ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية في الشريعة الإسلامية

أسامة علي الفقير الربابعة *

تاريخ وصول البحث: ٢٠٠٤/١٢/١٧م تاريخ قبول البحث: ٢٠٠٥/١٠/١٩م

ملخص

أكثر العقوبات الشرعية داخلة في باب التعازير وهي عقوبة غير مقدرة بل ترك أمر تقدير العقوبة فيها للإمام، فهل تفويض تقديرها يعني عدم انضباطها؟ هذا ما تسعى هذه الدراسة للإجابة عليه، وقد تتبعت آراء العلماء في هذه المسألة من أمهات الكتب الفقهية، مع أقوال المتأخرين، وقد تبين أن العلماء يرونها مضبوطة، وقد ذكروا هذه الضوابط في ثنايا كتبهم وكان لا بد من إبرازها وتجليتها، ليتضح أن حرية القاضي منضبطة بجملة من الضوابط عددتها هذه الدراسة، حتى إذا تجاوز القاضي هذه الضوابط كان حكمه مشوبا بسوء التقدير.

Abstract

Most judicial punishments are within the term of reinforcement. they are punishment. their estimation is left the imam. thus, does this authorization mean its non-adjustment? in this respect, I follow up the points of view of scholars in the original sources consider them as adjusted. they mentioned these adjustments in their books. it was necessary to illustrate and clarified them to demonstrate that the judge freedom in the estimation is precise even in the case that he exceeds the adjustments, his judgment was affected with misestimating.

.

المقدمة:

الحمد لله حمداً يوافي نعمه ويدفع نقمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين ، سيدنا وشفيعنا محمدٍ ε وعلى آله وصحابته أجمعين أما بعد:

يقول تعالى: [إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتا ء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون][١].

إن من المعلوم بداهة أن الشرع الحنيف غايته العدل، وهذا يدركه أهل الفقه في كل الأحكام العملية التي تنظم علاقة الأفراد بعضهم ببعض، ولقد حدّ د الشرع وسائل متعددة لتحصيل هذه الغاية ويدركه ا أهل الفقه كذلك بتتبع الأحكام الشرعية وبإنعام النظر في حكم التشريع وعلله، فيعلمون علم اليقين أنه شرع محكم لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه يقول

* أستاذ مساعد، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك

تعالى:[لايأتيه البلطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد][٢]ومن ضمن الأحكام الشرعية العملية فقه الجزاء بقسميه : فقه العقوبات الشرعية وفقه أصول المحاكمات الشرعية، فهو دائر ضمن هذه المعادلة، لأنه وسيلة مناسبة لتحقيق غاية نبيلة سامية.

ومن عناوين فقه الجزاء موضوع ا لتعزير وهو الذي ترك أمر تقديره للإمام أو من ينيبه، إلا أن هذا الترك ليس تركاً بلا ضابط ، أو إهمالاً دون تبيين، بل فيه ضوابط وتحديدات ذكرها الفقهاء، لينسجم موضوع تقدير العقوبة التعزيرية مع الخط العام للتشريع ألا وهو تحقيق العدل وترسيخه.

ومن هنا جاء هذا البحث ليجمع هذه الضوابط ويبرزها بما يعزز أهمية وجودها بين طلبة العلم الشرعي، والتي يظن البعض أن التعزيرات خالية عن ها، وأن للإمام الحرية الكاملة في تقدير العقوبة التعزيرية

دون الرجوع إلى الشرع أو العرف . فهل التعزير له ضوابط أو لا، وإذا كانت العقوبة غير مقد رة فهل يعني أنها غير مضبوطة؟ وهذا ما تحاول هذه الدراسة الإجابة عنه.

ومنهجي في البحث هو تتبع النصوص الواردة في أمهات الكتب ذات الصلة بالموضوع، وتحليل أقوال الفقهاء، والبحث عن الأدلة النقلية والعقلية الواردة في موضوع البحث، ويرافق ذلك كله توثيق المعلوم ات بصورة دقيقة وتخريج الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وبيان معنى غريب الألفاظ.

وقد جاءت خطة البحث على النحو الآتي:

المقدمة

المبحث الأول : بيان المقصود بضوابط التعزير وفيه مطالب ثلاثة:

المطلب الأول : تعريف الضابط لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني : تعريف التعزير لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث : خصائص عقوبة التعزير.

المبحث الثاني : ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : عدم الزيادة على الحد.

المطلب الثاني : توخي الغاية من تشريع العقوبة عند تقديرها

المطلب الثالث : مراعاة ظروف التخفيف والتشديد عند التقدير

المطلب الرابع : عدم النزول بالعقوبة عن أقل قدر مشروع فيها.

الخاتمة : وفيها أهم نتائج البحث.

وأسأل الله تعالى وهو القادر على كل شيء أن يجزي علماءنا خير الجزاء فهم أئمة الهدى، ومنارات الرشاد، الذين ما تركوا شاردة ولا واردة إلا وكان لهم فيها قصب السبق، ونحن على إثرهم سائرون، إظهاراً لتفرد أحكام شرعنا الحنيف، وتوضيحاً لبعض مفاهيمه، راجياً من الله تعالى أن يجعل هذا العمل في منفعة العلم وأهله، خالصاً لوجهه الكريم.

والحمد لله رب العالمين

المبحث الأول
بيان المقصود بضوابط التعزير

في هذا المبحث أُوضّح المقصود بضوابط التعزير كما قاله أهل اللغة والاصطلاح، مع توضيح الفرق بين التعزير وبقية العقوبات الشرعية، ليكون بذلك مدخلاً هاماً لموضوع البحث، وقد جعلته في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
تعريف الضابط لغةً واصطلاحاً

وفي هذا المطلب أتحدث عن تعريف الضابط عند أهل اللغة ثم عند علماء الشرع في اصطلاحهم وقد جعلت هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: تعريف الضابط لغةً:

الضابط في اللغة من الضبط وهو لزوم الشئ وحبسه، ضبط عليه وضبطه يضبطه ضبطاً وضَباطة[٣].

وقالوا: الضبط لزوم ا لشئ لا يفارقه في كل شئ وضبط الشئ حفظه بالحزم[٤].

وقال معن بن أوس[٥] يصف ناقة:

عذافرة[٦] ضبطاء تخدي[٧] كأنها فنيق[٨]

غدا يحمي السوام[٩] السوارحا[١٠][١١]

الفرع الثاني: تعريف الضابط اصطلاحاً

للضابط مفهوم خاص في الفقه، وهو : "كل ما يحصر جزئيات أمر معين ".[١٢] والبعض عرفه بأنه "حكم كلي تندرج تحته فروع فقهية من باب واحد "، أو "هو ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر " وهذا هو اختيار الدكتور الباحسين في القواعد الفقهية[١٣].

إلا أن بعض الفقهاء يدخلون م فهوم الضابط ضمن مفهوم القاعدة في الفقه، كما يقول الشيخ محمد التهانوي[١٤] عن القاعدة الفقهية : " هي في اصطلاح

العلماء تطلق على معاني ترادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد، وعرفت بأنها أمر كلي منطبق على جزئياته عند تعرف أحكامها منه ... وأنه يظهر لمن تتبع موارد الاستعمالات أن القاعدة هي الكلية التي يسهل تعرف أحوال الجزئيات منها"[١٥].

لكن المدقق يلحظ أن الضابط مختلف عن القاعدة وممن يرى الفرق بينهما د .علي أحمد الندوي في كتابه القواعد الفقهية، وأهم نقاط التفريق الفروقالآتية:

١ –أن القاعدة لا تختص بباب بخلا ف الضابط [١٦] وهذا ما ذكره جملة من العلماء[١٧].

٢ –أن القواعد أكثر شذوذا من الضوابط لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً، فلا يتسامح فيها بشذوذ كثير[١٨].

٣ –أن القواعد أعم وأشمل من الضوابط من حيث جمع الفروع وشمول المعاني[١٩].

والمراد من الضابط في هذا البحث الأصول التي يسير عليها القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية. وارتباط المفهوم الاصطلاحي باللغوي واضح، فإن الضابط يقيد حرية المقدر للعقوبة التعزيرية حتى لا يكون الأمر عائداً لمطلق حريته في التقدير بل يمنعه من أمور ويسمح له بأمور، وهذا من معاني اللغة وهو الحبس والملازم

المطلب الثاني
تعريف التعزير لغةً واصطلاحاً

أتناول في هذا المطلب تعريف التعزير لغةً واصطلاحاً وقد جعلته في فرعين:

الفرع الأول : تعريف التعزير لغةً

العزر: اللوم، وعَزَرَهُ يَعْزِرُهُ عَزْرًا وعَزَّرَهُ : ردّه[٢٠].

والعزر: المنع، وأصل التعزير: التأديب[٢١].

ومن معانيها: العون والتقوية والنصرة وذلك بأن ترد أعداءه وتمنعهم منه، وأصل التعزير المنع والردّ[٢٢]. قال تعالى: [وتعزروه وتوقروه][٢٣].

ولفظ التعزير لفظ مشترك وهو من أسماء الأضداد، فإنه يطلق على التفخيم والتعظيم والنصرة بالسيف وعلى التأديب واللوم[٢٤].

الفرع الثاني: تعريف التعزير اصطلاحاً:

أما اصطلاحاً فوجدت فيه عدة أقوال وتعريفات ، ومنها :

١– أنه (الضرب دون الحدّ)[٢٥]، وهذا تعريف غير دقيق لأن التعزير يشمل الضرب وما هو دونه وما هو فوقه، فالاقتصار عليه في التعريف خلل فيه

٢– أنه (تأديب دون الحدّ)[٢٦]، وهذا التعريف لا يستقيم مع ما سنوضحه في مفهوم التعزير، فإذا علمنا أن كلمة التأديب تشمل ما يقوم به الزوج تجاه زوجته، والوالد تجاه ولده ، علمنا أن التأديب ليس من التعزير، ثم إن التأديب أثر للتعزير فهو من باب تسمية الشيء باسم أثره . ومثله تعريف ا لشافعية فقالوا: تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة[٢٧]

٣– أنه (تأديب على معصيةٌ لا حدّ فيها ولا كفارة)[٢٨]، وهذا التعريف لا يستقيم فبعض العلماء يرى أنه قد يكون التعزير للمصلحة بدون وجود معصية كما فعل عمر τ مع نصر بن حجاج عندما نفاه وحلق له رأسه حتى لا يفتن لنساء بجماله

٤– أن التعزير (مجموعة من العقوبات غير المقدرة لجرائم لم تشرع فيها حدود ولا تستوجب القصاص أو الدية)[٢٩]. أو أنه (العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها)[٣٠] أو أنه (عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة)، وهو تعريف الدكتور عبد العزيز عامر[٣١].

