موسى وتقويمٌ لما اعوج منها وتخفيفٌ لبعض المحرمات على بنى اسرائيل قال تعالى :

" وآتيناه الانجيل فيه هدى ونور ومصدقا لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين " (١)

وقال سبحانه :

" ومصدقا لما بين يدىّ من التوراة ولأُحل لكم بعض الذى حُرم عليكم وجئتكم بآية من ربكم فاتقوا الله وأطيعونِ " (٢) .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٤٦ .

(٢) سورة آل عمران الآية " ٥٠ " وفى قصة عيسى عليه السلام راجع : قصص الأنبياء لابن كثير المرجع السابق ص ٥٥٧ وقصص الأنبياء محمد الفقى المرجع السابق ص ٤٤٦ والنبوة والأنبياء محمد الصابونى المرجع السابق ص ١٩٦ .

إذن فشريعة عيسى هى شريعة موسى وما ثبت فى التوراة هو شرع الانجيل ما لم يرد ما يخالفه ، وعلى هذا فما قيل فى شريعة اليهود من أن الأصل فى الأشياء هو الاباحة يقال هنا فى شريعة النصارى ومما يزيد هذا الأصل تأكيدا لدى النصارى قوله تعالى على لسان عيسى عليه السلام :

" ولأحل لكم بعض الذى حرم عليكم " (١)

فقد أكد أن هناك أشياء حرمت ولم تكن حراما حيث أنه لم يقل : أننى سوف أبين لكم الحلال وما عداه فهو حرام بل قال : إننى سوف أحل لكم ما سبق أن حرمه الله على لسان موسى عليه السلام مما يدل على أن ما لم يحرَّم فهو حلال، بناء على أن الأصل فى الأشياء هو الاباحة .

وأخيرا خلُصنا إلى أن مبدأ الشرعية ليس وليداً جديداً كما يزعم علماء الغرب بل هو قديم قِدَم التاريخ البشرى حيث عرفنا الطريقة التى أُنزل بها آدمُ من الجنة وأنه لم يكن لِيَنْزِل لو لم يُنْهَ عن الفعل قبل وقوعه ، كما رأينا كيف أُهلِك قوم نوح وأنهم أُنذروا قبل حلول العذاب بهم . ثم خلصنا إلى لون جديد فى تطبيق المبدأ حيث رأينا كيف كانت التوراة مشتملة على قواعدَ عامة تطبق على ما يماثلها من الوقائع فقد نصت على جميع ما يَحْرُم على بنى اسرائيل فِعْلُه وتَرَكَت لهم الحرية فى فعل ما عدا ذلك ، كما رأينا كيف سلك الإنجيل نفس المسلك فزاده تأكيدا .

---

(١) سورة آل عمران الآية : ٥٠ .

ثانيـــا : مبدأ الشرعية فى القوانين البشرية القديمة :

لم تَخْلُ المجتمعات البشرية من الهداية الربانية والتعاليم السماوية منذ نزول أبينا آدم عليه السلام وحتى بعثة خاتم الأنبيـــاء والرسل نبينا محمد صلى الله عليه وسلم غير أن هناك مجتمعات عاشت فى فترة زمنية بعيدة عن بعثة الرسول الذى أرسل إليها، فتكون التعاليم السماوية قد بُدِّلت وحُرِّفت وربما تلاشت وهؤلاء هم من يُسمَّون بأهل الفترة. وغالبا ما يعيش هؤلاء عيشة بدائية صِرْفة تعتمد على القوة كأســـاس للعيش فالقوى هو صاحب الحق، فكانت حياة الناس مشوبة بالقلق والحذر ومسرحا للنزاع والحروب . ولهذا فقد اتجه الشعور الانسانى إلى وضع حد لهذا الظلم فتكونت ضوابط تحكم المجتمع وترفع عنه الظلم ، وتختلف هذه الضوابط من مجتمع لآخر فقد تكون مجرد أعراف وتقاليد يحكم بهـا شيخ القبيلة، وقد ترتفع إلى أن تكون على شكل قواعد وتعليمات منظَّمـــة ومعلَنَة للكافة وتقضى بها السلطة العامة فى المجتمع، وهذه هى مايطلق عليها اسم القانون .

إذن فالمجتمعات البشرية القديمة عرفت القوانين المدونة التى تنظم حياة المجتمع من علاقات مدنية وتجارية وعقابية وغيرها .

ولكنْ هل نَصَّت هذه القوانين على مبدأ الشرعية أو أشـــارت إليه ؟ الحقيقة أنها لم تنص عليه ولم تشر اليه ، ولكنها اكتفت بتحريم بعض الأفعال وترتيب عقوبات عليها - كما هى الحال فى الديانـــات السماوية القديمة والتى أشرنا اليها - وليس من معنى لتجريم الفعـــل وترتيب عقوبة عليه إلا أن الدولة تعلن على الكافة إلزام نفسها بايقـــاع هذه العقوبات على من يرتكب الأفعال المجرمة وبعدم معاقبة من يفعل غيرها حيث لم يُنَص عليه .

هذا وسنتكلم عن ثلاثة قوانين قديمة من مناطق مختلفة هى : قانون حمورابى كمثال للقوانين الشرقية القديمة ، قانون حور محب كمثال لقوانين مصر الفرعونية ، القانون الرومانى فى العهد الجمهورى كمثال للقوانين الغربية الأوربية .

١ - قانون حمورابى (١) :

ينسب هذا القانون إلى واضعه حمورابى سادس الملوك البابليين وأشهرهم فى العراق القديم " بلاد ما بين النهرين " وقد حكم بابل فى حدود عام ١٧٥٠ ق م تقريبا واستمر نحواً من ٤٣ سنة فقضى على الدويلات القريبة منه وأخضع حكامها لسلطانه وأقام فيها العدل والنظام بفَرْض مجموعته القانونية على كافة أنحاء البلاد (٢) .

ويحتوى هذا القانون على خمسة أبواب تقع فى ٢٨٢ مادة منها حوالى ٧٨ نصا جنائيا فيما يلى بيان بعض منها :

فقد جاء فى الباب الأول ذكرُ الجرائم التى ترتكب فى الشئون القضائية كالاتهام الكاذب وشهادة الزور وتلاعب القضاة كما جاء فى الباب الثانى ذكر جرائم الأموال كالسرقة وهروب الرقيق والغصب .

---

(١) اكتشف هذا القانون عام ١٩٠٢م من قِبَل البعثة الفرنسية فى فى مدينة سوسا عاصمة بلاد عيلام جنوب غربى ايران .

(٢) القانون فى العراق القديم دعامر سليمان طبع جامعة الموصل بدون تاريخ ص ٢١٩ وتاريخ القانون زهدى يكن المرجع السابق ص ٢١٢ وتاريخ النظم والشرائع د / عبد الكريم الترمانيسني المرجع السابق ص ٥١ .

أما الباب الثالث فقد اشتمل على نوعين من الجرائم : أولهما جرائم الأحوال الشخصية كالجرائم الزوجية والزنا بالمحارم وثانيهما جرائم إيذاء الأشخاص فنص على جريمة الاعتداء على الأب ثم الاعتداء على الأشخاص الآخرين وكذا جريمة الإجهاض .

وأما فى الباب الرابع فقد نص على معاقبة المهمل فى عمله سواء كان عملا زراعيا أم تجاريا أو عملا متعلقا بحياة الانسان كعمل الطبيب وانهيار البناء .

وأما فى الباب الخامس فقد ذكر عقوبة الرقيق المنكرين لملكية أسيادهم (١) .

وإذا أمعنا النظر فى قانون حمورابى وجدناه منظما تنظيما دقيقا يرتفع به عن مستوى القوانين المعاصرة له ويسمو به إلى مستوى التنظيم الحديث ، وهذا ما يجعلنا نؤكد أنه لم يخرق مبدأ الشرعية ويتعدّ عليه، فقد حدد الجرائم ورتب لها عقوبات ثم جعل الفصل فيها من حق الدولة، وقد أعلن ذلك على الكافة، وليس من معنى لمبدأ الشرعية الجنائية أكثر من هذا (٢) .

قانون حور محب (٣) :

وينسب هذا القانون الى واضعه حور محب مؤسس الأسرة التاسعة عشرة لفراعنة مصر والذى تولى الملك عام ١٣٣٠ ق م حيث كان

---

(١) القانون فى العراق القديم د عامر سليمان المرجع السابق ص ٢١٩-٢٧٣ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العوا المرجع السابق ص ٨ .

(٢) مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العواص ٩ .

(٣) اكتشف هذا القانون العالم الفرنسى ماسبرو سنة ١٨٨٢م ببوابة حور محب فى معبد الكرنك بالاقصر بمصر . راجع نفس تشريع حور محب ترجمة وتعليق د/با هور لبيب ود / صوفى حسن أبو طالب ط عام ١٩٧٢م نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب ص ٢٨ .

قائدا للجيش فى أواخر حكم الأسرة الثامنة عشرة فقاد حركة إصلاحية لتصحيح الأوضاع المتدهورة بسبب ضعف الملوك الذين تولوا الحكم فيما بين عامى ١٣٥٩ - ١٣٣٠ ق م ثم استولى على الحكم - مع أنه لم يكن من الأسرة الملكية - وَوَجَّه اهتمامه للإصلاح والقضاء على الفساد وَتَوَّج ذلك كله بوضع تشريعه هذا وَنَشْرِه على العامة ، وقد توفى سنة ١٣١٦ ق م (١) .

وقد وردت نصوص جنائية فى هذا التشريع فنص على معاقبة مغتصبى سفن النقل ومن يعيق توريد ضرائب للحريم ولقرابين الآلهة ، كما عاقب مغتصبى جلود حيوانات الفلاحين، وعاقب على جمع العشب أو الحبوب أو الخضروات بدون وجه حق، كما عاقب على استعمال الرقيق فى عمل بدون وجه حق، إلى غير ذلك من الجرائم التى عاقب عليها (٢) .

وخلاصة القول فاننا نستطيع القول: بأن مبدأ الشرعية الجنائية قد روعى فى هذا التشريع حيث نُصَّ فيه على بعض الجرائم وعقوباتها ثم نُشِر فى مكان عام بل وفى أكثر من مكان، حيث وجدت له نسخة أخرى غير التى اكتشفت فى البداية مما يدل على أنه نُشِر فى أمكنة مختلفة (٣) .

ومما يؤكد مراعات هذا التشريع لمبدأ الشرعية أيضا أن فى نصوصه ما يقضى بأن يكون الحق فى تشريع الجرائم والعقوبات وتطبيقها هو من اختصاص الدولة وأن تلك التشريعات والإجراءات قد اتُّخِذَت لمنع الظلم فى البلاد (٤) .

---

(١) تشريع حور محب المرجع السابق ص ٧ - ٢٧ .
(٢) تشريع حور محب المرجع السابق ص ٤١ - ٦٤ .
(٣) تشريع حور محب المرجع السابق ص ٣٠ .
(٤) تشريع حور محب المرجع السابق ص ٤٠ وإنْ كان المتصفح لنصوص القانون يستنتج أنها فى مصلحة السلطة الحاكمة أكثر منها فى مصلحة الشعب .

٣ - القانون الرومانى فى عهد الجمهورية الرومانية :

لقد عَرَفت أوروبا التشريعات المدونة منذ منتصف القرن السابع قبل الميلاد حيث قامت أثينا بتدوين تشريعاتها ثم حذت حذوها روما فى عصرها الجمهورى (١) حين دَوَّنت قانون الألواح الإثنى عشر مسترشدة بقوانين أثينا ، فكان ذلك بدأً لظهور القواعد القانونية فى روما أما قبل العصر الجمهورى وأعنى بذلك العهد الملكى فلم يكن هناك قواعد قانونية بالمعنى الصحيح بل كانت التشريعات خليطا من المعتقدات والتقاليد الخاضعة للكهنة وسلطان الملك (٢) .

ثم تطور القانون الرومانى بعد قانون الألواح حين اتسعت الدولة واختلط شعبها بأبناء البلاد المفتوحة فصَدَرت قوانين جديدة كما أُحدثت وظائفُ قضائية متعددة كان لها الفضل فى تطور القواعد القانونية .

وكان مما ساعد على تطور القانون الرومانى أيضا: ازدهار الفقه ، فقد حل الفقهاء محل الكهنة الذين كانوا يتولّون الإفتاء

---

(١) ينقسم تاريخ الدولة الرومانية إلى ثلاثة عصور : عصر الملكية ويبدأ بتأسيس مدينة روما عام ٧٥٤ ق م وينتهى بسقوط الملكية عام ٥١٠ ق م، تلاه عصر الجمهورية الذى ينتهى بقيام الامبراطورية عام ٢٧ ق م، وعصر الإمبراطورية هذا ينقسم الى فترتين هما عصر الامبراطورية العليا ويمتد الى ٢٨٤م ثم عصر الامبراطورية السفلى وينتهى فى عام ٥٦٥م . نظم القانون الرومانى د / محمود سلام زناتى طبعة عام ١٩٦٦م طبع ونشر دار النهضة العربية ص ٩ و ١٥ و ٣٠ .

(٢) نظم القانون الرومانى د / محمود زناتى المرجع السابق ص ٤٧ - وتاريخ القانون زهدى يكن المرجع السابق ص ٢٩٣ وتاريخ النظم والشرائع د / عبد السلام الترمانيسني المرجع السابق ص ٦٠ و ٦٥ .

وتفسير القوانين على حسب أهوائهم، حيث عمل الفقهاء على الملاءمة بين القوانين والواقع مما أدى بالطبع إلى ازدهار تلك القوانين وتطورها فبعد أن كانت يغلب عليها طابع القانون العام فى أوائل عصر الجمهورية أصبحت بعد ذلك تتضمن كثيرا من مسائل القانون الخاص (١) .

هذا هو القانون الرومانى فى عصر الجمهورية كما رأينا ، والذى يعنينا هنا هو ما مدى احتفائه بمبدأ الشرعية ؟ .

الحقيقة أن الأخذ بمبدأ الشرعية فى القانون الرومانى يتضح لنا أكثر من وضوحه فى قانونَيْ حمورابى وحور محب السابقين، فلم يكتفِ القانون الرومانى بالنص على الجرائم وعقوباتها كما هو فيهما بل إضافة إلى ذلك فقد حَدَّد الجهات التى تتولى إصدار القوانين كما حَدَّد الكيفية التى يتم بها هذا الإصدار ولكنه لم يصل الى مرحلة النص على المبدأ صراحة .

أما من حيث النص على الجرائم والعقوبات فقد قَسَّم القانونُ الرومانيُّ الجرائمَ إلى نوعين : جرائم عامة وجرائم خاصة : فالجرائم العامة تعنى تلك الأفعال غير المشروعة والتى تمس كيان الدولة أو تمس الشئون الدينية مثل جريمة الخيانة العظمى أو تحقير الآلهة أو الحريق أو القتل العمد أو الشهادة الكاذبة أو الفرار من الجندية الى غير ذلك . والجزاء على هذه الجرائم تتولاه الدولة باعتباره مساسا بالصالح العام وتكون العقوبة بقتل الجانى أو نفيه أو الحكم عليه بغرامة مالية تؤول إلى الدولة .

---

(١) القانون الرومانى د / توفيق حسن فرج طبعة عام ١٩٧٥م نشر مكتبة مكاوى ببيروت ص ٤٠ ونظم القانون الرومانى د / محمود زناتى المرجع السابق ص ٤٧ .

وأما الجرائم الخاصة فتعنى الأفعال غير المشروعة والواقعة على بدن أومال الغير مثل جرائم الاعتداء على الأموال كالسرقة والإضرار بالآخرين ، ومثل جرائم الاعتداء على الأشخاص كالجرح والضرب . والجزاء على هذه الجرائم مربوط بمشيئة المجنى عليه باعتبارها مساسا بمصلحة خاصة ويكون الجزاء هنا؛إلزام الجانى بدفع غرامة مالية إلى المجنى عليه . وكل ذلك قد ورد مفصلا فى القوانين الرومانية المختلفة (١) .

وأما من حيث تحديد الجهات التى تتولى إصدار القوانين فإن إصدارها تتولاه المجالس الشعبية والتى تتألف من ثلاثة مجالس :

أ - مجلس الوحدات المئوية أو مجلس الكتائب ويتم تكوين هذا المجلس على أساس توزيع المواطنين إلى فئات معينة بحسب ثرواتهم .

ب - مجلس القبائل : ويتم تكوينه على أساس قبلى إقليمى .

جـ - مجلس العامة : وهو مقصور على أفراد الطبقة العامة من الشعب . ولكن لم يكن لهذه المجالس حق اقتراح القوانين ولا التعديل فيها بل فقط حق التصويت عليها بالموافقة أو الرفض إذ أن اقتراح القوانين من حق الحكام وحدهم (٢) فهم الذين يقترحونها ثم يعرضونها على مجلس الشيوخ لأخذ موافقته بصفة شكلية ثم تعرض على الشعب فى الأسواق لمعرفة الاتجاه حوله ، وأخيرا يعرض على المجالس فيُقْبل أو يُرفَض دون

---

(١) القانون الرومانى د / صبيح مسكونى الطبعة الثانية ١٩٧١م مطبعة شفيق ببغداد ص ٤٠٥ ونظم القانون الرومانى د / محمود زناتى المرجع السابق ص ٢٧٣ .

(٢) بعد زوال الملكية انتقلت سلطة الملك إلى حاكِمَيْن أُطلق عليهما القنصُلين يشتركان فى الحكم لمدة سنة واحدة ثم يتم انتخاب غيرهما وكان يساعد هما فى الحكم عدد من الحكام المتخصصين وكذا حكام آخرون يختصون برعاية مصالح العامة من الشعب يختارونهم بأنفسهم . نظم القانون الرومانى دكتور محمود سلام زناتى المرجع السابق ص ٢٣ - ٢٦ .

تعديـــل (١) .

ومن هنا نستنتج أن القانون الرومانى فى عصر الجمهورية قد أخذ بمبدأ الشرعية الجنائية فقد رأينا أن الجرائم المعاقب عليها منصوصة ومفصلة،كما لاحظنا أن إصدار القوانين من اختصاص سلطات معينة وليست من اختصاص القضاء .

ومع هذا فإن القانون الرومانى فى تطبيقه لمبدأ الشرعية لم يكن بالمعنى الذى عرفته الشريعة الإسلامية ثم النظم القانونية المعاصرة ، ومرجع ذلك أمران : أحدهما : تعدُّد السلطات التشريعية التى أوجدتها الفوارق الطبقية فـــى الشعب الرومانى فلم يكن القانون الصادر من قبل جهة معينة شاملاً لكافة أفـراد الشعب بل كل فئة من الشعب لها الحاكم الخاص بها والذى يقترح قوانين خاصة بها لا تتعداها إلى الفئة الأخرى .

وثانيهما : لم تكن القوانين تَعرِف الاستقرار إذْ أنها تتبدل سنويا بتبدُّل الحكام ومساعديهم من القضاة تمشيا مع النظام السياسى فى الجمهورية الرومانية. كما أنه فى بعض الحالات العصيبة التى قد تمر بها الدولة يتم تعيين حاكم عـام بدلا من الحكام المتعددين وتكون له الحرية المطلقة فى الحكم بدون الرجوع إلى القوانين ويطلق على هذا الحاكم " الدكتاتور" (٢) .

وهكذا انتهينا من العرض لمبدأ الشرعية فى العصور القديمة حيث عرضناله فى الديانات السماوية القديمة ثم فى القوانين البشرية القديمة حيث رأينا كيـــف تطور تطبيقه لدى الرومان إلى مرحلة تحديد السلطات التشريعية إضافة إلى النص على الجرائم والعقوبات . ولهذا فسننتقل إلى بحث المبدأ فى العصور الحديثة كما سيأتى فى المطلب الثانى .

---

(١) القانون الرومانى د / توفيق فرج المرجع السابق ص ٤١ - ٤٣ والقانـــون الرومانى د / صبيح مسكونى المرجع السابق ص ٢٩ و ٣٠ .

(٢) نظم القانون الرومانـى د / محمـود زناتـى المرجع السابـــق ص ١٤ - ٢٩ و ٤٦ - ٦٢ .

والقانون الرومانى د / توفيق فرج المرجع السابق ص ٢١ - ٢٦ .

المطلب الثانى

مبدأ الشرعية فى عصور النهضة

قلنا إن عصر النهضة يبدأ منذ بزوغ شمس الاسلام حتى يومنا هذا فهو يشمل النهضة الإسلامية كما يشمل النهضة الأوربية الحديثة ولهذا فسوف نتكلم فى هذا المطلب عن ناحيتين اثنتين :

الأولى : مبدأ الشرعية فى التشريع الاسلامى .

والثانية : مبدأ الشرعية فى النظم القانونية المعاصرة .

أولا : مبدأ الشرعية فى التشريع الإسلامى :

لقد عَرفت شريعتُنا الغراء مبدأ الشرعية واحترمته وأخـــذت بنتائجه وتطبيقاته قبل أن تعرفه أوروبا بنحو اثنى عشر قرنا من الزمن (١) كيف لا ! والشريعة الإسلامية هي الشريعة التى اختُتِمت بها الرسالات السماوية والتى ستبقى ما بقيت الدنيا تصارع وتناهض كل الأفكار الهدامة التى ينتحلها البشر ويحاول الأقوياء فرضها على الشعوب المقهـــورة ، فالشريعة الاسلامية قد عرفت المبدأ وطبقته كما عرفت غيره من المبادىء الأساسية التى ينبنى عليها قوام المجتمع المسلم أيام كانت أوروبا تعيش فى ظلام دامس وجهل مطبق وأيام كان الظلم القضائى مستحكما فيها مما جعل أوربا تُفْرِط فى تطبيق المبدأ بعدما اهتدت اليه فى أوائـــل النهضة المادية الحديثة .

هذا وقد بحث الفقهاء المسلمون القدامى مبدأ الشرعية علـــى شكل قواعد فقهية ومباحث أصولية أخذوها من أدلة القرآن الكريم والسنة المطهرة، إلا أنه ليس هذا محل البسط فى أدلة المبدأ من الشريعـــة الاسلامية حيث سيأتى تفصيل ذلك، ولكننى رأيت هنا أن أشير اليه مـــن ناحية تاريخية فحسب حتى تتناسق المباحث وحتى يتسنى لنا القـول : بأن الشريعة الاسلامية سبقت غيرها من النظم البشرية فى النص علـــى المبدأ وتقريره والأخذ بنتائجه بنحو اثنى عشر قرنا من الزمان وليـــس كما يتشدق به الغرب من أن المبدأ حَبَلت به وثيقة العهد الأعظـــم ثم وُلِد مع العالم الإيطالى سيزارى بيكاريا ! وسيأتى بيان ذلك ان - شاء الله تعالى .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عوده المرجع السابـــق ص ١٦٠ .

ثانيا : مبدأ الشرعية فى النظم القانونية المعاصرة :

تكاد تُجمع المصادر الحديثة على القول بأن أوروبا عرَفَت مبدأ الشرعية أولَ ما عرفته فى وثيقة العهد الأعظم الإنجليزية (١) الصادرة بتاريخ ١٥ يونيو من عام ١٢١٥م حيث تتضمن المادة ٣٩ من هذه الوثيقة أنه لايجوز القبض على شخص حر أو معاقبته الا بعد محاكمة قانونية من أنداده "وطبقا لقانون البلاد " (٢) .

فهذه المادة تدل - كما تذكر المصادر - على أن وثيقة العهد الأعظم تؤكد على مبدأ الشرعية وتأخذ به، حيث أنها تقضى بعدم معاقبة الأشخاص إلا بعد المحاكمة القانونية طبقا للقانون السارى فى البلاد .

ورغم هذا فحقيقة الأمر أن وثيقة العهد الأعظم لم تعرف مبدأ الشرعية ولا طبقته ، يدل على ذلك عدة أمور :

---

(١) وثيقة العهد الأعظم Magna Carta هى الوثيقة التى أصدرها الملك جون بعد خلاف طويل بينه وبين نبلاء الشمال مطالبين بحقوقهم تجاه الملك بصفتهم أمراء قطاع . وكان ذلك فى عام ١٢١٥م ثم أعيد اصدارها سبعا وثلاثين مرة ما بين عهدَي هنرى الثالث وهنرى السادس . مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العوا المرجع السابق ص ١٣ .

(٢) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٢٩٢ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى المرجع السابق ص ١٦٠و١٦١ والأحكام العامة فى قانون العقوبات د /السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق هامش ص ٨٨ وشرح قانون العقوبات د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٧٨ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ١٣٣ .

١ - مع أن غالبية الباحثين يترجمون النص المذكور : " وطبقـــا لقانون البلاد " كما سبق الا أن صحة الترجمة هكذا" أو طبقا لقانون البلاد " .

وعلى هذا فيكون المعنى : أن المحاكمة تكون بواسطة نظراء الشخص المقدم للمحاكمة أو تكون طبقا لقانون البلاد مما يجعلهم فى حل من القانون متى ما أرادوا الخروج عليه (١) .

٢ - أجمع مؤرخوا القانون الإنجليزى على أن وثيقة العهد الأعظم إنما تضمنت من النصوص ما يكفل للأفراد الإقطاعيين حقوقهم تجاه المَلِك، كما أكد البعض بأنها أول نص تفصيلى لقانون الإقطاع. وعلى هذا فلم تكن هذه الوثيقة مدافعة عن حقوق الشعـــب الإنجليزى بقدر ما كانت تقييدا لسلطان الملك على أمـــراء الإقطاع (١) .

٣ - إن طبيعة القواعد الجنائية فى القانون الإنجليزى قد تأبـــى عليه الأخذ بمبدأ الشرعية فبينما نجد أن مصادر القواعـــد الجنائية فى غالبية دول العالم هى النصوص التشريعية فـــإن القانون الانجليزى يضيف إلى ذلك مصدرا آخر هو الشريعـــة العامة المتمثلة فى السوابق القضائية التى أيدها القضـــاء ، ولهذا فبعض الجرائم الخطيرة فى القانون الانجليزى لم يصدر بها نص تشريعى بعد ، وقانون هذا نوعه وهذه طبيعـــة مصادره لا يتوقع منه أن ينص صراحة على منع العقاب قبل صدور النص (٢) .

---

(١) ذكر ذلك مفصلا الدكتور محمد سليم العوا فى بحثه : مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن المرجع السابق ص ١٠ - ١٦ .

(٢) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٢٩٢ و ٢٩٣ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد سليم العوا المرجع السابق ص ١١ .

٤ - ومما يؤكد أن مبدأ الشرعية لم يكن محل احترام أو تطبيق فى وثيقة العهد الأعظم أيضا : أن أوربا فى العصور الوسطى كانت تعيش فى ظلم قضائى وتعسف سياسى فقد كان القضاة يتحكمون فى تجريم الأفعال وسن العقوبات ولو لم يكن ذلك منصوصا عليه ، كما كان الحكام يتعسفون فى تنفيذ العقوبات وإلصاقها بالأبرياء على حسب ما تمليه عليهم رغباتهم ومصالح عروشهم ، فكان ذلك مما أثار حفائظ الفلاسفة والمصلحين بنقد القضاء الجنائى والمطالبة بإصلاحه فظهر مبدأ الشرعية على الوجود فى أواخر القرن الثامن عشر كَرَدٍّ فعل لذلك الظلم وكنتيجة لهذه الثورة الإصلاحية (١) .

وبهذا نخلص إلى أن وثيقة العهد الأعظم لم تكن هى الأصل لمبدأ الشرعية فى القوانين الأوربية ولم يَسبِق القانونُ الانجليزىُّ غيرَه إلى هذا المبدأ،فهو ما زال وحتى الآن فى جدال حول تقرير المبدأ أو عدمه .

---

(١) الموسوعة الجنائية جندى عبد الملك بك الطبعة الأولى ١٣٦٠هـ بمطبعة الاعتماد بمصر جـ ٥ ص ٥٥٢ والإثبات فى المواد الجنائية فى القانون المقارن د / محمود محمود مصطفى الطبعة الأولى ١٩٧٧م بمطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى جـ ١ ص ٥٧ و ٥٨ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عوده المرجع السابق جـ ١ ص ٦٢١ .

بقى أن نقول إن المبدأ وجد فى أوروبا أولَ ما وجد عام ١٧٦٤م على يدى المفكر الايطالى المركيز سيزارى بيكاريا (١) حيث أصدر كتابه " فى الجرائم والعقوبات" ضمّنه عدة مبادىء كان من أهمها مبدأ الشرعية الجنائية ثم ما لبث هذا المبدأ أن شق طريقه إلى خارج إيطاليا حيث تلقفته الثورة الفرنسية ثم شق طريقه ليكتسب إقرارا عالميا حيث نُص عليه فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٨م وبعد ذلك أخذ بالمبدأ ونصت عليه كافة دول العالم إلا النزر اليسير (٢) .

هذا سنوجز فيما يلى الحديث عن مدى أخذ بعض القوانين الحديثة بمبدأ الشرعية مبتدئين بالقانون الفرنسى باعتباره المجسّم الأول للمبدأ :

---

(١) هو عالم ومفكر قانونى إيطالى ويعتبر المؤسس الأول للمدرسة التقليدية القديمة فى إيطاليا وقد أصدر كتابه هذا باللغة الإيطالية ثم تُرجم إلى عدة لغات فأحدث دوياً فى العالم - على الرغم من صغر حجمه - لما يحمله من أفكار ومبادىء جديدة. مبادىء القسم العام من التشريع العقابى د / رؤوف عبيد الطبعة الرابعة ١٩٧٩م دار الفكر العربى ص ٦١ و ٦٢ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن الدكتور محمد سليم العوا المرجع السابق ص ٤٣ .

(٢) الأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٨٨ ومبادىء القسم العام من التشريع العقابى د / رؤوف عبيد المرجع السابق ص ١٠٥ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن الدكتور العوا المرجع السابق ص ٤٣ و ٤٤ وفى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد سليم العوا ص ٥٠ .

١ - القانـــون الفرنســـى :

" كانت فرنسا هى السباقة إلى تبنى هذا المبدأ فقد قامـــت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م فأصدرت فى نفس العام إعلان حقـــــوق الإنسان الذى نص على ألا يعاقب أحد إلاَّ بناءً على قانون ، ثم نـــص على ذلك دستور عام ١٧٩٣م . ثم صدر قانون العقوبات الفرنســـى الحالى فى عام ١٨١٠م فنص عليه فى مادته الرابعة . كما نص عليـــه دستور الجمهورية الفرنسية الرابعة الصادر فى سنة ١٨٤٦م(١) .

أما دستور الجمهورية الخامسة والصادر فى عام ١٩٥٨م فلم يتطرق لمبدأ الشرعية صراحةً غير أنه قسم التشريع إلى قسمين : قســم تختص به السلطة التشريعية وقسم تختص به السلطة التنفيذية ، ولهـذا فقد اعتبر كثيرٌ من الباحثين هذا التقسيمَ خروجا على مبدأ الشرعيـــة حيث قالوا : إن مقتضى المبدأ أن يكون التشريع من اختصاص سلطـــة واحدة هى السلطة التشريعية (٢) .

---

(١) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابـــق ص ٢٩٤ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / العوا المرجع السابق ص ٤٤ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فـــراج المرجع السابق ص ١٣٣ و ١٣٤ .

(٢) القاعدة الجنائية د / عبد الفـــتاح الصيفى المرجع السابق ص ٣٠٥ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائـى المقـــــارن د / العوا المرجع السابق ص ٧٦ .

والرأى السابق ـ فيما أرى ـ قد جانب الصواب ذلك أن مصادر التجريم والعقاب فى القانون لا تنحصر فيما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين فحسب ، بل إلى جانب القوانين هناك اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية أو أى سلطة إدارية أخرى بشرط أن يكون ذلك بتفويض من السلطة التشريعية (١) وليس فى ذلك أى خروج على مبدأ الشرعية .

وعلى هذا فلم يخرج دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة على مبدأ الشرعية فقد حدد المصادر التشريعية التى يجوز لها إصدار التشريعات العقابية تحديدا لا غموض فيه ولم يترك التشريع للسلطة القضائية أو لسلطات متعددة من غير تحديد ولا تقييد ، أضف الى ذلك فان قانون العقوبات المعمول به حاليا فى فرنسا هو نفسه القانون الصادر عام ١٨١٠م والذى قد أكد المبدأ ونص عليه ممّا ينفى تنكّب التشريع الفرنسى لمبدأ الشرعية .

٢ - القانون البريطانى :

لم يُصدر المشرع الانجليزى وهو البرلمان حتى الآن نصّا يقرر مبدأ الشرعية فى القضاء ويُلزم المحاكم باتباعه ولعل السبب فى ذلك هو طبيعة مصادر التشتريع العقابى فى بريطانيا فقد قلنا إن القانون الإنجليزى يضيف إلى النص ـ وهو المصدر المتفق عليه فى غالبية قوانين العالم ـ مصدراً آخر هو الشريعة العامة والمكتسبة من السوابق القضائية والاعراف التى أيدها القضاء (٢) .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٨٣ والأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى المرجع السابق ص ٩٥ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود مصطفى المرجع السابق ص ٧١ .

(٢) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٩٢و٩٣ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د/العوا المرجع السابق ص ١٧ .

ورغم ذلك فقد ناقش القضاء الانجليزى مبدأ الشرعية فى عدة قضايا جنائية عُرضت عليه ولم تكن منصوصة جرائمها ولا عقوباتها، حيث تردد فيها بين الأخذ بالمبدأ والخروج عليه . فمثلا فى عام ١٩٦١م أدان مجلس اللوردات - وهو أعلى مجلس قضائى فى بريطانيا - شخصاً بتهمة التآمر على إفساد الأخلاق ثم قرر أنه من حق المحاكم فى المجال الجنائى أن تعاقب على الأفعال الضارة بالجمهور ولو لم تجرَّم من قبل البرلمان ، ففى هذه القضية نجد أن مجلس اللوردات قد تنكَّب لمبدأ الشرعية وأهدره .

ثم فى عام ١٩٧٢م أثير الجدل حول مبدأ الشرعية فى قضية أخرى، وعلى الرغم من مصادقة مجلس اللوردات على الحكم الصادر بالإدانة بالنسبة لهذه القضية فقد قرر بعد ذلك أنه ليس للمحاكم الحق فى إنشاء جرائم جديدة وأن ذلك مما يختص به البرلمان فقط .

وبهذا القرار تنتهى فترة التردد التى صاحبت الأحكام الانجليزية حول تطبيق مبدأ الشرعية ، وإنْ كان هذا القرار لايصل إلى قوة القرار الصادر من البرلمان مما يشكّك فى عملية استمرار الأخذ بهذا المبدأ فى القضاء البريطانى (١) .

٣ - القانون الإيطالى :

كان لأفكار الفيلسوف الإيطالى سيزارى بيكاريا - باعتباره أول من نادى بهذا المبدأ - تأثيرٌ ملموس على القانون الإيطالى فى تطبيقه لمبدأ الشرعية فقد أخذ به المشرع الإيطالى قديما وحديثا حيث نص عليه قانون العقوبات القديم كما نص عليه قانون العقوبات الحالى فى

---

(١) مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / العوا المرجع السابق ص ١٧ - ٢٢ والقاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٢٩٤ .

مادته الأولى . وكذلك نص عليه الدستور الحالى الصادر فى عام ١٩٤٧م فى مادته (٢٥)" (١) .

٤ - القوانين الأوربية الأخـــرى :

تعتنق الغالبية العظمى من الدول الأوربية مبدأ الشرعيـــة كأساس لتشريعاتها العقابية غير أن هناك بعض الدول لم تعتنق هـذا المبدأ كما أن هناك دولا أخرى مرّت عليها فترات تخلت فيها عن المبدأ لظروف معينة ثم عادت إليه فى آخر عهدها .

فمن القوانين التى أهدرت مبدأ الشرعية قانون العقوبـــات الدانمركى وقانون العقوبات فى الصين الشعبية .

فقانون العقوبات الدانمركى الصادر عام ١٩٣٠م نص فى مادته الأولى على جواز العقاب عن طريق القياس فى الأفعال التى لم يجرمها القانون ، وهذا بالطبع يعدّ إهدارا لاحدى النتائج المهمة لمبـــدأ الشرعية وهى منع الالتجاء إلى القياس فى التجريم والعقاب .

وكذلك قانون العقوبات فى الجمهورية الشعبية الصينية أهدر هو الآخر مبدأ الشرعية حيث أجاز القياس على الأفعال التى لم يجرّمها القانون إذا كانت تشكل خطرا اجتماعيا أو كانت مناهضة لمبادىء الثورة الشعبية (٢) .

---

(١) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابـــق ص ٢٩٦ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العوا المرجع السابق ص ٤٦ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٢) مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٦٩ و ٧٠ والقاعدة الجنائية د / عبد الفتـــاح الصيفى المرجع السابق ص ٣٠٢ .

وأما الدول التى حادت عن مبدأ الشرعية ثم عادت إليه فهى ألمانيا والاتحاد السوفيتى . فقد كانت ألمانيا تطبق المبدأ غير أن الحكم النازى تنكَّر له فأصدر فى عام ١٩٣٥م تعديلا للقانون يقرر جواز العقاب على بعض الأفعال المخالفة للمفاهيم الأساسية للقانون أوالشعور العام . ثم لما انتصر الحلفاء فى الحرب العالمية الثانية أُصدر قانون بالغاء التعديل السابق والعودة إلى القانون القديم الذى يطبق مبدأ الشرعية .

وأما الاتحاد السوفيتى فقد تنكر لمبدأ الشرعية عند قيام ثورة عام ١٩١٧م حيث صدر قانون جديد يتجاهل مبدأ الشرعية فقد أجاز العقاب عن طريق القياس كما نص على عقوبات ذات أثر رجعى . وبقى العمل بهذا القانون حتى صدرت مجموعة المبادىء الأساسية للقانون الجنائى السوفيتى سنة ١٩٥٨م فنصّت على احترام المبدأ ثم تلاها قانون العقوبات الجديد سنة ١٩٦٠م وطبق تلك المبادىء والتى من ضمنها احترام مبدأ الشرعية (١) .

٥ - النظم القانونية العربية :

إن الأخذ بمبدأ الشرعية يكاد يكون متفقا عليه بين الدول العربية التى أصدرت مدوناتٍ عقابية وقد كانت مصرُ أسبقَ الدول العربية إلى ذلك إذ أن قانون العقوبات الأهلى المصرى الصادر سنة ١٨٨٣م هو أول نظام قانونى عربي يعتنق مبدأ الشرعية وقد عُدِّل هذا القانون

---

(١) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٣٠٢ و ٣٠٣ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العوا المرجع السابق ص ٧٠ - ٧٢ .

مرتين فجرى تعديله سنة ١٩٠٤م ثم عُدِّل أيضا سنة ١٩٣٧م وقد اشتمل كل من التعديلين على احترام المبدأ فنص عليه الأخير - والذى هو قانون العقوبات الحالى فى مصر - فى مادته الخامسة .

ثم حذت حذو مصر سائرُ البلاد العربية فقد نَصَّ على المبدأ فى قانون العقوبات اللبنانى وكذلك قانون العقوبات السورى وقانون الجزاء الكويتى وكذلك نَصَّ عليه فى قانون العقوبات الأردنى وقانون العقوبات التونسى وقانون العقوبات السودانى كما نَصَّ عليه فى دساتير الدول العربية الأخرى .

ومن هنا نجد أن جميع الدول العربية التى أصدرت قوانين عقوبات تجعل مصدر الجرائم والعقوبات هو القانون فقط (١) .

---

(١) مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن الدكتور محمد سليم العوا المرجع السابق ص ٤٧ - ٥٥ .

الفصـــــل الأول

الفقـه الإسلامى ومبـدأ الشرعيـــة

الفقه الاسلامى ومبدأ الشرعية

سنخصص هذا الفصل لبيان مبدأ الشرعية فى الفقه الإسلامى، وقد سبقت الإشارة فى الفصل التمهيدى إلى أن مبدأ الشرعية قد وُجد ونُص عليه فى التشريع الإسلامى منذ اللحظة الأولى لانطلاقة الإسلام، ولتأكيد ذلك نذكر هنا مبحثين :

* المبحث الأول :

في تقرير مبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية وأدلته .

* المبحث الثانى :

الرأى القائل بعدم أخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ الشرعية والرد عليه.

المبحـــــث الأول

تقرير مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية وأدلته

تقرير مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية وأدلته

بُعث النبى محمد صلى الله عليه وسلم فى مكة ومكث فيها ثلاث عشرة سنة يدعو الناس فيها إلى توحيد الله تبارك وتعالى وعبادته والإخلاص له ونبذ الشرك والأوثان غيرَ متعرض لما يجرى بين الناس من معاملات ومخاصمات حتى إذا كثر الداخلون فى الإسلام وقويت شوكته وهاجر الرسول صلى الله عليه وسلم وصحبه إلى المدينة المنورة معلِنين تأسيس الدولة الاسلامية العظيمة عندذلك أخذت - إلى جانب التشريعاتِ التعبديةِ - التشريعاتُ التنظيميةُ تتوالى لتنظيم الحياة الجديدة فى الدولة الجديدة من جميع جوانبها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وإذا نظرنا إلى هذه التشريعات التنظيمية وجدنا أنها عبارة عن تخصيص لعموم الجواز فى حياة الناس بالممنوع من الأشياء والأفعال أعنى أنها حصر وتفصيل للممنوع وليست تكليفا جديدا فهى على العكس من التشريعات التعبدية التى هى عبارة عن تكاليف جديدة يؤمر الناس بفعلها وامتثالها فلا يفعلون منها إلا ما أمرهم به الشارع فإن زادوا شيئا من عند أنفسهم كانوا مبتدعين ، وأما غير التعبد به فليست كذلك (١) .

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن ابن محمد بن قاسم وابنه محمد بن عبد الرحمن بن قاسم الطبعة الأولى ١٣٨٣ هـ بمطابع الرياض جـ ٢٩ ص ١٦ و ١٧ .

فقد كان الصحابة رضوان الله عليهم لا يفعلون من الأمور التعبدية المحضة إلا ما أمرهم به الرسول صلى الله عليه وسلم ولكنهم كانوا يفعلون كل شيء تعودوا فعله فى جاهليتهم من أمور الحياة حتى ينهاهم عنه ويذكر لهم تحريمه ، فقد كانوا يشربون الخمر فى مكة وفى المدينة إلى أن جاءت الآيات المحرمة لها قال تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر
والميسر والأنصاب والأزلام رجس
من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم
تفلحون " (١) .

فكُسرت دنان الخمر وأُهريقت فى شوارع المدينة امتثالا لأمر الله تبارك وتعالى .

كما كان الناس يرابون فى معاملاتهم التجارية حتى حرم الله الربا قال تعالى :

" وأحل الله البيع وحرم الربا " (٢)
فانتهى الناس عنه .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٩٠ .
(٢) سورة البقرة الآية : ٢٧٥ .

وكان الرجل يتزوج بزوجة أبيه حتى حرمه الله بقوله :

" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم " (١)

وكان الجمع بين الأختين سائغا حتى حرمه الله تعالى بقوله :

" وأن تجمعوا بين الأختين " (٢)

أى أن كل ما ألفه الناس فى حياتهم ظل ساريا فعله إلا ما ورد نص صريح من الشرع بتحريمه .

ولذا فإنه من المسلمات فى الشريعة الإسلامية بل ومن الأساسيات أن لا يوصف شيء أو فعل بأنه محرم أو جريمة ما لم يرد نص صريح يدل على تلك الجريمة أو ذلك التحريم ، وأن الجرائم والعقوبات المقررة لها وجميع المحرمات لم تكن معلومة ابتداء حتى جاءت النصوص بها ، إلى حد أن الشريعة الإسلامية السامية لم تكتفِ بتجريم ما يجهله الناس فقط بل نصت كذلك على ما اتفقت الشرائع السماوية والطبائع البشرية على تجريمه كالقتل والزنا والسرقة وغيرها .

---

(١) سورة النساء الآية : ٢٢ .

(٢) سورة النساء الآية : ٢٣ .

وإذا كان ذلك كذلك فهل طُبقت هذه النصوص التجريمية بعد نزولها على من خالفها قبل النزول ؟ الجواب قطعا لا ، فلم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه عاقب شخصا على فِعْلٍ فَعَلَه قبل تجريم ذلك الفعل (١) . بل على العكس من ذلك فقد قال لعمرو بن العاص رضى الله عنه بعد ما جذب يده عندما أراد أن يبايع الرسول صلى الله عليه وسلم خوفا من معاقبته على سوابقه فى الجاهلية : " أما علمت أن الاسلام يهدم ما كان قبله " (٢) كما سيأتى تفصيل ذلك .

نستخلص مما سبق أنه من خلال النظر العادى إلى الطريقة التى شُرِعت بها الأحكام الاسلامية عموما وإلى الطريقة التى طُبقت فيها الأحكام الجنائية خصوصا نستطيع أن ندرك بكل وضوح أنه لا عقوبة

---

(١) أورد البعض وقائع قالوا إن الرسول صلى الله عليه وسلم طبق العقاب فيها بأثر رجعى وسنناقش ذلك فى الفصل الخاص بنتائج مبدأ الشرعية إن شاء الله تعالى .

(٢) صحيح مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى طبعة ١٤٠٠ هـ نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد بالمملكة العربية السعودية جـ ١ ص ١١٢ مع ملاحظة أن هذه الطبعة قد سلسلت صفحات أجزائها تباعا ، ومسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٠٥ .

إلا بإنذار سابق على الفعل، فلا يعاقَب الشخص على فِعْلٍ فَعَلَه قبل نزول تحريم ذلك الفعل إذ لم يكن جريمة آنذاك فيعاقب عليه. كما يتضح لنا قبل أن نتعرض للأدلة النصية - أن مبدأ الشرعية الجنائية قد طبق منذ اللحظة الأولى لبزوغ شمس الاسلام إذ أنه النتيجة المنطقية لوحيِ السماء إلى الأرض سواء كان ذلك فى الاسلام أو حتى قبل الاسلام إذ كيف تتم العبودية لله تبارك وتعالى بدون امتثال النصوص الموحاة الى رسله عليهم الصلاة والسلام وتطبيقها دون غيرها ؟! .

أضف الى ذلك أن ديننا الاسلامى الحنيف هو الدين الذى سما على غيره من الديانات السماوية السابقة والتشريعات البشرية اللاحقة/بوصفه دين التسامح والتيسير وأنه الدين الذى رفع الحرج والمشقة عن الناس قال تعالى :

" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" (١)

وقال سبحانه :

"وما جعل عليكم فى الدين من حرج" (٢)

وقال عز من قائل :

" لا يكلف الله نفسا إلا وسعها" (٣)

إلى غير ذلك من الآيات وكذا الأحاديث الدالة على هذا كقوله صلى الله عليه وسلم :" أُرسِلت بحنيفية سمحة " (٤) وقوله " أحب الدين الى الله الحنيفيةُ السمحة " (٥) وقوله صلى الله عليه وسلم "إن الدين يسر" (٦) ،

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٨٥ .
(٢) سورة الحج الآية : ٧٨ .
(٣) سورة البقرة الآية : ٢٨٦ .
(٤) مسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٦ ص ١١٦ و٢٣٣ .
(٥) صحيح الامام البخارى المرجع السابق جـ ١ ص ١٥ .
(٦) صحيح الامام البخارى المرجع السابق جـ ١ ص ١٥ .

فالقول بعدم أخذ الشريعة بمبدأ الشرعية يهدم هذا كلَّه من أساسه إذ أن فيه من المشقة والحرج ما الله به عليم .

هذا وبعد أن اتضح لنا كيف تقرر مبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية واضحا من خلال الاستقراء والنظر فقط فانه يجدر بنا تأكيدُ ذلك بالأدلة المقرِّرة له فهى كثيرة ومتضافرة بل هى أكثر من أن تحصر. وسنذكر الأدلة على ذلك من القرآن الكريم أولا ثم من السنة المطهرة ثم نتبعهما بالاستدلال من آثار الصحابة رضوان الله عليهم ثم نضيف إلى ذلك ما فَهِمَهُ الفقهاءُ الأوائل من هذه الأدلة فترجموه فى صور قواعد فقهية ومباحث أصولية . أى أن الأدلة ستكون خمسةً هى :

١ - الأدلة من القرآن الكريم .
٢ - الأدلة من الحديث النبوى الشريف .
٣ - الأدلة من آثار الصحابة رضوان الله عليهم .
٤ - الاستدلال بالقواعد الفقهية .
٥ - مبحث الاستصحاب ومبدأ الشرعية.

أولا : أدلة مبدأ الشرعية من القرآن الكريم :

لقد تضافرت الآيات القرآنية الشريفة التى تدل على مبدأ الشرعية وتؤكده صراحةً،كما تضافرت على نحو أكثر ـ الآيات التى تشير إليه،وأعنى بالتى تشير إليه تلك الآيات التى تصف الرسول صلى الله عليه وسلم ومن قبله من الرسل بالمبشرين والمنذرين : فهم مبشرون للمؤمنين المطيعين بالجنة ،وهم منذرون للكافرين العاصين من عذاب يوم القيامة . قال تعالى مخاطبا رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم :

" وما أرسلناك إلا مبشرا ونذيرا" (١)

وقال تعالى :

" إنا أرسلناك بالحق بشيرا ونذيراً " (٢)

وقال سبحانه فى شأن الأنبياء عموما :

" وما نرسل المرسلين الا مبشرين ومنذرين" (٣)

وقال تعالى :"وإن من أمة إلا خلا فيها نذير" (٤)

ولو أردنا ذكر جميع الآيات التى ورد فيها ذكر الانذار لطال بنا الحديث حيث تبلغ قرابة أربع عشرة ومائة آية ، ولعل فى ذكر الآيات الأربع السابقة ـ كمثال لما قلنا ـ كفايةً حيث سنحصر الكلام بشىء من التفصيل فى الآيات التى تصرح بذكر مبدأ الشرعية وهى كما يلى :

---

(١) سورة الفرقان الآية : ٥٦ .
(٢) سورة البقرة الآية : ١١٩ .
(٣) سورة الأنعام الآية : ٤٨ .
(٤) سورة فاطر الآية : ٢٤ .

١ - قال تعالى :

" وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكى القرى إلا وأهلها ظالمون " (١) .

أخبر سبحانه وتعالى فى هذه الآية الكريمة أنه من تمام عدله ورحمته ألا يعاقِب أحدا بذنب ارتكبه حتى تقوم الحجة عليه بإبلاغ رسل الله له : بأن العذاب سيحل عليه إن لم يؤمن ويبتعد عن الظلم والشرك .

وحتى لا يُتوهم أن الله قد يهلك القرى بفعلها السابق على بعثةَ المرسَل إليها عقَّب سبحانه وتعالى بقوله :

" وما كنا مهلكى القرى الا وأهلها ظالمون "

أى لا نهلكهم إلا إذا كانوا مستمرين ومصرين على الظلم بعد بعثةَ الرسل إليهم وإبلاغهم لهم ، أما اذا انتهو فلا نؤاخذهم بما قبل ذلك (٢) .

فهذه الآية الكريمة السابقة/بلفظها الصريح ومعناها الواضح الذى لا شبهة فيه تقرر وتؤكد مبدأ الشرعية الجنائية واضحا جليا ، فقد دلت على أنه لا عقوبة قبل الإنذار والإعلام المسبَقَيْنِ حيث لا يعد الفعل جريمة قبل ذلك إذ لو عُدّ

---

(١) سورة القصص الآية (٥٩) والمراد بالقرى أى القرى الكافرة وأمّها قيل هى مكة المكرمة وقيل المراد أعظم القرى وأشرفها كائنة ما كانت . تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٥٨ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ١٣ ص ٣٠١ و ٣٠٢ .

(٢) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٥٨ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٣ ص ٣٠١ و ٣٠٢ .

جريمة لحصل العقاب عليه ، وهو ما نفاه الحق تبـــــارك وتعالى :

٢ - قـال تعالـــى :

" وما كنا معذبين حتى نبعث رســولا" (١)

وهنا أخبر سبحانه وتعالى أن من سنته الكونية التي يقتضيهـا عدله أن لا يؤاخذ الناس بأفعالهم قبل أن ينذرهم علـــى ألسنة رسله عليهم الصلاة والسلام فيوضحون لهم طريق الخير وينهونـهم عن طرق الشر (٢) .

وفى دِلالة هذه الآية على مبدأ الشرعية نكتفى بمـــا قاله العلامة القرطبى (٣) فى تفسيره حيث يقول :" وفى هـذا دليل على أن الأحكام لا تثبت إلا بالشرع . . . . . والجمهور على أن هذا فى حكم الدنيا أى أن الله لا يهلك أمة بعـذاب إلا بعد الرسالة إليهم والإنذار" (٤) .

---

(١) سورة الاسراء الآية : ١٥ .

(٢) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٥ ص ٥٠ .

(٣) هو أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرح الأنصارى الخزرجى الأندلسى القرطبى من كبار المفسرين وكان عالمـــا تقيا ورعا رحل من الأندلس الى الشرق واستقر بمنية ابن خصيب بمصر وتوفى بها سنة ٦٧١ له مؤلفات عدة من أنفسها تفسيره " الجامع لأحكام القرآن " والمشهور بتفسير القرطبى . راجـع مقدمة تفسير القرطبى المرجع السابق والأعلام لخير الديـــن الزركلى الطبعة الخامسة ١٩٨٠م دار العلم للملايين بيروت جـ ٥ ص ٣٢٢ .

(٤) تفسير القرطبى المرجع السابق جـ ١٠ ص ٢٣١ .

٣ - وقـــال تعالـــى :

" وما أهلكنا من قرية إلا لـها منذ رون " (١)

كذ لك تحكى هذ ه الآية كسابقتها عدلَ الله تبارك وتعالـــى ورحمته بخلقه ، حيث يتحدث البارى عز وجل عن نفسه أنـــه لا يهلك ولا يعذب أحدا من أهل القرى إلا اذا أرســـل اليهم رسلا ينذ رونهم ويحذ رونهم . عند ذ لك تقوم الحجـــة عليهم فيستحقون العذ اب (٢) .

وفى هذ ه الآية دلالة واضحة على مبدأ الشرعيـــة الجنائية كالآيتين السابقتين .

٤ - وقـــال تعالـــى :

" ولو أنا أهلكناهم بعذ اب من قبله لقالوا
ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبعَ آياتك
من قبل أن نذلّ ونخزى " (٣) .

يتحدث الله تبارك وتعالى عمَّا عليه المشركون مـــن التعنت والتكذ يب والعناد بحيث لو أهلكهم بعذ اب قبـــل أن يرسل إليهم رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم وينزل إليهـــم كتابه لاحتجوا عليه تعالى يوم القيامة بقولهم :" لو أنك أرسلت إلينا رسولا لاتبعناه ولما ضللنا عن الطريق القويم ولكن اللـــه

---

(١) سورة الشعراء الآية : ٢٠٨ . ومِن فى قوله " من قريـــة" صلة أى:وما أهلكنا قريةً ، ومنذ رون أي الرسل ، تفســـير القرطبى المرجع السابق جـ ١٣ ص ١٤١ .

(٢) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٦ ص ١٧٥ .

(٣) سورة طه الآية : ١٣٤ .

لم يفعل ذلك بل أرسل إليهم الرسول، فلماذا لم يؤمنوا إن كانوا صادقين (١)، والاستدلال بهذه الآية على مبدأ الشرعية يتضح من تقرير الله تعالى للكافرين على هذه الحجة وأنهم سوف يفزعون إليها ويعتذرون بها، فتكون الحجة لهم لو عُذِّبوا قبل أن يُرسَل إليهم رسول ولكن مقتضى رحمة الله وعدله أن لا يَفعل ذلك، بل لابد من إرسال الرسول والإنذار كي تقوم الحجة عليهم لا لهم ، فيوصف فعلهم بأنه جريمة ثم يعاقبون عليه .

٥ - وقال تعالى :

" تكاد تميز من الغيظ كلما أُلقى فيها فوج
سألهم خزنتها ألم يأتكم نذير، قالوا بلى
قد جاءنا نذير فكذبنا وقلنا ما نزَّل الله
من شيء إن أنتم إلا في ضلال كبير " (٢) .

٦ - وقال تعالى :

" وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمرا حتى
إذا جاءوها فتحت أبوابها وقال لهم
خزنتها ألم يأتكم رسل منكم يتلون عليكم

---

(١) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٥ ص ٣٢٣ وتفسير القرطبي المرجع السابق جـ ١١ ص ٢٦٤ .

(٢) سورة الملك الآيتان " ٨ و ٩" تميّز من الغيظ" أي جهنم تتقطع من شدة الغيظ على الكفار، وفوج : الجماعة من الكفار . ألم يأتكم نذير أي رسول ينذركم من العذاب، والخطاب في قوله " أنتم " من الكفار إلى الرسل . تفسير القرطبي المرجع السابق جـ ١٨ ص ٢١٢ وتفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٨ ص ٢٠٥ .

