

الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي



كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوي والمشاركين

الجزء الأول من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي

هرشز السنهاور

دار الشروق

الموسوعة الْعَصْرِيَّةُ
فِي
الْفِقْرِ الْجِنَانِيِّ لِلْإِسْلَامِ

الطبعة الأولى
م ٢٠٠١—١٤٢١

جامعة جنوب الصعيد محفوظة

© دار الشروق
أنتساباً باسم محمد العاتم عام ١٩٦٨

القاهرة: ٨ شارع سيفي بويه المصري -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص. ب: ٣٣ البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk.com

المُوسَّعُ عَنِ الْحُرْبَةِ
فِي
الْفِقْرِ الْجَنَاحِيِّ إِلَيْهِ الْمُهَاجَرَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب عبد القادر عودة
مع تعلیقات آیة الله السيد اسماعیل الصدر
وآراء لدکتور توفیق الشاوی والمشارکین

الجزء الأول من المجلد الأول
من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي

مركز السنہوری

دار الشروق

تقديم
الموسوعة العصرية
في
الفقه الجنائي الإسلامي
صوده والشواوى

للدكتور محمد سليم العوا

الشهيد عبد القادر عرده أحد أعلام الفقه الإسلامي المعاصرين، وكتابه في "التشريع الجنائي الإسلامي" هو الكتاب الأول في تاريخنا الفقهي الذي يتناول أحكام الفقه الجنائي الإسلامي، بترتيبها الذي تعرفه كتب القانون الحديثة، ومقارنته بنظائرها في القوانين العصرية، مع معاجلة الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة، وأحياناً يضيف إليها رأى الإمام ابن حزم الظاهري.

ومنذ صدور الكتاب، وهو محل احتفاء الباحثين والفقهاء في إطار الإسلام كلها، وفي كل موضع يهتم فيه بالفقه الإسلامي والعمل المستمر لتجديده وإحيائه والإفادة منه في التشريعات المعاصرة.

واكتسب الكتاب أهمية خاصة لسببين : أولهما، أن الفقه الجنائي الإسلامي ترك تطبيقه في كثير من بلاد الإسلام (باستثناء المملكة العربية السعودية واليمن وإيران وأفغانستان). وقد حل محله في الدولة العثمانية تظميمات سليمان القانوني، ولذلك كانت العناية به، ووقف العمل العلمي لتجديده، إذ إنما تابعه - عادة - للمصلحة العملية والتطبيق القضائي. وكان حظ الفقه المدني الإسلامي الفضل كثيراً من لظهيره الجنائي الإسلامي، حيث استمر العمل به في صورة "مجلة الأحكام العدلية" التي تضم "القانون المدني العثماني" المستمد من الفقه الحنفي أساساً، والذي طبقه - فضلاً عن تركياً - الأقطار الخاضعة للدولة العثمانية. ثم قام المشرعون باستمداد بعض لنصوص القوانين المدنية العربية منه، في مثل موضوعات الشفاعة وأحكام الأحوال الشخصية والوقف والميراث والهبة والوصية وسوء استعمال الحق، والتي ما زالت تصوّصها القانونية ولقضاء المحاكم الميف عليها تأثير بمبادئه واجتهادات المذاهب المختلفة فيه؛ الأمر الذي جعل الاهتمام به مستمراً، والعمل العلمي لشرحه وبيانه مفضلاً على حكس الفقه الجنائي .

والسبب الثاني لاكتساب كتاب الشهيد عبد القادر عوده أهمية خاصة، هو أنه صدر - في جزئه الأول - قبيل استشهاده، ثم صدر الجزء الثاني بعد استشهاده بقليل، فكان كأنه كلمة الشهيد ووصيته إلى الأحياء: أنَّ هذا هو الطريق إلى تجديد الفقه الإسلامي وإحيائه. وهي كلمة جاءت في وقتها، إذ لم قضى خمس عشرة سنة حتى كان الكتاب ملهماً رئيسياً للمشرعين والباحثين في عدد من الدول العربية والإسلامية، ثم ترجم إلى الفارسية والأردية والإنجليزية، وأضاف إليه عدد من العلماء الشيعة مقاولته بالذهب الجعفري، وصدرت له عدة طبعات في إيران . . واستخدم في أفغانستان، أيام العهد الملكي، وما زال حتى الآن يستخدم على نطاق واسع، فكان معيناً لا ينضب للقضاة والمحامين. أما في العالم العربي، فإنه لا تكاد مكتبة عامة أو خاصة تخلو من نسخة منه، حتى فاق في شهرته كتاب شيخنا العالمة محمد أبو زهرة الذي صدر مثله في جزأين عقب صدور كتاب عبد القادر عوده .

* * *

هذا عن عبد القادر عوده وكتابه. أما أستاذنا الدكتور توفيق الشاوي، فهو وحده أمة. فما من مجال استطاع فيه خدمة الإسلام إلا قدم غاية ما عنده من جهد وفكر ومال وقول وعمل. وهو رائد من رواد القانون الجنائي المعاصر، وأحد أعلام أستاذته في جامعة القاهرة وفي جامعات المغرب العربي والمملكة العربية السعودية. وكتب في فقه الإجراءات الجنائية وفي التعليق على قانون الإجراءات الجنائية المغربي، وبحوثه في حرمة المساكن والأشخاص وأسرار الحياة الخاصة ونظرية التفتيش ومنع التعذيب، وغيرها، هي مصادر للعلم القانوني الحديث لا يستغني عن الاطلاع عليها مشتغل بالقانون الجنائي.

وقد اهتم منذ سنين بالعمل الفكري الإسلامي، فأصدر عدداً مهماً من الكتب من بينها موسوعة غير مسبوقة في "فقه الشورى" طبعت مرات في سنوات قليلة، وأصدر الطبعة العربية الأولى من كتاب الخلافة لأستاذ الأجيال الدكتور السنهوري بعد أن ترجمها وأضاف إليها تعليقات كثيرة أثارت إعجاباً صادقاً في بعض الدواير، وجداً ساخطاً في بعضها الآخر. واهتم بالفلك السياسي الشيعي، فأصدر تعليقاً نافعاً مليئاً بالاجتهادات على دروس آية الله خوميني عن "الحكومة الإسلامية" .

ثم ولّى أستاذنا الدكتور توفيق الشاوي وجهه شطر "متلهم الأول" القانون الجنائي، واختار درته الفريدة في العصر الحديث، كتاب عبد القادر عوده، ليصنع منه موسوعة عصرية متتجددة للفقه الجنائي الإسلامي، يقول في وصف هدفه منها : كان هدف من ذلك أمرین: الأول، أن أبرز ما تضمنه بحثه من معالم التجديد. والثانی، أن أضيف إليه ما استطعت من آراء في صورة حاشية لتنقيحه، كما لو كان هو قد عاش لينشر الطبعة الثانية مزودة بتجارب السنين التي مضت منذ نشره لأول مرة.

ولأن الكتاب حظي بما أشرنا إليه من اهتمام في مختلف الأقطار الإسلامية، فقد اختار الدكتور توفيق الشاوي أكملطبعات الإيرانية التي علق صاحبها (الإمام المجتهد السيد إسماعيل الصدر) على الكتاب بذكر أحكام المذهب الجعفري ليكمل البحث الفقهي في موضوعات الكتاب كلها بين الفقه السنوي والفقه الجعفري (فقه الإمامية الثانية عشرية).

* * *

أعد الدكتور الشاوي موسوعته المكونة من :

- الأصل، وهو كتاب الشهيد عبد القادر عوده .

- تعليقات السيد إسماعيل الصدر، وهو من أئمة المذهب الجعفري.

- تعليقات الدكتور الشاوي على الأصل وعلى التعليق الشيعي معا .

لا شك في أن كتاب الشهيد عبد القادر عوده قد فتح الباب للبحث العلمي العصري في الفقه الجنائي الإسلامي، وأنماح الفرصة لثات - وربما لآلاف - الدارسين، لا سيما من الحقوقين، للنظر في الفقه الجنائي الإسلامي والإفادة منه بدرجات متفاوتة .

ولكن - لأنه أول عمل من نوعه - لا شك أيضا في أنه يحتمل أن ترد على بعض آرائه استدراكات كثيرة. ويستلزم النقد العلمي في دراسة الشريعة مقارنة بالقانون، اجتهادات تختلف بعض ما رجحه من آراء، أو تبني آراء اجتهادية جديدة لم يقل بها السابقون من أهل المذاهب الذين عنى الشهيد عبد القادر عوده بالوقوف عند أقوالهم ونقلها والمقارنة بينها .

* * *

وقد تضمن كتابنا "في أصول النظام الجنائي الإسلامي" - الذي صدر عن دار المعارف - عددا من مسائل النوعين جميما. كما تضمنت بعض أصول كتابنا "الفقه الإسلامي في طريق التجديد" الذي صدر عن المكتب الإسلامي في بيروت - مسائل أخرى .

إن عمل الدكتور الشاوي، وهو يفيد من الجهد الكثيرة التي بذلت منذ صدور كتاب عوده إلى أن أتم هو كتابه، يفتح الباب للإضافات والآراء المغایرة له دون حذف؛ فهو لم يصدر كتابه إلا بعد عقد جلسات مشاوراة مطولة مع عدد من أساتذة القانون الجنائي ومن المهتمين بالفقه الإسلامي الذين وعدوه بالمساهمة في أبحاث الموسوعة، وأعد عدة مشروعات للكتاب كان في كل مرة يطورها حسب ما تسرف عنه المشاورات العلمية.

وهو يقول في مقدمته: وقد دعوت بعض زملائي الذين شاركوني في تقدير أهمية إعادة نشر الكتاب إلى مشاركتي في هذا المشروع وإضافة ما يرون من بحوث تزيد من فائدة هذه الطبعة الجديدة، وقررت أن أقصر جهدي على نشر المجلد الأول، وهو القسم العام، آملاً أن يواصل زملائي التعليق على القسم الخاص في المجلد الثاني، لتحويل الكتاب إلى موسوعة شاملة متتجددة تشجع كل من يتوجهون إلى الإصلاح التشريعى والقضائى في بلادنا على السير في طريق الأصالة والتجديد.

* * *

وهذا نرى أن المشروع الذى يصدر منه هذا المجلد الأول هو في بدايته، وأن آفاق تنفيذه تحتاج إلى أجيال عديدة تستفيد من هذا المنهج التشاورى والتجميدى الذى يتفق مع عظمة فقهنا الإسلامي وأصالته.

والله تبارك وتعالى أسأل أن يجزى الدكتور توفيق الشاوي والأستاذ عبد القادر عوده عن الإسلام وفقهه، وعن الجهاد في سبيله، خير ما جزى عباده العلماء العاملين.

وإن كاتب هذه السطور لسعيد بأنه كان أول من استجاب لدعوته، وبدأت بالفعل في إعداد تعليقات على تعازير المجلد الثانى من كتاب الشهيد عوده، وهو القسم الخاص. كما أدى دعو زملائى إلى الاستجابة لاقتراح الدكتور الشاوي نفسه بالمسارعة لإعداد مجلد ثالث تدرس فيه التعازير التي لم يدرسها الشهيد عوده والتي ترخر بعرضها مشروعات التقنيات العديدة التي جاءت بعده واستفادت منه.

محمد سليم العوا

(١) مقدمة عامة
عن الكتاب والموسوعة

إنني أحمد الله أن وفقي للدراسة كتاب فقيهنا الشهيد والعمل لتجديده وإعادة نشره، وإضافة آرائي وآراء زملائي إليه لتحويله إلى موسوعة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى العصرى، لأنه أول كتاب يشتمل على دراسة مقارنة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى مع القوانين الوضعية السائدة في كثير من بلادنا.

* * *

كان عبد القادر عوده قاضيا بالمحاكم المصرية عندما بدأ إعداد كتابه في التشريع الجنائى الإسلامى في عام 1945، وكان قد درس القانون المصرى ثم بدأ في التعمق في دراسة كتب الفقه، فراغه أنه وجد فيه المبادئ الأساسية: بل والأحكام التي درسها في القانون المصرى - لكنها معروضة بصورة تختلف عن الصورة التي عرضت بها في كتب القوانين "العصيرية".

إنه تأمل لأنه وزملاءه من رجال القضاء والخماماة قد درسوا القانون الجنائى المصرى دون أن تُرَدَّ مبادئه وأحكامه إلى أصولها الشرعية ومصادرها الفقهية، فعَدَ ذلك نقصاً وتقصيراً في حق الشريعة والقانون معاً، لأنه يوهم الدارسين أن الشريعة ليس فيها هذه المبادئ والأحكام التي درسوها، مما يؤدي بالكثيرين إلى عدم الاهتمام بدراستها أو مراجعتها، بل إنهم يعادون أمثاله من يدعون لتطبيقها لأنهم يجهلونها، والناس أعداء لها جهلاً. ومن ناحية أخرى، فإن القانون الذي درسوه ويعملون في تطبيقه يبقى في نظرهم أحكاماً مستوردة مصنوعة في الخارج منفصلة عن فقهنا الأصيل ويقولون عالة على الكتب والنظريات الأوروبية كلما أرادوا التعمق أو التوسيع في دراستها - وهو أمر لا يتيسر لكثير منهم - فيبقى القانون في نظرهم مجرد أوامر جافة لا جذور لها في نظرهم ولا روح فيها تتجاوز النصوص الرسمية وما يتفرع عنها من شروح...

* * *

لذلك قرر أن يتصدى لإعداد كتاب يعرض فيه المبادئ والأحكام الجنائية الشرعية على النمط الذي تدرس به أحكام القوانين العصرية، وعَدَ ذلك خدمة كبرى لمن يرغب من زملائه في فهم أحكام الشريعة ويقتربون بأن دراستها تبعث في الأحكام القانونية

موضوع الكتاب دراسة مقارنة :

العصيرية التي لا تختلفها روحًا جديدة، كما تكتنفهم من معرفة ما يوجد في القانون "العصري" مما يخالف مبادئ الشريعة أو يتعارض مع أحکامها ويؤمنون معه بضرورة تصحيحها ووجوب الدعوة لتطبيق الشريعة.

وأول مهمة واجهته في كتابه هو أن كتب الفقه لا تشير إلى القسم العام في القانون الجنائي الذي يتضمن المبادئ التي تخضع لها الأحكام العامة لكل الجرائم - والتي تدخل الأحكام الخاصة بكل منها (التي لا يشار إليها فيها الجرائم الأخرى) في نطاق القسم الخاص في القانون الجنائي - فقرر أن يبدأ باستنباط أحكام القسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي. وكان أول من يتصدى لذلك في تاريخ الفقه، ونجح في ذلك نجاحاً استحق بسببه أن تُعدّ فقيها.

إلى جانب ذلك فإن عرض أحكام الفقه سواء في القسم العام أو الخاص استلزم أن يقوم بالترجح بين الآراء الفقهية المختلفة والمتعددة، بل وتقديم آرائه الشخصية في الموضع التي لا يجد في كتب الفقه ما يفيده بشأنها. وهدفه من ذلك تزويد فقهنا بكل ما يمكننا من مواجهة ما استجد من قضايا ومشاكل لم يواجهها أسلافنا، أى أنه قام فعلاً بدور بناء في تجديد الفقه دون أن يدعى بذلك، وهذا استحق في نظرنا أن يوصف بأنه مجدد.

وكان هدفه الواضح هو التقريب والتكميل بين القانون الوضعي وأحكام الشريعة مع بيان ما تمتاز به شريعتنا من سمو وكمال يستوجبان ربط القوانين الوضعية بأصولها ومصادرها الشرعية الخالدة.

* * *

وعندما قررت إعادة نشر كتابه وجعله أساساً لموسوعة شاملة في الفقه الجنائي الإسلامي المعاصر. كان هدفي من ذلك أمرين : الأول : أن أبرز ما تضمنه بحثه من معلم التجديد. والثاني. أن أضيف إليه ما استطعت من آراء في صورة حاشية وبحوث تكميلية لتنقيحه كما لو كان هو قد عاش لينشر الطبعة الثانية مزودة بتجارب السينين الخمسين التي مضت منذ نشره لأول مرة - وذلك وفاء له، ومواصلة للمسيرة التي بدأها في الدفاع عن الشريعة التي أحبها. وسوف يتضح ذلك بعد قراءة فراتات الكتاب والحواشي التي أضفتها إليه.

وقد دعوت بعض زملائي الذين شاركوا في تقدير أهمية إعادة نشر الكتاب إلى مشاركتي في هذا المشروع وإضافة ما يرون من بحوث وآراء وتعليقات تزيد من فائدة هذه الطبعة الجديدة.

ولما كنت شاعراً بأن جهدي لن يقوى على إتقامه، فقد دعوت كل من أعرف تقديره لهذا الكتاب لكي يساهموا في إتمام المشروع إذا عجزت عن إتقامه، وقررت أن أقصر مهمتي على نشر المجلد الأول وهو القسم العام، آملاً أن يواصل زملائي التعليق على القسم الخاص.

وهذا يستحوذ الكتاب إلى موسوعة شاملة يشارك في إعدادها عدد من الأساتذة الراغبين في مواصلة تزويدها بما يستجد من آراء ودراسات في الفقه الجنائى الإسلامى العصرى المقارن.

* * *

إن القاضى الفقيه عوده قد منَ الله عليه بأن حصل على قدرٍ كبيرٍ من المعرفة بالقوانين الجنائية في مصر، التي درسها طالباً ومارس تطبيقها قاضياً ومحامياً، ثم أضاف إلى ذلك قدرًا متوازناً من دراسة علوم الفقه الإسلامي وكتبه دفعه إليها حبه للشريعة وإنعامه بضرورة إحياء علومها والمبادرة إلى تطبيقها، واستشهد دفاعاً عن هذا المبدأ بعد أن أتم هذا الكتاب الذي يسهل مهمة كل من يريد دراسة الشريعة من رجال القانون العصرى.

* * *

لست وحدى الذى عرف قيمة هذا العمل العلمي الجليل، فقد رأيت بنفسي أن شهرته وفائدة تجاوزتا حدود مصر وحدود العالم العربي. وساعدنى الحظ أخيراً بالاطلاع في إيران على طبعة عربية له مضافاً إليها تعليقات أحد كبار علماء الشيعة وأئمتها، يشير فيها إلى طبعات سابقة نفذت، فضلاً عن الترجمات الفارسية لهذا الكتاب الفذ، مما دعاني إلى إضافة هذه التعليقات الشيعية كاملة مع مناقشتها لإثراء الحواشى التي أعددتها، حتى يكون ذلك خطوة عملية نحو توحيد الثقافة القانونية في العالم العربي والإسلامي. وشجعني على ذلك أن هذه المبادرة الشيعية كانت ضرورية في نظرهم لتسهيل مهمة القضاة ورجال القانون العصرى في بلادهم للعمل على الالتزام بتطبيق الشريعة الإسلامية الذى فرضته حكومة الجمهورية الإسلامية بعد انتصار الثورة فى عام 1979م.

دور الكتاب في مرحلة تقيين الفقه في العالم العربي :

* * *

و قبل ذلك بسنوات، لقيت وزير العدل في حكومة أفغانستان الملكية جاء إلى مصر ليبحث عن كتب تساعد قضاة بلاده على تطبيق الفقه الجنائي الإسلامي الذي تعذر بلاده بالالتزام به، و عرّفني أن كتاب الشهيد عوده هو المرجع الوحيد لهم هناك وأفهم في حاجة إلى مزيد من هذه الدراسات المقارنة.

ثم إنني شاركت في أوائل السبعينيات في لجنة شكلتها وزارة العدل المصرية برئاسة كبير قضاياها رئيس محكمة النقض في ذلك الوقت، الأستاذ جمال المرصاوي، و عهدت إليها بتأثين الفقه الإسلامي كله، لكنها بدأت بالتشريع الجنائي لأن كتاب الشهيد عوده قد مهد السبيل لذلك بهذه الدراسة الواقية التي لا مثيل لها. وأعتقد أن لجاناً أخرى عديدة في ليبيا والأردن والإمارات والكويت وغيرها من البلاد العربية، قد استطاعت في مدة وجيزة أن تُعد مشروعات لتأثين الفقه الجنائي الإسلامي، كان أكبر عون لها هو هذا الكتاب .

* * *

هذا عدده خطوة تاريخية و فرت لنا ولكل من يريدون العمل على تجديد فقمنا الأصيل، لإخراج أقطارنا كلها من مرحلة الازدواجية التي تفصل بين الفقه والقوانين الوضعية السائدة حالياً، والمساهمة في الدراسات العلمية التي تحقق لنا سيادتنا التشريعية الكاملة الأصيلة، و تفتح لنا باباً جديداً للتعاون والتقارب بين جميع شعوبنا العربية والإسلامية والسير بها في طريق "الوحدة" في مجال الثقافة الحقوقية التي تمكنا من المساهمة في التقدم العالمي في العلوم القانونية والنظم التشريعية باعتبارنا أصحاب شريعة أصيلة ونظام قانوني عريق و متميز في المستقبل، بدلاً من أن تكون عالة على غيرنا و ذئباً للثقافة الوضعية المستوردة من الخارج. كما تساعدنا على بناء وحدتها الشاملة التي مكتتها في عصور الإسلام الزاهرة من إقامة حضارة كبيرة شهد العالم كله بدورها في تقدم الإنسانية.

* * *

وسيرى القارئ المقدمة التي أعدها ناشرو الطبعة العربية الإيرانية وتعليقاها التي قصد بما توسيع نطاق المقارنة لتشمل المذهب الجعفري إضافة إلى المذاهب السنوية الأربع التي جعلها الفقيه محور دراسته، وذلك ليكون الكتاب دراسة مقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي المتعددة، كما هو مقارنة وموازنة بينها وبين القوانين الوضعية وفقها المستورد.

دور الموسوعة في مرحلة الانتقال من القوانين الوضعية إلى الفقه الإسلامي:

إن هذه المقدمة والتعليق الشيعي تؤكد للقارئ أن قضاة إيران كانوا في حاجة إليه وقد استفادوا منه فائدة كبرى لتسهيل مهمتهم في تطبيق أحكام الفقه الإسلامي - بصورة فورية كاملة بعد نجاح الثورة - كما سهل مهمة قضاة أفغانستان - من قبل - وبذلك يتبيّن للقارئ أن الكتاب له دور في التقرير بين فقه السنة والشيعة لا يقل عن دوره في التقرير بين الشريعة والقوانين الوضعية، كما أنه كان وما زال أداة كبرى لتنمية التعاون الثقافي بين شعوبنا العربية وغير العربية.

* * *

إن الفقيه القاضي كان يتمتع أن يوسع دراسته لتشمل المذاهب الكبرى الأخرى غير المذاهب الأربع المشهورة، وقد بادر المعلم الشيعي المجتهد المأجود حجة الإسلام السيد إسماعيل الصدر إلى تحقيق هذا الهدف بالنسبة للفقه الجعفري وهو أهم تلك المذاهب، وأشار على غلاف الكتاب إلى أن المقارنة تشمل المذاهب الخمسة.

إن ما أشارت إليه المقدمة الإيرانية من أن إعادة طبع هذا الكتاب والتعليق عليه كان خطوة ضرورية لسد حاجتهم إلى دراسات إسلامية سهلت لهم الانتقال من القوانين الوضعية إلى تطبيق الشريعة، يؤكّد واجبنا في المسرارعة إلى أن نواصل ما بدأه مؤلفه ومن علق عليه وكل من استفادوا منه في المشروعات المتالية للتقنيين في عالمنا العربي، لعيده بناء صرح فقهاً إسلامياً عصرياً وتشجيع دراسته والتعمق فيها، حتى يكون جديراً بما قدمه أسلافنا من إبداع رائع، مازال يبهر كل من مارسوا مهمة التقنيين والتشريع والبحث، في جميع أنحاء عالمنا الإسلامي العريق.

* * *

ثم إن هدفنا يتتجاوز حدود المذاهب الخمسة وغيرها من المذاهب التي يعتز بها فقهنا الموروث، إذ إن أهم أغراض هذه الدراسة المقارنة هو تسهيل مهمة علمائنا في الحاضر والمستقبل الذين يستطيعون إثراء هذا التعدد بإضافة ما تحتاج إليه أمتنا من آراء ونظريات وأحكام ومذاهب مستحدثة تواجهها التطورات العالمية المتسارعة التي سيكون لشعوبنا الناهضة التقنية دور في ترشيدها حتى تسير قافلة البشرية نحو السمو والقدم والصلاح الذي هيأها الله له وأمرها بالسير نحوه رغم ما يحفله من مخاطر ومصاعب ...

* * *

وقد أسعدهن الحظ أخيراً بلقائه وزير العدل في سلطنة عمان عند زيارته للقاهرة لحضور مؤتمر وزراء العدل العرب في الفترة من 28-30/8/2000 . وشرح له أهداف الموسوعة، وأتمنى إثراءها بكل ما نستطيع الوصول إليه من آراء المذاهب الخمسة وبخاصة مذهب الإباضية السائد في بلاده، فوعد بأن يصلني بمن تتوفر لديه الاستطاعة والرغبة في ذلك من علماء بلاده، وأن يرسل إلى مجموعة من أهم مراجع الفقه الإباضي ليفيد منها الأساتذة الذين يريدون إضافة هذه المقارنة، لتصبح الموسوعة شاملة للمذاهب الفقهية الستة بما فيها مذهب الإباضية .

لقد قيمت شريعتنا بجعل الاجتئاد والإجماع مصدرين للأحكام يكملان ما وفره لنا الوحي الإلهي في الكتاب والسنّة من مبادئ وأصول وقيم خالدة تغذى العقل البشري وتساعده على تنمية الأحكام وتطويرها. والاجتئاد البشري معرض للخطأ والنقص، لذلك أوجب علينا تجديده كلما قصرنا في الاستفادة من مزاياه وأصوله لتقوم أمتنا بدورها في بناء الحضارة بكل ما تستطيع من قوة أمدها الله بها وأمرها بأن تقاوم ما توازع الشر ودعاهى الانحراف والفساد وإصلاح نظمها كلما طرأ عليها تخلف أو جود .

بذلك أفسح الله لعقلنا واجتهداتنا المجال لتساهم في غوث فقهنا عن طريق اختلاف الآراء وتنوع الاتجاهات وتلاعج الأفكار وتعدد المذاهب الذي مكن أسلافنا من أن يزودونا بتراث من الفقه متعدد المذاهب، وأمرنا الله أن نواصل السير على منهاجمهم لإثراء شريعتنا بكل ما تحتاج إليه الحضارة من تجديد وتوسيع وزيادة في الأحكام الشرعية التي تحتاج إليها المجتمعات الإنسانية. وعلى ذلك فإن تعدد المذاهب وتنوعها ضروري ومفيد في المستقبل كما كان في الماضي. وإذا كان هذا الكتاب بدأ بالمقارنة بين مذاهب أربعة ثم خمسة، فإنه فضلاً عن ذلك قد فتح لاجتهدادنا الباب للتنظير والتقين لنضيف لها أكثر من ذلك في المستقبل إن شاء الله .

* * *

أملنا أن تكون هذه الموسوعة العصرية باباً ينطلق خلاله باحثونا وعلماؤنا نحو التجديد الذي تلتزم مجتمعاتنا بالسير في طريقه لتجريح شعوبنا بما وصلت إليه من تخلف وجود، وترقى نحو ما كتبه الله من أن تكون أمة وسطاً شاهدة على الناس كما كان الرسول الكريم شاهداً عليها، وهذا التوسط يوجب التنسيق والموازنة والجمع بين الآراء والمذاهب

﴿ أملنا أن تضم آراء كثرين من يأتون بعدها : ﴾

والأفكار المتعددة المتشعة التي تسعها شريعتنا في المستقبل كما اتسعت في الماضي، وتكون قدوة للإنسانية في طريق التعايش والتعارف والتعاون والتضامن بين جميع الأجناس والطائف والعقائد والمعاصر والألوان ... كما أراد لها الخالق سبحانه وتعالى.

لذلك دعونا كل من يستطيع القيام بدور في هذا الاتجاه أن يساهموا معنا في تحويل هذا الكتاب إلى موسوعة شاملة متتجدة تشجع كل من يتجهون للإصلاح التشعيري والقضائي في بلادنا على السير قدماً في طريق الأصالة والتجدد.

وقد بادرنا بإضافة حواشٍ لهذا الكتاب أسوة بما سار عليه أسلافنا من إضافة حاشية أو أكثر على كتب كبار علمائهم وفقهائهم ، وقد جرى الناشرون على وضع الحواشى على هامش صفحات النص الأصلى، لكننا آثروا أن تكون تالية لكل بند في الكتاب، حتى يطلع القارئ أو الباحث أولاً على الأصل كما نشر من قبل مع هوامشه الأصلية وعلى التعليقات الشيعية للسيد الصدر ورأينا فيها، قبل أن ينتقل إلى الحاشية التي أعددناها - وتبداً نصوص الكتاب بكلمة **عوده** ، والتعليقات الشيعية بكلمة **الصدر**، ثم رأينا في التعليق الشيعي بكلمة **الشاوى** ، والhashia **بعلمة** . وسيجد القارئ أن الحاشية قد توسّعاً فيها حتى أصبحت كتاباً لكنه مكمل للكتاب الأصلى، وقد قصدنا بما أن تكون فرعاً للأصل وكل ما يتصل به، وكلاهما يحتاج من يأتون بعدها إلى أن يعقبوا على ما به

من أفكار استحدثها كتاب الشهيد والأراء التي تتجاوز ما تضمنه كتابه وما عرضه من فقهنا الأصيل لتكون آراؤنا وآراء زملائنا مع الكتاب الأصلى موسوعة شاملة لفقهنا الجنائى العصرى.

أملنا أن تضم هذه الموسوعة ما يقدمه زملاؤنا من علماء الفقه والقانون الذين يساهمون فيها ويكمّلُونها بأبحاثهم ودراساتهم لتكون ثروزاً للدراسات المقارنة التي تُكَنْ شعبينا من تحقيق هدفها الأساسي في بناء صرح ثقافتنا القانونية على الأصول العريقة لفقهنا مع الاستفادة من كل ما استحدثه الفكر القانوني في جميع النظم العصرية وأن تكون خطوة إلى الأمام نحو هذا الهدف الذي يحتاج إلى جهد أجيال عديدة في الحاضر والمستقبل إن شاء الله.

ونرجو أن تكون هذه الموسوعة بما تشمل عليه الآن أو ما يضاف لها في المستقبل مرآة عصرية لنهج أسلافنا في المناظرات التي كانوا يนาشدون فيها آراء من يخالفهم في النظر واثقين بأنه لا يأس من هذه الاختلافات طالما أن هدفها هو ما روى عن الإمام الشافعى من قوله : "ما ناظرت أحداً قط إلا لأجل إظهار الحق وما أبالي أن يبين الله الحق على لساني أو على لسانه". قوله عليه السلام: "وددت أن الناس ينتفعون بهذا العلم على ألا ينسب إلى منه شيء" .

إن كل من يقدم رأياً في هذه الموسوعة يكفيه أن ينسب إليه وحده ما قدمه من رأى، ولو كان يخالف أو يناقض رأياً آخر في هذه الموسوعة ذاتها أو في غيرها، وأنه يستحق أن يثاب على اجتهاده - حتى ولو خطأ - وألا يدعى أحد أنه يحتكر الصواب، وأقصى ما يطمع فيه أن يكون رأيه أقرب إلى الصواب - وإن كان كأى رأى آخر يحتمل الخطأ - كما أن رأى غيره وإن كان خطأ في نظره إلا أنه يحتمل الصواب - وكلامها مجرد جهد علمي يشري الفقه، ويكتفى للمناقشة والجدل. والصواب هو ما يختاره الناس ويقتعنون به، ويلزمون أنفسهم السير على مقتضاه... فالقراء والباحثون هم الذين سيكون رأيهم مرجحاً لرأى دون آخر - وهذا الترجيح في ذاته هو اجتهاد عملي يحتمل الخطأ والصواب وسيكون لهم ولغيرهم أن يرجحوا غيره ويلتزموا به بسبب اختلاف ظروف الزمان والمكان. وميزة شريعتنا أنها اتسعت في الماضي وسوف تتسع في المستقبل لتنوع المذاهب واختلاف الآراء، لكي توسع أمم شعوب أمتنا وأفرادها وأسباب الترجح و المجال الاختيار بين الآراء التي يحتاجون إليها لمواجهة تغيرات الزمان والمكان وتطور الحضارة وغزو المجتمعات وتتنوع ظروفها... .

والله الموفق

(٢) مقدمة كتاب القاضي الفقيه "عبد القادر عوده"

الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهذا بعد ضلال، وفقهه بعد غسلة. والصلوة والسلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربنا إلى الناس كافة يشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً، ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة ... وبعد فهذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية-١- وفقني 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 العلماء إلا أخيراً ...
وسيري القارئ مصداق هذا القول بين دفتري هذا الكتاب، وأرجو ألا ينتهي من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما اعتقاده، وهو أن الشريعة الإسلامية هي شريعة كل زمان ومكان... .

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لننهضي لو لا أن هدانا الله-٢- .

» رب اشرح لي صدري ④ ويسري أمري ④ واحلل عقدة من لساني ④ يفهوا قولي ④ «

تعليقات السيد "إسماعيل الصدر"

الصدر ... تعليق "رقم -١- "لقد وفقني الله ④ وهذا من نعمه وفضله، للتعليق على هذا الكتاب الجليل لبيان رأي فقهاء "المذهب الجعفري" في المسائل الشرعية التي تذكر في الكتاب. وفي موارد الاختلاف بينهم ذكر الرأي السائد عندهم، وأشار إلى الرأي الراجح عندي وإن كان خلاف الرأي المشهور بينهم ... (البقية في الصفحة التالية - كمقدمة...) =

الصدر ... تعليق "رقم -٢- "الحمد لله أن وفقني إلى إظهار محاسن الشريعة، كما أشكروه ④ على أن وفقني لإظهار محاسن "الفقه الجعفري" وما يمتاز به بين آراء بقية المذاهب السنة "الأربعة" ..

الشواوى رأينا في "تعليق رقمي -١- و-٢- " : حرص السيد الصدر في أول تعليق له على تذكيرنا بـ"بدل عصمة الأئمة من آل البيت" ، ومنهم الإمام جعفر بن محمد الذي ينسب إليه المذهب الجعفري، وعبر عن ذلك بقوله: "إفهم علماء بحكم الله الواقعى، وقد أخذوا علمهم عن جدهم أمير المؤمنين" الذي أخذه بدوره "عن الرسول الأعظم ④" ...
ولا يعترف أهل السنة بالعصمة لغير الرسول، كما أنهم لا يعترفون بأن الروايات المنسوبة للأئمة من أهل البيت لها حكم السنة، ولا أنهم ورثوا العلم عن جدهم رسول الله، بل هو اجتهاد له احترامه عند الجميع ...
... "التعليق الشيعي رقم - ١ - " رأينا أن نجعل منه مقدمة للسيد الصدر فيما يلي :

(٣) تقديم "السيد الصدر" لتعليقاته (تتمة التعليق رقم ١ - ١)

قبل الشروع في التعليقة، أحب أن أني على أمر أرى من المناسب تبنيه القراء إليه، وهو أنه قد يتراءى من قولنا المذهب "المجعفري" وفقهاء "المذهب المجعفري" أن الإمام "جعفر بن محمد" (ع) مجتهد من المجتهدين، وأن "الشيعة المجعفية" يرجعون إليه في التقليد كما يرجع "الحنفية إلى أبي حنيفة"، وـ"الشافعية إلى محمد بن إدريس الشافعى"، وـ"المالكية إلى مالك بن أنس"، وـ"الخنابلة إلى أحمد بن حنبل". كما قد يتخيّل أن مجتهدي "الشيعة" إنما هم "مجتهدو مذهب"، فيجتهدون في فتاوى "جعفر بن محمد" عليه السلام كمجتهدي "المذهب الحنفي" إذ يجتهدون في فتاوى "أبي حنيفة". ولكن الصحيح أن الإمام "جعفر بن محمد" هو أحد الأئمة الاثنى عشر عند الشيعة الإمامية، ويعتقدون به كما يعتقدون بقية أئمتهم أنهم علماء بحكم الله الواقعى، وقد أخذوا العلم عن جدهم أمير المؤمنين (ع) عن الرسول الأعظم ﷺ. ولقد قال علي (ع): "علمني رسول الله ألف باب من العلم ينفتح لي من كل باب ألف باب" ...

وبعد معرفتهم (ع) بالأحكام الشرعية الواقعية، فلا يحتاجون إلى الاجتهاد وإلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلةها كما هو شأن المجتهدين، فلا خصوصية للإمام "جعفر بن محمد الصادق" عن بقية أئمة أهل البيت عليهم السلام، وإنما يناسب المذهب إليه (ع) دون سواه؛ لأنه روى عنه من الأحكام الشرعية أكثر مما روى عن بقية أئمة أهل البيت (ع)؛ لأنه أطوطهم عمراً، وكان الضغط السياسي عليه (ع) أقل مما كان على بقية أئمة أهل البيت؛ فلذا كثر الرواية عنه، وألفت عدة كتب فيما روى عنه من الأخبار، ولقد بقيت منها أربعينية كتاب عرفت بالأصول الأربعينية إلى القرنين الرابع والخامس الهجري، وقد جمعت في الكتب الأربع، وهي أشهر كتب الحديث عند الشيعة، وهي: "الكافى للشيخ محمد بن يعقوب الكليني" المتوفى سنة ٤٦٩هـ، وـ"التهذيب والاستبصار للشيخ أبي جعفر الطوسي" المتوفى سنة ٤٦٠هـ، ومن لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق محمد بن علي بن الحسين بن بابويه" المتوفى سنة ٣٨١هـ، فلهذا كله تسبّب الشيعة إلى الإمام "جعفر بن محمد الصادق" (ع) وقيل إنهم أتباع المذهب المجعفري ويقال لأحدّهم جعفري ...

أما مجتهدو الشيعة، فهم يستبطون الأحكام الشرعية من الأدلة المعتبرة عندهم، وهي الكتاب والسنة والعقل والإجماع، والروايات المروية عن أئمة أهل البيت (ع) هي عند علماء الشيعة بحكم السنة لما مر علينا قريراً من أنهم يتطقون عن لسان جدهم (ص) ويخبرون عن العلم الواقعى الذي أخذوه عن الله بواسطه جدهم الأعظم ﷺ ...

أما عوام "الشيعة" فهم يرجعون في التقليد إلى المجتهدين الذين يستبطون الحكم الشرعي من "الكتاب" وـ"السنة النبوية" وأخبار أئمة أهل البيت والعقل والإجماع ...

(٤) من مقدمة ناشر الطبعة الإيرانية العربية
المضاف لها تعليقات السيد "إسماعيل الصدر".
من وجهة نظر المذهب "الجعفري".

عودة الأمة إلى الإسلام تعتبرها عقبتان :
عقبة خارجية.. تمثل في قوى الاستكبار العالمي.. وعقبة داخلية.. تمثل في ظاهرتين:
ظاهرة الهزيمة الداخلية التي مُنِيَّ بها قطاع كبير من أبناء أمتنا أمام وهج الحضارة
الأوروبية وبريقها ...

وظاهرة تخلف الدراسات الإسلامية البناء عن مواكبة متطلبات عصرنا الراهن
وعن لغة الجليل المعاصر ...
انتصار الثورة الإسلامية في إيران يشكل عاملاً مهماً على طريق إزالة العقبتين عن
طريق الأمة الإسلامية ...

جاء نداء الإمام القائد في "ذى القعدة ١٤٠٢هـ" بشأن إلغاء كل القوانين غير
الإسلامية في المحاكم وإحلال القوانين الإسلامية في جميع أجهزة القضاء، ليشكل
خطوة حاسمة على طريق "الثورة الإسلامية" ...

وهذه الثورة القضائية صعدت من حاجة الدول الإسلامية إلى دراسات ودارسين
في القضاء الإسلامي. وإسهاماً منّا في سدّ جانب من هذه الحاجة، عزمنا "بإذن الله"
على إعادة طبع كتاب "التشريع الجنائي في الإسلام" الذي نفد من الأسواق ...
ونحن على ثقة بأن هذا الكتاب الذي ألفه مجاهد عالم هو الأستاذ المرحوم
"عبد القادر عوده" وعلق عليه المجاهد الفقيه المرحوم السيد "إسماعيل الصدر"، يستطيع
أن يسد جانباً مهماً من الفراغ في الدراسات القضائية الإسلامية، خاصة وأنه يضم بين
دفتيه وجهة نظر المذهب الإسلامي الخمسة بما فيها مدرسة أهل بيته رسول الله ﷺ ...