وفي هذ ه التعريفات لم ترد إشارة إلى من يملك حق التعزير، وهو الإمام باتفاق العلماء. وإيراده هام لدفع توهم أن العقوبة قد تكون لغير الإمام كما هو حال الأب والزوج والمعلم فهذا كله تأديب لكنه لا يدخل في مسمى العقوبة.

وأستطيع أن أضع للتعزير تعريفا يكون أقرب لما فهمته من هذا الموضوع بعد طول بحث ودراسة، فأقول: التعزير (عقوبة يقدرها الإمام أو من ينيبه بضوابط على فعل أو قول ليس فيه حدّ ولا كفارة ولا قصاص)، ومحترزات هذه القيودهي كما يأتي:

أما قولي: (عقوبة) وذلك لتشمل كلّ أنواع التعزير فهي ليست ضرباً فحسب، بل تشمل كلّ أنواع التعزير، وخرج به تأديب الزوج لزوجته والوالد لولده والمعلم لتلميذه، لأنه تأديب وليس عقوبة.

وقولي: (يقدرها الإمامأو من ينيبه) خرج بذلك من هم دون الإمام من عامة الناس أو الزوج والوالد والمعل

وقولي (بضوابط) حتى يخرج التقدير غير المضبوط لأنه خارج عن حدود الشرع.

وقولي: (على فعل أو قول ليس فيه حدّ ولا كفارة ولا قصاص) خرج بذلك كلّ فعل أو قول فيه حدّ أو كفارة أو قصاص، أما الفعل الذي فيه حدّ كالسرقة والزنا، والقول الذي فيه حدّ كالقذف ، والفعل الذي فيه كفارة كالتمتع بالطيب في الإحرام [٣٢]، والقول الذي فيه كفارة، كالظهار والإيلاء، فهذه ليست من التعزير.

وناسب هنا بيان أمر ذ ي علاقة بالمقارنة بين أنواع الجرائم الثلاثة حتى لا يظن القارئ أن الجرائم التعزيرية أقل شأناً وخطورةً من الجرائم الحدية[٣٣]. فهذا التوجه غير دقيق، وأن ما يقوله الفقهاء من أن التعزير هو ما دون ا لحد، ليس المقصود به أن التعزير أقل خطراً من الحدود على الإطلاق، وإنما أرادوا إثبات مخالفة التعازير لجنس الحدود ؛ وإلا فإن في جرائم التعزير ما هو أشد خطراً من الحدود، كما هو الجاسوس الذي يتجسس للعدو على المسلمين، فإنه تعدٍ على أمن الدولة الإسلامية وهذا أخطر وأجسم من القذف أو السرقة على سبيل المثال . لكن الحدود في الأغلب أشد خطراً من التعازير . والحكم يبنى على الأغلب ثم إن التعزير يقع في الأفعال السلبية والإيجابية – كما هو في مفهوم علماء المنطق– في القول والفعل [٣٤]، أما الفعل الإيجابي مثاله : تقبيل المرأة الأجنبية، وسرقة ما دون النصاب، أو من غير حرز ، ومباشرة الأجنبية فيما دون الفرج.

أما الفعل السلبي وهو ترك الفعل أو ما يسميه الفقهاء أفعال التروك [٣٥]: فمثالها ترك الصلاة، وترك الصوم، و منع الزكاة، وترك قضاء الدين، وعدم أداء الأمانات، وقول عند العلماء أن من ترك الوتر يعزر [٣٦].

أما القول الإيجابي : فمثاله أن يقول لمسلم : يا خبيث، يا فاسق، يا سارق، يا آكل الربا، يا شارب الخمر، أو أن يقول له: يا كلب، يا حمار [٣٧].

أما القول السلبي: فكالامتناع من أداء الشهادة إذا طلبه القاضي لذلك.

وبذا يصبح التعريف– فيما أراه– جامعاً لمفرداته مانعاً من دخول غيره فيه، والله أعلم.

المطلب الثالث

خصائص عقوبة التعزير

إن من أهم مبررات الدراسة في التعزير حاجة هذا الباب إلى التجلية والتوضيح وقد صر ح بذلك جملة من الباحثين المعاصرين ومن ذلك قول الشيخ عبد القادر عودة: "إن أحكام التعزير لم تحظ باهتمام الباحثين لأنها تختلف من قطر إلى قطر فما يباح في بلد يحرم في أخرى"[٣٨]. ولذا كان من المناسب توضيح خصائص عقوبة التعزير لينسجم فهم ضوابطها مع فهم خصائصها. فلأبحث في هذا المبحث خصائص عقوبة التعزير من خلال التفريق بين القصاص والحدّ والتعزير، وذلك لمعرفة الحدود الفاصلة بينها، وقد ذكرت كتب الفقه[٣٩] جملة من الفروق بعضها صحيح وبعضها ليس كذلك، والسبب في ذلك أن أي فرق من هذه الفروق يتأثر بما ذهب إليه أصحاب المذاهب في بعض فروع التعزير، ولذلك اخترت ما اتفق مع نتائج هذا البحث

ومن خصائص العقوبات التعزيرية بالمقارنة مع غيرها من العقوبات ما يأتي:

١. أن الحدّ مقدرٌ والتعزير ليس مقدراً[٤٠]، فالحدود نزل الشرع ببيان قدرها وعدم التجاوز عليها أمر محتوم، أما التعزير فإن تقدير العقوبة متروك لرأي الإمام ، مع مراعاة الضوابط الخاصة بذلك.

٢. أن الحدّ يدرأ بالشبهات والتعزير يقام حتى مع وجود الشبهة، فإذا وجدت الشبهة. سقط الحدّ وقام التعزير مقامه[٤١].

٣. أن الحد لا تجوز فيه الشفاعة بعد الرفع للإمام وتجوز الشفاعة في التعزير ولو بعد الرفع للإمام. أما الشفاعة في الحدود فقد قال رسول الله ε لأسامة بن زيد : "أتشفع في حد من حدود الله؟ " منكراً عليه ذلك[٤٢]. أما التعزير فإن الشفاعة فيها جائزة، فقد قال رسول الله ε: "اشفعوا تؤجروا ويقضي الله على لسان نبيه ما شاء"[٤٣].

٤. أن الحد لا يجوز للإمام ترك إقامته فلا يصح العفو عن الفاعل مطلقاً[٤٤]، ويجوز في التعزير في بعض حالاته، أما في الحدود فقد قالε: "تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حدّ فقد وجب "[٤٥]. وقصة صفوان مع الذي سرق ردائه معلومة، فقال لهε: "هلا كان قبل أن تأتيني به"، وذلك عندما أراد صفوان أن يعفو عنه[٤٦]. أما التعزير فيجوز ترك إقامته فما كان منه حقاً للعبد فإنه يجوز له أن يعفو عن الفاعل، وما كان منه حقاً لله تعالى فللإمام أيضا أن يسقطه إذا رأى المصلحة في ذلك[٤٧].

٥. أن الحدّ لا يختلف باختلاف الناس ولكن التعزير يختلف من شخص لآخر[٤٨].

٦. أن التالف بالحد غير مضمون، أما التالف بالتعزير فهو مضمون[٤٩].

٧. أن الحدود لا تختلف باختلاف الزمان والمكان أما التعزير فإنه يختلف، فما يكون في بلد تعزيراً قد يكون في غيره من البلدان إكراماً ، والعكس صحيح [٥٠]. وذكر الفقهاء لذلك أمثلة ومنها قلع الطيلسان (غطاء الرأس) فإنه بمصر تعزير وفي الشام إكرام وكشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً وبالعراق ، ومصر هوان[٥١].

٨. أن التعزير يؤخذ به سائر الحقوق للعباد من إقرار وبينة ونكول وعلم القاضي وشهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي، وهذا لا يقبل في الحدود[٥٢].

٩. أن التعزير على وفق الأصل من جهة اختلافه باختلاف الجنايات، وهو الأصل بدليل الزنا مائة وحد القذف ثمانون والسرقة القطع والحرابة القتل وقد خولفت القاعدة في الحدود دون التعازير فسوى الشرع بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار وشارب قطرة من الخمر وشارب جرة في ا لحد مع اختلاف مفاسدها حداً ... واستوى الجرح اللطيف الساري للنفس، والعظيم في القصاص مع تفاوتهما، وقتل الرجل العالم الصالح التقي الشجاع البطل مع الوضيع[٥٣].

المبحث الثاني
ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية

في هذا المبحث أتناول ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية التي ذكرها العلماء لتكون مقيدة لتصرفات القاضي في تحديد قدر العقوبة التعزيرية، لأنه من المعلوم ابتداءً أن اجتهاد القاضي في تقدير العقوبة يرجع لاعتبار الفاعل والمفعول فيه وذات الفعل أو القول[٥٤].

وقد اتفق الفقهاء على ضرورة وجود هذه الضوابط من حيث المبدأ وحصل خلاف بينهم فيما يعد ضابطاً وما لا يعد. وقد جعلت هذه الضوابط في أربعة مطالب

المطلب الأول
ضابط الزيادة على الحد وعدمه

اتفق الفقهاء فيما بينهم من حيث النظر الإجمالي لا التفصيلي على أن التعزير يجب ألا يزيد عن الحد[٥٥]. لأن التعزير في الغالب أدنى من الحد.

وإذا تتبعنا أنواع العقوبات الحدية وجدنا أنها القتل أو الرجم أو القطع أو الجلد . ولما كان القتل والرجم لا مزيد عليهما لأنه ما العقوبة القصوى لم يكن هو الوارد في معنى الزيادة في هذا المبحث وإنما تعلقت الزيادة بالجلد والقطع على التحديد . وقد اتفقت كلم ة العلماء على أن الجرائم التعزيرية التي هي من جنس ما تقام له الحدود لا تجوز الزيادة فيها على الحد [٥٦]. وضربوا لذلك أمثلة: فاللمس والقبلة من جنس الزنا[٥٧] ومثله عند الشافعية والحنابلة وطء الشريك الجارية المشتركة، أو أمته المزوجة أو جارية ابنه أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها أو وطء أجنبية دون الفرج فهذا من جنس الزنا[٥٨].

والقذف بغير الزنا من جنس القذف [٥٩]، ومثله السب والشتم[٦٠] وقوله يا فاسق أو يا شاهد زور، ودعاء عليه أو قوله الله أكبر عليك أو خصمك الله [٦١]. وهذا ولا شك بحسب أعراف كل أهل زمان ومكان، لأن قول إنسان لآخر الله أكبر عليك في زماننا لا تشكل قدحاً ولا ذماً.