آيات ربكم وينذرونكم لقاء يومكم هـذا
قالوا بلى ولكن حقت كلمة العـذاب
على الكافرين " (١) .

٧ - وقال عز من قائل :

" وهم يصطرخون فيها ربنا أخرجنـا
نعمل صالحا غير الذى كنا نعمـل
أَوَلَم نعمركم ما يتذكر فيه من تذكـر
وجاءكم النذير فذوقوا فما للظالمـين
من نصير " (٢) .

تتحدث الآيات الكريمة السابقة عن كيفية دخـول الكافرين لجهنم وعما يفعلونه فيها من طلب الإغاثة والنجدة. ثم تبيّن كيف يحصل إقرارهم بالكفر وأن ذلك مما جنتـه أيديهم حيث تتوجّه اليهم الأسئلة المقرّعة والموبّخة قائلـةً ألم يحصل أن جاءتكم الرسل تبلغكم وتحذركم من هـذا العذاب فيعترفون بذلك ، عندها تلزم الحجة .

---

(١) سورة الزمر الآية : ٧١ . وقوله " زمرا " أى جماعات،وكلمـة العذاب هى قوله تعالى " لأملأن جهنم من الجنة والنـاس أجمعين . هود ١١٩" تفسير القرطبى المرجع السابق جـ ١٥ ص ٢٨٤ .

(٢) سورة فاطر الآية : ٣٧ . وهم يصطرخون فيها : أى الكفـار يستغيثون وهم فى النار . وقوله :" أو لم نعمركم ما يتذكـر فيه من تذكر" أى : أتقولون ذلك وقد عمرناكم سنين تكفـى للتذكر لو كنتم من أهله . تفسير القرطبى المرجع السابـق جـ ١٤ ص ٣٥٢ وتفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٦ ص ٥٣٨ .

والاستدلال لمبدأ الشرعية بهذه الآيات يتضح من الأسئلة التقريرية التى توجه إلى الكافرين : " ألم يأتكم نذير" " ألم يأتكم رسل منكم " " أو لم نعمركم ما يتذكر فيه من تذكر وجاءكم النذير " أى قد جاءكم النذير وقد أتتكم رسل منكم وعمرناكم أعمارا تكفى لتذكركم وأرسلنالكم منذرا فلا تجادلوا فى استحقاقكم للنار ، فيدل ذلك على أنه لو لم تأتهم النذر لما عذبوا بكفرهم لأن كفرهم على هذا لا يعد معصية وجريمة. وهذا من عدله سبحانه وتعالى بخلقه فلا يعذب أحداً إلا بعد قيام الحجة عليه بالإنذار السابق .

٨ - وقال تعالى :

" وأوحي إلىّ هذا القرآن لأنذركم به ومن بلغ" (١) .

٩ - وقل عز من قائل :

" يا أهل الكتاب قد جاءكم رسولنا يبين لكم على فترة من الرسل أن تقولوا ما جاءنا من بشير ولا نذير فقد جاءكم بشير ونذير والله على كل شىء قدير " (٢) .

---

(١) سورة الأنعام الآية : ١٩ .

(٢) سورة المائدة الآية : ١٩ وأهل الكتاب هم اليهود والنصارى والرسول هنا هو محمد صلى الله عليه وسلم و" على فترة من الرسل " أى بعد انقطاع طويل بين رسالته صلى الله عليه وسلم ورسالة عيسى بن مريم عليه السلام . تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٣ ص ٦٥ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٦ ص ١٢١ .

١٠ - وقال تبارك وتعالى :

" رسلا مبشرين ومنذرين لئلاّ يكون للناس
على الله حجة بعد الرسل وكان الله
عزيزا حكيما " (١) .

لقد كانت الآيات الكريمة قبل هذه الآيات الثلاث الأخيرة تدل على مبدأ الشرعية الجنائية بشقيه فلا تجريم ولا عقاب قبل البلاغ والإنذار، أما في هذه الآيات الثلاث فإن طريقة الاستدلال تختلف نوعا مّا فهي لا تدل على تعذيب العصاه إلا ضمنا، مع أنه لا مراء في ذلك ولكنها تدل صراحة على قيام الحجة على من بلغته دعوة الرسل عليهم السلام وأنه لا عذر له في عصيانه فقد نُبِّه إلى أن فعله هذا جريمة .

فتدل الآية الأولى على أن القرآن الكريم قد أُنزل على محمد صلى الله عليه وسلم لينذر به قومه كما ينذر به كل من بلغه هذا القرآن، وفي هذا من الدلالة ما فيه على أن من لم يبلغه القرآن فلا لوم عليه ولا جريمة له .

كما تحكي الآية الثانية تذكيرَ اليهود والنصارى بأن الله قد أرسل إليهم رسولا حتى لا يحتجوا ويقولوا لم يُرسل إلينا رسول . فدل ذلك على أنه لو لم يرسلِ اللهُ محمدا صلى الله عليه وسلم لما لزمتهم الحجة ولكان ذلك مسوغا لهم في عدم اتباعه .

---

(١) سورة النسا الآية : ١٦٥ .

وتؤكد الآية الثالثة نفس المعنى لعموم الناس حيث توضح أن الرسل بشارة للمؤمنين المطيعين ونذير للكافرين العاصين حتى لا يحتجوا على الله بأنه لم يرسل إليهم رسولا فدلت كسابقتيها على أنه لو لم يرسِلِ الله رسلا لما لزمت الحجه الناس ولما اعتُبِروا مخالفين وعاصين .

بهذا يتضح كيف تقرر وتأكد مبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية حيث نُصّ عليه فى الدستور الأعظم للأمة المسلمة، ليس مرة أو مرتين فحسب بل مرات كثيرة فى آيات مختلفة كما مر معنا .

وزيادة لتأكيد هذا المعنى فإنه يجدر بنا أن نورد الآيات التى تؤكد الأخذ بأهم نتائج مبدأ الشرعية وهو عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى إذ أن عدم الأخذ بهذه النتيجة يهدم المبدأ من أساسه ، علما بأننا سنكتفى هنا بسردها فقط حيث سنفصلها ونوضحها فى الفصل الخاص بنتائج مبدأ الشرعية . وهذه الآيات هى :

١١- قال تعالى :

" قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم
ما قد سلف " (١)

---

(١) سورة الأنفال الآية : ٣٨.

١٢ - وقال سبحانـــه :

" يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم " الآية إلى أن قال :

" عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام " (١) .

١٣ - وقال عز من قائل :

" وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جـــاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف " (٢)

١٤ - وقال تعالـــى :

" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النسا إلا ما قد سلف " (٣) .

١٥ - وقال تعالـــى :

" حرمت عليكم أمهاتكم " الآية الى قوله تعالى :
" وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف
إن الله كان غفورا رحيما " (٤) .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٩٥ .
(٢) سورة البقرة الآيـة : ٢٧٥ .
(٣) سورة النساء الآيـة : ٢٢ .
(٤) سورة النساء الآيـة : ٢٣ .

فقد دلت كل واحدة من هذه الآيات الكريمة على أن الشخص لا يؤاخذ بما فعله من أفعال مخالفة لهذه النصوص إذا كان الفعل قد صدر منه قبل نزولها إذ لا تبدأ المؤاخذة على الأفعال الا بعد نزول النصوص الدالة عليها فقط كما سيأتى تفصيل ذلك .

كما أن هذه الآيات وجميع ما قبلها من أيات تؤكد حرص الشريعة الاسلامية الغراء على تأكيد مبدأ الشرعية الجنائية فلا تجريم إلا لما جرّمه الشرع ولا عقوبة إلا على ما عاقب عليه الشرع .

ثانيا : أدلة مبدأ الشرعية من السنة النبوية الشريفة :

وكما دل القرآن الكريم على أن الشريعة الإسلامية تحترم مبدأ الشرعية وتأخذ بنتائجه فقد أكدت السنة النبوية المطهرة هذا المعنى فأخذت به قولا وعملا، حيث نصت الأحاديث الشريفة على أن الذنوب التى ارتكبها أصحابها قبل إسلامهم أو قبل بلوغ التحريم إليهم فإنها هدر لا لوم يلحق فاعليها . وأما من الناحية التطبيقية فان جميع الأحكام التى أصدرها الرسول وقضى بها على الجُناة لم تصدر منه إلا بعد بلوغ التشريع الخاص بهذه الجنايات إلى فاعليها قبل ارتكابهم لها ، اللهم إلا ما كان فى مصلحة المتهم فهذا سيأتى الحديث عنه فى الفصل الخاص بنتائج مبدأ الشرعية .

وفيما يلى نذكر بعض الأحاديث الشريفة التى تؤكد الأخذ بمبدأ الشرعية مع شيء من التوضيح لدلالتها على ذلك على النحو التالى :

١ - حديث عمرو بن العاص رضى الله عنه في قصة إسلامه قال": أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت ابسط يمينك فلأبايعك فبسط يمينه قال : فقبضت يَدِيَ قال : مالك ياعمرو ؟ قال : قلت : أردت أن أشترط قال : تشترط بماذا ؟ قلت : أن يُغْفَرَ لى قال : أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله . . الحديث" (١)

---

(١) رواه مسلم وهذا لفظه، صحيح مسلم المرجع السابق جـ ١ ص ١١٢ وروى هذا الحديث الإمام أحمد فى مسنده بلفظ" حتى تغفر لى ما تقدم من ذنبى " و" يجبّ ما كان قبله من الذنوب" مسند الإمام أحمد المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٠٥ .

فى اللحظة التى ينتقل فيها عمرو بن العاص رضى الله عنه من الحياة الجاهلية إلى الحياة الإسلامية استرجع فى ذاكرته ما كان منه من الذنوب التى اقترفها فى الجاهلية وخاصة تجاه الإسلام والمسلمين فظن أنه سوف يحاسب عن ذلك فأصابت الرعشة يده فجذبها كى لا يبايع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيستحق العقاب على اعتبار أن فى مبايعته دخولا تحت سلطة الحكم الإسلامى .

لكن المصطفى صلى الله عليه وسلم نفى ذلك الظن وأكد له أنه بمبايعته هذه سوف ينتقل من التبعية للتحكيم الجاهى القبلى الظالم إلى الحكم الاسلامى العادل الذى لا يؤاخذ الناس بما فعلوه فى جاهليتهم أو لم يبلّغوا به ولو أسلموا .

حيث أخبره صلى الله عليه وسلم أنه سوف يطوى صحيفته السابقة على ما فيها من خير أو شر ثم يفتح صحيفة جديدة، هى التى سيثاب على خيرها ويعاقب على شرها .

وفى هذا الحديث إعلان من رسول الله صلى الله عليه وسلم لمبدأ الشرعية الجنائية وتأكيد على أن الناس لا يؤاخذون بما اقترفوه قبل أن يُبلّغوا بالتحريم أو قبل إسلامهم، فلا جريمة ولا عقاب قبل الإنذار .

٢ - وعن جابر بن عبد الله رضى الله عنه (١) فى صفة حجة الوداع أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال : " إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا . ألا كل شىء من أمر الجاهلية تحت قدمَىَّ موضوع. ودماء الجاهلية موضوعة وإن أول دم أضع من دمائنا دم ابن ربيعة بن الحارث (٢) ، كان مسترضِعا فى بنى سعد فقتلته هذيل . وربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضع ربانا ربا العباس(٣) ابن عبد المطلب فانه موضوع كله . . . الحديث (٤) " .

---

(١) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصارى السلمى، هو وأبو صحابيان وهو من المكثرين من الحديث، شهد المواقع كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عدا بدرا وأحداً، كف بصره آخر عمره ومات سنة ٧٨هـ . الإصابة فى تمييز الصحابة للإمام أحمد بن على العسقلانى المعروف بان حجر طبعة سنة ١٣٢٣هـ بمطبعة السعادة بجوار محافظة مصر جـ ١ ص ٢٢٢ .

(٢) قال النووى : "قال المحققون والجمهور، اسم هذا لابن إياس بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب" صحيح مسلم بشرح النووى المطبعة المصرية ومكتبتها بدون تاريخ جـ ٨ ص ١٨٢ .

(٣) هو العباس بن عبد المطلب بن هاشم عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولد قبل النبى صلى الله عليه وسلم بسنتين حضر بيعة العقبة قبل أن يسلم وشهد بدرا مع المشركين مكرها فأُسر فافتدى نفسه وهاجر قبل الفتح بقليل فشهده مع النبى صلى الله عليه وسلم ومات بالمدينة سنة ٣٢ ، الإصابة فى تمييز الصحابة المرجع السابق جـ ٤ ص ٣٠ .

(٤) هذا لفظ مسلم . صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٢ ص ٨٨٦ - ٨٩٢ . وسنن أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى بن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى طبعة ١٣٧٢هـ دار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى وشركاه جـ ٢ ص ١٠٢٢ - ١٠٢٧ وروى هذا الحديث أحمد فى مسنده عن أبى حرة الرقاشى عن عمه جـ ٥ ص ٧٢ المرجع السابق .

وهنا وفى هذه الخطبة العظيمة التى يودع فيها أفضلُ البشر أفضلَ أمة فوق أفضل البقاع فى أفضل الأيام - يعلن عليه الصلاة والسلام مبدأ الشرعية من جديد ويمليه على أمته قُبَيْل رحيله عنها . فقد أكد للناس أن سفكَ الدمِ الحرامِ حرامٌ يعاقب عليه وأن أخذ المال بدون وجه حق حرام يعاقب عليه أيضا . ثم استثنى من ذلك ما فعلوه فى الجاهلية حيث لم يبلغهم التشريع السماوى فجميع ما فعلوه فيها يعفى عنه ولا يعاقب عليه ، ثم بدأ صلى الله عليه وسلم بنفسه أولا فأكد أن ربا أقرب الناس إليه موضوع فما أخذه فهو له وما بقى فليس له إلا رأس ماله وكذلك دم ابن عمه اياس بن ربيعه بن الحارث هدر لا يطالب باستيفائه . وكل ذلك تأكيد منه عليه الصلاة والسلام على أنه لا جريمة ولا عقوبة قبل الانذار .

٣ - عن الأسود بن سريع (١) أن نبي الله صلى الله عليه وسلم قال : " أربعة يوم القيامة : رجل أصم لا يسمع شيئا ورجل أحمق ورجل هرم ورجل مات فى فترة . فأما الأصم فيقول رب لقد جاء الاسلام وما أسمع شيئا ، وأما الأحمق فيقول : رب لقد جاء الاسلام والصبيان يحذفوننى بالبعر ، وأما الهرم فيقول : ربى لقد جاء الاسلام وما أعقل شيئا، وأماالذى مات فى الفترة فيقول : رب ما أتانى لك رسول . فيأخذ مواثيقهم

---

(١) هو الأسود بن سريع بن حمير التميمى السعدى . شاعر مشهور . غزا مع النبى صلى الله عليه وسلم ، أربع غزوات وكان فى أول الاسلام قاضيا قيل إنه مات سنة ٤٢ هـ . الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حجر المرجع السابق جـ ١ ص ٤٣ .

لَيُطِيعُنَّه فيرسل إليهم أن ادخلوا النار فو الذى نفسى محمد بيده لو دخلوها لكانت بردا وسلاما "(١) .

وأخيرا وفى هذا الحديث الشريف يؤكد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الله تبارك وتعالى لا يؤاخذ من لم تبلغه رسالة الإسلام لأى سبب من الأسباب فلا يعاقب على ما اقترفه من ذنوب حتى يتم إنذاره مهما بلغت ذنوبه ومهما كان عِظَمُها فحيث لا يمكن الإبلاغ فى الدنيا لسبب من الأسباب فان الله تعالى يعفو عنه فيها ولكنه يجعل له امتحانا فى الآخرة يبلغه فيه من جديد ويأخذ عليه الميثاق بالطاعة ، فإن أطاع فله الجنة وإن عصى فله النار .

ومَثَّل صلى الله عليه وسلم لذلك بهؤلاء الأربعة : الأصم والأحمق والهرم وصاحب الفترة حيث سيحتجون على الله تعالى بأن الرسالة لم تبلغهم أو لم يتمكنوا من تبلّغها للأسباب التى أوردوها فيقبل الله تعالى هذه الحجة . ولكنه سبحانه وتعالى يسوّيهم ببقية الناس فلا يدخلون الجنة بدون عمل عملوه حيث يأخذ عليهم الميثاق بأن يطيعوه فيما يأمرهم به فيوافقوا ثم يرسل إليهم بعد ذلك من يأمرهم بدخول النار

---

(١) مسند الإمام أحمد المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٤ . الأحكام فى أصول الأحكام لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم قدم له د / إحسان عباس الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ وهو من منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت جـ ١ ص ٦٠ و ٦١ .

امتحانا لهم، فمن دخلها كانت بردا وسلاما عليه ثم دخل الجنة ومن أبى رمي فيها فكانت من نصيبه .

وهكذا فإن هذا الحديث يؤكد مبدأ الشرعية الجنائية ويدل عليه كالحديثين السابقين حيث يؤكد أنه لا تجريم ولا عقاب قبل الإنذار .

ومن هنا يتضح لنا كيف دلت الأحاديث الشريفة كما دل القرآن كذلك - على مبدأ الشرعية الجنائية دلالة واضحة لا غموض فيها ولا جدل حولها .

ثالثا : أدلة مبدأ الشرعية من آثار الصحابة رضوان الله عليهم :

وكما نص القرآن الكريم على مبدأ الشرعية وكما نصت عليه السنة المطهرة وطبقته فإن الصحابه رضوان الله عليهم - وَهُمْ أَوْلَىٰ الناس بفهم القرآن الكريم والسنة المطهرة وتطبيقهما بما لهم من الصحبة والملازمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم - فانهم قد طبقوا المبدأ أيضا كغيره من المبادىء والأحكام التى تلقفوها صافيةً نقيةً من رسول الله صلى الله عليه وسلم. فلم يثبت عن واحد منهم تَوَلَّى أمر المسلمين أنه عاقب على جريمة قبل إبلاغ مرتكبها بحرمتها فى وقت سابق على فعله لها . بل على العكس من ذلك حيث حفظت لنا الآثار أنهم لا يعاقِبون إلا على ما ثبت لديهم تحريمه وأن الفاعل قد بُلِّغ به أو كان ممّن يمكن تبليغه .

وسنكتفى هنا بأوضح قصة وأجلاها فى هذا الموضوع على اعتبار أنها صدرت من أول قاضٍ فى الإسلام بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عمر بن الخطاب فى الحرم الشريف على مشهد من ملأ من الصحابة رضوان الله عليهم .

فقد " حكى ابراهيم النخعى (١) أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء فرأى رجلا

---

(١) هو ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعى المذحجى من كبار التابعين صلاحا وصدقا وحفظا للحديث وهو من أهل الكوفة . وكان إماما مجتهدا وله مذهب، مات مختفيا عن الحجاج سنة ٩٦هـ . الإعلام لخير الدين الزركلى المرجع السابق جـ ١ ص ٨٠.

يصلى مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل : والله إن كنتُ أحسنتُ لقد ظلمتنى وان كنتُ أسأتُ فما علمتنى ، فقال عمر : أما شهدت عزمتى (١) ؟ فقال : ما شهدت لك عزمة ، فألقى إليه الدرة وقال له : اقتص ، قال : لا أقتص اليومَ . قال : فاعفُ عنى ، قال : لا أعفو ، فافترقا على ذلك ، ثم لقيه من الغد فتغيَّر لونُ عمر فقال له الرجل : يا أمير المؤمنين كأنى أرى ما كان منى قد أسرع فيك ؟ قال : أجل ، قال : **فأُشهد الله** أنى قد عفوت عنك" (٢) .

إن منع الرجال من الطواف مع النساء لم يرد النص به لا من الكتاب ولا من السنة . ولكن ولىّ أمر المسلمين رأى ما سوف يسببه ذلك من الوقوع فى المحذور فقد كثر الحجاج والعمار باتساع رقعة الدولة الاسلامية آنذاك واستتباب الأمن فيها مما خلق ازدحاما شديدا فى الحرم الشريف يستحيل معه ألا يمس الرجلُ المرأةَ الأجنبيةَ عنه . وتفاديا لذلك جعل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه طواف الرجل يوما

---

(١) أى بأن لا يطوف الرجال مع النساء .

(٢) الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى طبعة ١٣٩٨هـ بدار الكتب العلمية توزيع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة ، ص ٢٤٩ . وفى معنى هذه القصة مختصرا عن سالم بن عبد الله فى مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لأبى الفرج عبد الرحمن بن على ابن محمد بن الجوزى تحقيق دكتورة زينب ابراهيم القاروط منشورات دار مكتبة الهلال بيروت ، ص ١١٣ .

وطواف النساء يوما . ولما لم يكن ذلك منصوصا عليه لا في الكتاب ولا في السنة فإنه أعلن ذلك على الناس ولم يحاسب على مخالفته إلا من بلغه ذلك أو كان في مقدوره أن يبلغه. أما من يستحيل علمهم بذلك كهذا الرجل الذي جاء لتوّه من البادية فطاف مع النساء ، فإن عمر رضي الله علنه لم يؤاخذه بفعلته هذه حينما علم أنه لم يعرف بالحظر الذي أعلنه عمر رضي الله عنه، فطلب عمر رضي الله عنه من ذلك الرجل أن يأخذ بحقه فيقتص من الخليفة تأكيدا وتصريحا من أمير المؤمنين عمر بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وعِلْم أو افتراض عِلْم سابق لذلك النص .

رابعا : القواعد الفقهية التى تتضمن معنى مبدأ الشرعية :

ترجم فقهاء الإسلام المعنى العام للآيات القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة الدالة على مبدأ الشرعية حيث صاغوا ذلك المعنى بقواعد فقهية عامة زادته تقريرا وتأكيدا ووضوحا . إلا أن هذه القواعد لم تكن تختص بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية فحسب بل إنها عامة فى كل أوامر ونواهى الشرع مما يتعلق بأمور المعاملات من مدنية وجنائية وكذا ما يتعلق بالأشياء العينية ، فالمسائل الجنائية إذن داخلة ضمن هذا الإطار .

إذن فالفقهاء لم يوردوا صياغة خاصة بمبدأ الشرعية الجنائية بل أدخلوه مع غيره ، وهذا ناتج عن طبيعة التشريع الإسلامى الذى يقضى بأن يكون مصدره وحْيَ السماء فى كل ما من شأنه تنظيم حياة البشر .

وسنذكر بعض القواعد الفقهية التى جاءت بمعنى مبدأ الشرعية على النحو التالى :

١ - لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع (١) :

---

(١) الأحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن على بن أبى على الآمدى طبعة ١٤٠٠ هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان جـ ١ ص ١٣٠ وروضة الناظر وجنة المناظر المرجع السابق ص ٢١ و ٢٢ وارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول محمد بن على الشوكانى وبهامشه شرح الشيخ أحمد بن قاسم العبادى على شرح الامام جلال الدين المحلى على الورقات فى الأصول لامام الحرمين عبد الملك الجوينى . طبع بإدارة الطباعة المنيرية بمصر بدون تاريخ ص ٦ - ٨ . والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١١٥ .

دلت هذه القاعدة على أن فعل الشخص المكلف لا يدخل تحت مسمى الحكم الشرعى قبل مجيء الشرع به ونصه عليه فلا يوصف بأنه حرام كما لا يوصف بأنه حلال ، وأيضا لا يوصف فاعله بالمخطىء ولا بالمصيب فقد فعل شيئا مباحا له فعله و تركه أى أنه مخير بين الفعل والترك .

وإذا طبقنا هذه القاعدة فى المجال الجنائى فإنها تعنى أن فعل الشخص المكلف لا يمكن اعتباره جريمةً مادام لم يرِد نص صريح يقضى بذلك بل يعتبر مباحا وغير معاقب عليه فله فعله وله تركه حتى يرد النهي عنه أو الأمر به . فاذا ورد النهى عنه أو الأمر به لزم الامتثال فتحوّل من الاباحة الى الحظر أو من الجواز الى الوجوب ومن كونه غير معاقب عليه الى معاقبة مرتكبه أو مخالفه .

٢ - " الأصل فى الأشياء[والأفعال] الإباحة" (١) :

وهذه القاعدة أيضا تدل هى الأخرى على أن كل فعل أو ترك أو شىء عينى يعتبر مباحا بناء على الإباحة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٦٠ والأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق السابق ص ٦٦ . وروضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامه المرجع السابق ص ٢٢ والتشريع الجنائى الاسلامى لعبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١١٥ و ١١٦ وعلم اصول الفقه لعبد الوهاب خلاف المرجع السابق ص ١٢٨ .

الأصلية فلا لوم على من أتى فعلا لم يرد طلب بالكف عنه ولا لوم كذلك على من ترك فعلا لم يرد طلب بفعله أى أنه مخيّر بين الفعل والترك حتى يرد نص بأحدهما .

وإذا طبقنا هذه القاعدة أيضا فى المجال الجنائى فانها كسابقتها تؤكد على عدم جواز العقوبة على أى فعل صدر من فاعله قبل ثبوت النص بتجريمه والمنع منه ، وأن العقاب لا يجوز إلا فى حق من فعل فعلا قد ورد النص بتجريمه والعقاب عليه ، أى أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

٣ - " لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف أهلا لما كلف به ، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله(١) " :

تبين هذه القاعدة الشروط الواجب توافرها فى كلٍّ من المكَلِّف والمكلَّف به والتى من ضمنها شرْطُ كونِ الحكم التكليفيِّ معلوماً لدى المكلَّف عِلْما تامّا يتمكن معه من الامتثال لأمر الشارع .

ومفاد هذا الشرط أن المكلف إذا لم يَعْلَم بالحكم أو ليس بامكانه العلم به فلا لوم عليه فيما فعل أو ترك حتى يصله العلم بالنص المحرم للفعل .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١١٦ وعلم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف المرجع السابق ص ١٤٥ و ١٤٧ و ١٥٢ و ١٥٤ .

وإذا طبقنا هذه القاعدة فى المجال الجنائى فإنها تعنى منعَ العقوبة على شتى صور السلوك الإنسانى الذى لم يرد نص بتجريمه أو ليس بمقدور المكلف العلم بذلك التجريم ، إذ لا يعتبر الفعل جريمة قبل ذلك ، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

هذه هى أهم القواعد الفقهية التى تنص على مبدأ الشرعية وتدل عليه صراحة،وهناك قواعد فقهية أخرى تدل على المبدأ دلالة ضمنية ومن تلك القواعد الفقهية : قاعدة " الأصل العدم (١) " وقاعدة " الأصل بقاء ما كان على ما كان (٢)" فالأصل هنا هو عدم الدليل المحرِّم فلا يثبت التحريم إلا بدليل ثابت .

ومن تلك القواعد قاعدة :" اليقين لا يزول بالشك (٣)" وقاعدة " من شك هل فعل شيئا أم لا فالأصل أنه لم يفعل (٤)" فالأصل المتيقَّن هو عدم التكليف وعدم التحريم وأما التكليف بالتحريم فمشكوك فيه فلا ينهض دليلا على الحرمة .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٦٢ والأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٥٧ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٥١ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٥٦ والأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٥٠ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٥٩ والأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٥٥ .

ومن تلك القواعد أيضا : قاعدة " الأصل بـــــراءة الذمة (١) " فإذا كان أصل الانسان البراءة فلا يحاسب على شيء إلا بدليل يُثبت تلبُّسه بفعل مّا وأن هذا الفعل ممـــا ثبت تجريمه والعقاب عليه وإلا اعتُبر بريئا .

فهذه القواعد الأخيرة وهى وإن لم تكن نصا فـــــى الدلالة على مبدأ الشرعية فانها تدل عليه دلالة ضمنية .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٥٩ والأشبـــاه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٥٣ .

خامسا : " دليل الاستصحاب ومبدأ الشرعية ":

كلمة استصحاب استفعال من الصحبة وهى الملازمة فهو إذن طلب الصحبة والملازمة،والمقصود به هنا : استصحاب حال الأصل عند عدم الدليل المخالف لذلك الأصل . ويُعرَّف الاستصحاب بأنه : " الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يُظن عدمه " (١) كما عرَّفه بعضهم بأنه " الحكم بثبوت أمر فى الزمان الثانى بناء على أنه كان ثابتا فى الزمان الأول (٢) " وعرَّفه بعضهم بأنه " الحكم على الشيء بالحال التى كان عليها من قَبْل حتى يقوم دليل تغير تلك الحال (٣) " .

وينقسم الاستصحاب إلى أربعة (٤) أقسام نجملها كما يلى :

---

(١) التقرير والتحبير شرح ابن أمير الحاج على تحرير الكمال بن الهمام فى علم الأصول وبهامشه نهاية السول للأسنوى شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوى . الطبعة الأولى ١٣١٧ هـ بالمطبعة الأميرية ببولاق بمصر جـ ٣ ص ٢٩٠ .

(٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزودى للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى طبعة عام ١٣٩٤ هـ دار الكتاب العربى بيروت - لبنان جـ ٣ ص ٣٧٧ .

(٣) علم أصول الفقه عبد الوهاب خلاف المرجع السابق ص ١٠٠ .

(٤) وقد اختلف العلماء فى تعداد أقسامه فقد عدها ابن القيم ثلاثة حيث لم يذكر استصحاب العموم والنص ، إعلام الموقعين لابن القيم المرجع السابق جـ ١ ص ٣٣٩ . كما جعلها الشوكانى خمسة فزاد استصحاب الحكم العقلى عند المعتزلة حيث أن - العقل عندهم يحكم فى بعض الأشياء حِلاً وحرمة ثم ذكر أنه لا خلاف بين أهل السنة فى بطلان هذا القسم ،إرشاد الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ٢٠٨ و ٢٠٩ . وعدها محمد مصطفى شلبى أربعة ولكنه أسقط استصحاب العموم والنص،واستصحاب الإجماع فى محل الخلاف ثم شطر القسمين الباقيين إلى أربعة ، أصول الفقه الاسلامى محمد مصطفى شلبى الطبعة الثانية ٩٨ هـ دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت جـ ١ ص ٣٣٩ - ٣٤١ .

١ - استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلى :

أى بقاء الشىء مباحا أو لا حكم له حتى يقوم الدليل العكسى ، فتبقى ذمة المنكر خالية حتى يتم الإثبات بانشغالها ويبقى الشىء حلالا حتى تثبت حرمته كما يبقى الفعل جائز الفعل والترك حتى يقوم الدليل على واحد منهما .

٢ - استصحاب العموم إلى أن يرد دليل التخصيص واستصحاب النص إلى أن يرد دليل نسخه :

مثال ذلك استصحاب العموم المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم : " إنا معشر الأنبياء لا نورث (١) " الى أن يرد دليلُ تخصيصه . وكاستصحاب وجوب الزكاة للزرع المستفاد من قوله تعالى : " وآتوا حقه يوم حصاده (٢) " إلى أن يرد دليل النسخ .

٣ - استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه كاستصحاب الملك إذا وُجد ما يقتضيه وهو العقد وكاستصحاب شغل الذمة عند الإتلاف أو الالتزام .

٤ - استصحاب الإجماع فى محل الخلاف كالقول بصحة صلاة المتيمم إذا رأى الماء أثناء الصلاة استصحابا لحكم الاجماع الذى انعقد على صحة الصلاة ودوامها بالتيمم عند فقد الماء حيث لم يقم دليل أقوى منه

---

(١) مسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٢ ص ٤٦٣ .
(٢) سورة الأنعام الآية : ١٤١ .

يدل على أن رؤية الماء أثناء الصلاة تُعَدُّنا قضاءً لها إذ ذلك مختلف فيه فلا ينهض على معارضة الإجماع (١) .

والذى يعنينا من هذه الأقسام الأربعة هو القسم الأول منها وهو استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلى حيث أنه يعنى الأخذَ بالحالة الأصلية للأشياء وهى الإباحة عند عدم الدليل . فكل شيء وكل فعل لم يرد فيه دليل شرعى فهو مباح ويجوز فعله وتركه ولا لوم على فاعله أو تاركه .

وعلى هذا فيعتبر الاستصحاب هو الدليل الشرعى الذى يلجأ اليه المجتهد لمعرفة الحكم إذا أضناه الدليل ، فاذا سُئل عن حكم شيءٍ عَيْني أو عقد أو تصرُّف ولم يجد نصا لا من كتاب الله ولا من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ولا دليلا شرعيا آخر (٢) يدل على حكمه فإنه يحكم بإباحة هذه الأمور

---

(١) المستصفى من علم الأصول للإمام أبى حامد محمد الغزالى الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر جـ ١ ص ١٢٧ و ١٢٨ . وروضة الناظر لابن قدامه المرجع السابق ص ٧٩ و ٨٠ واعلام الموقعين لابن القيم المرجع السابق جـ ١ ص ٣٣٩ وإرشاد الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ٢٠٨ و ٢٠٩ ، وقد قال الإمام الغزالى عن الاستدلال بهذه الاقسام :" يطلق الاستصحاب على أربعة أوجه يصح ثلاثة منها " فذكر الثلاثة الأول ثم قال : " الرابع استصحاب الإجماع فى محل الخلاف وهو غير صحيح " ثم ذكر الأدلة على ذلك جـ ١ ص ١٢٨ .

(٢) كالإجماع والقياس .

فيكون العينيُّ حلالاً والعقدُ جائزاً والتصرُّفُ شرعياً لا عقوبة على مرتكبه أو مخالفه .

قال بن تيمية (١) : " أجمع المسلمون وعلم بالاضطرار من دين الاسلام : أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفى إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة إذا كان من أهل ذلك . فإنَّ جميع ما أوجبه الله ورسوله وحرمه الله ورسوله مغيِّرٌ لهذا الاستصحاب فلا يوثق به إلا بعد النظر فى أدلة الشرع لمن هو أهل لذلك اهـ (٢) " .

والاستصحاب بهذا المعنى ـ أعنى استصحاب البراءة الأصلية ـ يكاد يكون محل إجماع العلماء، حيث قال به عامة الفقهاء، فقد أخذ به أهل الظاهر وتوسعوا به أكثر من غيرهم لعدم أخذهم بالقياس فما لم يجدوا فيه نصاً ولا إجماعا أخذوا فيه بالاستصحاب .

---

(١) هو أبو العباس تقى الدين شيخ الاسلام أحمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام النميرى الحرانى الدمشقى ولد فى حران ثم رحل مع أبيه إلى دمشق فنبغ فيها ورحل إلى مصر فوشى به الحاسدون فسُجن فيها ثم أطلق ثم سُجن فى دمشق مرات ومات معتقلا سنة ٧٢٨هـ فخرجت دمشق فى جنازته . كان عالما مجتهدا وداعية قديرا جمع من العلوم فأوعى برع فى الفقه والحديث والتفسير وغيرها وله مؤلفات كثيرة جدا تقرب من ثلاثمائة مجلد طُبع الكثير منها . الإعلام خير الدين الزركلى المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٤ .

(٢) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ٢٤ ص ١٦٦ .

كما أخذ به الحنابلة والشافعية والمالكية وأكثر الحنفية (١) .

وأما ما أُثر عن كافة علماء الحنفية من إنكارهم للاستصحاب فليس المقصود بذلك استصحاب البراءة الأصلية، بل المقصود بالاستصحاب الذى دار الجدل حوله بين علماء الأحناف من جهة وبين بقية الفقهاء من جهة أخرى إنما هو: ما إذا ثبت الحكم بدليل سابق وظُن عدم انتفائه ،فتستصحب الحال ببقاء ذلك الدليل وعدم نسخه ، فهذا هو الذى دار الجدل حوله وتشعبت فيه الآراء (٢) . وأيضا فان بعض من

---

(١) الإحكام فى أصول الاحكام لابن حزم المرجع السابق جـ ٥ ص ٢ - ٦ وإعلام الموقعين لابن القيم المرجع السابق جـ ١ص٣٣٧ وفتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ٢٣ ص ١٦ التقريروالتحبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٩٠ والجريمةللإمام محمد أبى زهرة ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربى بدون تاريخ ص ٢٥٤ وأصول الفقه الاسلامى محمد شلبى المرجع السابق ص ٣٤٠ وأصول الفقه الاسلامى د /بدران أبوالعنين بدران نشر موءسسة شباب الجامعة الاسكندرية بدون تاريخ ص ٢١٨ - ٢٢٤ .

(٢) كثير من كتب الحنفية تحصر النزاع فى هذا النوع . انظر مثلا التقرير والتحبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ٣ص ٢٩٠ حيث نص على محور الخلاف ، وكشف الأسرار عن أصول البزودى المرجع السابق جـ ٣ ص ٣٧٧ ومابعدها ، والأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٧٣ وأصول السرخسى لأبى بكر محمد بن أحمد السرخسى تحقيق أبى الوفاء الأفغانى طبعة ١٣٧٢هـ بمطابع دار الكتاب العربى جـ ٢ ص ٢٢٣ ومابعدها .

يمنع الاستصحاب يقول باستصحاب البراءة الأصلية ولكنه لا يسميه استصحابا (١) .

وإذا طبقنا الاستصحاب بالمعنى السابق على أحكام التشريع الجنائى الإسلامى كما طبقه الفقهاء السابقون فإنه يتعين منع الحظر لشتى صور السلوك الإنسانى والعقاب عليها مهما كان نوعها ومهما كان حجمها حتى يدل الدليل الناهض بتحريمها والعقاب عليها ، أما إذا لم يوجد الدليل المانع فلا تحريم ولا عقاب .

فاذا فعل شخص ما فعلا لا يدخل فى الجرائم المنصوص عليها ولم يكن ولىُّ أمر المسلمين قد نهى عنه فى السابق لمصلحة ظاهرة فإن هذا الفعل لا يعد جريمة ولا يعاقب عليه بل هو مباح وصاحبه غير مذنب بناء على استصحاب حال الإباحة الأصلية . فمثلا لو غالى شخص بالأسعار فى بيعه مستغلا ندرة سلعته فى السوق فإنه لا يعاقب على هذا العمل ما دام ولى الأمر لم يحدد الأسعار وينه عن الزيادة عليها ، إذ أن هذا الفعل قبل تحديد الأسعار يعتبر مباحا بناء على استصحاب الاباحة الأصلية (٢) .

---

(١) صرح بعدم تسمية ذلك استصحابا شمس الأئمة السرخسى فى أصوله المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٢٥ وانظر مثلا التقرير والتحبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٩١ وأصول الفقه الاسلامى محمد شلبى المرجع السابق ص ٣٤٠ .

(٢) علما بأن هذا الشخص وإن لم يؤاخذ فى الدنيا قضاءً فإنه سيحاسب عليه فى الاخرة دِيناً ، الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٢٥٦ .

المبحث الثاني

الرأى القائل بعدم أخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ الشرعية والرد عليه

الـــرأى القائـل بعـدم أخذ الشريعةالاسلامية بمبـدأ الشرعية والرد عليـــه

إن العلماء الأوائل رحمهم الله تعالى لم يبحثوا مبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية مستقلا ـ كما هى الحال فى بحوث الكتـــاب الاسلاميين المحدثين ـ بل بحثوه فى مباحث تشمل كافة أحكام الشـرع الشريف من مدنية وجنائية واجتماعية وأشياء عينية كما مر معنا ، حيـث صاغوه بقواعد فقهية ومباحث أصولية عامة تفيد أن الأصل فى الأشيـاء والأفعال هو الإباحة فلا تحريم إلا بدليل شرعى .

ولهذا سوف نعرض لآراء الفقهاء الأوائل والمحدثين كلاً على حده لاختلاف طريقة العرض التى اتبعها كل منهم،حيث سنفرد لذلك مطلبين اثنين ، يكون المطلب الأول فى مبدأ الشرعية فى نظر الفقهاء الأوائل،ويكون المطلب الثاني في مبدأ الشرعية فى نظر العلمـــاء المحدثين .

المطلب الأول

مبدأ الشرعية فى نظر الفقهاء الأوائل :

إذا كان العلماء الأوائل رحمهم الله تعالى قد بحثوا مبدأ الشرعية ضمن قواعد فقهية ومباحث أصولية تفيد الإباحة الأصلية أو البراءة الأصلية فإنه لابد - لاستجلاء آرائهم فى مبدأ الشرعية - من بحث آرائهم فى القول بهذا الأصل أو عدمه فنقول :

لقد اختلف العلماء الأفاضل فى الحكم على الأشياء والأفعال قبل ورود النص بها على ثلاثة آراء تنحصر فى رأيين عند التحقيق :

١ - فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأصل فى الأشياء والأفعال هو الاباحة ذهب إلى ذلك الحنابلة والشافعية والمالكية وأكثر الجنفية وقد استدلوا بأدلة كثيرة مستفيضة نذكرها بعد عرض الرأيين الآخرين (١) .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٦٦ والأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٦٠ وفتاوى ابن تيميه المرجع السابق جـ ٢١ ص ٥٣٤ - ٥٣٩ وجـ ٢٩ ص ١٦ و ١٧ وروضة الناظر لابن قدامة المرجع السابق ص ٢٢ وحاشية بن عابدين المرجع السابق جـ ١ ص ١٠٥ ونهاية السول لجمال الدين الأسنوى فى شرح منهاج الوصول الى علم الاصول للقاضى البيضاوى وهو مطبوع فى حاشية التقرير والتجبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ١ ص ٩٦ وجـ ٣ ص ١١٩ وإرشاد الفحول الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ٢٥١ والتشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١١٥ و ١١٦ والحكم التخييرى أو نظرية الإباحة عند الأصوليين د / محمد سلام مدكور الطبعة الثانية ١٩٦٥م دار النهضة العربية ص ٥٠٤ .

٢ - وذهب بعض الحنفية وبعض المعتزلة إلى القول بأن الأصل هو الحظر وغاية ما استدل به هؤلاء قولهم : إن التصرف فى ملك الغير بدون إذنه قبيح ، والله تعالى هو المالك لهذه الأشياء والأفعال ولم يأذن فلا تحل (١) .

٣ - كما ذهب أهل الظاهر والأشاعرة وبعض المعتزلة إلى القول : بأنه لا حكم لهذه الأشياء والأفعال وأنها على التوقيف حتى يرِدَ السمع بها (٢) . واحتج هؤلاء بقولهم : إن الإباحة حكم شرعى ولا يُعرَف الحكم إلا بخطاب ولا خطاب قبل ورود

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٦٦ وروضة الناظر المرجع السابق ص ٢٢ والأشباه والنظائر للسيوطى المرجع السابق ص ٦٠ وحاشية ابن عابدين المرجع السابق جـ ١ ص ١٠٥ .

(٢) ارشاد الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ٢٥١ والأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم المرجع السابق جـ ١ ص ٥٢ و ٦٠ والأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٦٦ وقد ذكر كلٌّ من الغزالى فى المستصفى جـ ١ ص ٤٠ والآمدى فى الإحكام جـ ١ ص ١٣٠ الخلافَ ولكنه فيما قبل ورود الشرع وهذا ما لا مجال له هنا حيث أننا نبحث الإباحة فى الشريعة الاسلامية . مع ملاحظة أن الأدلة التى أوردها الغزالى فى نفي الاباحة تتجه دليلا لما قبل الشرع ولما بعده إذا لم يرد نص .

السمع فلا حكم (١) . كما احتجوا بقوله تعالى :

" ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكـــذب
هذا حلال وهذا حرام لتفتروا علـــى
الله الكذب (٢) " .

وقوله تعالى :

" قل أرأيتم ما أنزل الله لكم مـــن رزق
فجعلتم منه حراما وحلالا قل آ للـــه
أذن لكم أم على الله تفترون (٣)" .

فقالوا إن هذه الأدلة تمنع الحكم بالحلّ أو الحرمة بـــدون دليل (٤) .

---

(١) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ١ ص ٤٠ والتشريـــع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ هامش ص ١١٦ .

(٢) سورة النحل الآية : ١١٦ .

(٣) سورة يونس الآية : ٥٩ .

(٤) وهناك رأى رابع يُفصّل بين الأصل فى النافع والأصل فى الضار فالنافع:الأصل فيه الإباحة مستدلين بالأدلة التى استـــدل بها الجمهور والتى ستأتى ، والضار:الأصل فيه الحظـــــر مستدلين بحديث : " لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام " شـــرح الأسنوى على منهاج البيضاوى والمطبوع فى حاشية التقريـــر والتحبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ٣ ص ١١٩- ١٢١ ولكنّ هذا الرأى فى الحقيقة تجده يرجع إلى الرأى الأول ذلك أن تحريم الضار ليس مفهوما من الأصل وإنما من الدليل الشرعى الذى دل عليه .

وبمناقشة هذه الآراء نجد أن الرأى الأخير القائل بنفى الحكم يتفق مع رأى الجمهور القائل بالإباحة حيث يتفق معه على أن **مالم يرد فيه** نص يجوز فعله وتركه وإن اختلفوا معهم فى هل يقال : إنه مباح أو لا حكم له ، فهذا راجع إلى مفهوم المباح وتعريفه عند كلٍّ من الفريقين حيث قال أصحاب الرأى الأول هو ما جاز فعله وتركه (١)،وقال الآخرون هو ما ورد به خطاب الشارع بالتخيير فيه ـ وبالنسبة لموضوعنا هنا ـ أعنى مبدأ الشرعية ـ فان الأمرَيْنِ سِيَّان إذ المهم هل هذه الافعال والاشياء يجوز فعلها وتركها ؟ الجواب عند الجميع نعم ! (٢) .

ومع هذا فلا مانع من الإجابة عن أدلة هؤلاء أعنى نفاة الحكم على الاشياء والافعال قبل ورود النص حيث نقول :

إذا سلمنا بأن الإباحة تستلزم خطابا فانه قد ورد الخطاب دالاً على الإباحة على العموم كقوله تعالى :

"هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا " (٣)

---

(١) بعض من قال بأن الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة لا يؤيد هذا التعريف للمباح بل يأخذ بالتعريف الآخر ولكنهم قالوا بالإباحة الأصلية أخذاً بالأدلة العامة الدالة على ذلك كقوله تعالى : " خلق لكم ما فى الأرض جميعا" وغيرها مما سيأتى، روضة الناظر لابن قدامه المرجع السابق ص ٢٢ .

(٢) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ١ ص ٤١ والأحكام فى أصول الأحكام للآمدى المرجع السابق جـ ١ ص ٣٣ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ هامش ص ١١٦ .

(٣) سورة البقرة الآية : ٢٩ .

وقوله تعالى :

" قل لا أجد فيما أوحي إليَّ محرما على طاعـــم
يطعمه الا أن يكون ميتة (١) . . الآية " .

وغيرهما مما استدل به القائلون بالاباحة كما سيأتى .

كذا يقال فى الجواب عن الآيتين اللتين استدلوا بهما مـــن أن خطاب الشارع دل على الإباحة عن طريق أدلة العموم (٢) .

وبهذا تنحصر دائرة الخلاف فى شقين هما الحظر والإباحـــة وقد سبق أن ذكرنا أدلة القائلين بالحظر أما أدلةالقائلين بالإباحـة فقد كنا أرجأناها لما بعد عرض الآراء نظرا لاطرادها ولما يتطلبـــه الاطراد من تفصيل وتحليل دقيقين : وهى أدلة مستفيضة عقليـــة ونقلية :

أولا : الأدلة العقلية :

يقولون إن الله تعالى خلق هذه الأشياء وقدَّر هذه الأفعال وجعل للانسان فيها المنفعة وربما اضطر إليهـــا ، والله جواد كريم لايمنع عباده من الانتفاع بها ، بل إنـــه سبحانه ينهاهم فقط عما يضرهم مما دل عليه الدليل أما مافيه منفعة أو مالا منفعة فيه ولا ضرر فإنهم مخيرون فيه بين الفعـل والترك (٣) .

---

(١) سورة الأنعام الآية : ١٤٥ .

(٢) روضة الناظر لابن قدامه المرجع السابق ص ٢٢ .

(٣) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ٢١ ص ٥٤٠ وروضة الناظر لابن قدامه المرجع السابق ص ٢٢ ونظرية الإباحة د / محمد سلام مدكور المرجع السابق ص ٥٠٥ .

قال ابن تيمية " إن هذه الأشياء (والأفعال) إما أن يكون لها حكم أولا يكون ، والأول صواب ، والثانى باطل بالاتفاق . وإذا كان لها حكم فالوجوب والكراهة والاستحباب معلومة البطلان بالكلية ، لم يبق إلا الحل . والحرمةُ **باطلة** لانتفاء دليلها نصا واستنباطا ، لم يبق إلا الحل وهو المطلوب (١) " .

ثانيا : الأدلة النقلية :

وأما الأدلة النقلية فقد استدلوا بالكتاب والسنة وإجماع الأمة :

أ - فمن أدلة الكتاب الكريم قوله تعالى :

" هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا" (٢)

وقوله تعالى :

" وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه
وقد فصّل لكم ما حرم عليكم " (٣) .

فذكر تعالى أنه بين المحرمات فيكون ما سواها حلالا .

وقوله تعالى :

" قل لا أجد فيما أوحى إلى محرَّما على
طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما
مسفوحا أو لحم خنزير (٤) . . . الآية " .

---

(١) فتاوى بن تيمية المرجع السابق جـ ٢١ ص ٥٤٠ و ٥٤١ .
(٢) سورة البقرة الآية : ٢٩ .
(٣) سورة الأنعام الآية : ١١٩ .
(٤) سورة الأنعام الآية : ١٤٥ .

وهذه الآية وإن لم تحصر المحرمات فإنها تدل على أن المحرَّم لا يكون إلا بالوحي . وقوله تعالى :

" قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم(١)".

فذكر تعالى أنه سوف يملى عليهم على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ما حرّم فقط وما عدا ذلك فليس بحرام بل حلال .

ب - ومن أدلة السنة ما جاء فى الحديث الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

" ان أعظم المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يحرَّم فحرِّم من أجل مسألته (٢) " .

جـ - وأما دليل الإجماع فقد حكاه ابن تيمية رحمه الله تعالى ولم يجزم به قال :" لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين : فى أن ما لم يجىء دليل بتحريمه فهو مطلق غير محجور ، وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم فى أصول الفقه وفروعه ، وأحسب بعضهم ذكر فى ذلك الاجماع يقينا أو ظنّا كاليقين " (٣) .

---

(١) سورة الأنعام الآية : ١٥١ .

(٢) صحيح البخارى المرجع السابق وهذا لفظه جـ ٨ ص ١٤٢ ، ومسند أحمد المرجع السابق جـ ١ ص١٧٦ و ١٧٩ .

(٣) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ٢١ ص ٥٣٨ .

هذا وباستعراض أدلة كلٍّ من الفريق القائل بالاباحة الأصلية والفريق القائل بالحظر فانه لا مقارنة بينهما لا من حيث الكثرة ولا من حيث الصحة والقوة ، إذ ليس مع أصحاب الحظر أقوى من قولهم : ان التصرف فى ملك الغير قبيح وهذه الأشياء و الأفعال ملك لله ولم يأذن بها فلا تحل ويُرَدُّ عليهم بأن هذا غير سليم فلا يسلَّم به لأن قبح التصرف فى ملك الغير إنما عُلِم بتحريم الشارع له وإلا لم يكن كذلك ، فلا يصلح دليلا ، ثم لو حكم فيه العقل لاقتصر القبح على التصرف فى ملك من يتضرر بذلك فلا يصلح دليلا عاما لكل التصرفات (١) . وبهذا تبقى أدلة الرأى القائل بالإباحة الأصلية واضحة لا غموض فيها دالة وموءكدة على أن الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة .

وبهذا أيضا نخلص إلى معرفة وتحديد رأى الفقهاء الأوائل بالنسبة لمبدأ الشرعية الجنائية فاذا كانوا يقولون بأن الأصل فى الأشياء والأفعال هو الإباحة فإن الأفعال الجنائية جزء لا يتجزأ من تلك الأشياء والأفعال . وبناء على ذلك فهم جميعا يذهبون إلى القول بأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية إلا النزر اليسير ممّن أجبنا عن أدلتهم فرددنا قولهم ، فيبقى الرأى الحق بأنه لا جريمة ولا عقوبة فى الشريعة الاسلامية الغراء إلا بنص سابق .

---

(١) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ١ ص ٤١ و٤٢ وروضة الناظر لابن قدامه المرجع السابق ص ٢٢ والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم المرجع السابق جـ ١ ص ٥٢ .

المطلب الثانى

مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية
فى رأى الكتّاب الإسلاميين المحدَثين

سبقت الاشارة الى أن العلماء المحدَثين يختلفون فى طريقة بحثهم لمبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية عن الطريقة التى اتبعها الأوائل فبينما نجد العلماء الأوائل تطرقوا إليه فى مباحث تشمل كافة أحكام الشرع الشريف كما مر - نجد أن العلماء المحدثين والمعاصرين تناولوه ببحوث مستقلة ، أو عناوينَ خاصة به عند بحثهم للتشريع الجنائى الإسلامى مشيرين إلى أصله فى الشرع وموضحين اختلاف تطبيق المبدأ فى الاسلام عنه فى الغرب .

وباستقراء وتتبع البحوث والدراسات التى ألفها العلماء المحدثون والمعاصرون (١) حول مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية يتضح من خلاله

---

(١) راجع فى ذلك مثلا : التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عوده المرجع السابق جـ ١ ص ١١٥ -١٦٣ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٨٨-٢٠٠ والعقوبة لأبى زهرة أيضا المرجع السابق ص ٩٥ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى المرجع السابق ص ١٦٧ - ١٧٠ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ٤١١ - ٥١٥ والعقوبة أحمد بهنسى المرجع السابق ص ٣٢ - ٤٧ فى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٥٢ - ٦٠ ونظرية الإباحة عند الأصوليين د / محمد مدكور المرجع السابق ص ٥٠ و١٥ ومبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن د / محمد العوا المرجع السابق ص ٢٧ - ٤٢ والتقارير المقدمة إلى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية " المشاكل المعاصرة للتجريم والعقاب المنعقدة من ٨ - ٩ يونيو ١٩٧٦م من كل من الدكتورعبد الأحد جمال الدين ود / سلوى بكير ود / احمد فتحى بهنسى وقد نشرت هذه البحوث فى المجلة الجنائية القومية العددين الأول والثانى مارس / يوليو ١٩٧٦م المجلد ١٩ .

أن أخذ الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ يكاد يكون مجمعا عليه بين كافة الباحثين من محدثين ومعاصرين (١) لولا ما شذ به أحدهم فأنكر أن الشريعة الاسلامية تأخذ بالمبدأ مطلقا ، كما أن هناك رأيا آخر يقول بأن الشريعة الاسلامية تقر المبدأ بصورة جزئية فقط . وسنعرض لكل من الرأيين المخالفين بتوضيح الاعتراضات التى اعتمدا عليها ثم مناقشتها :

فقد أورد صاحب (٢) الرأى الأول الذى ينفى أخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص مطلقاً ثلاثةَ اعتراضات على إمكان تطبيق المبدأ فى الشريعة :

١ - قال : إن الضوابط التى تحكم التشريع الجنائى الغربى الذى يطبق قاعدة : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تختلف عنها فى التشريع الجنائى الاسلامى ذلك أن النظام الغربى يستمد مشروعيته من النصوص التى يصدرها المشرع . وهذا المشرع قد أُعطِي سلطة مطلقة فى التشريع كيفما شاء فمتى ما وضع نصا فانها تثبت شرعية ذلك النص .

---

(١) وممن أكد هذا الاجماع الدكتور محمد سليم العوا فى كتابه فى أصول النظام الجنائى الاسلامى ص ٥٣ وبحثه فى مجلة كلية التربية بجامعة الملك سعود فى العدد الدورى لعام ١٣٩٧ هـ تحت عنوان " أساسيات فى التشريع الجنائى الاسلامى " هامش ص ٤٧ .

(٢) هو الدكتور مصطفى كمال وصفى المستشار بمجلس الدولة المصرية فى تقريره " الشرعية بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائى والمقدم الى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية المرجع السابق ص ١٦١ - ١٦٦ من المجلة .

أما الشرع الاسلامى فيختلف عن هذا تماما إذ أنه يعتمد فى تشريع أحكامه على أساس العدل . ومن ثم فلا مجال لتطبيق قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص كى لا يحول جمود النص دون توخّى العدل (١) .

٢ - ثم قال : " ولأن ذلك - يقصد تطبيق المبدأ - يؤدى الى الافتئات على نصوص الشارع بنصوص وضعية تفوق نصوصه الشرعية (٢) .

٣ - كما ذكر أن التعزير " يقوم مقام العقاب بلا نص" (٢) .