ومن الله نستمد العون والتوفيق ... إنه نعم المولى ونعم النصير

منشورات ... قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة ... مؤسسة البعثة طهران ذي الحجة ١٤٠٢ هجرية .

الشاوى قرار الإمام الخميني المشار إليه في هذه المقدمة قضى بتطبيق أحكام المذهب
الشيعي الجعفري بدلاً من قوانين الشاه الوضعية. ومع أن هذا الكتاب عرض فقه
المذاهب السنوية الأربع الكبرى، فقد أشار الناشر إلى أن السيد إسماعيل الصدر قد سارع
إلى إعادة نشر الكتاب والتعليق عليه من وجهة نظر المذهب الجعفري في شهر "ذى
الحجّة ١٤٠٢هـ"، ليكون شاملًا للمقارنة بين المذاهب الإسلامية الخمسة، ولسد حاجة
القضاء الإيراني الذي التزم تنفيذ هذا القرار في بداية العصر الجمهوري "ذى القعدة
١٤٠٢هـ"، مما يؤكّد الأهمية العملية لهذا الكتاب في التقرير بين المذاهب الإسلامية
المختلفة وتوجيهها نحو الوحدة الثقافية للأمة الكبرى.

(٥)

ذكريات

"الأستاذ إسماعيل عبيد"

ناشر الطبعة الأولى

من كتاب (التشريع الجنائي الإسلامي) للمرحوم الأستاذ "عبد القادر عوده"

* * *

المجلد الأول : طُبع للمرة الأولى بواسطة المؤلف سنة 1949م - في مطبعة الثقافة - بمحرم بك الإسكندرية.

ثم طُبع بواسطة دار العروبة "دار التراث حاليا" في سنة 1959م وذلك في مطبعة المدي - المؤسسة السعودية - القاهرة.
وتكررت طباعته حتى تاريخه.

واعتبرت كلها طبعة أولى، لأنه لم يدخل أي تعديل على الطبعة السابقة .

المجلد الثاني : تم التعاقد بين ورثة المؤلف والناشر (مكتبة دار العروبة) سنة 1960م - وتم استلام الأصول بخط المؤلف في كراسين ليس بما أي شطب أو تعديل، مما يدل على أنها كانت معدة للنشر، وتمت طباعة هذا المجلد في نفس العام (1960م) في مطابع دار الفكر بدمشق، وذلك لنقص في الورق آنذاك .

وتكررت طباعة هذا المجلد أيضا مع المجلد الأول لعدة مرات لا تقل عن عشر بواسطة دار العروبة، ومن بعدها دار التراث وذلك حتى تاريخه، واعتبرت كلها تكرارا للطبعة الأولى من الكتاب رغم أن عددها لا يقل عن عشر. وقد علمت أن بعض أولاد المرحوم "عبد القادر عوده" صرخ لبعض دور النشر في بيروت بطبع الكتاب، وطبع فعلا في الخارج عدة مرات.

كما اتصل بي أحد الأشخاص وطلب أن يصرح له بترجمة الكتاب إلى اللغة الإنجليزية فأحلته إلى ورثة المرحوم "عبد القادر عوده" وعلمت أنه اتفق معهم .

1- نظراً لضخامة المشروع وحرصنا على مساهمة كثيرة من زملائنا في أبحاثها - فقد بادرنا بنشر هذا الجزء الأول من الموسوعة - الذي يتضمن المقدمات وخصائص الشريعة مقارنة بالقوانين الوضعية والنظريات التشريعية العامة على جميع فروع الفقه في البنود (1-39) الواردة تحت عنوان تقديم وتوجيهه وكذلك القسم الأول من الكتاب الأول بعنوان ماهية الجريمة وأنواعها (البنود من 40-82) في المجلد الأول من كتاب التشريع الجنائي مضافاً إليها القسم الأول من الكتاب الأول - بشأن ماهية الجريمة وأقسامها ومتخصص الأجزاء التالية من هذه الموسوعة لموضوعات القسم العام - بقدر ما يعيننا الله - تاركين القسم الخاص من الموسوعة (المجلد الثاني من كتاب الشهيد عوده) لمن يتابعون هذا المشروع . *

2- وتسهيلاً لهمة الباحثين فقد جعلنا حاشيتنا في نهاية كل بند أو مجموعة بنود على أن تغطي بنجمة على يمين العنوان - وتكون أرقام البنود المشار إليها بالأرقام العربية (1-3-.....) حتى يطلع عليها القارئ بعد أن يقرأ البنود الأصلية - مع تعليقات الشيعة ورأينا عليها التي ستكون دائماً مع الأصل في صفحة واحدة - لارتباطها بالمواضيع المشار إليها في الطبعة الإيرانية .
كما أن لنا بحوثاً إضافية عبارة عن دراسة مع التعمق مكملة للحواشي - وجعلناها بخط مختلف عن الصلب والحواشي . *

3- سوف نقسم المجلد الأول من الموسوعة المستتمل على القسم العام إلى أجزاء أربعة وهي :-

- الجزء الأول : يضم المقدمات والتمهيد (البنود من 1 إلى 39 في الأصل) وكذلك البحث الإضافي عن أهمية الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا باليه البنود 40-82 بشأن ماهية الجريمة وأقسامها وحواشينا عليها وتغطي صفحاته بحرف (أ) .
- الجزء الثاني : الخاص بالركن المادي والشرعى للجريمة بنود 83 - 272 .
- الجزء الثالث : خاص بالركن الأدبي للجريمة بنود 273 - 436 .
- الجزء الرابع : خاص بالعقوبة بنود 437 - 537 .
وسيكون لكل من هذه الأجزاء الأربعة أرقامه حتى يمكن أن يضاف له في المستقبل ما يقدمه المشاركون فيها من حواش أو تعليقات أو آراء تحمل أرقاماً إضافية بحيث لا تخل بترتيب الأجزاء الأخرى .

تقديم و توجيه

عوده ١- موضع البحث ... هذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي-٣- مقارنا بالقوانين الوضعية، وعلى الأخص القانون المصري، تقوم على بحث المبادئ والنظريات العامة في الشريعة والقوانين، وبيان وجود الخلاف والوافق بينهما. وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائي، وأرجو أن يعينني الله حتى أتمه، وأن يوفقني بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدني.

٢- محتويات الجزء (المجلد) الأول ... وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائي العام، وسيكون الجزء (المجلد) الثاني شاملًا للقسم الجنائي الخاص ...

٣- سرى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي ... وسيرى القارئ أنى حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادئ والنظريات في كل موضوع جل أو هان. وقد أردت من هذا أن يكون القارئ على علم بأحكام الشريعة-٤- في كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية. كما أردت أن أقطع الطريق على من في قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاص في هذا الموضوع وترك ذاك ...

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية، لن أتبع القانون في أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة، ولن أقارن بين القانون في القرن السابع الميلادي وبين الشريعة التي أزلت على محمد ﷺ في أول هذا القرن، فإن القانون في هذه العهود لم يكن في مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية، ولكني أقارن حين أقارن بين القانون في عصرنا الحاضر وبين الشريعة. وحين أفعل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متتطور يسير حياثا نحو الكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال، وبين شريعة نزلت منذ ثلاثة عشر قرنا لم

الصدر تعليق "رقم -٣-" على وفق المذاهب الأربع التي يتبعها أهل السنة والجماعة، وقد تكفلنا في التعليقات لبيان رأي الفقه "الجعفري" ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٣-": ظاهر أن فقهاء المذهب الشيعي قد استفادوا كثيرا من كتابه وتولوا ترجمته ونشره عدة مرات باللغة الفارسية في إيران فضلا عن نشره باللغة العربية في طبعات متواتلة ...

الصدر تعليق "رقم -٤-" على وفق المذاهب الأربع السنوية، وقد أردت في التعليقة أن يطلع القارئ على رأي فقهاء المذهب الجعفري ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٤-" سوف نضيف رأينا في كل منها قدر المستطاع ...

عوده تَسْتَغْيِرُ وَلَمْ تَبْدُلْ فِيمَا مَضِيَّ، وَلَنْ تَسْتَغْيِرُ أَوْ تَبْدُلْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ؛ شَرِيعَةٌ تَأْبِي طَبَيْعَتِهَا التَّسْتَغْيِيرُ وَالتَّبْدِيلُ؛ لِأَنَّهَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ، وَلَا تَبْدِيلٌ لِكَلْمَاتِ اللَّهِ وَلِأَنَّهَا مِنْ صَنْعِ اللَّهِ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ، فَلَيْسَ مَا يَخْلُقُهُ فِي حَاجَةٍ إِلَى إِتقَانٍ مِنْ بَعْدِ خَلْقِهِ.

فَنَحْنُ إِذنَ حِينَ نَقَارُنَ إِنَّا نَقَارُنَ بَيْنَ أَحَدُثِ الْآرَاءِ وَالنَّظَرِيَّاتِ فِي الْقَانُونِ وَبَيْنَ أَقْدَمَهَا فِي الشَّرِيعَةِ، أَوْ نَحْنُ نَقَارُنَ بَيْنَ الْحَدِيثِ الْقَابِلِ لِلتَّغْيِيرِ وَالْتَّبْدِيلِ، وَبَيْنَ الْقَدِيمِ الْمُسْتَعْصِي عَلَى التَّغْيِيرِ وَالتَّبْدِيلِ. وَسَنَرِي وَنَلْمَسُ مِنْ هَذِهِ الْمَقَارِنَةِ أَنَّ الْقَدِيمَ الثَّابِتَ خَيْرٌ مِنَ الْحَدِيثِ الْمُتَغَيِّرِ وَأَنَّ الشَّرِيعَةَ عَلَى قَدْمَهَا أَجْلٌ مِنْ أَنْ تَقَارُنَ بِالْقَوَافِينَ الْوَضْعِيَّةِ الْحَدِيثَةِ، وَأَنَّ الْقَوَافِينَ الْوَضْعِيَّةَ بِالرَّغْمِ مَا انطَوَتْ عَلَيْهِ مِنْ الْآرَاءِ وَاسْتَحْدَثَتْ لَهَا مِنْ "الْمَبَادِئِ وَالنَّظَرِيَّاتِ" لَا تَرَالُ فِي مَسْتَوِيِّ أَدْنِي مِنْ مَسْتَوِيِّ الشَّرِيعَةِ.

وَلِيُعْجِبَ مِنْ شَاءَ كَمَا يَشَاءُ مِنْ هَذَا القَوْلِ، فَإِنَّ الْحَقَّ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ أَصْبَحَ غَيْرَ مَأْلُوفٍ بِحِيثِ يَعْجِبُ مِنْهُ أَكْثَرُ النَّاسِ، وَلَكِنَّ الْعَجَبَ لَنْ يَسْتَبَدْ بِمَنْ كَانَ لَهُ عَقْلٌ يَفْكَرُ وَيَقْدِرُ وَيَقْارُنَ وَيَوْازِنُ، وَيَمْيِزُ الْخَبِيثَ مِنَ الطَّيْبِ.

إِنَّ الْحَدِيثَ قَدْ يَكُونُ خَيْرًا مِنَ الْقَدِيمِ إِذَا قَوْرَنَ مَا صَنَعَهُ النَّاسُ قَدِيمًا بِمَا يَصْنَعُهُ النَّاسُ الْيَوْمَ، لَكِنَّ الْحَدِيثَ لَنْ يَتَهَيَّأْ لَهُ أَنْ يَصْلِي إِلَى مَسْتَوِيِّ "الْقَدِيمِ" إِذَا قَوْرَنَ مَا يَصْنَعُهُ النَّاسُ بِمَا صَنَعَهُ "رَبُّ النَّاسِ".

لَقَدْ صَنَعَ اللَّهُ مُوسَى وَعِيسَى وَمُحَمَّداً وَأَوْحَى إِلَيْهِمْ بِـ "الْتُّورَةِ" وَـ "الْإِنْجِيلِ" وَـ "الْقُرْآنِ"، فَهَلْ جَاءَ قَبْلَهُمْ أَوْ بَعْدَهُمْ مِنْ غَيْرِ الرَّسُولِ مِنْ يَصْحُ أَنْ يَوْضُعَ مَعْهُمْ فِي مَوْضِعِ الْمَقَارِنَةِ؟ وَهَلْ أَسْتَطَاعَ الْبَشَرُ أَنْ يَأْتِيَ بِمَثْلِ مَا أَتَوْا بِهِ؟ وَلَقَدْ صَنَعَ اللَّهُ السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ، وَسَخَرَ لَنَا الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ وَخَلَقَنَا مِعْشَرَ الْبَشَرِ، فَهَلْ يَحْسَنُ الْبَشَرُ أَنْ يَصْنَعُوا مِثْلَ هَذَا؟ إِنَّهُمْ لَا يَحْسَنُونَ أَنْ يَصْنَعُوهُ، بَلْ إِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَحْسَنُونَ أَنْ يَفْقَهُوهُ. وَإِذَا اسْتَسَاغَتْ عَقُولُ الْبَشَرِ أَنْ تَضُعَ مَا يَصْنَعُهُ مَخْلوقٌ فِي مَسْتَوِيِّ مَا يَصْنَعُهُ مَخْلوقٌ آخَرُ، فَإِنَّ هَذِهِ الْعُقُولُ لَا تَسْتَسْعِي بِأَيِّ حَالٍ أَنْ تَضُعَ مَا يَصْنَعُهُ الْمَخْلوقُ فِي مَسْتَوِيِّ مَا صَنَعَهُ الْخَالِقُ؛ لِأَنَّهَا تَدْرِكُ الْفَرْقَ بَيْنَ الصَّنَاعَتَيْنِ وَتَحْسُنُ الْمَدِيَ الْوَاسِعَ بَيْنَ الصَّانِعِينِ. وَلَا شَكَّ فِي أَنَّ الْعُقُولَ الَّتِي تَدْرِكُ هَذَا جَدِيرَةً بِأَنْ تَدْرِكَ الْفَرْقَ بَيْنَ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ وَهُوَ مِنْ صَنْعِ اللَّهِ وَبَيْنَ الْقَوَافِينَ الْوَضْعِيَّةِ وَهُوَ مِنْ صَنْعِ الْبَشَرِ، فَإِذَا عَجَزَتْ بَعْضُ الْعُقُولُ عَنْ إِدْرَاكِ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا فَأُولَئِي بِأَصْحَابِهَا أَلَا يَعْجِبُوْنَا مَا نَقُولُ، وَعَلَيْهِمْ أَنْ يَعْجِبُوْنَا مِنْ أَنفُسِهِمْ كَيْفَ لَا يَدْرِكُوْنَا الْوَاقِعُ الْمَحْسُوسُ وَكَيْفَ لَا يَفْهَمُوْنَا الْأُولَائيَّاتِ وَالْبَدَائِيَّاتِ؟!

١-٣- الشريعة بالمعنى الضيق هي الكتاب والسنة لكن المعنى العام يشمل الفقه المتجدد متعدد المذاهب والأراء :

يظهر للقارئ العادى من أول وهلة أن مؤلف الكتاب هدفه الدفاع عن الشريعة فيما يتعلق بالقسم الجنائى فيها - فهو يعنى بالرد على من يدعون أنها لم تعد صالحة للتطبيق في العصر الحاضر - وأنه يتلزم خط الدفاع عن الشريعة والفقه بصورة مقنعة وناجحة أبرز فيها قدرته على تقديم الأدلة على سمو الشريعة وكماها وخاصة في القسم الجنائى منها - الذى عده "مظلوماً" و "مجهولاً" كل الجهل.

وقد اختار لهذا الدفاع طريق الموازنة بينها وبين القانون المصرى الذى كان في نظره غواصاً للقوانين الوضعية التي يدعى كثيرون أنها أكثر ملاءمة للمجتمع في العصر الحديث وألها توافق بأنها (عصيرية).

في مقدمته التمهيدية جعل أهم موضوعاتها هو "بيان خصائص الشريعة" "بالمعنى الضيق الذي يقصد به الكتاب والسنة" من حيث الكمال والثبات (الذى يميزها عن الفقه) وذلك عن طريق مقارنتها بالقانون الوضعي وبخاصة القانون المصرى.

إنه كان يأمل أن يواصل بحثه بدراسة القسم المدنى في الفقه دراسة مقارنة.

ونعتقد أن "السننورى" قد قام بذلك في كتابه الشهير "مصادر الحق في الفقه الإسلامي"، وهو التعبير الفقهي عن نظرية الالتزامات التي هي القسم العام في القانون المدنى، وقد نشر بعد هذا الكتاب بعشرين سنة.

أملى أن أتم تقييم المجلد الأول الذى خصصه لباحث القسم الجنائى العام ليكون الطبعة الثانية بعد مرور خمسين عاماً على الطبعة الأولى، وأرجو أن يتولى من هم أقدر مني مهمة دراسة المجلد الثانى عن "القسم الخاص".

لكى تكون الموازنة واضحة، فإنه لا بد أن أشير إلى التمييز بين الشريعة والفقه، وذلك لكى تسهل المقارنة بين الشريعة (بعناتها الضيق) وبين القوانين الوضعية العصرية.

في أول صفحة في كتابه يعلن أن الشريعة، "من صنع الله" وهو بذلك يشير إلى نصوص الكتاب والسنة، التي نعبر عنها "الشريعة" بعناتها الضيق، لأن هذه النصوص المتساوية هي جوهرها وأصولها ومنابعها. وهو يصفها بأنها "نزلت منذ ثلاثة عشر قرناً - لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل في المستقبل، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبدل، لأنها من عند الله، ولا تبديل لكلمات الله".

 الشرعية بالمعنى الضيق هي نصوص الكتاب والسنة التي اكتملت ولا تتقبل الإضافة
أو التغير أو التبديل وهي الأصل الثابت للفقه الإسلامي الذي هو جزء منها بمعناها
الواسع العام :

وهو يميز الشريعة بذلك عن الفقه الذي جاء بعد ذلك، وما زال قابلاً لأن ينمو ويتجدد ويتطور ويتنوع ويتعدد، حتى إنه عقب ذلك مباشرة في البند (٥) يشير إلى أنه لم يعتمد في بحثه على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين، وإنما جعل عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة (المالكي والحنفي والشافعى والحنفى) وأنه اجتهد في أن يبين أساس الخلاف بين هذه المذاهب، إن كان ثمة خلاف .
بل يضيف أنه كان بوده أن يدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب "الشيعة والخوارج والظاهرية" لكن ظروفه ووقعه قصرت به عما يريد .

لا شك في أن كل مذهب من المذاهب الفقهية التي أشار إليها يبدأ كل منها بمؤسس المذهب، ولكنه لا يقف عند ذلك، بل ترداد ثروته الفقهية وتمدد كلما تعددت المؤلفات من علماء المذهب، سواء منهم من بلغ مرتبة الاجتهاد في المذهب، ومن وقف عند حدود الاستبطاط على ضوء ما قدمه أسلافه. وإن المستقبل كفيل بنمو فقهاً أكثر من ذلك بما يقدمه علماؤنا وباحثونا في الحاضر والمستقبل من آراء مستحدثة أو مذاهب جديدة لمواجهة ما يستجد من أحداث وقضايا يحكم تطور المجتمعات وما يترتب عليه من زيادة حاجتها إلى أحكام فقهية تواجه بها ما يستجد من مشاكلات ومسائل، أى أن الفقه كفيل بتجديد الأحكام وزيادتها وتطويرها وإعادة صياغتها بما يتاسب مع المجتمعات واحتياجاتها المتعددة .

معنى ذلك أنه هنا يحصر المقارنة بين القانون الوضعي الذي وصفه بأنه (متغير مستطور)، وبين شريعة نصوص (نزلت) من ثلاثة عشر قرناً، وهي مصادر شريعتنا ومنابعها وأصولها لم تتغير ولم تبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تبدل في المستقبل .

يريد بهذا أن شريعتنا تميز بأن لها منابع إلهية وأصولاً مقدسة هي الكتاب والسنّة اللذان يتصفان بهذه الصفات، في حين أن ما يسمى بالقوانين الوضعية هي في مهـب رياح الواقع المتغير، الذي لا يستقر وليس له أصل ثابت ولا مستقر، فهو يغير بتغير الواقع المجتمعات وما يطرأ عليها من موجات الانقلاب بلا ضابط ولا حصانة ولا أصل ثابت يدفعها للسمو بالمجتمعات نحو مثل عليا خالدة .

وبذلك تميز الشريعة بأن أصلها ثابت؛ لأنـه من صنع الله الذي أتقن كل شيء وسـنـرى في البند التالي أن فرعـها في السمـاء، وهذا الفرع الذي يرتفـع وينـمو هو ما نسمـيه الفـقـهـ الذي توفرـ مـذاـهـبـهـ المتـعـدـدـةـ لـشـرـيعـتـناـ مـزاـيـاـ التـجـدـيدـ وـالـطـورـ وـيـعـكـهاـ منـ مـواـجـهـةـ تـغـيـرـاتـ الـجـمـعـاتـ بماـ يـسـتـبـطـهـ منـ أـحـكـامـ تـتـلـاعـمـ معـ ظـرـوفـ الزـمـانـ وـالـمـكـانـ. فلاـ يـتـعـجلـ القـارـئـ وـيـظـنـ أـنـهـ يـصـفـ الشـرـيعـةـ بـالـجـمـودـ الـذـيـ يـمـنـعـ أـحـكـامـهاـ منـ التـجـدـدـ وـالـنـمـوـ الـذـيـ تـسـتـلـزـمـ طـبـيـعـةـ الـجـمـعـاتـ إـلـىـ يـوـمـ الدـينـ .

٤- المذاهب الشرعية القارن بها ... وسيرى القارئ أي لم أعتمد في المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين، وإنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهي : "المذهب المالكي"، و"المذهب الحنفي"، و"المذهب الشافعي"، و"المذهب الحنفيي"، فيبيت أحکام كل مذهب من هذه المذاهب في كل موضوع طرقته واجتهدت في أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف، ليكون القارئ ملماً باتجاه كل مذهب وسنه

٥- علة الانتصار على المذاهب الأربعة وكان بودي أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب الشيعة-٥- والخوارج والظاهرية، ولكن ظروفي ووسائلي ووقي قصرت بي عن بلوغ ما أريد، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقرر عمله في الريف دائماً حيث تقل المكتبات والكتب أو تعتمد، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسي في اقتناء الكثير الذي لا أجده وقنعت باستعارة القليل الذي أجده، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلي في هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون * ...

وكان الوقت أعظم مشكلاتي، فعملي الرسمي يأخذ مني كل أوقات فراغي تقريباً ولو لا أي خصصت أوقات راحتي اليومية، وأيام عطلتي السنوية للدراسة والاطلاع، لما تغلبت على هذه المشكلة

وقد كان هذا كله سبباً في أن أقصر دراستي على هذه المذاهب الأربعة، وأن أترك ماعداها من المذاهب المشهورة-٦- ولعلي أتدارك ما فاتني في طبعة مقبلة إن شاء الله.

الصدر تعليق ... "رقم -٥-" وتعليقنا هذه تحقق أمل المصنف، وتبين آراء فقهاء المذهب
الجعفري الشيعي ...

الصدر تعليق ... "رقم -٦-" وقد تكفلت هذه التعليقة لأشهر تلك المذاهب، وهو المذهب
الجعفري الشيعي

الشافي ...رأينا في "تعليق رقمي -٥-،-٦-" أشار السيد الصدر إلى أن مذهبة (الجعفري)
هو أشهر مذاهب الشيعة، وهذا صحيح من حيث عدد فقهائه وأئمته وعلمائه وكتبه،
وكذلك من حيث عدد أتباعه والمترzin به في إيران وباكستان والخليج ولبنان وغيرها ...
ويسمى أيضاً مذهب "الإثنى عشرية" أو "الإمامية" بسبب تمسكهم بعدم عصمة "الأئمة الإثنى عشر".

* تراجع ترجمة الشهيد عوده في خاتمة الكتاب

٤-٥_ الفقه جزء من الشريعة بمعناها العام الواسع وقد اعتمد في المقارنة على

المذاهب السنوية الكبرى الأربع - وأضاف لها السيد الصدر المذهب الجعفري :

الفقه هو علم الشريعة الذي يفتح الباب للاجتهدان البشري والتجديد ويقبل التعدد في المذاهب والآراء والاختلاف بينها والتوسيع فيها .

إنه يشير إليه في بعض الأحيان بما يفهم منه أنه يُعَدُّ الشريعة؛ لأنَّ جزء منها بمعناها العام الواسع، بسبب التزايد المتزايد عنها الإلهية ونحوها الثابتة التي لا تقبل التغيير والتبدل، وهذا هو الذي يميز الفقه الإسلامي كجزء من "الشريعة بمعناها العام" كما يسمى بالقوانين "الوضعية" التي لا تلتزم بالكتاب والسنة .

إن الشريعة الإسلامية تتميز عن "القوانين العصرية" بأنَّها تتكون من عنصرين:

- أولهما وأهمهما هو مجموعة النصوص القطعية وتكون الشريعة بمعناها الضيق .

- ثانيهما هو ما يستتبهه الإجتهد أو الإجماع البشري من مبادئ ونظريات وأحكام تكون الفقه الذي يُفرِّي الشريعة وينميتها بعدها متعددة وأحكام متعددة ونظريات وقواعد مستمددة ومستبطة من المصادر الثابتة الخالدة .

إن الستزام الفقه الشرعي بالمبادئ الثابتة التي تضمنها القرآن الكريم والسنّة النبوية يميزه عن القوانين الوضعية، ويجب في نظرنا أن يتلزم بهذه المبادئ حقاً ولو وضع هذا الفقه الشرعي في صورة تفاصيل وعرض بالصورة العصرية المقنة التي توصلت إليها القوانين الوضعية، وهذا يجعله جزءاً من فقه الشريعة ويكتسبه جميع خصائصها المميزة لها، لهذا فإننا نرى التأكيد على وجوب التفرقة بين القوانين الوضعية من جهة، والتقنيات الشرعية التي هي إحدى الصور العصرية للفقه الإسلامي في مجتمعاتنا الحديثة في الحاضر والمستقبل من جهة أخرى .

إن تعدد المذاهب في الفقه الإسلامي والفارق الدقيق بينها، برغم اتساعها واندماجها كلها في الشريعة بالمعنى الواسع وعددها جزءاً منها، هو من الخصائص المميزة لشريعتنا، والذي يزيدتها خصوبة وثراء ومرونة .

وهو يعترف بأنه قصر بحثه على أربعة مذاهب فقط، وأن كل مذهب تحتاج دراسته إلى الاطلاع على عدة كتب مختلفة، فكيف إذا توسيع في بحثه إلى جميع المذاهب الفقهية المشهورة - وماذا يصير إليه الحال لو استحدثنا في المستقبل نظريات ومذاهب تجديدية، وقد قال إنه وجد في دراسته صعوبات كثيرة - فإن الصعوبات سوف تزداد في المستقبل.

تعدد المذاهب في الفقه ثروة تعزز بها الشريعة في الماضي والمستقبل :

إن تعدد المذاهب واختلاف الآراء في الفقه هو من خصائص الشريعة التي تكسبها حيوية ومرونة واتساعا لا يمكن أن تصل إليه "القوانين الوضعية" التي تكون عادة في صورة نصوص جامدة تصدرها الدولة وتلزم الجميع بها.

أشار فقيهنا إلى رغبته في توسيع نطاق دراسته إلى المذاهب المشهورة الأخرى التي ذكر في مقدمتها مذهب الشيعة وحال دون ذلك استشهاده المبكر .

لكن فقهاء المذهب الشيعي قد استفادوا كثيرا من كتابه وتولوا ترجمته ونشره عدة مرات باللغة الفارسية في إيران فضلا عن نشره باللغة العربية، وأضاف بعض فقهائهم تعليقات عليها لمقارنة أحكام مذهبهم بما أورده المؤلف عن المذاهب السنية الأربعية .

وقد اطلعنا أخيرا على الطبعة الإيرانية العربية الثانية لهذا الكتاب نشرها في طهران قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة - في عام 1402 هـ - وأشار في عنوان الكتاب إلى أنه شامل للمذاهب الخمسة - بعد أن أضاف المعلق إلى ما كتبه شهيدنا تعليقات تبين آراءه المستمدة من أقوال الفقهاء في مذهب الشيعة "الجعفرية" وأشار إلى أن الذي كتبها هو "المجتهد المجاهد حجة الإسلام والمسلمين المرحوم السيد إسماعيل الصدر"⁽¹⁾ .

⁽¹⁾ قال إن تعليقاته "تحقق أمل المصنف (عوده)"، ونأمل أن يقيض الله لهذا الكتاب من يضيف إليه تعليقات مستمدبة من مذهب الظاهرية - لابن حزم وأمثاله - وغيره من المذاهب المشهورة الأخرى التي أشار لها مؤلفه .

٦- لغة البحث ...

و لم أشأ أن أكتب باللغة التي يكتب بها فقهاء الشريعة؛ لأن دون شك أعجز من أن أجاريهم في أسلوبهم الدقيق العميق؛ ولأن القارئ العادي يعجز عن فهم هذا الأسلوب. وفضلت أن أكتب باللغة التي يكتبها ويفهمها رجال القانون الآن، مكتفياً بإبقاء المصطلحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها في اصطلاحنا القانوني. ولكني لم أهمل الإشارة إلى المراجع التي استندت إليها أو أخذت عنها.

وقد دفعني لسلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارئ ما أكتب دون حاجة إلى تعمق في الفهم أو كد للذهن، ولعلني بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها، بل لعلي أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابي هذا، فمما لا شك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة . ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرن على قراءتها، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية. وهذه صفات لا تتوافر غالباً فيمن درسوا دراسة مدنية ...

على أي مهما حاولت أن ألتزم أساليبنا القانونية، فإنني أعلم أي عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية، ولعل مصاحبي الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثراً في لغتي وأسلوبي وهو أثر أرجو أن يفيد القارئ، وأن يقربه مرحلة من فهم كتب الشريعة ...

٧- الفقراء والشارع ... وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة، وأن أخصص لفظ الشراح لعلماء القانون، وأحب الآن أن أنه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللغظين غير مميز على القارئ لم يشتبه عليه الأمر. وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله، ففي الشريعة يسمون العالم في الغالب فقيها، وفي القوانين يسمون العالم في الغالب شارحا . والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساساً للاسم الذي غالب عليه. فالعالم في الشريعة يشرح النصوص وهي قليلة ويستنبط القواعد والمبادئ والنظريات التي تترتب على هذه النصوص، ويرتبط على أساسها الأحكام، فأكثر عمله فقه وأقله شرح، ومن ثم غالب 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 يعنيه 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 . ويووجهه إلى الشرح، ومن ثم غالب عليه لفظ الشارح .

٦، ٧ المصطلحات العصرية والفرق بين الفقهاء والشراح :

في المقارنة بين نظامين تشريعيين يختلف كل منهما عن الآخر في مصطلحاته، لابد من مواجهة الاختلاف بين لغة المصطلحات في كل منهما. وقد اختار فقيهنا أن يعلن في بداية بحثه أنه لا يلتزم باللغة التي سار عليها فقهاؤنا في كتب التراث، وفضل أن يكتب بلغة القوانين المعاصرة .

وعلى ذلك بأمررين :

أو هما : أنه عجز عن أن يجارى فقهاء الشريعة "في أسلوبهم الدقيق العميق"، وعذر أنه درس القوانين الوضعية قبل أن يقتسم مجال دراسة الفقه والاطلاع على كتب التراث.

أما الأمر الثاني : فهو قوله "إن القارئ العادى - المعاصر - قد يصعب عليه دراسة كتب الفقه الإسلامى دراسة كافية " .

ونحن نعد ذلك الاختيار من ملامح التجديد في هذه الدراسة، إلا أنها سببى بعض التحفظات إزاء استعماله بعض المصطلحات الوضعية مثل : "السلطة التشريعية" و"رئيس الدولة" بل و"العقوبة الجنائية" في بعض الأحوال .

* * *

احسن الفقيه الشهيد عوده بالإشارة إلى التفرقة بين مهمة الفقه الوضعي العصرى ومهمة الفقه الإسلامى التي هي أوسع وأهم لأنها تشمل استنباط الأحكام الفرعية والمبادئ العامة، بل والنظريات من المصادر الإلهية عن طريق الاجتهاد .

* * *

لقد نبه في مقدمته إلى أن فقهنا له دور تشريعى يتتجاوز دور فقه القانون الوضعي المعاصر لأنه يقوم باستنباط الأحكام والقواعد ويلزمه لذلك أن يقدم المبادئ والأصول والنظريات، ولا يكتفى بشرح النصوص كما هو الأصل في كثير من أبحاث فقهاء القانون الوضعي العصرى، الذى يصر على تسميتهم "بالشراح" ليميزهم عن "فقهاء" الشريعة⁽¹⁾.

(1) بند ٧- وهو يشير إلى أن شراح القوانين يستبطون من حين لآخر مبدأ جديداً أو نظرية حديثة - إلا أن شرح النصوص هو أكثر عملهم .

عوده

٨ـ لذا بدأت بالقسم الجنائي ... ولقد بدأت بالقسم الجنائي؛ لأن القسم المنبود المظلوم في الشريعة. فنحن معاشر القانونيين لاندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية وما عدا ذلك فهو مهملاً إهمالاً يكاد يكون تاماً، وبخاصة القسمان المدني والجنائي. وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لا بد منها؛ وهي أنا نجهل أحكام هذين القسمين جهلاً فاضحاً، ولكننا بالرغم من ذلك نعرف بأن الشريعة بلغت في المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذي بلغته القوانين الوضعية ... وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجوه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجردين في قليل من الموضع المدنية؛ لأن نصوص القانون المدني التي تحكم هذه الموضع أخذت عن الشريعة الإسلامية، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطي فكرة لا يأس بها عن الشريعة. كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجوه آخر أن المرحوم "محمد قدرى باشا" سهل بكتابه "مرشد الحيران" المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب "أبي حنيفة" وبين القوانين الوضعية حيث نظم أحكام المذهب "الحنفى" في المسائل المدنية في مواد وأبواب متالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصرى، فممكن (رحمه الله) بعمله هذا لكل من يطلع على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الاختلاف والاختلاف، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي في الغالب إلى نتائج صحيحة مadam المطلع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التي قامت عليها الأحكام الشرعية ومadam 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 فسيعجزه أن يجد لها أساساً سوى الجهل، وسيدهشه أن يعلم أنها تحكم على القسم الجنائي في الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجهل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية محملة ومفصلة ...

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكذوبة الكبرى، وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلم بها من أولي العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع، وإنكار الحقائق، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة، ومن

عوده

أراد أن يعرف مدى خطأ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ أو كل قاعدة وكل نظرية في الشريعة الإسلامية تنادي بخطأ هذه العقيدة وبعدها عن الصواب .

وقد رأيت من الواجب عليّ، بعد أن تبين لي ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئةطالمة، وأن أبدأ بالكتابة في القسم الجنائي الذي نبذناه دون حق، وجهلناه دون عذر؛ لأعْرِف الناس بهذا القسم على حقيقته؛ ولأبين لهم أن الشريعة تتغُّرق على القوانين الوضعية تغُّرقاً عظيماً في المسائل الجنائية عامة، وأن القسم الجنائي في الشريعة صالح كل الصلاحية للتطبيق في عصرنا الحالي، وفي "المستقبل" كما كان صالحًا كل الصلاحية في الماضي ...

٨ - الفقه الجنائي مظلوم ... مهملاً ... مجهولاً :

الفقهاء القانونيون كما قال يشرحون نصوص القوانين الوضعية، لكن كثيراً من علمائنا المتأخرين كان أغلبهم يكتفى بشرح كتابات أسلافهم بحججة الالتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه دون التطلع إلى الأصول العامة الجامعة التي هي المنبع الذي بني عليه الأئمة آرائهم واجتهاداتهم ومذاهبهم، والتي تحكمهم من عرض الأصول والنظريات العامة، ولذلك فإن الشهيد عوده يعد من الرواد القلائل الذين يقدرون الدراسات الفقهية المعاصرة في طريق الاستعارة بالنظريات العامة التي تسهل الاجتهد والتجديد العصري في مجال التشريع الجنائي بصورة مستحدثة .

إنه اختيار أن يبدأ بدراسة التشريع الجنائي؛ لأن جهور رجال القانون ذوي الثقافة العصرية أصبحوا يظلون خطأ أنه بعيد عن مفاهيم عصرنا؛ لأنهم لم يدرسوا بالأسلوب العصري، وأقصر بحثهم في الفقه الإسلامي على الأحوال الشخصية التي بقيت الشرعية فيها نافذة. ثم إن شراح القوانين الوضعية التي يدرسونها توهمهم أن كل ما يخالف اتجاهاتها أو نظمها يكون مت الخلف، ولا يصلح للتطبيق في عصرنا، طالما أنه لا يعرض لهم في صورة تقنيات عصرية. وهذا أثني على تقنيات قدرى باشا، كما أثني السنهورى عليه بقوله^(١): "نقصد بالفقهاء المحدثين الذين كتبوا في الفقه الإسلامي في عصرنا هذا وبسطوا مسائله في لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقربوها إلى أذهان الدارسين، وهي مدرسة تنتظم طائفه من رجال الفقه أدوا إلى الفقه الإسلامي خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث؛ ولعلنا لا نخطئ إذا اعتبرنا المغفور له "محمد قدرى باشا" زعيم هذه المدرسة أو هو رائدتها الأول .

ونلاحظ أن تقنيات قدرى باشا كانت خاصة بالسائل المدنية فيما يخص الأوقاف والأحوال الشخصية. وقبلها، كانت مجلة الأحكام العدلية التي أصدرها الدولة العثمانية، ولم يشر إليها لأنها لم تطبق في مصر، لكنها طبقت في الدولة العثمانية بما فيها الأقطار العربية التي كانت خاضعة لها مثل العراق والأردن وسوريا والكويت، بل بقيت نافذة في تلك الأقطار بعد سقوط الخلافة زمناً طويلاً، وقد أشاد بها السنهورى لأنه درسها عند إعداد التقنين العراقي، وعدها أهم مصادره .

^(١) تراجع مقدمة د / السنهورى لكتابه الشهير عن "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" (ص 12).

وهذا الكتاب مهد الطريق للتقنيات الفقهية الجنائية فيما بعد. إن الشهيد كان نموذجاً جليل من المفكرين الإسلاميين الذين تصدوا للدفاع عن الشريعة ضد من يশهرون بها أو يعترضون على المطالبين بالالتزام بها، وهو يعرف أن من مقتضيات الدفاع المبادرة إلى تقديم آراء مستحدثة وقواعد مستنبطه تدخل في نطاق التجديد والاجتئاد. ولقد أبلى هذا الجيل بلاءً حسناً في هذا الدفاع، ونجحوا إلى حد كبير في التصدى للهجوم بما قدموه من آراء وأفكار تُعدُّ في نظرنا اجتهادات عصرية.

إننا نعتقد أن جهود المدافعين عن الشريعة قد ساهمت إلى حد كبير في الصحوة الإسلامية المعاصرة التي أدت إلى جعل تطبيق الشريعة مطلباً شعرياً يحوز تأييداً إجماعياً في العالم العربي والإسلامي إلى حد كبير، ونرى أن هذه الصحوة توجب على من يؤمنون بالالتزام بالشريعة أن يبدعوا مرحلة جديدة يواجهون فيها ما يفرضه هذا التطبيق العملي من اجتهادات تسهيل التطبيق الفوري والاستجابة لمتطلبات المشاكلات العصرية التي لم يواجهاها الفقه الإسلامي في عصوره الراهنة.

