

في أصول النظام الجنائي الإسلامي دراسة مقارنة

الدكتور
محمد سليم العوا

أستاذ فقه العقوبات المشارك
بجامعة الرياض



دارالمعارف

الناشر : دار المعارف - ١١١٩ كورنيش النيل - القاهرة ج. م. ع.

الإهداء

إلى زوجتي

وإلى فاطمة .. ابنتي

أهدي هذا الكتاب ...

محمد سليم العوا

شكر

لقد ناقشت عدداً من الأفكار والنتائج التي تضمنتها هذه الدراسة مع أستاذى الشيخ محمد مصطفى شلبى ، أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة الإسكندرية . ومع الأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم المستشار بمحكمة النقض المصرية سابقاً ، ومع أستاذى الدكتور عبد الفتاح الصينى أستاذ القانون الجنائى بجامعة الإسكندرية ومع الأخ ، الصادق الود ، الأستاذ محمد الفاتح مدنى ، المستشار القانونى لجامعة الرياض ، الذى تفضل فقرأ مسودة هذه الدراسة .

فإلهم جميعاً أتقدم بشكرى . . .

وأشكر أيضاً الأخوين الأستاذين بشير محمد بشير ، ومحمد صادق لما بذلا من جهد فى نسخ أصول الكتاب على الآلة الكاتبة .

المؤلف

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قُلْنَا يَا نَارُ الْفِرْدَوْسِ اِیْمَانًا اَنْ تُعَذِّبَ وَاِیْمَانًا اَنْ تَخْجِذِیْهِمْ حَسَنًا
قَالَ اَمَّا مَنْ ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُ ثُمَّ نُرْثِیْهِ بِرَبِّهِ فَعَذِّبْهُ وَعْنَا بَا شُكْرًا
وَاَمَّا مَنْ اٰمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُ جَزَاءٌ الْحُسْنٰی وَسَنَقُولُ لَهُ مِنْ اَمْرِنَا اِشْرًا

صدق الله العظيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره . ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له . وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وسلم .
أما بعد .

فإن قانون كل أمة هو أحد مقاييس حضارتها وتقدمها ، وبقدر ما يتوفر للقانون من أصالة ومن صلاحية لتلبية حاجات الأمة ، بقدر ما تكون طاعته والخضوع لأحكامه والتزام أوامره ونواهيه . والقانون في الأمة الإسلامية أصيل أصالة هذه الأمة ذاتها . إذ نزل الوحي على رسول الله ﷺ مقررّاً العقيدة والشريعة معاً ، فلم يقبل الله عز وجل من الناس إحداهما دون الأخرى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) ، وتحكّم الرسول ﷺ لشريعته الذي ارتضى لعباده ، إذ الرسول لا ينطق عن الهوى . والوحي من ورائه يصوبه في اجتهاده إذا كان ثمة ما يحتاج إلى تصويب .

وقد صلح قانون هذه الأمة دائماً لتلبية حاجاتها التنظيمية والتشريعية واتسع فقهه إتساعاً لم تبلغ بعضه النظم القانونية قديمها وحديثها ، وما لجأ إليه المسلمون إلا وجدوا فيه الغناء عن غيره والكفاية عما سواه .

وقد صنع قانون هذه الأمة حضارة لم تبلغ شأوها قبل الحضارات ، وكان منهجه الاستقرار والاستنباطي هو مفتاح المنهج العلمي العصري الذي تقدم من خلاله العالم إلى أعظم ما عرفته البشرية من آفاق الاكتشاف والاختراع ، حيث تحلّف المسلمون حين تنكبوا عن المنهج القويم الذي هو منهجهم القديم .

ولم يقتصر التخلف في العالم الإسلامي على حياة المسلمين المادية فحسب بل تجاوزها ليمتد إلى حياتهم القانونية والفكرية ، فنشأت أجيال متتابعة تدين بالإسلام ولا تطبق قانونه - بل هي تجهله -

وتؤمن ببعض الكتاب - إذ تصح فيها العقيدة وتؤدي العبادة - وتكفر ببعض ، إذ تهمل تطبيق الشريعة أو تنكر إلزامها .

حتى إذا كان النصف الثاني من هذا القرن آتت صيحات المصلحين في الأجيال السابقة ثمارها ، واتجه الصفوة من مثقفي الأمة وجهة جمهورها ، فنادوا بالعودة إلى شريعة الله يحكمونها ، بقدر ما نادوا بالعودة إلى العقيدة يصححونها ، والعبادة يقيمونها .

وكان أثر ذلك في الدراسات القانونية مزيد اهتمام بنظم الإسلام وتشريعاته وفي القوانين المطبقة في العالم الإسلامي اتجاهها نحو تعديلها وتغييرها حتى لا يخالف حكم قانوني قائم تشريع الإسلام . وقد كانت الدراسات القانونية الإسلامية رديحاً من الزمن غير قصير متعة فكرية لا تتجاوز هوائها لتجد طريقها إلى عقول المشتغلين بتطبيق القانون أو تعليمه إلا في النادر القليل الذي يؤكد غربتها في عالم هؤلاء ، وغربتهم في عالمها ، ولكنها اليوم تفرض نفسها فرضاً على الراغبين والكارهين على سواء . تفرض نفسها لأنها مطلب للأمة سجلته في كل مناسبة ، وأعلنته في وثائقها الدستورية في البلاد العربية والإسلامية كلها أو جلها .

وتفرض نفسها لأن القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية قد صدرت بالفعل في بلاد عربية ، وهي في طريقها إلى الصدور بإذن الله في بلاد أخرى .

لذلك كانت هذه الدراسة في أصول النظام الجنائي الإسلامي بعيدة عن أن يكون دافعها لذة البحث العلمي المجرد - على ما فيها من لذة بحث - أو الدعوة إلى تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي وإحياء فقهه فحسب ، على إيماننا بوجود تطبيق هذا التشريع ، وإحياء ذلك الفقه .

وإنما تتوجه هذه الدراسة إلى المشرع والقاضي والفقهاء في الوقت الذي يصدر المشرع فيه القوانين الجنائية - أو يعدلها - على أساس الشريعة الإسلامية . لكي يطبقها القاضي ، ويعنى بشرحها ودراستها الفقهية . من هنا كانت مقدمة هذه الدراسة عرضاً للمحاولات المعاصرة لتطبيق التشريع الجنائي الإسلامي ، ومن هنا كان منهجها - على ما سوف يأتي بيانه - منهج الاجتهاد المحكوم بأصول واضحة ، المتجه إلى غاية محددة . أما أصوله فهي أصول الشريعة ذاتها في القرآن والسنة . وأما غايته فتفسير تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية - موضع البحث هنا - في عالمنا المعاصر .

ولم تتجه هذه الدراسة إلا نحو ما يحقق هذه الغاية من أصول التشريع الجنائي الإسلامي فكان عنوانها دليلاً على ذلك : « في أصول النظام الجنائي الإسلامي » لنختار من هذه الأصول ما يحقق ما نريد .

وإننا لنسأل الله أن يجعل جهدنا كله خالصاً لوجهه ، وأن ينفع به . وأن يكتبه لنا في الصالحات ،

ويتجاوز بفضلله عن الزلات ، ويشب أقدامنا فلا نضل بعد إذ هدانا .
ربنا لا تُزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب .
ولله الحمد رب العالمين .

محمد سليم العوا

الرياض في ٢٩ من ربيع الثاني ١٣٩٨ هـ
الموافق ٧ من أبريل ١٩٧٨ م

المقدمة

المحاولات المعاصرة لتطبيق النظام الإسلامى

١ - تمهيد :

منذ بلغ الفتح الإسلامى للعالم العربى مداه فى القرن السابع الميلادى حلت الشريعة الإسلامية محل القوانين التى كانت مطبقة فى البلاد العربية والتى كان أهمها القانون الرومانى . وكان تطبيق الشريعة الإسلامية يشمل أحكامها المدنية ، أو ما يطلق عليه أحكام المعاملات ، وأحكامها الجنائية التى قسمت أقساماً ثلاثة اختص كل قسم منها بنوع معين من الجرائم والعقوبات : الحدود والقصاص والتعازير .

وبقيت الشريعة الإسلامية مطبقة فى البلاد العربية منذ انتشر الإسلام فيها إلى أواخر القرن التاسع عشر الميلادى وأوائل القرن العشرين حين بدأ صدور المدونات الجنائية الحديثة فى الدولة العثمانية وتوالى بعد ذلك فى غيرها من الدول العربية التى كانت خاضعة لسلطان الخلافة^(١) .

وبصدور قانون الجزاء الكويتى (القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠) فى أعقاب حصول الكويت على استقلالها لم تعد الأحكام الجنائية فى الشريعة الإسلامية مطبقة فى أى بلد عربى اللهم إلا المملكة العربية السعودية والجمهورية العربية اليمنية (اليمن الشمالية) حيث لم تصدر مدونات جنائية فى أى من هذين القطرين . كما انحسرت عن مجال التطبيق العملى أحكام الشريعة فى باقى البلاد الإسلامية - غير العربية - نتيجة خضوع هذه البلاد للاستعمار الأوروبى - وبصفة خاصة الاستعمار الإنجليزى والفرنسى - الذى عمل قبل أى شىء آخر على القضاء على تطبيق الشريعة الإسلامية ، وأحل محلها

(١) انظر فى تفصيل ذلك : محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، القاهرة ١٩٧٠ ، ص ٧ - ١٧ ، على راشد ، القانون الجنائى ، القاهرة ١٩٧٤ (ط ٢) ص ٦٣ - ١٠٢ . وقد درس تطور القانون الجنائى فى الدولة العثمانية قبل صدور مدونتها العقابية الأولى (قانون الجزاء العثمانى ١٨٥٨) الكاتب الإسرائيلى Uriel Heyd فى كتابه :

نظماً قانونية أوروبية ، إنجليزية أو فرنسية^(٢) . وبذلك أصبحت الأحكام الشرعية الإسلامية المطبقة في حياة المسلمين اليومية هي فحسب أحكام ما يسمى بالأحوال الشخصية (الزواج والطلاق وأحكام الأسرة) والميراث والوصية والوقف (في البلدان التي لم يتعرض فيها نظام الوقف للإلغاء) .

٢- القانون الأجنبي فرض على الأمة :

إنه من الخطأ البين الذي قد يصل إلى مرتبة المغالطة الظاهرة أن يقال «إن الأمة المسلمة قد قبلت بغير جهد القوانين الأوروبية المصدر وما زالت تقبلها وترضى بها منذ مائة سنة وحتى الآن»^(٣) . وفي رأينا أن هذا الزعم يتضمن خطأ بيناً أو مغالطة ظاهرة لسببين أولهما أن الأمة لم تقبل القوانين الأوروبية أصلاً ولم ترض بها . بل لقد فرضت عليها هذه القوانين فرضاً دون أن تستشار في شأنها بادئ الرأي ، وثانيهما أن مفكرى الأمة وأهل الرأي فيها لم يزالوا منذ بدأت المحاولات الأولى لفرض القانون الأوربي وحتى اليوم يطالبون بالعودة إلى استقاء التشريعات في البلاد الإسلامية من الشريعة الإسلامية . وذلك هو أيضاً مطلب جماهير المسلمين على تتابع العصور في مختلف أنحاء العالم الإسلامي . ونجمل الحديث في هذين الأمرين فيما يلي :

٢-١- الأمة لم تستشر في فرض القوانين الأوروبية عليها :

كانت مصر أسبق البلاد العربية إلى تطبيق القوانين الأوروبية المصدر وإحلالها محل الشريعة الإسلامية . ويمثل ما حدث في مصر مما يتعلق بكيفية فرض القوانين الأوروبية فيها صورة صادقة لما حدث في غيرها من بلاد العالم العربي والإسلامي ، فالقوانين الأوروبية طبقت أول ما طبقت في مصر في المحاكم المختلطة التي نشأت لحماية سيطرة الأجانب على مصر نتيجة لما سمي بالامتيازات

(٢) أنظر في ذلك : على راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٨ وما بعدها . وأيضاً

J.N. Anderson, Law Reform in the Muslim World, London, 1976 P. 86-88.

ويلاحظ أنه خارج العالم العربي لا يزال الجانب الجنائي مطبقاً بصورة ما في أفغانستان ، كما أنه لا تزال بعض أحكامه (وبصفة خاصة جلد في جريمة شرب الخمر) مطبقة في الجزء الشمالي من نيجيريا بموجب نصوص :

The Northern Nigerian Penal Code (1959).

(٣) تلك حجة يكثر من استعمالها المعارضون لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوطن العربي والإسلامي . وقد أعلنها متبنيها الشيخ سعد جلال أستاذ أصول الفقه في جامعة أم درمان الإسلامية . تعقيباً على محاضرة عامة ألقاها المؤلف في كلية الدراسات الاجتماعية بتلك الجامعة عن نظام التعزير وصلاحيته لبناء النظم الجنائية الحديثة عليه ، وكان ذلك في شهر أكتوبر من عام ١٩٧٧ م . ولا شك أن موقف هذا الأستاذ خريج الأزهر والمتخصص في الفقه والأصول - وموقف أمثاله - مما لا ينقض منه العجب .

الأجنبية التي منحت للرعايا الأجانب في مصر إعفاء من الضرائب المصرية ، وحقاً في المحاكمة المدنية والجنائية أمام المحاكم المختلطة لا أمام المحاكم الوطنية . وقد كان قضاة المحاكم المختلطة في غالبيتهم من الأجانب . وكان القانون الذي تطبقه قانوناً أجنبياً^(٤) .

وحين أراد مجلس النظار (مجلس الوزراء) دراسة الأوضاع القانونية وإعداد القوانين التي تحكم بها المحاكم الأهلية عند إنشائها ألف لجنة (في ٢٧ من يوليو ١٨٨٠) رأسها حسين فخرى باشا ناظر الحقانية (وزير العدل) وضمت في عضويتها :

بطرس غالى بك ، وميخائيل كحيل بك ، وبوريللى بك ، ومسيو آرا ، ومسيو فاشية ، وكل هؤلاء كما هو واضح من أسمائهم أجنب عدا الأول والثاني فهما مسيحيان مصريان . وكان في اللجنة عضوان مسلمان هما قدرى بك ، وعبد السميع أفندى . وكان الأول مستشاراً بالمحاكم المختلطة والثاني قاضياً بمحكمة مصر المختلطة .

وتلت تلك اللجنة لجنة أخرى شكلت في ٧ من نوفمبر ١٨٨١ م وضمت في عضويتها أربعة من أعضاء اللجنة الأولى من بينهم ثلاثة من غير المصريين^(٥) . ومن الواضح أن لجناً هذا هو تشكيلها ، والعنصر الأساسى فيها من غير المصريين لا يمكن أن تعمل إلا لتمكين السيادة الأجنبية في البلاد وتحقيق أغراض أعدائها فيها . فإذا أضفنا إلى ذلك أن هذه اللجنة الثانية لم تتم عملها ، شأنها شأن اللجنة الأولى ، بسبب الاحتلال العسكرى الإنجليزى لمصر في ٩ سبتمبر ١٨٨١ م وأن الحججة التي استند إليها ناظر الحقانية حسين فخرى باشا في مذكرته المؤرخة في ٢٧/١٢/٨٢ والمقدمة إلى مجلس النظار لعدم «وضع قانون مطابق للشريعة الغراء» هي أن «في هذا ما لا يحتاج إلى تعريف من الصعوبات بالنسبة للحالة الجارية بين الأهالى» وليست هذه «الحالة الجارية» إلا وجود الاحتلال البريطانى ، تبين لنا كيف ولماذا قرر مجلس النظار أن «تتبع أمام المحاكم المستجدة القوانين المتبعة الآن أمام المحاكم المختلطة ، على ما هي عليه الآن ، ما عدا قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات فإنه يصير تعديلها بما يكون ملائماً لحالة البلد»^(٦) .

فلم يفرض القانون الأوروبى على المصريين إلا تحت وطأة الاحتلال البريطانى وفي ظل حرايه التي أجهضت الثورة العربية بعد أن كان مجلس النظار في أثناءها قد اتخذ قراراً «بعمل القوانين المطابقة

(٤) الأستاذ عبد الحليم الجندى ، الرئيس الأسبق لإدارة قضايا الحكومة في مصر ، في كتابه نحو تقنين جديد للمعاملات والعقوبات من ألفقه الإسلامى ، القاهرة ١٩٧٣ م ، ص ٧٨ .

(٥) انظر في تفصيل ذلك ، عبد الحليم الجندى ، المصدر السابق ، ص ٧٣ .

(٦) المصدر السابق ، ص ٧٤ - ٧٦ .

للشريعة الإسلامية» (٧).

أما عن نوع القوانين التي طبقتها تلك « المحاكم المستجدة » وعلاقتها بالواقع الاجتماعي والقانوني في مصر فيمكن أن ننقل في ذلك قول أحد المستشارين الإيطاليين في المحاكم المختلطة وهو المستشار مسينا : « اتفق على أن تكون مجموعة القوانين التي تطبقها لائنية ، وعلى ذلك نقلت القوانين الفرنسية واختير المحامي مانورى لدراسة مشروعات القوانين وكان سكرتير اللجنة الدولية المكلفة بدراسة مشروعات الحكومة المصرية لإنشاء المحاكم المختلطة فأتم المهمة في وقت أقل مما يستغرقه وضع كتاب صغير جدًا . فلم يصنع في القوانين الستة التي وضعها إلا أن نقلها بحرفياً مع التركيز وعدم مطابقة مقتضى الحال في البلاد وبغير سبب ظاهر . . . فهذا التقنين ليس تقنياً صنعته مصر وإنما هو مستورد ، وهو عمل شخصي مستعجل ، بل مستعجل جداً ، وواضحه لا تتعدى ثقافته العلمية أو المهنية درجة متوسط » ثم يصف مسينا القوانين ذاتها بأنها « المجمع من هنا وهناك على غير أصول وضع القوانين وفقاً لحاجات الجماعة ومصالحها . . . وإن شبح زعيم المدرسة التاريخية ساقيني لترتعد فرائصه من تصور استيراد أو اقتراض أمة لتشريعاتها» (٨) .

وهكذا كانت القوانين الأوربية الأصل التي طبقت في مصر : قوانين أوصت بتطبيقها لجان نصف تشكيلها أو يزيد من الأجانب ، وقدمت توصياتها ، في ظل الاحتلال الأجنبي ، إلى مجلس نظار لا يمثل أعضاؤه من الأمة إلا ولاء أسوأ عناصرها لجيش الاحتلال وخضوعهم له ، وكلف بوضع هذه القوانين محام أجنبي محدود الثقافة ، وأصدرها مجلس النظار مخالفاً بذلك رغبة الأمة الحقبة التي عبر عنها قرار مجلس النظار إبان الثورة العرابية بإصدار قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية . فهل يمكن بعد أن تبين ذلك أن يقال إن الأمة قد ارتضت هذه القوانين ؟ وهى قد فرضت عليها على غير مشورة منها ، وعلى الرغم من إرادتها ، فكانت - في مختلف مراحل صنعها - تمثل شذوذاً غير مسبوق في تاريخ النظم القانونية كلها .

٢-٢- تطبيق الشريعة الإسلامية مطلب الأجيال :

سبق أن نقلنا في الفقرات السابقة قرار مجلس النظار في أثناء الثورة العرابية بوضع قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية . وبيننا أن الاحتلال البريطاني الذي قضى على هذه الثورة كان السبب المباشر

(٧) المصدر السابق ، ص ٨١ .

(٨) الكتاب الذهبي للمحاكم المختلطة ، ١٩٢٦ م ، ص ٨٣ . ومشار إلى هذا النص في المصدر السابق ، ص ٨٠ - ٨١ .

وأنظر أيضاً : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط (ط-٢) القاهرة ، ١٩٦٤ ، ج ١ ، ص ١٢ .

في عدم تنفيذ قرار مجلس النظار المشار إليه . وليس من شك في أن الثورة العرابية ، في قرارها هذا ، وفي منطقتها كله ، كانت تعبر أصدق تعبير عن ضمير الشعب المصرى ، وتصور أدق تصوير لرغبة أبنائه الذين قاموا بهذه الثورة وقامت بهم .

وقبل نصف قرن من قيام الثورة العرابية كانت رغبة الحكومة المصرية متجهة إلى وضع قوانين مأخوذة من الشريعة الإسلامية غير مقيدة بمذهب معين ، فأصدر محمد علي باشا - عقب استقلاله بحكم مصر - أمره إلى مفتى الإسكندرية الشيخ محمد الجزائري بوضع « تقنين من الشريعة غير مقيد بمذهب معين » (٩) .

ويبدو أن سرعة التطورات السياسية داخل مصر وخارجها قد حالت دون وضع هذا التقنين . فلما أريد إحياء فكرته مرة ثانية عند إنشاء المحاكم الأهلية كان الإحتلال البريطانى لمصر سبباً مباشراً في إخفاق المحاولة وفرض القانون الفرنسى على البلاد .

ولم يترك مفكرو الأمة وقادة الرأى فيها وأهل الاختصاص في مهنة القانون من أبنائها فرصة سنحت لإلوانادوا فيها بالعودة إلى تطبيق شريعة الأصل في مصر : الشريعة الإسلامية .

ولعل من أهم المناسبات التي ارتفع فيها صوت هؤلاء جميعاً بهذا المطلب مناسبة تنقيح القانون المدنى المصرى وإصدار قانون مدنى جديد في سنة ١٩٤٨ . فقد شكل رجال محكمة النقض وشيوخ الجامع الأزهر لجنة قدمت تقريراً لمجلس الشيوخ يحوى اقتراحاتها بصنع قانون مدنى مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وقدمت مع تقريرها نموذجاً للقانون المبتغى هو مشروع كامل لكتاب العقد مستمدة نصوصه من الفقه الإسلامى ، ووازنت بينه وبين ما يقابله في مشروع القانون المدنى .

وقد حفلت نقابة المحامين بعمل هذه اللجنة فأفردت له عدداً خاصاً من مجلتيها « المحاماة » صدر في مارس ١٩٤٨ م - قبل أربعة أشهر من صدور القانون المدنى في يوليو ١٩٤٨ - كما أبدى رأيه مؤيداً هذا النقد رئيس محكمة النقض المفتى الجزائري باشا وعضوها أحمد علوية باشا (١٠) .

وعلى الرغم من انتقاد الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى لعمل هذه اللجنة ، فقد كان هو نفسه قبل أن يكلف بصياغة مشروع القانون المدنى الذى صدر سنة ١٩٤٨ م ، وبعد أن صدر هذا القانون ، من أكبر الداعين إلى الإفادة من الفقه الإسلامى في بناء نظمنا القانونية وهو الذى يقول عن

(٩) عبد الحليم الجندى المرجع السابق ، ص ٨٥ حيث يشير إلى مجلة المحاماة عدد مارس ١٩٤٨ م .

(١٠) انظر في تفصيل عمل هذه اللجنة عدد المحاماة المشار إليه في المتن ، ومؤلف الأستاذ عبد الحليم الجندى المشار إليه سابقاً

ص ٨٤ وما بعدها . وانظر أيضاً : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج١ ص ٨٥ - ٨٩ .

ذلك إنه «أمنية من أعز الأمانى التي تختلج بها الصدور، وتنطوى عليها الجوانح» (١١).
والأستاذ السنبورى هو نفسه القائل «وإني زعيم لكم بأن تجدوا في ذخائر الشريعة الإسلامية من
المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقي الصياغة، وفي إحكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات
وأكثرها تقدماً في الفقه الغربى» (١٢).

وكتب الأستاذ السنبورى في شرح القانون المدنى المصرى، وفي مصادر الحق في الفقه الإسلامى،
ورسالته عن الخلافة باللغة الفرنسية وبجوته المتعددة في المقارنة بين الشريعة وبين غيرها من النظم
القانونية، تدل أوضح دلالة على إيمانه بوجود الاعتماد على الشريعة الإسلامية في بناء النظم
القانونية في الدول الإسلامية. بل لقد دعا صراحة إلى مثل هذا حين نادى بعمل «القانون العربى
الموحد» وجعل أساسه هو الفقه الإسلامى (١٣).

وبمثل ما دعا إليه الأستاذ السنبورى من الاتجاه إلى الأخذ عن الشريعة الإسلامية، نادى كبار
رجال القانون الذين أتاحت لهم دراسة الشريعة الإسلامية سواء كانوا من أساتذة القانون في
الجامعات، أو من المشتغلين بالقضاء أو المحاماة. بل نادى بمثل ذلك أيضاً بعض الأجانب الذين
تولوا في مصر مناصب قضائية مرموقة في ظل نظام الامتيازات الأجنبية والقضاء المختلط، فكانت
دعواهم أن مصر يجب أن تستمد قانونها من تراثها الإسلامى الذى هو «أكثر انفاقاً مع روح البلد
القانونية» (١٤).

ولم يكن مفكرو الأمة وأهل رأى فيها خارج مصر أقل حماساً من إخوانهم في مصر للعمل على
الأخذ من الشريعة الإسلامية في بناء النظم القانونية الحديثة. ولا كانت الظروف التي فرض فيها

(١١) الوسيط، ج ١، ص ٦٠.

(١٢) محاضرة نشرتها الأهرام في ١/١/١٩٣٧ م، ونقل عنها هذا النص - أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي في كتابه الفقه
الإسلامى بين المثالية والواقعية الإسكندرية، ١٩٦٠، ص ٢.

(١٣) في أوائل الخمسينات حين كان يضع القانون المدنى العراقى وبجوته عن الشريعة الإسلامية تمتد بامتداد حياته العلمية كلها
رحمه الله فتبدأ في سنة ١٩٢٦ وتستمر إلى سنة ١٩٥٩ حيث ظهر الجزء الأخير من كتابه عن مصادر الحق في الفقه الإسلامى. ومع
ذلك يهيم البعض بالعداء للشريعة الإسلامية، وبأنه يرمى إلى تحقيق أهداف الاستعمار الغربى، وتبديل الشريعة الإسلامية. انظر:
محمد محمد حسين، حصوننا مهددة من داخلها، ط ٤، ١٩٧٧ م، ص ١٥٨ - ١٦٩.

(١٤) انظر في ذلك: عبد الحليم الجندى، المرجع السابق، ص ٨٤ - ٨٧ حيث يشير بصفة خاصة إلى وجهة نظر الأستاذ بيولا
كازيللى الذى كان رئيساً لإدارة قضايا الحكومة في مصر بين سنة ١٩٢٣ وسنة ١٩٢٦ م.

على أنه ما تجدر ملاحظته أن الاتجاه إلى دراسة الشريعة الإسلامية يأتي - لدى الكثرة من أساتذة القانون - متأخراً، بعد أن تكون
أخضب سنى إنتاجهم العلمى قد أنفقت في دراسة النظم القانونية الأخرى، ويؤثر ذلك بلا شك على عمق عطايم في هذا الجانب
وحجمه وعلى مدى تأثيره في الدراسات القانونية بوجه خاص، وفي مهنة القانون بوجه عام.

القانون الأجنبي في البلاد الإسلامية الأخرى مختلفة كبير اختلاف عن الظروف التي فرض فيها القانون الأجنبي في مصر^(١٥).

٣- محاولات تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية :

كانت النداءات المتكررة لتطبيق الشريعة الإسلامية عاملاً في دفع الدراسات القانونية في الجامعات لتولى وجهها شطر الشريعة الإسلامية ، ونالت كل فروع القانون نصيباً من المقارنة مع الشريعة الإسلامية ، قل أو أكثر ، وكان من بينها للقانون الجنائي نصيب غير ضئيل يظهر جلياً في عدد رسائل الدكتوراه التي قدمت للجامعات المصرية في موضوعات جنائية كان مأخذها ومبناها الأساسي النظام الجنائي الإسلامي كالقصاص والدية ، أو كان من أجزائها الرئيسية مقارنة النظريات الجنائية الحديثة بمبيلاتهما في الفقه الإسلامي .

وكان للتيار الإسلامي العام الذي احتوى في صفوفه كثرة ظاهرة من المثقفين^(١٦) أثر غير منكور في توجيه الرأي العام في مصر - وغيرها من البلاد العربية - نحو وجوب إعمال النصوص الجنائية الإسلامية في واقع الناس ، وفي ظهور عدد من المؤلفات في النظام الجنائي الإسلامي لعل أهمها وأعظمها تأثيراً مؤلف المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة « التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي »^(١٧).

وقد تراكمت آثار هذين العاملين خلال العقود الأربعة الماضية من هذا القرن^(١٨) وكانت الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في المجال الجنائي تجد دائماً تعبيراً عنها - متفاوت القوة والأثر - ولكنها لم تكن أبداً أقوى مما هي عليه في السنوات السبع الأخيرة ، ولم تجد تطبيقاً عملياً لها إلا خلال هذه السنوات وفي عدد من البلاد العربية والإسلامية في وقت واحد. ويبدو ذلك واضحاً في الجهود العلمية المبذولة في هذا السبيل ، وفي التشريعات التي صدرت أو هي في طريقها إلى الصدور. ونجمل الحديث فيما يلي عن كل من هذين الجانبين .

(١٥) انظر مثلاً فيما يتعلق بسوريا مقدمة الأستاذ مصطفى الزرقاء لكتابة القم المدخل الفقهي العام ، ج ١ ط

١٩٦٥ م ، ص ٣-٦ .

(١٦) ونعني هنا على وجه الخصوص التيار الإسلامي الذي أوجدته الجامعات الإسلامية ، وعلى الأخص جماعة الإخوان المسلمين

في مصر والبلاد العربية . ومثلها الجامعة الإسلامية في شبه القارة الهندية .

(١٧) ظهرت الطبعة الأولى من الجزء الأول سنة ١٩٤٩ م وتأخر ظهور الجزء الثاني بسبب الخلاف بين جماعة الإخوان المسلمين

وحكومة الثورة في مصر فطبع أول مرة سنة ١٩٥٧ م وتوالت طبعات الجزأين بعد ذلك فبلغت حتى الآن أكثر من عشر طبعات .

(١٨) ظهرت أول رسالة دكتوراه عن النظام الجنائي الإسلامي سنة ١٩٣٢ وهي رسالة الدية في الشريعة الإسلامية لأستاذنا

الدكتور على صادق أبو هيف .

٤ - الجهود العلمية :

إذا كانت البحوث والدراسات الفردية هي المنهج الذى ساد منذ الثلاثينات فى دراسة النظام الجنائى الإسلامى ولا يزال مستمراً حتى الآن ، فإنه قد ظهر إلى جانبه منهج جديد خلال السبعينات هو المنهج الجاعى فى صورة الندوات العلمية المحدودة أو المؤتمرات العلمية العامة التى تدرس جانباً أو أكثر من جوانب النظام الجنائى الإسلامى .

٤-١- ندوة الدفاع الاجتماعى والشريعة الإسلامية :

وقد افتتحت هذه الندوات بالندوة المحدودة التى دعت إليها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ضد الجريمة فى فبراير ١٩٦٩ وجعلت موضوعها « بين الدفاع الاجتماعى والشريعة الإسلامية »^(١٩) . وقد نوقشت فى هذه الندوة العلاقة بين أحكام التشريع الجنائى الإسلامى ونظريات الدفاع الاجتماعى واشترك فى المناقشة عدد من كبار رجال القانون والشريعة وكان المطلب الإجماعى للمشاركين فى الندوة هو العودة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الجنائية فى البلاد العربية^(٢٠) .

وإذا كانت هذه الندوة تبين اتجاهاً لدى المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى نحو العناية بأحكام الفقه الجنائى الإسلامى ، فإن الأمين العام للمنظمة يعبر عن سياستها فى ذلك أوضح تعبير حين يقرر أنها « إنما تتابع السير على منهاجها الذى اختارته لنفسها ، من إعطاء أولوية خاصة وعناية كبرى لدراسة أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بمبادئ الدفاع الاجتماعى ، سعياً وراء كشف ما تضمنته الشريعة السمحاء من نظم وأوضاع ما زالت شرائع العالم الوضعية تسعى من أجل الوصول إليها أو الاقتراب منها »^(٢١) .

(١٩) والمنظمة المذكورة هى إحدى المنظمات المتخصصة التى تعمل فى نطاق جامعة الدول العربية - وقد صدر عن أعمال هذه الندوة سنة ١٩٧٠ كتاب يحمل عنوانها ويضم ما ألقى فيها من بحوث وخلاصة ما دار فيها من مناقشات .

(٢٠) ممن شارك فى الندوة الأستاذ الشيخ على الحنيف ، والأستاذ الشيخ محمد سلام مذكور أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة ، والأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم المستشار بمحكمة النقض ، والأستاذ على فهمى الخبير بالمركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنائية ، وأدار الندوة الأستاذ الدكتور على راشد أستاذ القانون الجنائى بجامعة عين شمس .

(٢١) من تقديم الدكتور عبد الوهاب العشماوى للعدد الخامس من مجلة المنظمة ، ١٩٧٣م ص ٥ .

٤-٢- المؤتمر الإقليمي لمكافحة المخدرات والمسكرات :

وفي عام ١٩٧٤ م عقد في الرياض بالتعاون بين وزارة الداخلية في المملكة العربية السعودية وبين المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي المؤتمر الإقليمي السادس لدراسة وسائل مكافحة المخدرات والمسكرات ، وكان للجانب الجنائي في التشريع الإسلامي - وخاصة ما تعلق بعقوبة الخمر والمخدرات - نصيب ملحوظ في دراسات الندوة ومناقشاتها .

٤-٣- الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية :

وكانت القاهرة مقراً للحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية التي نظمها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية خلال شهر مايو عام ١٩٧٦ م وكانت موضوعاتها :

١- مبدأ الشرعية بين القانون والشرعية الإسلامية .

٢- المسؤولية الجنائية بين الشرعية الإسلامية والتشريعات الوضعية .

٣- الدفاع الاجتماعي والفقهاء الإسلامى .

٤- الحدود والنظريات المعاصرة في العقوبة .

وقد عقدت هذه الحلقة في مقر المركز القومي للبحوث بالقاهرة وشارك في أعمالها بضعة وعشرون شخصاً من بينهم أساتذة للقانون الجنائي في الجامعات المصرية والعربية وخبراء بالمركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ومستشارون بالمحاكم المصرية^(٢٢)

٤-٤- ندوة تطبيق التشريع الجنائي الإسلامى :

وكانت رابعة الندوات العلمية التي عنيت بالنظام الجنائي الإسلامى الندوة التي عقدت في مدينة الرياض في شهر أكتوبر ١٩٧٦ م وكان موضوعها «تطبيق التشريع الجنائي الإسلامى وأثره في مكافحة الجريمة» . وقد شارك في تنظيم الندوة بالإضافة إلى وزارة الداخلية السعودية ، المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي . وحضرها وشارك في أعمالها عدد من أساتذة الجامعات العربية والسعودية ورجال القضاء والعاملين في مجال مكافحة الجريمة . كما شارك في أعمالها مندوبون عن مكتب مكافحة الجريمة

(٢٢) نشرت مجموعة أعمال الحلقة في عدد خاص من المجلة الجنائية القومية التي يصدرها المركز . ومن بينها تقرير علمي للمؤلف عن الموضوع الرابع من موضوعات الحلقة التي شارك فيها ممثلاً لجامعة الرياض .

ومعاملة المذنبين التابع للأمم المتحدة .

وقدمت في هذه الندوة بحوث علمية شملت مختلف الجوانب الموضوعية والإجرائية في النظام الجنائي الإسلامي ، وكانت توصياتها حاسمة في وجوب العودة إلى تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية (٢٣) .

٤-٥- المؤتمر العالمي الأول للفقهاء الإسلاميين :

وفي شهر نوفمبر من العام نفسه (١٩٧٦ م) شهدت مدينة الرياض أيضاً المؤتمر العالمي الأول للفقهاء الإسلاميين الذي نظمته جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية . وكان من بين موضوعات المؤتمر التي نالت جانباً كبيراً من المناقشات ، واختصت بعدد كبير من الدراسات المقدمة إليه موضوع «الحدود الشرعية وتطبيقها» . وكان من توصيات المؤتمر أيضاً وجوب العودة إلى التطبيق الكامل لأحكام الشريعة الإسلامية - بما في ذلك الأحكام الجنائية - في العالم الإسلامي بصفة عامة .

٤-٦- أسبوع الفقهاء الإسلاميين الخامس :

وعقد المجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية (في مصر) أسبوع الفقهاء الإسلاميين الخامس خلال شهر نوفمبر سنة ١٩٧٧ م في ضيافة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض - أيضاً - وكان أحد موضوعات المؤتمر «درء الحدود بالشبهات» وقدمت في هذا الموضوع بحوث لعدد من أساتذة القانون الجنائي ومن أساتذة الشريعة الإسلامية في الجامعات العربية (٢٤) .

٥- التشريعات الجنائية الإسلامية :

لم تقتصر المحاولات المعاصرة لتطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية على الجهود العلمية في صورتها الفردية والجماعية ، وإنما امتدت إلى نطاق التطبيق العملي لهذه الأحكام أو - بتعبير أدق - لبعض هذه الأحكام ، في عدد من البلاد العربية خلال العقد الماضي والحالي من هذا القرن . ونعرض في

(٢٣) مجموعة أعمال هذه الندوة تحت الطبع الآن ، ومن المنتظر أن تظهر باللغتين العربية والإنجليزية في وقت واحد .
(٢٤) من بينها بحث للأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى (العميد الأسبق لكلية الحقوق بجامعة القاهرة) قابل فيه بين قاعدة درء الحدود بالشبهات وقاعدة أن الأصل براءة المتهم ، وبحث للأستاذ الدكتور محمد محي الدين عوض (عميد كلية الحقوق بجامعة المنصورة) عرض فيه لطرق الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية وما يقابلها في القوانين المطبقة في البلاد العربية ، ولوضع قاعدة درء الحدود بالشبهات من هذه الطرق .

الفقرات التالية لما صدر من تشريعات جنائية تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولما لا تزال محاولات صدوره قائمة وإن لم يصدر بعد .

٥-١- في دولة الكويت :

كانت الكويت أسبق الدول العربية إلى تقنين بعض أحكام الشريعة الإسلامية فأصدرت القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٤ م بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ . وأضاف القانون الجديد إلى قانون الجزاء الكويتي المواد ٢٠٦ (أ) و ٢٠٦ (ب) و ٢٠٦ (ج) كما عدل نص المادة ٢٠٦ . وبموجب هذا التعديل أصبحت عقوبة جلب الخمر أو أى شراب مسكراً أو استيرادها أو صنعها بقصد الاتجار هي الحبس لمدة لا تزيد على عشر سنوات . (م/٢٠٦) .

أما إذا لم يكن الجلب أو الاستيراد بقصد الاتجار أو الترويج فيعاقب الفاعل بغرامة لا تتجاوز مائة دينار ، فإذا عاد إلى هذا الفعل تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ستة شهور وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين . (م/٢٠٦) .

وأضيف حكم خاص بعقاب «كل من باع أو اشترى أو تنازل أو قبل التنازل أو حاز بأى صورة كانت بقصد الاتجار أو الترويج خمراً أو شراباً مسكراً» بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ٣٠٠ دينار (م/٢٠٦) .

وعاقبت المادة (٢٠٦ ب) على تعاطي الخمر أو أى شراب مسكراً في مكان عام أو في ناد خاص ، وعلى إقلاق الراحة بسبب تناول الخمر ، كما عاقبت كل من وجد في حالة سكرتين بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور وبغرامة لا تتجاوز خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وعرضت المادة (٢٠٦ ج) لحالة العود فأجازت تشديد العقوبة بشرط ألا تتجاوز عقوبة الحبس ضعف الحد الأقصى المنصوص عليه في المواد السابقة أو خمس عشرة سنة .

وقد كان صدور القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ م في الكويت استجابة لرغبة شعبية واضحة عبرت عنها الأمة بجميع فئاتها قبل إصدار القانون وبعده ، ولعله كان من دوافع تحرك الرأي العام الكويتي في هذا الاتجاه ما لوحظ من نفشى ظاهرة تعاطي المسكرات والاتجار فيها في ظل النص الأصلي للمادة ٢٠٦ من قانون الجزاء الكويتي ، والذي لم يكن يقرر عقاباً إلا لتعاطي الخمر في مكان عام . ولم تستطع المعارضة التي أبدتها بعض العناصر - حتى داخل مجلس الأمة الكويتي - أن تقف في وجه الرغبة الشعبية الواضحة ، فصدر القانون ليكون أول استجابة للشريعة الإسلامية ، بعد أقل من أربع سنوات من العمل بقانون الجزاء الجديد . وقد يعترض البعض على العقوبات التي قررها المشرع

الكويتي للتأجير في الخمر وتعاطيها بأنها لا تطابق ما قرره جمهرة الفقهاء عقوبة لشرب الخمر. وسوف تأتي في فصل لاحق من هذه الدراسة مناقشة تفصيلية لهذه المسألة.

٥-٢- في ليبيا (٢٥) :

في أول سبتمبر سنة ١٩٦٩ قامت الثورة الليبية التي ألغت النظام الملكي واستبدلت به النظام الجمهوري. وقد أعلن البيان الأول للثورة حرصها على «المثل الروحية النابعة من كتابنا المقدس القرآن الكريم».

وأنتج النظام الجديد في ليبيا بيانه الأول بعدد من قرارات مجلس قيادة الثورة التي تترجم عن اتجاهها إلى تطبيق الشريعة الإسلامية، يعيننا منها هنا القرار الخاص بحظر شرب الخمر وتداولها في ليبيا وفرض العقوبات لمخالفة هذا الحظر (٢٦).

وفي ١١ من أكتوبر سنة ١٩٧٢ م أصدر مجلس قيادة الثورة في ليبيا قراراً معدلاً لأحكام قانون العقوبات الليبي يقضى بأن تطبق في شأن جرائم السرقة والحراقة عقوبة الحد المقررة شرعاً لكل منهما. وقد تضمن القرار تقنياً لأحكام هاتين الجريمتين وعقوباتهما على أساس من الشريعة الإسلامية ولم يلتزم المشرع الليبي في صده مذهباً فقهياً معيناً (٢٧).

وفي ٢٦ من نوفمبر ١٩٧٣ م صدر القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ مقررًا تطبيق عقوبة الزنى المقررة في الشريعة الإسلامية (٢٨).

وقد صدر عدد من القوانين غير الجنائية المأخوذة من الشريعة الإسلامية من بينها قانون الزكاة في ٢٨ من أكتوبر ١٩٧١ م. كما أعدت مشروعات لعدد من القوانين لم تصدر بعد.

وكانت القوانين الجنائية المشار إليها ثمرة جهود لجان مراجعة القوانين وعلى رأسها اللجنة العليا لمراجعة التشريعات. وقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة في ليبيا بتشكيل هذه اللجنة ولجان مراجعة القوانين في ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٧١ م، وقد نص هذا القرار في المادة الثانية منه على أن تتولى هذه

(٢٥) اسمها الرسمي الآن: الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية. وسوف نستعمل اسم ليبيا اختصاراً.
 (٢٦) صدر هذا القرار من مجلس قيادة الثورة في سبتمبر ١٩٦٩ م وكان جزاء مخالفته الحبس شهراً. ثم زيدت العقوبة عام ١٩٧٣ م فأصبحت الحبس ثلاثة أشهر بدلاً من شهر واحد.
 (٢٧) نشرنا تعليقا موجزا على أحكام هذا القانون في العدد ٦، ٧ لسنة ١٩٧٣ م من مجلة الفكر الإسلامي التي تصدرها دار الإفتاء في لبنان. وسوف نعرض لأحكامه عند بحث جرمي السرقة والحراقة في موضعه من هذه الدراسة.
 (٢٨) جعل هذا القانون العقوبة واحدة هي الجلد فقط سواء كان الزاني محصناً أو غير محصن. وسوف ناقش هذه القضية تفصيلاً ومذهب القانون فيها عند بحث جريمة الزنى وعقوبتها.

اللجان « حصر واستظهار ما يناقض الأحكام القطعية والقواعد الأساسية للشريعة الإسلامية والعمل على إزالة هذا التناقض بإعداد تشريعات بديلة أخذاً من مختلف المذاهب مع تخير أسير الحلول حسبها تقتضيه المصلحة العامة ومع مراعاة ما جرى عليه العرف في البلاد. » .

ونصت المادة الرابعة من هذا القرار على أن تتولى اللجنة العليا « وضع القواعد والأسس التي تراعى في مراجعة التشريعات . . . وتنظر فيما تنتهى إليه تلك اللجان من مشروعات ومقترحات وتتولى مراجعتها ووضعها في صيغتها النهائية » (٢٩) .

ويشير رئيس اللجنة العليا لمراجعة القوانين في ليبيا - المستشار على على منصور - إلى أن عقبات ومعوقات قد اعترضت سبيل اللجنة ومنعتها من إتمام عملها وأوقفت صدور القوانين الإسلامية التي أعدت اللجنة مشروعاتها بالفعل . ولكنه لايفصل هذه العقبات والصعوبات ويكتفى بالإلماح إليها . (٣٠) وقد كان القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ والخاص بإقامة حد الزنى هو آخر ما صدر - فيما نعلم - من القوانين الجنائية المستمدة من الشريعة الإسلامية في ليبيا .

٥ - ٣ - في مصر :

بيئاً فيما تقدم كيف أن رجال القانون وعلماء الأزهر في مصر لم يتوقفوا طوال ما يقرب من مائة عام - منذ صدور أول مدونة عقابية مصرية - عن المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية بدلا من القوانين الأوربية .

ويعيننا هنا أن نشير إلى الجهود المبذولة في مصر خلال السنوات الأخيرة لتعديل قوانينها الجنائية بما يتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية .

فإن صدر الدستور الدائم لجمهورية مصر في ١١ من سبتمبر سنة ١٩٧١ ونص في مادته الثانية على أن « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » وجد المعبرون عن رأى الأمة ورغبتها في تطبيق الشريعة الإسلامية سنداً دستورياً لهذا الرأى وهذه الرغبة (٣١)

وقد تعالت الأصوات داخل مجلس الشعب المصرى ولجانه المختلفة ، وبين مختلف فئات الشعب المصرى بضرورة تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية وقدم عدد من أعضاء مجلس الشعب مقترحات في

(٢٩) نص القرار منشور في صحيفة الرائد الليبية عدد ١٣٠٧ بتاريخ ١٠ رمضان ١٣٩١ هـ - ٢٩ أكتوبر ١٩٧١ م .

(٣٠) في مقدمة كتابه نظام التجريم والعقاب في الإسلام ، ط ١ سنة ١٩٧٦ م ص ١٨ - ١٩ .

(٣١) انظر عبد الحلیم الجندي ، المرجع السابق ذكره ، ص ١٥٣ ومؤلف الدكتور عبد الحميد متولى : الشريعة الإسلامية كمصدر

أساسي للدستور ، الإسكندرية ، ١٩٧٥ م .

هذا الخصوص كان من أهمها المشروع المقدم من المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق (٣٢) وقد كان هذا المشروع يتضمن اقتراحاً بتعديل أحكام قانون العقوبات المصرى بحيث يصبح مطابقاً لأحكام الشريعة الإسلامية . وتقرر المذكرة الإيضاحية للمشروع أنه جاء استجابة « للرجبة الصادقة التى انبعت من بين جماهير الشعب التى تنادى بضرورة أن تكون الشريعة الإسلامية أساساً لقوانيننا » (٣٣)

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع عن المنهاج الذى اتخذته للتعديل « ... لم نهدم قانون العقوبات هدماً ، ولم نطع به إطاحة ، بل عمدنا إلى نصوصه المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ولا يزيد عددها عن ست وخمسين مادة والتي تبعد به عن نصها وفحواها فاستلناها منه - كما يستل المرض الخبيث من الجسم العليل - وكررنا عليها بالأحكام الشرعية بما لا يزيد عن أربع وأربعين مادة لتكون القلب النابض والعقل الناضج الذى يعيد إليه الحياة بعد طول ممات » وتضيف المذكرة الإيضاحية أن المشروع « لا يقرر إلا ما اتفق عليه الفقهاء معتبراً اختلافهم شبهة يندرى بها الحد ليحل محله التعزير » (٣٤)

وقبل أن يقدم المشروع المذكور إلى لجنة الاقتراحات بمجلس الشعب كان وزير العدل المصرى - المرحوم المستشار عادل يونس - قد أصدر قراراً بتشكيل لجان لتعديل القوانين المصرية لتتلاءم وأحكام الشريعة الإسلامية وخص القرار بالذكر قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية (٣٥) . وفى ٧ من يناير ١٩٧٦ م أصدر شيخ الأزهر - الشيخ عبد الحلیم محمود - القرار رقم ٣ لسنة ١٩٧٦ م بتشكيل لجنة عليا لمراجعة التشريعات الوضعية وتعديلها بما يتفق مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية . وقد بدأت اللجنة عملها بإعداد مشروع قانون الحدود الشرعية ومذكرته الإيضاحية . وقدم المشروع إلى لجنة الاقتراحات بمجلس الشعب المصرى ، كما طبع مع مذكرته الإيضاحية ووزع على عدد كبير من المهتمين بمحتواه وخاصة أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين .

(٣٢) توفى رحمه الله بالقاهرة فى ١٣/٧/١٩٧٧ م ، وقد سقط المشروع المشار إليه بوفاته مقدماً طبقاً للائحة الداخلية لمجلس الشعب المصرى . وقد كان هذا المشروع موضع نقاش بيننا وبين الصديق العزيز الأستاذ الدكتور السيد على السيد وكيل مجلس الشعب فى لقاء بمكتبته بالقاهرة يوم ١٤/٩/١٩٧٧ م وعدنى خلاله بتبني المشروع المذكور .

(٣٣) ص ٤ من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون (على الآلة الكاتبة) . وقد كانت الرجبة الشعبية الأولى - بين ثلاثين رجبة تلقها اللجان التى طافت أنحاء مصر عند اعداد مشروع الدستور الدائم فى يونيو - يوليو ١٩٧١ م - هى أن ينص على اعتبار الشريعة الإسلامية هى المصدر الأول للتشريعات . انظر فى ذلك ، عبد الحلیم الجنيدى ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .

(٣٤) ص ٦٥ من المذكرة الإيضاحية . وسوف نشر إلى الأحكام التفصيلية للمشروع فى موضعها .

(٣٥) أشارت إلى هذا القرار المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المذكور ، ص ٤ .

ولم ينشر بعد - فيما نعلم - ما انتهت إليه اللجنة التي شكلها وزير العدل من مشروعات القوانين . ولم ينظر مجلس الشعب المصرى حتى الآن (أبريل ١٩٧٨ م) أيًا من مشروعات القوانين المعدة أساساً تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية برغم أن بعضها مدرج بالفعل في جدول أعمال المجلس منذ زمن ليس بالقصير .

٥ - ٤ - في السودان :

في ٨ من مايو ١٩٧٣ وافق رئيس جمهورية السودان على الدستور الدائم الذى أجازته مجلس الشعب السودانى في ١١ من أبريل ١٩٧٣ م .

وقد نصت المادة التاسعة من هذا الدستور على أن « الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع والأحوال الشخصية لغير المسلمين يحكمها القانون الخاص بهم » . ونصت المادة ١٦ من الفقرة (أ) على أنه « في جمهورية السودان الديمقراطية الدين الإسلام ويهتدى المجتمع بهدى الإسلام دين الغالبية وتسعى الدولة للتعبير عن قيمه » (٣٦)

وفي ٢٣ من مايو ١٩٧٧ م صدر القرار رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٧٧ م من نائب رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء في ذلك الوقت - السيد الرشيد الطاهر بكر - والخاص بتشكيل لجنة لمراجعة القوانين السارية في البلاد حتى تتناسب مع تعاليم الدين الإسلامى .

وقد جاء في مقدمة هذا القرار أنه صدر تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية - الرئيس جعفر محمد نميرى - بتاريخ ٢٨/٤/١٩٧٧ م

ونص القرار على تكوين لجنة عامة من ثمانية عشر عضواً بعضهم من كبار رجال القانون في السودان وبعضهم من الشخصيات العامة والوزراء . وحصر اختصاص اللجنة العامة في مناقشة ماتتوصل إليه اللجنة الفنية من بحوث ودراسات ومشروعات قوانين . وفي إقرار ماتراه مناسباً من آراء ومقترحات ومشروعات قوانين تحقيقاً لمهمة اللجنة الأساسية وهى تعديل القوانين السارية لتتشمى مع قواعد الشريعة الإسلامية .

(٣٦) كان مشروع الدستور المقدم للجمعية التأسيسية في يناير ١٩٦٨ م من اللجنة القومية للدستور في السودان يتضمن نصاً على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الأساسى لقوانين الدولة (م/١١٣) وعلى بطلان كل نص يخالف لأى حكم من أحكام الكتاب والسنة فى أى قانون يصدر بعد إجازة الدستور (م/١١٤) وعلى أن تصدر الدولة القوانين التى تنفذ بها أحكام الشريعة تدريجياً ، والى تلغى بها القوانين التى تعارض أحكام الكتاب والسنة أو تعلقها (م/١١٥) .

ونص القرار كذلك على تشكيل لجنة فنية من أعضاء سودانيين وأعضاء غير سودانيين ، (٣٧) وحددت اختصاصات اللجنة الفنية بما يلي :

١ - إعداد الدراسات المستمدة من قواعد الشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء حول تنظيم المعاملات بين الأفراد والمؤسسات وغيرها مما يتناول الحقوق والواجبات وقواعد الإثبات في جميع فروع القانون .

٢ - إعادة النظر في جميع القوانين السارية في السودان لمعرفة مايتعارض منها مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها . (٣٨)

وقد افتتحت أعمال اللجنتين باجتماع عام ألقى فيه رئيس الجمهورية كلمة بين فيها تصوره لعمل اللجنة . كما ألقى رئيس القضاء ورئيس اللجنة العامة السيد خلف الله الرشيد كلمة عرض فيها محاولات تعديل القانون السوداني ، وأعلن أن تشكيل اللجنة الحالية إنما يأتي تطبيقاً لما نصت عليه المادة التاسعة من الدستور السوداني .

وقد توالى بعد ذلك أعمال اللجنة الفنية حيث أنجزت مشروع قانون حظر الخمر ، ومشروع قانون أصول الأحكام القضائية ، ومشروع قانون حظر الفوائد الربوية في القروض الاستهلاكية ، ومشروع قانون صندوق الزكاة ، ومشروع قانون القروض التعاونية والاستهلاكية . (٣٩)

كما أنجزت اللجنة الجزء الخاص بإعادة النظر في جميع القوانين السارية في السودان وحددت مواضع تعارضها مع الشريعة الإسلامية تمهيدا لتعديلها . وأعدت اللجنة دراسة مطولة عن قانون أمن الدولة السوداني . وجميع أعمال اللجنة الفنية معروضة الآن على اللجنة العامة ليرفع ماتقره منها إلى السلطات المختصة في السودان لإصداره .

(٣٧) ضمت اللجنة من السودانيين الدكتور حسن عمر (النائب العام) ، الدكتور صديق محمد الضرير (أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم) والدكتور محمد الفاتح حامد (عميد كلية الحقوق بجامعة الخرطوم) والدكتور حسن الراي (العميد الأسبق لكلية الحقوق بجامعة الخرطوم) والسيد علي محمد العوض (وكيل ديوان النائب العام) . كما ضمت من غير السودانيين الدكتور إبراهيم زيد الكيلاني والدكتور محمد صقر (الأستاذان بجامعة عان بالأردن) وعلى علي منصور (المستشار السابق بمجلس الدولة المصري) والأستاذ محمد سلام مذكور (أستاذ الشريعة بجامعة القاهرة) والدكتور محمد سلم العوا (الأستاذ بجامعة الرياض) . وقد اعتذر الأربعة الأولون من هؤلاء عن المشاركة في أعمالها . كما أضيف إليها المستشار جميل بسويو المستشار بمحاكم الاستئناف في مصر ، والدكتور جعفر شيخ إدريس أستاذ الدراسات الإسلامية بجامعة الرياض (أستاذ الفلسفة بجامعة الخرطوم سابقاً) وهذا التعدد في أوطان أعضاء اللجنة الفنية مظهر من مظاهر الوحدة القانونية التي لا يحققها في البلاد العربية سوى العودة إلى الشريعة الإسلامية ، حيث يجتنب في ظلها كل تعصب إقليمي أو قومي .

(٣٨) الفقرة الرابعة من قرار تشكيل اللجنة .

(٣٩) سوف تأتي الإشارة إلى بعض الأحكام التفصيلية في مشروعات القوانين المذكورة في مواضعها من هذه الدراسة .

ومن المقرر أن تنتهى اللجنة الفنية من أعمالها بنهاية شهر أغسطس سنة ١٩٧٨ م. وعلى الرغم من اعتراض بعض المجموعات - أو القوى السياسية - السودانية على لجنة تعديل القوانين السودانية ومهاجمتها لها فإن الاتجاه الغالب في رأى العام السودانى يؤيد عمل اللجنة. وقد ظهر ذلك جلياً في انتخابات مجلس الشعب التى أعلنت نتائجها في فبراير ١٩٧٨ م. (٤٠)

٥ - ٥ - في دولة الإمارات العربية المتحدة :

في شهر أبريل سنة ١٩٧٧ م أصدر رئيس دولة الإمارات العربية المتحدة الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان - قراراً بإحالة جميع قضايا السرقة إلى المحاكم الشرعية بدلا من إحالتها إلى المحاكم المدنية. وبأن يكون الحكم فيها على أساس الشريعة الإسلامية. وقد نص على أن يسرى هذا القرار على القضايا المنظورة فعلا أمام المحاكم والتي لم يصدر فيها حكم بعد. (٤١)

وفي شهر مارس من هذا العام ١٩٧٨ م نشرت مجلة أكتوبر المصرية أن رئيس دولة الإمارات العربية قد أصدر قراراً بتشكيل لجنة عليا لمراجعة القوانين في الدولة وتعديلها بما يتفق مع الشريعة الإسلامية. وأن المستشار على على منصور قد عيّن رئيساً لتلك اللجنة.

وبرغم أن المعلومات الكاملة عن تشكيل هذه اللجنة وخطة عملها لم تتوفر بعد، فإنه من المتصور ألا تخرج في ذلك عن مثيلاتها في البلاد العربية الأخرى، وخصوصاً اللجنة التي شكلت في ليبيا، وذلك لسببين: أولهما أن مذهب الإمام مالك السائد في ليبيا هو نفسه المذهب السائد في دولة الإمارات، وظروف الحياة في البلدين وخاصة الظروف الاقتصادية والاجتماعية متشابهة. وثانيهما أن اختيار المستشار على على منصور لرئاسة هذه اللجنة في دولة الإمارات يوحى بالرغبة في تطبيق المنهج الذى وضعه في ليبيا وحاول تطبيقه فيها موضع التنفيذ في دولة الإمارات العربية المتحدة. (٤٢)

(٤٠) انظر مثلا من هذه الاعتراضات في العدد رقم ١١ من المجلد الثاني الصادر في نوفمبر ١٩٧٧ م من مجلة Sudan Now التى تصدر في الخرطوم ص ١٤. والقوى السياسية المعارضة لتطبيق الشريعة الإسلامية في السودان هي الشيوعيون، والحزب الجمهورى الإسلامى! بقيادة محمود محمد طه وبعض الجنوبيين.

(٤١) تطبيق المحاكم الشرعية في دولة الإمارات مذهب الإمام مالك بن أنس رضى الله عنه.
(٤٢) من المدير بالذكر أن دولتين غير عربيتين تتجهان الآن نحو تطبيق الشريعة الإسلامية، وهما باكستان ونيجيريا. غير أن تفصيل ما يجرى في هاتين الدولتين يخرج عن نطاق هذا البحث من جهة، وهو لا يخرج في مجمله عما أشرنا إليه في الدول العربية من جهة أخرى.

٦ - المنهج والغاية :

إن التغييرات التشريعية التي أشرنا إليها في البلاد العربية سواء منها ما وجد سبيله إلى الصدور في صورة قوانين ملزمة ، أو ما هو في سبيله بعد للوصول إلى هذه المرحلة كانت بلا شك استجابة طبيعية لمطلب شعبي في جميع البلاد العربية والإسلامية .

وكانت من جهة أخرى نتيجة لدعوة متكررة من جانب الفقه إلى العودة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذه البلاد . وقد حمل لواء الدعوة الفقهية عدد غير قليل من أساتذة القانون ، ومن علماء الشريعة الإسلامية كانت جهودهم في دراسة التشريع الجنائي الإسلامى رائدة في تمهيد الطريق لهذه الدراسة بحيث يتسع نطاقها ويكثر المهتمون بها ، ومن ثم يزداد أثر الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية ليشمل من الأمة كل فئاتها ، فتنجح تلك الدعوة في عالم الواقع العملي آثارها بعد أن أبرز البحث العلمي في مجال الدراسات النظرية فائدتها ولزومها .

على أن تلك الدراسات للتشريع الإسلامى في جوانبه الجنائية وفي غيرها من الجوانب قد اصطدمت بعاملين معوقين : أولهما التطبيق المحدود في الواقع للأحكام الإسلامية ، بحيث أصبحت الدراسة لهذه الأحكام خارج نطاق المعمول به منها دراسة لا يعنى بها في الغالب إلا المشتغلون بالدعوة الإسلامية العامة - بما يطبع اهتمامهم عادة من ميل إلى العمومات وبعد عن المنهج العلمى الدقيق - وقلة من الباحثين المتخصصين الذين دفعتهم إلى دراسة الشريعة الإسلامية عقيدة في أفضليتها على النظم القائمة ، أو رغبة في البحث العلمى المجرد تتجه نحو الجدة والابتكار . وطبيعى أن يضيق مجال انتشار هذين النوعين من الدراسة بقدر بُعد موضوعها عن الحياة العلمية .

وكان العامل الثانى الذى عاق تقدم الدراسات القانونية الإسلامية هو ذلك الرأى الذى انتشر بين عدد كبير من المهتمين بقضايا الإسلام والذى مضمونه أن العمل في المجال الإسلامى يجب أن يكون مقصوراً - في المرحلة التى تمر بها الأمة المسلمة الآن - على الدعوة إلى العودة إلى تحكيم الإسلام في حياة الناس بإقامة حكومات (إسلامية) في أرجاء العالم الإسلامى . ولا يجوز - عند أصحاب هذا الرأى - أن يعنى المسلمون بشىء وراء ذلك من قضايا المجتمع المعاصر ومشكلاته ، اقتصادية أو سياسية أو تعليمية أو قانونية .. لأن تلك المشكلات والقضايا لم تنشأ في ظل تطبيق نظم الإسلام ، وهو من ثم لا يسأل عنها ولن يتحمل نتائجها ، وسوف يتكفل بحلها حين تطبق نظمه بعد أن تقوم الحكومات التى يدعون إليها .

فأما العامل الأول ، فهنا نحن أولاء نرى بدايات زواله في الاتجاه نحو تطبيق الأحكام الجنائية

الإسلامية - وأحكام الشريعة بصفة عامة - في مختلف الأقطار العربية .
وأما العامل الثانى فإنه ، وهو رأى لايزال يعتنقه ويدافع عنه كثيرون ، سوف يواجه - فى تقديرنا - ضرورة عملية تجبر أصحابه على التخلّى عنه أو تعزلهم عن المجتمع ، بانصراف الناس عنهم . ذلك أن تطبيق الأحكام الإسلامية ، أو حتى مجرد الاتجاه المعلن إلى هذا التطبيق سوف يثير من القضايا ما يتحتم على المشتغلين بالفكر الإسلامى أن يقولوا فيه رأيهم ويسمعوا كلمتهم . فإن فعل ذلك أصحاب هذا الرأى فقد تخلّوا عن رأيهم ، وإن لم يفعلوا تخلّى الناس عنهم إلى من يهتم بقضايا العصر من الباحثين والمفكرين والدعاة . (فأما الزيد فيذهب جفاء ، وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض) .
وعلى ذلك فإن المنهج الذى ندعو إليه ونلتزمه ، يقوم على الاهتمام فيما يتعلق بالأحكام الجنائية الإسلامية من دراسات ، بتيسير تطبيق هذه الأحكام فى واقعنا المعاصر ، وتقديم فقهاها - الذى هو فهمها موضوعاً وغاية - بصورة تلائم العصر الذى نعيشه وتصلح له .
ذلك أن فقهاء الجنائى الإسلامى وقد انفصل عن واقعنا قريباً من مائة سنة قد أضحى غريباً عنا ، بقدر ما أصبحنا غرباء عنه . حتى لقد قيل - بحق - إن رجال القانون « منهم من يتجرع الفقه الإسلامى ولا يكاد يسيغه . . ثم إنهم يفهمون هذا الفقه على أساس مبادئ القانون التى شرعها لهم مشرعوهم وهى أسس تخالف مبادئ الشريعة التى صلح بها أمرنا كلما تمسكنا بها » (٤٣) .
ومن ثم فإن الواجب العلمى - والدينى - اليوم بقدر ما يقتضى التخصص والعمق فى الدراسات الجنائية الإسلامية ، يقتضى فيها اليسر ووضوح البيان ، وحسن الاختيار الذى تزول معه العقبات فى سبيل التطبيق ، بدلا من أن تراكم أو تتفاقم .
وحين يقتضى المنهج المشار إليه ، أو الغاية المرجوة منه ، اجتهاداً غير مسبوق ، أو ترجيحاً وانتصاراً لرأى قل مؤيدوه ، فإن خوف الخطأ لا يجوز أن يوقفنا عن الاجتهاد ، وخشية معارضة الكثرة لا ينبغى أن تمنعنا من حسن الاختيار ، بما يناسب ما نريد من التطبيق الكامل لشريعة الإسلام ، ما كان لما نذهب إليه دليل واضح يدل عليه من نصوص الشريعة أو أصولها ، أو كان - مانذهب إليه - مما تقبله هذه الأدلة والأصول ولا تردّه ، قبله بعد ذلك من قبله ، ورفضه من رفضه . ونحن فى ذلك على قاعدة فى العلم الإسلامى مسلمة : « إذا قاس من له القياس فاختلّفوا : وسع كلاً أن يقول بمبلغ اجتهاده ولم يسعه اتباع غيره فيما أدى إليه اجتهاده بخلافه » (٤٤) .

(٤٣) عبد الحليم الجندى ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٤٤) الإمام الشافعى فى اختلاف الحديث ، ص ١٤٨ - ١٤٩ وقد نقله المرحوم الشيخ أحمد شاكر فى تعليقاته على الرسالة

٧ - تقسيم :

وعلى أساس من ذلك المنهج الذى أشرنا إليه ، والذى يتغيا المساهمة فى حركة المجتمع المسلم المعاصر نحو تطبيق الشريعة الإسلامية ، تنقسم دراستنا إلى خمسة أبواب .

فى الباب الأول نعرض عدداً من أوليات التشريع الجنائى الإسلامى التى يقوم عليها بناؤه ، أو التى يكمل بفهمها فهمه ، فيتم بالعلم بها العلم به . وبعض هذه الأوليات يتعلق بمصدر النظام الجنائى الإسلامى وأثره فى أحكامه وبعضها يتصل بقواعد موضوعية فيه ، وبعضها يتعلق بقواعد إجرائية يبدو أثرها فى التطبيق القضائى للنظام الجنائى الإسلامى .

وفى الباب الثانى ندرس أحكام جرائم الحدود وعقوباتها . ونعرض فى فصل أول من هذا الباب أحكام جرائم البغى والخمر والردة ، باعتبارها جرائم لايسلم فيها وصفها بأنها من جرائم الحدود . ونعرض فى فصل ثان أحكام جرائم السرقة والحراة والقذف والزنى وهى - عندنا - جرائم الحدود بالمعنى الصحيح .

وفى الباب الثالث ندرس أحكام جرائم الاعتداء على الأشخاص ، وهى جرائم القصاص والدية .

وفى الباب الرابع ندرس أحكام جرائم التعزير .

ونخصص الباب الخامس والأخير لأصول الأدلة الجنائية التى يعتد بها فى إثبات ارتكاب المتهم للسلوك المعاقب عليه ، ونناقش الازدواج بين نظام الإثبات المقيد والإثبات الحر وأثر كليهما فى الحكم بالإدانة والعقوبة وأثر كل منهما فى تكوين القاضى لعقيدته ، أو مدى حق القاضى الجنائى فى إهدار الأثر المترتب على شهادة معينة ، تطابق ما يشترطه النظام الجنائى الإسلامى كطريق للإثبات فى جريمة معينة ، إذا لم تطمئن نفسه إليها .

ونرجو أن نكون بذلك قد أدينا بعض ماعلينا من واجب التبليغ والبيان مدركين أن غاية مايلغنه الجهد البشرى - فى إخلاص - أن يصل إلى « رأى » قد يكون هو الخطأ ، بقدر ماقد يكون صواباً . ومعتقدين - مع ذلك - أننا مطالبون ببذل هذا الجهد دائماً كى لا نبوء بإثم القلب إذا كتمنا شهادة الحق .

وقديماً قال الإمام الشافعي « رأى صواب - عندي - ويحتمل الخطأ ، ورأى غيري خطأ - عندي - ويحتمل الصواب » .
ومن قبل أعلن رسول الله ﷺ أن للمجتهد المصيب أجرين وللمجتهد المخطئ أجر واحد . وحسبنا أن نطلب أجر الاجتهاد أما أجر الإصابة فيه ففرده إلى الله ، يؤتي الفضل من يشاء ، وهو يقول الحق . ويهدى السبيل .

البَابُ الْأَوَّلُ

أوليات في التشريع الجنائي الإسلامي

٨ - تمهيد :

نناقش في هذا الباب عدداً من الأسس التي يقوم عليها بناء النظام الجنائي الإسلامي ، أو الأسس التي لا يتم تصور أداء النظام الجنائي الإسلامي لوظيفته إلا بوجودها وأدائها لوظيفتها . ومن هذه الأسس ما يتصل بمصدر القانون وأثره في أحكامه . ومنها ما يتصل بقواعده الموضوعية ، كما أن منها ما يتصل بقواعد إجرائية ، وقد توالت هذه الأسس في هذا الباب مرتبة هذا الترتيب ، فكانت المسألة الأولى فيه هي الصبغة الدينية للتشريع الجنائي الإسلامي ، والمسألة الثانية هي حماية القيم الأخلاقية في المجتمع عن طريق القاعدة الجنائية . وهما مسألتان متعلقتان بكون المصدر الأول لهذا التشريع هو وحى السماء قرآناً كان أو سنة .

ثم تلت ذلك القواعد الموضوعية حيث ناقشنا مبدأ الشرعية ، وقاعدة عدم رجعية النص الجنائي إلى الماضي ، ومبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية ، ثم ناقشنا بإيجاز أهم الأهداف التي تتوخاها العقوبة في تصور الفقه الجنائي الإسلامي .

وجاءت بعد ذلك القواعد المتعلقة بالإجراءات الجنائية ، فناقشنا مشكلة انقسام العقاب في نظر الفقه الجنائي الإسلامي تبعاً لتقسيم الحق المعتدى عليه إلى حق الله وحق العبد وأثر ذلك في سلطة تحريك الدعوى الجنائية . ثم وقفنا لدى القاعدة الإسلامية الذائعة « درء الحدود بالشبهات » وأثرها في الإثبات في جرائم الحدود وجرائم التعزير . وأخيراً ناقشنا أثر التوبة والعفو في سقوط العقوبة أو امتناع المحاكمة الجنائية .

وفي كل هذه الموضوعات كانت دراستنا - على إيجازها - متجهة وجهة المقارنة بين النظام الجنائي الإسلامي وبين النظم الجنائية الحديثة ، وقد بدأ أثر هذا الاتجاه واضحاً في المنهج والمصطلح بقدر ما ظهر في التعرض للموضوع ذاته .

الفصل الأول

أوليات تتصل بالمصدر

١ - الصبغة الدينية للتشريع الجنائي

الإسلامي

٢ - حماية القيم الأخلاقية

الصبغة الدينية للتشريع الجنائي الإسلامي

يتميز النظام القانوني الإسلامي باستناده في أسسه العامة ، وقواعده الكلية ، والعديد من أحكامه الجزئية ، استناداً مباشراً إلى الوحي من قرآن وسنة . فالشريعة الإسلامية تعرف بأنها مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي على رسول الله ﷺ^(١) وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام من حيث موضوعها ، وإلى قسمين من حيث مصدرها .

٩ - تقسيم الأحكام الإسلامية من حيث موضوعها :

تنقسم الأحكام الإسلامية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام :

أولها : العقيدة والأحكام المتعلقة بها . كالأحكام الخاصة بذات الله وصفاته والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسوله واليوم الآخر والقدر خيره وشره . وهذا القسم هو الأساس الذي تبنى عليه الأحكام الإسلامية كلها .

وثانيها : الأحكام المتعلقة بتهديب النفس وإصلاح شأنها . وتعنى هذه الأحكام بتبيين الفضائل التي يجب على المرء التحلي بها ، كالصدق والوفاء والشجاعة والسخاء والعفو والإحسان . وتبين كذلك الرذائل التي لا يجوز للمرء أن يتسم بها كالكذب والخيانة والكبر والأنانية وغيرها .

وثالثها : الأحكام المتعلقة بعلاقات الفرد بخالقه كأحكام الصلاة والصوم والحج والزكاة ، وعلاقات الفرد بغيره من الأفراد كأحكام البيوع والهبات والإجارة والزواج والطلاق ، وعلاقات الفرد بالسلطة السياسية في المجتمع من وجوب الطاعة للحكام والنصح لهم ، والخضوع لحكم الشريعة الذي يقومون بتنفيذه . ويدخل في هذا القسم الأخير أحكام الجرائم والعقوبات ، بل أحكام كافة الحقوق والواجبات العامة .

وقد اختص النوع الأول من الأحكام الشرعية بعلم يسمى «علم الكلام» والنوع الثاني «بعلم الأخلاق» ، والنوع الثالث «بعلم الفقه» أو «علم الأحكام الشرعية العملية»^(٢) .

(١) أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي ، للدخل ، ص ٢٩ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٢ .

١٠ - تقسيم الأحكام من حيث مصدرها :

وتنقسم الأحكام الفقهية (أو الأحكام الشرعية العملية) من حيث مصدرها المباشر إلى نوعين :
نوع مصدره المباشر هو النص الذي نزل به الوحي سواء أكان هذا الوحي متلوًّا - أى آية في القرآن الكريم - أو غير متلو - أى حديثاً نبوياً شريعياً - ومن أمثلة هذا النوع أحكام الميراث الثابتة بنص الآيات من سورة النساء (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . .) إلخ الآيات .
وأحكام الطلاق الثابتة في قوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وحكم السارق والسارقة الثابت في قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) وحكم القاذف الثابت بقوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) .

والنوع الثاني مصدره المباشر اجتهاد الفقهاء المسلمين في العصور المختلفة في المواضع التي ليس فيها نص من الكتاب والسنة . ومن هذا النوع أغلب الأحكام الفقهية ، ومن أمثله الاجتهاد في الحكم بقتل الجماعة بالواحد وقد وقع في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب عندما قتلت امرأة وخليلها رجلاً فردد عمر في الحكم بقتلها قصاصاً لقول الله تعالى في شأن القصاص (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ، واستشار علياً فأشار بقتلها ، وقضى عمر بذلك . ومنها إفتاء الصحابة بأن يضمن الصانع ما يهلك عندهم من متاع الناس ، وقد علل الإمام علي رضي الله عنه ذلك بقوله : «لأبصالح الناس إلا ذاك» . ومنها قضاء الصحابة بأن ترث الزوجة من زوجها الذي طلقها في مرض موته . وقد اعتبروا الزوج الذي يطلق امرأته في مرض الموت يرمى بطلاقه إياها إلى حرمانها من الميراث فعاملوه بنقيض مقصوده وقضوا بحقها في الإرث منه . (٣) وقد سار الفقهاء بعد عصر الصحابة على هذه الطريقة في الاجتهاد عند غياب النص وتكونت بذلك تلك الثروة الفقهية الكبرى التي نجدتها اليوم بين أيدينا في مختلف مصنفات الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة (٤)

(٣) المرجع السابق ، ص ١١٣ ، ١١٤ .

(٤) قارن ، الشيخ عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي فيها لا نص فيه ، ص ١١ - ١٣ حيث يجعل الأحكام من حيث مصادرها أربعة أنواع : ما مصدره نص قطعي الثبوت والدلالة ، وما مصدره نص ظني الثبوت أو الدلالة وما مصدره الإجماع من مجتهدي الأمة في عصر من العصور ، وأخيراً ما مصدره الاجتهاد الفردي .

١١ - ثبوت الصبغة الدينية للنوعيين المتقدمين :

والصبغة الدينية لأحكام الفقه الإسلامى واضحة فى النوعين المتقدمين أما النوع الأول فلأن الحكم فيه مأخوذ مباشرة من نص الوحي سواء كان هذا النص فى القرآن أو فى سنة الرسول عليه الصلاة والسلام . أما النوع الثانى فإن الاجتهاد الفقهي فيه يأخذ إحدى صورتين : صورة استنباط الحكم من نص غير قطعى الدلالة تختلف فى تحديد دلالة آراء المجتهدين . أو صورة إثبات الحكم بطريق الاجتهاد : إما قياساً على حكم ثبت بالنص ، وإما بطريق الاستحسان ، وإما بتحكيم المصلحة ، أو العرف ، أو بغير ذلك من طرق الاستنباط التى تناوها بالبيان والشرح علماء الأصول .^(٥)

فإذا كان مبنى الحكم الفقهي هو الاجتهاد فى فهم نص ظنى الدلالة فالأمر واضح ، إذ مرجع الحكم - فى الحقيقة - هو النص وليس الاجتهاد إلا مجرد وسيلة لإدراك ما يدل عليه النص ويقضى به .

وإذا كان طريق الوصول إلى الحكم هو استعمال أحد طرق الاستنباط المقررة فى الأصول عند غياب النص فإن الصبغة الدينية ثابتة أيضاً للأحكام التى يتوصل إليها بهذا الطريق ، إذ أن هذه الطرق للاستنباط تستمد شرعيتها من تقريرها صراحة أو إشارة فى القرآن والسنة . ولذلك قال الإمام الشافعى فى رسالته فى الأصول « فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفى كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها » وقال « كل ما نزل بمسلم ففیه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة » .^(٦)

وقال « وقد فرض الله فى كتابه طاعة رسوله ﷺ والانتفاء إلى حكمه . فمن قبل عن رسول الله بفرض الله قبل »^(٧)

ومن ذلك يتبين أن الأحكام الفقهية الإسلامية بالإضافة إلى كونها أحكاماً قانونية تحكم علاقات الناس بعضهم مع بعض ، هى أحكام دينية تستمد من الوحي مباشرة ، أو من طرق للاستنباط أرشد

(٥) انظر فى ذلك : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق حيث عالج القياس والاستحسان والمصلحة والعرف والاستصحاب . وأيضاً مؤلف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلى ، أصول الفقه الإسلامى ، ص ١٨٨ - ٣٦٥ حيث ناقش بتفصيل واف جميع طرق الاستنباط فى الفقه الإسلامى .

(٦) الرسالة ، بتحقيق المرحوم الأستاذ أحمد محمد شاکر ، ص ٢٠ ، ص ٤٧٧ .

(٧) الرسالة ، ص ٢٢ .

الوحي إلى جواز العمل بها والاعتماد عليها ، وتستوى في ذلك الأحكام الجنائية في الفقه الإسلامي مع الأحكام غير الجنائية فيه .

١٢ - نتائج الصبغة الدينية للأحكام الشرعية :

وتترتب على الصبغة الدينية للأحكام الشرعية (أو القانونية) في الفقه الإسلامي نتائج أهمها :
أولاً : ارتباط الخضوع للأحكام الشرعية وتطبيقها بالإيمان بالله تعالى . ففي وجوب خلو المعاملات المالية من الربا يقول الله عز وجل : (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين) البقرة - ٢٧٨ .

وفي عقوبة الزنى ووجوب العلانية في تنفيذ العقوبات (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بها رافة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين) النور - ٢. وفي النهي عن ارتكاب جريمة القذف (يعظكم الله أن تعودوا لمثله أبداً إن كنتم مؤمنين) النور - ١٧ .

ثانياً : ارتباط الأحكام الشرعية بثواب أو عقاب أخروي كما ترتبط بعض هذه الأحكام بالعقاب الدنيوي . ففي شأن المحاربين أو قطاع الطريق يقول الله تعالى بعد أن بين عقوبتهم (ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم) المائدة - ٣٣. وفي شأن جريمة القتل يقول سبحانه (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً) النساء - ٩٣ . وفي الطاعة ووجوبها ، والمعصية وتحريمها يقول الله (تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين) النساء - ١٣ ، ١٤ . ويقول سبحانه وتعالى : (إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلاً كريماً) النساء - ٣١ .

وقد بين رسول الله ﷺ أثر الإيمان في الامتناع عن المحرمات بقوله « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن ، ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن ..
 فإياكم إياكم » (٨)

ثالثاً : أن الربط بين الأحكام القانونية وبين الإيمان من جهة ، وتعليق الثواب الأخروي على طاعتها مع التهديد بالعقاب الأخروي - أيضاً - على مخالفتها من جهة أخرى ، يقوى في نفوس المخاطبين بهذه الأحكام الدافع إلى الالتزام بها والوقوف عند حدودها . فسلطة الدولة وقوة أجهزة

(٨) الحديث متفق عليه ، وانظر مشكاة المصابيح ، ج ١ ص ٢٣ .

الرقابة مهما بلغت تقتصر عن الإحاطة بكل ما يقع من مخالفات للقواعد القانونية في المجتمع ، ومن ثم فإنها لا تكفي وحدها في منع وقوع هذه المخالفات . أما إذا أضيف إليها الوازع الديني فإن كل فرد يصبح قاضي نفسه يمنعه إيمانه من استباحة الحرمات وأكل حقوق الآخرين والعبث بمصالحهم .^(٩)

رابعاً : أن الالتزام بالأحكام الشرعية في الدولة الإسلامية وبين المسلمين بعضهم بعضاً - ليس أمراً مرجعه إلى إرادة السلطة التشريعية الوضعية ، أو إلى إرادة الشعب ، أو إلى المصلحة كما يراها القائمون على أمور الدولة . وإنما يجب الالتزام بهذه الأحكام باعتبارها جزءاً من الإسلام ذاته ، لا يتم التزامه - كدين - إلا بالالتزام أحكامه التشريعية - كقانون - وتطبيقها في المجتمع المسلم . وكما ينطبق ذلك على أحكام العبادات والمعاملات فإنه ينطبق على أحكام الجرائم والعقوبات سواء بسواء .^(١٠)

ومن الجدير بالبيان أن الصبغة الدينية للتشريع الجنائي الإسلامي - أول للتشريع الإسلامي بعامه - تعتبر أحد أوجه الاختلاف الأساسية بين هذا التشريع وغيره من التشريعات المعاصرة ، وقد ترتبت على هذا الاختلاف فوارق أخرى كثيرة توزعتها مصادر التشريع ، ونظرياته العامة ، وأحكامه الجزئية ، وتفصيل أوجه الخلاف كلها يخرج بنا عن نطاق هذه الدراسة . غير أننا سوف نخصص الفقرة التالية من هذا البحث لإحدى النتائج البالغة الأهمية لهذا الاختلاف بين التشريع الجنائي الإسلامي وغيره من التشريعات الجنائية المعاصرة ، تلك هي الحماية التي يسبغها كل من التشريع الإسلامي والتشريعات الجنائية المعاصرة على القيم الأخلاقية . وسوف نلم كذلك في مواضع أخرى من هذه الدراسة بعدد من مواضع الخلاف الأخرى .^(١١)

(٩) أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي ، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، ص ٥٥ - ٥٦ .

(١٠) انظر في بطلان القوانين المخالفة للشريعة الإسلامية ، عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي ، ج ١ ص ٢٢٥ - ٢٤٢ .

(١١) انظر للمقارنة بوجه عام بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، المدخل لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي ،

حماية القيم الأخلاقية (١٢)

إن مشكلة العلاقة بين القانون والأخلاق ، أو مدى وجوب التطابق بين القاعدة الأخلاقية والقاعدة القانونية لم تنزل منذ القدم - وحتى اليوم - تجذب انتباه المهتمين بعلوم القانون والأخلاق وتدور حولها على وجه الخصوص كتابات الكثيرين من المشتغلين بالفلسفة بوجه عام وبفلسفة القانون بخاصة .

١٣ - وضع المشكلة :

ويزداد النزاع في هذه المشكلة حدة بين الفلاسفة والعلماء المشتغلين بالقانون الجنائي وفلسفته على وجه أخص . ذلك أن تدخل القانون الجنائي في فرض القيم الأخلاقية في مجتمع ما - أو في حماية هذه القيم - يعني اعتبار أعمال منافية للأخلاق جرائم ، وفرض عقوبات تنتقص من الحقوق القانونية لمن توقع عليه ، لا لشيء إلا لارتكابه فعلا غير أخلاقي . ولذلك كان الرأي الغالب بين فقهاء القانون الجنائي الوضعي أنه ينبغي أن يمحصر تدخل القانون الجنائي بتحريم الأفعال غير الأخلاقية في أضيق نطاق ممكن . ويعبر أنصار هذا الرأي عنه بقوله « إنه بينما تمثل قواعد الأخلاق الحد الأقصى للكمال ، تمثل قواعد القانون حده الأدنى وتمثل قواعد القانون الجنائي الشق الأساسي من هذا الحد الأدنى » . (١٣) أو بقولهم « إن الغرض الوحيد الذي يجوز أن تستعمل من أجله القوة - بحق - ضد أي عضو في مجتمع متمدين ، على الرغم من إرادته ، هو منع الإضرار بالآخرين » (١٤)

(١٢) في الصلة بين القانون والأخلاق بوجه عام انظر :

Martin Golding, Philosophy of Law. New Jersey, 1957, P. 33-37.

(١٣) انظر في الفقه العربي الأستاذ الدكتور رمسيس بهام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ص ١٣١ « ١٣٦ . وفي الفقه

الإنجليزي :

H.L.A. Hart, Law, Liberty and Morality, London 1963 (1969 Ed.); and The Morality of the Criminal Law Jerusalem, 1965.

والمراجع الأخرى التي سوف تأتي الإشارة إليها .

John Stuart Mill, On Liberty, P. 15.

(١٤)

١٤ - موقف القضاء والفقهاء الإنجليزى :

ومنذ بداية العقد الماضى من هذا القرن وقضية القانون والأخلاق - وبصفة خاصة القانون الجنائى والقيم الأخلاقية - تثير نقاشا متصلا بين الفلاسفة وأساتذة القانون الجنائى فى بريطانيا والولايات المتحدة . وقد بدأ هذا النقاش بالقضية المشهورة بقضية Shaw V. D.P.P. (1961) والتي قضى فيها مجلس اللوردات البريطانى برفض الاستئناف الذى رفعه Mr. Shaw عن الحكم الصادر بإدانته بتهمة « التآمر على إفساد الأخلاق » (١٥)

وانقسم الرأى بين الفلاسفة وأساتذة القانون الجنائى فى إنجلترا فأيد البعض هذا الحكم وعارضه آخرون . فأما المؤيدون فأروا أن القانون الجنائى يجب أن يشمل مجايته القدر المتعارف على قبوله من القيم الأخلاقية . (١٦) وأما المعارضون فيرون أن القانون الجنائى يجب ألا يتدخل فى الأخلاق الشخصية للمواطنين ، ومن ثم فإن وظيفة القانون الجنائى يجب أن تقتصر على حماية الفرد والجماعة من الأفعال التى تشكل ضرراً لأحدهما أو خطراً عليه . ولذلك فإنه لا يجوز - عند أنصار هذا الرأى - أن يكون محل الحماية الجنائية مجرد قيمة أخلاقية مالم يرتب الإخلال بهذه القيمة أو انتهاكها ضرراً للآخرين (١٧) .

وعلى الرغم النقد العنيف الذى وجه لحكم مجلس اللوردات ، والقاعدة التى بنى عليها ، فإنه يبدو أن المحاكم البريطانية قد رحبت بهذا الحكم ، فقد حفلت أحكامها منذ صدوره وإلى الآن بالاعتماد عليه والإشارة إليه . ومن أشهر القضايا التى استعمل فيها هذا الحكم قضية D.P.P V. Richard Neviell المعروفة بـ (The OZ case) والتي صدر فيها الحكم فى ٥

Shaw V. D.P.P. All E.R., (1961) 2, P. 446 et seq:

(١٥) انظر :

ولزيد تفصيل راجع رسالتنا
وقد سبق هذه القضية فى إثارة مشكلة القانون والأخلاق تقرير اللجنة المشكلة لبحث جرائم البغاء والشذوذ الجنسى والمعروف بـ Wolfenden Report والذى ستأتى الإشارة إليه .

Lord Devlin, the Enforcement of

(١٦) فى تأييد هذا الرأى انظر :

Morals, P. 4-25; Goodhart, L.Q.R. 1961, vol. 77 P. 567; Mitchell, B., Law, Morality and religion, 1970, PP. 134-135

(١٧) يعتبر أقوى المدافعين عن هذا الرأى Prof. Hart فى كتابه سالى الذكر وقارن:

The Wolfenden Report, 1957, Cmd. 247 Par.13, 61, 62 62; Abraham, Morality and the Law, P. 84 et seq : Fuller, The Morality of Law, Chapters 2 and 3.

من أغسطس ١٩٧١ . وقضية D.P.P. V. Stage I (Publishing Co.) والتي حكم فيها في ١ يوليو ١٩٧١^(١٨) وقضية Knuller التي صدر فيها حكم ثان من مجلس اللوردات في سنة ١٩٧٢^(١٩) .

١٥ - النظرة الإسلامية إلى العلاقة بين القاعدتين الحلقية والقانونية :

وإذا كان المشتغلون بالقانون الجنائي الوضعي يتوزعهم رأيان في مدى جواز حماية القيم الأخلاقية بقواعد القانون الجنائي ، كما تقدم ، فما هو الموقف في فقه التشريع الجنائي الإسلامي ؟ إن أنصار استعمال القاعدة الجنائية في حماية القيم الأخلاقية وخصومه على السواء يسلّمون بأن أصل القيم الأخلاقية في أي مجتمع هو الدين السائد في هذا المجتمع^(٢٠) . ولقد بينا فيما سبق مدى ابتناء القواعد والأحكام الفقهية الإسلامية على الأحكام الدينية التي جاء بها الإسلام . وتستوى في ذلك - كما بينا - الأحكام الجنائية والأحكام غير الجنائية في الفقه الإسلامي .

فليس غريباً إذن أن نجد قواعد الشريعة والفقه الجنائي الإسلامي تحفل إلى أبعد حد بحماية القيم الأخلاقية التي يجب أن تسود في المجتمع الإسلامي . فالقرآن الكريم يعلل تحريم بعض الأفعال بآثارها الأخلاقية ، فيقول في شأن الخمر والميسر (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر) المائدة - ٩١ . ويحرم الزنى بقوله تعالى : (ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلاً) الإسراء - ٣٢ . ويعلل العديد من الأحكام بأنها أركى للنفوس وأظهر للقلوب . وما زكاة النفس وطهارة القلب إلا سبيل الاستمسك بالخلق القويم والسلوك السوي .^(٢١)

وكذلك نرى في جرائم الحدود المقررة في التشريع الجنائي الإسلامي جريمتان متصلتان اتصالاً مباشراً بالقواعد الأخلاقية الاجتماعية : جريمة الزنى وجريمة القذف . أما نظام التعزير المقرر في الفقه الجنائي الإسلامي كطريق للتجريم والعقاب خارج دائرتي الحدود والقصاص فإنه أوسع مجال لحماية القيم الأخلاقية في المجتمع بتقرير العقاب على مخالفتها . وسوف نرى مصداق ذلك عند البحث في جرائم التعزير وعقوباتها في الباب الثاني من هذه الدراسة .

See: The Times, August 6 and 9, July 2 and November 6 .

(١٨)

(١٩) انظر Smith and Hogan, Criminal Law P. 187 وقد رفض مجلس اللوردات في هذه القضية الأخيرة القول بأن من سلطته مد نطاق القانون الجنائي لحماية القيم الأخلاقية . ويشكل هذا الحكم في الواقع عدولاً عن المبدأ الذي قرره المجلس ذاته في قضية Shaw انظر ص ٢٠ من المرجع المشار إليه .

(٢٠) انظر Lord Devlin, O.P. Cit. P. 4 .

(٢١) انظر في ذلك ، أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي ، تحليل الأحكام ص ١٩ .

ويؤكد ذلك أيضاً أن الجزاء في المفهوم الإسلامي ليس دينياً فحسب ، بل هو دينوي وأخروي . فإذا ارتكب المسلم محظوراً ولم يقع بارتكابه - لسبب أو آخر - تحت طائلة العقاب الديني ، لحقه العقاب الأخروي - ولا ينجو من هذا العقاب إلا بالتوبة الصادقة النصوح . فالتوبة وهي رجوع الإنسان عن المعصية ، وعزمه على عدم العودة إليها تسهم مع قواعد العقوبات الدينوية المقررة في التشريع الإسلامي في إحكام الصلة بين القانون الجنائي والقاعدة الخلقية . (٢٢)

ولقد وصف القانون الإسلامي - بحق - بأنه قانون القواعد الأخلاقية ، فكل الأفعال والعلاقات توزن فيه بميزان القواعد والقيم الأخلاقية . (٢٣)

وليس ذلك بغريب في تشريع تستمد قواعده وأحكامه من الإسلام الذي يصف نبيه نفسه بقوله « بعثت لأتمم حُسنَ الأخلاق » (٢٤) .

ومن هنا يمكننا أن نقول إنه لا انفصال في تشريع الإسلام بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية . وإن القاعدة الجنائية الإسلامية يمكن أن تستخدم دائماً للإجبار على احترام القاعدة الأخلاقية في المجتمع الإسلامي . ولا ريب في أن هذه السمة المميزة للتشريع الجنائي الإسلامي تعتبر - كما أسلفنا - إحدى النتائج الهامة لاصطباغ قواعد هذا التشريع بالصبغة الدينية .

(٢٢) قارن : الدكتور محمد عبد الله دراز ، دستور الأخلاق في القرآن ، ص ٢٥٥ - ٢٥٧ . (معرّب عن الفرنسية) .

(٢٣) قارن . N.J. Coulson. A History of Islamic Law. P. 83 .

(٢٤) حديث صحيح رواه مالك في الموطأ ، ص ٥٦٤ ، وأخرجه أحمد في مسنده عن أبي هريرة ، انظر مشكاة المصابيح ،

الفصل الثاني

أوليات موضوعية

- ٣ - لا جريمة ولا عقوبة بغير نص
- ٤ - عدم رجعية النصوص الجنائية إلى الماضي
- ٥ - المساواة أمام النصوص الجنائية
- ٦ - أهداف العقوبة .

لا جريمة ولا عقوبة بغير نص

من القواعد الأساسية في القانون الجنائي في العصر الحديث قاعدة أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص . وهي القاعدة التي يعبر عنها أحياناً بمبدأ الشرعية Legality

١٦ - معنى القاعدة وتطورها التاريخي :

ومقتضى هذه القاعدة أن لا تعتبر أفعال الأفراد وصور سلوكهم جرائم إلا إذا كان ثمة نص قانوني صادر من السلطة التشريعية في الدولة يقرر جعل هذا السلوك المعين جريمة ، ويقرر عقوبة له . بشرط أن يكون هذا النص التشريعي قد صدر قبل ارتكاب الفعل أو وقوع السلوك المراد عقابه . (٢٥)

وترجع هذه القاعدة في أصلها إلى تطور تاريخي طويل بدأ منذ العهد الجمهوري للقانون الروماني وانتهى بإقرارها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وفي الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٣ ثم في قانون نابليون الصادر عام ١٨١٠ . وهو قانون العقوبات الحالي في فرنسا . وقد جاء هذا الإقرار التشريعي للقاعدة تقنياً لما نادى به العالم الإيطالي Beccaria في كتابه الشهير عن الجرائم والعقوبات والذي صدرت طبعته الأولى عام ١٧٦٤ أي قبل الثورة الفرنسية بربع قرن . (٢٦) .

وقد اكتسبت القاعدة كذلك إقراراً علمياً فنص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨ م . وأخذت بها معظم دساتير العالم وقوانين العقوبات في الدول المختلفة . (٢٧) وقد تعرضت قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، أو قانونيتها ، لعدد من الانتكاسات في بعض التشريعات مثل التشريع الألماني الصادر في ١٩٣٥/٦/٢٨ والذي أباح العقاب على أفعال لم تجرم صراحة بنصوص القانون وإنما جرم القانون

(٢٥) رمسيس بهام ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ - ١٩٠ . ولنا دراسة مفصلة لمبدأ الشرعية في القانون الجنائي المقارن ، هي الآن تحت الطبع في العدد السابع من المجلة العربية للدفاع الاجتماعي التي تصدر عن المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة .

(٢٦) المرجع السابق ، ص ١٧ ، ١٩١ .

(٢٧) الدكتور محمد محي الدين عوض ، المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الجنائي الأنجلو - أمريكي ، ص ٧١ - ٧٢ .

والدكتور رمسيس بهام ١٩١ - ١٩٢ .

أفعالاً مماثلة لها تماماً . وكذلك القانون الدائم الرسمى الصادر فى عام ١٩٣٣ حيث نص فى مادته الأولى على عقاب الأفعال المذكورة فيه وما يماثلها تماماً . (٢٨)

وكان التشريع السوفيتى لا يأخذ بقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات إلى أن صدر قانون « أسس التشريع الجنائى السوفيتى » فى ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٨ ونصت مادته السادسة على الأخذ بهذه القاعدة حيث تقول « تتحدد الصفة الإجرامية للفعل وكذلك استحقاقه للعقوبة وفقاً للقانون السارى المفعول وقت ارتكاب هذا الفعل . . .

ولا يكون للقانون الذى يقرر استحقاق الفعل للعقوبة أو يحدد العقوبة أثر رجعى » (٢٩) .

وعلى الرغم مما تعرضت له قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات من انتقادات فإن المؤتمرات الدولية للقانون أيدت وجوب العمل بها أكثر من مرة . وكذلك جرى القضاء فى بعض الدول التى لاتنص تشريعاتها على القاعدة على التزام روحها أو مضمونها برغم عدم النص عليها (٣٠) .

١٧ - القاعدة فى القانون الإنجليزى :

ولقاعدة قانونية الجرائم والعقوبات فى القانون الإنجليزى وضع خاص هو نتيجة الطبيعة الخاصة لهذا القانون ذاته (٣١) ذلك أنه بينما يرجع فى تحديد الجرائم والعقوبات فى غالبية دول العالم إلى النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية Acts of Parliament فإن القانون الجنائى الإنجليزى نشأ وتطور أساساً اعتماداً على السوابق القضائية والأعراف التى حظيت بتأييد القضاء ، وتكون من هذين ما يعرف بالشريعة العامة فى بريطانيا English Common Law (٣٢) وعلى الرغم من زيادة معدل تدخل البرلمان الإنجليزى فى مجال التشريع الجنائى فإن عدداً من الجرائم الهامة لا يزال يعتمد أساساً على القواعد المقررة فى الشريعة العامة . ولعل أهم هذه الجرائم القتل والتآمر والشروع فى الجرائم الخطيرة . وقد كانت السرقة أيضاً جريمة غير نصية إلى أن صدر قانون السرقة Theft Act 1968 فأصبحت الجريمة وعقوبتها مقررتين بموجب نص تشريعى (٣٣) .

(٢٨) محمود إبراهيم إسماعيل ، شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ١٣٦ - ١٣٧ .

(٢٩) منشور فى مجموعة أسس التشريع السوفيتى الصادرة عن دار التقدم بموسكو ، ص ٢٩٠ وما بعدها .

(٣٠) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ ، ١٩١ .

(٣١) درس وضع القاعدة فى القانون الأنجلو أمريكى وتطورها فيه الأستاذ الدكتور محمد محى الدين عوض ، المصدر السابق ،

ص ٧٠ - ٧٧ . وانظر بتفصيل أوفى بحثنا عن مبدأ الشرعية ، للشار إليه سابقاً .

Cross and Jones, Introduction, P. 16.

Ibid., P. 171-184; Smith and Hogan, P 175; 190-191 and 395-404

(٣٢) انظر فى ذلك

(٣٣)

وقد نوقش حق المحاكم في تقرير عقوبات لأفعال لم يصدر بتجريمها تشريع من البرلمان مؤخرًا بصدد القضية المشهورة بقضية Shaw والتي سبق أن أشرنا إليها . فقرر مجلس اللوردات - وهو أعلى هيئة قضائية في إنجلترا - أن من حق المحاكم مواجهة الأفعال الضارة بالمجتمع ، أو التي تؤدي إلى فساد الأخلاق بعقوبات يحكم بها على مرتكبي هذه الأفعال . (٣٤)

غير أن قضية أخرى عرضت على مجلس اللوردات في عام ١٩٧٢ وهي (Knuller Case) وأثيرت فيها مسألة مدى حق المحاكم في ظل الأوضاع الحالية للقانون الجنائي الإنجليزي في العقاب على أفعال لم يصدر البرلمان تشريعاً يقرر العقاب عليها . فرأى المجلس أنه ليس من سلطاته التصدي لمثل هذه الأفعال بالعقاب . وأن هذه السلطة قد أصبحت - بالتأكيد - مقصورة على البرلمان . (٣٥) فإذا استقر المبدأ الذي أخذ به هذا الحكم لمجلس اللوردات فإنه يبدو أن القانون الإنجليزي سوف يتجه إلى تطبيق القاعدة الخاصة بقانونية الجرائم والعقوبات على نحو ماتطبقها الدول الأخرى التي تقوم فيها قواعد القانون الجنائي على التشريع فحسب دون غيره من المصادر .

١٨ - القوانين العربية وقاعدة الشرعية :

أما في القوانين الجنائية العربية فإن النص على هذه القاعدة موضع إجماع هذه القوانين ، بل الدساتير العربية كذلك . وقد نص عليها في عدد من هذه الدول في الدستور وفي قانون العقوبات معاً ، ومن ذلك الدستور المصري ١٩٧١ (م/٦٦) وقانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ (٥/م) (٣٦) .

ذلك هو مدى الأخذ بقاعدة ألا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في النظم القانونية المعاصرة . فهل عرف التشريع الإسلامي الجنائي هذه القاعدة ؟

١٩ - النظام الجنائي الإسلامي وقاعدة الشرعية :

ليس في نصوص القرآن أو السنة نص واضح الدلالة على العمل بهذه القاعدة في مجال التشريع الجنائي . وبعبارة أخرى فإنه ليس هناك نص بعينه يفيد الأخذ بهذه القاعدة في التشريع الجنائي

Shaw v. D.P.P. All E. R. (1961) 2, PP. 446 et seq.

(٣٤)

Knnuller v. D.P.P. All E.R.(1972) 2, P. 898; and Smith and Hogan, P. 187.

(٣٥)

(٣٦) انظر الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات في الدول العربية ، ص ٢٠ - ٢٢ . وتفصيل أوفى ببحثنا

المشار إليه سابقاً ص ٥٢ - ٥٥ .

الإسلامي . ومع ذلك فإن استنتاج القاعدة من بعض نصوص القرآن والسنة ، ومن بعض القواعد الأصولية ، استنتاجاً سائغاً ، أم غير عسير^(٣٧) .

فأما آيات القرآن الكريم فمنها قوله تعالى : (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) الإسراء - ١٥ ، وقوله تعالى : (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا) القصص - ٥٩ ، وقوله تعالى : (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) الأنفال - ٣٨ وقوله تعالى بعد تحريم بعض صور السلوك (إلا ما قد سلف) النساء - ٢٢ ، ٢٣ ، وقوله تعالى : (عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه) المائدة - ٩٥ .

ومن أحاديث الرسول ﷺ التي تقرر تطبيقات هذه القاعدة قوله في حجة الوداع « ألا وإن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب . وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب »^(٣٨) وهذا الحديث النبوي ، مع الآيات القرآنية التي قدمنا بعضها تفيد بمجموعها أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن استحقاق العقاب متوقف على سبق الإنذار به . وأن من يرتكب فعلا ما أو يسلك سلوكا ما لا يعاقب على هذا الفعل أو السلوك إلا إذا كان قد سبقه نص تشريعي يوجب ذلك العقاب .

ومن هذه الآيات والأحاديث استخرج الفقهاء القاعدتين الأصوليتين اللتين تفيدان مضمون قاعدة « لاجرمية ولا عقوبة بغير نص » : قاعدة أنه لا تكليف قبل ورود الشرع .^(٣٩) وقاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة^(٤٠) وتطبيق هاتين القاعدتين في مجال الفقه الجنائي يعني حظر العقاب على صور السلوك التي لم يرد نص بتجريمها . وقصر العقاب على صور السلوك المجرمة على حالات ارتكابها التي تقع بعد ورود النص الفاضى بالتجريم .

ولاشك في أن جرائم الحدود والقصاص قد تقرررت كلها في التشريع الجنائي بنصوص خاصة بكل جريمة ، ومحددة للعقاب عليها في القرآن والسنة على نحو ما سنينه عند كلامنا عن هذه الجرائم وعقوباتها .

(٣٧) يكاد ذلك أن يكون محل إجماع من الباحثين المعاصرين . انظر مثلا : عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي ، ص ١١٥ - ١٢٠ ، محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة ، ص ١٨٤ - ١٨٦ ، دكتور عبد الأحد جمال الدين ، تقرير مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة ودكتورة سلوى توفيق بكير ، تقرير مقدم إلى الحلقة نفسها .

(٣٨) انظر النص الكامل لخطبة الرسول ﷺ في حجة الوداع في الوثائق السياسية للدكتور محمد حميد الله ، ص ٣٠٦ - ٣٠٩ .

(٣٩) الآمدى ، الأحكام ، ج ١ ص ٨٦ . والشوكاني إرشاد الفحول ، ص ٧

(٤٠) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٦ ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر ص ٦٦ . ومن الغنى عن البيان أن الشريعة الإسلامية بذلك قد سبقت الفكر القانوني الوضعي بأكثر من عشرة قرون في تقرير قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات .

أما جرائم التعزير (وهي المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة) فإن الأصل فيها أن ينص على الجريمة دون العقوبة، التي يترك أمرها للسلطة المختصة في الدولة - تفرضها إن كانت هي السلطة التشريعية، وتوقعها إن كانت السلطة القضائية - في إطار العقوبات المسموح بتوقيعها في الشريعة الإسلامية. ومن هنا يتبين أن تطبيق قاعدة لاجرمية ولا عقوبة بغير نص يتم في الفقه الجنائي الإسلامي في أحد إطارين: إطار جامد في جرائم الحدود والقصاص. حيث يأتي النص محددًا للفعل المحرم وللعقوبة المقررة له. وإطار مرن في جرائم التعزير حيث تبين النصوص الأفعال التي تعتبر - أو يمكن أن تعتبر - جرائم تعزيرية وتترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة بذلك في الدولة الإسلامية تراعى في تقريره وتوقيعه ظروف الزمان والمكان وشخص الجاني. (٤١).

وإذا صح ذلك كله - وهو صحيح - فإنه يبين مدى مجانبة الصواب في الرأي القائل: إن قاعدة لاجرمية ولا عقوبة بغير نص قاعدة لاتعرفها الشريعة الإسلامية، ولا يمكن الأخذ بها في نظام جنائي مستمد من الفقه الإسلامي. وإن إعمالها - أو القول بوجوب إعمالها - في مثل هذا النظام يعد افتئاتاً على نصوص الشارع الإسلامي (٤٢).

وإذا كان الفقه الجنائي الإسلامي يأخذ بقاعدة ألا جرمية ولا عقوبة بغير نص، فإنه من العسير أن نقبل - في ظل هذه القاعدة - القول بأن بعض الأفعال في الفقه الإسلامي لا يمكن معرفة كونها جريمة أم لا إلا بعد وقوعها. (٤٣) ذلك أن مثل هذا القول يهدم القاعدة المشار إليها من أساسها، ويجعل من النصوص والقواعد الأصولية المتقدم ذكرها مجرد كلمات خاوية من كل معنى علمي.

وإذا كان الفقه الجنائي الإسلامي يأخذ بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فهل يأخذ كذلك بأهم نتائجها المنطقية وهي عدم رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي؟ ذلك مانعنا في الفقرة التالية.

(٤١) سوف يأتي مزيد تفصيل وبيان لهذا المعنى في الكلام عن التعزير. وإنما أردنا هنا أن نبين مدى وجود قاعدة شرعية للجرائم والعقوبات في الفقه الجنائي الإسلامي من حيث المبدأ فحسب.

(٤٢) مصطفى كمال وصفي، تقرير مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية، القاهرة، ١٩٧٦ م.

(٤٣) قارن: عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ١٦١.

عدم رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي

بينما فيما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد جاءت بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات . وأن هذه القاعدة تستفاد من نصوص بعض آيات القرآن الكريم ، ومن أحاديث الرسول ﷺ .
وأهم نتائج قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات - في نظر الفقه الجنائي الحديث - أن النصوص الجنائية لا ترجع إلى الماضي . وإنما يكون تطبيقها بأثر مباشر على الوقائع التي تحدث بعد صدور هذه النصوص دون الوقائع التي حدثت قبلها . وذلك ما يعرف بمبدأ عدم رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي .

وعدم رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي من لوازم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ولا يتصور في نظام قانوني أن يأخذ بمبدأ الشرعية ، ثم يهدر الأخذ بمبدأ عدم الرجعية . وذلك هو الشأن في الأحكام الجنائية الإسلامية كما هو شأن غيرها من النظم الجنائية . وشواهد ذلك فيما قدمنا في الفقرة السابقة من نصوص القرآن وحديث الرسول ﷺ كثيرة .

٢٠ - رأى مخالف ، والرد عليه :

غير أن بعض الباحثين المعاصرين يذهب إلى أن تقرير قاعدة عدم الرجعية يرد عليه في التشريع الإسلامي استثناء مفاده أن يطبق النص الجنائي بأثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام .^(٤٤) وقد استدل على هذا الرأي - أوله - بحالات أربع تناقشها فيما يلي ، لنرى إلى أي مدى يمكن القول بوجود استثناءات على قاعدة عدم الرجعية في الفقه الجنائي الإسلامي .

٢٠ - ١ - جريمة القذف :

تقررت العقوبة على جريمة القذف بقوله تعالى في سورة النور : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين

(٤٤) المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، المصدر السابق ، ص ٢٦٦ وما بعدها . وقد استدل لرأيه بتطبيق النصوص الخاصة بالقذف والحراة والظهار . أما النص الخاص باللعان فذكره في هذا الخصوص المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الجريمة والعقوبة ،

تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) النور ٤ - ٥ .
وقد أنزل الله سبحانه وتعالى في سورة النور نفسها براءة السيدة عائشة رضي الله عنها مما رماها به البعض من الإفك (الآيات ١١ - ٢٢) فأقام رسول الله ﷺ الحد على الذين قذفوا أم المؤمنين تطبيقاً للنص القاضى بجحد القاذف (٤٥).

وقد ذهب البعض إلى أن النص المقرر لعقوبة القذف قد نزل في شأن قذفة السيدة عائشة رضي الله عنها وبذلك يكون الرسول ﷺ قد طبقه على حادثة وقعت قبل نزوله ، ومن ثم يكون لهذا النص أثر رجعي (٤٦).

ويبدو أن مصدر هذا القول وهم سبق إلى قائله من تتابع الآيات في سورة النور مبينة حد الزنى ، فحد القذف ، فأحكام اللعان ، ثم قصة حديث الإفك وبراءة السيدة عائشة رضي الله عنها . أما ما أورده مراجع التفسير فهو أن ما نزل في شأن السيدة عائشة هو العشر الآيات التي تبدأ بقوله تعالى : (إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شراً لكم بل هو خير لكم) .. إلى قوله تعالى : (ولولا فضل الله عليكم ورحمته وأن الله رءوف رحيم) الآيات من ١١ - ٢٠ (٤٧) وذلك أيضاً هو ما ورد في كتب السنة الصحيحة (٤٨) . وبذلك فإن آيات حد القذف تكون منفصلة في النزول عن آيات براءة السيدة عائشة رضي الله عنها . وإذا تبين هذا ، وأعملنا القواعد العامة التي ورد النص عليها في الآيات القرآنية والتي تبين أنه لا عقوبة إلا بعد سبق الإنذار والبيان ، فإن الرسول ﷺ ، إذ عاقب قذفة السيدة عائشة ، يكون قد عاقبهم على فعل وقع منهم بعد أن جرمه القرآن وقرر عقوبته .

٢٠ - ٢ - حكم اللعان :

اللعان هو أيمان تجرى بين الزوجين بعد أن يرمى الزوج زوجته بالزنى دون أن يكون هناك شهود غيره .. والقصد منها أن يدرأ الزوج عن نفسه حد القذف إذ رمى زوجته بالزنى وليس عليه من

(٤٥) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٦ ، ص ٢٣ .

(٤٦) نقل ذلك ورجحه - دون أن يستند أو يبين مصدره - المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، ص ٢٦٦ .

(٤٧) ابن كثير ، المرجع السابق ، ص ١٧ - ٣٠ ، والجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٣ ص ٣٠٦ - ٣٠٨ ، وابن الجوزي ، زاد

المسير ، ج ٦ ص ١٧ - ٢٣ .

(٤٨) انظر نيل الأوطار للشوكاني ، ج ٦ ص ٣١٩ ، سير النبلاء للذهبي ، ترجمة عائشة بتحقيق الأستاذ سعيد الأفغاني ، ص

٤٧ . وقد ذكر في نيل الأوطار الخلاف في الآيات التي ينتهي بها سرد القرآن الكريم لحادثة الإفك والحكم فيها . أما أول ذكر ذلك في

القرآن الكريم فلا تفاق قائم على أنه بقوله تعالى : (إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم) .

شهود ، وأن تدرأ الزوجة عن نفسها تهمة الزنى التي رميت بها^(٤٩) .

وقد نزلت آيات اللعان من سورة النور إذ اتهم أحد الصحابة زوجته بالزنى فطالبه الرسول ﷺ بالبينة - وهي أربعة شهود أو يقيم عليه حد القذف . روى ابن كثير بسنده أن هلال بن أمية جاء رسول الله ﷺ فقال^(٥٠) « يارسول الله إني جئت أهلى عشاء ، فوجدت عندها رجلاً ، فرأيت بعيني وسمعت بأذني . فكره رسول الله ﷺ ما جاء به ، واشتد عليه واجتمعت الأنصار فقالوا .. الآن يضرب رسول الله ﷺ هلال بن أمية ويبطل شهادته في الناس . فقال هلال : والله إني لأرجو أن يجعل الله لى منها مخرجاً . . . فوالله إن رسول الله ﷺ يريد أن يأمر بضربه ، إذ أنزل الله على رسوله الوحي . . . فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم ..) الآية . وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال لهلال بن أمية « البينة أوحده في ظهرك »^(٥١) .

ويكاد الفقهاء والمفسرون أن يكونوا مجمعين على أن حكم اللعان إنما نزل تحقيفاً عن الأزواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنى . إذ الحكم الأصلي أن يجلد الزوج ثمانين جلدة شأنه شأن أى قاذف . ثم خفف ذلك في حق الزوج بشرع أيمان اللعان^(٥٢) .

وإذا كان ذلك ، فإن تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل نزول الآيات المقررة له ، يكون من باب تطبيق الحكم الأخف ولو كان تشريعه لاحقاً للواقعة التي يطبق في شأنها . وذلك هو ما يعرف في الفقه الجنائي الحديث برجعية القانون الأصلح للمتهم . وهذه القاعدة استثناء - مقرر في الكثير النظم الجنائية الحديثة - من قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي^(٥٣) . ومن ثم فإنه لا يمكن الاستناد إلى تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل تشريعه ، للقول بأن ثمة استثناء عرفته الشريعة الإسلامية يجيز تطبيق النص الجرم أو المقرر للعقوبة بأثر رجعي^(٥٤) . وإنما يصح الاستدلال بتطبيقه على هذه الواقعة على جواز رجعية القانون الأصلح ، سواء كان محققاً للعقوبة أو ملغياً لوصف التجريم .

(٤٩) في تفصيل أحكام اللعان انظر: أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة ، ص ٥٩٧ - ٦٠٥ .

(٥٠) تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص ١٣ - ١٤ .

(٥١) زاد المسير ، المرجع السابق ، ص ١٣ ، نيل الأوطار ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ ، ٣٠٧ ، وفيه ترجيح أن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية لا في عويمر العجلاني وهو ماتومه بعض الروايات .

(٥٢) المراجع المشار إليها فيما سبق ، وأحكام القرآن ، ج ٣ ص ٢٨٦

(٥٣) انظر في هذا الاستثناء والخلاف الفقهي فيه ، الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢٤ - ٢٨ .

(٥٤) قال بمثل هذا الرأي استنتاجاً للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، المصدر السابق ذكره ، ص ٣٢٧ ، وقد أيد ذلك أيضاً

الدكتور عبد الأحد جمال الدين في تقريره المشار إليه سابقاً .

٢٠ - ٣ - حكم الظهار :

الظهار أن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أُمي . وقد كانت العرب في الجاهلية تجعل المرأة التي يظاهر منها زوجها محرمة عليه إلى الأبد فلا تعود إليه أبداً . ومحرمه على غيره من الأزواج كذلك فلا يجوز لأحد غيره أن يتزوجها فتبقي المرأة المظاهر منها معلقة لا هي لزوجها ، ولا يحل لها أن تتزوج سواه (٥٥) .

وقد أبطل الله سبحانه وتعالى هذا الحكم الذي درجت عليه العرب في الجاهلية وجعل حكم الظهار أن يمتنع الرجل عن قربان امرأته حتى يكفر عن ظهاره بواحدة من ثلاث خصال : تحرير رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً . فإن لم يفعل ذلك . وشكت الزوجة أمرها إلى القاضي أُلزمه الكفارة ، أو طلق امرأته عليه . (٥٦)

وورد النص على هذا الحكم في قوله تعالى : (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم) المجادلة ٢ - ٤ . وقد نزلت هذه الآيات في شأن أوس بن الصامت الذي ظاهر من زوجته فجاءت تشكوه إلى رسول الله ﷺ . فأنزل الله تلك الآيات . (٥٧)

وظاهر من ذلك أن الحكم الذي شرعه القرآن الكريم في الظهار أخف من حكم الجاهلية فيه . وأن الرسول ﷺ إذ طبق هذا الحكم القرآني إنما خفف به على المظاهر وزوجته . فيكون الشأن في الظهار هو الشأن في حكم اللعان . ولا يمكن - من ثم - أن يستدل بالظهار وما نزل فيه من قرآن على رجعية التشريع إلى الماضي بإطلاق . وإنما يصح الاستدلال به على تطبيق الحكم الأخف باعتباره ملغياً أو ناسخاً للحكم الأشد . (٥٨)

(٥٥) أحكام الأسرة ، لأستاذنا الشيخ شلبي ، ص ٦٢٠ - ٦٢٢ .

(٥٦) المرجع السابق ، ص ٦٢٣ .

(٥٧) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٨ ص ٦٠ - ٦٣ .

(٥٨) استدلال بقصة الظهار المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة على جواز الرجعية وفي مثل رأينا انظر الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع

على أنه يبدو أن الاستدلال بحكم الظهار على رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي مما لا يمكن التسليم به . ذلك أن الظهار من مسائل الأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة ، ولا علاقة بينها وبين الأحكام الجنائية حتى يستدل بها عليها ، وإنما يصح الاستدلال في هذا الشأن بالنصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية ، أو بالنصوص التي تقرر قواعد عامة . ومن ثم فحكم الظهار أيًا ما كان الشأن في كيفية تطبيقه خارج - في الحقيقة - عن نطاق البحث في قواعد التشريع الجنائي الإسلامي .

٢٠ - ٤ - عقوبة الحراية :

الحراية ، أو قطع الطريق ، جريمة من جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية وقد بين القرآن الكريم حكمها في قوله تعالى : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) المائدة ٣٣ - ٣٤ .

وقد ذهب القائلون بأن هذه الآية طبقت بأثر رجعي إلى أنها نزلت في قوم من عكل وعرينة قدموا إلى المدينة فرفضوا ولم يطب لهم المقام بها ، فأرسلهم رسول الله ﷺ إلى حيث كانت ترعى إبل الصدقة . . . فلما صحوا قتلوا راعي الإبل وساقوها . فلما بلغ ذلك النبي ﷺ غضب لذلك وأرسل أثرهم فلما جرى بهم نزلت الآيتان المتقدمتان فعاقبهم بها رسول الله ﷺ (٥٩) .

والصحيح في حكم هذه الآية أنها وإن نزلت في هؤلاء القوم من عكل وعرينة فإنها نزلت بعد عقابهم . وأنها إنما نزلت تبين عقاب مرتكبي جريمة الحراية . وتنتهي عن المثلة التي وردت في بعض الروايات أنها ارتكبت في حق هؤلاء بسمل أعينهم ومنعهم الماء . (٦٠)

وقد ورد التصريح بذلك في صحيح البخاري ومسند أحمد وسنن أبي داود عن ابن سيرين « أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود » (٦١) وفي صحيح مسلم وسنن النسائي وجامع الترمذي أن الرسول ﷺ « إنما سمل أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاة » (٦٢) .

(٥٩) عبد القادر عودة - المرجع السابق ، ص ٢٦٧ - ٢٦٨ .

(٦٠) انظر تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٢١٤٤ - ٢١٤٧ ، زاد المسير ، ج ٢ ص ٣٤٣ - ٣٤٤ .

(٦١) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٧٢ .

(٦٢) المرجع السابق ، ص ١٧٣ ، وزاد المسير للموضع السابق ، وتفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٢١٤٧ حيث يقول إن رسول الله

عاقبهم بقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فقتلوا قتل بهم .

فآيتا الحراية في سورة المائدة لم تطبقا على القوم الذين قتلوا راعي ابل الصدقة أصلاً . وإنما عوقب هؤلاء بمقتضى النصوص العامة التي توجب المعاقبة بمثل الاعتداء من مثل قوله تعالى : (وجزاء سيئة سيئة مثلها) الشورى - ٤٠ ، وقوله : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) النحل - ١٢٦ . (٦٣)

ومن هنا يتبين أيضاً أنه لم يكن ثمة أثر رجعي لتطبيق آيتي الحراية وتبني القاعدة المقررة في التشريع الجنائى الإسلامى أنه لاجرمية ولا عقوبة بغير نص ، وأنه لا يجوز أن يكون للنصوص الجنائية أثر رجعي اللهم إلا إذا كان ذلك يحقق مصلحة لمن تطبق عليه مثل هذه النصوص ، كما هو الحال في حكم الملاعنة والذي نسخ به حكم القذف (الجلد) في حق الزوج إذا رمى زوجته بالزنى .

وقد كان ذلك الفهم واضحاً عند الفقهاء الذين قرروا في التعزير أنه لا يجوز فيه تطبيق العقوبات على أفعال وقعت قبل إعلانها وبلوغها إلى علم المخاطبين بالنصوص المقررة لها . وفي ذلك يقرر القاضى أبو يعلى الخنبلى في كتابه الأحكام السلطانية أنه عند تقرير عقوبات تعزيرية يجب على الحاكم « أن يقدم الإنكار . ولا يجعل بالتأديب قبل الإنذار » (٦٤) وواضح من ذلك أن العقوبات التعزيرية التي يفرضها أولو الأمر في الدولة المسلمة لا يكون لها أثر رجعي تطبق به على ماسبقها من حوادث . وبذلك تستقيم لنا قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية إلى الماضى ، في الفقه الإسلامى ، ويتأكد سبق الشريعة في شأنها كما سبقت في الأصل الذى ترتبت عليه وهو قاعدة الشرعية على ما قدمنا .

(٦٣) ويلاحظ أن الأستاذ الشيخ أبو زهرة قد حاول (في المرجع السابق) أن ينقد خبر العرينين من جهة منته . والواقع أن هذا النقد غير مسلم . ويعنى عنه الخبر الصحيح : أن ذلك كان قبل شرع الحدود ، وعلى سبيل القصاص منهم بعقابهم بمثل ما اعتدوا به . (٦٤) ص ٢٧٧ . ومثله في الماوردى ، الأحكام السلطانية ص ٢٤٩ .

المساواة أمام النصوص الجنائية

٢١ - في القانون الجنائي المعاصر :

يشترط فقهاء القانون الجنائي الحديث شرطين لنجاح هذا القانون في أداء رسالته ، أحدهما « أن يسرى القانون في حق كافة من يخالفونه دون تمييز ويعبرون عن ذلك بأن يكون القانون واحداً بالنسبة لكافة الناس » (٦٥) .

وهذا الشرط ، الذي يمكن أن يعبر عنه بمبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية يعتبر فرعاً لمبدأ المساواة أمام القانون الذي عرفته النظم القانونية الحديثة عقب إعلانه والنص عليه في إعلان حقوق الإنسان الفرنسي الذي صدر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ .

٢٢ - موقف الشريعة الإسلامية من المبدأ :

فهل نجد لمثل هذا المبدأ من سند في أحكام الشريعة الإسلامية ؟ لقد جاء الإسلام وحياة العرب قائمة على التفاضل بينهم بالنسب والمال والسمعة والجاه . وصور هذا التفاضل تغمر حتى مظاهر ديانتهم فضلاً عن سيطرتها على نظم حياتهم .
في المجال الديني كان لقريش - مثلاً - في الحج مناسك خاصة تعرف بها وتلتزمها دون سائر الناس .

وفي مجال القانون الجنائي كان التمييز بين الناس واضحاً . فكانت دية القتل من الأشراف أو السادة أضعاف دية الشخص العادي . وكان هؤلاء لا يرضون - أحياناً - بقصاص من القاتل إلا أن يشمل كل قبيلته . (٦٦) وقد واجه الإسلام هذه العادات القبلية فألغاها وقرر منذ نزول القرآن أن

(٦٥) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٧ . وقد استقر هذا المبدأ فقهاً وقضاءً في إنجلترا والولايات المتحدة ، انظر .

Smith & Hogan, op. cit, P. 10-11.

أما المبدأ الثاني ، أو الشرط الثاني ، فهو أن يكون نظام التجريم متسعاً لوزن السلوك الإجرامي ذاته على ضوء القم الحلقية الأساسية . ولا ينحصر نطاقه في وزن ما يترتب عليه من ضرر فعلي .

(٦٦) في تفصيل ذلك انظر : الأم للإمام الشافعي ، ج ٦ ص ٧ ، والقصاص في الشريعة الإسلامية ، للدكتور أحمد محمد

إبراهيم ص ٩ - ١٠ .

الناس متساوون أمام أحكام الله سبحانه وتعالى لافرق في ذلك بين الأحكام الدينية والأحكام القانونية .

فعندما حج رسول الله ﷺ ظنت قريش أنه يتبع في حجه ما كانت قد اتخذته لنفسها من مناسك ، ولكنه حج كما يحج سائر المسلمين عملاً بقوله تعالى : (ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس) البقرة - ١٩٩ (٦٧) .

وقرر رسول الله ﷺ الدية مائة من الإبل لكل قاتل دون تفرقة بين شخص وشخص . وأن المسلمين تتكافأ دماؤهم (٦٨) فن قتل فإنه يقتص منه بقتله إلا أن يعفو أولياء المقتول فتحجب لهم الدية . (٦٩)

وبالإضافة إلى هذه الأحكام الخاصة فإن نصوص القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ تقرر القواعد العامة التي يبني عليها مبدأ المساواة من جهة ، والتي يتفرع عليها مبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية من جهة أخرى . فمن ذلك قول الله تعالى : (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير) الحجرات - ١٣ . وقول رسول الله ﷺ « أنتم بنو آدم . وآدم من تراب » (٧٠) وقوله في خطبة الوداع « يا أيها الناس : ألا إن ربكم عز وجل واحد . ألا وإن أباكم واحد . ألا لا فضل لعربي على عجمي ألا لا فضل لأحمر على أسود إلا بالتقوى » (٧١) .

٢٣ - تطبيق مبدأ المساواة في النظام الجنائي الإسلامي :

وفي مجال القانون الجنائي - على وجه الخصوص - قرر الرسول ﷺ قاعدة المساواة في تطبيق النصوص الجنائية بنص واضح جلي لا يحتمل تأويلاً ولا خلافاً . فقد سرت امرأة من بني مخزوم عقب فتح مكة ، فاهتمت قريش لأمرها وخافوا أن يطبق عليها الرسول ﷺ عقوبة القطع ، فطلبوا من أسامة بن زيد أن يشفع لها عند رسول الله ﷺ . فغضب لذلك رسول الله عليه الصلاة والسلام وخطب الناس فقال : « أيها الناس إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه .

(٦٧) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ٨ ص ١٧٠ - ١٩٨ .

(٦٨) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٠ .

(٦٩) المرجع السابق ، ص ٩ .

(٧٠) رواه أبو داود والترمذي ، وقال ابن تيمية إنه حديث صحيح ، انظر : اقتضاء الصراط المستقيم ، ص ٧٣ .

(٧١) رواه الإمام أحمد في مسنده بسند صحيح . وانظر ابن تيمية ، المصدر السابق ص ١٤٤ .

وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعتُ يدها» (٧٢) .

وقد كان في تطبيق رسول الله ﷺ حد القذف على من قذفوا السيدة عائشة رضی الله عنها ما فهم منه الفقهاء اطراد مبدأ المساواة في تطبيق العقوبات الإسلامية . فقال السهيلي في شرحه على سيرة ابن هشام عند ذكر توقيع الرسول ﷺ عقوبة الحد على القذفة « وفيه التسوية بين أفضل الناس بعد النبي ﷺ ، وأدنى الناس درجة في الإيمان . لايزاد القاذف على الثمانين وإن شتم خير الناس بعد رسول الله ﷺ ولا ينقص منها» (٧٣)

وهكذا يتبين من هذه النصوص أن الشريعة الإسلامية قد قررت وطبقت مبدأ المساواة أمام النصوص الجنائية تطبيقاً كاملاً . وأن هذا المبدأ كما يستفاد من نصوص الشريعة العامة المقررة للمساواة بين الناس ، فإنه يستفاد من نصوص خاصة بأحكام جنائية كنصوص القصاص والدية والسرقه (٧٤) وإذا كانت ترد على هذا المبدأ في القوانين الجنائية الوضعية استثناءات تتمثل في إعفاء بعض الأشخاص من العقاب على ما يرتكبون من جرائم ، كاستثناء رؤساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية ، وأفراد القوات المسلحة الأجنبية من تطبيق العقوبات المقررة لما يرتكبونه من جرائم (٧٥) فإن أحكام الشريعة لاتقر من هذه الاستثناءات شيئاً . والأصل فيها اطراد تطبيق أحكام الإسلام الجنائية على كل من يقع منه فعل معاقب عليه في إقليم الدولة الإسلامية (٧٦) .

(٧٢) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١١ ص ١٨٦ - ١٨٨ .

(٧٣) عبد الرحمن السهيلي ، الروض الأنف ، ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٧٤) في مبدأ المساواة من الناحية السياسية انظر كتابنا في النظام السياسي للدولة الإسلامية ، ط ٢ ، ١٩٧٨ ص ١٢٩ - ١٣٤ .

(٧٥) رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧ - ٣٠٠ ، ومحمود إبراهيم إسماعيل المرجع السابق ، ص ١٨٦ - ١٩٢ .

(٧٦) في تفصيل ذلك انظر عبد القادر عودة ، المرجع السابق ص ٣١٠ - ٣٤١ .

أهداف العقوبة

يقودنا استقراء العقوبات المقررة في النظام الجنائي الإسلامي ، والبيان الفقهي لوظائف هذه العقوبات أو للأهداف التي ترمى إلى تحقيقها إلى القول : إن نظرات ثلاث تتنازع هذه العقوبات :
أولها : أن العقوبة هي الجزاء العادل (أو المقابل) للجريمة .
والثانية : أن العقوبة ترمي - بتفريها - وتؤدي - بتوقيعها - إلى منع وقوع الجريمة في المستقبل .
والثالثة : أن العقوبة إجراء تقويي يؤدي إلى إصلاح الجرم فلا يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

وهذه النظرات الثلاث هي التي تسوّغ على أساسها العقوبة في الفكر القانوني والفلسفي المعاصر. وإن كانت النظرة إلى العقوبة باعتبارها جزاء أو مقابلاً للجريمة تعتبر اليوم أقل شيوعاً ، وأكثر تعرضاً للانتقاد من النظرتين الأخرين .

ونجمل فيما يلي الحديث عن كل من هذه النظرات - أو النظريات - الثلاث وموقف الفقه الإسلامي والمقارن منها ، على أن نعود إلى بعض التفاصيل التي تتعلق بهذا الموضوع في مواضعها من البحث .

٢٤ - العقوبة جزاء أو مقابل للجريمة : (Retribution)

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العقوبة « في ذاتها لا تحقق نفعاً للمجتمع ، أو لمن توقع عليه من الأفراد ، ولكنها في جميع الحالات يجب أن توقع كلما ارتكب شخص عملاً مخالفاً للقانون » (٧٧) . وقد لقيت هذه النظرية انتقاداً شديداً لارتباطها بفكرة الانتقام والتفكير التي اقترنت بالعقوبة في العصور القديمة . ولذلك حاول المؤيدون لها تقديمها في صياغة جديدة مؤداها أن المقصود بالعقوبة كجزاء مقابل للجريمة ليس هو الربط بين خطأ أخلاقي وقع فيه مرتكب الجريمة وبين الألم الذي يتمثل في توقيع العقوبة عليه ، باعتبار الألم تكفيراً عن الخطأ ، وإنما ماعنيه هذه النظرية هو أن أحداً لا يجوز أن يعاقب إلا إذا ارتكب جريمة أو فعلاً مخالفاً للقانون (٧٨) .

Ted Honderich, Punishment, the Supposed Justification, London, 1971, pp. 22 et seq. (٧٧)

Ibid. and John Rawls, Two concepts of Rules, Philosophical Review 1955. (٧٨)

ويتفق دعاة هذه النظرة على أن اعتبار العقوبة جزاء أو مقابلاً عادلاً للجريمة هو بمثابة التعبير عن الاستنكار الذي يضره المجتمع لارتكابها ، ويرون أن التغاضي عن هذا الاعتبار قد يؤدي إلى تسامح - غير مرغوب فيه بالتأكيد - مع ظاهرة الجريمة ذاتها. (٧٩) وعلى الرغم من الانتقادات العديدة التي تواجهها هذه النظرة إلى العقوبة باعتبارها الجزاء أو المقابل للجريمة فإنها لا تزال سائدة في القانون الإنجليزي ، وما زالت تؤيدها اتجاهات الرأي العام في إنجلترا (٨٠).

وتبدو فكرة اعتبار عقوبات الحدود بمثابة الجزاء المقابل للجريمة المرتكبة في إحدى الخصائص المميزة لهذه العقوبات وهي أنها لا يجوز تعديلها ولا العفو عنها . ومن ثم فإنها يجب توقيعها كلما ثبت ارتكاب الجريمة ، والفقهاء المسلمون يثبتون هذه الخصيصة لعقوبات الحدود استناداً إلى حديث « المرأة الخزومية » الذي أوردناه فيما تقدم ، والذي يوجب فيه الرسول ﷺ تطبيق عقوبة الحد على كل من ثبت عليه ارتكاب الجريمة المقررة لها. (٨١)

كذلك عبر القرآن الكريم عن العقوبة في جرائم الحدود بلفظ الجزاء ، بل صرح بأنها الجزاء المقابل للجريمة :

(إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف . .) الآية (المائدة - ٣٣ - ٣٤) .

« والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » (المائدة - ٣٨)
ومن الطريف أن نشير إلى أن استعمال القرآن الكريم للفظ « الجزاء » بمعنى المقابل الذي لا يتخلف عن الفعل كما ورد في مجال العقوبة قد ورد أيضاً في مجال المثوبة « وذلك جزاء المحسنين » (المائدة - ٨٥) . (لهم ما يشاءون عند ربهم ذلك جزاء المحسنين) (الزمر - ٣٤)

وقد يصح أن نستخلص من ذلك اتحاد وظيفة الثواب والعقاب في حمل الناس على الامتثال والطاعة للقواعد المقررة في المجتمع . وهي الفكرة ذاتها التي يدافع عنها ويتحمس لها عدد من أقطاب الفلسفة الحديثة. (٨٢)

Goodhart, A.L., English law and moral law, London 1953, P. 93. (٧٩)

Howard Jones, Crime and the penal system, 3rd. Ed. London 1965, pp. 134-145; Michael (٨٠)
Lessnoff, Two Justifications of punishment, The Philosophical Quarterly, April, 1971.

وقارن في الفقه المصري الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، السياسة الجنائية . ١٩٧٢ . ص ١٧٩ - ١٨١ .

(٨١) الحديث رواه البخارى ج ١٢ ص ٧٢ ومسلم ج ١١ ص ١٨٦ - ١٨٨ .

Duncasse C.J., Philosophy & Wisdomin (٨٢) انظر على سبيل المثال :

Punishment and Reward, (in Philosophical perspective on Punishment) New York Univ. Press, 1968, p. 3-19.

وإذا كنا نجد تأييدا لفكرة الجزاء المقابل للجريمة في آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول ﷺ التي تتعلق بجرائم الحدود . فإننا نجد أثراً أقوى وأوضح لهذه الفكرة في كتابات الفقهاء وتخريجاتهم في هذا الخصوص . ولعل أوضح مثال لذلك هو رأى الشافعية في مسألة تعدد الجرائم والعقوبات حيث يرون وجوب توقيع جميع العقوبات المحكوم بها على الجاني مهما تعددت باعتبار كلا منها تقابل فعلا قد ارتكبه الجاني (٨٣) .

وفي الوقت الذى يأفل فيه نجم نظرية «الجزاء» أو المقابل للجريمة كمبرر للعقوبة بين فقهاء القانون الجنائى المعاصرين والمشتغلين بعلم العقاب Penology ، يتجه إلى تأييدها بعض علماء التحليل النفسى الذين يرون أنه من الأهمية بمكان حين يرتكب شخص جريمة ما أن يوقع عليه جزاء عادل لها : للمحافظة على هدوء النفس ، ولمنع اتجاه الآخرين من أفراد المجتمع نحو الجريمة . (٨٤) ويؤيدها بعض الباحثين في علم العقاب باعتبارها تؤدي إلى احترام القانون ومنع حوادث الانتقام التي قد يرتكبها المجنى عليه إذا لم تناسب العقوبة فعل الجاني ، ولهذا السبب يعترف بعض معارضى هذه النظرة إلى العقوبة بأنها يجب أن يكون لها « دور محدود » في نظم العقاب المعاصرة (٨٥)

٢٥ - هدف العقوبة هو منع الجريمة (Deterrence)

إذا كانت نظرية الجزاء المقابل للجريمة - كمبرر للعقوبة - تلقي اليوم العديد من الاعتراضات ، فإن نظرية المنع - أى اعتبار الهدف من العقوبة هو منع الجريمة - تجد في الفكر الفلسفى والقانونى الكثير من التأييد .

وكما يقول الأستاذ Blanchard : « أياً ما كانت العقوبة فإنها يفترض أن تكون مانعة من ارتكاب الجريمة مرة أخرى » (٨٦) .

وإذا كانت نظرية الجزاء المقابل للجريمة تنظر إلى الماضى باعتبار العقوبة مقابلاً يتحملة المجرم من جراء عمل أو امتناع مخالف للقانون قد صدر بالفعل عنه ، فإن نظرية المنع تضع المستقبل فى اعتبارها أكثر مما تضع الماضى ، إذ ترمى إلى منع ارتكاب مزيد من الجرائم عن طريق توقيع العقوبة بسبب

(٨٣) انظر من كتب الشافعية : شرح الأنصارى على من بهجة لابن الوردى ، ج ٥ ص ٩٩ - ١٠٣ ، والمهذب لأبى إسحاق

الشيرازى ، ج ٢ ص ٢٨٨ .

Lafave, W.R. & Scott, A.W., Criminal Law, Minnesota 1975, P. 24. (٨٤)

Ibid., quoting Hall & Glueck, Criminal law and Enforcement, 1958, P. 16. (٨٥)

Blanchard, B., Retribution Revised, Philosophical Perspective on Punishment, op cit., p. 59. (٨٦)

جريمة وقعت فعلا . ويعتبر منع وقوع جرائم جديدة - في نظر أنصار فكرة المنع - هو الهدف الأكثر أهمية لتوقيع العقاب (٨٧)

وينقسم المنع الذى يحققه توقيع العقوبة إلى شقين : منع عام General deterrence يتحقق على الأفراد بصفة عامة فى المجتمع كله ، بحيث يمتنع المجرمون المحتملون أو عدد منهم ، عن ارتكاب الجريمة خوفاً من أن تلحقهم مثل العقوبة التى أصابت المجرم فعلا نتيجة لارتكابه جريمته .

ومنع خاص Particular deterrence يقتصر أثره على المجرم الذى وقعت عليه العقوبة فعلا بحيث تصده العقوبة وألمها وما يترتب عليها من إيذاء مادي ومعنوي له عن العودة مرة أخرى إلى الخروج على القانون (٨٨) .

وإذا كان المنع الخاص يفترض أن يتحقق أثره بمجرد توقيع العقوبة ، فإن المنع العام لا يتأتى أن يتحقق إلا بالإعلان عن العقوبة وجعلها معلومة للكافة ، لا عند تقريرها فحسب ، بل عند تنفيذها كذلك (٨٩)

وقد سبق الفقه الجنائى الإسلامى إلى تبرير العقوبة على أساس من أثرها فى منع الجرائم . بل إن نظرية المنع تحتل لدى الفقهاء المسلمين المكان الأهم بين النظريات الثلاث التى تتوزع النظرة إلى العقوبة وتحدد غايتها . وتكاد الحجج التى يسوقها الفقهاء المسلمون لتأييد النظرة إلى العقوبة باعتبارها وسيلة لمنع الجريمة أن تكون هى بذاتها الحجج التى تساق فى الفكر القانونى والفلسفى المعاصر لتأييد نظرية المنع .

فالماوردى - الشافعى - يعرف العقوبات بأنها « زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر » وبين ذلك بقوله « فجعل الله من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة ، وخيفة من نكال الفضيحة . ليكون ما حظر من محارمه ممنوعاً ، وما أمر به من فروضه متبوعاً . فتكون المصلحة أعم ، والتكليف أتم » (٩٠) .

(٨٧) Lafave & Scott, op. cit. p. 23; U.N. Sec. working paper to the 4th U.N. conference on prevention of crime and treatment of offenders, 1970 pp. 17-26.

Lafave & Scott, op cit. p. 23.

(٨٨)

ويلاحظ أن البعض يجعل المنع الخاص موضوعاً لنظرية مستقلة فى تسويق العقوبة يسميها

Intimidation theory أو The prevention theory .

انظر ذات المرجح ص ٢٢ - ٢٣ .

Lord Lloyd, the idea of law, London

(٨٩) انظر فى تفصيل ذلك

1970 (4th Ed.), P. 64; Ted Honderich, op. cit pp. 52-89

(٩٠) الأحكام السلطانية ، القاهرة ١٩٦٠ ، ص ٢٢١ .

والقراقى - المالكي - يقرر ، في كتابه المشهور بكتاب الفروق ، أن « الزواجر (أى العقوبات) مشروعة لدرء المفسد المتوقع » وأن « الزواجر معظمها على العصاة زجراً لهم عن المعصية وزجراً لمن يقدم بعدهم على المعصية » (٩١) .

ويذهب الكمال بن الهمام - الفقيه الحنفى المعروف - إلى أن العقوبات فى النظام الجنائى الإسلامى قد شرعت لتحقيق المنع العام ، فإذا نفذت على شخص معين فإنها تمنعه بذاته من العود إلى الإجرام مرة أخرى . وفى تنفيذها علناً ما يؤكد معنى المنع العام لهذه العقوبات (٩٢) وتنفيذ العقوبات علانية أصل مقرر فى الفقه الإسلامى ، ويؤيد الفقهاء وجوب التنفيذ العلنى للعقوبة - أيًا كان نوعها - بالتوسع فى تطبيق قوله تعالى فى شأن عقوبة الزانين (وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين) - سورة النور - ٢ وذلك باعتبار علة هذا النص متعددة بحيث يجب أن تنفذ جميع العقوبات بصورة علنية . (٩٣)

والإعلان عن تنفيذ العقوبة - عند أنصار نظرية المنع فى الفقه الجنائى الحديث - هو الذى يؤدي إلى تحقيق المنع العام General Detrence وكذلك الفقهاء المسلمون يرون علة التنفيذ العلنى للعقوبات منع العامة - أو من يحتمل أن يتجه إلى الجريمة منهم - من ارتكاب الجريمة . وفى ذلك يقول ابن فرحون - الفقيه المالكي - « يجب أن تكون إقامة الحدود علانية غير سرلينتهى الناس عما حرم الله عليهم » (٩٤) .

ومن الوسائل الفقهية التى تبرز حفاوة الفقه الجنائى الإسلامى بالنظرة إلى العقوبة باعتبارها مانعاً من اتجاه العامة إلى الإجرام ، ماقرره الفقهاء من عدم قبول شهادة « المحدود » أمام القضاء فالنص الوحيد فى هذا الخصوص قاصر على من وقعت عليه عقوبة القذف المنصوص عليها فى سورة النور ومع ذلك فقد عمم الفقهاء هذا الحكم على جميع العقوبات المقررة لجرائم الحدود تأكيداً للنظر إليها باعتبارها مانعة من ارتكاب الجريمة . (٩٥) وثمة تطبيق حديث لهذه النظرة هو مانص عليه نظام الخدمة المدنية فى المملكة العربية السعودية من عدم جواز تعيين من حكم بإدانته فى جريمة حد فى الوظائف العامة قبل مضى ثلاث سنوات على تنفيذ العقوبة (م/٤ ف و من نظام الخدمة المدنية

(٩١) الفروق ، طبعة دار المعرفة ببيروت (مصورة) ج ١ ، ص ٢١٣ .

(٩٢) فتح القدير ، ج ٤ ، ص ١١٢ .

(٩٣) أبو بكر الرازى الشهير بالخصاص ، أحكام القرآن ، ط الأستانة ، ج ٣ ، ص ٢٦٤ .

(٩٤) تبصرة الحكام ، القاهرة ١٣٠٢ هـ (بالطبعة البنية) ج ٢ ص ١٩٤ .

(٩٥) انظر لتفصيل ذلك :

الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٤٩ في ١٠/٧/١٣٩٧هـ)
ولعل علة ذلك النص هي اعتبار الوظائف العامة من الولايات فيكون شأنها شأن الشهادة لا يجوز
القيام بها إلا لمن ثبتت عدالته .

٢٦ - هدف العقوبة هو إصلاح الجاني : (Reformation)

كان من نتائج التقدم الذي أحرزته البحوث العلمية في مجال الإجراء والعقاب أن ظهرت نظرية
ثالثة في وظيفة العقوبة مؤداها أن الهدف الذي يجب أن ترمى إليه العقوبة ليس هو المنع بشقيه - العام
والخاص - وليس هو توقيع جزاء عادل على المجرم يقابل ما عرفت يداه من اعتداء على حق اجتماعي
أو فردي ، وإنما الهدف الذي يجب أن توجه إليه العقوبة هو إصلاح الجاني نفسه وتقوم سلوكه بحيث
يعود بعد ذلك إلى الحياة الاجتماعية كعضو صالح في الجماعة .^(٩٦)

ومقتضى هذه النظرة إلى العقوبة أنها يجب أن تتحول من وسيلة للإيلام إلى أداة للعلاج .^(٩٧)
وقد بالغ بعض أنصار هذه النظرية حتى ذهبوا إلى أن « الجاني يحتاج إلى علاج إذ أنه مريض حقيقة ،
وقد يكون مرضه عضوياً ، كما قد يكون أمراً قريباً من اليقين أنه مريض عقلياً ونفسياً . فهو شخص
مريض فعلاً ويحتاج إلى المساعدة »^(٩٨) .

وتقوم هذه النظرية على أساس من الاعتقاد في كون النشاط الإنساني نتيجة لعوامل سابقة عليه ،
هي المقدمات التي أدت إليه ، وهذه العوامل من الممكن تحديدها ومن ثم يمكن اتخاذ الوسائل
العلاجية المناسبة لإحداث تغيير في سلوك الشخص الذي يخرج على القانون والذي اصطلح على
تسميته بالجاني أو المجرم^(٩٩) .

وتجد هذه النظرية اليوم في صيغتها المعتدلة التي تجعل الإصلاح واحداً من أهداف العقاب وليس
الهدف الوحيد ، وتبني بذلك على العقوبة دون أن تدعو إلى استبدالها بالعلاج ولكنها تطالب بتعديل

Howard Jones, crime and the penal system London 1965 p. 143: (٩٦)

وفي اللغة العربية : رمسيس بهنام ، علم الإجرام ، الإسكندرية ١٩٧٠ م ج ١ ص ٢٨ - ٣٠ .

Lafave and Scott, op. cit, p. 23. (٩٧)

Baylis, C.A., Immorality, Crime and Treatment, in «Philosophical Perspective on (٩٨)

Punishment», op. cit, p. 147

Lafave and Scott, Ibid. (٩٩)

وفي جهود العلماء الإيطاليين الذين بدأت بهم الدراسة العلمية الحديثة لظاهرة الجريمة وكانوا أول من نادى بهذه النظرية انظر :
رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢٥ - ٣٠ . وعبد الفتاح الصبيح ، علم الإجرام ، بيروت ١٩٧٣ م ، ص ١٧٧ وما بعدها .

أساليب تنفيذها ، وتدعو إلى العزى فى اختيارها ، بحيث يتحقق الهدف الإصلاح منها إلى جانب أهدافها الأخرى - تجد هذه النظرية ، بهذه الصيغة ، أكبر تأييد فى أوساط علماء الإجرام Criminology وعلماء العقاب Penology (١٠٠).

وإذا كان هذا هو الاتجاه الغالب بين أقطاب علمى الإجرام والعقاب المعاصرين فإن نظريتى المنع والجزاء لا يزال لها مكانها الذى لا ينكر فى تفسير العقوبة وتسويغها ونبينا يرجع بعض الباحثين هذه الظاهرة إلى ضآلة معرفتنا بالتأثير الفعلى للعقوبة فى منع المجرمين المحتملين من الإقدام على الجريمة ، (١٠١) يرجعها البعض الآخر إلى أن معرفتنا بالوسائل التى تقود إلى إصلاح الجانى (غير العقوبات التقليدية) لاتزال محدودة جداً ، وإلى أن طبيعة بعض الجرائم قد تكون من التفاهة بحيث لا يتصور فى شأنها التفكير فى حاجة الجانى إلى إصلاح ، وإلى أن الأهداف الأخرى للعقوبة (المنع والجزاء) يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار ، وقد يكون تحقيقها أهم كثيراً من الاستجابة لحجج دعاة نظرية الإصلاح (١٠٢).

ويجد الهدف الإصلاحى للعقوبة تعبيراً عنه محدود النطاق فى كتابات بعض الفقهاء المسلمين فى مجال عقوبات الحدود والقصاص .

ومن ذلك أن الفقهاء حين يناقشون عقوبة النى من الأرض المقررة لجريمة الحرابة (أو الحبس فى مذهب الأحناف) يقررون أن هدف هذه العقوبة هو إصلاح الجانى . ولذلك يرون أن النى أو الحبس يجب أن يستمر حتى تثبت « توبة الجانى وصلاح أمره » (١٠٣) وذلك يعنى بوضوح التأكد قبل الإفراج عن الجانى من أن استقامته الخلقية قد بلغت مستوى يحول بينه وبين التردى مرة أخرى فى وهدة ارتكاب الجريمة . وذلك هو ذاته ما تقرره نظرية الإصلاح من أنه لا يجوز إطلاق سراح الجانى - أو إعفاؤه من التعرض لأساليب الإصلاح - إلا بعد التيقن من أنه لن يجرم مرة ثانية (١٠٤).

وثمة تعبير آخر عن النظرة إلى العقوبة كوسيلة إصلاح يراد بها تقويم مسلك الجانى ومنعه من الإجرام مرة أخرى يتمثل فى مذهب المالكية والظاهرية فى أن العقوبات المقررة لجريمة الحرابة (وهى

Hall Williams, English Penal System in Transition, London, 1970, p. 13: (١٠٠)

Lafave and Scott, op. cit, p. 23.

Lafave and Scott, op. cit. p. 25. (١٠١)

Hall Williams, op. cit (١٠٢) انظر فى عرض هذا الاتجاه ومناقشته :

(١٠٣) الإمام الغزالى ، الوجيز فى فقه الشافعية ، ج ٢ ص ١٧٩ ، والمرادوى الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف فى فقه الإمام أحمد ، ج ١٠ ص ٢٩٨ .

Lafave and Scott, op. cit. p. 24. (١٠٤)

أربعة : القتل والصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف والنتي) ليست على ترتيب الأفعال التي يمكن أن ترتكب بها هذه الجريمة ، وإنما هي عقوبات تخير بينها القاضى حتى يقضى منها بما يكون أصح للجاني وللمجتمع في الحالة المعروضة عليه . (١٠٥) وهذا المذهب يقوم على الارتباط بين العقوبة وبين الظروف الشخصية للمجرم بحيث تكون ثمة ملامة بين العقوبة التي يوقعها القاضى وبين هذه الظروف حتى تحقق العقوبة أهدافها . وذلك - كما قدمنا - هو الأساس الذى يرى أنصار نظرية الإصلاح أن تحدد على أساسه العقوبات - أو وسائل التقويم - التي ينطق بها القاضى في كل حالة على حدة . (١٠٦)

وفي تأكيد الارتباط بين العقوبة وبين الظروف الشخصية للجاني يقول إمام الحرمين الجوينى - من أئمة الشافعية - . . . فإذا فرض شخص من الجناة لا يؤثر فيه التأديب اللائق بجنايته ردعاً والذي يؤثر فيه كالقتل ونحوه لا يجوز أن يكون عقوبة لتلك الجناية فإن هذا الجاني يسقط تأديبه مطلقاً» (١٠٧)

أما في نطاق العقوبات التعزيرية فإن الفقهاء المسلمين يجعلون لإصلاح الجاني بتوقيع العقوبة عليه المقام الأول بين أهداف العقاب . وسوف يأتي تفصيل ذلك في موضعه من هذه الدراسة . وهكذا نستطيع أن نقرر أن العقوبة في نظر الفقهاء المسلمين ترمى إلى واحد من ثلاثة أهداف : توقيع جزاء على الجاني مقابل فعله ، أو منع ارتكاب مزيد من الجرائم سواء من الجاني نفسه أو من غيره من الأشخاص ، أو إصلاح الجاني وتقويم سلوكه بحيث لا يعاود ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

٢٧ - تسويق العقوبة على أساس نظريات أخرى :

ولا يفوتنا هنا أن نضيف أن بعض الباحثين في علم العقاب يضيفون إلى النظريات الثلاث التي قدمنا الكلام عنها نظريات أخرى في تسويق العقاب . فمن ذلك تسويق العقوبة على أساس فكرة حماية المجتمع Protection of Society وتبريرها على أساس فكرة التثقيف أو التربية Education (١٠٨) ومن ذلك أيضاً المناذاة بإقامة العقاب عند تقديره وتقريره على أساس من فكرة العدالة Justice التي نادى بها الأستاذ Hart في إنجلترا وعلى أساس فكرة إصلاح الضرر أو تعويضه التي طبقها

(١٠٥) مالك ، المدونة ، ج ١٦ ، ص ٢٩٨ - ٣٠٥ وابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ٣١٧ .

Hall Williams, Ibid. P. 22.

(١٠٦) انظر في تفصيل ذلك

Lafave and Scott, op. cit. p. 25.

(١٠٧) القراني ، الفروق ، ج ١ ص ٢١٣ .

Lafave and Scott, p. 22-23.

(١٠٨) انظر

بعض التشريعات الحديثة في بريطانيا ونيوزيلندا وبعض الولايات المتحدة الأمريكية. (١٠٩) ولا تزال هذه الأفكار - برغم تطبيق بعضها - لا تجد المكان الملائم لها بين نظريات العقاب فهي لا تزال أفكاراً نظرية وفلسفية أكثر منها مؤثرات عملية في النظم الجنائية المعاصرة.

الفصل الثالث

أوليات إجرائية

- ٧ - حقوق الله وحقوق العباد
- ٨ - درء الحدود بالشبهات
- ٩ - التوبة والعفو

حقوق الله وحقوق العباد

يقسم الفقهاء المسلمون الأفعال التي ورد التكليف الشرعي بإتيانها أو بالمنع منها إلى ثلاثة أقسام :
قسم هو حق خالص لله ، وقسم يشتمل على حق لله وحق للفرد ولكن حق الله فيه أغلب ، وقسم يشتمل على حق لله وحق للفرد وحق للفرد فيه أغلب .^(١١٠) والمقصود بما وجب إتيانه أو الامتناع عنه باعتباره حقاً لله كل فعل أو امتناع ترجع علة إيجابه أو النهي عنه إلى الجماعة أو إلى المصلحة العامة .^(١١١) ويتضمن هذا النوع من الأفعال كل ما كان حقاً خالصاً لله أو ما كان مشتركاً فيه حق الله وحق الفرد وغلب حق الله على حق الفرد^(١١٢) والمقصود بما وجب إتيانه أو الامتناع عنه لحق الفرد هو كل فعل أو امتناع ترجع علة إيجابه أو النهي عنه إلى تحقيق مصلحة شخصية لمستفيد منه من الأفراد^(١١٣) .

وتترتب على هذا التقسيم للأفعال في نطاق النظام الجنائي الإسلامي نتائج بعضها موضوعي وبعضها إجرائي ، فنعرض لكل منها فيما يلي ، ونمهد لذلك بتحديد مايعتبر من الجرائم اعتداء على حق الله ومايعتبر منها اعتداء على حق الفرد .

٢٨ - تقسيم الجرائم إلى اعتداء على حق الله واعتداء على حق الفرد :

من المتفق عليه أن جرائم الاعتداء على الأشخاص من قتل وضرب وجرح (وهي المعروفة في الإصطلاح الجنائي الإسلامي بجرائم القصاص والدية) هي جرائم تقع اعتداء على حق الفرد الجنئي عليه . وأن جرائم التعزير قد تقع اعتداء على حق الفرد أو على حق الله أي حق الجماعة وذلك بحسب اختلاف المصلحة التي يراد حمايتها بالعقاب على هذه الجرائم . أما جرائم الحدود (الجرائم التي حدد الشارع عقوباتها في القرآن الكريم أو السنة النبوية) فإن الاتفاق قائم بين الفقهاء على اعتبارها تمثل

(١١٠) انظر في هذا التقسيم بالتفصيل : الشاطبي ، الموافقات (بتحقيق الشيخ عبد الله دراز) ج ٢ ص ٣١٨ - ٣٢٠ . وقارن

عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ، ص ٢٠٤ - ٢٠٦ .

(١١١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٣٣ و ٥٦ .

(١١٢) الشاطبي ، المرجع السابق ص ٣١٩ .

(١١٣) المرجع السابق ص ٣٢٠ .

اعتداء على حق الجماعة (أى حق الله) اللهم إلا جريمة القذف التى اختلف الفقهاء فى شأنها حول ما إذا كانت تعتبر اعتداء على حق للعبد أو حق لله ، أى حق للفرد أو حق للجماعة .

٢٩ - آراء الفقهاء فى تكييف جريمة القذف :

فى الفقه الإسلامى ثلاثة آراء فى شأن اعتبار جريمة القذف اعتداء على حق الله ، أو اعتداء على حق الفرد (وهو هنا المجنى عليه أى المقذوف) .

فيذهب الأحناف والظاهرية إلى أن القذف يشكل اعتداء على مصلحة عامة تتمثل فى حق كل عضو فى المجتمع فى حماية سمعته وعرضه من أن يوجه إليه اتهام ظالم بالخروج على واجبات الدين وإتيان محرماته . (١١٤)

ويذهب الشافعية والحنابلة إلى أن جريمة القذف تقع اعتداء على حق شخصى للمقذوف هو حقه فى صيانة سمعته من التهمة بالزنى (١١٥) .

ويذهب المالكية إلى اعتبار جريمة القذف اعتداء على حق الفرد المقذوف قبل التقاضى ، أى قبل تحريك الدعوى الجنائية ضد القاذف ، ولكنهم لا يرون للمجنى عليه حقاً بعد تحريك الدعوى الجنائية ، ويعتبرون توقيع العقوبة عندئذ حماية لحق الله (حق الجماعة) ولا شأن للمجنى عليه بها . (١١٦)

ومن الجدير بالبيان هنا أن الخلاف بين الفقهاء فى تكييف جريمة القذف باعتبارها اعتداء على حق للفرد أو حق للجماعة يرجع فى الواقع إلى الاختلاف فيما يراه أصحاب كل رأى أجدد بالحماية من المصالح التى يصيبها الاعتداء بارتكاب جريمة القذف . فيرى الأحناف أن تغليب حق الله يؤدى إلى حفظ حقوق الجماعة وحقوق الأفراد وتغليب حق الفرد قد يؤدى إلى إهدار حق الجماعة (فما إذا عفا الفرد عن حقه أو تنازل عن الدعوى) .

ويغلب الشافعية والحنابلة حق الفرد لأنه أكثر حاجة إلى حمايته من حاجة الجماعة إلى حماية حقها . ومن ثم يجب ترك تقدير وسيلة هذه الحماية إليه . أما المالكية فيذهبون إلى أن حق الجماعة لا يظهر إلا

(١١٤) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٥٦ ، وابن حزم ، المحلى ج ١١ ص ٢٨١ .

(١١٥) الهيتمى ، تحفة المحتاج ج ٧ ص ١٢٠ . وابن قدامة ، المغنى ج ٨ ص ٢١٧ - ٢١٧ .

(١١٦) الحرشى على مختصر خليل ، ج ٥ ص ٣٣٢ ، وحاشية المواق ج ٦ ص ٣٠٥ .

عند تحريك الدعوى الجنائية على الجاني أما قبل ذلك فالأمر مقصور على حق المجنى عليه ولا حق للجماعة . فإذا أقيمت الدعوى الجنائية وظهر بها حق الجماعة فإنه يتغلب على حق الأفراد^(١١٧) .

٣٠- النتائج الموضوعية للتفرقة بين حق الله وحق العبد :

لعل أهم النتائج الموضوعية التي تترتب على اعتبار جريمة ما اعتداء على حق للفرد أو حق للجماعة هي مدى جواز العفو في تلك الجريمة . فكل جريمة غلب فيها جانب الاعتداء على حق الفرد على جانب الاعتداء على حق الجماعة كان للفرد المجنى عليه إسقاط حقه بالعفو عن الجاني وبذلك لا يجوز أن تمتد إلى الجاني يد السلطة العامة في الدولة لاقتضاء ما ينشأ عن الجريمة من حق في العقاب . وقد بلغ من تقدير جانب من الفقه الإسلامي لهذه النتيجة أن اتخذ منها معياراً للتفرقة بين حق الله وحق العبد ، وذهب هذا الرأي أيضاً إلى أن ما كان للعبد إسقاطه فهو حقه ، وما لم يكن له إسقاطه فهو حق الجماعة (أو حق الله) .^(١١٨) ولعل الأصح هو جعل الإسقاط (أو تقرير حق العفو) نتيجة للتفرقة بين حق الفرد وحق الجماعة . ذلك أن الحق في العفو لا ينشأ إلا تابعاً لحق آخر هو رد الاعتداء أو اقتضاء العقوبة المترتب على الجريمة . فيتعين لذلك أن يكون معيار التفرقة هو الحق المعتدى عليه لا الحق الناشئ عنه من عفو أو اقتضاء عقاب^(١١٩) .

ومن هنا كان اتفاق الفقهاء على جواز العفو عن الحق في القصاص أو الدية ، وعن جرائم التعزير التي ترتكب إخلالاً بحق فردى . واتفاقهم على عدم جواز العفو عن جرائم الحدود^(١٢٠) . والعفو الذي يتقرر في الفقه الجنائي الإسلامي للمجنى عليه هو عفو عن العقوبة - أو عن حقه في المطالبة القضائية باقتضاءها - وليس عفواً عن الجريمة بحيث يمحو عن العمل المرتكب صفة السلوك غير المشروع أو يلغع عليه صفة العمل المباح .

وتقر النظم الجنائية الحديثة فكرة العفو في صورتين إحداهما صورة العفو عن العقوبة والثانية صورة العفو العام أو الشامل . أما العفو عن العقوبة فيكون خاصاً بشخص أو أشخاص معينين ويصدر بعد أن يكون القضاء قد قال كلمته في شأن الفعل المنسوب إليهم وهو لا يؤثر على وصف الفعل بأنه جريمة

(١١٧) انظر المراجع المشار إليها فيما سلف من بيان رأى هذه المذاهب . وفي انتقاد الأساس الذي تبنى عليه بعض هذه الآراء انظر ما يلي عند الكلام على عقوبة القذف في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(١١٨) القراني ، الفروق ، ج ١ ص ١٤١ .

(١١٩) الشاطبي ، الموافقات ج ٢ ص ٣٧٥ - ٣٧٨ .

(١٢٠) انظر المرجعين السابقين .

وإنما يقتصر أثره على الإعفاء من العقوبة أو تخفيفها. (١٢١)

وقد يرجع سبب إصدار العفو عن العقوبة إلى تدارك خطأ قضائي لم يعد ثمة سبيل لإصلاحه بالطرق العادية للطعن في الأحكام، أو إلى الرأفة بمن ثبت في أثناء تنفيذ العقوبة عليه أنه جدير بالتسامح معه لزوال خطورته الإجرامية، أو إلى إعمال قانون هو أصلح للمحكوم عليه لم يستطع الاستفادة منه لصدور حكم بات بالعقوبة قبل صدوره (١٢٢).

وتنص التشريعات عادة على أن يكون العفو عن العقوبة بقرار من الدولة ممثلة في رئيسها، ومن ذلك نص الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ م في المادة ١٤٩ على أن «لرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون».

ومع ذلك فقد أجازت بعض قوانين العقوبات العربية صورة من صور العفو عن العقوبة وجعلت الحق فيه مقررًا لغير رئيس الدولة، وذلك في حالتين هما: حق الزوج في العفو عن عقوبة الزوجة الزانية بعد صدور حكم بات بالعقوبة (م ٢٧٤ عقوبات مصرى و ١٩٧ جزاء كويتي) وحق المجني عليه في جرائم السرقة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع في العفو عن العقوبة (م ٢١٣ عقوبات مصرى و ٢٤١ جزاء كويتي).

وعلى الرغم من تعبير التشريعات العربية سالفة الذكر عن هذا الحق بأنه حق في «وقف تنفيذ العقوبة» فإن تكييفه الصحيح - في نظرنا - هو أنه حق في العفو عن العقوبة لا في وقف تنفيذها. وذلك لأنه لا يترتب عليه آثار وقف التنفيذ المقررة في هذه التشريعات والتي أهمها أن ينفذ الحكم المشمول بوقف التنفيذ إذا صدر حكم آخر خلال مدة معينة - يحددها القانون - على الشخص ذاته. (١٢٣) ومن المسلم به أن طلب الزوج - في جريمة زنى الزوجة - أو المجني عليه - في جريمة السرقة - المشار إليها، وقف تنفيذ الحكم لا يترتب عليه أى من آثار وقف التنفيذ الذى تقرره المحكمة في حكمها المشمول به وفق المادتين ٥٥ ع مصرى و ٨٢ ج كويتي.

أما العفو الشامل (أو العفو عن الجريمة) فهو لا يصدر عادة مقصوداً به شخص معين أو أشخاص معينون، وإنما يكون عاماً ومطلقاً لينصرف إلى فئة معينة من الجرائم أو الأشخاص، وأكثر صور استعماله هي صورة العفو عن الجرائم السياسية وإن لم يكن هناك ما يمنع من استعمال العفو الشامل

(١٢١) الأستاذ الدكتور محمد مجي الدين عوض، القانون الجنائي، إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني، طبعة ١٩٦٤، ج ١ ص ١٧٤ - ١٧٥.

(١٢٢) الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ص ١١٨٥ - ١١٨٦.

(١٢٣) راجع المواد ٢٧٤/٢ و ٣١٢ عقوبات مصرى و ١٩٧ و ٢٤١ جزاء كويتي وانظر في وقف التنفيذ وآثاره الدكتور رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ١١٦١ - ١١٦٣.

بصدد جريمة بعينها وقعت من شخص معين^(١٢٤) على أن جانباً من الفقه يرى أنه لا يجوز إصدار عفو شامل في غير حالات الانقلابات السياسية وما إليها دون ما يسمى « بالجرائم التقليدية » كجرائم الاعتداء على الأشخاص واختلاس الأموال . ويعلل ذلك « بأن المشرع لا يملك أبداً إباحة الأفعال المستقرة في الضمير الاجتماعي بوصفها جرائم »^(١٢٥) .

ويقوم هذا الرأي - في تقديرنا - على وزن صحيح لخطورة العفو الشامل باعتباره يحو صفة الجريمة عن الأفعال التي صدر بشأنها فينتقل بها من نطاق الأفعال المجرمة بقانون العقوبات ، إلى نطاق الأفعال المباحة بنص القانون الذي قرر العفو الشامل . ومن ثم فإنه ليس صحيحاً - في تقديرنا أيضاً - الرأي الذي يذهب إلى أن العفو الشامل هو بمثابة تنازل عن « حق الدولة الشخصي في معاقبة مرتكب الجريمة »^(١٢٦) وإنما يصح وصف العفو عن العقوبة أو تكييفه بأنه تنازل عن الحق في معاقبة مرتكب الجريمة ، ولا يصح وصف العفو الشامل بذلك . إذ يتفق الجميع على أن العفو الشامل يزيل عن الفعل صفته الجنائية بأثر رجعي فيصبح مباحاً منذ وقوعه^(١٢٧) وما كان مباحاً منذ وقوعه لا يتصور العقاب عليه حتى يقال إن الدولة قد تنازلت عن حقها في العقاب .

والعفو الشامل لا يكون إلا بقانون تصدره السلطة التشريعية في الدولة إذ أن من شأن العفو الشامل تعطيل نص القانون المقرر للجريمة والعقوبة (وهو غالباً قانون العقوبات) في أحوال معينة ومن بدهيات علم القانون أن النص لا ينسخه أو يعطل حكمه إلا نص في مرتبه أو أعلى منه .

٣١ - مدى جواز نوعي العفو في النظام الجنائي الإسلامي :

قدمنا أن أهم النتائج الموضوعية التي تترتب على اعتبار بعض الجرائم اعتداء على مصلحة فردية (أو حق العبد) أنه يجوز لمن أصابه الاعتداء بارتكاب الجريمة أن يسقط حقه في اقتضاء العقوبة . ولا يجوز العفو - بنوعيه - في جرائم الحدود وهي الجرائم التي يجمع الفقه الجنائي الإسلامي على أنها تعتبر اعتداء على حقوق الجماعة لا على حق فردي للمجني عليه فيها .

(١٢٤) الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الضبي ، حق الدولة في العقاب ، بيروت ١٩٧١ . ص ١١٢ - ١١٤ حيث أشار إلى نصوص

القوانين العربية التي تقرر العفو الشامل .

(١٢٥) الأستاذ الدكتور علي راشد ، القانون الجنائي ، القاهرة ١٩٧٤ ، ط ٢ ، ص ٦٦٨ .

(١٢٦) أستاذنا الدكتور عبد الفتاح الضبي ، المرجع السابق ص ١١٢ .

(١٢٧) المراجع السابقة ، والدكتور محمد مجي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص ١٧٥ .

وعلى الرغم من جواز العفو عن العقوبة في جرائم القصاص والدية (أى جرائم الاعتداء على الأشخاص) فإن العفو الشامل لا يجوز فيها - في ظل النظام الجنائي الإسلامى - إذ أن تجريم الفعل ليس من صنع السلطة التشريعية في الدولة - وهى التى تملك العفو العام - وإنما هو من صنع الشريعة الإسلامية في نصوص القرآن والسنة . وإذا كان العفو الشامل بحسب ما قدمنا يحو عن الفعل وصفه الإجرامى منذ وقوعه ، ولا يكون إلا بنص مساو في القوة للنص الذى خلع على ذلك الفعل وصف الجريمة ، فإنه لا يجوز - في نظرنا - أن تتصدى السلطة التشريعية في دولة إسلامية لمثل هذه الجرائم بإصدار قانون ينق عليها صفة الجريمة . إذ أن من المسلم به أن النصوص القرآنية ونصوص الأحاديث النبوية لا يجوز نسخها ولا تعديلها ولا مخالفة أحكامها .

والعفو الشامل لا يجوز أيضاً في جرائم الحدود - كما لا يجوز العفو عن العقوبة - لأن أحداً لا يملك التدخل في صدد النصوص المقررة لهذه الجرائم بتعديل أو إلغاء أو تخفيف . ويتفق رأينا هذا مع رأى القائل - في الفقه المصرى - بعدم جواز إصدار قانون عفو شامل عن الأفعال التى رسخ في ضمير الجماعة واستقر اعتبارها جرائم (١٢٨) .

أما جرائم التعزير - في الفقه الجنائي الإسلامى - فهى على نوعين : نوع ورد بشأنه في القرآن أو السنة النص المقرر للتجريم - وإن لم تحدد له عقوبة معينة - ونوع يقرر تجريمه والعقاب عليه نص يصدر في الدولة من السلطة المختصة . (يعبر الفقهاء عن ذلك بما يقرره ولى الأمر وهو اختصاص معقود في العصر الحديث للسلطة التشريعية وحدها أو ما يقوم مقامها من سلطات يفوض إليها اختصاص التشريع في حالات وحدود معينة) .

ومن أمثلة النوع الأول جرائم شرب الخمر ، والتعامل بالفوائد الربوية ، وشهادة الزور وجريمة الرشوة ، وجريمة خيانة الأمانة (عند من لا يعتبرها سرقة من الفقهاء) وجريمة السب (الذى لا يتضمن قذفاً بالزنى مما يعاقب عليه حداً) . وفي هذا النوع من الجرائم نرى أنه يجوز للدولة أن تتنازل عن اقتضاء حقها في العقاب كلما كانت الجريمة تشكل اعتداء على حق للجماعة كالرشوة وشرب الخمر والتعامل الربوى ، كما يجوز للمعتدى عليه أن يعفو عن العقوبة في الجرائم التى تتضمن اعتداء على حق شخصي له كالسب وخيانة الأمانة .

أما النوع الثانى من جرائم التعزير فمن أمثلته الجرائم الإقتصادية ، وجرائم إحراز وحمل الأسلحة والذخائر بدون ترخيص ، وجرائم مخالفة الإشتراطات الصحية أو اشتراطات الأمن والسلامة في

المحلات العامة أو التجارية أو الصناعية^(١٢٩) وفي هذا النوع من الجرائم يجوز - في نظرنا - ممارسة النوعين من العفو - فيجوز العفو عن العقوبة فقط كما يجوز العفو الشامل - وذلك لأن الجريمة هنا هي من صنع السلطة التشريعية التي قررت اعتبار فعل ما مخالفاً للقانون وربت عليه عقوبة معينة . فتملك هذه السلطة ذاتها أن تنفي عن ذات الفعل - متى شاءت - وصف الجريمة ، وأن تتنازل عن حق المجتمع الذي تمثله في اقتضاء العقوبة عن هذه الأفعال .

وخلاصة ما تقدم أن التفرقة بين ما يتضمن من الجرائم اعتداء على حق الجماعة وما يتضمن اعتداء على حق الفرد يترتب عليها آثار موضوعية يبدو أهمها في مدى جواز العفو عن العقوبة أو مدى جواز العفو الشامل (عن الجريمة) . وقد رتب الفقهاء على هذه التفرقة حقاً للمعتدى عليه في النوع الثاني من الجرائم في التنازل عن حقه في اقتضاء العقاب ، على حين يمتنع ذلك في النوع الأول . وقد فرقنا في مجال جرائم التعزير بين التعزير على جريمة ورد نص التجريم بشأنها في المصدرين الرئيسيين للشرعة الإسلامية (القرآن والسنة) فلم نرجأ في هذه الجرائم سوى العفو عن العقوبة دون العفو الشامل . وبين جرائم التعزير التي يكون مصدر التجريم فيها قانوناً (أو قراراً) تصدره السلطة المختصة في الدولة ، فأجزنا فيها العفو بنوعيه ، عن الجريمة وعن العقوبة .

وإذا كانت النظم الجنائية الحديثة تعرف نظام العفو الشامل - أكثر ما تعرفه - في صدد الجرائم السياسية ، فإننا نرى جواز مثل ذلك العفو في ظل النظام الجنائي الإسلامي ، لما سوف نبينه ، من بعد ، من أن الجرائم السياسية ليست في الشريعة الإسلامية من الجرائم النصية ، إذ لم يرد بتجريمها نص في القرآن أو السنة ، فهي - حين يتقرر العقاب عليها في دولة إسلامية - من قبيل جرائم التعزير التي يعاقب عليها عندما يصدر بتجريمها وتحديد العقاب عليها نص من السلطة المختصة في الدولة . فينسحب عليها ما قرناه بشأن النوع الثاني من أنواع جرائم التعزير .

٣٢- النتائج الإجرائية للتفرقة بين جرائم الاعتداء على حق الله والاعتداء على حق الفرد :

يترتب على التفرقة بين صور السلوك المحرم بالنظر إلى الحق المعتدى عليه آثار إجرائية تتعلق بالدعوى الجنائية . فكل اعتداء على حق للجماعة (أى حق الله) يكون حق تحريك الدعوى الجنائية فيه إلى

(١٢٩) يسميها الأستاذ الدكتور على راشد « الجرائم القانونية الصرف » ص ١٧ - ١٨ من المرجع السابق . وهو يرى ضرورة التفرقة في دراسة القانون الجنائي ونظرياته العامة بين الإجماع التلقائي (وهو ارتكاب الأفعال التي استقر في ضمير الجماعة منذ نشأتها اعتبارها جرائم) والإجماع القانوني (وهو ارتكاب أفعال يضمن عليها النص القانوني وحده وصف الجريمة دون أن يكون هذا الوصف ملازماً لها في ضمير الجماعة) .

الدولة ، أو السلطة المختصة فيها (ويعبر الفقهاء عن ذلك بأن استيفاء العقوبة فيها إلى الإمام) وليس للمجنى عليه في هذه الجرائم أن يتدخل في مرحلة الدعوى الجنائية لا بتحريكها ولا بالادعاء فيها ، وإنما تتولى ذلك السلطة المختصة في الدولة وحدها دون غيرها. وإذا ترتب للمجنى عليه في هذه الجرائم حق في الاسترداد أو التعويض كان له الادعاء به دون أن يمس ذلك الدعوى الجنائية إيجاباً أو سلباً (كما في جرائم السرقة مثلاً حيث ينشأ عنها حق في عقوبة مرتكبها ، وحق للمجنى عليه في استرداد ماله أو التعويض عنه على اختلاف في التفاصيل بين المذاهب الفقهية الإسلامية) .

وتقابل هذه الجرائم في الفقه الجنائي الإسلامي الجرائم التي يترتب عليها ، في النظم الجنائية الحديثة ، حق غير مقيد للدولة في اقتضاء العقاب . حيث يستقل أشخاص حددهم القانون بالقيام بكافة أعمال التحقيق من وقوع الجريمة ، والمحاكمة والادعاء ، وإصدار الحكم في الدعوى دون ما تدخل من المجنى عليه أو من هو في حكم المجنى عليه (١٣٠) .

أما الجرائم التي يعتبر وقوعها - في الفقه جنائى الإسلامى - اعتداء على حق للفرد فإن الدعوى الجنائية عنها لا يجوز أن تقام على الجاني إلا إذا طلب ذلك المجنى عليه في هذه الجرائم .

فجرائم الاعتداء على الأشخاص (أو جرائم القصاص والدية) وجرائم القذف (عند من يرى في القذف اعتداء على حق فردى للمقذوف) وجرائم التعزير التي تعتبر اعتداء على حق للعبد ، كل هذه الجرائم لا يجوز فيها أن تتدخل السلطة العامة في الدولة أو المختصة فيها بالتحقق من وقوع الجرائم أو إجراء المحاكمة عنها ، إلا بعد أن يطلب المجنى عليه ذلك ، (ويلاحظ أن طلب المجنى عليه يقتصر أثره على تحريك الدعوى الجنائية ، أما الحكم فيها فهو خاضع لما تثبته الأدلة لدى المحكمة) .

وطلب المجنى عليه تحريك الدعوى الجنائية هو ما تعرفه النظم الجنائية الحديثة بحق الشكوى أو بتوقف تحريك الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه . وتعتبر الجرائم التي يتوقف فيها تحريك الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه نوعاً من الجرائم التي ينشأ عنها حق مقيد للدولة في اقتضاء العقاب ، ويوجد إلى جانبها نوعان آخران هما الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على طلب من جهة معينة (تعتبر في حكم المجنى عليه) أو على إذن من جهة معينة هي التي ينتمى إليها

(١٣٠) راجع بتفصيل واف ، مؤلف أستاذنا الدكتور عبد الفتاح الصبي ، حق الدولة في العقاب ، المبحث الثاني ص ١٨٢ -

مرتكب الجريمة (١٣١).

والشكوى - في فقه الإجراءات الجنائية الحديث - هي « بوح من جانب المجنى عليه أو من يقوم مقامه ، لشخص إجرائي مختص ، يتضمن إحاطة الأخير علماً بوقوع إحدى الجرائم التي يتوقف فيها اقتضاء النيابة العامة لحق الدولة في العقاب على شكوى ، وانصراف إرادته الباتة إلى إزالة العائق الإجرائي الذي يعترض إجراءات الاقتضاء هذه » (١٣٢).

والطلب كالشكوى من حيث المضمون ، ولكنه يختلف عنها في أنه يصدر « من جهة عامة قد تعتبر في حكم المجنى عليه ، وقد تكون قوامة على رعاية مصلحة أو مال معينين للدولة » (١٣٣). أما الإذن فهو « تنازل من جانب هيئة عامة عن التمسك بالحصانة الإجرائية المقررة لمن ينتمى إليها من الأفراد ، من شأنه أن يزيل العقبة الإجرائية التي تعترض إجراءات اقتضاء النيابة العامة لحق الدولة في معاقبة متهم ينتمى إلى الهيئة المذكورة » (١٣٤).

وتقييد سلطة اقتضاء الدولة لحقها في العقاب بسبق صدور طلب من جهة معينة مرجعه أن تلك الجهة أقدر على تقدير مدى ملاءمة اقتضاء الدولة لهذا الحق ، وقد يكون مرجع ذلك التقدير مساس الجريمة بالعلاقات بين الدولة التي تقع فيها الجريمة ودولة أجنبية (كما في الجرائم المنصوص عليها في المادتين ١٨١ و ١٨٢ من قانون العقوبات المصري) أو مساسها بشخص ذي حصانة معينة يفضل معها ترك أمر رفع الدعوى الجنائية أو عدم رفعها لتقدير الجهة التي يتبعها (كما في الجرائم المنصوص عليها في المادة ١٨٤ من قانون العقوبات المصري) أو مساس الجريمة بمصلحة مالية معينة للدولة تقوم على رعايتها جهة حكومية معينة تكون بالتالي أقدر من سواها على تقدير مدى تحقيق العقاب لهذه المصلحة أو تفويته لها (١٣٥).

(١٣١) راجع في ذلك تفصيلاً ، الدكتور عبد الفتاح الصبيح . المرجع السابق . ص ٢٤٩ - ٢٥١ والدكتور محمد محيي الدين عوض ، المرجع السابق ص ٥٠ - ٥١ والدكتور رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري . ط ١١ . القاهرة ١٩٧٦ ، ص ٦٤ - ٦٥ . وفي المرجع الأول (ص ٢٦٢ - ٢٦٤) عرض لموقف التشريعات الجنائية العربية من تقييد تحريك الدعوى الجنائية بشكوى المجنى عليه ولاضطراب تلك التشريعات في استعمال مصطلحات الشكوى والطلب والبلاغ والإذن .

(١٣٢) الدكتور عبد الفتاح الصبيح ، المصدر السابق ، ص ٢٦٤ وقارن : الدكتور رءوف عبيد ، ص ٦٧ والدكتور محمد محيي الدين عوض : ص ٥٣ .

(١٣٣) الدكتور عبد الفتاح الصبيح ، المرجع السابق . وقارن الأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، قانون الإجراءات الجنائية ، القاهرة ١٩٦٥ ، ص ١٥ - ١٦ .

(١٣٤) انظر المرجعين السابقين وقد استخدمنا بالمتن تعريف الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصبيح ، وقارن : الدكتور محمد محيي الدين عوض ، ص ١٢٠ ، والدكتور رءوف عبيد ، ص ٨٦ ، ٨٨ .

(١٣٥) الدكتور رءوف عبيد ، ص ٨٣ - ٨٦ . والدكتور محمد محيي الدين عوض ، ص ١٢١ .

أما تقييد سلطة اقتضاء الدولة لحقها في العقاب بصدور شكوى من المجنى عليه فعلته تغليب المصلحة الخاصة لهذا الأخير على المصلحة العامة التي تقوم الدولة على تمثيلها ورعايتها .

ويتبين من ذلك أن ما قرره الفقه الجنائي الإسلامي من تقييد الحق في مباشرة الدعوى الجنائية بشكوى يقدمها المجنى عليه إلى السلطة المختصة ، يقابل ما تورده النظم الإجرائية الجنائية المعاصرة من تقييد اقتضاء حق الدولة في العقاب بسبق تقديم شكوى من المجنى عليه أو وكيله إلى الشخص الإجرائي المختص . مع ملاحظة اختلاف الجرائم التي يشترط فيها تقديم الشكوى في النظم الإجرائية الحديثة عن الجرائم التي يشترط فيها تقديم الشكوى في الفقه الإسلامي ، ومرجع هذا الاختلاف هو الخلاف في تكييف الجريمة بالنظر إلى الحق المعتدى عليه ، أو الخلاف في تحديد المصلحة المراد حمايتها بنص التجريم وهل هي مصلحة عامة أم مصلحة خاصة . وعلى الرغم من وجود هذا الخلاف وما يترتب عليه ، فإن أساس اشتراط قيد الشكوى في النظم الحديثة والفقه الإسلامي هو أساس واحد ، وهو - كما قدمنا - تغليب المصلحة الخاصة ، للمعتدى عليه ، حيث تشترط الشكوى على المصلحة العامة . أو كون الاعتداء (بلغة الفقه الجنائي الإسلامي) قد وقع على حق للفرد وليس على حق للجماعة .

أما قيود الإذن والطلب اللذين يشترطان في النظم الإجرائية الجنائية الحديثة بالنسبة لبعض الجرائم فإنها لا مقابل لها في الفقه الجنائي الإسلامي . على أنه مما تجدر ملاحظته أن الجرائم التي يشترط فيها الإذن أو الطلب لاقتضاء حق الدولة في العقاب هي في مجموعها من جرائم التعزير التي تركت فيها الشريعة الإسلامية سلطة تفويضية للحاكم . أو - بتعبير أصح - للسلطة المختصة في الدولة لوضع قواعد التجريم والعقاب . ومما تجدر ملاحظته - كذلك - أنه فيما عدا العدد القليل من القواعد الإجرائية التي ورد بشأنها نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية ، فإن المسائل الإجرائية كلها تدخل في عداد الأمور الاجتهادية التي يجوز في شأنها أن تصدر السلطة المختصة في الدولة ما تراه ملائماً من أحكام تنظمها أو قواعد تحدد كيفية مباشرتها والآثار التي تترتب عليها .

وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية : « فإن الله سبحانه أرسل رسله ، وأنزل كتبه ، ليقوم الناس بالمقسط ، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات . فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان : فثم شرع الله ودينه . والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ، ثم ينهى ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة ، فلا يجعلها منها ،

(١٣٦) الدكتور محمد محي الدين عوض ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ هامش (١) والدكتور عبد الفتاح الصبيحي المرجع السابق ، ص ٢٨١ . وقد أوردت المراجع المشار إليها في هذا الموضوع عدداً حصرها للجرائم التي يتطلب القانون فيها شكوى المجنى عليه في القانون المصري (المراجع كلها) والتشريع السوداني (الدكتور عوض) والتشريعات العربية والقانون الإيطالي (الدكتور الصبيحي) .

ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها . بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين وليست مخالفة له .» (١٣٧).

ومؤدى هذا الكلام هو ما قدمناه من مرونة القواعد الإجرائية الجنائية - وغير الجنائية - فى النظام الجنائى الإسلامى وخضوعها لما تقتضيه المصلحة التى تتقرر هذه القواعد لحايتها . وليست القاعدة الإجرائية الجنائية إلا الطريق « التى تكفل للدولة حقها فى القصاص من المجرم . . . وذلك بغير إخلال بالضمانات الجوهرية التى تمكن البرىء من إثبات براءته » (١٣٨) فهى إذن - كما عبر ابن قيم الجوزية - طريق لاستخراج العدل والحق ، وما كان هذا شأنه فإنه بطبيعته - كما استتج بحق ذلك الفقيه - يتأنى على الجمود ، ويستلزم المرونة ، ولا يتصور فى شأنه الوقوف عند نمط واحد معين مع إهمال أنماط أخرى قد تكون مثيلة له أو أقوى منه فى تحقيق الهدف الذى تقررت من أجله .

وإذا كان الفارق الإجرائى المتمثل فى وجود قيد على اقتضاء الحق فى العقاب هو أهم الفوارق الإجرائية المترتبة على تقسيم الجرائم إلى اعتداء على حق للجماعة واعتداء على حق للفرد ، فإن ثمة فارق آخر مرتب على هذا التقسيم يتمثل فى حق ورثة المجنى عليه فى الجرائم التى تعتبر اعتداء على حق الفرد فى إرث حق الخاصة أو حق تحريك الدعوى الجنائية عند وفاة مورثهم .

فكل جريمة يعتبر الاعتداء فيها واقعاً على حق للفرد يرث عنه ورثته ما كان له من حق فى تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجريمة . ويتفق الفقهاء فى هذا الصدد فيما يتعلق بجرائم القصاص والدية (جرائم الاعتداء على الأشخاص) ويذهب إليه القائلون بأن جريمة القذف تتضمن اعتداء على حق للعبء أقوى من الاعتداء على حق للجماعة (١٣٩) . ويمكننا أيضاً أن نضيف جرائم التعزير التى تقع اعتداء على حق فردى ، فإن الورثة - فى رأينا - يرثون عن المجنى عليه حق تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم .

أما الجرائم التى تعتبر اعتداء على حق للجماعة (أو حق لله) فإن هذا الفرض فى شأنها غير وارد ، إذ لا يتصور انقضاء حياة الجماعة ، وحتى إذا توفى الشخص المعين الذى كان يباشر الدعوى الجنائية فيها (القاضى أو ممثل الادعاء) فإن الحق فى العقاب لا ينقضى لأنه غير مرتبط بشخص معين بذاته ،

(١٣٧) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكيمية فى السياسة الشرعية ، القاهرة ١٩٦١ ص ١٦ - ١٧ . وانظر أيضاً : فتحى عثمان ، الفكر القانونى الإسلامى القاهرة (بدون تاريخ) ص ٣٠٣ .

(١٣٨) الأستاذ الدكتور محمد محبى الدين عوض ، المصدر السابق ، ص ٥ حيث ينقل عن المذكرة الإيضاحية لقانون الإجراءات

الجنائية المصرى . وتفصيل أكثر انظر الدكتور زهوف عبید ، المصدر السابق ص ٥ - ٦ .

(١٣٩) انظر المراجع التى أشرنا إليها بصدد الكلام عن تكيف جريمة القذف .

وإنما هو مرتبط بصفته كممثل للدولة يباشر عنها بعض حقوقها أو يستعمل عنها بعض سلطاتها . ولا تعرف النظم الجنائية الحديثة إرث حق المخاصمة أو الحق في تحريك الدعوى حتى في الجرائم التي يغلب فيها جانب حماية المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وهي جرائم الشكوى . إذ ينقضى الحق في الشكوى بوفاة المجنى عليه ولا يجوز لأحد تحريكها بعد وفاته ولو كان من ورثته . ومع ذلك لا تنقضى الدعوى الجنائية بوفاة الشاكي ما دامت إجراءاتها قد بدأت بتقديم الشكوى فعلاً^(١٤٠) .

ويرد على هذه القاعدة في بعض النظم الإجرائية الحديثة استثناء يتعلق بجريمة الزنى التي تقع من أحد الزوجين . فقد نصت المادة ١٠/٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أنه « إذا توفى الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته إلا في دعوى الزنى ، فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكوم منه أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى » .

وقد عللت لجنة قانون الإجراءات الجنائية بمجلس الشيوخ حكم هذه المادة بأن « وفاة الشاكي بعد رفع الدعوى لا تأثير لها على سيرها . ولكن اللجنة رأت استثناء جريمة الزنى ، وتقرير وجوب انتقال حق الشاكي في التنازل عن الشكوى إلى كل من أولاد الزوج المشكوم منه ، لأنه قد روعى أن صدور الحكم يمس الأولاد كما يمس الزوج وقد يهمهم منع صدوره كما كان يهمهم »^(١٤١) . ويكفى في حكم هذه المادة أن يتنازل واحد فقط من الأولاد كى تنقضى الدعوى الجنائية . وقد علل ذلك بالتوسع في الستر والرغبة في منع الفضيحة قبل تسجيلها بحكم نهائى^(١٤٢) .

ويبدو من ذلك أن الحق الذى ينتقل إلى الورثة بوفاة مورثهم هو الحق السلبى فقط - إن صح التعبير - أى الحق في وقف السير في إجراءات الدعوى ، على حين لا يرثون الحق الإيجابى وهو الحق في الشكوى ذاته . وهذا وجه من أوجه الفرق بين ما يقرره الفقه الإسلامى في إرث الحق في تحريك الدعوى الجنائية عن الجرائم التي تمس حقاً فردياً وبين ما يقرره القانون المصرى في صدد جريمة زنى الزوج .

ووجه ثان يتعلق بالجريمة ذاتها فجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية ليست من جرائم الاعتداء على حقوق الأفراد ، بل هي من جرائم الحدود التي تعتبر اعتداء على حق لله لا يجوز التنازل عنه ويدخل اقتضاء العقاب عن هذه الجريمة في الشريعة الإسلامية في إطار الاقتضاء غير المقيد ، فلا تلزم فيه الشكوى ، ولا يجوز عنه العفو .

(١٤٠) رءوف عبید ، المصدر السابق . ص ٧٠ . ومحمد محیی الدین عوض ، المرجع السابق ص ٥٦ ، ٥٩ .

(١٤١) راجع مؤلف الدكتور رءوف عبید السابق ذكره ، ص ٨٠ ومنه نقلنا النص الوارد في المتن .

(١٤٢) المرجع السابق .

والوجه الثالث من وجوه الفرق بين ما يقرره الفقه الإسلامى وما يقرره القانون المصرى فى هذا الصدد هو المتعلق بمن ينتقل إليه الحق عند وفاة صاحبه الأسمى ، فى الفقه الإسلامى لا يتقيد إرث الحق فى الشكوى بالأولاد المباشرين ، وإنما يمتد ليشمل الورثة الشرعيين جميعاً . على حين قصر القانون المصرى إرث حق التنازل عن الشكوى على الأولاد المباشرين فقط لكلا الزوجين .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الفروق الإجرائية بين الجرائم التى يصيب الاعتداء فيها حقاً فردياً ، وتلك التى يصيب الاعتداء فيها حقاً للجماعة مع مقارنة ما تقرر من ذلك فى الفقه الإسلامى بما تقضى به النظم الإجرائية الجنائية الحديثة . كما بينا من قبل الفروق الموضوعية بين نوعى الجرائم ، والأساس الذى يتم بالنظر إليه تقسيم الجرائم إلى هذين النوعين .

درء الحدود بالشبهات

قاعدة درء الحدود بالشبهات قاعدة فقهية مؤداها أنه حيث قامت لدى القاضى شبهة فى ثبوت ارتكاب الجريمة الموجبة لعقوبة من عقوبات الحدود وجب عليه ألا يحكم على المتهم بعقوبة الحد . وقد يجوز مع ذلك الحكم على المتهم بعقوبة تعزيرية فى حالات معينة ، فالشبهة كما تؤدى إلى الحكم ببراءة المتهم مما أسند إليه ، قد تؤدى إلى تغيير وصف التهمة بحيث يدان المتهم فى جريمة أخرى غير التى رفعت عليه الدعوى عنها . فإذا تخلف شرط الحرز فى السرقة أو شرط النصاب فإنه لا يجوز للقاضى أن يحكم على الجانى بقطع اليد - وهى عقوبة الحد - وإذا تخلف شرط الإحصان فى القذف فلا يجوز أن يحكم على الجانى بالجلد ثمانين جلدة - وهى حد القذف - وإنما يعزر بعقوبة أخرى . أما إذا تعارضت فى الفعل المنسوب إلى المتهم أدلة التحريم والتحليل ، أو لم تكن البينات المقدمة فى الدعوى الجنائية كافية لاقتناع القاضى بثبوت الجريمة ، فإنه يتعين القضاء ببراءة المتهم ولا يجوز عندئذ أن يعاقب ولو تعزيراً . والقاعدة الموجبة لدرء عقوبة الحد بالشبهة تتصل أوثق اتصال بقاعدة افتراض البراءة التى قررتها الشريعة الإسلامية فى الناحيتين المدنية والجنائية ، التى تأخذ بها النظم الجنائية الحديثة بوجه عام . وتتصل أيضاً بقاعدة وجوب تفسير الشك لمصلحة المتهم وهى القاعدة التى تأخذ بها النظم الجنائية الحديثة كذلك .

والفقه الجنائى الإسلامى يجرى على إعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات فى جرائم الحدود وجرائم القصاص دون جرائم التعزير ، وهذا الذى جرى عليه الفقه الجنائى الإسلامى يحتاج إلى مناقشة فى ضوء قواعد العدالة الجنائية وما يتصل منها - على وجه الخصوص - بالقاعدة التى نحن بصدددها . وناقش فيما يلى كون القاعدة قاعدة فقهية لائصية ، واتصالها بقاعدتى افتراض البراءة وتفسير الشك لصالح المتهم ، ومدى جواز إعمالها فى الجرائم التعزيرية .

٣٣ - قاعدة فقهية لائصية :

يذهب الرأى السائد فى المدونات الفقهية الإسلامية وفى البحوث الحديثة إلى اعتبار قاعدة درء الحدود بالشبهات قاعدة لائصية ، فيرجعها أصحاب هذا الرأى إلى حديث يروى منسوباً إلى الرسول

صلى الله عليه وآله نصح «إدراء الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام إن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة» . وقد روى هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها موقوفاً عليها - أى منسوباً إليها - ومرفوعاً إلى الرسول - أى من روايتها عنه صلى الله عليه وآله . وقال فيه الإمام الترمذى «إن الموقوف أصح من المرفوع» (١٤٣) .

وروى بلفظ آخر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله قال «ادراءوا الحدود» . وفي سند هذه الرواية راو ضعيف ، ومن ثم فهي لا تصلح للاحتجاج بها (١٤٤) .
وروى عن أبي هريرة رضي الله عنه «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً» وفي سند هذا الحديث أيضاً راو ضعيف وهو لذلك لا يحتج به (١٤٥) .

وقد رويت عبارات تفيد المعنى ذاته عن عدد من الصحابة ، ولكنها كلها غير ثابتة من جهة السند حتى قال فيها الإمام ابن حزم الظاهري «قد جاء (أى درء الحدود بالشبهات) من طرق ليس فيها عن النبي صلى الله عليه وآله نص ولا كلمة ، وإنما هي عن بعض الصحابة من طرق كلها لا خير فيها» (١٤٦) وأقر الشوكاني أن كل ما جاء في هذا الموضوع من النصوص فيه «مقال» (١٤٧) وهي كلمة تعنى أنه لا يصح سنده بالدرجة التي يجوز معها الاحتجاج به .

وإذا كانت النصوص المروية في إثبات قاعدة درء الحدود بالشبهات غير ثابتة السند فإنه لا يصح أن تنسب القاعدة إلى الرسول صلى الله عليه وآله (١٤٨) وإنما تعتبر قاعدة فقهية لذهاب جمهور العلماء إلى الأخذ بها وجعلهم إياها جزءاً لا ينفصل عن نظام الإثبات الجنائي على النحو المفصل في كتب الفقه في المذاهب المختلفة . وقد تنبه إلى هذا المعنى بعض أفذاذ الفقهاء فقرروا أن مستند القاعدة هو إجماع الفقهاء على إقامة الحد عند انعدام الشبهة ، وجعلوا إجماع الفقهاء على إقامة الحد في صورة معينة دليلاً

(١٤٣) جامع الترمذى مع شرحه تحفة الأحوذى ج ٢ ص ٣١٨ .

(١٤٤) الزيلعي ، نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية ، ج ٣ ص ٣٠٩ . وهو من رواية مختار التمار .

(١٤٥) سنن ابن ماجه بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج ٢ ص ٨٥٠ الحديث رقم ٢٥٤٥ . وهو من رواية إبراهيم بن الفضل

المخزومي .

(١٤٦) ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(١٤٧) الشوكاني نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١١٧ .

(١٤٨) فعل ذلك الباحثون الذين شاركوا في أسبوع الفقه الإسلامى الخامس بالرياض (نوفمبر ١٩٧٧) ومنهم الشيخ زكريا البرى أستاذ الشريعة بجامعة القاهرة ، والشيخ عبد الله العلى الركبان المدرس بجامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ، والأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض ، والأستاذ الدكتور محمود مصطفى . ومن الطريف أن الأستاذ المستشار إبراهيم القليوبى النائب العام المصرى يقول في بحثه المقدم لهذا المؤتمر «إن جمهور الفقهاء يصححون الحديث لقوة سنده» والصحيح أنه ليس للحديث سند صحيح !!

على عدم وجود شبهة في هذه الصورة ، وما لم يكن هناك إجماع على إقامة الحد فيه فهو موضع شبهة (١٤٩) .

وإذ تبين أن القاعدة فقهية لا نصية ، فإنه لا حرج على من لم يأخذ بها من الفقهاء - كما فعل ابن حزم الظاهري - ما دام لا يقول بإثبات الحد مع وجود الشبهة ، ويكون النعى عليه في هذا الخصوص نعيّاً في غير محله خاصة وهو يترر « أن الحدود لا يحل أن تدرأً بشبهة ولا أن تقام بشبهة ، وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد . فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله ﷺ : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام . وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأً بشبهة لقول الله تعالى : تلك حدود الله فلا تعتدوها » .

ويبين مما سلف أن ابن حزم وإن أنكر القاعدة بالصياغة التي يتداولها بها الفقهاء ، فإنه لا يخالف في مؤداها وهو عدم جواز إقامة الحد - أي توقيع العقوبة أو الحكم بها - حيث لم يثبت ارتكاب الجريمة . ووجوب إقامة الحد كلما ثبت لدى القاضي ارتكاب الجريمة الموجبة له . وليس لما ذهب إليه ابن حزم في الفرضين - فيما نعلم - مخالف من علماء الإسلام . ومذهبه في الفرض الأول مطابق لمعنى القاعدة ، وإن أنكر - أو استنكر - لفظها .

٣٤- مضمون قاعدة درء الحدود بالشبهات وأساسها :

بقدر ما تشددت الشريعة الإسلامية في العقوبات التي فرضتها لجرائم الحدود ، بقدر ما حرصت على التضييق من نطاق توقيع هذه العقوبات . ويبدو هذا الحرص جليّاً في الشروط الخاصة للإثبات التي تتطلبها الشريعة الإسلامية ، كما يبدو في الندب إلى ستر الذنوب وعدم التطوع بالإبلاغ عنها أو الإقرار بها . فاشتراط شاهدين في معظم الجرائم وأربعة شهود في جريمة الزنى ، واشتراط أن تكون الشهادة شهادة معينة لا شهادة سماعية ، وأن تكون ألفاظها صريحة وقاطعة في الدلالة على المشهود به . واشتراط عدالة الشهود وعدم تأخرهم بلا سبب عن أداء الشهادة ، واستمرارهم عليها ، كل ذلك يضيق بلا شك من نطاق الإثبات في الجرائم التي تعاقب عليها الشريعة الإسلامية . ولكل

(١٤٩) القرافي ، الفروق ، ج ٤ ص ١٧٤ .

(١٥٠) المحلى ، الموضع السابق . وقارن بحث الشيخ عبد الله العلي الركبان المقدم لأسبوع الفقه الإسلامي الجامس بالرياض ، ص ٦٥ وهو يقول إنه قد وردت أحاديث وآثار غاية في الصحة تؤيد الأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات ، ويستشهد لذلك بمحدث عن توبة الجاني أو رجوعه عن إقراره بعد الحكم عليه والبدء في تنفيذه ، وهو - كما هو ظاهر - في موضوع لا علاقة له بموضوع البحث هنا .

من هذه الاشرطات سند من النصوص أو من فقه النصوص . وتطبيقات لا تكاد تحصى من عمل فقهاء الصحابة رضی الله عنهم وقضاتهم وولاتهم .

والندب إلى الستر على الذنوب وعدم الإقرار بها أو الإبلاغ عنها مقرر بأحاديث متعددة لرسول الله ﷺ ، فقد حث الرسول ﷺ على الستر على الناس ورغب فيه فقال « لا يستر عبد عبداً في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة » (١٥١) وقال ﷺ للذي أشار على ماعز أن يأتي رسول الله ويعترف لديه بالزنى ليظهره بإقامة الحد عليه « يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك » (١٥٢) وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً « . . . من أصاب من هذه الفاذورات شيئاً ، فليستر بستر الله فإنه من يبدى لنا صفحته نقم عليه كتاب الله » (١٥٣) .

وقد تأكد ذلك الحرص على التضييق من نطاق إقامة الحدود (أى توقيع العقوبات) في الاتجاه الفقهي السائد الذى يأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، تلك القاعدة التى مضمونها ألا يقام الحد (أى ألا توقع العقوبة) إلا إذا ثبت يقين ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه .

وترسم الشريعة الإسلامية طرقة معينة للإثبات بتقيد القاضى بها فلا يجوز له أن يقضى بالعقوبة المقررة شرعاً إلا إذا توافرت له أدلة الإثبات التى تتطلبها الشريعة . ويقرب بعض فقهاء القانون المعاصرين بين نظام الإثبات فى الشريعة الإسلامية وبين نظام الأدلة القانونية الذى عرفته الشرائع القديمة (١٥٤) . وفى تقديرنا - وهذا محض اجتهاد من جانبنا - أن اشتراط طرق معينة للإثبات فى الشريعة الإسلامية إنما هو قيد مقرر لمصلحة المتهم ، وموجه أساساً إلى القاضى ، بحيث لا يجوز له أن يقبل فى الإثبات ما هو أدنى فى الدلالة على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق . ولكن القاضى يلتزم فى الوقت ذاته بالألا يكون دوره شكلياً أو آلياً بحيث يقضى بالإدانة والعقوبة بمجرد أن تقوم لديه بينة مما حددته الشريعة الإسلامية ، وإنما على القاضى أن يزن الدليل بميزان ضميره بحيث لا يقضى بالإدانة إلا وقد ثبت لديه يقيناً ارتكاب المتهم للجريمة .

أما حين تتخلف الأدلة التى اشترطت الشريعة توافرها فإن القاضى لا يجوز له أن يقضى بالعقوبة

(١٥١) صحيح مسلم ، بشرح الإمام النووى ، ج ١٦ ص ١٤٣ (طبعة القاهرة عام ١٣٤٩هـ) .

(١٥٢) رواه مالك فى الموطأ ، انظر طبعة محمد فؤاد عبد الباقى ، ص ٥١٣ (كتاب الحدود ، الحديث رقم ٣)

(١٥٣) المصدر السابق ، ص ٥١٦ (كتاب الحدود ، الحديث رقم ١٢)

(١٥٤) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى فى بحثه عن قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وقد سبقت الإشارة إليه ، ص ٤ - ٥ وانظر فى

شرح نظام الأدلة القانونية رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ص ٦٧٢ - ٦٧٣ .

المقررة ، ولو غلب على ظنه ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه ، لأن هذه الأدلة مقررة لمصلحة المتهم بحيث لا تجوز إدانته إلا بما هو أقوى منها في الإثبات (١٥٥).

٣٥ - درء الحدود بالشبهات وأصل البراءة :

ومبنى هذا الاجتهاد من جانبنا هو النظر إلى قاعدة درء الحدود بالشبهات في ضوء القاعدة الإسلامية التي تقرر أن «الأصل براءة الذمة» (١٥٦).

وقد طبق الفقهاء هذه القاعدة في المجال الجنائي فقرروا أن الأصل في الإنسان «براءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات . . . ومن الأقوال كلها ومن الأفعال بأسرها» (١٥٧).

وهذه القاعدة هي التي تقررها النظم الجنائية الحديثة التي تجعل «الأصل في الإنسان البراءة» (١٥٨) وذلك باعتبار الجريمة صورة من صور السلوك الشاذ الخارج عن المألوف ، ومن ثم يجب الاحتياط في نسبتها إلى شخص معين وذلك بافتراض براءته حتى يثبت بدليل قاطع عكس ذلك ، أي يثبت إرتكابه للجريمة .

ويرد النص على هذا المبدأ في الدساتير المختلفة ، وفي قوانين الإجراءات الجنائية . كما حفلت بتدوينه المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان . ومن أمثلة الدساتير التي تنص على المبدأ الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ الذي قضت مادته ٦٧ بأن «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه» والدستور السوداني الصادر في سنة ١٩٧٣ حيث تنص المادة ٦٩ على أن «أى شخص يلقى القبض عليه متهماً في جريمة ما يجب ألا تفترض إدانته ولا يجب أن يطلب منه الدليل على براءة نفسه بل المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول» . وقد نص على هذا المبدأ أيضاً قانون الإجراءات الجنائية السوداني (القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٤) في المادة الثالثة التي تقرر أن «يراعى في تطبيق هذا القانون أن لكل متهم الحق في أن ينال محاكمة عادلة وناجزة

(١٥٥) قارن : الدكتور محمود مصطفى ، الموضع السابق . والأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، العقوبة في الفقه الإسلامى ،

ص ٢١٨ وما بعدها ط القاهرة ١٩٧٤ .

(١٥٦) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ، ط القاهرة (بدون تاريخ) ص ٥٩ ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر - أيضاً - ط

القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٥٩ .

(١٥٧) عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج ٢ ص ٣٢ ط القاهرة ١٩٦٨ .

(١٥٨) رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ذكره ، ص ٦٧٦ ومحمد يحيى الدين عوض ، المصدر السابق

ذكره ، ج ٢ ص ٢١٠ - ٢١١ ومحمود مصطفى ، الموضع السابق .

وأن كل متهم برئ إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول». ويلاحظ أن تكرار النص على المبدأ في الدستور وفي قانون الإجراءات الجنائية يعتبر أمراً منتقداً. إذ يكفي النص الدستوري ويغني عن النص الآخر في قانون الإجراءات الجنائية ويتأكد ذلك بصفة خاصة حيث يكون الدستور سابقاً في إصداره لقانون الإجراءات كما هو الحال بالنسبة للدستور السوداني (١٥٩).

ومن المواثيق ذات الصبغة الدولية التي حفلت بالنص على مبدأ افتراض براءة المتهم إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر غداة الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ والذي نص في مادته التاسعة على أن الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته. ونصت المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ - نصت على أن «كل متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه». وجاءت المادة الرابعة عشرة من الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٦٦، مؤكدة للنص الوارد في إعلان حقوق الإنسان عن افتراض براءة المتهم.