وأما صاحب (٣) الرأى الثانى الذى يرى بأن الشريعة الاسلامية تقر المبدأ بصورة جزئية : فقد ذكر أن الشريعة الاسلامية تأخذ بالمبدأ فى جرائم الحدود والقصاص والدية والتى قُرِّرت بنصوص محددة من القرآن أو السنة .

ثم قال فى شأن جرائم التعزير : " فى هذه الفئة من الجرائم لا قيامه لمبدأ المشروعية إلا اذا عمد ولى الأمر الى إعلام المكلفين سلفا بما يعتبر جريمة وبالعقوبة المقررة لكل جريمة ، وبهذا يكون قد

---

(١) كما قارن ذلك أيضا بالنظام الاشتراكى الذى لا يعتمد أساسا على النص ولا على العدل المطلق وانما على الخضوع للمذهبية الاشتراكية واخضاع الأفراد لها فعلى المشرع أن يترسم خطاها ويلغى كل ماينافيها مهما كان ضارا بالأفراد . والأصل فى هذا النظام أن لا يأخذ بالقاعدة وأما كون الدول الشيوعية قد أخذت بها مؤخرا فذلك من التنازلات التى رضخت لها الدول الشيوعية .

(٢) تقرير الدكتور مصطفى كمال وصفى المرجع السابق ص ١٦٦ .

(٣) هو الاستاذ الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفى فى كتابه القاعده الجنائية المرجع السابق ص ٢٩٧ .

امتثل لقوله تعالى (١) :

" وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" (٢)

وهنا فما مدى صحة هذه الاعتراضات التى مرت ؟ وهل تسلم لقائليها ؟ سيتضح ذلك من العرض التالى :

أ - مناقشة اعتراضات الرأى القائل بعدم أخذ الشريعة بمبدأ الشرعية مطلقا :

١ - لا غبار على القول باختلاف المذهبية الإسلامية عن المذهبية الغربية التى تطبق المبدأ فذلك لا جدال فيه ، أما كون اعتبار هذا الاختلاف سببا فى عدم إخضاع التشريع الجنائى الإسلامى لمبدأ الشرعية مطلقا فهذا ما لا يصح ! وإنما الذى يصح : هو أن يكون الإختلاف فى المذهبية سببا فى الاختلاف فى كيفية تطبيق المبدأ فى الشريعة الإسلامية عنه فى التشريع الغربى وهذا ما حصل فعلا ، وما أكده رجال الفكر الجنائى الاسلامى . كما أن هذا الاختلاف فى كيفية التطبيق هو الذى جعل الشريعة تفوق الفكر الغربى الذى وقف أمام جمود النص دون حراك على نحو ما سيأتى .

---

(١) سورة الاسراء الآية : ١٥ .

(٢) القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٢٩٧ .

٢ - قوله : ان الأخذ بمبدأ الشرعية " يؤدى الى الافتئات على نصوص الشارع سبحانه وتعالى بنصوص وضعية تفوق نصوصه الشرعية " .

إن هناك فرقا كبيرا بين القول بأخذ الشريعة الإسلامية بمبدأ الشرعية وبين القول بطرح النصوص الشرعية والاستغناء عنها بنصوص وضعية . وما ذكره صاحب هذا الرأى ينطبق على الأمر الثانى ! . وإنّ أحدا من العلماء المسلمين لم يقل بأن تطبيق مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية يعنى طرح النصوص الشرعية الإسلامية والاستغناء عنها بنصوص وضعية ، بل قالوا : يُطَبَّق المبدأ والنصوص الشرعية على ما هى عليه لا تغيَّر . إذ لو قالوا غير ذلك لما قالوا باختلاف التطبيق بين الشريعة الإسلامية والقانون الغربى .

٣ - قوله إن التعزيز يقوم مقام العقاب بلا نص :

أمَّا أن جرائم التعزير محددة ومحصورة ، وموضحة عقوباتها بالتفصيل فهذا ما لم يحصل ولا يتصور أن يحصل فى شريعة كتب لها البقاء والخلود فقد فَصَّلت فقط فيما لا يتغيَّر بتغيُّر الزمان والمكان كالحدود والقصاص والدية وأجملت فيما يتغير بتغير الزمان والمكان كجرائم التعازير .

وأيضا فإن جرائم التعازير قد نُصَّ على الكثير منها سواء كان بنص مباشر أو بنصوص عامة . وقد قررت

العقوبات عليها بشكل عام فليس للقاضى أن يقـــرر جرائم جديدة من غير دليل شرعى فالحكم على فعـل مّا بأنه محرم ومعصية من الأمور التى يوقف فيها عند الكتاب والسنة . أما ما يظن كونه جريمة وليس لـــه دليل شرعى فلا تحريم فيه حتى يرى ولاة الأمـــر أن ذلك من مصلحة الأمة فيجرموه ثم يعلنوه للأمة .

كما أنه ليس للقاضى أن يعاقب بعقوبات لم تقرر شرعا فهو مقيد بنصوص الشريعة التى جاءت بأنـواع العقوبات بشكل عام . وليس له إلا الاجتهاد فـــى اختيار الملائم منها حسب الجريمة وظروف الجانى (١) وهذا ما فاقت به الشريعة الاسلامية الفكر الغربـىّ فى تطبيقها لمبدأ تفريد العقاب ملاءمة لظـــروف الجانى والجريمة .

فالشريعة الاسلامية إذن قد أخذت بمبـــدأ الشرعية فى جرائم التعزير ولكن بشكل مرن يختلـف عما هو عليه فى التشريع الغربى كما سيأتى تفصيـل ذلك كله .

ب - مناقشة اعتراض الرأى القائل بأن الشريعة لا تأخذ بمبـــدأ الشرعية إلا فى جرائم الحدود والقصاص والدية دون التعازير :

---

(١) فى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد سليم العـــوا ص ٢٦٩ و ٢٧٠ .

إن هذا الرأى باعتراضه المذكور قريب نوعا مّا من الاعتراض الأخير فى الرأى الأول الذى مر (١) ، إلا أنه يبدو أن صاحبه يريد أن يقول بأن الشريعة الاسلامية تُقرُّ المبدأ فى التعازير لكنّ ولاة الأمر لم يلتزموا به فيحددوا الجرائم مقترنة بعقوباتها بالتفصيل . ويتضح هذا من تأكيده بأنه لا قيامة لمبدأ الشرعية فى جرائم التعزير إلا إذا عمد ولىِ الأمر إلى إعلام المكلفين سلفا بما يعتبر جريمة وبالعقوبة المقررة لكل جريمة ، ثم قال : وبهذا يكون قد امتثل لقوله تعالى :

" وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا (٢) "

فكأنه يقول : بأن مقتضى الآية أَنْ تُحَدَّد الجرائم بأنواعها والعقوبات عليها بالتفصيل وإلا كنا مخالفين للآية الكريمة .

فيتحدد هذا الاعتراض فى نقطتين هما :

الأولى : أنه لا وجود لمبدأ الشرعية فى جرائم التعزير ما لم تحدد هذه الجرائم وعقوباتها بالتفصيل .

الثانية : أن مقتضى الآية أن تحدد الجرائم التعزيرية وعقوباتها بالتفصيل .

١ - أما النقطة الأولى فجوابها كما مر فى الجواب عن الاعتراض الأخير فى الرأى السابق . ونَزِيد هنا :

---

(١) وهو الذى يقول بأن التعزير يقوم مقام العقاب بلا نص .

(٢) سورة الاسراء الآية : ١٥ .

بأن القول بأنه لا وجود لمبدأ الشرعية فى جرائم التعزير إلا بتحديد تلك الجرائم وعقوباتها بالتفصيل إنما يصح إذا كان المبدأ بمعناه الغربى البحت، أما بمعناه الإسلامى والذى وُجد وتبلور قبل أن يفيق الغرب من غفلته فهو موجود ومطبق فى الشريعة بدون ذلك التفصيل .

٢ - وأما النقطة الثانية : فالقول: بأن مقتضى الآية : أن تُحدَّد الجرائم والعقوبات عليها — صحيحٌ ، ولكنَّ ذلك يتم بالطريقة الإسلامية فحسب والتى فَصَّلت فى الحدود والقصاص والدية وأجملت فى التعازير كما مر وسيأتى تفصيل ذلك .

ثم لو دلت الآية الكريمة على أكثر من هذا لَمَا وسع رسولَ الله صلى الله عليه وسلم تركُه ولا الخلفاء من بعده . مع أنه ليس هناك ما يمنع من تفصيل الجرائم والعقوبات التعزيرية ، فترك تفصيلها إنما شرع من أجل المصلحة فاذا كانت المصلحة تقتضى التفصيل ساغ ذلك على نحو ما سيأتى .

بهذا تنتهى مناقشة أدلة كل من الرأيين المعارضين لأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ الشرعية فى المسائل الجنائية ، وبه يتضح أنه لا صحة لتلك الاعتراضات التى تقدما بها وأنه لا مناص لهما من القول بما أطْبَقَ عليه العلماء المحدثون والمعاصرون - سواهما - على القول بأن الشريعة الإسلامية تطبِّق مبدأ الشرعية وتأخذ بنتائجه .

وبهذا أيضا ننتهى إلى خلاصة آراء العلماء المسلمين قاطبة فى مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية حيث ذكرنا فيما سبق آراء العلماء الأوائل فى المبدأ فى معرض مناقشة آرائهم فى الإباحة الأصلية ورأينا أنهم أجمعوا عليه تقريبا سوى النادر منهم ممّن عرضنا لأدلتهم وناقشناها فأجبنا عنها .

وعلى هذا فيكون مبدأُ الشرعية فى المسائل الجنائية محلَّ إجماع الأمة الإسلامية قاطبة سوى قلة قليلة رأت غير ذلك فلها رأيُها وليست لها أدلتها .

الفصـــــل الثانـــــى

تطبيقات مبـدأ الشرعيـة فى الفقـه الجنائـى الاسلامـــــــى

تطبيقات مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامى

انفردت الشريعة الإسلامية السامية فى باب الجرائم وعقوباتها - كما هى كذلك فى كل شئونها - بمنهج لم تُسبق إليه حيث جعلت الجرائم والعقاب عليها موزعة حسب ما تقتضيه مصالح العباد العامة والخاصة . تلك المصالح (١) التى تحرص الشريعة الغراء على حمايتها والحفاظ عليها بما رسمته من الخطى الثابتة التى تفى بها وتؤدي إليها وما وضعته من السياج المنيعة التى تكف الأيدى الظالمة عن العبث أو التساهل بها .

فبقدر ما يحصل المساس بهذه المصالح بقدر ما تنقسم اليه الجرائم فى الاسلام فإذا كانت الجريمة من النوع الذى يؤثر تأثيرا بالغا وخطيرا على أمن الجماعة ونظامها خصوصاً ، وقد يؤثر على الأفراد على نحو مّا فإنها تعتبر من صنف الجرائم الخطيرة التى لا يجوز تركها ولا التساهل بها بل يجب تنفيذ ها مطلقا . وهذه الجرائم قد حد د ها الشرع وحصرها ورتب العقوبة عليها ، فلا تجوز الزيادة فيها ولا النقص منها مطلقاءولا يُنظر فيها الى شخصية الجانى أو ظروفه وهذا النوع من الجرائم يطلق عليه " جرائم الحد ود" .

وإذا كانت الجريمة من النوع الذى يؤثر تأثيرا بالغاوخطيرا على الفرد أولا ثم على الجماعة ثانيا فهى كذلك من صنف الجرائم الخطيرة التى لايجوز تركها ولا التساهل فيها غير أنه لما كان ضررها حاصلا على الفرد أكثر منه على الجماعة فليست لازمة التنفيذ فى كل حال ، إذ يجوز العفو عنها من قبل المجنى عليه أو من يقوم مقامه .

---

(١) المقصود بالمصالح: ما يحقق حفظ الضروريات الخمس من حفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال .

وهذه الجرائم أيضا قد حُددت ورُتبت العقوبات عليها فلا تجوز الزيادة فيها ولا النقص منها بغير العفو من قبل المجنى عليه ، وهذا النوع من الجرائم يطلق عليه "جرائم القصاص والدية" .

أما اذا كانت الجريمة خطرها أقل سواء كانت منافية لمصلحة الجماعة أو لمصلحة الفرد فإنها تختلف عن النوعين السابقين من ناحية تحديدها كجريمة وتحديد عقوبتها ومن ناحية تنفيذ تلك العقوبة ، حيث أن هذا النوع من الجرائم لم تحدّد الشريعة منه سوى ما يعتبر جريمة على التأبيد وما عدا ذلك مما قد يعتبر جريمة فى وقت دون آخر فقد تركته لولاة الأمر حسب ما تقتضيه مصالح الأمم حتى تتسم الشريعة بالمرونة ، وتكفل قضاء مصالح الجماعة والأفراد فى كل زمان ومكان، وأيضا فإنها لم تحدّد العقوبة لكل جريمة بانفراد على نحو ما سيأتى بالتفصيل . كما أن هذه الجرائم يجوز العفو فيها مطلقا فان كان الحق للجماعة جاز للدولة العفو وان كان للفرد فله العفوكذلك (١) .

---

(١) لا خلاف فى جواز العفو إذا كان الحق للفرد وأما اذا كان الحق للجماعة ففيه الخلاف والراجح ما ذكرنا أعلاه لما ورد من الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه ثبتت لديه جرائم تعزيرية ولم ينفذها . المغنى لابى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسى على مختصر أبى القاسم الخرقى نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض بدون تاريخ جـ ٨ ص ٣٢٦ والفروق لأبى العباس الصنهاجى المشهور بالقرافى ومعه حاشيته ادرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط وبهامشهما تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية للشيخ محمد على حسين دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان بدون تاريخ جـ ٤ ص ١٧٩ ومغنى المحتاج الى معرفة معانى المنهاج للخطيب الشربينى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٩١ .

وهذا النوع من الجرائم يطلق عليه "- جرائم التعزير" فأقسام الجرائم فى الفقه الجنائى الإسلامى إذن ثلاثة :

* جرائم الحـــــدود .
* جرائم القصاص والدية .
* وجرائم التعزيـــــر .

وانطلاقا من هذا التقسيم العلمى الفريد نهجت الشريعة الغراء منهجا فريدا أيضا فى كيفية تطبيق مبدأ الشرعية على هـــذه الأقسام من الجرائم فلم يكن تطبيقه فيها على نسق واحد بل إنـــه يختلف تبعا لاختلافها من حيث الخطورة وعدمها فيتشدد بتطبيقـه فى الجرائم الخطيرة ويتوسع بذلك فى الجرائم الأقل خطرا .

فقد طبق تطبيقا حرفيا وبشكل جامد على جرائم الحـــدود وجرائم القصاص والدية مع فارق واحد بينهما هو جواز العفو فـــــى القصاص والدية دون الحدود ، أما ما عدا ذلك فهما فيه سواء حيث حددت النصوص الشرعية هذه الجرائم والعقوبات عليها بشكل واضـــح لا مجال معه لاجتهاد القاضى أو ممارسة أى سلطة تقديرية فيهاأوفى عقوباتها بل عليه فقط أن يطبق الواقعة المعروضة أمامه على تلـــــك النصوص ثم ينفذ العقوبة عند ثبوت الجريمة ومطابقتها . فلا جريمـــة ولا عقوبة إلا بنص محدد وصريح فى هذا النوع .

كما طبق تطبيقا مرنا وبشكل موسّع فى جرائم التعزير حيـــث توسعت الشريعة الإسلامية فى تحديد هذا النوع من الجرائـــم وفـــى العقوبات عليها ، فقد قررّت كثيرا من الجرائم التعزيرية عن طريـــق النص المباشر عليها وكذا عن طريق الإشارة اليها بنصوص عامة ولكـــن بشكل تتضح معه حرمتها . كما لم تنص على عقوباتها منفردة أى لـــم

تجعل كل جريمة مقترنة بعقوبتها كما هى الحال فى الحدود وفى القصاص والدية ، بل جعلت العقوبات لكل الجرائم التعزيرية تتراوح بين حدين أعلى وأدنى ليختار القاضى منها ما يلائم الجريمة وظروف المجرم . وعلى هذا فلا جريمة ولا عقوبة فى هذا النوع من الجرائم الا بدليل يدل على تحريم الفعل المرتكب وعلى أن العقوبة من جنس العقوبات الشرعية .

وبهذا نخلص الى أن تطبيق مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الاسلامى يتم بأحد أسلوبين :

الأسلوب الجامد فيما يتعلق بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية حيث جاءت النصوص محدّدة لنوع الجريمة ولنوع العقوبة المطبقة فى حقها . ثم الأسلوب المرن فيما يتعلق بجرائم التعزير وعقوباتها حيث حدّدت الجرائم عن طريق النص أو الإشارة وترك تحديد العقوبة للقاضى ليختار ما تمليه عليه ظروف الجريمة والمجرم (١) .

هذه هى الكيفية للتطبيق العملى والمنطقى الذى جاءت به الشريعة الغراء ، وفيما يلى نفرد مباحث ثلاثة لبيان تطبيقات المبدأ من خلال استعراض النصوص التى جاءت محدّدة وثابته غير

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٩٠ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١١٨ - ١٦٠ فى أصول النظام الجنائى الاسلامى الدكتور العوا المرجع السابق ص ٥٣ - ٥٤ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ٤٩٩ وما بعدها ومبدأ الشرعية : تقريره وتطبيقة فى الشريعة الاسلامية والقانون تقريرد / سلوى بكير المرجع السابق ص ١٧٨ و ١٧٩ .

متغيرة وذلك فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ،كما جـــاءت مرنه ومجملة وذلك فى جرائم التعزيـــر .

وسيكون المبحث الأول فى :

مبدأ الشرعية فى جرائم الحـــــــدود .

والمبحث الثانـى فـــــى :

مبدأ الشرعية فى جرائم القصاص والديـــة .

والمبحث الثالـث فـــــى :

مبدأ الشرعيـــة فى جرائم التعزيـــــــر .

المبحث الأول

مبدأ الشرعية فى جرائم الحدود

مبدأ الشرعية فى جرائم الحـدود

الحـدود فى اللغـــة :

الحدود جمع حد والحد فى اللغة : المنع،ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس من الدخول،وأصل الحد : الفاصل بين الشيئين كحدود الدار والأرض (١) .

وأطلق هذا الاسم على بعض العقوبات الشرعية لأنها تمنع فى الغالب الشخص المعاقب من الرجوع ثانية الى تلك الجريمة الـتى عوقب من أجلها فهى كالحاجز بينه وبين الجريمة ،ويطلق الحـــد ويراد به نفس المعصية ومنه قوله تعالى :

" تلك حدود الله فلا تقربوها" (٢)

إلا أن استعمال الفقهاء للمعنى الأول أكثر كما يظهر من التعريـف الشرعى للحد .

الحدود فى الشـرع :

والحد شرعا : عقوبة مقدرة شرعا تجب حقا لله تعالى (٣) .

---

(١) تاج العروس للزبيدى المرجع السابق مادة حدد جـ ٢ ص ٣٣١ ولسان العرب المحيط لابن منظور المرجع السابق جـ١ ص ٥٨٣ .

(٢) سورة البقرة الآية : ١٨٧ .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى المرجع السابق جـ ٧ ص ٩٨ . وحاشية بن عابدين المرجع السابق جـ ٤ ص ٣ والروض المربع شرح زاد المستنقع للشيخ منصور البهوتى وعليه حاشية الشيخ عبد الله عبد العزيـز العنقرى طبعة ١٣٩٧ هـ بمطبعة السعادة نشر مكتبة الريـاض الحديثة بالرياض جـ ٣ ص ٣٠٤ .

ومعنى كونها مقدرة شرعا : أى أنه قد جاء تحديد هـا وبيان مقدارها بالكتاب أو السنة فتخرج بذلك جرائم التعزير التى لم يحدد الشارع عقوباتها بالتفصيل .

وكونها تجب حقا لله تعالى بمعنى أن المنفعة فى تطبيقها ترجع إلى المصلحة العامة فلا يقتصر نفعها على الفرد بل يشمل جميع الأمة . فتخرج بذلك جرائم القصاص والدية التى تجب حقا للفرد .

فجرائم الحدود - كما هو ظاهر من التعريف المبنى على الاستقراء - قد سُطّرت مقرونة بعقوباتها بنصوص شرعية ثابتة لا تحتمل التبديل ولا التأويل ، وعلى هذا فقد طُبق مبدأ الشرعية فى حقها تطبيقا دقيقا وحرفيا لا مجال معه للتصرف فى مقدار العقوبة ولا تبديلها ولا اسقاطها بل يجب تنفيذها .

وتبلغ جرائم الحدود فى أوسع أقوال العلماء سبع جرائم (١) هى :

الزنا والقذف والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر والردة والبغى .

وفيما يلى نورد النصوص الشرعية التى وردت محدّدة ومبيّنة لهذه الجرائم :

---

(١) حيث أن بعض العلماء لا يدخل الردة والبغى ضمن جرائم الحدود لأنه لا يُقصَد من قتال مرتكبيهما العقوبة على الفعل نفسه وإنما يقاتلون لأجل الرجوع عما هم عليه من الكفر وترك الطاعة . الروض المربع السابق بحاشية العنقرى المرجع السابق جـ ٣ ص ٣٠٤ و ٣٠٥ . كما أن بعض المتأخرين يخرج من الحدود أيضا عقوبة شرب الخمر فيجعلها عقوبة تعزيرية لعدم ورود التحديد الدقيق لعقوبتها من قبل الشارع . انظر فى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ١٢٦ .

١ - الزنـــــا :

حـرّم الزنا بقوله تعالـى :

" ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء

سبيلا " (١)

أما عقوبته فهى جلد مائة ونفى سنة بالنسبة للبكـــــر وأما المحصن فعقوبته الرجم ، ودليل ذلك قوله تعالى فى حق الزانى والزانية البِكرَيْن :

" الزانية والزانى فاجلدوا كل واحـــد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهمـــا رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنـــون بالله واليوم الآخـر " (٢) .

وقوله صلى الله عليه وسلم فى البكر والثيب : " خذ واعنى خذ واعنى قد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر جلد مائة ونفـــــى سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم " (٣) .

---

(١) سورة الاسراء الآية : ٣٢ .

(٢) سورة النور الآيـــة : ٢ .

(٣) صحيح مسلم وهذا لفظه جـ ٣ المرجع السابق ص ١٣١٦ وسنن أبى داءود سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى ، بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد نشر دار إحياء السنة النبوية بدون تاريخ جـ ٤ ص ١٤٤ .

وفى حديث العسيف الذى زنا بامرأة ثيّب وهو بكـــر يقول صلى الله عليه وسلم لأبى الجانى : " على ابنك جلـــد مائة وتغريب عام واغدُ يا أُنَيْس (١) على أمرأة هذا فإن اعترفـت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها " (٢) .

٢ - القـــذف :

والمقصود به الرمى بصريح الزنا وله عقوبتان : أصليـة وهى الجلد ثمانين ، وتبعية وهى رد الشهادة ، وقد ثبـت تحريمه والعقاب عليه بقوله تعالى : " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلـوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون " (٣) .

٣ - السرقـــة :

وحدها قطع اليد ، وقد ثبت تحريمها والعقاب عليهـا بقوله تعالى : " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جـــزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم " (٤) .

---

(١) هو أنيس بن الضحاك الأسلمى وهو غير معروف إلا فى هذا الحديث وقد اختُلف فى اسم أبيه ، الإصابة لابن حجر المرجع السابق جـ ١ ص ٧٧ و ٧٨ .

(٢) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ٢٤ و ٢٥ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٢٤ واللفظ للبخارى .

(٣) سورة النور الآية : ٤ .

(٤) سورة المائدة الآية : ٣٨ .

٤ - قطـع الطريـق :

أما قطع الطريق وهى الحرابة أو السرقة الكـبرى فحدها القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خـلاف أو النفى ، مع تفصيلات للعلماء فى ذلك ، وقد ثبـت تحريمها والعقاب عليها بقوله تعالى :

" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتّلوا أو يصلّبوا أو تقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم " (١) .

٥ - شرب الخمـر :

ثبت تحريم الخمر بقوله تبارك وتعالى :

" يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون " (٢) .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٣٣ .

(٢) سورة المائدة الآية : ٩٠ .

وأما العقاب عليها فقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه أمر بجلد شارب الخمر وقال للصحابة رضى الله عنهم : " اضربوه " (١) . إلا أن عدد الجلدات التى رويت فى ذلك لم تكن بعدد واحد، فقد وردت فى ذلك أحاديث مختلفة منها : حديث : " أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين (٢) "
ومنها حديث : " كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإمْرة أبى بكر وصدرا من خلافة عمرفنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين " (٣) .

ولهذا فقد اختلف العلماء فى مقدار الحد فقال الشافعية : الحد أربعون لأنه العدد الذى قدّر به الصحابة فعل النبى صلى الله عليه وسلم . وقال الجمهور : الحد ثمانون لإجماع الصحابة عليها فى نهاية عهد عمر رضى الله عنه (٤) .

---

(١) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ١٣و١٤ .
(٢) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ١٣ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٣١ واللفظ للبخارى .
(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ١٣ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٣١ واللفظ للبخارى .
(٤) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٣٠٧ وبداية المجتهد لابن رشد المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٣٢ ومغنى المحتاج للشربينى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٩ .

٦ - الـــــردة :

يختلف المرتد عن دين الاسلام عمن لم يدخل فـــى الإسلام أصلا،فقد تُقبل الجزية من الأخير لكنها لا تقبل من المرتد فلا خيار له غير الإسلام أو القتل ، دلت على ذلـــك الآيات والأحاديث :

قالى تعالى :

" ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه وهو فـــى الآخرة من الخاسرين " (١)

وقال جل شأنه :

" ومن يرتَدِدْ منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هـــم فيها خالـدون " (٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم : " من بدَّل دينه فاقتلوه" (٣)
وقال صلى الله عليه وسلم أيضا : " لا يحل دم أمرىء مسلـــم يشهد ألاّ اله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثـــلاث: النفس بالنفس والثيب الزانى والمارق من الدين التاركُ الجماعةَ" (٤)

---

(١) سورة آل عمران الآية : ٨٥.

(٢) سورة البقرة الآية : ٢١٧.

(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ٥٠ وسنن أبـــى داءود المرجع السابق جـ ٤ ص ١٢٦.

(٤) صحيح البخارى المـرجع السابق جـ ٨ ص ٣٨ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٠٢ و ١٣٠٣.

٧ - البغـــــى :

والمقصود به الخروج على الإمام عن طريق المغالبـة ، وقد ثبت تحريمه والعقاب عليه بالأدلة التالية : قال تعالى :

" وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلـــــوا
فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما علـى
الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى
أمر الله " (١) .

ويقول صلى الله عليه وسلم : " من أتاكم وأمركم جميـع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرّق جماعتكـــــم فاقتلوه " (٢) ويقول أيضا : " إنه ستكون هنّات وهنّات فمـن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهى جميع فاضربوه بالسيـــف كائناً من كان " (٣) .

وبهذا نخلص من تعداد جرائم الحدود مقرونة بعقوباتهـــا المقررة مما يؤكد ويبين أن جرائم الحدود قد نص عليها نصا بينـــا وحددت عقوباتها تحديدا دقيقا فلا جريمة منها إلا ما أثبتته النصوص ولا عقوبة عليها الا بما قررته النصوص وأمرت بتطبيقه . وعلى هذا فقـد طُبق مبدأ الشرعية فى حقها تطبيقا حرفيا وجامدا لا مجال معـــه لاجتهاد القاضى أو ممارسة سلطته فى مراعاة ظروف الجريمة أو ظـروف الجانى فلا يجوز له تغيير العقوبة ولا الزيادة فيها أو النقص منهـــا وليس له كذلك إسقاطها بل يجب عليه تنفيذها إذ لا يجوز العفو فيها مطلقـا .

---

(١) سورة الحجرات الآية : ٩ .
(٢) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٤٨٠ .
(٣) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٤٧٩ وسنن أبى داوٴد المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٤٢ .

المبحث الثاني

مبدأ الشرعية في جرائم القصاص والدية

مبدأ الشرعية فى جرائم القصاص والدية :

القصاص في اللغـة :

القصاص فى اللغة مأخوذ من قصّ الاثر بمعنى تتبّعه ومنه القـاصّ الذى يتتبع الاثر . وسمى به القصاص الشرعى لأن فيه تتبّعا لأثـر الجانى .

ويأتى القصاص أيضا بمعنى القص وهو القطع ، وسمى به القصـاص الشرعى لأنه يحصل فيه جرح الجانى أو قتله .

ويأتى القصاص كذلك بمعنى المساواة وسمى به القصاص الشرعـى لأن فيه المساواة بين الجانى والمجنى عليه (١) .

القصاص فى الشرع :

هو المساواة بين الجريمة والعقوبة فى التعدى عمدا على النفـس فما دونها فيقتل القاتل كما قتل ويجرح كما جرح (٢) .

الدية لغـة :

أما الدية فهى فى اللغة مصدر وَدَىٰ فيقال وَدَىٰ يَدِي القاتـلُ القتيلَ دِيةً إذا دفع ديته ، والأصل وِدْية فحُذفت الواو فقيل دِيَـة وجمعها دِيات (٣) .

---

(١) تفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٤٤ وتاج العـروس للزبيدى المرجع السابق جـ ٤ ص ٤٣١ . ولسان العرب المحيـط لابن منظور المرجع السابق جـ ٣ ص ١٠١ .

(٢) العقوبة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٥ والتشريع الجنائـى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ٢ ص ٦٦٣ .

(٣) تاج العروس للزبيدى المرجع السابق جـ ١ ص ٣٨٦ ولسان العرب المحيط المرجع السابق جـ ٣ ص ٩٠٣ .

الديـــة شـــرعا :

والدية فى الشرع : المال المؤدَّى للمجنى عليه أو وليـــه بسبب التعدى على النفس فما دونها (١) .

وجرائم القصاص والدية عموما هى : القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل خطأ، والتعدى على ما دون النفس عمدا، وكذا **التعدى على ما دون النفس خطأ أو شبه عمد** .

ويختص القصاص : بالقتل العمد والتعدى على ما دون النفس **عمدا من جرح أو إتلاف عضو** .

وتختص الدية : بجرائم القصاص فيما إذا عُفى عنه أو امتنـــع تطبيقه لعذر شرعى كعدم إمكان المماثلة . وتختص الدية كذلك بالقتـــل شبه العمد والقتل خطأ وبالتعدى على ما دون النفس خطأ أو شبه عمـــد من جرح أو إتلاف عضو (٢) .

---

(١) الروض المربع بحاشية العنقرى المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٧٦ ومغنى المحتاج للخطيب الشربينى المرجع السابق جـ ٤ ص ٥٣ وفتح القدير للكمال بن الهمام المرجع السابق جـ ١٠ ص ٢٧٠ .

(٢) هذا التقسيم هو ما عليه جمهور العلماء انظر المغنى لابـــن قدامة المرجع السابق جـ ٧ ص ٦٣٥ وما بعدها ، ومغـــــنى المحتاج للخطيب الشربينى جـ ٤ ص ٣ . وأنكر مالك رحمه الله تعالى شبه العمد وجعله من قبيل العمد انظر المدونة الكبرى للإمام مالك المرجع السابق المجلد رقم ٦ جـ ١٦ ص ٣٠٦، ٣٠٨ والمغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٧ ص ٦٣٦ . وقد زاد الحنفية رابعا وخامسا هما الجارى مجرى الخطأ والقتل بسبب انظر فتح القدير للكمال بن الهمـــام المرجـــع السابـــق جـ ١٠ ص ٢٠٣ .

وكل هذه الأقسام جاءت النصوص الشرعية بها معلنة تجريمها والعقاب عليها ما عدا الجروح فقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم عقوبة بعضها دون بعض وذلك لاستحالة حصرها بسبب اختلاف موضعها من الجسم واختلاف حجمها ونوعها ومع هذا فقد أجمع العلماء رحمهم الله تعالى على أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول صلى الله عليه وسلم دية ففيه حكومة وهى ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة (١) .

فمبدأ الشرعية قد طبق فى هذا النوع من الجرائم تطبيقا حرفيا ودقيقا حيث أحصيت الجرائم وحددت العقوبات عليها مما لا مجال معه لاجتهاد القاضى فى تقدير العقوبة أو تغييرها أو زيادتها أو النقص منها بل عليه فقط أن يطابق بين النص التجريمى والجريمة الواقعة ثم يوقع العقوبة المترتبة شرعا إذا انطبقت الجريمة على النص بغض النظر عن

---

(١) ومن شرط الحكومة أن لا تبلغ كامل الدية أو النسبة التى حددها الرسول صلى الله عليه وسلم فى جرح أشد من الجرح المقوّم، وقد وضح الخرقى - وهو صاحب متن المغنى لابن قدامة - كيفية تقويم الحكومة بقوله (والحكومة أن يقوّم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهى به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته) وتابعه ابن قدامة على ذلك فقال : هذا " قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافا " المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٥٦ ، ٥٧ ، والإفصاح عن معانى الصحاح للوزير يحيى بن هبيرة ملتزم الطبع والنشر المؤسسة السعدية بالرياض جـ ٢ ص ٣٠٣ و ٣٠٤ والتشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٢٤ .

ظروف الجانى أو ملابسات الجريمة فلا اعتبار لها فى هذه الجرائم مثلها فى كل ما ذكر مثل جرائم الحدود غير أن الأخيرة لايجوز العفو فيها مطلقا كما سبق أما جرائم القصاص والدية فإنه يجوز العفو فيها من قِبَل المجنى عليه أو ولى الدم فإذا تم العفو فلا يجوز للقاضى أن يوقع العقوبة ، لأن المطالبة باستيفاء هذه العقوبات من حق الآدمى فله المطالبة بها وله إسقاطها .

والنصوص الشرعية الواردة فى شأن جرائم القصاص والدية هى كما يلى :

١ - القتل عمدا :

أجمعت الأمة (١) الإسلامية بل أهل الأرض جميعا على تحريم القتل بدون حق . ومن النصوص فى ذلك قوله تعالى :

" ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق" (٢)

وقال تعالى :

" وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ "

ثم قال فى الآية التى بعدها :

" ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه
وأعد له عذابا عظيما " (٣)

---

(١) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٧ ص ٦٣٥ وتبصرة الحكام لابن فرحون المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٣٠ .

(٢) سورة الاسراء الآية : ٣٣ .

(٣) سورة النساء الآيتان : ٩٢ و ٩٣ .

وأما عقوبته فهى قتل القاتل إذا لم يَعْفُ ورثة المجنى عليه قال تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص
فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد
والانثى بالانثى فمن عفى له من أخيه
شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان" (١)

وقال تعالى :

" ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب
لعلكم تتقون " (٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم : " من قُتل له قتيل فهو بخيرالنظرين : إما يُودى وإما يقادُ" (٣) .

٢ - القتل شبه العمد :

عقوبته الدية مغلظة وهى مائة من الإبل أربعون منها فى بطونها أولادها . لحديث : " ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون فى بطونها أولادها " (٤) .

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٧٨ .

(٢) سورة البقرة الآية : ١٧٩

(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ٣٨ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٢ ص ٩٨٨ .

(٤) سنن أبى داؤد المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٥ وسنن ابن ماجه المرجع السابق جـ ٢ ص ٨٧٧ والسنن الكبرى للامام أبى بكر أحمد بن الحسين البيهقى الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف بالهند وفى ذيله الجوهر النقى لابن التركمانى جـ ٨ ص ٦٨ ، وسنن الامام أبى عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائى ومعه شرحه زهر الربى لجلال الدين السيوطى وبهامشه حاشية الشيخ السندى طبع بالمطبعة الميمنية بمصر بدون تاريخ جـ ٢ ص ٢٤٧ .

وحديث : " اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى بحجر قتلتها وما فى بطنها فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقضى أن ديةَ جنينها غرةٌ عبدٌ أو وليدةٌ وقضى ديةَ المرأة على عاقلتها " (١) .

٣ - القتل خطأ :

عقوبته دفع الدية وهى مائة من الإبل ،قال تعالى :

" ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة
ودية مسلمة إلى أهله " (٢)

وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن دية الخطأ مائةٌ من الابل (٣) .

٤ - الجرح وإتلاف الأعضاء أو قطعها عمدا :

عقوبة هذا كله القصاص فيما يمكن استيفاؤه بالمثل بدون حَيْف (٤) قال تعالى :

" ولكم فى القصاص حياة يا أولى الالباب
لعلكم تتقون " (٥)

فهذه الآية نص فى القصاص سواء كان فى النفس أو فيما دونها .

وقال تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٦) .

وقال تعالى : " وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (٧)

---

(١) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ٤٦ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٠٩ و ١٣١٠ واللفظ للبخارى .
(٢) سورة النساء الآية : ٩٢ .
(٣) سنن أبى داؤود جـ ٤ ص ٨٤ ،وسنن الترمذى جـ ٤ ص ١٠ والسنن الكبرى للبيهقى المرجع السابق جـ ٨ ص ١٠٠ .
(٤) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٧ ص ٧٠٣ .
(٥) سورة البقرة الآية : ١٧٩ . ٦ - سورة البقرة الآية : ١٩٤ .
(٧) سورة النحل الآية : ١٢٦ .

وقال تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين
بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن
بالسن والجروح قصاص" (١) .

وقوله صلى الله عليه وسلم للمرأة التى جرحت إنسانا :" القصاصَ القصاصَ" (٢)

٥ - إتلاف الأعضاء أو قطعها شبه عمد وخطأ ، والجرح شبه عمد وخطأ :

فى ذلك كله الدية ولكنها مغلظة فى شبه العمد :

أ - إتلاف الأعضاء أو قطعها :

إذا أُتلف ما فى الإنسان منه شيء واحد كالأنف واللسان والذكر ونحوها ففيه ديةً تلك النفس المضرورة كاملةً ، وإذا أُتلف ما فى الإنسان منه شيئان كاليدين والرجلين والعينين ونحوها ففيهما الديه كاملة وفى إحداهما نصف الديه . وكذا إذا أتلف ما فى الانسان منه عشرة كأصابع اليدين ففيها الديه كاملة وفى الواحدة منها عشر الديه ، وهكذا فكل ما فى الانسان منه نوع واحد متعدد وأمكن توزيع الديةّ عليه عُمِل به ما عدا الأسنان ففى كل سنّ نصف عشر الدية (٥٪)" (٣) .

وقد قضت بما تقدم السنة المطهرة حيث قضى رسول الله صلى الله

---

(١) سورة المائدة الآية : ٤٥ ، والآية فى حق بنى اسرائيل أصلا وهى أيضا شرع لنا لأن مذهب الجمهور أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا حكاه شرعنا ولم يُنسخ ونقل ابن كثير عن بعضهم : إجماع العلماء على الاحتجاج بهذه الآية على ما دلت عليه . تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٣ ص ١١٢ و ١١٣ .

(٢) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٠٢ .

(٣) المغنى لابن قدامه المرجع السابق جـ ٨ ص ١ وما بعدها والأحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ٢٣٤ .

عليه وسلم : " فى الأنف إذا أُوعب جدعا الدية " (١) و" فى اللسان الدية " (٢) " وفى الذَّكَرِ الدية وفى الصُّلب الدية " (٢) . كذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : " فى العينين الدية " (٢) وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية " (٢) " وفى الرجل الواحدة واليد الواحدة نصف الدية " (٣) وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك " فى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل (٤) " " وفى السِّنِّ خمس من الأبِل (٥) " .

ب - الجـــرح :

وهى الشجاج فى الرأس والوجه وجروح سائر البدن وقد سبق التنويه على أن النصوص لم تحصر هذا النوع من التعدى لاختلاف نوعه وموضعه من الجسم ولهذا فقد اتفق العلماء على أن ما لم يرد فيه نص من الشارع ففيه حكومة كما مر .

---

(١) سنن النسائى المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٥٢ والسنن الكبرى للبيهقى المرجع السابق جـ ٨ ص ٨١ وهو من حديث عمرو بن حزم فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم معه لأهل اليمن وهو حديث طويل مشهور وقد تلقته الأمة بالقبول وكان الصحابة يعملون به وصححه كثير من الأئمة . نيل الأوطار للشوكانى المرجع السابق جـ ٧ ص ٢١ . وسنن أبى داءود برواية أخرى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٩ .

(٢) من حديث عمرو بن حزم عند النسائى والبيهقى كما سبق بنفس الصفحات .

(٣) سنن أبى داءود المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٩ وكذا حديث عمرو ابن حزم السابق .

(٤) سنن الترمذى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣ وسنن أبى داوءد - المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٩ .

(٥) سنن أبى داءود المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٩ وكذا حديث عمرو بن حزم السابق .

ومن الشجاج التى قضى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم : الموضحة فقال صلى الله عليه وسلم : " وفى الموضِحَة خمس من الابل" (١) والمنقِّله فقال : " وفى المنقله خمس عشرة من الإبل " (٢) والمأمومة حيث قال صلى الله عليه وسلم : " وفى المأمومة ثلث الدية " (٣) .

أما الجروح فقد قضى بالجائفه منها فقال صلى الله عليه وسلم : " وفى الجائفه ثلث الدية " (٤) .

وبهذا نخلص إلى أن النصوص الشرعية قد بينت كل ما يختص بجرائم القصاص والدية بيانا شاملا لا يسوغ معه للقاضى إنشاء جرائم جديدة لم يُنص عليها أو تغيير العقوبة أو الزيادة عليها أو النقص منها بل عليه تطبيق ما ورد به النص إلا فى حالة ما إذا عفى المجنى عليه أو وليه كما مر أو كانت الجريمة من النوع الذى لم يحدد الرسول صلى الله عليه وسلم عقوبته فيطبق ما يقضى به أهل الخبرة . وعلى هذا فلا جريمة هنا إلا ما نص عليه الشرع ولا عقوبة إلا بما قرره الشرع ، كما أنه لا عقاب على الدماء التى حصلت فى الجاهلية قبل نزول النصوص فهى هدر كما مضى وكما سيأتى ، فمبدأ الشرعية هنا واضح وضوح الشمس فى رابعة النهار قد طبق تطبيقا حرفيا لا مرونة فيه ولا تساهل .

---

(١) سنن الترمذى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣ وسنن أبى اوءد المرجع السابق جـ ٤ ص ١٩٠ . وكذا من حديث عمرو بن حزم السابق عند النسائى والبيهقى بنفس الصفحات كما سبق .

(٢) من حديث عمرو بن حزم السابق بصفحاته .

(٣) سنن أبى داءود المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٩ وكذا حديث عمرو ابن حزم السابق .

(٤) من حديث عمرو بن حزم السابق بصفحاته .

المبحث الثالث

مبدأ الشرعية في جرائم التعزير

مبدأ الشرعية فى جرائم التعازير

التعزير في اللغـة :

التعزير لغة من العزْر فيقال عزَرَ وعزَّر عزْرا وتعزيراً،وهو من ذ وات الأضداد فيطلق على اللوم،وعلى الرد والمنع،وعلى التفخيم والتوقير،وعلى النصرة.ومنه قوله تعالى :

" وتعـــزِّروه وتوقّروه (١) "

ويطلق كذ لك على التأديب وعلى أشد الضرب (٢) .

التعزير فى الشـــرع :

والتعزير فى الشرع هو : تأديب على ذ نب لا حد (٣) فيـــه ولا كفـــارة (٤) .

وجرائم التعزير ـ كما تبين فى أول هذ ا الفصل ـ ليست محد ودةَ العـدد معلومةَ المقدار ، فلم تكن نصوصها دالة عليها بمفرداتها بـــل جاءت بشكل عام عن طريق التصريح بالجريمة تارة أو عن طريق الاشـــارة اليها تارة أخرى ، ولهذ ا فليس من اليسير سرد الجرائم التعزيرية مقرونة بالنصوص الخاصة بكل جريمة كما كان ذ لك يسيرا فى جرائم الحـــــد ود والقصاص والدية وذ لك ما ولّد الاختلاف فى تطبيق مبدأ الشرعية بين تلك

---

(١) سورة الفتح الآية : ٩ .

(٢) لسان العرب المحيط لابن منظور المرجع السابق جـ ٢ ص ٧٦٤ وتاج العروس للزبيدى المرجع السابق جـ ٣ ص ٣٩٤ .

(٣) المقصود بما لا حد فيه أى لا تقدير فى عقوبته من الشارع سواءكان المقدّر حد ودا أو قصاصا أو دية فكلمة الحد هنا بمعناهـــــا اللغوى أى التقدير .

(٤) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٩١ وتبصرة الحكام لابن فرحون المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٩٣ والمغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٣٢٤ وفتح القدير للكمال بن الهـمام المرجع السابق جـ ٥ ص ٣٤٤و٣٤٥ والاحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ٢٣٦ .

الجرائم وبين جرائم التعزير ولهذا فستختلف مناقشتنا لتطبيق المبدأ على الجرائم التعزيرية حيث سنفرد لذلك ثلاثة مطالب :

يكون الأول فـــى : كيفية تطبيق المبدأ فى التعازير .

ويكون الثانى فـى : كيفية تحديد كل من الجريمة والعقوبة التعزيريتين وسلطة القاضى فى ذلك .

ويكون الثالث فـى : ذكر بعض النماذج للجرائم والعقوبات التعزيرية .

المطلب الأول

كيفية تطبيق مبدأ الشرعية فى جرائم التعزير

التعزير من أكبر الدلائل القاطعة والبراهين الساطعة على مرونة هذه الشريعة الإسلامية السمحة وصلاحيتها لأن تحكم البشرية فى أى عصر وزمن وفى أى مكان ، ذلك أن الشريعة الغراء لم تحدد - كما تكرر بيانه - سوى عقوبات الجرائم الخطيرة التى تهدد أمن الجماعة المسلمة وسلامة أفرادها وهى جرائم الحدود والقصاص والدية ثم تركت للأمة المسلمة أن ترى رأيها وتنظم شئونها فيما دون ذلك من الجرائم مراعية فى ذلك حدود الزمان والمكان وظروف الجانى وملابسات الجريمة. فلم يحصل - ولا يتصور أن يحصل فى شريعة كتب لها البقاء والخلود - أن سُردت الاحكام الجنائية مفصلة بكاملها فى الكتاب أو السنة بل فقط سُردت الجرائم الخطيرة بعقوباتها كذلك أيضا سردت الجرائم والمحرمات التى لا تنفك عنها صفة التجريم مطلقا ولكن بعقوبات مقررة بشكل عام وليست مقدرة .

أما ما يعتبر جريمة فى وقت دون وقت فقد تُرك الشأن فى تجريمه والعقاب عليه إلى الأمة كى تحدد نوع الجريمة كما لها أن تحدد نوع العقوبة إن هى شاءت حسب ما تقتضيه مصالح الأمة .

ومن خلال ذلك - أعنى المرونة فى جرائم التعزير - تستطيع الدولة الاسلامية أن تحافظ على المصالح الإجتماعية للأمة المسلمة وتحميها من كل ما فيه تعدٍّ عليها أو إخلال بها تبعا لتطور الحياة الاجتماعية وتغيرها ، وذلك بتجريم كافة السلوك والأفعال التى يحصل بها التعدى أو الاخلال بتلك المصالح .

كما تستطيع الدولة كذلك أن تلاحق المجرمين المحترفين والذين تفننّوا فى اختراع أساليب الإجرام وطرقه التى لا تنتهى ،فالشرُّ مغروس فى النفس الإنسانية وأعوان إبليس كُثُر وليس من طريق قويم لردع إبليس وأعوانه أجدى من طريق نظام التعزير الذى انفردت به الشريعة الإسلامية فإذا استطاع المجرم أن يفلت من النظم القانونية ذات الجرائم المحددة أو يتحايل على نصوصها الجامدة فليس بإمكانه ولا سبيل له إلى ذلك فى دولة تطبق الشريعة الإسلامية بما لديها من نظام جنائى فريد يكفل لها علاج الشر والقضاء عليه فى وكره (١) .

ومع هذه المرونة وهذا التوسع فى جرائم التعزير فإن مبدأ الشرعية يجد مكانه محفوظا داخل هذا النوع من الجرائم فلاجريمةولاعقوبة فيها إلا بنص. إلا أن وضع المبدأ هنا ليس كوضعه فى النوعين السابقين من الجرائم ـ أعنى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ـ والتى طبق فيها المبدأ بشكل حرفى وطريقة جامدة ، بل إنه طبق هنا على نحو مرن وبشكل واسع يتناسب وطبيعة جرائم التعزير نفسها ،فهو قد طبق فعلا: لأنه من القواعد الأساسية التى تحقق للأفراد ضمانا بعدم المساس بحرياتهم وذلك بالمنع من العقاب على سلوك لم يجرم من قبل ، فلم يجز اهماله ولا التساهل به . لكن هذا التطبيق جاء على نحو مرن ليكفل الحفاظ على مصلحة الأمة ورعايتها كما يمنع من افلات المجرمين وتمردهم فلا إفراط ولا تفريط .

وهذه المرونة التى طبق بها مبدأ الشرعية فى جرائم التعزير تشمل ناحيتين : فهناك مرونة وتوسع فى تحديد الجريمة فى بعض الأحيان . كما أن هناك مرونة وتوسعا فى تحديد العقوبة فى كل الأحيان .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق ص ٨٠ و ١٢٧ و ١٥٩ - ١٦٣ وفى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٢٤٣ و ٢٧٨ .

١ - المرونة والتوسع فى تحديد الجريمة :

أما المرونة والتوسع فى تحديد الجريمة فهى أولا : يجب أن تكون شرعية أى لابد أن يكون الفعل قد جُرِّم قبل ارتكابه وإلا لم يصح العقاب عليه ، وتجريمها يتم عن طريق الأدلة الشرعية من كتاب أو سنة أو إجماع أو عن طريق تحديد ولاة الأمر لها فيما لم يرد فيه الدليل .

إلا أن هذا التحديد لجرائم التعزير قد جاء على نحو من فلم تحص الشريعة الإسلامية هذه الجرائم إحصاء عدديا بل حصرتها وأحصتها إحصاء نوعيا ، فبينما هناك جرائم تعزيرية قد نص عليها صراحة كالربا وشهادة الزور والتطفيف بالكيل أو الوزن والغيبة والنميمة والكذب وغير هذا كثير نجد أن هناك جرائم تعزيرية قد دلت عليها الأدلة الشرعية عن طريق النص العام والإشارة اليها،لكن ذلك بشكل تتضح معه حرمتها ولا يخفى تجريمها،وذلك يشمل كل الجرائم التى تعد اعتداء على إحدى الضروريات الخمس من دين أو نفس أو عرض أو مال أو عقل ، فقد جاءت النصوص العامة كثيرة ومتضافرة دالة على حماية هذه المصالح، فكل اعتداء عليها أو على واحدة منها يعتبر جريمة يعاقب مرتكبها كما سنفصل ذلك بعد سطور .

٢ - المرونة والتوسع فى تحديد العقوبة :

وأما المرونة والتوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية فان العقوبة التعزيرية كذلك يجب أن تكون شرعية فلابد أن يكون لها مستند من كتاب أو سنة أو إجماع أو بيان من قبل ولاة الأمر فيما تظهر المصلحة فى تحديدة وبيانه . إلاأن هذا التحديد لا يشترط فيه أن تكون العقوبة محدَّدة فى كل جريمة بعينها،فلا يتجاوزها القاضى إلى غيرها ، بل إن

جميع العقوبات التعزيرية قد قُررت بشكل عام حيث تتراوح جميعها بين حدين أعلى وأدنى بدءً من التهديد والتوبيخ والعبوس فى وجه الجانى وانتهاءً بالحبس الموبَّد أو القتل ، ثم تُرك أمر تحديدها لكل جريمة واقعة كمًّا وكيفاً إلى القاضى ليقرر منها ما يراه مناسبا لنوع الجريمة وملابساتها ولشخص الجانى وظروفه ، وما يراه كافيا فى الحفاظ على أمن الجماعة وسلامتها حيث يشدد العقوبة فى الجرائم الخطيرة والمتكررة ويتساهل فى التافهة والنادرة كما أن شخص الجانى وظروفه تختلف من فرد لآخر فبعض الأشخاص ينتهى بمجرد العقوبة اليسيره وبعضهم لا يردعه إلا قسوة العقوبة (١) .

وبهذا تكون الشريعة الاسلامية الغراء قد قررت وأكدت مبدأ تفريد العقاب كما سيأتى .

---

(١) السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لشيخ الاسلام تقى الدين أحمد بن تيمية الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ فى دار المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة ص ٥٦ والتشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٢٦ و ١٦٠ - ١٦٢ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٩٥ - ٢٠٠ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ٤٧٩ - ٤٨٢ .

المطلـــب الثانـــى

كيفية تحديد كل من الجريمة والعقوبـــة التعزيريتين وسلطة القاضـى فـى ذلـــك

نظرا لما مر فى المطلب الأول من ذكر التوسع فى تحديد كل من الجريمة والعقوبة التعزيريتين فإنه لابد هنا من بحث الكيفية التى يـــتم فى إطارها هذا التحديد وأن الأمر ليس كما يـتصوره البعض مـــن أن التعزير يعنى : إطلاق يد القاضى ليعاقب بما شاء على ما شاء ، بـــل بموجب الحدود والقيود التى رسمت له[1]. ولذا فسوف نفرد لبحث ذلـــك فقرتين : الأولى فى بيان كيفية التوسع فى نصوص الجرائم التعزيرية وذلك بتوضيح الكيفية التى يتم بها تحديد الجريمة وسلطة القاضى فى ذلـك . والفقرة الثانية تكون فى : معالجة التوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية بذكر الضمانات التى تحيط بذلك مع بيان سلطة القاضى فيها .

أولا : كيفية تحديد الجرائم التعزيرية وسلطة القاضى فيها :

لمعالجة التوسع فى نصوص الجرائم التعزيرية وتوضيح أن ذلـك يتم فى إطار لا يُخْرِج التعازيرَ عن مبدأ الشرعية لابد لنا من ذكر الكيفية التى يتم بها تحديد الجريمة التعزيرية وبيانها للناس . ثم نذكر بعدها سلطة القاضى فى تحديدها وأنه لا يخرج عن الكيفية التى رسمت له .

١ - كيفية تحديد الجرائم التعزيرية :

إن الكيفية التى يتم عن طريقها تحديد ومعرفة جرائم التعزيـــر تتنوع إلى أنواع خمسة :

---

(١) فى أصول النظام الجنائى الاسلامى د /العوا المرجع السابق ص ٢٦٩ .

الأول : جريمة الحد غير الكامل، كما إذا تخلف شرط من شروطه كسرقة المال غير المحرَز مثلاً، فليس فيه الحد بل التعزير فقط، وكالمباشرة دون الوطء .

الثانى : جريمة الحد الكامل الذى امتنع تطبيقه لشبهة: كسرقة المال المشترك ، أو لسبب: كسرقة الأب من ابنه ففى ذلك التعزير .

الثالث : جريمة تعزيرية مَحْضَة بيَّنها الشارع عن طريق النصوص المباشِرة كالربا وشهادة الزور والغيبة .

الرابع : جريمة تعزيرية مَحْضَة بيَّنها الشارع عن طريق النصوص العامة والإشارة كالتعدى على إحدى المصالح المعتبرة مما لم يرد فيه نص شرعى صريح .

الخامس : أفعال تُعتبر جرائم فى وقت دون وقت ، وهى ما تراه الأمة من تجريم لبعض السلوك الإجتماعى الذى يخالف مصالحها كالجرائم المرورية مثلا (١) .

ويبدو جليا أن تحديد الجريمة فى الأنواع الثلاثة الأُوَل ظاهر مما لايُحتاج معه إلى مزيد بيان .

وأما النوع الخامس فليس بجريمة ولا يجوز العقاب عليه ابتداءً: فقد وكل الأمر فيه: فى تجريمة والعقاب عليه إلى ولاة الأمر فى الأمة الاسلامية فيجرمونه ثم يعاقبون عليه إن كان ثمة مصلحة تفوت على الأمة بإباحته، ولكن لابد قبلاً من إعلان ذلك التجريم على الكافة ، فقبل هذا

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ١ ص ١٣٢ و١٣٣ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٣٠ .

لا جريمة فيه ولا عقاب عليه (١) .

بقى النوع الرابع ـ أعنى التحديد للجريمة عن طريق النصوص العامة التى تومئ إلى الجريمة إيماء ـ فهذا النوع هو الذى يحتاج الى شئ من البيان فنقول :

إن الأساس فى اعتبار الفعل جريمة وعدمه يرجع إلى ترك الواجب أو فعل المحرم ، والواجب ما طلبه الشارع طلبا جازما والمحرم ما نهى عنه الشارع نهيا جازما ، إلا أن هذا النهى وذلك الطلب لم يصدر لمجرد الصدفة أو الهوى بل بحسب ما تتطلبه مصالح الأمم والخلائق فما من أمْرٍ وما من نَهْيٍ إلا ويرتب الله عليه جلب مصلحة من المصالح أو درئ مفسدة من المفاسد .