صحيح أن العالم أصبح يعترف بعظمة الحضارة الإسلامية التي أنارت مجتمعاتنا وجعلتها تسود العالم في فترة كان العالم كله يتختبط في ظلمات ما يسمى بالعصور الوسطى، لكن ذلك لا يمنع من الإقرار بأن مجتمعاتنا المعاصرة تواجه مطالب ومشاكلات مستحدثة لم تعرفها أمتنا في العصور الماضية، وهذه المطالب تفرض على من يؤمنون بسمو الشريعة وكماها أن يتبعوا ما بدأه أسلافهم من استنباط الاجتهادات التي يواجهون بها هذه المطالب والمشاكلات في المجتمعات المعاصرة، وفي مستقبل العلاقات والنظم الاجتماعية في المجتمعات الإنسانية، وقد تصدى الشهيد "عوده" وجيله لهذه المهمة.

عوده ٩ - كيف دُفعت لدراسة الشريعة ؟ وأعترف للقارئ أنني لم أبدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا في سنة ١٩٤٤م، وأنني لم أكن قبل ذلك مشغوفاً بقراءة كتب الفقه. ولكنني كنت مشغوفاً بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام، وكتب التاريخ الإسلامي لا ت تعرض 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 في الرجل الفني روح المقارنة والمقابلة. وقد أدهشتني أنني لم أجده قضاء أو حكماً أو تشريعاً إسلامياً إلا روعيت فيه المبادئ والنظريات الجنائية الحديثة التي قيل لنا في المدارس: إنها من ابتداع القوانين الوضعية، وإن العالم لم يعرفها إلا في القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية، فحملني هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائي في الشريعة دراسة منتظمة. وقد خرجت من دراستي بأن العيب الوحيد في هذا القسم هو أن الناس يجهلونه كل الجهل، وأنه فيما عدا ذلك خير من أي قانون وضع على وجه الأرض، بل هو المثل الأعلى الذي يجب أن يأخذ به ويحتذيه كل مشروع وضع في أي بلد إسلامي أو غير إسلامي ...

٩ - عشر سنوات قضاها الشهيد في إعداد كتابه :

إن إشارته إلى أنه بدأ في دراسة فقه الشريعة في عام 1944 معناها أنه قضى في إعداد كتابه عشر سنوات، حيث إن استشهاده كان في عام 1955 واعتقاله بدأ في عام 1954. وقد بين لنا أنه بدأ بالقسم الجنائي في الفقه لأن جهور رجال القانون يظلون خطأ أنه لا يتفق مع عصرنا مجرد أنه مختلف عن الأسلوب المتبع في القوانين الوضعية التي درسوها وتعلموها ويلتزمون بتطبيقها في كثير من البلاد.

وقد يظن البعض أنه لم يحاول أن يقدم اجتهادات أو مبادرات مستحدثة في مجال الفقه الإسلامي تُعدُّ تجديداً قد يحتاج إليه من يبدعون فعلاً في تطبيق أحكام الشريعة في العصر الحاضر؛ ولذلك سنبذل جهودنا لإبراز ملامح التجديد في دراسته، التي نرى أنها كانت مرحلة لا بد منها، أولاً لتسهيل مهمة الاجتهداد عندما يتقرر مبدأ الالتزام بالشريعة وصلاحيتها للتنفيذ الفوري الشامل الذي يدعو إليه، وتتضمن أحکامها تسهيل مهمة القاضي المقلد في تطبيقها، ومهمة الفرد العادي في العلم الكاف بها.

إن كتاب "عبد القادر عوده" قد فتح لنا طريق الاجتهداد في فقهنا الجنائي ومهد أساليبه أمام علماء الفقه والقانون الذين يتصدون لتطبيق أحكام التشريع الجنائي الإسلامي في مجتمعاتنا التي حرمـت من ذلك زمنا طويلاً. وبرغم أنه لم يتباه أو يتفاخر مطلقاً بأنه اقتحم ميدان الاجتهداد في الفقه الإسلامي، فإنـا سنرى في دراساتنا أنه قدم لنا اجتهادات لا بد من إبرازها وتقييمها للاستفادة بها في مواصلة الاجتهداد في هذه المرحلة الجديدة، مرحلة التطبيق الفعلى للفقه الإسلامي والالتزام بشرعيتنا الغراء. وقد لاحظنا أن السيد "إسماعيل الصدر" قد أشار إلى نشره هذا الكتاب لسد حاجة القضاء الإيراني الذي التزم بإحلال القوانين الإسلامية في جميع أجهزة القضاء .

عوده

١٠ - حاجة الكتب الشرعية إلى تزبيب ... ولقد أتعتني دراسة القسم الجنائي، حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئاً يذكر من علم الأصول، ولا المصطلحات الفقهية. وزاد الدراسة تعباً أين لم أتعود قراءة كتب الفقه، وأن هذه الكتب ليست مفهرسة، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها في الحال، بل عليه أن يقرأ باباً وأبوايا حتى يعثر على ما يريد خصوصاً إذا لم يكن له من يرشده. وقد يناس الباحث من العثور على ما يريد. ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة في مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه ..
ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد في الترتيب والتاليف . فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر، وما يدخل في باب معين في 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 والمتuron ...

ولاشك في أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجيدة بذاتها ؛ لأنني كنت أدرس بدلاً من الكتاب الواحد أربعة كتب، ولكن هذه الدراسة أفادتني في الواقع فائدة كبيرة إذ سهلت لي فهم مختلف النظريات، وفهم الأسس التي بني عليها كل فقيه نظريته، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية ...

وأعترف أني عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لي خطأها في القراءة الثانية، ومن ثم فقد قرأتها مثنتي وثلاث ورباع، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقاً ولا أكاد أصحح خطأ. ولقد جلني على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أني كنت أدرس المذاهب الأربع، وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين في كل مذهب. وساعدت على هذا أني لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة، ثم صرت أحصل تباعاً على غيرها مما هو أكثر توسيعاً منها. على أني مع هذا لا أعتقد أني سلمت من الواقع في الخطأ، فما أنا إلا إنسان غير معصوم بذلك جهده في تجنب الخطأ، وإن لأرجو من يعثر على خطأ أن يصرني به مشكوراً لأتجبه في المستقبل.

وحين لمست المجهود الذي يجب على رجل القانون أن يبذله لليم بأحكام الشريعة، ورأيت النتائج الباهرة التي وصلت إليها، واكتشفت الأخطاء المضحكة المبكية التي وقعنا فيها، شعرت بأن عليّ واجباً عاجلاً 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 يألفونها، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة، وأن أنشر على الناس الحقائق التي حجبها الجهل عنا زماناً طويلاً.

10 - صعوبة الرجوع إلى كتب الفقه :

اعترف (فقيهنا) بصعوبة الرجوع إلى كتب الفقه للأسباب التي عرضها ثم يقول : "ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة، وهم في كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون عليه، خصوصاً في الكتب المختصرة والمتون". كل ذلك يؤكّد أهمية الدور الذي قام به والجهد الكبير الذي بذله في عرض الأحكام الشرعية في صورة مقارنة مع القوانين الوضعية تسهل مهمة الفقهاء في جيلنا وفي أجيال المستقبل، وتقنّهم من استخدام أساليب الفقه المستحدثة في عصرهم لعرض النظريات والمبادئ والأحكام في فقهنا بصورة تسهل على الباحثين في الحاضر والمستقبل دراسة الفقه وتجديده بل واجتهداد في استنباط الأحكام المستحدثة . ونشير هنا إلى قول (الستهوري) عن الطريقة العلمية لدراسة الفقه الإسلامي في نظره - حيث قال :

"إذا كنا سنجري في بحثنا على أساليب الفقه الغربي، فإن المصادر التي سنستند إليها هي المصادر الإسلامية، بل هي المصادر الأولى في الفقه الإسلامي"^(١) . ومعنى ذلك أن بداية التجديد تكون في استخدام الأساليب المستحدثة مع الالتزام بالمصادر والأصول الإسلامية، وهي التي تيز تقنيات فقها عن "القوانين الوضعية" ، ولذلك نصر على عدم استعمال تسمية القوانين المستمدّة من الشريعة التي جرى عليها كثير من الباحثين ومنهم الستهوري نفسه .

^(١) تراجع مقدمة كتابه القيم عن "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" ، المقدمة ص 2.

عادة

كتب القانون، وقد تعمدت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقوهم، حتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألفهم فيقدموا على قراءته متشوقين، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدونه في الخل الذي أفسدوا ...

وقد شجعني 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 كلما 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 ونزولا على حكم التطور في التأليف والترتيب . وقد اقتضي هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير، أو بغير آخر كل ما كتب عن الجرائم، ثم لأستخرج من هذا كله القواعد العامة، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذي سيراه القراء ...

١٢ - كيف وصلت الشريعة بعدم الصالحة ... وقد تبين لي "كما سبّتين للقارئ" من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ؛ لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وبصلاحية الشريعة هذا العصر ولما سيسلوه من عصور...

وفوق هذا، فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ... وفريق درس القانون دون الشريعة... وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة ؛ لأنه يجهل أحکامها جهلا مطقا، ومن جهل شيئا لا يصلح للحكم عليه

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة في عدم صلاحية الشريعة على قياس خاطئ، وليس على دراسة منظمة. ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أوآخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي وتعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود في

عاده القوانين القديمة، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر، وهو اعتقاد كله حق، ولكنهم ينساقون بعد ذلك إلى الخطأ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون: مادامت القوانين التي كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر، فكذلك الشريعة الإسلامية التي كانت سائدة في العصور الوسطى، والتي ظل الكثير من أحکامها عموماً به حتى أواخر القرن الثامن عشر، وفي هذا القياس الباطل خطأهم الجسم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير ...

11 - 12 - المصطلحات المستحدثة والتوبيب العصرى تسهل دراسة الشريعة :

أعجبنى أنه بدأ بالإشارة إلى أهمية المصطلحات في هذه الدراسة المقارنة. وبرغم حرصه على إبراز مزايا الشريعة وفقيها وأن لها مصطلحات فنية دقيقة لا بد من الاحتفاظ بها، فإنه يبادر إلى الاعتراف بأنه سيلتزم باستخدام المصطلحات القانونية العصرية، وعلل ذلك بحرصه على أن يسهل على زملائه وأقرانه من ذوى الثقافة العصرية مهمة الاقتناع بمحاجته واستيعاب الأدلة التي تؤيد وجهة نظره في سمو الشريعة وشموها وكما لها إذا قورنت بالقوانين الوضعية التي درسوها، وهي الطبقة حاليا في كثير من أنحاء العالم الإسلامي، وبخاصة في مصر. ويجب أن أضيف لذلك أن جهور الناس قد ألفوا هذه المصطلحات، فأصبح استعمالها ضروريا ليدركوا مزايا الأحكام الشرعية التي يطالبون بتطبيقها.

إن إقرار الشهيد "عوده" بأن أحكام الشريعة ومبادئها ونظرياتها لا تأي مطلقا أن تعرّض بلغة عصرية ولا أن تستخدم في دراستها اللغة التي يكتبهما ويفهمهما رجال القانون الوضعي والمصطلحات القانونية المعاصرة، إنما يفتح لنا بابا واسعا لأبحاث عصرية لا بد أن تفرع عنها نتائج مهمة ستحاول إبرازها وتوكيدتها والاستفادة منها.

أهم هذه النتائج هو أن الاختلاف الجوهرى بين الشريعة والقانون الوضعي هو اختلاف المنبع والغاية "أى المقادير"، إلا أنه لا يستلزم حتما التعارض والتناقض بين الأحكام الشرعية والوضعية بالصورة التي يتوصّل إليها البعض كما سنرى فيما بعد.

* * *

يقول إن البعض يدعون عدم صلاحية الشريعة لأنهم لم يدرسواها، وبعضهم درس القوانين الوضعية فقط، وهي قائمة على أصول ونظريات وفلسفات وضعية، وهي دراسة تبعدم عن خصائص الشريعة التي تختلف عن خصائص القوانين الوضعية.

ولتسهيل مهمتهم في هذه الدراسة، نلاحظ أنه لم يكتف باستعمال لغة القوانين المعاصرة ومصطلحاتها، بل إنه عرض بحثه وبوبيه على غرار كتب القانون، بل والقوانين الوضعية ذاتها، وعلل ذلك برغبته في تقرب بحثه من قلوب رجال القانون وعقولهم، وأن يسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون في الموضوع الذى ألفوا أن يجدوه في كتب القانون المعاصر، وأشار إلى أهمية ذلك لدى جهور الخاضعين للقوانين الذين ألفوا هذه التقسيمات في التقنيات

الدعوة إلى إيجاد قانون عربي موحد مستمد من الشريعة الإسلامية:

الوضعية في صورها المعاصرة، ولذلك يجب أن تقدم لهم الأحكام الشرعية في صورة تقنيات عصرية لكنها شرعية المنبع والمقصد تسهيلًا عليهم. وهذا سيعطى أهمية خاصة لموضوع التقنيات الشرعية والضمادات التي تيزّها عن القوانيين الوضعية، وتحفظ لفقها خصائصه وأصوله ومنابعه الأصلية فضلاً عن صياغته التي يتميز بها وأشار لها "السننوري" في مواضع متفرقة، نذكر منها الآن ما كتبه عن الغاية من دراسة الفقه الإسلامي في مقال شهير دعا فيه إلى إيجاد قانون عربي موحد مستمد من الشريعة الإسلامية، حيث قال: "لقد أتاح لي اطلاعى على نصوص الفقه الإسلامي سواء كانت مقتنتة في المجلة أو "مرشد الحيران" أو كانت معروضة فقهياً في أمهات الكتب ومختلف المذاهب أن ألحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الأصالة والإبداع".

عوده

١٣ - وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون ... ووجه الخطأ في هذا القياس أنهم سووا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر، وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء والناس برب الناس، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه؟ ...

وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون، وهم مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نتبين مدى هذا الاختلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التي تميزه عن غيره ...

٤ - لا قياس بين مختلفين ... وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية، فقد امتنع القياس، لأن القاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقىس بالمقيس عليه، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلًا ...

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

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

13-14- لا يجوز قياس الشريعة على القوانين الوضعية لوجود فروق جوهرية :

لقد حرص "فقيهنا" على تحذير الباحثين من قياس الشريعة على القوانين الوضعية؛ لأنها تقوم على منابع وأصول مثالية إلهية وليس فلسفات إنسانية كالتي تبني عليها النظم القانونية المستوردة أو الوضعية والتي تفرض لأهداف وغايات نفعية أو واقعية لا تداني مقاصد الشريعة ومبادئها العليا السامية، وما يتربى على ذلك من اختلاف طبيعة كل منهما .

* * *

كما حرص على تكرار الإشارة إلى "الفرق الجوهرية" بين "الشريعة" "والقانون"، وهو يقصد ما يسميه بالقانون "الوضعى" المستورد الذى يصفه دائمًا بأنه من صنع البشر، وأن كثرين يرون الشريعة غير القانون، لأن الشريعة من عند الله من حيث منبعها ومصادرها الإلهية المتمثلة في الكتاب والسنّة، ولذلك فإن قانوناً "أى فقهها" ليس من صنع البشر بل ينتمي إلى الشارع الحكيم الذى أنزل القرآن - وأقر السنّة وأمر باتباعها، وشرع لنا الاجتهد والإجماع وجعله متمماً لهما ومرتبطاً بهما من حيث المنبع والمقصد .

كثيرون يرون أن المقصود من كلمة "القانون" هو "القانون الوضعى" وحده، لذلك فإننا فضلنا أن نستعمل كلمة "التقنيتين" للإشارة إلى ما يسمونه "القانون المستمد من الشريعة" أو القانون الإسلامي؛ وأن يكون ذلك أسلوبينا في هذه الفترة الانتقالية حتى يتم تطهير مجتمعنا من القوانين "الوضعية" ويصبح القانون كله إسلامياً أى مستمدًا من المنابع والأصول السماوية .

بل إن هذه التقنيات تبقى متميزة عن مصادر الشريعة بالمعنى الضيق الذى وصفها بالثبات وعدم القابلية للتغيير، لأن المقصود بذلك هو نصوص الكتاب والسنّة فقط - وهى التي تُعدُّ نصوصاً إلهية مصدرها الوحي المباشر في القرآن أو غير المباشر في السنّة التي يصفها البعض بأنها وحيٌ خفيٌ - ونقول نحن إن الله سبحانه قد أقرها وألزمها باتباعها .

١٥ - نشأة القانون ... ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها

وبحكمها شيئاً محدوداً القواعد، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده، وتتسامي نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت، وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها آدابها. فالقانون الوضعي كالوليد ينشأ صغيراً ضعيفاً، ثم ينمو ويقوى شيئاً شيئاً حتى يبلغ أشدّه. وهو يسرع في التطور والنمو والسمو، كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بحظ من الرقي والسمو، ويبطئ في تطوره وغوه كلما كانت الجماعة بطئة النمو والتتطور. فالجماعة إذن هي التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حيالها، وهو تابع لها، وتقدمه مرتبط بتقدّمها... علماء القانون الوضعي -- حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون -- يقولون إنه بدأ يتكون مع تكوين 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 ماثلة لتقاليد غيرها من القبائل، وإن الدولة حين بدأت تتكون وحدت العادات والتقاليد وجعلت 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 أعقاب 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 المهد السابقة ...

وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية. وقد أدى شيوخ 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 لنشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها، تبين بجلاءً أن القانون حين نشاً كان شيئاً مختلفاً كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن إلا بعد تطور طويلاً بطيء استمر آلاف السنين ...

15 - القوانين الوضعية تختلف في نشأتها عن الشريعة :

ولقد أيد هذه التفرقة بتحليل عميق بين فيه أن القوانين البشرية في نشأتها تكون ثمرة تجارب المجتمعات ومصالحها وابتكارات واضعيها. فهي تنشأ نتيجة حاجة الجماعات، ولذلك تتبع الجماعات في نشأتها وتطورها - أي أن تطور الجماعة يسبق تطور القانون الذي تضعه أو يوضع لها سدا حاجتها إليه - ثم إنها تبتكر لها نظريات وفلسفات لتدعمها أو تفسيرها بعد وضعها.

أما الشريعة فإن لها في نظره نشأة مختلفة، لأنها ذات مصدر سماوي يسمى عن واقع الجماعة وفكرة. فنوصصها "بالمعني الضيق" من عند الله ومصدرها الأول هو الوجه الإلهي المباشر في القرآن، وغير المباشر في السنة المطهرة.

وقد أشرنا من قبل إلى ضرورة ملاحظة أنه يستعمل كلمة "الشريعة" في أغلب الأحيان، وهنا بالذات بمعناها الضيق، فهو يقصد بها في هذا الصدد النصوص القطعية في الكتاب والسنة التي اكتملت في عهد النبوة، ولذلك يصفها بأنها وجدت كاملة لا نقص فيها : «لا ترى فيها عوجا» [طه: 107]، وهي صالحة لجميع الأرمان والأقوام، لأن مبادئها الإلهية شاملة لأمور الأفراد والجماعات ومهيمنة عليها في جميع العصور والأقاليم، فهي سابقة على تطور المجتمعات البشرية وتعدّها لتصبح أنها كبيرة. بل إنها هي تدفع المجتمعات والأمم نحو تغيير واقعها ليصبح موافقاً لمبادئها السامية، وذلك عن طريق الاجتهاد والإجماع لتجديد الفقه وتنميته حتى يحقق أهداف هذه المبادئ السامية التي تتسع لاستبطاط الأحكام الفرعية المستحدثة التي يقتضيها التطور والتقدم والنمو الحضاري.

◀ عوده ١٦ - نسأة الشريعة ... وإذا كانت هذه هي نشأة القانون، فإن الشريعة

الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق. لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت، ولا نظريات أولية ثم تهدبت. ولم تولد الشريعة طفلاً مع الجماعة الإسلامية، ثم سايرت تطورها وفت بنموها، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ولا تشهد فيها نقصاً، أنزلاها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ في فترة قصيرة لا تجاوز المدة الازمة لتروها، فترة بدأت ببعثة الرسول، وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى: «اليوم أكملت لكم دينكم وأتمت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا» [سورة المائدة: ٣].

ولم تأت الشريعة بجماعة دون جماعة، أو لقوم دون قوم، أو لدولة دون دولة، إنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم، شرقيين وغربيين على اختلاف مشاربهم، وتبين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم. فهي شريعة كل أسرة، وشريعة كل قبيلة وشريعة كل جماعة وشريعة كل دولة، بل هي الشريعة العالمية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ولكلهم لم يستطعوا أن يوجدوها ...

وقد جاءت الشريعة كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخراج عن حكمها حالة، شاملة لأمور الأفراد والجماعات والدول. فهي تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة، وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة، كما تنظم علاقات الدول بعضها البعض الآخر في الحرب والسلم ...

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 جدها ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبدل، كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتبدل ...

عودة

١٧ - لا مسألة بين الشريعة والقانون ... ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق إن الشريعة لا تقلل 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 القارئ من استعراض تاريخ القانون، وتاريخ الشريعة أن يتبيّن الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والميزات الكثيرة التي تغيب الشريعة عن القانون. وللقارئ أن يتقصى تلك الاختلافات، وهذه الميزات إذا شاء، أما أنا فاكتفي بأن أبرز الاختلافات الأساسية والميزات الجوهرية لأن في الكلام عليها ما يغني عن الكلام عن غيرها ...

17 - وجوب إبراز خصائص الذاتية المميزة لشريعتنا :

إن حماسة "فقيهنا" الشهيد ودقة في إبراز الفروق بين القوانين العصرية الوضعية، وبين شريعتنا وفقها الإسلامي، قد تثير لدى البعض شكاً في أنه أسرف في عباراته عن سمو الشريعة وقداستها، ونحن نلاحظ أن ذلك ضروري لإبراز خصائص تشريعنا ومزاياه وذاتيتها المتميزة المستقلة. وهذه الذاتية المميزة ضرورية لكل من يفكر في استبطاط أحكام جديدة لكنها أصلية مستمدّة من المتابع المقدّسة لشريعتنا، وسنرى أهمية ذلك في دراسة الجرائم المختلفة في القسم الخاص "المجلد الثاني من هذا الكتاب". ويسري أن أشير إلى أن "الستهوري" في مقاله عن ضرورة إيجاد قانون عربي مستمد من الشريعة الإسلامية، قد نبه إلى أنه لا يجوز نقل نصوص القوانين الوضعية ثم وصفها بأنها مستمدّة من الشريعة الإسلامية بحجّة أنها لا تخالف أحكام الفقه ولا تتعارض مع نصوص الشريعة، بل لابد من أن تستمد التقنيات الشرعية (التي وصفها بأنها قوانين مستمدّة من الشريعة) من المصادر الشرعية ذاتها، لا أن تقلل من قوانين مستوردة .

وقال : "أنبه في هذا الصدد إلى أن القانون – (التقنين) – الحديث الذي يشتغل من "الفقه الإسلامي" يجب أن يكون في (منطقه وصياغته وأسلوبه) فقها إسلاميا خالصا، لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية". ثم قال : "إننيلاحظ أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصر دورهم على إبراد نصوص من القوانين (الوضعية) ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الإسلامي دون أن يراعوا أصول الصياغة في هذا الفقه، ثم ينتهيون من هذا البحث السطحي إلى أن نصوص القوانين الغربية هي الشريعة الإسلامية ذاتها، ومثل هذا العمل لا يحمل طابع البحث العلمي الصحيح^(١) ...

^(١) يراجع المقال المشار إليه في مجموعة مقالات وأبحاث الستهوري بالعدد الخاص من مجلة "القانون والاقتصاد" التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، الجزء الأول سنة 1992 ص 487 - 510 .

عوده ١٨- الاختلافات 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، وكل الشريعة والقانون يتمثل فيه بجاء صفات صانعه. فالقانون من صنع البشر، ويتمثل فيه نقص البشر، وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبدل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة، أو وجدت حالات لم تكن متنبأة. فالقانون ناقص دائماً، ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال، مادام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإمام بما كان ...

أما الشريعة ... فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان، وما هو كائن، ومن ثم صاغها العليم الخير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء، وأمر جل شأنه ألا تغير ولا تبدل حيث قال: **«لا تبدل لكلمات الله»** [يونس: ٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبدل 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 أهتم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة توافق فيها الصفات التي ذكرناها، وعلىي أن أقيم لهم الدليل على توافقها، وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توافق هذه الصفات في الشريعة دون غيرها، وأن يبحثوا عن صانعها، ولن يتذمروا معي 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 بتوافق الصفات التي ذكرناها في الشريعة، ولو لم يقدم لهم الدليل المادي على ذلك؛ لأن منطقهم يقضي عليهم أن يؤمنوا بتوافق هذه الصفات. فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض وسير الشمس والقمر والنجوم، وسخر الجبال والرياح والماء، وأنبت النبات، وصور الأجنة في بطون أمهاها وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد تماماً لا يخرج عليه ولا يحتاج لتغيير ولا تبدل ولا تطوير من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها وأن

عوده هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال مالا يستطيع أن يتصوره الإنسان. من كان يؤمن بهذا كله، وبأن الله أتقن كل شيء خلقه، فاوي به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة، ولتحكם معاملاتهم، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حدا يعجز عن تصوره الإنسان ...

ومن كان يؤمن بهذا كله، ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه، فلينتظر 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 غدا لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة ... أما الشريعة ... فقواعدها 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 والتبدل، وهذه الميزة التي تميز بها الشريعة تقضي من الوجهة المنطقية: أولا ... أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان وتطورت الجماعة، وتعددت الحاجات وتنوعت. ثانيا ... أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة ...

والواقع أن ما يقضيه المطريق متواافق بوجهيه في الشريعة، بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية. فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرنة إلى آخر حدود العلوم والمرونة، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو ...

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرنا تغيرت في خلالها الأوضاع أكثر من مرة، وتطورت الأفكار والآراء تطورا كبيرا، واستحدثت من العلوم والمخترعات ما لم يكن يخطر على خيال إنسان، وتغيرت قواعد القانون الوضعي ونصوصه أكثر من مرة لتسلاع مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة بحيث انقطعت

العوده 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 أسمى من مستوى الجماعات، وأكفل بتنظيم وسد حاجاتهم وأقرب إلى طائعهم وأحفظ لأمنهم وطمأنيتهم ... هذه هي شهادة التاريخ الرائعة يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص، وخذ مثلاً قول الله تعالى: (وأمرهم شوري بيهم) ٧- [سورة الشورى: ٣٨] أو اقرأ قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، فهذهان نصان من القرآن والسنّة بلغاً من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر. وما يقرران الشورى قاعدة للحكم ٨-

الصدر تعليق "رقم ٧-٧" معنى الآية المباركة أن الأمور التي أوكلها الله تعالى إلى الأمة لا يصح لفرد ولا جماعة أن تستبدل بها، بل يوكل ذلك إلى مجموع الأمة ...
ولا تشمل هذه الآية المباركة الأمور التي اخْصَ الله بها نفسه كالبُرْوة والإمامَة؛ لأنها ليست من أمور الأمة التي جعلها الله شوري بينهم فلا يصدق عليها أنها أمرهم لتشملها الآية الكريمة بل هي أمر الله .

الشاوي ... رأينا في "تعليق ٧-٧" تأكيد ما قاله السيد الصدر من : "أن الأمور التي أوكلها الله تعالى إلى الأمة بالشورى لا يصح لفرد ولا جماعة أن تستبدل بها، بل يوكل ذلك إلى مجموع الأمة" . وهذا هو المقصود في نظرنا بالشورى في القرآن الكريم، وقد عاد إلى تأكيد ذلك في تعليقه رقم (١٥) ...
ونعتقد أن هذا المفهوم يجب الالتزام به في الفقه الشيعي كما في الفقه الشيعي في نظرنا. ثم إن المبدأ الأساسي الذي أشار له السيد الصدر "ونحن نؤيد" يقر أن الشورى حق مجموع الأمة، وليس لشخص أو جماعة خاصة أن تخُصَ به، وقد استندنا إليه في بحثنا في الاجتِهاد والإجماع في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة"، ودور الفرد العادي فيها .

الصدر تعليق ... "رقم ٨-٨" في ظرف لم يعين الله فيه قاعدة للحكم، أي غير زمان النبوة عند المسلمين أجمع وغير زمان وجود أحد الأئمة الاثني عشر عند الشيعة، أو زمان غيبة الموجود منهم كلاماً هنا ..

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ٨-٨" إن ما أضافه السيد الصدر في نهاية تعليقه رقم (٧) ثم في رقم (٨) قصد به أن أحکام الشورى في الفقه الجعفري مقيدة بمبدأ عصمة الأئمة "الاثني عشر" من آل البيت "الذين تعتبر إمامتهم كالنبوة من حيث العصمة في نظرهم". وهو يقول:

عوده على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام، ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة. وبतقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه، بلغت الشريعة من السمو حده الأقصى الذي لا يتصور أن يصل إليه البشر في يوم من الأيام، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار، وهيئات أن يتحقق ذلك بين الناس ...

ولو تبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار الصينيين السابقين من العموم والمرونة والسمو. ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة في أي نص نستعرضه. فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول، ويكتفى أن نسوق للقارئ مثلا آخر قوله ﷺ: «ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادهم بالتي هي أحسن» [سورة النحل: ١٢٥]، فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة، أما المبدأ الذي جاء به النص فلم يعرف بعد أن هناك ما هو خير منه ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقا لأصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواهم خيرا من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن ...

ويستطيع القارئ أن يقرأ قوله ﷺ: «ولا تزر وازرة وزر أخرى» [فاطر: ١٨]، وقوله ﷺ: «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها» [البقرة: ٢٨٦]، وقوله ﷺ: «إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى» [النحل: ٩٠]، وقوله ﷺ: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل» [سورة النساء: ٥٨]، وقوله ﷺ: «ولا يجرمنكم شتان قوم على ألا تعدلوا هو أقرب للتقوى» [المائدة: ٨]، وقوله ﷺ: «يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين» [النساء: ١٣٥]، يستطيع القارئ أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ، وليري أن المبادئ التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد، أو خيال لتخيل ...

= إن الأمور التي يختصون بها في مجال التشريع ليست من أمور الأمة التي جعلها الله شورى،
ولا تشملها الآية الكريمة رقم ٣٨ في "سورة الشورى"
وفي رأينا أن الفقه السنى لا يقر بذلك، وقد قال هو صراحة إن ذلك من خصائص الشيعة
كما أنه عاد لتأكيده في تعليقاته رقم (١٥، ١٦، ١٨) ...

عوده الوجه الثالث : أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعادتها وتقاليدها وتاريخها. والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شئون 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 الحالي، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى، حيث بدأت الدول التي تدعو للدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة. وقد كان أسبق الدول على الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية، وتركيا الكمالية، ثم تلتها إيطاليا الفاشיסטية وألمانيا النازية، ثم اقبست بقية الدول هذه الطريقة فأصبح الغرض من القانون اليوم هو 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 تعالى الذي أنفق كل شيء خلقه ...

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة، إذ الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين 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 يتهيأ العالم غير الإسلامي لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن. ومن أجل هذا تولى الله تعالى وضع الشريعة، وأنزلها على رسوله في نموذج من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ويحملهم على التسامي والتكميل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل، وقد حفقت الشريعة ما أراده لها العليم الخير، فأدت رسالتها أحسن الأداء، وجعلت من رعاة الإبل سادة العالم ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية ...

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكون بها عاملين بأحكامها. تسلك 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

عوده تعلو كلمتهم. وما أوصلهم هذا الذي يشبه العجزات إلا الشريعة الإسلامية التي علمتهم وأدبthem، ورقت نفوسهم، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم بالعزّة والكرامة، وأخذتهم بالمساواة التامة، والعدالة المطلقة، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى، وحرمت عليهم الإثم والعدوان، وحررت عقوبهم ونفوسهم من نير الجهلات والشهوات، وجعلتهم يعتقدون أفهم خير أمّة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويؤمّنون بالله ...

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشرعّتهم. فلما تركوها وأهملوا أحکامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدّم، ورجعوا القهقرى إلى الظلمات التي كانوا يعمهون فيها من قبل، فغدووا مستضعفين مستعبدين لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم ... وقد خيل للمسلمين وهو في غمرتهم هذه أن تقدم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم، فذهبوا ينقلوها، ويسجّون على منواها، فلم تزدهم إلا ضلالاً على ضلالهم وخباً على خبالم، وضعفاً على ضعفهم، بل جعلتهم أحزاباً وشيعاً كل حزب بما لديهم فرحون بأسمهم شديد، تخسّبهم جمياً وقلوبهم شتى ... ولو أراد الله تعالى بال المسلمين خيراً لعلموا أن الشريعة الإسلامية - وقد جاءت كاملة لا يشوّها نقص، حاملة في طياتها وسائل التقدّم والتطور المستمر للمجتمع - هي أصلح الشرائع لعصور التقدّم وعصور التأخّر على السواء؛ لأنّها في كل الأحوال ترمي إلى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائمًا إلى التقدّم المستمر والتطور الصالح ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام ...

وإن في تاريخ المسلمين آية، وإنّه لعبرة لن كان له قلب، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم. وجعلتهم أمّة فرق الأمم ودفعتهم إلى الأمام، وسلطتهم على دول العالم، وإن فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيّهم متوقف على تطبيق الشريعة الإسلامية؛ فالمسلمون من صنع الشريعة، كيّفهم تابع لكيّافها، ووجودهم مرتبط بوجودها، وسلطانهم تابع لسلطانها ...

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنبئ القارئ إلى أن القانون الوضعي، حين تحول أخيراً عن أصله الأول، فصار يوضع لتوجيه الجماعة إنما أخذ في ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التي تجعل الأصل في التشريع الإسلامي أن يصنع الجماعة ويووجهها ثم ينظمها. هكذا انتهى القانون الوضعي إلى ما بدأ به الشريعة، وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرناً. فإذا ما قال علماء القانون الوضعي إنهم وصلوا لنظرية جديدة، قلنا لهم.. كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون في أثراها...

١٨ - خصائص الشريعة توجب تمييزها عن القانون الوضعي هي والفقه المكمل لها ولو كان في صورة تقنيين :

إن "عوده" يؤكد التفرقة بين الشريعة والقوانين الوضعية، وهو ليس وحده في ذلك. فهذا (السنهرورى) الذى يعتبره كثيرون "أبا" لمجموعات القوانين المدنية العصرية الوضعية في العالم العربي يؤكد ذلك في كتابه الشهير عن "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" حيث يرى أن هذه التفرقة واجبة لإبراز عظمة فقها وشريعتنا، إذ يقول :

لَنْ يَكُونُ هُنَّا فِي هَذَا الْبَحْثِ إِخْفَاءً مَا بَيْنَ "الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ" وَالْفَقْهِ "الْغَرْبِيِّ"
الوضعي من فروق في الصنعة والأسلوب، بل على النقيض من ذلك ستعنى بإبراز هذه
الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص. ولن نحاول أن نصطمع التقريب ما
بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أساس موهوم أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامي
نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته.

وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه.
ونحن في هذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى
تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي (الوضعي). ولا يعنينا أن يكون الفقه
الإسلامي قريبا من الفقه الغربي، فإن هذا لا يكسب الفقه قوة، بل لعله يتبعده عن
جانب الجدة والإبداع، وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم".^(١)

إن فقيهنا يؤكّد أن "الشريعة" حتى معناها الواسع الذي يشمل الفقه بعذابه
المستعدّة تختلف عن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات
جوهرية تحول دون قياسها عليها أو التسوية بينها وبين تلك القوانين الوضعية التي لا
تلتزم بمنابع الوحي السماوي في الكتاب والسنة، بل تقوم في نظره على نظريات
فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية "تغير وتبدل" وبالتالي فإن القوانين الوضعية
التي تنشأ على هذه الأسس دون التزام بمقاصد شريعتنا وأصولها ونظرياتها العامة
تختلف عن فقها الإسلامي سواء في صورته التقليدية في كتب التراث، أو في صورة
تقنيات عصرية متترمة بأصول الشريعة ومبادئها ونظرياتها.

^(١) تراجع مقدمة السنهرورى لكتابه القيم عن "مصادر الحق في الفقه الإسلامي" ص ٢ و ٣، ويراجع
رأينا في عدم جواز قياس "التعازير" على "العقوبات الجنائية".

الجمع بين ثبات الشريعة ومرونة الفقه وتطوره :

لقد حرص على تأكيد هذه التفرقة لأن لها نتائج مهمة في نظره : "أهمها أن طبيعة تختلف تماماً عن طبيعة القوانين الوضعية"، لأنها نشأت كاملة في أصولها ونحوها المقدسة، لكنها مع ذلك وفرت للفقه المكمل لها صفات المرونة والنمو والتطور لمواجهة ما يستجد من احتياجات الأفراد والجماعات.

ومصدر هذه المرونة هو مبادئ الشريعة (بالمعنى الضيق الذي يشير إلى نصوص الكتاب والسنة)، فإن من أهم قواعدها وأصولها المقررة بتلك النصوص ذاتها مبدأ شرعية الإجماع والاجتهاد وضرورهما كمصدرين لأحكام الفقه التابع للمصادر السماوية والنابع منها والملتزم بأصولها ومبادئها والمكمل لها، وهذا العنصر الفقهي ينضم إلى الكتاب والسنة لتكون الشرعية بالمعنى الواسع .

وتتوفر هذين العنصرين في شريعتنا يمكننا من أن نعرف ما يصنف في كتابهما البعض متعارضتين. فالعنصر الإلهي يضمن لها الثبات والكمال والسمو، وغير عن ذلك بأيّها لا تقبل التغيير والتبديل. أما العنصر الاجتهادي فإن التزامه بنصوص الكتاب والسنة يضمن لشريعتنا المرونة والتطور في الفهم والتجدد والتفسير والتطوير.

إن هذا يفسر لنا قوله إن الشريعة تتصف بالمرونة، بعد أن أكد مراواه أنها لا تقبل التغيير والتبديل؛ لأن نصوصها في نظره جاءت عامة ومرنة إلى أقصى حدود العموم والمرونة، وأهم أبواب المرونة جاءت من تشريع الإجماع والاجتهداد، وإن جعلهما من مصادر الشريعة هو من المبادئ الثابتة في الكتاب والسنة.

وذلك الاتصال بالمنع السماوي للشريعة الممثل في الكتاب والسنة، يكفي لكي يصف الشريعة كلها بأيّها "قانون سماوي أو إلهي" لأن منبعها هو الكتاب والسنة، وهو موصوص مقدسة خالدة لا تقبل التغيير ولكنها مع ذلك توفر للفقه المرنة الكافية.

وهنا يجلد بنا الإشارة إلى أن هذا يؤكّد قوله : "إن كلمة "الفقه" في الشريعة لها معنى مختلف عن "الفقه" في القوانين الوضعية، لأنّ الفقيه يقوم بدور مهم في استبطاط الأحكام، أي أنه يساهم مساهمة فعلية كبيرة في عملية التشريع، دون أن تُعدُّ أحكامه في مواجهة نصوص التشريع السماوي".

يجب أن نضيف رأينا بأن مهام الفقه الإسلامي في التنظير في العصر الحاضر يمكن أن تدخل في نطاق مبدأ القياس الذي قرره فقهاؤنا بأوسع معانيه، وغيره من أبواب الاجتهداد مثل المصالح المرسلة والاستحسان وغيرها، لأن التنظير أداة لربط الأحكام الفرعية بمبادئ وأصول كلية، عن طريق الرجوع إلى النظريات العامة التي تهيمن على الأحكام الفرعية وتسهل مهمة استبطاطها.

الشريعة تنشئ الجماعة الصالحة على أصول ثابتة :

وقد ذكر مثلاً لما قررته الآيات القرآنية من مبادئ كليلة : مبدأ "الشورى" الذي هو أساس النظام السياسي والاجتماعي، ومبدأ "للاضرر ولاضرار" الذي تقوم عليه نظريات مدينة عديدة منها "المسئولية المدنية". بل يضيف لذلك أن "نصوص الشريعة" (المعنى الخاص أى الكتاب والسنة) تتضمن مبادئ أصولية وكلية ذكر منها غاذج سوف نرى فيما بعد أنها هي وأمثالها من الأحكام التكليفية لوجودها في القانون الوضعي، وهى أساس نظريات خصبة تزود المجتمع بما يحتاج إليه من أحكام في المستقبل إذا قام الفقه بواجبه في مرحلة "التنظير" مستنداً إلى النصوص الحكمة في الكتاب والسنة.

