

سلسلة الثقافة العامة

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالتانن الوضعي

تأليف

عبد القادر عودة

المجلد الأول

دار الكاتب العربي
بيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وفقهه بعد غفلة ،
والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً
وهادياً ومعماً ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة .

وبعد ؛ فهذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين
الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين
الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية ، والنظريات العلمية والاجتماعية
التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العناء إلا أخيراً .

وسيرى القارىء مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو
أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح بمعتقد بما اعتقده ، وهو أن الشريعة
الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان .

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رَبِّ أَشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي ، وَأَحْلِلْ عُقْدَةَ مِنِّ لِسَانِي يَفْقَهُوا

قَوْلِي

تقديم وتوجيه

١ - موضوع البحث : هذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامى . مقارنة بالقوانين الوضعية وعلى الأخص القانون المصرى ، تقوم على بحث المبادئ والنظريات العامة فى الشريعة والقوانين ، وبيان وجوه الخلاف والوافق بينهما . وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائى ، وأرجو أن يعيننى الله حتى أتمه ، وأن يوفقنى بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدنى .

٢ - محاورات الجزء الأول : وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائى العام ، وسيكون الجزء الثانى شاملا للقسم الجنائى الخاص .

٣ - مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى : وسيرى القارىء أنى حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادئ والنظريات فى كل موضوع جلى أو هذان ، وقد أردت من هذا أن يكون القارىء على علم بأحكام الشريعة فى كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية ، كما أردت أن أقطع الطريق على من فى قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض فى هذا الموضوع وترك ذلك .

وحيث أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ، إن أتبع القانون فى أحواله الأولى بالمقارنة والموازنة ، وإن أقارن بين القانون فى القرن السابع الميلادى وبين الشريعة التى أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم فى أول هذا القرن ؛ فإن القانون فى هذه العهود لم يكن فى مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية ، ولسكنى أقارن حين أقارن بين القانون فى عصرنا الحاضر وبين الشريعة ، وحين أفعال هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حينئذ نحو السكال حتى يكاد يبلغه كما يقال ، وبين شريعة نزلت من ثلاثة عشر قرناً لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل ، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل ؛ لأنها من

عند الله ، ولا تبديل لكلمات الله ؛ ولأى من صنع الله الذى أتقن كل شئ ، خاقه فليس ما يخلقه فى حاجة إلى إتقان من بعد خلقه .

فنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات فى القانون ، وبين أقدمها فى الشريعة ، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل ، وبين القديم المستعصى على التغيير والتبديل ، وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خير من الحديث التغير ، وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديثة ، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطلت عليه من الآراء واستحدث لها من المبادئ والنظريات لاتزال فى مستوى أدنى من مستوى الشريعة .

وليعجب من شاء كما يشاء من هذا القول ، فإن الحق فى هذه الأيام أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس ، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفكر ، ويقدر ، ويقارن ، ويوازن ، ويميز الحديث من الطيب .

إن الحديث قد يكون خيراً من القديم إذا قورن ما صنعه الناس قديماً بما يصنعه الناس اليوم ، ولكن الحديث لن يتبها له أن يصل إلى مستوى القديم إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه رب الناس .

لقد صنع الله موسى وعيسى ومهداً وأوحى إليهم بالتوراة والإنجيل والقرآن . فهل جاء قباهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم موضع المقارنة ؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بتل ما أتوا به ؟ ولقد صنع الله السماء والأرض ، وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا معشر البشر ، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه ، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه .

وإذا استسافت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق فى مستوى ما صنعه مخلوق آخر فإن هذه المقول لا تتسبح بأى حال أن تضع ما يصنعه المخلوق فى مستوى ما صنعه الخالق ، لأنها تدرك الفرق بين الصانعتين ، وتحس المدى الواسع بين الصانعين . ولا شك أن المقول التى تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين

الشريعة الإسلامية وهي من صنع الله ، وبين القوانين الوضعية وهي من صنع البشر فإذا عجزت بعض العقول عن إدراك الفرق بينهما ، فأولى بأصحابها أن لا يجربوا بما تقول وعليهم أن يعجبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقع المحسوس ، وكيف لا يفهمون الأوليات والبدائيه ؟

٤ - المزايب المشرهية المتأخره بها : وسيرى القارىء أنى لم أعتد فى المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين ، وإنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهى المذهب المالكي ، والمذهب الحنفي ، والمذهب الشافعي ، والمذهب الحنبلي ، فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب فى كل موضوع طرقته ، واجتهدت أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف ، ليكون القارىء ملماً باتجاه كل مذهب وسنده .

٥ - عذر الإقتصار على المذاهب الأربعة : وكان بولى أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كذاهب الشيعة والخوارج والظاهرية ، ولكن ظروفى ووسائلى ووقتى قصرت بى عن بلوغ ما أريد ، فأنا موظف شاء حظى أن يكون مقر عمله فى الربيف دائماً حيث تغل المكتبات والكتب أو تنعدم ، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسى فى اقتناء الكثير الذى لا أجده ، وقنعت باستعارة القليل الذى أجده ، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثل فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون .

وكان الوقت أعظم مشاكلى ، فعلى الرسمى يأخذ منى كل أوقات فراغى تقريباً ولولا أنى خصصت أوقات راحتى اليومية ، وأيام عطائى السنوية للدراسة والاطلاع ، لما تغلبت على هذه المشكلة .

وقد كان هذا كله سبباً فى أن أقصر دراستى على هذه المذاهب الأربعة وأن أترك ما عداها من المذاهب المشهورة ، ولعلى أتدرك ما فاتتنى فى طبة مقبلة إن شاء الله .

٦ - لغز البحث : ولم أشأ أن أكتب باللغة التي يكتب بها فقهاء الشريعة لأنى دون شك أعجز من أن أجاريهم فى أسلوبهم الدقيق العميق ولأن القارىء العادى يعجز عن فهم هذا الأسلوب ، وفضت أن أكتب باللغة التي يكتبها ويفهمها رجال القانون الآن مكتفياً بإبقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها فى اصطلاحنا القانونى ، ولكنى لم أهمل الإشارة إلى المراجع التي استندت إليها أو أخذت عنها .

وقد دفعنى سلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارىء ما أكتب دون حاجة إلى تعمق فى الفهم أو كدّ للذهن ، ولعل بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها ، بل لعل أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابى هذا ، فما لاشك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة سركرة ، ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرّن على قراءتها ، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية ، وهذه صفات لا تتوفر غالباً فيمن درسوا دراسة مدنية . على أنى مهما حاولت أن ألزم أساليبنا القانونية ، فإنى أعلم أنى عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية ، ولعل مصاحبى الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثرها فى لغتى وأسلوبى وهو أثر أرجو أن يفيد القارىء وأن يقربه مرحلة من فهم كتب الشريعة .

٧ - الفقهاء والشراح : وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة ، وأن أخصص لفظ الشراح لعلماء القانون ، وأحب الآن أن أتبه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللغظين غير مميز على القارىء لم يشتبه عليه الأمر . وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله ، ففي الشريعة يسمون العالم فى الغالب فقيها ، وفى القوانين يسمون العالم فى الغالب شارحاً ، والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصاح أساساً للاسم الذى نلب عليه ، فالعالم فى الشريعة يشرح

النصوص وهي قليلة ، ويستنبط القواعد والمبادئ والنظريات التي تترتب على هذه النصوص ويرتب على أساسها الأحكام ، فأكثر عمله فقه وأقله شرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه . والعالم في القانون أكثر عمله شرح النصوص التي لا حد لها من الكثرة ، وهو يشرحها طبقاً للقواعد والمبادئ التي جاءت بها النصوص العامة ، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديداً أو نظرية حديثة ، إلا أن استنباط المبادئ والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله ، لأن ورود النصوص في كل ما يتصور من حالات يسد عليه باب التفكير والاستنباط ويوجهه إلى الشرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح

٨ - لماذا برأت بالقسم الجنائي : ولقد بدأت بالقسم الجنائي لأنه القسم المنبؤ المظلم في الشريعة . فنحن معشر القانونيين لا ندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية ، وما عدا ذلك فهو مهمل إهمالاً يكاد يكون تاماً وبخاصة القسمين المدني والجنائي . وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لا بد منها وهي أننا نجهل أحكام هذين القسمين جهلاً قاتماً : ولسكننا بالرغم من ذلك نعتزف بأن الشريعة بلغت في المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذي بلغته القوانين الوضعية .

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين في قليل من المواضع المدنية ، لأن نصوص القانون المدني التي تحكم هذه المواضع أخذت عن الشريعة الإسلامية ، وهذه النصوص على قاتها يمكن أن تعطى فكرة لا بأس بها عن الشريعة . كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم محمد قدرى باشا سهل بكتابه « مرشد الخيران » المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب أبي حنيفة وبين القوانين الوضعية ، حيث نظم أحكام المذهب الحنفي في المسائل المدنية في مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصري ، فسكن رحمه الله بعمله هذا نكح من يطعم

على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون ، وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف ، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتم في الغالب إلى نتائج صحيحة ما دام المطلع يجهل كل الجدل الأصول والقواعد العامة التي قامت عليها الأحكام الشرعية ، وما دام يجهل كل شيء ، عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى .

أما القسم الجنائي فهو في عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم ، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية . وهي عقيدة خاطئة مضللة . وإذا حاول أي شخص منصف أن يعرف الأساس الذي قامت عليه هذه العقيدة فسيمجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل ، وميدهش أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائي في الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجعل كل الجدل أحكام الشريعة الجنائية مجللة ومفصلة .

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكلونية الكبرى وأن يلقبها الطائفة على أنها عقيدة مسلم بها من أولى العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع ، وإنكار الحقائق ، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة . ومن أراد أن يعرف مدى خطأ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ وكل قاعدة وكل نظرية في الشريعة الإسلامية تنادي بخطأ هذه العقيدة وبعدها من الصواب . وقد رأيت من الواجب علي ، بعد أن تبين لي ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمة ، وأن أبدأ بالكتابة في القسم الجنائي الذي نبذناه دون حق ، وجهاناه دون عذر ؛ لأعرف الناس بهذا القسم على حقيقته ، ولأبين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما في المسائل الجنائية عامة ، وأن القسم الجنائي في الشريعة صالح كل الصلاحية للتطبيق في عصرنا الحالي وفي المستقبل كما كان صالحا كل الصلاحية في الماضي .

٩ - كيف رفعت لدراسة الشريعة ؟ : وأعترف للقارىء . أنتى لم ابدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا فى سنة ١٩٤٤ م وأنتى لم أكن قبل ذلك مشغولاً بقراءة كتب الفقه ، ولكنى كنت مشغولاً بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام . وكتب التاريخ الإسلامى لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ، ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع ، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع ، وهذه الآثار تثير فى الرجل الفنى روح المقارنة والمفاضلة وقد أدهشنى أنى لم أجد قضاء أو حكماً أو تشريعاً إسلامياً إلا روعيت فيه المبادئ والنظريات الجنائية الحديثة التى قيل لنا فى المدارس : إنها من ابتداع القوانين الوضعية ، وإن العالم لم يعرفها إلا فى القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية ، فخلنى هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائى فى الشريعة دراسة منطجة ، وقد خرجت من دراستى بأن العيب الوحيد فى هذا القسم هو أن الناس يحملونه كل الجمل ، وأنه فيما عدا ذلك خير من أى قانون وضعى على وجه الأرض ، بل هو المثل الأعلى الذى يجب أن يأخذ به ويحتذىه كل مشرع وضعى فى أى بلد غير إسلامى .

١٠ - هاجم الكتب الشرعية إلى تهذيب : ولقد أتعبتنى دراسة القسم الجنائى حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئاً يذكر من علم الأصول ولا المصطلحات الفقهية ، وزاد الدراسة تعباً أنى لم أتعرف قراءة كتب الفقه ، وأن هذه الكتب ليست مفهومة ، وليس من السهل على من يجب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها فى الحال ، بل عليه أن يقرأ باباً وأبواباً حتى يعثر على ما يريد خصوصاً إذا لم يكن له من يرشده ، وقد يئس الباحث من العثور على ما يريد ثم يوقفه الله فيعثر عليه مصادفة فى مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه . ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد فى الترتيب والتأليف ، فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر ، وما يدخل فى باب معين فى هذا المذهب

قد لا يدخله المذهب الآخر في نفس الباب . ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة وهم في كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته خصوصاً في الكتب المختصرة والمتون .

ولاشك أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ؛ لأنني كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب ؛ ولكن هذه الدراسة أفادتني في الواقع فائدة كبرى إذ سهلت لي فهم مختلف النظريات وفهم الأسس التي بنى عليها كل فقيه نظريته ، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية . وأعترف أنني عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم ، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لي خطؤها في القراءة الثانية ، ومن ثم فقد قرأتها منى وثلاث ورابع ، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ . ولقد حملني على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أني كنت أدرس المذاهب الأربعة وأدرس عدة كتب مؤلفين مختلفين في كل مذهب ، وساعد على هذا أني لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة ، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعا منها . على أني مع هذا لا أعتقد أني سلمت من الوقوع في الخطأ ، فإنا إلا إنسان غير معصوم بذل جهده في تجنب الخطأ ، وإنني لأرجو عن بعض على خطأ أن يبصرني به مشكورا لأتجنبه في المستقبل .

وحين لمست المجهود الذي يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة ، ورأيت النتائج الباهرة التي وصلت إليها ، واكتشفت الأخطاء المضحكة المبكية التي وقعنا فيها ، شعرت بأن علي واجب عاجل الأداء نحو الشريعة ، ونحو زملائي من رجال القانون ، ونحو كل من درسوا دراسة مدنية ، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة في المسائل الجنائية في لغة يفهمونها وبطريقة بالفونها ، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة ، وأن أنشر على الناس الحقائق التي حججها الجهل عنا زمنا طويلا .

١١ - طريقة التأليف : وسيرى القارىء أنى نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانُون ، وقد تمددت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقوفهم ، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير ماألوفهم فيقدموا على قراءته متشوقين ، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدون في المحل الذى ألفوا أن يجدوه فيه .

وقد شجعتنى على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون ، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كما اقتضى الأمر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها ، فإذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة ، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث وتزولا على حكم التطور فى التأليف والترتيب ، وقد اقتضى هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير ، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم ، لأستخرج من هذا كله القواعد العامة ، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذى سيراه القراء .

١٢ - كيف وصمت الشريعة بعدم الصراحة : وقد تبين لى - كما سيتبين للقارىء - من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لاتصلح للمصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ، لأن الدراسة العلمية والنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، وبصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور .

وفوق هذا فالقانون بعدم صلاحية الشريعة للمصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ، وفريق درس القانون دون الشريعة ، وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة لأنه يجهل أحكامها جهلا مطبقا ، ومن جهل شيئا لا يصاح للحكم عليه .

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة فى عدم

صلاحية الشريعة على قياس خاطئ، وليس على دراسة منظمة، ذلك أنهم فعلوا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي، وعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود في القوانين القديمة، ونعلم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للمعاصر الحاضر، وهو اعتقاد كله حق، ولكنهم ينساقون بعد ذلك إلى الخطأ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون: ما دامت القوانين التي كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لمعصرنا الحاضر فكذلك الشريعة الإسلامية التي كانت سائدة في العصور الوسطى، والتي ظل الكثير من أحكامها معمولاً به حتى أواخر القرن الثامن عشر. وفي هذا القياس الباطل خطأهم الجسيم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير.

١٣ - وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون: ووجه الخطأ في هذا القياس أنهم سورا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر، فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسما، والناس رب الناس، فكيف يستوى في عقل عاقل أن يقيس نفسه بر به وأرضه بسمائه؟ وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سورا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف، واستطيع أن نقين مدى هذا الخلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التي تميزه عن غيره.

١٤ - وجه قياس بين مختلفين: وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية وتميز عنها بميزات جوهرية فقد امتنع القياس؛ لأن القاعدة أن القياس يقتضى مساواة القيس بالمقيس عليه، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلاً.

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية ، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين فيكون قياسهم باطلا ، وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا ، لأنه بنى على قياس باطل ، وما قام على الباطل فهو باطل .

وستعرض فيما يلي نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما ومميزات كل منهما ، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما ، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافاً أساسية ، وتميز عنه بصفات جوهرية .

١٥ - نشأة القانون : ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها ويحكمها ضئيلاً محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده ، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت ، وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها وآدابها . فالقانون الوضعي كالأوليد ينشأ ضعيفاً ، ثم ينمو ويقوى شيئاً فشيئاً حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع في التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بخط من الرقي والسمو ، ويبطئ في تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة إذن هي التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها .

وعلماء القانون الوضعي حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ بتكون مع تكون الأسرة والقبيلة ، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة ، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة ، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر ، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلة لتقاليد غيرها من القبائل .

وإن الدولة بين بدأت تتكون وحدثت العادات والتقاليد وجمعت منها قانوناً ملزماً لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة . ولكن

قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانوني في أعتاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية ، فتطور القانون الوضعي من ذلك الوقت حتى الآن تطوراً عظيماً ، وأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود في المهود السابقة . وأساس هذه النظريات الجديدة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات في العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم ، ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل .

هذه هي خلاصة نشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها تبين بجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين .

١٦ - نشأة الشريعة : وإذا كانت هذه هي نشأة القانون ، فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسرف في هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهيئت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزات من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد صلى الله عليه وسلم في فترة قصيرة لا تتجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثه الرسول وانتهت بوفاة أو انتهت يوم قال الله تعالى : ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾ [سورة المائدة : ٣] ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون

دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من غرب وعمم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهي شريعة كل أسرة ، وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هي الشريعة العالية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ، وذلكهم لم يستطيعوا أن يوجدوها . وقد جاءت الشريعة كاملة لا تقص فيها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عن حكمها حائنه ، شاملة لأمر الأفراد والجماعات والدول ، فهي تنظم الأحوال الشخصية والعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد ، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة ، كما تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في الحرب والسلام .

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت ، أو لعصر دون عصر ، أو لزمن دون زمن ، وإنما هي شريعة كل وقت . وشريعة كل عصر ، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن ، ولا يبلى جديتها ، ولا يقتضى تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية ، جاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها ، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتبطل .

وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة من عند الله جل شأنه وهو يقول ﴿ لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ ﴾ [يونس: ٦٤] وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان . أما القوانين فمن وضع البشر ، وتوضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، ويقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتي النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزلها بأحداث النظريات التي وصل إليها

أخيراً القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزلها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتبنى رجال القانون اليوم أن نتحقق من المبادئ الموجودة في الشريعة من يوم نزلها .

١٧ - المماثلة بين الشريعة والقانون : نستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق : إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه ، ولا يصح أن تقاس به ، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون ، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به ، وعلى الوصف الذي أسلفنا ، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة ، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين

ويستطيع القارىء من استعراض تاريخ القانون وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والميزات الكثيرة التي تميز الشريعة عن القانون ، وللقارىء أن يتقصى تلك الاختلافات وهذه الميزات إذا شاء ، أما أنا فأكتفي بأن أبرز الاختلافات الأساسية والميزات الجوهرية لأن في الكلام عليهما ما يعنى عن الكلام على غيرها .

١٨ - المفترقات الأساسية بين الشريعة والقانون : تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافاً أساسياً من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن القانون من صنع البشر ، أما الشريعة فمن عند الله ، وكلا الشريعة والقانون يمثل فيه مجالا. صفات صانعه ، فالقانون من صنع البشر ويمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة (٢ التشرية الجنائي الإسلامي)

أو وجدت حالات لم تكن منتظرة . فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال ، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان .

أما الشريعة : فصانعها هو الله ، وتمثل فيها قدرة الخالق وكاله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن ؛ ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحلال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء ، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال : ﴿ لا تبدل لكلمات الله ﴾ [يونس : ٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان .

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول لأنهم لا يؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله ، ولست أهم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوفر فيها الصفات التي ذكرتها ، وعلى أن أقدم لهم الدليل على توفرها وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توفر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها ، وأن يبحثوا عن صانعها ، وليتظروا متى أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة ، وإن كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول .

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوفر الصفات التي ذكرناها في الشريعة ولو لم يقدم لهم الدليل المادى على ذلك ، لأن منطقتهم يقضى عليهم أن يؤمنوا بتوفر هذه الصفات ، فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض ، وسير الشمس والقمر والنجوم ، وسخر الجبال والرياح والفاء ، وأنبت النباتات ، وصور الأجنة في بطون أمهاتها ، وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاماً دائماً لا يخرج عليه ، ولا يحتاج لتغيير ولا تبديل ولا تطور . من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها ، وأن هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال

حالا يستطيع أن يتصوره الإنسان . من كان يؤمن بهذا كله وبأن الله أتقن كل شيء خلقه ، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة ، ولتحكم معاملاتهم ، وأن الشريعة بلغت من الروعة والسكال حداً يعجز عن تصوره الإنسان .

ومن كان يؤمن بهذا كله ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه فليفتقر مع الفريق الأول حتى يرى الدليل في موضعه ، بل لعله يرى في كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه إن شاء الله .

الوجه الثاني : أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها . فهي قواعد متأخرة عن الجماعة ، أو هي في مستوى الجماعة اليوم ، ومتخلفة عن الجماعة غداً ، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة ، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة ، وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة . أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شؤون الجماعة ، فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة . ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل . وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية :

أولاً — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والمصوم بحيث تنفع لحاجات الجماعة قسماً طالما الأزمان ، وتطورت الجماعة ، وتعددت الحاجات وتنوعت .

ثانياً — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة .

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه في الشريعة . بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية . فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرونة إلى آخر حدود المصوم والمرونة ، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو .

ولقد برهن على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرناً تغيرت في خلالها الأوضاع أكثر من مرة ، وتطورت الأفكار والآراء تطوراً كبيراً ، واستحدثت من العلوم والمخترعات ما لم يكن يحظر على خيال إنسان ، وتغيرت قواعد القانون الوضی ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التي نطبقها اليوم وبين القواعد القانونية الوضعية التي كانت تطبق يوم نزلت الشريعة ، وبالرغم من هذا كله ، ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أمسي من مستوى الجماعات ، وأكفل بتنظيم سد حاجاتهم ، وأقرب إلى طبائعهم ، وأحفظ لأمتهم وطعام نينتهم .

هذه هي شهادة التاريخ الرائعة يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية ، وليس نعمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص ، وخذ مثلاً قول الله تعالى ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [سورة الشورى : ٣٨] أو اقرأ قول الرسول : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » فهذان نصان من القرآن والسنة باقيا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر ، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة ، وبقرار مبدأ الشورى على هذا الوجه باغنت الشريعة من السمو حده الأقصى الذي لا يتصور أن يصل إليه البشر في يوم من الأيام ، إذ عليهم أن يحملوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار ، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس .

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة واليسر ، ومن السهل علينا أن نبين هذه المميزات لأول وهلة في أي نص نتعرضه ، فنصوص الشريعة كلها تصاح أمثلة على ما نقول ؛ ويكفي أن نسوق للقارئ مثلاً آخر قوله تعالى : ﴿ أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة

وجادلهم بالتي هي أحسن) [سورة النحل : ١٢٥] فهذا النص يدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة ، أما اللبداً الذي جاء به النص فلم يعرف بعد أن هناك ما هو خير منه ، ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقاً لأصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواتهم خيراً من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن .

ويستطيع القارىء أن يقرأ قوله تعالى : ﴿ ولا تزرر وازرة وزر أخرى ﴾ [فاطر : ١٨] وقوله : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ﴾ [النحل : ٩٠] وقوله : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [سورة النساء : ٥٨] وقوله ﴿ ولا تجزئ منكم شئان قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ [الأنعام : ٨] وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] يستطيع القارىء أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ، وليرى أن المبادئ التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من العموم ما ليس بعده زيادة مستزيد ، أو خيالاً للتخييل .

الوجه الثالث : — أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بمبادئها وتعاليمها وتاريخها — والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة ، ولا يوضع لتوجيه الجماعة ، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها ، وكان القانون من صنع الجماعة ، ولم تكن الجماعة من صنع القانون .

وإذا كان هذا هو الأصل في القانون من يوم وجوده ، فإن هذا الأصل قد تعدل في القرن الحالى ، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى ، حيث بدأت الدول التي تدعو لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة ، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة ، وقد كان أسبق الدول

إلى الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية ، وتركيا الكالية ، ثم تلتها إيطاليا
الفاشية وألمانيا النازية ، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة ، فأصبح الفرض
اليوم من القانون تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الأمور أنها
في صالح الجماعة .

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة ، وأنها لم تكن
نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي ، وإنما هي من صنع
الله الذي أتقن كل شيء خلقه .

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة ، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة .
إذا الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الفرض من
القانون الوضعي ، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد
العالمين والجماعة الصالحة ، وإيجاد الدولة المثالية ، والعالم المثالي ، ومن أجل هذا
جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها ، ولا تزال كذلك حتى
اليوم ، وجاء فيها من المبادئ والنظريات ما لم يتبها العالم غير الإسلامى لمعرفته
والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة ، وما لم يتبها هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه
حتى الآن . ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة ، وأنزله على رسوله
نموذجاً من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ، ويحمله على التماسي
والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة
ما أرادها لها العليم الخبير ، فأدت رسالتها أحسن الأداء ، وجعلت من رعاة الإبل
سادة للعالم ، ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية .

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين
بأحكامها ، تمسك بها المسلمون الأوائل وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن
يتخطفهم الناس ، فإذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر ، لا صوت
إلا صوتهم ، ولا كلمة تملو كبتهم ، وما أوصلهم هذا الذي يشبه المعجزات

إلا الشريعة الإسلامية التي علمهم وأدبهم ، ورقت نفوسهم ، وهذبت عشارهم وأشمرتهم العزة والكرامة ، وأخذتهم بالمساواة التامة ، والعدالة المطلقة ، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى ، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات ، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس بأمرهم بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، ويؤمنون بالله .

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم ، فلما تركوها وأهلوا أحكامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدم ، ورجعوا القهقري إلى الظلمات التي كانوا يسهون فيها من قبل فعادوا متضعفين مستعبدين ، لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم .

وقد خيل للمسلمين وهم في غربتهم هذه أن تقدم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم ، فذهبوا يتقونها وينسجون على منوالها ، فلم تزدحم إلا ضللا على ضلالم ، وخبالاً على خبالم ، وضمفاً على ضعفهم ، بل جعلتهم أحزاباً وشيعاً ، كل حزب بما لديهم فرحون ، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى .

ولو أراد الله بالمسلمين خيراً لعلموا أن الشريعة الإسلامية وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص حاملة في طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع ، هي أصلح الشرائع امصور التقدم وعصور التأخر على السواء ، لأنها في كل الأحوال ترى إلى نكون الجماعة الصالحة وتوجيهها دائماً للتقدم المستمر والتطور الصالح ، ولا تقع من ذلك بما هو دون الكمال التام .

وإن في تاريخ المسلمين لأية ، وإته لعبرة لمن كان له قلب ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم ، وجعلتهم أمة فوق الأمم ، ودفعتهم إلى الأمام ، وساطتهم على دول العالم ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورفيهم متوقف على تطبيق الشريعة

الإسلامية . فالمسلمون من صنع الشريعة ؛ كيانهم تابع لكيانها ، ووجودهم مرتبط بوجودها ، وسلطانهم تابع لسلطانها .

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنه القارىء إلى أن القانون الوضعى حين نحول أخيراً عن أصله الأول فصار يوضع لتوجيه الجماعة إما أخذ في ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التى تجعل الأصل فى التشريع أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها ، وهكذا انتهى القانون الوضعى إلى ما بدأت به الشريعة وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرناً ، فإذا ما قال علماء القانون الوضعى : إنهم وصلوا لنظرية جديدة قلنا لهم : كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون فى أثرها .

١٩ - المميزات الجوهرية التى تميز الشريعة عن القانون : - ونستطيع

بعد أن عرضنا الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نبين أهم المميزات التى تميز الشريعة عن القوانين لأن كل ماتخالف الشريعة فيه القوانين يعتبر فى الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين . وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات : أن الشريعة الإسلامية تمتاز على القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية : -

الميزة الأولى - الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية

بالكمال ؛ أى بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات ، وأنها غنية بالمبادئ والنظريات التى تكفل سد حاجات الجماعة فى الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

الميزة الثانية - السمو : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ،

بالسمو ؛ أى بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة ؛ وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامى مهما ارتفع مستوى الجماعة .

الميزة الثالثة - الدوام : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية

بالدوام ؛ أى بالثبات والاستقرار ، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت
الأعوام وطالت الأزمان وهى مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها فى كل
زمان ومكان .

هذه هى المميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ، وهى على تعددها وتباينها
ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثراً من آثاره
وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه ، ولولا أن
الشريعة من عند الله لما توفرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك
الصفات التى تتوفر دائماً فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شيء منها فيما يصنعه
المخلوق .

٢٠ - الدولة التى توفر هذه المميزات فى الشريعة : وإذا كنا قد ذكرنا
أن الشريعة تتميز بالكمال والسمو والدوام فقد بقى علينا أن نقدم الدليل على
توفر هذه المميزات ، وسيتبين للقارىء فيما يأتى أن هذه المميزات متوفرة فى كل
مبدأ ، وفى كل نظرية ، وفى كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية
وسنعرض على القارىء الآن طائفة من النظريات والمبادئ الشرعية التى لم
تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، أو لم تعرفها بعد ، تتوفر فيها جميعاً كل هذه
المميزات ، وسيرى القارىء أن هذه المميزات كلها تتوفر فى كل المبادئ
والنظريات التى سنعرض لدراستها فى هذا الكتاب ، فالدليل إذن على توفر
هذه المميزات هو الواقع الذى لا يكذب وليس بعد منطلق الواقع حاجة لدليل
أو استدلال .

٢١ - نظرية المساواة : جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها
بنصوص صريحة تقرر نظرية المساواة وتفرضها فرضاً ، فالقرآن يقرر
المساواة ويفرضها على الناس جميعاً فى قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ
ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شِعْرًا وَقَبَائِلَ لَتَعَارَفُنَا بِأَنْ كَرَّمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْفَاكُمْ ﴾

[الحجرات : ١٣] والرسول صلى الله عليه وسلم يكرر هذا المعنى في قوله: « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى » ثم يؤكد هذا المعنى تأكيداً في قوله: « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم وآدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

ويلاحظ على هذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطاقه ، فلا قيود ولا استثناءات ، وأنها المساواة على الناس كافة أى على العالم كله ، فلا فضل لفرد على فرد ، ولا لجماعة على جماعة ، ولا لجنس على جنس ، ولا للون على لون ، ولا لسيد على مسود ، ولا لحاكم على محكوم .

وهذا هو نص القرآن يذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى ولا تفاضل إذا استوت الأصول وإنما مساواة ، وهذا هو قول الرسول يذكر الناس أنهم جميعاً ينتمون لرجل واحد خلق من تراب فيهم متساوون ويشبههم في تساويهم بأسنان المشط الواحد ، ولم يعرف أن شيئاً من مشط فضلت سنة الأخرى .

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول وهو يعيش في قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل فهم يتفاضلون بالمال والجاه ، والشرف واللون ، ويتفاخرون بالآباء والأمهات ، والقبائل والأجناس ، فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هي الدافعة لتقرير نظرية المساواة ، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجه هو رفع مستوى الجماعة ودفهم نحو الرقي والتقدم ، كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة تشكيل الشريعة بما تقتضيه الشريعة الكاملة الدائمة من مبادئ ونظريات .

ولا جدال في أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة إلى آخر درجات العموم والمرونة ، فلا يمكن مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات ، والعادة في وضع

نصوص الشريعة على هذا الشكل أن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

وإذا كانت نظرية المساواة قد عرفت في الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . وإذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير المساواة بأحد عشر قرناً ، ولم تأت القوانين الوضعية بحديد حين قررت المساواة ، وإنما سارت في أثر الشريعة واهتدت بهداها ، وسيرى القارى فيما بعد أن القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقاً محدوداً بالنسبة للشريعة الإسلامية التي توسعت في تطبيق النظرية إلى أقصى حد^(١) .

٢٢ — نظرية مساواة المرأة بالرجل : هذه النظرية ليست إلا فرعاً من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقاً لها ، وقد فضاءنا أن نجعل لها مكاناً خاصاً لأهميتها ولأنها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها في تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات ، وأن الشارع لا يطبق المبادئ العامة تطبيقاً آلياً ، وإنما يطبقها ليحقق بها نفعاً أو يدفع بها ضرراً .

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية : أن المرأة تساوى الرجل في الحقوق والواجبات ، فإما مثل ما له وعليها مثل ما عليه ، وهي تلزم للرجل بما يقابل التزاماته لها ، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل ، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ولهن مثل الذي عنيهن بالمعروف ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

ولكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة

(١) يراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الأشخاص فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع بينما فصرنا الكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادئ ونظريات .

ميزت الرجل على المرأة بميزة واحدة ، فجعلت له على المرأة درجة في قوله تعالى : ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ [البقرة : ٢٢٨] وقد بين القرآن حدود هذه الميزة أو الدرجة التي اختلف بها الرجل في قوله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ﴾ [النساء : ٣٤] فبين ذلك أن الدرجة هي درجة الرئاسة والقوامة على شئونها المشتركة .

ولا شك أن الرجل وهو المكلف طبقاً للشريعة بالإئتمام على المرأة وتربية الأولاد والمسئول الأول عن الأسرة أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة ، لأن مسئوليته عن هذه الشئون تقتضى أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها .

فالسلطة التي أعطيت للرجل إتماماً أعطيت له مقابل المسئولية التي حملها ليتمكن من القيام بمسئوليته على خير وجه ، وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة هي القاعدة التي تقول : « السلطة بالمسئولية » تلك القاعدة التي جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم ، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتي قررها الرسول عليه السلام في قوله : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، فالإمام راع وهو مسئول عن رعيته ، والرجل راع في أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيته » .

وبذا كان للرجال درجة على النساء في شئونها المشتركة فإن الرجل لا يتميز على المرأة في شئونها الخاصة ، وأيسر له عليها أى سلطان زهى تستطيع مثلاً أن تتمتع الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجاً أو أباً أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها .

وقد سوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم تزولها أى من ثلاثة عشر قرناً تقريباً في وقت لم يكن فيه العنائم مهينة للمساوية بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ، فلم تسكن حاجة الجماعة هي التي دفعت

الشريعة لتقرير المساواة وإنما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادئ التي يجب أن تكون في شريعة كاملة دائمة .

ونستطيع أن ندرك مدى السمو الذي وصلت إليه الشريعة بتقريرها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة إذا علمنا أن القوانين الرضعية لم تسمح بالتسوية بينهما إلا في القرن التاسع عشر ، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف في شئونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن .

ويمكننا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرورها ، وأنها لا تضيق بمجالة ما ، ولا تعجز عن الاحاطة بكل ما يتصور من المسائل ، فإذا أضيف هذا إلى ما في النصوص من كمال وصموكان من الحق أن تقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل لأنها ليست في حاجة إلى تعديل أو تبديل .

٢٣ - نظرية الحرية : من المبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية مبدأ الحرية ، فقد أعلنت الشريعة الحرية وقررتها في أروع مظاهرها فقررت حرية التفكير ، وحرية الاعتقاد ، وحرية القول ، وستنكم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتي : -

٢٤ - حرية التفكير : جاء الشريعة الإسلامية معلنة حرية التفكير محررة للعقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات ، داعية إلى نبذ كل ما لا يقبله العقل . فهي تحث على التفكير في كل شيء وعرضه على العقل فإن آمن به العقل كان محل إيمان ، وإن كفر به كان محل كفران . فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشيء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله ، ولا تبسح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله .

ولقد قامت الدعوة الإسلامية نفسها على أساس العقل فما هو القرآن يعتمد في إثبات وجود الله ، ويعتمد في إقناع الناس بالاسلام ، ويعتمد في حملهم على الايمان بالله ورسوله وكتابه، يعتمد القرآن في ذلك كله اعتماداً أساسياً على استنارة

تفكير الناس وإيقاظ عقولهم ويدعوهم بشتى الوسائل إلى التفكير في خلق السموات والأرض وفي خلق أنفسهم وفي غير ذلك من المخلوقات ، ويدعوهم إلى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله إلى معرفة الخالق ، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل .

ونصوص القرآن التي تحض على استخدام العقل وتحريز الفكر لا تعد كثرة منها قوله تعالى : ﴿ إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التي تجري في البحر بما ينفع الناس ، وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون ﴾ [البقرة : ١٦٤] وقوله : ﴿ قل إنما أعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تفكروا ﴾ [سبأ : ٤٦] وقوله : ﴿ أو لم تفكروا في أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق وأجل مسمى ﴾ [الروم : ٨] وقوله : ﴿ قل انظروا ماذا تسمون السموات والأرض ﴾ [يونس : ١٠١] وقوله : ﴿ فلينظر الإنسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يمحرج من بين الصلب والترائب ﴾ [الطارق : ٦] وقوله : ﴿ أفلا ينظرون إلى الأبل كيف خلقت : وإلى السماء كيف رفعت ، وإلى الجبال كيف نصبت ، وإلى الأرض كيف سطحت ﴾ [الناشئة : ١٧] وقوله : ﴿ إن في ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد ﴾ [سورة ق : ٣٧] وقوله : ﴿ وما يذكركم إلا أولوا الألباب ﴾ [آل عمران : ٧] ويعيب القرآن على الناس أن يلفوا عقولهم ، ويمطوئوا تفكيرهم ، ويقلدوا غيرهم ، ويؤمنوا بالخرافات والأوهام ، ويتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون ، وينمى عليهم ذلك كله ، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالأنعام بل أضل سبيلا من الأنعام لأنهم يتبعون غيرهم دون تفكير ولا يحكمون عقولهم فيما يملون أو يقولون أو يسمعون ، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التي ميز الله بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألقى

عقله أو عطل فكره تساوى بالأنعام بل كان أضل منها .

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه اللعاق ، وقرأ إن شئت قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا : بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُنَا لَا يَشْعُرُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ ﴾ ومثل الذين كفروا كمثل الذي ينعق بما لا يسمع إلا دعاءً ونداءً سمع بهم لعمى فهم لا يشعرون ﴾ [البقرة : ١٧٠، ١٧١] وقوله : ﴿ أفلم يسئروا في الأرض فتكون لهم قلوب يشعرون بها أو آذان يسمعون بها فإنها لا تسمى الأبصار ولكن تسمى القلوب التي في الصدور ﴾ [الحجج : ٤٦] وقوله : ﴿ ولقد فرأنا لهم كثيرا من الجن والإنس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون ﴾ [الأعراف : ١٧٩] .

والإنسان أن يفكر فيما شاء كما يشاء وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير ولو كفر في إتيان أعمال محرمة الشريعة ، والعلة في ذلك أن الشريعة لا تعاقب الإنسان على أحاديث نفسه ولا تؤاخذة على ما يفكر فيه من قول أو فعل محرّم وإنما تؤاخذة على ما أتاه من قول أو فعل محرّم ، وذلك معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » .

٢٥ - حرية الاعتقاد : والشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود ، فلكل إنسان طبقا للشريعة الإسلامية أن يمتنع من العقائد ما شاء وليس لأحد أن يجمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها أو يمتنع من إظهار عقيدته .

وكانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة فلم تكلف بإعلان هذه الحرية وإنما اتخذت لحمايتها طريقين : -

أولاهما : إلزام الناس أن يحترموا حق الغير في اعتقاد ما يشاء وفي تركه يعمل طبقاً لعقيدته ، فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما أو ترك أخرى

ومن كان يمرض آخر في اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ، ويبين له وجه الخطأ فيما يعتقد ، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج ، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ، ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راض ويكفي صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه فيبين الخطأ ، وأرشد إلى الحق ، ولم يقصر في إرشاد خصمه وهدايته إلى الصراط المستقيم . وإقرأ إن شئت هذه المعاني صريحة واضحة في قول الله تعالى لرسوله : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ [البقرة : ٢٥٦] وقوله : ﴿ ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكفره الناس حتى يكونوا مؤمنين ﴾ [يونس : ٩٩] وقوله : ﴿ فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر ﴾ [العنكبوت : ٨] وقوله : ﴿ وما على الرسول إلا البلاغ المبين ﴾ [سورة النور : ٥٤] .

ثانيهما : - إزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته ، وأن لا يقف موقفا سلبيا ، فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التي لا تحترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهلها العقيدة ، ويمكن فيه من إعلان ما يعتقد ، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه قبل أن يظلمه غيره ، وارتكب إثما عظيما ، وحققت عليه كلمة العذاب ، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها . وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك في قوله تعالى : ﴿ إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا : فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا • إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا • فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا ﴾ [النساء : ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩] .

وقد باننت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مسلمين وغير مسلمين ، وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لعير المسلمين في بلاد الإسلام ، ففي أى بلد إسلامى يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه

ومذهبه وعقيدته ، وأن يباشر طقوسه الدينية ، وأن يقم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراسته دون حرج عليه ، فلا يهود في البلاد الإسلامية عقائدهم ومعاييدهم وهم يتعبدون علناً وبطريقة رسمية ، ولهم مدارسهم التي يعلمون فيها الدين الموسوي ، ولهم أن يكتبوا ما يشاؤون عن عقيدتهم وأن يقارنوا بينها وبين غيرها من العقائد ويفضلوها عليها في حدود النظام العام والآداب والأخلاق الفاضلة — وكذلك حال المسيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعددتها ، فلكل أصحاب مذهب كنائسهم ومدارسهم ، وهم يباشرون عباداتهم علناً ، ويعلمون عقائدهم في مدارسهم ويكتبون عنها وينشرون ما يكتبون في البلاد الإسلامية .

٢٦ - حرية القول : أباحت الشريعة حرية القول وجعلتها حقاً لكل إنسان ، بل جعلت القول واجباً على الإنسان في كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام وفي كل ما تعتبره الشريعة منكراً ؛ وذلك قوله تعالى : ﴿ وتلكم أمة واحدة دعتكم إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾ [آل عمران : ١٠٤] . وقوله : ﴿ الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمسروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » وقوله : « أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر » وقوله : « الدين النصيحة ، قالوا لمن يارسول الله ؟ قال : لله ورسوله وكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » وقوله : « سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله » .

وإذا كان لكل إنسان أن يقول ما يمتد به الحق ويدافع بلسانه وقلبه عن عقيدته فإن حرية التبل ليست مطلقة ، بل هي مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجاً عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفاً لنصوص الشريعة . وقد قررت الشريعة حرية القول من يوم نزولها وقيدت في الوقت نفسه (٣) التفرغ الجنائي الإسلامي)

هذه الحرية بالقيود التي تمتنع من العدوان وإساءة الاستعمال ، وكان أول من قيدت
 حرته في القول محمد صلى الله عليه وسلم وهو رسول الله الذي جاء معلناً للحرية
 مبشراً بها وداعياً إليها ، ليكون قوله وعمله مثلاً يحتذى ، وليعلم الناس أنه لا يمكن
 أن يعنى أحد من هذه القيود إذا كان رسول الله أول من قيد بها مع ما وصفه به
 ربه من قوله : ﴿ وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خِطَابٍ عَظِيمٍ ﴾ [سورة القلم : ٤]

ولقد أمر الله رسوله أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعاً إلى الإيمان
 بالله وبالرسالة ، وأن يهاج الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم ،
 ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها فرسم له طريق
 الدعوة ، وبين له منهاج القول والهجاء ، وأوجب عليه أن يعتمد في دعوته على
 الحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتي هي أحسن ، وأن يعرض عن الجاهلين
 وأن لا يجهر بالسوء من القول ، وأن لا يسب الذين يدعون من دون الله ،
 فرسم الله لرسوله حدود حرية القول ، وبين لنا أن الحرية ليست مطلقة وإنما هي
 حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال .

وحرية القول في الحدود التي وضعتها الشريعة أمود دون شك على الأفراد والأمم
 بالمنع والتقدم ، وتؤدي إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات ، وتجمع
 كلمة أولى الأمر على الحق دون غيره ، وتجمهم في حالة تعاون دائم ، وتقضى على النزعات
 الشخصية والعنصرية ، وهذا كله ينقص العالم اليوم ، أو يبحث عنه العالم فلا يبتدى إليه .
 ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين
 الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم قسمين : قسم يرى حرية القول
 دون قيد إلا فيما يمس النظام العام وهؤلاء لا يميرون الأخلاق أى اهتمام ،
 وتطبيق رأيهم يؤدي دائماً إلى التباغض والتنابد والتحزب ثم القلاقل والثورات
 وعدم الاستقرار . وقسم يرى تقييد حرية الرأي في كل ما يخالف رأى الحاكمين
 ونظرتهم للحياة ، وتطبيق رأى هؤلاء يؤدي إلى كبت الآراء الحرة وإبعاد

العناصر الصالحة عن الحكم ، ويؤدي في النهاية إلى الاستناد ثم القفز والثورات .
ونظرية الشريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما
دول العالم ، ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد وهي لا تسلّم
بالحرية على إطلاقها ، ولا بالتقييد على إطلاقه ؛ فالقاعدة الأساسية في الشريعة
هي حرية القول ، والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما ينس الأخلاق والآداب
أو النظام ، والواقع أن هذه القيود قصد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام ،
ولكن هذه الحماية لا تتيسر إلا بتقييد حرية القول ، فإذا منع القائل من الخوض
فيما يس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أي حق لأن الاعتداء
لا يمكن أن يكون حقاً .

ويمكننا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول
ما يشاء دون عدوان فلا يكون شتماً ولا عيباً ولا قاذفاً ولا كاذباً ، وأن يدعو
إلى رأيه بالحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتي هي أحسن ، وأن لا يجهر
بالسوء من القول ، ولا يبدأ به ، وأن يعرض عن الجاهلين . ولا جدال في أن
من يفعل هذا يحمل الناس على أن يسموا قوله ويقدروا رأيه فضلاً عن بقاء
علاقته بغيره سليمة ثم بقاء الجماعة بدأ واحدة تعمل للفصاحة العامة .

والمقصود القرآني الآتي تتمير دستور القول في الشريعة وهي قوله تعالى :
﴿ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ﴾
[سورة النحل : ١٢٥] وقوله : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾
[الأعراف : ١٩٩] وقوله : ﴿ وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً ﴾ [الفرقان : ٦٣]
وقوله : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾
[الأنعام : ١٠٨] وقوله : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾
[النساء : ١٤٨] وقوله : ﴿ لا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن إلا الذين
ظلموا منهم ﴾ [المنكيات : ٤٦] .

هذه هي نظرية الحرية بشعبها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية في وقت كان الناس فيه لا ينكرون بقولهم ، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم ، وكان من الطبيعي في نظرم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته ، ولم يكن لأحد حرية القول أو التفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء . وقد لقي المسلمون الأول عنتاً شديداً في نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية ، فغذبوا لتغيير عقيدتهم ، وأكروهوا على ذلك بشئ الوسائل ، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم فلا يحاولون القول إلا منعوم منه ، ولا التمسيد إلا آذوم به .

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجارى تطور الجماعة أو تلبى رغباتها ، لأن العالم كله في ذلك الوقت لم يكن مهياً لنظرية الحرية ، وإنما قررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة ، وتدفعهم نحو التقدم والرق ، وتسمو بهم عن الموطن الذي نزلت بهم فيه همجيتهم ، وأرضاهم به جهاهم = كذلك كان تقرير النظرية لازماً لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الداعية .

وقد جاءت النصوص القررة للحرية والذينة لحدودها نصوصاً عامة مرنة بحيث لا يمكن أن تحتاج إلى تعديل أو تبديل . وهذا يتفق مع الأساس الذي قامت عليه الشريعة وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل ، ولا شك أن النصوص من العموم واللزوم بحيث لا يمكن أن تضيق بأى حالة مهما تغيرت الظروف والأمكنة وطال الزمن . ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرناً على الأقل ؛ لأن القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية إلا في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعترف بالحرية بل كانت أقسى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الإصلاح ولمن ينتقد عقيدة تحالف العقيدة التي يمتنعها أولو الأمر هذا هو الواقع وهذه حقائق التاريخ ، فمن شاء بمد ذلك أن يعرف كيف نشأت

الأكذوبة الكبرى التي تقول إن الأوربيين هم أول من دعا للحرية فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشرعية الإسلامية، وقد يمدح الأوربيون في هذا الجهل أما نحن فلن نجد لأنفسنا عذراً .

٢٧ - نظرية الشورى : جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لبدا الشورى

في قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [الشورى : ٣٨] وفي قوله : ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة فقد كان العرب في أدنى درجات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط ، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنها قبل كل شيء من مستغربات الشريعة الكاملة الدائمة المتحصية على التبدل والتعديل ، ولأن تقرير النظرية يؤدي بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير في المسائل الهامة والاهتمام بها ، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جديّة ، والاشتراك في الحكم بطريق غير مباشر ، والسيطرة على الحكم ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتكامل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها . وظاهر من صيغة النصين المقررين لبدا الشورى أنها عامان مرنان إلى آخر حدود العموم وثرونة . بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلها أو تبديلها في المستقبل ، وفي هذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبدل والتعديل .

ولهذه الاعتبارات اكتفت الشريعة بتقرير الشورى كبدا عام وتركت لأولياء الأمور في الجماعة أن يضعوا معظم القواعد اللازمة لتنفيذه ، لأن هذه القواعد تختلف تبعاً لاختلاف الأمكنة والجماعات والأوقات . فلأولياء الأمور مثلاً أن يعرفوا رأى الشعب عن طريق رؤساء الأمر والعشائر ، أو عن طريق ممثلي الطوائف ، أو بأخذ رأى الأفراد الذين تتوفر فيهم صفات معينة إما بطريق التصويت المباشر وإما بطريق التصويت غير المباشر ، ولأولياء الأمور أن يسلكوا أى سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره في تعرف رأى الجماعة بشرط أن لا يكون في ذلك كله ضرر ولا ضرار بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام .

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه وهي قليلة فقد بينت الشريعة أحكامها ولم تتركها لأولياء الأمور، وهذه القواعد حكمها حكم مبدأ الشورى لا تقبل التبدل ولا التبدل لأنها قواعد جاءت بها نصوص خاصة والقاعدة أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل .

ومن هذه القواعد الأساسية التي توجب الشريعة اتباعها في تطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه أن تكون الأقلية التي لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلبية ، وأن تنفذه بإخلاص باعتباره رأى أوجب الاتباع ، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية ، وليس للأقلية أن تناقش رأياً اجتاز دور المناقشة ، أو تشكك في رأى وضع موضع التنفيذ ، ونبذت هي سنة الرسول التي سنّها للناس والتي يجب على الناس اتباعها حقيقاً لقوله تعالى : **وَمَا كُنَّا بِأَرْسُولٍ نَحْنُؤهُ** **وَدَانَاهُمْ** **عَنْهُ** **فَاتَّبَعُوا** **الْحُكْمَ** **الْحَكِيمَ** [٧] .

ولقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم هذه السنة وعمل بها في حياته ، واتبعها أصحابه بعد وفاته. علم الرسول بهذه السنة لما عم بالنعمدان فربس لغزوة أحد وأنهم أقبلوا إلى المدينة وتزاولوا قريظة من جبل أحد فجمع عليه السلام أصحابه ، واستشارهم أيخرج إليهم أم يمكن في المدينة ، وكان رأيه أن لا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها فأتتهم المسفون على أقواء الأرقعة والنساء من فوق النبوت، ووافقه على هذا رأى عبد الله بن أبي و بعض الصحابة ، ولكن جماعة الصحابة أثاروا بالخروج وألحوا عليه في ذلك . فكان الرسول أول من وضع رأى الأكثرية موضع التنفيذ، إذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته ، وخرج عليهم ليخود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة ، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأى الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذي أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأى الأحق بالاتباع .

وعمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته في حروب الردة فقد كان رأى

الغالبية أول الأمر متجهاً إلى عدم معارضة المرتدين ومساندتهم ، وكان رأى الأقلية وعلى رأسهم أبو بكر متجهاً إلى معارضة المرتدين وعدم السماح معهم ، وانتهت المناقشة بمنوح الكثيرين إلى رأى أبي بكر بعد اقتناعهم به ، فمدا وضع هذا الرأى موضع التنفيذ كان المخالفون في الرأى هم أدلة المرتدين والمضعفين في سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم .

وهذه السنة المباركة التي تكمل مبدأ الثورة العارمة تعتبر في وقتنا الحاضر العلاج الناجع لنشل الديمقراطية . فمن أجل أن تكون الديمقراطية فاشة فشلاً ذريعاً في تطبيق مبدأ الشورى ، والى ذلك فإنها في هذا النشل أنهم يسمعون للأقلية أن تناقش الرأى الذى أتته الأقلية بعد انتهاء دور المناقشة ، وأن تشكك في قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه . بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تنفيذ آرائه ، ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذى يتولى الحكم فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام ، بل تكون دائماً محل تشكك وسخرية ، ويعلمن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها ، بل قد يحدث أن تمنح الأقلية من تنفيذ القوانين التى تسنها الغالبية ، ونقل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية ، فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذى تقابل آرائه وأعماله بمثل ما تقبل به فريق الأكثرية السابق ، وهكذا لا يتولى الحكم فريق إلا كانت آرائه وأعماله محل النقد والتشكك والسخرية . وقد يكون النقد سبيلاً من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة ، أو نقد آراء لم تناقش من قبل ، أما نقد الآراء التى سبقت مناقشتها والتشكك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه ، بل إنه ليناقض مع الأساس الذى تقوم عليه الشورى ؛ فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأى الأغلبية ، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى كان رأياً قانونياً أو حكماً يجب له الطاعة والاحترام .

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية ، فظهر أولو الأمر في البلاد الديمقراطية بمظهر الماجز الذي لا يحسن التصرف ، وقد الأفرادتقتهم في الزعماء والجماعات والأحزاب ، وأصبحوا يشككون في قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره ، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسموا عنهم في يوم ما أنهم ارتأوا رأياً فكان موضع التقدير ، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية ، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك .

وإذا كان فشل البلاد الديمقراطية في تطبيق مبدأ الشورى يرجع في الأصل إلى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب ، إلا أن تغشى هذا الفشل في كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبدأ الشورى نفسه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدأ إلى المبدأ ذاته ، واعتنق الكثير من البلاد الديمقراطية مبدأ الديكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجاً لحالة الشك وعدم الثقة التي تعيش فيها الشعوب .

ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديمقراطية ، لأنها تؤدي إلى كتم الأفواه وتمطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريد أو فيما لا يعود عليها إلا بالضرر . وإذا كانت الديكتاتورية تبدأ غالباً بالنجاح إذا استبدلت بالديمقراطية الفاشلة فإن النجاح لا يرجع إلى النظام ذاته ، وإنما يرجع كما أثبتت التجارب إلى ثقة المحكومين بشخصية الحاكم وتمضيدهم إليهم وإلى حرص الحاكم على صالح الجماعة ، فإذا ما تغير الحاكم الموثوق بهم ، أو فشلوا في القيام بمهمتهم ، انعدمت الثقة بين الحاكم والمحكومين ، وابتدأ الفساد يدب في النظام الديكتاتوري وكان ذلك إيذاناً بتغيير نظام الحكم ، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكم أو شجاعة وقوة المحكومين .

ونستطيع الآن أن نقول بحق : إن النظام الإسلامي لا يعتبر فقط علاجاً ناجحاً

لقفل الديمقراطية ، ولكنه أيضاً صمام الأمن الذي يحمي الأمم من الديكتاتورية ، لأن هذا النظام يحفظ لمبدأ الشورى قيمته النظرية ، ويحقق صلاحيته العملية ، ويجيش كل القوى لخدمة الجماعة ، ويدعو إلى الثقة بالشورى والقائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادئ الهدامة والديكتاتورية .

ونستطيع أيضاً أن نقول: إن النظام الديمقراطي يقوم في الأصل على الشورى والتعاون ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسيط الحكوميين على الحاكمين ، وانعدام التعاون بينهما ، وإن النظام الديكتاتوري يقوم في الأصل على السمع والطاعة والثقة بين الحاكمين والمحكومين ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسيط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما . أما النظام الإسلامي فيقوم على الشورى والتعاون في مرحلة الاستشارة ، وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ، ولا تسمح قواعده بتسيط فريق على فريق ، وبهذا جمع النظام الإسلامي بين ما ينسب إلى الديمقراطية من فضائل ، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ، ثم هو في الوقت نفسه برىء من العيوب التي تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معاً .

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدأ الشورى بأحد عشر قرناً ، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدأ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية اللهم فيما عدا القانون الإنجليزي فقد عرف مبدأ الشورى في القرن السابع عشر ، وقانون الولايات المتحدة الذي أقر المبدأ بعد منتصف القرن الثامن عشر ، أما القانون الفرنسي فقد أخذ بمبدأ الشورى في آخر القرن الثامن عشر ، وعلى أثر ذلك انتشر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين في القرن التاسع عشر ، فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بجديد ، وإنما انتهت إلى مبادئ موجودة في الشريعة الإسلامية ، وسارت في الطريق الذي سلكته الشريعة من القرن السابع الميلادي .

٢٨ — نظرية تغيير سلطة الحاكم : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها

بنظرية تقييد سلطة الحاكم ، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحاكم ، وحرمتهم حرية التصرف ، وألزمهم أن يحكموا في حدود معينة ، ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم .

ونوم الشريعة على ثلاثة مبادئ أساسية . أولاً - وضع حدود لسلطة الحاكم - ثانياً - مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه - ثالثاً - تنويع الأمة حتى عزل الحاكم المبدأ الأول - وضع حدود لسلطة الحاكم : - كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة مطلقة لا حدود لها ولا مبرراتها وكانت علاقة الحاكم بالحكومين قائمة على القوة البحتة ، ومن التوعد كان الحاكم يستمد سلطانه ، وعلى مقدار قوته كانت سلطته ؛ فكثيراً كان قويا امتد سلطانه لكل شبر ، وإن ضعف انكسرت سلطته ، وأصابها القصور والوهن . وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم ، بل لأنه أقوى منهم ، فكثيراً كان الحاكم قادر على أن يسوق الناس بمصاه أو يفرهم بجناه (جناحه فهم من الظالمين السامعين ، فإذا تعبد الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطیع تبعاً لذلك أن يتحكم في رقاب الرعية ، وكانت الرعية تعتبر خدماً وعبداً لصاحب السلطان سواء أورش سلطانه أم اكتسبه . ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أي حاكم تساوى سلطة الآخر ، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها ، بل كان للحاكم أن يأتي ما يشاء ويدع ما يشاء دون حساب أو رقاب .

وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعاً جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية ، فجعلت أساس العلاقة بين الحاكم والحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوت الحاكم أو ضعف الحكومين . وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذي يرى مصلحتها ويحفظها ، وجعلت سلطة الحاكم حديداً ليس له أن يمددها ، فإن خرج عنها كان عمده باطلاً وكان من

وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بياناً شافياً وحددت حقوقه وواجباته تحديداً دقيقاً ؛ فمهمة الحاكم في الشريعة أن يخالف رسول الله في حراسة الدين وسياسة الدنيا^(١) ويسى الحاكم في اصطلاح الفقهاء الإمام .

والإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهاء عقد لا يتمعد إلا بالرضى والاختيار^(٢) وبموجب هذا العقد يلزم الإمام أى الحاكم أن يشرف على الشؤون العامة للأمة في الداخل والخارج^(٣) بما يحقق مصلحتها ، بشرط أن يكون ذلك كله في حدود ما أنزل الله على رسوله ، وفي مقابل التزام الإمام للأمة بهذا الالتزام تلزم له الأمة على لسان ممثليها الذين اختاروه إماماً أن تسمع له وتطيع أمره ما لم ينفذ بحاله فيصبح فاسقاً أو يعجز عن مباشرة عمله^(٤) ، فإذا تغير حاله انزل بنفسه أو بعجزه . فسلطة الإمام أى الحاكم في الشريعة ليست مطلقة ، وليس له أن يفعل ما يشاء ويدع ما يشاء ، وإنما هو فرد من الأمة اختير لقيادتها وعليه للأمة التزامات وله على الأمة حقوق ، وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدي به التزاماته ويستوفي به حقوقه ، وهو في أداء واجباته واستيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحها ، وذلك طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ [المائدة : ٤٩] وقوله : ﴿ تَمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعةٍ مِنْ أَمْرٍ قَاتِبَةٍهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ [الجاثية : ١٨] وقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ [المائدة : ٤٤] وإذا كان الإمام أى الحاكم متبديداً بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقاً لنصوصها فعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة فما أباحته له فقد امتد سلطانه إليه ، وما حرمته عليه فلا سلطان له عليه . والشريعة لا تبيح للعالم إلا ما تبيحه لكل فرد ، ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد .

(١) الأحكام السلطانية ص ٣ (٢) الأحكام السلطانية ص ٦ (٣) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين وتوفير الأمن والنظام وإقامة الحدود وإتقان الأحكام وحفظ الثغور والمجاهد والإشراف على الأموال العامة في جبايتها وإيفائها بالإشراف على المؤمنين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام . (٤) نفس المرجع ص ١٢ - ١٧

المبدأ الثاني - مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه : - وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أى الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولاً عن كل عمل يتجاوز به سلطاته سواء أتعهد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله . ولم تكن الشريعة في تقرير مسئولية الحاكم عن تصرفاتهم إلا متمشية مع منطق الأشياء ، فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة ، وجعلته كأي فرد عادي فلم تميزه على غيره بأي ميزة ، فكان من الطبيعي تحقيقاً للمعادلة والمساواة واستجابة للمنطق أن يُسأل الحاكم عن كل عمل يخالف للشريعة سواء أتعهد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله ما دام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة^(١) .

المبدأ الثالث - تحويل الأمة حق عزل الحاكم : - بينما فيما سبق أن الإمامة تتعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أى الحاكم ويلتزم له بالطاعة في مقابل التزام الحاكم بالإشراف على شؤون الأمة وقيادتها في الطريق التي رسمتها الشريعة وينبئ على هذا المنطق أن الحاكم الذي يقوم بتهتمته في الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة ، أما الحاكم الذي لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن ينتظر من الشعب السمع والطاعة ، وعليه هو أن يتنحى عن مركزه لمن هو أقدر منه على الحكم في حدود ما أنزل الله ، فإن لم يتنحى مختاراً نجاه الشعب مكرهاً واختار غيره .

وهذا الذي يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح ، جاء به القرآن وأمر به الرسول ، وعمل به الخلفاء الراشدون من بعده ، فأنه جل شأنه يأمر بالطاعة أولى الأمر في حدود ما جاء به الرسول فيقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ

(١) سنفصل الكلام على مسئولية الحاكم عندما نبحث في سر بيان الشريعة على الأشخاص وإنما نكتفي هنا بالمشئولية العامة التي لا ينفك عنها أي فرد عادي في تقدير النظريات العلمية والقوانين .

وأطيعوا الرسول وأولو الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً ﴿ النساء : ٥٩ ﴾ والرسول عليه السلام يقول : « لاطاعة مخلوق في معصية الخالق » ويقول : « إنما الطاعة في المعروف » ويقول في ولاة الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة ». وبعد موت الرسول اختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم فكانت أول خطبة يقرأها تطبيقاً دقيقاً لهذه النصوص حيث قال : « أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم إن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني - أطيعوني ما أطيع الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم » .

وولي عمر أمر السفين بعد أبي بكر فكان حريصاً على إظهار معاني هذه النصوص وتثبيتها في الأذهان ، خطب يوماً فقال : « لوددت أني وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقاً وغرباً فإن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم فإن استقام اتبعوه وإن جنف قلبوه » فقال طاعة : « وما عليك لو قلت وإن تعوج عزله » قال : « لا ، القتل أنكل لمن يمدده » .

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على الحكوميين سلطة مطلقة ، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتي بما يلائم الجماعة ويصلح لهاها وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورة للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية ، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقي من ناحية أخرى ، فالنظرية إذن شرعت للتكامل والتوجيه .

وهذه هي النصوص التي تقوم عليها النظرية جاءت عامة إلى آخر حدود العموم ، مرتدة إلى آخر حدود الرقابة بحيث تنطبق في كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات .

وقد سبقت الشريعة الإسلامية نظريتها كل القوانين الوضعية في تفصيل سلطة

الحكام ، وتعيين الأساس الذي تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وفي تقرير سلطان الأمة على الحكام ، وأول قانون وضع اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزي ، وكان ذلك في القرن السابع عشر أى بعد أن قرزت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرناً ، ثم جاءت الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ في القوانين الوضعية .

وتسير القوانين الوضعية في تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية ، فتجعل الحد بين الحاكمين والمحكومين الدستور الرسمى الذى يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام ومدى سلطان كل ، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين الحاكمين والمحكومين نصوص الشريعة وهى الدستور الإسلامى .

٢٩ - نظرية الطهارة : - أبحاث الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق

المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل ، ولولم يقيم دليل ظاهر على أن ضرراً حدث للرجل من الزواج فالأمر في تطليق المرأة متروك للرجل .

وأبحاث الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها ضرراً مادياً أو أدبياً ، أو لا يؤدي لها ما توجهه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة .

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة في استعمال حق الطلاق أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشئون الزوجية^(١) وهو الذى يتحمل وحده أعباءها ، فهو ملزم بنهر الزوجة ونفقات الزواج ، وملزم بالإفئاق على تزوجة من يوم العقد ولولم تنتقل إلى بيته ، وملزم بالإفئاق عليها وعلى أولادها منه ، فأعطى له حق الطلاق مطلقاً من كل قيد في مقابل هذه المسؤوليات الجسدية ، وفي هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر لأن إلزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدي إلى تلويث سمعة المرأة

وحرمانها من الزواج بعد ذلك - أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيد بالحصول ضرر مادي أو أدبي ، وفي هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شئون الزوجية ، وما يعيها حماية كافية من تمتع الزوج ، وما يحسى الزوج في الوقت نفسه من أن نسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق .

وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل للطلاق مطلقاً من كل قيد فإنها قد فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحتها . والطلاق إما أن يكون قبل الدخول وقبل فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون قبل الدخول وبعد فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون بعد الدخول ، وفي كل حالة من هذه الحالات أقرمت الشريعة الرجل بالتزامات لا مفر منها عليه أن يؤتيها للمرأة ، وهذه الالتزامات تعتبر من ناحية تعويضاً للمرأة كما أنها من ناحية أخرى تحمل الرجل على أن يذكر كثيراً قبل استعمال حق الطلاق .

الطلاق قبل الدخول وفرضه المهر : إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها أو يفرض لها مهراً فعلياً أن يتبعها أي بموضها عن الطلاق، بما يقتضيه العرف أي بما تعارف أمثال الزوج ومن هم في طابقتها على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة ، والمقصود بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوهن فريضة ، وتمتعوهن على المنوع قدره ، وعلى المقتر قدره متاهاً بالمعروف حتماً على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

الطلاق قبل الدخول وبمهر فرضه المهر : وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو منقسم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضاً عن الطلاق طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم لأنهن يفتنون أو يعفون الذي بيده عقدة النكاح ﴾ [البقرة : ٢٣٧]

الطلاق بمهر الدخول : أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو منقسم لها

بكل المهر ولو كان أكثره غير حال ، وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الزواج أو ما ملكها إياه في حال الزوجية سواء كان ملزماً به أم متفضلاً به عليها وذلك طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاًناً وإنما مبینا ﴾ [النساء : ٢٠] .

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفى عدتها وتصبح بذلك أهلاً للزواج من غيره . وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملاً أو غير حامل ، فإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [الطلاق : ٢٨] وإن لم تكن حاملاً فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقاً لقوله تعالى : ﴿ والمطافات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [البقرة : ٢٢٨] والقروء هو الحيض على رأي والطهر من الحيض على رأي آخر . وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر ، ولم تكن في حاجة إلى التعديل أو التبديل ، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث سر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرناً وهي لا تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرناً وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة . فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق ، ولم يعترف به إلا في القرن العشرين ، بل كان البعض يأخذون على الشريعة أنها جاءت مقررة لحق الطلاق ، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقى وتقدمت الأمم وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل ، ومن سوء العشرة والآلام النفسية ، وأن الطلاق هو الذي يحقق سعادة الزوجين

إذا فشل الزواج في تحقيقها ، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء
ويساوس الشيطان .

ولا يكاد اليوم يخلو قانون وضعى من قوانين الأمم المتحضرة من النص على
الطلاق والاعتراف به ، ولكن هذه القوانين تختلف في مدى الأخذ ببداى الطلاق
فالبعض يتوسع في تطبيق المبدأ ، والبعض يضيق من الدائرة التي يطبق فيها
فالقانون الرومى يبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط فهو يأخذ بالمبدأ
الذى وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معاً ، وقوانين بعض
الولايات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية تبيح للرجل والمرأة معاً حق طاب
الطلاق إذا أثبت الطالب أن الآخر يضاره ضرراً مادياً أو أدبياً ، فهذه القوانين
أخذت بالمبدأ الذى قررته الشريعة حقاً للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معاً .
وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على سبب أحد الزوجين من حدود ضيقة
ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقاً
للرأة ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرتها .

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرناً يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية في
الطلاق ويأخذ بها ، وقد لا يمضى القرن العشرون حتى تتوسع القوانين الوضعية
في إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بهذا الفيء .

ونستطيع أن نشين مما سبق أن العالم لم يكن مهتماً لقبول نظرية الطلاق يوم
نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل
الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة لتأدية من نظريات ، وإنسد منه رفع
مستوى الجماعة ودفنها نحو الرقى والكمال .

٣٠ - نظرية تحريم الخمر : حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً مطلقاً
وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود (أ. العقوبات) المقدرة التي لا يجوز
نزول الأمر العقوبتها ولا عن الجريمة الى رحمت لها ، ولا يجوز للقاضى أن
(٤ - القمع الجانى الإسلامى)

بمفضها أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها .

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة ، بل جاءت بالتحريم تدريجياً ، لأن شرب الخمر كان متفشياً في العرب ، وكانت الخمر إحدى متمهم وسبيل لهوهم ، فاتتحت حكمة التشريع التدرج في التحريم ، وكان أول نص من نصوص التحريم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] فنهام الله عن الصلاة وهم سكارى ، ولما كانت الصلاة فريضة لا بد من أدائها فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والمساء وهم غير سكارى . ولعل هذا كان داعياً لهم أن يتساءلوا = عن حكم الخمر في = ذاتها ، وقد جاء النص الثاني من نصوص التحريم برد على هذا التساؤل وبيّن علة التحريم وذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [البقرة : ٢١٩] وبعد أن أصبحت النقوس مهيأة لترك الخمر نزل النص التام في التحريم وهو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأُرْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْمَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾ [المائدة : ٩٠ ، ٩١] .

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مَرَّةً إلى آخر حدود العموم والمرونة وهذه الميزة التي تتميز بها نصوص الشريعة هي التي جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة ، وحفظت لها هذه الصلاحية في عصرنا الحاضر أي بعد مضي ثلاثة عشر قرناً على تاريخ نزولها ، وهذه الميزة هي التي ستحفظ لها هذه الصلاحية في مستقبل الأيام مهما امتد الزمن وطال . فإذا ما قلنا إن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فذلك لأنها صيغت بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجازاة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها ، فقد

كانت فكرة التحريم بعيدة عن الأذهان ، ولم تكن النفوس مهتأة لها ، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنه ضروري لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة ، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السور والسكال ، وإذا كان العالم غير الإسلامي قد أصبح الآن يفكر في تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهتأة لقبول التحريم فعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررتها من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرناً .

وتقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع ، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة وتأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية ، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أتيت العلم المادى أحياناً أن الخمر مفسدة عظمى ، وأنها تهدم الصحة وتضيع المال وتضرف الفسل والمقتل وتضر بالإنتاج ضرراً بليغاً ، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد ، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف ، وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحاً ملحوظاً فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعاضيد ومساعدة من المفكرين والمصلحين بحيث يمكن أن يقال : إن الدعوة إلى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة .

ويستطيع الإنسان أن يرى أثر الدعوة إلى تحريم الخمر ظاهراً في التشريعات التي صدرت في القرن الحالى ، فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تحريماً تاماً ، والهند أصدرت من عامين قانوناً مماثلاً وهاتان هما الدولتان الوحيدتان اللتان حرمتا الخمر تحريماً تاماً . أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة لاستجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها في المناسبات العامة في أوقات معينة من النهار ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنناً معينة .

ويستطيع أن يقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهتأً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً ، وأن الدعوة إلى التحريم

تأخذ طريقها ويشتم ساعدها كل يوم وتجد من العفاء والمصلحين كل تعزید .
 وأن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الحمر تحريمًا قاطعًا لم يعد بعيداً ، وأن العالم
 قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك
 أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يجيب .

٣١ - نظرية تمرد الزوجات : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها
 مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن ،
 فإن كان يعلم أنه لا يستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن فلا يجوز له
 أن يتزوج غير امرأة واحدة ، وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له
 أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فَاَنْكَحُوا مَا طَابَ
 لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [النساء : ٣]
 وقد سارت الشريعة الإسلامية منطلقها الخاص ، وسارت الطبيعة البشرية ،
 وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات .

فأما أن الشريعة قد سارت منطلقها الخاص فذلك أن الشريعة تحرم الزنا
 تحريمًا كلياً وتعاقب عليه أشد العقاب حتى إنها لتعاقب الزاني المحصن بالرجم (أى
 القتل رسياً بالحجارة) فوجب أن لا تحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى
 الزنا من وجه آخر ، ولا شك أن تحريم تعدد الزوجات يدفع الناس إلى الزنا ،
 ذلك أن عدد النساء في العالم يزيد على عدد الرجال ، ويزداد الفرق بينهما كلما
 نشبت الحروب وتعددت ، فتحريم الزواج إلا من واحدة يؤدي إلى بقاء عدد كبير
 من النساء دون زواج وحرمان المرأة من الزواج مع استعدادها له معناه أن تجاهد المرأة
 طبيعتها ، وهو جهاد ينتهي غالباً بالفشل والاستسلام وإباحة الأعراض والرضا
 بالسفاح ، وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ،
 فالمرأة ليست مستعدة في كل وقت لغشيان الرجل إياها لأنها تحيض كل شهر
 أسبوعاً في المتوسط ، وقد تصل أيام الحيض إلى أسبوعين ، وغشيانها محرم في

الحيض . ولأنها عندما تلد يحرم غشائها مدة النفاس وهي أربعون يوماً تقريباً .
كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإبتعاد
بالحمل ، أما الرجل فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة ، فإذا
حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الزنا ،
لأنهم لا يستطيعون أن يكتبوا غرائزهم الجنسية أيام الحيض والنفاس والإبتعاد
بالحمل .

وأما أن الشريعة الإسلامية سارت طيناع البشر في إباحة تعدد الزوجات
فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حتى قدرها ، فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان
إن نجح فيه العشرات سقط المثبات ، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط
حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة ، يتعين الرجل فلا
يحصن عليه ، ويعلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن ، ويقاومن
الغرائز الجنسية فلا تمود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف
والعفة ، ولم تفرض الشريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضه
للقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية في فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات
التي يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة ، لأن الرجل في الغالب يخضع لسلطان
الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه في ذلك شأن المرأة ، وإن كانت
طبيعة المرأة تساعد على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل

وأما أن حكم الشريعة في إباحة التعدد جاء متنقلاً مع الفرض من الزواج
فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت في الرجل والمرأة حفظ النوع ، وأن الزواج
شرع للناس وتكوين الأسرة ، فإذا تزوج الرجل امرأة فقها ولم يبيح له أن
يتزوج غيرها فقد تعطلت وطائفة الجنسية عن أداء الفرض الذي خلقت له ، وتعطل
الفرض من الزواج نفسه ، كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة أما
قدرة المرأة فلا احد لا تعددها ؛ فالرجل يستطيع أن ينجب أولاداً حتى يبلغ الستين

أو السبعين في المتوسط وهو في الغالب أقصى عمره ، أما المرأة فتتقدم قدرتها على التنازل فيما بين الأربعين والخمسين ، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالي نصف المدة التي يستطيع فيها أن يؤدي هذه الوظيفة .

هذه هي نظرية الشريعة في إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج ، ولتحقيق المساواة بين النساء ورفع مستوى الأخلاق ، وظاهر من النص الذي قررها أنه نص عام إلى آخر حدود الصوم ، مرن إلى آخر حد من المرونة وهذا ما جعله محتفظا بصلاحيته التي كانت له من ثلاثة عشر قرناً ، وما يجعله محتفظاً بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله .

ولم تأت الشريعة بهذا النص لتساير به حال الجماعة ، فقد كان العرب يجيزون تعدد الزوجات إلى غير حد . ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات ، وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص إلى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطبيق الباقيات ، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة ، ولأن وجوده ضروري في شريعة دائمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل .

ونظرية الشريعة في تعدد الزوجات من النظريات التي لم تعترف بها القوانين الرضعية حتى الآن ، بل كانت هذه النظرية قديماً مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم ، وأداة يستخدمونها في طعنهم على الإسلام ، أما اليوم فإن النظرية تجد لها في نفوس علماءهم ومصالحهم مكاناً وفي صحفهم السيارة موضعاً ، ومن يدرى أفعال اليوم الذي تأخذ فيه القوانين الرضعية بهذه النظرية قد اقترب ، فإن الحرب العظمى التي وقعت سنة ١٩١٤ والحرب الأخيرة التي وقعت سنة ١٩٣٩ قد ساعدت كلاهما على تهيئة الأذهان لهذه النظرية ، حيث قتل في كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة .

والحق أن الحروب لم تكن هي الدافع الوحيد الذي حمل الأوربيين على التفكير

في إباحة تعدد الزوجات ، وإنما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة منها انتشار الخالة بحيث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته في رجولته وعطفه وماله ، بل قد يكون لإحدها في هذه أكثر من نصيب زوجته ، ومنها شيوع الزنا وما يترتب عليه من جنائيات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم إلى الشوارع خوف العار ، وقتل الأجنة في بطون أمهاتها ، ومنها الزيادة الطبيعية في عدد النساء وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات ، ومنها قلة التمسك بآفة ظاهرة في الشعوب الأوربية ، فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا في إباحة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعي لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة

٣٢ - نظريات في العنصرية والتعاقد : وهذه مجموعة من النظريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد ، لأن القرآن جاء بها جميعاً في آية واحدة هي آية الدين ، ولأن بعضها يتصل ببعض الآخر اتصالاً وثيقاً ، ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذي يبرز فيها سمات الشريعة .

وآية الدين التي نعنيها هي قول الله جل شأنه ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَابَرْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ إِلَىٰ أَجْلِ مَعْنَىٰ فَاسْتَمِعُوا ، وَلِيُكْتَبَ بَيْنَكُمْ بِالْمَدْلِ ، وَلَا يَأْتِ كِتَابٌ أَنْ يُكْتَبَ كَالْعَهْدِ الَّذِي كُتِبَ ، وَالَّذِينَ آمَنُوا عَلَىٰ الْحَقِّ ، وَالَّذِينَ آمَنُوا عَلَىٰ رَبِّهِمْ وَلَا يُبَدِّلُونَهُمْ مِنْهُ شَيْئاً ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فُلْيَمَلْ بِالْعَدْلِ ، وَأَسْقُوا شُهَدَاءَكُمْ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا رِجَالاً فَرِجَالٌ وَأَقْرَبُونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا تَأْتِبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تُكْتَبُوا سَفِيهاً أَوْ كَبيراً إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْرَبُونَ لَشَهَادَتِهِ وَأَدْنَىٰ الْأَنْتَرَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتَبُوهَا ، وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ، وَلَا يُضَارُّ كِتَابٌ وَلَا شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَقَمَّرْتُمْ فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾

ونص الآية يشمل عدداً من المبادئ التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمها فيما يلي :

٣٣ - نظرية الإثبات بالكتابة : فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت، وذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَّسْجُومٍ فَادْكُتُوهُ ﴾ وقوله : ﴿ وَلَا تَأْمُرُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾ ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيًا كان نوعه ، لأن الالتزام ليس إلا ديناً في ذمة الملتزم للملتزم له ، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بشحن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك^(١) .

أما التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشتري شيئاً من آخر ويقبله ويسلمه الثمن في الحال ، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات .

ويظهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام وصريح إلى حد بعيد ، وأنه يصاح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً ، وكما سيكون صالحاً للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبدل .

ويوم نزل هذا النص على رسول الله صلى الله عليه وسلم كان العرب أميين يعيشون في أعمق البداوة وفي خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تغل بينهم المذاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص ، ولو أن الشريعة كانت كالتقانون

(١) كما يمكن قياس أي التزام على الدين إذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض لأن نظريته شرعية لا يجوز تعديلها بعد نص آجل معين .

تأتى على قدر حاجة الناس لما جاء بها شيء خاص بإثبات الإلزامات ، أو إلغاءها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما أن نجيء الشريعة على هذا الوجه فنفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير فذلك هو السوء الذى تميز به الشريعة الكاملة الدائمة .

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتقف عقولهم ، ويحسنوا فهمهم هذه الحياة الدنيا فيصبروا - وقد تعلموا - أهلاً لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها ، وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة ، أما الغرض القانونى فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن التريب والشكوك .

فالشريعة حين أوجبت الكتابة فى الصغير والكبير جاءتنا بنظرية مطابقة ذات وجود سياسية واجتماعية وقانونية ، وهذه النظرية التى نزل بها القرآن على الرسول فى القرن السابع الميلادى هى من أصلها من القوانين الوضعية وفى المذاهب الاجتماعية الحديثة ، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى ، فرض على شعوبها أن يتعلموا تعليماً إجبارياً وباللغات العامية ، وهذا الذى نرضه الدول على الشعوب إنما هو الطريق للنظرية الإسلامية التى نشرها السياسية والاجتماعية . وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حين اشترط القانون الفرنسى على أخذت سنة القوانين الأوروبية أن يكون الدين مكتوباً إذا زاد عن عشرة عين ، ولكن شرح القانون وأما أن النظرية الإثبات بالكتابة تكون أكثر وأكثرت ترفيقاً لم تشترط الكتابة فى الصغير والكبير فعملوا يتأدون برأيهم فذا نحن سقناه أخيراً بعض دول أوروبا ، ولا يزال الشائع فى الدول الأخرى يتأدون به ، وإنما نحن نعتيقه . وإن كنا نحدثنا إثباتات فى عصرنا الحاضر على أن فكرة الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية ولا يزال الشرائع فى بعض

الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها .

٣٤ - نظرية إثبات الدين التجاري : اشترطت الشريعة - كما بينا - الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً ، ولكنها استتت من هذا المبدأ العام الدين التجاري^(١) وأباحته بإثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ﴾ والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة أن الصفقات التجارية تقتضى السرعة ولا تحمل الانتظار ، ولأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتنوعاً ، فاشتراط الكتابة فيها يؤدي إلى الحرج ، قد يضعف فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة ، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة .

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومرن إلى آخر الحدود بحيث لا يحتاج على مر الأزمان تعديلاً أو تبديلاً ، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً

ومن يعرف شيئاً عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل بحارة خلال الجماعة أو تمثيلاً مع ما وصلت إليه ، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكامل الشريعة الدائمة الكماله ورفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة .

وليس أدل على صبر الشريعة وكفها من أن نظرياتها في إثبات الدين التجاري .

(١) استثنيت الشريعة أيضاً من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله تعالى [وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرباناً مقبوضه فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته] .

هي نفس النظرية السائدة اليوم في القوانين الوضعية الحديثة ، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعي في عصرنا الحاضر .

٣٥- نظرية من الملزم في إمداد العقد : جاءت الشريعة الإسلامية

بمبدأ عام أوجبه في كتابة العقود هو أن يتلى العقد الشخص الذي عليه الحق أو بمعنى آخر أضف الطرفين ، والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضيف من القوى ، فكثيراً ما يستغل القوى مركزه فيشترط على الضيف شروطاً قاسية ، فإن كان دالماً مثلاً قاسياً على المدين ، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق ، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطاً لنفسيهما أو يحتفظاً بحقوقهما لضعفهما ، فباعت الشريعة وجعت إمداء العقد للطرف الضيف لتحقق به حقوقه ، ولتحميه من التورط ، ولتكون شروط العقد معنومة له حق العلم ، وليقدر ما التزم به حق قدره .

وهذه الخاتمة التي عالجتها الشريعة من يوم نزولها هي من أهم المشاكل القانونية في عصرنا الحاضر ، وقد برزت في أوروبا في القرن الماضي على أثر نمو النهضة الصناعية وتعدد الشركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال ، وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور إلى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطاً قاسية يتقايها العامل أو المستهلك وهو صانع ، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوباً مطبوعاً فيوقعه تحت تأثير حاجته للعمل أو حاجته لتسليم ، بينما العقد يعطى لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات .

ذلك العقد الذي نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني « عقد الإذعان » . وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا الشكل ، فاستطاعت أن تحله بين المنتج والمستهلك بفرض شروط تحمي المستهلك من المنتج ، ويتبعين سعر التسليم ، ولكنها لم تستطع أن تحل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب العمل

والعمال ، مثل إصابات العمال والتعويضات التي يستحقها العامل إذا أصيب أو طرد من عمله ، لأن التدخل بين صاحب العمل والعامل في كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنتاج ، وبقيت من المشكلة نواح هامة كأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها ، يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والائتمادات وتنظيم الإضرابات ، ويرى العمال أن حل مشاكلهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إتمام شروط عقد العمل ، ويظاهروهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب ، فهذا الحق الذي يطالب به العمال في كل أنحاء العالم والذي أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام في دول كثيرة في سبيل تحقيقه ، هذا الحق الذي حققه القانون الوضعي بمضه ولم يحققه بعضه الآخر والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً ، هذا الحق قرره الشريعة الإسلامية كاملاً للضعفاء من الأتوياء والمحتاجين على الملزم لهم وجاء به القرآن في آية الدين ﴿وَأَلِيمَلِلَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخُسْ مِنْهُ شَيْئاً ، فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْطِيعُ إِلَىٰ حَيْلٍ هُوَ فَلِيَمَلِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ ﴾ .

وتناظر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبالغ .

وهذا هو الذي جعل الشريعة تتنازع بأنها لا تقبل التغيير والتبديل .

ووجود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموها وكلها ورفيقها وعدالتها فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً ، بينما القوانين الرضعية لم تصل إلى تقرير ذلك حتى الآن مع ما يدعى لها من الرقي والسمو .

٤٣٩ - نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات : حرمت الشريعة على

الأفراد أن يدعى الشهادة فيتمتع بها ، أو أن يشهد واقعة فيكتمها ، أو يذكرها على غير حقيقتها ، وقد نصح على الحالة الأولى في آية الدين في قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الشَّاهِدَاتُ إِذَا دُعُوا فَادْعُوا وَلَا تَكْسِبُوا أَلْسِنَكُمْ إِذَا بَدَعْتُمْ إِشْهَاداً تَصْرَفْتُمْ﴾

أو واقعة معينة ، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها . أما
 الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا بِاللَّيْمَةِ
 وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] وفي قوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا
 كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أُولِي الْأَلْبَابِ الَّذِينَ هُمْ
 غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَإِنَّهُ أُولَىٰ بِنَهَا فَلََّا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدُوا وَإِنْ عَرَفْتُمْ أَنَّ
 فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ [النساء : ١٣٥] والنصان الأخيران محدودان
 بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور .

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور .
 كتمان الشهادة ، ولكنها لم تصل بعد إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة ،
 ولا شك أن الشريعة تفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة . فإن فلسفة
 العامة تقضى بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس ، والالتزام
 عن تحمل الشهادة يقضى إلى تضييع الحقوق ، ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبالتالي
 وهناك عقود لا بد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج .

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود .
 ومن ير النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة ، في
 تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغت هذه النصوص من العموم والشمول
 ويفهم العلة في أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل .

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه
 الشريعة من السمو والكمال ، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مستزادة عن
 الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة ،
 ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكاملة .

٣٦ - أمطام أخرى في آية الدين : هذه أربع ظواهر جاءت بها آية واحدة
 من القرآن هي آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثاء منها وبدأت

تأخذ الثالثة ولم تأخذ بـالرابعة ، وليست هذه النظريات الأربع هي كل أحكام آية الدين ، وإنما هي بعض أحكامها ، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايداً عدلاً عالماً بأحكام الشريعة فيما يكتبه ، وتوجب عليه أن لا يتنوع عن الكتابة وتشترط أن يشهد على مند الدين رجلان أو رجل وامرأتان ، وتوجب عدم الإضرار بالكاتب أو الشاهد ، وهذه كلها مبادئ عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعاً في هذا الكتاب الذي خصصناه للمبادئ العامة الجنائية . وإذا كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة في كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن البعض أن هذه المميزات تتوفر في قسم دون آخر من الشريعة .

٣٨ - تركيز : وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يمتقنون - خطأ - أن الشريعة الإسلامية لاتصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول هؤلاء إن هذه العقيدة لاتتنق مع عقيدة الإسلام الذي يدعونه ويعرضون على التمسك به ، وأن عابهم أن يذكروا قوله تعالى : (أفؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض فاجزاءه من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون) [البقرة: ٨٥] وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلاً ولا كاملاً في عهدنا المغامر المتأخر ، وأن حكمانا من الأتراك والمماليك كانوا يتحكمون هوامهم في كل ما يهتمون به ، ويتحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم . وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فإن نجدنا الأخذ بالقوانين شيئاً ، بل سيزيدنا تأخراً على تأخر وانحطاطاً على انحطاط ، وإنما علاجنا المجدى هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة .

تقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون البعض الآخر ، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه ؛ فصدقهم الله وعده - إن وعد الله حق - وأخزاهم

في الحياة الدنيا ، وجئنا نحن على آثامهم نتبهم ونؤمن بإيمانهم فأحزانا الله كما
 أخزاهم ، وسلط علينا كما ساط عليهم ، وجعلنا عبرة لأولى الألباب . وإن يغير الله
 ما بنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله ، ذلك وعد الله ،
 والله يقول الحق وقد قال : ﴿ إِنْ اللَّهَ لَا يَغَيِّرُ مَا بَقِيَ حَتَّى يَغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ ﴾
 [الرعد : ٢٦]

لقد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فكن الله لهم في الأرض ، وإن
 الذي مكن لهم على قلوبهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا في الأرض إذا آمنا وحسن
 إيماننا ، ذلك وعد الله لعباده في قوله : ﴿ وَعَدَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ
 لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ [النور : ٥٥] وذلك
 وعده لمن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول جل شأنه : ﴿ قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ
 نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ يُهْدِي بِهِ اللَّهُ مَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَهُ سُبُلَ السَّلَامِ وَيُخْرِجُهُمْ مِنَ
 الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [المائدة : ١٦]



منهج البحث

- ٤٩ - سنتناول في هذا البحث القسم العام الجنائي في الشريعة .
 والكلام على هذا القسم يقتضى الكلام عن موضوعين ، أولهما الجريمة ،
 وثانيهما العقوبة ، ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتاباً خاصاً .
 ولما كان الكلام على الجريمة يقتضى تناول الجريمة بصفة عامة ثم تناول
 أركانها ، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :
 أولهما خاص بالجريمة بصفة عامة .
 والثاني خاص بأركانها .
 وكما قسم يشتمل على أبواب وفصول ومباحث بقدر ما يقتضيه الحال .
 أما الكلام على العقوبة فيشتمل الكلام على ماهية العقوبة ، والبيدات
 التي يقوم عليها العقاب ، وأقسام العقوبات وأنواعها . وتعدد العقوبات ،
 وتنفيذها والقود ، وسقوط العقوبات .
 وستخصص لكل حالة من هذه الحالات باباً خاصاً .

الكتاب الأول

في

الجريمة

القسم الأول

من

الكتاب الأول

٤٠ - منكم في هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة ، وثانيهما أنواع الجريمة ، وستخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين باباً خاصاً .

الباب الأول

ماهية الجريمة

٤١ - تعريف الجريمة : تعرف الجرائم في الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير^(١) . والمحظورات هي : إما إتيان فعل منهي عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية ، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة .

فالجريمة إذن هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه .

ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة . ويعبر انقضاء عن العقوبات بالأجزية ، ومفردتها جزاء ، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة .

(١) الأحكام السامانية للماوردي ص ١٩٢ .

وتتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة ،
فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون ، وإما امتناع عن عمل
يقضى به القانون ، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية
إلا إذا كان معاقباً عليه طبقاً للتشريع الجنائي^(١) .

٤٢ - المجرم والجنابة : وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنابة ،
والجنابة لغة : اسم لما يحنيه النرم من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى
عليه شراً ، وهو ينام ، إلا أنه خص بما يحرم دون غيره - أما في الاصطلاح الفقهي
فالجنابة : اسم لفعل محرم شرعاً ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك .
لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجنابة على الأفعال الواردة على
نفس الإنسان أو أطرافه ، وهي القتل والجرح والضرب والإجهاض^(٢) بينما
يطلق بعضهم لفظ الجنابة على جرائم الحدود والمخاص^(٣) .

وإذا غمضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجنابة على
بعض الجرائم دون البعض الآخر ، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجنابة في
الاصطلاح الفقهي مرادف لفظ الجريمة .

ويختلف معنى الجنابة الاصطلاحى في القانون المصرى عنه في الشريعة ، ففي
القانون المصرى يعتبر الفعل جنابة إذا كان معاقباً عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة
المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، طبقاً للمادة العاشرة من قانون العقوبات
المصرى ، فإذا كانت عقوبة الفعل حبساً يزيد على أسبوع ، أو غرامة تزيد على
مائة قرش ، فالفعل جنحة ، فإن لم يزد الحبس على أسبوع ، أو الغرامة عن مائة
قرش ، فالفعل مخالفة ، طبقاً للمادتين ١١ ، ١٢ من قانون العقوبات المصرى .

(١) الأحكام العامة في القانون الجنائى لعل بك بدوى جزء أول ص ٣٩ - نالوسوعة
الجنابية جزء ثالث ص ٦ .

(٢) البحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٨٦ ، والزيلعى الجزء السادس ص ٩٧ .

(٣) تبصرة الأحكام جزء ثان ص ٣١٠ .

أما في الشريعة فكل جريمة هي جناية ، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منها ، وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تعتبر جناية في الشريعة ، والجنحة تعتبر جناية ، والجناية في القانون تعتبر جناية في الشريعة أيضاً .

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجناية في الشريعة تعنى الجريمة أيًا كانت درجة الفعل من الجسامة ، أما الجناية في القانون فتعنى الجريمة الجسية دون غيرها .

٤٣ - عند التحريم والعقاب : والأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها ، أو بحياة أفرادها ، أو بأموالهم ، أو بأعراضهم ، أو بمشاعرهم ، أو بنير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها .

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها ، لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه ، لا يكفي وحده لجلل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه ، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة وضرباً من العبث ، فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوماً ونتيجة مرجوة ، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم ، ويمنع الفساد في الأرض ، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم ، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم .

والعقوبات وإن شرعت المصلحة العامة فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هي مفاسد ، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقية ، وإلى صيانة هذه المصلحة . وربما كانت الجرائم مصالح ، ولكن الشريعة نهت عنها لا لسكونها مصالح ، بل لأدائها إلى المفسد ، فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة الأفراد ، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع ، وقد نهى عنها لا لسكونها مصالح ، بل لأنها تؤدي إلى إفساد الجماعة .

والأفعال التي هي مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جداً ، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد ، والإنسان بطبعه يؤثر مارجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته ، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة ، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة ، وينفر مما يراه مفسدة عليه ولو كان فيه مصلحة للجماعة . وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر ، علاجاً للطبيعة الإنسانية ، فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات ، نفر منها بطبعه ، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك إذا ما فكر في الواجب وما يجلبه عليه من المشاق ، فقد يدعوه ذلك لتركه ، لكنه إذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة ، حمل ذلك على إتيان الفعل ، والصبر على المكروه والشقة . فالعقوبات مقررة لحل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصلحة الجماعة ، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدي إلى إفساد الجماعة . وهذا مصداق قوله عليه السلام : « حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات » . ومن المسلم به أن هناك أناساً يفعلون الفعل لأنه مأمور به ، وينتهون عنه لأنه منهي عنه ، لاحذرا من العقوبة ، ولا خوفاً من التكال ، ولكن حياءً وخجلاً أن يكونوا عاصين ، ومبادرة للطاعة ، وتحقيقاً لمصلحة الجماعة ، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جداً ، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة ، لا لمثل هذه القلة النادرة .

وخلاصة ما تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عليها ، لحفظ مصالح الجماعة ، ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة ، ولضمان بقاء الجماعة قوية متضامنة متخلفة بالأخلاق الفاضلة ، والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها ، لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعاً ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعاً ، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده ، ولم يرسل الرسل إلا رحمة للعالمين ، لاستنقاذهم من الجهالة ،

وإرشادهم من الضلالة ، ولكفهم عن المعاصي ، وبمشهم على الطاعة .

٤٤ - الصريعة والقانونية : وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة ، وصيانة نظامها ، وضمان بقائها .

ولكن الشريعة - بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر - تختلف عن القوانين الوضعية من وجهين :

٤٥ - الوجه الأول من الخلف بين الصريعة والقانونية : تعتبر الشريعة

الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التي يقوم عليها المجتمع ، ولهذا فهي تفرص على حماية الأخلاق وتشد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق . أما القوانين الوضعية ، فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية إهمالا تاما ، ولا تعنى بها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام ، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر ، أو كان الزنا بغير رضاه رضاه تاما ، لأن الزنا في هاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام . أما للشريعة فتعاقب على الزنا في كل الأحوال والصور ، لأنها تعتبر الزنا جريمة تمس الأخلاق ، وإذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال . وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر ، ولاتعاقب على السكر لذاته ، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العام في حالة سكرين ، فالعقاب على وجوده في حالة سكرين في الطريق العام ، لأن وجوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه ، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة ، ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للمال مفسد للأخلاق . أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الخلقية التي تتسع كأنتم لشيئ المناسخ والاعتبارات فإذا

صينت الأخلاق فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء وحفظ الأمن والنظام .

والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه ، أن الشريعة تقوم على الدين ، وأن الدين يأمر بحسن الأخلاق ، ويحث على الفضائل ، ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيرة ، ولما كان الدين لا يقبل التفسير والتبديل ، ولا الزيادة والنقص ، فعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامى حريصة على حماية الأخلاق ، آخذة بالشدة من يحاول العبث بها .

والعلة في استهانة القوانين الوضعية بالأخلاق ، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين ، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليد . والقواعد القانونية الوضعية يضمها عادة الأفراد الظاهرون في المجتمع بالاشتراك مع الحكام ، وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم ، وضعفهم البشرى ، ونزعاتهم الطبيعية إلى التحلل من القيود . كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتفسير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة . فكان من الطبيعي أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئاً فشيئاً ، وأن يأتى وقت أصبح فيه الإباحية هي القاعدة والأخلاق الفاضلة هي الاستثناء ، ولعل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحد الآن .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ، أن يزيد عدد الأفعال التي تكون الجرائم الأخلاقية ، ويتسع مداها في البلاد التي تطبق الشريعة وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته في هذه البلاد . أما البلاد التي تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى دركاته وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية ، وتنفضى الإباحية البهيمية ، وتنكسر الإنسانية ، وتقل الأفعال التي تشر جرائم أخلاقياً حتى تنكسر تنعدم .

٤٦ - الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانونه : إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله ، لأنها تقوم على الدين ، والدين من عند الله ، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين . ومن يراجع الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد اعتبرت جرائم ، وقررت عقوبتها بنص القرآن ، وأن البعض قد اعتبر جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله ، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة ، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ماشاء ، بل هي مقيدة في اعتبار الفعل جريمة ، وفي تقرير العقوبة عليه بتواعد الشريعة العامة وروحها ، فليس لها أن تحرم ما أحل الله ، ولا أن تحل ما حرمه ، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به ، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة ، ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كله من عند الله ، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر مادام أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله :

٤٧ - ما ينشأ على كونه الشريعة من عند الله : وبترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان هامتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ، ولو تغير الحكام أو اختلفت السلطة الحكيمة ، فيستوى أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة ، ويستوى أن يكون نظام الحكم جمهورياً أو ملكياً ، فإن ذلك لن يؤثر على القواعد الشرعية في ناس ، ما ، لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل ، والذي يؤمن به كل من استخدم له كل نظام ، وليس الأمر كذلك في القوانين الوضعية التي يفسر الحكام لحماية المبادئ التي يمتثلونها ، وخدمة الأنظمة التي يقيمونها ، فإن هذا

القوانين عرضة للتغيير المستمر ، وفي طبيعتها عدم الاستقرار ، ويمكن أن تتغير الهيئة الحاكمة أو بتغيير النظام القائم ، لتغيير القوانين وتقلب الأوضاع .

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً ، بحيث يستوى في هذا الفريق الحاكم ، والفريق المحكوم ، لأن كليهما ينتقد أنها من عند الله ، وأنها واجبة الاحترام ، وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية ، لأن الطاعة تقرهم من الله طبقاً لقواعد الدين الإسلامي ، ولأن للعصيان يؤدي إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الآخرة ؛ فحبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها ، وكل شريعة في العالم تقدر قيمتها بقدر ما لها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام ، وليس في العالم اليوم شريعة تداني الشريعة الإسلامية في هذا ، ولا شك أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها ، استقرت أمورهم ، وحسنت أحوالهم ، وتفرغوا للشؤون دنيائهم .

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها الله جل شأنه ، أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة ، وهي حين تضعها تراعى مصالحها دون غيرها من الفئات ، وتحاول أن تعمي بالقوانين أشخاص رجالها ، والبيادى ، التي يمتدونها ، والأنظمة التي يقيمونها ، فإذا ما ذهب هذه الفئة وجاء غيرها ، تغيرت القوانين لتعني الفئة الجديدة ، والبيادى الجديدة ، والأنظمة الجديدة ، وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والبيادى . والأنظمة التي يقوم عليها الحكم ، وهي لا تتغير إلا بين حين وآخر ، وهذا يؤدي إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سيادته . بل إلى عدم الاكتراف به ، حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب ، أنصارها على الاستهانة بالقانون والخروج على أحكامه . إلى أغراضها ، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة من الهدامة حرج فيما يدعون إليه ، ما داموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم ، وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيراً منهم ، أو أنظمة هي شر في نظرهم ،

ولعل فيما هو حادث اليوم في البلاد الأوربية من تبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المتع على زوال سطوة القانون من نفوس الأفراد ولو استمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية ، وأصبحت لا تساوى أكمة من الورق الذي كتبت عليه

ويجب أن لا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هي تقرير للواقع والمنطق ، فمن يؤمن بأن الدين الإسلامي من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله ، لأن الشريعة هي بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامي ، جمعت أحكامه من عبادات ، ومعاملات ، وأحوال شخصية وجنائيات ، وغير ذلك . وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين ، وإنما وجدت الشريعة لخدمة بني الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم ، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ، ولتيسير أمورهم . فنسبتها إلى الله لا تفيد جل شأنه شيئاً لأنه غنى عن خلقه ، وإنما تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار ، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة ، وتؤدي به إلى الحياة الطيبة القائمة على المحبة والإيثار ، والمساواة والعدالة .

٤٨ — الجرائم التأديبية أو المخاطة الإدارية : لم يفرق الفقهاء بين الجريمة

الجنائية والجريمة التأديبية أو المخاطة الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم والعلّة في ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات في الشريعة من ناحية ، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى . فالجرائم في الشريعة إما أن تكون جرائم حدود ، أو جرائم قصاص ، أو جرائم تعازير ، والمخاطة الإدارية إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كوّن المخاطة الإدارية جريمة يعاقب عليها بعد أو قصاص ، عوقب عليه بهذه العقوبة ، ومحكمة الجنائي جنائياً ومعاقبته بالعقوبات المقررة للجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون

إلا عقوبات تعزيرية ، وهي عقوبات جنائية ، فكأن الجنائي يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هي أشد العقوبات في الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجنائي وزجره .

وإذا كان الجنائي موظفاً فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة ، وبصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببا ارتكاب الجريمة كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب ، وأن سببهما زوال صلاحية الجنائي لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها ، لأن الوظائف في الأصل لا يتولاها المجرمون ، فإذا تولاها من ليس مجرماً ثم أجزم أصبح بإجرامه غير صالح لتولى الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة .

وإذا لم تكن الجريمة التي ارتكبها الموظف حداً أو قصاصاً فهي من التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل في التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمتها الهيئة التشريعية طبقاً لنظام الذي تنتجه لها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك ، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلاً تأديبياً ثم حوكم جنائياً لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ، ولكنها النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية ، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أي عقوبة جنائية ، وهذا ما تنبأه نصوص الشريعة ، لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين فلما نزع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية ، أن الفعل يعتبر جريمة جنائية ، وأن العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة التأديبية هي نفس العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة الجنائية ، أي أن المانع هو إيجاد الفعل واتحاد العقوبة .

والأسباب التي منعت من وجود الجريمة التأديبية في الشريعة الإسلامية ، تتوفر بصورة عكسية في دائرة القوانين الوضعية ، إذ الأصل في هذه القوانين

أن العقوبات الجنائية تخالف العقوبات التأديبية ، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانين الجنائية ، ومن ثم فقد انتضى تفار العقوبات والنعاين أن يحاكم الجاني على الفعل مرتين إذا كان فعله يعتبر جريمة تأديبية ، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبات من توقيع الأخرى ، كما لا تحول برادته في إحدى المحاكتين من السير في المحاكمة الثانية ، ويملأون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة ، وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع .

ولا شك أن نظرية الشريعة أكثر تمسها مع المنطق وانطباقا على القواعد التشريعية الحديثة التي تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد ، كما أنها تؤدي إلى اختصار الإجراءات ، وتقليل المحاكمات ، ولا تحول في الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه .

٤٩ — الجريمة المريبة : عرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية ولكنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية التي نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسي .

والأصل في الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة^(١) ، وكل فعل ضار لإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه ، والضمان إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه ، وإما تعويض مالي إذا لم يكن الفعل الضار معاقبا عليه ، وإذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة ، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتبر جريمة ، ولا يسمى بهذا الاسم ، وإنما هو فعل ضار ، وإذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله .

وقد يكون الفعل جريمة يستحق الجاني عليها العقاب ، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلا ضارا فيضمنه الجاني للجاني عليه ، كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ، ونزب خمر الذمى ، فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب على الصيد والشرب ، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما^(١)

وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في هذه الناحية . فهي تجعل الإنسان مسئولا مدنيا عن كل فعل ضار بغيره ، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلك . فإن كان الفعل جريمة ، وكان ضارا في الوقت نفسه بالغير ، كان الفاعل مستحقا للمعقوبة ، وضامنا للمضرر كما هو حكم الشريعة .

ويصطاح شراح القانون المصرى على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية ، ولكن هذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل في دور المحاكم ، وهو قاصر على الكتب الفقهية . ولعل ذلك راجع إلى أن القانون المصرى يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار ، ولا يعبر عنه بالجريمة المدنية كما عبر القانون الفرنسى .

الباب الثاني

أنواع الجريمة

٥٠ — تنقسم الجرائم جميعا في أنها فعل محرم معاقب عليه ، ولكنها تنوع وتختلف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة ، وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساما متنوعة تختلف باختلاف وجهة النظر إليها .

فإذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامه العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أودية ، وتعازير ، وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجاني قسمناها إلى جرائم عمدية ، وجرائم غير عمدية ، وإذا نظرنا إليها باعتبار وقت كشفها قسمناها إلى جرائم متلبس بها ، وجرائم لا تلبس فيها ، وإذا نظرنا إليها من حيث طريقة ارتكابها قسمناها إلى جرائم إيجابية ، وجرائم سلبية ، وإلى جرائم بسيطة ، وجرائم اعتياد ، وإلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وإذا نظرنا إلى طبيعتها انخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة ، وجرائم ضد الأفراد . وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية .

التقسيم المبني على جسامه العقوبة

الحدود - القصاص - والتعازير

٥١ — تنقسم الجرائم بحسب جسامه العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة

أقسام :-

القسم الأول : جرائم الحدود :- وهي الجرائم المعاقب عليها بعد . والحد

هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى^(١) ومعنى العقوبة المقررة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لامن الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقاً لله في الشريعة كلما استوجبته المصلحة العامة ، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة واللامة لهم ، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها عليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحقيق المنفعة ، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدي إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها .

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم . (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الخراقة (٦) الردة (٧) البغي . ويسمى الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها ، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً ولكنها تميز بالجريمة التي فرضت عليها فيقال حد السرقة ، وحد الشرب ، ويقصد من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثاني : جرائم القصاص والدية : وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية ، وكل من القصاص والدية عقوبة مقررة حقاً للأفراد ، ومعنى أنها مقررة أنها ذات حد واحد ، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما ، ومعنى أنها حق للأفراد أن المجنى عليه أن ينفو عنها إذا شاء ، فإذا عفا أسقط العفو العقوبة المفروض عنها .

وجرائم القصاص والدية خمس (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الجنابة على مادون النفس عمداً (٥) الجنابة على مادون النفس خطأ . ومعنى الجنابة على مادون النفس الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب .

(١) فتح القدير الجزء الرابع من ١١٢ ، ١١٣ ، والإناص جزء رابع من ٢٤٤ — الأحكام السلطانية ١٩٢ — ١٩٥ بدائع الصنائع ص ٣٣ ، ٥٦ .

وبتكلم الفقهاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنایات ، متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق لفظ الجنایة على هذه الأفعال^(١) ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذا القسم تحت عنوان الجراح^(٢) ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق الاعتداء ، كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء^(٣) عنواناً لهذا القسم .

القسم الثالث: جرائم التعازير : هي الجرائم التي يعالَب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير . ومعنى التعزير التأديب ، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها ، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم فالعقوبات في جرائم التعزير غير مقدرة .

وجرائم التعزير غير محدودة كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية . وليس في الإمكان تحديدها . وقد نصت الشريعة على بعضها وهو ما يعتبر جريمة في كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة ، وتركت لأولى الأمر النص على بعضها الآخر ، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير ، ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر الحرية في النص على هذه الجرائم بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن صوالحها ونظامها العام ، وأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة

(١) بدائع الصنائع السابع ص ٢٣٣ ، الإقناع ص ١٦٢ جزء رابع - البحري على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع .

(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١ - المغني ٣١٨ الجزء التاسع .

(٣) مواهب الجليل للقطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ .

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولى الأمر حق التشريع في هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة ، وتمكينهم من المحافظة على صوالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة .

والفرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعدل الذي يحرمه أولو الأمر أن ما نصت عليه الشريعة محرم دائماً فلا يصح أن يعتبر فعلاً مباحاً ، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

٥٢ - أهمية التفسير : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى حدود ، وقصاص

أو دية ، وتعازير من عدة وجوه سنبينها فيما يلي :

أولاً -- من حيث العفو : جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً ، سواء من الجاني عليه أو ولي الأمر أي الرئيس الأعلى للدولة ، فإذا عفا أحداهما كان عفوهُ لثوراً لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة .

أما في جرائم القصاص فالعفو جائز من الجاني عليه ، فإذا عفا ترتب على العفو أثره ، فلم يجزى عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية ، وله أن يعفو عن الدية أيضاً ، فإذا عفا عن أحدهما أعفى منه الجاني . وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة في جرائم القصاص بصفته هذه ، لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للجاني عليه أو وليه ، لكن إذا كان الجاني عليه قاصراً ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه ، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولي من لا ولي له ، وفي هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولي الجاني عليه ، لا بأى صفة أخرى ، وبشرط ألا يكون العفو مجازياً .

وفي جرائم التعازير لولي الأمر أي رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة ، فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط أن لا يمس عفوهُ حقوق الجاني عليه الشخصية . وليس لتجنى عليه أن يعفو في التعازير إلا بما يمس حقوقه الشخصية المحضة . ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو الجاني (٦ التفسير الجنائي الإسلامي)

عليه من العقوبة أو الجريمة لا يكون نافذاً وإن أدى في الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجاني ، لأن للقاضي سلطة واسعة في جرائم التمازير من حيث تقدير الظروف المخففة ، وتخفيف العقوبة .

ولاشك أن عفو المجني عليه يعتبر ظرفاً مخففاً .

ثانياً — من حيث سلطة القاضي : في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بمقوتبهما المقررة لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها شيئاً ، وليس له أن يستبدل بالعقوبة المقررة عقوبة أخرى ، ولأن يوقف تنفيذ العقوبة فسلطة القاضي في جرائم الحدود قاصرة على المنطق بالعقوبة المقررة للجريمة .

وفي جرائم القصاص سلطة القاضي قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجاني ، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجني عليه عن القصاص أو تمذر الحكم به لسبب شرعي وجب على القاضي أن يحكم بالدية ما لم يعف المجني عليه عنها ، فإذا عفا كان على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزير . وله في التمازير — كما سبق — سلطة واسعة .

أما جرائم التمازير فللقاضي فيها سلطة واسعة في اختيار نوع العقوبة ومقدارها فله أن يختار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والجرم ، وله أن ينزل بالعقوبة إلى أدنى درجاتها ، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى ، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها .

ثالثاً — من حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أي أثر على جرائم الحدود والقصاص والدية ، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجاني ؛ أما في جرائم التمازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها فالقاضي أن يختار عقوبة خفيفة ، وأن ينزل بها إلى أدنى حدودها ، وله أن يوقف تنفيذها .

رابعاً — من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة إثبات جرائم الحدود

والقصاص عدداً معيناً من الشهود ، إذا لم يكن دليل إلا الشهادة ، فجرمة الزنا لا تثبت إلا بشهادة أربعة شهود يشهدون الجريمة وقت وقوعها ، وبقيّة جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل .

أما جرائم التمايز فتثبت بشهادة شاهد واحد .

ولا تعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم ، وإنما هي تقسم الجرائم غالباً إلى جنائيات وجنح ومخالفات .

الفصل الثاني

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني

الجرائم المقصودة — الجرائم غير المقصودة

٥٣ - تقسم الجرائم بحسب قصد الجاني إلى جرائم مقصودة وجرائم

غير مقصودة :

(أ) الجرائم المقصودة : هي التي يعتمد الجاني فيها إثبات الفعل المحرم وهو عالم بأنه محرم ، وهذا هو المعنى العام للعمد في الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية . والعمد معنى خاص في القتل ، وهو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته ، فإن تعمد الجاني الفعل دون نتيجة كأن القتل قتلاً شبه عمد ، وهو ما يسمى في القوانين الوضعية بـ « الضرب المنطوق إلى الموت » .

(ب) الجرائم غير المقصودة : هي التي لا ينتوى فيها الجاني إثبات الفعل المحرم ولكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطأ منه ، والخطأ على نوعين^(١) :

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع من ٢٣٥ ، الذي الجزء التاسع من ٣٢٠ ، والرواسي الجزء السادس من ٩٧ ، بدائع الصنائع الجزء السابع من ٢٣٤ . راجع أيضاً العنبرين ٢٨٤ ، ٣٠٦ .

النوع الاول — هو ما يقصد فيه الجاني الفعل الذي أدى للجريمة ولا يقصد الجريمة ولكنه مع ذلك يعطىء : إما في نفس الفعل كمن يرمى حجراً ليتخلص فيصيب أحد المارة ، أو يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً . وإما أن يكون الخطأ في ظنه كمن يرمى ما يظنه حيراناً فإذا هو إنسان ، أو يرمى من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو أحد الوطنيين . ففي هذه الحالات يقصد الجاني الفعل ولا يقصد الجريمة ، ولكن خطأه في فعله أو ظنه يؤدي إلى وقوع الجريمة .

النوع الثاني — هو ما لا يقصد فيه الجاني الفعل ولا الجريمة ، ولكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياظه ، كمن يتقلب وهو نائم على آخر بحواره فيقتله ولكن يحفر بئراً في طريقه ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه .

٥٤ - أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى مقصودة وغير مقصودة من وجهين :

أولها — أن الجريمة المقصودة تدل على روح إجرامية لدى الجاني ، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام ، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة .

ثانيها — يتمتع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوفر ركن العمد ، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها بمجرد الإهمال أو عدم التثبت .

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم وهي تتفق مع الشريعة في موضوعه وتتأخذه .

الفصل الثالث

تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها
جرائم متلبس بها - وجرائم لا تلبس فيها

٥٥ - تقسم الجرائم بحسب وقت كشفها إلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها .

الجرم المتلبس بها : هي الجريمة التي تكشف وقت ارتكابها ، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة ، وقد عرف قانون «تحقيق الجنايات المصرية» التلبس في المادة الثامنة بأن مشاهدة الجاني متلبساً بالجناية^(١) هي رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة ، ويعتبر أيضاً أن الجاني شوهد متلبساً بالجناية إذا تبعه من وقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب ، أو تبعته العامة مع الصباح ، أو وجد في ذلك الزمن حاملاً لآلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجناية أو مشارك في فعلها .

والجريمة التي لا تلبس فيها : هي التي لا تكشف وقت ارتكابها . أو التي يمضي بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير .

والمعروف لدى قضاة الشريعة أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها ولكن ليس في الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس طبقاً لوجهة «القانون للصرى» خصوصاً وأن المقصود من اعتبار هذه الحالة قائمه هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة .

(١) معنى لفظ « الجناية » هنا يفتق مع معنى الجناية في الشريعة الإسلامية وهو الجريمة .

٥٦ - أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية هذا التقسيم في الشريعة من وجهين :

أولهما - من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ، ورأوا الجاني وهو يرتكب الجريمة ، ويميز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعين^(١) يتقلون عن شهداء الحادث ولا يميز هذا باقي الأئمة^(٢) .

ثانيهما - من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : إذ شهود الجاني وهو يرتكب الجريمة كان لأي شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة ، أو اعتداء على حقوق الجماعة كشراب الخمر والزنا ، وهذا ما يسمى : « حق الدفاع الشرعي العام » .

الفصل الرابع

المبحث الأول

جرائم إيجابية - وجرائم سلبية

٥٧ - تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية بحسب ما إذا كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب ، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأموراً به أو منهيّاً عنه .

(١) المدونة الجزء السادس عشر من ٤٥ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع من ٤٩ . نهاية المحتاج الجزء الثامن من ٣٠٧ . الاقناع

الجزء الرابع من ٤٠٧ -

والجريمة الإيجابية : تتكون من إثبات فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إثبات فعل مأمور به ، كما امتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة . وأكثر الجرائم إيجابية وأقلها الجرائم السلبية .

٥٨ - الجريمة الإيجابية تقع بطريقه الطلب . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب ، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة ، فمن سب إنساناً ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل له عمداً إن قصد بالمتع قتله ، وذلك ما يراه مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) ، أما أبو حنيفة^(٤) فلا يرى الفعل قتلاً ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالمس ، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلاً عمداً ، لأنه لا بقاء لأدمي إلا بالأكل والشرب والدفء .

فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون بهلاكه كالأم التي تمتنع ولدها الرضاع فاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ، ولم أنها لم تأت بعمل إيجابي^(٥) .

ومن منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحمل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه

(١) الصرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢٦٥ .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٩ .

(٣) المغني الجزء التاسع ص ٣٢٧ .

(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٢٤ والبحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٩٥ .

(٥) الصرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢٦٥ .

اعتبر قاتله عمداً وإن لم يبل قتله بيده ، وهو رأى في مذهب مالك ^(١) .
ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمد ^(٢) .

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل النسري ولم تربطه بعد قطعه
متممدا الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك فهي قاتلة له ، ومن الممكن
اعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل النسري ، لأن القطع
غير مهلك في ذاته ، وإنما المهلك ترك الربط ، ولما كن جميعا قد تعمدن ترك
الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعا ^(٣) .

٥٩ - متى يعتبر الممتنع مسرورا؟ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع
لا يعتبر مسرورا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وإنما يسأل فقط حيث يجب
عليه شرعا أو عرفا أن لا يمتنع . وإذا كان هذا هو القاعدة فمناك اختلاف على
ما يوجب الشرع والعرف ، ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات
النظر مختلفة ، فمثلا : يرى بعض المناهضة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة
كلاء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه ^(٤) ، ويرى بعض المناهضة
أنه مسئول ^(٥) ، وأساس هذا الخلاف هو : هل الإنجاء واجب أم غير واجب ؟
ومن هذا التمييز المثل الذي ضربناه عن منع الماء .

٦٠ - الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل
بالتترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء
من القرن التاسع عشر ، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن
إحداث الجريمة بالتترك . لأن التترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكانت

(١) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ .

(٢) المغني الجزء التاسع ص ٥٨٦ .

(٣) الفناوي الأكرمي لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(٤) الإفتاح الجزء الرابع ص ٢٠٥ .

(٥) المغني الجزء التاسع ص ٥٨٦ .

أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً ، لأن كلهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً لجريمته ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكانة في الأصل بالعمل ، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق . ومن الأمثلة التي يضر بها شراح القوانين على القتل بالترك حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسئولية فيها الامتناع عن إلقاء مشرف على الفرق ، أو إنسان أحاطت به النار ، أو أقدم على اغتراسه سبع ، والأمثلة في الخافين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضر بها فقهاء الشريعة الإسلامية .

٦١ -- الفرق بين الشريعة والقانون : ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجبا بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوى تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجبا بمقتضى الشريعة ، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقاً لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها . فالشريعة والقانون يتفقان تماماً في هذه النقطة .

ولكن الشريعة تحالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسئولاً عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يتسع ، ولا شك أن الشريعة منطقية في هذا التوسع ، لأن الشرائع والقوانين جميعاً بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه ، ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع ، فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق قاتلى به أن يسأل عن

واجب يفرضه العرف ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات .
وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية
من القرن السابع ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر ،
فكأن القوانين لم تنحى إلا بما سبقتها إليه الشريعة .

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم بسيطة . وجرائم اعتياد

٦٢ — تنقسم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجاني لها إلى
جرائم بسيطة وجرائم اعتياد :

الجريمة البسيطة : - هي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب ،
ويستوى أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ، وجرائم الحدود والقصاص
أو الدية كلها جرائم بسيطة .

وجريمة الاعتياد : - هي التي تتكون من تكرار وقوع الفعل ، أى أن
الفعل بذاته لا يعتبر جريمة ، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة .

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير . ويستدل عليها من النص
الحرم للفعل ، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة ،
وإن كان يكفي بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة .

والأصل أن التعازير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات وهذا متفق
عليه ، إلا أنهم اختلفوا في التعازير على فعل المكروه وترك المنذوب^(١) ، فرأى

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه متبا غير حتم — والمنذوب هو

ما طلب ففعله من المكلف طنباً غير حتم .

البعض أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقاً^(١) ، ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب^(٢) كما دعت إلى ذلك المصاحبة^(٣)

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيان ، فإذا لم يتكرر فلا عقاب ، وإذن فهم لا يحملون العقاب على الفعل أو الترك في ذاته ، وإنما يحملون العقاب على التكرار الذي يدل على أن الجنائي جعل الفعل أو الترك عادة وإفعله ، ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانية ، أي أن العادة عندهم تتكون من مرتين^(٤) وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب عوقب عليه فهو من جرائم العادة .

٦٣ — أهمية هذا التقييم : تظهير أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولاً من حيث مبدأ سريان التقادم : في الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطنة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة ، ومن يوم انتهاء الخاتمة الجزئية إن كانت غير مؤقتة . أما في جرائم العادة فلمدة المسقطنة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير لتكوين العادة .

(١) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث من ٢١ ، ٢٢ — إنباع الجزء الرابع من ٢٧٠ ، ٢٧١ — مواهب الجليل الجزء السادس من ٣٢٠ بدائم تصانح الجزء السابع من ٦٣ .

(٢) المستغنى للترغاب من ٧٥ ، ٧٦ تحفة المحتاج الجزء الثامن من ١٨ — مواهب الجليل الجزء السادس من ٣٢٠ — بصيرة المحكم الجزء الثاني ٢٥٩ ، ٢٦٠ — الأحكام السلطانية من ٢١٢ .

(٣) يتعلق بعض هذا الفرق بعبارة بحيث نوه أن إتيان المكروه ورتب المندوب يعاقب عليه بصفة واحدة ، والسكران في الواقع لا يقصدون هذا ؛ لأن القاعدة العامة في التمييز أنه مقيد بالمصلحة العامة ، ولذلك أوجب لولي الأمر في جرائم التمييز العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المقيدة بهذه القاعدة العامة .

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس من ٣٢٠ — الأحكام السلطانية من ٢١٣ .

ثانياً - من حيث الاختصاص : يكون الاختصاص في الجريمة البسيطة للمحاكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة ، فإن كانت مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد . ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحاكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة^(١) .

ثالثاً - من حيث تطبيق قواعد التدخل : - الحكم في جريمة عادة يمنع من محاكمة الجاني على الأفعال السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى ، لأن قواعد الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد والتي لم يحكم فيها بعد وتكتفي بعقوبة واحدة عنها جميعاً طبقاً لقواعد التداخل . والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه .

وإذا حوكم الجاني مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة ، لأن العقوبة مقررة على الاعتقاد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته ، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به محاكمة النقص المصرية .

٦٤ - الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق الشريعة والقوانين الوضعية في تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة ، وتتفق معها في تعريف جريمة العادة وفي أن العقاب على الاعتقاد ، وفي مصر استقر المبدأ والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين .

٦٥ - الجرائم التي تتكون من أفعال متوالية : قد يرتكب الجاني عدة

(١) يرى بعض الصراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحاكمة التي يقع الجاني ودائرتها إذا كان الفعل المتكرر . فعادة قد وقع وحده في دائرة محكمة غير التي وقع فيها الفعل الآخر إذا لم يمكن أن يعتبر عملاً للجريمة إلا السلك الذي نتج عنه أفعال كافية لتسكين العادة ، فإذا لم تتوفر بالعادة . وكان معيناً فيها تتوفر في شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى في محل إقامته .

أفعال من نوع واحد تنفيذاً لفرض جنائي واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات ، أو يضرب شخصاً ضربات متعددة . وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة طبقاً للشريعة الإسلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة فن سرق منزلاً على دفعتين أو أكثر يعتبر مرتكباً لجريمة سرقة واحدة .
ومن ضرب شخصاً أكثر من ضربة يعتبر مرتكباً لجريمة ضرب واحدة .

٦٦ - الفرق بين الأفعال المتعددة وجريمة العادة والجريمة غير المؤقتة :

تختلف الأفعال المتلاحقة عن جريمة العادة في أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا يعاقب على فعل واحد منها لأنه لا يكون الجريمة ، أما في الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أي فعل منها ، لأنه يكون الجريمة دون حاجة لتوابع غيره ، فمن اتوى أن يسرق بيتاً على عدة مرات ثم دخل فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضاً آخر . ولكنه لم يعد يعتبر مرتكباً لجريمة السرقة ، كما لو عاد وأخذ أمتعة في مرة أخرى أو أكثر .

وتختلف الأفعال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة . لأن الجريمة المكونة من أفعال متلاحقة تعدد فيها الأفعال ، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقتة تتكون من فعل واحد أو متتابع يستمر حدوثه وقتاً طويلاً أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت .

٦٧ - العدة في اعتبار الأفعال المتعددة جريمة واحدة : تعتبر الأفعال

المتلاحقة مكونة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد . وتكتفي بعقوبة واحدة عليها طبقاً لقاعدة التداخل ، وهذا يقتضي من باب أولى اعتبار الأفعال المتلاحقة الصادرة تنفيذاً لفرض جنائي واحد جريمة واحدة . كما إن وقوع هذه الأفعال تنفيذاً لفكرة واحدة وفرض جنائي واحد يجعل منها جريمة واحدة .

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم مؤقتة - وجرائم غير مؤقتة

٦٨ - سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم : لم يذكر الفقهاء شيئاً عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وعلّة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم العصاص والدية ، لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الأفعال المكونة لها ، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها ، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة ، فلم يكن هناك إذن ما يدسوا للفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة .

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت ، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم ، لأن للسلطة التشريعية سلطان كبير فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لها ، وتعيين العقوبة الواجبة عليها ، وآراء السلطات التشريعية في جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات ، فما قد تبيحه سلطة تشريعية في بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى في بلد آخر ، وما قد تعاقب عليه سلطة تشريعية من وجه قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر ، ولهذا كله لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثاً مفصلاً كما اهتموا بجرائم الحدود ، واكتفوا ببحث بعض الأحكام الهامة الثابتة التي لا تتغير بتغير البلاد والسلطات .

أما الآن وقد أصبحنا نحرص على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير ، فليس ثمة ما يتبع من التمرس لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة .

٦٩ - جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة : والغاشر من تصح جرائم

التعازير أنها تفرم بحسب الوقت الذي يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة
وجرائم غير مؤقتة :

فالجرائم المؤقتة هي التي تتكون من فعل أو امتناع يحدث في وقت محدود
ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع ،
مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أي أخذ الشيء خفية ، ومثل جريمة
الشرب فإنها تتم بمجرد شرب الخمر ، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد
الامتناع عن أداء الشهادة .

والجرائم غير المؤقتة هي التي تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو
الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذي تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ،
ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بإنهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ومثال ذلك حبس شخص دون حق ، والامتناع عن إخراج الزكاة ،
والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه ، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه .

٧٠ - مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة : ونصوص التشريع
هي وحدها التي تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أم غير مؤقتة ، لأن هذه النصوص
تعرف الجريمة وتبين ركنها المادي فتتميزها بذلك عن غيرها ، فإن كان الفعل
أو الامتناع يقع وينتهي بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة
مؤقتة ، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد
فالجريمة غير مؤقتة .

وينبغي في هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار تنفيذها ، فالسرقة
تتم بأخذ الشيء خفية فهي جريمة مؤقتة ، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد
السارق ليس استمراراً للسرقة ، وإنما هو استمرار لتنفيذها ، وجريمة الشرب تتم
بتناول الخمر فهي جريمة مؤقتة ، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يعتبر استمراراً

للجريمة ، وإنما هو استمرار لتبعتها ، إذ الكسر نتيجة الشرب ، ومضرب والجرح جريمة مؤقتة تم بمجرد وقوع الضرب وحدث الجرح ، فإذا بقي الجاني عليه تحت العلاج مدة ما فذلك ليس استمراراً للجريمة ، وإنما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها .

٧١ - تقسيم الجرائم غير المؤقتة : تنقسم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متجددة وجرائم مستمرة^(١)

فالجريمة المتجددة : هي التي يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجاني تدخلاً متكرراً مقصوداً ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، أو عن تسليم المحضون لحاضنه . وكإحراز سلاح دون رخصة . ففي هذه الحالات يأتي الجاني الفعل أو يمتنع عنه . وتبقى جريمته قائمة ما بقي محرزاً للسلاح . أو ممتنعاً عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل . ولسكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجاني الذي يرى أن يبقى محرزاً للسلاح دون ترخيص . أو ممتنعاً عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه .

والجرائم المستمرة هي التي لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجاني ، بل يستمر الفعل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل إرادة الجاني . كحفر بئر في الطريق . وإقامة بناء في ملك الغير . أو خرابا عن خط التنظيم .

٧٢ - أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نيسطها فيما يلي :

(١) نشأنا أن تقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة . وهذا مخالف لما جرى منه في المراجع من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة ، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمراراً ، وبداً ، وجرائم مستمرة استمراراً ، بدأً . وقد دعينا إلى مخالفة المراجع أن الألفاظ التي استعملنا أكثر دقة وانطباقاً على المعاني المنصرفة .

١- من حيث الاختصاص : فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة المؤقتة هي المحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة ، لأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان . أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة غير المؤقتة ، فهي كل محكمة وقع في دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر ، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل في أماكن متعددة فعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة .

ب - من حيث التقدم : ففي الجريمة المؤقتة تحسب المدة المقطعة للدعوى العمومية من وقت ارتكاب الجريمة ، وفي الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ج - من حيث تطبيق التشريعات الجديدة : لا تسري التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة ، وتسكنها تسري على جرائم غير المؤقتة التي بدأت قبل صدور التشريعات الجديدة ، إذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة إلى ما بعد العمل بهذه التشريعات .

د - من حيث قوة الشيء المقضي به : يعتبر الحكم في جريمة مؤقتة صادراً عن الواقعة التي عرضت على المحكمة ، فإذا كانت هناك ذمات أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة ، فلا يعتبر الحكم شاملاً لها ، ولم كانت من نوع الواقعة التي صدر عنها الحكم ، وكذلك التدخل في الوقائع التي حدثت بعد صدور الحكم .

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة السابقة ، فإن رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة ، وأنتهت الدعوى عن الوقائع السابقة ، والعلة في هذه التفرقة أن قواعد التدخل تطبق على الوقائع السابقة وطبقاً لقواعد التواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة في وقت وقوعها فيها ، لأن الدعوى السابقة لا يجب أن تجزأ ، ووقائعها تعتبر كأنها واحدة .

هذين المعنيين ، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديدة بعد توقيع العقوبة (١) .

أما في الجرائم غير المؤقتة ، فيعتبر الحكم شاملاً لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ، ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة ؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحدة ، ومن ثم فلا يجوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التي لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم . أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم ، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة ، ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة .

— ٧٣ بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة ، كما اتفق معها فيما يترتب على التقسيم ، ولكن النظرية السائدة في القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التي صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة لأن الحكم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها ، وعللة الاختلاف أن الشريعة تأخذ بنظرية التداخل ، وهي نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد ، وإن كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها ، كما سيبين لنا عند الكلام على هذه النظرية

الفصل الخامس

المبحث الأول

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم ضد الجماعة - وجرائم ضد الأفراد

٧٤ — تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد .

الجرائم التي تقع ضد الجماعة : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة ،

(١) راجع الفقرة ٥٩ .

سواء وقعت الجريمة على فرد، أو على جماعة، أو على أمن الجماعة ونظامها. ويقول الفقهاء: إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقا لله تعالى^(١) ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة، ولكنهم يجعلون العقوبة حقا لله، إشارة إلى عدم جواز العقو عنها، أو تخفيفها، أو إيقاف تنفيذها.

والجرائم التي تقع ضد الأفراد: هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ما يمس مصالح الجماعة. وتعتبر جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة، ولو أنها في الغالب تقع على أفراد معينين، وتمس مصالحهم ماسا شديدا، كالسرقة والقتل، وليس في اعتبارها ماسة بالجماعة إنكار لمساسها بالأفراد، وإنما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد، بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة.

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التي تقع على الأفراد، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة، فلفرد أن يتنازل عن القصاص والدية، وهما العتوبتان المقرتان أصلا للتجريم، وقد أعطى له حق التنازل لأن الجريمة تمس ماسا مباشرا، فإذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجاني، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التي مست ماسا غير مباشر.

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذي شرحناه سابقا.

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة، ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد، وفي هذا يقول أحد الفقهاء: « ما من حق لأدى

(١) بدع الصنابع الجزء السابع من ٣٣، فتح القدير الجزء الرابع من ١٤.

الإلوهة فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره^(٧) فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة.

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم عادية وجرائم سياسية - أى بنى

٧٥ - التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية : فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البنى أى الجرائم السياسية ، ولكن الشريعة راعت في هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها ، والمحافظة على نظامها وكيانها ، فلم تعتبر كل جريمة ارتكبت لفرض سياسى جريمة سياسية ، وإن كانت قد اعتبرت بعض الجرائم العادية التى ترتكب في ظروف سياسية معينة جرائم سياسية .

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية في طبيعتها ، فكلاهما تنفق مع الأخرى في المحل والنوع والوسائل وإنما يختلفان في البواعث التى تيمث عليهما فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية ، أو تدفع إليها بواعث سياسية ، أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع إليها بواعث سياسية ، ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية ، ولهذا كان للتفرقة بين الجريمتين أهمية كبرى .

٧٦ - متى نوجر المجرم السياسي : ولا توجد الجريمة السياسية في الظروف العادية ، فشكل جريمة وقت في الأحوال العادية ، هي جريمة عادية مها كان الغرض منها والدوافع إليها ، فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسي اعتبرت جريمة عادية ، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة ، فإدام أن القتل وقع في أحوال عادية ، ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم علياً بن أبي طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسي ، فاعتبر القتل عادياً بالرغم من أن القاتل من الخوارج^(١) . وهذا هو رأي عليّ نفسه ، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده فإنه قال لولده الحسن : « أحسنوا إيساره ، فإن عشت فأنا ولي دمي ، وإن مت فضرية كضربتي » ولو لم يكن القتل عادياً لما اعتبر نفسه ولي الدم ، إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، ولما طالب من الحسن أن يقتص بضربة كضربته^(٢) .

وإنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادية ، وعلى وجه التحديد في حالة الثورة ، وفي حالة الحرب الأهلية ، فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها ، أمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توفرت شروط معينة في الثوار أو المحاربين ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط ، أو توفرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب ، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية ، وإنما هي جرائم عادية .

٧٧ - المجرمون السياسيون : تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء « البغي ، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية » .

والبغاة كما يعرفها الفقهاء « هم القوم الذين يخرجون على الإمام^(٣) بتأويل سائغ ولهم منعة وشوكة^(٤) » أوهم : « فرقة من المسلمين خالفت الإمام

(١) الخوارج فئة كانت تناهض علياً ولا تراه سالماً للخلافة .

(٢) النسخ الكبير الجزء العاشر ص ٥٢ .

(٣) رئيس الدولة أو حاكمها العام . (٤) النسخ الكبير الجزء العاشر ص ٤٩ .

الأعظم^(١) أو نائبه لأحد شيئين : إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمي^(٢) ، أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر ، والإشهاد على الدخول لمن غاب عنه إن كان كل منهما من أهل الحل والعقد ، واعتقاد ذلك ممن لا يربأ به ولا يعرف فإنه حق نكبر « من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية » . أو خالفته خلفه^(٣) أى إرادتها خلفه أى عزله لحرمته ذلك عليهم وإن جار^(٤) .

وإذا كان الفقهاء قد اصططحوا على تسمية فريق الخارجين بالبيعة ، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذى لم يخرج عليه بأهل العدل .

٧٨ — الشروط التى يجب توفرها فى المبرمين المبايعين أو البيعة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البيعة وما سبق ، الشروط التى يجب توفرها فى المنحرف وعمله ليعتبر محرماً سياسياً أو باغياً :

أولاً — الفرض من الجريمة : يشترط أن يكون الفرض من الجريمة إما

(١) الخليفة أو الإمام الذى ليس بيده إمام أو الرئيس الأعلى لدولة الإسلام .

(٢) الأحكام المتعلقة بآدمى فى الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة والأحكام المتعلقة بآدمى هى ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد .

(٣) رأى المؤلف فى المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره ؛ لأن إبادة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والتوراث واضطراب أمور الناس — والآفة ترى أن للأمة خلق الإمام وعزله بسبب بوجه ، وأنه ينزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين ، وانسكاس أمور الدين كان للأمة خلفه كما كان لهم نصبه لأنظمة شئون الأمة وإعلانها ، وإذا أدى خلفه إلى فتنة احتدل أدنى الضمرتين ، وهناك من يرى خلفه إذا لم يستأزم فتنة . وروى عن مالك أنه قال : من قام على إمام يريد لإزالة ما بيده إن كان — أى القوم عليه — مثل عمر بن عبد العزيز ويجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلا ،

دعه وما يراد منه ينضم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقانى الجزء الثامن من ٦٠ ؛ وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث من ٤٢٩ ، والأحكام السلطانية من ١٤٤ ، والإقناع الجزء الرابع من ٢٩٢ .

(٤) شرح الزرقانى على مختصر خليل الجزء الثامن من ٦٠ .

عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية ، وإما الامتناع عن الطاعة ، فإذا توفر
الغرض على هذا الوجه مع توفر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والمجرم
سياسيا . أما إذا كان الغرض من الجريمة إحداث أى تغيير يتناقى مع نصوص
الشريعة ، كإدخال نظام غير إسلامى يخالف النظام ، أو تمكين دولة أجنبية من
التسلط على البلاد ، أو إضعاف قوة الدولة أمام غيرها من الدول ، إذا كان
الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله ، فإن الجريمة لا تكون بغيا أى سياسية ،
وإنما هى إفساد فى الأرض ، ومحاربة الله ورسوله ، وهى جريمة عادية قررت لها
الشريعة عقوبة قاسية^(١) .

ثانياً — التأول : يشترط فى البغاة أى المجرمين أن يكونوا متأولين ، أى أن
يدعوا سببا لخروجهم ، ويدللوا على صحة ادعائهم ، ولو كان الدليل فى ذاته
ضعيفا ، كادعاء الخارجين على الإمام على ، بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم
ولا يقتص منهم لمواطنته إياهم ، وكتأول بعض ما نرى الزكاة فى عهد أبى بكر
بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلواته سكتنا لهم ، طبقا لقوله تعالى ﴿ خذ
من أموالهم صدقة - إلى قوله : وصل عليهم إن صلاتك سكنت لهم ﴾ فإذا لم
يدعوا سببا للخروج ، أو ادعوا سببا لا تقره الشريعة إطلاقا ، كأن طالبوا عزل
رئيس الدولة دون أن ينسبوا إليه شيئا ، أو طالبوا عزله لأنه ليس من بلادهم ، فهم
قطاع طريق يسعون فى الأرض بالفساد ، ولهم عقوبتهم الخاصة ؛ وليسوا بأى
حال بغاة أو مجرمين سياسيين^(٢) .

ثالثا — الشوكة : - يشترط فى الباغى أى المجرم السياسى أن يكون ذا شوكة
وقوة لا بنفسه بل بغيره ممن هم على رأيه ، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا

(١) أسس المطالب الجزء الرابع من ١١١ ، ١١٢ - المعنى الجزء العاشر من ٥٢ - نهاية
المنهاج الجزء السابع من ٣٨٢ - البحر الرائق الجزء الخامس من ١٥١ .
(٢) البحر الرائق الجزء الخامس من ١٥١ ، ١٥٤ - شرح الزرقانى الجزء الثامن من ٦٣ -
نهاية المنهاج الجزء السابع من ٣٨٢ ، ٣٨٣ - المعنى الجزء العاشر من ٤٩ .

الوصف ، فلا يعتبر مجرماً سياسياً ولو كان متأولاً^(١).

رابعا - الثورة والحرب :- ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة في ثورة أو حرب أهلية اشتملت لتنفيذ الغرض من الجريمة ، فإن وقعت الجريمة في غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية ، فهي ليست بغيا أي جريمة سياسية ، وإنما هي جريمة عادية ، يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها . وتلك هي سنة على ابن أبي طالب في الخوارج ، فلقد عرض قوم من الخوارج به ، فنادوا وهو يحط على منبره لا حكم إلا الله ، يعرضون به ، لأنه قبل التحكيم ، فرد على من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا تمنكم مساجد الله : أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا تبدؤكم بقتال ، ولا تمنمكم النبي ، ما دامت أيديكم معنا ، أي ما دتم لم تتوروا علينا^(٢).