إذن فالمصلحة هى الأساس الذى بُنِي عليه اعتبار الفعل جريمة أو عدمه ، وباستقراء النصوص الشرعية وَجد العلماء أن المصالح التى اعتبرها الإسلام خمس وهى حفظ الدين والنفس والعرض والعقل والمال (٢) .

ولهذا فقد رتّب الشارع العقوبات للجرائم التى تعدّ مساسا مباشرا وخطيرا بهذه المصالح كعقوبات الحدود والقصاص والدية كما مر معنا فى بداية هذا الفصل .

---

(١) يقول القاضى أبو يعلى : " ويقدم الإنكار ولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار " الأحكام السلطانية لأبى يعلى المرجع السابق ص ٢٧٧، ونحوه فى الأحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ٢٤٩ .

(٢) الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحق إبراهيم بن موسى الشاطبى تحقيق الشيخ عبد الله دراز الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ـ لبنان جـ ٢ ص ٨ ـ ١٠ والجريمة للامام أبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣-٥٣ .

فرتب القتل للمرتد عن الإسلام وشرع قتال الكفار الذين يناوئون نشر الدين فى الأرض . كما شرع عقوبات القصاص والدية والحرابة للحفاظ على النفس الإنسانية وجعل عقوبتى الزنا والقذف للحفاظ على النسل والعرض. وأمر بجلد شارب المسكر حفاظا على العقل . كما قرر العقوبة على السرقة والحرابة أيضا حفاظا على المال .

فالشارع الحكيم إذن قد نص على الجرائم الخطيرة بعقوباتها ثم هو بعد هذه الجرائم المنصوصه بعقوباتها قد نص على نوع آخر من الجرائم منفصلة عن عقوباتها كالربا والرشوة والغيبة والنميمة وغيرها وذلك لما يراه من وجوب النص عليها إذ أنها من حيث الخطورة تأتى فى المرتبة الثانية بعد الجرائم المنصوصة بعقوباتها كما أنها تعتبر جرائم دائما فلا تنفك عنها صفة التجريم مطلقا فحرص الشارع الشريف على تجريمها عن طريق النص المباشر خشية أن يفوت على الأمة تجريمها وهذا القسم يشمل الأنواع الثلاثة الأُوَل من الأنواع التى يمكن عن طريقها معرفة الجرائم التعزيرية (١) .

أما ما عدا تلك الجرائم المنصوصة سواء كانت بعقوباتها أومنفردة عنها مما يعد مساسا بالمصالح المعتبرة شرعا فإنه على نوعين : نوع ضرره معروف وظاهر فى كل وقت ونوع ضرره غير ظاهر فى كل وقت وهذان هما النوعان الأخيران من الأنواع التى تعرف بها الجرائم التعزيرية (٢) .

فأما ما كان ضرره غير ظاهر حيث يكون جريمة فى وقت دون آخر فقد تقدم القول فيه بأنه ليس بجريمة فلابد من إعلان تجريمه عند ظهور

---

(١) أعنى بالنوع الأول: ما كان حدا غير كامل وبالثانى: الحد الكامل الذى امتنع تنفيذه لشبهة أو سبب وبالثالث: التعزير المحض مما نُص عليه بنص مباشر بدون عقوبته .

(٢) وهما الرابع والخامس .

المصلحة .

وأما ما كان ضرره معروفا وظاهرا فى كل وقت مما جاء نصه تلميحا وليس تصريحا فهو ما نحن بصدد الكلام عنه فنقول :

إن ما كان ضرره على المصالح المعتبرة فى الشرع ظاهرا ومعروفا ولا تنفك عنه صفة الضرر - مما لم ينص عليه مباشرة - فقد نهى الشرع عنه بالأدلة العامة ، ويعتبر ذلك طريقا صحيحا للتجريم فكل ما يدخل تحته من الأفعال المخلة بمصلحة الأمة فانه يعتبر جريمة يعاقب عليها ولو لم ينص عليه صراحة وبطريق مباشر بل تتم معرفة تجريمه عن طريق الأدلة والنصوص العامة التى تومىء إلى الجريمة وتشير إليها والتى تؤكد الحفاظ على هذه المصالح وتجرم كل ما يتنافى معها (١) . ومن تلك الأدلة العامة مثلا قوله تعالى :

" ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين" (٢)

وقوله تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (٣) .

وقوله تعالى :

" ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن" (٤)

وقوله صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار (٥) " وقوله صلى الله عليه وسلم : " فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام " (٦) . إلى غير ذلك من

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٢٥ .

(٢) سورة البقرة الآية : ١٩٠ . وسورة المائدة الآية : ٨٧ .

(٣) سورة النساء الآية : ٢٩ .

(٤) سورة الأنعام الآية : ١٥١ .

(٥) مسند الامام احمد المرجع السابق جـ ٥ ص ٣٢٧ وسنن ابن ماجه المرجع السابق جـ ٢ ص ٧٨٤ .

(٦) مسند الامام احمد المرجع السابق جـ ٥ ص ٧٢ وهو فى مسلم بلفظ: " إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم" صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٢ ص ٨٨٩ .

الأدلة العامة التى يدخل تحتها عدد كبير من الجرائم (١) .

ولم يشأ الشارع الحكيم أن يسرد هذا النوع من الجرائم بالتفصيل لسببين :

الأول : أن ظروف الناس تختلف من زمن لزمن ومن عصر لعصر فلو حُصرت الجرائم لذُكر منها ما لايتصور وجوده فى عصر النبوة، فاكتُفِيَ بالإجمال دون التفصيل .

الثانى : حتى لا يفوت على الأمة الاسلامية ملاحقة المجرمين وما يتفننون به من وسائل الإجرام وطرقه، فكل وقت وكل يوم تُبتكَر طريقة جديدة للإجرام ينجو بها المجرمون من النصوص المحددة (١) ، وبهذا المعنى قال عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه : " تَحْدُث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور " (٢) .

وعلى هذا فكل فعل وكل اعتداء يناقض المصالح المعتبرة مناقضة ظاهرة فهو جريمة يعاقب عليها ولو لم ينص الشارع على ذلك بانفراد، اكتفاء بدلالة الأدلة العامة :

١ - فالدين لازم لبنى البشر فهو الذى خُلقوا من أجله قال تعالى : " وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدونِ " (٣)
فكل اعتداء وكل عبث فى الدين مما لم يُنص عليه بمفرده فانه يعد جريمة أيضا بأي طريقة كانت؛ محارَبةً له أو معارَضةً لنشره أو استهزاءً به أو بأهله أو بمشرِّعه وهكذا .

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٢٥ وفى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٢٧٨ و "مبدأ الشرعية تقريره وتطبيقه فى الشريعة الاسلامية والقانون" تقرير د / سلوى بكير المرجع السابق ص ١٧٦ .
(٢) الفروق للقرافى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٧٩ .
(٣) سورة الذاريات الآية : ٥٦ .

٢ - والنفس كذلك : فتَحْرُم سائر الاعتداءات على بنى البشر مما لم ينص عليه منفردا أيّا كان نوع هذا الاعتداء وبأى شكل من الأشكال ورد، فلا يَخْرج مثلا إيذاء الأشخاص بالأنوار العاكسة أو الغازات المؤذية من دائرة التجريم . وإنه لسوف يَخْرج لو كانت الجرائم كلها بالنصوص المحددة فقط ، لأن هذه الأفعال من المبتكرات الحديثة .

٣ - والعِرْض أيضا : فكل مساس وكل إخلال به مما لم يرد به نص بمفرده فإنه يُعد جريمة يعاقب عليها فإذا كان إدخال الحيوانات المنوية مباشرة إلى رحم غير الزوجة محرَّما بالنص المحدد الثابت ، فإن إدخال هذه الحيوانات بطريق الأنابيب أيضا يعد جريمة ، أخذاً من النصوص العامة التى تمنع الفواحش بأنواعها وتحافظ على نقاء النسل . وكذلك عَرْض الأفلام الجنسية .

٤ - والعقل أيضا : فكل ما يؤثّر عليه وكل ما يهدده مما لم يفرد بنص خاص فإنه يعد جريمة كذلك ويعاقب عليه . وقد ابتكر العلم الحديث أنواعا كثيرة مخلة بالعقل ليست مسكرة ولا مخدرة ومع ذلك فلا منجاة لمتعاطيها من ملاحقة القضاء الإسلامى له .

٥ - والمال كذلك : فكل اعتداء على أموال الآخرين وكل انتهاك لها مما لم ينص عليه بنص مباشر ، بأي لون من الألوان وبأى طريقة كانت فإنه يعد جريمة يعاقب مرتكبها، وسواء كان ذلك عن طريق النهب أو الغصب أو الاختلاس أو الإتلاف أو أى نوع آخر يتضرر به مال الغير كالنصب والاحتيال، فلن ينجو من عقاب القضاء الإسلامى مَنْ نَزَل من سيارة النقل ولم يدفع الأجرة، أو أكل من مطعم فخرج ولم يدفع قيمة ما أكل ، كما نجى من

قبضة القانون الغربى قبل أن ينص على ذلك ، مع أن الجانى نفسه يعرف ويعتقد تماما أن فعله هذا ليس صحيحا وأنه قد ارتكب جرما، إلا أن القانون لم ينص عليه ولذلك يكون بريئا لا عقاب عليه ولا لوم ، وكأنه فعل أمرا مباحا .

٦ - ويلتحق بذلك كل دليل عام يدخل تحته أفراد متعددة من الجرائم سواء ظهرت المصلحة فى تجريمه أو لم تظهر كالتحريم لبعض المأكولات مثلا .

وهكذا يتضح أن الشريعة الإسلامية السامية لا تعاقب فاعلا على فِعْلٍ اقترفه قبل تجريمه فى جرائم التعازير حيث أن الأدلة التى يُمْكِن عن طريقها معرفة هذه الجرائم واضحة لا غموض فيها ولا إبهام، فكل فعل خارج عن هذا النطاق فليس بجريمة ولا يعاقب عليه ما لم يتم تجريمه بعد ظهور المصلحة فيه وما لم يتم الإعلان عنه . فالتعزير لمجرد ظهور المصلحة (١) بدون دليل وبدون إعلان سابق لا يجوز وليس من العدل ، وليس أدل على ذلك من قصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه المتقدمة فى أدلة مبدأ الشرعية : حينما أعلن للمصلحة العامة أن لا يطوف الرجال مع النساء ، ثم وجد رجلا معهن فضربه فلما علم أن الرجل حديث العهد بالحرم حيث لم يعلم بهذا النهى اعتذر اليه وعرض على

---

(١) روضة الناظر وجنة المناظر المرجع السابق ص ٨٦ و ٨٧ .

الرجل أن يقتص منـه (١) .

وعلى هذا فلا جريمة فى جرائم التعزير بغير دليل شرعى، فإذا لم يكن ثم دليل فلا تجريم ، فالأدلة هى المَعْلَم المؤشّر على الجرائم والموضّح لها وليس ثَمة طريق آخر . فهذا هو مقتضى التسليم بالحاكمية المطلقة لله تبارك وتعالى قال سبحانه :" إن الحكم إلا لله " (٢) وقال عز من قائل : " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون" (٣) وقال تعالى : " فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول " (٤) الى غير ذلك من الآيات التى تمنع الحكام من تحريمٍ أو تحليلٍ بغير دليل شرعى .

---

(١) وخالف بعضهم فى ذلك فقال : يجوز التعزير فى غير معصيـــة للمصلحة العامة وقد استدل لهذا الرأى بأن الرسول صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة فلما اتضحت براءته أخلى سبيلـــه ويفعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه بنصر بن حجاج حيث حلق شعره ونفاه عن المدينة عندما علم تشبيب النساء به . وبجـــواز تأديب الصبيان وهم ليسوا أهلا للتكليف . (نهاية المحتـــاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى للإمـام شمس الدين محمد بن الإمام شهاب الدين أحمد الرملى وبهامشه حاشية الاستاذ أبى الضياء علي الشبراملسى طبعة قديمة جـدا بدون تاريخ جـ ٧ ص ١٧٣ و ١٧٤ وحاشية ابن عابدين المرجع السابق جـ ٤ ص ٦٦ وعبد القادر عوده التشريع الجنائى الإسلامى المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٩ و ١٥٠) وواضح أن هذه الأدلة ليس فيها دلالة على ذلك فحبْس المتهم يعتبر من إجراءات التحقيق التى تتخذ فى سبيل إثبات الجريمة أو نفيها ، وأما تأديـــب الصبيان فللتربية وحملهم على اتباع الأفضل وليس لأن فعلهـــم يستحق العقاب . وعمل عمر رضى الله عنه من باب سد الـــذراع " التدابير الاحترازية " التى تتخذ لكبت الإجرام والقضاء عليه فـى وكره ، مع أن فعل عمر رضى الله عنه هذا قد لا يعد علاجا سديدا فهو نفاه من أرض الإسلام إلى أرض الإسلام والفساد الحاصل فـى المدينة سيحصل فى غيرها .

(٢) سورة الانعام الآية : ٥٧ . (٣) سورة المائدة الآية : ٤٤ .
(٤) سورة النساء الآية : ٥٩ .

٢ - سلطة القاضي في تحديد الجريمة التعزيرية :

بينا في الفقرة السابقة كيف يمكن تحديد الجريمة التعزيرية وأن ذلك يتم عن طريق الأدلة من خاصة أو عامة فإذا لم يقم دليل على التجريم بقي الأمر على البراءة الأصلية .

وعلى هذا فتتحقق قاعدة لا جريمة إلا بنص في جرائم التعزير ويكون سبيل التجريم فيها محصورا ومعروفا فليس على القاضي إلا أن يبحث في الأدلة الشرعية فيمنع ما منعته ويبيح ما أباحته أو سكتت عنه سواء كانت الأدلة نصوصا خاصة بجرائم معينة أو كانت عامة يدخل تحتها مفردات كثيرة ، فيبحث فيها بطريقة صحيحة سليمة من غير تعسف ولا شطط ، وهُوَ وَإِنْ كان ليس معصوما فإن الشريعة لم يفتها ذلك حيث اشترطت فيمن يتولى القضاء شروطا قاسية لا تتوفر إلا في أشخاص قلائل كالعدالة والاجتهاد وغيرهما مما سيأتي (١) .

وبناء على ذلك يتبين خطأ القول : بأن الشريعة الإسلامية لم تعيِّن جرائم التعزير وأنها أعطت القاضي سلطة مطلقة في التجريم ليجوم كيفما شاء وكيفما أراد ، فإنْ رأى أن يعاقب على فِعْلٍ فَلَهُ ذلك ولو لم يُنص عليه من قبل ، فهذا محض اختلاق على شريعة السماء السامية ،إذْ الواقع أنه ليس للقاضي سلطة تحكمية من هذا النوع(٢) بل سلطته محدودة بحدود الشرع وأدلته ، فإذا عرضت عليه قضية مّا بحث فيما لديه من الأدلة الشرعية فإن كانت تقضي بتجريم ذلك الفعل المرتكب حكم بتجريمه ثم عاقب عليه وإن كانت الأدلة لا تقضي بتجريمه فليس بجريمة ولا عقاب على مرتكبه ، غير أن هذه السلطة ليست حرفية وجامدة في كل الظروف ، فهي كذلك في أفراد الجرائم المنصوصه بعقوباتها وفيها نوع من المرونة في

---

(١) عند ذكر الضمانات التي أحيط بها اختيار القاضي للعقوبة التعزيرية .
(٢) في أصول النظام الجنائي الاسلامي المرجع السابق ص ٢٦٩ .

تطبيق النصوص العامة على ما يدخل تحتها من جرائم دخولا واضحا لا غموض فيه ولا إبهام (١) .

وأخيرا وبعد هذا كله فليس هناك فى الشريعة الإسلامية ما يمنع من تقييد لسلطة القاضى وتحديدها بجرائم معينة لا يتعداها الى غيرها ، وذلك بحصر الجرائم التعزيرية (٢) وتدوينها ثم وضعها فى كتاب مستقل كى يسهل الرجوع إليها ثم توزع على القضاة ليعتمدوا عليها فى تحديد الجرائم التعزيرية شريطة أن يكون ذلك بروح إسلامية صِرْفه لا تؤثر على النصوص الشرعية . فالشريعة الاسلامية حينما لم تحصر الجرائم مفصلة زمن التشريع إنما ذلك حتى لا تكون مستقرة على مر العصور مما يتنافى مع خلود الشريعة وبقائها وصلاحيتها لكل زمان ومكان ، فمتى ما دعت الحاجة إلى حصرها وتفصيلها جاز ذلك بل صار مطلوبا .

وأيضا فالجرائم التعزيرية توشك أن تكون محصورة بمفرداتها بين ثنايا كتب الفقه والحديث،فقد تفطن الفقهاء لذلك فذكروا كل ما يتوقعونه من أمور قد تحدث وتستجد ، ولم يبق علينا سوى ترتيبها وتصنيفها وجمعها فى مصدر واحد مع إضافة ما استجد عليها مما أوجده التطور فى الحياة الحديثة (٣) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٢ .

(٢) ذكرنا الجرائم التعزيرية دون العقوبات حيث أن هذا المعنى سوف يأتى فى حق العقوبات عند بحثنا فى معالجة التوسع فى العقوبات التعزيرية فى المطلب التالى من هذا الفصل .

(٣) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ص ١٣٣ . والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٣١ والتعزير فى الشريعة الاسلامية للدكتور عبد العزيز عامر الطبعة الرابعة ١٣٨٩هـ دار الفكر العربى ص ٤٧٩ و ٤٨٢ .

ثانيا : معالجة التوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية مع ذكر الضمانات المقيّدة لـه :

سبق القول بأن الشريعة الإسلامية توسعت فى تحديد الجريمة التعزيرية أحيانا وتوسعت فى تحديد العقوبة التعزيرية دائما ثم تلى ذلك الحديث عن كيفية تحديد الجريمة التعزيرية ببيان الطرق التى يتم بها هذا التحديد وأن القاضى ليس مطلق اليد فيها . وهنا نعالج التوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية كما نذكر الضمانات التى أحيط بها هذا التوسع .

١ - معالجة التوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية :

إن الشارع الحكيم حين توسع فى تحديد عقوبات جرائم التعزير حيث جعلها تتراوح بين حدين أعلى وأدنى لم يكن تقصيرا منه فى وضع عقوبة محددة لكل جريمة بعينها ، بل لأنّ مصلحة الأمة اقتضت ذلك ، ولهذا لما كانت مصلحة الأمّة تقتضى التحديد فيما تناهت خطورته عمل به فى جرائم الحدود والدماء أما هنا فإن المصلحة تقتضى وضع عقوبات مرنة واسعة ليختار منها ما يلائم ظروف الجريمة وشخص المجرم وظروفه وظروف الزمان والمكان كما مر معنا فى المطلب الأول .

والشريعة الاسلامية بهذا النهج الذى انتهجته فى عقوبات جرائم التعزير قد قررت وأخذت فيه بمبدأ تفريد العقوبة ، ذلك المبدأ الذى يقضى بأن لكل جريمة عقوبة ذات حدين أعلى وأدنى ليختار القاضى منها ما يلائم كافة الظروف ، وهو المبدأ الذى أبرق الغرب وأرعد حين توصل إليه فى الأيام الأخيرة وجهل أو تجاهل - كعادته - أن الإسلام هو صاحب هذا المبدأ

حين قرره وأخذ به قبل أربعة عشر قرنا من الزمن (١) .

إلا أن الشريعة الإسلامية أيضا حين أخذت بمبدأ تفريد العقاب لم تترك الأمر كما قد يُتصور من أن تطبيقه يكون بالسعة المتناهية وغير المحدودة حيث تُختار العقوبة من بين طرفين متباعدين بدءً باللوم والتوبيخ وانتهاءً بالحبس المؤبد أو القتل فيختار القضاء من هذا كيفما شاء،فقد يقرر عقوبة الإعدام على أتْفَهِ الجرائم وقد يقرر اللوم على أعظمها وهكذا !!!.

كلا إن الأمر ليس بهذه الصورة ولا حتى قريب منها فالشرع الحكيم حين أخذ بهذا المبدأ - أعنى مبدأ تفريد العقاب - فى تطبيق عقوبات التعزير لم يأخذ به على إطلاقه بل أحاط ذلك بحصون منيعة تحول دون الحيف،وسياج قوية تؤكد وتضمن سلامة التطبيق وعدم الإخلال به أو العبث ، حيث أن هناك ضمانات مشددة تُقيِّد القضاء فى اختيار العقوبة التعزيرية مما لا مجال معها للخوف من عدم سلامة الاختيار .

وفيما يلى نجمل الضمانات التى تكفل هذا التطبيق .

٢ - ضمانات اختيار العقوبة التعزيرية :

أ - الحد الأعلى للعقوبات التعزيرية :

إن التعزير أصلا قد شرع للتأديب والعلاج وليس للانتقام والإهلاك لذا فلا يُقَرر منه إلا مايغلب على الظن أن فيه صلاح الجانى والمجتمع ، وهذا ما قال به كافة فقهاء الأمة ، ولهذا فقد اختلف العلماء الأفاضل

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٩١ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ٢ ص ١٦٢و١٦٣و ٦١٥ والأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٩٠ و ٩١ .

فى هل يبلغ بالعقوبة التعزيرية حد القتل ؟ أى هل من مصلحة الأمة تقرير القتل تعزيرا ؟ هذا مذهب مالك فقط كما قال به بعض أصحاب الشافعى وأحمد رحمهم الله تعالى جميعا . أما سائر الفقهاء فقد منعوا ذلك فى المشهور عنهم .

ولم يقف الخلاف عند هذا الحد بل اختلف الباقون فيما هو مقدار التعزير بعد ذلك ؟ فقال بعضهم لا يبلغ بالتعزير فى معصية مقدار الحد فيها، وقال البعض إنه يبلغ به أدنى الحدود فيكون إما أربعين أو ثمانين على الخلاف فى هل حد الخمر أربعون أو ثمانون . بينما قالت قلة من الفقهاء لا يزاد فى التعزير على عشرة أسواط ولكلٍّ دليلُه (١) .

ومع أننى لا أنفى كون عقوبة القتل واحدةً من عقوبات التعزير كما سيأتى عند ذكر العقوبات التعزيرية إلا أننى بما سردته أردت فقط أن أؤكد أن قساوة العقوبة فى التعزير ليست مطلوبة ولا يهدف الشارع إليها إلا إذا دعت الى ذلك الحاجة ، وأن القتل لا يجوز إلا فى حالات نادرة وهى حالة الجرائم الخطيرة جدا حين يهدد المجرم أمن وسلامة المجتمع فى خطورة إجرامه وتكرره مع عدم القدرة على إصلاحه .

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية المرجع السابق ص ٥٦ - ٥٨ والمغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٧٢٤ والفروق للقرافى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٧٧ و ١٧٨ والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية للامام بن قيم الجوزية طبعة ١٣٨١ هـ بمطبعة المدنى على نفقة الشيخ على آل ثانى ص ١١٦ و ١١٧ وفتح القدير المرجع السابق جـ ٥ ص ٣٤٨ والتشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٦٨٧ . وليس هذا محل البسط فى الخلاف والأدلة بل أردنا التنبيه على ذلك فقط .

وبذا نتبين أن العقوبات التعزيرية ليست من الإطلاق بحيث توصف بأن فيها سعة متناهية وغير محدودة .

ومع هذا فينبغي أن تحدَّد الجرائم التعزيرية التي يعاقب عليها بالقتل ولا تترك لسلطان القاضي فتضيق دائرتها وينحصر عددها .

ب - ما حُدِّد مقداره من العقوبات يُتخذ معرِّفا لما لم يُحدَّد :

قد تكون الجريمة التعزيرية من النوع الذي في جنسه الحد فإذا كانت كذلك فلا يجوز أن تبلغ عقوبتها الحد المقدر فيما هي من جنسه وذلك مثل سرقة ما دون النصاب والاختلاس والنهب فلا يجوز أن تبلغ عقوباتها حد القطع ومثل مقدمات الزنا لا يبلغ بها حد الزنا ومثل المضمضه بالخمرة لا يبلغ بها حد الخمر ومثل السب والشتم لا تبلغ العقوبة فيهما حد القذف بصريح الزنا ومثل تقطيع أطراف الميت أو قطع رقبته أيضا لا يبلغ بذلك حد القصاص ونحو ذلك، وهكذا تكون الجرائم المنصوصة عقوبتها دليلا ومرشدا للقاضي في فرض العقوبات التي من جنسها ولم تصل إلى مرتبتها، وهذا حتى عند من قالوا بجواز التشديد في عقوبة التعزير من حبس مؤبد أو قتل (١) .

فإذا فرضنا أن القاضي حكم على من سرق الشيء التافه بالقطع، أو من سب أو شتم أو من تمضمض بالخمر بالجلد ثمانين، تبيّنا خطأه وعدم توخيه العدل في اختيار العقوبة فلابد من مساءلته ومحاسبته ما لم يأت بمبرر ظاهر يبرر هذا الحكم كإفزاع الناس باستمرار وتكرار هذه الجريمة مثلا بحيث أصبح المجرم لا يفيد فيه ولا يردعه غير ذلك .

---

(١) الفتاوى لابن تيمية المرجع السابق جـ ٢٨ ص ١٠٨ .

وبالجملة فالجرائم المقدرة تعتبر مرشدا عاما لسن العقوبات فى الجرائم التعزيرية سواء كان ذلك من باب التشريع فيها أو الحكم القضائى فى الواقع منها (١) .

جـ - نوعية الأشخاص الذين يتولون اختيار العقوبة التعزيرية، أو "شروط تولية القاضى" :

ومن الضمانات التى أحيط بها تطبيق العقوبات التعزيرية : ذاك الاختيار الصعب والدقيق لنوعية الأشخاص الذين يتولون القضاء، ذلك أن القاضى الذى يتولى القضاء وبالتالى العقوبة التعزيرية ليس كغيره من الناس فليس كل شخص أحاط علما بكثير من الأحكام الشرعية يصلح لأن يتولى القضاء فيتصرف فى حريات المسلمين وشئونهم الخاصة بل لابد أن يكون ذا نوعية خاصة فيؤمَن زَلَلُه ويُطمأَن إلى الأحكام الصادرة منه .

ولهذا فقد وضع الاسلام لمن يتولى القضاء شروطا قاسية قلّما تجتمع فى شخص ، كلّه من أجل سلامة الأحكام الصادرة عن القضاء .

وقد أجمل الفقهاء رحمهم الله تعالى الشروط التى يجب توافرها فى الشخص الذى يتولى القضاء فقالوا : يجب أن يكون القاضى ذكرا مسلما بالغا عاقلا حرا عالما عدلا سليم الحواس . وغالب هذه الشروط مُجْمَع عليها من قِبَل الفقهاء ، وما لم يُجْمَع عليه فقد قال به الجمهور منهم .

وأيضا فإن كلاً من شرط العقل والعدال والعلم تتقيد هى الأخرى بشروط، فليس كل من قيل عنه بأنه عاقل وعدل وعالم يصح قضاؤه بل

---

(١) الفتاوى لابن تيمية المرجع السابق جـ ٢٨ ص ١٠٨ و ١٠٩ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٩٦ .

لا يسمى عاقلا فى هذا الباب حتى يصير : " صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا من السهو والغفلة يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وفصل ما أعضل " (١) .

كذلك لا يسمى عادلا حتى يكون : " صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفا عن المحارم متوقيا المآثم بعيدا من الرّيَب مأمونا فى الرضا والغضب مستعملا لمروءة مثله فى دينه ودنياه " (٢) .

كما أنه لا يسمى عالما حتى يصل إلى مرتبة الاجتهاد فيكون محيطا بالكتاب والسنة من جميع جوانبهما ومحيطا بما أجمع عليه السلف واختلفوا فيه وأن يكون عالما بالأصول الفقهية من قياس وناسخ ومنسوخ وغيرها .

ومن هنا يتضح أن القاضى الذى يتولى اختيار العقوبة التعزيرية لا يتصرف بمجرد هواه وعلمه بل لابد أن يحكم بموجب ما عرفه وأحاط به من أحكام الشرع الشريف بعقل ثابت وبصيرة نيّرة مع خوف من الله عز وجل ورجاء منه ، فتصدر أحكامه سليمة صحيحة بعيدة عن الآراء الشخصية والاجتهادات العقلية المحضة (٣) .

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ٦٥ .
(٢) الأحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ٦٦ .
(٣) الأحكام السلطانية لأبى يعلى المرجع السابق ص ٤٤ - ٤٦ والأحكام السلطانية للماوردى المرجع السابق ص ٦٥ و ٦٦ والمغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٩ ص ٣٩ - ٤٢ وفتح القدير للكمال بن الهمام المرجع السابق جـ ٧ ص ٢٥١ - ٢٦١ .

د - سلطة القاضى فى اختيار العقوبة التعزيرية :

بينا فيما مضى أن سلطة القاضى فى التجريم ليست تَحَكُّمِيَّة وكذا هنا فليست سلطة القاضى فى اختيار العقوبة التعزيرية تحكميه فيختار ما يخطر بباله من العقوبات بل بحسب ما يلائم الجريمة وما تمليه المصلحة مما يراه القاضى كافيا فى ردع المجرم وفى حفظ أمن وسلامة المجتمع .

فاذا عرضت الجريمة التعزيرية على القاضى فليس له أن يتسرع ويصدر الحكم بالعقوبة بدون ضوابط ومعايير ، بل يجب عليه أن يستبعد أساسا جميع العقوبات المخالفة للشريعة مما فيه تمثيل أو تعسف أو انتقام ، كما عليه أن ينظر فى العقوبات الشرعية فيختار منها أكثرها وأقربها ملاءمة للجريمة والجانى والمجتمع ، فيقدّر جسامة الجريمة ومدى خطورتها وتكررها كما ينظر فى شخصية المجرم فقد يكون من الجناة العتاة الذين لا يفيد فيهم ولا يصلحهم إلا القسوة فى العقوبة ، وقد يكون من الأشخاص الذين لم يعتادوا الإجرام ، بل وقعت منه على سبيل الغلط والغفلة فمثل هذا تكفى فيه العقوبة المخففة بل قد يكفيه عقاباً الإحضار إلى مجلس القضاء . كما ينظر كذلك إلى المجتمع من حيث تضرره بهذه الجريمة ومن حيث العلاج والردع الذى سوف تحققه العقوبة لمريدى الاجرام .

وهكذا يستطيع القاضى أن يضع الأمور فى مواضعها فيتشدد فيما تُطلب فيه الشدة ويتساهل فيما ينبغى فيه التساهل وكل ذلك بحسب ما يمليه عليه اجتهاده مما هو فى حدود الأصول الشرعية فلا يختار العقوبة التعزيرية اختيارا عشوائيا أو على حسب رغبته وهواه كما فى كفارات اليمين مثلا والتى يختار منها الشخص واحدة مما يشاء ، بل لابد أن يكون اختياره للعقوبة تدريجيا حيث يجب عليه فى البداية وبعد ثبوت الجريمة أن يختار فإذا أراد أن يختار وجب عليه أن يتوخى الأصلح والأنجع ثم

إذا ظهرت له واحدة من العقوبات فعَلِم أنها الأصلح والأنجع فـــلا يتعداها إلى غيرها بل تجب وكفى (١) .

هـ - جواز تقييد سلطة القاضى فى اختياره للعقوبة التعزيرية :

قدمنا فى معرض معالجة التوسع فى تحديد الجريمة التعزيرية أنه يجوز تقييد سلطة القاضى فى التجريم وذلك بتحديد الجرائم وحصرهـا مقدمـا .

وهنا أيضا فسلطة القاضى فى اختيار العقوبة التعزيرية ليســت واجبة فيجوز تقييدها إذ لا يوجد من الأدلة ما يمنع التقييد . بـل إن اطلاقها كان من باب المصلحة التى يتوخاها التشريع الإسلامى فـــى أحكامه مراعاة لتجدد الحياة وتطورها واختلاف ظروف الناس وأحوالهـم زمانا ومكانا ، فإذا جدّت مصلحة تعارض ذلك صادر التقييد لهـــذه السلطة جائزا خصوصا فى وقتنا الحاضر بما فيه من تطور الحياة وتعقدها وكثرة مشاكلها مما جعل القضاء يستقطب عددا كبيرا من القضاة،فهـــو بالتالى لن يستطيع اختيار قضاة على حسب الشروط المطلوبة فى اختيـار القاضى الكفء ولهذا فلعلّه - والحالة هذه - يكون من الواجب تقييـــد هذه السلطة .

ويتم تقييد سلطة القاضى فى العقوبة - والجريمة كما تقدم - بـــأن توضع عقوبة أو عقوبات لكل جريمة بعينها ويتم حصرها وتوزيعها علـــى القضاة كى يطبقوها ولا يتعدوها إلى غيرها ، شريطة أن لا يكون فـــى

---

(١) الفروق للقرافى المرجع السابق جـ ٤ ص ١٨٢ السياسة الشرعيـة لابن تيمية المرجع السابق ص ٦٥ التشريع الجنائى الاسلامـــى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٨ و ٦٣٠ وفى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العواد ص ٢٧٠ .

ذلك تأثير على النصوص الشرعية وأن يعيَّن لكل جريمة عقوبتان فأكثر حتى يستطيع القاضى إعطاء كل حالة ما يناسبها ، فلا تَتقيَّد سلطته تقييدا حرفيا ، تمشيا مع روح التشريع الإسلامى فى التجريم .

كما يشترط أيضا أن لا يكون هذا التحديد للجرائم والعقوبات نهائيا بل يتم تغييرها وتبديلها كلما جدَّت مصلحة أو دلّ دليل (١) .

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٣١ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٦٣٠ والتعزير د / عبد العزيز عامر المرجع السابق ص ٤٨٢ - ٤٨٤ .

المطلب الثالث

أمثلة تطبيقية للجرائم والعقوبات التعزيرية فى الفقه الاسلامى

ذكرنا فيما مضى أن الجرائم والعقوبات التعزيرية يجب أن تكون شرعية بمعنى أن يكون لها مستند من كتاب أو سنة أو إجماع أو نص من ولى الأمر فيما تظهر المصلحة فى النص عليه وقلنا ان الشريعة توسعت فى تحديد الجريمة فى بعض الأحيان كما توسعت فى تحديد العقوبة فى كل الأحيان ، وتأكيدا لهذا المنطلق الذى تنتهجه الشريعة الغراء فسنجمل أمثلة تطبيقية لكل من الجرائم والعقوبات التعزيرية فى فقرتين مستقلتين :

أولا : الأمثلة التطبيقية للجرائم التعزيرية :

تبلغ الجرائم التعزيرية قدرا كبيرا من العدد بحيث يصعب معه جمعها وحصرها إضافة إلى أن ما نُص عليه صراحة أقل مما أشارت اليه النصوص ودلت عليه بطريق التعميم ، ولهذا فسوف نقتصر هنا على ذكر بعض النماذج للجرائم التعزيرية والتى تؤكد حرص الشريعة الغراء على لفت الانتباه إلى الأفعال المجرمة قبل المحاسبة عليها .

ومن الجرائم التعزيرية التى دلت عليها النصوص ما يلى :

١ - جريمة الربا :

فهذه الجريمة قد حرمها الله وأكد تحريمها فى عدة آيات من القرآن الكريم قال تعالى :

" وأحل الله البيع وحرم الربا " (١)

---

(١) سورة البقرة الآية : ٢٧٥ .

وقال تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى
من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا
فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم
رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون " (١)

٢ - جريمة الرشوة :

قال تعالى :

" ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها
إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس
بالاثم وأنتم تعلمون " (٢)

وقال صلى الله عليه وسلم : " لعن الله الراشى والمرتشى " (٣) .

٣ - جريمة خيانة الأمانة :

قال تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول
وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون " (٤)

وقال تعالى :

" إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى
أهلها " (٥)

---

(١) سورة البقرة الآيتان : ٢٧٨ ، ٢٧٩ .
(٢) سورة البقرة الآية : ١٨٨ .
(٣) مسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٢ ص ٣٨٧ وسنن ابن ماجه المرجع السابق جـ ٢ ص ٧٧٥ .
(٤) سورة الأنفال الآية : ٢٧ .
(٥) سورة النساء الآية : ٥٨ .

٤ - جريمة السب والسخرية :

قال تعالى :

" ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله
فيسبوا الله عدوا بغير علم " (١)

وقال تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من
قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء
من نساء عسى أن يكن خيرا منهن
ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب
بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان" (٢) الآية . . .

٥ - جريمة شهادة الزور :

قال تعالى :

" فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا
قول الزور " (٣)

وقال تعالى في معرض الحديث عن صفات المؤمنين :

" والذين لا يشهدون الزور " (٤)

وحديث : " ألا أنبئكم بأكبر الكبائر " فذكر منها " شهادة الزور " (٥) .

---

(١) سورة الأنعام الآية : ١٠٨ .
(٢) سورة الحجرات آية : ١١ .
(٣) سورة الحج الآية : ٣٠ .
(٤) سورة الفرقان الآية : ٧٢ .
(٥) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ١ ص ٩١ .

٦ - جريمة الغش فى المكيال أو الميزان :

قال تعالى :

" ويل للمطففين، الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون " (١)

وقال تعالى :

" أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين، وزنوا بالقسطاس المستقيم، ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا فى الأرض مفسدين " (٢)

٧ - جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما ذبح لغير الله :

قال تعالى :

" إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله " (٣)

٨ - جريمة التعدى بالدخول فى مساكن الآخرين بدون إذن :

قال تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون، فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا

---

(١) سورة المطففين الآيات : ١ - ٣ .
(٢) سورة الشعراء الآيات : ١٨١ - ١٨٣ . ٣ - سورة البقرة آية : ١٧٣ .

" هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم " (١) .

٩ - جريمة التجسس :

قال تعالى :

" ولا تجسسوا " (٢)

١٠- جريمة كتمان الشهادة :

" ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه " (٣) .

وقال تعالى :

" ولا يأب الشهداء إذا ما دُعوا " (٤) .

١١ - جريمة عضل الزوجة والتضييق عليها لاسترداد المهر أو بعضه :

قال تعالى :

" ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة " (٥) .

١٢ - جريمة نكاح الزانية والمشركة :

قال تعالى :

" الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زانٍ أو مشرك وحُرِّم ذلك على المؤمنين " (٦) .

إلى غير ذلك من الجرائم التى ليس هذا مقام سردها فنكتفى بهذا القدر منها .

---

(١) سورة النور الآيتان : ٢٧ و ٢٨ .
(٢) سورة الحجرات الآية : ١٢ .
(٣) سورة البقرة الآية : ٢٨٣ .
(٤) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ .
(٥) سورة النساء الآية : ١٩ . ٦ - سورة النور الآية : ٣ .

ثانيا : أمثلة تطبيقية للعقوبات التعزيرية :

قلنا فى أول هذا الفصل : إن العقوبات التعزيرية يجب أن تكون شرعية وقلنا : إن هذا لا يعنى ربطَ كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة لا تُتَعدى إلى غيرها بل إن العقوبات التعزيرية لأى جريمة من الجرائم تتراوح بين حدين أعلى وأدنى فيختار القاضى منها ما يلائم الجريمة وظروف الجانى على نحو ما مر .

وهنا ولتأكيد ذلك المعنى نجمل العقوبات التعزيرية على النحو التالى :

١ - القتل :

والقتل من العقوبات التعزيرية التى تُقرَّر للجرائم الخطيرة فقط فلا يجوز التوسع فيها بل يجب الحد منها والتقليل ما أمكن ، ولذا فقد اختلف الفقهاء فى جواز القتل تعزيرا (١) مما يؤكد وجوب الالتزام بقصره على الجرائم الخطيرة والتى لا سبيل لكف أذى المجرم إلا بالقتل (٢) .

---

(١) مرّ تفصيل الخلاف فى جواز القتل عند ذكر الضمانات التى أحيط بها تطبيق العقوبة التعزيرية ص ١٨١ .

(٢) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ٢٨ ص ١٠٨ و ١٠٩ .

ومن أدلة القتل تعزيرا قوله صلى الله عليه وسلم فى شارب الخمر : " فإن عاد الرابعة فاقتلوه " (١) وأمره بقتل الساحر (٢) وأمره بقتل اللوطى (٣) .

٢ - الجَلْد :

والجلد كذلك من العقوبات البدنية التى تطبق على مرتكبى الجرائم التعزيرية ولا حد لأقله وقد مر الخلاف فى مقدار أكثره (٤) .

ومن الأدلة على مشروعيته قوله تعالى :

" واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " (٥)

٣ - الحبس :

والحبس من العقوبات التعزيرية أيضا ويدل على مشروعيته قوله تعالى :

" فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا " (٦)

---

(١) سنن أبى داؤد المرجع السابق جـ ٤ ص ١٦٤ و ١٦٥ وسنن الترمذى المرجع السابق جـ ٤ ص ٤٨ و ٤٩ ومما يؤكد أن القتل تعزيرا وليس حداً الرواية التى رواها أبو داؤد والترمزى فى المرجِعَيْن نفسيهما من أن الرسول صلى الله عليه وسلم أُتي بعد ذلك برجل شرب الرابعة فلم يقتله .

(٢) سنن الترمذى المرجع السابق جـ ٤ ص ٦٠ .

(٣) سنن أبى داؤد المرجع السابق جـ ٤ ص ١٥٨ .

(٤) مر ذلك فى ص ١٨٢ (٥) سورة النساء الآية : ٣٤ .

(٦) سورة النساء الآية : ١٥ .

وما روى من أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة (١) . والحديث وإن كان من باب الإجراءات الجنائية وليس من باب العقاب فإنه يدل على مشروعية الحبس ولهذا فقد اتفقت آراء الفقهاء عليه فكان الخلفاء والولاة يتخذون السجون (٢) .

٤ - التشهير :

ويكون بمعاقبة الجانى بإعلان جنايته على العامة . ودليله ما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث رجلا ليجمع الصدقات فلما قدم المدينة قال : هذا لكم وهذا أهدى لى فقام النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : " ما بال العامل نبعثه فيأتى يقول هذا لك وهذا لى فهلاّ جلس فى بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى له أم لا . . الحديث" (٣)

٥ - الهجر :

ويكون بمقاطعة الناس للجانى فى عدم الجلوس أو التحدث معه حتى يرتدع عن غيه . ومن أدلته الآية السابقة " واهجروهن فى المضاجع" وكذلك قصة الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك فأمر النبى صلى الله عليه وسلم الناس بهجرهم كما أمر زوجاتهم بذلك (٤) .

---

(١) سنن النسائى المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٥٥ ومسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٥ ص ٢ .
(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون المالكى المرجع السابق جـ ٢ ص ٣١٥ و ٣١٦ والتعزير د / عبد العزيز عامر المرجع السابق ص ٣٦١ و٣٦٤ .
(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ١١٤ .
(٤) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٥ ص ٢٠٨ و ٢٠٩ .

٦ - التهديـــــد :

ويكون بالتوعد الصادق للجانى بأنه يستحق العقـــاب وسيوقع عليه إن لم يرتدع وهذا ما يعبّر عنه بوقف تنفيذ العقوبـــة فى العصر الحاضر .

ودليله من القرآن قوله تعالى :

" فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهـــم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم " (١)

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم " رحم الله امرأ علق سوطـــه بحيث يراه أهله " (٢)

٧ - التوبيـــــخ :

وهو تعنيف الجانى وتقريعه حتى يشعر بذنبه فينتهـــــى عنه ولا يعود إليه مرة أخرى ومن ذلك أن أحد الصحابة رضـــى الله عنهم سابّ رجلا فعيّره بأمه فقال له الرسول صلى الله عليـــه وسلم : " أعيرته بأمه ؟ إنك امرؤ فيك جاهلية " (٣) وقوله صلـــى الله عليه وسلم : " لَيُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته " (٤) .

---

(١) سورة النور الآية : ٦٣ .
(٢) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٦ .
(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ١ ص ١٣ .
(٤) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٣ ص ٨٥ ومسند أحمد المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٢٢ .

٨ - الوعـــظ :

ويكون بإسداء النصيحة للجانى بعد حضوره لمجلس القضاء فيُشعر بأنه يجب عليه أن يترفع عن هذا العمل الذى لا يليق به ومن أدلته الآية السابقة " فعظوهن " .

٩ - العقوبة المالية " الغرامة " :

وهى أن يُلزم الجانى بدفع مقدار معين من المال جـــزاء لما اقترفه ، ومن أدلة ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى مانـــع الزكاة : " ومن منعها فإنا آخذوها منه وشطر إبله عزمة مـــن عزمات ربنا " (١) وقوله صلى الله عليه وسلم فى سرقة الثمر المعلق بشجره : " ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة " (٢) .

هذه هى أهم العقوبات التى يمكن للقاضى تطبيقهـــا فى شأن الجرائم التعزيرية (٣) . وهى كما ذكرنا ليست كل واحدة

---

(١) مسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٥ ص ٢ وسنن أبى داوٴد المرجع السابق جـ ٢ ص ١٠١ .

(٢) سنن النسائى المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٦١ وسنن أبى داوٴد - المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣٧ .

(٣) ليس هذا محل التفصيل فى العقوبات التعزيرية وإنما القصد هنا الإشارة الى شرعيتها فحسب . راجع : السياسة الشرعية لابـــن تيمية المرجع السابق ص ٥٦ - ٥٩ والحسبة فى الاسلام لشيـــخ الاسلام أحمد بن تيمية تحقيق محمد زهدى النجار نشر المؤسسة السعدية بالرياض بدون تاريخ ص ٩٠ - ١٠٥ والطرق الحكمية لابن القيم المرجع السابق ص ١١٥ - ١١٨ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٤٥ - ١٤٧ و٦٨٧-٧٠٨ والتعزير د / عبد العزيز عامر المرجع السابق ص ٣٠٥ - ٤٦٤ وفى أصول النظام الجنائى الإسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٢٥٢ - ٢٦٨ .

منها مربوطة بجريمة معينة من الجرائم بل على القاضى أن يختار منها ما يلائم الجريمة وظروف الجانى فلا يتعسف فى التطبيق ولا يكون هدفه الانتقام من الجانى وردعه بأي طريقة كانت، بل يكون هدفه الموازنة بين منع الجريمة وإصلاح الجانى وردعه. ولهذا فلا يجوز العقاب بالإغراق ولا بالإحراق ولا بالشنق بالحبل ولا بالتقطيع والتمثيل فهذه كلها من المُثْلة التى نهت الشريعة عنها، كذلك لا يجوز العقاب بحلق لحية ولا بمنع من طعام أوشراب أو عبادة ولا بالتعذيب فكل هذه لم يرد بها الشرع بل نهى عنها فلا عقاب بغير العقوبات الشرعية أو ما يتلاءم معها ولا يخرج فى المقصود عنها (١) .

وإلى هنا نصل إلى نهاية الحديث عن تطبيق الشريعة الإسلامية لمبدأ الشرعية وقد تبين ذلك من خلال العرض لتطبيقه فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ثم أخيرا جرائم التعزير حيث تقرر وبدون مماراة بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فى الشريعة الاسلامية . وإذا تقرر ذلك فلعله من الخير فى نهاية هذا الفصل أن نشير بفقرة ختامية موجزة إلى كيفية تطبيق النظم القانونية لمبدأ الشرعية لتكتمل الفائدة وتتحصل المقارنة والتى من خلالها يتضح سمو الشريعة فى هذا الميدان كما هى فى غيره كذلك .

---

(١) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٣٢٦ ومنار السبيل فى شرح الدليل على مذهب أحمد بن حنبل للشيخ إبراهيم بن ضويان الطبعة الرابعة ١٣٩٥هـ المكتب الاسلامى - بيروت - لبنان جـ ٢ ص ٣٨٢ و ٣٨٣ والشرعية الجنائية فى الشريعة الاسلامية د / عبد الأحد جمال الدين تقرير مقدم الى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية " المشاكل المعاصرة للتجريم والعقاب " ٨ - ٩ مايو عام ١٩٧٦م منشور فى العددين الأول - والثانى ١٩٧٦م المجلد التاسع عشر من المجلة الجنائية القومية المصرية ص ١٤٨ .

خاتمة الفصل :

" فى تطبيق مبدأ الشرعية فى النظم القانونية الحديثة "

لقد كانت أوربا إلى وقت ليس بالبعيد تعيش فى ظلم قضائى وتعسّف تنفيذى ، ذلك أن القضاة كانوا يتحكمون فى تحديد الجرائم وعقوباتها فكانوا يجرّمون الفعل ويُوقِعون العقوبة ولو لم يرد بذلك نص كما كان الحكام يتعسفون فى تنفيذ العقوبات على حسب ما تمليه عليهم رغباتهم ومصالح عروشهم ، فكان لهذا كله الاثر البالغ فى تبنّى الثورة الفرنسية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ثم فى كيفية تطبيقه حيث أخذت به فطبقته تطبيقا حرفيا كردّ فعل لذلك الظلم والتعسف .

فقد عُينت الجرائم فى بداية التطبيق تعيينا دقيقا ومحددا ثم جُعل لكل جريمة عقوبة واحدة محددة تختص بها فيوقعها القاضى على مرتكب تلك الجريمة المقرونة بها من غير زيادة ولا نقصان وبغض النظر عن ظروف المتهم أو الجريمة أو المجتمع . كما لم يكن للسلطة التنفيذية من حق غير تنفيذ العقوبة التى قررها القاضى ، فليس لها حق العفو ولا تخفيف العقوبة .

ولهذا فقد جاءت نتائج هذا التطبيق عكسية وغير مجدية سواء كان ذلك من حيث الجريمة أو العقوبة : أما العقوبة : فكثيرا ما يبرّئ القضاةُ المتهمين بسبب التحرج من إيقاع عقاب شديد على متهم له من الظروف ما يوجب تخفيف عقابه، وحيث لا يملك القضاة ذلك فإنهم يحكمون بالبراءة فى مثل هذه الحالة . وأما النتائج العكسية لتحديد الجريمة : فإن القضاء يجد الحرج فى كثير من الأحيان أمام أفعال لا تحتويها نصوص القانون مع أنها ليست بأقلّ ضررا مما نُص عليه .

ونتيجة لذلك فقد اضطر المشرع الغربى إلى معالجة الأمر،وذلك بتوسيع السلطة بعضَ الشيء فى تحديد كل من الجريمة والعقوبة :

أ - ففى العقوبة نجد أن القاضى قد أُعطي مجالا تقديريا فى تحديدها كي تتلاءم وظروفَ المحكوم عليه ، فصار لكل جريمة عقوبة ذات حدين أعلى وأدنى يختار القاضى ما يناسب المحكوم عليه كما جعل لبعض الجرائم أكثر من نوع فيوقعها القاضى كلها أو يختار منها ما يتلائم وظروف الجانى .

إضافة إلى ذلك فقد أُعطي القاضى حق توقيف تنفيذ العقوبة بعد الحكم بها متى ما كان ذلك مجديا وكافيا فى إصلاح الجناة .

ولم يتوقف الأمر على التوسعة لسلطة القاضى فى العقوبة بل شمل السلطة التنفيذية أيضا فصار لها حق تخفيف العقوبة والعفو عنها وإطلاق سراح الجانى تحت شرط قبل انتهاء مدة سجنه إذا ثبت صلاح حاله ، كما جعل لها حق تقدير مدة العقوبة عند الحكم بالعقوبة غير محددة المدة .

ب - وأما فى الجريمة فإن التوسع فى تحديدها لم يصل إلى ما وصل إليه التوسع فى العقوبة ذلك أنه ما زالت نصوص الجرائم تُقَرَّر بصفة جامدة وحرفية بحيث لا تشمل أكثر من الفعل الذى صرحت به ونصت عليه فلم يحصل من توسع فى ذلك سوى أن السلطة التشريعية لم تَعُدْ هي المصدرَ الوحيد لِسَنِّ الجرائم والعقوبات بل يجوز للسلطة التنفيذية ولبعض الجهات الإدارية الأخرى بتفويض من السلطة التشريعية وبحدود معينة - يجوز لها أن تتولى إصدار تشريعات عقابية .

وبهذا يتبين أن النظم القانونية تطبق الآن مبدأ الشرعية على هذا النحو الضيق فى تحديدها للجرائم والعقوبات وبالذات فى تحديد الجريمة الذى يُفْلِت بسببه كثير من المجرمين المتحايلين على نصوص القانون . إضافة الى أن المشرع مهما أوتي من ذكاء فلن يستطيع الإحاطة بكل صنوف وطرق الإجرام فكان من نتيجة ذلك أن خرجت بعض القوانين على مبدأ الشرعية وأهدرته أو جزءً منه كما مر معنا فى الفصل التمهيدى .

ولذلك فقد برز اتجاه جنائى حديث ينادى بالتطبيق المرن لمبدأ الشرعية فلا تجريم ولا عقاب إلا بناء على قانون ولكن بطريقة مرنه تكفل حماية مصالح المجتمع . وخلاصة هذا الاتجاه أن يكون هناك مرونة فى تحديد الجريمة بحيث تعين الجرائم تعيينا عاما عن طريق النصوص العامة التى يدخل تحتها أفراد كثيرة من الجرائم . كما يكون هناك مرونة أكثر فى تحديد العقوبة بحيث يكتفى بتحديد الحد الاقصى للعقوبة دون الأدنى ليختار القاضى منها ما يلائم الجريمة وظروف الجانى (١) .

وأخيرا فان هناك من علماء القانون الجنائى من يرى ترك أمر تحديد العقوبة نوعا ومقدارا إلى سلطة القاضى حتى تحقق العقوبةُ

---

(١) الأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٩٠ و ٩١ والموسوعة الجنائية جندى عبد الملك المرجع السابق جـ ٥ ص ٥٥٢ - ٥٥٤ قانون العقوبات د / مأمون سلامة المرجع السابق ص ٢٤ التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٥٦ - ١٥٩ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ١٨٦ - ١٨٨ .

الغايةَ المرجـــوّةَ منهـــا .

وبهذا نخلص إلى أن النظم القانونية تطبق مبدأ الشرعيـــة على نحو أضيق من تطبيق الشريعة الإسلامية له ، كما أنها تحاول الوصول والانتهاء بما ابتدأت به الشريعة قبل أربعة عشر قرنا من الزمن (١) .

---

(١) عبد القادر عودة التشريع الجنائى الاسلامى المرجع السابـــــق جـ ١ ص ١٦٣ .

الفصـــل الثالـــث

نتائج مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامى

نتائج مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامـــى

لقد أقرت الشريعة الإسلامية العظيمة مبدأ الشرعية ونصت عليه فى تشريعها الجنائى مما أكسبها فضل السبق ، كما تبين ذلك مـــن عرض الأدلة والبراهين التى مرت فى الفصل الأول،وما تلى ذلك مـــن عرضٍ لتطبيق المبدأ فى أنواع الجرائم والعقوبات الإسلامية فى الفصـــل الثانـــى .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ الشرعية وطبقتـه فى تشريعها العقابى فليس هناك من أدنى شك فى أنها تأخذ بالنتائج المترتبة على الأخذ بهذا المبدأ . ذلك لِأنْ لِمبدأ الشرعية عدداً من النتائج الهامة ، لا يمكن الأخذ بالمبدأ وإعماله فى أى تشريع عقابى ما لم يتم الأخذُ بها هي ، فإن أى إهدار لهذه النتائج أو تساهل فيها يعنى إهدار المبدأ نفسه وهدمه من أساسه،فالأخذ بها هو نفســـه الأخذ بالمبدأ وإهدارها يعنى إهدار المبدأ .

وسنجمل أهم هذه النتائج فى أربعة مباحث على النحو التالى :

١ - عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى .
٢ - حصر مصادر التجريم والعقاب .
٣ - حظر القياس على النصوص التجريمية .
٤ - التفسير الضيق للنصوص الجنائية .

المبحث الأول

عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى

عدم رجعية النص الجنائى الى الماضى

نتناول فى هذا المبحث إحدى أهم نتائج مبدأ الشرعية وهى عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى إذ لا قائمة للمبدأ بدونها وبالتالى فَتُعَدُّ قاعدة أساسية من قواعد التشريع الجنائى الإسلامى الذى يطبق مبدأ الشرعية ويأخذ بنتائجه ، إلا أنه حين أخذ بهذه القاعدة لم يأخذ بها على اطلاقها ، ولتوضيح ذلك فسوف تتم مناقشة هذه القاعدة فى ثلاثة مطالب :

الأول : فى القاعدة بوجه عام .
والثانى : فى الاستثناء الوارد عليها .
والثالث: فيما يُظَن أنه استثناء وليس كذلك .