إن الفارق الجوهرى في نظره بين الشريعة (يعندها الواسع الذى يشمل الفقه والتقيينات الملزمة به) وبين القوانين "الوضعية" هو في سمو المنبع الإلهي والمنشأ والغايات وأمقاصد العليا لها مستنداً إلى النصوص الحكمة في الكتاب والسنة.

فالشريعة التي قال إنها ولدت شابة مكتملة، ونزلت من عند الله شريعة شاملة جامعة مانعة، أنزلها الله على قلب رسوله في فترة قصيرة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته، "إذا قصد بها" نصوص الكتاب والسنة النبوية التي أكتملت بوفاته (ﷺ) ولم يعد من الممكن إضافة شيء لها. وهو يشير إلى اعتبارها منبع أحكام فرعية، سواء منها ما تضمنته النصوص أو ما استبطه الفقهاء منها وعلى هديها. فهو هنا يقصد الشريعة بالمعنى الضيق، لأن الاجتهاد والإجماع والفقه إذا جاء بعد اكتمال الشريعة الإلهية التي يشير إليها والتي يُعد نصوصها أسمى من مستوى الجماعات، ومع ذلك فقد فتحت للناس باب التجديد والتطور بتشريع الإجماع و الاجتهاد على أساس مبادئها الكلية، وأحكامها التكليفية التي تتصف بالسمو والمرونة والعموم التي توسيع في عرض كثير منها.

الغاية من شريعتنا (يعندها الواسع الشامل) أشار إليها بقوله إنها ترمى إلى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائماً للتقدم والتطور الصالح، ولا تقنع بما هو دون الكمال الشامل. فهي التي خلقت أمّة الإسلام من العدم وجعلتهم أمّة فوق الأمم، ودفعتهم إلى الأمام، وهذا بخلاف القوانين الوضعية فهي من صنع الجماعة أو من يمثلونها أو يفرضون أنفسهم عليها⁽¹⁾ - أما شريعتنا (بالمعنى الضيق) فليست من صنع البشر، مهما تكن عبريتهم ولا ما يمارسونه من سلطان، بل إن الجماعة كلها هي من صنعواها؛

(1) يلاحظ أنه يذكرنا بالفرق بين الشريعة و"القوانين الوضعية" في موضع كثيرة متعددة فيما بعد... يراجع البندان 44 و45 وما بعدهما ...

أحكام الفقه مستنبطه من مصادر الشريعة وليس قوانين "وضعية" :

إنها هي التي أنشأت أمّة الإسلام ورسمت لها طريق النهضة، فأول مقاصدها هو إيجاد المجتمع الصالح الكامل المثالى.

إنه يصر على أن الطابع الإلهي يكسب الشريعة (المعنى الضيق الذي يشير إلى النصوص القطعية في الكتاب والسنة) صفات الثبات والشمول والكمال. ومعنى ذلك أن هذه النصوص القطعية لا تقبل التطوير أو التعديل أو التبديل، وهذا ليس مجرد افتراض تحكمى من عنده – بل إنه حكمة إلهية لتقوم الشريعة بدور مختلف تماماً عن الدور الذى يقوم به القانون الوضعي. فالقانون الوضعي ثمرة لظروف المجتمع وأوضاعه المتغيرة، ولذلك فإنه بطبيعته "قواعد مؤقتة متاخرة عن وجود الجماعة ونشأتها"، وأقصى ما تصل إليه أو تطمح له تلك القوانين أن تكون في مستوى المجتمع الذي أنتجهما، وإن كان هذا ليس مضموناً، لأن تطور الجماعة يسبق تطور قوانينها، وحالها وأوضاعها تتغير أولاً ثم تلحق بها القوانين الوضعية إذا وجدت من واضعيها من ينادر إلى ذلك، فهي دائماً متاخرة عن تطور المجتمع.

أما الشريعة الإلهية فإن مبادئها السامية ومقاصدها الثابتة ذات المصدر الإلهي تقوم بدور آخر، إنها بدأت أعلى من مستوى الجماعة، بل هي التي تنشئ الجماعة وتقديها وترفع مستواها وتسمو بها إلى الحدود المثالى^(١) التي قدرها الله لصلاح المجتمعات وحضارتها وتقدمها، فهي بطبيعتها الإلهية متقدمة عن الجماعة وقواعدها أسمى من مستوى الجماعات، وعلى الجماعات أن تنهض للالتزام بقيمها الخالدة ومبادئها السامية لتصل إلى ما يريد الله لها من سمو وعدل وصلاح، وذلك عن طريق الاجتهاد والإجماع على أساس تلك المبادئ والنصوص الإلهية.

وقد حاول البعض وصف الفقه الإسلامي فيما يقدمه من اجتهاد أو إجماع، بأنه جزء " وضعى " من الشريعة الإسلامية، لكن هذا الزعم يتجاهل الفرق الجوهرى بين اجتهادات الفقه الإسلامي (حتى ولو صيفت في صورة تفنيات رسمية) وبين القوانين الوضعية. فالفقه الإسلامي ولو كان مقتننا هو جزء من الشريعة مستمد منها ومبني على أصولها ومبرهنها ونظرياتها وقواعدها، ولذلك لا يصح وصفه بأنه قانون أو فقه وضعى أو أنه مجرد أحكام وضعية من صنع البشر.

(١) استعمل كلمة الحدود بمعناها الأصلى، وهو جميع قواعد الشريعة (بالمعنى الضيق) ومبادئها العامة وليس ما يعرف الآن بهذا الاسم من العقوبات الجنائية .

عودة ١٩. الميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القوانين ... ونستطيع بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم الميزات التي تميز الشريعة عن القوانين، لأن كل ما تختلف الشريعة فيه القوانين، يعتبر في الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين . وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات ... أن الشريعة الإسلامية تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية :

الميزة الأولى: "الكمال". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالكمال، أي أنها استكملت كل ما تحتاج إليه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات وأدلة غنية بالمبادئ والنظريات التي تكفل سد حاجات الجماعة في الوقت الحاضر القريب والمستقبل البعيد ...

الميزة الثانية : "السمو". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالسمو، أي بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائمًا من مستوى الجماعة، وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامي، مهمًا ارتفع مستوى الجماعة ...

الميزة الثالثة: "الدلوام". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالدلوام أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تتقبل التعديل والتبدل مهما مررت الأعوام وطالت الأزمان، وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان ...

هذه هي الميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ... وهي على تعددها وتبنيتها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعاً بحيث يعتبر كل منها أثراً من آثاره . وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه . ولو لا أن الشريعة من عند الله لما توافرت فيها صفات الكمال والسمو والدلوام، تلك الصفات التي توافر دائمًا فيما يصنعه الخالق ولا يتوافر شيء منها فيما يصنعه المخلوق ...

كـ الأدلة على توافر هذه الميزات في الشريعة ... وإذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تميز بالسمو والكمال والدلوام، فقد بقي علينا أن نقدم الدليل على توافر هذه الميزات. وسيتبين للقارئ فيما يأتي أن هذه الميزات متواجدة في كل مبدأ، وفي كل نظرية، وفي كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية. وسنعرض على القارئ الآن طائفة من النظريات والمبادئ الشرعية التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً، أو لم تعرفها بعد، توافر فيها جميعاً كل هذه الميزات، وسيرى القارئ أن هذه الميزات كلها توافر في كل المبادئ والنظريات التي ستتعرض لدراستها في هذا الكتاب، فالدليل إذن على توافر هذه الميزات هو الواقع الذي لا يكذب، وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال ...

١٩-٢٠ - تخلف المجتمع الإسلامي يعالج بالتجدد والاجتهداد

والنقين الشرعي ليس قانوناً وضعيّاً :

طالما أن المجتمع يؤمن بالشريعة، فإنه يستطيع علاج تخلفه إذا أصابه الوهن أو التخلف، فإن ذلك "عارض مؤقت" يعالج المجتمع بالتجدد عن طريق الاجتهداد والإجماع؛ لكن يلحق بالمستوى السامي لمبادئ الشريعة:

إن شريعتنا ذات مصدر إلهي وطابع ديني، فلم يصنعا المجتمع بل هي التي تهيمن على المجتمع، لكن توجهه إلى الفضائل والقيم العليا، فهي تربى المجتمع وتنشهه وتؤهله لكي يكون صالحاً متقدماً متظمراً باستمرار نحو الأفضل والأسمى. ودليل ذلك أنها نشأت من القبائل العربية المتختلفة المتتصارعة المتأخرة أمّة قوية فتحت الأنصار، ورفعت مستوى الشعوب، وهيأهم لينشئوا أمّة عالمية ذات حضارة عظيمة في عصور الإسلام الزاهرة، فهي التي صنعت الأمة، وليس الأمة ولا الشعوب، ولا الدول هي التي وضعتها... مخلاف القوانين الوضعية التي هي من صنع المجتمع أو دولة وحكامه المسيطرين عليه.

ومن المؤكّد أن المجتمع لا يستقر على حال، فهو يرتفع حيناً وينحط أحياناً، والدول تتغير وتزول، والقوانين التي تصدرها الدول يتغيّر حالها بتغيير حال المجتمع، ويصيّبها كل ما يصيّب من أسباب التخلف والتدهور والفساد.

أما الشريعة (بالمعنى الضيق) فقد فرضها الخالق المدير للكون كله، وحدد لها منباعها ومصادرها، وأعد مبادئها لكي تبقى مقاصداتها وأهدافها كاملة سامية ثابتة تستنهض المجتمعات دائماً لكي تسمو إلى مستواها، ولذلك فتحت مصادرها السماوية لنا باب الاجتهداد والإجماع ليكونا أداة لتجديدها وغلوها؛ وزادت على ذلك بأن وسعت سلطة القاضي في تحديد "التعازير" وتقدير الجزاءات المناسبة للواقعة المعروضة عليه، والتمّم المقدم له، وهذا التوسيع منح له باعتباره فقيها؛ فتوسيع سلطة القضاء دليل آخر على مرونة الفقه لأنّه مكمّل لعمل الفقهاء المختهدين ودليل عليه.

ومن شأن الجماعة أن تنجح حيناً أو تفشل حيناً آخر في الوصول إلى هذا المستوى السامي الذي تريده الشريعة، فهي قد تخلّف عنها، وتقصير في فهمها أو الاستفادة من مبادئها وأصولها، لكن ذلك عارض يوجّب عليها أن تجدد وتجتهد لكي ترتفع إلى المستوى

طريقتنا في السير على منهاجه والاستجابة لرجائه :

الذى تفرضه ها الشريعة السامية الكاملة التى فرضها الله على سبيل الدوام. ومن رحمة الله وعدله أن أعطى شريعته العادلة الخالدة (بالمعنى الضيق) إلى جانب ذلك أكبر قدر من المرونة، لكي تفتح للمجتمع طريق هذا التطور والتتجدد، وتحدد له سبل التقدم المنشود بواسطة الفقه، والأدلة الفقهية للأحكام "الشرعية" المستمدة من الإجماع والاجتئاد، والتي تتلزم بالمصادر الشرعية وتتناسب لها ، و تستمد منها طابعها الإلهي، سواء بقيت هذه الأحكام في طيات الكتب، والمؤلفات كما هو شأن في جميع عصور تاريخنا أو بالصور المستحدثة للتقنيات المستمدة من الشريعة الملزمة بها.

في ظررنا أن هناك إذن شرطين في التقين ليكون له صفة شرعية (حقى ولو تبنته الدولة أو أصدرته) :

أولهما : أن يستمد من مصادر الشريعة ويلتزم أصولها.

ثانيهما : أن يكون ملتزماً بحدودها وأحكامها القطعية ومقاصدها السامية.

* * *

بهذا تميز شريعتنا بثبات الأصول والمنابع السماوية ومراعاة الفروع النامية الباقة المنظورة المتتجدة في الفقه أى الاجتئاد والإجماع، وتكون نصوصها (حقى لو عرضت في صورة تقين عصرى) كالكلمة الطيبة (أصلها ثابت وفرعها في السماء) [إبراهيم: 24].

* * *

سirى القارئ أننا لم تتردد في نقد بعض ما توصل إليه شهيدنا من آراء، ولم نقصر في المبادرة إلى إضافة آراء جديدة نراها تكمل ما بدأه أسلافنا وما سار عليه شهيدنا. ونحن بهذا إنما نسير على النهج الذي سار عليه فقهاؤنا في بناء المذاهب المتعددة والآراء المختلفة التي تشهد بعقرية هذه الشريعة وتميزها عن كل النظم القانونية في وجود مذاهب عديدة وآراء متعددة، لكنها برغم اختلافها تنبع من مصدر واحد هو الوحي الإلهي في الكتاب والسنة وتعتز بالانتساب إليه.

لن نقصر في إبراز أهمية الاجتئادات التي قدمها "الشهيد عبد القادر عوده" في كتابه، وأوْهَى في ظررنا أنه يفتح لنا ولغيرنا من الداعين لتطبيق الشريعة الإسلامية باباً واسعاً للتجديد والتطوير، ثم التقين والتطوير الذي تستلزمه ظروف الزمان والمكان في الوقت الحاضر والمستقبل إن شاء الله.

الدراسة المقارنة مهدت الطريق للتقنيات العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي:

إن من أول أهداف بحثه هيئة الأسباب للسير في طريق التقنيات الشرعية، لأن المرحلة الحالية في مجتمعاتنا المعاصرة تميز باهتمام العلماء بعرض الأحكام الشرعية في صورة مجموعات أو مدونات مرتبة ترتيبا علميا أصبح له غاذج نمطي تسير عليها القوانين الوضعية في غالب الدول، ولا يشذ عن حركة التقنيات العالمية سوى القانون العام Common Law الإنجليزي الذي يعتمد على السوابق القضائية، والفقه الإسلامي الذي يعتمد على كتب التراث في المذاهب المختلفة.

وكما أن القانون العام الإنجليزي لا يقف عند حد السوابق القضائية بل تكمله تشريعات نظامية، فإن ذلك سيكون الحال في شريعتنا، لكن التقني لن يكون بدليلا عن الفقه، كما أن الفقه لا يغنى عن التقنيات المكملة له المستمدة منه — وكلاهما ليس إلا ثمرة من ثمار الشريعة بالمعنى الضيق الذي يقصد به نصوص الكتاب والسنة كما بينا .

عوده **أـ نظرية المساواة** ... جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها بنصوص صريحة تقر نظرية المساواة، وتفرضها فرضاً. فالقرآن يقرر المساواة ويفرضها على الناس جميعاً في قوله ﷺ: (يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم) [الحجرات: ١٣]. والرسول ﷺ يكرر هذا المعنى في قوله: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالستقوى". ثم يؤكّد هذا المعنى تأكيداً في قوله ﷺ: "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 مطلقة، فلا قيود ولا استثناءات، وإنما المساواة على الناس كافة، أي على العالم كله، فلا فضل لفرد على فرد ولا جماعة على جماعة، ولا جنس على جنس، ولا لون على لون، ولا سيد على مسود، ولا حاكم على محكوم .

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

* * *

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول، وهو يعيش في قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل. فهم يتفاضلون بالمال والجاه، والشرف واللون، ويتفاخرون بالأباء والأمهات والقبائل والأجناس. فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هما الدافعين لتقرير نظرية المساواة، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجهه هو رفع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقي والتقدم. كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة "تكحيل" 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 منها تغيير ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات. والعلة في وضع نصوص الشريعة على هذا الشكل

عوده أن الشريعة لا تقبل التعديل والتعديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل ...

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

(١) يراجع الفصل المخصص لبيان القانون على الأشخاص، فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسيع، بينما قصرنا الكلام هنا على قدر ما يتضمنه المقام من بيان ميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادئ ونظريات ...

21 - نظرية المساواة الإنسانية في الكتاب والسنّة :

يكفي استعراض النصوص القرآنية التي استمد منها "فقيهنا" هذه النظرية، وتأكيده على إطلاعها وعمومها، ووصفها بأنها تشمل الناس كافة بلا قيود ولا استثناءات، فلا فضل لفرد على فرد، ولا جماعة على جماعة، ولا جنس على جنس، ولا لون على لون، ولا سيد على مسود، ولا حاكم على محکوم لكن نقتصر بما توصل إليه من أن شريعتنا السمحاء قد سبقت غيرها بالعناية بهذه المبادئ التي ما زال البعض ينسبها إلى "الفقه العصرى" أو المدنية الأوروبية، حتى إن هناك من يزعم أنها نتيجة للثورة الفرنسية في أوربا، وينسون أن شريعتنا قد سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة مما استدل به على ما تتمتع به شريعتنا من كمال وسمو لا تدانيها فيما شرائع أخرى يصفونها بالتقدم، رغم أنها متاخرة على شريعتنا التي سبقتها إلى ذلك بنصوص قاطعة.

ولم يكتفى الإسلام بتقرير المبدأ، بل إنه بين لنا أساس المساواة بين البشر وموجتها، وهو أن لهم جميعاً إليها واحداً، وأياً واحداً. وقد أوضحت أحاديث نبوية عديدة هذا المبدأ، وأكده رسولنا الكريم في خطابه الدستوري التاريخي في حجة الوداع.

وسوف نعتمد كثيراً على اهتمامه بهذه النظرية في تقديم بعض الاقتراحات والأراء المتعلقة بعدد من الأحكام الفرعية، والتي قد تتجاوز ما ذهب إليه هو أو غيره من الفقهاء الأقدمين أو المحدثين فنرجو أن يتقبلها القارئ بصدر رحب، وأن يغذننا إذاً كتنا نصر على إعمال النظريات الأساسية والمبادئ العامة التي نعرضها، ليتذر بها القارئ والباحثون في المستقبل، لأن مبادئ شريعتنا السمحاء - كما قال هو - إنما جاءت لترفع مستوى الجماعات الإنسانية وتدفعها إلى السمو والتقدم⁽¹⁾.

⁽¹⁾ نقترح على القارئ - بعد اطلاعه على هذا البند (21) والذى يليه (22) - أن ينتقل إلى البنددين (29، 31) ... ثم البند (28) لعلاقة مبدأ المساواة الوثيقة ب موضوع الأسرة على النحو الذى سوف نفصله. كما نقترح أيضاً تأخير البند (30) ليكون بعد البند (31) المرتبط والمكمل للبند (29) في نظرنا.

عودة

أكد نظرية مساواة المرأة بالرجل ... هذه النظرية ليست إلا فرعاً من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقاً لها، وقد فضلنا أن نجعل لها مكاناً خاصاً لأنهايتها، 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 تساوي الرجل، في الحقوق والواجبات، فلها مثل ماله، وعليها مثل ما عليه . وهي تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها، فكل حق لها على الرجل يقابلها واجب عليها للرجل، وكل حق للرجل عليها يقابلها واجب على الرجل لها، وذلك قوله تعالى: «ولهن مثل الذي عليهم بالمعروف» [البقرة: ٢٢٨] ...

ولكن الشريعة في تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة، ميزت الرجل عن المرأة بميزة واحدة، فجعلت له على المرأة درجة في قوله تعالى: «وللرجال عليهن درجة» [البقرة: ٢٢]. وقد بين القرآن حدود هذه الميزة، أو الدرجة التي اختص بها الرجل في قوله تعالى: «الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وما أنفقوا من أموالهم» [النساء: ٣٤]، فيين ذلك أن الدرجة هي درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة * ...

ولاشك في أن الرجل، وهو المكلف طبقاً للشريعة بالإتفاق على المرأة وتربيه الأولاد، والمسئول الأول عن الأسرة، أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة لأن مسؤوليته عن هذه الشئون تقضي أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها....

فالسلطة التي أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسئولية التي جعلها ليتمكن من القيام بمسئوليته على خير وجه . وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة، هي القاعدة التي تقول "السلطة بالمسؤولية"، تلك القاعدة التي جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتي قررها الرسول عليهما السلام في قوله: "كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته" ، فالإمام راعٍ وهو مسئول عن

* يلاحظ تعليق الدكتور العوا على هاتين الآيتين في نهاية الحاشية .

عودة رعيته، والرجل راعٍ في أهله، وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسئولة عن رعيتها" ...

وإذا كان للرجال درجة على النساء في شؤونهم المشتركة، فإن الرجل لا يتميز عن المرأة في شؤونهما الخاصة وليس له عليها أي سلطان، فهي تستطيع مثلاً أن تتملك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجاً أو أبياً - أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها ..

وقد سوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نزولها، أي من ثلاثة عشر قرناً تقريباً في وقت لم يكن فيه العالم مهيأً للتسوية بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، فلم تكن حاجة الجماعة هي التي دفعت الشريعة لـ تقرير 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 الوضعية، لم تسمح بالتسوية بينهما إلا في القرن التاسع عشر، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف في شؤونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن ...

ويكفينا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرورتها، وأنها لا تضيق بحالة ما، ولا تعجز عن الإحاطة بكل ما يتصور من المسائل. فإذا أضيف هذا إلى ما في النصوص من كمال وسوّي كان من الحق أن نقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل؛ لأنها ليست في حاجة إلى تعديل أو تبديل ...

22 - نظرية مساواة المرأة بالرجل ونظريات الأسرة :

هذا المبدأ الشرعي فرع من نظرية المساواة العامة المطلقة (التي استعرضها في البند السابق)، لكنها في نظره استحقت أن تصاغ كنظرية متميزة بسبب الاعتبارات الاجتماعية التي تستلزم وحدة الأسرة وتضامن أعضائها، الأمر الذي يستوجب وجود قدر كبير من التوازن والتنوع بين حقوق كل من الرجل والمرأة، وواجبات كل منهما والالتزامهما المتكاملة في إطار الأسرة ووظائفها لتنشئة أجيال المستقبل وتتجديد بناء المجتمع .

بعض الذين يتغدون بالدعوة إلى المساواة بين الجنسين إنما يتجاهلون نظام⁽¹⁾ الأسرة الذي تعني به شريعتنا. ويغالى بعضهم في التهجم على بعض أحكام الشريعة التي تختص الزوج بالقوامة في الأسرة، أى رئاستها والالتزام بالإنفاق عليها، كما تختص الزوجة بالحمل والرضاعة والحضانة. وهدف كثير منهم في الواقع هو التخلى عن وحدة الأسرة أو هدمها وتفكيك مبدأ التضامن والتوازن في الحقوق والمسئوليات بين الزوج والزوجة، واستبعاد ما يترتب على هذا التضامن من تماسك البناء الأسرى ووحدته التي هي ضرورية لتنشئة الأطفال وإقامة المجتمع الصالح الذي ترى شريعتنا أن نواته هي الأسرة المتضامنة .

إن مجتمعنا الإسلامي هو مجتمع أسر لا مجتمع أفراد فقط، وحرص فقهنا على كيان الأسرة ووحدتها هو الذي اقتضى بناء نظرية المساواة بين المرأة والرجل على أساس التوازن في إطار الأسرة، وهي على كل حال مكملة للنظرية العامة في المساواة بين الجميع التي تستلزم التكامل والتوازن بين أفراد المجتمع، لكنها لا تعنى مطلقاً مجرد التمايل أو الشابه.

كما أن المساواة بين أفراد المجتمع لا يمكن أن تعنى أن يكون هناك تماثل دون تفاوت بينهم في المركز الاجتماعي أو تنوع في المسئوليات والأعمال ، كذلك المساواة

(1) كان نفضل لو أنه جمع هذا البند وباقيه مع البنددين (29+31) لأن موضوعهما يتأثر بـنظام الأسرة، وأحكامها التي هي كلها فروع من نظرية عامة شاملة لجميع المبادئ التي تتعلق بـتضامن أفراد الأسرة والتوازن بينهم في الحقوق والواجبات رغم تنوع مسئوليات الرجل والمرأة في نطاق الحياة الزوجية التي هي أساس الأسرة .

المساواة لا تعني التماثل في المجتمع ولا في الأسرة :

بين الرجل والمرأة في الأسرة لا يعني التماثل بل هو التكامل الذي يستلزمه تنوع وظيفة كل منهما في إطار التوازن بحيث يكون للزوج الرئاسة مقابل تحمله مسئولية القوامة، أي الكسب والإإنفاق على الأسرة في حين تقع على المرأة مسئولية الحمل والولادة والرضاعة والحضانة للأولاد، وبذلك يكون هناك قدر كاف من التوازن والتعاون والتكميل يوفر للأسرة جميع احتياجاتها، ويمكنها من إنجاب الذرية وتنشتها التنشئة الصالحة التي تضمن للأمة البقاء والإنسانية النمو والتتجدد في إطار من التكافل والتضامن مع تنويع الاختصاصات وتفاوت المسؤوليات.

إن بعض من يرفعون شعارات "تحرير المرأة" يعتقدون ما يقرره القرآن للرجال من "القوامة"، أي رئاسة الأسرة والإإنفاق عليها، ويزعمون أن هذه الرئاسة تعارض مع تحرير المرأة، ونرد على ذلك بـ ملاحظتين :

الأولى : أنهم يدعون إلى وجوب التزام المرأة بالعمل والكسب، ولو أدى ذلك إلى انصرافها عن التفرغ لرعاية الأطفال والحمل والرضاعة والحضانة وما إليها. و هم فعلاً يقصدون "تحريرها" من هذه المسئولية "البيولوجية" الشاقة العسيرة، مسئولية العمل والرضاعة والحضانة لأنهم لا يهمهم وجود هذه الذرية ولا رعايتها.

ونرى بعضهم يسرف في تشويه صورة المرأة الحامل أو المرضعة أو المربية، حتى يغرس لدى الفتيات "والنساء" كره هذه المهمة، ويفضّلن عليها العمل إلى جانب الرجل خارج المنزل وعدم التفرغ للولادة والحمل ورضاعة الأطفال .

الثانية : أنهم لا يرون بأساً من أن تكون المرأة العاملة خاضعة لمن يرأسها أو يستخدمها في العمل، ويكون له عليها حق المحاسبة والتأديب المترتب على هذه الرئاسة، ويفضّلون هذه الرئاسة - التي يمارسها رجل أجنبي على المرأة العاملة - على رئاسة الزوج للأسرة بما فيها الزوجة والأطفال.. إنهم يريدون أن يكون عمل الزوجة خارج البيت بديلاً عن مشاركتها في بناء الأسرة وإنجاب الأطفال ورعاية الجيل الناشئ، وأن يكون رئيسها في العمل بديلاً لرئيس الأسرة وهو الزوج، في حين أننا نرى أن العمل خارج المنزل مجرد أمر ثانوي مكمّل لوظيفتها ومسئوليّتها في الأسرة لا متعارض معها ولا بديل لها. ومادام لكل كيان رئيسه، فلماذا لا يكون للأسرة رئيسها؟

تنوع الاختصاصات بين أعضاء الأسرة وأفراد المجتمع لا يخل بالمسؤولية :

ولمن تكون الرئاسة فيها إذا لم تكن من تلزمها شريعتنا بالعمل للإنفاق على جميع أفرادها من فيهم الزوجة حتى ولو كانت تعمل وتكسب لها ثروة ومال خاص بها ؟ وينسون أن هذا التنوع والتكمال مقرر لصالح الأطفال لا لصالح الزوج أو الزوجة. إنهم يريدون المرأة خارج نطاق الأسرة، ويعدون ذلك تحريرا لها من الزواج والأمومة، بمعنى انفلاتها من مسؤوليات الزواج والأمومة ومن الارتباط برجل يصاحبها في مسيرة حياتها كزوج يتلزم الإنفاق عليها، ويفضلون أن تعاشر من تجد من الرجال وتختضع لهن يدفع لها أجراها من أصحاب العمل وتقبل رئاسته بدلا من رئاسة الزوج، ولو أدى ذلك إلى أن تعيش في المجتمع منفردة بدون رجل يشاركها في بناء الأسرة وتربية الأولاد تأنس له وتعالون معه على مواجهة مشكلات العيش وتشتت الأطفال وهم مستقبل الأمة . إنهم بكل وضوح يريدون تحريرها من مهمة الحمل والولادة والرضاعة والإنجاب، لأنهم لا يريدون مزيدا من الأطفال، ويريدون أن يفرضوا ذلك على المجتمعات الناشئة الفقرة التي لا يرون بأسا من إبادتها والقضاء عليها حتى لا تكون في المستقبل ... بدلا عن المجتمعات الغنية التي يهددها الترف والتسيب الجنسي بالفساد والاهيار .

ملاحظاتنا على طريقته في عرض النظريات العامة :

لقد بدأ فقيهنا بعرض نظرية المساواة في البندين (21,22) قبل نظرية الحرية وما يتصل بها من الشورى وتقيد سلطة الحكم في البندين (23,24)، ثم أعقب ذلك بعرض نظريات الطلاق وتعدد الزوجات في البندين (25,26) .

ونظرا لأهمية نظرية الأسرة بصفة عامة، وما يتعلق بها من أحكام الطلاق وتعدد الزوجات، وارتباطها الوثيق بنظرية المساواة بين الرجل والنساء البند (22)، والمساواة بصفة عامة البند (21)، فقد استحبنا لأنفسنا أن ندعوا القارئ لكي يقدم قراءة البندين (25,26) قبل البنود (27,28) الخاصة بالحرفيات لتأكيد اعترافنا بأنه آثر إعطاء نظرية المساواة أهمية قصوى بتقديم بحثه فيها على نظرية الحرية وغيرها، وأن مشرعونا يعطى لنظام الأسرة أهمية قصوى تبرر وضع قيود وحدود للحرية "الجنسية" وللتتماثل بين الرجل والمرأة الذي يريد دعوة تحرير المرأة من مسؤولياتها في الأسرة .

أهمية حصانة الأسرة وأثرها في تشريعنا الجنائي :

و سنوضح ذلك فيما يلى :-

إننا نجربأنا على ذلك لسبعين :

الأول : هو ما نراه من تطورات تدل على اتجاه كثير من المفتونين بالماهاب المادية الأوروبية والأمريكية إلى الإسهام في حلقات الشهير بعض مبادئ شريعتنا وأحكامها الخاصة بكيان الأسرة والعلاقات الأسرية والاجتماعية القائمة على الارتباط بين أحكام الزواج والنفقة والميراث، لأنها كلها تدور حول مبدأ وحدة الأسرة وحمايتها وتدعيمها "بحسبانها محور المجتمع والخلية الأولى لبنيائه"، وينظمها مبادئ متوازنة ومتكاملة ومرتبطة هي أساس جميع الأحكام المتعلقة بكيان الأسرة .

أما الأمر الثاني : وهو أهم - فإن نظريات الأسرة تفسر لنا الحماية الاستثنائية التي يوفرها التشريع الجنائي الإسلامي للقيم السلوكية المتعلقة بالعلاقات الجنسية، التي تحمى الزواج واستقرار الأسرة، وذلك عن طريق فرض عقوبات حدية قصوى للانحرافات التي تهدد كيان الأسرة، وجعلها من أهم جرائم الحدود وهم جريمتا الزنا والقذف .

لنفس السبب ندعو القارئ إلى تأخير مراجعة البند (30) بشأن تحريم الخمر الذي يفصل بين أحكام الطلاق وتعدد الزوجات لعدم وجود مبرر للفصل بين هذين المبدأين المتعلقيين بنظام الأسرة .

إن تأخير مراجعة البند (23 - 28) بشأن الحرفيات عموماً، والشوري ومحاسبة المحکام إلى ما بعد البند (29 - 31) بشأن الأسرة وما يتصل بها لا يعني مطلقاً التفصيل، بل لوحدة موضوع تلك البند للأسباب التي أوضحتها آنفاً، وذلك مع حرصنا على احتفاظها جيئاً بالأرقام والواقع الأصلي التي اختارها فقيهنا والتزم بها، مراعاة للترتيب في الفهرس .

وكذلك ندعو القارئ إلى تأخير مراجعة البند (30) بشأن تحريم الخمر إلى ما بعد البند (31) حتى يكون هذا البند الخاص بتعدد الزوجات تاليًا مباشرة للبند (30) بشأن الطلاق وما قبله من البند المتعلقة بكيان الأسرة، وذلك مع الاحتفاظ برقمه وموقعه الأصلي للسبب الذي بنياه بالنسبة للبند السابقة .

* تعليق للأستاذ الدكتور "العوا" على الفقرة (٣) من البند (٢٢) : "في كتابنا عن الفقه الإسلامي في طريق التجديد قلنا إنه يراعى اختلاف سياق الآيتين، فالآولى في سياق الطلاق والمراجعة، والثانية في سياق القيام بشؤون الزوجية، فالدرجة ميزة عقدية، والقرامة واجب عقدى يلزم الرجل بالقيام بما يصلح المرأة" .

عودة ٣٥ 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، وستتكلم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتي ..

٤٦ حرية التفكير .. جاءت الشريعة الإسلامية معلنة حرية التفكير، محرة العقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات، داعية إلى نبذ كل مالا يقبله العقل. فهي تحدث على التفكير في كل شيء وعرضه على العقل، فإن آمن به العقل كان محل إيمان، وإن كفر به كان محل كفراً. فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشيء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله، ولا تبيح له أن يقول مقالاً أو يفعل فعلًا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله ...

ولقد قامت الدعوة الإسلامية نفسها على أساس العقل. فها هو ذا القرآن يعتمد في إثبات وجود الله ويعتمد في إقناع الناس بالإسلام، ويعتمد في حملهم على الإيمان بالله ورسوله ﷺ وكتابه - يعتمد القرآن في ذلك كله اعتماداً أساسياً على استشارة 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، ولن يستطيعوا التمييز بين الحق والباطل ...

ونصوص القرآن التي تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لا تعد كثرة، منها قوله ﷺ: «إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والulk التي تجري في البحر بما ينفع الناس وما أنزل الله من السماء من ماء فأحياناً به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحب المسرح بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون» [البقرة: ١٦٤]، وقوله ﷺ: «فَلَمَّا أَعْظَمْنَاكُمْ بِوَاحِدَةٍ أَنْ تَقُومُوا لِهُ مُنْتَهَى لِقَوْمٍ يَعْقُلُونَ» [سباء: ٤٦]، وقوله ﷺ: «أَوْ لَمْ يَتَفَكَّرُوا فِي أَنفُسِهِمْ مَا خَلَقَ اللَّهُ وَفَرَادِيٌّ ثُمَّ تَفَكَّرُوا» [الروم: ٨] وقوله ﷺ: «فَلَمَّا أَنْظَرْنَا مَاذَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ» [يونس: ١٠١]، وقوله ﷺ: «فَلَيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّ خَلَقَ» خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والتراب» [الطارق: ٧-٥]،

عودة

وقوله ﷺ : «أَفَلَا يُنْظَرُونَ إِلَى الْإِبْلِ كَيْفَ خَلَقْتَهُ وَإِلَى السَّمَاءِ كَيْفَ رَفَعْتَهُ وَإِلَى الْجِبَالِ كَيْفَ نَصَبْتَهُ وَإِلَى الْأَرْضِ كَيْفَ سَطَحْتَهُ» [الغاشية: ٢٠ - ١٧] ، وقوله ﷺ : «إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرًا مَنْ كَانَ لَهُ قَلْبٌ أَوْ أَلْقَى السَّمْعُ وَهُوَ شَهِيدٌ» [سورة ق: ٣٧] وقوله ﷺ : «وَمَا يَذَكِّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ» [آل عمران: ٧] ...

ويعيّب القرآن على الناس أن يلغوا عقوبهم، ويغطّلوا تفكيرهم ويقلدوا غيرهم ويؤمنوا بالخرافات والأوهام، ويتمسّكون بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون وي يعني عليهم ذلك كلّه، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأفهم كالأئمّ، بل هم أضل سبيلاً من الأئمّ؛ لأنّهم يتبعون غيرهم دون تفكير، ولا يحكمون عقوبهم فيما يعملون أو يقولون أو يسمعون، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التي ميز الله ﷺ بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألغى عقله أو عطل فكره، تساوى بالأئمّ، بل كان أضل منها ...

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه المعاني، واقرأ إن شئت قوله ﷺ : «إِذَا قِيلَ لَهُمْ أَتَبْعَثُ عَنْكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَعْبُدُ مَا أَفْيَانَا عَلَيْهِ آبَاءُنَا أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ * وَمِثْلُ الَّذِينَ كَفَرُوا كَمِثْلُ الَّذِي يَنْعَقُ بِمَا لَا يَسْمَعُ إِلَّا دُعَاءً وَنَدَاءً صَمْ بَكْمَ عَمِيْ فَهُمْ لَا يَعْقِلُونَ» [البقرة: ١٧١، ١٧٠] ، وقوله ﷺ : «أَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونُ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّمَا لَا تَعْمَلُ الْأَبْصَارَ وَلَكِنْ تَعْمَلُ الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ» [الحج: ٤٦] ، وقوله ﷺ : «وَلَقَدْ ذَرَأْنَا بِهِمْ جَهَنَّمَ كَثِيرًا مِنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسَنِ لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لَا يَصْرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لَا يَسْمَعُونَ بِهَا أَوْلَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ مِنْ أُولَئِكَ هُنَّ الْغَافِلُونَ» [الأعراف: ١٧٩].

وللإنسان أن يفكر فيما شاء ... كيّفما يشاء، وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير، ولو فكر في إثبات أعمال تحرمها الشريعة. والعلة في ذلك أن الشريعة لا تعقوّب الإنسان على أحاديث نفسه، ولا تؤاخذه على ما يفكّر فيه من قول أو فعل محروم، وإنما تؤاخذه على ما أتاه من قول أو فعل محروم، وذلك معنى قوله ﷺ : «إِنَّ اللَّهَ تَحْمِلُ لِأَمْتَى عِمَّا وَسُوتَ أَوْ حَدَثَتْ بِهِ أَنْفُسُهَا، مَا لَمْ تَعْمَلْ بِهِ أَوْ تَكُلْ ...

23 - 24 نظريات الحريات المتنوعة وأولها حرية التفكير :

لقد أصلف "فقيهينا" بعرض المبادئ الإنسانية الأساسية في شريعتنا على أنها نظريات لا مجرد مبادئ نرى أن البعض يحاول عرضها منفصلة أو معزولة عن غيرها من الأحكام الفرعية. فالحريات التي عرضها ليست مجرد مبادئ أو قواعد أو أحكام، بل هي كما وصفها بحق : نظريات عامة واسعة النطاق، تقوم على ارتباط المبدأ الأصلي مع ضمانات تستلزم حدوداً وأحكاماً متنوعة تفرضها مقتضيات حقوق الإنسان الفطرية وتضامن المجتمع وسلامته وأمنه ...

فالحرية في شريعتنا ليست حرية "الأوابد" في الغابة يعمل كل منها ما توحى به غرائزه وشهواته، لا يحدها إلا قدرته وقوته، فيأكل القوى الضعيف، بل هي عندنا حرية اجتماعية لها حدودها الإلهية التي هي ضمانات لاحترام حقوق الغير وحرياته. هذه الحدود التي فرضتها شريعتنا، تجعل الحرية نظرية اجتماعية تحدها وظيفتها في بناء المجتمع وأمنه واستقراره، ومقتضيات التوازن والتكافل والتضامن الاجتماعي، ولذلك فإنما تشمل صوراً عديدة متنوعة في جميع نواحي الحياة الإنسانية كما سنرى ...

وسوف نرى في استعراضه للحريات المتنوعة أن المبدأ العام الذي يستفاد من هذه القواعد أن الحريات جميعاً التي ندرسها أو لأندرسها هنا، سواء حرية الاعتقاد، أو القول، أو الحركة... لا يجوز أن تتخذ وسيلة عدوان على أصول المجتمع وقيمته، ولا على حريات الآخرين وحقوقهم⁽¹⁾:

التفكير في شريعتنا ليس مجرد حق بل هو واجب، وهو واجب فردي وفريضة اجتماعية⁽²⁾.

والآيات التي استعرضتها فقيهنا تؤكد مشاركة المجتمع كله ومسئوليته في هذا الواجب، فلا يجوز للفرد أن يتخذ حريته في التفكير مبرراً للتهرب من نظام المجتمع الذي يقوم على أصول ومبادئ تضمن الحرية لغيره، وللجميع ولا أن يتخذها مبرراً للتهرب من مقتضيات النظام العام وضوابطه أو مهاجمته وتوهين أسسه وأصوله .