وسرقة ما دون النصاب أو من غير حرز أو النهب أو الغصب أو الاختلاس من جنس السرقة[٦٢].

ويستدل لهذا الضابط بقول الرسول ε:" من بلغ حداً في غير حدٍ فهو من المعتدين"[٦٣].

إلا أن مما لا بد من ذكره في هذا المقام أن هناك عوامل أدت إلى اختلاف الحكم حتى بالنسبة للقضية الواحدة نتيجة لاجتهاد أحد الأئمة، أو فهم خاص بالأدلة، ومن ذلك الاختلاف فيما يعد من جنس الحدود وما لا يعد . فالمالكية استدلوا على جواز الزيادة في تقدير العقوبة عن قدر الحد إن لم تك ن الجريمة من جنس الحدود بعدة أدلة منها:

أن مالكاً- رحمه الله- أمر بضرب رجل وجد مع صبي قد جرده وضمه إلى صدره فضربه أربعمائة فانتفخ ومات ولم يستعظم مالك ذلك [٦٤]. وبقوله قال ابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية [٦٥]. وما دام أن الفاعل لم يعرف حاله من الإحصان وعدمه فإن تخريج فعله τ لا يتجاوز إحدى حالتين، إما أن يكون الفاعل غير محصن فيكون التخريج لحكم مالك τ أن الفعل من غير جنس الزنا لأنه من مقدمات اللواط فجاوز به حد الزناة. أو أن يكون الفاعل محصناً فالفعل من جنس الزنا والأربعمائة جلدة دون عقوبة الزاني المحصن وهي القتل. وبغير أحد هذين التخريجين يصبح هذا الجلد معارضاً للنصوص الشرعية الصحيحة.

ولتحرير محل النزاع يجب أن يشار إلى أن الزيادة التي نتحدث عنها هي الزيادة على ذات الجريمة لا نتيجة لظروفها المشددة. كما هو الحال في قضية وردت في مسند الإمام أحمد عن علي τ أنه أتي بالنجاشي[٦٦] قد شرب خمرا في رمضان فجلده ثمانين الحد وعشرين سوطاً لفطره في رمضان [٦٧]. فاقتران بعض الجرائم الحدية بظروف مشددة قد يتجاوز الإمام فيها عن قدر الحد لا لذات الجريمة وإنما لما لحق بها من ظروف التشديد فهذا يجعل العقوبة ضمن الضابط المذكور لأن العبر ة في التجاوز عن الحد بذات الجريمة لا بظروفها

وأمر آخر لا بد من الإشارة إليه أن بعضاً من الجرائم الحدية لا يعلم بطريق اليقين ماهية الزيادة عليها، فالقطع مثلاً لا يُعلم يقيناً حد الزيادة عليه في الجلد، فهل أربعمائة جلدة أو ألف جلدة أزيد من القطع أو أن القطع أزيد؟ وقد ورد في الأثر أن معن بن زائدة[٦٨] عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالاً فبلغ عمر τ فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى، فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه[٦٩]. وقال الفقهاء أن فعل عمر لم يخالفه فيه أحد من الصحابة فكان إجماعاً[٧٠]. ففعل معن من جنس السرقة، لكنه ليس بسرقة باتفاق الفقهاء، ففي تقدير عمر τ أن جلده ثلاثمائة جلدة إنما هو أقل من القطع ولذا حكم عليه بها . ويرى كثير من الفقهاء المعاصرين أن القطع أزيد من الجلد مهما كثر الجلد حتى لو بلغ ألفاً أو ألفين، لأن صورة الجلد كما

ذكرها الفقهاء في كتبهم لا تؤدي للقطع ولا للهلاك، كما أن من حكم بالجلد الكثير من السابقين جعله مقسطاً ولم يتتابع حتى لا يؤدي للهلاك أو التلف لأنه غير مقصود يقيناً.

ولعل أمثلة على هذه المعايير تفسر اختلاف الفقهاء في هذا الضابط وسنجد هذه الأمثلة في المباحث القادمة عند الحديث عن الزيادة عن مقدار الحد في العقوبة التعزيرية.

لكن بعد هذا الاتفاق حصل خلاف في أمور متعددة وهي:

١ –هل تجوز الزيادة على عشر جلدات في التعزير؟

٢ –هل الزيادة مضبوطة بجنس الجريمة الحدية ذاتها أو بجنس الجرائم الحدية لكلها؟

٣ –ولو فعل ما ليس من جنس الحد فهل يزاد في الجلد عن الحدود أو لا؟

ولمناقشة هذه القضايا أفردت كل واحد منها في فرع خاص.

الفرع الأول: الزيادة على عشر جلدات في التعزير.

وقع خلاف بين العلماء في الزيادة على عشر جلدات في التعزير وكان السبب في حصول هـ ذا الاختلاف هو فهم الآثار الواردة في هذا الموضوع حيث قال رسول الله ε لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله". وفي صحيح مسلم : "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله".(٧١)

وقد أورد فهم هذه النصوص إشكالية في تقدير عقوبة التعزير، فظاهره يوهم منع الإمام من تجاوز الجلدات العشر في غير الحد، والتعزير هو غير الحد، فلا يصح تجاوز العقوبة فيه على العشر جلدات، وقد تقيد بعض العلماء بهذا الظاهر كما هو حال المالكية والحنابلة(٧٢) وبعض الشافعية(٧٣)، والليث(٧٤)، وإسحاق(٧٥) فقالوا: "ولا يزاد في جلد على عشر م ن الأسواط "(٧٦) واستثنى الحنابلة من ذلك إباحة الزوجة أمتها لزوجها، وشرب مسكر في نهار رمضان ووطء الأمة المشتركة، وسبب هذا الاستثناء ورود آثار عن الصحابة الكرام يجيز فعل ذلك، دون بيان سبب مخالفة الصحابة الكرام لظاهر هذا النص.

وردّ البعض ما نقل عن الصحابة الكرام فقال إن فعل بعض الصحابة ليس بدليل، ولا يقاوم النص الصحيح... ولعله لم يبلغ الحديث من فعل ذلك من الصحابة(٧٧).

وهذا ما حمل بعض الشافعية على القول أن مذهب الشافعي هو عدم التجاوز على العشرة أسواط لأن الإمام الشافعي قال:"إذا صح الحديث فهو مذهبي" فقالوا لو أن الحديث بلغ الشافعي لقال به(٧٨).

وكذا الحال عند المالكية فقال الداودي (٧٩) معتذرا للإمام مالك : "فلو بلغه ما عدل عنه فيجب على من بلغه أن يأخذ به"(٨٠).

إلا أن هذا الأثر معارض بأدلة أخرى كثيرة، ولا تقف هذه الأدلة على ما روي عن الصحابة الكرام ، بل ما ورد عن النبي ε في بعض العقوبات وزاد فيها على عشر جلدات، ولذا وجب التوفيق بين الأدلة ما أمكن لأن "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"(٨١).

ولأجل فهم المراد من هذه النصوص أقول:

١. إن المراد بهذا الحديث من عدم السماح له بالجلد فوق عشر جلدات هو مخاطبة الآباء والأزواج والأسياد والمعلمين، لا أولياء أمور المسلمين أو القضاة، والأدلة على ذلك كثيرة منها: أن هناك نصوصا عن رسول الله ε أجاز فيها الجلد فوق عشر جلدات، كما هو الحال في حديثي ابن عباس عن النبي ε فعن ابن عباس τ قال: قال رسول الله ε: إذا قال الرجل للرجل: يا مخنث فاجلدوه عشرين، وإذا قال الرجل للرجل : يا لوطي فاجلدوه عشرين"، ولفظ الترمذي: عن ابن عباس عن النبي ε قال إذا قال الرجل للرجل يا يهودي فاضربوه عشرين وإذا قال يا مخنث فاضربوه عشرين ومن وقع على ذات محرم

فاقتلوه[٨٢]. أما الآثار الواردة عن الصحابة الكرام فكثيرة عديدة.

٢. فإن عمر بن الخطاب τ جلد معن بن زائدة لما نقش على خاتمه نقش بيت المال فضربه ثلاثمائة جلدة[٨٣]. والفعل من جنس السرقة فزاد على عشر جلدات

٣. وروي أن صبيغا [٨٤] كان يسأل في المشكلات والمتشابهات وكان يسأل عن الذاريات وغيرها وكان يأمر الناس بالتفقه في المشكلات من القرآن فبلغ ذلك عمر τ فضربه أكثر من الحد ونفاه وأمر بهجره، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك[٨٥].

٤. وروي عن الخلفاء الراشدين في رجل وامرأة وجدا في لحاف "يضربان مائة"[٨٦]، وهذا يعني أنهما كانا محصنين وكانت عقوبتهما الرجم فجلد المائة دون الرجم فكأن زنا المحصن من غير جنس زنا غير المحصن ولذا قدرت عقوبتهما مساوية لزنا غير المحصن

٥. وروي أن عمر بن عبد العزيز τ جئ برجل يسب عثمان فقال: ما حملك على أن سببته قال: أبغضه قال: وإن أبغضت رجلاً سببته . قال فأمر به فجلد ثلاثين جلدة[٨٧]. وهذه زيادة على العشر.

٦. وقصة مالك في حكمه على الرجل الذي وجد مع صبي وقد ضمه إلى صدره فجلده أربعمائة جلدة فانتفخ ومات ولم يستعظم مالك ذلك [٨٨]. وهذا زيادة على العشر.

٧. ومن ذلك أن أبا الأسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة فأتي بسارق قد كان جمع المتاع في البيت ولم يخرجه فقال أبو الأسود : أعجلتموه المسكين فضربه خمسة وعشرين سوطاً وخلى سبيله[٨٩].

ونقل عن بعض العلماء أنه ينتهي به إلى ثلاثمائة جلدة ولا يزيد عليه[٩٠].

وهذه الآثارمع الحديث الأول في ظاهرها تعارض لا يدفع إلا بالتوفيق.

وأفضل ما يجاب به هذا الحديث ما ذكره صاحب كتاب إدرار الشروق على أنوا ر الفروق الشيخ قاسم الأنصاري المعروف بابن الشاط في ال تعليق على صاحب كتاب أنوا ر الفروق وهو الإمام القرافي حيث يقول: "جميع ما قاله في هذا الفرق صحيح، ولكنه أغفل من الأجوبة عن قوله ε: "لا تجلدوا فوق عشر جلدات من غير حدّ من حدود الله" أصحها وأقواها وهو أن لفظ الحدود في لفظ الشرع ليس مقصوراً على الزنا وشبهه، بل لفظ الحدود في عرف الشرع متناول لكلّ مأمور به ومنهيّ عنه، فالتعزير على هذا من جملة حدود الله تعالى، فإن قيل الحديث يقتضي مفهومه أنه يجلد عشر جلدات فما دونها في غير الحدود، فما المراد بذلك؟ فالجواب: إن المراد به جلد غير المكلفين كالصبيان والمجانين والبهائم"[٩١].