ولهذه الاتفاقية قيمة قانونية مسلمة باعتبارها تقنياً دليلاً لحقوق الإنسان يمتد أثره ليشمل كافة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ويفرض على هذه الدول التزاماً قانونياً باحترام الحقوق المقررة فيها، وهي في ذلك تختلف عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والذي لا تعدو قيمته أن تشكل التزاماً أدبياً باحترام ما ورد فيه من حقوق (١٦٠).

وإذا كان المجال الذي تعمل فيه قاعدة افتراض البراءة في النظم القانونية المعاصرة هو المجال الجنائي فحسب، حفاظاً على حريات الأفراد من أن يتهددها التعسف الإجرائي أو يعصف بها الظلم الموضوعي، فإن قاعدة «الأصل براءة الذمة» المقررة في الفقه الإسلامي تعمل في نطاق أوسع من النطاق الجنائي، إذ نجد الفقه الإسلامي يعمل هذه القاعدة في كافة فروع القانون، بل في كافة صور الواجبات والتكليفات حتى الدينية البحتة أو التعبدية المحضة (١٦١). وعليه فلا يجوز أن يفرض التزام من أي نوع كان - جنائياً أو مدنياً - على شخص إلا بعد قيام الدليل المثبت لسبب هذا الالتزام في

(١٥٩) انظر في توجيه مثل هذا النقد إلى المشرع اليوغوسلافي محمود مصطفي، المصدر السابق. وهو يشير أيضاً إلى انتقاد صنيح

المشرع السوداني في ظل قانون الإجراءات القديم (١٩٢٥) والذي ألغى بقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٧٤.

(١٦٠) انظر في تفاصيل الحقوق المتعلقة بالحصومة الجنائية في تلك الاتفاقية الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور، أصول السياسة

الجنائية، القاهرة ١٩٧٢، ص ١٤١ - ١٤٢.

(١٦١) انظر في تطبيقات القاعدة مؤلّي السيوطي وابن نجم السابق الإشارة إليهما، وكذلك مؤلف الإمام عز الدين بن عبد

السلام، ج ٢ ص ٣٢ حيث يقول «فبدخل في هذا (أصل البراءة) جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان».

حقه . وتطبيق ذلك في المجال الجنائي ألا يعتبر الشخص ملتزماً بأداء العقوبة ، أو مستحقاً لها ، إلا بعد أن تثبت إدانته ثبوتاً يقينياً .

ولا تختلف تطبيقات قاعدة افتراض البراءة - التي هي في نظرنا أصل قاعدة درء الحدود بالشبهات - في القضاء والفقهاء الجنائي الحديث عنها في الفقه الإسلامي . بل إن بعض المحاكم في تطبيقها لنتائج مبدأ افتراض البراءة تؤسس قضاءها دونما حرج على قواعد فقهية إسلامية على الرغم من عدم إستماد النظم الجنائية الحديثة لقاعدة افتراض البراءة من الفقه الإسلامي . ومن ذلك قضاء محكمة النقض المصرية بأن « سكوت المتهم لا يصح أن يتخذ قرينة على ثبوت التهمة ضده » (١٦٢) ولا شك في أن هذا القضاء يعتبر تطبيقاً صحيحاً للقاعدة الفقهية الإسلامية التي تقضي بأنه لا ينسب لساكت قول (١٦٣) وقد أسست محكمة النقض السورية قضاء مماثلاً لها على القاعدة الإسلامية المذكورة تأسيساً مباشراً فقضت بأن « سكوت المدعى عليه لا يعتبر إقراراً منه بما نسب إليه ، لأنه لا ينسب إلى ساكت قول » (١٦٤) .

وعلى ذلك يمكننا أن نقول إنه لا تعارض بين ما تقرره النظم القانونية المعاصرة من أن الأصل في الإنسان البراءة ، وبين ما سبق أن قرره الفقهاء المسلمون من أن « الأصل براءة الذمة » . وإذا كانت القاعدة الفقهية الإسلامية أوسع نطاقاً في تطبيقها من القاعدة القانونية ، إلا أنها تلتقيان في المجال الجنائي حيث تفترضان أو تتطلبان أن تبنى إدانة المتهم على دليل جازم يثبت التهمة ويرفع ما ثبت له أصلاً من افتراض البراءة . وحيث تفتقر الدعوى الجنائية إلى مثل هذا الدليل فإنه يتعين الحكم بتبرئة المتهم . وليس من فارق في خصوص هذه النتيجة ، أو في أساسها ، بين قضاء جنائي يقوم نظامه على الأحكام الإسلامية ، وبين قضاء جنائي يقوم نظامه على تبنى النظريات الإجرائية الحديثة . واختلاف التعبير عن القاعدة وصياغتها عند الفقهاء المسلمين وعند فقهاء القانون لا أثر له على نتائجها إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

(١٦٢) الحكم الصادر في ١٨ أبريل ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٧٣ ص ٣٣٢ مشار إليه في بحث الدكتور محمود مصطفى السابق ذكره .

(١٦٣) انظر في القاعدة وتطبيقاتها ، السيوطي ، المصدر السابق ، ص ١٥٨ وهو يقرر أن القاعدة من صياغة الإمام الشافعي رضي الله عنه . وانظر كذلك الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ - ١٥٦ .

(١٦٤) نقض سوري ١٧ أكتوبر ١٩٦٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، رقم ١٧ ص ١٥ وقد أشار إليه أيضاً الدكتور محمود مصطفى في المصدر السابق .

٣٦- اشتراط اليقين في الإثبات الجنائي :

وترتبط قاعدة افتراض البراءة في الفقه الإسلامي بقاعدة أخرى هي التي يعبر عنها الفقهاء بقولهم «اليقين لا يزول بالشك»^(١٦٥) وبعض الفقهاء يجعل هذه القاعدة فرعاً لقاعدة «الأصل براءة الذمة»^(١٦٦) على حين يقرر آخرون عكس ذلك فيجعلون الثانية فرعاً للأولى^(١٦٧). وأياً ما كان الأمر في ترتيب القاعدتين من حيث كون إحداها أصلاً للأخرى أو فرعاً لها ، فإن الذي يعيننا هو أن نبين جريان قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» في الفقه الإسلامي في كافة فروع القانون ، كمثلاً ما تجرى في كافة فروع قاعدة افتراض البراءة . فيقرر الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا أن «هذه القاعدة أصل شرعي عظيم يدعمه العقل والقرآن والسنة» ويقرر أيضاً أنها قاعدة حاكمة «في جميع الأمور ، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأفضية في سائر الحقوق والالتزامات»^(١٦٨) .

ويقول الإمام السيوطي «اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه . والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر» ويجعل من فروعها في العقوبات أن القاضي إذا شك في «الحد أجلد أم رجم فإنه لا يجد بل يعزر . . . ولو تردد بين عقوبتين ، ما لم يكونا قتلاً ، سقطتا وانتقل إلى التعزير»^(١٦٩) .

ومن نتائج هذه القاعدة أيضاً الأخذ في جرائم الحدود وعقوباتها بأقصى سن التكليف^(١٧٠) وذلك لأن الأصل في صغار السن أنهم غير مسئولين جنائياً فإذا ارتكب شخص جريمة لم يؤخذ بها إلا إذا كان قد بلغ أقصى سن التكليف لأن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك .

وقاعدة «اليقين لا يزول بالشك» تماثل في النظم المعاصرة القاعدة المعروفة بقاعدة «الشك يفسر لمصلحة المتهم» . وقد قننت هذه القاعدة دساتير بعض الدول وقوانين الإجراءات الجنائية فيها (انظر مثلاً الدستور السوداني م/٦٩ وقانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٧٤ م/٣) .

(١٦٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٥٦ . وللسيوطي ص ٥٩ حيث ينقل عن الإمام الشافعي قوله «أصل ما نبئ عليه الإقرار أني أعلم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة» .

(١٦٦) الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ج ٢ ص ٩٥١ - ٩٥٤ (ط ٩ سنة ١٩٦٥) ويبدو أن هذا هو منهج المذهب الحنفي في ترتيب القاعدتين لأنه استفاد من صنيع ابن نجيم في المصدر السابق

(١٦٧) السيوطي ، الأشباه والنظائر ، حيث يقرر أن هذا هو منهج الشافعية في ترتيب القاعدتين .

(١٦٨) المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق ص ٩٥١ .

(١٦٩) السيوطي ، المصدر السابق ص ٥٦ ، ٦٣ .

(١٧٠) عبد الرازق الصنعاني ، المصنف ج ٧ ص ٣٣٧ (ط بيروت ١٩٧٢ بتحقيق الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي) حيث يروى عن الثوري قوله «الحلم أدناه أربع عشرة ، وأقصاه ثمان عشرة ، فإذا جاءت الحدود أخذنا بأقصاهما»

ويجري فقه الإجراءات الجنائية على اعتبار تفسير الشك لمصلحة المتهم نتيجة منطقية لقاعدة افتراض البراءة^(١٧١). ويقابل هذا الاتجاه الاتجاه الذى سبق أن أشرنا إليه لدى جانب من الفقه الإسلامى إلى تأسيس قاعدة «اليقين لا يزول بالشك» على قاعدة «الأصل براءة الذمة». وقد جرى القضاء فى الدول العربية على الأخذ بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم. فقضت محكمة النقض المصرية بأن «الأحكام فى المواد الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال» وقضت أيضاً بأن «الأحكام الصادرة بالإدانة يجب ألا تبنى إلا على حجج قطعية الثبوت تفيد الجزم واليقين» وبأنه «لا يصح أن تقام الإدانة على الشك والظن بل يجب أن تؤسس على الجزم واليقين»^(١٧٢).

وبمثل هذا القضاء لمحكمة النقض فى مصر يجرى قضاء المحاكم العليا فى غيرها من البلاد العربية، مقررًا أن الإدانة لا يحكم بها إلا إذا ثبتت بناء على أدلة تفيد اليقين، وأنه لا يكفي أن يؤسس الحكم بالإدانة على مجرد الظن والاحتمال وأن الشك يفسر دائماً لمصلحة المتهم^(١٧٣). ولأنكاد نرى وجه خلاف بين هذا الذى يقرره القضاء الجنائى المعاصر وبين ما سبق أن قرره الفقهاء المسلمون مما عبر عنه الإمام الشافعى بإعمال اليقين وطرح الشك وعدم تأسيس القضاء على الغالب، وإنما يؤسس القضاء على الثابت. بل لقد عبرت عن مدى الاتفاق بين النظرين محكمة النقض المصرية حين أسست التشدد فى قبول أدلة الإدانة فى جريمة الزنى وفى استنتاج النتائج من وقائعها على «القاعدة الحكيمة: قاعدة درء الحدود بالشبهات»^(١٧٤)

وهكذا تتطابق النتائج التى يصل إليها الفقه الإسلامى بإعمال قاعدة درء الحدود بالشبهات، مع النتائج التى يصل إليها القضاء الجنائى المعاصر بإعمال القاعدتين الإجرائيتين «افتراض البراءة» و«تفسير الشك لمصلحة المتهم». وكلتا القاعدتين سبق للفقه الإسلامى تقريرهما بصفة عامة، وإعمالهما فى المجال الجنائى بصفة خاصة.

ولعل الفارق الأساسى بين موقف الفقه الجنائى الإسلامى فى هذا الخصوص، وموقف النظم

(١٧١) رءوف عبید، المرجع السابق ذكره، ص ٦٧٦ ومحمود مصطفى المصدر السابق ص ١٠.

(١٧٢) نقض ١٥/٤/١٩٤٦، ١٧/٣/١٩٥٨، ١٦/١٠/١٩٥٠ مشار إليها فى مؤلف المستشار الدكتور أحمد محمد إبراهيم،

قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٣٦٥ - ٣٦٦.

(١٧٣) انظر الأحكام المشار إليها فى بحث الدكتور محمود مصطفى السابق ذكره ص ١٠ وهى للقضاء السورى واللبنانى والتونسى.

(١٧٤) نقض ١١/١٢/١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية، ج ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ ومشار إليه فى: رءوف عبید، المصدر

الجنايئة المعاصرة هو الفارق المتمثل في نطاق أعمال هاتين القاعدتين ، فالرأى الشائع في الفقه الإسلامي أن قاعدة درء الحدود بالشبهات لا عمل لها إلا في مجال جرائم الحدود وجرائم القصاص دون جرائم التعزير ، أما في النظم الجنائية المعاصرة فإن قاعدتي افتراض البراءة وتفسير الشك لمصلحة المتهم تعملان في كافة صور التجريم أى في جميع أنواع الجرائم . وناقش فيما يلي مدى وجوب التزام الرأى الشائع في الفقه الإسلامي في هذا الخصوص لتبين مدى جواز درء العقوبة بالشبهة في غير القصاص والحدود ، وذلك على ضوء تأصيلنا لقاعدة درء الحدود بالشبهات على النحو الذى تقدم في الفقرات السابقة .

٣٧ - التعزير والدرء بالشبهة :

يثار التساؤل في الفقه الإسلامي حول مدى جواز الأخذ بقاعدة درء الحد بالشبهة في جرائم التعزير . فيذهب الرأى الغالب بين الفقهاء إلى أن مجال عمل هذه القاعدة مقصور على جرائم الحدود والقصاص دون جرائم التعزير . ويذهب رأى حديث إلى أنه « ليس ثمة ما يمنع من تطبيق القاعدة في جرائم التعازير ، لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم في حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهماً في جريمة من جرائم الحدود أو جرائم التعازير » (١٧٥) . أما الرأى الغالب في الفقه الإسلامي فهو ما عبر عنه بعض الفقهاء بأن « التعزير يثبت مع الشبهة » (١٧٦) كما عبر عنه آخرون بأن « الشبهة لا تسقط التعزير » (١٧٧)

وليس فيما اطلعت عليه من كلام الفقهاء وكتبهم تعليل لعدم إعمال قاعدة درء الحد بالشبهة في جرائم التعزير . ويبدو أن رأيهم يحتمل أن يكون المراد به عدم سقوط عقوبة التعزير بذات الشبهة التي تدرأها عقوبة الحد ، بمعنى أنه إذا إتهم شخص بارتكاب جريمة حد وتبين لدى القاصى أن شروط الجريمة غير متوافرة ، أو أن البيئة لا تنهض دليلاً كافياً لإثباتها ، أو كان ثمة تعارض بين دليل الحظر وبين دليل آخر يفيد الإباحة - كما في سرقة الوالد ملاً مملوكاً لولده - ففي هذه الصور يجوز الحكم على الجاني بعقوبة تعزيرية برغم عدم جواز الحكم عليه بعقوبة الحد .

وتحتمل صياغة الفقهاء لهذه القاعدة - أيضاً - أن يكون المراد بها أن جرائم التعزير المستقلة ، أى الجرائم التي تقرر لها ابتداء عقوبة تعزيرية مستقلة يجوز إثباتها مع وجود الشبهة ، وعلى الرغم من

(١٧٥) المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، ج ١ ص ٢١٦

(١٧٦) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٠ .

(١٧٧) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣٦ .

وجودها ، ويجوز من ثم - في تلك الحالات - العقاب عليها .
 أما الاحتمال الأول فلا يعترض لنا عليه ، وهو من سديد السياسة الجنائية التي تقتضى الايفلت
 جان من عقاب يوقع عليه ، ولا يترك منحرف السلوك دون إجراء يتخذ لتقوم عوجه وإصلاح
 فساده ، حماية للجماعة من خطر الإجرام ومن أن تهدد مصالحها بخطر الاعتداء عليها من ذلك
 الشخص ذاته مرة أخرى أو سواه ممن يحاكون فعله .

وأما الاحتمال الثانى فإننا لا نرى من سداد الرأى الأخذ به . ذلك أن الجرائم التعزيرية المستقلة
 لا تعدو أن تكون سلوكاً يرى فيه المجتمع ، أو تقرر قواعد الشريعة كونه سلوكاً ضاراً أو خطراً فتقرر
 لمركبه عقاباً عليه . والعقاب في هذه الجرائم - شأنه في غيرها - إضرار بالجاني قصد به كفه عن
 الجريمة وزجر العامة عن ارتكاب مثلها . والعقاب - وهو إنزال ضرر بشخص ما - لا يجوز أن يقضى
 به القاضي إلا إذا ثبت لديه استحقاق ذلك الشخص للعقاب ، بثبوت ارتكابه للجريمة التي تقرر لها .

وتأسيس قاعدة درء الحد بالشبهة - على النحو الذى قدمناه - على قاعدتى افتراض البراءة وعدم
 العدول عما ثبت يقيناً إلا بيقين مثله يقتضى أن نجري هذه القاعدة في جرائم التعزير كمثل ما نجرىها في
 جرائم الحدود والقصاص .

ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بأن النص الذى ثبتت فيه القاعدة جاء فيه لفظ « الحدود »
 ولم يأت فيه لفظ التعزير للأمر الآتية :

أولاً : لأن اللفظ الذى يروى في إثبات القاعدة ليس ثابتاً عن رسول الله ﷺ حتى يكون التقيد
 بحرفيته هو الأصل ، وإنما هى قاعدة فقهية قررها فقهاء الصحابة فمن بعدهم من الفقهاء أخذاً من
 أصول الشريعة وكلياتها . ومن ثم فإن التقيد بفحوى القاعدة لا بلفظها ، وبروحها لا بنصها هو الذى
 يستقيم في النظر الصحيح إليها .

وثانياً : لأن لفظ « الحد » وإن أطلق اصطلاحاً على العقوبات المقررة للجرائم المعينة - على
 ما سوف يأتى بيانه تفصيلاً - إلا أنه يطلق كذلك على الجرائم ذاتها فيقال حد الزنى (أى عقوبته)
 الجلد مائة ، ويقال الزنى من جرائم الحدود ، ويقال حد السرقة (أى عقوبتها) القطع ، ويقال
 السرقة من جرائم الحدود وهكذا . . . وقد استعمل لفظ الحد مراداً به الجريمة لا العقوبة في حديث
 رسول الله ﷺ « من أصاب حداً فعجلت له عقوبته في الدنيا فالله أعدل من أن يثنى على عبده
 العقوبة في الآخرة . . . » (١٧٨) .

وعلى ذلك فلا يبعد أن يكون المراد بلفظ الحد في كلام الصحابة الذين رويت عنهم عبارات درء الحد بالشبهة هو مطلق الجريمة لا العقوبة المعينة . بمعنى أنه لا تنسب الجريمة إلى شخص بحكم قضائي إلا عند ثبوتها بغير شبهة .

وثالثاً : أن الفقهاء يدخلون القصاص فيما يجب درؤه بالشبهة وذلك على الرغم من أن إصطلاح الحد - بمعنى العقوبة المعينة - لا يشمل القصاص عند جمهور الفقهاء . فإذا جاز أن يدرأ القصاص بالشبهة وهو لا يدخل تحت مفهوم لفظ الحد ، فما الذي يمنع من القول بإسقاط التعزير أو درئه بالشبهة كذلك ؟

ورابعاً : أن أصل البراءة ليس مقصوراً على البراءة من ارتكاب جرائم الحدود وجرائم القصاص وإنما هو يشمل كذلك جرائم التعزير ولذلك قال الإمام عز الدين بن عبد السلام إن الأصل في الإنسان براءته من جميع الأفعال والتصرفات على ما تقدم ذكره عنه . وإذا كانت قاعدة افتراض البراءة هي أساس قاعدة درء الحد بالشبهة فإنه لا مناص من القول بدرء التعزير بالشبهة أيضاً لثبوت أصل البراءة في شأن جرائمه ثبوته في شأن غيرها من الجرائم .

ولذلك كله فإننا نرى وجوب الأخذ بقاعدة درء الحد بالشبهة في جرائم التعزير وفي جرائم القصاص وفي جرائم الحدود . ولعل الأصح عندئذ أن تسمى بقاعدة « درء العقوبة بالشبهة » دفعاً لأسباب اللبس والتوهم في مدى جريانها خارج نطاق جرائم الحدود . ولسنا نقتصر في هذا الشأن على القول بجواز درء عقوبة التعزير بالشبهات ، وإنما نذهب إلى أبعد من ذلك فنقول بعدم جواز إقامتها إلا حين تثبت الجريمة ثبوتاً يقيناً في حق المتهم بها (١٧٩) .

ولعل الفارق الوحيد في هذا الخصوص بين أنواع الجرائم هو أن الحد الأدنى في أدلة الإثبات والذي تتطلبه الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود غير متطلب في جرائم التعزير ولذلك فطريق ثبوتها يخضع لمطلق اقتناع القاضى بالدليل المقدم إليه فيها .

٣٨ - تقويم قاعدة درء الحدود بالشبهات :

قدمنا أن فقهاء المذهب الظاهري لا يقرون قاعدة درء الحدود بالشبهات بالصياغة التي قررها بها الفقهاء في المذاهب الأخرى وأنهم يرون أن الحدود لا يحل أن تقام بشبهة ولا أن تدرأ بشبهة وإنما هو

الحلال والحرام .. وأما تسمية العقوبة المقدرة حداً فهو عرف حادث « ج ٢٨ ص ٣٤٨ من مجموع الفتاوى طبع الرياض ، ١٣٨٣ هـ . (١٧٩) قارن عبد القادر عودة ، المصدر السابق ، وقد ردد رأيه بنفس عبارته الدكتور عبد الله العلي الركبان في بحثه المشار إليه

الحق لله تعالى ولا مزيد . وقلنا في مناقشة رأيهم أنهم وإن لم يقرروا القاعدة في صياغتها الفقهية فإنهم يتفقون مع فقهاء المذاهب الأخرى في إعمال مضمون القاعدة .
ويذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن قاعدة درء الحدود بالشبهات كانت السبب في « أخطر ما تعرضت له النصوص الإسلامية وهو تجميع هذه النصوص ، بحيث سرى الشك في مدى صلاحية هذه النصوص للتطبيق ليس بين المخالفين في العقيدة ولكن بين المسلمين أنفسهم » . ويعلل صاحب هذا الرأي رأيه ، باختلاف الفقهاء في ما يعتبر شبهة وما لا يعتبر ، ومن ثم فيما تدرأ به الحدود وما لا تدرأ (١٨٠) .

وقد ضربنا صفحاً عن هذه الصور التي يعتبرها الفقهاء شبهة أو التي لا يعتبرونها شبهة ، وخلافهم فيها ، ولم يكن ذلك عن إهمال لها وإنما تعمداً ألا نتعرض لدراستها لأننا رأينا فيها مجرد موجّهات للقاضي تعتبر كالأمثلة لغيرها ، وتقتصر مهمتها على توجيه النظر إلى حقيقة مسلمة هي أنه ينبغي ألا يقضى بعقوبة ما على شخص معين إلا إذا ثبت بيقين ارتكابه ما يوجب هذه العقوبة . ولم نعتبر ما ذكره الفقهاء في هذا الصدد أحكاماً ملزمة لكل قاضٍ في دولة إسلامية في كل عصر ، إذ الملزم - في رأينا - هو أن يتحقق القاضي من ثبوت الاتهام ويطمئن ضميره إلى استحقاق المعهم للعقوبة فحسب .

ولا نكاد نعرف لذلك مخالفاً في فقهاء المسلمين من قبل منهم قاعدة درء الحدود بالشبهات ومن اعترض عليها . ورأينا أن الإعمال الصحيح للقاعدة يقتضى سريانها في شأن كافة الجرائم والعقوبات لابتنائها على القاعدة العامة التي تقرر أن الأصل البراءة ، والقاعدة العامة التي تقرر أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك ، ولذلك آثرنا أن نعيد صياغة القاعدة لتكون مؤدية إلى درء العقوبات جميعاً بالشبهات لا إلى درء الحدود فقط .

والاستناد إلى رأى الظاهرية في إنكار القاعدة لا يفيد في تأييد صاحب الرأى المشار إليه وذلك لما بيناه من أخذهم بمضمونها وإن لم يأخذوا بلفظها .

وبناء القاعدة على قاعدة افتراض البراءة ، وعدم نفي اليقين إلا بيقين مثله - وهما مسلمتان - يجعل المجادلة في قاعدة درء العقوبات بالشبهات مجادلة لفظية لا طائل وراءها إذ لا تخرج هذه القاعدة عن أن تكون تطبيقاً للقاعدتين المسلمتين المشار إليهما .

ومما يكاد أن يكون مقطوعاً به أن عدم تطبيق نصوص التجريم والعقاب التي جاءت بها الشريعة الإسلامية ليس مرجعه إلى الأخذ بقاعدة الدرء بالشبهة ، وإنما يرجع ذلك إلى أسباب كثيرة أخرى

أهمها ضعف المسلمين عقائدياً وسياسياً ، وابتلاؤهم بالاستعمار السياسي والعسكري والاقتصادي ، وشيوع نزعة تقليد الغرب في كل ما جاء به صواباً كان أم خطأ . وليس هنا مجال تفصيل هذه الأسباب وغيرها . وإنما لا يصح نسبة إهمال أحكام الشريعة الإسلامية الجنائية إلى قاعدة درء العقوبات بالشبهات ، وإلا فماسبب إهمال الأحكام المدنية والأحكام التجارية والأحكام الاقتصادية الإسلامية ؟ وليس في هذه المجالات درء بالشبهات ؟؟ .

ولذلك فإننا نرى أنه مما يميز الفقه الإسلامي - لا مما يعيبه - سبقه إلى تقرير قاعدة درء العقوبات بالشبهات ، ونرى أنه لن يخلو نظام جنائي مبني على الأحكام الإسلامية في هذا المجال من إقرار القاعدة ، بروحها إن لم يكن بنصها ، وهي مقررة على أي حال في النظم الجنائية المعاصرة تحت عنوانين آخرين هما تفسير الشك لمصلحة المتهم ، وافترض براءته حتى تثبت إدانته ، فلم لم تود إلى امبار هذه النظم وتميع أحكامها ، كما يقال إنها فعلت بالنظام الجنائي الإسلامي ؟

ومن جهة ثانية فإن روح القاعدة وماتنتجه من آثار في المحاكمة الجنائية يعتبر اليوم من الحقوق الأساسية للإنسان التي لا يجوز الإخلال بها في المجتمعات المعاصرة ، ولا يتصور خلو النظم الجنائية منها وإلا فتحنا الباب لتحكم القضاة وأخذ الناس بالظن والهمة وهي أمور لا تقرها الشريعة الإسلامية بنفس القدر الذي لا تقرها به النظم الإجرائية الجنائية المعاصرة (١٨١) .

(١٨١) في أثناء مراجعتنا لتجارب الطبع ظهرت دراسة قيمة عن قاعدة درء العقوبات بالشبهات لأستاذنا الدكتور عوض محمد عوض أستاذ القانون الجنائي في جامعة الإسكندرية وقد نشرت هذه الدراسة في العدد التاسع من المجلة العربية للدفاع الاجتماعي التي تصدرها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة .

التوبة والعفو

٣٩ - تمهيد : الأسباب الحائلة دون اقتضاء حق الدولة في العقاب :

تنشئ الجريمة حقاً للدولة في معاقبة مرتكبها . وتقتضى الدولة هذا الحق بأن تخضع الجاني للعقوبة التي يقررها حكم قضائي يثبت وقوع الجريمة ، ونسبها إلى ذلك الشخص المعين (الجاني) (١٨٢) . ومع أن الأصل هو أن تقتضى الدولة حقها في العقاب وفق هذا الطريق ، فإنه قد تعرض أسباب تحول دون هذا الاقتضاء . وتنحصر هذه الأسباب في النظم الجنائية المعاصرة في التقادم ، ووفاء المتهم ، والعفو العام أو الشامل ، والصفح أو التصالح بالنسبة لبعض الجرائم . على أن النظم الجنائية المعاصرة ، ومن ورائها الفقه الجنائي الحديث يشهدان تبايناً كبيراً في آثار هذه الأسباب ، وهل تنصرف إلى الجريمة فتقضيها أو تسقطها أو إلى الدعوى الجنائية فتنبهها أو تسقطها أو إلى العقوبة فتسقطها (بحسب اختلاف التعبيرات) على أن الأقرب إلى المنطق القانوني هو القول بانصراف آثار هذه الأسباب إلى حق الدولة في العقاب ، وإسقاطها إياه . وامتناع رفع الدعوى الجنائية على المتهم ليس إلا نتيجة لذلك ، أى نتيجة لانقضاء حق الدولة في العقاب (١٨٣) .

٤٠ - الأعدار المعفية من العقوبة :

ولا تقتصر الأسباب التي تمنع توقيع العقاب على مرتكب الجريمة على ما تقدم ذكره مما يحول دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب ، وإنما تعرف النظم الجنائية المعاصرة ما يعرف بالأعدار المعفية من العقوبة . وبينما يرى جانب من الفقه المعاصر أن هذه الأسباب أو الأعدار المعفية من العقوبة لا تضمها « نظرية عامة » تنتظم الأعدار المعفية جميعها في نطاق فكرة واحدة (١٨٤) ، يرى جانب آخر أن هذه الأعدار تنتظمها فكرة الشرط الفاسخ الذي إذا تخلف تأكد وجود حق الدولة في العقاب ، وإذا

(١٨٢) انظر في تفصيل ذلك مؤلف الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصبغى ، حق الدولة في العقاب ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(١٨٣) انظر المصدر السابق ص ٦٣ - ٦٤ .

(١٨٤) الأستاذ الدكتور على راشد ، القانون الجنائي ، المرجع السابق ذكره ، ص ٦٤١ .

تحقق زال الحق بأثر رجعي فاعتبر كأن لم يكن (١٨٥).

والأعدار المعفية من العقاب أضرار قانونية يقررها المشرع لا القاضي ويرتب على تحققها استبعاد العقوبة برغم توافر شروط تطبيقها (١٨٦). ولكن العذر المعفى لا يؤثر على كون الفعل جريمة ، ولا يمنع من ثم أوجه المساءلة الأخرى من مدينة أو إدارية بحسب الأحوال .

٤١ - الأسباب الحائلة دون اقتضاء الحق في العقاب وإرادة الجاني :

ويمكننا أن نلاحظ على الأسباب التي تحول دون اقتضاء الدولة حقها في العقاب أنها في مجموعها لا ترجع إلى فعل الجاني ، ولا دخل لإرادته في تحققها ، فالتقادم - وهو مرور فترة زمنية يحددها القانون - أمر لا دخل لإرادة الجاني فيه ، ولا يقتضى تحققه تدخلاً منه ، وكذلك الصفح عن الجريمة في التشريعات التي تميزه . والأمر أوضح في وفاة المتهم ، وكذلك العفو الشامل - وقد سبق أن تحدثنا عنه - أمر يرجع إلى إرادة السلطة التشريعية في الدولة ولا شأن للمتهم به . وتنتج كل من هذه الأسباب آثارها بمجرد تحققها ، فتصيب حق الدولة في العقاب وتحول دون اقتضائه ، ويرد على هذه الملاحظة استثناء وحيد محله حيث تفتضى الدولة حقها في العقوبة بالتراضي (التصالح) ومن صورته نظام الأوامر الجنائية أو الإجراءات الموجزة في تعبير بعض التشريعات والتي « يقبل » فيها الجاني « إيجاباً » صادراً من النيابة العامة - ممثلة الدولة - بأن يدفع غرامة يحددها الأمر الجنائي ، وكما يجوز للجاني قبول تنفيذ الأمر الجنائي فإنه يملك الاعتراض عليه ، وعندئذ تعود الإجراءات الجنائية المؤدية لاقتضاء حق الدولة في العقاب سيرتها العادية .

ومن صور التصالح أيضاً أن « يميز المشرع للجهة العامة التي يشترط تقدمها بطلب لإمكانية اقتضاء الدولة حقها في العقاب أن تتصالح مع مرتكب الجريمة . وبانقضاء حق الدولة بالتصالح تنقضى الوسيلة القانونية المعدة لحمايته وهي الدعوى الجنائية » (١٨٧) ، ويغلب أن يقرر المشرع الأخذ بنظام التصالح - أو يميزه - في مجال الجرائم التي يغلب عليها الطابع الاقتصادي أو المالى أو النقدي كجرائم التهريب الجمركي والنقدي والتهرب الضريبي (١٨٨).

(١٨٥) الدكتور عبد الفتاح الصبي ، القاعدة الجنائية ، بيروت ١٩٦٧ ، ص ١٥٧ - ١٥٨ وللمؤلف نفسه ، حق الدولة في

العقاب ، ص ٤٩ - ٥٠

(١٨٦) الدكتور رمسيس بهنام ، المصدر السابق ، ص ١١٤٥ والدكتور على راشد المرجع السابق ، ص ٦٤٢ .

(١٨٧) الدكتور عبد الفتاح الصبي ، حق الدولة في العقاب ، ص ١٢٣ وما بين القوسين في المتن نقل من هذا المصدر .

(١٨٨) انظر أمثلة لذلك في التشريعين المصري والبناني في المصدر السابق ص ١٢٥ - ١٢٧ .

٤٢ - العذر المعنى وإرادة الجاني :

وفي مجال الأعذار المعفية من العقاب نلاحظ أنها في مجموعها - كذلك - تتصل اتصالاً مباشراً بإرادة الجاني ، ويتوقف على هذه الإرادة قيام العذر المعنى أو عدم قيامه ، وبالتالي إنتاج أثره في الإعفاء من العقوبة أو عدم تحقق هذا الأثر . ومن أمثلة العذر المعنى في قانون العقوبات المصري إخبار الجاني للحكومة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه ، فهذا الإخبار يعنى الجاني الذى قام به من العقوبة المقررة للاتفاق الجنائي والمنصوص عليها في المادة ٤٨ من قانون العقوبات المصري . وكذلك إخبار السلطات بجرمة الرشوة أو الاعتراف بها ، فقد رتب المشرع عليه إعفاء الراشى والوسيط من عقوبة الرشوة وفق ما هو منصوص عليه في المادة ١٠٧ مكرر من قانون العقوبات المصري . (تقابلها المادة ١٤ من نظام مكافحة الرشوة السعودي) .

ومن الأعذار المعفية كذلك ما نصت عليه المادة ١٠٠ من قانون العقوبات المصري من إعفاء من (انفصل عن زمرة العصابات) عند أول تنبيه عليه من السلطات المدنية أو العسكرية ، أو بعد التنبيه عليه إذا لم يكن قد قبض عليه إلا بعيداً عن أماكن الاجتماع الثوري بلا مقاومة ولم يكن حاملاً سلاحاً . « والعصابات » المشار إليها في هذه المادة هي الجماعات التي ترتكب جنائية أو جنحة مضرة بأمن الحكومة من جهة الداخل . وما قررته المادة ١٠١ عقوبات مصري من إعفاء من بادر من البغاة بإبلاغ الحكومة . . قبل حصول الجنائية المقصود فعلها ، وقبل بحث وتفتيش الحكومة عن هؤلاء البغاة .

ومن الأعذار المعفية أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٠٥ عقوبات مصري والواردة في باب « المسكوكات الزيوف والمزورة » من إعفاء كل من بادر من الجناة بإخبار الحكومة بتلك الجنائيات قبل استعمال العملة المقلدة أو المزيفة أو المزورة وقبل الشروع في التحقيق .

ويتبين من استعراض هذه النصوص - وغيرها مما يقرر عذراً معفياً من العقوبة - أن العذر المعنى موقف يتخذه الجاني أو عمل يقوم به ، قاصداً درء العقاب عن نفسه ، ومستجيباً إلى إغراء المشرع المتمثل في الإعفاء من العقوبة . ويكون موقف الجاني أو عمله دائماً لاحقاً على قيام الجريمة ومتصلاً بالكشف عنها أو عمن شارك فيها ، أو بالكشف عن جريمة أخرى مماثلة أو المشتركة فيها (م ٨٤ أ عقوبات مصري) . كما قد يكون العذر المعنى مجرد استجابة لأمر صادر من سلطة مختصة بعدم التمادى أو الاستمرار في إتيان السلوك المجرم (م ١٠٠ عقوبات مصري) . وقد يرجع العذر المعنى - أخيراً - إلى إصلاح الجاني خطأه وجبره ما ترتب على جريمته من ضرر بحيث يصبح العقاب على فعلته أسوأ في

منطق العدالة من عدم العقاب ، وأوضح مثال لذلك هو الإعفاء المقرر في المادة ٢٩١ عقوبات مصرى التى تنص على أنه « إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجاً شرعياً لا يحكم عليه بعقوبة ما » .
ويدرج الفقه الجنائى المصرى فى عداد الأعداء المعفية صلة القرابة التى نص عليها المشرع فى المواد ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ عقوبات والخاصة بإخفاء الفارين من وجه العدالة أو من الخدمة العسكرية^(١٨٩) . والصحيح فى حكم هذه المواد - فى نظرنا - أن الأقارب المذكورين فيها غير مخاطبين بالقاعدة الجنائية . فلم يتوجه المشرع إليهم أصلاً بشق التكليف فيها حتى يقال إنه قرر لهم عذراً معنياً من شق العقاب .

والمشرع فى ذلك يراعى أنه من العسير - إن لم يكن من المستحيل - رفض الاستجابة لنداء المشاعر البشرية ، بعدم الامتناع عن إخفاء الفارين من وجه العدالة ، تنفيذاً لنداء القانون فالشخص العادى - أباً كان أو ابناً أو زوجاً - يفضل بلا شك التعرض لمخالفة القانون على التسبب فى تعريض زوجه أو أصله أو فرعه لخطر الإدانة أو لضرر السجن أو الحكم عليه بالإعدام . وتقديراً من المشرع لهذه المشاعر التى لا يمكن أن توصف إلا بأنها طبيعية وعادية فإنه لم يخاطب هؤلاء بالقاعدة الجنائية المقررة فى المواد ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ عقوبات .

وآية صحة هذا الرأى أن المشرع قد استعمل فى المادة ١٤٤ عقوبات عبارة : « ولا تسرى هذه الأحكام على زوج أو زوجة من أخفى أو ساعد على الاختفاء أو الفرار من وجه القضاء ولا على أبويه أو أجداده أو أولاده أو أحفاده » . وفى المادة ١٤٥ يقرر المشرع أنه « لا تنطبق أحكام هذه المادة على الزوج أو الزوجة أو أصول أو فروع الجانى » . وفى المادة ١٤٦ يقرر المشرع أنه « لا تسرى هذه الأحكام على زوجة الفار من الخدمة العسكرية » .

وتعبيرات « لا تسرى » و « لا تنطبق » . مقابلة بتعبير « تسرى أحكام هذا القانون » الوارد فى المادتين ١ ، ٢ عقوبات مصرى مبيناً مخاطبين بقانون العقوبات كله ، تشير بوضوح إلى صحة ما استخلصناه من عدم مخاطبة الأقارب المشار إليهم بالقاعدة الجنائية ، ومن ثم لا يصح - فى نظرنا - اعتبار ما قرره هذه المواد من قبيل العذر المعنى . ويستقيم بذلك ما لاحظناه - آنفاً - من رجوع العذر المعنى إلى مسلك يتخذه الجانى بإرادته قاصداً الإفادة من نص القانون المقرر للإعفاء من العقاب . وخلاصة ما تقدم أن نشوء حق الدولة فى العقاب لا يعنى دائماً وجوب أن تسلك الدولة السبيل المؤدية إلى اقتضاء هذا الحق ، إذ قد تعترض هذه السبيل موانع تحول دون المضى فيها إلى غايتها . كما

قد يقرر المشرع سبيلاً لإفلات الجاني من العقاب حين يكافئه بالإعفاء منه لقاء سلوك معين أو موقف ما ينص عليه القانون .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية التوبة سبباً للإعفاء من العقاب . وعرفت العفو حائلاً دون اقتضاء الدولة حقها فيه^(١٩٠) . وذلك ما نعرض له في الفقرات التالية .

٤٣ - التوبة وأثرها في الإعفاء من العقوبة :

التوبة هي رجوع المرء عن المعصية ، وندمه عليها مع عزمه على عدم مقارفتها مرة أخرى . وهي من الوجهة الدينية مكفرة للذنب ماحية للخطيئة لقول الله تعالى : (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم) المائدة آية ٣٩ . ولقوله تعالى : (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم كتب ربكم على نفسه الرحمة أنه من عمل منكم سوءاً بجهالة ثم تاب من بعده وأصلح فإنه غفور رحيم) الأنعام آية ٥٤ ، ولغيرهما من الآيات التي في معناهما^(١٩١) . ولا يقف أثر التوبة عند غفران الذنب وهو الخطيئة فحسب . بل قد يضاعف الله سبحانه وتعالى بها الأجر . ويزيد بسببها من ثواب الآخرة وعطاء الدنيا ، وذلك ثابت بمثل قول الله تعالى : (وأن استغفروا ربكم ثم توبوا إليه يمتعكم متاعاً حسناً إلى أجل مسمى ويؤت كل ذي فضل فضله . .) هود آية ٣ . وقوله عز وجل على لسان هود عليه السلام : (ويا قوم استغفروا ربكم ثم توبوا إليه يرسل السماء عليكم مدراراً ، ويزدكم قوة إلى قوتكم ، ولا تتولوا مجرمين) هود آية ٥٢ . وكذلك قوله سبحانه وتعالى - بعد ذكر عدد من الكبائر ووعيد أصحابها : (إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيماً) الفرقان آية ٧٠ .

٤٤ - التوبة عن جريمة الحوابة :

أما في المجال الجنائي فقد نص القرآن الكريم على التوبة كعذر معف من العقاب في شأن جريمة الحوابة^(١٩٢) . وذلك في قوله تعالى : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض

(١٩٠) يلاحظ أن المذهب الحنفي قد عرف أيضاً التقادم كحائل دون اقتضاء الحق في العقاب في بعض جرائم الحدود بشروط معينة . انظر في تفصيل ذلك : الكمال بن الهمام ، فتح القدير ، ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها .

(١٩١) وردت كلمة التوبة وما اشقت منها في القرآن الكريم ست عشرة ومائة مرة في سور مكة ومدنية ، مقرونة في أغلب الأحوال بوعد الله لعباده بقبولها ومغفرة الذنوب التي يتوب المرء عنها .

(١٩٢) انظر تفصيلاً أوفى عن جريمة الحوابة والعقوبات المقررة لها في الباب الثاني من هذه الدراسة .

فساداً أن يُقتلوا أو يُصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو يُنفوا من الأرض ذلك لهم خزيٌّ في الدنيا وهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم (المائدة : ٣٣ ، ٣٤ .

وقد أجمع الفقهاء استناداً إلى نص هاتين الآيتين الكريمتين على أن التوبة سبب لإعفاء المحارب من العقوبة - أو لسقوط الحد عنه - بشرط أن تكون هذه التوبة قبل القدرة عليه . أى قبل أن تصل يد سلطات الدولة إليه (١٩٣) ، أما حقوق العباد كأموالهم التي أخذها المحارب ، أو حق القصاص - إذا ارتكب المحارب جريمة القتل أو الجرح - فإنها لا تسقط بالتوبة وإنما تسقط بالعتق إذا عفا صاحب حق القصاص عن اقتضائه ، أو تنازل صاحب المال عن ماله . وكذلك لا تعتبر التوبة سبباً للإعفاء من عقوبة القذف عند من يقول من الفقهاء إن حد القذف يقع الاعتداء فيه على حق للمقدوف ، وليس على حق للجماعة (١٩٤) . وذلك هو الرأي الراجح في الفقه الإسلامى ، وثمة رأى مرجوح يرى أصحابه سقوط حقوق العباد أيضاً - أى بالإضافة إلى الإعفاء من العقاب - عن المحارب إذا تاب قبل القدرة عليه ويستثنى من ذلك وجوب رد الأموال التي يكون المحارب قد أستولى عليها إذا كانت لا تزال باقية لديه بأعيائها (١٩٥)

٤٥ - أثر التوبة في غير جريمة الحراية :

أما في غير جريمة الحراية فإن للفقهاء مذهبين في اعتبارها أو عدم اعتبارها سبباً للإعفاء من العقاب .

أما المذهب الأول فيرى أصحابه أن التوبة ليست سبباً للإعفاء من العقاب في غير جريمة الحراية . فأثر التوبة - عند هؤلاء الفقهاء - مقصور على مورد النص باعتباره . وقد ورد في جريمة الحراية فلا يتعدى إلى غيرها من الجرائم . وذلك هو رأى الظاهرية والحنفية والمالكية وفريق من الشافعية والحنابلة .

ويستدل لهذا الرأى بأن الأمر الوارد في القرآن الكريم وفي السنة النبوية بتوقيع العقاب جاء عاماً

(١٩٣) ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ١٢٣ حيث ينقل الإجماع على ذلك . وقارن ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ص ٤٩٦ حيث ينقل أن ثمة قول بعدم إسقاط الحد بالتوبة وينسبه إلى القائلين بأن الآية لم تنزل في المحاربين ، وإن لم يقل من هم ؟ (١٩٤) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ص ٣١٤ ، ٣١٨ (الطبعة الأولى ومع المغنى كتاب الشرح الكبير) .

(١٩٥) ابن رشد ، المصدر السابق ص ٤٩٧ ، وثمة خلاف أيضاً في مدى تأثير التوبة على عقوبات الجرائم الأخرى (غير القتل والجرح) التي ارتكباها المحارب قبل توبته . والصحيح - عندنا - وجوب إعفائه من عقوبتها ما لم يكن الاعتداء فيها واقعاً على حق شخصي .

ولم يخص من هذا العموم من تاب . وقد أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز والغامدية وقطع السارق ، وكل هؤلاء قد جاءوا تائبين معترفين بذنوبهم ، ومع ذلك وقع الرسول ﷺ عقوبة الحد عليهم . ويرى أصحاب هذا الرأي أيضاً أن العقوبة هي التي تزجر المجرم عن الجريمة ، والقول بمنع العقاب بسبب التوبة يؤدي إلى إبطال العقوبات كلها لأن كل مجرم لا يعجز عن إدعاء التوبة . وأخيراً فإن أصحاب هذا الرأي لا يرون شيئاً بين المحارب وغيره من المجرمين ، لأن المحارب يكون غير مقدور عليه - عادة - فشجع يجعل التوبة سبباً لإعفائه من العقاب حتى يكف عن الناس شره وفساده ، وليس لهذا المعنى وجود في غير المحارب ، فلا يجوز جعل التوبة سبباً للإعفاء من العقوبة (١٩٦) .

وأما المذهب الثاني فيرى أصحابه أن التوبة سبب للإعفاء من العقوبة في الحدود كلها ، تستوى في ذلك الحرابة وغيرها . ويحتج أصحاب هذا الرأي لرأيهم بأن النص على جعل توبة المحارب سبباً للإعفاء من عقوبة الحرابة يقتضي جعل التوبة سبباً للإعفاء من عقوبة غيرها من الجرائم . وذلك لأن التوبة منعت من توقيع أشد العقوبات وهي المقررة للحرابة ، فمن باب أولى أن تمنع من توقيع غيرها من العقوبات المقررة للجرائم الأخرى . وبأن القرآن الكريم نص على التوبة في عقوبة الزنى - قبل تشريع الحد - كما نعت من العقاب وذلك في قوله تعالى : (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها) النساء آية ١٦ (١٩٧) . ويستدلون كذلك بأن القرآن الكريم ذكر حد السارق وذكر معه التوبة فقال : (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه) المائدة آية ٣٩ .

وقد احتج لهذا المذهب الإمام الشافعي في كتاب الأم ، وحكى معه المذهب الأول ولم يورد له حجة إلا القول بقصر الاستثناء على جريمة الحرابة (١٩٩) .

(١٩٦) انظر في تفصيل ذلك ابن قدامة المعنى ، ج ١٠ ص ٣١٦ ، وابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ١٢٦ وما بعدها ، والكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٩٦ ، والزرقاني في شرحه على مختصر خليل ج ٨ ص ١٣٨ .

(١٩٧) يرى بعض الفقهاء أن هذه الآية نسخ حكمها بنزول حد الزنى في سورة النور . ويرى آخرون أن حكم هذه الآية غير منسوخ وأنه خاص بعقاب جريمة الشذوذ الجنسي ، ولنا عود إلى هذا الموضوع في مناسبة لاحقة . على أنه من الجدير بالذكر أن المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة (الجريمة والعقوبة ص ٢٦٨) يذهب إلى أن الآية تمنع من توقيع عقوبة الحد المقررة في سورة النور ، وأن تلك العقوبة هي المرادة بلفظ «فآذوهما» . وهذا غير صحيح لأن نص سورة النور متأخر في النزول عن نص سورة النساء المشار إليه ، ولا يعقل في منهج التشريع أن يتقرر سبب الإعفاء من العقوبة قبل تقرير العقوبة ذاتها .

(١٩٨) انظر في تفصيل هذه الحجج : ابن قدامة ، المرجع السابق ، وابن حزم ، المرجع السابق .

(١٩٩) الأم ج ٧ ص ٥١ . وقد عقب الربيع المرادي - تلميذ الشافعي وراويته - على كلام الإمام بقوله : « قول الشافعي رحمه الله تعالى الاستثناء في التوبة للمحارب وحده الذي أظن أنه يذهب إليه » ويبدو أنه من هنا قال ابن حزم (المحلى ج ١١ ص ١٢٦) إن الشافعي ذهب في العراق إلى سقوط الحدود بالتوبة ورجع عن ذلك في مصر . ولعل سياق كلام الشافعي في الأم لا يدل على رجوع صريح ، بل هو إلى تأييد القول بسقوط الحدود كلها بالتوبة أقرب .

وانتصر لهذا الرأي أيضاً ابن قيم الجوزية فقال ردّاً على المفرقين بين المحارب وغيره في الإغفاء من العقاب بالتوبة : «أين في نصوص الشارع هذا التفريق ؟ بل نصه على اعتبار توبة المحارب قبل القدرة عليه من باب التنبيه على اعتبار توبة غيره بطريق الأولى» ويقول أيضاً : «والله تعالى جعل الحدود عقوبة لأرباب الجرائم ، ورفع العقوبة عن التائب شرعاً وقدرأ ، فليس في شرع الله ولا قدره عقوبة تائب البتة وفي الصحيحين من حديث أنس قال : كنت مع النبي ﷺ فجاء رجل فقال : يا رسول الله : إني أصبت حداً فأفقه علي ، قال - ولم يسأل عنه - فحضرت الصلاة فصلي مع النبي ﷺ ، فلما قضى النبي ﷺ الصلاة قام إليه الرجل فأعاد قوله ، قال : أليس قد صليت معنا ؟ قال : نعم ، قال : فإن الله عز وجل قد غفر لك ذنبك .»

وقد عزا ابن قيم الجوزية هذا الرأي إلى الإمام أحمد بن حنبل فقال : «وهو أحد القولين في المسألة ، وهو إحدى الروایتين عن أحمد ، وهو الصواب» (٢٠٠) .

ويبدو من هذا العرض الموجز لهذين الرأيين أن حجج القائلين بسقوط الحدود بالتوبة - أو إغفاء التائب من العقوبة - أرجح من حجج القائلين بالرأى الآخر. ولعله مما يشهد لذلك الرأى إحتفاء القرآن الكريم بالتوبة وتكرار النص عليها أكثر من مائة مرة حتى لا تكاد تخلو آية فيها ذكر ذنب من ذكر التوبة معه ، والترغيب فيها والحضّ عليها ، وفي ذلك تنبيه لا ينبغي إلى وجوب أن يكون للتوبة أثرها في المؤاخذة على الذنوب ، دنيوية كانت هذه المؤاخذة أو أخروية . فأما في الآخرة فإن الله يغفر الذنب ولا يعذب عليه (وإني لغفار لمن تاب وآمن وعمل صالحاً ثم اهتدى) طه آية ٨٢ . وأما في الدنيا فيمتنع العقاب باعتبار التوبة عذراً معفياً منه .

ولا يعترض على هذا الرأى بأنه يفتح الباب لعدم العقاب على الجرائم بادعاء كل جان توبته مما اقترفت يدها ، لأننا حين نقول باعتبار التوبة عذراً معفياً من العقاب لا نقول بمنع القاضى من وزن هذه التوبة بميزان الواقع ، ولا نحول بينه وبين تقديرها - من حيث الصحة أو الادعاء - في ضوء ما يثبت لديه من أدلة وقرائن . فإذا تبين للقاضى أنها وسيلة يلجأ إليها من تكرر وقوعه في وهدة الجريمة ليدراً عن نفسه عقوبتها ، فلا تثريب على القاضى - عندئذ - أن يهدر هذه التوبة المدعاة ولا يعتد بها في منع العقاب وخير - في نظرنا - أن يخطئ القاضى فيحكم بامتناع العقاب للتوبة - ولو لم تكن

(٢٠٠) ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج ٢ ص ٩٧ - ٩٨ (٧ القاهرة ١٩٦٨) وقد رد ابن قيم الجوزية الاستدلال بحديث ماعز والغامدية على عدم إسقاط التوبة للححد بما نقله عن شيخ الإسلام ابن تيمية من أن «التوبة مطهرة والححد مطهر ، وهما اختارا التطهير بالححد على التطهير بالتوبة . . . وقد أرشد النبي إلى اختيار التطهير بالتوبة» (ص ٩٨ باختصار) وقد جعل الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله هذا الرأى مذهبها في المسألة محل البحث ، وهذا الفهم محل نظر (التشريع الجنائى ج ١ ص ٣٥٥) .

صادقة - من أن يوقع العقاب مهماً اعتبار التوبة - التي قد تكون صادقة - لأن مآل مدعى التوبة - غالباً - أن يكشف أمره في جريمة أخرى ، وعندئذ لن تحول دعوى التوبة دون عقابه ، أما توقيع العقاب على صادق التوبة فخطأ لا سبيل بعد وقوعه إلى إصلاحه .

ولسنا في ترك تقدير التوبة إلى القاضي في ضوء ظروف الواقع وفي ضوء ما يقدم في الدعوى من أدلة وقرائن بمتدعين ، فقد جعل المالكية والحنابلة للقاضي ألا يقبل توبة الزنديق [وهو الذي يخفي كفره ويعلن الإسلام] وفرقوا في ذلك بينه وبين المرتد الذي أظهر الردة ، وعللوا ذلك بأن الزنديق لا يمكن التيقن من صدق توبته^(٢٠١) وهذا مثل قولنا فيمن يتكرر ارتكابه الجرائم ، أنه لا يعرف صدق توبته ، فيكون للقاضي ألا يعتد بها .

والتوبة كسبب للإعفاء من العقاب لا أثر لها إلا في الجرائم التي يعتبر الاعتداء فيها واقعاً على حق للجماعة . أما الجرائم التي يقع فيها الاعتداء على حق للفرد فإن التوبة لا تمنع العقاب عليها ، وإنما يمنع ذلك العفو ، وهو ما ناقشه بعد قليل .

ولا أثر للتوبة كذلك على العقوبة التي يقررها الإمام - أو السلطة المختصة في الدولة - لجرائم التعزير ، اللهم إلا أن ينص على ذلك ، إذ أمر العقاب على هذه الجرائم أو الإعفاء منه مفوض إلى السلطة المختصة في الدولة ويجب على القاضي أن يلتزم ما تقرره في هذا الشأن .

٤٦ - ملاحظات على فكرة التوبة :

ونستطيع في ضوء ما تقدم بيانه أن نلاحظ الأمور الآتية :

أولاً : إن الأخذ بنظام التوبة يتيح فرصة للإفلال من توقيع العقاب في جرائم الحدود ، وتلتقي فكرة التوبة في هذا الخصوص مع فكرة درء العقوبات بالشبهات في أثر كل منها على حالات توقيع العقوبة القضائية والرغبة الواضحة في الفقه الإسلامي - بعامة - في التقليل ما أمكن من هذه الحالات .

ثانياً : إن التوبة كسبب للإعفاء من العقاب ينصرف أثرها إلى العقوبة فقط دون أن تمتنع أوجه المساءلة الأخرى عن فعل الجاني وخاصة المساءلة المدنية المتمثلة في تعويض من أصابه الضرر من الجريمة أو في رد ملكه إليه .

ثالثاً : إن التوبة توجب الإعفاء من العقوبة إذا كان الجاني يحاكم لأول مرة ، أما من تكرر وقوع

(٢٠١) انظر الموطأ للإمام مالك ، ص ٤٥٨ - ٤٥٩ (ط كتاب الشعب بالقاهرة) والمغني لابن قدامة ج ١٠ ص ٧٨ ،

والفروق للقرافي ج ٤ ص ١٥١ حيث نقل قول المالكية في عدم قبول توبة الزنديق والساحر .

الجريمة منه فإن التوبة لا تعتبر عذراً معفياً في حقه إلا إذا قدر القاضي غير ذلك ، أى أن الإعفاء من العقوبة بسبب التوبة هو إعفاء وجوبى في المرة الأولى ، وجوازي بعد ذلك .

رابعاً : إن الإعفاء من العقوبة المقرر في جريمة الحراة بنص القرآن الكريم يماثله ما تقرره النظم الجنائية الحديثة من الإعفاء من العقوبة المقررة بالنسبة للمتهمين في جرائم أمن الدولة . ومن ذلك الإعفاء الذى نصت عليه المادة ٨٤ أ عقوبات مصرى لمن « مكن السلطات من القبض على مرتكبى الجريمة الآخرين أو على مرتكبى جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة » وكذلك الإعفاء المقرر في المادة ١٠١ عقوبات مصرى لمن دل الحكومة بعد بدئها في البحث والتفتيش عن البغاة على الوسائل الموصلة للقبض عليهم .

ومثل هذا الإعفاء مقرر أيضاً بنص المادة ٢٣ من قانون أمن الدولة السودانى (القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٣) والتي نصها « يعنى من العقوبات المقررة للجرائم الواردة في هذا القانون كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة قبل البدء في تنفيذ الجريمة ، ويجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة إذا حصل البلاغ بعد إتمام الجريمة ويجوز ذلك إذا مكن الجاني في أثناء التحقيق السلطات من القبض على مرتكبى الجريمة الآخرين أو على مرتكبى جريمة أخرى مماثلة لها في النوع والخطورة » . ولعل الفارق الأساسى بين التوبة في جرائم الحراة والإبلاغ في جرائم أمن الدولة هو إطلاق التوبة ، فلا يشترط فيها أن تؤدى إلى ضبط جناة آخرين أو كشف جرائم أخرى في حين أن الإبلاغ في جرائم أمن الدولة مقيد بأحد هذين القيدين .

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة التوبة وأثرها في الإعفاء من العقاب في جرائم الحدود ، وفيما تقرر السلطة التشريعية في الدولة اعتبارها سبباً للإعفاء فيه من جرائم التعزير .

ونتقل بعد ذلك إلى دراسة العفو وأثره على الحق في العقاب .

٤٧ - العفو وأثره على الحق في العقاب :

قدمنا أن حق الدولة الناشئ عن الجريمة في عقاب مرتكبها قد يقتضى توقيع العقوبة عليه تنفيذاً لحكم قضائى يؤكد نسبة الجريمة إلى الجاني ويقرر العقوبة ، وقد ينقضى هذا الحق دون اقتضاء إذا عرض له سبب من الأسباب التى تحول بين الدولة - صاحبة الحق - وبين المصطفى في الإجراءات المؤدية إلى اقتضائه . وقد ذكرنا أن من بين هذه الأسباب العفو الشامل أو العام والصلح (أو التصالح) والصفح .

وقد سبق أن ناقشنا العفو العام أو الشامل وبيّنا أثره على حق الدولة في العقاب . أما ما تسميه

النظم الجنائية المعاصرة (وبالذات بعض التشريعات الجنائية العربية) بالصفح أو الصلح فهو ما يعرف في الفقه الجنائي الإسلامي باسم العفو. والعفو سبب من الأسباب الحائلة بين الدولة وبين اقتضاء حقها في العقاب، ولكنه سبب خاص ببعض الجرائم دون بعض، وذلك على أساس ما سبق أن ناقشناه من كون الاعتداء في بعض الجرائم يقع على حق الله - أو حق الجماعة - فلا يملك أحد فيها العفو، أو يقع على حق شخصي لفرد أو أكثر، ومن ثم يملك هؤلاء العفو عن حقهم. وعلى ذلك فجرائم الحدود لا يؤثر العفو على الحق في اقتضاء العقوبة المقررة لها، فكلمة ثبت ارتكاب شخص لجريمة من جرائم الحدود وجب المضي في إجراءات اقتضاء الحق في العقاب حتى تنتهي إلى غايتها وهي توقيع العقاب على الجاني. وذلك لقول الله تعالى: (تلك حدود الله فلا تعتدوها) البقرة آية ٢٢٩ (٢٠٢).

وجرائم التعزير تنقسم إلى ما يجوز فيه العفو، وهو ما وقع فيه الاعتداء على حق فردي. وما لا يجوز فيه العفو وهو ما يقع فيه الاعتداء على حقوق الجماعة. وقد سبق لنا تفصيل الكلام في هذه المسألة بمناسبة تعرضنا لتقسيم الجرائم تبعاً لتقسيم الحق المعتدى عليه إلى حق الله وحق العبد، والأصل الذي ينبني عليه هذا الرأي هو قول الله تعالى: (فمن عفا وأصلح فأجره على الله) الشورى: ٤ (٢٠٣).

والعفو جائز في جرائم الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو الجرح أو الضرب، وهي الجرائم التي اصطلاح الفقه الإسلامي على تسميتها بجرائم القصاص والدية. وهذا العفو مقرر لصاحب الحق المعتدى عليه سواء كان هو المجنى عليه في جرائم الجرح والضرب. أو ورثته أو أولياؤه - في جرائم القتل - وذلك أخذاً من قول الله تعالى في شأن القصاص: (فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان) البقرة: ١٧٨. وكذلك رغب رسول الله ﷺ في العفو في كل أمر فيه قصاص (٢٠٤).

والعفو عن الحق في اقتضاء عقوبة القصاص قد يكون مقابل الدية وهو ما يعتبره الإمامان أبو حنيفة ومالك - في الراجح من مذهبه - صلحاً، وقد يكون بغير مقابل وهو العفو - عندهما - بالمعنى الصحيح. وهما يفرقان بين الحالتين باعتبار أن الجاني لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها وما كان محتاجاً

(٢٠٢) انظر ما يأتي في خصائص عقوبات الحدود.

(٢٠٣) انظر مسبقاً فقرة ٣١، وما سوف نبينه تفصيلاً عن أصل نظام التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي.

(٢٠٤) انظر مشكاة المصابيح، ج ٢ ص ٢٦٥. وفي تفصيل مدى جواز العفو في القصاص الدكتور أحمد محمد إبراهيم،

القصاص، القاهرة ١٩٤٤، ص ١٨٤ - ١٩١.

إلى قبول الجاني فهو صلح لا عفو (٢٠٥) أما عند الشافعي وأحمد فلا فرق بين العفو والصلح ولا حاجة لرضاء الجاني إذا رأى المجنى عليه أو أولياؤه العفو عن القصاص وطلبوا بالدية (٢٠٦).
وكما يجوز العفو عن الحق في اقتضاء القصاص يجوز العفو عن الحق في الدية.
والعفو في جميع الحالات هو عفو عن العقوبة لا عن الجريمة. وعفو عن الحق الشخصي في اقتضاء العقوبة، فيجوز أن يعاقب الجاني تعزيراً عن الجريمة التي عفى فيها المجنى عليه أو وليه عن الحق في القصاص أو الدية، إذا رأت السلطة المختصة في الدولة اقتضاء حق الجماعة (أو الحق العام) في العقاب (٢٠٧).

٤٨ - العفو والصلح في بعض التشريعات الجنائية العربية :

أباحث التشريعات الجنائية لكل من الكويت والعراق والبحرين والسودان العفو عن جرائم معينة مغلبة في ذلك المصلحة الشخصية للمجنى عليه على المصلحة العامة المتمثلة في اقتضاء الدولة حقها في العقاب.

فتنص المادة ٢٤٠ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على أنه «في الجرائم التي يشترط لرفع الدعوى فيها صدور شكوى من المجنى عليه، وكذلك في جرائم الإيذاء والتعدى التي لا تزيد عقوبتها على الحبس لمدة خمس سنوات، وجرائم انتهاك حرمة الملك والتخريب والإتلاف الواقع على أملاك الأفراد، والتهديد وابتزاز الأموال بالتهديد، يجوز للمجنى عليه أن يعفو عن المتهم أو يتصالح معه على مال قبل صدور الحكم أو بعده ويسرى على هذا الصلح شروط الشكوى من حيث الشكل ومن حيث أهلية التصالح».

ويلاحظ على هذا النص - أولاً - أن التصالح على مال المشار إليه فيه إنما هو تصالح على حق مدني يتمثل في تعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، ولا يعتبر هذا المال غرامة، إذ للغرامة مفهومها الجنائي الذي تختلف فيه عن المفهوم المدني للتعويض (٢٠٨) في وجوه متعددة لعل أهمها أيلولة المال

(٢٠٥) علاء الدين الحصكفي، شرح الدر المختار، ج ٢ ص ٤٣٧ (ط القاهرة بدون تاريخ) الشيخ الدردير، الشرح الكبير، ج ٤ ص ٢٣٩ - ٢٤٠ (ط القاهرة بدون تاريخ).

(٢٠٦) المهذب للشيرازي، ج ٢ ص ١٨٨ (ط القاهرة بدون تاريخ) ومنار السبيل للشيخ إبراهيم بن ضويان، ج ٢ ص ٣١٥ - ٣١٦ (ط الكتب الإسلامي بدمشق بدون تاريخ).

(٢٠٧) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٢٣٧، ابن قدامة، المغني ج ١٠ ص ٣٤٩.

(٢٠٨) انظر الدكتور عبد الفتاح الصبي، حق الدولة في العقاب، ص ١١٨.

المحكوم به كغرامة إلى الخزانة العامة للدولة ، وأيلولة التعويض المدني - اتفاقاً كان أو قضائياً - إلى ذمة من أصابه الضرر من الجريمة أو الفعل الضار .

ويلاحظ على هذا النص - ثانياً - تفريقه بين صورتى العفو عن المتهم بلا مقابل ، وصورة التصالح على مال . ولعل ذلك - خصوصاً في جرائم الإيذاء والتعدي - جاء استجابة من المشرع الكويتي إلى فقه مذهب الإمام مالك - وهو المذهب السائد في الكويت - الذى يفرق بين العفو والصالح فيجعل الأول مجاناً والثانى بمقابل على نحو ما أشرنا إليه من قبل .

وتنص المادة ٢٤١ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتي على أنه « في غير الجرائم التى يشترط لرفع الدعوى فيها شكوى المجنى عليه ، لا يترتب على الصلح أو العفو الفردى آثاره إلا بموافقة المحكمة » . والأثر المترتب على الصلح أو العفو هو نفس الأثر المترتب على الحكم ببراءة المتهم (٢٠٩) . أما المشرع العراقى فقد أورد الأحكام الخاصة بالعفو (يسميه الصلح) فى المادة ٢٥٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادى . وأوردها المشرع البحريني فى المادة ١٨٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية مستخدماً مصطلح التصالح (بدلاً من العفو أو الصلح) . وأوردها المشرع السودانى فى المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية السودانى (القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٤) مستخدماً مصطلحي الصلح والتصالح .

وأهم الفروق بين مسلك المشرعين العراقى والبحرينى والسودانى ، وبين مسلك المشرع الكويتى هو عناية الأولين بالتفصيلات ، وتوسيعهم من نطاق الجرائم التى يجوز فيها الصلح أو التصالح أكثر من المشرع الكويتى (والمشرع السودانى أكثر عناية بالتفصيلات من غيره) (٢١٠) . ونلاحظ فى هذا الخصوص أن المشرعين العراقى والبحرينى والسودانى لم يفرقوا بين الصلح على مال والعفو بلا مقابل كمثل ما فعل المشرع الكويتى . ويرى بعض الفقهاء أنه ليس ثمة ما يحول دون تحقق الصلح مقترناً بحصول المجنى عليه على مبلغ من المال يحدده بالاتفاق مع الجانى (٢١١) . وعندنا أنه إذا كان مسلك المشرع العراقى يحتاج فى هذا الصدد إلى الاستناد إلى إطلاق النص ومفهومه ، فإن مسلك المشرع البحريني واضح الدلالة على مقصده إذ عبر بلفظ « التصالح » وهو تفاعل يقتضى اتفاق إرادتين على إتمامه ، ولم يقيد النص هاتين الإرادتين بشيء فلها أن تلتقيا على ما شاء أصحابها ، فإن التقيا على

(٢٠٩) للرجع السابق ص ١١٩ .

(٢١٠) انظر بتفصيل واف الدكتور عبد الفتاح الصيغى ، المصدر السابق ، ص ١١٦ - ١١٩ وذلك فيما يتعلق بالقانون العراقى

والبحرينى .

(٢١١) للمصدر السابق ص ١١٨ .

تنازل صاحب الحق عن حقه فجائز ، وإن التقيا على تعويض يدفعه الجاني للمجنى عليه فجائز كذلك . وذلك ينطبق أيضاً على موقف المشرع السوداني (انظر ف ٣ من المادة ٢٨٦ إجراءات سودانى) .

وما يجدر ذكره كذلك أن التشريع العراقي والبحرينى لا يجيزان الصلح بعد صدور حكم بات بالإدانة (م ٢٥٥ / ٤ إجراءات بغدادى) و (م ١٨٦ / ٥ إجراءات بحرينى) ، فى حين يجيز الصلح بعد صدور حكم بات بالإدانة المشرع الكويتى والمشرع السودانى . وذلك فى القانون الكويتى بأن يتقدم المجنى عليه بطلب إلى المحكمة التى أصدرت الحكم لتنظر فيه (م ٢٤١ / ٢ إجراءات كويتى) . وفى القانون السودانى بإذن السلطة التى يقدم إليها الاستئناف أو التى لها صلاحية طلب الإجراءات طبقاً للمادة ٢٥٧ إجراءات (م ٢٨٦ / ٤ إجراءات سودانى) وهذه الجهة هى المحكمة العليا أو محكمة الاستئناف أو قاضى المديرية أو قاضى الدرجة الأولى على حسب الأحوال (٢١٢) .

وقد يصح تعليل مسلك التشريعين العراقي والبحرينى بالرغبة فى استقرار الأحكام ، أو بأن الحق فى العقاب وقد تأكد بحكم الإدانة فلا مجال للتشكيك فيه بإباحة الصلح أو العفو . كما قد يصح تعليل مسلك المشرع الكويتى والمشرع السودانى بالإمعان فى تغليب المصلحة الشخصية للمجنى عليه على المصلحة العامة ، أو بالرغبة فى محو كل أثر تتركه الجريمة فى نفوس أطراف الواقعة الجنائية بفتح باب التراضى بينهم ، ولو كان قد صدر بالفعل حكم بالعقوبة .

ويبدو من مسلك هذه التشريعات العربية الأربعة التأثير الواضح بصنيع الشريعة الإسلامية وفقهها الجنائى الذى يبيح العفو أو الصلح عن الحق الشخصى فى العقاب فى الجرائم التى يصيب فيها الاعتداء - أساساً - حقاً فردياً لاحقاً عاماً للجماعة .

(٢١٢) طلب الإجراءات ، هو التعبير الذى يستخدمه المشرع السودانى للدلالة على سلطة إعادة النظر ، انظر محمد محى الدين عوض ، القانون الجنائى المصدر السابق ذكره ، ج ٢ ص ٥٦٠ - ٥٦٢ .

البَابُ الثَّانِي

جرائم الحدود وعقوباتها

٤٩ - تمهيد وتقسيم : الجرائم والعقوبات :

نعرض في هذا الباب لأحكام جرائم الحدود وعقوباتها في النظام الجنائي الإسلامي . والجرائم في النظام الجنائي الإسلامي إما جرائم حدود وإما جرائم قصاص أو دية وإما جرائم تعزيرية . والتقسيم ذاته يجري في العقوبات إذ هي مقررة لهذه الجرائم ولازمة لها .

وجرائم الحدود والقصاص محدودة العدد مقررة بنص من الشارع ، سواء كان النص في القرآن الكريم أو في السنة النبوية الشريفة ، وكذلك عقوباتها قدرها الشارع بالقرآن أو بالسنة . ومن ثم فلا تتصور الزيادة على جرائم الحدود أو القصاص ، ولا يتصور النقص منها . وكذلك ليس ثمة مجال للتعديل في العقوبات المقررة لها زيادة أو نقصاناً أو عفواً أو تخفيفاً . ويستثنى من ذلك جواز عفو المجنى عليه أو الأولياء - بحسب الأحوال - في جرائم القصاص عن العقوبة ، سواء كان العفو على مال (دية) أو على غير مال .

أما جرائم التعزير ، فالفكرة الشائعة عنها أنها غير مقدرة العقوبات ، وأن الجرائم ذاتها غير محددة أصلاً . فهي متروكة لتحكم القضاة أو ولاة الأمر ، يفعلون فيها ما يشاءون . غير أن مقدار الصواب في هذه الفكرة الشائعة محدود بلا شك . فثمة ضوابط لجرائم التعزير وضوابط لتوقيع العقوبات عليها . يتحراها المشرع والقاضي في كل زمان ومكان وسوف نبين ذلك بالتفصيل عند دراستنا لهذه الجرائم وعقوباتها إن شاء الله .

وفي دراستنا لأحكام الجرائم والعقوبات سوف نعالج الأقسام الثلاثة المشار إليها ، على أننا لن نتوقف طويلاً عند الجزئيات والتفصيلات ، وإنما سنكتفي بالمبادئ العامة التي تحكم كل قسم ، وندلى برأينا في مواضع الخلاف بين الفقهاء حيث نظن أن لإبداء الرأي فائدة عملية في الظروف المعاصرة وفي ضوء المنهج الذي إرتضيناه في هذه الدراسة والذي سبق أن فصلنا الكلام فيه .

وعلى هدى هذه الخطة فإن جل اهتمامنا سوف ينصب في دراسة الجرائم والعقوبات على دراسة القسم الثالث من أقسامها ، وهو جرائم وعقوبات التعزير ، الذي لم يحظ حتى الآن - في تقديرنا - بدراسة تأصيلية تيسر الاستفادة منه في صنع النظم الجنائية الحديثة في البلاد العربية والإسلامية ، وسوف يكون ذلك هو موضوع الباب الرابع في هذه الدراسة .

. أما جرائم الحدود وعقوباتها فإن أهم ما يعيننا بشأنها هو مناقشة ما يذهب إليه جمهور الكاتبين في

الفقه الجنائي الإسلامي في حصرها . ذلك أن الناظر في كتب الفقه الإسلامي يجد جماهير الكتاب يتفقون على أن جرائم الحدود ست : هي الردة وشرب الخمر والسرقه والحراة والقذف والزنى . ويضيف بعض الفقهاء إلى هذه الجرائم جريمة البغى ، في حين ينقص بعضهم جريمة شرب الخمر . وعلى ذلك كان لا بد أن نبدي رأينا في هذا الحصر لنبين ما يصح وما لا يصح أن يعتبر من جرائم الحدود . ومن ثم فقد انقسم هذا الباب إلى فصلين : خصصنا أولها لدراسة الجرائم التي لا نرى إدخالها في نطاق جرائم الحدود ، وخصصنا ثانيها لجرائم الحدود بالمعنى الصحيح .

ولعل أهم ما تعرضت له دراستنا لجرائم القصاص وعقوباتها هو وضع هذه الجرائم بين الخطأ المدني الذي ينشئ حقاً في التعويض لمن أصابه الضرر ، وبين الجريمة الجنائية التي تنشئ حقاً للدولة في العقاب عليها ، بالإضافة إلى ما رجحناه في بعض المسائل الخلافية ذات الأهمية العملية في العصر الحديث وقد كان ذلك كله هو موضوع الباب الثالث من هذه الدراسة .

وعلى ذلك فإن دراسة الجرائم والعقوبات سوف تتضمنها الأبواب التالية :
 الباب الثاني : في جرائم الحدود وعقوباتها ، وهذا الباب بدوره ينقسم إلى فصلين . الأول : في جرائم البغى وشرب الخمر والردة ، والثاني في جرائم السرقه والحراة والقذف والزنى .
 والباب الثالث : في جرائم الإعتداء على الأشخاص بالقتل أو الضرب أو الجرح وهي جرائم القصاص والدية .

والباب الرابع : في جرائم التعزير وعقوباتها .
 ومن الجدير بالبيان هنا أن الأفكار الأساسية وجُل المادة العلمية المكونة لهذه الأبواب هي مما سبق لنا أن عرضناه في رسالتنا التي حصلنا بها على الدكتوراه في القانون من جامعة لندن سنة ١٩٧٢ م والتي كان عنوانها :

The Theory of Punishment in Islamic Law: A Comparative Study

وقد قدمت هذه الرسالة إلى جامعة لندن في ١٠ من يناير عام ١٩٧٢ م ونوقشت في ٢٥ من مايو عام ١٩٧٢ م .

٥٠ - تعريف جرائم الحدود :

الجريمة في لغة الفقه الجنائي الإسلامي هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه . ويعرف الماوردى الجرائم بقوله : « هي محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير »^(١) . وكون الزجر

(١) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٢١٩ .

عن الفعل أو الترك بحد أو تعزير إنما هو من باب التمثيل فقط ، وبذلك يدخل في هذا التعريف الجرائم التي زجر الله عنها بعقوبات القصاص أو الدية وهي جرائم الإعتداء على الأشخاص .

هذا هو تعريف الجريمة بوجه عام ، أما تعريف جرائم الحدود ، فقد جاء فيه أنها « محظورات شرعية زجر الله عنها بعقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى »^(٢) . وكلمة « الحد » في الفقه الإسلامي تطلق على الجرائم التي ذكرنا تعريفها ، وتطلق كذلك على عقوباتها .

أما كون الحدود عقوبات تجب حقاً لله تعالى ، فيعني أنها ترجع منفعة توقيعها إلى مجموع الأمة أو ما يسمى الآن بالمصلحة العامة . فكل جريمة تعود المصلحة في عقابها إلى مصلحة الأمة العامة تعتبر من جرائم الحدود ، وتعتبر كذلك واجبة العقاب حقاً لله تعالى . وكل عقوبة واجبة حقاً لله تعالى لا يجوز تخفيفها ولا العفو عنها . فهذه ثلاثة عناصر تميز عقوبات جرائم الحدود :

١ - وجوبها تحقيقاً للمصلحة العامة .

٢ - عدم جواز الزيادة فيها أو النقص منها .

٣ - عدم جواز العفو عنها لا من قبل القاضي أو السلطة السياسية ولا من قبل المجني عليه فيها .
ومعنى كون العقوبة مقدرة ، أن الله سبحانه وتعالى قد نص عليها في القرآن الكريم كما هو الشأن في عقوبة السرقة والزنى والقذف والحراة ، أو نص الرسول ﷺ عليها في السنة النبوية ، كما هو الشأن في عقوبة الزانى المحصن حيث قررت السنة له عقوبة الرجم .

فكل عقوبة مقدرة على هذا النحو ، يعود النفع في توقيعها إلى مصلحة الجماعة المسلمة ، هي من عقوبات الحدود . وكل جريمة تخلف في عقوبتها أحد هذين العنصرين أو كلاهما ، فهي ليست من جرائم الحدود . فقد تكون من جرائم القصاص أو من جرائم التعزير .

على أن من جرائم القصاص والتعزير ما تعود منفعة توقيع العقوبة عليه ، في بعض الحالات ، إلى مصلحة الجماعة المسلمة إلا أن جرائم القصاص يدخلها العفو ، وجرائم التعزير غير مقدرة العقوبات ، ولذلك خرج كلاهما من أن يكون معدوداً في جرائم الحدود .

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يكون بإمكاننا أن نعرض لمناقشة الجرائم التي يدخلها الإتياء السائد في الفقه الإسلامي بين جرائم الحدود وهي جرائم البغي وشرب الخمر والردة ، وذلك في الفصل الأول من هذا الباب ، ثم نناقش جرائم الحدود بالمعنى الصحيح وهي جرائم السرقة والحراة والقذف والزنى في الفصل الثاني .

(٢) الكاساني . بدائع الصنائع . ج ٧ ص ٣٣-٥٦ ، والحصكفي . شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٢٥ .

الفصل الأول

ما لا يعتبر من جرائم الحدود

- ١ - البغى
- ٢ - شرب الخمر
- ٣ - الردة

البغى

٥١ - تعريف :

يعرف الفقهاء البغى بأنه « خروج طائفة مسلحة لهم إمام وشوكة على الحاكم الشرعى بغية عزله عن الحكم ، بتأويل ولو بعيد المآخذ »^(٣) .

وشرح هذا التعريف ، أن طائفة من المسلمين ينقمون على الحاكم الشرعى بعض التصرفات التى يظنونها مخالفة لبعض النصوص الشرعية ، فيخرجون عليه محاولين عزله وتولية غيره ، تحقيقاً لحكم الشرع فى ظنهم . وهم يعتبرون « بغاة » مها كان الفهم الذى اعتمدوا عليه فى خروجهم بعيداً عن ظاهر النصوص القرآنية والحديثية التى رأوا أن الحاكم مخالف لها^(٤) .

٥٢ - أحكام البغاة :

فإذا وقع ذلك فإن للحاكم المسلم ، وللأمة معه أن تحارب هؤلاء البغاة حتى يرجعوا عما عزموا عليه . وحرهم لا يقصد بها قتلهم بل كفهم ، ولذلك لا يجهز على جرحهم ، ولا يتبع مدبرهم ، ولا يؤخذون بما أهلكوا من الأموال أو أتلفوا من الأنفس فى أثناء خروجهم^(٥) .

والأصل فى قتال البغاة قول الله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تنفىء إلى أمر الله ، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين . إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون »
الحجرات ٩ - ١٠ .

فواضح أن القتال هنا القصد منه الإصلاح بين المختلفين من فئات المؤمنين ، وقد سماهم الله إخوة وأمر بالإصلاح بينهم مع القسط وهو العدل الذى يرضى الله ورسوله .

فإذا نظرنا إلى ذلك كله ، وإلى فعل الصحابة رضى الله عنهم فى قتال الخوارج حيث بين الإمام

(٣) عناصر هذا التعريف موضع اتفاق بين الفقهاء . والصياغة فقط هى علمنا فيه . انظر المعنى ، ج ١٠ ص ٥٢ (ط المنار) ، والخطيب الشريفي ، معنى المحتاج . ج ٤ ص ١٢٣ (القاهرة ١٩٥٨) . وابن نجيم . البحر الرائق ج ٣ ص ١٥٠ ، والحري شرح مختصر خليل ، ج ٥ ص ٣٠٢ - ٣٠٤ ، ومحمد جواد مغنية ، فقه الإمام جعفر الصادق . ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٤) معنى المحتاج ، ج ٤ ص ١٢٤ . البحر الرائق . ج ٣ ص ١٥٠ ، فقه الإمام جعفر الصادق ، ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٥) حاشية العدوى على مختصر خليل (بها مش شرح الحري) ج ٥ ص ٣٠٢ . والبحر الرائق ، ج ٣ ص ١٥٢ .

على بن أبي طالب مذهب الصحابة فيهم بقوله لهم : « لكم علينا ثلاث ؛ ألا تمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، وألا تمنعكم الفىء مادامت أيديكم مع أيدينا ، وألا نبداكم بقتال ما لم تبدؤونا » (٦) .

والعبارة واضحة في جعل الإمام على بن أبي طالب رضى الله عنه إياهم جزءاً من المسلمين ، بل قبوله إياهم في جيشه وكفه عنهم ما كفوا عنه ، وذلك دليل على أنهم ليسوا بمرتكبي جريمة ، أما حين يخرجون بالقتال ضد الإمام أو الحاكم ، فقتلهم - كما بينا - لدفعهم لا لقتلهم ولا لعقوبتهم (٧) . وإباحة القتال هنا ضد هؤلاء البغاة إنما هو من باب ما يسمى في الشريعة الإسلامية « دفع الصائل » أو « الدفاع الشرعى العام » . ولا يلزم من إباحة الدفاع الشرعى كون الفعل المدافع ضده جريمة . فمن المتفق عليه أن على المسلم دفع ما يتوقع من ضرر على نفسه أو ماله ، أو نفس غيره أو ماله ، من جراء فعل أو ترك يرتكبه الصبي غير المميز أو المجنون أو حتى الحيوان الأعجم . وفعل كل أولئك لا يوصف بأنه جريمة ولا يمكن اعتباره محلاً للعقاب ، ودفعه من باب دفع الصائل ، أو الدفاع الشرعى (٨) .

فكذلك لا يمتنعنا كون فعل البغاة ليس جريمة من دفعه ولو بقتلهم . ولا يلزمنا دفعه أن نعتبره جريمة ونجعل قتلهم عقوبة ، حداً أو غير حد . ولذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا تمكن الإمام - الحاكم الشرعى - من دفع شر البغاة وضررهم بدون القتل لم يجوز له قتلهم (٩) .

وذلك أيضاً هو سبب اتفاق الفقهاء على أن ما أتلغه البغاة في أثناء خروجهم على الإمام من أموال المسلمين فلا يضمنونه (أى لا يعرضون أصحابه عنه) وما أتلّفوه من الأنفس (أى بالقتل أو الجرح) لا يقتص منهم به (١٠) ولو كان فعل البغاة جريمة لضمنوا ما أتلّفوا من الأموال ، ولوجب عليهم القصاص فيما أصابوا من الأنفس بقتل أو جرح .

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب على الحاكم الشرعى أن يدعو البغاة إلى العودة إلى جماعة المسلمين ولزوم طاعة إمامهم وذلك أخذاً من صنيع على رضى الله عنه مع الخوارج (١١) . وليس لهذا

(٦) هذه العبارة نقلها عن على رضى الله عنه معظم المراجع الفقهية : أنظر مثلاً : السرخسى ، المبسوط ، ج ٩ ص ١٢٥ ط

القاهرة ١٣٢٤ هـ .

(٧) المغنى . ج ١٠ ص ٥٣ - ٥٤ .

(٨) و (٩) المرجع السابق . والمبسوط للسرخسى ، ج ٩ ص ١٢٨ .

(١٠) المبسوط . ج ٩ ص ١٢٧ - ١٢٨ .

(١١) المغنى . ج ١٠ ص ٥٤ . شرح الحرشى ، ج ٥ ص ٣٠٢ ، الزيلعى . تبیین الحقائق ، ج ٣ ص ٢٩٤ ، المرغينانى .

الهداية . ص ٩٨ .

الحكم نظير في مرتكب أى من جرائم الحدود أو غيرها . وإنما حكم من ثبتت عليه الجريمة أن توقع عليه عقوبتها ما لم يقم سبب من الأسباب المانعة من العقاب أو عذر من الأعدار المعفية منه . وقد فهم بعض الفقهاء - بحق - من أحكام البغاة المتقدم ذكرها « أن أهل البغى ليسوا بفسقة ، كما أنهم ليسوا بكفرة . لأنهم إنما خالفوا بتأويل جائز باعتقادهم لكنهم مخطئون فيه ، وليس اسم البغى ذمًا ، والأحاديث الواردة فيما يقتضى ذمهم محمولة على من خرج عن الطاعة بلا تأويل أو بتأويل فاسد قطعاً » (١٢) .

وفي بعض مذاهب الفقهاء أنه إذا خرج البغاة على الإمام « لظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغى وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ، ولا ينبغى للناس أن يعينوا الإمام عليهم لأن فيه الإعانة على الظلم . ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً لأن فيه إعانتهم على الخروج على الامام » (١٣) وجرىاً على مثل هذا رأى قال الإمام مالك رضى الله عنه : « إن كان الإمام مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذبُّ عنه والقتال معه ، وأما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ، يتقم الله من ظالم بظالم ثم يتقم من كليهما » (١٤) .

٥٣ - البغى وجرائم أمن الدولة في النظم الجنائية المعاصرة :

تقابل أفعال البغاة في الفقه الجنائى الإسلامى ما يعرف في التشريعات الجنائية المعاصرة بجرائم أمن الدولة من جهة الداخل ، وهى الجرائم التى تضم أحكامها مواد الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات المصرى (المواد من ٨٧ إلى ١٠٢ مكرراً) . وتتراوح العقوبات المقررة لهذه الجرائم بين الحبس مدة لا تزيد عن سنة (م ١٠٢) وبين الإعدام (م ٨٧ و ٨٩ و ٩٠ و ٩٠ مكرراً و ٩١ و ٩٣) .

وقد عبر المشرع المصرى عن الجماعات التى تتكون بقصد ارتكاب هذه الجرائم بلفظ البغاة فى المادة ١٠٢ عقوبات ، ولا يجوز أن يفهم من هذا النص ، ومن استعمال لفظ « البغاة » فيه أن ثمة ارتباط بين الأحكام المقررة فى الفقه الإسلامى للبغى ، وبين ما يقرره قانون العقوبات المصرى من أحكام للجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلى . إذ أن جرائم أمن الدولة من جهة الداخل تستهدف حماية النظام السياسى للدولة بصرف النظر عما إذا كان هذا النظام عادلاً أم ظالماً ، محققاً لآمال جماهير

(١٢) معنى المحتاج ، ج٤ ص ١٢٤ ، والرملى ، غاية البيان ، ص ٢٩٦ (ط الحلى بدون تاريخ) .

(١٣) حاشية الشلبى على شرح الزيلعى (تبين الحقائق) ج ٣ ص ٢٩٤ .

(١٤) شرح الحرشى ، ج ٥ ص ٣٠٢ وهو ينقل كلام مالك عن سخون عن ابن القاسم .

الشعب أو مهدراً لها ، مرضياً من غالبية الناس في المجتمع أو محل نقمتهم وسخطهم .
 بينما سبق أن تبين فيما نقلناه من أقوال الفقهاء المسلمين أن أفعال البغاة تعتبر « صيلاً » أى عدواناً
 يجب على المسلمين رده ودفعه إلا إذا كانوا قد خرجوا على الإمام العادل ، أما الإمام الظالم فإن
 الفقهاء لم يميزوا أن يحارب الناس معه البغاة ولذلك صح تعريف بعض فقهاء الأحناف للبغاة بأنهم
 « الخارجون على إمام الحق بغير حق » (١٥)

وجرائم أمن الدولة الداخلى هى من نوع الجرائم القانونية التى يخلقها القانون المقرر فى المجتمع خلقاً
 حتى يضمن عن طريق التهديد بالعقوبات المقررة لها قدراً كافياً من الحماية القانونية للأظمة المختلفة
 التى تحدتها الدولة فى المجالات السياسية والاقتصادية والمالية وغيرها (١٦) ولا بأس على الدولة أن تصدر
 ما قد يكون ملائماً من قوانين لتحضى بها نظمها المختلفة ، بل لعل ذلك مما يجب عليها ضمناً لاستقرار
 الناس ، وتجنباً للقلاقل والفتن .

غير أن النظم السياسية والاجتماعية متغيرة ومتطورة ، والحاجة إلى حمايتها تتغير كذلك بتغير النظم
 ذاتها ، وبتغير الأوضاع الاجتماعية التى تنشأ فى ظلها هذه النظم . وليست هذه الحقائق بغريبة على
 المبادئ التى صنعها الإسلام لتنظيم الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية (١٧) ، وما كان هذا شأنه
 فإنه من غير المتصور أن تقرر له الشريعة الإسلامية عقوبة من عقوبات الحدود التى ترمى أساساً إلى
 مكافحة الإجرام المتمثل فى إنتهاك القيم الاجتماعية الثابتة والتى لا يتصور تغيرها بتغير الزمان والمكان .
 ويكفى فى شأن مثل هذه الأفعال التى يختلف النظر إليها لأسباب متعددة أن يكون من حق السلطة
 المختصة فى الدولة أن تضع القواعد الكفيلة بحماية المصالح المتصلة بها ، وتحقيق نفع الجماعة منها .
 وذلك ما لا نمارى فيه ، وهو ما تكفله القواعد العامة فى الشريعة الإسلامية .

أما أفعال البغاة التى ناقشها الفقهاء المسلمون ، والتى تؤخذ أحكامها الأصلية من الآيتين المتقدم
 ذكرهما فى سورة الحجرات ، فإنها - فى نظرنا - لا تعد جريمة من جرائم الحدود . وإنما هى صيال أو
 تعدد يدفع كما يدفع فعل كل صائل أو متعد (١٨) ولا يلزم من إباحة هذا الدفع - أو إيجابه - اعتبار
 فعل الصائل جريمة ولا اعتبار دفعه عقوبة .

(١٥) الحصكى ، شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٨٧ .

(١٦) انظر الدكتور على راشد ، القانون الجنائى ، ص ٢٤٠ . وقد سبقت الإشارة إليه .

(١٧) انظر كتابنا : فى النظام السياسي للدولة الإسلامية ، القاهرة ط ١٩٧٨ م ١٤٢ - ١٤٦ . (ط المكتب المصرى الحديث)

(١٨) عد البغى جريمة من جرائم الحدود الإمام ابن حزم الظاهرى فى المحل ج ١١ ص ٣٧٣ ، والإمام الشعرانى فى كتابه الميزان

الكبرى ج ٢ ص ١٣٤ . والمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة فى التشريع الجنائى الإسلامى ، ج ١ ص ٧٩ وج ٢ ص ٦٧١
 وما بعدها . وقد عدها جريمة تعزيرية الدكتور عبد العزيز عامر فى رسالته عن التعزير فى الشريعة الإسلامية ص ١٧ وما بعدها .

شرب الخمر

٥٤ - تمهيد : تحريم الخمر :

حرم الإسلام شرب الخمر تحريماً أجمعت الأمة الإسلامية عليه لثبوته بنصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة .

فإن الآيات القرآنية التي نصت على تحريم الخمر - نصاً قاطعاً - وهي آخر الآيات في هذا الباب نزولاً ، قول الله تبارك وتعالى :

(إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متنون) . سورة المائدة : ٩٠ ، ٩١ .

ومن الأحاديث النبوية التي رويت صحيحة عن رسول الله ﷺ قوله : « كل شراب أسكر فهو حرام » (١٩) . وقد مارى بعضهم مؤخرأ في تحريم الخمر باعتبار أن اللفظ القرآني - فيما فهمه - غير صريح في التحريم ، وإنما يفيد الكراهية . وجواب ذلك يسير ، ومن القرآن نفسه . . . فإله سبحانه وتعالى يقول في شأن عبادة الأوثان : (فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور) سورة الحج - ٣٠ .

وليس في القرآن الكريم في النهي عن عبادة الأوثان أصح ولا أقوى من هذه الآية ، وكلمة الرجس التي وصفت بها الخمر هي التي وصفت بها الأوثان ، والأمر بالاجتناب كذلك هو هو في الموضوعين .

فهل لقائل أن يقول إن عبادة الأصنام مكروهة وليست محرمة ! لا شك أن الجواب بالنفي هو الصحيح وكذلك في تحريم الخمر .

ومن ثم فإن تحريم الخمر - بكل أنواعها - ثابت صحيح في شريعة الإسلام ، وليس في القرآن والسنة إلا ما يثبت هذا ويؤكداه . وكل رأى خالف ذلك الثابت في القرآن والسنة رد على صاحبه وعليه إثمه .

(١٩) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، للأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي ، ج ١٣ ومعنى الحديث أن قليل المسكر وكثيره

٥٥ - تجريم شرب الخمر :

ولم يقف الأمر في شريعة الإسلام عند تجريم الخمر فحسب ، بل عاقب على شربها رسول الله ﷺ ، في حين لم يعاقب ، أو لم يفرض عقاباً دنيوياً على أفعال شاركت الخمر في التحريم بنصوص القرآن الكريم منها أكل لحم الخنزير ، وعقوق الوالدين ، والتعامل بالربا وغيرها من المحرمات ، ولعل العقاب على شرب الخمر جاء باعتبارها أكثر هذه المحرمات شيوعاً بين العرب ، وباعتبار تأثيرها الضار على الأفراد وسلوكهم وعلى المجتمع المسلم بصفة عامة^(٢٠).

ويذهب جمهور فقهاء المسلمين ، وجميع الكاتبيين في الشريعة الإسلامية من غير المسلمين إلى أن العقوبة المقررة للخمر في الشريعة الإسلامية هي من عقوبات الحدود . ومن هنا يدرس فقهاء الإسلام جريمة شرب الخمر وعقوبتها مع سائر جرائم الحدود وعقوباتها كالزنى والسرقة والحراة والقتل ، ويجعلون لها ذات الخصائص المميزة لهذه العقوبات من ثبوتها وعدم جواز العفو عنها ، وعدم اختلافها باختلاف حال الجاني أو ظروف ارتكابه للجريمة^(٢١).

ويبحث الفقهاء المسلمون كذلك عند معالجتهم لجريمة شرب الخمر موضوعات كثيرة تتصل بالشراب المحرم ، وسبب تجريمه ، والعقوبة وصورها المختلفة وأثرها على أهلية المعاقب ، والذي يعيننا هنا بحث مدى صحة القول بأن شرب الخمر جريمة عقوبتها حد مقدّر من الشارع ، بعد أن عرفنا أن الخمر محرمة في الشريعة الإسلامية ، وأن « كل مسكر حرام »^(٢٢).

حرام ، وليس المحرم هو القدر المسكر فقط كما بينت ذلك الأحاديث الصحاح الأخرى .

(٢٠) راجع رسالة أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلى ، لتعليل الأحكام ، القاهرة ١٩٤٩ ص ٦٠ وما بعدها ، وقد ذهب بعض الكاتبيين إلى أن شرب الخمر دخل بعقاب الرسول عليه الصلاة والسلام ، في نطاق القانون الجنائي . في حين بقيت الأفعال الأخرى المشار إليها خارج دائرته باعتبارها تستوجب تبعة مدينة فحسب Civil Wrong والصواب أن هذه الأفعال - شأنها شأن شرب الخمر - معاصي تستوجب عقوبة تعزيرية . وقارن برأينا هذا رأى الأستاذ N.J. Coulson أستاذ القوانين الشرقية بجامعة لندن في كتابه :

A History of Islamic Law, Edinburgh, 1971, pp. 142 et seq.

وقد أخطأ المستشرق الشهير Reuben Levy حين ذكر أن الخمر قد اقترنت تجريمها بتحديد عقوبة لها في القرآن . فليس في القرآن أية عقوبة مقررة لشرب الخمر ، كما سنبين بعد قليل . انظر في ذلك كتابه :

The Social Structure of Islam, Cambridge, 1969 p. 175 & 179.

(٢١) راجع على سبيل المثال : بدائع الصنائع ، للكاساني . في الفقه الحنفي والمقارن ج ٧ ص ٣٣ . والتشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٤٨ و ج ٢ ص ٥٠٢ وما بعدها . ومن كتب المستشرقين انظر

N. J. Coulson, op. cit.

J. Schacht, An Introduction to Islamic Law Oxford, 1964 p. 175 & 179.

(٢٢) صحيح مسلم شرح الإمام النووي ، على هامش البخارى بشرح القسطلاني ، ط القاهرة ج ١٠ ص ١٧٢ .

غير أنه ينبغي أن نبين أولاً أن الفارق الذي تعرفه القوانين الوضعية بين التحريم والتجريم ، غير معروف في الشريعة الإسلامية . فالتحريم في القوانين الوضعية أمر ديني أو هو حكم ديني ، لا علاقة له بالتكليف القانوني للفعل ومدى اعتباره جريمة أو فعلاً مباحاً . وحين يتفق حكم الدين وحكم القانون ، أي حين يجرم القانون فعلاً حرمه الدين ، فإن العقاب عليه ، والأمر بالكف عنه لا يأتيان نتيجة لحكم الدين فيه . وإنما ينفذان باعتبارهما حكم القانون . وقد يكون هذا الاتفاق من قبيل التوافق الذي تولده المصادفة البحتة . وقد يكون - في بعض الحالات - نتيجة تأثر القانون بالدين واستمداده بعض أحكامه من مصدر ديني .

أما في ظل الشريعة الإسلامية ، فإن كل فعل أو ترك محرم يعتبر جريمة لمجرد هذا التحريم . فإن اقترن التحريم بتحديد عقوبة لهذا الفعل أو الترك المحرم ، فنحن بصدد جريمة من جرائم الحدود التي قدرها الشارع . وإن أغفل تحديد العقوبة على الفعل أو الترك المحرم ، فنحن بصدد جريمة من الجرائم التعزيرية التي تعرف عقوباتها بأنها عقوبات غير مقدرة لكل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ولا حق مخلوق (٢٣) .

وعلى ذلك فإن البحث هنا ليس في تحريم الخمر - فقد بينا ثبوته بالقرآن والسنة - وليس في تجريمها - فهو نتيجة طبيعية في الشريعة الإسلامية للتحريم - وإنما مدار البحث هو تحديد عقوبة لجريمة شرب الخمر تعتبر معها من جرائم الحدود ، أو تركها دون أن تحدد لها عقوبة معينة ، برغم توقيع عقوبات على مرتكبيها في عهد الرسول ﷺ ، ومن ثم تعتبر جريمة تعزيرية .

٥٦ - المذاهب الفقهية وعقوبة شرب الخمر :

قدمنا أن جمهور الفقهاء المسلمين يرون أن الخمر جريمة يعاقب عليها حدًا ، أي أن العقوبة المقررة لها مقدرة من قبل الشارع . وتقدير العقوبة - الذي تعتبر معه حدًا - إما أن يثبت بالقرآن الكريم ، أو بالسنة النبوية . والواقع أن الحدود جميعاً ثابتة بنصوص القرآن اللهم إلا حد الزاني المحصن - الرجم - فقد أثبتته السنة . وحتى حين بين الرسول ﷺ لأصحابه أن هذا هو الحد المقرر للزاني إذا كان محصناً ، بين معه بوضوح قاطع أنه يتقل إليهم وحياً من الله عز وجل فقال :

(٢٣) انظر في الفرق بين التجريم والتحريم ، رسالة الدكتور أحمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ط القاهرة ١٩٥٩ . وفي تعريف التعزير راجع الميسوط للإمام السرخسي ، من كتب الفقه الحنفي والمقارن ج٩ ص ٣٦ ومئة اختلافات بسيرة بين تعريفات التعزير عند المذاهب المختلفة وجبها ، أوكلها ، اختلافات لفظية لا معنوية .

« خذوا عنى . . خذوا عنى . . قد جعل الله لمن سبيلاً » . . الحديث (٢٤) .

وفقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة يذهبون إلى أن عقوبة شرب الخمر حدٌ مقدّرٌ ، ولكنهم مع ذلك يختلفون في مقدار هذا الحد . فالأحناف يذهبون إلى أن حد الخمر ثمانون جلدة ويوافقهم على هذا التحديد المالكية والحنابلة (٢٥) .

بينما يذهب الشافعية والظاهرية والزيدية إلى أن حد الخمر هو أربعون جلدة فقط وليس ثمانين كما رآه الآخرون (٢٦) .

وهذه الآراء المختلفة - من مذهب إلى آخر - هي في الواقع نتيجة اختلاف آراء الصحابة رضی الله عنهم حول مسألة عدد الجلدات التي يضرها شارب الخمر .

فمن الثابت أن أبا بكر رضی الله عنه كان يضرب شارب الخمر في عهده أربعين جلدة ، وكذلك كان الحال في السنين الأولى من خلافة عمر بن الخطاب رضی الله عنه . ثم إنه حدث في عهد عمر رضی الله عنه ما استوجب إعادة النظر في العقوبة المقررة لشارب الخمر ، وذلك أن خالد بن الوليد - كما يروى أبو داود بسنده عن عبد الرحمن بن أزهر - كتب إلى عمر بن الخطاب : « إن الناس قد انهمكوا في الشراب وتحاقروا العقوبة » فقال عمر لحامل الرسالة ، هم عندك فسلهم ، وعنده المهاجرون الأولون ، فسألهم فأجمعوا على أن يضرب ثمانين . . فقال راوى الحديث : « وقال على : إن الرجل إذا شرب افترى فأرى أن تجعله كحد الفرية » وفي رواية أن الذي قال هذا هو عبد الرحمن بن عوف (٢٧) .

ولذلك ذهب بعض فقهاء المذاهب الإسلامية إلى أن الحد هو ثمانين جلدة بناءً - فيما رآوا - على إجماع الصحابة . وذهب آخرون إلى أن الحد أربعين ، وأن الأربعين الأخرى زيادة تعزيرية مقصود بها ردع الناس عن الانهالك في الشراب إذا تحاقروا العقوبة (٢٨)

وتقدير عقوبات الحدود - كما قدمنا - إنما مرجعه إلى الله (في القرآن) أو إلى الرسول ﷺ (في

(٢٤) رواه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ١١٥ من طبعة إستانبول وكذلك رواه أحمد في مسنده وأصحاب السنن جميعاً .

(٢٥) انظر بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٥٧ ، ٦٠ ، وللمالكية شرح الخطاب على مختصر خليل ج ٦ ص ٣١٧ وللحنابلة مطالب أولى النهى ج ٦ ط بيروت ١٩٦١ ص ٢١٢ .

(٢٦) للشافعية النوى منهاج الطالبين ج ٤ ص ١٧٤ ، وللزيدية الروض النضير للسياغى ج ٤ ص ٥٠٥ وللظاهرية المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٦٥ من طبعة المكتب التجارى ببيروت .

(٢٧) سنن أبي داود ، ج ٤ ص ١٦٦ وما بعدها ، وسنن البيهقي حيث نقل أن الذي ذكر حد الفرية هو عبد الرحمن بن عوف ج ٨ ص ٣٢٠ من طبعة الهند ١٣٥٤ هـ وراجع كذلك نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٤٦ .

(٢٨) راجع في تفصيل ذلك رسالتنا للدكتوراه السابقة الإشارة إليها ، ص ١٠١ وما بعدها .

السنة). وكل جريمة لم ينص على عقوبتها المقدرة تقديراً قاطعاً في القرآن أو السنة فهي جريمة تعزيرية وعقوبتها من عقوبات التعزير فلننظر إذاً في القرآن والسنة النبوية لنرى هل هناك عقوبة مقدرة لشرب الخمر أو لا؟

٥٧ - القرآن والسنة وعقوبة شرب الخمر :

حرم القرآن الخمر - كما قدمنا - تحريماً قاطعاً. ولكن هذا التحريم لم ينزل دفعة واحدة.. وإنما ذكرت الخمر أول ما ذكرت في القرآن في سورة مكية مفرقاً بينها وبين الطيب من الرزق، فقال الله تعالى: (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرًا ورزقًا حسنًا، إن في ذلك لآية لقوم يعقلون) سورة النحل آية ٦٧، والسُّكْرُ الخمر. وفي النص إلماح إلى الفرق بين الخمر وبين الرزق الحسن وإلى أنها ليست رزقًا حسنًا. وفي ذلك توطئة لما نزل بعد هذه الآية من الآيات، تدرجاً في طريق التشريع حتى وصلت إلى النص القاطع فيه^(٢٩).