(1) تفتقر على القارئ تأجิل هذا الموضوع، ومايليه في البند (24 - 28) لكي يكون الاطلاع عليها بعد الانتهاء من الم الموضوعات المتعلقة بالأسرة في البنددين (29,31) فيما بعد، التي ترتبط في نظرنا مع نظريات المساواة وتؤثر فيها .

(2) يراجع كتاب الأستاذ / عباس محمود العقاد بعنوان : "التفكير فريضة إسلامية".

حرية التفكير لا تبرر مهاجمة أصول المجتمع وحربيات الآخرين :

لذلك، فإن مبدأ الحرية الفردية يجب أن يكون في نطاق الالتزام بالنظام الاجتماعي التضامني، فلا تتخذ حرية التفكير وسيلة لعدم كيان المجتمع أو تهديد الأسس التي يقوم عليها.

ويكفيانا أن نراجع النصوص التي أوردها لكي ندرك مدى عنایة الإسلام بهذا "الواجب"، واجب التفكير والنظر في كل ما يحيط بنا من مخلوقات الله في هذا الكون الفسيح، وكلما زدنا معرفة به وعلما في شعونه، تأكينا أن ما وصلنا إليه من علم ليس إلا قدرًا محدودًا، وأن الله وحده هو مصدر العلم الكامل الشامل الذي يحيط بكل شيء سواء ما ندركه نحن، وما نعجز عن إدراكه الذي يعتبر من "الغيب" بالنسبة لنا.

وواجب التفكير يفرض على المجتمع إزالة المعوقات التي تحول دون قيادة الأفراد بتلك الحرية أو دون ممارستها على الوجه الأكمل بتحرير الفكر من كثير من الأوهام والخرافات الخدثة أو الموروثة، لأن الإنسانية تسمى بالعلم والتفكير كل يوم فلا يقبل بعض ما تركه الآباء من بصمات الجهل أو التخلف في الحياة الفردية والاجتماعية.

وآيات القرآن الكريم التي عرضها علينا ليست في الواقع إلا ما اتسع له المقام؛ لأن هناك نصوصاً كثيرة يمكن مراجعتها في هذا الصدد في كتب التفسير*.

* تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " :-

تراجم أيضاً كتب الحديث والسير، لأن هناك الدليل العملي على إقرار الإسلام للحربياتكافلة في سيرة الرسول ﷺ وصنيع أصحابه والخلفاء الراشدين منهم بوجه خاص. كذلك يراجع ما قوله الفقه في المذاهب كلها من أحكام مبنية على الاحتفاظ بالحرية والتغويل على ما يؤكدها في الترجيح بين الآراء وتقديم بعضها على بعض .

عودة ٥٥ حرية الاعتقاد ... والشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد، وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايةها إلى آخر الحدود . فلكل إنسان طبقاً للشريعة الإسلامية أن يعتقد من العقائد -٩- ما يشاء، وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها، أو يمنعه من إظهار عقيدته ... وكانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة، فلم تكتف بإعلان هذه الحرية، وإنما اتخذت لحمايتها طريقين :

أو همَا ... إلزم 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 يعارض آخر في اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى وبين له وجه الخطأ فيما يعتقد، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اعتناع فليس عليهما حرج، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راضٍ ، ويكتفى صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه بين الخطأ، وأرشد إلى الحق، ولم يقتصر في إرشاد خصميه وهدایته إلى الصراط المستقيم. واقرأوا إن شئت هذه المعاني صريحة واضحة في قول الله تعالى لرسوله ﷺ : «لا إكراه في الدين» [البقرة: ٢٥٦]. وقوله: « ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جهعاً فأفانت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين» [يونس: ٩٩]. وقوله ﷺ : (فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم عسيطر) [الغاشية: ٢١-٢٢] وقوله ﷺ : «وما على الرسول إلا البلاغ المبين» [آل عمران: ٥٤] ..

الصلوة ... تعليق "رقم -٩-" ومن الأديان السماوية ما أراد وياح له السكنى في البلاد الإسلامية إذا استزم الشرائط التي تعرضها عليه الدولة المسماة بالعرف الفقهي بشرط الذمة، وليس لن لا يدين بأحد الأديان السماوية السكنى في البلاد الإسلامية؛ لأنها أشبه ما تكون بالجرائم السامة، فاما أن يذهب سهامها وذلك بدعينها بأحد الأديان السماوية أو تزال من الوجود.

الشأن ... رأينا في "تعليق -٩- " أكد مبدأ حرية العقيدة الذي عده المؤلف من أسس العقيدة والشريعة الإسلامية وبين أن أمن الدولة الإسلامية يستوجب التزام غير المسلم بشروط معينة

طالما أقام في دار الإسلام، وقال إنما "المسماة في العرف الفقهي بشرط الذمة" .
لكنا نعارض قوله "ليس لن لا يدين بأحد الأديان السماوية السكنى في البلاد الإسلامية" ،
... وسنعود لذلك فيما بعد ...

عوده ثانيهما ... إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته، وألا يقف موقفا سلبيا فإذا عجز عن حماية نفسه تختم عليه أن يهاجر من هذه البلدية التي لا تحترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهله العقيدة، ويمكن فيه من إعلان ما يعتقد، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه، قبل أن يظلمه غيره، وارتكب إثما عظيما وحقت عليه كلمة العذاب، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسها إلا وسعها، وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك بقوله ﷺ : (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساعات مصيرا * إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يغفر عنهم وكان الله عفوا غورا) [النساء: ٩٧ - ٩٩]

وقد بلغت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مسلمين وغير مسلمين، -١٠- وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لغير المسلمين في بلاد الإسلام. ففي أي بلد إسلامي يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه ومذهبة وعقيدته، -١١- وأن يياشر طقوسه الدينية، وأن يقيم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراساته دون حرج عليه. فلليهود في البلاد الإسلامية عقائدتهم ومعابدهم، وهم يتبعون علينا وبطريقة رسمية، وهم مدارسهم التي يعلمون فيها الدين الموسوي، وهم أن يكتبو ما يشاءون عن عقيدتهم، وأن يقارنوها بينها وبين غيرها من العقائد، ويفضلوها عليها -١٢- في حدود النظام العام والأدب والأخلاق الفاضلة. وكذلك

الصلدر ... تعليق "رقم ١٠ -" من الكتابين الذين يؤمنون بالله ويعتقدون بأحد آلهائه وأحد كتبه المترلة ...

الصلدر ... تعليق "رقم ١١ -" وليس له أن يدعو المسلم إليه ...

الصلدر ... تعليق "رقم ١٢ -" من دون طعن بالإسلام ولا إفساد المسلمين ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق ١٠ -" نعارض قوله في تعليق رقم (١٠) إن هذه الحرية العقائدية ميزة لأهل الكتاب دون غيرهم، ونعتقد أن هذارأي شخصي له. ويؤيد رأينا ما تضمنه دستور جمهورية إيران ذائما في المادة الثالثة عشرة من التسوية بين "الزرادشت" و"اليهود" و"المسيحيين" في الحقوق واعتبارهم من الأقليات الدينية المعترف بها ...
إن احترام النظام العام والأدب يكفي لمقاومة الاحترافات الشاذة مثل العرى أو الفسوق =

عودة حال المسيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعددها، فلكل أصحاب مذهب كنائسهم ومدارسهم، وهم يباشرون عبادتهم علينا ويعلنون عقائدهم في مدارسهم، ويكتبون عنها وينشرون ما يكتبون في البلاد الإسلامية...

= وعبادة الأوثان، أو الأهداف السياسية المعادية أو غير ذلك من الانحرافات التي تمارسها بعض الفرق وعادة تقولها جهات أجنبية لتحطيم أخلاق الشباب أو قديد وحدة المجتمع، وشغل بعض الطوائف ببعض الطقوس المغربية عن العمل الجدي والإنتاج ...

... تعليق "رقم ١١-١" وليس له أن يدعو المسلم إليه ...

الصدر

... تعليق "رقم ١٢-٢" من دون طعن بالإسلام ولا إفساد المسلمين ...

الصدر

... "رأينا في تعليقي رقمي ١١-١٢-٢" ذكر السيد "الصدر" من شرائط الذهمة أنه

الشاوي

لا يجوز للذمي الطعن في الإسلام ولا إفساد المسلمين وليس له دعوة المسلمين إلى تغيير دينهم، ولا نعتقد أن هناك من يعارض في ذلك، ويعبر المعاصرون عنها بضرورة الالتزام باحترام النظام العام والآداب، وهذا القيد العام يكفي وتتفق معه قواعد وأحكام عديدة ...

25 - حرية الاعتقاد أساسها لا إكراه في الدين :

إن عرض هذه الحرية عقب حرية التفكير، يدل على أنها تتفرع عنها، لكنها أخص منها، وهذه الخصوصية ترجع إلى أنها تتعلق بالعقائد الدينية.

وكانه ينظر بظاهر الغيب، فقد قدم لنا القول الفصل في الجدل الذي يشيره البعض أخيراً حول ما يسمونه حرية التفكير والإبداع التي يظنونها مطلقة تبيح لهم الدعاوة للأخلاق والهجوم على معتقدات الأمة ومقدساتها، لكنها في شريعتنا محدودة، لا يجوز أن تحدد العقائد الدينية، لأن الإسلام يجعل حرية العقيدة الدينية للجميع متوازنة ويعيدها بعسانية كبيرة تستدعي تأمينها وحمايتها من العدوان عليها حتى ولو وقع باسم "حرية الفكر" لفرد يشد عن عقيدة الجماعة ويستبيح لنفسه تجريح معتقداتها^(١).

إن شريعتنا السمحاء رغم أنها تعد الإسلام خاتم الأديان وأنه نسخ ما سبقه من عقائد بعضها ينحرف عن شريعة التوحيد، إلا أنها في الوقت نفسه أجازت لأفراد مجتمعنا من غير المسلمين حرية التمسك بعقائدهم الدينية السابقة الموروثة، ولذلك قررت مبدأ "لا إكراه في الدين" وهو المبدأ الذي مكن شريعتنا من بناء أول مجتمع إنساني أقام حضارته على تعدد العقائد الدينية، في حين أن المجتمعات الأخرى والمؤسسات والدول التي كانت تمثل الأديان السابقة كانت تسير على إعطاء أنصار الدين الغالب ومثيليه الحق المطلق في فرضه على الجميع بالقوة والإكراه. يشهد بذلك ما فعلته الكنيسة في العصور الوسطى من إقامةمحاكم التفتيش لإكراه الأفراد جميعاً على إعلان انتماهم لعقيدتها وتحريم الاحتفاظ بأى دين أو رأى أو فكر أو معتقد آخر؛ بل وتحريم البحث العلمي بزعم أنه يؤدى إلى الخروج على ما تسير عليه الكنيسة أو تعرفه أو تعترف به.

(١) تعليق للأستاذ الدكتور "محمد سليم العرا" : في كتابنا (الحق في التعبير) بينا أن هذا الحق فرع من فروع حرية الفكر والإبداع، وهو حق مقرر في أصول الشريعة وفروعها تضبط ممارسته أحكام النظام العام في المجتمع الإسلامي ويتحمل من يمارسه تبعه هذه الممارسة وفقاً للقانون المطبق في البلاد.

شريعتنا تضمن جميع الطوائف الدينية أمنا وسلاما لا تتجه في البلاد المسيحية ذاكها:

وقد أدى بـهم ذلك إلى إبادة المسلمين من الأندلس بعد أن عاشوا فيها وبنوا فيها حضارة رائعة مازال العالم يتحدث عنها. وما زالت بعض الدول المسيحية تسعى لإبادة المسلمين في البلقان وغيرها حتى الآن.. وما جرى في البوسنة وكوسوفو دليل على ذلك⁽¹⁾. ميزة التشريع الإسلامي أنه قد عاشت في ظله عشرات الطوائف من الأقليات من معتنقى الأديان السابقة طوال عصور تاريخنا في جميع أقطار العالم الإسلامي حتى اليوم، وهم يتمتعون بحماية شريعتنا لحربيتهم وأمنهم من كل عدوان، وخاصة عدوان السلطات السياسية التي تعمل باسم الدولة الإسلامية ذاكها⁽²⁾ لأنهم في ذمة الله ورسوله. أكثر من ذلك فإن شريعتنا مكتنط الطوائف المسيحية المتعددة من التعايش معاً في مجتمعاتنا. حتى إنه منذ طبقة الشرعية في منطقتنا، نجد أنه يعيش فيها جميع الطوائف المسيحية جنباً إلى جنب. في حين أنه في البلاد المسيحية ذاكها كانت الطائفة التي لها الأغلبية تضطهد الطوائف المسيحية المختلفة لها، وقامت بين الطوائف المسيحية في أوروبا حروب أهلية سالت فيها دماء الآلاف، في حين أنهم في بلادنا يعيشون معنا في أمن وسلام. إن مفهوم الذمة هو ضمان الأمن والسلام لغير المسلمين. الذين يهاجرون لهذا المصطلح لا يعرفون حقيقته، ولا يفرقون بين أحكام الشرعية والخرافات الحكام وفساد من مارسوا السلطة بغير شوري حرمة، وأنهم إذا كانوا قد مارسوا بغيًا وظلماً فإن نصيب الأغلبية المسلمة منه كان أكبر بكثير مما أصاب الأقليات غير الإسلامية.

(1) ما يجري اليوم في كوسوفو حيث يضيق الصراع بحوالي مليون مسلم ويمارسون ضدتهم التطهير العرقي حتى بالضرب بالبابام دليل آخر عليه.

(2) يرجى من القارئ أن يراجع ما ورد في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" في البند (49) من الإشارة إلى ما ذكره مؤلف مسيحي مصرى، وهو المستشار الدكتور / وليم سليمان قلادة، في كتابه "المسيحية والإسلام على أرض مصر"، من تصدى أحد "شيخ الأزهر وعلماء الإسلام" للخديوى عباس عندما أراد إبعاد جميع المسيحيين من مصر ونقلهم إلى السودان، ومنعه من ذلك؛ لأنهم في حياة "ذمة الله ورسوله"، ومع ذلك نرى البعض يكره كلمة "الذمة" وبهجتها؛ لأنهم لا يدركون معناها ولا المقصود منها.

والذمة في صحيح الفقه عقد بين طرفين، وليس وضعاً إلهاً لأهل دين الأقلية في معاملتهم مع الإسلام والمسلمين. وهذا التكليف الصحيح نتائج فقهية وسياسية مهمة ذكرها العوا في بحثه (النظام الإسلامي ووضع غير المسلمين) ملحق بكتابه النظام السياسي دار الشروق ١٩٨٤م، فليراجع .

حماية معتقدات الأقليات لا تكون على حساب عقيدة الأغلبية :

لقد أدى الظفيان ببعض الأنظمة إلى حرمان المسلمين أنفسهم من الحقوق الإنسانية، وطبعي أن يكون لأفراد من الأقليات نصيب من الظلم الواقع على جميع المواطنين، لكن بعض القوى الأجنبية التي ت يريد التدخل في شئوننا بحججة حماية الأقليات الدينية تتجاهل طغيان بعض الحكام واضطهادهم لعامة المسلمين، بل تشجعهم على ذلك وتفرضه عليهم في بعض الأحيان، وتستخدم أفراداً من الأقليات والأغلبية عمالء لها تعطيهم الحق في أن يكونوا متمتعين وحدهم بما نسميه بالحقوق الإنسانية دون غيرهم. بل إن بعضهم يتولى تشجيع الحكام على اضطهاد الأغلبية المسلمة وحرمانها من حقوقها السياسية والوطنية، كما في الجزائر مثلاً، وتصرخ مطالبة بحقوق أقليات غالباً ما تكون شاذة، وتساعدهم في ذلك دول أجنبية، تتدخل لدى بعض الحكومات لتعترف بهم دون غيرهم بمحاصنات وامتيازات، وهي لا تفعل ذلك مجاساً بل إنما تطالب بهذه الطوائف سواء كانوا من الأقلية أو الأغلبية أن يكونوا عمالء لها فيما تدبره ضد شعبينا وأمتنا، ويختونوا أمتهم بل ودولهم ذاهماً... *

لاشك في أن الأغلبية من حقها أن تتمتع بالضمانات لتأمين عقيدتها وحرriاتها، وهي ضمانات لا يجوز أن تقل عما تقرره شريعتنا من حماية لعوائد الأقليات وحرriاتهم. لذلك فإن ما يسمى "حرية الفكر" أو حرية الإبداع لا يجوز أن يدعى بعض الأفراد أنها تجيز لهم ترويج أفكار وأعمال تعارض مع الحماية التي تتمتع بها العوائد الدينية في الأمة الإسلامية، سواء كانت عقيدة الأغلبية المسلمة أو عوائد الأقليات التي تعيش في دار الإسلام مستطلة بأحكام شريعته التي تضمن لهم حرية العقيدة والعبادة (بل وما يتصل بها من جواز شرب الخمر وأكل الخنزير والزواج الديني وما شاكل ذلك مما أفضى فقهاؤنا في تفصيله).

وقد نتج عن سياسة بعض الكنائس في العصور الوسطى في أوروبا رد فعل قوي لدى الجماهير وأهل الفكر الحر ضد سيطرتها على المجتمع، وقتل ذلك فيما يسمونه "علمانية الدولة" أو الدساتير الالادنية التي كانت في الأصل وسيلة لحماية حرية المعتقدات الدينية المختلفة والمتحدة من طغيان الكنيسة، لكن البعض يحول هذه الالا دينية إلى ديانة أو كنيسة جديدة لفرض الإلحاد الذي يعني مقاومة العوائد الدينية

الإلحاد أصبح له كنيسة تضطهد الأديان بدلاً من كنائس العصور الوسطى :

جيئاً، فأصبح الإلحاد واللادينية يحلان محل الكنائس في اضطهاد المعتقدات الدينية ومطاردة دعاة الإسلام والتشهير بعقاده وشرعيته، وتتخدّلُّها بعض الحكومات العلمانية الأوروبيّة مسوّغاً لمقاومة معتقدات الأقلّيات في أوروبا ذاتها. بل تستغلّها بعض الدول حالياً أداة لاضطهاد المسلمين في بلادها، بحجّة أنّهم لا يتزرون باللادينية التي يسمونها "علمانيّة" تعادي الأديان كلّها.

إن الإلحاد واللادينية، ليسا ديناً يتمتع بحماية شريعتنا، بل هما عدوان على العقائد الدينية كلّها. هذا هو أساس الإجراءات التي يطالب بها المؤمنون لوضع حد للعدوان الإلحادي على عقائدهنا إذا خرج الإلحاد عن نطاق المعتقد الفردي وتحول إلى مذهب لسلطة وسياسة تفرضه السلطات أو الأحزاب أو الجماعات المتحكمة في بعض الدول،^(١) وتستغلّها بعض السلطات في بلادنا لقمع الصحوة الإسلاميّة التي ظهرت بوادرها في كثير من الشعوب، خصوصاً الشعوب العربيّة التي تطالب بتطبيق الشريعة

(١) كان هذا هدفاً معلناً في دسائير النظم الشيوعية التي كانت تفرض ماتسميه الإلحاد العلمي على الشعوب الإسلامية الخاضعة لها. وبعد انهيار الشيوعية انتشر فلاسفتها وأعوانها الذين تخصصوا في مهنة الصحافة والإعلام وبرعوا في خدمة دعایات النظم الاستبدادية في بعض أقطارنا، وسارعت المراكز الصهيونية والإمبريالية الأمريكية إلى استخدامهم لتنفيذ خططها في "فتح" الرؤساء والأحزاب المصطنعة المولالية لها والسيطرة على الإعلام، الذي جعلته رأس الحربة في الهجوم على الإسلام وشرعيته وثقافته وتاريخه من أجل اقتلاعه من المجتمع.

ونقدم للقارئ نموذجاً عارضاً في خبر نشرته مجلة أسبوعية في أحد الأقطار العربية جاء فيه ما يلى: "النلت إحدى المذيعات مع مصرى نال جائزة في مهرجان الأغنية، وسألتها: لماذا توقفت عن الغناء سبع سنوات مع أنك كنت من أشهر المغنيين في الأغانيات الغربية؟ فقال المطرب: لأنني في تلك الفترة كنت أجلس مع نفسى وأقرأ القرآن والسنّة، وأعمل مراجعة لنفسي: هل أنا أنسجم مع القرآن. والسنّة أم لا؟ فصرخت المذيعة وأوقفت التسجيل وقالت: "ستوب". فاندهش المطرب لوقف التصوير، فقالت له المذيعة: إن التعليمات تمنع كل تسجيل يذكر فيه الإسلام أو القرآن أو السنّة، فلا بد أن تعيد الكلام بمعانٍ أخرى". ولم تذكر المجلة التي نشرت الخبر أى شيء عن الجهة التي ادعت المذيعة المذكورة أنها أعطتها تعليمات بعدم تسجيل أي شيء فيه ذكر للإسلام أو القرآن. والراجح عندي أنها ليست جهة رسمية مسؤولة، بل أحد المراكز الفنية أو الإعلامية التي لها علاقات مع الصهيونية والإمبريالية (تراجع جريدة الشعب بتاريخ 8/10/1996).

المطالبة بتطبيق الشريعة هي مطالبة بحرية العقيدة والفكر، ومقاومة سيطرة دعوة
الإلحاد الذين يهاجمون عقيدة الإسلام وشريعته :

الإسلامية. وهذه السلطات تستغل أعواانا لها يبصرون بالإلحاد والعلمانية، كأنهما عقيدة جديدة يقاومون بها الإيمان والإسلام.

إن دعوة الإلحاد لا يجوز لهم في نظرنا استغلال ما قرره الإسلام من حرية الفكر وسيلة للعدوان على العقائد الدينية أو تهديد حرمة الاعتقاد الديني.

هذا هو الوضع الصحيح لما طالب به الجماهير من توقيع عقوبات حازمة على دعوة الإلحاد الذين لا يكفيهم أن يضمن لهم الإسلام عدم التعرض لهم في معتقداتهم، بل يجعلون هدفهم مهاجمة عقائد الإسلام وشريعته.

ويزيد في حماسة الجماهير لمقاومة هذه الدعوات الإلحادية المدamaة، ما تراه الجماهير في وسائل الإعلام من تشجيع بعض مراكز السلطة لدعابة الهجوم على الإسلام، وترويجها لأفكارهم ودفعها عنهم، ولذلك أصبحت مقاومة الردة والعقواب عليها مطلبًا سياسيًا، تُعَدُّه الجماهير من أساليب مقاومة بعض العناصر التي تفرض الأفكار الإلحادية حتى في مؤسسات التعليم والإعلام، بحججة مقاومة الحركات المتطرفة، التي يدعى بعضهم خطأً أنها تشمل في نظرهم كل الاتجاهات الإسلامية، ويعملون من أجل ذلك لتشويه صورة الإسلام وشريعته بواسطة أجهزة الإعلام، والفساد في برامج الإذاعة والتلفزيون. بل وصل الأمر إلى تغيير مناهج التعليم لقطع صلتها بالثقافة الإسلامية والتاريخ الإسلامي إرضاء للصهيونية التي تطالب باستبعاد بعض آيات القرآن الكريم التي تتقدّم مؤامرات أهل الكتاب. وقد عبر عن ذلك الأستاذ صلاح حافظ في كتاب له بعنوان^(١) "المصير العربي في ظل الهيمنة الإسرائيلية. هافت السلام" بقوله: "تركز إسرائيل منذ بداية عملية السلام في كامب ديفيد مع مصر على تغيير المفاهيم وتلح على تعديل الأفكار والنص في المعاهدات المتسالية على بند "نبد الكراهية"، وتحت هذا البند تعددت المطالب الإسرائيلية لتعديل المناهج التعليمية والستربوية في الدول العربية، ومن ثم تحديد اتجاه العمل الإعلامي والثقافي في بلادنا حتى وصل الأمر إلى المطالبة بحذف بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة

^(١) نشرته دار الشروق 1998م (ص 60).

بعض المسؤولين عندنا يتباهون بمقاومة الفكر الإسلامي ليقربوا إلى القوى الأجنبية "والصهيونية" التي تعلن عدائها للإسلام وشرعيته :

حججة أنها تتحدث عن بني إسرائيل بروح عدائية في نظر إسرائيل⁽¹⁾. وقد شكل ذلك حرجاً شديداً للنظم العربية الداخلة في التفاوض والصالح مع إسرائيل، وبعضاً منها تردد، لكن بعضها بدأ سياسة تسمى التنظيف والتطهير - على مهل أو استحياء وسرية ... والغريب أن أحداً لم يطالب إسرائيل لكي تغير مناهجها وثقافتها وتعاليمها الدينية المثلية بكرامة العرب والتحريض على قتلهم ووصفهم بأنهم حالة البشر وأن اليهود وحدتهم هم شعب الله المختار ...".

ويفسر المسؤولون في إسرائيل ذلك بأن من حقهم استبعاد الكتب الإسلامية التي تتضمن الآيات التي لا تعجبهم كما يطالبون بإلغاء بعض برامج التلفزيون والإذاعة بمحة أنها تثير الكراهية ضد اليهود، بل وطالب بعزل بعض الوزراء والأساتذة والعلماء وتلح علىبقاء من ينفذون خططها حتى أصبح بعض الوزراء والملقين وخاصة من الصحافيين والفنانين يتباكون بمقاومة الدعوة الإسلامية والفكر الإسلامي لأن ذلك في نظرهم يضمن لهم البقاء في مناصبهم، ووصل الأمر ببعض المسؤولين إلى التباهي بإبعاد المتدربين من تولى مسؤوليات ثقافية في مجال الإعلام أو التعليم⁽²⁾ واستبعاد كل من له فكر أو اتجاه إسلامي من العمل في مجال التعليم والإعلام أو الجيش أو الشرطة وتحويلهم إلى مواطنين من الدرجة الثانية ووصفهم بأئم طائفة مضطهدة منبوذة.

(١) الحق أن القرآن لا يعادي اليهود ولا غيرهم من الشعوب بل إنه مدح أهل الكتاب عموماً، وخصوصاً بني إسرائيل بأن الله آتاهم ما لم يؤت أحداً من العالمين، ومع ذلك حذرنا من عيوبهم الناتجة عن غرورهم واستعلائهم المنصري على غيرهم ووصفهم غيرهم من الشعوب بأنهم أميون وادعائهما بأنهم وحدهم هم شعب الله المختار وتحريفهم للتوراة لتبرير مطاعمهن، والآن يريدون من بعض المستولين لدينا أن يعرفوا القرآن ويتجاهلوا ما ورد فيه من تحذير من أساليب البغي العنصري مع أنها الآية في أشد حاجة لذلك لمقاومة سياساتهم العدوانية وتأمرهم علينا بالتطهير مع الامم بالآيات الأحسنة .

(2) نشرت إحدى الجرائد اليومية (الأخبار في 27/10/1997 ص 3) تصريحات لوزير في أحد أقطارنا تحت عنوان ضخم يتباهي فيه : "أنا لم أستح أن أقول إنني أستبعد من العملية التعليمية ألفا وستمائة مدرس (1600)" (من ذوى الثقافة الإسلامية) لكي يضع بدلًا منهم ذوى الاتجاهات المشبوهة الذين لا يعلمون أطفالنا الآيات والأحاديث التي تثير اعترافات إسرائيل والتي أشار لها الأستاذ صلاح حافظ. أى أن إرضاء إسرائيل لا يكفى فيه تغيير المناهج بل تغيير القائمين بالتعليم في المدارس أو رؤسائهم في الوزارة والوزراء أيضا.

٦٥ حرية القول ... أباحت الشريعة حرية القول، وجعلتها حقاً لكل إنسان، بل جعلت القول واجباً على الإنسان في كل ما يمس الأخلاق والصالح العام والنظام العام وفي كل ما تعتبره الشريعة منكراً؛ وذلك قوله ﷺ: «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر» [آل عمران: ١٣-١٤]، قوله ﷺ: «الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتُوا الزكاة وأمرُوا بالمعروف ونهُوا عن المنكر» [الحج: ٤]. وذلك قول الرسول ﷺ: "من رأى منكم منكراً فليغیره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فقبله وذلك أضعف الإيمان"، وقوله ﷺ: "أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائز" وقوله ﷺ: "الذين النصيحة. قالوا من يا رسول الله؟ قال: الله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم" وقوله ﷺ: "سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله" ...

وإذا كان لكل إنسان أن يقول ما يعتقد أنه الحق ويدافع بلسانه وقلمه عن عقيدته، فإن حرية القول ليست مطلقة، بل هي مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجاً عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفًا لنصوص الشريعة ... وقد قررت الشريعة "حرية القول" من يوم نزولها، وقيدت في الوقت نفسه هذه الحرية بالقيود التي تمنع من العدوان وإساءة الاستعمال. وكان أول من قيدت حرية في القول محمد ﷺ وهو رسول الله الذي جاء معلناً للحرية، مبشرًا بها وداعياً إليها ليكون قوله وعمله مثلاً يحتذى، وليعلم الناس أنه لا يمكن أن يعفى أحد من هذه القيود إذ كان رسول الله أول من قيد بها مع ما وصفه به ربه من قوله ﷺ: «ولذلك لعلى خلق عظيم» [القلم: ٤] ...

... تعليق "رقم ١٣"- المستفاد من الآية المباركة ووجوب اجتماع جماعة من المسلمين يكون عملها الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ...
... رأينا في تعليق "رقم ١٣"- يسرنا أن نضيف إلى ذلك أن الشيخ "محمد عبدة" اقترح أن تقوم الأمة باختيار هذه الجماعة "بالشورى الحرة"، وعد هذا هو أساس النظام البابلي في شريعتنا؛ لأن المجلس البابلي تختاره الأمة ليقوم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يشمل أولاً مخاسبة المحکام وغيرهم والرقابة على أعمالهم ومساعلتهم ...
ونضيف إلى قول السيد "الصلدر" عن وجوب اجتماع جماعة من المسلمين للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن قيام أي جماعة بهذا الواجب لا يترتب عليه سقوط هذا الواجب عن غيرهم من الأفراد والجماعات، لأنه واجب الأمة كلها بجميع أفرادها وجماعتها. كل ما هنالك أنه إذا قام فرد أو جماعة بهذا الواجب في موضوع معين فإن الواجب يسقط عن الآخرين باعتباره من واجبات الكفایة ...

عوده ولقد أمر الله رسوله ﷺ أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جمياً إلى الإيمان بالله وبالرسالة، وأن يجاج الكفار والمكذبين ويخاطب عقوتهم وقلوهم. ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها، فرسم له طريق الدعوة، وبين له منهاج القول والمجاج، وأوجب عليه أن يعتمد في دعوته على الحكمة والمعونة الحسنة، وأن يجادل بالتي هي أحسن، وأن يعرض عن الجاهلين وألا يجهز بالسوء من القول، وألا يسب الدين يدعون من دون الله. فرسم الله لرسوله حدود حرية القول، وبين لنا أن الحرية ليست مطلقة إنما هي حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال ...

وحريمة القول في الحدود التي وضعتها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم بالنفع والتقدم، وتؤدي إلى غلو الإباء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات، وتحمّل كلمة أولى الأمر على الحق دون غيره، وتجعلهم في حالة تعاون دائم، وتقضى على النعرات الشخصية والطائفية، وهذا كله ينقص العالم اليوم أو يبحث عنه العالم فلا يهتدى إليه ...

ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة يقسمون اليوم إلى قسمين :

قسم يرى ... حرية القول دون قيد إلا فيما يمس النظام العام، وهؤلاء لا يغيرون الأخلاق أي اهتمام، وتطبيق رأيهم يؤدي دائماً إلى "التابغض" و"الstabid" والتحزب، ثم "القلاقل" و"الثورات"، و"عدم الاستقرار" ...

قسم يرى ... تقييد حرية الرأي في كل ما يخالف رأي الحاكمين ونظرهم للحياة، وتطبيق رأي هؤلاء يؤدي إلى كبت الآراء الحرة وإبعاد العناصر الصالحة عن الحكم، ويؤدي في المهاية إلى الاستبداد ثم "القلاقل" و"الثورات" ...

ونظرية الشريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما دول العالم ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد، وهي لا تسلم بالحرية على إطلاقها، ولا بالتقييد على إطلاقه. فالقاعدة الأساسية في الشريعة هي "حرية القول" والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما يمس الأخلاق أو الآداب أو النظام. - ١٤ - الواقع أن هذه

الصدر ... تعليق "رقم ١٤ -" والشريعة الإسلامية حينما تبه المسلم إلى الآثار السيئة المترتبة على الكلام المنافي للأخلاق والآداب فإنه سيتركها باختياره وبمحض إرادته، ولا يكون مكرها على ذلك ولا مجبراً فيمثل المسلم لذلك كما يمثل لبقية الأحكام الإسلامية مختاراً ...

عودة

القيود قُصد منها حماية الأخلاق والأدب والنظام، ولكن هذه الحماية لا تتيسر إلا بتقييد حرية القول فإذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أي حق لأن الاعتداء لا يمكن أن يكون حقا ...

ويمكنا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول ما يشاء دون عدوان؛ فلا يكون شتاما، ولا عيابا، ولا قاذفا، ولا كاذبا وأن يدعو إلى رأيه بالحكمة والمعنطة الحسنة، وأن يجادل بالتي هي أحسن، وألا يجهر بالسوء من القول ولا يبدأ به، وأن يعرض عن الجاهلين. ولا جدال في أن من يفعل هذا يحمل الناس على أن يسمعوا قوله ويقدروا رأيه، فضلاً عنبقاء علاقاته بغيره سليمة، ثم بقاء الجماعة يدا واحدة تعمل للمصلحة العامة ...

وقد أشرنا في مواضع متعددة إلى أن الالتزام الفردي بالأحكام التكليفية هو أساس قولنا بأن الجزء "الديني" الجنائي مكمل ثانوي، أما الأصل فهو الحساب والجزء "الإلهي" في الآخرة ...

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول في الشريعة، وهي قوله ﷺ : (ادع إلى سبل ربك بالحكمة والمعنطة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن) [التحل: ١٢٥]، وقوله ﷺ : (خذ العفو وأمر بالعُرف وأعرض عن الجاهلين) [الأعراف: ١٩٩]، وقوله ﷺ : (﴿وَإِذَا خَاطَبْتُمُ الْجَاهِلِينَ قَالُوا سَلَامًا﴾] [الفرقان: ٦٣]، وقوله ﷺ : (﴿وَلَا تُسْبِّحُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيُسَبِّحُوا اللَّهَ عَدُوَّاً بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾] [الأنعام: ١٠٨]، وقوله ﷺ : (﴿لَا يَحِبُّ اللَّهُ أَبْهَرُ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مِنْ ظُلْمٍ﴾] [النساء: ١٤٨]، وقوله ﷺ : (﴿وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالْتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾] [العنكبوت: ٤٦].

هذه هي نظرية "الحرية" بشعبها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية في وقت كان الناس فيه لا يفكرون بعقوتهم، ولا يخفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم، وكان من الطبيعي في نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته، ولم يكن لأحد حرية القول أو

الشافي ... رأينا في "تعليق رقم - ١٤ -" هذا التعليق يشير إلى المبدأ الأساسي الذي أشرنا إليه مسراً وهو أن أحكام الشريعة يخاطب بها كل فرد لكي يتلزم بها طائعاً مختاراً بمقتضى اعتقاده بأن أحكامها أوامر إلهية وأن الله ﷺ سيحاسبه عليها ...

عوده التفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء. وقد لقي المسلمون الأوائل عنتا شديدا في نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية فعدبوا لتغيير عقيدتهم، وأكرهوا على ذلك بشتى الوسائل، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم، فلا يحاولون القول إلا منعوهم منه، ولا التعبد إلا آذوهم به ...

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجاري تطور الجماعة أو تلي رغباتهم؛ لأن العالم كله في ذلك الوقت لم يكن مهياً لنظرية الحرية، وإنما قسررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو التقدم والرقي، وتسمو بهم عن الوطن الذي نزلت بهم فيه همجيتهم، وأرضاهم به جهلهم، كذلك كان تقرير النظرية لازماً لتكامل الشريعة بما تستلزمها الشريعة الكاملة الدائمة ... وقد جاءت النصوص المقررة للحرية، والمبنية لحدودها نصوصاً عامة مرونة، بحيث لا يمكن أن تحتاج إلى تعديل أو تبديل، وهذا يتفق مع الأساس الذي قامت عليه الشريعة، وهو عدم قابليتها للتتعديل والتبدل. ولاشك في أن النصوص من العموم والمرونة بحيث لا يمكن أن تضيق بأي 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 تعرف بالحرية بل كانت أقصى العقوبات تخصيص للمفكرين ودعاة الإصلاح، ولمن يستقدر عقيدة تحالف العقيدة التي يعتقد أنها أولو الأمر. هذا هو الواقع وهذه حفائق التاريخ. فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت الأكذوبة الكبرى التي تقول إن الأوليين هم أول من دعا للحرية، فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشريعة الإسلامية، وقد يغدر الأوليون في هذا الجهل، أما نحن فلم نجد لأنفسنا عذرًا ...

26 - حرية القول وآداب الاختلاف والحوار والدعوة بالحكمة :

إن حرية القول متممة لحرية الفكر، وحرية الاعتقاد، وقد فتح لنا فقيهنا الباب لبناء نظرية نحن في أشد الحاجة إليها في عصرنا الحاضر وفي المستقبل بسبب تطور وسائل الإعلام وتجاوزها حدود الدول والقارات، الأمر الذي يوجب علينا أن نرسم الحدود التي لا يجوز لها أن تتعاداها بصورة قدد الأصول التي يقوم عليها نظام المجتمع ومعتقداته ومبادئه وأصوله الثابتة.

إن ميزة فقها أنه لا يكتفى بتقرير المبدأ، بل يرسم له حدوده التي تضمن عدم تعارضه مع المبادئ الأخرى، ولا يقرر حقا إلا ويضع الضمانات لكيلا يؤدى سوء استعماله إلى تدميده حقوق باقي أفراد المجتمع، بل وحقوق المجتمع ذاته؛ لأن نظام المجتمع وأصوله تستحق من شريعتنا حماية لا تقل عن حمايتها لحربيات الأفراد وحقوقهم، لأنها "كما قدمنا من قبل" شريعة اجتماعية تعنى بنظام المجتمع وأمنه وحقوقه، كما تعنى بحماية حرفيات الأفراد وحقوقهم. وسوف يظهر حرصها على التوازن الدقيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة عندما نستعرض نظرية "الشورى".

وقد أبدع "فقهنا" في بيان التوجيهات التي فرضها القرآن عند ممارسة حرية الجدال والحوار أو القول، وأورد أدلةها من آيات القرآن الكريم التي تناط普 الرسول الأمين ذاته، وتفرض عليه وجوب الدعوة بالحكمة والوعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن، وعدم الجهر بالسوء من القول، وعدم سب المشركين الذين يعارضون دعوته، والإعراض عن الجاهلين وعدم التورط في الحوار معهم.

إن هذه الأحكام قد أعلنتها القرآن لتكون ملزمه للرسول، ومن باب أولى لكل من يقوم بالدعوة الإسلامية أو يتلزم بشرعيتنا بعد الرسول الأمين والاقتداء به. ومتنازع شريعتنا بأنما تفتح لفقها طريق التعدد. حتى إنه يتسع لاختلاف آراء الأئمة والمذاهب والآراء داخل كل مذهب وأصبح من المقرر أن الخلاف بين العلماء يشري الشريعة لكنه يخضع لحدود يرسمها فقها فيما يسمى بأدب الخلاف⁽¹⁾.

(1) يراجع في ذلك كتيب الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد إمام الحرم المكي، وكتاب صديقنا الدكتور طه جابر رئيس المعهد العالمي للفكر الإسلامي .

عودة

٥٧ نظرية الشورى.. جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدأ الشورى -١٥- في قوله ﷺ : «وأمرهم شوري بينهم» [الشورى: ٣٨]. وفي قوله ﷺ : «وشاروهم في الأمر» [آل عمران: ١٥٩]. ولم يكن تقرير النظرية نتيجة حال الجماعة، فقد كان العرب في أدنى درجات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنها قبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التبديل والتعديل، ولأن تقرير النظرية يؤدي بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وتحلهم على التفكير في المسائل العامة والاهتمام بها، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جديدة، والاشتراك في الحكم بطريق غير مباشر والسيطرة على الحكام -١٦- ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتحكيم الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها ...