المطلب الأول

معنى القاعدة وتقريرها فى الشريعة بوجه عام

وتعنى قاعدة عدم الرجعية فى النص الجنائى إلى الماضى:أن لا يطبق النص الصادر فى شأن التجريم والعقاب إلا على الأفعال الواقعة بعد صدوره وبعد انتهاء مدة نفاذه ، أى بعد سريانه فلا يطبق على الوقائع السابقه على ذلك بأثر رجعى . ومن ثم فلا يجوز العقاب على الأفعال المرتكبة قبل إعلان التجريم فأي مساس بمرتكبيها يُعَدُّ ظلما وتعديا من قِبَل السلطة مهما كان نوعها وأيا كان مذهبها ، فليس لها الحق فى تطبيق النص الجنائى على الماضى اللهم إلاّ فى حالة واحدة وهى ما إذا كان ذلك فى صالح المتهم كما سيأتى (١) .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عوده المرجع السابق ص ١٦١ والجريمة والمجرم والجزاء رمسيس بهنام المرجع السابق ص ١٤٩ وشرح قانون العقوبات القسم العام د/محمود حسنى ص ١٠٥ .

وتعتبر هذه القاعدة مما قررته الشريعة الإسلامية فى تشريعها الجنائى إذ أنها لا تعاقب على الأفعال التى ارتكبت قبل نزول تحريمها وعلم الناس به ، وسلكت ذلك المسلك فى جميع الجرائم والعقوبات التى سَنَّتها ، فلم ترجع فى تطبيق النصوص الخاصة بها إلى الماضى عدا حالة واحدة وهى فيما إذا كان الأمر فى صالح الجانى .

وقد تجلت هذه القاعدة فى التشريع الجنائى الإسلامى من ناحيتين : من الناحية التطبيقية ومن الناحية النظرية :

أولا : الناحية التطبيقية :

فبالنسبة لإثباتها من الناحية التطبيقية فذلك واضح فى جميع الجرائم والمحرمات التى قررها الإسلام ، فقد بُعث النبى صلى الله عليه وسلم بالرسالة والمجتمع الجاهلى يعج بأنواع الجرائم والفساد وكان لابد من علاج لذلك ، فتتابعت النصوص التى تحرم هذا الفساد وتمنعه ، وقد جاء ذلك على مراحل متدرجة وأوقات متفاوتة حسب ما تقتضيه الحكمة الربانية فى علاج هذا الفساد الذى ران على القلوب .

وبتتبع هذه النصوص بأنواعها نجد أنها كانت لا تطبق إلا على الجرائم المستجدة بعد نزولها وتلاوتها على الناس وإعلامهم بها ، فلم تؤاخذ الشريعة أحدا على فعل ارتكبه قبل نزول النص المحرم للفعل والمقرر للعقوبة .

فقد نزلت عقوبة الزنا بالرجم للمحصن، والجلد والتغريب للبكر، ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يطبقها فى حق من فعلها قبل نزول النصوص الخاصة بها ، وقد كان الربا مباحا فى أول الإسلام

ثم نزل تحريمه ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا لم يعاقب من رابى قبل نزول النص ، وكذا الجمع بين الأختين فى عصمة رجل واحد ونكاح ذوات المحرم ونكاح أكثر من أربع ، كل هذا حرمه الاسلام ولكنه لم يعاقب من وقع منه ذلك قبل التحريم بل فقط أمر بفسخ العقد الذى أبرم فى الماضى وعفى عن العقاب عليه فكان الرجوع الى الماضى من الناحية المدنية دون الجنائية .

وأيضا فقد كان الخمر مباحا فى صدر الاسلام ثم حرمه القرآن فعاقب عليه الرسول صلى الله عليه وسلم ولكنه لم يعاقب أحدا شَرِب قبل نزول التحريم مطلقا ، بل إنه قد ثبت نَفْيُ الاثم والحرج عمّن شرب قبل التحريم فقد استشكل بعض الصحابة فى مصير من كان يشربها وقد مات قبل نزول التحريم فطمأنهم الله تبارك وتعالى بقوله سبحانه : " ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا والله يحب المحسنين (١) " فَنَفَىَ الحرج عمن كان يشربها قبل التحريم(٢) .

وهكذا سائر المحرمات والمنهيات لا يسرى العقاب واللوم فيها على ما قبل صدور النص بتحريمها بل على ما استجد وحسب (٣) .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٩٣ .

(٢) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٥ ص ١٩٠ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٩٣ .

(٣) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ١ ص ٢٦١ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٠ وشرعية الجرائم والعقوبات المرجع السابق ص ٤٤٤ فى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٥٥ - الأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى المرجع السابق ص ٢١٦ . والشرعية الجنائية فى الشريعة الاسلامية وهو التقرير المقدم الى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية للدكتور عبد الأحد جمال الدين نشر فى المجلة الجنائية القومية المرجع السابق ص ١٥٤ .

ثانيا : الأدلة النظريـــــة :

وأما من الناحية النظرية فإن النصوص الشرعية قد تضافرت فـــى القرآن الكريم والسنة المطهرة دالةً على منع الرجوع فى تطبيق النـــص الجنائى إلى الماضى بصفة عامة ، وفيما يلى نورد بعض الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة فى ذلك :

أ - الآيات القرآنية الكريمة :

١ - ومن الآيات القرآنية فى ذلك قوله تبارك وتعالى :

" وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلـــف" (١)

فقد أكد المولى تبارك وتعالى فى هذه الآية حِلَّ البيع ولكنه حرم الربا ومنعه ، ولما كان النـاس يرابون فى جاهليتهم فانه تعالى رفع الحرج فى ذلك المتقدم منه وقَصَرَ التحريم على الفعل الحادث فقط ، فجميع الأموال التى اكتسبوها عن طريق الربـــــا واستلموها قبل نزول تحريمه فهى من نصيبهم أخْذاً من قوله تعالى :

" فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف"

---

(١) سورة البقرة الآية : ٢٧٥ .

ثم إن هذا الإعفاء قد جاء بلفظ عام لا يقتصر على جريمة الربا فحسب وإنما هو يقرر قاعدة عامة تُطبَّق فى حق كافة المحرمات إذ لم تقتصر الآية الكريمة على بيان أن من انتهى عن الربا بعد هذا التحريم فله ما سلف . وإنما استوءنف السياق من جديد بلفظ عام يُدخِل تحته جريمةَ الربا وغيرَها - " فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف " - حيث بين سبحانه أن أى شخص يبلغه الأمر أو النهى ثم يمتثل لذلك فلا يوءاخذ بما مضى من الأفعال ولا يعاقب عليها (١) .

٢ - ومنها قوله تعالى :

" قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف " (٢) .

يأمر الله تبارك وتعالى نبيه صلى الله عليه وسلم فى هذه الآية الكريمة أن يبلغ الكفار بأن يوءمنوا وينتهوا عما هم عليه من الكفر والضلال فإنْ هُمْ فعلوا ذلك فإن الله سيتجاوز عن جميع ما اقترفوه فى جاهليتهم لأن فعلهم ذلك قد صدر منهم قبل وصول الإنذار إليهم أو قبل دخولهم تحت مسمى المخاطبين ، فلا يوءاخذون عليه مهما كانت عظمته ومهما بلغت كثرته (٣) .

---

(١) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ١ ص ٤٨٤ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٣ ص ٣٥٨ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٢ .

(٢) سورة الأنفال الآية : ٣٨ .

(٣) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٣ ص ٥٩٥ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٧ ص ٤٠١ .

٣ - ومنها قوله تعالى :

" يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم "

ثم ختم سبحانه هذه الآية بقوله تعالى :

" عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام " (١) .

في هذه الآية الكريمة أيضا حرم الله تعالى قتل الصيد لمن كان مُحْرِما ثم ختمها برفع الحرج عما صدر من القتل حال الإحرام قبل نزول هذه الآية فدلت على أن التحريم لم يبدأ إلا بعد نزول هذا النص الشريف إذ لا يعد جريمة ما صدر قبلا (٢) .

٤ - ومنها قوله سبحانه وتعالى :

" ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف " (٣)

٥ - وقوله سبحانه :

" حُرِّمت عليكم أمهاتكم " الآية الى قوله تعالى :

" وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما " (٤)

---

(١) سورة المائدة الآية ٩٥ .

(٢) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٣ ص ١٨٨ وتفسير القرطبي جـ ٦ ص ٣١٧ .

(٣) سورة النساء الآية : ٢٢ .

(٤) سورة النساء الآية : ٢٣ .

ففى هاتين الآيتين الكريمتين ذكر الله تعالى المحرمات فى النكاح ، ولكنْ لما كان أهل الجاهلية ينكحون زوجات آبائهم ويجمعون بين الأختين فى عصمة رجل واحد - خلافا لباقى المنهيات - فإنه سبحانه نفى لحوق الإثم لمن فعل ذلك قبل التحريم حيث قال فى كلا الموضوعين :

" إلا ما قد سلف " فانه لا لوم فيه ولا عقاب . (١)

وعلى هذا فإن الآيات السابقة تقرر وتؤكد عدم الرجعية فى تطبيق النص الجنائى إلى الماضى فلا يؤاخذ الفاعل بما صدر منه قبل ثبوت التحريم .

ب : الأحاديث النبوية الشريفة :

وأما بالنسبة للأحاديث النبوية الشريفة فإنها قد دلت هى الأخرى على أنه لا رجعية فى تطبيق النص الجنائى على الحوادث التى سبقت التجريم ومن هذه الأحاديث ما يلى :

١ - منها حديث عمرو بن العاص المتقدم (٢) فى قصة إسلامه حينما أراد أن يبايع النبى صلى الله عليه وسلم فقبض يده ليشترط على الرسول صلى الله عليه وسلم أن يغفر له ما تقدم منه من أخطاء فقال له النبى صلى الله عليه وسلم " أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله " .

---

(١) تفسير أحكام القرآن لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى تحقيق على محمد البجاوى الطبعة الثالثة ١٣٩٢ هـ بمطبعة عيسى البابى الحلبى جـ ١ ص ٣٦٨ - ٣٨٠ .

(٢) تقدم هذا الحديث بنصه مخرَّجا عند ذكر الأدلة على مبدأ الشرعية من السنة المطهرة ص ٩٨ .

فهذا دليل صريح ليس على أن الشرع لا يؤاخذ على الفعل الذى فعله صاحبه قبل بلوغ التحريم إياه فحسب بل إنه يدل على أبعد من هذا وهو أنه لا يؤاخذ حتى ولو علم بالتحريم قبلاً لكنه تاب وأقلع عن ذنبه فإن الله يعفو عنه ويغفر له زلته ، فهؤلاء الذين ناوؤا رسول الله صلى الله عليه وسلم وآذوه سنواتٍ ثم آمنوا واستغفروا فغفر الله لهم وعفا عنهم .

٢ - ومن هذه الأحاديث أيضا حديث جابر بن عبد الله فى صفة حجة النبى صلى الله عليه وسلم المتقدم وفيه : " ألا كل شئ من أمر الجاهلية تحت قدمىّ موضوع ودماء الجاهلية موضوعة وإن أول دم أضعه دم ابن ربيعة . . . . وأول ربا أضع ربانا ربا العباس بن عبد المطلب فإنه موضوع كله " (١) .

كذلك هذا الحديث الشريف ينفى صفة التجريم عما صدر من سفك للدماء فى الجاهلية . كما ينفى صفة التجريم أيضا عما اكتسبه الناس من أموال الربا فى الجاهلية وحتى صدور التجريم. إلا أنه مَنَع استيفاء ما تبقى من هذه الأموال الربوية لدى المدينين فكان النص غيرَ رجعىّ فى حق العقاب على الربا ولكنه رجعى بالنسبة للمطالبة بما تبقى منه فى أيدى المدينين فكان الرجوع فى تطبيق النص فى الناحية المدنية دون الجنائية (٢) .

---

(١) تقدم هذا الحديث أيضا بتخريجه عند ذكر الأدلة على مبدأ الشرعية من السنة المطهرة ص ١٠٠ .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عودة جـ ١ ص ٢٦٤ .

وهكذا يتضح من خلال الآيات والأحاديث السابقة أن الشريعة الاسلامية الغراء لا تَرْجِع بتطبيق نصوصها الجنائية إلى الماضى وإنما تبدأ بالحساب والعقاب بعد صدور التجريم وإعلانه على الملأ . أما قبل ذلك فلا رجعة فيه إلى الماضى إلا فى حالة واحدة وهى ما إذا كان الرجوع فى مصلحة الجانى، وهو ما سوف نبحثه فى المطلب التالى ان شاء الله تعالى .

هذا ومما ينبغى الإشارة إليه أن هذه القاعدة محل اتفاق بين الشريعة والنظم القانونية حيث تأخذ بها النظم القانونية إذ يقرر علماء القانون أنه لا تطبيق لأحكام القوانين الصادرة إلا على الحوادث التى تقع بعد صدورها وسريانها أما ما قبل ذلك فلا تشمله ولا تسرى عليه (١) ، مثلها فى ذلك مثل الشريعة الإسلامية،فكان فضل السبق لشريعتنا الغراء .

كما تأخذ القوانين أيضا بالاستثناء الذى يقضى بأن يُرجَع بالقانون الأصلح للمتهم إلى الماضى مع شىء من الفارق بينها وبين الشريعة فى ذلكمما سيأتى بيانه .

---

(١) الأحكم العامة لقانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ١٠٥ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود مصطفى المرجع السابق ص ٩٣ الجريمة والمجرم والجزاء رمسيس بهنام المرجع السابق ص ١٤٩ شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حسنى المرجع السابق ص ١٠٥ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى ص ١٩٨ .

المطلب الثاني

الرجعية فى النص الجنائى الأصلح للجانى

إن القاعدة السابقة وهى عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى ليست على إطلاقها بل إن هناك استثناء يرد عليها ويكملها حيث يقضى هذا الاستثناء بأنه يجب الرجوع بتطبيق النصوص الجنائية إلى الماضى متى ما كان ذلك فى مصلحة الجناة .

ويكون النص الجديد فى مصلحة الجانى: إذا كان هذا النص يقضى بإلغاء العقوبة التى اعتبرها النص القديم جريمة، أو إذا كان يقضى بتخفيف العقوبة التى ذكرها النص السابق بصفة مشددة فذلك كله يوجب تطبيق النص اللاحق ولا يجيز تطبيق النص القديم ، فإذا رأت الجماعة أن من المصلحة إلغاء هذه الجريمة - وذلك فى الجرائم غير المنصوصة وهى التى جرَّمتها الأمة ثم رتبت العقاب عليها للمصلحة - فلا طائل تحت عقاب مَنْ ارتكبها قبل إلغائها ، وكذا إذا رأت الأمة أن المصلحة تقضى بتخفيف العقوبة لجريمة ما فلماذا لا تطبق على من ارتكبها فى السابق وقد ظهرت المصلحة فى التخفيف، فالشريعة الإسلامية لا تهدف من وراء تطبيق العقوبات إلى الانتقام والتعذيب وإنما تقصد العلاج والعدل والرحمة .

ولا يكون النص الجديد فى مصلحة الجانى: إذا كان يقرر عقوبة أشد من تلك التى قررها النص السابق ففى، هذه الحالة لا يطبق النص الجديد على الجريمة السابقة لأن الأصل أن لا يطبق إلا النص السارى وقت ارتكاب الجريمة (١) .

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٠ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عوده المرجع السابق جـ ١ ص ٢٧٠-٢٧٣ والأحكام العامة فى قانون العقوبات الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ١٠٨ - ١١٧ .

ومن الأدلة الشرعية التى تؤكد الرجعية فى تطبيق النص الجنائى إلى الماضى إذا كان فى صالح الجانى: قصّةُ هـــلال (١) بن أمية رضـــى الله عنه مع امرأته حين قذفها بالزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم " فقال النبى صلى الله عليه وسلم : البينة أو حد فى ظهرك فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول : البينة وإلا حد فى ظهرك فقـــال : هلال : والذى بعثك بالحق إنى لصادق فليُنْزِلَنَّ الله ما يبرىء ظهرى من الحد فنزل جبريل وأنزل عليه (٢) :

" والذين يرمون أزواجهم " فقرأ حتى بلغ " إن كان من الصادقين (٣) " (٤) .

---

(١) هو هلال بن أمية بن عامر بن قيس الواقفى الأنصارى شهد بدرا وما بعدها عدا غزوة تبوك فهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عنها من غير المنافقين فهجرهم النبى صلى الله عليه وسلم وأمر الناس بهجرهم حتى صدقت توبتهم فتاب الله عليهم . الإصابة لابـــن حجر المرجع السابق جـ ٦ ص ٧٦ و ٢٨٩ .

(٢) فى بعض الروايات أن الآيات نزلت فى عويمر العجلانى مع امرأته ، ويُجمع بينهما أن الآيات نزلت فى هلال بن أمية ثم حصلت قصة عويمر بعد ذلك ، بدليل رواية مسلم لقصة هلال ففيها " وكان أوّلَ رجل لاعن فى الاسلام " صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٢ ص ١١٣٤ . راجع فى ذلك : لباب النقول فى أسباب النزول لجلال الدين السيوطى مطبوع بحاشية القرآن الكريم مع تفسير الجلالين : جلال الدين المحلى وجلال الدين السيوطى طبع مكتبة محمد نهـاد هاشم الكتبى بدون تاريخ ص ٤٦٣-٤٦٨ ونيل الأوطار للشوكانى المرجع السابق جـ ٦ ص ٣٠٢ و ٣٠٣ والصحيح المسند مـــن أسباب النزول مقبل بن هادى الوادعى طبعة ١٤٠٠ هـ مكتبة المعارف بالرياض ص ١٠٤ و ١٠٥ .

(٣) سورة النور الآيات : ٦ - ٩ .

(٤) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٦ ص ٤ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٢ ص ١١٣٤ .

فعقوبة القذف بدون بينة كما هو مقرر فى القرآن الكريم: الحدُّ ثمانين جلدة، ولما قذف هلال زوجته بدون بينة أراد الرسول صلى الله عليه وسلم أن يطبق عليه النص الموجود وقت ارتكابه لهذه الجريمة، ولكنْ لماكانت التهمة تتعلق بالسبب المباشر للعلاقة الزوجية نفسه فليس من الخير تطبيق حد القذف على الزوج كسائر القذَفَة حيث لن يكون حلا مجديا تستقر بعده حياتهما الزوجية ما دام أحدهما يتهم الآخر بالخيانة والثانى يكذبه ، ولهذا اقتضت حكمة البارى تبارك وتعالى اللُّطْف بهذا الذى يرىٰ زوجته تمارس الزنا وليس لديه بينة، فلم يوجب عليه حد القذف، ولكنه لم يتركه يطلق لسانه كيفما أراد بل استُبدِلت العقوبة بعلاج أخف وأجدى حيث قُررت الملاعنة (١) بين الزوجين فى هذه الحالة فيشهد الزوج أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم تشهد هى أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم يفرَّق بينهما ، فإن نكلت عن أداء الشهادات استوجبت الحد .

وبهذا يتضح أن آيات اللعان نزلت تخفيفا للازواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنا بدون بينه وقد طبقت على هلال بن أميّة رضى الله عنه بأثر رجعى لأن ذلك فى مصلحته (٢) .

---

(١) الملاعنة أو اللعان مشتق من اللعن الوارد فى الآيات الكريمة ويعرَّف اللعان بأنه : " شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن وغضب" وصفته كما ذكر أعلاه . الروض المربع بحاشية العنقرى المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٠٠ .

(٢) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٧ وفى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٦٥ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ٤٤٩ والشرعية الجنائية تقرير عبد الأحد جمال الدين المرجع السابق ص ١٥٥ .

وبهذا أيضا يتضح أن الشريعة الاسلامية تقرر الرجوع فى تطبيق النص الجنائى إلى الماضى متى ما كان ذلك فى صالح الجانى .

ومما تنبغى الإشارة اليه أن الرجعية فى تطبيق النص الجنائى إلى الماضى لم تَعُدْ متصوَّرَة فى الشريعة الإسلامية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية بعد انقطاع الوحى بموت النبى صلى الله عليه وسلم، ذلك أن النصوص بالنسبة لهذه الجرائم أصبحت نهائية وأبدية لايجوز تبديلها ولا التخفيف منها أو الزيادة وكذا الحال - بالنسبة للتجريم دون العقاب - فى الجرائم التعزيرية التى نُصَّ عليها فلا يمكن إلغاء تجريمها، وهذا ما تخالف به الشريعةُ الاسلاميةُ النظمَ القانونيةَ، حيث أن النظم القانونية تقرِّر الرجعية فى النصوص العقابية إلى الماضى إذا كان فى صالح المتهم ويمكن تصور ذلك فى جميع الجرائم القانونية فى كل وقت، ذلك لأن تلك النصوص ليست أبدية ولا نهائية فيجوز تبديلها وتغييرها وإلغاؤها على العكس من النصوص الشرعية (١) .

وإنما الذى تتفق فيه الشريعة مع القانون فهو جرائم التعزير غير المنصوصة حيث تتصور الرجعية فى ظل النظام الجنائى الاسلامى بعد انقطاع الوحى فى الأفعال التى جُرِّمت بناء على مقتضيات المصلحة العامة ورُتِّبت عليها العقوبة فإنَّ ولي الأمر قد يرى أن من المصلحة إلغاءَ التجريم لفعل مّا أو تخفيف العقاب عليه فيطبق ذلك على الجانى

---

(١) فيما يتعلق بالنظم القانونية راجع شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود مصطفى المرجع السابق ص ٦٥ والأحكام العامة لقانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ١٠٨ .

بأثر رجعى . كذلك الحال بالنسبة للعقوبات فى الجرائم التعزيريـــة المنصوصه إذا رتَّبت الأمة عقوباتٍ محددةً عليها ثم رأت تخفيفها كـــان لها ذلك وتطبق فى حق الجانى بأثر رجعى ما دام فى مصلحته(١) .

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٠ وفى أصول النظـام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٧٨ .

المطلب الثالث

مناقشة بعض النصوص التى قد يظن أنها طبقت بأثر رجعى فى غير مصلحة الجانى

يرى بعض الباحثين المتأخرين أن التشريع الجنائى الإسلامى يجيز الرجعية للنص الجنائى فى غير ما سبق أن عرضناه مما إذا كان فى مصلحة الجانى، فقالوا: إنه يجوز تطبيق النص الجنائى بأثر رجعي فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام العام ، فجعلوا هذا استثناء آخر على قاعدة عدم الرجعية فى تطبيق النص الجنائى، ومثلوا لذلك بعدة جرائم قالوا إن النصوص القرآنية طبقت فى حقها بأثر رجعى وهى اللعان والحرابة والقذف والظهار (١) .

أما اللعان وما نزل فيه فقد تقدم أن ذلك من باب تطبيق النص الجنائى بأثر رجعى فى مصلحة الجانى فينتفى الاستدلال به هنا ، وأما المسائل الباقية فسنناقشها هنا لنرى مدى صحة تطبيق النصوص فيها بأثر رجعى فى الجرائم الخطيرة من عدمه :

---

(١) ذهب الى هذا الرأى المرحوم عبد القادر عودة فى كتابه التشريع الجنائى الاسلامى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٦٦ وتابعه فى ذلك د / سمير الجنزورى فى الأسس العامة لقانون العقوبات المرجع السابق ص ٢١٧ .

١ - الحرابـــــة :

جريمة الحرابة (١) من جرائم الحدود فى الشريعة الاسلاميـــة والأصل فيها قوله تعالى :

" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فـى الأرض فسادا أن يقتّلوا أو يصلّبوا أو تقطع أيديهـــم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهـــــم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظـــــيم ، إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلمـــوا أن الله غفـور رحـيم " (٢) .

وسبب نزول هاتين الآيتين على ما ذهب إليه أكثر المفسريـــن : أن أناسا من عُكْل أو عُرَيْنَة (٣) قدموا على النبى صلى الله عليه وسلـــم فبايعوه ثم استوخموا المدينة فلم يطِبْ لهم هواؤها فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم أن يلحقوا بإبل الصدقة فيشربوا من ألبانها وأبوالها فلما صحُّوا قتلوا راعى النبى صلى الله عليه وسلم وارتدوا عن الاسلام واستاقوا الإبل فبعث النبى صلى الله عليه وسلم الطلب على أثرهم فجىء بهـــم فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسمرت أعينهم وألقوا فى الحـــرة

---

(١) ويطلق عليها قطع الطريق والسرقة الكبرى والمقصود بذلك الاعتداء وأخذ المال بقوة السلاح فى الصحراء . المغنى لابن قدامـــة المرجع السابق جـ ٨ ص ٢٨٦ وفتح القدير للكمال بن الهمـــام المرجع السابق جـ ٥ ص ٤٢٢ وكشاف القناع عن متن الإقنـــاع للشيخ منصور البهوتى راجعه الشيخ هلال مصيلحى مصطفى هلال نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض بدون تاريخ جـ ٦ ص ١٤٩ .

(٢) سورة المائدة الآيتان : ٣٣و٣٤ .

(٣) عُكْل : هم بطن من طابخة من العدنانية وينسبون إلى عوف بن وائل ابن قيس بن عوف بن عبد مناة بن أدبن طابخة . وعُرَيْنة : بطن من أنمار بن أراش من كهلان من القحطانية ينسبون الى عرينة بن نذير ابن قيس بن عبقر بن أنمار . نهاية الارب فى معرفة أنساب العـرب أحمد القلقشندى تحقيق على الحاقانى مطبعة النجاح بغـــداد ١٣٧٨هـ من منشورات دار البيان ص ٣٣٤و٣٣٩ .

يَستسقُون فلا يُسقَون حتى ماتوافأنزل اللهآيتى الحرابة (١) .

ولما كانت هذه الآيات قد نزلت على الصحيح (٢) فى شأن أولئك النفر من عكل وعرينة فقد ذهب البعض إلى أنها قد طُبِّقت عليهم بأثر رجعى، فقالوا: إن فِعْلتهم تلك كانت سابقة لنزول الآيتين فقد ارتكبوا الجريمة ثم نزلت الآيتان فطُبقتا عليهم بأثر رجعى، وذلك لأن جنايتهم من الجرائم الخطيرة التى يجيز الشارع فيها تطبيق النص على الماضى كما يقولون (٣) .

---

(١) جاء فى بعض الروايات " عكل وعرينة " وفى بعضها " أو عرينة" وفى البعض الآخر "من عرينة" فقط . صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٥ ص ١٨٧ و ١٨٨ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٢٩٦ وسنن أبى داوٴد المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣٠ و ١٣١ وتفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٣ ص ٨٨ - وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٦ ص ١٤٨ وأحكام القرآن لابن العربى المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٩١ - ٥٩٣ وأسباب النزول لأبى الحسن على بن أحمد الواحدى النيسابورى طبعة ١٣٨٨ هـ بدار الاتحاد العربى للطباعة نشر مؤسسة الحلبى وشركاه للنشر والتوزيع بالقاهرة ص ١٢٩ وأسباب النزول للسيوطى المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٢) فقد تضافرت الروايات الصحيحة فى ذلك وأيده كل من ابن كثير فى تفسيره المرجع السابق جـ ٣ ص ٨٨ والقرطبى فى تفسيره المرجع السابق جـ ٦ ص ١٤٨ وابن العربى فى أحكام القرآن المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٩٢ وابن قدامه فى المغنى المرجع السابق جـ ٨ ص ٢٨٧ والواحدى فى أسباب النزول المرجع السابق ص ١٢٩ والوادعى فى الصحيح المسند المرجع السابق ص ٥٨ .

(٣) عبد القادر عودة فى التشريع الجنائى الاسلامى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٦٧ و ٢٦٨ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى المرجع السابق ص ٢١٧ .

إلا أن الصحيح فى ذلك (١):أن هاتين الآيتين مع كونهما نزلتا فى شأن النفر من عكل وعرينة إلا أنهما لم يطبقا عليهم فقد ارتكبوا الجريمة ثم جيء بهم فعاقبهم النبى صلى الله عليه وسلم على جرائمهم المتعددة،فقد ارتدوا وقتلوا راعى النبى صلى الله عليه وسلم وسرقوا الإبل وحاربوا الله ورسوله كما مثلوا براعي النبى صلى الله عليه وسلم،ولذا فقد طبق عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم القصاص الوارد فى النصوص العامة والتى لم تُخصَّص بالنهى عن المُثْلة آنذاك كقوله تعالى :

" وجزاء سيئة سيئة مثلها (٢) "

وقوله تعالى :

فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (٣)

وقوله تبارك وتعالى :

" وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (٤)

ثم بعد ذلك كله نزلت آيتا الحرابة توضحان عقوبتها وتنهيان عن المثلة التى اتخذت فى حق هؤلاء .

---

(١) ذهب الى هذا الرأى الأستاذ الدكتور محمد سليم العوا فى كتابه:فى أصول النظام الجنائى الإسلامى المرجع السابق ص ٥٩ والأستاذ أحمد بهنسى فى كتابه:العقوبة المرجع السابق ص ٤٧ وقد رأينا ما رأياه وأكدنا ذلك بالدلائل والبراهين معتمدين على مصادرها الرئيسية مباشرة .

(٢) سورة الشورى الآية : ٤٠ .

(٣) سورة البقرة الآية : ١٩٤ .

(٤) سورة النحل الآية : ١٢٦ .

ويؤيد ما قلنا أن الآيتين لو طبقتا على أولئك النفر لما مَثَّل بهم النبى صلى الله عليه وسلم فليس فى الآية ما يجيز التمثيل بل إن فيهما ما يفيد الحصر والتحديد لعقاب مرتكب الحرابة مما يفيد مَنْعَ التمثيل فيها، ولهذا فقد ورد فى بعض أسباب النزول لهذه الآية أنها إنما نزلت معاتَبَةً للنبى صلى الله عليه وسلم على المثله التى حصلت فى شأن العرنيين وأنه صلى الله عليه وسلم كان بعدها يحث على الصدقة وينهى عن المثله (١) .

وكذلك ورد فى الرواية الصحيحة أنه " إنما سمل النبى صلى الله عليه وسلم أعين أولئك لأنهم سملوا أعين الرعاة (٢) " مما يؤكد أن ذلك جاء تطبيقاً للعقوبة المقررة فى الآيات السابقة والتى تجيز العقاب بالمثل .

كما صرَّحت الروايات الصحيحة أيضا أن هذه الحادثة إنما جرت قبل أن تنزل الحدود (٣) .

ومن الدلائل أيضا على أن آيتى الحرابة لم تطبقا فى حق أولئك النفر أن الوصف لقطع الأيدى والأرجل بكونه من خلاف والذى صرحت به الآية لم يرد فى الروايات الكثيرة المروية فى شأن هذه القصة عدا طريق واحد من الطرق التى رويت عن أنس بن

---

(١) سنن أبى داءود المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣١ وأحكام القرآن لابن العربى المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٩٢ ونيل الأوطار للشوكانى المرجع السابق جـ ٧ ص ١٧٢ .

(٢) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٢٩٨ .

(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٧ ص ١٣ وسنن أبى داوءد المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣٢ ومسند الإمام أحمد المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٩٠ .

مالك (١) أحد رواة الحديث، فجميع الروايات تصرح بأنه قطع أيديهم وأرجلهم ولم تذكر " من خلاف "[٢] مما يؤكد أن الآيتين لم تطبقا فى حق النفر المذكورين .

وهكذا يتبين أن آيتى الحرابه لم تطبقا على النفر من عكل وعرينة وإنما الذى طبق فى حقهم تلك الآيات التى تقضى بأن العقاب يكون بالمثل . فلم يكن ثمة أثر رجعى لآيتى الحرابة وتبقى القاعدة المعنية سليمة لا استثناء يَرِدُ عليها غير الاستثناء الأول الذى يقضى بالرجعية لمصلحة الجانى (٣) .

٢ - القـــــذف :

القذف من جرائم الحدود وهو الرمى بالزنا للمسلم العفيـــف أو المسلمة العفيفة (٤) . وعقوبته الحد ثمانين جلدة ، والأصل فيـــه قوله تعالى :

---

(١) هو أنس بن مالك بن النضر الخزرجى الأنصارى خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن المكثرين فى الحديث قدِم الرسولُ صلى الله عليه وسلم المدينة وهو ابن عشر سنين وجاءت به أمه إلـــى الرسول صلى الله عليه وسلم ليخدمه . شهد بدرا لخدمة الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يكن بلغ سن المقاتلين . أقام بالمدينـــة بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم ثم شهد الفتوح وأخيرا أقام بالبصرة فكان آخر الصحابة موتا فيها سنة ٩٠ أو ٩١ هـ الإصابة لابن حجر المرجع السابق جـ ١ ص ٧١ و ٧٢ .

(٢) أكد ذلك أبو داءود فى سننه المرجع السابق جـ ٤ ص ١٣١ .

(٣) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٥ وفى أصول النظـــام الجنائى الإسلامى د العوا المرجع السابق ص ٩٥ والعقوبـــة أحمد بهنسى المرجع السابق ص ٤٧ .

(٤) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٢١٥ وفتح القدير للكمال بن الهمام المرجع السابق جـ ٥ ص ٣١٦ .

" والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء
فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا
وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد
ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم (١) " .

هذا هو النص القرآنى المقرّر لعقوبة القذف ، وقد ذهب القائلون بجواز رجعية النص الجنائى إلى الماضى فى الجرائم الخطيرة إلى أن هذا النص قد نزل فى شأن قذفة أم المؤمنين عائشة رضى الله تعالى عنها ، فى القصة المعروفة بحادثة الإفك (٢) والتى برأها الله تعالى منها بقوله سبحانه - فى نفس سورة النور التى ورد فيها حكم القذف - :

" إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شرا لكم
بل هو خير " الآيات الى قوله تعالى :

" ولولا فضل الله عليكم ورحمته وأن الله رؤوف رحيم (٣)

قالوا: وإذا كان حد القذف قد نزل فى شأن قَذَفة أم المؤمنين رضى الله عنها فإن الحد قد طبق على هؤلاء بأثر رجعى إذ جريمة

---

(١) سورة النور الآيتان : ٤ و ٥ .

(٢) وهى الحادثة التى خرجت فيها أمُّ المؤمنين عائشةُ رضى الله عنها مع الرسول صلى الله عليه وسلم فى أَحَد غزواته وفي منزلٍ من منازل الجيش عند قُفُوله ذهبت لبعض شأنها عندما آذنوا بالرحيل فلما رجعت وجدت عِقْدها قد سقط منها فرجعت تلتمسه حتى فاتها الجيش . وكان صفوان بن المعطل السلمى قد تأخر عن الجيش فلما أصبح وجد أم المؤمنين فركبت راحلته وسار أمام الراحلة يقودها حتى لحقوا بالجيش . فلغط اليهود الذين نافقوا باتهامها وتأثر بفريتهم هذه نفر من سُذَّج المسلمين فأنزل الله براءتها فجلد رسولُ الله صلى الله عليه وسلم القَذَفةَ من المسلمين دون المنافقين. صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٤ ص ٢١٢٩ - ٢١٣٦ .

(٣) سورة النور الآيات : ١١ - ٢٠ .

القذف سابقة لنزول النص عليها وعلى عقوبتها (١) .

إلا أن هذا القول ليس بصحيح ولا دليل عليه بل إن الأدلة تؤكد وتدل على أن الذى نزل فى براءة السيدة عائشة رضى الله عنها هى العشر الآيات من سورة النور السابقة فقط وبهذا صرحت كتب السنة بطرق صحيحة : تقول السيدة عائشة رضى الله عنها فى معرض حديثها عن قصة الإفك : " فأنزل الله عز وجل إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم عشر آيات فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات براءتى" (٢) .

كذلك كتب التفسير هى الأخرى تؤكد أن الذى نزل فى شأن أم المؤمنين رضى الله عنها هو تلك الآيات العشر بدءً من قوله تعالى : " إن الذين جاءوا بالافك " وأن ما قبلها من آيات نزل فى حوادث مستقلة معروفة " (٣) .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٢٦٦ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى المرجع السابق ص ٢١٧ .

(٢) صحيح مسلم المرجع السابق وهذا لفظه جـ ٤ ص ٢١٣٦ ولفظ البخارى : " وأنزل الله عز وجل إن الذين جاءوا بالافك عصبة منكم لا تحسبوه العشر الآيات كلها فلما أنزل الله هذا فى براءتى . . . . الحديث" صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٦ ص ٩ وفى مسند الامام أحمد مثل ذلك جـ ٦ ص ١٩٧ .

(٣) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٦ ص ١٧ وما بعدها وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ١٢ ص ١٩٧ وأحكام القرآن لابن العربى المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٣٥ وما بعدها وأسباب النزول للواحدى المرجع السابق ص ٢١٤ - ٢١٨ وأسباب النزول للسيوطى المرجع السابق ص ٤٦٩ - ٤٧٤ . والصحيح المسند مقبل الوادعى المرجع السابق ص ١٠٦ .

إذن فليس فى كتب الحديث أو التفسير ما يدل على أن آيتى القذف نزلتا مع آيات الإفك ، ولكن يبدو - والله أعلم - أن أصحاب الرأى السابق نظروا إلى الترتيب الموضوعى فى أول سورة النور من تَتَابُع آيات الزنا فاللقذف فاللعان فالإفك ، فظنوا أنها نزلت جملة واحدة فكان تطبيق عقوبة القذف بأثر رجعى (١) .

إلا أن الروايات الصحيحة الصريحة كما سبق ذكره لا تشهد لهذا بل تنفيه وتؤكد أن آيات الإفك مستقلة ولا علاقة لها بما قبلها لا من حيث سبب النزول ولا من حيث وقته .

ومما يؤيد ذلك أيضا : أنه قد تقرر أن آيات اللعان قد نزلت فى هلال بن أمية - وهى فى الترتيب قبل آيات الإفك وبعد آيتى القذف - وقد ثبت فى الصحاح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال لهلال : " البينة أو حد فى ظهرك (٢) " مما يؤكد أن حد القذف قد تقرر من قبل - على الرغم من تَتَابُع هذه الآيات فى أول السورة - مما ينفي كون آيتى القذف نزلتا فى وقت واحد مع ما بعدهما .

---

(١) فى أصول النظام الجنائى الاسلامى الدكتور محمد العوا المرجع السابق ص ٥٦ .

(٢) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٦ ص ٤ وصحيح مسلم المرجع السابق جـ ٢ ص ١١٣٤ وسنن أبى داءود المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٧٦ وفى أسباب النزول للواحدى المرجع السابق ص ٢١٣ : " فقال سعد بن عبادة : الآن يضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم هلال بن أمية ويبطل شهادته فى المسلمين " .

وأيضا فان آية : " الزانى لا ينكح إلا زانية (١) " التى فى أول السورة قد نزلت بسبب آخر يختلف عما بعدها كما هو مقرر فى كتب التفسير (٢) . وبهذا يتبين أنه ليس ثمة أثر رجعى فى تطبيق آيتى القذف على قَذْفَة أم المؤمنين رضى الله عنها فقد نزل النص قبل ذلك ثم طبق فى حقهم ، وعليه فتبقى القاعدة سليمةً بِعَدَم جواز الرجعية فى تطبيق النص الجنائى إلا إذا كان فى مصلحة الجانى .

---

(١) سورة النور الآية : ٣ .

(٢) فقد نزلت فى مرثد بن أبى مرثد حين سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتزوج بأمرأة بَغِيّ . تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٦ ص ٨ وتفسير القرطبى المرجع السابق جـ ١٢ ص ١٦٨ وأحكام القرآن لابن العربى المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣١٦ والصحيح المسند للوادعى المرجع السابق ص ١٠٣ . كما قد جاء فى أسباب النزول للواحدى التصريح بأن آيات القذف نزلت أولا ثم نزلت بعدها آيات اللعان المرجع السابق ص ٢١٧ و ٢١٨ .

٣ - الظهـــــــار :

الظهار مشتق من الظهر لأنّ صفته أن يقول الرجل لامرأته : أنت علىّ كظهر أمى ، أى فى تحريم النكاح (١) .

وهو محرم والأصل فى ذلك قوله تعالى :

" الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إنْ أمهاتهم إلا اللائى ولدْنَهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفوّ غفور (٢) " .

واذا وقع ففيه الكفارة قال تعالى :

"والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير،فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا فمن لم يستطع فإطعام ستين مكسينا ذلك لتومنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم (٣) " .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى المرجع السابق جـ ٦ ص ٢٩١ والمغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٧ ص ٣٣٧ وبداية المجتهد لابن رشد المرجع السابق جـ ٢ ص ٧٩ .

(٢) سورة المجادلة الآية : ٢ .

(٣) سورة المجادلة الآيتان : ٣ و ٤ .

وسبب نزول هذه الآيات أن أوس بن الصامت (١) ظاهر من زوجته فجاءت تشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتجادله فى زوجها فما زالت كذلك حتى نزلت هذه الآيات فى شأنهما (٢) .

وقد كان الظهار فى الجاهلية وفى صدر الاسلام قبل نزول هذه الآيات محرّما للزوجة على زوجها ولهذا فقد جادلت المرأة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان غير محرّم لما حصل جدال منها .

ولهذا فقد استدل القائلون بجواز الرجعية للنص الجنائى إلى الماضى فى الجرائم الخطيرة بهذه الآيات فقالوا : إن آيات الظهار قد طبقت على أوس وزوجته بأثر رجعى (٣) .

وليس من شك فى أن هذه الآيات قد طُبقت فى شأن المذكورَيْنِ بأثر رجعى كما قررته الروايات السابقة ، غير أنه ليس فى ذلك دلالة على جواز الرجعية للنص الجنائى فى الجرائم الخطيرة . بل إن الرجوع فى تطبيق النص هنا هو لسبب آخر وهو التخفيف فى الحكم ، فبَعْد أن كان أوس بن الصامت سيفارق زوجته فيتشتت شملهما ويضيع أولادهما - لَطَفَ بهما اللطيف الخبير فأنزل حُكما جديدا فى الظهار يترتب عليه

---

(١) هو أوس بن الصامت بن قيس الخزرجى الأنصارى أخو عبادة بن الصامت شهد بدراً وغيرها، وزوجته هذه هى خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبه . مات فى زمن عثمان بن عفان رضى الله عنه الإصابة المرجع السابق لابن حجر جـ ١ ص ٨٧ .

(٢) سنن أبى داوُد جـ ٢ ص ٢٦٦ و ٢٦٧ ومسند أحمد المرجع السابق جـ ٦ ص ٤١٠ وتفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٨ ص ٦٠ و ٦١ وأسباب النزول للواحدى المرجع السابق ص ٢٧٣ .

(٣) التشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عوده المرجع السابق جـ ١ ص ٢٦٩ والأسس العامة لقانون العقوبات د / سمير الجنزورى ص ٢١٨ .

الانتقال من وطأة الحكم الأول إلى سعة وعلاج الحكم الثانى ، فبَدَل أن يقاسيا مرارة الفراق والتشتت،ما عليه إلا أن يخرج الكفارة ثم تلتئم حياتهما من جديد . فتكون الآيات بذلك دليلا على مشروعية تطبيق النص الجنائى بأثر رجعى إذا كان فى مصلحة الجانى فحسْب،كما سبق فى اللعان وليس ثمة دليل فيها على رجعية النص فى الجرائم الخطيرة (١) .

وثمة جواب آخر فى شأن تطبيق آيات الظهار بأثر رجعى وهو أن حكم الظهار هذا ليس من الأحكام الجنائية حتى يصلح دليلا للاستثناء إذ أنه يعتبر من الأحكام المتعلقة بشئون الأسرة وهى ما تسمى بالأحوال الشخصية فى التعبير الحديث . كما أن الكفارة أيضا لا تعتبر عقوبة محضة بل هى إلى العبادة أقرب منها إلى العقوبة وعلى هذا فلا يصح الاستدلال بحكم الظهار هنا على جواز الرجعية فى تطبيق النص الجنائى ، إذ أنه فى منأى عن مدار البحث فى الأحكام الجنائية (٢) .

---

(١) الجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٣٧ وفى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٥٨ - وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ٤٥٠ والشرعية الجنائية فى الشريعة الاسلامية تقرير د /عبد الاحد جمال الدين المرجع السابق ص ١٥٦ .

(٢) فى أصول النظام الجنائى الاسلامى د / محمد العوا المرجع السابق ص ٥٩ وأساسيات فى التشريع الجنائى الاسلامى مقال له فى مجلة كلية التربية بجامعة الملك سعود العدد الدورى لعام ١٣٩٧هـ ص ١٥ من المجلة . والعقوبة أحمد بهنسى المرجع السابق ص ٤٧ .

ومما سبق يتبين بجلاء أنه لا استثناء على قاعدة : عـــــدم الرجعية فى تطبيق النص الجنائى سوى الاستثناء الأول الذى مـــر معنا والقاضى بوجوب الرجعية فيما كان فى صالح الجانى أما غـــير ذلك فلا استثناء ولا تطبيق لأى نص جنائى إلا بعد صدوره . فإننـا إذا أبحنا الاستثناء الذى يجيز تطبيق النص على ما مضى من الجرائم الخطيرة نكون قد فتحنا بابا خطيرا يَنْفُذُ منه الظَّلَمة من الولاة والحكام إلى إيذاء من لا يرغبونه من الناس فيجرمون الفعل ويرتبون العقوبـــة عليه ثم يطبقونها على الماضى ويكون الشارع فى الظاهر سَنَداً لهم فـى ذلك ، وهذا مالا يرضاه شرع ولا يقول به منطق، ويكون فيه أيضا إهدار تام لمبدأ الشرعية .

المبحث الثاني

حصر مصادر التجريم والعقاب

حصر مصادر التجريم والعقـــاب

ومن النتائج الأساسية لمبدأ الشرعية الجنائية أن تكـــون المصادر التشريعية للجرائم والعقوبات محددة المعالم محصورة العدد ، فإذا كنا قد سلّمنا بأنه لا تجريم ولا عقاب إلا بوجود نص فذلك يحـــتم علينا التقيد بتحديد نوعية المصادر التى يُستقى منها ذلك النـــص، فالتجريم والعقاب استنادا إلى النص بدون تحديد هويته وذكر مصدره فذلك يساوى عدم النص أو بعبارة أدق عدم الثقة به والاطمئنان إليـــه كما أن ذلك يعنى عدم تمكّن الافراد من معرفة الأحكام الجنائيـــة للاطلاع على ما يجوز فعله وما يجب تركه .

ولهذا فلا اعتبار فى تحديد الجرائم وعقوباتها لغير النصوص المستقاة من المصادر المنوطة بذلك (١) . وهى فى الدولة الاسلامية إمّا المصادر الشرعية المعتبرة من كتاب أو سنة أو إجمـــاع وكـــذا القياس - فى رأى البعض - وذلك بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والتعازير التى جرمها الشارع . وإما السلطة المختصة فى الدولة الاسلامية والمكونة من الأئمة المجتهدين بما تصدره من قرارات وأنظمة فى حق الجرائـــم التعزيرية التى لم يرد فى شأنها نص من الشارع وإنما رأت الأمة المصلحة فى تجريمها والعقاب عليها كجرائم المرور والجمارك مثلا .

وأما ما عدا ذلك فلا يصلح طريقا للتجريم والعقاب ، فلا يعد جريمة ما ثبت بالقياس على الأصح ولا يعد جريمة كذلك ما ثبت عن طريـــق قول الصحابى أو طريق الاستحسان أو العرف أو المصالح المرسلة (٢) .

---

(١) تفسير القرطبى المرجع السابق جـ ١٠ ص ٢٣١ .

(٢) الاحكام فى اصول الاحكام للآمدى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ .

بل إن كل هذه المصادر الأخيرة وإن اعتُبرت مصادر للأحكام الإسلامية بصفة عامة فلا اعتبار لها هنا فى باب التجريم والعقاب .

هذا وسنوجز المصادر التشريعية للنصوص الجنائية فى الدولة الاسلامية على النحو التالى :

١ - الكتـــــاب .
٢ - السنـــــة .
٣ - الاجمـــــاع .
٤ - السلطة التشريعية . فى الدولة الاسلامية فيما لم يرد فيه نص .

الكتـــــاب الكريـــــيم

الكتاب : " هو القرآن المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم المكتوب (بين دفتى المصحف) المنقول إلينا على الأحـــــرف السبعة نقلا متواتــرا " (١) .

والقرآن الكريم هو المعجزة الكبرى التى حاجّ بها محمد صلى الله عليه وسلم أهل مكة وأهل الأرض جميعا على أن يأتوا بسورة من مثله .

وقد نُقل الينا نقلا صحيحا متواترا لا مِرْية فى ذلك، فنصوصه قطعية الثبوت لا تحتمل الشك ، وهو واجب الاتباع فلا يصح إسلام المرء ما لم يتبع ما جاء فى القرآن جملة وتفصيلا فذلك مما عُلِم من دين الإسلام بالضرورة ، ولذا فلا خلاف بين أئمة الاسلام على اختلاف فِرَقِهم فـــى وجوب اتباعه وأنه الموجود الآن بين أيدينا نفسه وأنه باقٍ أبد الدهـــر " إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون " (٢) .

والأدلة من القرآن نفسه على وجوب اتباعه بامتثال أوامـــره واجتناب نواهيه كثيرة جدا : قال تعالى : " وهذا كتاب أنزلناه مبارك

---

(١) أصول السرخسى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٧٨ والمستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ١ ص ٦٥ وإحكام الآمدى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٢٨ وروضة الناظر لابن قدامة المرجـــع السابق ص ٣٣ .

(٢) سورة الحجر الآية : ٩ وراجع فى ذلك إحكام ابن حزم المرجع السابق جـ ١ ص ٩٥ و ٩٦ وأصول السرخسى المرجع السابق ص ٢٧٩ وفتاوى بن تيمية المرجع السابق جـ ١٩ ص ٧٦ و ٧٨ وعلم أصول الفقه لخلاف المرجع السابق ص ٢٢ و ٢٣ .

فاتبعوه واتقوا لعلكم ترحمون " (١) وقال تعالى :

" والذين كذبوا بآياتنا واستكبروا عنها أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون " (٢)

وقال تعالى :

" والذين كفروا وكذبوا بآياتنا أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون " (٣)

وغير هذا كثير (٤) .

إذن فالقرآن الكريم هو المصدر التشريعى الأول للأحكام الاسلامية عموما من عبادات ومعاملات وكافة شئون البشر فى حياتهم وبعد مماتهم فهو الأصل الذى يُرجع اليه فى كل شىء .

وعلى هذا فالقرآن الكريم أيضا يعد المصدر الأول بالنسبة للجرائم والعقوبات وقد اشتمل على كافة الجرائم الخطيرة حيث نص على جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وعدد كبير من الجرائم التعزيزية .

---

(١) سورة الانعام الآية : ١٥٥ .
(٢) سورة الأعراف الآية : ٣٦ .
(٣) سورة البقرة الآية : ٣٩ .
(٤) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ١٩ ص ٧٦ - ٨٠ .

السنة المطهـــــرة

السنة فى اللغة الطريقة ، وفى الشرع : قول النبى صلى الله عليه وسلم وفعله وتقريره . فكل ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم على سبيل التشريـــع أو فعله أو أقر الصحابىّ على قول أو فعل مّا فان ذلك كله يعتبر من التشريـــع الذى جاء به النبى صلى الله عليه وسلم (١) .

والسنة تأتى فى المرتبة الثانية بعد القرآن فهى المصدر الثانى للأحكام الاسلامية بعده .

والسنة من حيث ثبوت نصوصها ليست كالقرآن فلم تصل إلينا كلها بطريق التواتر ، بل هى - من حيث ثبوتها - على نوعين : متواتر وآحاد .

فالمتواتر : ما رواه جماعة عن جماعة يستحيل فى العادة تواطؤهم علـــى الكذب من أول السند إلى آخره ، وهذا النوع مقطوع بثبوته ونسبتهِ إلى الرســول صلى الله عليه وسلم (٢) .

وأما الآحاد : فهو ما لم يبلغ رواته حد التواتر فهو ظنّيُّ الثبوت وهو على ثلاثة أقسام : مشهور وعزيز وغريب فالمشهور:ما رواه ثلاثة فأكثر ولكن لا يصلون حد التواتر من أول السند إلى آخره . والعزيز : هو ما كان فى إحدى مراتب سنده أو كلها راويان . والغريب:هو ما كان فى إحدى مراتب سنده أو كلهاراوٍ واحد (٣) .

---

(١) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٢٣ وإحـــكام الآمدى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٤١ والموافقات للشاطبى المرجع السابق جـ ٤ ص ٣ - ٦ وعلم أصول الفقه لخلاف المرجع السابق ص ٣٦ .

(٢) تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوى لجلال الدين السيوطى تحقيـــق عبد الوهاب عبد اللطيف الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ نشر المكتبة العلميـــة بالمدينة المنورة جـ ٢ ص ١٧٦ و ١٨١ وأصول السرخسى المرجع السابـق جـ ١ ص ٢٨٢ وأحكام الآمدى المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٠ ومقدمة ابـــن الصلاح فى علوم الحديث لأبى عمرو عثمان الشهرزورى المعروف بابن الصلاح طبعة ٩٨ هـ دار الكتب العلمية بيروت لبنان ص ١٣٤ و ١٣٦ . وفتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ١٨ ص ٤٠ .

(٣) تدريب الراوى المرجع السابق جـ ٢ ص ١٨١ ومقدمة ابن الصلاح المرجـــع السابق ص ١٣٤ - ١٣٦ .

والسنة النبوية واجبة الاتباع فكل قول أو فعل أو تقرير صدر من رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو تشريع يجب الأخذ به سواء كان عن طريق التواتر أو عن طريق خبر الآحاد الصحيح (١) فمتى صح الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب العمل به ولا يجوز تركه . وعلى هذا دلت الآيات القرآنية الكثيرة قال تعالى :

" من يطع الرسول فقد أطاع الله " (٢)

وقال تعالى :

" قل إن كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله " (٣)

وقال سبحانه :

" فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر
بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما
قضيت ويسلموا تسليما " (٤)

وغير هذا كثير قال ابن تيمية " وقد أمر الله بطاعة رسوله صلى الله عليه وسلم فى أكثر من ثلاثين موضعا من القرآن وقرن طاعته بطاعته وقرن بين مخالفته ومخالفته كما قرن بين اسمه واسمه فلا يذكر الله إلا ذُكر معه . . .

. . . . . فلا يصح الإسلام إلا بذكره والشهادة له بالرسالة وكذلك لا يصح الأذان إلا بذكره والشهادة له ولا تصح الصلاة إلا بذكره والشهادة له ولا تصح الخطبة إلا بذكره والشهادة له " (٥) .

---

(١) الخبر الصحيح هو : ما رواه عدل تام الضبط متصل السند غير معلل ولا شاذ . مقدمة ابن الصلاح المرجع السابق ص ٧ ، ٨ وتدريب الراوى للسيوطى المرجع السابق جـ ١ ص ٦٣ .

(٢) سورة النساء الآية : ٨٠ .

(٣) سورة آل عمران الآية : ٣١ .

(٤) سورة النساء الآية : ٦٥ .

(٥) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ١٩ ص ١٠٣ و ١٠٤ .

وعلى هذا فالسنة المطهرة تعد مصدرا رئيسيا فى التشريع الإسلامى فهى المصدر الثانى بعد القرآن الكريم .

والأحكام التى جاءت بها السنة لا تخرج عن ثلاثة أمور : فهى إما مقررة ومؤكدة لأحكام جاء بها القرآن الكريم، وإما مفسرة له وموضحة لمعانيه، وإما مشرِّعة لأحكام جديدة سكت عنها القرآن (١) .

والسنة المطهرة على هذا مليئة بالأحكام التى تبين الجرائم والعقوبات كتفصيل الحدود والقصاص وتطبيقها وذكر بعض أحكامها وأحكام الديات وكذلك أحكام كثيرٍ من الجرائم التعزيرية .

---

(١) الموافقات للشاطبى المرجع السابق جـ ٤ ص ٧ و ١٢ .

الإجمـــــــاع

الإجماع فى اللغة الاتفاق والإزماع :

وفى الشرع : اتفاق الائمة المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصور بعد وفاته على أمر من أمور الشرع (١) .

والإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع الإسلامـــى فاذا أجمع علماء المسلمين فى عصر من العصور على حكم من الأحـــكام الشرعية التى لا تخالف كتابا ولا سنة كان ذلك حجة ملزمة لايجـــوز لأحد الخروج عنه .

والأدلة على حجية الاجماع كثيرة من الكتاب والسنة .