وقد ذكر مثله ابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية فقال: "والحديث الذي في الصحيحين عن النبي ε أنه قال: "لا يجلد فوق عشرة أسواط إلا في حدّ من حدود الله تعالى" قد فسره طائفة من أهل العلم بأن المراد بحدود الله ما حرم لحِقِّ الله، فإن الحدود في لفظ الكتاب والسنة يراد بها الفصل بين الحلال والحرام مثل آخر الحلال وأول الحرام، فيقول في الأول : [تلك حدود الله فلا تعتدوها] [٩٢]، ويقول في الثاني: [تلك حدود الله فلا تقربوها][٩٣] وأما تسمية العقوبة المقدرة حداً، فهو عرف حادث ومراد الحديث أن من ضرب لحقّ نفسه كضرب الرجل امرأته في النشوز لا يزيد على عشر جلدات[٩٤].

وبهذا التوفيق الدقيق نكون قد أعملنا ا لآثار كلها دون أن نهمل أحدها، وإعمال ال دليلين عند التعارض أولى من إهمال أحدهما.

الفرع الثاني: هل الضابط هو جنس الجريمة الحدية أم جنس الجرائم الحدية؟

وصورة المسألة أن يفعل الجاني جريمة من جنس الحدود كأن يفعل غير محصن ما دون الزنا فهل ضابط التعزير للإمام هو جنس هذه الجريمة من الحدود وهو

مائة جلدة فله أن يقدر ما دونها إلى أن يبلغ تسعة وتسعين جلدة. أم أن ضابط التعزير هنا هو كل جنس الحدود ممثلاً بأدنى أنواع الحدود عقوبة وهو شرب الخمر وجلده أربعين وهذا على أقل الأقوال في جريمة شرب الخمر، وبالتالي يجوز له أن يقرر عقوبة حتى تسعٍ وثلاثين جلدة.

وثمرة هذا الخلاف أن صحة قضاء القاضي مترتبة على هذا الضابط إبراماً ونقضاً، فإن زاد عن الحد كان حكمه باطلاً وجاز التعرض له بالنقض وإن كان ضمن المدى المقبول كان قضاؤه في هذه الجزئية صحيحاً

وتفصيل أقوال العلماء في هذه الجزئية كما يأتي

القول الأول: يرى أن القاضي لا يزيد على أقل جنس الحدود، فإن فعل ما يو جب تعزيراً دون حد الزنا فلا يبلغ به أدنى مطلق الحدود وهو الشرب أو القذف في رأي بعضهم . وهذا القول قول الحنفية فقالوا : إن اقتضى رأيه الضرب فلا يزيد على تسعة وثلاثين [٩٥]. لأن هذا أقل الحد لأنه حد العبد في القذف والشرب وعند أبي يوسف الاعتبار بحد الأحرار لأنهم ا لأصول وهو ثمانون ونقص عنها سوطاً في رواية وخمسة في رواية أخرى[٩٦]. وبمثل قوله قال ابن أبي ليلى[٩٧].

وعند الشافعية قالوا عن الإمام: "إن جلد وجب أن ينقص في عبد عن عشرين جلدة وفي حر عن أربعين جلدة أدنى حدودهما وقيل عشرين أدنى الحدود على الإطلاق، ويستوي في هذا جميع المعاصي السابقة في الأصح"[٩٨] وهو قول الحنابلة- خلافاً للإمام أحمد- فقالوا: "ولا يبلغ به أربعين سوطاً "[٩٩] واستثنى الحنابلة حالات خاصة وهي، وطء الرجل جارية امرأته ووطء الرجل جارية مشتركة وذلك لورود أدلة من أفعال الصحابة[١٠٠] كما سيظهر في أدلة الفريق الثاني وبهذا عللوا اختلاف قول الإمام أحمد أنه متعلق بالأثر وإلا فقوله على أصل المذهب[١٠١] لكن هذا التعليل لم يجب على التساؤل المطروح لماذا يخالف الصحابة ما اعتمده أصحاب هذا القول من نص في تأكيد مذهبهم، وكان الذي أجاب عن ذلك -كما سيتبين- هم متأخرو الحنابلة كابن تيمية وابن القيم.

وكان الذي استدل به هذا الفريق من أدلة هو:

١- حديث أبي بردة أن النبي ε قال: "من بلغ حداً في غير حدٍ فهو من المعتدين "[١٠٢] والحديث صريح في منع الزيادة فكل عقوبة حدية وجب النقص عنها وعدم الزيادة عليها في التعزير.

٢- أن العقوبة على قدر الإجرام والمعصية، والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبة أعظمهما[١٠٣].

القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول أن القاضي يراعي في تقدير العقوبة جنس ذات الجريمة الحدية لا جنس كل الجرائم الحدية فله إن فعل غير المحصن م ا دون الزنا أن يبلغ ما دون حد الزنا وهو تسع وتسعون جلدة، وإن فعل أحدهم ما دون القذف كان للإمام في تقدير العقوبة بلوغ تسع وسبعين جلدة ولا يزيد على ذلك، وهكذا.

وقال بهذا القول بعض الشافعية [١٠٤] فقالوا: "والثاني (أي القول الثاني) بل يعتبر كل معصية منها بما يناسبها مما يوجب الحد، فتعزير مقدمات الزن ا أو الوطء الحرام الذي لا يوجب الحد ينقص عن حد الزنا لا عن حد القذف والشرب، وتعزير السب بما ليس بقذف ينقص عن حد القذف لا عن حد الشرب وتعزير سرقة ما دون النصاب يعتبر بأغلب حدود الجلد وهو مائة جلدة لأن القطع أبلغ مزجرها"[١٠٥].

وهذا القول مثله مروي عن الإمام أحمد فقال : "ما كان سببه الوطء جاز أن يجلد مائة إلا سوطاً لينقص عن حد الزنا، وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به أدنى الحدود"[١٠٦] لكن الحنابلة عندهم أنه لا يزاد على أدنى الحدود إلا في مواضع محددة كما تبين مسبقاً

واستدل هذا الفريق بأدلة متعددة منها:

١. أن رجلاً يقال له عبد الرحمن بن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير τ[١٠٧] وهو أمير على الكوفة فقال: لأقضين فيك بقضاء رسول الله ε إن كانت أحلتها لك جلدتك مائة وان لم تكن أحلتها لك رجمتك بالحجارة فوجدها أحلت ها له فجلده مائة [١٠٨]. فعقوبة أمثاله الرجم حداً لكن زوجته أحلتها له فعقوبته التعزير فبلغ في العقوبة ما يزيد على أدنى الحدود لأنه ضربه مائة جلدة وأدنى الحدود أربعون

٢. وروي كذلك عن سعيد بن المسيب عن عمر τ في أمة بين رجلين وطئها أحدهما يجلد الحد إلا سوطاً واحداً. رواه الأثرم واحتج به أحمد[١٠٩].

٣. أن من يخالف ذلك يؤدي إلى أن من قبّل امرأة حراماً يضرب أكثر من حد الزنا وهذا غير جائز لأن الزنا مع عظمه وفحشه لا يجوز أن يزاد عل ى حده فما دونه أولى[١١٠].

والرأي الراجح في هذا الخلاف : هو قول الفريق الثاني فالآثار الشرعية دالة على صحة قول هذا الفريق ومن ذلك ما ذكرناه سابقا من فعل عمر τ مع معن بن زائدة ومع صبيغ فكلها دالة على أن الضابط في ذلك هو جنس الجريمة ذاتها وليس جنس الجرائم الحدية كلها.

الفرع الثالث : الزيادة على الحد في الجرائم الخارجة عن جنس الحدود.

والمسالة الأخيرة في الزيادة على الحدود فيما لو ارتكب الجاني فعلا ليس من جنس الحد فهل يزاد في الجلد عن الحدود؟ وهنا يرد للعلماء في ذلك قولان:

الأول: لا يجوز، وقال به الحنابلة [١١١] واستدلوا بالحديث الذي ذكرناه آنفا من عدم جواز تجاوز عشر جلدات، وقد رسم له الع لماء طريقا لا يتعارض بها مع غيره من الأحاديث الشريفة.

الثاني: أنه يجوز، وقال به المالكية[١١٢] ومتأخرو الحنابلة[١١٣] لأنه من غير جنس الحدودواستدلوا على ذلك بفعل الصحابة الكرام

١ –فإن عمر بن الخطاب τ جلد معن بن زائدة لما نقش على خاتمه نقش بيت المال فضربه ثلاثمائة جلدة[١١٤].

٢ –وفعل عمر τ مع صبيغ عندما ضربه أكثر من الحد ونفاه وأمر بهجره، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك[١١٥].

ورد أصحاب الفريق الأول على أدلة الفريق الثاني بما يأتي:

أما حديث معن فيحتمل أنه كانت لديه ذنوب كثيرة فأدّب على جميعها، أو تكرر من ه الأخذ أو كان ذنبه مشتملاً على جنايات أحدها تزويره والثاني أخذه لمال بيت المال بغير حقه والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيره وغير هذا[١١٦].

ورد الفريق الثاني على الفريق الأول بأن قول رسول الله ε: "لا تجلدوا فوق عشر في غير حدود الله تعالى"فإنه خلاف مذهبهم فإنهم يزيدون على عشر، والجواب عليه أنه محمول على طباع السلف τ كما قال الحسن: إنكم لتأتون أموراً هي في أعينكم أدق من الشعر إن كنا لنعدها من الموبقات[١١٧]. فكان يكفيهم قليل التعزير ثم تتابع الناس في المعاصي حتى زوّروا خاتم عمر τ. وهو معنى قول عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور[١١٨].

والذي أراه راجحاً ما قاله الفريق الثاني فإن الأدلة في هذا المجال عديدة وقد سار على ذلك كل الحكام والقضاة من زمن النبي ε ومن بعده، حتى صار عرفاً مستقراً.

ولذلك، فالإمام قد وكل الأمر إليه وهو يرى بعين المصلحة للأمة ما يصلحها، وما هو خيرها، وهذا ما يقرره العلماء في أن الأمر موكول للإمام. ويمكن اعتبار أقصى ما نقل من قدر في الجلد حداً أعلى للعقوبة التعزيرية فلا يزاد عليه.