٧٩ - حقوق البغاة ومسؤوليتهم قبل الثورة : للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمي المشروع ، وهم الخرية في أن يقولوا ما يشاءون في حدود نصوص الشريعة ، وللعادلين أن يردوا عليهم ويبينوا لهم فساد آرائهم ، فإذا خرج أحد من الفريقين في قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جرمته باعتبارها جريمة عادية ، فإن كان قادراً على أن كان سائبا عزز ، وإن ارتكب أحد البغاة أية جريمة عوقب عليها باعتبارها جريمة عادية^(٣).

وللبغاة حق الاجتماع ، فإذا تمخروا أو اجتمعوا في مكان معين ، فلا سلطان لأحد عليهم ، ما داموا لم يتمتعوا عن حق ، أو يخرجوا عن طاعة ، وهذه أيضا

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع من ٣٨٥ .

(٢) الفتى الجزء العاشر من ٥٨ - الفرح الكبير الجزء العاشر من ٧١ : ٧٢ -

أسنى الطالب الجزء الرابع من ١١٢ - نهاية المحتاج الجزء السابع من ٣٨٤ .

(٣) الأحكام السلطانية ٥٨ . الفتى الجزء العاشر من ٦٠ - أسنى الطالب الجزء الرابع

من ١١٢ : ١١٤ - نهاية المحتاج الجزء السابع من ٣٧٦ .

سنة على بن أبو طالب في الخوارج ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج علياً عليه السلام بالنهروان ، فول عليهم عاملاً أقاموا على طاعته زمناً وهو لهم موادع ، إلى أن قتلوه ، فأخذ إليهم علي : أن سلوا إلى قاتله ، فأبوا ، وقالوا كلنا قتله ، فلما خرجوا عن الطاعة وجأهروا بالمصيان . قاتلهم علي ^(١) .

ويشترط مالك والشافعي وأحمد أن يبدأ أهل البني بالقتال حتى يقاتلوا أهل العدل وفي هذه الحال تستحل دماؤهم . أما أبو حنيفة فيكفي بتجمعهم وامتناعهم ويرى في ذلك ما يكفي لقتالهم ^(٢) .

٨٠ - حقن البغاة ومثولتهم أثناء الثورة وما بعدها :

فإذا اشتعلت الثورة أوقامت الحرب الأهلية كان على ولي الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لا قتلهم وإفنائهم ، وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويكف عن أدبر وهرب ، وأن لا يجهز عن جرحهم ، وأن لا يقتل أسيرهم ^(٣) أو من أتى سلاحه منهم ، وأن لا يصادر أموالهم ، وأن لا يستولى على نساءهم وأولادهم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « منعت دار الإسلام ما فيها » ^(٤) .

فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة ، وجب على ولي الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التي في يد أهل العدل ، وما تلف منها في غير قتال فهو مضمون على متانته ، وأما ما ألتفه أهل البني في نائرة الحرب من نفس ومال فهو هنر ،

(١) الأحكام السلطانية من ٤٨ ، البحر الرائق الجزء الخامس من ١٥٢ . المص الجزء العاشر من ٥٣ - ٥٨ ، نهاية المحتاج الجزء السابع من ٣٨٣ .

(٢) ٤١١ ج ٤ شرح فتح القدير .

(٣) يرى أبو حنيفة قتل الأسير إذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقي الأئمة ١٥٣ البحر الرائق ج ٥ .

(٤) الأحكام السلطانية من ٤٩ . البحر الرائق ج ٥ من ١٥٢ : ١٥٣ . المص ج ١٠ من ٦٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ من ٣٨٦ : ٣٨٧ - شرح الزرقاني ج ٤ من ٦١ : ٦٢ تبصرة المحكم ج ٢ من ٢٤٩ - أسنى الطالب ج ٤ من ١١٤ .

وما أتلّفوه على أهل العدل في غير نائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عليهم ، وهم مسئولون عنه ، وهذا هو الرأي الراجح . أما الرأي المضاد فيرى أصحابه تضييع البغاة ما أتلّفوه في الحرب ، وحجتهم أن العصية لا تبطل حقاً ، ولا تقط غرماً . أما حجة أصحاب الرأي الأول فهي أن الفتنة العظمى وقعت أيام علي ومعاوية ، فأجمع الصحابة على أن لا يقيم حد على رجل ارتكب محرماً بتأويل القرآن ، ولا يفرم مالا أتلّفه بتأويل القرآن ، ويحتجون كذلك بأن البغاة طائفة ممنعة بالحرب بتأويل مائع ، فلا تضمن ما أتلّفته على أهل العدل ، كما لا يضمن أهل العدل ما أتلّفوه ، ولأن تضييع أهل البنى يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة^(١) .

وإذا كان البغاة لا يسألون عز الجرائم التي ارتكبوها أثناء الثورة من إهلاكك للنفس والأموال ، فإن لولى الأمر - إن لم يعف عن جرائمهم - أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى في ذلك مصلحة ، ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عند مالك والشافعي وأحمد ، لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير فأولى أن لا يباح قتل المسلم ، أما أبو حنيفة فيبيح قتل الأسير المصلحة العامة ويبيح قتل البغاة على أثر الظهور عليهم ، فالقياس عنده أن يقتل الباغي تعزيراً . وعلى كل حال فإن سلطة القاضي في الجرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات ، كما إن لولى الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها .

٨١ - عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الترمذية أبو سمرصنة :

ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال ، فالجرائم التي

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٣ . شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦١ : ٦٢ الأحكام السلطانية ص ٥٠ أسنى الطالب ج ٤ ص ١١٤ - المنى ج ٩٠ ص ٦٠ : ٦١ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١ : ٦٢ .

يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عليها بمقوباتها العادية ؛ لأنها جرائم عادية لم تقع في حالة ثورة أو حرب ، أما الجرائم التي ترتكب أثناء الثورة أو الحرب الأهلية ، فما اقتضت منها حالة الثورة أو الحرب كقوامة رجال الدولة وقتلهم ، والاستيلاء على البلاد وحكها ، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها ، وإتلاف السكك والكبارى ، وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والسدودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم هي الجرائم السياسية ، وتكتفى الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة ، وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم ، وأتوا سلاحهم ، عصمت دماؤهم وأموالهم ، وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم ، أو أن يعزهم على خروجهم ، لاعلى الجرائم التي ارتكبوها أثناء خروجهم ، ففقوبة الخروج إذن هي التعزير ، وهو جريمة سياسية ، أما عقوبة الجرائم التي تقتضيها حالة الحرب أو الثورة ، فهي القتل بالشروط التي ذكرناها سابقاً .

هذا هو حكم الجرائم التي تقع أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة ، أما الجرائم التي تقع من البغاة ولاستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب ، فهذه تعتبر جرائم عادية يعاقبون عليها بالمقوبات العادية ، ولو أنها وقعت أثناء الثورة أو الحرب ، كشرب الخمر ، والزنا ، وقتل أحد الثائرين زميلاً له أو سرقة ماله^(١) .

٨٢ - بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية : كانت القوانين

الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تعتبر الجريمة السياسية أشد خطراً من الجريمة العادية ، وكانت تعامل المجرم السياسي معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة ، فتعاقبه بمقوبات قاسية ، وتصادر ماله ، وتأخذ أهله بذنبه ، وتحرمه من الحقوق

(١) تكلمنا هنا عن البنى أى الجرائم السياسية بالنظر الذى بين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية . وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية . أما التفاصيل والذقائق فوضعها الجزء الثانى من كتابنا هذا حين تكلم عن البنى كجريمة من الجرائم الخاصة .

التي يتمتع بها المجرمون العاديون . ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية . وبعد أن كثرت الثورات في البلاد الأوروبية ، وتمددت الانقلابات في النظم السياسية ، فأصبح المجرم السياسي ينظر إليه نظرة عطف وإشفاق ، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هي في مجموعها أخف من العقوبات العادية

وقد اختلف الشراح في المميز الذي يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية ، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض المجرم من الجريمة ، فإن كان يرمى إلى تحقيق غرض سياسي فالجريمة سياسية وإلا فهي عادية . وعيب هذا المذهب أنه يحكم الباعث على الجريمة في تحديد ماهية الجريمة ، ويغفل للقتلة والسارقين أن يتسموا بميزات لا يصح أن يتمتعوا بها - ورأى فريق آخر أن العبرة في تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع إلى الجريمة ، فلا تعتبر جريمة سياسية طبقاً لهذا الرأي إلا الجريمة التي تمس كيان الدولة أو نظامها . وعيب هذا الرأي أنه يجعل بعض الجرائم التي لا شك في أنها سياسية جرائم عادية ، كالجرائم التي ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية .

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التي ترتكب في حالة ثورة أو حرب أهلية ، والجرائم التي ترتكب في الأحوال العادية ، واعتبروا الجرائم التي تقع في الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية ، أما الجرائم التي تقع أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهي جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية ، وكانت من الأفعال التي تبيحها الحرب النظامية وإلا فهي جريمة عادية . وهذا الرأي هو الذي أقره معهد القانون الدولي .

والآنجه الحديث في القوانين الوضعية يعتبر الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعي للجرائم الشيوعية والفوضوية جرائم عادية ، كما يعتبر كل الجرائم للناس باستقلال الدولة جرائم عادية ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم

والحكام ، وهذا هو الرأي الذي أقره معهد القانون الدولي في سنة ١٨٩٤ حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم الجرمين ، الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعي^(١) .

ويقين مما سبق أن أحدث الآراء في القوانين الوضعية تعتبر الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكم وشكل الحكم الداخلي فقط ، لا ضد النظام الاجتماعي ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول ، وبشرط أن تقع في حالة ثورة أو حرب أهلية ، وأن تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب ، وهذا يتفق تماماً مع الحدود التي وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرناً . ولا فرق بين الشريعة والقوانين في هذه النقطة إلا أن الشريعة قد سبقت بالتمفرقة بين الجرائم العادية والسياسية ، وتحديد الجرائم السياسية ، وأن القوانين تسير في أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها .

(١) الموسوعة الجديكية ج ٣ ص ١٧ - ١٤٣ .

وأشبهه مصطفى ص ٨٩ - ٨٥ القانون الجنائي لعن ص ١١٠

القسم الثاني

من الكتاب الأول

الأركان العامة للجريمة

٨٣ - أركان الجريمة : قلنا في تعريف الجريمة إن الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو بتعزير ، وأن المحظورات هي : إما إتيان فعل منهي عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية ؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة ، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة إلا إذا كان معاقباً عليه

ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف ، إذ التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة ، ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً لشواب والعقاب ، كالجنون والصبي الذي لا يميز فهو في عجزه عن فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة في المعجز عن فهم أصل الخطاب ، ومن ثم يتعذر تكليفه ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضاً على فهم تفاصيله^(١) .

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركان لا بد من توفرها وهذه الأركان ثلاثة :

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص ٢١٥ جزء أون ، المنعش لفرزال جزء أون ص ٨٣ .

١ — أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها ، وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي للجريمة .

٢ — إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلاً أو امتناعاً ، وهذا ما نسميه في اصطلاحنا القانوني بالركن المادي للجريمة .

٣ — أن يكون الجاني مكلفاً أي مسئولاً عن الجريمة ، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبي .

هذه هي الأركان العامة التي يجب توفرها بصفة عامة في كل جريمة ، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يعنى عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية في السرقة ، وركن النوط في جريمة الزنا ، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها .

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة أن الأركان العامة واحدة في كل جريمة ، بينما الأركان الخاصة تختلف في عددها ونوعها باختلاف الجريمة وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة . ولكننا رأينا مجازاة للتطور الحديث في التأليف أن نبحت الأركان العامة في القسم الجنائي العام ، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة .

الباب الأول

الركن الشرعي للجريمة

٨٤ - توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل ، ويقاب على إتيانه ، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعي للجريمة .

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع في أي وقت وفي أي مكان ومن أي شخص ، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرمه نافذ للمعمول وقت اقتراف الفعل ، وأن يكون ساريا على المكان الذي اقترف فيه الفعل ، وعلى الشخص الذي اقترفه ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم .

فالكلام على الركن الشرعي يقتضى بحث المواضيع الآتية وسنخصص لكل منها فصلا خاصا :

- ١ - النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أي الأحكام الجنائية الشرعية .
- ٢ - سر بيان النصوص الجنائية على الزمان .
- ٣ - سر بيان النصوص الجنائية على المكان .
- ٤ - سر بيان النصوص الجنائية على الأشخاص .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أى الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥ - الكلام على الأقسام الجنائية الشرعية يقتضى الكلام على :-
 أولاً - الأحكام وأثرها فى الجريمة والعقوبة - ثانياً - أدلة الأحكام
 الجنائية الشرعية أى مصادر التشريع الجنائى - ثالثاً - تفسير الأحكام
 الجنائية - رابعاً - تعارض الأحكام أى النصوص ونسخها وبطلانها -
 خامساً - علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية . ومنخصص لكل
 واحد من هذه المواضع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة

٨٦ - تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أى النصوص إلى نوعين :
 أحكام تكليفية ، وأحكام وضعية .

فالحكم التكميلى هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو
 تخييره بين فعل والكف عنه ^(١) . ويسمى هذا الحكم تكليفاً ؛ لأنه يتضمن إزام
 المكلف إتيان فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ إِنْ أَنْتَ بِأَمْرِكَ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمضى الجزء الأول من ١٨١ وما بعدها - المصنف
 للقرائى الجزء الأول من ٦٥ وما بعدها - أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف من ٧٤ .
 (٨ - التشريع الجنائى الإسلامى)

أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴿ [النساء: ٥٨] أو إزام المكلف الكف عن فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء: ٣٣] وقوله ﴿ ولا تفترّبوا الزنا ﴾ [الإسراء: ٣٢] أو تحييد المكلف في إتيان الفعل والكف عنه ، مثل قوله تعالى : ﴿ وإذا حلالتم فاصطادوا ﴾ [المائدة: ٢] وقوله ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ [الإسراء: ٣٣] والحكم الرضعي هو ما اقتضى جعل شيء سبباً لشيء ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، وسمى الحكم وضعياً لأنه يقتضى :

١ - وضع أسباب لمسببات كقوله تعالى : ﴿ والاروق والاروقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة: ٣٨] وقوله ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور: ٢] فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سبباً لجلد الزاني

٢ - أو يقتضى وضع شروط لمشروطات كقوله تعالى : ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ [النور: ١٣] فهذا الحكم يقتضى اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا . ومثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا قطع إلا في ربع دينار » فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر .

٣ - أو يقتضى وضع موانع من أحكام مثل قول الرسول : « لا قطع في ثمر معلق » . فهذا الحكم يقتضى جعل تطبيق الثمر أى عدم حصد الحاصلات والثمار مانعاً من القطع في سرقته . ومثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ميراث لقاتل » فهذا الحكم يقتضى جعل القتل الحاصل من الوارث مانعاً له من الإرث^(١)

(١) الإحكام في أصول الأحكام للأمامي الجزء الأول من ٨١ وما بعدها - المستحسن للنزاع الجزء الأول من ٩٣ - أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف من ٧٤ وما بعدها .

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين : أولهما : أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه ، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه . أما الحكم الوضعي فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير ، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع . ثانيهما : أن الحكم التكليفي يكون دائماً في مقدور المكلف ، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء ؛ أما الحكم الوضعي فقد يكون أمراً في مقدور المكلف ، وقد لا يكون في مقدوره .

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فهذا النص يشمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة ، ويشمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق . وليس يهمننا فيما يتعلق بالنص على الجزئية إلا الحكم التكميلي المتقضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل . أما الأحكام التكاليفية المخيرة فلا يعاقب على تركها أو إتيانها ، ولا يعتبر إتيانها أو تركها جريمة ، على الرأي الراجح . وفيما يتعلق بالنص على العقوبة يهمننا الحكم الوضعي ، سواء كان سبباً أو شرطاً أو مانعاً ؛ لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها .

٨٧ - قواعد أصولية شرعية : من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية : أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها .

وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضى بأن : « الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة » أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية ، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسئولية على فاعله أو تاركه .

وهاتان القاعدتان^(١) تؤديان معنى واحداً هو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك. ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها، سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيراً، فإن المعنى الذي يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضى بأنه: «لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كلف به»، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله»^(٢).

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توفرها في المكلف أى الشخص المسئول، والشروط الواجب توفرها في الفعل المكلف به.

فأما المكلف فيشترط فيه أولاً: أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف، أى أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية التي جاءت بالحكم التكليفي: لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمثل ما كلف به.

ثانياً: أن يكون أهلاً لما كلف به أى أن يكون أهلاً للمسئولية وأهلاً للعقوبة.

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه:

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية. والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإجابة تستدعي سببها والمبجج هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تغيير ولا إباحة. فالأفعال عند هؤلاء لا مغلوبة ولا مباحة ولا حرج في إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها.

وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو أن لا يخرج في إتيان الفعل. وقد كان هذا الخلاف سبباً في وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين. ومن شاء أن يستزيد فليراجع الأحكام في أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٣٠ وما بعدها. والمتصل للفرزاني ج ١ ص ٦٣ وما بعدها. ومسلم الثبوت ج ١ ص ٤٩، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٧٣.

أولاً : أن يكون ممكناً ، فلا تكليف بمستحيل .
 ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف أى في قدرة الشخص إتيانه أو تركه .
 فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .
 ثانياً : أن يكون الفعل بعد إسكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف علماً تاماً يحمله على الامتنال ، والعلم التام الذى يحمله على الامتنال يقتضى :
 (أ) العلم بالأحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على السكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لا يمكن أن يأتمر به أو يتنهى عنه .
 وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعنى أن لاجرمية بلا نص يذشر على الناس .
 (ب) أن يكون في الحکم ما يحل المكلف على الامتنال ويكفنه عن العصيان وهذا يقتضى علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة .
 وظاهر بخلاف من هذه القاعدة الأصولية أنها تعنى — كالتقاعدين السابقتين — أن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص .

٨٨ - مصر هذه القواعد الأصرف : وهذه القواعد الأصولية التي تقطع بأن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص في الشريعة الإسلامية ، لانتسند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق ، ولانتسند إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيف ، وإنما تستند إلى نصوص خاصة صريحة في هذا المعنى ، منها قوله تعالى : ﴿ وما كنا مُعذِّبِينَ حتى نبعث رسولاً ﴾ [الإسراء : ١٥] وقوله : ﴿ وما كان ربك مُهلِكاً القرى حتى يبعث في أممها رسولا يقو عليهم آياتنا ﴾ [القصص : ٥٩] وقوله : ﴿ لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل ﴾ [النساء : ١٦] وقوله : ﴿ لا تُذركم به ومن بلغ ﴾ [الأنعام : ١٩] وقوله : ﴿ لا تكذبنَّ أنفساً إلا وشمعها ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ قل للذين كفروا إن باللهوا بغيرهم ما قد سلف ﴾ [الأنعام : ٣٨] فهذه النصوص قاطعة

في أن لا جريمة إلا بعد بيان ، ولا عقوبة إلا بعد إنذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بمعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسوله ، وأنه ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه .

٨٩ - متى ومرت قاعدة بوجوب عقوبة بلا نص ؟ : وجدت هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بينا ، وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التي لم تعرف هذه القاعدة إلا في أعقاب القرن الثامن عشر الميلادي ، حيث أدخلت في التشريع الفرنسي كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية ، وقررت لأول مرة ، في إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة ١٧٨٩ ، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية .

٩٠ - كيف طبقت الشريعة القاعرة ؟ : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة في الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . ودلنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التي تقر القاعدة ، وإيراد القواعد الأصولية التي وضعت تطبيقاً لهذه القاعدة العامة ، وإذا كانت الشريعة تقضى بتطبيق القاعدة على كل الجرائم فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم ، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير . وسنرى فيما يلي كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

الفرع الأول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

٩١ - أثر القاعدة في جرائم الحدود : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود ، وهذا ظاهر بجملاء من

تقع النصوص التي وردت في هذه الجرائم .

وجرائم الحدود سبع :

- (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .
 (٤) السرقة . (٥) الحرابة .
 (٦) الردة . (٧) البغي .

ففي جريمة الزنا يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [الإسراء : ٣٢] ويقول : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً : البكر بالبكر جلد مائة وتعريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالثعريب والجلد والرجم ، وهي كل العقوبات المقررة للزنا في الشريعة .

وفي جريمة القذف يقول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ [النور : ٤] فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصابية هي الجلد ، وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة ، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين .

وفي جريمة الشرب يقول الله تعالى : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « كل مكر حرام » ، ويقول : ما أسكر كثيره فقليله حرام » وهذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والسكرات .

أما العقوبة فقد عين النبي صلى الله عليه وسلم نوعها بقوله : « اضربوه » ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديداً قاطعاً . وقد روى عنه أنه

ضرب أربعين في الخمر ، وروى عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد ، وفي عهد عمر - رضي الله عنه - أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على العقازف ؛ لأن الشارب إذا سكر هذى ، وإذا هذى افتري . فالعقوبة إذا تعددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة . وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع ، أي أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة .

وفي جريمة السرقة يقول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبوا نكالاً من الله ﴾ [المائدة : ٣٨] فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها .

وفي جريمة الخرابية يقول الله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويستهونون في الأرض فساداً أن يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ يُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ، ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٣] فهذا النص يحرم الخرابية والسمى بالفساد في الأرض ، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب .

وفي جريمة الردة يقول الله تعالى : ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فإن يقبل منه ﴾ [آل عمران : ٨٥] ويقول : ﴿ ومن يرتدّد منكم عن دينه فيمّت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة ﴾ [البقرة : ٢١٧] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » ويقول أيضاً « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل .

وفي جريمة البغي يقول الله تعالى : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصبحوا بينهما ، فإن نكحت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تنفيء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم

وأمركم على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فقتلوه »
ويقول: « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع ، فاضربوه
بالسيف كائناً من كان » . فهذه النصوص تحرم بضئ طائفة على طائفة ، وتجعل
جزاء البضئ القتال والقتل حتى يفيء البياض ويرجع عن بغيه .

هذه هي جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على
عقوبتها ، بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً بحيث
لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير حكمها ، حتى لم يكن
القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكماً ، وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته
أن يكون ذا حدين ، فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل
غيرها بها أو يوقف تنفيذها . ولم تجعل الشريعة ظروف الجريمة أو المخرم أي أثر
على عقوبات جرائم الحدود ، كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن
هذه العقوبات . ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله تعالى ،
إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار ، وأنها لازمة فلا يمكن التماس بها .

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التقاص والدية

٩٢ - أثر القاعرة في جرائم التقاص والدية : حثقت الشريعة فائدة

أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً في جرائم التقاص والدية ، وليس
أدل على ذلك من استمرار النصوص التي وردت في هذه الجرائم .

والجرائم التي يعاقب عليها بالتقاص هي : القتل العمد ، وبالإضافة لأشرف
عدداً ، والجرح العمد .

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عني عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعي ، ثم القتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وإتلاف الأطراف خطأ ، والجرح الخطأ .

ففي جريمة القتل العمد يقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ [الإسراء: ٣٣] ويقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ : الْحَرْ بِالْحَرْ ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ، وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عُقِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويقول جل شأنه : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥] ويقول الرسول صل الله عليه وسلم « من اعتبطه ومنا بقتل فيوقود به إلا إن رضى ولي المقتول » ويقول: « من قتل له قتيل فأهد بين خيرتين : إن أحبوا فالقود - أي القصاص - وإن أحبوا فالعقل أي الدية » . ويقول : « في النفس مائة من الإبل » .

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي القاتل على الدية ، فتكون العقوبة الدية ، وهي مائة من الإبل .

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لعلكم تتقون ﴾ [البقرة : ١٧٩] ويقول: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ، وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَتَّكِرْ بِهِ فَعَسَىٰ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَخَلِّفِينَ ﴾ [المائدة : ٤٥] ويقول : ﴿ فَمَنْ عَدَىٰ عَلَيْكُمْ مَا عَدَىٰ عَلَيْهِمْ فَمِزَّةٌ عَلَيْهِمْ يُسْتَلَمُ بِهِ مَا عَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] ويقول : ﴿ وَإِنْ عَصَيْتُمْ فَعَصَيْتُمْ لِيَسْتَلَمَ بِهِ مَا عَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [النحل : ١٢٦] فهذه النصوص من جهة أخرى تحرم إتلاف الأطراف والجراح ، وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في الجراح .

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «الأيان في قتل عمد الخطأ: قتيل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل»؛ فهذا النص يحرم القتل شبه العمد، ويعاقب عليه بالدية.

وفي جريمة القتل الخطأ يقول الله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية ملة إلى أهله إلا أن يصدّقوا، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية ملة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله، وكان الله عليماً حكيماً﴾ [النساء: ٩٢] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «وفي دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنو مخاض» فهذا النصان يحرمان القتل الخطأ، ويعاقبان عليه بالدية، ويبينان مقدارها وأوصافها.

وفي قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان في الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة، وما كان في الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية فقال صلى الله عليه وسلم: «في الأنف إذا أوعب مارته جدعا للدية» وقال: «وفي اللسان الدية، وفي الذكر للدية» وقال: «في الصلب للدية» وقال: «في اليدين الدية، وفي الرجلين الدية» وقال: «في الأثنيين الدية» وقال: «في الأذنين الدية» وقال: «في العين خمسون من الإبل» وقال: «في السن خمس من الإبل» وأوجب الرسول الدية في إذهب للمغني، كالسبع والبصر والعقل.

أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض، فجعل أورش الموضحة خساً من الإبل، وأورش الهاشمة عشراً من الإبل، وفي الآمة والدامعة^(١) ثلث

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامعة أسماء الجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج والموضحة: هي التي تكسف عن الدماغ. والهاشمة: هي التي تهشم العظام. والآمة: هي التي تصل إلى الجفلة التي تغطي المخ. والدامعة: هي التي تصل إلى نخاعه. ويعلق الفقهاء بعضها بالشجاج.

الدية ، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية .

والقاعدة العامة في الشريعة : أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشاً^(١) فيه حكومة ، وهي ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة بحيث لا يمكن أن أصل الحكومة إلى الدية أو الأرش الذى عينه الرسول للثانف أو الجرح الذى يليه في الشدة . وهذه القاعدة مجمع عليها من الأمة .

والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هي نفس الدية الواجبة في الخطأ ولكم ما يختلفان في الوصف ، فدية العمد مغالطة ، ودية الخطأ مخففة طبقاً لأحاديث الرسول وفعله .

وإذن فالمقوية في إتلاف الأطراف محددة تحديداً لا شك فيه بتصوص صريحة في معظم الأحوال ، وإجماع لا شك فيه في بقية الحالات ، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعى من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهو ملزم للكف كما يلزمه النص الصريح .

وبما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها ، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضى حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها ، فكل مهمة أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجانى هو الذى ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجانى .

وبالاحظ أن سلطة القاضى في جرائم القصاص والدية تماثل سلطته في جرائم الحدود . ولا تفتقر عنها إلا في أن القاضى ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو دية إذا عفا عنها المجنى عليه أو وليه ، وأن يطبق العقوبة التى

(١) على جراح الرأس والوجه . أما ساعد ذلك فيسوته جراحاً إلا ما يصل لتجويف الصدر والظهر بسوء الحالة .

(٢) يطلق المثلثية على الدية الكاملة : ويطلق لفظ الأرش على بعس الدية .

توجيهها الشريعة أو توجيهها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية .

وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة ؛ لأنها محددة النوع
وانتداز ، ولكنها مقدرة حقاً للأفراد ، ومن ثم كان للمجنى عليه أو وليه العفو
عن العقوبة لأنها حقه ، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه ، أما
ولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما ،
كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها ؛ لأنه لا يملك إسقاط
حقوق الله ولا حقوق الأفراد^(١) وإن كان عليه أن يستوفيا لأن استيفاءها من
مقتضيات وظيفته .

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى ، وحقوق
الآدميين ، ويعتبرون الحق لله تعالى كلماً كان خالصاً لله أو كان حق الله فيه غالباً ويعتبرون الحق
للإنسان كلماً كان خالصاً له أو كان حق العبد غالباً فيه . وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس
مصالح الجماعة ونظامها ، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم ،
وحيث ينسب الفقهاء الحق لله تعالى بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وحيث
يسببون الحق للأفراد يتنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة
تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقاً خالصاً للفرد . وقد
هذا يقول أحد الفقهاء : [ما من حق لأدى إلا والله فيه حق إذ من حق الله على كل مكاتب
ترك إذاه لله] راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ - فإذا اعتبرت القرينة
بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد
وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد ؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد ، أكثر مما
تمس مصلحة الجماعة .

والأصل في الشريعة : أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولا يمكن الشرعية جعلت
استيفاء بعض العقوبات حقاً للأفراد ، كعقوبة القصاص والدية فلمهم أن يتسكوا بها أو يفتزلوا
عنها . فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم .
وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقاً للأفراد لا يسبب الجماعة حقوقاً فرض عقوبات
أخرى على هذه الجرائم ، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمجرد الجماعة .

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلماً كان خالصاً لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة
ونسبة الحق لله لا تعيده جل شأنه شيئاً ، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق ؛ لأن حق
الله لا يملك أحد إسقاطه .

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير

٩٣ - أثر القاعدة في جرائم التعازير : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير أيضا ، وكان من المنطق أن تطبقها ؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة فلا يمكن إهمالها ، ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقها به على جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، ولم تقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم ، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما ؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر .

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة ؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة بتقيد بها القاضى كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، فللقاضى أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها ، وللقاضى أن يخفف العقوبة وأن يظلمها .

وجاء التوسع على حساب الجريمة ؛ لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تتنازع بصفات معينة أن لا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا ، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام .

٩٤ - ماهو التعزير ؟ : ولأجل أن ندين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير يجب أن نعرف قبل كل شيء ماهو التعزير ؟ والتعزير : هو تأديب على

ذنوب لم تشرع فيها الحدود^(١)، أى هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأبها عقوبات معينة محددة، فهو يتفق مع الحدود^(٢) من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب، ولكنه يختلف عنها من وجهين^(٣) :-

أولها : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا يجمع من توقيعها على الجاني، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من انصح وتنتهى بالجلد والحبس، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسه وسوابقه، والقاضي أن يقع أكثر من عقوبة، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه.

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولى الأمر فيها العفو. أما عقوبات التعازير فلولى الأمر العفو عنها كلها أو بعضها.

٩٥ - الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير : لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحدها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما قلمت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام. وتركت لأولى الأمر في الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها. وأن يضموا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها، ويعاقبوا على مخالفتها. والقسم الذى ترك لأولى الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذى نصت عليه الشريعة وحدته. ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥. بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ أسى الطالب ج ٤ ص ١٦٩

(٢) المقصود بالحدود: العقوبات المقررة وهي المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧.

مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

٩٦ - أقسام التعزير : ينقسم التعزير ثلاثة أقسام (١) تعزير على المعاصي

(٢) وتعزير للمصلحة العامة (٣) وتعزير على المخالفات

والأول فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها ويعتبر إتيانها معصية .
والثاني فرض لأفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها . ولا يشترط
في الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية - والثالث فرض على أفعال حرمتها
الشريعة بذواتها ويعتبر إتيانها مخالفة ولا يعتبر معصية .

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة ، أن الفعل في القسم الأول يكون محرماً
دائماً ومعتبراً معصية ، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محرماً إلا إذا توفّر فيه
وصف معين ؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية ، أما في القسم الثالث فيكون الفعل
مأموراً به أو منهيّاً ، ولكن إتيانها يعتبر مخالفة لا معصية .

القسم الأول

في التعزير على المعاصي

٩٧ - التعزير على المعاصي : من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل

معصية لا حد فيها ولا كفارة سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي^(١) ، ومعنى
أن للمصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها ، ومعنى أنها لحق آدمي
أنها تمس حقوق الأفراد .

والمعاصي هي إتيان ما حرّمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبه

من الواجبات .^(٢)

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٠٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ - المغني والشرح

الكبير ج ١٠ ص ٣٤٧ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ - الزمامي ج ٣ ص ٢٠٧ .

(٢) المغني للمعصية يقابل تماماً بالمعنى للمحرمة في استعمالنا القانوني .

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكفف الكف عن فعله طلباً حتماً ، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم مثل قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ أو أن يكون النهي عن الفعل مقترناً بما يدل على أنه حتم مثل قوله تعالى: ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ﴾ وقوله: ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ . أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترناً بذلك ، نحو قوله تعالى: ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ أو أن يكون طلب الكف مقترناً بترتيب عقوبة مثل قوله تعالى: ﴿ والذين يرمون المحصنات تم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكفف طلباً حتماً بأن اقترن طلبه بما يدل على تحميم فعله ، مثل قوله تعالى: ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف ، ويمنهون عن المنكر ﴾ . ومثل قوله: ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ .

ويختلف المحرم عن المكروه ، فالمكروه هو ما طلب من المكفف الكف عن فعله طلباً غير حتم ، فيزك أن الطالب حتماً فهو المحرم .

ويختلف الواجب عن مندوب ، فالمندوب هو ما طالب فعله من المكفف طلباً غير حتم ، فإن كان الطلب حتماً فهو الواجب .

وقد يشبه المحرم بالمكروه ، ويشبه الواجب بالمندوب ، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب ، فإن دلت القرائن على الكف الحتم فهو المحرم ، وإن دلت على الفعل الحتم فهو الواجب ، أما إذا دلت على الكف غير الحتم فهو المكروه ، وإن دلت على الفعل غير الحتم فهو المندوب . ومن أهم القرائن المعتبرة في حالة الاشتباه قرينة العقوبة ، فإن فرضت على مخالفة الطالب عقوبة فالفعل محرم أو واجب ، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب ما لم يستفد الحتم من قرينة أخرى ، ولهذا يعرف بعض علماء الأصول المحرم

وأنه ما استحق فاعله العقوبة ، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة ،
ويعرف المكروه : بأنه ما لا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم ، ويعرف
للندوب : بأنه ما لا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم . وهي تعريقات
غير دقيقة كما يرى البعض الآخر^(١) .

٩٨ - أنواع المعاصي : يقسم الفقهاء المعاصي إلى ثلاثة أنواع :

السرع الزوول : ما فيه الحد^(٢) وقد تضاف إلى حد الكفارة ، مثل القتل
والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا يدخل
تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع ، وجرائم القصاص والدية وعددها
خمس ؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد
أي بعقوبة مقدرة .

والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تنفي فيه عن التعزير ،
لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المنفعة
العامة ، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة .

فمثلك يرى تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجنابة عمداً على ما دون
النفس^(٣) ، ووجهه في هذا أن القصاص جعل مقابلاً للجريمة ، وهو حق المجني
عليه ، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة ، ولا يرى مالك الجمع بين القصاص
والتعزير في القتل العمد ؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل ، ولكنه يرى التعزير
كما سقط القصاص لما نفع من الموانع^(٤) .

وفي مذهب الشافعي يجيزون اجتماع الحد مع التعزير ، كما قتل من لا يقاتل

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٦٠ - ١٧٤ ، علم أصول الفقه

لعبد الزهراء خلال ٢٩ - ٨٩ .

(٢) المنصود بأخذ هذا العقوبة .

(٣) مذهب الخليل ج ٦ ص ٢٢٧ . شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٤) مذهب الخليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

هـ ، فإن عليه الدية وهي حد وعليه التعزير ، وكلا زيادة على الأربعين في حد الشرب ؛ لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة ، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير ، وكتعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير^(١) .

وفي مذهب أحد يميزون تعلق يد السارق في عنقه بعد قطعها^(٢) ، ومعنى هذا أنهم يميزون أن يجمع مع الحد التعزير .

وفي مذهب أبي حنيفة يعتبرون التعزير المقرر للزاني غير المحصن تعزيراً لاحداً ، ويميزون أن يجمع التعزير مع الحد بهذه الصفة ومعنى هذا أنهم يميزون اجتماع الحد مع التعزير^(٣) .

النوع الثاني : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء في نهار رمضان والوطء في الإحرام .

والكفارة في أصلها نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين ، فإذا فرضت فيما لا يمتد بمصيبة كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطبق الصوم ، وإذا فرضت على مصيبة فهي عقوبة خالصة ، كالكفارة في القتل الخطأ والظهار ، والكفارة في هذا تشبه لئال ، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما في حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضاً إذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضاً إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية .

والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلها إفساد صيام ،

(١) أسس المغائب ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٢) المنى ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ . شرح قبح مدح ج ٢ ص ١٠٦ .

أو إفساد إحرام ، أو حنث في يمين ، أو وطء في حيض أوظهار^(١) .

ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي ، فيرى البعض أن لا تعزير فيه ؛ اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز أن يجتمع مع الكفارة التعزير^(٢) .

النوع الثالث : مالا حد فيه ولا كفارة ، كتقبيل المرأة الأجنبية والخفوة بها ، والشروع في السرقة ، وأكل الميتة ، ويدخل تحت هذا النوع مالا يدخل تحت النوعين السابقين ، فيدخل تحته معظم المعاصي ، بل إن المعاصي التي تدخل تحته لاتعد كثيرة ؛ لأنها غير محصورة .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير رأى لاقعوبة عليه إلا التعزير .

والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة متنوعة ، وانكبتها لا يخرج عن أحد أنواع ثلاثة^(٣) :

١ - نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه ، كالسرقة من غير حرز وسرقة مادون النصاب ، والسرقة غير التامة ، فالسرقة شرع فيها الحد بشروط منها أن تكون من حرز ، وأن يكون المسروق نصاباً ، وأن تكون السرقة تامة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فلا حد . ومثل ذلك : الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق . وهكذا كل ما شرع فيه الحد ولم تتوفر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير .

(١) عبرنا بهذه العبارات لتجمع بين مختلف الآراء فهناك مثلاً من يرى الكفارة على الوطء في الحبس . وهناك من لا يراها ، وهناك من يفون بالكفارة في الوطء في الصيام فقط ، ومن يفون بها فيما يقدر وغنى .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢١ - المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ - تبصرة

ج ٢ ص ٢٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

ب - نوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة في دبرها ، وسرقة المال المشترك ، وإما لسبب خاص بالجاني .
كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه ، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا تقطع فيها ، ويحل محل القطع التعزير .

ج - نوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد ، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وخيانة الأمانة ممن أؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصى والوكيل ، ومثل تطفيف المكيال والميزان وشهادة الزور ، وأكل الربا ، والسب والرشوة وغير ذلك .

٩٩ - ما هو السبيل إلى معرفة المعاصي ؟ : والمعاصي سواء كان فيها حد أو كفارة أو لا حد فيها ولا كفارة ، مبينة بياناً لاخفاء فيه في الشريعة الإسلامية وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة ، فالسبيل إلى معرفة المعاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية ، هو الاطلاع والدراسة ؛ فمن اطلع ودرس عرف المعاصي في الشريعة ، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية ، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة ، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم . وليس بعيب الشريعة في أي شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد ، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها ، وإنما العبرة بالنص على الأفعال المتبرة بجرائم ، وعلى عقوباتها ، على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة . مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو مغلظها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم ما دام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصي وتيسير العلم بها .

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصاً صريحاً حرمها ، ونصاً صريحاً يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقباً

عليها بالحد أو الكفارة ، أما إن كان معاقبا عليها بالتميز فإنه يحد النص الذي حرّمها ، والنصوص التي فرضت عقوبات التميز عليها وعلى غيرها .
 ولقد استعرضنا جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصا تحرمها ، وتحد عقوباتها ، وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصي ، وهو النوع الذي فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا ، وبقي أن نستعرض النوع الثاني من المعاصي الذي فيه الكفارة ، والذي قلنا إن هناك خلافا على التميز فيه ، وبمد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه ، نستعرض النوع الثالث من المعاصي وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفارة .

١٠٠ - المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصي هي إفساد الصيام ، وإفساد الإحرام ، والحفث في اليمين ، والوطء في حيض ، والوطء في ظهار ، وسترضها واحدة بمد أخرى .

إفساد الصيام : يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ [البقرة : ١٨٣] ويقول ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ، هُنَّ لِيَابَسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَابَسٍ لِهِنَّ ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ ، فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ ، وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ، وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَبْيُنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ، وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ، تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا ﴾ [البقرة : ١٨٧] . وروى أبو هريرة ، أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هلكت يا رسول الله . قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتى في رمضان . قال : هل تجد ما تنطق به رقية ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبي بفرق .

فيه ثم فقال : تصدق بهذا . فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب ، وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع ، عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكينا ، كفارة عن الذميمة التي وقع فيها ^(١) .

إفساد الإحرام : يقول الله تعالى : ﴿ وَأَتُوا الْحَجَّ وَالْمُؤَمَّرَةَ لِلَّهِ ، فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ، وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ، فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ ، فَنَدِيَةٌ مِنْ صِيَامٍ ، أَوْ صَدَقَةٌ ، أَوْ نَسْلُكٌ ، فَإِذَا أَسْتَمْتُمْ فَمَنْ نَمَعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ ، وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعْتُمْ ، تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ، ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرًا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ ﴾ [البقرة : ١٩٦] ويقول : ﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ﴾ [البقرة : ١٩٧] . ويقول : ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾ [المائدة : ٩٥] . ويقول ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ ، وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَدًّا فِجْرًا مِثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامَ مَسَاكِينَ ، أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ﴾ [المائدة : ٩٥] ويقول : ﴿ يَا أَيُّهَا

(١) اختلف الفقهاء في تطبيق النسي المنذر للعقوبة ، فالك و أبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب ، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النسي على حالة الجماع فقط ، وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام ، وهو يقصد بالجماع والأكل والشرب ، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط ، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه ، وهناك خلاقات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النسي على المرأة كما ينطبق على الرجل ، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل . كذلك يرى البعض أن النسي ينطبق على حالة العمد فقط ، والبعض يسوي بين العمد والناسي . ويرى البعض في حالة تعدد الإفظار تطبيق قاعدة الدخول ؛ ولا يرى البعض تطبيقها ؛ والسلك فريق حنيفة ؛ ولا يرى ما يدعونه من السردها فكلاهما خلاقات في تفسير النصوص وتطبيقها . راجع بداية الجهد الجزء الأول من ٢١٠ وما بعدها والهداية الجزء الأول من ٩٦ - والإقناع الجزء الأول من ٣١٢ وما بعدها - انهدب ج ١ ص ١٨٣ وما بعدها .

الذين آمنوا لا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ ، ولا الشُّهُرَ الحَرَامَ ، ولا الهُدَى ، ولا القَلَائِدَ [المائدة : ٢] .

ومن السنة الثابتة ما يرويه كعب بن عجرة : أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فأذاه القمل في رأسه ، فأمره رسول الله أن يحاق رأسه ، وقال له : « صم ثلاثة أيام ، أو أطعم ستة مساكين ، مدين لكل إنسان ، أو انسك بشاة » .
ومن المنفق ، عليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته ، وإنما قصد منه منع الزينة والترفيه ، ولذا يأخذ حكمه استعمال الطيب ، ولبس الخيط ، وروى ابن عمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في الحرم : « لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين ، ولا يلبس من الثياب مامسه ورس أو زعفران » .

ويفسر الرفث بالجماع ، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على الحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم ، كالصيد والطيب والزينة يلبس الخيط^(١) .

هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام ، وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد إحرامه ، وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد التقهاء في بيان ما يفسد الإحرام ، وما يجب عليه من عقوبة .

الحنث في اليمين : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجعلوا الله عرضةً لإيمانكم ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ويقول : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، أو تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾ [المائدة: ٨٩] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة « يا عبد الرحمن بن سمرة

(١) تفسير المنار ج ٢ ص ٢١٦ وما بعدها . بداية المجتهد ج ١ ص ٢٨٦ وما بعدها . المهذب ج ١ ص ٢٠٤ وما بعدها . الهداية ج ١ ص ١٢٥ وما بعدها . الإقناع ج ١ ص ٣٥٥ وما بعدها .

لأنسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير ، وكفر عن يمينك » ولا شك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الخث باليمين ، وتبيان عقوبة الفعل المحرم ^(١).

الوطء في الحيض : يقول الله تعالى : ﴿ ويسألونك عن الخيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ [البقرة : ٢٢٢] وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض ، أنه يتصدق بدينار ، وروى عنه بنصف دينار ، وروى أيضاً في حديث ابن عباس هذا أنه إن وطئ في الدم فليهد دينار ، وإن وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار . وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسة دینار .

ونص القرآن صريح في تحريم إتيان المرأة في الحيض ، أما الحديث المروى عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة ديناراً على من وطئ الحائض ^(٢) . أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث ؛ ولذلك لم يوجبوا الكفارة في وطء الحائض عملاً بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل ^(٣).

ويترتب على القول بعدم وجوب الكفارة أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة ، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها .

الوطء في الظهار : يقول الله تعالى : ﴿ والذين يُظَاهِرُونَ من نساءهم ثم

(١) بداية المجتهد ج ١ ص ٣٢٩ وما بعدها - المذهب ج ٢ ص ١٥٠ وما بعدها - الهداية ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها - الإقناع ج ٤ ص ٣٣٧ وما بعدها .
 (٢) الإقناع ج ١ ص ٦٤ .
 (٣) بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦ - الهداية ج ١ ص ١٨ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ٣٦ وما بعدها .

يعودون لما قالوا فحزير رقية من قبل أن يتأسا ، ذلكم توعدون به ، والله بما تعملون خير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام بعثين مسكيتاً [المجادلة : ٣ ، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتمديد العقوبة (١)

١٠١ - المعاصي التي لا صر فيها ولا كفارة : بينا فيما سبق أن المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه ، ونوع شرع في جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه ، ونوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد . فأما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بينا النصوص التي وردت بالتحريم فيهما ، وذلك عندما تكلمنا على النصوص التي جاءت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصي ، ولو كان ما يدخل تحته محدوداً لاستعرضنا النصوص التي وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع ، ولكن الواقع أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة ، ومن ثم قلنا نستعرضها جميعاً ، وسنكتفي بعرض النصوص التي تحرم أم المعاصي ؛ تدليلاً على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من المعاصي .

١ - تحريم بعض المطاعم : يقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحُمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾

(١) اختلف الفقهاء في تفسير معنى « يعودون لما قالوا » ففسرها مالك والشافعي وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوي وطأها أو لساكها أو ماسها ، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن الود المقصود هو الود في الإسلام إلى ما تقدم من طهارم في الجاهلية . وفسرها داود الظاهري بأن الود هو أن يكرر الظهار ثانية ، فمن لم يظهروه مرتين فليس بمائد ولا كفارة عليه . فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعي وأحمد جريمة بسيطة ، وبحسب تفسير الباقر وعلي الأصح داود من جرائم العادة ، ولا تتكون إلا بمحصول الظهار الثاني ، أما الأول وحده فلا يكون المعصية ، ومن ثم لم ترتب الكفارة إلا على الثاني - واجمع بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٧ وما بعدها - الهداية ج ٣ ص ١٤ وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ١٢٠ وما بعدها - الاقناع ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

[البقرة : ١٧٣] ويقول : ﴿ حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ، وما ذبح على النصب ، وأن تستقسوا بالأزلام ، ذلكم فسق ﴾ [المائدة : ٣] ويقول : ﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم ﴾ [المائدة : ١] ويقول : ﴿ ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾ [الأعراف : ١٥٧] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «الكلب خبيث : خبيث ثمنه » . وروى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول : ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير ، فنهانا رسول الله عن البغال والحمير ، ولم ينهنا عن الخيل . وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ، وأكل كل ذي مخلب من الطير . وروى عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «حس يقتلن في الحل والحرم : الحية والغارة والغراب الأبقع ، والحداة والكلب العقور » .

٢ — خيانة الأمانة : يقول الله تعالى : ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ، فأبين أن يحملنها وأشفقن منها ، وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً ﴾ [الأحزاب : ٧٢] ويقول : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [النساء : ٥٨] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تحزنوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ [الأفقال : ٢٧] ويقول : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تقبلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيراً ﴾ [النساء : ٢] . ويقول : ﴿ فادفءوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ﴾ [النساء : ٦] ويقول : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ . [الإسراء : ٣٤] ويقول : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتيم ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصنون سعيراً ﴾ [النساء : ١٠] ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [النساء : ٢٩] وقال الرسول

عليه الصلاة والسلام : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا أؤتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر » وقال : « لا إيمان لمن لا أمانة له »
 ٣ — غش المكايل والموزين وغيرها : يقول الله تعالى : ﴿ ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون ، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ﴾ .
 [المطففين : ١ - ٣] ويقول : ﴿ أوفوا الكيل ولا تكونوا من الخسرين ، وزنوا بالقطاس المستقيم ، ولا تجسوا الناس أشياءهم ، ولا تمشوا في الأرض مفسدين ﴾
 [الشعراء : ١٨١ - ١٨٣] .

٤ — شهادة الزور : يقول الله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾
 [البقرة : ٢٨٢] ويقول : ﴿ ولا تكسوا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾
 [البقرة : ٢٨٣] ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] ويقول : ﴿ والذين لا يشهدون الزور ﴾ [الفرقان : ٧٢] وقال : ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾ [الحج : ٣٠] ويروي أبو بكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ » وكررها ثلاثا . قلنا : بلى يا رسول الله قال : « الإشراف بالله وعقوق الوالدين » - وكان متكئا فجلس فقال : « ألا أقول الزور ، وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت .

٥ — أكل الربا : يقول الله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا » [البقرة : ٢٧٥] ويقول : ﴿ يحق الله الربا ويربى الصدقات ﴾ [البقرة : ٢٧٦] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا ، فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ [البقرة : ٢٧٨] ،

[٣٧٩] ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠] ويقول: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبَا لِيُرِيَا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرِيهِمْ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩] وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «اجتنبوا السبع الموبقات» قالوا يا رسول الله وماهن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الفاضلات» .

٦ - السب : يقول الله تعالى : ﴿ لَا يَحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ﴾ [النساء : ١٤٨] ويقول : ﴿ وَلَا تَسِبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسبُوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ [الأنعام : ١٠٨] ويقول : ﴿ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾ [البقرة : ١٩٠] ويقول ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ ، وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ ، وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ ، وَلَا تَنَابَزُوا بِاللِّغَابِ ، بِئْسَ الْأَسْمَاءُ الْفُسُوقِ بَعْدَ الْإِيمَانِ ﴾ [الحجرات : ١١] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره » وقال : « بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله » وقال : « إن من أربى الربا الاستطالة في عرض المسلم بغير حق » وقال « سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر » .

٧ - الرشوة : يقول الله تعالى : ﴿ سَمَاعُونَ لَسْكَذِبٍ أَكَلُونَ لِلسُّحْتِ ﴾ [المائدة : ٤٢] ويقول : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ : لَنْ تَكُونُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ [البقرة : ١٨٨] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله الراشئ والمرتشئ والرائش الذي يمشي بينهما » وقال : « لعن الله الراشئ والمرتشئ في الحكم » وقال : « هدايا الأمراء غلول ، وهدايا الأمراء سحت » وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله بعث ابن التبيبة على الصدقة فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدي لي ،

قال الرسول صلى الله عليه وسلم: « ما بال أقوام نستعملهم على ماؤلانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدي لى ، فهلا جلس فى بيت أبيه فنظر أبيهدى له أم لا ؟ » .
 ٨ - أماب القمار والميسر : يقول الله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] .

٩ - دخول المساكن بغير حق : يقول الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تتأنسوا وتسلوا على أهلها ، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ﴾ [النور : ٢٧] ويقول : ﴿ ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم ﴾ [النور : ٢٩] .

١٠ - التجسس : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ [الحجرات : ١٢]
 هذه هى عشر جرائم من أهم جرائم التعزير ، استعرضناها والنصوص التى وردت فيها ، وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التى حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه ، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ماحرمته الشريعة نصاً يعين الجريمة ويحددها ، وفى هذا وفيها استعرضناه من نصوص وردت فى المعاصى التى يعاقب عليها بحد أو كفارة ، وفى هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص على كل الأفعال التى حرمتها .

١٠٢ - ظنون لا أساس لها من الحق : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير ، وأنها تركت للقاضى تلك المهمة ، ورتبوا على هذا الظن الخاطىء أن سلطة القاضى فى التعزير سلطة تحكيمية ، وأن جرائم التعزير « عقوباتها غير متعوض عليها . وأنها متروكة لتقدير القاضى ، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ونوأه لم يجرم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه ، ومنطقه لا باطل ، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع .

هذا هو الخطأ الذى نتجت عنه سوء الفهم وقلة الاطلاع ،

فكتب الشريعة مركزة العبارة ، تصاغ عبارتها عادة في دقة بالغة حتى تبلغ في تركيبها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة ، وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغي أن يلم بها المرء قبل دراسة الشريعة ، كما ينبغي أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية فمن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق في الاطلاع على نصوص الشريعة ، فلا شك أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهماً صحيحاً ، وهذا هو الذي حدث فعلاً للقائمين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها ، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجه الصحيح ، ولو فهموه على وجه لعلوا أن الشريعة حددت الأفعال المعتبرة معاصي وعيبتها ، وأن الشريعة توجب على القاضى قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا ، فإن وجد معصية بحيث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا ، فإن كانت ثابتة عقوبة بإحدى العقوبات التي وضعتها الشريعة للتعزير ، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكما للجريمة وللجرم ، أما إذا وجد القاضى أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة . وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلاً ما ، معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك ، وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقرها الشريعة وإلا كان محرماً ما أحله الله ، مبيحاً ما حرمه وقائلاً على الله بغير علم .

١٠٣ - نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير : ويستطيع أن يقين صحة ما قلناه

من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير . فهذا فقيه حنفى يقول : « التعزير يكون في كل معصية الخ ، وليس فيه شيء مقد ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنابات الناس وأحوالهم »^(١) . وهذا فقيه شافعى يقول : « من أتى معصية لأحد فيها ولا كفارة عزز على ما يرى من أحوال الناس »^(٢) . وهذا فقيه

(١) أزيلانى - ص ٢٠٨

(٢) أزيلانى - ص ٢٠٨

مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: «وما عداها فيوجب التعزير، وهو موكول لاجتهاد الإمام. وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمي»^(١). وهذا فقيه حنبلي يقول: «التعزير هو التأديب وهو واجب في كل معصية لاحد فيها ولا كفارة - وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص»^(٢).

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية، ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة. ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق فلنبين الآن معنى الحد. والحد: هو العقوبة المقدرة شرعاً، ومعنى أنها مقدرة شرعاً أن الشارع عين نوعها وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضي حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو يزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهي عقوبة لازمة، وهي عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، فعقوبة الزاني غير المحصن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعمين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهي عقوبة مقدرة. وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئاً عما فعله الجاني. وعقوبة الدية مقدرة؛ لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها.

أما العقوبة غير المقدرة فهي كل عقوبة ترك القاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها - إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٦٩.

(٢) الأفتاح ج ٤ ص ٢٦٨.

أحد - بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى .

فإذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير ، فإذا قالوا : إن التعزير يكون في كل معصية ، فمعنى ذلك أن التعزير يكون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه ، وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيه شيء مقدر ، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لسلك منها عقوبة معينة مقدرة ، لا يحبس من توقيها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضي ملزم بتطبيق إحداها دون الأخرى ، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر ، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حدين بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير ، فإن عقوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب . وإذا قال الفقهاء : إن التعزير مقوض لرأى الإمام أو الحاكم أو اجتهادها ، فمعنى ذلك أن القاضي وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقاً لمساراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم ، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف .

١٠٤ - كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير ؟ بينا فيما سبق أن الشريعة

نصت على جرائم التعازير وعيبتها ، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة ، ومن قواعدها العامة ، ومن النصوص التي حرمت الجرائم وعيبتها ، وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضاً على عقوبات التعزير ، والآن نقدم الدليل على هذا القول :

أولاً - عقوبة الوعظ ، وعقوبة التهديد ، وعقوبة الجلد أو الضرب : هذه

العقوبات نفس عابها القرآن والسنة فيقول الله تعالى : ﴿ واللّاتى تخافون نحرهنّ

(١٠ - التبرج الجنائ الإسلامى)

تخطوهم واهجرون في المضاجع واضربوهن ، فإن أظعنكم فلا تبسوا عليهن سبيلا ﴿ [النساء : ٣٤] فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تمزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها ، وهي الوعظ ، والمهجر ، والضرب ، ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة ، فعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة .

وإذا كان المهجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج ، فإن المهجر في المضاجع ليس إلا نوعاً من المهجر ، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلتوا ، وأمر عمر بهجر صبيح ، فالمهجر عقوبة عامة مناهها المقاطعة وحدها توبة للمهجور^(١)

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رحم الله امرأً علق سوطاً بحيث يراه أهله » وقال : « لا ترفع عصاك عن أهلِكَ » وقال : « علموا أولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر » وقال : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما : التهديد بالمقاب والتخويف منه ، وهذا ما يستفاد من تطبيق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا . والثانية : هي الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط ، والنص الأخير صريح في جواز الجلد في غير الحدود ، كما أنه يبين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأي .

فالقرآن والسنة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والمهجر والتهديد والجلد . وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها ، ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة ، بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولي الأمر^(٢) . أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها . أما عقوبة المهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل .

(١) تراجع الفقرات ٤٨١ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨١ .

ثانياً عقوبة التوبيخ : يروى عن أبي ذر أنه قال : سأيت رجلاً فعبيرته بأمه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر أعيرته بأمه ؟ إنك امرؤ فيك جاهلية » . فهذا هو الرسول يهاقب أبا ذر بتوبيخه ، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تمزيرية ، وسنة سننها الرسول ، والسنة هي المصدر الثاني للشريعة سواء كانت عملية أو قولية .

ثالثاً : الحبس والصلب : ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضاً ، فما يروى عن الرسول أنه حبس شخصاً في تهمة ، وأنه صلب رجلاً حياً على جبل يقال له أبو ناب^(١) .

رابعاً : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية ، فيروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ، ويفرق جماعتكم فاقتلوه » وفي رواية : « ستكون هنات وهنات ، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائناً . من كان »^(٢) . والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة .

خامساً : الغرامة والتشهير والنفي : ومصدر هذه العقوبات الإجماع والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة^(٣) .

وظاهر مما سبق أن العقوبات التمزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع ، ومن ثم فهي عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لا شك فيها^(٤) .

وفي الوقت الذي حددت فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع العقوبات التمزيرية انعقد الإجماع على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة

(١) راجع الفترتين ٤٨٢ ، ٤٨٦ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨٠ .

(٣) راجع الفقرات ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .

(٤) تسكنا هنا عن العقوبات بنابة الاختصار ولكننا فصلنا نقول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة .

وتقديرها ، كما ترك له أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

١٠٥ - لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص : وظاهر مما سبق

أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها ، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديداً دقيقاً . بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة ، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعزير ، ولأن يخرج على حدودها .

وإذا كانت هذه هي شهادة النصوص الصريحة ، وشهادة الواقع المدعوس فإن القول بأن للقاضي سلطة تحكيمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له ، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم ، فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا متكبر أن كل من أوتي حظاً من الاطلاع على ندرص الشريعة ، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم ، يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكيمية ولا غير تحكيمية في تعيين الجرائم والعقوبات ، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة ، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه ، فإن انطبق وقع على الجاني العقوبة ، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة ، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه ، ودرجة تأثره بالعقوبة ، كما ينظر إلى الجريمة وآثرها في الجماعة ، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى ، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى ، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده ، فينذره بأن لا يعود لمثل ما فعل ، وله أن يعاقب بأشد من ذلك ، بحبس أو بترامة ، وله أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

هذه هي سلطة القاضي في الشريعة ، وهي ليست سلطة تحكيمية ، وإنما هي

سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة ، وهي سلطة اختيار وتقدير لسلطة تحكم واستملاء ، قصد منها تمكين القاضي من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لها ، وإنما لسلطة قينة أن تحقق العدل ، وترفع المخرج وتضع الأمور في مواضعها ، وتماقب كل بما يستحقه .

وهذه الطريقة التي ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً لمعالجة جرائم التعزير هي الطريقة التي اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيراً ، فهي تتعومحو توسيع سلطان القضاء في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة ، فتجعل للقاضي أن يختار في الغالب بين عقوبتين ، أو يوقعهما معاً ، وأن يرتفع بالعقوبة إلى حدّها الأعلى ، أو ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وتجعل للقاضي أيضاً أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمتضيها بشروط معينة ، ولكن سلطة القاضي في القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الإسلامية ، وكثيراً ما يتعرض الأول للمخرج حيث يحدّ نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التي تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه ، ولقد كان هذا سبباً دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضي ، واقترح بعضهم حلاً للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها ، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها ، ثم تعين العقوبات التي يستطيع القاضي تطبيقها ، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجاني وهذه الطريقة التي يقترحها بعض علماء القانون هي نفس الطريقة التي تسيّر عليها الشريعة في جرائم التعزير .

القسم الثاني

في التعزير المصلحة العامة

١٠٦ - في التعزير للمصلحة العامة : القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير

لا يكون إلا في معصية ، أى في فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه ، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير في غير معصية . أى فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير^(١) ، والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها مقدماً ؛ لأنها ليست محرمة لذاتها ، وإنما تحرم لوصفها ، فإن توفر فيها الوصف فهي محرمة وإن تخلف عنها الوصف فهي مباحة ، والوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ، فإذا توفر هذا الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب ، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب ، وعلى هذا يشترط في التعزير للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين :

- ١ - أنه ارتكب فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام .
- ٢ - أنه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام .

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للتمهم أنه أتى فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام ، أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام ، وثبت لدى المحكمة صحة ما نسب إلى المتهم لم يكن للقاضي أن يبرئه ، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، ولو كان ما نسب إلى الجاني غير محرم في الأصل ولا عقاب عليه لذاته .

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً اتهم بسرقة بغيره ، وناظره فيما بعد أنه لم يسرقه أخى الرسول سبيله^(٢) ، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والعقوبة لا تكون

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ ، ١٩ - الإفتاح ص ٢٦٩ ج ٤ - ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ ، ص ٢٥٩ - تبصرة الحكام جزء ثان ص ٢٦ -
 (٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٧ .

إلا عن جريمة وبد ثبوتها ، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة ، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلاً محرماً ، وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تجرره المصلحة العامة ، وببره الحرص على النظام العام ؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدي إلى هربه ، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه ، أو يؤدي إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم ، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام .

ويستدل الفقهاء أيضاً على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضی الله عنه بنصر بن حجاج ، فقد كان عمر يمس في المدينة فسمع امرأة تقول : هل من سبيل إلى خمر فأشربها - أم من سبيل إلى نصر بن حجاج ؟ فدعا عمر نصر بن حجاج ، فوجده شاباً حسن العورة لخلق رأسه فأزاداد جمالا ، فنفاه إلى البصرة ، خشية أن يفتن النساء بحاله ؛ مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرماً . ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وتمها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة ، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة ، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم ، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين ؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتكليف ، فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصيانياً ، ولا تعتبر أفعالهم معاصي^(١) ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها ، ولكنهم يمزرون لحماية المصلحة العامة .

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ - الإفتاح - ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٣ - بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٤ - يرى البعض اعتبار الفعل معصية بغضه .

ومن أمثلة التعزير المصالحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من شهر بإيذاء الناس ولو لم يقع عليه دليل أنه أتى فعلا معيناً .

ونظرية التعزير للمصالحة العامة تسمح باتخاذ أى إجراء ؛ لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطيرين ، ومعنادى الإجرام ، ودعاة الانقلابات والفتن ، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقضى بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

١٠٧ - سلطة القاضي في التعزير للمصالحة العامة ليست تحكيمية : قلنا إن الحالات التي يعزى فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها ، وإن القاضي ليس له أن يحكم بالعقوبة في الحالة التي تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة ، فإن لم تكن كذلك قضى بالبراءة ، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير ، فسلطة القاضي إذن ليست مطابقة ولا تحكيمية ، وإنما هي مقيدة بقيود بينها الشريعة وأوجبت توفرها . وسلطة القاضي هنا لا تزيد شيئاً عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمها ، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها سلطة واسعة أعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ، ولم تعط يديه ليخلق الجرائم وينشئ العقوبات ، ومهما وسعت الشريعة من سلطة القاضي فإنها لم تخرج عن فاعلتها العامة التي تقضى بأن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص ، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة ، وإن طبقها على وجه خاص في حالة التعزير للمصالحة العامة .

ويخطئ ، خطأ جسيماً من يقان أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماساً بالنظام العام أو صالح الجماعة ؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة

أو الفعل مانساً بالصالح العام أو النظام العام ، وهذا في ذاته تحديد للجريمة ، ونص صريح على أن كل إنسان أتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة ، أو وجد في حالة تؤدي المصلحة والنظام العاملين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي ، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه .

١٠٨ - لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير :

فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة الثابتة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . وإنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادية . فبدلاً من أن تنص على الفعل المنكوه للجريمة وتحدد له عقوبة متدرة كالفعلات في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وبدلاً من أن تنص على الفعل المحرم وتعيّنه ثم تترك القاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، جاءت بدلاً من هذا كله بقدر : أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير .

ونستطيع أن نقيّم فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق

قاعدة أن لا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق :

أولاً - من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المنكوه للجريمة ، وعيّنته تعييناً لا شك فيه في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية ، فهو جريمة في أي وقت ، وفي أي ظرف ، أما في التعزير لأصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه ، وإنما حدد بوصفه ، وما كان من الممكن أن يتخالف الوصف عن الفعل ، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما ، في بعض الظروف مانساً بصالح الجماعة أو نظامها ، وفي ظروف أخرى غير مانس بهما .

ثانياً - من حيث النص على العقوبة : نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال ، ونسكتها عينت عقوبة كل جريمة على حدة ، وجعلتها

لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما في جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة .

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة . فالقاعدة مطبقة ولكن في حدود واسعة ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجاني يعاقب على فعل لم يحرم ، أو لم يعلم بسبق تحريمه ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يعسر من صاحبه ماصاً بالنظام العام أو المصلحة العامة ، وعلى كل حال يوجد فيها الجاني إذا مست بنظام الجماعة وصالحها ، فعلى كل إنسان إذن أن يعتمد عن كل ما يمس بالصالح العام ، وعليه أن يراعى الظروف ويحسب حسابها ويقدرها في كل وقت وآن .

١٠٩ - العز في إجازة التعزير للمصالح العامة : والضرورات الاجتماعية

هي تشويع الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير ، لحماية نظام الجماعة وصوالها العامة تقتضي نصوصاً مرنة تلائم كل وقت وآن ، وكل ظرف وحالة ، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة ، فإنه قين أن يقع كل من تحدته نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بتفاسها ؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص والجملة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة ، وصنوى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية توصلاً لحماية النظام والصالح العام .

القسم الثالث

في التمييز على المخالفات

١١٠ - التمييز على المخالفات : الأصل في التمييز أنه على فعل المحرمات

وترك الواجبات ، وهذا متفق عليه ، ولما كان الفقهاء اختلفوا على جواز التمييز في إتيان المكروه وترك المندوب ، ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب^(١) ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب^(٢) ، وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب ، فمن رأى أن المكروه نهى بتخيير في الفعل ، وأن المندوب أمر بتخيير في الفعل ، أو أن المكروه ليس نهياً ، والمندوب ليس أمراً ، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب ؛ لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف . ومن رأى أن المندوب أمر بالتحخير فيه ، وأن المكروه نهى لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على فعل النهى عنه ، وترك المندوب إتيه ، والقائلين بهذا الرأي مع تبرؤهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية ، ولا يسمون الجاني عاصياً ، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة ، والجاني مخالفاً ، وبه يكون ذلك بأن العاصيان اسم ذم ، وأن الذم أستقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب^(٣) .

ويجوز لبعض القائلين بالعقاب بفعل صهر رضي الله عنه ، حيث صرحني شخص

-
- (١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٣ - الإذخ ج ٤ ص ٢٧٠ ،
٢٧١ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ - شرح منير الآداب
ج ١ ص ١١١ ، ١١٢ .
(٢) المستصن لشعراني ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ - الإحكام في أصول الأحكام للأمامي ج ١٧٠
وما بعدها من ج ١ - تحفة المحتاج ج ٨ ص ١٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ - نصير
الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ - الأحكام العشائرية ص ٧١٢ .
(٣) المستصن للمري ج ١ ص ٧٦ - الإحكام في أصول الأحكام للأمامي ج ١ ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

أضجع شاة يذبحها ، وجمل يحد الشفرة ، فعلاه بالذرة وقال له : هلا حددتها أولاً؟^(١)

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المنذوب حتى يمكن العقاب ، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك في ذاته، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المنذوب ، ويعتبرون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين^(٢) .

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار ، سواء أخذنا برأى القائلين بالعقوبة أو بالرأى المضاد ؛ لأن العقاب في هذه الحالة ليس أساسه اعتبار الفعل مكروهاً أو الترك مندوباً إليه ، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام .

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ — القوانين الوضعية وقاعدة النهي على الجريمة والعقوبة :

لم تعرف القوانين قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » إلا في أواخر القرن الثامن عشر ؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية ، أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون في تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها ، فيعتبرون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تحريمه ، ويعاقبون عليه بأية عقوبة شاموا ولو لم يكن منصوصاً

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ - الأحكام السلطانية ص ٣١٢ .

عليها ، وقد كانت هذه السلطة التحكيمية هي الدافع الأول الذي دفع إلى تدوير القاعدة والعمل بها^(١)

١١٢ - كيف طبقت القوانين القاعرة ؟ : والقوانين الوضعية لا تطبق

انقاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقتها به يوم عرفتها ، فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها ، وعنه أخذت أكثر القوانين ، وكان القانون الفرنسي يشدد أول الأمر في تطبيقها تشدداً عظيماً ، فعين الجرائم تعييناً دقيقاً وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها ، فكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان ، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت اتهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيف العقوبة فكانت مهمتها فاسرة على تنفيذ الحكم أيا كان .

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى العدول عن هذا النظام لأنه غير صالح ، ولكن لعدم صلاحية الأداة التي وكل إليها تطبيقه ، فالمشرع الفرنسي يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم ، فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين ، لا لأن المتهمين يراءوا ولكن تخرجاً من معانفتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها أو يخفف من شدتها ، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخففها أو تتساهل في تنفيذها ، ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة لجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حداً أدنى وحداً أعلى وترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين ، وترك للقاضي أن

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كابل مرسى والسيد مصطفى ص ١٠٩ - القانون الجنائي لعلي يدوي ص ١٠٢ - القانون الجنائي لأحمد منوت ص ٧٧ .

يحكم بهما معاً أو يختار إحداهما فقط^(١) .

وقد انتقلت قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى ، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة ؛ فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة ، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيفها ، وحق الإفراج تحت شرط ، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة .

ومع أن القاعدة تطهرت هذا التطور الكبير فإن شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة ، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة ما دام أن هذا التوسع جاء طبقاً لنصوص القانون ، وما دام أن القضاة يستعملون سلطة خوهم الشارع بإياها مقدماً .

ولقد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمنياً طويلاً فيما يختص بتعيين الجريمة حتى إذا جاء القرن العشرين أخذت القاعدة كلها تصبح محلاً للانتقاد وهاجماً للكثيرين من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية ، وأنها تؤدي إلى ضياع مصلحة الجماعة ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائماً عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصلاحها ، وأن المجرمين يتفنون في الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص ثم يعثرون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها ، وهم آمنون من العقاب ، فإذا استصدرت قوانين لتحریم الأفعال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة ، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة ، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب .

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملي فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والعميد مصطفى م ١٠٢ - القانون

الجنائي لعل بدوى م ١٠٢ و١٠١ بعدهما .

القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً ، كاللشرع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥ ، حيث خول القاضى إذا عرض عليه فعل يتس المجتمع الألماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائى خاص أن يعتبر هذا الفعل جريمة و يوقع على مرتكبه عقوبة ، (الملائة الثانية من القانون الجنائى الألماني) .
 وكالقانون الإيطالى ، فإنه ترك للقاضى فى بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها ، وكالقانون السوفياتى الذى خرج على القاعدة من سنة ١٩٢٦ ، وكالقانون الدانمركى الذى أباح العقاب على أى فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم . ولا نذكر القانون الإنجليزى الذى يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير فى الشريعة . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل بدأ علماء القانون الجنائى يناقشون المبدأ فى مؤتمراتهم العامة بعد أن كان فوق المناقشة ؛ توصلوا إلى معرفة مدى المجتمع إنبه ، ومدى عجز المبدأ عن حماية صوالح الجماعات ، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولى الرابع لقانون العقوبات فى سنة ١٩٣٧ ، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة .

ويتجه العلماء والشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعينياً عاماً ، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة ، وبحيث لا يستطع الجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن . ومن ناحية العقوبة يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى ؛ ليكون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبة بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة - نوعاً ومقداراً - إلى اختيار القاضى وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها^(١) .

١١٣ - بين الشريعة والقانونية : ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ من ٥٠٢ وما بعد ذلك القانون الجنائى لبل بدوى من ١٠٣ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسيد مصطفى من ١٠٢ - ١٠٤ .

والتوانين الوضعية توجب أن لا تكون جريمة ولا عقوبة بلا نص ، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولاً — من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها بانئى عشر قرناً على الأقل ، فالقوانين الوضعية لم تأت بشئ جديد ، وإنما أخذت النظرية التي ابتكرتها الشريعة .

ثانياً — من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها ، ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثراً شديداً تشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشدداً تاماً ، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة ، وهذا هو التسبب في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية . وفي الجرائم الأقل خطورة ، وهي جرائم التمازير بصفة عامة تناهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، فتجعل لجرائم التمازير كلها مجموعة من العقوبات ، وترتك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة . وفي جرائم التمازير المقررة للمصاحبة العامة تناهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة ، وبكتفى بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أى فعل يمس للمصاحبة العامة والنظام العام . فكان الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق : لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة ثلاثه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد .

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة ، ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى — التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة — على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون ، فكان التسبب في التطبيق سبباً في تخرج المخلفين والقضاة من الحكم بمقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة وفي تبرئة كثير من القضايا ، ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة ، وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدتها ، ولكنها

طبقت هذه الطريقة أيضاً بصفة عامة ، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة ، وصارت تزيد عاماً بعد عام ؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة ، مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة وتقديرها ، وهذه الطريقة هي المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الدانمركي أخذت أيضاً بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكانها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة .

ولاشك أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة ، وأكفل بحماية الأمن والنظام ، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم .

ثالثاً — من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة ، أن يكون النص عاماً . ومرناً إلى حد كبير ، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات . ولا يخرج عن حكمه أية حالة ، والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم^(١) . إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فيما عداها فالتميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يميز فيها مثل قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾ تحريماً للجريمة التجسس ، ومثل قوله : ﴿ وَأَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ومثل قوله : ﴿ أَوْفُوا بِالْكَيْلِ ﴾ ومثل قوله : ﴿ لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ ﴾ وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته ، بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع . وقد كان لعموم النصوص ومرورها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، واستغنائها عن التبديل والتبديل .

(١) إذا لم يكن التصديق ظاهراً في النصوص المحرمة للجريمة فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحرم الجريمة ، فالسرفة جاء فيها عاماً ولكن دائرة هذا التعميم ضيقة بما وسعه الرسول من قيود كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مغلفاً وغير ذلك .

أما القوايين فيرصيه للأصل فيها أن تحدد الجريمة ، وتعنيها تعيناً دقيقاً ،
 وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها ، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن
 أن تدخل تحت أي نص محددة ، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييراً في
 النص ، وكان من الصعب التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون
 العقوبات . ومن ثم عدواً الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن
 تكون النصوص عامة ومرنة ، بدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات ، وهذا الذي
 يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية .

رأياً من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على
 عقوبة الجريمة بحيث تعين العقوبة تعيناً لا شك فيه ، وبحيث لا يكون للقاضي
 أن يخاف عقوبة من عنده ، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم ، التي تمس أمن
 الجماعة وعامها سماً شديداً ، وبين غيرها من الجرائم ، والقسم الأول هو جرائم
 الحدود وجرائم القصاص والدية . والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة
 التي جرائم القصاص ، لأن تكون حرمة عقوبة أو عقوبات معينة ، لا خيار للقاضي
 في توقيعها ، وهو غير متخارفاً متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة .
 أما في التعزير المشاي فقد عرفت أن مجموعة من العقوبات تعزير بأنواعها ،
 وتترك للقاضي أن يحد العقوبة بثلاثة أو أكثر من عقوبة ، كما تركت له أن يقدر
 العقوبة من بين الحد الأعلى وأحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين ، وأن يوقف
 العقوبة عن تنفيذها أو ينصها خفيفاً بغيره ، ملائمة حال الجرم وظروف الجريمة .

أما القوايين فيأخذوا بعدد سجن جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات
 حدين ، أو ثلاثة سجن ، مع عقوبة من كثرتها ذات حدين ، وتترك للقاضي أن
 يحد العقوبة أو يحد من سجن ، وأن يحد العقوبة من بين الحد الأدنى
 والحد الأعلى ، مع أن العقوبة لا تكون بشرط معينة ، وله أن ينصها ،
 من كثرة أو من قليل ، أو يحد من سجن ، أو يحد من سجن ، أو يحد من سجن ،

كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، والعائب أن يكون ذلك في الجرائم الخطيرة ،
 وشاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة
 القاضي في الشريعة ، ذلك حتى الذي يطبق القانون الوضعي يفيد بتطبيق العقوبة
 التي يحددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة ، ولا يستطيع أن يختار إلا بين
 عدوين ، أما القاضي في الشريعة ، وليس في كثير من الأحوال أن يترن
 بالعقوبة عن حد معين ، وليس له أن يوقف التنفيذ في أثناء من الجرائم ، وهو
 يفتنى لأبلك السطائر السكافي الذي يستند على معالجه الجرم والإجراء علاجا
 يتفق مع خصائصه الخاصة . وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة
 لا يفتنى إلا في القليل من قضايا من اختيار العقوبة نوعا ، والحد ، وهذا لا يفتنى
 إلا في القليل من القضايا ، وليس تجربة من العقوبات . ثم أخذ بهذا الرأي الذي ينادى
 بأن القدر المحدد اليوم أن يكون صريح مائل شريطة أنها يتفق على التمايز
 وسواء يتهدد ، وشاهر ذلك من منع القاضي من بدد تنفيذ في الجرائم الخطيرة ،
 ومن عدة الساجح له بأن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، ومن تحديد عقوبة
 أو حوتين السكافي جريمة ، شاهر من هذا أن القوانين تأخذ تبدأ الشريعة في
 جرائم الحدود والقصاص والساجح إلى حد محدود .

وليس يهتد أن تكون القوانين الوضعية شاملة للشريعة الآن في بعض
 الحالات ، فقد كانت أحكامها في كل شيء حتى أن القوانين الثامن عشر وإنما
 يهتد أن يتم أن القوانين الوضعية تبدأ بعد الشريعة ، وبأخذ
 في الشريعة ، ويقتضى ذلك أن يكون القانون الوضعي هو الذي يفتنى في القانون ،
 من القوانين الوضعية ، والحدود ، والقصاص ، والساجح إلى حد محدود .

المبحث الثاني

في أدلة الأحكام الشرعية

أى

مصادر التشريع الجنائي

١١٤ - مصادر التشريع المدعى بهمة عامة : من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامى أربعة : ١ - القرآن ٢ - السنة ٣ - الإجماع ٤ - القياس . ويميز الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التى تستمد منها الأحكام ، ومن المتفق عليه أيضاً أن الحكم الذى يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع .

ويرتب الفقهاء الأدلة والاستدلال بها طبقاً للترتيب الذى ذكرناه ، فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن ، والمصدر الثانى هو السنة ، والمصدر الثالث هو الإجماع ، والمصدر الرابع هو القياس ، فإذا لم يوجد حكم الواقعة فى القرآن رجع إلى القياس .

وهناك مصادر أخرى للشريعة تختلف عليها ، فيراها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة ، ولا يراها البعض الآخر كذلك ، والمصادر المختلف عليها هى : الاستحسان ، والاستصحاب ، والمصلحة المرسله ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى .

١١٥ - مصادر التشريع الجنائى المدعى به : مصادر التشريع الجنائى

فما يختص بالإجراءات الجنائية هى نفس المصادر التى سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامي الجنائي المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط ، منها ثلاثة متفق عليها وهي : ١- القرآن ٢- السنة ٣- الإجماع . أما الرابع فهو القياس ، وقد اختلف فيه الفقهاء ، فرأى البعض أنه مصدر تشريعي جنائي ، ورأى البعض أنه ليس مصدرا في تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق الهام بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ، فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة . وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة ، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، ولا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة ، لأنها تستمد منها وتستند إلى نصوصها .

الفرع الأول

القرآن

١١٦ - القرآن : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المنتهية بسورة الناس .

١١٧ - نصوص القرآن قطعية : وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة ، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول ، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود ، فإن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه ؛ لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة . والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين ، قد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي ، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطأوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخرى فلم يتلفوا في حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجساد .

١١٨ - ودلالة نصوص القرآنة قطعية وظنية : وإذا كانت نصوص القرآن قطعية فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، فإن كان النص دالا على معناه ولا يحتمل التأويل كانت دلالاته قطعية مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ فدلالة ثمانين على العدد قطعية ، ودلالة أبدا على التأييد قطعية . وإن كان النص دالا على معناه ، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالاته ظنية كقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فلفظ القراء قد يعنى الحيض وقد يعنى الطهر ، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لاقطعية إذا من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض ، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر

١١٩ - صمية أمطام القرآنة : - لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن من عند الله ، وأنه سبحانه وتعالى نجب له الطاعة ، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيا كان نوعها .

١٢٠ - أمطام القرآنة شرعت للدنيا والآخرة : وأحكام القرآن على نوعين : أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات . وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة . وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية الدينية إلخ ...

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددتها أنزلت بقصد إسعاد الناس في الدنيا والآخرة ، ومن ثم كان لكل عمل دنيوى وجه أخروى ، فالفعل التمبدى أو المدنى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه فى الدنيا من أداء الواجب ، أو إفادة الحل والملك ، أو إنشاء الحق أو زواله ، أو توقيع العقوبة ، أو ترتيب المسؤولية إلخ ، ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره فى الدنيا له أثر

آخر مترتب عليه في الآخرة ، هو المشوبة أو العقوبة الأخروية . وينبغي على كون الشريعة مقصوداً بها إسماع الناس في الدنيا والآخرة أن تعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ، أو جملة لا تقبل الانفصال ؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدي إلى تحقيق الغرض منها ، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تلك مسلك الشريعة الإسلامية فلا ينبغي أن تقاس الشريعة في هذا بغيرها .

ومن يتتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوي ، وجزاء أخروي فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] ويحمل للقتل جزاءين أحدهما دنيوي ، والثاني أخروي ، فأما جزاء الدنيا فهو القصاص ، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى : الحر بالحر والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ [سورة البقرة : ١٧٨] والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة ، يؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ [النساء : ٩٣] ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحراية ، القتل والقطع والصلب : والتي عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية ، وذلك 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 جزاء خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٣] .

وجزاء السارق القطع في الدنيا ، والعذاب في الآخرة ، لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا بئساً لهما من الله والله عزيز حكيم . فمن

تاب من بعد ظلمه وأصاح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم ﴿ [سورة
المائدة : ٣٨ : ٣٩] والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية ، ولا يتوب بعد عقابه
إلا من كان مسئولاً مسئولية أخروية .

وإشاعة الفاحشة ورمى المحصنات له عقوبة في الدنيا وعقوبة في الآخرة ،
حيث يقول جل شأنه : ﴿ إن الذين يحبون أن أشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم
عذاب أليم في الدنيا والآخرة ﴾ [النور : ١٩] ويقول : ﴿ إن الذين يرمون
المحصنات الفاضلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم . يوم
تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون . يومئذ يوفيهم الله
دينهم الحق ويملون أن الله هو الحق المبين ﴾ [النور ٣٣ - ٣٥] .

والزنا له عقوبتان أيضاً إحداهما في الدنيا والثانية في الآخرة ، فيقول الله تعالى :
﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول :
﴿ والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ، ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ،
ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاماً . يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد
فيه مهاناً . إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم
حسنات وكان الله غفوراً رحيماً ﴾ [الفرقان : ٦٨ - ٧٠] .

وأكل أموال اليتامى معاقب عليه في الدنيا والآخرة ، وذلك قوله تعالى :
﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى
أموالكم إنه كان حوباً كبيراً ﴾ وقوله : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً
إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سميراً ﴾ [النساء : ٢ ، ١٠] .

وأكل الربا له عقوبتان الأولى في الدنيا والثانية في الآخرة ، وذلك قوله تعالى :
﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ،
ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب
النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه: ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها ، أولئك ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين ، لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [البقرة : ١١٤] .

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضاً في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفوا زحفاً فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفاً قهتالاً أو متغيريزاً إلى فئة فقد باء بغضب من الله ، وماواه جهم وبئس المصير﴾ [الأنفال : ١٥ ، ١٦]

وللمرتد عقاب في الدنيا وعقاب في الآخرة في قوله تعالى : ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة : ٢١٧] .

وهكذا لا نكاد نجد حكماً لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية ؛ وإن وجدنا شيئاً من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوي . أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلاً بما كانوا يعملون . وأما الذين فسقوا فإوأم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها ، وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذي كنتم به تكذبون﴾ [السجدة : ١٨ - ٢٠] وقوله : ﴿ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدون فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتمدد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين﴾ [النساء : ١٠ ، ١٤] وهناك كثير من النصوص العالمة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا السكافية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثاً وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة . فهي في أصلها تعتبر أن الدنيا دار ابتلاء وفناء ، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء ، وأن الإنسان مشغول عن أعماله في الدنيا ويجزى عنها في

الآخرة ، فإن فعل خيراً فلنفسه ، وإن أساء فعليها ، والجزاء الديني لا يمنع من
الجزاء الأخروي إلا إذا تاب الإنسان وأتاب .

١٢١ - أمطام الشريعة لا تتجزأ : وأحكام الشريعة لا تتجزأ ولا تقبل
الانفصال ، وليس ذلك قطناً ذكرناه من أن التجزئة تخالف الفرض من
الشريعة ، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإعمال
البعض الآخر ، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض ، وتوجب العمل
بكل أحكامها والإيمان إيماناً تاماً بكل ما جاءت به ، فمن لم يؤمن بهذا ويصل به
دخل تحت قوله تعالى : ﴿ أفئتمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء
من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ، ويوم القيامة يردون إلى أشد
العذاب ﴾ [البقرة : ٨٥]

والنصوص الواردة في تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة منها
قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتبون ما أنزلنا من الآيات والمهدى من بعد ما بيناه
للناس في الكتاب ، أولئك يلعنهم الله ويلعنهم اللاعنون . إلا الذين تابوا
وأصلحوا وبنوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم ﴾ [البقرة ٥٩ ، ١٦٠]
والكتاب مناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر ، والاعتراف ببعضها
وإنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتبون ما أنزل الله من الكتاب ويشترون
به تمناً قليلاً أولئك ما يأكلون في بطونهم إلا النار ، ولا يكلمهم الله يوم القيامة
ولا يكلمهم ، ولهم عذاب أليم . أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب
بالمغفرة فما أصبرهم على النار ﴾ [البقرة : ١٧٤ ، ١٧٥] .

وقوله تعالى : ﴿ أفغير دين الله يبغون وله أسلم من في السموات والأرض طوعاً
وكرهاً وإليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يتبع غير الإسلام ديناً قلن يقبل منه وهو
في الآخرة من الخاسرين ﴾ [آل عمران : ٨٣ ، ٨٥] .

وقوله: ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ وَاشْتَرَوْا بِهِ ثَمَنًا قَلِيلًا فَبَيَّسَ مَا يَشْتَرُونَ ﴾ [آل عمران: ١٨٧]

وقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لَا يَحْزَنْكَ الَّذِينَ يَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَلَمْ تُؤْمِنْ قُلُوبُهُمْ ، وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ بِحُفُوفِ السُّكْمِ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ ، يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتُوهُ فَاحْذَرُوا ، وَمَنْ يَرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا ، أُولَئِكَ الَّذِينَ لَمْ يَرِدِ اللَّهُ أَنْ يَهْدِ قُلُوبَهُمْ ، لَمْ يَكُنْ فِي الدُّنْيَا حَرْزِيٌّ وَلَمْ يَكُنْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ وقوله: ﴿ فَلَا تَخْشَوْنَ النَّاسَ وَآخِشُوا اللَّهَ ، وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ [المائدة: ٤٤ ، ٤٤] .

وقوله: ﴿ إِنْ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ، وَيُرِيدُونَ أَنْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ، وَيَقُولُونَ نُوْمِنُ بِبَعْضِ وَنَكْفُرُ بِبَعْضٍ ، وَيُرِيدُونَ أَنْ يَتَّخِذُوا بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا ، أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا ﴾ [النساء: ١٥٠] .

وقوله: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّئًا عَلَيْهِ فَاحِكَمَ فِيهِمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ، لِكُلِّ جَمَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمَنْهَاجًا ، وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً ، وَلَكِنْ لِيُنزِلَ فِيهَا مَا أَنزَلْنَا ، فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ، إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ . وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ، وَإِنْ كَثُرُوا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ . الْحُكْمُ الْجَاهِلِيَّةُ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة: ٤٨ ، ٥٠] .

وقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ ، وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ ، وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ ، إِنْ اللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ . قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَسْتُ عَلَى شَيْءٍ حَتَّى تَقِيمُوا التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ وَمَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ،

وليز يدنّ كثيراً منهم ما أنزل إليك من ربك طغياناً وكفراً فلا تأس على القوم
الكافرين) [المائدة: ٦٧، ٦٨].

وقوله: ﴿وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله، ولو أنهم إذ ظلموا
أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيماً .
فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم، ثم لا يجدوا في أنفسهم
حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ [النساء: ٦٤، ٦٥].

١٢٢ -- مميزات الشريعة - وتمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية
بميزات عظيمة هي أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة . وهذا هو السبب الوحيد
الذي يحمل معتقياً على طاعتها في السر والعلن والسرائر والضرار؛ لأنهم يؤمنون
بأن الطاعة نوع من العبادة يقرهم إلى الله، وأنهم يثابون على هذه الطاعة،
ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويتفادى العقاب اللدني فإنها لا يرتكبها
مخافة العقاب الأخروي وغضب الله عليه .

والشريعة تلزم معتقياً أن يتخللوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلق بالأخلاق
الفاضلة ندر أن يرتكب جريمة، وهم بعد ذلك يملون أن الله رقيب عليهم،
ومطلع على أعمالهم، وأنهم مهما استغفروا من الناس فإن يستغفروا من الله وهو
معهم أينما كانوا، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم، وحفظ الأمن وصيانة
نظام الجماعة ومصالحها العامة، بعكس الحال في القوانين الوضعية فإنها ليس لها في
نفوس من تطبق عليهم ما يحماهم على طاعتها، وهم لا يعيدونها إلا بقدر
ما يخشون من الوقوع تحت طائنتها، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما، وهو
آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين، ولذلك
تزداد الجرائم زيادة مطردة في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية، وتضئف
الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات السقيمة، تبعاً لزيادة الفساد الخلق في
هذه الطبقة، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

وتفرض الشريعة على مستقبيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله ، وأنها أصلح نظام وأعدله ، ومن ثم فهم لا يمدلون بها نظام آخر ، ويترتب على هذا أن لا تجد مؤمنا بالدين الإسلامي يرضى بأى نظام مخالف له أو خارج عليه ، كالشيوعية وما أشبهه ، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة ، فيستشرفون إلى كل نظام جديد ، ويتطلعون إلى الأخذ بكل ما يروونه أفضل من نظامهم أو مما يمكنهم من الجاه والنال والسلطان ، ومن ثم يمشون غير مستقرين على مبدأ ولا نظام .

ففرج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات ، وبث في المحكومين روح الطاعة والرضاء ، ودعاهم إلى التعلق بالأخلاق السكرية وجعل للشريعة قوة في الردع ليست لأى قانون وضى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

الفرع الثاني

السنة

١٢٣ - تعريف السنة : هي ما أتر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة على ثلاثة أنواع : سنة قواية ، وسنة فعنية ، وسنة تقريرية .

أولا - السنة القولية : هي أحاديث الرسول التي قالها في مختلف المناسبات مثل قوله « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بدون نفس » وكقوله « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل » وكقوله في عقوبة الزاني الذي لم يحصن : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكقوله : « لا قطع في نمر معاق ، ولا في حريسة الجبل فإن آواه للراح أو الجرين فالتقص فيما بلغ ثمن الجن » وقوله : « من شرب الخمر فأجلده ، ثم إن شرب فأجلده » .

ثانياً - السنة الفعلية : - هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزمان بعد الإقرار ، وقطعه اليد اليمنى في السرقة ، وقضائه بشاهد واحد وبين مدعىين .

ثالثاً - السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال ثم قرأها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره ، أو تواقفته ونظره استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابي أو قوله بعد أن قرأه الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه ، ومثل ذلك أن النبي لما بعث معاذاً إلى اليمن سأله بم تقضى ؟ قال كقول مكاتبك ، فإن لم أجد في سنة رسول الله ، فإن لم أجد أجهده رأيي ، فأقره رسول علي ذلك حيث قال : « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يحسنه رسول الله » .

١٣٤ - مركز السنة من القرآن : القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي ، وآسن منه التشريع ، والسنة هي المصدر الثاني ، وتلى القرآن في السنة ، وحكمه السنة من الناحية التشريعية لا مده أن تكون واحداً من ثلاثة : -

الأول - فهي إذا تكون سنة تقرر وتؤكد حكم جاء به القرآن ، كسنة الحكم مرجعاً القرآن والسنة معاً ، كتحريم القتل بغير حق ، وشهادة الزور ، والسرقة وغير ذلك من الأمور التي جاء بها القرآن والسنة .
 الثاني - وهي إذا تكون سنة مفسرة ومكملة لحكم جاء به القرآن مجمل ، كسنة قوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » فيكون هذا المفسر قوله : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » .
 الثالث - وهي إذا تكون سنة مفسرة ومكملة لحكم جاء به القرآن مجمل ، كسنة قوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » فيكون هذا المفسر قوله : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » .

روايتاء الزكاة ، وحج البيت ، ولم يبين عدد الركعات ، ولا كيفية الصلاة ،
ولا مقادير الزكاة ، ولا مناسك الحج .

والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن ، فنصوص
القرآن أحلت البيع وحرمت الربا ، والسنة هي التي بينت بيع الربا ، ونصوص
القرآن حرمت الميتة والدم ، والسنة قيدت هذا الإطلاق ، وخصصت التحريم
وبينت ما يحمل من أنواع الميتة والدم ، ونصوص القرآن سمحت الميراث للأولاد
والسنة منعت ميراث القاتل ، والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع ،
والسنة منعت القطع إلا في ربع دينار فصاعداً ، ومنعت القطع إلا في السرقة
من حرز .

الثالث — وإما أن تكون سنة مثبتة حكم سكت عنه القرآن ، فيكون
الحكم أساسه السنة وليس له دليل في القرآن كقول الرسول : « لا تنكح المرأة
على عمها ولا خالتها » وكقوله في تحريم الذهب وانقضة : « هذان حرامان على
رجال أمتي حلالان لئسائهما » وكقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من
اللب »

١٢٥ - أنواع السنة بحسب روايتها : تنقسم السنة بحسب روايتها ثلاثة

أقسام :

١ - سنة متواترة . ب - سنة مشهورة . ج - سنة آحاد .

(١) السنة المتواترة : هي ما رواه عن رسول الله جمع يتنع عادة أن
يتواطأ أفرادها على كذب ؛ لكثرتهم وأمانتهم ؛ ثم رواه عن الجمع جمع مشهور
وعن هذا الجمع جمع آخر ، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل خليفة من رواة جمع
لا يتفقون على كذب من مبدأ التلق عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا . ومن
هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التي

تلقيها المسلمون جموعاً عن الرسول ، ولفنوها جموعاً آخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار

(ب) السنة المشهورة : هي مارواها عن الرسول صحابى أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر ، ثم نقلها من الراوى أو الرواة جمع من جموع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جموع آخر حتى وصلت إلينا بسند أول طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر ، وباقى طبقاته من جموع التواتر ، ومن هذا القسم مارواها عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة .

(ج) سنة الآحاد : هي مارواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التى لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر ، ومن هذا القسم معظم الأحاديث .

١٢٦ - هل السنن قطعية أو ظنية ؟ : السنة التواترة قطعية الورد عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة ، والسنة المشهورة قطعية الورد عن الصحابى الذى نقلها عن الرسول ، وليست قطعية الورد عن الرسول ، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعاً من جموع التواتر ، ولأن من تلقاها عن الصحابى جمع من جموع التواتر ، وسنة الآحاد ظنية الورد عن الرسول .

والسنن جميعاً قد تكون قطعية الدلالة ، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويل ، وقد تكون ظنية الدلالة ، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل .

١٢٧ - ممية السنة : لا خلاف فى أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره التى قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح — تعتبر حجة ملزمة للمسلمين ، ومصدراً تشريعياً واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورد أو ظنية الورد ، فالسنة المتواترة واجبة الاتباع ، لأن ورودها

عن الرسول مقطوع به ، والسنة المشهورة وسنة الأحاد واجبة الاتباع - وإن كانت ظنية الزورود عن الرسول ؛ لأن هذا الظن راجح بما توفر في الرواية من العدالة والإتقان .

وقد اعتبرت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك ، فالله تعالى يقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول ﴾ [النساء : ٥٩] ويقول : ﴿ وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ، ولو رشؤهم إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] ويقول : ﴿ ومن يطع الرسول فقد أطاع الله ﴾ [النساء : ٨٠] ويقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ [النساء : ٦٤] ويقول : ﴿ قل أطيعوا الله والرسول ﴾ [آل عمران : ٣٢] ويقول : ﴿ قل إن كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله ﴾ [آل عمران : ٣١] ويقول : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] ويقول : ﴿ وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن ، وقد أجمع الصحابة في حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته ، فكانوا في حياته يمشون أحكامه ، ويمتثلون أمره ونهيه ، يحلون ما أحل ، ويحرمون ما حرم ، وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا في القرآن حكم أي واقعة نزلت بهم سألوها عن سنة الرسول فيها ، وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة في واقعة ما ، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبي في تلك الواقعة ، كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين .

١٢٨ - هل تعتبر كل أقوال الرسل وأفعاله تشريهاً ؟ أفعال الرسول

وأقواله على أنواع : فمنها ما در منه : نباره بشراً كالقيام والقعود والأكل

(١٢) - تقتصر الجنائ الإنسانية :

والشرب ، ومثل هذه الأفعال لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها صدرت عن الرسول بتفويض بشريته وليست جزءاً من رسالته .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد ، كالزواج بأكثر من أربعة ، ودخول مكة بغير إحرام ، والوصال في الصوم ، وهذه أيضاً لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشؤون الدنيوية ، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش ، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعاً أيضاً ؛ لأن مبنائها الخبرة الشخصية ، والرسول نفسه كان لا يعتبر هذه الأفعال تشريعاً ، فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به ، عدل عن رأيه وقال : « أنتم أعلم بأمور دنياكم » وفي موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيوش في مكان معين ، فقال له أحد أصحابه : أهذا منزل أنزلك الله ، أم هو الرأي والحرب والمكيدة ؟ قال : « بل هو الرأي والحرب والمكيدة » فأشار الصحابي بإنزال الجنود في مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته .

أما الأقوال والأفعال التي صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد فهي تشريع ملزم ، ومثل ذلك قوله : « صلوا كما رأيتموني أصلي » وقوله : « خذوا عني مناسككم » وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع بيانا لقوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما » وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ما عز فقال : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد ، ومثل ذلك أيضاً ما روى عنه من أن أم سلمة سأته عن قبلة الصائم ، فقال لها : « لم لم تقولين لم إنى أقبل وأنا صائم ! » ولما سأته عن بل الشعر في الاغتسال قال : « أما أنا فيكفيني أن أحتر على رأسي ثلاث خثيات من ماء » ولقد اختلف الصحابة في النسل من غير إنزال فأنفذ عمر إلى عائشة

رضى الله عنها وسألها عن ذلك ؛ فقالت : فعلته أنا ورسول الله واغسلنا . فأخذ عمر الناس بذلك وكان عمر يقبل الحجر الأسود في طوافه ويقول : إني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولولا أني رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك . ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله .

الفرع الثالث

الإجماع

١٢٩ - تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي .

١٣٠ - صفة الإجماع : إذا انفق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلاً قطعياً على الحكم ، أما إذا كان الرأي صادراً من أكثرية المجتهدين فإنه يعتبر دليلاً ظاهرياً ، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه ، ما لم ير ولي الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح في هذه الحالة واجب الاتباع .

١٣١ - الأساس التشريعي للإجماع : أساس الإجماع هو القرآن والسنة فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقوم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح في القرآن أو السنة ، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع في موافقة هذا الحكم لمبادئ الشريعة العامة وروح التشريع فيها ؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هي التي جمعتهم .

وقد دعا القرآن والسنة إلى اعتبار الإجماع تشريعاً ملزماً ، بقوة الإلزام في الإجماع واعتباره مصدراً تشريعياً مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنة .

القرآن : فاما القرآن فقد قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ﴾ [النساء : ٥٩] ومن المتفق عليه أن أولى الأمر في هذه الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا ، فكل منهم ولى أمر في عمله ، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه ؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن ، كذلك قال الله تعالى : ﴿ ولوروده إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] والمقصود بأولى الأمر في هذه الآية العلماء . السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خائفا بعيدا عن الخطأ ، واعتبرت الرأى الجموع عاينه حنا عند الله ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجتمع أمتى على خطأ » وقال : « لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة » وقال : « ما رآه المسلمون حنا فهو عند الله حن » .

١٣٢ - العلم بمصدر القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجنائية

هى النصوص التى تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بفض النظر عن شكل الحكومة الدستورى ، وهذه النصوص تسمى فى مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان ، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك فى غيبة البرلمان ، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصرى وفى كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان فإذا أقرتها الأغلبية ، أمر الملك بإصدارها ، وأصبحت ملزمة للأفراد . فمصدر القوانين ، هو الإجماع الناقص ، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادئ التى يحتويها القانون ، وقوة القانون الملزمة تاتى لا من هذا الإجماع وإنما من أمر ولى الأمر بإصدار القانون ووضع موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظنى لا قطعى . واللوائح والقرارات هى ما تصدره السلطات الإدارية والحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما ، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون ، فمصدرها هو مصدر القانون أى الإجماع الناقص ، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولى الأمر الذى أصدر القانون ، ونحول لمن وكل إليه التنفيذ .

١٣٣ - مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي :

تعتبر القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامي ؛ لأن الشريعة تمنح لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة ، وفيما يهود على الأفراد والجماعة بالنفع ، فالسلطة التشريعية في أي بلد إسلامي أن تعاقب على أي فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ولها أن تغفو عن الجريمة أو عن العقوبة^(١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة ، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولها أن تضيق من سلطان القاضي في أي جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعاً مادامت المصلحة العامة تقتضي هذا . والقوانين والقرارات واللوائح التي تصدرها السلطة التشريعية تكون نافذة واجبة الطاعة شرطاً ، بشرط أن لا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها ، وإلا فهي باطلة بطلاناً مطلقاً كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

١٣٤ - الشريعة لم تنفرد بعمل الإجماع نصريها : وقد يظن البعض أن

الشريعة انفردت باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع ، وهو ظن خاطيء فالقوانين الوضعية في غير البلاد الإسلامية أساسها رأي الجماعة سواء في التشريع أو التطبيق . فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية ، والنظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص . وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأي غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة ، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منها ، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تلم بالإجماع ، وتجعل

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق ؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

الفرع الرابع

القياس

١٣٥ - تعريف القياس : القياس هو إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعي للنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم .
ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان : -

١ - القيس عليه : وهو الأمر الذي ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ - القيس : وهو الأمر الذي لم يرد نص بحكمه ، ويراد معرفة حكمه

ويسمى الفرع .

٣ - الحكم : وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل ، ويراد

الحكم به على الفرع .

٤ - العلة : وهي الوصف الذي يشرح الحكم في الأصل لأجله ويحقق في

الفرع^(١) .

١٣٦ - عن القياس يمكن في جميع أنواعه ، حيثما انطبقت في

جوانب إجراء القياس في جميع الأحكام الشرعية ، فمما لا شك فيه أن جميع

الأحكام الشرعية من جنس واحد ، وبذلك لحث ذلك واستدلاله على الحكم

الشرعي وتشريك فيه ، وقد ينسب إلى بعضها أن يكون من القياس ، وما عداها

من ثلاث كان من قبيل القياس ، ومنها الأمر بالبر ، وهو القدر الذي

تقرر في الأصول ، وهو القدر الذي لا يمكن تركه في حقها إجماعاً .

ومما لا شك فيه أن القياس من أنواع التشريع ، وهو من أنواع التشريع

أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد حاز باعتبار خصوصيته وتعيينه لا باعتباره حكماً شرعياً مجرداً ، وعند هؤلاء أن القياس في كل الأحكام ممتنع لسببين :-

أولهما :- أنه يفرض إلى أمر ممتنع فكان ممتنعاً ؛ لأن كل قياس لابد له من أصل يستند إليه فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتاً بالقياس ، وكذلك حكم أصل أصله ، وإذا نسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما ؛ لتوقفه على أصول لا نهاية لها .

وثانيهما :- أن من الأحكام ما يثبت غير مقول المعنى كتعدد جوار الزاني غير المحصن بمائة جلدة ، وقاذف المحصنات بثلاثين ، وما كان كذلك فأجراء القياس فيه متعذر ؛ لأن القياس يقوم على تعدية علة الأصل للفرع ، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس^(١) .

١٣٧ - القياس في الجرائم والمفروبات ؛ واختلف الذين لا يميزون بين القياس في كل الأحكام في جواز قس في الجرائم والمفروبات ، فقال بعضهم إنه جائز ، وقال بعضهم إنه غير جائز ، والسكل حجة .
واقائلون بجواز القياس لهم حجج :-

الأولى :- أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر القياس حين سأل معاذاً عن رجل سرق ، فقال ألقى بكتاب الله ، فإني لأحدق به رسول الله ، فإن لم أجد فيه رأياً ، فأمره رسول الله . أجابوا : يا رسول الله ، ضيقنا بالقياس ، فقال ذلك النبي : يا قوم القياس في الأمور المشابهة .

الثانية :- سألت أبا عبد الله عن رجل سرق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله ، ما رأيتك تأخذ به ، فقال : يا رسول الله ، ما رأيتك تأخذ به ، فقال : يا رسول الله ، ما رأيتك تأخذ به ، فقال : يا رسول الله ، ما رأيتك تأخذ به .

(١) انظر في رد المحتار ج ١ ص ١٠١ ، وفي رد المحتار ج ١ ص ١٠١ ، وفي رد المحتار ج ١ ص ١٠١ .

فما حد الشارب على حد المفترى ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعاً .

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :-

الأولى :- أن الحدود والكفارات من الأمور المقدره التي لا يمكن تعقل بمعنى الموجب لتقديرها . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل ، فالأصل لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الثانية :- أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة ، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ ، واحتمال الخطأ شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام : « أدروا الحدود بالشبهات » .

والثالثة :- أن الشارع قد أوجب حد القلع بالسرقة ، ولم يوجهه بمكاتبه الكفارة مع أنه أولى بالقطع ، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً وزوراً ، ولم يوجهها في الزدة مع أنها أشد في المنكر وقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه ^(١)

وقد تكون حجج هذا الرأي من القوة بحيث ترجعه على الرأي الأول خصوصاً إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس ، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه ، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس ؛ لأن القياس لم يجعله تشريفاً ملزماً ، وإنما الذي جعله كذلك هو الإجماع عليه .

على أنه يجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضى قبل كل شيء القياس في الجرائم ، وأن القائلين بجواز القياس في الجرائم ، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة ، أو خلق جرائم جديدة ، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص ، فالقياس في الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً ، وإنما هو مصدر تفسيري يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل

(١) الإحكام في أصول الأحكام للامدنى ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

تحت النص ، فإذا حرم النص صورة معينة لعل ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوفر فيها علة التحريم ، كإلحاق اللواط بالزنا ، وإلحاق القتل بالقتل بالقتل بالحدود ، وإلحاق السكر بالخر عند البعض ، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المتعددة لحفظ المال بحيث يعتبر آخذ الكفن سارقاً وهكذا . ولا ضير من الأخذ بهذا الرأي الذي تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادي بالتوسع في تطبيقه علماء القانون وشراحه .

١٢٨ - القياس في الجرائم :- ويسلم الفقهاء بالقياس في الإجراءات

الجنائية ، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التي لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية ، كالعرف ، ومذهب الصحابي ، فثلا يرى البعض أن يكون الإقرار في السرقة مرتين قياساً على اشتراط الأقرار الأربعة في الزنا ، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه . ويرى البعض جواز شهادة النساء في الجرائم قياساً على جواز شهادتين في المسائل المدنية ، ويمعنون على الحفر المرجوم وهو مذهب علي ، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر مع شهادة الشهود في إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود .

البحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية أي النصوص الجنائية

١٣٩ - سلطة القاضي في تفسير النصوص : للقاضي وهو يطبق النصوص أن يفسرها إذا وجد غموضاً أو خفاء في دلالتها ، أو تضارباً بين عباراتها . وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى في فهم الأحكام من النصوص ، وبعض هذه القواعد لقوية وبعضها تشريعية .

الفرع الأول

في القواعد اللغوية الموضوعية للتفسير

١٤٠ - كيف استنبطت هذه القواعد ؟ : استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية ، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغوياً ، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وصوح أو غوض ؛ لأن بعضها يكون واضحاً وبعضها يكون غامضاً ، ثم بحثوا اللفظ من حيث اشتراكه في أكثر من معنى ، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراد ، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض فتقواعد التفسير اللغوية يقتضى العلم بها أن ندرس (أولاً) دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها (ثانياً) وضوح الدلالات وغوضها (ثالثاً) اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها . وقد وضعت قواعد التفسير أصلاً لتطبق في فهم معاني النصوص الشرعية ، ونسكتها في الواقع تطبق أيضاً في معاني أى نص غير شرعى ما دام مصوغاً في لغة عربية .

١٤١ - أصول : - دلالات العبارات وألفاظها أو مفهوماتها : -
 من السهل به أن لكل لفظ دلالة ، ولكل عبارة دلالة ، ويرتبط على ذلك أن نفس الشرعى وهو مكون من ألفاظ وعبارات قد تكون له دلالة واحدة ، وقد يكون لها أكثر من دلالة ، ويستدل بالنص عادة على دلالاته أى مفهوماته (تتبع مفهومه ، لا يخرج من حده) .

تكون من مفهومه ، وهو المفنى الذى تقتدر هى . فمن من صيغة
 من قوله تعالى (وفى الفهم) ، لأن النص : لأن المشرح . من يضع
 من قوله تعالى (وفى الفهم) ، لأن النص : لأن المشرح . من يضع

الرابع - مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا استقيم دون تقدير هذا المعنى ، مثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج ، وهذا هو مفهوم الاقتضاء ومثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل .
الخامس - مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة ، أو هو المعنى الذى انتفت عنه قيود النص . وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دالتين : دلالة على حكم معين فى منطوقه ، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه ، أى فى مفهومه المخالف ، فقوله تعالى : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص ، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف ، فكلمة دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف . فمفهوم المخالفة ليس مكسوتاً عنه عند هؤلاء .

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مكسوت عنه ، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به ، ولا يوضع لمفهومه المخالف ، فطبقاً لهذا رأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه ، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه . وهذا هو رأى الراجح .

١٤٢ - تعارضه المفهومات : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم

العبارة على مفهوم الإشارة ؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله ، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته .

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة ؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى

اختارها الشارع أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه ، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التي اختارها الشارع للمعنى الذي نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره : لأنه المعنى الذي لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأي الراجح مسكوت عنه ولا عمل له .

١٤٣ - ثانيا - وضوح الدلالات وعمومها : تنقسم الألفاظ والعبارات والتصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس في دلالته غموض ولا إبهام ، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة في وضوح دلالته ، بل بعضه أوضح دلالة من بعض ، كأن الغامض الدلالة بعضه أخص دلالة من بعض .

١٤٤ - أقسام الواضح الدلالة : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام : (١) الظاهر . (٢) النص . (٣) المفسر . (٤) المحكم .

١٤٥ - الظاهر : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ، ولم يكن معناه هو التقصود أصلا من السياق أى من وضع الصيغة ، مثل قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فإحلال البيع ، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية ، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية ؛ لأنها سبقت أصلا لنفي المنافعة بين البيع والربا ، رداً على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه ما لم يقم دليل يقتضى المدول عن

ظاهره ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن
ظاهره ، أو إرادة معنى آخر منه .

وإذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص ، وإذا كان مطلقاً احتمل التقييد .
وبن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازي ، إلى غير ذلك من رجوه التأويل
ولا يكون التأويل صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعي : من نص ، أو قياس ،
أو روح التشريع ومبادئه العامة ، فإذا لم يبن على دليل شرعي ، كان تأويلاً باطلاً .
١٤٦ - الفهرس : - هو مادلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود
أصالة من السياق ، فحقى كان المعنى ظاهراً بوضوح من اللفظ - وهو المقصود
أصالة من السياق - كان اللفظ نصاً عليه ، فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم
الربا ﴾ نص على نفي المائلة بين البيع والربا ؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود
أصالة من سياقه .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر ، ويحتمل مثله التأويل .

١٤٧ - الفهرس : - هو مادلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى
معه احتمال التأويل ، مثل قوله تعالى في فاذقوا العصاة : ﴿ فاجلدوهم ثمانين
جلدة ﴾ ويعتبر النص مفسراً ولو ورد مجزئاً غير مفصل إذا ألحق به الشارع ما يفضله
ويزيل إجماله ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ فهو
نص مجمل ، ولكن الرسول فصل معناه حين قال : « لا يحل قتل امرئ مسلم
إلا لإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان ، وكفر بعد إيمان ، وقتل نفس بغير نفس » .
حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل ، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف
عن ظاهره ، والتفسير الذي ينتفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة ،
أو المستفاد من بيان تفسيري مصدره للمشرع ، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين
فلا يعتبر من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل .

١٤٨ - الحكم : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا ، ولا يبقى معها احتمال للتأويل . والحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل ؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسي من قواعد الدين كعبادة الله وحده ، والإيمان بكتبه ورسله ، أولاً لأنه من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال ، كبر الوالدين والعدل ، أولاً لأنه حكم فرعى جزئى أبده الشارع ، كقوله تعالى في فاذن المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ والحكم لا يقبل التأويل ؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيراً لا مجال معه للتأويل .

حكم الحكم : يجب العمل به قطما ولا يتحمل صرفه عن ظاهره .

١٤٩ - حكم التعارضه : - إذا تعارض ظاهر ونص ، رجح النص ؛ لأن الشارع قصده أصالة وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر ؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يتحمل التأويل ، وإذا تعارض محكم ومفسر ، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر .

١٥٠ - أقسام الغامض الروية : ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام :
(١) الخفى . (٢) الشكل . (٣) المجل . (٤) التشابه .

١٥١ - الخفى : - الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل ، ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فى صفة زائدة على سائر الأفراد ، أو ينقص صفة عنها ، أو أن له اسم خاص دونها ، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه ، فيكون اللفظ خفياً بالنسبة لهذا الفرد ، مثال ذلك لفظ السارق ، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطرار - أى النشال - نوع من الغموض والخفاء ؛ لأن النشال يأخذ المال

من حاضر يقظان مستنداً على خفة يده ومسارقة الأعين ، فهو يثار السارق .
 بوصف زائد فيه ، هو جراءة المسارقة ، ومن ثم فقد سمي باسم خاص ، ومثال ذلك
 النباش أى سارق الأكفان فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على
 ملك أحد على رأى ، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر . فلفظ السارق يعتبر
 خفياً بالنسبة للطرار والنباش ، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد ،
 فإن رأى القاضى أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ ،
 وطبق عليهما حكم السرقة ، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق
 الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة . والذي حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن
 المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار سارقاً ولكنهم اختلفوا فى اعتبار النباش كذلك .

١٥٢ - الشكل - : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولكن
 يمكن تعيين المراد منه بقريئة خارجية ، ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع
 لأكثر من معنى واحد ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع
 منه ، ولكن القريئة الخارجية تميز المعنى الذى يقصده الشارع ، كلفظ القروء فى
 قوله تعالى : (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) فإنه موضوع للطهر
 والحيض ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، بأن يكون كل نص
 على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الإشكال فى التوفيق
 والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال الشكل هو الاجتهاد ، فعلى القاضى إذا ورد فى
 النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ
 وتعيين المراد منه ، وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض فعليه أن
 يؤولها تأويلاً صحيحاً يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، على أن

يعتمد في تأويله على نصوص أخرى ، أو على مبادئ الشريعة العامة وحكمة التشريع فيها .

١٥٣ - الجمل : هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد ، من ذلك الألفاظ التي نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة ، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعياً خاصاً لا معناه اللغوي ، فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ في نص شرعي كان مجملاً حتى يفسره الشارع ، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيةها ، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرها مما جاء مجملاً في نصوص القرآن .

ومن الجمل اللفظ الغريب الذي فسره القرآن ، كلفظ القارعة في قوله تعالى : ﴿ القارعة ما القارعة ؟ وما أدراك ما القارعة ؟ يوم يكون الناس كالفراش المبثوث وتسكون الجبال كالعن المنفوش ﴾ .

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصاً وليس في صيغة اللفظ ولا في القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل ، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه ، فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان مجمل ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه ، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الواقي من باب الجمل إلى باب المشكل ، ويكون على اتقاضي أن يزِيل الإشكال بأجتهاده حين حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

١٥٤ - المتأثر : هو اللفظ الذي لا تدل صيغته على المراد منه ، ولا توجد

قرائن خارجية تبينه ، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره .

(١٣ - التمهيد الجاني الإسلامي)

وليس في النصوص التشريعية شيء من التشابه ، فلا يوجد في آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه ، وإنما يوجد التشابه في مواضع أخرى ، ومن أمثله الحروف المقطعة التي بدأت بها بعض سور القرآن .

١٥٥ - ثالثاً - اشتراك اللفاظ وعمومها وفصر صحتها :

ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذي وضع له إلى : مشترك ، وعام وخاص : -

١٥٦ - اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة

فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل ، أي يدل على هذا المعنى أو ذلك كلفظ القرء يدل على الحليض والطهر ، ولفظ اليد في قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فإنه يعني اليمنى واليسرى ، ويعنى من رموس الأصابع إلى الرسفين وإلى المرفق وإلى الشكيب .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعى ، وقد يكون

بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوي ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل

اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره ، فاللفظ الطلاق موضوع لفة

لحل أى قيد وموضوع شرعا لحل قيد النكاح ، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود

من هذا اللفظ المشترك في قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ وجب أن تعرف أن

المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

وإذا كان اللفظ المشترك مشتركاً بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية

وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يمينه ، لأن الشارع لا يقصد عقلاً من

اللفظ إلا أحد معانيه ، وللقاضى أن يستدل بالقرائن والأمارات التي تعين المعنى

المراد ، ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو في قوله تعالى : ﴿ ولاتأكلوا

مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ﴾ فالواو لفظ مشترك يستعمل لفة للعطف كما

يستعمل للحال ، فإن أريد به الحال كان النهي وارداً على ما لم يذكر اسم الله عليه ، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله ، وإن أريد به العطف كان النهي وارداً على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقاً ، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معانى اللفظ المشترك فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره ؛ لأن المعانى المتعددة توضع على سبيل البدل أى على أن يعمل معنى بدلا من آخر ، ولأن بعض المعانى متضاربة فلن يجمع بينها لكان المقصود المعنى وضده فى وقت واحد .

١٥٧ - اللفظ العام : هو لفظ وضع معنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين ، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستعراقها جميعاً . مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية ؛ لأنه نكرة فى سياق النفي وعى تدل على العموم . والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام ، أن المشترك وضع لمعان متعددة ، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين .

والألفاظ التى تعيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ - لفظ كل ولفظ جميع ، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه ، مثل قوله تعالى : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

٢ - المفرد المعروف بأل الجنسية مثل قوله تعالى : ﴿ والمارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فالمراد جنس المارق وجنس البيع وجنس الربا والجنس يتحقق فى كل فرد ، فينطبق النص على كل مارق وكل بيع وكل ربا .

٣ - الجمع المعروف بأل الجنسية أو المعروف بالإضافة ، ومثل الأول

قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ومثل الثاني قوله تعالى :
﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ .

٤ — التكررة في سياق النفي مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا يبايعة
والد بولده » وقوله : « لا وصية لوارث » .

٥ — الاسم الموصول مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

٦ — اسم الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ﴾ وقوله :
﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ .

٧ — اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿ من ذا الذي يقرض الله قرضا
حسنا فيضاعفه له ﴾ .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللفظى العموم
والشمول .

١٥٨ - **دور العام قطعية** : وإذا ورد في نص شرعى لفظ عام ولم يقم
دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لأنه موضوع لثمة لهذا العموم ، ولم
يقم دليل بصرفه عما وضع له ، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا
العام قطعيًا لا ظنيًا ؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعاً ، وهذا هو معنى
اتقاعدة الأصولية « العام الذى لم يخص يتناول جميع أفرادها قطعاً » .

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفرادها بعد
التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بمد التخصيص ظنيًا
لا قطعيًا ؛ لأن النص الذى خصص العام أولاً لا بد أن يكون معللاً ، وهذه العلة
قد تتحقق في فرد آخر مما بقى بعد التخصيص ، فكأن التخصيص الأول قد
جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملاً للتخصيص ، ولهذا الاحتمال لا تكون
الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصه بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاموا بالمصاهرة على النسب ، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب .

١٥٩ - ما يترتب على قطعية دونه العام : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام الذي لم يخص نتيجتان هامتان .

النتيجة الأولى : أن العام في نصوص القرآن والسنة التواترة لا يخصه ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة ؛ لأن كليهما ظني الدلالة ، والظني لا يخص القطعي . أما إذا خصص العام بقطعي فيصبح بعد ذلك أن يخصه قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظني الدلالة ، ومن ثم يصح تخصيصه بظني مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذي لم يخص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان ؛ لتساويهما في أن كلا منهما قطعي الدلالة ، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص ، لأنه يصير ظني الدلالة فلا يعارض النص الخاص وهو قطعي الدلالة ، ويكون الترجيح للقطعي .

على أن البعض يرى أن العام ظني الدلالة في كل الأحوال ، لأن استقرار نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومه حتى أشتهدت هذه القاعدة « ما من عام إلا وخصص » .

ويترتب على هذا الرأي أن العام من نصوص القرآن والسنة يخص ابتداء بالقياس ، وبالسنة غير التواترة ، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان ، بل يرجح الخاص لأنه قطعي الدلالة ، أما العام ظني الدلالة ، والقاعدة أن القطعي والظني لا يتعارضان لعدم تساويهما ، وأن التعارض لا يكون إلا بين متساويين .

١٦٠ - تخصيص العام : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد بحيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقى من أفرادها بعد التخصيص ، ولا يكون التخصيص إلا بدليل وهذا الدليل على نوعين : دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ - الدليل غير المستقل : هو ما كان جزءاً من عبارة النص العام ، مثل الاستثناء الوارد في قوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) .

١٦٢ - الدليل المستقل : هو ما لم يكن جزءاً من عبارة النص العام ، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادئ العامة للشريعة : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية ، كما في النصوص التي جاءت بتكاليف دون تخصيص ، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف ، أما فاقدوا الأهلية كالجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقاً لمبادئ الشريعة العامة ، فكانت هذه المبادئ العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشريعة .

النوع الثاني : العرف : وقد يخص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع إلا في ربع دينار » . فقيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث : النص الشرعي : فقد يخص النص العام بنص آخر ، ولكن يشترط أن يكون المخصص في مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته أو أن يكون أعلانه ، وينبغي على ذلك أن نصوص القرآن يخص بعضها بعضاً وأن نصوص السنة يخص بعضها بعضاً ، إذا كانت كلها متواترة ، أو كلها من أخبار الآحاد .

ويخص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة ، ولا يخص بحديث غير متواتر أو مشهور ، ولا يخص حديث متواتر أو مشهور بحديث من أخبار الآحاد ؛ لأن القرآن قطعي ، وفي حكمة الحديث المتواتر أو المشهور ، أما خبر الآحاد فظني .

١٦٣ - **الفهرود من التخصيص** : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام ، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر ، والقاعدة أنه لا يبين النص إلا ما كان في درجته أو أعلى منه ، ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

١٦٤ - **اللفظ الخاص** : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد ، أو واحد بالنوع مثل رجل ، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم وورط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ ، التي تدل على عدد من الأفراد ، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ - **حكم اللفظ الخاص** : إذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذي وضع له ، مثل قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا تحتل الثمانون أو العشرة نقصاً أو زيادة .

لكن إذا قام دليل يقتضي تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل ، كما تأولوا لفظ الشاة في قوله صلى الله عليه وسلم : « في كل أربعين شاة شاة » فظاهر الحديث أنه لا يجزئ في زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها ، ولا تجزئ قيمتها ، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة في التضمين تقتضي تأويل هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره ؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء ، وهي تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة ، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أرما يعاد قيمتها ، وعلى هذا الوجه تأولوا

إطعام المساكين العشرة ، قرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات ، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

١٦٦ - **ما روت اللفظ الخاص** : للفظ الخاص حالات متعددة فقد يرد مطلقا ، وقد يرد مقيدا ، وقد يأتي في صيغة الطلب أى الأمر ، وقد يأتي في صيغة النهي .

١٦٧ - **الطلق والقبر** : المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثل مصرى . والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظا بقيد ما ، مثل مصرى مسلم .

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه إلا إذا قام دليل على تقييده ، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه ، كقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد ، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يقات والد بولده » فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر ، فإن كان الحكم الوارد فىهما متحدا ، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا ، حمل المطلق على المقيد ، وكان المراد من المطلق هو المقيد ؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه ، ومثل ذلك قوله تعالى فى سورة المائدة : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق وقوله تعالى فى سورة الأنعام : ﴿ قل لا أجد نيا أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد ، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم ، والسبب متحد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النصان فى الحكم أو السبب فلا يحمل المطلق على المقيد ، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها ؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو

علة الإطلاق والتقييد ، مثل قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقوله : ﴿ والذين يظاهرون من نساءهم ثم يهتدون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يمتسا ﴾ فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف ؛ لأنه في الأولى القتل ، وفي الثانية المظاهرة ، فاختلف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان أى بأن يكون صاحبها مؤمناً تشديداً للعقوبة ، ولم تقيّد الرقبة بشيء في حالة المظاهرة ؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيمكن فيها بعقوبة أية رقبة .

١٦٨ - صيغة الأمر : إذا ورد اللفظ الخاص في صيغة الأمر أو في صيغة الخبر التي تعنى الأمر فإن اللفظ يقيّد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو الخبر عنه ، كقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله : ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ فالأول يوجب قطع يد السارق ، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء .
ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب أخذ بما تدل عليه هذه القرينة ، كقوله تعالى : ﴿ كلوا واشربوا ﴾ فإنه للإباحة وقوله : ﴿ إذا تدابنتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فإنه للندب ، وكالتهديد في قوله : ﴿ اعملوا ما شئتم ﴾ وكالتعجيز في قوله : ﴿ فاتوا بسورة من مثله ﴾ وغير ذلك مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن ، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٨ م - صيغة النهى : إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التي في معنى النهى ، أفاد التحريم أى طلب السكف عن فعل المنهى عنه على وجه الإلزام ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إبلاق ﴾ وقوله : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ﴾ .

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى آخر أخذ بالمعنى الذى دل عليه القرينة ، مثل قوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُرِغْ قُلُوبَنَا ﴾ فهو للدعاء وقوله ﴿ لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤا ﴾ فهو للكرهية .

الفرع الثاني

في القواعد التشرية التي تراعى عند التفسير

١٦٩ - ماهية القواعد التشرية: وضع علماء الأصول بعض القواعد التشرية التي يجب الإلتزام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشرية وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التي جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام، ومن المبادئ العامة للتشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من التشريعة أن يحقق مقاصد عامة، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا، فإذا راعى القاضى أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح.

١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى: لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة، ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والمبانيات على المعانى قد تختلف أكثر من وجه، والذي يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع. وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها، فيجب إذن على كل باحث في التشريع الإسلامى أن يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع، وأن يعرف الوقائع التي نزلت من أجلها نصوص القرآن، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص. وأسباب النزول والورود مبينة في كتب التفسير والسنة، وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد: —

١٧١ - المقصد الأول: وهو حفظ كل ضرورى للناس في حياتهم

والأمر الضروري هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم ،
وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء (١) الدين (٢) النفس (٣) العقل
(٤) النسل (٥) المال . وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات
الحسن أحكاما تكفل بإيجاده وإقامته ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته ، فكل
حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضروري .

١٧٢ - الفصل الثاني : توفير ما هو حاجي للناس : والأمر الحاجي هو
ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة ، وإذا فقد
لا يختل نظام حياتهم ولا تنعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة ، فالأمور
الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف ، ويسير
طرق التعامل .

١٧٣ - الفصل الثالث : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة .
والأمر التحسيني هو ما تقتضيه المروءة والآداب ومسير الأمور على أحسن مناهج ،
وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضروري ، ولا ينالهم حرج
كما إذا فقد الأمر الحاجي ، ولكن تسكون حالهم مستنكرة في تقدير العقول
الراجحة والفطر السليمة .

والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات
وكل ما يقصد به سير الناس في حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ - ترتيب المقاصد العامة من التشريع : الضروريات هي أهم المقاصد
إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى ، وتليها في الأهمية
الحاجيات ؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة في الحرج والعسر وتحسينهم
المشقات . وتليها التحسينية ، وبقدها لا يترتب عليه تقويض النظام . ولا اختلال
الأمن ، ولا وقوع الناس في الحرج ، وإنما يترتب على فقدها الخروج على ما تستحسنه

العقول ، والبعد عن الكمال الإنساني . ومن ثم كانت الأحكام التي شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة ، ثم تليها التي شرعت لتوفير الحاجيات وهكذا ومن المقرر أنه لا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحكم حاجي ، ولا يراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري ، ولذا أبيع كشف العورة إذا اتعضى هذا علاج أو جراحة ؛ لأن ستر العورة أمر تحسيني ، والعلاج أمر ضروري ، وأبيع تناول النجس للتداوى وفي حالة الضرورة ؛ لأن المنع من النجاسات تحسيني . والتداوى ودفع الضرورة أمر ضروري .

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك ، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات ، ورفع الشقة والخرج أمر تحسيني ، فلا يراعى التحسيني إذا مس الضروري .

والأحكام الضرورية لا يعموز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدي إلى الإخلال بضروري أكثر أهمية ، فالجهاد واجب لحفظ الدين ؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل . وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك في إتلاف مال النير ، كان للإنسان أن يني نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال .

١٧٥ - حقوق الجماعة وحقوق الأفراد : أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن ، بعضها حق خالص لله ، أو حق الله فيه غالب . وبعضها حق خالص للمكلف ، أو حق المكلف غالب فيه .

رحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة ، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها ، وقد جعلوه حقاً لله ؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين ، وليس للأفراد حكماً أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها ؛ لأن المقصود بها إقامة الدين ، والدين في التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام ، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة ، أى : من حقوق الجماعة ، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة ، كالزنا والسرقه والحراية ، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها . وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها ، كحد القذف ؛ لأن الجريمة تمس الأعراس ، فن العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كأن فى عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا ؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف ، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف . ولما كانت الجريمة تمس الأعراس ، وتؤدى إلى التناز والتعاضد ، وأشويه السمعة ، وتلويث الأمهات والأولاد ، والتشكيك فى نظام الأسرة ، جعل الحد حقا لله ، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فاليس المقذوف أن يتنازل أو يعفو ، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها ، مثل القتل ، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها ، ويمس الأفراد مساسا مباشرا ، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد ، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة اللدية ، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة^(١) .

والأفعال التى تمس حقوق الأفراد الخالصة هى التى تمس حقوقا ترك للأفراد أن يتوفوها أو يتركوها ، كتحصيل الدين ، وحبس العين المرهونة ، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى .

ومع أن الفقهاء يقسمون المخفوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق ، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها ؛ لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليقتل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره ، ويحتملوا نواهيه ، ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجبة ، وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد ففي ذلك كثير من التجاوز ، ولا يعتبر هذا القول صحيحاً على إطلاقه ، وإنما يصح على تغليب حق العبد في الأمور الشخصية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلاً أو آجلاً ؛ لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد .

١٧٦ - الاجتهاد في الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى ، من دليل تفصيلى ، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام .

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب تطبيقه بحالته ؛ لأنه قطعى الورود ، أى : لا شك في وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث ؛ ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث ، ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ فلا مجال للاجتهاد في معاقبة الزانى بالجلد ، ولا في عدد الجلدات ، وكذلك للاجتهاد في كل العقوبات المقررة ، ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورود أو الدلالة فهو محل للاجتهاد وللعجتهاد أن يبحث في الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا ، ومن حيث دلالاته على معناه .
ومجال الاجتهاد واسع فيما لانص فيه فالجتهاد يبحث الواقعة التى لانص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصحاب ،

أو العرف ، أو المصالح المرسله ، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية ، وفي الإجراءات الجنائية ، ولكنه غير ممكن في تقرير الجرائم والعقوبات ؛ لأن الجرائم والعقوبات لا بد فيها من النص الصريح ، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا .

١٧٧ - كلمة ضامية عن قواعد التفسير : هذه هي القواعد العامة للقوية والنشرية التي وضعها الفقهاء للاعتدائها بها في تفسير النصوص ، على القاضى أن يستعين بها في تفهم النصوص ، ومعرفة مرادها ، وما يدخل تحتها ، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ، ومدى سلطته في تفسير النص أو إعماله ، أو إبطاله . وإذا كان للقاضى المدني أن يطبق هذه القواعد بتوسع . وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه ، إلا أن القاضى الجنائى مقيد بأن يحرص اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه ، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما يفرق منها انطلق الفاضل ، وليس للقاضى الجنائى أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات ، وعليه أن يراعى في كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين : أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » . وثانيهما : قوله : « إن الإمام أن يعطى في العفو خير من أن يخطى في العقوبة » وستتكام عن هذين المبدأين فيما يلي :

١٧٨ - المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة في الشريعة أن الحدود تندرج بالشبهات ، والحدود هي العقوبات المقدرة ، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود ، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدوداً ؛ لأنها عقوبات غير مقدرة^(١)

(١) راجع الفقرات ٥٦ ، ١٠٣ ، ٤١٠ .

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادروا الحدود بالشبهات » فعلى هذا الحديث، الذي تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة . وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات .

وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه . وليس في الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون فإنهم يرون أن الحد لا يجعل درؤه بالشبهة ، ولا يسلمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة^(١)

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة ، من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفاً بالزنا للرسول قال عليه السلام : « لعلك قبلت ، لعلك نسيت ، لعلك غمرت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا . وحيء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : « أسرقت ما إخاله سرق ؟ » ولما جاءت الغامدية مقررة بالزنا ، قال لها نحواً من ذلك . فهذه جرائم من جرائم الحدود كان الدليل الوحيد فيها على الجرمية هو الإقرار ، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره ، ولو لم يكن للعقول أثره في درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر . أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد في القضية ، والعدول عن الإقرار شبهة في عدم صحة الإقرار ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه قال لها : لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك ؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه ؟ وما كان على يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصدته الرسول عليه السلام .

ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء . أنه نستحب للقاضي أن يعرض للمقر

(١) نرحب فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩ .

بالرجوع عن الإقرار إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار^(١) .

١٧٩ -- تعريف الشبهة : الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت^(٢) أو هي وجود المبيح صورة مع العدم حكمه أو حقيقته^(٣) ، ومن الأمثلة على الشبهة : (١) شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد ؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية ؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصاً للغير وإنما أخذه متلباً بماله (٢) وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه ، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة ، ويستحق عقوبة القطع ، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد ، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » . (٣) وشبهة الملك في النواط بالزوجة ، فإتيان الزوج زوجته في دبرها محرم ، ويعتبره الفقهاء زنا ، ولكنهم يدرءون الحد عنه ؛ لأن الزواج يجعل الزوجة في ملك الزوج ، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة في أن له أن يلوط بها وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد .

ومن الأمثلة على الشبهة : شبهة عدم الثبوت ، فمن أقر بارتكاب جريمة من جرائم الحدود ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار ، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة في عدم الثبوت ؛ لاحتقال أن يكون إقراره غير صحيح ، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد . ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات ، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

(٢) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام ، فيشمل ثبوت

الفعل وثبوت المسبب . شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢٠ .

(٣) المفنى الجزء العاشر ص ١٠٢ .

الآخر شبهة ، والأشلة على ذلك كثيرة :

فن وجد امرأة في فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته درى عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١) ؛ لأنهم يرون في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه في أنه ظنها امرأته . أما أبو حنيفة^(٢) فلا يرى في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة ، لأنه قد يتم على الفراش غير الزوجة من أقاربها أو زائراتها .

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبي حنيفة ، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد ، وبخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد^(٣) ، ويريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد ما دام الجاني علناً بالتحريم^(٤) . وكل نكاح أجمع على بطلانه كتنكاح الخامسة ، أو المتزوجة ، أو المعتدة ، أو المطلقة ثلاثاً ، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد ، ولو كان الجاني علناً بالتحريم ؛ لأن العقد في رأى أبي حنيفة شبهة ، والشبهة تدرأ الحد^(٥) . ولا يرى مالك والشافعي وأحمد درء الحد في هذه الحالات ؛ لأنهم لا يعتبرون العقد شبهة^(٦) .

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد ، وبخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد ، حيث يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد^(٧) .

-
- (١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ - شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٨ - المنى الجزء العاشر ص ١٥٥ .
 (٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .
 (٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .
 (٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ - المنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .
 (٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣ ، ١٤٨ ، ١٤٩ .
 (٦) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٠ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ المنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .
 (٧) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد ؛ لأنه عقد لا يتباح به المرأة . وحجة أبي حنيفة أن العقد عقد منفعة ؛ وأن الزاني يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة^(١) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد في سرقة ما هو مباح الأصل ، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده ؛ لأن كليهما في أصله مال مباح ، وفيه شركة عامة « والإباحة الأصلية تورث شبهة في بقاء المال مباحاً بعد إحرازه ، والشركة العامة تورث شبهة في بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال^(٢) . أما مالك والشافعي وأحمد فلا يدرسون الحد ؛ لأنهم لا يرون شبهة في كون المال مباح الأصل^(٣) .

ويعمل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرأ الحد عن سارقه ، ويرتب على ذلك أن لا قطع في التراب والطين والجص والتبن وأشباهاها ، ولا قطع في التبن والحشيش والقصب والمطبخ وأشباهاها ، وحتته أن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ، ولا يرضون بها لعدم عزتها ، وقلة خطرهما ، ويعدون الضن بها من باب الخساسة ، ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه ، ولكنه يسلّم بأن الشيء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه النشاب ، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً في سرقة . ويخالف أبو يوسف وأبا حنيفة ، ويروى أن الحد لا يدرأ إلا في سرقة التراب والسرجين ، ولا يدرأ فيما عداهما مادام المروق مالا متقوماً ، ودليل القوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء في المال . ويخالف مالك والشافعي وأحمد مذهب أبي حنيفة ولا يرون شبهة في تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب^(٤) .

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٣٧ .

(٣) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٦٥ - أسنى المظالم الجزء الرابع ص ١٤٩ - المفنى

الجزء العاشر ص ٢٤٧ .

(٤) المراجع المذكورة في رقمي ٢ ، ٣ وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧ ، ٦٨ .

ويدراً أبو حنيفة الحد في سرقة ما يتسارع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبه ، وبخالفه في ذلك أبو يوسف ، وبأخذ برأى مالك والشافعي وأحمد ، وهم لا يرون شبهة في كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد^(١).

ولا يرى أبو حنيفة القطع في سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريمه^(٢) ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع في سرقة باب المسجد ، لأنه محرز ولا شبهة في عدم تحريمه^(٣).

١٨٠ — أنواع الشبهة : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة ، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتمرضه للشبه واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .

وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة في المحل ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة ، أو إتيان الزوجة في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهي حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر ، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل بمحل الفعل أو بحرمته ؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتلطف الفاعل شرعاً عليه .

٢ — شبهة في الفاعل ، كمن يبطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ، ثم تبين

(١) المراجع السابقة .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع من ٢٣٠ .

(٣) شرح الزرقاني نلمن من ٩٩ — أسنى المطالب الجزء الرابع من ١٤٠ — المنى الجزء

أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده ، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً ، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها حرء الحد ، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ - شبهة في الجهة ، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمة وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة ، ويدراً فيه الحد ، فمثلاً يميز أبو حنيفة للفكاح بلاولى ، ويميز مالك الفكاح بلاشهود ، ويميز ابن عباس نكاح المتعة ، ومن ثم فلا يعتبر الوطء في هذه الأنكحة المختلف عليها زناً يحد عليه ، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بجرمة الفعل ؛ لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة^(١) .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الأول : الشبهة في الفعل^(٢) ، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشبهه عليه . وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعي يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلاً ، كمن بطأ زوجته المطلقة ثلاثاً في عدتها^(٣) .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلاً ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل نائباً فلا شبهة أصلاً .

الثاني : الشبهة في الحل ، ويسمونها الشبهة الحكيه أو شبهة المالك ، ويشترط

(١) أسقى المطالب ج ١ ص ١٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ . ١٤١ .

(٣) يخصص الحنفيون شبهة الفعل في ثمانية مواضع في جريمة الزنا ، أحدها إتيان المطلقة ثلاثاً أثناء العدة ، والأئمة الثلاثة بخالفون الحنفيين ، ولا يرون شبهة في هذه المواضع ، ومن ثم فهم لا يترقبون بشبهة الفعل في جريمة الزنا .

في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « أنت ومالك لأبيك » فالنص الثاني يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذي يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع ؛ لأن النص الثاني يجعل المولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكماً ، فالشبهة في المحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق ، أو يعتقد أنه لا يسرق ؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل^(١) .

ويضيف أبو حنيفة نوعاً ثالثاً من الشبهات ، وهو شبهة العقد ، فعنده أن الشبهة تثبت بالهتد ولو كان العقد متفقاً على تحريره وكان الجاني عالماً بالتحريم ، ولكن أصحابه وبقا الأئمة الأربعة يخالفونه في هذا ، ولا يرون العقد شبهة إلا إذا كان الجاني يظن الحل ويعتقده .

وعلى هذا تكون الشبهة على رأى أبي حنيفة على ثلاثة أنواع : شبهة الفعل وشبهة المحل ، وشبهة العقد .

١٨١ - ما يترتب على درء المهور بالشبهات : تختلف النتائج التي تترتب

على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، ففي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه ، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .

ويبرأ المتهم من الجنابة المنسوبة إليه في ثلاث حالات : الأولى : إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة ؛ فن زفت إليه غير زوجته ، فأناها على اعتقاد أنها زوجته ، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد ، ولا بعقوبة تعزيرية ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ .

وإنما يحكم ببراءته ؛ لانعدام القصد الجنائي لديه ، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية مالاله وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حداً ولا تعزيراً ؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة ، وهو كون المال مال الغير .