قال تعالى :

" ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبيّن له الهدى
ويتبعْ غير سبيل المؤمنين نولّه ما تولّى ونُصْلِـــه
جهنم وساءت مصيرا " (٢)

فقد قرن الله تبارك وتعالى اتباع سبيل غير المؤمنين بمشاقة الرســول صلى الله عليه وسلم فى استحقاق النار . وقال تعالى :

" وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء علـــى الناس" (٣) .

---

(١) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ١ ص ١١٠ وإرشـــاد الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ٦٣ وروضه الناظر لابـن قدامة المرجع السابق ص ٦٧ وعلم أصول الفقه لخلاف المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) سورة النساء الآية : ١١٥ .

(٣) سورة البقرة الآية : ١٤٣ .

فهذه تزكية من الله لهذه الأمة بالتوسط فى الأمور وعدم الشذوذ .

وقال صلى الله عليه وسلم : " عليكم بالجماعة وإياكم والفرقة" (١) وقال صلى الله عليه وسلم " إن أمتى لا تجتمع على ضلالة " (٢) وقال صلى الله عليه وسلم : " يد الله مع الجماعة ومن شذ شذ إلى النار" (٣) وقال عليه الصلاة والسلام : " الجماعة رحمة والفرقة عذاب" (٤) وغير هذا كثير من الآيات والأحاديث التى تؤكد على الأخذ برأي الجماعة وتنهى عن الفرقة والخلاف مما يدل على حجية الإجماع ولزوم العمل به (٥) . كما أن ذلك محل اتفاقٍ بين كافة أئمة الاسلام على اختلاف فِرَقِهم المعتبَرَة إذ لم يخالف فيه سوى من شذ فى ذلك من أهل البدع(٦) فالإجماع إذن مصدر مهم من مصادر التشريع الإسلامي يأتى فى المرتبة الثالثة بعد الكتاب والسنة فأي حكم شرعى لم يرد فى الكتاب أو السنة الصحيحة ثم تجمع الأمة عليه فإنه يعد صحيحا وملزما لكافة المسلمين . وعلى هذا فالإجماع أيضا مصدر من مصادر التشريع الجنائى الإسلامى ،

---

(١) سنن الترمذى المرجع السابق جـ ٤ ص ٤٦٦ .

(٢) سنن ابن ماجه المرجع السابق جـ ٢ ص ١٣٠٣ وسنن الترمذى المرجع السابق جـ ٤ ص ٤٦٦ وسنن أبى داؤد المرجع السابق جـ ٤ ص ٩٨ .

(٣) سنن أبى داؤد المرجع السابق جـ ٤ ص ٩٨ .

(٤) مسند الامام أحمد المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٧٨ .

(٥) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ١ ص ١١١ وأصول السرخسى المرجع السابق جـ ١ص ٢٩٥ - ٣٠٠ واحكام الآمدى المرجع السابق جـ ١ ص ٢٨٦ وروضة الناظر لابن قدامة ص ٦٧ و ٦٨ وفتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ١٩ ص ١٧٦ .

(٦) فتاوى ابن تيمية المرجع السابق جـ ١١ ص ٣٤١ .

وقد وردت أحكام جنائية مصدرها الإجماع فقط ، فقد أجمع الصحابة على قتل الجماعة بالواحد كما أجمعت الأمة على قتال المرتدين . وأجمعوا كذلك على اعتبار ما نعى الزكاة من الذين لهم قوة وَمَنَعَة مرتدين يجب قتالهم (١) .

---

(١) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٧٢ وجـ ٧ ص ٦٧٢ وجـ ٨ ص ١٢٣ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ .

السلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية

تقدم أن الكتاب الكريم والسنة المطهرة هما أصل التشريع السماوى فالتشريع لا يخرج عنهما فى الأصل ، كما تقدم أيضا أن الأمة قد تجتمع على تجريم فعل مّا باعتبار أنه مخل ومناقض لمصلحتها ، وهذا طريق ثالث للتشريع كما مر .

لكنْ ما هو المصدر لتجريم الأفعال التى ترى الأمة أن المصلحة تقتضى تجريمها والعقاب عليها ؟ إن طريق ذلك فقط هو السلطة المختصة بالتشريع فى الدولة الإسلامية والمتمثلة فى الأئمة المجتهدين ، فهذه السلطة هى التى تتولى إصدار التشريعات المكملة للتشريع الاسلامى . فالشريعة الإسلامية الغراء قد أعطت حق التشريع لولاة الأمر فيما لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع حسب ما تقتضيه مصالح العباد وما تتطلبه حياتهم وأمنهم فيجرمون ما يصادم تلك المصالح المعتبرة ويعاقبون عليه ولكن بشرط أن يكون ذلك على ضوء الكتاب والسنة وما جاءا به من مبادئ سامية بحيث لا تتنافى تلك التشريعات مع مقرَّرات الشرع ومبادئه فلا تُخالِف نصا من كتاب أو سنة ولا إجماعا أجمعت عليه الأمة ولا مبدأً من مبادئها المستقرة . فإن خالفت شيئا من ذلك فهى باطلة لا يجوز تشريعها ولا العمل بها ويكون الحكم فيها حكما بغير ما أنزل الله . أما إذا كانت على نحو ما سبق من كونها على ضوء الكتاب والسنة وعلى ضوء مبادئهما وظهرت المصلحة فى تشريعها ورأى الأئمة المجتهدون ذلك فيها وأقروها فإنها تصبح تشريعا إسلاميا وتصير نافذةً يجب على الأمة امتثالها وتطبيقها ولا يجوز الخروج عليها أو مخالفتها ويستحق الخارج عليها العقاب قضاءً فى الدنيا ودِيناً فى الآخرة فليس لأيِّ شخص الحق فى مخالفتها عند غياب رجال السلطة على اعتبار أنها لم تَرِدْ فى كتاب ولا سنة كما هو

عُرْف كثير من الناس اليوم بل على العكس من ذلك يجب امتثال تعليماتها سواء كانت السلطة حاضرة أو كانت غائبة ما دام قد سَنَّها العلماء المجتهدون لظهور المصلحة فيها وعلى وفق التشريع الإسلامي. لكن إذا كان الأمر على خلاف ذلك صار للناس الحق فى عدم اتباعها وتطبيقها بل يجب عليهم ذلك، فلا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق (١).

وبنهاية الحديث عن عمل السلطة التشريعية فى الدولة الاسلامية ينتهى الحديث عن إجمال المصادر الاسلامية فى التجريم والعقاب وأنها تنحصر فى أربعة مصادر هى : الكتاب والسنة والإجماع ثم السلطة التشريعية المتمثلة فى الأئمة المجتهدين ، وما عدا هذه فلا يعد مصدرا عقابيا ينشىء فى مجلس القضاء جريمة أو عقوبة لا توجد فى واحد منها ، سوى ما يراه البعض فى القياس من أنه مصدر من مصادر الجرائم والعقوبات وسيأتى توضيح ذلك وأن القياس الموجود ليس قياسا منشئا وإنما هو قياس تقديرى .

هذا ولعله من المفيد فى نهاية هذا المطلب أن نشير بإيجاز إلى أهم مصادر التشريع الجنائى الغربى فنقول :

إن مصادر التجريم والعقاب فى القانون الغربى لا تخرج فى الغالب عن نوعين اثنين هما القوانين واللوائح ، ويقصد بالقوانين تلك النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية وفقا للأوضاع الدستورية فى الدولة ، كما يقصد باللوائح تلك القواعد القانونية التى تصدرها السلطة التنفيذية أو أى جهة إدارية أخرى بناء على تفويض من السلطة التشريعية ، فكل من القوانين واللوائح له الحق فى التجريم والعقاب

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٨١ و ٢٢٣ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٠٦ و ٣١٣.

مع فارق بينهما بحيث يجب أن تتقيد اللائحة باحترام القانون فلا يجوز لها مخالفته كما لا يجوز لها أن تسن جرائم أو عقوبات بغير تفويض منه أو فى غير المجالات التى أنيطت بها بخلاف القانون الذى يصدر تشريعاته بدون قيود (١) .

هذه هى أهم مصادر التجريم والعقاب فى التشريع الجنائى الغربى وهى كما قلنا من المصادر المكملة فى التشريع الجنائى الإسلامى سواء كانت قوانين أو لوائح شريطة أن لا تخالف النصوص الأصلية فى الشريعة الاسلامية .

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٨٣ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود مصطفى المرجع السابق ص ٧١ والأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٩٥ .

المبحث الثالث

حظر القياس كمصدر من مصادر التجريم والعقاب

حظر القياس كمصدر من مصادر التجريم والعقاب

من النتائج الهامة لمبدأ الشرعية حظرُ القياس على الجرائم والعقوبات، فإذا كانت القاعدة تقول : إنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فان القياس عقاب وتجريم بدون نص فيجب منعه تطبيقا للقاعدة . وقبل أن نخوض فى مدى جواز القياس على الجرائم والعقوبات فى الشريعة الإسلامية نلمح بسطور عن ماهية القياس : فنقول :

القياس فى اللغة : التقدير .

وهو فى الإصطلاح (حمل معلوم على معلوم فى اثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من حكم أو صفة " (١) .

والقياس هو المصدر الرابع من مصادر الأحكام فى الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فى المسألة نص من كتاب أو سنة ولم تكن الأمة قد أجمعت على حكم معين فيها فإن المجتهد يلجأ إلى البحث عن نظائر هذه المسألة فى الأحكام المستقرة والمعلومة بأحد الأدلة من نص أو إجماع فإذا وجد لها نظيرا أثبت حكمه لها شريطة أن تكون علة الحكم الأول معلومة وظاهرة وأن تكون كذلك متحققة فى الثانى وبذلك يتحصل لدى المجتهد حكم شرعى طريقه القياس الصحيح (١) .

---

(١) ارشاد الفحول للشوكانى السابق ص ١٧٤ واحكام الآمدى المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٦٦ والمستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٤ وروضة الناظر المرجع السابق ص ١٤٥ .

والأدلة على اعتبار القياس مصدرا من المصادر التشريعية كثيرة .

فمن القرآن : قوله تعالى :

" فاعتبروا يا أولى الأبصار " (١)

والاعتبار هو الاتعاظ نتيجة قياس الشيء على غيره . وقوله تعالى :

" فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل .

منكم " (٢)

وكذا سائر الآيات التى تضرب الأمثال للناس للعبرة والعظة وما أكثرها فى القرآن الكريم .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم للسائل عن قضاء الحج عن أخته التى نذرته فماتت ولم توف به :" لو كان عليها دين أكنت قاضيه قال : نعم قال : فاقض الله فهو أحق بالقضاء (٣) " ففى هذا قياس منه صلى الله عليه وسلم لقضاء الحج على قضاء الدين فى الوجوب.

وقوله صلى الله عليه وسلم فى الهرة : " إنها ليست بنجس إنما هى من الطوافين عليكم أو الطوافات (٤) " فقد نص النبى صلى الله عليه وسلم هنا على العله التى هى عموم البلوى بطوافها على البيوت .

---

(١) سورة الحشر الآية : ٢ .

(٢) سورة المائدة الآية : ٩٥ .

(٣) صحيح البخارى المرجع السابق جـ ٧ ص ٢٣٣ و ٢٣٤ .

(٤) سنن الترمزى المرجع السابق جـ ١ ص ١٥٤ ومسند أحمد المرجع السابق جـ ٥ ص ٢٩٦ .

كما أن القياس محل إجماع من الصحابة رضى الله عنهم وما ثبت عنهم من ذمٍّ للقياس وأهله فهو القياس بمجرد الرأى أو مع الجهل بالأحكام الشرعية ولهذا فقد أخذت بالقياس جماهير العلماء ولم يخالف فيه إلا القليل (١) .

هذا هو القياس بوصفه مصدرا من مصادر الأحكام الشرعية عموما والذى يعنينا فى هذا المبحث هو ما مدى صحة القياس على الجرائم والعقوبات بصفة خاصة و هو ما سنناقشه تحت العنوان الآتى :

مدى صحة القياس على الجرائم والعقوبات

لقد بحث العلماء الأفاضل رحمهم الله تعالى دليل القياس الشرعى بصفته مصدرا من مصادر إثبات الأحكام الشرعية عامة وتوسعوا فى ذلك كثيرا ولكنهم عندما بحثوه كمصدر من مصادر التجريم والعقاب لم يتطرقوا إلا إلى نوع واحد من الجرائم وهو الحدود المقدرة فقد تكلموا عن مدى جواز القياس فيها فقال به الأكثرية و منعه البعض ويدل هذا على أنهم جميعا يجيزون القياس فيما عداها من القصاص والدية والتعازير .

والذين منعوا القياس فى الحدود هم الأحناف رحمهم الله تعالى فقد قالوا : لايجوز القياس فى ذلك مطلقا خلافا لبقية العلماء الذين أجازوه فيها - كما هو كذلك فى غيرها عند الجميع - ولكلٍّ دليله .

---

(١) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ٢ ص ٥٥ و ٦٥ وروضة الناظر المرجع السابق ص ١٤٧ و ١٤٨ وأصول السرخسى المرجع السابق جـ ٢ ص ١١٨ و ١١٩ وأصول الفقه الاسلامى شلبى المرجع السابق ص ٢٠٢ .

فقد استدل المجيزون بقولهم : إن أدلة الأخذ بالقياس عامة ولم تُخَصِّص القياس فى مجال دون آخر . كما استدلوا كذلك بأن الصحابة رضوان الله عليهم قاسوا الشرب على القذف فى لزوم الحد حيث قال بعضهم : إنه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفترى . ولم ينكر ذلك أحد منهم فكان كالاجماع . وأما المانعون وهم الأحناف فقد استدلوا بقولهم : إن الحدود مقدرة بقدر لا تُعَلّم علته فلماذا جُعل حد الزنا مائة للبكر ولماذا جُعل حد القذف ثمانين ؟!

والقياس إنما هو فيما عُقلت علته ، كما قالوا : إن الاعتماد على القياس فى الحدود معرض للخطأ فتدخله الشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات كما هو متفق عليه عند الجميع فلا يمكن تطبيق الحد الثابت عن طريق القياس (١) .

وبمراجعة أدلة مجيزى القياس فى الحدود نجد أنها لا تنهض دليلا كافيا على ذلك فبالنسبة للدليل الأول وهو أن أدلة القياس عامة وليس خاصة فى فرع دون فرع - يردُّه أن ذلك لا يمنع من تخصيصها بما وردت فيه نصوص بتحديد الجريمة والعقوبة . إضافة إلى ذلك فالحدود مقدرة بقدر لا تعلم علته فلا يتحصل فيها قياس سليم .

---

(١) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج المرجع السابق جـ ٣ ص ٢٤١ احكام الآمدى المرجع السابق جـ ٤ ص ٨٢ - ٨٥ ارشاد الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ١٩٦ روضة الناظر لابن قدامة المرجع السابق ص ١٨١ والتشريع الجنائي عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٨٣ والجريمة لابى زهرة المرجع السابق ص ٢٢٢ .

أما الدليل الثانى وهو قياس الشرب على القذف فى إيجاب الحد ثمانين فأولا : لم يجمع الصحابة على ذلك فقد حصل الخلاف قبل أن يستشير عمر رضى الله عنه الصحابة وبعده .

وثانيا : إذا سلمنا أن حد الشرب توصل إليه الصحابة عن طريق القياس ثم أجمعوا عليه فإثباته كحد يكون عن طريق الإجماع وليس عن طريق القياس (١) .

ثم بالرجوع إلى أدلة ما نعى القياس فى الحدود ومناقشتها لا نجد ما ينهض على ردها ، وإن كان قد ناقشها بعض علماء الأصول وأجابوا عنها بما لا يكفى أن يكون مبطلا لدلالتها (٢) . ويعنى ذلك أن الصحيح فيما سبق هو منع القياس فى الحدود . ولكن ماذا بعد ذلك ؟ هل يعنى جواز القياس فيما عدا الحدود من جرائم الدماء والتعازير ؟ هذا ما قاله العلماء الأفاضل على نحو ما تبيّن آنفا .

إلا أنه ينبغى التنبيه هنا إلى أن قولهم هذا لم يفرقوا فيه بين القياس لأجل التشريع وبين القياس وقت الحكم القضائى ، ولعل الظاهر من جدالهم السابق أنهم يتكلمون فى مدى جواز القياس عند التشريع فقط ، فيبقى القياس وقت الحكم القضائى محظورا عند الجميع .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى المرجع السابق جـ ٧ ص ١٦١ والتشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٨٤ .

(٢) فقد أجاب الآمدى عن الدليل الأول بقوله : " أن الحكم المعدّى من الأصل إلى الفرع إنما هو وجوب الحد والكفارة من حيث هو وجوب " أى وليس القدر المقدر . كما أجاب عن الثانى بقوله : " لا نسلّم احتمال الخطأ فى القياس على قولنا إن كل مجتهد مصيب " !! إحكام الآمدى المرجع السابق جـ ٤ ص ٨٤ .

يدل على ذلك أن الصحابة عندما زادوا حد الخمر إلى الثمانين جلدة ، جعلوا ذلك فيما يستقبل من الحوادث وليس فيما هو حاضر أوفيما مضى ، وليس ثمة مانع من اتخاذ المشرع للقياس كهادٍ له لِسَنِّ الأحكام المستجدة قياسا على الأحكام الثابتة ثم إعلانها على الكافة . لكن الممنوع هو إنشاء جرائم قياسية فى مجلس القضاء ، ولهذا فسوف نناقش القياس من هذا الباب فى كل من الجريمة والعقوبة وذلك بالنسبة لأقسام الجرائم الثلاثة من حدود ودماء وتعازير ، مبتدئين بمناقشة القياس على العقوبة بكونها أوضح فى الصورة فى كل من الحدود والتعازير :

أولا : القياس فى العقوبة :

١ - فى الحدود :

فبالنسبة للقياس على العقوبة فى الحدود فذلك ممتنع مطلقا فلا يجوز إثبات عقوبة الحدود عن طريق القياس نهائيا كما هو مذهب الأحناف . لأن الحد مما قدّرت عقوبته شرعا ، وليس من المنطق أن يُغْفِل الشارع تحديد ذلك ويترك أمره للأمة . كما أن الحد لا يثبت عن طريق الظن بل إن الحد الثابت بطريق القطع إذا طرأت عليه شبهة سقط تنفيذه فكيف بالحد الذى أصل منشئه الشبهة .

٢ - فى القصاص والدية :

وأما بالنسبة للقصاص والدية : فان عقوبة القصاص فى النفس قد وردت بها النصوص القاطعة ولا مجال للقياس فيها وكذلك القصاص فى الأطراف مما يكون متماثلا لا مجال للاجتهاد فيه غير تطبيق النصوص الواردة .

وأما الدية فما ورد فيه النص منها من دية نفس أو طرف فقد انتهى أمره أما ما لم يرد فيه تحديد من الشارع فباتفاق العلماء يكون فيه الحكومة المقدرة من قِبَل أهل الخبرة (١) . فهذا النوع إذن طريقه الاجتهاد والتقدير لا غير. وهذا فيه شبه كبير بالقياس ولكنه فى الحقيقة ليس بقياس لأن المراد من الحكومة هو الاجتهاد فى مساواة العقوبة بالجريمة وليس بقياس العقوبة على عقوبة أخرى ثم تطبيقها بنفسها اللهم إلا فى أن الحكومة يجب أن لا تتعدى الديةُ فيها الديةَ المقدرةَ فى جناية أكبر من هذه التى فيها الحكومة فهذا قياس ولكنه لغوى .

٣ - فى التعازير :

وأما التعازير فان الأصل فى العقوبات التعزيرية وأساسها قائم على التقدير إذ لم يحدد الشارع منها إلا الحد الأعلى والأدنى ثم ترك الاختيار للنوع والعدد لسلطة القاضى حسب ما تتطلبه الجريمة وظروف الجانى ومصلحة المجتمع . فالقياس هنا سائغ ومطلوب ، إلا أنه لا يعد إنشاءً لعقاب جديد فهو فى الحقيقة ليس بقياس بل هو فقط اختيار لإحدى العقوبات المحصورة بين حدين : أعلى وأدنى .

---

(١) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٥٦ و ٥٧ والافصاح لابن هبيرة المرجع السابق جـ ٢ ص ٢٠٣ و ٢٠٤ .

وهذا المسلك لم تنفرد به الشريعة وحدها بل بدأت بـــه هى ثم سلكه الغرب فى الأيام المتأخرة . غير أن الفـــارق بين أعلى العقوبة وأدناها فى الغرب أقل منه فى الشريعـة الإسلامية .

ثانيا : القياس فى الجريمـــة :

١ - فى الحـــدود :

أما القياس على جرائم الحدود؛ فإنْ أريد بـــه أن يقاس عليها الفعل المشابه لها فيجرّم ثم يطبق فى حقـــه جميع ما يطبق فى الجريمة الحديّة المماثلة له من نوع الحـــد ومقداره بصفة مضطردة ، فهذا ما ليس بسائغ ولا يجوز ،لأن ذلك مما يثبت بالتقدير عن طريق الشارع كما مر فى القياس على العقوبة .

وأما إن أريد بالقياس : إثبات الحرمة والتجريـــم للفعل المشابه لجرائم الحدود وما هو من جنسها فهـــذا حق ولكنه من باب التجريم عن طريق الأدلة العامة وقاعـدة سد الزرائع فلا يسمى قياسا وسيأتى توضيح ذلك فى الفقرة بعد التالية عند الكلام على القياس فى جرائم التعزير .

٢ - فى القصاص والديـة :

وأما القياس على الجريمة فى القصاص والدية مـــن نفس أو طرف أو جرح فهذا أيضا غير خاضع للقيـــاس لأن الشريعة حرمت وجرمت جميع الاعتداءات الواقعة على النفس والبدن أيّاً كان نوعها وأيا كانت طريقتها سواء كان ذلك

التجريم عن طريق النصوص المباشرة لأنواع معينة من الاعتداءات أو كان عن طريق النصوص العامة التى يدخل تحتها سائر الاعتداءات مما يشمل بالضرورة كافة ما يخترعه البشر من طرق جديدة للايذاء كما مر .

٣ - فى التعازير :

سبق القول بأن النصوص التى تحدد الجرائم التعزيرية التى ورد بها الشرع على نوعين : الأول : نص مباشر يصرح بذكر الجريمة التعزيرية منفردة . والثانى : نص عام تدخل تحته أفراد عديدة من الجرائم . وقلنا : إن هناك أفعالا ليست مجرمة فى الأصل ولكن قد ترى الأمة أن من المصلحة تجريمها فتجرمها ثم تعلنها على الملأ وهذا نوع ثالث .

وهنا فهل يعتبر شىء من ذلك قياسا وهل - يجوز القياس فيه ؟ ولبيان ذلك نقول :
أما النوع الأول فقد ثبت بالنص ولم يثبت عن طريق القياس كما لا يجوز القياس عليه أيضا فالله تبارك وتعالى هو المحل والمحرّم ولا بد من تسليم الحاكمية المطلقة له سبحانه .

وأما النوع الثالث وهو ما تحرمه الأمة لظهور المصلحة فلابد من النص عليه من قبل السلطة المعنية بذلك ولا يجوز القياس فيه لأن المصلحة قد تظهر فى أمر دون آخر كما سيأتى بعد سطور .

بقى النوع الثانى وهو ما ثبت تجريمه عن طريق الأدلة العامة التى تومىء إلى التجريم وتشير إليه فيندرج تحت النص جرائم متعددة فهذا هو الذى قد يُشْتَبَهُ فيه أنه يثبت عن طريق القياس إلا أن الأمر

ليس كذلك إذ لا قياس فيه بل هو ثابت عن طريق النص العام غاية الأمر أن النص فُسِّر تفسيرا موسعا ، وتفسير النص الجنائى تفسيرا موسعا أمر سائغ لا مدخل عليه وخصوصا فى جرائم التعزير . مع أنه لا ريب فى أن التفسير الموسع قد يقترب أحيانا من القياس عندما يكون منشئا للتجريم فَيَخرُج الأمر من دائرة التفسير إلى دائرة القياس فهذا يلزم منعه ولا يجوز (١) .

ولكن الجرائم التعزيرية التى ثبتت عن طريق النصوص العامة ليست كذلك بل هى من قبيل التفسير الواسع الذى شمل فيه النص أكثر من جريمة على حد سواء فلم تُقَسْ جريمة على جريمة أخرى إذ لم تكن إحداهما محرَّمة بالنص والأخرى كانت حلالا إلى أن أُجرى القياس فيها ، بل على العكس فالتحريم المفهوم من النص قد اتجه إليهما على حد سواء فحُرِّما معا ، فليس للقاضى من الاجتهاد فى ذلك سوى البحث عن الأفراد التى تندرج تحت هذا النص فيكون عمله من قبيل القياس الجزئى الذى هو تحقيق مناط الحكم فى أفراد متعددة وهذا ليس فيه قياس فرع على أصل بل كلا الاثنين أصل، وغاية ما هنالك أنْ

---

(١) التشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٨٤ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٣٠٤ و ٣٠٥ وقانون العقوبات القسم العام د / مأمون سلامة ص ٤٥ و ٤٦ شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حسنى المرجع السابق ص ١٠٠ وتفسير النصوص الجنائية د / محمد العوا الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع بالمملكة العربية السعودية ص ١٥٨ .

حصل فيه تطبيق النص على ما يدخل تحته من أفراد وهذا النـــوع سائغ لا غبار عليه وقد قال به الجميع حتى من أنكر القياس (٢) .

مثال ذلك : تحريمه تعالى لأكل الأموال بالباطل :

" يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (٢)

فإن هذا التحريم يدخل تحته الاختلاس والانتهاب والغصب مما نص عليه الرسول صلى الله عليه وسلم كما يدخل تحته أيضا ما لم ينص عليه الرسول صلى الله عليه وسلم كالاتلاف عن طريق إحراق المال وكما لو نزل راكب من سيارة الأجرة ولم يدفع أجرة ركوبه فهذا محرَّم أيضا فهو أكل لمال الغير بالباطل وقد ثبت تحريمه عن طريق النص العام وليس عن طريق القياس وهكذا سائر النصوص العامة لا يقال إن بعـــض ما تشمله من أفراد مقيس على الأفراد الأخرى بل الجميع ثابت عن طريق النص فلا قياس هنا ولا يتصور فى مثل هذا القياس .

وإنما الذى يتصوّر فيه القياس هو ما جُرِّم من أجل المصلحة العامة كما لو حرَّمت الدولة تصدير الأرز مثلا بسبب قلته وحاجة الناس إليه لأنه من القُوتِ الذى تعتمد عليه البلد ووضعت لذلك عقوبة ثم حصل أن قلَّت الحنطة فى البلد وبدأ الناس يصدرونها ، فإذا قبض على مصدرى الحنطة فقد يقول القاضى إن الفعل هذا جريمة باعتبار أن الحنطة من قُوت البلد وقد قلّ وجودها قياسا على الأرز الذى سبق تجريمه ، فهذا هو القياس الاصطلاحى الذى هو إلحاق فرع

---

(١) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ٢ ص ٤ ٥ وه والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٤ ٣٠ وه ٣٠ والتشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٨٤ .

(٢) سورة النساء الآية : ٢٩ .

بأصل لِعلَّة جامعة ثم أثبت حكم الأصل للفرع، ولكنه هنا أيضا غير جائز فليس للقاضى أن يعاقب مصدرى الحنطة حتى تجرمه الدولة ، فمـــا ظهرت فى تجريمه المصلحة قد لا تظهر فى غيره . أما لَـوْ وَرَدَ النص فى الأصل بمنع تصدير الحبوب مثلا فإن المنع يسرى على الأرز وعلى الحنطة سواءً بسواء وهذا هو الذى من قبيل النصوص العامة التى وردت فـــى شأن الجرائم التعزيرية وليس ذلك بقياس .

وبهذا نخلص إلى أن القياس بمعناه الاصطلاحى وهو حمـل فرع على أصل لِعَلَّة جامعة بينهما وإثبات حكم الأصل للفرع لا يوجـــد فى جرائم التعزير وإنما الذى يوجد منه هو القياس اللغوى الذى هـو التقدير كما يوجد التفسير الموسع الذى قد يُظَن بأنه قياس وليس كذلك فليس هو منشئا للجريمة أو العقوبة وإنما هو مقرر لهما ومعمم للنـــص على ما يدخل تحته من أفراد .

المبحث الرابع

التفسير الضيق لنصوص التجريم والعقاب

التفسير الضيق لنصوص التجريم والعقاب

من النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ الشرعية أيضا هـــى : تقييد القاضى عند تفسيره للنصوص الجنائية بأن لا يخرج عما ترمى إليه تلك النصوص فيثبت جرائم لا يشملها النص بل عليه أن يفسر النـــص بطريقة تُظهِر ما يرمى إليه المشرع ويقصده على اختلاف فى ذلك بـــين نصوص الجرائم المقدرة ونصوص جرائم التعزر كما سيأتى حيث سنتكلـــم أولا عن تفسير النصوص بصفة عامة ثم بعد ذلك نتكلم عن مدى السعـــة والضيق فى تفسير النص الجنائى :

المطلب الأول : تفسير النصوص بصفة عامة :

التفسير فى اللغة : هو الكشف والإظهار لما فيـــــه خفاء أو غمـــوض .

وفى الشرع : هو " كشف معانى القرآن وبيان المراد " أو " هو علم نزول الآية وسورتها وأقاصيصها والإشارات النازلة فيها ثـــم ترتيب مكيّها ومدنيّها ومحكمها ومتشابهها وناسخها ومنسوخهـــــا وخاصها وعامها ومطلقها ومقيّدها ومجملها ومفسّرها" (١) .

وينقسم التفسير بحسب مصدره إلى ثلاثة أقسام :

---

(١) البرهان فى علوم القرآن بدر الدين محمد بن عبد اللـــه الزركشى حققه ؛محمد أبو الفضل إبراهيم الطبعة الأولـى ١٣٧٦ هـ دار احياء الكتب العربية عيسى البابى الحلـبى وشركاه جـ ٢ ص ١٤٧- ١٤٩ ومناهل العرفان فى علـــوم القرآن محمد عبد العظيم الزرقانى طبع بمطبعة عيســـى البابى الحلبى وشركاه بدون تاريخ جـ ٢ ص ٣ .

١ - تفسير تشريعى :

وهو ما يصدر عن المشرع نفسه من تفسير لنص سابق كتفسير القرآن بالقرآن وبالسنة وكتفسير السنة بالسنة .

والتفسير بهذه الطريقة ملزم فهو تشريع ، إلا أن هذا النوع من التفسير قد تَوقَّف منه الجزء الذى يختص بتفسير القرآن والسنة بموت النبى صلى الله عليه وسلم حيث لم يبق منه سوى تفسير السلطة التشريعية لما سنّته من تشريعات لمصالح العباد .

٢ - التفسير القضائى :

وهو ما يتحصل لدى القاضى من معنى للنص التشريعى الذى يريد أن يطبق عليه الواقعة المعروضة أمامه فالغاية منه الفصل فى الدعوى القضائية القائمة .

٣ - التفسير الفقهى :

وهو ما يقوم به الفقيه من توضيح وتوجيه للنصوص الشرعية كى تحقق الغاية المرادة منها وهذا النوع يشمل ما جاء فى مباحث المفسرين والفقهاء وكتبهم وشروحاتهم(١) .

---

(١) تفسير النصوص فى الفقه الاسلامى دراسة مقارنة د / محمد أديب الصالح الطبعة الثالثة بدون تاريخ منشورات المكتب الاسلامى جـ ١ ص ١١٠ - ١١٥ وتفسير النصوص الجنائية د / محمد العوا المرجع السابق ص ٣٥ - ٦٨ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٩٣ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود مصطفى المرجع السابق ص ٨٣ .

والذى يعنينا من هذه التفاسير هو التفسير القضائى فهو الذى يستخدمة القاضى عند عرض الدعوى عليه ويتكرَّر بتكرُّر القضايا كما أن له التأثير المباشر على حقوق الأفراد فى حفظها أو التفريط فيها .

أما التفسير التشريعى فهو ـ كما قلنا ـ تشريع فيخضع للتفسير القضائى أيضا . وأما التفسير الفقهى فان الفقيه يبحث فى النصوص دون أن يكون لديه قضية يرمى إلى معرفة الحكم فيها فهو ليس ملزما بل فقط يُتخذ كمعين للقاضى لمعرفة مرامى النص (١) .

هذا وقد عنى علماء الاسلام رحمهم الله تعالى بالقواعد التى يتبعها المفسر لفهم النصوص الشرعية عناية تامة ويبدو ذلك واضحا لمن يتتبع كتب الأصول وعلوم القرآن التى وضعت المناهج والقواعد التى يسلكها الفقيه أو القاضى عند ما يريد تفسير نص من النصوص ، فقد وضعوا نوعين من القواعد : قواعد لغوية وقواعد تشريعية فبالنسبة للقواعد اللغوية نجد أنهم تكلموا عن مدولات الألفاظ والعبارات وما تتضمنه من وضوح أو غموض كما تكلموا عن اللفظ من حيث اشتراكه فى أكثر من معنى وتكلموا كذلك عن العام والخاص حيث يشمل العام لكل ما يدخل تحته من أفراد كما يقتصر الخاص على بعض الأفراد دون بعض(٢) .

---

(١) تفسير النصوص الجنائية د / محمد العودا المرجع السابق ص ٤٤ وتفسير النصوص د / محمد أديب الصالح المرجع السابق ص ١١٥ .

(٢) المستصفى للغزالى المرجع السابق جـ ٢ ص ٢ - ٥٣ ارشاد الفحول للشوكانى المرجع السابق ص ٨٠ - ١٦٠ والتشريع الجنائى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ١٨٥ ، ٢٠١ والجريمة لأبى زهرة المرجع السابق ص ٢٥٦ - ٣٠٢ .

وأما بالنسبة للقواعد التشريعية فقد بينوا من خلالها مقاصد الشرع وما يرمي إليه فى التشريعات التى سنها من مصالح وغايات بحيث لا يخرج المفسر عن تلك المقاصد عند تفسيره للنصوص التى تحتمل أكثر من معنى فيرجح المعنى الذى يتَّسِق ومقاصدَ الشريعة (١) .

وهذه القواعد بشقيها قد بُسط الكلام عنها فى كتب الأصول وعلوم القرآن ولا داعى لسردها هنا فلسنا بصدد الكلام عن تفسير النصوص وقواعده بصفة عامة وإنما أوردنا هذا المبحث - باعتباره واحدا من نتائج مبدأ الشرعية - للبحث فى سلطة القاضى فى التفسير عند تفسيره للنص الجنائى الذى يريد تطبيقه على الواقعة المعروضة أمامه - هل هى موسعة أم مضيقه ؟ وهذا ما سيتبين فى المطلب التالى :

المطلب الثانى

مدى التوسع والتضييق فى تفسير النصوص الجنائية

قبل أن ندخل فى بيان نوعية التفسير لابد من توضيح المراد بالنصوص الجنائية وبتفسيرها : فالمراد بها تلك الأوامر والنواهى التى تختص بالتجريم والعقاب سواء كانت من القرآن أو غيره من مصادر التشريع الجنائى وليست من القرآن وحده ، وهذا يعنى أن كلمة تفسير هنا يقصد بها المعنى اللغوى لا الاصطلاحى فيكون تفسير النصوص الجنائية هو كشف وتوضيح معانى النصوص الجنائية وبيان

---

(١) الموافقات للشاطبى المرجع السابق جـ ٢ ص ٨ - ٦٤ والتشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٢٠٢ - ٢٠٧ .

دلالتها على الأحكام سواء كانت من قرآن أو سنة أو غيرهما (١) .

بعد هذا البيان لمعنى تفسير النص الجنائى نعود الى المقصود من هذا المبحث وهو : مدى التوسع والتضييق فى ذلك التفسير فنقول :

إن المنهج الذى سلكته الشريعة الاسلامية فى تفسير نصوص الجرائم والعقوبات قد اتضح وتبلور زمن التشريع السماوى ولم يخضع لشىء من التدرج والتغيير بل كان واضحا كل الوضوح من حين طبقه الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهذا على العكس من المنهج الذى سلكه الغرب فى تفسير النصوص الجنائية حيث حصل فيه التدرج والتغيير .

ولعله من المفيد أن نبحث فى طبيعة التفسير الغربى للنصوص الجنائية من حيث التوسع والتضييق فى البداية وذلك لأن الطريقتين اللتين تأرجح بينهما التفسير فى الغرب هما نفس الطريقتين اللتين يتبعهما الشرع الإسلامى فى آن واحد إلا أنه يستعمل كل واحدة منهما على حسب اختلاف نوع الجريمة مما يجعله - كما هو كذلك دائما - وسطا بين طرفى نقيض : " وكذلك جعلناكم أمة وسطا " (٢) .

إذن ما هى الطريقة التى اتبعها علماء القانون الوضعى فى التفسير ؟ :

---

(١) تفسير النصوص د / محمد أديب الصالح المرجع السابق جـ ١ ص ٥٠ و ٥٩ .

(٢) سورة البقرة الآية : ١٤٣ .

لم يكن للتفسير مجال فى القانون قبل أن يأخذ الغرب بمبدأ الشريعة فلما أخذ الغرب به - بعد التدهور القانونى والظلم القضائى الذى عاشته أوروبا - بالغ القانونيون فى الأخذ بهذا المبدأ وتحديد المقصود منه فنادى أغلبهم بوجوب تفسير النصوص الجنائية تفسيرا ضيقا حماية لحقوق الأفراد من الظلم الذى قد يقع عليهم نتيجة التوسع فى تفسير النص القانونى . بينما طالب البعض بوجوب الأخذ بالتفسير الضيق ضد مصلحة المتهم وبالتفسير الواسع فى مصلحته .

وكان من نتائج التفسير الضيق أن أصبح التفسير لا يعدو أن يكون ترديدا للنص القانونى بعبارات مماثلة مما أبعده عن مقصوده الأصلى وهو التوصل إلى هدف المشرع ، كما كان من نتائجه أيضا أن صار القانون عاجزا عن مواجهة التطورات الجديدة فى أساليب ارتكاب الجريمة فوقع التفسير حاجزا بين القانون وبين تحقيق هدفه الأساسى وهو حماية المجتمع من خطر الإجرام .

أما التفسير الموسع فى مصلحة المتهم والمضيق ضد مصلحته فكان من عيوبه أن جعل التفسير غاية فى ذاته لا وسيلة كما أنه قد يعفى المجرم من العقاب ولا يعفى المجتمع من خطره (١) . ولهذه

---

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٩٧ و ٩٨ وتفسير النصوص الجنائية د / العوا المرجع السابق ص ١٥٥ و ١٥٦ والأحكام العامة فى قانون العقوبات د / السعيد مصطفى المرجع السابق ص ١٠٠ ، ١٠٢ القاعدة الجنائية د / عبد الفتاح الصيفى المرجع السابق ص ٣٧٤ و ٣٧٥ وشرح قانون العقوبات القسم العام د / مأمون سلامة المرجع السابق ص ٤٠ وقانون العقوبات اللبنانى القسم العام د / محمد زكى أبو عامر الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ١٩٨١م ص ٣٢ - ٣٦ .

النتائج العكسية فإن الاتجاه الحديث فى القانون يسعى بل سعى إلى إعطاء القضاة سلطة واسعة فى التفسير بشرط أن لا يصل بهم ذلك إلى انشاء جرائم جديدة لم تكن مجرمة من قبل بل يكون هدفهم هو الوصول إلى ما يرمى إليه المشرع سواء كان النص قاصرا عن مراده أو زائدا عليه فتحصل الموازنة بين مصلحة المجتمع وعدم الإضرار بالمتهم (١) .

ذلك هو المنهج الذى سلكه القانون فى تفسير النصوص الجنائية فيا ترى ما هو المنهج الذى سلكه الشرع الإسلامى ؟ هل سلك نفس المنهج أو أنه جاء بطريقة جديدة ؟ وفى الاجابة عن هذا نقول :

لم يأت الشرع الشريف بطريقة جديدة تختلف كلية عن أحد هاتين الطريقتين كما أنه لم يتخذ واحدة منهما كمنهج مستقل ! ولكنه استعملها كلتيهما فى تفسير نصوصه الجنائية مفرّقا فى ذلك بين نوعين من أنواع الجرائم ، فما كان من جرائم الحدود والقصاص والدية استعمل فى حقه التفسير الضيق تحقيقا للنهج الذى سلكه عند تطبيق مبدأ الشرعية على هذا النوع من الحرفية والدقة وما كان من جرائم التعازير استعمل فى حقه التفسير الموسع تحقيقا للنهج الذى سلكه عند تطبيق مبدأ الشرعية على هذا النوع من المرونة والسعة وفيما يلى نوضح كلا منهما على حدة :

---

(١) شرح قانون العقوبات د / محمود حسنى المرجع السابق ص ٩٩ و تفسير النصوص الجنائية الدكتور العوا المرجع السابق ص ١٥٧ وقانون العقوبات اللبنانى د / محمد زكى أبو عامر المرجع السابق ص ٣٢ - ٣٦ .

١ - التفسير المضيَّق للنصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية :

سبق القول بأن النصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية لم تكن على نسق واحد فقد جاءت محددة وثابته فى الجرائم الخطيرة وهى جرائم الحدود والقصاص والدية كما جاءت عامة ومرنه وشاملة لأفراد متعددة وذلك فى الجرائم الأقل خطورة وهى جرائم التعازير على نحو ما مر . ولهذا فقد اتّبع فى حق جرائم الحدود والقصاص والدية ما يناسبها من نوعى التفسير وهو التفسير الضيق فقد جاءت نصوص القرآن كما جاءت نصوص السنة فى شأن هذه الجرائم واضحة جلية فقد وضّحت الجريمة بمسماها الدقيق ثم وضَعت لها عقابا محددا لا يحتمل الزيادة ولا النقصان . فليس للقاضى أن يجتهد فى تفسير نصوصها أكثر مما أفهمه الرسول صلى الله عليه وسلم للصحابة عند تطبيقه لها وعلى هذا جرى الفقهاء المسلمون فبوبوا الأبواب لكل واحدة من الجرائم فى كتبهم وحصروا نصوص كل واحدة تحتها ثم وضعوا الشروط والقيود التى لو اختل واحد منها لم تطبق العقوبة على تلك الجريمة ، ومن أمثلة ذلك: جريمةُ السرقة :

يقول الله تعالى فيها :

" والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله " (١)

فان الجريمة هنا هى السرقة والعقوبة هى قطع اليد ، ولهذا فليس للقاضى أن يطبق هذه العقوبة على كل شخص ثبت أخذه لمال الغير بدون حق بل لابد أن يكون قد أخذ المال من حرزه على وجه الخفية فاذا توفرت هذه المعانى فى الفعل صار سرقة فهذا هو الذى تسميه العرب سرقة ، أضف إلى ذلك الشروط التى يشترطها الشرع فى هذه

---

(١) سورة المائدة الآية : ٣٨ .

الجريمة من بلوغ النصاب وكون المال **محترَما** لا شبهة فيه (١) **ونحوها من** الشروط التى لابد أن تتوفر فى الفعل حتى يوصف بأنه سرقة فى الشرع ويمكن بعدها تطبيق حد القطع على مرتكبها أما إذا اختل واحد من المعانى السابقة فلا تسمى سرقة ولا يطبق فى حقها النص الجنائى السابق . ولو جاز للقاضى أن يتوسع فى هذا النص لسمَّى آخذ المال من غير حرزه سارقا ولسمَّى المنتهب سارقا ولسمَّى الغاصب سارقا ولسمى من امتنع عن دفع أجرة العامل سارقا إلى غير ذلك ، ولكن هذا ممنوع عليه فى باب الحدود والقصاص والدية بحيث لا يجوز له تعميم النص على المعانى التى قد يحتملها عند التوسع فى التفسير بل لابد أن يقصره على الفعل المنطبق عليه تماما من غير زيادة ولا نقصان .

أمثلة أخرى : فلو توسع القضاة فى تفسير هذا النوع من النصوص أيضا لاعتبروا الشتم والسب فى غير لفظ الزنا قذفا ولاعتبروا السحاق زنا فطبقوا فى حقها الحدود الواجبة فى القذف والزنا . ولاعتبروا من تعمَّد ضَرْب غيره بسوط لا يقتل عادة لاعتبروه قاتلا عمدا إلى غير ذلك .

وهكذا فنجد أن النصوص التى تختص بجرائم الحدود والقصاص والدية تطبق تطبيقا دقيقا وبشكل جامد لا يحتمل التردد أو اللجوء الى تفسيرات أو تأويلات غير واضحة وجلية بل فقط ما جاء به النص وكفى (٢) .

---

(١) المغنى لابن قدامة المرجع السابق جـ ٨ ص ٢٤٠ - ٢٥٩ .

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٢٠٧ وشرعية الجرائم والعقوبات خالد فراج المرجع السابق ص ٤٦٥ والشرعية الجنائية فى الشريعة الاسلامية تقرير الدكتور عبد الاحد جمال الدين المرجع السابق ص ١٥٨ و ١٥٩ .

٢ - التفسير الموسع للنصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية :

إذا كان الشرع الشريف قد سلك التفسير الضيق فى الجرائم ذات النصوص المحددة والضيقة ليتناسب التفسير ونوعَ تلك النصوص وشكلَها فإنه لم يسلك هذا المسلك عندما يكون بصدد الجرائم ذات النصوص العامة والشاملة وغير المربوطة بعقوباتها وهى الجرائم التعزيرية فقد سلك فى تفسير هذا النوع ما يتناسب معه من نوعَي التفسير وهو التفسير الواسع الذى يؤدى إلى فهم النص ومعرفة مؤداه بشكل عام ذلك لأن الجرائم التعزيرية لم تكن **محصورة** العدد معلومة المقدار كالجرائم المقدرة وانما تتم معرفتها من خلال النصوص التى تصرح بذكرها واحدة واحدة تارة ، وتارة أخرى تشير إليها بلفظ عام يدخل تحته أفراد كثيرة من الجرائم كما مر ، فيكون التفسير الواسع جمعا لشتات هذه الجزئيات والمفردات .

وعلى هذا فان القاضى عندما تعرض عليه جريمة من جرائم التعزير ويريد أن يبحث عن النص المقرِّر لها ولعقوبتها فإن عليه أن يبحث فى هذه النصوص بطريقة واسعة غير مضيَّقة ويكون قصده وهدفه مراد الشارع من إيراد هذا النص سواء جاء النص بلفظ صريح لا يُحتاج معه إلى مزيد بيان كقوله تعالى :

" حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير " (١)

أو كان النص قد ورد بلفظ عام يشمل عددا من الجرائم كقوله تعالى :

" ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين " (٢)

ففى هذا **النص العام** نجد أن الله تبارك وتعالى حرم سائر أنواع الاعتداء على الآخرين سواء كان اعتداء عن طريق الإيذاء البدنى

---

(١) سورة المائدة الآية : ٣ .

(٢) سورة البقرة الآية : ١٩٠ .

أو المالى أو القولى أو أى نوع من أنواع الايذاء فإنه محرم ولا يجـــوز فهو جريمة يعاقب فاعلها ، فليس للاعتداء الممنوع شروط أو قيود كمـــا هو الشأن لو كان الاعتداء من الجرائم المقدرة بل هو عام فـــى كـل ما يطلق عليه اعتداء وإيذاء .

ومن أمثلة ذلك أيضا قوله تعالى :

" إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنمـا
يأكلون فى بطونهم نارا وسيصلون سعيرا " (١)

ففى هذه الآية الكريمة يحرم الله تبارك وتعالى الاستيلاء على مـــال اليتيم بأى طريقة كانت لكنه عبَّر بالأكل خاصة لأنه الغالب فى مصـــير الأموال وإلا فالمقصود أى نوع من أنواع الاستيلاء على هذا المال بدون وجه حق سواء كان ذلك عن طريق الأكل الحقيقى أو عن طريق الأخـذ أو الإتلاف أو التبذير فكل هذه تدخل تحت المفردات المنهى عنهـــا فى الآية الكريمة (٢) .

ويتضح من خلال هذين المثالين - والأمثلة غيرهما كثير - أن على القاضى الذى ينظر فى شأن الجريمة التعزيرية المعروضة عليه أن لا يكتفى بالبحث عن الأدلة التى صرحت بلفظ الجريمة فإن وجد فى ذلك نصا صريحا وإلا حكم ببراءة المتهم من التهمة الموجهة إليه كما هو الشأن فى الجرائم المقدرة ! ، كلاّ بل إن الأمر يختلف عن ذلك فهناك - أعنى فى الجرائم المقدرة - يَستخدِم التفسير الحرفى الضيق، بينما هنـا يَستخدِم التفسير الواسع المرن فإن كان النص التعزيرى صريحا فذاك ، وإلا فعليه أن يجتهد فى تفسيره فيبحث فى الجزئيات التى تندرج تحته

---

(١) سورة النساء الآية : ١٠ .

(٢) تفسير القرطبى المرجع السابق جـ ٥ ص ٣٥ .

وهل هذه التهمة القائمة من ضمنها أم لا، لكن بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى إنشاء جرائم جديدة لا يشملها ولا يدل عليها فإنه والحالة هذه يكون قد خرج من دائرة التفسير إلى دائرة أخرى هي دائرة القياس وذلك ما لا يصح - كما مر - وإنما الذي يصح هو أن يفسر النص بطريقة واسعة صحيحة تهدي إلى مقصود الشارع ولا تُقْحِم في تجريم فعل لا يتحمله النّص نفسه إلا بتكلّف وشطط إذ لا يصح من التفاسير إلا ما يدل عليه النص بيقين لا تكلف فيه ولا قياس. وعلى هذا فان تأكد القاضي أن الواقعة المعروضة عليه تدخل في إطار النص المفسّر حكم بالإدانة وإن تأكد أنها لا تدخل في إطاره حكم بالبراءة أما إن لم يترجح عنده شيء بل تساوى الطرفان فشك هل هذه الواقعة تدخل في إطار هذا النص أم لا تدخل ؟ عند ذلك يفسّر النص في صالح المتهم فيرجح الطرف الذي في مصلحته تحقيقا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، لأن النص الموجود قد طرأ عليه الشك والقاعدة الفقهية تقول :"اليقين لا يزول بالشك" فلا ينهض النص المشكوك فيه على إزالة الأصل المتيقّن الذي هو عدم النص المحرّم فيبقى الفعل على الإباحة الاصلية حلالا غير محرم (١) .

هذا واذا كان في اتباع التفسير المضيق في الجرائم **المقدرة** حماية للجاني من احتمال خطأ أو تعسّف القضاة - كما مر هناك - فإن في التفسير الموسّع هنا حماية للمجتمع من خطر المجرمين ، لما في سلوك هذا النوع من تطويع النصوص لتشمل عددا من الجرائم التي لا تخرج عنها مسالك الإجرام غالبا ، كما أن في ذلك أيضا مواكبة

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي المرجع السابق ص . ٥ والأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٦ ٥ وقانون العقوبات القسم العام د / مأمون سلامة المرجع السابق ص . ٤٠ و ٤١ .

للتجديد الذى ينهجه هواة الإجرام من ابتكار الأساليب الجديدة والغريبة كى ينجوا من قبضة النصوص المحددة وتفسيرها الضيق ، وبذلك يتحقق للمجتمع المسلم الأمن والطمأنينة ويحقق التشريع الجنائى الإسلامى هدفه الأسمى من حماية المجتمع عن خطر الاجرام والقضاء على الفساد وأهله (١) .

وبنهاية هذا المبحث يتبين لنا أن الشريعة الغراء لم تسلك طريقة واحدة فى تفسيرها للنصوص الجنائية وإنما سلكت طريقتين اثنتين مفرّقة فى ذلك بين الجرائم المقدرة ذات العقوبة الشديدة وبين الجرائم غير المقدرة ذات العقوبة الاقل شِدَّةً فاتبعت التفسير المضيق فى الأولى والتفسير الواسع فى الأخيرة .

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى عبد القادر عودة المرجع السابق جـ ١ ص ٦١١ - ٦١٥ والشرعية الجنائية فى الشريعة الاسلامية تقرير د / عبد الأحد جمال الدين المرجع السابق ص ١٥٨ و ١٥٩ .

الفصـــــل الرابـــع

تطبيقـات مبدأ الشرعية فى قضـــــاء المملكة العربيـــة السعـوديـة

تطبيقات مبدأ الشرعية فى قضاء المملكة العربية السعودية

هذا هو الجزء الخاص بتطبيق مبدأ الشرعية فى قضاء المملكة العربية السعودية نتبين من خلاله مدى أخذ القضاء السعودى بالمبدأ، علما بأنه لن يكون هناك جديد بالنسبة لنوعيّة التطبيق حيث أن الأمر يختص بمبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية، والتطبيق على هذا النحو مر مفصلا فى الفصل الخاص بتطبيقات المبدأ فى الشريعة الإسلامية، وإنما الجديد هنا سيكون فى بيان الكيفية التى أخذ القضاء السعودى فيها بمبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية أعنى هل نَصَّ على المبدأ من جديد ؟ أم اكتفى بإقراره فى الشريعة الإسلامية ثم نورد بعض النماذج للأحكام الجنائية التى صدرت من قِبَل المحاكم الشرعية، وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول :

كيف أَخَذ القضاء السعودى بمبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية.

المبحث الثانى :

نماذج لتطبيقات مبدأ الشرعية فى المحاكم الشرعية السعودية .

المبحث الأول

كيف أخذ القضاء السعودى بمبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلامية

إن الدولة السعودية الحالية ما قامت أساسا إلا على أعمدة الشريعة الإسلامية إذ أنها امتداد للدولة السعودية الأولى التى كانت إمارة صغيرة فى الدرعية فاحتضنت الدعوة السلفية التى نادى بها الشيخ محمد بن عبد الوهاب رحمه الله تعالى فتحولت إلى دولة وتوسع ملكها (١) .

---

(١) تنقسم الدولة السعودية إلى أدوار ثلاثة : الدولة السعودية الأولى والتى يرجع السبب فى تأسيسها إلى خروج الداعية المجدد محمد بن عبد الوهاب رحمه الله تعالى سنة ١١٥٣ هـ الذى دعى إلى عبادة الله وحده ونَبْذ ما سواه من القبور والأشجار، ثم عرض نفسه على أمراء البلدان فاستجاب له أمير الدرعية محمد بن سعود سنة ١١٥٨ هـ فاحتضن الدعوة وأيد الداعية فدانت القرى والأمصار لإمارة الدرعية فأحست الدولة التركية بخطرها فأوعزت إلى واليها على مصر محمد علي بالقضاء عليها فقضى عليها سنة ١٢٣٣ هـ ثم فى عام ١٢٣٨ استطاع الإمام تركى بن عبد الله وبعده ابنه فيصل - بناء الدولة الثانية ولكنّ شوكة ابن الرشيد فى حائل قد قويت فاحتل الرياض بعد وفاة فيصل وتولّى ابنه عبد الرحمن فهرب الأخير إلى الكويت مُنْهياً بذلك الدولة السعودية الثانية سنة ١٣٠٨ هـ ثم فى عام ١٣١٩ هـ استطاع عبد العزيز بن عبد الرحمن المذكور من احتلال الرياض فكان ذلك إيذانا بابتداء الدولة السعودية الثالثة والتى ما زالت باقية وستبقى ما بقيت على الإسلام إن شاء الله تعالى. انظر عنوان المجد فى تاريخ نجد للعلامة عثمان بن بشر نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض بدون تاريخ جـ ١ ص ٦ وما بعدها وجـ ٢ ص ١١ وما بعدها ، وانظر تاريخ المملكة العربية السعودية فى ماضيها وحاضرها ، صلاح الدين المختار منشورات دار مكتبة الحياة بيروت الطبعة الأولى ١٣٧٦ هـ جـ ١ ص ٣٣ وما بعدها وص ٢١٧ وما بعدها وجـ ٢ ص ٣٠ وما بعدها .

إذن فالشريعة الإسلامية هى التى كونت الدولة السعودية وأظهرتها على الوجود فلم تكن دولة قائمة بذاتها ثم اختارت الشريعة الإسلامية نظاما لها من بين سائر النظم فيحق لها ولو من الناحية العقلية أن تستبدل به نظاما آخر متى ما عَنَّ لها ذلك ، بل ما بايع الناس الملك عبد العزيز رحمه الله تعالى بالحكم إلا على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم كما لم يبايعوا أبناءه من بعده إلا على ذلك ممّا يؤكد أنه لا وجود فى الأصل لغير شريعة الإسلام فى هذا البلد المسلم .

ولهذا فلم يكن مُنْتَظَراً بعد تولى الملك عبد العزيز الحكم أن يَصْدُر دستور ينظّم شئون الدولة ويبين هويتها اكتفاء بدستور الأمة المسلمة الذى هو القرآن الكريم . كما لم يكن منتظرا أيضاً أن يصدر قانون أو نظام عقابى مستقل اكتفاء بتعاليم القرآن الكريم والسنة المطهرة فى ذلك ، خلافا للدول التى لا تتخذ من الشريعة الاسلامية نهجا لها ودستورا .