ولا يتصور أن فعل عمر τ يراد به نسخ حكم، بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب[١١٩].

المطلب الثاني : ضابط توخي الغاية من تشريع العقوبة عند تقديرها

الضابط الثاني من ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية والذي يمنع الإمام أو من ينيبه من تجاوزه هو مناسبة العقوبة للجريمة، وتوخي الغاية من تشريع العقوبة، يقول الإمام القرافي: "والإمام يتحتم في حقه ما أدت المصلحة إليه لا أنها هنا إباحته البتة ولا أنه يحكم في التعازير بهواه وإرادته كيف خطر له، هواه أن يعرض عما شاء ويقبل منها ما شاء فهذا فسوق وخلاف الإجماع [١٢٠]. ويقول د. عبد العزيز عامر: "وليس معنى تفويض التعزير إلى القاضي أنه حر في فرض ا لعقاب الذي يراه لكل حالة حسب هواه أو بغير ضابط، بل هو مقيد في ذلك تقييداً دقيقاً بقيد عام هو الا يتجاوز المناسب من العقوبة إلى غيره ويقف عند العقوبة التي تلزم وتكفي لتحقيق أغراض الشارع من فرض عقوبة التعزير وأهمها ردع الجاني وزجره".

وقد ذكر العلماء لهذا الضابط حداً يعرف به أنه تجاوز المناسب أو لم يتجاوزه، وهو ذاته ضابط تحديد فعل المدافع عن ماله أو عرضه في دفع الصائل إن كان متجاوزاً لحد الدفاع الشرعي أو غير متجاوز له. ووجه هذا التشابه أن الإمام أو من ينيبه حاله حال من يدافع عن الأمة من اعتداء الجاني، ودفع ذلك يكون بردعه وزجره، وهذا هو حد المناسبة فإن تجاوز ذلك صار فعله خارجاً عن حد التبرير، فيسأل وقد ينقض حكمه بسبب ذلك، فإن كان الجاني ينزجر بالكلام بحسب ما يتعارفه أهل الاختصاص لم يجز تجاوز الكلام إلى الذي فوقه، وإن كان يندفع وينزجر بالضرب والجلد لم يكن للإمام القتل وهكذا شأنه في سائر التعزيرات، ومن الشواهد على أن هذا الفهم يعد ضابطاً ما يأتي:

يقول المالكية : "التعزير إنما يجوز منه ما أمنت عاقبته غالباً وإلا لم يجز [١٢١]. وقالوا: وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمي حبساً بما فيه ظن الأدب وردع النفس[١٢٢]. وهذا يدل بصراحة على أن القاضي ليس له مطلق الحرية في اختيار العقوبة التعزيرية، وقد فصّل البعض من المالكية في قضية تخيير الإمام في تقدير العقوبة فقال ابن الشاط في حاشيته على الفروق : "إن التخيير في الشريعة لفظ مشترك بين شيئين أحدهما الإباحة المطلقة كالتخيير بين أكل الطيبات وتركها، وثانيهما الواجب المطلق، وتحته نوعان : الأول: انتقال من واجب إلى واجب بشرط الاجتهاد ليؤدي إلى ما تعين سببه وأدت المصلحة إليه فيجب عليه فعله ويأثم بتركه كتصرفات الولاة، والنوع الثاني : انتقال من واجب إلى واجب بهواه وإرادته كيف خطر له، وله أن يعرض عما شاء ويقبل ما شاء من تلك الواجبات[١٢٣].

يقول الحنفية عن العقوبة التعزيرية في أحد الروايتين عندهم : وظاهره أنه ليس مفوضاً إلى رأي القاضي وأنه ليس للقاضي التعزير بغير المناسب لمستحقه"[١٢٤] ويقول ابن عابدين : إن التعزير يختلف باختلاف الأشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضاً إلى رأي القاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه ."[١٢٥] ويقول الزيلعي : التعزير للتأديب ولا يجوز الإتلاف وفعله مقيد بشرط السلامة. [١٢٦]

وعند الشافعية : "وتجب مراعاة الأخف فالأخف كالصيال"[١٢٧].

وعند الحنابلة: أنه إذا كان المقصود دفع الفساد ولم يندفع إلا بالقتل قُتل وحينئذ فمن تكرر منه جنس الفساد ولم يرتدع بالحدود المقدرة بل استمر على الفساد فهو كالصائل الذي لا يندفع إلا بالقتل فيقتل[١٢٨].

أما الرواية الثانية عند الحنفية أن الإمام مفوض بالكلية فيما يعمل وبالتالي لا يتقيد بهذا الضابط ولا غيره.[١٢٩] وقد صرح ابن نجيم في البحر الرائق بهذا الخلاف فقال: "وصرح السرخسي بأنه ليس في التعزير شئ مقدر بل هو مفوض إلى رأي القاضي لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه، ونقل عن بعض

علماء الحنفية قوله : إن التعزير على مراتب أشراف الأشراف وهم العلماء والعلوية[١٣٠] بالإعلام وهو أن يقول له القاضي : إنك تفعل كذا وكذا فينزجر به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقين[١٣١] بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة، وتعزير الأوساط وهم السوقة[١٣٢] بالجر والحبس، وتعزير الأخسة بهذا كله وبالضرب. وظاهره أنه ليس مفوضاً إلى رأي القاضي وأنه ليس للقاضي التعزير بغير المناسب لمستحقه، وظاهر الأول أن له ذلك[١٣٣].

فعلى التقدير الأول لا يحق للمحكوم عليه الطعن في قرار القاضي وحكمه لأن له مطلق الحرية في تقدير العقوبة ، وعلى القول الثاني يحق له ذلك كله إن خالف ضوابط تقدير العقوبة، وهذا هو ثمرة الخلاف.

إلا أن التعارض بين القولين عند الحنفية توسط فيه من يرفع إشكاله ويزيل لبسه فقالوا : ما قاله بعض العلماء لا يكون على إطلاقه فإن أشرف الأشراف إن ضرب غيره فأدماه فلا يكتفى بتعزيره لأنه لا ينزجر بذلك. وقالوا: إن هذا القول بيان لما تضمنه قول السرخسي، فصار حاصل القول بالتفويض إلى رأي الإمام أن ينظر إلى الجناية وإلى حال الجاني فإذا كانت الجناية صغيرة والجاني ذ ا مروءة ممن ينزجر بمجرد الإعلام لا يزاد عليه بخلاف ما إذا كانت جنايته كبيرة كاللواطة وشرب الخمر فإن هذا لا يصدر من ذي مروءة وإن كان من الأشراف فلا ينبغي أن يقال أنه يكفي فيه مجرد الإعلام، لأن نحو العلماء والعلوية يراد بهم من جنايته صغيرة صدرت منه على وجه الزلة والندور والمراد بالمروءة الدين والصلاح[١٣٤].

وهذا التوجيه صحيح لأن القائلين بأن التعزير ليس فيه شيء مقدر لا يقصدون إطلاق يد القاضي في تقدير العقوبة بما يريد بل يتم تقييده بما يحصل به الغرض من تشريع العقوبة، وهاهو الإمام الزيلعي بعد أن قرر أن القاضي له مطلق الحرية وأرجع أمر التقدير لشخص القاضي عاد وقال: "وينظر في أحوال الناس فإن من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير[١٣٥]. فدل على أن الأصل في تقدير العقوبة هو القاضي لكنه بالوقت ذاته مقيد بما يحصّل الغرض من العقوبة وهو الزجر والردع كما تبين.

فلو قرر جلد المعاقب بما يعلم أنه زياد ة على مقدار عقوبته المفترضة جاز اعتراض حكمه، كمن فعل جريمة هينة فقرر جلده تسعاً وتسعين، مع علمه أن فعله لا يعاقب أمثاله بهذه العقوبة كان حكمه باطلا مع ما يستتبع ذلك من أحكام الحكم الباطل . يقول تعالى: [ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوا ت والأرض ومن فيهن][١٣٦]. وبناء على هذا الضابط يرى الفقهاء عدم جواز الصفع في التعزير وحلق اللحية وتسويد الوجه وعللوا ذلك بأنه أعلى ما يكون من الاستخفاف، وكذلك منعوا كشف العورة أو التمثيل في الجسد [١٣٧]. وكل ذلك عائد إلى أن الغاية من التعزير غير متحققة في هذه الصور من العقوبات.

المطلب الثالث: ضابط مراعاة ظروف التخفيف والتشديد عند التقدير

قد ذكر العلماء في باب تقدير العقوبة التعزيرية ضابطاً آخر هاماً وهو أن الإمام أو من ينيبه يقدر العقوبة بعد أن يراعي حال المعاقَب وهذا ما يعرف الآن بالظروف المتعلقة بالجريمة تخفيفاً وتشديداً . وقد نقل اتفاق الفقهاء على هذا الضابط كثير من الفقهاء ومن ذلك قول ابن فرحون : اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد، بحسب الجناية في العظم والصغر وحسب الجاني في الشر وعدمه[١٣٨]. والمراد من إقرار هذه الظروف أن تكون العقوبة مناسبة للجريمة امتثا لاً لقوله تعالى :[وجزاء سيئة سيئة مثلها][١٣٩] وقوله تعالى : [فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم][١٤٠].

وهذه الظروف منها ما هو تقديري فأمره متروك للإمام أو من ينيبه ليقرر وجوده وقدر تأثيره في العقوبة

زيادةً ونقصاً، لكن كل ذلك دون الحدود العليا للتعزير إن كان الفعل من جنس الحدود، وفوق الحدود الدنيا كما سيظهر عند بعض العلماء، ومن هذه الظروف ما هو منصوص عليها فعلى الإمام وجوباً مراعاة هذه الظروف في تقدير العقوبة التعزيرية.