الثانية : أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للتهم ، فمن تزوج بلا شهود او بلا ولي ، أو تزوج زواج منته ، لا يعاقب حداً ولا تعزيراً باعتباره زانياً ؛ لأن العلماء اختلفوا في هذه الأنكحة فأحلها بعضهم ، وحرّمها البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال ، ومن ثم تجب تبرئة التهم من الجناية المنسوبة إليه . الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة ، فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرًا ، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر ، جرى الخلد لشبهة صدق الشاهدين في عدولهما ، وجرى التهم بما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يمين ويفيق أنه ارتد أو سرق ، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، جرى عنه الحد ؛ لشبهة عدم التكليف ، وجرى مما نسب إليه .

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث فإن تعليق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدي في الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بأخذ أيما كان مصدر الشبهة ، فالأب يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » ولكنه يعزر ؛ لأن الدرء كان لشبهة حكومية أي شبهة في المحل ، ومن بات زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد لشبهة في المحل ، ولكنه يعزر ، ومن يتزوج محرماً أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد عند أبي حنيفة ، ولكنه يعزر . ومن سرق مالا تافهاً كالتراب ، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده ، يدرأ عنه الحد السرقة عند أبي حنيفة ؛ لشبهة التافهة والإباحة . ولكنه يعزر . ومن يسرق باب فوجد يدرأ عنه الحد في رأي أبي حنيفة لشبهة عدم الخطر ، ولكنه يعزر . وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلاً ، واشتبه فيما إذا نزل بلغ الختم أم لم يبع ، جرى عنه

الحد ، وعزز على ما نسب إليه ، ومن يقر على نفسه بجرمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره ، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد ، ولكنه يعزز بدلا من عقوبة الحد . والفرق بين عدول المقر عن الإقرار ، وعدول الشهود عن الشهادة أن المتهم يعزز عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم . وأساس هذا الفرق أن الإنسان لا يهتم نفسه عادة بجرمة لم يرتكبها ، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله ؛ على أنه إذا تبين أن الإقرار كان نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجبا ، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل ؛ لحديث ابن عمر : « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب في إقراره ، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة ، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه جانب الصدق ، فيصلح دليلا يعزز به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد ، والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية ، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة .

١٨٢ - هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير ؟ -

الأصل في قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود ، لكن ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعازير ؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم في حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما في جريمة من جرائم الحدود وجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير في الحالات الثلاث التي يؤدي تطبيقها إلى البراءة في جرائم الحدود ، ولا تطبق في حالات استبدال الحد بعقوبة تعزيرية ؛ لأن جرائم التعازير عقوبتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره ، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهي مقدرة وبالغة في الشدة والردع ، وليس للقاضى أن

يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا في حالة درء الحد للشبهة .

١٨٣ — البراءة الثاني تفضيل الخطأ في العفو : من المبادئ العامة المقررة

في الشريعة أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة ، وأصل هذا المبدأ قول الرسول عليه السلام : « إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة » ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجاني ارتكب الجريمة ، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة ، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة ، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجاني ، وجب العفو عن الجاني أي : الحكم ببراءته ؛ لأن براءة المحرم في حال الشك خير للجماعة . وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم ، فهو ينطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو على الأقل في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد لتبرئة الجاني .

١٨٤ — القانون والشريعة : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة

الشريعة في التفسير ، وإذا كانت القوانين تحيل إلى تقييد سلطة القاضي في تفسير النصوص الجنائية ، إلا أن المحاكم أجمعت تحت تأثير الضرورات العملية ، والرغبة في حماية المصالح العامة ، إلى التوسع في تفسير النصوص الجنائية ، من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضروري في السرقة ؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضرب السرقة ، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق ، وكذلك اعتبرت المحاكم الكهرياء منقولاً ؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة ، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى ، والقاعدة التي تنبئها المحاكم بحبها أكثر الشراح ، وهي عين الطريقة التي تأخذ بها الشريعة الإسلامية .

والقاعدة في القانون أن يفسر كل شك لصالح المتهم ، وتطبيق هذه القاعدة

قد يؤدي إلى تخفيف عقوبة نجاني ، وقد يؤدي إلى تبرئة المتهم ، فمثلا إذا شكك المحكمة في توفر ركن الإكراه في السرقة بالإكراه ، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم ، واعتبرت الواقعة سرقة عادية ، وعوقب عليها بمقوِّبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وإذا شكك المحكمة في ثبوت الجريمة ، أو في توفر ركن من أركانها ، حكم ببراءة المتهم ، ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم في القانون ، يقابل في الشريعة درء الحد بالشبهات ، وتفضيل الخطأ في العفو ويؤدي إلى نفس نتائج هذين المبدأين^(١).

المبحث الرابع

في تعارض الأحكام (أي النصوص) ونسخها

١٨٥ - التعارض : إذا تعارض نصان في قوة واحدة : كآيتين ، أو آية وسنة متواترة ، أو سنتين متواترتين ، أو حديثين مشهورين ، أو خبرين من أخبار الأحاد ، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح ، والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن ، وإما من ناحية السند ، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة ، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا ، ويرجح المحكم على المفسر ، والمفسر على النص وهكذا ، ويرجح العام على الخاص . ومن جهة السند يرجح الخبر الذي رواه من أهل الثقة والأمانة على غيرهم .

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر ، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق ، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة ، وتخصيص

(١) القانون الجنائي لدى بدوي ص ١٠٦-١٠٧ ... شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١١٠-١١٥

الآخر بحالة أخرى ، أو يجعل أحد النصين مبيّنا للحكم الدينوي ، والثاني مبيناً للحكم الأخروي ، أو يجعل أحدهما حقيقياً ، والثاني مجازياً أو بغير ذلك .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، ولم يتم دليل على رجحان أحدهما على الآخر ، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما ، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما سرّية ، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد .

ويراعى دائماً في حالة الترجيح، والجمع ، والتوفيق ، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ، ثم تكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة .

١٨٦ - النسخ - هو إبطال حكم تشريعي بدليل يدل عليه صراحة أو ضمناً بإطلاق كلياً أو جزئياً لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع بنص صراحة على إبطال تشريع سابق ، ومثال ذلك ما حدث في تشريع الزنا ، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس في البيوت والإيذاء ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وانلأى يأتين الفاحشة من نسائك فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلاً ، والاذان يأتينها منكم فآذوهن ، فإن تابوا وأسنحا فأعرضوا عنها ، إن الله كان تواباً رحيماً ﴾ ثم نسخ ذلك صراحة بقوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ؛ البكر بالبكر جرد مائة وتعزيب عام ، والثيب بالثيب جرد مائة ورجم بالحجارة » . ومن النسخ الضمني أيضاً قول الرسول عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، فافزروا » ، فإنتها تذكريكم الحياة الآخرة » .

والنسخ الضمني هو أن يصدر الشارع تشريعاً لاحقاً . يفسخ به التشريع السابق .

على إبطال التشريع السابق ، ولكنه يأتي في التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق ، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما ، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا .

والنسخ الكلي هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين .

والنسخ الجزئي هو أن يجرى التشريع عاما شاملا كل فرد مكلف ، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد ، ومثال ذلك حكم القذف فقد كان عاما ثم نسخ بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

١٨٧ - محل النسخ : محل النسخ هو الأحكام التشريعية ، وليست

نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ ، بمعنى أن ما ورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق ، فهناك نصوص محكمة لا تقبل النسخ بحال وهي :

أولا - النصوص التي تضمنت أحكاما أساسية كالتصوص التي أوجبت الإيمان بالله ورسوله وكتبه واليوم الآخر ، والنصوص التي جاءت بأصول العقائد والمبادئ ، والنصوص التي قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات ، والنصوص التي حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق ، والزنا ، والسرقه ، والفساد في الأرض ، والظلم ، وغير ذلك .

ثانيا : - النصوص التي جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى في فاذق المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ثالثا : النصوص التي دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿ فإما ثمود فأهلكوا بالطاغية ﴾ وكقول الرسول « نصرت بالربح مسيرة شهر » : لأن نسخ الخبر تكذيب للخبر به ، والكذب محال على الشارع . هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محالة ، أما ما عددها من النصوص فهو يقبل النسخ .

١٨٨ - متى ظهر النسخ ؟ وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله ، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة ، ينطبق على العهد الذي كان التشريع ينزل فيه ، وهو ينتهي بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ ، ولا هي محل له ، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحي ووفاة الرسول .

١٨٩ - أي النصوص تنسخ الأخرى ؟ : القاعدة العامة في الشريعة أن النص لا ينسخه إلا نص في قوته أو أقوى منه ، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصاً أقوى منه . والنصوص في الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس ، وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات ، والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة ، فهما اللذان جاء بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة ، أما بقية المصادر فهي لا تأتي بأسس شرعية جديدة ، ولا تضع أحكاماً عامة جديدة ، وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، فهي لا يمكن أن تأتي بما يخالف القرآن والسنة ؛ لأنها تستمد منهما وتسنند على نصوصهما ، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح التي يصدرها أولو الأمر ، فالإجماع أساسه اتفاق المجتهدين على حكم شرعي متفق مع نصوص القرآن والسنة ، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة العامة وروحها . والقياس أساسه إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة ، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة ، وتجب طاعتها كلها كانت صادرة على هذا الأساس ، وإلا فلا طاعة لها ولا لمن أصدرها .

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها ، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة ، أما بقية المصادر فهي تابعة للقرآن والسنة ، وتقوم على نصوصهما ، فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لها ،

ولا يمكن عقلاً أن يكون الفرع مساوياً للأصل ولا أقوى منه، وإذن فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس^(١) أو قانون أو لائحة .
أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضاً ، وقد تنسخها السنة المتواترة ؛ لأنها كلها قطعية وفي قوة واحدة .

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضاً ؛ لأنها في قوة واحدة ، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة ؛ لأنها أقوى منها .

ولكن لا ينسخ نص قرآني أو سنة متواترة بسنة غير متواترة ؛ لأن الأقدم لا ينسخ بما هو أقل منه قوة .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ بوفاته انقطع الرحي ، وانقطع ورود النصوص ، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة ؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً، وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصها العام ، وبين مقيدتها المطلق ؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التي انتهت إليها .

١٩٠ - حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن

يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة ؛ لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة . فلا إجماع بلا مستند شرعي^(٢) وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستنداً إلى القرآن والسنة ، فلا يتصور أن يكون مخالفاً لها ، إلا إذا كان إجماعاً ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين ، وهذا ليس إجماعاً شرعياً ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ، وكل ما يأتي عن طريقه باطل بطلاناً مطلقاً .

ومن السبب أن يكون هناك قياس مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت

(١) المستحسن للقرآن ج ١ ص ١٢٠ - فواع الرحموت في شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٨٤

(٢) فواع الرحموت في شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣٨ .

شروط القياس ؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالا نص فيه بما فيه نص ؛ لا اشتراكهما في علة الحكم ، فالحكم الذى يبنى عن طريق القياس هو دائما حكم من أحكام القرآن أو السنة ، فإذا فرض أن قياسا ما ، جاء بحكم يخالف للقرآن أو السنة ، فهو قياس باطل بطلانا مطلقا ؛ لأن من الشروط الأساسية في الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شئ ، فلا يخرج عليها ، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وروح التشريع^(١)

المبحث الخامس

في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة ، أو متشعبة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، وجبت الطاعة لها ، وحقت العقوبة على من خالفها ، أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة ، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلانا مطلقا ، وليس لأحد أن يطيعها ، بل على كل مسلم أن يحاربها - وسنبين فيما على أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطون في الشريعة : أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهي لم تبنى عبثا ، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس ؛ ليطيعوه ويسلموا بما جاء به ، فمن عمل بما جاء به الرسول فصله صحيح ؛ لأنه وافق أمر الشارع ، ومن خالف فقد بطل عمله ؛ لخالفته أمر الشارع ، والله تعالى يقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ . [النساء : ٦٤]

(١) راجع الفقرات ١١٥ ، ١٣٥ ، ١٦٩ - ١٧٥ .

ويقول : ﴿ وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ . [الحشر : ٧]
 ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ : [النساء : ٥٩] .
 وتطبيق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات ، والحكام والمحكومين
 وتصرفات هؤلاء وهؤلاء ، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة
 أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح ، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو
 مبادئها العامة أو روحها التشريعية فهو باطل بطلاناً أصلياً ، ولا يترتب عليه أى
 أثر ، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل
 بطلاناً مطلقاً ، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة ، وكل
 تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً . فالعمل إيمان
 يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح ، وإما أن يكون مخالفاً لها فهو باطل ، وهذا
 هو رأى جمهور الفقهاء .

والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة ،
 فمقدمهم أن القوانين واللاوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاناً مطلقاً لكنهم
 يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد ، أى فى العقود والتصرفات ، فيرون أنها تكون
 صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة ، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاناً
 مطلقاً إذا كان الخلل فى أصل العقد أو التصرف ، أى : فى ركن من أركانه ، أما إذا
 كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد أو التصرف ، أى : فى شرط خارج عن ماهيته
 وأركانه ، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلاً . والفرق بين الفاسد والباطل عندهم
 أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً ، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره ^(١) .

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللاوائح والقرارات والأوامر .
 أمكننا أن نقول على وجه القطع إن التشريعات الرضعية على اختلاف أسمائها

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ - المستصحب للقرائى

ج ١ ص ٩٤ - أصول الفقه لمبدى الزهراء خلاف ص ٩٩ - ١٠١ .

تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية ، أو خارجة على مبادئها العامة ، أو مباينة لروح التشريع الإسلامي ، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأى جمهور الفقهاء ، وأساسه طبقاً لرأى أبي حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما عيى صالح الجماعة ونظامها العام ، أو يمس حقوق الله طبقاً لتعبيرهم ، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلاناً مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية ، فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٩٣ - الأدلة على بطوره التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة :-

بيننا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية ، وصنبن الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن ، ونصوص السنة ، وإلى الإجماع ، وهي مصادر القانون الجنائي في الشريعة الإسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة في إبطال كل ما يخالف الشريعة ، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل ما يخالفها ، ومنعقد فيما يلي الأدلة على ذلك :-

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع ما يخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانوناً ، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، محرماً تحريمًا قاطعاً على المسلمين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ما جاء به الرسول ، وإما اتباع الهوى ، فكل ما لم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدي القوم الظالمين ﴾ [سورة القصص : ٥٠] .

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لا ثالث لهما : أولهما : الحق ، وهو الوحي الذي أنزل على رسوله ، وثانيهما : الهوى ، وهو كل ما خالف الوحي ، فقال جل شأنه : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض ، فأحكمت بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ [سورة ص : ٢٧]

وقال تعالى موجهاً الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ؛ إنهم لن يفتنواك من الله شيئاً ، وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولي المتقين ﴾ [الجمعة : ١٨ ، ١٩]

فضم الأمر بين الشريعة التي جعل رسولها عليهما ، وأوحى إليهما العمل بها ، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها ، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، وأمر بالأول ونهى عن الثاني .

وقال جل شأنه : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ، ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلاً ما تذكرون ﴾ [الأعراف : ٣] فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة ، ونهى عن اتباع ما يخالفه ، وبين أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله^(١) .

وهكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمناً ، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ، ونهتنبها جازماً عن العمل بغير الشريعة ، واعتبرت العامل بغير الشريعة متبعاً هواه متقادماً على الضلال ، مضلاً لغيره ظالماً لنفسه ولغيره ، كافراً بما أنزل الله . متخذاً لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله ، أو يحاكم إلى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه . واعتبر الرضاء بغير حكمه ضلالاً بعيداً ، واتباعاً للشيطان ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ألم تر إلى الذين

(١) أعلام المولىين ج ١ ص ٥٣ .

يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك ، وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكروا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً [النساء : ٦٠] .

فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه . والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله . أو يسبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيمونه فيما لا يطلون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ، ولا أن يقبل حكماً غير حكمه (١) .

٣ - إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله ، ومن تغير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلاً ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله ، ونهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن (٢) .

٤ - إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأي ، كما حرم عليهم أن يرضوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقلموا بين يدي الله ورسوله ، واتقوا الله إن الله سميع عليم ﴾ [الحجرات : ١] أى لا تقولوا حتى يقول ، ولا تأمروا حتى يأمر ، ولا تفتوا حتى يفتى ، ولا تعطوا أمراً حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ، ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم

(١) أعلام المؤمنين ج ١ ص ٥٦ .

(٢) نفس المربع ص ٥٧ .

لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون ﴿ [الحجرات : ٤] فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سبباً لحبوط أعمالهم ، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواتهم وسياساتهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه ، أليس هذا أولى أن يكون محبطاً لأعمالهم ؟

وقال جل شأنه : ﴿ إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ، وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنه ﴾ [النور : ٦٢] فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه ، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان أن لا يذهبوا إلى قول أو فعل ، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه ، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به ، فإن وافقه فقد أذن ، وإن لم يوافقهم - ثم ذهبوا إلى هذا المخالف - فقد انتفى عنهم الإيمان ، وحبطت أعمالهم ، وخسروا دنياهم وآخرتهم ^(١) .

٥- إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقاً لما أنزل ، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافراً ، وظالماً ، وفاسقاً ، فقال جل شأنه : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وقال : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] وقال : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ [المائدة : ٤٧] ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين ، وتركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا كفاراً وظلمة وفاسقين .

ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المدين أحكاماً غير ما أنزل الله ، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ما قاله الله تعالى كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحمد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر

عليه فهو كافر قطعاً ، ومن لم يحكم به لعله أخرى غير الجحود والشكران فهو ظالم
 إن كان في حكمه مضيقاً لخلق ، أو تاركاً للعدل ، أو مساواة ، وإلا فهو فاسق^(١)
 ٦ - وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله ، أو يقبل حكماً غير
 حكمه ، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه ،
 وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى ، فإن ذلك هو الكفر
 المبرقع والفتاق السافر ، وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق ، وأن
 يعرض عن الداعين إليه ؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يفتاق مع التوفيق
 بين ما جاء به الرسول وبين ما يخالفه ، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب
 الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة ، وحقيقة ، وعقيدة ،
 وسياسة ، ورأى ، حتى يكون الحكم خالصاً لما جاء من عند الله . وحتى تكون
 كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله الفلى ، وكلمة الله هي العليا^(٢) .

ذلك هو حكم الله ، نزل في الصادقين عن سبيل الله ، الداعين إلى التوفيق
 بين ما جاء من عند الله وما يخالفه ، وذلك هو قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُم تَعَالَوْا
 إِلَىٰ مَا أَنزَلَ اللَّهُ وَإِلَىٰ الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُونَ عَنكَ صُدُوعًا ، فَكَيْفَ إِذَا
 أَصَابَتْهُم مُّصِيبَةٌ بِمَا قَدَّمْت أَيْدِيهِمْ ثُمَّ جَاءُوكَ يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا إِحْسَانًا
 وَتُوفِيقًا . أُولَٰئِكَ الَّذِينَ يَعْلَمُ اللَّهُ مَنَافِقَ قُلُوبِهِمْ فَأَعْرَضَ عَنْهُمْ وَعَظَّمَ وُقُولَهُمْ فِي
 أَنفُسِهِمْ قَوْلًا بَلِيغًا ﴾ [النساء : ٦١ - ٦٣] .

٧ - إن الله نهى الإيمان عن العباد ، وأقسم بنفسه على ذلك ، حتى يحكموا
 الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والخفي ، ولم يكف في
 إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم الجرد ، بل اشترط لاعتبارهم مؤمنين أن يفتقروا
 عن صدورهم المخرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه ، وأن يسلوا تسليماً ،

(١) تفسير المنار الجزء السادس من ٤٠٥ - روح المعاني للألوسى الجزء السادس

من ١٤٥ - تفسير الطبري ج ٦ من ١١٩ - تفسير القرطبي ج ٦ من ١٥٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ١ من ٥٧ .

ويقتادوا للرسول اقتياداً ، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه
 ظلوم من يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله ، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام
 وأفضلها ، ولوقال الناس إن غيره أصلح منه ؛ لأنه لا يكون مؤمناً إلا إذا أطاع
 طاعة تامة ، واقتاد اقتياداً تاماً كاملاً لما أمر الله ورسوله ، وذلك قوله تعالى :
 ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً
 مما قضيت ويسلووا تسلياً ﴾ [النساء : ٦٥] .

ويستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر
 رسوله فهو خارج عن الإسلام ، سواء رده من جهة الشك فيه ، أو من جهة
 ترك القبول ، أو الامتناع عن التسليم ، وقد حكم الصحابة بارتداد مانس الزكاة ؛
 لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس
 من أهل الإيمان^(١)

٨ - إن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، ولو أمرت به أو أباحت
 السلطة الحاكمة أياً كانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون
 التشريع موافقاً لنصوص الشريعة ، متفقاً مع مبادئها العامة وروحها التشريعية
 فإن استباححت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، وأن تصدر
 قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضمرها موضع التنفيذ ، فإن عملها لا يحمل هذه
 القوانين المحرمة ، ولا يبيح لمس أن يتبها أو يطبقها ، أو يحكم بها ، أو ينفذها ؛
 بل تظل محرمة محرماً قاطعاً على كل مسلم ومسلمة ، ومن واجب الأفراد لامن
 حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ، ومن واجب المواطنين أن يمتنعوا عن تنفيذها ،
 لأن طاعة أولى الأمر لا يجب لهم استقلالاً ، وإنما يجب ضمن طاعة الرسول ، ولا
 يجب لهم مطلقة ، وإنما يجب في حدود ما أمر به الله والرسول ، وذلك قوله تعالى :
 ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً» [النساء : ٥٩] فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله ، وإعادة فصل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتي الكتاب ومثله معه ، وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالاً وإنما هي في ضمن طاعة الرسول ، كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضي أن لا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول في كل ما يصدر عن ولي الأمر ، فأولو الأمر يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة الرسول ، وبعد توفر الطاعة لله ورسوله ، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة^(١).

٩ - إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر ، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله ، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقال : « إنما الطاعة في المعروف » . وقال في ولاية الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة » .

وفي عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمراً فتعاصوا عن تنفيذه ، فجمع حطباً وأشعل ناراً ، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لي وتطيعوا ؟ قالوا : بلى . قال : فإن أمركم أن تدخلوا هذه النار ، فهموا أن يدخلوها فلما بلغ ذلك الرسول قال : « لودخلوها لما خرجوا منها » أي غلبوا في النار في الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأمرهم وظناً منهم أن ذلك واجب عليهم ، ولكن لما قصرُوا في الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تسكون النار جزاءهم لا يخرجون منها . وإذا كان

(١) أعلام الموقنين ج ١ ص ٥١ - تفسير المنار ج ٥ ص ١٨٠ وما بعدها .

هذا حال من قصر في الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يثبت منه ، فكيف يكون حال من أطاع أمراً مخالفاً مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟^(١).

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لا طاعة لأولى الأمر إلا في حدود ما أنزل الله ، فهذا أبو بكر خليفة رسول الله يقول مخاطباً المسلمين بعد مبايعته : أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم . فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فإن عمل في حدود ما أنزل الله وجبت طاعته ، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة ، وهؤلاء قضاة هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لا تجب إلا فيما أمر الله ، وأن لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك^(٢) ولا خلاف بينهم قولاً أو اعتقاداً في أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وأن إبادة المجمع على تمرده كالزنا والكر ، واستباحة إبطال الحدود ، وتعطيل أحكام الشريعة ، وشرع ما لم يأذن به الله . إنما هو كفر وردة ، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين ، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشريعة^(٣) .

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التي بينها ، وإن حتمهم في التشريع قاصر على نوعين من التشريع : الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية . والثاني - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها ومد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة ، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١ - شرح الفردوس ج ٤ ص ٢١٨ - المهذب ج ٢ ص ١٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٣) تفسير النار ج ٦ ص ٣٦٧ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - روح المعاني

للألويس ج ٤ ص ٩٦ وما بعدها .

الشريعة ، ويشترط في هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهي تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادئ الشريعة العامة ، وإذن فهي في حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به إما باعتبارهم خلفاء للرسول أو نواباً عن الجماعة الإسلامية ، فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول ؛ لأنهم خلقوه بقصد تنفيذ ما جاء به ، وإن كانوا نواباً عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به ، وإلا خرجوا على حدود النيابة ، لأن الجماعة لم تصمم حكماً إلا لإقامة الدين ، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية . فأولى الأمر - أيا كان السند الذي يستندون إليه في حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٣ - إن الشريعة الإسلامية هي الدستور الأساسي للمسلمين كما تبين مما سبق ، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ، وكل ما يخالف هذا الدستور فهو باطل ، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء في التشريع ؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليصمد بها في كل زمان وكل مكان ، فتنفيذها ليس محدوداً بزمن ، ولا مقصوراً على أشخاص أو أجيال أو أجناس ، وهي واجبة التطبيق حتى تلتى أو تنسخ ، ولا يمكن أن تلتى أو تنسخ ؛ لأن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية بل وفي القوانين الحديثة أن النصوص لا يبتغى إلا نصوص في مثل قوتها أو أقوى منها ، أي نصوص صادرة من نفس الشارع أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التي أصدرت النصوص المراد نسخها ، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعي على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها ، فالنصوص المنسوخة إذن يجب أن تكون قرآناً أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة ، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحي ، ولا سنة حيث توفي الرسول ،

ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية في درجة القرآن والسنة ؛ أو أن لها من سلطان التشريع ما لله وللرسول ، ولكن الذي يمكن أن يقال وهو الواقع إن أولى الأمر منا لا يملكون حق التشريع ، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم ، فالتشريع من حق الله والرسول ، وقد انتهى عهد وفاة الرسول ، واستمر أمره باقطاع الوحي ، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلمهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذاً لما شرعه الله ورسوله ، ولهم أن ينظروا الجماعة ويوجهوها طبقاً لما شرعه الله ورسوله ، فأنه قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوحاً وأحكاماً أساسية ، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هي ، كما أوجب عليهم أن ينظروا الجماعة ويوجهوها على أساسها ، ولهم في سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين ، والمراسيم واللوائح والقرارات التي تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية ، وإقامة الجماعة على أساسها ولكن ليس لهم بأي حال أن يطلوا التشريعات الأساسية أو يلغوها ؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولا يتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأق بنشبه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا ، قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة القوانين الوضعية ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التي تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين ، أو قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة الدستور الوضعي ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة القوانين الوضعية التي يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه والإكانت باطلة .

ونخلص من هذا كله بأن القوانين واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة ، ولا يمكن أن يتطلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ - إن الدستور المصري ينص على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام ، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسي الذي تقوم عليه الدولة هو الإسلام . وأنه للمصدر الذي تأخذ عنه ، والمرجع الذي تنتهي إليه ، والحاكم الذي نأمر بأمره

وتنتهي بنهيه ، فوجود هذا النص في الدستور المصري ، وهو القانون الأولي بالنسبة لغيره من القوانين التي تسنها هيئاتنا التشريعية يقتضي أن تتعبد بنصوص الشريعة الإسلامية في قوانيننا ، وسياستنا ، وتعليمنا ، وتنظيمنا الداخلي والخارجي ، وفي كل أوجه نشاطنا ، فلا نعمل إلا ما أحلته الشريعة ، ولا نحرّم إلا ما حرّمته ولا نخرج على مبادئ الشريعة وروحها في تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لا نذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، وبطلان القوانين المخالفة لها ، وإنما نذكره فقط لتبين ما يقتضيه ويستوي عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامي أو ينكره ، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية ، والعبارة في هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامي نفسه ، وحكم الدين الإسلامي : أنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة ، وأن الشريعة هي دستورهم وقانونهم الأساسي ، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمي دستوراً أو قانوناً أو لأئمة أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسيات ، التي لا تعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارقة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ — إن نظرية الشريعة الإسلامية في بطلان كل ما يخالف القرآن والسنة أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الأساسية هي نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية ، ولكنها تختلف في تطبيقها ، فأكثر البلاد المتعدنية ترى بطلان كل قانون أو لأئمة أو قرار جاء مخالفاً للدستور ، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسي لهذه البلاد ، ويجب أن لا يصدر قانون أو لأئمة أو قرار على خلافه ، ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة ، وبأغلبية خاصة ، لا تشترط في أي قانون فالهيئة التي شرعت الدستور أعلى من الهيئات التي تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتعدنية فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح

والأوامر ، فإذا جاء القانون مستوفياً شكله القانوني اعتبر صحيحاً ولو كان مخالفاً للدستور ، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتمتبر باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانوني ، وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم في درجة الدستور ، لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد ، أما الهيئة التي تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل^(١) .

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يعيدونها ، فإذا طبقناها مطلقاً أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ؛ لأن الشريعة هي التشريع الأساسي للمسلمين ؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعبادة المشرعين .

وقبل أن نترك هذه النقطة يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثاً ، فمصرها في القوانين الوضعية أقل من قرن ، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثني عشر قرناً ، ويكفي الشريعة غمراً أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما في القوانين ، وأن تكون النظرية التي يهمل لها الناس اليوم ورون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هي نظرية الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية فليس الذنب ذنب الشريعة ، وإنما هو ذنب أهلها الذين لا يعرفون عنها بعض ما يعرفونه عن غيرها .

١٦ - إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانوني لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلاناً مطلقاً من ناحية الموضوع ، وصحة الشكل لا يمكن أن

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٠٨ وما بعدها - القانون الجنائي لعل بدوي ص ١٠٥ .

تؤثر على بطلان الموضوع ؛ لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالاً ، والباطل صحيحاً ، ومن ثم يجب على القاضى أن لا يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانونى .

١٩٤ - مدى بطون ما يخالف الشريعة : قلنا : إن ما يخالف الشريعة من قانون أو لأئحة أو قرار باطل بطلاناً مطلقاً ، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو للأئحة أو القرار ، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها ؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة فلا يمتد البطلان منطقياً لما يوافق الشريعة من النصوص ولأنها أدمجت في قانون واحد أو لأئحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة . وتعتبر النصوص الموافقة للشريعة صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة ، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصراً على النصوص المخالفة للشريعة فإن هذه النصوص لا تعتبر باطلة في كل حالة ، وإنما هي باطلة فقط في الحالات التى تخالف فيها الشريعة ، صحيحة في الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة ، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها ، إذ العلة تدور مع المعنول وجوداً وعدمياً .

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد في بعض الحالات وصحته في بعض الحالات الأخرى جريمة الزنا ، فعقوبتها في الشريعة رجم الزانى المحصن ، وجلد الزانى غير المحصن ، والشريعة هنا هو إدخال الحاشية أو مقدارها في الفرج ، فما كان من ذلك فالأحد هو ، وإنما يؤيد التعزير : فالشروع في الزنا ومقدمات الزنا من غير حد ، وبالاستناد إلى ذلك لا يعاقب عليه بعقوبة الحد - وهى الرجم والجلد - من تمام لايعهس . فبعض الحالات بعقوبة الحد إذا دبرى الحد للشبهة . فبعض الحالات بعقوبة الحد إذا دبرى الحد للشبهة . فبعض الحالات بعقوبة الحد إذا دبرى الحد للشبهة . فبعض الحالات بعقوبة الحد إذا دبرى الحد للشبهة .

أن تطبق عليها نصوص القانون ؛ لأنها تخالف حكم الشريعة ، وتعاقب بمقوبة غير عقوبتي الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة ، أما الجرائم التامة التي درىء فيها الحد ، والجرائم غير التامة ، فالمقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقاً للشريعة . والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية . ولما كان قانون العقوبات صادراً عن هذه الهيئات ، فإن عقوباته تعتبر تعازير عن الأفعال التي لا يعاقب عليها بمقوبة الحد أي بأية عقوبة مقدرة ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحيحة في كل حالة تستوجب التعزير .

والسرقة المادية عقوبتها القطع في الشريعة ، وعقوبتها الحبس في القانون ، ولكن حد القطع لا يجب إلا في سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فإذا لم تكن السرقة تامة ، أو لم تتوفر شروط الحد فالمقوبة هي التعزير ، والمقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع ، وصحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير .

والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة ، ولكن القذف المعاقب عليه بمقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفي النسب ، وما عدا ذلك لا يعتبر قذفاً وإنما يعتبر سباً وعقوبته التعزير ، ولما كانت الأجزرية في قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بمقوبة الحد ، وتعتبر صحيحة في كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بمقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك^(١) .

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ - إثبات القذف حق للقاذف ، وقانون العقوبات المصري لا يمنح الموقوف الشرعية طبقاً للمادة السابقة منه .

١٩٥ - ما يترتب على بطوره النصوص المخالفة للتشريعة : يترتب على

اعتبار النصوص المخالفة للتشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة نبيتها فيما يلي : -
 أولا - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : - يجب على القاضى أن لا يطبق
 النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان ، وعليه أن يطبقها فقط في حالات
 الصحة ، وليس للقاضى أن يحتج بأى القوانين لا تخوله حق الفصل في صحتها
 وبطلانها مرتكنا في ذلك إلى نفس هذه القوانين ، فإن سلطة القاضى في إبطال
 ما يخالف التشريعة تأتي من التشريعة لامن القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضى بطلان النص المخالف أو يكتفى بالامتناع عن
 تطبيقه لبطلانه ؛ لأن القاضى لا بد أن يبين في حكمه سبب امتناعه عن تطبيق
 النص وهو البطلان ، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء في أسباب
 الحكم فقط ولم يدخل في منطوقه ، لأنه سبب جوهري . والأسباب الجوهرية
 تعتبر جزءاً من منطوق الحكم .

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على
 الواقعة ، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم
 بها فليس عليه أن يبرىء المتهم . ليس للقاضى ذلك ؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن
 التشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها ، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة
 بالعقوبات التي قررتها ، فإذا أخذنا بحكم التشريعة في بطلان نص القانون استلزم
 ذلك الأخذ بحكم التشريعة في عقوبة الواقعة ، فيجب إذن أن لا يحكم القاضى
 بالبراءة ، وأن يحكم بالعقوبة المقررة في التشريعة الإسلامية ما دام مختصاً
 بنظر الجريمة .

وإذا امتنع القاضى بطلان النصوص المخالفة للتشريعة وجب عليه أن يطبق
 حكم التشريعة ، وليس يهه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى
 واجبه وفضل ما يعتقد حقا ، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه ، بل هو

من اختصاص السلطة التنفيذية ، وهي ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ ، فإذا أصبح حكم القاضى نهائياً اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانياً - من وجهة الاختصاص : - وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه ؛ لأنه مختص بنظرها طبقاً لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية . ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص ، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديماً عند نظر جرائم الحدود فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان ، وتولى الأمر طبقاً للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى ، وقد وزعه فيما يخص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائماً أصلاً على أساس الشريعة العقوبة إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئاً عن عقوبات الشريعة فلننظر إلى الجريمة ذاتها ، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضى نفسه مختصاً بالحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلاً من العقوبة التى جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة ، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة عقوبته من ارتكبتها ، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

ومعنى هذا يكون القاضى الجزئى مختصاً بنظر قضايا السرقة العادية ، والقتل ، والشرب ، أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد ، والسرقة التى ترتكبها المراهقين ، وهى ما يسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الخرابة ، فهذه من اختصاص محاكم الجنائيات لسببين . أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل من اختصاص محاكم الجنائيات ؛ وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل المصحوب بهذه الجريمة والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا محاكم الجنائيات طبقاً للقانون .

أما جريمة الزنا فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما ، فإن كان القانون قد جمعه من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة ، وإن كان قد جمعه من اختصاص محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمامها ، ويمكن القول بأنه لا داعي لاختصاص محاكم الجنايات في الزنا من غير محصنين ؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التي توقعها محكمة الجنح ، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة إلا بعقوبة واحدة هي الجلد ، كان من المقبول أن تكون محكمة الجنح هي المختصة ، مادامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور .

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات ؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أي القتل بطريق معين ، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات ، وليس من اختصاص القاضى الجزئى . وإذا كان أحد الزائنين غير محصن ، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً ؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته ، ووحدته الفعل المنسوب للزائنين تقتضى أن يحاكم عليه أمام محكمة واحدة ؛ ولأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن ، إن كان له أن يعاقب الزانى المحصن . أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد ؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

ثالثاً - من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترب على الأخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية ، أو مدنية ، أو تجارية أو دولية إلخ . إلا الأحكام التي تتفق مع نصوص الشريعة ، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة ، أو الأحكام التي تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، إذالم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة . أما الأحكام المخالفة للشريعة فهمل إجمالاً تماماً ، وتحمل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التي تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة .

ولا يشترط لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كالمذهب الحنفي مثلا أو المالكي ، بل يكفي لاعتبار حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة ، إذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعي يعتبر أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم .
 وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالمخالف باطل ، ويجعل محله حكم الشريعة الذي يتسجم مع بقية الحكم الذي لم يبطل دون حاجة للتمسك بمذهب شرعي معين .

وعلى هذا الأساس يتمتع التنافر بين النصوص ، ويكون هناك تناقض بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية ، على أن هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التي تتفق مع حالتنا الاجتماعية ، وتعديل القوانين تعديلاً شاملاً على أساس هذه النظريات .

رابعاً - من وجهة تطبيق الشريعة : يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم في الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية ، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة .

١٩٦ - مدى التفسيرات التي سترتب على المفرد بنظرية البطلان :

يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها ، ولن يؤدي تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تمييز كبير في أوضاعنا القانونية ؛ لأن معظم النصوص القانونية لا تختلف عن أحكام الشريعة ، وإذا خالف بعض النصوص ما يقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع ما يقول به البعض الآخر من الفقهاء ، وستكتفي هنا

بيان التخييرات التي تصيب قانون العقوبات^(١) وهي ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة ، وتختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التمازير .

١٩٧ - أولاً : في جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة في الشريعة وهي على سبيل المحصر سبع جرائم : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الخرابة ، الردة ، البنى . وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً ، ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة ، وأن لا يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة ، فإذا توفر هذان الشرطان فلا بد من عقوبة الحد . وفي هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة ، وتبطل نصوص القانون ويمنع تطبيقها . أما في الحالات التي لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كان كانت الجريمة تامة ولم تتوف شروط العقوبة ، أو دوى الحد للشبهة ، أو كانت الجريمة شروطاً ، فالعقوبة في هذه الحالات طبقاً للشريعة هي عقوبة التعزير ، والتعزير يرجع فيه إلى ولي الأمر ، ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تمازير مقررة ممن يملك حق تقريرها ، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق في هذه الحالات ، وإذن فقانون العقوبات لن يبطل إلا في جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد ، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة فلها حكم خاص .

الردة : تعتبر الشريعة الردة جريمة عاسة بالنظام العام ، وتعاقب عليها بعقوبة القتل ، وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال في الشريعة ، أما قانون العقوبات

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التخييرات التي تصيب قانون العقوبات المصري نتيجة للأخذ بنظرية البطلان ؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة ، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص الدنية الباطلة ومدى بطلانها ، وأن نعرف النصوص الباطلة في قوانين الإجراءات ومدى بطلانها ، وهكذا نستطيع كما عرفنا حكم التبرئة وحكم القانون أن نقول : لهذا حكم القانون باطل إذا كان مخالفاً للشريعة ، ولأنه صحيح إذا كان موافقاً للشريعة .

فلا يعتبر الردة جريمة ، ولا يعاقب عليها ، ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد ، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقاً للشريعة ، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئاً .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية فإن من الصعب عملاً تنفيذه ، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء ، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية ، وعلى هذا فيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه ، على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية ، فالشريعة تهدر دم المرتد ولا تعاقب قاتله ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً ، فإذا قتل المرتد إنساناً وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه ؛ لأنه قتل نفساً غير معصومة ؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد . وهذا الواجب ليس فرض عين وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين .

١٩٨ - ثانياً : فى جرائم القصاص والدية : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد ، سواء كان القتل مقترباً بسبق إصرار وترصد ، أو غير مقترب ، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن ، ولا تميز الشريعة للقاضى أن يحفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها ، أما القانون المصرى فيعاقب بالإعدام على القتل المقترب بسبق إصرار أو ترصد ، وعلى القتل بالسلم ، وعلى القتل المقترب بجريمة أخرى ، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، ويميز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة ، واستبدال غيرها بها إذا

كانت الظروف تدعو للتخفيف ، وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائماً في الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص ، فيحكم القاضى بالقصاص في كل هذه الحالات ، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتحيز الشريعة لولى الجنى عليه أن يعفو عن القصاص ، فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص ، ولولى الدم إما العفو مجازاً ، وإما إلى الدية أو مقابلتها ، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى ، وكان على القاضى أن يحكم بها ، ويجب في حالة العفو على الدية والعفو مجازاً أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقاً لرأى مالك^(١) أما أبوحنيفة^(٢) والشافعى^(٣) وأحمد^(٤) فلا يوجبون التعزير في حالة العفو ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة . والقانون المصرى لا يجعل لعفو أولياء الجنى عليه أثراً على العقوبة المقررة ، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً يؤدي إلى تخفيف العقوبة ، أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى ، وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير . فكان المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك في هذه المسألة ، وعلى هذا يجب في حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية ، وفي حالة العفو مجازاً يجب الحكم بعقوبة تعزيرية ، وما كانت العقوبات المقررة في قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية ، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل في حالة العفو إلا عقوبة الإعدام ؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وعى تسقط بالعفو طبقاً للشريعة ، وللقاضى في هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة

(١) «واهب الجليل الجزء السادس من ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصانع الجزء السابع من ٢٤٦ .

(٣) المهذب الجزء الثانى من ٢٠١ و . مدعا .

(٤) المعنى الجزء التاسع من ٤٦٧ .

ويتمرها طبقاً لنص المادة ١٧ عقوبات ؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضي في عقوبات التعازير .

وفي بعض الحالات يتمتع القصاص في القتل العمد ، طبقاً للشريعة كحالة قتل الأب ولده ، وحالة القتل الحاصل من حدث ، والقاعدة أن الدية تحمل محل القصاص كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية ، وما قيل في حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجباً ، طبقاً للشريعة ، وأن نصوص القانون تطبق في حالة العفو وامتناع القصاص ، سواء وجبت الدية أو لم تجب ، ولا يعطل من هذه النصوص إلا ما يقضى بالإعدام عقوبة للجريمة ، وهذا هو نفس الأساس الذي كان يقوم عليه قانون العقوبات المصري قبل تعديل سنة ١٩٠٤ .

الشروع في القتل : يختلف حكم الشروع في القتل تبعاً لأثر الشروع ، فإن كان الشروع قد أحدث أثراً^(١) يقتض منه فالمقوبة القصاص ، وإن أحدث أثراً لا يقتض منه ، أو أثراً يتمتع فيه القصاص . فالمقوبة الدية أو الأرش ، والأصل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أنهم يكتفون بهذه المقوبات ولا يوجبون معها التعزير ، لكنهم يجيزون اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية^(٢) . وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة ، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش ، مادام الفقهاء لا يمتنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير ، ومادام أولو الأمر قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هي المقوبات التي نص عليها

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإلخافها .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧ - شرح الدرردير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

قانون العقوبات ، وللقاضي أن يراعى الظروف فيضعف العقوبة التعزيرية أو يشدها ؛ لأن ذلك حقه طبقاً للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذي لم يترك أثراً فقوته في الشريعة التعزيرية ، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات ؛ لأن عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد : يختلف الفقهاء في القتل شبه العمد ، فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يعترفون به ، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأً ولا وسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط ، ولكنهم مع هذا يميزون أن يجتمع التعزير مع الدية ، فطبقاً لرأيهم تطبق نصوص القانون في القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة ، مادام ولي الأمر يوجب التعزير فيه .

وإذا طبقنا نظرية مالك التي تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير في الجراح ، كان من المنطوق أن نقول بوجود الجمع بين الدية وبين التعزير في القتل شبه العمد ؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجراح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير ، فأولى أن يعاقب الجراح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت ، ولا يقدح في هذه النتيجة أن مالكاً لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ لأن هذه النتيجة التي خالصنا إليها هي منطق نظرية مالك في الجمع بين الحد والتعزير في الجراح ، وليست منطق نظريته في إنكار شبه العمد . وإذن فأراء الأئمة جميعاً تؤدي إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصري في وقت واحد على القتل شبه العمد ، ولا يمنع هذا القاضي من أن يخفف العقوبة التعزيرية طبقاً للمادة ١٧ عقوبات أو طبقاً لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية هي الدية المخففة . ولم يقل أحد من الفقهاء بوجود التعزير مع الدية كما قيل ذلك في القتل العمد ؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ ، ولكنهم جميعاً يميزون اجتماع التعزير مع الحد ، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية كما هو

الحال في القتل شبه العمد مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير .

الجراح في العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح المتممة بالقصاص كلما أمكن القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ وتعاقب بالقصاص في إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً ، فإنما لم يمكن قصاص فالمقوبة الدية أو الأرش ، أو الحكومة . ويوجب مالك أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديباً للعاجل ، أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه ، فطبقاً لرأى مالك لا تعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة وطبقاً لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية ، وبين المقوبة القانونية مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير ، وعلى هذا فآراء الجميع لا تتعارض مع نصوص القانون المعسرى ، ولا تؤدي إلى إبطالها .

أما جراح الخطأ فمقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة ، وحكمها حكم القتل الخطأ ومن يجب فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد .

الضرب الذي لا يترك أثراً : تعاقب الشريعة على الضرب الذي لا يترك أثراً بالتعزير ، ولما كانت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل في هذه الحالة .

١٩٩ - ثالثاً : في جرائم التعازير : علنا مما سبق^(١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر ، وجعلت لهم أن يحرّموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال ، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها ، والحفاظة على أمنها

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٢ وما بعدها .

ونظامها ، وبشروط أن لا يمحرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة . أو روحها التشريعية .

والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير : أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدّها ، وتركت للقاضي أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والمجرم .

وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها ، إلا أنه ليس في الشريعة ما يلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أوّل الأمر ، عقوبة معينة يلزم القاضي توقيعها إذا ثبتت الجريمة ، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداها ، كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة ، بحيث لا يستطيع القاضي أن ينزل عنه ، وهذا الذي لا تمنع منه الشريعة هو الذي عمل به في قوانين العقوبات .

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بعرفة أولى الأمر ، فإن الجرائم التي تنص عليها تعتبر طبقاً للشريعة جرائم تعزيرية ، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت في البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضموها نصوص الشريعة ، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما ، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم ، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدي إلى بطلان كل عملهم ، فإنه يؤدي إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفاً للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية ، وعلى ما لهم من حق التشريع من ناحية أخرى ، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير :-

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح ، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وجريمة البيوع الربوية ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، ومخالفة أحكام العدة ، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهرب في صلاة الإسرار ، والإسرار في صلاة الجهر ، وكالزيادة في الصلاة .

النوع الثاني : جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح . وهذه الجرائم قسمان : قسم لا يختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تظليل الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة ، وقسم يختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا ، فالشريعة تعاقب على الربا في كل صورته ، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة ، وكجرائم القمار والمراهنة ، فإن الشريعة تحرمها تحريماً مطلقاً ، بينما تحرمها القوانين في حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة ، وهذه الجرائم قسمان :- قسم يقوم على مبادئ تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، كمخالفات السيارات والتعليم ، ومثل الأفعال التي قصد من تحريمها تنظيم الجماعة ، كقوانين تنظيم المسنن ، أو التي قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة ، كمكافحة الآفات والأمراض . وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتناقض مع مبادئها العامة وروحها التشريعية ، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التي نصت عليها لائحة بيوت الدعارة ، فانبداً الذي قامت عليه هذه اللائحة هو إباحتها والزنا والترخيص به رسمياً ، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحتها ، بينما الشريعة تحرم الزنا في كل صورته تحريماً مطلقاً . ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التي نصت عليها القوانين التي تنظم تقطير الخمر وبيعها وتقديمها ،

فإن المبدأ الذي تقوم عليه هذه القوانين هو إباحتها شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريماً عاماً .

٢٠٠ - مرى مقروء أولى الأمر في التحريم والعقاب : قلنا فيما سبق

إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاماً حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقه به ، ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال في مصر ، بأن الشارع المصري نص في لأئحة ترتيب المحاكم على أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصري حيث صممه إياه^(١) وجمع الشارع الجرائم والعقوبات ، والقواعد العامة للجريمة والعقاب في كتاب واحد سماه قانون العقوبات ، أصدره وأوجب العمل به ، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر ، وجعل للعقوبة حداً أدنى واحداً أعلى ليس للقاضي أن يتجاوزها ، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوفر شروط معينة . وقد قصد الشارع المصري من كل هذا أن لا يعاقب إلا على ما نص عليه هو من الأفعال المحرمة في الحدود التي حددها ، وبالعقوبات التي عينها ، واعتبر كل ما عدا ذلك من الأفعال مباحاً ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه ، كالمباح فالشريعة تحرمه في كل أنواعه وصوره

(١) نص الدستور المصري على أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . متائراً في ذلك بالدساتير الأوربية ، ولا شك أن واضع الدستور قصدوا من هذا النص ما قصدوا واضعوا الدساتير الأوربية ، أي قصدوا أن لا يمتدوا إلى الجرائم والعقوبات المنصوص عليها في القوانين الوضعية ، لكن هذا النص المصري يتضارب مع نص أساسي من نصوص الدستور المصري ، وهو النص الذي يفرض بأن دين الدولة الرسمي هو الإسلام ؛ لأن التزام الدولة الإسلام ديناً لها معناه التزامها بالشريعة الإسلامية شريعة لها ، إذ الشريعة الإسلامية هي مجموعة القواعد الشرعية التي جاء بها الإسلام وأوجبها ، فإذا قسرنا النص الأول كما يفرض في الدساتير الأوربية كان معنى ذلك إعمال النص الثاني وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية ، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثاني باعتبار أنه أساسي يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام ، وجب أن نقسر النص الأول التفسير الذي يرفض التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين معاً .

وأيا كان مقداره ، أما القانون فلا يحرم الربا إلا في صور خاصة ، وبشروط معينة ، وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها ، والقانون لا يحرمها ولا يعاقب عليها . وبالإجمال فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يهتم على تنفيذها ، واكتفى بإقامة ما نص عليه في قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح .

هذا هو الذي فعله الشارع في مصر ، وقد فعل مثله في غير مصر من البلاد الإسلامية ، فهل في قواعد الشريعة ما يبرر فعل الشارع ، وإلى أي حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة على هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولي الأمر في الشريعة ، ومدى هذه الحقوق . ومن المسلم به في الشريعة أن لولي الأمر في تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق :

٣٠١ - الحق الأول : هو التحريم والإيجاب والعقاب : لولي الأمر أن يحرم إثبات أفعال معينة أو يوجب إثبات أفعال معينة ، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذي حرم الفعل أو أوجبه . وإذا كان لولي الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر ، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها . وولي الأمر مقيد في استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، وبأن يكون قصده في التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة ، أو دفع مضرّة أو مفسدة . وعلى هذا ففعل ولي الأمر صحيح كذا كان في حدود حقه ، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك . فليس لولي الأمر أن يهمل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع تطبيقها ، فإن فعل فعله باطل ، وإذن فالجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كما ارتكبت ؛ لأن النصوص التي حرمتها لم تنسخ وليس لولي الأمر حق نسخها ، والجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائماً بحكم الشريعة كما اختلفت مع القانون ؛ لأن كل نص

قانوني يخالف الشريعة باطل فيها جاء به من خلاف ، أما الجرائم التي تنفق في أحكامها الشريعة والقانون ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ؛ لا لأنه حكم القانون ، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التي نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ، مادام أنه ليس خارجاً على مبادئ الشريعة الساتمة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به .

٣٠٢ - الملق الثاني : هو تخصيص القضاء : لولى الأمر أن يخصص

القضاء فيجمل الفصل في الجرائم لقضاء معينين ، ويعمل لبعضهم الفصل في جرائم بعضها ، وللبعض الآخر النظر في بقية الجرائم ، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة ، ولللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات .

وسحق لولى الأمر في تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاء ، ولا ينفهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل . فتلا لولى الأمر أن يخصص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة ، وآخر بنظر جريمة القتل ، ولكن ليس له أن يمنع القضاء من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم أكل الميتة ، أو شرب الخمر ، أو الردة أو منع الزكاة . ولولى الأمر أن يخصص قاضياً لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة ، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرمته الشريعة . ولولى الأمر أن يحدد العقوبات التي يملك القاضى توقيعها في جرائم التعازير ، ويلزمه أن لا يوقع غيرها ، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية في جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية .

ويعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليه القانون ، ما دامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التي خص قانوناً بنظرها ، ولا عبرة بكوت لولى الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن

للشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها؛ ولأن الشريعة لا تبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها، فإذا عطّلها لم يكن للقضاء أن يسايره، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة؛ ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة ما دام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل الجريمة المعلقة.

ويستبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة. والعلة فى اختصاص القاضى هناهى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها. وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة وأرواحها الشرعية. فإذا تحقق هذا الخروج كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة؛ لأنه ليس له أن ينظر إلا ما يتفق مع الشريعة، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطلان النص الذى حرم الفعل.

وإذا كان من واجب القاضى شرعاً أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون، فإنها هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة؟

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررتها الشريعة؛ وأنه لا يجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون؛ لأن واضح هذا القانون جل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة؛ ولكل عقوبة حداً بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم. ولم يضع عقوبات عامة لتعزير الجرائم التى نص عليها، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على ما لم يفكر فيه واضع القانون، أو يدخله فى حابه وإلتما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى

ملائماً لظروف الجريمة والمجرم ، ذلك أن الأصل في الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تندرج من أثنه العقوبات إلى أشدها ، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم ، وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة ، وإنما له اختيار . والتميز يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة ، فإذا جاء ولى الأمر وتيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها ، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضاً عليها ، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى ، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة . فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه ، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط ، ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون ، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والخبس والنفي والقتل والحبس إلى غير أمد معين ، وغير ذلك من عقوبات التعزير ، وللقاضى الجزئى أن يرفع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل ؛ لأن نية ولى الأمر ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنائيات .

أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفاً حكم الشريعة ، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون ، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه فى القانون ، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فصور الربا التى لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية ، والصور التى نص عليها ولا يتفق نصح فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم . أما الصور التى جفت فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية .

٢٠٣ - الحق الثالث : هو العفو: (١) من المسلم به في الشريعة أن لولي الأمر حق العفو في جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم ، فله أن يعفو عن الجريمة ، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، وله حق العفو سواء في جرائم التعزير التي نصت عليها الشريعة ، أو في الجرائم التي نص عليها هو .
وحق ولي الأمر في العفو مقيد بأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية ، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

وإذا كان من حق ولي الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة فإن حقه في العفو لا يتولد إلا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة . فليس لولي الأمر إذن أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها ، أو عن العقوبات ، قبل الحكم بها ؛ لأن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لاعفوياً عن الجريمة أو العقوبة .

ولاشك أن لولي الأمر أن يبيح الأفعال التي حرمها ابتداءً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، والعلة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، وإعطاء حق التحريم يقتضي إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضاً ، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ، مادامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو الإباحة .

أما الأفعال التي حرمتها الشريعة ابتداءً فليس لولي الأمر أن يبيحها إطلاقاً ؛ لأنه ليس هو الذي حرمها حتى يكون له أن يبيحها ؛ ولأن الشريعة لم تجمل له في هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ؛ فقد نصت الشريعة على المعاصي التي رأت تحريمها بصفة دائمة وحللتها وأمرت بالعقاب عليها ،

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥ .

ولكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيراً من العقوبة ، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيراً من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت النصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحتها وليس عفواً عنها ، ولا يملك لولى الأمر أن يحل ما حرمه الله ، وأن يبيح ما لم يبيحه الله ، فإذا فعل فععله باطل ولا أثر له .

والعلة في منع لولى الأمر من إباحتها ما حرمته نصوص الشريعة هي أن لولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثاً ؛ لأن لولى الأمر يستطيع أن يعطلها في أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتجريم .

وعلى هذا لا يصح القول بأن الجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ؛ لأن لولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة ولا يصح هذا القول أيضاً فيما يخص بالجرائم التي نص عليها القانون مخالفاً للشريعة ، كذلك ليس لأولى الأمر إباحتها الجرائم التي نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون ، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه هم ولم تحرمه الشريعة .

ونستطيع بعد بيان حق لولى الأمر في العفو أن نقول : إن الجرائم التي حرمها لولى الأمر والعقوبات التي يفرضها على هذه الجرائم هي من حق لولى الأمر فله أن يحرم اليوم ، وله أن يبيح في الغد ما حرمه ، وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة كما يعفو عن العقوبة ، ولا يملك لولى الأمر في استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع النصلحة العامة ويفرض تحقيق هذه النصلحة ، أما الجرائم التي حرمتها الشريعة والعقوبات التي يفرضها فالأمر فيها حد مختلف ، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم نيس السكان من كان من قبل ، وكل عقوبة يفرضها الشريعة في جرائم الحدود أو ما انفصلت عنه والدية من عقوبة لازمة واجب ليس لولى الأمر أن يبيحها أو يعفو عنها ، أما العقوبات

التي فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهي وإن كانت لازمة وواجبة إلا أن الشريعة أعطت لولي الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة ، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة ، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، فحق ولي الأمر في الجرائم والعقوبات التي فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعازير ، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية .

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولي الأمر ، فإذا أهمل إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يعتبر مرتكباً للجريمة ، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره ، ومعنى هذا أن الفقهاء يعتبرون إقامة الحدود من الفروض التي تلزم جميع الأفراد حاكين ومحكومين ، ولا تسقط عنهم إلا إذا أقيمت ، ولا يجوز فيها عفو ولا إرجاء .

وأجمع الفقهاء أيضاً على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود ، فهي واجبة الإقامة ما لم يمف الجنى عليه أو وليه عن العقوبة ، فإذا أهمل ولي الأمر إقامتها كان للجنى عليه أن يقتص لنفسه ، وكان لولي دم الجنى عليه أن يقتص من الجنى دون أن يعتبر القصاص في هذه الحالة جريمة^(١) واتفق الفقهاء على أن ولي الأمر ليس له أن يحمل ما حرم الله ، ولا أن يبيح ما أمر بجمعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم ، ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولي الأمر ليس له أن يتركه إلا إذا كان العفو

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ - الأم ج ٦ ص ١٢١ - حاشية البنائي ج ٨ ص ١١٨ -

شرح فتح القدير ١٦٠ ، ١٦١ ، ١١٢ ، ١١٣ .

خيراً من العقوبة ، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها ، كان له أن يعفو ، وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة ، وصيانة النظام العام الذي تقوم عليه الجاهير وهو الإسلام ، ولما كان ولي الأمر هو ممثل الجماعة الذي أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها ، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير ، وأن لا يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة . ففي هذه الحالة يسقط عن عائق ولي الأمر واجب إقامة العقوبة ^(١) .

ويرى الشافعي أن إقامة عقوبات التعازير حق ولي الأمر ، وليست واجباً عليه ، وأساس هذا الرأي أن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة ، فله إذن أن يعاقب وأن لا يعاقب ، وكل ما يكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجباً عليه ^(٢) .

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعي لا يؤدي بأي حال إلى تعطيل النصوص التي جاءت بجرائم التعازير ؛ لأن الشافعي لم يقل بأن لولي الأمر أن يعطل خصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرمته الشريعة ، وإنما قال : إن لولي الأمر أن يعاقب أو أن يعفو ، فالجريمة لا تزال في نظرية الشافعي جريمة ، وما حرمته الشريعة يحرم إتيانه ، وإنما لولي الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو ، واستعمال ولي الأمر لحقه في العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام ، الذي يقتضي العفو عن العقوبة تارة ، ويقتضي تنفيذ العقوبة تارات ، وليس لولي الأمر أن لا يستجيب لقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام ؛ لأنه لم

(١) حاشية الباقى وشرح الزرقان ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ، ٦٤ - المنى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

يمنع حق المنع عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادراً على تحقيق مصالحة الجماعة وتثبيت نظامها، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية صوالها وحفظ نظامها .

والواقع أن الشافعي لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد بنظريته أن يقرر مسؤولية الولاية عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير ، من موت أو قطع عضو أو تعطيل وما أشبه ، ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعي يتكلمون عن هذه النظرية في باب ضمان المتلفات ، ولا يذكرونها شيئاً في باب التعزير فهم يرون أن العقاب في التعازير من حق ولي الأمر لأن له أن يعفو وأن لا يعفو ، وأن يختار عقوبة دون عقوبة ، وما دام ولي الأمر غير منزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة ، فهو مسئول عن ضمان ما يؤدي إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قتل ؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التي أدت لهذه النتيجة ، وكان يستطيع أن لا يعاقب فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلاً فهو مسئول عن ضمان ما حدث ، لأنه كان يستعمل حقا والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة^(١) .

فالشافعي حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة ، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لأعلاقة لها بهذين الأمرين ، هي إلزام الولاية بضمان سرية عقوبات التعازير^(٢) فإذا استعملنا أن لا ننسى هذه الاعتبارات أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها ، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقا لولي الأمر عند الشافعي ، فإن ولي الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقاً لمصلحة عامة ، وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً في نيتها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تجعل لولي الأمر أن لا يعاقب تحقيقاً

(١) الأهم في المجلد السادس ١٧٦ - أسس العقاب عند الشافعي ص ١٦٢ .

(٢) أسس العقاب عند الشافعي ص ١٦٣ .

لمصلحة عامة ، وإن جعلت العقاب في الأصل واجباً ، فالنظريتان لا تختلفان في
نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة ، وإن اختلفنا من الناحية الفقهية في تقرير
مسئولية ولي الأمر عن براءة العقوبة .

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤ - قاعدة أصرية : - القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن
النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها^(١) ، فلا تسرى على
الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها ، ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص
الجنائية ليس لها أثر رجعي ، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت
ارتكاب هذه الجرائم .

وليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعي للنصوص ، ولكن
ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعي ولم تتعرض له ، فإن من
يتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة
كاملة في الأثر الرجعي .

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية : إن القاعدة
العامة في الشريعة هي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي ، وإن هذه القاعدة
العامة لها استثناءان : -

أولهما : إن التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم
الخطيرة التي تمس الأمن العام أو النظام العام .

ثانيتها : إن التشريع الجنائي يجب أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة الجنائي .

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازي للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثراً رجعياً بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثاني وجوبي ، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، وسندلل فيما يلي على القاعدة وما استثنى منها .

٢٠٥ - القاعدة العامة « لورجعية في التشريع الجنائي » : - فأما القاعدة العامة فهي مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها ، فقد نزلت جميع الأحكام التي حرمت المعاصي بعد أن فشا الإسلام ، فلم يعاقب بها على الجرائم التي وقعت قبل النزول ، عدا جريمة القذف وجريمة الخراقة ، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول ، ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى ، ولهذا سكتني باستعراض الجرائم الهامة .

فالزنا حرم في أول الإسلام ، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة ، وهي الإيذاء والحبس في البيوت طبقاً لقوله تعالى : ﴿ واللذان يأتينا منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ [النساء : ١٥ ، ١٦] ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك ، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ للزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] وطبقاً لقول الرسول « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولو كان لا تشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين ، ولكن لا يعلم أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا . ومن ثم فلم يكن للنص المتأخر على الزنا أثر رجعي .

وحرّم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزاً ، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما : جنائى ، والثانى : مدنى ، فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقداً من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجبياً حيث قال الله تعالى : ﴿ ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً ﴾ [النساء : ٢٢] فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به ، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجبى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجبى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ .

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم فقد عدد النص القرآنى المحارم الملائى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً ﴾ [النساء : ٢٣] وقد ترتب على نزول آية التحريم التفريق بين الزوجين فى الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجبى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجبى من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع ففما نزل قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ [النساء : ٣] فرق بين الزوج وما زاد على الأربع ، ولم يعاقب زوج على ما حدث منه قبل نزول النص ، فكان للنص أثر رجبى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثر رجبى من الناحية الجنائية .

وحرمت الخمر والميسر على سراجل ، فنهى المسلمون أن يقرّبوا الصلاة وهم

سكاري بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] ثم بين الله لهم أن في الخمر واليسر إثم ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال : ﴿ يسألونك عن الخمر واليسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ [البقرة : ٢١٩] ثم حرم الله الخمر واليسر بعد ذلك تحريماً قاطعاً حيث قال : ﴿ إِنَّمَا الخمر واليسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] وجعل الرسول حد الشرب الجلدة ، وأعقوبة اليسر التعزير ، ولكن لا يعلم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب اليسر قبل نزول التحريم . ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعي . ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر واليسر لم يكن لها أثر رجعي .

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ [المائدة : ٣٠] ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي .

وحرم الله الزنا . وكان مباحاً بقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الزنا ، فمن حذره موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] . ويقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] . أصبح زنا عد المحرم جريمة من وجوه . وعاملاً مدنياً من وجوه . وجاءت النصوص بحرمه بتحكين : إحداهما : جنائى . والآخر : مدنى . ثم ذكر الخائى ومضى بأن لا عقاب على زنا السابق على نزول التحريم . وأما عقاب علي ما ذكره من عقاب ، وأما الخسكر المدنى فيعفى بأن ليس للدائن غير

رأس ماله فقط فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي ، والحكم المدني له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انمقد فيه العقد الربوي .

وحرم الله على المحرم قتل الصيد . وجعل على قتله عقوبة ، ولكنه عفا عما سلف لئنه على أن النص ليس له أثر رجعي ، فقال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ، وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ ، يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْغِيبَةِ ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ صَيَامًا يَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ، عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ، وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴾ [المائدة : ٩٥] .

هذه هي بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي ، وهي في هذا تدلنا على طريقة الشريعة في التشريع الجنائي ، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة .

ويستطيع القارئ أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالمعفو عما سلف أي بانعدام الأثر الرجعي ، والبعض الآخر لم يصرح به ، وليس لهذا في ذاته أهمية ؛ لأن النص على المعفو عما سلف أي عما حدث قبل نزول النص يعتبر في ذاته نصاً عاماً مقررراً لقاعدة عامة ، ولو أنه جاء ضمن نص خاص ، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لأعلى الحالات التي اقترن بتحريمها دون غيرها ، وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأنه : « لا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن ، مقدور المكلف ، معلوم له علماً يحمله على امتثاله » ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأن : « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموماً ، فالله جل شأنه يقول : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء : ١٥] ويقول ﴿ وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَّا لَهَا مُنْذِرُونَ ﴾ [الشعراء : ٢٠٨] ويقول : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ، وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى

إلا وأهلياً ظالمون ﴿ [القصص : ٥٩]

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي ، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية في التشريع الجنائي .

٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة

التي تمس الأمن العام والنظام العام :

إذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن لارجعية في التشريع الجنائي، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحراة والظهار ، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص . وفي نص القذف خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك فلما كان هذا الحادث وبرا الله عائشة منه طبق النص على القذفة ، وعوقبوا بالعقوبة التي يقرها ، وإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي ، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله .

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك ، فإذا صح هذا الرأي كان لنص القذف أثر رجعي ، إذ الثابت الذي لاخلاف فيه أن رسول الله حد القذفة ، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله .

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار هامة ، فقد قذف جماعة زوج النبي . وخاضوا في عرضها ؛ وآذوها وآذوا النبي بالإفك الذي قالوا : حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً ؛ وكاد المسلمون يقتلون ، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر . وقال : « يا معشر المسلمين من يعذرنى في رجل قد بلغني آذاه في أهلي ، فوالله ما علمت على أهلي إلا خيراً ، ولقد

ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيراً، وما كان على أهل إلا سعى « فقام سعد بن معاذ الأنصاري فقال : أنا أعذرك منه يا رسول الله ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه ، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك . فقام سعد بن عبادة فقال : — هو سيد الخزرج — وكان رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية : أي سعد بن معاذ ، لعمر الله لا تقتله ، ولا تقدر على قتله . فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمه سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة : لعمر الله لنقتلنه ، فإنك منافق تجادل عن المنافقين ؛ فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتلوا ، ورسول الله يخفضهم حتى سكنوا^(١) . فهذا الحادث الذي أهم المسلمين ، وكاد يوقع الفتنة بينهم ، والذي أنزل الله فيه قرآناً ، هو حادث هام يعمس أمن الجماعة ونظامها ، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي ؛ لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى تهديئة النفوس النائرة ومحو ما خلفته الجريمة من آثار .

وقد اختلفوا أيضاً في أسباب نزول آية الخرابة ، والذي عليه الجمهور أنها نزلت في المرنيين ، وهم قوم من عريثة ، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة ، فأمرهم الرسول بلقاح ، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا الراعي واستاقوا النعم ، فأرسل الرسول في أثرهم حتى بهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك قوله : ﴿ 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 جزاء في الدنيا ، ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ [المائدة : ٣٣] وقيل : إن الآية نزلت في قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد ، وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض وروى

(١) تفسير الطبري ج ١٨ ص ٥٣ - تفسير الأوس ج ١٨ ص ٢٩ - تفسير الشهاب على البيضاوي ج ١ ص ١٥٩ .

ابن جرير أن الآية نزلت عتاباً للنبي ؛ لأنه قطع أيدي المرينيين ، وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا عين الراعي فنزلت الآية تحريماً للعشلة^(١) .

فإذا صححت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب المرينيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [البقرة : ١٩٤] وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلية ويترب على صحة هذه الرواية أن لا يكون للنص أثر رجعي ؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله .

وإذا صححت الرواية القائلة : بأنها نزلت لعقاب المرينيين ، أو الرواية القائلة : بأنها نزلت في قوم مشركين ، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها ، ومن ثم يكون لها أثر رجعي ، وانجمور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب المرينيين ، وعلى هذا يكون للأثر الرجعي أن الآية لها أثر رجعي .

ولاشك أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعي ، فقد كان حادث المرينيين فظيماً ، يوشك لو لم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرى ، الناس على المسلمين ، وعلى النظام الجديد ، وأن يشجع على قطع الطريق ، وارتعاضة الأمن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، وانكس العقاب الرادع يقتضى أن يجعل نص الآية رادعاً ، فلهذا جعل الأثر رجعياً للأمن العام وحماية الجماعة ونظامها ، كما جعل نص الشورى أثر رجعي ، فالدفع الأسنة وبهدأ الدتنة وانكس النفوس الثائرة ، لحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو العرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعي للنص الجنائى .

(١) تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ — تفسير الباقى ج ٦ ص ٣٠٢ — تفسير القرطبي

وإذا كان هناك خلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة فإنه لا خلاف في أسباب نزول آية الظهار ، وإذا كان الخلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك في أن الشريعة تميز الرجعية في التشريع الجنائي ، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار ، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة ، مما يقطع بأن الشريعة تميز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي ، وهذا الذي تقطع به آية الظهار ينهي الخلاف القائم في آيتي القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها ، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعي .

وأما ذكر الظهار^(١١) في الجاهلية وفي أول الإسلام طلاقاً ، أي أنه كان عرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهائه ، ولم يكن يعتبر جريمة ، حتى ظاهر أوس ابن الصامت من زوجته خولة ، فقال لها : أنت على كظهر أمي ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه ، فقالت : يا رسول الله ، طالت محبتي مع زوجي ، وأكل شبابي ، ونثرت له بعثتي ، حتى إذا كبر مني ، وانقطع ولدي ظاهر مني . فقال رسول الله : حرمت عليه ، فقالت أشكوا إلى الله فاقبني الله ثم قالت : يا رسول الله ، طالت محبتي مع زوجي ، ونفضت له بطني ، وظاهر مني فقال رسول الله : حرمت عليه ، فكما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت بي الله أشكوا فاقبني . فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضي الله عنها تغسل شعر رأسه الآخر ، فأومأت إليها عائشة أن اسكتي ، فلما قضى الوحي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعي لي زوجك ، فلما حضر نال عليه لرسول قول الله تعالى ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَيَّ فِي دِينِهَا ﴾ ، والله يشاء تحذيراً لها ، إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم هم شركاءكم

(١١) الظهار لغة تشبيه الرجل ودهن من نحل له من نسائه نواحة من غيره عليه من نحره ، ومنه استأجره ، أو سابع ، وكذا تظاهرت المرأة بغيره ، أو سابع .

إِنْ أَسَاءْتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ، وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا، وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ. والذين بظاهرون من نساءهم ثم يعودون لما قالوا، فتعزُّرُ رَبُّ قَبِيحٌ مِمَّنْ قَبِلَ أَنْ يَتَّأَسَّ، ذَلِكُمْ تُوَعِّدُونَ بِهِ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله، وتلك حدود الله، ولللكافرين عذاب أليم ﴿ [المجادلة: ١، ٢، ٣، ٤]

بهذه الآيات التي نزلت في الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذي كانوا يطلقون به نساءهم منكر من القول وزور، والمنكر من القول هو الذي لا تعرف حقيقته، والزور الكذب، وإنما قال الله فيه إنه كذب؛ لأنهم صبروا به نساءهم كأهنتهم، وهن لا يصرن كأهنتهم ولا كذوى محارمهم؛ لأن ذوى المحارم لا يخافن لظاهر أبدا، كذلك حرم الله الظهار وعاقب عليه، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه.

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم: أَسْتَطِيعُ أَنْ تَعْتِقَ رَقِيَّةً؟ قال: لا. قال: فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. أَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ؟ قال: يا رسول الله إني إذا لم أكل في اليوم ثلاث مرات خشيت أن يمشو بصري. قال: فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا؟ قال: لا، يا رسول الله إلا أن يميني، فأعانه رسول الله، وأطعم ستين مسكينا، وراجع زوجته^(١).

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص فمنى حديثنا أن آية الظهار لها أثر رجعي.

٢٠٧ - أبو سفيان الثاني: وجوب الرحمة إذا طهره الفرجع أصلح للجاني:

إن عدو من عدائي أصلح للجاني وجب تطبيق هذا النص دون غيره

عز الجاني. ولو أن الجاني ارتكب جريته تحت حكم نص أشد عقوبة

ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجاني أن لا يكون الحكم الصادر على الجاني طبقاً للنص القديم قد أصبح نهائياً ، فإن كان قد أصبح نهائياً فقد انتهى الأمر به ، ولا تعاد محاكمة الجاني طبقاً للنص الجديد . والعلة في تطبيق النص الأصلح أن العقوبة مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة ، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها ، فإذا كانت مصلحة الجماعة في تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجاني الذى لم يحكم عليه بعد من النص الجديد الخفيف للعقوبة ؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس في التشديد ، ولأنه من العدل أن لا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة ؛ ولأن العلة تدور مع المفعول وجوداً وعدمًا .

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل ، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تبارن في الفضل وتعترف بهذا التبارن ، فإذا كان بينها ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله ، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه ، واتسع هذا التبارن حتى تعدى الأفراد إلى القبائل ، فكانت دية النضيرى مثلاً ضعف دية القرظى ، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشرف قبيلة القاتل من يرويه كفه القتل ، وربما لم يرضوا إلا بحد يقتلونهم ، ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شامس بن زهير . فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة ؛ فقالوا له : سل في قتل شامس فقال : إحدى ثلاث لا يفتينى غيرها . قالوا : وما هى ؟ قال : تحيون لى شامس . أو تملثون رداى من نجوم السماء . أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها . ثم لأرى أنى أخذت منه عوضاً . فهذا هو ولي القتل يرى أن قبيلة بأسرها لايجزى قتلها في قتل ولده . ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهرأ طويلاً واعتزلهم بعضهم فأصابوا إنسا له يقال له نخير . فأناهم وقال : قد عرفتم عزائى فبحير بكليب . وكنوا

عن الحرب . فقالوا : يعير بشع نعل كليب . فقَاتَاهُم بعد اعتزاله وكان من أشرف القبيلة^(١) .

وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح ، فحما حكم الجاهلية ، وسوى في الحكم بين الناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ أَلْحَمَّ الْجَاهِلِيَّةِ يَفْعُونَ ، وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة : ٥٠] سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع ، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد ، وبين دماء الرجال والإناث ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْ بِالْحَرْ ، وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ ، وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ، فَمَنْ عَنَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ، فَمَنْ اعْتَدَىٰ بِكُمْ ذَلِكَ فَهُوَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ١٧٨] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات ، وطبق الحكم على ما سبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد ، وبهذا كان للنس أثر رجعي .

ويترب على ما توجهه الشريعة من تطبيق التشريع الأصحح للجاني نتائج

منطقية هامة : -

- ١ - إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصحح للجاني حوكه الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم .
- ٢ - إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصحح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي بقررها التشريع الجديد .
- ٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه ، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقاً للتشريع القديم : كما يجب أن يمتنع تنفيذة إذا كان قد بدى في تنفيذه .

١ - إذا صدر التشريع الجديد بعد العقد بأثره يمتنع عن حوكه الجاني : لأنه ليس

الأصلح له ، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً لتصوص السارية وقت ارتكابها .

٢٠٨ - التريفة والقانون - بينا في السابق المبادئ التي تسير عليها الشريعة

الإسلامية في سريان النصوص على الزمان ، وهذه المبادئ هي نفس المبادئ التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادئ إلا أخيراً ، فقد كانت القاعدة في القوانين الوضعية قديماً أن يكون للشارع الحق في أن يجعل لأي قانون جنائي أثراً رجعياً ، ولم يكن حقه في ذلك مقيداً بأي قيد ، فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق ، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعي ، وقد ظل هذا المبدأ محترماً من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه في أواخر القرن الثامن وأوائل القرن الحادي عشر ، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق صدر بتصحيح الخساسة ، وإن كان يتحقق مع صالح الفرد ، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردي ، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعي كان للشارع هذا الحق ، ومن يرى هذا الرأي الشراح الإيطاليون ، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعي للقوانين التي تنشى عقوبات أشد لأموال كانت جرائم من قبل ؛ لأن حق المجتمع يعلم على مصلحة الجرم ، ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعي للعقوبة المشددة أمر معقول ، وقد جعل المشرع المصري والمشرع الفرنسي للقانون أثراً رجعياً في قوانين معتادى الإجرام والاشتباه^(١)

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذي يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له في الأصل ، أن يجعل للقانون أثراً رجعياً ، ولكن له

(١) القانون الجنائي لعل يدري ص ١١٦ - ١١٧ - الموسوعة الجزائرية ج ٥ ص ٥٦٨

وما بعدها .

(٢) المشرع الجنائي لعل يدري ص ١١٦

استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة ، وهذه هي نفس النظرية الإسلامية .

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٥ حاكت الدول المنتصرة زعماء الدول المنهوبة وقوادها وحكامها ، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال الشاقة والسجن ، وكان موضوع المحاكمة أفعال لم تكن تعتبر جرائم لافي قوانين البلاد المنتصرة أو المنهزمة ولا في القانون الدولي ، ولم يكن يعاقب عليها من قبل ، وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل .

أما عن تطبيق التشريع الأصح للفهم على ما سبقه من الجرائم فهي قاعدة معترف بها في كل القوانين الوضعية تقريبا وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا في القرن الماضي .

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضي تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في الأثر الرجعي للتشريع الجنائي ، وإن ما نعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا .

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

٣٠٩ - هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟ : الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية ، جاءت للعالم كله لا لجزء منه ، وللتناس جميعا لا لبعضهم ، فهي شريعة الكفاية لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس ،

ولاقارة دون قارة، وهي شريعة العالم كله ، يخاطب بها المسلم وغير المسلم ، وساكن البلاد الإسلامية وساكن البلاد غير الإسلامية ، لكن لما كان الناس جميعاً لا يؤمنون بها ، ولا يمكن فرضها عليهم فرضاً ، فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تطبق الشريعة إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد ، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطاً بسلطان المسلمين وقوتهم فكما اتسعت الأقاليم التي يسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة ، وكما انعكش سلطانهم انعكشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة ، فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية ، ولهذا نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية في أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية ، ولكنها في تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية .

٢١٠ - تقسيم العالم : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لثلاث لهما : الأول يشمل كل بلاد الإسلام ، ويسمى دار الإسلام ، والثاني يشمل كل البلاد الأخرى ، ويسمى دار الحرب ؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية ، أما القسم الثاني فلا يجب فيه تطبيقها لعدم إمكان هذا التطبيق .

٢١١ - دار الإسلام : تشمل دار الإسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام^(١) ، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام^(٢) فيدخل في دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون ، وكل بلد ينشط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين ، ويدخل في دار الإسلام كل بلد يحكمه وينسلط عليه غير المسلمين مادام فيه حكام مسلمون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠ .

(٢) أصنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .

يظهرون أحكام الإسلام ، أو لا يوجد لديهم ما ينتمون من إظهار أحكام الإسلام -
 وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون ، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي
 وذميون ، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام ، ويقومون إقامة دأمة
 في دار الإسلام ، بنقض النظر عن معتقداتهم الدينية . فيصح أن يكونوا مسيحيين
 ويصح أن يكونوا يهوداً ، ويصح أن يكونوا مجوساً أو صابئة ، أو عباد
 ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين .

وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومو الدم والمال ؛ لأن
 العصمة^(١) في الشريعة تكون بأحد شيئين : بالإيمان ، والأمان . ومعنى الإيمان
 الإسلام ، ومعنى الأمان العهد ، ويكون بعقد الذمة ، وبالموادعة وبالهدنة ،
 وما أشبه . فمن آمن برسالة محمد أي : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام ، لقوله
 عليه السلام : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ،
 فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ، ومن دخل في أمان المسلمين
 بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان ، ولو بقي على غير دين الإسلام
 فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم ، وسكان دار
 الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم^(٢) .

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين :^(٣) أمان مؤقت ، وأمان مؤبد
 فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة ، وكالإذن بدخول دار الإسلام
 لأجل معين . والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهي به ، ولا يكون إلا
 بعقد الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقومون إقامة دأمة بأرض الإسلام ،

(١) العصمة معناها: عدم الإباحة، فن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال -

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ٢١٨ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل

ج ٣ ص ٣٦٠ - ٣٦٤ ، ٣٨٠ وما بعدها - الفتي ج ١٠ ص ٥٧٨ .

وعليهم في مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام^(١).

٢١٢ - دار الحرب : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين . أو لا تظهر فيها أحكام الإسلام ، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ، ويستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون ، مادام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام .

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون :

فالخرييون هم سكان دار الحرب الذين لا يدينون بالإسلام ، ويقال لأحدهم حربي . والخرييون غير معصومين ، فدماؤهم وأموالهم مباحة ما لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدونة : لأن العصمة في الشريعة لا تكون كما قلنا إلا لأحد شيئين بالإيمان أو الأمان .

وبسبب هذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد ، أن يدخل دار الإسلام ، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال . ويجوز قتله ومصادره ماله ، كما يجوز أسرهم والعفو عنهم .

وهذا هو الحربي في الإسلام دون أو آمن خاص أو بناء على عهد فهو مسلمين ، وسكان بعض دياره ، منه عصمه مؤقتة : لأن أمانه مؤقت لا دائم وله أن يقم في دار الإسلام لمدة التي يستأنس فيها معصوم الدم ومثل . فإذا انتهى أمانه عاد حربي لا يملك نفس وماله إذا نزلت دار الإسلام . أما إذا بقي فيها عهداً أو عهداً معيناً أو صريحاً حربي . وفي بعض الأحيان يصح ذمها بالاختيار والعفو عنه .

(١) قوله تعالى : *ولقد آتينا موسى الكتاب إذ قال لآل فرعون اتقوا ربكم إنما آتيناكم الكتاب والخير لكم إنما آتيناكم الكتاب والخير لكم إنما آتيناكم الكتاب والخير لكم* .

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً فهو عند مالك والشافعي وأحمد كأي مسلم من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله ، ولو أنه مقيم في دار الحرب ومهما طال إقامته ، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها ، بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه ؛ لأن العصمة عند أبي حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنفعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم ، والمسلم في دار الحرب لا منعة له ولا قوة فلا عصمة له ، ولكن له أن يدخل دار الإسلام في أي وقت فإذا دخلها استفاد العصمة^(١).

وكما يعتبر الحربى مباح الدم إذا دخل الإسلام دون إذن ، فكذلك يعتبر المسلم والذمي مباحي الدم للحربيين إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان ، فإذا دخلا بإذن أو أمان سمي كلاهما مستأمناً ، على أن تكون إقامته مؤقتة ، وله أن يرجع إلى دار الإسلام في أي وقت شاء ، فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة في دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه ، فإن خرج عن إسلامه صار حربياً ، وإذا أراد الذمي أن يقيم إقامة دائمة في دار الحرب انقلب حربياً .

وإذا تزوج المسلم أو الذمي حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمياً . أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمية فإنها لا تصبح بزواجه حربية ، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على الرأى الراجح ، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمية^(٢).

٢١٣ - مدى إقليمية الشريعة : رأينا - سبق أن الشريعة في أصلها

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٣ ص ١٠٢ .

عالمية ، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام ، وقد بقي أن نعرف مدى هذه الإقليمية . فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام ، فهل تطبق على ما يرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم في دار الحرب ؟ .

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون في دار الإسلام ، مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها ، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة ، كما كان الحال في عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم ، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين ، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم ، وعلى من يقيمون في دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا في دار الإسلام فقط بل وفي خارج دار الإسلام . فالبدأ الشرعي العام إذن هو سر بيان الشريعة على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أيا كان مرتكبها ، وعلى الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام ، وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها ، فهي شريعة عالمية كما قلنا ، وهي بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع في أي بقعة من بقاع العالم ، ولما كانت الظروف لا تسمح بتطبيق الشريعة إلا في بلاد الإسلام ، وعلى المقيمين بها ، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام ، ولو كان مرتكبها لا ينتمي لدار الإسلام : لأن تطبيق الشريعة ممكن في دار الإسلام على كل من يوجد في هذه الدار ، وأكثري بتطبيق الشريعة على جرائم من تقع في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام : لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين في دار الإسلام وإن كان لا يمكن تطبيقها على دار الحرب .

هذا هو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية ، ولا خلاف عليه ، ولكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق ، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سر بيان التشريع الجنائي على السكان .

٢١٤ - النظرية الأولى : - صاحبها أبو حنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام ، أي مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية ، أيا كانت الجريمة ، وسواء كان مرتكبها مسلما أو ذميا ؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة ، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها ؛ ولأن الذي ألزم أحكام الإسلام التزاما دائما يقبله عقد الامة الدائم .

أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقاؤه ، أي تمس حقا للجماعة ، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقا للأفراد ، فقد عتدنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى مستأمن .

يرى بعض أوجهة علماء المستأمن أنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة ، بل جاء إليها لشيء من التجارة أو رسالة أو لغير ذلك ، وليس في الأستمن جميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات ، بل هو يأزم فقط بما يتعلق به من حدود دار الإسلام ، ولما رجع إلى عهده فلهذه وهو مستأمن ، فلهذا لم يأتهم بالإنتصاف ، أي لا أدى ، فلهذا لم يزمه له ما يزم المستأمن ، بل رأى أنه . ولما كانت جرائمه ومخالفاته مما يتعلق بحدود دار الإسلام ، فإنها لا تطبق عليه ، بل تطبق على من ارتكبها في حدود دار الإسلام ، أي على من ارتكبها في دار الإسلام ، أما جرائمه ومخالفاته التي تتعلق بحدود دار الإسلام ، فإنها لا تطبق عليه ، بل تطبق على من ارتكبها في حدود دار الإسلام ، أي على من ارتكبها في دار الإسلام .

عقوبتها ، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقه (١) .

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية ، سواء وقعت من شخص مقيم في دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد ، أو وقعت من شخص كان يقيم في دار الحرب ثم أقام بعد ذلك في دار الإسلام ؛ لأن المسألة عند أبي حنيفة ليست مسألة التزام السلم أو الدمي بأحكام الإسلام ، وإنما كان مقامه ، وإنما هي واجب الإمام في إقامة الخد ولا يجب على الإمام أن يقيم الخد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة ؛ لأن الوجوب مشروط بالقدره ، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها ، فإذا انعدمت القدرة لم تحب العقوبة (٢) .

ومعنى ما سبق أن انقضاء بالعقوبة بنفسى الولاية على محل الجريمة ، وقت ارتكاب الجريمة ، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة ، وانتفى على ما سبق أنه لو دخل مكان الجريمة في ولاية الدولة الإسلامية مد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة ؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة .

هذا ارتكاب نسبي أو دمي أو يمتد في دار الإسلام مع ما يجب أن يرتكب في دار الحرب ، ولا ينعط عنه به ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما لعمدة ، ولا لأن الولاية منعدمة في دار الحرب عند ارتكابها ، وإنما هي عودتها عند عودته إلى دار الإسلام ، وهذا هو المقام الذي ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في قوله : « إذا ارتكب المسلم جريمة في دار الحرب فوجد في دار الإسلام فليس عليه عقوبة » .

المعكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة في دار الإسلام ؛ لأن أرض المعكر في حيازة جند الدولة ، وللدولة سلطان عليها ، فيعتبر المعكر لهذا دار إسلام . أما الجرائم التي ترتكب خارج المعكر ، فحكمها حكم الجرائم التي ترتكب في دار الحرب^(١) .

ويرى أبوحنيفة أن الجرائم التي ترتكب من الجنود أثناء النزول لا تنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام ، لقوله عليه السلام : « لا تقطع الأيدي في الغزاة »^(٢) .

ويفرق أبوحنيفة في جرائم القتل بين عدة حالات : فإذا كان القتل قد أسلم وبقى في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتل مسلم أو ذمي من أهل دار الإسلام ، وإذا كان القتل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأماً فلا قصاص ، لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن يلزم القاتل بالدية . وإذا كان القتل قد دخل دار الحرب مكرهاً كالأسير فيرى أبوحنيفة أن لاقصاص ولا دية في قتله ؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير ، ولكن محمداً وأبا يوسف يخالفان في هذا ، ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الأسير ، وأن القاتل والمتول من أهل دار الإسلام ، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، فيلزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ؛ لأن ودية الضمان ثابتة على المتقاضين وقت التقاضي^(٣) .

ويخبر أبوحنيفة المسلم والذمي إذا دخل دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا برأيهما مع حربى أو مع مسلم لم يهاجر إلينا ، لأن الربا إتلاف مال للحربى برضاه . وإذا لا يتناقف مع عقد الأمان ؛ لأن المسلم الذى لم يهاجر أمواله غير معصومة

(١) في الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من غير الجنود

(٢) في الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من غير الجنود

(٣) في الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من غير الجنود

ولأبي يوسف رأى مخالف في هذه النقطة ، فهو يرى أن المسلم والذي عليهما إذا دخل دار الحرب أن يلتزم أحكام الإسلام ، فلا يفعلان ما يحرمه ولو كان مباحا في دار الحرب ، وما دام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم في دار الإسلام وفي دار الحرب . ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حرابي وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا ، ويرى أن التعاقد بالربا مع حرابي في دار الحرب جائز لسبب الذي يذكره أبو حنيفة . أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز^(١) . ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز المسلم والذي أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا في دار الحرب ، كما لا يجوزهما ذلك في دار الإسلام ، فإن تعاقدوا في دار الحرب فلا عقاب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولكن على أخذ الربا النضان أي رد ما أخذه ولو كان الآخر في دار الحرب ؛ لأن الرد ليس عقوبة وتسكني فيه الولاية على المنتقاضين وقت التقاضي .

وإذا دخل المسلم أو الذي دار الحرب مستأنفا فأدان حربيا أو أدانته حرابي ثم خرج المسلم أو الذي إلى دار الإسلام ، وخرج الحرابي إليها مستأنفا ، فإن القاضي لا يقضي لواحد منهما على صاحبه بالدين ، وكذلك لو غضب أحدهما صاحبه شيئا لا يقضى بالغضب ؛ لأن المدانته في دار الحرب وقعت هدرا لانعدام ولايتنا عليهم ، وانعدام ولايتهم في حقنا أيضا ، وكذلك الغضب ؛ ولأن المدانته والغضب يتساقطان كلاهما مالا غير مضمون ، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحرابي ، ومال الحرابي مباح لأهل دار الإسلام ، وإنما قد يظن المسلم أو الذي بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحرابين أثناء إقامته في دار الإسلام ، فيعصمهم ، كما التزمواهم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذي المستأنف بأهله عن إيدانته . فإذا غضب أحد الطرفين الآخر شيئا فقد غضب مالا مباحا له . ولكنه متى تعهد بهده وعهد وآذى من تعهد بالسكف من إيدانته ولم

(١) دافع الصانع ج ٧ ص ١٣٢ .

والخمس والغنم في ذاته ليس سبباً لتحريم المال المباح أو تحليل المال المحرم .
والحكم كذلك لو كانا حربيين أذان أحدهما الآخر في دار الحرب ثم خرعا
إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما في الدين ؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت
الدين ولا وقت التقاضي ، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين ، فإن القاضي
يقضى بهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضي ^(١) .

وإذا غضب المسلم أو الذي مسلماً أو ذمياً في دار الحرب أو أذانه فلا عقوبة
على الغضب ، ولكن يقضى بالدين وبضمان المنصوب ، والعملة في امتناع العقاب
هي انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، والعملة في القضاء بالدين والغنم
هي قائه الولاية على المتقاضين وقت التقاضي .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التي تقع في دار الحرب من
مسلم أو ذمي على حربى لا يعاقب عليها ، طبقاً لرى أبي حنيفة لانعدام الولاية على
محل الجريمة وقت وقوعها ، ولا تختص المحاكم في دار الإسلام بالنظر فيما يظنه
انحى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم . وكذلك الحكم إذا كان
انحى عليه في حكم آخرى دأسير نسف أو مسلم انذى لم يهاجر إلى دار الإسلام .

أما إذا كان انحى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها
أيضاً لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن المحاكم في دار الإسلام تختص
بالنظر فيما يظنه انحى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التي وقعت في
دار الحرب . ، على المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان بمنتهى عقوبة من بعض
نوعه ، وكذلك من بعض وجه وعقوبة من وجه آخر ، ومعنى ذلك
أن المحاكم مشغولة من تأدية العقوبة التي لا بد من دفعها التي فيها معنى تعويض

الجنحى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمتنع منها ؛ لأنها تمككها باعتبارها عقوبة لا باعتبارها عقوبة .

هذه هي نظرية أبى حنيفة في سرعان الشريعة الإسلامية على المكان ، وقد كان لرأيه في عدم سرعان الشريعة على المستأمن أثرى ، على البلاد الإسلامية . لأن رأيه اتخذ أساساً وسنداً في منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين ، أى في تسميم اليوم بالأجانب ، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد الإسلامية وما تميزت تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التي منحت للأجانب وقت ضعفهم ونموه المسلمين ؛ لتشجيع الأجانب على دخول دار الإسلام ، وتقويتهم على أتباعهم وأموالهم ، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سبباً لاستغلال المسلمين ، وتطبيع حقوقهم ، واستملاء الأجانب عليهم .

٢١٥ - النظرية الثانية : وهي نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفي .

ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل التقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالسلم والذي ، أو كانت إقامتهم مؤقته كالمستأمن ، ويحذر في ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام ، وأن التقى ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم ، أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي يحوله الإقامة المؤقته في دار الإسلام ، ويقبوله دخول دار الإسلام ؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته ، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط ، فصار حكمه حكم التقى ، ولا فرق بينهما إلا أن التقى أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته عن الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام ، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد^(١) .

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبي يوسف ونظرية أبي حنيفة ينحصر في تطبيق الشريعة على المتأمن ، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المتأمن في كل الأحوال ، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المتأمن إلا في الجرائم التي تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم .

ويتفق أبو يوسف مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسرى على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبتها المقيمين في دار الإسلام ، ولكنه يخالف أبا حنيفة في مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبي حنيفة ، الأول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذي لا يجوز لأحدهما في دار الحرب أن يتعاقد برابع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا ، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم في دار الحرب ؛ لأنه محرم عليه طبقاً لأحكام الإسلام وسو ملزم بهذه الأحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والفرق بين رأى أبي حنيفة ورأى أبي يوسف في هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محرماً بينما يحرمه أبو يوسف ، والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتل في دار الحرب مسلم أو ذمى ، فأبو حنيفة لا يرى في قتل قصاصاً ولا دية ؛ لأنه قد بالأسر عصته ، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية ؛ لأن الأسر لا يفقده عصته ، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية ، فيلتزم القاتل بالدية ضمناً عن القتل ، لأن للمعاقم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب ، إذا كان الجاني والمجنى عليه من أهل دار الإسلام ؛ لأن ولاية الحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة . والفرق بين الرأيين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة .

٢١٦ - النظرية الثالثة : وهي نظرية مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣)

وم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أى مكان داخل حدود دار الإسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأماً ؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة ، والذي ملزم بأحكام الشريعة بمقد الذمة الذى النزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاماً دائماً في مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولعائلته ، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان ، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان ، فحكمة حكم الذى ، ولا يختلف المستأمن عن الذى إلا في أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة ، والذى إقامته مؤبدة . وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما ، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام ، بل تستوفى العقوبة حين القلعة عليه .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبتها مسلم أو ذمى في دار الحرب ، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها في دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها في دار الإسلام ؛ لأنه لم يلترزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره ، أما المسلم والذى فيستوى في حقهما ارتكاب الفعل المحرم في دار الإسلام أو في دار الحرب مادام الإسلام يحرمه ، وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل فإنه لا يؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم .

ويعاقب المسلم والذى على الجرائم التى يرتكبها أحدهما في دار الحرب ،

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٥ ، ١٦٥ - الدعوة ج ١٦ ص ٩١ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٨ .

(٣) الفتى ج ١٠ ص ٢٣٩ ، ٥٣٧ - المصريح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ .

ولو كان الفعل مباحاً في دار الحرب كالربا ، ما دامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل .

أما إذا كان الفعل محرماً في دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه في دار الحرب .

وإذا ارتكب الذمى جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها ، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام ؛ لأنه يصبح حربياً بتركه دار الإسلام ، وتزول صفته كذمى ، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام . وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود باعتباره حربياً مستأنفاً ذمياً .

وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام ، وارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الإسلام ولو عاد لها ؛ لأنه أصبح برده وترك دار الإسلام حربياً ، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام .

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المسكر الإسلامي أرضاً إسلامية ولو كان في دار الحرب ، ولكن يستوى عدم أن ترتكب الجرائم في المنكر أو في خارجه ؛ لأن الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أو في دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه .

ويرى مالك والشافعي أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام ، بل تنفذ العقوبات كلما استخفت إلا إذا لم يكن لأمر الجيش حق توقيع العقوبة ، وإلا إذا كان بالسلهين حاجة إلى الجاني ، أو كان لهم به قوة ، وهذا الاستثناء الأخير للشافعي خاصة .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجنود إلى دار الإسلام ، أو حتى يعود الجاني وحده ، وهذا الرأي يتفق مع رأي أبي حنيفة وقد سبق أن بطناه . وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمى على الجرائم التي

يرتكبها في دار الحرب ، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الأمر ، ولكن القاعدة لا تنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة ؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر ، فجرائم الحدود والقصاص التي ترتكب في دار الحرب يجب العقاب عليها ، وليس لولي الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها ، ولكن لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها ، أما جرائم التعازير التي ينشئها ولي الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولي الأمر ، ويجوز أن لا يعاقب عليها ، لأن ولي الأمر هو الذي حرم الأفعال لتكون هذه الجرائم ، ويجوز له أن يبيحها وأن لا يعاقب عليها إذا وقعت في دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ليس واجباً في كل الجرائم .

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة ، أما نظريتا أبي حنيفة وأبي يوسف فمقتضاها أن لا يعاقب على أية جريمة ترتكب في دار الحرب مهما كان نوعها ، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها ، والولاية منعدمة في كل الأحوال .

٢١٧ - بين الشريعة والقانون : - هذه هي النظريات الإسلامية الثلاث

وهي تكاد تكون نفس النظريات التي عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم ، فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم في الداخل والخارج ، وقد كانت هذه النظرية سائدة في القرون الوسطى ، وهي تماثل نظرية أبي حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون في إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب ، ولكنها تخالف نظرية أبي حنيفة في أن القانون يتبع الرعايا في الخارج الأمر الذي لا يراه أبو حنيفة ، والثانية تقضى بتطبيق القانون

على جميع المقيمين في أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم ، أما ما يقع منهم في الخارج فلا عقاب عليه ، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر وهي نفس نظرية أبي يوسف .
 والثالثة - تقتضى بتطبيق القوانين على كل مقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أية جريمة داخل حدود الدولة كقتضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التي ترتكب خارج أرض الدولة ، وهذه النظرية هي السائدة اليوم في القوانين الوضعية ، وهي النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري ، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعي وأحمد إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين تجعل العقاب واجبا في بعض الجرائم التي تقع في الخارج ولا خيار لولي الأمر فيه ، وتترك لولي الأمر أن يعاقب على البعض الآخرين رأى مصلحة في ذلك أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ما ترى مصلحة في العقاب عليه من الجرائم التي تقع في الخارج ، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية ، لأن الجرائم التي يجب فيها العقاب طبقاً للنظرية الإسلامية هي من أخطر الجرائم وأهمها ، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها .

٢١٨- كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام؟

يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار إسلام ، ودار حرب ، وقد يظن البعض أن هذا يقتضى أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة ، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة ، وهو ظن لا أساس له من الواقع ، فالتنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية بحكومة بحكومة واحدة ، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون في كل بقاع الأرض بد واحدة ، يتجهون اتجاهها واحداً وتوسمهم سياسة واحدة ، وأسط الصور وأكفنها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة ، ولكن ليست هذه هي الصورة

الوحيدة التي تحقق أهداف الإسلام ، لأن هذه الأهداف بآثارها تتحقق مع قيام دولة متعددة في دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه إليها واحداً ، وتسير على سياسة واحدة ، والإسلام لا يتناقض مع نظام كنفظام الولايات المتحدة الأمريكية ، ولا مع نظام كنفظام الولايات السوفيتية القائم في روسيا ، ولا مع نظام كنفظام الدنميون الإنجليزي ، ولا يتناقض مع النظام القائم الآن في البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التي تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات في الدول العربية المختلفة ، ولا يتناقض مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية ، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها ، وعلى حل ما يتورق فيها من نزاع داخلي ، ولا يتناقض الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية ، وأن هذه الأهداف هي أن يكون المسلمون بدأوا واحدة على من عداهم ، وأن يكون اتجاههم واحداً وسياستهم واحدة .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضمت في عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسيين في المشرق ، ودولة الغوريين في المغرب ، ودولة الأمويين في الأندلس ، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح في كل قطر إسلامي دولة إسلامية .

وتعتبر النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التي تحكمها ، فقد كان للمسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والأسبان والفرنسيين والرومان ، وكانوا يعتبرون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب .

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين ، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين : أحدهما : دار أمن وسلام لنفسين ، والثاني : دار خوف وعداء للمسلمين ، وبيان الأحكام التي تسرى على المقسمين في كل دار ، وقد اعتبرت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها داراً واحدة ، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، فهي من هذه الجهة

وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس واعتبرت البلاد غير الإسلامية داراً واحدة ، لأن الأحكام التي تسرى عليها طبقاً للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام .

وعلى هذا فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية كما لم يمنع من تطبيقها قديماً ، فقد طبقها الأندلسيون في الأندلس ، والغاربة في المغرب ، والمصريون في مصر ، والعراقيون في بغداد ، ونستطيع اليوم أن نطبقها في مصر وفي لبنان وفي سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفي المغرب ، وفي كل بلد إسلامي له حكومة تحكمه وحدود تحده .

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم ، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تعتبر نفسها ممثلة للإسلام في جميع بقاع العالم لا في داخل حدودها فقط ، فمثلاً إذا أردنا أن نطبق نظرية ابن حنيفة في مصر فإننا نعاقب أولاً كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسماً كان الجاني أو ذمياً ، مصرياً أو شامياً أو عراقياً أو فلسطينياً أو فارسياً وهكذا ، لأن كل فرد من رعايا أية دولة إسلامية لا يعتبر أجنبياً بالنسبة لأية دولة إسلامية أخرى ، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة تحكمها شريعة واحدة ، ونعاقب ثانياً كل هؤلاء على أية جريمة يرتكبونها في أى بلد إسلامي آخر ، سواء كانوا يقيمون في مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة ، بشرط أن لا يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة في محل ارتكابها ، أو في أى بلد إسلامي آخر ؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة في أى بلد إسلامي آخر بغير العقوبة التي توجبها الشريعة ، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة في الشريعة ، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها ، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهي عنه ، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التي توجبها الشريعة على من استحقها .

وما سبق يصدق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر في جرائم التعازير حق المنع عن الجريمة والعفو عن العقوبة ، وليس له ذلك في جرائم الحدود ، ولا في جرائم القصاص والدية ، أما جرائم التعازير التي يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ما قلناه ، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرماً في محل وقوعه ، ومحل المحاكمة عليه ، فإذا كان الفعل مباحاً في محل وقوعه امتنع العقاب عليه في أية دولة أخرى ، وإذا كان محرماً في محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه في أى محل آخر .

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة . وبين جرائم التعازير من جهة أخرى أن إقامة العقوبات في جرائم الحدود واجبة على كل مسلم ، ولا يصح تأخيرها ، ولا يجوز العفو عنها ، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم ينف عنها المجنى عليه أو ولي دمه ، فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى ، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد ، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها .

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وجرائم التعازير التي حرمها أولو الأمر ، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لا يجوز إباحتها وإن جاز العفو عن الجريمة وعقوبتها ، أما الأفعال المكونة للنوع الثاني فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلاً عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبي يوسف ، فإننا نقاب فوق ما تقدم كل متأمناً ارتكب جريمة في أى بلد إسلامي إذا لم يعاقب عليها في محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعاً ، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامي التزم بأحكام الإسلام ، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها ، وعلى هذا تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقاً للشريعة كل مسلم

أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة في دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعاً في حدود الدولة التي توقع العقوبة أو في حدود دولة إسلامية أخرى .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعي وأحمد فإننا نقاب على الحالات الثلاث السابقة ، ونقاب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أية دولة إسلامية على ما يرتكبه في دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وكذلك دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية ، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها ، فإذا تركتها حكومة وجبت على أي حكومة أخرى تنظيمها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة في الخارج تعازير محرمة الشارع ، فيعاقب عليها في كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها ، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعايها في أية دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها ، لأن عدم العقاب عليها في الدولة التي يتبعها الجاني يعتبر إباحة لها ، وإذا لجأ الجاني بعد ارتكاب الجريمة التي تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجاني على الجريمة في الدولة التي لجأ إليها ، لأن الفعل مباح طبقاً لقوانينها ، وإنما يصح أن يسلم الجاني لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك .

وليس من الضروري للعقاب على الأفعال التي تقع في دار الحرب أن تكون معتبرة جرائم في دار الحرب ، لأن العقاب يجب طبقاً للشريعة التي يلتزم المسلم والذي بأحكامها أينما كان أحدم فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحاً في دار الحرب أو محرماً .

٢١٩ - نتيجة تطويع النظريات الاستعمارية : ويقين مما سبق أن كل جريمة

يرتكبها رعايا الدول الإسلامية في الداخل أو في الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة المقررة لها في الشريعة الإسلامية ، وأن ترك الجاني بلده وهربه منها إلى بلد

إسلامي آخر لا ينجيه من المخاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه ، والسبب الوحيد في الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعاً لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية ، واعتبار البلاد الإسلامية ذاراً واحدة على اختلاف أقطارها ، واعتبار كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى في إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة .

هذه هي النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق النظريات الإسلامية ، وإتهامى عين الحلم الجليل الذي يعلم به علماء القانون الوضى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحداً في كل الدول ، وأن تعتبر كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى في إقامة حق العقاب ، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة في دولة وهرب لأخرى ، وبحيث يعاقب على جريمته في أى مكان يوجد به بنفس العقوبة المقررة لجريمته في محل ارتكابها

هذا هو الحلم الجليل الذي تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى ، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام ، وهذا الحلم الجليل هو الحقيقة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، وهو النظرية التي طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين في أصقاع العالم ، ويكفى الشريعة فخراً أنها سقت بثقلها العاليا وأنظمتها المثلى ، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المتكررة وأحلامها الجليمة إنما تسير على هدى الشريعة ، وتتبع أثرها ، وتعمل على منوالها ، وقل مع ذلك أن تلحق بها

٢٢٠ - مايرغل في رار الاسلام : يعتبر داراً للاسلام كل البلاد التي

فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية ، وكل البلاد التي دخلت في ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون ، وكل الأماكن التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهرها أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع .

ويدخل في دار الإسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر وما فوق هذه جميعاً من طبقات الجو مهما ارتفعت .

ويعتبر في حكم دار الإسلام كل مكان في دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامى ، وتعتبر المراكب الحربية قياساً على هذا جزءاً من دار الإسلام .

والأصل في الشريعة أن البحار العامة ليست ملكاً لأحد ؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى فى عصرنا الحاضر ، وليس فى الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليية تابعة للدولة التى تملك الشاطئ ، إلى حد معين .

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غير الحربية ؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيها إذا كانت فى مياه إقليية تابعة لدار الحرب ، أما إذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد ، كالمركب فى وسط البحر ، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها . أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب ، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص ، وبين جرائم التعازير ، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وبين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر . وتطبق القواعد السالفة على الطائرات ، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها ، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية ، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية .

٢٢١ - الشريعة والقانون : - والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئاً

عن الشريعة فى هذا كله ، فهى تعتبر القضاء الذى يملو أرض الدولة تابعاً لها ، وتجعل المياه الإقليية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطئ . وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى تقيمها ، أما السفن التجارية

فيطبق عليها قانون الدولة التي تتبعها طالما كانت في المياه التابعة لهذه الدولة أو في عرض البحر ، فإذا كانت في مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول في حكم هذه الحالة ، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لقانون الدولة التي تتبعها السفينة ، وهذا هو المتبع في إنجلترا وهو تطبيق لنظرية أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكثير من الدول يعتبر السفينة خاضعة لقانون الدولة التي تتبعها ، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة . وفي فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية في حالات دون أخرى ، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين .

٢٢٢ - تسليم المجرمين وإجبارهم : - ذكرنا أن الدول الإسلامية تعتبر كل منها ممثلة للإسلام في تطبيق الشريعة الإسلامية ، فإذا جنى عراقى مثلاً جنابة في العراق أمكن محاكته عنها في مصر ، لكن قد يحدث أن يعنى المسلم أو الذي أو اللئامن جنابة في بلد إسلامي ثم يهرب إلى بلد إسلامي آخر ، أو يهرب إلى دار الحرب ، فطلبه الدولة التي وقعت في أرضها الجريمة لمحاكته ، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجاني بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن ، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من انصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلي واحد بعد الآخر .

٢٢٣ أورد - تسليم المجرمين : - من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجاني على جرمته في محل وقوعها أفضل من محاكته عليها في غير هذا المحل ، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزرع عن الإجرام ، لأن المحل الذي وقعت فيه الجريمة يجسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها ، لوجود الشهود به ، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة ، والإحاطة بكل ظروفها ، كما أن عقاب المجرم على جرمته في محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة ، فالعقوبة مقصود منها التأديب والزرع ، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو عدوا بها ، والعقوبة التي تقاوم في غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لا تؤدي وظيفتها كاملة من حيث الزجر .

وعلى هذا يحسن أن يسلم الجاني إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لحاكمته وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجاني في الدولة التي هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التي تطلب التسليم .

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن في تسليم الجاني الذي ينتسب إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لحاكمته على جريمة ارتكبها في أرض الدولة الأخيرة يعرض الجاني لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لا يعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة ، وقد يؤدي التسليم لظلمه والإضرار به .

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا في تسليم المجرمين ؛ ولكل منهما وجهته ومحاسنه وعيوبه ، وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة عند الإمكان ، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع ، وأساس هذا الرأي الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية ، والتسليم لدولة غير إسلامية .

٢٢٤ - التسليم لدولة إسلامية : - ليس في الشريعة ما يمنع من أن تسلم أية دولة إسلامية لأية دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب في أرض إحدى الدولتين جريمة ما ، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقاً لنصوص الشريعة فإن لها أن تمتنع عن تسليمه ، لأنه لا يجوز طبقاً للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين ، فإن كانت المحاكمة التي تمت على غير أساس الشريعة فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجاني طبقاً لنصوص الشريعة ، ولا عبرة بالمعقوبة التي وقعت على الجاني على خلاف نصوص الشريعة ، ولا قيمة للمحاكمة التي انتهت بهذه المعقوبة ، لأنها محاكمة باطلة تقيماً على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة . وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجاني وتطبق عليه نصوص الشريعة ، وكانت

الدولة طائفة المسلمين لا تصوب بصورتها شرعية ، أو لا تصوب لغيرها
لا يكون إلا في إجراءات العقوبات المقدرة في الشرع ، ولا يصح
وعلة جواز التسليم وفتح التسار واحدة ، من غير
جزءاً من دار الإسلام وأن كان الدول الإسلامية بعد
منها أن تغير حدوده ، وبفعل أحكامه ، وفي حد
غريبة عنه ، ولا يحاكم بشرعها ، ولا يدين
لا يقصد منه إلا ضمان تخيير العساة والزجر عن
عن التسليم لدولة إسلامية ، ولا يستلزم بقاء التسليم
العدالة والزجر عن الإضرار بالدار الإسلامية

٢٣٥ - التسليم على دار إسلامية

إسلامية أن تسلم على دار إسلامية ، ولا يصح التسليم على دار
إرتكبوها في تلك الدار ، ولا يجوز التسليم على دار إسلامية
إسلامية أحدى دولة دار إسلامية ، ولا يجوز التسليم على دار إسلامية
ولا يجوز التسليم على دولة إسلامية من أسلمها على دولة إسلامية
لدار الإسلام من غير إحسان ، ولو سلمته فليس التسليم على دار إسلامية
هناك اتفاق سابق على التسليم ، فإن كان هناك اتفاق سابق
إلا الباطل منها ، ويعبر لذلك على التسليم على دار إسلامية
أريد به تسليم المسلمين الأحرار لها ، فالتسليم على دار إسلامية
شرط يقضى بتسليم المسلمين الأحرار لها ، ولا يصح التسليم على دار إسلامية
الإسلام قبل الإلاه في أسلمها ، ولا يصح التسليم على دار إسلامية
غير إسلامية ، ولا يصح التسليم على دار إسلامية من غير
يطلبونها في دار الحرب ، ولا يصح التسليم على دار إسلامية
منهاجرات فامنعوا عنها ، ولا يصح التسليم على دار إسلامية

إلى الكفار ، لَأَهْنُ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِزُّونَ لَهُنَّ [المتحنة : ١٠] .

وقد اختلف في صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق ، فيرى أحمد وبعض الفقهاء في مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به^(١) ويرى أبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهب مالك أن شرط التسليم باطل ، حيث لا يميزون تسليط غير المسلم على المسلم بأي حال^(٢) ، ويفرق الشافعية بين من له عشيرة تحميه ، في دار الحرب ، ومن ليس له عشيرة تحميه ، ويميزون تسليم الأول دون الثاني ، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة^(٣) .

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يعتبر بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار ، ورعية للدولة الإسلامية التي دخل أرضها ، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها ، وهذا في ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التي لا تميز للدولة الإسلامية أن تسلّم رعاياها لدولة غير إسلامية ، ولا يعتبر تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجاً على هذه القاعدة العامة ، لأن أراضي الدول الإسلامية كلها تعتبر داراً للإسلام وتخصّص لشريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية ، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامي في العالم كله .

ويجوز لأي دولة إسلامية أن تسلّم المستأمن للدولة التي يتبعها إذا طلبته التعاقبه على جريمة ارتكبها في بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك ، ولكن ليس لها أن تسلّمه إلى دولة أخرى غير دولته ، لأن هذا يتناقض مع عقد الأمان الذي أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه ، إلا أن يكون هناك عهد بين للدولة الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيعتبر الأمان قائماً على

(١) المتن ج ١٠ ص ٥٢٤ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٦ — روح المعاني للألوسي ج ٢٨ ص ٦٧ ، ٦٨ —

مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٣) المهذب ج ٣ ص ٢٧٧ — أسنى الطالب ج ٤ ص ٢٤٧ .

أساس التقييد بهذا العهد ، ويجوز التسليم وفاء بالعهد .
 وقاعدة الشريعة التي تقضى بأن لا تسلم الدولة رعاياها هي القاعدة التي تأخذ
 بها أكثر الدول اليوم ، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تميز تسليم رعاياها
 دون اشتراط المثل ، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية
 فقط . فالله ان المعمول بهما اليوم في العالم هما مبدأ الشريعة الإسلامية بالذات ،
 ولكن الشريعة تطبق كلا منهما في حالات معينة ، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد
 المبدأين دون الآخر ، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة .

والدول الحديثة متفقة اليوم على أن لا تسلم من يكون خاضعاً لقضائها في
 الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجاني أجنبياً . وهذا تطبيق لمبادئ
 الشريعة ، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجاني ، وإذا
 عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك .

٢٢٦ - تسليم الأرفاء : - وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرفاء
 المهارين ، وهو مبدأ قرره الدول في القرن الماضي بعد إبطال الرق ، ولكن هذا
 المبدأ قرره الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، ونستطيع أن
 نقول : إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية ، فقد لجأ عدد من عبيد قريش
 إلى معسكر المسلمين في هذا اليوم ، فأرسلوا في طلبهم وقالوا لرسول الله صلى الله
 عليه وسلم : إنهم ما خرجوا رغبة في دينك ، وإنما خرجوا هروياً من الرق ، فقال
 ناس من المسلمين : صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم . فغضب رسول الله ، وقال :
 « هم عتقاء الله » .

والقاعدة في الشريعة أن الرقيق إذا أسلم واجأ إلى دار الإسلام ، أو معسكر
 المسلمين أو أسلم وبقى في دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها فهو حر في كل هذه
 الأحوال ، ولا يجوز رده^(١) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٩ - الفقه ج ١٠ ص ٥٢٣ مواهب الجنيل ج ٣ ص ٢٨٦ .

من دار الحرب في حنة واحدة . وهي إذا أسلم في دار الحرب ثم هاجر
إلى دار الإسلام كان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد ، لأن العبد
والحر في دار الحرب في أماني على أنفسهم ومالههم بالعهد القائم بينهم وبين
دار الإسلام حتى هذا الرأي وإن الأمر أعطى لهم على ما في قدرة
بما هو في قصة المسلمين ، والآراء في قبضة أهل دار الحرب
في دار الإسلام (١)

غير الحرميين السياسيين والعسكريين : وتتفق الدول أيضاً
الحرميين في جرائم السياسة والجرائم العسكرية ، وليس في
الإسلامية ما يمنع من وقوع هذه الجرائم : لأنها لا تختلف مع
القواعد التي يستلزمها فيها سبع .

هل يمكن مصادفة الحرميين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار
الإسلام أن الشريعة لا تجيز تسميم النساء إطلاقاً ، وأنها لا تجيز
قتلهم هناك قتلاً سهواً ، وأن تسميم رجلان حتى في حالة
الحرب . فهل يمكن مع هذا أن تعاقب تسميم أي بلأمن دار الحرب
على جريمة التي ارتكبتها في دار الحرب ؟ ولقد على هذا السؤال
بين فرضين ، أولهما أنه لا يسكب هذه الجرائم قبل الإسلام ،
سكب بعد الإسلام ، فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب
القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ما قبله . وأساس هذه القاعدة
من الذين كفروا إلى أنهم كانوا يعرفون لهم ما قد سلف ([الأنفال : ٢٨])
وأعدوا على من آذوا المسلمين ، ومن قتلوا المسلمين أو
أبى بن أبي الذي آذى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومثل وحشي
الأنفال ، ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بحمزة بعد قتله
في دار الإسلام (٢) - أسى المطالع ج : ٢٢٨ - الفقه ج ١٠ ص ٥٢٣ .

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام ، فإذا طبقنا نظرية
 ابن حنيفة وأبي يوسف فلا عقاب ، لأن الجرائم وقعت في أرض الحرب ولا ولاية
 للمسلمين عليها ، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت
 وقوعها . وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعي وأحمد وجب العقاب ، بشرط أن
 يكون الجاني عالماً أو في إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال ، فإن لم يكن
 عالماً ولا في إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب ، وإن كان عالماً أو في إمكانه أن
 يعلم فإنه يعاقب على ما تحرمه الشريعة ، أما ما لا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان
 محرماً في دار الحرب^(١) .

٢٢٩ - ثانياً - إبعاد المجرمين : - يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا
 كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب :

إبعاد المسلمين والزميين : - رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعاً تعتبر
 وحدة واحدة ، وتسمى دار الإسلام . و يترتب على اعتبارها وحدة واحدة أنه
 لا يجوز منع المسلم أو الذي من دخول أى إقليم إسلامي آخر غير الإقليم الذى
 يقيم فيه أصلاً .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذى عن دار
 الإسلام ، لأن نبي الإسلام عن دار الإسلام يمرضه للفتنة ، ويؤدى به إلى الهلكة
 ويحول بينه وبين إظهار شعائر الدين ، ولأن نبي الإسلام عن دار الإسلام مناقض
 لعقد الذمة .

ويترتب على اعتبار بلاد المسلمين وحدة واحدة ، وعلى عدم جواز إبعاد
 المسلم أو الذى عن دار الإسلام ، أنه لا يجوز لدولة إسلامية أن تبعّد مسلماً أو ذمياً

(١) راجع المقررات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨ .

من أرضها ، ولو كان المسلم أو الذمي من غير رعاياها ، ولو كان قد دخل أرضها ليقم بها إقامة مؤقتة .

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمي من دخول أى بلد إسلامي ، ولا تبيح إبعاد المسلم أو الذمي من أى بلد إسلامي دخله ، لأن المسلم أو الذمي لا يعتبر بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام ، ولا عن دوله ، فكل بلد في دار الاسلام تعتبر بلده ، وكل دولة أو حكومة فيها تعتبر دولته وحكومته ؛ لأنها تمثل الاسلام ، ومن يمتقه من المسلمين ، ومن يلتزم أحكامه من الذميين ، قبل أن تمثل الاقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين .

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول في أرض دولة إسلامية أخرى ، أو إبعادهم عنها ، فهل يجوز إذادعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام ، أو النظام ، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التي تحكمها بقدر ما تستدعيه تلك الضرورة ، وهل يجوز للدول الإسلامية إذادعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات وأن كل ضرورة تقدر بقدرها ، ومعنى ذلك أن مالا يباح عمله في الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة ، بشرط أن لا يتعدى ذلك الحاجة ودواعي الضرورة ، وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليتين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التي تحكمها ، بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة ، وبشرط أن لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى ، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمي عن أرضها ، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الإبعاد . ويجوز أن يكون الإبعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامي آخر ، ولكن لا يجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب ، ولو كان بين دار الاسلام وبين المكان الذى أبعاد إليه من دار الحرب موادة .

ولكنني مع هذا أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دول إسلامية أخرى ، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام ، أو بأية حجة أخرى ، لأن في يد كل دولة من إجراءات الأمن ، ومن نصوص الشريعة ، ما يد الحاجة ويدفع كل ضرورة ، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام ، وحماية كل مرفق ، ومراقبة المشبوهين ، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة ، وإذا كان هذا كله في متناول الدولة ولا يعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة ، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى ما يعطل قاعدة هامة من قواعد الشريعة ، وإذا كانت الدولة لا تستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها ، وتكتفي في دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التي ذكرناها ، فأولى بالدولة أن تكتفي بنفس هذه الوسائل في دفع الغريب والمهاجرين الذين هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين .

فعل كل دولة إسلامية إذن أن لا تبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى ، وأن لا تمنعهم من دخول أرضها ، وأن تعاملهم كرعاياها تماما ، وإذا أتوا ما يخجل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها ، وهذا الذي نقول هو الرأي الذي يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميتها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمي ، أما الرأي المضاد فيؤدى فوق ما ذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة ، وإهانة النعرات الوطنية والجنسية ، وهذا ما يجاربه الإسلام ولا يرضاه .

٢٣٠ - إبعاد الغربيين : - ليس لتجريبين أن يدخلوا دار الإسلام إلا بإذن

خاص ، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية ، وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الإسلام أن يقيموا فيها : إقامة مؤقتة لا تزيد على سنة واحدة

في رأى أبي حنيفة والشافعي وبعض الحنابلة^(١)، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الإقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة^(٢). والأصل عند الشافعي أن مدة الإقامة لا تزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الإمام وكان في ذلك مصلحة^(٣).

وإذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الاسلامية أن تبعده من أرضها ، ولها أن تبعده ولو لم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن ، أو خشى منه الاخلال بالأمن ، تطبيقاً لقوله تعالى : ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذوا إليهم على سواء ﴾ [الأنفال : ٥٨] وقوله تعالى : ﴿ فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ﴾ [التوبة : ٧] على أنه يشترط عند الابعاد أن يبعد الحربى إلى مكان يأمن فيه على نفسه ، أو أن يرد إلى مأمنه ، لأنه دخل دار الاسلام على أمان ، فوجب أن لا يعرض للهلكة ، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ثم أبلغه مأمنه ﴾ [التوبة : ٦] .

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيائه ، أو أتى ما يدل على خيائه ، ويفرقون بينه وبين المتأمن بأن الذمى من رعايا الدولة ، ويقم في دار الاسلام إقامة دأمة ، فهو كالمسلم في قبضة الامام ، وخيائه إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها بخيانة السلم ، أما المتأمن فليس كذلك ، ومن الصعب استدراك خيائه^(٤) ،

٣٣١ - الشريعة والقوانين : تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الأجانب من دخول أرض الوطن ، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة ، ولا تجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥٦ - المفنى ج ١٠ ص ٤٣٧ .

(٢) المفنى ج ١٠ ص ٤٣٦ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٣) أسنى الطالب ج ٤ ص ٣٠٤ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ - المهذب ج ٢

ص ٢٩٤ - المفنى ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها .

على أن يقيموا إقامة مؤقتة ، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة ما لم تجدد مدة الإقامة ، وهذه المبادئ ، التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً هي نفس المبادئ ، التي جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضاً في عدم جواز إبعاد رعايا الدولة ، أو منعهم من دخول أرض الوطن ، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة في أن القوانين لا توجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه ، كما توجب ذلك الشريعة ، ويمكن في معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للمهلك ، وتفوق الشريعة في هذه المسألة لا يحتاج إيضاحاً .

٢٣٢ - الجنسية في الشريعة : - تقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدار ، أو بتعبير آخر على أساس الإسلام ومسلته ، والتزام أحكامه أو الكفر به ، فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة ، ومهما تميز المصري عن السوري أو العراقي أو المغربي فذلك تمييز محلي أو إقليمي لا يبنى عليه حكم شرعي ولا يؤدي إلى تمييز في الخارج .

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ، ومهما تميز الانجليزي عن الفرنسي أو الأمريكي فذلك تمييز داخلي فيما بينهم ، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرقين ومجتبئين ، على أن الشريعة لا تمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بحسب ظروفها ، فيجوز مثلاً أن يكون بين المسلمين وبين الانجليز حرب ، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة وهكذا .

وأساس الجنسية في دار الإسلام اعتناق الإسلام ، أو التزام أحكامه ، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم ، ومن التزم أحكام الإسلام ولم يسلم فهو ذمي ، وأساس الجنسية في دار الحرب هي إنكار الإسلام وعدم التزام أحكامه .

وتتغير الجنسية في الشريعة بتغيير الأساس الذي تقوم عليه ، فتتغير جنسية الحربى باعتراف الإسلام ، أو بالدخول في ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام . ويشترط للدخول في الذمة الهجرة إلى دار الإسلام ، فلا يعتبر المحارب ذمياً وهو في بلده إلا أن يدخل البلد كله في الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشتط حينئذ الهجرة ؛ لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام . وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام ، وإن كان أبو حنيفة يشترط لاعتباره معصوماً أن يهاجر إلى دار الإسلام .

وتتغير جنسية المسلم والذمي بتغير الأساس الذي تقوم عليه . فتتغير جنسية المسلم بالردة ، وتتغير جنسية الذمي بعدم التزام أحكام الإسلام ، وبالإقامة الدائمة في دار الحرب .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج ، ولكنه لا يؤدي وحده لتغير الجنسية فالمسلم أو الذمي إذا تزوج في دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة في جنسيته إلا إذا دخلت دار الإسلام ، فإن دخلت دار الإسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الإسلام ذمية ، وإذا تزوج المستامن في دار الإسلام من ذمية فلا يصير ذمياً بزواجها ، ولا تصير هي بزواجه حربية إلا إذا رضى هو أن يقيم في دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذمياً ، وإلا إذا هاجرت هي مع زوجها إلى دار الحرب . وإذا تزوج المسلم من حربية فأصلت تغيرت جنسيتها بالإسلام دون حاجة للهجرة ؛ لأن الجنسية تتغير أصلاً بالإسلام وحده ، فالزواج ليس هو الذي يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحكامه والإقامة بداره . وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة ، فالذمي إذا أقام بدار الحرب ولم تلحق به زوجته صار حربياً ، وبقيت هي ذمية ، والمسلم إذا ارتد صار حربياً ، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله . ويتبع الصغار ومن في حكمهم كالأطفال أبوهم في الجنسية ، فإذا أسلم الزوجان أو دخلوا في الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين ، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل

في الذمة تبعه الأولاد غير المميزين ، وإذا أسلت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها الأولاد غير المميزين في رأي أبي حنيفة والثاقبي وأحمد ، وتبعوا الأب في رأي مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم في الجنسية على التوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى ، والجنسية الإسلامية هي العليا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « الإسلام يعلو ولا يعلو إلا على » فإذا كان التغيير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين ، بل يقعون على جنسيتهم الأولى ، فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا عماريين بقي أولادهما غير المميزين مسلمين ، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط^(١).

هذه هي القواعد العامة التي تقوم عليها الجنسية في الشريعة الإسلامية ، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها ، وهذه القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة هي نفس القواعد العامة التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم في مسائل الجنسية ، فالجنسية تقوم في القوانين على أساس الإقامة ، فكل من يقيم إقامة دائمة في أرض الدولة فله جنسيتها . وهذا يقابل الإقامة الدائمة في دار الإسلام وتسقط الجنسية عن الشخص وتغير إذا أقام في أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول في جنسيتها ، وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة ، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة .

(١) المني ج ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦ - مجلة القانون والاقتصاد ص ١ ع ١ ص ١٤-١١
شرح الزركاني ج ٨ ص ٦٩ - نسي المصنف ج ٤ ص ١٢٣ .

الفصل الرابع

في سرىان النصوص الجنائية على الأشخاص

٢٢٢ - مقرر تاريخى : كان القانون الوضعى حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد ولا يعترف بالساواة بين المحكومين ، وكان يميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة ، وفى تنفيذ العقوبة ، وكانت المحاكم تتعدد تبعاً لتعدد طوائف الأمة ، فللاشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ، ورجال الدين محاكم خاصة وللصهور محاكم خاصة ، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها . وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة ، وكان لشخصية الجنائى اعتبارها فى القانون ، فالعمل الذى يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأثفه العقوبات ، يعاقب عليه الشخص العادى إذا أتاه بأقسى العقوبات ، وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه ، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفوق معضته وحظته ؛ فإذا حكم بالإعدام مثلاً على شريف ووضع ضربت رقبة الشريف بالسيف ، وشنق الوضع فى حبل كاشنق الكلاب ، وكانت بعض الأفعال تعتبر جرائم إذا أتتها العامة يحاسبون عليها أشد الحاسب ، بينما يأنبها الأشراف ورجال الدين فى كل وقت فلا يحاسبون عليها ولا يحاكمون عنها .

كان هذا شأن القانون الجنائى الوضعى حتى أواخر القرن الثامن عشر . أو حتى جاءت الثورة الفرنسية ، فجعلت المساواة أساساً من الأسس الأولية فى القانون ، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع ، ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقاً دقيقاً حتى الآن ، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضى كله ، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة اعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة ، ورح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يبررها بحيل قانونية ، بينما راجح

البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها ، وكانت الغلبة للفريق الأخير ، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التي وضعت في آخر القرن التاسع عشر وفي القرن الحلال ، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات أو حاولت أن تقضى على بعضها وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة ، ويمولون جاهدين لتحقيقها ، وقد تتحقق المساواة التامة قريباً وقد لا تتحقق ، ولكنها الأمل الذي تحتاج له القلوب وتوجه إليه الإنسانية .

٢٣٤ - أستاذ على عدم المساواة في القوانين الوضعية : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية ما يأتي :

١ - تمييز رئيس الدولة - : تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى ملكاً كان أو رئيس جمهورية وبين باقي الأفراد ، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون ، وأنه الساطة العليا ، فلا يصح أن يخضع لسلطة هي أدنى منه وهو مصدرها .

ونعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة كاللستور الدانماركي والديستور الاسباني قبل الجمهورية ، أما اللستور الإنجليزي فيجعل ذات الملك مصونة لا تمس ، ويفترض أن الملك لا يخطئ ، وفي بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لا تمس ، وكذلك كان الحال في إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكي .

والأصل في النظام الجمهوري أن رئيس الجمهورية غير مسئول ، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لإسماء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر . ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً ذليلاً للمساواة ، فالديستور الفرنسي يجعل رئيس الجمهورية مسئولاً جنائياً في حالة واحدة هي حالة الخيانة العظمى ، وديستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى ، والديستور البولندي الذي وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس جمهورية مسئولاً جنائياً في حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور

كما جعله مسئولاً إذا ارتكب جريمة عادية ، واشترط لها كفته إ إذن البرلمان وأغلبية خاصة .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسؤولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسئولاً عن أية جريمة ارتكبها ، والنظرية الثانية تجعله مسئولاً عن بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والنظرية الثالثة تجعله مسئولاً عن كل الجرائم التي يرتكبها .

ولاشك أن مسؤولية رؤساء الدول قد تطورت في القوانين الوضعية تطوراً عظيماً ، فبعد أن كانت القاعدة العامة — حتى القرن الثامن عشر — إعفاءهم من المسؤولية إعفاء تاماً ، أهملت تلك القاعدة ، وأصبح السكليون من رؤساء الدول مسئولين مسؤولية جزئية أو مسؤولية تامة .

ب --- تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعني القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية ملوكاً كانوا أو رؤساء جمهوريات من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم في أى بلد آخر غير بلادهم ، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين ، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية ، وحجة شراح القوانين في هذا الإعفاء أن إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لا تتفق مع ما يجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام ، وهي حجة لا تستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى يتزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة ، ولا يستحق شيئاً من التوقير والاحترام ، ومثل هذا يقال في أفراد الحاشية والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولاً به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية تبتدأ المساواة ، وظل معمولاً به حتى اليوم ، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به ، وصيرورته جزءاً من القانون الدولي ، والمعروف أن القانون الدولي لا يتطور بمثل السرعة التي تتطور بها القوانين الخاصة .

ج - تمييز رجال الملك السياسي: تعنى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التي يعملون فيها ، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم ، وحجة شراح القوانين في هذا الإعفاء أن المشايخ السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التي يعملون في أرضها ، وليس لدولة على أخرى حق العقاب ، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم ، وحتى لا تمتعل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة . ويمكن الرد على هاتين الحجبتين بأن الممثل السياسي ليس إلا فرداً من رعاية دولة أجنبية ، وأن للدولة حق العقاب على رعاية الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة في أرضها ، ولا يمكن أن يعطل سريان التعاون على الممثل السياسي أعمال هذا الممثل ما دام يحترم التعاون وبطبيعته ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته .

د - تمييز أعضاء الهيئة التشريعية : وتعنى القوانين الوضعية ممثلى الشعب في البلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء تادية وظائفهم ، وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه ، فمنع من مواخذة أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الأفكار والآراء في المجلسين^(١) ، أى أنه أعفاهم من المسئولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التي تلقى أو تكتب في دار المجلسين ، والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدراً من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء ، إلا أن الإعفاء بالزعم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة ؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هي بجائس المدير بات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التي يتمتع بها أعضاء البرلمان ؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشغل بالنسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان ، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان .

هـ - تمييز الأغنياء : و تمييز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء في كثير

(١) د. ١٠٩ من دستور مصرى .

من الحالات ، ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضي أن يحكم بالحبس في كثير من الجرائم ، على أن يقدر المحكوم عليه كفالة مائة إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه ستي بفصل في الاستئناف وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف^(١) . وفي هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة ، إذ يستطيع الغني دائماً أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم بينما يعجز الفقير عن دفعها في أغلب الأحوال ، فينفذ عليه الحكم في الحال .

وبحيز قانون تحقيق الجنايات المصري للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضي ، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالي^(٢) . وفي تقرير مبدأ الضمان المثالي خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الغني يستطيع دائماً أن يدفع الضمان المثالي فيخرج من محبسه ، أما الفقير فهو في أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان ، فيظل رهين محبسه ، وقد تقص المحكمة ببراءته مما نسب إليه ، فتكون النتيجة أنه حبس لأنه أجرم ، بل لأنه عاجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر : لأنه فقير .

و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة : وتتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم ، ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن لو كبل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم في جنحة دون استئذان جهة ما ، ولكن إذا كان المتهم موظفاً أو محامياً أو طبيباً أو عضواً في البرلمان أو شخصية ظاهرة فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهة معينة ، ويجوز لو كبل النيابة أن تحفظ القضية اكتفاء بجزاء إداري يوقع على الموظف أو الخدم ، أو الخافي ، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ، ومثل هذا سطح غير متساو بالنسبة لأفراد الشعب العاديين .

(١) - ١٥٠ من قانون تحقيق الجنايات المصري .

(٢) - المادة ١٠٤ من قانون تحقيق الجنايات .

ويجيز القانون المصري لمن وقع عليه ضرر من جراء أخطاء
 ما أصابه من الضرر ، والمحاكم حين تقدر هذا النوع من الأخطاء
 وماله ، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع ، فدأبوا في تقدير
 الشركة أصيبا في حادث واحد بإصابات متعاقبة فخطأ مدير
 الذي يحكم به تدير الشركة ضخماً كبيراً ، وليكن التعويض
 للعامل تافهاً ضئيلاً .

وقد جرى سائر القانون المصري على هذه الطريقة من تحديد
 إصابات العمل أثناء عملهم بإصابات تؤدي إلى تعطيلهم أو إعاقتهم
 حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته عن أضرار
 مدة معينة ومدد معينة ، فإن كان مرتبه صغيراً وكان مدة تعويض
 مرتبه ثمة ، كغير التعويض^(١) ، ويقترب على ذلك أن يكون
 مصنع واحد ، وفي حادث واحد ، وأنت فإربح ، ولو كان
 الأيمن ، أو يبدد الخبي ، أو يبهتبه الأيمن مثلاً ، فإن
 يكون ، فإنه من التعويض الذي يصرفه

٢٣٥ - بين القانون والتشريعات :

هذا النوع من التشريعات الحديثة لا تزال في صياغة
 ولا تزال في مراحله الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،
 ولا تزال في مراحلها الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،
 ولا تزال في مراحلها الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،
 ولا تزال في مراحلها الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،
 ولا تزال في مراحلها الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،
 ولا تزال في مراحلها الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،
 ولا تزال في مراحلها الأولى ، ولا تزال في مراحلها الأولى ،

١ - في القانون المصري ، وهو ٢٥ من ٢٦ من ١٩٢٦ ، وهو
 ١٤٤٦

الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط ، بل تمتاز عايتها أيضاً بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرناً ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بتعرفتها إلا في آخر القرن الثامن عشر .

ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية ، فإن المساواة التامة التي يبعثون عنها قاعة في الشريعة ، يحوطها من جمال التكوير ، وجلال التقنين ، وعدالة التشريع ، ما يبهر أبصارهم ويحير ألبابهم ، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم وينبع أطعاهم .

٢٣٦ - نظرية المساواة في الشريعة : - جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرة المساواة التامة ، فقررت المساواة على إطلاقها ، فلا قيود ولا استثناءات ، وإتماماً لمساواة تامة بين الأفراد ، ومساواة تامة بين الجماعات ، ومساواة تامة بين الأجناس ، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين ، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرؤسين ، لا فضل لرجل على رجل ، ولا لأبيض على أسود ، ولا لعربي على أعجمي . وذلك قول الله تعالى : ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾ [الحجرات: ١٣] وذلك ما أكدته رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله : « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد ، لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى » وفي قوله : « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بأبائهم ، لأن الناس من آدم ، وآدم من تراب ، وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

فالناس جميعاً في الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، متساوون في الحقوق ، متساوون في الواجبات ، متساوون في المسئوليات ، وهم في ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن عن سن ، ولا تنقص سن عن سن ، أو هم في ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة في حقوقهم ، وواجباتهم ومسئولياتهم ، لا فضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين ،

ولا فضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكي الأبيض على الأمريكي الأسود، ولا فضل لعربي على عجمي، أي لا فضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس.

والتقوى هي وحدها نصاب التفاضل بين الناس في الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل في حدود معينة، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم، وكون التقى كريماً على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق، فالتقوى صفة تؤثر في صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر في صلة الإنسان بغيره، والتفاضل الذي ينشأ عن التقوى هو تفاضل مبنى على ما أدى وتطبيق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشري، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولا بين الملوك والسوقة، ولا بين ممثلي الدول السياسيين والرعاية العاديين، ولا بين ممثلي الشعب وأفراده، ولا بين الأغنياء والفقراء، ولا بين الظاهرين والخمانيين، وسابيين فيما يلي حكم هذه الحالات التي جعلناها أمثلة على انعدام المساواة في القوانين.

٢٣٧ - المساواة بين رؤساء الدول والرهابيا : - تسوى الشريعة بين

رؤساء الدول والرهابيا في سريان القانون، ومسئولية الجميع عن جرائمهم، ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول في الشريعة أشخاصا لا قداسة لهم، ولا يمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أي فرد.

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم وهو نبي ورئيس دولة لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازاً، وكان يقول دائماً: ﴿إنما أنا بشر يوحى إلي﴾، ﴿وهل كنت إلا بشرا رسولا﴾ وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين في تأكيد معاني المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابي فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم: «هون عليك. فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد» وتقاضاه غريم له ديناً فأغظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: «مه يا عمر، كنت أحوج إلى

«... وكانوا يخرجون إلى أن تأمره بالصبر»^(١) . وخرج أثناء مرضه من بين شعبان وعلى حتى جلس على المنبر، ثم قال: «أيها الناس إنكم ظمروا فهذا ظهري فليستقد منه، ومن كتمت له عرضا فليستقد منه، ومن أخذت له مالا فهذا مائي فليأخذ منه، ولا يخش الله على قلبها ليست من شأني، ألا وإن أحبكم إلي من أخذ مني حقاً فهو أحب إلي من كل شيء، وأنا طيب النفس» . ثم نزل فصلى الظهر، ثم قال: «... فماد ثقافته الأولى»^(٢)

بعد ذلك، الرسول من بعده قدسجوا على منواله، واهتدوا بهديه، فهذا هو معنى الخلافة، يعني التسوية، ونقياً بمعنى الامتياز. قال: «أيها الناس، قد وليت منكم علياً بن أبي طالب، خيركم، خير أخصبكم، وأبى أسأت قوموني . ثم يعان منكم من حق الشعب الذي اختاره أن يعزله . فيقول: أطيعوني ما أوصىكم به، ورسوله، فإذا عصبت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم»^(٣) .