فقد تلت هذه الآية، آية سورة البقرة وفيها يقول الله تعالى :

(يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثمٌ كبيرٌ ومنافع للناس وإثمها أكبر من نفعها) سورة البقرة - ٢١٩، ثم أعقب هذه الآية قول الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) النساء - ٤٣ فتناول قوم هاتين الآيتين، وتركها بعضهم في حالة الصلاة، وأقلع عنها آخرون لغلبة الضرر فيها على النفع. ولما هدأت نفوس القوم، واطمأنت قلوبهم بالإيمان، ومُهد الطريق بهذه الآيات الثلاث للحكم الأخير، حتى رُوي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يقول في دعائه: « اللهم يبين لنا في الخمر بياناً شافياً ». نزل قول الله تعالى: (فاجتنبوه لعلكم تفلحون. إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) المائدة - ٩٠ و ٩١ فكان جواب الصحابة رضى الله عنهم: انتبهنا يارب، انتبهنا يارب. وكان أحدهم تبلغه الآية وقد شرب نصف كأس بيده فيريق النصف الآخر امتثالاً لأمر الله عز وجل^(٣٠).

فهذه هي الآيات الأربع في القرآن الكريم، عن شرب الخمر، وواضح من نصوصها أنها ليس

(٢٩) راجع في ظلال القرآن للأستاذ سيد قطب جـ ١٤ ص ٢٦٠ الطبعة السابعة - بيروت ١٩٧١ وقد أشار إلى مثل هذا المعنى

إشارة مهمة الشيخ عبد الله بن فودي في تفسيره المسمى ضياء التأويل جـ ٢ ص ٢٣١.

(٣٠) راجع فيما تقدم: تحليل الأحكام، لأستاذنا العلامة محمد مصطفى شبلي، ص ١٤ - ١٧ وكتاب الحلال والحرام في

الإسلام للأستاذ الشيخ يوسف القرضاوى الطبعة الخامسة ١٩٦٩، بيروت، الصفحات من ٦٩ - ٧٥.

فيها أية إشارة - فضلاً عن تقرير أو تقدير للعقوبة - الدنيوية - على شرب الخمر .
وقد تظاهرت على التحريم ، مع هذه الآيات القرآنية ، أحاديث نبوية شريفة ، وفي بعض هذه الأحاديث جاء ذكر توقيع رسول الله ﷺ عقوبة على شارب الخمر ، وجاء في بعضها الآخر أمره بهذه العقوبة .

فيروى البخارى وأحمد وأبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر . فقال اضربوه . قال أبو هريرة : فمنا الضارب بيده ، والضارب بنعله ، والضارب بثوبه . فلما انصرف قال بعض القوم أخزك الله . قال رسول الله ﷺ : لا تقولوا هكذا ، لا تعينوا عليه الشيطان (٣١) فالرسول ﷺ هنا ينهى عن لوم شارب الخمر بعد توقيع العقوبة عليه - وعن الدعاء عليه بالخزى لثلاثي عشر باحتقار المجتمع المسلم له فيما دى من ثم - بإغواء الشيطان - فى عصيان الله ورسوله .

وفى رواية أخرى صحيحة أن رسول الله ﷺ قال لأصحابه بعد أن ضربوا شارب الخمر (بكتوه) . ويبدو - والله أعلم - أن هذه الحادثة غير الحادثة الأولى ، وأن اختلاف الحكم جاء نتيجة اختلاف أحوال الجناة ، وما يُحتاج إلى ردع كل جانٍ به من أنواع العقاب (٣٢) .
وفى حديث آخر عند أبى داود أن رسول الله ﷺ حثا فى وجه شارب الخمر - بعد ضربه - التراب (٣٣) .

وحثو التراب - على سبيل العقوبة - إنما جاء فى هذه الحالة - فيما يبدو من باب اختلاف العقوبة باختلاف أحوال الجناة . وكذلك سار الحال فى زمن رسول الله ﷺ . يأمر بضرب شارب الخمر . فيضرب بما حضر من نعال ، وثياب ، وجريد ، وبأيدي الحاضرين . وطوراً يثو فى وجه شارب الخمر التراب ، وطوراً يأمر بتبكيته ، وتارة ينهى عن ذلك . ولا يكون مثل هذا الاختلاف فى العقوبة - من حالة إلى أخرى - فى حد مقدر أبداً . إنما الشأن فى عقوبات الحدود أن تطبّق على الناس جميعاً بصورة واحد وإذا كان هذا هو الأمر الذى جرت به سنة رسول الله ﷺ فمن أين جاءت قضية التحديد ؟

(٣١) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٧ ص ١٤٦ وما بعدها . ومشكاة المصابيح بتحقيق المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألبانى جـ ٢ ص ٣٠٤ - ٣٠٨ وقد جمعت أغلب أحاديث عقوبة شارب الخمر فى هذين الكتابين .

(٣٢) مشكاة المصابيح المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

(٣٣) المشكاة ، الموضوع السابق .

٥٨ - الصحابة والعقاب على شرب الخمر :

يروى البخارى بسنده عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبي ﷺ « ضرب في الخمر بالجرید والنعال وجلد أبو بكر أربعين » ، ويروى كذلك عن السائب بن يزيد قال : « كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبي بكر وصدرأ من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأردبتنا حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين » (٣٤) .

ويروى البيهقي في سننه بسنده إلى عكرمة عن ابن عباس أنه قال : « إن الشراب كانا يضررون على عهد رسول الله ﷺ بالأيدى والنعال والعصى . قال : وكانوا في خلافة أبي بكر أكثر منهم في عهد النبي ﷺ . فقال أبو بكر : لو فرضنا لهم هذا فتوحى نحواً مما كانوا يضررون في عهد رسول الله ﷺ ، فكان أبو بكر يجلدهم أربعين جلدة حتى توفي ، ثم كان عمر رضى الله عنه فجلدهم أربعين » إلى أن قال : « ثم كثروا فشاور فقالوا ثمانين » (٣٥) .

وثابت من هذه الأحاديث أن أول من ضرب الثمانين في شرب الخمر كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، أما الأربعين فثمة روايتان صحيحتان تنسبها إحداهما إلى عمر بن الخطاب ، والأخرى إلى أبي بكر رضى الله عنها ، وأياً ما كان الأمر فالذى يعيننا أن العدد المعين لم يقدره رسول الله ﷺ ، وإنما قدره أصحابه من بعده ، ظناً منهم أن الذى قدره قريب مما كان يعاقب به رسول الله ﷺ . ثم كثر شاربو الخمر ولم يعد القدر الذى قدره أولاً كافياً للزجر فزادوه من أربعين إلى ثمانين . ومن ثم فإنه يتبين أن عقوبة شارب الخمر لم تكن مقدرة في عهد الرسول ﷺ ، وأن الصحابة رضى الله عنهم لما فهموا أن المقصود بها ردع الشاربين لكفهم عن الشراب قدروا فيها ما رأوه كافياً ثم زادوه لما تحاقر الناس العقوبة . فكيف يستقيم هذا مع قضية التحديد التى يذهب بعض الفقهاء إلى أنها وردت عن رسول الله ﷺ ، وأنه ضرب أربعين بسوط له شعبتان ، فهى ثمانون ، ولكن الذين رأوا سوطاً واحداً عدوها أربعين ؟

وإذا صح هذا ، فكيف يصح لأبي بكر أن يسأل عن نحو ما كانوا يضررون في عهد رسول الله ﷺ ؟ وهل كان ذلك الذى يقرره الفقهاء خافياً عليه وعلى الصحابة جميعاً ؟ ثم كيف يصح لخالد أن يسأل الزيادة ؟ وكيف يستشير عمر مع ثبوته عن رسول الله ﷺ ؟ وكيف يأمر ولاته بضرب أربعين قبل سؤال خالد ؟ أفلا يكون هذا تركاً للحدود الله ؟ وأخيراً كيف يقول على أو عبد الرحمن بن

(٣٤) صحيح البخارى ج ٨ ص ١٩٦ ، ١٩٧ من طبعة كتاب الشعب بالقاهرة مصورة عن طبعة الآستانة .

(٣٥) سنن البيهقي ج ٨ ص ٣٢٠ ، وقد نقله الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شبلى في تحليل الأحكام ص ٦١ .

عوف : أرى كذا وكذا ، على مسمع من المهاجرين الأولين ويوافقون على الزيادة مع ثبوت مقدار معين عن رسول الله ﷺ ؟ (٣٦) .

وإذا كان الصحابة رضی الله عنهم قد فعلوا هذا - وهم لاشك قد فعلوه - فلا بد أنهم قد فهموا أن عقوبة شرب الخمر تعزيرية ، مفضضة إلى اجتهاد المسلمين بحسب ما يكون رادعاً في زمان ومكان ما ، وبحسب ما يردع شخصاً معيناً في ظروف معينة . ولا بد من هذا الفهم وإلا اتهمنا الصحابة ، رضی الله عنهم ، بأنهم خالفوا حداً من حدود الله ولا يمكن أن يميز مسلم مثل هذا عليهم جميعاً . وقد جاء النص القاطع عن صحابيين جليلين هما علي بن أبي طالب ، وعبد الله بن عباس رضی الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ لم يقدر في شرب الخمر عقوبة محددة .

فقد روى البخارى عن علي رضی الله عنه قوله : « ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت وأجد في نفسى منه شيئاً إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته ، وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه . » وقد روى هذا القول كذلك عن علي رضی الله عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه (٣٧) .

وعن ابن عباس رضی الله عنه روى الإمام أحمد في مسنده والنسائي وأبو داود في سننها بإسناد قوى أنه قال : « إن رسول الله ﷺ لم يقت في الخمر حداً » (٣٨) ولم يقت يعنى لم يعين مقداراً معيناً يكون هو العقوبة لا غيره . وليس من شيء يعاقب عليه بعقوبة غير مقدرة من الشارع إلا وهذه العقوبة تعزيرية ، لا خلاف في هذا - فيما نعلم - بين أحد من علماء المسلمين .

ومن ثم فإنه يمكن القول بأن السنة - شأنها شأن القرآن - لم تحدد عقوبة دينية مقدرة ، أو لم تعين حداً ، كعقوبة لجرمة شرب الخمر . وإنما فرضت لها عقوبة تعزيرية الغرض منها ردع الناس عن إتيان هذه المعصية التي سماها الإسلام بحق « أم الكبائر » .

٥٩ - دعوى الإجماع على حد شارب الخمر :

إذا كنا قد انتهينا فيما تقدم من بحث علاج القرآن والسنة لجرمة شرب الخمر فإنه ينبغي قبل أن نختم الكلام فيها أن نتعرض لعبارة كثيراً ما تتطالع الباحث في كتب الفقه حيث يقول بعض الكاتبتين إن الإجماع قد انعقد على حد شارب الخمر . وهم مع قولهم بانعقاد الإجماع الذى يفيد تحديد الأمر المجمع

(٣٦) تعليل الأحكام لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شبلي ص ٦٢ . وقد كان بحثه لهذه المسألة هو الذى لفتنا إلى بحثها من جديد وانتهينا إلى موافقة رأيه للصحیح الثابت من سنة رسول الله ﷺ ، فجزاه الله عن العلم والإسلام خيراً . وقد اقتبسنا فى المتن من عبارته .

(٣٧) نيل الأوطار ج ٧ ص ١٥١ أوفى صحیح البخارى ج ٨ ص ١٩٧ واللفظ مختلف عما أثبتناه هنا من نيل الأوطار .

(٣٨) نيل الأوطار ج ٧ ص ١٥٧ وما بعدها .

عليه يختلفون فيه ، فمنهم قائل انعقد الإجماع على الأربعين ومنهم قائل بل على الثمانين . وكل في واقع الأمر ينصر مذهبه ويؤيد ما عرفه من وجهة نظر شيوخه .

ونحن نحدد أولاً مناطق الإجماع هنا ، ثم نرى مدى تحققه في المواضع التي يقال بتحقيقه فيها ، فالإجماع قد يقع على أصل العقوبة بمعنى أن يقع الإجماع على وجوب عقاب شارب الخمر في الدنيا . وقد يقع الإجماع بعد ذلك على تقدير حد معين يكون هو العقوبة التي يجب توقيعها فلا يزداد عليها ولا ينقص منها . ففي أى من الموضوعين يمكن أن يقال أن هناك إجماعاً بين المسلمين ؟

أما على أصل العقوبة ، ووجوب توقيعها في الدنيا ، أو بالأحرى جواز توقيعها فذلك مسلم لا جدال فيه . فقد عاقب على شرب الخمر رسول الله ﷺ وعاقب أصحابه من بعده وليس من مذهب من مذاهب المسلمين إلا وعلماءه يقرون وجوب أو جواز ، عقوبة شارب الخمر . والأصل في هذا الإجماع السنة النبوية الشريفة التي بينت جواز هذا العقاب - وإن تعددت صورته - وبينت توقيع الرسول ﷺ له . ومن ثم كان إجماع العلماء المسلمين على هذا القدر . أعنى على جواز توقيع عقوبة على شارب الخمر في الدنيا .

أما في تقدير هذه العقوبة وتحديداتها فإن الأمر جد مختلف عن الاتفاق على أصلها وأول مظان الإجماع عصر الصحابة رضی الله عنهم ، فلننظر في آرائهم ، وهل أجمعوا منها على شيء أو لا ؟ فإنهم إذا اختلفوا كان من بعدهم أشد اختلافاً .

قدمنا قبل قليل ما روى بسند صحيح عن الخليفة أبي بكر وعمر ، وأنها ضربا أولاً أربعين حتى كان آخر إمرة عمر بن الخطاب رضی الله عنه ، وعتا الناس في الخمر وفسقوا ، فضرب بمشورة الصحابة ثمانين . ودعوى الإجماع حاصلها أنه قد وقع على الأربعين أو الثمانين - على اختلاف مذاهب المدعين - فهل هذه الدعوى صحيحة ؟

أما عمر رضی الله تعالى عنه فقد ثبت عنه أنه نوع عقوبة شارب الخمر فعاقب بعقوبات مختلفة أفراداً مختلفين في حالات عدة . يقول الإمام الحافظ أبو محمد بن حزم : « فمن تعلق بزيادة عمر رضی الله عنه ومن زادها معه على وجه التعزير وجعل ذلك حداً واجباً مفترضاً فيلزمه أن يحرق بيت بائع الخمر ويجعل ذلك حداً مفترضاً لأن عمر فعله ، وأن ينفي شارب الخمر أيضاً ويجعله حداً واجباً لأن عمر فعله ، وقد جلد عمر أربعين وستين في الخمر بعد أن جلد الثمانين بأصح إسناد يمكن وجوده ، ويلزمهم أن يخلقوا شارب الخمر بعد الرابعة فلا يحدونه أصلاً » (٣٩)

والإمام الحافظ ابن قيم الجوزية يروى عن عمر بن الخطاب رضی الله عنه أنه نفي في الخمر وحلق

(٣٩) الخلى لابن حزم الظاهري ، ج ١١ ص ٣٦٥ وابن حزم يرى عقوبة الخمر حداً مقداره أربعون جلدة فقط .

الرأس بعد زيادته العقوبة فيها إلى ثمانين ، ثم يعلق على ذلك - صادقاً - بأنه (من فقه السنة)^(٤٠) ويقرر في موضع آخر - بعد ذكر أصل تشريع التعزير من السنة - أن أصحاب رسول الله ﷺ تنوعوا في التعزيرات بعده « فكان عمر رضى الله يخلق الرأس وينقى ويضرب ، ويحرق حوائث الخمارين والقرية التي تباع فيها الخمر »^(٤١) وذلك كما قال ابن قيم الجوزية - بحق - من فقه السنة فإن العقوبة التي وقعها رسول الله أو أمر بتوقيعها ، كانت هي مطلق الضرب ، والقصد منها الزجر ، فلما فسق الناس ولم يعد زاجراً لهم مجرد العقاب الذي وقع رسول الله ﷺ زاد فيه عمر ، وأضاف إليه ناظراً إلى تحقيق الغرض من العقوبة وهو كف الناس عن إتيان الجريمة . وقد روى مثل هذا الفهم عن غير واحد من العلماء الاثبات . فهذا العلامة ابن فرحون ينقل في تبصرة الحكام عن المازرى أن عقوبة شارب الخمر لم يكن فيها حد مقدر في زمن الرسول ﷺ ، ثم يقول : « لو فهمت الصحابة عن النبي ﷺ حداً محدوداً في الخمر لما أعلمت فيه رأياً ولا خالفته كما فعلت ذلك في سائر الحدود فدل هذا على أنه لم يكن فيه أمر ثابت تجاوزوا به ما فعله النبي ﷺ . وكان أبو بكر رضى الله عنه جلد فيها أربعين فلم يبقوا عند ذلك أيضاً طلباً لانزجار الناس عن شرها فالتعزيرات والعقوبات المقصود بها الزجر يرى فيها الإمام رأيه »^(٤٢) ، وفي موضع آخر - بعد هذا بقليل - يقول ابن فرحون : « لم يستقر الحد في الخمر ثمانين إلا في زمن معاوية وأما عثمان رضى الله عنه فجلد فيها ثمانين كما فعل عمر ، وجلد فيها أربعين » .

والعلامة الشوكاني صاحب نيل الأوطار يقول بعد أن نقل الروايات المختلفة عن تعدد العقوبات التي وقعها الصحابة رضى الله عنهم : « والحاصل أن دعوى إجماع الصحابة غير مسلمة فإن اختلافهم في ذلك قبل إمارة عمر وبعدها وردت به الروايات الصحيحة . ولم يثبت عن النبي ﷺ الاقتصار على مقدار أربعين بل جلد تارة بالجريد وتارة بالنعال وتارة بها فقط ، وتارة بها مع الثياب وتارة بالأيدى والنعال . والمنقول من المقادير في ذلك إنما هو بطريق التخمين »^(٤٤) ثم يقول بعد كلام : « فالأولى الاقتصار على ما ورد عن الشارع من الأفعال وتكون جميعها جائزة فأياً وقع فقد حصل به الجلد المشروع الذى أوردنا إليه ﷺ بالقول والفعل ، فالجلد المأمور به هو الذى وقع منه ﷺ ومن الصحابة بين يديه ، ولا دليل يقتضى تحتم مقدار معين لا يجوز غيره »^(٤٥) .

(٤٠) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٩٧ ط القاهرة ١٩٥٥ م .

(٤١) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ج ١ ص ٣٤٨ - ٣٤٩ ط الحلبي بالقاهرة ١٩٥٦ م .

(٤٢) تبصرة الحكام للعلامة ابن فرحون - بهامش فتاوى عليش في مذهب الإمام مالك ج ٢ ص ٣٠٠ - ٣٠١ .

(٤٣) تبصرة الحكام - المرجع السابق ص ٣٠٢ . (٤٤) نيل الأوطار ج ٧ ص ١٥٠ - ١٥١ .

(٤٥) المرجع السابق .

ومع كفاية هذا البيان في بطلان دعوى إجماع الصحابة على حد مقدر في الخمر ، ومع سبق بياننا لاختلاف الأئمة المقلدة مذاهيبهم حول مقدار العقوبة المشروعة لمن يثبت عليه شرب الخمر فإن كل مذهب يدعى فقهاؤه أن ما رأوه حدًّا للخمر هو عقوبتها المقدرة ، ومع وجود أفراد من العلماء في كل المذاهب رجحوا كون عقوبة شرب الخمر تعزيرية . . فإنه لأمر ما لم يكتب لهذا الرأي من الذبوع والقبول - على قوة دليله ورجحانه - مثل ما كتب للرأي الآخر .

وثمة حديث صحيح عن رسول الله ﷺ أمر فيه بقتل شارب الخمر في الرابعة ، وذهب جمهور العلماء إلى عدم العمل به بناء على أنه لم يقع به عمل من الصحابة ولا من رسول الله قبلهم . وذلك هو ما رواه أحمد والترمذي وغيرهما - على خلاف في اللفظ - أن رسول الله ﷺ قال : « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاقتلوه » ، قال عبد الله بن عمرو بن العاص : « اتنوني برجل قد شرب الخمر في الرابعة فلکم على أن أقتله » .

وللعلماء في هذا الحديث ثلاثة آراء فذهب عامة أهل العلم - كما يقول الترمذي - إلى أنه قد نسخ الأمر بالقتل لما ثبت أن رسول الله ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله . وقد روى مثل ذلك عن الصحابة أنهم جلدوا في الخمر بعد الرابعة ولم يقتلوا الشارب (٤٧) .

والقول بالنسخ كما هو مقرر في أصول الفقه لا يكون إلا عن دليل واضح له نفس مرتبة الدليل الذي أثبت الحكم الأول . وغاية ما يمكن إثباته هنا عدم توقيع النبي ﷺ للعقوبة ، وليس هذا بكاف في النسخ لاحتمال أن يكون تقريرها قد جاء بعد الحادثة التي جلد فيها للمرة الرابعة . أو قبلها وبعد تقدم ثلاث مرات فيكون مقتضى الأمر النبوي بالقتل في الرابعة أن يجلد مثل هذا ثلاث مرات - بعد ورود الأمر بالقتل - ثم يقتل في الرابعة . واتباعا لهذا المنطق ذهب الإمام ابن حزم الظاهري وعامة أهل الظاهر إلى القول بأن عقوبة الشارب في الرابعة هي القتل حدًّا (٤٨) .

أما الرأي الثالث - وهو فيما نرى أصوب الآراء الثلاثة - فهو ما ذهب إليه الحافظ ابن قيم الجوزية من أن الأمر بالقتل في الرابعة ليس حدًّا وليس بمنسوخ ، وإنما هو تعزير شرع رسول الله ﷺ العمل به . فإذا رأى الإمام مصلحة فيه فعله وإلا تركه (٤٩) ، ويمتاز هذا الرأي بتوسطه بين الرأيين السابقين ، فإن القول بالنسخ لا دليل عليه إلا ادعاؤه ، أو فهم بعض الرواة أنه هو السبب في ترك

(٤٦) نيل الأوطار ج ٧ ص ١٥٥ وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٥٩ .

(٤٧) سنن الترمذي ج ٢ ص ٤٥٠ طه المكتبة السلفية بالمدينة المنورة - بدون تاريخ .

(٤٨) المحلى ج ١١ ص ٣٦٥ - ٣٧٠ .

(٤٩) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٩٧ ، إغاثة اللهفان ج ١ ص ٣٤٧ .

النبي ﷺ قتل شارب الخمر في الرابعة ، ومجرد الترك - كما قدمنا - لا يثبت نسحاً . وكذلك فإن القول بأن القتل شرع حداً واجباً - وإن واءم ظاهرية الإمام بن حزم - فإنه لا يتفق ومقتضى السياسة الجنائية التي اتبعها الإسلام في تحريم الخمر وتجريمها ، وفي العقاب عليها . والمعهود في الجرائم التعزيرية ألا يبلغ بعقوبتها إلى القتل إلا أن تغلق السبل دون إيقافها ومنع ارتكابها ولا يبقى إلا قتل الجاني حماية للمجتمع منه^(٥٠) ومثل هذا المعنى يصعب - في الحالات العادية - إثباته في جريمة شرب الخمر .

٦٠ - عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية :

وبناء على ما تقدم فإننا نذهب إلى أن العقوبة التي شرعها الإسلام لجريمة شرب الخمر هي عقوبة تعزيرية المقصود بها ردع الجاني عن العودة لارتكاب الجريمة ، ومنع غيره من أفراد المجتمع من ارتكابها . ومن ثم فإن هذه العقوبة يمكن أن تتغير بتغير الأحوال والظروف الفردية والاجتماعية ، ولذلك فإن المشرع الكويتي والليبي حين جعل عقوبة شرب الخمر والاتجار فيها الحبس والغرامة ، لم يجاوزا الأصول الإسلامية في هذا الباب بل أحسنا فيه الاتباع^(٥١) .

وأيًا ما كان الرأي فيما يتعلق بوجهة نظر المذاهب الإسلامية في هذه المسألة ، فإن بيان حقيقة نوع العقوبة المشروعة لشرب الخمر في الشريعة الإسلامية له أهميته غير المنكورة . خاصة إذا ذكرنا أن لعقوبات الحدود خصائصها التي تتميز بها عن غيرها من العقوبات ، فهي محدودة بحد واحد لا تتغير تبعاً للظروف سواء منها الفردية أو الاجتماعية ، وهي لا تقبل العفو ولا يدخلها التخفيف ولا تثبت إلا بدليل قاطع ، فتسقط أو تدرأ بالشبهة ، ويترتب عليها آثار مدنية تمتد إلى أهلية المحدود للشهادة أمام القضاء ولتولى الوظائف العامة ، بل قد تؤثر في بعض الأحيان على حياته العائلية .

وفي كل ذلك تخالفها العقوبات المقررة لجرائم التعازير مخالفة يجب معها أن يكون الفارق واضحاً بينها حتى لا ترتب آثاراً لم يرتبها الشارع على الأخيرة فنكون قد سوينا بين مختلفين .

(٥٠) راجع في ذلك رسالتنا عن نظرية العقاب ص ٢٢٤ - ٢٢٧ ، وانظر بحث الدكتور مالك بدرى أستاذ علم النفس بجامعة الخرطوم بعنوان

Islam and Alcoholism, U.S.A. 1976 (A.T.P.)

حيث نقل عن رسالتنا المشار إليها هذا الرأي في عقوبة شارب الخمر وأيده .

(٥١) نص على ذلك قانون الجزاء الكويتي في المواد ٢٠٦ ، ٢٠٦ أ ، ب ، ج - وقد سبق لنا عرضها ، أما في ليبيا فقد صدر بذلك قرار من مجلس قيادة الثورة عقب قيامها مباشرة سنة ١٩٦٩ م يقضى بالحبس شهراً عقاباً على شرب الخمر ثم عدل مؤخراً سنة ١٩٧٣ م فأصبحت العقوبة ثلاثة أشهر .

ومن جهة أخرى ، فإن عقوبات الحدود مقصورة على الجرائم التي وردت في خصوصها نصوص القرآن أو السنة النبوية . وليس لأحد أن يزيد على هذه الجرائم أو ينقص منها بالرأى فردياً كان أو جماعياً . ومن ثم فإن إدخال جرائم لم ينص الشارع عليها نصّاً صريحاً في نطاق جرائم الحدود أمر غير مقبول لتعارضه مع قواعد الشريعة الإسلامية التي جعلت حق تحديد هذه الجرائم وتعيينها لله ورسوله ، فلا يقال إن جريمة ما هي من جرائم الحدود إلا حين يكون هناك نص على ذلك في القرآن أو السنة .

فإذا أريد اليوم تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي لمكافحة انتشار الخمر بما لها من آثار سيئة على الفرد والجماعة - كما حدث مثلاً في ليبيا ومن قبلها الكويت - فإن عقوبة هذه الجريمة يجب أن توضع في إطارها الصحيح الذي بيّناه فيما سبق . وعلى أساس ما سبق أيضاً يجب تقويم النصوص الخاصة بالعقاب على شرب الخمر والاتجار فيها في مختلف القوانين الجنائية المعمول بها في البلاد الإسلامية .

٦١ - اتجاهان تشريعيان :

سبق أن قدمنا أن المشرع الكويتي والمشرع الليبي قد أخذوا بالاتجاه إلى تحريم الخمر في نطاق الجرائم التعزيرية ، وفرض كل منها لها العقوبة التي رآها مناسبة للظروف الاجتماعية في المجتمع الذي يشرع له .

وقد اتجه إلى تطبيق هذا الرأى أيضاً مشروع قانون حظر الخمر الذي وضعت اللجنة الفنية لتعديل القوانين السودانية ، وأقرته اللجنة العامة ، وهو بسيله الآن ليصبح نافذاً في السودان .
ففي نصوص هذا المشروع تعددت العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها فيه ، وأجاز المشروع أن تكون العقوبة الجلد أو الغرامة أو السجن تاركاً أمر اختيار العقوبة الملائمة في كل حالة للقاضي الذي ينظر الدعوى ويقضى فيها .

فللمادة الخامسة من المشروع تعاقب على بيع الخمر أو عرضها في الأماكن غير المرخص بها ، وعلى تعاطي الخمر أو تقديمها في الأماكن العامة « بالجلد أو السجن لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه ، أو بجميع هذه العقوبات أو ببعضها » . (م / ٥ ف ٣) .

وتنص المادة الخامسة في فقرتها الخامسة على أن « كل من يكون ثملاً في مكان عام يعاقب عند الإدانة بالجلد أو بالسجن لمدة لا تتجاوز أربعة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه ، أو بجميع هذه العقوبات أو ببعضها » .

وتنص المادة السادسة إشهار الخمر والإعلان عنها وتعاقب على مخالفة حكمها « بالسجن مدة

لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه أو بالعقوبتين معاً . وتقضى المحكمة في جميع الحالات بمصادرة المادة الإعلامية وحظر تداولها .

وتنص المادة العاشرة من المشروع على أن « كل من تعاطى خمرًا يعاقب عند الإدانة بالجلد أو بالسجن لمدة لا تتجاوز شهراً أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بجمع هذه العقوبات أو ببعضها » .
ويقرر مشروع القانون عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز سنتين أو الغرامة التي لا تتجاوز خمسمائة جنيه ، أو العقوبتين معاً ، لمن يصنع خمرًا بقصد الاتجار أو التعامل فيها أو يحوزها لذات الغرض . (م / ١١)
ونفس العقوبة مقررة لكل مالك محل أو منزل يديره أو يسمح لغيره بإدارته لأغراض صناعة الخمر أو تخزينها بقصد الاتجار فيها . (م / ١٥ ف ١) .

وتجعل المادة الثانية عشرة من المشروع عقوبة صنع الخمر أو شرائها بقصد تعاطيها السجن مدة لا تتجاوز شهرين أو الغرامة التي لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو العقوبتين معاً . وعلى مجرد الحيازة يعاقب المشروع (م / ١٣) بالسجن مدة لا تتجاوز شهراً أو بغرامة لا تتجاوز خمسة وعشرين جنيهاً أو بالعقوبتين معاً .

وقد جاءت المادة العشرون من المشروع بحكم خاص بالمدمنين على تعاطي الخمر فقررت أنه « إذا ثبت للمحكمة عند إدانتها لأي شخص بموجب المادة ١٠ أو ١٢ أو ١٣ أن هذا الشخص مدمن لتعاطي الخمر فيجوز لها أن تأمر برفع العقوبة عنه وإحالته إلى مؤسسة صحية بالشروط التي تقرها .
ويحدد وزير الصحة المؤسسات الصحية المختصة باستقبال المدمنين » .

وقد راعى مشروع القانون السودانى أن الخمر مشكلة اجتماعية - بصفة أساسية - فأنشأ « المجلس القومى لمكافحة الخمر » وجعل له اختصاصات واسعة في توعية المواطنين بمضار الخمر وحرمتها وإجراء الدراسات والبحوث حول ظاهرة الخمر ووسائل مكافحتها ، ونُصِّح رئيس الجمهورية في جميع المسائل التي تتعلق بمشكلة تعاطي الخمر أو إدمانها أو الاتجار فيها ، (المواد ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤) كما جعلت المادة ٢٥ من مشروع القانون لمحافظة المديرية إنشاء لجان ممثلة للمجلس القومى لمكافحة الخمر وتقوم في نطاق المحافظة بالمهام التي يقوم بها المجلس في نطاق الدولة .

وواضح من استعراض النصوص المتقدمة أن المشروع يتجه إلى تبنى الرأى الذى سبق أن شرحناه تفصيلاً حول اعتبار عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية . وفى ذلك تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون « وقد أخذ المشروع بالرأى القائل إن عقوبة الجلد لم ترد في أصول الشريعة مقدره بحيث تقوم حدًا . فلا نص في القرآن الكريم ، ولم يضطرر عدد واحد في ضرب الرسول ﷺ ، ولا انعقد الإجماع على حد معين . ومن ثم كان التقدير أن في الأمرسعة ، وأن العقوبة تعزير ، وهذا هو رأى ابن

تيمية وابن القيم (اقرأ: ابن قيم الجوزية) والشوكاني وغيرهم ورأى عدد من الفقهاء المعاصرين « .
وفي عكس هذا الاتجاه سار مشروع قانون الحدود الشرعية الذي أعدته في مصر لجنة الأزهر
لمراجعة التشريعات ، حيث نص في الباب الخامس منه والخاص بأحكام الشرب على أن العقوبة ٤٠
جلدة وجعلت المادة الثانية هذه العقوبة مقررة لمن شرب الخمر أو تعاطاها أو حازها أو أحرزها
أو صنعها أو تعامل فيها أو قدمها أو أعطاها أو أهداها (ف/١) وعاقبت نفس المادة وبفس العقوبة
(من وجد في حالة سكر ظاهر في مكان عام) ، (ف/٢) .

وقد أهملت المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون الإشارة إلى اعتبار عقوبة الخمر عقوبة
تعزيرية - وهو الرأي الذي انتهينا من قبل إلى صحته - وقررت أنها « أخذت بما قرره الشافعي
وأحمد - في رواية له - من أن الحد في الخمر أربعون جلدة » .

وفي نفس الاتجاه الفقهي سار مشروع القانون الذي قدمه إلى مجلس الشعب المصري المرحوم
الدكتور إسماعيل معتوق ، حيث نص في مادته ٣٢٢ على أن « يعاقب بالجلد ثمانين جلدة كل مسلم
شرب الخمر أو سكر من غيرها » .

كما قرر هذا المشروع عقوبة الجلد من خمسين إلى سبعين جلدة لكل مسلم شرب المسكر ولم يسكر
منه أو تعاطى الخمر أو المسكر عن غير طريق الفم (م/٣٢٥) .

وقرر المشروع عقوبة الجلد من عشر جلدات إلى عشرين جلدة لكل مسلم وجد في مجلس الشراب
أو السكر ولم يثبت أنه شرب الخمر . (م/٣٢٦) وعقوبة الجلد من خمسين إلى سبعين جلدة لمن صنع
الخمر أو باعها أو تدخل في تجارتها أو أعد مكاناً لتعاطيها أو قدمها فيه (م/٣٢٧) .

ولم ينص المشروع على عقوبة لغير المسلم إلا إذا قصد ، بفعله شيئاً مما تقدم ، إطلاق تداول الخمر
أو المسكر بين المسلمين أو باعه أو قدمه لأحد من المسلمين (م/٣٢٧ د) .

هذه هي الاتجاهات التشريعية في تحريم تعاطى الخمر في البلاد العربية في الوقت الحاضر .
ولاشك أننا نؤيد ما ذهب إليه مشروع قانون حظر الخمر في السودان ، ونراه أسلم من حيث النظر
الفقهي ، وأيسر من حيث التطبيق العملي .

وثمة تفصيلات في مشروع القانونين اللذين أعدتهما لجنة الأزهر والدكتور إسماعيل معتوق لعلها
أن تكون موضع دراسة مستقلة إن شاء الله (٥٢) .

(٥٢) لعل أهم هذه التفصيلات هو ما تعلق بتطبيق العقوبة الخاصة بشرب الخمر على غير المسلمين وبالتسوية في العقوبة بين كافة
الأفعال المجرمة (في قانون الأزهر) وما تعلق بتحديد العقوبات وتعريف الخمر والمسكر (في مشروع الدكتور إسماعيل معتوق) .

الردة

٦٢ - تمهيد وتقسيم :

الردة لغة تعنى الرجوع ، وشرعاً تعنى كفر المسلم بقول أو فعل يخرج عنه عن الإسلام (٥٣) .
والرأى السائد فى الفقه الإسلامى يذهب إلى اعتبار الردة جريمة حد يعاقب عليها بالقتل (أى الإعدام) (٥٤) .

ولقد سبق أن عرضنا تعريف جرائم الحدود وعقوباتها ، وبيننا أن من خصائصها الأساسية أن العقوبة المقررة لها تجب حقاً لله تعالى (أى لتحقيق مصلحة عامة) وأنها يجب توقيعها كلما ثبت ارتكاب الجريمة الموجبة لها ، بحيث لا يجوز العفو عنها أو تخفيفها .

ودراسة الردة تقتضى أن نتبين مدى انطباق أحكام جرائم الحدود وعقوباتها عليها ، لنرى بعد ذلك ما إذا كانت تعتبر من جرائم الحدود ، وتعتبر عقوبتها حدّاً مقدرّاً لا يقبل التغيير ، أم أنها تدخل فى إطار نوع آخر من الجرائم ، وتدخل عقوبتها كذلك فى إطار نوع آخر من العقوبات ؟ ولذلك فسوف نقسم دراستنا لهذه الجريمة على نحو يحقق الوصول إلى إجابة عن هذا التساؤل . فنبدأ بدراسة النصوص القرآنية فى شأن الردة ثم نستعرض الأحاديث النبوية فيها ، وناقش بعد ذلك ما انتهى إليه الفقه الإسلامى ، أو الرأى السائد فيه ، من اعتبار الردة جريمة من جرائم الحدود يعاقب عليها بعقوبة مقدرّة ذات حد واحد هى عقوبة الإعدام .

ومن الجدير بالبيان - بادئ ذى بدء - أننا فى دراستنا لجريمة الردة إنما نناقش فحسب وضع العقوبة بين عقوبات الحدود أو فى نطاق غيرها من العقوبات . أما تجريم الردة ، ووجوب فرض عقاب عليها ، فهما أمران مسلمان ولا يدخلان بالتالى فى نطاق بحثنا . وبعبارة أخرى فإن السؤال الذى نحاول

(٥٣) جمع عدداً من تعريفات الردة فى مختلف المذاهب الدكتور نعمان السامرائى فى رسالته للماجستير عن أحكام المرتد (قدمت لجامعة بغداد) بيروت ١٩٦٨ ص ٤٣ - ٤٦ .

(٥٤) انظر مثلاً : بدائع الصنائع للكاسانى ، ج ٧ ص ٣٣ وما بعدها ، وعبد القادر عودة ج ١ ص ٦٦١ - ٦٦٢ . وبما كتبه المستشرقون انظر :

هنا أن نجيب عليه - مع التسليم بأن الردة جريمة في النظام الجنائي الإسلامي - هو هل تعتبر العقوبة المقررة لهذه الجريمة من عقوبات الحدود بحيث ينطبق عليها تعريف هذه العقوبات وثبت لها خصائصها؟ أم أنها عقوبة أخرى - ليست من عقوبات الحدود - ولها بالتالي خصائصها المستقلة؟ وفي إطار محاولة الإجابة عن هذا السؤال فقط تدور دراستنا لجريمة الردة وعقوبتها .

٦٣- آيات القرآن الكريم في شأن الردة :

ورد ذكر الكفر بعد الإيمان - الردة - في القرآن الكريم في بضع عشرة آية . عبر القرآن الكريم في بعضها بلفظ الردة ، وفي بعضها بتعبير الكفر بعد الإسلام .

أما تعبیر الردة فقد ورد في قوله تعالى : (. . . ولا يزالون يقاتلونكم حتى يردوكم عن دينكم إن استطاعوا ، وإن يرددوا منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) البقرة - ٢١٧ .

وفي قوله تعالى : (إن الدين ارتدوا على أديبارهم من بعد ما تبين لهم الهدى الشيطان سول لهم وأملى لهم . ذلك بأنهم قالوا للذين كرهوا ما نزل الله سنطيعكم في بعض الأمر ، والله يعلم إسرارهم . فكيف إذا توفتهم الملائكة يضربون وجوههم وأديبارهم) محمد - ٢٥ - ٢٧ .

وأما تعبیر الكفر بعد الإيمان فقد ورد في قوله تعالى : (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم . ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة وأن الله لا يهدي القوم الكافرين . أولئك الذين طبع الله على قلوبهم وسمعهم وأبصارهم وأولئك هم الغافلون . لا جرم أنهم في الآخرة هم الخاسرون) النحل - ١٠٦ - ١٠٩ .

وفي قوله تعالى : (أم تريدون أن تسألوا رسولكم كما سئل موسى من قبل ، ومن يتبدل الكفر بالإيمان فقد ضلّ سواء السبيل) البقرة - ١٠٨ .

وفي قوله تعالى : (كيف يهدي الله قوماً كفروا بعد إيمانهم وشهدوا أن الرسولَ حق وجاءهم البينات والله لا يهدي القوم الظالمين . أولئك جزاؤهم أن عليهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين . خالدون فيها لا يُخفف عنهم العذاب ولا هم ينظرون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم . إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تُقبل توبتهم وأولئك هم الضالون) آل عمران - ٨٦ - ٩٠ . وفي نفس السورة نجد قوله تعالى : (إن الذين اشتروا الكفر بالإيمان لن يضرروا الله شيئاً ولهم عذاب أليم) آل عمران - ١٧٧ .

ويرد التعبير بالكفر بعد الإيمان أيضاً في سورة النساء في قوله تعالى : (إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً) النساء - ١٣٧ .

وفي سورة التوبة : (لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ، إن نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة بأنهم كانوا مجرمين) التوبة - ٦٦ .

ويرد التعبير بالكفر بعد الإسلام في سورة التوبة أيضاً في قول الله تعالى : (يخلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد إسلامهم وهموا بما لم ينالوا وما نقموا إلا أن أغناهم الله ورسوله من فضله ، فإن يتوبوا يك خيراً لهم وإن يتولوا يعذبهم الله عذاباً أليماً في الدنيا والآخرة وما لهم في الأرض من ولي ولا نصير) . التوبة - ٧٤ .

ومن بين هذه الآيات الكريمة نلاحظ أن آية واحدة هي مما نزل في مكة من القرآن الكريم (الآية ١٠٦ من سورة النحل) في حين أن الآيات الأخرى هي آيات مدنية . نزل بها الوحي على رسول الله ﷺ في المدينة ، بعد الهجرة ، وبعد أن أقام الرسول الدولة الإسلامية وكان هو حاكمها ، والإسلام قانونها ، يخضع له رعاياها من مسلمين وغير مسلمين بحكم الاتفاق الذي أبرمه الرسول مع أهل المدينة ومواطنيها عند الهجرة « وثيقة أو صحيفة المدينة » (٥٥) ، وبحكم السيادة الفعلية والقانونية للإسلام في الدولة .

وعلى الرغم من ذلك فإن الآيات الكريمة التي قدمنا نصوصها لا تشير من قريب أو من بعيد إلى أن ثمة عقوبة دنيوية - يأمر بها القرآن - لتوقع على المرتد عن الإسلام . وإنما يتواتر في تلك الآيات التهديد المستمر بعذاب شديد في الآخرة . ويستثنى من ذلك ما أشارت إليه آية سورة التوبة (الآية رقم ٧٤) والتي يتضمن نصها الوعيد بعذاب أليم في الدنيا والآخرة .

وعلى الرغم من ذلك فإن هذه الآية لا تفيدنا في تحديد عقوبة للردة ، لأنها إنما تتحدث عن كفر المنافقين بعد إسلامهم ، ومن المعلوم أن المنافقين لا عقوبة دنيوية محددة لهم لأنهم لا يظهرون الكفر ، وإنما هم يخفونهم ويظهرون الإسلام . والأحكام القضائية في النظام الإسلامي إنما تبنى على الظاهر من الأعمال أو الأقوال ، لا على الباطن الذي انطوت عليه القلوب أو أسرته الضائرت . وفي ذلك يقول رسول الله ﷺ : « إنما أنا بشر ، وإنه يأتيني الخصم ، فلعل بعضكم أن يكون أبغ من بعض ،

(٥٥) انظر في تفصيل ذلك : كتابنا في النظام السياسي للدولة الإسلامية ، القاهرة ١٩٧٨ (ط الثانية) المكتب المصري الحديث

ص ٣١ - ٤١ وقد أوردنا هناك النص الكامل للوثيقة وعلقنا على أهم أحكامها .

فأحسب أنه صدق فأقضى له بذلك ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار - فليأخذها أو يتركها» (٥٦).

وهكذا فإننا لا نجد في النصوص المتعلقة بالردة في آيات القرآن الكريم تقديراً لعقوبة دينوية للمرتد ، وإنما نجد فيها تهديداً متكرراً ووعيداً شديداً بالعذاب الأخرى . ولا شك أن مثل هذا الوعيد لا يرد إلا في شأن معصية لا يستهان بها . ويكفي أن الله سبحانه وتعالى وقد وعد المؤمنين بمغفرة الذنوب جميعاً ، توعد من كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً بأنه لن يغفر لهم ولن يهديهم سبيلاً . فالردة في حكم القرآن الكريم معصية خطيرة الشأن وإن لم تفرض لها آياته عقوبة دينوية .

٦٤ - هل نسخ قوله تعالى : (لا إكراه في الدين) ؟ :

ومن ناحية أخرى فإن القرآن الكريم يقرر في وضوح أنه (لا إكراه في الدين) قد تبين الرشد من الغي ، فمن يكفر بالطاغوت ويؤمن بالله فقد استمسك بالعروة الوثقى لا انفصام لها والله سميع عليم . والله وليُّ الذين آمنوا يخرجهم من الظلمات إلى النور ، والذين كفروا أولياؤهم الطاغوت يخرجونهم من النور إلى الظلمات أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون (البقرة - ٢٥٦ و ٢٥٧) .

واستنباط عقوبة المرتد ، أو تأسيسها ، على فهم بعض الآيات المتقدم ذكرها والتي تبين عقاب المرتد في الآخرة ، يناق صريح قوله تعالى : (لا إكراه في الدين) . وقد فطن ابن حزم رحمه الله إلى هذا التعارض بين تقرير عقوبة المرتد - استناداً على بعض الآيات التي فيها وعيد المرتدين - وبين قوله تعالى : (لا إكراه في الدين) فذهب إلى أن هذه الآية الأخيرة من منسوخ القرآن وأن حكمها بالتالي غير محكم . وأن الإكراه مباح في الدين (٥٧) .

ولكن دعوى النسخ في هذه الآية غير مسلمة ، فإن النسخ لا يكون إلا بنقل « صريح عن رسول الله ﷺ » ، أو عن صحابي يقول : آية كذا نسخت آية كذا (٥٨) و « لا يعتمد في النسخ قول عوام المفسرين ، بل ولا اجتهاد المجتهدين من غير نقل صريح ولا معارضة بينة ، (أى تعارض آيتين) لأن

(٥٦) رواه البخارى ومسلم ، انظر اللؤلؤ والمرجان لمحمد فؤاد عبد الباقي ، ج ٢ ص ١٩٢ - ١٩٣ . وقد جمع بين ألفاظ رواياته الواردة في مختلف كتب الحديث الشيخ عبد الفتاح أبو غدة في تعليقه على « الاحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام » للإمام القرافي ، ص ٨٧ - ٨٩ (ط حلب ١٩٦٧) وفي فتح البارى يشرح صحيح البخارى يقول ابن حجر « وكلهم أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر والله ينول السرائر » ج ١٢ ص ٢٧٣ (ط السلفية ، مصورة عن طبعة المرحوم محمد فؤاد عبد الباقي) .

(٥٧) ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ص ١٩٥ .

(٥٨) السيوطى ، معترك الأقران في إعجاز القرآن ، ج ١ ص ١٢٣ (ط القاهرة ١٩٦٩) .

النسخ يتضمن رفع حكم وإثبات حكم تقرر في عهده ﷺ ، فالمعتمد فيه النقل والتاريخ دون الرأى والاجتهاد» (٥٩).

ولا يحتاج في إثبات نسخ قوله تعالى : (لا إكراه في الدين) بالأحاديث النبوية الصحيحة التي فيها ذكر قتل المرتد - والتي سوف يأتي ذكرها - إذ أن المقرر في أصول الفقه أن القرآن لا ينسخه إلا قرآن مثله ، وذلك ما يقول فيه الإمام في الشافعي : «إنما تُسَخُّ ما نسخ من الكتاب بالكتاب ، وإن السنة لا تأسخه ، وإنما هي تبع للكتاب بمثل ما نزل نصّاً ، ومفسرة معنى ما أنزل الله منه مجملاً» (٦٠).

ويقول الإمام الشافعي أيضاً : وفي قوله : (ما يكون لى أن أبدله من تلقاء نفسى) بيان ما وصفت ، من أنه لا ينسخ كتاب الله إلا كتابه . كما كان المبتدئ لفرضه : فهو المزيل الميث لما شاء منه ، جل ثناؤه ، ولا يكون ذلك لأحد من خلقه . . . « وفي كتاب الله دلالة عليه ، قال الله : (ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ، ألم تعلم أن الله على كل شىء قدير) فأخبر الله أن نسخ القرآن وتأخير إنزاله لا يكون إلا بقرآن مثله » (٦١).

وقد جمع السيوطى رحمه الله الآيات التي صح فيها عند العلماء أنها منسوخة وهى إحدى وعشرون آية وقال : « لا يصح دعوى النسخ في غيرها » (٦٢) وليس من بين هذه الآيات قوله تعالى : (لا إكراه في الدين) .

وعلى ذلك فإن قوله تعالى : (لا إكراه في الدين) محكم غير منسوخ ، وهذا هو المتفق مع ما تكرر تقريره في القرآن الكريم من حرية الفكر والرأى والاختيار ، على نحو يشعر بأن ذلك من أصول الإسلام التي لا يدخل مثلها النسخ ولا التبديل (٦٣) .

ومما يجدر بيانه هنا أن الفقهاء لا يستندون بصفة أساسية إلى آى القرآن الكريم في إثبات عقوبة للمرتد ، وإنما مستندهم الأساسى فى ذلك هو أحاديث الرسول ﷺ . وإنما ترد آيات القرآن الكريم فى بحث الفقهاء لعقوبة الردة بياناً لوعيد الله سبحانه وتعالى للمرتد بالعقاب الأخرى . ويقودنا ذلك لبحث حكم الردة الذى قرره السنة النبوية ، فى ضوء الأصل الذى سبق تقريره من أنه لا إكراه فى الدين ، وفى ضوء الحقائق الأخرى المأخوذة من السنة أيضاً والتي نناقشها فى الفقرات التالية .

(٥٩) المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

(٦٠) الرسالة للإمام الشافعى ، ص ١٠٦ .

(٦١) الرسالة للإمام الشافعى ، ص ١٠٧ و ١٠٨ .

(٦٢) معترك الأقران ، ص ١١٨ .

(٦٣) انظر فى تقرير ذلك وتفصيله : كتابنا فى النظام السياسى للدولة الإسلامية ، ص ١٢٧ - ١٣٢ .

٦٥ - الأحاديث النبوية في شأن عقوبة الردة :

لا يكاد يجلو كتاب من كتب الفقه الإسلامي من الإشارة إلى بعض آيات الكتاب العزيز التي تتحدث عن الردة ، وما توعد الله عز وجل به المرتد في الآخرة . غير أن الأساس الذي يستند إليه الفقهاء في شأن عقوبة المرتد وكونها من عقوبات الحدود هو بعض أحاديث الرسول ﷺ . وأكثر هذه الأحاديث تداولاً على أقدام الفقهاء وفي كتبهم ثلاثة أحاديث هي : حديث المحاربين من عكل وعرينة - والذي قدمنا الكلام عنه في معرض نبي رجعية النص الجنائي إلى الماضي - والحديث الذي رواه البخارى وغيره عن ابن عباس رضى الله عنهما : « من بدل دينه فاقتلوه » . والحديث الذي رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « لا يجل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا ياحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمارق من الدين التارك للجماعة » .

ونناقش فيما يلي هذه الأحاديث الثلاثة لنرى إلى أى مدى يمكن أن يصح استنباط عقوبة القتل حداً للمرتد من هذه الأحاديث كلها أو بعضها .

٦٦ - حديث المحاربين من عكل وعرينة :

روى هذا الحديث الإمامان البخارى ومسلم - ورواه غيرهما - عن أنس رضى الله عنه : « أن نفرًا من عكل ، ثمانية^(٦٤) ، قدموا على رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام ، فاستوخموا الأرض فسقمت أجسامهم ، فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ ، قال : [أفلا تخرجون مع راعينا في إبله فتصييون من ألبانها وأبوالها] ؟ قالوا : بلى . فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فصَحُّوا ، فقتلوا راعى رسول الله ﷺ وأطردوا النعم ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأرسل في آثارهم ، فأدركوا ، فجىء بهم ، فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم ثم نبذهم في الشمس حتى ماتوا »^(٦٥) . وفي بعض الروايات أنه كان للإبل « رعاة » وأن العرنيين قتلوه ومثلوا بهم .

وقد فهم بعض العلماء من هذا الحديث أن العقوبة التي وقعها رسول الله ﷺ هي العقوبة المقررة

(٦٤) انظر فتح البارى للحافظ بن حجر ، ج ١٢ ص ٢٤١ حيث يقول إن بعضهم كان من عكل وبعضهم كان عرينة وإن ذلك ثبت في كثير من الطرق . ولذلك يشير بعض المحدثين والفقهاء إلى هذا الحديث بحديث العرنيين . وقد جمعنا بين الاعمين (عكل وعرينة) لأن ذلك أكثر مطابقة للواقع حيث كان المحاربون من القبيلتين معاً .

(٦٥) صحيح مسلم شرح النووي ، ج ١١ ص ١٥٥ ، وصحيح البخارى شرح ابن حجر (فتح البارى) ج ١٢ ص ٢٣٠ .

للمرتد . فذكروا الحديث تحت عنوان « حكم المحاربين والمرتدين » (٦٦) أو « باب المحاربين من أهل الكفر والردة » (٦٧) وقد أدت هذه العناوين إلى أن يزعم بعض المستشرقين أن رسول الله ﷺ كان يكره الناس على الإسلام أول الأمر بتعذيبه من يرتد عنه (٦٨) .

أما الرأي السائد بين جمهور العلماء - وهو الصحيح - فهو أن النفر من عكل وعرينة لم يقتلوا مجرد الردة وإنما قتلوا لكونهم محاربين . وفي ذلك يقول ابن تيمية « هؤلاء قتلوا مع الردة ، وأخذوا الأموال ، فصاروا قطاع طريق ، محاربين لله ورسوله » (٦٩) .

وعلى ذلك فإن حديث العرنين - أو المحاربين من عكل وعرينة - لا يصح أن يكون مستنداً للقائلين بأن عقوبة الردة هي القتل حداً . لأن جريمة العرنين لم تكن الردة فحسب ، وإنما كانت جرميتهم هي الحراية ولذلك عوقبوا بعقوبتها . أو عوقبوا قصاصاً منهم لما فعلوه برعاة الإبل التي سرقوها ، حيث إنهم قتلوا الرعاة ومثلوا بهم فاقتص منهم بمثل ما فعلوا . وقد سبق لنا أن رجحنا هذا الرأي في معرض حديثنا عن عدم رجعية النص الجنائي إلى الماضي في الباب الأول من هذه الدراسة . أما ورود لفظ الردة أو المرتدين في بعض كتب الحديث عند رواية حديث العرنين فهو - فيما نرى - من باب حكاية حال هؤلاء النفر ، إذ أنهم جمعوا إلى حرايتهم الردة عن الإسلام . فليس معنى ذكر ردتهم أن ما عوقبوا به هو عقوبة كل مرتد .

٦٧ - حديث الأسباب المبيحة لدم المسلم :

بين رسول الله ﷺ أن قتل المسلم لا يباح إلا في حالة من ثلاث حالات ، أو بسبب من ثلاثة أسباب « النفس بالنفس ، والثيب الزاني ، والمارق من الدين المارق للجماعة » . والسببان الأولان لا علاقة لهما بالردة وعقوبتها ، إنما فسّر كثير من الفقهاء « المارق من الدين المارق للجماعة » بأنه المرتد . وقرروا بناء على ذلك أن المرتد يقتل حداً بنص هذا الحديث الصحيح . وهذا التفسير ليس محل اتفاق بين الفقهاء ، فإن ابن تيمية رحمه الله يقرر أن المقصود بقول

(٦٦) الإمام مسلم ، الصحيح ، ج ١١ ص ١٥٣ ولم يعلق النووي في شرحه على هذا العنوان .

(٦٧) الإمام البخاري ، الصحيح بشرح ابن حجر ، ج ١٢ ص ١٠٩ . وقد علق ابن حجر على إيراد هذا العنوان على هذا النحو ، وانتقد ادخال المحاربين مع المرتدين (ص ١١٠) .

(٦٨) Zwemre. The Law of Apostasy in Islam. op. cit, p. 39-40, Goldziher; Muslim Studies. (٦٨)

London, 1967, p. 16.

(٦٩) الصارم للسلول على شاتم الرسول ، طه الهند ١٣٢٢ هـ ، ص ٣٢٢ . وفي مثل هذا الرأي : ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ،

ج ٣ ص ٧٨ (طه القاهرة ١٣٧٩ هـ) والطبري ، التفسير ، ج ٦ ص ١٣٢ - ١٤٦ (طه القاهرة ١٣٢٦ هـ) .

رسول الله ﷺ : « المارق من الدين المارق للجماعة » هو المحارب . ويستند ابن تيمية في رأيه هذا إلى أن رواية للحديث المذكور قد جاءت مفسرة على هذا النحو عن عائشة رضی الله عنها . وذلك هو ما رواه أبو داود بسنده عن عائشة رضی الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، إلا بإحدى ثلاث : رجل زنى بعد إحصان ، فإنه يرحم ، ورجل خرج محارباً لله ورسوله ، فإنه يقتل أو يصلب أو ينفي من الأرض ، أو يقتل نفساً فيقتل بها^(٧٠) . وأخذاً بهذا الحديث قال ابن تيمية : « فهذا المستثنى هو المذكور في قوله : التارك لدينه المارق للجماعة . ولهذا وصفه بفراق الجماعة ، وإنما يكون هذا بالمحاربة »^(٧١) .

فإذا صح هذا التفسير - وهو عندي صحيح - فإن الأسباب المبيحة لدم المسلم والمذكورة في حديث عبد الله بن مسعود الذي رواه البخاري ومسلم هي ذاتها التي وردت في حديث عائشة عند أبي داود ، ويكون النص في هذا الحديث على المروق من الدين ومفارقة الجماعة مقصوداً به من فعل ذلك بمحاربة الله ورسوله ، وليس بمجرد الردة . وعلى ذلك فإن حكم المرتد الذي لم تقترن رده بمحاربة جماعة المسلمين التي عبر عنها رسول الله ﷺ « بمحاربة الله ورسوله » لا يستدل عليه بهذا الحديث . وبعبارة أخرى فإن الحديث الذي نحن بصدده لا يقرر حكم الردة المجردة ، وإنما يقرر حكم المحارب ، والمحارب يُقتل سواء كان مسلماً أو غير مسلم . فلا يسوغ الاستناد إلى قوله ﷺ : « المارق من الدين المارق للجماعة » في إثبات عقوبة القتل حداً للمرتد .

٦٨ - حديث من بدل دينه فاقتلوه :

روى البخاري بسنده عن ابن عباس رضی الله عنه قول رسول الله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » وقد روى هذا الحديث أيضاً أبو داود في سننه والإمام مالك في الموطأ وغيرهم^(٧٢) . وهذا الحديث هو أقوى ما يؤيد المذهب السائد في الفقه الإسلامي من أن المرتد يعاقب بالقتل حداً .

وقد حاول بعض المعاصرين أن ينفي تقرير الإسلام لأية عقوبة على الردة ، أو بعبارة أخرى أن

(٧٠) انظر الصارم السلوك لابن تيمية ، ص ٣١٥ . وسنن أبي داود ، ج ٤ ص ١٨١ (ط القاهرة بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد) .

(٧١) ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص ٣١٦ .

(٧٢) البخاري بشرح ابن حجر (فتح الباري) ، ج ١٢ ص ٢٦٧ ، وسنن أبي داود ، ج ٤ ص ١٨٠ ، والإمام مالك ، الموطأ ، ص ٤٥٨ (من طبعة كتاب الشعب بالقاهرة بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) بلفظ « من غير دينه فاضربوا عنقه » والحديث مرسل عند مالك .

ينفى تجريم الردة . فذهب إلى أن الحديث يشير إلى المحارب المرتد ، وهو يعنى بالمحارب ذلك الذى يشارك فعلا فى قتال قائم بين المسلمين وأعدائهم . وعندئذ فإن القتل الذى يجيزه هو القتل فى القتال وبسبب القتال ، وليس القتل كعقوبة لجريمة معينة هى جريمة الردة . ويرى صاحب هذا الرأى أن هذه هى الطريقة الوحيدة لكى لا نقع فى تناقض حين نقرر قتل المرتد حداً ، ونقرر فى الوقت ذاته حرية العقيدة التى كفلها الإسلام بقوله تعالى : (لا إكراه فى الدين) (٧٣)

ويتساءل صاحب هذا الرأى كيف يمكن أن نقبل هذا الحديث على عمومه الذى يفيد شموله لكل من غير دينه ، ومن ثم فإن اليهودى الذى ينتصر ، أو المسيحى الذى يعتنق الإسلام يدخل تحت حكم الحديث فيجب قتله حداً ؟

والواقع أن الفقهاء لم يقولوا بسريان الحكم الوارد فى الحديث على كل من بدّل دينه ، وإنما كما يقول الإمام مالك : « ولم يعن بذلك ، فيما نرى والله أعلم ، من خرج من اليهودية إلى النصرانية . ولا من النصرانية إلى اليهودية . ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها . إلا الإسلام . فمن خرج من الإسلام إلى غيره ، وأظهر ذلك ، فذلك الذى عُنى به والله أعلم » (٧٤)

ولم يخالف فى ذلك إلا الظاهرية وبعض الشافعية . وقد بين ابن حزم رأى الظاهرية بقوله فيمن خرج من كفر إلى كفر أنه « لا يترك بل لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف . وبهذا يقول أصحابنا » (٧٥) . وأما الشافعية الذين رأوا قتل من غير دينه إلى دين آخر من أهل الكفر فقد نقل رأيهم الحافظ ابن حجر فى شرحه على صحيح البخارى وكذلك نقله ابن حزم فى المحلى (٧٦) .

والحديث على الراجح عند العلماء ليس على عمومه ، لأن العموم يشمل من ترك ديناً ، غير الإسلام ، إلى دين الإسلام ، وليس هذا مراداً بالحديث باتفاق الجميع . وقد احتج الجمهور لمذهبهم فى عدم انطباق نص الحديث على من يغير دينه من غير المسلمين ، إلى غير الإسلام ، بأن « الكفر ملة واحدة ، فلو تنصر اليهودى لم يخرج عن دين الكفر ، وكذا لو تهود الوثنى فواضح أن المراد من بدّل بدين الإسلام ديناً غيره لأن الدين فى الحقيقة هو الإسلام . قال تعالى : (إن الدين عند الله الإسلام) وما عداه فهو بزعم المدعى » (٧٧) .

Muhammad Ali, The Religion of Islam, Pakistan, 1971, pp. 486-493
(Cairo Ed. 1967, pp. 591 et seq.).

(٧٣)

(٧٤) الموطأ ، ص ٤٥٩

(٧٥) المحلى ، ج ١١ ص ١٩٤ .

(٧٦) فتح البارى ج ١٢ ص ٢٧٢ ، والمحلى الموضع السابق .

(٧٧) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، الموضع السابق .

ويورد الأحناف على الحديث قيداً آخر يخصصون به عموم لفظه حيث يرون أن المرتدة لا تُقتل ، وأن الحديث مقصور على المرتد من الرجال دون من تترد من النساء . وقد علل الحنفية ذلك بأن المرأة لا تقاتل ، وبأن رسول الله ﷺ قد نهى عن قتل النساء ، والنهي عام فيجرب على عمومه ليشمل المرتدة (٧٨)

فعلة قتل المرتد عند الأحناف أنه قد يقاتل المسلمين مع الكفار أو المشركين فلذلك يقتل ، أما المرأة فليست من أهل القتال فلا تُقتل . وقد عدّد بعض متأخري الأحناف من يستثنون من تطبيق الحديث الشريف : « من بدل دينه فاقتلوه » فجعلهم أربعة عشر صنفاً من المرتدين (٧٩) ، ويصح لذلك أن يقال إن أصحاب هذا الرأي يخصصون عموم هذا الحديث بالأدلة التي يحتجون بها في عدم قتل هذه الأصناف الأربعة عشر من المرتدين (٧٩) .

غير أن تخصيص عموم الحديث ، أو تقييد إطلاقه ، على النحو المتقدم ، سواء ما كان منه موضع اتفاق بين الفقهاء ، أو ما كان موضع خلاف بينهم ، لا يؤدي - في النظر الصحيح إليه - إلى النتيجة التي قال بها صاحب الرأي السابقة الإشارة إليه ، من أن الإسلام لم يقرر للمرتد عقاباً . ويبدو أن الروح الاعتدالية (*) التي سيطرت على صاحب هذا الرأي في كتابه كله هي التي قادته إلى هذه النتيجة هنا . ولذلك فإننا نعلن اختلافنا معه في رأيه ، ونسلم بما اتفق عليه جمهور فقهاء المسلمين من أن الردة عمل محرّم في الشريعة . غير أن الذي يجب أن يتساءل المرء عنه هو أي نوع من العقوبات قرره الإسلام لهذه الجريمة ؟ وهل يوجب حديث الرسول ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » عقوبة القتل حدّاً للمرتد ؟ أم أن المسألة تحتل أن يكون ثمة وجه آخر للنظر فيها ؟

٦٩ - رأى في عقوبة الردة :

خلصنا فيما تقدم إلى أن القرآن الكريم لم يحدد للردة عقوبة دنيوية ، وإنما توعدت الآيات التي فيها ذكر الردة بعقوبة أخروية للمرتد . وبيننا أن الفقهاء يستندون على أحاديث نبوية صحيحة لبيان حكم المرتد ، وأنهم يذهبون - بصفة عامة - إلى أن المرتد يقتل لردته عملاً بقول رسول الله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » .

(٧٨) المبسوط للسرخسي ، ج ٩ ص ١٠٨ - ١١٠ .

(٧٩) الحصكفي ، شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٨٣ .

(٥) يطلق الغربيون على الباحثين الذين يحاولون عرض أحكام الإسلام بطريقة لا هدف لها إلا إرضاء الشعور الغربي - أو ذلك

هدفها الأساسي - لفظ Apologist وعلى طريقتهم في البحث Apologetic

وعلى الرغم من الاتجاه الظاهر في الفقه الإسلامي إلى تضييق نطاق توقيع العقوبات ، والتوسع الملحوظ في مختلف المذاهب في إعمال قاعدة درء العقوبات بالشبهات ، فإننا نلاحظ أن اتجاهها مغايراً يظهر في شأن جريمة الردة وعقوبتها . فثمة توسع في التجريم ، يترتب عليه توسع في حالات تقرير وجوب توقيع العقاب^(٨٠) .

ومع التسليم بتجريم الردة فإننا نتردد في القطع بأن العقوبة التي قررها لها الإسلام هي عقوبة الإعدام . وأن هذه العقوبة من عقوبات الحدود .

وقد سبق إلى مثل هذا التردد المرحوم الشيخ محمود شلتوت فقال بعد أن بين مستند الفقهاء في تقرير عقوبة الردة ، وخلافهم في مدى إعمال الحديث النبوي في قتل المرتد : « وقد يتغير وجه النظر في المسألة إذا لوحظ أن كثيراً من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بجديث الآحاد ، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم ، وإنما المبيح هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم ، ومحاوله فتنهم عن دينهم ، وأن ظواهر القرآن الكريم في كثير من الآيات تأبى الإكراه على الدين »^(٨١) .

إن أقوى ما يستند إليه الفقهاء في إثبات عقوبة القتل حداً للمرتد هو الأمر الوارد في قوله ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » والسؤال الذي يجب أن نتصدى للإجابة عليه هنا هو : هل الأمر الوارد في هذا الحديث يفيد الوجوب ، أو أنه أمر قد أحاطت به قرائن صرفته عن الوجوب إلى غيره ؟ وقبل أن نجيب على هذا السؤال يجدر بنا أن نبين أن الأصوليين يختلفون اختلافاً كبيراً حول موجب الأمر ، وما وضعت له صيغته في اللغة . وقد أوصل بعضهم المعاني التي تفيدها صيغة الأمر إلى بضعة وعشرين معنى ، وذهب بعضهم إلى التوقف في المراد بالأمر حتى يتبين من القرائن المعنى المراد منه^(٨٢) . والصحيح من أقوال الأصوليين هو أن صيغة الأمر وضعت للوجوب ، وأنها لا تصرف عن الوجوب إلى غيره إلا إذا حُفَّت بها قرائن تؤدي إلى ذلك^(٨٣) .

(٨٠) انظر مثلاً : الحصكفي ، شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٨٠ - ٤٨٣ . وحاشية الدسوقي على مختصر خليل ، ج ٤ ص ٣٠٤ - ٣١٦ .

(٨١) المرحوم الشيخ محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، القاهرة ١٩٦٤ ، ص ٣٠١ وقد ذهب الأستاذ الدكتور على راشد (القانون الجنائي ، المصدر السابق ص ٧٢) إلى أن عقوبة الردة لا تنطبق على من ولد من أبوين مسلمين حيث إن الارتداد لا يصدق - عنده - إلا على من « اختار » الإسلام ديناً ، لا من كان الإسلام هو ميراث آباؤه وأجداده . ولستنا نوافق على هذا الرأي - على الرغم من وجهة نظره - لأسباب كثيرة ليس هنا محل تفصيلها .

(٨٢) انظر : البيضاوي ، منهاج الوصول إلى علم الأصول (القاهرة ١٣٢٦ هـ) ص ٣٧ - ٣٨ ، والنسفي ، منار الأنوار (الأستانة ١٣١٥ هـ) ص ٢٤ - ٢٩ . وأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شبلي ، أصول الفقه الإسلامي ، ج ١ ص ٣٧٦ - ٣٨٧ . (٨٣) أستاذنا محمد مصطفى شبلي ، المصدر السابق ص ٣٧٩ .

فإذا تبين هذا ، نظرنا إلى حديث رسول الله ﷺ ، المتقدم ذكره ، لئرى أى أنواع القرائن حفت به ؟

ولعل أول ما يرد على الذهن فى هذا الشأن سكوت القرآن الكريم عن تقرير عقوبة دنيوية للمرتد ، على ما قدمنا ، على أن هذا السكوت لا يصلح وحده قرينة لصرف الأمر الوارد فى الحديث النبوى عن موجبه ومقتضاه وذلك لأن الله سبحانه وتعالى قد جعل لنبيه أن يسن لأمته فيما « ليس فيه نص حكم ، وقد فرض الله فى كتابه طاعة رسوله والانتهاى إلى حكمه . فمن قبل عن رسول الله بفرض الله قبل » (٨٤).

ولكننا وجدنا فى السنن الصحيحة عن رسول الله ﷺ ما يجعلنا نذهب إلى أن الأمر الوارد فى الحديث بقتل المرتد ليس على ظاهره ، وأن المراد منه إباحة القتل لا إيجابه . ومن ثم تكون عقوبة المرتد عقوبة تعزيرية مفوضة إلى الحاكم - أى القاضى - أو الإمام - أى رئيس الدولة - أو - بعبارة أخرى - مفوضة إلى السلطة المختصة فى الدولة الإسلامية ، تقرر فيها ما تراه ملائماً من العقوبات ولا تثرىب عليها إن هى قررت الإعدام عقوبة للمرتد . وهذا - والله أعلم - هو معنى حديث رسول الله ﷺ : أن من بدل دينه فيجوز أن يعاقب بالقتل ، لا أنه يجب حتماً قتله .
وتتلخص هذه القرائن فى الأمور الآتية :

الأمر الأول : من هذه القرائن التى تصرف الأمر فى الحديث عن الوجوب إلى الإباحة أن الأحاديث التى ورد فيها أن رسول الله ﷺ قتل مرتداً أو مرتدة أو أمر بأبيها أن يقتل كلها لا تصح من حيث السند . ومن ثم فإنه لا يثبت أن رسول الله ﷺ عاقب على الردة بالقتل (٨٥).

والأمر الثانى : ما رواه البخارى ومسلم من أن « أعرابياً بايع رسول الله ﷺ ، فأصاب الأعرابى وعك بالمدينة ، فأتى النبى ﷺ فقال : يا محمد أقتنى بيعتى . فأبى رسول الله ﷺ . ثم جاءه فقال : يا محمد أقتنى بيعتى . فأبى . ثم جاءه فقال : يا محمد أقتنى بيعتى . فأبى . فخرج الأعرابى ، فقال رسول الله ﷺ إنما المدينة كالكبير تننى خبثها وينصع طيبها » (٨٦) وقد ذكر الحافظ ابن حجر ، والإمام

(٨٤) الإمام الشافعى ، الرسالة ص ٢٢ . وما بين القوسين اقتباس من كلام الشافعى رحمه الله .

(٨٥) أورد هذه الأحاديث الشوكانى فى نيل الأوطار وبين ضعف إسنادها جميعاً انظر : نيل الأوطار ، ج ٧ ص ٢١٧ (ط القاهرة بدون تاريخ) .

(٨٦) البخارى بشرح ابن حجر ، ج ٤ ص ٩٦ وما بعدها ، ومسلم بشرح النووى ، ج ٩ ص ٤٥٥ وما بعدها . واللفظ الذى أوردناه هو لفظ مسلم . وعند البخارى « . . . فبايعه على الإسلام » وكذلك هو فى الموطأ ، وقد قال الحافظ ابن حجر إنه لم يقف على اسم الأعرابى ، ونقل عن الزمخشرى أنه قيس ابن حازم ، واستشكل بأنه تابعى كبير مشهور ، وقال لعله قيس ابن حازم آخر (انظر ص ٩٧ من فتح البارى ج ٤) .

النوى نقلا عن القاضي عياض^(٨٧) أن الأعرابي كان يطلب من رسول الله ﷺ إقالته من الإسلام^(٨٨) فهي حالة ردة ظاهرة ، ومع ذلك لم يعاقب رسول الله ﷺ الرجل ولا أمر بعقابه ، بل ترك يخرج من المدينة دون أن يعرض له أحد .

والأمر الثالث : مارواه البخارى عن أنس رضى الله عنه قال : « كان رجل نصرانياً فأسلم ، وقرأ البقرة وآل عمران . فكان يكتب للنبي ﷺ . فعاد نصرانياً . فكان يقول ما يدري محمد إلا ما كتبت له . فأماته الله فدفنوه ، فأصبح وقد لفظته الأرض . . . » الحديث^(٨٩) ففي هذا الحديث أن الرجل تنصّر بعد أن أسلم وتعلّم سورتي البقرة وآل عمران ومع ذلك فلم يعاقبه النبي ﷺ على رده .

والأمر الرابع : هو ما وردت حكايته في القرآن لكريم عن اليهود الذين كانوا يترددون بين الإسلام والكفر ليفتنوا المؤمنين عن دينهم ويردوهم عن الإسلام ، قال تعالى : (وقالت طائفة من أهل الكتاب آمنوا بالذى أنزل على الذين آمنوا وجه النهار واكفروا آخره لعلهم يرجعون) آل عمران : ٧٢ . وقد كانت هذه الردة الجماعية في المدينة ، والدولة الإسلامية قائمة ، ورسول الله ﷺ حاكمها ، ومع ذلك لم يعاقب هؤلاء المرتدين الذين يرمون - بنص القرآن الكريم - إلى فتنة المؤمنين في دينهم وصددهم عنه^(٩٠) .

وليس من اليسير علينا أن نسلم مع وجود هذه الوقائع المتعددة للردة ، ومع عدم عقاب الرسول ﷺ للمرتدين في أى منها ، بأن عقوبة المرتد هي القتل حداً . إذ من خصائص الحدود - كما قدمنا - وجوب تطبيقها كلما ثبت ارتكاب الجريمة الموجبة لها .

وإذ كان حديث الرسول ﷺ : « من بدل دينه فاقتلوه » حديثاً صحيحاً سنده ، فإننا نقول إن الرسول ﷺ إنما أراد بهذا الحديث - والله أعلم - أن يبيح لأتمته قتل المرتد تعزيراً . ويكون الشأن في هذه المسألة هو الشأن في الحديث الذى يميز قتل شارب الخمر في المرة الرابعة ، وهو الحديث الذى قدمنا الكلام عنه في بحثنا لجريمة شرب الخمر وعقوبتها .

ويؤيد ما ذهبنا إليه عدد من الآثار المروية ، والآراء الفقهية التى تذكر عقوبات أخرى للمرتدين

(٨٧) انظر ترجمته مختصرة في الفكر السامى في تاريخ الفقه الإسلامى ، للحجوى ج ٤ ص ٥٧ - ٥٨ .

(٨٨) فتح البارى ، وشرح النوى على مسلم ، كلاهما في الموضع السابق .

(٨٩) البخارى ، كتاب المناقب ، باب علامات النبوة في الإسلام ، ج ٤ ص ٢٤٦ (ط كتاب الشعب بالقاهرة) . وفي رواية

لمسلم أنه فرّ من المدينة إلى قومه النصارى .

(٩٠) انظر تفسير القرآن العظيم لابن كثير ، ج ١ ص ٣٧٣ (ط القاهرة بدون تاريخ) حيث ورد في تفسير هذه الآية مثل هذا

غير عقوبة القتل. فن هذه الآثار ما رواه عبد الرزاق بسنده عن أنس رضى الله عنه قال: «بعثني أبو موسى بفتح تستر إلى عمر رضى الله عنه، فسألني عمر - وكان ستة نفر من بني بكر بن وائل قد ارتدوا عن الإسلام ولحقوا بالمشركين - فقال: ما فعل النفر من بكر بن وائل؟ قال فأخذت في حديث آخر لأشغله عنهم. فقال: ما فعل النفر من بكر بن وائل؟ قلت: يا أمير المؤمنين قوم ارتدوا عن الإسلام ولحقوا بالمشركين، ما سبيلهم إلا القتل؟ فقال عمر: لأن أكون أخذتهم سلماً أحب إلي مما طلعت عليه الشمس من صفراء أو بيضاء. قال: قلت: يا أمير المؤمنين وما كنت صانعاً بهم لو أخذتهم؟ قال: كنت عارضاً عليهم الباب الذى خرجوا منه أن يدخلوا فيه. فإن فعلوا ذلك قبلت منهم، وإلا استودعتهم السجن» (٩١).

ومن الآثار المروية عن عمر بن عبد العزيز «أن قوماً أسلموا، ثم لم يمكثوا إلا قليلاً حتى ارتدوا، فكتب فيهم ميمون بن مهران إلى عمر بن عبد العزيز» فكتب إليه عمر: «أن ردّ عليهم الجزية ودعهم» (٩٢).

وكتب بعض عمال عمر بن عبد العزيز إليه يسأله في رجل أسلم ثم ارتد، فكتب إليه عمر بن عبد العزيز: «أن سلّه عن شرائع الإسلام، فإن كان قد عرفها فاعرض عليه الإسلام، فإن أبى فاضرب عنقه، وإن كان لم يعرفها فعلّظ الجزية، ودعه» (٩٣).

ومن آراء التابعين رأى إبراهيم النخعي في المرتد أنه يستتاب أبداً. وقد رواه عنه سفيان الثوري وقال: «هذا الذى نأخذ به» (٩٤).

وفي معرض رده على قول من ذهب إلى قتل المرتد وإن أعلن توبته يقرر الباجي - من أعلام المالكية - أن الردة «معصية لم يتعلق بها حد ولا حق لمخلوق كسائر المعاصي» (٩٥) وكل معصية ليس فيها حد ولا حق لمخلوق فهي مما يجيز العقوبة تعزيراً بلا خلاف.

وإذا لم يكن في حديث رسول الله ﷺ أن المرتدين يجسسون - كما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه - ولا أن يفرّق بين من عرف شرائع الإسلام ومن لم يعرفها - كما ذهب إليه عمر بن عبد العزيز - ولا أن يعودوا إلى دفع الجزية ويتركوا على دينهم الذى ارتدوا إليه - كما أمر به عمر بن عبد

(٩١) عبد الرزاق الصنعاني، المصنّف، ج ١٠ ص ١٦٥ - ١٦٦. وقد رواه ابن حزم بسند آخر وصححه، انظر المحلى ج ١١ ص ١٩١، ١٩٣.

(٩٢) المصنّف، ج ١٠ ص ١٧١.

(٩٣) المرجع السابق.

(٩٤) المصنّف، ج ١٠ ص ١٦٦.

(٩٥) الباجي، المتقى شرح الموطأ، ج ٥ ص ٢٨٢. (ط القاهرة ١٣٣٢ هـ).

العزير أيضاً - فإننا نقول إن ذلك لا يكون إلا وقد فهم أصحاب هذه الآراء المتقدمة أن العقوبة الواردة في الحديث النبوي الشريف إنما هي عقوبة تعزيرية وليست عقوبة حد .
وحاصل ما تقدم أن عقوبة الردة عقوبة تعزيرية مفوضة إلى السلطة المختصة في الدولة الإسلامية ،
تقرر بشأنها ما تراه ملائماً من أنواع العقاب ومقاديره . ويجوز أن تكون العقوبة التي تقررها الدولة الإسلامية للردة هي الإعدام . وبذلك نجمع بين الآثار الواردة عن الصحابة والتي ثبت في بعضها حكم بعضهم بقتل المرتد ، وفي بعضها الآخر عدم قتله . وعلى ذلك أيضاً نحمل رأى إبراهيم النخعي وسفيان الثوري في أن المرتد يستتاب أبداً ولا يقتل (٩٦) .

وعلى الرغم من مخالفة ما انتهينا إليه لما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، فإن ما قدمناه من أدلة يشهد - في نظرنا - له . فإن يكن صواباً فالحمد لله ، وإن يكن خطأ فئني وأستغفر الله (٩٧) .

٧٠ - الردة في مشروعى تعديل قانون العقوبات المصرى :

ورد في مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى الذى قدمه إلى مجلس الشعب فى مصر المرحوم الدكتور إسماعيل معنوق نص واحد يتعلق بجريمة الردة . وذلك هو نص المادة ١٦٠ من المشروع والذى يقضى بأن « يعاقب بالإعدام شتقاً من يرتد عن دين الإسلام بعد أن يستتاب ثلاثة أيام ، والمرتدة تستتاب فإن تابت وإلا تفتى حتى تتوب » .

وفى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع بين صاحبه أن المقصود بالإعدام هنا هو تطبيق عقوبة الحد التى قررها الفقهاء لجريمة الردة ، فقالت المذكرة الإيضاحية « والمرتد إن كان رجلاً يقتل باتفاق الفقهاء ، وكل ما ورد من النصوص بأحكام الردة يتجه إلى أن الحد قتل المرتد » (٩٨) . وفى حكم المرتدة تقرر المذكرة الإيضاحية « أما المرتدة فبعض الفقهاء قرر أنها تقتل والبعض الآخر قال إنها تستتاب ، فإن لم تتب حبست . وقد درأ المشروع هذا الحد عن المرأة بتلك الشبهة » (٩٩) .

ونلاحظ على نص هذا المشروع ومذكرته الإيضاحية أن النص قد جمع بين آراء أكثر من مذهب فقهى ، فإن المصدر الأساسى للنص هو مذهب الإمام أبى حنيفة ، إذ هو الذى يفرق بين المرتد

(٩٦) انظر فى الآراء المختلفة الروية عن الصحابة والتابعين : المحلى لابن حزم ، ج ١١ ص ١٨٩ وما بعدها ، والمصنف لعبد الرازق الصنعانى ، ج ١٠ ص ١٦٤ وما بعدها .

(٩٧) من المأثور عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه كان إذا سئل عن أمر ليس فيه نص قال : « أقول فيه برأى » ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فئني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريتان .

(٩٨) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون ، ص ٧ .

(٩٩) المصدر نفسه .

والمرتدة . أما مدة الإستتابة فإن الأحناف يرون أنها ثلاثة أيام^(١٠٠) ، وقد رويت الاستتابة شهراً عن بعض المالكية^(١٠١) . وأما المذكرة الإيضاحية فقد قررت أن اختلاف الفقهاء شبيهة يدرأ بها الحد عن المرتدة . والصحيح أن الشبهة ليست هي اختلاف الفقهاء ، وإنما الشبهة في تعارض أدلة النهى عن قتل النساء وأدلة إباحة قتل المرتد . فخص الحنفية من عموم الأدلة الأخيرة ما أخرجته الأولى . ومن المقرر في الفقه الجنائي الإسلامى أن إختلاف آراء الفقهاء لا يعد - بذاته - شبهة دارئة للعقوبة . وقد أورد مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فى الباب السابع المعنون « الأحكام الخاصة بحد الردة » عقوبة المرتد فنصت المادة الرابعة من الباب السابع المشار إليه على أن « يعاقب المرتد عن دين الإسلام - ذكراً كان أم أنثى - بالإعدام إذا كان لا يرجى استتابته أو أمهل لمدة لا تزيد على ستين يوماً » . وعرفت المادة الأولى المرتد بأنه « المسلم الراجع عن دين الإسلام سواء دخل فى غيره أم لا » وحددت المادة الثانية الأفعال التى تقع بها جريمة الردة فنصت على أن « تقع جريمة الردة :

- ١ - بقول صريح أو بفعل قاطع الدلالة فى الرجوع عن الإسلام .
 - ٢ - بإنكار ما علم من الدين بالضرورة .
 - ٣ - بالهزاء قولاً أو فعلاً بنبي أو رسول أو ملك أو بالقرآن الكريم .
- كما قررت المادة الثالثة :

- ١ - تتحقق توبة المرتد بالعدول عما كفر به .
- ٢ - ولا تقبل توبة من تكررت رده أكثر من مرتين .

ويلاحظ أن هذا المشروع الذى أعدته لجنة الأزهر لم يأخذ برأى الأحناف فى التفرقة بين ردة المرأة وردة الرجل ، على نحو ما صنع المشروع الآخر . كما أنه كان أكثر اهتماماً بالتفصيلات حيث حدد ما تكون به الردة من الأقوال والأفعال ، ووضع أحكاماً للتوبة ، كما اهتم فى المادة الخامسة منه بتحديد الآثار المدنية للردة من حيث بطلان التصرفات أو صحتها ، وميراث المرتد فى أمواله التى اكتسبها قبل الردة فبرثها ورثته المسلمون ، وأيلولة أمواله التى كسبها فى أثناء رده إلى بيت المال (اقرأ : الخزانة العامة) .

(١٠٠) الحصكى ، شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٧٩ .

(١٠١) نقل ذلك ابن حزم فى المحلى ، ج ١١ ص ١٩١ ، أما كتب المالكية ففيها أنه يستتاب ثلاثة أيام أو يستتاب فى الحال .

وانظر: الباجي ، المتقى شرح الموطأ ، ج ٥ ص ٢٨٢ .

ولعل أهم ما أثارته المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون هو نصها على اعتبار معتنق الشيوعية مرتدًا عن الإسلام. مستندة في ذلك إلى عبارة لشيخ الأزهر الشيخ عبد الحلیم محمود يقول فيها: «والفتاوى كلها تتساند وتتكاتف في إجماع لا يتزعزع وفي قوة لا تقهر: بأن الشيوعية كفر، وأن الذين يدينون بها ليس لهم في الإيمان من نصيب» وإلى فتوى أصدرتها لجنة الفتوى بالأزهر في ١٢ من ربيع الثاني سنة ١٣٨٥ هـ الموافق ١٩٦٥/٨/٩ م قالت فيها: «إن الشيوعية مذهب مادي لا يؤمن بالله، وينكر الأديان ويعتبرها خرافة. فالشيوعي الذي عرف بشيوعيته - ولا يزال مصرًا عليها يعتبر في حكم الإسلام مرتدًا» (١٠٢).

وقد ذهب أيضاً إلى تقرير اعتبار الشيوعي مرتدًا عن الإسلام بمجرد اعتناقه الشيوعية بعض الباحثين المعاصرين مستنداً إلى فتوى لجنة الفتوى بالأزهر المشار إليها (١٠٣). ولا شك عندنا في أن معتنق الشيوعية كمذهب متكامل يعتبر مرتدًا عن الإسلام، وتثبت له أحكام المرتد. غير أن لنا على مسلك مشروع قانون الأزهر ملاحظتين:

الأولى: أن النص على اعتبار الشيوعية ردة كان يجب أن يأتي في صلب نصوص مشروع القانون. فكانه الصحيح هو نص المادة الثانية التي تحدد ما تقع به جريمة الردة. إذ من المقرر (١٠٤) أن ما يرد في المذكرات الإيضاحية للقوانين لا ينشئ أحكاماً سككت عنها القانون ذاته. وإنما قصاره أن يوضح غامض القانون، ويفسر مشكله. وليس اعتبار اعتناق الشيوعية ردة من هذا الباب وإنما هو حكم جديد مستقل عما أثبتته القانون فكان يجب أن يرد في صلب نصوص القانون ذاته.

والثانية: أن المشكلة التي كان يجب أن يواجهها واضعو المشروع هي المشكلة العملية القائمة حالياً في مصر وغيرها من البلاد العربية. فكثيرون هم أولئك الذين يعلنون اعتناقهم للمبادئ الإقتصادية وللأفكار التي تحمل عنوان العدالة الاجتماعية، مما فجر الكلام فيه أنصار المذهب الشيوعي ويدعون إلى تطبيق هذه المبادئ والأفكار على النحو الذي يدعو إليه الشيوعيون وهم في الوقت ذاته يظهرون الإسلام ويؤدون فرائضه فيصلون ويحجون... إلخ. فما حكم هؤلاء في منطلق مشروع القانون.

(١٠٢) ص ٤٦ - ٤٧ من المذكرة الإيضاحية، لمشروع الأزهر لتطبيق الحدود الشرعية.

(١٠٣) الدكتور نعيان السامرائي، أحكام المرتد، ص ٨٣ وما بعدها.

(١٠٤) انظر:

وهل نحكم عليهم بالردة لاتفاق آرائهم في بعض المواضع مع آراء الشيوعيين ، أو بالإسلام لإعلانهم
الإيمان به ؟

إن كون الأحكام الإسلامية تنبئ على الظاهر من أحوال الناس وأقوالهم وأفعالهم . والتحذيرات
الواردة في السنة الصحيحة من أن يكفر المسلم أخاه المسلم بلا بينة . ووجوب حمل تصرفات الناس
وأقوالهم على أحسن محاملها ومعانيها ، كل ذلك يدعونا إلى القول بوجوب التفرقة بين من يعتنق
الشيوعية في نظرتها المتكاملة التي تنكر الأديان وتحاربها ، وهذا يعدّ - إن كان مسلماً - مرتدّاً عن
الإسلام بإعلانه اعتناق الشيوعية . وبين من يؤيد بعض آراء الشيوعيين في الحياة الإقتصادية وسياستها
وتخطيطها . وفي شأن مثل هذا الشخص يجب التوقف حتى يتبين لنا ما إذا كان يجوز الحكم برده -
لسبب أو آخر - أو بإسلامه لظاهر إعلانه الإسلام والتزامه أحكامه .

الفصل الثاني

جرائم الحدود المتفق عليها

- ١ - السرقة
- ٢ - الخوابة
- ٣ - القذف
- ٤ - الزنى

السرقه

٧١ - تعريف وتمهيد :

يعرف الفقهاء السرقه بأنها «أخذ مال الغير خفية بنية تملكه». ويكاد هذا التعريف - من ناحية - أن يكون موضع اتفاق تام بين الفقهاء^(١). وهو - من ناحية أخرى - يتطابق وتعريف السرقه في النظم الجنائية الحديثة ، حيث تعرف السرقه في القانون المصرى - مثلاً - بأنها «اختلاس مال منقول مملوك للغير»^(٢) ، بما يشير إليه لفظ «الاختلاس» في اللغة القانونية من كون الأخذ خفية ، أو بغير رضاه صاحب المال . وتعرف السرقه في القانون الجنائى الإنجليزى بقريب من هذا التعريف^(٣).

ومعنى الأخذ خفية أن يتم في غيبة المجنى عليه ، أو دون علمه ، وبغير رضاه . كأن يسرق زيد متاع بكر من داره في أثناء نومه أو غيابه عن داره . فإذا كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكنه رضى به فلا جريمة في الأمر ، وإذا كان الأخذ في حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لا سرقه والاختلاس مختلف في عقوبته بين الفقهاء ، فمن قائل عقوبته قطع اليد كالسرقه ومن قائل عقوبته تعزير يترك تقديره للسلطة المختصة في الدولة .

ويشترط لكي يعتبر الفعل سرقه أن يكون الأخذ تاماً ، ولا يعد الأخذ تاماً إلا إذا توافرت ثلاثة شروط : أولها : أن يخرج السارق المال المسروق من حرزه المعد لحفظه ، ثانيها : أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ، وثالثها : أن يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق . فإذا تحلّف واحد من هذه الشروط لا يعد الفعل سرقه تامة ، وإنما مجرد شروع فيها والعقوبة فيه التعزير .

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج٧ ص ٦٥ ، وابن قدامة ، المغنى ، ج٩ ص ١٠٤ ، والروض الضمير في فقه الزيدية للسياغى ، ج٤ ص ٥١١ . وهذه الكتب على الرغم من تمذهب مؤلفيها تعتبر من كتب الفقه المقارن .
(٢) الأستاذ الدكتور على راشد ، القانون الجنائى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .
(٣) عرف قانون السرقه الصادر في سنة ١٩٦٨ The Theft Act, 1968 السرقه على النحو التالى :

A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it.

See Section 1 (1) and (2) of the Act. For details see:

Harris, Criminal Law (22 nd Ed. 1973) P. 498; and Cross & Jones, Introduction, 1976, p. 191.

فإن دخل بيتاً ليسرق ما فيه فضبط قبل أن تصل يده إلى المتاع الذى نوى سرقة ، أو ضبط وهو يقوم بجمعه ، فلا يعتبر فعله هذا سرقة لأنه لم يخرج الشيء المراد من حرزه ، أو لم يخرج من حيازة المخني عليه ، ومن ثم يعتبر مثل هذا الفعل شروعاً فى ارتكاب السرقة عقوبته التعزير^(٤) .

هذا عند جمهور الفقهاء . أما الظاهرية فيرون وجوب توقيع العقوبة تامة (قطع اليد) فى كل شروع فى السرقة وذلك لسببين : أولها أنهم يرون مجرد البدء فى الفعل المكون للجريمة السرقة كافياً لأن يعد الفاعل سارقاً . وثانيهما أنهم لا يرون اشتراط الحرز فى السرقة . كما سنبين فيما يلى^(٥) .

أما كون المأخوذ مالا فقد قال به الفقهاء إذ كان الرقيق (نساء ورجالا) محلاً للسرقة ، أما الآن بعد أن بطل الرق فقد أصبح محل السرقة هو المال فحسب . إلا أن الظاهرية وبعض المالكية يرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة ، ولو كان حرّاً ، وعلى آخذه عقوبة القطع كالسارق لأى مال . ويتفق مع هؤلاء بعض فقهاء الشيعة الزيدية فيجعلون الصبي غير المميز محلاً للسرقة ويقطعون سارقه^(٦) .

ويجب أن يكون المال المسروق منقولاً ، وهو كل ما يقبل النقل إما بطبيعته وإما بفعل الجانى ، وذلك لأن السرقة يشترط فيها إخراج المسروق من حرزه ونقل حيازته من المخني عليه إلى السارق وهذا لا يكون إلا فى المنقول . والمال المنقول الذى تقع عليه السرقة هو المتقوم ، ويجب أن يكون متقوماً بصفة مطلقة ، فلا قطع فى سرقة الخمر والخنزير لأن قيمتهما نسبية عند غير المسلم فقط ، أما المسلم فهما غير متقومين عنده . ويستوى أن يكون مالك المال المسروق مسلماً أو غير مسلم ، ويستوى كذلك أن يكون السارق مسلماً أو غير مسلم . إذ العبرة هنا بتقوم المال أو عدم تقومه .

والمال المتقوم ، والمال المحترم ، والمال الذى له قيمة ، كل هذه التعبيرات تأتى فى كلام الفقهاء بمعنى واحد . والمراد منها جميعاً أن السرقة يجب أن ترد على شىء يجعل الناس له قيمة فى معاملاتهم ولا يتساحون فيه عادة ، فإن كان المال المسروق تافهاً أو مما يتسامح فيه الناس عادة كالماء والحطب وأمثالها فلا قطع فى أخذه . وذلك كله فيما لا يبلغ نصاباً أما ما بلغ نصاباً فالسرقة به تتم وتستحق عليها العقوبة .

وبين الفقهاء خاصة أصحاب أبى حنيفة وأصحاب مالك رضى الله عنهما ، خلاف كبير فى أنواع الأموال ومدى تقومها ومن ثم وجوب القطع فيها أو عدمه . على أنه يكفيننا هنا أن نعرف أن المال

(٤) الزرقانى فى شرحه على مختصر خليل ، ج ٨ ص ٩٨ ، والمدونة الكبرى ج ١٦ ص ٧٢ ، والمعنى لابن قدامة ، ج ١٠

ص ٢٤٩ .

(٥) المحلى لابن حزم الظاهرى ، ج ١١ ص ٣١٩ ، ٣٣٧ .

(٦) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، ج ٢ ص ٥٤٣ ، وشرح الزرقانى ، ج ٨ ص ٩٤ .

يجب أن يكون متقوماً باتفاق الجميع «وما ليس بمتقوم فلا قطع فيه» (٧).
ويشترط بعد ذلك - عند جماهير الفقهاء - أن يكون المال المسروق محرراً ، وأن يبلغ نصاباً
وسوف نعرض هذين الشرطين وخلاف الفقهاء فيها قريباً .
أما نية التملك أو «القصد الجنائي» فتتوفر كلما كان الجاني قد أخذ الشيء وهو عالم أن أخذه محرم ،
قاصداً أن يتملكه لنفسه دون علم المجني عليه ودون رضاه . فمن أخذ شيئاً معتقداً أنه مباح أو متروك
فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائي عنده . ومن أخذ شيئاً بغير قصد تملكه ، كأن أخذه ليطلع
عليه ويفحصه ، أو لاستعماله ثم إعادته ، أو أخذه على سبيل الدعابة ، أو معتقداً أن مالك الشيء
موافق على أخذه ، كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقاً لانعدام نية التملك المحرم أو «القصد الجنائي»
عنده .

ومن استولى على مال مملوك له كان في حيازة غيره ، لا يعد سارقاً لأن النية المعتبرة هنا هي نية
إدخال ملك الغير في ملك السارق وحيازته ، أما المملوك له فلا يتصور توافر هذه النية في شأنه .
ومن أخذ شيئاً متنازعاً على ملكيته لا يعاقب على السرقة إذا ثبتت له الملكية بعد ذلك ، فإذا
لم يثبت أنه مالك الشيء حقاً ، فالعبرة «بجدية النزاع» فحينما كان النزاع جدياً ، وكان الجاني معتقداً
أنه يأخذ ما يملك فعلاً لم يعاقب على السرقة . وينبغي التنبيه هنا إلى أن ما ذهب إليه بعض المتأخرين
من الفقهاء من أن مجرد دعوى الملكية شبهة ترفع العقاب ، كلام لا أساس له من شريعة الإسلام ومن
ثم فلا يعول عليه (٨) .

٧٢ - عقوبة السرقة .:

فإذا بلغت السرقة التامة ، التي تتوفر فيها الشروط السابقة ، القاضي كان عليه بعد ثبوتها لديه أن
يحكم بما أمر الله به في السارق والسارقة ، حيث قال تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء
بما كسبا نكالاً من الله» المائدة - ٣٨ .
ومن قضاء رسول الله ﷺ في السرقات ، علمنا أنه لا تجوز الشفاعة في الحدود ولا العفو عنها .

(٧) ابن قدامة ، المغني ، ج ١٠ ص ٢٤٥ وما بعدها ، وعبد القادر عودة ، ج ٢ ص ٥٥٤ وما بعدها .

(٨) انظر البحث الذي كتبه العلامة محمد الحجوي في كتابه القيم : الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ، ج ٢ ص ١٤٤

حيث يقول «فأمثال هذه الفتاوى مستشع في الدين ، معاب بلا شك» . وفي تحديد القصد الجنائي على النحو الذي قدمناه في المتن .
تكاد النظرة الإسلامية أن تكون متطابقة تماماً مع ما قرره The Theft Act, 1968 في إنجلترا من حالات وجود وانعدام القصد

الجنائي ، انظر في تفصيل ذلك : Cross and Jones, op. cit. 208-209

فقد روى البخارى ومسلم أن «قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت ، فقالوا : من يكلم فيها رسول الله ﷺ ؟ فقالوا : ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد ، حب رسول الله ﷺ ، فكلمه أسامة . فقال رسول الله ﷺ «أتشفع في حد من حدود الله ؟» ثم قام فاختطب ، ثم قال : «إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد . وإيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» (٩) .

وفي رواية لمسلم «كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحد ، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة فكلموه ، فكلم رسول الله ﷺ فيها . . . ثم ذكر الحديث بنحو ما تقدم . وقد ذكر في هذا الحديث جحد العارية وصفاً للمرأة لا سبباً لقطع يدها» (١٠) .

ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يحكم بغير العقوبة المقررة للسرقة أيًا كان شخص السارق أو المجنى عليه متى كانت الجريمة مما يجب فيه القطع طبقاً للشريعة الإسلامية .

أما السرقة التي اختل فيها ركن أو شرط من الأركان أو الشروط السابقة والتي يعاقب عليها بالتعزير فللقاضي فيها سلطة تقديرية يقرر في حدودها العقاب : نوعه وكيفية توقيعه ، وذلك ما لم تصدر السلطة المختصة في الدولة تشريعاً يعالج الجرائم التعزيرية . أما إذا أصدرت الدولة مثل هذا التشريع ، فسلطة القاضي تقتصر على تطبيقه .

والحديث المتقدم من أصول قواعد العقاب في الشريعة الإسلامية ، وما يقرره من أحكام في شأن عقوبة السرقة ينطبق على عقوبات الحدود كلها ، فلا يدخلها عفو ولا زيادة ولا نقصان . وعلى العكس من ذلك عقوبات القصاص والتعازير ، فالأولى يدخلها العفو ، والثانية تقبل مع العفو التغير من شخص إلى شخص حسب ظرف الجاني وماضيه أو ظروف المجنى عليه ، وظروف ارتكاب الجريمة ذاتها (١١) .

وما قدمناه حول السرقة من تعريفها وشروطها وعقوبتها يكاد أن يكون متفقاً عليه بين فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة ، وما وقع حوله خلاف - منه - فليس للخلاف فيه من الأهمية ما يجعلنا نعى بدراسته والوقوف عنده . غير أن بعض مواضع الخلاف الفقهي تحتاج إلى بيان . وهذه هي التي سوف نعرض لها في الفقرات التالية : وهي الخلافات حول الحرز ، وحول النصاب . وحول مكان

(٩) انظر : اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، محمد فؤاد عبد الباقي ، ج ٢ ص ١٨٥ - ١٨٦ .

(١٠) انظر : مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٣٠٢ (بتحقيق المحدث ، الشيخ محمد ناصر الدين الألباني) وفي كون جحد المتاع لم

يكن سبب قطع يدها ، انظر : الزيلعي ، نصب الراية ، ج ٣ ص ٣٦٥ - ٣٦٦ .

(١١) انظر ما يأتي في البابين الثالث والرابع من هذه الدراسة .

قطع يد السارق وتكراره بتكرار السرقة ، وحول سرقة الممال العام . والرأى الذى نختاره فى كل من هذه الأمور يترتب عليه موقف معين فى تطبيق عقوبات الحدود فى هذا العصر ، هو الذى ندعو إليه وندافع عنه . وسوف نعى بيان ما قررتة محاولات تقنين عقوبات الحدود سواء فى مصر أو فى غيرها من الدول ، وموقفنا بما أوردته هذه المحاولات من نصوص .

٧٣ - اشتراط كون الممال المسروق محرزاً :

الأصل فى الأموال المنقولة أن تكون محرزة عادة فى الأماكن المخصصة لذلك فى كل مال حسب نوعه . ومكان حفظ الممال هو الذى يعرف فى اصطلاح الفقهاء « بالحرز » ويقولون « حرز مثله » أى الحرز الذى يحفظ فيه هذا الممال المعين ، وأمثاله ، عادة .

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة وفقهاء الزيدية على اشتراط كون الممال محرزاً عند سرقته لكى تعتبر السرقة جريمة تامة يعاقب عليها بالحد المقرر فى القرآن الكريم أى بقطع يد السارق . وخالف فى هذا الرأى فقهاء الظاهريين ، وعلى رأسهم الإمام ابن حزم الظاهرى حيث نفوا اشتراط الحرز وذهبوا إلى أنه لم يدل عليه أى حديث صحيح .

أما حجة الأولين فقول رسول الله ﷺ « لا قطع فى ثمر ولا كثر »^(١٢) وقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن الثمر المعلق فقال « . . . من سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلع ثمن الجن فعليه القطع »^(١٣) . ولم تصح هذه الأحاديث بالطرق التى وصلت بها ابن حزم ، عنده ، ومن ثم فقد أنكر وجوب كون الممال المسروق محرزاً^(١٤) .

فالخلاف فى حقيقته يدور حول صحة الأحاديث الواردة فى المسألة أو عدم صحتها . وقد تبين مما تقدم أن الأحاديث التى أشرنا إليها صحيحة ، فقد روى مالك فى موطنه أولها ، وكل الذى فى الموطأ من حديث رسول الله صحيح^(١٥) . وروى أبو داود والنسائى الثانى منها بسند حسن - والحسن من أقسام الحديث الصحيح الذى يحتج به فى الأحكام - ومن ثم فإن الصحيح هو اشتراط الحرز فى

(١٢) رواه مالك فى الموطأ ، ص ٥٢٤ ، ورواه أبو داود فى سننه ، ج ٤ ص ١٩٣ ، وابن ماجه فى سننه ، ج ٢ ص ٨٦٥ ، وهو مرسل عند مالك وأبى داود ، موصول عند ابن ماجه . وهو حديث صحيح .