وظاهر من صيغة النصين -١٧- المقررين لمبدأ الشورى أنهم عاصمان من ان إلى آخر حدود العلوم والمرؤنة، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما في المستقبل. وفي هذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تميز بصفة الدوام وأنها لا تتقبل التبديل والتعديل ...

الصدر تعليق ... رقم -١٥- «فرق واضح بين معنى الآيتين المباركيتين . أما الآية الأولى لمعناها كما مر علينا فربما أن ما أوكله الله للأمة من شؤون ليس لشخص خاص أو جماعة خاصة أن تختص به بل هو حق للأمة جموعا، وأما ما كان من أعماله سبحانه كإرسال الأنبياء وتعيين الأنمة فليس من أمور الأمة ليكون شورى بينهم . وأما الآية الثانية فهي لا تدل على إلزام النبي ﷺ اتباع رأي الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله ﷺ : «فإذا عزمت فتوكل على الله» .

الصدر ... تعليق ... رقم -١٦- «غير النبي ﷺ والأئمة المعصومين «ع» الذين عينهم الله ﷺ ولم يوكل أمر نصبهم إلى الأمة ...

الصدر ... تعليق رقم -١٧- «من علينا آنفا أن النص الأول هو الذي يقرر مبدأ الشورى دون الثاني.. الشاوى ... رأينا في الفقرة الأخيرة في تعليق السيد الصدر رقم -١٥- ورقم -١٧- لا توافق على تفسيره للآية رقم (١٥٩) في سورة آل عمران، والادعاء بأنها لا تدل على إلزام النبي ﷺ باتباع رأي (غالبية) الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله ﷺ : «فإذا عزمت فتوكل على الله» ونحن نأسف لأن كثيرا من الباحثين الخدثين من أهل السنة مازال يردد هذا القول، وردنا عليه أن الوجوب أكدته السنة العملية في غزوة أحد ...

وفضلا عن ذلك، فإذا أخذنا بهذا التفسير فقد كان يجب اعتباره من خصائص النبوة، التي كثيرا ما يشير إليها السيد الصدر كما فعل في التعليقين رقمي (١٦- و-١٨-)، وحيثما لو بين أن ذلك لا يجوز أن يتبعه الولاة والسلطان والخلفاء ولا الأئمة حجة للتهرب من التزامهم بقرار الأغلبية؛ لأنه من خصائص النبوة ...

عوده وهذه الاعتبارات اكتفت "الشريعة" بتقرير "المبدإ الشورى" كمبدأ عام، وتركت "الأولياء الأمور" في الجماعة أن يضعوا معظم "القواعد" الالزامية لتنفيذها ؛ لأن هذه القواعد-١٨- تختلف تبعاً لاختلاف الأمكانية والجماعات والأوقات. فلأولياء الأمور مثلاً أن يعرفوا رأي الشعب عن طريق رؤساء الأسر والعشائر، أو عن طريق مثلي الطوائف، أو بأخذ رأي الأفراد الذين توافر فيهم صفات معينة إما بطريق التصويت المباشر، وإما بطريق التصويت غير المباشر. ولأولياء الأمور أن يسلكوا أي سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره في تعرف رأي الجماعة بشرط لا يكون في ذلك كله "ضرر ولا ضرار" بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام ...

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذها وهي قليلة فقد بينت الشريعة أحکامها ولم تستركها لأولياء الأمور. وهذه القواعد حكمها حكم مبدأ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل 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 وتنفيذها، أن تكون الأقلية التي لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأي الأغلبية،

... تعليق "رقم ١٨-١٨" في غير ظرف وجود النبي والإمام المعصوم ...

الصلدر
الشاوي

... رأينا في تعليق "رقم ١٦-١٨" لو سلمنا جدلاً بمبدأ عصمة الأنمة من آل البيت فإنما لا تسري بعد انتهاء عهد الأنمة الاثني عشر ... ولا يعمّن به من ينوبون عنهم من الفقهاء في فترة الفيفية التي بدأت باختفاء الإمام الثاني عشر وما زالت سارية حتى الآن . وبذلك يكون هناك الآن اتفاق بين الفقه الشيعي والسنّة فيما يتعلق بمبدأ الشورى كأساس للولاية منذ ذلك التاريخ، أي منذ الغيبة . وقد أكدنا ذلك في تعليقنا على ما كتبه "الإمام الخميني" في دروسه الفقهية ونظريته في "ولاية الفقيه" ... نرجو من القارئ أن يراجع الصفحات (٣٠٥) وما بعدها في كتابنا "فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة". وقد قلنا فيه إن الإمام الخميني يدعوه إلى ولادة الفقيه الذي يحظى بتأييد الأغلبية الشيعية قد طبق مبدأ الشورى والبيعة الحرة الذي يتمسك به جمهور فقهاء السنة . وأدى بذلك للتفكير الإسلامي أكبر خدمة بوضعه الحجر الأساسي لوحدة الفكر الإسلامي في أصول الحكومة الإسلامية وقواعدها، وأزال الهوة السحيقة التي فرقت بين السنة والشيعة ...

عادة وأن تنفذه ياخلاص -١٩- باعتباره الرأي الواجب الاتباع، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية. وليس للأقلية أن تناقش رأيا -٢٠- اجتاز دور المناقشة، أو تشكيك في رأي وضع موضع التنفيذ. وتلك هي سنة الرسول التي سنها للناس والتي يجب

الصدر ... تعليق "رقم -١٩-" إذا كان رأي الأغلبية غير مناف للشريعة الإسلامية وإلا فلا يجب تنفيذه إذ لا طاعة لخلوق مع عصيان الخالق ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٠-" بالشرط السابق ...

الشاوى ... رأينا في التعليقين -١٩- و -٢٠- "... المبدأ الذي أكدته فقيهنا (في البند ٤٧) -

وهو التزام الأقلية دائما بتنفيذ رأي الأغلبية ياخلاص - هو مبدأ أساسى لا يمكن أن يستقيم أمر المجتمع بدونه، ولذلك لا نافق على ما أضافه السيد "الصدر" (في تعليقه رقمي -١٩- و -٢٠-) من اشتراط أن يكون رأي الأغلبية غير مناف للشريعة؛ لأن تطبيق هذا الشرط هو من اختصاص الأغلبية ومن صلاحيتها أيضا. فإذا قررت أمرا فبيهي أن ذلك يعني بأنما ترى أنه مطابق للشريعة في نظرها، فلا يجوز للأقلية التذكر له ولا أن تعطي لنفسها حق التعميق على ما قررته الأغلبية زاعمة أن رأي الأغلبية خاطئ، وأن رأيها هو الصواب؛ لأن معنى هذا التهرب من مبدأ التزام الأقلية برأي الأغلبية وفتح الباب لأى فرد للخروج على ما قررته الجماعة زاعما أنه مخالف للشريعة وأنه وحده الذي يعرف الشريعة دون غيره ...

إن ما لا يجوز للأقلية لا يصح قبوله من الفرد، وإلا كان معنى ذلك أن كل فرد في المجتمع (أو مجموعة تمثل الأقلية) يستطيع دائما الخروج على قرارات الشورى الملزمة متحجاً بأنما مخالفة للشريعة في نظره هو، لا في نظر الجمهور (رأي الأغلبية)، هذه الحجة غير مقبولة لأن معنى الشورى أن قرار الجمهور هو الحد الفاصل بين الصواب والخطأ، وليس للأقلية ولا للفرد أن يتهرّب منه زاعما أن رأيها خطأ وأن رأيه هو الصواب، أو أن ما تقول الأغلبية إنه موافق للشريعة يدعى أي فرد أو أقلية أنها ترى أنه مخالف للشريعة وتتهرّب من الالتزام به بحجّة ألا طاعة لخلوق في معصية الخالق كما قال السيد "الصدر" في تعليقه رقمي -١٩- و -٢٠-. لكنه يستثنى من ذلك أن تعلن الأغلبية عدم التزامها بالشريعة أو عدم تقيدها بنصوص الكتاب والسنة صراحة، عند ذلك يحق للفرد أو لطائفة من المؤمنين أن يمارسوا حقوthem في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأى منكر أشد من التبرؤ من تطبيق الشريعة أو الالتزام بالكتاب والسنة ... وما ورد في هذين التعليقين وقبلهما في التعليقين رقمي -١٦- و -١٧- " يؤكّد ما نقوله فيما بعد من أن التزام الأقلية برأي الأغلبية ناتج عما تقول به من أن قرار الأغلبية بالشورى يعد إجماعا نسبيا أو إجماع الجمهور كما قال أسلافنا، وتراجع كذلك التعليقات أرقام -٣٠- إلى رقم -٤- فيما بعد .

عوده على الناس اتباعها طبقا لقوله ﷺ - ٢١ - : «وما آتاكم الرسول فخذوه وما
ماكم عنه فانتهوا» ... [الحشر: ٧].

الصلدر ... تعليق "رقم ٢١ - الآية المباركة تأمر بِطاعة أوامر الرسول ﷺ لا إطاعة أوامر
الأغلبية.

الشواوى ... وأينا في تعليق "رقم ٢١ - " لا توافق على ما قاله السيد "الصدر"؛ لأنَّه يفترض أنَّ
رأي الأغلبية مخالف لأوامر الرسول ﷺ وسته، وهذا يعني لكل فرد في المجتمع أن يسير على
هواء ولا يتزعم برأي الأغلبية زاعماً أنه يطيع الرسول فقط ولا يطيع رأي الأغلبية، ومعنى هذا
خروجه عن الجماعة، وهذا يهدم نظامها ويتعارض مع تضامن جميع أفرادها. إنَّ هذا التضامن
الاجتماعي يوجب التزام كل فرد بما تراه "الجماعة" أو أغلبيتها أو ما تقرره، ولا يجعل رأيه أو
رأي "الأقلية" التي يتسبُّ لها فوق رأي "الأغلبية" بمحض أن يزعم أن رأيها غير ما أمر به
"الرسول الكريم" ﷺ ...

إن إلزام الأقلية برأي الأغلبية أو قرارها في نظرنا يعالج فكرة "الحقيقة" عند الشيعة التي
يغالي بعضهم في مضمونها ويغالي غيرهم في نقدتها ...

يغلو بعض كتاب الشيعة فيصوروها بأنَّها "مداراة كل سلطة يعتبرونها باغية"، وبعضهم
يغالون ويعتبرونها كذلك إذا تولواها أحد غير الأئمة الاثني عشر من آل البيت أو من يتوب
عنهم؛ لأنَّها لا تقتل الولاية الصحيحة "حسب نظرتهم في اختصاص الأئمة الاثني عشر من آل
البيت بالولاية بناء على وصية أو وراثة" وأن كل من تولى الأمر غيرهم يكون باغيا، ولو
كانت ولايته بالشورى الشرعية ...

وردنا على ذلك أنَّ الباugin هم فقط من يفرضون أنفسهم بالقوة والغضب، لا المعينون
للولاية بقرارات الشورى الحرة المزمرة ...

ويغالي خصوم "الشيعة" في نقد "الحقيقة" ظناً منهم أنَّ المقصود بها إباحة المداراة لهم دون
غيرهم بحجج أفهم على حق، وغيرهم على باطل ...

ويظن البعض بأنَّ إصرار بعض كتاب الشيعة على إنكار وجوب الالتزام برأي الأغلبية
ناتج عن شعورهم بأنَّ الأغلبية في الأمة هي لأهل السنة، ولا يريدون أن يلزموا أنفسهم بما
يقرره أهل السنة والجماعة، لكن من يعارضون هذا المبدأ "بمبدأ الالتزام بقرارات الشورى" من
كتاب السنة أكثر بكل أسف ...

ونأمل أن يصل "الطرفان" إلى وضع حد "للغلو" الذي يفهم من كتابات بعض الباحثين من
الطرفين والذي يستفيد منه السلاطين وحكام الجحود والبغاة المستبدون ...

عادة ولقد سن الرسول ﷺ هذه السنة وعمل بما في حياته -٢٢- واتبعها أصحابه بعد وفاته. عمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد، وأنهم أقبلوا إلى المدينة وزرلوا قريبا من جبل أحد فجمع ﷺ أصحابه، واستشارهم أيخرج إليهم أم يكث في المدينة؟ وكان رأيه ألا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأرقعة والنساء من فوق البيوت، ووافقه على هذا الرأي "عبد الله ابن أبي" وبعض الصحابة، ولكن جماعة من الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عليه في ذلك، فكان الرسول أول من وضع رأي الأكثريه موضع التنفيذ -٢٣-، إذ نمض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته، وخرج عليهم ليقود الأقلية والأكثريه إلى لقاء العدو خارج المدينة، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأي الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذي أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأي الأحق بالاتباع ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٢-" مر علينا قريبا أن مبدأ الشورى إنما يقرره النص الأول دون الثاني لأن النبي ﷺ لم يكن يجب عليه الأخذ برأي أصحابه وكان رأيه هو القطعي كما يدل قوله ﷺ : **(إذا عزمت فتوكل على الله)** ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٣-" لا يجب على النبي ﷺ اتباع آراء أصحابه، وإن أجمعوا كما يدل على ذلك قوله ﷺ : **(إذا عزمت فتوكل على الله)** وإنما ترك ﷺ رأيه في هذه الواقعه واتبع رأي الأكثريه خوفا من عصيان الجيش ومخالفتهم لأمره * ...

الشاوي ... رأينا في "تعليقي -٢٢- و -٢٣-" نحن نؤيد ما قاله المؤلف من أن نصوص القرآن الخاصة بالشورى (في سورتي الشورى وآل عمران) توجب جعل قرارها ملزمة للكافة، لذلك لا نوافق على قول السيد الصدر في التعليق رقم -٢٣- إن الرسول الكريم لم يلتزم برأي الأغلبية، وإنما جاراهم في غزوة أحد من باب حسن السياسة فقط * ... وما يؤسفنا أن كثرين من علماء السنة يدعى ذلك أيضا، ويستفيد منه سلاطين الجور والبغى وقد قلنا في كتابنا "فقه الشورى" إنه إذا فرض جدلاً أن الرسول لم يلتزم برأي الأغلبية فإنه إنما كان استثناء بسبب أنه تلقى وحيا، وأنه عندما يوجد وحي إلهي فلا محل للشورى ... وأن مبدأ الالتزام بقرارات الشورى لا جدال فيه بالنسبة لغير الرسول الكريم ...

* تعليق للأستاذ الدكتور العوا :
لو صح هذا لكان اتباع الشورى واجبا من قبيل سد ذرائع الفساد...

عودة ٢٤-٢٥- عمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته في حروب الردة كان رأي الغالبية أول الأمر متوجهًا إلى عدم محاربة المرتدين ومسالتهم، وكان رأي الأقلية وعلى رأسهم "أبو بكر" متوجهًا إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم، وانتهت المناقشة بجحود "الكثرين" إلى رأي "أبي بكر" بعد اقتناعهم به، فلما وضع هذا الرأي موضع التنفيذ كان "المخالفون" في الرأي هم أول المنفذين له، والمضحين في سبيل تفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم ...

الصدر ... تعليق "رقم ٢٤-٢٥" - لم تكن هناك ردة بعد النبي ﷺ وأن الذين حاربهم أبو بكر إحدى جماعتين : إما جماعة اتبعت من تباعاً وادعى النبوة أيام النبي ﷺ، وإما جماعة أنكرت خلافة أبي بكر؛ لأنها لم تكن عن "نص" ولا عن "إجماع" المسلمين، ومن أراد التفصيل فليراجع كتاب "السوقية" للعلامة الشيخ "محمد رضا المظفر" رحمه الله ...

الشاوي ... رأينا في تعليق ٢٤-٢٥- يردد رأي بعض كتاب الشيعة في عدم حجية قرار الجمهور في السوقية، ويستشهد في ذلك بكتاب للعلامة الشيخ محمد رضا المظفر، وكان يكفي أن يعلل ذلك بما ذهبوا إليه من أن الإمام علي بن أبي طالب لم يقره، وأنه هو وذرته هم الموصي لهم، وأفهم "دون بقية الصحابة وغيرهم من المسلمين" "معصومون" لا يجوز للشوري أن تناقض ما يرونه. وردنا على ذلك أن مبدأ العصمة لغير الرسل الكرام لا يقره فقه السنة، وهو الأغلبية، ونرى وجوب الالتزام به ...

كذلك لا نقر قوله إن بعض المرتدين الذين حاربهم أبو بكر لم يكونوا مرتدین وإنما هم جماعة أنكرت خلافته بزعم أنها لم تكن عن نص ولا عن إجماع المسلمين، وردنا هو أن الأغلبية في الشورى تكفي لاختيار الخليفة، ولو جوب الالتزام بها، وعلى الأقلية الالتزام برأي الأغلبية بأخلاق وصدق ...

وليس من الممكن أن يسوى السيد الصدر بين من ارتدوا عن الإسلام واتبعوا من تبعوا، والذين نسب إليهم إنكار صحة ولادة أبي بكر؛ لأنها لم تكن عن نص ولا إجماع ...

الصدر ... تعليق "رقم ٢٥" - كما لا تكون الأغلبية حجة أيام عهد النبوة الراحلة كذلك لا تكون حجة أيام الإمام المعصوم المنصوب من قبل الله ﷺ فإن الحجة إنما هي رأيهما وما يأمران به ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق ٢٥" - هذا الموضوع له قيمة تاريخية فقط، وبهمنا الآن الرأي الفقهي الذي وصلوا إليه بعد توقف ولادة الأئمة الاثني عشر، أي في عهد الغيبة الحالية ... وهو أن المبدأ العام والأصل في شريعتنا هو الالتزام بقرار الجماعة "التي يمثلها جمهورها أي أغلبيتها" ... وبذلك يؤيدوننا في إنكار ما يقوله كثير من العلماء اليوم من عدم الالتزام بقرار الشورى وهو ما يرددده فقهاء السلاطين ليطلقو يد حكام الجور دون التزام بالشورى في عملهم، ولا يكتفون بعدم التزامهم بما في الاستيلاء على السلطة بالقوة والغلب ...

عوده

العلاج الناجع لفشل "المباركه التي تكمل مبدأ "الشوري" العام تعتبر في وقتنا الحاضر ذريعاً في تطبيق مبدأ "الشوري"، والسبب الأساسي في هذا الفشل أفهم يسمحون للأقلية أن تناقش الرأي الذي أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة، وأن تشكيك في قيمته وصلاحيتها أثناء تنفيذه، بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد قيام تنفيذه. ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذي يتولى الحكم، فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام بل تكون دائماً محل تشكيك وسخرية، ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها، بل قد يحدث أن تتبع الأقلية عن تنفيذ القوانين التي تسنها الغالبية، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثريه الذي تعامل آراؤه وأعماله بمثل ما قبل به فريق الأكثريه السابق. وهكذا لا يتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه 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 التي سبقت مناقشتها والتشكك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه، بل إنه ليتناقض مع الأساس الذي تقوم عليه الشوري، فأساس الشوري هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأي الأغلبية، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأي كان رأيها قانوناً أو حكماً يجب له الطاعة والاحترام.

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية، فظهر أولو الأمر في البلاد الديقراطية بعذر العاجز الذي لا يحسن التصرف، وقد الأفراد ثقفهم في الزعماء والجماعات والأحزاب، وأصبحوا يتشككون في قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره، وحق لهم أن يفقدوا ثقفهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم في يوم ما أنهم ارتأوا رأياً فكان موضع التقدير، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكك ...

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

عوده ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديقراطية؛ لأنها تؤدي إلى كم الأفواه وتعطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده 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 الحكومين بشخصية الحاكمين وتعضيدهم إياهم وإلى حرص الحكام على صالح الجماعة، فإذا ما تغير "الحاكم" الموثوق بهم، أو فشلوا -٢٦- في القيام بهم، انعدمت الثقة بين الحكام والحكومين وابتدأ الفساد يدب في النظام الديكتاتوري، وكان ذلك إيذاناً بتغيير نظام الحكم، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة وقوة المحكومين ...

ونستطيع الآن أن نقول بحق : إن النظام الإسلامي لا يُعد فقط علاجاً ناجحاً لفشل الديقراطية، ولكنه أيضاً صمام الأمان الذي يحمي الأمم من الديكتاتورية لأن هذا النظام يحفظ لمبدأ الشورى قيمته النظرية، ويحقق صلاحيته العملية ويجيش كل القوى خدمة 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 تسلط المحكومين على الحاكمين وانعدام التعاون بينهما. وإن النظام الديكتاتوري يقوم في الأصل على السمع والطاعة والثقة بين الحاكمين والحكومين، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسلط الحاكمين على الحكومين وانعدام الثقة بينهما، أما النظام الإسلامي -٢٧- فيقوم على الشورى والتعاون

الصدر ... تعليق "رقم -٢٦-" أو ظهرت حقيقتهم الفاسدة أمام المحكومين ...
الشاوى ... رأينا في "تعليق -٢٦-" يؤيد رأينا بوجوب إلزام حكام الجور (قبل غيرهم) بالحضور لرأي الأغلبية في عزهم عندما تظهر لها حقيقة فسادهم ...

الصدر ... تعليق ... "رقم -٢٧-" الشوروى ...
الشاوى ... رأينا في "تعليق -٢٧-" يسرنا أنه وصف النظام الإسلامي بأنه الشوروى وهذا هو

عودة

في مرحلة الاستشارة، وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ولا تسمح قواعده بتسليط فريق على فريق. وبهذا جمع النظام الإسلامي بين ما يناسب للديمقراطية من فضائل، وما يناسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ثم هو في الوقت نفسه برئء من العيوب التي تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معاً ...

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدأ الشورى بأحد عشر قرناً، حيث لم تعرف 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 ما بدأت به الشريعة الإسلامية، وسارت في الطريق الذي سلكته الشريعة من القرن "السابع" الميلادي ...

= ما توصل إليه المذهب الشيعي في ضوء نظرية الإمام الخميني في كتابه عن الحكومة الإسلامية وطبق عملياً في دستور الجمهورية الإيرانية بعد الثورة كما أوضحتنا في تعليقاتنا على هذا الكتاب ونشرناه بعنوان "فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة ... " وبينما فيه أن إجماع الفريقين توصل بذلك إلى أن الشورى هي أساس فقه الحكومة الإسلامية ...

27- الشورى توفق بين حرية الرأى والالتزام بقرار الجمهور :

إن دراستي لفقه الشورى والاستشارة⁽¹⁾ قد أكدت لي أنها ليست مجرد مبدأ، بل هي نظرية عامة أساسها نص القرآن الكريم في سورة الشورى باعتبارها الطريقة الشرعية الوحيدة؛ لكنني تحدّث هنا الجماعة قرارها في أمورها العامة، فهي تجعل الجماعة وحدها صاحبة "السلطة الدستورية" التي تضع دستور الجماعة وما يتفرع عنه من مبادئ وقواعد وأحكام لا حدود لها، وعبر عن ذلك فقيهنا بقوله: "إن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى، كان رأيها قانوناً أو حكماً يجب له الطاعة والاحترام". وهذه العبارة تؤكد ما انتهيت إليه من أن "الإجماع" الذي عده فقهاؤنا المصدر الثالث للتشريع بعد الكتاب والسنة، يقصد به إجماع الأغلبية أو الجمهور، والالتزام الجميع بما تقرره الشورى "بالأغلبية"، وأن المقصود به في اللغة هو العزم والتصميم الملزم للجميع بتنفيذ قرارات الشورى، رغم أنها تصدر بالأغلبية فقط. ويمثله في الفقه الدستوري الحديث حق إصدار القوانين، أي الأمر بتنفيذها على الجميع حتى ولو تم إقرارها بالأغلبية. فالإصدار (أى الإجماع) معناه إلزام الكافة بقرار الأغلبية بالشورى الحرة.

إن الإجماع في نظرنا هو اتفاق الأمة على مبدأ الالتزام العام بما تقرره الشورى الشرعية "بالأغلبية"، وهذا يؤكّد عموم نظرية الشورى وشموها جميع أمور الجماعة بما فيها شمولها التشريعية .

ونحن نقدر "لفقيهنا" الشهيد... تأكيده مراراً على أن : "من القواعد الأساسية في تطبيق الشورى أن تكون الأقلية التي لم يؤخذ برأيها، أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلبية، وأن تنفذ بإخلاص، باعتباره الرأى الواجب الاتباع" بمجرد "إصداره" الذي يعني الإجماع على تنفيذه، وأن "رسولنا أول من وضع رأى الأكثريّة موضع التنفيذ، رغم مخالفته لرأيه الخاص فيما هو ثابت عند الخروج للاقarraة المشركين في أحد"، وقول فقيهنا أيضاً: "إن الأساس الذي تقوم عليه الشورى هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأى الأغلبية وإن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى (إجماع الجمهور) كان رأيها قانوناً وحكماً يجب له الطاعة والاحترام ، بإجماع الكافة أي التزامهم دون

(1) يراجع الباب الثاني من الكتاب الأول "عنوان الشورى في مصادر الفقه والتشريع" البنود (31-44) من كتابنا المشار إليه، وقد نشرته دار الوفاء في عام 1992 الطبعة الأولى، والثانية عام 1993، وسوف نخصص الجزء الثاني من الطبعة الثالثة للشورى في "الفقه والتشريع" إن شاء الله .

القرآن فرض الشورى نظاماً للجماعة قبل أن توجد الدولة :

استثناء". وقوله: "إن النظام الديمقراطي يقوم في الأصل على مبدأ الشورى والتعاون"، والتكامل في الرأي والتفكير، وإن الشورى تقوم على التعاون والتشاور في مرحلة التشاور، ثم على السمع والطاعة والنفقة "المبادلة" في مرحلة التنفيذ !! كذلك يسعدنا تكرار إشارته إلى أن الإسلام قد سبق جميع النظم المعاصرة التي تتباهي بالديمقراطية، مع أنها لم تعرفها بصورة المعاصرة، إلا بعد أن قرر الإسلام نظرية الشورى بقرون عديدة .

وكثيرون يجهلون أن الإسلام قرر مبدأ الشورى في المرحلة المكية قبل إنشاء الدولة في المدينة، وبذلك قصد بها أن تكون شاملة لكل شئون الجماعات الإنسانية، سواء كانت في صورة دولة أو حركة أو حزب أو هيئة أو ما يماثل ذلك.

إننا نرى أن القرآن الكريم عندما قرر الشورى في الفترة المكية قبل الهجرة، قد قصد به أن تربى الجماعة الإسلامية وهي أقلية مضطهدة في مكة على أن تجدهم وتشاور وتقرر بالشورى لنفسها قواعد وأحكاماً تشريعية تقيها عن المجتمع المشرك المسيطر في مكة (في ذلك الوقت)، وأن الله سبحانه وتعالى علم هذه الجماعة الناشئة أن تتخذ القرارات الالزمة بشأن جميع نظمها وأمورها العامة بطريق الشورى الملزمة بما في ذلك شئونها التشريعية، وأن يجعل إجماعها الأداة الشرعية لإلزام الجميع بما تقرره المشورة والشورى، وكان ذلك ضروريًا حتى لا تلتزم بشريعة الكفار، وما اشتغلت عليه من شذوذ والمخالفات أدانها القرآن صراحة مثل وأد البنات وإهانة حقوق الإناث عامة، وهو الإهانة الذي أدى في نظرهم إلى قتل البنات بما سمي "الوأد" للتخلص مما كانوا يعتبرونه عاراً في ذلك الزمان، وقد أدان القرآن ذلك بشدة وقوفاً تؤكد حرصه على تقدير المرأة وتحرير الإناث تحريراً كاملاً⁽¹⁾.

فنظرنا أنه في فجر الإسلام في العهد المكي قبل الهجرة، وقبل تأسيس الدولة كانت الشورى هي مصدر التشريع بالاجتهاد ما لم يكن هناك أمر إلهي أو نبوى بشأن الواقع المراد معرفة حكم الشرع فيها .

⁽¹⁾ يراجع المؤلف الموسوعي القيم الذي نشره صديقنا وزميلنا الأستاذ عبد الحليم أبو شقة بعنوان "تحرير المرأة في عصر الرسالة".

اجتماع السقيفة طبق الشورى كأساس لإنشاء الحكومة ووضع نظامها :

ولقد تأيد مبدأ الشورى الملزمة والإجماع على الالتزام بقرار الأغلبية بعد وفاة الرسول الكريم في اجتماع "السقيفة" الذي مارس فيه المسلمون عملية الشورى كأساس للمجتمع المدني الذي أنشأ دولة الخلافة، واختاروا لها رئيساً يسموه : (خليفة)؛ لأنه أحد أفراد الجماعة الذي لا يتلقى الوحي ولا يدعى له صلة بالسماء كما كان الأمر بالنسبة للرسول الكريم؛ ولذلك فإنه مسئول أمام أمته ويعمل باسمها ولحسابها تحت إشرافها الكامل.

أول ما قررته الجماعة في "السقيفة" هو مبدأ الشورى كأساس لاجتهدات الجماعة في إقامة الحكومة ووضع نظمها، كما قررت التزام الجميع بما تقرره اجتهدات أغلبية الجماعة أو من يمثلونها.

وعلى ذلك فإن للشورى دوراً أساسياً في التشريع سواء باعتبارها مجرد اجتهد أو إجماع يلزم الكافة بما تقرره اجتهدات الأغلبية.

وإذا كنا قد دعونا لتقين الأحكام الجنائية الشرعية، فيجب أن نوضح أن عملية التقنين تتضمن إعمالاً لمبدأ "الاجتهد" ومبدأ "الإجماع" معاً باعتبارهما مصدرين للأحكام الشرعية بعد "الكتاب والسنّة"، على أساس أنهما يكونان الدليل الشرعي على الالتزام بما قرره الكتاب والسنّة من مبادئ وأحكام، حتى لا يبقى لأحد من الأفراد أو لأقلية منهم مجال للجدال في ذلك فيما بعد.

"فالاجتهد" في التقنين في عصرنا الحاضر هو استنبط الأحكام المستحدثة التي تقضي بها ظروف الزمان والمكان، وظروف المجتمع في المسائل التي لم ت تعرض لها اجتهدات المذاهب الفقهية، أو على الأقل في اختيار الرأي الذي ترجحه الجماعة بين الآراء والمذاهب المتعددة في الفقه. وقد قلنا دائمًا بأن هذا الترجيح يستلزم قدرًا من الاجتهد سواء كان فردياً أو جماعياً.

أما "الإجماع" فهو إقرار مبدأ الالتزام الكافة بما قررته الاجتهدات المستحدثة أو الآراء المختارة من بين المذاهب والأراء الموروثة ... وإنزال الجميع به باعتباره قرار الجماعة بالشورى الملزمة. ويكفي للالتزام بها إجماع الجمهور أي الأغلبية. لكن لنا "رأياً" فيما يتعلق بضمادات الشورى في عملية تقنين الفقه التي ندعو إليها.

رأينا في ضمادات الشوري في التقنين الشرعي

منذ أن تعطل تطبيق الشريعة في بلادنا بسبب الغزو والاحتلال الأجنبي، ثم بعد ذلك بانهاج كثير من أقطارنا خطة إصدار قوانين وضعية مستمدة في عمومها من الجموعات القانونية الأجنبية وفي مقدمتها القانون الفرنسي، بدأ كثير من الباحثين يدعون إلى عرض أحكام الفقه الإسلامي في صورة مجموعات ومدونات عصرية مشابهة لتلك التي تعرض فيها القوانين الوضعية. وتجاوبت الدولة العثمانية مع هذا الاتجاه، فأصدرت مدونتها الشهيرة في القانون المدني "مجلة الأحكام العدلية" التي استمر تطبيقها زمناً طويلاً في جميع البلاد التي كانت جزءاً من الإمبراطورية العثمانية. وتنسياً مع هذا الاتجاه، ظهرت في مصر مبادرة جريئة قام بها "محمد قدرى باشا" بنشر مجموعات للأحكام الشرعية، وإن كانت مقصورة على المواد المدنية والأوقاف والأحوال الشخصية. وهناك كثيرون يرون أن المسائل الجنائية في أشد الحاجة إلى من يتصدى لتقنيتها. وقد بدأت فعلاً محاولات في بعض الأقطار بعد صدور هذا الكتاب مثل ليبيا والإمارات العربية المتحدة والأردن^(*) في هذا المجال، كما أن الأزهر قام بدور مهم في إعداد مشروعات مقتنة للفقه الإسلامي في المذاهب المختلفة وكذلك لجنة مجلس الشعب وأخرى بوزارة العدل في مصر.

وكتاب "الشهيد عوده" قد اخترناه ليكون أساس هذه الموسعة، لأنه في نظرنا يقيم جسراً يصل بين الفقه الموروث في التشريع الجنائي الإسلامي، وبين الاجتهادات المستقبلية والتقيينات الشرعية التي يطالب بها كثيرون لكن تأخذ أحكام شريعتنا صورة عصرية تبرز محسنها في مواجهة القوانين الوضعية التي طفت على ساحة التطبيق في كثير من بلاد العالم الإسلامي، وذلك لأنه سلك منهج الدراسة المقارنة لأحكام التشريع الجنائي الإسلامي، وقدم اجتهادات تؤكد التفرقة بين التقنين الشرعي وأحكام الشريعة عموماً وبين القوانين الوضعية.

(*) تعليق للأستاذ الدكتور "محمد سليم العوا" :-

وفي الكويت صدرت مدونتان للقانون الجنائي، إحداها أعدتها لجنة برئاسة الأستاذ الدكتور "على راشد"، والثانية التي كانت رداً أهلياً من بعض المفكرين الإسلاميين على الأولى - أعدتها لجنة من القانونيين والشريعين من بينهم المستشار "عبد القادر حلمى" والأستاذ "سالم البهنساوى" والأستاذ "محمد كمال إبراهيم" (رحمه الله) وآخرون.

ضمانات تميز التقين الشرعي عن القوانين الوضعية :

صحيح أنه لم يتكلّم عن التقين كثيراً، لكنه عندما يذكر "التعازير" يشير إلى أن الشريعة أعطت "الأولياء الأمر" سلطة تحديد هذه الجرائم، وبيان نوع العقوبات المناسبة لها وقدرها بشرط الالتزام بمبادئ الشريعة في التحرير والتخليل ومراعاة ما تقتضيه ظروف العصر والمجتمعات، وهذا يضمن المرونة والتطور. ثم إن "أولياء الأمر" عندما يضعون النصوص التي تحدد الجرائم التي تستحق التعزير والعقوبات المقررة لها، فإن ذلك سيكون بنصوص فقهية توصف عادة بأنها قانون مستمد من الشريعة الإسلامية لكنه ليس قانوناً وضعياً، بل مجرد تقين لأحكام الشريعة الإسلامية في أحد مذاهبها، ولذلك فإن المقارنة تكون بين تقين مذهب معين من مذاهب الفقه وبين "القانون الوضعي" المطبق في بلد معين في زمن معين. علينا نحن ومن يأتون بعدها أن نتصدى لوضع الشروط والضمانات الضرورية للتقين الشرعي، حتى لا تحول تلك التقينات إلى قوانين وضعية.

وفي نظرنا أن أهم الضمانات ما يلى : -

1 - أن المقصود بأولياء الأمر، ليسوا هم السلاطين والحكام في الدول العصرية، وإنما هم مثلو الأمة من أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين توفر لهم الأمة في ذلك بالاختيار الشعبي والشوري الحرة الكاملة .

2 - أنه لا يجوز الخلط بين هذه التقينات الشرعية وبين القوانين الوضعية، لأن الأولى مصدرها ونبعها هو المصادر الإلهية والفقه الأصيل، وهي تابعة لمصدرها الإلهي ونابعة منه، (بخلاف ما يسمى بالقوانين الوضعية التي تستورد من الخارج، وتضعها الدولة على هيئتها المسئولة فيها والمسيطرة عليها ..) .

3 - أن أهم ضمان لالتزام التقينات الشرعية بالأصول والمصادر الشرعية هو أن يكون للعلماء الدور الأساسي في ذلك، ويلزم لذلك في نظرنا إنشاء مجلس خاص للإجتهاد والتشريع تكون أغلبيته من العلماء ويشاركهم فيه أهل الذكر من ذوى الاختصاص في الفروع المختلفة مثل الشؤون العسكرية أو الاقتصادية والاجتماعية والطبية وما إلى ذلك، ويكون مستقلاً عن سلطات الدولة، بل وعن مجلس النيابة المختصة بالمسائل السياسية والتي لا يشترط في أعضائها أى شرط من شروط العلم أو الفقه أو الخبرة والتخصص في العلوم والمهن المختلفة .

التزام الأقلية بما تقرره الأغلبية بالشوري الحرة :

4 - أن العلماء الذين يشترون في هذا المجلس لا يدخلونه تلقائياً - جميعاً دون تقييز بينهم - مجرد حصوفهم على مؤهلات أو قدرات علمية، بل يجب أن يختارهم الشعب أو الأمة بحرية كاملة من بين ذوى المؤهلات العلمية، وبذلك يمكن للجماهير أن تسد الطريق على فقهاء السلاطين من العلماء الذين يفرضون على الناس آراءهم بحججة أفهم مؤهلو علمياً؛ لأن المؤهل العلمي يكفى فقط للترشح، على أن يكون الاختيار للأمة بالشوري الحرة⁽¹⁾.

إن مبدأ الإجماع على أن الأقلية تتلزم بما تقرره الأغلبية بالشوري الحرة هو في نظرنا أساس وجود التفرقة بين البيعة التعاقدية (الدستورية) وهي بيعة اختيار المرشح لتولي السلطة نيابة عن الأمة، وهو تعاقده يجب لصحته توافق حرية الاختيار من بايعوا - وهذا هو ما نسميه بيعة تعاقدية (دستورية) أو بيعة الاختيار لأنها تتم قبل قبول السلطة.

ومعنى اختارت الأغلبية مرشحاً للولاية بحرية كاملة أصبح قرارهم ملزماً للأقلية التي يجب عليها أن تنضم إلى الأغلبية في اعطاء يمين الولاء من اختياره الأغلبية - وقد التقى نظم الملك العضوض وولاية المتغلبين المستبددين في وصف هذا اليمين بأنه بيعة، وهو ليس كذلك لأنه أداء الواجب الالتزام بما قررته الشوري بالأغلبية - وهو واجب على الأقلية والأغلبية معاً ومجرد إجراء لتسليم السلطة.

ولقد قلنا في كتابنا فقه الشوري والاستشارة إنه لا يجوز تسمية يمين الولاء هذه بيعة ولا الاستغناء بها عن بيعة الاختيار التعاقدية المبنية على حرية الاختيار الكاملة باعتبارها عقداً دستورياً - وقلنا إن نظم الحكم المبنية على القوة والغلب جرت على الاكتفاء بهذا اليمين وتسميتها بيعة في حين أنه يمين يفرضها من يده السلطة فعلاً - ويسمى في العصر الحديث استفتاء بحرية الحال في مقعد السلطة كإجراءات من إجراءات أو مراسم تولي السلطة وليس تعاقد حراً⁽²⁾.

⁽¹⁾ يراجع البند 35 وما بعده في كتابنا فقه الشوري بعنوان "دعوة إلى تنظيم مجلس للإجماع والتقنين على أساس الشوري و الإجتهد والإجماع".

⁽²⁾ يراجع كتابنا فقه الشوري ص 446 وما بعدها وما قبلها في البند 63 من الكتاب.

عودة ٤٨ نظرية تقيد سلطة الحكم ... جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها بنظرية تقيد سلطة الحكم، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحكم وحرمتهم حرية التصرف وألزمتهم أن يحكموا في حدود معينة ليس لهم أن يتتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم ...

وتقوم النظرية على ثلاثة مبادئ أساسية :

أولاً ... وضع حدود لسلطة الحكم ...

ثانياً ... مسؤولية الحكم عن عدوانه وأخطائه ...

ثالثاً ... تخويل الأمة حق عزل الحكم ...