عمر بن الخطاب يوفى بالخلافة فيكون أكثر تسكناً بهذه الممانى، حتى يبرهن على خلافة الانتم . خضب يوماً فقال: لوددت أنى وإياكم فى سفينة فى بحر، فلو أنى شارب منا شرقاً وغرباً، فأن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم، فإن شارب منا، حذف قنود . فقال طلحة: وما عليك لو قلت وإن تعوجت، لا يركب منى . فقال: أفتن أنكلى من بعده»^(٤) .

والمعنى أن كل قوم من نفسه، وأقباد للرعية من الولاية . ووفى عمر بن

١- تاريخ بغداد ج ١ ص ٥٩ .
 ٢- تاريخ ابن كثير ج ١ ص ١٥٤ .
 ٣- تاريخ ابن كثير ج ١ ص ١٦٠ .
 ٤- تاريخ ابن كثير ج ٢ ص ١٠٠ .

الخطاب مثل ذلك ، وتشدد فيه ، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة^(١) .
ولما قيل له في ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى القود من
نفسه وأبنا بكر يعطى القود من نفسه ، وأنا أعطى القود من نفسي^(٢) .

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلاً فقال له الرجل : إنما كنت
أحد رجلين : رجل جهل فعمل ، أو أخطأ فعنى عنه . فقال له عمر : صدقت ،
دونك فامثل أى اقتص^(٣) .

وأخذ عمر الولاية بما أخذ به نفسه ، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الولى
المظلوم ، وأعلن على رموس الأشهاد مبدأه هذا في موسم الحج ، حيث طلب من
ولاية الأمصار أن يوافقوه في الموسم ، فلما اجتمعوا خطبهم وحطب الناس قال : أيها
الناس ، إني ما أرسل إليكم عملاً ليضربوا بأشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، وإنما
أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم ، وسنة نبيكم ، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه
إني فوالذي نفس عمر بيده لأقصنه منه . فوثب عمرو بن العاص فقال : يا أمير
المؤمنين ، أرايتك إن كان رجل من الساميين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك
لتقصنه منه ؟ فقال : أى والذي نفس عمر بيده ، إذن لأقصنه منه ، وكيف لأقصنه
منه ! وقد رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه^(٤) .

وقد جرى العمل في الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاية أمام القضاء
العادى ، وبالطريق العادى ، فهذا هو على بن أبى طالب في خلافته ، يفقد درع الله
ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها ، فيرفع أمره إلى القاضى ، فيحكم لصالح اليهودى
ضد على . وهذا هو المنيرة والى الكوفة ينهم بائزنا . فيجأكم على الجريمة

(١) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ١١٣ - ١١٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٤ .

(٣) المراج لأبى يوسف ص ٦٥ .

(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨ وكتاب المراج لأبى يوسف ص ٦٦ .

المسوبة إليه بالطريق العادي. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدي يحيى بن أكنم قاضي بغداد ، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلقه خادم يحمل طنفسة الجلوس الخليفة ، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته . وقال : بأمر المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه ، فاستحيا المأمون ، ودعا للرجل بطنفة أخرى ، وبعض الخصومات التي كانت تتور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعي بحت « هو التحكيم » ، كما فعل عمر بن الخطاب ، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فمطب ، فخاصم الرجل عمر ، فقال عمر : أجعل بيني وبينك رجلا ، فقال الرجل : إني أرضى بشرح العراق ، فقال شريح لعمر : أخذته صحيحاً سليماً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليماً ، وكان هذا الحكم الذي صدر ضد عمر هو الذي حفز عمر لتمييز شريح قاضياً

وقهءاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا يشترطون في الإمام أى رئيس الدولة الإسلامية شروطاً لا تتوفر في كل شخص ، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة ، ولا يميزونه عنهم في شيء . وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه ، إلا أنهم اختلفوا في الإمام الذي ليس فوقه إمام ، ولهم في سريران نصوص الشريعة عليه نظريتان : -

النظرية الأولى : وهى نظرية أبى حنيفة ، ويرى أن كل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤخذ به إلا التماس والمال ، فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤخذ به ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه ؛ لأن إقامته بطريق الجزى والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ، ولا ولاية لأحد

عليه ليستوفيه ؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب ، بخلاف حقوق المباد كالتفصيص وضمان التلقات ؛ لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره ، وإن احتاج إلى النعمة فالمسلمون منعتهم فيقدر بهم على الاستيفاء ، فكان الوجوب مفيداً^(١) .

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذي ليس فوقه إمام ؛ لا لأنه معنى من العقاب ، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه ، إذ أنه صاحب الولاية على غيره ، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة ؛ ولأن ولاية العقاب في الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد ، وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم ، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب في هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التي يرتكبها الإمام ، حيث لا يعقل أن يمرض الإمام نفسه للجزى والنكال بإقامة الحد على نفسه ، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب ، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجباً .

فالفعل المحرم في رأى أبي حنيفة بظل محرماً وبمعتبر جريمة ، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب . وبترتب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل ؛ لأنه قتل شخصاً مباح الدم^(٢) ، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت . ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها ، فإن قتل الزانى المحصن يعتبر واجباً لا بد منه لإزالة العنكر ، وتنفيذاً لحدود الله ، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدى واجباً عليه ، ومن ثم فلا يمكن اعتباره قاتلاً .

أما الجرائم التي تمس حق الأفراد كالقتل والجرح ، فيرى أبو حنيفة أن

(١) شرح فتح القدير ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ - البحر الرائق ج ٥ ص ٣٠ - الزيلعي ج ٣ ص ١٨٧ .

(٢) حاشية الطهطاوى ج ١ ص ٢٦٠ .

الإمام الذي ليس فوقه إمام يؤخذ بها ويعاقب عليها ؛ لأن حق استيفائها ليس له أصلاً ، وإنما هو للمعنى عليهم وأوليائهم ، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة في هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد ، ولمنع العيف والإضرار بالغير . فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع ، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلي في استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين في ذلك بالقضاء وبالجماعة ، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم ؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم ^(١) .

وإذا ولى الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم في كل الجرائم ، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذي ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مستحقاً له أو حقا للأفراد ^(٢) . وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذاً بنظام فصل السلطات ، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذي ليس فوقه إمام بعقوبة أية جريمة يرتكبها .

ويؤخذ على نظرية أبي حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف ؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة ، ولأن الخطاب في التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام ، وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقيم أحكام الشريعة ، ويرعى صالح الجماعة ، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة ، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها ، وعاقبت الإمام حيث لا يصلح للنيابة عنها في هذه الحالة .

ثانية : وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد ، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة ، ويرون الإمام مسئولاً عن كل جريمة ارتكبها سواء تطلت بحق لله

(١) شرح منيع القدورى ج ٤ ص ١٦٦ .

(٢) من المجموع السابق .

أو بحق الفرد ؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بما فيهم الإمام ،
 حماقت عليها ممن ارتكبها ولو كان الإمام ، ولا ينظر هؤلاء الأئمة إلى إسكان
 تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية ؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده ، وإنما له
 ولنوابه ، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بمقتوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد
 من يتوبون عنه ممن لم تنفذ هذه العقوبة^(١) .

ولم يكتم الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من
 جرائم ، بل يخوفوا فيما إذا كان ينزل بارتكابه الجرائم ، فرأى البعض أن الإمام
 ينزل بارتكابه المحظورات ، وإقدامه على المنكرات ، تحكيميا للشهرة وإتقائاداً
 للهوى ؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة ، ويمنع من استدامتها^(٢) .

٢٢٨ - رؤساء الدول الأجنبية : وإذا كانت الشريعة لا تميز رئيس
 الدولة الإسلامية الأعلى فهي من باب أولى لا تميز رئيس دولة أجنبية^(٣) ،
 وإن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية ، وعلى رجال حاشيتهم أثناء
 وجودهم في دار الإسلام ، فإذا ارتكبوا أية جريمة عوقبوا عليها ، وإذا كان
 أمير حنيفة يرى عدم إسكان عقاب الإمام على الجرائم التي تمس حقوق الجماعة ،
 فإن هذا الرأي لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئاً ؛ لأن أساس هذا الرأي أن

(١) المدونة ج ١٦ ص ٥٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ - الإفتاح
 ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ - الترحم الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٨٢ - للهدب
 ج ٣ ص ١٨٩ - الأم ج ٦ ص ٣٦ - فقه القرآن والسنة ص ٩٧ .
 (٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ .

(٣) المقصود من الدول الأجنبية الدول المهاجرة التي تقوم في دار الحرب ، أما الدول
 الإسلامية فلا تنجر لاحداها أجنبية بالنسبة للأخرى ، ولا تسح لواء الشريعة بإمضاء رؤساء
 الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التي ارتكبوها في دولة إسلامية أخرى ، بل لأنه يمكن
 عقابهم في هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التي ارتكبوها في أي مكان من دار الإسلام ، وعلى
 الجرائم التي ارتكبوها في دار الحرب على التفصيل الذي بينا في الفقرة ٢١٨ .

الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه ، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره .

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن . ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم ليسوا بالإستأمنين . وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التي تمس حق الأفراد ، أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عنها . وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة في هذا ، ويرى كما يرى باقي الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام^(١) .

٢٣٩ - رجال السلك السياسي : - تسرى الشريعة على رجال السلك

السياسي فيما يرتكبون من جرائم في دار الإسلام ، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ، وليس في قواعد الشريعة ما يسمع بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم ، إلا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن ، وهي تقضي بسرمان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة .

ويلاحظ أن رجال السلك السياسي الذين يمكن اعتبارهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمنعونها وليسوا مسلمين ، أما المسلمون الذين ينتمون لدولة محاربة أو دولة إسلامية فهؤلاء لا يعتبرون مستأمنين بحال ، وحكمهم حكم أي مسلم يقسم في دار الإسلام .

ليس في أحد رجال السلك السياسي جرائمهم مذعيب الشريعة ، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة ، وتجعل حكمهم حكم رعايا الدولة ، ولكن العيب في التفرقة التي تأخذها القوانين الوضعية بحجة حاشيتهم ،

(١) راجع الفقرة ٢٦٤ وما بعدها .

وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسي الذي يرتكب الجرائم لا يستحق الحماية، ولا يصلح لأداء وظيفته، ولأنه لا يحس الممثل شيء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات، وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف في غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ما هو أسهل وأسرع وأجدي من الاتهام، فنع محاكمة الممثل السياسي لا يمنع من الضغط عليه والتأثير فيه، والحجج التي يبررون بها منع المحاكمة لا تبرر المنع بحال من الأحوال.

٢٤٠ أعضاء الهيئة التشريعية: - لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء

البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التي يرتكبوها في دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فرداً على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة.

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق في هذه الناحية على الشريعة، ولكن قليلاً من التفكير يؤدي بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق في هذه الناحية تفوقاً عظيماً، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهتها الفنية، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية.

فالقانون الوضعي يقوم في جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء، والمبدأ الأساسي في القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيها قال أو كاذباً. وإذا كان هذا المبدأ يحس البراءة من ألسنة الكاذبين الملققين، فإنه يحس أيضاً للثورثين والجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين.

وهذا المبدأ الذي قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسئوم والمحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة، وهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاق بين الشعوب، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر في غيه، ذاهب

لدى نهاية طوره ؛ لأنه لا يحشى رقبيا ولا حسيبا من الجماهير ، ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانوني أن يسمى الأسماء بسمياتها ، وأن يصف الموصوفات بأوصافها ، لا يستطيع أن يقول لمن زنى يازانى ، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق ، ولا يستطيع أن يقول للمفتري يا كاذب ، فإن قالها باء بالمعقوبة ، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتنويص المالى على مانسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول ، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهاوا عن الكفر ، وأن يحطوا من قدر المسمى ليرفضوا من قدر المحسن والإحسان . وقد شعر واضعوا القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه ، فاستثنوا منه حالات أربع هى :-

١ - حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة ، فإن الطاعن لا يماقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المتذوف^(١) . وقد تقرر هذا الاستثناء ، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد ، فيدعوم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

٢ - حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب : فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة لىستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ، ويسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسموا عنه كل ما يتلقى بسلوكه وأخلاقه .

٣ — حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضائه لا يؤاخذون على ما يبدونه من الأفكار والآراء في المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون مخرج أو خوف من المحاكمة والمقاب .

ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في الحالتين السابقتين لا ينجو من المقاب إلا إذا كان صادقا فيما قال ، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلفا لما قال .

٤ — حالة المحاكمة والتقاضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من المقاب على القذف أو السب الذي يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوي أو الكتابي أمام المحاكم ، ولا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

ويلاحظ أن القاذف والسب لا يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصري وهو نفس المبدأ الذي تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة ، وهذه هي مستثنيات المبدأ في مصر ، وهي لا تكاد تختلف كثيراً عما في معظم القوانين الوضعية .

والغريب الغريب في نصوص القانون المصري هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام . فبينما المبدأ الأساسي يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعلامة ، وبينما المبدأ الأساسي هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء ، إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها

يبیح القول الصادق والقول الكاذب معاً ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .
والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد
قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة ؛ لأن الأفراد هم الذين يكوّنون الجماعة ، وإذا
صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصرّر وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون .
ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم ، وهدم الوازع
الأدىبى فى نفوسهم ، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث
الفساد من نفوسهم ، فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متساكنة ،
فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى ينجر عليه من السقف أو ينقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب
والافتراء ، وإباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على
من يقول الحق ، ولا مؤاخظة على من يسى الأشياء بمسمياتها ، والموصوفات
بأوصافها ، لا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ، ولا عقاب
على من يقول للشارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول
للكاذب إنك كاذب إذا لم يعد قول الحق

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما ، فكل إنسان يستطيع أن يعطى فى أعمال
الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة ، وينسب إليهم عيوبهم
مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم
الخاصة ما دام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم
ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى
حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن الشريعة لا تحمى النفاق والرياء والكذب
ولأن الشخص الذى لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلاً

في نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس في حياتهم العامة .
 وكل إنسان في وقت الانتخاب وفي غير الانتخاب يستطيع طبقاً للشريعة أن
 يقول للمحسن هذا محسن ، وللمسي هذا مسيء ، مادام يستطيع أن يثبت إساءة
 للمسيء ، وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أية هيئة أخرى ، أو كان عاطلاً
 من عضوية الهيئات على الإطلاق ، له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء ، مادام
 يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء . فليس في الشريعة كافي القانون ما يدعو إلى تحميل
 الصدق في وقت الانتخابات ، وتحريمه في غير ذلك من الأوقات ؛ لأن الشريعة توجب
 الصدق على الدوام ، ولا تحرمه في أي ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان .
 وليس في الشريعة كما في القانون ما يدعو إلى تحميل الصدق والكذب معاً
 لأعضاء البرلمان والمتقاضين ؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ،
 والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم ، فلا تجمع
 في حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى ،
 فإذا أحل لهم الكذب وأمتوا العقوبة عليه ، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ،
 وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال ؟
 ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين
 خروج على مبدأ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية في الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم
 الكذب ، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة ، ويرى إلى إصلاح
 الجماعة وتقويتها ، وتشجيع الصالح وكبت الطالح ، وتربية الأفراد على الأخلاق
 الحسنة ، ورفع مستوى القضية بين الجماعة ، وشتان بين هذا المبدأ في قوته
 وصلاحته ، وبين مبدأ القانون في ضعفه وتهافته .

٢٤١ - الأوغيا والفقراء : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء فهم

لدى الشريعة سواء ، وقواعد الشريعة لا تسمح أن يستفيد الفن من غناه أو أن

يضارُّ الفقير بقره ، ولهذا لا تعترف الشريعة بنظام الضمان المالي أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس لا شيء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف في الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية ، ويطبق في حالة الحبس للدين ، فمن كان محبوساً لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل ، ولا شك أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصاً يكفله ؛ لأن الحبس للدين لا يكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه ، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع فوراً قدره من المال . أما الحبس في الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة فيراه بعض الفقهاء نوعاً من التعزير ، أي عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التي نزلت بالمتهم ، ويترتب على اعتبار هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل لنتهم بكفالة شخصية ؛ لأن الكفالة لا تقبل في العقوبة . ويرى بعض الفقهاء أن الحبس في هذه الحالة حبس للاحتياط^(١) وليس عقوبة ، وحلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية ، ولا شك أن كل محبوس حبساً احتياطياً يستطيع أن يجد له كفيلاً ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضماناً مالياً . وسواء اعتبرنا الحبس تعزيراً أو احتياطياً فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد .

٢٤٢ - الظاهر منه في الجماعه : - لامتياز الشريعة الإسلامية بين الأفراد ، فهم لدى الشريعة سواء ، فالخاكم كالحكوم ، والشريف كالوضيع ، والقوى كالضعيف ، والناهب كالمخمل . وقد عاتب الله رسوله عتاباً شديداً ؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسرايتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس ، جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله ، وكان النبي مجتمعاً في هذا

(١) المدونة الكبرى ج ١٦ ص ١٤ ، ١٢ ، ١٨ - المبسوط للرخسى ج ٢٦ ص ١٠٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - نهاية المحتاج ج ٢ ص ٢٨٤ .

الوقت بصناديد قريش وسرايتها يكلمهم في شأن الدعوة ، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه ، وظهرت هذه الكراهية في وجهه ، وأعرض عنه وهو يطعم في استالة القوم ، فأنزل الله جل شأنه في ذلك الحادث قوله: (عيسى وتولى أن جاءه الأعمى ، وما يدريك لعله يزكى ، أو يذكر فتفتنم الذكري ، أما من استغنى ، فأنت له تصدى ، وما عليك ألا يزكى ، وأما من جاءك يسعى ، وهو يخشى ، فأنت عنه تلهى) [عيسى : ١٠ - ١٠] .

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد ، من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشرف قريش ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، وأعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيباً فقال : ما إكذاركم على في حد من حدود الله ، وقع على أمة من إماء الله ؟ والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذي نزلت به لقطع محمد يدها^(١) .

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغضب عبد الرحمن بن عوف ، وسب المبدفانثلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ، ورفع يده قائلاً : « ليس لابن بيضاء على ابن السوداء سلطان إلا بالحق » ، فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآله للنفس ، فوضع خده على التراب ، وقال للعبد : طأ عليه حتى ترضى وكلنا يذكر قصة جيلة بن الأيهم ، فقد داس أعرابي على إزاره وهما يطوفان بالكعبة ، فلطمه جيلة ، فشكاه الأعرابي إلى عمر بن الخطاب ، فأمر بالقصاص وعز على جيلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابي ، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر ، ثم أدركه الندم ، فقال مقاته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة وما كان فيها لو صبرت لها ضرر

(١) كتاب المراج لأبن يوسف ص ٥٠ .

وكان عمر بن الخطاب حرباً على التوبة بين الأشراف والعامّة ، وله في ذلك وقائع مشهورة^(١) .

والقاعدة في التريفة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية الجني عليه ، ولا مركزه ، ولا ثروته ، وإنما يقدر التعويض على أساس نديجة الفعل الذي وقع عليه ، فإذا قتل شريف ووضع فديتهما واحدة ، وإذا أصيب عامل في شركة ومدير الشركة في حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعاً أو إصبعاً عوض كل منهما تعويضاً مساوياً لتعويض الآخر .

٢٤٣ - المحرم والزبور : - وتسوى الشريعة بين المسلمين والذميين في تطبيق نصوص الشريعة في كل ما كانوا فيه متساوين ، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه ؛ لأن المساواة في هذه الحالة تؤدي إلى ظلم الذميين ، ولا يختلف الذميون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة ، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه ، والتوقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدل خالص فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح ، ولا يمكن أن يعتبر هذا استثناء من قاعدة المساواة ، بل هو تأكيد للمساواة ، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة ، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية ؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم ، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم ، ومعناه أيضاً عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون ، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون ، ومعناه أخيراً الخروج على قواعد الشريعة العامة التي تقضى بترك الذميين وما يدينون ، والخروج على نص القرآن الصريح (الإكراه في الدين) [البقرة: ٢٥٦] .
والجرائم التي تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين هي الجرائم القائمة على

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي من ص ٩٥ ل ١٠٠ .

أساس ديني محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذي يعتقد طبقاً لدينه بخرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على غير المسلم الذي يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه ، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقاً أعمى لأخذ الذميون بأفهامهم في معتقد غير محرمة ، وفي هذا ظلم بين ، فكان من العدل الذي أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم ، فالتسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقباً عليها ، أما الذي فلا يعتبر شره الخمر وأكله لحم الخنزير جريمة .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس ديني إذا كان إتيانها محرماً في عقيدتهم ، أو يعتبر عندهم رذيلة . أو إذا كان إتيان الفعل مفسداً للأخلاق العامة ، أو ماساً بشعور الآخرين ، فمثل شرب الخمر ليس محرماً في عقيدة الذميين ولكن السكر محرماً عندهم ، أو هو رذيلة ، فضلاً عن أنه مفسد للأخلاق العامة ، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب ، فمن شرب حتى سكر عوقب ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه . والشريعة توجب الصوم على المسلم ، وترى في عدم الصوم معصية ، وفي التظاهر بالإفطار معصية ، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم ؛ لأنه منزه به طبقاً لعقيدته ؛ ولأن غير المسلم ليس ملزماً بالصوم ؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالمعقوبة ظلم وأكروه على من لا يعتقد ولا يكرهه في الدين . أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذي معاقب لأن الذي وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما عس شعائر الإسلام وشعور المسلمين ، وهذا دون شك في استطاعته ، ولا يمس أي أساس بعقيدته ، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم ، وبشعور الصائمين ، فإذا ما تظاهر الذي بالإفطار عوقب على تظاهره

بالإنظار ، وإذالم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفسر ؛ لأن الصوم ليس واجبا عليه .

٢٤٤ - مبرزة للشرعية : و يترتب على التفرقة في تطبيق نصوص الشريعة بين المسلمين والنميين أن تكون الجرائم في الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إثباته كل المقيمين في دار الإسلام ، وقسم خاص يعاقب على إثباته المسلمون دون غيرهم ، ولا يمكن أن يقع إلا منهم ، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس في القوانين الوضعية الحديثة على ما أعلم قانونا واحدا لم يملك ملك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاما يقع من كل الرعايا ، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط ، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلك هذا الطريق لتحقيق العدالة ، وتوفير حرية الاعتقاد ، والحفاظة على النظام ، وأساس النظام في الشريعة هو الإسلام . أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعها على سلوك هذا الطريق ؛ لأن القوانين تجرد عادة من كل ماله ماس بالمقائد والأخلاق والدين على العموم ، ويمكنها فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية ، أو يمس الأمن ، أو نظام الحكم . وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق ، وشيوع القوضى ، والتحلل من كل القيود ، وأوجدت في الجماهير روح التمرد ، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها ، فكثرت الثورات والاضطرابات ، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم ، وكل نظام يلاق مصير النظام الذي سبقه .

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين في هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة ، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد ، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجرّدوا القانون من كل ما يمس المقائد والأخلاق والأديان ، فأدى بهم هذا التطبيق السيء إلى هذه النتائج المحزنة ، ولو أنهم أخذوا بطريقة

الشريعة الإسلامية لضمانوا تحقيق ما شاءوا من مبادئ ، ولنعموا من وقوع هذه الماوى .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ما قبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس ديني براعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده ، لا مذاهب الحكوميين جميعاً وعتائدهم ، بحيث كان المخالفون في العقيدة يحملون حلاً بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته ، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشغناء والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد ، وإراقة الدماء وتمدد المذابح ، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين أن يماجلوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءاً كما رأينا ، ولا أظن أن هناك علاجاً موفقاً كالعلاج الذى ارتأته الشريعة ، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأ المساواة وحرية الاعتقاد ، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين .

ويجب أن لا ننسى حين تقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية ، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام ، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاهها يخالف الإسلام ، وأن الدين الإسلامى يعتبر النظام الأساسى للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد . وبكل ما يورجه ويحرمه ، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه ؛ لأن الأخذ ببعضه ، وترك بعضه هدم له . وقد فهم أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الوضع حتى الفهم ، فحاربوا مانعى الزكاة بعد وفاة الرسول : اعتبرهم مرتدين ؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسألة فى هذا الوقت العصيب الذى انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها على المسلمين .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية ، لأنها تقوم على النظام الإسلامى ، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والحفاظة على مقوماته ، فلا بد أن تحرم كل ما يمس وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يعتبر هذا عيبا في الشريعة الإسلامية ، لأنه صفة أساسية لاصفة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض ، فكل نظام له أسسه التي يقوم عليها ، ومقوماته التي لا يستمر بغيرها ، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه ، وتجوهرت مقوماته . فالديموقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة ، والنازية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، والشيوعية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته ، ولا يمكن أن يمس أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه ، أو تجوهرت بعض مقوماته ؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش ، وتميز عن غيره من الأنظمة ، ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام ، أو يهدم مقوماته ، فالعيب إذن على الشريعة إذا عاقبت على كل ما يمس النظام الذي قامت عليه ؛ لأن ما عهدت الشريعة هو طيبه ، ولازمة لكل نظام برأيه القيام والنماء والاستقرار ، وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشئ . لأنه يرجع إلى تقدير النظم ، واختلاف طبيعتها ، ومادامت اتجاهات النظم مختلفة ، وطبيعتها مختلفة ، فلا يمكن أن تنفق فيما تنسى وفيما تحرم ، والأمانة على ذلك بارزة في الأنظمة الوضعية ، والشيوعية مثلا تعاقب على الدسوة للنازية والديموقراطية ، والنازية تعاقب على الدسوة للديموقراطية والشيوعية ، والديموقراطية تعاقب الشيوعية والنازية وتعاقب غيرها ، والمناكبية الفردية مباحة إلى غير حد في البلاد الديموقراطية ، والسكنية الجماعية في البلاد الشيوعية ، باختلاف الأفعال المحرمة في النظام لا يمكن أن يكون حساسا بشأنه ؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم ، ولا بموموه وخصومه

وإنما يقاس بما يؤدي إليه من إبعاد الجماعة ، وزيحها وتفوقها ، ونشر العدل
والمساواة والتراحم بين أفرادها .

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة في الشريعة الإسلامية
لا يأتيناها الباطل من بين يديها ولا من خلفها ، وهي أن الشريعة نصت على أفعال
معينة واعتبرتها جرائم ، وأوجبت العقوبات عليها ، ولم تجعل لولى الأمر حق
العفو عن العقوبة أو الجريمة في بعض هذه الجرائم ، وهي الحدود والقصاص ،
وجعلت له حق العفو عن الجريمة أو العقوبة في بعضها الآخر ، وهي جرائم
التمازير ، كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التي تقتضى مصلحة
الجماعة والنظام العام تحريمها ، وأهم هذه الأفعال هي الأفعال التي تخالف روح
الشريعة أو مبادئها العامة ، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل
معين حرمه وعاقب عليه بعقوبة تمييزية ، وحق ولى الأمر في التحريم والعفو
عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام ، أى : النظام الإسلامى .
وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحث لا خيار
في العقاب عليها ، لأن الجريمة إن كانت حداً فلا يحصى من العقاب عليها ، وإن
كانت الجريمة تعزيراً فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام
الإسلامى ، ولا شك أن العفو في كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام . كذلك فإن
ولى الأمر مازم بتحريم كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة
عليه ، فسلطان ولى الأمر في التحريم وعدم التحريم والعفو وعدم العفو مقرر
لمصلحة النظام الإسلامى ، وليس لمصلحة ولى الأمر ولا لأية مصلحة أخرى .
والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره ،
وما كان مقررراً لمصلحة نظام ما ، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام ،
ولا يصح أن يتهاون في شأنه التهاون ل أمر هذا النظام ، ولا ضير في أن
(٢٠ - التشريع الجنائى الإسلامى)

تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في العقاب على الجرائم الدينية ، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم ، ولن يثنى هذا الخلاف المسلمين عن تفضيل النظام الإسلامى على غيره من الأنظمة ، كما لم يثن الشريعيين عن تحييد الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة ، مع أنها تخالف كل نظام وضى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم ، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا ، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم ، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين ، وقانا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية في اتجاهها الحديث وإن كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات ، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم ، أو على الحاميين أو الأطباء ، وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالاً معينة ، وتعاقب عليها بمقوبات خاصة ، وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره ، ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرناً لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

٢٤٥ - هل تعرف الشريعة فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :-

القاعدة فى الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها ، وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التى بينها فيما سبق فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات فى الحدود مقدرة ، أى عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا

تنقص ، وليس للقاضي أن يستبدل بها عقوبات أخرى ، والعقوبات في جرائم القصاص مقدرة أيضاً ، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، أو كانت مانع شرعى من العقوبة ، وليس للقاضي حق الاستبدال ، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو ، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البديلة ، أما عقوبات التعزير فهي ذات حدين غالباً ، وتقدير العقوبة متروك للقاضي ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجاني .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات في الشريعة لا تسمح بالتفريق في العقوبة بين فرد وفرد ، ولا مسلم وغير مسلم ، وأن لكل جريمة عقوبتها فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلماً أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التي يجب توافرها في الجاني أو المجنى عليه ؛ ليستحق الجاني العقوبة المقررة لهذه الجرائم ، وهذا الخلاف قد يدعو غير النعم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق في العقوبة بين المسلم وغير المسلم ، والجرائم المختلفة عليها هي على وجه التحديد ثلاث : القتل العمد ، والزنا ، والقذف .

فأما القتل العمد فعقوبته في الشريعة هي القصاص ، ولكن مالكا والشافعي وأحمد لا يميزون القصاص من المسلم إذا قتل الذي ، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذي ؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له فلا ينطبق على الذي لأنه ذو عهد ، ويتم ذلك بعموم النص الذي جعل القصاص عقوبة لكل قتل ، فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف في تفسير نص ، ولا شك أن التفسير الذي يسوى بين المسلم والذي هو التفسير الذي يستقيم مع عموم النص ومع التسوية بين الاثنين في الجرائم عامة .

وفي الزنا لاخلاف على عقاب الزاني غير المحصن ، فالمسلم غير المحصن والذي غير المحصن عقوبتهما واحدة وهي الجلد ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الزاني المحصن ، فرأى أبو حنيفة أن الذي لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزاني المحصن ، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن اعتبار الذي محصنا ؛ ولذلك فمقوبته في كل الأحوال الجلد . أما المسلم المحصن فمقوبته الرجم . ورأى مالك والشافعي وأحمد أن الإسلام ليس شرطا في الإحصان ، ومن ثم فالذي المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم . فالخلاف بين التريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان .

والعذف من أركانه الإحصان بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾ ، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير أن يعاقب فاذف المسلم بعقوبة الحد وهي الجلد ثمانين جلدة ، ويعاقب فاذف الذي بالتميز ، والتميز قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها .

وظاهر من مقارنة النتائج في هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لا يسير على نهج واحد ، ولا ينتهي بنتائج واحدة ، فإذا كانت النتيجة في القتل تخفيف عقوبة المسلم ، فقد كانت في الزنا تخفيف عقوبة الذي ، وتشديد عقوبة المسلم . أما في العذف فقد تكون النتيجة في صالح الذي وقد تكون ضده . وهذه النتائج التي تنتهي إليها آراء الفقهاء تكفي بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم في العقوبة ، كما أن هذه النتائج تؤيد ما قلناه : من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها ، ولا ترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ - مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص :-
 ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص ، ولا يفتى منها
 أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته ، وأن الشريعة تطبق
 مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولا تسح بتمييز شخص على شخص ، أو هيئة
 على هيئة ، أو فريق على فريق

هذه هي نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية ، وهذا هو تطبيقها في
 سريان النصوص الجنائية ، ولا شك أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين
 الوضعية في هذا الوجه ، فالقوانين على ما استحدثت لها من نظريات لا تزال أدنى
 مستوى من الشريعة ، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التي عمدناها أن
 يقول : إن نظرية المساواة بلغت في الشريعة درجة الكمال المطلق ، وإسكنها في
 القانون لا تزال كالطفل الذي يحسن أن يحب ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

الباب الثاني

الركن المادى للجريمة

٢٤٧ - مناهج البحث : - يتوفر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية ، وقد يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحوز ، وقد لا يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة غير تامة ، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحوز أو بعد دخوله مباشرة ، وهذا ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة .

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد ، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم ، أو يجرض بعضهم بعضا عليها ، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها ، وهذا ما يسمى بالاشتراك فى الجريمة .

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة ، والشروع ، والاشتراك ، ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرايطها وعقوباتها ، وهذا ما يوجه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص . أما الشروع والاشتراك فستتكام عليهما فيما يأتى ، وسنخصص لكل منهما فصلا خاصا .

الفصل الأول

الشروع في الجريمة

٢٤٨ - الفقهاء والشروع في الجريمة : - لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم ، ولكنهم اهتموا بالفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، ويمكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع في الجريمة لم يكن له في الفقه الإسلامي ما يعاقب عليه^(١) ولا حد وإنما يعاقب عليه عند وقوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والعقاص ؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل ، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضي أن يقلبها أو يخففها ، أما جرائم التعزير فإذا استثنينا العدد القليل الذي نصت عليه الشريعة كتحریم الميتة وخيانة الأمانة ، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروك أمرها للسلطة التشريعية أي لأولى الأمر ، يحرمون من الأفعال ما يرونه ماسا بالمصلحة العامة أو النظام العام ، ويعاقبون عليه ، ويتركون ما لا يرون ضرورة للعقاب عليه ، كما أن تقدير العقاب في جرائم التعزير عامة متروك لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولي الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير وأن يشدها طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة ، وللقاضي بعد ذلك سلطة واسعة في توقيع العقوبة ، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والعقاص ، وأن جرائم

(١) يعاقب على الشروع في القتل إذا أدى جرح أو وضع بالفضاس كما كان ذلك في كتابنا ، ولكن العقاب في هذه الحالة ليس على الشروع القتل الذي يتم ، وإنما على الجرح أو الضميمة باعتبار أن ما حدث هو جريمة تامة وسبب في تعصبل ذلك .

التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بمقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بمقوبات جسيمة ، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها في زمان دون زمان ومكان دون مكان ، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر ؛ وهذا كله لم يشككم انتقها ، عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما ، ولم يدخلوا في تفاصيل أركان الجريمة وشروطها ، وعلى هذا الأساس لم يشكوا عن الشروع بصفة خاصة ؛ لأنه من جرائم التعازير .

ثانيهما :- أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع في الجرائم ، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة في الشريعة أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، أي أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة ، وما كان الحد والكفارة لا يعاقب بها إلا على جرائم معينة أمثال الجاني فعلا ، فحين كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير ، ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أي جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكوتة لجريمة لم تتم ، مادام الجزء الذي تم محرما لذاته . والاستحسان في أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا منقّب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكبا لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر في ذاتها جريمة تامة ، ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يسلق السارق المنزل الذي يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تساق يقصد السرقة يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت لجمع مناعه ليسرقة فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا تعمره عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية ، أي : جريمة تامة تستوجب العقاب ، إذا نظرنا إليها على حده ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة

السرقه التي لم تتم ، فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة ، وخرج بالمسروقات من الخز ، فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هي السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويمتنع التعزير على مادون التمام ؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة .

والزاني إذا دخل بيت المرأة الزنى بها يرتكب معصية ، وإذا جنس معها في خلوة يرتكب معصية ، وإذا قبها يرتكب معصية ، وكل هذه الأفعال تعتبر شروعات في جريمة الزنا التي لم تتم ، ولكن كل فعل منها يعتبر بذاته معصية تامة تستوجب التعزير ، فإذا ما تمت جريمة الزنا وجب الحد وامتنع التعزير ، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هي جريمة الزنا .

وهكذا يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة ما يدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع في الجرائم ، وإنما دعوتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة في جرائم الحدود والقصاص ، لأن الجريمة التامة دون غيرها هي التي تستوجب عقوبة الحد أو القصاص ، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط

ومن الخطأ البين أن يظن البعض أن الشريعة لا تعرف الشروع في الجرائم ، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حتى المعرفة ، وكل ما في الأمر أنها عالجت بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية ، ولم يعب الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع في الجرائم ، لأن الأفعال التي لم تتم تدخل في جرائم التعازير كما تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولم أياها ما تكفي لتكوين الجرائم المقصودة أصلاً ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم للشروع فيها مادام أن ما تم منها يعتبر في ذاته جريمة تامة ، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وادنا إليها جرائم الشروع فنحن نأثي بشيء جديد ، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة

على بعض جرائم التعازير ، وتمييز لبعض جرائم التعازير عن بعضها الآخر ، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز ، ودون أن يدفنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإفناع ، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها في القوانين الوضعية . ونظارة الشريعة في الشروع أوسع مدى منها في القوانين الوضعية ، فهي تعاقب على الشروع في كل جريمة إذاً كون الفعل غير التام معصية ، وهي تسير على هذه القاعدة دون استثناء ، فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحبل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها ، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير . أما القوانين الوضعية فتعاقب غالباً على الشروع في أكثر الجنايات ، وعلى الشروع في بعض الجناح ، دون البعض الآخر ، وليس لها قاعدة عامة في هذا .

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل . فإن الجرح إذا أدى لموت اعتبر الفعل قتلاً عمداً ، وإذا شئ المجنى عليه اعتبر جرحاً فقط وعوقب عليه الجاني معقوبة خاصة ، أما إذا أراد الجاني أن يقتل المجنى عليه فلم يصبه فالفعل معصية وفيه التعزير .

٢٤٩ - المراحل التي تمر بها الجريمة وأنها يعتبر معصية : - تمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم ، فهو أولاً يفكر فيها ، ثم يعقد العزم على ارتكابها ، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها كسراة سلاح يقتل به ، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذي يريد السرقة منه . أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة انتقل إلى مرحلة ثالثة هي مرحلة التنفيذ . فيبدأ في تنفيذ جريمته على الوجه الذي فكر فيه وأسدله الوسائل .

هذه هي المراحل الثلاث التي يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته . فأى هذه

المراحل يعتبر معصية وبالتالي جريمة تستحق العقاب؟ والجواب هو ما سنبينه فيما يلي:

أولاً - مرحلة التفكير والتصميم : - لا يعتبر التفكير في الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالي جريمة يعاقب عليها؛ لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل ، ولا على ما يتوهم أن يقوله أو يعمل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » وإنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل .

وهذا المبدأ الأساسي الذي قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث في القوانين الوضعية ، أخذت به جميعاً في عصرنا الحاضر ، ولكنها لم تعرفه ولم تأخذ به إلا ابتداءً من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية ، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على ائتمية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما ، فالشريعة في تقريرها هذا المبدأ ، قد سمقت كل شريعة وضعية ، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم لنبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية ، ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ ، أما القوانين الوضعية فلا يزال فيها استثناءات لهذا المبدأ ، ومن الأمثلة على ذلك : أن القانون المصري والفرنسي يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو التردد ، وبين عقوبة القتل العمد الخالي عن سبق الإصرار أو التردد ويشددان العقوبة في الحالة الأولى ويخففانها في الثانية

ثانياً - مرحلة التحضير : - لا تعتبر مرحلة التحضير أيضاً معصية ، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة وسيلة أو إعدادها مما يعتبر معصية في ذاته ، كسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكارة فإن شراء السكر أو حيازته يعتبر بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلي وهو السرقة .

والعلة في عدم اعتبار دور التحضير جريمة ، أن الأفعال التي تصدر من الجاني يجب للمقابلة عليها أن تكون معصية ، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أي : حق للجماعة أو على حق للأفراد ، وليس في إعداد وسائل الجريمة في الغالب ما يعتبر اعتداءً ظاهراً على حق الجماعة أو حقوق الأفراد ، وإذا أمكن اعتبار بعض هذه الأفعال اعتداءً فإنه اعتداء قابل للتأويل أي مشكوك فيه .
والشريعة لا تأخذ الناس في الجرائم إلا باليقين الذي لا شك فيه .

ثالثاً - مرحلة التنفيذ : - هذه هي المرحلة الوحيدة التي تعتبر فيها أفعال الجاني جريمة ، ويعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية ، أي اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءاً في تنفيذ ركن الجريمة المادي ، بل يكفي أن يكون الفعل معصية ، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادي ، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادي أكثر من خطوة ، فمثلاً في السرقة يعتبر النقب والتساق وكسر الباب وقطعه بفتح مسطع كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، وبالتالي شروعاً في سرقة ، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادي السكون لجريمة السرقة خطوات . هي دخول محل السرقة ، والاستيلاء على المسروقات ، وإخراجها من الخرز . كذلك يعزى الجاني باعتباره مرتكباً للمعصية أو شارحاً في سرقة ، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التساق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

ويعتبر الجاني مرتكباً لمعصية يعزى عليها وبالتالي يعتبر شارحاً في الزنا ، إذا دخل منزل المرأة التي يقصد الزنا بها ، أو أصبح معها في غرفة واحدة ، أو قبيلها أو ضمها ، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا ، وهو بما يقابل على هذه الأفعال ولو أن بينه وبين الفعل المادي للسكون جريمة الزنا أكثر من خطوة .

رابعاً - أثر نية التعزير الجاني لتبليغه مرتكباً لمعصية أو شارحاً في جريمة السرقة ، وحدها يجوز التمسك بالمراد سرقة ومعه مجرد ليستعمله في فتح الباب

أو منقب لينقب به الخائض ، ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نقب الخائض ، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجاني كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصده شقوة الخائض يسرق المتاع الذي يجرسه^(١)

فمقاييس الفعل المعاقب عليه في الشروع هو أن يكون ما أتاه منهم مكوناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصدته من الفعل ؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى في الأمثلة التي ذكرناها سابقاً شأناً كبيراً لنية الجاني ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون لسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجاني وحدها هي التي أزالته الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجاني قاصداً سرقة هذا الخجل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم ، ولكن نية الجاني هي التي أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية .

٢٥٠ - التريفة والقانون : - وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في

عدم العقاب على مرحاتي التفكير والتحصير ، وفي قصر العقاب على مرحلة التنفيذ ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذي يعتبر فيه الجاني قد بدأ بالتنفيذ ، فأصحاب المذهب المادي يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء في تنفيذ الفعل المادي المكون للجريمة ، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء في تنفيذ هذا الفعل ، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء في أحدها شروعا في الجريمة ، ولا يمد بدءاً في التنفيذ أي عمل آخر لا يدخل في الأفعال المكونة للجريمة . ويرى أصحاب المذهب الشخصي أنه يكفي لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما ، سابق مباشرة

على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتماً ، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لا يختلف فى شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية ، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة ، ولكن نظرية الشريعة مع هذا تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصى ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتية الجانى إذا تكون مما فعله معصية ، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتماً إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه . كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه . أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤد حتماً للركن المادى كالتعب وفتح محل السرقة بفتح مصطنع . ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى ، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ - العقاب على الشروع : - قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم

الحدود والقصاص أن لا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم ، وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : «من بلغ حداً فى غير حد فهم ومن المعتدين»^(١) . وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص ، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم ، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع ؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك أن البون شامع بين الشروع والفعل التام ، فيجب أن يؤخذ منهم بقدر ما فعل ، ويجزى بقدر ما اكتسب ، فضلاً عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة

(١) تنجز جرائم القصاص وجرائم الحدود حدوداً . والمدن الأصل هو ما كانت عقوبته

على إتمامها ؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة الجريمة التامة بالبده في تنفيذ الجريمة ، فليس ثمة ما يفرقه بالعدول عنها^(١) .

ونستطيع أن نقيس الشروع في جرائم التعازير بالشروع في جرائم الحدود والقصاص ، فنقول : إن القواعد العامة التي تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير ، ولووردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط ؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم الهامة يسرى على غيرها .

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط ، وهي عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص ، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص فهو « من بلغ حداً في غير حد » والحدا الأول هو العقوبة ، والحدا الثاني هو الجريمة ، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد في جرائم الحدود والقصاص دون غيرها ، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة في غير الحدود خصوصاً وأن التعازير غير مقدرة ، وللقاضي حرية واسعة في تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى .

والتوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين ، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة ، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة .

٢٥٢ - أثر عدول الجاني عن الفعل : إذا شرع الجاني في ارتكاب الجريمة فيما أن يتما وإما أن لا يتما ، فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها ، وإذا لم يتما فيما أن يكون أكره على عدم إتمامها كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة ، وإما أن يكون هو الذي عدل مختاراً عن إتمامها ، وفي حالة العدول

إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة ، كأن يكتمن الجاني بما فعل ، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات ، أو يرى أن يعاود الكرة في وقت آخر مناسب ، أو يخشى أن يراه أحد ، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجاني وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله .

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجاني على ذلك كأن يضبطه الهنئ عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة ، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجاني في شيء ، ما دام أن الفعل الذي أنه يعتبر معصية .

وإذا عدل الجاني عن إتمام الجريمة لأي سبب غير التوبة ، فهو مسئول عن الفعل كلما اعتبر الفعل معصية ، أي اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، فمثلاً إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه ، ثم عدل عن دخوله ؛ لأنه رأى الحارس يمر في هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث ، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً ؛ لأنه مجز عن فتح خزانة النقود ، أو ليأتي بزميل له يعاونه في فتح الخزانة أو يعاونه في حمل السرقات ، فهو في كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله ؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة ؛ ولأن ما وقع منه فعلاً يعتبر معصية ، فالتعب معصية ، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية ، وكسر باب منزل الغير معصية ، أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأي سبب وعاد ، فإنه لا يعاقب ؛ لأن ما فعله لا يعتبر اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يعتبر معصية ، وإذا لم يعتبر الفعل معصية فلا عقاب .

٢٥٣ - العمول للتوبة : أما إذا كان سبب عدول الجاني عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله ، فإن الجاني لا يعاقب على ما فعل ، إذا كانت الجريمة هي جريمة الحرابة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] . فالخارب إذا تاب قبل القدرة

عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة ، وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة للجريمة الخراية^(١) إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب ، فإنهم اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة ولهم في ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : و يقول بها بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحد ، ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة ، وحببتهم في ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة ، وجريمة الخراية هي أشد الجرائم ، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الخراية من الجرائم وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ [النساء : ١٦] . وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة في قوله تعالى : ﴿ فمن تاب من بعد فإذنه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ [المائدة : ٣٩] وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ، وقال الرسول في ماعز لما أخبر بهربه : « هل أترككوه يتوب فيتوب الله عليه » .

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تسكون الجريمة بما يتعلق بحق الله ، أي أن تسكون من الجرائم الناسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب ، وأن لا تسكون مما ليس حق الأفراد كالقتل أو الضرب ، ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطاً آخر ، وهو أن تسكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل ، وهذا الشرط

(١) من انتهى عنه أن التوبة تسقط فقط ما ليس حقوقاً لجماعة أما ما ليس حقوقاً للأفراد فلا يسقط بالتوبة فالمحارب إنما أخذ المال ذنباً ثم تاب سقطت عنه عقوبة نقص التوبة وليس له يلزم برد المال ، وإذا أخذ المال ودخل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حداً وليس له يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة نقصان ما لا يدعو أو يباعه .

يقتضى مضي مدة يعلم بها صدق التوبة ، و لكن البعض الآخر يكتبني بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل^(١) .

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عن يعدل عن إتمام جريمته تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة ، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدي العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كانت سبب العدول هو التوبة

النظرية الثانية : وهي نظرية مالك وأبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد ، وبمجل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا في جريمة الخرابة للنص الصريح الذي ورد فيها؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فأنه أمر بجلد الزاني والزانية فقال : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] فجعل الجلد عاماً للتائبين وغير التائبين ، وقال تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بجرم ماعز والنعامية وقطع الذي أقر بالسرقة وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم ، وقد سمى الرسول فعلهم توبة فقال في حق المرأة . « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سمعتم » .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة ، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبهاً بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطاً لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد في الأرض ، أما المجرم المادي فهو شخص مقدور عليه دائماً فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة ، بل إن العقوبة هي التي تزجره عن الجريمة ، وفضلاً عن ذلك فإن القول بأن

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ - المنى ج ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧

التوبة تسقط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات ؛ لأن كل مجرم لا يمجز
عن ادعاء التوبة^(١).

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجاني عن إتمام جريمته تائباً راجعاً
إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما اعتبر فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهي نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من المخالفة ،
وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية ، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط
العقوبة في الجرائم التي تمس حقائقه ، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم
مقطت عقوبته إلا إذا وأي الجاني نفسه أن يتطهر بالعقوبة ، فإنه إذا اختار
أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته^(٢).

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تائباً تسقط عنه
العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقائقه ، أي حقاً من حقوق الجماعة ، ما لم
يطلب الجاني نفسه أن يعاقب ، أما إذا كانت الجريمة تمس حقاً للأفراد
فلا تسقط العقوبة .

والقاعدة العامة في القوانين الوضعية هي أن توبة الجاني لا تسقط العقوبة .
وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه ، ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب
الجاني إذا عدل مختاراً عن إتمام الجريمة ، ومن هذه القوانين القانون المصري
والقانون الفرنسي ، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة
تسقط العقوبة . و بعض القوانين الوضعية لا تحل الجاني من المسؤولية عن الشروع
ولو عدل عن إتمام الجريمة مختاراً كالقانون الإنجليزي والقانون الهندي .

٢٥٤ - الشروع في الجريمة المختارة : - ليس في أقوال الفقهاء ما يشير

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ، ص ١١٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ، ص ٩٦ - أسنى المطالب ج ٤

ص ١٥٦ - المفاتيح ج ١٠ ، ص ٣١٦ .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ، ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة . والجريمة المستحيلة كما يعرفها سراح القوانين
الروضية هي التي يستحيل وقوعها إما لعدم صلاحية وسائلها ، كمن يطلق على آخر
يقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة ، وإما لانعدام
موضوعها ، كمن يطلق عيارا على ميت يقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نقار فقهاء القانون الوضعي ومناقشاتهم
في القرن الماضي ، وكان بعضهم يرى انقاب على الشروع فيها ، و بعضهم لا يرى
ذلك . أما اليوم فقد اتجه الرأي إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب
المضاد وهو المذهب الشخصي ، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته ،
فتي كانت الأفعال التي أتاها تدل صراحة على قصد انقاعل فهو شارع في الجريمة
وتجب عليه عقوبة الشروع .

ورأى أصحاب المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام
الشريعة الإسلامية ، إذ يستوى في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة
لرسائلها أو موضوعها والغاية منها ، فإن ذلك كله لا ينفى مسئولية الجاني إن كان
ما فعله معصية ، ولا شك أن محاولة الجاني الاعتداء على الجني عليه هي في ذاتها
معصية بنقض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك ،
وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع ؛ لأن المحاولة
في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة ، وما دامت النية الجنائية
قد ظهرت وتجمست في أفعال خارجية أتى بها الجاني بقصد تنفيذ جريمته فهو جاني
يستحق العقاب كما تكون من أفعاله معصية ، وإذا كان الفعل لم يلحق أذى
فملا بالجني عليه ، أو كانت الجريمة قد استحال تنفيذها ، فإن ذلك أمر يترك
تقديره للقاضي ، فيعاقب الجاني بالعقوبة التي تتلاءم مع قصده وخطورته
والظروف التي أحاطت بتنفيذ جريمته .

الفصل الثاني

الاشتراك في الجريمة

٢٥٥ - صور الاشتراك : قد يرتكب الجريمة فرد واحد ، وقد يرتكبها أفراد متعددون يسام كل منهم في تنفيذها ، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها ، وصور المساهمة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجاني قد يسام في تنفيذ الركن المادي للجريمة مع غيره ، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ ، وقد يعرضه عليه ، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه في التنفيذ ، وكل واحد من هؤلاء يعتبر مشتركا في الجريمة سواء اشترك ماديا في تنفيذ الركن المادي للجريمة أو لم يشترك ماديا في تنفيذه .

وللمتمييز بين من يشترك ماديا ومن لا يشترك في تنفيذ الركن المادي للجريمة يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادي شريكا مباشرا ، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكا متسببا ، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر في الجريمة ، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس هاتين التفرقتين أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة فهو شريك في المباشرة ، وأن الثاني يتسبب في الجريمة بانفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولسكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادي فهو شريك بالتسبب^(١) .

ولعل في التفريق بين الشركاء المختلفين على الوجه ما يزيل اللبس الذي يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها ، ولعل رجال القانون في مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

٢٥٦ - الضمان والهمال : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن قضاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر ، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالنسب ، ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان : -

العلة الأولى : - إن الفقهاء كما ذكر من قبل^(١) قصروا مهمهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة وهي جرائم الخسور والقصاص ، لأنها جرائم ثابتة لاتقبل التفسير والتعديل ، ولأن عقوباتها مقدرة لاتقبل الزيادة أو النقص أما جرائم التعزير فلم يهتموا بها ولم يصدوا لها أحكاما خاصة ، لأنها في الغالب جرائم غير ثابتة ، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة فهي تقبل الزيادة والنقص .

العلة الثانية : - إن القاعدة العامة في الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون المنسب ، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبي حنيفة ولكن هيئة الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس وما دونها أى جرائم القتل والجرح ، وحجتهم في ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والنسب ، وأنها تقع كثيرا بالنسب ، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على المنسب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر ويقصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين ، أما الشركاء المتسببون فيخضونهم للقاعدة العامة .

و يترتب على القاعدة العامة أن الشريك المنسب إذا اشترك في جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يماقب بهذه العقوبة ؛ لأن العقوبة المقدرة لاتقع إلا على الشريك المباشر فقط ، فجريمة الاشتراك بالنسب هي من جرائم التعازير في كل حال . سواء اشترك الشريك المنسب في جريمة من جرائم الحدود والقصاص ،

أو اشترك في جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر ، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب ، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر ؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع ، وقد أهلوا الاشتراك بالتسبب ؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص ، وإنما يعزر ، فجزية دائما من جرائم التعازير ، ولو أنه اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالا كلياً ، بل تعرضوا له أثناء بحث الجنائية على النفس أو مادونها أي جرائم القتل والجرح ؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبب ، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وما ذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك ، وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لا تختلف في مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب في أحدث القوانين الوضعية .

٢٥٧ - شروط الاشتراك العامة : - والاشتراك سواء كان مباشراً

أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توفرهما لاعتبار الاشتراك جريمة وهذاان الشرطان هما : -

أولاً - أن يتعدد الجناة ، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر ، ولا غير مباشر .

ثانياً - أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه ، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقباً عليه فليس هناك جريمة وبالتالي لا اشتراك .

المبحث الأول

في الاشتراك المباشر

٢٥٨ - اشتراك المباشرين :- الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد في حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى ، وهو مانسيه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى في الجريمة ، ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالنسب ويجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالنسب لا يباشر ركن الجريمة المادى بنفسه ، وعلى هذا يعتبر مباشرة للجريمة :-

أولا - من يرتكبها وحده أو مع غيره ، فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة ، وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة في القتل فأطلق كل منهم عيارا على الجنبى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل ، وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر في حالتى التوافق والتماثل : يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسئوليته في حالة التماثل ، ففي حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط ، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره ، كشخصين ضربا ثامنا فقطع أحدهما يده وقطع الثانى رقبته ، فيسأل الأول عن القطع ، ويسأل الثانى عن القتل ، أما في حالة التماثل فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تنبج إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بل يعمل كل منهم تحت تأثير المدافع الشخصى والفكرة الطارئة ، كما هو الحال في المشاجرات التى تحدث فجأة ، فيتجمع لها أهل المشاجرين

دون اتفاق سابق ، و يعمل كل منهم بحسب ما تمايه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة ، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافق ، وإن كان كلامهم لا يسأل إلا عن فعله فقط ، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التماثل فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعاً قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين ، و يتعاونون أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه ، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث ، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضر به أحدهما بسكين فقطع إصبع يده ، وذبحه الثاني ، فإنهما يعتبران متماثلين على جريمة القتل ، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التماثل .

ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتماثل ، فحكهما عنده واحد ، والجاني لا يسأل في الحالين إلا عن فعله فقط^(١) . أما بقية الأئمة فيفرون بين التوافق والتماثل على الوجه الذي سبق بيانه^(٢) ، على أن بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد يأخذون برأى أبي حنيفة^(٣) .

متى يعد الجاني شريكاً مباشراً ؟ - يعد الجاني شريكاً مباشراً كلما أتى فعلاً يعتبر به أنه بدأ في تنفيذ الجريمة ، وهو يعتبر كذلك كما أتى فعلاً يعتبر معصية فاصداً به تنفيذ الجريمة ، فهو يعد مباشراً للجريمة كلما اعتبر شارعاً في تنفيذها بتعبيرنا العصري سواء تمت الجريمة أو لم تتم ؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على اعتباره شريكاً مباشراً ، وإنما أثره فاصر على العقوبة ، فإن تمت الجريمة وكانت حداً وجبت عقوبة الحد ، وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط

(١) الزيلعي ج ٦ ص ١١٤ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ -

تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٥١ ، ١٥٢ - حاشية البيهقي على النهج ج ٤ ص ١٤٠ - الإقناع ج ٤ ص ٧١ .

(٣) الفقي ج ٩ ص ٣٦٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ - المهذب ج ٢ ص ٧١٦ .

فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالمقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام.

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية في الشروع تنفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصي في القوانين الوضعية^(١)، وهي النظرية السائدة في معظم القوانين والتي يتجه إليها معظم الشراح، ونزيد هنا أن نظرية الشريعة في الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذي قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهي تنفق مع ما تأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصري.

ثانياً: - يعتبر مباشراً للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة في يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا البدأ، ولكنهم يختلفون في تطبيقه فمن يأمر شخصاً غير مميز أو شخصاً حسن النية بقتل آخر فقتله فإن الأمر يعتبر فاعلاً مباشراً للجريمة عند مالك والشافعي وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادي لأن المأمور كان أداة في يد الأمر يحركه كيف يشاء^(٢). أما أوحيفة فلا يعتبر الأمر مباشراً إلا إذا كان أمره إكراهاً للأمر فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشراً ولا يأخذ حكم المباشر^(٣).

واعتبار الشريك بالتسبب مباشر هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ١٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الأمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل

(١) راجع الفقرة ٢٥٠

(٢) الشرح الكبير للدودير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح

الكبير ج ٩ ص ٣٤٤ - المفتي ج ٩ ص ٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠.

الجبرية باعتباره فاعلاً أصلياً لاشريكاً للفاعل^(١). أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصري يعتبر الأمر شريكاً كما هو ظاهر النص ، ولكن المحاكم المصرية لازال مع ذلك على اعتبار الشريك المنسب مباشرة متأثرة في هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها ، فكان المحاكم المصرية تأخذ اليوم في هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

٢٥٩ — عقوبة المباشرين : القاعدة في الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التي يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده ، فعقوبة من اشترك مع آخرين في مباشرة جريمة هي نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده ، ولو أن الجاني عند التعدد لا يأتي كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠ — أثر ظروف المباشرة على العقوبة : وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة . والأصل في ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جاني تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل ، وقصد الفاعل ، فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء ، وبالنسبة للثاني دفاعاً لثالث شرعياً . وبالنسبة للثالث تأديباً . وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً . وأحدهم عاقلاً . وقد يكون أحدهم عادلاً . وأحدهم مخطئاً وكل هذا يؤثر على العقوبة ، فمن كان في حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب ، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه ، بخلاف العاقل المميز ، ومن كان مخطئاً نزلت عقوبته عن عقوبة العاقل .

٢٦١ — هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟ : — القاعدة في

(١) راجع المادتين ٢٧٣، ٢٧٤ من قانون العقوبات المصري الصادر في سنة ١٨٨٣

الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة في الفعل ، أو لصفة في الفاعل أو لقصد الفاعل ، فإن عقوبة الشريك الآخر الذي لم تتوفر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده . فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله ، فمات من الجرحين ، فإن الجاني الأول يعني من العقاب ؛ لأن وجوده في حالة دفاع شرعي أباح له الفعل ، وبمقاب الثاني بعقوبة القتل العمد ؛ لأن فعله عدوان متعمد ، ولا يؤثر على عقوبته أنه اشترك في القتل مع من يباح له القتل ؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة في فعله لم تتوفر في فعل الثاني وإذا اشترك مجنون مع عاقل في ارتكاب جريمة أعني الأول من العقوبة لجنونه ، وعوقب الثاني بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون الإعفاء الأول أثر على عقوبة الثاني ، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توفرت في الأول ولم تتوفر في الثاني . والأب حين يشترك مع غيره في قتل ولده لا يقتص منه ، ولكن القبر يقتص منه ؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة في الأب وهي صفة خاصة به لا تتوفر في شريكه فلا يستفيد منها الشريك . والعمد والمخطئ إذا اشتركا في جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده ، فعلى العمد عقوبة العمد ، وعلى المخطئ عقوبة المخطئ ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثاني ؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجاني وهو معنى لا يتوفر في العمد^(١) .

هذه هي القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية ولا خلاف عليها بين الفقهاء ، وإذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص فإن الخلاف ليس في الواقع على تطبيق هذه القاعدة ، وإنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هي قاعدة درء الحدود بالشبهات ، كما أن الخلاف محصور في

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ -
بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣٩ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢
وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - المتقى ج ٩ ص ٣٧٣ ، ٣٧٩ وما بعدها .

الحالات التي يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذي أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين ، كحالة القتل من مخبطي وعامد ومن مدافع ومعتد ، ومن مجنون وعاقل ، ومن صبي وبالغ ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجاني . اختلفوا في هذه الحالات وأمثالها ؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذي أدى للقتل دون فعل شريكه فرأى البعض في قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر ، ورأى البعض أن لا شبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بمقوّمته المستحقة عليه ، فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية ، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملاً سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده .

ونظرية الشريعة في عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري ، وهي النظرية السائدة في القوانين الوضعية فالقانون المصري ينص على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم . وكذلك الحال إذا تغير الواصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية عمله بها» (١) .

المبحث الثاني

في الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ - الشركاء المتساويون : يعتبر شريكاً متسبباً من اتفق مع غيره على

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري .

ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل، ويشترط في الشريك أن يكون قاصداً للاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٣٦٣ - شروط الاشتراك بالنسب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالنسب لا يوجد إلا إذا توفرت ثلاثة شروط : أولها - فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها - وسيلة لهذا الفعل وهي اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها - أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المناقب عليه . وستكلم على هذه الشروط واحداً بعد الآخر فيما يلي :-

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه ، وأن يقع هذا الفعل ، وليس من الضروري أن يقع الفعل تاماً ، بل يكفي لمؤاخذة الشريك أن يصحكون الفعل غير تام أى شروعاً معاقباً عليه ، وليس من الضروري أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك ، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك ، وقد يعنى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :

أ - الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا^(١) بين التوافق والاتفاق أى التماثل ، فالتوافق هو توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم ، ولا يعتبر الموافقون شركاء بالنسب، وإنما يمكن اعتبارهم شركاء بالباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق فيقتضى تفاهماً سابقاً على ارتكاب الجريمة بين الشريك المنسب والشريك المباشر ، كما يقتضى اتجاه إرادتهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق فلا اشتراك ، وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن

على غير الجريمة التي ارتكبت فليس هناك اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر فلا اشتراك ، ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق مستقلاً ؛ لأنه معصية .

واقترام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق . فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق فلا اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث ، وبعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له ؛ فذهب إلى الموكل مباشرة الجريمة وحاول أن يقتله ، فقتله الآخر دفاعاً عن نفسه ، فلا مسئولية على المباشر ؛ لأنه كان في حالة دفاع عن النفس ، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة ؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية في ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية مالک : - ويعتبر مالک من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها شريك مباشر لاشريكاً مقسبياً ، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يعم المباشر إذا كان بحيث لم يباشرها غيره بأمرها هو . وهذه نظرية مالک في الشريك التسبب على الإطلاق سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة^(١) ، وينفرد مالک بهذه النظرية فلا يوافقها عليها غيره من الفقهاء .

ب : التحريض : يقصد بالتحريض إغراء الجاني عليه بارتكاب الجريمة ، والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة ، فإذا كان من وجه إليه الإغراء سبب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض ، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذي دفع الجاني للجريمة ، وسواء كان للتحريض أثر أو لم

(١) شرح الزرقاني ج ٤ ص ١٠٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ .

يكن ، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التعريض مستقلا ؛ لأن التعريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

ويعتبر تعريض الأمر بالقتل ، والإكراه على القتل ، والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكفون في وسعه أن يأتي الجريمة أو يتركها ، أما المنكره فليس كذلك ؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس في وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة ، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الأمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير وانتمى على تلميذه فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه ، وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنوناً ولم يكن للأمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تعريضاً عادياً قد ينتج أثره وقد لا ينتج .

ويفرقون في حالة وجود سلطان للأمر بين المميز وغيره ، فإن كان المأمور غير مميز ولا يمكنه أن يخالف الأمر فهو أداة للأمر ولو أنه باشر الجريمة ، ويعتبر الأمر هو المباشر لها ولا يعتبر في هذه الحالة شريكاً بالتسبب^(١) .

ويرى مالك أن المحرض إذا حضر في محل الجريمة أثناء مباشرتها يعتبر فاعلاً أصلياً سواء ساعد المباشر أو لم يساعده ، بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

ج - الإطاعة :- يعتبر شريكاً في الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل ، فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يعتبر معيناً له ، ومن يستدرج الجنح عليه غل الحاد ثم يتركه لغيره يقتله

(١) التشرح في التكملة الدردير - ج ٤ - ص ٢١٦ ، ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الفنى

ج ٩ ص ٣٣١ - شرح العناوين ج ٢ ص ١٨٠ .

أو يسرقه فهو مدين للقاتل أو السارق ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجاني أو الجناة في نقل المسروقات يعتبر معيناً لهم .

ويعيز الفقهاء بين المباشر والمعين ، فالمباشر هو الذي يأتي الفعل المحرم أو يحاول إتيانه ، أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولا يحاول مباشرته ، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا تعتبر تنفيذاً لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء في حكم من أمسك إنساناً ليقته ثالث ، فرأى البعض أن المسك شريك معين وليس مباشراً للقتل ، وهو رأى أبي حنيفة والثاقبي ، ورأى في مذهب أحمد ، وحجتهم أن المسك إذا كان سبب بفعله في القتل إلا أن الآخر هو الذي باشره ، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يمكن ملجئنا . ورأى البعض أن المسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل ، وهذا رأى مالك والرأى الثاني في مذهب أحمد ، وحجتهم أن القاتل باشر القتل والمسك سبب فيه . وأن للمباشرة والسبب تساوي في إحداث نتيجة الفعل وهي القتل . ولم يكن في الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين^(١) .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى اعتبار هذا معينا وذاك مباشرا ، فلا خلاف بينهم في تعريف للمعين والمباشر ، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التي تبين الطريقة التي ارتكبت بها الجريمة ، وهل هي المباشرة أو التسبب^(٢) . هذه القواعد تلخص في أن المباشرة إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :- الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة ، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب ، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة

(١) المشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ - المشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

عمل السب ولم يكن السب ملجأ ، كمن ألقى بآخر في البجة لا تستطاع النجاة منها فلقية ثالث في اللجة فقتله .

الثالثة : أن يمتدل السب والمباشرة ، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل ، فإن المكره هو الذي يحرك المباشر ويحمله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثاني شيئا ، ولولا فعل الثاني ما أدى الإكراه للقتل . فالخلاف واقع في تطبيق هذه القواعد لا في غيرها . إذ الممسك يعتبر متبيا في القتل والثاني مباشرا له ، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب . فمن اعتبر الممسك شريكا مباشرا فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السب وتساوى عملهما ، ومن اعتبر الممسك شريكا بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السب ، وأن عمل الممسك يعتبر إغاثة على القتل لا مباشرة له .

ويعتبر مالك المعين شريكا مباشرا في حالة التماثل على الجريمة ، أي في حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث ، أو كان على مقربة منه ، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة ، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به . فهو شريك بالتسبب فقط . أما بقية الفقهاء فيعتبرون المعين شريكا بالتسبب في كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة

الشرط الثالث : - أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل للمعاقب عليه : - ويشترط أن يقصد الشريك من اتفائه أو تحريضه أو عونه وقوع جريمة معينة ، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك في كل جريمة تقع مادامت تدخل في قصده المحتمل ، فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما ، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجاني غيرها فلا اشتراك ، فمن أعطى إنسانا فأما ليمزق بها أرضه فقتل بها آخر فلا يعتبر أنه أعلن القاتل على القتل ، ومن حرض إنسانا على ضرب آخر فأنلف زراعته لا يعتبر شريكا في جريمة الإتلاف . على أن عدم

مشولية المحرض باعتباره شريكاً لا يمنع من مشوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها ؛ لأن التحريض في ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤ - عملاقة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يعتبر الاشتراك

موجوداً إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة سببية مباشرة ، فإذا كانت وسيلة الاشتراك هي الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق ، فإن لم تكن الجريمة نتيجة للاتفاق فلا اشتراك ، وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة للتحريض ، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر في نفس المباشر فلا اشتراك ، ويجب أن يكون بين الإغارة ووقوع الجريمة علاقة سببية ، فمن استدرج إنساناً إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل في المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله ، ثم جاء الجاني بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المحي عليه وقتله في منزله ، ففي هذه الحالة لا يسأل المعين باعتباره شريكاً لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة . وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإغارة باعتبارها معاصى أى جرائم مستقلة بذاتها ، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التي قصدت منها .

٢٦٥ - هل يكون الاشتراك بمجرى سلبى :- وسائل الاشتراك هي

الاتفاق والتحريض والإغارة والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتها ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض . أما الإغارة فتشتمل بطبيعتها أن تكون سلبية ، كمن رأى جماعة يسرقون منزلاً فسكت عليهم ، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه ، أو رأى رجلاً يلقى بصغير لا يحسن العوم في نهر فلم يمنعه ولم يتخذ الصغير ، فهل يعتبر السكوت في هذه الأحوال وأمثالها إغارة يؤخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون في هذه الحالات وأمثالها إغارة لمن باشر الجريمة ؛ لأن السكوت وإن أمكن اعتباره عوناً من الناحية

الأدبية إلا أنه لا يمكن اعتباره اشتراكاً بالنسب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية ، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفام بين المعين والمباشر ، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة ، وأن تؤدي الإعانة إلى حدوثها . والسكرت على المجرمين في حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها ، السكرت في هذه الحالة لا يقوم على تفام ، وإنما قد يكون نتيجة انطوف أو عدم المبالاة ، كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة ، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التي يجب توفرها بين عون المعين ووقوع الجريمة . ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأي ، ويفرقون بين التقادر على منع الجريمة ، ومن لا يقدر على منعها ، فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فهو مسئول جنائياً عن سكوته ، ويعتبر مشاركاً في الجريمة ومعيناً للجنة ، وأما من لا يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت ، ولا يعتبر معيناً على الجريمة حيث لم يكن في إمكانه أن يفعل شيئاً ، والله لا يكلف نفساً إلا وسعها^(١) .

٢٦٦ - حرول الشريك وأثره : - إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له ، أو عدل عن تقديم العون إليه ، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك فمن السهل في حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التي وقعت ؛ لأن ما حدث منه لم يكن سبباً في وقوع الجريمة ، أما في حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب ، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر تحريضه ، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك . على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض باعتبار كل منهما معصية في ذاته وبفض النظر عن الجريمة التي وقعت كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذي قدم كلما كان معصية .

٢٦٧ - حقيرة الشريك المنسب : - القاعدة في الشريعة أن العقوبات

المقدرة جعلت لمباشر الجريمة دون الشريك المنسب ، وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك ، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التعريض أو العون ، وإنما يعاقب بالتعزير

والعلة في اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة ، وأن عدم مباشرة الشريك المنسب للجريمة يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد ؛ ولأن الشريك المنسب أيا كان الحال أخف جرماً وأقل خطراً من مباشر الجريمة ، ومن ثم لم تستوعب عقوبتهما .

لكن إذا كان فعل الشريك المنسب بحيث يجعله في حكم المباشر ، كلو كان الماشر مجرد أداة في يد الشريك المنسب فإن الأخير يعاقب في هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص ؛ لأنه يعتبر شريكاً مباشراً لا شريكاً متسبباً .

وقد عرفنا نظرية مالك التي تعتبر الشريك المنسب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكاً مباشراً إذا حضر تنفيذ الجريمة ، وكان بحيث إذا لم يتفرضا غيره نفذها هو ، أو اشترك مع غيره في تنفيذها . ويقتضى هذه النظرية يعاقب الشريك المنسب بعقوبة الحد والقصاص كما اعتبر شريكاً مباشراً .

أما جرائم التعازير فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين : —

١ — فإذا قلناها على جرائم الحدود والقصاص وجب أن لا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المنسب ، وهـ يجب أن تجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول ، ويمكن تخفيف عقوبة الأخير بأن القواعد التي تنطبق على جرائم الحدود والقصاص ، هي نفس التي تنطبق على جرائم التعازير في العقاب ، وأن الشريك المنسب أقل خطراً وأخف جرماً من الشريك المباشر ، فلا معنى لتسوية عقوبتهما .

٢ — إذا قلنا بين القواعد التي تنطبق على جرائم الحدود والقصاص ، وإن سبب

التفريق بين الشريك المباشر والشريك المنسب هو شدة العقوبة ، وجب أن تقول إن جرائم التعازر لا يفرق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المنسب ، وهذا هو الذي نرجحه ؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية ، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى ، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها ، وتترك للقاضي أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والمجرم ، كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة ، وما دامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضي فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمنسب ، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترتب على هذا الرأي أنه يصبح أن تزيد عقوبة الشريك المنسب على عقوبة الشريك المباشر ، كما يصبح أن تقل عنها أو تساويها ؛ لأن عقوبات التعازر ذات حدين في الغالب ، والقاضي حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعيًا في التقدير ظروف المجرم والجريمة ، فإذا رأى القاضي أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه ، وإذا رأى أن ظروف الشريك المنسب تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته . ويستطيع القاضي على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى ، أو أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقضى بالتسوية بينهما .

٢٦٨ - أمثلة الشريك بفعله العمالي . - ويسأل الشريك المنسب

عن الجريمة التي ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التي قصدها الشريك المنسب ، مادامت الجريمة التي وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه ، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة ، فمن حرض شخصًا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاته ، فالشريك المنسب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد ؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة للوقوع لتنفيذ

الضرب ، وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبريده أو شللها فالشريك المتسبب مشمول عن جريمة إبادة الطرف أو إذهاب معناه ؛ لأن هذان النتاج المتوقعة للضرب .

٢٦٩ - أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب : قد تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التي تؤثر على عقوبة الشريك المباشر وقد لا تتأثر بها . وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل ، وصفة الفاعل ، وقصده كما بينا سابقاً^(١) .

فأما من جهة الفعل ، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذي قصده الشريك المتسبب ، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير ، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فللكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التي بينها^(٢) . وإذا ارتكب المباشر فعلاً غير الذي قصده الشريك المتسبب فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلًا في قصده المحتمل .

وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته ، فإن الشريك المتسبب لا يتأثر بشيء من هذا ؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى في الشريك المباشر لا يتوفر في الشريك المتسبب ، فإذا كان الشريك المباشر صبيًا أو مجنونًا فلا عقاب عليه ، وعلى الشريك المتسبب العقاب ، وإذا كان الشريك المباشر معتادًا على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب ، وإذا كان الشريك المباشر صغير السن ، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفًا لقصد المباشر ، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها .

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

ويراعى دائماً في كل الحالات أن هناك فرقاً بين عقوبة الشريكين في جرائم الحدود والقصاص .

٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المنسب صفات خاصة تستدعى تمييز وصف الجريمة أو العقوبة فإنها تسرى عليه ، فإذا كان عائداً شددت عقوبته ، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته ، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أعفى من العقوبة ، وإذا كان للشريك المنسب الحق في إتيان الفعل فحرض غيره عليه ، كأن حرضه على تأديب ولده ، أو تلميذه ، أو زوجته ، فالفعل يعتبر جريمةً بالنسبة للمباشر ، ولا يعتبر بالنسبة للشريك المنسب ؛ لأنه لو مباشر الفعل بنفسه لما اعتبر مجرمًا ، وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المنسب قاصرة على تعدي حد التأديب فقط .

٢٧١ - بين الشريعة والقانونه : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في تعريف الاشتراك بالنسب ، وشروط هذا النوع من الاشتراك ، ووسائل الاشتراك ، ووجوب توفر علاقة سببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة . وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التي يأخذ بها القانون البلجيكي اليوم ، فهو يجعل عقوبة الشريك المنسب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصري في القتل العمد

وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم التهذيب مع النظرية التي أخذ بها القانون المصري والقانون الفرنسي في معظم الجرائم ، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المنسب .

وتتفق نظرية الشريعة في استفادة الشريك المنسب من ظروفه الخاصة مع ما أخذ به القانون الإيطالي الذي يقرر هذا ابتداءً .

٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة : -

القاعدة العامة في الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوي المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم ، وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ، ما لم تعمل به أو تكلم » .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر في الجريمة واتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه ، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ ، سواء كان التنفيذ يعمل مثل ارتكاب الجريمة ، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل في الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتعريض عليها وإعانة المجرم على جريمته ، كل ذلك يعتبر بذاته جريمة مستقلة ، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وهو يعتبر جريمة من وجوهين : أولها : أن الشريعة تحرم الأمر بالذکر والاتفاق والإعانة عليه ، والجرائم هي أشد المنكرات وأكبرها في الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتعريض والإعانة عليها يؤدي إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم ، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى المحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة ؛ لأن مجرد الاتفاق والتعريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته ، فإذا وقعت الجريمة المقصودة اعتبر المتفق أو الحرض أو المعين شريكاً بالتسبب فيها وكان عليه عقوبتها طبقاً للقواعد التي بينها في آياتها .

وينبني على ما سبق أن التعريض العام على الجرائم ، يعاقب عليه في الشريعة ، وأن الاتفاق الجنائي على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التعريض أو الاتفاق إلى تنجيمه المقصودة أو لم يؤدي لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة في العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها جرائم مستتفة يتفق تمام الاتفاق مع مبدأها في عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول ، فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوي إثبات الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض ، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة ، فأصبح كل منهم أهلاً للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره في عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في أحد المبدأين ونحوها في الآخر ، فتتفق القوانين مع الشريعة في أن لا عقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل ، ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات ، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار ، وتخفيفه في الجرائم العمدية التي لم يصحبها سبق إصرار ، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجمل له مسدئيات . أما المبدأ الثاني فتخالف فيه القوانين الشريعة ، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة ، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة ، سواء وقعت تامة أو لم تتم ، علماً أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ في كثير من الحالات ، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية باعتبارها جرائم مستقلة ، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها ، ومن هذا القبيل ما نص عليه قانون العقوبات المصري في المادة ٤٧ منه ، وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه القوانين الوضعية ، هو أخذ بنظرية الشريعة التي تمتاز بأنها أدق منطقاً وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة ، فمن وجهة المنطق إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرماً لذاته أو غير محررم ، فإن كان محرماً لذاته فقد وجب العقاب عليه سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وإن كان غير محررم لذاته فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة ؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير

محرم ؛ ولأن الجريمة وقعت من باسرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره ؛ ولأن المتفق أو المحرض أو العين لم يعمل شيئاً ما ، بعد الاتفاق والتحريض والإيابة ، وقد اعتبرناها غير محرمة لذاتها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكمح تيار الإجرام ، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الرضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيراً على الأقل في الانتقالات الجنائية .

الباب الثالث

الركن الأدبي

٢٧٣ - موضوع البحث : سنتكلم في هذا الباب على موضوعين : أولهما المسئولية الجنائية . وثانيهما - ارتفاع المسئولية الجنائية . وسنخصص لكل موضوع فصلاً خاصاً .

الفصل الأول

في المسئولية الجنائية

٢٧٤ - موضوع البحث : سنتكلم في هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية ، وعلى محل المسئولية الجنائية ، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها ، ثم على قصد المصيان أو القصد الجنائي ، وعلى أثر الجهل والخطأ والنيان على المسئولية وعلى أثر الرضا، على المسئولية ، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية وسنخصص لكل موضوع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

في أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ - عرصة تاريخية للمسئولية الجنائية :

أولاً : في القوانين الوضعية - كانت القوانين الوضعية في العصور الوسطى و في ما قبل الثورة الفرنسية تحمل الإنسان والحيوان بل الجماد عملاً المسئولية

الجنائية ، وكان الجناد يعاقب كالحيوان على ما نسب إليه من أفعال ضارة ، كما يعاقب الإنسان على ما ينسب إليه من أفعال محرمة ، وكانت العقوبة تصيب الأموال كما تصيب الأحياء ، ولم يكن الموت من الأسباب التي تنفي الميت من المحاكمة والعقاب ، ولم يكن الإنسان مسئولاً جنائياً عن أعماله فقط ، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الغير ، ولو لم يكن له سلطان فعلي على هذا الغير فكانت العقوبة تتمددى المجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وهم البرءاء من جنائبه .

وكان الإنسان يعتبر مسئولاً جنائياً عن عمله ، سواء أكان رجلاً أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ، سواء كان مختاراً أو غير مختار ، مدركاً أو فاقد الإدراك .

وكانت الأفعال المحرمة لاتعين قبل تحريمها ، ولا يعلم بها الناس قبل مؤاخذتهم عليها ، وكانت العقوبات التي توقع غير معينة في الغالب ، يترك لأقضاء اختيارها وتقديرها ، فكان الشخص يأتي الفعل لم يحرم من قبل ، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب ، ولو لم يكن عوقب أحد من قبل على هذا الفعل ، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل ، وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافاً ظاهراً ؛ لأن اختيار نوعها وتقدير كمها متروك للقاضي فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط .

هذه هي بعض المبادئ البالية التي كانت القوانين الوضعية تقوم عليها ، وهي مبادئ ترجع في أساسها إلى نظرية المسؤولية المادية التي كانت تسيطر على القوانين الوضعية ، والتي تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجاني والجنائية ، وبين الجاني وغيره من أهله والمتصلين به ، ولا تحسب حساباً للملكات الجنائية الذهنية ، وقدرته على التفكير والتمييز والاختيار ، وتوجيه إرادته للفعل ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره عليه .

وقد ظلت هذه المبادئ سائدة في القوانين الوضعية حتى جاءت الثورة الفرنسية

فزعزعت هذه الأوضاع الجائرة ، وأخذت تحمل معها من ذلك الحين مبادئ جديدة ، تقوم على أساس العدالة وعلى جمل الإدراك والاختيار أساساً للمسئولية فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية ، وأصبحت العقوبة شخصية لا تنصب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره ، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا ، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين ، وارتفعت المسئولية عن المكروه وفاقد الإدراك ، وأصبح من المبادئ الأساسية فى القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، وأن لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين ، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها

ثانياً - فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئاً قليلاً عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطأ ، إن كل هذه المبادئ الحديثة التى لم تعرفها القوانين الرضية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، قد عرفتها الشريعة من يوم وجودها ، وإنما من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الشريعة . فالشريعة لا تعرف محلاً للمسئولية إلا الإنسان الحى المكلف ، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلاً للمسئولية .

والشريعة تعنى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يبنى منه الرجال لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ [النور : ٥٩] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتمل ، وعن النائم حتى يصحو ، وعن المجنون حتى يفتق » .

والشريعة لا تؤاخذ المكروه ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [الدخل : ١٠٦] وقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة : ١٧٣] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية : ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى

وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴿ [النجم : ٣٨ ، ٣٩] فلا يسأل الإنسان إلا عن جانيته ، ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به .

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية أن كل ما لم يحرم فهو مباح لا عقاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، أما ما قبل ذلك فيدخل في قوله تعالى : ﴿ عفا الله عما سلف ﴾ .

وليس للقضاة في الشريعة الإسلامية أي شيء من الحرية في اختيار العقوبة أو تقديرها في جرائم الحدود والقصاص ، أما في العنازل فلهم حرية مقيدة ، ولم أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والجرم ، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التي وضعها أولو الأمر .

هذه هي المبادئ الحديثة التي ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها في القرن الماضي ، قد عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية بأثني عشر قرناً ، ومن المؤلم حقاً أن يجهد أكثر رجال القانون في البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية ، وأن يخيل إليهم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هي أول ما استحدثت هذه المبادئ التشريعية .

٢٧٦ - نظرية المسؤولية الجنائية في الشريعة والأسس التي تقوم عليها :

من اللطيف عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة أو عقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير ذلك من الاعتبارات التي تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها ، والأفعال التي تمس مصالح الأفراد تنهى بحساس مصلحة الجماعة ونظامها ، فالأفعال التي تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها والعقوبات التي تفرض على

هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها^(١).

والأفعال التي تحرم لا تحرم لذاتها ؛ لأن من هذه الأفعال ما قد يستفيد منه الفاعل ويعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة . فإنها تعود على الجاني بالانسكاب وكالزنا فإنه يعود على الزاني باللذة وإطفاء الشهوة ، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار ، فهناك فوائد عتقة تعود على الجاني من ارتكاب الجريمة ، ولكن هذه الفوائد التي قد يصيبها الجاني من جرمته تؤدي إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وانحلال نظامها ، ولذا في هذه النتائج حرمت هذه الأفعال ؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظاً لنظامها من التفكك والانحلال .

والأفعال المحرمة بعضها يعتبر بطبيعته جريمة ؛ لأنه يتناقض مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا ، وبعضها لا يعتبر بطبيعته جريمة ولم يحرمه الشارع ، لأنه يمس الشرف أو يؤذي الأخلاق ، وإتباعه ؛ لأن في إباحتها إضرار بالجماعة كتحریم حمل السلاح ، وتحریم الانتقال من محل موبوء بمرض معد إلى محل غير موبوء ، وتحریم الامتناع عن تلقي العلم ، فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها .

وإذا كانت الأفعال تحرم لصلحة الجماعة ، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بصونها ونظامها ، ولذا كانت العقوبة هي أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام ، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها ، ومثل العقوبة في هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة في حماية الجماعة من الإجرام والجورس .

وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية ، فإن كل ضرورة تقدر بقدرها ، فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغي لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها ، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام .

وتعتبر العقوبة محققة مُضاحمة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط ،
وهي تعتبر كذلك كلما توفرت فيها العناصر الآتية : —

١ — أن تكون العقوبة بحيث تكفي لتأديب الجاني وكفنه عن معاودة
الجريمة ، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة
لشخصية الجاني وأن يقدر كمية العقوبة التي يراها كافية لتأديبه وكف أداءه ،
وهذا يقتضى تنوع العقوبات ، وتعددتها للجريمة الواحدة ، وجعل العقوبات ذات
حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى
العقوبة الأدنى والأعلى (١) .

٢ — أن تكون العقوبة كافية لرجع الغير عن ارتكاب الجريمة بحيث
إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد
على ما يعود عليه من نفع الجريمة . وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات
وحدودها العليا بحيث تنفر من الجريمة .

٣ — أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة ، بحيث تكون العقوبة
على قدر الجريمة ، فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادية
ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ . ولقد
عاقبت الشريعة مثلاً على السرقة بقطع اليد ، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع
اللسان ، ولم تعاقب على إتلاف الزنا بالخصاء ، وعاقبت على القتل العمد بالعصا
ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالعصا .

٤ — أن تكون العقوبة عامة بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على
من ارتكبها ، فلا يعنى منها أحد لمركزه أو شخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات .
والعقوبة التي تتوفر فيها العناصر السابقة هي العقوبة العادية ، ولا يصح أن
تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار ، فإذا لم يكن الجاني مدركاً

(١) نسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم إلا جرائم الحدود والعصا وقد بينا
علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢ .

أو مختاراً فلا عقاب كعقوبة عامة ، فالجنون لا يقتص منه إذا قتل غيره ، ولا يحل إذا زنا وهو غير محسن ، وكذلك الصغير الذي لم يميز ، ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية نفسها بالوسائل التي تراها كافية أو ملائمة . فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الافتصاص منه إذا قتل فإنه يمكن أن يوضع في مأجاً ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات والجنون إذا لم يمكن عقابه ، فإن من الممكن حماية الجماعة من شره بوضعه في مستشفى ، وهكذا إذا امتنع عقاب الجاني بالعقوبات العادية ، وكان من الضروري انقائه شره وحماية الجماعة منه ، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل ما تحمي به نفسها من شر الجاني ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه ، كأن ترضه في مأجاً أو مستشفى أو مدرسة إلى أمد محدود أو غير محدود بحيث لا يخرج منه إلا إذا أمن شره أو صاح حاله ، وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعتبرها الشريعة تعازير فشى عقوبات ولكنها غير عادية أو هي عقوبات خاصة . والمقصود منها أساساً هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضاً التأديب وإصلاح الجاني كما في حالة الصغار .

ويعمل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادي بأن الله جل ثناؤه وتقدمت أسماؤه خلق العباد وخلق الموت والحياة ، وجعل ما على الأرض زينة لنا لنبينو عباده ويحترهم أيهم أحسن عملاً ، وأنه هيا لهم أسباب الابتلاء في أنفسهم وفي خارج أنفسهم ، فأما في أنفسهم فقد خلق لهم العقول ، والأسماع ، والأبصار ، والإرادات ، والشموات ، والقوى ، والطباع ، والحب ، والبغض ، والميل ، والنفور ، والأخلاق المتضادة المتقتضية لآثارها اقتضاء السبب لذبيته ، وأما في خارج أنفسهم فقد خلق لهم المنافع والمعاني التي تحرص النفوس عليها وتتنافس في الوصول إليها ، كما خلق لهم من المعاني والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها ، ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعي أنفسهم وطبائعهم ، بل ركب في فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والمنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها ، ولم يكف

بمجرد ذلك حتى عرفهم به مفصلاً على السنة رساله ، وقطع معازير الناس بأن أقام على صدق رساله من الأدلة والبراهين ما لا يبق معه لهم عايه حجة ؛ ليهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حي عن بينة ، ومصرف لهم طرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال ، ومكثهم من القيام بما أمرهم به وترك ما نهاهم عنه غاية التمكن وأعانهم عليه بكل سبب ، وساطعهم على قهر طباعهم ، وأرشدهم إلى التفكر والتدبر وإيثار ما تقتضيه عقولهم ، وأكمل لهم دينهم وأتم عليهم نعمته بما أوصله إليهم على السنة رساله من أسباب العقوبة والنشوة والبشارة والذمارة والرغبة والرهبه ، وحذر لهم ذلك لجعل بعضه في دار الدنيا ليكون علماً وأمدارة لتحقيق ما أخره عنهم من دار الجزاء والثبوتية ويكون العاجل مذكراً بالآجل ، وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بمقوضهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعاتهم ونظامهم ، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطرافهم ويرد عدوانهم ويمنع تفلأهم ، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئاً ، وإن عصوا فقد حقت عليهم العقوبة بمصيبتهم وعدوانهم ، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب ، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارين مدركين^(١) .

أما من لم يكن مدركاً أو مختاراً فلا عقاب عليه ؛ لأن المكلف بإتيان قول أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر وانتهى ، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلاً ، كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصا أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم^(٢) . وستعرض على القارىء فيما يلي أتمودجاً مما يقوله الفقهاء في تمثيل عدم العقاب في هاتين الحالتين ، وهذا

(١) أعلام المرهدين ج ٢ من ٢١٤ ، ٢١٦ .

(٢) المنتقى لتفرائي ج ١ من ٨٣ ، ٨٤ ، ٩٠ — فوائج الرجوت ج ١ من ١٤٣

وما بعدها من ١٦٦ — أصول الفقه للخضرى ص ٩٠٩ وما بعدها .

القول لأبي الحسن الأمدى صاحب كتاب الإحكام فى أصول الأحكام قال: (١) « اتفق العقلاء على أن شرط المكلف (٢) أن يكون عاقلاً فاعلم للتكليف ، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال ، كالجداد والبهيمة . »
« ومن وجدله أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، ومن كونه الأمر به هو الله تعالى ، وأنه واجب الطاعة ، وكون الأمور به على صفة كذا وكذا ، كالجنون والصبي الذى لا يميز فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجداد والبهيمة ، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب ، ويتميز بتكليفه أيضاً إلا على رأى من يميز التكليف بما لا يطاق ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله . »
« وأما الصبي المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز ، غير أنه أيضاً غير فاهم على السكال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى ، وكونه متكلماً مخاطباً مكلفاً بالعبادة ومن وجود الرسول الصادق والبلغ عن الله تعالى ، وغير ذلك مما يتوقف عايه مقصود التكليف ، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بقوات شرط التكليف . »

وإن كان مقارناً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة ، فإنه وإن كان فهمه كفهفه الموجب لتكليفه بعد لحظة ، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفياً ، وظهوره فيه على التدرج ، ولم يكن له ضابط يعرف به ، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عليه ، ودليه قوله عليه السلام: « رفع العلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »

« وعلى هذا فالنافل عما كلف به والكران المتخبط لا يكون خطابه وتكليفه فى حالة شدته وسكره أيضاً ، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبي المميز

(١) الإحكام فى أصول الأحكام الأمدى ج ١ ص ٢١٥ وما بعدها .

(٢) المكلف هو الشخص الذى يوجه لابه الأمر والنهى .

فيما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه ، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله .

« واختلفوا في الملجأ إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسه تركه في جواز تكليفه بذلك الفعل إجباراً وعندما ، والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار ، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه ، كان تكليفه به إجباراً وعندما غير جائز إلا على القول بتكليف مالا يطاق وإن كان ذلك جائزاً عقلاً لكنه محتج الوقوع سمماً لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والمراد منه رفع المؤاخظة .. وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار فهو مختار وتكليفه جائز عقلاً وشرعاً .

هذه هي نظرية المسؤولية في الشريعة الإسلامية ، وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولها : - إن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها ، فهي ضرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها . فإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها : إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو ينصاح حاله .

ثانيها : - إن العقوبة العادية لا يستحقها إلا من كان مدركاً مختاراً من المكلفين ، فإذا لم يكن المكلف مدركاً أو مختاراً فلا مسؤولية عليه وبالتالي لا عقاب ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمي نفسها من الشخص غير المشول بالوسيلة الملائمة لحاله وحال الجماعة ، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب .

٢٧٧ - نظرية المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية : وإذا كانت الشريعة

الإسلامية قد عرفت النظرية التي بسطناها من ثلاثة عشر قرناً ولم تعرف غيرها

فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة ، فقبل الثورة الفرنسية كانت المسؤولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية . ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه ، وبغض النظر عن صفته وحالته ، وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد ، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والمجانين .

وبعد الثورة الفرنسية قامت المسؤولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار و يسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى وخلاصته أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار ، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوفر فيه هاتان الصفتان ، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما ، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه ، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار ، كان من المذلل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع . فأساس المسؤولية هو الإدراك والاختيار ، والمقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع ، وجزاء عادلا على مخالفته .

وبعد أن ساد المذهب التقليدى زمتنا ظهر المذهب الوضعى ، وهو قائم على فلسفة الجبر ، وخلاصته أن المجرم لا يأتى الجريمة مختارا ، وإنما يأتىها مدفوعا إليها بعوامل لا قبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتأليم والتكوين الجنائى ، وإذا كان الجنائى لا خيار له فى ارتكاب الجريمة فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى ، ولكن يمكن عقابه إذا اعتبرت المقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها ، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار ، مدركا أو غير مدرك ، عاقلا أو مجنوننا ، وإنما تختلف المقوبة التى تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته ، وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به .

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين ، ويسمى مذهب الاختيار النسبي ، ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدي ، لأن الإنسان مهما كان اختياره محدوداً فإن لإرادته دخل في الجريمة ، ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى ، وهي أن المشرع أن يحس الجماعة من إجرام الأشخاص الذين يتمتع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم ، بأن يتخذ معهم إجراءات خاصة مناسبة لحالتهم . وهذا المذهب هو الذي يسود القوانين الوضعية اليوم^(١) .

ويلاحظ أن المذهب القانوني الأخير يؤدي إلى نفس النتائج التي يؤدي إليها مذهب الشريعة الإسلامية ، ولا يفترق عنه إلا في أن نظرية الشريعة أدق منطقاً وأفضل صياغة ، فهي تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة ، وتفرق في تطبيق وسائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار . أما المذهب القانوني فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة ، وهذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدي ، وهو أساس يتعارض منطقياً مع معاقبة غير المسئول ، أو اتخاذ أي إجراء ضده ، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف أمر الشارع ، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة في شيء أن يؤخذ بأي وجه من وجوه التواخذه . والشريعة الإسلامية وإن كانت تجعل أساس المسؤولية الجنائية الإدراك والاختيار ، والمدرك المختار مسئولاً كما خالف أمر الشارع ، وتعتبر فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول ، إلا أنها تجعل العقاب ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع ، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جنائياً بالعقوبة التي تمنع الجماعة منه ، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل المتلائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك .

(١) القانون الجنائي لبي بدوي ص ٣٣٠ ، ٣٣٥ .

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عرفت من القرن السابع الميلادي ، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا في القرن العشرين وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه أنه يخالف الواقع .

٢٧٨ - معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة :- معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها ، فمن أتى فعلاً محرماً وهو لا يريد كالمكره أو اللغو عليه لا يسأل جنائياً عن فعله ، ومن أتى فعلاً محرماً وهو يريد ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضاً عن فعله .

فالمسئولية الجنائية في الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتي الإنسان فعلاً محرماً . ثانيها : أن يكون الفاعل مختاراً . ثالثها : أن يكون الفاعل مدركاً^(١) فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسئولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها انعدمت .

٢٧٩ - معنى المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية :- معنى المسئولية الجنائية في القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، وأسس المسئولية في القوانين هي نفس الأسس التي تقوم عليها المسئولية في الشريعة ، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التي تقيم نظرية المسئولية على فلسفة الجبر وعدد هذه القوانين محدود .

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية ، فقد كان المسئولية الجنائية في ذلك الوقت معنى آخر ، وهو أن يتحمل الفاعل أياً كان نتيجة فعله سواء كان إنساناً أو غير إنسان ، مختاراً أو غير مختار ، مميزاً أو غير مميز ،

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز لأن الفقهاء يحملون التمييز أدنى درجة من

فكأن أغلب القوانين الوضعية تسير الآن في نفس الطريق الذي سلكته الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً .

المبحث الثاني

في محل المسؤولية الجنائية

٢٨٠ — انه ناه محل المسؤولية : ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً ، فقد كان طبيعياً أن يكون الإنسان فقط هو محل المسؤولية الجنائية ، لأنه وحده هو المدرك المختار . أما الحيوان أو الجماد فلا يمكن أن يكون محلاً للمسئولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار .

ومحل المسؤولية هو الإنسان الحي ، فلا يمكن أن يكون الميت محلاً للمسئولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره ، ولأن القاعدة في الشريعة أن الموت يسقط التكليف .

وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسؤولية الجنائية ، فإن توفر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسئول عاقلاً بالغاً مختاراً . فإن لم يكن كذلك فلا مسؤولية عليه ؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركاً ولا مختاراً ، ومن لم يبلغ سنّاً معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار ، وعلى هذا فلا مسؤولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأي سبب آخر ، ولا مسؤولية على مكره أو مضطر .

الشخصيات المعنوية : وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية فأعتبر الفقهاء بيت المال جهة ، والوقت جهة أي : شخصاً معنويّاً وكذلك اعتبرت المدارس والملاجئ ، والمستشفيات وغيرها ، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلاً لتمتلك الحقوق والتصرف فيها ، ولكنها لم تجعلها أهلاً للمسئولية الجنائية ؛ لأن المسؤولية تبني على الإدراك والاختيار

وكلاهما منعدم دون شك في هذه الشخصيات ، لكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات ، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن ، فإنه هو الذي يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوي .

ويمكن عقاب الشخص المعنوي كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوي كعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة ، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحسد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها .

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً أي: من يوم وجودها ، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد محلاً للمسئولية الجنائية ، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحي والميت ولا بين المميز وغير المميز ولا بين المختار والمكروه ؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بفض النظر عن فاعلها ، ومن ثم كان الماقل البالغ والصبي غير المميز والجنون والمعتوه يعاقبون على جرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقلياتهم ، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب على ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية . أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التي كانت تقوم عليها القوانين الوضعية فإن هذه القوانين لا تعرف محلاً للمسئولية الجنائية غير الإنسان الحي ، كما أنها تفرق في حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار ، وبهذا أصبحت في هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية .

٢٨١ - تنبيه المسئولية الجنائية : من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ولا يؤخذ امرؤ بجريمة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما . وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل في كثير من آياته من ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ [الأنعام : ١٦٤] . ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ [فاطر :

[١٨] ، (وأن ليس الإنسان إلا ماسعاً) . [النجم : ٣٩] ، (من عمل صالحاً فأنفسه ومن أساء فطليها) [فصلت : ٤٦] ، (من يعمل سوءاً يجز به) [النساء : ١٢٣] . وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقول : « لا يؤخذ الرجل بجريرة أخيه ولا بجريرة أخيه » وحيث يقول لأبي رمنة وابنه : « إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » .

ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية يطبق تطبيقاً دقيقاً في الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، وليس لهذا المبدأ العام إلا استثناء واحد ، وهو تحميل العاقلة الدية مع الجاني في شبه العمد والخطأ ، وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة ، أي نفس الأساس الذي قام عليه مبدأ شخصية العقوبة ؛ لأن تطبيق هذا المبدأ على دية شبه العمد والخطأ لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدي إلى ظلم فاحش^(١) .

ومن الغمما من لا يعتبر تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة حيث يرى أنه ليس في إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجاني ، إنما الدية على القاتل . وأمر هؤلاء بالدخول معه في تحملها على وجه المواسة له من غير أن يلزمهم ذنب جنابته ، وقد أوجب الله في أموال الأغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه ، بل على وجه المواسة ، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك ، وأمر بيزوالدين ، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواسة وإصلاح ذات البين ، فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطأ على جهة المواسة من غير إجحاف بهم وبه ، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة مؤجلة ثلاث سنين . فهذا مما نذبوا إليه من مكارم الأخلاق ، وقد كان تحمل الديات مشهوراً في العرب قبل الإسلام ، وكان ذلك مما يعد من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « بعثت لأتكم مكارم

الأخلاق» فهذا فعل مستحسن في المقول مقبول في الأخلاق والعادات^(١) .
وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية ،
فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره ،
ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن ، والتنبع لخصوصها
يعد خروجاً على هذا المبدأ في كثير من الحالات ، فالقانون المصري مثلاً يعتبر
من اشترك في تجمهر وهو عالم بالفرض منه مسئولاً عن أية جريمة تقع من أحد
التجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر ، كذلك يعتبر مديري
التجمهر مسئولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين ، مع أن
التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على
ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها .

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصري من مسئولية رئيس تحرير الجريدة
عما يكتب في الجريدة ولو كان غائباً ، وفي تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية
المخالفات التي تقع ضد المواد ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ من لأئحة العاهرات ،
وفي تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التي يرتكبها الغير
في هذه المحلات ، وفي اعتبار الأب أو ولى الأمر مسئولاً عن جريمة الصغير الذي
حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية في خلال سنة من تاريخ الأمر
بتسليمه كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصري .

وإذا كان الشراح يطلون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطأ من
المعاقب لا على فعل غيره فإنه من الواضح الذي لا جدال فيه أن خطأ المعاقب
يفترض قانوناً ، وأنه يعتبر قائماً بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب
بأى وسيلة من وسائل الاشتراك .

ولم تكن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسؤولية قبل الثورة

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص ج ٢ ص ٢٢٤ .

الفرنسية كما تطبقه اليوم ، وإنما كانت تعتبر المرء مسئولاً عن عمله وعن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الغير ولو لم يكن له سلطان عليه ، وكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وم البراء من جنائمه .

وإذا كانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيراً أبعاداً شخصية المسئولية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل في تطبيق هذا المبدأ إلى الحد الذي وصلت إليه الشريعة وأن دائرة تطبيقه في القانون أضيق من دائرة تطبيقه في الشريعة .

٢٨٢ - الجنى عليه : الجنى عليه هو من وقعت الجنابة (١) على نفسه ، أو على ماله ، أو على حق من حقوقه . ولا تستلزم الشريعة أن يكون الجنى عليه مختاراً مدركاً كما استلزمت هذين الشرطين في الجاني ؛ لأن الجاني مسئول من الجنابة مأخوذة بها ؛ ولأن المسئولية مترتبة على عصيان أمر الشارع (٢) ، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار ، أما الجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه ، اكتسب بالاعتداء حقاً قبل المعتدى وهو الجاني ، وصاحب الحق

(١) معنى الجنابة في الشريعة هو الجريمة أما كانت بنفس النظر عما إذا كانت لعقوبة المقررة عليها جسمية أو نسبية .

(٢) الأوامر التي يعاقب على عصيانها إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو ولي الأمر كالملائكة أو السلطان أو الحاكم ، فإذا كان الأمر هو الله فقد وجب الأمر بإعجاله وتبين نفاذه ، أما إذا كان الأمر الرسول أو ولي الأمر فإن الأمر لا يجب بإعجاب الرسول أو ولي الأمر ، وإنما يجب الأمر ؛ لأن الله أوجب علينا طاعة الرسول وأولى الأمر في قوله : « يا أيها الذين آمنوا أطعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » فأمر الرسول وولي الأمر يجب بإيجاب الله . ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولي الأمر مخالفاً لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولا يجب طاعته . راجع المستصحب للفتاوى الجزء الأول ص ٨٣ ، وشرح مسند الثبوت لبدالي الأنصاري ص ٢٥ وما بعدها .

لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار ، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلاً لا كتب الحقوق .

والحقوق التي تنشأ عن الجرائم على نوعين ^(١) حقوق لله تعالى ^(٢) وحقوق للآدميين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها وأما النوع الثاني فينشأ عن الجرائم التي تمس الأفراد وحقوقهم ، وعلى هذا يصح أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز عاقلاً أو مجنوناً ، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى ، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زناً أو ردة .

كما يصح أن يكون المجنى عليه شخصاً طبيعياً يصح أن يكون شخصاً منوياً كأن يسرق الجاني مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيواناً أو مالا في صورة الجماد أو عقيدة من العقائد فالجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التي تعتق العقيدة .

وظاهر مما سبق أن المجنى عليه في كل الصور والأحوال هو الإنسان ، إما باعتباره فرداً وإما باعتباره منتمياً هيئته .

وتعتبر الشريعة الإنسان مجنياً عليه ولو لم يفصل عن أمه ، فمن أحدث جائفة ^(٣) بامرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين حيث أجازت الأم وأسقط الجنين ، ووجب عليه عقوبتان هما أرش ^(٤) الجائفة ودية

(١) راجع الفقرة ٧٤ .

(٢) راجع الفقرة ١٧٥ .

(٣) الجائفة هي الجرح النافذ للتجويع الصدرى أو البطنى .

(٤) الأرش هو مهر الدية .

الجنين^(١)، وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعملها ذية الجنين^(٢).

ويعرف البعض الجنين في هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضنة أو علقه مما يعلم أنه ولد، ويرى البعض أن الجنين هو ما استبان خلقته، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه^(٣).

والمقاعدة في الشريعة أن الإنسان تنهى شخصيته بموته فإذا مات أصبح لا وجود له، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنيه وورثته. وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هي محل الجريمة فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلاً للجريمة إلا في حالتين: —

١ — الاعتداء على رفات الأموات: — لا يعتبر الاعتداء على جدث الميت أو رفاتة جريمة واقعة على الميت باعتباره إنساناً، ولا يعتبر الميت هو المجنى عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة وله حرمة في نفوسهم، فالجنى عليه في الجريمة هو الجماعة والشريعة تعاقب مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة القبر.

٢ — قذف الأموات: — من القواعد الأولية في الشريعة أن الدعوى لاتقام على المآذف إلا إذا تقدم المَقذوف بالشكوى؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه ماساً شديداً وتتصل بعرضه وسمعته، ولأن للجاني الحق في أن يثبت وقائع القذف، فإذا أثبتها أصبح المَقذوف مسؤولاً عن الجريمة التي قذف بها ووجبت عليه عقوبتها، وهذا علق رفع الدعوى على شكوى المَقذوف فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها. وإذا كان المَقذوف حياً وقت القذف فله وحده حق الخصومة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٧ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٥ — أسنى المصنف ج ١ ص ٨٩ — المعنى ج ٩ ص ٥٣٤ ، ٥٤٢ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨ — أسنى المصنف ج ٤ ص ٩٢ — مغني ج ٤ ص ١٧٠ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ .

فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصباته أن يخاصم القاذف ويشكوه إلا إذا كان المقتذوف قد مات قبل العلم بالقذف ، أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعي وأحمد ، وتتمط الدعوى بموته عند أبي حنيفة ، لأنه يرى أن حق المخاصمة في دعوى القذف ليس حقاً مالياً حتى يرث . وإذا كان المقتذوف ميتاً فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع ، ووجبتهم في ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحياء ، وأنهم قدح في نسبهم فكأن القاذف قدفهم معنى ، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعاً للعار عن أنفسهم . ويرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم ، ولهذا قصر حق المخاصمة عليهم ، ويرى البعض أن العار يلحق كل الورثة ، وأصحاب هذا الرأي يبيحون للورثة جميعاً حق المخاصمة . وعلى كل حال فنن له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت ، أي أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(١) .

وإذا كان الفقهاء يطلون المخاصمة بأنها لدفع العار على المخاصم من أصول لميت أو فروعه أو ورثته ، وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ، ودفع العار عنهم لا عنه ، خصوصاً وإن القذف يتعدى دائماً المقتذوف إلى غيره ، إذ القذف في الشريعة معناه في النسب عن المقتذوف أو نسبة الزنا إليه ، فالمقتذوف سواء كان رجلاً أو امرأة إذا نفي عنه نسبة تعداها في النسب إلى أصوله وفروعه وورثته ، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها .

٢٨٣ - الشريعة والقانون: تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ - الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ - الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

فيما قلناه عن الجنى عليه فيصح فيها أن يكون الجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز، عاقلاً أو مجنوناً، ويصح أن يكون إنساناً طبيعياً أو معنوياً، وفرداً أو جماعة، كما أن القوانين الوضعية تسمى الجنين قبل أن ينفصل عن أمه، فتعاقب على الإجهاض^(١) سواء حدث من الأم أو من غيرها، وتسمى جدث الميت ورفاته، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور^(٢). وهي في ذلك تتفق مع الشريعة.

أما فيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد في القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات^(٣)، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من وورثة المقتول أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والمقاب.

وبعض القوانين لا يعاقب رفع الدعوى على شكوى المقتول أو ورثته كما هو الحال في القانون المصري، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقتول كما هو الحال في القانون الفرنسي، فإذا مات الجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقتول وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم.

واتجاه القوانين الوضعية في قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف في الشريعة تمس دائماً أسرة المقتول وأهله، فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوي تماماً ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى في حالة المساس بهم؛ لأن القوانين لا تنص على القذف على نسبة الزنا ونفي النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً

(١) راجع المواد ٢٦٠ - ٢٦٤ من قانون العقوبات المصري.

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصري.

(٣) أحمد أمين من ٥٤٤، ٥٥٥ - القانون الجنائي لأحمد صفوت من ١٥٣ وما يبعدها.

شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والدميد مصطفى من ٣٥٨.

(٢٦ - التشريع الجنائي الإسلامي)

كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره . ومن المسلم به أن كثيراً مما يمتبر قذفاً في القوانين لا يمس وريثة المقتوف أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنى للمقتوف ونفى النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ، ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائماً ودون قيد لورثة المقتوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف ، أما تطبيق الدعوى على شكوى المقتوف فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسي يتفق مع الشريعة في هذا المبدأ ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصري لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف .

المبحث الثالث

سبب المسؤولية ودرجاتها

٢٨٤ - سبب المسؤولية الجنائية وشرطها : السبب هو ما جعله الشارع علامة على سببه ، وربط وجود السبب بوجوده ، وعدمه بعدمه ، بحيث يلزم من وجود السبب وجود السبب ومن عدمه عدمه^(١) .

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعي على وجوده ، ويلزم من عدمه عدم الحكم^(٢) .

وسبب المسؤولية الجنائية هو ارتكاب المعاصي ، أي إتيان المحرمات التي حرمتها الشريعة وترك الواجبات التي أوجبتها ، وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصي سبباً للمسؤولية الجنائية إلا أنه جعل وجود المسؤولية الشرعي موقوفاً على توفر شرطين لا يفتى أحدهما عن الآخر وهما : الإدراك والاختيار ، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسؤولية الجنائية ، وإذا وجد الشرطان معاً وجلت المسؤولية ، فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القسط عقوبة لفعالها ،

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣ .

في سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية ، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطا المسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كجنون مثلاً فلا مسئولية عليه ، وإن كان مدركاً ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضاً .

وإذا وجد سبب المسئولية وهو ارتكاب المعصية ووجد شرطها ، وهما الإدراك والاختيار واعتبر الجاني عاصياً ، وكان فعله عاصياً أي خرجاً على ما أمر به الشارع ، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية . أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر في الفاعل شرطا المسئولية أو أحدهما فلا يعتبر الفاعل عاصياً ولا يعتبر فعله عاصياً ، وإذن فالوجود الشرعي للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان وعدمها تابع لعدمه .

والعصيان في الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة La Faute في تعبير القوانين الوضعية ، ولكن التعبير بالعصيان أدق في دلالاته على المعنى المقصود ، وهو مخالفة أمر الشارع من التعبير بالخطأ والخطيئة ، فضلاً عن أن التعبير الأخير يؤدي إلى الخلط بين لفظ الخطأ بمعنى غير المتعمد ، وبين لفظ الخطأ بمعنى مخالفة أمر الشارع .

٢٨٥ - ورمات المسؤوبه : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعي للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان، فمن الطبيعي إذن أن تكون درجات المسئولية تابعة لدرجات العصيان .

والأصل في هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تفرق دائماً الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرئ نصيباً من نيته ، وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات . وإنما لكل امرئ ما نوى » والنية محلها القلب ومعناها القصد ، فتقول العرب نواك الله بحفظه أي قصدك الله بحفظه ، فمن اتوى بقلبه أن يفعل ما حرمته الشريعة ثم أن ما اتوه فقد قصده .

وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسؤولية الجاني ، وإنما تنظر إلى الجناية أولاً وإلى قصد الجاني ثانياً ، وعلى هذا الأساس ترتب مسؤولية الجاني^(١) .

والمعنى الذى يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائياً لا يخرج عن نوعين : نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوى إتيانه ويقصد عصيان الشارع ، ونوع يأتيه الإنسان وينتوى إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع ، أو لا ينتوى إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه ، فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان ، والنوع الثانى هو ما يخطئ به .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا فقد فرقت في المسئولية الجنائية بين ما يتعمد الجاني إتيانه وبين ما يقع من الجاني نتيجة خطئه ، وجعلت مسؤولية الجاني العائد مغلظة ومسئولية الجاني المخطئ مغفلة ، وعلة التخليط على العائد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه لجريمته متكاملة ، وعلة التخفيف على المخطئ أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله لجريمته غير متكاملة .

وقد فرق القرآن بين العائد والمخطئ في قوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعدت قلوبكم ﴾ [سورة الأحزاب : ٥] وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى في قوله : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » والمقصود من عدم الجناح ومن رفع الخطأ هو تخفيف مسؤولية المخطئ ، وعدم تسويته بالعائد ، ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسؤولية الجنائية كلية ، وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص ، وجعل عقوبة القتل الخطأ الندية والكفارة ، فنظما مسؤولية العائد وخفف مسؤولية المخطئ . ولم يحبسها كلية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ - ١٠٤ - الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم

ج ٥ ص ١٤١ وما بعدها - الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها .

[سورة البقرة : ١٧٨] وقوله ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ [سورة
 المائدة : ٤٥] وقوله ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً
 خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم
 عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق
 فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [سورة النساء : ٩٢] .

وهكذا تنوع المشولية الجنائية وتتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد
 درجاته ، فإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المشولية وتعدد درجاتها فليتنا أن
 نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته .

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصي وإما أن يخطئه به ،
 فهو إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته ،
 فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ ،
 ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالي تكون المشولية الجنائية
 على أربع درجات ؛ لأنها تقوم على العصيان ، وتناظر وتخفف بحسب درجة
 العصيان من الجسامة والبساطة .

١ - العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجاني إتيان الفعل المحظور، فمن
 شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمداً ، ومن سرق وهو يقصد السرقة
 فقد تعمد لها ، والعمد هو أجسام أنواع العصيان ، وترتب عليه الشريعة أجسام
 أنواع المشولية ، وتفرض عليه أغلب العقوبات .

وللعمد في القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء هو أن يقصد الجاني الفعل
 القاتل ويقصد نتيجته .

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذي يتوفر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل
 الذي يتوفر فيه العمد بمعناه اتمام فقط ، ويسمون الأول القتل العمد . ويسمون
 الثاني القتل شبه العمد .

٢ — تبه العمد : لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا في القتل والجناية على ما دون النفس^(١) وهو غير مجمع عاين من الأئمة ، فمالك لا يمتد به في القتل ولا فيما دون القتل . ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسمائكاً زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، فقال تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾ وقال : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾ وعلى أساس هذا الرأي يعرف مالك العمد في القتل بأنه إتيان الفعل بقصد المدوان ، فهو لا يشترط أن يقصد الجاني الفعل ويقصد تقيجته^(٢) .

ويتفق أبو سبيعة والشافعي وأحمد^(٣) في الاعتراف بشبه العمد في القتل ولكنهم يختلفون في وجوده فيما دون النفس ، فيرى الشافعي^(٤) أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمداً محضاً وإما أن يكون شبه عمد ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحمد^(٥) . ويرى أبو حنيفة^(٦) أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأي المرجوح في مذهب أحمد^(٧)

وشبه العمد في القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد المدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث القتل ، ولكن الفعل يؤدي للقتل ، وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وسمى شبه العمد بهذه التسمية ؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبهه من حيث انهتمام قصد الفعل .

(١) الجناية على ما دون النفس معناه الاعتداء على الجسم بما لا يؤدي لقتل الجاني والجرح وقطع الأضراس وغير ذلك .
 (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
 (٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ - الزيلعي ج ٦ ص ٩٧ المفى ج ٩ ص ٣٢٠ .
 (٤) الأم ج ٦ ص ٤٥ .
 (٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ .
 (٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ .
 (٧) المفى ج ٩ ص ٤١٠ .

وشبه العمد فيما دون النفس منناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث النتيجة التي انتسب إليها الفعل .

وشبه العمد أقل جسامه من العمد ، وينبغي على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد . فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتميز ير إن رأى ولي الأمر تعزير الجاني .

٣ — الخطأ : — هو أن يأتي الجاني الفعل دون أن يقصد العيان ولكنه يخطئ إما في فعله وإما في قصده ، فأما الخطأ في الفعل فمثله أن يرمى طائرا فيخطئه ويصيب شخصا . وأما الخطأ في القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندي من جنود الأعداء ؛ لأنه في صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندي من جنود الوطن معصوم الدم .

٤ — ما جرى مجرى الخطأ : — يلحق الفعل بالخطأ ويتميز جازيا بمجره في حالتين : — أولاها : أن لا يقصد الجاني إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره ، كمن يقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله . وثانيتهما : أن يتسبب الجاني في وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه كمن يخفر حفرة في الطريق لتصرف ماء مثلا فيسقط فيها أحد المارة ليلا .

والخطأ أكثر جسامه مما جرى مجرى الخطأ ؛ لأن الجاني في الخطأ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياظه ، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجاني لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه .

وأول من قسم الخطأ إلى خطأ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازي ، فقد رأى أن الفعل في الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة في الفعل وتارة في قصد الفاعل ، ولا ينطبق هذا على السامى والنائم والتسبب ، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلا فليس هو إذن في حيز الخطأ كما أنه ليس في حيز العمد أو شبه العمد ، ولما كان حكم فعل السامى والنائم والتسبب هو حكم الخطأ من

حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازي إلحاقاً بالخطأ باعتباره جارياً مجراه^(١) .

٢٨٦ - الشريعة والقانون : - وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسؤولية وشرطها ، فسبب المسؤولية في القانون هو ارتكاب الجرائم ، وشرط المسؤولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال في الشريعة ، ولا مسؤولية ما لم يكن الجاني مخطئاً أى عاصياً ، ودرجات المسؤولية تتمدد وتتوسع بحسب تنوع الخطأ^(٢) وتعمده . والخطأ في القانون على نوعين : عمد وخطأ ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطأ بسيط ، ويدخل تحت العمد ما يدخل في الشريعة تحت العمد وشبه العمد ، ويدخل تحت الخطأ ما يدخل تحت الخطأ في الشريعة وما تجرى مجراه .

والقوانين الوضعية وإن كانت لا تعترف بشبه العمد في القتل إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضرباً مفضياً للموت ، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد ، فتنصل بذلك إلى الغرض الذي ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل ، فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف في التسمية لا غير .

ولا شك أن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصبح منطقاً من تعبير القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يدرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والمضارة والتعريق والتجريح والتفريغ والخنق ، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوفر قصد الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدي للموت ، فاختيار الفقهاء هذا التمييز للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق ؛ لأنها تنتهي جميعاً بالموت ، أما لفظ الضرب المفضي للموت الذي عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يدرج تحته غير ذلك

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي المصاحف ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو المخطئ في القانون يقابل المعيان في الشريعة .

من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتهريب والتحرير والتدريه
والخطف ، وشراح القانون المصري يمتثلون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب
المعنى الذى يندرج تحته قانوناً .

المبحث الرابع

في قصد المصيان أو القصد الجنائى

٢٨٧ - **قصد المصيان أو القصد الجنائى** : بينا فيما سبق أن أساس

المسئولية الجنائية هو المصيان ، أى عصيان أمر الشارع ، وأن مسئولية الجنائى
تختلف باختلاف درجة المصيان ، فإن قصد الجنائى المصيان شددت العقوبة وإن
لم يقصد المصيان خففت العقوبة ، فقصد المصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة
الجنائى ، وهذا القصد هو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى .

وقصد المصيان أو القصد الجنائى هو تعدد إتيان الفعل المحرم أو تركه .
العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه ، وينبغى أن لا يفوتنا إدراك الفرق
المصيان وبين قصد المصيان ، فالمصيان عنصر ضرورى يجب توفره فى
جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ
فإذا لم يتوفر عنصر المصيان فى الفعل فهو ليس جريمة . أما قصد المصيان
يجب توفره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها . والمصيان هو فعل المصية أى
إتيان الفعل المحرم أو الإمتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل المصيان
كمن يلقي حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به ماراً فى الشارع ، فهو قد فعل
معية بإصابة غيره ، ولكنه لم يقصد أى حال أن يصيب غيره ، ولم يقصد
فعل المصية . أما قصد المصيان فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع
بأن الفعل أو الترك محرم ، أو هو فعل المصية بقصد المصيان كمن يلقي حجراً

من نافذة بقصد إصابة شخص مار في الشارع فيصيبه ، فإنه يرتكب معصية لم يأتيها إلا وهو قاصد فعلها ويتفق هذا المثل مع المثل السابق في أن كلا من الجانبين أتى معصية حرمها الشارع ، ويختلف المثلان في أن الجاني في المثل الثاني قصد إتيان المعصية بينما الجاني في المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية .

والترفة بين العصيان وبين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة *volonté* وهي تعمد الفعل المحرم أو تركه ماديا وبين القصد *intention* وهو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل المادي ، تلك التفرقة التي تقول بها اليوم في القوانين الوضعية ، ولا شك أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادي وبقصد العصيان عن تعمد نتيجة الفعل هو تمييز أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد ؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية ، وهمافظان مترادفان يصح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته ، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدي إلى الخلط بين المعاني الشبه كما تؤدي إلى العجز عن تمييزها أحيانا .

وقصد العصيان أو القصد الجنائي قد يوجد لدى الجاني قبل اقرار الجريمة كأن ينوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمن ما ، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال في جرائم المشاجرات أو في الجرائم التي تحدث بفترة بغير تدبير سابق . ويستوى في الشريعة أن يكون القصد سابقاً للجريمة أو معاصراً لها ، فالعقوبة في الحالتين واحدة ؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر ، ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل ؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلاً عن الفعل . والقاعدة في الشريعة أن لعقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجلوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » ، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق الشريعة في القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والعمد وبين العمد الخالي من سبق الإصرار والقرصد ، بل تجعل العقوبة واحدة

في الخالين ، فعقوبة القتل المدعى القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه ، وعقوبات الشجاج والجراح في حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هي نفس عقوباتها في حالة التعمد الخالي من سبق الإصرار والترصد .
 والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة ، ولكنها مع ذلك تفرق في بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصد وبين عقوبة العمد الذي لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد ، وقد جرى القانون المصري على هذه التفرقة في جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة .

٢٨٨ — الفرق بين القصد والباعث : — وقد فرقت الشريعة من

يوم وجودها بين القصد والباعث . أي بين قصد العصيان وبين الدوافع التي دفعت الجاني للعصيان ، ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أي تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها ، فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شربنا كالمثقل للمأثر ، أو الانتقام للعرض ، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيقا كالمثقل بأجر أو القتل للفرقة ، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجاني ارتكاب الجريمة ، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئا ما .
 وإذا كان من الممكن عملا أن لا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة ، وأن لا يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فإن هذا لا يمكن عملا في عقوبات التعازير ؛ ذلك أن الباعث إما أن يكون في طبيعة الفعل المكون للجريمة ؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاصر في عقوبات الحدود والقصاص ، بحيث لا يستطيع أن يجعل للدوافع أي اعتبار . أما في التعازير فقد ترك الشارع للفاضي من الجريمة في اختيار العقوبة وتقديرها ما يلائمه عملا من أن يحل البواعث في تقدير العقوبة محل الاعتبار .

فالباعث أثر من وجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات

وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غير مقدرة ، وللقاضي حرية واسعة فيها .
 فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها ، فإذا راعى القاضي البواعث تخفف العقوبة
 أو شددها فإنه يفعل ذلك في نطاق حقه ، ولا يخرج عن حدود سلطانه . أما جرائم
 الحدود والعصاص فتصوبتها مقدرة أى محددة ، وليس للقاضي أن ينقص منها
 أو يزيد فيها ، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة ،
 سواء كان الباعث شريفاً أو وضيعاً فالعقوبة لن تتغير .

وأكثر القوانين الوضعية تتفق في هذه المسألة مع الشريعة ، فهي لا تخلط
 أيضاً بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائي ، ولا تجعل للباعث أثراً على
 تكوين الجريمة أو عقوبتها كقاعدة عامة ، ولكن بالرغم من ذلك فإن الباعث
 من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة ، إذ للقاضي أن يقدر العقوبة الملائمة
 من بين الحددين الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله في كثير من الأحوال أن يختار
 إحدى عقوبتين ، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقاً لما يرى أن الجنائي يستحقه ،
 وهو يدخل في تقديره ظروف الجريمة والمجرم ، والبواعث التي دفعت لارتكاب
 الجريمة ، فيخفف العقوبة إن رأى الجنائي مستحقاً للتخفيف ، ويطلقها إن رآه
 مستحقاً للتأديب ، وبهذا يكون للباعث أثره العملي على العقوبة . وهذه هي طريقة
 القانون الفرنسي والقانون المصري .

على أن هناك بعض القوانين الإيطالي والبولوني^(١) تجعل من
 الباعث ظرفاً مخففاً أو شديداً أو مؤثراً ، وتلزم القاضي بمراعاة هذا الباعث عند
 تقدير العقوبة ، وهذه القوانين ربما كانت تعترف بأن للباعث أثراً قانونياً على
 العقوبة ، إلا أنها من وجهة العملية لا تنصل إلى أكثر من التأميم التي تصل إليها
 المحاكم التي لا تعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، لأن القاضي لا يستطيع عملاً

(١) قانون الجنائي على نسبي ٣٤٠ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨ .

أن يتخلى دائماً عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها .

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تحمل له أثراً في الجرائم الخطيرة التي تمس الجماعة ونظامها، وهي جرائم الحدود والعقاص ، أما فيما عدا هذه الجرائم ، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، إلا أنه ليس فيها ما يمنع القاضي من تقدير الباعث من الوجهة العملية ، وأكثر القوانين تهمل الكلام على الباعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية ، ولكن هذا لا يمنع القاضي من تقدير البواعث عملاً في كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء . ولا شك أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل ، لأنها تضع مصلحة الجماعة في الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار ، ولا تسمح للقاضي بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجاني ؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء .

٢٨٩ - صور القصد : وليس لتعدد صورة معينة فهو يظهر في صور

متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم ، فقد يكون القصد عاماً ، وقد يكون خاصاً ، وقد يكون القصد مميئناً أو غير مميئناً ، وقد يكون القصد مباشراً أو غير مباشر .

٢٩٠ - القصد العام والقصد الخاص : يتوفر القصد العام كلما تعمد الجاني

ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً ، وأكثر الجرائم يكتفي فيها بتوفر القصد الجاني العام ، كجريمة الخرج والضرب البسيط فإنه يكفي فيها أن يتعمد الجاني إتيان الفعل المادى مع علمه بأنه يأتي فعلاً محرماً .

وفي بعض الجرائم لا يكتفي الشارع بالقصد العام ، بل يشترط أن يتوفر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص ، كما هو الحال في جريمة القتل الدمدمد أو جريمة السرقة ، ففي جريمة القتل العمد لا يكفي أن يضرب الجاني الجاني عليه أن يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرمان ، بل يجب أن يتعمد مع الضرب

أو الجرح كإزهاق روح الجنى عليه ، فالشارح يوجب لمخاسبة الجانى على القتل
الصد أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصداً خاصاً ، فإذا توفر
القصد العام فقط ومات الجنى عليه كان الفعل قتلا شبه عمد لا قتلا عمداً^(١) .
وفى جريمة السرقة لا يكفي أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل
محرم . بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المثل ، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه
لم تتكون جريمة السرقة .

وفى الحالات التى يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائى بالباعث
كلما كان القصد الخاص هو الباعث على الجريمة ، فمن يقتل شخصاً بقصد إزالته
من طريقه يختلط قصده الخاص بالباعث على الجريمة ، ولكن لا يمكن أن يقال :
إن الباعث يؤثر على الجريمة أو العقوبة ؛ لأننا لا ننظر إلى الباعث فى حالة
الاختلاط باعتباره باعثاً وإنما باعتباره قصداً خاصاً .

٢٩١ - القصد العيين والقصد غير العيين : يكون القصد معيناً إذا قصد
الجانى ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين^(٢) .
ويعتبر الفعل معيناً سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصاً
أو أكثر بسكين أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة ،
فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدى لقتل وجرح الكثيرين ، ولكنه لا يستطيع
تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل الكمين .
ويعتبر الفعل معيناً ولو كانت نتائج غير محدودة ، كلما أتاه الجانى وهو عالم

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص فى جريمة القتل ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه الصد والقتل
عنده نوعان لا ثالث لهما : قتل عمد وقتل خطأ ، فيعتبر قاتلاً عمداً عند كل من أتى الفعل بقصد
العدوان ولو لم يقصد لإزهاق روح الجنى عليه ، فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين
جريمة القتل العمد .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع من ٢٣٥ - الجبرى على شرح المتهج الجزء الرابع من ١٣٠

بنتائجها فاصداً لتحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها ، لا يبالي أيها تحقق وأيها تخلف
ويعتبر الجنى عليه معيناً كما أمكن تعيينه ، ولو لم يعين باسمه أو شخصه
أو وصفه ، فمن قصد أن يصيب أى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها
وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصاً معيناً ، ومن أطلق النار
بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها ، فقد أصاب شخصاً
معيناً ؛ لأن الجماعة معينة ؛ ولأنها تصيح مقصودة فتعتبر جماعة وأفراداً^(١) .

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص
غير معين ، ويعتبر الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة ،
فإذا أطلق الجانى كلباً عموراً ليهتر من يقابله ، أو حفر بئراً فى الطريق ليستطفيها
من يمر فى الطريق ، كان الجنى عليه غير معين ، ويشترط ليكون القصد غير معين
أن لا يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين ، فإن قصده فالقصد معين بالنسبة
لهذا الشخص ، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين
بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى^(٢) .

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بصفة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير
معين ، لحكمها واحد من حيث مسئولية الجانى وتكليف فعله ، إلا أنهم اختلفوا
فى مسئولية الجانى وتكليف فعله إذا كان الفعل قتلًا وكان القصد غير معين ، فيرى
بعض الشافعية أن الجانى لا يسأل باعتباره قاتلاً متممداً إذا قصد قتل غير معين ،
وإنما يسأل عن الفعل باعتباره قتلًا شبه عمد مادام الشخص الذى قصد بالجريمة
منها غير معين^(٣) . ويفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب .
ويسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين ، ويعملون

(١) تحفة المحتاج ج الرابع ص ٢ ، ٣ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢ ، ٣ - شرح المرشى ج ٨ ص ٨ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ .

القاتل مسئولاً عن القتل العمد ، أما في حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل باعتباره قاتلاً عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا الم عين ، فإن قصد غير معين فلا يسأل باعتباره قاتلاً متممداً ، وإنما يسأل عن القتل الخطأ^(١) .

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح الجنى عليه ، وهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلاً يؤدي للقتل ، وقصد به شخصاً معيناً ، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك ، ولكنه لم يقصد إزهاق روح الجنى عليه الذى لا يعرفه ولا يدري من يكون ، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبهم إليه ، فالجانى لا يمكن أن يقصد قصداً صحيحاً أو جدياً إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان ، والجانى يؤخذ في القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القاتل مع أنه لا يمكن أن يقال في حالة القصد غير الم عين : إن الجانى قصد إزهاق روح القاتل بالذات ، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القاتل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت ، وهذا الفعل يكفى شرعاً بأنه قتل شبه عمد^(٢) .

ويمكننا أن نطلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق ، كما يمكننا أن نعلم تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبب بأن الجنى عليه في حالة القتل المباشر يكون في الغالب معيناً ؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة ، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من الجنى عليه ، وإذا تمكن منه فقد أصبح معيناً لديه ، بعكس الحال في القتل بالتسبب ، فإن الجانى يباشر القتل بواسطة ، وهو في أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من الجنى عليه وقبل أن يصبح معيناً لديه .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - النسخ للردبرج ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع اعتبار الفعل قاتلاً عمداً إذا قلنا : إن هناك شبهة في صحة القصد أو في جديته ، لأن الحدود تدعى بالشبهات ، ويرتب على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل عمد .

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية فإنهم لا يفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين في القتل وغير القتل ، فالجاني سواء قصد بالفعل شخصاً معيناً أو قصد شخصاً غير معين فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التي قصدتها^(١).

ويلاحظ أن تقسيم القصد في الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد في القانون إلى محدود وغير محدود ، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين في القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسى والمصرى ، حيث لا يفرق هؤلاء أيضاً بين القصد المحدود وغير المحدود ؛ لأن الجانى فى الحالين يقصد النتيجة التى حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة .

وتنصص القانون المصرى والفرنسى لاتفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضاً ، فهى بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصرى المماثلة لمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى تعرف سبق الإصرار بأنه : « هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية ، غرض المصمم منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معقّباً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » .

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية ، التى تعتبر الجانى مخلطاً لا عامداً ، كما أدى فعله إلى نتائج لم يتشكّلها أو لم يقصدّها قسداً صحيحاً .

(١) بتأليف الصانع ج ٢ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ - المذهب ج ٢ ص ١٨٤ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٣ - الإفتاح ج ٤ ص ١٦٣ - المنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها .
(٢٧) - التصریح الجنائى الإسلامى)

٢٩٢ - القصد المباشر والقصد غير المباشر : يعتبر القصد مباشراً سواء كان معيناً أو غير معين كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتائجها ويقصدها، بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصاً معيناً أو لا يقصد شخصاً معيناً .
ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجاني فعلاً معيناً فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلاً أو لم يقدر وقوعها ، ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالي .

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحتمالي ، ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالي ، وأنها لا تفرق بين القصد المباشر وغير المباشر ، فقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحتمالي وقررت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها ، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب ، فالضارب والجراح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب ، ولا يتوقع أن يصاب المجني عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة ، أو لا يتوقع أن يصابه إلا بمجرد الإيلام ، ولكن الجاني مع هذا يسأل جنائياً عن النتائج التي قصدها فقط أو التي توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التي لم يقصدها ولم يتوقعها ، فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعتة فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به ، وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت فهو مسئول عن موت المجني عليه باعتبار الفعل قتلًا شبه عمد لا ضرباً ولا جرحاً . فالشريعة تحمّل الجاني في جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها ، وتحمّل الجاني هذه النتائج معناه أن الجاني يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمة فلا عبرة بمد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه ، وسواء استخلصوا من أحكام

الشريعة نظرية عامة في القصد الاحتمالي أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصوص الشريعة ، فإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم في الكتابة . على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء في جرائم القتل والضرب والجرح أن نثبتين بسهولة رأى كل منهم فيما نسيه اليوم بالقصد الاحتمالي وحكم هذا القصد ، وسنرى فيما يأتي أن آراء الفقهاء في هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء مختلف كل منها عن الآخر اختلافاً ظاهراً :-

٢٩٣ - الرأى الأول : هذا الرأى لمالك وهو يفرق عندما يتعرض

لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة ، ويجعل الجانى في الحالين مسئولاً عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل ، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك ، ومن شفى جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثراً كانت مسئوليته بقدر ما انتهى إليه فعله . والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس في ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما في قصد الجانى وقت إتيان الفعل ، فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمداً ، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد .

ويكتفى مالك في جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان ، ولا يشترط في القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح الجنبى عليه^(١) ، ولا يشترط في قطع العضو أو في فقد منفعته أن يقصد الجانى هذه النتيجة ، ومن ثم يعتبر الجانى قاتلاً عمداً عند مالك إذا لطم شخصاً أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته ، وكذلك يعتبر قاتلاً عمداً لو رماه

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى في جرائم القتل العمد بالقصد العام حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بفقره خاصة .

بمحجر صغير أو بقضيب أو ضربه بمصا خفيفة ولو لم يرال الضربات ، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل للموت ، ويعتبر قاتلاً عمداً من يدفع شخصاً بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدى السقطة لموته ، ولا يشترط في كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة ، ولا أن يقصد الجاني إزهاق روح المجنى عليه^(١) . ومن لطم شخصاً بقصد العدوان ففقأ عينه أو أذهب بصره فهو مسئول عن نتيجة فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها^(٢) .

وإذا كان الجارح أو الضارب الذي لم يقصد إلا مجرد العدوان مسئولاً عن كل نتائج فعله فعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده للمين المجدد ، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد أو بتعبيرنا العسرى يؤخذ بقصده المحتمل . فخلاصة رأى مالك أن الجاني مسئول عن كل نتائج فعله المقصود ، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها .

وقد كان مالك في رأيه هذا منطقياً مع نفسه ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ ولأنه جعل القتل نوعين لثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ ، فلم يكن لديه بعد هذا ما يدعوه لاشتراط نية خاصة في القتل العمد ليميزه عن غيره .

٢٩٤ - الرأى الثانى : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى

المرجوح فى مذهب أحمد . ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين جرائم القتل والجرح والضرب التعمدة وبين الجرائم غير التعمدة ، ويعملون الجاني فى الحالين مسئولاً عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، وأساس الفرق بين الجرائم

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩ .

المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجاني ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يصطبح الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد في القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو ما دون النفس^(١) ، فيشترطون في القتل العمد أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجرى عليه ، فإن توفر هذان القصدان فالجاني قاتل متعمد ، وإن توفر الأول دون الثاني فالقصد قتل شبه عمد . وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد لتمام أو قصد العصيان أي : قصد إثبات الفعل مع العلم بأنه محظور ، فإذا توفر هذا القصد فالجاني مسئول عن نتائج فعله سواء قصدتها كلها أو لم يقصدتها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها ، أو بعيدة يندر وقوعها ، فمن ضرب شخصا بقصد ضربه فقط فأدى الضرب لموته كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب ، ومن لطم شخصا فقفا عينه أو أذهب بصره ، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل^(٢) وهكذا .

وأصحاب هذا الرأي يتفقون مع مالك وبخالفونه ، فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القتل حيث يأخذون الجاني بقصده المحتمل ، وبمحلونه مشرولا عن نتائج فعله المتعمد ، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها ، وبخالفون مالكاً في القتل العمد ، حيث لا يرون أخذ الجاني بقصده المحتمل في القتل العمد ، ويشترطون

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على ما دون النفس ، فالجناية على النفس هي الجريمة التي تؤدي الموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة ، والجناية على ما دون النفس يمر بها عن كل آدمي يقع على جسم الإنسان فلا يودي بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورهما ، فبدخل تحت الجرح والضرب والذبح والجذب والصر والاضط وقس الشعر ونفثه وغير ذلك . ويسير القاتون المجرى عن نفس المعنى بلفظي الجرح والضرب فقط وهو تعبير ناص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٢٣ - الفي ج ٩ ص ٤٦٠ - الصرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ .

لاعتباره قاتلاً عمداً أن يقصد إزهاق روح القتيل ، بينما يؤخذ الجاني عند مالك بقصده المحتمل في القتل العمد وغيره ، وعلّة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من النقباء يحملون القتل ثلاثة أنواع : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه الأنواع حداً يميزه عن غيره ، فاشتروا في القتل العمد أن يقصد الجاني إزهاق روح القتيل ، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذي يكفى فيه أن يقصد الجاني الفعل القاتل ، فإذا قصد الجاني الفعل القاتل وقصد إزهاق روح القتيل فهو قاتل متعمد ، وإذا قصد الفعل القاتل فقط فهو قاتل شبه متعمد ، بينما هو في الحاليين قاتل متعمد في رأى مالك .

٢٩٥ - الرأى الثالث : - وهو رأى الشافعى والرأى الراجح في مذهب

أحمد ، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين الجرائم التعمدة وغير التعمدة ، ويعملون الجاني مسئولاً في الحاليين عن نتائج فعله ، كما يعملون أساساً التفرقة قصد الجاني ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرون في جرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويعملون القاتل مسئولاً عن القتل العمد كما قصد الفعل وقصد إزهاق روح الجنى عليه ويعملونه مسئولاً عن القتل شبه العمد ، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق روح الجنى عليه ، ولو كان لا يؤدى غالباً للموت . فلا مجال للقصد المحتمل في دائرة القتل العمد ، وفي هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق .

أما في جرائم الاعتداء على ما دون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجاني باعتباره متعمداً عن كل نتائج فعله التى قصدها ، ومسئوليته عن كل النتائج التى يؤدى إليها فعله غالباً ولو لم يقصدها أو يتوقعها ؛ لأن تأدية الفعل غالباً لهذه النتائج يجعلها في حكم النتائج المقصودة ، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها

الجاني ، ولا يؤدي إليها فعله غالباً ، فلا يسأل الجاني عن هذه النتائج باعتباره متعمداً لها ؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدي فعله غالباً إليها ، كذلك لا يسأل الجاني عن هذه النتائج باعتباره مخطئاً ؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجها . وإنما يسأل الجاني عن نتائج الفعل باعتباره شبه عامد ، وشبه العمد درجة بين العمد والمخطئ ، والمثولية عنه أخف من المثولية عن العمد وأغلظ من المثولية عن المخطئ — والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والمخطئ ؛ لأن الجاني يتمدد الفعل ولا يقصد نتيجته ؛ ولأن نتائج الفعل في شبه العمد ليست مما يؤدي لها الفعل غالباً ، فالجاني يتمدد الفعل ويخطئ في نتيجته ، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة المخطئ . فمن صفح شخصاً على وجهه ففقاً عينه أو أذهب بعصره دون أن يقصد هذه النتيجة ، لا يسأل عن فعله باعتباره متعمداً ؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته ؛ ولأن الصفع لا يؤدي غالباً لهذه النتيجة . كذلك لا يسأل الجاني باعتباره مخطئاً لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل الجاني باعتباره شبه عامد ، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطئ . ومن أدخل إصبعه في عين إنسان ففقأها أو أذهب بصرها ، يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمداً ؛ لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته ، أو لأن الفعل يؤدي غالباً هذه النتيجة . ومن رمى إنساناً بحجر فأوضعه أو هشمه ^(١) . يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمداً ؛ لأنه قصد الفعل ؛ ولأن فعله يؤدي غالباً هذه النتيجة ومن رمى غيره بحصاة صغيرة في جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة باعتباره متعمداً إذا لم يكن قصدها ؛ لأن الفعل لا يؤدي غالباً لها ، وإنما يسأل عن هذه النتيجة باعتباره شبه عامد ^(٢) .

(١) الإيضاح ولهم اسماء لتوعين من الشجاج . والشجاج هي الجراح التي تصيب الرأس والوجه .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - الإقناع ج ٤ ص ١٨٦ .

المفتي ج ٩ ص ٤١٠ - شرح الكير ج ٩ ص ٤٠٠ .

٢٩٦ - مقارنة بين الرءاء الشعيرة : - والقصد الاحتمالى لاوجود له في جريمة القتل العمد عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، بينما يلم مالك بوجود القصد المحتمل في القتل العمد ويؤخذ الجانى في كل الأحوال بقصده المحتمل .
والأصل في هذا الخلاف أن مالك يقسم القتل إلى عمد وخطأ فقط ، فكل ما ليس خطأ فهو عمد عند مالك ، وكل عمد يكنى فيه قصد العدوان ، ذلك القصد الذى يميز العمد عن الخطأ . أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، ويشترطون في العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المحنى عليه ، فإذا قصد الجانى الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عمد لا تعمد ، وعليه عقوبة تقل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطأ . وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المحنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سببا في امتناع القصد الاحتمالى في دائرة القتل العمد .

ويلم الفقهاء جميعا بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى في الجرح والضرب وما أشبه ، ويتفق مالك وأبو حنيفة في أخذ الجانى بقصد المحتمل في كل الأحوال مادام قد تعمد الفعل ، ويظهرهما على ذلك الرأى المرجوح في مذهب أحمد . ويتفق الشافعى مع الرأى الراجح في مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدتها باعتباره عامدا ، وأنه يؤخذ بقصده الاحتمالى فيسأل باعتباره عامدا كلما كانت النتائج في حكم المقصودة ، وتعتبر النتائج كذلك إذا كانت غالبية الوقوع ، فإذا لم تكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبية الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو في حكم النتائج غير المقصودة ، ولكن لا يسأل عنها الجانى باعتباره مخطئا ؛ لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل عنها باعتباره شبه عامد ، ويقاب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ .

٢٩٧ - بين الشريعة والقانونه : - الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب ، والأحكام التى

وضعت لهذه الجرائم هي التي بعثت فكرة القصد الاحتمالي إلى الوجود وجمعت منها نظرية خاصة .

وأكثر القوانين الوضعية لاتضع قواعد عامة للقصد الاحتمالي وتكتفى بالنص عليه في جرائم خاصة هي جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التي تؤدي إلى قتل أو جرح ، فقانون العقوبات المصري مثلاً يأخذ الجاني بقصد المحتمل في جرائم الجرح والضرب (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات) وفي جريمة تعذيب متهم لعله على الاعتراف (المادة ١٢٦ عقوبات) وفي جريمة تمطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات) وفي جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجوداً في الأماكن المحرقة ، (المادة ٢٥٧ عقوبات) وفي جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل ، أو فقد منته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥ ، ٢٨٦ عقوبات) . ولم يضع القانون المصري قواعد عامة للقصد الاحتمالي إلا عندما تعرض لعقوبة الشركاء ، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن : « من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها ، ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتعريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت » .

ونظرية القصد الاحتمالي لم تعرف في القوانين الوضعية إلا أخيراً ، وهي من النظريات المسلم بها علمياً المختلف في شأنها عملياً ، فالقوانين تختلف في مدى تطبيقها ، والشرح يختلفون في تصويرها وتعديدها ، ولكن ما أخذت به القوانين وما يراه الشراح على اختلافهم لا يخرج في مجموعه عن النظريات الثلاث التي عرفها الفقه الإسلامي .

فالقانون المصري يأخذ في جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبي حنيفة ، وإن كان لا يشترط صراحة في جريمة القتل العمد توفر قصد إزهاق روح القتيل ،

لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضى للموت ، وقيام هذا الشرط يؤدي إلى استبعاد القصد الاحتمالي من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجراح والضارب مسئولاً عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع .

والقانون الفرنسى يأخذ في جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ما أخذه القانون المصرى ، فمن ضرب إنساناً بعضاً فأحدث به جرحاً أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت ، وإذا أدى الضرب لعمالة فالجاني مسئول عن إحداث عاهة ، وإذا أعمجز الضرب الجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوماً ، كان الجاني مسئولاً عن هذه النتيجة ، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجاني مسئولاً على قدر نتيجة فعله ، والجاني يسأل في كل هذه الأحوال المختلفة باعتباره عامداً لا مخطئاً .

والشراح المصريون والفرنسيون يسلمون بما سبق ، باعتباره مما نص عليه القانون ، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالي في جريمة القتل العمد ؛ لأن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالي في القتل العمد يؤدي إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى للموت ، ويجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعذراً ، ولكنهم فيما عدا هذا يصوغون نظريتهم في القصد الاحتمالي على أساس آخر ، ويجعلون الجاني مسئولاً كلما كانت النتائج قريبة ومحددة الوقوع وفي الإمكان توقعها ، سواء توقعها الجاني بالفعل أو لم يتوقعها .

ويرى بعض الشراح أن يؤخذ الجاني على أساس أنه متعمد في حالتين : الأولى : إذا نص القانون على ذلك . والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجاني قصد الفعل دون أن يقصد نتائجها ، وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجاني باعتباره مخطئاً^(١) .

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والحيد مصطفي من ٣٧٥ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى من ٨٧٧ .

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية
أبى حنيفة كاملة فى القتل والضرب والجرح ، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب
والجرح فقط ، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط .

أما نظرية الشراح للمصريين والفرنسيين فهى أقرب ما تكون لنظرية
الشافعى وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين
أدق منطقاً ومقايماً ؛ لأنها تغطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة ،
وتجمل الجانى فى حكم العامد ، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يقلب وقوعها حكماً
خاصاً ، وتجعل الجانى مسئولاً عنها باعتباره شبه عامد . وهذا منطق دقيق واضح
ليس فيه تعقيد ولا التواء ، فالقياس الذى تقاس به مسئولية الجانى عام لم يقصده
من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج ، وهو مقياس عادل ؛ لأن نتائج الفعل الغالبة
الوقوع تكون دائماً فى ذهن الجانى ، ولاتكاد تنفصل ذهنياً عن الفعل المادى ،
فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصدتها ، وهو مقياس ثابت ؛ لأنه يقوم على أساس مادى
ثابت هو غلبة وقوع النتائج ، ولا يقوم على أساس اعتبارى ، يختلف باختلاف
الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج . أما الشراح فيقيمون نظريتهم على
أسس غير ثابتة ، ويقسمون المسئولية بما ليس ليست دقيقة ، إذ يجعلون الجانى
مسئولاً عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، واشترط
قرب النتائج ليس مقياساً صحيحاً ولا أساساً ثابتاً مادامت درجة القرب لم تحدد
بحد ثابت ، واحتمال وقوع النتائج ليس أساساً ثابتاً ولا مقياساً صحيحاً ، ومثل ذلك
يقال عن إمكان توقع النتائج ، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون
بعيدة ، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر . وما يراه شخص محتملاً
قد يراه الآخر غير محتمل . وأمل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى
القول بمسئولية الجانى باعتباره عامداً كلما كانت النتائج من النتائج اللازمة للفعل ،
بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجه ، وهؤلاء الشراح

وإن جاءوا بمقياس مادي ثابت إلا أنهم قضاوا على نظرية القصد الاحتمالي ؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هي نتائج الطبيعة التي يسأل عنها الجاني على أساس قصده العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالي .

والقانون الإنجليزي لا يشترط في القتل العمد توفر إرادة القتل عند القاتل ، بل يعتبر محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يترتب عليه الموت ، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يرددها ، وبهذا الرأي أخذ القانون السوداني ، إذ يعتبر القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبب الموت ، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل ، أو لأي ضرر جسي قد كان القصد أن يسببه الفعل^(١) .

فالقانون الإنجليزي والقانون السوداني يأخذان الجاني في القتل العمد بقصده المحتمل ، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التي تأخذ الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد وغيره ، كلما تمثل الجاني أو توقع النتيجة أو النتائج التي وقعت ولو لم يقصدها بالذات

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزي والقانون السوداني مع مذهب مالك في مؤاخذه الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد ، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضييق عنه النظرية الألمانية ، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجليزي أو السوداني ؛ إذ الجاني لا يؤخذ بقصده الاحتمالي عند الألمان ، ولا طبقا للقانونين الإنجليزي والسوداني إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدي الموت ، وأما في مذهب مالك فالجاني يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقمه ، فمثلا إذا ظم الجاني شخصا صحيح الجسم بقصد العدوان

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٢٦ .

ودون أن يقصد الجاني القتل أو يخطر في باله أن فعله قد يؤدي للموت ، فبات
الجنح عليه من اللطمة ، فالجاني قاتل متمعد عند مالك^(١) ، وليس قاتلاً متمعداً
طبقاً للنظرية الألمانية أو طبقاً للقانونين الإنجليزي والسوداني .

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن المقاييس التي وضعتها النظرية الألمانية والقانونان
الإنجليزي والسوداني هي مقاييس شخصية غير ثابتة ، فالجاني طبقاً للنظرية
الألمانية يجب أن يتشل أو يتوقع النتيجة ، والتشل مسألة داخلية يصعب إثباتها
إلا إذا اعترف بها الجاني ، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر
عما يصعب معه وضع قاعدة للتشل والتوقع والجاني طبقاً للقانونين الإنجليزي
والسوداني يجب أن يعلم أو أن يكون في استطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدي
لموت . والعلم أيضاً مسألة داخلية ، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجاني ،
وما قد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعلمه قد لا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه شخص
آخر ، ومن ثم فليس في الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم .

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصاً عامة للقصد
الاحتمالي ، ولكن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء
لإسلاميون ، فالقانون المكسيكي الصادر في سنة ١٩٣٦ يجعل الجاني مسؤولاً
باعتباره عامداً عن كل النتائج التي لم يقصدها ، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية
أو العادية ، أو كان الجاني قد توقع حدوثها ، أو عزم على مخالفة القانون مهما
كانت النتيجة ، وهذا الذي أخذ به القانون المكسيكي إنما هو مزيج من
النظريات الإسلامية . والقانون الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٠ يجعل الجاني
مسؤولاً عن النتائج التي لم يقصدها ويماقبه بعقوبة أقل من عقوبة العائد

(١) كان الفضاء الفرنسي يطبق مذهب مالك في القتل حتى سنة ١٨٣٢ حيث صدر قانون
يطالب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل .

وأكثر من عقوبة المخطئ، ونظرية القانون الإيطالي تقوم على نفس الأسس التي تقوم عليها نظرية الشافعي والرأي الراجح في مذهب أحد.

تلك هي نظريات الفقهاء الإسلاميين في القصد الاحتمالي، وهذه هي نظريات شراح القوانين، وظاهر بجلاء. مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بمجديد على الشريعة، وأن الشراح لم يعرفوا في عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء في العهود القديمة، فالشريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالي في دائرة الجرائم التي تصيب النفس وما دون النفس، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لا تزال كما رأينا أدق منطقاً وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التي يقول بها شراح القوانين.

المبحث الرابع

أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسؤولية

٢٩٨ - أثر الجهل على المسؤولية الجنائية: من المبادئ الأولية في الشريعة الإسلامية أن الجنائي لا يؤخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً تماماً بتحريره، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية.

ويكفي في العلم بالتحريم إمكانه، فتقيل بلغ الإنسان عاقلاً وكان مبسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم، وإما بسؤال أهل الذكر اعتبر عالماً بالأفعال المحرمة، ولم يكن له أن يمتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم ولهذا يقول الفقهاء: «لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام».

ويعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا يتحقق العلم فعلاً، ومن ثم يعتبر النص المحرم معلوماً للكافة ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً

مادام العلم به كان ممكناً لهم . ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الحرج و يفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه ويعطل تنفيذ النصوص .
 هذه هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها ، وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام من عاش في بادية لا يحتاط بعملين ، أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقياً بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء في الواقع وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التي تمنع مؤاخذه من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له ، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ، ولا يمتبرون عالمين بأحكام الشريعة . أما إذا كان مدعى الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

ويلحق بالجهل بمعنى النصوص الحقيقي بالجهل بذات النصوص ، فحكمها واحد ، فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم ، فإن جهته بالمعنى الحقيقي للنصوص لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية وهذا هو الخطأ في التفسير كما نسيه اليوم في لغتنا القانونية . ومن الأمثلة المشهورة في الشريعة على الخطأ في التفسير ، أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر في الشام مستحلين لها مستدلين بقوله تعالى : (نيس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) [المائدة : ٩٣] فأقيم عليهم حد الخمر .

وتتفق القوانين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقانون على المسؤولية الجنائية ، فالقاعدة في القوانين الوضعية أن الإنسان لا يعذر بجهل القانون ، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به والخطأ في فهمه وتفسيره ، ولكن إذا كان الإنسان في ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون فنه أن يحتج بالجهل ، ويضربون لذلك مثلاً حالة المحاصرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم ، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون .

٢٩٩ - أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية : الخطأ هو وقوع الشيء على غير

إرادة فاعله . فالفاعل في جرائم الخطأ لا يأتي الفعل عن قصد ولا يريد به ، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده ، وفي بعض الأحيان يقصد الجاني فعلاً معيناً ليس جريمة في ذاته ، فيتولد من هذا الفعل المباح ما يعتبر جريمة دون أن يقصد الجاني ما يتولد عن فعله . وتعتبر الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجاني قصد الفعل المباح ؛ لأنه قصد بفعله محلاً غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة . ومثال ذلك أن يتضمض حاتم فيسرى الماء إلى حلقه ، أو يرى صائد طيراً فيصيب إنساناً ، فالصائم قصد إدخال الماء إلى فمه ليتضمض ولم يقصد إدخاله إلى حلقه ليفطر فهو قد قصد فعلاً مباحاً ، ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنما وقع على غير إرادته . والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة الجنى عليه ، فهو قد قصد فعلاً مباحاً ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وهو إصابة الجنى عليه ، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان .

والخطأ . كالعامد مسئول جنائياً كلما وقع منه فعل يجرمه الشارع ، ولكن سبب مسئولية كل منهما مختلف ، فمسئولية العامد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إثيان ما حرمه أو ترك ما أوجبه ، ومسئولية الخطئ سببها أنه عصى الشارع لاعن قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط^(١) .

٣٠٠ - المسؤولية عن الخطأ استثناء : والأصل في الشريعة أن المسؤولية

الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تكون على الخطأ ، لقوله تعالى : ﴿ ولبس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تصدت قلوبكم ﴾

(١) أصول الفقه للبخارى ص ١٣١ .

الأحزاب : ٥] وتقول الرسول عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل^(١) ، من ذلك قول الله تعالى : ﴿ وما كان لؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله .. الخ ﴾ [النساء : ٩٢] .

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد ، والاستثناء هو العقاب على الخطأ ، فإنه يقترب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعها إذا أتاها عامداً ، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئاً ، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لمن أتاها مخطئاً ؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطأ في آن واحد . فمن زنا عامداً عوقب بعقوبة الزنا ، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا يعاقب عليه ؛ لأنه أخطأ والجريمة عمدية . ومن سرق عامداً عوقب بعقوبة السرقة ، ولكن من أخذ مال غيره سهواً أو خطأ مع ماله ، لا يعاقب عليه ؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية . ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب ، ولكن من شربها بظنهاماء لا يعاقب عليه ؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية . وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجاني عامداً فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئاً فلا عقاب عليه ، ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعد مبركاً من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة ، على أن انتفاء المسؤولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسؤولية الفاعل مسؤولية مدنية ، إذ القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ، وأن الأعداء الشرعية لانفاق عصمة الحبل ، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها بحسبها زوجته لا يعاقب جنائياً وإنما عليه مهرها ؛ لأن الوطاء في دار الإسلام لا يخفى من حدأو

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤٩ و١٥٠ وما بعدها و١٥٤ وما بعدها .

(٢٨ - التشریح الجنائی الإسلامی)

مهر ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله ، ثم تصرف فيه لا يعتبر سارقاً لانعدام القصد الجنائي ، ولكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه .

أما إذا كانت الجريمة مما يحرم إثباته عمداً أو خطأ . كالقتل والجرح ، فإن العائد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد ، بينما يعاقب المخطئ بالعقوبة المقررة للخطأ ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العمد وعقوبة المخطئ ، فيغلظ عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثاني^(١)

ويلاحظ أن المصالح العام هو الذي اقتضى العقاب على الخطأ ، فهناك من جرائم الخطأ ماله خطورته ويكثر وقوعه ، كالقتل والجرح خطأ ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصير وعدم الاحتياط ، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطأ التي يكثر وقوعها ولا يخفى خطرها ؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على الثبوت والاحتياط فيقبل هذا النوع من الجرائم .

ولقد نصت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة واعتبرت أغلب هذه الجرائم عمدية وأقلها من جرائم الخطأ ، ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطأ فإنه لا يجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جريمة عمدية إلا إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة عامة ، وهذا يصدق على الجرائم متى حرمتها الشريعة ، أما الجرائم التي يحرمها أولو الأمر فلم يرد فيها أن يعاقبوا على العمد والخطأ مع مراعاة قاعدة الشريعة الأصلية ، وهي أن العقاب على العمد هو الأصل ، وأن العقاب على الخطأ هو الاستثناء ، وأن العقاب على الخطأ لا محل له ما لم يحقق مصلحة عامة^(٢) .

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

(٢) لا يجوز المعزلة للعقاب على الخطأ إلا مانس عليه ، وحجتهم أن المؤاخذة تكون بالجنابة والجنابة لا تكون إلا بالقصد ، والخطأ لا قصد فيه فلا جنابة فيه ولا مؤاخذة عليه ، ولكن الجمهور يرى أن في الخطأ عدم النية والاحتياط الواجبين ، فمن تسبب خطأ أو بأشده ، فقد أثر بجنابة وجازمه مؤاخذته ، راجع فوائح الرعموت لعبد العلي الأنصاري ج ١ ص ١٦٦ .

٣٠١ - أنواع الخطأ : - الخطأ في الشريعة على نوعين : خطأ متولد ، وخطأ غير متولد .

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح ، والخطأ المتولد إما أن يكون مباشرا كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا ، وكمن يرمى جنديا في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن . وإما أن يكون بالتسبب كمن يخفر بثرا في الطريق العام بإذن من ولي الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها .

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد ، وهو إما أن يكون خطأ مباشرا يقع من الخفى مباشرة دون واسطة ، كما لو اقلب نائم على صغير بجواره فقتله ، وإما أن يكون خطأ بالتسبب ، وهو ما يتسبب فيه الخفى دون أن يقع منه مباشرة ، كما لو حفر شخص بثرا في الطريق العام دون إذن من الأمر فوقع فيها أحد المارة ، وكما لو وضع شخص أحجارا في الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب .

ويطلق بعض الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد ، ويسميه بعضهم الخطأ الخفى ، أما الخطأ المباشر غير المتولد ، والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد ، فيسمونه اصطلاحا ماجرى مجرى الخطأ^(١) ومن الفقهاء من لا ينعو الخطأ ولا يفرق بين صورته المختلفة ويسميا جميعا خطأ .

٣٠٢ - أساس الخطأ : أساس الخطأ في الشريعة هو في الأصل عدم التثبت والاحتياط ، ولكن لا يشترط مع هذا المسؤولية الخفى أن يقع منه تقصير في كل الأحوال ، وإنما يشترط وقوع التقصير في الخطأ المتولد ، أما فيما عداه فالتقصير

مفترض شرعاً في الجاني ولا يعنى من المشولية إلا إذا ثبت أنه ألقى إليه إلقاء .
 وبير الفقهاء على قاعدتين عامتين يمكن الخطأ ، وتطبيقهما نستطيع أن
 نقول : إن شخصاً ما ، أخطأ أو لم يخطئ^(١) :

القاعدة الأولى : إذا أتى الجاني فعلاً مباحاً أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه
 ما ليس مباحاً فهو مشمول عنه جنائياً ، سواء باشره أو تسبب فيه ، إذا ثبت أنه
 كان يمكنه التحرز منه ، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مشولية

القاعدة الثانية : - إذا كان الفعل غير مباح فأثام الجاني أو تسبب فيه دون
 ضرورة ملحة ، فهو تعد من غير ضرورة ، وماتج عنه يسأل الجاني جنائياً
 سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه .

٣٠٣ - نوع من الخطأ عند مالك : - ويعتبر مالك من الخطأ الأفعال
 التي يأتيها الجاني بقصد التأديب أو التعب إذا أدت لموت الجنى عليه أو جرحه ،
 وقد أخذ بهذا الرأي نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد ؛ لأن القتل عنده ليس إلا
 عمداً أو خطأ ، والعمد ما قصد فيه الجاني المدوان ، والخطأ هو ما عدا ذلك ، ومن
 يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعاب لا يتوفر لديه قصد المدوان بحسب رأى
 مالك ومن ثم اعتبر فله خطأ لاعداً .

٣٠٤ - الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية : - يراد بالخطأ في الشخص
 أن يقصد الجاني قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ في الشخصية أن
 يقصد الجاني قتل شخص على أنه زيد فيدين أنه عمرو . والخطأ في الشخص
 والخطأ في الشخصية نوعان من الخطأ المتولد ، فالخطأ في الشخص هو خطأ في الفعل ،
 فن ترى شخصاً معيناً فيخطئه ويصيب غيره فقد أخطأ في فعله ، والخطأ الذي
 وقع فيه متولد عن فعله الذي قصده . أما الخطأ في الشخصية فهو خطأ في ظن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

الفاعل وقصده ، فن رمى شخصاً على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمراً فقد أخطأ في قصده ، والخطأ الذي وقع فيه تولد عما ظنه صحيحاً وقصده .

وقد اختلف الفقهاء في حكم الخطأ في الشخص والشخصية ، فرأى البعض أن الجاني يسأل عن الجريمة باعتباره متممداً ، ورأى البعض أن الجاني يسأل عن الجريمة باعتباره مخطئاً .

فأما القائلون بأن الجاني يعتبر عامداً فهم أغلب الفقهاء في مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلية ، وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً أو غير محرّم ، فإن كان الفعل المقصود أصلاً محرماً فإن الخطأ في الفعل أو في الظن لا يؤثر على مسئولية الجاني شيئاً ؛ لأنه تعدد في الأصل فعلاً محرماً فهو جان متمم ، فن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمراً يعتبر قاتلاً عمداً لسرو ، ومن قتل عمراً حاسباً أنه زيد يعتبر قاتلاً عمداً لسرو . أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محرّم فإن الخطأ في الفعل أو في الظن يكون له أثره على مسئولية الجاني ؛ لأنه قصد فعلاً مباحاً فإذا أخطأ في فعله أو في ظنه فهو جان مخطئ ، لا متمم ، فن رمى صيداً أو غرضاً فأخطأه وقتل آدمياً يعتبر قاتلاً خطأ ، ومن رمى حربياً أو مهدد الدم فأخطأه وقتل معصوماً يعتبر كذلك قاتلاً خطأ ، ومن قتل عمراً وهو يحسبه زيدا المهدر الدم يعتبر أيضاً قاتلاً خطأ^(١) .

وأما القائلون بأن الجاني يعتبر مخطئاً فهم فقهاء مذهبي أبي حنيفة والثقات وبعض الحنابلة ، وهؤلاء جميعاً يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ في فعله وقتل أو أصاب غيره ، أو أخطأ في ظنه ، وتبين أنه قتل أو أصاب غيره من قصده ، فإن الجاني يكون مسئولاً عن القتل أو الجرح الخطأ فقط ، سواء كان الفعل

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - ٢٤٣ - الشرح الكبير للدروير ج ٤ ص ٢١٥

المغني ج ٩ ص ٣٢٩ .

امدى قصده أصلاً مباحاً أو محرماً ؛ لأن الجاني لم يقصد قتل من قتل ولا إصابته من أصيب ، وقد علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل^(١) .

ويفرق بعض الفقهاء من مذهب مالك بين الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية ، ويرون أن الجاني يسأل باعتباره مخطئاً في حالة الخطأ في الشخص سواء كان الفعل الذي قصده أصلاً مباحاً أو محرماً ، أما في حالة الخطأ في الشخصية فيسأل الجاني باعتباره عامداً كلما كان الفعل الذي قصده أصلاً محرماً .

ورأى القائلين باعتبار الجاني عامداً إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً ، يتفق مع رأى شراح القانون المصري ، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين ، ورأى القائلين باعتبار الجاني مخطئاً في كل الأحوال يتفق مع النظرية الألمانية ، أما القائلون بالترقية بين الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين^(٢) .

٣٠٥ - أثر النسيان على المسؤولية : — النسيان هو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه . وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطأ في قوله تعالى : ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وفي قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » .

وقد اختلف الفقهاء في حكم النسيان ، فرأى البعض أن النسيان عذر عام في العبادات والعقوبات ، وأن القاعدة العامة في الشريعة أن من فعل محظوراً ناسياً فلا إثم عليه ولا عقاب ، لكن الناسي إذا أعنى من المسؤولية الجنائية فإنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ - الإقناع ج ٤ ص ١٦٨ - المفتى ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفي ص ٣٥٦ وما بعدهما ، القانون الجنائي لعلي بدوي ص ٣٥٦ .

لا يعنى من المسؤولية المدنية ؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لا تتدافى مع عصمة المحل^(١) ، وطبقاً لهذا الرأى لا يعاقب الناسى إذا ارتكب فعلاً محرماً مادام قد أتى الفعل وهو لا يذكر أنه محرم ، وليسكن النسيان لا يقطع الواجبات بل على الناسى إثباتها حين يذكرها أو يذكر بها ، وإلا وجبت عليه العقوبة المقررة . ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذة فى الآخرة ؛ لأن العقوبة الأخروية تنقضى على القصد ولا قصد للناسى . أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يعتبر النسيان عذراً معفياً من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، فإنه يعتبر عذراً فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل ، وأن لا يكون هناك ما يذكر الناسى بما نساه . ويضربون مثلاً لذلك أكل الصائم ناسياً فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم . أما ما يتعلق بحقوق الأفراد فالنسيان لا يعتبر فيها عذراً بأى حال^(٢) .

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر وما أشبهه ، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التى يعتبر النسيان فيها عذراً يندرج وقوعها ؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر فى ذاته ؛ ولأن الجريمة التى تنسى يجب أن يدافع إليها الناسى بدوافع طبيعية كما يجب أن لا يكون هناك ما يذكره بالتحريم . ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسياً ، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً بإتيانها وهى فى العدة ناسياً .

وسواء أخذ بهذا الرأى أو بالرأى السابق فإن ادعاء النسيان وحده لا يعنى من العقاب ، وإنما يجب قبل كل شىء أن يثبت الجانى أنه ارتكب الجريمة ناسياً

(١) أعلام الموقنين ج ٢ ص ١٤٠ — استنبطى القزالي ج ١ ص ٨٤ — الإحكام فى أصول الأحكام الآمدى ج ١ ص ٢١٧ — الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤٩ وما ينص .

(٢) أصول الفقه لحنظلى ص ١١٩ — مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٣٧٤ — الأشباه والنظائر ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان في الجرائم مبحثاً قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسياً. والنسيان عند أصحاب الرأي الأخير لا يسقط الواجبات أيضاً، فالواجب يظل واجباً على الناسي، وعليه أن يفعله كما أن النسيان يعتبر شبهة تدرأ العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسي، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير، فأثر النسيان على الجرائم طبقاً للرأي الأخير قاصر على إعفاء الناسي من العقوبة في بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه في حالات أخرى.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسؤولية الجنائية

٣٠٦ - أثر الرضا على المسؤولية الجنائية: - الأصل في الشريعة الإسلامية أن رضا المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركناً من أركان الجريمة كالسرقة والفصب مثلاً، فإن الركن الأساسي في الجريمتين هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحاً لا جريمة.

وهذه القاعدة العامة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعتداء على النفس ومادونها، أي جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضاً؛ لأن الرضا لا يهدم ركناً من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذي منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قاعدة أخرى خاصة بهذه الجرائم، وهي أن المجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية في الجنائية على النفس ومادون النفس، ولهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجنائي إن رأى ذلك أو نوا الأمر، أي من لهم حق التشريع.

وقد أدى وجود القاعدتين معاً إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذي تطبق فيه كل قاعدة ، كما جعل آراء الفقهاء في القتل تختلف عن آرائهم في القطع والجرح ، ولهذا سنتكلم أولاً عن الرضاء بالقتل ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح .

٣٠٧ - الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ؛ لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلاً عمداً ، لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التي توقع على الجاني ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف وعمد أن يدرأوا عقوبة القصاص عن الجاني ، وأن تكون العقوبة اللدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادروا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم في فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجاني ، ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص ، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة^(١) .

والرأى الراجح في مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، ولو أبرأ المجنى عليه الجاني من دمه مقدماً ؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلاً عمداً ، وبعض أصحاب هذا الرأي يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة ، والبعض الآخر يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب اللدية بدلاً من القصاص .

أما الرأي المرجوح في مذهب مالك - وينسبه ابن عرفة لسحنون - فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، وإمكانه يسقط عقوبتي القصاص والدية معاً ، وإن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣٦ .

كان لا يمنع من التمييز ، ولكن الرأي المعروف عن سحنون في العتبية^(١) أنه يدرأ القصاص عن الجاني للشبهة ويوجب الدية^(٢) .

وفي مذهب الشافعي رأيان : أولهما - أن الإذن في القتل يسقط عقوبتي القصاص والدية ولا يبيح الفعل . وثانيهما - أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، وبعض أصحاب هذا الرأي يرى في الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية ، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى في الإذن شبهة^(٣) .

ويرى أحد وأصحابه أن الإذن في القتل يسقط العقوبة عن الجاني ؛ لأن من حق المحني عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوي العفو عن عقوبة القتل^(٤) ، وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأي الأول في مذهب الشافعي .

٣٠٨ - الرضاء بالجرح والقطع : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تمتحقا لصاحبه ، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن . ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلا عمداً ؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جرحا ولا قطعاً ، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ، ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فن رأيهما أنه إذا أدى الجرح

(١) اسم كتاب في فقه مذهب مالك .

(٢) مواهب الجليل للحنابل ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ - الشرح الكبير للدردير ج ٤

ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٤٢٨ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

أو القطع لعوت فلا شيء على الجاني إلا التعزير ؛ لأن العفو عن الجرح أو العطف عفو عما تولد منه وهو القتل^(١) .

ومذهب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجنى عليه مبرئاً له بعد الجرح أو القطع ، فإن لم يبرء المجنى عليه الجاني بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهي القصاص أو اللدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعي ، أما إذا استمر المجنى عليه مبرئاً للجاني ، فإن العقوبة المقررة أصلاً وهي القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير ، هذا إذا لم يزد الجرح أو القطع لعوت ، فإذا أدى إليه اعتبر الجاني قاتلاً عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد^(٢) .

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب في مذهب الشافعي ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فن قهواء المذهب من يرى مسئولية الجاني عن القتل العمد ، ولكنه يدرأ القصاص تشبهاً بالإذن ، فتكون اللدية هي العقوبة ، ومن قهواء المذهب من يرى امتناع العقاب ؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه^(٣) ، والإذن يسقط العقوبة .

والإذن بالجرح والقطع عند أحد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة وإن كان الإذن لا يبيح الفعل ؛ لأن للمجنى عليه الحق في إسقاط العقوبة ، وقد أسقطها بإذنه^(٤) .

٣٠٩ - أسباب الخوف بين القهواء في الإذن بالقتل والجرح :

أساس الاختلاف في هذه المسئلة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة في القتل والجرح ، والعقوبة أصلاً هي القصاص ، فإذا امتنع لسبب شرعي حلت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

(٢) الفرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٣٧١ .

محلل الدية ، والمجنى عليه وأوليائه أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاية الأمور تقريرها في حالة العفو .

وعلى هذا الأساس قام اختلافهم في القتل ، فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً ؛ لأن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل ، فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح ؛ لأنه لم يصادف محله ، ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه في العفو لا يذأ إلا بعد وقوع الجريمة ، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفو لهوياً ؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ المد أي القصاص ، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص .

أما في حالة الجرح الذي لم يؤد موت المجنى عليه ، فمن قال بإسقاط العقوبة اعتبر الإذن بالجرح أو القتل عفواً مقدماً ، واعتبره عفواً صحيحاً ؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القتل ، ومن قال بعدم سقوط العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلاً ؛ لأنه لم يصادف محله واشترط لإسقاط العقاب أن يبرىء المجنى عليه الجاني بعد الجرح أو القتل .

ومن أسقط العقاب في الجرح المؤدى للموت اعتبر الموت متولداً عن الجرح ، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه . ومن رأى العقاب اعتبر الإذن عن جرح لا عن قتل ، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه ، لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .

٣١٠ — بين الشريعة والقانون : الفاعدة العامة في القوانين أن رضاه المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب إلا إذا كان الرضاء بعدم ركنا من أركان الجريمة ، وفي هذا تنص القوانين مع الشريعة إلا أن القوانين الوضعية

تجمل الرضاء ركنا في بعض الجرائم التي لا يغير الرضاء من طبيعتها شيئاً ، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة ، ولا يغيّر الفعل من عمل منافي للأخلاق خارج على المألوف ، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعبادات المألوفة ، ومثل ذلك الهراط ، وهتك العرض . وهذا لا يتفق مع مبادئ الشريعة ، كما أنه خروج من القوانين على القاعدة العامة التي ذكرناها ، إذ المفروض في الرضاء أن يؤثر على أركان الجريمة الطبيعية ، كما هو الحال في السرقة ؛ إذ أن الرضاء يعدم الجريمة ، أما الرضاء في الزنا ، فلا أثر له إطلاقاً ، والفعل في حالة الرضاء وعدمه زنا لا شك فيه ، في لسان العرف ، والعبادات ، والأخلاق ، وآداب الجماعة .

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل في الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة . وإنما أثره فاصر على إسقاط العقوبة ؛ لا لأن المجنى عليه أو أوليائه رضوا بالجريمة ، وإنما ؛ لأن من حقهم العفو عن العقوبة . والشريعة حين تقرر للمجنى عليه وولييه حق العفو في الجرائم التي ذكرناها لا تأتي بمبدأ غريب على القوانين ، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة ، وطبقته في الجرائم التي تمس العرض ، فالقانون المصرى مثلاً يسطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية ، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة ، ولو كان قد حكم بها وبدى . في تنفيذها ، على أن هناك فرقاً بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة ، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة ، فإنما أعطته حق العفو عن العقوبة الأصلية فقط ، وهي القصاص أو الدية ، ولم ترتب على عفو سقوط حق الجماعة في العقاب بصفة مطلقة ، بل تركت للجماعة أن تعاقب الجاني إذا شاءت بعقوبة أقل شدة من العقوبة الأصلية ، فالعفو في جرائم القتل والجرح يؤدي إلى إسقاط حق المجنى عليه في التعويض ، وإلى استبدال عقوبة مخففة بعقوبة مغالطة ، ولكنه لا يؤدي إلى إسقاط العقاب كلية ، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقاً للقانون المصرى يمنع من عقابها بأية عقوبة أخرى ، ومعنى

ذلك : أن حق العفو الذي منحه الشريعة للعجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة ،
بينما حق العفو الذي تمنحه القوانين للعجنى عليه غير مقيد بقيد ما .

وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطي العجنى عليه أو وليه حق العفو في جرائم
القتل والجرح والضرب، فإن عفو العجنى عليه أو وليه يؤدي عملاً إلى مثل ما أدت
إليه نظرية الشريعة في هذه المسألة ، إذ القوانين الوضعية تجعل للقتل ، والجرح
عادة عقوبتين ، وتترك للقاضي أن يختار إحداها ، كما أنها تترك للقاضي أن يستبدل
بالمقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجاني والجماعة هذا
التخفيف ، ولاشك في أن عفو العجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التي تدعو
إلى تخفيف العقوبة على الجاني ، كما أن العفو يؤدي بطبيعته إلى إسقاط التعويض
المدنى ، وبهذا ينتهى العفو في دائرة القوانين من الوجهة العملية ، إلى مثل النتائج
التي يؤدي إليها العفو في الشريعة الإسلامية .

على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني تجعل لرضاء العجنى عليه في
حالة القتل والشروع فيه أثراً على العقوبة ، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل
العمد بدون رضاء العجنى عليه ، وتجعل القتل برضاء العجنى عليه جريمة من نوع
خاص ، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد . وما هذه المبادئ
القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية .

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول لمعضلة التي تواجه الحاكم
وشراح القانون اليوم ، وهي قتل المريض المشوس منه لتخليصه من آلامه .

٣١١ — **التعمير والمسؤولية الجنائية** : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار كما
تحرم القتل ، وقد جاء التحريم في القرآن ، كما جاءت به السنة ، فألله تعالى يقول :
﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ والانتحار قتل نفس ، ويقول جل
شأنه : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ ويقول الرسول صلى الله عليه
وسلم : « من قتل نفسه بخدبته في يده نجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً

مخلداً فيها أبداً ، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحصاه في نار جهنم مخلداً مخلداً فيها أبداً ، ومن تردى من جبل فقتل نفسه ، فهو مترد في نار جهنم مخلداً مخلداً فيها أبداً « والانتحار قد يكون عمداً ، وقد يكون خطأ وكلاهما محرم .

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر ، فلا عقوبة عليه ؛ لأن العقوبة تسقط بالموت ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الكفارة ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس مطلقاً ، ويظاهرها على هذا الرأي في مذهب أحمد . أما الشافعي فيرى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأ وجبت الكفارة في ماله . ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد ما يراه الشافعي من وجوب الكفارة في قتل النفس ، ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا في مال من قتل نفسه خطأ^(١) . والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجاني نفسه ، فمن أوجبها في مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية . ويترتب على تحريم الانتحار ، أن يعاقب شريك المنتحر ؛ سواء كان الاشتراك بالتجريس ؛ أو الاتفاق ، أو العون .

وإذا لم يمت من حاول الانتحار ، عوقب على محاولته الانتحار ، وعوقب معه شركاؤه في الجريمة ، وعقوبة الجميع هي التعزير .
ومطابقة الشريعة في تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك والشروع فيه ، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالتقانون الإنجليزي ، والسوداني ، والإيطالي وغيرها . أما القانون المصري ، والتقانون الفرنسي ، فلا يعتبر الانتحار فيه ما جريمة ؛ وكذلك لا يعتبر الاشتراك في الانتحار .

٣١٢ — إصابة الشخص نفسه: وتحرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه نفسه بأذى عمداً أو خطأ ؛ فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك ، فإن فعل . عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية ، وإذا كان من المحرم أن يصيب

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ — المنى ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ . شرح الدرر ج ٤ ص ٢٥٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

الإنسان نفسه ، فإن من الحرم على غيره أن يشترك معه في تلك الجريمة .
وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية ، وإن كانت بعض القوانين ،
كالقانون المصري تجعل التحريم مقصوراً على أشخاص معينين ، وفي حالات معينة .

٣١٣ - المبارزة والسرية الجنائية : - المبارزة قتال بين شخصين قد يكون متفقاً عليه من قبل ، وقد يشب دون سابقة اتفاق . وقد يحرص كل من المتبارزين على قتل صاحبه ، وقد ينوي أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة ، ولا يشترط في المبارزة أن تكون سلاح معين ، فيصح أن تكون بالسيوف أو الخناجر ، ويصح أن تكون بالأسلحة النارية ، ويصح أن تكون بالعصى ، ويصح أن تكون بالأيدي ، والمهم في المبارزة أن يحرص كل على قتل صاحبه ، أو جرحه ، أو إيذائه ، فإن كانت المبارزة مقصوداً بها مجرد إظهار المهارة والتفوق ، ولم يقصد بها الإيذاء ، فهي نوع من ألعاب الفروسية التي تبيحها الشريعة ، وستكلمكم عما بها فيما بعد . أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل ، فهي محرمة شرعاً ؛ لأنها ليست إلا قتل أو جرحاً أو إيذاءً ، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تماماً قاطعاً ، فمن تبارز مع آخر قتلته ، فهو قاتل متعمد إذا تعمد قتله ، وإذا جرحه وهو يقصد قتله فأدى الجرح لموته ، فهو قاتل متعمد ، أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ، ولم يقصد قتله ، فهو جرح عمداً ، فإن أدى الجرح لموته ، فهو قاتل شبه متعمد .

ولاتبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا في الحرب ، ففي الحرب تجوز المبارزة مع المحارب ، ويباح قتله ، وجرحه ، وإيذاؤه ؛ لأن دمه مهدر ، كذلك تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولولا أنه مسلم ؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب . ولقد ذم رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد للبراز فأجاب ، وأذن لأصحابه في البراز يوم بدر ، ويوم الخندق ، والفقهاء يبيحون البراز ، سواء دعا إليه المقاتل ابتداءً أو كان إجابة لدعوة غيره ، ولكن أبا حنيفة ، لا يبيح للمقاتل أن يدعو

فجراز مبتدئا ؛ لأن ذلك تطاول وبنى في رأيه ، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعا من إظهار القوة وإرهاب العدو^(١) .

ويجب أن نفرق في المبارزة المحرمة بين حالتين . الأولى: ما إذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه ، وفي هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح وقد سبق أن بينا هذه القواعد . الثانية: إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه ، وفي هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجرح النصوص الخاصة بالقتل والجرح ، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة ؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح .

فالمبارزة في الشريعة تمنح للنصوص العامة التي تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدي للقتل والجرح . وهناك نصوص يمكن أن يستدل بها على تحريم المبارزة ، ومن ذلك ما رواه أبو بكره حيث يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في النار » فقلت : يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال : « إنه كان حربيا على قتل صاحبه » ، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر » ، ولكتنا لنا في حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة ؛ لأن النصوص العامة التي حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم .

وإذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المتبارزين أو جرحه فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط ، ولا ينسب للمبارزين معا ، ولا يعتبر اتفاقهما على المبارزة ونسبوا القتل والجرح عن التقامهما اشتراكا منهما في القتل أو الجرح قياسا على التصادم ؛ لأن القتل أو الجرح الناشئ عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معا ، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما ، أما القتل والجرح في حالة البراز فنشأ عن فعل أحد

(١) الأحكام السلطانية من ٣١ و١ بعدها - ونوعه الجليل للحطاب الجزء الثالث من ٣٥٩ - أسى المطالب الجزء الرابع من ١٩٢ - نفى الجزء العاشر من ٣٩٤ وما بعدها (٢٩ - التصريح الجنائي الإسلامي)

المتبارز بن وقوته ولا أثر لنقل الآخر وقوته في إحداث القتل أو الجرح . فإذا تصادمت سيارتان ونشأ عن اصطدامهما قتل شخص أو جرحه ، فإن القوة التي أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين ، ولو لم تلتقي هاتان القوتان لما حدث القتل أو الجرح . أما في المبارزة فقدرة كل مبارز وقوته هي التي ينشأ عنها فعله فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أو أطلق عليه رصاصة فأصابته ، فليس لقوة المصاب أو عملة دخل في إصابته^(١)

ويتفق نظرية الشريعة الإسلامية في المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة ، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها باعتبار ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء ، ومن هذه القوانين القانون المصري والقانون الفرنسي . وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة ولكنها تعاقب على ما ينشأ عنها بمقوبات خاصة ، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح ، ومن هذه القوانين القانون الإيطالي والقانون البولندي^(٢)

المبحث السادس

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية الجنائية

٣١٤ — الأفعال المتصلة بالجريمة : الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة . فهي إما مباشرة ، وإما سبب ، وإما شرط . والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضروري للتمييز بين الجاني وغير الجاني .

(١) راجع كتاب الفعاس لأحمد محمد إبراهيم من ١١٣ وما بعدها ، فإنه يعطى لنا حكم الاصطدام وهو رأى غير منطقي ، كما أنه يؤدي إلى اعتبار كل تشاجر أو اعتداء في الاصطدام ، كما وقت المحنى عليه موقف المدافع أو المقاوم .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفي من ١ - ٥

المباشرة : هي ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة ، كذبح شخص بسكين فإن الذبح يحدث الموت بذاته ، وهو في الوقت نفسه علة الموت ، وكالتحقق فإنه يحدث الموت بذاته ، وهو في الوقت نفسه علة للموت ، وكإشعال نار في الشيء المحترق ، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته وهو في الوقت نفسه علة الحريق ، وكأخذ المارق مال الغير من حرزه خفية ، فإن الأخذ يحدث السرقة وهو علة لها ، وكتناول الخمر فإنه يحدث جريمة الشرب وهو في الوقت نفسه علة لها .

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة ، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت ، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجهاد الذي يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت . وكحفر بئر في طريق الحجى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أومات ، فالحفر هو علة الموت أو الجرح ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته ، وإنما يحدثه بواسطة سقوط الحجى عليه في البئر .

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة .
وللسبب ثلاثة أنواع :

(١) سبب حسى : وهو ما يولد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولاخلاف عليه سواء كان السبب معنويا أو ماديا ، كالإكراه على القتل والجرح فإنه يولد في المكرة داعية القتل والجرح دون شك ، وكحفر بئر في طريق الحجى عليه وتغطيتها ، حتى إذا مامر عليها سقط فيها أومات أو جرح ، فلا شك أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أو الجرح ، وكإشعال النار في البيت الذى ينام فيه الحجى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت الذراقد أحاطت به وقضت عليه ، وكإطلاق حيوان مفترس على الحجى عليه بقصد قتله فيقتسه الحيوان ، وكأمر طفل غير مميز بقتل

شخص فيقتله ، فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدي إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه .

(ب) سبب شرعي: وهو ما يولد المباشرة توليدا شرعيا ، أي : أساسه النصوص الشرعية ، كشهادة الزور بالقتل والسرقة فإنها تولد في القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق ، وتنفيذ الحكم يؤدي إلى مباشرة الموت والقطع ، وكتعمد القاضى أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع ؛ فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدي إلى مباشرة الموت أو القطع .

(ج) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف ، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر . ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها ، ومثل ذلك إشعال نار فى مكان شخص بقصد قتله ، فإن إشعال النار سبب محسوس الموت إذا ساء الجنى عليه محترقا ، ولكن إذا أُنقذ الجنى عليه ووضع فى مستشفى للعلاج فانهدم المستشفى على الجنى عليه ومات تحت الألقاض . فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه ، وينقلب إلى سبب عرفى .

والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه ، أى ما أقره عرف الناس وقبائمه عقولهم^(١) .

الشرط : هو ما لا يحدث الجريمة وهو علة لها ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلتها . ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخى فى بئر حفره تلك لغير غرض القتل فيموت اثنائى ، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو

(١) نهاية المحتاج - ٧ من ٣٤٠ - التوجيه للفتاوى من ١٢٢ وما بعدها - أسرى المطالب

الإلقاء في البئر لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذي حدث لولا وجود البئر ، فوجود البئر شرط لجريمة القتل التي وقعت بواسطة الإلقاء في البئر .

٣١٥ - حكم المباشرة والسبب والشرط : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها ، ولو اقتصر الأمر على فعله ما وقعت الجريمة بأي حال ، وإذا كان الفعل شرطاً لوقوع الجريمة إلا أن فاعله لم يأتيه بقصد إجرامى . ولكن صاحب الشرط يسأل جنائياً عن فعله إذا قصد به التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ، فإذا أسقط شخص آخر في بئر حفرت للرى فمات من سقطته فلا مسئولية على حافر البئر ، لكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فحافره مسئول ، ومن يستدرج القاتل لمخل قتلته مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة ، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل^(١) .

أما صاحب المباشرة والسبب فكلاهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه ، على أن الأمر في تحديد المسئولية يصدق إذا كان الجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل المباشرة والسبب ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحكم هذه الحالة :

أولاً : إذا كان الفعل مؤدياً بطبيعته للجريمة والدفع غير موقوف به ، فإن المباشرة أو التسبب يسأل عن الجريمة ، ولا عبرة بسكوت الجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله في ذلك ؛ لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو عتتها ، وليس لسكوت الجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل في حدوث الجريمة ، ولا يمكن عتلاً أن يكون علة لها ، فن أحدث بآخر جرحاً بقصد قتله فمات من

الجرح فانقاس مسئول عن القتل العمد ولو امتنع المجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل في علاجه .

ثانياً : إذا كان الفعل لا يؤدي بطبيعته للجريمة وكان الدفع موقوفاً به فلم يدفع المجنى عليه الفعل ، ففي هذه الحالة يسأل الجاني عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التي ترتبت عليه ؛ لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علة لها ، وإنما الذي أحدثها هو عدم الدفع من جهة المجنى عايه ، ومثل ذلك أن يلقى شخص بآخر في ماء قليل لا يفرق ، فيبقى هذا الآخر مستلقياً في الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيفرق ، فمسئولية الجاني قاصرة على الإلقاء في الماء فقط ولا يسأل عن نتيجة الإلقاء في الماء وهي الموت ؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت في الماء وإنما كان نتيجة بقاءه في الماء ، على أنه بشرط أن يكون الميت قد بقي في الماء مختاراً مع قدرته على الخروج منه ، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه في الماء فمافق عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك ، فالإلقاء في الماء هو الذي أحدث الجريمة وهو عتبا ، ومن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون في تطبيقه ، فالشافعية مثلاً يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى نزف دمه ومات لا يسأل من فصد عن القتل ؛ لأن الفصد لا يؤدي بطبيعته للموت ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما نزف ، والخاتبة يرون أن من أحدث الفصد مسئول عن القتل ؛ لأنه أحدث الجرح الذي أدى للموت ؛ ولأن الدفع ليس موقوفاً به ^(١) .

ثالثاً : إذا كان الفعل يؤدي بطبيعته للجريمة والدفع سهل ، كما لو ألقى من بحسن السباحة في ماء مفرق فلم يسمح وترك نفسه يفرق ، وكما لو ألقى شخص في نار قليلة استطاع الخروج منها فبق فيها حتى احترق ، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها — المفق ج ٩ ص ٣٢٦ .

خلاف ، فالبيض يرى أن الفاعل قاتل ؛ لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيفرق ؛ ولأن أعصاب الملقى في النار تشتنج بالإنعاش في النار فتعسر عليه الحركة ؛ ولأن العادة أن لا يستسلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء . ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلاً مادام الحنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل ، والخروج من النار قبلي فيها^(١) ، وكلا الفريقين يرى الجاني مسئولاً جنائياً ، ولكن الفريق الأول يجعله مسئولاً عن نتيجة الفعل ، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولاً عن الفعل دون نتيجته قياساً على الحالة الثانية ، وأكثر الذين يعتبرون الفاعل قاتلاً يعتبرونه قاتلاً شبه عمد لا قاتلاً عمداً ؛ لأن الفعل لا يؤدي غالباً للموت .

٣١٦ - الفرق بين مسؤولية المباشر ومسئولية التسبب : الأصل في الشريعة الإسلامية أن المباشر والتسبب كلاهما مسئول جنائياً عن فعله ، لكن المساواة في المسؤولية لا تستلزم تساويهما في العقوبة في جرائم الحدود ؛ لأن القاعدة في جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر^(٢) فلا يمكن إذن أن يعاقب التسبب بعقوبة حد ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل في الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة ، وأن جرائم الحدود يطلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب لخصت عقوبة الحدود لشدها بما هو أصل وإنما يعلب وقوعه .

أما جرائم العصاص فعقوباتها وإن كانت مقدرة كعقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والتسبب معاً عند مالك والشافعي وأحمد ؛ لأن هذه الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب فلما قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ - المعنى ج ٩ ص ٣٢٦ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ .

القصاص لإمكان الجاني أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب^(١) .
ولكن أبا حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب^(٢) مع أنه يعتبر الفعل في الحالين قتلًا عمدًا ، وهو يخص عقوبة القصاص للقاتل المباشر ويدرأها عن القاتل المتسبب ، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص ، ومعنى القصاص المائلة ، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة .
فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المائلة في الفعل ، فمن حفر بئراً ليدسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه ؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر زوراً بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة المزورة لا يقتص منه ؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد لإعدام الشهود عليه مباشرة^(٣) .

وفي جرائم التمييز لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب ، فالعقوبات المقررة لها واحدة ، ولكن هذا لا يقتضى التسوية بينهما في نوع العقوبة التي توقع على كليهما ومقدار هذه العقوبة ؛ لأن عقوبات التمايز غير مقدرة ، وللقاضي حرية في اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة ، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى

٣١٧ - مدى مسؤولية المباشر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة :-
إذا اجتمع سبب ومباشرة فلا يخرج الأمر في تحديد مسؤولية المتسبب والمباشر عن حالة من ثلاث :-

(١) المغني ج ٩ ص ٣٣٦ - أسى الطالب ج ٤ ص ٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
(٢) يعتبر أبو حنيفة القتل بالتسبب تلاماً مباشراً إذا كان من باشق القتل أداة في يد المتسبب كما في حالة الإكراه .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

الأولى : — أن يغلب السبب المباشرة : ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على المتسبب دون المباشرة ، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هي السبب ، ولما كان فعل الجلاد لا يعتبر عدوانا كان صاحب السبب أي شاهد الزور هو القاتل ، وهكذا كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسؤولية المباشرة ووقعت المسؤولية على عاتق صاحب السبب^(١) .

الثانية : — أن تغلب المباشرة السبب : - وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كمن ألقى إنسانا في ماء بقصد إغراقه فنقته آخر كان يسبح في الماء ، وكن ألقى بإنسان من شاطئ فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف ، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض ، فالشئول عن القتل في هذه الصور هو المباشر وعليه وحده القصاص ، أما المتسبب فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجته وهي الموت .

ويرى البعض أن المباشرة لاتقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة ، كمن رمى آخر من شاطئ لايمكن أن يسلم منه فتلقاه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقده بالسيف ، فإن السبب في هذه الحالة يقتل مع المباشرة ، ويكون كل من المباشر والمتسبب مسئولين عن القتل ؛ لأن عمل كل منهما يتم عمل الآخر ، أما إذا كان السبب يسلم منه فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذي سبق بيانه^(٢) ، والفروض في الأمثلة السابقة أن المباشر والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة .

ويرى أبو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا وكانت المباشرة

(١) أسي المطالب ج ٤ ص ٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

(٢) ألقى ج ٩ ص ٣٨٥ .

عدواناً ، بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المنسب^(١) وإضافة الحكم إلى المباشر دون المنسب لا يترتب عليها إعفاء المنسب فهو مسئول عن فعله كلما كان فعله معصية .

وأهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا في جرائم الحدود والقصاص ؛ لأن تعليق المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدي إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره ، ويجعل عقوبة المنسب التعزير كلما تغلبت المباشرة على السبب .

الثالثة : — أن يعتدل السبب والمباشرة : — بأن يتساوى أثرهما في إحداث الجريمة ، وفي هذه الحالة يكون المنسب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل ، كالأكراه على القتل والأمر به ؛ فإن المكره والآمر مسئولان عن القتل كما يسأل المكره والآمور .

وعند أبي حنيفة أن السبب لا يمتدل مع المباشرة أبداً ؛ لأنه بضيف الحكم للمباشرة كلما اجتمعت مع سبب وكانت عدواناً ، وهو في هذا يخالف ما يراه مالك والشافعي وأحمد ، وإذا كان أبو حنيفة يعتبر المكره مسئولاً عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة ، وإنما ؛ لأنه يعتبر صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة في يده .

٣١٨ — رابطة السببية والمسؤولية : — ويشترط لمسئولية الجاني عن الجريمة التي تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله ، وأن يكون بين الفعل الذي أتاها والنتيجة التي يسأل عنها رابطة سببية .

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجاني ونتيجته ، إذا كان فعل الجاني مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالاً مباشراً . أما إذا كان فعل

(١) الأضحية والنظار ص ٨٦ — مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة من ٥٨٦ .

الجاني سبباً فقد يصعب في كثير من الأحوال القول بوجود رابطة سببية بين الفعل والنتيجة حيث لا يتصل الفعل اتصالاً مباشراً بنتيجته ، وتتجلى هذه المصاعب كلما تعددت العال المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض ، أو قطع بعضها عمل البعض ، وكما بعدت النتائج ، وتوالدت الأسباب بينها وبين الأفعال ، وسنتعرض فيما يأتي هذه المصائب ونبين حكمها .

٣١٩ - نمر العلة المسببة للنتيجة : القاعدة أن الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره^(١) .
 دخل في إحداث النتيجة ، فالجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان هو الذي أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التي اشتركت في إحداثها ، فن أحدث بأخر جرحاً قاتلاً بقصد قتله فأدى الجرح للموت فهو مسئول عن القتل العمد ، وإذا كان بالجاني عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجاني مسئول عن القتل العمد ، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات ، ويسمى أن تكون الإصابات التي كانت بائني عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه أو عن فعل غيره ، كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان .

وإذا كان بالجاني عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالل دفاع الشرعي مثلاً ، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً بقصد قتله فمات من جميع الإصابات ، فالجاني مسئول عن القتل العمد ، ولو أن بعض الإصابات التي أدت للموت ناشئة عن فعل مباح ، وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية ، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التي أحدثها الجاني وليست حاوية عليها .
 - وإذا كانت بعض الإصابات الخش من بعض ، فإن الجاني الذي أحدث

(١) المفروض أن الجاني لا علاقة له بغيره من الفاعلين .

أبسط الإصابات مستول عن القتل العمدا ما دامت إصابته مملوكة بذاتها أو لها دخل في القتل على انفرادها ، كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التي يحدتها كل جان ، فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله ، فالجاني الذي أحدث واحدة منها فقط مستول عن القتل مادام لإصابته دخل في القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

وإذا أساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج ، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية ، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة فإن الجاني مع ذلك يسأل عن القتل العمدا ، مادام فعله مملوكة بذاته ، أو كان له منفرداً دخل في إحداث النتيجة .

وإذا كان المجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مستولاً عن قتله عمداً إذا ضربه أو جرحه ضرباً أو جرحاً لا يقتل الصحيح أو الكبير ، مادام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير .

٣٢٠ - انقطاع فعل الجاني : — ويسأل الجاني عن نتيجة فعله ما لم ينقطع فعل الجاني بفعل آخر يتطلب عليه ويقطع عمله ، ففي هذه الحالة يسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته ، فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً بقصد قتله يعتبر قاتلاً عمداً إذا مات من الجرح ، وإن كان إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل ، والأول جرح لا قاتل ؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث .

ويسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة ، ولو كان الجاني قاصداً النتيجة ، فمن يجرح إنساناً قاصداً قتله فيشفي الجرح يسأل باعتباره جرحاً لا قاتلاً ؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت .

٣٢١ - نوال العلل والمسببات : — قلنا : إن الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره دخل في إحداث النتيجة ، وهذه هي القاعدة العامة في الشريعة ، ومن السهل تطبيقها

كلما كان فعل الجاني علة مباشرة للنتيجة ، كذبح شخص بسكين ؛ فإن الذبح علة مباشرة للموت . ولكن المسائل لا تعرض دائماً بهذه السهولة ، فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجاني هو العلة المباشرة للنتيجة ، وإنما تتولد العلة وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجاني والنتيجة التي يسأل عنها ، وبحيث يبعد الفعل عن النتيجة ، ولا يكون سبباً مباشراً لها ، ومثل ذلك أن يحدث الجاني بالجنى عليه جرحاً يقصد قتله فينقل الجنى عليه إلى المستشفى فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه الجنى عليه ، فهل يسأل الجاني عن الموت باعتبار أن الجرح الذي أحدثه سبب نقل الجنى عليه إلى المستشفى ، وأن النقل تولد عنه موت الجنى عليه محترقاً ، أم يسأل الجاني عن الجرح فقط ؟ ومثل ذلك أيضاً أن يشهد شخصان زوراً على آخر بأنه قتل ثالث ، فيحكم على المتهم البريء بالقتل وينفذ فيه ، ثم تبين بعد ذلك برأته ، فهل يعتبر شاهد الزور قاتلاً باعتبار أن فعله علة للحكم . وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه ؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلة والأسباب :
أولها - العلة والأسباب الحسية : وهي العلة التي تتولد عنها النتائج توليداً محسوساً مدركاً لا شك فيه ولا خلاف عليه ، بقض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى ، فكلما كان فعل الجاني علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة ، كإشعال النار في بيت الجنى عليه بقصد قتله ، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقاً ، فإن الجاني وضع النار في المنزل وكان وضعها علة في إحتراق المنزل ، وكان إحتراق المنزل علة في موت الجنى عليه محترقاً .

ثانيها - العلة والأسباب الشرعية : - وهي العلة والأسباب التي تولد

نتائج يسأل عنها الجاني بمقتضى النصوص الشرعية ، كاعتبار شاهد الزور في جريمة القتل قاتلاً له حكموم عليه . وهذا النوع من العلل يتحمل الجاني نتيجه التي ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضمفت صلة السببية بين النتائج والفعل .

ثانها: العلل والأسباب العرفية : وهي كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليداً حسيماً ولا شرعياً ، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين . وتناسب العلة أو السبب إلى العرف ؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أي : « أفقره عرف الناس وقيلته عقولهم » .

يحكم هذا النوع من العلل أن الجاني يتحمل النتائج مهما تولدت العلل المتأصلة ، وإذا كان العرف يقضى بمسؤولية هذه النتائج ، أما إذا كان العرف يبيح من مسؤوليته عن النتائج فلا يسأل عنها ، فمثلاً لو خرق شخص قارباً يركبه شخص آخر بقصد إغراقه في لجة لإنجاة منها فلما أشرف القارب على الغرق ألقى فيه سببه بنفسه في الماء ساجداً فالتقمه حوت ، فإن الجاني يسأل عن القتل ولو فعل الجاني وهو خرق القارب لم يكن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت ، وإن كان حالة غرق القارب ، وكان غرق القارب علة لإلقاء الجاني عليه بنفسه في الماء ، كانت هذه العلة الأخيرة علة لالتهايم الموت له ، وهذه العلة الأخيرة هي التي أدت مباشرة لموت ، ويسأل الجاني عن النتيجة التي ترتبت على فعله مع والدان والى وتواليها وبعد النتيجة عن فعله ؛ لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة ما لم ينقطع ذلك كله ويعتبر الجاني قاتلاً . وإذا ضرب الجاني شخصاً بقصد قتله وحدث به إصابات استلزم علاجها وضع الجاني عليه في مستشفى ، ثم حدث زلزال أدى منه للمستشفى وموت الجاني عليه تحت الأتقاض ، فإن الجاني يسأل باعتباره قاتلاً له . ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهي الموت ، ولو أن الموت كان علة لنتيجة أخرى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى علة لفعل الجاني ؛ لأن العرف لا يفرق بين قاتلاً في هذه الحالة ، والداخر الذي يتارس أعمال السحر والشعوذة

يقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود ، وإنما يسأل عن الأفعال التي أتاها دون نيتها ؛ لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدي للقتل .

٣٢٢ - نظرية السببية في الشريعة : - ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية في الشريعة وهي أن الجاني لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية ، وهي الرباط الذي يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التي يسأل عنها ، أو هي الرباط الذي يربط السبب بالنسب والعللة بالمعول ، فإذا توفرت هذه الرابطة كان الجاني مسئولاً عن نتيجة فعله ، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته ، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعياً أو بفعل شخص آخر ، فإن الجاني يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته .

ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد الحادث للنتيجة ، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعالاً في إحداث النتيجة ، ويستوى بمعد ذلك أن يكون فعل الجاني هو الذي سبب النتيجة وحده ، أو سببها مع أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعل الجاني عليه أو العبر ، أو ترجع إلى حالة الجاني عليه الطبيعية أو العصبية .

والجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله عللة مباشرة للنتيجة أو كان عللة غير مباشرة للنتيجة ، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة عللة لعللة أو علل أخرى تولدت من فعل الجاني ، مادام المعارف عليه بين الناس أن يكون الجاني مسئولاً عن مثل هذه الحالة .

ولا يسمح الفقهاء بتوالت الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد ، بل يقيدون التوالت والتوالي بالمعرف فما اعتبره المرء سبباً للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سبباً بعيداً ، وما لم يعتبره المرء سبباً للنتيجة فهو ليس سبباً لها ولو كان سبباً قريباً .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك ؛ لأنه أقرب إلى العدالة وأنصق بطابع الأشياء ، فلو أنهم اكتفوا في تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شرح القانون الفرنسي في القتل العمد لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التي يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشراح الألمان لأدخلوا في دائرة القتل أفعال كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقتهم قتلا .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية في الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتبع له عرف الناس ومنطقتهم ، عادلة ؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحسانهم بها ، بل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذي ضمن لنظرية الشريعة البقاء مابقي الناس ؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا فهم عرف يعلمون إليه وعقول لا ترتاح إلا إلى ما تراه عدلا ، ونظرية الشريعة تمتشى مع عرفهم ونظرم للعدالة في كل وقت وفي كل ظرف .

٣٢٣ - بين الشريعة والقوانين : - ونظرية الشريعة في السببية تفضل على قدمها النظرية الفرنسية وتتفق مع أحدث النظريات التي ظهرت في دائرة القوانين الوضعية .

فالشرح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون في القتل العمد إلا السبب المباشر أي : السبب الذي يؤدي لموت بشرط أن لا تتوسط بيده وبين الموت عوامل أخرى تؤدي بذاتها لموت أو تساعد على إحداثه ، فمثلا إذا ضرب الجاني شخصا أو جرحه بقصد قتله فهمل الجاني عليه العلاج أو أساء علاج نفسه أو كان مريضا أو مسننا فسندد إيمانه أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر في نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة لموت ؛ لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل .

و يطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه في حالة القتل المدقق ، ولكنهم لا يرون بأساً من قبول السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وفي هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم ميبية ؛ لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل في القتل العمد إلا السبب المباشر فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ فمن الظلم أن لا يقبل في القتل العمد .

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر والسبب غير المباشر معاً ، وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة في ألمانيا وانجلترا وإيطاليا وسويسرا وانتقلت إلى غيرها من البلاد . وتتميز النظريات الألمانية في السببية أنموذجاً لأحدث النظريات في السببية ولذلك سنكتفي بعرضها .

وأول النظريات الألمانية هي نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال ، ويعتضى هذه النظرية بسأل الجاني عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسى في إحداثها ، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة ؛ لأن هذه العوامل تعتبر شروطاً لحدوث النتيجة لأسباب لها مادام أنها لا تقوم بالدور الأول في إحداث النتيجة ، أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول في إحداث النتيجة فإن النتيجة تنسب إليه ويصبح فعل الجاني شرطاً لحدوث النتيجة لأسبابها لها . وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها ، مع أنها جميعاً ضعيفها وقويها ضرورة لإحداث النتيجة ، ولو امتنع أحدهما مهما كان ضعيفاً لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذى انتهت به .

وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية هي نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى ، ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة بل يضعونها جميعاً في مستوى واحد ، وعندما أن فعل الجاني هو العامل (٣٠) التشريع الجنائى الإسلامى)

الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت ، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها ، ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية ، راجعة إلى فعل المجنى عايه أو قتل غيره ، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية ، قاطمة لفعل الجانى أو غير قاطمة .

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة ، وأنها تسمح بتوالد العلة والأسباب وتوالياها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة .

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملازم ، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل ، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل وأسكنها لا تحمل الجانى المسؤولية عن النتيجة إلا إذا اعتبر فعله سببا ملائماً لإحداث النتيجة ، ويعتبر السبب ملائماً إذا كان كافياً لإحداث النتيجة طبقاً لما تعارف عليه الناس. وما تقتضيه طبائع الأشياء .

ونظرية السبب الملازم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية ، وتكاد كلاهما تؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها الأخرى من حيث ترتيب المسؤولية ، ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرناً ، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى ؛ لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها .

الفصل الثاني

في ارتفاع المسؤولية الجنائية

٣٢٤ - علة ارتفاع المسؤولية الجنائية : - بينا فاسبق أن المسؤولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة^(١) : هي (١) إثبات فعل محرم (٢) أن يكون الفاعل مختاراً (٣) وأن يكون مدركاً . فإذا توفرت هذه الأسس الثلاثة ، توفرت المسؤولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها ، لم يعاقب الجاني على فعله ، على أن عدم العقاب لا يرجع في كل الحالات إلى سبب واحد بعينه ، فإذا لم يكن الفعل محرماً فلا مسؤولية إطلاقاً ؛ لأن الفعل غير محرم ، والمسؤولية لا تكون قبل كل شيء إلا عن فعل محرم ، وإذا كمال الفعل محرماً ، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار فالمسؤولية الجنائية قائمة . ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار .

فالمسؤولية ترتفع إذن ، إما لسبب يتعلق بالفعل ، وإما لسبب يرجع للفاعل ، وفي الحالة الأولى يكون الفعل مباحاً ، وفي الحالة الثانية يبقى الفعل محرماً ، ولكن لا يعاقب على إثباته .

٣٢٥ - أسباب الإباحة : يبالح الفعل المحرم في الشريعة الإسلامية ؛ لأسباب متعددة ، ولكنها كلها ترجع ، إما لاستعمال حق ، وإما لأداء واجب ، فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذي يبيح إثبات الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذه الفاعل ؛ لأن الشريعة جملة له حقا في إثبات الفعل المحرم أو ألزمته بإثباته فأباحته له بذلك إثبات ما حرم على الكافة .

٣٣٦ - أسباب رفع العقوبة : وترتفع العقوبة عن الفاعل لأربعة أسباب هي : (١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن . وفي هذه الحالات الأربع يرتكب الجاني فعلاً محرماً ولكن العقوبة ترفع عنه ، لتفقدان الاختيار أو الإدراك .

٣٣٧ - الإعفاء من العقاب : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدأ آخر يسمح بإعفاء الجاني من العقاب بالرغم من أنه استحقه ؛ لارتكابه فعلاً محرماً وهو متمتع بالإدراك والاختيار ، ويعتبر هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة ، ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدأ الاستثنائي تشجيع الجاني على التوبة في الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها ، خصوصاً وقد جاء النص المقرر للمبدأ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحرابة، وهي من أخطر الجرائم وذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ، وَيَسْمُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا ، أَوْ يُصَلَّبُوا ، أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأرجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ ، أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ، ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأَ عَلَيْهِمُ ، فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٣ ، ٣٤] ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحرابة ، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليه وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف^(١) . ولا شك أن المبدأ الذي جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة في ذلك .

٣٣٨ - بين الشريعة والقانون : هذه هي أسباب ارتفاع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، وهي بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسؤولية في القوانين الوضعية ، وحكم هذه الأسباب في الشريعة والقوانين واحد من حيث التكيف ، فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحاً للفعل فلا

جريمة في فعل يستعمل حقاً أو يؤدي واجباً ، وهذا هو نفس الحكم في القانون المصري وغيره من القوانين الوضعية الحديثة . والشرعية ترفع العقاب في حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن ، مع بقاء الفعل جريمة ، وهكذا الحكم في القوانين ، والشرعية تعفى من العقاب في بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه ، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة . والفرق الوحيد بين الشرعية والقوانين الوضعية أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها في الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، أي : من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، وعرفت من أول يوم على الوجه الذي هي عليه الآن ، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا في أواخر القرن الثامن عشر ، وفي القرن التاسع عشر . ولم تعرفه إلا سبباً بعد سبب وخطوة بعد خطوة .

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

٣٢٩ - انظر في إباحة الأفعال المحرمة : الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة ؛ ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يتوهمون في الواقع لتعقيب غرض أو أكثر من أغراض الشارع . فالقتل مثلاً محرماً على الكافة ، وعقوبة القتيل عمداً القصاص أي : القتل ، ولكن الشارع - من تنفيذ هذه العقوبة من حق ولي الدم وذلك قوله تعالى :

(ومن قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي التَّمَتُّلِ) [الإمراء: ٣٣] فولى الدم حين يقتل القاتل يأتي عملاً مباحاً له بصفة خاصة ، ولو أن هذا العمل محرم على الكافة ، وهو حين يأتيه بحقق غرضين من أغراض الشارع . أولهما: القصاص من القاتل . وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولي الدم .

والجرح محرم على الكافة ، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية ، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض ؛ لإنقاذه من آلامه أو لإنقاذ حياته ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ ولأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقى بنفسه في التهلكة ، فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع دفع الضرورة ، والتداوى من المرض ، وإنقاذ النفس من التهلكة .

والضرب محرم على الكافة ، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضى بتبليغتها أن يؤدبوا ويضربوا ، ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم ؛ فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعالم تحقيقاً للواجب المفروض عليهم .

وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات الشارع ، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال المحرمة على الكافة .

وإذا كان الفعل المحرم قد أبيح ؛ لتحقيق مصلحة معينة فقد وجب منطقياً أن لا يؤتى الفعل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التي أبيع من أجلها ، فإن ارتكب الفعل لغرض آخر فهو جريمة ، فالطبيب الذي يجرح مريضاً بقصد علاجه يؤدى واجباً كلف به فعله مباح ، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل وعمله جريمة .

٣٣٠ - الحق والواجب : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل

حقه وأن لا يستعمله ، فإذا استعمله فلا حرج عليه ، وإن تركه فلا إثم عليه ،
ظالم إن هو ما يجوز فعله ولا يماقب على تركه .

ويقابل الحق . الواجب ، وكلاهما يختلفان عن الآخر في طبيعته ، فإذا كان
الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله ، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه
ولا يماقب على تركه ؛ فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة
المقررة لترك الواجب .

وإذا كان الحق والواجب يختلفان في طبيعتهما ، إلا أنهما يتفقان من الناحية
الجناحية في أن الفعل الذي فعل ؛ أداء لواجب أو استعمال لحق هو فعل مباح ولا
يعتبر جريمة .

والفعل الواحد قد يمتدح حقاً لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر ، فانتقل
قصاصاً هو حق لولى الدم إذا باشره ، ولسكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا
تركت مباشرته له ، والتأديب في مذهب أبي حنيفة حق للزوج والأب ولكنه
واجب على المدرس والمعلم .

وللتفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولاً وهو متفق عليه من
الفقهاء ، أن الحق لا يمكن العقاب على تركه وأن الواجب يمكن عقاب تاركه .
وثانيهما : وهو يختلف عليه بين الفقهاء ، أن الحق يتقيد بشرط السلامة وأن
الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، أي : أن من باشر حقاً مسئول دائماً عن سلامة
المحل الذي باشر عليه الحق ؛ لأنه بخير بين أن يأتي الفعل أو بتركه ، أما من كان
عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب ؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس
له أن يتخلى عنه ، وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي ، أما مالك وأحمد فعمدهما
أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق في حدوده
المقررة عمل مباح ولا مسؤولية على مباح .

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقاً أو واجباً بالنسبة لشخص معين فنظر هل يتحتم

إتيان الفعل أم لا ؟ « وهل يعاقب على تركه أو يأنم بتركه أم لا ، فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وكذلك إن كان يأنم بتركه أو يعاقب على تركه ، أما إذا كان له أن يأتي الفعل أو يتركه دون أن يأنم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له .

وإذا حللنا الحق وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق ، فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلاً ، أو الإبن أو التلميذ ، وإذا حللنا الواجب وجدنا أنه يعطى أيضاً للكلف به نفس السلطة على محل الواجب ، ويعمل مباشرة الواجب حقاً له على المحل ، فواجب التأديب عند من يقولون بأنه واجب يعطى للكلف بالواجب ، نفس سلطة صاحب الحق على التلميذ والإبن . فالكلف بالواجب هو في الواقع صاحب حق على محل الواجب ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه ، وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والكلف بالواجب .

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعى . (٢) التأديب . (٣) التطبيب . (٤) ألعاب الفروسية . (٥) إهدار الأشخاص . (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

الفرع الأول

في الدفاع الشرعى

٣٣١ - ارفع الترميز فى الترميز على نوعين :

- أ - دفاع شرعى خاص ويسمى اصطلاحاً دفع السائل .
 - ب - دفاع شرعى عام ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .
- وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلباً خاصاً .

الطلب الأول

الدفاع الشرعي الخاص

أو

دفع الصائل

٣٣٢ - معنى الدفاع الشرعي الخاص : الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة هو واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء .
والدفاع الشرعي الخاص سواء كان واجباً أو حقاً مقصوداً به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه .
وبصطاح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بدفع الصائل ، ومن تسمية المعتدى صائلاً والمعتدى عليه موصولاً عليه .

والأصل في دفع الصائل قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] وما رواه يعلى بن أمية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كان لي أجبر فقاتل إنساناً فعض أحد هياكله الآخر ، فأتيت معصراً بيده من فم العاص فأتيت معصراً بيدي ، فأتى النبي فأهدر ثيابه وقال : « عبيد بن ربيعة في قبلك تقضمها قضم الفحل » وما رواه عبد الله بن عمرو عن قول رسول الله : « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » وما رواه أبو هريرة عن رسول الله قال : « لو أن امرأة اطاع عليك بغير إذن فذقته بحصاة فماتت عينه لم يكن عليك جناح »

وكما أقرت الشريعة دفع العاص لرد اعتدائه عن نفسه أو ماله أو ماله أو ماله ، كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفسه أو ماله أو ماله أو ماله

السلام : « انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً » وتقول « إن المؤمنين يتعاونون على الفتن »

٣٣٣ - التكييف الشرعي لرفع الصائل : لاخلاف بين الفقهاء في ان دفع

الصائل شرع ليحمي الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال ، ولكنهم اختلفوا في التكييف الشرعي لدفع الصائل من وجهين :-

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان في مقدوره ، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء وله أن لا يدفعه ؟ .

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع في حالة الاعتداء على العرض ، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك ؛ لأن التمكين منها محرم ، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدى ، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل ، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك .

والواجب هو الذى يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما على رأى ، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر^(١) ، ويستوى أن نكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية .

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ، ولكن تاركه يعتبر آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ، فانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعنى من أدائه .

(١) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج ١ ص ١٣٨ وما بعدها - المستصحب للقراني

وانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يسوى بين الواجب وبين الحق ؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك والواجب لا تخيير فيه ، كأن صاحب الحق لا يعتبر آتماً بالفعل أو الترك ، أما ترك الواجب فآتم شرعاً^(١) .

واختلف الفقهاء في الدفاع عن النفس ، فظاهر مذهب أبي حنيفة يتفق مع الرأي الغالب في مذهبي مالك والشافعي على أن دفع الصائل عن النفس واجب^(٢) والرأي المرجوح في مذهبي مالك والشافعي يتفق مع الرأي الراجح في مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائز^(٣) وليس واجباً . وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في الفتنة « اجلس في بيتك فإن خفت أن يبهرك شمع السيف فقط وجهك - أو في لفظ آخر - فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القتال » كذلك يحتجون بعمل عثمان رضي الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه .

وبعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها ، ويحرمون الدفاع جائزاً مطلقاً في حالة الفتنة ، أما في غير حالة الفتنة فيجملونه واجباً مطلقاً^(٤) ، وهو رأي بعض الشافعية والمالكية^(٥) .

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجباً ، فلمتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء ، وأن لا يدفعه . والفرق بين المال والنفس ، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا يباح بالإباحة . ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفع عن المال واجب إذا كان مالا فيه روح ، أي : ليس جماً ، أو كان مالا لا يغير في يد

(١) المتصن للفرق ج ١ ص ٧٤

(٢) حاشية ابن عابدین ج ٥ ص ٤٨١ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٤ — موجب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ — الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) انتهى ج ١٠ ص ٣٥٠ وما بعدها

(٤) الإفتاح ج ٤ ص ٢٩٠

(٥) حاشية الرمل ج ٤ ص ١٦٨ وأسن المطالب ج ٤ ص ١٦٨ — شرح أئرة

وحاشية البناني ج ٨ ص ١١٨

للدافع كمال المحجور عليه أو الوقف ، أو مالا مودعا ، أو كان مالا للدافع ولكن
تعلق به حق للغير كرهن أو إجازة ^(١) .

ثانيتها : صيال الصبي والمجنون والحيوان : - يرى مالك والشافعي وأحمد
أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع ، فإذا
قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحس نفسه من الصيال
إلا بالقتل فلا مشاوية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية ، لأنه كان يؤدي واجبه
في دفع الصائل عن نفسه ^(٢) .

ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصول عليه
مسئولا مدينا عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان ، وحببتهم في ذلك أن الدفاع
شرع لدفع الجرائم . وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك قتل الحيوان
الأعجم ، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان ،
ولكن المعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على
أساس الضرورة الملحجة ، والقاعدة أن الضرورة الملحجة لا تعفى من الضمان وإن
أغنت من العقاب ؛ لأن الدماء والأموال معصومة ؛ ولأن الأعداء الشرعية
لا تنافي هذه العصمة .

ويرى أبو يوسف أن يكون المصول عليه مسئولاً عن قيمة الحيوان فقط
لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك ،
أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة ، ويترب على هذا أن يكون المصول عليه
في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، وفي حالة ضرورة ملحجة إذا صال
عليه حيوان ^(٣)

(١) أنسى المنداح ج ٤ ص ١٦٨ -

(٢) وأصحاب الجليل - ج ١ ص ٣٢٣ - ضرورة الحكم ج ٢ ص ٣٠٣ - الأم ج ٦

ص ١٧٢ - المذهب ج ١ ص ٢١٣ - الإرداج ج ١ ص ٢٠٩ -

٣١ - المذهب ج ١ ص ٨٠ - الم ٣٠٢ -

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع في كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمي نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس ، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمي ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا ، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجبره أن يمنع الاعتداء ، فإذا لم يكن في الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القتل اللازم لرد الاعتداء ، فشرعية منع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل وليس الاعتداء في ذاته . ومن ثم فليس من الضروري أن يكون الاعتداء جريمة ^(١) .

٣٣٤ - بين السر يعترف القانونه : بينا فيما سبق التكيف الشرعي

للدفاع ، أما تكيف الدفاع في القوانين الوضعية فقد اختلف باختلاف الأزمنة ، قديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعي لا القانون الوضعي ، وفي العصور الوسطى اعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ، ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة . وفي القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تدفع للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه ، وتنشأ الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية . وفي القرن التاسع عشر ، كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الإكراه لأن الخطر المحدق بالمدافع يجعله عديم الاختيار ؛ ولأن الجاني يندفع بغريزته للمحافظة على حياته . وقد أخذ على هذا التكيف بأنه لا يمال الدفاع عن الغير ولا عن المال ، وأنه يؤدي إلى تبرير الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب .

وأحدث الآراء اليوم في القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لخلق أباحه القانون الوضعي بل أداء لواجب ؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يحمي نفسه على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله ، فضلا عن أن الجماعة

لامصلحة لها في العقاب ؛ لأن المدافع ليس بالجرم الذي يحمى على الجماعة من شره والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة أنها انتهت في القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية في القرن السابع ، فالمدافع يكيف في الشريعة بأنه واجب في أكثر الحالات ، حتى بعضها ، وهو يكيف اليوم في القوانين الوضعية بأنه حتى إن لم يكن واجباً ، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد المجهنون .
و الضل ، ولو أن كليهما معنى من العقاب ؛ لأن الدفاع الشرعي ليس عقاباً يقع على المعتدى ، وإنما هو دفع لعدوانه ، وهذا يتفق مع ما يراه أغلب الفقهاء .
ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استناداً إلى حق الدفاع الشرعي ، أو استناداً إلى أنه حالة ضرورة ، فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية ، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن اعتباره معتدياً أو مرتكباً لجريمة ، وأن حالة الضرورة هي التي تبيح قتل الحيوان ، ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعي بالنسبة للحيوان ، وهو ما يراه مالك والشافعي وأحمد^(١) .
ويتفق القانون المصري مع مذهب أبي حنيفة في اشتراط أن يكون فصل
انصائل جريمة ، فإن لم يكن جريمة ، لم توجد حالة الدفاع^(٢) .

٣٣٥ - شروط رفع الصائل : - لدفع الصائل شروط يجب توفرها حتى يعتبر الموصول عليه في حالة دفاع وهذه الشروط هي : أولاً - أن يكون هناك اعتداء أو عدوان . ثانياً - أن يكون هذا الاعتداء حالاً . ثالثاً - أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر . رابعاً - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٥٢٥ .

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصري .

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء . - يجب أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء ؛ فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه ، فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب ، والمعلم إذا أذنب الصبي ، والجلاّد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق ، ومستوفى القصاص حين يقل القتيل أو يقطع يده فصصاً ، كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدواناً أو اعتداءً ، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لموجب .

ويترب على اشتراط الاعتداء أو العدوان في الفعل أن كل عمل أو جيته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداءً إذا باشره صاحب الحق فيه ، كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك ، من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم .

وليس للاعتداء حد مقرر فيصح أن يكون الاعتداء شديداً ، ويصح أن يكون بسيطاً ، وباطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

ويصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله ، كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ، ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله ، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله^(١) .

وليس من الضروري في رأى مالك والشافعي وأحمد أن يكون الاعتداء جريمةً معاقباً عليها ، ولكن يكفي أن يكون عملاً غير مشروع ، وليس من الضروري في رأى هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مشمولاً جنائياً عن فعله ، فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلاً ، ويكفي لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أياً كان غير مشروع . أما أبو حنيفة وأصحابه ، فيشترطون أن يكون الاعتداء

(١) أسنى الطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

كما يعتبر جريمة معاقباً عليها ، وأن يكون الصائل مثلاً جنائياً عنها ، وإلا كان الدفاع قائماً على حالة الضرورة ، وبمخالفتهم أبو يوسف في هذا حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون حاجة لأن يكون الصائل مسئولاً عن الجريمة جنائياً ، ورأى أبي يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصري الذي يشترط أن يكون الفعل جريمة .

ويعتبر الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً ، وهو ما يراه مالك والشافعي وأحمد ، ولكن أبا حنيفة وأصحابه جميعاً لا يرون مبرراً لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان ؛ لأن فعله لا يعتبر جريمة ، ويرون رد المجهوم على أساس حالة الضرورة ، وهو رأى قد يتفق أيضاً مع نصوص القانون المصري ، الذي يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتلته دون مقتض (م ٣٥٥ عقوبات) هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة وهو الرأى الراجح ؛ لأن فعل الحيوان ليس جريمة في ذاته ، أما إذا أمكن في بعض الأحوال اعتبار الفعل جريمة من صاحب الحيوان ؛ فالدفاع يوجد ولكنه لا يوجد في غير ذلك من الحالات .

وأيضاً للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه ؛ لأنه هو الذي اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه ، فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدراً ، أما المصول عليه فعصوم ، وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدراً مع بقاء المصول عليه معصوماً ، ومن الأمثلة على ذلك قضاء علي رضي الله عنه في امرأة تزوجت ، فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سراً ، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق ، وقتلت المرأة الزوج ، فتمضى علي بقتل المرأة بالزوج ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها .

لكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدوان اعتبر الزائد منها عدواناً وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بحريته .

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلاً ، فليس على الموصول عليه أن ينتظر حتى يبدئه الصائل بالاعتداء ، بل للموصول عليه أن يبدئ الصائل بالمنع مادامت حالته تدل على أنه سيبتدى ، فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإتماه له ضربه على ما يقع في نفسه ، فإن وقع في نفسه أنه يضر به وإن لم يبدئه التمثيل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه^(١) ، ويجب أن يكون الاعتقاد بالاعتداء غالباً على الظن حتى يمكن تبرير الدفاع ، أما الوهم والظن الضميف فلا يبرره ، فإذا دخل رجل بالسلاح داراً فقلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله ؛ لأسباب معقولة كان له أن يبدئه بالقتل ؛ وإذا توقع صاحب الدار من لص أنه سيماجله وكان توقعه مبنياً على أسباب معقولة فيأقتله ولا شيء عليه .

وإشهار السلاح بقصد المزاح واللهب لا يوجد المشهور عليه في حالة دفاع ولا يجعله مصولاً عليه ؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يعتبر اعتداء ، لكن إذا كانت الظروف تدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجدى حتى يتسكن من الموصول عليه ، كان للموصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايتها أهمية قصوى ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهي بانتهائه فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء ، فإذا ضرب الموصول عليه الصائل فأنصرف أو جرحه فأنجزه عن الاعتداء فليس للموصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى ، وليس له بعد أن يمجزه أن يثنى عليه ، فإذا فعل من ذلك شيئاً فهو جرح أو قتل وعليه عقوبته ، ولكن يجوز للموصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال ، وتعتبر حالة الدفاع قائمة

(١) الأم ج ٦ ص ٢٢ .

(٢) نفس المرجع السابق .

حتى يسترد من الصائل مأخذه ، وللمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى .

والرغبة في الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء ، فمن كان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيعه فضربه أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن في ذاته .

الشرط الثاني : أن يكون الاعتداء حالا : — لا يوجد المصول عليه في حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا ، فإن لم يكن حالا فصل المصول عليه ليس دفاعاً وإنما اعتداء ؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن لفعل الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع ، ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلاً للدفاع ، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلاً للدفاع ، إذ ليس هناك خطر يمتد منه الإنسان بالدفاع العاجل ، وإذا اعتبر التهديد اعتداء في ذاته فإنه يجب أن يتدفع بما يناسبه ، والاتجاه للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد .

الشرط الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريقة أخرى : — يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها ، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد ، فإذا أمكن دفع الصائل مثلاً بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله ، فإن فعل كان فعله جريمة^(١) ، وإذا أمكن الاحتياء برجال السلطة العمومية في الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله^(٢) .

(١) حاجية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٢ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

(٢) الأم ج ٩ ص ٢٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

وقد اختلف الفقهاء في الحرب كوسيلة لدفع الاعتداء ، فمن رأى أن الحرب
بصاح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء فقد أوجب الحرب على المنصّل عليه ؛ لأن
الحرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء ، والمنصّل عليه مكلف بدفع الاعتداء
بأيسر ما يمكن^(١) . ومن رأى أن الحرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فإنه
لا يلزم المنصّل عليه بالحرب ، ويعمل له أن يثبت ويدافع إذا لم يكن إلا الحرب
أو الدفاع^(٢) . وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الحرب مشيناً أو غير مشين ،
وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً وغير لازم إذا كان مشيناً^(٣) . ويشترط على كل
حال عند من يرون الحرب دفاعاً أن يقوم الحرب مقام الدفاع ، فإذا كان الدفاع
عن المال أو الحرم ولم يستطع المدافع الحرب بالمال أو الحرم فلا يعتبر الحرب
دفاعاً ولا يلزم به المنصّل عليه^(٤) .

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه : — يشترط في الدفاع
أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع
فانصّل عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به ، وليس له أن يدفعه
بالكثير إذا كان يندفع بالقليل ، فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه وكان
يندفع بالأمر بمصادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فينبس له أن يضربه ، فإن لم يخرج
ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ؛ لأن المقصود دفعه فإن اندفع بقليل فلا حاجة
لأكثر منه ، فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد ؛ لأن الحديد
آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه ، وإن ضربه
ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه ؛ لأنه كنى شره ، وإن ضربه فقطع يمينه
فولى مدبراً فضره فقطع رجله فقطع الرجل مضون عليه بالقصاص أو الدية ؛

(١) المفى ج ١٠ ص ٣٥٣ .

(٢) نفس المرجع السابق والأهم ج ٦ ص ٢٨ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

(٤) المرجع السابق وأسمى الطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

لأنه في حال لا يجوز له فيها ضربه ^(١) وإن كان لا يدفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما ألتف منه فهو هدر؛ لأنه تلف لدفع شره ^(٢).

ومن قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه بأيسر ما يدفع به، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستئانة لم يدفع باليد، وإن كان في موضع لا يلحقه التوث دفمه باليد، فإن لم يدفع باليد دفمه بالمصا، فإن لم يدفع بالمصا دفمه بالسلاح، فإن لم يدفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو فإن لم يدفع إلا بالقتل دفعه بالقتل. وإن قدر على دفعه بالمصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله، وجب عليه الضمان ^(٣) أي: العقاب؛ لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه من غير دفع، وإن قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له، وإن ضربه فمطله لم يجوز أن يضربه ضربة أخرى؛ لأن القصد كف أذاه ^(٤).

ومن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه وإن لم يدفع إلا بأكثر من هذا، فله ولا مسئولية عليه.

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها، فلا شيء عليها. ومن قضاء عمر رضي الله عنه في هذا الباب أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته، فقال عمر « والله لا يودي أبداً »

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذي تدفع به، فإن لم تدفع إلا بالقتل قتلها ولا مسئولية عليه من الناجيتين الجنائية والمدنية إلا في مذهب

(١) الفري ج ١٠ ص ٣٥٦ ، ٣٥٢ .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) يعبر الفقهاء كثيراً عن الجزاء بالضمان ، والضمان قد يكون عبوية بدنية وقد يكون

عبوية مالية .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٤١ .

أبي حنيفة فإنه يسأل مدنيا فقط ، لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة ، وحالة الضرورة ترفع المسؤولية الجنائية ولا ترفع المسؤولية المدنية .

وإذا اطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو محوه فله أن ينهائه فإن لم ينته جازله أن يدفعه بأي سر ما يندفع به ، فإن لم يندفع إلا بقفا عينه فقفاها فلا مسئولية عليه ، وهذا رأى يجمع عليه في مذهب الشافعي ومذهب أحمد^(١) ، وحجتهم ما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرأ اطاع عليك بغير إذن أخذته بحصاة فقعات عينه لم يكن عليك جناح » . وحديث الرسول الروى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع في حجر من باب النبي صلى الله عليه وسلم وكان الرسول يملك رأسه بدمري في يده فقال الرسول « لو علمت أنك تنظر لطمنت به في عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر » وفضلان الحديثين فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع وعلى هذا الرأى الأقلية في مذهبي مالك وأبي حنيفة أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يقفا عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر ؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح قفا عينه ، فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى أن لا يستباح به القفا ، ويرى الحنفية أن الحديث قصد به التباينة في الزجر عن الاطلاع^(٢) . ويرى المالكية أن الرأى أبيض للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين ، فإذا قصد عينه فعليه القود ، وإذا قصد التنبيه فأصاب عينه فعلى إصابة خطأ يسأل عنها باعتباره مخطئا لا عامدا^(٣) .

ويرى علاء الدين السكاساني أن الأصل في كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا يهدد دمه بمجرد هذا القصد ، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل ، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح القتل ؛ لأنه من ضرورات الدفع . فإن شبر

(١) الفنى الجزء الثامن من ٢٥٥ — المذهب الجزء الثانى من ٢٤٢ .

(٢) حاشية ابن عابد بن الجزء الخامس من ٤٨٥ .

(٣) واجب الجنبيل الجزء السادس من ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

عليه سيفه يباح له أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، ألا ترى أنه لو استغاث الناس ، يقتله قبل أن يلحقه العوث إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله ، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه^(١) . ولا حرج على الموصول عليه إذا تعذر بدر الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء مادامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء . وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يحد إلا سيفاً أو سكيناً فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبه إلى التقصير بترك استصحاب عصا^(٢) .

وليس الموصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداءً إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه^(٣) . والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبنى على أسباب معقولة ، فهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقي الذي وقع أو الضرر الذي كان الصائل ينتوي أن يحدثه فالموصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن الموصول عليه قائماً على أسباب معقولة .

ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة ؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر وقد يؤدي إلى إهلاك الموصول عليه^(٤) ومن ثم يرجع في تقدير القوة الملائمة لظروف كل واقعة .

٣٣٦ - تجاوز حد الدفاع : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى

الضرورة لدفع الاعتداء فهو مشمول عن فعله الذي تمدي به حد الدفاع المشروع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٧ .

(٣) شرح البروقاني وحاشية البناني الجزء الثامن ص ١١٨ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضرره فهو مسئول عن الضرب ، وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح ، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل ، وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثاني ، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة ، وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً للدفع الاعتداء .

وبين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء ، فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء ، فقد انتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مديناً إذا انتهى الاعتداء ، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء . ولكن لا يعتبر الاعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال الموصول عليه فالمدافع أن يتبعه حتى يسترد منه ما أخذه ، وأن يستعمل معه القوة اللازمة في استرداده ، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله^(١) .

والأصل في أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها ، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأً فالفعل الذي وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع ، فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأه وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأً ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل في ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأً ، وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأه وأصاب شخصاً فالصيد في ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأً .

ونصب الجبالات والأشراك والتمخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أوفى

المرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(١) وليس على صاحب المكان مشولية؛ لأنه من قبيل الدفاع؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتدبيره ودخوله مسكن غيره دون حق، ولكن مالك^(٢) يرى مشولية الفاعل إذا قصد بماله إصابة الداخلين أو إهلاكهم، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مشولية عليه. وأهل رأى مالك أقرب إلى الدقة في تطبيق قواعد الدفاع؛ لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسر ما يندفع به وقد يندفع المعتدى بأيسر من الجرح أو القتل. وقد تعرض شراح القوانين لهذه المسألة بالذات فمنهم من رأى الفعل دفاعاً ومنهم من لم يره كذلك، وعرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية قضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعي^(٣).

٣٢٧ - أبكوره للصائل من الدفاع؟ : يصبح الصائل في حالة دفاع إذا تعدى الموصول عليه حدود الدفاع المشروع؛ لأن عمل الموصول عليه يصبح حينئذ اعتداء والدفاع يتولد عن الاعتداء، أما إذا بقي فعل الموصول عليه في حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه. وإذا تجاوز الموصول عليه حد الدفاع اعتبر عمله اعتداء، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر ما يندفع به.

٣٢٨ - حكم رفع الصائل : من المتفق عليه بين الفقهاء أن أعمال الدفاع مباحة، فلا مشولية على المدافع من الناحية الجنائية؛ لأن الفعل ليس جريمة، ولا مشولية عليه من الناحية المدنية؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أية

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٤ - تحفة المحتاج ج ٥٠ - الفنى ج ٩ ص ٥٧١ .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٩٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٣) القدم العام لأحمد بك مغوث ص ٢٢٤ .

مستولية . أما إذا تعدى المدافع حدود الدفاع المشروع فعليه جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية .

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسئولية المدافع مدنياً عن قتل الصبي والمجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه ، كما بينا أن أبا يوسف يخاتمه ويرى المسئولية المدنية فقط في حالة قتل الحيوان ، وقانا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء .

٣٣٩ - بين التبرئة والقانون : هذا هو دفع الصائل في الشريعة الإسلامية ، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لا تكاد تختلف اليوم شيئاً عن أحكام الشريعة ، وقد بينا الأساس الذي يقوم عليه الدفاع في الشريعة وقارناه بالأسس التي قام عليها الدفاع في القوانين ويقوم عليها اليوم . أما شروط الدفاع في الشريعة فهي نفس الشروط في القوانين الوضعية الحديثة وعلى الأخص في القانون المصري والفرنسي ، وآراء الشراح في هرب المدافع لا تختلف عن آراء الفقهاء ، فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه ، وبعضهم يفرق بين الهرب المتسرع والهرب غير المتسرع ويوجب الهرب إذا لم يكن شائناً ، وحكم الدفاع في الشريعة هو نفس حكمه في القوانين الوضعية التي تجعل الفعل مباحاً ولا ترتب مسئولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا في حالة تجاوز الدفاع .

الطلب الثاني

في الدفاع الشرعي العام

أو

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٣٤٠ - مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

الأصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله تعالى ﴿ ولتكن منكم أمة

يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴿
 [آل عمران : ١٠٤] وقوله ﴿ ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات
 الله آناء الليل وهم يسجدون، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون
 عن المنكر ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين ﴾ [آل عمران : ١١٣، ٤١] .
 وقوله : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون
 عن المنكر وقيمون الصلاة ﴾ [التوبة : ٧١] وقوله ﴿ لمن الذين كفروا من
 بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا
 لا يتناهون عن منكرهم فملوه نيس ما كانوا يفعلون ﴾ [المائدة : ٧٨، ٧٩] وقوله :
 ﴿ كنتم خيرا أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ [آل عمران :
 ١١٠] وقوله ﴿ الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا
 بالمعروف ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وقوله ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى
 ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ لا خير في كثير
 من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك
 ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجراً عظيماً ﴾ [النساء : ١١٤] وقوله ﴿ وإن طائفتان
 من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلتا التي تبنى
 حتى تفي إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] .

وقد تأكدت هذه النماذج جميعاً بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ومنها
 أنه روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال في خطبة خطبها : أيها الناس إنكم
 تقرأون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها ﴿ يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم
 لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ [المائدة : ١٠٥] وإني سمعت رسول الله
 صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من قوم عملوا بالمعاصي وفيهم من يقدر أن يذكر
 عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يسبهم الله بمذاب من عنده » .

وروى عن أبي ثعلبة الخشني أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن تفسير قوله تعالى ﴿ لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ فقال « يا أبا ثمانية سر بالمعروف وانه عن المنكر فإذا رأيت شعأمطاعا وهوى متعبا ودينياً مؤثراً وإعجاب كل ذي رأى برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام » .

وقال صلى الله عليه وسلم « لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو يسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم » .

وقال « ما أعمال البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفقة في بحر لبي، وما جميع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا كنفقة في بحر لبي » .

وقال « إيّاكم والجلوس على انطراقات » قالوا: ما لنا بذلك، إنما هي مجالسنا نتحدث فيها . قال : « فإذا أبيتم إلا ذلك فاعطوا الطريق حقها » قالوا . وما حق الطريق؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » .
وقال أبو عبيدة بن الجراح قلت يا رسول الله أي الشهداء أكرم على الله عز وجل؟ قال « رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش » .

وقال الحسن البصرى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل شهداء أمتي رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك، فذلك الشهيد منزلة في الجنة بين حمزة وجعفر » .

وقال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « بنس القوم قوم لا يأمرون بالقسط ، وبنس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

وروى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله قال « من رأى منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبأسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » .

٣٤١ - ماهية الأمر بالعرف والنهي عن المنكر : المعروف هو كل قول أو فعل ينبئ قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها ، كالتخلُّق بالأخلاق الفاضلة ، والعفو عند المقدرة ، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والساكين ، وإقامة المعاهد والملاجئ . والمستشفيات ، ونصرة المظلوم ، والتبوية بين الخصوم في الحكم ، والدعوة إلى الشورى ، والخضوع لرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها ، وصرف الأموال العامة في مصارفها إلى غير ذلك .

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف ، فمن رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب خمرًا فعليّه أن يمنعه ويريق خمره ، ومن رأى مجنوناً يزنى بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليّه أن يمنع ذلك ، ولتنع واجب سواء ارتكب للمعصية في سر أو في علانية .

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع في الشرع^(١) ، ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية ؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية ؛ ولأنهم لا يمتيزون فعل الصبي والمجنون بمعصية ؛ لأن الفعل في رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً ؛ ولأن المعصية بلا عاص محال .

والأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً كالدعوة إلى التبرع المتكويين أو الانخراط في سلك المجاهدين ؛ وقد يكون الأمر بالمعروف عملاً محضاً كالتبرع ببيع من المال أو الانضمام إلى المجاهدين ، وقد يجمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط في سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعي لها فضلاً .

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٢ ص ٣٥ .

والنهي عن المنكر قد يكون قولاً محضاً كالنهي عن شرب الخمر، وقد يكون عملاً محضاً كإزالة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها . وإذا كان النهي عن المنكر قولاً ، فهو النهي عن المنكر ، وإذا كان عملاً فهو تغيير المنكر .

فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغي عمله أو قوله طبقاً للشريعة ، والنهي عن المنكر هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه أو تغيير ما ينبغي تركه طبقاً للشريعة^(١) .

٣٤٢ - التكليف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس حقاً للأفراد بأنونه إن شاءوا و يتركونه إذا شاموا ، وليس مندوباً إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه ، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه ، وفرض لا يحبس لهم من القيام بأعبائه ، وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ليقوم الجماعة على الخير ، وينشأ الأفراد على الفضائل ، وتقل المعاصي والجرائم ، فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر ، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر ، والأفراد يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، وبذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة ، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم .

والفقهاء ، وإن كانوا قد اختلفوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول في صفة الواجب ، والوجه الثاني فيمن يتزعم هذا الواجب .

الاختلاف في صفة الواجب :- انقسم الفقهاء فریقین في تحديد صفة الوجوب ، فقال البعض إن الواجب فرض عين أي : واجب محتم ، وعلى كل مسلم

أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته ، أو من هو متفرغ لتأديته ، وهم يشبهونه بفريضة الحج فهي فرض عين ، ولكن على المتطيع ، وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أكد من فريضة الحج ، ولم تشترط فيها الاستطاعة ؛ لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد ، فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم ، وأن ينهى عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا ، والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فيما هو ظاهر ، وفيما هو خفي . ويرى أصحاب هذا الرأي أن في جعل الواجب فرض عين حفاظاً للأمة وحرزاً لها من الفساد والتحلل^(١) .

ورأى الفريق الآخر وهم جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، من فروض الكفايات كالجهاد ، فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره^(٢) ، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ وعندهم أن من^(٣) للتبويض ، وأن الله قال : ﴿ ولتكن منكم أمة ﴾ ولم يقل كونوا كل منكم أمرين بالمعروف ، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين ، فهو فرض ؛ لأن الله أوجبه بقوله : ﴿ ولتكن ﴾ وهو فرض كفاية ؛ لأنه واجب على البعض لا على الكل^(٤) .

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب :- يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ .

(٢) المنهر الرازي ج ٣ ص ١٩ - الكشاف للزمخشري ج ١ ص ٣١٩ - أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١٢٨ - أحكام القرآن للقرطبي ج ٤ ص ١٦٥ - أحكام القرآن للجصاص

ج ٢ ص ٢٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ .

(٣) يرى الفريق الأول أن من لبيان وليست لتبويض .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٥ .

والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ، وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر وقد يغلظ في موضع يستوجب اللين ، ويبين في موضع الغلظة ، وينكر على من لا يزيد الإنكار إلا تماديا وإصرار ، وأنه ربما عرف الحكم في مذهب وجهله في مذهب آخر ، وأصحاب هذا الرأي من القائلين بأنه فرض كفاية ، وعندهم أنه مادام الواجب على الكفاية ، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر ، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب ^(١) . ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض ، وإنما يسقط بالأداء ، فإذا لم يتم به العلماء فهو فرض على غيرهم ، وفضلا عن ذلك فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضي أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيقطع عن الباقين بالأداء ، ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدي إلى الأضرار التي يتوهمونها ؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهي عن السرقة والزنا.

٣٤٣ - الشروط الواجب توفرها في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-
 رأينا قريبا سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كافة أفراد الأمة لا على فئة معينة منها ، ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر ، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب ، وإلى مبادئ الشريعة العامة ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها

(١) الفخر الرازي ج ٣ ص ٢٠ - الكشاف لمختصر ج ١ ص ٢١٨ - مجموع الرسائل لابن تيمية . الحيلة ص ٢٧ ، ٦٦ .

مختلف فيه ، وهي جيمعاً لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مكلفاً أى مدركاً مختاراً ، وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهى ؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسئولية التارك ، ولا مسئولية على غير مكلف طبقاً لقواعد الشريعة العامة ، وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر باعتباره واجباً لا يجب إلا على مكلف .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجباً لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى باعتبارهما قرينة من القربات ^(١) ؛ لأن غير المكلف أهل للقربات ، وله أن يأتي القربات ولو أنها لا تجب عليه ، ولا يجوز منعتهم من إتيانها ، ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها ، كصلاة الصغير ووصومه ، فإن الصلاة لا تجب عليه ، وكذلك الصوم فإذا أتى أحدهما كان عمله قرينة ، ولم يحز لأحد أن يمنع من الصلاة أو الصوم ، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه في الامتناع ، وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجباً على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء ويتركه إن شاء ، فالصبي المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفاً إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر ويكسر أدوات الملاهي ، وإذا فعل ذلك نال به ثواباً ، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به .

الشرط الثاني وهو الإيمان : — يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمناً بالدين الإسلامي ، فالمسلم وحده هو الذي يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب ^(٢)

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ١٤ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ١٥ .

وقد روعي في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم في أن يمتدق ما يشاء ، وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته ، فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حثت للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك ، والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد فيدخل فيه النهي عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله ، ويدخل فيه النهي عن الترهيب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم وبأن يمتدق ما يمتدقه المسلم ، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام ، وهذا هو الإكراه في الدين الذي تحرمه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ فن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث وهو القدرة : - ويشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون قادراً على الأمر والنهي وتغيير المفكر ، فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه أي : عليه أن يكره المعاصي وينكرها ويقاطع فاعليها .

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسي وحده ، بل يلحق بالعجز الحسي خوف الأمر والنهي من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدي نهى الناهي إلى منكر شر من المنكر الذي نهى عنه ، ففي هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً ، فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى ، وعليه فقط أن يكره المصيبة وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وأن لا يحضر مواضع المعاصي والمناكر ، ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدي إلى لزالته أو إلى أن يزول ويختلف ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهي عن المنكر ، وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدي إلى منكر آخر في

درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه ، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده ، أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدي إلى ما هو أشرم منه فقد سقط عنه الواجب ، بل حرم عليه النهي ، ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شراباً حلالاً نجس بسبب وقوع نجاسة فيه ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقته ، ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية ، فقد مر وبعض أصحابه في زمن انتشار بقوم منهم يشربون الخمر ، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم ، وقال لهم : إنما حرم الله الخمر ؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء تصدم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية ، وأخذ الأموال ، فدعوم وتحريم^(١) .

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يقيد ولكنه لم يخف مكروهها ، فلا يجب عليه الأمر والنهي^(٢) لعدم فائدتيهما ، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين^(٣) .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، ولكن يستحب له أن يبطله^(٤) كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللغو ، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، وإنما يستحب له أن يبطله لا باعتباره واجباً ، بل باعتباره قربة من القربات .

ويلحق بالمعز الحسى المعز العلى ، فالعالمى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا في الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة ، وفيما عدا الجليات

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٢٦ وما بعدها - أعلام الموقعين الجزء الثالث

ص ٢٨ مجموعة الرسائل - الحسية ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يستقطف هذه الحالة - راجع أسنى المطالب الجزء الرابع

ص ١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصاحبه^(١).

ولا يشترط في إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما في حكمه معلوماً علماً محققاً ، بل يكفي فيه الظن الغالب ؛ لأن للظن الغالب في هذه الحالات معنى العلم وحكمه ، فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يقيد لم يجب عليه إنكار ، ومن غلب على ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه ، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه ، أما إذا شك فيه من غير رجوعان ، فإن الشك لا يسقط الوجوب^(٢).

الشرط الرابع وهو العدالة : - يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط ، فيرون أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ، ويحتجون بقوله تعالى ﴿ أَمْرُوا النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنْهَوْنَهُمْ عَنْ السُّوءِ ﴾ [البقرة : ٤٤] وقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ . كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ [الصف : ٣ ، ٤] وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتمام . وتقويم الغير فرع للاستقامة ، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجراً عن إصلاح غيره .

ولكن الرأي الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، وأنه لا يشترط في الأمر أو النهي أن يكون معصوماً عن المعاصي كلها ؛ لأن في اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولهذا قال سعيد بن جبير : « إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء » .

والأصل أن الفاسق يفتق بإتيانه المعاصي ، أي : بإتيانه المحرمات وترك الواجبات ، فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس من ٢٨ ، تفسير المنار الجزء الرابع من ٣٤ .

(٢) إحياء علوم الدين الجزء الخامس من ٢٨ ، ٢٩ .

ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات ، وأن الواجب يصير حراماً بارتكاب حرام آخر .

وليس في الآيتين اللتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإنما جاء بالنهي على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه ، والمقصود منهما أن يحمل الإنسان فعله مصداقاً لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة^(١).

الشرط الخامس وهو الإذن : ويشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك ، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ، وأن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدي إلى الفساد والفتن . ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ، ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها ، وحجتهم أن النصوص الواردة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتجعل كل من رأى منكرأ فسكت عليه عاصياً ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه ، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له . وفضلاً عن ذلك فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج في إذنه لتأدية الواجب .

والرأي الأخير هو الرأي الذي جرى عليه العدل في كل المهود حتى في الأوقات التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالاً معينين للأمر بالمعروف والنهي

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس من ١٥ - ١٧ الكشاف الجزء الأول من ٢١٩ - أحكام القرآن لمعصومين من ٣٣ الجزء الثاني .

عن المنكر ، فإن هذا التخصيص لم يمنع أي فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب ، بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون إلى الولاية والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر ، ويتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاية أن يقولوا لمن فعل شيئاً من ذلك إنك مخطيء^(١) .

والذين يشترطون إذن الإمام بقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولا يتصدون تحريمها على من لم يؤذن له ، فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرًا فكسر دنانيرهم وأراق خمرهم ، أو وجد رجالاً يترقبون ولم يستطلع منهم إلا بقتله وقتله ، لا يعتبر أنه ارتكب جريمة الإتيان أو جريمة القتل ؛ لأن التعليل مباحان له بخصوص الشريعة الصريحة ، وإنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية .

٣٤٤ - شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : - ليس الأمر بالمعروف شروطاً خاصة ولا أوقاتاً خاصة ؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم ، وكل ذلك جائز في كل وقت وفي كل مناسبة . أما النهي عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهي أو التغيير وهذه الشروط هي (١) وجود منكر (٢) وأن يكون موجوداً في الحال (٣) وأن يكون ظاهراً دون تجسس (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ما يدفع به .

الشرط الأول : وجود منكر : يشترط لجواز النهي عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ما كان محذور الوقوع في الشرع ، ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكافئاً أو غير مكافئ ، فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٣ وما بعدها - إحياء علوم الدين للمجد الثاني ج ٧ ص ١٩ وما بعدها - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٩ وما بعدها - مرآة الجنان ج ٣ ص ٣٤٨ - الكشاف ج ١ ص ٣١٩ .

وكذا إن رأى مجنوناً يزى بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليه أن يمنعه ، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر فكشف العورة في الخمام والحلوة بالأجنبية ، وإتباع النظر للنسوة الأجنبية ، كل ذلك منكر وإن كان من الصغار ويجب النهي عنه ومنعه (١) .

ولكن يشترط في المنكر أن يكون مقترراً معنياً دون حاجة لاجتهاد ، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهي عنه أو تغييره ، فليس للحنفي مثلاً أن ينكر على شافعي أكله الضب والضبغ ، وليس للشافعي أن ينكر على حنفي نكاحها لا ولي فيه (٢) .

الشرط الثاني : أن يكون موجوداً في الحال : ويشترط في المنكر أن يكون سائلاً بمعنى أن تكون المعصية راهنة وحاصلاً مباشراً لها وقت النهي أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية ، فإذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهي عن المنكر أو تغييره . وإنما سائلاً محل العقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد ، فإذا انتصر لمصلحة الشخص الجاني فخرجه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب لجريمة ، أما إن فعل ذلك لتمام مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضي هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله أداء لواجب . وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن بعد الموائد وزين المجلس استعداداً لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر عنمه على الشرب ؛ لأن في الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالناسم .

الشرط الثالث : أن يكن ظاهراً دون تجسس أو تفتيش : - يشترط للنهي عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً بغير تجسس أو تفتيش ، فإذا توقف

(١) إحياء علوم الدين مجلد الثاني ج ٧ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧ ، ٣٨ - أسس المطالب ج ٤ ص ١٨٠ .

إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ؛ لأن الله حرم
التجسس في قوله ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات: ١٣] ولأن البيوت حرمة وللأشخاص
حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المصيبة ؛ ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم
نهى عن تتبع عورات الناس فقال لماوية « إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم
أو كدت تفسدهم » وقال عليه السلام « يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان
قلبه لا تتعابروا المسلمين ، ولا تتبعوا عوراتهم ، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم
يتبع الله عورته ، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان في جوف بيته » وقد استقر
الأمر في الشريعة على هذا من أول يوم وما يذكر في هذا الباب ما حدث من عمر
رضي الله عنه فقد تساق دار رجل فوجده على مصيبة فأنكر عليه فقال يا أمير
المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد فأنت قد عصيته من ثلاثة
أرجه ، فقال وما هي ؟ فقال : قد قال الله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ وقد تجسس .
وقال تعالى ﴿ وأتوا البيوت من أبوابها ﴾ وقد تسورت من السطح ، وقال ﴿ لا تدخلوا
بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتكشفوا على أهلها ﴾ وما سلمت . فتركة عمر
وشرط عليه التوبة ، وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك ؛ لأن
دخول المسكن هو الذي أظهر المنكر وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه ،
ومثل هذا مرواه عبد الرحمن بن عوف قال « خرجت مع عمر رضي الله عنه ليلة في
المدينة فبينما نحن نمشي إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه فلما دنونا منه إذا باب مغلق
على قوم لهم أصوات ولفظ ، فأخذ عمر بيدي وقال : أتدرى بيت من هذا ؟ قلت
لا . فقال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فأتري ؟ قال أرى
أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه قال الله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ فرجع عمر وتركهم .
وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغي لإنسان مثلاً أن يسترق
السمع على دار غيره أيسمع صوت الفناء والأوتار ، ولأن يستشق ليدرك رائحة

الخمر والحشيش ، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شئ يخفيه فيه ، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يمرى في داره^(١) .

لكن إذا غلب على الظن استمرار شخص بالمعاصي لأمارات دلت على ذلك أو غلب قلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص ، أو سماع صوت عيار أو استفانة ، أو أن يخبره من يتق بصدقه أن رجلاً خلا بإسراة ليزنى بها أو برجل ليقتله ، فيجوز في مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش ، حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك الحرام وارتكاب الخطورات^(٢) .

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ، لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأى^(٣) بأن فلانا يرتكب المعاصي في بيته جاز دخول البيت دون إذن ، وكذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية في الدار ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات الكاري^(٤) .

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت ، وما ظهرت دلالاته فهو غير مستور بل هو مكشوف وقد أمرنا بأن نستمر ما ستر الله ونكسر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فاستتر بستر الله ، فإنه من يبدي لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه » والإبداء أى : إبداء الصفحة لأدرجات فتارة يدولنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٥ ص ٣٤ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٥ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٤ .

البصر وآثاره بحاسة النفس ، ولا يمكن أن تخصص ذلك بحاسة البصر وحدها إذ المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يدفع به : بشرط في دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه مادام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر ، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه : لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة ، ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه في حالة عدم القدرة ، فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بنسائه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يدفع به يقتضي أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله : لأن ما يدفع به شخص قد لا يدفع به آخر ، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر .

٣٤٥ - وسائل دفع المنكر : وقد حصر بعض الفقهاء^(١) وسائل الصالحة

لدفع المنكر في سبع وسائل وهي : التعريف ، والنهي بالمنصوح والوعظ ، والتعنيف ، والتنبير باليد ، والتهديد بالضرب والقتل ، وإيقاع الضرب والقتل ، والاستعانة بغيره .

التعريف : ويكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر ، فتوسيلة الصالحة لدفع المنكر في هذه الحالة هي تعريف فاعل المنكر أن فعليه منكر . ويجب أن يكون تعريفه باللفظ من غير عنف ؛ لأن في التعريف نسبتته إلى الجهل وهذا في ذاته إيذاء له ، ولكن لا بد منه لدفع المنكر ، فوجب أن يكون التعريف في غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر ؛ لأن إيذاء المسلم محرم .

النهي بالوسط والمنصوح : ويوجد إلى من يقدمه على الأمر وهو عالم بكونه

(١) إجماع علوم الدين للشيخ الثاني ج ٥ ص ٤٠ وما بعدها

منكراً إذا غلب على الظن أنه يؤدي إلى ترك المنكر ، كصاحب الغيبة الذي يعلم أنها محرمة ولكن يرجي أن يتركها لو وعظ ونصح ، ويذنبني أن يكون الفاعل شقيقاً لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب .

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللطف ، ويوجه إلى المنصر المستهزئ ، بالوعظ والنصح ، ويشترط في التعنيف شرطان : أحدهما : أن لا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف . والثاني : أن لا ينطق العنف إلا بالصدق ولا يستعمل في التعنيف فيطاق لسانه بما لا يحتاج إليه ، بل يقتصر على قدر الحاجة ، وليس للعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه ، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يمد غشاً كقوله يا فاسق يا جاهل يا أحمق يا غبي وما يجري هذا الجري ؛ لأن كل عاص فاسق والقاسق أحمق جاهل ولولا حفته وجهيه ماعسى الله ، وكل من ليس بكيس فهو أحمق : تقوله عليه الصلاة والسلام « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت ، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله » .

التغيير باليد : والتقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهي ، وإراقة الخمر ، وخبخ الخمر من رأس العاصي وعن بدنه ، وإخراجه من الدار المفصولة ، وإزالة ما يضعه من المواد في الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك . والتغيير لا يكون إلا في المعاصي التي تقبل بطبيعتها التغيير المادي ، أما معاصي اللسان والقلب فلايس في الاستطاعة تغييرها مادياً ، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصي وجوارحه الباطنة .

ويشترط في التغيير باليد أن لا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير ، فليس له أن يجر العاصب من الدار المفصولة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشياً ، وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها إراقتها .

و يشترط في التعبير أيضاً أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه ، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحمة الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المنصوبة مادام يستطيع أن يجذبه أو يجره إلى خارجها من يده ، وليس له أن يحرق أدوات الملاهي مادام يستطيع أن يكسرها ويغطها عن العمل ، و حد السكر أن تتكاف من التفات في إصلاحها ما يساوى ثمن مثلها . وليس له أن يكسر أواني الخمر إذا استطاع أن يربق الخمر دون كسر الأواني .

والأصل فيما سبق أن تعبير المنكر لا يقصد به إلا دفع المنكر ولا يقصد منه عقوبة فاعل المنكر ولا زجر غيره ، والزجر إنما يكون عن المستقبل والعقوبة تكون على الماضي ، والدفع على الحاضر الراهن ، وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر وإزالته ، فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد .

التهديد بالضرب والقتل : وينبغي أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه ويشترط في التهديد أن لا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه كقوله لأتهين دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبين زوجتك ، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام ، وإن قاله من غير عزم فهو كذب ، وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه في سبيل دفع المنكر كقوله لأجلدنك لأكسرن رأسك لأضربن رقبتك وما أشبه ، وله أن يتوعده بأكثر مما في عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر .

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه ، ويشترط أن لا يدافع المنكر بغير الضرب ، وأن لا يزيد الضرب عن الحاجة في الدفع ، فإذا اندفع المنكر بصفة أو فبرية فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى .

وإذا لم يدافع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح فللادافع أن يشهر السلاح

وأن يجرح كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه وبين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيه ويقول له خل عنها أو لأرمينك فإن لم يخل عنها فله أن يرمى، وينبغي أن لا يقصد القتل بل الساق والنخذ وما أشبهه ، وله أن يسلس سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربك فكل ذلك دفع للمنكر ودفعه واجب بكل ممكن ، ولا فرق في ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب .

وإذا كان فاعل المنكر لا يتمتع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدي إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذي يراد منه أقل درجة من القتل ، فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يتمتع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منه عن القطع وقاتله عليه ؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية ، وقاتله في دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية ، وذلك مثل دفع الصائل على المأل بنا بقتله فإنه جائز لا على معنى اقتداء درهم من المأل بروح شخص وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي ، وقصد الصائل لأخذ المأل معصية وقاتله دفعاً للمعصية ليس في ذاته معصية^(١) .

الاستعانة بالغير : وإذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم ، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها ؛ لأنها تؤدي إلى تعريك الفتن واختلال الأمن والنظام ؛ لأن التماسق قد يستعد أيضاً بأعوانه فيؤدي ذلك إلى القتال ؛ وإنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها ، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن

(١) إحياء علوم الدين نجد الثاني ج ٧ ص ٣٤ .

الإمام ؛ لأنه إذا جاز الأفراد استعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة ؛ لأنه مامن وسيلة غيرها إلا وقد يؤدي استعمالها إلى التضارب ، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون ، فلا ينبغي إذن أن يبالي بتوازم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النواذر والتأدير لا حكم له فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس في الشريعة ما يمنع من القول بأن كل من قدر على دفع منكر فعليه أن يدفعه بيده وسلاحه وبف نفسه وأعراته .

٣٤٦ - هل يجوز استعمال الوسائل السابقة في من الظفر ؟ : يجوز

استعمال الوسائل التي سلف ذكرها في حق الكفاة عدا الوالدين والزوج والخلاكم .

فأما الوالدان فليس لولد عليهما إلا التعريف ثم النهي بالوعظ والنصح ، وليس له أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما ، ولكن له على رأى أن يذير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمس شخصيهما ، كأن يريق خمرها أو يرد ما يجد في يتيهما من مال مفصوب أو مسروق لأصحابه . وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله تعالى نهى عن التأفف منهما وإذائهما فقال : ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ [الإسراء ٢٣] وقد ورد في حق الأبوين ما يوجب الاستثناء من المصوم إذا لا خلاف في أن الأب لا يقاد بولده ، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه في الزنا حداً وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه ، فإذا لم يجوز للإبن إيذاء الأب بمقو به هي حق على جنابة سابقة فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جنابة مستقبله متوقعة .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبيه تقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لو جاز السجود لخلق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فتمس للرعية عليه إلا التعريف

والنهي بالموعظة والنصح ، أما التخيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز ؛ لأنه يفضى إلى خرق هيئته وإسقاط حرمة ذلك محذور لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت عنده نصيحة لذي سلطان فلا يكلمه بها علانية ، وليأخذ به بيده فليخل به ، فإن قبلها قبلها ، وإلا كان قد أذى الذي عليه والذي له » . ولقوله أيضاً « من أهان سلطان الله في الأرض أهانه الله في الأرض » .

٣٤٧ - حكم التجاوز في دفع المنكر : إذا استعمل المدافع في النهي عن

المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة ، وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل ، فإذا عتف فاعل منكر فقدفه فهو مسئول عن القذف ؛ لأن القذف لا يدخل في التعنيف ، وإذا كان المنكر يتدفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح ، وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحاً ثانياً فهو مسئول عما فعل بمدافع المنكر . وإذا كان المنكر يتدفع بتغييره باليد فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير ، فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفي فيه إراقة الخمر فإذا أتلف الموائد المنصوية في محل الخمار أو الأبواب أو الأمتعة أو أحرقتها فهو مسئول عن ذلك . ولا محل للنهي عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هي التي تحمل النهي عنه أو تغييره دفماً للمنكر ، فإذا لم يقع المنكر فلا يمكن اعتبار ما يقع على قاصد فعل المنكر دفماً وإنما هو اعتداء . وإذا انتهى فاعل المنكر من فعله فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يعتبر دفماً للمنكر وإنما اعتداء على فاعله .

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يعتبر جريمة ما دام لم يتمدد الحدود المقررة لدفع المنكر لكن إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متمسكاً بإياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره فالتمسك لا عبرة به ؛ لأنه تمسك فعل

مباح والقاعدة أن من تمدد فملاً مباحاً فأخطأ في فعله يسأل عن نتيجة الخطأ باعتباره مخطئاً لا عامداً .

٣٤٨ - هل لفاعل المنكر هو الرفع ؟ : ليس لفاعل المنكر أن يتمدى علماً من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر ، فإذا تمدى هذه الحدود كان عمله اعتداءً وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء .

٣٤٩ - الفرق بين الرفع الشرعي العام والرفع الشرعي الخاص : إذا قارنا الدفاع الشرعي العام بالدفاع الشرعي الخاص تبين لنا أن الأسس التي يقوم عليها كل منهما واحدة . وأن أحكامهما واحدة وأنهما لا يكادان يختلفان إلا في بعض التفاصيل .

والواقع أن الدفاع الشرعي الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعي العام من هذه الناحية ، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع فموضوع الدفاع الشرعي الخاص هو كل صيال أي هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه ويسمى بهذا النوع من الدفاع بدفع الصائل ، وموضوع الدفاع الشرعي العام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وقد يقال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة إسمية ، لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً يمكن دفع الفعل فيه باعتباره منكراً ، ولكن هذا القول غير صحيح ، لأن ما يدفع فيه الفعل باعتباره منكراً لا يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً ، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أي : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله أو عرضه ، أما دفع المنكر فيكون كلما انضم الصيال أو المهجوم أو الاعتداء ، فتلا إذا هم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها باعتباره صائلاً فهنا دفاع شرعي خاص ، أما إذا أتاها برضاها فقطعها يدفع باعتباره منكراً

فهنا دفاع شرعى عام ، ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلا ، ويكون الدافع في حالة دفاع شرعى خاص ، أما من يحاول الاتجار فيدفع فعله باعتباره منكرأ. يكون الدافع في حالة نهى عن المنكر أو تسييره ، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلا ، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلا لمنكر ، فالصياحلى أى : الهجوم أو الاستدء هو ما يميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام .

٣٥٠ - بين الترميزه والافانوره: تتماز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما ، ولكنها بدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضى ، وتقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد والحكام. ولتجعل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المنكرات ، ولتد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بأن يوجه بعضهم بعضاً ، وأن يوجهوا الحكام ويقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم ، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر . ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلهوا به تسلية ، فهذا أبو بكر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول : « أطيعونى ما أطلعت الله فيكم فإذا عصيت فلا طاعة لى عليكم » وهذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : « من رأى فى اعوجاجا فليقومه » وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام ، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق ، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام ، وحماية أخلاقها من الانحلال. وحماية وحدتها من التفكك وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة ، بل كان فى الضمان الكافى لتعضاه

على المفاسد فيمكنها وقيل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضي حيث بدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه ، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم في حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة وتعطى في بعض الحالات للأفراد الحق في منع الجاني بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة ، ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على إطلاقه ، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة ، بخلاف الشريعة التي تطبقه في كل الحالات وفي جميع الجرائم .

الفرع الثاني

التأديب

٣٥١ - (أولاً) تأديب الزوجة : من حق الزوج في الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليهما من طاعته كأن تناقل عليه إذا دعاها أو تخرج من منزلها بغير إذنه ، وأساس هذا الحق قوله تعالى : ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ . وقوله : ﴿واللاتي يخافون نشوزهن فمظوهن واهجروهن في المضامع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً﴾ [النساء : ٣٤] والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز : أي الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعاليت عما أوجب الله عليهما من الطاعة .

٣٥٢ - ما يؤدب فيه : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته صفة عامة على المعاني التي لاحد فيها ، كعقوبة غير المحلوم ، وترك الزينة والخروج دون إذن ، وعصيان أوامر الزوج ، "بذلك مثله ، ويرأى الراجح أن له تعزيرها (٣٣ - التصريح الجنائي الإسلامي)

على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم^(١).

ومن المنفق عليه أن الزوجة لا تضرب بخوف النشوز قبل إظهاره ، وإنما تضرب لإظهار النشوز فعلا^(٢).

٣٥٣ - هل يجوز التأديب لأول معصية ؟ يرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية ، وإنما يكون لتكرار المعصية والإصرار عليها ، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين ، وإن عادت كان له أن يهجرها ، فإن عادت كان له أن يضربها ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله تعالى : ﴿ فمضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ﴾ وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل^(٣) ، وهذا يتفق مع الرأي المرجوح في مذهبي الشافعي وأحمد .

ويترب على الأخذ بهذا الرأي أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثاني معصية ، أما من يضربها لثالثة فعلا معقوبة عليه ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة ، ويعاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك ، فعلى الضارب ليعني من المعقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين ، وأنه وعظها في أولها وهجرها في الثانية .

والرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر ، وسواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شيء . من ذلك ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن عقوبات المعاصي

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٤ ص ١٤٦ - الفرح الكبير ج ٨ ص ١٦٩ .

(٢) الفرح الكبير ج ٩ ص ١٦٨ .

(٣) مواهب الجنيل الجزء الرابع ص ١٥ ، ١٦ - مقدسات ابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ -

بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣٤ .

لا تختلف بالسكرار ، وأن الواو في قوله تعالى: ﴿ فَعظَمَنَ وَاهَجَرَمَنَ فِي الْمَضَاجِ وَاضْرَبَمَنَ ﴾ جاءت نطلق الجمع وليست للترتيب ^(١) .

و يترتب على هذا الرأي أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة .

٣٥٤ - هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟ ويرى أحد أن يسأل

الزوج عن سبب الضرب ؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيوا وإن أخبر بغيره كذب ، ويستند في هذا المبدأ إلى ما روى الأشعث عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يا أشعث إحتفظ عني شيئاً سمعته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تسألن رجلاً فم ضرب امرأته » . وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج أنه ضربها للتأديب ، ويمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هي أنه ضربها لغير التأديب حينئذ يجب على الزوج أن يتثبت سبب الضرب . ولا يتوقف تأديب الزوجة على سن معينة فلزوج أن يؤدبها مهما بلغت من العمر على خلاف الصغار ، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ .

٣٥٥ - من الضرب : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فقه

مقيد بضربها ضرباً غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه ، فإن فعلن فاضر بوهن ضرباً غير مبرح » . والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد ، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذى يؤلها ولا يكسر لها عظماً ولا يدمى لها جسماً ، وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون بما يعتبر مثله تأديباً . وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن . وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثراً . وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحداً .

(١) النهب ج ٢ ص ٧٤ - أسى الطال ج ٣ ص ٢٣٩ - الفنى ج ٨ ص ١٦٢

ويشترط في ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على المواضع المحرّفة كالبطن^(١) .

ويشترط في الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً ، فإن كان كذلك فلا مشولية على الزوج ؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له ، ويراعى الوسط في الضرب فما يعتبر تأديباً في وسط قد لا يعتبر تأديباً في وسط آخر وما يخرج عن حدود التأديب في وسط قد لا يصل حدود التأديب في وسط آخر .

ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعضا .

ويشترط إذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لا يبلغ هذه السلطات ، وأن لا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر ، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة^(٢) وتعايل هذا أن السلطات العامة هي المختصة أصلاً بالعقاب ، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج في التأديب ؛ لأنه حق أعطى له امتثاء حتى لا يؤدي تدخل السلطات العامة في كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين ، فإذا سرقت الزوجة مثلاً من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها ، أما إذا لجأت الجارة للسلطات العامة لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها ، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل ، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط ، لا على السرقة أو السب .

وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه ، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على

(١) التي ج ٨ ص ١٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ .

ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد ، ويعتبر عمل الزوج في الحالين اعتداءً لا تأديباً^(١) .

٣٥٦ - حكم الصراية : - وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب قتلت من الضرب أو أصيبت بعاهة فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر مثله أدباً ، فإن كان الضرب شديداً بحيث لا يكون مثله أدباً للزوجة فيه الضمان^(٢) .

أما أبو حنيفة والشافعي فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يعتبر تأديباً أو كان أشد من ذلك ، وحجة أبي حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حياً ، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضرور أو إلى تلف أحد أعضائه ، فقد وقع قتلاً أو قطعاً لا تأديباً ، وحجة الشافعي أن التأديب ليس واجباً على الزوج وإنما هو حقه ومتروك لاجتهاده ، فيتحمل نتيجة اجتهاده . والمتأخرون من فقهاء مذهبي أبي حنيفة والشافعي يحتجون في تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجباً عليه ، وإنما هو حق له واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة ، وبأن حق الزوج في التأديب متمحض لنفحة الشخصى وله أن يستعمله أو يتركه^(٣) .

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح .

٣٥٧ - المسؤولية على التأديب : - ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن التأديب مادام في حدوده المشروعة ؛ لأنه

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ .

(٢) المتى ج ١٠ ص ٣٤٩ .

(٣) المتى ج ١٠ ص ٣٤٩ - حاشية الطمطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ - الأم ج ٦ ص ١٣١

و ١٦٦ وما بعدها .

يستصل حقا أباحه له الشارع . أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله .

والخلاف الذي عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التي لا يخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدي إلى الموت أو إلى تلف عضو .

٣٥٨ (ثانيا) — تأديب الصغار : - للأب الحق في تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ والمعلم أي كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما ، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا الحق في غيبة الأب ، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح^(١) .

٣٥٩ - شروط تأديب الصغار : - ويشترط في تأديب الصغار ما يشترط في تأديب الزوجة فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله ، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه ، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن والمذاكير ، وأن يكون بقصد التأديب ، وأن لا يسرف فيه ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير ، فإذا كان الضرب في هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب ؛ لأن الفعل مباح له .

٣٦٠ - مكتم السراية : - وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه فإلك وأحد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، وما دام التأديب في حدوده المشروعة ، فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يعتبر مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا^(٢) .

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه في أى حال :

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ١١ - حاشية الطهطاوى ج٥ ص ٢٧٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه ، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه^(١) .

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه كما يضمن الزوج زوجته ، ولكن هذا الرأى غير معمول به فى المذهب بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه ، والرأى للمعول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد وهما يريان أن الأب والجد والوصى مآذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مآذون فيه . أما المعلم والمدرس فيفرق أبوحنيفة وأصحابه بين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصى ، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا ؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه ، فأما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة ؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة ، فذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبي مالك وأحمد^(٢) فى النتيجة .

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم ، ويرون أن ضرب التأديب حق وأن ضرب التعليم واجب والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد ، والتفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والمحل ، أما غير المعتاد فموجب للضمان فى السكل أى : فى ضرب التأديب وضرب التعليم^(٣) .

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره ، فضرب الزوج للتأديب دائما ، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم وقد يقصد به التأديب ، ولكن معنى التأديب يختاط بمعنى التعليم فى حالة

(١) الأم ج ٦ ص ١٦٦ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٠٥ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ .

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ .

الصفير ؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره .
 ٣٦١ - العروى بين المذاهب :- يختلف مذهب مالك والشافعي وأحمد عن مذهب أبي حنيفة في أنهم يعتبرون التأديب بصفة عامة حقا واجبا . أما في مذهب أبي حنيفة فيعتبرون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة ، أو واجبا على الأقل في حالة ما إذا قصد به التعليم .

ويختلف مذهب الشافعي عن مذهبي مالك وأحمد في أن الشافعي يقيد استعمال الحق بشرط السلامة ، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط مادام الفعل قد وقع في حدود الحق ، ولذلك فمذهبيهما في نتيجته يتفق مع مذهب أبي حنيفة في نتيجته ولو أن التأديب في المذهب الأخير واجب لاحق .

الفرع الثالث - في التطبيب

٣٦٢ - إباحة التطبيب :- من المتفق عليه في الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية ، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره ، وقد اعتبر تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب ؛ ولأنه ضرورة اجتماعية ، وإذا كان الفرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجبا فيرتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه ، على أن التطبيب يعتبر واجبا كفايا كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة ، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أي : أنه واجب غير قابل للسقوط .
 والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجبا أن لا يكون الطبيب مشغولا عما يؤدي إليه عمله قياما بواجب التطبيب ؛ لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولا جهاده العلمي والعملي ، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض باعتبار أنه حين يؤدي واجب

التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدى الواجب لما له من السطان الواسع وحرية الاختيار فى الطريقة والكيفية التى يؤدى بها عمله .

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب ، إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ، ولكنهم اختلفوا فى تعاميل رفع المسئولية ، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولها الضرورة الاجتماعية إذا الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضى تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يجعله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه ، وفى هذا ضرر عظيم بالجماعة . ثانيهما : إذن الجنى عليه أو وليه ، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية^(١) .

ويرى الشافعى أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتى فعله بإذن الجنى عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به ، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان مافعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب^(٢) . ويتفق رأى أحمد مع رأى الشافعى^(٣) .

أما مالك فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا وإذن المريض ثانيا ، وإذن الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب ، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه ، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ ، فى فعله^(٤) .

وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله ؛ لأن من واجبه أن يؤديه ، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة فى اختيار هذا العمل وفى اختيار الطريقة التى

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٠٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ .

(٣) الحق الجزء العاشر ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٦ .

الطريقة التي يؤدي بها هذا العمل ، فلو جرح الطبيب شخصاً فمات أو أعطاه دواءً فأحدث له نكساً أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ - من الية : والمفروض في الطبيب أنه يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية ، فإذا قصد قتل المريض أو كان سوء النية في عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً ، ولو لم يؤدي فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة ، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض ؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلاً محرماً معاقباً عليه .

٣٦٤ - خطأ الطبيب : إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب ، ويضرب الفقهاء مثلاً على الخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأربها ، فشقه فمات بعد يوم أو يومين ، ولما سئل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفنى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم أي : لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فإن الطبيب لا يضمن أي : لا يسأل جنائياً ولا مدنياً ، فقليل له فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ فقال : إنه لا يضمن ؛ لأن ضمان الطبيب يترب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية^(١) .

٣٦٥ - إضرار المريض : ويشترط لرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه ، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي

(١) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ .

وجب إذن الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له ، وإذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لاوولي له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة .

٣٦٦ - **إذن ولي الأمر** : وليس في الشريعة ما يمنع ولي الأمر من أن يشترط في الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم ، وأن تتوفر فيه مؤهلات خاصة ، وأن لا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولي الأمر بمباشرته ، وقد جعل مالك إذن الحاكم في التطبيب شرطاً في انتفاء المسؤولية عن الطبيب كما قدمنا .

ومن تطيب وهو غير طبيب كان مسئولاً عن عمله لقوله عليه الصلاة والسلام : « من تطيب ولم يعرف الطب فهو ضامن » . فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد ، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ . على رأى ومتعمد على رأى^(١) ، والرأى الأول هو الراجح .

٣٦٧ - **شروط عدم المسؤولية** : يستتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسؤولية عن الطبيب الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون الفاعل طبيباً .
 - ٢ - أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية .
 - ٣ - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية .
 - ٤ - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي .
- فإذا توفرت هذه الشروط في التطبيب فلا مسؤولية ، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولاً .

٣٦٨ - **المشغور بالطباء** : ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والخائنان

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٤ ص ١١٦ ، ١١٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢

وحكهم جميعاً حكم الطيب من حيث المسؤولية ، ويشترط في عملهم ما يشترط في عمل الطيب ، فيجب في الختان مثلاً أن يكون الفاعل خاتماً ، وأن يأتي الفعل بحسن نية وبقصد الختان ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه كالولي .

٣٦٩ - بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في اعتبار التطيب عملاً مباحاً ، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسؤولية ، فنستلزم أن يكون الفاعل طبيباً ، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المريض في الفعل .

وتعتبر القوانين الوضعية التطيب حقاً بينما تعتبره الشريعة واجباً ، ولاشك أن نظرية الشريعة أفضل ؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة ، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة .

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسؤولية عن الطبيب^(١) ، فذهب الفقه والقضاء في المجترة إلى أن سبب عدم المسؤولية هو رضاء المريض بالفعل ، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا ، وحكمت به المحكمة في فرنسا ومصر قديماً^(٢) ، وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسؤولية هو انعدام القصد الجنائي ؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض ، وقد أخذ القضاء المصري وقتاً ما بهذا الرأي^(٣) . والرأي

(١) القانون الجنائي لمل بدوي ص ٤٠٠ وما بعدها — شرح قانون العقوبات الدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفي ص ٤٢٢ .