ومن ذلك إن كانت الجريمة تعزيرية وثبت في جنسها من الحدود ما هو ظرف مخفف وجب الأخذ به في الحد فهو كذلك في التعزير يجب الأخذ به، ومثاله الحمل، فإن الحمل ظرف مخفف بالنص لا يسع الإمام أن يغفل هذا الظرف لأنه منصوص عليه فعن معاذ بن جبل، وعن أبي عبيدة ، وعن عبادة بن الصامت ، وعن شداد بن أوس رضي الله عنهم أجمعين أن رسول الله ε قال: "المرأة إذا قَتلت عمدا لا تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً ، وحتى تكفل ولدها وإن زنت لم ترجم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها ".(١٤١) وعن عمران بن حصين τ أن امرأة من جهينة أتت النبي ε وقالت إنها زنت وهي حبلى فدعا النبي ε وليها فقال له: أحسن إليها، فإذا وضعت فجئ بها، فلما أن وضعت جاء بها، فأمر بها النبي ε فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها(١٤٢)" والأدلة في هذا كثيرة ولا يتسع المقام لسردها جميعاً(١٤٣). فهذا ظرف مخفف بالنص ووجه التخفيف فيه أن إقامة العقوبة على الفور أشد من تأخيرها لاحتمال حصول ما يسقط العقوبة؛ فإن كان الجرم ثبت بإقرار فيسقط بالتراجع، والتأخير يشجع على ذلك، وإن كان ثبت بالشهود فقد يتراجع شاهد من الشهود فيسقط الحد عن المشهود عليه إلى التعزير، فوجه التخفيف على هذا محتمل لا متيقن، وهذا ولا شك أخف من انتفاء هذا الاحتمال إذا لم يؤجل التنفيذ . وهذا الظرف مؤثر في الحدود والتعازير على حد سواء، فمن باب أولى أن يؤثر في التعازير لأنه وصف معتبر شرعاً فوجب الأخذ به.

يقول الإمام الماوردي عن التعزير ما نصه"ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله.. وتأديب ذي الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاءة والسفاهة لقوله ε: "أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود"(١٤٤). ويقول ابن نجيم: ولو ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضاً فإنهما يعزران بإقامة التعزير بالبادي منهما لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق(١٤٥).

ومن الظروف كذلك ظروف التشديد، ومثاله العود والتكرار فإن أبا حنيفة يرى التعزير بالقتل فيما تكرر من الجرائم إذا كان جنسه يوجب القتل، كمن تكرر منه اللواط أو اغتيال النفوس لأخذ المال ونحو ذلك . وبمثله يرى ابن تيمية من الحنابلة وقال إن المفسد إذا لم ينقطع شره إلا بالقتل فإنه يقتل (١٤٦). وفي سياق الحديث عن التعازير والمعاصي التي ليس لها حد مقدر يقول : إن العقوبة نوعان أحدهما على ذنب ماضٍ جزاء بما كسب نكالاً من الله... والثاني العقوبة لتأدية حق واجب وترك محرم في المستقبل كما يستتاب المرتد حتى يسلم فإن تاب وإلا قتل وكما يعاقب تارك الصلاة والزكاة وحقوق الآدميين حتى يؤدوها فالتعزير في هذا الضرب أشد منه في الضرب الأول ولهذا يجوز أن يضرب مرة بعد مرة حتى يؤدي الصلاة الواجبة أو يؤدي الواجب عليه(١٤٧).

المطلب الرابع: ضابط عدم النزول في تقدير العقوبة عن أقل قدر مشروع فيها

وهذا الضابط مختلف في تقريره عند العلماء، فهم وإن اتفقوا على أن الإمام له أن يعاقب بما يريده لكن في حالة الجلد جعل بعض العلماء للجلد حداً لا يجوز النزول دونه في التعزيرات . وجاءت أقوال العلماء على النحو الآتي:

الفريق الأول: يرى هذا الفريق أنه لا سبيل إلى تحديد أقل التعزير وبه قال المالكية (١٤٨) والحنابلة(١٤٩). وبعض الحنفية

يقول بعض الحنفية : إن أدنى الضرب على ما يرى الإمام، يقدره بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لأنه يختلف باختلاف الناس (١٥٠). وقالوا في تعليلهم للرأي

الآخر في مذهبهم القائل أن ما دون الثلاث لا يقع به الزجر فقالوا إنما هو لمن يناسبه لما عُلمَ أنه ليس لازماً لاختلافه باختلاف الناس(١٥١).

وقال المالكية: اتفقوا على عدم تحديد أقله، فعندنا هو غير محدد بل بحسب الجناية والجاني والمجني عليه، ونقل ابن فرحون في التبصرة قول المازري في بعض الفتاوى أن تحديد العقوبة لا سبيل إليه عند أحد من أهل المذهب(١٥٢).

وقال الحنابلة: أنه ليس أقله مقدراً لأنه لو تقدر لكان حداً ولأن النبي ε قدر أكثره ولم يقدر أقله فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص(١٥٣).

أما الفريق الثاني: فإنه يرى أن أقله يمكن تقديره وقدروه بالجلد بثلاث جلدات وقال بهذا القول بعض الحنفية(١٥٤).

وقال الحنفية: إن أقل الجلد ثلاث جلدات وأن ما دون الثلاث لا يقع به الزجر(١٥٥).

والراجح في هذا قول الفريق الأول، فإن تحديد أقله كما يراه الفريق الثاني إنما لأن الزجر لا يقع بما دون الثلاث، فلو ثبت بالاستقراء أن الزجر قد يحصل به في بعض الأحوال صارت العقوبة مشروعة، ولذا يمكن القول أن الأقل مضبوط بضابط المناسبة للفعل، فإن عاقب بالثلاث لمن يستحق العشر فقد نزل عن الحد الأدنى للعقوبة في أمثاله، وإن عاقب بجلدتين لمن يستحق اللوم بلا جلد كان متجاوزاً الحد المسموح به في التعزير

الخاتمة وأهم نتائج البحث

خلصت في هذا البحث إلى جمل .ة من النتائج أختم بها بحثي هذا:

١ –التعزير عقوبة يقدرها الإمام أو من ينيبه بضوابط على فعل أو قول ليس فيه حد ولا كفارة ولا قصاص.

٢ –العقوبة التعزيرية لها خصائص تجعلها متميزة عن غيرها من العقوبات الشرعية ومن أهمها أنها في الأصل غير مقدرة ولكنها في ذات الوقت مضبوطة.

٣ –الجرائم التي عقوبتها التعزير والتي هي من جنس الحدود لا يجوز الزيادة في تقديرها على الحد الذي تنتمي الجريمة لجنسه من الجرائم الحدية.

٤ –تجوز الزيادة في التعزير على عشر جلدات.

٥ –تجوز الزيادة عن الحدود في تقدير العقوبة التعزيرية الخارجة عن جنس الجرائم الحدية.

٦ –من ضوابط تقدير التعزير توخي الغاية من تشريع العقوبة عند تقديرها وضابطه ضابط دفع الصيال وحد المناسبة مشترك بينهما.

٧ –من ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية مراعاة ظروف التخفيف والتشديد عند تقديرها.

٨ –ليس هناك حد أدنى للعقوبات التعزيرية بل للإ مام الخيار في تحديد أقله.

والحمد لله رب العالمين

الهوامش:

---

(١) سورة النحل، الآية رقم ٩٠.

(٢) سورة فصلت، الآية رقم ٤٢.

(٣) أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت، ١٩٩٠م، ج٧، ص٣٤٠.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ج ٧، ص ٣٤٠. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي (٨١٧هـ)، القاموس المحيط القاموس المحيط، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة أولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ص٨٧٢. الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، تحقيق: د.مهدي المخزومي، ود . إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج٧، ص٢٣.

(٥) معن بن أوس بن نصر بن زيادة المزني شاعر مجيد فحل من مخضرمي الجاهلية والإسلام . أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت ١٤١٢هـ/١٩٩٢م، ج٦، ص٣٠٧.

(٦) عذافرة: صلبة عظيمة شديدة، وقيل الناقة الشديدة الأمينة الوثيقة الظهيرة . ابن منظور، لسان العرب، ج ٤، ص٥٥٥.

(٧) تخدي: تسرع وتزج بقوائمها . ابن منظور، لسان العرب، ج١٤، ص٢٢٤.

(٨) فنيق: فتية ضخمة، أي كأنها جمل فحل . ابن منظور، لسان العرب، ج١٠، ص٣١٣.

(٩) السوام: جمع سائمة يقال سامت الراعية والماشية رعت حيث شاءت . ابن منظور، لسان العرب، ج ١٢، ص٣١١.

(١٠) السوارحا: أي تسرح وهو المال في المرعى من الأنعام. ابن منظور، لسان العرب، ج٢، ص٤٧٨.

(١١) ابن منظور، لسان العرب، ج٧، ص٣٤٠.

(١٢) د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص٥٨ ومابعدها

(١٣) المرجع السابق..

(١٤) الشيخ محمد التهانوي: هو الشيخ محمد أعلى بن علي الحنفي التهانوي، أحد رجال العلم في الهند، من مؤلفاته، كشاف اصطلاحات الفنون . نزهة الخواطر وبهجة المسامع والنواظر، طبعة الهند الأولى، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، ١٣٧٦هـ، ج٦، ص٢٧٨.

(١٥) محمد علي بن علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج ٥، ص ١١٧٦، ١١٧٧. بدون تاريخ طبع، واسم المطبعة، أو دار النشر.

(١٦)علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم- دمشق، ط٥، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، ص٤٦.

(١٧) البناني، حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، طبعة أولى، مصر ١٢٣١هـ/ ١٩١٣م، ج٢، ص ٢٩٠. السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق : وتقديم محمد مطيع الحافظ، طبعة دمشق الأولى، دار الفكر، ص ١٩٢. أبو بكر عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ، طبعة أولى، ج١، ص٧. أبو البقاء، الكليات، ص٤٨.

(١٨) الندوي، القواعد الفقهية، ص٥١.

(١٩) المرجع السابق.

(٢٠) ابن منظور، لسان العرب، ج ٤، ص ٥٦١. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج١، ص٥٦٣.

(٢١) الفيروزابادي، القاموس المحيط، ج١، ص٥٦٣.

(٢٢) لسان العرب، ج ٦، ص ٢٣٧. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص٥٦٣.

(٢٣) سورة الفتح، الآية رقم ٩.

(٢٤) لسان العرب لابن منظور، ج ٦، ص ٢٣٨. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر ، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار حاشية ابن عابدين، (ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر، طبعة ثانية، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، ج٤، ص ٥٩. ومما ذكره علماء اللغة أن التعزير هو الضرب دون الحدّ، وأنه التوقيف على الحق كما في لسان العرب لابن منظور، ج٤، ص٥٦٢. والقاموس المحيط، ص٥٦٣. وهذا من قول علماء الشريعة لا اللغة لأنه لا يعرف إلا من جهة الشرع كما قال صاحب تحفة المحتاج ابن حجر الهيثمي، وما قاله الشرواني وابن القاسم، انظر : أحمد ابن محمد بن حجر الهي ثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، ج٩، ص١٧٥. عبد الحميد الشرواني، حاشيتي الشرواني، دار الفكر، بيروت، ج٩، ص١٧٥.