(١٣) رواه أبو داود ، ج ٤ ص ١٩٤ ، وابن ماجه ج ٢ ص ٨٦٥ - ٨٦٦ بلفظ مختلف وسنده حسن كما قال المحدث الألبانى فى تعليقه على مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٢٩٨ .

(١٤) المحلى ، ج ١١ ص ٣١٩ - ٣٢٧ .

(١٥) اللهم إلا أربعة أحاديث ، قال فيها ابن عبد البر إنها لم توجد موصولة بوجه من الوجوه (!) انظر مقدمة المرحوم محمد فؤاد عبد الباقي لطبعته من الموطأ .

المال المسروق . . أى أن يكون المال المسروق موجوداً وقت الإستيلاء عليه في حزره أو كما يعبر الفقهاء في « حرز مثله » .

ولابد أن نبين هنا أن ما يعتبر حرزاً وما لا يعتبر ، يختلف تحديده باختلاف العرف في الزمان والمكان ، ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء حول السرقة من بيت المال ، والسرقة من الخانات العامة ، والاختلاس وهو أخذ المال مجاهرة دون مغالبة - كما في الاحتيال والخطف - والسرقة من المساجد وغير هذه الصور . . والصحيح في كل هذه الصورة وأمثالها أن يقضى فيها تبعاً لعرف الناس في الزمان والمكان الذى ترتكب فيه السرقة . ويسترشد في هذا بأقوال الفقهاء ، لا على أنها هي القانون الواجب الاتباع ، وإنما على أنها قواعد تعين على تحديد المراد من النصوص الشرعية في مواضعها . ومن جهة أخرى فإن كل سرقة لا يوقع فيها الحد بسبب تخلف شرط من شروطه ، يعاقب عليها تعزيراً وبذلك لا يفلت سارق من العقاب ، ولا يتوسع في تطبيق الحدود التي احتاط الشارع في إثباتها أعظم الاحتياط .

وقد أخذ بوجود كون المال المسروق محرزاً عند سرقته قانون تطبيق حدى السرقة والحراية في ليبيا (القانون الصادر في ١١/١٠/١٩٧٢) فنص في مادته الأولى على أن يكون المال المسروق « منقولاً ، متمولاً ، محترماً ، مملوكاً للغير ، في حرز مثل . . . » .

وكذلك أخذ بنظرية الحرز المشروع الذى قدمه المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق لتعديل قانون العقوبات المصرى . وقد جاء النص على ذلك في المادة ٣١١ . « يعاقب من سرق مالا مملوكاً لغيره في حرز مثله . . . » .

ونصت المادة الأولى من مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر على إشتراط أن يكون المال المسروق مأخوذاً « من حرز مثله » .

ومن تطبيقات نظرية الحرز أيضاً ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون السرقة والحراية في ليبيا من عدم تطبيق حد السرقة إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة في أثناء العمل فيها أو أى مكان آخر مأذون للجاني في دخوله ولم يكن المسروق محرزاً (ف ١) وإذا حصلت السرقة بين الزوجين أو الأصول والفروع (ف ٢) ^(١٦) وإذا كان المسروق ثماراً على الشجر أو ما يشابهها كالنبات المحصود (ف ٥) وإذا كان الجاني شريكاً في الملك أو مستحقاً في وقف (ف ٩) .

(١٦) نصت هذه الفقرة على عدم تطبيق حد السرقة إذا وقعت الجريمة بين المحارم ، وهذا ليس من تطبيقات نظرية الحرز ، وإنما علة هذا النص الحفاظ على العلاقات الأسرية ، وإن كان حكمه محل نظر . وقد ورد مثل هذا الحكم في مشروع قانون الحدود الشرعية م/٣ ف ٢ . وبنفس الألفاظ التي استعملها المشرع الليبي .

وقد أورد مشروع قانون الأزهر تطبيقات مماثلة لنظرية الحرز في مادته الثالثة في الفقرات (١) و (٢) و (٥). وجاء المشروع خالياً من الحكم المشار إليه في الفقرة (٩) من المادة الثالثة في القانون الليبي.

٧٤ - نصاب السرقة :

بيننا من قبل أن المال الذى تجب بسرقة عقوبة قطع اليد لا بد أن يبلغ نصاباً أى حدّاً معيناً فإذا نقصت قيمة المال عن هذا الحد لم يكن هناك قطع ، ووجب التعزير . وذلك ثابت بنص حديث رسول الله ﷺ فيمن سرق ما لم يبلغ نصاباً « عليه غرامة مثليه وجلدات نكال » . وفى رواية « عليه غرامة مثليه والعقوبة »^(١٧) . وليست العقوبة هنا حدّاً لأن الحديث ذاته يقرر أن عقوبة الحد تجب على من بلغت قيمة ما سرقه نصاباً .

وقد اختلف الفقهاء حول قيمة الشيء المسروق التى إذا بلغها وجب القطع فى سرقة ، فذهب الأحناف إلى أن قيمة الشيء المسروق يجب أن تبلغ عشرة دراهم حتى يجوز توقيع عقوبة الحد (قطع اليد) على سارقه ، فإن لم يبلغ المال المسروق عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم فلا قطع عندهم وإنما يجب التعزير .

وحجة الأحناف فى هذا القول حديث يروى عن رسول الله ﷺ أنه قال « لا قطع إلا فى عشرة دراهم » . ويعتمدون من جهة ثانية على ما يسمونه « الإجماع » على القطع فى عشرة دراهم والخلاف فيما دونها ، والخلاف - فى قولهم - شبهة يجب بها درء الحد^(١٨) .

أما المالكية فيقولون إن القطع يجب فى كل مال تبلغ قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم (باعتبار الدينار اثنا عشر درهماً) وفى ذلك يقول الإمام مالك فى الموطأ : « أحب ما يجب فيه القطع إلى ، ثلاثة دراهم . وإن ارتفع الصرف أو اتضع . وذلك أن رسول الله ﷺ قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم ، وأن عثمان بن عفان قطع فى أترجة قومت بثلاث دراهم . وهذا أحب ما سمعت إلى فى ذلك »^(١٩) . ويجرى الإمام مالك قياساً طريفاً بين أقل المهر الذى يصح به الزواج وبين أقل نصاب القطع فى السرقة ، فيقول فى الموطأ أيضاً : « لا أرى أن تنكح المرأة بأقل من ربع دينار . وذلك أدنى

(١٧) انظر المراجع المذكورة فى هامش رقم (١٢) .

(١٨) انظر شرح معاني الآثار ، لأبى جعفر الطحاوى ، ج ٣ ص ١٦٢ وما بعدها ومن كتب الفقه الحنبلى انظر : الكاسانى ،

بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٧٧ ، والكمال بن الهمام ، فتح القدير ، ج ٤ ص ٢٢١ .

(١٩) الموطأ ، ص ٥٢٠ .

ما يجب فيه القطع» (٢٠).

ويتفق الشافعية والحنابلة مع الإمام مالك في رأيه في تحديد النصاب فيرون القطع واجباً كلما بلغت قيمة الشيء المسروق ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، على حين يتفق الزيدية مع الأحناف في جعل النصاب عشرة دراهم لا ثلاثة.

ويقف الظاهرية، ممثلين بالإمام ابن حزم، في الطرف الآخر مقررين أنه ليس هناك حد واحد لقيمة كل مسروق وإنما النصاب في الذهب (وهو نقود الناس آنئذ) ربع دينار، وفيها عدا النقود الذهبية (أو الذهب عموماً) فإن القطع يجب كلما بلغت قيمة المسروق قيمة الجهن. وسر ذلك أنه صح عند ابن حزم رحمه الله أن رسول الله قد قطع في مجن (٢٢) فجعل قيمة الجهن - أيًا كانت - هي الحد الذي يجب أن تبلغه قيمة الشيء المسروق حتى يجب فيه القطع.

فإذا نظرنا في هذه الآراء من حيث الرواية فإننا نلاحظ أن الحديث الذي يستدل به الأحناف ومن وافقهم حديث ضعيف. وأن الأحاديث التي ثبت فيها أن ثمن الجهن، الذي قطع فيه رسول الله ﷺ يد السارق، كان ربع دينار أو ثلاثة دراهم أحاديث ثابتة السند صحيحة الرواية (٢٣).

على أننا إذا نظرنا في هذه الأحاديث - واختلاف الفقهاء حولها - من ناحية أخرى وجدنا أنها تستهدف منع توقيع عقوبة الحد فيها إذا كانت قيمة الشيء المسروق لا تستأهل توقيعها. ولذلك تتفق جميع المذاهب على أنه لا قطع في الشيء التافه «الذي يتسامح فيه الناس عادة». فإذا أخذنا في الاعتبار تغير قيمة النقود من مكان إلى مكان، وفي المكان الواحد من وقت إلى آخر. تبين لنا أن قيمة «الشيء التافه» متغيرة يقرها العرف، والظروف الاقتصادية في كل مجتمع وقت ارتكاب الجريمة. ومن ثم فإن الأمثلة التي نجدتها في كتب الفقه للشيء التافه ليست أمثلة دائمة، ولا هي ملزمة للقاضي أو لولي الأمر بعد عصر الفقهاء الذين ذكروها. فقد بين الفقهاء ما وسعهم البيان ما لاءم

(٢٠) المصدر السابق، ص ٣٢٧.

(٢١) للشافعية أنظر الأم، ج ٦ ص ١٣٤، وللحنابلة، أبو يعلى الفراء - الأحكام السلطانية، ص ٢٥٠، وللزيدية انظر:

الروض النضير للسياغي، ج ٤ ص ٥١٤.

(٢٢) حديث القطع في مجن متفق على صحته، وانظر المحل ج ١١ ص ٣٥٣.

(٢٣) حقق القول في هذه الأحاديث، وعلى وجه الخصوص في ضعف حديث القطع في عشرة دراهم العلامة الشيخ

عبد الرحمن المعلمي اليماني، في كتابه التنكيل بما في تأنيب الكوثري من الأباطيل، ج ٢ ص ٩٣ - ١٤٣. ولا نعلم أحداً سبقه إلى

استيفاء القول في هذه المسألة على نحو ما صنع وانظر لحجج الأحناف: الطحاوي، المرجع السابق، والزيلعي، نصب الرأية، ج ٣

ص ٣٥٥ - ٣٥٩. وهو وإن صرح بأن حديث القطع في عشرة دراهم «معلول» إلا أنه حاول تقويته. وما قاله انتقده - بحق -

العلامة اليماني في الموضع السابق.

عصورهم من أحكام ، ويجب أن تدار الأحكام في هذا الخصوص على وفق ما يلائم الأوضاع المختلفة في الأزمنة والأمكنة المختلفة .

وفي هذا الصدد يقرر الإمام ابن قيم الجوزية أن حكمة تحديد ربع الدينار في قول الرسول ﷺ وفعله أنه هو الذي يكنى الرجل المقتصد قوته وأهله في يومه وليته وذلك ليس مما يتسامح فيه الناس^(٢٤) . فإذا صح هذا ، وقد كان بلا ريب صحيحاً ، فإن الحد الذي يجب عنده القطع قد يجوز إعادة النظر فيه من وقت إلى آخر حسب اختلاف قيمة النقود والظروف الاقتصادية . ومن جهة ثانية فقد حدد نصاب السرقة باعتبار قيمة النقود الذهبية التي كان يتم بها التعامل ، وقد أصبح التعامل الآن يتم بالنقود الورقية حيث يتعذر إلى حد كبير تحديد القيمة الذهبية لها تحديداً دائماً غير متغير . ولعل هذا المعنى هو الذي حدا بالإمام ابن حزم إلى تقدير النصاب بقيمة الجن ، وقيمتها - كقيمة كل شيء غيره - تتغير بتغير الظروف الاقتصادية زماناً ومكاناً .

وقد أخذ بمثل الرأي الذي نقول به قانون السرقة والحراة في ليبيا فقد حددت المادة الأولى منه ، في فقرتها الثالثة ، نصاب السرقة بعشرة دینارات ليبية . وهو مقدار يزيد عن مقدار النصاب الذي قال به الفقهاء سواء أكان ربع دينار (ثلاثة دراهم) أو عشرة دراهم . وهذا التحديد الذي ذهب إليه المشرع الليبي هو من اجتهاد واضع القانون . وهو - عندنا - اجتهاد في محله يتفق - والله أعلم - مع القصد من تحديد مقدار معين لا تقطع يد السارق ما لم يبلغه المال المسروق . ولعل في هذا الاجتهاد تحقياً لما ترمى إليه النصوص المقررة لنظرية النصاب ومقداره ، يتفق وظروف العصر الاقتصادية ، ويتفق وظروف المجتمع الذي وضع له هذا القانون^(٢٥) .

أما مشروع القانون الذي قدمه مجلس الشعب المصري المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق فقد جعلت المادة ٣١١ منه نصاب السرقة ما «يزيد على ما قيمته جرامان من الذهب الخالص» . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع - بعد أن ذكرت آراء الفقهاء في النصاب - إن المشروع ذهب إلى الرأي القائل بجعل النصاب عشرة دراهم «وقد قدر المشروع ثمن الدراهم العشرة بجرامين من الذهب» . ولم تبين المذكرة الإيضاحية مأخذ هذا التقدير من الناحية الاقتصادية أو المالية .

وقد كان مشروع لجنة الأزهر أكثر دقة في هذا الخصوص ، إذ قدرت المادة الأولى منه النصاب بنصها على أنه «يشترط في المال المسروق ألا تقل قيمته عن دينار إسلامي ووزنه ٤٥٧ و ٤ جراماً من

(٢٤) انظر : اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، ج ٢ ص ٦٤ .

(٢٥) لقد سبق لنا ابداء هذا الرأي في رسالتنا The Theory of Punishment التي قدمناها لجامعة لندن في يناير ١٩٧٢ قبل صدور القانون الليبي بنحو تسعة أشهر . وما قرره هذا القانون من باب التوافق في النظر إلى هذه المسألة ، إذ أن رسالتنا لم تطبع بعد ، ويبدو أن يكون واضعوا القانون قد اطلعوا عليها .

الذهب الخالص «وعملت المذكرة الإيضاحية للمشروع ذلك بقولها» وقد رأت اللجنة بعد أن إستبانت تعدد الدنانير واختلاف قيمتها ، أن تأخذ بالمعيار الذى وضعه مشروع البنك الإسلامى بالنسبة للدینار الإسلامى ووزنه ٤٥٧ و ٤ جراماً من الذهب الخالص ، وهى تساوى عشرة دراهم أخذاً بمذهب الأحناف» (٢٦).

ومن ذلك يتبين أن المشروعين معاً يتفقان على الأخذ بمذهب الأحناف فى تحديد نصاب السرقة بعشرة دراهم . ولكنها يختلفان فى قيمتها اليوم . فأحدهما يراها مساوية لقيمة جرامين فقط من الذهب الخالص ، والآخر يراها مساوية لقيمة ٤٥٧ و ٤ جراماً من الذهب الخالص .

وفى نظرنا أن أيّاً من المشروعين لم يقدم حلاً مناسباً لمشكلة النصاب . وأنه كان من الأوفق تحديد النصاب بمبلغ معيّن من الجنيهات المصرية تحريماً لعنصرى الوضوح واليقين اللذين يجب أن تصطبغ بهما الأحكام القانونية التى تطبق فى واقع الناس وتحكم أفعالهم . وربط النصاب بما قيمته مساوية لقيمة وزن معين من الذهب الخالص ، أو ما تزيد قيمته على وزن معين ، يعنى تغير النصاب بتغير قيمة الذهب - وهى متغيرة دائماً - ويجب على القاضى فى كل حالة - وفق نصوص هذين المشروعين - أن يتحقق أولاً بما إذا كان المسروق ، وقت السرقة ، مساوياً فى قيمته لقيمة الوزن المحدد من الذهب أم لا . وفى ذلك من الصعوبات العملية ما لا يخفى .

ومن ناحية أخرى فإن اعتماد المشروعين على وجهة نظر الأحناف - مع ضعف ما تستند إليه من دليل - فيه نظريّين . وقد كان الأولى أن يأخذ المشروعان بأحد أمرين : إما بتحديد النصاب الذى وردت به النصوص الصحيحة عن رسول الله ﷺ وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم . وإما بالعلة التى من أجلها شرع اشتراط النصاب وهى تجنب قطع اليد فى الشئ التافه - على ما استظهرناه - وعندئذ يحدد النصاب بالعملة التى يتداولها الناس تحديداً مناسباً لظروف العصر الإقتصادية وظروف البلد الذى يراد فيه تحديد هذا النصاب .

٧٥ - موضع قطع اليد ، وهل يتكرر القطع فى حالة العود؟

اختلف الفقهاء حول المكان الذى تقطع منه يد السارق ، فقال الشيعة الإمامية تقطع أصابعه الأربع فقط (٢٧) وذهب بقية الفقهاء أن السارق تقطع يده من مفصل الكف (٢٨) ، هذا عند القطع

(٢٦) ص ٣١ من مشروع القانون ومذكرته الإيضاحية .

(٢٧) الحل ، المختصر النافع فى فقه الإمامية . ص ٣٠٢ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٦٤ فى النجف الأشرف .

(٢٨) الشعرائى ، الميزان ج ٢ ص ١٤٢

للسرقة الأولى . أما السرقة ، أو السرقات التالية فقد اختلفت آراء الفقهاء حول العقوبة فيها . فقال أصحاب المذاهب الأربعة إن قدم السارق اليسرى يجب قطعها للسرقة الثانية ، ووقف الأحناف عند هذا الحد . فقالوا لا قطع فيما بعد ذلك من السرقات وإنما يعزر السارق بما يليق به (٢٩) وقال المالكية والشافعية والحنابلة إن اليد اليسرى تقطع في السرقة الثالثة ثم تقطع القدم اليمنى للسرقة الرابعة (٣٠) .

وحجة الأحناف أنه يجب أن تترك للسارق يد يأكل ويتطهر بها ، وقدم يمشى عليها . وحجة الآخرين أنه سارق يجب عليه القطع وقد قطع العضو الذى وجب فيه القطع أولاً بالسرقة الأولى فانتقل الوجوب إلى باقى الأعضاء .

وقد ذهب الظاهرية إلى أن آية السرقة فى القرآن الكريم لم توجب القطع إلا فى أيدى السارق ومن ثم فإن السارق إذا قطعت يده اليمنى وعاد بعد ذلك إلى السرقة فإن يده اليسرى تقطع للجريمة الثانية ويكون عقابه للجرائم التى قد يرتكبها بعد ذلك هو التعزير (٣١) .

ويتفق الزيدية من الشيعة مع الأحناف فى نظريتهم التى سبقت الإشارة إليها ، ويعتقد ذات الرأى كذلك الفقيه الحنبلى ابن قدامة المقدسى صاحب «المغنى» (٣٢) .

ويذهب عطاء تلميذ ابن عباس إلى أن يد السارق اليمنى تقطع عند السرقة الأولى فحسب . فإن عاد إلى ارتكاب جريمة السرقة مرة أخرى وجب عليه التعزير مهما تعددت مرات ارتكاب الجريمة ، والتعزير - كما سنعرف - قد يكون بعقوبات مختلفة تختلف باختلاف حال الجانى وظروف ارتكاب الجريمة (٣٣) . وقد سئل عطاء فى هذه المسألة فأصر على ما رآه فيها معضداً لرأيه بقول الله تعالى : « وما كان ربك نسيباً » (سورة مريم الآية ٦٤) . يريد أن يقول : إن الله ذكر يد السارق والسارقة كمحل للعقاب ، ولو أراد الله أن يحكم الناس بقطع غير اليد اليمنى للسرقات الأخرى لنص عليه . وما ترك سبحانه وتعالى النص نسياناً ، وإنما تركه لأنه لم يوجبه علينا .

ولعل التأمل فى الآراء السابقة يقودنا إلى تأييد رأى التابعى الجليل عطاء رضى الله عنه . فالأصل فى العقوبات الإسلامية كلها أنها جاءت لتردع الناس عن ارتكاب الجرائم وتمنعهم منه . ويتحقق هذا

(٢٩) الكاسانى ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٦ .

(٣٠) راجع الشعرانى - الموضع السابق .

(٣١) المحلى جـ ١١ ص ٣٥٦ - ٣٥٧ .

(٣٢) الروض النضير جـ ٤ ص ٢٥٤ ، والمغنى جـ ٨ ص ٢٥٩ ، ٢٦٤ .

(٣٣) نقل رأيه ابن حزم فى المحلى جـ ١١ ص ٣٥٤ ، والسياغى فى الروض النضير جـ ٤ ص ٥٢٥ . وعبد الرزاق فى المصنف

الأصل لا بتوقيع العقاب فحسب ، بل كذلك بمجرد كون هذه العقوبات واجبة التطبيق . وليس ثمة ما يضاف - بإباحة تكرار القطع - إلى الأثر الرادع في عقوبة السرقة المقررة في الشريعة الإسلامية . والأصل أيضاً حرمة دم المسلم وعرضه ونفسه إلا بحقها . وقد ثبت وجوب القطع بنص القرآن في السرقة الأولى ، وليس من دليل يمكن به إثبات وجوب تكرار القطع ، فوجب أن نقف عند النص لا نجاوزه بقياس أو غيره .

وفي التعزير كفاية لعقاب الجاني إذا تكرر منه ارتكاب الجريمة بعد قطع يده في المرة الأولى وخاصة أن هذه الصورة تكاد تكون نادرة الوقوع ، إن لم تكن غير ممكنة الوقوع ، مما لا يدع مجالاً للمناصرة رأى القائلين بتكرار القطع .

وقد أخذت نصوص قانون السرقة والحراية في ليبيا بهذا الرأي . فقد نصت المادة الثالثة عشرة من هذا القانون على أنه « إذا عاد الجاني الذي نفذ عليه الحد إلى أى من جريمتي السرقة أو الحراية المعاقب عليهما حداً بغير القتل ، يعاقب بالسجن » .

وبالإضافة إلى أن هذا الرأي هو مذهب عطاء تلميذ ابن عباس رضى الله عنهما فإنه أيضاً هو مذهب الإباضية^(٣٤) . وكثير منهم يسكنون ليبيا منذ قرون طويلة ولهم بها مدارس وقرى ، وعلماءؤهم منتشرون فيها . ولذلك لا نستبعد أن يكون المشرع الليبي قد تأثر في هذا الخصوص بمذهبهم .

أما مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فقد أخذ بمذهب الأحناف فنصت المادة الثانية من الباب الثانى منه على أن : « يعاقب السارق في هذه الحالة :

١- في المرة الأولى بقطع يده اليمنى .

٢- في حالة العود تقطع رجله اليسرى

٣- وإذا تكرر العود يعاقب بالسجن حتى تظهر توبته . »

وأما المشروع المقدم إلى مجلس الشعب المصرى من المرحوم الدكتور إسماعيل معتوق فقد ذهب واضعوه إلى أن عقوبة القطع تطبق أصلاً على السارق العائد إلى السرقة . حيث نصت المادة ٣١١ على أن « يعاقب من سرق . . . بالجلد من عشرين إلى خمسين جلدة وينذر بقطع يده إن عاد إلى

(٣٤) انظر في تفصيل رأى الإباضية ، كتاب المدونة ، لأبى غانم بشر بن غانم الحراساني ، مخطوط ، ورقة ٢٦٠ . ولا يفوتني أن أشكر هنا الصديق الكريم الأستاذ الدكتور عمرو خليفة النامى الأستاذ بكلية الآداب في الجامعة الليبية ، الذى تفضل بفضوري من نسخته الخطية النادرة ما طلبت من هذا الكتاب ومن كتاب الإنصاف في أصول الفقه الإباضى ، فجزاه الله خيراً .

السرقه . ولا يجوز العفو عنه . ونصت المادة ٣١٢ على أن « تقطع يد السارق والسارقة . ولا يجوز العفو عنها » .

وعلّت المذكرة الإيضاحية للمشروع^(٣٥) هذا المسلك بقولها « وقد لاحظ بعض الفقهاء والباحثين أن كلمة السارق والسارقة وصفان لا فعلان ، والوصف لا يتحقق في الشخص إلا بالتكرار فلا يقال لمن ظهر منه الجود مرة أنه جواد ولا لمن وقع منه الكذب مرة أنه كذاب . . إنما يقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون اسماً له وعنواناً يعرف به وبتطبيق هذا على كلمة السارق والسارقة يكون المستحق للقطع هو من صار هذا وصفاً له . ولا يكون ذلك إلا بتكرار الإرتكاب ولا يكون بالفعل مرة واحدة فلا تقطع إلا يد السارق العائد » .

ثم تعلق المذكرة الإيضاحية مذهب المشروع أيضاً بأن المرأة التي قطع رسول الله ﷺ يدها ، كانت قد عرف عنها « أنها معتادة السرقه . فكانت لا ترد الودائع التي تودعها ، ولا العواري التي تستعيرها » .

ومع اعتراف المذكرة الإيضاحية بأنه ليس في الأحاديث المروية عن رسول الله ﷺ ما يشير إلى وجوب التكرار لإقامة الحد ، فإنها تشير إلى حادثة الرجل الذي سرق رداء من المسجد ، فتقرر أنه يمكن أن يقال « إن السرقه في هذا المكان وفي مثل هذه الحال لا تكون إلا ممن تكررت منه السرقه » . . وهو « مقتحم على مكان مقدس لا يجوز على الاقتراب منه إلا من جبلت نفسه على الشر واستمرت روحه الجرمية . وذلك شأن المعتاد » .

وعندنا أن ما نسبته المذكرة الإيضاحية إلى بعض الباحثين والفقهاء^(٣٦) لا يصلح دليلاً لمذهب المشروع من تطبيق عقوبة الحد على العائد فقط إلى السرقه . لأن الله سبحانه وتعالى عبر عن مرتكب جريمة الزنى التي توجب الحد بلفظ وصف : « الزانية والزاني » فهل يمكن أن نقول بعدم توقيع الحد إذا ثبت ارتكاب الزنى لأول مرة ، وإنما نعزّر الفاعل وننذره كما ذهب المشروع ؟ ! لا شك أن الجواب بالنفي ، وهو ما ذهبت إليه نصوص المشروع في حد الزنى - كما سيأتي - فعلى أي أساس نفرّق بين العقوبتين ، وقد ربطت الآيات المقررة لكل منهما بين وصف الشخص وبين عقوبته ؟ ولا تصلح الحججة التي حاولت المذكرة الإيضاحية - تبعاً للمرحوم الشيخ أبو زهرة - الاستظهار

(٣٥) ص ٢٠ - ٢١ من المذكرة الإيضاحية المرفقة بمشروع القانون .

(٣٦) هذا الرأي قال به الأستاذ رضوان شافعي المتعافى في رسالة له عنوانها « الجنایات المتحدة في القانون والشريعة » ط القاهرة ١٩٣١ ص ٧٥ - ٧٨ . وقد نقله ، كالمقرله ، بل دافع عنه ، المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه العقوبة ص ٢٧٧ - ٢٨٢ وما في المذكرة الإيضاحية تلخيص للحجج التي نقلها أو ساقها لهذا الرأي الشيخ أبو زهرة .

بها من وصف المرأة المخزومية بأنها كانت معتادة السرقة . فالذى فى الروايات الصحيحة لحديث قطع يد هذه المرأة أنها سرقت فقطع يدها للسرقة لا لما اعتادته من جحد العارية . وقد رد رسول الله على أسامة إذ شفع فى شأنها لديه فكان مما قاله « لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعتم يدها » ولو كان الاعتقاد ملاحظاً فى إيجاب القطع لأشار إليه النبي ﷺ ، إذ أنه بيان فى موضع الحاجة ، ومن المقرر فى أصول الفقه أنه لا يجوز على النبي ﷺ تأخير البيان عن موضع الحاجة إليه .

أما ما قالته المذكرة الإيضاحية فى شأن سارق الرداء من المسجد ، فهو إلى الإنشاء اللطيف أقرب منه إلى الحجة المنطقية التى يستند إليها فى الأخذ بحكم أو فى تركه . وفى حديث رسول الله ﷺ ما يدفع ذلك أيضاً إذ قال له صاحب الرداء « قد وهبته له » أو « قد عفوت » - على اختلاف الروايات - فقال له الرسول عليه الصلاة والسلام « هلا كان قبل أن تأتيني به » . ولم يقل كما قال كاتبو المذكرة الإيضاحية « لقد جبلت نفسه على الشر ، واستمرأت روحه الجريمة » !!
ولذلك فإننا نرى أن ما ذهب إليه واضعو المشروع فى هذا الخصوص قد جانب الصواب ، وأنه من الواجب تعديل نصه بحيث يكون القطع هو العقوبة المقررة للسرقة دون نظر إلى تكرارها أو عدم تكرارها .

وقد أشارت المذكرة أيضاً إلى الأخذ بسنة التدرج فى تطبيق الأحكام . والتدرج فى التشريع من سنن الإسلام . وقد أخذ به القرآن الكريم فى أكثر من مسألة . ولكننا نسأل واضعى المذكرة الإيضاحية : وأين التدرج هنا ؟ ومتى تصلون بمشروعكم إلى الحكم المراد التدرج إليه ؟ ليس فى نصوص المشروع ولا مذكرته الإيضاحية إشارة إلى أى من الأمرين . فبطل الاحتجاج بالتدرج ، كما تبين بطلان الاحتجاج باللغة ، وبطلان الاحتجاج بالرواية . ووجب أن يعود المشروع - أو تعديله - إلى الحكم المقرر بنص القرآن الكريم من قطع يد السارق والسارقة .

٧٦ - سرقة المال العام :

اختلف الفقهاء فى وجوب القطع على سارق المال العام ، أى المملوك للدولة ، وهم يعبرون عن ذلك بالسرقة من بيت المال أو السرقة من المغنم . فذهب الأحناف والشافعية والزيدية والحنابلة إلى أن السارق من بيت المال أو المغنم لا قطع عليه ، لأنه له فى المال حقاً ، فأصبح ذلك شبهة يدرأ بها عنه حد السرقة (٣٧) .

(٣٧) للأحناف ، الحصكى ، شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٤٨ و ٤٤٩ وللشافعية الشيرازى ، المهذب ، ج ٢ ص ٢٨١ ، وللحنابلة ، إبراهيم بن ضويان ، منار السبيل ، ج ٢ ص ٣٨٩ ، وللزيدية ، السياغى ، الروض النضير ، ج ٤ ص ٥٢٠ - ٥٢١ .

وذهب المالكية والظاهرية إلى أن سارق المال العام يقطع إذا بلغ ما سرقه نصاباً ، ولم يعتبروا ما له من حق في هذا المال نوعاً من الشبهة التي يدرأ بها الحد عن السارق (٣٨) .
ويرد ابن حزم على القائلين بعدم قطع السارق من المال العام فيقول : « فلما لم نجد في المنع من قطع من سرق من المغنم ، أو من الخمس أو من بيت المال حجة أصلاً لا من قرآن ، ولا سنة ، ولا إجماع وجب أن ننظر في القول الآخر ، فوجدنا الله تعالى يقول (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ووجدنا رسول الله ﷺ قد أوجب القطع على السارق جملة ولم يخص الله تعالى ولا رسوله عليه السلام سارقاً من بيت المال من غيره (وما كان ربك نسياً) . ولو أن الله تعالى أراد ذلك لما أغفله ولا أهمله » (٣٩) .

ويحتج القائلون بعدم قطع سارق المال العام بما روى عن علي رضي الله عنه من أنه لم يقطع رجلاً سرق من الغنيمة . وبما روى عن عمر رضي الله عنه أن سعد بن أبي وقاص كتب إليه يسأله عن رجل سرق من بيت المال ، فأجابته عمر لا قطع عليه لأن له فيه نصيباً (٤٠) .
ولا شك أن حجة القائلين بقطع سارق بيت المال ، أو سارق المال العام ، أقوى من حجة القائلين بعدم القطع . وإذا كان حد السرقة مشروعاً لحماية المال ، فإن المال العام أولى بالحماية من المال الخاص . والضرر الذي يسببه الاعتداء على المال العام أكبر وأخطر من الضرر الذي يسببه الاعتداء على المال الخاص .

وعلى هذا الأساس فإننا نعتبر ما أخذ به قانون السرقة والحراية في ليبيا من عدم تطبيق حد السرقة « إذا حدثت السرقة من الأماكن العامة في أثناء العمل فيها » (م / ٣ ف ١) بعيداً عن الصواب . بل إننا نرى أنه إذا كان توقيع الحد على سارق المال العام بإطلاق واجباً . فإنه واجب من باب أولى على العاملين في الأماكن العامة . فالعامل في مكان عام أمين على ما فيه من أموال ، واعتداؤه على هذا المال بالسرقة يجمع إلى جريمة السرقة ، جريمة أخرى هي الإخلال بالثقة الواجبة في الموظف العام . والمتصور أن تشدد العقوبة كلما تعددت الجرائم ، لا أن تخفف العقوبة على من جمع بين السرقة وبين غيرها من الجرائم .

ولا نوافق كذلك على ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية لمشروع تعديل قانون العقوبات المصري (مشروع الدكتور إسماعيل معتوق) من أن من سرق مالا مملوكا للدولة لا يعاقب « باعتبارها بيت مال

(٣٨) للمالكية ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣٣٨ ، وللظاهرية ، الخلي ، ج ١١ ص ٣٢٨ .

(٣٩) الخلي ، الموضع السابق .

(٤٠) الروض النضير ، المصدر السابق ص ٥٢٠ - ٥٢١ ، والخلي ج ١١ ص ٣٢٧ .

المسلمين»^(٤١). وقد كان يجب على واضعي هذا المشروع أن يتمشوا مع منطقتهم فيما ذكروه من أننا « في وقت اعتاد فيه الكثير الاعتداء على الأموال لو هن العقوبات الحالية وعدم جدواها في الصد عن هذا النوع من الجرائم » (أى جرائم السرقات)^(٤٢) فإذا كنا في وقت كثر فيه الاعتداء على المال ، وهذا صحيح ، أفلا يدعوننا ذلك إلى تشديد العقاب أو التوسع في التهديد بإيقاعه حتى يردع ذلك أولئك المستهينين بالعقوبات الحالية ؟

وقد فطن إلى هذه المعاني مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فنصت مادته الأولى على التسوية بين المال العام والخاص في تطبيق حد السرقة . غير أن المشروع وقع في التناقض حين كرر في الفقرة الأولى من المادة الثالثة نص القانون اللبى على عدم تطبيق الحد « إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة في أثناء العمل فيها . . ما لم يكن المسروق فيها محرراً » فإن وجود هذا النص يقضى على جلّ الأثر العملى - إن لم نقل كلّ - لتجريم سرقة المال العام . فالنادر أن يسرق المال العام غير الموظف العام . والغالب أن تقع سرقة المال العام من موظف عام . فتى إذن يطبق نص التجريم إذا كنا سنواجه في الغالب الأعم من الحالات موظفين عموميين يشملهم نص الإعفاء ؟

وقد أدركت الجهات القائمة على تطبيق قانون العقوبات في مصر خطورة ظاهرة الاعتداء على المال العام بالاستيلاء عليه فطالبت النيابة العامة في مصر في مرافعة في دعوى منظورة الآن أمام القضاء بتطبيق حد السرقة على أن يشمل توقيعه المعتدين على الأموال العامة^(٤٣) . وفي هذا دليل واضح على وجوب إسباغ أقصى حماية لهذا المال بتقرير عقوبة الحد على سرقة ، من وجهة نظر عملية ، كما تبينت ضرورة ذلك من وجهة نظرية .

(٤١) ص ٢٣ من المذكرة الإيضاحية السابق الإشارة إليها .

(٤٢) المصدر السابق ص ٢١ .

(٤٣) انظر نص المرافعة مختصراً في جريدة الأهرام المصرية ، العدد ٣٣٤١٦ سنة ١٠٤ بتاريخ ٧ يونيو ١٩٧٨ ، صفحة ١٠ . وقال رئيس النيابة المرافع (الأستاذ حسين أيوب) « . . . والنيابة تطالب المشرع أن يعدل القانون ، وأن ينص على تطبيق الحدود الشرعية على المال العام ، بعد أن استشرى الاعتداء على المال العام ، خاصة وأن المهتمين . . . قد خربوا الاقتصاد » . وكل اعتداء على المال العام فيه ، بوجه من الوجوه ، تخريب للاقتصاد .

الحرابة

٧٧ - تمهيد وتعريف :

لهذه الجريمة ثلاثة أسماء في الفقه الإسلامي ؛ فإلى جانب الحرابة - تسمى السرقة الكبرى ، وتسمى كذلك قطع الطريق . ويستعمل الفقهاء الأسماء الثلاثة في المعنى نفسه : أى للإشارة إلى الجريمة دون تمييز بين اسم وآخر غالباً . ونحن نفضل أن نعطيها اسم « الحرابة » الذى هو فى أصل اشتقاقه من كلمة الحرب مُتَّسِقٌ أكثر من غيره من الأسماء مع الآيات القرآنية التى تعالج هذه الجريمة وعقوبتها . ومن جهة أخرى فإن هذا الاسم يغطى كل صور ارتكاب الجريمة على حين يقتصر كل من الاسمين الآخرين على بعض صورها دون غيرها من الصور التى قد ترتكب بها هذه الجريمة . فإذا قلنا السرقة الكبرى سبق إلى الذهن أخذ مال الغير مغالبة بقوة السلاح أو قوة الشوكة (أى جماعة المشتركين فى ارتكاب الجريمة) ، وإذا قلنا قطع الطريق سبق إلى الذهن منع المسافرين من سلوك طريقهم فى أمان وسلام سواء أصحب ذلك اعتداء على النفس أو المال أم لم يصحبه من ذلك شيء .

أما اسم الحرابة فإنه يصدق على ارتكاب هذه الجريمة فى جميع صورها ، وفى أية صورة من صورها كذلك . واختلف الفقهاء فى تعريف الحرابة اختلافاً كبيراً ، فجعل بعضهم من عناصرها ما لم يجعله الآخر ، واشترط بعضهم شروطاً نفاها غيره .

وحاصل تعريفات الحرابة وأجمعها لصورها أن نقول : « الحرابة خروج جماعة أو فرد ذى شوكة إلى الطريق العام بغية منع السفر فيه ، أو سرقة أموال المسافرين ، أو الاعتداء على أرواحهم » . وميزة هذا التعريف أنه يضم جميع العناصر المتفق عليها فى الحرابة ، ويعاقب بمقتضاه على مجرد الخروج بقصد ارتكاب الجريمة . ولو لم يرتكب المحارب واحداً من الأفعال الثلاثة المذكورة آنفاً . وذكر الخروج إلى الطريق العام يأتى فى هذا التعريف على سبيل التغليب لأن الغالب أن تكون الحرابة فيه . والصحيح - عندنا - أن أخذ المال مغالبة فى المدن والقرى التى يسكنها الناس يعد محارباً كذلك ، وتطبق عليه عقوبة المحارب . وهذا كله هو مذهب الأئمة مالك والشافعى وأبو يوسف من الأحناف . وفى بعض المذاهب الأخرى خلاف ذلك^(٤٤) .

(٤٤) سوف نعالج هذه المسألة بالتفصيل فيما يأتى .

٧٨ - عقوبة الحرابة :

والأصل في جريمة الحرابة وعقوبتها هو قول الله تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يُقتلوا أو يُصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » المائدة ٣٣ و ٣٤ .

وهذه العقوبات إنما هي من عقوبات الحدود التي فرضها الله تعالى في كتابه الكريم لمرتكبي الأفعال السابقة . وفي الآية إشعار بأن مرتكب هذه الجريمة محارب لله تعالى ؛ لأن الناس في ديارهم وطرق سفرهم إنما هم في أمن الله وحفظه ، فمن أخافهم وروّعهم فقد حارب الله تعالى . وهم محاربون لرسول الله - ولكل حاكم بعده - لأن الرسول ﷺ ، والحاكم المسلمين بعده ، قد أنيط بهم حماية أموال الناس ودمائهم وأعراضهم في الإقامة والفسرسواء بسواء ، فمن أخاف الناس في شيء من ذلك فقد حارب رسول الله إن كان ارتكاب الجريمة في وقته ﷺ . أو قد حارب الحاكم الذي ترتكب الجريمة في وقته ؛ لأنه يخفر مجرأته ذمة هذا الحاكم ويعتدى على سلطانه .

من أجل ذلك كانت العقوبات التي فرضت للحرابة من أقسى العقوبات التي يعرفها التشريع الإسلامي حتى يتحقق أكبر قدر من قوة الردع بها ، ويمتنع أو يبلغ أدنى حد ممكن ارتكاب مثل هذه الجريمة في المجتمع المسلم .

وقد اختلف الفقهاء والمفسرون في سبب نزول الآيتين السابقتين : فقال قوم : إنها نزلت في النفر من عكل وعرينة الذين ارتدوا في زمن الرسول ﷺ ، وقتلوا راعي إبله ، واستاقوا الإبل ، فلحقهم رسول الله ﷺ في نفر من أصحابه ، وأخذوا فقتلوا وقطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف . . والقصة المذكورة في صحيح البخاري ومسلم وغيرهما من كتب الحديث والسيرة^(٤٥) . واختلف القائلون بنزول هاتين الآيتين في هؤلاء النفر من عكل وعرينة في العلاقة بين النص القرآني والواقعة نفسها . فذهب بعضهم إلى أن القرآن نزل يبين للرسول أن العقوبة التي وقعت على هؤلاء النفر (وقد كان منها سمل أعينهم) تجاوز ما كان يجب توقيعه عليهم .

وذهب آخرون إلى أن سر نزول الآية هو إقرار ما فعله الرسول ﷺ ، وأن السمل ، وغيره من العقوبات وقَّعه الرسول وفق بعض نصوص القرآن العامة كقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا

(٤٥) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج ١١ ص ١٥٣ - ١٥٧ ، وصحيح البخاري ج ١٢ ص ١٠٩ وما بعدها (بشرح فتح

عليه بمثل ما اعتدى عليكم» البقرة - ١٩٤ وقوله تعالى «جزاء سيئة سيئة مثلها» الشورى - ٤٠ وقوله «وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» النحل - ١٢٦^(٤٦).

وقال فريق من المفسرين : إن هذه الآية ليست في هؤلاء المرتدين ؛ وإنما هي في المحاربين عامة . وذلك هو الرأي الذي عليه جمهور الفقهاء^(٤٧) . وهذا هو الرأي الذي نحسبه صحيحاً حيث إن للردة أحكاماً تختلف كل الاختلاف عن أحكام الحراية كما بينا فيما سبق عند كلامنا عن عقوبة المرتد . ويعيننا كذلك - قبل أن ندع هذه المسألة - أن نبيّن أن الصحيح هو أن النفر من عكل وعرينة قد عوقبوا باعتبارهم محاربين وليس باعتبارهم مرتدين ، وأن ذكر ردتهم في سياق ذكر عقوبتهم في كثير من كتب الفقه والحديث إنما جاء من باب « ذكر الأمر الواقع » الذي يكشف عن حقيقة الحال ، ولم يأت من باب تقرير وجوب تطبيق هذه العقوبات على المرتدين جميعاً .

وسبب هذا البيان أن فريقاً من الكاتبين - وخاصة من المستشرقين - ذهبوا إلى أن هذه هي عقوبة المرتد في الشريعة الإسلامية ، وهذا بالإضافة إلى كونه خطأً علمياً ينبىء عن مدى إلمام هؤلاء بأحكام هذه الشريعة ؛ فإن فيه فتحاً لباب التجنى عليها ومهاجمتها بادعاء تطرفها في القسوة على الذين ينزعون عنها بعد دخولهم تحت أحكامها .

وقد سبق لنا مزيد تفصيل في هذا الصدد عند كلامنا عن الردة وعقوبتها^(٤٨) .

وقد اختلف الفقهاء حول بعض المسائل التي تتعلق بالحراية ، وتنفيذ عقوبتها ، وسنبحث هنا ثلاثة من مواضع اختلافهم هي : مكان ارتكاب جريمة الحراية ، وكيفية تنفيذ عقوباتها ، وأخيراً خلافتهم حول عقوبة النني .

٧٩ - أين تقع الحراية :

ذهب الإمام أبو حنيفة النعمان إلى أن الحراية لا تقع إلا خارج «المصر» (والمصر هو القرية أو المدينة التي يسكنها الناس) فلا تقع الجريمة عنده إلا في طريق المسافرين ، وما يقع من أخذ المال مغالبة في القرى والمدن فهو اختلاس وليس حراية . وفي تأييد رأى إمامه - يذهب شمس الأئمة السرخسي من فقهاء الأحناف إلى أن اسم الجريمة (قطع الطريق) ، ومن ثم فإنه بالنظر إلى الاسم ذاته^(٤٦) راجع في هذه الآراء وغيرها : الطبري في تفسيره ج ٥ ص ١١٩ ، وابن حزم في المحلى ج ١١ ص ٣١٠ - ٣١٢ وغيرها من المراجع المشار إليها في هذا البحث .

(٤٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المالكي ، ج ٢ ص ٤٩٣ .

(٤٨) راجع في كون هذه العقوبة مقصورة على المحاربين ، ابن حجر في فتح الباري ج ١٢ ص ١١٠ ، والشافعي في الأم ج ٦

لا يتصور وقوعها إلا في الطريق العام دون القرى والمدن^(٤٩).

وقد عرفنا ما في التسمية (بقطع الطريق) من قصور عن أداء معنى الجريمة التي نحن بصدد أداءها كاملاً ومن جهة أخرى فإن مجرد التسمية لا عبرة بها إذا اختلفت دلالتها على عناصر المسمى عن حقيقته.

ولذلك فقد ذهب المالكية والإمام الشافعي والزيدية والظاهرية والشيعة الإمامية إلى أن عقوبة الحرابة تجب إذا وقع الفعل في المصر، كوجوبها عند وقوعه خارج المصر سواء بسواء. (٥٠) وللحنابلة قولان كالقولين اللذين ذكرناهما سابقاً. وسر ذلك - كما يقول المرادوي من فقهاء الحنابلة - أن أحمد بن حنبل حين سئل عن هذه المسألة لم يعط سائلاً جواباً، فذهب بعض فقهاء المذهب مذهب الأحناف، وبعضهم مذهب الجمهور^(٥١).

ويضع بعض الفقهاء شرطاً لوقوع الحرابة في المصر ألا يكون الغوث ممكناً، فإذا أمكن وصول الغوث فليست حرابة^(٥٢). ولعل السر في ذلك هو ما يسبق إلى الفهم من طبيعة هذه الجريمة وأنها ترتكب عادة حين لا يمكن المجنى عليهم مقاومة الجناة. ومع الغوث - أو إمكان وصوله - تتمكن المقاومة فليست عند أصحاب هذا الرأي حرابة.

ولكن التحقيق في المسألة أن وصول الغوث أو عدم إمكان وصوله إلى المجنى عليهم لا دخل له في تكييف فعل الجناة: ذلك أن الحرابة يميزها عن غيرها من صور السرقة أنها ترتكب عادة استخفافاً بسلطات الدولة، وتشكل أعظم إعتداء على النظام والأمن فيها. وهذا العنصر يوجد في الجريمة المرتكبة في الطريق العام وجوده في الجريمة التي ترتكب داخل المصر، بل إن الذي يرتكب الحرابة داخل المصر لا يقل في خطورته عن الذي يرتكبها خارجه، بل قد يزيد عنه خطورة وجراً، ويكون أولى منه بالعقاب الشديد^(٥٣).

ومن ذلك يتبين أنه لا أهمية للمكان الذي ترتكب فيه الجريمة في تكييفها كحرابة أو غيرها، وأن العبرة في ذلك إنما هي بعناصر الجريمة ذاتها، وهي إخافة السبيل أو الاعتداء بالقوة على أموال الناس

(٤٩) الميسوط في فقه الحنفية للسرخسي ج ٩ ص ١٩٥ وما بعدها، ويلاحظ أن كلمة القرية ليست بمعناها الذي نفهمه اليوم، وإنما هي تعني المكان للسكون، ويدخل فيه المدن مهاكبرت، انظر في ذلك: القرآن والتفسير العصري لعائشة عبد الرحمن ص ٥١. (٥٠) بداية الجهد، الموضع السابق، والمجلد ج ١١ ص ٣٠٢ - ٣٠٧، وشرائع الإسلام للمحقق الحلبي. ج ٢ ص ٢٥٧. (٥١) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (ط القاهرة ١٩٥٧م) ج ١٠ ص ٢٩١ - ٢٩٢. (٥٢) قال بهذا الرأي الإمام الغزالي في الوجيز في فقه الشافعية، ج ٢ ص ١٧٩، وتبعه عليه الرملي في نهاية المحتاج، وإلى هذا الرأي صارت الفتوى في المذهب الشافعي.

(٥٣) في مثل هذا الرأي، انظر الأم للإمام الشافعي، ج ٦ ص ١٤٠.

أو أرواحهم ؛ حتى قال الإمام مالك في الذين يسقون الناس مخدراً داخل المدن ، ليستولوا على المال : إن عقوبتهم هي عقوبة المحاربين ، وليست عقوبة السارق العادي^(٥٤) .

وقد أخذ المشرع الليبي بالترفة بين ارتكاب الحراية داخل العمران (أو المصر بلغة الفقهاء) وارتكابها خارجه . وتبنى رأى الشافعية في اعتبار الجريمة داخل العمران حراية إذا لم يمكن وصول الغوث إلى المجنى عليهم (م ٤ ف ٣) . وعندنا أنه كان أولى بالمشرع الليبي أن يأخذ برأى الإمام مالك ومن وافقه - ومذهب مالك هو مذهب جمهور الشعب الليبي - إذ هو الذى تؤيده النصوص الشرعية بعمومها ، وهو أكثر تقديراً لدى خطورة الجاني وجرأته اللذين يدل عليها ارتكابه جريمته داخل المدن أو القرى تحدياً لسلطة الدولة واستهانة بها .

وبالرأى الذى رجحناه أخذ مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى (مشروع الدكتور إسماعيل معتوق)^(٥٥) ويمثل هذا الرأى أيضاً أخذ مشروع قانون الحدود الشرعية الذى أعدته لجنة الأزهر فى الباب الثالث منه والخاص بجحد الحراية^(٥٦) .

٨٠ - تنفيذ العقوبات فى جريمة الحراية وترتيبها :

حددت الآبة الكريمة التى ذكرنا من قبل أربع عقوبات لجريمة الحراية هى : القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل من خلاف والنفى . وللفقهاء مناقشات طويلة حول تنفيذ هذه العقوبات وترتيبها وسلطة الحاكم (القاضى) فى شأنها .

وسوف نتعرض ببعض التفصيل « للنفى » فى الفقرة التالية ، بعد أن نبين بعض وجهات النظر الفقهية حول العقوبات الثلاث الأخرى .

فأولاً يكاد الفقهاء أن يكونوا مجمعين على تنفيذ عقوبة القتل (الإعدام) بالسيف ، وقد جاء فى تعبيرات بعضهم أن « توقيعها غيره لا يجوز » . وقد يذهب البعض - بناء على ذلك - إلى ادعاء إجماع على توقيع عقوبة الإعدام بالسيف ، ومن ثم يمنع من تغيير هذا الحكم الفقهى على حسب تغير الظروف الاجتماعية وتطور وسائل تنفيذ مثل هذه العقوبة .

ومثل هذا الفهم مردود على أصحابه : فالفقهاء ما قرروا الحكم السابق إلا لأن السيف كان هو

(٥٤) المدونة ، ج ١٦ ص ١٠٤ - ١٠٥ .

(٥٥) ص ٢٥ من المذكرة الإيضاحية للمشروع . وقد عللت تبني المشروع لهذا الرأى أيضاً بانتشار الجرائم التى تدخل تحت الحراية فى عاصمة البلاد وغيرها من المدن والقرى فضلاً عن الطرق العامة فى القطارات والمركبات .

(٥٦) انظر فى تعليل منهج هذا المشروع ، ص ٣٣ - ٣٥ من مذكرته الإيضاحية المطبوعة معه .

أفضل وسائل تنفيذ العقوبة بالقتل في عصورهم التي كتبوا فيها . والرسول يأمرنا بأن نحسن في كل شيء فيقول : « إن الله عز وجل كتب الإحسان على كل شيء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته » (٥٧) .

ومن إحسان القتل أن تستخدم له أسرع الوسائل لتحقيقه ، وأقلها إشعاراً للمحكوم عليه بالآلام . ومن ثم فإن اتخاذ الوسائل الحديثة في ذلك من أمثال الشنق واستعمال الكرسي الكهربائي والقتل رمياً بالرصاص - كل ذلك جائز لا غبار عليه .

وهذا الحكم وأمثاله في كلام الفقهاء مما يجب أن يتغير بتغير الظروف في الأزمان والأمكنة المختلفة وأمثلة ذلك كثيرة في كل مذهب من المذاهب المعتمدة ، وإجماع الأصوليين عليه ليس موضع خلاف ، حتى قال في مثله الإمام القرافي المالكي رحمه الله عند كلامه على الأحكام التي تتغير بتغير العرف : « فيها تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك ، لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده فأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » (٥٨) .

أما عقوبة الصلب فهناك رأيان حول كيفية تنفيذها يذهب إلى كل منها بعض أهل السنة من أصحاب المذاهب الأربعة : فالأحناف وابن القاسم من المالكية يذهبون إلى أن المحكوم عليه بالصلب يصلب حياً ثم يطعن برمح في بطنه ويترك حتى يموت ، وذهب الشافعية والحنابلة وأشهب من المالكية إلى أن المحكوم عليه بالصلب يقتل أولاً ثم يصلب ثلاثة أيام ردعاً للآخرين (٥٩) ، ويذهب المؤسس الثاني لمذهب الظاهرية - ابن حزم الظاهري - إلى أن الصلب عقوبة منفصلة عن عقوبة القتل ، فلا يجوز ربطها بقتل المحكوم عليه بالصلب ، سواء قبل أن يصلب أو بعد تمام صلبه . وعنده أن المحكوم عليه به يصلب حياً ويترك حتى يموت مهما طال به المدة ، ثم ينزل بعد ذلك ويغسل ويكفن ويصل عليه ويدفن في مقابر المسلمين (٦٠) .

(٥٧) سنن ابن ماجه ، ج ٢ ص ١٠٥٨ (الحديث ٣١٧٠) ، ط فؤاد عبد الباقي .

(٥٨) القرافي ، الفروق ، ج ١ ص ١٧٦ - ١٧٧ وانظر في تحقيق تغير بعض الأحكام بتغير العرف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى

شلي ، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، ص ٨١ - ٨٦ .

(٥٩) الزيلعي على كثر الدقائق ج ٣ ص ٢٣٧ (ط القاهرة ١٣١٣ هـ) . المدونة ج ١٥ ص ٩٩ (ط القاهرة ١٣٢٣ هـ) ،

والمرادوي ، الإنصاف ، ج ١٠ ص ٢٩٣ ، وابن رشد بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٩٤ .

(٦٠) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ - ٣١٨ .

وقد اختلف الفقهاء قبله في الصلاة عليه : فقال بها بعضهم ، ونفاها آخرون تنكيلاً بالصلوب والصحيح أن يصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين شأنه شأن كل من مات أو قتل منهم حداً أو قصاصاً أو حتف أنفه (٦١).

والواقع أن الأساس في تقرير عقوبة الصلب هو الإشعار بخطر هذه الجريمة وشناعتها للتقليل من ثم من فرص ارتكابها . فإذا وقعت فإن الهدف من توقيع هذه العقوبة هو الردع العام : أى الموجه إلى مجموع الأمة حتى لا يقع غير من ارتكباها مرة أخرى ، ولا شك أن مجرد المعرفة بإمكان توقيع هذه العقوبة كاف في تحقيق هذا الهدف . فإذا أضفنا إلى ذلك أن القرآن الكريم لم يشر إلى وجوب اقتران الصلب بقتل المصلوب قبله أو بعده فإننا نجري الكلام على أقرب معانيه من صلب المحكوم عليه بهذه العقوبة ؛ حتى يموت ثم يغسل بعد ذلك ، ويكفن ويصلى عليه .

ولا يبعد من يقول : إن هذه العقوبة تهديدية محضة ، ولعل ذلك ما أراداه الإمام مالك حين سئل عن الصلب فقال : « لم أسمع أحداً صلب إلا عبد الملك بن مروان ؛ فإنه كان صلب الذى يقال له الحارث الذى كان تنبأ فصلبه عبد الملك » . فالك - رحمه الله - لم يبين كيف يكون الصلب ؟ ولا متى يكون ، ولا عقاب أى فعل من أفعال الخرابة هو ؟ وإنما اكتفى بأن ذكر الحالة الوحيدة التى يعرفها للصلب وهى في غير الخرابة في رجل ادعى النبوة . وقد حدثت بعد عهد الأئمة المقتدى بهم في عهد عبد الملك بن مروان (٦٢).

وقد حاول بعض المحدثين أن يقارن بين عقوبة الصلب وعقوبة الإعدام رمياً بالرصاص مدعياً أنها صورتان لعقوبة واحدة . والحق أن العقوبتين مختلفتان أشد الاختلاف ؛ حتى إنه لا يكاد يوجد مجال للمقارنة بينهما ، فضلاً عن تسويتها إحداهما بالأخرى (٦٣) . وليس تضار الشريعة الإسلامية بأن تعرف عقوبة لا نظير لها في النظم العقابية الحديثة ، سواء أطبقت هذه العقوبة أو لم تطبق ، إنما المهم هو كون عقوبات هذه الشريعة قادرة على تحقيق أهدافها العقابية وأهداف سياستها الجزائية . وذلك ما لا يسع منصفاً إنكاره . ولا علينا بعد ذلك عرفت النظم القانونية مثل نظمنا أم لم تعرفها .

وقد اختلف الفقهاء على رأيين حول ترتيب العقوبات ، وهل هو الزامى أو تخييرى ؟ . فقال الظاهرية والمالكية : إن القاضى له سلطة اختيار خير العقوبات وأفضلها أثراً في كل حالة والحكم بها

(٦١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ص ٤٩٣ وما بعدها .

(٦٢) المدونة ، ج ١٦ ص ٢٩٩ .

(٦٣) الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله ، ج ١ ص ٦٥٧ .

على الحناة دون أن يكون مقيداً في كل صورة من صور ارتكاب الجريمة بعقوبة معينة يوقعها دون غيرها (٦٤).

وهذا الفريق من الفقهاء يقيم نظريته على أن هذه العقوبات المختلفة إنما نوع الله تعالى فيها ليختار منها القاضى في كل حالة ما يلائم أخلاق المجرم وطباعه وخطورته ، وعبر عن ذلك الإمام مالك حين قال : « وُرِبَّ محارب لا يقتل وهو أخوف وأعظم فساداً في خوفه ممن قتل » يريد أن توقيع العقوبات إنما يتحدد بمدى خطورة الجاني ، وليس حتماً أن يدل ما ارتكبه من جريمة على حقيقة خطورته (٦٥) . وقد انتقدت سلطة القاضى هذه بأنها إعطاء حق له يتحكم به في توقيع العقوبات تحكما قد يساء استخدامه لمصلحة أو غرض أو هوى ، ولكن المالكية أجابوا عن ذلك بلسان الإمام القرافي حين قرر أن القاضى يجب عليه « بذل الجهد فيما هو الأصلح للمسلمين : فإذا تعين له الأصلح وجب عليه ، ولا يجوز له العدول عنه إلى غيره . . فهو أبداً ينتقل من واجب إلى واجب ، والوجوب دائماً عليه في جميع أحواله . قبل الاجتهاد يجب عليه الاجتهاد ، وحالة الاجتهاد هو ساع في أداء الواجب ، ففعله حينئذ واجب ، وبعد الاجتهاد يجب عليه فعل ما أداه إليه اجتهاده ، فلا ينفك عن الوجوب أبداً » (٦٦) .

أما الأحناف والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أن العقوبات المذكورة في آية الحراة مرتبة على ترتيب أفعال الجريمة : فإذا قتل المحارب قتل ، وإذا سرق المال قطعت يده ورجله من خلاف ، وإذا أخاف الطريق ومنع المسافرين نفي من الأرض ، وإذا جمع بين القتل والسرقة صلب . وفي عبارة أخرى فإن توقيع العقوبة عندهم غير مرتبط بشخصية الجاني ومدى خطورته ، وإنما هو مرتبط بكيفية ارتكاب الجريمة ، فلكل صورة من صورها عقوبة محددة لا يتعداها القاضى ولا يملك تعديلها (٦٧) .

وكل من وجهتى النظر السالفتين لها مبرراتها القوية وأسبابها السديدة ، وليس في ذلك خطأ و صواب ؛ وإنما هو مما تختمه كلمات الآية الكريمة ، وأى الرأيين مال إليه الباحث فلا تثرى عليه إن شاء الله . على أن رأى المالكية والظاهرية أكثر قرباً من الآراء الحديثة في علم العقاب وعلم الإجرام التى تنادى بإقامة السياسة الجنائية على الصفات الشخصية للمجرمين وطباعهم وأخلاقهم ، وليس

(٦٤) المحلى جـ ١١ ص ٣١٧ ، والمدونة ، جـ ١٦ ص ٢٩٨ - ٣٠٥ .

(٦٥) المدونة ، الموضع لسابق .

(٦٦) الفروق ، جـ ٣ ص ١٨ وكلام القرافي في هذا الفصل كله مما يجب الاطلاع عليه .

(٦٧) الأم للشافعي ، جـ ٦ ص ١٤٠ ، وتبيين الحقائق للزبيلى ، جـ ٣ ص ٢٣٥ - ٢٣٧ والإيضاح للمرداوى جـ ١٠ ص

على نوع الجرائم التي يرتكبوها فحسب^(٦٨).

هذه هي أهم الآراء الفقهية في شأن العقوبات ، تنفيذها وترتيبها . وقد ذهب المشرع الليبي وواضعوا مشروع تطبيق الحدود الشرعية في الأزهر إلى إهمال النص على عقوبة الصلب ، فلم يرد لها ذكر في نصوص قانون السرقة والحراة الليبي ، أو في مشروع الأزهر .

وعلى ذلك فإن المحاكم الليبية لا تملك أن تقضى بعقوبة الصلب على الرغم من أنها ما ورد في الآية الكريمة التي تحدد عقوبات الحراة ، والشئ نفسه ينطبق على مشروع القانون الذي أعدته لجنة الأزهر فيما لو صدر به قانون في مصر .

أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق - رحمه الله - فقد نص على الصلب في المادة ٣١٨ (ف ٢) وحدد طريقته بأن يصلب المحكوم عليه ثلاثة أيام ثم يقتل شنقاً . ولم تذكر المذكرة الإيضاحية للمشروع شيئاً حول هذا النص .

وقد سكت المشرع الليبي . وواضعوا مشروع قانون الأزهر عن كيفية تنفيذ القتل فيمن أدين في جريمة الحراة ، أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فنصّ على أن يكون القتل بالإعدام شنقاً (م ٣١٨ ف ١) . وغالب الظن أن القتل سينفذ بطريق الشنق سواء في ظل سكوت النص عن ذلك أو تصريحه به ؛ لأن القتل هو عقوبة الإعدام ، وتوجب قوانين العقوبات في مصر وليبيا أن تنفذ بطريق الشنق (م ١٣/ع مصرى) .

وقد ذهبت القوانين الثلاثة (القانون الليبي والمشروعان المصريان) إلى الرأى القائل بترتيب عقوبات الحراة على حسب الأفعال التي ترتكب بها الجريمة . (م ٥/لبي ، م ٣١٨/م مشروع الدكتور معتوق ، م ٢/من مشروع الأزهر) .

على أن المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأزهر رجحت رأى الإمام مالك في أن العقوبات على التخيير ، وليست على الترتيب^(٦٩) . وإن كان المعول عليه هو نص مشروع القانون ، وليس مذكرته الإيضاحية .

Hall Williams, The English Penal System in Transition, London, 1970, pp. 7-22.

(٦٨)

(٦٩) انظر ص ٣٦ من المذكرة الإيضاحية وفيها : «وقد أخذت اللجنة برأى الإمام مالك . . . وأوردت العقوبات التي ترى

مناسبتها لكل حالة من حالات الاعتداء» فأين رأى مالك هنا ؟

٨١ - عقوبة النفي :

يواجه الناظر في كتب الفقه نظريات ثلاثاً حول عقوبة النفي : فذهب الإمام أبي حنيفة أن النفي هو الحبس ، ويؤيد الأحناف ذلك بأن نص الآية الكريمة « أو ينفوا من الأرض » والنفي من جميع الأرض غير ممكن ، ولا يؤدي إليه ، أو إلى معناه إلا حبس المحكوم عليه بالنفي^(٧٠) .

أما مذهب الإمام مالك فيرى فقهاؤه أن النفي هو الحبس في غير بلد الجاني . وكأنهم بذلك يطبقون معنى كلمة النفي لغة ، فإنها تعني الإبعاد عن البلد ، وتعني الإبعاد عن الناس ، والأول ينقله من بلده والآخر بمنعه من الاتصال بالناس ويتم بحبسه^(٧١) .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن نفي المحارب هو تنبعه من بلد إلى بلد ، إذا فر هارباً بعد ارتكاب جريمته ، حتى يقع في يد السلطة لتعاقبه بعد ذلك على جريمته ، فالنفي عندهم ليس عقوبة في ذاته ، وإنما هو وسيلة إلى تمكين الدولة من ممارسة حقها في العقاب^(٧٢) .

وليس من دليل يؤيد الذي ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، بل الواقع أن سياق الآية التي جعلت النفي أحد أنواع « الجزاء » التي يتعرض لها المحاربون يخالف مذهبهم : فالجزاء هو العقوبة ، وإحدى صورته أن يكون بنى المرتكب لجريمة الحرابة من المكان الذي يعيش فيه عادة إلى غيره ، وهذه صورة من صور العقاب عرفتها الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع القديمة والحديثة لعدد غير قليل من الجرائم .

أما المالكية فإن رأيهم يجعل العقوبة الواحدة عقوبتين : هما النفي والحبس ، وليس في النص القرآني إلا عقوبة واحدة هي النفي فحسب . وقد يقوم الحبس مقام النفي إذا لم يمكن توقيع هذا الأخير . فالحال في هذا العصر الحديث أن النفي في أغلب الأقطار غير ممكن إذ لن تقبل دولة مجرمي دولة أخرى في أراضيها ، ولن يتم العقاب بالنفي من مكان إلى مكان آخر في القطر ذاته ، ومن ثم فإن خير وسيلة لتوقيع هذه العقوبة الآن إنما هي صورة الحبس ، وهو نفي على كل حال .

والنفي - أو الحبس - أجله ثبت توبة الجاني بحيث يغلب على الظن أنه لا يعود إلى ارتكاب هذه الجريمة مرة أخرى . ولذلك اختلف الفقهاء في تحديد مدته ، والصحيح في نظرنا أنه لا يمكن تحديد مدة واحدة له تطبق على جميع الجناة ، بل لابد من اختلاف المدة على حسب اختلاف ظروف الجناة

(٧٠) الزيلعي على كثر الدقائق ، المصدر السابق ، ص ٢٣٥ .

(٧١) المدونة ، الموضع السابقة الإشارة إليه .

(٧٢) الغزالي ، الوجيز ، ج ٢ ص ١٧٩ ، والمرادوي ، الإنصاف ، ج ١٠ ص ٢٩٨ .

وشخصياتهم : فالزمن الذى يكفى إصلاح شخص قد لا يكفى إصلاح غيره . وهذا مما يعرفه كل مشتغل بالعلوم الجنائية ، ومن ثم فهذه مسألة اجتهادية يختلف النظر إليها والحكم فيها باختلاف ظروف الجناة وأحوالهم ، ويجب أن تترك - فى حدود معينة - لسلطات القضاء والتنفيذ دون أن يقطع فيها المشرع بنص جامد لا تراعى فيه العوامل الواجبة فى تنويع المعاملة العقابية .

وقد يجرنا الحديث عن توبة الجانى إلى بحث أثرها على العقوبة إذا تمت التوبة قبل أن يقع الجانى فى يد سلطات الدولة المختصة بمكافحة الجريمة وتوقيع العقاب : فقد ذهب بعض الكاتبين إلى أن هذه العقوبات المقررة فى القرآن الكريم لجريمة الحراة إنما هى فى الواقع «حبر على ورق» إذ من السهل على كل جان أن يعلن توبته قبل قدرة الدولة عليه .

والجواب على هذا الزعم : أن هذه العقوبات وغيرها من عقوبات الحدود إنما وضعها الله سبحانه وتعالى أولاً لحماية المجتمع المسلم من الآثار السيئة لهذه الجرائم التى وضعت لها فإذا تحقق لمرتكب الجريمة أنهم كانوا خاطئين بوقوعهم فيها ، وأعلنوا توبتهم عنها - فإن حق الدولة فى العقاب يسقط ؛ ليفتح الباب لعودة هؤلاء الذين ارتكبوا الجريمة إلى حياة المجتمع العادية السليمة النظيفة . ومع ذلك فإن حقوق الناس (أو حقوق العباد) لا تسقط عنهم بالتوبة ؛ وإنما الذى يسقط فحسب هو حق الله أوحق الدولة فى توقيع العقاب .

وليس من ريب فى أن عودة هؤلاء إلى حياة المسلمين نائبين مطهرين بالتوبة - خير لهم وللمجتمع من توقيع العقاب عليهم وبقائهم - ما طالت حياتهم - معلّمين بآثاره بين الناس ، وليس فى ذلك إهدارٌ لحق أحد مادام كل اعتداء وقع منهم على حقوق الأفراد سوف يكون محلاً للمؤاخذة ، سواء فى ذلك أكانت المؤاخذة مدنية أو جنائية .

٨٢- ملاحظات على تقنين عقوبتى السرقة والحراة :

نورد تحت هذا العنوان عدداً من الملاحظات التى رأينا ضرورة الإشارة إليها فى هذه الدراسة ، وهى ملاحظات تشمل التقنين الليبى الخاص بتطبيق عقوبتى السرقة والحراة فى ليبيا ، ومشروعى القانونين اللذين أعدا فى مصر لتطبيق الحدود الشرعية : مشروع الأزهر ومشروع الدكتور إسماعيل معتوق . وقد جمعنا هذه الملاحظات هنا ؛ لأنها لا تدخل تحت المسائل التى بحثناها فيما سبق من بحثنا للسرقة والحراة .

٨٢-١- المنهج :

إن المشروع الليبي وواضعى المشروعين المصريين لم يلتزموا بالأخذ بأحكام مذهب واحد معين من مذاهب الفقه الإسلامى ، بل أخذوا من هذه المذاهب ما رأوه ملائماً للظروف الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة . وفى القانون الليبى على وجه الخصوص - وكذلك فى مشروع قانون الأزهر - أحكام جديدة لم تستق من أى من المذاهب الأربعة المشهورة . وهذا مسلك محمود : فالحق إنما يكون فى اتباع ما أيدته الدليل من أقوال الفقهاء المتقدمين والمتأخرين ، وفى تشريع ما يلائم مصالح الناس التى جاءت الشريعة الإسلامية أصلاً لتحقيقها نفيًا للحرج ووضعاً للإصر عن عاتق المكلفين .

٨٢-٢- عدم العقاب فى حالتى الضرورة والحاجة :

نص القانون الليبى فى مادته الأولى على الشروط الواجب توافرها فى السرقة المعاقب عليها حدثاً ، فقرر أنه يجب « أن يكون الجانى عاقلاً . أتم ثمانى عشرة سنة هجرية ، مختاراً غير محتاج ولا مضطراً » ويعيننا من هذه الفقرة هنا شرطها الأخير وهو كون الجانى « غير محتاج ولا مضطراً » : فأما المضطرب فلا إثم عليه ولا جناح بنص القرآن الكريم ونصوص الأحاديث النبوية الشريفة . فاستثناؤه من توقيع عقوبة الحد واضح ومفهوم .

وأما المحتاج : فالحاجة دون الضرورة : فإن كان المسروق طعاماً فالمضطرب إليه هو من أشرف على الهلاك جوعاً ، والمحتاج هو مجرد الجائع . ومع ذلك فقد سوى النص بين الرجلين وجعل المحتاج كالمضطرب . والقانون فى ذلك يأخذ بمذهب من قال من الفقهاء : إن « الحاجة تنزل منزلة الضرورة » . ويتبع - فيما نظن - رأى من ذهب من العلماء المعاصرين إلى جعل نفقات التعليم ، والمسكن ، وإعالة الأولاد ، وعلاج من يلزم المسلم بنفقته ، وسداد الدين ، وغيرها من لوازم الحياة كلها ؛ مما تبيح الحاجة إليها رفع العقوبة عن السارق - وإن عوقب تعزيراً فى بعض الصور - فلا يعاقب بعقوبة الحد متى احتاج إلى واحد أو أكثر من الأشياء المتقدمة (٧٣) .

وليس من شك فى أن إنزال الحاجة منزلة الضرورة فى باب رفع العقاب أولى وأوفق من قصرها على مجالات العقود والمعاملات ، وهو كذلك متسق مع منطق الشارع الذى احتاط أعظم الاحتياط

(٧٣) صاحب هذا رأى هو المرحوم الأستاذ حسن المصطفى المستشار السابق بمحكمة النقض المصرية ، والذى تولى بعد تركه وظيفته القضائية منصب « المرشد العام لجماعة الإخوان المسلمين » . وقد أورد رأيه المشار إليه فى رسالة له بعنوان « دستورنا » عبر فيها عن رأى « الإخوان المسلمين » فى بعض المسائل القانونية والسياسية ، وهى مطبوعة عدة طبعات فى مصر وغيرها من البلاد العربية .

في جانب توقيع العقوبات وخاصة عقوبات الحدود . وهذا الموضوع هو أحد المواضع التي تحرر فيها المشرع الليبي - فأصاب - من سلطان التقليد .

وقد أصاب المشرع الليبي - كذلك - حين قرر في المادة الرابعة (ف ٤) والتي تعالج شروط توقيع عقوبة الحد في جريمة الحراية أنه «يجب أن يكون الجاني عاقلاً ، أتم ثمانى عشرة سنة هجرية ، مختاراً ، غير مضطر» . فلم ينص في جريمة الحراية على إعفاء من العقوبة في حالة الحاجة ، وذلك لأنه لا يتصور أن تكون ثمة حاجة - فحسب - دافعة إلى ارتكاب مثل هذه الجريمة ، وإذ لم يكن بعيداً عن التصور أن تقع هذه الجريمة استجابة لنداء ضرورة - يقع تحت قهرها بعض الناس - فقد أعنى القانون من العقاب المقرر حداً من كان مضطراً إلى ارتكاب الحراية .

وقد عالج مشروع قانون الأزهر حالة الضرورة في المادة الثانية من بابه الأول المعنون «الأحكام العامة المشتركة بين الحدود» ، إذ نصت تلك المادة على أنه : «يشترط لإقامة الحد على الفاعل : أن يكون قد أتم من العمر ١٧ عاماً ما لم يتحقق بلوغه قبل ذلك - عاقلاً قاصداً ارتكاب الفعل عن رغبة واختيار بلا ضرورة أو عذر شرعى» .

وإذا كان لفظ الضرورة لفظاً له مدلوله الشرعى والقانونى المعروف ، والذي مها ثار في تفسيره من خلاف فإنه سوف يكون خلافاً لمحدود النطاق ، ويمكن أن تحسمه الأحكام القضائية بتتابعها على تطبيق واحد أو تطبيقات متقاربة - إذا كان لفظ الضرورة كذلك - فإن لفظ العذر الشرعى لفظ مرن غاية المرونة ؛ حتى ليكاد أن يكون غير منضبط بضابط من قواعد الشريعة أو القانون . وقد قالت المذكرة الإيضاحية للمشروع في تعليقها على هذا النص «وترك تعريف الضرورة والعذر الشرعى مرسلًا - للأخذ فيه بالأصلح من أقوال الفقهاء - تحقيقاً للمرونة في التطبيق من جهة ، ولعدم إمكان حصر جميع الذرائع التي تعتبر ضرورة أو عذراً شرعياً من جهة أخرى» (٧٤) . ومع أننا نخالف المذكرة الإيضاحية في عدم إمكان حصر الضرورات الشرعية التي قد تمنع من توقيع عقوبة الحد فإننا نتفق معها في عدم إمكان حصر ما سماه مشروع القانون «بالعذر الشرعى» . ولنا أن نتساءل لذلك : هل تعتبر الحاجة - في منطقتي المشروع - عذراً شرعياً أولاً ؟

إن الذى نتميل إليه هو اعتبار الحاجة من قبيل العذر الشرعى في تفسير نصوص مشروع قانون الأزهر ، ولعلنا لا نعدو الصواب إذا قلنا : إن ذلك قد يكون مراداً واضعياً للمشروع ، وإن تجنبوا التعبير بلفظ الحاجة - على الرغم من أنه أكثر دقة من لفظ العذر الشرعى - لسبب لم نستطع استظهاره من نصوص المشروع ولا من مذكرته الإيضاحية . ويبقى ما وراء ذلك من أعدار شرعية

(٧٤) انظر ص ٢٦ من المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأزهر .

لتفسير القضاء والفقهاء ، متى قدر لهذا المشروع أن يصبح قانوناً مطبقاً .
 أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فليس في نصوصه إشارة إلى حالة الضرورة أو الحاجة وأثر كل
 منها في العقاب . وعلى الرغم من ذلك فإن نصوصاً كنصوص هذا المشروع إنما تفسر فقهاء وقضاء في
 ضوء مصدرها المباشر ، وهو أحكام الشريعة الإسلامية ، وفقه فقهاءها ، ومن ثم فلا حرج إن نحن
 قلنا : إن المضطر لا توقع عليه العقوبات المقررة في هذا المشروع ، ولا توقع كذلك على المكره .
 ونحن - على الرغم من سكوت نصوص المشروع - أقرب إلى تأييد تخصيص نصوصه بقصر العقاب
 المقرر فيها على من لم تلجئه حاجة إلى ارتكاب جريمته في الحالات التي تكون الحاجة فيها سبباً ملجئاً إلى
 ارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه . ولعل أوضح هذه الحالات هي حالة ارتكاب جرائم
 السرقة تحت وطأة الحاجة إلى طعام أو كسوة أو نفقة أو علاج . . . إلخ .

٨٢-٣- سقوط الجرائم والعقوبات :

قرر القانون الليبي أحكاماً خاصة بسقوط عقوبة الحد المقررة لجريمة الحرابة (أو بتعبير أدق لسقوط
 حق الدولة في العقاب على هذه الجريمة) ، وقرر مشروع قانون الأزهر ، ومشروع الدكتور إسماعيل
 معتوق أحكاماً للحالة ذاتها . وتعرض المشرع الليبي بنص صريح لسقوط الجريمة ، ولم يتعرض لذلك
 صراحة المشروعان المصريان ، وناقش فيما يلي سقوط العقوبة (أو إنقضاء الحق في العقاب) ، ثم
 أحكام سقوط الجريمة .

عرضت المادتان السادسة والسابعة من القانون الليبي لحكم سقوط حد الحرابة بالتوبة قبل القدرة
 على المحارب ، فقررتا أن الذي يسقط بالتوبة هو الحد فقط ، دون حقوق الآدميين ، ودون الجرائم
 التي لها عقوبات تعزيرية مما يكون المحارب قد ارتكب في أثناء الحرابة . وعدم سقوط الجرائم التي لها
 عقوبات تعزيرية ، بإطلاق موضع نظر : فالتعزير قد يجب حقاً لله تعالى - أي لجريمة تعد اعتداء على
 المصلحة العامة - أو حقاً لآدمي : أي لجريمة ، إنما هي اعتداء على فرد أو مجموعة من الناس ، فإن
 كانت الجرائم التي ارتكبتها المحارب يجب فيها التعزير حقاً لله تعالى فالواجب أن تسقط العقوبة عليها كما
 سقطت عقوبة الجريمة الأصلية ، أما إذا كان التعزير قد وجب لجريمة هي اعتداء على فرد معين فإن
 عدم سقوط العقوبة هنا هو الصواب . ومن رأينا أن نص القانون يجب أن يعدل حتى تتضح هذه
 التفرقة ، ومن رأينا أيضاً أن القاضي لا يخطئ - حتى في ظل النص الحالي - إذا أجزاها في التطبيق
 باعتبار أن القاعدة التي وضع النص على أساسها هي سقوط كل ما كان حقاً لله تعالى دون ما كان حقاً

لآدمى مما ارتكب في أثناء الحراية ، (٧٥) ويكون هذا تخصيصاً لمطلق النص بالقاعدة الشرعية التي أخذ النص ذاته منها .

وقد أورد مشروع الأزهر الأحكام ذاتها المقررة في القانون الليبي في نصوص مادتيه الثالثة والرابعة ، من الباب الثالث الخاص بحد الحراية . وما قلناه في شأن نصوص القانون الليبي ينطبق أيضاً على هذه النصوص .

أما مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى (مشروع الدكتور معتوق) فقد أورد النص على سقوط عقوبة الحد (انقضاء الحق فيها) في مادته ٣٢٠ والتي نصها : «يعنى من هذه العقوبات من عدل تائباً بإختياره وقبل القبض عليه دون ارتكاب جرائم ، فإن تاب بعد ارتكاب جريمة فعليه عقوبتها بشروطها» .

ولنا على هذا النص ثلاث ملاحظات :

الأولى : أنه - في شأن جريمة الحراية - يخالف نص الآية القرآنية الكريمة : (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) : فإن هذه الآية تمنع من عقاب المحارب عن جريمة الحراية بإطلاق . سواء أكانت توبته بعد أن ارتكب الجريمة فعلاً - وهذا هو الغالب ، والمستفاد من سياق النص - أم قبل أن يرتكبها ، وتلك هي الصورة النادرة .

ولا نعلم خلافاً بين العلماء في أن المراد بالآية هو عدم العقاب على النحو الذى تقدم : فمن أين أتى واضعو المشروع بقصر النص على التائب قبل ارتكاب الجريمة ؟ وقد فصلنا القول في هذا الشأن من قبل في بحثنا للتوبة والعتو وأثرهما على العقاب .

الثانية : إن الإطلاق الوارد في النص في خصوص عدم سقوط الحق في العقاب بالتوبة بعد ارتكاب جريمة - أيّاماً كانت - إطلاقاً منتقد : ذلك أن الرأى الأرجح في الفقه الإسلامى إسقاط التوبة لحق الدولة في العقاب على جميع جرائم الحدود التي يرتكبها المحارب . على حين أن النص هنا يجعل التوبة «بعد ارتكاب جريمة» غير مؤثرة في العقاب . وعندنا أن هذا يحافى علة النص ، وهي إغراء المحارب بالكف عن السعى في الأرض فساداً بتقرير إعفائه من العقاب إذا تاب . والنص بصورته الحالية يجعل هذا الإعفاء غير ذى قيمة . فلماذا يتوب المحارب ويقنع عن غيه وهو معاقب على كل حال ؟

والثالثة : إن النص لم يتعرض للفرقة بين حقوق الله - المصلحة العامة - إذا اعتدى عليها

(٧٥) وقد نص في تمة الروض النصير على سقوط الحد وعقوبات جميع الجرائم التي ارتكبت في أثناء الحراية ، سوى حقوق الآدميين . وهذا هو الصواب . راجع جـ ٥ من الروض النصير ص ٣٤ .

وحقوق الفرد . وقد كان يجب - في نظرنا - أن يقوم النص على هذه التفرقة ، فيجعل التوبة مسقطاً لحقوق الله - أى للاعتداء على المصلحة العامة - دون أن تسقط بها حقوق العباد ، من آحاد الناس الذين يصيبهم فعل المحارب بالضرر ، وذلك كله على النحو الذى فصلنا الكلام فيه فى الباب الأول من هذه الدراسة .

هذا عن سقوط الحق فى العقوبة ، أما سقوط الجريمة (أى امتناع المحاكمة الجنائية عنها) فقد أورد القانون الليبي حكمه فى المادتين الخامسة عشرة والسادسة عشرة اللتين تُقرران سقوط الجريمة (السرقه والحراية) بمضى عشرين سنة من يوم ارتكابها . وسقوط العقوبة المقضى بها بمضى المدة ذاتها إلا إذا كانت العقوبة هى الإعدام ، فإنها لا تسقط إلا بمضى ثلاثين سنة من يوم صدور الحكم النهائى بها .

وهذه الأحكام مقررة فى النظم الجنائية الحديثة ، والمدة المنصوص عليها فى القانون الليبي هى ذاتها المقررة فى بعض القوانين الإجرائية الجنائية العربية ومنها القانون الليبي وقانون الإجراءات الجنائية المصرى بالنسبة لسقوط العقوبة (م ٥٢٨ إجراءات ج مصرى) ، أما الجريمة فيسقط الحق فى رفع الدعوى الجنائية عنها فى القانون المصرى بمضى مدة أقل (م ١٥ أ ج) .

أما فى الفقه الإسلامى فحكم السقوط بمضى المدة لا يقول به إلا فريق من فقهاء الأحناف ، ويحددون له مدداً تتردد بين شهر وستة أشهر (٧٦) .

أما فقهاء المذاهب الأخرى فيرون - بحق - أنه بعد ثبوت الجريمة ، أو صدور الحكم - المتضمن الإدانة والعقوبة - فإن مضى المدة لا أثر له فى إسقاط الحق فى العقاب ، أو وجوب تنفيذ ما قضى به القضاء .

أما المشروعان المصرى فلم يوردا نصاً على أثر مضى المدة فى العقوبة أو الجريمة ، ونص كل منهما على اعتبار الجرائم المشار إليها هنا (السرقه والحراية) من الجنایات . فهل تسرى على هذه الجرائم - فى إرادة واضعى المشروعين - الأحكام المقررة لأثر مضى المدة فى جرائم الجنایات وعقوباتها والمنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية المصرى ؟

إن ظاهر النص يدفعنا إلى الميل إلى تأييد هذا التفسير ، ولو أراد واضعو المشروعين استثناء هاتين الجريمةين لأوردوا النص على ذلك فيها ، أما وقد جاء خاليين من مثل هذا النص فإن النص

(٧٦) الحصكى ، شرح الدر المختار ، ج ١ ص ٤٣٢ ، والمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى ، المصدر السابق ،

ج ١ ص ٧٧٨ - ٧٨١ ، والمراجع المشار إليها فيه .

الخاص بالسقوط بمضى المدة في قانون الإجراءات الجنائية المصرى ينطبق على هذه الجرائم ، كما ينطبق على غيرها من الجنايات .

٨٢-٤- رقابة محكمة النقض :

نصت المادة ١٨ من القانون اللبى على وجوب عرض الحكم الصادر حضورياً بعقوبة الحد (في جرمى السرقة والحراية) على محكمة النقض بإجراءات قررتها . ونصت المادة ١٩ من هذا القانون على عدم تنفيذ الحكم الصادر بعقوبة الحد «إلا بعد الفصل فى القضية من محكمة النقض» . ونصت على حكم مماثل المادة السابعة من الباب الأول من مشروع الأزهر لتطبيق الحدود الشرعية ، وجعلت هذا الحكم عاماً ينطبق على الأحكام الصادرة فى جميع جرائم الحدود . وهذا الحكم قصد به الزيادة فى الاحتياط فى توقيع عقوبات الحدود ، ولعله لا يبعد أن يقال : إنه تطبيق - فى صورة حديثة - للقاعدة الفقهية التى تقرر وجوب درء العقوبات بالشبهات ، والتى سبق أن فصلنا البحث فيها فى الباب الأول من هذه الدراسة وخاصة أن دور محكمة النقض هنا لا يقتصر على الرقابة على تطبيق القانون وتفسيره وتأويله ؛ وإنما يمتد ليشمل موضوع الدعوى ذاته ، فهى رقابة موضوعية وقانونية فى آن واحد .

وقد جاء المشروع الذى قدمه الدكتور إسماعيل معتوق لتعديل أحكام قانون العقوبات المصرى خلواً من النص على مثل ذلك الحكم ، وبذلك ترك واضعوه تنفيذ الأحكام الصادرة فى جرائم الحدود للقواعد الإجرائية العامة المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية .

القذف

٨٣- الجريمة وعقوبتها :

القذف في اللغة : هو الرمي ؛ وفي اصطلاح الفقهاء : هو اتهام المحصن بالزنى ، أو نفي نسبه من أبيه ، أما من ينفي شخصاً عن أمه فلا حد عليه ، لأنه لم يرم بالزنى أحداً^(٧٧) .
والإتهام بالزنى الذي يعتبر جريمة حد يعاقب عليها بالعقوبة المقررة لها في القرآن الكريم ، هو ذلك الذي لا تقوم على إثباته بينة مقبولة شرعاً ، أما الذين يشهدون على شخص بالزنى - إذا كانت شهادتهم يثبت بها الزنى - فلا يعتبرون قاذفين .

ويجب لتوقيع العقوبة أن يكون المرمى (أى المقذوف) محصناً ، والإحصان هنا يعنى العفة أو البراءة من الزنى ، ولذلك يستوى أن يكون المقذوف متزوجاً أو غير متزوج ، ومن ثم فهناك فارق بين الإحصان هنا والإحصان في باب عقوبة الزنى حيث يعنى هناك الدخول بعد عقد زواج صحيح .
وللفقهاء تفصيل في الشروط التي يجب توافرها في المقذوف بالزنى حتى تجب العقوبة على القاذف . وحسبنا من هذا التفصيل أن نعرف أنه يجب أن يكون مسلماً عفيفاً . والواقع أن هذا الشرط (العفة) هو الشرط الوحيد الذي يمكن استخلافه من الآية الكريمة الواردة في جريمة القذف وعقوبتها . وبقية الشروط كلها شروط توصل إليها فقهاء المذاهب المختلفة باجتهادهم^(٧٨)

وقد وردت عقوبة القذف في القرآن الكريم في سورة النور : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون - إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو فإن الله غفور رحيم) ، سورة النور الآيات ٤-٥ .

وقد سبق لنا أن ناقشنا الخلاف حول كون هذه العقوبة قد قررت بعد واقعة «حديث الإفك» أم أنها قررت قبله^(٧٩) وأياً ما كان الأمر فإن من المتفق عليه أن أول من وقعت عليهم هذه العقوبة - عقوبة القذف - كانوا أولئك الذين رموا السيدة عائشة رضي الله عنها بالإفك . فبرأها

(٧٧) فتح القدير - للكمال بن الهمام ج ٤ ص ١٩٤ .

(٧٨) راجع للشروط المختلفة : المعنى لابن قدامة ج ٨ ص ٢١٥ - ٢١٦ . وقارن ذلك برأى الظاهرية في المحلى ج ١١

ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٧٩) انظر ما تقدم في بحث مدى تطبيق قاعدة عدم رجعية النص الجنائي إلى الماضي في الشريعة الإسلامية .

القرآن منه (سورة النور الآيات ١١ - ٢١) وعاقب الرسول ﷺ من رموها به ، وهم حسان ابن ثابت ، ومسطح بن أثانة وحنمة بنت جحش^(٨٠) .

وتدبر الآيتين الكريميتين في شأن القذف يتبين منه أن القذف له عقوبتان توقعان على من يرتكبه : فهو يجلد ثمانين جلدة ، ولا يعتد بشهادته ، أولاً تقبل شهادته أمام القضاء . وثمة عقوبة ثالثة محلها علاقة القاذف بربه سبحانه وتعالى ، ألا وهي اعتبار القاذف فاسقاً . والأصل في العقوبات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية أن لكل جريمة عقوبة واحدة (وجزاء سيئة سيئة مثلها) . ولكن ثمة خروج على هذا الأصل في حالات استثنائية منها هذه الحالة ، وحالة الزاني غير المحصن . ولعل الشارع نظر في ذلك إلى شناعة الجرم من جهة . وإلى تعلقه بذمة القاذف وأمانته وصدقه من جهة أخرى ، فقرر عدم قبول شهادته ، كما أنه نظر إلى الأثر السيئ لوجود الزاني في المكان الذي عرفت فيه جرمته ، وأثر ذلك على شيوع الفاحشة بين الذين آمنوا . . . فقرر نفيه منه^(٨١) .

وقد اختلف الفقهاء حول كثير من المسائل التي عاجلتها كتب الفقه في باب القذف . وسنبحث هنا خلافهم حول صريح القذف وكنايته ، وحول تكييف العقوبة (أى هل تعتبر حقاً لله أو حقاً للآدمي المذدوف) وأثر توبة الجاني على عقوبته ، أو على حالته الجنائية بصفة عامة ، وعلى أهليته للشهادة بصفة خاصة .

٨٤- صريح القذف وكنايته :

القذف الصريح هو الرمي بالزنى بلفظ لا يحتمل سوى هذا المعنى على حين أن القذف غير الصريح «أو الكنائي» هو الرمي بالزنى بلفظ يفيد مع هذا المعنى غيره من المعاني ، فيحتمل مع معنى القذف غيره من المعاني التي لا يعد الرمي بها قذفاً معاقباً عليه ، ويسمى هذا النوع من القذف - القذف بالكناية أو التعريض بالقذف .

ويتفق فقهاء المذاهب الإسلامية جميعاً عدا المالكية على أن الحد لا يجب على من قذف تعريضاً أو بالكناية باعتبار أن القذف الموجب للحد هو القذف الصريح وحده^(٨٢)

أما المالكية فيرون أنه لا فرق بين القذف تعريضاً أو كناية ، وبين القذف الصريح ، مادام

(٨٠) راجع تفسير القرطبي جـ ١٢ ص ٢٠١ - ٢٠٢ ، وتفسير ابن كثير جـ ٥ طبعة بيروت ١٩٦٦ ص ٦٧ وما بعدها .

(٨١) هذه بعض الحكم الظاهرة لهذه العقوبات . ويجب الحرص دائماً عند استنباط العلة لأوامر الشارع ونواهيه حين لا تكون منصوحاً عليها . حتى لا يؤدي ذلك إلى نفي الأحكام لتصور أو توهم غياب عللها . وقبول الأحكام - عامة - وقوفاً عند أمر الشارع أولى - عندنا - من تكلف التعليل ما لم يكن للبحث عن العلة مبرر ، ولا اعتبارها سنداً من النصوص أو القواعد الشرعية .

(٨٢) انظر المعنى جـ ٨ ص ٢٢٢ وما بعدها ، والمخلى جـ ١١ ص ٢٧٦ - ٢٨١ ، ومختصر المزني بهامش الأم جـ ٥ ص ١٦٨ .

القاذف يريد القذف ، وما دام ذلك مفهوماً لدى المقدوف (٨٣) .
والخلاف في الحقيقة قائم حول مدى مساواة الكناية في اللغة العربية للتصريح . وقد يقال في تأييد
رأى الجمهور : إن التعريض يتضمن شبهة يحسن مع وجودها أن يدرأ الحد ، وإن جاز العقاب تعريضاً
كما في كل سب وشم (٨٤) .

وقد فرق القرآن الكريم بين التعريض والتصريح فقال تعالى في شأن المتوفى عنهن أزواجهن :
(ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكنتم في أنفسكم) البقرة - ٢٣٥ .
ومع اتفاق فقهاء المذاهب الثلاثة - الأحناف والشافعية والحنابلة - على مبدأ التفرقة بين
التعريض والتصريح - فقد روى عن الإمام الشافعي إيجابه الحد على التعريض بالقذف إذا ثبت أن
القائل نوى بذلك القذف بحجة أن الكناية أو التعريض مع النية بمنزلة التصريح (٨٥) وكذلك روى
عن الإمام أحمد بن حنبل مثل قول الإمام مالك في التسوية بين التعريض والتصريح وإن كانت
الفتوى في المذهبين الشافعي والحنبلي على الرأي الأول الموافق لرأى الجمهور (٨٦) .

٨٥- تكييف عقوبة القذف (هل هي حق لله أو للآدمي) :

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة آراء : فالأحناف والظاهرية يذهبون إلى أن عقوبة القذف حق
لله تعالى ؛ فهي من العقوبات التي تعود المنفعة في توقيعها إلى المصلحة العامة ؛ إذ المقصود منها حماية
المجتمع عن طريق حماية السمعة الطيبة لأفراده . ومن ثم فإن توقيع العقوبة - بإعتباره عائداً بالنفع
على المجتمع - يعتبر حقاً لله تعالى (٨٧) .

ويذهب الشافعية والحنابلة إلى أن عقوبة القذف حق للآدمي ومن ثم فلا يمكن توقيعها مالم
يطلب الجنى عليه في جريمة القذف توقيعها على القاذف ، ويجوز للمجنى عليه - بناء على هذا
الرأى - أن يعفو عن الجاني الذي قذفه ، وذلك باعتبار أن الاعتداء قد وقع على سمعة المجنى عليه
وحده ، وليس من ضرر يصيب غيره من الأفراد (٨٨) .

(٨٣) شرح الحرثي على خليل ج ٥ ص ٣٢٩ ، وحاشية المواق (ط القاهرة ١٣٢٩ هـ) ، ج ٦ ص ٣٠١ .

(٨٤) راجع الروض النضير ج ٤ ص ٤٩٤ ، ورسالة الدكتور عبد العزيز عامر عن التعريض في الشريعة الإسلامية ص ١٦١

(الطبعة الثالثة) .

(٨٥) المهذب ، لأبي إسحاق الشيرازي ، ج ٢ ص ٢٩٠ .

(٨٦) راجع المعنى - الموضوع السابق .

(٨٧) بدائع الصنائع للكاساني ، ج ٧ ص ٥٦ وما بعدها ، المحلى ، ج ١١ ص ٢٨١ .

(٨٨) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ، ج ٧ ص ١٢٠ ، والمعنى لابن قدامة ، ج ٨ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

وللإلصاق نظرية يفرقون بمقتضاها بين الجريمة قبل رفعها إلى القاضي وبعد رفعها إليه . ففي الحالة الأولى يعتبرون العقوبة حقاً لآدمي، وفي الأخرى يعتبرونها حقاً لله تعالى^(٨٩) ، وهذا التمييز - في واقع الأمر - غير مقصور على عقوبة جريمة القذف ، بل يمكن تطبيقه على جميع الجرائم المعروفة في الشريعة الإسلامية : فالجريمة عند وقوعها تنشئ حقاً في اقتضاء العقاب ، ولا يتأكد هذا الحق إلا بحكم القضاء . ودور المجنى عليه دائماً هو الإبلاغ عن وقوع الجريمة . فإذا كان الحق الذي وقعت الجريمة اعتداء عليه حقاً فردياً محضاً فالمجنى عليه قد يطلب من القاضي استيفاءه إذا رفع الأمر إليه ، وقد لا يفعل بعفوه عن الجاني ، أما إذا كان الحق المعتدى عليه حقاً عاماً فلا دخل لإرادة المجنى عليه في استيفاء العقاب أو العفو عنه . وفضلاً عن ذلك فإن عدداً من الأحاديث النبوية الشريفة تحض المؤمنين على أن يتعافوا الحدود فيما بينهم ، وتبين أن ما بلغ القاضي من حد وجب توقيعه ، وليس لهذه الأحاديث عمل في قضية كون عقوبة القذف حقاً لله تعالى أو حقاً مخلوق ، ومن ثم فنفرق المالكية بين ما قبل رفع الجريمة إلى القاضي ، وما بعده ، لبناء تكييف العقوبة عليه - إنما هو تفریق - وإن صح في ذاته - لا علاقة له - في نظرنا - بالمسألة التي يجرى فيها البحث .

وعلى الرغم من أن الأحناف يعتبرون العقوبة على جريمة القذف - أصلاً - حقاً لله تعالى فإنهم لا يرون إمكان تطبيقها إلا بعد أن يطلبها المجنى عليه أو من يمثله أمام القضاء ، وليس لهذا الشرط أصل في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة ، بل إن رسول الله ﷺ حين عاقب قاذف عائشة رضی الله عنهما لم يسألها : هل كانت تريد توقيع العقوبة عليهم أولاً؟^(٩١) .

ولا يقال في الرد على هذه الحجة : إن الرسول ﷺ كان في موقف المجنى عليه عند قذف السيدة عائشة رضی الله عنها : ذلك لأن الاعتداء في جريمة القذف إنما يصيب سمعة المقدوف خاصة ، والتهمة بالزنى لا تتعدى إلى الزوج إذا رميت به الزوجة ولا إلى الزوجة إذا رمى الزوج بالزنى . فإذا كان صحيحاً رأى القائلين بإشتراط طلب المجنى عليه توقيع العقاب على القاذف لكان رسول الله ﷺ فعل ذلك قبل أن يعاقب قذفة السيدة عائشة رضی الله عنها . أما وهو لم يفعل فإنه يسعنا أن نقول : إن طلب المجنى عليه لا علاقة له بتوقيع العقاب ، وإنه متى ثبت لدى القاضي أن القذف قد وقع فإنه يتعين الحكم بتوقيع العقاب على مرتكب الجريمة دون انتظار طلب المجنى عليه أو دعواه . وإشتراط طلب المجنى عليه توقيع العقوبة هو نفسه سند الشافعية والحنابلة في جعلهم عقوبة الزنى حقاً لآدمي - هو المجنى عليه - وليست حقاً لله تعالى . فإذا تبين عدم صحة هذا الاشتراط فإنه يتبين

(٨٩) حاشية الحرشي على خليل ، ج ٥ ص ٣٣٢ وما بعدها .

(٩٠) المحلى ج ١١ ص ٢٨٩ .

كذلك أن إعتبار العقوبة حقاً لآدمي غير صحيح ، ومن ثم يمكن القول بأن عقوبة جريمة القذف - كغيرها من عقوبات الحدود - إنما هي حق لله تعالى وليست حقاً لآدمي ، وأنه يجب توقيع العقوبة كلما ثبتت الجريمة سواء أكان ثبوتها بالإقرار أو البيينة (الشهادة) . ولا تعارض بين هذا وبين إمكان العفو عن الجريمة بعدم رفعها إلى القاضي إذ ذلك عام في جميع الحدود ، ولم يمنع من اعتبار عقوباتها حقاً لله تعالى وليست حقاً للمجنى عليه فيها .

٨٦- أثر توبة القاذف :

سبق أن ناقشنا أثر التوبة على العقاب بصفة عامة في الباب الأول من هذه الدراسة ، أما في خصوص جريمة القذف فقد اتفق الفقهاء على أمرين في توبة القاذف ، أولهما : أنه لا أثر لها على العقوبة المقررة في القرآن وهي الجلد ثمانين جلدة . والآخر : أنها مؤثرة في إعتباره فاسقاً ؛ فالتائب لا يعتبر - بعد توبته - فاسقاً^(٩١) - واختلفوا حول أثر هذه التوبة في قبول شهادة القاذف الذي وقعت عليه عقوبة القذف أو عدم قبولها : فذهب الأحناف إلى أن التوبة لا أثر لها في قبول الشهادة ، فتبقى شهادة القاذف أبداً غير مقبولة^(٩٢) .

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية إلى أن توبة القاذف تعيد إليه أهليته للشهادة . وهذا الخلاف مبناه اختلافهم في حمل الاستثناء في قوله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) النور - ٥ : فن ذهب إلى قصور الاستثناء عن التعدي إلى غير الجملة السابقة عليه (وأولئك هم الفاسقون) جعل شهادة القاذف مردودة أبداً وإن تاب . ومن ذهب إلى شمول الإستثناء للجملة التي قبلها كذلك (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) قال بوجوب قبول الشهادة من القاذف بعد توبته . والمسألة اجتهادية على كل حال ، فلا بأس في دولة إسلامية معاصرة إن أخذ تشريعها بأى من هذين الرأيين في أثر التوبة على قبول الشهادة .

٨٧- محاولات التقنين المعاصرة :

وردت الأحكام الخاصة بجريمة القذف في كل من مشروع قانون الأزهر ، ومشروع الدكتور إسماعيل معتوق . ونعرض هنا أهم هذه الأحكام :

(٩١) تفسير سورة النور لأبي الأعلى المودودي ، أمير الجامعة الإسلامية في باكستان ، ط دمشق ١٩٥٩ ص ٩٧ - ٩٨

(٩٢) المبسوط ، للسرخسي ج ١٦ ص ١٢٥ - ١٢٩ .

(٩٣) المغني ، ج ٩ ص ١٧٨ - ١٨١ ، والروض النضير ، ج ٤ ص ٨٥ - ٨٧ ، والمواق على خليل ، ج ٦ ص ١٦١ .

أخذ مشروع قانون الأزهر بجواز قبول شهادة المحكوم عليه بالحد في جريمة القذف إذا ثبت توبته (م ٣ من الباب السادس) أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فقد أخذ بالرأى الآخر، فنصت المادة ٣٠٢ منه على أن «من رمى محصنة أو محصناً بالزنى يعاقب بالجلد ثمانين جلدة ولا تقبل له شهادة أبداً».

وفي تكييف الجريمة والعقوبة: اعتبر مشروع قانون الأزهر أن الجريمة تقع اعتداء على حق فردى، ومن ثم علق استيفاء العقاب عليها على طلب المجنى عليه، فنصت المادة الخامسة منه على أنه «لا يقام حد القذف إلا بناء على طلب من المقذوف» (م ٥ ف ١). أما مشروع الدكتور إسماعيل معتوق فقد ذهب إلى الرأى القائل بأن الجريمة تقع اعتداء على حق الله - أى حق الجماعة - ومن ثم فإنه لم يشترط ادعاء المجنى عليه لتوقيع العقاب. ونص في المادة ٢٠٤ على عدم جواز العفو عن الجريمة. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا المسلك بقولها: «ونظراً لأن الاعتداء في القذف على حق الله وحق العبد، وحق الله فيه أغلب، فلا يجوز فيه العفو».

وعندنا أن هذا المسلك أقرب إلى الصواب من المسلك الذى اختارته لجنة الأزهر في مشروعها، والذى أسسته على أنه: «قد يكون في السكوت عن طلبه (توقيع العقاب) مصلحة للمقذوف وهو أدرى الناس بحقه الخاص. سواء أكان درءاً لإثبات الحد المقذوف به عليه أم لاستشعاره الحرج من تناول سيرته بما يسوء» (٩٤).