المبدأ الأول : وضع حدود لسلطة الحكم : كانت سلطة الحكم قبل نزول الشريعة سلطة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها، وكانت علاقة الحاكمين بالحاكمين قائمة على القوة البحتة ومن القوة كان الحكم يستمد سلطاته، وعلى مقدار قوته كانت سلطاته، فكلما كان قوياً امتد سلطاته لكل شيء، وإن ضعف انكمشت سلطاته وأصابها القصور والوهن، وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم بل لأنه أقوى منهم، فكلما كان الحكم قادراً على أن يسوق الناس بعصاه أو يغيرهم بماليه وجاهه، فهو من الطائرين السامعين، فإذا ضعف الحكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعاً لذلك أن يتحكم في رقاب "الرعية"، وكانت "الرعية" تعتبر خدماً وعبيداً لصاحب السلطان سواء أورث سلطاته أم اكتسبه (بالغصب) ...

ولما كان الحكم يستمد سلطاته من قوته لم تكن سلطة أي حاكم تساوي سلطة الآخر، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها، بل كان للحاكم أن يأتى ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية وأوضاعاً جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية وال حاجات الاجتماعية، فجعلت أساس العلاقة بين الحكام والحاكمين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحكم أو ضعف الحكمين، وتركت للجامعة حق اختيار الحكم الذي يرعى مصلحتها ويحفظها -٢٨- وجعلت لسلطة الحكم حدوداً ليس له أن يتعداها، فإن خرج عليها كان عمله باطلأ، وكان من حق الجماعة أن تعزله وتولي غيره لرعايتها شئونها ...

الصدر ... تعليق رقم -٢٨- "في زمان لا يوجد فيهنبي ولا إمام معصوم منصوب من الله تعالى حاضر غير غائب ..."

الشوى ...رأينا في تعليق رقم -٢٨- "هذا التحفظ من خصائص مذهب الشيعة الذين يعتقدون أن الولاية تقررت بالنصوص "وصية" للإمام علي وذرته.. فيكون تنصيب هؤلاء "الأئمة" بالنص أي بالوصية لا "بالشورى". وأن آخر الأئمة الموصي لهم عندهم هو الإمام الثاني عشر، ومنذ اخفائه =

عوذه وقد بينت الشريعة مهمة الحكم بياناً شافياً وحددت حقوقه وواجباته تحديداً دقيقاً، فمهمة الحكم في الشريعة أن يختلف رسول الله ﷺ في حراسة الدين وسياسة الدنيا^(١). ويسمى الحكم في اصطلاح الفقهاء الإمام-٢٩- والإمامية "أو" الخلافة "كما يرى "الفقهاء" عقد لا يعقد إلا بالرضا والاختيار،^{(٢)-٣٠-}.

أصبحت الهمامة بالشوري وإن كان الإمام الخميني يشرط فيه أن يكون فقيهاً أو بالأصل "مجتهداً". وقد يُسَانُ في كتابنا "فقه الحكومة بين السنة والشيعة" أن هذا الشرط يقرره أيضاً غالبية فقهاء السنة، الذين يُشترطون أن يكون الخليفة فقيهاً مجتهداً وأن لنا رأياً آخر هو عدم وجوب هذا الشرط ببناء في كتابنا بعنوان "فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة" ص (٢١٨، ٤٩٢).

الصلدر ... تعليق "رقم -٢٩ -" وفي اصطلاح فقهاء المذهب الجعفري لا يطلق اسم الإمام إلا على أحد الأئمة الاثني عشر (ع) الذين ثبتت عصمتهم وكرهوا من الله بالدلائل القطعية عندهم.

الشاوي ... رأينا في تعليق "رقم ٢٩ - ٢٩" يسرنا ما قرره في هذا التعليق، ونمني أن يلتزم به الشيعة الذين يصر كثیر منهم على إطلاق كلمة الإمام على المجتهدين من غير آل البيت حتى في عصرنا الحاضر ... ويحسن لا يدعي هؤلاء الأئمة من الفقهاء أن لهم جميع السلطات التي كان الشيعة يعترفون بها للأئمة من آل البيت ...

الصلدر ... تعليق "رقم -٣٠ -" بل الإمامة لا تعقد عند الشيعة الإمامية إلا بالنص من الله على لسان رسوله ﷺ، وأما الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود النبي وغيبة الإمام فإنما تكون بالشكل الذي تختاره الأمة وترضاه، ومن يتزعم الدولة الإسلامية سواء أكان واحداً أو جماعة إنما يكون برأي الأمة واختيارها وتطلق عليه الاسم الذي ترضاه له وتعطيه من الصلاحيات ماتراه أهلاً لها.

الشوى ... رأينا في "تعليق ٣٠" يسرنا حرصه في هذا التعليق على أنه في فترة الغيبة تكون الولاية والإمامية باختيار الأمة ورأيها، وتعطيه من الصالحيات ما تراه أهلاً لها، وهذا هو التطبيق الصحيح لمبدأ الشورى ونتمي أن يراعي كثير من فقهاء السنة ذلك، وأن يقرروا أن الأمة عندما تختار ولـي الأمر تحدد له صلاحياته "ومنها مدة ولايته" بكامل حرفيتها وظروف زمانها ومكانها ... وهو أمر يؤسفنا أن بعض علماء السنة يتجاهله حتى يدعى بعضهم أن الولاية يجب أن تكون مدى الحياة، بل يتتجاهل بعضهم حق الأمة ومتناهياً في الرقابة على من اختاروه للخلافة أو الولاية وحقهم في مساءلته ومحاجاته وعزله ...

ويسرنا أنفسنا اطلعنا على ما كتبه أحد كبار علماء الشيعة في لبنان وهو الإمام محمد مهدي شمس الدين رئيس المجلس الشيعي الأعلى في لبنان، الذي ابتكر للشورى تسمية جديدة وصفها بأنها "ولادة الأمة على نفسها" وهو ما يقابل ما يسميه الدعفاطيون "سادرة الأمة أي المسادة =

(١) الأحكام السلطانية (ص : ٣) ...

(٤) الأحكام السلطانية (ص : ٦) ...

عوذه

العامة للأمة في الداخل والخارج^(١) بما يحقق مصلحتها -٣٢- بشرط أن يكون ذلك كله

= الشعية". وقال: "إن الأمة تعبر عن إرادتها بالشوري بالطريقة المناسبة" وأضاف "أنه يجب أن يعمم ويعمق فح الشوري، وأنه الآن في عصر غيبة الإمام المعموم يجب أن يتلقى المسلمين على مشروع واحد للدولة يقوم على ولادة الأمة على نفسها ... وهو يُعرف بأن "الأشاعرة" و "أهل السنة" يقولون إن العصمة انتهت بوفاة النبي ﷺ وإن هناك معصوما واحدا هو النبي ﷺ وإن ولادة الأمة على نفسها بدأت بعد وفاة النبي ﷺ وهذا هو الفرق بين الشيعة والسنّة والآن أصبح الجميع يعترفون بولادة الأمة، لأن الأمة استعادت ولادتها على نفسها . وقال: "إن الله وفقه هذه الأطروحة (ولادة الأمة على نفسها) وهو كشف فقهى لم يسبقه إليه أحد من العلماء" وأن الأدلة التي استند إليها مبسوطة في كتابه بعنوان "ظام الحكم والإدارة في الإسلام وكتابه الاجتماع السياسي الإسلامي" وإن كما قد رجعنا فيما تناولنا عنه إلى تصريحات ألقاها في صورة إجابات عن أسئلة تتضمنها كتابه عنوانه الفقيه والدولة بتاريخ ١٣ من أغسطس عام ١٩٩٧م أهدانا لها بعد اطلاعه على كتابنا "وحدة الفقه الإسلامي في فقه الحكومة الإسلامية" وظاهر أنه يؤيد ما ذهبنا إليه من اتفاق السنّة والشيعة على مبدأ الشوري والالتزام بها، بعد أن كان الشيعة يستبعدونها في عهد الأئمة الموصومين من آل البيت كما أوضحتنا في رأينا المعارض لما قاله السيد الصدر في تعليقه رقم (١٥) على البند ٢٧ -.

وظاهر أنه بهذا الرأي يصحح مفهوم ولادة الفقيه بأنه إنما يستمدّها من ولادة الأمة على نفسها، وأنه لا يستبعد ما قلناه من عدم اشتراط صفة (الفقيه) فيمن تختاره الأمة ليمارس السلطة باسمها ولنيابة عنها وتغويض منها ...

الصدر

... تعليق "رقم -٣١—" يلزم الإمام المعموم بإدارة شؤون الأمة بأمر من الله تعالى أما من يقوم مقامه حال عدم وجوده أو غيابه واحدا كان أو جماعة فإنما يلزم بالقيام بالواجبات التي تلزمه الأمة بها.

الشاوي

... رأينا في "تعليق -٣١—" نلاحظ أن علماء الفقه الشيعي يقدرون ما يضيقون في حقوق الأمة في حالة وجود الأئمة الموصومين من آل البيت "الائني عشر" فإنهم يسعون في حقوقها في حالة عدم وجود هؤلاء الأئمة، وهذا تطبيق كامل وصحيح لنظرية الشوري كأساس للولاية. ومن حسن الحظ أن هذا هو الوضع الحاضر في العالم الشيعي كما هو في عالم السنّة نظرياً على الأقل، ومن هنا جاء ما توصلنا إليه من وحدة الفقه الإسلامي حالياً فيما يتعلق بالحكومة الإسلامية، وتتوقع أن يستمر وقتاً طويلاً في المستقبل .

الصدر

... تعليق "رقم -٣٢—" إذا كان إماماً منصوباً من قبل الله تعالى أو كانت الأمة قد أعطته هذه الصلاحيات الواسعة ...

(١) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين وتوفير الأمن والنظام وإقامة الحسود وتنفيذ الأحكام وحفظ التغور والجهاد والإشراف على الأموال العامة في جيابها وإنفاقها، والإشراف على الموظفين العموميين الذين ينجزون كل هذه المهام.

عودة في حدود ما أنزل الله على رسوله. وفي مقابل التزام "الإمام" للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان "ممثلها" الذين اختاروه "إماما"-٣٣- أن تسمع له وتطيع أمره مالم يتغير حاله فيصبح فاسقا أو يعجز عن مباشرة عمله^(١) فإذا تغير حاله انعزل بفسقه أو عجزه-٣٤-..

الشواوى ... رأينا في "تعليق -٣٢-" التحفظ الذي أشار له السيد "الصدر" ضروري، ونحن نؤيده في أن الإمام أو الرئيس المنتخب ليس له من الصلاحيات إلا ما تمنحه له الجماعة التي اختارته والتي يتضمنها ما نسميه الآن بالدستور ...
ونأسف لأن فقيهنا في "الصلب" لم يهتم بوضيح ذلك، واكتفى بصيغة عامة تفتح الباب لم يريدون القول بأن الرئيس أو الإمام يتمتع بجميع الاختصاصات دون حدود ولا شروط.
وكان يجب أن يشار إلى أن الأمة وحدها هي التي لها الحق في تحديد اختصاصاته بمقدسي دستورها الذي تقره بكامل حريتها.

الصدر ... تعليق "رقم -٣٣-" الإمام المعصوم يختاره الله تعالى وأما من يقامه حال عدم وجوده أو غيابه فإنما يعود كيفية اختياره إلى الأمة، فإن شاءت أن تنتخبه انتخاباً مباشراً فإن لها ذلك، وإن شاءت أن تنتخبه بواسطة جماعة تنتخبها الأمة لتكون مثلاً لها وتتوب عنها في انتخاب رئيس الدولة الإسلامية فإن لها ذلك ...

الشواوى .. رأينا في "تعليق رقم -٣٣-" أن هذا التعليق يؤكّد ما قلناه بشأن تعليقه رقم -٣٢- فيما سبق.
الصدر ... تعليق "رقم -٣٤-" لا يقتل الفسق في الإمام المنصوب من قبل الله تعالى ولا ينزع عن إمامته وكذلك العجز، فإن منه عارض من مرض وشبهه من إدارة "الحكومة الإسلامية" بنفسه فهو قادر على إدارتها بواسطة من يعينه من قبله من ينوب عنه في إدارتها ...
أما رئيس الدولة الإسلامية المنتخب من قبل الأمة، فلما كان يشترط فيه القدرة والعدالة فمن البديهي سقوطه عن مقامه إذا فقد أحدهما ...

الشواوى ... رأينا في "التعليق رقم -٣٤-" الفقرة الأولى : تغالي في إطلاق سلطة الأئمة من آل البيت الثانية عشر حتى إنه لا ينزع في حالة عجزه عن الإمامة بحجّة أنه عليه أن يديرها بواسطة من يعينه لينوب عنه ...

ولحسن رد على ذلك بأن من يعجز عن مباشرة الولاية بنفسه لا شك أنه يعجز أيضاً عن حسن اختيار الشخص الذي يعينه لينوب عنه، ولابد أن يكون محل شك في ملاءمته وصلاحيته.
الفقرة الثانية : أما رئيس الدولة المنتخب من قبل الأمة فهو كما قلنا يطبق مبدأ الشورى كاملاً صحيحاً، وهذا هو ما نؤيده سواء في فقه السنة أو فقه الشيعة في الوقت الحاضر، وحيثما لو اقتدى به في ذلك بعض كتاب السنة ...

(١) نفس المرجع صفحة (١٢ : ١٧).

عودة فسـلطة "الإمام" أي "الحاكم" في الشـريعة ليست مـطلقة، وليس له أن يـفعل ما يـشاء، و"يدع" ما يـشاء، وإنما هو "فرد" من الأمة اختـير لـقيادـتها، -٣٥- وعليـه للأمة التـزامـات ولـه لـيـ الأمة حقوقـ، ولهـ من السـلطة ما يـسـتطـيعـ أن يـؤـديـ بـهـ التـزـامـاته ويـسـتـوفـيـ بـهـ حقوقـهـ ...

وهوـ فيـ أداءـ واجـباتـهـ واسـتـيفـاءـ حقوقـهـ مـقـيـدـ بـأنـ لاـ يـخـرـجـ عـلـىـ نـصـوصـ الشـريـعـةـ أوـ رـوـحـهــاـ،ـ وـذـلـكـ طـبـقاـ لـقـولـهـ ﷺـ:ـ (ـوـأـنـ اـحـكـمـ بـيـهـمـ بـمـاـ أـنـزـلـ اللـهـ)ـ [ـالـائـدةـ:ـ ٤٩ـ].ـ وـقـولـهـ ﷺـ:ـ (ـثـمـ جـعـلـنـاـكـ عـلـىـ شـرـيـعـةـ مـنـ الـأـمـرـ فـاتـبـعـهـاـ وـلـاـ تـبـغـ أـهـوـاءـ الـذـينـ لـاـ يـعـلـمـونـ)ـ [ـالـجـاثـيـةـ:ـ ١٨ـ]ـ وـقـولـهـ ﷺـ:ـ (ـوـمـنـ لـمـ يـحـكـمـ بـمـاـ أـنـزـلـ اللـهـ فـأـنـكـ هـمـ الـكـافـرـونـ)ـ [ـالـائـدةـ:ـ ٤ـ].ـ وـإـذـاـ كـانـ إـلـاـمـ أـيـ حـاـكـمـ مـقـيـدـ بـأـنـ يـتـبـغـ الشـرـيـعـةـ وـأـنـ يـحـكـمـ طـبـقاـ لـنـصـوصـهـ،ـ فـمـعـنـ ذـلـكـ أـنـ سـلـطـتـهـ مـقـيـدـةـ بـنـصـوصـ الشـرـيـعـةـ فـمـاـ أـبـاحـتـهـ لـهـ فـقـدـ اـمـتـدـ سـلـطـاتـهـ إـلـيـهـ،ـ وـمـاـ حـرـمـ عـلـىـهـ فـلـاـ سـلـطـانـ لـهـ عـلـىـهـ وـالـشـرـيـعـةـ لـاـ تـبـغـ لـلـحـاـكـمـ إـلـاـ مـاـ تـبـيـحـهـ لـكـلـ فـرـدـ وـلـاـ تـحـرـمـ عـلـىـهـ إـلـاـ مـاـ حـرـمـتـهـ عـلـىـ كـلـ فـرـدـ..ـ

المبدأ الثاني ... مـسـئـولـيـةـ الـحـاـكـمـ عـنـ عـدـوانـهـ وـأـخـطـائـهـ ...

وـبـعـدـ أـنـ بـيـنـتـ الشـرـيـعـةـ وـاجـبـاتـ إـلـاـمـ أـيـ حـاـكـمـ وـحـقـوقـهـ وـحدـدـتـ سـلـطـتـهـ عـلـىـ الـوـجـهـ السـابـقـ جـعـلـتـهـ مـسـتـوـلاـ عـنـ كـلـ عـمـلـ يـتـجـاـوزـ بـهـ سـلـطـاتـهـ سـوـاءـ أـتـعـمـدـ هـذـاـ الـعـمـلـ أـمـ وـقـعـ الـعـمـلـ نـتـيـجـةـ إـهـمـالـهـ -٣٦ـ،ـ وـلـمـ تـكـنـ الشـرـيـعـةـ فـيـ تـقـرـيرـ مـسـئـولـيـةـ الـحـاـكـمـ

الصلـدر ... تعـليـقـ "رـقـمـ -٣٥ـ"ـ سـوـاءـ أـكـانـ المـخـتـارـ لـهـ هوـ اللـهـ ﷺـ إـذـاـ كـانـ الـحـاـكـمـ هوـ أـحـدـ الـأـمـةـ الـاـلـثـيـ عشرـ،ـ أـمـ كـانـ المـخـتـارـ لـهـ الـأـمـةـ الـإـسـلـامـيـةـ إـنـ كـانـ هوـ رـئـيسـ الدـوـلـةـ الـإـسـلـامـيـةـ فـيـ طـرـفـ عـدـمـ وـجـودـ الـإـلـاـمـ الـمـعـصـومـ الـمـصـوبـ مـنـ اللـهـ ﷺـ وـأـيـامـ غـيـرـهـ ...ـ

الشاـوى ... رـأـيـناـ فـيـ "تعـليـقـ -٣٥ـ"ـ أـنـ هـذـاـ تـكـرـارـ لـمـ أـبـدـيـناـ "رـأـيـناـ"ـ فـيـ "الـبـوـدـ"ـ السـابـقـةـ وـمـاـ قـبـلـهـ ...ـ وـيـسـرـنـاـ أـنـهـ سـوـىـ بـيـنـ الـإـلـاـمـ الـذـيـ يـصـفـهـ بـاـنـ اللـهـ قـدـ اـخـتـارـهـ وـالـإـلـاـمـ الـذـيـ اـخـتـارـهـ الـأـمـةـ.ـ وـهـذـهـ أـوـلـ مـرـةـ يـسـوـىـ فـيـهـمـ.ـ وـقـدـ سـيـقـ أـنـ أـشـرـنـاـ إـلـىـ أـنـ القـوـلـ بـاـنـ الـأـمـةـ مـنـ "آلـ الـبـيـتـ"ـ كـانـ اـخـتـيارـهـ بـاـمـرـ اللـهـ ﷺـ لـاـ يـوـافـقـ عـلـيـهـ أـهـلـ الـسـنـةـ "وـهـمـ الـأـغـلـبـيـةـ"ـ،ـ وـمـنـ حـسـنـ الـحـظـ أـنـ لـاـ يـنـطبقـ فـيـ الـعـصـرـ الـحـاضـرـ مـنـذـ بـدـأـتـ "الـغـيـةـ"ـ ...ـ

الصلـدر ... تعـليـقـ "رـقـمـ -٣٦ـ"ـ لـاـ يـعـقـلـ لـلـإـلـاـمـ الـمـعـصـومـ أـنـ يـعـمـدـ تـجـاـوزـ سـلـطـاتـهـ أـوـ يـهـمـلـ بـعـضـ مـاـ يـجـبـ عـلـيـهـ الـقـيـامـ بـهـ،ـ نـعـمـ هـذـاـ مـمـكـنـ فـيـ رـئـيسـ الدـوـلـةـ الـذـيـ يـقـوـمـ مـقـامـ الـإـلـاـمـ حـالـ عـدـمـ وـجـودـهـ أـوـ غـيـرـهـ..ـ

الشاـوى ... رـأـيـناـ فـيـ "تعـليـقـ -٣٦ـ"ـ هـذـهـ الـتـعـليـقـاتـ مـكـرـرـةـ،ـ وـقـدـ سـيـقـ أـنـ بـيـنـ الـتـفـرـقـةـ بـيـنـ الـأـمـةـ الـمـعـصـومـيـنـ وـغـيرـهـمـ غـيرـ مـوـجـودـةـ فـيـ فـقـهـ الـسـنـةـ،ـ وـلـاـ نـرـىـ لـهـ أـهـمـيـةـ مـنـذـ اـخـتـفاءـ الـإـلـاـمـ الـثـانـيـ عـشـرـ...ـ وـيـوـسـفـنـاـ أـنـ عـادـ لـيـذـكـرـنـاـ بـعـصـمـ الـأـمـةـ الـاـلـثـيـ عشرـ...ـ

عوده عن تصرفاتهم إلا متماشية 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 للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يسأل الحكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواءً أتمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله مادام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة^(١) ...
المبدأ الثالث ... تنويع الأمة حق عزل الحكم :

بينا فيما سبق أن الإمامة -٣٧- تتعقد بناءً على عقد يختار فيه الشعب الإمام أي الحكم ويلتزم له بالطاعة في مقابل التزام الحكم -٣٨- بالإشراف على شئون الأمة -٣٩- وقيادتها في الطريق التي رسمتها الشريعة. وبينني على هذا المنطق أن الحكم الذي يقوم بهمته في الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة، أما الحكم الذي لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن

الصلدر ... تعليق "رقم -٣٧-": يعني رئاسة الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجودنبي ولا إمام معصوم منصوب من الله تعالى ...

الشاوي ...رأينا في تعليق "رقم -٣٧-": يراجع التعليق السابق ...
الصلدر ... تعليق "رقم -٣٨-": فرداً كان أو هيئة مكونة من جماعة ...
الشاوي ...رأينا في تعليق "رقم -٣٨-": هذا التعليق يشير إلى ما يسمى في العصر الحديث بالقيادة الجماعية عندما يتولى الأمر مجلس رئاسي، وقد أشار دستور الجمهورية الإيرانية إلى عدة مجالس نذكر منها "مجلس الدفاع عن الدستور+ مجلس الخبراء+..." ...
 ويمكن أن يطبق هذا على المجلس الياي ذاته، فمن حق الأمة أن تصدر قراراً بحله قبل انتهاء فترة ولايته.

الصلدر ... تعليق "رقم -٣٩-": بل بالقيام بالصلاحيات التي أعطتها له الأمة ...
الشاوي ...رأينا في تعليق "رقم -٣٩-": يراجع رأينا بالنسبة للتعليق (٣١) و(٣٢) فيما سبق ...
 ويسرتنا أنه حرص على إضافة ما يفيد أن تجاوز حدود الصلاحيات التي فوضتها له الأمة في دستورها يُعد تجاوزاً لصلاحياته الشرعية ... وبحذا لو تبيه لذلك فقهاء السنة، ومنهم فقيهنا ..

(١) سنفصل الكلام على مسؤولية الحكم عندما نبحث في سريان الشريعة على الأشخاص، وإنما نتكلمن هنا عن المسئولة بالقدر الذي يظهر ميزات الشريعة وسيقها في تقرير النظريات في القرآنين

عدد ٥ يستظر من الشعب -٤- السمع والطاعة، وعليه هو أن يتぬى عن مركزه لكن هو أقدر منه على الحكم في حدود ما أنزل الله، فإن لم يتيح مختاراً ناه 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 -٤- فالله يأمر يأمرك بطاعة أولى الأمر في حدود ما جاء به الرسول فيقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اطْبِعُوا اللَّهَ وَأَطْبِعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكُمْ هُنَّ الْمُفْلِحُونَ إِنَّمَا كُنْتُمْ تَقْرَبُونَ بِاللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تَؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: ٥٩-٤٢] . والرسول يقول :

الصلدر ... تعليق "رقم -٤٠" لأنه بعدم قيامه بالتزاماته يصبح خائناً، ولا يجب إطاعة أمر الخائن ولا امتثال لأحكامه ...

الشواوى ... رأينا في تعليق "رقم -٤" -الحالة التي أشار إليها فقيهنا في الصلب تسمى في الفقه الدستوري الحديث بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها ...

وتعليق السيد الصلدر يؤيد ما قاله فقيهنا من أن ذلك التجاوز يحيز للأمة إباء ولالية من اختارته للولاية إذا المحرف بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها. ولا شك في أن لها هذا الحق من باب أولى، إذا لم تكن هي التي اختارت، وإنما فرض سلطتها بالقوة والغش، خصوصاً وأن السيد الصلدر وصف حالته بأنها خيانة وليس مجرد خطأ أو المحرف ..

الصلدر ... تعليق "رقم -٤" - لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على من ثبتت عصمه ولم تثبت عصمة أحد من الخلفاء إلا أمير المؤمنين على (ع) ولم يدع أحد من المسلمين العصمة لغيره من الخلفاء الراشدين ...

الشواوى ... رأينا في "تعليق -١-٤" - مرة أخرى يشير السيد الصلدر إلى اعتقاد الشيعة بعصمة الإمام علي وحده ... ولا دليل على ذلك - في نظرى - عند فقهاء السنة وعلمائها. كما أن عدم اعترافهم للخلفاء الراشدين جديعاً بالعصمة توجيه أصول شريعتنا ومبادئها العامة .

الصلدر ... تعليق "رقم -٤٢" - الآية المباركة لا دلالة فيها على ما يدعوه المصنف لأنها تأمر المؤمنين أولاً بِإِطَاعَةِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأُولَئِكَ الْمُرْسَلُونَ، ثم تأمر بِإِرْجَاعِ مَا يَتَنَازَعُ فِيهِ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، فأين دلالتها على تقيد إطاعة أولى الأمر في حدود ما جاء به الرسول؟ ...

الشواوى ... رأينا في "تعليق -٤٢" - ما قاله السيد الصلدر ينافق ما قاله في التعليق رقم (٤٠) وما قبله ولذلك فإننا لا نقره ...

عوده " لا طاعة لخلوق 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 المسلمين أبا بكر خليفة عليهم-٤٣- فكانت أول

خطبة يقوها تطبيقاً دقيناً لهذه النصوص-٤٤- حيث قال: "أيها الناس قد وليت عليكم

الصدر ... تعليق "رقم ٤٣-٤"- لم يختار المسلمون أبا بكر، وإنما اختارته جماعة من أهل المدينة وامتنع عن بيعته "بني هاشم" و"سعد بن عبادة" وجماعة من المهاجرين والأنصار، أما بقية البلاد الإسلامية فلم يؤخذ رأيها في الخلافة أصلاً ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق ٤٣-٤"- لا تزيد مجازة السيد الصدر في مناقشة رأيه الذي يدور حول عدم وجود إجماع على ولاية الخليفة الأول "أبي بكر"، لأننا قلنا إن اختيار الحاكم يكتفي فيه بالأغلبية. وكان عليه أن يقول إن الجماعة التي اختارت أبا بكر هم الأغلبية، وإن كل من ذكرهم لاشك هم أقلية بجانب الصحابة وأهل المدينة الذين بايعوا أبا بكر... وإن الالتزام بالشوري معناه التزام الأقلية بما تراه الأغلبية ...

نرجو من السيد الصدر أن يراجع كتاب "معاوية" لسيدهنا "علي" ليجد أنه يبني اعتراضه على صحة خلافة الإمام "علي" على الرغم بعدم وجود إجماع على ذلك، لأنه هو وأهل الشام لم يبايعوه ... وأن تشكيك السيد الصدر في صحة ولاية أبي بكر مثل تشكيك معاوية في صحة خلافة سيدهنا علي، فكيف أجاز ذلك لنفسه؟!

ومع ذلك فإن هذه مسائل تاريخية لا محل لمناقشتها في هذا المجال ...

الصدر ... تعليق "رقم ٤٤-٤"- إن فقهاء المذهب الجعفري لم يعتمدوا إلا كلام من ثبتت عصمه عندهم، ولم يثبت عندهم ولا عند غيرهم من المسلمين عصمة أحد من الخلفاء إلا أمير المؤمنين "علي" (ع) (عند الشيعة)، فلا يصح الاستشهاد بأقوال غيره من الصحابة ولا بأفعالهم (عند الجعفرية).

الشاوي ... رأينا في "التعليق-٤٤-٤"- ذكرنا في مناسبات متعددة أن موضوع العصمة لآل البيت لا يوافق عليه أهل السنة وهم الأغلبية، كما أن ما يدعوه السيد الصدر من أن الشيعة لا يوافقون على الاستشهاد بأقوال الصحابة غير سيدهنا "علي" فيه غلو؛ لأنهم يستشهدون بكل ما ورد في كتب علمائهم من آراء واجتهادات، وهي ليست أحق بالقدير مما ينسب إلى الصحابة، وقد قلنا إن آراء الصحابة "بما فيها آراء سيدهنا علي" هي اجتهادات وليس في مرتبة الكتاب والسنة، ولكن لا يجوز أن نذكر عليها قيمتها من هذه الجهة بحسب اجتهادات أئمة لهم قدرهم واحترامهم.

عوده ولست بخلكم، إن أحسنت فأعينوني وإن أساءت فقوموني. أطيعوني ما

أطع الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم" ...

وولي "عمر" المسلمين بعد "أبي بكر" فكان حريصا على إظهار معانى هذه النصوص وتشييئها في الأذهان، خطب يوما فقال : "لوددت أني وإياكم في سفينة في بلة البحر تذهب بنا شرقاً وغرباً فلن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم، فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه". فقال "طلحة" : "وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه". قال : "لا، القتل أنكل من بعده" ...

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على الحکومين سلطة مطلقة، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتي بما يلائم الجماعة ويصلح لها، وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية 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، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تطبق في كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات ...

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية في تقييد سلطة الحکام، وتعين الأساس الذي تقوم عليه علاقة الحاكمين بالحاکومين، وفي تقرير سلطان الأمة على الحکام وأول قانون وضعى اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحکام هو القانون الإنجليزي، وكان ذلك في القرن السابع عشر الميلادي، أي بعد أن قررت 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 الحاکمين والحاکومين الدستور الوضعي الذي بين حقوق الأفراد والجماعات والحاکام، ومدى سلطان كل، كما جعلت النظرية الشريعة الحد بين "الحاکمين والحاکومين" نصوص "الشريعة" وهي الدستور الإسلامي ...

= ولا يجوز الاستناد إلى عدم اعتراف أهل السنة بعصمة أبي بكر لإنكار أهمية المبادئ الأساسية التي تضمنها خطابه، خصوصاً أنها تطبق صريح للمبادئ الإسلامية ولا نعتقد أن الشيعة يجادلون في صحتها ولا في أهميتها ...

28 - نظرية الولاية التعاقدية أو حق الأمة في تعين الحكام وتقيد سلطتهم

ومحاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء :

هـى مترعة من نظرية الشورى، وكلتاها أساس لتقييد سلطة الحكماء : لأن
مقتضى نظرية الشورى أن أمر الجماعة تقرره بالشورى، بما في ذلك اختيار من يتولى
أمراً من أمورها وتقوضه لذلك، فهو نائب عنها ويمثل لها، ومقتضى هذه النيابة أن
يكون مسؤولاً أمامها أو أمام من تخATARهم لخواصيته ومساءلته، فولاية أمور الجماعة
مسئولة من تخATAR الأغلبية ويلتزم بما تقرره الشريعة والجماعة من حدود لسلطتها
ويخضع للمراقبة والمحاسبة من الأمة أو من يمثلونها.

فضلاً عن ذلك فإن قرار التفويض "الذى يوصف بأنه بيعة" له طبيعة تعاقدية^(١). ومقتضى ذلك أن لكلا الطرفين أن يضمن هذا العقد ما يراه من قيود وشروط يتلزم بها الطرف الآخر وأول هذه القيود ما قررته الشريعة مما يستمد من طبيعة المهمة موضوع التعاقد. فأولياء الأمور التنفيذية لا يجوز لهم أن يتجاوزوا حدودها، وليس لهم أن يتدخلوا في شؤون التشريع والقضاء لأنهم يحاسبون بمقتضى الشريعة ويختضعون لأحكامها، وليس من المقبول أن يكون لهم تغيير المبادئ أو الأحكام التشريعية أو القضائية أو القرارات الشورية الصادرة من الجماعة التي أو كل لها الشرع مهمة اختيارهم ومحاسبتهم ومساءلتهم.

إن نظرية "البيعة الحرة" أساسها أن الولاية عقد، وتعنى الالتزام بمبدأ المسؤولية والمحاسبة والقيود التي يلتزم بها من يمارسون السلطة التنفيذية باسم الجماعة ونيابة عنها وبتفويض منها، ولذلك فإن "نظرية الولاية التعاقدية" هي أساس القيود والمساءلة والرقابة على من يمارسون السلطة كما هو واضح في الأصل بكل تفصيل. من أهم ما يؤكد هذه فقيهنا هو أن الشريعة هي الدستور الإسلامي الذي يلتزم الحكم وولاية الأمور به⁽²⁾ ويسألون بمقتضاه؛ ولذلك فإن المطالبة بتطبيق الشريعة أصبحت مطلباً شعبياً؛ لأن أول مبدأ دستوري فيها هو مساءلة الحكم ومحاسبتهم وتقيد سلطتهم.

⁽¹⁾ يرجى اجمع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (62) بعنوان: "الأساس التعاقدى لحكومة الشورى".

⁽²⁾ بما في ذلك من يتولون ما يسمونه الآن السلطة الدستورية وـ"سلطة التشريع"، فهم أول من يلتزم بأن تكون الشريعة هي مصدر ما يضعونه من دساتير أو تفنيبات شرعية حتى لا تحول إلى "قانون وضعية".

شرعية السلطة تقوم على حرية الشورى وسيادة الشريعة :

إن شريعتنا جعلت الزواج تعاقداً مدنياً تنشأ عن التزامات متبادلة على كلاً الطرفين، وكذلك جعلت ولاية السلطة العامة في المجتمع تعاقداً له أحکامه وشروطه التي تتناسب مع موضوعه بحسبانه عقداً من عقود القانون العام كما يقال في عصرنا الحاضر. ويترتب على ذلك أن كلاً الطرفين له أن يدخل في هذا التعاقد شروطاً إذا قبلها الطرف الآخر صارت ملزمة له ومحددة لسلطانه، وهذا هو أساس الالتزام بالدستور في عصرنا الحاضر، لأنَّه بين الشروط التي تضعها الأمة ليلتزم بها من يختاره لولاية السلطة العامة؛ ولذلك تسير جميع النظم العصرية على أن يقسم رئيس الدولة، وكل من يتولى السلطة العامة على الالتزام بأحكام الدستور، فهو في شريعتنا ليس إلا قائمة بشروط عقد "الولاية العامة" أو "البيعة" الحرة الاختيارية السابقة على تولي السلطة.

وقد أشار إلى أن الشريعة وضعت ثلاثة مبادئ كأساس لشرعية الحكم، وهي كلها نتيجة لنظرية "الولاية التعاقدية"⁽¹⁾ :

المبدأ الأول: وجود حدود وقيود لسلطة كل حاكم، وهي - في نظرنا - نوعان، هما:

1 - ما تضعه الأمة في دستورها الذي عدناه متضمناً شروط عقد الولاية أو عقد البيعة الحرة الذي يلتزم به من يختار للولاية ومارسة السلطة .

2 - أهم القيود هو تطبيق مبدأ سيادة الشريعة في الحكم الإسلامي، وقد أشار له أبو بكر الصديق في خطابه الدستوري يوم مبايعته بالولاية "الخلافة" عندما قال : "أطيعون ما أطعتم الله ورسوله، فإن عصيتما فلا طاعة لي عليكم". ويقتضي هذا أن كل سلطة في الدولة لها حدود وقيود وأنَّوها أن كل من يتولى السلطة يلتزم هو وجميع من يمارسون السلطة بالمبادئ الأساسية الواردة في الكتاب والسنن دون حاجة للنص على ذلك في البيعة أو في الدستور؛ لأن الشعوب المسلمة عندما تختار حاكماً أو تضع نظام حكم تفترض أنه سيكون إسلامياً، وعندما ينص في الدستور على أن دين الدولة الإسلام، تفهم الجماهير من ذلك أن الإسلام هو الشريعة، والشريعة تلزم كل شخص سواء كان مسؤولاً أو غير مسؤول بمبادئ الكتاب والسنن. يؤكِّد ذلك أن العمل جرى على أن يذكر في البيعة أنها تstem على كتاب الله وسنة رسوله، كما هو الحال في عقود الزواج .

لذلك فإن النظم الانقلابية في بعض دولنا كانت تحاول استبعاد النص على أن

. (1) ص 42 من الأصل .

الولاية التعاقدية تعنى سيادة الأمة و حريتها في الاختيار :

الدولة إسلامية، وبعضاها يقبله على أنه فقط لإرضاء الجماهير دون أن تلتزم به؛ وذلك لأن أول ما يرفضون الالتزام به هو مبدأ سيادة الأمة، أي حقها في محاسبة حكامها وتغييرهم. والذين يريدون التفكير لسيادة الأمة يدعون عادة بالتفكير لسيادة الشريعة ذاتها، لأن حق الأمة في اختيار من يتولون السلطة بكمال حريتها هو من أصول الشريعة، وقد عبر عنه "عمر بن الخطاب" بقوله المشهور: "من تولى الأمر بدون مشورة من المسلمين فاقتلوه"، كما قال فقيهنا في الصلب .

المبدأ الثاني : هو مسؤولية كل من يتول السلطة عن أعماله أمام الأمة التي يعمل باسها ولحسابها، حتى ولو كان مفترضاً للسلطة قد فرض ولايته بالقوة أو العصبية .

المبدأ الثالث : حق الأمة في عزل حكامها إذا أخرفوا. أما القتل الذي أشار إليه عمر فيكون جائزاً إذا لم يكن هناك وسيلة سلمية لهذا العزل .

كل هذه المبادئ تفرضها نظرية "الولاية التعاقدية". فلا يجوز لأحد الاستيلاء على السلطة بانقلاب عسكري في جنح الليل، ولا يجوز لحزب أن يحتكر السلطة ويجعل اختيار الرؤساء أو النواب من حقه وحده، بحججة أن الترشيح يكون بقرار من جهة سياسية حزبية أو مفروضة على الأمة، وتحرم الأمة من حقها في ترشيح غيره، لأن القيود على الترشح هي قيود على حرية الانتخاب .

وحق الشعب في اختيار الحاكم لا قيمة له إذا لم يكن له الحق في محاسبته والرقابة عليه، وعلى من يعملون باسمه. وعادة تولى هذه الرقابة مجالس أو هيئات يختارها الشعب بكامل الحرية. أما إذا كان الحكم يتدخلون في إجراءات انتخابات هذه الهيئات ويتدخلون إجراءات لتزويرها أو تزييفها، فإن هذا تفكير لحق الشعب في مراقبة الحكم وهو حق ثابت له دائماً، سواء كان هو الذي اختارهم أو فرضاً سلطانهم بالقوة والغلب والتهديد الذي قد يصل إلى حد حرمانه من الحق في الإشراف عليهم ومساءلتهم، وكل هذا يُعدّ اعتداء على سيادة الأمة وحقوقها الشرعية الثابتة، سواء مارستها بطريق مباشر أو بواسطة نواب لها الحق شرعاً في أن تختارهم لذلك بحرية كاملة وانتخابات حرة، وتجعلهم بذلك أهل الأخل والعقد الذين يسمع لهم الناس ويطيعونهم لأنهم هم الذين اختاروهم .

لقد عبر فقيهنا عن نظرية "الولاية التعاقدية" بقوله : "إن الإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهاء عقد لا ينعقد إلا بالرضا والاختيار". والمقصود طبعاً هو الاختيار الحر، وقد دافع الأئمة جميعاً عن مبدأ أن الإكراه بجميع صوره يبطل البيعة الاختيارية، وهي التعبير الشرعي عن عقد الولاية أو حرية اختيار من يتولى السلطة التنفيذية .