(٢٥) عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (وبهامشه حاشية الإمام السلمي)، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت، ط ٢، ج٣ ص٢٠٧. أعيد طبعه بالأوفست، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق . محمد بن فراموز منلاخسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، ج ٢، ص ٧٤، شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، دار إحياء الكتب العربية ، ج٤، ص ٢٠٦. مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية ا لمنتهى، المكتب الإسلامي ، دمشق، ط ١، ١٣٨٠هـ/١٩٦١م، ج٦، ص٢٢٠.

(٢٦) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير شرح الهداية، (ومعه شرح العناية على الهداية للبابرتي، وحاشية سعد الله المشهود بسعدي جلبي)، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط١، ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م. ج٥، ص٣٤٥، ابن قدامة، المقنع، ج٣، ص٤٨٠.

(٢٧) الخطيب، محمد بن أحمد الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م، ج٥، ص٥٢٢.

(٢٨) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٧٧٦ هـ)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، ط١، تحقيق: محمود مطرحي، ج١٨، ص ٣٥٧. تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (٦٥٧هـ)، تكملة المجموع شرح المهذب ، الناشر: زكريا على يوسف ، مطبعة الإمام، مصر.

(٢٩) أحمد وهبة، موجز أحكام الشريعة في التجريم والعقاب، القاهرة، عالم الكتب، ١٩٨٥م، ص٢٠٠.

(٣٠) موفق الدين عبد الله بن أحمد، (ابن قدامة)، المغني، ج١٠، دار إحياء التراث العربي، ٦٢٠هـ/١٢٢٣م، ج٩، ص١٤٨.

(٣١) د.عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، ص٣٦.

(٣٢) أبو بكر السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، ج٤، ص١٦٦.

(٣٣) انظر: أحمد وهبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص٢٠١.

(٣٤) انظر: إبراهيم بن علي اليعمري ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، ج٢ ص٢٨٩

(٣٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج١، ص٨٦.

(٣٦) ابن فرحون تبصرة الحكام، ، ج٢، ص٢٩٤.

(٣٧) إبراهيم بن محمد ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، تحقيق : عصام القلعجي، مكتبة المعارف ، الرياض، ط٢، ١٤٠٥هـ، ج٢، ص٣٣٩.

(٣٨) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٣٦٨هـ/١٩٤٩م مطبعة دار النشر الثقافية بالإسكندرية، ج١ ص٩١.

(٣٩) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٦٠. القرافي، الفروق، ج ٤، ص ١٧٧. والبكري، إعانة الطالبين، ج٤، ص١٦٦. علاء الدين أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني (٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م، الطبعة الثانية، ج٧، ص ٦٤. ابن محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت، لجنة إحياء التراث العربي..

(٤٠) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٧٧.

(٤١) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٤.

(٤٢) محمد بن إسماعيل ال بخاري (٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، دار القلم، بيروت، ١٩٨٧م. المناقب، باب ذكر أسامة بن زيد، ح٣٧٣٣، والبخاري، أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، ح ٣٤٧٥، ومسلم، صحيح مسلم: الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ٢٦١هـ دار إحياء التراث العربي ١٩٥٤هـ. الحدود، باب قطع السا رق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، ح١٦٨٨، والترمذي، سنن الترمذي: الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى سورة الترمذي ٢٧٩هـ دار الكتب العلمية، الحدود، باب ما جاء في كراهية أن يشفع في الحدود، ح١٤٣٠.

(٤٣) البخاري، الزكاة، باب التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، ح ١٤٣٢. والإمام النسائي (٣٠٣هـ)، سنن النسائي، نشر دار إحياء التراث العربي ، الزكاة، باب الشفاعة في الصدقة، ح ٢٥٥٧. أبو داود سليمان بن داوود السجستاني الازدي (٢٧٥هـ)، سنن أبو داود ، المكتبة العصرية ، بيروت، الأدب، باب في الشفاعة، ح٥١٣٢. الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ)، مسند أحمد، مؤسسة التاريخ العربي ، دار إحياء التراث العربي ١٩٩١م، عن أبي موسى الأشعري، ح ١٩٠٨٧، ١٩١٦٨.

(٤٤) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٧٩.

(٤٥) أبو داود، الحدود، باب العفو في الحدود ما لم تبلغ السلطان، ح ٤٣٧٦. النسائي، قطع السارق، باب ما يكون حرزا وما لا يكون، ح٤٨٨٦. والدار قطني، الحدود، بلفظ: اشفعوا ما لم يصل إلى الوالي، فإذا وصل إلى الوالي فعفا فلا عفا الله عنه، ج٣، ص٢٠٤.

(٤٦) أبو داود، الحدود، باب من سرق من حرز، ح ٤٢٢٩. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجة: الحدود، باب من سرق من الحرز، دار إحياء التراث العربي، ح٢٥٩٥. النسائي، قطع السارق، باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته، ج ٨، ص ٦٠، ٦١. الإمام مالك بن أنس، (١٧٩هـ) الموطأ، دار إحياء العلوم، بيروت ١٩٨٨م. الحدود، باب ترك الشفاعة للسارق إذا بلغ السلطان، ح ١٥٧٩. أبو محمد الدارمي(٢٥٥هـ)، سنن الد ارمي، دار الكتاب العربي ، ١٩٨٧م، الحدود، باب السارق يوهب منه السرقة بعدما سرق، ح ٢٢٩٩، وأحمد، ح ٤٨٧٨، ح ٤٨٧٩، ح٤٨٨١.

(٤٧) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص ٢٠٧. الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٥٢٢.

(٤٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ٥٢٢. القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٧٨.

(٤٩) الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٥٢٢.

(٥٠) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٨٣.

(٥١) المرجع السابق.

(٥٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٢٠٧.

(٥٣) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٧٩، ١٨٠.

(٥٤) انظر: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، تحقي ق: محمد عليش، دار إحياء الكتب العربي، دار الفكر– بيروت، ج ٤، ص٣٥٤. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص٢٨٩.

(٥٥) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص١٤٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٣، ص ٢٠٧. منلا خسرو، درر الحكام، ج٢، ص ٧٥. قليوبي وعميره، حاشيتا قليوبي وعميره، ج٤، ص٢٠٧. ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٤٤.

(٥٦) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص١٤٨. النووي، المجموع شرح المهذب، ج١٨، ص٣٥٧. الرملي، نهاية المحتاج، ج٨، ص ٢٠. زين الدين بن عبدالعزيز الملياري، فتح المعين بشرح قرة العين، دار الفكر ، بيروت، ج٤، ص١٦٨. السيد البكري، إعانة الطالبين، ج ٤، ص١٦٨. شرح الشرواني وابن القاسم، ج ٩، ص ١٨٠. ابن قدامة، المقنع، ج٣، ص ٤٨٠. منصور ابن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال ، ج٦، ص ١٢٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص٦٤.

(٥٧) منلا خسرو، درر الحكام، ج٢، ص٧٥.

(٥٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ٥٢٣. قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج ٤، ص ٢٠٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٦، ص ٢٢١. ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٨.

(٥٩) منلا خسرو، درر الحكام، ج٢، ص٧٥.

(٦٠) قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج٤، ص٢٠٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص ٥٢٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢١.

(٦١) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢١.

(٦٢) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ١٤٨. قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج٤، ص٢٠٦. الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ٥٢٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢١.

(٦٣) الهيثمى، مجمع الزوائد، ج ٦، ص ٢٨١. وقال رواه الطبراني وفيه محمد بن الحسين القصاص والوليد ابن عثمان ولم أعرفهما وبقية رجاله ثقات. أحمد بن الحسين بن علي بن أبو بكر البيهقي (٣٨٤-٤٥٨هـ)، سنن البيهقي الكبرى ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤هـ، ج٨، ص ٣٢٧، وقال حديث مرسل ورواه بطرق عدة

(٦٤) القرافي، أنوار البروق، ج ٤، ص ١٧٨. محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، ج ٦، ص ٣١٩. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص٢٩٥.

(٦٥) أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، مكتبة ابن تيمية. ص١٥٦.

(٦٦) النجاشي: اسم يسمى به ملك الحبشة ومعناه الذي يحوش الصيد والمقصود به هنا النجاشي الشاعر وهو قيس بن عمرو بن مالك بن العجلان وسمي بذلك لأنه كان يشبه لون الحبشة. انظر: ابن حجر، الإصابة، ج٦ ص٤٩٣. أحمد بن علي ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، دار المعرفة ، بيروت، ١٣٧٩هـ، ج١٢، ص٧٠. ابن منظور، لسان العرب، ج ٦، ص ٣٥١، ٣٥٢.

(٦٧) روى هذه الحادثة جمع من الفقهاء ومنهم القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٧٨. وابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٦٧. إبراهيم بن محمد ابن مفلح،المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي ، بيروت، ١٤٠٠هـ، ج ٩، ص١٠٤. وفي الفروع لأبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ٧١٧–٧٦٢هـ، دار الكتاب العلمية ، بيروت، ١٤١٨هـ، طبعة١، ج٦، ص١٠٤. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٠٠–١٠٥١هـ)، الروض المربع، مكتبة الرياض الحديثة الرياض، ١٣٩٠هـ، ج٣، ص٣٢٢. وقال ابن حجر في الفتح لا تصح أسانيد شيء في ذلك . ابن حجر، فتح الباري، ج ١٢، ص ٧٠ ولكنه رواها في الإصابة، ج٦، ص٤٩٣.

(٦٨) معن بن زائدة : أمير العرب أبو الوليد الشيباني أحد أبطال الإسلام وعين الأجواد تملك في عهد الأمويين وفي عهد العباسيين. محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط ٩، ١٤١٣هـ، ج٧، ص٩٧. وربما كانت هذه الحادثة منه في مطلع حياته ويدل لذلك أن الحادثة كانت في عهد عمر τ وبعدها تملك في عهد الأمويين والعباسيين وذلك وقت طويل

(٦٩) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٩.

(٧٠) القرافي، أنوار البروق، ج ٤، ص ١٧٨. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ٢٩٩. وابن تيمية، السياسة الشرعية، ص٨١.

(٧١) البخاري، الحدود، باب كم التعزير والأدب، ح ٦٨٤٨. مسلم، الحدود، باب قدر أسواط التعزير، ح ١٧٠٨. الترمذي، الحدود عن رسول الله، باب ما جاء في التعزير، ح١٤٦٣. أبو داود، الحدود، باب في التعزير، ح٤٤٩١. ابن ماجة، الحدود، باب التعزير، ح٢٦٠

(٧٢) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج ٦، ص ٢٢٣. ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٨.