وفىما يتعلق بالترقية بين القذف صراحة والقذف تعريضاً فقد نص مشروع قانون الأزهر على اشتراط التصريح فى القذف المعاقب عليه حدًا (م ١ ف ١)، وسكت مشروع الدكتور إسماعيل معتوق عن التعرض للفرق بين القذف الصريح والقذف بطريق التعريض، ولكن المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع نصت فى صدد تعليقها على المادة ٣٠٥ منه على أن القذف بغير صريح الزنى يعتبر شبهة تسقط الحق. فإذا عرفنا أن نص المادة ٣٠٥ هو: «من رمى غيره بغير الزنى مما يؤثر فى اعتباره يعاقب بالجلد من خمس إلى عشرين جلدة»، تبين أن ماورد فى المذكرة الإيضاحية - وإن أمكن أخذه فى الإعتبار - لا يصلح أساساً لعدم العقاب على القذف بالتعريض. وإنما يصلح أساساً لذلك نص المادة ٣٠٢ التى تقر العقاب حدًا على الرمى بالزنى. وقد كان حرياً بواضعى هذا المشروع أن ينصوا فى صلب مواده على عدم العقاب على القذف بغير الصريح دفعاً لكل لبس قد يثور فى هذا الخصوص. وقد وضع فى ليبيا مشروع قانون لتطبيق حد القذف لا يخرج فى خطوطه العريضة عن مشروع لجنة الأزهر، غير أنه جاء أكثر اهتماماً بالتفصيلات من المشروعين المصريين. وقد كان مشروع القانون

الليبي أحد مشروعات القوانين الجنائية المأخوذة من الشريعة الإسلامية والتي أعدتها لجان تعديل القوانين الليبية ، ولكنه - مع مشروعات قوانين أخرى - لم يصدر كقانون معمول به حتى الآن (٩٥). ولذلك ، ولقلة عدد المسائل التي خالف فيها مشروع قانون الأزهر - وقد أشرنا إلى أهم أحكامه - وتعلقها أساساً بتفصيلات تطبيقية - فقد رأينا عدم التعرض بتفصيل لدراسة ما جاء به من أحكام .

(٩٥) أورد نص هذا المشروع ومذكرته الإيضاحية المستشار على على منصور في كتابه : نظام التجريم والعقاب في الإسلام ، ج ١ (القاهرة ١٩٧٦) وهو عبارة عن مجموعة مشروعات القوانين الجنائية المأخوذة من الشريعة الإسلامية ، والتي أعدتها لجنة تعديل القوانين الليبية التي كان يتولى رئاستها . انظر في مشروع حد القذف ومذكرته الإيضاحية الصفحات ٢٧١ - ٣٠٤ .

الزنى

٨٨- تمهيد : الجريمة وعقوبتها :

لا تعرف النظم الجنائية المعاصرة بصفة عامة العقاب على الزنى إذا ما تم برضاء الرجل والمرأة ؛ إذ تعتبر العلاقة الجنسية بين طرفين راضيين بها في نظر هذه النظم علاقة شخصية بحيث لا يتدخل القانون فيها . وتعاقب معظم هذه النظم الوضعية على الزنى إذا وقع من رجل أو امرأة في أثناء ارتباطها بزواج صحيح في نظر القانون (مع اشتراط شروط أخرى أحياناً) . والعقاب في هذه الحالة الأخيرة ليس على الزنى باعتباره فعلاً مجرماً لذاته ؛ وإنما باعتباره فعلاً مجرماً لتضمنه إعتداء على حرمة العلاقة الزوجية ، ومن ثم فإنه إذا رضى الطرف الآخر الزوج أو الزوجة بارتكاب شريكه للزنى توقف القانون عن التعرض له ولم يعد ثمة عقوبة عليه .

أما الشريعة الإسلامية فهي لا تبيح العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة إلا في نطاق الزواج الشرعى الصحيح ؛ فهو وحده الذى يبيح اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً ، فإذا وقع مثل هذا الاتصال خارج نطاق العلاقة الزوجية كان زنى يعاقب عليه في ظل أحكام الشريعة ، سواء أرضى الطرفان به ، أم كان أحدهما مكرهاً والآخر راضياً ، وسواء أكانا متزوجين أو غير متزوجين . على أن العقوبة في الشريعة الإسلامية تختلف في حالة زنى المتزوج (المحصن) عن العقوبة في حالة زنى غير المتزوج (غير المحصن) على ما سوف يأتي بيانه .

وتختلف المذاهب الفقهية الإسلامية في تعريف الزنى ، ومن أفضل تعريفاته في نظرنا تعريف الأحناف حيث عرفوه بأنه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك^(٩٦) وعلى اختلاف التعريفات التى وضعها الفقهاء للزنا فإنها جميعاً تتفق على أن العنصر الرئيسى في هذه الجريمة هو وطء الرجل المرأة ، ومن ثم فأى علاقة بين رجل وامرأة لا تتضمن هذا العنصر (الوطء) لا تعتبر زنى مما يعاقب عليه بعقوبة الحد ، وإن كانت تعتبر معصية محرمة شرعاً يجب فيها التعزير للفاعل^(٩٧) . وعقوبة الزنى منصوص عليها في القرآن الكريم حيث يقول الله تعالى في سورة النور : « الزانية

(٩٦) بدائع الصنائع للعلامة الكاسانى ، ج ٧ ص ٣٣ وما بعدها وراجع لتعريفات المذاهب الأخرى : التشريع الجنائى

الإسلامى ، ج ٢ ص ٣٤٩ .

(٩٧) فتح القدير للكفال بن الهمام ، ج ٤ ص ١٥٠ .

والزاني فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين » النور - ٢ .

وهذه الآية هي آخر ما نزل من القرآن في عقاب الزناة . وقد كان عقابهم قبلها مقررًا بنص الآيتين الكريمتين من سورة النساء : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ، إن الله كان تواباً رحيماً » النساء ١٥ - ١٦ .

فعلى حكم هاتين الآيتين كان عقاب الزانية حسبها في بيت أهلها حتى تموت ، أو حتى ينزل الله حكماً جديداً في شأن الزناة وكان عقاب الزاني الإيذاء (تعبيراً وضرباً بالنعال) فإن تاب بعد ذلك وأصلح عمله وسيرته ترك وشأنه (٩٨) .

فلما نزلت آية سورة النور نسخت العقوبة التي قررتها آيتنا سورة النساء فلم تعد قابلة للتطبيق بعدها على ما يراه جمهور الفقهاء والمفسرين . على حين يذهب مجاهد تلميذ ابن عباس إلى بقائها مقررّة في حق الذين يأتون من الرجال والنساء جريمة الشذوذ الجنسي (٩٩) ، ومن ذلك يبدو واضحاً أن عقوبة الزنى كانت أول الأمر عقوبة تعزيرية ، ثم نسخت ، لتصبح الجريمة من جرائم الحدود وعقوبتها حدًّا مقررًا بنص القرآن الكريم .

ويتفق فقهاء جميع المذاهب الإسلامية على اعتبار جريمة الزنى ذات حد مقدر ، وأن الحد يختلف باختلاف حالة الزاني أو الزانية ، وهل أحدهما محصن (متزوج) أو غير محصن (غير متزوج) ؟ فإن كان مرتكب الجريمة محصناً فالعقوبة التي قررتها الشريعة في حقه ليست هي العقوبة التي ذكرناها آنفاً ؛ وإنما هي ما قررته السنة من أنه يرحم بالحجارة حتى الموت ، وبهذا تبقى العقوبة الواردة في القرآن الكريم خاصة بغير المحصن من الزناة ، فيكون عقابه مائة جلدة . وقد ظل هذا الاتفاق بين الفقهاء قائماً على الرغم من إنكار بعض الخوارج ممن ينتمون إلى فرقة الأزارقة شرعية الرجم - حتى حاول بعض المعاصرين أن ينفى أساس اعتبار الرجم عقوبة مشروعة للزاني المحصن زاعماً أنها نسخت بنزول آية سورة النور التي أشرنا إليها آنفاً .

فأما وجهة نظر الأزارقة ، من الخوارج فإننا لم نجد لها فيما اطلعنا عليه من الكتب تعليلاً أو سنداً

(٩٨) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم . ج ١ ص ٤٦٢ وسيد قطب . رحمه الله ، في ظلال القرآن ج ١٨ ص ٥٧ - ٥٨ (من

الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٧ .)

(٩٩) تفسير ابن كثير ، الموضوع السابق ؛ ولعل هذا الرأي هو أقرب الآراء في عقاب الشذوذ الجنسي إلى الصواب وقد نقل مثله عن

أبي مسلم الأصفهاني ، الشيخ محمود شلتوت في كتابه (الإسلام عقيدة وشرعية) ص ٣٠٢ . وهو يشير إلى تفسير الفخر الرازي كمصدر لذلك .

يمكننا معه مناقشتها . وقد ردّ عليهم إجمالاً في دعواهم بعض فقهاء الأباضية - الذين يعدهم الجمهور من الخوارج كذلك - فبينوا أن عقوبة الرجم مشروعة بسنة الرسول ﷺ ، ورموا الأزارقة القائلين بغير ذلك بالكفر والخروج من الدين .^(١٠٠) وأما المعاصرون الذين أنكروا عقوبة الرجم فنناقش حججهم فيما يلي في فترتين نخصص أولاهما للدعوى النسخ والرد عليها ، والأخرى للدعوى اتحاد العقوبة في الرنى بين المحصن وغير المحصن ، وهى الدعوى التى تبناها المستشار على منصور فوضع مشروعى قانونين لعقوبة الرنى فى أثناء ، رئاسته للجنة لتعديل القوانين الليبية : أحدهما فيه العقوبة واحدة للمحصن وغير المحصن ، وهى الجلد مائة جلدة ، وبه أخذت الحكومة الليبية ؛ والآخر فيه التمييز بين المحصن وغير المحصن ، وهو لم يصدر . وفى ثنايا ردنا على رأى المستشار على منصور يأتى الرد أيضاً على حجج بعض العلماء المعاصرين التى استندت هو إليها ، وبني رأيه عليها .

٨٩ - دعوى النسخ والرد عليها :

صاحب هذه الدعوى هو الكاتب المعاصر محمد عزة دروزة ، وقد أوردتها فى كتاب له سماه « الدستور القرآنى فى شؤون الحياة »^(١٠١) وقبل أن نناقش الحجج التى ساقها صاحب هذه الدعوى تأييداً لها نقرر أن عقوبة الزانى المحصن مقررة فى الشريعة الإسلامية بناء على سنة الرسول ﷺ : حيث طبقها فعلاً ، وبيّن بقوله أنها العقوبة التى قررها الشارع سبحانه وتعالى لمن كان محصناً من الزناة . وقد نقلنا من قبل قول الإمام الشافعى فى الرسالة « وقد افترض الله فى كتابه طاعة رسوله ، فمن قبل عن رسول الله ، فبفرض الله قبل » .

وقد روى البخارى ومسلم - وغيرهما من المحدثين - عن عمر بن الخطاب أن آية نزلت مقررة لعقوبة الرنى ثم نسخ لفظها ، وبقى حكمها . ورووا قول عمر بن الخطاب « لولا أن يقول الناس إن عمر زاد فى كتاب الله لأثبتها فيه »^(١٠٢) وجمهور العلماء على أن هذه الآية مما نسخ لفظه وبقى حكمه .^(١٠٣) ولسنا هنا بصدد مناقشة مدى جواز بقاء الحكم مع نسخ اللفظ ولا فى صدد مناقشة

(١٠٠) المدونة فى فقه الأباضية لأبى غانم بشر بن غانم ، ورقة ٢٦١ . وأيضاً الإنصاف ، فى أصول الفقه الأباضى للوارجلانى ، مخطوط ، ورقة ٧٣ من المجلد الثالث .

(١٠١) طبع فى القاهرة سنة ١٩٥٦ ، وأعيد طبعه بعد ذلك مرتين . ودعواه التى تناقشها هنا أوردتها فى الصفحات ١٩٣ - ١٩٧ من طبعة ١٩٥٦ المشار إليها .

(١٠٢) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، المصدر السابق ، ج ٢ ص ١٨٦ .

(١٠٣) السيوطى ، الإتقان ، ج ٢ ص ٢٥ .

أقوال العلماء في متن الحديث وسنده ، وإنما الذى يعنينا أن الرجم باعتباره عقوبة للزنى المحصن قد تقرر بالسنة وليس بنص القرآن ، وبيان ذلك من السنة الفعلية والقولية ما يأتي :

أولاً : روى الإمام أحمد في مسنده ، وأخرج مسلم في صحيحه عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « خذوا عني ، خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلاً . البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم (بالحجارة) » (١٠٤) .

ثانياً : حديث العسيف وقد أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما وفيه أن الرسول ﷺ قضى على الرجل وكان غير محصن يجلد مائة وتغريب عام . وعلى المرأة وكانت محصنة بالرجم وقد رجمها بأمره - ﷺ - أنيس بن الضحاك الأسلمى رضي الله عنه (١٠٥) بعد أن اعترفت على نفسها بالزنى .

ثالثاً : قوله ﷺ في الحديث الصحيح « لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والمارق من الدين التارك للجماعة » (١٠٦) .

رابعاً : حديث ماعز وقد أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما ، وفيه أن رسول الله ﷺ بعد أن يتقن من ارتكابه الزنى وكان محصناً أمر به فرجم .

خامساً : حديث الغامدية وقد رواه الإمام مسلم وغيره ، وفيه أن رسول الله ﷺ أجلها حتى وضعت ولدها ، وفي بعض الروايات حتى فطمته ، ثم أمر بها فرجمت .

سادساً : حديث اليهوديين ، وفيه أن رسول الله ﷺ رجمها بعد أن بين لهما أن الحكم هو الرجم وثبت أنه كذلك في التوراة . (١٠٧) .

وبناء على هذه الأحاديث - وكلها صحيحة - قلنا : إن الرجم عقوبة ثابتة في الشريعة الإسلامية بسنة رسول الله ﷺ . واحتج من رأى نسخ هذه العقوبة بالحجج الآتية :

١ - إن نسخ اللفظ وبقاء الحكم في بعض الآيات القرآنية أمر مختلف فيه ، ومن ثم فلا يجوز بناء الأحكام على آية نسخ لفظها وإن قيل ببقاء حكمها .

وردنا على هذه الحجة هو أنها لم تكن قط المستند الوحيد للقائلين بالرجم ، وهم جمهور المسلمين ؛ وإنما تساق - حين تذكر - مساق الشاهد الذى يعضد غيره من الأدلة ، ولا يكنى وحده

(١٠٤) مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٢٢٨ . واللؤلؤ والمرجان ، الوضع السابق (هامش) واللفظ هنا لمسلم إلا الزيادة الأخيرة بين القوسين فلاحمد .

(١٠٥) مشكاة المصابيح ، الوضع السابق ص ٢٨٧ . وانظر في تحقيق اسم الصحابي : النووى على مسلم ج ١١ ص ٢٠٧ .

(١٠٦) اللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ ص ١٨١ وقد روى الحديث بألفاظ كثيرة وكلها تجمع على الأسباب الثلاثة . وقد تعرضنا لأقوال بعض العلماء في تفسير الحديث في بحثنا للردة .

(١٠٧) انظر في الأحاديث الثلاثة المقدمة : مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٢٨٨ - ٢٩٠ .

ليان الحكم والدلالة عليه . وأدنى مراتب هذه الرواية أنها تثبت أن رأى عمر بن الخطاب ومن حضره من الصحابة كان وجوب الرجم ، وأنه جزء من النظام الجنائى الإسلامى ، ورأى الصحابى من مصادر التشريع - على الأقل نظر بعض الفقهاء - فلا بأس من إيرادها لهذا البيان .

٢- يذهب الكاتب إلى أنه من المحتمل أن الرسول ﷺ لما رجم اليهوديين (الذين أشرنا إلى حديثها من قبل) وعلم أن الرجم هو حكم التوراة فى الزنى طبقه على المسلمين حيث لم يكن لديه وحى يبين حكم الزنى فى شريعة الإسلام .

وهذه الحجة مجرد احتمال قام فى ذهن صاحبها فأورده ؛ ليستدل به على دعواه . والاحتمالات - أولاً - لا يثبت بها الاستدلال لانفياً ولا إثباتاً . وفهم الأمر - ثانياً - بهذه الصورة يجعل الرسول ﷺ مشرعاً بهواه غير ملتزم بأمر ربه . وهذا خلاف سلوكه الذى أثبت له القرآن «وما ينطق عن الهوى» . ويكفى هنا أن نشير إلى قصتى الظهار وحديث الإفك وفى كل منهما انتظر رسول الله ﷺ الوحى قريباً من شهر . ولو كان الأمر بهذه السهولة : كلاً لم يجد فى الوحى حكماً لجأ إلى شريعة اليهود لما انتظر رسول الله الوحى قط ، ولما كان لقول الله تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً) المائدة - ٤٨ . معنى ولا قيمة .

٣- من المحتمل كذلك - عند صاحب دعوى النسخ - أن الرجم كان مقرراً بنص القرآن كما فى حديث عمر بن الخطاب ثم نسخ بسورة النور .

ومرة ثانية : هذا مجرد احتمال وهو بين الوهن ؛ إذ من البعيد غاية البعد أن ينسخ حكم الرجم دون أن يعرف هذا النسخ أى صحابى على الإطلاق . ويكفى إثباتاً لعدم علم الصحابة بمثل هذا النسخ المتوهم أن أحداً منهم لم يرد على عمر قوله الذى قاله فى شأن الرجم . وأن الرجم عملاً قد وقع من عدد منهم عقوبة للزانى المحصن قبل قول عمر وبعده .

وتتبع مثل هذه الاحتمالات يفتح الباب - فى واقع الأمر - لا دعاء نسخ الشريعة كلها ما دام كل إنسان يمكنه ادعاء نسخ حكم لم يعلم بنسخه أحد من الصحابة !

٤- أما الحجة الرابعة والأخيرة فهى ما رواه البخارى ومسلم عن ابن أبى أوفى أنه سئل : متى رجم رسول الله ﷺ : قبل سورة النور أم بعدها ؟ فأجاب ابن أبى أوفى بأنه لا يدرى . ونحن أيضاً لا ندرى ما وجه الحجة فى هذا الأثر؟ فالرجل المسئول يجب بأنه لا يدرى ! وليس من شىء يمكن استنتاجه من مثل هذه الإجابة إلا عدم علم صاحبها بالواقعة التى يسأل عنها . فكيف يتحول عدم العلم هذا إلى دليل على نسخ الحكم التشريعى الثابت بالسنة الصحيحة ؟ ولو قال ابن أبى أوفى ! إن رجم رسول الله ﷺ كان قبل سورة النور لما عارض هذا ما هو مقرر شرعاً من جعل الجلد عقوبة غير

المحصن والرجم عقوبة المحصن ؛ لأن النسخ لا يثبت إلا بنقل صريح يدل عليه ، فما بالك وهو لم يقل ؟

ومن جهة أخرى فإنه قد ثبت بالدليل الواضح أن الرجم إنما وقع بعد نزول سورة النور : ذلك أن من رواه (أبو هريرة) ولم يأت المدينة إلا سنة سبع من الهجرة . وابن عباس وقد جاء إلى المدينة مع أمه سنة تسع . وسورة النور نزلت سنة أربع أو خمس أو ست - على اختلاف الروايات - وبذلك فإن حديث ابن أبي أوفى لا دلالة فيه . وما لم يعلمه هو - أو الراوى عنه - علمناه من تتبع الروايات في حد الرجم ، وفي نزول سورة النور . (١٠٨) .

وبذلك نكون قد انتهينا من بيان بطلان دعوى النسخ ، وأن الحكم الوارد في السنة الصحيحة مُحْكَمٌ غير منسوخ .

٩٠- دعوى اتحاد العقوبة للمحصن وغير المحصن :

ناقشنا في الفقرة السابقة دعوى نسخ عقوبة الرجم ، وبيننا عدم صحتها . ولذلك فلن نعرض هنا في مناقشتنا لدعوى اتحاد العقوبة لأى من الحجج التي ساقها صاحبها متعلقة بنسخ عقوبة الرجم ؛ وإنما سنناقش الحجج الأخرى التي أوردها للتدليل على أن العقوبة المقررة في الزنى هي الجلد فقط سواء أكان الزانى محصناً أم غير محصن . (١٠٩) .

فأول الحجج التي ساقها المستشار على منصور لتأييد رأيه هي أن السنة لا تنسخ القرآن . فلو كانت أحاديث الرجم ثابتة عن رسول الله ﷺ لكانت ناسخة للقرآن ، وهو لا يجوز عند بعض الأصوليين . واستدلوا بحديث « إذا روى عنى حديث فاعرضوه على كتاب الله فما وافقه فاقبلوه وما خالفه فردوه » والرجم هنا شيء آخر غير الجلد ومخالف له كل المخالفة . ونفوا الإجماع المدعى على الصحابة وقالوا : إن خبر الواحد الذى يرويه واحد عن النبي ﷺ يحتمل الكذب . والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال . وفي إثبات هذا الرأى ونسبته إلى أصحابه قال المستشار على على منصور : « ورد ذلك عن الإمام الغزالي في كتابه المستصفي ج ٢ ص ٣٠ وعن الآمدى في كتابه الأحكام ج ٣ ص ٤٧٥ إلى ٤٧٧ . . . والشوكاني في كتاب إرشاد الفحول ص ٣١٦٠ » .

(١٠٨) انظر في هذا المعنى تعليق المرحوم الأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي على هذا الحديث في اللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ ص ١٨٨ (الحديث رقم ١١٠٥) .

(١٠٩) سنعرض هذه الحجج باختصار ، وبألفاظ صاحبها ما أمكن . وقد عدلنا عن ذكرها بنصها ؛ لأن صاحبها بالغ في تطويل الكلام وتكراره وأكثر من القول في المعنى الواحد بل وباللفظ الواحد أحيانا . فكان تتبع ألفاظه ومهجه غير مجد فيما قصدنا إليه من رد حججه . فاقصرنا على ما يؤدى ما نريد . ونحيل من أراد الاطلاع على ألفاظه بنصها إلى كتابه السابقة الإشارة إليه ص ١٧٠-١٨٣ .

وردنا على هذه الحجة من وجوه :

الوجه الأول : أن الحديث الذى ذكره فى سياقها المستشار على منصور حديث موضوع . نقل ذلك الشيخ العجلونى فى كتابه كشف الخفاء عن الحافظ الصغائى (١١٠) وقد قال أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى : إن دليل الوضع فى هذا الحديث موجود فى لفظه . فإن لفظه معارض للقرآن . فيقال لمن يحتج به : إنا عرضنا حديثك على القرآن فوجدناه يرده ؛ لأنه أمرنا بالتأسى بالرسول واتباع أمره دون أن يقيد ذلك بشيء فلا حجة فى هذا الحديث .

الوجه الثانى : أنه من الخطأ القول بأن أحاديث الرجم ناسخة لنص الجلد فى القرآن الكريم ؛ وإنما هذه الأحاديث مخصصة لعموم الآية ، وهو من البيان الذى أمر به رسول الله ﷺ ، وليس فى هذه الأحاديث نسخ لحكم الجلد ؛ وإنما مقتضاها تخصيص عمومها بإثبات الرجم عقوبة لمن كان محصناً من الزناة . فكل حجة سيقت لبيان عدم جواز نسخ القرآن بالنسبة فلا حجة فيها أيضاً .

الوجه الثالث : نفى إجماع الصحابة على الرجم لا يثبت ولا يقبل إلا إذا نقل إلينا النافون ما يثبت أن صحابياً واحداً على الأقل قال بعدم ثبوت أو بنسخ الرجم . وهذا مالا يمكنهم وجوده بحال فى المروى عن الصحابة رضى الله عنهم .

الوجه الرابع : القول بأن خبر الواحد يحتمل الكذب ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال : هذا الكلام يصدق عليه ما قاله على بن أبى طالب رضى الله عنه للخوارج « كلمة حق أريد بها باطل ! » :

فإن الاحتمال يدخل خبر الواحد إذا تطرق إليك شك من جهة أمانة الرواة أو عدالتهم أو الثقة فيما روه . فأين هذا - أو شيء منه - هنا ؟ فإذا كان المراد أن كل أخبار الآحاد يسقط بها الاستدلال فذلك لا يحتاج إلى مناقشة ؛ لأنه مساو لقول من أنكر حجية السنة كلها إلا المتواتر منها . والمسلمون كلهم على خلاف هذا القول - يقبلون ما صحح سنده عن رسول الله ﷺ ويعملون به . فإذا كان ما رواه البخارى ومسلم من أخبار الآحاد يحتتمل الكذب فمن أين نأخذ أخبار الآحاد التى نعمل بها ؟ وفى أى كتاب أوثق من كتابيها نجدها ؟

الوجه الخامس : راجعنا ما نسبته المستشار على منصور إلى الغزالي والآمدى والشوكاني ، فوجدنا الغزالي والشوكاني يبحثان فى تخصيص الكتاب بالسنة ، ويثبتان جواز ذلك ولا يثبانه . وليس فى

(١١٠) كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، ج ١ ص ٨٦ (الحديث رقم ٢٢٠) من الطبعة الثالثة (مصورة بيروت) .

كلام أى منها إشارة من قريب أو بعيد إلى موضوع البحث هنا (١١١) بل يقول الشوكاني (١١٢) فى إثبات الزيادة على لفظ القرآن ، بخبر الواحد : « والحق القبول لأنها زيادة غير منافية للمزيد فكانت مقبولة ، ودعوى أنها ناسخة ممنوعة ، وهكذا إذا ورد الخبر مخصصاً للعام من كتاب أو سنة فإنه مقبول ويبنى العام على الخاص » .

أما الآمدى فى كتابه الإحكام فى أصول الأحكام فإنه يذكر رأى الذين يقولون بعدم جواز تخصيص العام من الكتاب - بالسنة ، ويرده فى خصوص أدلة إثبات الرجم ، خلافاً لما يوهمه ما ذكره المستشار على منصور فى استدلاله على خلاف ذلك . (١١٣)

والحجة الثانية للمستشار على منصور هى أنه سمع شخصياً من الأستاذ الشيخ على الخفيف فى ندوة التشريع الإسلامى التى انعقدت بالبيضاء (فى ليبيا) سنة ١٩٧٢ (فى ٦ من مايو) أنه يرى عدم الرجم . وأن (الشيخ عبد الوهاب خلاف) عدّد فى محاضرة له جرائم الحدود والعقوبة المقررة لكل منها فقال « أما الزنى فهو جريمة فى معنى القتل وعقوبتها الجلد مائة جلدة » (ص ١٧٣ من كتاب المستشار على منصور) .

ولسنا ندرى ما هى دلالة ما يراه بعض العلماء المعاصرين رأياً لا يستند إلى حجة ولا يقوم على دليل ، والمقرر فى الفقه الإسلامى أنه لا عبرة بقول لا دليل عليه ، وأنه لا بد للمجتهد أن يبيّن المصدر الذى يعتمد عليه فى اجتهاده من نص كتاب ، أو سنة أو إجماع المسلمين ؟ فأين شىء من هذا كله فى رأى الشيخين على الخفيف وعبد الوهاب خلاف ؟

والحجة الثالثة على رأى المستشار على منصور نصّ خطاب أرسله إليه المرحوم الشيخ محمد أبوزهرة بيّن فيه أنه يرى « أن عقوبة الرجم غير ثابتة ، وأنه لا يميل إلى الأخذ بعقوبة الرجم للشبهات التى أثبتت حول إثباتها ولقسوتها . وأهم ما فى حجج المرحوم الشيخ محمد أبوزهرة على ما أثبتته المستشار على منصور (ص ١٨١ - ١٨٢) أن أحاديث الرجم غير متواترة ، وأن الرجم أشد العقوبات قسوة ، فكان لا بد أن يثبت بالقرآن أو السنة المتواترة » .

والرد على طلب التواتر فى سنن الأحكام هو ذاته الرد على من رفض الأخذ بأحاديث الآحاد ،

(١١١) من الإنصاف أن نذكر أننا رجعنا إلى الطبعة الأولى من المستصفي (القاهرة ١٩٣٧) ص ٢٨ - ٣٠ من الجزء الثانى . والطبعة الأولى من إرشاد الفحول (القاهرة ١٩٣٧) ص ١٥٧ - ١٦٠ . ولم يذكر المستشار على منصور الطبعة التى راجعها من الكتابين فإن كان ما نقله فى طبعة أخرى فإننا نرجو أن يدلنا عليها ليرجع إليه .

(١١٢) ص ٥٦ من الطبعة الأولى سنة ١٩٣٧ بالقاهرة .

(١١٣) رجعنا من كتاب الآمدى إلى الطبعة الصادرة عن مؤسسة الحلبي سنة ١٩٦٨ بالقاهرة ، ج ٣ ص ١٣٩ - ١٤٠ . وهو يقول بعد أن ذكر من أجاز نسخ القرآن بالسنة «والختار جوازه عقلاً» .

وقد قدمناه ؛ أما عدم ثبوت حكم الرجم في القرآن الكريم فإنه لا دلالة فيه ما دام أنه ليس هناك مطعن في الأحاديث المثبتة له .

وللشيخ أبو زهرة رحمه الله كتابان في الجريمة والعقوبة أثبت فيها الرجم عقوبة للزاني المحصن ، وأورد في أحدهما كل ما نقله عنه المستشار على منصور في كتابه السالف الذكر ، وانتهى من مناقشة هذه الحجج إلى ردها كلها وتقرير بقاء عقوبة الرجم للزاني المحصن^(١١٤) فهل رجح الشيخ عن رأيه هذا ، أو فهم المستشار على منصور من إيراده حجج من قال بنسخ عقوبة الرجم أنه يرى مثل رأيه ؟ ذلك ما لم يبينه المستشار على منصور وقد كان يجب عليه بيانه . وخاصة أن كتاب الشيخ أبو زهرة مطبوع ومتداول ومعروف .

والحجة الرابعة للمستشار على منصور هي رأى الأستاذ مصطفى الزرقاء الذى بعث إلى المستشار على منصور بخطاب خلاصته أنه : « يرى مجالاً كبيراً لاحتمال أن يكون الرسول ﷺ قد أمر بالرجم في تلك الحوادث الثابتة على سبيل التعزير لا على سبيل الحد وعندئذ يمكن أن يقال في أمر الرجم ما يقال في كل تعزير من أنه مفوض إلى ولى الأمر بحسب ما يرى من المصلحة : فإن شاء طبقه ، وإن شاء اكتفى بالجلد الذى هو وحده الحد ، وإن شاء جمعها حدّاً وتعزيراً . . . » (ص ١٨٢ - ١٨٣ من كتاب المستشار على منصور) .

والرد على هذه الحجة أنه لا بد لنقل عقوبة الرجم من نطاق عقوبات الحدود إلى نطاق عقوبات التعزير من قرائن تحف بالأدلة المثبتة لها وتصرف المراد منها من إيجاب توقيعها إلى جواز هذا التوقيع . وقد وجدنا مثل هذه القرائن في أحاديث شرب الخمر والعقاب عليه ، وحديث الأمر بقتل المرتد فقلنا : إنها عقوبات تعزيرية . أما في الرجم فأين مثل هذه القرائن ؟ إننا نحسب أنه على خلاف ذلك قامت القرائن بتطبيق الرسول لهذه العقوبة أكثر من مرة ، وبأمره بها بلفظ : (قد جعل الله لمن سبيلاً) وفي إباحته قتل المسلم إذا كان محصناً وزنى .

وهكذا لا نرى في رأى أى من العالمين الجليلين الشيخ محمد أبو زهرة والأستاذ مصطفى الزرقاء ما يؤيد قول من قال : إن عقوبة الزانى هي الجلد للمحصن وغير المحصن .

وقد أعرضنا عن الرد على حجج أخرى أوردها المستشار على منصور في كتابه ؛ لأنها بينة الضعف ، أو لأنها نقول لم يحالفه التوفيق في الاستدلال بها ، وكان أهم حججه ما أوردها . وكلها لا حجة فيها . ولذلك فإننا نرى - كما يرى جمهور المسلمين - أن الرجم هم العقوبة المقررة في

الشريعة الإسلامية للزاني المحصن ، وأن الجلد الوارد النص عليه في القرآن الكريم خاص بالزاني غير المحصن .

٩٠ - التمييز بين المحصن وغير المحصن :

قدمنا أن العقوبة المقررة في الإسلام للزني تختلف باختلاف حال الزاني وهل هو محصن أو غير محصن ، وشروط الإحصان كثيرة ، غير أنه لا محل لمناقشتها تفصيلاً هنا ويكفي أن نعرف أن الزواج هو أهم تلك الشروط . (١١٥) .

ومع اتفاق الفقهاء على هذه التفرقة بين المحصن وغير المحصن فإنهم مختلفون حول مسألتين متصلتين بهذه التفرقة : أولاهما هي جلد الزاني المحصن قبل رجمه ، والأخرى هي نفي الزاني غير المحصن بعد جلده .

وقد ذهب الأحناف والمالكية والشافعية (والحنابلة في رواية) إلى أن الجلد قبل الرجم منسوخ بدليل أنه لم يرد في الأحاديث التي أمر فيها رسول الله ﷺ بالرجم الأمر بالجلد معه . (١١٦) . ورأى الحنابلة (في رواية أخرى عندهم) والظاهرية والزيدية أن المحصن يجب أن يجلد مائة جلدة قبل رجمه استناداً إلى ظاهر الحديث الذي أشرنا إليه سابقاً ، والراجح من هذين القولين هو ما ذهب إليه الأحناف ومن وافقهم . وقد فصل الإمام الشافعي القول فيه في كتابه الرسالة (١١٧) . وقد اتفقت المذاهب الإسلامية عدا مذهب الأحناف على اعتبار عقوبة الزاني غير المحصن ذات شقين : أحدهما الجلد مائة ، والآخر النفي سنة (١١٨) والأمر الذي يجب التنبيه إليه هنا هو أن النفي كما قررناه في دراستنا لجريمة الحراة وعقوبتها - يعني السجن أو الحبس ، ولا يشترط أن يكون نفيًا حقيقة من مكان إلى مكان .

والتمييز بين الزاني المحصن والزاني غير المحصن على أي حال قائم على الأساس الأخلاقي الذي بنيت عليه عقوبة الزني بصفة عامة والذي ستحدث عنه بعد قليل . وقائم كذلك على اعتبار عملي ، هو كون المحصن - أي المتزوج - في غير حاجة إلى ارتكاب جريمة الزني وقد أغناه الزواج عنها .

(١١٥) لتفصيل هذه الشروط راجع التشريع الجنائي الإسلامي ، ج ٢ ص ٣٩٠ - ٣٩٤ .

(١١٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٣٩ ، ابن جزي ، القوانين الفقهية (في فقه مالك) ص ٣٨٤ ، والإمام

الشافعي ، الأم ، ج ٦ ص ١١٩ .

(١١٧) منار السبيل لابن ضويان ، ج ٢ ص ٣٦٦ ، المحلى ج ١١ ص ٢٣٤ ، الروض النصير ج ٤ ص ٤٨١ ، الرسالة

للشافعي ص ١٣٠ ، ٢٤٥ .

(١١٨) المراجع السالفة الذكر .

ومن ثم فإن عقوبته حين يرتكبها لا بد أن تكون أقسى وأشد من عقوبة غير المحصن الذي قد يلتمس له نوع من العذر المخفف لعقوبته في عدم زواجه . وهذا التمييز مفهوم عقلاً ومقبول منطقاً على أن المسألة التي يجب أن نقف عندها قليلاً هنا هي كون المرء يبتغي محصناً ولو كان حين ارتكاب الجريمة غير ذى زوج : بمعنى أن حالة الإحصان تستمر مفترضة في الشخص بمجرد أن يكون زوجاً في نكاح صحيح أو بتعبير الفقهاء « المحصن هو من جامع في نكاح صحيح ولو مرة » (١١٩) .

ومعنى هذا أنه لو ماتت زوجة الرجل أو زوج المرأة أو طلقا فإنهما يعتبران محصنين إلى الأبد ولو لم يعد أحدهما إلى زواج بعد ذلك قط .

فإذا كان أساس التمييز بين المحصن وغير المحصن هو كون الأول قادراً باعتباره متزوجاً على أن يقضى شهوته بطريق شرعه الله وهو الزواج ، والآخر غير قادر على ذلك فإنه لا بد من إعادة النظر في كلام الفقهاء حول هذا الشرط واستمراره بجماع ولو مرة .

أما إذا كانت التفرقة بين الشخصين قائمة على مجرد كون أحدهما تزوج والآخر لم يسبق له الزواج فإن كلام الفقهاء يبقى صحيحاً ، وإن كانت التفرقة على هذا النحو لا يمكننا فهم أساسها المنطقي .

ولالإمام محمد عبده رأى في هذه المسألة ، أورده تلميذه السيد محمد رشيد رضا في تفسير المنار فقال : « إن المحصنة بالزواج هي التي لها زوج يحصنها ، فإذا فارقتها لا تسمى محصنة بالزواج ؛ كما أنها لا تسمى متزوجة . كذلك المسافر إذا عاد من سفره لا يسمى مسافراً ، والمريض إذا برئ لا يسمى مريضاً . وقد قال بعض الذين خصوا المحصنات هنا بالأبكار : ولعمري إن البكارة حصن منيع لا تتعدى صاحبه لهدمه بغير حقه ، وهي على سلامة فطرتها وحيائها وعدم ممارستها للرجال . وما حقه إلا أن يستبدل به حصن الزوجية ، ولكن ما بال الثيب التي فقدت كلا الحصنين تعاقب أشد العقوبتين ، إذ حكموا عليها بالرجم ؟ هل يعدون الزواج السابق محصناً لها ، وما هو إلا إزالة لحصن البكارة وتعويد لها لممارسة الرجال ، فالمعقول الموافق للفترة هو أن يكون عقاب الثيب التي تأتي الفاحشة دون عقاب المتزوجة ، وكذا دون عقاب البكر ، أو مثله في الأشد » (١٢٠) .

وقد أيد هذا الرأي بعد أن نقل النص ذاته عن الإمام محمد عبده الأستاذ الشيخ أبو زهرة مشيراً إلى أنه ليس هناك نص يمنع من الأخذ به ، ولا نص يثبت توقيع العقوبة المشددة على من ليس متزوجاً حال ارتكابه الزنى . وكأنه - رحمه الله - يعني بذلك أن جميع الحالات التي وقع فيها حد

(١١٩) حاشية سعدى جليبي على العناية ، من كتب الأحناف ، مطبوع على هامش فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ .

(١٢٠) تفسير المنار ، ج ٥ ص ٢٥ (طه القاهرة بدون تاريخ) .

الرجم زمن الرسول ﷺ كانت حالات ارتكاب للجريمة من أشخاص زواجهم - وقت ارتكابها - قائمٌ صحيح (٢١١).

٩٤ - لماذا تعاقب الشريعة الإسلامية على الزنى ؟ :

إن النظام الجنائي الإسلامي هو النظام القانوني الوحيد بين النظم القانونية المعروفة للعالم المعاصر الذي يعاقب على الزنى مجرداً عن أى اعتبار آخر ، وهو النظام القانوني الوحيد الذى لا يجعل لرضا الزانيين أثراً أيّاً ما كان فى العقوبة على فعلها . لقد كانت التوراة تعاقب على الزنى ، وتفرض عليه عقوبة الرجم كما هى مفروضة فى الشريعة الإسلامية . (١٢٢) . ولكن هذه العقوبة غير مطبقة الآن فى الشريعة اليهودية حتى فى إسرائيل حيث يزعمون قيام الدولة على أساس العقيدة الدينية لليهود . وليس هناك من يطالب بتطبيقها (١٢٣) على حين أن عقوبة الرجم للزنى المحصن لا تزال مطبقة فى بعض البلاد الإسلامية كالمملكة العربية السعودية ، ومازال ملايين المسلمين يعتقدون وجوب تطبيقها فى هذا العصر باعتبارها جزءاً من شريعتهم التى يؤمنون بصلاحياتها للتطبيق فى كل زمان ومكان .

والتفسير الوحيد لموقف الشريعة الإسلامية من جريمة الزنى هو قيام هذه الشريعة على أساس أخلاقى أولاً وقبل كل شىء . فالأعمال والتصرفات والأخلاق والمواقف توزن كلها فى ميزان هذه الشريعة مقابلة ببعدها أو قربها من المثل الأخلاقى العالى الذى أتى رسول الإسلام ليم الاعتراف به ، ويكمل الناقص فيه : « إنما بعثت لأتمم حُسن الأخلاق » . فى ظل مثل هذا النظام القانوني القائم قبل كل شىء لإقرار الأخلاق الفاضلة يكون أمراً غير طبيعى ألا نجد تشريعاته تهتم هذا الاهتمام بالعقاب على التصرفات المنافية للأخلاق الفاضلة . ومن جهة أخرى فإن الزنى يتضمن اعتداء على نظام الأسرة وهو حجر الزاوية فى إقامة النظام الاجتماعى الإسلامى ، ومن ثم فالاعتداء على المجتمع بالزنى يجب أن يعاقب عليه العقوبة الرادعة التى إن لم تمنع حدوثه تماماً فإنها تجعله فى أضيق نطاق ممكن .

وشبوع الزنى فى المجتمع أمر غير مرغوب فيه حتى لو كان عن طريق إعلان الناس بما يقع من جرائمه ، ومن ثم جعلت الشريعة الإسلامية إثبات الجريمة بطريقتين اثنتين هما الإقرار وشهادة أربعة رجال مسلمين عدول أنهم رأوا الفعل المكون للجريمة بكل تفاصيله ، واختلف فى الحمل - إذا كان

(١٢١) العقوبة ، المرجع السابق ، ص ١١١ - ١١٢ .

(١٢٢) انظر الموسوعة اليهودية تحت كلمة Adultery فى الجزء الأول وتحت كلمة Capital Punishment فى الجزء الثالث ،

من طبعة لندن سنة ١٩١٠ .

(١٢٣) انظر فى هذا الخصوص رسالة للدكتوراه قدمت لجامعة كامبردج سنة ١٩٧٠ بعنوان .

من امرأة ليس لها زوج - هل يثبت به الزنى أولاً؟

وليس لهذا من سبب إلا رغبة الشريعة الإسلامية وحرصها على ألا تشجع الفاحشة في الدين آمنوا ، لا فعلاً ، ولا قولاً ، ولا سماعاً بها .

فإذا وقعت الجريمة فلا بد من أن يعلن العقاب على الملاً (وليشهد عذابها طائفة من المؤمنين) حتى يتحقق للعقوبة أكبر قدر من قوة الردع العام ، ويكون لها أثرها على تخفيض احتمالات ارتكاب الجريمة مرة أخرى .

ويعترض بعضهم على عقوبة الزنى في الشريعة الإسلامية بأنها تدخل في حرية الناس الشخصية وهي أمر لا علاقة للقانون به .

والجواب على هذا الاعتراض أن مفهوم الحرية الشخصية في الشريعة الإسلامية - وعند المسلمين - مخالف لمفهومها عند الغربيين الذين يعترض المتأثرون بهم ؛ يمثل هذا الاعتراض : فنذ الحرب العالمية الثانية تغيرت مفاهيم الشعوب الأوربية تغيراً كبيراً فيما يتعلق بالأخلاقيات والنظم الاجتماعية ، وقد كان لهذا التغير أسباب كثيرة اقتصادية وسياسية واجتماعية ، وكان له كذلك أثره في القوانين الجنائية ومدى تدخلها في العلاقات بين الأفراد .

أما المسلمون فإن تأثرهم بأوضاع معينة وتعرض بلادهم لتغيرات اجتماعية وسياسية واقتصادية وغيرها لا يؤثر على ما ثبت في دينهم بنص عن الله تعالى أو عن رسوله ﷺ . نعم إن العرف مصدر معترف به من مصادر التشريع الإسلامي عند عدم وجود نص ، ولكنه لا عمل له - ولا ينبغي أن يكون له عمل - حين يوجد النص الصريح من القرآن أو السنة الصحيحة .

والحرية الشخصية أو الفردية في نظرة الشريعة الإسلامية مكفولة خارج نطاق الأوامر والنواهي التي يقرها القرآن والسنة ، أما حيث يكون هناك أمر أو نهى في أحد هذين المصدرين فإن المسلمين - والحكومات المسلمة - مقيدون بهذه الأوامر والنواهي لا يجوز لأحد تعديها إلا أن يكون عاصياً لله ورسوله محاداً لها يستوي في ذلك وغير المؤمن بهما .

وليس معروفًا لدى غير المسلمين مثل هذا الإشراف والسيطرة على حياة الناس لسلطة أعلى خارجة عن نطاق السلطات البشرية . ومن هنا يستغرب هؤلاء مثل هذه الأحكام في الشريعة الإسلامية على حين يتلقاها المسلمون راضين بها مسلمين : (صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة ونحن له عابدون) .

٩٣ - ملاحظات على تقنين عقوبة الزنى :

أصدر مجلس قيادة الثورة في ليبيا القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ الخاص بتطبيق عقوبة الزنى المقررة

في الشريعة الإسلامية . وقد نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في العدد ٤٣ بتاريخ ١١ من شوال ١٣٩٣ هـ الموافق ٦ من نوفمبر ١٩٧٣ م .

وخصصت لجنة الأزهر الباب الرابع من مشروع قانون الحدود الشرعية للأحكام الخاصة بحد الزنى .

وأورد مشروع تعديل قانون العقوبات المصري المقدم من الدكتور إسماعيل معتوق المواد من ٢٦٧ - ٢٧٥ لجرائم الزنى والجرائم الأخرى المرتبطة به .

وقد أخذ القانون الليبي بوجهة النظر القائلة بأن الحد لجريمة الزنى هو الجلد للمحصن وغير المحصن على سواء . (م/٢ ف١) وأجاز تعزير الجاني بالإضافة إلى عقوبة الجلد بالحبس لمدة سنة .

وقد سبق أن ناقشنا مسألة اتحاد الحد بين المحصن وغير المحصن وبيننا ما وسعنا البيان أنه لا حجة للرأى القائل بإهدار عقوبة الرجم ، لا في قول من ذهب من المعاصرين إلى أنها عقوبة منسوخة ، ولا في رأى من حاول الاجتهاد في تفسيرها على أنها عقوبة تعزيرية ، ولا في الرأى الذى يحاول التشكيك في أدلة ثبوتها . ولا حجة - من باب أولى - في رأى من قال : «إني لأرى الرجم» ولا من لم يذكره بين عقوبات الحدود ؛ لأنه لا حجة في رأى بلا دليل أصلاً .

وعلى ذلك فإن رأينا في منهج القانون الليبي واضح . وهذا القانون صحيح من وجهة النظر الإسلامية فيما يتعلق بعقاب غير المحصن ، باطل في جعله الجلد هو العقوبة الوحيدة للزنى دون نظر إلى كون الجاني محصناً أو غير محصن .

وقد اعترت هذا القانون أوجه مخالفة أخرى للشريعة الإسلامية بيننا وطلب تداركها بتعديل القانون قبل نشره المستشار على على منصور رئيس لجان مراجعة القوانين الليبية آن ذاك ، ولكنه لم يؤخذ برأيه ، وصدر القانون وفيه كل أوجه المخالفة التي طلب هو العدول عنها (١٢٤) . ولذلك فلن نعرض لتفصيل أوجه نقدنا لهذا القانون مكتفين في هذا الخصوص بإعلان موافقتنا إجمالاً لما ذهب إليه واضح مشروعه في انتقاده له ، اللهم إلا في خصوص الأخذ بعقوبة الجلد دون الرجم .

أما مشروع لجنة الأزهر فقد نص في مادته الأولى أن تعتبر اللواط في حكم الزنى (ف٢) ، وعلى الرغم من أن التسوية بين اللواط والزنى في العقوبة هو رأى العديد من فقهاء المذاهب الإسلامية فإن الرأى الراجح هو اعتبار اللواط (أو الشذوذ الجنسى بعامة) جريمة تعزيرية يعاقب فاعلها بعقوبة

(١٢٤) أورد المستشار على على منصور نص مذكرة أرسلها إلى مجلس قيادة الثورة الليبي وفيها نقده للقانون في كتابه السالف الذكر ، ص ٢٠٦ - ٢١١ . وسجل في ص ٢٠٦ أنه برغم هذه المذكرة فقد نشر القانون وفيه أوجه النقص والمخالفة للشريعة التي أشار إليها في مذكرته .

تعزيرية . وقد سبق من قبل أن قلنا : إن أقرب الآراء في عقاب الشذوذ الجنسي إلى الصواب هو الرأي القائل بأن حكمها هو الوارد في آيتي سورة النساء : (واللاق يأتين الفاحشة من نسائكم) الآيتين . ويتسق هذا الرأي ونتائج البحوث الطبية والنفسية الحديثة في هذه المسألة والتي ترى فيها انحرافاً سلوكياً ينتج - عادة - عن مرض عضوى أو نفسى . وما كان شأنه كذلك كان أولى بعقوبة تعزيرية لما يتاح في باب التعزير من تقدير ظروف الجاني ، وأحواله الطبية والنفسية ، وتقرير أوجه معاملته العقابية أو العلاجية بما يؤدي إلى برئه مما دفعه إلى ارتكاب الجريمة . (١٢٥) .

ونصت المادة الثانية من مشروع هذا القانون على أن إثبات جريمة الزنى «(١) بالإقرار أمام السلطة القضائية . . . (٢) بشهادة أربعة رجال عدول ، ويؤخذ عند الضرورة بشهادة غيرهم على النحو المبين في المادة (٣) من الباب الأول . . .» .

وجواز إثبات الزنى بغير شهادة أربعة شهود ذكور عدول يخالف المستقر في الفقه الإسلامى ، غير أنه في المسائل الإجرائية قد يكون ثمة أسباب تدفع إلى ذلك . وموضع مناقشة هذه المسألة على كل حال هو الباب الأخير من هذه الدراسة والذي نخصه لدراسة الإثبات في المواد الجنائية . وقد أخذ مشروع القانون بالصحيح من التفريق في العقوبة بين الزانى المحصن - فيعاقب بالرجم - والزانى غير المحصن فيعاقب بالجلد . (م/٣ ف ٢٠١) .

وأما مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى فقد نصت المادة ٢٦٧ منه على أن «يعاقب بالإعدام رجلاً الشب الزانى» . وعرفت المذكرة الإيضاحية للمشروع الشب أو المحصن بأنه «هو المتزوج . فإننا لا نجد نصاً صريحاً يقرر أن المرأة المطلقة تعتبر محصنة ، وكذلك الرجل الذى ماتت زوجته أو طلقها لا يعتبر محصناً» (ص ١٤ من المذكرة الإيضاحية للمشروع) .

وهذا الرأي هو رأى الإمام محمد عبده الذى سبقت لنا الإشارة إليه ، وقد نقلت المذكرة الإيضاحية في الموضوع ذاته بعض عبارته وإن لم تسندها إليه . وفى رأينا أن هذا الحكم - وإن خالف اجتهاد الفقهاء في بعض المذاهب الإسلامية - يتفق مع الحكمة من تشديد العقاب على المحصن - على النحو الذى سبق أن بيناه - ونلاحظ هنا أن مشروع قانون الأزهر قد سكت عن تعريف المحصن في خصوص جريمة الزنى ، ولم يرد له تعريف في مذكرته الإيضاحية . ونصوص هذا المشروع تترك للفقه والقضاء تفسير الإحصان المراد في خصوص جريمة الزنى ، ويمكن - من ثم - تفسيره على النحو الذى فسره به مشروع ، تعديل قانون العقوبات المصرى .

(١٢٥) انظر في تفصيل ذلك : West, D.J., Homosexuality, London, 1969 وعلى وجه الخصوص الصفحات ٧١ -

وقررت المادة ٢٦٨ أن «يعاقب الزاني غير المحصن بالجلد مائة جلدة والتغريب عاماً هجرياً كاملاً». وعندنا أن الرأي الراجح هو الذى لا يرى في التغريب جزءاً من عقوبة الحد. وسوف يأتي مزيد تفصيل في شأن عقوبة التغريب (أو النقي) عند الكلام عن التعزير، فنبه هنا فحسب إلى أن رأينا في هذه العقوبة باعتبارها تعزيراً هو ذاته رأينا فيها باعتبارها حداً.

وعرضت المادة ٢٦٩ من المشروع لعقوبة الزانية غير المحصنة، فأضافت إلى الجلد مائة جلدة «وتمسك في بيتها حتى يتوفاها الموت أو يجعل الله لها سبيلاً». وهذا الحكم بديل عن حكم التغريب في حق الزاني غير المحصن. ولعل واضع المشروع قد أرادوا الأخذ برأى بعض المالكية - وهو رأى الإمام مالك أيضاً - من أنه لا تنفى المرأة (١٢٦) غير أن النص الذى أوردته المشروع معارض لنص حديث رسول الله ﷺ: «خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلاً...». والسبيل هنا هو عقوبة الجلد والرجم التي ورد ذكرها في الحديث. أما الإمساك في البيوت فقد ورد النص عليه في آية سورة النساء: (واللاقى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً) وحكم هذه الآية في الزنى غير معمول به في شأن المحصنة لورود حكم الرجم، ولا في شأن غير المحصنة لورود حكم الجلد. وبذلك بقى الإمساك في البيوت: (أى الحبس أو تحديد الإقامة)، على الرأى الذى اخترناه مشروعاً في حق من يأتين من النساء بفاحشة الشذوذ الجنسى (السحاق) دون من يأتين بفاحشة الزنى التى تقرر لها الجلد أو الرجم.

وقد عالج الشذوذ الجنسى المادة ٢٧٠ من المشروع، فجعلت عقوبته عقوبة تعزيرية هي «الجلد من ستين إلى تسعين جلدة» وقد كان من الأفضل - عندنا - الاكتفاء بهذا الحكم في شأن الشذوذ الجنسى مع تقرير عرض مرتكبى جرائمه على إخصائين نفسانيين، وأطباء مختصين في علاج حالات الانحراف السلوكى الناتج عن خلل عضوى أو نفسى لتقرير ما يروونه مناسباً من وسائل علاجه. ولكن المشروع أضاف إلى عقوبة الجلد «فإن اعتاد يقتل إذا لم يندفع فسادة إلا بالقتل».

وهذه النظرة إلى الاعتقاد على ممارسة الشذوذ الجنسى ينقصها الإمام بما توصل إليه الباحثون النفسيون والأطباء في شأن هذا السلوك، ولذلك فإننا نرى وجوب تعديل هذه الفقرة من المشروع بما يتفق مع ما قدمناه في هذا الخصوص؛ إذ قد لا تكون المسألة مجرد سلوك يعتبره المجتمع أو المشرع سلوكاً مجرمًا ويعاقب عليه القانون؛ وإنما قد تكون سلوكاً مريضاً يحتاج صاحبه إلى رعاية نفسية، أو

(١٢٦) انظر شرح النووى على صحيح مسلم، ج ١١ ص ١٨٩. حيث يقول: إنه رأى الأوزاعى ومالك، وإنه روى عن على

عناية اجتماعية ، أو حتى إلى علاج طبي ، فكيف يجوز مع ثبوت ذلك - وإمكان التحقق منه في كل حالة على حدة - أن نقرر عقاباً جامداً لا أثر له في إصلاح الجاني أو تقويمه معتبرين ما أتاه جريمة فحسب ، في الوقت الذي يمكن فيه أن يكون مثل هذا العمل مرضاً أو عرضاً لمرض نفسياً كان هذا المرض أو عضويّاً ؟

ولعله لهذه الاحتمالات لم يرد في نصوص القرآن أو السنة نص صريح يوجب عقاب الشاذ جنسياً بعقوبة الحد المقررة للزنى . ولذلك انتقدنا الرأي الذي يذهب إلى اعتباره في حكم الزنى من حيث العقوبة المقررة له . ومع تأييدنا للعقوبة التعزيرية التي قررها مشروع تعديل قانون العقوبات المصري فإن شقها الأخير يحتاج إلى تعديل على ضوء ما قدمنا .

الباب الثالث

جرائم الاعتداء على الأشخاص وعقوباتها

٩٤ - تمهيد وتعريف :

ليس من شك في أن جريمة القتل هي أخطر الجرائم التي عرفتها الإنسانية على الإطلاق ، ولذلك عرفت العقاب عليها جميع النظم القانونية منذ فجر التاريخ حتى اليوم ، فلم يحل تنظيم جماعة إنسانية من تجريم القتل وتحديد العقاب عليه .

وتعاقب الشريعة الإسلامية على القتل بالقصاص . وهو قتل القاتل . وتقرر قواعدها وإجماع فقهاء القصاص أيضاً كعقوبة أصلية لجرائم الاعتداء على الأشخاص التي لا تصل إلى درجة القتل : كالضرب والجرح .

وكلمة القصاص في أصل اشتقاقها اللغوي من الفعل (قصّ) تعني القطع واتباع الأثر ، والمساواة بين جانبي الشيء ، ومن هنا جاء استعمالها للدلالة على إزال عقاب بالجاني مساوٍ لجنائته . فإن قتل قتل ، وإن جرح جرح . فهو في الحالتين يقتص منه .

وفي استعمال الفقه الإسلامي يغلب لفظ القود على القصاص فيما دون النفس أي العقوبة في جرائم الضرب والجرح . وتعرف بعض المعاجم القود بأنه القصاص والقصاص بأنه القود ، واللفظان مترادفان في أصل اللغة ، أو قريبان من الترادف^(١) .

ولعل أهم ما يجب أن تُصرف العناية إليه في صدد دراسة القصاص في الشريعة الإسلامية هو مدى اعتبار أفعال الاعتداء على الأشخاص بالقتل أو بالجرح جرائم بالمعنى الصحيح : أي أفعالاً ينتج عنها نشوء حق للدولة في العقاب الذي توقعه السلطات العامة فيها بقصد منع الجريمة المستقبلية ، أو إصلاح الجاني أو زجره . أو اعتبارها أفعالاً ضارة بمفهوم الفعل الضار في القانون المدني ، وهو الفعل الذي ينشأ عنه للمضروب حق في التعويض المساوي لما لحقه من ضرر يلتزم بأدائه له مرتكب الفعل الضار أو المستول عنه .

وتبدو أهمية هذه المسألة إذا عرفنا أن الشريعة الإسلامية تجعل لإرادة المجني عليه - أو أوليائه - دوراً أساسياً في منع توقيع العقاب على الجاني ، وذلك بتقريرها جواز العفو عن القصاص من قبل المجني عليه - في جرائم الجرح والضرب - أو من قبل أوليائه - في جرائم القتل - مقابل مبلغ معين من

(١) ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٨ ص ٣٤١ (ط القاهرة بدون تاريخ) ، وابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج ٥ ص ١١ (طبعة القاهرة ١٣٦٩ هـ) . وقد اعتنى بدراسة الكلمات المستعملة في الموضوع ودلالاتها اللغوية الشيخ أحمد الشرباصي في كتابه : القصاص في الإسلام ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص ١٣ - ٢١ .

المال يطلق عليه اصطلاحاً لفظ الدية .

ومنع العقاب بإرادة المجنى عليه في نطاق القانون الجنائي أمر مخالف للأصل في الأفعال المعتبرة جرائم ؛ إذ الأصل فيها نشوء حق الدولة في العقاب بمجرد ارتكاب الجريمة ، سواء أرضى المجنى عليه بنتيجتها أم لم يرض ، عفا عن الجاني أم لم يعف . وإذا كانت النظم الجنائية الحديثة تجعل لإرادة المجنى عليه - أو من هو في حكم المجنى عليه - دوراً معيناً في طلب توقيع العقاب أو منع تنفيذه في نطاق محدود ، وفي عدد معين من الجرائم - فإنها تراعى في ذلك اعتبارات خاصة تملى على المشرع الخروج عن الأصل المقرر من وجوب استيفاء الدولة دائماً لحقها في العقاب^(٢) .

أما الفعل الضار - أو الخطأ المدني - فإن المرجح فيه إلى إرادة المضرور : إن شاء طالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه ، وإن شاء ترك استيفاء حقه في التعويض . ولا معقب عليه في ذلك من سلطات الدولة ، وليس لها التدخل فيما أراد من استيفاء حقه أو النزول عنه .

فإلى أى من نوعى السلوك - الجريمة أو الفعل الضار - تنتمى أفعال الإعتداء على الحياة بالقتل أو الإعتداء على الأشخاص بالجرح أو الضرب^(٣) ؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضينا التعرض أولاً للقواعد الأساسية في نظام القصاص والدية ، ولوقف المذاهب الفقهية من تطبيق القصاص في بعض المسائل الخلافية ، ثم ناقش وضع القصاص والدية - أو الدية بتعبير أدق - بين العقوبة الجنائية والتعويض المدني . ثم أخيراً ناقش موقف بعض التشريعات الجنائية العربية من تطبيق القصاص ، ونعنى على وجه الخصوص القانون المصرى في هذا الصدد .

٩٥ - القواعد الأساسية في نظام القصاص والدية :

إن الأثر المترتب على جرائم الإعتداء على الأشخاص في الشريعة الإسلامية قد يكون صدور الحكم بالقصاص ، أو بدفع الدية إلى المجنى عليه أو أوليائه . والقصاص بدوره ينقسم إلى قصاص في النفس (قتل القاتل) وقصاص فيما دون النفس (إحداث جرح أو ألم بالجاني مساو لما أحدثه بالمجنى عليه) . أما الدية فهي مبلغ معين من المال يدفع إلى أولياء القتيل مقابل نزولهم عن الحق في

(٢) انظر ما سبق عن جرائم الشكوى والإذن والطلب وجواز الصلح والعفو في بعض الجرائم .

(٣) إن موقف الشريعة الإسلامية من جرائم الاعتداء على الأشخاص يجب أن يدرس في ضوء النقلة الهائلة التي أحدثتها قواعدها فيما كان سائداً قبلها في النظم القانونية الأخرى ، وفي العادات القبلية العربية . وقد سبق لنا تفصيل ذلك في

القصاص . أو يدفع للمجنى عليه مقابل نزوله عن الحق في القصاص لما أصابه من اعتداء . ولفظ الدية أكثر شيوعاً في الحالة الأولى ، على حين يستخدم الفقهاء في الحالة الثانية لفظ «الأرش» . وهو عادة جزء محدد من الدية الكاملة التي تجب في القتل ، يقابل حق القصاص لاعتداء على جسم المجنى عليه .

كل ذلك في القتل والجرح العمديين ، أما القتل الخطأ والإصابة الخطأ فجزاؤها في الشريعة الإسلامية الدية والكفارة . والدية واحدة في النوعين من القتل من حيث مقدارها ، ومن حيث القواعد الشرعية والفقهيّة التي تحكمها بصفة عامة ، ولذلك فلن نعني في دراستنا بالتمييز بين وجوب الدية لقتل عمد أو وجوبها نتيجة قتلٍ خطأ ، أما الكفارة فليست عقوبة جنائية بالمعنى الصحيح ، ولذلك فلن نتعرض لها على الإطلاق .

٩٦ - عقوبة القتل العمد :

وقد أورد القرآن الكريم النص على القتل العمد ، وعلى عقوبة القتل الخطأ . فيقول الله عز وجل في شأن عقوبة القتل العمد : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ، وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عُقِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ . وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) البقرة : ١٧٨ - ١٧٩ .

ويقول الله تعالى في شأن القتل خطأ : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ، وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ، وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ ، وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا) النساء - ٩٢ .

وقد جمع الفقهاء بين هذين النصين ليخلصوا إلى أنه لا قصاص في القتل خطأ ، وإنما تجب فيه الدية والكفارة^(٤) . أما القتل العمد فإنه ينشأ عنه حق في القصاص ، وهو يعني هنا قتل القاتل . أو بتعبير آخر توقيع عقوبة الإعدام - قصاصاً - على مرتكب جريمة القتل .

وثمة خلاف بين الفقهاء حول كيفية تنفيذ القصاص ، أو عقوبة الإعدام : فيذهب الأحناف والحنبلة إلى وجوب تنفيذ القصاص بقتل القاتل بالسيف أياً ما كانت الوسيلة التي استخدمها هو في

(٤) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٢٢٢ . والإمام الشافعي ، الأم ، ج ٧ ص ٤ .

قتل المجنى عليه^(٥)، على حين يرى المالكية والشافعية والظاهرية أن المحكوم عليه بالقصاص يجب أن يقتل بالطريقة التي استخدمها هو في إزهاق روح المجنى عليه^(٦).

وحجة الأحناف والحنابلة أن الغرض من القصاص هو إزهاق روح الجاني الذي يحكم عليه به جزاء له على إزهاق روح المجنى عليه. وأيسر الطرق في تحقيق ذلك هي قتله بالسيف، فلا يجوز العدول عنه إلى غيره. أما حجة المالكية والشافعية والظاهرية فهي أن القصاص يعني «المساواة والمائلة» والمساواة يجب أن تتحقق لا في قتل القاتل فحسب، وإنما في قتله بمثل الطريقة التي قُتل بها المجنى عليه^(٧).

ويذهب المرحوم الشيخ محمود شلتوت إلى: «أنه يجب أن يكون التنفيذ بكل آلة تحقق الإحسان في القتل. والحياة كلما تقدمت في الابتكار وجد فيها من وسائل الإحسان في القتل ما لا يوجد من قبل، فيلزم أن يتبع كل ما وجد من وسائل الإحسان تحقيقاً للأمر به في كل ما يمكن...» وليس الوقوف على رأى معين من آراء الفقهاء في مثل هذا الموضوع مما ينبغي أن يحفل به^(٨) وقد سبق لنا أن أيدنا مثل هذا الرأى في صدد حديثنا عن تنفيذ عقوبات الحرابة. ومن ثم فإن أية وسيلة تؤدي إلى تحقيق إزهاق الروح فهي صالحة لتنفيذ القصاص.

٩٧ - القصاص في غير القتل :

على خلاف عقوبة القتل العمد - لم ترد عقوبة الجرح أو الضرب عمداً بنص واضح في القرآن الكريم، أو بنص قطعي الدلالة في السنة النبوية : فالآيات التي يذكرها الفقهاء في صدد تأصيل نظام القصاص فيما دون النفس كلها تحتل الدلالة على الأخذ بهذا النظام في الشريعة الإسلامية بالقدر نفسه الذي تحتل به دلالات أخرى لا تتفق مع الاستدلال بها في هذا الخصوص . ولعل أهم هذه الآيات هي قول الله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون» . المائة - ٤٥ .

والنظر في سياق هذه الآية من القرآن الكريم يجعل من العسير التسليم بإمكان بناء نظام القصاص

(٥) الجصاص، المرجع السابق، ج ١ ص ١٦٠ - ١٦٣ والرحيباني، مطلب أولى النهى، ج ٥ ص ٥٢ (ط دمشق

١٩٦١).

(٦) المدونة، ج ٤ ص ٤٩٥ - ٤٩٦، والأم ج ٧ ص ٥٤، والمخلى ج ١٠ ص ٣٧٠ - ٣٧٨.

(٧) المخلى ج ١٠ ص ٣٧٠، والجصاص، المرجع السابق ص ١٦١، ومطلب أولى النهى، ج ٥ ص ٥٢.

(٨) نقلاً بتصرف من كتابه: (الإسلام عقيدة وشرعة) ص ٣٨٣.

في الجروح - المقرر في الشريعة الإسلامية - عليها . ذلك لأنها تتحدث عما فرضه الله سبحانه وتعالى على بني إسرائيل في التوراة ، ولا تتحدث عما هو مفروض على المسلمين . وهي في سياق بيان القرآن لبعض الأحكام الخاصة في الشريعة اليهودية وفي الشريعة المسيحية مما ثبت في التوراة والإنجيل . ولأن مجموعة هذه الآيات مختمة بقول الله تعالى مخاطباً نبيه ﷺ : (وأزلنا إليك الكتاب بالحق مصداقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيماً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ، ولو شاء الله لجلعكم أمة واحدة . . .) المائدة - ٤٨ . فهذه الآية الخاتمة لمجموعة تلك الآيات تقرر أن لكل نبي شريعته - أي قانونه - وأن لو شاء الله لجلعها شريعة واحدة ، ولجعل أتباعهم أمة واحدة .

ويستند بعض الفقهاء في إثبات تشريع القصاص في الجروح إلى قول الله تعالى : (الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين) البقرة - ١٩٤ وإلى قوله عز وجل : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ، ولئن صبرتم لهو خير للصابرين) النحل - ١٢٦ .

وهاتان الآيتان بدورهما لا تتعلقان بالأحكام الخاصة بعلاقات الأفراد داخل الدولة الإسلامية ؛ وإنما تتعلقان بعلاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول أو الجماعة الإسلامية - من حيث هي كيان سياسي مستقل - بغيرها من الجماعات^(٩) ، ومن المسلم به اختلاف هذه الأحكام عن الأحكام الخاصة بالعلاقات بين المسلمين داخل إطار الجماعة أو الدولة الإسلامية .

أما في السنة النبوية فقد روى البخاري ومسلم عن أنس قال : « كسرت الربيع - وهي عمه أنس ابن مالك - ثنية جارية من الأنصار ، فطلب القوم القصاص ، فأتوا النبي ﷺ ، فأمر النبي ﷺ ، فأمر النبي ﷺ بالقصاص . فقال أنس بن النضر عم أنس بن مالك : لا ، والله لا تكسر سنها يا رسول الله ! فقال رسول الله ﷺ ، يا أنس كتاب الله القصاص . فرضى القوم وقبلوا الأرش ، فقال رسول الله ﷺ : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره^(١٠) وبهذا الحديث يستدل كثير من الفقهاء على مشروعية القصاص فيما دون النفس .

وقد نوقش هذا الاستدلال من حيث اختلاف روايات الحديث في كون الواقعة جرحاً أو كسر سن . ومن حيث تحديد الشخص الذي أقسم ألا تكسر سن الربيع : هل هو أنس بن النضر أو أم أنس بن النضر؟ ومن حيث إن بعض الرواة أسند إلى رسول الله ﷺ قوله « كتاب الله القصاص »

(٩) انظر في مثل هذا المعنى : محمود شلتوت ، المرجع السابق ص ٤٠٥ ، والكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٢٩٥ .

(١٠) اللؤلؤ والمرجان ، ج ٢ ص ١٨٠ - ١٨١ ، ومشكاة المصابيح ج ٢ ص ٢٦١ .

وبعضهم أنه «أمر بالقصاص». وفي صدد هذا الاختلاف الأخير يقول المرحوم الشيخ محمود شلتوت: «أما بالنظر إلى أن ما صدر من رسول الله هو كلمة كتاب الله القصاص فقد اختلف العلماء في المراد من كتاب الله فيها: فرأى بعضهم أن المراد بها قوله تعالى: (أن النفس بالنفس) وقد علمت ما فيه، ورأى بعضهم أن المراد به العمومات السابقة، وقد علمت ما فيها أيضاً. ورأى بعضهم أن المراد به حكم الله وعليه فحكم الله كما يكون بالنص يكون بالاجتهاد»^(١١).

ويعقب رحمه الله على هذه المناقشة بقوله: إن الإجماع هو المصدر الذي يستند إليه - بحق - تشريع القصاص فيما دون النفس في الفقه الإسلامي^(١٢).

ونحن نرى صحة هذا الاستدلال، ونضيف إليه أن الإجماع هنا قد أحال النصوص المحتملة التي أسند إليها الفقهاء تشريع القصاص فيما دون النفس من نصوص ظنية الدلالة عليه إلى نصوص قطعية الدلالة. وكفى بالإجماع مصدراً لأحكام الفقه الإسلامي، ولعله لا يمكن لأحد إنكار الإجماع هنا، فليس من كتاب من كتب الفقه الإسلامي، ولا مذهب من مذاهبه إلا قرّر القصاص فيما دون النفس ونقل الإجماع عليه.

ويمكننا أن نلخص شروط القصاص فيما دون النفس فيما يلي:

- ١ - يجب أن يكون الجرح الذي أحدثه الجاني بالمجنني عليه جرحاً متعمداً.
- ٢ - يجب أن تتحقق الماثلة بين العضو الذي أصابه الجاني، والعضو الذي يكون محلاً للقصاص.

٣ - لا بد من ثبوت إمكان توقيع القصاص دون حيف: وذلك بأن تكون الجناية على مفصل أو ما شابهه، كقطع اليد من الرسغ، أو الرجل من مفصل القدم. فإذا توافرت هذه الشروط - على صعوبة توافرها - وجب أن يوقع القصاص بمعرفة شخص له من الخبرة ما يمنع الخطأ أو الحيف - كالجراح - مثلاً، وهذا الشرط مقرر في مذهب مالك والشافعي، وهو مفترض ضمناً في غيرها من المذاهب^(١٤).

ويطالع الباحث في كتب الفقه الإسلامي مناقشات مستفيضة حول إمكان القصاص أو عدم

(١١) محمود شلتوت، المصدر السابق، ص ٤٠٦.

(١٢) المصدر نفسه، ص ٤٠٧.

(١٣) الجصاص، المرجع السابق، ص ٢٣٢، والإمام الشافعي، الأم، ج ٧ ص ٤٤.

(١٤) المدونة، ج ٤ ص ٤٩٩، شرح الخطاب على مختصر خليل، ج ٦ ص ٢٤٧، والأم، ج ٦ ص ٥٢. ويلاحظ أن

المستشرق Schacht قد نسب هذا الرأي إلى المالكية فقط في مقاله عن القصاص في دائرة المعارف الإسلامية.

إمكانه في أنواع الجروح المختلفة ، وحول مدى إمكان تحقيق شرط المساواة في جرح معين أو عدم إمكان تحقيقه عند توقيع القصاص .

وفي تقديرنا أن مثل هذه البحوث - وإن أفاض فيها الفقهاء - فإن الكلمة الأخيرة فيها لن يقوها الفقيه ، أو رجل القانون . وإنما سيقوها الخبراء القادرون على تحديد ما يصح - طبيياً - أن يجري فيه القصاص وما لا يصح^(١٥) .

٩٨ - الدية في القتل العمد وغير العمد :

لا تجب الدية في القتل العمد إلا في حالة واحدة هي حالة نزول أولياء المجنى عليه عن حقهم في طلب اقتضاء القصاص مقابل حصولهم على الدية . وتجب في القتل شبه العمد ، فهي الجزاء الوحيد على هذا النوع من القتل ؛ إذ لا قصاص فيه . وفي القتل الخطأ تجب الدية والكفارة على النحو الذي نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى : (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ . . .) الآية . النساء - ٩٢ .

ولم تحدد نصوص القرآن الكريم مقدار الدية ؛ وإنما تكفلت بذلك السنة النبوية حيث قال رسول الله ﷺ : « إلا إن في قتيل الخطأ شبه العمد ، ما كان بالسوط والعصا ، مائة من الإبل : منها أربعون في بطونها وأولادها »^(١٦) .

وفي حديث آخر عن رسول الله ﷺ أنه كتب إلى أهل اليمن « في النفس الدية مائة من الإبل »^(١٧) وهذا النص يحدد دية القتل العمد إذا رضى الأولياء بالعفو عن القصاص وقبلوا الدية . والقتل ينقسم في الفقه الجنائي الإسلامي إلى أنواع تختلف باختلاف المذاهب الفقهية (وفي بعض المذاهب خلافات بين الفقهاء المتممين إليها أيضاً) . وأوسع هذه التقسيمات هو تقسيم الأحناف الذي يضم خمسة أنواع : العمد ، وشبه العمد ، والخطأ ، والجاري مجرى الخطأ ، والقتل بالتسبب^(١٨) . ولا يجب القصاص إلا في النوع الأول فقط ، وهو القتل العمد ، أما الأنواع الأربعة الأخرى فتجب فيها الدية دون القصاص . وقد وضع هذا التقسيم الخناسي في المذهب الحنفي الفقيه الحنفي أبو بكر الرازي الشهير بالجصاص (المتوفى سنة ٣٧٠ هـ) أما قبله فقد كان الأحناف يقسمون القتل إلى الأنواع

(١٥) قارن مثلاً ما ذهب إليه ابن حزم في المحلى ج ١٠ ص ٤٥٥ - ٤٥٦ ، ٤٦١ .

(١٦) مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٢٦٨ . والحديث رواه النسائي وابن ماجه والدارمي وأبو داود .

(١٧) المرجع السابق ، وانظر الموطأ ، ص ٥٣٠ .

(١٨) ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج ٨ ص ٢٨٧ (القاهرة بدون تاريخ) .

الأربعة الأولى فحسب (١٩)

ويقسم الشافعية والحنابلة والزيدية القتل ثلاثة أقسام : عمد وشبه عمد وخطأ . على حين يرى المالكية والظاهرية أن القتل ينقسم إلى قسمين فقط : عمد وخطأ (٢٠).

ويعرف الأحناف والشافعية والحنابلة القتل بأنه عمد متى قصد الجاني إزهاق روح المجنى عليه ، واستخدم لذلك آلة من شأنها إحداث هذه النتيجة ، أما المالكية فيرون أن الشخص يرتكب قتلاً عمداً كلما تسبب في موت شخص آخر بفعل أو ترك متعمد ، موجه إلى شخص حي ، سواء أكان بقصد العدوان عليه ، أم كان - الفعل أو الترك - من شأنه بالضرورة إحداث الموت (٢١) ، وقريب من رأى المالكية رأى ابن حزم الظاهري ، وإن توسع إلى حد كبير في اعتبار صور القتل بالترك قتلاً عمداً (٢٢).

ويجب القصاص في كل قتل عمد ، فإذا امتنع تنفيذ القصاص لعفو أولياء المجنى عليه ، أو لعدم إمكان تنفيذ القصاص ، حلت محله الدية (٢٣).

وإذا كان الأصل في الدية - سواء في القتل العمد أو شبه العمد - تقديرها بمائة من الإبل عملاً بحديثي رسول الله ﷺ اللذين تقدم ذكرهما - فإنه من المسلم به جواز أداء الدية بمبلغ من المال يقابل في قيمته مائة من الإبل أو بأية سلعة أخرى يتعامل بها الناس في مجتمع ما . ويرى الظاهرية أنه لا يجوز العدول عن الإبل إلى غيرها إلا إذا لم توجد الإبل في مجتمع ما فعندئذ يجوز دفع قيمتها بالنقود المتداولة (٢٤).

وقد أخذت بالرأى القائل بجواز أداء قيمة الدية نقوداً دولة الكويت حيث تقررت دية القتل الخطأ فيها فقدرت بمبلغ ١٢٠٠ دينار كويتي ، والمملكة العربية السعودية حيث صدر القرار رقم ١٠٠ في ١١/٦/١٣٩٠ هـ بتحديد مقدار الدية الشرعية بمبلغ ٢٤,٠٠٠ ريال سعودي للقتل الخطأ ،

(١٩) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٢٢٢ - ٢٢٣ ، والسرخسي ، المبسوط ، ج ٢٦ ص ٥٩ .
(٢٠) المغني لابن قدامة ، ج ٨ ص ٢٦٠ ، الروض النضير ، ج ٤ ص ٥٤٧ ، والمخلى ، ج ١٠ ص ٣٤٣ ، وحاشية الواق على مختصر خليل ، ج ٦ ص ٢٤٠ (القاهرة ١٣٢٩ هـ) . وما أئنتناه في المتن هو الرأى الراجح في كل مذهب وثمة آراء أخرى مرجوحة .

(٢١) المراجع المذكورة سابقاً للمذاهب الأربعة .

(٢٢) المخلى ، ج ١٠ ص ٥٢٢ - ٥٢٣ . وانظر رسالة الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، القصاص ، ص ٥٣ - ٥٤ .

(٢٣) انظر في حالات امتناع تنفيذ القصاص ، أحمد محمد إبراهيم ، القصاص ، ص ١٧٨ - ١٩٤ .

(٢٤) انظر : عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ١٧٠ - ١٨٠ ، والمخلى لابن حزم ، ج ١٠ ص ٣٨٨ .

و ٢٧,٠٠٠ ريال سعودي للعمد وشبه العمد (٢٥).

ويتحمل الجاني الدية في ماله الخاص في حالة القتل العمد ، إذ تجب الدية في هذه الحالة بدلاً عن القصاص ، وقد كان القصاص واجباً في نفسه ، فانتقل الوجوب إلى ماله . أما في حالي القتل شبه العمد والخطأ فالدية تجب على العاقلة وليس على الجاني وحده (٢٦).

ومن الأمور التي تتفق بشأنها المذاهب الإسلامية المختلفة أن دية المرأة ، إذا كانت مجنياً عليها في جريمة القتل ، على النصف من دية الرجل ، وقد نقلت بعض كتب الفقه الإسلامي المقارن إجماع الفقهاء على ذلك (٢٧) ، ونلاحظ مع ذلك أنه لا خلاف - أيضاً - بين الفقهاء في أنه يجوز أن يتفق أولياء المقتول مع القاتل على النزول عن المطالبة باقتضاء الحق في القصاص مقابل مبلغ من المال أكثر من قيمة الدية المقررة شرعاً (٢٨) وتكون الدية التي حددها السنة مقررة في غير حالة الإتفاق بين الطرفين على مقدار آخر ، ليقضى بها القاضى إذا نزل الأولياء عن القصاص عند رفع الأمر إلى القضاء ، وطلبوا أن يحكم لهم بالدية ، في هذه الحالة تقضى المحكمة بالدية المقررة شرعاً فحسب دون أن تزيد عليها أو تنقص منها .

٩٩ - الدية في الجروح :

يعنى الفقهاء في صدد تحديد مقدار الدية الواجبة في الجروح بمناقشة تفصيلية لأعضاء الجسد المختلفة ، والدية الواجبة لكل منها . ويكفي هنا أن نبين أن بعض هذه الأعضاء تجب فيها الدية كاملة : كالعينين والأنف والشفتين وغيرها . وفي بعضها الآخر يجب جزء من الدية الكاملة . وإن يكن ثمة اختلاف بين المذاهب الإسلامية في تحديد النسبة الواجبة من الدية للأجزاء التي تجب فيها بعض الدية .

وفي الحالات التي لا تجب فيها الدية كاملة ، والتي ليس فيها نسبة محددة منها ، يكون تعويض الجروح الواقعة على المجنى عليه متروكاً إلى المحكمة التي تنظر الدعوى ، ويطلق الفقهاء على المبلغ من المال الذي تقضى به المحكمة في هذه الحالة «حكومة العدل» .

ويستند الفقهاء في تحديد المقادير الواجبة من الدية كلها أو بعضها : إما إلى نص الخطاب الذي

(٢٥) صدر هذا القرار عن المجلس الأعلى للقضاء والذي كان يرأسه وزير العدل ، بناء على طلب نائب رئيس مجلس الوزراء

بتاريخ ٢٢/٢/١٣٩٠ هـ .

(٢٦) لذلك تفصيل يراجع في مكانه من المراجع الفقهية المشار إليها في أثناء هذا البحث .

(٢٧) الشرنق ، الميزان الكبرى ، جـ ٢ ص ١٢٧ ، السياغى ، الروض النضير جـ ٤ ص ٥٦٨ .

(٢٨) المغنى ، المصدر السابق ، ص ٣٦٣ ، والخطيب الشريبي ، معنى المحتاج ، جـ ٤ ص ٤٥ (طـ القاهرة ١٣٠٨ هـ) .

كتبه رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن حينما بعث إليهم عمرو بن حزم^(٢٩)، وإما إلى اجتهادهم في المواضع التي ليس فيها نص يحدد مقدار الدية الواجبة: ومن ذلك قول الإمام مالك رضي الله عنه: «الأمر عندنا في العين القائمة العوراء إذا طففت، وفي اليد الشلاء إذا قطعت: أنه ليس في ذلك إلا الاجتهاد. وليس في ذلك عقل مسمى»^(٣٠).

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه إذا استحال توقيع القصاص بسبب طبيعة الجرح الذي أصاب الجاني عليه - فإن الدية هي الواجبة. وتجب الدية كذلك إذا اتفق عليها الجاني والجاني عليه سواء أكان القصاص ممكناً أم غير ممكن^(٣١).

والدية الواجبة في الجروح أو الدية التي يتفق عليها الجاني والجاني عليه تجب في مال الجاني وحده، ولا تتحمل العاقلة منها شيئاً. فكما أن الجنابة وقعت منه، تكون عاقبتها وغرمها عليه وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً^(٣٢).

١٠٠ - القصاص بين الإعمال والإهمال:

إذا كان القصاص هو العقوبة التي قررها نظام الإسلام الجنائي لجرمة القتل - فإن ذلك يعني أن النتيجة الأولى التي تترتب على ارتكاب هذه الجريمة هي وجوب القصاص من القاتل. وقد علل الله سبحانه وتعالى إيجاب القصاص بقوله: (ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب) البقرة - ١٧٩. وتحقيق ذلك في واقع الحياة أن يلحق كل قاتل جزاؤه الدنيوي «القصاص»، يقضى به القضاء وينفذ، فيمتنع الآخرون عن ارتكاب جريمة الاعتداء على الحياة، فتكون لنا في القصاص حياة. ومع التسليم بذلك بين الفقهاء فإنهم اختلفوا في مواضع حول وجوب القصاص أو عدم وجوبه، أو حول جواز توقيع القصاص أو عدم جواز توقيع. ومن العسير أن نلم في مثل هذه الدراسة بكل مواضع الخلاف بين الفقهاء، وأن نبدي رأياً في كل مسألة تعددت فيها الآراء. وبعض هذه المواضع والمسائل لم تعد له اليوم سوى أهمية تاريخية بحتة، ولذلك فإننا سنقتصر من هذه المسائل على ثلاث رأيناها تمس جوهر نظرية القصاص؛ إذ يتعارض الرأي القائل فيها بعدم جواز توقيع القصاص

(٢٩) الإمام الشافعي، الرسالة ٤٢٢، والمعنى، المرجع السابق، ص ٣٦٧. وقد صحح المرحوم الشيخ أحمد شاكر سند كتاب آل عمرو بن حزم إلى النبي ﷺ في تعليقه على كلام الشافعي في الرسالة.

(٣٠) الموطأ، ص ٥٣٥.

(٣١) المعنى لابن قدامة، الموضع السابق. وعبد القادر عودة، التشريع الجنائي ج ٢ ص ٢٦١.

(٣٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١ ص ١٥٧، الباجي، المنتقى، ج ٧ ص ١٠٣، المحلى ج ١١ ص ٥٠، والروض

النضير ج ٤ ص ٥٥٩.

والهدف الذي يرمى إليه الشارع من تشريعه . وهذه المسائل هي : مدى جواز القصاص في حالة تعدد الجناة ، ومدى جواز القصاص من المسلم بقتل الدمي ، ومدى جواز القصاص من الوالد بولده . ونفرد لكل منها فقرة على حدة .

١٠٠ - ١ - القصاص وتعدد الجناة :

يناقش الفقهاء هذه المسألة تحت عنوان « قتل الجماعة بالواحد » . ومع الاتفاق على قتل القاتل في حالة ارتكابه الجريمة منفرداً ، فإن الخلاف قد وقع بين الفقهاء في حالة تعدد الجناة في جريمة قتل المجنى عليه فيها شخص واحد :

فذهب الزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت - من فقهاء التابعين - إلى أن القصاص لا يجوز توقيعه في حالة تعدد الجناة ، وإنما تجب الدية فقط .
وذهب الأحناف والمالكية والشافعية والظاهرية إلى وجوب القصاص في حالة تعدد الجناة كوجوبه في حالة انفراد جان واحد بارتكاب الجريمة .

واختلفت الروايات عن ابن عباس وأحمد بن حنبل ، فروى عن كل منهما الرأيان معاً (٣٣) . ويستند أصحاب الرأي القائل بعدم جواز توقيع القصاص في حالة تعدد الجناة إلى تفسير قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) المائدة - ٤٥ وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى . . .) الآية البقرة - ١٧١ . باعتبار أن المشار إليه في هذه الآيات هو القصاص من نفس واحدة لقتل نفس واحدة . والجناة إذا تعددوا لم تكن أمام نفس بنفس ، ومن ثم فلا يمكن إجراء القصاص ، لا على واحد فقط من الجناة المتعددين ؛ لأنه لم يرتكب الجريمة وحده ؛ ولا على الجميع لاختلال المساواة التي هي أساس تشريع القصاص .

وهذه النظرة تتجاهل - في رأينا - طبيعة القصاص كعقوبة مقررة لجريمة معينة : فشأن العقوبات جميعاً أن توقع عند ارتكاب الجريمة تعدد الجناة فيها أم لم يتعددوا ، ولو منعنا توقيع العقوبات كلما اشترك عدد من الجناة في ارتكاب الجريمة لأدى ذلك إلى عدم توقيع أية عقوبة لأية جريمة ؛ إذ لا يعدم مجرم من يعينه أو يشاركه ! وبذلك يفلت من أن يوقع عليه العقاب : فهذا الرأي - في الواقع - يؤدي إلى هدم نظام القصاص ، ويجعل توقيعه مستحيلاً أو شبه مستحيل .

وأخذاً بخلاف هذا الرأي أمر عمر بن الخطاب بقتل أربعة أشخاص اشتركوا في قتل غلام في

العين ، وأمر على بن أبي طالب بتوقيع القصاص على ثلاثة قتلوا رجلاً وسرقوا ماله (٣٤) .
وعلى ذلك فإن الصحيح من الرأيين المتقدمين هو الرأي الذي يذهب إلى توقيع القصاص على
الجنة - وإن تعددوا - في جريمة القتل .

وقد أخذ بهذا الرأي مشروع تعديل قانون العقوبات المصري (مشروع الدكتور إسماعيل معتوق)
فقالت المذكرة الإيضاحية : «ولاشك أن قتل الجماعة بالواحد فيه سد للذريعة ومنع للشر ؛
إذ لو ساغ ألا يقتص من الجماعة للواحد إذا قتلوه لسهل على الأشرار أن يتعاونوا على الإثم والعدوان ،
ويقتلوا من يشاءون . . . » (٣٥) .

وقد نصت المادة ٢٣٠ من المشروع على أن «يقتص بطريقة مشروعة من كل من قتل آخر عمداً
إلا بالحق بأن يقتل بمثل الطريقة التي قتل بها» . وفي نظرنا أن عبارتي «بطريقة
مشروعة» و «إلا بالحق» تزيد لا ضرورة له : وذلك لأن القتل بالحق لا يسمى قتلاً عمداً ولا يوجب
قصاصاً ، ولأن القصاص تنفذه أجهزة الدولة المنوط بها تنفيذ عقوبة الإعدام ، ولا يتصور أن يكون
تنفيذه «بطريقة غير مشروعة» .

وقد سبق لنا أن بينا أن الماثلة بين الطريقة التي ارتكب بها القاتل جريمته والطريقة التي يقتص بها
منه ليست من لوازم تشريع القصاص وتطبيقه ، فكان يكنى المشروع أن يقرر أن تنفذ عقوبة القتل
قصاصاً بالطريقة التي تنفذ بها عقوبة الإعدام دون إشارة إلى الماثلة أمكنت أم لم تمكن . ولنا أن
نتصور رجلاً قتل آخر بسكين : فهل سيطلب من القائم على التنفيذ - لإمكان الماثلة هنا - أن
ينفذوا فيه القصاص بطعنه بسكين حتى الموت ؟ وقل مثل ذلك في رجل قتل آخر بعصا وبحجر ،
ويقطع من حديد . . . فهل يتصور أن تحكم المحكمة في هذه الحالات بإعدام الجاني بالطريقة التي
قتل بها ضحية جريمته ؟

ونصت المادة ٢٣١ من المشروع على أن «يعاقب من شارك في قتل غيره بالتحريض أو الاتفاق
أو المساعدة بالأشغال الشاقة المؤبدة» . وقالت المذكرة الإيضاحية في التعليق على هذا النص « . . .
الحرص والمتفق والمساعد لا يجوز القصاص منه شرعاً ؛ وإنما يجب تعزيره تعزيراً شديداً» .

والواقع أن هذا الحكم الذي قرره المادة ٢٣١ وما نسبته المذكرة الإيضاحية إلى «الشرع» محل
نظر ، فالفقهاء مختلفون في حكم المساعد والحرص على الجريمة ، والصحيح من آرائهم هو الرأي
القاتل بأن كل اشتراك في جريمة القتل يرمى إلى تحقيق النتيجة - القتل - يوجب على الشريك عقوبة

(٣٤) المغني ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠ ، والجصاص ، أحكام القرآن ، ج ١ ص ١٤٥ .

(٣٥) ص ١٠ من المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون .

القصاص ، شأنه شأن الفاعل الأصلي (٣٦) .

ولذلك فإننا نرى أن نص المادة ٢٣١ نص معيب ، ومخالف للصحيح من آراء الفقهاء ، ونقترح لذلك إلغاء وترك الأمر للنصوص القائمة في قانون العقوبات والتي تحكم صور الاشتراك في الجريمة ، أو تعديله بتقرير مارجحناه ، وهو الراجح في الفقه الإسلامي .

١٠٠-٢- القصاص من المسلم لقتل الذمي :

يذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز القصاص من المسلم إذا قتل ذمياً . ويؤسسون رأيهم في هذا الصدد على أن الكافر لا يستوى هو والمسلم (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستون) السجدة - ١٨ . والتمييز بين المسلم وغير المسلم أمر مسلم في الأحكام الدينية ، وفي الأحكام الدنيوية ذات الصبغة الدينية أو بالأصح ذات الصلة المباشرة بأحكام الدين : كمثل أحكام الزواج والطلاق والميراث والوصية وما إليها . أما التمييز بينها في أحكام الجرائم والعقوبات فهو أمر يحتاج إلى أن يكون ثابتاً بيقين بنص من الشارع صحيح قاطع الدلالة ، حتى يسوغ القول به . وغاية ما يستند إليه المرفوقون بين المسلم والذمي في أحكام القصاص هو عموم بعض الآيات التي تقرر التمييز الأخرى بين المسلمين وغير المسلمين . وإذا كان ثمة تمييز بينها فلا مساواة . وحيث لا مساواة فلا قصاص (٣٧) .

أما الأحناف القائلون بجواز القصاص من المسلم إذا قتل ذمياً فيستدلون بأن الآيات الموجبة للقصاص لم تفرق بين مسلم وغير مسلم ، وبأن القصاص عقوبة تجب على من ارتكب الجريمة دون أن يؤثر في ذلك دين من وقعت عليه الجريمة أو أصابه ضرر منها (٣٨) .

ويرى المالكية أن المسلم يقتل بالذمي في حالة واحدة هي حالة القتل غيلة ؛ لأن القتل غيلة عند المالكية صورة من صور الحراية التي يجب فيها العقاب حداً لا قصاصاً . ومع قول المالكية بتخيير الحاكم في توقيع عقوبات الحراية فإنهم قرروا في الغيلة وجوب القتل ، فلا تخيير فيها (٣٩) .
ومما يؤيد مذهب الأحناف قول رسول الله ﷺ : « لا يجل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله

(٣٦) انظر في تفصيل ذلك والاحتجاج للرأى الذى اخترناه : الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، القصاص في الشريعة الإسلامية ،

ص ١٣٣ - ١٣٥ .

(٣٧) المغنى ، ج ٨ ص ٢٧٣ - ٢٧٤ ، المحلى ، ج ١٠ ص ٣٤٧ - ٣٥٩ ، الأم ، ج ٦ ص ٣٢ - ٣٤ .

(٣٨) المحصص ، أحكام القرآن ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ - ١٤١ .

(٣٩) انظر مختصر خليل مع حاشيته للمواق والحطاب ج ٦ ص ٢٣٠ - ٢٣٣ ، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٣٨ ، وقد نقل

عن الإمام مالك قوله : إن قتل الغيلة لا عفو فيه ولا صلح .

إلا الله ، وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : الشيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة» (٤٠).

فتعبير « النفس بالنفس » يشمل بعمومه قاتل الذمى كما يشمل قاتل المسلم .
وإذا كان أقوى ما يستند إليه القائلون بعدم القصاص من المسلم لقتل الذمى هو مبدأ المساواة الواجب تطبيقه فى كل حالات القصاص - فإن مبدأ المساواة من المسلمات ، ولكن فى أى المعانى يجب أن تقوم المساواة بين القاتل والجنى عليه ؟
لقد ذهب الأحناف - بحق - إلى أن المساواة هنا فى الإنسانية وعصمة الدم : فالذمى معصوم الدم كالمسلم ، واختلاف الدين ليس سبباً لإباحة دمه أو ماله باتفاق ، فلماذا نقول بعدم القصاص من قاتله ؟

أما الآيات التى يشير إليها القائلون بعدم القصاص من المسلم للذمى فإنها جاءت كلها فى سياق ذكر أحكام الآخرة . ومثل هذه الآيات لا يصح أن تكون أساساً للتمييز بين الناس فى الأحكام الدنيوية (٤١).

ومما يؤيد رأى الأحناف أن المسلم يقطع إذا سرق مالا مملوكاً للذمى ، ويقرر الفقهاء هذا الحكم حماية لمال الذمى ، وليس من شك فى أن حياة الذمى أولى بالحماية من ماله ، ومن غير المنطوق أن نفرض حماية على المال تبلغ العقاب على سرقة يده ، ثم نترك الدم بلا حماية جنائية على الإطلاق بحجة عدم المساواة فى الدين !

وعلى أساس هذه الحجج - وغيرها - يؤيد معظم الباحثين المعاصرين رأى الأحناف فى وجوب قتل المسلم إذا اعتدى هو بالقتل على الذمى : أى أنهم لا يفرقون - بسبب اختلاف الدين - بين المواطنين فى الدولة فى النتائج الجنائية المترتبة على أفعالهم ، ولا شك أن هذا الرأى يتفق مع المبادئ المسلم بها اليوم عالمياً فى المساواة بين المواطنين فى تطبيق القانون الجنائى عليهم (٤٢).

(٤١) انظر فى عرض هذه الآيات والاستدلال بها : ابن حزم ، المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ - ٣٥٩ وفى انتقاد هذا الاستدلال : بدائع

(٤١) انظر فى عرض هذه الآيات والاستدلال بها : ابن حزم ، المحلى ج ١٠ ص ٣٤٧ - ٣٥٩ فى انتقاد هذا الاستدلال بدائع الصنائع للكاسانى ، ج ٧ ص ٢٣٧ وما بعدها ، ورسالة الأستاذ الدكتور أحمد إبراهيم ، القصاص ، ص ١٢١ - ١٢٣ .

(٤٢) انظر فى ذلك : الدكتور أحمد إبراهيم ، الموضع السابق ، والمرحوم عبد القادر عودة ، ج ٢ ص ١٢٤ ، والمرحوم الشيخ محمود شلتوت ، المصدر السابق ذكره ، ص ٣٩٣ - ٣٩٥ ، والمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، العقوبة ، ص ٣٨٦ . ونلاحظ أن مشروع تعديل قانون العقوبات المصرى قد سكت عن هذه المسألة . ولا شك - عندنا - فى تطبيق الرأى المختار فى ظل نصوصه الواردة فى شأن القصاص .

١٠٠ - ٣ - القصاص من الوالد بولده :

في الفقه الإسلامي رأيان حول جواز توقيع عقوبة القصاص على القاتل إذا كان المجني عليه هو ولد هذا القاتل : فيرى الأحناف والشافعية والحنابلة أن القاتل إذا كان أصلاً للمقتول (والداً أو جداً) فإنه لا يقتص منه لقتله ؛ وإنما تجب في ماله الدية (٤٣).

ويرى المالكية أن الوالد يقتص منه لقتله ولده متى ثبت أنه تعمد القتل ، أما إن كان فعله يحتمل قصد القتل ، ويحتمل غيره كالقصد إلى التأديب أو الزجر فإنه لا يقتل الوالد بولده (٤٤).

ويؤيد فقهاء المذاهب الثلاثة رأيهم بحجج أهمها حديث يروى عن رسول الله ﷺ : « لا يقاد من والد بولده » . وفي رواية للترمذي والدارمي « لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقاد بالولد الوالد » (٤٥).

ومن حجج هذا الرأي أيضاً أن القصاص شرع لمنع القتل ، والوالد لا يحتاج إلى زاجر عن قتل ولده ؛ لأن له في شفقتة عليه وعاطفته نحوه ما يمنع من مجرد التفكير في قتل ولده . ويقولون أخيراً : إن الوالد هو سبب إيجاد الولد ، فكيف يكون الولد سبباً في موت أبيه (٤٦) ؟ .

والواقع أن هذه الحجج كلها لا تصلح لتأييد القول بعدم القصاص من الوالد بقتل ولده : ذلك أن الحديث الذي أشرنا إليه ضعّفه علماء الحديث : فضّعّفه ابن العربي في تفسيره ؛ وضعّفه القرطبي أيضاً ، ونقل عن الترمذي قوله « لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناداه بصحيح » (٤٧) ، وقد روى الترمذي حديثاً آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن سراقه بن مالك قال : « حضرت رسول الله ﷺ يقيد الأب من ابنه ، ولا يقيد الابن من أبيه » وضعّف الترمذي هذا الحديث أيضاً (٤٨) فلا حجة في الحديث ، برواياته هذه ، على عدم القصاص من الوالد بولده .

أما الحججتان الأخريان فهما لا تثبتان شيئاً ولا تنفيانه . وإذا صحح - وهو صحيح - أن الوالد تمنعه شفقتة على ولده من قتله فإذا نصنع بأب فقد هذه العاطفة وقتل ولده ؟ إن هذا هو الفرض الذي

(٤٣) بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٢٣٥ ، أحكام القرآن ، ج ١ ص ١٤٤ ، النووى منهاج الطالبين ، ج ٤ ص ٢١٧ ،

والمغني ، المصدر السابق ص ٢٨٥ - ٢٨٦ .

(٤٤) الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ج ٧ ص ١٠٥ ، وهذا هو الرأي الملقى به في المذهب ، وذهب أشهب إلى مثل قول الجمهور .

(٤٥) انظر مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٢٦٣ .

(٤٦) الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ - ١٠٨ . والشيخ محمود شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٩٨ .

(٤٧) ابن العربي ، أحكام القرآن ج ١ ص ٢٨ ، وتفسير القرطبي ، ج ٢ ص ٢٤٩ .

(٤٨) انظر المشكاة ، المصدر السابق .

يجب أن نجيب عليه ، وهو مع شذوذه يقع في الحياة العملية ، فهل نقرر القصاص من الوالد أو نتركه ؛ لأنه - بطبيعة الأبوة - لا يسوغ أن يقتل ولده ؟
ومن ناحية أخرى فإننا نرى في الحجة الأخرى مغالطة بينة : فإن الولد - في حالة الاعتداء عليه بالقتل - ليس هو سبب إزهاق روح أبيه ؛ وإنما يقتل الأب عقاباً على إرتكابه جريمة القتل . وإذا لم يكن جرم الأب الذي يقتل ولده أشد من جرم من يقتل من لا تربطه به رابطة قرابة - فإنه لا يجوز أن يقال : إنه أقل منه (٤٩) .
ولذلك فإننا نرى صحة قول المالكية بوجوب القصاص من الوالد بقتل ولده لعموم الأدلة الموجبة للقصاص .

وقد أيد هذا الرأي - أيضاً - الباحثون المعاصرون (٥٠) ، ومما يلاحظ في هذا الخصوص أن للأمم حكم الأب في نظر أصحاب الرأيين السابقين ، فمن رأى قتل الأب بولده قصاصاً قال : تقتل الأم به أيضاً ؛ ومن قال : لا يقتل به قصاصاً قال : لا تقتل الأم أيضاً .
ولم يعرض مشروع تعديل قانون العقوبات المصري لهذه المسألة بين ما أورده من أحكام القصاص . وفي نظرنا أنه كان من الأوفق أن يتضمن المشروع نصاً يحسم هذا الخلاف الفقهي ، ويقرر أن صلة الأبوة غير مانعة من القصاص . ولعل ذلك أن يتدارك عند مناقشة مشروع القانون في مجلس الشعب المصري قبل إقراره .
ومما يجدر ذكره أن الرأي الذي رجحناه هنا وفي المسائل الأخرى المختلف في جواز القصاص فيها - كما يسرى على القصاص في القتل - يسرى أيضاً على القصاص في الجروح .

١٠١ - تشريع القصاص في الدول العربية :

لا يزال القصاص بأحكامه المقررة في مذهب الإمام أحمد بن حنبل هو المطبق في جرائم القتل والجرح في المملكة العربية السعودية . وكان مطبقاً كذلك في غيرها من البلاد العربية حتى صدرت المدونات العقابية الحديثة فيها .

وقد ثار في مصر خلاف حول مدى إمكان تطبيق القصاص في ظل قانون العقوبات المصري الصادر سنة ١٩٣٧ (القانون الحالي) وفي ظل قوانين العقوبات السابقة عليه .
وقد دافع الأستاذ الدكتور أحمد إبراهيم في رسالته التي تكررت الإشارة إليها عن جواز تطبيق

(٤٩) في مثل هذا المعنى : الشيخ محمود شلتوت ، المصدر السابق ، والدكتور أحمد إبراهيم ، المصدر السابق .

(٥٠) انظر المصدرين السابقين . ولم يُبد في المسألة رأياً كل من المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة والمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة .

القصاص في ظل أحكام قانون العقوبات المصري ، بناء على نص المادة السابقة من هذا القانون والتي نصها : « لا تخل أحكام هذا القانون في أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء » . وقد ذهب الدكتور أحمد إبراهيم إلى أن « جريمة القتل والجرح يتولد عنها جريمتان : الأولى شخصية عقوبتها القصاص ، والأخرى جريمة عامة نص المشرع على عقابها في باب القتل والجرح . وهذه الحالة تعتبر حالة تعدد معنوى يعاقب فيه على الجريمة الأشد وفقاً لنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات . ويكون من أثر ذلك أن يقتصر من الجاني ، لأن القصاص هو العقوبة الأشد . وإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب عوقب الجاني بالعقوبات الأخرى التي قررها المشرع الوضعي » (٥١) . وعلى الرغم من وجهة الحجج التي ساقها الأستاذ الدكتور أحمد إبراهيم للتدليل على رأيه وتفنيد الرأي القائل بعدم جواز تطبيق القصاص في ظل الأحكام الحالية لقانون العقوبات المصري فإن الفقه الجنائي في مصر ، والقضاء المصري لم يستجيبا إلى هذا الرأي ، بل إنه مما يجب أن يسجل - بأسف - أنه حتى الباحثين المعاصرين في الفقه الجنائي الإسلامى لم يعنوا بهذا الرأي العناية الكافية . ولذلك قلنا من قبل (٥٢) : إنه إذا أريد تطبيق أحكام القصاص فلا بد أن يصدر بذلك تشريع مستقل معدل لأحكام قانون العقوبات المصري . واستبعدنا - في ظل الظروف التي كانت سائدة وقتئذ - صدور مثل هذا التشريع . وكان البعض يرى أنه في حالة تعديل قانون العقوبات المصري فإن المتوقع هو إلغاء نص المادة ٧ منه لا إدخال أحكام القصاص فيه . باعتبار أن هذا النص أريد به إرضاء الشعور الديني لغالبية الشعب المصري . وقد أصبح ذلك - في نظر البعض - أمراً لا حاجة إليه ، ومن ثم فلا داعى لبقاء هذا النص (٥٣) .