وعلى هذا فإذا كانت الدولة السعودية قد سارت على هذا المنوال فان تطبيقها لمبدأ الشرعية فى نظامها العقابى يكون مماثلا تماماً لتطبيقه فى الشريعة الإسلامية الذى مر تفصيله .

إلا أن اعتمادها على الشريعة هذا لم يمنع من صدور تعليمات وتنظيمات تَصْدُر أحيانا حسب ما تتطلبه سياسة الدولة وتدعو اليه الحاجة ، ولذا فلابد من سبر هذه التعليمات والنظم وخاصة ما يتعلق منها بالسياسة العامة للدولة أو بشئون القضاء لنرى مدى احتفائها بالشريعة الإسلامية وهل تطرقت لمبدأ الشرعية أو أشارت اليه ؟ أم أنها اكتفت بما هو مقرر فى الشريعة الإسلامية نفسها فنقول :

تولى عبد العزيز بن سعود رحمه الله تعالى منطقة نجد وما جاورها باسم السلطان جريا على ما كان عليه الأولون حيث كانت نجد منعزلة عن العالم الخارجي لا تعرف التنظيمات الإدارية ولا الدواوين إضافة إلى ذلك فقد انشغل السلطان عبد العزيز بالحروب الداخلية .

ولما استولى عبد العزيز على الحجاز وقضى على حكم الأشراف فيها وجد أن منطقة الحجاز على عكس نجد حيث كانت مفتوحة على العالم الخارجي بحكم وجود الحرمين الشريفين فيها وبحكم خضوعها للإدارة التركية فكانت متأثرة تأثرا كبيرا بالنظم والقوانين التركية (١) ، وقد أدرك عبد العزيز هذا الاختلاف وذلك الفارق فجعل من نفسه شخصا واحدا بمسميين اثنين فهو سلطان نجد وملحقاتها وهو كذلك ملك الحجاز ، ولهذا كان عليه أن يبدأ بتنظيم مملكة الحجاز ريثما تُنْهى نجد طور النقاهة ، فصدرت تعليمات وتنظيمات للملكة الحجازية بتاريخ ١٣٤٥/٢/٢١ هـ وتحتوى على تسع وسبعين مادة كانت بمثابة الدستور للدولة وإن كان لم ينص على ذلك لأن الدولة تعتبر دستورها هو القرآن الكريم (٢) .

---

(١) التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية د / محمد عبد الجواد محمد نشر منشأة المعارف بالاسكندرية مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ١٩٧٧م ص ٣٩ والنظام الجنائى بالمملكة العربية السعودية د / أحمد عبد العزيز الالفى مطبوعات معهد الادارة العامة بالرياض ١٣٩٦ هـ ص ٧ - ٩ .

(٢) موسوعة الأنظمة السعودية هيئة التحرير د / محمد حمد الهوشان ود / على عبد العزيز العمير الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ الناشر دار موسوعة الأنظمة السعودية بالرياض طبعت بمطابع الاوفست الأهلية ص ١٩ و ٢٠ والتطور التشريعى فى المملكة د / محمد عبد الجواد المرجع السابق ص ٨٩ - ٩٢ .

وبتصفح هذه التعليمات نجد أنها لم تشر إلى شيء مما يتعلق بنظام العقاب في الدولة بما في ذلك مبدأ الشرعية الجنائية، لكنها ذكرت ما يدل على ذلك ضمنا حيث أكدت احترامها لمبادىء الشريعة الإسلامية والتي من ضمنها مبدأ الشرعية، فقد جاء في المادة الثانية من هذه التعليمات: " إن الدولة العربية الحجازية دولة ملكية شورية إسلامية مستقلة في داخليتها وخارجيتها" (١) كما جاء في المادة السادسة منها: " الأحكام تكون دواما في المملكة الحجازية منطبقة على كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام وما كان عليه الصحابة والسلف الصالح " (١).

وبذا يتضح أن المملكة الحجازية تنص في أولى تعليماتها التنظيمية على أن شَرْع الله هو الحاكم فيها وأنها لا تحيد عنه وبالتالي فهي تطبق مبدأ الشرعية كما هو في الشريعة الإسلامية. وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من صدور هذه التعليمات الأساسية فقد ظلت أحكام القانون العثماني مطبقة في الحجاز كما نصت على ذلك الإرادة الملكية رقم ١١٦٦ وتاريخ ١٣٤٥/١٢/٢٧هـ إلى أن صدر مرسوم ملكي بتاريخ ١٣٤٦/٢/٤هـ يقضي بتنظيم المحاكم الشرعية وتشكيلاتها في الحجاز وبذلك أُلغي القانون العثماني (٢).

---

(١) موسوعة الأنظمة السعودية المجلد الأول ص ٢٠.

(٢) مجموعة النظم قسم القضاء الشرعي من سنة ٤٥ حتى ١٣٥٧هـ الطبعة الأولى عام ١٣٥٧هـ والمصورة بمعهد الادارة العامة ص ٥ والنظام القضائي الاسلامي مقارنا بالنظم القضائية الوضعية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية د/عبد الرحمن عبد العزيز القاسم الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ بمطبعة السعادة ص ٥٨٩.

وفى عام ١٣٤٥ هـ نادى أهل نجد بعبد العزيز ملكا عليهم فصار اسمه ملك المملكة الحجازية النجدية وملحقاتها . ثم فى عام ١٣٥١هـ تم توحيد المملكة وتسميتها باسمها الحالى : المملكة العربية السعودية وذلك بالأمر الملكى رقم ٢٧١٦ بتاريخ ١٣٥١/٥/١٧هـ وقد جاء فى المادة الأولى منه : " يحوّل اسم المملكة الحجازيةالنجدية وملحقاتها إلى اسم المملكة العربية السعودية ويصبح لقبنا بعد الآن ملك المملكة العربية السعودية " (١) .

كما جاء فى المادة الرابعة : " سائر النظامات والتعليمات والأوامر السابقة الصادرة من قبلنا تظل نافذة المفعول بعد هذا التحويل (١) " .

وبناء على تنصيب أهل نجد السلطانَ عبدَ العزيزملكا عليهم وبناء على المادة الرابعة من مرسوم التحويل تصبح الأنظمة السابقة سارية المفعول بالنسبة لسائر المملكة بعد توحيدها والتى من ضمنها تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد بما فى ذلك مبدأ الشرعية الجنائية .

وكان طبيعيا أن تصدر تنظيمات للقضاء الشرعى تطبيقا لسيادة الشريعة فى البلاد فكان أول التنظيمات ما صدر بالمرسوم الصادر بتاريخ ١٣٤٦/٢/٤هـ والخاص بتنظيم المحاكم الشرعية وتشكيلاتها (٢) ، ثم بعد ذلك توالت الأنظمة القضائية فصدر نظام سير المحاكمات الشرعية بالأمر رقم ٢١ وتاريخ ١٣٥٠/٢/٢٩هـ فى ٣٦ مادة تتعلق بتنظيم التقاضى فى المحاكم ، وبعد ذلك صدر نظام

---

(١) موسوعة الأنظمة السعودية المرجع السابق جـ ١ ص ٢٣ و ٢٤ .

(٢) مجموعة الأنظمة قسم القضاء الشرعى المرجع السابق ص ٦ .

المرافعات الشرعية بتاريخ ١١/٢/١٣٥٥هـ وهو عبارة عن تطوير لنظام سير المحاكمات الشرعية السابق ومع ذلك فقد أُلغي هو الآخر بصدور نظام جديد للمرافعات باسم : تنظيم الأعمال الادارية فى الدوائر الشرعية وذلك بالقرار رقم ١٩ وتاريخ ٢٤/١/١٩٧٢ (١) علما بأن هذا الأخير لم يأت بجديد على ما سبقه بل هو عبارة عن اختصار لها (٢) .

أما فيما يتعلق بتنظيم السلطة القضائية فقد صدر نظام تركيز مسئوليات القضاء الشرعى رقم ٣/١/٣٢ بتاريخ ٤/١/١٣٥٧هـ ثم أعيد اصداره بنفس الاسم تحت رقم ١٠٩ بتاريخ ٢٤/١/١٣٧٢ هـ وهو آخر ما صدر فى هذا الخصوص (٣) .

وأخيرا صدرت الموافقة الملكية على نظام القضاء الجديد بالمرسوم الملكى رقم م/٦٤ وتاريخ ١٤/٧/١٣٩٥هـ . وقد جاء فى المادة الأولى منه " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير أحكام الشريعة الاسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل فى القضاء " (٤) .

كما جاء فى المادة ٢٦ : " تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا بما يستثنى بنظام،وتبين قواعد اختصاص المحاكم فى نظامَي المرافعات والإجراءات الجزائية ويجوز إنشاء محاكم متخصصة بأمر ملكى بناء على اقتراح مجلس القضاء الأعلى " (٥) .

---

(١) نفس النظام بمطابع الحكومة توزيع وزارة المالية .

(٢) النظام القضائى الاسلامى د / القاسم المرجع السابق ص ٦٥١ و ٦٥٢ .

(٣) نفس النظام بمطابع الحكومة توزيع وزارة المالية . والنظام القضائى الاسلامى د / القاسم المرجع السابق ص ٦١٢ .

(٤) نظام القضاء فى المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى بمطابع الحكومة بالرياض ١٣٨٦ ص ٧ .

(٥) نظام القضاء فى المملكة المرجع السابق ص ١٠ .

ويلاحظ أن هذا النظام الأخير بمادته (٢٦) قد جعل الولاية العامة بالنظر في كافة القضايا للمحاكم من قضايا جنائية ومدنية وأحوال شخصية وغيرها ثم أخرج من اختصاصها ما صدر بشأنه نظام خاص مشيرا بذلك إلى جرائم التزوير والرشوة والقضايا والمشاكل العُمَّالِيَّة والتجارية وجرائم الاختلاس من أموال الدولة وتأديب الموظفين والتهريب الجمركي وجرائم المخدرات والمرور وغير ذلك مما صدرت بشأنها القوانين التي سميت نُظُما تحرُّجا من التصريح بكلمة قانون والتي يستعملها التشريع الوضعي ، وقد أسند الحكم بموجب هذه الأنظمة إلى لجان أو هيئات قضائية إدارية وجنائية متخصصة ولا سلطان للسلك القضائي الشرعي عليها (١) .

هذا وإذا كررنا النظرة في الأنظمة القضائية السابقة عموما نجد أنها قد صيغت بصيغة موافقة للمبادىء الإسلامية تأكيداً لتطبيق الشرع الشريف والمتضمن لمبدأ الشرعية .

أما نظام القضاء الأخير فإضافة إلى ذلك نجد أنه يؤكد مبدأ الشرعية في مادتين من مواده : فيقرره في المادة الأولى السابق ذكرُها والتي تؤكد أن القضاة يحكمون بأحكام الشريعة الإسلامية وبالتالي فهم يطبقون مبدأ الشرعية كما هو في الشريعة الإسلامية وهذا تأكيد لما ذكرته التعليمات الأساسية للدولة السعودية . كما يقرره في المادة (٣٥) فقد أكدت على وجوب استناد الحكم الصادر من قبل المحكمة على دليل شرعي أي قد نُصَّ عليه مسبقا ، حيث نصت هذه المادة على أنه : (يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وعلى بيان مستند الحكم) (٢) .

---

(١) ومما يبشر بالخير أن المسئولين قد تنبهوا لهذه الازدواجية في التشريع والقضاء فصدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٦٧ وتاريخ ١٤٠١/٩/١٤ هـ بتشكيل لجنة مكونة من عدة وزارات تحت إشراف وزير العدل للنظر في توحيد مَهامّ الهيئات القضائية في جهة واحدة وإنشاء محاكم متخصصة للفصل في المنازعات التجارية والعمالية والمرورية طبقا لأنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة أو الإجماع وأن تُدرَّس هذه الأنظمة في كليات الشريعة بالمملكة ، وقد جاء في المادة الأخيرة من هذا القرار بأن على وزير العدل أن يرفع تقريرا عن أعمال اللجنة خلال سنة من تاريخ القرار .

(٢) نظام القضاء المرجع السابق ص ١٢ .

علما بأن نص هذه المادة عام يشمل كافة القضايا من جنائية ومدنية وغيرهما جريا على ما كان عليه الفقهاء السابقون ، فهو عبارة عن زيادة تأكيد على وجوب استناد الحكم على النصوص الشرعية والذى تأخذ به الشريعة الإسلامية .

فمبدأ الشرعية إذن يطبق فى المملكة العربية السعودية على نحو ما تطبقه الشريعة الإسلامية حيث تبيَّن من مجموع ما سردناه أن الدولة السعودية تؤكد أن دين الدولة هو الإسلام وأنها تطبق شريعته جملة وتفصيلا . كما أن نظام القضاء فيها يؤكد ذلك غير أنه يستثنى منه ما خُص بنظام ثم يؤكد أن الأحكام القضائية يجب أن تستند إلى دليل سابق ، وهذا يعنى أن الأحكام التى يجب أن تستند إلى دليل شرعى هى فقط ما كانت من اختصاص المحاكم أما ما عداها فلا تسرى عليها أحكام المادة (٣٥) من نظام القضاء حيث يوكل الأمر فيها إلى نفس النظام الصادر فيها .

والذى يعنينا من تلك الاختصاصات هو ما يتعلق بالمسائل الجنائية ، فلْنحصرْ ما تختص به المحاكم الشرعية من أنواع الجرائم فى الشريعة الإسلامية من حدود ، أو قصاص ودية ، أو تعازير ، حتى نستطيع أن نستوضح مبدأ الشرعية الجنائية مطبقا فيها كما هو فى الفقه الجنائى الإسلامى وكما أكدته المادة (٣٥) من نظام القضاء السابق ذكرها :

١ - فبالنسبة لجرائم الحدود فإنها من اختصاص المحاكم إذ لم يصدر فى شأنها ولا فى واحد منها أيُّ نظام أو قرار يخرجها من اختصاص المحاكم الشرعية .

٢ - وبالنسبة لجرائم القصاص والدية فهى كذلك جملةً وتفصيلا من اختصاص المحاكم الشرعية حيث لم يصدر فى شأنها أيضا أي نظام أو قرار يخرجها من اختصاص المحاكم .

٣ - أما التعازير فهى التى يتجاذب الاختصاص بالنظر فيها كلٌّ من المحاكم الشرعية والهيئات القضائية القانونية . والقاعدة المتبعة فى ذلك أنها كلها من اختصاص المحاكم الشرعية إلا ما يستثنى بنظام وهذا يعنى أنه لم يحدَّد للمحاكم الشرعية الجرائم التعزيرية التى تستقل بالنظر فيها، ولهذا فقد يحصل التنازعُ حول الأحقِّية بالنظر فى بعض القضايا التعزيرية .

وحتى يتبين ما هو اختصاص المحاكم الشرعية من الجرائم التعزيرية لابد من حصر تلك الجرائم التعزيرية التى صدرت بشأنها أنظمة مستقلة ليكون ما عدا ذلك هو اختصاص المحاكم الشرعية .

وعلى هذا فالجرائم التعزيرية التى صدرت بشأنها الأنظمة هى على وجه التقريب كما يلى :

١ - نظام مكافحة الرشوة صدرت فيها الإرادة الملكية بالتصديق على قرار مجلس الوزراء رقم ١٤٤ وتاريخ ١٣٨٢/٢/٢٩هـ بالمرسومين الملكيين رقم ١٥ و ١٦ تاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ .

٢ - نظام مكافحة التزوير صدر بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٥٠ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٣هـ وتوِّج بالمرسوم الملكى رقم ٥٣ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥هـ .

٣ - مكافحة المخدرات صدر بذلك قرار مجلس الوزراء رقم ١١ وتاريخ ١٣٧٤/٢/١هـ .

٤ - نظام تأديب الموظفين صدر به المرسوم الملكى رقم م/٧ وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم ١٠٢٣ وتاريخ ١٣٩٠/١٠/٢٨هـ .

وكذا ما يتعلق بمحاكمات الضباط والجنود فى جميع القطاعات العسكرية فانها تستقل بالحكم فيها محاكمُ عسكرية مستقلة .

٥ - مرسوم ملكى حول محاسبة الموظفين عن الإثراء بلا سبب وهو المرسوم رقم ١٦ وتاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ .

٦ - مرسوم ملكى حول منع الموظفين من الاتجار واستغلال مراكزهم للأغراض الشخصية والتلاعب بالأنظمة والاختلاس من أموال الدولة . وهو المرسوم الملكى رقم ٤٣ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩هـ .

٧ - جرائم التهريب الجمركى والتى يتضمنها نظام الجمارك الصادر بالمرسوم الملكى رقم ٤٢٥ وتاريخ ١٣٧٢/٣/٥هـ والتعديلات التى جرت عليه .

٨ - الجرائم والمخالفات المرورية والتى يتضمنها نظام المرور الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٤٩ وتاريخ ١٣٩١/١١/٦هـ .

٩ - جرائم العمل بما فى ذلك الإضرابات العمالية والتى يتضمنها نظام العمل والعمال الصادر بالمرسوم الملكى رقم م/٢١ وتاريخ ١٣٨٩/٩/٦هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم ٧٤٥ وتاريخ ١٣٨٩/٨/٢٤ - ٢٣هـ .

فبناءا على ما ذكرناه من الأنظمة السابقة والتى ذكرناها على وجه التقريب لا الحصر فإنه يتضح نوعا مّا اختصاصُ المحاكم الشرعية حيث يكون من اختصاصها كل جريمة تعزيرية لم يصدر بشأنها نظام مستقل يخرجها عنها ، من ذلك مثلا الجرائم التعزيرية التى من جنس الحدود كمُقدِّمات

الزنا وسائر أنواع العلاقات الجنسية غير المشروعة والتى لا تصل إلى حد الزنا ، وكالاختلاس والنهب والاتلاف وذلك بالنسبة لغير أملاك الدولة ، وكَسَبِّ الدين وانتقاصه وإهمال شىء من أوامره الواجبة من صلاة وصيام وغيرهما . وكالسب والشتم ونحوهما ، وكمضايقة المسافرين من دون سلاح . وكذا سائر أنواع الفساد والتخريب والاعتداء وسوء الأخلاق وغير ذلك من جرائم التعزير التى لم تُخَصَّ بنظام .

ولعلنا هنا نكون قد وصلنا إلى ما أردنا الوصول إليه وهو أن مبدأ الشرعية يكون قد اتضح مجال تطبيقه سواء كما هو مطبق فى الشريعة الإسلامية بالنسبة لاختصاص المحاكم الشرعية أو كما هو مطبق فى القانون الوضعى بالنسبة للأنظمة القانونية . حيث اتضح لنا هنا أن المحاكم الشرعية تختص بالحكم فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبعض الجرائم التعزيرية مطبِّقة فى ذلك أحكام الشريعة الإسلامية . وهى الشريعة التى أقرت مبدأ الشرعية الجنائية بطريقتها الخاصة كما زاد نظام القضاء هذا الأمر تأكيدا بنصه على وجوب استناد الحكم الصادر من قبل المحكمة على دليل شرعى .

وبذلك تكون المحاكم الشرعية تطبق مبدأ الشرعية كما هو فى الشريعة الاسلامية . وسنرى مدى صحة ذلك من عدمه فى المطلب التالى - إن شاء الله تعالى - والخاص بالنماذج التطبيقية للأحكام الصادرة من قِبَل المحاكم الشرعية . وأما ما يتعلق بالجرائم التعزيرية والتى خُصِّصَت بنظام مستقل والتى هى على نسق القوانين الوضعية فإن مبدأ الشرعية فيها يكون كما هو فى القانون الوضعى كما سيأتى بيانه .

المبحث الثاني

نماذج لتطبيقات مبدأ الشرعية في المحاكم الشرعية

نماذج لتطبيقات مبدأ الشرعية في المحاكم الشرعية

لاحظنا في المبحث السابق كيف وقعت الازدواجية في القضاء السعودي وخاصة القضاء الجنائي منه حيث رأينا أن القضايا الجنائية على نوعين : نوع تحكم فيه المحاكم الشرعية ونوع آخر تحكم فيه لجان أو هيئات قضائية قانونية مستقلة عن المحاكم ، إلا أن بحثنا هنا يختص بمبدأ الشرعية في الشريعة الاسلامية فحسب ولذا فسوف نعالج في هذا المبحث مدى تطبيق مبدأ الشرعية في كل من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعزير التي هي من اختصاص المحاكم وذلك بذكر بعض النماذج التطبيقية التي صدرت من قبل المحاكم الشرعية لنرى مدى اتفاق هذه الأحكام مع مقررات الفقه الاسلامي حول مبدأ الشرعية ثم - كالعادة - نتبع بلمحة موجزة حول تطبيقات مبدأ الشرعية في الأنظمة القانونية السعودية .

وسيكون هذا النقاش في مطلبين : الأول في النماذج التطبيقية للجرائم المقدرة (الحدود والقصاص والدية) والثاني في جرائم التعزير وتشمل المحاكم الشرعية ثم الأنظمة القانونية .

المطلـــــب الأول

النمـــــاذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم المقدرة "الحدود والقصـاص أو الديـــــة"

إن العقوبات المقدرة فى الشريعة الاسلامية من حدود وقصاص أو دية كل هذه تحكم بها المحاكم الشرعية فى المملكة العربية السعودية جملة وتفصيلا على نحو ما ذكرنا فى المبحث الأول هنا، وكنا قد رأينا فى الفصل الخاص بتطبيق مبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية أن النصوص الخاصة بهذه الجرائم محصورة ومعروفة وأن القضاة لا يملكون أكثر من المقارنة بين الجريمة والنص ثم الحكم بالعقوبة المقررة فى ذلك وعلى هذا المنوال يجرى العمل فى المحاكم الشرعية السعودية حيث لا يملك القاضى أيضا أكثر من تطبيق الواقعة على النص ثم الحكم بالعقوبة المقررة من غير زيادة ولا نقصان وكذلك من غير عفوٍ فى جرائم الحدود إلاّ أنه يجوز فى جرائم القصاص والدية إذا عفى صاحب الحق على نحو ما تقرر سابقا .

وسنورد فى هذا المطلب بعض النماذج التطبيقية لكل من جرائم الحدود ثم القصاص والدية ويكون ذلك من القضايا التى حكمت فيها محكمة الرياض الكبرى :.

١ - الحـــــدود :

القضية الأولـــى " جريمة زنا بكـــر " :

وهى القضية رقم ١/٧ فى ١٨ /١/ ١٣٩٤هـ .

وتتلخص هذه القضية : فى أن المدعىٰ عليه وهو شخص غـــــير محصن قد خرج بفتاة إلى طريق الخرج ونام معها هناك وفعل الفاحشة بها أربع مرات وبإيلاج تامّ وكانت مطاوعة له بالخروج وبفعل الفاحشـــــة وقد صُدِّق اعترافه هذا شرعا .

فنحن الآن أمام جريمة واقعة هى الزنا من غير المحصن وقـــــد فعَلَها الجانى قاصدا مختارا وهو لم يتزوج وقد حصل الإيلاج الحقيقـــي منه فيها ، وقد ثبت النص المجرِّم لهذا الفعل والمقرِّر لعقوبته :

قال تعالـــى :

" الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائـــة جلـــدة " (١)

وقال صلى الله عليه وسلم : " البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة " (٢)

ولهذا فليس أمام القاضى إلا أن يحكم بما قرره النص من جلد مائة وتغريب عام إذا كانت قد ثبتت لديه الجريمة ، وسنرى هل حصل ذلـــــك فعلا من خلال استعراضنا للحكم الصادر فى هذه القضية :

---

(١) سورة النـــور الآيـــة : ٢ .

(٢) صحيح مسلم المرجـــع السابق جـ ٣ ص ١٣١٦ .

الحكـــــم :

" فلاعتراف المدعىٰ عليه بالزنا ولتكليفه ولأنه لم يـــتزوج فقد حكمنا بأن يحد للزنا وذلك بأن يجلد مائة جلـدة ويغرب عاما عن الرياض لقوله تعالى :

" الزانية والزانى فاجلدوا كل واحـــد منهما مائة جلدة "

ولقوله صلى الله عليه وسلم : " البكر بالبكر جلـدمائـــة وتغريب عام "" .

هذا هو الحكم الصادر فى تلك القضية قد جاء متضمنا للنـــص الشرعى المقرر لعقوبة مرتكب الجريمة المذكورة مما لا مجال معه للتعليـق على مدى احترام القضاء لمبدأ الشرعية فى هذه القضية من عدمه .

القضيـــة الثانيـــة : " جريمـــة حرابـــة "

وهى القضية رقم ٨/١ فى ١٣٩٤/١/٢٥هـ .

وتتلخص هذه القضية فى أن المدعىٰ عليه اتفق هوأربعـــــة أشخاص على النهب والسلب بطريق القوة ثم بدأوا بتنفيذ مخططهم حيث استقلوا سيارة وبرفقتهم شخص أجنبى فاعتدوا عليه وهددوه بالسكاكـــين وضربوه حتى رضخ لهم وسلمهم ما بحوزته من نقود وفى يوم تالٍ استأجـــر شخص آخرُ سيارةَ أحدهم فلحقوا به فى الطريق الخارجى واعتدوا عليـــه وسلبوا نقوده وساعته وهربوا،إلا أنه تم ضبطهم .

وبسؤال المتهم أمام المحكمة اعترف بكل ذلك وقال إنه كان بحوزته سكين ذات حدين " أي خنجر " وقد استعملتها للتخويف لا للطعـــــن كما أضاف أنه تَوَلَّىٰ تَكْمِيم فم المجنيِّ عليه والاستيلاء بالقوة على ما معه مـــن نقود .

وفى هذه القضية نجد أنفسنا أمام جريمة أخرى هى جريمة الحرابة حيث وقع الاعتداء فى الطريق الخارجى وبتهديد السلاح إضافة إلـــى أن المدعىٰ عليه قد اتَّخذ من هذا العمل مهنة له مع زملائه وهو شخص مكلـــف كما أنَّ ما وقع من اعتداء كان بقصده واختياره . وقد جُرِّم هذا الفعـــــل ورُتِّبت عقوبته فى النص القرآنى الكريم قال تعالى :

" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلـــوا
أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من
خلاف أو ينفوا من الأرض " (١)

---

(١) سورة المائدة الآية : ٣٣ .

ولهذا فليس أمام القضاء إلا أن يحكم بموجب هذه الآية الكريمة والتي جعلت عقوبة الحرابة أحد أربع عقوبات بحسب نوع الحرابة المرتكبة من كونها حرابة وقع فيها قتل أو سرقة أو مجرد تخويف من غير قتل ولا سرقة،وحيث وقع هنا أخذ المال ولم يحصل قتل فان المتعين هنا هو قطع اليد والرجل من خلاف على نحو ما حرره الفقهاء (١) .

ولنستعرض الحكم الصادر في هذه القضية حتى نرى مدى انطباقه على ما ذكرنا هنا من عدمه .

الحكم :

" فنظراً إلى ما دون والى اعتراف المدعى عليه وحمله السلاح وتهديده به ولأن هذا العمل من السعي في الأرض بالفساد ولكونه مكلفا فقد حكمنا عليه بأن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف وتقطع رجله اليسرى من مفصل القدم عند موضع شراك النعل بحيث يبقى العقب لقوله تعالى :

" إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الأرض فسادا . . .الآية"

هذا هو الحكم الصادر في هذه القضية وهو مطابق لما قلناه فقد جاء في الحكم أن الجريمة ثبتت من قبل مكلف معترف بها،كما جاء الحكم متضمنا للنص القرآني الذي يجرّم الفعل ويرتّب العقاب عليه مؤكّدا في ذلك أن هذه الجريمة من جرائم الحدود التي لا يجوز فيها غيرتطبيق النص الوارد فيها من غير زيادة ولا نقصان ولا وقفٍ في التنفيذ .

وبهذا يتجلى لنا التطبيق الحرفي لمبدأ الشرعية في هذه القضية والذي لا مرونة فيه .

---

(١) تفسير ابن كثير المرجع السابق جـ ٣ ص ٩٣ .

٢ - القصاص والدية :

القضية الأولى : " جريمة قتل عمد "

وهى القضية رقم ١/٢ فى ١٣٩٧/٢/٣هـ .

وتتلخص هذه القضية : فى أن المدعىٰ عليه التقى بشخص وطفل فذهبا واشتريا طعاما وثلاث قوارير كلونيا ثم خرجا إلى طريق الخرج وسكرا وقد ادعى الأول وهو المدعىٰ عليه بأن الثانى أراد أن يفعل الفاحشة بالطفل فنهره فلم ينته فقام إلى مفتاح عجلة السيارة وضربه بها ضربة قوية فأخرج الثانى سكينا ثم سقط من أثر الضربة الأولى فأخذ الأول السكين منه وأجهز بها عليه ثم حاول إسعافه أخيرا ولكنه رآه يموت فصب عليه زيتا وأراد أن يحرقه فهرب، ثم غيَّر فى سيارته بعض الحاجات كي لا تُعرف ثم أحرقها بالليل . ثم سجن فى قضية سُكْر واعتَرَفَ أمام سجينين بما فعله فى السابق ثم فى الأخير اعترف بذلك كله وصُدِّق اعترافه شرعا، وقد طالب ورثة المقتول بالقود .

ففى هذه القضية نجد أنفسنا أمام قضية قتل عمد ولكنها محاطة بظروف وملابسات جعلتها شائكة وصعبة مما قد يوحى بأن الحكم قد يصدر بالعفو عن القصاص لأن المدعىٰ عليه قد ادعى أن سبب قتله لرفيقه إنما هو الدفاع عن عرض الصبى .

لكن هذه القضية تعد قضية فى واحدة من الجرائم المقدرة والتى لا مجال للملابسات والظروف فى التخفيف فيها ، فقد وقع القتل عمدا عدوانا إذ ليس القتل هو السبيل الأُولى للدفاع عن عرض الصبى - إذا صح ما زعمه القاتل - مع أن الحال تشهد بأنهم جميعا ما خرجوا إلا بقصد

السكر وفعل الفاحشة،يؤكد ذلك هروبه وتغييره فى شكل السيارة ثم إحراقها ثم وقوعه فى جريمة تالية وهى السكر والتى قبض عليه بسببها مما يؤكد أنه من ذوى الاجرام المستمر وأن القتل لم يقع دفاعا .

فإذا كان القتل قد وقع عمدا عدوانا والقاتل مكلفا وآلة القتل مما يقتل عادة سواء كانت الحديدة الكبيرة أو السكين ، كما قد ورد النص المجرّم والمعاقب بالنسبة لهذه الجريمة قال تعالى :

" ولكم فى القصاص حياة "(١)

وقد طالب ورثة القتيل بالقود ، إذا تحقق كل هذا فقد توفرت شروط القصاص فليس أمام القاضى هنا إلا أن يحكم بالقتل قصاصا متجاهلا لكل الظروف التى ادعى القاتل أنها حملته على الإقدام على القتل كما هو الشأن فى كل الجرائم المقدرة .

وفيما يلى نستعرض الحكم الصادر فى هذه القضية حتى يتضح لنا مدى مطابقته لما قلناه ! .

الحكم :

" ونظرا إلى ما دون من دعوى المدعي وإجابة المدعىٰ عليه واعترافه مسبقا المصدَّق من رئيس هذه المحكمة،ولأهليته ولتوفر شروط القصاص لذا حكمنا على المدعىٰ عليه بالقتل قصاصا لقوله تعالى :

" ولكم فى القصاص حياة . . . الآية "

---

(١) سورة البقرة الآية : ١٧٩ .

ولقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل دم امرئ مسلم الا بإحـــــدى ثلاث . . . والنفس بالنفس " (١) "

هذا هو الحكم الصادر من قِبَل المحكمة فى هذه القضيـــة وهو حكم موافق لما ذكرنا حيث طُبِّق النص على الجريمة الواقعة تطبيقا حرفيا لأنها من الجرائم المقدرة التى تطبَّق النصوص فيها من غـــير التفات إلى ما يحيط بالجريمة وإلى ظروف المجرم متى ما كان قاصـــدا مكلفا .

وبهذا يتجلى تطبيق قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنـــص بشكله الحرفى فى هذه القضية مؤكَّداً بالنصوص الشرعية المدوَّنة فى نص الحكم الصادر فى القضية نفسها .

---

(١) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٣ ص ١٣٠٢ و ١٣٠٣ وصحيح البخارى المرجع السابق جـ ٨ ص ٣٨ .

القضيـــة الثانيـــة : " قتـــل خـــطأ"

وهى القضية رقم ١/٢٢ فى ١٣٩٥/٧/١٩هـ .

وتتلخص هذه القضية فى أن المدعىٰ عليه كان يقود سيارتـــه فانقلبت ثم مات الراكب الذى معه وهو المدعى بدمه هنا وقال المدعـــي : إن انقلاب السيارة قد حصل نتيجة إهمال السائق وخطئه .

وفى مجلس الحكم اعترف المدعىٰ عليه بالانقلاب وأن الموت كان بسببه . فهذه القضية هى قضية قتل قد وقعت من مكلف غير متعمـــد لذلك القتل بل وقع منه نتيجة خطأ لكنه كان هو السبب المباشر لهـــذه الحادثة لذا فليس للقاضى أن يحكم بالقصاص لعدم توفر العمدية كما أنه ليس له أن يحكم بالبراءة لأن القتل قد حصل بسبب المدعىٰ عليـــه خطأً وهناك نص قرآنى يقول :

" ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله "(١)

وعلى هذا فليس أمام القاضى إلا أن يحكم بموجب هذا النص الواضـــح المحدد ، وهذا ما حصل فعلا حيث يقول نص الحكم الصادر فى هـــذه القضية :

الحكـــم :

" بناء على ما دوّن من الدعوى والإجابة فقد حكمت على المدعى عليه بأن يدفع دية الخطأ لورثة الميت وقدرها أربعة وعشرون ألـــف ريال ٢٤٠٠٠ سعودى " .

---

(١) سورة النساء الآية : ٩٢ .

هذا هو الحكم الصادر فى شأن هذه القضية قد جاء مطابقا لما قلناه حيث قضى بالدية لورثة القتيل على القاتل امتثالا للنص القرآنى الثابت فى مثل هذه القضية من غير زيادة ولا نقصان فيكون مبـــــــدأ الشرعية الجنائية قد طبق فى هذه القضية بشكله الحرفى الذى لا مجال معه لاجتهاد القاضى فى تخفيف الحكم أو توقيفه أو أى تغيير فيـــــه لأن القضية فى واحدة من الجرائم المقدرة التى لا تخضع لشىء من ذلك بل يطبق النص وكفى .

المطلـــــب الثانى

النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى جرائم التعزيـــر

إذا كانت الجرائم التعزيرية فى المملكة العربية السعوديـــة يتجاذب الاختصاصَ بالنظر فيها كلٌّ من المحاكم الشرعية والهيئـــات القضائية القانونية فما خُصَّ بنظام فإنه يخرج عن سلطة المحاكم الشرعيـــة وما لم يُخَصَّ فهو من اختصاص سلطتها، مع أن الجرائم التى انفردت بنظام مستقل لا تقل فى الكثرة والأهمية عما هو من اختصاص المحاكم إن لم تـزد عليها. إذا كان ذلك فلن نكتفى فى هذا المطلب بذكر النماذج التعزيريـــة المطبقة فى المحاكم الشرعية فحسب بل سنتبع ذلك بنماذج تطبيقيـــــة للجرائم التعزيرية التى خصت بنظام مستقل وسيكون ذلك فى فقرتـــين :

الأولى : فى النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم التعزيريـــة التى تنظر فيها المحاكم الشرعية .

والثانية : فى النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائـم التعزيرية التى تنظر فيها الهيئات القضائية القانونية .

أولاً : النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم التعزيرية التى تنظر فيها المحاكم الشرعية :

قلنا فيما سبق: إن الجرائم التعزيرية المقررة فى الشريعة الإسلامية غير محصورة العدد ولا معلومة المقدار بل إنها تبلغ من الكثرة بحيث يصعب حصرها والتوقع لما يستحدث منها ولذا فانه يتم تحديدها عن طريق النصوص العامة وبالتالى فان مبدأ الشرعية يطبق فى شأنها بشكل مرن كما تقدم ، حيث يكتفى فى تجريم الفعل من قبل الشارع بأى طريقة كانت من نص خاص أو عام ، كما أن العقوبة عليه لا يشترط أن تكون مقرونة بكل فعل بعينه بل إنها عقوبات تقع بين حدين لكل الجرائم التعزيرية .

هذا ما مر تفصيله فى المبحث الخاص بتطبيق مبدأ الشرعية فى جرائم التعزير فى الفقه الاسلامى .

وهذا أيضا هو ما يجرى العمل عليه فى المحاكم الشرعية فى المملكة العربية السعودية بالنسبة للجرائم التعزيرية والتى لم تُخْرَج عن اختصاصها بنظام مستقل ، حيث تُعْرَض الجرائم التعزيرية على القضاة فيبحثون فى الأدلة المحرَّمة من نص خاص أو عام فإذا ثبت لديهم التجريم وثبتت الجريمة رتبوا لها عقوبة مناسبة أو أكثر من بين تلك العقوبات التى قُرِّرت بشكل عام فيختارون منها ما يلائم الجريمة وظروف الجانى وما يحقق الردع والقضاء على الفساد .

ولتأكيد هذا المعنى فاننا سنورد بعض الأمثلة التطبيقية بذكر شىء من القضايا التعزيرية والتى حكمت فيها المحاكم الشرعية السعودية لنرى مدى اتفاق ذلك مع ما أسهبنا فى شرحه من التطبيق

المرن لمبدأ الشرعية فى جرائم التعزير فى الشريعة الاسلامية حيث سنورد فى ذلك قضيتين قضت فيهما المحكمة المستعجلة الأولى بالرياض .

القضية الأولى :

" جريمة اعتداء وتخويف عن طريق المشادة وإشهار المسدس"

وهى القضية رقم ٤٦ ذات القيد رقم ١٣٦٥ فى ٢/٣٠/ ١٤٠٢هـ .

وتتلخص هذه القضية في : أن المدعىٰ عليه قد اعتدى على المدعي وتماسك معه وأشهر المسدس عليه وقد حصلت إصابات من أثر المشادة وقد شهد بذلك الشهود ، مع أن له ثلاث سوابق جنائية .

وفى مجلس الحكم اعترف المدعىٰ عليه بالمشادة وإشهاره المسدس لكنه ادعى أن المسدس كان لعبة أطفال لقصد التخويف كما اعترف بسوابقه الثلاث وهى سرقات غير مكتملة الشروط وقال : إنها حصلت أيام الطيش والصبا .

وفى هذه القضية : قد وقعت جريمة اعتداء بالمشادة وبالتخويف بالمسدس وقد شهد الشهود بذلك وأن المسدس كان حقيقيا وليس لعبة أطفال ثم لو كان لعبة أطفال فإن التخويف قد حصل به ، وطرق الاعتداء الممنوع ليست محصورة ولا معدودة فبأي وسيلة حصل الاعتداء فانه يعد جريمة يعاقب صاحبها . كما أن الجريمة المذكورة أيضا قد وقعت من مكلف وهو قاصد مختار . كما أن الدليل الشرعى

العام يقضى بتجريم هذا الفعل قال تعالى :

" ولا تعتـــدوا إن الله لا يحب المعتدين " (١)

وكذلك الدليل الشرعى الخاص هو الآخر يجرّم قال صلى الله عليه وسلم: " لا يشير أحدكم إلى أخيه بالسلاح فانه لا يدرى أحدكم لعل الشيطان ينزع فى يده فيقع فى حفرة من النار " (٢) وقال صلى الله عليه وسلـــم: " من أشار الى أخيه بحديدة فان الملائكة تلعنه حتى وإن كان أخـــاه لأبيه وأمه " (٣) .

وهنا فليس للقاضى أن يخلى سبيل مَنْ وقع منه الاعتـــداء المذكور بل لابد أن يعتبر فعله هذا جريمة ، ثم إذا اعتبر الفعـــل جريمة كان عليه أن يختار العقوبة المناسبة لهذه الجريمة مُقَـــدِّرا ملابسات الجريمة وظروف الجانى وظروف الزمان أيضا .

فالجريمة عبارة عن اعتداء بالمشادة وإشهار المسدس ففيهـــا ما فيها من الترويع والتخويف وإمكان تحقيق الأهداف الإجراميـــة المختلفة عن طريقها كما أن الجانى من ذوى السوابق الجنائيةإضافةإلى أن الزمن الحاضر يشهد تحولا خطيرا فى حياة الناس من الاعتماد فى الدفاع عن النفس وفى التهديد باليد والعصا إلى الدفاع والتهديـــد بالأسلحة النارية . ولذا فمن المتوقع أن تكون العقوبة فى هذه الجريمة قاسية نوعا مّا تقدّر بقدرها .

---

(١) سورة المائدة الآية : ٨٧ .

(٢) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٠٢٠ وقوله فى الحديث: " لا يشير " مرفوعا وليس مجزوما وقد علق عليه الشيخ محمـــد فؤاد عبد الباقى بقوله : " هكذا هو فى جميع النسخ : لايشير بالياء بعد الشين وهو صحيح ، وهو نَهْي بلفظ الخبر " .

(٣) صحيح مسلم المرجع السابق جـ ٤ ص ٢٠٢٠ .

ولنستعرض الحكم الصادر من قبل المحكمة فى هذه القضية لنرى مدى انطباق ما ذكرناه من عدمه :

الحكـــــم :

" وبناء على اعتراف المذكور بما تقدم من إشهاره المسدس على المدعي الحاضر وإنْ ذكر وادعى أنه لعبة أطفال فإن شهره لا فرق بينه وبين المسدس الحقيقى فقد يحقق منه مآربه الإجرامية إذا أراد ذلك ، لذا فقد حكمت عليه تعزيرا لقاء ذلك ولقاء سوابقه سجنه أربعة أشهر من تاريخ توقيفه وجلده ستين جلدة وأخذ التعهد عليه بعدم العودة " .

وبهذا تكون العقوبة قد اختيرت من بين العقوبات الشرعية المقررة فقد حكم القاضى بضرب الجانى ستين جلدة وسجنه أربعة أشهر ، وكل هذه العقوبات قد مر معنا أنها من العقوبات الشرعية.

إذن فمبدأ الشرعية الجنائية قد طبق هنا بشكله المرن فالجريمة قد جاء الدليل بتجريمها،وشُبْهَةُ كون المسدس لعبة أطفال - إن صحت - لم تُسْقِط العقوبة كما أن العقوبة نفسها جاءت قاسية ومناسبة للجريمة وظروفها .

القضية الثانيـــة :

" جريمة تخريب وإتلاف مال الغـــير "

وهى القضية رقم ٣١/٤/٥ وتاريخ ١٩/١٠/١٤٠١هـ .

وتتلخص هذه القضية فى أن شخصا أجنبيا قد قُبض عليه وهـو يقوم بتقطيع أسلاك الكهرباء بمبنى الساحة الشعبية من رعاية الشبـــاب بالريـــاض .

وفى مجلس الحكم وبسؤال المدعىٰ عليه بواسطة مترجـــــــم المحكمة ، صادق على ما نسب إليه من تقطيع الأسلاك الكهربائية وقال : إن ذلك نتيجة انفعال حصل لى وسئل عن الدافع لذلك فلم يذكـــــر شيئـــا .

وفى هذه القضية نجدنا أمام جريمة تخريب وإفساد لمرفق من المرافق الهامة فى حياة الناس الحاضرة وهو الكهرباء ثم إتلاف للأسلاك الخاصة به فهناك فى الواقع جريمتان : الأولى قطع التيار الكهربائـــى، والثانية إتلاف أسلاكه، وقد وقع ذلك كله من مكلف وهو قاصد مختار وقـــد أقر بذلك ولم يبرره بأكثر من كونه انفعالا لم يذكر سببه، وقد وقعت منـــه الجريمة فى مكان عام أمام عشرات العمال من جنسه ، ثم إن النـــــص الشرعى يجرّم هذا الفعل قال تعالى :

" ولا تفسدوا فى الأرض بعد إصلاحها " (١)

وبنظرة مادية بحته إلى هذه الجريمة نجد أنها قد لاتحتاج إلى القسوة فى العقوبة، إلا أن التعمق فى الأسباب الدافعة لها، ثـــم الظروف المحيطة بالمكان، وظروف الجانى كل ذلك يُبْعِد الحكم المخفف

---

(١) سورة الأعراف الآية : ٥٦ .

ويقضى بعقاب شديد يناسب الجريمة وما يحيط بها من ظروف .

فبالنسبة لدوافع الجريمة:لم يكن هناك ما يبررها من الأسباب سوى التهور والاستهتار فلم يذكر الجانى أي سبب أمام المحكمة . وأما بالنسبة لظروف المكان:فإن الفعل قد وقع فى مكان عام وأمام عشرات العمال . وأما بالنسبة لظروف الجانى:فإنه من دولة أجنبية غير إسلامية كثُرت جرائم عَمَالَتِها من قتل وسرقة ونهب وزناء خاصة وأن الكثير منهم يعيشون بين الأسر .

كل هذا يوجب أن يكون العقاب على هذه الجريمة قاسياً . وما كنا لنستطيع أن نقسوا عند الحاجة إلى القسوة لو لم يكن تطبيق مبدأ الشرعية فى جرائم التعزير مرنا .

ولنستعرض الحكم الصادر فى هذه القضية لنرى ما ارتآه القاضى علاجا كافيا لحسم مثل هذه الجرائم التى يقوم بها بعض المفسدين فى الأرض .

الحكم :

" وحيث أن عمله يعتبر من الأعمال التخريبية المثيرة للقلق فقد قَرَّرْتُ عليه بأن يجلد مائة وعشرين جلدة تفرق عليه ثلاث مرات وتوقع عليه فى نفس المبنى والساحة فى ثلاثة أسابيع ويسجن مدة ستة أشهر ثم يبعد عن البلاد ولا يمَكَّن من العودة مرة أخرى " .

هذا هو الحكم الصادر فى هذه القضية جاء صارما فقد حكم عليه القاضى مائة وعشرين جلدة - وان كان فى عدد الجلدات نظر كما سيأتى - تفرق عليه ثلاث مرات كل مرة أربعون جلدة وتوقع عليه فى

مكان الجريمة كى يرتدع وينزجر به الغير ويتبلّغ بذلك كل من رآه وهو يفعل الجريمة أو علم بذلك ، ثم حكم عليه أيضا بسجنه ستة أشهر ، ولما كان عاملا مستقدما لمصلحة العمل وانتفت المصلحة ببقائه حكم عليه أيضا بإبعاده عن البلاد وعدم السماح له بالعودة مرة أخرى .

فهذه العقوبات التى وقعت أيضا هى من العقوبات الشرعية التى مرت معنا ، لكن هناك استدراك قد يؤخذ على هذا الحكم وهو المبالغة فى عدد الجلدات فقد قررها القاضى مائة وعشرين جلدة مع أنه لا طائل تحت هذا العدد إذ لو حكم بالنصف منها ستين جلدة أو ثمانين جلدة تفرق عليه مرتين أو ثلاثا كى يحصل فيه الردع والزجر لكان كافيا ومناسبا أيضا لمدة السجن ولكن قد يرى الشاهد ما لا يراه الغائب .

وفى ختام هذه القضية نصل إلى أن مبدأ الشرعية قد طبق فيها بشكله المرن فالفعل قد سبق تجريمه ولكن بشكل عام والعقوبة قد ورد بنوعها الشرع ولكن ليس بشكل مفصل بل بشكل عام فأختير منها ما يلائم الحال .

ثانيـــا : النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم التعزيريـــة التى تنظر فيها الهيئات القضائية القانونية :

لم يكن إصدار الأنظمة القانونية السعودية بأنواعها المختلفة- لم يكن هدفا بحد ذاته ، فلم تصدر جملة واحدة أو بطريقة متحـــدة كما أنه ليس فى هذه البلاد محل أصلا لغير شريعة السماء الخالـــدة فالنظام الإسلامى هو الأصل والأساس وأما ما عداه فقد استحدثتـــه الظروف والمتغيرات العاجلة .

فلقد كان الوضع الطبيعى فى ممارسة ما تختص به هـــذه النظم أن يكون من اختصاص القضاء الشرعى ، لكن الذى حدث هـــو خلاف ذلك ولأسباب ليست سياسية كما قد يتصور بل لأسباب تتعلـــق بالسلك القضائى الشرعى نفسه ! ذلك أن التطور المادى الـــذى يعيشه العالم اليوم قد استَحدَث معه أنظمة ومعاملات جديدة ومشاكـل معقدة وطرق إجرام لم تكن بالحسبان ولهذا فقد وجدت الدولة نفسها مضطرة إلى استقدام الأنظمة المتعلقة بما شابه ذلك ، وما كان الشرع المطهر ليضيق ذرعا بهذا بل إنه يرحب بكل جديد بعد أن يصبغـه بالصبغة الشرعية الإسلامية والتى لا تتنافى مع أحكام القرآن الكريـــم والسنة المطهرة .

إلا أن العلماء المتخصصين بعلوم الشريعة والقائمين علـى شئون القضاء قد رفضوا هذه الأنظمة المستوردة جملة وتفصيلا ولـــم يوجدوا البدائل لها أو يعدّلوا فيها (١) كما أنهم لم يحفلوا بطريقـــة

---

(١) التطور التشريعى فى المملكة د / محمد عبد الجواد المرجع السابق ص ١١٧ و ١١٨ . والإسلام بين جهل أبنائه وعجـز علمائه الشهيد عبد القادر عودة مؤسسة الرسالة بدون تاريخ ص ٢٦ و ٢٧ وهذا الكتاب يتحدث عن واقع الدول الإسلامية بصفة عامة .

التخصص فى المحاكم والتى عليها القضاء فى العالم اليوم بسبب ما جدّ من مشاكل و ما استُحدِث من أمور لم تكن موجودة فى العهود السالفة ، فحال القاضى فى المملكة الآن هى حاله قبل مئات السنين فهو يقضى فى كافة الأمور من مدنية وجنائية وحتى مرورية حيث لا يوجد محاكم متخصصة فى السلك القضائى سوى محاكم الأحوال الشخصية ، فتجد القاضى مثلا يحكم فى حوادث المرور علما بأنه ليس لديه علم كامل بأنظمة السير وكيف يتمكن من ذلك وهو شخص واحد يحكم فى أمور متعددة ، فلن يستطيع أن يكون متضلعا بجميع المسائل الفقهية الشاملة لهذه الأمور والتى تتطور وتتبدّل بشكل مضطرد-ما لم يكن متخصصا بناحية معينة (١) .

فهذا الذى ذكرنا هو الذى حدى بالدولة إلى جلب كثير من الأنظمة القانونية وإسناد الحكم فيها إلى هيئات قضائية جنائية ومدنية ، فكانت تستصدر هذه الأنظمة حسب الظروف ومتطلبات الحياة ، فكلما أنشئت أو تطورت دائرة لها علاقة بأحوال الجمهور ومعاملاتهم استُحدِث لها نظام يختص بها .

بعد هذا الإجمال للأسباب والطرق التى صدرت بها الأنظمة القانونية السعودية نعود إلى موضوعنا أعنى مبدأ الشرعية الجنائية ومدى تطبيقه فى الأنظمة الجنائية القانونية فنقول :

---

(١) وقد أشرنا فى صفحة ٢٨٤ بالهامش رقم (١) الى تَنبُّه المسئولين لذلك والأمر بتشكيل لجنة لهذا الغرض . .

لما كانت الأنظمة الجنائية لم تصدر جملة واحدة ولا من جهة واحدة أيضا ولا حتى فى أوقات متقاربة فإنه من الطبيعى أن تكون مختلفة الأسلوب متفاوتة فى كيفية تحديد الجرائم نفسها وفى نوع العقوبة ومقدارها .

ولهذا فليس من الممكن التعرف على مدى تطبيقها لمبدأ الشرعية من عدمه إلا من جهتين : الأولى كونها تنحصر تحت دائرة الدستور العام للدولة الذى هو القرآن الكريم والذى هو يقرر مبدأ الشرعية كما سلف .

أما الناحية الثانية وهى مدار بحثنا هنا فهى ما يمكن استبيانه من خلال استعراض نصوص تلك النظم ثم من خلال النماذج التطبيقية فى ذلك :

وباستعراض النصوص المتعلقة بالأنظمة الجنائية المذكورة يبدو لنا أنها فى تطبيقها لمبدأ الشرعية تختلف باختلاف المصادر التى استقيت منها ، فالغالب فى هذه النظم أنها تطبق مبدأ الشرعية كما هو مطبق فى النظم القانونية المعاصرة حيث حددت الجريمة بشكل حرفى ثم حددت العقوبة بشىء من المرونة فجعلتها تشتمل على أكثر من نوع يوقعها القاضى أو يختار منها ما يلائم الجريمة والظروف .

وأما بعض النظم فيختلف عن ذلك حيث نجد أن نظام" منع الموظفين من الاتّجار واستغلال مراكزهم ومن التلاعب بالأنظمة والاختلاس" نجد أنه جعل العقوبة ذات حدّ أعلى وترك الحد الأدنى للقضاء .

كما نجد أن نظام مكافحة المخدرات يجعل العقوبة ذات حد واحد وذات نوع واحد أو أنواع تطبق كلها فهو حرفى فى الجريمة والعقوبة معا مثله فى ذلك مثل الحدود والقصاص ، وفى الصفحات التالية سوف نستعرض بعض الأمثلة التطبيقية لنرى كيف طبق مبدأ الشرعية فى الأنظمة القانونية السعودية .

القضية الأولـــى :

" جريمـــة تزويـــر "

وهى القضية رقم ٥٠٢/ق لعام ١٣٩٨هـ والصادرة عـــن هيئة الحكم فى قضايا الرشوة والتزوير بديوان المظالم بالقرار رقـــم هـ/ ١٧٢ لعام ١٣٩٨هـ .

وتتلخص هذه القضية فى أن شخصا أجنبيا قد راجع أحـــد مكاتب الجوازات بالمملكة يطلب منحه إقامة للعمل لدى أحد البنـــوك فلاحظ مدير مكتب الجوازات وجودَ تحريف فى جواز سفره حيث أنـــه دخل المملكة عام ١٣٩٨هـ فعدل رقم الآحاد فى تاريخ الدخـــول والتأشيرة ليصبحا فى عام ١٣٩٧هـ .

وقد اعترف المذكور أمام لجنة التحقيق كما كرر اعترافه أمـــام هيئة الحكم فقد اعترف بالتحريف والتزوير الماثل فى جواز سفره وأنه لـم يعمله بنفسه وإنما عمله شخص آخر بِطلبِه ورضاه .

وأنه قدم إلى المملكة بقصد أداء العمرة وبعدها أخـــذ يبحث عن عمل فلم يتمكن لأنه لا يحمل إقامة ثم علم بأن الذين قدمـوا إلى المملكة عام ١٣٩٧هـ وما قبله يُمنحون إقامة وبالتالى يزاولون العمل، وأخبره صديق له بأن هناك شخصا يقوم بهذا التعديل فأخذ منـــه جواز السفر ومبلغ خمسمائة ريال ٥٠٠ ثم أعاد إليه جواز السفر بعـــد مدة وهو بالكيفية التى ضبطته فيها الجوازات وأنه فعل ذلك بقصـــد التمكن من العمل والحصول على لقمة العيش ونادم على ما بدر منه .

ثم اطلعت هيئة الحكم على جواز السفر موضوع القضية وظهر لها دقة التحريف والتزوير فكانت متقنة وتخفىٰ على الرجل العادى فقد كتب رقم ٧ مكان رقم ٨ فى السنين ليؤكد صاحب الجواز أنه قدم للعمل فى عام ١٣٩٧ هـ وليس فى عام ١٣٩٨ هـ .

أسباب الحكـــم :

" من حيث أن المتهم (. . . . .) قد اعترف بأنه أجرىٰ تحريفا فى جواز سفره بأن كلف شخصا آخر لكشط رقم ٨ من التاريخ الماثل فى جواز السفر والخاص بدخول المملكة والتأشيرة وغيرها وكتابة رقم ٧ بدلا منه ليدلل على أنه دخل المملكة بعام ١٣٩٧ هـ وليس بعام ١٣٩٨ هـ بقصد الحصول على إقامة وبالتالى للتمكن من العمل بالمملكة .

وحيث أن هذه الأفعال الجُرْمية قد ارتُكِبت فى محرَّر رسمى وهو جواز السفر فإنها تشكل جريمة تزوير لأنها أدت إلى تغيير الحقيقة فى هذا المحرر الرسمى وهذا يدعو إلى الإخلال بالثقة بجواز السفر الذى وقع التحريف فيه وبالتالى إلى قوع الضرر به .