(٧٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٥، ص ٥٢٥، ونقله عن صاحب التقريب.

(٧٤) الليث: بن سعد بن عبد الرحمن الإمام الفقيه الحافظ ولد ٩٤هـ كان فقيه مصر ومحدثها ورئيسها توفي ١٧٥هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٨، ص١٣٦.

(٧٥) إسحاق: بن أبي الحسن إبراهيم أبو يعقوب بن راهويه جمع بين الحديث والفقه أحد الأئمة الأعلام ولد ١٦١هـ وتوفي ٢٣٧هـ صاحب سبعين ألف حديث . أحمد بن محمد ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء الزمان، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الثقافة – بيروت، ١٩٦٨م، ج٣، ص١٢٧

(٧٦) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢٣.

(٧٧) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي– بيروت، ١٣٧٩هـ، ج٢، ص٤٥٤.

(٧٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج٥، ص٥٢٥.

(٧٩) الداودي، أحمد بن نصر الداودي الأسدي من أئمة المالكية بالمغرب بطرابلس الغرب توفي بتلمسان ٤٠٢هـ. العدوي، حاشية العدوي، ج١، ص١٨٦. إبراهيم بن علي ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية– بيروت، ص٣٥.

(٨٠) الصنعاني، سبل السلام، ج٢، ص٤٥٤.

(٨١) محمد بن محمد بن محمد بن حسن ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير في شرح التحرير، الطبعة الكبرى الأميرية، ط ١، ١٣١٦هـ، ط ٢ – ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م، ص٣٥٠. حسن بن محمد بن محمود العطار، حاشية العطار على شرح المحلي على جمع الجوامع، (وبهامشه تقرير للإمام عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع، وهامش الشيخ محمد علي ابن حسين المالكي)، دار الكتب العلمية، ج٢، ص٤٠٥

(٨٢) الترمذي، الحدود، باب ما جاء فيمن يقول لآخر : يا مخنث، ح١٤٦٢. وابن ماجة، الحدود، باب حدّ القذف، ح٢٥٦٨. الدارقطني، سنن الدارقطني، ج ٣، ص١٢٦. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (١٢٦هـ – ٢١١هـ)، المصنف، مصنف عبد الرزاق، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ، ط٢، ج٧، ص٤٢٨، أبو يعلي، معجم أبي يعلى، ص ١٨٨. الطبراني، المعجم الكبير، ج ١١، ص ٢٢٩. ورواه ابن حزم بطريق آخر ولم يحتج به ابن حزم لأنه حديث مرسل. قال أبو عيسى الترمذي في روايته هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وإبراهيم بن إسماعي ل يضعف في الحديث وقد روي عن النبي ε من غير وجه رواه البراء بن عازب وقرة بن إياس المزني.

(٨٣) انظر: ص١٢.

(٨٤) صبيغ: بوزن عظيم بن سهل الحنظلي له إدراك عاقبه عمر τ ثم عفا عنه بعد أن صلح حاله . ابن حجر، الإصابة، ج٣، ص٤٥٩.

(٨٥) الدارمي، سنن الدارمي ، المقدمة باب من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع، ح ١٤٤. القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص ٢٠٥. ابن حجر، الإصابة، ج ٣، ص ٤٥٩ وحكم فيه بصحة الآثار الواردة في ذلك

(٨٦) السياسة الشرعية، ص٨١.

(٨٧) مصنف ابن أبي شيبة، ج٦، ص٥٦٧.

(٨٨) انظر: ص١٢.

(٨٩) انظر: القرافي، أنوار البروق، ج ٤، ص ١٧٨. ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٩.

(٩٠) تبصرة الحكام، ج٢، ص٢٩٩.

(٩١) الشيخ قاسم الأنصاري المعروف بابن ال شاط، إدرار الشروق في أنواء الفروق، ج٢، ص١٧٧. بهامش أنوار البروق في أنواع الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب– بيروت.

(٩٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٩٣) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٩٤) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص ٨٣. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص٣٩٩.

(٩٥) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥، ص٤٤. منلا خسرو، درر الحكام، ج٢، ص٧٥.

(٩٦) منلا خسرو، درر الحكام، ج٢، ص٧٥.

(٩٧) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٨.

(٩٨) قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج٤، ص٢٠٧.

(٩٩) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٨.

(١٠٠) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ١٤٨. الرحيبلني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢٣.

(١٠١) المرجع السابق.

(١٠٢) انظر تخريجه، ص١٢.

(١٠٣) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٩.

(١٠٤) قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج ٤، ص٢٠٧.

(١٠٥) المرجع السابق.

(١٠٦) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٨.

(١٠٧) النعمان بن بشير بن سعد الأنصاري، أبو عبد ا لله، سكن الكوفة وكان يليها لمعاوية ثم خرج إلى الشام فسكنها وولي القضاء وقتل بحمص وكان عاملاً لابن الزبير على حمص . محمد بن حبان البستي التميمي، مشاهير علماء الأمصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٥٩م، ص٥١

(١٠٨) الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج ٦، ص ٢٢٢، ٢٢٣. الطحاوي، أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار ، دار المعرفة. ج٣ ص١٤٥.

(١٠٩) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٨. البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص١٢٣.

(١١٠) المرجع السابق.

(١١١) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ١٤٩. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢٢.

(١١٢) القرافي، أنوار البروق، ج ٤، ص٢٠٥. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص٢٩٩.

(١١٣) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص٨١.

(١١٤) انظر: ص١٢.

(١١٥) انظر: ص١٦.

(١١٦) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٤٩.

(١١٧) البخاري، الرقاق، باب ما يتقى من محقرات الذنوب، ح٦٤٩٢. أحمد، مسند أحمد، ح١٢١٩٣، ح١٣٦٢٥.

(١١٨) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٧٨، ١٧٩.

(١١٩) المرجع السابق، ج٤، ص١٧٩.

(١٢٠) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص١٨٢.

(١٢١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص٢٩٦.

(١٢٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٣٥٤.

(١٢٣) ابن الشاط، إدرار الشروق، ج٤، ص٢٠٩.

(١٢٤) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٤٤، ٤٥.

(١٢٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج٤، ص٦٠.

(١٢٦) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٢١١.

(١٢٧) قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، ج ٤، ص٢٠٦.

(١٢٨) الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج ٦، ص٢٢٣. ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص١٥٦.

(١٢٩) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٢٠٨.

(١٣٠) العلوية: المنسوبون إلى آل البيت من جهة الإمام علي τ زوج فاطمة τ.

(١٣١) الدهاقين: جمع دهقان وهو التاجر وهذه اللفظة فارسية معربة . ابن منظور، لسان العرب، ج ١٣، ص١٦٣.

(١٣٢) السوقة: بمنزلة الرعية التي تسوسها الملوك سموا سوقة لأن الملوك يسوقونهم فينساقون لهم . ابن منظور، لسان العرب، ج١٠، ص١٧٠

(١٣٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥، ص ٤٤، ٤٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٣، ص٢٠٨. منلا خسرو، درر الحكام، ج ٢، ص٧٥. قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق : د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، دار الوفاء – جدة، ط١، ١٤٠٦هـ، ص١٧٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٦٤

(١٣٤) ابن نجيم البحر الرائق، ج ٥، ص ٤٤، ٤٥. منلا خسرو، درر الحكام، ج٢، ص٧٥

(١٣٥) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٣، ص٢٠١.

(١٣٦) سورة "المؤمنون"، الآية ٧١.

(١٣٧) قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، ج ٤، ص ٢٠٦. الرملي، نهاية ا لمحتاج، ج ٨، ص ٢١. ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج ٢، ص ٢٩٩. الماوردي، الأحكام السلطانية، ص٢٩٧

(١٣٨) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج٢، ص٢٨٩.

(١٣٩) سورة الشورى، الآية ٤٠.

(١٤٠) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

(١٤١) ابن ماجة، كتاب الديات، باب الحامل يجب عليها القود، ح ٢٦٩٤، ج ٢، ص ٨٩٨، وروا ته ثقات . وقال مثله مالك في موطأه ولم يرفعه في كتاب العقول، باب عقل الجنين، قال : وإذا قتلت المرأة رجلاً أو امرأة عمداً والتي قتلت حامل لم يقد منها حتى تضع حملها . والطبراني، المعجم الكبير، ج٧، ص٢٨٠

(١٤٢) مسلم، الحدود، من اعترف على نفسه بالزنا، ح١٦٩٤. الترمذي، الحدود عن رسول الله، باب تربص الرجم بالحبلى حتى تضع، ح١٤٣٥. النسائي، الجنائز باب الصلاة على المرجوم، ح١٩٥٧. أبو داود، الحدود باب المرأة التي أمر النبي ε برجمها من جهينة، ح٤٤٤. أحمد، مسند أحمد، ج٤، ص٤٢٩.

(١٤٣) انظر: أسامة الفقير، الظروف المخففة للعقوبة في الفقه الإسلامي، الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.

(١٤٤) أبو داود، الحدود، باب الحد يشفع فيه، ح ٤٢٠٩. الدارمي، الحدود، باب في الشفاعة في الحدود دون السلطان، ح٢٢٠٠. أحمد، مسند أحمد، ج٦، ص١٨١. الدارقطني، السنن، ج ٣، ص٢٠٧. ابن حبان، صحيح ابن حبان، ج ١، ص ٢٩٦، ح ٩٤. النسائي، السنن الكبرى، ج ٤، ص ٣١٠، ح ٧٢٩٣. البيهقي، سنن البيهقي، ج ٨، ص ٢٦٧. الطبراني، المعجم الأوسط، ج٧، ص٣٠٢، ح٧٥٦٢.

(١٤٥) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٥، ص٤٥، ٤٦.

(١٤٦) ابن تيمية، السياسة الشرعية، ص١٥٥.

(١٤٧) المرجع السابق.

(١٤٨) القرافي، أنوار البروق، ج ٤، ص ٢٠٤، ص ١٧٧، ١٧٨.

(١٤٩) ابن قدامة، المغني، ج ٩، ص ١٤٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢٣.

(١٥٠) المرجع السابق.

(١٥١) المرجع السابق.

(١٥٢) القرافي، أنوار البروق، ج٤، ص٢٠٤.

(١٥٣) ابن قدامة، المغني، ج ٩ ص١٤٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج٦، ص٢٢٣.

(١٥٤) منلا خسرو، درر الحكام، ج٢ ص٧٥.

(١٥٥) المرجع السابق.