وقبل أن تمضى خمس سنوات على ما قلناه من وجوب صدور تشريع معدل لأحكام قانون العقوبات إذا ما أريد تطبيق أحكام القصاص كان أمام لجنة الاقتراحات في مجلس الشعب المصري مشروع الدكتور إسماعيل معتوق بتعديل أحكام قانون العقوبات المصري ، ويتضمن في المواد ٢٣٠ إلى ٢٣٧ أحكام القصاص في القتل وفي الجروح . وعلى الرغم من الانتقادات التي رأينا إبداءها على نصوص هذا المشروع في عدد من المواضع

(٥١) القصاص في الشريعة الإسلامية ، ص ٣٤ ، وانظر مناقشة تفصيلية للرأى القائل بعدم جواز تطبيق القصاص في الصفحات ٢٥ - ٣٣ . وينقل المؤلف عن الدكتور على صادق أبو هيف ، والأستاذ أمين أفرام البستاني قولها بجواز تطبيق أحكام القصاص في ظل قانون العقوبات المصري .

(٥٢) انظر رسالتنا للدكتوراه المشار إليها سابقاً ص ١٧٨ .

(٥٣) قارن : الدكتور أحمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، القاهرة ١٩٥٩ ، ص ١١٥ - ١١٦ .

فإنه يعتبر خطوة ذات دلالة واضحة على اتجاه جديد نحو الاهتمام بتطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية ،
لا في القصاص وحده ، بل في جميع أنواع الجرائم والعقوبات على النحو الذي قدمنا بيانه في مقدمة
هذه الدراسة .

ولسنا نظن - في الظروف الحالية - أن تطبيق هذه التعديلات ، وتعديل التشريع القائم على
أساس الأحكام الجنائية الإسلامية سيتم في يسر أو في سرعة . ومع ذلك فقد رأينا ما استبعدناه -
وظنه البعض مستحيلاً - منذ بضع سنين ، وقد أصبح مطلباً ملحاً على المستويات الرسمية والشعبية في
وقت واحد . ومن يدري ؟ لعلنا نرى غداً هذا المطلب أكثر أنصاراً ، وأدنى قبولاً . ونرى بعد ذلك
مانعاً اليوم أمنية بعيدة وقد أضحت حقيقة واقعة .

١٠٢ - القصاص والدية بين العقوبة والتعويض :

أشار بعض الباحثين من المستشرقين إلى أن النظرة إلى كيفية معالجة القصاص والدية وأحكامها في
كتب الفقه الإسلامي توحى بأن القتل يعالج في نظر هذا الفقه باعتباره عملاً ضاراً ، أو خطأً مدنياً
Tort - أكثر مما يعالج باعتباره جريمة أو فعلاً مستوجباً للعقاب Crime (٥٤)
وفكرة التمييز بين الخطأ المدني الذي يستوجب تعويضاً مالياً هدفه إصلاح الأضرار التي سببها
المخطئ للمضرور ، وبين الجريمة التي تستوجب عقوبة تقتضيها الدولة من الجانب ، فكرة مستقرة في
النظم القانونية المعاصرة على الرغم من حدوثها النسبية ، ومستقرة كذلك في فقه الشريعة الإسلامية .
فالمسئولية المدنية تعرف في القانون الإنجليزي بأنها « المسئولية الناشئة عن الإخلال بواجب قانوني
نحو شخص أو أشخاص معينين ؛ ويترتب عليها تعويض يدفعه المسئول عن الفعل الضار لمن أصابه
الضرر » (٥٥) .

وتتميز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية بأن الجريمة - وهي سبب المسئولية الجنائية - خطأً
يتضمن جزاؤه عقوبة مرتكبه (٥٦) على حين أن الهدف الأساسي من تقدير المسئولية المدنية هو تعويض
المضرور بإجبار من ارتكب الفعل الضار على دفع مقابل لهذا الضرر (٥٧) .

Anderson, J.N.D., Homicide in Islamic Law, B.S.O.A.S, London, P. 811-818, and, Islamic Law in Africa, London, 1970, p. 198-218. (٥٤)

Winfield, On Tort, (8th Ed.), London 1967, p. 3; Clerk & Lindsell, Torts, (13 th Ed.), London 1969, P. 1. (٥٥)

والترجمة في المتن بتصرف يناسب النقل إلى اللغة العربية

Kenny, Outlines of Criminal Law, (16th Ed.) 1952, P. 539 (٥٦)

Fleming, Law of Tort, (3rd Ed.) Sydney, 1965, P.2 (٥٧)

ومن ثم فإنه يمكننا أن نقول : إن التمييز بين الجريمة والفعل الضار يبدو - بصفة أساسية - في الهدف الذي يرمى إليه اتخاذ الإجراءات القضائية : فكما كان الهدف من الإجراءات القضائية تعويض من أصابه الضرر نتيجة خطأ ارتكبه آخر كنا بصدد مسئولية مدنية عن الفعل الضار ، وكما كنا بصدد إجراء قضائي يرمى إلى أن تقتضى الدولة حقها في العقاب ، من شخص خالف القانون دون نظر إلى من أصابه الفعل المخالف للقانون بالضرر - كنا بصدد فعل يعتبره القانون جريمة والمسئولية عنه مسئولية جنائية .

وليس من شأن للمجنى عليه بتنفيذ الحكم الصادر بالعقوبة في حالة المسئولية الجنائية ، وهو لا يفيد منه فائدة مادية . على حين يتم لمصلحته تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض في حالة المسئولية المدنية ، فيفيد من ذلك إصلاحاً للضرر الذي ألحقه به الخطأ المدني .

وقد يتضمن الحكم الجنائي الحكم بتعويض مدني للمجنى عليه في الجريمة ، ومع ذلك فإنه يتعين أن نميز بين التعويض المدني هنا ، والتعويض المدني في حالة الفعل الضار : فالتعويض المدني الذي يُقضى به لمن أصابته الجريمة بضرر ما يُقضى به دائماً بالإضافة إلى العقوبة الجنائية . ولا يجوز في حالة الضرر الناشئ عن الجريمة أن يكون هدف الإجراءات القضائية هو فحسب تعويض المجنى عليه ؛ وإنما يكون ذلك في حالة المسئولية المدنية عن الفعل الضار^(٥٨) .

فإذا نظرنا إلى أحكام القصاص والدية - على ضوء ما تقدم - فإننا نجد أن المجنى عليه في جرائم القصاص والدية - أو أوليائه في حالة القتل - ثبت له ثلاثة حقوق : أن يطلب توقيع القصاص على الجاني ، أو أن ينزل عن الحق في طلب توقيع القصاص ويطلب الدية ، أو أن يعفو عن القصاص والدية (إذا صح أن نسمى هذا الأخير حقاً بالمعنى الفني) .

وفيما يتعلق بالحق في طلب القصاص يرى الرأي السائد في الفقه الإسلامي أن ذلك لأولياء المجنى عليه في جريمة القتل ؛ وللمجنى عليه نفسه في جرائم الجرح . وأن المجنى عليه - أو وليه - إذا كان قادراً على استيفاء القصاص بلا حيف فلا يجوز أن يحال بينه وبين ذلك .

ويستند هذا الرأي على تفسير قوله تعالى : (ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليِّه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً) الإسراء - ٣٣ ففسر الفقهاء كلمة «السلطان» التي وردت في نص هذه الآية

Winfield. On Tort o P. cit., p: 6

(٥٨)

وانظر في التمييز بين المسئولية المدنية والجنائية في الفقه المصري والفرنسي دكتور محمد إبراهيم دسوقي تقدير التعويض ، (رسالة دكتوراه من الإسكندرية) ١٩٧٢ . ص ٧٩ وما بعدها .

(٥٩) المعنى ، ج ٨ ص ٣٠٧ ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٢٤٢ وما بعدها ، الأم ، ج ٦ ص ١٧ ، وشرح الخطاب على مختصر خليل ، ج ٦ ص ٢٥٠ .

الكرامة على أنها تعنى حق المجنى عليه أو وليه في تنفيذ القصاص . ولا شك أن هذا التفسير يجعل نظام القصاص أقرب إلى نظام الانتقام الفردي والعقوبة الخاصة التي عرفت الشرائع القديمة ، منه إلى نظام الجريمة والعقوبة الذي أقرته الشريعة الإسلامية والمستقر في النظم الجنائية المعاصرة .

ولكن هذا التفسير المشار إليه ليس هو التفسير الوحيد ، فضلاً عن أنه ليس - في نظرنا - التفسير السديد : فقد ذهب القرطبي والرازي إلى أن السلطان المشار إليه في هذه الآية هو حق « طلب » تنفيذ القصاص ، وليس حق تنفيذ القصاص ، ورأوا أن تنفيذ القصاص من سلطة الحاكم (أو القاضي) وليس من سلطة المجنى عليه أو وليه .

بل لقد ذهب بعض المفسرين إلى أن قوله تعالى : (فلا يسرف في القتل) موجه إلى ولي المقتول لينه من قتل القاتل الذي هو من اختصاص الحاكم (٦١) .

فإذا أضفنا إلى ذلك أن الأمر بالقصاص موجه إلى الأمة كلها : (بأبها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى . . .) وأن الواجبات في النظام القانوني الإسلامي : منها الفردي الذي يمكن كل إنسان وحده أن يقوم به كفروض العبادات وما إليها ، ومنها الجاعى الذي يجب أن يقوم به ممثلون عن الجماعة كتنفيذ العقوبات وحماية الثغور ، وأن القصاص من هذا القسم (٦٢) ، يتبين لنا أن القول بحق المجنى عليه أو وليه في تنفيذ القصاص بنفسه قول غير صحيح . وأخذاً بما قدمنا فإن الباحثين المعاصرين يؤيدون القول بأن تنفيذ أحكام القصاص إنما هو من شأن السلطة المختصة بتنفيذ الأحكام الجنائية بوجه عام : فشأن القصاص ، شأن العقوبات الأخرى يصدر بها حكم القضاء ، ثم تتولى سلطات التنفيذ تنفيذها (٦٣) .

وفيما يتعلق بحق المجنى عليه أو وليه في النزول عن القصاص مقابل حصولهم على الدية من الجاني ، فإنه هنا تبدو فكرة التعويض المدني بصورة واضحة :
ذلك أن الدية - في حقيقتها - تعويض يدفعه الجاني إلى المجنى عليه أو أوليائه مقابل ما نتج عن اعتدائه من ضرر . ويبدو ذلك بصورة واضحة حين يتم الاتفاق على الدية خارج مجلس القضاء ،

(٦٠) تفسير القرطبي ، ج ٢ ص ٢٤٥ ، ٢٥٦ . وانظر أيضاً الشيخ شلتوت ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ - ٣٨٨ حيث يشير إلى أن هذا هو رأى الرازي والإمام محمد عبده .

(٦١) ابن الجوزي ، زاد المسير في علم التفسير ، ج ٥ ص ٣٣ حيث نسب هذا القول إلى الزجاج .

(٦٢) محمود شلتوت ، المصدر السابق ص ٣٨٦ .

(٦٣) انظر : شلتوت ، للموضع السابق ، أحمد إبراهيم ، ص ٢١٥ - ٢١٨ ، عبد القادر عودة ، ج ٢ ص ١٥٥ ، أحمد

الشرابصي ص ١٣٤ وما بعدها ، سيد سابق ، فقه السنة ، ج ١٠ ص ٦١ - ٦٣ (ط الكويت ١٩٦٨) .

وعلى مبلغ من المال أكبر أو أقل من المبلغ المقرر أصلاً كدية للنفس أو للجرح^(٦٤).
 أما فيما يتعلق بحق المجنى عليه - أو أوليائه - في العفو عن القصاص بغير مقابل - دون طلب
 الدية - فإن الفعل هنا - الاعتداء على النفس أو الجسم - يبدو وكأنه ذو طبيعة مدنية بحتة ؛ إذ يقرر
 الرأي الغالب في الفقه الإسلامي أنه لا يجوز توقيع عقوبة ما على الجاني في هذه الحالة^(٦٥)، غير أن
 مذهب الإمام مالك يميز توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني جزاء تعديه . وليس ذلك في حالة العفو
 فقط ، بل في كل حالة امتنع فيها القصاص^(٦٦)، وهنا تعود إلى الظهور فكرة الجريمة التي تستوجب
 عقاباً أكثر من فكرة الخطأ المدني المستوجب تعويضاً مالياً^(٦٧).

ومن هنا نستطيع أن نقول : إن أحكام القصاص والدية في الفقه الجنائي الإسلامي أحكام ذات
 طبيعة مزدوجة ، تبدو في بعض أجزائها فكرة المسؤولية الجنائية البحتة ، ويظهر القصاص كعقوبة
 واجبة جزاء لجريمة مرتكبة . وتبدو في البعض الآخر فكرة المسؤولية المدنية بما تستوجب من تعويض
 المضرور عن الضرر الذي ألحقه به خطأ الغير أو فعله الضار . وليس صحيحاً - في نظرنا - الرأي الذي
 يذهب إلى اعتبار الدية عقوبة في كل حالة - بالإضافة إلى كونها تعويضاً للمجنى عليه - تأسيساً على
 تحديدها بنصوص الشريعة ؛ لأن من المتفق عليه أن المجنى عليه أو أوليائه يمكنهم التصالح مع الجاني
 على أكثر أو أقل من الدية - كما قدمنا - ولأن العقوبة المالية - الغرامة أو المصادرة - تعود المصلحة في
 توقيعها إلى الدولة التي يؤول إليها المال المحكوم به كغرامة أو مصادرة وذلك غير قائم في خصوص
 الدية^(٦٨).

ومن الجدير بالذكر أن بعض النظم الجنائية المعاصرة قد أخذت نحو الاتجاه إلى تقرير تعويض
 للمصابين في جرائم الأشخاص ولأسر المجنى عليهم في جرائم القتل . ويعتبر هذا التطور أحدث ما قررته
 النظم الجنائية المعاصرة في شأن معالجة جرائم الاعتداء على الأشخاص :
 فقد اقترح في بريطانيا أن يكون للمحكمة الجنائية حق الحكم على الجاني في جرائم الاعتداء على
 الأشخاص بتعويض يدفعه الجاني إلى المجنى عليه في مقابل إصابته التي أحدثها الاعتداء ، أو ما يكون
 قد لحق أملاكه بسبب الجريمة من إتلاف^(٦٩).

(٦٤) ذهب أيضا إلى اعتبار الدية تعويضاً مدنياً بحق الدكتور محمد إبراهيم دسوقي ، المرجع السابق ، ص ٦١ - ٦٢ .

(٦٥) انظر للمراجع الفقهية السابقة الإشارة إليها في هذا الفصل .

(٦٦) شرح المواق على مختصر خليل ، ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٦٧) Anderson, Homicide in Islamic Law, p. 818

(٦٨) أنظر في هذا الرأي : عبد القادر عودة ، ج ١ ص ٦٦٨ - ٦٦٩ .

Criminal Justice Bill, 1971.

(٦٩)

وقد سبق أن نوقشت هذه الفكرة ذاتها في تقريرين عن معاملة المجنى عليهم في جرائم العنف قُدِّمًا إلى مجلس العموم البريطاني في عامي ١٩٦١ و ١٩٦٤ . وكان الاقتراح عندئذ أن تتولى الدولة دفع تعويض مناسب للمجنى عليهم في جرائم العنف^(٧٠) .

وقد أنشئ في إنجلترا مجلس لتعويض المجنى عليهم في جرائم العنف منذ سنة ١٩٦١ ، ويدفع المجلس تعويضات محددة إلى المجنى عليهم في هذه الجرائم بناء على طلب يقدمه المجنى عليه . والمجلس مكون من ثمانية من القانونيين ذوى الخبرة في تقدير التعويض . وتتولى الدولة دفع التعويضات التي يقررها المجلس . وقد أنشأت هذا المجلس وزارة الداخلية في إنجلترا في يونيو ١٩٦١^(٧١) .

وفي سنة ١٩٦٤ أصدرت حكومة نيوزيلندا قانوناً لتعويض المجنى عليهم في جرائم العنف ، وصدرت قوانين مماثلة في عدد من الولايات المتحدة الأمريكية^(٧٢) .

وهكذا فإن ما بدا غريباً من مسلك الشريعة الإسلامية للباحثين الغربيين أصبح الآن هو مقصد المشرعين الغربيين أنفسهم ، بل أصبح - بصورة فيها بعض الاختلاف - مقررأ في النظم الجنائية الغربية ذاتها .

Cmd. 1406 and 2323, H.M.S.O. 1961 & 1964.
Hall Williams, The English Penal System in
Transition, 1970, p. 296.
Ibid.

(٧٠)

(٧١)

(٧٢)

الباب الرابع

جرائم التعزير وعقوباتها

عرف الفقه الجنائي الإسلامى ثلاثة أنواع من العقوبات ، أو ثلاثة تقسيمات لأنواع العقوبات . فهناك عقوبات الحدود ، وعقوبات القصاص ، وعقوبات التعازير ، ولكل نوع من هذه الأنواع نطاق تطبيقه ، وشروطه أو الضمانات التى يحاط بها توقيعه . ويعتبر أهم ما يميز هذه الأنواع أحدها عن الآخر هو النص المقرر للعقوبة : فإذا كانت العقوبة مقررة ومقدرة سلفاً (قبل وقوع الفعل المعاقب عليه بها) بنص فى القرآن الكريم أو السنة النبوية ، كنا بصدد عقوبة من عقوبات الحدود أو القصاص . فهى عقوبات مقدرة لاجمال لتعديلها بالزيادة فيها أو النقص منها .

أما إذا كانت العقوبة مقررة فحسب - وليست مقدرة (أو محددة) - فإننا نكون بصدد عقوبة من عقوبات التعزير . ومن ثم عرف الفقهاء التعزير بأنه «عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله تعالى أو لآدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة»^(١) ولفظ الحد هنا أى بمعنى التقدير وليس بمعناه الاصطلاحى كعقوبة محددة لأفعال معينة وردت بتحديد عقوبتها نصوص القرآن أو السنة : كالسرقة والحراة والزنى وغيرها . وبذلك فإن الجرائم التى عقوبتها القصاص لا يعاقب عليها تعزيراً - إلا فى حالات خاصة باعتبار التعزير عقوبة إضافية أو بدلية كما سيأتى فيما بعد^(٢) .

والتعزير فى اللغة مأخوذ من عزز وعزَّر بمعنى مَنَعَ ، وأدَّب ، وَوَقَّر . فهو من أَلْفَاظ الأَصْدَاد ، ويستعمل كذلك بمعنى النصرة . قال تعالى (لَتَعَزَّوهُ وَتَوْقَرُوهُ) ومن المنع سميت العقوبة غير المقدرة تعزيراً ؛ لأنها تمنع الجانى من معاودة الفعل المعاقب عليه^(٣) .

وللتعزير أهمية خاصة فى الفقه الجنائى الإسلامى : فإن جرائم الحدود معدودة لا تتجاوز سبعة - فى أوسع الأقوال - وأربعاً - فى أضيقها - وجرائم القصاص هى جرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو الجرح أو الضرب . وما وراء هذه الجرائم فعقابه يدخل فى نطاق التعزير ، وبعبارة أخرى فإن التعزير هو أوسع أنواع العقوبات نطاقاً فى الفقه الجنائى الإسلامى ، وهو لمرونة قواعده التى سنعرض لها فى

(١) وقد تختلف عبارة بعض الفقهاء عن ذلك فى تعريفه اختلافاً يسيراً ، راجع فى التعريف المتقدم المبسوط للسرخسى ج ٩

(٢) راجع فى تفصيل ذلك رسالتنا .
The Theory of Punishment in Islamic Law
A comparative study, University of London, 1972, (unpub.) p. 196-8.

(٣) محمد بن أبى الفتح البعلى الحنبلى ، المطلع على أبواب المنع ص ٣٧٤ ط - المكتب الإسلامى (بدون تاريخ) .

تانيا هذا البحث من أصدق الأدلة على صلاحية الجانب الجنائي في الشريعة الإسلامية للتطبيق في عصرنا هذا ، وفي كل العصور^(٤) .

ولقد ذهب بعض الكاتبين - من المستشرقين - إلى أن « القرآن لا يحوى أية إشارة إلى التعزير ، وفي السنة قليلٌ جداً من العناية به »^(٥) ولقد دعانا هذا إلى بحث دليل تقرير العقوبة التعزيرية في القرآن والسنة ، أو بتعبير الفقهاء الأصل في التعزير . وهو ما نفرد له الجزء التالي من هذا البحث ، ثم نعرض بعد ذلك لأنواع العقوبات التي توقع تعزيراً ، وللسلطة التقديرية للقاضي ومدى إطلاقها في خصوص استحداث أنواع جديدة من العقوبات أو الجرائم ، ونلقى في أثناء هذه البحوث نظرة عامة على مكان التعزير في السياسة الجنائية ، كما يتصورها الفقه الإسلامي ، وموضع ذلك من النظريات الحديثة في علم العقاب .

١٠٤ - التعزير في القرآن الكريم :

لم ترد كلمة التعزير في القرآن أو السنة مقصوداً بها معناها الاصطلاحى الذى عرفه الفقه الجنائى الإسلامى والذى نقلناه فيما تقدم . ومع ذلك فقد أشار القرآن وأشارت السنة إلى أفعال ورد الأمر بالعقاب عليها - أى تعتبر سلوكاً إجرامياً مما يخضع للعقاب - دون أن تحدد لها عقوبة معينة ، فكان أمر تحديد هذه العقوبة وتوقيعها وتنفيذها متروكاً للقاضي أو الحاكم يرى فيه رأيه في ضوء الأصول العامة للشريعة الإسلامية ، والأحوال الاجتماعية ، وظروف الجاني والفعل المرتكب .

وفي الوقت نفسه أشار القرآن الكريم وأشارت السنة النبوية إلى أفعال وصفت بوصف المعصية دون أن يُحدّد لأى من هذه الأفعال عقابٌ محدّدٌ فكان أمر العقاب عليها ، تقريره ، وتقديره ، وتنفيذه ، موكولاً أو مفوضاً إلى أولى الأمر في الدولة المسلمة يرون فيه ما يلائم المصلحة ، مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد . ولعله يحسن قبل أن نمضى في بيان الأصل في التعزير من القرآن والسنة أن نقرر أن كل معصية تعتبر في نظر الفقه الإسلامى جريمة موجبة للعقاب : ذلك أن المعصية إنما هي ارتكاب محرم ، وكل فعل أو ترك محرم في الشريعة الإسلامية يعتبر جريمة توجب أو تجيز عقاباً^(٦) .

(٤) فصلنا القول في هذه الناحية في رسالتنا المشار إليها سابقاً في الصفحات ٢٤٢ - ٢٤٩ .

W. Heffening, Encyclopaedia of Islam, (Old Ed.) vol. iv, (٥)
P. 710, under "Ta'zir".

(٦) بيّنا ذلك في مقالنا عن جريمة شرب الخمر وعقوبتها ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، العدد الخامس ١٩٧٣ ، ص ١٥٩ ، وقارن بذلك رأى الدكتور عبد العزيز عامر في رسالته « التعزير في الشريعة الإسلامية » الطبعة الثانية ١٩٥٦ ص ٦٦ - ٦٧ . ومن الجدير بالإشارة أن بعض الباحثين من المستشرقين يرون اعتبار المعاصى التي لم تحدد لها عقوبة ، أو لم تقر لها عقوبة دينية - خارجة عن نطاق التجريم . ومرد هذا إلى غياب تصور المنطلق الذى يبدأ منه الفقه الجنائى الإسلامى ، ومدى الارتباط بين الأحكام القانونية في الإسلام =

وليس من منافاة بين هذه القاعدة المقررة في الفقه الجنائي الإسلامي - أعني قاعدة تطابق التحريم والتجريم - وبين قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات التي تقوم عليها التشريعات العقابية الحديثة : فقتضى القاعدة الأخيرة أنه لاجرمية ولا عقوبة إلا بناء على نص . والنص المقرر للجريمة هنا هو ذلك الأمر أو النهي الذي خالفه فاعل المعصية . غير أن العقاب تعزيراً يتردّد بين حدين أدنى وأعلى تقررها القواعد المنظمة للعقوبات التعزيرية - على ماسوف نبينه في كلامنا عن العقوبات التعزيرية - ومن ثم فليس هناك خروج على قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، بل هناك تطبيق مرن لها يتيح توفير الحياة القانونية للمصالح الاجتماعية بحيث لا يقف جمود النصوص حائلاً دون العقاب على الإخلال بهذه المصالح . وذلك هو الاتجاه الذي يؤيده جانب كبير من الفقه الجنائي الحديث^(٧) .

فإذا عدنا إلى القرآن الكريم بحثاً عن الأصل الذي يعتمد عليه في إثبات شرعية التعزير وجدناه يقرر في شأن الزوجات (واللاتي تحافون نشوزهن فعظوهن واهجوهن في المضاجع واضربوهن ، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً) سورة النساء - ٣٤ .

فهذه الآية تقرر جواز عقوبة المرأة التي يخاف زوجها منها نشوزاً بالأشكال الثلاثة من العقوبات المقررة فيها ، وبرغم أن هذه العقوبات قد حددت في الآية ، ووردت مرتبة على النحو الذي يجب أن يراعى عند تطبيقها ، فإن تحديد النشوز (أو خوفه) الموجب للعقوبة وتحديد مقدار العقوبة ذاته - من كيفية الوعظ أو مدة المهجر أو غير ذلك - كل ذلك متروك لسلطة الزوج . وقد اعتبر بعض الفقهاء هذه الآية هي «الأصل في التعزير»^(٨) وهم يؤسسون هذا النظر على قياس الحاكم أو أولى الأمر في الدولة المسلمة على الزوج في البيت المسلم : فكما أعطى الزوج حق القوامة في بيته ، أعطى أولو الأمر حق القوامة في المجتمع كله . وسلطة الزوج المشار إليها في الآية السابق ذكرها ترمى إلى حماية الأسرة مما قد يصدع بنائها ، فللحاكم أو أولى الأمر سلطة مماثلة تهدف إلى حماية المجتمع كله مما قد يلحق الضرر به أو يؤدي إلى الفساد فيه .

وقد يمكن تأييد وجهة النظر هذه بالحديث الشريف «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته :

= وبين الأحكام الدينية والأخلاقية . راجع في ذلك : مؤلف أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلى «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي» الطبعة الثانية بيروت ١٩٦٩ ص ٢٧٩ - ٢٨٣ . ورسالتنا The Theory of Punishment المشار إليها سابقاً في الصفحة ٢٤٤ وما بعدها . أما اعتبار هذه المعاصي خارج دائرة الجريمة في الفقه الإسلامي فيقول به الأستاذ Coulson أستاذ القانون الإسلامي بجامعة لندن في كتابه A History of Islamic Law في الصفحة ١٤٢ وما بعدها من طبعة Edinburgh سنة ١٩٧١ .

(٧) انظر تقرير الدكتورة سلوى توفيق بكير عن مبدأ الشرعية المقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية التي عقدها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في الفترة ما بين ٨ - ٩ من مايو ١٩٧٦ بالقاهرة .

(٨) الخطيب الشربيني ، معنى المحتاج إلى شرح المنهاج ، الجزء الرابع ، ط القاهرة سنة ١٣٠٨ هـ ص ١٧٦ .

فالأمر الذي على الناس راع وهو مسئول عنهم ، والرجل راع على أهل بيته وهو مسئول عنهم ...»^(٩) غير أننا نعتقد أن هذه الآية الكريمة إنما تشير إلى تطبيق من تطبيقات العقوبات ، التعزيرية ، وليست هي الأصل في تقرير هذه العقوبات ولسنا بذلك نشكك - أو نشك - في مدى جواز استخراج قاعدة كلية من استقراء بعض أحكام الوقائع الجزئية ؛ فذلك أمر مسلم به في الفقه الإسلامي بوجه عام ، بل إن قواعد أصول الفقه الحنفى قد استخرجت كلها - أو جلها - بهذه الطريقة^(١٠) غير أننا نلجأ إلى هذه الطريقة إلا في غياب النص - من القرآن أو السنة - على القاعدة الكلية أو الأصل العام الذي نبحت عنه . أما إذا وجدنا هذا النص فإن النصوص التي تعالج حالات جزئية ينحصر دورها - في رأينا - في اعتبارها تطبيقات للنص المقرر للأصل العام ، تبين المراد منه ، وتعين على فهم كيفية تطبيقه وتؤكد مضمونه .

ونجد في سورة النساء أيضاً تطبيقاً آخر من تطبيقات العقوبات التعزيرية ، وذلك في قوله تعالى بعد أن ذكر عقاب النساء اللاتي يأتين الفاحشة (واللذان يأتيانها منكم فأذوها فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها إن الله كان تواباً رحيماً) النساء - ١٦ . فهذه الآية تقرر في مذهب فريق من المفسرين والفقهاء عقوبة إتيان الرجال «أو السدوذ الجنسي»^(١١) والأمر بالعقوبة هنا موجه إلى أولى الأمر في الدولة المسلمة ، القائم على تطبيق القوانين في هذه الدولة . وليس في الآية الكريمة بيان نوع العقوبة ، ولا مقدارها ولا كيفية تنفيذها ، وهي من ثم عرضة للتباين والاختلاف من زمان إلى زمان ، ومن مكان إلى مكان ، بل وعلى حسب اختلاف أشخاص الجناة ، والظروف التي ترتكب فيها الجريمة ، وهذا هو الشأن في عقوبات التعزير جميعاً .

ولا يقف الأمر في النصوص القرآنية عند هذه التطبيقات الواضحة لنظام العقوبات التعزيرية ، ولكن آية أخرى في كتاب الله تقرر المبدأ العام الذي يؤسس عليه في الفقه الجنائي الإسلامي نظام التعزير كله . تلك هي قول الله تعالى : (وجزاء سيئة سيئةً مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين) الشورى - ٤٠ فهذه الآية الكريمة تقرر قاعدة عامة مجردة مفادها أن الشأن في

(٩) الحديث متفق عليه ، انظر اللؤلؤ والمرجان للأستاذ محمد فؤاد عبد الباقي ج ٢ ط القاهرة ١٩٤٩ ص ٢٤٢ . ومشكاة المصابيح ج ٢ ص ٣٢١ من ط المكتب الإسلامي بدمشق سنة ١٩٦١ بتحقيق المحدث ناصر الدين الألباني .
(١٠) علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف الطبعة الثامنة - الكويت سنة ١٩٦٨ ص ١٨ . ومقدمة «أصول الفقه الإسلامي» لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شبلي ط بيروت سنة ١٩٧٤ ص ٤٠ - ٤١ .

(١١) تفسير ابن كثير ، ج ١ ص ٢٦٤ ط القاهرة (بدون تاريخ) وزاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ج ٢ ص ٣٤ من طبعة المكتب الإسلامي ببيروت ١٩٦٥ ، وفي ظلال القرآن للمرحوم الأستاذ سيد قطب ج ٤ ص ٢٥٧ (وهو مطبوع ثمانى طبعات) . وقد ذكر الآراء الأخرى في تفسير هذه الآية : الجصاص في أحكام القرآن ، ج ٢ ص ١٠٥ من طبعته الأولى بالآستانة .

السيئات أن يجازى عليها بسيئات مثلها ، وأن المسلم قد يعفو عن السيئة قصداً إلى الإصلاح ، وإثارةً للآخرة ، وأجر من يعفو ويصلح مكفول عند الله سبحانه وتعالى . ومن فضل العقوبة على العفو فإن عليه ألا يجاوز بها القدر الضروري منها ، وألا يزيد فيها على مثل الفعل المعاقب عليه ، وهو هنا النوع والقدر الذى يحقق الأهداف العقابية دون اشتراط المماثلة النوعية التى قد لا تكون ممكنة - ذلك كله - لأن الخروج عن هذه الحدود يُعد ظلماً والله لا يحب الظالمين^(١٢) .

وعلى هذا الفهم فى الآيه الكريمة نجد الأسس العامة التى تحكم نظام التعزير ؛ كما بينها الفقهاء المسلمون مأخوذة فى الواقع من الأصول العامة فى القرآن الكريم ، ومن التطبيقات التى ذكرناها من كتاب الله ، والتى ثبت فيها النص على إيجاب أفعال معينة للعقاب عليها دون أن يحدد مقدار هذا العقاب - برغم تحديد أنواعه ، أو النص على العقاب مطلقاً دون ما تحديده لنوعه ولا لمقداره . والخطاب فى هذه الآيه الكريمة (وجزاء سيئة سيئة مثلها) موجه لجماعة المسلمين بدليل السياق الذى وردت فيه هذه الآيه : (والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون . والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون . وجزاء سيئة سيئة مثلها . . . الشورى - ٣٨ - ٤٠) ومن المقرر أن الأحكام التى خاطب بها القرآن المسلمين على ضربين : أحدهما ما يمكن كل فرد من الأمة أن يقوم به وحده ، والتكليف فيه يقع على كل فرد من أفراد الأمة على حدة ، والآخر ما لا يمكن أن يقوم به الواحد من المسلمين ، ومن ثم يقع التكليف به على عاتق الجماعة كلها ، ويمثلها فيه حكماها أو أولو الأمر فيها .^(١٣) وإذا كان الخطاب فى الآيات السابقة خطاباً وصفيّاً يورد صفات المؤمنين - فإن التوجيه فيه إلى المحافظة على هذه الصفات والتمسك بها واضح بين . والجمع فى هذا الخطاب التوجيهى بين الواجب على الفرد - بصفته الفردية - كالصلاة والإنفاق ، وبين الواجب على الجماعة - بوصفها الجماعى - كالاتزام بالشورى والانتصار عند البغي والجزاء على السيئات فيه الإشارة التى لا يخطئها النظر الصحيح إلى أن هذه الأمور متساوية فى ميزان الإسلام فى وجوب الحرص عليها والتمسك بها ، وإن كان الشأن فى بعضها أن يقوم بها كل فرد على حدة ، وفى بعضها الآخر أن يقوم بها فى الجماعة المسلمة - أو الدولة - من يناط به أمرها^(١٤) .

(١٢) أشار للرحوم الشيخ شلتوت إلى هذه الآيه على أنها من الآيات التى تنظم علاقات المسلمين بغيرهم . ونحن لا نشركه فى هذا رأى ، بل هى عندنا - قاعدة عامة من الأصول القرآنية التى تفهم على إطلاقها وعمومها ، كذلك فإن سياق الآيه من سورة الشورى لا يؤدى المعنى الذى أشار إليه . انظر فى رأيه هذا : (الإسلام عقيدة وشريعة) القاهرة ١٩٥٩ ص ٣٥٨ ، وراجع أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ٣٨٦ .

(١٣) راجع (الإسلام عقيدة وشريعة) للرحوم الشيخ شلتوت ص ٣٣٨ - ٣٤١ .

(١٤) لم نر أحداً من الكتّاب فى موضوع التعزير يعتمد على هذه الآيه من سورة الشورى فى تقرير الأصل القرآنى للتعزير . ولعل =

١٠٥ - التعزير في السنة النبوية :

وإذا كان البيان المتقدم كافياً في رد دعوى أن القرآن لم يذكر عن نظام التعزير شيئاً ، وفي بيان جانب من عناية النصوص القرآنية به - عنايتها بغيره من جوانب التشريع - فإن السنة تمدنا بمعين لا ينضب من أفعال الرسول ﷺ وأقواله المقررة لقواعد التعزير ، والتي تتضمن تطبيقات له . ولعله من أهم البحوث التي يمكن الرجوع إليها في هذا الصدد - تلك الخاصة بعقوبة الرسول ﷺ لشارب الخمر . وقد سبق لنا أن بينا كيف أن العقوبة التي وقعها الرسول ﷺ على الذين كانوا يشربون الخمر في عهده كانت عقوبة تعزيرية ، وأن الرسول ﷺ في عقوبته إياهم قد وضع قاعدة اختلاف العقوبات التعزيرية باختلاف أحوال الجناة وظروفهم . ولذلك فسنتكفي هنا بأمثلة من التعزيرات النبوية في غير جريمة شرب الخمر ، ونحيل في خصوصها إلى ما كتبناه سابقاً عن هذا الموضوع (١٥) .

أما في غير جريمة شرب الخمر فإليك أمثلة من تعزيرات الرسول ﷺ :

١٠٥ - ١ - التعزير على الشطط في التأديب :

روى الإمام أحمد وأبو داود أن صحابياً وجد غلاماً مع جارية فقتل به ، فأتى الغلام النبي ﷺ فسأله : « من فعل بك هذا ؟ » فقال الغلام : (زنباع) وهو اسم سيده ؛ فدعا رسول الله السيد ، وسأله عن سبب تمثيله بالغلام ، فقص على رسول الله ما كان من أمره ، فقال ﷺ للغلام : « اذهب فأنت حر » .

فهذا تعزير بالمال مفاده تغريم الصحابي قيمة عبده الذي أعتقه عليه رسول الله ﷺ عقوبة له على تجاوزه الحد المباح لتأديب السيد عبده .

١٠٥ - ٢ - التعزير على ترك الجهاد :

روى البخاري ومسلم في قصة الثلاثة الذين خلفوا في غزوة تبوك - وهم كعب بن مالك ، ومرة ابن ربيعة ، وهلال بن أمية - أن رسول الله ﷺ أمر المسلمين بهجرهم ، ثم أمر نساءهم بمثل ذلك .

= مثل هذا الإعراض عن بيان مآخذ الأحكام الفقهية من القرآن والسنة أحد أسباب وقوع كثير من المحدثين - مسلمين وغير مسلمين - في إنكار وجود أصول قرآنية أو نبوية لكثير من الأحكام والنظم التي قررها الفقهاء المسلمون .

(١٥) راجع بحثنا عن « جريمة شرب الخمر وعقوبتها في الشريعة الإسلامية » المنشور في المحلة العربية للدفاع الاجتماعي العدد الخامس ١٩٧٣ ، ص ١٦١ - ١٦٥ . وكذلك رسالتنا للدكتوراه السابقة الإشارة إليها في الفصل الثاني منها ص ٩٨ - ١١٠ .

وبقيت هذه العقوبة مطبقة حتى نزل قول الله تعالى فيهم : (وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجأ من الله إلا إليه ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم) سورة التوبة - ١١٨ ، وهذا تعزير بعقوبة الهجر وسنعرض لها تفصيلاً فيما بعد (١٦).

١٠٥ - ٣ - التعزير على سرقة لا توجب الحد :

روى النسائي أن رسول الله قال في الثمر المعلق - يعنى على شجره - « من خرج منه بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجن فعليه القطع » (١٧) وفي هذا الحديث أمر مطلق بالعقوبة دون تحديد لنوعها أو مقدارها . وكل عقوبة ورد بها الأمر مطلقاً على هذا النحو فهي تعزيرية ولا يقال : إن العقوبة هنا المراد بها حد السرقة : ذلك أن توقيع عقوبة الحد شرط - في الحديث ذاته - بشرطين : أن تكون الثمار قد نقلت من شجرها إلى مكان حفظها وصيانتها ، وأن يبلغ ثمن المسروق منها ثمن الجن . أما الحالة الأولى فهي حالة الأخذ مطلقاً دون تحقق هذين الشرطين .

١٠٥ - ٤ - التعزير على منع الزكاة :

روى الحافظ أبو عبيد القاسم بن سلام بسنده أن رسول الله ﷺ قال في شأن زكاة الإبل : « من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن منعها فإننا آخذوها ، وشطر إبله عزمة من عزمات ربنا ، لا يجل لمحمد منها شيء » (١٨) . فأخذ شرط مال مانع الزكاة في الإبل عقوبة تعزيرية أمر بها رسول الله ﷺ ، وقد جعل ابن قيم الجوزية هذا الحديث من أصول تعزيراته ﷺ التي تتغير بحسب اقتضاء المصلحة زماناً ومكاناً . فليس لازماً أن تطبق العقوبة المذكورة في هذا الحديث على كل مانع لزكاة إبله ؛ وإنما توقيعها من الأمور التي يرى فيها الإمام - أو الحاكم - رأيه في كل حالة على حدتها بحسب الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية في الوقت الذي يقع فيه فعل منع الزكاة (١٩) .

(١٦) راجع إغاثة اللفهان من مصادب الشيطان لابن قيم الجوزية ج ١ ص ٣٤٨ ط الحلبي بالقاهرة سنة ١٩٦١ لحديث إعتاق الغلام ، وزاد المعاد لابن قيم الجوزية أيضاً ج ٣ ص ١١ - ١٣ لحديث الثلاثة الذين خلفوا .

(١٧) انظر لتمام الحديث مشكاة المصابيح بتحقيق ناصر الدين الألباني ج ٢ ص ١٤٦ .

(١٨) الحديث في كتاب الأموال للإمام الحافظ أبي عبيد القاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤ هـ وقد طبع هذا الكتاب الجليل

بتحقيق الشيخ محمد خليل هراس ١٩٦٩ راجع ص ٥٢٠ .

(١٩) ابن قيم الجوزية ، إغاثة اللفهان ج ١ ص ٣٤٦ - ٣٤٧ .

١٠٥ - ٥ - التعزير على ماطلة المدين الموسر :

روى أبو داود والنسائي أن رسول الله ﷺ قال «لئى الواجد يحل عرضه وعقوبته» (٢٠) ، وفى بعض روايات هذا الحديث «لئى الواجد ظلم» و «مطل الغنى ظلم» وقد حض القرآن الكريم على تأجيل المدين المعسر : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) البقرة - ٢٨٠ .

وفى الناحية الأخرى لهذا التوجيه القرآنى الكريم نجد البيان النبوى يقرر أن تأخير سداد الدين مع القدرة عليه يميز عقوبة المدين الماطل دون أن يبين نوع العقوبة ولا مقدارها . وعقوبة هذا شأنها ، وفى مثل الفعل الموجب لها - الماطلة فى أداء الدين - لا بد أن تختلف من زمان إلى زمان ، ومن مكان إلى مكان ، وأن تختلف كذلك بحسب الفرد المرتكب لفعل الماطلة ، وقد يؤثر فى تحديد العقوبة كذلك حال الدائن نفسه إمساراً أو يساراً ، إذ ماطلة المعسر - أو الفقير - مع حاجته إلى ماله المحجوب عنه لدى مدينه فيها من الاضرار به ما لا يستوى مع الضرر الذى قد يلحق الموسر من الماطلة . وهكذا فإن هذا الحديث يقرر أيضاً عقوبة تعزيرية .

١٠٥ - ٦ - التعزير على الإساءة إلى قائد الجيش :

روى مسلم وأبو داود أن رسول الله ﷺ حرم رجلاً سلب قتيله فى غزوة مؤتة ، لأن المطالب بالسلب تلاهى مع قائد جيش المسلمين فيها - خالد بن الوليد - وساءه فى مجلس رسول الله ﷺ . فقال عليه السلام : «هل أنتم تاركو لى أمرائى ، لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ؟» وأبقى سلب القتيلى - الذى استحقه قاتله - لخالد بن الوليد عقوبة لذلك المطالب به على إساءته إلى قائد جيشه . والأصل الشرعى هنا أن «من قتل قتيلاً فله سلبه» فعز رسول الله هذا الصحابى بجرمانه من السلب تأديباً له على ملاحظاته قائده . وليس من شك فى أن مثل هذه العقوبة التعزيرية تختلف - كالعقوبات قبلها - من زمان إلى زمان ، ومن واقعة إلى أخرى (٢١) . وتوقيعها - على كل حال - أصل يميز توقيع العقوبة فى كل حالة مماثلة ، وعندئذ ينظر إلى الظروف المختلفة للفعل ومرتكبه وتحدد العقوبة على هذا الأساس .

(٢٠) مشكاة المصابيح ج ٢ ص ١١٢ .

(٢١) ابن قيم الجوزية ، إغاثة اللهفان ، ج ٢ ص ٣٤٧ .

ولعلنا بعد هذا العرض الموجز لهذه الأمثلة نستطيع أن نقرر أنه من الخطأ البين القول بأن السنة لم تشر إلى التعزير إلا في حالات قليلة جداً ، كما قررنا من قبل خطأ القول بأن القرآن لم يذكر شيئاً عنه . على أنه من المفيد هنا أن نسجل حقيقتين أساسيتين قبل أن نترك هذا الموضوع من بحثنا في التعزير : الحقيقة الأولى هي أن التعزير كنظام متكامل من أنظمة العقوبات التي عرفها الفقه الجنائي الإسلامي لم يظهر بصورة واضحة إلا في مرحلة متأخرة نسبياً من مراحل تطور هذا الفقه بفضل جهود العلماء والفقهاء المتمين إلى مختلف المذاهب الفقهية الإسلامية ، وشأن التعزير في ذلك شأن جميع النظم والنظريات الفقهية الإسلامية تقرت قواعدها أول الأمر في القرآن والسنة ، وطبق منها الصحابة في العصر الأول القدر الذي تطلبته المشاكل التي حدثت في عصرهم ، ومع تقدم الأبحاث في علم الفقه الإسلامي وأصوله ، وتطور الأحداث باتساع رقعة الدولة الإسلامية ، وتعدد المذاهب الفقهية وانتشار أتباعها في كل بقاع هذه الدولة الواسعة الأطراف - لبست هذه الأصول والتطبيقات المحدودة أثواباً تلائم تلك التغيرات العلمية والاجتماعية ، وظهرت في صورتها التي تركها لنا فقهاؤنا المسلمون (٢٢) غير أن ذلك لا يعني أن الفقهاء قد استحدثوا هذه النظم أو أوجدوها من العدم ؛ إنما كان فضلهم وغالب جهودهم في تقعيد قواعدها ، ورسم تفصيلاتها ، وتيسير سبل الإفادة منها . أما أصول هذه النظريات والأنظمة فردها في الغالب الأعم إلى القرآن أو إلى السنة ، فيها أو في أحدهما تقرت ، واجتهاداً في فهمها أو فهم أحدهما طبقت ، ثم شرحت وفصلت .

والحقيقة الأخرى التي يجب أن نشير إليها هنا هي أن الفقهاء مدينون في فهمهم وبيانهم لنظام التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي لهذه التطبيقات النبوية وغيرها - مما لم نشر إليه - بها كان غالب عنايتهم وفيها المحصر جل اهتمامهم . ومع ذلك فإن القارئ لكتب الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة يرى بوضوح غلبة الاعتماد في الكلام عن التعازير على فقه الصحابة وتطبيقهم وخاصة الخليفة الثاني عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على الاعتماد على التطبيقات النبوية المشار إليها آنفاً . وقد يكون من أسباب ذلك كثرة الحوادث التي طبقت فيها التعزيرات في عهده ، وممارسته إياها حاكماً للدولة المسلمة ، على حين دخلت هذه الصفة - بالنسبة للرسول عليه السلام - في صفة النبوة الغالبة على أحواله كلها .

(٢٢) وجهنا إلى هذه الحقيقة قديماً شيخنا العلامة محمد مصطفى شلبي في مجوئه عن القياس والاستحسان وتعليل الأحكام والوقف الحيزي والأهلي وغيرها : راجع كتبه : تعليل الأحكام القاهرة ١٩٤٩ والوصايا والأوقاف ط ١٩٦٣ والمدخل (القسم الثاني) ط ٨ بيروت ١٩٦٨ وأصول الفقه ط ١ بيروت ١٩٧٤ وقد وضحت هذه الحقيقة لنا بعد بجلاء في أثناء عملنا في مجوئنا المختلفة في الشريعة والفقه الإسلامي .

ومهما كان الأمر فإن تصرفات عمر رضى الله عنه وغيره من الصحابة في هذا الباب مبنية أصلاً على فقه السنة التي كانوا أعرف الناس بها وأتبعهم لها . غير أن ذلك لا يعيننا ونحن بسبيل المشاركة في حركة إحياء وتجديد الفقه الجنائي الإسلامى بقصد الإفادة منه وبناء نظمنا العقابية عليه ، أن نبين - ما وسعنا البيان - الأصول القرآنية والنبوية للنظم والنظريات التي يقدمها هذا الفقه ، ويكفي لبيان قيمة مثل هذا البحث أن يعيننا على أن نقبل من هذا الفقه ما نقبل عن بيته ، وأن ندع منه ما ندع عن بصيرة . لقد كانت هذه هي الخطة التي عاش بها الفقه الإسلامى كل قرونه الأولى محققاً لمصالح الناس على اختلاف أحوالهم وحضاراتهم . ولن يعود الفقه الإسلامى إلى تحقيق هذه الغاية ما لم يسلك المشتغلون به هذه السبيل .

وإذ انتهينا بذلك من بيان الأصل القرآنى والنبوى لنظام التعزير - فإننا نتقل الآن إلى بحث العقوبات التي يجوز توقيعها تعزيراً .

١٠٦ - أنواع العقوبات التعزيرية :

إن الهدف المثالى لجميع النظم العقابية التي عرفتها المجتمعات المتحضرة هو منع الجريمة . غير أن هذا الهدف - في الواقع - يعد مثاليًا فحسب : أى أن تحقيقه في عالم الواقع كان أمراً خارج نطاق القدرة البشرية ، ومن ثم استعصى عنه بهدف آخر أقرب إلى التحقيق هو التقليل - إلى أبعد حد ممكن - من حالات ارتكاب الجرائم .

ولا خلاف بين السياسة العقابية في الفقه الإسلامى ، وفي غيره من النظم العقابية الأخرى حول هذا الهدف ؛ إنما يقع الخلاف بين الفقه الإسلامى وبين النظم القانونية الأخرى حول القيم التي يراد حمايتها بالنصوص القانونية والتي تفرض العقوبات لإقرارها وإجبار الأفراد على احترامها وعدم الخروج عليها . وليس من فرق بين التعزير وغيره من نظم العقوبات التي عرفها الفقه الجنائي الإسلامى في أنها تهدف جميعاً إلى الحد من ارتكاب الجرائم ؛ وإنما يبدو الفارق بينها في أن الجرائم التي شرعت لها عقوبات الحدود والقصاص قد حددت عقوباتها من قبل الشارع تحديداً مطلقاً ، فلا تختلف العقوبة باختلاف الزمان أو المكان أو الشخص الذي توقع عليه على حين أعطى القضاة - أو بعبارة أدق السلطات المختصة في الدولة - سلطةً تقديرية واسعة في الجرائم التي شرعت فيها العقوبات التعزيرية تشمل تحديد العقوبة ، واختيار نوعها وتوقيعها أو عدمه : أى العفو عنها .

والسبب في ذلك هو اختلاف النظر إلى القيم التي قد يراد حمايتها بالعقوبات التعزيرية من زمان إلى زمان ومكان إلى آخر ، وعدم وجود مثل هذا الاختلاف بالنسبة للقيم التي تحميها العقوبات المشروعة

لجرائم الحدود والقصاص (٢٣).

وسنعرض من بعد في شيء من التفصيل للأهداف التي تتوخاها العقوبات التعزيرية على وجه الخصوص وتلك التي تتوخاها أنظمة العقاب أو نظرياته في غير الفقه الإسلامي من النظم القانونية ، غير أنه مما ينبغي أن نسجله هنا أن الهدف الذي ترمى إليه العقوبات التعزيرية التي نحن بصدد الكلام عنها هدفٌ ذو شقين :

١ - منع ارتكاب الجرائم أو التقليل ما أمكن من وقوعها

٢ - إصلاح شأن الجاني نفسه .

ويتحقق الهدف الأول بما للعقوبة من أثر الزجر بقسميه الخاص والعام : فأما الزجر الخاص فهو ذلك الأثر الذي تتركه العقوبة على نفس المجرم الذي وقعت عليه ، والذي يمنعه من معاودة ارتكابها خشية العقاب مرة أخرى ؛ وأما الزجر العام (أو كما نفضل تسميته : الردع العام) فهو ذلك الأثر الذي يحدثه توقيع العقوبة على نفوس العامة ، فيمتنع من ثم أولئك الذين قد يفكرون في محاكاة فعل الجاني Potential Criminals عن ارتكاب الجريمة .

وأما الهدف الثاني فيحققه توجيه السياسة الجنائية إلى العناية بنفس الجاني وإصلاح اعوجاجها بطريق العقاب على الأفعال الإجرامية التي تقع منه ، وبطريق تنوع العقوبات طبقاً لظروف كل جان واختلاف العقاب مراعاة لها (٢٤) ، وفي ضوء هذا العرض الموجز - كل الإيجاز - لهدف العقوبات التعزيرية - نستعرض هذه العقوبات كلاً على حدة مولين أهمها عناية خاصة ، غير مغفلين الإشارة إلى غيرها مما يعتبر أقل أهمية ، أو ذا أهمية تاريخية فقط . وسنرتب هذه العقوبات ترتيباً تصاعدياً يبدأ بأخفها وينتهي بأشدّها .

١٠٧ - عقوبة الوعظ :

ذكر القرآن الكريم الوعظ كمرحلة من مراحل علاج خوف نشوز الزوجة فقال تعالى : (واللاتي تخافون نشوزهن فظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً) النساء ٣٤ ، ومن ثم استدلت الفقهاء بهذه الآية الكريمة على جوازه كعقوبة تعزيرية ، تأسيساً على أن

(٢٣) مما تجب ملاحظته إطلاق لفظ الحد في التعبير الاصطلاحي على الجريمة والعقوبة معاً . فيقال مثلاً : حد الزنى مائة جلدة ، وحد السرقة قطع اليد ؛ ويقال في الوقت ذاته : الزنى من جرائم الحدود ، والسرقة كذلك .

(٢٤) في دور السياسة الجنائية في التجريم والعقاب والوقاية من الجريمة راجع الدكتور أحمد فتحي سرور ، أصول السياسة الجنائية ، القاهرة ١٩٧٢ ، ص ١٧ . وقارن الدكتور رمسيس بهنام في علم الإجرام ج ٢ ، ص ٢٣٥ من طبعة الإسكندرية

نشوز الزوجة معصية لاحد فيها ولا كفارة ، فتنسجبت التعزير . والغرض الذى يؤديه الوعظ هو :
« أن يتذكر الجانى إذا كان ساهياً ، ويتعلم إذا كان جاهلاً » (٢٥) .

ويقتصر توقيع هذه العقوبة - أو بالأحرى استعمال هذا العلاج - على حالات الجرائم غير الخطيرة ، والمجرمين الذين تقع منهم الأفعال المعاقب عليها لأول مرة على وجه الغفلة ، ويجب أن يكون القاضى معتقداً كفايته لزجر الجانى عن العودة إلى مثل فعله مرة أخرى (٢٦) .

١٠٨ - عقوبة التوبيخ :

التوبيخ نوع من التعزير بالقول . ويستدل على مشروعية التعزير بالقول بصفة عامة بالحديث الذى رواه أبو داود عن رسول الله ﷺ أنه بعد أن أمر أصحابه بضرب شارب الخمر قال لهم « بكتوه » فأقبل عليه الصحابة يقولون « ما اتقيت الله ، ما خشيت الله ، ما استحييت من رسول الله » (٢٧) . ويعتبر هذا الحديث وغيره مما ثبت فيه التعزير بالقول عن رسول الله من الأصول العامة فى جواز هذا النوع من العقاب . وللفقهاء تفصيلات عن كيفية التوبيخ وما يجوز فيه وما لا يجوز . والواقع أن ما يذكره الفقهاء فى هذا الباب لا يمكن إلا أن يكون من باب التمثيل والتقريب فحسب . وليس فى كلامهم حصر لأنواع التوبيخ التى تجوز تعزيراً (٢٨) . والقيد الذى يرد على سلطة القاضى فى التوبيخ هو ألا يكون اللفظ المستعمل فيه متضمناً سباً أو قذفاً للجانى . وفيما عدا هذا القيد فإن له أن يجتهد رأيه فيما يراه كافياً فى زجر الجانى ، ومنعه من معاودة الفعل المعاقب عليه .

والشأن فى هذه العقوبة - كما هو فى عقوبة الوعظ - الاقتصار بها على الجناة من غير ذوى الخطورة ، حيث يظن تأثير هذه العقوبة فى إصلاح نفوسهم وعلاج النزعة إلى الخطأ فيهم .

١٠٩ - عقوبة التهديد ونظام وقف تنفيذ العقوبة :

من العقوبات التى يمكن للقاضى أن يوقعها فى جرائم التعزير عقوبة التهديد . وهى فى الواقع إنذار المتهم بتوقيع عقوبة - أشد - عليه إذا عاد إلى ارتكاب مثل الفعل الذى قدم إلى المحاكمة من أجله .

(٢٥) حاشية ابن عابدين المسماة «رد المختار على الدر المختار» ، ج ٣ ص ١٩٣ .

(٢٦) التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، ط القاهرة ١٩٥٩ ج ١ ص ٧٠٢ .

(٢٧) مشكاة المصابيح ، ج ٢ ص ٣٠٥ ، وقد استدلل بهذا الحديث على مشروعية التعزير بالقول العلامة ابن فرحون المالكي فى

كتابه «تبصرة الحكام» ج ٢ ص ٢٠٠ .

(٢٨) راجع فى تفصيل ذلك الأحكام السلطانية للماوردى ط القاهرة ١٩٦٦ ص ٢٣٦ ، وتبصرة الحكام ، الموضع السابق .

والغرض من عقوبة التهديد هو كف الجاني عن ارتكاب الجريمة بواسطة إخافته من العقاب^(٢٩) ويمكن أن تكون صورة التهديد هي النطق بحكم متضمن لعقوبة من العقوبات الأشد والأمر في الوقت ذاته ، بوقف تنفيذها لمدة معينة ، أو بتعليق تنفيذها على شرط معين . ويبدو لنا أن هذه هي الصورة الأفضل للإفادة من عقوبة التهديد في وقتنا الحالي .

وجدير بالإشارة أن التهديد ليس غريباً على النظم العقابية في العصر الحديث ، فقد عرفته هذه النظم في صورة وقف تنفيذ العقوبات ، وتعليق تنفيذها على شرط ، فمن ذلك النص في قانون العقوبات المصري (مادة ٥٥ و ٥٦) على جواز وقف تنفيذ العقوبة على الجاني الذي يظهر من ظروف الدعوى أنه جدير بهذه المعاملة لزوال خطورته الإجرامية وقت النطق بالحكم ، ولأن من الصالح تجنبه ألم العقوبة فترة يوضع فيها تحت الاختبار ، حتى إذا ثبت بمضي هذه الفترة استحقاق الجاني لهذه المعاملة سقطت عنه وطأة الحكم الموقوف تنفيذه ، واعتبر كأن لم يكن . ويقتصر جواز وقف تنفيذ العقوبة على حالة الحكم بالحبس مدة سنة أو أقل أو الغرامة . ومن ثم فلا يجوز ذلك في حكم بالحبس لمدة تزيد على سنة ، ولا في الأحكام الصادرة بعقوبات المخالفات لتفاهتها إلى حد لا تحتاج معه إلى وقف تنفيذها^(٣٠) . ولا يشترط لوقف التنفيذ في حكم القانون الجنائي المصري إلا اقتناع القاضي بجدارة المحكوم عليه بهذا الوقف . ويوجب القانون عند الحكم بوقف التنفيذ أن يذكر الحكم الصادر به أسباب ذلك . ويحدد القانون المصري مدة وقف التنفيذ بثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً . ولا يلغى وقف التنفيذ إلا بحكم قضائي ، والإلغاء - كالوقف ذاته - جوازي متوقف على تقدير القاضي^(٣١) .

وفي سنة ١٩٦٧ أخذ قانون القضاء الجنائي في إنجلترا بفكرة وقف تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية فنص (م/٣٩) على أن المحكمة التي تصدر حكماً بالحبس مدة لا تزيد على سنتين يجوز لها أن تقضى بوقف تنفيذ هذا الحكم بالعقوبة ، إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي نص عليها في القانون ، والتي يجوز فيها تنفيذ عقوبة الحبس لمدة ستة أشهر أو أقل .

وقد ترك القانون المشار إليه للقاضي تحديد الفترة التي يمكن خلالها إلغاء وقف

(٢٩) التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة ، ج ١ ص ٧٠٣ .

(٣٠) عقوبة المخالفة في القانون المصري هي الحبس الذي لا تزيد أقصى مدته على أسبوع ، أو الغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها

على جنيه مصري واحد (مادة ١٢/ع) .

(٣١) راجع في أحكام القانون المصري في هذا الخصوص رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، الإسكندرية ١٩٧١

التنفيذ operational period بحيث لا تنقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات (٣٢).
 ومما يلاحظ هنا أن الفقه الإسلامى لا يقيد القاضى فى صدد عقوبة التهديد - إذا ما طبقت فى صورة وقف تنفيذ عقوبة أشد - لا بمدة معينة يمكن خلالها العودة إلى تنفيذ الحكم الموقوف ، ولا بجرائم معينة يمكن تطبيق هذه الفكرة فى عقوباتها ، ولا بأنواع معينة من العقوبات التى تطبق بصددھا . فى حين يقصرھا القانون الإنجليزى على عقوبة الحبس ، ويوسع نطاقھا القانون المصرى لتشمل عقوبة الغرامة أيضاً .

وقد يرجع ذلك - فى حقيقة الأمر - إلى عدم تطرق الفقه الإسلامى لنظام وقف التنفيذ بالصورة التفصيلية التى نعرفه بها اليوم ، وليس ثمة مانع إذا طبقت نظم العقوبات الإسلاميه من تقييد سلطة القاضى - فى هذا الخصوص - بالقيود التى ترى مناسبة لتحقيق العدالة ، والمصلحة الإجتماعية ، على أنه لا بد من التنبيه هنا إلى أن وقف التنفيذ غير متصور فى عقوبات الحدود ، إذ لا يجوز فيها العفو ، وليس ثمة سلطة تقديرية للقاضى فى شأنها على الإطلاق . أما حالات القصاص فإن نظام وقف التنفيذ يمكن الأخذ به فى شأنها فى حالة عفو المجنى عليه - أو ذويه - عن المطالبة بتوقيع القصاص على الجانى . فيمكن عندئذ - إذا رأى القاضى ذلك - أن يحكم على الجانى بعقوبة ويوقف تنفيذها إذا كان فى تقديره أن ثمة مصلحة فى مثل هذا الإجراء سواء كان المستفيد منه المجتمع كله - حتى لا يشعر الناس بإمكان إفلات جان من العقاب - أو الجانى نفسه - إذ أن ذلك قد يساعد فى زجره عن العودة إلى الجريمة - أو ذوو المجنى عليه - بما يحققه الحكم على الجانى لهم من راحة نفسية ، وشعور بالعدالة ، يبعث على الرضا والطمأنينة .

ولعل يتضح من هذا البيان مدى إمكان الإفادة من السياسة الجنائية فى الفقه الإسلامى فى بناء نظماً العقابية فى العصر الحاضر . وإمكان إثراء الفقه الإسلامى نفسه - فى هذا المجال - من التجارب

(٣٢) راجع نصوص القانون

Criminal Justice Act 1967, Sec. 39.

Cross and Jones, Introduction to Criminal Law,

وانظر فى شرحها

6th Ed., London 1968 P. 354; The sentence of the court, H. M.S.O, London 1970, Pp. 44-46; and R. M. Jackson, Enforcing the law, London 1972, pp. 259-264.

ويلاحظ أن القانون الإنجليزى الصادر فى سنة ١٩٤٨ كان يأخذ بنظام يسمى Conditional discharge هو أقرب إلى عقوبة التهديد كما عرفتها السياسة الجنائية فى الفقه الإسلامى ، حيث كان يحل سبيل الجانى دون توقيع عقوبة عليه ، مع إنذاره بأنه سوف يعاقب إذا ارتكب جريمة أخرى وقدم بسببها للمحاكمة وقد قيل فى التعريف به أنه :

«A conditional discharge can be described as a general threat of unpleasant consequences if he (the offender) offends again»

المرجع السابق ص ٢٦٠ ، وقد بقى هذا النظام معمولاً به فى بريطانيا حتى سنة ١٩٦٨ تاريخ العمل بالقانون الصادر فى ١٩٦٧ .

التي تعرض للنظم القانونية الحديثة ، والتي يصقلها التطبيق بما يبينه من مزايا وعيوب تجعل التشريعات الجنائية عرضة للتعديل المستمر (٣٣) .

١١٠ - عقوبة الهجر :

نص القرآن الكريم على الهجر في عقوبة الزوجات اللاتي يخافن شوهرهن (النساء - ٣٤) وكذلك عاقب رسول الله ﷺ الثلاثة الذين خلفوا في غزوة تبوك بالهجر فأمر الناس باعتزالهم - كما تقدم - وكذلك أمر عمر بن الخطاب الناس بهجر صبيغ بن عسل « فكان إذا جاء الناس وهم مائة تفرقوا عنه » حتى أخبر عمر بحسن توبته فخلى بين الناس وبينه (٣٤)

والمقصود بالهجر مقاطعة المحكوم عليه به ، وعدم الاتصال به أو معاملته بأى طريقة كانت . وقد يكون الهجر هو العقوبة الوحيدة - كما في حالة الثلاثة الذين خلفوا - أو يكون عقوبة تبعية أو إضافية كما في حالة صبيغ فقد كان عمر ضربه وحبس مع الأمر بهجره (٣٥) .

والذي يبدو لنا أن عقوبة الهجر غير عملية في هذا العصر . إذ أنها تعتمد في تنفيذها على قوة الوازع الديني والشعور بوجود طاعة الحاكم بها عند الناس . وإذا قيل بأنها يمكن تطبيقها بالحيلولة بين المحكوم عليه والخروج إلى الناس ، فإنها تتحول إلى حبس ، وليس هجراً . وقد قال البعض يجدوى المقاطعة وإمكانها الآن (٣٦) ، والذي نراه أنها تقوم على نفس الأساس الذي يقوم عليه تنفيذ عقوبة الهجر ، الأمر الذي يجعلها - مثله - عقوبة ذات أهمية تاريخية فحسب . وذلك طبعاً باستثناء تطبيق الهجر والمقاطعة في العلاقات الشخصية بين الأفراد ، كما في حالة هجر الزوج زوجته مع ملاحظة خروج مثل هذه الحالات عن نطاق العقوبة بمعناها المتعارف عليه في علم القانون ، والذي يفترض اقتضاءها بواسطة السلطة العامة في المجتمع ، لاعتداء وقع عليه في صورة من الصور (٣٧) .

١١١ - عقوبة التشهير :

عرف التشهير كعقوبة تعزيرية في التشريع الجنائي الإسلامي منذ عصر النبوة . فقد روى البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ بعث رجلاً من الأزد ليجمع الصدقات ، فلما قدم إلى المدينة قال : هذا

(٣٣) يمكننا أن نقرب إلى نظام وقف التنفيذ عقوبتين نص عليهما الفقهاء كذلك ، هما الإعلام (أى إعلام الجاني بفعله وبأنه بلغ إلى القاضي) ، والإحضار إلى مجلس القضاء . راجع في هاتين العقوبتين الكاساني بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٦٤ .

(٣٤) تبصرة الحكام المرحع السابق ص ٢٠٢ والحسبة في الإسلام لشيخ الإسلام ابن تيمية ص ٤٠ .

(٣٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ - ١٢١ ط القاهرة سنة ١٩٥١ .

(٣٦) عبد العزيز عامر ، التعزير في الشريعة الإسلامية ص ٣٦٦ .

(٣٧) راجع في ذلك : رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ص ٣٠ - ٤٤ .

لكم ، وهذا أهدى لى . فخطب النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «أما بعد ، فإنى أستعمل رجلا منكم على أمور مما ولانى الله ، فىأتى أحدهم فىقول هذا لكم ، وهذه هدية أهديت لى . فهلا جلس فى بيت أبىه أو بيت أمه فىنظر أهدى إىله أم لا ؟ والذى نفسى بىده لا يأخذ أحد منه شىئاً إلا جاء به يوم القيامة فىحمله على رقبتة» (٣٨) ومن هنا قال الفقهاء بمشروعية التشهير فى كل جريمة تمس سمعة مرتكبها أو أمانته ، حتى يكشف للناس أمره فىتعاملوا معه على بصيرة .

ومن مشهور ما ىروى عن شريح القاضى - وقد ولى القضاء لعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب - أن شاهد الزور بشهره . وقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن التشهير هو العقوبة الوحيدة التى توقع على شاهد الزور ، وذهب أصحابه أبو يوسف ومحمد إلى أنها عقوبة تكملية هدفها إعلام الناس بما فعله الجانى وتحذيرهم منه ، فتوقع بالإضافة إلى ماىراه القاضى عقوبة له كالحبس أو الجلد (٣٩) ولىس من أهمية للخلاف فى هذه المسألة بين الإمام وأصحابه خاصة أنه من المقرر أن التعزير عقوبة مرجعها سلطة القاضى التقديرية فى كل حالة على حدة .

وكان التشهير ىنفذ بأن يطاف بالمحكوم علیه فى موطن قومه ، أو سوق حرفته وىعلن على الناس مآتاه من جرم ، وماعوقب به علیه . غير أن مثل هذه الوسيلة لم تعد مجدية ولا ممكنة فى العصر الحديث ، وتعنى عنها وسائل النشر والإعلام ، فىمكن عن طريقها إذاعة الحكم الصادر على الجانى وىتحقق بذلك الغرض من العقوبة . وقد نص الفقهاء على طريقة قريبة من ذلك ، إذ ىقرر العلامة ابن فرحون أن شاهد الزور ىكتب وىسجل علیه ما فعل «وتحفظ نسخ من هذه الكتابة عند من ىوثق به من الناس» (٤٠) ، ومن الجدير بالذكر أن القوانين الجنائية فى العصر الحديث تقرر فى بعض الحالات نشر الأحكام الصادرة على الجناة كما فى حالات الإفلاس بالتدليس وبالتقصير وغيرها .

١١٢ - العقوبات المالية :

تنقسم العقوبات المالية فى القوانين الجنائية الحديثة إلى نوعین ، عقوبة الغرامة ، وهى مبلغ من المال ىحكم على الجانى بدفعه إلى خزانة الدولة . وعقوبة المصادرة ، وهى نقل ملكية أشياء أو أموال مملوكة للجانى أصلاً - أو وجدت بمجوزته - إلى الدولة وإخراجها بذلك من ملك مالكها الأصلى إلى ملك الدولة عقاباً على جريمة وقعت منه .

(٣٨) مشكاة المصابيح ج ١ ص ٥٦٠ . وقد نقلنا بعض الحديث فقط .

(٣٩) المبسوط للإمام السرخسى ج ١٦ ص ١٤٥ ، حيث نوقشت هذه المسألة باستفاضة وعرضت حجج كل من الرأیین . وانظر

أيضاً فى كون التشهير عقوبة تكبيلية : كشاف القناع عن من الإقناع للبهوتى الحنبلى ، ج ٦ ص ١٢٧ من ط الرياض بدون تاریخ .

(٤٠) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢١٤ .

وقد عرفت الشريعة الإسلامية التعزير بالعقوبات المالية في سنة رسول الله ﷺ . ثم طبقه الصحابة رضي الله عنهم في حالات عديدة . ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في شأنه إباحة ومنعاً . فأباحه البعض ومنعه آخرون ، وتوسط فريق منهم فأجازه بشروط معينة . وسوف نقتصر هنا على بحث مدى مشروعية العقوبات المالية في الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامى دون أن نتعرض للتفاصيل التي تناقش عادة عند مناقشة عقوبتي الغرامة والمصادرة . ذلك أن المشرع - حيث يكون نظام العقوبات الإسلامية مطبقاً - سوف ينظم الحكم بهذه العقوبات ، ويحدد الحالات التي يجوز فيها ، ومقاديرها ، حسب ما يحقق المصلحة في المجتمع الذي تطبق فيه هذه العقوبات . والذي يجب بيانه إذن هو مدى جواز توقيع عقوبة ما ، أو المنع من توقيعها أما التفاصيل المتعلقة بالتطبيق فلها مجال آخر غير هذا المجال .

وقد ذهب الأحناف - في مشهور مذهبهم - إلى عدم جواز التعزير بالعقوبات المالية في الشريعة الإسلامية . فنع ذلك الإمام أبو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن . بل إن محمد بن الحسن - وكتبه هي المصدر الأول لمعرفة فقه الأحناف - لم يذكر التعزير بالعقوبات المالية في أى كتاب من كتبه . وقد ذهب إلى هذا القول أيضا بعض فقهاء الشافعية^(٤١) .

أما أبو يوسف - صاحب الإمام أبي حنيفة - فقد أجاز التعزير بالعقوبات المالية ، وذلك هو مذهب الشافعى ، ومالك ، وأحمد بن حنبل^(٤٢) . وقد ذهب بعض الأحناف في شرحهم لقول أبي يوسف بجواز توقيع العقوبات المالية على سبيل التعزير إلى القول بأن المقصود به حبس الإمام مال الجاني حتى يتوب ويقلع عن فعله الذى يعزر من أجله ، ثم يرد إليه ماله متى ثبتت توبته . وإلا فإن الإمام ينفق هذا المال في مصالح المسلمين العامة . ويعللون ذلك بأمرين : الأول أنه لا يجوز أخذ مال مسلم إلا بسبب شرعى . والثانى أن إباحة التعزير بالعقوبات المالية يخشى أن يكون ذريعة للحكام الظلمة ، يصادرون بها أموال الناس بالباطل^(٤٣) . ويعتبر هذا الرأى للأحناف - في نظرنا - مذهباً ثالثاً وسطاً بين مذهب المانعين للعقوبات المالية في التعزير ، ومذهب المجوزين لها .

(٤١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٨٤ . وفي عدم ذكر محمد بن الحسن للعقوبات المالية راجع فصول الاسروشي الخمسة عشر ص ٧ ، وقد نقله في رسالته الدكتور عبد العزيز عامر ، انظر ص ٣٢٤ من طبعة ١٩٥٦ . وانظر للشافعية حاشية الشيراملى على شرح الرملى للمهاج الطالبيين (بهامش الشرح) ج ٧ ط القاهرة ١٢٩٢ هـ ، ص ١٧٤ .

(٤٢) انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٢٠٣ ، والطرق الحكيمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، ط القاهرة ١٩٥٣ ص ٢٦٦ - ٢٧٩ ، وحاشية الشيراملى في الموضوع السابق .

(٤٣) فتح القدير على الهداية ، لكفال الدين بن الهمام ، ط القاهرة ١٣١٦ هـ ج ٤ ص ٢١٢ ، وحاشية ابن عابدين الموضوع السابق ، ونهاية المحتاج إلى شرح المهاج للرملى ، الموضوع السابق ذكره .

وقد ذهب المانعون للعقوبات المالية في التعزير إلى أنها نسخت بعد أن كانت مقررة في صدر الإسلام . وأول من عرف عنه هذا القول هو الإمام الطحاوي الحنفي في كتابه المعروف « شرح معاني الآثار » وتأسيساً على دعوى النسخ هذه يؤيد فقهاء الأحناف مذهب إمامهم وتلميذه محمد بن الحسن في عدم جواز التعزير بالعقوبات المالية .

ولذلك عنى الفقهاء المجوزون لتوقيع العقوبات المالية في التعزير ببيان مشروعيتها - من جهة - وعدم نسخها من جهة أخرى . فخصص الإمام ابن قيم الجوزية في كتابه « الطرق الحكيمة » فصلاً طويلاً في بيان مشروعية التعزير بالعقوبات المالية في سنة رسول الله ﷺ ، وفعل أصحابه ، ومذاهب الأئمة : مالك : والشافعي : وأحمد بن حنبل . وقد نقل ابن القيم في هذا الفصل عن سنة رسول الله ﷺ اثني عشر مثالا تدل على جواز التعزير بالعقوبات المالية منها : تحريق متاع الغال (الذي يستولى على شيء من الغنيمة قبل قسمتها) وأمره بكسر دنان الخمر ، وأمر أحد أصحابه بحرق ثوبين معصفرين ، وأمره بأخذ شطر مال مانع الزكاة ، وأمره لابس خاتم الذهب بطرحه ، فلم يعرض له أحد . ثم نقل من أفعال عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب بعض تعزيراتهم بالعقوبات المالية . وعقب على ذلك كله بقوله « وهذه قضايا صحيحة معروفة . وليس يسهل دعوى نسخها . ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة ، وأطلق ذلك ، فقد غلط في مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً .. وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مبطل أيضاً لدعوى نسخها . والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصحح دعواهم ، إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها . فذهب أصحابه عيار على القبول والرد ، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى أنها منسوخة بالإجماع . وهذا خطأ أيضاً فإن الأمة لم تجمع على نسخها ، ومحال أن ينسخ الإجماع السنة » (٤٤) . وقد عرض لنفس المسألة من قبل شيخ الإسلام ابن تيمية فقرر ماقرره وفصله - من بعد - تلميذه ابن قيم الجوزية ، فقال عن دعوى النسخ « إن الإجماع محال أن ينسخ السنة ، ولكن لو ثبت لكان دليلاً على نص ناسخ ، ولهذا كان أكثر من يدعى النسخ للنصوص بالإجماع إذا حقق الأمر لم يكن الإجماع الذي ادعاه صحيحاً ، بل غايته أنه لم يعرف فيه نزاع ، ثم إن من ذلك من يكون أكثر العلماء على خلاف قول أصحابه ، ولكن هو نفسه لم يعرف أقوال العلماء » (٤٥) .

ومن ذلك يتبين أن دعوى نسخ التعزير بالعقوبات المالية ليس لها من سند صحيح تقوم عليه .

(٤٤) الطرق الحكيمة ، ص ٢٦٧ ، ومن أراد تفصيلاً فليقرأ الصفحات ٢٦٦ - ٢٧٩ من هذا الكتاب .

(٤٥) الحسبة في الإسلام ص ٤٣ . ولابن تيمية تقسيم جيد للعقوبات المالية ذكره في هذا الكتاب ، وذكره ابن القيم أيضاً في

وتبقى الحجج التي قال بها المانعون للتعزير بالعقوبات المالية ، وهي أنه لا يجوز أن يؤخذ مال أحد بغير سبب شرعى ، وأن في إباحة التعزير بالعقوبات المالية فتح باب للظلمة من الحكام للاستيلاء على أموال الناس بغير حق . وليس في هاتين الحججتين ما يكفي لتبرير المنع بعد أن ثبتت الإباحة بفعل رسول الله ﷺ ، وأصحابه من بعده . ذلك أن المجوزين لهذه العقوبات لا يقولون بأخذ مال الناس بغير سبب ، وإنما هي عقوبة توقع على من ارتكب جريمة . والجريمة سبب شرعى للعقوبة - ليس في ذلك خلاف فيما نعلم - وقد ثبت جواز كون هذه العقوبة غزماً أو إتلافاً لمال مملوك للجاني . وليس من خوف من التذرع بذلك إلى أخذ مال الناس بالباطل ، فضوابط التجريم والعقاب في الفقه الإسلامى تحول دون ذلك . وفي الحججتين - عندى - مغالطة واضحة فالكلام في مجال العقوبة التي تقابل فعلاً مجزماً ، وإباحة أن تكون هذه العقوبة مالية ، وليس في إباحة الاستيلاء على أموال الناس مطلقاً حتى يكون ثمة مجال لإيراد أى من هاتين الحججتين .

وقد أتاح أصحاب هذا الرأى الفرصة لبعض الكاتبتين من المستشرقين لادعاء قصور تنظيم الشريعة الإسلامية للمسائل الجنائية لعدم اعترافها بالعقوبات المالية . وقد أتى هؤلاء من قصور معرفتهم - في الواقع - بمذاهب علماء المسلمين وآرائهم في الفقه الجنائى (٤٦) .

وخلاصة ماتقدم أن الصحيح من مذاهب الفقه الإسلامى هو المذهب الذى يرى أصحابه جواز التعزير بالعقوبات المالية ، وأن هذه العقوبات غير منسوخة ، ولا مقيدة إلا بقيد ملاءمة العقوبة للجريمة ، وهو قيد عام يرد على كل عقوبة ، سواء في الفقه الإسلامى ، أو في غيره من النظم الجنائية المعاصرة .

١١٣ - عقوبة الحبس :

يقسم الفقهاء المسلمون الحبس إلى نوعين : حبس محدد المدة ، وحبس غير محدد المدة . والحبس المحدد المدة يصلح عقوبة لجرائم التعزير التي لا تتم عن كبير خطورة إجرامية لدى الجاني ، أى الجرائم غير الجسيمة ، وللمجرمين غير العائدين . أما الحبس غير المحدد المدة فإنه يكون في الجرائم الجسيمة ، وللمجرمين العائدين الذين ثبتت لدى القاضى خطورتهم أو تأصل نزعة الإجرام فيهم (٤٧) .

(٤٦) من هؤلاء المستشرق المعروف Joseph Schacht في كتابه

An Introduction to Islamic Law, Oxford, 1964, P. 176.

(٤٧) لتفصيل هذا الموضوع - بخلاف الكتب التي سوف يرد ذكرها - يرجع إلى رسالة الدكتور عبد العزيز عامر ، المشار إليها سابقاً

وقد اتفق الفقهاء على أن الحد الأدنى للحبس يوم واحد^(٤٨) واختلفوا في حده الأعلى ، فلم يُعيَّن حداً أعلى للحبس تعزيراً الأئمة مالك ، وأحمد بن حنبل ، وأبو حنيفة ، ناظرين في ذلك إلى أنه يجب أن يختلف باختلاف الجريمة ، والفاعل ، والظروف التي ارتكب فيها جريمته .^(٤٩)

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى تحديد مدة الحبس بشهر واحد ، إذا كان الغرض من الحبس تحرى الحقيقة (أى إذا كان الحبس احتياطياً كما يعبر عنه في لغة القانونيين) وستة أشهر إذا كان الحبس عقوبة على جريمة تعزيرية . ويجوز عندهم أن تزيد مدة الحبس على هاتين المديتين على أن لا تبلغ سنة في أى حال .

وهم يؤسسون هذا الرأى على قياس الحبس في الجرائم التعزيرية على النفي في عقوبة الزنى الذى يرتكبه شخص غير محصن .

فالنفي في هذه الحالة يحدد المدة بسنة واحدة ، وهو - عند الشافعية - جزء من حد الزنى لغير المحصن . ولذلك فقد ذهبوا إلى أن الحبس في التعزير - وعقوبته في الأصل يجب أن تكون دون عقوبة الحد في شدتها - لا يجوز أن يزيد في مدته على الحبس في الحد (أو النفي فيه) . ومع ذلك ، فإن بعض الشافعية يذهبون مذهب الجمهور في عدم تحديد مدة الحبس بحد أعلى أخذاً بالأسباب التى بنى عليها الجمهور رأيتهم^(٥٠) ويتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على جواز توقيع عقوبة الحبس المحدد المدة كعقوبة تبعية أو إضافية إذا رأى القاضى أن ظروف الدعوى التى ينظرها تبرر ذلك^(٥١) .

أما الحبس غير المحدد المدة فهو عند الفقهاء عقوبة المجرمين العائدين ، الذين يرى القاضى أن إصلاحهم وزجرهم عن ارتكاب الجريمة لا يتم بأية عقوبة أخرى ، وأنه من مصلحة المجتمع أن لا يترك أمثالهم مطلقى السراح . ويستمر هذا الحبس إلى أن تثبت لدى القاضى - أو السلطة المختصة - توبة الجانى وصلاح حاله ، بحيث يغلب على الظن أنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى . فإن لم يثبت ذلك فإن المحكوم عليه بالحبس غير المحدد المدة يبقى في حبسه إلى أن يموت .^(٥٢)

وعقوبة الحبس غير المحدد المدة يمكن مقارنتها بعقوبة النفي المقررة في القرآن الكريم لمرتكبى جريمة الحراية (سورة المائدة - ٣٣) فالنفي هنا (وقد فسره الفقهاء بالحبس في الرأى الراجح) يستمر إلى أن

(٤٨) المعنى لابن قدامة ، ج ١٠ ، ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

(٤٩) ابن فرحون ، بصرة الحكام ، ج ٢ ص ٢٢٥ ، وأبو يعلى الفراء في الأحكام السلطانية ط القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ٢٩٣ .

(٥٠) فتح القدير لجمال الدين بن الهمام ، ج ٢ ص ٢١٦ ، وشيخ الإسلام زكريا الأنصارى في كتابه اسنى المطالب بشرح روض الطالب - في الفقه الشافعى - ج ٤ ص ١٩٩ ، والمعنى ، الموضع السابق .

(٥١) المراجع السابقة .

(٥٢) ابن فرحون - المرجع السابق ص ٢٢٧ . وحاشية ابن عابدين ج ٤ طبعة ١٩٦٦ ص ٦٧ .

يثبت أن الجاني قد تاب عن جريمته ، وأنه - في الغالب - لن يعود إلى الإجرام ، أو - في حالة عدم ثبوت ذلك - إلى أن يموت . (٥٣)

وعقوبة الحبس غير المحدد المدة في حالات التعزير توقع فحسب على المجرمين الخطرين ، الذين يقدر القاضي عدم إمكان إصلاحهم إذا طبقت عليهم أية عقوبة أخرى . وعلى هذا الأساس وحده يمكن القول بمشروعية هذه العقوبة في جرائم التعزير ، حتى لا يتخذ ذلك ذريعة تتحول بها العقوبة المؤقتة أصلاً إلى عقوبة مؤبدة .

ويناقش الفقهاء عامة - في مجال الحديث عن الحبس تعزيراً - عقوبة النفي التي يعتبرونها ملائمة للمجرمين الذين يخشى أن يغير سلوكهم المنحرف سواهم من الأفراد بتقليده ، أو بتعبير الفقهاء من يخشى من فعله أن يفتن الناس به . ومن هذه الأفعال التي شرع فيها النفي التخثث والكلام في متشابهات القرآن ، والتزوير . وقد يكون النفي - شأنه شأن الحبس - لمدة محددة يقدرها القاضي في حكمه المتضمن هذه العقوبة ، أو يكون غير محدد المدة ، فيستمر إلى أن تثبت توبة الجاني . (٥٤) ويمكن القول : إنه لم تعد للنفي الآن أهميته التي كانت له من قبل ، حيث لم يعد من الممكن تنفيذه إلا بحبس الجاني . ذلك أن النفي قد يكون من مدينة إلى أخرى في بلد الجاني أو دولته ، أو من دولته كلها إلى دولة أخرى . ولن يؤدي النفي من بلد إلى بلد (داخل أراضي الدولة) الغرض من العقوبة ، وهو منع الفتنة بأفعال وسلوك الجاني ، أو زجره عن الفعل المعاقب عليه . ولم يعد ممكناً في هذا العصر أن يكون النفي من دولة إلى دولة أخرى حيث لن تقبل أي دولة مجرمي دولة أخرى في أراضيها .

وقد كانت الدول الأوروبية تطبق عقوبة النفي في عصور الاستعمار ، فكانت تنفي المجرمين إلى أراضي المستعمرات ، غير أن ذلك لم يعد ممكناً بعد أن انقضى العصر الذي كانت دولة تملك فيه أراضي دول أخرى ، واستقلت معظم البلدان المستعمرة سياسياً ، وإدارياً عن الدول التي كانت تستعمرها (٥٥) . ولذلك فإن الأحكام التي سبق لنا ذكرها في الحبس تمتد الآن لتشمل عقوبة النفي التي تكلم فيها

(٥٣) راجع رسالتنا The Theory of Punishment المشار إليها سابقاً ص ٤٠ - ٤٤ .

(٥٤) أبو يعلى الفراء ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٦٣ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ص ٢٢٥ ، وقد أفردتها بالبحث في سياق العقوبات التعزيرية كل من الأستاذ عبد القادر عودة ، المرجع السابق . وعبد العزيز عامر ، المرجع السابق .

(٥٥) انظر في تاريخ عقوبة النفي Transportation في القانون الإنجليزي

Christopher Hibbert, The Roots of Evil. London, 1966, pp. 161-173.

وقد كان المحكوم عليهم ينفون في ظل العمل بهذا النظام ليقيموا إقامة دائمة في منافعهم ، فهي في الواقع عقوبة إبعاد نهائي للمحكوم عليه من موطنه إلى بلد آخر ، لا ينظر فيها إلى شيء مما يؤخذ في الاعتبار بالنسبة للجاني ، أو الجريمة ، في تطبيق عقوبة النفي كما بينها الفقهاء المسلمون . وقد توقف تطبيق هذا النظام في سنة ١٨٦٧ م .

الفقهاء ، والتي لم يعد لها من أهمية في عصرنا الحاضر اللهم إلا في دراسة تاريخ التشريع الجنائي الإسلامي والمقارن .

١١٤ - عقوبة الجلد :

الجلد من العقوبات التي يكثر الاعتماد عليها في النظام العقابي الإسلامي . فهو عقوبة جريمتين من جرائم الحدود (الزنى والقذف) ، وهو العقوبة التي يشير الفقهاء بها أكثر من سواها في الجرائم الجسيمة التي يعاقب عليها تعزيراً .

ويشير الحديث عن الجلد مشكلة العقوبات البدنية بصفة عامة ومدى ملاءمتها في ظل الأفكار الحديثة في علمي الإجرام والعقاب . ولا تزال العقوبات البدنية موضوعاً لجدل مستمر بين المشتغلين بعلمي الإجرام والعقاب ، والمشتغلين بالطب وعلم النفس والتربية ، وغيرهم من المهتمين بالعقوبات وتنفيذها ، والمؤسسات العقابية وإدارتها . والمشتركون في هذه المناقشات ينقسمون إلى رأيين : مؤيد للعقوبات البدنية ، ومستنكر لها . فالمدونون للعقوبات البدنية يذهبون إلى أنها تخيف الجناة لما فيها من إيلاء البدن ، فلا يفكرون في العودة إلى الجريمة ، وأنها لا تثقل كاهل الدولة بشيء من النفقات الباهظة التي تتكلفتها لتطبيق أغلب العقوبات الأخرى ، وأن تنفيذها لا يؤثر على الطاقة الإنتاجية في المجتمع ، إذ لا يتعطل المحكوم عليه عن ممارسة دوره في زيادة الإنتاج ، وأنها تقي من الشرور التي تترتب على تطبيق عقوبة الحبس من اختلاط المجرمين بعضهم ببعض ، وتعودهم حياة البطالة ، وتفشي الأخلاق السيئة بينهم .

وأما المستنكرون للعقوبات البدنية فإنهم يقولون : إن العقوبة البدنية عقوبة بربرية تنتمي إلى العصور البعيدة الماضية ، وإنها لا تتفق مع الأخلاقيات الإنسانية لهذا العصر ، وإنها تؤدي إلى تنمية الشعور بالنقص والمرارة في نفس من يتعرض لها ، وإنها تقلل من معنويات المحكوم عليهم ، ومن يحيطون بهم ، وتزيد في قسوة الأمرين بها والقائمين على تنفيذها .

وبرغم هذه الحجج التي تساق ضد العقوبة البدنية فإن كثيراً من الباحثين في الشرق والغرب لا يزالون يطالبون بها . بل إن إحصاءً قد أجرى في بريطانيا مؤخراً أظهر أن الغالبية من الذين سئلوا خلال إجرائه من البالغين قد أيدوا عودة العقوبات البدنية لبعض الجرائم . ويعلمون هذه الرغبة بأن إعلان العودة إلى العقوبات البدنية سوف يؤدي إلى تأثير جماعي مضاد للنسبة المتزايدة من الجرائم بصفة مستمرة .

كذلك فإن التزايد المستمر في ارتكاب الجرائم ، أدى إلى ظهور الكثير من الكتابات التي ينادى

أصحابها بعودة العقوبات البدنية ، خاصة بالنسبة لجرائم العنف الواقع على الأشخاص .
وقد نادى بالأخذ بالعقوبات البدنية في مصر (وبعقوبة الجلد على وجه الخصوص) الدكتور محمد مصطفى القلى في مقال له عن الإجماع وأسبابه في مصر ، والدكتور محمد نجيت الملاح في رسالة له عن الإدمان على المخدرات ، والدكتور عبد العزيز عامر في رسالته عن التعزير ، والأستاذ عبد القادر عودة في مؤلفه عن التشريع الجنائي الإسلامي . والمستشار الدكتور جمال الدين محمود في كتابه عن العودة إلى الإسلام . وهو أحدث مؤلف تعرض لهذا الموضوع . وكانت العودة إلى عقوبة الجلد مؤيدة أيضاً من بعض الجهات الحكومية المختصة بالتعامل مع المذنبين .
أما عن التطبيق الفعلي لهذه العقوبة فإن كثيراً من دول العالم تلجأ إليها في أوقات الحرب ، خصوصاً في جرائم الفتنة والتحرير عليها ، وجرائم الاحتكار وإخفاء السلع التموينية ، وقد كانت إلى وقت قريب مطبقة في مصر على المسجونين ، وأفراد القوات المسلحة ، وقد طبقت في أثناء الحرب العالمية الثانية على كثير من الجرائم وأتت بنتائج فعالة في مكافحة هذه الجرائم التي طبقت فيها . ولا تزال عقوبة الجلد مطبقة في المملكة العربية السعودية كجزء من نظامها العقابي القائم على الشريعة الإسلامية كما يقرها مذهب الإمام أحمد بن حنبل . وأثر العقوبات الشرعية عموماً في التقليل من الجرائم في المملكة العربية السعودية واضح لكل المشتغلين بالقانون الجنائي . بل لقد بدأ ظهور هذا الأثر بمجرد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المملكة (٥٦) .

وإذا كانت هذه هي خلاصة الآراء التي تساق للتدليل على صلاحية العقوبات البدنية أو عدم صلاحيتها ، فإننا نرى أنه يجب أن نفرق بين أمرين : بين تطبيق العقوبة البدنية بصفة عامة ، وبين تطبيقها في الجرائم التي يعاقب عليها تعزيراً . أما التطبيق العام للعقوبات البدنية فهو مقرر في جرائم

(٥٦) يراجع فيما ورد بهذه الفقرة : التعزير في الشريعة الإسلامية ، عبد العزيز عامر ، ص ٢٢٨ - ٢٩٣ ، والمراجع المذكورة هناك ، والتشريع الجنائي الإسلامي ، عبد القادر عودة ج ١ ص ٧١٣ وما بعدها ، وقضية العودة إلى الإسلام ، للدكتور جمال الدين محمد محمود ، ١٩٧٦ م ص ١٨٥ - ١٩١ . وفي تحليل عقوبة الجلد في الذنوب المشروعة عرفها يراجع : ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، ج ٢ ص ١١٦ - ١١٧ طبعة ١٩٦٨ بالقاهرة . ويراجع باللغة الإنجليزية :

M. EL Awa, The Theory of Punishment. PP. 73-75;

D. Miller The Uses and Abuses of corporal punishment. Mental Health Vol. 26, London 1967.

Encyclopedia Americana, vol. 8. 45th Ed. 1972, P.2

Encyclopedia Britanica, vol. 9. 1962 Ed. P. 384-5.

The Departmental committee Report on Corporal Punishments, Cmd., 5684.

H.M.S.O., London, 1963 (Known as the Cadogan Report).

وقد طالب Lord Parker رئيس القضاة في إنجلترا بالعودة إلى العقوبات البدنية ، وكذلك أعلن هذا في حكم قضائي صادر

في ١٨ / ٦ / ١٩٦٠ أصدره أحد مشاهير القضاة في لندن MR. Harold Sturge حيث قال : « إن الذين يطلبون أن ينعدم عنصر الألم من كل عقوبة يبدو أنهم محدودو الفهم » .

الذف والزنق وهى من جرائم الحدود ، ولا يجوز المساس بالأحكام المقررة لها تعديلاً أو تغييراً في مجتمع يتخذ الإسلام شريعته ويطبق أحكامها .

وأما في نطاق التعزير فإن في الأمر سعة ، إذ المرجع فيه إلى السلطة التقديرية لأولى الأمر ، قضاة كانوا أم حكاماً ، فكل ما ثبت - أو غلب على الظن - تأثيره في الكف عن الجريمة من العقوبات جاز توقيعه بغير قيد سوى قيد الملاءمة بين العقوبة والجريمة التي تقر لها . وليس من مخالفة للشريعة الإسلامية إذا طبق القاضي - أو قرر المشرع - عقوبة بدنية . كما أنه لا يخالف الشريعة أن لا يطبق القاضي - أو لا يقرر المشرع - العقوبة البدنية مادام ذلك لا يمس عقوبات جرائم الحدود .

وإذا كنا قد اتهمنا فيما تقدم إلى جواز تطبيق عقوبة الجلد في الجرائم التعزيرية ، فإنه تجد الإشارة هنا إلى الخلاف بين الفقهاء حول القدر أو العدد من الجلدات الذى يباح في حالات التعزير . والمسألة معروفة في تعبير الفقهاء عنها بهذا السؤال (هل يتجاوز بالتعزير مقدار الحد ؟) . وقد ذهب مالك إلى أنه لا حد لأعلى التعزير بالجلد ، فالقاضي يحكم بما يراه كافياً لتحقيق أهداف العقوبة في زجر الجاني ، وردع العامة ، ولصلاح الجاني بما يكفه عن العود إلى الجريمة^(٥٧) . ويعتبر رأى الإمام مالك هذا أكثر الآراء توسعة في هذا الخصوص .

وقد ذهب الظاهرية والزيدية وفريق من الحنابلة إلى أنه لا يجوز أن يزيد عدد جلدات التعزير على عشر جلدات . ويؤيدون رأيهم هذا بالحديث المتفق عليه « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله »^(٥٨) .

وقد ذهب الأحناف والشافعية وبعض الحنابلة إلى أنه يجوز أن يزيد الجلد في التعزير على عشر جلدات بشرط ألا يبلغ عدد الجلدات العدد المقرر لحد من الحدود . واختلفوا في تحديد العدد الذى يبلغه الجلد في التعزيرات . فقال بعضهم ٧٥ جلدة ، وقال البعض ٩٩ ، وقال غيرهم ٣٩ ، وحدده آخرون بعشرين جلدة .

وهؤلاء يؤيدون مذهبهم بالحديث الذى رواه البيهقي في سننه « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين »^(٥٩) ويوردون على رأى الظاهرية والزيدية بأن الحديث الذى يستندون إليه قد نسخ بدليل عمل الصحابة ، خاصة عمر وعلى ، على خلافه .

ولعل أعدل الآراء في المسألة هو رأى ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية^(٦٠) حيث قررا أن

(٥٧) ابن فرحون ، بصرة الحكام . ص ٢٠٤ - ٢٠٥ ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١٤٣ .

(٥٨) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٤٠٤ ، والروض النضير للسياغى ج ٤ ص ١٧٨ .

(٥٩) سنن البيهقي ج ٨ ص ٣٢٧ طبع حيدر آباد بالهند .

(٦٠) السياسة الشرعية لابن تيمية ، ص ١٢٥ ، والطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ص ١٠٦ - ١٠٧ وقد أيد مذهبها =

حديث « لا يجلد فوق عشر جلدات » مقصور على العلاقات الخاصة ، التي يحتاج أحد طرفيها إلى تأديب الآخر ، ومثلاً لها بالوالد وولده والسيد وخادمه ، ومن ثم فلا مدخل له في موضوع العقوبة التعزيرية . وأما الحديث الآخر فإنها يفسرانه بمعنى أنه لا يبلغ بعقوبة التعزير في جريمة شرع فيها الحد وامتنع توقيعه لعدم تمامها ، أو لقيام مانع دون تطبيقه ، مقدار الحد المشروع في جنسها ، ومثلاً لذلك بمقدمات الزنى فلا يبلغ بالتعزير عليها حد الزنى ، والسرقه من غير حرز فلا يبلغ في التعزير عليها حد السرقة ، والشتم الذي ليس قذفاً لا يعاقب فيه بمثل عقوبة القذف . وهكذا في كل جريمة شرع في جنسها الحد يجب أن يقلّ التعزير فيها عن مقدار العقوبة المقررة لها حداً .

ولا يفوتنا أن نذكر هنا أن هذا الخلاف سوف يكون من الطبيعي حسمه - في العصر الحديث - بتدخل تشريعي يحدد فيه المشرع العقوبات التي تقرر وتوقع على الجناة في كل حالة من حالات الجرائم التعزيرية .

١١٥ - عقوبة الإعدام :

من المقرر في الفقه الجنائي الإسلامي أن جرائم الحدود هي أخطر الجرائم في نظر الشريعة الإسلامية ، ومن ثم كانت عقوباتها أفسى العقوبات . أما التعزير فالأصل فيه أنه نظام يقرر العقوبات للجرائم الأقل خطورة ، ومن ثم فإن عقوبة الإعدام - بحسب هذا الأصل - يجب أن تستبعد من نطاق العقوبات التعزيرية لتبقى مقررة في جرائم الحدود عقوبة على زنى المحصن وعلى الحرابة ، وباعتبارها قصاصاً ، على قتل النفس بغير حق^(٦١) .

ومع تقرير هذا الأصل في الفقه الإسلامي فإن الفقهاء - في مختلف مذاهبهم - يشيرون إلى حالات يجوز فيها توقيع عقوبة الإعدام تعزيراً . ويقتصر نطاق عقوبة الإعدام هنا - بطبيعة الحال - على بعض الجرائم الخطيرة التي لا يجدي في إصلاح مرتكبها أو زجرهم عقوبة أخرى أيّاً كانت ، ولذلك يلجأ الفقه الجنائي الإسلامي إلى تقرير الإعدام عقاباً عليها . ولذلك يضرب الأحناف أمثلة لهذه الجرائم منها : المعتادون على ممارسة الشذوذ الجنسي ، والمعتادون على سرقة المنازل ، والقاتل الذي يتخلف شرط من شروط توقيع القصاص عليه بسبب الآلة التي يستخدمها في القتل ، وبصفة عامة ، أولئك الجناة الذين لا يمكن كف ضررهم عن المجتمع بعقوبة أخرى^(٦٢) .

= ابن الشاط المالكى في تعليقه على الفروق السنية للقرافي ، انظر ج ٤ ص ١٧٧ .

(٦١) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٢٠٥ .

(٦٢) حاشية ابن عابدين ، ج ٤ ص ٢٧ ، ٦٢ - ٦٤ .

أما المالكية فإنهم يطبقون باطراد مبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة والمجرم . ولذلك يقررون جواز تطبيق عقوبة الإعدام تعزيراً في حالات معينة ، إما بسبب الجريمة التي تكون طبيعتها بالغة الخطورة ، كجريمة التجسس على الوطن لحساب الأعداء ، أو بسبب طبيعة المجرم ، كأن يكون معتاداً على الإجرام لا يكف شره - في نظر القاضي - بغير عقوبة الإعدام (٦٣) ، ويذهب هذا المذهب فريق من الشافعية والحنابلة (٦٤) .

ومما يجب ذكره أن الإعدام كعقوبة تعزيرية يؤيده بعض الروايات الثابتة عن رسول الله ﷺ كأمره بقتل شارب الخمر في الرابعة ، وأمره بقتل الجاسوس المسلم ، وأمره بقتل الذين كانوا يؤذون المسلمين عند فتح مكة (٦٥) . ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام في جرائم التعزير يجب أن تبقى في أضيق نطاق ممكن فلا يتوسع في تطبيقها ، باعتبارها من الخطورة والشدة بحيث يجب قصرها على الجرائم الخطيرة التي لا يعالج الإجرام فيها بوسائل أخرى ، أو المجرمين الخطيرين الذين لا يمكن كف شرهم عن المجتمع بوسيلة أخرى . وفي هذا النطاق يمكن إباحة التعزير بعقوبة الإعدام . ويمكن الإفادة في هذا الخصوص بالأمثلة التي ضربها الفقهاء ، والقيود التي أحاطوا بها إباحة الحكم بالإعدام في حالات التعزير .

١١٦- اجتماع التعزير مع غيره من العقوبات :

الأصل في الشريعة الإسلامية هو العقاب على الجريمة بعقوبة واحدة . وقد تقرر هذا الأصل بآيات كثيرة في القرآن الكريم منها قوله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) الشورى - ٤٠ ، وقوله (ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها وهم لا يظلمون) الأنعام - ١٦٠ ، وقوله تعالى (والذين كسبوا السيئات جزاء سيئة بمثلها) يونس - ٢٧ . ومع ذلك فقد اقتضى تحقيق أغراض العقوبة ، من الزجر والردع والإصلاح ، أن يبيح الفقهاء إضافة عقوبة إلى أخرى تحقيقاً لهذه الأغراض . ولاشك في اتساق هذا المبدأ مع السياسة العقابية في الفقه الإسلامي التي تهدف إلى القضاء على ظاهرة الجريمة في المجتمعات المسلمة ، أو التقليل ما أمكن من وجودها .

وتأسيساً على هذا فإن الأحناف يرون جواز اجتماع التعزير مع عقوبات الحدود كلما كانت ظروف الجريمة أو المجرم تقتضي ذلك . وبذلك فسروا نبي الزاني غير المحصن سنة مع جلده مائة . وأباحوا

(٦٣) ابن فرحون ، المصدر السابق ، وقارن بذلك رأى الأستاذ Coulson في مقاله

The State and the Individual in Islamic Law. I.C.L.Q. Jan. 1957. P. 54.

(٦٤) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكيمة ، ص ١٠٧ - ١٠٨ ، وكشاف القناع للبهوتي ، المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

(٦٥) زاد المعاد في هدى خير العباد ، لابن قيم الجوزية ، ج ٢ ص ٦٨ من ط القاهرة ١٣٧٩ هـ .

للقاضي أن يتجاوز عقوبة الحد بإضافة عقوبة تعزيرية إليها كلما رأى القاضي ذلك ضرورياً ، بل أجازوا العقوبة بالإعدام في الجرائم المتكررة التي لا تقتضي أي منها إذا انفردت مثل هذه العقوبة ، وسموه «القتل سياسة» أي للمصلحة العامة (٦٦) .