(٢) نفس ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٧ — القضاء السنة الرابعة ص ٢٥٩ .

(٣) نفس في ١٨ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ص ١٨ رقم ١٨ ص ٢١ .

الأخير الذى يسود اليوم فى مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه ؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضى ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هى نفس التعليلات التى ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مشولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض .

الفرع الرابع فى ألعاب القروسية

٣٧٠ - التسمية فى وألعاب القروسية : تحتفل الشريعة بألعاب القروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام منشطة للمعقول ، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والقوة ، وتشمل ألعاب القروسية فى الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب القروسية والسباق ، فكل ذلك يدخل تحت مذكول لفظ القروسية

ويجيز الشريعة من أنواع القروسية كل ما يؤدى إلى التصوق فى القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب ، كمنسابقة بالأقدام ، وسباق الخيل ، وسباق السفن والسيارات والطائرات ، وسباق الضير وما أشبهه ، ركائب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى ، وكالماية بالنبال والتجديق والأساحة النارية ، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج^(١) أى : رفع الأثقال وشد الخبل والسباحة وغيرها .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة فى الأمر بالقروسية والتجديق فيها وذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُوا لِمَا اسْتَضَعْتُمْ مِنْ حَرْبٍ وَمِنْ رِجَالِ الظُّلُمِ ﴾ وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي .

(١) يعر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج -- راجع كتاب القروسية لأن الخبير ص ٧

وقوله : « المسلم القوي خير من المسلم الضعيف » وقوله : « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة ، صانعه يحتمسب في صنعه الخير ، والرامي به ، ومنبله ، ارموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا ، وليس من اللهو بالامتلاء تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » .

وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه سابق بالأقدام . وثبت عنه أنه سابق بين الإبل ، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل ، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين ، فأسكت الأخرى وقالوا : كيف نرى وأنت معهم ؟ فقال : « ارموا وأنا معكم كلكم » وثبت أنه صارع ركائنه ، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة وممرأة .

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها . من ذلك ما رواه مصعب بن سعد قال : كان سعد يقول : أى : بنى تعلموا الرماية فإنها خير لكم ، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح « أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمي » وكتب إلى عامر بن عبد الله بن أبي ربيعة كتاباً جاء فيه : « الخشوشوا واخولقوا^(١) واقطعوا الركب^(٢) وانزوا على الخيل نزوا وارتموا الأغراض^(٣) » .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها في الأخذ به أو تركه ، وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من

(١) اخولقوا أى تهيأوا لما يراد منكم وكونوا خلفاء به جذيرين يفعله .

(٢) أسرمهم بضم الراء حتى لا يتبادوا الركوب دائماً بالركوب .

(٣) ارتقاء الأغراض هو رمي الأهداف .

ضروب المهارة والقوة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد ليس لهم أن يتخفوا عنه .

وتجوز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعاً للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها ، وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه^(١) ويرى مالك أن يكون العوض دائماً من بيت المال ؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة ، وهي إعداد عسكري للأفراد . ولكن أباحيفة والشافعي وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال ، أو من مال غير اللاعبين ، أو من مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض وإن لم يتفوق لم يأخذه^(٢) .

٣٧١ - حكم إصابات اللهب : وألعاب الفروسية قد تؤدي إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم ، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين ، وليس في ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو ختم ضربه أو بعرضه للجرح فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة ؛ لأنها ليست من ضروريات اللعبة ، فإن تعمدتها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية ، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية .

أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالتلاكمة والتحطيب فإن الإصابات الناشئة عنها لا عقاب عليها إذا لم

(١) يرى البعض أن العوض لا يكون إلا في الرمي وفي مسابقة الميل والإبل وركاب الخيل جزأً في المسابقة بالأقدام وفي المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمصارعة بالأيدي وفي سباق البغال والحمير والبقر والبقرة والفريق الأوثم المالكية ، وامتدابة والفريق الثاني من الخففة والشافعية على خلاف بينهم .

(٢) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٩٠ وما بعدها - حاشية ابن عابدن ج ٦ ص ٦٥٧ - عم الأثر ج ٢ ص ٥٢٦ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢١٥ وما بعدها - المغني ج ١١ ص ١٢٨ وما بعدها - الروسية ص ٦٩ وما بعدها .

يتمد محدثها الحدود للرسمية للعب ؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة . فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث زميله إصابة ما ، فهي جريمة عمدية إذا تعمدتها ، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها .

٣٧٢ - بين الشريعة والقانون : - هذا هو حكم ألعاب الفروسية في الشريعة الإسلامية ، أما حكمها في القوانين الوضعية فغير متفق عليه ، فبعض البلاد يعتبرها أمالاً مباحة ، وبعضها يعتبر ما يحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم ، وبعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى ، وبعضها يأخذ بالفكرة الثانية ، وتقضى المحاكم في بلجيكا بالمعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية ، بينما تقضى المحاكم في فرنسا بالبراءة ، والمائد في إنجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة في حدود معينة ولا يترتب عليها أية مسؤولية ، وفي مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسؤولية ، ويرى البعض المسؤولية ، والرأى الأول هو الراجح .

واختلاف شراح القوانين في سبب ارتفاع المسؤولية فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائى ، وقال البعض إنه رضاء المجنى عليه ، وقال البعض الأخير بأن الدولة تعتبر الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها ، فن يمارسها فإتما يمارس حقاً خوله له القانون ، وممارسة الحق لا يترتب عليها مسؤولية^(١) ، وهذا الرأى هو أحدث الآراء ، وأرجحها ، والعمل به يؤدي إلى نفس النتائج التي تؤدي إليها نظرية الشريعة الإسلامية ، والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأى أن الشريعة ترى في ألعاب الفروسية واجباً على الأفراد ، بينما هي طبقاً لهذا الرأى

(١) انظر في هذا الموضوع كتاب الدكتور عبد الحليم عبد الحليم ، "مسؤولية الجاني في القانون الوضعي" ، ص ٢٩٨ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى ومحمد عبد الحليم ، ص ١٠٠٠ - ١٠٠١ .

ونظرية الشريعة أدق منطقاً ؛ لأن ألعاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الجهات الصحية والخلقية والحربية والاجتماعية ، ولا توجد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتاقننها للنشء في المدارس كما تلقن العلوم الضرورية ، بل إنها أصبحت من العلوم الأولية في المدارس التي تمد رجال البوليس والجيش ، وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة في حياة الأمة فمن المنطق أن تعتبر واجباً على الأفراد لاحقاً لهم ؛ لأن الواجب هو ما لا يستطيع التخلي عنه ، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه .

الفرع الخامس

إهدار الأشخاص

٣٧٣ - معنى الإهدار : - الإهدار هو الإباحة ، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله ، فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيع جرحه أو قطعه أو قتله ، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبيع من الشخص إلا قطع هذا الطرف ، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيع ماله كإباحة مال الحرني ، والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال .

ونتطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إباحة نفس الشخص أو طرفه . كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيع نفسه أو طرفه .

٣٧٤ - معنى الإهدار : - علة الإهدار الوحيدة هي زوال عصمة الشخص ، وتزول العصمة إما بزوال سببها ، وإما بارتكاب الجرائم المهذرة .

زوال العصمة بزوال سببها : - القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي ليست مباحة . وأساس العصمة إما الإيمان ، وإما الأمان ، ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد كعقد الدمة ، وعقد الهدنة وما أشبهه . فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله عليه

الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» . وبالأمَان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] وقوله : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾ [النحل : ٩١] وقوله : ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال : ٦١] وقوله : ﴿ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ ﴾ [التوبة : ٧] وقوله : ﴿ فَاتَّقُوا اللَّهَ يَأْتِيكُمْ عَهْدُهُمْ إِلَىٰ يَدَيْهِمْ ﴾ [التوبة : ٤] وقوله : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ﴾ [التوبة : ٦] وتقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون عند شروطهم» . وقوله : «إننا لا يمتلح في ديننا الفدر» وقوله : «ذمة المسلمين واحدة يسمي بها أذاهم فمن أضر مسلماً فمديه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل» وقوله : «إذا نكبت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم ، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم» .

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين : أمان مؤقت وأمان مؤبد ، فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل طائل هذا الأجل أو قصر ، ويقوم هذا النوع من الأمان على معاهدات السلام وعدم الاعتداء ، أو على معاهدات الإقامة المعقودة بين دار الإسلام ودار الحرب أي بين الدوله الإسلامية وأى دولة غير إسلامية ، ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة في دار الإسلام^(١) .

والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل محدود ينتهي به ، ولا يسكون إلا بعقد

(١) يدائع الصنائع : ٧ ص ١٠٦ - أسنى الطالب : ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل

الجزء الرابع ص ٣٦٠ ، ٣٦٤ - الثغرى : ١٠ ص ٥٧٨ .

الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام وعابهم في مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام^(١) .

والأصل أن الناس في العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام وإما منكر له ولتفكرون على نوعين : إما مسلم للإسلام وإمامه محارب له ، فالسالمون للإسلام من كان بينهم وبين دار الإسلام حالة سلم متبادل ، أو عقد من عقود السلم ، كعقد الهدنة أو المهادنة أو عقد الذمة ، وأما المخارون عنهم من كانوا في حالة حرب مع دار الإسلام ويسمى هؤلاء بالمخربين ، وكان من عدا المخربين من سكان العالم دناؤهم وأمواتهم معصومة إما بإسلامهم^(٢) وإما بتسامحهم أو بتعبير آخر بما ياتيانهم وإما بأمانتهم .

وإذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذي قامت عليه ، فالسالم تزول عصمته برده وخروجه عن الإسلام ، والتسامح والتعاهد والذمي ومن في حكمهم تزول عصمتهم بانتهاب أمانتهم ونقض عهدهم ، وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزواجرها حربيين حكمهم حكم الخربي الذي لم يكسب عصمة .

وإذا كانت العصمة تعني تحريم الدم ومال فإن زوالها يعني إباحة الدم والمال وهذا هو الإهدار ، ولذا كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو خربي فمعنى ذلك أن المرتد والخربي مهدران وسبب إهدارهما هو زوال عصمتيهما .

زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهذرة : - وكما تزول العصمة بالردة وانتهاب الأمان ونقض العهد فإنها تزول أيضاً بارتكاب الجرائم المهذرة ، والجرائم المهذرة هي الجرائم التي تجب عليها عقوبات مقدرة متأنفة للنفس أو الطرف .

والجرائم المهذرة هي على وجه الحصر (١) ارتكاب محصن (٢) قطع الطريق

(١) المفى ج ١٥ ص ٥٦٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٨٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١١٥

(٢) راجع الفقرة ٢٩١ .

أو الحرابة (٣) البنى (٤) القتل والقطع المتعمدان (٥) السرقة .

ويشترط في الجريمة المهددة شرطان لا يعنى أحدهما عن الآخر ، أولهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة ، بالعقوبات المقدرة بحماها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط ، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة ^(١) . ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة بنفس أى قتلا ، أو متلفة للطرف أى قطعاً .

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهددة ، فالسرقة التي لا قطع فيها كسرقة الأب من الابن ؛ والقتل العمد المتعاقب عليه بالدية لا يعتبر أيهما جريمة مهددة ، لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة في حالة الدية مقدرة ، ومثل ذلك الزنا من غير محصن والظف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم اثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة ، ومن ثم فهي جرائم غير مهددة . وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيراً .

وارتكاب الجريمة المهددة يزيل العصمة من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة ؛ لأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة وليس هو الحكم بالعقوبة ، وفضلاً عن ذلك فالعقوبات المقدرة ما هي إلا حدود والقاعدة العامة في الشريعة أن الحدود واجبة التنفيذ فوراً ولا تحمل التأخير أو التأهون ، كما أنها لا تشمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجنى عليه أو وليه ، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا يحصى منها ، ولم يكن هناك ما يمانع لتعاقب زوال العصمة على الحكم بالعقوبة .

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو في عقوبة القصاص فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة ؛ لأن زوال العصمة في جرائم القصاص نسبي لاعام ، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أو وليه فقط وبظل الجاني معصوماً بالذنبه للآخرين

فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجاني معصوماً عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة

وفيا عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أية جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية ؛ لأن لولى الأمر في الجرائم التي يعاقب عليها بالتعزير - حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة ، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة. حتماً ، وكل عقوبة غير محتمة لا تزيد العصمة ولا تهدر الجاني ولو كانت متلفة حتى بمد صدور الحكم بها ؛ لأن من الجائز أن يعفو لولى الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة .

٣٧٥ - المهررونه : ونخرج مما سبق بأن المهديين هم : (١) الحرابي (٢) المرتد (٣) الزاني المحصن (٤) المحارب (٥) الباغى (٦) من عليه القصاص (٧) السارق . ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحداً بعد آخر فيما يأتي :

٣٧٦ - أولاً : الحرابي : هو أصلاً من ينتمى لدولة في حالة حرب مع الدولة الإسلامية ، وهو أيضاً من كان معصوماً بأمان أو عهد فاتهم أمانه أو نقض عهده .

ومن المتفق عليه أن الحرابي مهدر الدم . فإذا قتل شخص أو جرحه فهد قتل أو جرح شخصاً مباح القتل والجرح ولا عقاب على فعل مباح ، وإنما يعاقب القاتل في بعض الحالات ؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وانفدت عليها بإتيانه عملاً مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحرابي إطلافاً إذا قتل في ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس في غير ميدان الحرب ، وفي هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية .

أما إذا قتل الحرابي في غير ميدان الحرب فغير مقتض كآن ضبط في دار

الإسلام أو استأمر قتلته من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما ، فإن القاتل لا يؤاخذ باعتباره قاتلاً ؛ لأن الحرب مباح الدم طبقاً للشريعة وضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته ككربي ، فيبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر ، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مشاوية على قتل مباح باعتبار فعل القتل ، وإنما المشاوية تأتي من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التي يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين ، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل وبعاقب لافتياته على السلطة العامة .

وقتل الحربى في ميدان الحرب وفي حالة الدفاع عن النفس يعتبر واجباً ، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجباً عليه .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التي تعتبر الفعل قتلًا عمدًا وتعاقب عليه على هذا الاعتبار وإن كان الذى يحدث عملاً أن الأحكام تقدر ظروف الجاني والمجنى عليه وتقضى على الجاني بعقوبة مخففة بقدر الإمكان . والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية في عقاب القاتل ، ولكن الخلاف واقع في تكليف الفعل المعاقب عليه ، فالقوانين تعتبره قتلًا والشريعة تعتبره اقتياتاً على السلطات العامة .

٣٧٧ — نانيا — المرتد : المرتد هو المسلم الذى غير دينه ، فالردة مقصورة على المسلمين ولا يعتبر مرتداً من يغير دينه من غير المسلمين .

ويعتبر المرتد مهذب الدم في الشريعة^(١) ، فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

(١) يعتبر المرتد مهذب الدم من وجهين: أولهما: أنه كان موصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصبته فأصبح مهذباً ، وثانيهما : أن عقوبة المرتد في الشريعة القتل حداً لا تميز برأى أقوله عليه السلام « لا يجل قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد الإيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » ولقوله « من بدل دينه فاقتلوه » فثبوت الردة عقوبة متلفة ، وعلى هذا تعتبر الردة من تجرائم المهذبة إذا نظر إلى عقوبتها ، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل في المسئلة فقد نظر في الإهدار إلى الوجه الأول دون الثاني .

قاتلا عمدا ، سواء قتله قبل الاستنابة^(١) أو بعدها ؛ لأن كل جنائية على المرتد هدر مادام باقيا على رده .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة ، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء واختل عليها فيعاقب على هذا لاعلى فعل القتل في ذاته وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) إلا أن في مذهب مالك رأى مخالف^(٣) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد نجس استنابته ، فهو بعد رده كافر فن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه دية لبيت المال ؛ لأنه هو الذي يرث المرتد ، فكان أصحاب هذا الرأي يزيون عصمة المرتد بالردة ويعصونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته ، وأن الكفر لا يعصم صاحبه وإنما الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرها والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوما بعد كفره .

ويشترط لعقاب قاتل المرتد على اقتيانه واستنابته بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمقاومة المرتد ، فإذا كانت لا تعاقب على الردة كما هو حادث اليوم في مصر وغيرها من بلاد الإسلام ، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتباره مقتانا عليها ؛ لأنه لا يعتبر مقتانا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة ، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن توأخذهم على إقامته بحال من الأحوال .

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستناب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يقبل قتل حداً

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٢٥ - الإقناع الجزء الرابع ص ٣٠٦ - المذهب الجزء الثاني ص ٢٤٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) التمرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٧ .

والقاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أئداده ، فالمرتد غير معصوم والسكنه معصوم على شبيهه^(١) فلا يباح دمه لمترد مثله ، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيها بعد ، بخلاف ما لو قتله مسلم فإنه لا يعتبر قاتلا ، وكذلك لو قتله ذمي على الرأي الراجح^(٢) . ويطبق الشافعون قاعدتهم هذه على كل للمهجرين ، والسكن الفقهاء الآخرين لا يأخذون بهذه القاعدة .

وقتل المرتد يعتبر واجبا في الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا ؛ لأن عقوبة الردة من الحدود وهي واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها ، ولا يعني الأفراد من هذا الواجب أن يمهّد بإقامته إلى السلطات العامة ، ولا يسقط هذا الواجب عن الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا .

وتختلف القوانين عن الشريعة الإسلامية في أنها لاتعاقب على تغيير الدين بانذات ، ولكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذي تقوم عليه الجماعة ، والدولة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعي وينادى بالديموقراطية أو الفاشية ، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية وينادى بالشيوعية أو الديموقراطية ، والدول الديموقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتعتبرها جريمة ، فالخروج على المذهب الذي يقوم عليه النظام الاجتماعي في دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامي الذي يقوم عليه نظام الجماعة في الشريعة الإسلامية . والخلاف بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة خلاف في تطبيق مبدأ ونس خلافا على ذات المبدأ ، فالشريعة الإسلامية تحمل الإسلام أساس النظام الاجتماعي ، فكان من الطبيعي أن تعاقب على الردة لتحمي النظام الاجتماعي . والقوانين الوضعية لا تحمل الدين أساسا للنظام الاجتماعي ، وإنما تحمل أساسا أحد المذاهب الاجتماعية . فكان من الطبيعي أن لا تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم

(١) أسمى المطالب ج ٤ ص ١٣ -- شرح الأتصاري على البيهجة ج ٥ ص ٤٤٣ .

(٢) شرح الأتصاري على البيهجة ج ٥ ص ٣ .

كل مذهب اجتماعي مخالف المذهب الذي أسس عليه نظام الجماعة .
وقد جرى قانون العقوبات المصري مجرى القوانين الوضعية التي أخذ عنها فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة في كل البلاد الإسلامية ، ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعني أن الردة مباحة لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ، تلك النصوص التي لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية ما بقي الإسلام قائما كما بينا ذلك من قبل^(١) ، فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأي حال ، ولا يعتبر مفتاتا على السلطات العامة ؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التي تفرضها عليه .

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصري وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م ٦٠ عقوبات) ، وهذا يكفي لإعفاء قاتل المرتد من العقاب ؛ لأن إعفاء من ستمثل حقه أساسه إباحة الفعل في الشريعة ، وقتل المرتد فعل تبينه الشريعة ، وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوى الحق ويزيد عنه درجة ، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل ، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح في حالة الحق والواجب ، وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل باعتباره جريمة ؛ لأن من حق الفاعل أن يأنيه عليه سواء في حالة الحق أو الواجب . ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف فالتكليف بالواجب ملزم بإتيانه ، أما صاحب الحق فله أن يأنيه أو يتركه . فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا في مسئولية المتكليف بالواجب عند تركه ، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق ولا

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

يتعرض بالترك لعقوبة ما ، فإذا أعتى صاحب الحق من المشولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه ، فأولى أن يعنى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه .

ويضاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصرى نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة ، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم فى إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب ، فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه ولكن تأدية هذا الواجب تعطى الطبيب الحق فى جرح المريض أو بتر طرفه ، وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع ولكن تأدية هذا الحق تعطى للمكلف بالواجب الحق فى قتل المرتد . ومن واجب الجلاد قطع رقاب المحكوم عليهم بالقتل ، ولكن تأدية هذا الواجب تعطى الحق فى قطع رقبة المحكوم عليه . على أننا لسنا فى حاجة لهذا التعليل مادامنا نقول ببطالان النصوص القانونية المخالفة للشريعة .

٣٧٨ - (ثالثها) الزانى المحصن : — تعاقب الشريعة الزانى المحصن بالرجم والزانى غير المحصن بالجلد ، وعقوبة الرجم عقوبة متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره ، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره . ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حداى عقوبة مقدرة فقد اعتبر الزانى المحصن مهدر الدم .

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل ، ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها . ولا العقو عنها فإن قتل

الزاني المحصن يعتبر واجباً لا بد منه إزالة المنكر وتنفيذاً لحدود الله^(١) .
ويتفق الرأي الراجح في مذهب الشافعي مع الرأي السابق ، أما الرأي
المرجوح في مذهب الشافعي فيرى أصحابه أن قاتل الزاني المحصن يقتل به ؛ لأنه
قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص ، كما لو قتل رجل رجلاً فقتله غير
ولى الدم^(٢) . ويرد على ذلك بأن الزاني المحصن يباح الدم للجميع لا لشخص
بمبته ، وأن قتله متحتم لا خيار فيه بعكس القاتل فإن معه لا يباح إلا لولى الدم
فقط ، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا .

وإذا كان لا يجوز مؤاخذه من يقتل الزاني المحصن باعتباره قاتلاً ، فإنه لا يجوز
أن يؤخذ باعتباره مفتاناً على السلطات العامة^(٣) بشرط أن تأخذ السلطات العامة
على عاتقها أداء هذا الواجب ، فإذا أهملت في أداء هذا الواجب أو تحملت عنه فليس
لها أن تؤخذ من أداء بحجة أنه مفتان عليها .

ويشترط الشافعيون في قاتل الزاني المحصن أن يكون معصوماً ؛ لأن مهدر الدم
لا يعتبر مهدرأ مثله ، فالزاني المحصن لا يعتبر مهدر الدم للزاني المحصن ، ولا العرتد ،
ولا للحربي ؛ لأنهم جميعاً في درجة واحدة ودمهم جميعاً مهدر^(٤) .

أما إذا كان الزاني غير محصن فعقوبته الجلد فقط ، فمن قتله في غير حالة
التلس اعتبر قاتلاً عمداً وأقيد به ؛ لأنه قتل معصوم الدم ، وهذا متفق عليه بين
الأئمة الأربعة .

وإذا قتل الزاني غير المحصن في حالة التلبس فلا عقوبة على قاتله عند مالك

(١) حاشية الطحاوي ج ٢ ص ٢٦٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٣ -
المفتي ج ٩ ص ٤٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٨٦ .

(٣) المرجع السابق وبصورة أشد كجاء في ١٠٠٠ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٠٠ - شرح القاضيين على الإيجة ج ٥ ص ٣ ، ٢ .

وإبن حنيفة وأحمد ، وحببتهم في ذلك قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان يتعدى يوماً فأقبل عليه رجل يمدو ومنه سيف مجرد ملطخ بالدم حتى قطع مع عمر ، وجاء جماعة في أثره فقالوا : إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته . فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال الرجل : لقد ضربت نخذى امرأتى بالسيف ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته ، فقال لهم عمر : ما يقول الرجل ؟ فقالوا : ضرب بالسيف فقطع نخذى لمرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنتين . فقال عمر للرجل : إن عادوا فقد وأهدر دم القتل .

ويعلل بعض الفقهاء إباحة القتل في حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القتال فيدفعه للقتل ، وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية ، فإن كانت المزنى بها أجنبية فلا يباح القتل ، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل ؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت إلخ .

ولكن أغلب الفقهاء لا يملأون الإباحة بالاستفزاز ، وإنما يملأونها بتغيير المنكر ، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن في حالة التلبس بتغيير المنكر باليدوهو واجب على من استطاعه ^(١) . وأصحاب هذا رأى لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بتغيير أجنبية ، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلاً كان أو امرأة في حالة التلبس مطلقاً ، وهذا هو الرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة ^(٢) .

أما الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منه عن الجريمة إلا بالقتل ، وفيما عدا هذا يعتبر قتله جريمة يعاقب عليها بمقربة القتل العمد سواء كانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن ؛ لأن الاستفزاز

(١) راجع الفقرة ٣٤٥ .

(٢) تبصرة المكالم ج ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٠ ، ٢١ -

الفتاوى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

لا يبيح القتل ؛ ولأن دفع المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر^(١) على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزاني غير المحصن ما دام قد أوج لأنه موافق في كل لحظة^(٢) ويبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل .
و يستوى عند الفقهاء أن يكون القتل لزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بتبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم ، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتل بأدلتها الشرعية ، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق ، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائياً عن القتل العمد .

وليس في القوانين الوضعية الحديثة ما يتفق مع الشريعة الإسلامية في عقاب الزنا ، فليس في هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشريعة ، وقد نهج قانون العقوبات المصري نهج القوانين الوضعية السائدة في البلاد غير الإسلامية ، لكن نصوص قانون العقوبات ، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة ، وهي نصوص باطلة بطلاناً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة صحيحة فقط في كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة . وقد بسطنا هذا من قبل بسطاً وافياً فلا نعود إليه^(٣) .

وإذا كان قتل الزاني المحصن واجباً تلزم به الشريعة الأفراد فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التي نص عليها قانون العقوبات المصري للأسباب التي ذكرناها بمناسبة الكلام على واجب قتل المرتد ، ولا نذكر هذا لتبرير به قتل الزاني المحصن فقتله واجب طبقاً للشريعة ، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة ، وإتماماً لذكر ما نذكر في هذا الشأن نبين مدى اضطراب النصوص القانونية ، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزاني وغيرهما من المهترئين كإفادة السابعة من قانون العقوبات ، وبعضها يحرم

(١) المذهب ج ٢ ص ١٨٦ - الأم ج ٦ ص ١٦ .

(٢) شرح الأنصاري على البهجة ج ٥ ص ١١٣ .

(٣) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

قتل المهديين كنفس المادة ٢٣٠ عقوبات ، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد في الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم .

٣٧٩ - (راب) الخارب : الخارب هو من يرتكب جريمة الخراب أي الإفساد في الأرض أو قطع الطريق كما يسميها البعض أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر .

والجريمة الخرابية أكثر من عقوبة واحدة وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ، أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ المائدة : ٣٣ فقوة الخرابية هي القتل والصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف والنبذ ، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعاً متافئة .

وقد اختلف الفقهاء في أمر هذه العقوبات هل هي مرتبة على قدر الجريمة أم هي على التخيير ؛ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف «أو» فمن رأى البعض أنه جاء للتفصيل والترتيب ، ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير .

ويرى الفقهاء في مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجناية التي وقعت ، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل قطع ، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب^(١) ، ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي^(٢) .

(١) لا يرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل في هذه الحالة ، ويخالفه في هذا صاحباه ، ولأحد رأى يتفق مع رأى أبي حنيفة في هذه القطة ، راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ والنفي ج ١٠ ص ٣٠٥ .

(٢) النفي ج ١٠ ص ٣٠٤ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - أسى الطالب

وعند مالك أن المحارب إذا قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام يخير في قتله أو صلبه ؛ أو قطعه أو نفيه ، ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لأن القتل لا يرفع ضرره وإن كان لارأى له ، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شيء ، من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفي والتعزير^(١) .

والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود ، والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإجتهال تنفيذها ولا بالعفو عنها . ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفي أي العقوبات المقررة حداً لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء^(٢) .

ويترتب على التفصيلات التي ذكرناها أن المحارب يختلف حاله في الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير ، فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب فالمحارب يهدر دمه بالقتل وبالقتل وأخذ المال ، ويهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط ، ولا يهدر منه شيء بإخافة السبيل فقط ؛ لأن العقوبة النفي وهو غير متلف . وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل ؛ لأن العقوبة هي القتل

(١) بداية الجتهاد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٢) المنى الجزء العاشر ص ٣١٥ - بداية الجتهاد ج ٢ ص ٣٨٢ .

أو العصاب وكلاهما عقوبة مختلفة ، وكذلك الحكم في حالة القتل وأخذ المال . أما إذا أخذ المال ولم يقتل ، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى ؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصابه إلا أن له أن يقطع ، فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة ولا يمكن النزول عنه ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شيء . ولو أن للإمام أن يقتله أو يصابه أو يقطعه ؛ لأن للإمام أيضاً أن يتفيه والنفي عقوبة غير متلفة .

ويعتبر الجاني مهذباً على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة . وينبغي على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار في الجاني عند القائلين بالتخيير في العقوبة ؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهذباً من وقت الحكم بعد أن كان مهذباً في طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة ، ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القتل يهدر إهداراً كلياً أو جزئياً من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهذباً قبل ذلك .

وتزول حالة الإهدار بتوبة المخارب قبل القدرة عليه ويعود المخارب موصوماً ، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متمدد إذا كان عالماً بالتوبة ، فإن لم يكن عالماً فهو قاتل أو قاطع خطأ .

ويعتبر قتل المخارب قبل التوبة أو قطعه واجباً لاحقاً ، لأن عقوبات الخرابية من الحدود ولا يجوز تأخيرها ، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلاً ، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلاً .

ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهذباً لا باعتباره قاتلاً أو قاطعاً ، وإنما باعتباره مفتاتحاً على السلطات السامة ، ولكن بشرط لاستحقاق العقاب في هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقاً لمصوص الشريعة .

وإذا كان المحارب مهذباً إهداراً جزئياً كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتله عمداً ، وإذا قطع طرفاً غير الطرف المتحقق فهو مسئول عن قطعه عمداً ما لم يقصد الطرف المتحقق فيخطئ. ويصيب غيره ، فإنه يسأل عن قطعه خطأ .

وإذا قطع الطرف المهذب فأدى القطع إلى الموت فلا مسؤولية على القاطع ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب ، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

٣٨٠ - خامساً - الباغى : الباغى هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الأحكام بالقوة ، أو يمتنع عن الطاعة معتمداً على القوة ، والبنى جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام ولا توجه إلى النظام الاجتماعى ، فإذا كانت الجريمة مقصوداً بها النظام الاجتماعى فهي ليست بغياً ، وإنما هي إفساد فى الأرض ، والنظام الاجتماعى الذى تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره .

ويشترط الفقهاء فى جريمة البنى شروطاً خاصة سبق أن ذكرناها^(١) أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوى شوكة ومنعة ، وأن يبدأوا فى تنفيذ غرضهم بالقوة على رأى أو أن يأخذوا فى التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة .

وإذا توفرت شروط جريمة البنى ، أهدر دم الباغى ، فن قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغى مهذباً حتى تنتهى حالة البنى .

ويختلف مذهب أبى حنيفة^(٢) عن غيره فى أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . أما مالك والشافعى وأحمد فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . والقاعدة عندهم أن الباغى لا يحل

(١) راجع الفقرة ٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - شرح التبديج ٣

ص ٤٦٦ .

(٣٥ - التشریح الجنائی الإسلامی)

دمه غير حرب أو صيال^(١) .

وقتل البغاة واجب في الشريعة لقوله تعالى : ﴿ فقاتلوا التي تبغى حتى تنزل
إلى أمر الله ﴾ وهذا الواجب ماقى على عائق كل فرد ، فإذا خصصت السلطات
العامة أشخاصاً بأعيانهم لقتال البغاة ، فإن هذا لا يمنع غيرهم من أداء الواجب
ولا يسقطه عنهم مادامت حالة البغى قائمة .

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل الباغى على القتل ؛ لأن الباغى مباح
القتل ، ولكن هذه السلطات أن تعاقب القتال باعتباره مفتاناً على السلطات
العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من
يقوم بأدائه .

٣٨١ - سارماً - من عليه القصاص : القصاص في الشريعة هو العقوبة
الأصلية للقتل والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجاني بمثل فعله ،
والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة ، ويقع القصاص على النفس وعلى
مادون النفس ، فإذا وقع على النفس كان قتلاً . وإذا وقع على مادون النفس
كان جرحاً أو قطعاً

ومن أتى فعلاً يوجب القصاص يعتبر مهديراً فيما أوجبه على نفسه بفعله ،
فإن وجب عليه القتل فهو مهدير الدم ، وإن وجب عليه قطع طرف أو جراحة
فهو مهدير في طرفه أو جارحته التي وجب فيها القصاص .

والإهدار في القصاص إهدار نسبي ، فلا يهدر الجاني إلا للجنى عليه أو ونهيه
وفيما عدا ذلك فهو معصوم في حق الكافة ، وعلة نسبية الإهدار في القصاص
أن القصاص حق لا واجب فلا يهدر الجاني إلا لصاحب الحق إن شاء استعماله ،
فالقتل لا يبيح دم القتال إلا لولي القتل ، فإذا جاء أجنبي فقتل القتال ولو بعد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ - النهذب ج ٢ ص ٢٣٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد ؛ لأنه قتل شخصاً معصوم
الدم في حقه ؛ ولأن من اعتدل أن يعفو ولي الدم عن المحكوم عليه فيمتنع
تنفيذ الحكم . وهذا هو رأي جمهور الفقهاء^(١) .

والأصل في الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان ، ولا يستثنى
من هذا الأصل إلا القصاص فلا يجزى عليه أو وليه أن يستوفى العقوبة بنفسه .

ومن المتفق عليه أن لولي الدم أن يستوفى القصاص بنفسه في القتل بعد الحكم
بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان
وبشرط أن يكون ولي الدم قادراً على الاستيفاء ومحملاً له ، فإن كان عاجزاً
عن الاستيفاء ، أولاً يحسنه جاز له أن يوكل من يتوفر فيه هذان الشرطان وليس
ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفاً مخصصاً لهذا الغرض .

أما القصاص فيما دون النفس فيختلف عليه ، فيرى مالك والشافعي ورأيهما
وجه في مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون
النفس بأي حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد
القتل أن يحيف على الجاني أو يجني عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى
القصاص من يحسنه من الخبير ، ويقول مالك في هذا : « أحب إلي أن يولى
الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان
عدلاً »^(٢) .

ويرى أبو حنيفة ورأيه وجه في مذهب أحمد أن للمجنى عليه أن يستوفى
القصاص بنفسه فيما دون النفس ؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كباقي الحقوق

(١) المفاتيح ج ٩ ص ٣٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - الصرح الكبير

ما دام يحسنه ، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيراً بالقصاص . والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحد لا يرون مانعاً من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفي نيابة عن لا يحسنون الاستيفاء^(١) .

والأصل في تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ [الإسراء : ٣٣] والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة وفي الوقت المحدد للتنفيذ .

وفي الوقت الذي منحت فيه الشريعة ولي الدم حق القصاص فإنها منحتة حقاً آخر هو حق العفو عن القصاص ، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجاناً : فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجاني بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل .

وقد حرضت الشريعة ولي الدم على العفو بمختلف الأساليب ، فجعلت للعاقب أن يعفو على مال يأخذه ، ووعدته بانثواب في الآخرة وبرضاء الله جل شأنه ، من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله ﴿ والمغفون عن الناس والله يحب المحسنين ﴾ [آل عمران : ١٣٤] واعتبرت الشريعة العفو رحمة من الله للناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء ، فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ [البقرة : ١٧٨] وروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو .

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولي الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التي كانت سائدة في الشعوب الهمجية ، ولكنها فكرة خاطئة لا تقوم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

على أساس صحيح ، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض وإنما كانت تنظر قبيل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم ، وإلى مصلحة الأفراد والجماعة ، شأنها في كل ما جاءت به من مبادئ ، وما قررته من حقوق أو فرضته من واجبات .

وليس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة في الإنسان ، وأنهم ما تنفقت طباعه وهذبت غرائزه فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره ، وليس أيضا من يجادل في أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعنف عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لانتقمه عنه مانع .

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير قصاص عقوبة للقتل من مصالحة الجماعة لأن القتل أبقى للقتل ؛ ولأن في القصاص حياة ، ومن المبادئ المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدي إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادئ السليمة المسلم بها قررت الشريعة حق ولى الدم في أن يقتص بنفسه ، لترضى بذلك نزع الانتقام السكامة في أغواره ، ولتحول بيده وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبة ، أو أن يرى العقوبة التي تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القتال .

وعلى نفس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو ، فبعد أن مكثه من القصاص كل المتمكين . وسلطته على الجاني إلى هذا الحد ، حيث إليه العفو ، ودعته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال ، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعده رضاه الله وحسن ثواب الآخرة حتى إذا ما عفا بعد هذا كله فقد عفا بنية صحيحة ، وانمحت السخائم والحزازات وحل الروثام محل الخصام وهو العامل الفعال في حفظ الأمن وإقرار النظام بين الجماعات ،

والسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائماً من العقوبات بشرط أن لا تنصل إلى القتل .

فالتسوية إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس ، وإحلال الوثام محل الخصام ، وحفظ الأمن والنظام ، وتقليل الجرائم ، وحمل الناس على احترام الأحكام ، ومنعهم من التكفير في الانتقام لأنفسهم وأهليهم ، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف في عقوبة الإعدام بقدر الإمكان .

وحق القصاص حق لا يتجزأ ، أما حق العفو فحق قابل للتجزئة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، ويترب على هذا الرأى أنه لو عفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقيين في القصاص . ولكن مالك يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضاً ويترب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر ما لم يكن من جميع أولياء الدم ، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص .

وأبسط الصور في استعمال حق القصاص أن يحكم على الجاني بالعقوبة ، فإذا حان موعد التنفيذ نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره في تنفيذها ، ومن السلم به أن لا مشولية على ولى الدم في هذه الحالة ، وأن فعله ليس جريمة ؛ لأنه يستعمل حقاً قرره له الشارع .

لكن يحدث أن تملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجاني أو بعد الحكم وقبل ميعاد التنفيذ ، كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثرات ثم يعود فيرى القصاص خيراً له فيقتص بعد العفو ، وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر ، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقيين وفيهم من يرى العفو ، فهل يعتبر مباشر القصاص في هذه الحالات مستعملاً حقاً أم مرتكباً لجريمة ؟ وهل يعنى من العقوبة أم يؤاخذ على فعله ؟ ذلك ما ستبينه فيما يلي مبتدئين أولاً بحكم هذه

الحالات في القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل .

٣٨٢ - أورد : حكم قتل الجاني :-

(١) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ :- إذا قتل ولي الدم الجاني المستحق للقتل قصاصاً ، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه لاقتل ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً له ومارس حقاً قرره له الشارع ، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب ، وعلى افتيائه على السلطات العامة التي جعلت لممارسة حق القصاص وقتاً مميّناً ، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيائات بالعقوبة التعزيرية التي تراها مناسبة^(١) .

و يشترط في حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجاني ، فإن لم يثبت اعتبر ولي الدم قاتلاً متعمداً

وظاهر مما سبق أنه لا فرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجاني ، وعلّة ذلك أن حق ولي الدم في القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل ، لامن وقت الحكم بالقصاص . فولي الدم حين يقتل الجاني قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه في القصاص الذي ثبت له من وقت ارتكاب الجاني جريمة القتل .

والمفروض في المسألة أن ولي الدم واحد ، أو أنهم متفقون إذا كانوا متعددين على قتل الجاني . أو ليس فيهم من يرى العفو عنه .

(ب) القتل بعد العفو :- يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص ؛ لأن القصاص لا يتعزراً فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص ولا يمكن إحياء بعض الشخص و قتل بعضه . وعلى هذا إذا قتل الجاني من لم يعرف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ - شرح البيهقي ج ٥ ص ٢ .

جريمة قتل عفوئتها القصاص عند أبي حنيفة وأحمد ، أما الشافعي فيفرق بين حالتين : أولاهما حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود . وفي هذه الحالة يرى وجوب القصاص . وثانيتهما : إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود ، وحكم هذه الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية^(١) .

فإذا قتل ولي الدم الجاني بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل ، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص ، وتكون العقوبة الدية في رأى أبي حنيفة وأحمد ، وفي مذهب الشافعي رأيان : رأى يقول بالقصاص ، ورأى يقول بالدية ، وحجة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله ، وحجة القائلين بالدية أن حق ولي الدم ثابت في القصاص ، والأصل بقاؤه ، فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه في القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد .

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ ، وأن العفو لا يعتبر موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص ، فإن عفا أحدهم فإن عفو لا يسقط حق الآخرين في القصاص ، فإذا اتص أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقين فلا مسئولية عنيه : لأن عفو هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص ، ولكن هذا لا يمنع من تعزيز المقتص إذا كان في عمله اقتيات على السلطات العامة^(٢) .

(ح) القتل قبل استئذان باقي الأولياء : إذا قتل الجاني أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقي الأولياء ، فالولي أو الأولياء القائلون مشمولون جنائيا عن القتل ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك وإن كانوا قد اختلفوا في عقوبة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢١٨ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٦٦ — المهذب ج ٢ ص ١٩٧
المنى ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .
(٢) المنى ج ٩ ص ٤٦٦ .

الولى القاتل ، فأبوحنيفة وأحمد لا يريان الاقتصاص من القاتل ؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتل فكان هذا شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية بدلا منه ، ويتفق هذا الرأي مع رأى الراجح فى مذهب الشافى ، أما رأى المرجوح فى مذهب الشافى ، فيرى أصحابه أن يقتص من الولى ؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له ، قياساً على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتص منه ، ويرد أصحاب رأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح ؛ لأن الشريك لا يقتص منه لإتلاف بعض المقتول وإنما لأنه أتلفه كله ، ويرى البعض القصاص من الولى ؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لا يستحق منه شيئاً إذ لا يستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقاً بموافقة بقية الأولياء ، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه ؛ لأن القصاص لا يجرأ من قتل القاتل فقد أتلفه كله دون أن يستحق فيه شيئاً ؛ لأن عدم الإذن منع من استحقاق كله ، ومن لا يستحق كله لا يستحق بعضه^(١) .

أما مالك فلا يرى عقوبة القاتل أصلاً ؛ لأنه فعل حقه وحقه القصاص^(٢) وأساس رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضرورى ؛ لأن أحدهم قد يعفو ، أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لا يستط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص ، ولهذا كان القاتل مستعملاً حقه فى القصاص .

(د) القتل من العاقب : - إذا كان القاتل هو نفس العاقب فهو مسئول عن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ - الدرر الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ و ٣٨٧ .

(٢) الدرر الكبير للردري ج ٤ ص ٢١٢ .

فله ، ويعتبر قاتلاً عمداً باتفاق^(١) وعقوبته القصاص سواء عفا مجاناً أو على مال^(٢) لأن الجاني بالعمو عنه صار معصوم الدم .

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلف ولى الدم جارحة أو عضواً من الجاني ثم عفا عنه ولم يقتله مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلف في رأى أبي حنيفة وأحمد ؛ لأنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مشمول عما استوفاه بغير حق ؛ لأن حقه في القتل لاقى القطع ، وكان القياس أن يقتصر منه إلا أن القصاص درىء للشبهة « شبهة أن له تلف الطرف تبعاً للنفس » وإذا درىء القصاص وجبت الدية . ولكن حقه في الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة ، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لا قبل ذلك ، فإذا قتل ظهر حقه في الأطراف تبعاً ، وإن لم يقتل لم يظهر حقه في الطرف لأصلاً ولا تبعاً ، ومن هذا يقين أنه استوفى غير حقه^(٣) .

ويرى الشافعي ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي أن من يتلف جارحة أو عضواً من الجاني لا يسأل جنائياً إذا عفا عن القتل ، وبهز إذا لم يعف عن القتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله ، وحجتهم في عدم المسؤولية في حالة العفو أنه قطع طرفاً أو أطرافاً من جملة استحقاق إتلافها ، ومن له إتلاف الكل لا يصح أن يؤخذ على إتلاف البعض^(٤) .

ويرى مالك مسؤولية الولي إذا أتلف جارحة أو قطع عضواً من الجاني

(١) المنصوص بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة ولكن هناك من يرى غير رأيهم فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزير القاتل .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٥٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ - المنقذ ج ٩ ص ٤٦١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١

(٣) المنقذ ج ٩ ص ٣٩١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٠٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٤ .

سواء عفا عن القتل أو لم يعف ، وعليه في ذلك القصاص ؛ لأن الجاني يستفاد له ومنه وتعقل جراحاته ما لم يقتل^(١) .

٣٨٣ - (ثانياً) حكم ما روره الفتل :

إذا وجب على الجاني قصاص متلف فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجاني غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص في حدود ما يستحقه فقط ، فليس مستحق القصاص أن يقطع غير العضو المائل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قلع العضو المائل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتمجبه بالقصاص . أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسئول عن القطع ؛ لأن الجاني معصوم في حقه ولم يهدر إلا للجنى عليه أو وليه .

وإذا قطع المستحق طرفاً من الجاني في الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجاني منه فلا يسأل المستحق عن الموت ؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص وهذا هو رأى الشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مأذون فيه ولا يعتبر جريمة وما تولد عن مباح فهو مباح ، فضلاً عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لا بد منها ، فهو محل منتهى العقوبة النتائج التي تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت باعتباره قاتلاً شبه متممد ، وحجته أن الفعل المأذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئوليته^(٢) .

أما مالك فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص في الأطراف لنفسه إلا أنه يمتنع للمصاحبة العامة ، مع التسليم بأنه صاحب حق في القصاص

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٥ - المدونة ج ١٦ ص ٢٢٢ - المغني ج ٩ ص ٢٩١

(٢) المغني ج ٩ ص ٢٤٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٧ -

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

والمبدأ العام عند مالك أن سرية القود غير مضمونة أى : لا يترتب عليها مسئولية جنائية ، وعلى هذا فإذا اقتصر شخص لنفسه في طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السرية ولكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة^(١) .

وما ذكرناه عن أحكام العفو في القتل وحالاته المختلفة ينطبق على العفوعن القصاص فيما دون النفس وليس ثمة ما يدعو لتكراره هنا .

٣٨٤ - (سابقاً) الساروق : كل من ارتكب سرقة يجب فيها النطق يعتبر غير معصوم بالنسبة للمضو الذي يجب قطعه ، أما ما عدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها ، وعلّة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهي حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير ، ولهذا كان القطع واجباً لاحقاً ، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإقامته ، ولا يحق هذا الواجب إلا بأدائه فعلاً .

ويترتب على ما سبق أنه لو عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التي يجب قطعها فإنه لا يعاقب على القطع ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم وأدى واجباً تفرضه الشريعة عليه ، فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يعاقب على القطع في ذاته ، ولكن لا يجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع باعتباره مفتاتحاً إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب^(٢) .

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبت السرقة بعد ذلك ، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع^(٣) .

(١) بداية المجتهد ج ٣ ص ٣٤٢ - المغني ج ٩ ص ٤٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٤١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

وإذا سرى القطع إلى النفس مات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت إلا إذا كان مسئولاً عن القطع ، فإن كان مسئولاً عن القاطع فهو مسئول عن قتله عمداً وإن لم يكن فلا مسئولية ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

والفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة أن القصاص حق للغتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو فضلاً عن أن استعمال الحق عند أبي حنيفة مقيد بشرط السلامة . أما القطع للسرقة فواجب ؛ لأنه حد وإقامة الحد واجبة على كل فرد ولو أن نائب الجماعة تخصص بإقامتها فضلاً عن أن الضرورة تقتضي التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لاتتعطل إقامة الحدود^(١)

ويشترط الشافعية في القاطع أن لا يكون مهذباً تطبيقاً لقاعدتهم الخاصة وهي أن غير المعصوم معصوم على أئذاده ، وهي قاعدة لا يطبقها إلا الشافعيون ويرى بعض الشافعية أن السارق معصوم إلا على الجني عليه في السرقة ، ويعتبرون القطع حقاً للعجنى عليه وهو رأي مرجوح^(٢) .

الفرع السادس

في حقوق الحكام وواجباتهم^(٣)

٣٨٥ - وإيما الحكام : تضع الشريعة واجبات على عاتق الساطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة ، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ - البحر الزمان ج ٨ ص ٣١٩ .

(٢) شرح البيهقي ج ٥ ص ٣ .

(٣) للحكام بصفتهم أفراداً كل حقوق الأفراد وعابهم كل الواجبات التي سبق بيانها ، والسكنهم بصفتهم حكماً لهم حقوق وعابهم واجبات من نوع آخر ، وقد خصصنا هذا البحث لهذه الحقوق التي يميز بها الحكام وتلك الواجبات التي يعاملونها .

المعمومين على اختلاف درجاتهم كل فيما يختص به . فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائياً ولو كان الفعل الذي قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة ، فالقتل مثلاً محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة ؛ لأن العقوبة ليست عدواناً ؛ ولأن من واجب القاضي أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها ، والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين ، ولا مسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلاً ؛ لأن الحكم واجب على القاضي والتنفيذ واجب على المنفذ ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه .

والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل . أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لاحق له فيه ، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتياءه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة إقامة الحدود ، فلا خلاف بين الفقهاء في أن إقامة الحدود واجبة ، وأن حاشا للحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدي إليه من تلف ؛ لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ؛ ولأنه لا بد للكاف بالواجب من إتيائه ، فمن أقام حد الزنا على محصن فضربه مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت ، فإذا تعدت الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائياً في الحالين ، وهو مسئول عن الزيادة في الحالين ولو لم يؤد الضرب للموت . وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه وإنما المسئولية على الإمام ، فإذا كان عالماً بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتصر منه في كل ما تعده من

(١١) المغني ج ١٠ ص ٣٣٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢٥٦ -

جور فخار به على الناس ، فإذا قتل إنساناً قتل به ، وإذا قطع إنساناً قطع به سواء
بأمر القتل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظملاً بالقتل أو
القطع^(١) .

وكما يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه ، لكنهم اختلفوا في ضمان
الخطأ ، فرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقبته ؛ لأنه ضمان واجب بحضرة
فصوليته عنه كمنولية أى مخطيء . ورأى البعض أن ضمان الخطأ في بيت المال
لأن خطأ الإمام بكثير فلو وجب الضمان في ماله ومال عاقبته لأجحف بهم فضلاً
عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه^(٢) .

ويطبق مالك وأبو سنيعة وأحمد القاعدة السابقة في التعازير ، فيروز أن
لا عقوبة ولا ضمان على حاكم عزر إنساناً إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت
المحكوم عليه ، سواء كانت العقوبة في ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام ، أو كانت
غير مهلكة كالجلد ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه ، ورأى هؤلاء الفقهاء
قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها عليه ، وأن
التعزير واجب لحفظ سلامة الأفراد وصيانة نظام الجماعة والواجب غير مقيد
بشرط السلامة إذا أدها المكاتب به في حدوده المشروعة ولم يعتمد الزيادة عليه
ولم يحدث منه خطأ في أدائه^(٣) .

أما الشافعي فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عزره فمات أو
كانت العقوبة التعزيرية هي الموت ؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح
الكبير ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - المدونة ج ١٦ ص ٥٧ -
الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ - الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٤٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٦ - شرح فتح القدير ج ٤
ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

عن العقوبة كما أن من حقه اختيار العقوبة للملائمة للجريمة والمجرم ، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك فكان مشروطاً بسلامة العاقبة فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلا فهو مسئول عن ضمان الجاني .

ويدخل في التعزير عند الشافعي حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة ، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسؤولاً ؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة .

ويحتج الشافعي في ترتيب المسؤولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن علياً - رضي الله عنه - قال : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي شيئاً أن الحد قتله إلا حد الخمر فإن رسول الله لم يسنه لنا . كما يحتج بأن علياً أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر فمزعت وألقت جنينها حين أرسل إليها وقد عمل عمر بمشورته ، ويحتج أيضاً بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير التعزير واجباً في كل حال ، وأنه عفا عن الجرم وعفا عن العقوبة في جرائم التعزير (١) .

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدأ الذي تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعي ، ولكن رأى الشافعي يؤدي إلى مبدأ اجتماعي صالح إذ يروض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلهم الذي يموت في أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته ، ولا شك أن مثل هذا التعميد يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة

٣٨٦ - حقوق المحاكم : - للحكم في الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق

ولكن لهم فوق ذلك حق الأمر على الأفراد ، واستعمال هذا الحق يؤدي إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق

(١) أنسى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ١٠٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٨

وذلك الواجب في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ [النساء : ٥٩] وحق الأمر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق ، فإيس لأمر أن بأمر بما يخالف الشريعة ، وليس للأمر أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفاً أو غير موظف . وذلك ظاهر من قوله تعالى ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخلق » وقوله : « من أمركم من الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه » .

فأمر الحاكم في الشريعة لا يخلو الأمور من المسؤولية ولو كان المأمور موظفاً . وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل يخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرءوس عقوبة الفعل الذي أتاه ، لأن أمر الرئيس في هذه الحالة يعتبر أمراً غير ملزم لا تجب طاعته ، لأنه صدر فيها لا سلطان للرئيس فيه ، وإيس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسؤوليته .

وإذا كان الفعل محرماً ولو سكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر معتقداً أنه غير محرّم فلامسؤولية على المأمور لحسن نيته بشرط أن يكون الفعل داخل في اختصاص الأمر ، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية^(١) . وإذا أكره الرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلدته بغير حق فأتاه فكلأها مسئول جنائياً عن الفعل ، ولا يعنى الإكراه المرءوس من المسؤولية ولو كان الإكراه مانعاً ، إذ الأصل في الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعنى المكروه من العقوبة . وإذا كان الإكراه الملجئ لا يعنى من العقوبة فالإكراه الأدبي لا يعنى منها من باب أولى . والواقع أن الشريعة لا ترى في مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر يخالف للشريعة .

(١) الفرج الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٧ وما بعدها -

شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠

(٣٦ - التصريح المجتنب للإسلامي)

وإذا كان الأمر يعتقد حل الفضل الذي أمر به وكان المأمور لا يعتقد حله
ثم نفذه بالرغم من ذلك فإن عليه المشولية دون الأمر .

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندي فصفة المأمور
لا تعمل له ارتكاب فعل محرم وصفة الأمر لا تبيح له أن يأمر بما ليس من حقه .

٣٨٧ - بين الشريعة والقانون : وحكم الشريعة في حق الأمر وواجب
الطاعة يتفق مع أحدث النظريات في القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين
من تفرقة بين حالة الجندي وغير الجندي ، فإنها لا تسمح للجندي بمخالفة أوامر
رؤسائه فيها هو ظاهر أنه من اختصاصهم ، بينما تسمح لغير الجندي بمخالفة أمر
رئيسه إذا رأى أن الأمر مخالف للقانون . والشريعة لا تقبل هذه التفرقة ؛
لأنها تحرم تحريماً قاطعاً طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جندياً
أو غير جندي ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين في هذه الناحية لأنها
تشجع المرءوس على قول الحق ، وعلى سلوك السبيل السوي ، وتجعل الرئيس
في حالة عجز عن مخالفة التشريع ؛ لأنه لا يجد من ينفذ أمره ، وفي ذلك خير ضمان
للمحكومين والحاكمين على السواء .

المبحث الثاني

أسباب رفع العقوبة

٣٨٨ - ما يرفع العقوبة : ترفع العقوبة عن الفاعل في أربع حالات هي :

(١) الإكراه (٢) السكر (٣) الجنون (٤) صغر السن .

وفي كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلاً محرماً الشارع ويعاقب
عليه ، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا في فعله ، فأساس

الإعفاء من العقوبة صفة قائمة في شخص الفاعل . بمكس الأمر في أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة في الفعل لا تجمله محرماً ، وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة وبين أسباب الإباحة بأن الإعفاء يرجع لصفة في الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة في الفعل .
وسنخصص فيما يأتي مبحثاً لكل حالة من حالات رفع العقوبة .

الفرع الأول

في الإكراه

٣٨٩ - تعريف الإكراه : - يعرف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره . وبأنه فعل يوجد من المكروه يحدث في المحل أى المكروه معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه . وبأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث يتفق به الرضا^(١) .
وبمعرفة البعض بأن ما يفعله بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢) . ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكروه قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر الماقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلب على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه^(٣) .

٣٩٠ - أنواع الإكراه : - الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس ويسمى إكراهاً تلماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ١٧٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) أحسن المطالب وحاشية الشهاب الرمل ج ٣ ص ٢٨٢ .

التلف عادة كالحبس والتقييد لسدة قصيرة ، والضرب الذي لا يخشى منه التلف ويسى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(١) .

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التي تحتاج إلى الرضاء كالبيع والإجازة والإقرار فلا تأثير له على الجرائم .

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضا والاختيار مما كارتكاب الجرائم ، فمن أكرهه على جريمة زنا مثلاً ينبغي أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره ، والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ورأيهم مرجوح أن الإكراه يقتضى شيئاً من المذاب مثل الضرب والتلحق وعصر الساق وما أشبهه ، وأن اتعود بالمذاب لا يكون كرهاً ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما عظوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم ما طابوا فاتمى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يسبح الدموع من عينه ويقول : « أخذك للمشركون ففضوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون أيضاً بما قاله عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمته أو ضربته أو أوثقته . فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكروه فيجعله على إتيان ما أكرهه عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذى يأتیه المكروه فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم^(٢) .

ويرى أصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى ، فيرون أن النوع ينفرد به إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً إلا بالوعيد بالتمذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة

(١) البحر الرائى ج ٣ ص ٨٠ .

(٢) المنى ج ٨ ص ٢٦٠ - الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٠ .

عاقبه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى منه شيئاً بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف فأنهى يندفع إذن بإتيان الفعل المكروه عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلاً^(١)

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ، ويصح أن يكون معنوياً ، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعاً ، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

٣٩١ - شروط الإكراه : يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر الفاعل مكرهاً :

أولاً : - أن يكون الوعيد ملجئاً - أى مما يستتضر به ضرراً كبيراً - بحيث يعدم الرضاء كالقتل والضرب الشديد والقيود والحبس الطويلين وتقدير الوعيد الذى يستتضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكروه عليها ، فقد يكون الشيء إكراهاً فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدداً أسوأ والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحدة ، والبعض قد يرحب بكماله فى السجن أمداً طويلاً ، والبعض قد يضار ببثائه فى السجن ليلة واحدة ، والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يعتبر إكراهاً فى جريمة القتل ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى جريمة الشرب أو السرقة ، والضرب اليسير فى حق من يبالي به ليس إكراهاً ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجهه يكون إكراهاً بصاحبه وعضالة وشهرة فى حقه .

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - أسنى الطالب ج ٣ ص ٢٨٢ ،

٢٨٣ - مواهب الجنان ج ٣ ص ٤٦٠ ، ٤٥٠ .

والتهديد بالثَمِّ والسب والقذف ليس إكراهاً باتفاق^(١).

وأمر صاحب السلطان يعتبر في ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد إذا كان المفهوم أن جزاء المخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أو الحبس والقيود الطويلين . وأمر من لا سلطان له لا يعتبر إكراهاً إلا إذا كان للمأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الأمر قد اعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره^(٢).

وأمر الزوج أيرجته في حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة ، فإن أطاعت وهي لا تخشى شيئاً من هذا فلا يعتبر الأمر إكراهاً^(٣).

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكروه وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف ، فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(٤) ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكروه ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية^(٥) ، ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب^(٦).

وَالْوَعِيدُ بِإِتْلَافِ الْمَالِ إِكْرَاهٌ عِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدٌ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَالُ يَسِيرًا فَإِنْ كَانَ الْمَالُ يَسِيرًا فَلَا إِكْرَاهَ ، وَتَقْدِيرُ مَا إِذَا كَانَ الْمَالُ يَسِيرًا أَوْ غَيْرِ

(١) المغني ج ٨ ص ٢٦١ - مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٥ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٥ - أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرمل ج ٣ ص ٢٨٣

(٦) الإذاع ج ٤ ص ٤ .

يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه و مقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر^(١) .

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسدياً بصاحبه ؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراهاً ، وأصحاب هذا الرأي يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً ، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفي عندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستتفر بإتلافه ضرراً كبيراً^(٢) .

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أي غير مشروع فإن كان الفعل المهدده مشروعاً فلا يعتبر الفاعل مكرهاً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتدب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان في حالة إكراه ؛ لأن الفعل الذي هدد به مشروع فلا يعتبر أن التهديد هو الذي حمل على الفعل بل يعتبر أنه قد أتى الفعل بحض رغبته^(٣) .

ثانياً — أن يكون الوعيد بأمر حال^(٤) بوشك أن يقع إن لم يستجب المكره فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه ، لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس في الوعيد غير الخال ما يحمله على المصارعة بارتكاب الفعل ، ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالاً أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - الإقناع ج ٤ ص ٤

الفتى ج ٨ ص ٢٦٦ -

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ -

(٣) حاشية ابن عابدن ج ٥ ص ١٢٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ - الفتى ج ٨ ص ٢٦٠

(٤) حاشية ابن عابدن ج ٥ ص ١٠٩ -

ثالثاً - أن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده ، لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكره قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه . ولا يشترط في المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف ؛ لأن العبارة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره .

رابعاً - أن يغيب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به ، فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعده به ، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك فإنه لا يعتبرها مكرهاً . ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة .

٣٩٢ - حكم الإكراه : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم ، ففي بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر ، وفي بعضها ترتفع المسؤولية الجنائية ويباح الفعل ، وفي بعضها تبقى المسؤولية الجنائية وترتفع العقوبة ، فالجرائم بالنسبة للإكراه على ثلاثة أنواع :

- (١) نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به .
- (٢) نوع يبيحه الإكراه فلا يعتبر جريمة .
- (٣) نوع يرخص به الإكراه فيعتبر جريمة ولكن لا يعاقب عليه .

٣٩٣ - الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه : اتفق الفقهاء على أن الإكراه المنعنى ، لا يرفع العقوبة على المكره إذا كانت الجريمة التي ارتكبها قتلًا أو قطع طرف أو ضرباً مهلكاً^(١) وحجبتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الأنعام : ١٥١] وقوله : ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ [الأحزاب : ٥٨] ويطعن عقاب المكره بأنه قتل المحنى عليه متعمداً ظالماً لاستبقاء نفسه معتقداً أن في قتله نجاته نفسه وخلاصه من شر المكره .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٢ ، ٧٧ .

والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها الإكراه لإقتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مملوكاً ، فإنه كبيرة والتساهل فيها يؤدي إلى خطر جسيم ، ولذلك يتشددون في هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة في هذه الجرائم . ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة فالك وأحمد يريان القصاص من المكرة^(١) . وفي مذهب الشافعي وأبان أرجحهما يرى القصاص والثاني يرى أنه يجب أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص^(٢) وفي مذهب أبي حنيفة^(٣) . اختلاف على العقوبة فزفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكرة أي عقابه بالعقوبة التي يراها الشارع ملائمة ، وأبو يوسف يرى الدية على المكرة .

ونظرية فقهاء الشريعة في عقاب المكرة على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تنفق تماماً في النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية القانونية من شرح القوانين الوضعية ، وهم الذين يرون أن في حالة الإكراه بتعارض حقان أو مصاحتان ، وأن التفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذي يهدده ، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير ، ولا يرون العقاب إذا نهي بالأقل قيمة كتضحية رخيص لإحياء شخص جانيح ، أما إذا تساوت المصاحتان أو نهي بأكبرهما قيمة فبرون عقاب التفاعل^(٤) . وقد طبقت هذه النظرية في إنجلترا في حادث ملخصه أن يمتنا غرق ونجا من ركابه القبطان وآخر وخادم ، واستقنوا قارباً للنجاة فيقوا به ثمانية عشر يوماً يقاسون أشد الآلام ، وبعدها اتفق القبطان ويريقه

(١) . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - نفى ج ٩ ص ٣٤١ - الإنصاف ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٧ - المهذب ج ٣ ص ١٨٩ .

(٣) بدائع الصالح ج ٧ ص ١٧٩ .

(٤) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ .

على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه وقتلاه فعلا ، فحكم عليهما بالإعدام
ثم استبدل بالإعدام الحبس .

٣٩٤ - الجرائم التي يباح فيها الفعل : يرفع الإكراه المشولية الجنائية
في كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه في حالة الإكراه كأكل الميتة وشرب الدم ،
لقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [الأنعام :
١١٩] . ولقوله : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة : ١٧٣]
فأكل الميتة وشرب الدم كلاهما محرم في غير حالة الإكراه ، ولكنه يباح إذا
أكره الإنسان عليه ، ومن ثم فلا مشولية على إتيان الفعل ولو أنه محرم أصلا ،
لأن التحريم يزول بالإكراه ، بل إن المسكره ليأثم فيها بينه وبين ربه طبقاً
للرأى الراجح إذا امتنع عن مطووعة المسكره ؛ لأنه يلقى بنفسه في التهلكة بامتناعه
وعدم مطاووعته^(١) .

ويشترط في الإكراه الذي يرفع المشولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون
إكراهاً عاجلاً ، فإن كان ناقصاً فإنه لا يحل الفعل فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه .
ويتكمن معرفة الأفعال التي يرفع فيها الإكراه المشولية الجنائية من مراجعة
النصوص التي حرمتها ، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهي من
هذا النوع ، وإن لم تكن أحلتها فهي ليست منه . وعلى كل حال فهذه
الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب
الدم والنحاسات .

ويختلف الفقهاء في شرب الخمر فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون أن
الإكراه يبيح الفعل ، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ - المهذب ج ٢ ص ٢١٥ وما بعدهما - مواهب الجليل

الفعل فيظل الفعل محرماً على أصله . ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف أى لانعدام الاختيار^(١) .

مسئولية المذنب عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن فعل مباح ، والإكراه في هذا النوع من الجرائم يحل الفعل ، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنياً عن الجريمة في ذاتها ، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعل ضرراً بالغير ، فليحتم الخنزير مثلاً بحرم أصلاً ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم ، ولا يعتبر تناوله جريمة ولا مسئولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا اشترى اللحم أما إذا غصبه أو سرقه من يملكه فإنه يسأل مدنياً قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم وإنما هي عن النصب أو السرقة . وكلاهما جريمة لا يعاقب عليها للإكراه ، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمتين .

٣٩٥ - بين الشريعة والقانون . وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية

في أنها تجعل الإكراه مبيحاً لبعض الأفعال المحرمة ، بينما القاعدة في القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط ، والواقع أن الأفعال التي يبيحها الإكراه في الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلاً ؛ لأن في إتيانها ضرر من إتياها ، فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شيء ، فهي أفعال محرمة لصحة الفاعل للمصلحة الغير ، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تحريمها لإلحاق ضرر أكبر بالفاعل أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التحريم ، أما ما عدنا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتياها أو أنها مختاراً فإن

(١) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٥ ص ٣١٨ وبصورة الحكم ج ٢ ص ٢٢٧

الفعل يمس مصلحة الذير ، فأساس التحريم قائم في حالتي الإكراه والاختيار ، ومن ثم بقي الفعل جريمة في الحالين ، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكره فقد رقت عنه عقوبة الفعل للإكراه .

ولعل منطق الشريعة في هذه الناحية أدق من منطق القوانين الوضعية التي تسوى في الحكم بين الجرائم جميعاً وإن اختلف أساس التحريم فيها . فالقانون المصري مثلاً يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السبخانة^(١) والحكمة في تحريم الاستعمال المحظوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد فيحرض الآكل ، فإذا اضطر الجوع إنساناً لياً أكل من هذا اللحم اعتبر فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلاً المحافظة على حياة الآكل ، وبالرغم من أن تحريم الفعل في حالة الاضطرار يؤدي إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم في هذه الحالة منعدمة . وهكذا لا نجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة في جانب الشريعة .

٣٩٦ - الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة : يرفع الإكراه التام العقوبة في كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق مع بقاء الفعل محرماً على أصله ، وعلة ذلك أن المكروه لا يأتي الفعل راضياً عنه ولا مختاراً له اختياراً صحيحاً ، والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان مدركاً مختاراً ، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل . فالسبب في الإعفاء راجع إلى الشخص لا إلى الفعل في ذاته . ومن ثم رقت العقوبة عن الفاعل وبقي الفعل محرماً .

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكروه أن يكون الإكراه تاماً ، فإن كان ناقصاً لم ترتفع العقوبة ، ويستوى أن يكون الإكراه التام مادياً أو معنوياً .

(١) المادة الأولى من لائحة السبخانات .

ومن الجرائم التي تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة وإتلاف
 مال الغير ، فهذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا
 أكرهه الإنسان على إتيانها إكراهاً تاماً ، لقوله تعالى : ﴿ لا إيمان أكرهه وقلبه مطمئن
 بالإيمان ﴾ [النحل : ١٠٦] ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة
 لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » .
 واختلف الفقهاء في زنا الرجل فقال أبو حنيفة أولاً : إن الرجل لا يزني
 إلا منشراً ، والانتشار دليل على الشهوة والاختيار ، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه
 العقوبة ، ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي ؛ لأن الانتشار قد يكون دليل
 انفعالية لا دليل الاختيار ^(١) . وفي مذاهب مالك والشافعي وأحمد من يرى
 رأي أبي حنيفة الأول ولكنهم قلة ورأيهم مرجوح ، والرأي الراجح في المذاهب
 الثلاثة هو أن الإكراه يعفي الرجل من عقوبة الزنا ؛ لأن التهديد والتخويف
 يكون على ترك الزنا لا على إتيانه ، والفعل في ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع
 الانتشار ^(٢) .

أما المرأة المكروهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق ، لقوله عليه السلام :
 « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وقد جرى العمل بهذا
 من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده
 فذراعتها أخذ ، ولا فرق في حالة المرأة بين الإكراه بالإلجام أي أن تغلب على أمرها
 بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه اللادى وبين أن تكره بالتهديد وغيره
 وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوي ، ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت
 فاستسقت راعياً فأنى أن يسقيها إلا أن تمكته من نفسها ففعلت ، فلما رفع أمرها
 لعمر استشار علياً رضي الله عنهما فأنقذ علياً بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله تعالى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

(٢) مواهب المذنب ج ٥ ص ٢٩٤ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٩١ - المغني ج ١٠ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فلم يماقبها عمر .

حكم المسؤولية المدنية : يسأل للمكروه مدنياً في هذا القسم عن الأضرار التي أصابت غيره من الجريمة التي ارتكبها ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة أي أن الاعتداء عليهم المحرم - وأن الأضرار الشرعية لا يبيح عصمة الخلل - أي أن ما اعتبره الشارع عذراً للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم - فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التي سببها له بإنحاء نفسه من الملكية والضرر .

وتتفق الشريعة في هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصري الذي ينص على رفع العقاب عن ارتكاب جريمة أجزأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى (١) .

واقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكروه إلا أنها تجعله مسئولاً مدنياً عن الأضرار التي أحدثها بالغير شأنها في ذلك شأن الشريعة .

٣٩٧ - أساس نظرية الإكراه في الشريعة : بينا فيما سبق أساس حالة

الإكراه المبيح للفعل ونبين الآن أساس ما عداه من حالات الإكراه . والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه بعدم الرضا ولا بعدم الاختيار ، فالمكروه لا ينعدم اختياره إطلاقاً وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين : إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكروه . وإذا كانت المسؤولية الجنائية تقوم على اختيار فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار ، ولا يعتبر الاختيار منعدماً إذا انحصر وضاق مداه على

(١) راجع المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري .

الوجه السابق ؛ لأن المكروه يستطيع أن يختار على أى حال .
والمكروه حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره ، وحين يختار
الوعيد يلحق الضرر بنفسه ، وكلاهما أمر تأباه الشريعة ، فهي تحرم على الناس
الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة ، فالمكروه حين
يختار إنما يختار بين مجرمين أو بين ضارين وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم
هذه الحالة : أولاهما : إن الضرر لا يزال بالضرر ، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز
للإنسان أن يدفع الضرر بمثله ، فليس له أن يدفع العرق عن أرضه بإغراق
أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، وليس للمضطر أن يتناول
طعام مضطر آخر وهكذا . وثانيتهما : إن أخف الضررين يرتكب لانتفاء
أشدهما ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين
فيجوز للإنسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد ، ولا يجوز له أن يرتكب
أشد الضررين لدفع أخفهما . فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكروه أن
يأتى من الأمرين أمرا واحدا بعينه ، فإذا أتاه فهو لا يختار في الواقع وإنما يضطر
إلى إتيانه اضطرارا بحكم الإكراه أولا ونزولا على حكم الشريعة ثانيا ، وإذن
فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدة الضرر سألني الذكور فتقدم
المسئولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة . أما إذا خالف حكم قاعدة
الضرر ودفع الضرر بمثله ، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار ، وهذا
الاختيار لا يمدم المسئولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا .
وقد جاءت أحكام الإكراه في الشريعة تطبقا دقيقا لما سبق ، فإذا قتل
المكروه غيره أو قطع طرفه أو ضربه ضربا مهلكا فإنما يفعل هذا للدفع عن نفسه
القتل أو ما يؤدي إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك ، وليس له أن يدفع الضرر
بمثله أو بأشد منه فإذا فعل ذلك فقد اختار وهذا الاختيار على ضيق مداه لا يرفع
عنه المسئولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك . أما ما عدا هذا

من الجرائم كالسرقة والقتل والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس ، فإذا ارتكب المجرم الجريمة لينجى نفسه من الهلكة فإنه لا يدفع الضرر بمثله ، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ، ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة ، وإذن فهو مكره على إثبات الجريمة ولا خيار له في إثباتها أو تركها ، وإذا انعدم اختياره انعدمت المشولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة .

٣٩٨ بين الشريعة والقوانين الوضعية :- هذه هي نظرية الإكراه في الشريعة ومن له الإمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداهما النظرية الشخصية والثانية النظرية المادية ، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما في النظريتين القانونيتين وصلت من عبور بهما ، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المجرم في الاختيار ، أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا وأن فسكرة توفر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه والصحيح عندهم أنه في حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين ، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما مادام أقل قيمة من الآخر ، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون على بعضهم ، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه ، ومنهم من لا يرى العقاب في أي حال ؛ لأن الجريمة في هذه الحالة لانهم الجماعة ، ولأن المجرم لا يعتبر خطرا ، وهو تعليل غير مقنع ولا يبرر الجريمة على أساس قانوني ^(١) .

٣٩٩ الإكراه والضرورة :- ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم ، ولكنها تختلف عن الإكراه في سبب الفعل ، ففي الإكراه يدفع

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والعميد مصطفى ص ٣٧٦ وما بعدها .

المكروه إلى إتيان الفعل شخص آخر يأمر المكروه بإتيان الفعل ويحبره على إتيانه أما في حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل في ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم لينجى نفسه أو غيره من الهلكة ، كمن يركب مع آخرين قارباً مملوئاً بالأمثلة يكاد يفرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضى تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمثلة التي تثقله في الماء ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد ، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك ، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقعة ما يسد رمقه أو يطفىء عطشه كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم ، ومثل ذلك يقال عن كاد يهلك من البرد إذا أشعل ناراً في حطب آخر ليستدفىء أو أشعلها لغيره . ففي كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره في حالة أو في ظروف سهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو لإنجاء غيره من الهلكة .

٤٠٠ - شروط حالة الضرورة : - يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة

شروط :

- ١ - أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .
- ٢ - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه .
- ٣ - أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم ، فالجائع الذي يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاماً .
- ٤ - أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه .

٤٠١ - حكم ملك الضرورة :- يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة ، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة ، وجرائم تبيحها الضرورة وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة .

٤٠٢ - الجرائم التي لا تؤثر عليها الضرورة :- ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس المضطر بأي حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجي نفسه من الهلكة ، فإذا كان جماعة في قارب مشرف على الغرق لتقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقى غيره في الماء ليخفف حمولة القارب وينجي نفسه وغيره من الهلكة ، ولا يفنيه هذا إذا فعله من المقاب .

ومن المتفق عليه أن الشخص الذي يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم ، أما المهدر فقتله مباح بل هو واجب في أكثر الأحوال .

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان في حالة الضرورة ولو كان مهتراً ، فمن جاع حتى أوشك أن يموت ولم يجد إلا مهتراً فليس له أن يأكل من لحمه ما يرد جوعه سواء كان المهتر حياً أو ميتاً ، وهذا هو الرأي الأرجح في مذهب أبي حنيفة^(١) .

ويجيز الشافعي وأحمد أكل لحم المهتر في حالة الضرورة سواء كان المهتر حياً أو ميتاً ، ويوافقهما في هذا بعض الحنفية بل يبيح الشافعي وبعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم في حالة الضرورة ؛ لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت ، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت^(٢) .

ويبيح الشافعي للمضطر أن يقطع من جسمه قلعة لياكلها في حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع^(٣) ، ويخالفه في هذا بقية الفقهاء .

وليس المضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته ؛ لأنه أحق به حيث

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦

(٢) المنى ج ١ ص ٧٩ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .

(٣) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .

يساويه في الضرورة ويفرد بالملك ، فإن أخذه منه فمات فهو مشول عن موته
ويعتبر قاتلا له بغير حق^(١) .

وللمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن في حاجة إليه ، وإن
احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه ، فإن قتل المضطر قاتله مشول جنائيا عن قتله
ولا يعتبر في حالة دفاع ، وإن قتل المضطر فهو هدر ؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبهه
الصائل . وليس للمضطر أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء
أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشيء . في الثمن ؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا
ثمن مثل^(٢) ، وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد ، ولا يختلف عن رأي
أبي حنيفة إلا في أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح^(٣)

٤٠٣ — الجرائم التي تنجمها الضرورة : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت
الشريعة تنص على إباحتها في حالة الضرورة ، وهذا النوع من الجرائم خاص
بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات ، فهذه
الجرائم وأمثالها يباح إنسانها في حالة الاضطراب باتفاق ، وبشرط أن يقتصر
الفعل المحرم على القدر الذي يسد الضرورة ، فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة
فإنه أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأي ، أو بقدر
ما يشبعه على رأي آخر ، ولكن نه أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت
الضرورة مستمرة كما لو كان متقطعا في صحراء^(٤) .

(١) المتن ج ١١ ص ٨٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) انتهى ج ١١ ص ٨٠ — أسنى العقاب ج ١ ص ٥٢٢ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٤

(٣) حاشية ابن تيمية ج ٥ ص ٢٩٦ .

(٤) أحكام القرآن للرجاس ج ١ ص ١٣٠ — أسنى العقاب ج ١ ص ٥٧٠ —

المنى ج ١١ ص ٧٣ .

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة ، بشرط أن لا يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة^(١)

وقد اختلفوا في إثبات الفعل المحرم الذي يباح للضرورة ، فقال البعض ورأيهم الراجح : إن إثبات الفعل واجب على المضطر وليس حفا له ، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [البقرة : ١٩٥] ولقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ﴾ [النساء : ٣٥] فوجب على الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحیی نفسه ، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأثمها أو يتركها ، فإثبات الفعل حق لا واجب^(٢) .

٤٠٤ --- الجرائم التي ترفع الضرورة عنها بشرطها : - وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما ، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب ، وإلقاء أمتعة الركاب في البحر إذا أشرف للركب على الفرق . ويشترط للإعفاء من العقوبة أن لا يأتي المضطر الفعل إلا بالقدر الذي يدفع الضرورة ، فليس للجائع أن يأكل من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ، وليس له أن يأخذ معه شيئا ، وليس لراكب القارب المشرف على الغرق أن ياقى من أمتعة الركاب إلا بالقدر الذي يمنع غرق القارب .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة ، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء ، فمن يسرق أمتعة من آخر ليبيعها ويشترى بثمنها

(١) - واهب الجناب ج ٣ ص ٢٣٣ - أسنى انظار ج ١ ص ٥٧٠ - الفقه ج ١١

ص ٧٥ .

(٢) - أحكام القرآن للخصاص ج ١ ص ١٢٨ .

طعاما لا يستطيع أن يدعى أنه كان في حالة ضرورة ؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة ، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان في حالة ضرورة ؛ لأن السرقة تؤدي مباشرة لدفع الضرورة .

٤٠٥ - حكم المسئولية المرتبة في حالة الضرورة : - حكم المسئولية المدنية في حالة الضرورة هو حكمها في حالة الإكراه فالمنظر مسئول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا .

٤٠٦ - الأساس الشرعى لحالة الضرورة :- الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه ، ففي حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء ، وفي حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التجريم ، وفي حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقيق الإلجاء وانعدام الاختيار ، وقد فصّلنا القول فى ذلك كله أثناء الكلام على الإكراه .

الفرع الثانى

فى السكر

٤٠٧ - الشرب والسكر : تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر ، وتعتبر جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة .

وإجماع الفقهاء فيما عدا أبو حنيفة وأصحابه على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمي خمرا أو كان له اسم آخر ، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عليه ولو لم يسكر ، ولكن أبا حنيفة يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات ، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر ، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا .

والخمر في رأى أبي حنيفة هي عصير الضب النى^(١) إذا غلا واشتد وقذف زبده^(٢) ، أو طبخ فذهب أقل من ثلثه ، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بخور طبخ . أما عصير الضب إذا طبخ فذهب ثلثه ، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثه ، ونبذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيما كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر^(٣) لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على الكرمه .

والمخدرات على اختلاف أنواعها كالخشيش والداتورة وما أشبه لها حكم المسكر ، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد ؛ لأنه ورد في الخمر والكمر ، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس ، والمتفق عليه أن عقوبة تناول المخدرات هي التمييز .

تعريف الكمر :- ويعرف الكمر بأنه : غيبة العقل من تناول خمر أو ما يشبه الخمر^(٤) . ويعتبر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا ، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهو رأى أبي حنيفة^(٥) ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان ، وحجتها قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٣٤] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ورأيهما يتفق مع رأى باقي الأئمة^(٦) .

٤٠٨ - الكمر والمسكوبة الجنائبة - الرأى الراجح في كل من المذاهب

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ .

(٢) عصير الضب النى . خر عند محمد أبي يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٣) المفتى ج ١٠ ص ٣٢٧ .

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبي حنيفة كما تدخل تحت كل أنواع

المخدرات .

(٥) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨ .

(٦) المفتى ج ١٠ ص ٢٣٥ .

الأربعة^(١) أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرهاً ، أو تناول السكر مختاراً وهو لا يعلم أنه مسكر ، أو شرب دواء للتداوى فأسكره ؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبهه .

و يلحق بالإكراه حالة الاضطرار ، فمن شرب الخمر مثلاً وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها ؛ لأنه مكره على تناولها . أما من يتناول السكر مختاراً بتغير عذر ، أو يتناول دواء لتغير حاجة فيسكر منه ، فإنه مشمول عن كل جريمة يرتكبها أثناء سكره سواء ارتكبها عمداً أو مخطئاً ، ويعاقب بعقوبتها ؛ لأنه أزال عقله بنفسه ، وبسبب هو في ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له ، فضلاً عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضي إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر وفعل ما أحب فلا يلزمه شيء . وفي كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح^(٢) بل مهجور وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول السكر مختاراً أو مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ؛ لأن عقله كان زائلاً وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركاً ، والإدراك أساس المسؤولية الجنائية فإذا فقدت انعدمت المسؤولية ، ومصدر هذا الرأي عثمان رضى الله عنه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقد أخذ به قلة من الفقهاء في كل مذهب ولكنه كما قلنا رأى مهجور .

٤٠٩ - العكر والمسئولية المدنية : يسأل السكران مدنياً عن فعله ولو أعفى

من العقاب لسكره ، فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال ، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقاً للقاعدة العامة في الشريعة ، والأعذار

(١) التفتي ج ٩ ص ٣٥٨ و ج ١٠ ص ٣٢٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٧
تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٢٧ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ١١٨ - انهذب ج ٢ ص ٨٢ ، ١٨٥ ،
٢٠٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ .
(٢) المراجع السابقة .

الشرعية لا تبیح عصمة المحل ، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من مسئولته مدنياً عن تعويض الأضرار التي سببها للغير ؛ لأن عدم الإدراك إذا صاحبه سبباً لرفع العقاب فإنه لا يصلح سبباً لإهدار الدماء والأموال .

٤١٠ - الشريعة والقوانين : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء في الشريعة ، وينقسمون أيضاً قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأي المرجوح في الشريعة من أن السكران لا يعاقب في أى حال على ما يرتكبه من الجرائم ، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأي الراجح في الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره ، فإن تناول المسكر مختاراً فإنه يعاقب على أية جريمة يرتكبها أثناء سكره .

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية ، فهو لا يعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور للغيوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها .

الفرع الثالث

الجنون

٤١١ - تمهيد : تعتبر الشريعة الإنسان مكلفاً أى مسئولاً مسئولية جنائية إذا كان مدركا مختاراً ، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان ، ومعنى الإدراك في المكلف أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك .

والمرء قد يولد فاقداً لقواه العقلية وقد يولد متمتعاً بهذه القوى ، وقد تنمو قواه العقلية مسيطرة نمو جسمه ، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو

عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوار نموه وتظل القوى العقلية باقية في أطوارها الأولى وقد يبلغ الإنسان رشيداً متمكناً بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها ، ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان . وقد وفقدان القوى العقلية قد يكون تاماً ومستمرأ ويسمونه جنوناً مطبقاً . وقد يكون تاماً وغير مستمر ويسمونه جنوناً متقطعاً . وقد يكون جزئياً فيفقد الإنسان قدرة الإدراك في موضوع بعينه ، ولكنه يظل متمكناً بالإدراك فيما عداه ، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئي . وقد لا تفقد القوى العقلية تماماً ، ولكنها تضعف ضعفاً غير عادي ، فلا ينعدم الإدراك كلية ، ولا يصل في قوته إلى درجة الإدراك العادي للأشخاص الراشدين ، وهذا ما يسمونه بالعتة أو البله . وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقلية اصطلاح على تسميتها بأسماء معينة ، ولكنها جميعاً تقوم على أساس واحد هو انعدام الإدراك في الإنسان ، وحكم هذه الحالات جميعاً واحد على تعدد مظاهرها واختلاف مسمياتها ، وهو أن المشولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك فإذا لم ينعدم فالمشولية قائمة .

٤١٢ - تعريف الجنون : ونستطيع بعد ما سبق أن نعرف الجنون : بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه ، وهو تعريف يشمل الجنون والعتة وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي لانعدام الإدراك ، وسنبين فيما يلي حالات الجنون وما يلحق بها .

٤١٣ - الجنون المطبق : الجنون المطبق هو الذي لا يعقل صاحبه شيئاً أو هو الجنون الكلي المستمر ، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان أو أن يكون مصاحباً له من يوم ولادته ، ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات الجنون ، وإما لكونه جنوناً كلياً لا يبقه صاحبه شيئاً ، ويعبر بعض الفقهاء عن الجنون جنوناً مطبقاً بالجنون المغلوب ، ولكن البعض يرى أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان جنونه كلياً بحيث

لا يعقل شيئاً ما ، أو كان جنونه جزئياً بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر .

٤١٤ - الجنون المتقطع : هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً ، ولكنه جنون غير مستمر ، فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه أخرى ، فإذا أصابه فقد عقله تماماً ، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله ، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار . فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده فلا يكون مشغولاً جنائياً ، فإذا انتشع عنه عاد له الإدراك وصار مشغولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته ، بعكس الجنون جنوناً مطبقاً ، فإنه لا يسأل جنائياً ؛ لأن جنونه تام ومستمر .

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية ، بمعنى أنه لا يدرك إدراكاً تاماً فى حالة أو فى حالات معينة ، ولكنه يدرك إدراكاً تاماً فيما عدا ذلك ، فحكه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى .
وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكه فى هذه الحالة حكم المعتوه .

٤١٥ - الجنون الجزئى : إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفكير الجنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحي فقط مع بقاءه متممماً بالإدراك فى غيرها من النواحي ، فهذا هو الجنون الجزئى .
والجنون جزئياً مشغولاً جنائياً فيما يدركه ، وغير مشغول فى النواحي التى يتعدم فيها إدراكه .

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعاً ينتاب المريض حيناً ويرتفع عنه حيناً آخر ، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مشغولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته . وقد يكون الجنون الجزئى مستمراً ، ويسمى البعض الجنون فى

هذه الحالة بالجنون المظروب ؛ لأنهم يرون أن الجنون المظروب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان كلياً أو جزئياً ، والتسمية على كل حال لا أهمية لها ؛ لأن العبرة في انعدام المثولية بفقد الإدراك لا بالتسمية ، فالجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه .

٤١٦ - العته : يعرف الفقهاء الممتوه بأنه : من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئاً من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه ، ويفهم من هذا التعريف أن العته أقل درجات الجنون ، ويمكن القول بأن الجنون يؤدي إلى زوال العقل أو اختلاله . أما العته فيؤدي إلى إضعافه ضعفاً تتفاوت درجاته ، ولكن إدراك الممتوه أياً كان لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين .

وأكثر الفقهاء يسمون بأن العته نوع من الجنون وبأن درجات الإدراك تتفاوت في الممتوهين ولكنها لا تخرج عن حالة الصبي المميز ، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض الممتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبي غير المميز وبعضهم كالصبي المميز ، وأصحاب هذا الرأي لا يجمعون فرقا بين الجنون والعته إذا كان الممتوه في أقل درجات التمييز ، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثاني يلازمه الهدوء والساكن حقيقتهما واحدة .

وسواء صح هذا الرأي أو ذلك فهي مسميات لخصائص واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسئ ؛ لأن فاقد الإدراك معنى من العقاب سواء سمي ممتوهاً أو مجنوناً أو كان له اسم آخر .

٤١٧ - الصرع والبهتيريا وما أشبه : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها . وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة ، ولعل السر في ذلك أن العلوم النفسية والطبية

لم تكن وصلت إلى ما هي عليه اليوم من التقدم ، لكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة .
والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار ، وقد يرتكب وهو في هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته .

والمصاب بالهستيريا تتناوبه حركات تشنجية فإذا عاودته راح يهذى دون وعى ، والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها ويدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبر لها .

وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا في درجة إدراك المعتوه ، ويأخذ هؤلاء المرضى حكم المكروه إذا كانوا متمتعين بالإدراك ولو حكمهم فاقدى الاختيار فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم .

٤١٨ - تسلط الأفكار الخبيثة: ويلحق بالجنون ما يسونه في عصرنا الحاضر تسلط الأفكار الخبيثة وهي حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثية، ومظهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فكرة معينة، والشعور القوي الذي لا يدفع بالرغبة في إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسلطة، كمن يعتقد أنه مضطهد، أو أن أناساً يريدون قتله أو تسميمه، فيشمر بالرغبة الجارحة في قتل من يتوهم أنه يريد قتله أو الانتقام منه، وقد يأتي المريض الفعل استجابة لميل غريزي جامع لا تحت تأثير فكرة متسلطة عليه .

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالمجانين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدوا الإدراك أو كان إدراكهم من الضعف بحيث يساوى إدراك المعتوه فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا .

٤١٩ - زردواج الشمعية: هي حالة مرضية نادرة تصيب الانسان

فيظهر في بعض الأحيان بغير مظهره العادي ، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملاحظته ويأتي أعمالا ما كان يأتيها وهو في حالته العادية ، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئا مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية .

وحكم هذه الحالة أنه يعتبر مجنوناً إذا لم يدرك ما يفعل ؛ لأنه كان فاقداً عقله وقت ارتكاب الفعل .

٤٢٠ - ضعف التمييز : هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعنوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل ، وهم على ضعف إدراكهم سريع الاندفاع ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم يميزون مدركون لأفعالهم ، وهذا الإدراك الناقص نوعاً لا يعنى من العقاب طبقاً لقواعد الشريعة العامة ، وهو كذلك لا يعنى من العقاب في القوانين الوضعية . ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة باعتبار الناعل معذوراً ، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة ؛ لأن العقوبة الشديدة هي التي تردع أمثال هؤلاء . وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم . ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا في جرائم التعازير ، أما جرائم الحدود والتقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها الخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها .

٤٢١ - الصمم البكم : الصمم البكم مسئولون جنائياً عن جرائمهم كما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها ، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن اعتبارهم مجانين أو معنوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصمم البكم والاكتفاء بتعزيرهم ونوأفروا بالجريمة ؛ لأن الصمم والبكم شبيهة ؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذي فهم منها ؛ ولأن الأسمم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود . وبخالف مالك والشافعي وأحمد رأى

أبى حنيفة ، وبأخذون بإقرار الأبيكم ما لم يكن في الإشارة شبهة ولا يرون حرجا
الحد عنه للصمم والبيكم .

٤٢٢ - الحركة النومية : يأتي بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ،
ويغلب أن تكون الحركات التي يأتي بها النائم ترديدا للحركات التي اعتاد
أن يأتيها في اليقظة ، ولكن يحدث أن يأتي بحركات مخالفة لاعلاقة لها بالحركات
التي يأتيها وهو متيقظ .

ويلاحظون حركة النائم من الناحية العممية بأن ملكات الإنسان جميعا لا تتأثر
بنومه بل يجمع بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة ، ويحدث عند من
تنتابهم هذه الحالة أن تنبه فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدي وظائفها
العادية دون أن يشعر النائم بذلك ، فيتعثر أو يكتب أو يأتي أعمالا أخرى ،
ثم تزول حالة التنبيه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة
بما حدث منه أثناء النوم .

والقاعدة العامة في الشريعة أن لاعتقاب على النائم ، لقول النبي عليه الصلاة
والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ ،
وعن المجنون حتى يفيق» وإذا كان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون
وجعل حكمهما واحداً إلا أن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها
بالجنون ، ولعل الحكمة في هذا هي أن النائم الشيقظ يتمتع بالإدراك وإنما يفقد
فقط الاختيار ، فهو يعمل ما يعمل دون أن يقصد عمله ، وهو وقت العمل لا يفقد
إدراكه بدليل أنه لا يأتي أعماله اعتباطاً ويميز بين المضار والنافع ولا يأتي أعمالاً تضر به .
وشراح القانون الوضعي يتكلمون عن هذه الحالة إذا تسككوا عن الجنون
على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار مما ، وأن ميوله هي التي
تتحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بقلبه .

ويلاحظ أن إختاق هذه الحالة بالإكراه أقرب لمنطق من إلحاقها بالجنون

حتى لو صح أن النائم يفقد إدراكه أيضا ؛ لأن المكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقله ولا بإرادته وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره ، وقد تحركه قوة مادية خارجية فلا يبنى عنه عقله ولا إرادته شيئا ، والنائم المتيقظ أشبه شيء بالمكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار ولكنهما لا يفتياها شيئا وقت الحركة النومية .

وليس ثمة فرق عملي بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذه المسألة بالرغم مما ذكرنا ؛ لأن الإكراه في الشريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون ، وحكم الإكراه والجنون في القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضاً العقوبة ، ف سواء اعتبرنا النائم مكرها أو مجنوناً فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم أثناء نومه .

٤٢٣ — التويم المغناطيسى : هو حالة من حالات النوم الصناعى يقع فيها شخص بتأثير آخر بحيث يصبح النائم تحت تأثير النوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت النوم أو بعد اليقظة ، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلى فلا يشعر بما فعل تلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل أثناء النوم ، ولا يستطيع مقاومة إيماء الأمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة . ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها النوم على النائم وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيماء الإجرامى .

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعى ، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم التى يرفع فيها الإكراه العقاب ، والواقع أنه يصعب إلحاق التويم المغناطيسى بالجنون ؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لا يلبس الإدراك وإنما يلبس فقط الاختيار .

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة في اعتبار التويم المغناطيسى

إكراهها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناضية الكلام على الجنون .

هذا هو حكم التنويم المتناطيسي إذا كان النائم قد نام مرغماً أو قبل أن ينام وهو لا يفكر في ارتكاب الجريمة ، أما إذا كان النائم يعلم أن النوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام فإن النائم في هذه الحالة يعتبر ممدداً ارتكاب الجريمة ، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التي تساعد على ارتكابها ، فهو مسئول عن فعله طبقاً لقواعد المسؤولية العامة ، وفي هذا تنفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق .

٤٢٤ - هياج العواطف : إذا كان الإنسان متمتعاً بالادراك والاختيار ثم ارتكب جريمة فهو مسئول عنها جنائياً ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قوية ، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة ، فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول عن قتله ، ومن دفعه الحب الشديد لقتل إنسان ليخلصه من آلامه الشديدة فهو مسئول أيضاً عن قتله ، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثر لها على المسؤولية الجنائية ، وإنما قد يكون لها في الشريعة أثر في العقوبة إذا كانت العقوبة تعزيراً ، أما إذا كانت حداً فلا أثر للعاطفة على المسؤولية ولا على العقوبة .

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا يعتبره الشريعة مبرراً لارتكاب الجريمة ولا مانعاً من المسؤولية الجنائية ، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيراً ، فإن كانت العقوبة حداً فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليهما .
ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسؤولية الجنائية إذا كان الإنسان في حالة دفاع شرعي أو في حالة إكراه .

ويرى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزاني غير المحصن من العقوبة إذا قتل في حالة انقباض على أساس أنه كان في حالة استفزاز وتبرج . ولكن الرأي الراجح

أن علة القتل هي تمييز المنكر وأن من يغير المنكر يؤدي واجباً عليه فالفعل مباح له (١).

هذا هو أثر العواطف القوية على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، والقاعدة العامة في القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسؤولية الجنائية ، ولكنها قد تصلح عذراً لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضي ذلك . على أن بعض القوانين تجعل من حالة الاستفزاز عذراً قانونياً كالقانون الفرنسي فإنه يجعل الاستفزاز عذراً قانونياً في جرائم القتل والضرب وكالقانون المصري يجعل التلبس بالزنا عذراً للزوج الذي يقتل زوجته ومن يزن بها .

٤٢٥ - حكم المجنون : يختلف حكم الجنون بحسب ما إذا كان معاصراً للجريمة أو لاحقاً لها .

٤٣٦ - حكم الجنون المعاصر للجريمة : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجاني لانعدام الإدراك فيه . فالجنون لا يبيح الفعل المحرم وإنما يرفع عتوبته عن الفاعل ، وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة ، ولا تختلف الشريعة في هذا عن القوانين الوضعية الحديثة ، فكأنها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل ، ونص القانون المصري صريح في هذا ، فهو يقضى بأن لاعتقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما الجنون أو عاهة في العقل (٢) .

مسئولية الجنون المدنية : وإعفاء الجنون ومن في حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن فعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، ولأن

(١) تبصرة المحكام ج ٢ ص ١٦٩ - البحر الرائق ج ٥ ص ١٠٠ ، ٤١٠ - المنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٢) المادة ٦٢ من قانون العقوبات .

الأعذار الشرعية لا تبيح عصاة المحل ، فإذا كان الجاني له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير في تعويض الأضرار التي سببها له الجاني بفعله ؛ لأن الفعل يظل محرماً على الفاعل ، وإذا كان الجنون لا يجعل الجاني أهلاً للعقوبة فإنه لا ينفى عن الجاني أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها وما دامت هذه الأهلية متوفرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسؤولية المدنية وهي مسئولية مالية .

مدى مسئولية الجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن الجنون ضامن لأفعاله أي مسئول عنها مدنياً ، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جرمته من ضرر تعويضاً كاملاً ما دام الضرر ناشئاً عن عمله . ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا في مدى مسئولية الجنون المدنية في جرائم القتل والجرح . وأساس اختلافهم في هذه المسألة هو اختلافهم في تكييف جرائم الجنون ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد الجنون خطأ ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً ، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما خطأ^(١) . أما الشافعي فيرى أن عمد الجنون عمد لا خطأ ، وأن الجنون يمتنع من العقوبة فقط ولا يؤثر على تكييف الفعل ؛ لأنه يأتيه مرئداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً^(٢) .

وللاختلاف على تكييف فعل الجنون أثره على التعويض الذي يلزم به الجنون ؛ لأن الدية في جرائم العمد مغالطة وبمحملها العمد في ماله الخاص ، ولكن الدية في جرائم الخطأ مخففة وتمثلها العاقلة مع الجاني أو عنه . ولما كان التعويض في جرائم القتل والجرح مقدراً بالدية فإنه يأخذ حكمها ، ولذلك جعل الشافعي التعويض في مال الجنون لما اعتبره عامداً ؛ لأن التعمد يحمل الدية في ماله ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - الفنى ج ٩ ص ٣٧٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٣٤ .

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقبته؛ لأنهم اعتبروه مخطئاً لا عامداً ولو جعلوا التعويض كله في ماله مع اعتباره مخطئاً لكان مركز المجنون في جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطئ؛ لأن العاقل المخطئ لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة .

٤٢٧ - مقارنة بين الشريعة والقانون :- يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسى عن الشريعة في هذه المسألة ، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولاً مدنياً عن جرائمه ولكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل في ملاحظته ، ويملون عدم مسئولية المجنون مدنياً بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضى وجود خطأ ولا خطأ إذا لم تكن هناك إرادة . وليس للمسئول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفسله ، ولو أن القاعدة العامة أن المسئول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير^(١)، ويملون هذا الحكم بأن الخطأ خطأ المسئول عن ملاحظة المجنون؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شيء من التسف

ونصوص القانون المصرى والفرنسى في المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية الخطأ *La faute* ، ولكن هناك نظرية أخرى حديثة هي نظرية الخطر *La théorie du risque* تحاول أن ترحح النظرية التقليدية عن مكانها، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنياً عن تعويض الأضرار التي أحدثها من ماله الخاص ، وقد طبق القانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض ما أحدثه من ضرر في حدود مقدوره على دفع التعويض ، والقانون السويسرى يبيح للقاضى أن يحكم على غير المسئول

(١) المسئولية المدنية لصطفى مرعى ص ١٥٣ .

جنايماً بتعمير الضرر الذي أحدثته تموراً كلياً أو جزئياً، بل إن القانونيين الألماني والروماني يذهبان إلى مسؤولية الجنون جنائياً ومدنياً إذا كان الفعل الذي أتمه من الأفعال التي يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكون جنونه ناشئاً عن عادات سيئة كتعاطي المكدرات أو ناشئاً عن فساد الأخلاق. وذلك لأنه يوجد في هذه الحالة خطأ أصلي يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفي لتبرير مسؤوليته^(١). وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر وهي أحدث النظريات تتجه اتجاه الشريعة في مسؤولية الجنون مدنياً بل هي نفس نظرية الشريعة، وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا في القرن العشرين فقد عرفتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً وأكثر.

٤٢٨ - حكم الجنون الموصى للجريمة : الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده :-

الجنون قبل الحكم : إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولا يوقفها عند الشافية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة ، وليس في رأيهم هذا ما يسمى إلى مركز الجنون ؛ لأن محاكمة المجرمين في الشريعة محوطة بضمانات قوية ، وامل أصحاب هذا الرأي كانوا متأثرين في رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أي شيء آخر ، فالجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة ؛ لأن أثر الجنون ينحصر في إيجاز اللطم عن الدفاع عن نفسه ، والقاعدة أن المعجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنها ، فالأبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع مجرم من محاكمتهم ، فليس إنذار

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٢٩ .

حا يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء ، وإيقاف محاكمته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه ؛ لأنهم مثله من حيث عاجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها .

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون قبل الحكم يمنع المحاكمة ويوقفها حتى يزول الجنون ، وأساس هذا الرأي أن شرط العقوبة التكليف ، وأن هذا الشرط يجب توفره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجاني مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته .

ويتفق القانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية في إيقاف محاكمة المجنون ، ولكن القانونين يعملان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفسه ، وهذه العلة ظاهرة في نص المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها « إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة في عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفي للدفاع عن نفسه وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم » .

وعلة إيقاف المحاكمة في الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عن الدفاع وإنما هي عدم استيفاء شرط العقاب ، ولعل هذا التعليل أدق منطقا من تعطيل الإيقاف بالعجز عن الدفاع ؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان محاكمة الأخرس ولا الأعمى ولا الأبكم ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماما كالمجنون ، فضلا عن أن حالاتهم أكثر طوعاً في العمل من حالة المجنون .

الجنون الطارئ ، بعد الحكم : إذا جن الجاني بعد الحكم عليه فيرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذاً للحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار ؛ لأن للمحكوم عليه في جرائم الحدود أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة

وبعد البدء في التنفيذ . فإذا رجع في إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا ، ولما كان الجنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع في إقراره وكان من حقه أن يرجع في إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق الجنون . أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار فلا يوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم . وأساس هذا الرأي أن العقوبة عن جريمة ارتكباها مجرم مشول وقت ارتكابها ، وأن العبرة في الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هي بحال المكلف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده^(١)

ويمكن تعطيل هذا الرأي أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، فإذا تعطل جانب التأديب بمنون المحكوم عليه لأنه لا يشعر بالتأديب فلا ينبغي تعطيل جانب الزجر ؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة في تنفيذ العقوبة لزجر الغير .

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق الجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأي البعض تسقط باليأس من إفاقة الجنون وتحل محلها الدية ، ولكن البعض الآخر يرى في حالة اليأس من إفاقة الجنون أن يسلم الجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية^(٢) .

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على الجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم الجنون للتنفيذ عليه ؛ لأن هذا يعتبر بدءا في التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف للجنون . وإذا كانت العقوبة قصاصا لجن الجاني بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص يتقلب بالجنون دية استحسانا^(٣) .

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولهما: أن شرط العقوبة

(١) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٩ - انصى ج ٩ ص ٣٧٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٧٠ .

تكليف العقاب أى صلاحته لأن يكون مسئولاً مسئولية جنائية ، والعقوبة لا تكون إلا بالقضاء أى بالحكم بها فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التكليف وقت المحاكمة والحكم . ثانيهما - أن الاستيفاء من تمام القضاء ، أى إن تنفيذ المحكوم به يعتبر متبعا للتقاضى ، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفا فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة ، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيعتبر أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم .

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا ، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بصدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبة هى الإعدام أو عقوبة مقيدة للحرية ، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله ولسكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدنى . ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة ، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد

الفرع الرابع

صغر السن

٤٣٩ - تمهيد : تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة فى العالم ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزاً كاملاً ، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت ولكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرناً عليها تعتبر أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر .

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادئ التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية ، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم

العلوم الطبية والنفسية ، ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطرأ عليها لم تأت بعد بمحدد لم تعرفه الشريعة الإسلامية .

ولا نستطيع أن نتصور مدى فضل الشريعة الإسلامية إلا إذا عرفنا ما كانت عليه حالة الصغار في القوانين القديمة التي كانت تعاصر الشريعة عند نزولها، وأهم هذه القوانين القديمة هو القانون الروماني أساس القوانين الأوروبية الحديثة، فهذا القانون كان بحق أرق القوانين الوضعية كافة ، ولكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود ، فقد كان يميز بين الطفل في سن السابعة وما بعدها ويجعل الصغير مسئولاً جنائياً إذا زاد سنه عن سبع سنوات ، ولا يجعله مسئولاً إذا قل سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير ففي هذه الحالة يكون مسئولاً جنائياً عن عمله ، وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية .

٤٣٠ - العمر والمسئولية الجنائية . تقوم المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسيين . هما الإدراك والاختيار، ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التي يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذي يستكمل فيه ملكتي الإدراك والاختيار . والإنسان حين يولد يكون عاجزاً بطبيعته عن الإدراك والاختيار، ثم تبدأ ملكتا الإدراك والاختيار في التكوين شيئاً فشيئاً حتى يأتي على الإنسان وقت يستطيع فيه الإدراك إلى حد ما ولكن إدراكه يكون ضعيفاً وتظل ملكاته تنمو حتى يتكامل نموه العقلي . وعلى أساس هذا التدرج في تكوين الإدراك وضمت قواعد المسئولية الجنائية، ففي الوقت الذي ينعدم فيه الإدراك تنعدم المسئولية الجنائية ، وفي الوقت الذي يكون فيه الإدراك ضعيفاً تكون المسئولية تأديبية لا جنائية ، وفي الوقت الذي يتكامل فيه الإدراك يكون الإنسان مسئولاً جنائياً .

ويتبين مما سبق أن المراحل التي يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك ويسمى الإنسان فيها

بالصبي غير المميز . الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف ويسمى الإنسان فيها بالصبي المميز . الثالثة : مرحلة الإدراك التام ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد

٤٣١ - المرحلة الأولى : انعدام الادراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي

وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقاً ، وفي هذه المرحلة يعتبر الادراك منعدماً في الصبي ويسمى بالصبي غير المميز ، والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتامها فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعاً لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصعبي والعقلي ، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الادراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحداً للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة في الصغار ، وقد كان هذا التحديد ضرورياً لمنع اضطراب الأحكام ، ولأن جعل التمييز مشروطاً بسن معينة يمكن القاضي أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا ؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عايه .

ويعتبر الصبي غير مميز مادام لم يبلغ سنه سبع سنوات ولو كان أكثر تمييزاً من بلغ هذه السن ؛ لأن الحكم للعالم وليس للأفراد ، وحكم الغالب أن التمييز يعتبر منعدماً قبل بلوغ سن السابعة ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً . فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه ولا يعزر .

ولكن إعفائه من المسئولية الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن كل جريمة ارتكبها ، فهو مسئول في ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره في ماله أو نفسه ، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسئولية المدنية كما يرفع المسئولية الجنائية ؛ لأن القاعدة الأصلية في الشريعة الاسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة ، وأن الأعذار الشرعية لا تنافي هذه العصمة أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تستقطه ولو أسقطت العقوبة .

٤٣٢ - المرحلة الثانية: الإدراك الضعيف : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاماً فإذا بلغ الصبي هذه السن اعتبر بالغاً حكماً ولو كان لم يبلغ فصلاً .

ويحدد أبو حنيفة شخصياً سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، وفي قول بتسعة عشر عاماً للرجل وسبعة عشر عاماً للمرأة ، والرأى المشهور في مذهب مالك يتفق مع رأى أبي حنيفة إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، بل إن بعضهم يرى أن يكون تسعة عشر عاماً .

وفي هذه المرحلة لا يسأل الصبي المميز عن جرائمه مسئولية جنائية ، فلا يحمد إذا سرق أو زنا مثلاً ، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح ، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من الجرائم ، والتأديب وإن كان في ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية ، ويترتب على اعتبار العقوبة تأديبياً أن لا يعتبر الصبي عائداً مهما تكررت تأديبه ، وأن لا يوقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعتبر تأديبياً كالتوبيخ والضرب .

ويسأل الصبي المميز مدنياً عن أفعاله ولو أنه لا يعاقب عاجها بعقوبة جنائية للأسباب التي ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبي غير المميز

٤٣٣ - المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبي سن الرشد ، أى ببلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأى عامة الفقهاء ، أو ببلوغه العام الثامن عشر على رأى أبي حنيفة ومشهور مذهب مالك .

وفي هذه المرحلة يكون الإنسان مسئولاً جنائياً عن جرائمه أياً كان نوعها ، فيجحد إذا أزرنا أو سرق ، ويقتص منه إذا قتل أو جرح ، ويعزر بكل أنواع التعازير .

٤٣٤ - علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ : الأصل عند الفقهاء جميعاً في تحديد سن البلوغ قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة :

الصبي حتى يحتمل ، والنائم حتى يستيقظ ، والمجنون حتى يفيق » ومعنى رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل هو جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب ، والأصل أن الخطاب بالبلوغ ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتلام ؛ لأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ، وذلك بكال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السائمة ، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتلام .

وإذا كان البلوغ بالاحتلام فإن بلوغ الفلام يعرف بالاحتلام والإحبال والازبال ، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل ، ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر فقد رؤى أى يحدد البلوغ بالنسبة ، فحده أغلب الفقهاء بمئة عشر عاما للفلام والجارية جميعا ، وحثتهم أن المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الأصل في المسؤولية وبه قوام الأحكام ، وإنما جعل الاحتلام حداً للبلوغ شرعا لكون الاحتلام دليلا على كمال العقل ، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة ، فإذا لم يحتمل إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة في خلقته ، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل ، فكان العقل دائما بلا آفة ووجب اعتبار الشخص بالنسبة للأحكام .

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاما أو بتسعة عشر عاما فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه ، ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده ، وإنما يقع اليأس بهذه المدة ؛ لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال ، أى أنه مادام الاحتلام مرجوا وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده ، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده^(١) .

(١) يدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ ، ١٧٢ .

ويبين مما سبق أن الفريق الأول يرون أن علامات البلوغ تظهر عادة في سن الخمس عشرة فحددوا البلوغ بهذه السن التي يغلب فيها ظهور علاماته ، أما الفريق الآخر فإنهم يرون أن علامات البلوغ يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثماني عشرة أو التسع عشرة فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التي يتأخر إليها ظهور علامات البلوغ ، ويرى أبو حنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه فحكم الحيض مثلا لازم في حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض ، والتفريق بين العنين وزوجه لا يجوز مادام طمع الوصول إليها في فصول السنة المختلفة ثابتا فإذا انقضت السنة وهو على حاله وقع اليأس وجاز الحكم بالتفريق ، وكذلك أمر الله بدعاء الكفار إلى الإسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم .

٤٣٥ - عقوبة الصبي غير المميز : عقوبة الصبي غير المميز هي كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية ؛ لأن الصبي ليس من أهل العقوبة . ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الصبيان وتركت لولي الأمر أن يحددها على الوجه الذي يترأى له ، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية .

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولي الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبي في كل زمان ومكان ، فيجوز لولي الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ ، أو التسليم لولي الأمر أو لغيره ، أو بوضع الصبي في إصلاحية أو في مدرسة ، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة ، إلى غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأديب الصبي وتهذيبه ، وإبعاده عن الوسط الذي يعيش فيه .

واعتبار العقوبة تأديبية لاجتماعية يؤدي إلى عدم اعتبار الصبي بعد بلوغه عائدًا بما عوقب به من قبل البلوغ ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوي ويمهد لتسيان الماضي .

٤٣٦ - الفهامين الوضعية والهديان : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما

أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم ، والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن ، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة عن بعضها تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا ، ففي الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا ، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى إنجلترا وفى الهند . وفى إيطاليا يعتبر الحدث غير مسئول إذا قل سنه عن تسع سنوات . وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى اعتبار الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة . وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور ولكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حتى التقدير ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم ، وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث وإما العقوبات العادية مخففة . والنهية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنى عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة فى إنجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا . وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقعه إزاء القانون ومن ثم يكون مسئولا عن أعماله مسئلية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادية ، إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المقررة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة ، وهذا الامتياز مقرر لمن لم يبلغ سنهم سبع عشرة سنة ، أما من بلغ هذا السن فيعاقب بكل العقوبات العادية^(١) .

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٧٢ وما بعدها وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها .

ويقسم القانون المصري الدور الثاني قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنتي عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية . وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه وهي التوبيخ والارسال إلى الاصلاحية أو التسليم لولى الأمر أو غيره ، ومن بلغ سنه اثنتي عشرة سنة وقل عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيراً بين أن يتخذ في شأنه وسيلة من وسائل الاصلاح والتأديب التي سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية .

وتجمل القوانين الوضعية الحدث مشولاً مدنياً عن أفعاله كما كان مشولاً جنائياً ولو عوقب بغير العقوبات العادية ، وكذلك هو مشول مدنياً عن أفعاله ولو لم يكن مشولاً جنائياً إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سناً معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذي تسبب فيه بخطأه^(١) .

ويتبين مما سبق أن القواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرناً هي نفس القواعد التي تقوم عليها مسئولية الأحداث في القوانين الوضعية الحديثة ، كما يتبين أن في قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين ، وما ياعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الاصلاح والتهديب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة .

(١) الموسومة الجنائية ج ٣ ص ٦٣٠ .

الكتاب الثاني

في

العقوبة

٤٣٧ - منهج البحث : يقتضى البحث فى العقوبة أن تتكلم على

١ - العقوبة بصفة عامة والمبادئ التى تقوم عليها .

٢ - أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ - تعدد العقوبات .

٤ - استيفاء العقوبات .

٥ - سقوط العقوبات

وسنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع بابا خاصا .

الباب الأول

العقوبة - مبادئ عامة

٤٣٨ - العقوبة والغرض منها : الجزاء المقرر لمصاحبة الجماعة

على عصيان أمر الشارع . والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر ، وحمايتهم من المفسد ، واستنقاذهم من الجهالة ، وإرشادهم من الضلالة ، وكفهم عن المعاصي ، وبعثهم على الطاعة ، ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيئروا عليهم أو ليكون عليهم جبارا ، إنما أرسله رحمة للعالمين وذلك قوله تعالى : ﴿ لست عليهم بمسيطر ﴾ [الغاشية : ٢٢] وقوله : ﴿ وما أنت عليهم بجبار ﴾ [ق : ٤٥] وقوله ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ [الأنبياء : ١٠٧] فأنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم ، وقد فرض العقاب على مخالفة أمره لحل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصالحهم ، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدي لفسادهم ، فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها ، والله الذي شرع لنا هذه الأحكام وأمرنا بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا ^(١)

٤٣٩ - الأصول التي تقوم عليها العقوبة : ولما كان الغرض من العقوبة

هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها فقد وجب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدي العقوبة وظيفتها كما ينبغي ، والأصول المحققة للغرض من العقوبة هي :

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

١ - أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكفاية عن الجريمة قبل وقوعها ، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنائنه وتزجر غيره عن التشبه به وسنوك طريقه ، وفي هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات : «إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه » (١) .

٢ - إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصحتها ، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢) .

٣ - إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة هي قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت مالم يتب أو ينصلح حاله (٣) .

٤ - إن كل عقوبة تؤدي لصلاح الأفراد وحماية الجماعة هي عقوبة مشروعة فلا يذنبى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها (٤) .

٥ - إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه ، وإنما استصلاحه ، والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء في أمها « تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب » (٥) . والعقوبات « إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، وهذا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٥ - مصره

الحكم ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها - الإقناع ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠ وج ٣ ص ٥٩ ،

٢٦٠ - اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض ^(١) . ويلاحظ في التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص ، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاءة والسفاهة لقول النبي عليه الصلاة والسلام : « أئبلوا ذوى الهيات عثراتهم » ^(٢) ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فبعضهم من يزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس ^(٣) .

٤٤٠ - نظرية التسمية في العقاب : يلاحظ أن الأصول التي تقوم عليها العقوبة في الشريعة ترجع إلى أصولين أساسيين أو مبدئين عامين ، فبعضها يعنى بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية الجرم ، وبعضها يعنى بشخصية الجرم ولا يهمل محاربة الجريمة ، والأصول التي تعنى بمحاربة الجريمة الفرض منها حماية الجماعة من الإحرام ، أما الأصول التي تعنى بشخص الجرم فالعرض منها إصلاحه .

ولاجدال في أن بين المبدئين تضارب ظاهر ؛ لأن حماية الجماعة من الجرم تقتضى إهمال شأن الجرم ، كما أن العناية بشأن الجرم تؤدي إلى إهمال حماية الجماعة . وقد قامت نظرية العقوبة في الشريعة على هذين المبدئين المتضارين ، ولكن الشريعة جمعت بين المبدئين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر ، وتسمح بحماية المجتمع من الإحرام في كل الأحوال وبالعناية بشخص الجرم في أكثر الأحوال ذلك أن الشريعة أخذت مبدأ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توفره في كل العقوبات المقررة للجرائم ، فكل عقوبة يجب أن تكون بالتقدير الذي يكفي لتأديب الجرم على جرمته تأديباً يمنع من العودة إليها وبكفى لزجر غيره عن

(١) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٢) الأشكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٣) شرح فروع القدر ج ٤ ص ٢١٢ .

التفكير في مثلها ، فإذا لم يكف التأديب شر المحرم عن الجماعة أو كانت حماية الجماعة تقتضى استئصال المحرم وجب استئصال المحرم أو حبسه حتى الموت . أما مبدأ العناية بشخص المحرم فقد أهملته الشريعة بصفة عامة في الجرائم التي تمس كيان المجتمع ؛ لأن حماية الجماعة اقتضت بطبيعتها هذا الإهمال ، والجرائم التي من هذا النوع قليلة ومحدودة بطبيعة الحال ، وما عدا ذلك من الجرائم ينظر في عقوبته إلى شخصية المحرم ، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجاني وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضى عند الحكم بالعقوبة .

تقسيم الجرائم : ولقد نشأ عن الجمع بين المبدأين على هذه الصورة أن أصبح لكل مبدأ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهى إليه ، ولتقسيم الشريعة معالم واضحة للحيز الذى ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين :-

انقسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع ؛ يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التي تمس كيان المجتمع ماسا شديدا وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف .

١- النوع الأول : والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود الثامنة وهى سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب (٤) السرقة . (٥) الخراقة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم السبع عقوبات مقدرة ليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأى المجنى عليه أو إلى شخصية الجاني ، وليس لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد أجهت الشريعة في جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن المحرم إهمالا تاما ، فشدت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة ، ولم تجعل للقاضى أو لولى الأمر ساطانا على العقوبة ، وعللة التشديد أن هذه الجرائم من

الخطورة بمكان وأن التساهل فيها يؤدي حتماً إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم ، وهي نتائج ما ابتلى بها جماعة إلا تفرق شملها واختل نظامها وذهب ربحها ، فالتشدد في هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام ، أو بتعبير آخر قصد به مصلحة الجماعة ، فلا عجب أن تهمل مصلحة الفرد في سبيل مصلحة الجماعة ، بل العجب أن لاتضحى مصلحة الفرد في هذا السبيل .

ب - النوع الثاني : والنوع الثاني من الجرائم المئاساة بكليان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية وهي جرائم القتل والجرح سواء كانت عمداً أو خطأ أو هي على وجه التحديد : ١ - القتل العمد - ٢ - القتل شبه العمد - ٣ - الخطأ ٤ - الجرح المتعمد - ٥ - الجرح الخطأ .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم عقوبتين هما : القصاص أو الدية في حالة العمد والدية في حالة الخطأ ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيهما أو يستبدل بهما غيرهما كاحرمت على ولي الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة ، وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى ظروف الجاني وشخصيته .

وإذا كانت الشريعة قد حرمت العفو على ولي الأمر فإنها قد أباحتها للمجنى عليه أو وليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه في العمد سقط القصاص وحات مجله الدية إذا كان العفو الدية ، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا ، وفي جرائم الخطأ يسقط العفو الدية ، ويترتب على سقوط القصاص في العمد والدية في الخطأ جواز معاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية ، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

وظاهر مما سبق أن الشريعة تتجه أصلا في جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم ، وأنها لا تعنى بشخصية الجاني وظروفه

إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، وقد منحت الشريعة حق العفو المجنى عليه أو وليه ، لأن الجريمة وإن كانت ماسة بكيان المجتمع إلا أنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس المجتمع ، بل إنها لا تمس المجتمع إلا عن طريق مساسها بالمجنى عليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه لم يعد ما يدعو لإهمال شأن المجرم والتشدد في حماية الجماعة لأن أثر الجريمة الخطير يزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطيرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . والواقع أن المجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صرح عن الجاني أو رأى في اللدية فائدة مادية يهيم الاحتفاظ بها ، فعلة العفو هي إما الصفع أو الفائدة المادية التي تعود على المجنى عليه وأوليائه ، وكلاهما ملة مشروعة تحملها الشريعة محل الاعتبار ، لأن الصفع معناه القضاء على الخصومات والأحقاد ، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضافة حدة الخصومات ، ولا شك في أن حق المجنى عليه أو وليه أن يكون أول من تعود عليه الجريمة بالفائدة إذا أمكن ذلك بعد أن أصيب منها وتحمل من آلامها ما لم يتحمله غيره .

القسم الثاني : الجرائم الأخرى : ويشمل هذا القسم كل الجرائم التي لا تدخل تحت القسم الأول . أو هو يشمل الجرائم التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة فيدخل تحت هذا القسم كل الجرائم المعاقب عليها بعقوبة تعزيرية وهي على ثلاثة أنواع : ١ - جرائم التعازير الأصلية أي كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية - ٢ - جرائم الحدود التي لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة وهي جرائم الحدود غير التامة و جرائم الحدود التي يدرأ فيها الحد - ٣ - جرائم القصاص والدية التي يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة وهي الجرائم التي لا قصاص ولا دية فيها .

والجرائم التي تدخل تحت هذا القسم ليست في خطورة جرائم القسم الأول . وهذا كان لها حكم مختلف ، ففي القسم الأول تقيد الشريعة القاضي بعقوبة معينة

مقدرة فإيس له اختيار غيرها وليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها ، أما في القسم الثاني فترك الشريعة الحرية للقاضي في اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات ، كما ترك له تقدير كمية العقوبة اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم ، فإن رأى أن ظروف الجريمة وظروف المجرم لا تقتضي التخفيف عاقب المجرم بما نستعفه جريمته ، وإن رأى ظروف الجاني تقتضي التخفيف عاقبه بالعقوبة الملائمة لشخصه وظروفه وسيرته وأخلاقه ، وإن رأى أن ظروف الجريمة تقتضي التشديد وظروف الجاني تقتضي التخفيف توسط بين الأمرين فلم يفظ العقوبة ولم يخففها وفي هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التي تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجتمعة ، فإذا لم تكن ظروف الجاني تقتضي التخفيف روعى في تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار ، وإذا كانت ظروف الجاني تقتضي التخفيف روعى في تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجاني . وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضي التشديد وظروف الجاني تقتضي التخفيف روعى بقدر الإمكان في اختيار العقوبة وتقدير كيتها أن تحمي الجماعة من الإجرام وأن تلامم شخصية المجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار لذاته في هذا القسم ، وعضوه لا يسقط العقوبة ، ولكن العفو ينظر إليه باعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً للجاني ، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجاني أو عفا عنه كان للقاضي أن يعتبر التصالح أو العفو ظرفاً مخففاً في صالح الجاني . والملة في عدم إسقاط العقوبة التمييزية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة ، فإذا أسقط المجنى عليه حقه فقد بقي حق الجماعة ، بعكس الحال في عقوبات القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرها ، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على اعتبار أن التعزير حق الجماعة ، ولهذا لا يظهر أثر العفو في عقوبات التمازير كما يظهر في القصاص . وللملدية ؛ لأن عقوبة التعزير فيها حق للمجنى عليه وحق للجماعة فإذا أسقط حق

المجنى عليه بقى حق الجماعة ، أما القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه وحده فإذا عفا أسقطهما العفو .

العلة في اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت في جرائم القسم الأول وانجهدت في اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإضرار وأهملت شخصية الجاني إهمالاً تاماً إلا إذا عفا المجنى عليه في جرائم القصاص والدية دون غيرها ، وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول بنوعها تمس كيان المجتمع مساساً شديداً ، وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع وذلك هو ما سنبينه الآن .

فالجماعات مهما اختلفت على المبادئ أو اختلفت عليها العصور تشترك في أنظمة معينة تميز عليها الجماعة وتقوم كيانها عليها ، ولو بحثنا كل الأنظمة التي تقوم عليها الجماعات في كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجماعات تشترك في أربعة أنظمة هي الدعائم التي يقوم عليها فعلاً كل مجتمع على وجه البسيطة ، وهذه الأنظمة الأربعة هي :

(١) نظام الأسرة . (٢) نظام الملكية الفردية (٣) النظام الاجتماعي للجماعة (٤) نظام الحكم في الجماعة .

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التناسل وحاجة هذا النسل إلى من يموهه حتى يبلغ أشده كل هذا اقتضى بطبيعته أن يتأثر كل رجل وامرأة معينة ، وأن ينسب إلى نفسه من تلبه من الأبناء ، وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة ، وصار هذا النظام أساساً تقوم عليه كل جماعة ؛ لأن الجماعة ليست إلا مجموعة من الأفراد ، ولا يزال نظام الأسرة حتى في الدول الشيوعية عماد المجتمع وسيظل كذلك إلى ما شاء الله .

وحاجة الإنسان الطبيعية الدائمة إلى المطعم والمشرب والملبس والسكن وأدوات السعي لهذه ولغيرها من المنافع دعت إلى تملك هذه الأشياء والاستئثار بها دون غيره من الناس لنفسه أولاً ولنفسه ولأسرته بعد أن اقتضى الحلال وجود نظام

الأسرة ، وهكذا وجد نظام الملكية الفردية كما وجد نظام الأسرة أوجدتها طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء ، وسيظل كلاهما قائماً ما لم تتغير طبائع البشر وطبائع الأشياء. ولن تتغير حتى تبدل الأرض غير الأض والسماوات . وإذا كانت المبادئ الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتنقين لهذه المبادئ لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقاً ؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ما تقتضى الطبيعة وجوده والحفاظة عليه ، فكل إنسان يجب أن يملك طعامه وكسائه وممكنه وأداة عمله وإلا استحال عليه الحياة .

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحرية وحقه في حماية نفسه وأسرته ومملكه ، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله وحاجته إلى التعاون مع غيره كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة

وتكوين الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعي تقوم الجماعة على مبادئه ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم ، والنظام الاجتماعي للجماعة يختلف باختلاف الجماعات فالجماعات الإسلامية نظامها الاجتماعي يقوم على مبادئ الإسلام والجماعات غير الإسلامية يقوم نظامها الاجتماعي على أساس الاشتراكية أو الشيوعية أو الرأسمالية أو غير ذلك من الأنظمة الاجتماعية .

كذلك اقتضى تكوين الجماعة أن يقوم فيها نظام للحكم يسرف شؤونها ويسهر على مصالحها ونظامها الاجتماعي ويوفر الأمن لها في الداخل والخارج . ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد ففي بعض البلاد يكون الحكم جمهورياً وفي بعضها ملكياً إلى غير ذلك ، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة لضرورة لوجود الجماعة نفسها .

هذه هي الأنظمة الأربعة التي يقوم عليها كيان المجتمع ، كل ماس بهائس

المتجمع في أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته ، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تحمي هذه النظم من كل اعتداء لأن في حمايتها بقاء الجماعة وصلاحتها للبقاء ، ولأن كل تهاون في حمايتها وحمايتها يؤدي إلى انحلال الجماعة وسقوطها .

وقد تفصت الشريعة الاعتداءات الخطيرة التي يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدتها تنحصر في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهي الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقه والحراية والرذة والبنى والقتل والجرح في حالتي العمد والخطأ .

فالزنا اعتداء على نظام الأسرة ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرئ أن يشارك الآخر في أى امرأة شاء ، وأن يدعى من شاء أو يتصل بمن يشاء من الأبناء ؛ ولا تهى الأمر بتولية الأقوياء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء وأخيرا فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة وهدم الدعامة الأولى من الدعائم التي تقوم عليها الجماعة .

والسرقه اعتداء على نظام الملكية الفردية ، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرئ أن يشاء غيره في طعامه وشرابه وكأنته ومكنته وأداة عمله ، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوياء ، وكان الجوع والعري والحرامان للضعفاء ، فإباحة السرقه معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعائم التي قامت عليها .

والرذة اعتداء على النظام الاجتماعى ، للجماعة ؛ لأن النظام الاجتماعى لكل جماعة إسلامية هو الإسلام ، ولأن الرذة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه والتشكيك في صحته ، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعى موضع التشكيك والظعن ؛ لأن ذلك قد يؤدي في النهاية إلى هدم هذا النظام .

والبنى اعتداء على نظام الحكم في الجماعة ؛ لأن جريمة البنى تعنى الخروج على الحكم ومعضيتهم ، أو تعنى طاب تقييرهم أو تضيير نظام الحكم نفسه ، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدي إلى إشاعة الخلاف والاضطراب في صفوف الجماعة ،

ويقسها شيئا وأحزابا تتقاتل وتتناجر في سبيل الحكم، كما يؤدي إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة وانحطاطها .

وجرائم القتل والجرح اعتداء من ناحية على حياة الأفراد المكونين للجماعة وهي من ناحية أخرى اعتداء على النظام الاجتماعي ونظام الحكم في الجماعة؛ لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأبدانهم والنظام الاجتماعي يقتضى حماية الأفراد وعصاة أنفسهم وأموالهم، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعي وتوفير الأمن للجماعة، فالتساهل في محاربة هذه الجرائم يؤدي إلى تحكّم الأقوياء في الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وانصرافهم إلى التنازع والتناحر واستنباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم . وهذا يؤدي بالتالى إلى تفكك الجماعة وانحلالها . وقد حرصت الشريعة على أن لاتصل الجماعة لهذه الحالة فقررت عقوبة القصاص في حالة العمد والدية في حالة الخطأ، وهي عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة وبث الأمن بينهم وتوفير الطمأنينة في نفوسهم . وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة؛ لأن القذف في الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض، ولأن القذف للناس بالأعراض هو تشكيك في صحة نظام الأسرة . فمن يقذف شخصا فإنما ينسبه لغير أبيه وبالتالى لغير أمرته، وإذا ضعف الإيمان بنظام الأسرة فقد ضعف الإيمان بالجماعة نفسها؛ لأن الجماعة تقوم على هذا النظام .

وجريمة الشرب تؤدي إلى فقدان الشعور، وإذا قد شارب الخمر شعوره فقد أصبح على استعداد لارتكاب السرقة والقذف والزنا وغير ذلك من الجرائم فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل ويذهب العقل، والنظام الإسلامى يحرم شرب الخمر تحريما قاطعا، فإتيان هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التى تقوم عليها الجماعة .

وجريمة الحرابة إن اقتصررت على السرقة فهى اعتداء على نظام المالكية

الفردية ، وإن صحبها القتل فهي أيضا اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة ، وإن اقتصر على ترويع المجنى عليهم فهي اعتداء على أمن الجماعة ، والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعى وعلى نظام الحكم ؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم ؛ لأن ذلك ضرورى لبقاء الجماعة ، فإذا لم تكن هذه الجماعة فعنى ذلك تفكك الجماعة وانحلالها ؛ لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة وهو حماية أفرادها منعدم ، ولا يحصى الأفراد ويمنع الاعتداء على حياتهم وأمنهم إلا بقرار العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء .

هذه هى الجرائم التى تمس كيان المجتمع ماسا مباشرا عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت فى تقدير العقوبة شخصية الجانى إبقاء على الجماعة وحماية لها ، وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقى الجرائم لاتمس الجماعة من قريب أو بعيد ، إذ الواقع أن ككل جريمة أيا كانت تمس الجماعة ، ولكفنا نستطيع أن نقول : إنه ليس فى الجرائم كلها ما يمس الأسس التى يقوم عليها المجتمع ماسا مباشرا مثل الجرائم التى احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات ، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لاتمس الأنظمة التى تقوم عليها الجماعة ، وإن مست هذه الأسس فإنها لاتعدها ماسا مباشرا وخطيرا ، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجانى فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التى يقوم عليها ، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية وبقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والآثار فى النوعين .

علة التفرقة فى العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية :
تعتبر الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بصكبان المجتمع وبالأسس التى يقوم عليها وبالرغم من هذه التسوية فقد أبيح للمجنى عليه أو وليه حق المنوع عن العقوبة فى جرائم القصاص والدية ولم يتبع له أن يعفو فى جرائم

الحدود، وعلّة التفرقة أن جرائم الحدود يصيب ضررها المباشر الجماعة أكثر مما يصيب الأفراد، وأن جرائم القصاص والدية مع مساسها بكيان المجتمع يصيب ضررها المباشر الأفراد أكثر مما يصيب الجماعة فالسرقة والحراية والقذف والشرب والردة والبنى هي في ذاتها تهديد للجماعة واعتداء على أسنها ونظامها أكثر مما هي تهديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يعزبه ما سرق منه بقدر ما يهدده هذا العمل ويخيفه على بقية ماله ويقدر ما يخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده ويهدد أموالهم بمخطر السرقة، ومثل ذلك يقال عن بقية جرائم الحدود فضررها على الجماعة أشد من ضررها على الأفراد، أما جرائم القتل والبرح فهي تصيب الأفراد بأكثر مما تصيب الجماعة وتعتبر إلى حد ما جرائم شخصية بمعنى أن مرتكبها لا يقصد الاعتداء على كل شخص يلقاه وإنما يقصد الاعتداء على شخص بعينه فإذا لم يستطع الوصول إليه لم يعتد على غيره، ولهذا لا يهز الاعتداء الجماعة إذا وقع لا يؤثر على أسنها تأثيراً شديداً، أما السارق مثلاً فإنه يطلب المال أتم وجدء فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أى شخص آخر؛ لأنه يقصد المال وهو فى يد كل الأفراد، وكذلك الزانى فإنه لا يطلب امرأة بعينها وإنما يطلب المرأة أياً كانت فإذا تعسرت عليه امرأة بحث عن غيرها.

ولأن جرائم القصاص والدية تمس الفرد أكثر مما تمس الجماعة ترك للجنى عليه وأوليائه أن يختاروا بين القصاص والدية فى حالة العمد، وجعلت الدية من حق الجنى عليه كتمويض له عما أصابه من الجريمة، وترك له أن يعفو عن القصاص وعن الدية معاً.

٤٤١ - نظرية العقاب فى القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية حتى

أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة تفيض عنفاً وقسوة، وكان

أساس العقوبات المبالغة في الإرهاب والانتقام والتشهير ، وكان من العقوبات المقررة المعترف بها قانونا الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة عمياء في النار ولبس أطواق من الحديد والنفي والجلد والحبس ، ولم تكن العقوبات في الغالب تتناسب مع أهمية الجرائم التي قررت لها ، فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التي ذكرناها وفضاعة بعضها كانت عقوبة الإعدام جزاء لكثير من الجرائم البسيطة ، فمثلا كان القانون الانجليزي حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على ماثي جريمة بمقوبة الإعدام ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما أي ما يقابل خمسة قروش تقريبا في العملة المصرية ، وكان القانون الفرنسي يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة .

وكما كان الإنسان المحي أهلا للمسئولية والمقاب فكذلك كان الأموات بل كذلك كان الحيوان والجماد ، فكان القانون يميز بحكمة الإنسان حيا ويميز بحكمتهم ميتا ويميز بحكمة الحيوان والجماد ، ويميز توقيع العقوبة على الإنسان المحي الذي يحس ويتألم ويفكر ويقتل كما يميز توقيع العقوبة على جنث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل ، بل كان يميز توقيع العقوبة على الحيوان الأبكم الذي لا يستطيع التفكير في جريمته والدفاع عن نفسه ، ويميز توقيعها على الجماد الذي لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالحكمة ولا يتألم من العقوبة .

وكان الأساس الذي تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من المجرم وإرهاب غيره ، وفكرة الإنتقام والارهاب هي التي سوغت تقرير العقوبات التقاسية ، وهي التي سوغت التمثيل بالمجرم وتشويه جسمه ، بل هي التي سوغت بحكمة الأموات وبحكمة الحيوانات والجماد ، فالمت والجماد لن يشعر أحدهما بالحكمة ولن يحس بالعقوبة ، والحيوان لا يشعر بالحكمة أو لا يفقه معناها وقد يحس بالعقوبة

ويتألم منها ولكنها ان تردعه عن الفعل الذى سوكم من أجله ؛ لأنه لا يقبل شيئاً من المحاكاة ولا يقهم سبب العقوبة ، ولكن محاكاة الأثامات والمجادات والحيوانات وإزالة العقوبات بالجميع تؤدي إلى إرهاب الناس أيما إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خير تمثيل .

وفي القرن الثامن عشر بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذى تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخز ، فأخذ «روسو» يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعى ويرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومنعه من إيذاء غيره ، وبرر «بكاريا» العقوبة بأنها حق للدفاع يتنازل عنه الأفراد للجماعة وأن الغرض منها هو تأديب المجرم وزجر غيره ، وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء فطبقوها فى القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٩١ . ثم جاء «بذام» فيبر العقوبة بمنفعتها للجماعة حيث تقوم بحمايتها واستوجب فى العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجانى وزجر غيره ، ثم ظهر رأى «كانت» وهو يبرر العقوبة بالعدالة ، ورأى البعض التوفيق بين مذهب النفعه ومذهب العدالة فرأى أن لا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسح به العدالة .

وتمتاز النظريات السابقة بأنها تهمل شخصية المجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع ، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكاة العقاب حلا يحسن الكوت عليه .

وظهرت بعد ذلك النظرية العلميه أو النظرية الإيطالية وهى تقوم على إهمال الجريمة إهمالاً تاماً والنظر إلى شخصية المجرم ، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقليه المجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته ، فالجرم المطبوع على الإجرام يبعد إبعاداً مؤبداً عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام ، ولو كانت جرمته بسيطة ، والمجرم الذى اعتاد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا تمكنت منه العادة ، والمجرم الذى تجعل منه المصادفات والظروف مجرماً يعاقب

عقاباً هينا لينا ولو كانت جريمته خطيرة ، والمجرم الذى يرتكب الجريمة تحت تأثير الماطفة لا ضرورة لعقابه .

ولم تفلح النظرية العلمية فى حل مشكلة العقوبة أيضاً ؛ لأنها تنظر إلى المجرم وتهمل الجريمة ، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود ، ولأنها تترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم ممن ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت ؛ لأنها تحتفل بالجريمة وتهمل شأن المجرم ، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحتفل بالمجرم وتهمل الجريمة ، فأرأوا أن يدمجوا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات ويقيموا عليهما نظرية جديدة بحيث يمثل فى العقوبة على كل جريمة فكرتان: فكرة التأديب والزجر ، وفكرة شخصية المجرم ، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة؛ لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداهما الأخرى فى أكثر الأحوال ، فالنظر فى كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائماً فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص فى الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام والأخلاق ، والأخذ بفكرة حماية المجتمع فى كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة والبسطة على السواء .

ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب المجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسى فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداة استئصال كلما كان المجرم غير قابل للإصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع وإزهاق من تحدته نفسه بارتكاب الجرائم ، وقد أيد الاتحاد الدول قانون

العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوربية ومنها ألمانيا .
وهذه الاتجاهات جميعاً تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون المجرم ، وإما على
النظر إلى المجرم دون الجريمة ، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكرتين .
هذه هي النظريات المختلفة عن العقوبة في عالم القوانين الوضعية ، وظاهر
من استمرارها أن شراح القوانين الوضعية يتجهون اتجاهات مختلفة يناقض
بعضها بعضاً ، وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة
في كل القوانين الوضعية فأتخذت كل دولة لنفسها اتجاهًا خاصًا بحسب ما تراه
متفقاً مع مصلحتها الخاصة أو بحسب الفكرة السائدة فيها .

ولعل تعدد النظريات والاتجاهات هو الذي دعا اتحاد القانون الدولي لقانون
العقوبات — الذي حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات — لأن يقرر
وجوب الاسترشاد بما نظره التجارب ، وأن يقرر أن أحسن نظام جنائي هو
الذي يؤدي عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة .

وقد حاول واضعو القوانين أن يجمعوا بين هذه النظريات والاتجاهات
المختلفة بقدر الإمكان ، وأن يتناولوا على ما وجه إليها من انتقادات بحلول عملية
بمحنة ، ويمكننا أن نتخذ القانون المصري مثلاً في هذا الباب لغيره من القوانين
الوضعية الحديثة كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التي أخذ بها القانون
المصري فيما يلي :

أولاً - أخذ القانون الجنائي المصري بالمبدأ القائل بأن الغرض من العقوبة
حماية الجماعة ، وجعل هذا المبدأ أصلاً وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم
بحيث تكفي العقوبة لتأديب المجرم على فعلته وزجر غيره عن التفكير في مثلها .