وحيث أن هذه الأفعال الجرمية قد نصت عليها المادة التاسعة من نظام مكافحة التزوير فكان من المتعين إدانته بموجبها بعد أن ثبت أن هذا التزوير قد ارتكب فى المملكة وبالتالى فان أنظمة المملكة هى التى تحكمه . وسواء قام المتهم المذكور بالتحريف والتزوير بنفسه أو كلف غيره من يحسن الكتابة باللغة العربية بالقيام بذلك فانه يعتبر فاعلا أصليا لأن التحريف والتزوير قد حصل بطلبه وموافقته وبكامل رضاه ، أما جريمته استعمال جواز السفر المزوّر فلم يرد بنص فى النظام

بتحديد عقوبة لها فلا يمكن مساءلة المتهم بموجبها لأنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص " .

ولما كان هذا المتهم قد حضر إلى المملكة بقصد نبيل وهو أداء العمرة ثم أقدم على ارتكاب جريمة التزوير بقصد الحصول على عمل لتأمين مورد رزق له مما حدا بهذه الهيئة أن توقف تنفيذ العقوبة التي يستحقها ، وتبين من الأوراق أنه أوقف بتاريخ ١٣٩٨/٨/١٣هـ من أجل هذه الجريمة .

لهذه الأسباب :

وبعد المداولة قررت الهيئة : أولا : إدانة المتهم ..... بجريمة التزوير المنسوبة اليه المنصوص عنها والمعاقب عليها بالمادة التاسعة من نظام مكافحة التزوير وسجنه ستة أشهر تحتسب له من تاريخ توقيفه على ذمة هذه القضية وتغريمه مائة ريال ١٠٠ .

ثانيا : وقف تنفيذ العقوبة المحددة بالفقرة الأولى من هذا القرار لما هو مبين بالأسباب . والله من وراء القصد " .

ذلك كان ملخص القضية ثم الحكم وأسبابه ، ومن الملاحظ أن هذه القضية تشتمل على اتهامين : الأول جريمة التزوير والثاني هو جريمة استعمال المحرر الرسمي المزوّر ، فبالنسبة لجريمة التزوير نفسها فان المتهم قد اعترف بها وهو شخص مكلف وقد ارتكبها راضيا مختارا كما أن نظام مكافحة التزوير قد نص على هذه الجريمة وعلى عقوبتها ولذلك فلم يكن أمام هيئة الحكم إلا أن تحكم بالإدانة ،وقد حَكَمَت فعلاً على المتهم كما سلف فقررت سجنه ستة أشهر وتغريمه مائة ريال ١٠٠ وقد أشير في

القرار إلى أن ذلك مما تقضى به المادة التاسعة من نظام مكافحة التزوير فيا ترى هل هذه العقوبة هي التي نصت عليها المادة التاسعة من النظام المذكور أم أنها جزء منها أم تختلف عنها ؟ وحتى يتبين ذلك نورد نص المادة المذكورة :

" من انتحل اسم أو توقيع أحد الأشخاص المذكورين في المادة السابقة لتزوير الوثيقة المصدقة أو حرف أو زور في وثيقة رسمية أو في حفيظة نفوس أو جواز سفر أو رخصة اقامة أو تأشيرة من التأشيرات الرسمية للدخول أو المرور أو الاقامة أو الخروج من المملكة العربية السعودية عوقب بالسجن من ستة أشهر الى سنتين وبغرامة من مائة الى ألف ريال "(١) .

ذلك كان نص المادة (٩) من نظام مكافحة التزوير وهو كما نرى قد نص على الجريمة بصفة حرفية أما العقوبة فقد جعلها من نوعين كل نوع له حدان أعلى وأدنى يُختار من بين الحدين في كلا النوعين ما يناسب الجريمة وظروف الجاني ، ومن الملاحظ أن هيئة الحكم قد حكمت بالحد الأدنى من العقوبتين ثم أوقفتهما عن التنفيذ لقناعتها بظروف الجاني الذي ما فعل ذلك إلا لقصد الحصول على عمل ليس أكثر .

ومن هنا نعلم أن هذه القضية مصحوبة بالمادة (٩) من نظام مكافحة التزوير توضح ما قلنا قبل صفحات من أن مبدأ الشرعية الجنائية قد طبق في غالب الأنظمة القانونية السعودية على النحو الذي يطبق فيه في القوانين المعاصرة من تحديد الجريمة حرفيا وجعل العقوبة ذات حدين سواء كانت من نوع واحد أو من أكثر من نوع .

---

(١) نظام مكافحة التزوير الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٥ وتاريخ ١٣٨٢/١١/٥ هـ مطابع الحكومة الأمنية الرياض ١٤٠١ هـ ص ١٦ .

هذا بالنسبة لجريمة التزوير وأما الجريمة الأخرى وهى جريمة استعمال المحرر المزوّر فان الهيئة قد قالت فيها : " أما جريمته استعمال جواز السفر المزور فلم يرد بنص فى النظام بتحديد عقوبته لها فلا يمكن مساءلة المتهم بموجبها لأنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص " . فهذا الذى قررته هيئة الحكم والذى سبق ذكره فى أول هذه القضية يبيّن لنا أن ما لم يرد به النظام من أنواع جرائم التزوير فلا تجريم فيه ولا عقاب عليه وهذا هو ما تطبقه النظم القانونية المعاصرة من لزوم النص صراحة على الجريمة وبشكل حرفى بخلاف العقوبة والتى فيها شىء من المرونة كما مر فى الصفحة السابقة .

القضية الثانية :

" جريمة اختلاس أموال عامة "

وهى القضية رقم ٥ لسنة ١٣٩٦ هـ والصادرة عن هيئة التأديب والتى من اختصاصها النظر فى جرائم اختلاس أموال الدولة (١) .

وتتلخص هذه القضية فى أن القوات الجوية تعاقدت مع شركة مّا لتنفيذ بعض الأعمال، وينص العقد على أن تتحمل القوات الجوية الضرائب والرسوم الجمركية عن الشركة ومقاوليها من الباطن ، وقد استوردت الشركة بصفتها مقاولا مواد ومعدات لتنفيذ العقد وقامت بدفع الرسوم الجمركية نيابة عن القوات الجوية وقدرها ثلاثمائة وخمسون ألف ريال ٣٥٠ر٠٠٠ ثم قدمت مستنداتها إلى المحاسب فى القوات الجوية - المتهم فى هذه القضية - فحرر لها سندا بالمبلغ مؤرخا فى ١٣٩٠/١/٢٤ هـ وسدّد لها منه مبلغ تسعين آلف ريال ٩٠ر٠٠٠ على أقساط فى الفترة من ٩٠/٢/١ حتى ٩٠/٣/١٠ هـ ثم توقّف عن السداد، وبعد تبادل العديد من الخطابات بين الشركة والقوات الجوية حول المطالبة بسداد المبلغ الباقى وقدره مائتان وستون الف ريال ٢٦٠ر٠٠٠ قامت القوات الجواية بسداده ثم أحالت الموضوع بتاريخ ١٣٩٥/٢/١ هـ إلى هيئة الرقابة والتحقيق بطلب التحقيق مع المتهم وقد أجرت الهيئة التحقيق مع المتهم ثم أحالت الأمر إلى هيئة التأديب لإجراء المحاكمة .

وأمام مجلس المحاكمة لدى هيئة التأديب اعترف المتهم بأنه تسلم من الشركة المستندات الخاصة بتسديد الرسوم الجمركية ثم رفعها

---

(١) مجموعة أحكام هيئة التأديب المجموعة الثانية للأحكام الصادرة حتى نهاية عام ١٣٩٧ هـ رقم القضية التسلسلى ٣٨ ص ٢٣٧ .

الى الشئون المالية بسلاح الطيران واستلم المبلغ وأدخله فى ذمته وقد أعطى الشركة سندا بذلك . وقد دفع عن نفسه تهمة الاختلاس بقوله : إنه مدين بهذا المبلغ للشركة بصفته الشخصية وليس ممثلا للحكومة وأنه قام بتسديد بعض المبلغ والباقى سوف يسدده من أمواله المحجوزة على ذمة قضية أخرى كما أضاف أنه لم يستطع السداد لما له من الديون على كثير من الموظفين الذين استدانوا منه .

وتتلخص أسباب الحكم فيما يأتى : من حيث أن المتهم اعترف بما سبق .

(ومن حيث أن قيام المتهم بأخذ المبلغ الذى تُمثِّله الإيصالات الجمركية من الأموال المسلمة إليه والموكول إليه حفظها وصرفها فى الوجوه المقررة ، أن استيلاءه على هذا المبلغ لنفسه وتصرفه على النحو السابق إيضاحه والذى اعترف به يعتبر اختلاسا لما فى عهدته ولا قيمة لما أورده فى دفاعه إذ أنه علاوة على أن الشركة لا تتعامل معه بصفته الشخصية فإن السند الذى أعطاه لها معنون برسوم جمارك كما أن إقراضه للآخرين وتوزيع المال العام بالشكل الذى ذكر إنما يزيد فى مسئوليته .

ومن حيث أن المادة الثانية من المرسوم الملكى رقم ٤٣ وتاريخ ٧٧/١١/٢٩ هـ تنص على أنه " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات أو بغرامة لا تزيد عن عشرين ألف ريال كل موظف ثبت ارتكابه لاحدى الجرائم الآتية . . . . . ٧ ـ الاختلاس أو التبديد أو التفريط فى الأموال العامة صرفا أو صيانة " وورد فى المادة الثالثة

منه ما يلى : " فضلا عن العقوبات المذكورة فى المادة السابقة يحكم على من تثبت إدانته بالتعويض المناسب لمن أصابه ضرر برد المبالغ التى أخذت بغير وجه شرعى إلى أربابها ") (١) .

الحكـــــم :

(فلهذه الأسباب قرر المجلس معاقبة المتهم بسجنه سنة وإلزامه بـــرد مبلغ مائتين وستين ألف ريال ٢٦٠٠٠٠) (٢) .

ذلك كان ملخص القضية الثانية مع أسباب الحكم ثم نص الحكم الصادر فيها والذى أدان المتهم وقرر العقاب عليه بسجنه سنة كاملة مع إلزامه برد ما اختلسه من أموال .

ففى هذه القضية وقعت جريمة اختلاس والجانى فيها شخص مكلف وقد أقدم عليها قاصدا مختارا كما أن النظام المختص بالاختلاس يجرم هذا الفعل وقد وضع عقوبة له ولهذا فليس ثمة خيار أمام الهيئة سوى أن تحكم بالإدانة وتقرر العقوبة المترتبة وهو ما حصل فعلا .

ولكن الذى ينبغى معرفته هو كيف اختارت هيئة الحكـــم العقوبة التى قررتها ؟ لنرى مدى المرونة من عدمها فى تطبيـــق النظام المتعلق بجريمة الاختلاس ؟ . جواب ذلك ما ذكرته الهيئة فى حيثيات الحكم من ذكر نَصّ المادة الثانية من المرسوم الملكى الـــذى يعاقب على بعض الجرائم والتى من ضمنها جريمة الاختلاس ، وبمطالعة

---

(١) مجموعة أحكام هيئة التأديب المرجع السابق ص ٢٣٩ .

(٢) مجموعة أحكام هيئة التأديب المرجع السابق ص ٢٣٩ .

هذه المادة نجد أنها صرحت بذكر الجريمة بذاتها،أما العقوبة فقد صرحت بأن تكون واحداً من نوعين إما السجن وإما الغرامة ثم ذكرت من ذلك الحد الأعلى : وهو السجن بما لا يزيد عن عشر سنوات أو الغرامة بما لا يزيد عن عشرين ألف ريال ، فذكرت الأعلى دون الأدنى وهذا هو ما أشرنا اليه فى بداية هذه الفقرة من أن بعض النظم السعودية تتبع طريقة النص على أعلى العقوبة دون أدناها وتترك الاختيار فيما دون الأعلى لسلطة القاضى بما يتناسب ونوع الجريمة وظروف الجانى وهذا المسلك يقترب كثيرا من مسلك القضاء الإسلامى فى العقوبات التعزيرية والذى هو كما أسلفنا ما ينادى به الاتجاه الحديث فى القانون المعاصر .

وبنهاية هذا المطلب ينتهى الحديث فى القسم التطبيقى من البحث فنصل إلى أن الجرائم فى المملكة العربية السعودية يطبق فيها مبدأ الشرعية على اتجاهين : الاتجاه الأول: هو تطبيق مبدأ الشرعية كما هو فى الشريعة الإسلامية ويختص هذا بجرائم الحدود والقصاص والدية وبعض الجرائم التعزيرية مما لم يصدر فيه نظام مستقل. والاتجاه الثانى: هو تطبيق مبدأ الشرعية كما هو فى القوانين الوضعية المعاصرة على نحو ما مر تفصيله .

والله تبارك وتعالى أعلم .

الخاتمـــــــــة

الخاتمـــــــــة

حمدا لله الذى بنعمته تتم الصالحات . . . وبعد :

بهذا القدر من البحث والعرض والدراسة أكون قد أتيت علـــى نهاية ما استطعت تدوينه مما يدور حول مبدأ الشرعية الجنائية فى الفقه الإسلامى وتطبيقاته فى المملكة العربية السعودية ، وليس معنى هـــذا أننى قد وفيته حقه كاملا واستكملته من جميع جوانبه ولكننى بذلت غايـــة جهدى فى جمْع شتات الموضوع وعرضها بطريقة علمية .

ومع اعترافى بالعجز والتقصير فحسبى أن أهم ما توصلت إليـــه من خلال تلك الجولات الممتعة بين الكتب الإسلامية من طريف وتليـــد أن تجددت معرفتى وزاد يقينى بما خلّفته لنا حضارتنا الإسلامية مـــن ثروة فقهية عظيمة شاملة ، ومبادئ إنسانية سامية والتى كان من أبرزهـا مبدأ الشرعية الجنائية .

ونجمل فيما يلى أهم النتائج التى استخلصت من هذا البحث:

أولا : أن مبدأ الشرعية بصفة عامة يمثل واحدا من أهم أعمدة العدالة الجنائية ، إذ أنه أهم ضمان جنائى للإنسان فى حاضـــــره ومستقبله . فهو يَعُدُّ ضمانا لحريات الأفراد بعدم محاسبتهـــم على أفعال لم ترد صراحة فى النصوص التجريمية . وهو ضمـــان للسلطة من الوقوع فى هاوية الظلم والاستبداد فليس لهـــا أن تعاقب أحدا بعقاب خارج عن نصوص التجريم .

ويضفي مبدأ الشرعية على الجريمة صفة القبح والـــذم ، كما يضفى على العقوبة صفة العدالة والمشروعية .

كما أن مبدأ الشرعية يعد ضمانا لتوحيد الأحكام الجنائية بالنسبة لكافة الناس .

ثانيا : أن مبدأ الشرعية من حيث التطبيق لا من حيث النص عليه قديمٌ قِدَم التاريخ البشرى فقد وُجد مع نزول أبينا آدم عليه السلام واستمر مع رسل الله حتى جاءت شريعة الإسلام الخالدة فأضافت إلى تطبيقه النصَّ على قواعده وضوابطه وأحكامه .

ثالثا : أن أول تشريع ينص على مبدأ الشرعية ويطبقه ويأخذ بنتائجه هو التشريع الإسلامى وليس التشريع الغربى كما يدعى البعض فأوروبا لم تعرف مبدأ الشرعية إلا على يدي العالم الإيطالى سيزاربيكاريا عام ١٧٦٤م ثم احتضنته الثورة الفرنسية عند ما نصت عليه فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان عام ١٧٨٩م .

رابعا : أن التشريع الإسلامى قد أقر مبدأ الشرعية ونص عليه وطبقه وأخذ بنتائجه وقد تبين ذلك في ناحيتين :

فى استعراض الطريقة التى شُرعت فيها الأحكام الإسلامية عموما والطريقة التى طُبقت فيها الأحكام الجنائية خصوصا .

ثم فى استعراض الأدلة النظرية المتضافرة والتى تؤكد وتقرر مبدأ الشرعية فقد استدللنا بأكثرَ من خمس عشرة آية قرآنية كريمة وثلاثة أحاديث بنوية شريفة .

كما أوردنا ما فهِمَه الصحابة رضوان الله عليهم من هذه الآيات والأحاديث .

ثم أوردنا القواعد الفقهية التى فهمها الفقهاء والتى تؤدى إلى مضمون مبدأ الشرعية ، كما تطرقنا لدليل الاستصحاب وقلنا إن ما يعنينا منه هو استصحاب حال البراءة الأصلية .

خامسا : أن مبدأ الشرعية يكاد يكون محل إجماع الأمة الإسلامية قاطبة فقد عرضنا لرأى العلماء الأوائل وقلنا إنهم يذهبون إلى أن الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة وبالتالى فإن الأفعال الجنائية جزء من تلك الأشياء والأفعال ، ولذلك فهم يذهبون الى القول بأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ الشرعية إلا النزر اليسير منهم ممّن أوردنا أدلتهم وأجبنا عنها فرددنا قولهم .

كما وأن الكتّاب الإسلاميين المحدَثين يذهبون جميعا إلى أخذ الشريعة بالمبدأ سوى ما شذ به البعض ممن أدلى ببعض الشُبه حول المبدأ وقد أجبنا عنها ثم رددنا قولهم كذلك .

وبناء على ذلك يكون مبدأ الشرعية محل إجماع الأمة الإسلامية قاطبة سوى النزر اليسير .

سادسا : أن نوعية تطبيق مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامى يتم بأحد أسلوبين :

الأسلوب الجامد فيما يتعلق بجرائم الحدود والقصاص والدية حيث جاءت النصوص محددة لنوع الجريمة ولنوع العقوبة المطبقة فى حقها .

والأسلوب المرن فيما يتعلق بجرائم التعزير وعقوباتها حيث حددت الجرائم عن طريق النص المباشر أو الاشارة إليها بالدليل العام كما حددت العقوبات التعزيرية بشكل عام بالنسبة لكافة الجرائم .

سابعا : أن النصوص الشرعية بالنسبة للجرائم المقدرة من حدود وقصاص ودية قد سطرت كما سطرت عقوباتها كذلك حيث سردنا الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى تنص على كل جريمة على حدة كما تنص على عقوباتها مما لا يدع مجالا للشك فى أن مبدأ الشرعية قد طبق فى هذا النوع بالشكل الجامد .

ثامنا : أن النصوص الشرعية بالنسبة لجرائم التعزير لم تأت دالة عليها جميعها بمفرداتها بل جاءت بشكل عام عن طريق التصريح تارة أو عن طريق الإشارة إليها بلفظ عام تارة أخرى كما أن العقوبات عليها وردت بشكل عام لكل الجرائم فجُعلت جميعها بين حدين أدنى وأعلى يختار القاضى منها ما تُمليه عليه ملابسات الجريمة وظروف الجانى .

وقد تبين ذلك من خلال بيان كيفية تحديد كل من الجريمة والعقوبة التعزيريتين وسلطة القاضى فى ذلك ، ثم إيراد بعض النماذج للجرائم والعقوبات التعزيرية مما يؤكد المرونة فى تطبيق مبدأ الشرعية على هذا النوع من الجرائم .

تاسعا : أن من أهم ثمرات ونتائج مبدأ الشرعية أن لا يطبَّق النص الصادر فى شأن التجريم والعقاب إلا على الأفعال الواقعة بعد صدوره وبعد سريانه وأن ذلك مما أكدته الشريعة الإسلامية فى تشريعها العقابى وقد تبين ذلك من خلال التطبيقات التى حصلت زمن التشريع السماوى ثم من خلال النصوص الشرعية من كتاب وسنة والتى تنص على عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى . .

عاشـــــــرا : أن قاعدة عدم الرجعية فى تطبيق النص الجنائى إلـــى الماضى ليست على إطلاقها بل يَرِد عليها استثنـــاء يقضى بوجوب الرجوع بتطبيق النص الجنائى إلى الماضى إذا كان ذلك فى مصلحة الجانى، وقد تبين ذلك مـــن خلال استعراض تطبيق آيات اللعان فى حق الصحابى الذى قذف زوجته بالزنا تخفيفاً له عن حد القذف .

حادى عشـــر : أنه لا صحة للرأى الذى يذهب إلى أن التشريـــــع الجنائى الإسلامى يجيز الرجعية فى تطبيق النـــص الجنائى حتى ولو لم يكن فى مصلحة الجانى وذلك فـى حالة الجرائم الخطيرة والتى تمس الأمن والنظام العـام وقد، مثل أصحابه لذلك بآيات اللعان والحرابة والقذف والظهار، فعرضنا لذلك الرأى ثم أجبنا عن أدلته فتأكد لنا عدم جواز الرجعية فى تطبيق النص الجنائى - حتى فى مجال الجرائم الخطيرة - إلا اذا كان ذلك فـــى صالح المتهم .

ثانـــى عشـــر : ومن النتائج الأساسية لمبدأ الشرعية حصّر المصـــادر التشريعية للجرائم وعقوباتها فلا اعتبار فى تحديـــد الجرائم وعقوباتها لغير النصوص المستقاة من المصادر المنوطة بذلك والتى هى فى الدولة الإسلاميـــــة : القرآن الكريم، ثم السنة المطهرة، ثم الاجماع، ثم السلطة التشريعية والمتمثلة فى الأئمة المجتهدين بما يصدرونه من قرارات وأنظمة بشأن الجرائم التعزيرية التى لـــم يَرِد فى شأنها نصوص من الشارع بل رأت الأمة مصلحتَها فى تجريمها والعقاب عليها .

ثالث عشـــــر : ومن النتائج الهامة لمبدأ الشرعية كذلك :

حظر القياس على الجرائم والعقوبات . وقد أوردنا كلام الفقهاء وخلافهم فى ذلك واستخلصنـــا أن القياس فى مجلس القضاء لا يجوز وأن ما ورد مـــن قياس فإنه يعد تشريعا وليس قضاء .

رابع عشـــــر : ومن النتائج الهامة لمبدأ الشرعية أيضا :

التفسير الضيق لنصوص التجريم والعقـــاب وذلك بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية حيث جاءت نصوصها محددة وثابتة لا تقبل التوســـــع أو الزيادة .

أما بالنسبة لجرائم التعزير فيتبع فى حقهـــا التفسير الموسع الذى يؤدى إلى فهم النص ومعرفـــة مؤداه لأن نصوصها لم تكن محصورة بمفرداتها .

خامس عشـــــر : أن القضاء فى المحاكم الشرعية فى المملكة العربيـــة السعودية يطبق مبدأ الشرعية كما هو فى الشريعـــة الإسلامية، فيطبقه بصفة جامدة فى جرائم الحـــــدود والقصاص والدية بينما يطبقه بصفة مرنة فى جرائـــــم التعزير التى لم يصدر بشأنها نظام مستقل .

وقد تبين ذلك من خلال البحث فى الطريقـــة التى أخذ بها القضاء السعودى بمبدأ الشرعية ومـــن استعراضنا للتعليمات الأساسية للدولة السعوديـــة والأنظمة التى تتعلق بالقضاء .

ثم من خلال الاستعراض لبعض القضايـــــا الجنائية التى حكمت فيها المحاكم الشرعية السعودية والتى تؤكد على أخذ القضاء السعودى بمبـــــدأ الشرعية .

سادس عشـــر : أن الهيئات القضائية القانونية والتى تنظر فى الجرائم التعزيرية المخصَّصة بنظام مستقل تطبق أيضا مبدأ الشرعية كما هى الحال فى القانون الوضعى فتنـــص على الجريمة بصفة حرفية وتنص على العقوبة بشـــكل أوسع حيث تجعلها ذات نوع أو أكثر له حد أدنـــى وأعلى فيختار القاضى ما يلائم الجريمة والجانى، وقـــد أردفنا ذلك بذكرٍ لبعض النماذج التطبيقية مـــن القضايا الجنائية التى حكمت فيها تلك الهيئـــات القضائية .

والله تبارك وتعالى أعلم
وصلى الله على عبده
ورسوله محمد
وعلى آله
وصحبه
أجمعين

الباحث

على عبد الرحمن الحسون

المصـــادر والمراجـــع

المصـــادر والمراجـــع

١ - القـــرآن الكريـــــــــــــم .

٢ - الإثبات فى المواد الجنائية فى القانون المقارن : د / محمـــود محمودمصطفى الطبعة الأولى ١٩٧٧م مطبعة جامعة القاهـــرة والكتاب الجامعى .

٣ - الأحكام السلطانية : أبو يعلى الفراء تحقيق محمد حامد الفقـــى ، الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٤ - الأحكام السلطانية والولايات الدينية : أبو الحسن على بن محمـد بن حبيب الماوردى طبعة ١٣٩٨هـ نشر دار الكتب العلمية وتوزيـع دار الباز للنشر والتوزيع مكة المكرمة .

٥ - الأحكام العامة فى قانون العقوبات : د / السعيد مصطفى السعيد ، الطبعة الرابعة ١٩٦٢م مطبعة دار المعارف بمصر .

٦ - الإحكام فى أصول الأحكام : أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بـن حزم قدم له د / إحسان عباس الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ ، مـــــن منشورات دار الآفاق الجديدة بيروت .

٧ - الإحكام فى أصول الأحكام:سيف الدين علي الآمدى طبعة ١٤٠٠ هـ نشر دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان توزيع دار الباز مكة المكرمة .

٨ - أحكام القرآن:أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى تحقيق على محمد البجاوى الطبعة الثالثة ١٣٩٢هـ مطبعة عيسى البابـــى الحلبى وشركاه .

٩ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : محمد بن على الشوكانى وبهامشه شرح الشيخ أحمد بن قاسم العبادى على شرح الإمام جلال الدين المحلى علىٰ الورقات فى الأصول لإمام الحرمين عبد الملك الجوينى طُبع بإدارة الطباعة المنيرية بمصر بدون تاريخ .

١٠ - أساسيات فى التشريع الجنائى الإسلامى : د / محمد سليم العوا مقالٌ كَتَبَهَ فى مجلة "دراسات الدورية" والتى تصدرها كلية التربية بجامعة الملك سعود، العدد الدورى للعام ١٣٩٧ هـ .

١١ - أسباب النزول : أبو الحسن على بن أحمد الواحدى النيسابورى طبعة ١٣٨٨ هـ دار الاتحاد العربى للطباعة، نشر مؤسسة الحلبى وشركاه للنشر والتوزيع بالقاهرة .

١٢ - أسباب النزول للسيوطى: راجع لباب النقول .

١٣ - الأسس العامة لقانون العقوبات مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية : د / سمير الجنزورى طبعة ١٣٩٧ هـ مطبعة دار نشر الثقافة .

١٤ - الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه : الشهيد عبد القادر عودة مؤسسة الرسالة بدون تاريخ .

١٥ - الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان : زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم طبعة ١٤٠٠ هـ نشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان توزيع دار الباز مكة المكرمة .

١٦ - الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية : جلال الدين السيوطى الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ نشر دار الكتب العلمية بيروت لبنان توزيع دار الباز مكة المكرمة .

١٧ - الإصابة فى تمييز الصحابة : الإمام أحمد بن على العسقلانى المعروف بابن حجر طبعة ١٣٢٣هـ مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر .

١٨ - أصول السرخسى : أبو بكر محمد بن أحمد السرخسى تحقيق أبى الوفاء الأفغانى طبعة ١٣٧٢هـ مطابع دار الكتاب العربى .

١٩ - الأصول العامة للقانون : د / توفيق حسن فرج طبعة ١٩٧٥م توزيع مكتبة مكاوى بيروت .

٢٠ - أصول الفقه الإسلامى : د / بدران أبو العنين بدران نشر مؤسسة شباب الجامعة،الإسكندرية بدون تاريخ .

٢١ - أصول الفقه الإسلامى : محمد مصطفى شلبى الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت .

٢٢ - الأعلام : خير الدين الزركلى الطبعة الخامسة ١٩٨٠م دار العلم للملايين بيروت .

٢٣ - إعلام الموقعين عن رب العالمين : شمس الدين محمد بن القيّم تحقيق محمد عبد الحميد الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ مطبعة السعادة بمصر .

٢٤ - الإفصاح عن معانى الصحاح : الوزير يحيى بن هبيرة طبعة ١٣٩٨هـ ملتزم الطبع والنشر المؤسسة السعدية بالرياض .

٢٥ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد : محمد بن رشد القرطبى طبعة دار الفكر بدون تاريخ .

٢٦ - البرهان فى علوم القرآن : بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشى حققه محمد أبو الفضل إبراهيم الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى وشركاه .

٢٧ - تاج العروس من جواهر القاموس : محب الدين الزبيدى الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر بدون تاريخ . نشر دار ليبيا للنشر والتوزيع،بنغازى .

٢٨ - تاريخ القانون : زهدى يكن الطبعة الثانية ١٩٦٩م دار النهضة العربية بيروت .

٢٩ - تاريخ المملكة العربية السعودية فى ماضيها وحاضرها : صلاح الدين المختار الطبعة الأولى ١٩٧٦ هـ منشورات دار مكتبة الحياة،بيروت .

٣٠ - تاريخ النظم والشرائع : د / عبد السلام الترمانيسني طبعة ١٩٧٥م جامعة الكويت .

٣١ - تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام : للقاضى ابن فرحون المالكى مطبوع فى هامش كتاب : فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك لمحمد عليش ، طبع ونشر دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت - لبنان بدون تاريخ .

٣٢ - تدريب الراوى فى شرح تقريب النواوي : جلال الدين السيوطى تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف الطبعة الثانية ١٣٩٢ هـ نشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

٣٣ - التشريع الجنائى الإسلامى : عبد الله بن سالم الحميد الطبعة الثانية ١٤٠٠ هـ مطابع النصر الحديثة بالرياض .

٣٤ - التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى : الشهيد عبد القادر عودة الطبعة الخامسة ١٣٨٨ هـ .

٣٥ - تشريع حور محب : ترجمة وتعليق د / باهور لبيب ود / صوفى حسن أبو طالب طبعة ١٩٧٢م نشر الهيئة المصرية العامة للكتاب .

٣٦ - التطور التشريعى فى المملكة العربية السعودية : د / محمد عبد الجواد محمد طبعة ١٩٧٧م مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، نشر منشأة المعارف بالإسكندرية .

٣٧ - التعزير فى الشريعة الإسلامية : د / عبد العزيز عامر الطبعة الرابعة ١٣٨٩هـ دار الفكر العربى .

٣٨ - تفسير القرآن العظيم : الحافظ إسماعيل بن كثير تحقيق عبد العزيز غنيم ومحمد عاشور ومحمد ابراهيم البنا دار كتاب الشعب بدون تاريخ .

٣٩ - تفسير القرطبى : راجع الجامع لأحكام القرآن .

٤٠ - تفسير النصوص الجنائية : د / محمد سليم العوا الطبعة الأولى ١٤٠١هـ شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع .

٤١ - تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى د / محمد أديب الصالح الطبعة الثالثة بدون تاريخ منشورات المكتب الإسلامى .

٤٢ - التقرير والتحبير : شرح ابن أمير الحاج على تحرير الكمال بن الهمام فى علم الأصول وبهامشه نهاية السول للأسنوى : شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوى ، الطبعة الأولى ١٣١٧هـ بالمطبعة الأميرية ببولاق بمصر .

٤٣ - الجامع الصحيح : وهو سنن الترمذى:لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذى . تحقيق إبراهيم عطوة عوض الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٤٤ - الجامع لأحكام القرآن : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى دار الكتاب العربى للطباعة والنشر بالقاهرة ١٣٨٧هـ .

٤٥ - الجريمة : الامام محمد أبو زهرة ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربى بدون تاريخ .

٤٦ - الجريمة والمجرم والجزاء : د / رمسيس بهنام الطبعة الثانية ١٩٧٦م منشأة المعارف بالإسكندرية .

٤٧ - حاشية ابن عابدين : راجع رد المحتار .

٤٨ - الحسبة فى الإسلام : شيخ الإسلام أحمد بن تيمية تحقيق محمد زهدى النجار نشر المؤسسة السعدية بالرياض بدون تاريخ .

٤٩ - الحكم التخييرى أو نظرية الإباحة عند الأصوليين : د / محمد سلام مدكور الطبعة الثانية ١٩٦٥م دار النهضة العربية .

٥٠ - دراسات مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائى " شرعية الجرائم والعقوبات " : خالد عبد الحميد فراج الطبعة الأولى ١٣٨٦هـ دار المعارف .

٥١ - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى : د / أحمد فتحى بهنسى . وهو تقرير قدّمه إلى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية " المشاكل المعاصرة للتجريم والعقاب " ٨ - ٩ مايو ١٩٧٦م والمنشور فى المجلة الجنائية القومية المصرية العدد الأول والثانى ، مارس - يوليو ١٩٧٦م .

٥٢ - الدولة والسيادة فى الفقه الإسلامى : د / فتحى عبد الكريم الناشر مكتبة وهبة بالقاهرة بدون تاريخ .

٥٣ - رد المحتار : محمد بن عابدين، على الدّرر المختار، شرح تنوير الأبصار فى فقه أبى حنيفة النعمان ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٥٤ - روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : طبعة ١٣٩١ هـ المكتبة السلفية ومطبعتها .

٥٥ - الروض المربع شرح زاد المستنقع : الشيخ منصور البهوتى وعليه حاشية الشيخ عبد الله عبد العزيز العنقرى طبعة ١٣٩٧ هـ مطبعة السعادة نشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

٥٦ - السلطات الثلاث فى الدساتير العربية وفى الفكر السياسى الإسلامى : د / سليمان محمد الطماوى الطبعة الثالثة ١٩٧٤م دار الفكر العربى .

٥٧ - سنن أبى داؤد سليمان بن الأشعث السجستانى الأزدى تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد دار إحياء السنة النبوية بدون تاريخ .

٥٨ - سنن أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى بن ماجه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى طبعة ١٣٧٢ هـ دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبى وشركاه .

٥٩ - سنن الإمام أبى عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائى ومعه شرحه زهر الربى لجلال الدين السيوطى وبهامشه حاشية الشيخ السندى المطبعة الميمنية بمصر بدون تاريخ .

٦٠ - سنن الترمذى : راجع الجامع الصحيح .

٦١ - السنن الكبرى : الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقى الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف بالهند بدون تاريخ وفى ذيله الجوهر النقى لابن التركمانى .

٦٢ - السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية : شيخ الاسلام أحمد بن تيمية الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة .

٦٣ - شرح فتح القدير : للإمام كمال الدين بن الهمام على الهداية : شرح بداية المبتدى لشيخ الإسلام برهان الدين على المرغيناني ومعه شرح العناية على الهداية للبابرتى وحاشية المحقق سعد الله المفتى ويليه تكملة شرح فتح القدير المسمَّى " نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد المعروف بقاضى زادة . الطبعة الأولى بمصر ١٣٨٩ هـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٦٤ - شرح قانون العقوبات القسم العام : د / محمود محمود مصطفى الطبعة السابقة ١٩٦٧م دار النهضة العربية .

٦٥ - شرح قانون العقوبات القسم العام : د / محمود نجيب حسنى الطبعة الرابعة ١٩٧٧م مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى نشر دار النهضة العربية .

٦٦ - الشرعية والإجراءات الجنائية : د / أحمد فتحى سرور طبعة ١٩٧٧ م دار النهضة العربية .

٦٧ - الشرعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائى : د / مصطفى كمال وصفى وهو تقرير قدمه إلى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية " المشاكل المعاصرة للتجريم والعقاب" ٨ - ٩ مايو ١٩٧٦م والمنشور فى المجلة الجنائية القومية المصرية العدد الأول والثانى مارس / يوليو ١٩٧٦م المجلد ١٩ .

٦٨ - شرعية الجرائم والعقوبات : راجع دراسات مقارنة .

٦٩ - الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية : د / عبد الأحد جمال الدين وهو تقرير قدمه إلى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية " المشاكل المعاصرة للتجريم والعقاب" ٨ - ٩ مايو ١٩٧٦م والمنشورفى المجلة الجنائية القومية المصرية العدد الأول والثانى مارس/يوليو٧٦م.

٧٠ - صحيح الإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى طبعة ١٩٧٩م نشر المكتب الاسلامى، استانبول - تركيا .

٧١ - صحيح مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى تحقيق محمد فـــؤاد عبد الباقى طبعة ١٤٠٠هـ نشر وتوزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية .

٧٢ - صحيح مسلم بشرح النووى المطبعة المصرية ومكتبتها بدون تاريخ .

٧٣ - الصحيح المسند من أسباب النزول : مقبل بن هادى الوادعى طبعـــة ١٤٠٠هـ مكتبة المعارف بالرياض .

٧٤ - الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : للإمام محمد بن القيّم طبعـــة ١٣٨١هـ مطبعة المدنى، علىٰ نفقة الشيخ علي آل ثانى .

٧٥ - العقوبة : الإمام محمد أبو زهرة ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربـــى بدون تاريخ .

٧٦ - العقوبة فى الفقه الإسلامى : أحمد فتحى بهنسى الطبعة الثانيـــــة ١٤٠١هـ دار الرائد العربى - بيروت .

٧٧ - علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامى : عبد الوهاب خلاف الطبعة السادسة ١٣٧٣هـ مطبعة النصر بمصر .

٧٨ - عنوان المجد فى تاريخ نجد : عثمان بن بشر، نشر مكتبة الريـــــاض الحديثة بالرياض بدون تاريخ .

٧٩ - فتاوى ابن تيمية : راجع مجموع فتاوى شيخ الإسلام .

٨٠ - فتح القدير : راجع شرح فتح القدير .

٨١ - الفروق : أبو العباس الصنهاجى المشهور بالقرافى ومعه حاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط وبهامشهما تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية للشيخ محمد على حسين دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان بدون تاريخ .

٨٢ - فى أصول النظام الجنائى الإسلامى : الدكتور محمد سليم العوا نشر دار المعارف بمصر بدون تاريخ .

٨٣ - القاعدة الجنائية : د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى نشر الشركة الشرقية للنشر والتوزيع بيروت - لبنان بدون تاريخ .

٨٤ - القانون الرومانى : د / توفيق حسن فرج طبعة ١٩٧٥م نشر مكتبة مكاوى ببيروت .

٨٥ - القانون الرومانى : د / صبيح مسكونى الطبعة الثانية ١٩٧١م مطبعة شفيق ببغداد .

٨٦ - قانون العقوبات القسم العام : د / مأمون محمد سلامة طبعة ١٩٧٩م دار الفكر العربى .

٨٧ - قانون العقوبات اللبنانى القسم العام : د / محمد زكى أبو عامر طبعة ١٩٨١م الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت .

٨٨ - القانون فى العراق القديم : د / عامر سليمان جامعة الموصل بدون تاريخ .

٨٩ - القصاص - الديات - العصيان المسلح فى الفقه الاسلامى : أحمد الحصرى طبعة ١٣٩٣هـ نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

٩٠ - قصص الأنبياء : أبو الفداء إسماعيل بن كثير الطبعة الأولى ١٤٠١ هـ دار عمر بن الخطاب للنشر والتوزيع بالإسكندرية .

٩١ - قصص الأنبياء : محمد الفقى الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ طبع مطابع الشعرانى الحديثة ونشر مكتبة وهبة القاهرة .

٩٢ - كشاف القناع عن متن الاقناع : الشيخ منصور البهوتى راجعه الشيخ هلال مصيلحى مصطفى هلال نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض بدون تاريخ .

٩٣ - كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوى : الإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخارى طبعة ١٣٩٤هـ دار الكتاب العربى بيروت - لبنان .

٩٤ - لباب النقول فى أسباب النزول : جلال الدين السيوطى، مطبوع بحاشية القرآن الكريم مع تفسير الجلالين : جلال الدين المحلى وجلال الدين السيوطى، طبع مكتبة محمد نهاد هاشم الكتبى بدون تاريخ .

٩٥ - لسان العرب المحيط : العلامة ابن منظور، رتبه وصنفه على الحرف الأول من الكلمة : يوسف خياط ونديم مرعشلى طبعة دار لسان العرب بيروت - بدون تاريخ .

٩٦ - مبادىء القسم العام من التشريع العقابى : د / رؤوف عبيد الطبعة الرابعة ١٩٧٩م دار الفكر العربى .

٩٧ - مبدأ الشرعية " تقريره وتطبيقه " فى الشريعة الإسلامية والقانون : دكتورة سلوى توفيق بكير وهو تقرير قدمته إلى الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية (المشاكل المعاصرة للتجريم والعقاب ٨- ٩ مايو ٧٦م والمنشور فى المجلة الجنائية القومية المصرية العدد الأول والثانى مارس / يوليو ١٩٧٦م المجلد ١٩ .

٩٨ - مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى المقارن : د / محمد سليم العوا بحث مستخرج من مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر العدد الرابع من السنة الحادية والعشرين .

٩٩ - مجموعة أحكام هيئة التأديب : المجموعة الثانية للأحكام الصادرة حتى نهاية ١٣٩٧ هـ مطابع السفراء للأوفست .

١٠٠- مجموعة النظم - قسم القضاء الشرعى من سنة ٤٥ حتى سنة ١٣٥٧ هـ الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ والمصورة بمعهد الإدارة العامة بالرياض .

١٠١ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد بن عبد الرحمن بن قاسم الطبعة الأولى ١٣٨٣ هـ مطابع الرياض .

١٠٢ - المدونة الكبرى : رواية سحنون التنوخى عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك بن أنس الأصبحى طبعة مكتبة المثنى ببغداد بدون تاريخ .

١٠٣ - المستصفى من علم الأصول : الإمام أبو حامد محمد الغزالى الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ مطبعة مصطفى محمد، صاحب المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

١٠٤ - مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ المكتب الاسلامى للطباعة والنشر - بيروت .

١٠٥ - مع الأنبياء فى القرآن الكريم : عفيف عبد الفتاح طبارة الطبعة الثانية دار العلم للملايين - بيروت بدون تاريخ .

١٠٦ - المغنى : أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسى على مختصر أبى القاسم الخرقى نشر مكتبة الرياض الحديثة بدون تاريخ .

١٠٧ - مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : الخطيب محمد الشربينى ، على متن المنهاج لأبى زكريا يحيى النووى طبعة ١٣٥٢ هـ نشر دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان .

١٠٨ - مقدمة ابن الصلاح فى علوم الحديث : أبو عمرو عثمان الشهرزورى المعروف بابن الصلاح طبعة ١٣٩٨ هـ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

١٠٩ - منار السبيل فى شرح الدليل على مذهب أحمد بن حنبل : للشيخ إبراهيم بن ضويان الطبعة الرابعة ١٣٩٥ هـ المكتب الاسلامى بيروت - لبنان .

١١٠ - من أصول الفكر السياسى الإسلامى : د / محمد فتحى عثمان الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ مؤسسة الرسالة .

١١١ - مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب : أبو الفرج عبد الرحمن بن على بن الجوزى تحقيق دكتورة زينب إبراهيم القاروط منشورات دار ومكتبة الهلال بدون تاريخ .

١١٢ - مناهل العرفان فى علوم القرآن : محمد عبد العظيم الزرقانى مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بدون تاريخ .

١١٣ - الموافقات فى أصول الشريعة : أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبى تحقيق الشيخ عبد الله دراز الطبعة الثانية ١٣٩٥ هـ دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت / لبنان .

١١٤ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : لمحمد الحطاب وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل للمواق طبع ونشر مكتبة النجاح طرابلس ليبيا بدون تاريخ .

١١٥ - موسوعة الأنظمة السعودية : هيئة التحرير : د / محمد حمد الهوشان ود / على عبد العزيز العمير الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ مطابع الأوفست الأهلية نشر دار موسوعة الأنظمة السعودية بالرياض .

١١٦ - الموسوعة الجنائية : جندى عبد الملك بك الطبعة الأولى ١٣٦٠ هـ مطبعة الاعتماد بمصر .

١١٧ - النبوة والأنبياء : محمد على الصابونى الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ دار الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع .

١١٨ - النظام الجنائى بالمملكة العربية السعودية : د / أحمد عبد العزيز الألفى طبعة ١٣٩٦هـ معهد الإدارة العامة بالرياض .

١١٩ - نظام الحكم الإسلامى مقارنا بالنظم المعاصرة : د / محمود حلمى الطبعة الثانية ١٩٧٣هـ طبع ونشر دار الفكر العربى .

١٢٠ - النظام القضائى الإسلامى مقارنا بالنظم القضائية الوضعية وتطبيقه فى المملكة العربية السعودية : د / عبد الرحمن عبد العزيز القاسم الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ مطبعة السعادة .

١٢١ - نظرية الإباحة : راجع الحكم التخييرى .

١٢٢ - نظم القانون الرومانى : د / محمود سلام زناتى طبعة ١٩٦٦ هـ دار النهضة العربية .

١٢٣ - نهاية الأرب فى معرفة أنساب العرب : أحمد القلقشندى تحقيق علي الحاقانى طبعة ١٣٧٨هـ مطبعة النجاح ببغداد من منشورات دار البيان .

١٢٤ - نهاية السول لجمال الدين الأسنوى فى شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضى البيضاوى وهو مطبوع فى حاشية التقرير والتحبير لابن أمير الحاج على تحرير الكمال بن الهمام فى علم الأصول . الطبعة الأولى ١٣١٧ هـ المطبعة الأميرية ببولاق بمصر .

١٢٥ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى : الإمام شمس الدين محمد بن الامام شهاب الدين أحمد الرملى وبحامشة حاشية الأستاذ أبى الضياء على الشبراملسى طبعة قديمة جدا بدون تاريخ .

١٢٦ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار : محمد بن على الشوكانى الطبعة الأخيرة بدون تاريخ مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

الفهـــــــــــــــرس

الفهـــــرس

المقدمـــة : ٦ - ١٤

الفصل التمهيدى :

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائـــل الجنائية وأهميته وتاريخه . ١٥ - ٧٧

المبحث الأول :

التعريف بمبدأ الشرعية فى المسائـــل الجنائية . ١٧ - ٣١

* تعريف كلمة الشرعية فى اللغـــــة . ١٨
* تعريف كلمة الشرعية فى الاصطـــلاح . ١٩
* تعريف كلمة الجنائية فى اللغـــــة . ١٩
* تعريف كلمة الجنائية فى الاصطلاح . ٢٤
* مضمون مبدأ الشرعية فى المسائـــل الجنائية . ٢٤

المبحث الثانى :

قيمة مبدأ الشرعية وأهميته . ٣٢ - ٣٩

المبحث الثالث :

تاريخ مبدأ الشرعية . ٤٠ - ٧٧

المطلب الأول :

مبدأ الشرعية فى العصور القديمة . ٤٢ - ٦٥

أولا : مبدأ الشرعية فى الديانات السماوية قبل الاسلام . ٤٢
* مبدأ الشرعية وآدمَ عليه السلام. ٤٣
* مبدأ الشرعية وقومَ نوح عليه السلام. ٤٨
* مبدأ الشرعية فى ديانة موسى عليه السلام . ٥٢
* مبدأ الشرعية فى ديانة عيسى عليه السلام . ٥٦
ثانيا : مبدأ الشرعية فى القوانين البشرية القديمة . ٥٨
١ - فى قانون حمورابى . ٥٩
٢ - فى قانون حور محب . ٦٠
٣ - فى القانون الرومانى فى عهد الجمهورية الرومانية . ٦٢

المطلب الثانى :

مبدأ الشرعية فى عصور النهضة . ٦٦ - ٧٧
أولا : مبدأ الشرعية فى التشريع الإسلامى . ٦٧
ثانيا : مبدأ الشرعية فى النظم القانونية المعاصرة . ٦٨
١ - فى القانون الفرنسى . ٧٢
٢ - فى القانون البريطانى . ٧٣
٣ - فى القانون الإيطالى . ٧٤
٤ - فى القوانين الأوربية الأخرى . ٧٥
٥ - فى النظم القانونية العربية . ٧٦

الفصل الأول :

الفقه الإسلامى ومبدأ الشرعيـــة . ٧٨ - ١٣٦

المبحث الأول :

تقرير مبدأ الشرعية فى الشريعة الإسلاميـــة وأدلتـــه . ٨٠ - ١١٨

أولا : أدلة مبدأ الشرعية من القرآن الكريم. ٨٧

ثانيا : أدلة مبدأ الشرعية من السنة المطهرة. ٩٨

ثالثا : أدلة مبدأ الشرعية من آثار الصحابـة. ١٠٤

رابعا : القواعد الفقهية التى تتضمن معـــنى مبدأ الشرعية . ١٠٧

خامسا : دليل الاستصحاب ومبدأ الشرعية . ١١٢

المبحث الثانى :

الرأى القائل بعدم أخذ الشريعة الإسلاميـــة بمبدأ الشرعية والرد عليه . ١١٨ - ١٣٦

المطلب الأول :

مبدأ الشرعية فى نظر الفقهاء الأوائل. ١٢٠ - ١٢٧

المطلب الثانى :

مبدأ الشرعية فى نظر الكتّاب الإسلاميين المحدثين. ١٢٨ - ١٣٦

الفصل الثانـــى :

تطبيقات مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائـــــى الإسلامى . ١٣٧ - ٢٠٣

المبحث الأول :

مبدأ الشرعية فى جرائم الحدود . ١٤٣ - ١٥١

* الحدود فى اللغة . ١٤٤

* الحدود فى الشرع . ١٤٤

نصوص جرائم الحدود :

١ - الزنا . ١٤٦

٢ - القذف . ١٤٧

٣ - السرقة . ١٤٧

٤ - قطع الطريق . ١٤٨

٥ - شرب الخمر . ١٤٨

٦ - الردة . ١٥٠

٧ - البغى . ١٥١

المبحث الثانى :

مبدأ الشرعية فى جرائم القصاص والدية . ١٥٢ - ١٦١

* القصاص فى اللغة . ١٥٣

* القصاص فى الشرع . ١٥٣

* الدية لغة . ١٥٣

* الدية شرعا . ١٥٤

نصوص القصاص والدية :

١ - القتل عمدا . ١٥٦

٢ - القتل شبه العمد . ١٥٧

٣ - القتل خطأ . ١٥٨

٤ - الجرح وإتلاف الأعضاء أوقطعها عمدا . ١٥٨

٥ - إتلاف الأعضاء أو قطعها شبه عمد وخطأ والجرح شبه عمد وخطأ : ١٥٩
أ - إتلاف الأعضاءأو قطعها . ١٥٩
ب - الجـــرح . ١٦٠

المبحث الثالث :

مبدأ الشرعية فى جرائم التعزير ١٦٢ - ٢٠٣
* التعزير فى اللغـــة . ١٦٣
* التعزير فى الشـــرع . ١٦٣

المطلب الأول :

كيفية تطبيق مبدأ الشرعية فى جرائـــم التعزير . ١٦٥ - ١٦٨
١ - المرونة والتوسع فى تحديـــــد الجريمة . ١٦٧
٢ - المرونة والتوسع فى تحديـــــد العقوبة . ١٦٧

المطلب الثانى :

كيفية تحديد كل من الجريمة والعقوبـة التعزيريتين وسلطة القاضى فى ذلك . ١٦٩ - ١٨٨
أولا : كيفية تحديد الجرائم التعزيرية وسلطة القاضى فيها : ١٦٩
١ - كيفية تحديد الجرائـــم التعزيرية . ١٦٩
٢ - سلطة القاضى فى تحديد الجريمة التعزيرية . ١٧٨

ثانيا : معالجة التوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية مع ذكر الضمانات المقيدة له : ١٨٠
١ - معالجة التوسع فى تحديد العقوبة التعزيرية . ١٨٠
٢ - ضمانات اختيار العقوبة التعزيرية : ١٨١
أ - الحد الأعلى للعقوبة التعزيرية . ١٨١
ب - ما حدد مقداره من العقوبات يتخذ معرّفا لما لم يحدد . ١٨٣
جـ - نوعية الأشخاص الذين يتولون اختيار العقوبة التعزيرية " شروط تولية القاضى " . ١٨٤
د - سلطة القاضى فى اختيار العقوبة التعزيرية . ١٨٦
هـ - جواز تقييد سلطة القاضى فى اختياره للعقوبة التعزيرية . ١٨٧

المطلب الثانى :

أمثلة تطبيقية للجرائم والعقوبات التعزيرية فى الفقه الإسلامى . ١٨٩ - ١٩٩
أولا : الأمثلة التطبيقية للجرائم التعزيرية . ١٨٩
ثانيا : الأمثلة التطبيقية للعقوبات التعزيرية . ١٩٤
خاتمة الفصل فى تطبيق مبدأ الشرعية فى النظم القانونية الحديثة . ٢٠٠

الفصل الثالث :

نتائج مبدأ الشرعية فى الفقه الجنائى الإسلامى ٢٠٤ - ٢٧٥

المبحث الأول :

عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى ٢٠٦ - ٢٣٤

المطلب الأول :

معنى قاعدة : عدم رجعية النص الجنائى إلى الماضى وتقريرها فى الشريعة بوجه عام . ٢٠٧ - ٢١٥

أولا : دليل القاعدة من الناحية التطبيقية . ٢٠٨

ثانيا : الأدلة النظرية : ٢١٠

أ - الآيات القرآنية الكريمة . ٢١٠

ب - الأحاديث النبوية الشريفة . ٢١٣

المطلب الثانى :

الرجعية فى النص الجنائى الأصلح للجانى . ٢١٦ - ٢٢٠

المطلب الثالث :

مناقشة النصوص التى قد يظن أنها قد طبقت بأثر رجعى فى غير مصلحة الجانى . ٢٢١ - ٢٣٤

١ - نصوص الحرابة . ٢٢٢

٢ - نصوص القذف . ٢٢٦

٣ - نصوص الظهار . ٢٣١

المبحث الثانى :

حصر مصادر التجريم والعقاب . ٢٣٥ - ٢٤٨
* الكتاب الكريم . ٢٣٨
* السنة المطهرة . ٢٤٠
* الإجمـــــاع . ٢٤٣
* السلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية . ٢٤٦

المبحث الثالث :

حظر القياس كمصدر من مصادر التجريـــــم والعقاب . ٢٤٩ - ٢٦١
* القياس فى اللغـة . ٢٥٠
* القياس فى الاصطلاح . ٢٥٠
* مدى صحة القياس على الجرائم والعقوبات. ٢٥٢
أولا : القياس فى العقوبة : ٢٥٥
١ - فى الحدود . ٢٥٥
٢ - فى القصاص والدية . ٢٥٥
٣ - فى التعازير . ٢٥٦
ثانيا : القياس فى الجريمة : ٢٥٧
١ - فى الحـدود . ٢٥٧
٢ - فى القصاص والدية . ٢٥٧
٣ - فى التعازيـر . ٢٥٨

المبحث الرابع :

التفسير الضيق لنصوص التجريم والعقاب . ٢٦٢ - ٢٧٥

المطلب الأول :

تفسير النصوص بصفة عامة . ٢٦٣ - ٢٦٦

* التفسير فى اللغة . ٢٦٣

* التفسير فى الشرع . ٢٦٣

أقسام التفسير :

- التفسير التشريعى . ٢٦٤

- التفسير القضائى . ٢٦٤

- التفسير الفقهى . ٢٦٤

المطلب الثانى :

مدى التوسع والتضييق فى تفسير النصوص الجنائية . ٢٦٦ - ٢٧٥

١ - التفسير الضيق للنصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية . ٢٧٠

٢ - التفسير الموسع للنصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية . ٢٧٢

الفصل الرابع :

تطبيقات مبدأ الشرعية فى قضاء المملكة العربية السعودية . ٢٧٦ - ٣٢١

المبحث الأول :

كيف أخذ القضاء السعودى بمبدأ الشرعية فى الشريعة الاسلامية . ٢٧٨ - ٢٨٨

المبحث الثانى :

نماذج لتطبيقات مبدأ الشرعية فى المحاكم الشرعية . ٢٨٩ - ٣٢١

المطلب الأول :

النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم المقدرة " الحدود ثم القصاص والدية " . ٢٩١ - ٣٠٠

١ - فى الحدود . ٢٩٢

٢ - فى القصاص والدية . ٢٩٦

المطلب الثانى :

النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعيةفى جرائم التعزير . ٣٠١ - ٣٢١

أولا : النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم التعزيرية التى تنظر فيها المحاكم الشرعية . ٣٠٢

ثانيا : النماذج التطبيقية لمبدأ الشرعية فى الجرائم التعزيرية التى تنظر فيها الهيئات القضائية القانونية . ٣٠٩

الخاتمة : ٣٢٢ - ٣٢٩

المصادر والمراجع : ٣٣٠ - ٣٤٥

الفهرس : ٣٤٦ - ٣٥٦