و يمثل ذلك قال المالكية في شأن جرائم الإعتداء على النفس بالقتل والجرح ، فقرروا جواز إضافة التعزير إلى العقوبة المقررة لهذه الجرائم في الحالات التي لا تكون العقوبة فيها القتل قصاصاً . ويرون في ذلك وسيلة لزجر الجاني ، وردع غيره ممن قد تحدثهم أنفسهم بإرتكاب مثل هذه الجرائم (٦٧) .
ولذلك فإنه يمكن القول بأن عقوبة العود إلى الإجرام تؤخذ في الفقه الجنائي الإسلامي من معالجة الفقهاء للعقوبات التعزيرية ، بل لقد نصوا - كما في مذهب الأحناف - على تشديد العقوبة في حالة العود عنها في الإجرام للمرة الأولى . ولا يخفى ما لذلك من أهمية في فهم السياسة الجنائية كما يصورها الفقه الإسلامي .

١١٧- سلطة القاضي في التعزير :

من الأفكار الشائعة عن التعزير كنظام للعقوبات في الشريعة الإسلامية ، أن القاضي حر تماماً في تحديد الجريمة وعقوبتها ، والحكم بهذه العقوبة ، تعزيراً للجاني . وأنه - خارج نطاق الجرائم المعروفة بجرائم الحدود والقصاص - فليس من قيد على سلطان القاضي في تحديد الجرائم والعقوبات . وقد عبر عن مدى شيوع هذه الفكرة الأستاذ الشيخ محمود شلتوت حين قال عن التعزير إنه سلطة واسعة للقاضي «يؤدب به من شاء على ما شاء بما شاء» (٦٨) .

ولاشك أن مثل هذه السلطة غير المحدودة أو المقيدة للقاضي أمر غير معروف في النظم العقابية المعاصرة ، وهي كذلك مصادمة للقاعدة التي تجمع عليها القوانين الحديثة ، والتي سبقت بها الشريعة الإسلامية ، والتي مفادها «الأ جريمة ولا عقوبة بغير نص» (٦٩) .

(٦٦) ابن عابدين الحاشية ، ج ٤ ص ٦٢ - ٦٣ ، ٢١٤ - ٢١٥ ، وابن تيمية ، الصارم المسلول على من سب الرسول ، طبع الهند . ج ١ ص ١٢ .

(٦٧) الخطاب ، مواهب الخليل شرح مختصر خليل ، ج ٦ ص ٢٤٧ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٥٩ .

(٦٨) الإسلام عقيدة وشريعة ، ط دار القلم بالقاهرة ، ص ٣١٤ ، وفي ص ٢٦٦ من الطبعة الأولى لهذا الكتاب .

(٦٩) في موقف الشريعة الإسلامية من هذه القاعدة وتأصيلها فيها انظر تقرير الدكتور عبد الأحد جمال الدين «الشرعية الجنائية في

الشريعة الإسلامية» - مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، والتي عقدها المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية بالقاهرة

في مايو ١٩٧٦ . وكذلك تقرير الدكتورة سلوى بكير إلى نفس الحلقة ، وقد سبقت الإشارة إليها ، وانظر بتفصيل أوفى بحثنا عن مبدأ

الشرعية في القانون الجنائي المقارن ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، ١٩٧٧ .

وسوف نحاول هنا أن نبين مدى صدق هذه الفكرة الشائعة ، والتي عبر عنها الشيخ شلتوت في قوله السابق ، ومدى اتفاقها ونظام التعزير كما عرفته كتابات الفقهاء المسلمين . وليس من شك في أن الفقهاء قد أبدوا اتجاهاً إلى تحديد هذه السلطة ، وتقييدها بما ضربه - بكثرة كثيرة - من أمثلة للجرائم التعزيرية وعقوباتها . غير أن ما يعيننا هنا هو مدى صدق هذه الفكرة عن سلطة القاضي وإطلاقها ، من الناحية النظرية ، أو من ناحية الأصول العامة لنظام التعزير .

١١٨ - سلطة مقيدة لا مطلقة :

ويجب أن نقرر أولاً أن فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة متفقون على أن القاضي لا يملك تحديد العقوبات بالهوى أو التشهى ، بل عليه أن يجتهد في ذلك بما هو الأصح للمسلمين ، وبعبارة أخرى فإن على القاضي مراعاة مبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة ولظروف الجاني ، واختيارها على هذا الأساس ، وإلا كان تصرفه - بغير ذلك - « فسوقاً ومخالفاً للإجماع »^(٧٠) .

ومن ثم فإن التعبير عن سلطة القاضي في التأديب أو العقاب تعزيراً بأنها تتضمن أن يعاقب « بما شاء » تعبير غير دقيق ، بل غير صحيح . فهو يعاقب : أولاً - بالعقوبات التي لا تخالف الأحكام العامة في الشريعة ، والمتعلقة بالعقاب . وهو يعاقب : ثانياً - بأكثر العقوبات ملاءمة للفعل الذي يحاكم الجاني من أجله ، ولأحوال الجاني النفسية والاجتماعية ، بحيث يكون الغالب من أمره أنه بعد توقيع هذه العقوبة عليه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى . ويزاعى القاضي في كل ذلك ظروف المجتمع ككل ، بحيث يجتمع في العقوبة - إلى الشرطين السابقين - صلاحيتها كرادع لغير الجاني من الأفراد الذين قد تحدثهم أنفسهم بارتكاب مثل جرمته . فالقاضي في واقع الأمر يحكم بالعقوبة التعزيرية وفق ما يؤديه إليه اجتهاده المقررة قواعده في علم الأصول ، والمقيدة لإطلاقه بالحدود التي بينها فيما سبق . والتعبير عن سلطان القاضي في تحديد الجرائم التي يعاقب عليها تعزيراً - أو عن سلطة الحاكم في ذلك - بأنها تبيح العقاب « على ما شاء » فيه من الإطلاق والشمول مالا يتفق وقواعد الشريعة الجنائية المتعلقة بتحديد الجرائم . وبيان ذلك أنه خارج نطاق جرائم الحدود والقصاص ، فإن التعزير جائز على كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة . وهذه المعاصي قد تكون جريمة حد غير كاملة (شروعاً) كان فعل الجاني ، أو جريمة مستحيلة ، أو موقوفة) أو تكون معصية أخرى تخالف طبيعتها جرائم الحدود . وهذه الحالة الأخيرة هي المعنية بسلطة القاضي ، أو الحاكم ، في العقاب « على ما شاء » ولكي نحدد مدى هذه السلطة يجب أن نذكر بأنه من القواعد الأصولية المتفق عليها أن الحكم على

شيء ما أو تصرف ما بأنه مباح أو محرم ، ومن ثم بأنه مجرم أو غير مجرم ، في الشريعة الإسلامية ، من الأمور التي يوقف فيها عند كتاب الله وسنة رسوله فحسب (٧١).

وقد تضمنت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية تحريم العديد من الأفعال ، واعتبارها تبعاً لهذا التحريم معاصي ، أو جرائم ، توجب أو تجيز ، تعزير فاعلها . وسلطة القاضي في هذه الجرائم - إذا حوكم فاعل أي منها أمامه - مقصورة على اختيار العقاب الملائم لكل جريمة حسب ظروفها . وليس للحاكم فيها من سلطة أصلاً إلا إذا أراد التدخل في شأنها بتحديد عقوبة يراها مناسبة لكل أو بعض هذه المعاصي تحقيقاً لمصلحة من المصالح ، كأن يراعى عدم تضارب أحكام القضاة ، أو تسهيل مهمتهم في اختيار العقاب ، أو حماية المجتمع من بعض الجرائم الأكثر شيوعاً فيه في زمن معين أو ظروف معينة .

ونذكر هنا بعض أمثلة هذه الجرائم التعزيرية ، ثم نناقش مدى سلطان القاضي أو الحاكم خارج نطاقها ، أي مدى حقه في تجريم أفعال لم يرد بتحريمها - أو تجريمها - نص في القرآن أو السنة .

١١٩ - جريمة الربا :

حرم القرآن الربا في أكثر من آية ، من ذلك قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) البقرة - ٢٧٥ ، وقوله تعالى (يأياها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة) آل عمران - ١٣٠ .

وكذلك وردت السنة بتحريم الربا وإنذار فاعله بالعقاب الشديد ، مؤكدة للمعاني التي أوردتها القرآن في هذا الخصوص . ومع تأكيد حرمة ، والنهي عن ممارسته فإن الشريعة الإسلامية لم تأت بعقوبة محددة لفاعله (٧٢).

ويعتبر الربا - بحكم النصوص المحرمة له - جريمة من الجرائم التعزيرية التي يجوز العقاب عليها.

(٧١) انظر في تفصيل هذا المعنى بحثاً لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي بعنوان ، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية ، ط الإسكندرية ١٩٦١ ص ٤٢ وما بعدها . وقد قرر القرآن هذا المعنى في آيات عديدة من أكثرها شيوعاً في الاستعمال قوله تعالى (إن الحكم إلا لله) يوسف ٤٠ . والانفراد بسلطة التحريم والإباحة هو المعنى الصحيح لحاكمية الله تعالى . وليس صحيحاً ما فهمه البعض منها من تحم شكل معين للنظام السياسي في الدولة ، فذلك من الأمور المتروكة لاختيار المسلمين حسب ظروفهم المختلفة زماناً ومكاناً بشرط تحقيق النظام الذي يختارونه الأهداف العامة للشريعة ومراعاته أحكامها وقد فصلنا ذلك في كتابنا «في النظام السياسي للدولة الإسلامية» القاهرة ، ١٩٧٨ ، (الطبعة الثانية) .

(٧٢) ذهب الأستاذ N.J. Coulson في كتابه A History of Islamic Law إلى أن الربا لا يعد جريمة في الفقه الإسلامي وذلك لأنه لم ينص على عقوبته كما نص على تجريمه . ويغفل هذا الرأي عن حقيقة نظام التعزير وتوفيره العقاب على المعاصي كلها . الصحيح أن الربا جريمة يعاقب عليها تعزيراً كما نبين هنا . انظر في تفصيل رأيه هذا ص ١٤٢ وما بعدها من طبعة ١٩٧١ .

ويقتصر دور القاضي في هذا الصدد على اختيار العقاب الملائم للفعل المجرّم . وقد يثور هنا سؤال حول مدى دور القاضي في التجريم ذاته ، بسبب اختلاف الفقهاء في المعاملات الربوية وتحديدتها . والواقع أنه مع هذا الاختلاف الفقهي في تحديد المعاملات الربوية فإن القاضي لكي يحكم بالعقوبة عليه أولاً أن يتبين عناصر الجريمة ومدى توافرها ، فإن تأكد له وقوعها انتقل إلى تحديد العقاب عليها . ولن يخرج دور القاضي في جريمة التعامل الربوي عن ذلك . يتبين أولاً - حسب اجتهاده - ما إذا كانت المعاملة المعروضة عليه ربوية أم لا . فإن ثبت له وقوعها في دائرة الربا المحرم ، تخيرها العقوبة المناسبة . وبعبارة أخرى فإن دور القاضي هنا هو التأكد من مطابقة سلوك الفاعل للنموذج الإجرامي في حالات الربا المتفق عليه ، وهو «تقدير» الفعل الصادر من المتهم والحكم عليه بأنه ربا قبل النطق بعقوبته . وذلك - في حقيقته - هو دور القاضي الجنائي ، أي ما كان القانون الذي يطبقه (٧٣).

١٢٠ - جريمة شهادة الزور :

الشهادة بغير الحق ، أو شهادة الزور ، من الأمور المحرمة في الشريعة الإسلامية ، وقد نص القرآن على ذلك (أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) النساء - ١٣٥ ، ومدح القرآن المؤمنين بأنهم (لا يشهدون الزور) الفرقان - ٧٢ ، وأمرهم أن يكونوا كذلك (واجتنبوا قول الزور) الحج - ٣٠ .

ولخطورة الآثار التي تترتب على شهادة الزور ، وعظم الإثم الذي يتحملة فاعلها فإن الفقهاء قد أفاضوا في بحثها لبيان أحكامها . ومن المجمع عليه عندهم وجوب توقيع العقوبة على شاهد الزور ، وبيان أمره ، زجراً له وردعاً لغيره . وقد كان جهد الفقهاء - وكذلك يجب أن يكون جهد القاضي - موجهاً نحو تحديد العقوبة الأصلاح لهذه الجريمة . أما الجريمة ذاتها فقد أنشأتها النصوص القرآنية المحرمة لشهادة الزور ، وليس من عمل - في هذا الباب - لقاضٍ أو فقيه .

١٢١ - جريمة خيانة الأمانة :

أوجب القرآن الكريم على المسلمين الوفاء بالأمانة ، وردّها إلى أصحابها فقال (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) النساء - ٥٨ ، وقال -

(٧٣) قارن بذلك الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ١٩٧١ ، ص ٤٩٦ - ٤٩٩ . وهو يقول في ص ٤٩٦ «إنه ليس يلازم في تحريم سلوك إنساني معين ، أن يدرج في القاعدة المعاقبة على هذا السلوك تعداد جامع لكل الصور التي يمكن عملاً أن يتمثل فيها» .

مادحاً المؤمنين - (والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون) المؤمنون - ٨ ، والماعرج - ٣٢ . وقرن خيانة الأمانة - في عظم إثمها - بخيانة الله ورسوله فقال (يأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم) الأنفال - ٢٧ (٧٤) .

ومن هذه الآيات أخذ الفقهاء حكم الإسلام بتحريم خيانة الأمانة ، وتعتبر لذلك من الجرائم التعزيرية التي على القاضي أن يختارها ، حين تعرض عليه ، العقوبة الملائمة لردع الناس عنها . ولعله من المناسب هنا أن نذكر أن بعض الفقهاء يرى أن رسول الله ﷺ قد سوى في بعض قضائه بين خيانة الأمانة والسرقة ، فروى عنه الإمام مسلم في صحيحه أنه أمر بقطع يد امرأة كانت تستعير المتاع وتبجده - أي تنكر أنه لديها لثلاثا ترده إلى أصحابه - وجحد العارية خيانة للأمانة . وقد يقال بناء على هذا النص أن في خيانة الأمانة عقوبة الحد المقررة لجريمة السرقة وهي قطع اليد . غير أن الصحيح أن هذه المرأة سرت فقطعت يدها . وبذلك وردت الروايات في الصحيحين ، وذكر فيها جحد المتاع لأنه كان من عادة هذه المرأة . أما خيانة الأمانة فينتفي فيها ركنان من أركان السرقة ، أحدهما أخذ المال خفية (أي بغير علم صاحبه) والثاني نية التملك أو القصد الجنائي الذي يجب توافره عند أخذ المال لذلك قال جمهور الفقهاء - خلافاً للإمام أحمد بن حنبل - باعتبار خيانة الأمانة جريمة تعزيرية وليست من جرائم الحدود (٧٥) .

١٢٢ - جريمة السب :

من المحرمات في الشريعة الإسلامية إيذاء الآخرين بأي طريق من طرق الإيذاء وقد ورد النص القرآني بذلك في أمور منها السب والسخرية بالآخرين فقال تعالى في ذلك (يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ، ولا تنابزوا بالألقاب بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان) الحجرات - ١١ . بل إن الأمر القرآني قد ورد كذلك بالنهي عن سب الكافرين (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله) الأنعام - ١٠٨ .

(٧٤) ذكر الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله في معرض الاستدلال على تحريم خيانة الأمانة قوله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان ، إنه كان ظلوماً جهولاً) الأحزاب - ٧٢ . وليس لهذه الآية علاقة بخيانة الأمانة التي نتحدث عنها هنا ، إذ أنها - كما يبين من سياقها - تتحدث عن الأمانة التي تتمثل في تكاليف الإيمان التي اقتص بها الإنسان دون غيره من المخلوقات . انظر : التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ١٣٩ .

(٧٥) صحيح مسلم ج ١ ص ١١٥ من طبعة إستانبول . وانظر في آراء الفقهاء بهذا الصدد الأحكام السلطانية للهاوردي ص ٢٢٧ ، وبالتفصيل الروض الضمير ج ٤ ص ٥١٦ وما بعدها ، والمحلى لابن حزم الظاهري ج ١١ ص ٣٥٢ وما بعدها من طبعة المكتب التجاري في بيروت . وابن حزم يرى خيانة الأمانة سرقة يعاقب عليها بقطع اليد .

فالسب لهذه النصوص جريمة من جرائم التعزير يعاقب عليها بالعقوبة الملائمة لها حسب الظروف التي تقع فيها .

١٢٣ - جريمة الرشوة :

كما نص القرآن على تحريم الربا ، فإنه نص على تحريم أكل أموال الناس بالباطل - أيًا كانت وسيلة هذا الباطل - ونص على أكثر صوره شيوعاً ، فقال في الرشوة (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) البقرة- ١٨٨ . ولم يحدد القرآن ، ولا السنة عقوبة لجريمة الرشوة فبقيت في نطاق الجرائم التعزيرية التي يعاقب عليها في ضوء الأحكام والشروط التي عرفناها فيما تقدم (٧٦) .

وقد تظاهرت مع هذه الآيات القرآنية - في النص على تحريم الأفعال المتقدمة - أحاديث نبوية كثيرة تطلب في مظانها من كتب الحديث . ويكفيها هنا أن ثبت أن أهم الجرائم التعزيرية وأكثرها وقوعاً قد نص على تحريمها في القرآن الكريم - المصدر الأول للشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامى - وأنه بعد ورود النص بالتحريم في القرآن الكريم فلا يبقى أمام القاضي سوى تحديد العقاب الملائم لكل فعل (٧٧) .

وليس المقصود من بحثنا هذه المسألة أن نزعّم انعدام أى سلطان للقاضي - أو الحاكم - في تحريم أفعال لم ينص على تجريمها في القرآن أو السنة ، وإنما رمينا إلى بيان مدى الصواب في التعبير عن هذه السلطة بأنها سلطة العقاب «على ما شاء» من الأفعال والتصرفات . وقد ثبت في شأن المنصوص عليه من المعاصي ، أنها سلطة العقاب على المحرم من الأفعال والتصرفات فحسب . أما حين لا يكون ثمة نص فإن سلطان التحريم مقيد أيضاً بالأغراض العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية على ما نبينه في الفقرة التالية :

(٧٦) صدر في المملكة العربية السعودية المرسوم الملكي رقم ١٥ بتاريخ ١٣٨٢/٣/٧ هـ بنظام مكافحة الرشوة محمداً لصور ارتكاب الجريمة والعقوبة المقررة لها ، وحالات الإعفاء من العقاب ، وقد سبق صدور هذا النظام نصوص تضمنتها بعض الأنظمة السعودية وعلى الأخص نظام الموظفين العام . راجع في ذلك الدكتور أحمد عبد العزيز الألبني ، النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٩٧٦ ، ص ٨٢ - ٨٩ .

(٧٧) ذكر الأستاذ عبد القادر عودة في المرجع السابق ، ص ١٣٨ - ١٤٢ هذه الجرائم الخمس المتقدمة ، وأضاف إليها : تحريم بعض المطاعم ، القمار أو الميسر ، التجسس ، دخول البيوت بغير إذن ، وغش المكايل والموازين . وقد يستخرج الناظر في القرآن الكريم عدداً آخر من المحرمات التي تعتبر جرائم تعزيرية .

١٢٤ - سلطة التجريم في ظل نظام التعزير :

عرفنا فيما سبق نظام التعزير بأنه نظام عقابي يوفر عقاباً لكل معصية لا خد فيها ولا كفارة . سواء كانت هذه المعصية اعتداءً على حق لله - أى من الحقوق العامة - أو حق لأحد الأفراد . وبعض هذه المعاصي منصوص عليها في القرآن والسنة ، وبرغم أن هذه المعاصي المنصوص عليها غير مجموعة - وما كان لها أن تجمع - في مكان واحد من كتاب الله أو سنة نبيه فإن استقراءها وحصرها من نصوص آيات وأحاديث الأحكام أمر غير عسير .

غير أنه حتى لو استقرت هذه المعاصي وجمعت ، ودوت في نصوص محددة ، كما طالب البعض (٧٨) ، فإن ذلك غير كاف في حصر كافة الأفعال التي تعتبر معاصي لتعارضها مع مصلحة الجماعة أو لتضمنها اعتداء على مصلحة الأفراد ، خاصة وهذه المصالح متغيرة بتغير الزمان والمكان ، ومن المقرر في أصول الفقه وجوب تغيير الأحكام التي تبني على مصالح معينة كلما تغيرت هذه المصالح .

والمصالح الأساسية التي تقرها الشريعة الإسلامية ، والتي لأجلها أنزلت الأحكام أصلاً ، متعلقة بالأمور الخمسة الآتية : حفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال . ويعتبر ذلك هو الهدف النهائي لكافة الأحكام الشرعية ، لذلك كان - برغم عدم ورود نص صريح مقرر له - محل اتفاق الفقهاء على اختلاف مدارسهم الفقهية والفكرية (٧٩) .

والتكليف الأساسي الذي تدور حوله واجبات الحاكم المسلم ، والجماعة المسلمة ، والفرد المسلم ، هو حفظ هذه الأمور الخمسة ، ولذلك قرر الفقهاء لمن ولى أمر المسلمين سلطة العقاب على أى اعتداء على واحد أو أكثر منها ، بهدف توفير الحماية الكاملة لها . وقد يكون العقاب محددًا ، لفعل معين ، كما في حالات الجرائم التي تعرف بجرائم الحدود والقصاص فيقتصر دور الحاكم ، أو السلطة المختصة ، على توقيع العقاب . وقد يكون ثمة نص على تحريم الفعل دون تحديد عقوبة له ، كما في جرائم التعزير التي أشرنا إليها فيما تقدم ، فيكون تكليف السلطة المختصة بالعقاب عليه مقصوراً على تحديد العقاب وتوقيعه . وقد يكون - أخيراً - بعض الأفعال ضاراً بمصلحة الجماعة في صورة تعارضه مع حفظ أحد الأمور الخمسة المذكورة آنفاً ، فيقتضى ذلك من أولى الأمر تحديد الفعل المعاقب عليه - أى تجريمه -

(٧٨) الدكتور عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ذكره ص ٤٤٣ - ٤٤٥ .

(٧٩) الموافقات في أصول الشريعة للإمام الشاطبي ، ج ١ ص ٣٨ ، وج ٢ ص ١٠ ، طبعة القاهرة (بدون تاريخ وبتعليق

الشيخ عبد الله دراز) .

ثم توقيع العقاب على فاعله .

ويجمع هذه الواجبات كلها أمر الله تعالى للمؤمنين : (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر) ووصفه إياهم (كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر) . وهذا الأمر والوصف في عمومهما وشمولهما يوجب على السلطات في الجماعة المسلمة توجيه جهودها لتنفيذه . فليس الأمر أمر اجتهاد فحسب ، بل هو تنفيذ لأمر صريح في القرآن الكريم لا يتقى بغيره للأمة المسلمة صفتها هذه ، ولا يستحق - إن أهمله - حاكم مسلم مكان الولاية على المسلمين . وتحت هذه القاعدة العامة ، تدخل أفعال الناس وتصرفاتهم ، فتصنف بحسبها ويقرر للمسيء عقابة وللمحسن ثوابه . (٨٠) . والحاكم - أو سلطة الدولة - هي التي تقرر - في تشريعاتها - ما يباح أو لا يباح تطبيقاً لهذه القاعدة ، خارج نطاق النصوص المحددة لذلك في القرآن والسنة . وحين يقرر الحاكم عقوبة على فعل معين ، أى حين يمنع من إتيان أمر فيأتيه بعض الناس فيعاقبون ، فإنهم حينئذ يعاقبون باعتبارهم «جناة» أو «عصاة» . ولا يصح في حقهم القول بأن الحاكم يعاقب - معتمداً على سلطته في باب التعزير - «من شاء» ! .

وقد يبدو أن ثمة تعارضاً بين هذه السلطة التشريعية - التي يُعطأها الحاكمُ أو سلطات الدولة المختصة - وبين القاعدة التي قررناها قبل قليل ، والتي مقتضاها أن سلطة التحريم والإباحة من السلطات التي يملكها - في نظر الإسلام - الله سبحانه وتعالى . وهذا غير صحيح . ذلك أنه لا القرآن ولا السنة أعطيا - وليس متصوراً فيها أن يعطيا - تشريعات تفصيلية تنظم كل نواحي الحياة الإنسانية في كل العصور والظروف .

وإنما اقتصرت التشريعات القرآنية ، وتلك الواردة في السنة على التنظيم التفصيلي لمسائل قليلة لا يتغير حكمها بتغير الظروف والأزمنة ، وجاءت فيما عدا هذه الأحكام المحدودة بقواعد عامة ، وأصول كلية تبنى عليها الأحكام التفصيلية الملائمة للظروف والأزمان التي تعيش فيها الجماعات المسلمة . ولم يكن بد - والحال كذلك - من إعطاء المسلمين حق تقرير ما يشاءون خارج نطاق النصوص الواردة في القرآن والسنة بما يحفظ لهم مصالحهم في جوانبها المختلفة ، وبما لا يتعارض مع نصوص الشريعة العامة وقواعدها الكلية . وهذه التشريعات تكون في واقع الأمر مؤسسة على النصوص التي توجب على الجماعة تحقيق المعروف وكف المنكر ، والنصوص التي تقرر حق

(٨٠) المرجع السابق ج ٢ ص ٧ - ١٤ ، والفقهاء الإسلامى بين المالية والواقعية لأستاذنا محمد مصطفى شلى ، ص ١١٠ -

وقد عرف الفقهاء هذا الحق للأمة - أو السلطة المختصة في الدولة - تحت عنوان «السياسة الشرعية» وفيها يقول ابن قيم الجوزية «السياسة نوعان : سياسة ظلمة فالشريعة تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم الفاجر ، فهى من الشريعة . علمها من علمها ، وجهلها من جهلها» . ويقول نقلاً عن ابن عقيل - أحد أعلام الحنابلة - إن العمل بالسياسة الشرعية هو الحزم ، ولا يخلو منه إمام «فقال شافعى : «لا سياسة إلا ما وافق الشرع» . فقال ابن عقيل : «السياسة ما كان فعلاً يكون الناس مع أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد . وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى . فإن أردت بقولك (إلا ما وافق الشرع) أى لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح . وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع : فغلط وتغليط للصحابة» ويعقب ابن القيم على كلام ابن عقيل فيقول : «وهذا موضع مزية أقدام ، ومضلة أفهام . وهو مقام ضنك ومعترك صعب . فرط فيه طائفة فعملوا الحدود . وضيعوا الحقوق . وجرءوا أهل الفجور على الفساد . وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد . . . فلما رأى ولاية الأمور ذلك ، وأن الناس لا يستقيم لهم أمر إلا يأمر وراء ما فهمه هؤلاء من الشريعة أحدثوا من أوضاع سياستهم شراً طويلاً ، وفساداً عريضاً ، فتفاقم الأمر وتعذر استدراكه ، وعز على العالمين بحقائق الشرع تخليص النفوس من ذلك واستنقاذها من تلك المهالك» .

«وأفرطت طائفة أخرى قابلت هذه الطائفة ، فسوغت من ذلك ما ينافى حكم الله ورسوله . وكلتا الطائفتين أتيت من تقصيرها في معرفة ما بعث الله به رسوله وأنزل به كتابه . فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط ، وهو العدل الذى قامت به السماوات والأرض . فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان : فثم شرع الله ودينه .» (٨٢) .

وليس من معنى لهذه «السياسة الشرعية» التى أفاض فى بيان جوازها ابن قيم الجوزية - وأقره على رأيه فقهاء المذاهب الأخرى - إلا جواز إصدار التشريعات اللازمة لتحقيق مصالح الأمة فيما لم يأت به نص كتاب ولا سنة . فإذا كانت هذه التشريعات فى المجال الجنائى - تجريمياً للأفعال وعقاباً عليها - فإنها تدخل فى نطاق التعزير ، وتقرر على أساس مبادئه وقواعده العامة .

(٨١) الإحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ، للإمام القرافي ، ط دمشق ١٩٦٧ ، ص ٢٦ - ٣١ (بتحقيق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة) وقد قال القاضي أبو بكر بن العربي «من حكم الله أن يجعل الحكم لغيره فيما قاله وأخبر به» انظر ص ٢٨ من ترجمة ابن حزم فى سير أعلام النبلاء للذهبي ، ط ثانية ١٩٦٩ ببيروت ، تحقيق سعيد الأفغانى .

(٨٢) الطرق الحكيمية فى السياسة الشرعية ، ص ٥ ، ١٣ - ١٤ وانظر بقية ما ذكر إلى ص ٢٥ . وقد نقل ملخصاً لكلامه فى هذا الفصل ابن فرحون فى تبصرة الحكام - ص ٢ ، ١٠٤ ، وعلاء الدين الطرابلسى فى معين الحكام ص ١٦٤ . وكلاهما أقر ابن قيم الجوزية ، وبين أن هذا القول هو قول مذهبه ، وأولها مالكي المذهب ، والثانى حنفي .

١٢٥ - تقويم نظام التعزير :

إذا صح ما تقدم - وهو عندى صحيح لا ريب فيه - فإن نظام التعزير كما يعرضه الفقه الجنائى الإسلامى ، هو أقوى الأدلة على مرونة أحكام هذا الفقه فى الناحية الجنائية ، وعلى قدرتها على استيعاب مصالح الناس المتجددة ، وأوضاعهم الاجتماعية المتطورة . فبغير هذا النظام كانت أحكام الفقه الجنائى ستغدو بلا ريب قاصرة عن تحقيق المصالح الاجتماعية التى ترمى إليها السياسة الجنائية فى هذا الفقه . وبعبارة أخرى فإن النصوص الواردة فى القرآن والسنة تعاقب على عدد محدود جداً من الجرائم ، ومن غير المعقول أن يقوم نظام جنائى لا يتضمن إلا نصوصاً خاصة ببضع جرائم فحسب ، ويظن له النجاح ، بل يطلب له الاستمرار والخلود ، خصوصاً إذا عرفنا أنه من غير المعقول أن يوضع نظام جنائى - أو على العموم أى نظام متعلق بالحياة الاجتماعية فى أى جانب من جوانبها - ويكون هذا النظام شاملاً للتفصيلات الدقيقة ، ثم يتوقع منه - أوله - أن يبقى أبداً معمولاً به ، ومطبّقاً مهما اختلفت الأماكن أو الأزمان .

وقد عبر عن هذه الفكرة أحد كبار القضاة فى إنجلترا فقال « إن أحداً لا يمكنه أن يعلم مسبقاً كل الوسائل التى سوف يبتكرها الشر المغروس فى الإنسان للإخلال بنظام المجتمع . » (٨٣) . فلم يكن من سبيل أفضل من إقامة نظام عقابى ترسب قواعده العامة وأصوله نصوص القرآن والسنة ، وتترك تفصيلاته ودقائقه - إلا فى مواضع قليلة جداً - لتصاغ وفق متطلبات الحياة فى كل عصر من العصور . وقد سلكت هذا السبيل الشريعة الإسلامية حين نصت فحسب على جرائم القصاص والحدود ، وتركت كل ما عداها لنظام التعازير بما يوفره من مرونة ويسر واستجابة للمتغيرات الاجتماعية . والاقتصادية فأعطت الحاكم ، أو السلطة المختصة فى الدولة حق إصدار التشريعات اللازمة لمحاربة السلوك الضار اجتماعياً ، وأوجبت فى نفس الوقت على الأفراد طاعة الحكام فيما يرونه من إجراءات أو تشريعات محققاً لمصالح المجتمع أو أفراد (بأياها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) النساء - ٥٩ .

١٢٦ - تطبيق النظم الجنائية الإسلامية :

وإذا كنا قد قلنا فى بداية هذا البحث ، وما زلنا نقول ، إن مرونة قواعد نظام التعزير تجعله صالحاً للتطبيق فى عصرنا هذا ، وفى كل عصر ، فإننا يجب أن نحذر هنا من أمرين يقع فيهما كثير من

«المدافعين» عن تطبيق الشريعة الإسلامية ، أو المنادين بذلك . أولها أن يظن أن أحكام التشريع الجنائي الإسلامى ، وتفاصيل السياسة الجنائية كما بينها الفقهاء المسلمون صالحة للتطبيق - أو يجب أن تطبق - فى المجتمعات المسلمة بأوضاعها الحاضرة . وأعنى بأوضاعها الحاضرة ، فى ظل قيمها التى تعتقها اليوم ، أو يعتقها غالب الناس فيها ، فى مجالات الحياة المختلفة سياسية واقتصادية واجتماعية وأخلاقية . فأحكام التشريع الإسلامى عامة ، وأحكامه الجنائية خاصة ، تصلح للتطبيق فى المجتمع الذى أنزلت له ، فى المجتمع الذى يسود فيه الإسلام عقيدة وشريعة ، وتسوده قيم الإسلام فى سياسة الحكم وسياسة المال ، وأخلاق الناس ، ومعاملات الأفراد والجماعات ، ومثل هذا المجتمع هو الذى يمكننا أن نطبق فيه على المخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية العقوبات التى قررتها هذه الشريعة . وأن نقيم فيه خطة للسياسة الجنائية والعقابية مستمدة من تعاليم الإسلام ، مستفيدة من جهود علماء المسلمين فى هذا المجال .

إن المجتمع الإسلامى (أو المسلم) ليس هو الذى يصنع قانونه ، فإن قانونه مصدره الأصيل وحى السماء الذى دون فى القرآن وثبت فى السنة . غير أن هذا القانون - وحده - لا يصنع المجتمع المسلم وإنما يقتصر دوره على حمايته وكفالة استمراره بحفظ مقومات وجوده وجماله وكمال . وذلك هو دور النظام القانونى فى كل عصر وفى كل مجتمع . نظام يحمى القيم الاجتماعية والسلوكية ، بتقريرها - بعد أن تستقر فى وجدان الجماعة - وفرض العقاب على من يخالفها - بعد أن تصبح هذه المخالفة مسلكاً مرفوضاً من جانب الجموع - ويصبح تقرير العقاب عليها مقبولاً لدى الأفراد ، وتوقيعه مصدرراً لرضائهم بإرضاء الشعور بالعدالة فى نفوسهم . وكل نظام قانونى لا تتحقق فى أوامره ونواهيه وجزاءاته هذه الشروط فهو نظام مقضى عليه بالفشل ، مكتوب له أن يبقى حبيس الوثائق التى قررته . ولذلك نقرر هنا أنه ينبغى للعمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، أن يسبقه ويؤازره العمل على إعادة صياغة القيم الإسلامية وتركيزها فى نفوس الناس فى المجتمع الذى يراد فيه تطبيق هذه الأحكام . وبعبارة أخرى فإنه لا معدى لمن يعتقدون معنا بوجوب العودة إلى تطبيق الأحكام الشرعية - أو القانونية - الإسلامية ، من أن تتضافر جهودهم لإعادة بناء الحياة الاجتماعية إسلامياً ، لإعادة تحقيق المجتمع المسلم الذى لن تصلح لحكمه غير قوانين الإسلام ، إذ تكون قد سادت فيه قيمه ، والذى لا تصلح قوانين الإسلام للتطبيق إلا فيه .

أما الأمر الثانى ، الذى يجب أن نحذر منه هنا ، فهو ما يقع فيه بعض الباحثين - بحسن نية - من محاولة تخريج أحكام القوانين المعمول بها الآن فى معظم البلاد الإسلامية على قواعد الشريعة والفقه الإسلامى ، زاعمين أن تغييرات بسيطة هنا وهناك فى هذه القوانين والنظم تقلبها من وضعية إلى

إسلامية . محتجين لذلك بأنه ما من حكم في هذه القوانين ، وما من نظرية جاءت بها إلا وقد سبق إليها الفقهاء المسلمون قبل عصرنا بعدد من القرون .

وفي هذا المسلك من الخطورة مالا يحوز معه اللجوء إليه ، فهو يسر على الداعين إلى التخلص من أحكام الإسلام جملة بأن يقولوا : وماذا تنقمون منا . . أسئلة أو بضع مسائل ؟ أولاً يكفى أن يكون جلّ نظامنا موافقاً لشرعية الإسلام وفقهه ؟ وليس ذلك بصحيح . فإن القوانين والنظم القائمة في معظم البلاد الإسلامية لا تستمد شرعيتها من موافقتها للإسلام ، ولم يدر بخلد واضعها شيء من ذلك قط . وإنما ترى مبرر وجودها في ملاءمتها لواقع الناس وتحقيقها لمصالحهم . ويزعم المدافعون عنها والمتعصبون لها أنه لا يصلح الناس إلا إياها . ومن ثم فلا مجال لتخريج أحكام هذه القوانين على أقوال الفقهاء المسلمين ، وتلمس مواطن الموافقة بينها لتعلن أنها من الإسلام أخذت ، ولذلك صلحت في التطبيق .

ومن جهة ثانية فإن هذه القوانين لم تصدر لتحقيق التصور الإسلامي للحياة الاجتماعية ولا هي - بطبيعة الحال - مرتبطة به . فلماذا نربط تصورنا بها ، ونقف موقف الدفاع عن الإسلام بالبحث عن مدى موافقته لها ، إن هذا الموقف قد يكون أخطر على الدعوة إلى تطبيق أحكام شريعة الإسلام من تطبيق القوانين المخالفة لها . ذلك أنه من المعلوم للكافة أن هذه القوانين مأخوذة من مصادر أخرى غير المصادر الإسلامية ، ولذلك ترى الناس أسرع استجابة للدعوة إلى تغييرها منهم إلى الدعوة إلى أى شيء آخر . فإن نحن لبسنا على الناس فكيرهم ، وأوهنا أنه لا فارق في حقيقة الأمر بين الشرعين أو النظامين إلا في مسائل محدودة ، فلم نطالب بالتغيير إذن ، وما هو السبب الذى تقدم به هذه المطالبة للناس (٨٤) .

إن المقتنعين بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ينطلقون من أساسيات كثيرة ، ليس أقلها أهمية صلاح هذه الأحكام - أكثر من سواها - وملاءمتها دون غيرها لتحقيق مصالح الناس في مجتمعاتنا الإسلامية . وهم مع ذلك يقدمون دعوتهم في إطار تصور شامل للإسلام عقيدة وشرية ، أى لأحكامه الدينية والاجتماعية بضرورها المختلفة . وليس هناك موافقة في الأصول الفكرية بينهم وبين دعاة بقاء الأوضاع الحالية - في مجال التشريع والتنظيم - على ما هي عليه . وكل توافق - ولدته المصادفة أو النقل - بين أحكام الفقه الإسلامى وأحكام هذه القوانين يجب أن يعتبر ويفهم على أنه

(٨٤) راجع في ذلك وفي منهج تطبيق الشريعة الإسلامية في المجتمعات الإسلامية المعاصرة كتاب الأستاذ عبد الحليم الجندى الرئيس الأسبق لإدارة قضايا الحكومة « نحو تقنين جديد للمعاملات والعقوبات من الفقه الإسلامى » القاهرة ، ١٩٧٣ ، وانظر على الأخص ص ٦٣ - ٦٤ .

نقطة قوة تضاف إلى دعوتهم ، لا نقطة ضعف تحد من أثرها ومجالها بحصره في عدد قليل من المواضع والموضوعات .

وعلى أساس من هذا الفهم ، يجب أن يقوم المقتنعون بتطبيق أحكام الشريعة والفقہ الإسلامى بالدعوة إليها والتمكين لها .

الباب الخامس

نظام الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي

١٢٧ - تمهيد :

إن العلاقة بين توقيع العقوبة على مرتكب الجريمة ، وبين أدلة الإثبات التي يتطلب نظام قانوني ما توافرها لإثبات نسبة ارتكاب الجريمة إلى الجاني ، علاقة لا يحتاج وضوحها إلى كثير بيان . فحيث لم تقتنع المحكمة اقتناعاً تاماً ، لا تشوبه أدنى شائبة من شك ، بارتكاب المتهم للجريمة التي يحاكم من أجلها ، فإنها لا يمكنها الحكم عليه بالعقوبة المقررة لها .

وتبين دراسة قواعد الإثبات - في أي نظام قانوني - مدى رغبة المشرع في تضيق أو توسيع نطاق الحالات التي يمكن أو يجب أن توقع فيها عقوبة معينة لارتكاب سلوك إجرامي ما . ولذلك فإن دراسة النظام الجنائي الإسلامي لا تكتمل إلا بدراسة القواعد المقررة للإثبات الجنائي في هذا النظام ، والتي على أساسها يصح إسناد الفعل الإجرامي إلى شخص ما ، أو تبرأ ساحته من الإتهام بارتكابه . وقواعد الإثبات الجنائي لا ترمى فقط إلى إثبات إدانة الجاني ، وإنما تهدف أيضاً - وبنفس القدر - إلى إثبات براءة البريء^(١) . وقد وُصفت قواعد الإثبات في النظام القانوني الإسلامي بوجه عام - بحق - بأنها تهدف إلى «إثبات صحة الإدعاءات في صورها المختلفة بدرجة كبيرة من اليقين»^(٢) .

والطرق الرئيسية للإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي هي الشهادة . وهي - بحسب الأصل - شهادة مسلمين عدلين ، يعرفان الوقائع التي يشهدان عليها معرفة مباشرة^(٣) . والأصل أن تتم الشهادة - أي إدلاء الشهود بالمعلومات التي لديهم - أمام القاضي في مجلس القضاء ، سواء في ذلك أكان موضوع الدعوى التي يشهدون فيها جنائياً أو مدنياً .

وليست الشهادة على أهميتها هي الطريق الوحيد المقررة للإثبات في النظام الجنائي الإسلامي ، فهناك إقرار الجاني - أو اعترافه - بارتكاب الجريمة المنسوبة إليه ، والقرائن المستفادة من الواقع أو من ظروف الدعوى . ويجعل بعض الفقهاء علم القاضي وسيلة من وسائل الإثبات في المواد الجنائية أيضاً .

(١) انظر روف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ص ٥ - ٦ . وفي القانون الإنجليزي انظر :

Harris, Criminal Law, Ch, 47 (Evidence) 22nd Ed., 1973, P. 591.

N.J. Coulson, A History of Islamic Law, 1971, P. 126

(٢)

(٣) المعنى ، ج ٩ ص ١٥٨

وعلى ذلك فإننا نناقش في هذا الباب الشهادة والإقرار والقرائن وعلم القاضى كوسائل للإثبات الجنائى فى الفقه الإسلامى . ولما كانت الشهادة فى جريمة الزنى منفردة بحكم خاص من حيث عدد الشهود فإننا نفردها لفقرة خاصة ، ونبين فى أثناء بحثنا مدى التزام القاضى بوسائل الإثبات المحددة ، وخاصة شهادة الشهود ، أو بعبارة أخرى مدى حرته فى تقدير الدليل المستمد من الشهادة ، وفى استمداد دليل الإدانة أو البراءة من القرائن عند توافر نصاب الشهادة أو عند عدم توافره .

١٢٨ - الشهادة والعدالة :

الوسيلة المقررة لإثبات معظم الجرائم فى الفقه الجنائى الإسلامى هى شهادة شاهدين عدلين . وفى جرائم الحدود تطبق هذه القاعدة فى إثبات جرائم القذف والحراة والسرقه ، ويشترط ثبوت جرائم التعزير الخطيرة بشهادة رجلين كذلك . وبشهادة رجلين عدلين يثبت حق القصاص فى النفس (جريمة القتل) وفىما دون النفس (جريمة الجرح أو الضرب) (٤) .

وينفرد مذهب الإمام مالك ، ويتابعه بعض فقهاء الحنابلة ، بالفرقة بين القصاص فى النفس ، أى إثبات جريمة القتل ، والقصاص فى النفس ، أى إثبات جرائم الاعتداء على الأشخاص (دون القتل) . فعندهم أن القصاص فى النفس يشترط لثبوته شهادة شاهدين ، على حين أن القصاص فى النفس يكتفى لإثباته بشهادة شاهد واحد ويمين المجنى عليه ، أو بشهادة رجل وامرأتين (٥) .

وقد اهتم الفقهاء فى شأن الشهادة بالبحث فى شروطها ونصابها وتحملها وأدائها ، ومتى تقبل ، ومتى ترد . على أن أهم البحوث المتعلقة بالشهادة - فى نظرنا - هو بحث اشتراط العدالة فى الشهود . إذ لا يقبل فى النظام القضائى الإسلامى إلا الشهادة «العدل» . وترد شهادة من لم يثبت له هذا الوصف ، أو من ثبت له خلافه .

والأصل فى اشتراط العدالة فى الشهود هو قول الله تعالى : (وأشهدوا ذوى عدل منكم) الطلاق - ٢ . وقوله عز وجل : «يأبى الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم . . .» المائدة - ١٠٦ .

ويعتبر المسلم عدلاً - عند الأحناف والمالكية والشافعية - إذا عرف عنه إثبات المأمورات واجتناب

(٤) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢١٢ - ٢١٣ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، وأبو الوليد الباجى ، المتقى شرح الموطأ ، ج ٥ ص ٢١٥ ، وللحنابلة انظر : معجم الفقه الحنبلى ، مستخرج من كتاب المعنى لابن قدامة ج ١ ص ٥٠٥ ، الكويت ١٩٧٣ (وزارة الأوقاف إدارة الموسوعة الفقهية) . وقد دافع عن مذهب مالك فى هذا الخصوص شيخ الإسلام ابن تيمية فى الفتاوى ج ٢٠ ، ص ٣٨٨ - ٣٨٩ .

المنهيات^(٦). ويضيف الحنابلة - وبعض الشافعية - إلى ذلك ما يسمونه «استعمال المروءة» وهو تجنب كل سلوك يخل باحترام الإنسان ووقاره ، وتقدير الناس له^(٧). وقد قيل في بيان هذا الشرط «المروءة هي الإنسانية ، وهي مشتقة من المراء ، ومن ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد بالزور لأن من لا يستحى من الناس في ترك المروءة لم يبال بما يصنع . والدليل عليه ما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه عن رسول ﷺ قال : إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : «إذا لم تستح فاصنع ما شئت»^(٨). وقد نقل ابن حزم الظاهري إشرط المروءة عن الإمام الشافعي ، ثم رده بقوله : «كان يجب أن يكتبي بذكر الطاعة والمعصية . وأما ذكر المروءة فهنا ففضول من القول . وفساد في القضية . لأنها إن كانت من الطاعة فالطاعة تغني عنها . وإن كانت ليست من الطاعة فلا يجوز اشتراطها في أمور الديانة ، إذ لم يأت بذلك نص قرآن ولا سنة»^(٩).

ويرى ابن حزم - وفقهاء أهل الظاهر - أن المسلم العدل هو من لم يعرف عنه ارتكاب كبيرة ، ولا مجاهرة بصغيرة . والكبيرة عندهم هي ماسماه رسول الله ﷺ كبيرة ، أو جاء فيه الوعيد . والصغيرة هي ما لم يأت فيه وعيد^(١٠) ، والوعيد هو التهديد بعذاب أو عقاب أخروي .

ويؤيد الإمام ابن حزم مذهب أهل الظاهر في ذلك بالاستناد إلى قوله تعالى : «إن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلاً كريماً» النساء - ٣١ . فيقول : «فصح أن ما دون الكبائر مكفرة باجتنايب الكبائر ، وما كفره الله تعالى وأسقطه فلا يجل لأحد أن يذم صاحبه ولا أن يصفه به . وكذلك من تاب من الكفر فما دونه إذا سقط عنه بالتوبة ما تاب عنه لم يجز لأحد أن يذمه بما سقط عنه ، ولا أن يصفه به»^(١١).

ومما يجدر التنبيه إليه هنا أن الله سبحانه وتعالى كما ذكر في القرآن الكريم إشرط العدالة في الشهود ، وصف الشهود في آية أخرى بأنهم المرضييون لدى المؤمنين دون أن يشترط فيهم العدالة . والجمع بين الآيات يقتضى أن نقول : إن العدل هو من ارتضيت شهادته وفق العادات والأعراف

(٦) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٦ ص ١٢١ ، الباجي ، المتقى ، ج ٥ ص ١٩٥ ، والباجرمي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، ج ٤ ص ٣٣٩ .

(٧) الحجوي ، من الإقناع ، على هامش كشاف القناع للبهوتي ، ج ٦ ص ٤٢٢ ، ومعجم الفقه الحنبلي ، ج ١ ص ١٠٥ ، والمهذب لأبي إسحق الشيرازي ، ج ٢ ص ٣٢٥ .

(٨) المهذب ، الموضوع السابق .

(٩) المحلى ، ج ٩ ص ٣٩٥ .

(١٠) المحلى ، ج ٩ ص ٣٩٣ ، وقارن القرافي ، الفروق ج ٤ ص ٦٦ - ٧٠ . ونلاحظ أن الحنابلة يعرفون الكبيرة بمثل تعريف

الظاهرة ، انظر المطلع على أبواب المقنع للبعلي ، ص ٤٠٨ .

(١١) المحلى ، الموضوع السابق .

السائدة في المكان والزمان الذي تتم فيه الشهادة . ولا شك أن هناك أموراً أساسية لا يقبلها المجتمع المسلم ، ولا يرتضى شهادة من يفعلها أيّاً ما كانت ظروف الواقع والزمان والمكان . وهناك من الشروط التي اشترطها الفقهاء لثبوت عدالة الشاهد ما قد يختلف النظر إليه باختلاف الزمان والمكان أو العرف السائد فيها ولعل قول الله تعالى : «ممن ترضون من الشهداء» يشير إلى هذه المعاني . فالفقهاء - في بعض المذاهب - مثلاً يشترطون لقبول الشهادة ألا يكون الشاهد ممن يأكل في الطريق العام ، ولا ممن يسير عارى الرأس^(١٢) . ومثل ذلك مما يختلف فيه عادات الناس وأعرافهم ، ولذلك تحكم فيه قاعدة «الرضا بالشهادة» . ويمكننا لذلك أن نقول : إنه فيما عدا ما ورد فيه نص خاص بردّ الشهادة فإن العدل من المسلمين هو من قبل جمهور المسلمين في مجتمعه شهادته^(١٣) .

وقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان المسلم يعتبر عدلاً ما لم يثبت عدم عدالته أم أن العدالة أمر يجب إثباته وإقامة الدليل عليه ؟

وفي المذاهب الإسلامية رأيان في هذا الخصوص . فالأحناف والظاهرية يرون المسلم عدلاً بحسب الأصل . فكل مسلم عندهم عدل إلى أن يثبت انتفاء العدالة عنه . وبالتالي فالأصل قبول شهادة المسلم دون بحث أو تحر عن عدالته ، فإذا ثبت أنه لم يستكمل شروط العدالة ردت شهادته . وفقهاء المذاهب الأخرى يرون أن القاضى عليه - قبل أن يحكم بشهادة الشهود - التحرى عن عدالتهم - ما لم يعرف هو أنهم عدول - فتي ثبتت لديه عدالة الشهود حكم بموجب شهادتهم ، والإطلب من المدعى شهوداً غيرهم ، أو دليلاً سوى الشهادة^(١٤) .

ونستطيع بناء على ذلك أن نقول : إنه إذا شهد لدى القاضى بإثبات شيء أو نفيه شاهدان عدلان كان على القاضى - بحسب الأصل - أن يحكم بما شهدا به . وسواء في ذلك أن يكون المشهود عليه عقوبة وجبت لارتكاب جريمة من جرائم الحدود أو التعزير أو القصاص ، أو كان حقاً ثبت لشخص من الأشخاص . اللهم إلا أن يكون المشهود عليه هو جريمة الزنى ، فعندئذ لا يثبت الفعل الجرم - وفق الرأى السائد - إلا بشهادة أربعة شهود عدول . وذلك ما نفرد له الفقرة التالية .

(١٢) المهذب ، المرجع السابق .

(١٣) نهبى إلى هذا المعنى الأخ الدكتور محمد مصطفى الأعظمى ، أستاذ الحديث النبوى في جامعة الرياض ، وقد أخبرنى أنه ما بحث فيه بعض طلابه في قسم الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز في مكة المكرمة .

(١٤) انظر في ذلك : الخلى ، ج ٩ ص ٣٩٢ - ٣٩٥ . والمتقى شرح الموطأ ، ج ٥ ص ١٩٥ وما بعدها ، والتشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، ج ٢ ص ٤٠٤ - ٤٠٥ .

١٢٩ - الشهادة في جريمة الزنى :

بين القرآن الكريم نصاب الشهادة في جريمة الزنى ، وجعله مقصوراً على أربعة شهود مسلمين ، وذلك في قوله تعالى : «واللاقي يأتين الفاحشة من نسائكُم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» النساء - ١٥ . وفي قوله تعالى : «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون» النور - ١٣ .

واشترط أربعة شهود ذكور مسلمين لإثبات جريمة الزنى الموجبة لعقوبة الحد محل اتفاق عامة فقهاء المذاهب الإسلامية . غير أن الظاهرية يذهبون إلى قبول شهادة النساء في الحدود ، وإلى أن شهادة امرأتين تقوم مقام شهادة كل رجل من الرجال الأربعة : «فيكون ذلك ثلاثة رجال وأمرأتين . أو رجلين وأربع نسوة . أو رجلاً واحداً وست نسوة . أو ثمانى نسوة فقط . ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء وما فيه القصاص والنكاح والطلاق والرجعة والأموال إلا رجلاً مسلماً عدلان أو رجل وامرأتان كذلك أو أربع نسوة كذلك» . ويحتج ابن حزم لمذهبه في قبول شهادة النساء في الحدود - بما في ذلك حد الزنى - بعموم قوله تعالى : «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان» .

ولم يقل أحد سوى الظاهرية بقبول شهادة النساء في الحدود والقصاص ، بل الجمهور على أن شهادتهن لا تقبل في الحدود والقصاص ، وأن شهادة الرجال وحدهم هي التي تصلح دليلاً للإثبات فيها^(١٦) .

ولكى يثبت الزنى لدى القاضى ، فإن الشهود يجب أن يحددوا في شهادتهم زمان ارتكاب الجريمة ، ومكانها ، وشخص مرتكبها . ويجب أن يشهدوا لدى القاضى في مجلس واحد^(١٧) ويجب أن يشهدوا بأنهم رأوا الفعل المجرم بوضعه الدقيق الموجب للحد . فلا يكفي أن يشهدوا بخلوة الرجل مع المرأة ، ولا بوجودهما في فراش معاً متجردين . . . وإنما يجب أن تنصب شهادتهم على فعل الوطاء المحرم^(١٨) .

وإذا نقص عدد الشهود عن أربعة فإن على القاضى أن يقضى عليهم بعقوبة القذف - ولو كانوا ثلاثة شهود - فيجلد كل واحد منهم ثمانين جلدة . ولا ينظر في هذا الخصوص إلى مدى صدق

(١٥) المحلى ، ج ٩ ص ٣٩٥ - ٤٠٥ .

(١٦) المغنى ، ج ٩ ص ٦٩ - ٧٠ . والمراجع الأخرى المشار إليها في هذا البحث .

(١٧) بعض فقهاء الشافعية لا يشترط اتحاد مجلس الشهادة .

(١٨) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٤٨ ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ٢ ص ٢١٢ .

الشهود أو كذبهم ، وإنما يفترض فيهم الكذب لمجرد أن عددهم لم يصل إلى العدد المطلوب شرعاً لإثبات ارتكاب الجريمة ، وهو العدد الذى حددته نصوص القرآن الكريم بأربعة شهداء . فلو كان الذين رأوا فعل الزنى أربعة ثم نكل أحدهم فى مجلس القضاء بعد أن شهد الثلاثة الآخرون ، حد الشهود الثلاثة حد القذف ، بغض النظر عن الأسباب التى دعت الشاهد الرابع إلى النكول عن أداء الشهادة .

وتبين هذه الشروط - وغيرها مما أورده الفقهاء - وهى عسيرة التحقق : فثمة عدد معين للشهود ، وأوصاف لا تقبل بدونها الشهادة ، ويجب أن يتقدم الشهود جميعاً فى مجلس واحد لأداء شهادتهم ، ولا بد من تحديد شخص الجانى ووصف حقيقة الفعل المكون للجريمة - يبين كل ذلك صعوبة إثبات جريمة الزنى بشهادة الشهود ، ولاشك أن فى ارتكاب الجريمة بصورة يمكن معها توافر هذا العدد من الشهود ، وتحقق شروط الشهادة المطلوبة للإثبات ، استهانة بالقيم الأخلاقية والاجتماعية ، المقررة لا فى الشريعة الإسلامية فحسب ، بل فى غيرها من النظم القانونية كذلك . حتى لقد وصف مثل هذا الفعل الذى يتوافر للشهادة عليه هذا العدد بأنه جريمة حتى فى ظل القانون الإنجليزى الذى يبيح العلاقة الجنسية خارج نطاق الزواج الصحيح (٢٠) .

ولعله لذلك لم يعرف التاريخ الإسلامى كله حالة واحدة ثبت فيها ارتكاب جريمة الزنى بشهادة الشهود . وإنما ثبتت هذه الجريمة دائماً بالإقرار الذى يريد به الجانى تطهير نفسه من الزنى - أو من إثمه - ليلقى ربه غير مثقل بأعباء معصيته . وهو إقرار مع ذلك مقصور أثره على المقر ، فلا يتعداه إلى أحد سواه حتى ولو كان شريكه فى ارتكاب الجريمة . وأفضل منه - فى نظرة الإسلام - الاستتار بستر الله ، بل إنه إذا جاء القاضى شخص يريد الاعتراف كان من الأفضل للقاضى أن يصرفه عن ذلك كما فعل رسول الله ﷺ بما عجز حين ردّده أربع مرات يقول له لعلك قبلت . لعلك غمزت . وكما فعل بالغامدية حين قال لها « ويحك استغفرى الله وتوبى إليه » . وقد قال رسول الله ﷺ لمن أشار على ماعز بأن يعترف لديه بفعلته « لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » .

فليس الهدف من العقوبة المقررة للزنى - أو لغيره من الحدود - ملاحقة كل من غلبته نفسه فعصى مرة ، بتوقيع العقاب عليه . وإنما الهدف من هذه العقوبات هو تهديد أولئك الذين لا يصلح فى علاجهم من أدواء نفوسهم إلا العقاب (٢١) .

(١٩) المغنى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ ، والمدونة ، ج ٤ ص ٣٩٩ ، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى ، ج ٩ ص ١١٥ .

(٢٠) N.J. Coulson, conflicts & Tensions in Islamic Jurisprudence, Chicago, 1969, P. 78.

(٢١) أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلى ، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية ، ص ٢٠٧ .

١٣٠ - الإقرار بالجرمة :

كما يثبت ارتكاب شخص ما لجرمة معينة بشهادة الشهود ، فإنه يثبت بإقرار الشخص نفسه بارتكابه للجرمة ، سواء أسبق الإقرار توجيه اتهام قُدِّمَ الشخص بسببه إلى المحكمة لتفضي في مدى ثبوت التهمة أو براءته منها ، أم لم يسبق الإقرار اتهام ، وتقدم الشخص من تلقاء نفسه إلى القاضي مقرراً عنده بارتكابه جريمة ما .

ومن المتفق عليه أن الإقرار وحده دليل كاف لإثبات نسبة الفعل المجرم إلى المتهم ، أو إلى المقرري غير اتهام . ويقضى بناء على ذلك بالعقوبة على المقر بارتكاب جريمة .

والإقرار حجة مقصورة على المقر لا تتعداه إلى غيره ، فإذا أقر الشخص أنه ارتكب جريمة الزنى أو السرقة أخذ بإقراره ، فإذا تضمن الإقرار أن له شريكاً سَمَّاهُ لم يكن الإقرار حجة على الشريك . ولا يعاقب الشريك إلا بإقرار منفرد يصدر عنه ، أو بثبوت الجريمة عليه بطريق آخر من طرق الإثبات (٢٢) .

والإقرار يكفي لإثبات الجريمة ولو لم يتكرر . فالإقرار مرة واحدة حجة ، وذلك في جرائم القصاص والتعزير والحدود عدا جريمة الزنى ، إذ يثور خلاف بين المذاهب الفقهية في مدى كفاية الإقرار المنفرد لإثباتها . وسبب هذا الخلاف هو التشدد الظاهر من الشارع في نصاب الشهادة وشروطها في هذه الجريمة على وجه الخصوص .

وقد ذهب الأحناف والحنابلة والزيدية إلى وجوب تكرار الإقرار بالزنى أربع مرات حتى تثبت به الجريمة . ويؤسسون ذلك على قياس الإقرار على الشهادة من جهة ، وعلى فعل الرسول ﷺ مع ماعز من جهة أخرى ، فقد ردَّه أربع مرات وهو يقر في كل مرة بارتكاب الجريمة (٢٣) . ويضيف الزيدية إلى ذلك حجة أخرى مؤداها أن في طلب تكرار الإقرار إتاحة الفرصة للمقر كي يعدل عن إقراره ومن ثم فلا توقع عليه عقوبة الحد . وفي ذلك فتح لباب التوبة المطلوبة شرعاً ، وهو أفضل من توقيع العقوبة (٢٤) .

(٢٢) انظر فيما تقدم : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٥٠ ، المعنى ، ج ٩ ص ٦٤ ، الروض النصير ، ج ٤ ص ٤٧٠ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٤٩٤ .

وهذه الأحكام تكاد أن تكون متفقة تماماً مع أحكام الإقرار كدليل للإثبات في القانون الجنائي الإنجليزي . انظر .

Harris, Criminal Law, Op. Cit., p. 610-614.

(٢٣) الكاساني ، بدائع الصنائع ، والمعنى لابن قدامة ، في الموضعين السابقين .

(٢٤) الروض النصير ، ج ٤ ص ٤٧٣ .

ويرى المالكية والشافعية والظاهرية أن الإقرار مرة واحدة يكفي لإثبات جريمة الزنى . وبينون رأيهم على الفارق الظاهر بين الشهادة والإقرار . فإثبات الجريمة وإسنادها إلى شخص معين ، متهم بإرتكابها ، في حالة الشهادة يعتمد على محض افتراض صدق الشهود ، ولذلك تشدد الشارع في عددهم . وأما في حالة الإقرار فالمقر لا يتهم فيما ينسبه إلى نفسه ، ومن ثم فلا محل للتشدد بطلب تكرار الإقرار . ويرد أصحاب هذا الرأي الاستناد إلى حديث ما عزر بالاستناد إلى أحاديث أخرى ، من بينها حديث العسيف ، حيث لم يثبت فيها طلب رسول الله ﷺ تكرار الإقرار (٢٥) .

وفي مذهب الأحناف رأيان بالنسبة لتكرار الإقرار في غير جريمة الزنى ، فبينما يذهب أبو يوسف ، صاحب الإمام أبي حنيفة إلى وجوب تكرار الإقرار مرتين في الاعتراف بالسرقة وشرب الخمر والقذف ، يذهب أبو حنيفة إلى أن الإقرار المنفرد يكفي لإثبات ارتكاب أى من هذه الجرائم . وبينى أبو يوسف رأيه على الإستحسان الذى يقتضى الاحتياط في توقيع العقوبات المقررة لجرائم الحدود . ويرى أبو حنيفة أنه ليس في تكرار الإقرار ما يزيد جانب ثبوت الجريمة قوة عما يورثه الإقرار الأول أو الواحد . لأن الإقرار - عنده - إخبار ، وهو لا يتأكد بتكرر الخبر (٢٦) . ويبدو أن رأى الإمام هو الراجح في المذهب ، لا رأى أبي يوسف (٢٧) .

ويشترط في الإقرار أن يكون مفصلاً بحيث يثبت لدى القاضى إمام المقر بما يعترف بارتكابه ، إذ لو قبلنا مجرد الإقرار بارتكاب الجريمة دون اشتراط هذا التفصيل فرما عوقب من لا يستحق العقاب . فإذا أقر شخص بارتكابه جريمة السرقة أو القذف أو الزنى وجب على القاضى سؤاله عن تفاصيل ما فعل حتى لا يحكم عليه إلا بعد التيقن من مطابقة ما يقربه للأ نموذج القانونى للفعل المجرم . ومما يتعلق باشتراط التفصيل في الإقرار وجوب كونه في ألفاظ صريحة واضحة الدلالة على الجريمة التى يتضمن الاعتراف بها . فالإقرار بطريق التورية أو الكناية لا يقبل كوسيلة للإثبات الجنائى في الفقه الإسلامى (٢٨) .

وتطبيقاً لهذه القاعدة رأى الأحناف وبعض الشافعية عدم جواز قبول إقرار الأخرس ولو كان إقراره بطريق الكتابة ، لأن كتابته وإشارته عندهم غير صريحتين في بيان إرادته . ويذهب رأى

(٢٥) انظر المحلى ، ج ١١ ص ١٧٦ - ١٨١ ، والزرقلاني على مختصر خليل ، ج ٨ ص ٩٩ - ١٠٠ وقد سبق تخرىج الأحاديث المشار إليها عند بحث جريمة الزنى وعقوبتها في الباب الثانى من هذه الدراسة .

(٢٦) الكاسانى ، المرجع السابق .

(٢٧) الحصاص ، أحكام القرآن ، ج ٢ ص ٤٢٧ - ٤٢٩ .

(٢٨) الكاسانى ، الموضع السابق ، والمغنى ج ٩ ص ٦٥ .

آخر ، في المذاهب الأخرى ، إلى جواز قبول إقرار الأخرس إشارة أو كتابة ما دامت إشارته وكتابته تبين بلا لبس أو شك المراد منها (٢٩).

١٣١ - العدول عن الإقرار :

إذا كان الإقرار حجة في إثبات الفعل المقربه وإسناده إلى المقر ، فإن المقر في المسائل الجنائية - دون المدنية - يجوز له العدول عن إقراره . وجواز العدول عن الإقرار مقرر قبل الحكم بالعقوبة وبعده ، بل بعد البدء في التنفيذ . ويختلف أثر العدول عن الإقرار في المسائل الجنائية بحسب نوع الحق الذي ورد عليه الإقرار :

فإذا كان المقرّبه ارتكاب جريمة من جرائم الحدود فإن العدول عن الإقرار يمنع من صدور الحكم بالعقوبة . وإذا وقع العدول عن الإقرار بعد صدور الحكم امتنع تنفيذه . فإذا كان العدول بعد البدء في التنفيذ ، وهذا متصور في حالي عقوبة الجلد وعقوبة الرجم ، يوقف تنفيذ الحكم فور العدول عن الإقرار وتنقضي الآثار المترتبة عليه (٣٠).

ويرى الفقهاء في المذاهب الأربعة جواز المضي في إجراءات المحاكمة وإصدار حكم الإدانة ، وجواز الاستمرار في تنفيذ الحكم إذا تم العدول عن الإقرار بعد صدوره ، وذلك في حالة الرجوع عن الإقرار في جرائم التعزير .

وأساس التفرقة بين العدول في جرائم الحدود ، والعدول في جرائم التعزير هو ما قرره الفقهاء من وجوب درء الحدود بالشبهات ، ومن جواز إثبات التعزير مع وجود شبهة . فالعدول عن الإقرار يورث شبهة تحول دون التأكد من صدق الجاني فيما أقربه . ولا يجوز توقيع الحد مع وجود شبهة . أما التعزير فهو جائز مع وجود شبهة ، ولذلك لم يجعلوا للرجوع عن الإقرار في جرائم التعزير ، الأثر الذي له في جرائم الحدود (٣١).

وقد سبق أن انتقدنا الرأي القائل بعدم إعمال قاعدة درء العقوبات بالشبهات في جرائم التعزير . ومن ثم فإننا نرى - بناء على ما قدمناه من هذا الانتقاد - وجوب توحيد القاعدة الإجرائية التي تحكم

(٢٩) انظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٢٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ج ٢ ص ١٦٤ ، المغني ، ج ٩ ص ٦٨ - ٦٩ ، الزرقاني على مختصر خليل ، ج ٨ ص ١٠٠ للمهذب للشيرازي ج ٢ ص ٣٢٤ ، حيث حكى اختلاف الشافعية في شهادة الأخرس ، وهو اختلاف يجري أيضاً في إقراره .

(٣٠) انظر المراجع السابقة الإشارة إليها . ويلاحظ أن البعض يرى عدم قبول العدول عن الإقرار إذا كانت الجريمة قد وقع الاعتداء فيها على حق شخصي لفرد من الأفراد ، انظر المهذب ج ٢ ص ٣٤٥ . ويقول الشيرازي في التعليق على هذا الرأي إن قبول الرجوع عن الإقرار هو الصحيح .

(٣١) انظر ما قدمناه في الباب الأول من هذه الدراسة عند كلامنا عن قاعدة درء العقوبات بالشبهات .

العدول عن الإقرار في النوعين من الجرائم . أى أنه كما يتمتع السير في إجراءات المحاكمة أو تنفيذ الأحكام بسبب العدول عن الإقرار في جرائم الحدود ، فإنه يجب أن يكون للعدول عن الإقرار الأثر ذاته في جرائم التعزير .

ومما تقدم يتبين أن دور الإقرار في الإثبات الجنائي دور محدود ، إذا قيس بدوره في الإثبات المدني . فالشارع في الإثبات المدني يغلب جانب عدم الإضرار بالأفراد ، ويراعى أن لا يمكن أحد من الاعتداء على حق أحد ، والناس يتخرجون - عادة - من أكل أموال الآخرين بالباطل ، فيقرون بما عليهم من حقوق .

أما في المسائل الجنائية فإن جواز العدول الاختياري عن الإقرار في أى مرحلة تكون عليها الدعوى ، ولو بعد صدور حكم نهائى فيها أو بدء تنفيذ هذا الحكم ، كل ذلك يجعل للإقرار قيمة محدودة في الإثبات في المسائل الجنائية . وإذا نظرنا - من ناحية أخرى - إلى شدة العقوبات المقررة لجرائم الحدود فإننا نرى أنه من الصعب أن يقدم الجاني على الإقرار بارتكاب هذه الجرائم وتعرض نفسه بذلك لتوقيع العقاب عليه ، خاصة وقد قررت مبادئ الإسلام أن التوبة والستر طمعاً في مغفرة الله سبحانه وتعالى أولى من المجاهرة بالذنب اعترافاً به ، وطلباً للتطهر من المعصية بالعقاب .

١٣٢ - بطلان إقرار المكره :

إن الإقرار الذى يترتب عليه إسناد الفعل إلى المقر ، وتوقيع العقاب عليه هو الإقرار الصادر عن إرادة حرة ، مختارة ، صاحبها غير مكره على الإقرار . والإقرار الصادر عن إكراه لا يترتب عليه أى أثر بالنسبة إلى المقر . وهذا القدر متفق عليه في الفقه الإسلامى ، وإن اختلفت المذاهب الإسلامية في شروط الإكراه الذى يبطل الإقرار .

فيرى الحنابلة أن الإقرار الصادر عن إكراه يبطل بثلاثة شروط :

- ١ - أن يكون الإكراه صادراً من شخص قادر على المُكْرَه بسلطان أو تغلب .
 - ٢ - أن يغلب على ظن الواقع عليه الإكراه نزول الوعيد به إن لم يستجب لما يطلب منه .
 - ٣ - أن يكون الأمر المهدد به ضاراً كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيود الطويلين (٣٢) .
- ويفرق الأحناف كذلك بين الضرب الشديد والخفيف والحبس الطويل والمدة وقصيرها . وينتقد ابن حزم الظاهري هذه التفرقة فيسوى بين الحبس طال أم قصر في اعتباره إكراهاً يبطل معه الإقرار وبين الضرب الشديد والخفيف ، فيرتب عليها ذات الأثر وهو بطلان الإقرار الصادر عن المكره

فأحسب أنه صادق فأقضى له» . . . الحديث . أما الاحتجاج بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فأجيب عنه بأن القاضى مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا تتطرق إليه تهمة في تغييره . أما ما يتهم إذا فعله فلا يجوز له فعله بحال (٣٧) . وفي تأكيد مذهب المانعين من قضاء الحاكم أو القاضى بعلمه يقول ابن قيم الجوزية : « وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه ، لوجب منع قضاة الزمان من ذلك . وهذا لوقيل في شريح وكعب بن سوار والحسن البصرى ، كان فيه ما فيه ولقد كان سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم ويتحقق ذلك ، ولا يحكم فيهم بعلمه ، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة ، لئلا يقول الناس إن محمداً يقتل أصحابه . ومن تدبر الشريعة وما اشتملت عليه من المصالح وسد الذرائع تبين له الصواب في هذه المسألة » (٣٨) .

ومن ذلك يتبين أن علم القاضى لا يجوز أن يعتبر وحده دليلاً كافياً للحكم بثبوت ارتكاب الجريمة ونسبتها إلى مرتكبها ، وأنه لا بد لمثل هذا الحكم من أن يكون مبنياً على وسيلة من وسائل الإثبات المقررة لذلك في الفقه الإسلامى .

ولعله لا يبعد من يقول إن مذهب الظاهرية يخالف - في هذه المسألة - نص القرآن الكريم ، في حالة واحدة على الأقل ، فحيث جعل القرآن شرط إثبات الزنى شهادة أربعة رجال مسلمين أجاز الظاهرية أن يكون شاهد واحد كافياً إذا تصادف أن كان هذا الشاهد هو القاضى ، وسواء علم بالزنى وهو يشغل منصب القضاء أو قبل أن يشغله . وكذلك فإن الحكم على الناس بلا بيينة تقبلها نصوص الشرع وقواعده يعد من المنكر الذى يجب منعه . ولو لم يكن في مذهب الظاهرية من عيب الإفتحة الطريق أمام تحكم القضاة ، وأهوائهم ، وأمام الطعن في عدالة القضاء وسوء الظن بالقضاة ، لكان هذان الأمران كافيين لردده وعدم قبوله .

١٣٤ - القرائن ودورها في الإثبات الجنائى :

سبق أن قلنا إن الأصل في الإثبات الجنائى أن يكون بشهادة الشهود . وعرضنا خلاف الفقهاء في شهادة النساء مع الرجال ، وقلنا إن رأى السائد في الفقه الجنائى الإسلامى يذهب إلى أن الحدود والقصاص لا تجوز فيها شهادة النساء .

وقد قلنا في موضع سابق إن اشتراط شروط خاصة في الشهادة على جرائم القصاص والحدود

(٣٧) ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكيمية في السياسة الشرعية ، ص ٢٣٠ (ط القاهرة ١٩٦١) .

(٣٨) المصدر السابق ، ص ٢٣١ - ٢٣٢ (بتصرف واختصار) .

وطرق معينة للإثبات - بصفة عامة - هو « قيد مقرر لمصلحة المتهم ، وموجه أساساً إلى القاضى ، بحيث لا يجوز له أن يقبل في الإثبات ما هو أدنى في الدلالة على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق . وإنه يجب على القاضى أن لا يقضى بالإدانة إلا وقد ثبت لديه يقيناً ارتكاب المتهم للجريمة » (٣٩).

والسؤال الذى نحاول الإجابة عليه هنا هو : هل حصرت الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامى ، طرق الإثبات في الشهادة والإقرار على النحو الذى يبدو لأول وهلة للناظر في كتب الفقه ؟ أو أن الإثبات بغير ذلك من الطرق ، وخاصة بقرائن الأحوال أو القرائن الواقعية ، مباح في المسائل الجنائية ؟

لقد تصدى للإجابة على هذا السؤال الإمام ابن قيم الجوزية في كتابه « الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية » فقال : « والحاكم (أى القاضى) إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ، ودلائل الحال ، ومعرفة شواهد ، وفي القرائن الحالية والمقالية ، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام : أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله » (٤٠).

ويستدل ابن قيم الجوزية على صحة الحكم بالقرائن بوقائع متعددة من القرآن الكريم والسنة النبوية وعمل الصحابة والتابعين ، ونقتصر هنا على إيراد بعض هذه الوقائع المتعلقة بمسائل جنائية . فن ذلك ما رواه القرآن الكريم في قصة يوسف عليه السلام من الحكم بقريئة مكان شق القميص لإثبات الإدانة أو البراءة في اتهامه - عليه السلام - بمراودة امرأة العزيز عن نفسها فقال تعالى : (وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ، فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن ، إن كيدكن عظيم) يوسف - ٢٦ - ٢٨ (٤١).

ومن ذلك اللعان : فإن المرأة إذا نكلت عن أيمان اللعان بعد أن يلاعن الزوج يثبت عليها بمجرد النكول حد الزنى وترجم . فنكول المرأة في اللعان قريئة ظاهرة على صدق الزوج فيما رماها به من الزنى فجعل لعانه ونكولها في حكم الثبوت كشهادة الشهود (٤٢).

(٣٩) راجع ما قدمناه في الفقرة رقم ٣٤ في الباب الأول من هذه الدراسة .

(٤٠) الطرق الحكيمة ، ص ٥ .

(٤١) المرجع السابق ، ص ٧ .

(٤٢) نفس المرجع ، ص ١٤ .

واحتج ابن قيم الجوزية - من السنة - لجواز الحكم بالقرائن بقضية المرأة التي خرجت تريد صلاة الصبح في المسجد فاعتدى عليها رجل وفر هارباً ، واستغاثت برجل مر عليها . وأدركها قوم فاستغاثت بهم فأخذوها والرجل الذي أغاها إلى رسول الله ﷺ فأخبرته المرأة أن الرجل قد اغتصبها ، وقال الرجل إني كنت أغيثها على صاحبها (أى الجاني) وشهد القوم أنهم وجدوه يجرى . فقال الرجل إنما كنت أغيثها على صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني . وقالت المرأة : هو الذي وقع على رسول الله . فأمر رسول الله بالرجل أن يقام عليه الحد . وعندئذ قام رجل آخر وقال لا تحدّوه وحدّوني ، فإنما أنا الذي فعلت بها (٤٣) .

ويعلق على ذلك ابن قيم الجوزية بقوله : « إن مثل هذا - والله أعلم - إقامة الحد باللوث الظاهر القوي (أى بالقرينة الظاهرة . . .) فانه أدرك وهو يشند هارباً بين أيدي القوم . واعترف بأنه كان عند المرأة . وإدعى أنه كان مغيثاً لها . وقالت المرأة هو هذا . وهذا لوث ظاهر » (٤٤) .
وأجاز النبي ﷺ لأولياء القتل أن يقسموا على عين القاتل (أى شخصه) وإن لم يروه للوث ، ولم يدفعه إليهم (٤٥) .

ونقل ابن قيم الجوزية أيضاً الحكم عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة بإيجاب حد الزنى بحمل المرأة التي ليس لها زوج ولا سيد ، وإيجاب حد الخمر إذا وجدت رائحة الخمر في فم الرجل ، أو إذا قاء حمراً (٤٦) . وقال : « فالبيّنة اسم لما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين ، أو الأربعة ، أو الشاهد لم يوفّ مسماًها حقه . ولم تأت البيّنة قط في القرآن الكريم مراداً بها الشاهدان . وإنما أتت مراداً بها الحجّة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة . . . والشاهدان من البيّنة ، ولا ريب أن غيرها من البيّنات قد يكون أقوى منها . . . والشارع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال . بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار ، مرتباً عليها الأحكام » .

وهكذا يبدو أن الشريعة الإسلامية - والراجح في مذاهب فقهاءها - تجعل للقاضي أن يقضى

(٤٣) أخرج هذا الحديث النسائي والإمام أحمد وأبو داود والترمذى ، انظر سنن أبي داود ج ٤ ص ١٩٠ ، ومشكاة المصابيح ج ٢ ص ٢٩٢ - ٢٩٣ وفيها الإشارة إلى ترجيح الترمذى والبيهقى للحديث وتصحيحهما له . وقد صححه في تعليقه على المشكاة المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألباني .

(٤٤) و(٤٥) ابن قيم الجوزية ، المصدر السابق ، ص ٧١ .

(٤٦) المصدر نفسه ، ص ٨ .

(٤٧) ص ١٤ من المصدر السابق .

بما ثبت لديه أنه صحيح ، سواء أكان طريق الثبوت هو الشهادة أم كان غيرها من الطرق . وكذلك لا تجيز هذه الشريعة للقاضي أن يأخذ بشهادة الشهود إذا تبين له بطريق آخر أن ما شهدوا عليه لم يقع ، كأن يشهد أربعة على امرأة بالزنى ثم يتبين أنها لا تزال عذراء ، فعندئذ لا يجوز القول بأن نصاب الشهادة قد اكتمل فيجب الحكم بها . وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء .

فالقاضي أن يقدر الدليل الذى يقدم إليه فى الدعوى ، فى ضوء ظروفها وقرائن الأحوال فيها . وهو لا يقضى على أى حال إلا وقد يتقن أن ما يقضى به تثبته البيئات المعروضة أمامه .

ولا يرد على هذا بأن المذاهب الإسلامية متفقة على وجوب الإثبات بالشاهدين أو الرجل والمرأتين . فقد ورد ذكر هذه الطريقة من طرق الإثبات فى القرآن الكريم فى شأن التصرفات القانونية لافى شأن الوقائع المادية - التى هى محل الإثبات أو النفي فى المسائل الجنائية - فذكر القرآن الكريم شهادة الشاهدين أو الرجل والمرأتين فى إثبات الدين بالكتابة ، وفى الطلاق . ولاشك أن الفارق بين التصرف القانونى والواقعة المادية يؤيد التفريق بينهما فى الشهادة - أو الطريق - التى تثبت كلا منهما . فالتصرف القانونى يستعد له أطرافه ، ويعنون بتسجيله والإشهاد عليه تحسباً لأى عارض مستقبل ، أو شك فى ثبوته ، أو إنكار له . أما الوقائع المادية - وخاصة ما كان منها يشكل جريمة معاقباً عليها - فإن صاحبها يحتاط عادة لثلاث تثبت عليه أو يتهم بها ، ويستخفى بها عن الناس ولا يتصور أن يقدم على ارتكاب الجريمة شخص عاقل فى حضور الشهود العدول الذين يشنون عليه بشهادتهم ارتكابها . ومن هنا كان من الواجب - منطقاً - أن يوسع فى إثبات الوقائع المادية بإجازته بكل طريق يؤدى إليه يقيناً أو قريباً من اليقين . ويضيق فى إثبات التصرفات القانونية التى يترتب عليها حقوق فى مال الفرد وملكه وزواجه وطلاقه وأمثال ذلك (٤٨) .

وقد قال ابن تيمية : « القرآن لم يذكر الشاهدين ، والرجل والمرأتين فى طرق الحكم التى يحكم بها الحاكم . وإنما ذكر النوعين من البيئات فى الطرق التى يحفظ بها الإنسان حقه .. وما تحفظ به الحقوق شئ ، وما يحكم به الحاكم شئ . فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والشاهد والمرأتين » (٤٩) .
ومما يتصل بشهادة الشهود ما حاول بعض الباحثين نسبته إلى الشريعة الإسلامية من أخذها بنظام الأدلة القانونية ، أو الإثبات المقيد (٥٠) ولنا على هذه المسألة ملاحظتان :

(٤٨) من نسبة الفضل لأهل أن أقر أن هذه التفرقة مما نهى إليه الأستاذ الدكتور أحمد محمد إبراهيم ، المستشار السابق بمحكمة النقض المصرية ومستشار وزير التعليم العالى فى المملكة العربية السعودية ، فى أثناء مناقشتنا لبعض القضايا المتعلقة بالإثبات الجنائى فى الفقه الإسلامى .

(٤٩) نقله عنه تلميذه ابن قيم الجوزية فى المصدر السابق ، ص ٨٣ - ٨٤ .

(٥٠) رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ص ٦٧٣ هامش (١) ، وعمود مصطفى درء الحدود بالشهات ، البحث السابق

الأولى : أنه قد تبين مما سبق في هذه الفقرة أن الشريعة الإسلامية كما أخذت بالإثبات بأدلة معينة ، أجازت الإثبات بغيرها من الطرق والأدلة متى كانت في دلالتها على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم قاطعة أو قريبة من القطع . وهدف الشريعة من التشدد في الإثبات هو حماية المتهم لاتقييد سلطان القاضي . بدليل أنها أباحت - في الصحيح من مذاهب الفقهاء - أن يحكم القاضي بغير تلك الطرق المعينة (الشهادة والإقرار) وأن يهدر الدليل المستمد منها إذا تبين له عدم صدقه ، أو ظهر له بطريق قطعي ما يخالفه وينفي ما أثبتته .

والملاحظة الثانية : أن الشريعة الإسلامية في اشتراطها تعدد الشهود إنما نظرت إلى ما يرد على الطبيعة البشرية من نسيان وخطأ في الواقع - فهمه أو روايته - واحتمال كذب لمصلحة تعرض للشاهد ، أو هوى يسيطر على نفسه فيدفعه إلى الميل عن الحق ، والقصد عن سبيل العدل . ومن الجدير بالذكر أن هذا الحكم الخاص بتعدد الشهود - والذي قرره الشريعة الإسلامية - تتجه إلى الأخذ به بعض النظم الجنائية الحديثة فتشترط في حالات معينة أن يكون هناك شاهدان على الأقل ، وفي جميع الحالات أن تتأيد شهادة الشاهد المفرد بقرائن ظرفية . وتوجب على القاضي أن ينبه المحلفين - الذين يرجع إليهم تقرير الإدانة أو البراءة - إلى وجوب الثبوت من دقة الشهادة وصدقها - أو وجوب تأكيدها - على النحو المتقدم كلما كان الدليل الوحيد في الدعوى هو شهادة شاهد وحيد (٥١)

وقد أخذ بهذا المذهب قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي الصادر سنة ١٩٧١ فنص في المادة ٢١٣ منه على أنه « لا تكفي الشهادة الواحدة سبباً للحكم ما لم تؤيد بقريئة أو أدلة أخرى مقنعة أو بإقرار من المتهم ، إلا إذا رسم القانون طريقاً معيناً للإثبات فيجب التقيد به » . ومن جهة أخرى فإن الأخذ بنظام معين من نظم الإثبات لا يعد عيباً يرمى به النظام القانوني ، ولا ميزة يمدح بها . وإنما الشأن في طرق الإثبات جميعاً أن ما كان منها مؤدياً إلى ظهور الحق كان حقيقياً بالتأييد ، وما كان حائلاً دون تقصي الحق ، والفصل في الخصومات بالعدل كان جديراً بالنقد .

وقد تبين بما لاشك فيه إقرار الشريعة الإسلامية لكل طريق من طرق الإثبات صالحة لإظهار الحقيقة يقيناً ، أو أقرب ما يكون من اليقين . ويكفي ذلك فضلاً لنظام الإثبات الجنائي في الفقه

ذكره ، ص ٤ - ٥ ، والدكتور جمال الدين محمود ، قضية العودة إلى الإسلام ، ص ١٩١ - ١٩٣ .

(٥١) نعى بذلك ما يتطلبه القانون الإنجليزي ، انظر :

الإسلامي ، وهو - على كل حال - غاية ما يطمح أى نظام جنائى لتوفره لطرق الإثبات فيه .

١٣٥ - خاتمة :

انتهينا فيما تقدم من دراسة أهم القواعد المتعلقة بالإثبات الجنائى فى الشريعة الإسلامية ، وفى الفقه الإسلامى . وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الموضوع الأخير من موضوعات هذه الدراسة « فى أصول النظام الجنائى الإسلامى » .

وقد حرصنا فى كل موضع على ذكر مارجعنا إليه من مراجع ، غير أننا وقد أعددنا أصول هذه الدراسة متنقلين بين بريطانيا ونيجيريا والمملكة العربية السعودية ، فقد رجعنا إلى أكثر من طبعة فى بعض الكتب وعلى الأخص الكتب الأمهات فى المذاهب الإسلامية المختلفة ، ونهنا إلى الطبعات عادة ، وفاتنا ذلك فى بعض المواضع القليلة ، وعذرنا فى ذلك هو عدم توفروا ذات الطبعة فى كل مرة أردنا فيها الرجوع إلى مصدر معين .

وقد يكون فى بعض المواضع حديث نبوى صحيح ، أو رأى لمذهب أو فقيه ، أو حكم متفق عليه غير منسوب إلى مصدره من كتب الحديث ، أو الفقه المذهبى ، أو المقارن ، وقد نابنا فى ذلك ماناب الإمام الشافعى رحمه الله مما عبر عنه فى الرسالة بقوله : « وغاب عنى بعض كتبى ، وتحققْتُ بما يعرفه أهل العلم مما حفظت ، فاختصرت خوف طول الكتاب ، فأتيت ببعض ما فيه الكفاية ، دون تقصى العلم فى كل أمره » .

وكان الفراغ من تبييضه ومراجعته صباح يوم السبت .

١٩ من رجب ١٣٩٨ هـ الموافق ٢٢ يونية ١٩٧٨ م بمدينة الرياض

والحمد لله رب العالمين

(بفتح الراء) (٣٣).

فإذا رفع إلى القاضي شخص يقر على نفسه بإرتكاب جريمة ما ، فإن من واجب القاضي التأكد من اختيار المقر ، وأنه لم يكره على الإقرار . فإذا ثبت لديه أو غلب على ظنه وقوع الإكراه كان واجباً عليه أن يهدر الإقرار ولا يرتب عليه حكمه . وكما يأثم المُكْرَهُ لحمله شخصاً على الإقرار بما لم يفعل ، يأثم القاضي الذي يحكم بموجب الإقرار دون تثبيت من اختيار صاحبه عند إقراره .

١٣٣ - علم القاضي كوسيلة للإثبات في المواد الجنائية :

ينفرد مذهب الظاهرية باعتبار علم القاضي وسيلة للإثبات في المواد الجنائية فعندهم أنه يجب على القاضي أن يقضى بعلمه في جميع المسائل التي تعرض عليه ، سواء أكانت مدنية أم جنائية . وفي ذلك يقول ابن حزم : « وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود ، سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته . وأقوى ما حكم بعلمه ، لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبيننة » (٣٤).

والأصل الذي يبنى عليه ابن حزم مذهبه في ذلك هو ربط القضاء بالأمر القرآني (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) وبالواجب المقرر في القرآن والسنة من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . فكل ما علمه القاضي من الحق وجب عليه القضاء به ، وإلا كان مضيقاً للقسط لا قواماً به ، ومقرراً للمنكر لا ناهياً عنه (٣٥).

ومنع فقهاء المذاهب الأخرى القاضي من القضاء بعلمه في المسائل الجنائية - وإن أجازة بعضهم في التعزير وحقوق العباد المالية - مستندين إلى أن القاضي لا يصح أن يقضى بين الناس إلا بما ثبت لديه من البيّنات التي تقدم في الدعوى المعروضة عليه . ولا يجوز للقاضي أن يضيف شهادة نفسه إلى شهادة غيره ليم نصاب الشهادة ، إذ أنه في هذه الحالة يكون قاضياً وشاهداً في آن واحد وهو لا يجوز (٣٦).

وقد أجاب المخالفون لمذهب الظاهرية عن استدلالهم بقول الله تعالى : (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) بأن القاضي معذور إذا لم يحكم بعلمه ، إذ لا يجوز له الحكم للمظلوم بحقه إلا بحجة . وقد قال رسول الله ﷺ : « إنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من صاحبه

(٣٣) الخلي ، ج ٨ ص ٣٣٦ .

(٣٤) الخلي ، ج ٨ ص ٣٣٦ .

(٣٥) الخلي ، ج ٩ ص ٤٢٩ .

(٣٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ص ٥٢ .

الفهرس

صفحة		
٣	إهداء	
٩	تقديم	
١٣	المقدمة : المحاولات المعاصرة لتطبيق النظام الجنائي الإسلامى	
١٣	تمهيد	١ -
١٤	القانون الأجنبى فرض على الأمة	٢ -
١٤	الأمة لم تستشر فى فرض القوانين الأوربية عليها	٢ - ١
١٦	تطبيق الشريعة الإسلامية مطلب الأجيال	٢ - ٢
١٩	محاولات تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية	٣ -
٢٠	الجهود العلمية	٤ -
٢٠	ندوة الدفاع الاجتماعى والشريعة الإسلامية	٤ - ١
٢١	المؤتمر الإقليمى لمكافحة المخدرات والمسكرات	٤ - ٢
٢١	الحلقة الدراسية الثانية لتنظيم العدالة الجنائية	٤ - ٣
٢١	ندوة تطبيق التشريع الجنائى الإسلامى	٤ - ٤
٢٢	المؤتمر العالمى الأول للفقهاء الإسلامى	٤ - ٥
٢٢	أسبوع الفقه الإسلامى الخامس	٤ - ٦
٢٢	التشريعات الجنائية الإسلامية	٥ -
٢٣	فى دولة الكويت	٥ - ١
٢٤	فى ليبيا	٥ - ٢
٢٥	فى مصر	٥ - ٣
٢٧	فى السودان	٥ - ٤
٢٩	فى دولة الإمارات العربية	٥ - ٥
٣٠	المنهج والغاية	٦ -
٣٢	تقسم	٧ -

تنبه الأرقام التى على يمين العناوين للفقرات لا للصفحات .

الباب الأول

صفحة	
١١٤ - ٣٥	أوليات التشريع الجنائي الإسلامى
٣٧	تمهيد
٣٩	الفصل الأول : أوليات تتصل بالمصدر
٤٠	(١) الصبغة الدينية للتشريع الجنائي الإسلامى
	(٢) حماية القيم الأخلاقية
٤٠	(١) الصبغة الدينية للتشريع الجنائي الإسلامى
٤٠	تقسم الأحكام الإسلامية من حيث موضوعها - ٩
٤١	تقسم الأحكام الإسلامية من حيث مصدرها - ١٠
٤٢	ثبوت الصبغة الدينية للنوعين المتقدمين - ١١
٤٣	نتائج الصبغة الدينية للأحكام الشرعية - ١٢
٤٥	(٢) حماية القيم الأخلاقية
٤٥	وضع المشكلة - ١٣
٤٦	موقف القضاء والفقهاء الإنجليزى - ١٤
	النظرة الإسلامية إلى العلاقة بين القاعدتين - ١٥
٤٧	الحلقية والقانونية
٤٩	الفصل الثانى : أوليات موضوعية
	(٣) لاجرمية ولا عقوبة بغير نص
	(٤) عدم رجعية النصوص الجنائية إلى الماضى
	(٥) المساواة أمام النصوص الجنائية
	(٦) أهداف العقوبة
٥٠	(٣) لاجرمية ولا عقوبة بغير نص*
٥٠	معنى القاعدة وتطورها التاريخى - ١٦
٥١	القاعدة فى القانون الإنجليزى - ١٧
٥٢	القوانين العربية وقاعدة الشرعية - ١٨
٥٢	النظام الجنائى الإسلامى وقاعدة الشرعية - ١٩

٥٥	(٤) عدم رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي	
٥٥	رأى مخالف والرد عليه	- ٢٠
٥٥	جريمة القذف	١- ٢٠
٥٦	حكم اللعان	٢- ٢٠
٥٨	حكم الظهار	٣- ٢٠
٥٩	عقوبة الحراة	٤- ٢٠
٦١	(٥) المساواة أمام النصوص الجنائية	
٦١	في القانون الجنائي المعاصر	- ٢١
٦١	موقف الشريعة الإسلامية من المبدأ	- ٢٢
٦٢	تطبيق مبدأ المساواة في النظام الجنائي الإسلامي	- ٢٣
٦٤	(٦) أهداف العقوبة	
٦٤	العقوبة جزاء أو مقابل للجريمة	- ٢٤
٦٦	هدف العقوبة هو منع الجريمة	- ٢٥
٦٩	هدف العقوبة هو إصلاح الجاني	- ٢٦
٧١	تبرير العقوبة على أساس نظريات أخرى	- ٢٧
٧٣	الفصل الثالث : أوليات إجرائية	
	(٧) حقوق الله وحقوق العباد	
	(٨) درء الحدود بالشبهات	
	(٩) التوبة والعفو	
٧٤	(٧) حقوق الله وحقوق العباد	
٧٤	تقسيم الجرائم إلى اعتداء على حق الله واعتداء على حق الفرد	- ٢٨
٧٥	آراء الفقهاء في تكييف جريمة القذف	- ٢٩
٧٦	النتائج الموضوعية للفرقة بين حقوق الله وحقوق العبد	- ٣٠
٧٨	مدى جواز نوعي العفو في النظام الجنائي الإسلامي	- ٣١
	النتائج الإجرائية للفرقة بين جرائم الاعتداء على حق الله وجرائم الاعتداء على حق الفرد	- ٣٢
٨٠	الاعتداء على حق الفرد	
٨٧	(٨) درء الحدود بالشبهات	
٨٧	قاعدة فقهية لانصبية	- ٣٣

٣٤ -	مضمون قاعدة درء الحدود بالشبهات وأساسها	٨٩
٣٥ -	درء الحدود بالشبهات وأصل البراءة	٩١
٣٦ -	أشراط اليقين في الإثبات الجنائي	٩٤
٣٧ -	التعزير والدرء بالشبهة	٩٦
٣٨ -	تقوم قاعدة درء الحدود بالشبهات	٩٨
	(٩) التوبة والعتو	١٠١
٣٩ -	تمهيد : الأسباب الحائلة دون اقتضاء حق الدولة في العقاب	١٠١
٤٠ -	الأعدار المعفية من العقوبة	١٠١
٤١ -	الأسباب الحائلة دون اقتضاء الحق في العقاب وإرادة الجاني	١٠٢
٤٢ -	العدر المعنى وإرادة الجاني	١٠٣
٤٣ -	التوبة وأثرها في الإعفاء من العقوبة	١٠٥
٤٤ -	التوبة عن جريمة الحرابة	١٠٥
٤٥ -	أثر التوبة في غير جريمة الحرابة	١٠٥
٤٦ -	ملاحظات على فكرة التوبة	١٠٩
٤٧ -	العتو وأثره على الحق في العقاب	١١٠
٤٨ -	العتو والصلح في بعض التشريعات الجنائية العربية	١١٢

الباب الثاني

١١٥ - ٢١٦	جرائم الحدود وعقوباتها
٤٩ -	تمهيد وتقسيم : الجرائم والعقوبات	١١٧
٥٠ -	تعريف جرائم الحدود	١١٨

الفصل الأول : ما لا يعتبر من جرائم الحدود

	(١) البغى	
	(٢) شرب الخمر	
	(٣) الردة	
١٢٢	(١) البغى	
١٢٢	تعريف	٥١ -
١٢٢	أحكام البغاة	٥٢ -
١٢٤	البغى وجرائم أمن الدولة في النظم الجنائية المعاصرة	٥٣ -

١٢٦	(٢) شرب الخمر	
١٢٦	تمهيد: تحريم الخمر	- ٥٤
١٢٧	تحريم شرب الخمر	- ٥٥
١٢٨	المذاهب الفقهية وعقوبة شرب الخمر	- ٥٦
١٣٠	القرآن والسنة وعقوبة شرب الخمر	- ٥٧
١٣٢	الصحابة والعقاب على شرب الخمر	- ٥٨
١٣٣	دعوى الإجماع على حد شرب الخمر	- ٥٩
١٣٧	عقوبة شرب الخمر عقوبة تعزيرية	- ٦٠
١٣٨	اتجاهان تشريعيان	- ٦١
١٤١	(٣) الردة	
١٤١	تمهيد وتقسيم	- ٦٢
١٤٢	آيات القرآن الكريم في شأن الردة	- ٦٣
١٤٤	هل نسخ قوله تعالى: «لا إكراه في الدين؟»	- ٦٤
١٤٦	الأحاديث النبوية في شأن عقوبة الردة	- ٦٥
١٤٦	حديث الحارثين من عكل وعرينه	- ٦٦
١٤٧	حديث الأسباب المبيحة لدم المسلم	- ٦٧
١٤٨	حديث من بدل دينه فاقتلوه	- ٦٨
١٥٠	رأى في عقوبة الردة	- ٦٩
١٥٥	الردة في مشروعى تعديل قانون العقوبات المصرى	- ٧٠

الفصل الثانى : جرائم الحدود المتفق عليها

	(٤) السرقة	
	(٥) الخرابة	
	(٦) القذف	
	(٧) الزنى	
١٦٠ - ١٧٥	(١) السرقة	
١٦٠	تعريف وتمهيد	- ٧١
١٦٢	عقوبة السرقة	- ٧٢
١٦٤	اشترط كون المالى المسروق محرراً	- ٧٣
١٦٦	نصاب السرقة	- ٧٤

صفحة		
١٦٩	موضع قطع اليد ، وهل يتكرر القطع في حالة العود؟	- ٧٥
١٧٣	سرقة المال العام	- ٧٦
١٧٦ - ١٨٦	(٥) الحراية	
١٧٦	تمهيد وتعريف	- ٧٧
١٧٧	عقوبة الحراية	- ٧٨
١٧٨	أين تقع الحراية؟	- ٧٩
١٨٠	تنفيذ العقوبات في جريمة الحراية وترتيبها	- ٨٠
١٨٥	عقوبة النفي	- ٨١
١٨٦ - ١٩٢	ملاحظات على تقنين عقوبتي السرقة والحراية	- ٨٢
١٨٧	المنهج	١- ٨٢
١٨٧	عدم العقاب في حالتي الضرورة والحاجة	٢- ٨٢
١٨٩	سقوط الجرائم والعقوبات	٣- ٨٢
١٩٢	رقابة محكمة النقض	٤- ٨٢
١٩٣ - ١٩٩	(٦) القذف	
١٩٣	الجريمة وعقوبتها	- ٨٣
١٩٤	صريح القذف وكنايته	- ٨٤
١٩٥	تكييف عقوبة القذف : هل هي حق لله أو للإنسان؟	- ٨٥
١٩٧	أثر توبة القاذف	- ٨٦
١٩٧	محاولات التقنين للمعاصرة	- ٨٧
٢٠٠ - ٢١٦	(٧) الزنى	
٢٠٠	تمهيد : الجريمة وعقوبتها	- ٨٨
٢٠٢	دعوى النسخ والرد عليها	- ٨٩
٢٠٥	دعوى اتحاد العقوبة بين المحصن وغير المحصن	- ٩٠
٢٠٩	التمييز بين المحصن وغير المحصن	- ٩١
٢١١	لماذا تعاقب الشريعة الإسلامية على الزنى؟	- ٩٢
٢١٢	ملاحظات على تقنين عقوبة الزنى	- ٩٣

الباب الثالث

٢١٧ - ٢٤٠	جرائم الاعتداء على الأشخاص وعقوباتها	
٢١٩	تمهيد وتعريف	- ٩٤

صفحة		
٢٢٠	القواعد الأساسية في نظام القصاص والدية	٩٥ -
٢٢١	عقوبة القتل العمد	٩٦ -
٢٢٢	القصاص في غير القتل	٩٧ -
٢٢٥	الدية في القتل العمد وغير العمد	٩٨ -
٢٢٧	الدية في الجروح	٩٩ -
٢٢٨	القصاص بين الإعمال والإهمال	١٠٠ -
٢٢٩	القصاص وتعدد الجناة	١-١٠٠
٢٣١	القصاص من المسلم لقتل الذمي	٢-١٠٠
٢٣٣	القصاص من الوالد بولده	٣-١٠٠
٢٣٤	تشريع القصاص في الدول العربية	١٠١ -
٢٣٦	القصاص والدية بين العقوبة والتعويض	١٠٢ -

الباب الرابع

٢٨٢ - ٢٤١	جرائم التعزير وعقوباتها	
٢٤٣	تمهيد وتعريف	١٠٣ -
٢٤٤	التعزير في القرآن الكريم	١٠٤ -
٢٤٨	التعزير في السنة النبوية	١٠٥ -
٢٤٨	التعزير على الشطط في التأديب	١-١٠٥
٢٤٨	التعزير على ترك الجهاد	٢-١٠٥
٢٤٩	التعزير على سرقة لا توجب الحد	٣-١٠٥
٢٤٩	التعزير على منع الزكاة	٤-١٠٥
٢٥٠	التعزير على ماطلة المدين الموسر	٥-١٠٥
٢٥٠	التعزير على الإساءة إلى قائد الجيش	٦-١٠٥
٢٥١	خلاصة وتعليل	٧-١٠٥
٢٥٢	أنواع العقوبات التعزيرية	١٠٦ -
٢٥٣	عقوبة الوعظ	١٠٧ -
٢٥٤	عقوبة التوبيخ	١٠٨ -
٢٥٤	عقوبة التهديد ونظام وقف تنفيذ العقوبة	١٠٩ -
٢٥	عقوبة الحجر	١١٠ -

صفحة		
٢٥٧	عقوبة التشهير	- ١١١
٢٥٨	العقوبات المالية	- ١١٢
٢٦١	عقوبة الحبس	- ١١٣
٢٦٤	عقوبة الجلد	- ١١٤
٢٦٧	عقوبة الإعدام	- ١١٥
٢٦٨	اجتماع التعزير مع غيره من العقوبات	- ١١٦
٢٦٩	سلطة القاضي في التعزير	- ١١٧
٢٧٠	سلطة مقيدة لا مطلقة	- ١١٨
٢٧١	جريمة الربا	- ١١٩
٢٧٢	جريمة شهادة الزور	- ١٢٠
٢٧٢	جريمة خيانة الأمانة	- ١٢١
٢٧٣	جريمة السب	- ١٢٢
٢٧٤	جريمة الرشوة	- ١٢٣
٢٧٥	سلطة التجريم في ظل نظام التعزير	- ١٢٤
٢٧٨	تقوم نظام التعزير	- ١٢٥
٢٧٨	تطبيق النظم الجنائية الإسلامية	- ١٢٦

الباب الخامس

٢٨٣ - ٣٠٠	نظام الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي	
٢٨٥	تمهيد	- ١٢٧
٢٨٦	الشهادة والعدالة	- ١٢٨
٢٨٩	الشهادة في جريمة الزنى	- ١٢٩
٢٩١	الإقرار بالجريمة	- ١٣٠
٢٩٣	العدول عن الإقرار	- ١٣١
٢٩٤	بطلان إقرار المكره	- ١٣٢
٢٩٥	علم القاضي كوسيلة للإثبات في المواد الجنائية	- ١٣٣
٢٩٦	القرائن ودورها في الإثبات الجنائي	- ١٣٤
٣٠١	خاتمة	- ١٣٥
٣٠٣	الفهرس	

رقم الإيداع	١٩٧٩/٤٥٣٢
الترقيم الدولي	ISBN ٩٧٧ - ٢٤٧ - ٨١٦ - ١

١/٧٩/١٦٥

طبع بمطابع دار المعارف (ج.م.ع.)