ثانياً - وأخذ القانون الجنائي المصري بالنظرية العملية إلى حد ما ، فلم ينس
شخصية المجرم في كل الجرائم تقريباً ، فجعل لكل جريمة عقوبتين إحداهما
أخف من الأخرى ، وجعل لكل عقوبة جدين مختار العقوبة من بينهما ، وأباح

للقضاة في جرائم الجنايات أن يستبدلوا بالعقوبة أخرى ، كما أباح لهم أن يوقفوا تنفيذ العقوبة إذا لم تزد العقوبة المحكوم بها عن حد معين هو الحبس لمدة سنة ، ومعنى كل ذلك أن القانون اعترف بشخصية المجرم عند وضع العقوبة لكنه لم يلزم القضاة إلزاماً بمراعاة شخصية المجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها . بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية المجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهمالها .

ثالثاً - بعد أن أخذ المشرع المصري المبدئين السابقين رأى أخيراً أن من الخطر النظر إلى شخصية المجرم في كل الجرائم وعلى الأخص في الجرائم الهامة ، فحرم على القضاة أن ينزلوا بالعقوبة عن حد معين في بعض الجرائم كما حرم عليهم إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد أخذ بهذا المبدأ في قانون المخدرات الصادر في سنة ١٩٢٨ وقانون النش الصادر في ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر في سنة ١٩٤٩ وكان النطق يقضى بعد أن أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ الأخير أن يعيد النظر في قانون العقوبات على هدي هذا المبدأ ، فيحرم على القضاة أن ينظروا إلى شخصية المجرم في جرائمهم هي أخطر على الجماعة من جرائم النش وإحراز المخدرات والأسلحة ، ولكنه لم يفعل فأدى هذا الاضطراب للنطق إلى نتيجة تبعث على الرضاء ، فبينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم النش وإحراز المخدرات والأسلحة إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم الخيانة العظمى واختلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والزنا والقتل ، ولاشك أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من النش وإحراز المخدرات والأسلحة .

هذا هو القانون الوضعي نظراً وعملاً فيما يتصل بالعقوبة ، يرى أن تتصل في العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام ، ويرى أن لا تهمل في تقدير العقوبة شخصية المجرم ، ويرى في بعض التشريعات الحديثة إهمال

شخصية المجرم في بعض الجرائم ، والقانون واضح ومنطقي فيما يتعلق بالمبدأ الأول ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالمبدأين الآخرين حيث لم يصل بعد إلى تحديد المدى الذي يعمل فيه كل من المبدأين .

٤٤٢ - بين الشريعة والقانون : استطيع العارى . بعد استعراض نظرية العقوبة في الشريعة ونظائرها المختلفة في القوانين الوضعية أن يقول بأن نظرية الشريعة تجمع بين كل النظريات الوضعية التي ظهرت ابتداء من القرن الثامن عشر ، فالعقوبات في الشريعة إنما شرعت لمنفعة الجماعة ولإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام ، والعقوبات في الشريعة لا يصح أن تزيد عن حاجة الجماعة كما لا يصح أن تقل عن هذه الحاجة فهي من هذه الوجهة إجراء تقتضيه العدالة والمصلحة معاً وهذا هو ما رآه روسو ، وبكاريا ، وبنتام ، وكانت ، مجتصين ، والعقوبة في الشريعة يقصد منها استصلاح الجاني والرحمة به والإحسان إليه فينبغي أن لا يهمل شأن المتهم في تقدير العقوبة وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العملية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التي سادت في القوانين الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن ، فإن نظرية الشريعة قد تنزهت عن الميوب التي شابته النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التي وجهت إليها . ولعله مما يدهش الكثيرين أن يعلموا أن للعقوبة في الشريعة الإسلامية نظرية علمية فنية تامة التكوين لا يأتيها النقد من بين يديها ولا من خلفها ، وأن القانون بالرغم مما وصل إليه من تقدم إنما يسير في أثر الشريعة ويقدم خطاها وأنه لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه الشريعة ، وأن النتائج التي وصل إليها القانون والاتجاهات التي يتجه نحوها تدل على أن تطوره في المستقبل القريب أو البعيد لن يخرج عن النطاق الذي رسمته الشريعة للعقوبة .

ونستطيع أن نقول إنه لاخلاف بين الشريعة والقوانين على المبادئ والأصول

التي تقوم عليها العقوبة ، وإنما الخلاف على الكيفية التي تطبق بها هذه المبادئ والحدود التي تطبق فيها ، فقد طبقت الشريعة كل المبادئ التي تعترف بها القوانين الوضعية ولكنها لم تجمع بينها في كل العقوبات ولم تسو بينها في كل الجرائم ، بل جعلت لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وحده أو مع غيره ، وجعلت لهذه المناطق معالم بارزة واضحة لا يخطئها عقل ولا بصر ، ومن ثم استطاعت الشريعة أن تخرج على الناس بنظرية منطقية عملية لا عيب فيها ولا مأخذ عليها . أما القوانين الوضعية فقد حاولت الجمع بين كل هذه المبادئ والتسوية بينها في كل الجرائم والعقوبات كما حاول ذلك شرّاح القوانين الوضعية ، وكانت النتيجة أن أخفق واضعوا القانون في إيجاد حلول عملية مقبولة كما أخفق الشرّاح في إيجاد نظرية علمية سليمة ، وفي اليوم الذي تطبق فيه القوانين الوضعية للمبادئ التي تقوم عليها العقوبة تطبيقاً سليماً متفقاً مع مصلحة الجماعة والأفراد ، وملائماً لطبائع الأشياء تنضطر إلى أن تجعل لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وتسهل شخصية المجرم في الجرائم التي تمس كيان المجتمع فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تمام الاتفاق .

ولا يفوتنا بعد هذا أن نذكر أن القانون الوضعي كان حتى آخر القرن الثامن عشر قانوناً وحشياً بعيداً عن أفق الإنسانية فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير ، كان القانون الوضعي هكذا حتى أخذ في القرن الثامن عشر بأول مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية فانقلب قانوناً إنسانياً بحقاً ؛ إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع ، ولم تعد هناك حاجة للتمثيل والتشهير ، ولم يعد منطلق القانون يقبل محاكمة الأموات والحيوانات والجمادات ؛ لأن التأديب لا يضع فيهم فلا يجوز إذنب عليهم ، وهذا المبدأ الأول الذي لم يعرفه القانون إلا في القرن الثامن عشر عرفته الشريعة مع غيره من المبادئ من القرن السابع الميلادي ، ولذلك تركزت المسؤولية الجنائية من يوم نزول الشريعة في الإنسان الحي ، ولم

يجعل غيره أهلا لها ، ولم يعرف عن الشريعة ما عرف عن القانون من محاكمة
الأموات والحيوان والجناد ، ولم يعرف عنها أنها تقبل التشهير والتشيل ، بل عرف
عنها أنها تأباه أشد الإباء فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن المثلة
ولو بالكلب العقور ، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضاها
لإنسان . ويكفي الشريعة الإسلامية نفرا بعد هذا أنها سبقت تفكير
العالم بأحد عشر قرنا وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال نسبق
تفكيره بمراحل .

٤٤٣ - شروط العقوبة : يشترط في كل عقوبة أن تتوفر فيها الشروط
الآتية لتكون عقوبة مشروعة :

أولا : أن تكون العقوبة شرعية : وتعتبر العقوبة شرعية إذا كانت تستند
إلى مصدر من مصادر الشريعة كأن يكون مردها القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع
أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة ، ويشترط في العقوبات التي يقررها أولو
الأمر أن لا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة .

ويترتب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضي أن يوقع عقوبة
من عنده ولو اعتقد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويؤثر البمض خطأ أن الشريعة تمنح القاضي سلطة عمكفية في العقاب وهو
ظن لا يتفق مع الواقع ، وليس له مصدر إلا الجهل بأحكام الشريعة ، فالعقوبات
في الشريعة تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير ، فأما الحدود والقصاص فهي
عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضي حيالها من سلطان إلا أن يحكم بتعليقها كما
كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيفها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها ،
فالسرقه مثلا عقوبتها القطع وليس للقاضي إذا أثبتت الجريمة على الجاني أن يحكم
عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعي يمنع من عقوبة القطع كسرقه
الأب من الابن ، والزنا من غير محصن عقوبته الجلد مائة جلده فإذا ثبت الزنا

حكم القاضى بالجلد مائة جلدة وليس له أن يقص منها واحدة أو يزيد عليها واحدة وليس له أن يستبدل بالجلد عقوبة أخرى . والقتل العمد عقوبته القصاص أى القتل ، فإذا ثبتت الجريمة على الجانى كان على القاضى أن يحكم بالقصاص وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص ، فسلطة القاضى فى الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير فسلطة القاضى فيها واسعة ولكنها ليست تحكيمية ، فهى واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بمجموعة من العقوبات تبدأ بأثفه العقوبات كالتوبيخ وتنتهى بأشدّها كالحبس حتى الموت والقتل ، وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والجرم ، كما تترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى ، ولا شك أن إعطاء القاضى هذا السلطان الشروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور فى مواضعها ، وأن يعاقب الجانى بالعقوبة التى تحمى الجماعة من الجريمة وتصلح الجانى وتؤدبه . وسلطة القاضى على سعتها ليست تحكيمية لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية ، ولا أن يعاقب الجانى بعقوبة لا تتلاءم مع جريمته ، ولعل اتساع سلطة القاضى هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضى فى الشريعة سلطة تحكيمية .

وليس فى الشريعة ما يوجب منح القضاة هذا السلطان الواسع ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ؛ لأن المصلحة العامة هى التى سوغت منح القضاة هذا السلطان^(١) .

ثانيا - أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط فى العقوبة أن تكون شخصية أصيب الجانى ولا تتمدها إلى غيره ، وهذا الشرط هو أحد الأصول التى تقوم

(١) راجع الفقرة ٩٧ وما بعدها .

عليها الشريعة الإسلامية وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على المشولية^(١).

ثالثاً - أن تكون العقوبة عامة : ويشترط في العقوبة أن تكون عامة تقع على كل الناس مهما اختلفت أقدارهم بحيث يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم والغنى والفقير والتعلم والجاهل .

والمساواة التامة في العقوبة لا توجد إلا إذا كانت العقوبة جدياً أو قصاصاً ؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره في نوع العقوبة وقدرها .

أما إذا كانت العقوبة التعزير فالمساواة في نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً ، وإنما المطلوب هو المساواة في أثر العقوبة على الجاني ، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب ، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس ، وعلى هذا تعتبر المساواة محققة إذا عوقب المشتركون في جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفي كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

(١) راجع الفهرتين ٢٨١ ، ٤٧٢ .

الباب الثاني

أقسام العقوبة

٤٤٤ - تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام :

(١) العقوبات الأصلية : وهي العقوبات المقررة أصلا للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة .

(٢) العقوبات البدلية : وهي العقوبات التي تحمل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعى ، ومثالها الدية إذا درى القصاص ، والتعزير إذا درى الحد أو القصاص .

والعقوبات البدلية هي عقوبات أصلية قبل أن تكون بدلية ، وإنما تعتبر بدلا لما هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد ، فالدية عقوبة أصلية في القتل شبه العمد ولكنها تعتبر عقوبة بدلية بالنسبة للقصاص ، والتعزير عقوبة أصلية في جرائم التعازير ولكن يحكم به بدلا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعى .

(٣) العقوبات التبعية : هي العقوبات التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية ، ومثلها حرمان القاتل من الميراث ، فالحرمان يترتب على الحكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان . ومثلها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة ، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم وإنما يكفي لانعدام الأهلية صدور الحكم بعقوبة القذف .

(٤) العقوبات التكميلية ، هي العقوبات التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بالعقوبة التكميلية .

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية في أن كليهما مترتبة على حكم أصلي ، ولكنهما يختلفان في أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها أما العقوبة التكميلية فتسوجب صدور حكم بها ، ومثل العقوبة التكميلية تعليق يد السارق في رقبتة بمد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

٤٤٥ - وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضي في تقديرها إلى :

- ١ - عقوبات ذات حد واحد وهي التي لا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان كالنوبتة والنصح وكالجلد المقرر حداً .
- ٢ - عقوبات ذات حدين وهي التي لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضي أن يختار من بينهما القدر الذي يراه ملائماً كالحبس والجلد في التعازير .

٤٤٦ - وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى :

- ١ - عقوبات مقدرة : وهي العقوبات التي عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضي أن يوقمها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة ؛ لأن ولي الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها .

- ٢ - عقوبات غير مقدرة : وهي العقوبات التي يترك للقاضي اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقدرها كما يحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم ، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات الخيرية ؛ لأن للقاضي أن يختار من بينها .

٤٤٧ - وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى :

- ١ - عقوبات بدنية : وهي العقوبات التي تقع على جسم الإنسان ، كالقتل والجلد والحبس .

- ٢ - عقوبات نفسية : وهي العقوبات التي تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣ - عقوبات مالية : وهي العقوبات التي تصيب مال الشخص كالدية والفرامة والمصادرة .

٤٤٨ - وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التي فرضت عليها إلى :

- ١ - عقوبات الحدود : وهي العقوبات المقررة على جرائم الحدود .
- ٢ - عقوبات القصاص والدية : وهي العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية .
- ٣ - عقوبات الكفارات : وهي عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعازير .
- ٤ - عقوبات التعازير : وهي العقوبات المقررة لجرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات وستنقلكم عن كل قسم من هذه الأقسام في فصل خاص ثم نتبع ذلك بفصلين آخرين نخصص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية ونخصص الثاني لبيان العقوبات في القانون المصري ومدى صلاحيتها .

الفصل الأول

العقوبات المقررة لجرائم الحدود

٤٤٩ - الحدود : هي العقوبات المقررة لجرائم الحدود وهي كما ذكرنا من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب . (٤) السرقة . (٥) الحراة . (٦) الردة . (٧) البغي .

وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حدا .
والحد هو العقوبة المقررة حقا لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة

الجماعة ، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حتى لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وهم يعتبرون العقوبة حقا لله كما استوجبتها المصلحة العامة وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وتتماز العقوبات المقررة للجرائم الحدود بثلاث ميزات :

- ١- إن هذه العقوبات وضعت لتأديب الجاني وكفه هو وغيره عن الجريمة وليس فيها مجال لوضع شخصية الجاني موضع الاعتبار عند توقيع العقوبة .
- ب- إن هذه العقوبات تعتبر ذات حد واحد وإن كان فيها ما هو بطبيعته ذو حدين ؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة ، ولأنها عقوبات لازمة ، فلا يستطيع انقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها ، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .
- ٣- أن هذه العقوبات جميعا وضعت على أساس محاربة الدوافع التي تدعو للجريمة بالدوافع التي تصرف عن الجريمة ، أي أن هذه العقوبات وضعت على أساس حثين من علم النفس .

المبحث الأول

في عقوبات الزنا

٤٥٠ - عقاب الزاني : للزنا في الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هي :

(١) الجلد (٣) التعزيب (٣) الرجم .

والجلد والتعزيب معاً هما عقوبة الزاني غير المحصن ، أما الرجم فهو عقوبة الزاني المحصن ، فإذا كان الزانيان غير محصنين جلدًا وغربًا ، وإن كانا محصنين رجماً ، وإن كان أحدهما محصناً والثاني غير محصن رجم الأول وجلد الثاني وغرب .

٤٥١ - عقوبة الجلدة: تعاقب الشريعة الزانى الذى لم يحصن بعقوبة الجلد،
 وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين ؛ لأن الشريعة عينت
 العقوبة وقدرتها لجلتها مائة جلدة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا
 كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ، إن كنتم تؤمنون
 بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ [سورة النور : ٢] .
 وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس شجاعة اللواقع التى تدعو للجريمة
 باللواقع التى تصرف عن الجريمة ، وهذا هو الذى يهذبنا إليه التأمل والتفكير
 فى الجريمة وعقوبتها .

فالدافع الذى يدعو الزانى للزنا هو اشتهاه اللذة والاستمتاع بالشهوة التى
 تصحبها ، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن
 أن يستمتع الإنسان بشهوة اللذة إذا تذوق مس العذاب ، وأى شيء يحقق الألم
 ويذيق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلدة ؟ .

فالشريعة حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطاً ، وإنما وضعتها
 على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسه وعقليته ، والشريعة حينما قررت
 عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة
 تصرف عن الزنا ، فإذا تقلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتكب
 الزانى جريمة مرة كان فيما يصيبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويحمله
 على عدم التفكير فيها .

الجلد فى القوانين الوضعية : ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التى
 يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧ ، وكانت وسيلة من وسائل
 تأديب الأحداث ، ثم ألغاهها التشريع المصرى مقبلاً فى ذلك معظم القوانين
 الوضعية التى ألغت هذه العقوبة .

وأغلب شراح القوانين اليوم يفكرون فى العودة إلى تقرير عقوبة الجلد

وبسبب وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ . وقد اقترح فعلا في فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدي الشديد التي تقع على الأشخاص ، وذكر تأييدا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورا محيئا ، وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات ، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذي قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة ، وأن لا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد .

ويعارض بعض شراح القوانين في تقرير عقوبة الجلد لسببين : أولهما النور من الألم البدني . وثانيهما إنقاص الاحترام الواجب نحو شخص الإنسان ، ولكن أصحاب الرأي المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجبة إلى حساسية الجلاني المادية ، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك في إرهابهم ، أما إنقاص الاحترام الإنساني ففكرة لا محل لها في العقاب ولا يصح أن يحتج بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحداثا أم بانين ، ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد للجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقة وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل المواشي وعلى العموم لكل الجرائم التي تدل على القسوة وعدم المبالاة ، ويحتج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات في تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة ، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية في القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المسجونين

ويعارض « جارو » في عقوبة الجلد لأنها عقوبة غير صالحة ، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة ، ولأنه يخشى أن يؤدي الرجوع إلى الجلد إلى تباري المشرعين في تقرير العقوبات القاسية ^(١)

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية إلا أنها لا تزال عقوبة معترفاً بها في قوانين بعض الدول ، ففي إنجلترا يعتبر الجلد إحدى العقوبات الأساسية في القانون الجنائي ، وفي الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد ، وفي قانوني الجيش والبوليس في مصر وإنجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية وكذلك الحال في كثير من الدول .

وفي أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقها على المدنيين في جرائم التموين والتسكير وغيرها ، وإن في اضطراب أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة ، واعتراف من القائمين على القوانين الوضعية بأن عقوبة الحبس تمجيز عن حمل الناس على طاعة القانون

والعالم حين يقرر عقوبة الجلد في القوانين العسكرية يعترف بأن هذه العقوبة ضرورية لحفظ النظام بين الجند وحملهم على طاعة القانون ، ولكن المدنيين في أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجند إلى هذه العقوبة بما أن أصبحوا لا يحرصون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين ، وما أعجب منطلق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستلزمونها للمدنيين ، كأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يندون الجيش بالجنود . وأى عيب في أن يدين أفراد الأمة جميعاً بالخضوع للنظام وبالطاعة للشرائع ؟

هذه هي عقوبة الجلد وهذا هو رأي العلماء والدول فيها ، فمن كان يود أن ينتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مخطيء وإنه هو وحده المصيب ، بل ليقول ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة أثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة . عقوبة الزنا في القوانين الوضعية : وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس وهو عقوبة لا تؤلم الزاني إلا ما يحمله على هجر اللذة التي يتوقعها من

وراء الجريمة ، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكبتها .

وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد وبعاشحة ، وأكثرت الناس الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة وإنما يمسكهم عنه الذين أو الأخلاق الفاضلة التي لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

وتتاز الشريعة الإسلامية بأنها حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة في النفس قبل أن تحاربها في الحس ، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذي لا ينفعها غيره ، أما العقوبة التي قررها القانون فإنها لا تمس دواعي الجريمة في نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صالح لأية جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال للجريمة الزنا .

٤٥٢ - عقوبة التغريب : وتعاقب الشريعة الزاني غير المحصن بالتغريب

عاما بعد جلده ، والمصلح التشرىي لهذه العقوبة حديث النبي صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

وهذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء ولذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور وإذا اعترفوا بالتغريب فإنما يعترفون به على أنه تعزير لاحد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام^(١) ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة^(٢) ، والشافعي وأحمد^(٣) يريان في التغريب حدا يجب على كل زان غير محصن^(٤) .

ويرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزاني من بلده الذي زنا فيه إلى بلد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - الفقى ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٤٤ .

(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى المرء دون العمد ، ويجهل أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالا ونساء . أما الشافعي فيجمله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

آخر داخل حدود دار الإسلام على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر .

ويرى مالك أن يسجن الزاني في البلدة التي يغرب إليها^(١) ، ويرى الشافعي أن يراقب في البلدة التي يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلده فيحبس^(٢) ، ويرى أحمد أن لا يحبس المغرب^(٣) .

والتعزيب يعتبر عقوبة تكيلية بالنسبة لعقوبة الجلد وله في نظرنا علتان : الأولى : التمهيد لسيان الجريمة بأسرع ما يمكن ، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة ، أما بقاؤه بين ظهراني الجماعة فإنه يحمي ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يمنحه مضايقات كثيرة لا بد أن يلقاها إذا لم يبعد ، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير ، فالإبعاد يهيء للجاني أن يجأ من جديد حياة كريمة . وظاهر مما سبق أن التعزيب وإن كان عقوبة إلا إنه شرع لمصلحة الجاني أولاً ولصالح الجماعة ثانياً ، والشاهد حتى في عصرنا الحالي الذي انعدم فيه الحياء أن كثيرين ممن تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التي تصيبهم في هذا المكان .

٤٥٣ - عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الزاني المحصن رجلاً كان أو امرأة ، ومعنى الرجم القتل رمياً بالحجارة . ولم يرد في القرآن شيء عن الرجم ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم ومذهبهم يقوم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما في العقوبة ، وفيما عدا الخوارج فالإجماع متفق على إقرار عقوبة

(١) شرح الزدائي ج ٨ ص ٨٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ .

(٣) الفتن ج ١٠ ص ١٣٦ .

الرجم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها ،
ومن الأحاديث المشهورة في هذا الباب « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى
ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقد أئتم
عن الرسول أنه أمر بجرم ماعز والغامدية وصاحبة العسيف فالرجم سنة فعلية
وسنة قولية في وقت واحد .

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة الجلد
للزاني غير المحصن ، ولكن شددت عقوبة المحصن للإحصان ؛ لأن الإحصان
يصرف الشخص عادة عن التعمكير في الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل
تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها
من نشوة ، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها
بحيث إذا فكر في هذه اللذة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير
في الألم الذي يصيبه من العقوبة على التفكير في اللذة التي يصيبها من الجريئة .
ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الزاني المحصن وهو قول
يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو ابنته
تزنى واستطاع أن يقتلها ومن يزنى بها لمسا تأخر عن ذلك ، والشريعة الإسلامية
قد سارت في هذه المسألة كما سارت في كل أحكامها على أدق التقاليد وأعضد
فالزاني المحصن هو قبل كل شيء مثل سبي غيره من الرجال والنساء المحصنين وليس
لغسل السبي في الشريعة حتى البقاء ، والشريعة بعد ذلك تقوم على الفضيلة للطائفة
وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التنوير والاختلاط ، وهي
توجب على الإنسان أن يجاهد شبهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال
وهو الزواج ، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه
للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقته وعزيمته الشبهوات
فمقابله أن يجلد مائة جلدة وشقيقه في هذه العقوبة الخفيفة تأخيرها في الزواج
(٤١ - التشريع الجنائي الإسلامي)

الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لا يقع في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة في يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار ، وأباحت للزوج الطلاق في كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهما ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع ، أن تنقطع المآذير التي تدعو إلى تخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

ولو أن هؤلاء الذين يعزعون من القتل الزاني رجعوا إلى الواقع لاستقام لهم الأمر ولعلوا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزاني المحصن لم تأت بشيء يخالف ماأئوف الناس ، فنحن الآن تحت حكم القانون . وهو يعاقب على الزنا بالخس إذا كان أحد الزانين محصناً ، فإذا لم يكن أحدهما محصناً فلا عقاب ما لم يكن إكراه ، هذا هو حكم القانون فهل رضى الناس حكم القانون ؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغبين أقبلوا على عقوبة الشريعة المعطلة مختارين ، فهم يقتضون من زاني محصناً وغير محصن بالقتل وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصحبها من العذاب ، فهم يفرقون الزاني ويحرقونه ويقطعون أوصاله ويهشمون عظامه ويمشون به أشنع تمثيل وأقلام جرأة على القتل يكفئ بالسم يده من أوجب عليه الموت زناه ، ولو أحصينا جرائم القتل التي تقع بسبب الزنا لبلغت نصف جرائم القتل جميعاً ، فإذا كان هذا هو الواقع فما الذي نحناه من عقوبة الرجم ؟ إن الأخذ بها إن يكون إلا اعترافاً بالواقع . والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة ، ولا أظننا بالرغم مما وصلنا إليه من تدهور فكره الإفترار بالحق

أو نخشى الاعتراف بالواقع المحسوس .

ويعنى البعض أن يكون في عقوبة الرجم شيء من القسوة ، ولئلا هؤلاء يقولون: إن الرجم هو القتل لا غير ، وإن قوانين العالم كله تبيح القتل عقوبة لبعض الجرائم ، ولا فرق بين من يقتل شقياً أو ضرباً بالفأس أو تسمياً بالغاز أو صغفاً بالكهرباء أو رجماً بالحجارة أو رمياً بالرصاص ، فكل هؤلاء يقتل ولكن وسائل القتل هي التي فيها الاختلاف ، ولا فرق في النتيجة بين الرمي بالحجارة والرمي بالرصاص ، ومن كان يظن أن الموت يسرع إلى المقتول بالرصاص في كل حال ويعطى ، عن المرجوم بالحجارة في كل الأحوال فهو في ظنه على خطأ مبين ؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلاً من القتل فيتأخر موته ؛ ولأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص ، فرمات الرصاص عددهم محدود وطلقاتهم معدودة أما رمات الأحجار فعددهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزاني حتى يموت ، ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئات بذفون شخصاً في مقاتله بالأحجار استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيل الرصاص . ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يزهق الروح في بعض الأحوال وأنه لا يزهقها بالسرعة اللازمة في كثير من الأحوال ، كما دلت التجارب على أن ضرب الفأس الواحدة قد لا يكفي لقطع الرقبة وأن قطع الرقبة ليس هو أسهل الطرق للموت ، كذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء يعطى . بالموت أحياناً أكثر مما يعطى به الشق أو الرصاص .

وأخيراً فإن التكفير في هذه المسألة بالذات تفكير لا يتفق مع طبيعة العقاب ، فالموت إذا تجرد من الألم والعذاب كان من أتفه العقوبات ، وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب وهم لا يخافون الموت في ذاته وإنما يخافون العذاب الذي يصحب الموت ، وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت فإن قيمته يجب أن تقال محفوظه

للزجر والتخويف ، وليس من مصلحة المجتمع في شيء أن يفهم أفراده أن العقوبة هيئة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف ، وقد بلغت آية الرضا الغاية في إبراز هذا المعنى حيث جاء بها : ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ وحيث جاء بها : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ذلك أن الرأفة بالمجرمين تشجع على الإجرام ، والمذاب الذي يصحب العقوبة هو الذي يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم .

٤٥٤ - نغيب عن عقوبات الرضا : هذه هي عقوبات الرضا في الشريعة الإسلامية لم تحب ، ارتجالاً ولم توضع احتياطاً وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته ، وتقدير دقيق لمرآته وميوله وعواطفه ، ووضعت لتحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، فهي عقوبات علمية تشريعية ، هي عقوبات علمية : لأنها وضعت على أساس العلم بالذات البشرية ، وهي عقوبات تشريعية ؛ لأنها شرعت لخيارية الجزية ، وهذه ميزة تمتاز بها العقوبات التي وضعتها الشريعة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا تكاد هذه الميزة توجد في عقوبة من العقوبات التي تطبقها القوانين الوضعية .

ولا ريب في أن العقوبة التي تقوم على فهم نفسية المجرم هي العقوبة التي يكتب لها النجاح ؛ لأنها تخارِب الإجرام في نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة ثم هي بعد ذلك أعدل العقوبات ؛ لأنها لا تعظم المجرم ولا تهضمه ولا تحمله مالا يطبق في سبيل الجماعة ، وكيف تظلمه وقد بنيت على أساس قدرته واشتقت من طبيعته ونفسيته ؟ وهي عادلة أيضاً بالنسبة للجماعة ؛ لأن عدالتها بالنسبة للأفراد هي عدالة لجمهورهم ، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحي به في سبيل الأفراد والعقوبة التي تحاسب الأفراد على حساب الجماعة إنما تضع مصلحة الفرد والجماعة معاً ؛ لأنها تؤدي إلى ازدياد الجرائم واختلال الأمن ثم توهين للنظام واختلال المجتمع ، وإذا دب الاختلال في مجتمع قفل على الأفراد وعلى المجتمع المعاف .

ولقد كان لعقوبات الزنا التي جاءت بها الشريعة أثرها في محاربة الجريمة في كل زمان ومكان، ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوي في أي بلد يأخذ بأحكام الشريعة، ونستطيع أن نلمسه في الفرق بين ما كنا عليه من خمسين أو أربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك وبين ما نحن عليه الآن، ولم تكن الشريعة تطبق قبل خمسين سنة ولكن أثرها القوي كان لا يزال باقياً متمثلاً في أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدينا ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام.

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحاً في الفرق بين الشرق الإسلامي عامة وبين بلاد الغرب بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريباً قد أخذت بقوانين الغرب ونظمه ودرجت على أثره وراحت تنشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق، فلا يزال الشرق يفر من جريمة الزنا ويستنفظها ويحقر مرتكبيها ويستقل كل عقوبة مهما عظمت عليها، بينما الغرب لا يحفل بهذه الجريمة ولا يهتم بالأخلاق والأعراض على العموم، والفرق بين الشرق والغرب هو الفرق بين الشريعة والقانون، كل قد ترك طابعه في الجماعة التي حكمها طويلاً، فعقوبة الشريعة العادلة الرادعة قد خلفت وراءها مجتمعاتاً صالحاً يقوم على الأخلاق الفاضلة وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيئة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعاتاً فاسداً متحللاً تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات.

المبحث الثاني

في عقوبة القذف

٤٥٥ - الجلد وعرم الأهلوية للشهادة : القذف في الشريعة عقوبتان : إحداهما : أصلية وهي الجلد ، والثانية : تبعية وهي عدم قبول شهادة القاذف . وعقوبة الجلد ولو أنها بطبيعتها ذات حدين إلا أن عقوبة الجلد للقاذف ذات حد واحد ؛ لأن عدد الجلدات محدد وليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .

والأصل في عقوبتي القذف قول الله جل شأنه : (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون ﴿٤٤﴾ [النور : ٤] .

ولاتماقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذباً واختلاقاً، فإن كان تقريراً للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التي تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة منها: الحدو والمنافة والانتقام ، ولكنها جميعاً تنتهي إلى غرض واحد يرمى إليه كل قاذف هو إيلاام المقذوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف في الشريعة على أساس معاربة هذا الغرض ، فانقاذ يرمى إلى إيلاام المقذوف إيلااماً نفسياً فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلااماً بدنياً ؛ لأن الإيلاام البدني هو الذي يقابل الإيلاام النفسي ؛ ولأنه أشد منه وقما على النفس والحس مما إذا أن الإيلاام النفسي هو بعض ما ينطوى عليه الإيلاام البدني . والقاذف يرمى من وراء قذفه إلى تحقير المقذوف وهذا التحقير فردي ، لأن مصدره فرد واحد هو القاذف فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون هذا التحقير العام بعض العقوبة التي تصيبه فتعقل عدالته ولا تقبل له شهادة أبداً ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين .

وهكذا حاربت الشريعة الإسلامية الدوافع النفسية الداعية إلى الجريمة بالعوامل النفسية المضادة التي تستطيع وحدها التقلب على الدوافع الداعية للجريمة وصرف الإنسان عن الجريمة ، فإذا فكر شخص أن يقذف آخر ليؤلم نفسه وعقر شخصه ذكر العقوبة التي تؤلم النفس والبدن ، وذكر التحقير الذي تفرضه عليه الجماعة فصرفه ذلك عن الجريمة ، وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل العارفة عنها ، فارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحقير الجماعة ما يصرفه نهائياً عن العودة لارتكاب الجريمة بل ما يصرفه نهائياً عن التفكير فيها .

عقوبة القذف في القوانين : وتعاقب القوانين على القذف بالجس أو بالفرامة أو بهما معاً ، وهي عقوبات غير رادعة ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة ، وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتبادلون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء ، كل يحاول تحقير الآخر وتشويهه بالحق أو بالباطل ، وكل يريد أن يهدم أخاه ليخلوله الجو ينطلق فيه ، وسيظلون كذلك حتى يمزقوا أعراضهم ويقطعوا أرحامهم ويهدموا أنفسهم بأيديهم ولكنهم سيمركون أسوأ مثل يحتذى من بعدهم .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبقت على هؤلاء بدلاً من القانون لما جرؤ أحد على أن يكذب على أخيه كذبة واحدة ؛ لأنها تؤدي به إلى الجلد وتنتهي بإبعاده عن الحياة العامة ، فلا قيادة ولا رئاسة ولا أمر ولا نهى ، ذلك أن من كذب سقطت شهادته ، ومن سقطت شهادته سقطت عدالته ، ومن سقطت عدالته سقطت عنه قيادته ورئاسته ؛ ولأن الأمر والنهي من حق المتقين ولا يكون أبداً للفاسقين .

وما تشكرو منه مصر وتتألم له تشكرو منه كل البلاد الديمقراطية ، ورى بعض المفكرين في هذا عارضاً محضاً تقتضيه حياة الشورى ؛ لأنها تقوم على اختلاف وجهات النظر وتعدد الأحزاب واختلاف البرامج ، ويراها البعض شراً مستطيراً ومرضاً خطيراً من أمراض الديمقراطية لا ينقض إلا بالقضاء عليها ، وأصحاب الرأيين على خطأ فيما ذهبوا إليه ؛ لأن الشورى لا تقتضى بطبيعتها خلق الجرائم ولا التشجيع على ارتكابها ، ولو هدوا إلى الطيب من القول لقالوا إن هذا العارض المحتمل وهذا الشر المستطير كلاهما ناشئ عن انعدام العقوبة الرادعة التي تصد الناس عن اقتراف الجريمة .

إن العالم كله يقوم على فكرة الثواب والعقاب ، ولقد كان يسير على هذه الفكرة في روحانيته القديمة الباقية ، وهو يسير عليها الآن في مادته الحديثة

العائية ، فقد كان عمر بن الخطاب يحكم بالعدل لا يبنى عرض الدنيا وإنما يبنى ثواب الآخرة ، وكان يعتمد عن الظلم ؛ لأنه يخشى اليوم الآخر ، أماحكام اليوم فإنما يتمكنون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير وبيئتمدون عن الظلم ؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم . وكان العالم الورع قديماً يكتب ما يكتب لوجه الله وطمأناً فيما عنده ويدع ما يدع خشية من الله وخوفاً من غضبه ، أما العالم المطلع اليوم فيكتب ما يكتب لتروج كتاباته لدى الجماهير ؛ ويدع ما يدع خوفاً من إغراض الجماهير وما يتبع الإغراض من الكساد والبوار . وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدي ما عليه من حق رب العمل إرضاء لله ولا يقصر في عمله خشية غضب الله ، أما العامل اليوم فإنما يجد في عمله انتظاراً للكفاة الساجدة من رب العمل أو طلباً لزيادة الأجر ، ويتعد عن التقصير ؛ لأنه يجر عليه الطرد والحرمان من العمل .

هذه هي طبيعة الناس لن تتغير ولن تتبدل ولو تغيرت مظاهرهم وتبدلت وسائلهم ، وهي طبيعتهم إذا تقدموا وطبيعتهم إذا تأخروا يرجون الثواب ويحرصون على الوصول إليه ، ويخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم ، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر في سياستهم وتوجيههم ، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما في خلقتهم الأصلية من رجاء وخوف ، ومن قوة وضعف ، فجاءت أحكاماً صالحة لكل مكان وزمان ؛ لأن طبائع البشر واحدة في كل مكان ؛ ولأنها لا تتغير بتغيير الأزمان ، ذلك هو السر في صلاحية الشريعة للأقديم والحديث ، وهو السر في صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد .

المبحث الثالث

في عقوبة الشرب

وهي عقوبة ذات حد واحد ؛ لأن القاضى لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعى أن حد الخمر أربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة ووجوبه أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب فى الخمر أكثر من أربعين ، أما أذربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعى وإنما هي تعزير .

ومصدر العقوبة التشريمى هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من شرب الخمر فأجلدوه فإن عاد فأجلدوه » أما تحريم الخمر فمصدره القرآن ، والرأى الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها بتأنين جلدة إلا فى عهد عمر بن الخطاب حيث استشار أصحاب الرسول فى حد شارب الخمر ، فأفتى على بن أبى طالب بأن يحد تمانين جلدة ؛ لأنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المقتضى أى التقاضف ثمانون جلدة ، ووافق أصحاب الرسول على هذا الرأى ، وإذن فتحريم الخمر مصدره القرآن ، والعقاب مصدره السنة ، ومقدار الحد مصدره الإجماع .

والدافع الذى يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته فى أن ينسى آلامه النفسية ، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التى تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد فهو يريد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجمع له بين ألم النفس وألم البدن ، وهو يريد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذى هرب منه ويجمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر ، قد وضعتها على أساس متين من علم النفس ، وحاربت الدوافع النفسية التى تدعو للجريمة بالدوافع النفسية المضادة التى تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتي لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها ، فإذا ما فكر الشخص فى شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع

الحر العقوبة التي تردده إلى آلام النفس والبدن ، وإذا ما فكر في شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يرد إلى عذاب الحقائق وعذاب العقوبة ، وفي هذا ما يصرف الشخص غالباً عن ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يصرف عنها وارتكبها مرة كان فيما يصيبه من العقوبة هذه المرة ما يظلب العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا ما فكر في الجريمة مرة أخرى .

٤٥٨ - الخمر طيباً ومجتمعياً : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية في عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها وأن أضرارها لا تحصى ، فهي تفسد العقل ، وتفسد الصحة ، وتؤدي إلى العقم أحياناً ، وإلى ضعف النسل غالباً ، كما تؤدي إلى ضياع المال ، وضياع الكرامة ، فكان المقول بعد هذا أن تأتي دولة كعصر فتحرم الخمر مستندة إلى دستورها الذي يجعل دين الدولة الرسمي الإسلام ، وإلى الإسلام الذي يحرم الخمر ويعاقب على شربها ، وإلى النتائج السيئة التي تنتج عن شرب الخمر ، ولكن مصر لم تفعل شيئاً من هذا وأباح قانونها الوضعي الخمر بإباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرازها أو بيعها ، وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر وتواجد في محل عام فالعقاب في هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على التواجد في محل عام بحالة سكر بين ، ولم يتشدد القانون في عقاب هذه الحالة الوحيدة لجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الفرامة التي لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذي لا يتجاوز أسبوعاً^(١) . والعيب في هذا ليس على واضع القانون فهو رجل أوروبي غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسي ، ولكن العيب عيب الذين أقروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه وهو باطل بطلاناً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة الإسلامية ، والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرق الإسلامي مقاطعة

(١) المادة ٣٨٥ من قانون العقوبات المصري .

فرنسية ناسين أو متأسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متجاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩ - العالم وتحريم الخمر : ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها من ثلاثة عشر قرناً ، وانفرد بتحريمها والعقاب عليها طيلة هذه المدة ، حتى جاء العالم في القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق في موقفه من الخمر وبأن غيره كان يسمه في الضلال ، وقد حل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام ، وأنها مفسدة للعقل والصحة والمال ، وها هو العالم غير الإسلامي لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر ولهذا الجماعات مجلات ورسائل ومؤتمرات ، ولقد كان أثر دعاية هذه الجماعات قوياً في الولايات المتحدة بأمريكا وفي الهند وكان الرأي العام أسرع استجابة في هاتين الدولتين فسنت فيها القوانين لتحريم الخمر تحريماً تاماً . وفي كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريماً جزئياً فنع تناولها أو تقديمها في أوقات معينة ، ولكن الكثير من القوانين التي حرمت الخمر لم تنجح في محاربة الخمر ؛ لأن العقوبات التي فرضتها لم تكن عقوبات رادعة .

وإذا كان الناس جميعاً قد آمنوا بأحقية الإسلام في تحريم الخمر فقد بقي عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التي فرضها الإسلام على شارب الخمر ، ويوم يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التي آسن لتحريم الخمر وتؤدي مهمتها خير أداء .

البحث الرابع

في عقوبة السرقة

٤٦٠ - عقوبة القطع : تعاقب الشريعة على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ [المائدة: ٣٨] .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل تحته اليد والرجل ، فإذا سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى ، فإذا عاد للسرقة ثانية قطعت رجله اليسرى ، وتقطع اليد من مفصل الكف ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب وكان على رضى الله عنه بقطعها من نصف القدم من مفعد الشراك ليدع للسارق عقبا يمشى عليه^(١) .

وعلة فرض عقوبة القلع للسرقة أن السارق حينما يفكر فى السرقة إنما يفكر فى أن يزيد كسبه بكسب غيره ، فهو يستصنر ما يكسبه عن طريق الحلال ويريد أن ينميه من طريق الحرام ، وهو لا يكتفى بشمرة عمله فيقطع فى ثمرة عمل غيره ، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أو الظهور أو ليرتاح من عناء الكد والعمل أو ليأمن على مستقبله ، فالدافع الذى يدفع إلى السرقة ويرجع إلى هذه الاعتبارات وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء ، وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس الإنسان بتقرير عقوبة القلع ؛ لأن قطع اليد أو الرجل يؤدي إلى نقص الكسب إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أى كان ، ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الثراء ، وهذا يؤدي إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور ويدعو إلى شدة الكد وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل .

فالشريعة الإسلامية بتقريرها عقوبة القلع دفعت العوامل النفسية التى تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة ، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية وارتكب الإنسان الجريمة مرة كان فى العقوبة والمرارة التى تصيبه منها ما يقلب العوامل النفسية الصارفة فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذى قامت عليه عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية ، وإنه لعمري خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن ، وإنه السرفى نجاح عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية قديما ، وهو

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٤ وما بعدها .

السر الذي جعلها تنجح نجاحاً باهراً في الحجاز في عصرنا هذا فتحوه من بلد كله قساد واضطراب ونهب وسرقات إلى بلد كله نظام وسلام وأمن وأمان . لقد كان الحجاز قبل أن تطبق فيه الشريعة الإسلامية أخيراً أسوأ بلاد العالم أماناً ، فكان المسافر إليه أو التيمم فيه لا يأمن على نفسه وماله وعياله ساعة من ليل بل ساعة من نهار بالرغم مما له من قوة ومما معه من عدة ، وكان معظم السكان لصوصاً وقطاعاً للطرق ، فلما طبقت الشريعة أصبح الحجاز خير بلاد العالم كله أماناً ، يأمن فيه المسافر والتيمم ، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا نجد من يسرقها أو يزنيها من مكانها على الطريق حتى يأتي الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها .

٤٦١ - عقوبة السرقة في الفانورة : وتجعل الفانورين الحبس عقوبة للسرقة

وهي عقوبة قد أخفقت في محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص ، والملة في هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخاف في نفس السارق العوامل النفسية التي تصرفه عن جريمة السرقة ؛ لأن عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس ، وما حاجته إلى الكسب في الحبس وهو موفر الطلبات مكفي الحاجات ؟ فإذا خرج من محبه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمي ثروته من طريق الخلال والحرام على السواء ، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بتظاهر الشريف فيأمنوا جانبه وبتعاونهم ، فإن وصل في الخاتمة إلى ما يبغي فذلك هو الذي أراد ، وإن لم يصل إلى بغيته فإنه لم يخسر شيئاً ولم تفته منفعة ذات بال .

أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل ، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصاً كبيراً ، كفرصة زيادة الكسب مقطوع بضاعها على كل حال ، ونقص الكسب إلى حد ضئيل أو انقطاعه هو المرجح في أغلب الأحوال ، ولن يستطيع أن يخدع الناس أو يحماهم على الثقة به والتعاون معه

رجل يعمل أثر الجريمة في جسمه وتعلمن يده المقطوعة عن سوابقه ، فالخاتمة التي لا يخطئها الحساب أن: جانب الحسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القاطع وجانب الرجح مرجح إذا كانت العقوبة الحبس ، وفي طبيعة الناس كلهم لا السارق وحده أن لا يتأخروا عن عمل يرجح فيه جانب المصلحة وأن لا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة .

٤٦٢ - اعتراضات مردودة : وأجيب بعد ذلك ممن يقولون إن عقوبة القاطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية في عصرنا الحاضر ، كأن الإنسانية والمدنية أن تقابل السارق بالكفارة على جرمته ، وأن تشجعه على السير في غوايته ، وأن تعيش في خوف واضطراب ، وأن تسكد ونشقى لبيتولى على ثمار عملنا العاطلون والمصوص .

ثم أجيب بعد ذلك مرة ثانية ممن يقولون إن عقوبة القاطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية ، كأن الإنسانية والمدنية أن تسكر العلم الحديث والمنطق اللادقيق ، وأن ننسى طبائع البشر ، ونسجاهل تجارب الأمم ، وأن نلغى عقولنا ونهمل النتائج التي وصل إليها تفكيرنا لناخذ بما يقوله ذاته فلا نجد عليه دليلاً إلا التهويل والتضليل .

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقاً هي التي تتفق مع المدنية والإنسانية ، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء وعقوبة القاطع قد كتب لها البقاء ؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتجارب الأمم ومنطق العقول والأشياء ، وهي نفس الأسس التي تقوم عليها المدنية والإنسانية ، أما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم ولا التجربة ولا تتفق مع منطق العقول ولا طبائع الأشياء .

إن أساس عقوبة القاطع هو دراسة تسمية الإنسان وعقليته ، فهي إذن عقوبة ملائمة للأفراد ، وهي في الوقت ذاته صالحة لتجاعة ؛ لأنها تؤدي إلى

تقليل الجرائم وتأمين المجتمع ، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للمجاعة فهي أفضل العقوبات وأعدلها .

ولكن ذلك كله لا يكفي عند بعض الناس لتبرير عقوبة القطع ؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة ، وتلك هي خبيثتهم الأولى والأخيرة وهي حجة داحضة ، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقاباً إذا كان موسوماً بالرخاوة والضعف ، بل يكون لعياً أو عبثاً أو شيئاً قريباً من هذا ، فالقسوة لا بد أن تتمثل في العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم .

وبعد ذلك فإن القانون أيها السادة الرحماء يوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة في بعض جرائم السرقة ، ويوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة في بعض آخر ، فكيف ترضى قلوبكم الرحيمة أن يوضع المحكوم عليه في السجن كما يوضع الحيوان في قفصه أو البيت في قبره طول هذه المدة محروماً من حرته بعيداً عن أهله وذويه ، وأيهما أقسى قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريته ويعيش بين أهله ولله أم حبيسه على هذا الوجه الذي يسلبه حرته وكرامته وإنسانيته ورجولته ؟

والقانون أخيراً أيها الرحماء يبيع عقوبة الإعدام وهي تؤدي إلى إزهاق الروح وفناء الجسد ، أما عقوبة التمتع فهي تؤدي إلى فناء جزء من الجسد فقط فن رضى بعقوبة الإعدام وأتم بها راضون وجب أن يرضى بعقوبة التمتع ؛ لأنها جزء من كل ، ومن لم يستقطع عقوبة الإعدام فليس له أن يستقطع عقوبة التمتع بأي حال .

إن الشريعة الإسلامية حين قررت عقوبة القطع لم تكن قاسية ، وهي الشريعة الوحيدة في العالم التي لا تعرف القسوة ، وما يراه البعض قسوة إنما هو القوة والحسم اللذان يمتاز بهما الشريعة يتشلمان في العقوبة كما يتشلمان في العقيدة وفي العبادات وفي الحقوق وفي الواجبات ، ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر

الألفاظ وروداً في القرآن ، وإن الشريعة لتلزم المسلم أن لا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتعب ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها في قوله وفعله ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « الراحمون يرحمهم الرحمن » ويقول : « ارحوا من في الأرض يرحمكم من في السماء » فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية ، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلاً .

المبحث الخامس

في عقوبة الحرابة

٤٦٣ - عقوبة المحارب :- فرضت الشريعة لجرمة الحرابة أربع عقوبات هي : ١ - القتل - ٢ - القتل مع الصلب - ٣ - القطع - ٤ - النفي - ومصدر هذه العقوبات التشريعي هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ [المائدة : ٣٣] .

٤٦٤ - القتل : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل ، وهي حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي الجني عليه . وقد وضعت العقوبة على أساس من العلم بطبيعة الإنسان البشرية ، فالقاتل تدفعه إلى القتل غريزة تنازع البقاء بقتل غيره ليبقى هو فإذا علم أنه حين يقتل غيره إنما يقتل نفسه أيضاً امتنع في الغالب عن القتل ، فالشريعة بتقريرها عقوبة القتل دفعت العوامل النفسية الداعية للقتل بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي يمكن أن تمنع من ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر الإنسان في قتل غيره ذكر أنه سيعاقب على فعله بالقتل فكان في ذلك ما يصرفه غالباً عن الجريمة .

٤٦٥ - القتل مع الصلب :- تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا

قتل وأخذ المال فهي عقوبة على القتل والسرقة معاً أو هي عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى أو ارتكبت إحداها وهي القتل لتسهيل الأخرى ، وهي أخذ المال .

والعقوبة حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي الجنى عليه .

وقد وضعت العقوبة على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة القتل لكن لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتكاب الجريمة وجب أن تُلغى العقوبة بحيث إذا فكر الجاني في الجريمة وذكر العقوبة المتلذذة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصاب الجاني حياً ثم يقتل وهو مصلوب ، وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة وإنما يعاقب الجاني لا الميت . ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولاً ثم يصاب ، وحجتهم أن النص قدم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل ، وأن الصلب قبل القتل تعذيب للمحكوم عليه والشريعة تنهى عن التعذيب ، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع لجه القتل طبقاً لقواعد الشريعة ، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيردع بذلك غيره ^(١) ، والرأي الأول للملك وأبي حنيفة ، والرأي الثاني للشافعي وأحمد .

والصواب مع القتل يقابل في عصرنا الحاضر القتل رمياً بالرصاص حيث يشد المحكوم عليه إلى خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص .

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصنوب مدة طويلة ، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام ، ويحددها بعضهم بيده تعفن الجثة فإذا بدى التعفن أُنزلت الجثة ، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم

(١) المنى ١٠٠ ص ٣٠٨

الصلب . ويرى البعض أن يصاب به قدر ما يشهر أمره على أن تنزل الجنة قبل بدء التعذيب^(١) .

وقد أحسنت الشريعة في التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقترب بأخذ المال ؛ لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لا تساوي الأخرى فوجب من ناحية المنطق والمقل أن تختلف عقوبة إحداها عن الأخرى

وفد يقال : إن لا فائدة لأي عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصاً لأن ائساب مع القتل ليس إلا القتل مصحوباً بالتهويل فالصلب زيادة لا فائدة منها . وترد على ذلك من أهون الأمور فالصلب عقوبة غرضان : تأديب الجاني وزجر غيره ، وإذا كان كل تأديب لنوا بعد عقوبة القتل فكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها في الزجر إذا صحبت عقوبة القتل ، والصلب حقيقة لا يؤثر على المحكوم عليه خصوصاً إذا كان الصاب بعد الموت ولكن أثر الصاب على الجمهور شديد بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذي يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة ، فالصلب له أثر الذي لا ينكر في زجر الغير وكفه عن الجريمة .

٤٦٦ - القلع : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل^(٢) . والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة أي قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة السرقة . إلا أنه لما كانت الجريمة ترتكب عادة في الطرق وبعيداً عن العمران كان قاطع الطريق في أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفي أمن من المطاردة ، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجعها على المواصل الصارفة

(١) المفني ج ١٠ ص ٣٠٨ .

(٢) راجع الفقرة ٣٧٩ .

التي تبعثها في النفس عقوبة السرقة العادية ، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التي تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التي تدعو إليها .

وعقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين وهي عقوبة لا شك عادلة ، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقارن عن ضعف خطورة السارق العادي ، ولأن فرصة قاطع الطريق في النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادي .

وإذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العادية وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق فإن القانون المصري يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العادية على الأقل ؛ لأنه يعاقب على السرقة المصحوبة بظروف بسيطة بالحبس لمدة ثلاث سنوات ويعاقب على السرقة التي تقع في الطرقات العمومية بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، وعقوبة الأشغال المؤقتة حدها خمسة عشر عاماً فهي خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات ، وسنرى فيما بعد أن حوالى نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم في ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم ، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلاً للإجرام وأكثر حدقاً له ، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطراً يهدد الأمن والنظام ، ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به ، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلاً مقطوع اليد والرجل يصاح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئاً حدقه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطراً على الأمن والنظام ؟ .

٤٦٧ - عقوبة النفي : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف

الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعادل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذي يخيف الناس ولا يأخذ منهم

مالا ولا يقتل منهم أحداً ؛ إنما يقصد الشهرة وبعد الصيت فموقب بالنفي وهو يؤدي إلى المحول وانقطاع الذّكر ، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس نفي الأمن عن الطريق وهو بعض الأرض فموقب بنفي الأمن عنه في كل الأرض . وسواء صحت هذه العلة أو تلك فالعوامل النفسية التي تدعو للجريمة في كل حال قد دفعها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي تصرف عن الجريمة ، فهو إذا فكر في الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فلم أنها تجر عليه المحول ، وهو إذا فكر في الجريمة ليخيف الناس وينفي الأمن عنهم في بعض الأرض ذكر العقوبة فلم أنه سينفي عنه الأمن في كل الأرض ، وحينئذ ترجح في أغلب الأحوال العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها فأساس العقوبة هو العلم بطبيعة النفس البشرية .

والرأي الراجح أن النفي يكون من بلد إلى بلد داخل حدود دار الإسلام^(١) على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر^(٢) ، وعلى أن يحبس الجاني في البلد الذي ينفي إليه ، وليس للحبس أمد معين بل هو متوقف على ظهور توبة المحكوم عليه وصلاحه فإن ظهرت أطلق سراحه . وخجنتهم في حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى ؛ لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقي مطلق السراح ، ولا يمنع أن يفعل ما فعله من قبل ، فايكون للنفي معناه يجب أن يحبس^(٣) .

وعقوبة النفي بالمعنى السابق تقابل عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية التي عرفها أخيراً القوانين الوضعية ، تلك العقوبة التي تقوم على حبس المحكوم

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفي هو إخراج المنفي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب وهو رأي مهمل .

(٢) مسافة القصر من مسيرة يوم بالبر الوسط كما يرى مالك والشافعي وأحمد ، وهو مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة ، وهي سبعة عشر ميلاً كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٦ - أسنى المطالبين ج ٤ ص ١٢٥ - النفي ج ١٠ ص ٣١٣ .

عليه في مكان خاص مدة غير محدودة بشرط أن لا يحبس أكثر من مدة معينة، وهذه العقوبة تطبق لنظرية العقوبة غير المحدودة وهي من أحدث نظريات العقاب في القوانين الوضعية .

وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية العقوبة غير المحدودة إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وطبقتها من ثلاثة عشر قرناً وتلك عقوبة النفي على ذلك من الشاهدين ، فمن كان يظن أن القوانين الوضعية حين أخذت بهذه النظرية قد جاءت بشيء جديد فليعلم أنها لم تجيء إلا بأقدم النظريات في الشريعة الإسلامية ، ومن كان يظن أن عقوبات الشريعة ونظرياتها لا تصلح للعصر الحديث فله أن يستبين مما تقدم وما سيحىء أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هي ألزم للأشياء لهذا العصر الحديث .

المبحث السادس

في عقوبة الردة والبيعى

٤٦٨ - عقوبة الردة : للردة عقوبتان عقوبة أصلية وهي القتل ، وعقوبة

تبعية هي المصادرة .

١- القتل : تعاقب الشريعة المرتد بالقتل ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢١٧] وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فأقتلوه » .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامى والخروج عليه بعد اعتناقه فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل ؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامى وعليه

يقوم النظام الاجتماعي للجاعة ، فالتساؤل في هذه الجريمة يؤدي إلى زعزعة هذا النظام ومن ثم عقوبت عايبها بأشد العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعي من ناحية ومنعاً للجريمة وزجراً عنها من ناحية أخرى ، ولا شك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة ، ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة فإن عقوبة القتل تولد غالباً في نفس الإنسان من العوامل الصارفة عن الجريمة ما يكبت العوامل الدافعة إليها وينم عن ارتكاب الجريمة في أغلب الأحوال .

وأكثر الدول اليوم تحمي نظامها الاجتماعي بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه ، وأول العقوبات التي تفرضها القوانين الرضمية لحماية النظام الاجتماعي ، وهي عقوبة الإعدام أي القتل فالتقوانين الرضمية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعي بنفس العقوبة التي وضعها الشريعة لحماية النظام الاجتماعي الإسلامي .

ب - المصادرة : عقوبة الردة التبيية هي مصادرة مال المرتد ، ويختلف الفقهاء في مدى المصادرة فمذهب مالك والشافعي والرأي الراجح في مذهب أحمد على أن المصادرة تشمل كل مال المرتد ، ومذهب أبي حنيفة ويؤيده بعض الفقهاء في مذهب أحمد على أن مال المرتد الذي اكتسبه بعد الردة هو الذي يصادر ، أما ماله الذي اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته المسلمين ، وهناك رواية عن أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان للمرتد من يرثه من أهل دينه الذي اختاره وهي رواية غير مشهورة^(١) .

٤٦٩ - عقوبة البغي : - تعاقب الشريعة على البغي بالقتل والأصل في

ذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتِلُوا فَاصْْحَبُوا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾ [الحجرات : ٩]

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أعطى إماماً صنفةً يده وثمرةً فزاده قاطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فأضربوا عنق الآخر » وقوله: « ستكون هنات وهنات ، ألا ومن خرج على أمي وهم جميع فأضربوا بالسيف عنقه كأننا من كان » .
وجريمة البغي موجهة إلى نظام الحكم والتمثيين بأمره ، وقد أشدّت فيها الشرية ؛ لأن التساهل فيها يؤدي إلى الفتن والاضطرابات وعدم الاستقرار وهذا بدوره يؤدي إلى تأخر الجماعة واختلاؤها . ولا شك أن عقوبة القتل تُقدر العقوبات على سرف الناس عن هذه الجريمة التي يدفع إليها الطمع وحب الاستعلاء .
وكل الدول اليوم تعاقب على البغي بالإعدام وهو نفس العقوبة المقررة للجريمة في الشرية .

الفصل الثاني

في العقوبات المقررة

جرائم القصاص والدية

٤٧٠ - عقوبات متعارفة :- جرائم القصاص والدية هي كما ذكرنا قبلاً :
(١) القتل العمد . (٢) القتل شبه العمد . (٣) القتل الخطأ . (٤) الجرح العمد
(٥) الجرح الخطأ .
والعقوبات المقررة لهذه الجرائم هي : القصاص - الدية - الكفارة - الحرمان من الميراث - الحرمان من الوصية . وستنكبهم فيما يلي عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى .

٤٧١ - (أولاً) القصاص :- جنات الشرية القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يمانب الجرم بمثله فلو قُتل كما قُتل ويجرح كما جرح .

ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة فالله جل شأنه يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصَ فِي الْقَتْلِ ، الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ ، وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ ، وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى ، فَمَنْ عَنَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءًا فَبِأَنبَاعِ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِكُمْ ذَلِكَ ، فَهُوَ عَذَابٌ أَلِيمٌ . وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩] ويقول جل شأنه ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ، وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من اعتبط مؤمنا يقتل فهو قود به ، إلا أن يرضى ولي القتل » ، ويقول : « من قتل له قتيل فأهله بين خيبرتين ، إن أحبوا فالقود ، وإن أحبوا فالعقل - أي الدية - » .

وليس في العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص ، فهي أصل العقوبات إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله ، وهي أفضل العقوبات للأمن والنظام ؛ لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالبا . والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء ، فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته ، وإذا علم أنه إذا تغلب على المجرم عليه اليوم فهو متغلب عليه غدا لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة ، وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية تراها كل يوم ، فالرجل المصعب المزاج السريع إلى الشر تراه أهدأ ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصمه أقوى منه أو قدر أنه سيرد على الاعتداء بمثله ، والرجل المساح قد لا يثنيه شيء عن الاعتداء ولكنه يتراجع ويدرر إذا رأى خصمه مساحا مثله ويستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء ؛ والمصارع والملاكم لا يتعدى أيهما شخصا يعلم أنه أكثر منه قوة أو مهارة أو جلدًا ولكنه

يتعدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلدًا .

تلك هي طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص ، فكل دافع نفسى يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عن الجريمة ، وذلك مايتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث .

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط ، فتعاقب بالإعدام على القتل ولكنها لاتعاقب بالقصاص على الجراح ، وتكتفى في عقاب الجراح بالفرامة والحبس أو بأحدها .

ولاشك في أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح في نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية . أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت في نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين ، ذلك أن جرمي القتل والجرح من نوع واحد وينبعثان عن دافع واحد ، ولا يكون القتل قتلاً قبل أن يكون ضرباً أو جرحاً في أغلب الأحوال ، وإذا منتهى بعض الجروح أو الضربات بالوفاة ، وينتهى البعض بالشفاء فتسمى هذه جرائم تسمى تلك قتلاً ، ومادام الجريمتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد ، وإذا كانت النتيجة في كل من الجريمتين تخالف الأخرى ، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضاً بنفس المقدار لاتزيد ولا تنقص ، فالجريمتان نوعيهما واحد وأصلهما الجرح ، وعقوبتهما من نوع واحد وهو القصاص ، واحدى الجريمتين تنتهى بقتل الجاني عليه وعقوبتها قتل المجرم ، والجريمة الثانية تنتهى بجرح الجاني عليه وعقوبتها جرح المجرم ، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق وفنائها المسمى الذى لم يصل إليه القانون بعد والذي قد يصل إليه بعد حين طويل أو قد يمر ولكنه سيبصل إليه دون شك ؛ لأن الأساس الأول في الشرائع على العموم هو المنطق ، وما دامت القوانين تعترف بعقوبة القصاص وتطبقها على جريمة القتل ، وما دام المنطق يقضى بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضاً ، فلا بد من أن

تخضع القوانين لهذا المنطق الذي أخذت بأسبابه واعترفت بمقدماته .
والمدجنى عليه ولوليه حق العفو عن عقوبة القصاص ، فإذا عفا سقطت العقوبة .
والعفو قد يكون مجانياً ، وقد يكون مقابل الذية ، ولكن سقوط عقوبة القصاص
بالعفو لا يمنع ولى الأمر من أن يعاقب المجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة .
والأصل في الشريعة أن المدجنى عليه ليس له في الجرائم عامة حق العفو عن
العقوبة ، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمدجنى عليه أو وليه في جرائم القصاص
والذية دون غيرها من الجرائم ؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالاً وثيقاً بشخص
المدجنى عليه ، ولأنها تمس المدجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها ، ولم
تتحس الشريعة أن عس حق المدجنى عليه في العفو الأمن العام والنظام ؛ لأن جريمة
القتل والجرح إذا كانت اعتداءً خطيراً على أمن الفرد ، فإنها ليست في هذه
الخطورة بالنسبة لأمن الجماعة ، فكل إنسان لا يخاف قاتل غيره أو ضاربه
ولا يخشى أن يمتدى عليه ؛ لأنه يعرف أن القتل أو الجرح أو الضرب لا يكون
إلا عن دافع شخصي ، أما السارق مثلاً فيخافه كل فرد وبمخشاه ؛ لأنه يعلم أن
السارق يطلب للمال أنى وجده ولا يطلب مال شخص بعينه .
وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمدجنى عليه أو وليه يؤثر على الأمن العام ،
فإن هذا التأثير لا يكون إلا إذا أسرف المدجنى عليه في استعمال هذا الحق ،
والإسراف بعيد الاحتمال ؛ لأن اتصال الجريمة بشخص المدجنى عليه مما يدعوه
للتشدد في استعمال حق العفو إذ في طبيعة الإنسان أن يميل إلى الإلتقام ممن اعتدى
عليه أكثر مما يميل إلى العفو عنه ، وإذن ففي اتصال الجريمة بشخص المدجنى عليه
ضمان لعدم الإسراف في استعمال حق العفو وبالتالي ضمان لعدم المساس بأمن الجماعة .
وتعد كانت الشريعة عملية ومنطقية في منح حق العفو للمدجنى عليه أو وليه ؛
لأن العقوبة فرضت أصلاً لمحاربة الجريمة ولسكانها لا تمنع وقوع الجريمة في أغلب
الأحوال ، أما العفو فيؤدى إلى منع الجريمة في أغلب الأحوال ، لأنه لا يكون إلا

بعد الصلح والتراضى وصفاء النفوس وخلوها من كل ما يدعو إلى الجريمة والإجرام فالعفو هنا يؤدي وظيفة العقوبة وينتهي إلى نهاية تعجز العقوبة عن الوصول إليها ، وهذا هو الوجه العملي لتقرير حق العفو . أما من ناحية المنطق فقد قلنا إن جرائم القتل والجرح جرائم شخصية فهي تصدر عن دوافع شخصية في نفس المجرم سببها شخصية المجني عليه ، وهي تمس المجني عليه في حياته وبدنه أكثر مما تمس المجتمع في أمنه ، فمن حق المجني عليه أن يكون لشخصيته اعتبار في توقيع العقوبة ما دامت الجريمة متصلة بشخصه هذا الاتصال .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق المجني عليه في أن يعفو عن عقوبة بعض الجرائم ، فإن القوانين الوضعية تعترف بنفس هذا المبدأ وإن كانت لا تطبقه على نفس الجرائم التي ينطبق عليها في الشريعة ، ذلك أن من القوانين الوضعية ما يعترف بحق الزوج وهو المجني عليه في جريمة الزنا في أن يعفو عن عقوبة زوجته الزانية . فالشريعة إذن لم تنأ بشيء غريب حين اعترفت للمجني عليه بحق العفو وإنما جاءت بمبدأ تعترف به اليوم أحدث القوانين ، وتبقى الشريعة بعد ذلك متفوقة على القانون الوضعي تفوقاً ظاهراً في أنها أحسن اختيار للمنطقة التي يطبق فيها المبدأ ؛ لأن تقرير حق العفو في جرائم القتل والجرح يؤدي إلى الوفاق والوثام ، ويقضي على دواعي النفور وبواعث الانتقام ، فقتل بذلك الجرائم وتخف حدة الإجرام ، أما القانون فقد أساء اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ ، لأن تقرير حق العفو في جريمة الزنا يؤدي إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق ، ويهدم نظام الأسرة وإن أريد به الوفاق اللفظي بين الزوجين ، وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركن الركين الذي يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون هدم الجماعة وإنما وجد للمحافظة عليها .

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه وبتروفر شروطه ، فإذا لم يكن ممكناً ولم تتوفر شروطه امتنع الحكم

به ووجب الحكم بالدية ولولم يطلب المجنى عليه أو وليه الحكم بها ؛ لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد .

وأيس في الشريعة ما يمنع في حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصاحبة عامة . ومذهب مالك على إيجاب عقوبة التعزير كلما سقط القصاص أو امتنع الحكم به في حالة القتل والجرح^(١) .

والقصاص هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح في حالة العمد ، أما الدية أو التعزير فكلاهما عقوبة بديلة تحمل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعمو .

٤٧٢ — (تانيا) الرية : — جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ ، ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول فأنه جل شأنه يقول : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ [النساء : ٩٢] والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ألا إن في قتل عمد خطأ قتل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

والدية مقدار معين من المال وهي وإن كانت عقوبة إلا أنها تدخل في مال المجنى عليه ولا تدخل خزائن الدولة ، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصاً وأن مقدارها يختلف تبعاً لإصابة الإصابات ويختلف بحسب تعدد الجاني للجريمة وعدم تعدده لها .

ومن الملاحظ اعتبار الدية تعويضاً لهذا التشابه القوي بينها وبين التعويض إذ الدية عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد ، وكذلك من

التجوز اعتبارها عقوبة خالصة وهي مال خالص للمجنى عليه ، وأفضل ما يقال في الدية أنها عقوبة وتعويض معاً ، فهي عقوبة لأنها مقررة جزاء للجريمة ، وإذا عفا المجنى عليه عنها جاز تمزير الجاني بعقوبة تمزيرية ملائمة ، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه ، وثنا جاز عند العفو عنها أن تحمل محلها عقوبة تمزيرية ، وهي تعويض لأنها مال خالص للمجنى عليه ولأنه لا يجوز الحكم بها إذا تنازل المجنى عليه عنها .

وعقوبة الدية ذات حد واحد فليس للقاضي أن يتقص منها شيئاً أو يزيد في مقدارها ، وهي إن اختلفت في شبه الدم عنها في الخطأ واختلفت في الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته فإن مقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة ، فدية الصغير كدية الكبير ودية الضيف كدية القوى ، ودية الوضع كدية الشريف ، ودية المحكوم كدية الحاكم ، ومن المتفق عليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل في القتل ، أما في الجراح فأبو حنيفة والشافعي^(١) يريان أن ما يجب للمرأة هو نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة ، بينما يرى مالك وأحمد^(٢) أن المرأة تساوى الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد الواجب على ثلث الدية فالمرأة نصف ما يجب للرجل^(٣) . وهناك خلاف على دية غير المسلمين فالبعض يسوى بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما^(٤) .

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد ، فجعلتها في الأول القصاص وفي الثاني الدية المنلظة ؛ لأن المجرم في القتل العمد يقصد قتل

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ — المغني ج ٩ ص ٥٢٣ .

(٣) هذه القاعدة مطابقة عند أحمد أما مالك فيبديها بإجماع الفعل وإجماع الخلق . راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ — المغني ج ٩ ص ٥٢٧ المذهب ج ٢ ص ٢١١ .

الجنى عليه أما في شبه العمد فالجرم لا يقصد قتل الجنى عليه ، ووجود هذا الفرق بينهما في الفعل يمنع من التسوية بينهما في العقوبة ، فضلا عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد ؛ لأن القصاص يقتضى التماثل بين ما يفعله الجانى وما يفعله به ، والجانى لم يقصد قتل الجنى عليه ، فإذا قتل الجانى بالجنى عليه فإن قاتل الجانى لا بد أن يقصد قتله ، وهنا ينعدم التماثل ، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد .

وفرت الشريعة بين عقوبة العمد الخطأ والصواب ، فجعلتها في حالة العمد القصاص وفي حالة الخطأ الدية المحففة ، ناظرة في ذلك إلى أن الجانى في جرائم العمد يتمم الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بمختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية ، أما الجانى في جرائم الخطأ فإنه لا يتعد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها ، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياطه يؤدي إلى وقوع الفعل المسكون للجريمة دون أن يتجه ذهن الجانى إلى هذا الفعل بالذات ، فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوي هو اتجاه المجرم النفسى للجريمة ، وعنصر مادي هو الفعل المسكون للجريمة أما جريمة الخطأ فيتوفر فيها العنصر المادي فقط وينقصها العنصر المعنوي لتساوى الجريمة العمدية ، والفرق بين نفسية الجانى المتعمد وبين نفسية الجانى الخطيء هو علة التفرقة في عقوبة الجريمتين ، والفرق بين النفسيتين يساوى تماما الفرق بين العقوبتين ؛ لأن المجرم المتعمد إذا تجرد من العوامل النفسية التي دعت له لارتكاب الجريمة أصبح مساويا للمجرم الخطيء ولم يبق إلا العنصر المادي للجريمة ، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد في حالة العفو وبين عقوبة الخطأ وجعلتها الدية في الحالين ، فكان العفو يتصرف إلى العنصر المعنوي في الجريمة العمدية . فإذا كان العفو عن الدية انصرف إلى العنصر المادي في الجريمتين . ولم تعاقب الشريعة في حالة الخطأ بالقصاص ؛ لانعدام الدوافع النفسية لدى

الجاني ، ولأنه لم يعتمد الجريمة ولم يفكر فيها ، ولكن لما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص ، ولما كان يتسبب عنها في الغالب أضرار مالية للمجنى عليه أو لورثته ، فقد رأت الشريعة لهذين السببين أن تكون العقوبة في أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال ، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذي يتعب الناس أنفسهم في الحرص عليه ، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بالمال ، ولا شك أن هذه العقوبة كافية لحل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة .

ويتضح مما سبق أن الدية عقوبة مشتركة بين العمد الذي لا قصاص فيه وبين شبه العمد وبين الخطأ ، ولكن مقدار الدية ليس واحداً في هذه الحالات الثلاث فدية العمد وشبه العمد واحدة وهي الدية المغالطة ، ودية الخطأ هي الدية الخفيفة . والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل ، والتغليظ والتخفيف لا تدخل له في العدد وإنما يكون في أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهي مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أماما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

والأرش على نوعين : أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول : هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثاني هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الدية : والقاعدة العامة أن دية العمد تجب في مال المجنى عليه دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو مادون النفس ، إلا أن مالكا يستثنى من هذه القاعدة أرش الجراح التي يتمتع القصاص فيها خوف تلف الجاني ككسر الفخذ والجائفة ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما بلغ ثلث دية الجاني أو

المجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً^(١).

ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يحمل الدية إذا كان الجاني صغيراً أو مجنوناً ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعدم الفعل ؛ لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمد ، إذ لا يمكن أن يكون لها قصد صحيح فألحق عمدتها بالخطأ^(٢) وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما وهو الرجوح يتفق مع الرأي السابق ، والثاني هو الرجح^(٣) يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد ؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما ، فكان عمدتها عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما .

ويختلف الفقهاء في حكم شبه العمد^(٤) والغلط ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجاني ، فما كان دون الثلث فهو على الجاني وحده^(٥) ويرى أحمد أن الجاني يحمل ما دون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه حملته عاقلة^(٦) . ويرى أبو حنيفة أن الجاني يحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة^(٧) . ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو كثر ؛ لأن من أزم بالكثير أزم بالقليل من باب أولى^(٨).

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ — بدائع ج ٧ ص ٢٥٥ — المنى ج ٩

ص ٤٨٨ المذهب ج ٢ ص ٣٠٩ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٦٠ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ — المنى ج ٩ ص ٥٠٤

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٦٠ .

(٤) يلاحظ أن مالك لا يعترف بشبه العمد والنقل طبقات مشهور مذهبه إما أن يكون عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥

(٦) المنى ج ٩ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ .

(٨) المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ .

وإذا حلت العاقلة الدية فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أحد أفراد العاقلة ، أما الشافعي وأحمد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً مع العاقلة .

العاقلة : هي من يحمل العقل . والعقل هو الدية وسميت عقلاً ؛ لأنها تعقل لسان ولي الفتول ، وقيل : إنها سميت العاقلة ؛ لأنهم ينعمون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع .

وعاقلة القاتل هم عصباته ، فلا يدخل في العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوى الأرحام .

ويدخل في العصبية سائر العصابات معها بعدوا ؛ لأنهم عصبية يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم ، ولا يشترط أن يكونوا وارثين في الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

ولا تسكف العاقلة من المال ما يحجب بها ويشق عليها ؛ لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواصلة الجاني والتخفيف عنه ، فلا يحجب عن الجاني بما يشق على غيره ويحجب به ، ولو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به ؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحماه كل فرد ، فقال مالك وأحمد بترك الأمر للحاكم بفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه . وفي مذهب مالك رأى بفرض دينار على كل شخص ، وفي مذهب أحمد رأى آخر بفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعي . ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة كما يرى التسوية بين الغني ومتوسط الحال^(١) .

(١) بدأت الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المنى ج ٩ ص ٥٢٠ . واهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ للمذهب ج ٢ ص ٢٣٠ ،

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على زائل العقل شيء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به ؛ ولأن المرأة والصبي والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن مؤلّاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم تكن عاقلة أو كانت عاقلة ولكنها فقيرة أخذت الدية كلها من بيت المال وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذت باقيةا من بيت المال . وهذا الرأي هو مذهب مالك والشافعي وظاهر مذهب أبي حنيفة ومذهب أحمد الثاني : ويرى أصحابه أن الدية تجب في مال القاتل ؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسؤول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأي رواية عن أبي حنيفة محمد ويقول به بعض الحنابلة^(١) .

علة تحميل العاقلة الدية : وتحميل الدية للعاقلة معناه أن آخرين غير الجاني يحملون وزر جريمته ، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة : ﴿ إلا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ إلا أن ظروف الجناة والمجنى عليهم هي التي سوغت هذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازماً لتحقيق العدالة والمساواة ، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبررات الآتية : -

١ - لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخطيء وزر عمله لسكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ، ولا تمتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة ويتبع هذا أن يحصل المجنى عليه أو وليه على الدية كاملة إن كان الجاني غنياً ، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال ، أما إذا كان الجاني فقيراً وهو كذلك فرأى أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شيء ، وهكذا تنعدم العدالة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - المغني ج ٩

ص ٥٢٤ المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ .

والمساواة بين الجناة كما تقدم بين المجنى عليهم ، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجبا لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ - إن الدية وإن كانت عقوبة إلا أنها حق مالي للمجنى عليه أو وليه وقد روعى في تقديرها أن تكون تعويضا عادلا عن الجريمة ، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل التهم وحده بالدية لما أمكن أن يصل معظم المجنى عليهم إلى الدية التي يحكم بها ؛ لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد ، إذ الدية الكاملة مائة من الإبل تقدر بألف دينار ، ولا شك أن ثروة الفرد الواحد في أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار لدية الواحدة ، فلو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجاني وحده وزر عمله لكان ذلك مانعا من حصول المجنى عليهم على حقوقهم ، فكان ترك القاعدة إلى هذا الاستثناء هو الضمان الوحيد الذي يضمن وصول الحقوق المقررة إلى أربابها .

ويلاحظ أن المجنى عليهم في جرائم العمد لا يتعرضون لثل هذه الحالة ؛ لأن العقوبة الأصلية هي القصاص ولا تسبديل بها الدية إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه عن القصاص ، ولن يفوق أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامنا الحصول على الدية ، فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجاني كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار المجنى عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذي وضع فيه نفسه .

٣ - إن العاقلة تحمل الدية في جرائم الخطأ أو في شبه العمد وهو ماحق بالخطأ وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط ، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً ، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم ، كما أن النرد ينقل دائماً عن أسرته ويتشبه بأقاربه ، فكان الإهمال وعدم الاحتياط هو في الغالب ميراث الأسرة، ولما كانت الأسرة تأخذ عن البيئة والجماعة فيكون الإهمال وعدم الاحتياط في النهاية ميراث الجماعة ، فوجب لهذا

أن تتحمل أولاً عاقلة الجاني نتيجة خطئه ، وأن تتحمل الجماعة أخيراً هذا الخطأ كما عجزت العاقلة عن حمله .

ويمكننا أن نقول أيضاً : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة السعور بالعزة والقوة ، وإن هذا السعور يتولد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة ، فالشاهد أن من لا أسرته له يكون أكثر احتياطاً ويقظة ممن له أسرة ، وأن المنتمين للأقليات يكونون أكثر حرصاً من المنتمين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ مادام أنهما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤ - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التضامن والتعاون ومن واجب الفرد في كل أسرة أن يناصر باقي أفراد الأسرة ويتعاون معهم . وكذلك واجب الفرد في كل جماعة . وتحمل العاقلة أولاً والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجاني بحقق التعاون والتضامن تحقيقاً تاماً بل إنه يجدهه ويؤكدده في كل وقت . فكما وقعت جريمة من جرائم الخطأ اتصل الجاني بعاقلته واتصلت العاقلة بعضها ببعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم . ولما كانت جرائم الخطأ تقع كل يوم فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتضامن بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجدداً مستمراً .

٥ - إن الحكم بالدية على الجاني وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم ؛ لأن الجاني الذي تحمل عنه العاقلة اليوم دية جرمته ملزم بأن يتحمل غداً بنصيب من الدية المقررة للجريمة غيره من أفراد العاقلة وما دام كل إنسان معرضاً للخطأ فسيأتي اليوم الذي يكون فيه ما حمله فرد بينه عن غيره مساوياً لما تحمله هذا الغير عنه .

٦ - إن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حياة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ، والدية مقررة بدلاً من الدم وصيانة له عن الإهدار ، فهو تحمل كل

جان وحده بالدية التي تجب بجرمته وكان عاجزاً عن أدائها ، لأهدر بذلك دم
الجنى عليه ، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجباً حتى لا تذهب
الدماء هدراً دون مقابل .

هذه هي أهم المبررات التي دعت إلى الخروج على القاعدة العامة ، ولعل هذا
الاستثناء هو في الشريعة الإسلامية الاستثناء الوحيد لقاعدة الأثر ووزارة وزر
أخرى أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميها النظريات القانونية الحديثة ، وقد أخذت
الشريعة بهذا الاستثناء ؛ لأنه يحقق الرحمة والمساواة والعدالة ويمنع إهدار الدماء
ويضمن الحصول على الحقوق (١) .

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم ؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة
وتسوية بين الجناة والجنى عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر ، لأن أساسه
وجود العاقلة ، ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود اليوم إلا في النادر الذي لا حكم
له ، وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا يتحمل أن تفرض عليه كل الدية ،
ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم واتموا إلى قبائلهم
وأصولهم ، أما الآن فلا شيء من هذا في أغلب البلاد والأقطار ، وإذن فلا يحصى
من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، فإما الرجوع على الجنائي
بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال .

والرجوع على الجنائي يؤدي إلى إهدار دماء أكثر الجنى عليهم ؛ لأن أكثر
الجناة فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء
وحياطتها ، كما أن الرجوع على الجنائي يؤدي إلى انعدام العدالة والمساواة .

والرجوع على بيت المال يرهق الخزنة العامة ، ولكنه يحقق العدالة والمساواة
ويصون الدماء ، ويحقق أغراض الشريعة ، وإذن فيجب أن لا يكون الخوف
من إرهاب الخزنة مانعاً من العدالة والمساواة ، وحيث لا دون تحقيق أغراض

الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تفرض ضريبة عامة تخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تخصص الغرامات التي يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض ، وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين .

ولقد أخذت بعض الدول الأوربية بهذه الفكرة كالمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم ، وتخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض المجنى عليهم في الجرائم بشرط أن تكون أموال الجاني لا تكفي للتعويض^(١) .

وهذا الذي أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقيق بعض الأغراض التي ترمى الشريعة لتحقيقها ، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه في البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه بيننا على الوجه الذي يحقق أغراض الشريعة ويلتزم ظروفنا .

٤٧٣ - (ثالثاً) - الكفارة: - الأصل في الكفارة قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ [النساء : ٩٢] .

والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فطيه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ، ومن المتفق عليه أنها واجبة

في القتل الخطأ وكذلك القتل شبه العمد ؛ لأنه يشبه الخطأ من وجه إذ البلى لا يقصد قتل المجنى عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الكفارة في القتل العمد ، فيرى الشافعي أنها تجب في القتل العمد ؛ لأنها إذا وجبت في القتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمد وقد تملك بالإثم أولى ^(١) ، ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعي ولكن المشهور في المذهب أن لا كفارة في القتل العمد ؛ لأن نص القتل العمد ؛ جاء خلوياً من الكفارة ^(٢) . ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة في القتل العمد ؛ لأن الكفارة من الصورات المقذرة فلا بد من النص عليها ^(٣) . ولا يوجب مالك الكفارة في القتل العمد ولكنه يراها مندوباً إليها في العمد الذي لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعي أو لامقور ^(٤)

ولا يفرق مالك والشافعي وأحمد في القتل الذي تجب فيه الكفارة بين أن يكون القتل مباشراً أو بالتسبب ، ولكن أبا حنيفة يرى أن لا كفارة في القتل بالتسبب أيا كان نوعه أي : ولو كان خطأ ^(٥) .

على من تجب الكفارة ؟ - تجب الكفارة عند الشافعي وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ ، عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلماً ^(٦) . ويرى مالك أنها تجب على الصبي والبالغ والعاقل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم ؛ لأنها تعبدية ^(٧) . ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم ؛ لأن الصبي والمجنون

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) المفني ج ١٠ ص ٤٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ - المفني ج ١٠

ص ٣٧ المذهب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٦) المفني ج ١٠ ص ٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٧) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٦ .

لا يخاطب كلاهما بالشرائع أصلاً ؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ،
والكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها في نفس الوقت عبادة^(١)

وحجة الشافعي وأحمد بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن
لم يسألوا عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما
غير المسلم فهو ملزم بالكفارة لموم النص .

الصيام : والصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهي العتق ،
ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقية أو قيمتها فاضلة عن حاجته ، فإن
وجدها فلا يجب الصيام عليه .

٤٧٤ - ربيعاً : الحرمان من الميراث : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية
تصيب القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل ، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة
والسلام : « ليس للقاتل شيء من الميراث » وقوله « ليس للقاتل ميراث بمد
صاحب البقرة »

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق
مذهبان في هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان
القتل مباشرة أو نسبياً ، وسواء اقتصر من القاتل أو درىء عنه القصاص لسبب ما .
أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الذية التي
وجبت بالقتل^(٢) . والرأي الراجح في المذهب يقضى بحرمان الصغير والمجنون
من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أياً كان نوع القتل بشرط أن يكون
القتل مباشرة لا نسبياً ، وأن يكون عدواناً ، وأن لا يكون من صغير ولا مجنون^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) شرح أندلسي ج ٤ ص ٤٣٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ ، ٤٩٠ .

واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا ؛ لأنه قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث ؛ لأنه قتل بحق . ومنهم من قال إن كانت متهما باستعمال الميراث حرم من الميراث ، كما في القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم على مورثه في جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم ؛ لأنه متهم في قتله باستعمال الميراث وإن لم يكن متهما باستعمال الميراث فلا حرمان كما لو حكم عليه في الزنا بإقراره .

والرأي الراجح في المذهب غير هذين وهو أن القاتل يحرم الإرث في كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسبياً وسواء كان القتل بحق أو بغير حق ، وسواء كان القاتل بالغا عاقلاً أو صغيراً أو مجنوناً وأصحاب هذا الرأي يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعمال الميراث^(١) .

ويرى أحد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث ، أما غير المضمون فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً . ويعلمون حرمان الصبي والمجنون من الميراث في مذهب أحد ؛ بأن مافعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يماقب عليه بتقوية الحد لتقصير أهليته ، وامتناع القصاص لتقصير الأهلية لا يمنع من حرمان الجاني من الميراث بل إن الاحتياط يقتضي المنع من الميراث صوناً للدماء^(٢) .

٤٧٥ - الحرمان من الوصية : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية ، والأصل فيها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » وقوله : « ليس لقاتل شيء » وذكر الشيء نكرة في محل النفي يعم الميراث والوصية جميعاً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ - مجلة القانون والاقتصاد ص ٦ ص ٥٨٦ .

١٠٠٠ اختلاف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقهما :-

ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ ، ويفتقرون على أن القتل الخطأ لا يصلح سببا للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالما بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحته الوصية في المال وفي الدية . ولكنهم اختلفوا في القتل العمد ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم أنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح في المال ولا تصح في الدية ؛ لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت ، وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمدا سواء علم الموصى بأنه قاتله أو لم يعلم ، ويستوى عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في المالين^(١) .

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرا ، وأن يكون عنوانا وأن يكون من بالغ عاقل . ويرى أبو حنيفة أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة^(٢) .

وفي مذهبي الشافعي وأحمد نظريتان :-

الأولى : ويرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل ، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين : فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة . ينبنى أن تتوافر فيها شروط الهبة . وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ - شرح الدردير ج ٤ ص ٣٧٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

الثانية : — يرى أصحابها أن الوصية للقائل صحيحة في كل حال دون حاجة لإجازة الورثة^(١)

الفصل الثالث

في عقوبات الكفارات

٤٧٦ - الكفارة : — هي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها . والكفارة في الأصل نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو إطعام مساكين أو صوم ، فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهي عبادة خالصة كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على ما يعتبر معصية فهي عقوبة جنائية خالصة كالكفارة في القتل الخطأ ؛ ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبه فيها الشارع بنص صريح .

والجرائم التي يحكم فيها بالكفارة محدودة وهي : (١) إفساد الصيام . (٢) إفساد الإحرام (٣) الحنث في اليمين (٤) الوطء في الحيض (٥) الوطء في الظهر (٦) القتل .

والكفارة الواجبة في كل هذه الجرائم ليست واحدة وهي تختلف في نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة .

وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبة مقدرة أخرى كما هو الحال في القتل الخطأ فمقوبته الدية والكفارة معا وكلاهما عقوبة مقدرة ، وقد تصحب الكفارة

(١) المهذب ج ١ ص ٤٥٧ - الإقناع ج ٣ ص ٥٩ - الفرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ .

عقوبة غير مقدرة أى عقوبة تعزيرية كما هو الحال فى الظهار^(١) .
والكفارات التى فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هى : العتق، والإطعام،
والكسوة، والصيام .

أولاً - العتق :- المقصود عتق رقبة أى تحرير أحد الأرقام، ويشترط فى
الرقيق المعتق شروطاً خاصة لا عمل لذكرها هنا، كما يشترط لعتق الرقبة أن
تكون فاضلة عن حاجة المعتق، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته
تصدق بقيمتها .

واليوم وقد بطل الرق فى العالم كله تقريباً يجب على من وجب عليه عتق
رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

ثانياً - الإطعام :- المقصود بالإطعام إطعام المساكين، وكفارة الإطعام
تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما فى كفارة
اليمين، وقد تكون إطعام ستين مسكيناً كما هو الحال فى إفساد الصوم .
ويجزئ فى الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله وأن يكون
مرة واحدة .

ثالثاً - الكسوة: الكسوة لا تدخل فى غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها
إلا فى كفارة اليمين، ولا يجزئ فى الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله
تعالى ﴿كفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم﴾ .
رابعاً - الصيام : والمقصود صيام الجانى، والصوم لا يكون عادة إلا فى
حالة النجس عن الكفارات الأخرى، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة
التي يكفر عنها، فقد يكون ثلاثة أيام كما فى كفارة اليمين أو صوم شهرين كما فى
القتل الخطأ .

(١) نصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ - المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ - أسنى

المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

ومن المسلم به أن الصيام لا يجوز إلا في حق المسلم ، أما غير المسلم فلا يطلب منه التكفير بالصيام ؛ لأن الصوم عبادة لا يلزم بها غير المسلم .

الفصل الرابع

في عقوبات التعازير

٤٧٧ - ماهية التعازير : - التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها

الحدود أى : هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأىها عقوبة مقدرة .
والتعازير هى مجموعه من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهى بأشد العقوبات كالحبس والجلد ، بل قد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة وحال المجرم ونفسه وسوابقه .

وبماقب بالتعزير على كل الجرائم فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة ، ولا يعاقب عليها بالتعزير باعتبار التعزير عقوبة أصلية وإنما باعتباره عقوبة بدلية تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توفر شروط الحد ، أو باعتباره عقوبة إضافة تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتعزير فى الزنا عند أبى حنيفة ، وكإضافة التعزير للنقصان فى الجراح عند مالك ، وكإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافى .

وقد جرى التشريع الجنائى الإسلامى على أن لايفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن تعييد القاضى بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدى وظيفتها ، ويجعل العقوبة غير غادلة فى كثير من الأحوال ؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافاً بينا ، وما قد يصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر ، وما يردع شخصاً عن جريمة قد لا يردع غيره

ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التمازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وحماية الجماعة من الإجرام ، وللقاضي أن يعاقب بمقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها إن كانت العقوبة ذات حدين ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يمكن لتأديب الجاني وردعه واستصلاحه .

وليس ثمة خطر من إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع في جرائم التعزير؛ لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة؛ ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده ، أما الجرائم الخطيرة وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فقد وضعت لها الشريعة عقوبات مقدرة ، ولم تترك للقاضي أي سلطان عليها إلا تطبيق العقوبة المقررة كما ثبتت الجريمة على الجاني .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها ، بل إن الشريعة تنسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤديه وتحمي الجماعة من الإجرام ، والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٤٧٨ - الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات : هناك فروق ظاهرة

تميز التعازير عن ائمة عقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وأهم هذه الفروق ما يأتي : -

(١) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي عقوبات مقدرة معينة ، فهي عقوبات لازمة للقاضي أن يستبدل بها غيرها ، وليس له

أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت بطبيعتها ذات حدين كالجلد؛ لأن تقديرها وتعيينها يجعلها في حكم العقوبة ذات الحد الواحد .

أما التعازير فهي عقوبات غير مقدرة ، فللقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة ، وهي في الغالب ذات حدين وللقاضي أن ينزل بالعقوبة إلى -دها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، على أن من عقوبات التعازير ما هو ذو حد واحد كالتبويب والنصح ، ولكن القاضي مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هي بالذات الملائمة للجريمة والمجرم .

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولي الأمر ، أما التعازير فتقبل العفو من ولي الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم ، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً .

٤٧٩ - أنواع التعازير : التعازير على أنواع في الشريعة ، وسنذكر فيها إلى أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلاً موضع العمل ، وعلينا أن لا ننسى أن مبادئ الشريعة لا تمنع من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

٤٨٠ - عقوبة القتل : الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب ، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عقابته غالباً^(١) فينبغي أن لا تكون عقوبة التعزير مهلكة ، ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٤٤ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٥، ١١٦ - أسنى الطالب ج ٤ ص ١٦٦ ، ما بعدها .

(٢) للراجع السابقة ونصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٦٤ وإرتفاع ج ٤ ص ٢٦٩ .

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا استثناء من هذه القاعدة العامة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله ، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة وممتاد الجرائم الخطيرة^(١) .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء استثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره لتقاضى ككل العقوبات التمييزية ، بل يجب أن يعين ولى الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدتها ، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه ، أو كان استئصال المجرم ضرورياً لدفع فساده وحماية الجماعة منه .

ويبيع الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمونه القتل سياسة ، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، وبأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية^(٢) ولكن أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حداً أو قصاصاً في المذاهب الأخرى ، فما يظن توسداً في مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسع ظاهري في أكثر الحالات ، فمثلاً يبيح الحنفية القتل تعزيراً في جريمة القتل بالمنقل وفي جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصاً في الحالة الأولى أو حداً في الحالة الثانية ، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد قتل القتال بالمنقل قصاصاً وقتل اللانط والمطوط به حداً ، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيراً بينما يراه غيرهم مرتداً بدعوته للبدعة فيقتل حداً .

(١) حاشية ابن عابدین ج ٤ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ - الإقناع ج ١ ص ٢٧١ - الطرق الحنكوية لابن القيم ص ١٠٦ - الاختيارات لابن تيمية ص ١٧٨ ، ١٧٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٧ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - مجموعة الرسائل - الحسبة - ص ٥٨ .
(٢) لا يبيح الشافعيون ومعظم المالكيين القتل تعزيراً ويفضلون أن يحبس الجاني المفسد الذي يستنصر بمجرأته إلى غير أمم الكفرة من الجماعة ، ويؤيدون في هذا الاتجاه بعض الحنابلة .

والقتل تمييزاً بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا في جرائم تمييزية محدودة المدد ، وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جمعت القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم الحدود هي : الزنا ، والحراة ، والرذة ، والبنى . وجمعت عقوبة في جريمة واحدة من القصاص هي القتل العمد ، فإذا قدرنا أن الجرائم التمييزية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يجيزون القتل تمييزاً ، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يبيحون القتل تمييزاً ، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها ، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض ، ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة في هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف في عقوبة القتل إلى حد بعيد بحيث كان القانون الإنجليزي مثلاً يعاقب على مائتي جريمة بالإعدام ، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمس عشرة جريمة بالإعدام . ولقد حاولت بعض البلاد الأوربية في العهد الأخير أن تلتفي عقوبة القتل ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التي ترى في عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين . بل إن بعض البلاد التي ألغت عقوبة القتل فعلاً كإيطاليا والروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة في قوانينها .

وعقوبة القتل مقررة في كل الدول الكبرى كإنجلترا وألمانيا وفرنسا وأمريكا وأم ما يبرر به شرع القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولإستئصال المجرمين الخطارين على الجماعة ، وهذه هي نفس المبررات التي قاله بها فقهاء الشريعة .

٤٨١ - عقوبة الجلد : تعتبر عقوبة الجلد من العقوبات الأساسية في

الشريعة ، فهي عقوبة من العقوبات المقررة للحدود ، وهي من العقوبات المقررة

في جرائم التعازير ، بل هي العقوبة المفضلة في جرائم التعازير الخطيرة . ولعل وجه تفضيلها على غيرها أنها أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين الخطيرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه ، وأنها ذات حدين فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذي يلائم جريمته ويلئم شخصيته في آن واحد .

وتتمتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذها لا يتقل كاهل الدولة ، ولا يبطل المحكوم عليه عن الإنتاج ، ولا يمرض أهله ومن يمولهم للضياع أو الحرمان كما هو الحال في الحبس مثلاً ، فالعقوبة تنفذ في الحال ، والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله ، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بمقابه أهله .

وأهم ميزة العقوبة الجلد أنها تسمى المحكوم عليه من شر المحابس وما تجرؤه على المحبوسين من إفساد الأخلاق والصحة ، واعتياد التعطل والنفور من العمل .

الحد الأعلى للجلد : اختلف في الحد الأعلى للجلد ، فمشهور مذهب مالك أن تعيين الحد الأعلى متروك لولي الأمر ؛ لأن التمييز يكون بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولي الأمر ، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب في جرائم الحدود لا يزيد على حانة جلدة^(١)

ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الحد الأعلى للجلد في التمييز تسعة وثلاثون سوطاً ، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطاً . وأساس هذا التحديد ما صح عندهم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » ويرجع الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف إلى أن أبا حنيفة ومحمد رأيا أن لفظ الحدود ورد في الحديث منكرأ ، فقالا : إن المقصود به حد ما ، والأربعون حد كامل للرفيق ، فإذا نقصت سوطاً أصبح الحد

(١) نصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٩ .

الأعلى للتعزير تسعة وثلاثين ، أما أبو يوسف فصرف لفظ الحد إلى حد الأحرار وأقله ثمانون ، وكان القياس أن يجعل الحد الأعلى تسعة وستين سوطاً ولكنه اتقى أثر علي بن أبي طالب حيث جعل الحد الأعلى للتعزير خمسة وسبعين سوطاً ينقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار^(١) .

وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأي أبي حنيفة ومحمد ، والثاني يتفق مع رأي أبي يوسف ، والثالث يرى أصحابه أن يزيد الحد عن خمسة وسبعين^(٢) ولا يصل إلى مائة^(٣) بشرط أن تقاس كل جرعة بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف ، وينقص تعزير السب عن حد القذف ، أي : أنه لا يباع بالتعزير في معصية قدر الحد فيها ، فلا يبلغ التعزير على النظر والمباشرة حد الزنا ، ولا بالتعزير على الشتم دون قذف حد القذف .

وفي مذهب أحمد آراء متعددة، منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التي ذكرناها في مذهب الشافعي، وهناك رأيان مختلفان : أولهما : أن الجلد لا يصح أن يبلغ في كل جنابة حداً مشروعاً في جنسها ، ولكنه يصح أن يزيد على الحد في جنابة من غير جنس الجنابة المشروع فيها الحد ، فثلاً حد الزاني غير المحصن الجلد مائة جلدة وحد الزاني المحصن الرجم ، فلا يصح أن يعاقب على الخلوة أو المباشرة أو التقييل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلدة إذا كان الفاعل غير محصن حتى لا يبلغ العقاب حداً في غير حد ، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محصناً أن يجلد مائة جلدة فأكثر؛ لأن حد الزاني المحصن هو الرجم والجلد أياً كان عدد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٥١ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠١ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

(٣) يرى فريق من الشافعية أن يزيد الجلد على مائة بشرط أن تكون الجرعة مما لم يرد

في نوعها حد مقدر . راجع مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحية ، ص ٥٢ والطرق الحكيمة ص ١٠٦ . ولم أجد لهذا الرأي أثراً فيما لدي من كتب الشافعية .

الجلدات لا يبلغ حد الرجم ، وثانيهما : أنه لا يصح أن يزداد في التعزير على عشرة أسواط بأي حال ، وحجة القائلين بهذا الرأي الأخير مارواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى »^(١) وينسب بعض الفقهاء هذا الرأي للشافعية ، ولكني لم أجده أثرا فيما لدى من كتب الشافعية ، وحجة من نسبوه للشافعية أن الشافعي قال : إذا صح الحديث فهو مذهبي والحديث الذي بنى عليه هذا الرأي صحيح^(٢) .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحد إلى حديثي الرسول اللذين ذكرناهما وها قولها : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » وقوله : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » فأما الحديث الأول فلا يرده من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك بحجة أنه منسوخ ، وعندما أنه لا حد لأكثر التعزير ، وأن للامام أن يزيد في التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجانباً لهوى النفس ، وأما الحديث الثاني فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء في مذهب أحمد ، ومن رده يردده ؛ لأنه منسوخ ، أو لأنه مقصور على زمن الرسول^(٣) .

ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا في تفسيره ، ففسره البعض بأنه يمنع من أن تصل العقوبة في التعزير إلى العقوبة في أدنى الحدود ، ونظر فريق منهم إلى العبيد فقال : إن الحد ينصف لهم ، فأدنى الحدود حدودهم ، وأدنى حد لهم هو أربعون جلدة ، وقال الفريق الثاني : بل ننظر إلى حدود الأحرار وأدنى حد

(١) نفاوى ابن نبيبة المجلد الرابع - الاختيارات ، ١٧٨ - انتهى ج ١٥ ص ٣٤٧ -
الطرق الحكيمية ص ١٠٦ - الإقاع ج ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - الطرق الحكيمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - تبصرة الحكماء ج ٢ ص ٢٦٣ .

لم هو ثمانون جلدة ، وفسر البعض الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية إلى عقوبة الحد على وجه العموم ، أو أن تصل العقوبة التعزيرية على ما في جنسه الحد إلى عقوبة الحد ، ويرى هؤلاء أن تقاس الجرائم بعضها على بعض ، فمائل الشرب والقذف في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين ، وما مائل الزنا في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه التعزير إلى مائة جلدة . وفسر البعض الآخر الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية على جريمة في جنسها الحد إلى عقوبة الحد فإن لم يكن في جنسها حد جاز أن تصل إلى عقوبة الحد وإلى أكثر منها ، فتلا لا يجوز عقاب من وجد في فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا مادام لم يطأها ؛ لأن حد الزاني غير المحصن هو الجلد مائة جلدة ، ولكن يجوز جلده مائة جلدة إذا كان محصنا ويجوز جلده أكثر من مائة ؛ لأن حد الزاني المحصن الرجم ، ويجوز جلد السارق أكثر من مائة جلدة ؛ لأن حد السرقة هو القطع وهكذا ، وإذا لم يكن في جنس الجريمة حد مقرر جاز الوصول بالتعزير إلى الحد الذي يراه ولي الأمر^(١) . فكأن القرض من الحديث أن لا يعاقب على جريمة شرع في جنسها الحد بعقوبة الحد مادامت شروط عقوبة الحد لم تتوفر حتى لا يسوى في العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة ، وبين الفعل الذي توفرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذي لم تتوفر فيه هذه الشروط . ولعل هذا الرأي الأخير هو أحسن الآراء من الوجهة العملية وأفضلها من الوجهة المنطقية .

ويرى بعض الفقهاء أن يكون أقل الجلد ثلاث جلدات ؛ لأن هذا القدر أقل ما يزجر ، ولكن البعض لا يرى جعل حد أدنى للجلد ؛ لأن أثر الزجر يختلف باختلاف الناس^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - المنقح ج ١٠ ص ٣٤٧ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - المنقح ج ١٠ ص ٣٤٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٤ .

وليس في الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأية جريمة من جرائم التعزير، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود، فيعاقب بالجلد على السرقات التي لاحد فيها، وعلى الزنا الذي لاحد فيه، وعلى القذف الذي لاحد فيه وهكذا^(١)، ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعاقب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التي ليس في جنسها ما يوجب الحد، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأديباً وأكثر ردةً عن ارتكاب الجرائم الخطيرة، والمفروض أن الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود هي أخطر الجرائم^(٢).

٤٨٢ - الحبس في الشريعة على نوعين، حبس محدد المدة، وحبس غير محدد المدة.

٤٨٣ - الحبس المحدد المدة: تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين. ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرها من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان المجرمون خطرين أو ممن لا يردعهم إلا الجلد.

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد، أما حده الأعلى فغير متفق عليه، فيرى البعض أن لا يزيد عن ستة أشهر، ويرى البعض أن لا يصل إلى سنة كاملة، والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولي الأمر^(٣).

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون، ويشترطون أن لا يصل إلى سنة؛ لأنهم يقيسونه على التعزير في حد الزنا، والتعزير لا يزيد على عام فوجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤.

(٢) راجع الفقرة ٩٨.

(٣) نسرة المحاكم ج ٦ ص ٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ - الأحكام

استنباطاً ص ٢٠٦ - المعنى ج ١٠ ص ٣٤٨.

أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعاقب بمحدق غير محدق وظاهر المذاهب الأخرى أنها لا تقيس الحبس على التعزيب .

ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رؤى أن إحدى العقوبتين لا تكفي وحدها ، ولكن الشافعيين يشترطون في هذه الحالة أن لا يقع من إحدى العقوبتين إلا ما يعتبر مكافئاً لما نقص من العقوبة الثانية ، فإذا ضرب الجاني نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس ، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاثة أرباع مدة الحبس وهكذا . ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط فيجوز عندهم أن يضرب الجاني كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التي تكفي لتأديبه وزجر غيره ^(١) .

ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات أن يؤدي غالباً إلى إصلاح الجاني وتأديبه ، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدي الجاني أو لن يصلح له امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى .

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف اختلافاً بيناً عن موقف القوانين الرضوية ، ذلك أن عقوبة الحبس في القوانين الوضعية هي العقوبة الأولى أو هي العقوبة الأساسية التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريباً سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة . أما في الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس ليست إلا عقوبة ثانوية لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة ، وهي عقوبة اختيارية لتقاضى أن يعاقب بها أو يتركها ، وأمس له أن يعاقب بها إلا إذا شلب ظنه أنها مفيدة .

ويختلف على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين أن يقل إلى حد كبير عدد المخرمين في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية ، وأن يزيد عددهم إلى غير حد في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية .

(١) في قوله الحبس بـ ١ من ٢٨٢ . شرح فتح البدر ج ٤ ص ٢١٦ . الأحكام
المختلفة ص ٢٥٦ . الفقه ج ١ ص ٢٤٨ . أسس العقاب ج ١ ص ١٦٢ .

والواقع أن مشكلة السجن والمجونين هي أول المشاكل التي تبرز أمام شراح القوانين الوضعية ، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية و كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد المحكوم عليهم بالحبس وامتلات بهم المحابس حتى ضاقت بهم على سعتها ، وأدى ذلك إلى أن السجنون أصبحوا محتجبا ، ولتأمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام ؛ لأن اجتماع المجونين يسمح لهم بالتعارف والتآمر على ارتكاب الجرائم وتبادل المعلومات والاختبارات كذلك ثبت من التجارب أن عقوبة السجن لا تردع من هم في حاجة إلى الردع ، بينما تفسد الصالحين من المجونين وتنزل بهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصاحين تخفيف عيوب عقوبة الحبس فوضهوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جميعا لها عيوبها ومفاسدها ، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية ، من ذلك نظام الفصل بين المجونين ليلا وجمعهم نهارا مع إلزامهم بالصمت المطلق ، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة ويقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على السجنون لمنعهم من الاتصال والكلام . ومن ذلك نظام الافراد نهارا وليلا وهو نظام كثير النقطة قليل الإنتاج يؤدي بالسجونين إلى البله والجنون ويؤدي ببعضهم إلى الانتحار . ومن ذلك النظام التدريجي أو النظام الأارلندي وهو يبدأ بالحبس الانفرادي ثم يجمع السجنون بمد مدة منفردا ليلا وفي النهار يجتمع مع باقي السجنون على أن لا يتكلم معهم ، وهذا النظام يجمع بين عيوب النظامين السابقين .

أما عقوبة الحبس في الشريعة فإنها لا تؤدي إلى مثل النتائج السابقة ؛ لأنها لا توقع إلا في بعض الجرائم البسيطة وعلى الجرمين البتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضي أنها تردع الجاني ، ومن ثم يكون عدد السجنون قليلا ، ومدة بقائهم في السجن قصيرة ، وأخلاقهم غير فاسدة ، وليس فيهم من مرن على الإجرام أو اعتاده ، وهكذا تنتفي أسباب عيوب عقوبة الحبس القائمة في

القوانين الوضعية بتطبيق نصوص الشريعة الإسلامية .

٤٨٤ - الحبس غير المحدد المرة : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادوا الإجرام ، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة ، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة ، ومن لا تردعهم العقوبات العادية ، ويظل المجرم مجوسا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وإلا يبقى مجوسا مكفوقا شره عن الجماعة حتى يموت ^(١) .

ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدّد مقدما ؛ لأنه حبس لأمدة له ، بل هو حبس حتى الموت ينتهى بموت المحكوم عليه أو توبته قبل ذلك وانصلاح حاله .

والحبس غير المحدد المدة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة التي عرفتها القوانين الوضعية في أواخر القرن التاسع عشر ، فكأن الشريعة سبقت القوانين الوضعية لهذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريبا ، وأول من قال من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة ، إذ للمقاب في رأيهم وظيفتان : الاستئصال والإصلاح ، فمن كان قابلا من المجرمين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة ، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤيد عقوبته .

وتعتبر العقوبة غير المحددة المدة في عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية في تدابير الأمن mesures de sureté ومن أحدث العقوبات التي يعالج بها الإجرام على أساس من علم النفس والاجتماع .

وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة في عدم تعيين المدة ، فبعضها يجعل عدم التصيين مطلقا فيصدر القاضى الحكم بالعقوبة دون أن يبين المدة ، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هي التي تحدّد مدة العقوبة طبقا لما يتبين لها من حال المحكوم

(١) شامية ابن طابرين ج ٣ ص ٢٦٠ - بصره الحكام ج ٢ ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - الإقاع ج ٤ ص ٢٧٢ .

عليه ، فقد تقصر المدة إن رأيت انصلاح حاله ، وقد تبقية في سجنه حتى الموت إذا لم يكن يرجى صلاحه ، وقد أخذ القانون الفرنسي الصادر في ٢٧-٢-١٨٨٥ بهذه الطريقة حيث نص على عقوبة النفي كعقوبة مؤبدة وخول السلطة الإدارية أن تخفها إن رأيت أن المحكوم عليه يستحق تخفيض العقوبة .

وبعض القوانين يجعل عدم التعمين نسبياً فيصدر القاضى الحكم بمعددا مدة العقوبة مبينا حدها الأدنى الذى لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذى لا يصح أن تزيد عنه ، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تحلى سبيل المحكوم عليه إذا رأيت أنه انصلاح حاله بعد أن يستوفى الحد الأدنى من العقوبة ، فإن لم يتصلح حاله بقى حتى يستوفى الحد الأعلى .

وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد الأقصى كالقانون الإيطالى الصادر في سنة ١٩٣٠ ، وبعضها يحدد الحد الأقصى دون الأدنى كالقانون المصرى بالنسبة للمجرمين المعتادين على الإجرام وبالنسبة للمجرمين الأحداث .

وقد أخذ القانون المصرى بعد التعمين المطلق بالنسبة للمتهمين المتوهين إذ أجاز للنيابة العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه في أحد محلات المجازيب - م ٢٤٩ من قانون تحقيق الجنايات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكى والقانون الإيطالى تقضى بوضع المتهمين المضارين بالنورستانيا أو اللدنتين على تعاملى المكبرات في محلات خاصة لمدة غير معينة .

ويبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة غير معينة المدة، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة ، وأن بعض القوانين يفيد مدة العقوبة بينما يسمح البعض الآخر بين الإطلاق والتقييد، وسواء أخذت

القوانين بالنظرية المطلقة أو مقيدة فهي نظرية الشريعة الإسلامية ، وما التقييد والإطلاق في الواقع إلا تنظيم لتطبيق النظرية .

وليس بعد هذا من ينكر فضل الشريعة وسبقها في تقرير أفضل نظريات العقاب .

٤٨٥ - التعزيب أو الإبعاد : نكلمنا عن التعزيب بمناسبة الكلام على

عقوبات الزنا ، وقلنا إن أبا حنيفة يراه تعزيرا وبقية الأئمة يرونه حدا ، وفيها عدا جريمة الزنا فالتعزيب يعتبر تعزيرا باتفاق .

ويلجأ لعقوبة التعزيب إذا تعدت أفعال المجرم إلى اجتذاب غيره إليها أو استضراره بها .

ويرى بعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد أن لا تصل مدة الإبعاد إلى سنة كاملة ؛ لأن التعزيب شرع في الزنا حدا ومدته عام فيجب أن لا تصل مدته في التعزير عاما تحقينا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » .

ويرى أبو حنيفة أن مدة التعزيب يصح أن تزيد على سنة ؛ لأنه لا يعتبر التعزيب حدا وإنما يعتبره تعزيرا ، ويرى مالك أن من لم يمكن زيادة مدة التعزيب عن سنة مع تسليمه بأن التعزيب حد ؛ لأنه يرى الحديث منسوخا ، ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد .

والقائلون بأن مدة التعزيب يصح أن تزيد عن سنة لا يحددون مدة التعزير بل يرون التعزيب عقوبة غير محدودة ، ويتروكون لولي الأمر أن يأذن بالتعزيب في العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته .

والمحكوم عليه بالتعزيب لا يجلس في مكان معين ، ولكن يصح على رأيه البعض أن يرضع أمت المراقبة وأن تقيد حريته ببعض القيود ، ولكن ليس

له اتفاقاً أن يعود إلى الحبل الذي غرب عنه قبل انتهاء مدة التعريب عند من يحددون له مدة وقبل توبته والإذن له بالعودة عند من لا يحددون للتعريب مدة .
ولقد عاقب رسول الله بالتعريب فأمر بإخراج المخنثين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده ، من ذلك أن عمر رضى الله عنه عاقب ضياعاً بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلاد إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس في كلامه . وكذلك نفى عمر نصر بن حجاج من المدينة .

ويدعو كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التعريب ؛ لأنهم يؤمنون بأن الحبس لا يحدى في إصلاح المحكوم عليهم وإعدادهم لتبوء المركز الذى كان لهم في الجماعة قبل الجريمة ، إذ يستحيل على المحكوم عليه بالحبس مهما تاب وأتاب أن يستعيد مركزه في المكان الذى ارتكب فيه جرمته ، ومن ثم يظل منبوذاً من الجمهور ويضطر اضطراراً إلى أن يملك نفسه في زمرة المجرمين والمفسدين ، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفئة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى أن يستعيد مركزه في الهيئة الجديدة التى ينضم إليها .

وفد أخذت الدول الأوروبية بنظرية التعريب وطبقتها في قوانينها ، فأجتمعت مثلما كانت تبعد المحكوم عليهم إلى أمريكا وإلى استراليا ثم اضطرت إلى العدول عن الإبعاد بعد امتراض سكان المستعمرات ، والقانون الفرنسى الصادر في سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تماعد على التخلص من السياسيين الثناوين للنظام القائم ، كذلك جعل القانون الفرنسى من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة في المستعمرات وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين المائدين .
والقانون الإيطالى يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة . أو السجن في إحدى المستعمرات .

٤٨٦ - الصلب : تكلمنا عن الصلب باعتباره حداً يعاقب به على جريمة الحراية ، وقتلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب المحكوم عليه بعد قتله ، وإن البعض الآخر يرى صلبه حياً ثم قتله وهو مصلوب . وقد كان تقرير الصلب حداً للجريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تمييزية . والصلب للتعزير لا يصحبه القتل طبعاً ولا يسميه ، وإنما يصلب الإنسان حياً ولا يمنع عنه طعامه ولا شربه ، ولا يمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلى إغماء ، ويشترط الفقهاء في الصلب أن لا تزيد مدته على ثلاثة أيام .

ومما يمنع به لمشروعية عقوبة الصلب التمييزية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عنر رجلاً بالصلب وصلبه على جبل يقال له أبرتاب .

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التمازير ، ولكن الحنفية والحنابلة لا يصرحون بذكره ، على أن هذا لا يعنى أنهم لا يرون الصلب ؛ لأن القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدي إلى إصلاح الجاني وتأديبه وحماية الجماعة من شره تعتبر عقوبة مشروعة^(١) .

وعقوبة الصلب على الوجه السابق هي عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير معاً ، وهي أشبه ما تكون بعقوبة التلابيد حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى أعلى زمناً ما ، أو حين يؤمرون بأن يجثوا على ركبهم زمناً طويلاً أو قصيراً .

ويجب أن لا يفوتنا أن عقوبات التمازير عقوبات غير لازمة كمقوبات الحدود أو القصاص ، وعلى هذا فالأمر في جعل الصلب عقوبة أو إهالها متروك للهيئة التشريعية ، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لسكلم أقرتها وإن رأت أنها لا تصلح تركتها .

(١) الأحكام السلطانية من ٢٠٦ - نبصرة المحكام ج ٢ من ٢٦٦ .

٤٨٧ - عقوبة الوعظ وما دونها : يستبر الوعظ عقوبة تمزيرية في الشريعة الإسلامية ، ويجوز للقاضي أن يكتفي في عقاب الجاني بوعظه إذا رأى أن في الوعظ ما يكفي لإصلاحه وردعه .

وقد نص القرآن صراحة على عقوبة الوعظ في قوله تعالى : ﴿ واللذان تخافون شوزهن فمظوهن ﴾ [النساء : ٣٤] .

وفي الشريعة من العقوبات التمزيرية ما هو دون الوعظ فالتعقبات يعتبرون مجرد إعلان الجاني بجرمته عقوبة تمزيرية ، وفي إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تمزيرية .

ويجب أن لا ننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه .

٤٨٨ - عقوبة الهجر : ومن العقوبات التمزيرية في الشريعة الهجر ، وقد ورد به القرآن تمزيراً للمرأة في قوله تعالى ﴿ فمظوهن واهجروهن في المضاجع ﴾ . وقد عاقب الرسول صلى الله عليه وسلم بالهجر ، فأمر بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه في غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك ، ومرارة بن ربيعة العامري ، وهلال ابن أمية ، فمجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى : ﴿ 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 ﴾ [التوبة : ١١٨] .

وعاقب عمر رضی الله عنه ضيماً بالهجر مع الجلد والتغريب ، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب ، وكتب عامل البلد الذي غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس في كلامه .

٤٨٩ - عقوبة الترييح : ومن العقوبات التمزيرية في الشريعة عقوبة

التوبيخ ، فإذا رأى القاضى أن التوبيخ يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه اكتفى بتوبيخه .

ولقد عزر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبيخ ، ومن ذلك ما رواه أبو ذر - رضى الله عنه - قال : سأيت رجلا فغيرته بأمه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أباذر أغيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية » .

وخاصم عبد الرحمن بن عوف عبد من عامة الناس إلى رسول الله ، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ورفع يده قائلا : « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق » فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد : طأ عليه حتى ترضى .

٤٩٠ - عقوبة التهديد : والتهديد عقوبة تعزيرية في الشريعة بشرط أن لا يكون تهديداً كاذباً ، وبشرط أن يرى القاضى أنه منتج وأنه يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه ، ومن التهديد أن ينذره القاضى بأنه إذا عاد فيماتبه بالجلد أو بالحبس أو سيعاقبه بأقصى العقوبة ، ومن التهديد أن يحكم القاضى بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة .

وقد عرفت القوانين الوضعية عقوبتي التوبيخ والتهديد ، وأخذت بالتوبيخ القضائى كعقوبة للجرائم البسيطة وللمجرمين المبتدئين ، وأخذت بالتهديد القضائى عقوبة لمن يرى القاضى أن التهديد كاف لجرمهم وإصلاحهم .

وقد طبقت القوانين الوضعية عقوبة التهديد بطرق مختلفة ، فبعضها يرى أن يحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة فإن عاد المجرم أمكن تنفيذ العقوبة الموقوفة ، وبعضها يرى أن لا يصدر القاضى حكماً بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين ، وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجانى أن لا يعود للجريته .

وهذه الوسائل المختلفة التي تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقاتاً للتهديد بالمعقوبة ، ويكفي أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبيخ والتهديد بالعقاب إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرها من ثلاثة عشر قرناً وأكثر .

٤٩١ - الفسهيير : ومن عقوبات الشريعة التعزيرية الفسهيير ، ويقصد بالفسهيير : الإعلان عن جريمة المحكوم عليه ، ويكون الفسهيير في الجرائم التي يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والفسح .

وكان الفسهيير يحدث قديماً بالمناداة على المجرم بذنبه في الأسواق والحلقات العامة حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى ، أما في عصرنا الحاضر فالفسهيير يمكن بإعلان الحكم في الصحف أو لصقه في الحلقات العامة .

والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة الفسهيير وقد أخذ بها القانون المصري في بعض الجرائم كالفسح والبيع بأكثر من السعر الجبري .

٤٩٢ - عقوبات أخرى : وليست العقوبات السابقة هي كل عقوبات التعزير في الشريعة الإسلامية ؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها للأولى الأمر أي الهيئة التشريعية ، يختارون منها ما يرونه صالحاً لمحاربة الإجرام وإصلاح المجرمين وتأديبهم ، ويتروكون ما يرونه غير صالح ، ولا يتقيدون في ذلك بقيودما إلا بمرعاة الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقاب .

والعقوبات التي ذكرناها هي أهم العقوبات العامة التي يمكن أن تطبق في كل جريمة ، وهناك عقوبات أخرى ليست عامة ولا تنطبق على كل الجرائم وأهمها :

١ - العزل من الوظيفة : وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء كان أداء الوظيفة بمقابل أو مجاناً .

٢ - الحرمان : ومعناه حرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً ، كالحرمان من تولى الوظائف ، ومن أداء الشهادة وكالحرمان من حلب القنيل ، والحرمان من سهم النخبة ، وكإسقاط النفقة للنشوز .

٣ - المصادرة : ويدخل تحتها مصادرة أدوات الجريمة ومصادرة ما حرمت حيازته .

٤ - الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم ، كهدم البناء للقمام في الشارع العام وإعدام أواني الخمر واللبن النشوش .
وهذه العقوبات جميعاً تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها .

٤٩٣ - عقوبة الغرامة : من المسلم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة ، من ذلك أنها تعاقب على سرقة الثمر المعلق بغرامة تساوي ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التي تلائم السرقة وذلك قول الرسول : « ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة » ومن ذلك عقوبة قاتم الضالة فإن عليه غرامتها ومثلها معها ، ومن ذلك تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله^(١) .

ولكن الفقهاء بالرغم من هذا اختلفوا فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها في كل جريمة ، فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة ، ورأى البعض أنه لا يصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة^(٢) .

والذين يمتنعون على الغرامة المالية يمتنعون بأنها كانت مقررة في عهد

(١) غانة الهمان ج ١ ص ٣٣١ - أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة والمضى ج ١٠ ص ٣٤٨ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ - تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - شرح نوح القدير ج ٤ ص ٢١٢ - حاشية ابن عابدین ج ٣ ص ٢٤٦ - مجموعة الرسائل . الخشية . ص ٥٩ .

الرسول ونسخت ، وأنها غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام ، وأنه يحشى أن يكون في إباحة الغرامة المالية ما يفرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل .

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة، فاشتروا أن تكون الغرامة عقوبة تهديدية بحيث يحصل المال ويحبس عن المحكوم عليه حتى ينصلح حاله فإن صلح حاله رد إليه ماله ، وإن لم ينصلح حاله أنفق المال على جهة من جهات البر . ويمكن أن يؤيد الرأي المعارض في الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدي إلى تمييز الأغنياء على الفقهاء ؛ لأن الغنى يستطيع أن يدفع دائماً أما الفقير فلا يستطيع ذلك ، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهي أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى .

وفي عصرنا الحاضر حيث نظمت شؤون الدولة وروقت أموالها ، وحيث تنقر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة ، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم ، لم يعد هناك محل للخوف من مصادرة أموال الناس بالباطل وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التي اعترض بها على الغرامة . كذلك وجدت جرائم بسيطة يعاقب عليها بعقوبات مالية تافهة كالمخالفات بحيث يستطيع أكثر الناس دفع الغرامة ، وبهذا يضعف أحد الاعتراضات الأخرى على الأقل في هذه الجرائم البسيطة .

وعلى كل حال فإن الفقهاء الذين يرون جعل الغرامة عقوبة عامة يقررون أنها لا تصلح إلا في الجرائم البسيطة ، ولم يحاولوا أن يضعوا للغرامة حداً أدنى أو حداً أعلى تاركين ذلك لولى الأمر .

والتوانين الوضعية تجعل الغرامة عقوبة أساسية في معظم الجرائم ، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسيلتين : الأولى : هي التنفيذ الجبري على أموال المحكوم عليه ، فإن لم يكن له مال فالثانية وهي : الإكراه البدني ، وهو يكون بتشغيل

المحكوم عليه في عمل حكومي إذا وجد هذا العمل أو بحبس المحكوم عليه مدة معينة ، ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهي بالحبس إذا كان المحكوم عليه فقيراً مع أن القوانين الوضعية تعتبر عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة .

وشراح القوانين الوضعية يترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها ، ويرون في عقوبة الغرامة بالرغم من عيوبها وسيلة من الوسائل الحسنة لتخفيف أو الحد من مساويء عقوبة الحبس ، فهم يقبلون عقوبة الغرامة لالمزاياها ولا يمكن ؛ لأن مساوئها أقل من مساويء عقوبة الحبس ، وإذن فهم لا يحرصون على الأصلح وإنما يحرصون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس المحكوم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان الطالب بالمال قادراً عليه ويمتصاً عن دفعه كما هو الحال في دين النفقة . أما إذا كان للطالب بالمال عاجزاً عنه فلا يجوز حبه مقابل المبلغ المحكوم به ؛ لأن الحبس في الدين لم يشرع إلا للحمل للدين على الدفع فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه . لكن ليس في الشريعة ما يمنع من تشييل المحكوم عليه في عمل حكومي لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره ، ونظرية الشريعة في هذا سليمة من الوجهتين التشريعية والمنطقية ؛ لأن التنفيذ على المحكوم عليه بالشفل هو تنفيذ على ماله مادام لا مورد له إلا عمله ، ولا يكاد التنفيذ جبراً بالشفل يختلف شيئاً عن التنفيذ جبراً على المال ، أما حبس المحكوم عليه مقابل الغرامة في حالة العجز عن الدفع فنعناه أن المحكوم عليه يحبس لقرره لالحكم عليه بالحبس ، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالة محل الغرامة عقوبة خاصة بالنقراء ، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غيره مشروعة .

وليس في الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتعميمها في كل الجرائم التمزيرية أو معظمها ؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية ولأن العقوبة الأساسية في معظم الجرائم هي الجلد ، فانهدمت بذلك مساويء

عقوبة الحبس تلك المساوية التي وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها في القوانين الوضعية .

والأصل في الشريعة أن الجرائم التعزير مجموعة من العقوبات مختلف في بساطتها وشدتها ، وللقاضي أن يعاقب الجاني بالعقوبة أو المقربات التي يراها ملائمة للجريمة وللجاني ، فإذا حرص بعض القضاة على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة في مجموعة عقوبات التعزير فيكون للقاضي أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة وللجرم . فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها في أى حال .

الفصل الخامس

مدى صلاحية العقوبات الشرعية

٤٩٤ - العقوبات الشرعية والدمصاصيات : ينأى فيها سبغ أنواع العقوبات في الشريعة الإسلامية والمميزات التي تميز كل نوع عن النوع الآخر ، وقلنا إن الشريعة حرصت في عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص على تقرير عقوبة أو عقوبات خاصة لكل جريمة، وإنما نظرت في تقرير هذه العقوبات إلى الجريمة دون الجرم ، وإنما حدثت من سلطة القاضي تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيراً لا مغيراً ، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها ، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغلظها ؛ لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة . وكما حدثت الشريعة من سلطان القاضي حدثت من سلطان المشرع ، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها وإن كان له أن يغلظ العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى ، فليس له مثلاً أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة لـقذف عقوبة الغرامة أو الحبس ، وأن يزيد عقوبة الجلد عن ثمانين جلدة.

فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية، وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى، أو ينقص الدية، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الدية عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية^(١).

والجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجاني هي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهي: (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحراقة (٦) البنى (٧) الردة (٨) القتل العمد (٩) القتل شبه العمد (١٠) القتل الخطأ (١١) الجرح العمد (١٢) الجرح الخطأ. مجموع الجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجاني هو اثنتا عشرة جريمة، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر فيها إلى الجريمة وإلى المجرم معاً.

وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشدها في هذه الجرائم الاثنتي عشرة وتساهلها في بقية الجرائم وهي تعد بالمئات، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعاً إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الاثنتي عشرة ويقارنه بعدد الجرائم الباقية وهي مئات، والواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين عدد الجرائم الأخرى هي نسبة ضئيلة جداً ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقريب لو عددنا نصوص قانون العقوبات التي تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وقارناها بعدد النصوص التي تكلمت عن الجرائم الأخرى.

وظاهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصري أن المواد التي تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تصل إلى خمسين مادة، بينما النصوص التي تكلمت على الجنائيات والجنح تبلغ ثلاث مائة مادة، وهناك قوانين خاصة تعاقب على جنح كثيرة، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاث مائة مادة أيضاً وهي في الواقع أكثر من ذلك بكثير كان عدد الجنائيات والجنح داخلاً

تحت ستائة مادة، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين بقية الجرائم الأخرى ٨/١ وهي نسبة لاشك في ضآلتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع في يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة في تشدها في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة، وأن أكثر الجرائم وقوعاً وتكراراً هي جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وأن معظم الجرائم الباقية نادر الوقوع وأقلها هو الذي يتكرر ويكثر وقوعه، ولكنه على كل حال لا يصل إلى الدرجة التي تتكرر بها جرائم الحدود والقصاص . ونستطيع أن ندرك حكمة الشريعة على حقيقتها إذا رجعنا إلى الإحصائيات الجنائية، فإن هذه الإحصائيات تدل دلالة تاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي أكثر الجرائم وقوعاً في الحياة اليومية، وأن هذه الجرائم الإثني عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم، ونستطيع أن نتخذ الإحصائيات الجنائية المصرية دليلاً على ذلك فقد بلغ عدد الجنائيات ٨١٧٥ جنابة في سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ - منها ١٧٥٢ جنابة قتل عمد، ١١١٩ جنابة شروع في قتل، ٩٨٩ جنابة سرقة بإكراه وشروع فيها، ٣٤٣ جنابة هتك عرض وفسق، ٣٢٦ جنابة ضرب أفضى للموت، ١١٩٦ جنابة ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة، ٦٣٤ جنابة عود وكلها تقريباً سرقات، وهذه جميعاً من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبمجموعها ٦٢٧٠ جنابة ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص في الجنائيات تقع بنسبة ٦ و ٧٦/١ من مجموع الجنائيات .

وبلغ عدد الجرح ٢٩٧٥٥٧ جنحة في سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ منها ٩٧٣٢٠ جنحة سرقة، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب، ٤٦٩٥ جنحة عمد

ومقاومة وهذه كلها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ١٨١٧٦٢ جنحة ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص في الجنح تقع بنسبة ٦١٪ من مجموع الجنح تقريبا .

ولورحمننا إلى ما قبل ذلك بمشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنائيات بلغ ٦٩٥٧ جنابة في سنة ١٩٣٢ - ١٩٣٣ ، منها ٥٤٩٦ جنابة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكأن نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنائيات في هذه السنة ٧٩٪ . أما عدد الجنح فقد بلغ ١٥٥٧٥٢ جنحة في سنة ١٩٣٢ - ١٩٣٣ من هذا العدد ٩٢٢٥٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكأن نسبة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بالنسبة لمجموع الجنح ٥٩٪ .

وفي سنة ١٩٣٢ - ١٩٣٣ كان عدد الجنائيات ٧٨٣١ جنابة منها ٤٧٨٢ جنابة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١٪ من مجموع الجنائيات ، وفي هذه السنة بلغت الجنح ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فتكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠٫٨٪ من مجموع جرائم الجنح .

هذا هو منطلق الإحصائيات الجنائية التي لا تكذب يقول في صراحة إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها في عشرين سنة ٧٢٫٢٪ من مجموع الجنائيات و ٦٣٫٣٪ من مجموع جرائم الجنح .

وهكذا تبين لنا الإحصائيات بصفة قاطعة أن الشريعة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هذه الجرائم إنما قصدت أن تنص على أكثر الجرائم تكراراً وأشدّها هولاً ، أو قصدت أن تقضى على الإجرام قضاء مبرماً ، والواقع أننا لو رفعنا من الإحصائيات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى في الإحصائيات إلا الجنائيات والجنح الناقبة

أو الاعتبارية التي لا تحمل بالأمن ولا ترزعزع النظام ولا تؤذي الأخلاق والتي يمكن في ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصائيات تؤكد ما قلناه من قبل ، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة : هي : حفظ الأمن ، وتثبيت النظام ، وصيانة الأخلاق ، ولا شك أنه إذا سلم للأمة أمنها ونظامها وأخلاقها فقد سلم لها كل شيء ، ولم يقف في طريق تقدمها ورفقها أي شيء .

٤٩٥ - العقوبات الشرعية والتجارب : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد وضعت عقوباتها لمحاربة الجريمة والإجرام فإن هذا وحده لا يكفي لإثبات صلاحية الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية ، وإنما يجب أن يثبت بعد ذلك أن هذه العقوبات كافية للقضاء على الإجرام ، إذ العبرة في هذا الأمر ليست بالوسائل أو الغايات ، وإنما العبرة بكفاية الوسائل لإدراك ما وضعت له من غايات ، والقوانين الوضعية نفسها قد قصدت محاربة الإجرام والجريمة ووضعت عقوبات معينة لهذا الغرض ولكنها فشلت في القضاء على الإجرام .

والعبرة وحدها هي التي تبين قيمة الأنظمة الجنائية ، ولا عبرة بالمنطق الملزوق الذي يصح سره ويحجب أخرى ولست آتي بمجديد حين أقول هذا وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين في اتحاد القانون الدولي ، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائي هو الذي يؤدي عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة ، وأن التجارب هي وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية ، وتبين أن هذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية ، وكانت التجارب التي امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين : كلية ، وجزئية .

فأما التجربة الكلية فقد بدىء بها في مملكة الحجاز من حوالي عشرين عاماً

حيث طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقاً تاماً ، ونجحت نجاحاً منقطع النظير في القضاء على الإجرام وحفظ الأمن والنظام ، ولا يزال الناس يذكرون كيف كان الأمن مختلفاً في الحجاز بل كيف كان الحجاز مضرب الأمثال في كثرة الجرائم وشناعة الإجرام . فقد كان المسافر فيه كالقائم لا يأمن على ماله ولا على نفسه في بدو أو حضر في نهار أو ليل ، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عنهم ، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقادرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومنعها من سلب الحجاج أو الرعايا الحجازيين وخطفهم والتشيل بهم ، وظل حماة الأمن في الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقت الشريعة الإسلامية ، فانقلبت الحال بين يرم و ليلة ، وساد الأمن بلاد الحجاز وانتشرت الطمأنينة بين المقيمين والمسافرين ، و انتهى عهد الخطف والنهب وقطع الطريق ، وأصبحت الجرائم القديمة أخباراً تروى فلا يكاد يصدقها من لم يماصرها أو يشهدها ، وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتباب الأمن والنظام ، فهذا يفقد كيس نقوده في الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معروضا للتعرف عليه ، وهذا يترك عصاه في الطريق فتقطع حركة المرور حتى تأتي الشرطة لرفع العصا من مكانها ، وهذا يفقد أمتعته ويأس من ردها ولا يبلغ عنها وإن كانه يجد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه ، وبعد أن كان الأمن يمجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج أصبح الأمن محفوظاً بحفنة من الشرطة المحليين .

تلك هي التجربة السكلية وكفى بها دليلاً على أن النظام الجنائي في الشريعة الإسلامية يؤدي عملاً إلى قطع دابر الجريمة ، وإنه النظام الذي يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولي .

أما التجربة الجزئية فقد قامت بها أولا إنجلترا وأمريكا ومصر وبعض الدول الأخرى ، ثم قامت بها أخيرا كل دول العالم تقريبا وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضاً نجاحاً منقطع النظير . وقد سمينا هذه التجربة بالتجربة الجزئية؛ لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعة وهي عقوبة الجلد، فاجتلتها تعترف بالجلد عقوبة أساسية في قوانينها الجنائية والعسكرية ، ومصر تعترف بها في قوانينها العسكرية ، وأمريكا وبعض الدول تجعل الجلد عقوبة أساسية في الجرائم التي يرتكبها المدجون ، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريبا عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسمير وبعض الجرائم الأخرى اللامة بالنظام أو الأمن العام ، وهذا اعتراف عام عالمي بأن عقوبة الجلد أفضل من أية عقوبة أخرى، وأنها الوحيدة التي تكفل حمل الجاهل على طاعة القانون وحفظ النظام ، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تنفي عن عقوبة الجلد شيئاً في هذا الباب ، وهذا الاعتراف العالمي هو في الوقت نفسه اعتراف بنجاح الشريعة الإسلامية في محاربة الجريمة ؛ لأن عقوبة الجلد هي إحدى العقوبات الأساسية في الشريعة .

٤٩٦ - العقوبات الشرعية وطبيعة إدراكها - هذه هي التجارب قاطعة في أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدي عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة وأن أي نظام جنائي وضعي يمجز عن الوصول إلى بعض النتائج التي يصل إليها نظام الشريعة الجنائي ، ولعل السرفق نجاح الشريعة أن عقوباتها وضمت على أساس طبيعة الإنسان ، ففي طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو ، وهو لا يأتي أي عمل إلا بقدر ما ينتظر من منافعه ، ولا يتنهي عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره ، فالإنسان لا يلقى بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة في ذلك مادام يخشى أن يموت ولكنه لا يمتنع عن إلقاء نفسه من الترام أو من على ظهر دابته إذا كان له في ذلك مصلحة؛ لأنه يرجو الوصول إلى منفعة ولا يخشى من وراء عمله ضرراً ذا بال ، والمرء قد يخاف ركوب الطائرة ولا يخاف ركوب السيارة ، ويخشى أن

يصعد الجبل الشديد الانحدار ولا يخاف تسلق التل التلبسط ، ويخشى أن يركب
 الفرس الموح ، ولكنه يسي إلى امتطاء الطية الذلول والإنسان في هذا كله
 يقدر المنفعة والضرر ويوازن بينهما ، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليها
 وإن رجحت كفة الضرر فهو محجم عنه ، وطبيعة الإنسان تلازمه في الخير والشر ،
 في الأعمال المباحة والأعمال المحرمة ، فلا يرتكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من
 منفعة ، ولا ينتهي عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها ، فكما اشتدت العقوبة
 كلما ابتعد الناس عن الجريمة ، وكما خفت العقوبة كلما ازداد إقبالهم على الجريمة ،
 وكما نظرنا إلى الجريمة دون المجرم أيس المجرم فلم يطمع في استعمال الرأفة ونأى
 بجانبه عن الجريمة وسلك طريق الاستقامة ، وقد استغلت الشريعة طبيعة الإنسان
 فوضعت على أساسها عقوبات الجرائم عامة وعقوبات جرائم الحدود والقصاص
 خاصة . ونظرت في الجرائم الأخيرة إلى الجريمة دون المجرم ؛ لأن هذه الجرائم
 من الخطورة بمكان ، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها ، فالتساهل فيها يؤدي إلى
 أسوأ النتائج ، والتشدد فيها يؤدي إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة في القانون المصري تثبت أن إهمال شخصية المجرم في الجرائم
 الخطيرة يؤدي إلى أفضل النتائج ، فقد رأى الشارع المصري أخيراً أن يهمل شخصية
 الجاني إلى حد ما في جرائم المخدرات فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨ وهو
 قانون يشدد عقوبة إحراز المخدرات ويضع حداً أدنى للعقوبة كما يقضى بأن لا تقل
 العقوبة عن ضعف الحد الأدنى في حالة الموت ويمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد
 ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة وصارت تقل
 سنة بعد أخرى ، فقد كان عدد جرائم المخدرات ٢١١١٣ جريمة في سنة ١٩٢٦ -
 ١٩٢٧ أى في السنة السابقة على صدور القانون ، فأصبحت ١١٤٠٤ جريمة في
 سنة ١٩٢٨ - ١٩٢٩ ، وأصبحت ٨٥٩٩ جريمة في سنة ١٩٢٩ - ١٩٣٠ ونزلت
 إلى ١٩٢٢ جريمة في ١٩٢٦ - ١٩٢٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة في سنة ١٩٤٢ -

١٩٤٣ وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية المجرم في الجرائم الخطيرة هو العامل الأول في محاربة الجريمة ، وأن نظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة هي النظرية المثلى ، بل إن هذا الإحصاء في ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة في العقوبة .

الفصل السادس

العقوبات في القانون المصرى ومدى صلاحياتها

٤٩٧ - أنواع العقوبات : تختلف أنواع العقوبات في القانون المصرى باختلاف الجرائم ، وقد قسم القانون المصرى الجرائم ثلاثة أقسام ، وجعل جسامه الجريمة أساساً لهذا التقسيم ، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنابات ، وأقلها جامة تدخل تحت القسم الثانى وتسمى جنحا ، والجرائم النافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات . وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة ، فعقوبات الجنابات هي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن . وعقوبات الجنح هي الحبس والمراقبة والغرامة وعقوبات المخالفات هي الحبس والغرامة ، والفرق بين الحبس في الجنح وبينها في المخالفات أنه لا يزيد في المخالفات عن سبعة أيام وقد يصل في الجنح إلى ثلاث سنوات ، والفرق بين الغرامة في الجنح وبينها في المخالفات أنها لا تزيد في المخالفات عن مائة قرش وتزيد عن ذلك في الجنح .

وعقوبة الإعدام هي إزهاق روح المحكوم عليه ، وتختلف قوانين البلاد المتعدية في كيفية تنفيذ العقوبة ، ففي بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال في مصر ، وفي بعضها تنفذ بقطع الرقبة بآلة حادة كما في فرنسا وبعضها ينفذ العقوبة بصعق المحكوم عليه بتيار كهربائى كما في الولايات المتحدة الأمريكية .
وعقوبة الأشغال الشاقة سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هي وضع المحكوم

عليه في محبس مع تشليله في أشق الأشغال التي تميمها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات) . وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلا جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة في أحد السجن العمومية (المادة ١٥ عقوبات) والسجن العمومي هو السجن الذي يقع في دائرة المديرية .

أما عقوبة السجن فهي وضع المحكوم عليه في أحد السجن العمومية . وتشليله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تميمها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات) .

ولا يجوز أن تنقص عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد عن خمس عشرة سنة إلا بنص (م ١٤ ، ١٦ عقوبات) .
وعقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجن المركزية أو العمومية ولا تنقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص ، والحبس إما أن يكون مع الشغل أو ببطا ، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تميمها الحكومة . ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هي كلها في جوهرها عقوبات حبس يتفاوت في مدته أكثر مما يتفاوت في نوعه ، أما اختلاف العمل الذي يزاوله المحكوم عليه من حيث مكان العمل أو قسوته فلا يغير من طبيعة الحبس شيئاً ، وعلى هذا الأساس تكون العقوبات الجنائية التي يعترف بها القانون المصري هي الإعدام والحبس والمراقبة والغرامة .

وكان القانون المصري يعترف بعقوبة الجلد ومخصصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧ م فلما عدل القانون في هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبيخ . كذلك كان القانون المصري يعترف وقت وضعه بعقوبة النفي مؤبدة ومؤقتة ، فلما عدل في سنة ١٩٠٤ أُلغيت هذه العقوبة بحجة أن سهولة المواصلات

أضعفت من أثر العقوبة الملقاة ولكن الرأي يتجه أخيراً إلى إعادة عقوبة النفي بل لقد اضطرت الحكومة إلى فرض عقوبة النفي الإدارى إلى الطور في بدء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٠ . كما فرضت الجلباء عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتكوين والتسفير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب .

ومن العقوبات الأساسية في القانون المصرى عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية ، وهى خاصة بمعتادى الإجرام وبالأحداث ، وهذه العقوبة في جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون .

٤٩٨٠ - سلطة القاضى في تطبيق هذه العقوبات : وقد نص القانون على

كل جريمة وعلى العقوبة المقررة لها ، وحين اختيرت العقوبة لكل جريمة روعى فيها أن تكون مناسبة للجريمة ، وجعل الشارع لكل عقوبة عدا الإعدام والتوبيخ حدين : أحدهما يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها ، والثانى : ينزل بها إلى أدنى هذه الدرجات ، وفى أغلب الأحوال جعل الشارع لكل جريمة عقوبتين إحداها أخف من الأخرى .

وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة في تطبيق العقوبات التى قررت للجرائم فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة ، وأن يختار من بين حدديها الكمية التى يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك للقاضى الحق في أن يستبدل بالعقوبة أو بالعقوبتين المقررتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منهما إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة ، وقصر استعمال هذا الحق على جرائم الجنائيات دون غيرها ، فللقاضى أن يستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدية أو المؤقتة . وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدية عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس ، وله أن يستبدل بعقوبة السجن عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيراً لقاضى الإحالة الحق فى أن يحيل بعض الجنايات على محكمة الجنح لتحكم فيها إلا بالعقوبات المقررة للجنايات وإنما بمعوية الحبس فقط المقررة للجنح ، وليس على قاضى الإحالة قيد فى تجنيح الجنايات ما دامت مقرنة بمعد قانونى معين أو بظروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة ، وصادامت عقوبة الفعل الأصلية ليست الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة ، والنتيجة العملية للسلطة للعطاء لقاضى الإحالة هى استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن فى كل جنائية تحال إلى محكمة الجنح وهى نتيجة تتفق مع النتيجة التى تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

وللقاضى بعد هذا كله أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا كانت بالحبس لمدة لا تزيد على سنة إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة ما يبيح على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون (المادة ٥٥ عقوبات) .

٤٩٩ - المذنب متى منح القاضى هذا السلطان : وقد اضطر واضعوا القانون

اضطراً إلى إعطاء القاضى هذا السلطان الواسع ؛ لأنهم رأوا العلماء يخفقون فى وضع نظرية عليية للعقوبة وبمعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادئ التى يراد أن تقوم عليها هذه النظرية ، فأثروا أن يحلوا هذه المشكلة المقعدة حلاً عملياً وتركوا للقاضى من بعد التسليم بهذه المبادئ وإقرار انصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادئ المتعارضة ، وأن يراعى مختلف الاعتبارات ، فعليه أن يقرر خطورة الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية ، وظروفه التى أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة ، وصلحه مع المجنى عليه وصلته به ، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضى إهمال شخصية الجانى أهماماً وشدد العقوبة . وإن رأى أن ظروف الجانى تقتضى الرأفة أخذ الجانى بالرأفة ما دامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن يتبع القضاة فيما أخفق فيه العلماء ؛ لأن القاضى يراد منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثر إلا بظروف هذه الحالة وحدها ، أما العلماء فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتمسكها جميعاً . كان هذا هو المفروض المقدر ، فهل صح القرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء ؟ إن مقياس النجاح فى هذا الباب هو أثر العقوبة فى علاج الجريمة وكبح جماح المجرمين ، ونظرة واحدة إلى إحصائيات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقاً لا يساويه إلا إخفاق من سبقهم من العلماء فى معالجة نظرية العقوبة .

٥٠٠ - لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة ؟ والواقع أن الذين قدروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح ، ولو أنهم أحسنوا تقدير الأمور بمض الشئ لما وقعوا فى هذا الخطأ الشنيع ، لقد عرفوا أن العلماء معجزوا عن تكوين نظرية سليمة للعقوبة ؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادئ متعارضة ويعملونها ماثلة فى كل العقوبات ، فكيف يتوقعون نجاح القضاة وهم يجربونهم على أن يسلكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادئ فى كل جريمة دون استثناء ؟ وهل يستطيع القاضى أن يوفق فى أى جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجاني الخفيفة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التى تقتضيها خطورة الجريمة ليحكم بعقوبة تتلاءم مع ظروف الجاني بقدر الإمكان ، وهذا الحكم الذى يتخذ الجاني من العقوبة المناظرة بضحي فى الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظامها ، ويؤدى إلى نتيجة لا يحصى عنها هى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالكهم على الجريمة فتزداد الجرائم ويختل الأمن ، فالعقوبة التى وضعت لصالح المجتمع تؤدى إلى إفساده إذا ما أسئ استعمالها ، ولا بد للقاضى أن يسئ استعمالها على الوجه الذى ينبتا تحكم الظروف القاهرة التى أحاطت بها القانون الوضعى .

لقد رتب القانون تخفيف العقوبة على ظروف الجاني ، فهل يصعب في أية جريمة مهما كانت خطورتها أن لا نجد لجان عذراً مغفلاً ؟ فتارة الجاني شاب يافع وتارة هو متقدم في السن ، وتارة دفعته للجريمة الغيرة على الشرف والعرض ، وتارة استفز لارتكاب الجريمة ، وتارة وقع تحت مؤثرات قوية ، وتارة دفعته للجريمة عقيدته السياسية أو الوطنية ، إلى غير ذلك من الأعذار التي لا تفرغ منها جعبة الجناة والمدافعين عنهم ، وهل يستطيع القاضي أن يصر أذنيه فلا يسمع دفاعاً . ويطلق قلبه فلا يرحم ضعيفاً ، ويوقد عقله فلا يفكر في ظروف المتهم ، ولا يقدرها خصوصاً إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرضها ؟ صحيح إن القانون أجاز للقاضي أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمه بها ، ولكن هذا الجواز بالنسبة للقاضي يساوي تماماً الإلزام بل هو عين الإلزام ؛ لأن الاعتراف بالظروف الخفيفة وترتيب أثر قانوني لها هو بمثابة تقرير حق الجاني قبل القاضي أساسه هذه الظروف الخفيفة ، فأى قاضٍ يستطيع أن ينكر على الجاني حقه ، أو يستطيع أن لا يرتب على دفاعه إذا صح أثره ؟ .

وإذا كان واضع القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة ؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الفن المجرد ، وإن الظن لا يعني من الحق شيئاً ، والقاضي يعالج حقيقة الحالات فرادى ، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذي كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة ، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى المجرم معاً ، والقاضي ينظر إلى الجريمة والمجرم معاً ، والعلماء لا يريدون أن يضعوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً في سبيل الاحتفاظ بالآخر ، والقاضي يفعل مثاهم ولا يستطيع أن يضعي بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر ، فيؤدى به موقفه إلى أن يضعي بهما معاً وبمصلحة الجماعة وأمنها في أغلب الأحوال .

ولقد نسى من وضع هذا السلطان العظيم في يد القضاة أنهم بشر ، وأن في طبيعة البشر التهرب من حمل المسؤولية ، وأن الإنسان إذا خير بين مسئوليات (٤٦ - التصريح الجنائي الإسلامي)

سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها ، ولا يتعرض لحل المشويات الثقيلة إلا كارهاً أو مضطراً حين لا يجد بداً من حملها أو لا يجد مخرجاً لتركها ، فالقاضي يشعر عادة بثقل مسئولية حين يفكر في الحكم بالإعدام وتنفرد نفسه غالباً من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه مادام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة ، وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بنقله على نفسه طالما كان في استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس ، وقد يضيق القاضي أن يحكم على شخص ما نظروفه بالحبس مع النفاذ، ولكنه لا يرى غضاضة في الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذ العقوبة ، كذلك لا ينفر القاضي ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أيا كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدلها بأخف منها ، وليس للقاضي بدعاً في هذا ، وإنما هي طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه ، فمن طلب منه أن يأتي بما ليس في طبيعته فقد طلب المحال وباء بالخسران والخبال .

٥٠٦ - قتل واطمى القانون في خروج مشكلة العقاب ومظاهره :

ونستطيع أن نبين مما سبق أن واطمى القانون قد أخفقوا إخفاقاً ذريعاً حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجاً عملياً عن طريق القضاء ، ويتثل هذا الإخفاق في مظهرين لكل منهما أهميته وأثره وهما :

أولاً : تعطيل العقوبات الأصلية : ترتب على إعطاء القضاة السلطان التام في اختيار العقوبة ، واستبدال غيرها بها أن تعطلت العقوبات التي وضعت أصلاً للجرائم بحيث أصبحت في حكم اللغاة ؛ لأن القاضي كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه باب التخفيف ، ويندر أن يناقى دونه هذا الباب ، ولا يطبق القاضي العقوبة الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك في كل الأحوال .

فمقوبة الإعدام وهي مقررة لحوالى عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن مع أن جريمة القتل وهي إحدى الجرائم العشرين التي يعاقب عليها بالإعدام تقع بمعدل

تسع جرائم يوميا خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع . وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهي على خطورتها تزداد عاما بعد عام ، وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد في تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة في ذاتها أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب . ولكن الإحصائيات وآسافه ترينا ما لا يراه العقل وتنتهي بنا إلى غير ما ينتهي إليه منطلق الأشياء ، ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار ، والأحكام المرادعة تقل باستمرار ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧^(١) فصلت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ٢٢٢ شخصا ، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصا فقط واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٧٫٦٪ . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٨١ شخصا حكم على ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٨٫٨٪ . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٥٠ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ٢٠٦ شخصا حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقيين عقوبات مخففة بعقوبة الإعدام ، أي : أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٤٫٣٪ . وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ قضت محاكم الجنايات

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء الضامن السنوي لوزارة العدل وليس

لها فيه إلا استخراج النسب المثوبة .

بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٩٥ شخصاً حكم على ستة منهم قسط بالإعدام واستبدلت بمقربة الإعدام عقوبات مخففة للباقيين ، أي : أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٣١٪ .

فتوسط نسبة الأحكام التي قضت بمقربة الإعدام في هذه السنوات الأربع التالية من ٥٩٪ وضالة هذه النسبة وتفاوتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لاف جرائم القتل بصفة عامة ، ولكن في الجرائم التي يوجب فيها القانون الحكم بمقربة الإعدام دون غيرها .

ولا يفتان أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة في القديم فإن الإحصائيات تدل على أن هذه النسبة كانت ٥٧٪ في سنة ١٩٢٦-١٩٢٧ ، وأنها كانت في السنة التالية لها ٢٩٪ . وبالها من نسبة قيمة بأن تحميل النظام فساداً والأمن خوفاً ولعل واضع القانون لم يدبر بخلفه يوماً ما أن يصل إلى هذه النتيجة ، ولو أنه توقعها لما سمح باستبدال العقوبات المخففة بالعقوبات الشددة

ولعل فيما سبق الدليل الكافي على أن عقوبة الإعدام منقطعة ، وأنها تسكاد تكون حبراً على ورق يعترف بها القانون وينكرها الواقع .

وما قيل عن عقوبة الإعدام يمكن أن يقال عن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فإنها لا تسكاد تطبق كمقربة أصلية ، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام . وإذا راجعنا إحصائية العقوبات الصادرة من محاكم الجنابات في سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ نجد أن مجموع المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصاً من هؤلاء تسعة عشر شخصاً حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كمقربة أصلية أما الباقون فعقوباتهم مستبدلة بمقربة الإعدام . وفي سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصاً من هؤلاء ٤٨ شخصاً عقوباتهم أصلية والباقيون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام . وفي سنة ١٩٣٨-١٩٣٩

كان عدد المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنايات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كمقوبة أصلية إلا في القتل الذي لم يقتن بظروف ، وإلا في بعض جرائم الشروع في القتل المعاقب عليه بالإعدام ، أما بقية الجنايات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فمثلا تدل الإحصائيات على أنه لم يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فيما بين ١٩٣٦ - ١٩٣٧ وبين ١٩٣٩ - ١٩٤٠ إلا من أجل القتل والشروع فيه فيما عدا خمسة أشخاص حكم عليهم في كل هذه المدة لسرقات .

ومن السهل أن نبين نسبة تطبيق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كمقوبة أصلية في جرائم القتل الذي لم يقتن بظروف في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت ٧٨٪ وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كانت ١٥٧٪ وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت ٨٩٪ وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت ١٢٩٪ ومتوسط النسبة في السنوات الأربع هو ١١٣٪ .

ولكن من الصعب أن نبين النسبة في جرائم الشروع ؛ لأن الإحصائيات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما تجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة وما لا تجب فيه . ولا نعتقد أنها تزيد عن النسبة في جرائم القتل بل إنها قد تقل عنها كثيراً ، ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ مثلاً حكم على ٤٣٨ شخصا في جرائم الشروع في القتل من هؤلاء أربعة فقط حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

أما النسبة في جرائم السرقة فهي تكاد تكون معدومة ، ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ أدين ١٢٨ شخصا ، كان يجب أو يجوز طبقاً لنص القانون أن يحكم عليهم

بالأشغال الشاقة المؤبدة ، ولكن لم يحكم على أحد منهم بهذه العقوبة ، وفي سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ أدين ١٢٤ شخصا منهم اثنان فقط هما اللذان حكم عليهما بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى : بنسبة ١.٦ ٪ ، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى بنسبة ٢.٠ ٪ وفي سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . وإذن فالإحصائيات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق في جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطها ٠.٩ ٪ فقط .

وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كتابهما معطلة لاتطبق على الجرائم التي فرضها لها القانون ، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كتابهما مثل هذا المصير ؛ ذلك أن الجنائيات المنقبة عليها بعقوبتي الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال على محكمة الجنبح لفصل فيها على أساس عقوبة الجنبحة إذا كان المتهم أعذار معينة أو ظروف مخففة ، وهذه الجنائيات التي تحال على محكمة الجنبح قد تبلغ أحيانا نصف ماعمال على محاكم الجنائيات ، ومعنى هذا أن ثلث مجموع الجنائيات تقريبا يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض في القضايا التي تحال على محاكم الجنائيات أنها نوعان : نوع عقوبته الأعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وقد تدعو ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعو لذلك ، ونوع عقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضى الإحالة لا تدعو لاستعمال الرأفة ، فكان المنطق يقضى بأن هذا النوع الثانى يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية ، ولكن الواقع لا يتفق دائماً مع المنطق ، فإن كثيرا من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس ، وتدلل الإحصائيات على أن هذه القضايا يحكم في ٣٨.٦ ٪ منها

بالحبس بدلا من العقوبات الأصلية^(١)؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائما أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر في كل أدوار التحقيق، ولأن التهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم في مظهر المستحق للرأفة.

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة في كل الجنايات إذا راجعنا العقوبات التي تصدر فيها سواء من محاكم الجنايات أو محاكم الجنح، وفي سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة في ٢١٨٢ جناية على ٣٠٦٣ شخصا من هؤلاء ٩٤١ شخصا حكم عليهم بعقوبة الجنحة، وفي نفس العام حكمت محاكم الجنح في ١١٥٤ ١١٥٤ جناية على ١٤١٦ شخصا بعقوبة الجنحة، فأصبح عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٢٢ شخصا، والمحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢٣٧٥ شخصا، أي أن ٥٢٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبتها الأصلية. وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة في ٢٤٠٨ جناية على ٢٩٠٥ شخصا منهم ٨٢٢ حكم عليهم بعقوبة الجنحة وفي نفس العام حكمت محاكم الجنح في ١٠٤٥ جناية على ١٣٦٢ شخصا، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢١٩٤ شخصا، أي: أن ٥١٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من العقوبات الأصلية. وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩٪، وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت النسبة ٤٩ و ٦٪، فتوسط ما يحكم فيه سنويا من الجنايات بعقوبة الجنحة هو ٥٠ و ٧٪ من مجموع كل الجنايات.

وهكذا تنتهي عقوبات الجنايات هذه النهاية السليمة، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦٪ من الجرائم التي جمات عقوبة لها، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق في بعض الجرائم كعقوبة أصلية، فإذا طبقت في البعض

(١) أخذت هذه النسبة من كشاف العقوبات التي حكمت بها محاكم الجنايات في سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والذين بعدد المحكوم عليهم بالحبس في كل الجنايات عدا جنابات القتل.

الباقي تراوحت نسبتها المثوية بين ١ و ١١ ٪. وعقوبة الأشغال المؤقتة والسجن لا تطبق إحداها إلا على ٣٥ ٪ من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم مجتنب وأن ٣٠ ٪ من الباقي يحكم فيه بعقوبة الحبس.

ومعنى ما سبق أن تطبيق العقوبات على الجرائم نزل بها درجة أو أكثر، فنزل بالإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة، ونزل بهذه إلى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن، ونزل بكل من هاتين إلى عقوبة الحبس. ولعلنا بهذا الاستدلال قد أدركنا إلى أي حد تمطلت العقوبات الأصلية وأحاطنا جيداً بمعنى هذا التحطيل.

ثانياً: الميل إلى تخفيف العقوبات: قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدين يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التخليط، وينزل بها الثاني إلى نهاية التخفيف، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين، ولكنهم يميلون غالباً إلى التخفيف وينزلون في كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدها الأدنى متأثرين في ذلك بمختلف العوامل التي سبق شرحها.

ولست أسوق دليلاً على هذا القول إلا الإحصاءات الرسمية^(١) ففي سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ حكم على ١١٦٥ شخصاً بالأشغال الشاقة المؤقتة فكانت نسبة المحكوم عليهم من هؤلاء بأدنى العقوبة وهي ثلاث سنوات ٣٣٢ ٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥٤ ٪. وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١٤ ٪. وفي نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصاً فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهي ثلاث سنوات ٥٨ ٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٨٨ ٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠٢ ٪. وفي نفس السنة حكم على ٤٠٠٩٠ شخصاً بالحبس مع الشغل

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة المحجون السنوية واستخرجت النسبة المثوية بحرفتنا.

فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٥٦٫٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة ٣٢٫٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بسنة فأكثر ١١٫٣٪. وفي نفس السنة حكم بالحبس البسيط على ٢٣٩٢٥ شخصاً فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٩٩٫٦٪ ونسبة المحكوم عليهم بأكثر من تسعين يوماً ٠٫٤٪.

وفي سنة ١٩٣٨-١٩٣٩- كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة إلى مجموع المحكوم عليهم ٤٨٫٩٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٣٫٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٣٧٫٧٪. وفي نفس السنة كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة السجن ٦٩٫٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٫٦٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٢٩٫١٪. وفي نفس السنة كانت النسب بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تكاد تعادل النسب التي بينها عن سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ هذا هولسان الإحصاء الذي لا يكذب، وإنه لقاطع في أن الحاكم تنفر من التشديد، وأنها تميل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تميل بها إلى الاعتدال.

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن العقوبة خففت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى، ومعنى ذلك أن الحاكم تخفف العقوبة مرتين: مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة، ومرة عند تقديرها والنطق بها.

٥٠٢ - عاز تعطيل العقوبات وتخفيفها: رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه الحاكم إلى تخفيف العقوبة بقدر الإمكان، ولهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هي أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأديب، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثر على العقوبة، واتقاضى ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين اللبدين معاً في الجرائم الخطيرة والبسيطة

على السواء ؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم في الجرائم الخطيرة الماسة
 بكيان الجماعة كما فعلت الشريعة ، وكلا المبدأين مناقض للآخر فصحيح الزجر
 والتأديب يقتضى تشديد العقوبة ، ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تخفيف العقوبة ،
 ولا يستطيع القاضى أن يفعل شيئاً لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدأين
 بقدر الإمكان ، ولكنه حين يفعل يتجه دائماً ناحية المتهم ؛ لأنه هو الذى يكون
 مانعاً أمامه بمداته ومعناه يسترحمه ويستعطفه ويفرض ظروفه ويبرر موقفه ،
 أمام مصلحة الجماعة فلا تكون وقت الحاجة ممثلة في ذم القاضى بالقوة
 التى تتمثل بها مصلحة المتهم ، ولذلك لا تراعى بالقدر الذى يراعى به المتهم ،
 وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتخفيفها .

٥٠٣ - هل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام ؟

شرعت العقوبات ولا تزال محاربة الجرمين والإجرام ، وحين يراد تحريم فعل
 معين تقدر له العقوبات التى يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل
 المحرم ، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت
 العقوبة وأدت الغرض منها ، وإن لم يزدجر الناس عن الفعل المحرم حاول أولو الأمر
 أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردة من العقوبة السابقة .

فالتقياس الصحيح لنجاح عقوبة ما هو أثرها على الجرمين والجريمة فإن
 نقص عدد الجرمين وقلت الجرائم فقد نجحت العقوبة ، وإن زاد عدد الجرمين
 والجرائم فقد فشلت العقوبة ووجب أن تستبدل بها عقوبة أخرى تينة بأن
 تردع الجرمين وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة
 المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية ، ونحب أن نعرف إلى
 أى حد نجحت هذه العقوبات ، وكيف كان أثرها على الجرمين والجريمة ؟
 وهذه العقوبات على تعددها هى عقوبتان : الإعدام ، والحبس بوجه عام .

٥٠٤ - البرهم : فأما الإعدام فلا شك في أنه عقوبة رادعة، وقد قررت لأقل ما يمكن من الجرائم ، ولا تكاد تقع في حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل ، وقد يننا مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام في الجرائم التي يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هي في المتوسط أقل من $\frac{1}{6}$ ، وهي نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه ، والمذين يتصلون بدور القضاء يعلون أن القاتل اليوم لا يبالي أن يقتل ويعترف بجريمته ، وإنما يبالي ويهتم بأن يركز دفاعه في طلب الرأفة ليفات بجلده من عقوبة الإعدام وهو يصل غالبا إلى ما يتمناه

ولت أدري كيف تقبل أعداء القتل والفاكين وهم لا يقنون عذرا من ضحاياهم ؟ وكيف نرحمهم وهم لا يرحون فرانسهم ؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفي قلبه ذرة من الرحمة ، ولا يقتل إلا بعد تفكير وتديير وإصرار على القتل وترصد للمقتول ، فليت شعري أية ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة ؟ وإذا كان القاتل نفسه قد فرق بين القتل بالتسميم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقتل بجريمة أخرى أو المقصود به تسهيل ارتكاب الجرائم ، إذا كان القانون قد فرق بين هذه الأنواع وبين القتل الذي يقع دون ترتيب لوسائله أو تفكير سابق فيه ، وجعل عقوبة الأنواع الأولى الإعدام وعقوبة النوع الثاني الأشغال الشاقة ، فكيف سوبنا بين المختلفين ، ولم نفرق في العقوبة بين النوعين ؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام في حدود هذه النسبة الضيقة بحجة استعمال الرأفة ؟ وهل أصبح المجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة $\frac{1}{94}$ في الجرائم التي لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة ؟ .

إن جرائم القتل التي تقع كل عام تعادل $\frac{1}{30}$ من مجموع الجنايات كلها، وهي تزداد عاما بعد عام، ففي سنة ١٩٣٥ - ١٩٣٦ كان عدد جنائيات القتل والشروع فيه ٢٨٥٧ وكان مجموع الجنايات ٧٩٧٦. وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كان عدد

جنايات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ بينما كان مجموع الجنايات كلها ٨٦١٨ . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جناية وكان مجموع الجنايات كلها ٩٢٣٢ . ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شيء إلى استعمال الرأفة .

فصيب عقوبة الإعدام إذن يرجع إلى تطبيقها لا إلى طبيعتها ، وقد جاء هذا العيب من إباحة قبول الظروف المختلفة في الجرائم الخطيرة على المجتمع وعلى حياة الأفراد ، ولو حرم قبول الظروف المخففة في الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو على الأقل في جريمة القتل أو حرم على النضاة أن يستبدلوا بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى لكان لعقوبة الإعدام أثرها الذي لا بد منه في تقليل جرائم القتل ، ولحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

٥٠٥ - عقوبات الحبس وعيوبها :- أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيتها والسجن والحبس فهي كما قلنا من قبل ليست في جوهرها إلا عقوبة الحبس الذي يتفاوت في مدته أكثر مما يتفاوت في نوعه ، وعقوبة الحبس هذه هي العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم ، يجازى بها المجرم الذي ارتكب جريمته لأول مرة ويجازى بها المجرم العاثر الذي تخصص في الإجرام ، ويجازى بها الرجال والنساء والشبان والشيب ، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة أو من ارتكب جريمة تافهة ، وتنفذ العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريبا ، وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشاكل دقيقة نبسطها فيما يلي :-

١ - إرهاق خزانة الدولة وتمطيل الإنتاج :- يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها في محابس يقيمون بها حتى تنتهي مدة العقوبة ولهذا المحابس أسماء مختلفة ، وأقلها درجة : السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل ، وبليها في الدرجة السجون العمومية

ويوضع فيها المحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر والمحكوم عليهم بالسجن والمحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من النساء أو الرجال المتقدمين في السن، وعلى السجن العمومية اللينانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة، وهناك إصلاحيات الرجال ويوضع بها متادو الإجرام : أما إصلاحيات الأحداث فهي للأطفال الذين تزيد أعمارهم على سبع سنوات .

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس بمختلف أنواعه ١٢٧٠٩٠ شخصاً في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ ولا يدخل في هذا العدد من حكم عليهم بالحبس من المحاكم المركزية ويتزايد عدد المحكوم عليهم باستمرار سنة بعد أخرى وقد بلغ متوسط المسجونين يومياً ٢٥٥١٥ في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم بكونون في الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل ، فوضعهم في السجن هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لمجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفي لتأديبهم وردع غيرهم .

ولا شك أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدي وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره في محاربة الجريمة دون أن يؤدي إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه ، كالجلد مثلاً فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر في التآلب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومي .

ولقد حاولت مصلحة السجن أن تستغل قدرة المسجونين على العمل ، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملاً إلا لعدد قليل من المسجونين ، أما الباقون فيكادون يقضون حياتهم في السجن دون عمل يأكلون ويتطيبون ويلبسون على حساب الحكومة .

وقد بلغت نفقات مصلحة السجن ٨٦٢١٢٥ ج في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

سها مبلغ ١٥٠٠٠٠ ج آثمان الخدمات التي يقوم بها المسجونون ، فكان ميزانية الدولة تتحمل ٥٣٢١٢٥ ج تنفق سنويا على المسجونين ، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم ما يخرجه المجتمع كل عام من تعطل هؤلاء المسجونين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنويا ما يساوي أربعة وعشرين جنيتها لبلغت خسارة الأمة في سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ ج سنويا .

٢ - إفساد المسجونين : وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنويا لو كانت عقوبة الحبس تؤدي إلى إصلاح المسجونين ، ولكنها في الواقع تؤدي بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فساداً على فساد ، فالسجن يجمع بين المجرم الذي ألف الإجرام وتمرس بأساليبه ، وبين المجرم المتخصص في نوع من الإجرام وبين المجرم العادي ، كما يضم السجن أشخاصا ليسوا بمجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتباراً كالمحكوم عليهم في حمل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير وكالمحكوم عليهم في جرائم الخطأ الإهمال ، واجتماع هؤلاء جميعاً في صعيد واحد يؤدي إلى تفسخ عدوى الإجرام بينهم ، فالمجرم الخبير بأساليب الإجرام يلحق ما يعلمه لمن هم أقل منه خبرة ، والمتخصص في نوع من الجرائم لا يبخل بما يعلم عن زملائه ، ويجد المجرمون الحقيقيون في نفوس زملائهم السذج أرضاً خصبة يحسنون استغلالها دائماً فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراماً .

ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يعتبره العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره المجرمين ويأنف أن يكون منهم ، فإذا خرج من السجن حبيب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهى به ، وكان هذا مما أدى بالقضاء إلى أن صاروا يشفقون من الحكم بالحبس في الجرائم الاعتبارية التي لا تتمثل فيها روح الإجرام الحقيقي ، كما أنهم يوقفون تنفيذ العقوبة في الجرائم الحقيقية إذا كان المجرم مبتدئاً ؛ لأنهم يخشون

أن يدخل الجنائي السجن برئاً من الإجرام أو مبتدئاً فيه فيخرج من السجن ملوثاً بالإجرام متفقاً في أساليبه .

فالسجن الذي يقال عنه إنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك في الواقع ، وإنما هو معهد للإقباد وتلقين أساليب الإجرام .

وقد شعرت الحكومة بوطأة هذه الحالة فهي تحاول أن تصلح من هذا العيب . ولكن أساس الإصلاح يدل على أنه لن يكون ناجحاً ، إذ أنها تريد أن تقسم السجن على أساس نوع العقوبة وأستان المحكوم عليهم ، وهذا التقسيم سيقى الحالة على ما هي عليه ؛ لأنه يجمع بين ذوي العقوبة الواحدة في محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين ، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذي يراد علاجه ، أما جمع الشبان في محبس واحد والكهول في محبس واحد فلن يكون علاجاً ؛ لأن الإحصائيات تدل على أن أكثر المجرمين من الشبان ، ففي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧ : أي نسبة ٦٢٪ من مجموع من دخلوا السجن ، ومن هؤلاء ١٥٠٥٠ شخصاً يتراوح سنهم بين ١٦ ، ٢٠ سنة ، والباقيون يتراوح عمرهم بين ٢٢ ، ٣٠ سنة ، فعدد المجرمين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والسنين ، ووجود الشبان المحكوم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوي السوابق كفيفل بأن يخلق الأولين بأخلاق الآخرين .

٣ - انعدام قوة الردع : إن عقوبة الحبس قد فرضت على أساس أنها عقوبة وادعة ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها في نفوس المجرمين ، فالذين يعاقبون بالأشغال الشاقة وهي أقصى أنواع الحبس لا يكادون يخرجون من السجن حتى يمدوا لارتكاب الجرائم ، ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ على أن ٢٥٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم

بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة ، بل إن هذه الإحصائية تدل على أن ٤٣٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ماكدوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها ، وأنهم ارتكبوا جرائمهم في مدة تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية ، والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردياً وأن المجرم لا يخرج منها إلا بعد أن تتوافر الأدلة على تركه الإجرام وميله إلى الاستقامة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٧ من تقرير مصلحة السجون المشار إليه سابقاً على أن حوالي ثلث الموجودين في إصلاحية الرجال دخلوها للمرة الثانية والثالثة والرابعة .

ومما يدل على أثر السجن بصفة عامة في نفوس المجرمين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ فهي تشير إلى أن نصف من في الإصلاحية تقريباً لم سوابق في الإجرام من خمس مرات إلى عشر ، وأن حوالي الثلث لم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة ، وأن أكثر الباقين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة ، فلأن السجن يردع المجرمين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٣ من التقرير المشار إليه سابقاً على أن الذين يعودون لإصلاحية الرجال بعد خروجهم منها يزداد عددهم باستمرار ففي سنة ١٩١٦ كانت نسبة العائدين إلى مجموع من في الإصلاحية ١٠٪ وفي سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٢٠٪ وفي سنة ١٩٣٦ بلغت ٣٨٪ .

ومما يدل أيضاً على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على المجرمين ازدياد جرائمهم الدود سنة بعد أخرى فقد وصلت هذه الجرائم إلى ٨٧٢ جنائية في سنة ١٩٣٥ - ١٩٣٦ ثم ارتفعت إلى ٩٣٩ جنائية في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ ثم بلغت ١٠٢٣ جنائية في السنة

التي تليها ، وجنبايات العود هذه لا تقع إلا من المجرمين أرباب السوابق المتعددة .
 ٤ - قتل الشعوب بالمشولية : وعقوبة الحبس فوق أنها غير رادعة تؤدي إلى قتل الشعوب بالمشولية في نفس المجرمين وتمحب إليهم التعطل ، فالكثير من المسجونين يقضون في السجن مدداً طويلة نوعاً ما ينعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم ومابس وعلاج ، والمشهد أن هؤلاء يكرهون أن يلتقي بهم خارج السجن ليوأجبهوا حياة العمل والسكد من جديد ، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمشولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يسألوا للمودة إليه لاحقاً في الجريمة ولا حرصاً عليها وإنما حباً في العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة .

٥ - ازدياد سلطان المجرمين : ومن المجرمين من يفادر السجن ليميش عالة على الجماعة يستغل جرمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم ، ويميش على هذا السلطان الوهوم وهذا المال المحرم دون أن يفكر في حياة العمل الشريف والكسب الحلال

ولقد أصبح سلطان هؤلاء المجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات بل أصبح المجرمون في الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع ومن الوقائع التي أعرفها ويعرفها غيري أن رجال الإدارة يستعينون بالمجرمين أيام الانتصابات العامة ليوجهاوا الناخبين التمسكين بمحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه .

وقد أدى هذا المركز الخطير الذي يحتله المجرمون إلى زيادة المجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز ، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع ، فبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلة في القديم أصبحت اليوم مدعاة للتباهي والتفاخر ، وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلاً مهاناً أصبح اليوم عزيز الجانب مسوع الكلمة نافذ السلطان .

٦ - انخفاض المستوى الصحى والأخلاقى : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء فى مكان واحد لعدد مختلفة يتمون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم ، ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاماً بعد عام ، والمحابس لا تزيد فقد اضطر ولاية الأمور إلى حشرهم حشراً فى غرف السجون كما يحشر السردى فى عابته ، بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عدداً يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من الناحية الصحية^(١) . أما السجون المركزية فهى عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضمنه فى المتوسط عن ستين شخصاً ، وبينما تتوفر الوسائل الصحية نوعاً ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماماً فى السجون المركزية فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للساجين الذين يقضون مدة حبسهم جالساً أو نياماً على الأسفلت ، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدحام السجون وعدم توفر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجونين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين ، وتدل إحصائيات سنة ١٩٣٩^(٢) وهى خاصة بالسجون العمومية والليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجوناً أصيبوا بنزلات شعبية ، ٣٦٩ بالتدرن الرئوى وأدران أخرى ، ٤٢٢ بالسيلان ، ١١٦٠ بالزهرى و ٤١٢٨ بالجرب ، ١٥٣٤ بالقراع ، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى ، ٢١٩ بقمل العانة ، ٨٦١٨ بمخراجات ودمايل ، ٩٢٦ بالروماتزم ، بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجونين ٧٤٠٠٠ حالة فى سنة ١٩٣٩ وفى عدد هذه الحالات الضخم وفى أنواع الأمراض التى بينها ما يقطع بانخفاض المستوى الصحى والأخلاقى بين المسجونين .

(١) الإحصائية رقم ١ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

فالسجون إذن أداة لتشر الأمراض بين المسجونين ولإفساد أخلاقهم وتضييع رجولتهم ، ولا يقتصر شر السجون على هذا ، بل إنها تؤدي إلى فساد الأخلاق و خارجها ؛ لأن وضع الرجال في السجون معناه تدمير زوجات هؤلاء الرجال و بناتهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهم وجها لوجه أمام الشيطان .

٧ - ازدياد الجرائم :- وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لمحاربة الجريمة ، ولكن الإحصائيات التي لا تكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل ، فقد كان عدد الجنايات في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جنابة فإذا به في سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جنابة ثم يصل في سنة ١٩١٨ - ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جنابة وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جنابة . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جنابة . أما الجنح فكان عددها في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفي سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ بلغ عددها ١٦٧٦٧٧ جنحة وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغ عدد الجنح ٣٨٢٨٢٨ ، وهكذا في ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنايات ثلاثة أمثال ما كان عليه وبلغ عدد الجنح أكثر من أحد عشر مثلا .

وقد يقال : إن عدد الجنح لا يمثل الزيادة الحقيقية ؛ لأن الجنح المعاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تباً لذلك في مجموعها ، وهو قول صحيح إلى حد ما ، فلنترك العدد العام للجنح ولنأخذ جريمة السرقة مقياسا فهي أحرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة ، ففي سنة ١٨٩١ كان عدد جنح السرقة ٩٣٥٦ وفي سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنح ١٥٩٩٣ جنحة وفي سنة ١٩١٢ بلغ ٢٣٨٣٤ جنحة وفي سنة ١٩١٦ كان ٤٤١١٠ جنحة وفي سنة ١٩٢٦ بلغ ٥٤٣٢٦ جنحة وفي سنة ١٩٣٩ بلغ ٦٥٥٨٧ جنحة ومعنى هذا أن عدد جنح السرقة زاد في ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه ، وهي نسبة لا تبررها زيادة السكان ولا يقوم لها أي عذر منها اختلفت للعايزر ، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة

فكيف تتضاعف الجنيح سبع مرات والجنائيات ثلاث مرات ؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لا تكون سبباً في ازدياد الجرائم مادامت العقوبة رادعة ، وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة في المملكة الحجازية ، فلا شك أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية في مصر أفضل منها في الحجاز ، ومع ذلك فقد قلت الجرائم في الحجاز وازدادت في مصر وانتشر الأمن هناك واختل هنا . ولقد كان الحجاز في يوم ما مضرب الأمثال في اختلال الأمن والنظام والجرأة على ارتكاب الجرائم وترويع الأمنين والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لتسبب ما لهم ومتاعهم ، ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية في الحجاز الآن ليست خيراً منها يوم كان الفساد مستشرياً في الحجاز ، والفرق بين الحجاز قديماً وحديثاً هو نفس الفرق بين مصر والحجاز اليوم ، هو وجود العقوبة الرادعة في الحجاز الآن وانعدامها قديماً وهو انعدام هذه العقوبة في مصر اليوم ، فهذه العقوبة الرادعة هي التي وطدت الأمن في الحجاز وقضت على السلب والنهب وقطع الطريق وجعلت الأمن فيه مضرب الأمثال ، فلا يسقط من مسافر شيء إلا وجدته في دار الشرطة ولا يضع لأحد شيء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يبلغ بضياعه مادام مع الماله ما يدل على اسم صاحبه .

فن انطأ إذن بعد قيام هذا المثل العملي أن نحتاج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بزيادة السكان ؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولوا الأمر في وصف العلاج الذي يوافق المرض انتهى المرض أو سكنت حدته على أقل الفروض ، وإن لم يوفق أولو الأمر في وصف العلاج الناجع طال للرض وأعضل وعانى منه المجتمع أشد المعاناة .

٥٠٦ - كيف تتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية : - تبينا فيما سبق.

النتائج السيئة للعقوبات التي فرضتها علينا الأنظمة الوضعية ، فإذا هي تضيق للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة ، وليس بعد ذلك.

إلا ازدياد الجرائم وجرأة المجرمين ، والإخلال بالأمن وتوهين النظام ، وذهاب هيبة الحكومة وطرقتها وفرض سلطان الأشقياء والمجرمين على السكان الأمنيين ولا خلاص من هذه النتائج الحزنة إلا بالتخلص من النظام كله ، وإن في بعض هذه النتائج ما يكفي وحده لإلغاء هذا النظام . وإذا كان الناس لا يلبثون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيراً منها ، فإن لدينا نظاماً هو خير الأنظمة التي عرفها البشر وأقدرها على حماية الجماعة ومكافحة الجريمة وإصلاح المجرم ، ذلك هو النظام الإسلامي الذي أثبتت التجربة نجاحه في كفاح الجريمة والقتاء على الإجرام .

ولست ميزة النظام الإسلامي الوحيدة في أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته ، ولكنه يمتاز أيضاً بأن الأسس التي يقوم عليها كفيلة بأن تقضى على العيوب التي تصحب العقوبات الوضعية ، كما هي كفيلة بأن توفر على العالم المجرودات العظيمة التي تبذل لتخفيف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التي تنفق في سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعي أنه يؤدي إلى تعطيل العقوبات الأضحية وتخفيفها ، وفي الشريعة ما يحول دون ذلك في الجرائم الخطيرة التي تمس كيان الجماعة ، حيث تفرض الشريعة لهذه الجرائم عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضي أن ينقص منها شيئاً أو يستبدل بها غيرها مهما كانت ظروف الجاني ؛ لأن مصلحة الجماعة في هذه الجرائم الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتتطلب على كل اعتبار ، أما الجرائم التي لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضي فيها أن ينظر إلى شخصية الجاني ولو أدى ذلك لتخفيف العقاب مادام يؤدي إلى إصلاح الجاني في الوقت نفسه^(١) .

والعيب الثاني للنظام الوضعي أنه يفرض في معظم الجرائم عقوبات لا تتنوع هي الحبس الذي يختلف شدة وضعفاً بحسب نوع الحبس ، والذي يؤدي تنفيذه

إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل في الحبس والإنفاق عليهم دون أن يؤديوا عملاً مجدياً فتخسر الأمة من وجهين : تخسر المال الذي تنفقه على المحبوسين ، وتخسر ما كان يمكن أن ينتجه هؤلاء لو لم يوضعوا في الحبس ، ولكن هذه الخسائر تنقضي لو نفذ النظام الإسلامي ؛ لأن الشريعة لا تدرك الحبس في جرائم الحدود والقصاص ، وهي كما بينا تبلغ ثلثي^(١) الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل في التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس ، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان حبساً غير محدود المدة حيث يبقى المجرم بعيداً عن الجماعة مكفوفاً شره وأذاه حتى يموت ، ولا يحكم بهذا النوع من الحبس إلا في الجرائم الخطيرة أو على المجرمين العائدين . وإذا فرض أن عقوبة الجلد تطبق في نصف الجرائم الباقية كان الباقي الأخير من الجرائم حوالي ١٥ ٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتعزيب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والفروض أن الجرائم التي يحلدها فيها هي جرائم الخطيرة فالجرائم التي تبقى أخيراً يعاقب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هي جرائم تافهة في الغالب يكفي في عقابها النصح والتوبيخ والغرامة ، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة أن لا يحبس فعلاً إلا في حوالي ٥ ٪ من مجموع الجرائم وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها إلا بتطبيق نظرية الشريعة الإسلامية في العقاب .

وإذا قلت الجرائم التي يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحد فقد أصبح عدد المحبوسين قليلاً جداً ، وبذلك تنحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام ، كما تقل جرائم العود التي لا يشجع عليها إلا وجود الحبس والاستخفاف بعقوبة الحبس .
وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التي يحكم فيها بالحبس حبساً محدد المدة هي

جرائم تافهة من مجرمين غير خطيرين تأكد لدينا أن الحبس في هذه الجرائم سيكون لمدة قليلة ولن يؤدي إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق ، وحتى إذا وجدت هذه المساوىء فإن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلّة عدد المسجونين وقلة خطورتهم ؛ ولأنّ المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس . أما المجرمون الخطرون فمؤلاء تقضى عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم ؛ لأن ارتكاب الجاني لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للاجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه .

ومن عيوب عقوبة الحبس في القوانين الوضعية أنها تقتل الشعور بالمسئولية في نفس المجرم وتحبب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس ستر أموالهم بالتهديد والتخويف . وفي عقوبات الشريعة علاج هذا كله ، بل إن علاجه في عقوبة الجلد وحدها إذ الجلد يحط من قدر المجرم في عين نفسه فلا يمود لجريته ، كما يحط من قدره في عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه ولا يكبر المجرم في عيونهم حتى يزاحم سلطانه سلطان الحكومات .

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعية عيباً عيباً لوجدنا لكل عيب علاجه الناجع في تطبيق عقوبات الشريعة الإسلامية وتطبيق نظريتها في العقاب .

هذه هي العقوبات الوضعية وهذا هو أثرها في إفساد الأخلاق والأمن والنظام ، وتلك هي عقوبات الشريعة الإسلامية وذلك هو أثرها في إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعية ، ولن نجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعي على الشريعة الإسلامية ؛ فإن وجدته فاذكر قوله تعالى : ﴿ فإنها لا تسمى الأبصار ولكن تسمى القلوب التي في الصدور ﴾ .

الباب الثالث

تمدد العقوبات

٥٠٧ — تعدد العقوبات وتعدد الجرائم: تعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتعدد الجرائم كلما ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه نهائياً في واحدة منها وهذا هو المعنى الفنى للتعدد .

وتعدد الجرائم إما صوري وإما حقيقي ، فهو صوري إذا ارتكب الجاني فعلاً واحداً يدخل تحته صور شرعية مختلفة ، ويحدث ذلك كلما انطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الموظف أثناء تأدية وظيفته فالفعل يمكن أن يكون ضرباً ويمكن أن يكون مقاومة وتعدياً . أما التعدد الحقيقي فيوجد كلما تعددت أفعال الجاني بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة .

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود ففى تعدد العقوبات يرتكب الجاني عدة جرائم قبل أن يحكم عليه في إحداها . أما في العود فيرتكب الجاني جريمة الثانية بعد أن يعاقب على جريمة الأولى . ويقضى المنطق بأن لا يساقب الجرم في حالة تعدد الجرائم على كل جرائمه ولو أن ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية ؛ لأنه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن عوقب على أية جريمة سابقة وأخذ دوماً عنها ، فهو يختلف من هذه الوجهة عن المائد الذي سبق عقابه وأُنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكاً مستقبياً .

٥٠٨ — القوانين الوضعية والامرء : عرفت القوانين الوضعية ثلاث

طرق مختلفة في حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع - وبأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزي ومقتضاها أن يوقع على الجاني مجموع العقوبات المقررة لسلك الجرائم التي ارتكبها .
وعيب هذه الطريقة الإفراط في العقاب ؛ لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدي إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً في الشدة ، فالجس وهو عقوبة مؤقتة إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة ، والغرامات إذا تعددت قد تؤدي إلى مصادرة تامة لأموال المحكوم عليه .

الثانية : طريقة الجب - ومعنى الجب أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات ، فقتضى هذه الطريقة أن لا يوقع على الجاني سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التي ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط ، فالشخص الذي يرتكب عشر جرائم مثلاً يعاقب بعقوبة الجريمة الأشد فقط دون غيرها من العقوبات ، ومعنى هذا أن من يرتكب جريمة خطيرة يعاقب عليها بعقوبة شديدة يكون في حل من ارتكاب الجرائم الأبسط منها طالما أنه لم يعاقب على جرمته الخطيرة .

الثالثة : الطريقة المختلطة - وقد عولجت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة وتدعى بالمختلطة أو التوسطة . ومعنى بالجمع بين الطريقتين الأولتين أو بتحديد إطلاقيهما . فهي تميز الجمع بين العقوبات على أن لا يتجاوز مجموعها حداً معيناً ، وتعين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط في العقاب ، وهي تعالج طريقة الجب بتحديد العقوبة الواحدة التي يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التمدد والجب مع تقيدها .

٥٠٩ - قانون العقوبات المصري : وبأخذ قانون العقوبات المصري

بقاعدة تمدد العقوبات حيث نصت المادة ٣٣ منه على أن العقوبات المقيدة للحرية تتمدد إلا ما استثنى بنص المادتين ٣٥ و ٣٦ . والأولى منها تنص على أن عقوبة

الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها بالجريمة وقت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منهما تنص على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب الاتزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو في حالة تعدد العقوبات ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد ولكنه يقيد بها من ثلاثة وجوه :

الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها بالجريمة وقت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، فمن كان محكوماً عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات نفذت عليه عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الحبس ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثانى : أن لا يزيد الحد الأعلى مهما تمددت العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس على ست سنوات ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثالث : فى حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد ، وفى حالة التمدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضاً بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لفرض واحد ، وأن تكون مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة كما تنص على ذلك المادة ٣٢ عقوبات ، وهذا قيد على طريقة الجمع .

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تقيد نظرية تعدد العقوبات على الوجه السابق إلا فى القرن الماضى ، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أى قيد .

٥١٠ - الشريعة والنصر :- عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية

تعدد العقوبات ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها ، وإنما قيدتها بنظريتين أخريين الأولى : هي نظرية التداخل ، والثانية : هي نظرية الجلب .

نظرية التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها في بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ، ولا ينفذ على الجاني إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة^(١) . وتقوم نظرية التداخل على مبدئين :-

أولها : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسركات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد فإن العقوبات تتداخل ويحزى عنها جميعاً عقوبة واحدة ، فإذا ارتكب الجاني جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت عليه عقوبة أخرى .

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها . فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها بعد .

وتعتبر الجرائم على الرأي الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحداً ولو اختلفت أركانها وعقوباتها . كالسرقة العادية والحراية فكلاهما سرقة وإن اختلفت أركانها وعقوباتها ، وكالزنا من محصن والزنا من غير محصن فكلاهما زنا ، وفي مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هي الواجبة .

تعليل هذا المبدأ : وأساس هذا المبدأ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر ، وأن عقوبة واحدة تكفي لتحقيق هذين المعنيين فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفي لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى ، وإذا كان من المحتمل عملاً أن يعود المجرم

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٥٧ - المنى ج ١٠ ص ١٩٧ .

لارتكاب الجريمة فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفي مادام لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تردعه ، فإذا ثبت هذا بأن ارتكب جريمة فعوقب عليها ثم عاد لها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة ؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تكن زاجزة ولا رادعة للجاني .

ثانيهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزىء عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى : لتحقيق غرض واحد فن أهان موظفاً وقاومه وتمدى عليه عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التي وضعت عقوباتها لفرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة ، ومن تناول ميتة ودماً ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة؛ لأن عقوباتها جميعاً وضعت لفرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة .

والعبارة في التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها .

ويرون في مذهب مالك أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف يتداخلان فلا يعاقب على الجريمتين عند التمدد إلا بعقوبة واحدة ، وحجتهم في ذلك أن الفرض من العقوبتين واحد ؛ لأن من شرب هدى ومن هدى افتري فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتراء ، ولكن المذاهب الأخرى تخالف مذهب مالك في هذا المثل بالذات ؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول فكلاهما وضعت لفرض يخالف الفرض الذي وضعت له الأخرى . ويرى بعض المالكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف يرجع إلى اتحاد مقدارهما ، وهؤلاء يحملون أساس التداخل اتحاد الموجب وليس اتحاد الفرض من العقوبة ولكن ليس لهذا الرأي صدى في المذاهب الأخرى^(١) .

أما إذا كانت الجرائم المتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها فرض واحد كأن ارتكب الجاني سرقة في المرة الأولى ثم زنا في الثانية وقذف في الثالثة فإن العقوبات لا تتداخل في هذه الحالة وإنما تعدد بتعدد الجرائم المختلفة .

نظرية الجب : معنى الجب في الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التي يتمتع مع تنفيذها بتنفيذ العقوبات الأخرى ، ولا يطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ، ومن ثم فهي العقوبة الوحيدة التي تجب ما عداها .

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظرية الجب ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها . ولكن الشافعي ينكرها ، والذين اعترفوا بها يختلفون في مدى تطبيقها . فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل ، والقتل يجب جميع ذلك إلا القرية (أى القذف) فإن حد القرية يقام عليه ثم يقتل ، ولا يقام عليه مع القتل غير حد القرية وحدها فلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد القرية^(١) .

ويرى أحمد أنه إذا اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محصن وشرب وقتل في الحاربة استوفى القتل وسقط سائرهما . فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الأدميين وفيها قتل استوفى حق الأدمي ودخلت حدود الله في القتل سواء كان القتل حدا أو قصاصا ، فمن قطع إصبع شخص وقذفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصا ثم يحد القذف ثم يقتل ويسقط ما عدا ذلك^(٢) .

والأصل عند أبي حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة لحاجة العبد إلا الانتفاع بحقه ، فإذا

(١) الهدية ج ١٦ ص ١٢ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة ، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام ذلك المسقط درءاً للبواقي لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادروا الحدود ما استطعتم » فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محصن وشرب خمرًا قتل قصاصاً وسقط حد الزنا والشرب ؛ وإن زنا وهو محصن وقذف وهرق وشرب يبدأ بحمد القذف ؛ لأنه متعلق بحق آدمي ثم يرحم ويسقط ما عدا ذلك من الحدود ، وإذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص في النفس يديء بالقذف ثم قتل قصاصاً ويدراً ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن في ماله السرقة في الحالين^(١) ، ورأى أبي حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد .

أما الشافعي فلا يعترف كما قلنا بنظرية الجنب ، ويرى أن تنفذ العقوبات كلها واحدة بعد أخرى ما لم يتداخل بعضها في الآخر ، على أن يبدأ أولاً بحق الأدميين فيما ليس فيه قتل ، ثم بحق الله أي بحق الجماعة فيما لانفس فيه أي لاقتل فيه ثم يبيء القتل من بعد ذلك ، فإذا اجتمعت مثلاً على رجل حدود : حد بكر في الزنا ، وحد في القذف ، وحد في سرقة ، وحد في قطع طريق يقطع فيه أو يقتل ، وقصاص في قتل رجل ، فيحد أولاً في القذف ، ثم يحبس حتى يبرأ فيحد في الزنا ، ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى للسرقة وقطع الطريق ، ثم يقتل بعد ذلك ، فإذا مات في أحد الحدود سقطت بموته الحدود التي لله عز وجل وبقية في ماله حقوق الأدميين كالتدية والمال المسروق وهكذا يؤخر الشافعي القتل لأنه لا يسلم بنظرية الجنب^(٢) .

ويرى بعض الشافعية أن الجاني لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٠٥ .

للسرقة العادية وقتل تقطع الطريق ، وأنه إذا زنا قبل أن يحصن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغرب كفاه تغريب واحد ، وأنه إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصانه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد في الرجم ، وأساس امتناع القطع والتغريب والجلد ليس الجلب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل ، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى ، والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ في الزنا الأول أجزاء تغريب واحد عن الزنا مرتين ، والجلد عقوبة الزانى غير المحصن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزاء عقاب واحد هو عقاب الزانى المحصن^(١) .

٥١١ - مقارنة بين الشريعة والقانون :- أساس القیود الموضوعة لنظرية

التمدد في الشريعة هو نفس الأساس الذي تقوم عليه هذه القیود في القوانين الوضعية ، فكلاهما يرى أن الجاني كان معذورا عندما ارتكب جريمة الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى ، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيود يؤدي إلى تنازع بأبائها العقل ومنطق التشريع .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون فإن الشريعة جاءت أدق منطقا من القوانين الوضعية في تطبيق نظرية التمدد وتقييد هذه النظرية ، ونجد هذه الدقة متمثلة في تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها بل طبقتها فقط في حالة الجريمة الواحدة إذا تكررت وقوعها ، وفي الجرائم المختلفة التي يجمع بين عقوباتها غرض واحد ، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم ، وعلو هذا أن لكل جريمة عقوبتها فإذا ارتكب الجاني جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقا فن الموقوف أن يعتذر للجاني بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتمدد العقوبة ، أما إذا ارتكب الجاني جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرا في ارتكاب الجريمة الثانية ؛ لأن

(١) أسى للطالب ج ٤ ص ١٥٧ .

كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة ، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجاني عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات ، وقد روعي في وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا تتوفر في غيرها ، فروعى مثلاً في تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجاني من السرقة ، وروعى في عقوبتي الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجاني من مقارفة الزنا وهكذا ، ومن ثم كانت عقوبة القذف لا تصلح عقوبة للسرقة ولا تجدى في الردع عنها ، وكانت عقوبة السرقة لا تصلح عقوبة للقتل ولا تفيد في منع هذه الجريمة وكان الواجب نتيجة لهذا المنطق أن تتعدد العقوبة في الجرائم المختلفة وأن يعاقب الجاني على كل نوع منها بعقوبته الخاصة . أما القوانين الوضعية فتخالف الشريعة في هذه القطعة وتجعل عدم العقاب في جريمة ما عذراً للجاني في ارتكاب أية جريمة أخرى سواء كانت الجريمةتان من نوع واحد أو من نوعين مختلفين .

ونظرياً التداخل في الشريعة أوسع مدى منها في القانون الوضعي ؛ لأن القانون لا يعرف التداخل إلا في حالة واحدة فقط هي ارتكاب الجاني عدة جرائم لفرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مترتبة ارتباطاً لا يقبل التجزئة والشراح يصفون هذه الحالة بأنها جب على أساس أن العقوبة الأشد هي التي توقع ، ولكن الوصف الصحيح لها أنها تداخل ؛ لأن كل الجرائم يعاقب عليها بعقوبة واحدة ، والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة ، أما التداخل فيكون قبل الحكم بها وبعده ، وحالة التداخل التي يسلم بها القانون تشبه إلى حد كبير المبدأ الثاني للتداخل في الشريعة .

وإذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظريه التداخل على الوجه السابق فإنها تخالف الشريعة في الأساس الذي بنى عليه التداخل ، فالقانون الوضعي يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجاني جرائم لفرض واحد ، وأن تكون الجرائم مترتبة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، أما الشريعة ف تجعل أساس التداخل في هذه الحالة

أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لفرض واحد ، وهذا الفرق يمثل الروح التي تسيطر على كل تشريع ، فالقانون يحمل نظرية التداخل خاضعة للفرض الذي يتوخاه الجاني من الجريمة ، أما الشريعة فتجمل نظرية التداخل خاضعة للفرض الذي توخاه الشارع من التشريع ، وهكذا نجد القانون الوضعي مضطرب المنطق متناقض الاتجاهات بينما نجد الشريعة سايمة المنطق موحدة الاتجاهات .

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذا الباب أن القوانين جعلت حدا أعلى للعقوبات لا يصح أن تتعداه بحال مهما تعددت ، ولم تضع الشريعة مثل هذه القاعدة ، والضرورة وحدها هي التي أوجدت هذا القيد في القوانين الوضعية ؛ لأن العقوبة الأساسية في القوانين هي الحبس بأنواعه المختلفة من حبس بسيط إلى حبس مع الشغل إلى سجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة ، فنو لم يوضع حدا أعلى لمدة العقوبة في حالة التعدد لاستحالت العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهى عمر المحكوم عليه قبل أن تنتهي العقوبة ، أما في الشريعة الإسلامية فالعقوبات الأساسية هي القطع والجلد وهي عقوبات مؤقتة بطبيعتها ومهما تعددت فلن تستحيل إلى عقوبات أبدية ، ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لوضع حدا أعلى للعقوبات عند التعدد .

وإذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت في بعض الجرائم باعتبارها عقوبة تعزيرية فإنها مع هذا لم تكن في حاجة لوضع حدا أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل ، إذ المحرم يتخصص عادة في ارتكاب جرائمه فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة ، فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا عقوبة واحدة طبقا لنظرية التداخل ، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاث أو أربع فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعا الحبس ، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى

(٤٨) الفسرج الجنائي الإسلامي

حد غير معقول خصوصا إذا راعينا أن بعض النقماء يرون أن لا يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يعملون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالبا ، فضلا عن هذا فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالبا في هذه الحالة فتنزل بالعقوبة ؛ لأن الجرائم المتماثلة توضع عقوباتها غالبا للحماية هدف واحد ، وإذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة .

وإذا كانت الشريعة تتفق مع القانون في تقرير نظرية الجلب فإنها يختلفان في مدى تطبيقها . ففي الشريعة لا تطبق نظرية الجلب إلا إذا اجتمعت عقوبة القتل مع عقوبات أخرى على التفصيل الذي سبق ذكره ، أما في القانون فتطبق نظرية الجلب في هذه الحالة وفي حالة اجتماع عقوبة الأشغال الشاقة مع عقوبة أخرى مقيدة للحرية حيث تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية ، ولم تكن الشريعة في حاجة لتقرير هذه الحالة الأخيرة ؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية في الشريعة من ناحية ، ولأن مددها قصيرة من ناحية أخرى ، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التي بطنانها سابقا ، ولأن الشريعة فضلا عن ذلك كله لم تنوع الحبس أنواعا متعددة مختلفة فالحبس فيها كله من نوع واحد ودرجة واحدة مادام محدد المدة .

وإذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنها قد أخذت بها على إطلاقها وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على انصلاح حاله وتوبته توبة نصوحا ، فلم يكن هناك داع لتحديد مدة قصوى للحبس ؛ لأن الإفراج يتم بالتوبة وصلاح حال المحكوم عليه لا يمضي مدة معينة عليه في الحبس ، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخل سبيله أو يظل في محبه حتى يموت ؛ لأن الغرض من حبه هو كف شره عن الجماعة فإذا انكف شره بالتوبة أحل سبيله ، وإذا لم يتوب فالحبس يكف شره حتى يأتيه الموت .

الباب الرابع

استيفاء العقوبات

٥١٢ - من له من الاستيفاء : الأصل في الشهادة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير وأن من نسب إليه أية جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها ، فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها ، وإن لم يثبت عليه إتياها حكم ببراءته مما نسب إليه ، فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولي الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير ، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للجنى عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توفرت شروط معينة وفيما يلي تفصيل ذلك كله .

٥١٣ - استيفاء جرائم الحدود : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أي : العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه ؛ لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب ، فوجب تركه لولي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحضره لازماً فقال : «أعديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأمر عليه السلام برحم معز ولم يحضر الرجم ، وأن يسارق فقال «أذهبوا به فاقطعوه»^(١).

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم ، ومما يروى عن رسول الله في هذا قوله : « أربع إلى الولاية : الحدود ، والصدقات ، والجمعات ، والنبي »^(١) .

وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف^(٢) أى : إذا كان الحد قتلًا أو قطعاً ، وإنما يسأل باعتباره مفتاعاً على السلطات العامة أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى : أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف ، وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل ، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع ، فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيها هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملكه تعيذ العقوبة .

٥١٤ - الاستيفاء في جرائم التعازير : واستيفاء العقوبات المحكوم بها في جرائم التعازير من حق ولي الأمر أو نائبه أيضاً ؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهي من حقها فيترك استيفؤها لنائب الجماعة ، ولأن التعزير كالححد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الخيف .

وأيضاً لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت متلفة للنفس فإنه قتل أحد الأفراد شخصاً محكوماً عليه بالقتل تعزيراً ، فهو قاتل له ولو أن عقوبة القتل متلفة للنفس ، والعرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس وعقوبة التعزير المتلفة للنفس أنه

(١) للمذهب ج ٢ ، ص ٢٨٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠

(٢) الإنباع ج ٤ ص ٢٤٥

عقوبة الحد لا يجوز العقو عنها ولا إسقاطها ولا تأخير تنفيذها فهي عقوبة محتمة لا بد منها، أما عقوبة التعزير المتلفة فلولى الأمر النهو عنها ولهذا فهي عقوبة غير لازمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو في اللحظة الأخيرة .

٥١٥ - الاستيفاء في جرائم القصاص : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كثيرها من العقوبات متروكة لإقامتها لأولى الأمر ، لكن أجزأ استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم أو المجنى عليه ، والأصل في ذلك قوله تعالى : **﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾** [الإسراء: ٣٣] ومن المتفق عليه أن لولى المجنى عليه حق استيفاء القصاص في القتل بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان ؛ لأنه أمر ينتقل إلى الاجتهاد ومحرم فيه الخيف ، ولأنه لا يؤمن الخيف من المتقصد مع قصد التنشى ، لكن إذا استوفاه في غير حضور السلطان وقع الموقوع أى : وقع الفعل قصاصاً ، وعزز المتوفى لآفته على السلطان وفعله ما منع من فعله .

وينظر السلطان في الولى فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة اللازمة مكنه منه ، وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمره أن يوكل غيره ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه .

وليس ثمة ما يمنع أن يعين خبير لاستيفاء الحدود والقصاص يأخذ أجره من بيت المال ؛ لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولى لا يحسن القصاص وكل هذا الخبير .

فإذا كان القصاص فيما دون النفس أى : فيما ليس قتلاً فيرى أبو حنيفة أن للمجنى عليه الحق في استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه ، وكل عنه من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه في مذهب أحمد^(١) .

(١) بدائع الصائغ ج ٧ ص ٢٤٦ - الترحم الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

ويرى مالك والشافعي ورأيهما وجه في مذهب أحمد أن الجنى عليه ليس له أن يستوفى عقوبة القصاص فيما دون النفس بأي حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشق أن يحيف على الجنى عليه أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من عسره من الخبراء ، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى مؤظفاً مخصصاً لهذا الفرض^(١) .

٥١٦ - كيفية استيفاء القصاص في الناس : لا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف عند أبي حنيفة ورواية عن أحمد سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جرح أو نتيجة الخنق أو التفريق أو التحريق أو غير ذلك ، وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص فمضى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصالات به السراية فالقود بالسيف ؛ لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلا من وقت وجوده فلا يقتص منه إلا بالقتل ؛ لأنه لو قطع عضواً من الجاني ليحقق التماثل ثم عاد لحز الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جماً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ، ولا يستبرحز الرقبة متمماً للقطع ؛ لأن التتم للشيء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص في النفس مقصود منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ؛ لأن إتلافها يعتبر تعدياً وليس استيفاءً .

وإذا أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزز

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - الهدب ج ٢ ص ١٩٧ - النرج الكبير ج ٣ ص ٣٩٩ .

لافتياته إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه في القصاص بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألغاه من سطح أو ردها في بئر ونحو ذلك ؛ لأن القتل حقه فإذا قتله قعدا- توفي حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف ؛ لأنه يستوفيه بطريق غير مشروع فيعزز على هذا الافتيات^(١)

وعند مالك والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٢) أن القتال أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

فإن حرقة أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بحربة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فمات فللولى أن يقتص منه بمثل ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ولأن القصاص قائم على المماثلة والمماثلة ممكنة فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف في هذه الأحوال ؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر فالرأى الراجح أن يكون القصاص بالسيف .

٥١٧ - ما يشترط في آنة القصاص : وإذا أراد الولي أن يستوفى بنفسه فلا يسكنى أن يكون خبيرا بالقصاص ، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له لا كآلة مثلا ولا مسممة مثلا يعذب المقتص منه ، فإن فعل ذلك وجب عليه التميز ؛ لأن من شروط القصاص أن لا يعذب الجاني وأن تزهد روحه بأيسر ما يمكن^(٣) . تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الترحم الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ - المهذب ج ٢ ص ١٩٩ - الترحم الكبير ج ٩

ص ١٠٠ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - الترحم الكبير ج ٩ ص ٣٩٧

على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليعد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

٥١٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع منه السيف ؟ : والأصل في اختيار السيف أداة للتصاص أنه أسرع في القتل وأنه يزهد روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاً ما فلا مانع شرعاً من استعمالها « فلا مانع شرعاً من استيفاء القصاص بالمقصلة والكروسي الكهربي وغيرها مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخاف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح الخمد وأما الكروسي الكهربي ؛ فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب^(١) » .

٥١٩ - هل يجوز للسلطان أنه يتأمر اليوم باستيفاء القصاص : الرأي الراجح عند الفقهاء هو أن لا يترك للمجنى عليه أو وليه أن يستوفى حق القصاص فيما دون النفس ؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضى خبرة ودقة في التقتص ولا يؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك للمجنى عليه أو وليه^(٢) أما القصاص في النفس فقد ترك للولي استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بأداة صالحة فإذا لم يكن يحسنه وكل في الاستيفاء من يحسنه ، فحق الولي في الاستيفاء مقيد بإحسان الاستيفاء وباستعمال الآلة الصالحة .

واقدم كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً أما اليوم فقل فيهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقل من يوجد لديه سيف صالح للاستعمال .

(١) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر - راجع القصاص ص ٢٠٨

(٢) انظر ج ٩ ص ٤١٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢

وإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشق والفصلة والكبرى الكهربائي أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المشقة والفصلة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنها في حيازة الدولة ، إذا روعي هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى الجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاموا القصاص وأن لا يأذنوا إذا رأوا المنور .

٥٢٠ - استيفاء العقوبات عند التعذر : تخالف الشريعة القوانين الوضعية في طريقة استيفاء العقوبات عند التعذر ، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شيء إلى طبيعة العقوبات في كل .

وإذا أخذنا القانون المصرى مثلا على القوانين الوضعية الحديثة فإنه يقضى بأن تنفذ العقوبات عند التعذر على حسب درجة جسامتها ، فننفذ الأشغال الشاقة أولا ، ثم ننفذ السجن ثانياً ، ثم الحبس مع الشغل ، ثم الحبس البسيط م ٣٤ عقوبات .

ولا يراعى في التنفيذ ترتيب صدور العقوبات . فإذا حكم على إنسان بالأشغال الشاقة أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أوقف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدىء في تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

وتنفذ العقوبات في القانون المصرى على التوالى فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى ، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالحكموم عليه ، فننفذ سواء كان المحكوم عليه مريضاً أو صحيحاً سقياً أو قوياً .

وقد أوجت طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام ، فهي عقوبات يستغرق

تنفيذها زمنًا طويلاً فكان لا بد من ترتيب تنفيذها على هذا الوجه ما دامت عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها عن جريمة وقت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، وما دام من المحتمل أن يصدر على المحكوم عليه حكم آخر بالأشغال الشاقة أثناء التنفيذ .

أما النظام المتبع في الشريعة الإسلامية في حالة تعدد العقوبات فهو مختلف ولكل مذهب من المذاهب الفقهية رأيه في هذه المسألة .

فالمالك يرى في حالة تعدد العقوبات أن يبدأ في التنفيذ بما هو الله أى : بما يس حقوق الجماعة ، ثم يقام بعد ذلك ما هو للناس أى : ما يس حقوق الأفراد ، وحجة مالك في هذا أن ما لله لا عقوف فيه وما للآدميين قد يعنى عنه فن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يس حقوق الأفراد .

ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يترك لولى الأمر البدء بأيهما .

ويرى أبو حنيفة وأحمد تقديم ما يس حقوق الأفراد على ما يس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيما يس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف ثم ينفذ بعد ذلك ما يس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره .

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها ، فيقدم الأخف على الخفيف ، ويقدم ما يس حقوق الآدميين على ما يس حقوق الجماعة ، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها ؛ لأنه لا يمتزج بالجب

ورأى فقهاء الشريعة في تقديم الأخف على الأشد رأى يخالف ما جاء به القانون المصرى ، ولكن يتفق مع طبيعة العقوبات الشرعية ، فالمقوبات الأساسية في الشريعة هي القطع والجلد والقصاص وهي عقوبات بدنية فاستيفائها يوجب البدء بأخفها حفظاً لسلامة المحكوم عليه واستبقاء لقوة احتماله ومقاومته

ولا يقدم الأشد على الأخف ، إلا إذا كان الأشد يجب الأخف وفق هذا تنفق الشريعة مع القانون .

٥٢١ - التفسير على المريض والضعيف والكران : وقتها الشريعة متفقون على وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التمازير إذا كان المحكوم عليه مريضاً ، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة كأن كان برداً شديداً أو حرراً شديداً ، ولا يستنون من ذلك إلا عقوبة القتل ؛ لأنها عقوبة مهلكة أى : أن القصد منها إهلاك المحكوم عليه ، أما العقوبات الأخرى التي لا يقصد منها إهلاك المحكوم عليه فلا يصح أن تنفذ في ظروف تؤدي إلى الهلكة .

ويرى بعض الفقهاء أن يؤخر تنفيذ الحد على الضعيف حتى يقوى ، ولكن البعض الآخر لا يرى تأخير التنفيذ ويفضل أن ينفذ الحد بقدر الإمكان بحيث لا يضر المحكوم عليه بضعفه ، فإن كانت العقوبة الجلد مثلاً جلد مرة أو مرتين بصوت متعدد الفروع أو بشكل له شواحيح بمدد الأسواط أو نصفها . ويرى الفقهاء أن لا تنفذ العقوبة على الكران حتى يصحو من سكره^(١) .

٥٥٢ - التفسير على الحامل : عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم التنفيذ على الحامل ، وحديث الغامدية قاطع في ذلك فقد جاءت الرسول تعترف بالزنا وهي حامل قال لها عليه الصلاة والسلام : « اذهبي حتى تضعي حملك » ومثله حديث معاذ : « إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها » والتنفيذ المنوع على الحامل هو الذي يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرحم والجلد .

والفقهاء مجمعون على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون بعض الشيء في مدى تطبيقه . فبعضهم يقولون أن لا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملاً أو ربية من حمل حتى تضع حملها أو يقين أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بمد الوضع ، وإن لم يكن لولدها

موضع ويفضل الشافعي تركها أياماً حتى تجد لولدها مرضعاً في حالة القتل .
ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق أن لا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس
ولو كانت القربة جلدًا .

ويرى، مالك أن لا ينفذ على الحامل حتى تضع ، ويعتبر النفاس مرضاً
يجب تأخير الجلد حتى ينتهي ، وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل .
وإن لم يصبوا لطفلها من يرضعه لم يجعل عليها بالقتل .

ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه
لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللبن ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة فتت ، ويستحب
لولى القتل تأخيرها للقطام ، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضه حولين
ثم تقطمه ، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل .

٥٢٣ - التنفيذ على الجنود : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بمناسبة
الكلام على مسئولية الجنون فليس ما يدعوا لإعادة الكلام عن هذا الموضوع
ويكفي فيه مراجعة ما سبق^(١)

٥٢٤ - عقوبة التنفيذ : الأصل في الشريعة أن يكون التنفيذ علنياً لقوله
تعالى : ﴿ ولْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طائفة من المؤمنين ﴾ ولأن السنة جرت بهذا ، ويستوى
في ذلك القتل وغير القتل ، وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية .
ولقد كان القانون المصري يوجب العلانية في تنفيذ عقوبة الإعدام أخذاً
عن القوانين الأوروبية ، ثم عدل عن اشتراط العلانية ، ولكن فرنسا لا تزال
متسكة بالعلانية .

وتنفذ عقوبة القتل في الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن وتنفذ
بإطلاق الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا على الرأى الراجح بين الفقهاء ،

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل ، فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة ، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله ، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مما اختلفت مراتبهم وجرماهم .

ولقد جاءت الشريعة بهذه المبادئ من يوم وجودها ، ولكن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا أخيراً فقد كانت عقوبة القتل في القوانين الوضعية على درجات كعقوبة الحبس ، وكان يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة ، فقاتل والده مثلاً كانت تقطع يده قبل القتل ، وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص ، فالشريف يعدم بقطعه رقبته بالسيف ، والعامي يعدم شنقاً . ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع وصدر قانون في فرنسا يسوي بين المحكوم عليهم في التنفيذ ويحمل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط ، وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد . ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لإزهاق الروح دون تعذيب . فالشرع الفرنسي اهتمدى إلى طريقة قطع الرأس ، والمصري والإنجليزى إلى طريقة الشنق ، وفي إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل ، وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصمق المحكوم عليه بالكهرباء .

وتعضى الشريعة أن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفنوه كما يشاءون لقوله عليه الصلاة والسلام : « اقلوا به كما تفعلون ، وتناكم » فيصح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره ، ولكن لولى الأمر إن شاء ، أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدي إلى المساس بالأمن والنظام .

والقانون المصري يقضى بتسليم الجثة لورثة القتل على أن يكون الدفن بغير احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنايات) كذلك يوجب القانون المصري إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلية ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٢٦٣ من قانون تحقيق الجنايات المصري)

الباب الخامس

المود

٥٢٥ - ماهية المود : يطلق المود اليوم في اصطلاحنا القانوني على حالة الشخص الذي يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً ، أى : أن المود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائياً عليه في إحداها أو بعضها .

ويتميز المود عن تعدد الجرائم بأن المجرم في حالة التعدد يرتكب جريمة الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم في جريمة سابقة عليها ، أما في المود فيكون المجرم حين ارتكب جرمته الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر .

وعود المجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن المجرم يصبر على الإجرام ، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردعه ، ومن ثم فقد كان من المعقول أن ينتج التفكير إلى تشديد العقوبة على العائد ولقد كانت فكرة التشديد تاتي فيامض مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية ، أما اليوم فليس ثمة من ينازع في مشروعية العقاب على المود .

وشراح القوانين وإن كانوا يسلطون بالعقوبة على المود ، إلا أنهم اختلفوا في تقرير المبدأ الذي تقوم عاها المود ، فالبعض يرى أن يكون المود خاصاً بمعنى أن لا يعتبر المجرم عائداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الأولى أو مماثلة لها ، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يعتبر المجرم عائداً .

ويرى البعض أن يكون المود عاماً بحيث يعتبر المجرم عائداً إذا ارتكب جرمته الثانية سواء كانت من نوع الأولى أو من نوع آخر مماثلة لها أو غير مماثلة .

كذلك اختلف الشراح في مدة المود ، فرأى البعض أن يكون المود مؤبداً

بحيث يعتبر المجرم عائدًا مهما مضى من الزمن على جريمته الأولى ، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتًا بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يعتبر المجرم عائد إذا ارتكب جريمته الثانية .

وقد أخذ قانون العقوبات المصري بهذه المبادئ جميعًا فأخذ بمبدأ العود العام في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات ، وأخذ بمبدأ العود الخاص في الفقرة الثالثة من هذه المادة ، وأخذ بنظام العود المؤبد في الفقرة الأولى من نفس المادة ، وبنظام العود المؤقت في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيًا في كل ذلك نوع العقوبة ومنتهى ونوع الجريمة .

وإذا تكرّر من المجرم ارتكاب الجرائم فلا يعتبره شراح القوانين الوضعية مجرد عائد بل يعتبرونه مجرمًا معتادًا على الإجرام وعدوا خطرًا للجماعة يجب استنصاله منها أو إبعاده عنها ، وقد طبق القانون المصري هذه النظرية تطبيقًا محدودًا فجعل عقوبة معتاد الإجرام الإرسال للحل تمينه المحكومة « إصلاحية الرجال » إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط أن لا تزيد مدة بقاء المجرم في الحل الخاص عن ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال « اللادتان ٥٢ ، ٥٣ عقوبات » .

وفي إيطاليا يقضى قانون العقوبات الصادر في سنة ١٩٣٠ بوضع معتادى الإجرام ومحترفيه في محل زراعى أو صناعى لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفي فرنسا ينص القانون الصادر في ١٨٨٥/٥/٢٧ على نفي معتادى الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقًا محدودًا ولم تأخذ بها على إطلاقها .

هذه هي القواعد العامة التي يقوم عليها العود في القوانين الوضعية الحديثة

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تعرف قواعد العود إلا أخيراً ، وأن المبادئ التي وضعتها للعود والاعتیاد على الإجرام تعتبر من أحدث المبادئ في هذه القوانين .

٥٢٦ - الشريعة والعود: - وقد يدهش القارىء أن يعلم أن هذه المبادئ

المستحدثة في القوانين الوضعية هي نفس المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية للعود ولتتادى الإجرام من ثلاثة عشر قرناً ، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حدايتها لم تطبق بعد المبادئ الشرعية على إطلاقها .

ومن لنتفق عليه في الشريعة أن يعاقب المجرم بالعقوبة المقررة للجريمة فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة ، فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو يكف شره عنها بتغايده في الحبس ، واختيار إحدى العقوبتين متروك لولى الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة ، ومن الأمثلة على ذلك اللواط لغير المحصن فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة ، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشناعة جريمته وما تؤدي إليه من التقلید وإفساد الأخلاق والتخلف . والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتیاد بتخليده في الحبس حتى يموت أو تظهر توبته .

وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقة ، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص ، كما أنهم لم يفرقوا بين العود الأبدي والعود المؤقت ، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاماً وخاصاً وأبدياً ومؤقتاً ، والأمر في ذلك متروك لولى الأمر يضع من القواعد ما يراه محققاً للمصاححة العامة .

وهذه هي قواعد العود في الشريعة وتلك قواعد العود في القوانين الوضعية ولا فرق بينهما إلا أن الشريعة لم تطبق منذ زمن طويل لجهل الناس كل شيء عنها أما القوانين الوضعية فتطبق باستمرار ويعرفها أكثر الناس معرفة جيدة . وقد يكفي الشريعة امتيازاً أن قواعدهما التي وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر

قرناً تنفوس تمام الاتفاق مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية ، ولكن
 الشريعة في الواقع تتنازع على القوانين الوضعية بأنها تماقب معتادى الإجرام ومحترفيه
 فيه بالتمثل وبالتخليد في السجن ، وهما العقوبتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة
 نفوس شراح القوانين الوضعية وعلى الأخص أصحاب نظريتي تدابير الأمن
procédé d'élimination و*mesure de sûreté* وغرق الاستئصال
 فهو لا يرون أن يستأصل معتاد الإجرام من الجماعة ، أو أن يحبس حبساً غير
 محدد للذة بحيث يكف شره عن الجماعة ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ
 بهذه الآراء على إطلاقها ، واكتفت بالأخذ بنظرية الحبس غير المحدد للذة بعد
 أن وضعت على هذه النظرية من القيود ما يجعل الحبس في النهاية حبساً محدد
 مدة كما بينا في الأمثلة التي ذكرناها عن القوانين المصرية والإيطالي والفرنسي .
 وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في تنظيم
 العودة وتقرير قواعده ، ولا تزال سابقة لهذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير
 الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذي ينادى به شراح القوانين
 أنفسهم .

الباب السادس

سقوط العقوبة

٥٢٧ - أسباب سقوط المقرَّب: نَقط للعقوبات في الشريعة بأسباب مختلفة ، ولكن ليس في هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة إنما تتفاوت الأسباب في أثرها على العقوبات ، فبعضها يسقط معظم العقوبات وبعضها مسقط لأقلها ، وبعضها خاص بعقوبات دون أخرى .

والأسباب المسقطة للعقوبات هي (١) موت الجاني (٢) فوات محل القصاص (٣) نوبة الجاني (٤) الصلح (٥) العفو (٦) إرث القصاص (٧) التقادم .

٥٢٨ - موت الجاني : تسقط العقوبات بموت الجاني إذا كانت بدنية أو متعلقة بشخص الجاني ؛ لأن محل العقوبة هو الجاني ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

أما إذا كانت العقوبة مالية كالدية والغرامة والمصادرة فلا تسقط بموت الجاني ؛ لأن محل العقوبة مال الجاني لا شخصه ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجاني بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط عقوبة القصاص بموت الجاني يوجب الدية في ماله أو لا يوجبها ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يوجب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الدية في مال القتيل ؛ لأن القصاص عندهما واجب عيناً والدية في رأيهما لا تجب بدلاً من القصاص إلا برضاء الجاني ، فإذا مات الجاني سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية ؛ لأن الجاني لم يوجبها على نفسه ويستوى أن يكون الموت بأفة

سماوية أو يبد شخص آخر ما دام الموت بحق ، فإذا مات الجاني بمرض أو قتل في قصاص لشخص آخر أو قتل زنا أو ردة ففي كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الدية بدلا منها .

أما إذا قتل الجاني ظلماً فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول فمن قتل رجلاً فعدا عليه أجنبي فقتله عمداً فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثاني ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلي وليكم في القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلا أولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها وإن قتل خطأ فدية لأولياء المقتول الأول^(١) .

ويؤى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ولا يوجب الدية في مال الجاني ولا في مال غيره إذا جنى عليه^(٢) .

ويرى الشافعي وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص في كل الأحوال سواء كان الموت بحق أو بغير حق ولكنه يؤدي إلى وجوب الدية في مال الجاني ؛ لأن الواجب بالقتل عندها أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لقوات عمله وجب الآخر ؛ ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البذل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر^(٣) .

ونستطيع أن نقبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتي : إذا قتل زيد عالياً فإن لأولياء على حق القصاص على زيد ، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقاً لرأي مالك وأبي حنيفة ، ولأوليائه الدية في مال زيد طبقاً لرأي الشافعي وأحمد . فإذا كان موت زيد راجعاً إلى أن خالماً

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٠٦ - الفرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

قتله عمداً أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء
 عليّ في رأي أبي حنيفة، أما طبقاً لرأي مالك فحق القصاص ينتقل إلى خالد
 ولأولياء عليّ أن يقتصوا منه في حالة العمد، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من
 خالد إلا إذا أترضوا أولياء عليّ، وفي حالة الخطأ يدفع خالددية زيد لأولياء عليّ. وطبقاً
 لرأي الشافعي وأحد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء عليّ الدية في مال زيد.

٢٥٩ - فوات محل القصاص : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون

النفس ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجاني
 حياً، فنوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط .
 والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المائل لمحل الجنابة،
 فإذا فات محل القصاص سقط القصاص؛ لأن محله انعدام ولا يتصور وجود الشيء
 مع انعدام محله .

وإذا سقط القصاص بحق لم يجب للمجني عليه شيء عند مالك، لأن حق
 المجني عليه في القصاص عيني فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجني عليه، أما
 إذا فات محل القصاص بظلم فإن حق القصاص ينتقل إلى الظالم على التفصيل
 الذي سبق بيانه في حالة موت القاتل^(١).

وأبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً يفرق
 بين ما إذا فات محل القصاص بأفة أو مرض أو ظمناً، وبين فواته بحق كتبفيذ
 مخوبة أو استيفاء قصاص، وفي الحالة الأولى يرى أن المجني عليه لا يجب له شيء،
 بفوات محل القصاص، أما في الحالة الثانية فيرى أن المجني عليه يجب له الدية
 بدلا من القصاص؛ لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقاً
 مستحقاً عليه^(٢).

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢١٣ - شرح الدردير ج ٢ ص ٢٦٣ -

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٦، ٢٦٨ -

ويرى الشافعي وأحمد أن المجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص ، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، فإذا ذهب محل القصاص تميزت الدية موجبا .

٥٣٠ - توبة المجاني : - من المتفق عليه في الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الخرابة المقررة جزاء على الأفعال التي تمس حقوق الجماعة وذلك لقوله جل شأنه: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ فأغارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة ، أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد فلا تسقطها التوبة .

وإذا كان القصاص قد انفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الخرابة إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب فإنهم قد اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة ، ولهم في ذلك ثلاث نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على المدلول عن الجريمة فلا داعي لتكرارها هنا^(١) .

٥٣١ - الصلح : - الصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداها من العقوبات فلا أثر للصلح عليها . ولا خلاف بين الفقهاء في أن القصاص يسقط بالصلح ، ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبتقديرها وبأقل منها .

والأصل في الصلح السنة والإجماع . فقد روى عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « من قتل عمدا دفع إلى أولياء

للمقتول فإن شاموا قتلوا وإن شاموا أخذوا الدية ، وما صورلحوا عليه فهو لهم « ،
وفي عهد معاوية قتل هذبة بن خشرم قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن
والحسين لابن المقتول سبع ديات ليخفو عنه فأبى ذلك وقتله^(١) .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان
لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن يكون بدل
الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا .
أما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على
أكثر مما تجب فيه الدية ؛ لأن ذلك يستبرأ ، فتلا لا يصلح الصلح على الدية مقابل
مائة وعشرين من الإبل ؛ لأن الدية مائة من الإبل فقط ؛ ولأن الزيادة ربا .

٥٣٣ - العفو : - العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة وهو إما أن يكون
من المجنى عليه أو وليه ، وإما أن يكون من ولي الأمر ، ولكن العفو ليس على
أى حال سببا عاما لإسقاط العقوبة ، وإنما هو سبب خاص يحق العقوبة في
بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والقاعدة التي تحكم العفو أنه لا أثر له في جرائم
الحدود ، وأن له أثره فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي : -

٥٣٣ - جرائم الحدود والعفو : ليس للعفو أى أثر على الجرائم التي
تجب فيها عقوبات الحدود ، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان
العفو من المجنى عليه أو من ولي الأمر . فالدعوة في هذه الجرائم لازمة محتمة
ويعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى ؛ لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه
أو إسقاطه^(٢) .

(١) المني ج ٩ ص ٤٧٧ .

(٢) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تنزيرية مع عقوبة الحد جاز لول
الأمر أن يفو عن العقوبة التنزيرية وحدها ، وإذا امتنع الحد في جريمة من جرائم الحدود
وعوقب عليها بالتنزير فليس لولي الأمر العفو عن العقوبة على الرأي الراجح .

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهددا فيجب فيه الحد ، فإن وجب الحد في نفسه أهدرت نفسه ، وإن وجب في طرفه أهدر طرفه^(١) .

٥٣٤ - العفو في جرائم القصاص والدية : تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولي دمه أن يعفو عن عقوبتي القصاص والدية^(٢) دون غيرها من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة ، ولا يؤثر عفوهُ على حق ولي الأُسر في تعزير الجاني بسد العفو عنه .

وليس لولي الأُسر أن يعفو في جرائم القصاص والدية عن العقوبات للقدرة كالتقصاص والكفارة ، ولكن له أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجاني وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه في العفو مقصور كحق ولي الأُسر على العفو عن العقوبة فقط ، وليس لأيهما العفو عن الجريمة ، فإذا عفا أحدهما عن الجريمة انصرف عفوهُ إلى العقوبة في الحدود التي بينها ، والعلّة في منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح للمجنى عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجاني ، وفي هذا خطر شديد على الجماعة ؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساسا بالمجنى عليه ، ولو سمح لولي الأُسر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجنى عليه في القصاص والدية .

والأصل في حق المجنى عليه أو وليه في العفو الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق في سياق قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ حيث قال : ﴿ فمن عني له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف ، وأداء إليه بإحسان ﴾ وفي سياق قوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ حيث

(١) راجع الفقرة ٢٧٥ وما بعدها .

(٢) المقصود من الدية مئالدا الأعم فتشمل الدية والأرض والحكومة .

قال: ﴿من تصدق به فهو كفارة له﴾ وأما السنة فإن أنس بن مالك قال: «مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو». والعفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف^(١).

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا وإنما هو صلح؛ لأن الجاني لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها^(٢).

ويستبر مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صاحبا لا عفوا؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا؛ ولأن الدية لا تجب عندهما إلا برضاء الجاني، وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاه الطرفين فهو صلح لا عفو. أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو عن القصاص على الدية عفواً لاصحاحا؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية، والخيار للجنى عليه أو وليه دون حاجة لرضاء الجاني، ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطاً محضاً لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل، فهو عفو؛ لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر.

وكما يجوز العفو عن القصاص يجوز أيضا العفو عن الدية سواء كانت الدية هي المتوبة الأصلية كما في القتل الخطأ أو كانت حالة محل القصاص.

٥٣٥ - العفو في جرائم التعازير: من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولي

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ - الدرر الكبير ج ٩ ص ٤١٧.

(٢) الدرر الكبير لأبوردب ج ٤ ص ٢٣٠ - الزيلعي ج ٦ ص ١٠٧، ١٠٨ - البعر

نرائني ج ٨ ص ٣٠٠، ٣٠١.

الأمر حق العفو كاملاً في جرائم التعازير ، فله أن يعفو عن الجريمة وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولى الأمر حق العفو في كل جرائم التعازير أو في بعضها دون البعض الآخر .

ف رأى البعض أن ليس لولى الأمر حق العفو في جرائم القصاص والحدود التامة التي امتنع فيها القصاص والحد ، وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها لا عن الجريمة ولا عن العقوبة . أما ما عداها من الجرائم فقول الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة في ذلك بعد مجانبة هوى نفسه^(١) .

ورأى البعض أن لولى الأمر في كل الجرائم المعاقب عليها بالتمزير أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان في ذلك مصلحة^(٢) . ورأى الفريق الأول أقرب إلى منطلق الشريعة في جرائم الحدود وجرائم القصاص .

والعجنى عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما ليس بشخصه كما في الضرب والشتم ، ولكن عفو لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني وتقويمه ، فإذا عفا الجنى عليه انصرف عفوهُ إلى حقوقه الشخصية^(٣) .

وإذا عفا لولى الأمر في جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة فإن عفوهُ لا يؤثر بأى حال على حقوق الجنى عليه^(٤) .

وقد سبق أن تكلمنا عن العفو بمناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا^(٥) .

٥٣٦ — إرث القصاص : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ - المقتى ج ١٠ ص ٣٤٩ - أسى الطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ - الأحكام المطانية ص ٢٠٧ - الإذعان ج ٤ ص ٢٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام المطانية ص ٢٠٧ - أسى الطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . (٥) راجع الفقرة ٢٠٣ .

ليس له أن يقتص من الجاني ، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجاني نفسه كل القصاص أو بعضه ، فتلا إذا كان في ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل ؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقيين . وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فيسقط القصاص ، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولن يبق من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) .

٥٣٧ - التقادم : - التقادم المقصود هو مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيستتبع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة . والتقادم المسقط للعقوبة يختلف عليه فأكثر الفقهاء لا يلغون به ، ومن يرونه مسقطاً للعقوبة لا يجعلونه سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة ، وآراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين :

النظرية الأولى : وهي تقوم على مذهب مالك والشافعي وأحمد ، وتلخص في أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ ، وأن الجريمة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة ، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التمازير وما لم تكن الجريمة من جرائم التمازير ، فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقاً لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية أن قواعد الشريعة ونصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية تسقط بمضي مدة معينة ، كذلك فإن ولي الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأي

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ - المذهب ج ٢ ص ١٨٦ ج ٩ ص ٣٦٢ .

حال ، وإذا لم يكن هناك نص يميز إسقاط العقوبة ولم يكن لولى الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم .

أما العقوبات التعزيرية فتنطبق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولى الأمر ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة ؛ لأن لولى الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة فى جرائم التمازير وإذا كان لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعاقب سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن فى ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضرة .

النظرية الثانية : وقوامها مذهب أبى حنيفة ، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى فى القول بالتقادم فى العقوبات التعزيرية وفى امتناع التقادم فى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفى جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود ، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم . وأبو حنيفة وأصحابه على هذا الرأى عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار ، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم^(١) .

والأصل فى هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة فى جرائم الحدود أن لا تكون الجريمة قد تقادمت ، ولا يستنون من ذلك إلا جريمة القذف ؛ لأن شكوى المجنى عليه شرط لتحريك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى ، أما ما عدا القذف من الجرائم فلاكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها ولا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ المجنى عليه .

ويستند الحنفية فى قولهم بتقادم الجريمة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة

(١) بروى البص سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

بين أن يؤدي الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [سورة الطلاق : ٢] وبين أن يتستر على الحادث لقوله عليه السلام: « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الجريمة حتى تقدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضفينة ما هي التي حلتها على الشهادة، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته. ويؤيد الحنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله: « إنما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته - أي عند وقوعه - فإنما شهدوا عن ضمن ولا شهادة لهم. ويقولون إنه لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكروا على عمر هذا القول فيكون إجماعاً. ومن المستفاد من قول عمر أن الشهادة المتأخرة ثورت التهمة ولا شهادة لمتهم على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يقول: « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » - أي متهم - .

وإذا كانت الشهادة ترد أصلاً للتهمة فالمنطق أن لا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو المرض، ولكن لما كانت التهمة أمراً خفياً غير متضبط ومن الصعب التحقق منه في كل الأحوال فقد أقيم التقادم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدمها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على الشاهد.

وبعد أن قال الحنفية بالتقادم في الجريمة كان من السهل أن يقولوا به في العقوبة؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أي: أن التنفيذ تتمم للقضاء فوجب أن يتوفر عند التنفيذ ما يتوفر عند الحكم، وإذا وجب عند الحكم أن لا تتقادم الجريمة فقد وجب أن لا يكون التقادم عند التنفيذ^(١).

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً وفوض الأمر فيه للقاضي بقدره طبقاً لظروف كل حالة؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً، وقدره عمداً بسة

(١) شرح نفع الفدير ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٨ .

أشهر وذكر عنه أنه قدره بشهر وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف .
ويترتب على هذا أن لولى الأمر أن يضع حداً للتقادم وأن يتمتع قبول الدعوى بعد
مضى مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة .

وخلاصة رأى الحنفيين فى سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير
تسقط بالتقادم أياً كان الدليل الذى بنى عليه الحكم ، وأن عقوبات الحدود
فياً عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة ، فإذا
كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأى أبى حنيفة
وأبى يوسف^(١) .

تم الجزء الأول بعون الله

مراجع الكتاب

في التفسير :

جامع البيان في تفسير القرآن	لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري
الجامع لأحكام القرآن	لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي
مفاتيح الغيب	لمحمد الرازي نثر الدين
الكشاف عن حقائق التنزيل	للزمخشري
النهاب على الفيضوي	لنهاب الدين الحفاجي
روح المعاني	للسيد محمد الألوسي
تفسير المنار	للسيد محمد رشيد رضا

في الحديث :

صحيح البخاري	الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية
التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول	الطبعة الأولى بمطبعة الباني الحلبي
نيل الأوطار من أسرار متقى الأخبار	لمحمد علي الشوكاني مطبعة بولاق
عون الباري لحل أدلة البخاري	لابن صديق بن حسن بن علي الحيفي
زاد المعاد في هدي خير العباد	لابن القيم الجوزية الطبعة الأولى بمطبعة صبيح
سبل السلام وهو شرح العلامة الصنعاني على متن بلوغ الرام للحافظ بن حجر العسقلاني	مطبوع مع الكتاب السابق

في الأصول :

أصول الفقه	للشيخ محمد الحصري	الطبعة الثانية
علم أصول الفقه	للشيخ عبد الوهاب خلاف	الطبعة الثانية
الإحكام في أصول الأحكام	لابن حزم الأندلسي	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
الإحكام في أصول الأحكام	لسيف الدين أبي الحسن الأمدى	طبعة دار الكتب

الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية لمحب الله بن عبد الشكور مطبوع مع الكتاب السابق الطبعة الأولى طبعة القباي	للفزالي فرائع الزحموت في شرح مسلم الثبوت رسالة الشافعي في علم أصول الفقه
---	--

في مذهب مالك :

رواية سعدون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك الطبعة الأولى بمطبعة السعادة	الدونة الكبرى
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة مطبوع مع الكتاب السابق الطبعة الثانية بمطبعة بولاق مطبوع مع الكتاب السابق	أحكام القرآن لأبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي مواهب الجليل شرح مختصر خليل للعطاب التاج والأكليل لمختصر خليل للواق شرح الزرقاني على مختصر خليل حاشية البناني
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة الطبعة الأولى بالمطبعة الجمالية الطبعة الأميرية مطبوع مع الكتاب السابق	شرح الحرثي على مختصر خليل حاشية العدوي المقدمات لابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الشرح الكبير للدردير حاشية الدروري
الطبعة الأولى بمطبعة التقدم العلمي مطبوع مع الكتاب السابق	فتح العلي المالك تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرجون

في مذهب أبي حنيفة :

مطبعة السعادة بمصر لأبي يوسف لعلاء الدين الكاساني	المبسوط لشمس الدين السرخسي كتاب الحراج بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية	

شرح فتح القدير	لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية
شرح العباية على الهداية	لمحمد بن محمود البازي مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية سعد جلبي	مطبوع مع الكتاب السابق المطبعة الثالثة
حاشية الطهطاوي على الدر المختار	المطبعة الأميرية لابن عابدين
حاشية رد المختار على الدر المختار	المطبعة الأولى المطبعة الأميرية مطبوع مع الكتاب السابق
تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق	للزيلعي لابن عابدين
حاشية شهاب الدين الشلبي	مطبوع مع الكتاب السابق
لهداية شرح بداية البتدي	لبرهان الدين أبي بكر المرغنيان المطبعة الأولى المطبعة الحيرية
البحر الرائق شرح كتر الدقائق	المطبعة الأولى لابن نجيم مطبوع مع الكتاب السابق
منحة الخالق على البحر الرائق	لابن عابدين مطبعة وادي النيل
مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر	لشيخ زاده لابن نجيم
الأشباه والنظائر	محمد أبو الفتح مطبعة ١٢٨٩ هـ
إتحاف الإبصار والبصائر	لابن عيسى الدبرسي المطبعة الأولى
تأسيس النظر	لابن قاضي سماه المطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية
جامع الفصولين	لأبي بكر الرازي الخصاص
أحكام القرآن	المطبعة الأولى بمطبعة الأوقاف الإسلامية

في مذهب الشافعي :

الأمم	الإمام الشافعي
مختصر المزني	المطبعة الأولى مطبعة بولاق مطبوع مع الكتاب السابق
أسنى الطالب شرح روض الطالب	لأبي يحيى زكريا الأنصاري المطبعة الأولى بالمطبعة البنية

مطبوعة مع الكتاب السابق	حاشية أبي العباس أحمد الرمل
الطبعة الأولى بالمطبعة الليبية	شرح البهجة لأبي زكريا الأنصاري
مطبوع مع الكتاب السابق	حاشية ابن قاسم العبادي
الطبعة الأولى مطبعة السعادة	الأحكام السلطانية
ومطبعة الوطن	للاوردي
الطبعة الليبية	الفتاوى الكبرى لابن حجر المكي
مطبوع مع الكتاب السابق	فتاوى شهاب الدين الرمل
● طبعة ١٣١٩ هـ	تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الميمني
الطبعة الأولى بمطبعة البان الحلبي	نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لأبي العباس الرمل
مطبوع مع الكتاب السابق	حاشية الشبراملسي
» » » »	حاشية أحمد بن عبد الرازق القرني
الطبعة الأولى مطبعة البان الحلبي	حاشية البيهقي على منہج الطلاب
الطبعة الأولى مطبعة البان الحلبي	للهدب
الطبعة الأولى طبع لجنة نشر الثقافة	إحياء علوم الدين للغزالي
الطبعة الأولى مطبعة الآداب والمؤيد	الوجيز للغزالي

في مذهبه أحمد بن حنبل :

لمحمد عبد الله بن قدامة	الفتن على مختصر الحرق
الطبعة الأولى بمطبعة المنار	الشرح الكبير على متن المقنع
لمحمد بن أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة	الإقناع لشراف الدين موسى الحجاوي
مطبوع مع الكتاب السابق	مجموعة فتاوى ابن تيمية
الطبعة الأولى المطبعة المصرية	الاختبارات العلية لابن تيمية
مطبعة كردستان	أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية
مطبوع مع الفتاوى	الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية
مطبعة الكردي	إغارة الهمنان من مصايد الشيطان
» الآداب والمؤيد	الفروسية
» البان الحلبي	» » »
» الأنوار	» » »

مجموعة الرسائل لابن تيمية

الطبعة الأولى مطبعة التقدم

كتب أخرى :

الكامل	لابن الأثير (تاريخ)	مطبعة بولاق
سيرة عمر بن الخطاب	لابن الجوزي	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
القصاص	لأحمد محمد إبراهيم	طبعة ١٣٦٣ - ١٩٤٤
الجنائيات المتعددة	لرضوان شافعي للتعافي	المطبعة السلفية
فقه القرآن والسنة	لمسعود شلتوت	الجزء الأول مطبعة العلوم
مجلة القانون والاقتصاد		
طرق القضاة في الشريعة الإسلامية	لأحمد إبراهيم بك	الطبعة الأولى المطبعة السلفية
طرق الإثبات الشرعية	» » » »	» » مطبعة العلوم
القضاء في الإسلام	لعطية مشرفة	» » » » الاعتماد
الدية في الشريعة الإسلامية	لعلي صادق أبو سيف	مطبعة علي عنان

فهرست

تفصیل

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣	كلمة المؤلف	
	تقديم وتوجيه	
٤	موضوع البحث	١
	محتويات الجزء الأول	٢
	مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي	٣
٦	المذاهب الشرعية المقارن بها	٤
	علة الاقتصاد على المذاهب الأربعة	٥
٧	لغة البحث	٦
	الفقهاء والشراح	٧
٨	لماذا بدأت بالقسم الجنائي	٨
٩	كيف دعت لدراسة الشريعة	٩
١٠	حاجة الكتب الشرعية للتهديب	١٠
١١	طريقة التأليف	١١
١٢	كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية	١٢
١٣	وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون	١٣
	لا قياس بين مختلفين	١٤
١٤	نشأة القانون	١٥
١٥	نشأة الشريعة	١٦
١٧	لا تماثلة بين الشريعة والقانون	١٧
١٧	الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون	١٨
٢٤	الميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون	١٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الميزة الأولى : الكمال	
	الميزة الثانية : السمو	
	الميزة الثالثة : الدوام	
٢٥	الأدلة على توفر هذه الميزات في السرعة	٢٠
	نظرية المساواة	٢١
٢٧	نظرية مساواة المرأة بالرجل	٢٢
٢٩	نظرية الحرية	٢٣
	حرية التفكير	٢٤
	حرية الاعتقاد	٢٥
	حرية القول	٢٦
٣٧	نظرية الشورى	٢٧
٤١	نظرية تنفيذ سلطة الحاكم	٢٨
	وضع حدود لسلطة الحاكم	
	مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه	
	تحويل الأمة حق عزل الحاكم	
٤٦	نظرية الطلاق	٢٩
	الطلاق قبل الدخول وفرض المهر	
	الطلاق قبل الدخول وبعده فرض المهر	
	الطلاق بعد الدخول	
٤٩	نظرية تحريم الخمر	٣٠
٥٢	نظرية تعدد الزوجات	٣١
٥٥	نظريات في الإثبات والتعاقد	٣٢
٥٦	نظرية الإثبات بالكتابة	٣٣
٥٨	نظرية إثبات الدين التجارى	
٥٩	نظرية حق الملتزم في إتمام العقد	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٦٠	نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة	٣٦
٦١	أحكام أخرى في آية الدين	٣٧
٦٢	تذكير	٣٨
* * *		
٦٤	منهج البحث	٣٩
الكتاب الأول		
في الجريمة		
٦٦	القسم الأول من الكتاب الأول	٤٠
الباب الأول - في ماهية الجريمة		
٦٦	تعريف الجريمة	٤١
٦٧	الجريمة والجناية	٤٢
٦٨	علة التحريم والعقاب	٤٣
٧٠	الشريعة والقانون	٤٤
	الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون	٤٥
٧١	الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون	٤٦
٧٢	ما يترتب على كون الشريعة من عند الله	٤٧
	النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها	
	النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية	
٧٤	الجرائم التأديبية والأخطاء الإدارية	٤٨
٧٦	الجريمة المدنية	٤٩
الباب الثاني - في أنواع الجريمة		
٧٨	تقسيم الجرائم	٥٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفصل الأول	
٧٨	التقسيم المبني على جماعة العقوبة جرائم الحدود جرائم القصاص والدية جرائم التعازير	٥١
٨١	أهمية هذا التقسيم من حيث المفعول من حيث سلطة القاضي من حيث قبول الظروف المخففة من حيث إثبات الجريمة	٥٢
	الفصل الثاني	
٨٣	تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني أ - الجرائم المقصودة ب - الجرائم غير المقصودة	٥٣
٨٤	أهمية هذا التقسيم	٥٤
	الفصل الثالث	
٨٥	تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها الجريمة المتلبس بها الجريمة التي لا تلبس فيها	٥٥
٨٦	أهمية هذا التقسيم من حيث الإثبات	٥٦

من حيث الأمر بالعرف والنهي عن المنكر

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفصل الرابع — في تقسيم الجرائم بحسب طريقة وكيفية ارتكابها ووقوعها	
	المبحث الأول — تقسيم الجرائم بحسب طريقة ارتكابها	
٨٦	تقسيم الجرائم إلى إجرامية وصلية	٥٧
٨٧	الجرعة الإيجابية تقع بطريق السلب	٥٨
٨٨	مق يعتبر الممتع مسئولاً	٥٩
	السرعة والقوانين الوضعية	٦٠
٨٩	الفرق بين السرعة والقانون	٦١
	المبحث الثاني — في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها	
٩٠	تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد	٦٢
٩١	أهمية هذا التقسيم	٦٣
	من حيث مبدأ سريان التقادم	
	من حيث الاختصاص	
	من حيث تطبيق قواعد التداخل	
٩٢	السرعة والقوانين الوضعية	٦٤
	الجرائم التي تتكون من أفعال متلاحقة	٦٥
٩٣	الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجرعة العادة	٦٦
	والجرعة غير المؤقتة	
	العلة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة	٦٧
	المبحث الثالث — في تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة	
٩٤	مكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم	٦٨
	جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة	٦٩
٩٥	مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة	٧٠
٩٦	تقسيم الجرائم غير المؤقتة	٧١
	الجرائم المتجددة	
	الجرائم المستمرة	

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
٧٢	أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة من حيث الاختصاص من حيث التقادم من حيث قوة الشيء المقضي به	٩٦
٧٣	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٩٨
٧٤	النصل الخامس — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها المبحث الأول — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة تقسيم الجرائم إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد	٩٨
٧٥	المبحث الثاني — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة	
٧٥	الفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية	١٠٠
٧٦	مق توجد الجريمة السياسية	١٠١
٧٧	المجرمون السياسيون أو البغاة	
٧٨	الشروط التي يجب توفرها في البغاة أولاً — الغرض من الجريمة ثانياً — التأول ثالثاً — الشوكة رابعاً — الثورة أو الحرب	١٠٢
٧٩	حقوق البغاة وممثلتهم قبل الثورة	١٠٤
٨٠	حقوق البغاة وممثلتهم أثناء الثورة وبعدها	
٨١	عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة	١٠٦
٨٢	بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	١٠٧

القسم الثاني — من الكتاب الأول

٨٣	أركان الجريمة	١١٠
----	---------------	-----

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
الباب الأول		
١١٢	الركن الشرعي للجريمة	٨٤
الفصل الأول		
١١٢	النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية	٧٥
البحث الأول — فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة		
١١٣	تمهيد	٨٦
١١٥	قواعد أصولية فى الجريمة	٨٧
١١٧	مصدر هذه القواعد الأصولية	٨٨
١١٨	مقى وجدت قاعدة لاجرمية ولا عقوبة بلا نص	٨٩
	كيف طبقت الشريعة قاعدة لاجرمية ولا عقوبة بلا نص	٩٠
الفرع الأول — لاجرمية ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود		
١١٨	أثر القاعدة فى جرائم الحدود	٩١
الفرع الثانى — لاجرمية ولا عقوبة بلا نص فى جرائم القصاص والدية		
١٢١	أثر القاعدة فى جرائم القصاص والدية	٩٢
الفرع الثالث — لاجرمية ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير		
١٢٦	أثر القاعدة فى جرائم التعازير	٩٣
	ماهو التعزير	٩٤
	الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير	٩٥
١٢٨	أقسام التعزير	٩٦
القسم الأول		
١٢٨	التعزير على المعاصى	٩٧
١٣٠	أنواع المعاصى	٩٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	١ - ما فيه الحد وقد تضاف إليه الكفارة	
	٢ - ما فيه الكفارة ولا حد فيه	
	٣ - ما لا حد فيه ولا كفارة	
١٣٣	ما هو السبيل إلى معرفة المصاحي	٩٩
١٣٤	المصاحي التي فيها الكفارة ولا حد فيها	١٠٠
١٣٨	المصاحي التي لا حد فيها ولا كفارة	١٠١
١٤٢	ظنون لا أساس لها من الحق	١٠٢
١٤٣	نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير	١٠٣
١٤٥	كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير	١٠٤
١٤٨	لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص	١٠٥

القسم الثاني

١٤٩	التعزير للمصلحة العامة	١٠٦
١٥٢	سلطة القاضي في التعزير لفصله ليست محكمة	١٠٧
١٥٣	لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير	١٠٨
١٥٤	العلة في إجازة التعزير للمصلحة العامة	١٠٩

القسم الثالث

١٥٥	التعزير على المخالفات	١١٠
	الفرع الرابع - كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة	
١٥٦	القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة	١١١
١٥٧	كيف طبقت القوانين القاعدة	١١٢
١٥٩	بين الشريعة والقوانين	١١٣

أولاً - من حيث تاريخ تطبيق القاعدة

ثانياً - من حيث التطبيق بصفة عامة

ثالثاً - من حيث الجريمة

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	رابعاً — من حيث العقوبة	
	البحث الثاني — في أدلة الأحكام الشرعية أو مصادر التشريع الجنائي	
١٦٤	مصادر التشريع الإسلامي بصفة عامة	١١٤
	مصادر التشريع الجنائي الإسلامي	١١٥
	الفرع الأول — في القرآن	
١٦٥	القرآن	١١٦
	نصوص القرآن قطعية	١١٧
١٦٦	دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية	١١٨
	حجية أحكام القرآن	١١٩
	أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة	١٢٠
١٧٠	أحكام الشريعة لا تتجزأ	١٢١
١٧٢	مميزات الشريعة	١٢٢
	الفرع الثاني — في السنة	
١٧٣	تعريف السنة	١٢٣
١٧٤	مركز السنة من القرآن	١٢٤
١٧٥	أنواع السنة بحسب روايتها	١٢٥
	(أ) السنة المتواترة	
	(ب) السنة المشهورة	
	(ج) سنة الآحاد	
١٧٦	هل السنن قطعية أم ظنية	١٢٦
	حجية السنة	١٢٧
١٧٧	هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعاً	١٢٨
	الفرع الثالث — في الإجماع	
١٧٥	تعريف الإجماع	١٢٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	حجية الإجماع	١٣٠
	الأساس التشريعي للإجماع :	١٣١
	القرآن — السنة	
١٨٠	الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات	١٣٢
	مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي	١٣٣
١٨١	الشريعة لم تنفرد بعمل الإجماع تشريعا	١٣٤
	الفرع الرابع — القياس	
١٨٢	تعريف القياس	١٣٥
	هل القياس يمكن في جميع الأحكام	١٣٦
١٨٣	القياس في الجرائم والعقوبات	١٣٧
١٨٥	القياس في الإجراءات	١٣٨
	المبحث الثالث — في تفسير الأحكام الجنائية	
١٨٥	سلطة القاضي في تفسير النصوص	١٣٩
	الفرع الأول — في القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير	
١٨٦	كيف استنبطت هذه القواعد	١٤٠
	أولا — دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها	١٤١
	مفهوم العبارة	
	مفهوم الإشارة	
	مفهوم الدلالة	
	مفهوم الاقتضاء	
	مفهوم المخالفة	
١٨٨	تعارض المفهومات	١٤٢
١٨٩	ثانياً — وضوح الدلالات وغموضها	١٤٣
	أقسام الواضحة الدلالة	١٤٤
	الظاهر	١٤٥

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
١٩٠	النص	١٤٦
	الفسر	١٤٧
١٩١	المهكم	١٤٨
	حكم التعارض	١٤٩
	أقسام الغامض الدلالة	١٥٠
	الحق	١٥١
١٩٢	المشكل	١٥٢
١٩٣	المجمل	١٥٣
	المتشابه	١٥٤
١٩٤	ثالثاً : اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها	١٥٥
	اللفظ المشترك	١٥٦
١٩٥	اللفظ العام	١٥٧
١٩٦	دلالة العام قطعية	١٥٨
١٩٧	ما يترتب على قطعية دلالة العام	١٥٩
١٩٨	تخصيص العام	١٦٠
	الدليل غير المستقل	١٦١
	الدليل المستقل	١٦٢
١٩٩	القصور من التخصيص	١٦٣
	اللفظ الخاص	١٦٤
	حكم اللفظ الخاص	١٦٥
٢٠٠	حالات اللفظ الخاص	١٦٦
	المطلق والمقيد	١٦٧
٢٠١	صفة الأمر	١٦٨
	صفة النهي	٢١٦٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفرع الثاني — في القواعد التشريعية التي تراعى في التفسير .	
٢٠٢	ماهية القواعد التشريعية	١٦٩
	مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامي	١٧٠
	المقصد الأول	١٧١
٣٠٢	المقصد الثاني	١٧٢
	المقصد الثالث	١٧٣
	ترتيب المقاصد العامة من التشريع	١٧٤
٢٠٤	حقوق الجماعة وحقوق الأفراد	١٧٥
٢٠٦	الاجتهاد	١٧٦
٢٠٧	كلمة ختامية عن قواعد التفسير	١٧٧
	المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات	١٧٨
٢٠٩	تعريف الشبهة	١٧٩
	أنواع الشبهة	١٨٠
٢١٢	تقسيم الشافعية للشبهة	
	تقسيم الحنيفة	
٢١٤	ما يترتب على درء الحدود بالشبهات	١٨١
٢١٦	هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير	١٨٢
٢١٧	المبدأ الثاني : تفضيل الخطأ في الصفو	١٨٣
	القانون والتريفة	١٨٤
	البحث الرابع — في تعارض الأحكام ونسخها	
٢١٨	التعارض	١٨٥
٢١٩	النسخ	١٨٦
٢٢٠	محل النسخ	١٨٧
٢٢١	وق كان النسخ	١٨٨
	أى النصوص تنسخ الأخرى	١٨٩
٢٢٢	حكم الإجماع والقياس المختلفين للقرآن والسنة	١٩٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الخامس — في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين	
٢٢٣	حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة	١٩١
	نظرية البطلان في الشريعة	١٩٢
٢٢٥	الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة	١٩٣
٢٢٧	مدى بطلان ما يخالف الشريعة	١٩٤
٢٣٩	ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة	١٩٥
	أولاً — من وجهة تطبيق النصوص الباطلة	
	ثانياً — من وجهة الاختصاص	
	ثالثاً — من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة	
	رابعاً — من وجهة تطبيق الشريعة	
٢٤٢	مدى التغيرات التي تترتب على الأخذ بنظرية البطلان	١٩٦
٢٤٣	أولاً — في جرائم الحدود	١٩٧
٢٤٤	ثانياً — في جرائم القصاص والدية	١٩٨
	القتل المسد	
	الشروع في القتل	
	القتل شبه المسد	
	الجراح في المسد والخطأ	
٢٤٨	ثالثاً — في جرائم التعازير	١٩٩
٢٥٢	مدى حقوق أولى الأمر في التحريم والعتاب	٢٠٠
٢٥٢	حق التحريم والإيجاب	٢٠١
٢٥٣	حق تخصيص القضاء	٢٠٢
٢٥٦	حق العفو	٢٠٣
	الفصل الثاني — في سرعان النصوص الجنائية على الزمان	
٢٦١	قاعدة أصولية	٢٠٤
٢٦٢	القاعدة العامة: لارجعية في التشريع الجنائي	٢٠٥
٢٦٦	الاستثناف الأول: جواز الرجعية في الجرائم الخطيرة	٢٠٦

رقم الصفحة	للوضوع	رقم الفقرة
٢٧٠	الاستثناء الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصح للجاني	٢٠٧
٢٧٣	الشريعة والقانون	٢٠٨

الفصل الثالث — في سران النصوص الجنائية على للكان

٢٧٤	هل الشريعة عالية أو إقليمية	٢٠٩
٢٧٥	تقسيم العالم	٢١٠
	دار الإسلام	٢١١
٢٧٧	دار الحرب	٢١٢
٢٧٨	مدى إقليمية الشريعة	٢١٣
٢٨٠	النظرية الأولى	٢١٤
٢٨٥	النظرية الثانية	٢١٥
٢٨٧	النظرية الثالثة	٢١٦
٢٨٩	بين الشريعة والقانون	٢١٧
٢٩٠	كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام	٢١٨
٢٩٤	نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية	٢١٩
٢٩٥	ما يدخل في دار الإسلام	٢٢٠
٢٩٦	الشريعة والقانون	٢٢١
٢٩٧	تسليم المجرمين وإعدامهم	٢٢٢
	أولاً : تسليم المجرمين	٢٢٣
٢٩٨	التسليم لدولة إسلامية	٢٢٤
٢٩٩	التسليم لدولة غير إسلامية	٢٢٥
٣٠١	تسليم الأرقاء	٢٢٦
٣٠٢	تسليم المجرمين السياسيين والمكبريين	٢٢٧
	هل يمكن معاقبة المجرمين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام	٢٢٨
٣٠٣	ثانياً : إبعاد المجرمين	٢٢٩
٣٠٥	إبعاد المجرمين	٢٣٠
٣٠٦	الشريعة والقانون	٢٣١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣٠٧	الجنسية في الشريعة	٢٣٢
	المفصل الرابع -- في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص	
٣١٠	تمهيد تاريخي	٢٣٣
٣١١	أشقة على عدم المساواة في القوانين الوضعية	٢٣٤
	أ - تمييز رئيس الدولة	
	ب - تمييز رؤساء الدول الأجنبية	
	ج - تمييز رجال الملك السياسي	
	د - تمييز أعضاء الهيئة التشريعية	
	هـ - تمييز الأغنياء	
	و - تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة	
٣١٥	بين القانون والشريعة	٢٣٥
٣١٦	نظرية المساواة في الشريعة	٢٣٦
٣١٧	المساواة بين رؤساء الدول والرعايا	٢٣٧
٣٢٣	رؤساء الدول الأجنبية	٢٣٨
٣٢٤	رجال الملك السياسي	٢٣٩
٣٢٥	أعضاء الهيئة التشريعية	٢٤٠
٣٢٩	الأغنياء والفقراء	٢٤١
٢٣٠	الظاهرون في الجماعة	٢٤٢
٣٣٢	المسلمون والذميون	٢٤٣
٣٣٤	ميزة الشريعة	٢٤٤
٣٣٨	هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم	٢٤٥
٣٤٠	مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص	٢٤٦

الباب الثاني

الركن المادي للجريمة

٣٤٢	منهاج البحث	٢٤٧
	النصل الأول -- الشروع في الجريمة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣٤٣	القساء والشروع في الجريمة	٢٤٨
٣٤٦	المراحل التي تمر بها الجريمة أولاً : مرحلة التمشير والتصميم ثانياً : مرحلة التحضير ثالثاً : مرحلة التنفيذ	٢٤٩
٣٤٩	التريعة والقانون	٢٥٠
٣٥٠	العقاب على الشروع	٢٥١
٣٥١	أثر عدول الجاني عن الفعل	٢٥٢
٣٥٢	العدول للتوبة النظرية الأولى النظرية الثانية النظرية الثالثة	٢٥٣
٣٥٥	الشروع في الجريمة المتحيلة	٢٥٤
	الفصل الثاني — الاشتراك في الجريمة	
٣٥٧	صور الاشتراك	٢٥٥
٣٥٨	اهتمام وإهمال	٢٥٦
٣٥٩	شروط الاشتراك العامة	٢٥٧
	المبحث الأول — في الاشتراك	
٣٦٠	اشترك المباشرين	٢٥٨
٣٦٣	عقوبة المباشرين	٢٥٩
	أثر ظروف المباشر على العقوبة	٢٦٠
	هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شركه ؟	٢٦١
٣٦٥	الشركاء المتسببون	٢٦٢
٣٦٦	شروط الاشتراك بالنسب	٢٦٣
٣٧١	علاقة نسبية بين الاشتراك والجريمة	٢٦٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	هل يكون الاشتراك جعل سلبى ؟	٢٦٥
٢٧٢	عدول الشريك وأثره	٢٦٦
	عقوبة الشريك المتسبب	٢٦٧
٢٧٤	أخذ الشريك بقصده الاحتمالى	٢٦٨
٢٧٥	أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب	٢٦٩
٢٧٦	ظروف الشريك الخاصة	٢٧٠
	بين الشريعة والقانون	٢٧١
٢٧٧	العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة	٢٧٢
	الباب الثالث	
	الركن الأدبى	
٢٨٠	موضوع البحث	٢٧٣
	الفصل الأول — فى المسئولية الجنائية	
٢٨٠	موضوع البحث	٢٧٤
	المبحث الأول — فى أساس المسئولية الجنائية	
٢٨٠	عرض تاريخى للمسئولية الجنائية	٢٧٥
	أولاً — فى القوانين الوضعية	
	ثانياً — فى الشريعة الإسلامية	
٢٨٣	نظرية المسئولية الجنائية فى السرعة	٢٧٦
٢٨٦	نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية	٢٧٧
٢٩٢	معنى المسئولية الجنائية فى السرعة	٢٧٨
	معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية	
	المبحث الثانى — فى محم المسئولية الجنائية	
٢٩٣	الإنسان محل المسئولية	٢٨٠
	الشخصيات المعنوية	
٢٩٤	شخصية المسئولية الجنائية	٢٨١
٢٩٧	المجنى عليه	٢٨٣
	الاعتداء على رفات الأموات	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	قذف الأموال	
٤٠٠	السرعة والقانون	٢٨٣
	المبحث الثالث - في سبب المسؤولية ودرجاتها	
٤٠٢	سبب المسؤولية الجنائية وشروطها	٢٨٤
٤٠٣	درجات المسؤولية	٢٨٥
	العمد	
	شبه العمد	
	الخطأ	
	ما جرى مجرى الخطأ	
٤٠٨	السرعة والقانون	٢٨٦
	المبحث الرابع - قصد العيان أو القصد الجنائي	
٤٠٩	قصد العيان	٢٨٧
٤١١	الفرق بين القصد والباعث	٢٨٨
٤١٣	صور القصد	٢٨٩
	القصد العام والقصد الخاص	٢٩٠
٤١٤	القصد العيني والقصد غير العيني	٢٩١
٤١٨	القصد المباشر والقصد غير المباشر	٢٩٢
٤١٩	الرأى الأول وهو رأى مالك	٢٩٣
٤٢٠	الرأى الثانى وهو رأى أبى حنيفة	٢٩٤
٤٢٢	الرأى الثالث وهو رأى الشافعى وأحمد	٢٩٥
٤٢٤	مقارنة بين الآراء الثلاثة	٢٩٦
	بين السرعة والقانون	٢٩٧
	المبحث الخامس - أثر الجهل والخطأ والنيان على المسؤولية	
٤٣٠	أثر الجهل على المسؤولية الجنائية	٢٩٨
٤٣٢	أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية	٢٩٩
	المسؤولية عن الخطأ استثناء	
٤٣٥	التبريح لخطأ	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	أساس الخطأ	٣٠٣
٤٣٦	نوع من الخطأ عند مالك	٣٠٣
	الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية	٣٠٤
٤٣٨	أثر النسيان على المسؤولية	٣٠٥
	المبحث السادس — أثر الرضاء بالجريمة على المسؤولية الجنائية	
٤٤٠	أثر الرضاء على المسؤولية	٣٠٦
٤٤١	الرضاء بالقتل	٣٠٧
٤٤٢	الرضاء بالجرح والقطع	٣٠٨
٤٤٣	أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل والجرح	٣٠٩
٤٤٤	بين الشريعة والقانون	٣١٠
٤٤٦	الانتحار والمسؤولية الجنائية	٣١١
٤٤٧	إصابة الشخص نفسه	٣١٢
٤٤٨	المبارزة والمسؤولية الجنائية	٣١٣
	المبحث السابع — في الأعمال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية	
٤٥٠	الأفعال المتصلة بالجريمة	٣١٤
	المباشرة	
	السبب	
	الشرط	
٤٥٣	حكم المباشرة والسبب والشرط	٣١٥
٤٥٥	الفرق بين مسؤولية المباشرة ومسؤولية التسبب	٣١٦
٤٥٦	مدى مسؤولية المباشرة والتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة	٣١٧
٤٥٨	رابطة السببية والمسؤولية	٣١٨
٤٥٩	تعدد الطل السببية للنتيجة	٣١٩
٤٦٠	انقطاع فعل الجاني	٣٢٠
	توالد العمل والمسببات	٣٢١
٤٦٣	نظرية السببية في الشريعة	٣٢٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٤٦٤	بين الشريعة والقوانين	٣٢٣
	الفصل الثاني - في ارتفاع المسؤولية الجنائية	
٤٦٧	علة ارتفاع للمسئولية الجنائية	٣٢٤
	أسباب الإباحة	٣٢٥
٤٦٨	أسباب رفع العقوبة	٣٢٦
	الإعفاء من العقاب	٣٢٧
	بين الشريعة والقانون	٣٢٨
	المبحث الأول - في أسباب الإباحة - استعمال الحقوق وأداء الواجبات	
٤٦٩	العلة في إباحة الأفعال المحرمة	٣٢٩
٤٧٠	الحق والواجب	٣٣٠
	الفرع الأول - في الدفاع الشرعي	
٤٧٢	أنواع الدفاع الشرعي	٣٣١
	المطلب الأول - الدفاع الشرعي الخاص أو دفع المصائل	
٤٧٣	معنى الدفاع الشرعي الخاص	٣٣٢
٤٧٤	التكليف الشرعي لدفع المصائل	٣٣٣
٤٧٧	بين الشريعة والقانون	٣٣٤
٤٧٨	شروط دفع المصائل	٣٣٥
	الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء	
	الشرط الثاني : أن يكون حالا	
	الشرط الثالث : ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر	
	الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردده	
٤٨٦	تجاوز حد الدفاع	٣٣٦
٤٨٨	أليكون للمصائل حق الدفاع ؟	٣٣٧
	حكم دفع المصائل	٣٣٨
٤٨٩	بين الشريعة والقانون	٣٣٩

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	الطلب الثاني - في الدفاع الشرعى العام أو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	
٣٤٠	مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٨٩
٣٤١	ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٩٢
٣٤٢	التكليف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٩٣
	الاختلاف في صفة الواجب	
	الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب	
٣٤٣	الشروط الواجب توفرها في الأمر بالمعروف والنهى	
	عن المنكر	
٤٩٥	الشرط الأول : التكليف	
	الشرط الثانى : الإيمان	
	الشرط الثالث : القدرة	
	الشرط الرابع : العدالة	
	الشرط الخامس : الإذن	
٣٤٤	شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٥٠١
	الشرط الأول : وجود منكر	
	الشرط الثانى : أن يكون موجودا في الحال	
	الشرط الثالث : أن يكون ظاهراً دون تحس	
	الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به	
٣٤٥	وسائل دفع المنكر	٥٠٥
	التعريف	
	النهى بالوعظ والنصح	
	التعنيف	
	التغير باليد	
	التهديد بالضرب والقتل	
	الضرب والقتل	
	الاستعانة بالغير	
٣٤٦	هل يجوز استعمال الوسائل السابقة في حق الكافة ؟	٥٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٥١٠	حكم التجاوز في دفع النكر	٣٤٧
٥١١	هل لفاعل النكر حق الدفاع؟	٣٤٨
	الفرق بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص	٣٤٩
٥١٢	بين الشريعة والقانون	٣٥٠
	الفرع الثاني — في التأديب	
٥١٢	أولاً : تأديب الزوجة	٣٥١
	ما يؤدب فيه	٣٥٢
٥١٤	هل يجوز التأديب لأول معصية؟	٣٥٣
٥١٥	هل يسأل الزوج عن سبب الضرب؟	٣٥٤
	حد الضرب	٣٥٥
٥١٧	حكم السراية	٣٥٦
	المثولية على التأديب	٣٥٧
٥١٨	ثانياً : تأديب الصغار	٣٥٨
	شروط تأديب الصغار	٣٥٩
	حكم السراية	٣٦٠
٥٢٠	التفروق بين المذاهب	٣٦١
	الفرع الثالث — في التطيب	
٥٢٠	أباحة التطيب	٣٦٢
٥٢٢	حسن النية	٣٦٣
	خطأ التطيب	٣٦٤
	إذن الريس	٣٦٥
٥٢٣	إذن ولي الأمر	٣٦٦
	شروط عدم المثولية	٣٦٧
	الملحقون بالأطباء	٣٦٨
٥٢٤	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٦٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفرع الرابع — في ألعاب القروسية	
٥٢٥	الشريعة وألعاب القروسية	٣٧٠
٥٢٧	حكم إصابات اللعب	٣٧١
٥٢٨	بين الشريعة والقانون	٣٧٢
	الفرع الخامس — في إهدار الأشخاص	
٥٢٩	معنى الإهدار	٣٧٣
	علة الإهدار	٣٧٤
	زوال العصمة بزوال سببها	
	زوال العصمة بارتكاب الجرائم	
٥٣٣	المهدرون	٣٧٥
	أولاً : الحربي	٣٧٦
٥٣٤	ثانياً : المرتد	٣٧٧
٥٣٨	ثالثاً : الزاني المحصن	٣٧٨
٥٤٢	رابعاً : المحارب	٣٧٩
٥٤٥	خامساً : الباغى	٣٨٠
٥٤٦	سادساً : من عليه القصاص	٣٨١
٥٥١	(١) حكم القتل	٣٨٢
	أ - القتل قبل الحكم أو قبل موعده التنفيذ	
	ب - القتل بعد العفو	
	ج - القتل قبل استئذان باقي الأولياء	
	د - القتل من العاق	
٥٥٥	(٢) حكم مادون القتل	٣٨٣
٥٥٦	سابعاً : السارق	٣٨٤
	الفرع السادس — في حقوق الحكام وواجباتهم	
٥٥٧	واجبات الحكام	٣٨٥
٥٦٠	حقوق الحكام	٣٨٦
٥٦٢	بين الشريعة والقانون	٣٨٧

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الثاني - في أسباب رفع العقوبة	
٥٦٢	ما يرفع العقوبة	٣٨٨
	الفرع الأول - في الإكراه	
٥٦٣	تعريف الإكراه	٣٨٩
	أنواع الإكراه	٣٩٠
٥٦٥	شروط الإكراه	٣٩١
٥٦٨	حكم الإكراه	٣٩٢
	الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه	٣٩٣
٥٧٠	الجرائم التي يباح فيها القتل	٣٩٤
	مسئولية السكران المدنية عن هذه الجرائم	
٥٧١	بين الشريعة والقانون	٣٩٥
٥٧٢	الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة	٣٩٦
	حكم المشوية المدنية	
٥٧٤	أساس نظرية الإكراه في الشريعة	٣٩٧
٥٧٦	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٩٨
	الإكراه والضرورة	٣٩٩
٥٧٧	شروط حالة الضرورة	٤٠٠
٥٧٨	حكم حالة الضرورة	٤٠١
	الجرائم التي تؤثر عليها الضرورة	٤٠٢
٥٧٩	الجرائم التي تبيحها الضرورة	٤٠٣
٥٨٠	الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها	٤٠٤
٥٨١	حكم المشوية المدنية في حالة الضرورة	٤٠٥
	الأساس الشرعي لحالة الضرورة	٤٠٦
	الفرع الثاني - في السكر	
٥٨١	الشرب والمسكر	٤٠٧
٥٨٢	المسكر والمشوية الجنائية	٤٠٨
٥٨٣	المسكر والمشوية المدنية	٤٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٥٨٤	السرعة والقوانين	٤١٠
	الفرع الثالث — في الجنون	
٥٨٤	تمهيد	٤١١
٥٨٥	تعريف الجنون	٤١٢
	الجنون المطبق	٤١٣
٥٨٦	الجنون المقطع	٤١٤
	الجنون الجزئي	٤١٥
٥٨٧	الغته	٤١٦
	الصرع والهستيريا وما أشبه	٤١٧
٥٨٨	تسلط الأفكار الخيثة	٤١٨
	ازدواج الشخصية	٤١٩
٥٨٩	ضعف التمييز	٤٢٠
	الصم البكم	٤٢١
٥٩٠	الحركة التوهمية	٤٢٢
٥٩١	التوهم المناطيسي	٤٢٣
٥٩٢	هياج العواطف	٤٢٤
٥٩٣	حكم الجنون	٤٢٥
	حكم الجنون العاصر للجريمة	٤٢٦
	مسئولية الجنون المدنية	
	مدى مسئولية الجنون المدنية	
٥٩٥	مقارنة بين الشريعة والقانون	٤٢٧
٥٩٦	حكم الجنون اللاحق للجريمة	٤٢٨
	الجنون قبل الحكم	
	الجنون الطارئ بعد الحكم	
	الفرع الرابع — جنح السن	
٥٩٩	تمهيد	٤٢٩
٦٠٠	العصر والمسئولية الجنائية	٤٣٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٦٠١	المرحلة الأولى : انعدام الإدراك	٤٣١
٦٠٢	المرحلة الثانية : الإدراك الضعيف	٤٣٢
	المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك التام	٤٣٣
	علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ	٤٣٤
٦٠٤	عقوبة الصبي غير المميز	٤٣٥
٦٠٥	القوانين الوضعية والصبيان	٤٣٦

الكتاب الثاني

في العقوبة

٦٠٨	منهج البحث	٤٣٧
-----	------------	-----

الباب الأول

في العقوبة — مبادئ عامة

	العقوبة والقرض منها	٤٣٨
	الأصول التي تقوم عليها العقوبة	٤٣٩
٦١١	نظرية الشريعة في العقاب	٤٤٠
	تقسيم الجرائم إلى قسمين	
	١ — الجرائم الماسة بكيان المجتمع	
	٢ — الجرائم الأخرى	
	علة في اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع	
	علة التفرقة في العقاب بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية	
٦٢١	نظرية العقاب في القوانين الوضعية	٤٤١
٦٢٦	بين الشريعة والقانون	٤٤٢
٦٢٩	شروط العقوبة	٤٤٣

الباب الثاني

أقسام العقوبة

٦٣٢	تقسيم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها	٤٤٤
	١ — العقوبات الأصلية	
	٢ — العقوبات البديلة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	٣ - العقوبات النجية	
	٤ - العقوبات التكميلية	
٦٣٣	تقسيم العقوبات من حيث سلطة القاضي في تقديرها	٤٤٥
	١ - عقوبات ذات حد واحد	
	٢ - عقوبات ذات حدين	
	تقسيم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها	٤٤٦
	١ - عقوبات مقدره أو لازمة	
	٢ - عقوبات غير مقدره أو مخيرة	
	تقسيم العقوبات من حيث محلها	٤٤٧
	١ - عقوبات بدنية	
	٢ - عقوبات نفسية	
	٣ - عقوبات مالية	
٦٣٤	تقسيم العقوبات بحسب الجرائم التي فرضت عليها	٤٤٨
	١ - عقوبات الحدود	
	٢ - عقوبات القصاص والدية	
	٣ - عقوبات الكفارات	
	٤ - عقوبات التعازير	
	الفصل الأول - في العقوبات المقررة لجرائم الحدود	
٦٣٤	الحدود	٤٤٩
	المبحث الأول - في عقوبات الرضا	
٦٣٥	عقوبات الرضا	٤٥٠
٦٣٦	عقوبات الرضا	٤٥١
	المبحث الثاني في القوانين الوضعية	
	مادة الرضا في القوانين الوضعية	
٦٣٩	عقوبة الغريب	٤٥٢
٦٤٠	عقوبة الرجا	٤٥٣
٦٤٤	مادة في عن عقوبات الرضا	٤٥٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الثاني — في عقوبة القذف	
٦٤٥	الجلد وعدم الأهلية للشهادة	٤٥٥
٦٤٧	عقوبة القذف في القوانين	٤٥٦
	المبحث الثالث — في عقوبة الشرب	
٦٤٨	عقوبة الجلد	٤٥٧
٦٥٠	الخمر طيبا واجتماعيا	٤٥٨
٦٥١	العالم وتمحرم الخمر	٤٥٩
	المبحث الرابع — في عقوبة السرقة	
٦٥١	عقوبة القطع	٤٦٠
٦٥٣	عقوبة السرقة في القانون	٤٦١
٦٥٤	اعتراضات مردودة	٤٦٢
	المبحث الخامس — في عقوبة الحرابة	
٦٥٦	عقوبات المحارب	٤٦٣
	القتل	٤٦٤
	القتل مع المصلب	٤٦٥
٦٥٨	القطع	٤٦٦
٦٥٩	النق	٤٦٧
	المبحث السادس — في عقوبة الردة والبغي	
٦٦١	عقوبة الردة	٤٦٨
	أ - القتل	
	ب - المضادة	
٦٦٣	عقوبة البغي	٤٦٩
	الفصل الثاني — في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية	
٦٦٣	عقوبات متعددة	٤٧٠
	أولا: القصاص	
٦٦٨	ثانيا: الدية	
	من يحمل الدية	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	العا	
	علة تحميل العاقلة للدية	
	هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم	
٦٧٨	ثالثاً: الكفارة	٤٧٣
	على من يجب الكفارة	
	الصيام	
٦٨٠	رابعاً: الحرمان من الميراث	٤٧٤
٦٨١	خامساً: الحرمان من الوصية	٤٧٥
	الفصل الثالث — في عقوبات الكفارات	
٦٨٣	الكفارة	٤٧٦
	العق	
	الإطعام	
	الكو	
	الصيام	
	الفصل الرابع — في عقوبات التعازير	
٦٨٥	ماهية التعزير	٤٧٧
٦٨٦	الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات	٤٧٨
٦٨٧	أنواع التعازير	٤٧٩
	عقوبة القتل	٤٨٠
٦٨٩	عقوبة الجلد	٤٨١
	الحدد الأعلى للجلد	
٦٩٤	الحبس	٤٨٢
	الحبس المحدد المدة	٤٨٣
	الحبس غير المحدد المدة	٤٨٤
٦٩٧	التعزير أو الإبعاد	٤٨٥
٦٩٩		

رقم الصحيفة	الموضوع	نم الفترة
٧٠١	الصلب	٤٨٦
٧٠٢	عقوبة الوعظ وما دونها	٤٨٧
	عقوبة الحجر	٤٨٨
	عقوبة التوبيخ	٤٨٩
٧٠٣	عقوبة التهديد	٤٩٠
٧٠٤	عقوبة التشهير	٤٩١
	عقوبات أخرى	٤٩٢
٧٠٥	عقوبة الغرامة	٤٩٣
	الفصل الخامس — مدى صلاحية العقوبات الشرعية	
٧٠٨	العقوبات الشرعية والإحصائيات	٤٩٤
٧١٢	العقوبات الشرعية والتجارب	٤٩٥
٧١٤	العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان	٤٩٦
	الفصل السادس — العقوبات في القانون المصري ومدى صلاحيتها	
٧١٦	أنواع العقوبات	٤٩٧
٧١٨	سلطة القاضي في تطبيق العقوبات	٤٩٨
٧١٩	العلة في منح القاضي هذا السلطان	٤٩٩
٧٢٠	لماذا أحقق القضاة في تطبيق نظرية العقوبة	٥٠٠
٧٢٢	فشل واضع القانون في علاج مشكلة العقاب أولاً — تعطيل العقوبات الأصلية ثانياً — اللجوء إلى تخفيف العقوبات	٥٠١
٧٢٩	علة تعطيل العقوبات وتخفيفها	٥٠٢
٧٣٠	هل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام الإعدام	٥٠٣ ٥٠٤
٧٣٢	عقوبات الحبس وعيوبها	٥٠٥
	١ — إرهاب خزائن الدولة وتعطيل الإنتاج	
	٢ — إرهاب المسجونين	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	٣ - انعدام قوة الردع	
	٤ - قتل الثور بالمشولية	
	٥ - ازدياد سلطان الجير، بين	
	٦ - انخفاض المستوى المعنى والأخلاق	
	٧ - ازدياد الجرائم	
٧٤٠	كيف تتخلص من عبوب الأنظمة الوضعية	٥٠٦
	الباب الثالث	
	تعدد العقوبات	
٧٤٤	تعدد العقوبات وتعدد الجرائم	٥٠٧
	القوانين الوضعية والتعدد	٥٠٨
	طريقة الجمع	
	طريقة الحب	
	الطريقة المختلطة	
٧٤٥	قانون العقوبات المصري	٥٠٩
٧٤٧	التجريم والتعدد	٥١٠
	نظرية التداخل	
	نظرية الحب	
٧٥١	مقارنة بين التجريم والقانون	٥١١
	الباب الرابع	
	في استيفاء العقوبات	
٧٥٥	من له حق الاستيفاء	٥١٢
	الاستيفاء في جرائم الحدود	٥١٣
٧٥٦	الاستيفاء في جرائم التعازير	٥١٤
٧٥٧	الاستيفاء في جرائم القصاص	٥١٥
٧٥٨	كيفية استيفاء القصاص في النفس	٥١٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٧٥٩	ما يشترط في آلة القصاص	٥١٧
٧٦٠	هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف	٥١٨
	هل يجوز للمنظان أن يتأثر باستيفاء القصاص	٥١٩
٧٦١	استيفاء العقوبات عند التعدد	٥٢٠
٧٦٣	التفديذ على المريض والضعيف والسكران	٥٢١
	التفديذ على الحامل	٥٢٢
٧٦٤	التفديذ على المجنون	٥٢٣
	علنية التفديذ	٥٢٤
الباب الخامس		
في العود		
٧٦٦	ماهية العود	٥٢٥
٧٦٨	الشريعة والعود	٥٢٦
الباب السادس		
في سقوط العقوبة		
٧٧٠	أسباب سقوط العقوبة	٥٢٧
	موت الجاني	٥٢٨
٧٧٢	فوات محل القصاص	٥٢٩
٧٧٣	توبة الجاني	٥٣٠
	الصلح	٥٣١
٧٧٤	العفو	٥٣٢
	جرائم الحدود والعفو	٥٣٣
٧٧٥	العفو في جرائم القصاص والدية	٥٣٤
٧٧٦	العفو في جرائم التمازير	٥٣٥
٧٧٧	إرث القصاص	٥٣٦
٧٧٨	التقادم	٥٣٧