• التبعية للقوى الأجنبية المعادية تعادى الشريعة وتعادى حرية الشورى في بلادنا
لأنها تعلم مدى تمكّن شعوبنا بمبادئ الشريعة - وخاصة منها وجوب الجihad ضد
من يحتلون أرضنا أو يفرضون نفوذهم على حكامنا :

ثم إنّه حتّى ولو كان الحاكم مفتّضًا، واستولى على السلطة بالغلب والقوة كما حدث في أغلب عصور تاريخنا ، فإنه يبقى ملتزماً بالشريعة ، ولا يجوز له التنكر لها، أو القيام بما يتعارض مع أحکامها، كما أن للأمة حق الإشراف عليه ومحاسبته وعزله "أى طرده" ، ولو اقتضى ذلك المقاومة طبقاً لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو مبدأً أساسى تقيّزت به شريعتنا عن غيرها من الشرائع .

دليل ذلك أن مفتّضي السلطة ومن فرضاً ولائهم بالغلب وقوّة الجيش والعصبية كانوا يلزمون الناس بما يعنّهم، وكانت البيعة المفروضة دائمًا على كتاب الله وسنة رسوله، أى التزام الجميع أحکام الشريعة.

ومن المؤكّد أن من كانوا يباعون على هذا الأساس كان أول ما يهمّهم استقامة الحاكم والتزامهم بالشريعة أكثر مما يهتمون بحسب من يباعونه أو كيفية وصوله للسلطة. وتنكر الحاكم للشريعة ليس كله على مستوى واحد. فهناك من يكتفى بتطهيل الشورى في اختيار الحاكم، لكنه يتلزم باستقلال الفقه والتشريع، واستقلال القضاء.. هذا هو ما حدث في جميع عصور التاريخ الإسلامي .

أما في عصرنا الحاضر فإن هناك نظاماً استبداديّاً قهريّاً لا تقف عند هذا الحد، بل تجاوزته إلى إعلان عدم تطبيق الشريعة لا في حرية البيعة فقط بل أيضاً يعطّلها في القوانين وفي القضاء، وهذه هي المشكلة القائمة بين كثير من شعوبنا وبين النظم الحاكمة التي كثيراً ما يعتذر بعض المسؤولين فيها عن ذلك بأن دولاً كبيرة وقوى أجنبية تفرض عليهم ذلك .

لقد استقر في ذهن الأفراد والجماهير أن هناك ارتباطاً بين التبعية لتجيئات القوى الأجنبية والدول الكبرى، وبين التشكير للشريعة وإعلان تعطيلها، حتى أصبح عدم الالتزام بالشريعة من الشروط المعلنة لكل حاكم يطلب من الدول الأجنبية قروضاً أو مساعدات أو حتى مجرد رضاء بعض الدول الكبرى والقوى العالمية، وما يسمونه النظام العالمي الخاضع لإرادتها، وأصبحت بعض الدول الكبرى تعلن عداءها لأى حكومة ترفع شعارات إسلامية أو تعلن حرصها على تطبيق الشريعة، ولو كان ذلك جزئياً أو على مراحل، وتُؤكّدُ مجرد الإعلان عن ذلك تحدّياً لها وخرّوجاً على طاعتتها يبرر لها دعوة "النظام العالمي" لكي يقاطعها، وتحريض الدول المجاورة لها على محاصرتها والاعتداء على حدودها ومساعدتهم مقابل ذلك بمال وسلاح وخبراء وتأييد السياسي المعلن الصريح.

٢٩ - نظرية الطلاق ... أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل، ولو لم يقم دليل ظاهر على أن ضرراً حدث للرجل من الزواج فالأمر في تطليق المرأة متوكلاً للرجل ...
وأباحت الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا ثبتت أنه يضرها-٤-؛ ضرراً مادياً أو أدبياً، أو لا يؤدي لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة-٥- ...

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة في استعمال حق الطلاق، أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشؤون الزوجية^(١) وهو الذي يتتحمل وحده أعباءها المالية، فهو ملزم بمحابر الزوجة ونفقات الزواج، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد، ولو لم تستقل إلى بيته، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها منه، فأعطي له حق الطلاق مطلقاً من كل قيد في مقابل هذه المسؤوليات الجسيمة. 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 فأعطي لها حق الطلاق مقيداً بحصول ضرر مادي أو أدبي،-٦- وفي هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شؤون الزوجية، وما يحميها حماية كافية من تعنت الزوج، وما يحمي الزوج في الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق ...

الصلدر ... تعليق "٤-٤" - حتى تصبح الزوجية ضرورية عليها، أو يصبح تحملها حرجاً وشاقاً عليها.
الشاوي ...رأينا في "تعليق ٤-٤" - هذا التعليق مثل أغلب تعليقاته على موضوعات الزوجية والأسرة، تؤيد في عمومها آراء فقيهنا، لكننا سنلاحظ أن فيها إنصافاً أكثر ومراعاة أكثر لحقوق المرأة، وهو اتجاه محمود في فقه الشيعة، نحن في أشد الحاجة إليه ...

الصلدر ... تعليق "٦-٤" - فيخبره الحاكم بين الطلاق والإنفاق، فإن امتنع عنهما طلاق الحاكم زوجته. وأمّا من قصر في بقية الحقوق ولم يكن للحاكم إزمامه بها، فإن أمكنها الصبر وجب عليها أن تصر، وإن كان الصبر مضرّاً لها وشاقاً عليها مشقة تبلغ الحرج فيطلاقها الحاكم أيضاً.

الشاوي ... رأينا في "تعليق ٦-٤" - هذا التعليق يؤيد ما قلناه فيما سبق؛ لأنه يعطي للقاضي الحق في إنصاف الزوجة بتطليقها إذا وجد أن تعنت الزوج فيه ضرر لها ...

الصلدر ... تعليق "٧-٤" - : على التفصيل الذي مر علينا قريباً ...
الشاوي ... رأينا في "تعليق ٧-٤" - : يراجع رأينا في التعليق - ٦-٤ - ...

(١) راجع الفقرة رقم (٢٢) ...

عوده وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل حق الطلاق مطلقا -٤٨- من كل فإنما قد فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحته والطلاق إما أن يكون قبل الدخول، وقبل فرض مهر للزوجة، وإما أن يكون الدخول وبعد فرض مهر للزوجة، وإما أن يكون بعد الدخول، وفي كل حالة من الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات مالية لا مفر منها عليه أن يؤديها لله وهذه الالتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة، كما أنها من ناحية أخرى ترجل على أن يفكر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق ...

الطلاق قبل الدخول وفرض المهر ... إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل به يفرض لها مهرا فعليه أن يمتنع عنها أي يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف، أي تعارف أمثال الزوج ومنهم في طبقته على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة. والمقد بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى: ﴿لَا جناح علیکم طلقتم النساء ما لم تنسوهن أو تغتصبواهن فريضة ومتغصبهن على الموسوع قدره و المقر قدره متعاما بالمعروف حقا على الحسينين﴾ [البقرة: ٢٣٦] ...

الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر ... وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقاً لـ ﴿وَإِن طلقتموهن من قبل أن تنسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فر﴾ إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة الكاج﴾ [البقرة: ٢٣٧] ...

الطلاق بعد الدخول ... أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها ؟ المهر ولو كان أكثره غير حال، -٤٩- وعليه أن يسلمهها كل ما قدمه لها بمناسبة الزواج

الصلب ... تعليق "رقم -٤٨-" بمعنى أنها لم تخربه عليه، ولكنه قد نهى عنه بالنهي الكروبي الشديد، حتى ورد في بعض الأخبار أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله، وأن الله ليكره مجلسا فيه الطلاق. ومن البديهي أن المسلم لا يقدم على عمل يكرهه الله تعالى ما لم يكن مضطراً إليه ... رأينا في "تعليق -٤٨-" هذا التعليق يدل على اتجاه الفقه الشيعي إلى تقيد الزوج في الطلاق، ونتمنى أن تتجه مذاهب السنة إلى ذلك، ونفضل هذا الرأي على ما ... من قول فقيهنا بأن هذا حق مطلق ...

الصلب ... تعليق "٤٩- " اختلف فقهاء المذهب الحنفري في هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى المؤجل يكون حالا بالطلاق وأنكر ذلك آخرون، والرأي الراجح عندنا هو الأول، لأن اشتغال بعض المهر أو جيء به بحسب ارتياز الزوجين إنما هو في ظرف بقاء الزوجية لا في ظرف انقطاعها بطلاق أو بموت الزوج، فلا يجب على الزوجة انتظار الأجل المضروب للمطالبة ببقية المهر .. رأينا في تعليق "٤٩- " يسرنا أنه يؤيد رأي فقهاء السنة الذي أشار إليه فقيهنا في الصلب.

عورده أو ما ملكها إياه في حال الزوجية سواء كان ملزماً به أم متفضلاً به عليها، وذلك طبقاً لقوله ﷺ: (إِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانٍ زَوْجٍ وَآتِيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوهُ مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بَهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبَيِّنًا) [النساء: ٢٠]

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفي عدتها وتصبح بذلك أهلاً للزواج من غيره. وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملاً أو غير حاملة فإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها طبقاً لقوله ﷺ: (وَأَوْلَاتُ الْأَهْمَالِ أَجْلَهُنَّ أَنْ يَضْعُنَ حَمْلَهُنَّ) [سورة الطلاق: ٤]. وإن لم تكن حاملاً فعدتها أن تقر عليها ثلاثة قروء طبقاً لقوله ﷺ: (وَالْمَطْلُقَاتِ يَتَرَبَّصُنَ بِأَنفُسِهِنَ ثَلَاثَةَ قَرُوءٍ) [البقرة: ٢٢٨]. والقرء هو الحيض على رأي والظاهر من الحيض على رأي آخر - ٥ - ...

وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنّة 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 الرמן نفسه حيث مر 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

= ونحن مندهشون من أن يوجد في المذهبية رأي يخالف ذلك رغم ما لاحظناه من اتجاههم إلى
مزيد من الحماية للمرأة ...

الصلوة ... تعليق رقم "٥٠" وهو الرأي الراجح عند فقهاء المذهب المعماري واستندوا إلى أخبار معتبرة رواها علماؤهم، ويشهد لصحة ذلك من طرق إخواننا حفاظ أهل السنة والجماعة الخبر الذي يذكره "ابن رشد" في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص (٩) عن النبي ﷺ أنه قال مرة: "لليلراجعها حتى تخيب ثم تطهر ثم تخيب ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء" ...

الشواي .. رأينا في تعليق ... رقم "٥٠" هنا أيضاً نلاحظ أنه يعطي اعتباراً كبيراً لرأي فقهاء السنة والجماعة، ونحن نرجو أن يواصل ذلك فقهاء الشيعة وفقهاء السنة معاً للتقرير بين المذاهب ...

عودة مقررة لحق الطلاق. ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقي وتقدمت الأمم، وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المستزوجين، 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 ووساوس الشيطان -٥١- ...
ولا يكاد اليوم قانون وضعى من قوانين الأمم المتحضرة يخلو من النص على الطلاق والاعتراف به، ولكن هذه القوانين تختلف في مدى الأخذ بجداً الطلاق ، فالبعض يتسع في تطبيق المبدأ، والبعض يضيق من الدائرة التي يطبق فيها، فالقانون الروسي يبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط، فهو يأخذ بالمبدأ الذي وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معاً، وقوانين بعض الولايات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية تبيح للرجل والمرأة معاً حق طلب الطلاق إذا ثبت الطالب أن الآخر يضاره ضرراً مادياً أو أديرياً ، فهذه القوانين تأخذ بالمبدأ الذي قررته الشريعة حقاً للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معاً ...

النصر ... التعليق "رقم ٥١ -" وهناك شرائط التي قيد بها الشارع الطلاق من كونه أمام شاهدين عدلين كما يدل على ذلك قوله ﷺ في سورة الطلاق (٢): «إذا بلغ أجلهن فامسكون بهم عروف أو فارقوهن بمعرفه وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجاً» ويشرط أن تكون في طهر غير م الواقع فيه، وأن يكون الطلاق عن رضا و اختيار ومع الزوج من إخراج زوجته من البيت أثناء العدة وأباح له العود إليها متى شاء فإنه مع هذه الأحكام لو كان يمكن لهذه الزوجية أن تسعد الزوجين لما تم هذا الطلاق إذ لا وجد للزوج طهر لم ي الواقع فيه ولما بقي متجمباً عن زوجته حتى يجد الشهود العدول، ولا امتنع من الرجوع إليها وهي في عدهما. فاستكمال شرائط الطلاق وعدم رجوعه إليها في العدة دليل عدم إمكان الوئام بين الزوجين وعدم إمكان الزوجية السعيدة بينهما ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق ٥١ -" يشير المعلق الشيعي الإمام الصدر إلى الشرائط التي قيد بها الشارع الطلاق (ال الصادر من الزوج) مثل كونه أمام شاهدين عدلين، وهو في نظرنا شرط معقول ويرجحه نص الآية الكريمة في سورة الطلاق: «أوأشهدوا ذوي عدل منكم ...». يضاف إلى ذلك ما قرره في تعليقه من مع الزوج من إخراج زوجته من البيت أثناء العدة ، وسرى فيما بعد تعليقاً على البند -٣١- فروقاً أخرى بين فقه الشيعة والسنّة بشأن شروط الزواج ومتى توارى الشيعة بتقليل شروط صحة الزواج، لتسهيله وتقييد الطلاق بخلاف مذاهب السنّة ...

عوده وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين في حدود ضيقه ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقاً للمرأة ، ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرةها ... وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرناً يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية في الطلاق ويأخذ بها ، وقد لا يمضي القرن العشرون حتى تتسع القوانين الوضعية في إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحدافيرها ...
ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهيأً لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقي والكمال ...

٢٩ - نظرية الزواج التعاقدى وإباحة الطلاق :

استحدثت الشريعة بناء الأسرة على أساس تعاقدى، وأصبح الزواج عندنا عقدا رضائيا، ويسرت إجراءاته توفيرا لأسباب العفة والانضباط في العلاقات الجنسية لوقاية المجتمع من الانزلاق نحو التسبيب في ممارستها بدون زواج وتجعل الإنسان كالحيوان بحججة ما يسمونه "الحرية الجنسية" (التي تدعى لها النظم اللامدينية والعلمانية العصرية). أما في شريعتنا فإن الزواج هو أساس المجتمع، وقد وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ لإعطاءه مزيدا من الاحترام^(١).

كانت الشرائع السابقة تغالي في تقديس الزواج وتحبيطه بمراسيم وطقوس تحمله ارتباطا دينيا مقدسا لا فكاك منه إلا بالموت^(٢)، لكن شريعتنا جعلته ميثاقا يتم باتفاق إرادة طرفيه حتى يكون نجاحه أو فشله مسئوليتهما، وبذلك يكون استمراره واستقراره وقداسته بآيدي الزوجين المتعاقدين لا قدرها مفروضا عليهم من كنيسة أو ما يماثلها. وككل عمل أو مشروع إنساني لابد من توقيع نسبة من النجاح، ونسبة من الفشل، لذلك أقرت شريعتنا ما يسميه شهيدنا نظرية الطلاق كنتيجة حتمية لنظرية الزواج التعاقدى الرضائى، الذى يمكن أن ينتهي بالطلاق سواء تم بقرار أحد الزوجين أو اتفاقهما أو قرار قضائى في حالة عدم الاتفاق، ولكنه في جميع الأحوال أبغض الحال عند الله - وإنما أجازه عند الضرورة فقط - لذلك فإننا لانفر وصفه الطلاق بأنه نظرية عامة، بل هو في نظرنا مجرد حكم استثنائي اقتضته الضرورة، وهو من نتائج نظرية "الزواج التعاقدى"، أو الرضائى. واعتبار أن أساس الزواج ميثاق رضائى لا يتعارض مع أنه يترتب عليه مراكز قانونية لجميع أفراد الأسرة - مثل عقد العمل أو غيره من العقود المهمة حيث تنظم الشريعة ما ينشأ عنها من مراكز قانونية بأحكام آمرة لا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالفها - وإن كان لهم إضافة شروط أخرى في النطاق الذى حدده الشرع.

(١) الآية ٢١ من سورة النساء، وقد ذكر الشيخ شلتوت أن وصف القرآن له بأنه ميثاق قصد به تقييذه عن العقود الأخرى (الإسلام عقيدة وشريعة ص : ١٤٧).

(٢) بل وصلت بعض المجتمعات الهندووكية إلى حد القول بأن تشارك المرأة زوجها في الموت وتلقى بنفسها حية مع جسدها في الحرقه - حتى لا تفصل عنه بعورته ولا يفرق بينهما موت الزوج، أما موت الزوجة فلا يلزم زوجها بشئ ...

عدم زواج المسلمة بغير مسلم ضمان لوحدة الأسرة :

ويلاحظ أن الكنائس المسيحية بدأت بتحرير الطلاق، ومازالت بعضها تصر على ذلك، وتجعل الزواج إجراء دينيا تقوم به الكنيسة، وله طبيعة كنسية مقدسة. وكثير من الدول الأجنبية تحاول الخروج من دائرة الزواج الكنسي وتسعى إلى جعله عقداً مدنياً يمكن إنهاؤه بالطلاق، وبعضهم يتباون بهذا المبدأ ويعتبرونه عصرياً ويدعون أكمل اكتشافوه وأنه من مستحدثات التقدمالأوري الأميركي، في حين أن الشريعة سبقتهم لذلك بألف عام، فشرعت الطلاق وأحاطته بمجموعة من الأحكام والتدابير لعلاج ما يترتب عليه من تفكيك الأسرة وتخفيف مساوئه وآثاره وعدم الإسراف فيه. من المعروف في فقهنا أن الزوجة لها الحق في أن تشرط في عقد الزواج أن يكون لها حق تطليق نفسها، وفي هذه الحالة يكون الطلاق من حق أي من الزوجين.

أفاض "القاضي عوده" في مزايا نظرية الزواج التعاقدى التي فرضتها الشريعة وسبقت بها دعاة المدنية الحديثة الذين ما زالوا حتى الآن يجاهدون لتحويل الزواج الديني إلى عقد مدنى، وما يترتب على ذلك من إباحة الطلاق، ولا ينجحون في ذلك إلا بصعوبة وبعد كفاح مرير في بعض المجتمعات "المتقدمة".

ومع ذلك، فمازالت طائفه من "السائين"⁽¹⁾ يهاجمون بعض أحكام الشريعة التي تحكم الأسرة، دون أن ينطر ببالمم الاعتراف بالنقلة الخطيرة التي ميزها عن الشرائع القديمة بتقرير مبدأ الزواج كعقد رضائى قابل للإنهاء بالطلاق.

شريعة الإسلام تميزت باعتبار الزواج عقداً رضائياً لا يحتاج لصحته إلى أن يعقد أمام جهة رسمية دينية أو مدنية.

كل ما هنالك أن شريعتنا أوجبت أن يكون علينا، ومذاهب السنة ترى أنه يكفى لهذه العلانية حضور شاهدين على الأقل. ويندب أن يضاف لذلك مظاهر من "الفرح" والابتهاج التي تناسب ظروف الزمان والمكان، ولكن التجاوز عن هذه المظاهر لا يعيّب العقد ولا يبطله ولا يؤدى إلى الطعن فيه شرعاً طالما أنه تم بحضور شاهدين؛ بل إن فقه المذهب الجعفرى لا يستلزم لصحة الزواج حضور شاهدين طالما أنه تم في علانية حسبما تقرره ظروف كل مجتمع.

⁽¹⁾ تعبير أوربى يشير إلى من يرفعون شعار "تحرير المرأة".

الزواج عقد رضائي لا يحتاج إلى جهة رسمية حكومية أو دينية :

المتفق عليه في جميع مذاهب فقهنا أن شريعتنا حررت الزواج من الطقوس التي تفرضها بعض الشرائع السابقة التي ترى أن تدخل "الكنيسة" شرط لصحة الزواج "الديني" لأن الله سبحانه وتعالى هو الذي يربط بين الزوجين والكنيسة هي بنت الله التي قتله. ولاتبيح الكنيسة إهاءه بالطلاق، لأن ما قرره الله من ارتباط بين الزوجين لا يجوز لأحد أن يضع له حدا - ولكنهم اضطروا إلى إجازة ما يسمونه الانفصال البدني، مع بقاء الزوجية نظريا فقط. والقوانين الوضعية في أوروبا تتجه إلى تحريم الزواج من الطابع الديني بحججة فصل الدين عن الدولة - أو العلمانية - وتسمى الزواج في هذه الحالة زواجا "مدنيا". لكن هذه القوانين قد أوجبت أن يتم الزواج أمام جهة "مدنية" أي سلطة حكومية تمثلها الجهة التي تختلف من بلد إلى آخر. ولم تصل هذه القوانين الوضعية إلى ماوصلت إليه الشريعة من حسبان الزواج عقدا رضائيا، وهذا ما يتجاهله "العلمانيون" الذين يطالبوننا بالزواج "المدنى" مع أننا نتجاوزنا هذه المرحلة منذ فجر الإسلام - وهم لن يصلوا إليه إذا أرادوا إلا بعد قرون طويلة. لكن هؤلاء الذين يتغبون بالمطالبة بالزواج المدني في بلادنا يقعون في خطأين:

1 - أنهم ينسون أن الزواج المدني في التشريعات الوضعية ليس رضائيا كما هو في شريعتنا، بل يبقى الزواج عقدا رضائيا أمام جهة حكومية معينة، في حين أن شريعتنا قد حررته من هذا الشرط، فمطلوبهم هذا يُعدّ رجعاً بالنسبة لنا.

2 - أنهم يريدون من هذا الشعار إلغاء شروط موضوعية معينة يرى الفقه وجوها، أساسها تضامن الأسرة ووحدتها ورئاسة الزوج لها والتزامه بالإتفاق عليها. كما أنهم يهاجرون ما قررته شريعتنا من عدم زواج المسلمة بغير المسلم، ولا يعترفون بفضلها في أنها أجازت زواج الرجل المسلم بأمرأة غير مسلمة، ودون أن يردوا على الحججة التي تبرر منع المسلمة من الزواج بغير المسلم، وهي أن الأولاد سوف يتبعون ديانة الأب، وتصبح المرأة المسلمة مزرعة لإنتاج ذرية لا تعرف بالإسلام وتواجه واقعا لا تتحمله نفسيا، هو أن أولادها لا يعترفون برسولها ولا بديانتها، بل ربما تعلمهم ديانة زوجها أن مهدا (عليه السلام) شيطان أو كذاب، وهو مالا تتحمله نفسيا، وفي ذلك ضرر عليها وعلى الأمة المسلمة التي تعد بناتها لكي ينجن لها أجيالا جديدة تحمل الديانة الإسلامية الخاتمة التي تجمع كل الشرائع السماوية وتعترف بها. أما إذا تزوج مسلم بغير مسلمة فإن هذه الزوجة "غير المسلمة" لن تواجه مشكلة لأن أولادها المسلمين يعترفون بديانتها

التهجم على أحكام شريعتنا لصالح القوى المعادية لنا :

ويرسوها عيسى أو موسى، بل يؤمنون بهما، بل ستجدهم "كمسلمين" يقولون سيدنا عيسى وسيدنا موسى عليه السلام، والسيدة مريم البطل العذراء، هذه هي الحقائق التي يجهلها هؤلاء ولا يفكرون فيها.

النظم اللادينية التي فرضت على بعض الشعوب المسلمة تباهي بأنها حررت نساءها المسلمات من هذا القيد الذي يمنع زواجهما بغير مسلم والذى فرضته شريعتنا، ويسمون هذا الزواج غير الشرعي بين المسلمة وغير المسلم زوجاً مدنياً. لكنهم لم يصلوا إلى عَدْه عقداً رضائياً كما قررته شريعتنا، ويتجاهلون أن الإسلام هو أول شريعة أعطته هذه الصفة، وأن الزواج الشرعي الصحيح هو أول زواج رضائي.

ثم يستقدون ما قررته الشريعة من إعطاء الزوج حق الطلاق دون إلزامه بالرجوع إلى القاضي، وهم يجهلون أن ذلك في مصلحة الطرفين ومصلحة الزوجة بالذات، لأن رفع الأمر للقضاء سيلزمه بالتصريح بأسباب تبرر طلبه، وعادة لا يكون ذلك في مصلحة الزوجة، بل تشينها وتضررها في مستقبلها سواء كانت أسباباً صحيحة أو مختلفة، وهذا هو الأغلب لأنه مادام كارها فسوف يصطنع المبررات ويفلق الأسباب للحصول على الطلاق ولو كان ذلك بتجريح الزوجة والتشهير بها والقضاء على أملها في أن تجد زوجاً أصلح منه لها وتكون هي أصلح له.

أما "الزوجة"، فإنها إذا جأت للقاضي فيكتفى أن تبرر ذلك بتضررها من عشرته، وإذا كان هناك ما يجرحه فإنه سيضطر إلى أن يطلقها ويفارقها بالمعروف بدلاً من إلزامها برفع دعوى وإلزامها بتقديم الأدلة على سوء معاشرته أو عدم صلاحيته للمعاشرة الزوجية مثلاً، أو عدم التزامه بالخلق والسلوك السوى، ما دام قد ظهر منها كرهها له.

إن هؤلاء الذين يستقدون مثل هذه الأحكام الدقيقة لا يستطيعون فهمها، ولا يجدون من يشرح لهم مبرآها، ولا يستمعون لمن يقدم لهم شيئاً من ذلك. وكثير منهم إنما يجاري "الموضة" الأوروبية ناسين أن أوروبا المتقدمة هذه قاست كثيراً من عدم إجازة الطلاق. وكافحت شعوبها جيلاً بعد جيل لنقرير مبدأ الطلاق. وما زالت هذه القضية تشغل دولاً عديدة وتشير خصاماً بين أنصار الطلاق وخصومه، ويكتفى شريعتنا فخرأ أنها سقطتهم جيئاً بالقضاء على هذه المشكلة.

نقطة ثالثة يستغلها هؤلاء "النسائيون". وقد عرفني أحد زملائنا في الإسكندرية أن هناك جهات معينة تستأجر فتيات عانسات غير متزوجات ولا أمل لهن فيه ، وتدفع لهن

لابد من تطهير مجتمعنا من رواسب الجاهلية التي حررنا منها الإسلام :

مرتبات لكتى يزرن المنازل، ويتقىدمن كمدافعات عن "حقوق المرأة" في المساواة، وأن إحداهن قالت لأبنته : كيف تسكتين على نظام يجعل حقك في الميراث أقل من أخيك؟! أليس في ذلك إخلال بمبادئ المساواة؟! فقالت لها : أنت تجهلين أنني أعد نفسي للزواج وكذلك أخرى، وعندما أتزوج فإن الشريعة تلزم زوجي بالإإنفاق علىّ، وتلزم أخرى بالإإنفاق على زوجته وأسرته، هذا هو ما ييرر الحكم الذي لا يعجبك رعا لأنك لا تفكرين في الزواج أو ليس لديك أمل فيه. والحق أن هدف هؤلاء هو صرف الشباب والشابات عن الزواج، والاستغناء عنه بالفساد الجنسي والتسيب الأخلاقي الذي يسمونه "حرية الجنس".

إن هذا الزواج المدني الذي يتغدون به ليس عقدا رضائيا يتم بإيجاب وقبول بين طرفيه كما تقرر شريعتنا، التي لا تستلزم أن يكون مكتوبا ولا أن يقوم بتحريره موثق حكومي أو ديني، ويمكن أن يتم شفريا أو كتابة عرفية دون موثق، وهذا ما يسمونه الزواج العرف، وبهاجمه البعض لأنه يتم سرا دون علانية وشريعتنا توجب علانية الزواج - وقد اتجهت دولنا إلى اشتراط تحريره بواسطة موثق ضمانا لعلانيته. ونرى البعض يتقددون الزواج العرف، ونتمنى أن يهاجموا أولا ما يسمونه حرية العلاقات الجنسية خارج الزواج قبل أن يهاجموا الزواج العرف الرضائي. إن ما يهم شريعتنا هو فتح باب الزواج وتسهيله لمنع التسيب في العلاقات الجنسية بدون زواج التي تحييدها الآن جميع القوانين الوضعية - في حين لا تحيي الزواج الرضائي الذي لا يتم أمام الموثق الرسمي .

هكذا نرى أن أسلوب تفرييد الأحكام الشرعية وفصلها عن نظام الأسرة يفسح المجال لأولئك الذين وصفهم فقيها بأنهم يعادون شريعتنا لأنهم يجهلونها. لذلك فإننا نحرص دائما على التذكير بالترابط بين أحكام الأحوال الشخصية في شريعتنا وعدم جواز الحكم على أى منها منفردا عن غيره، وأن محورها وأساسها هو وحدة الأسرة وتضامنها واستقرارها .

صحيح أنها يجب ألا ننكر أن بعض التقاليد الموروثة من عصور الجاهلية والوثنية السابقة على الإسلام قد تركت بصماتها في كثير من مجتمعاتنا، وعطلت مفعول كثير من المبادئ الإسلامية السامية، وخاصة فيما يتعلق بمبادئ المساواة عموماً ومساواة المرأة بالرجل خصوصاً، وتجاوزت بذلك مقتضيات ووحدة الأسرة ونظمها وتضامنها إلى فرض

الحكم الاستبدادي لا يعترف بالشوري الحرة :

قدر من الظلم على المرأة حتى حرمتها كثير من مجتمعاتنا حتى الآن من التمتع بكثير من الحقوق الاجتماعية التي قررها الإسلام ومارسها المجتمع المسلم في عهد الرسالة، مثل حقها في الصلاة في المساجد أو حقها في التعليم أو في العمل عندما تحتاج لذلك⁽¹⁾. سيرى القارئ أننا سنبدل جهودنا في هذه الدراسة لتقديم مقتراحات في هذا الصدد، نرجو أن تسعن لها صدور كثيرين من يعذون أن كل ما في مجتمعاتنا ينتمي إلى الشريعة ومبادئ الإسلام وأ أنها ظهرت نهائياً من رواسب الجاهلية فيما يتعلق بالمرأة وغيرها، وإن كان الواقع مازال بكل أسف يشهد بغير ذلك، ليس فقط فيما يتعلق بالمرأة، بل وفي نظم الحكم الاستبدادي الذي لا يعترف بالشوري الحرة في كثير من بلادنا وكثير من مراحل تاريخنا حتى الآن رغم أن القرآن أوجبها منذ فجر الإسلام، ولم تخرب إلا في فترة قصيرة محدودة في عهد الخليفة الراشدية. فليقل لنا هؤلاء من أين جاء "الملك العضوض" و"الحكم الاستبدادي" الذي قضى على الشوري الحرة بعد ثلاثين عاماً فقط من الخليفة الراشدية وما زالت نماذج متطرفة منه مسيطرة في كثير من أقطارنا. إنه جاء من رواسب الجاهلية التي يجب علينا أن نظهر مجتمعاتنا منها⁽²⁾.

إننا لانافق على اعتبار الطلاق نظرية، لأنه في الحقيقة استثناء أجازته الضرورة لإنهاء الزواج التعاقدى. فالالأصل هو استمرار الزواج كأساس للأسرة، وليس إلهاً إلا استثناء بسبب فشل المعاقدتين أو أحددهما في الالتزام بأصوله وتحقيق مقاصده وأهدافه.

(1) ويكتفى لمراجعة ذلك الإطلاع على الدراسة الموسعة القيمة التي أعدها المرحوم الأستاذ عبد الحليم أبو شقة ، وبذل في إعدادها سنين طويلة من حياته لكي يدعمها بالأدلة من كتب الحديث والتفسير وغيرها، نشرها في ستة أجزاء تحت عنوان "تحرير المرأة في عهد الرسالة". وأعتقد أن خير تكريم لهذا العمل العلمي الممتاز هو أن نعمل جميعاً لتطهير مجتمعاتنا من كل التقاليد التي تحرم المرأة من حقوقها الاجتماعية والإنسانية، وأولها حق التعليم والعمل وحق الصلاة في المساجد والمشاركة في جماعات الأعياد والجماع .

(2) هناك أمثلة أخرى من رواسب الجاهلية في المجتمع الإسلامي في كتابنا "فقه الشوري والاستشارة" ، وكتابنا "الشوري أعلى مراتب الديمقراطية". مثل التوسيع في أسباب الرق وبقائه رغم تشجيع شريعتنا على تحرير الرقيق .

٣٠ - نظرية محريم الخمر ... حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريما مطلقا، وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود "أي العقوبات" المقدرة التي لا يجوز لولي الأمر العفو عنها ولا عن الجريمة التي وضعت لها، ولا يجوز للقاضي أن يخفضها أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها ...

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة، بل جاءت بالتحريم تدريجياً؛ لأن شرب الخمر كان متفشيا في العرب، وكانت الخمر إحدى متعهم وسيلة طوهم فاقضت حكمة "التشريع" التدرج في التحريم . وكان أول نص من نصوص التحريم-٥٢- قوله ﷺ: «يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون» [النساء: ٤٣]. فنهاهم الله عن الصلاة وهم سكارى، ولما كانت الصلاة فريضة لابد من أدائها، فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسکرهم لايستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى، ولعل هذا كان داعيا لهم أن يتساءلوا عن حكم الخمر في ذاتها. وقد جاء النص الثاني من نصوص التحريم يرد على هذا التساؤل ويبين علة التحريم، وذلك قوله ﷺ: «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثها أكبر من نفعهما» [البقرة: ٢١٩]. وبعد أن أصبحت النفوس مهيئة لترك الخمر نزل النص القاطع في التحريم وهو قوله ﷺ: «يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون» إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون» [المائدة: ٩١-٩٠] ...

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مرتنة إلى آخر حدود العموم والمرونة، وهذه الميزة التي تميز 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 قرنا 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 ...

الصلوة ... التعليق " رقم-٥٢"- يمكن أن يكون المراد بالأية المباركة النهي عن إitan الصلاة وهو غافل عنها لا يفهم معنى ما يقول وغير منقطع إلى الصلاة وحاله حال السكارى، وليس المراد الشاربون للخمر، فتكون الآية أجنبية عن تحريم الخمر ...

الشواوى ...رأينا في تعليق "٥٢-٥٢"- لا أهمية لهذا التعليق في نظرنا؛ لأن التحريم جاء صريحاً وقاطعاً بعد ذلك في سورة المائدة الآية (٩٠) كما هو ثابت في "المتن" ...

عودة ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجارة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها، فقد كانت فكرة التحرير بعيدة عن الأذهان، ولم تكن النفوس مهيئة لها، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنها ضروري لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال. وإذا كان العالم غير الإسلامي قد أصبح الآن يفكر في تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهيئة لقبول التحرير، فمعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررته من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرنا ...

ولقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة ويأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية، أما ما عدتها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادي أخيراً أن الخمر مفسدة عظمى وأها هدم الصحة وتضييع المال، وتضعف النسل والعقل، وتضر بالإنتاج ضرراً بليغاً، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظاهر وتشتد، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر بنجاحاً ملحوظاً فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعوا لتحريم الخمر وتجد كل تعزيز 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 الحالي. فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانوناً يحرم الخمر تجريعاً تاماً، وأهند أصدرت من عامين قانوناً مماثلاً، وهاتان هما الدولتان الوحيدةتان اللتان حرمتا الخمر تجريعاً تاماً، أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها في الحالات العامة في أوقات معينة من النهار، كما حرمت تقديمها أو بيعها من لم يبلغوا سنًا معينة ...

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهياً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً، وإن الدعوة إلى التحرير تأخذ طريقها، ويشتد سعادتها كل يوم، وتجد من العلماء والمصلحين كل تعزيز وإن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تجريعاً قاطعاً لم يعد بعيداً، وإن 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 ...

٣٠ - نظرية تحريم المسكرات والمخدرات وأسلوب التدرج في تطبيقها:

كثيرون يقاومون آفة المخدرات، ويدعون إلى التعاون الدولي لمقاومة هذا الوباء في عصرنا. ونرى أن عليهم أن يعترفوا بأن ما يسميه "فيهنا" نظرية تحريم الخمر في شريعتنا هي الأساس الصحيح والبداية الضرورية لمقاومة المخدرات.

إن اهتمام شريعتنا بهذه النظرية هو من أهم الميزات التي تبرر قوله بخلود الشريعة وحاجة الإنسانية إليها في الحاضر والمستقبل كذلك. ونحن نؤيده في حسابه مبدأ تحريم الخمر أساساً لنظرية شاملة في إصلاح المجتمع وأفراده وأنه يزودنا بنهج متكملاً لمقاومة آفة المخدرات، تستمد منه أحكام عديدة واستحداث منظمات دولية ومعاهدات وأحكام لهذا الهدف.

وفضلاً عن ذلك، فإن شريعتنا لم تبتعد تحريم الخمر؛ لأنه مبدأ تقره جميع الأديان الإلهية^(١).

وقد أشار إلى أسلوب التدرج الذي اتبعه المشرع الإلهي لكي يصل إلى تحريم الخمر أولاً، ثم العقوبة عليها، وهذا نموذج يجب أن نراعيه في مطالبتنا باستكمال تطبيق الشريعة في جميع نواحي الحياة الفردية والاجتماعية، وبخاصة تحريم المخدرات والمسكرات. علينا التدرج في التطبيق بعد إقرار المبدأ ذاته لأنه من المؤكد أن نسبة كبيرة من ذوى السلطان في بلادنا، والذين يدفهم مراكز القوى السياسية والإعلامية والاجتماعية والاقتصادية، هم الآن من يشربون الخمر ويعملون سراً أو علناً عدم اقتناعهم بتحريمه.

لذلك فإن الدعاة يجب أن يخططوا للتدرج في الوصول إلى تحريم الخمر، وذلك بالعناية بالأجيال الناشئة وضرورة عزلها عن الأجيال الحالية التي أصابتها عدوى السكر والشرب بسبب اتصالها بالمجتمعات الأوروبية التي حكمت بلادنا في عهد الاحتلال، وما زالت تؤثر على دولنا وحكومتنا ونظمنا السياسية بواسطة نفوذها المالي والاقتصادي ونفوذ بعض الدول الأجنبية الكبرى التي تسيطر على النظام العالمي.

فالتربيـة والـتعليم والـثقافة والـإعلام يجب أن تكون الـهدف الأول لـمن يريدون تنشـئة الأجيـال الـقادمة عـلى الأـصول والـمبادـىء الإـسلامـية، وـمنها تحـريم "الـخـمـر والـمـخـدـرات".

^(١) تراجع البند (٤٥٧) وما بعدها بشأن عقوبات شرب الخمر، فيما بعد.

عوده ٣١ نظرية تعدد 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 ﷺ : «فإنكحوا ما طاب لكم من النساء متى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة» [النساء: ٣] ...

وقد سايرت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص وسايرت الطبيعة البشرية، وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات. فأما أن الشريعة قد سايرت منطقها الخاص، فذلك أن الشريعة تحرم الزنا تحرماً كلياً، وتعاقب عليه أشد العقاب، حتى إنما لتعاقب الزاني المحسن بالرجم "أي القتل رمياً بالحجارة"، فوجب ألا تحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى الزنا من وجه آخر. ولاشك في 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 إلىبقاء 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 تخيب كل شهر أسبوعاً في المتوسط، وقد تصل أيام الحيض إلى أسبوعين وغشيانها محروم في الحيض، ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهي أربعون يوماً تقريباً، كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإثقال بالحمل. أما الرجل، فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثرين على الزنا لأفم لا يستطيعون أن يكتبوا غرائزهم الجنسية أيام "الحيض" وـ"ال النفاس" والإثقال بالحمل -٥٣- ... وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر في إباحة

الصلو ... التعليق "رقم -٥٣-" أو أيام مرض الزوجة وعدم تمكنها من العلاقات الجنسية أو في ظرف برودة الزوجة جنسياً وعدم تمكنها من إثبات غريرة الزوج أو في حالات عقم الزوجة ورغبة الزوج في الدرية ...

الشاوى ... رأينا في التعليق "٥٣-": يضيف مبررات أخرى لجواز تعدد الزوجات ليست محل خلاف.

عدد تعدد الزوجات، فإنما قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها، فلم تُعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة يتمتنين الرجل فلا يحصلن عليه، ويحملمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف والعفة. ولم تفرض الشريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تُعرضه للوقوع 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 تساعدها على كسب غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل -٤- ...

وأما أن حكم الشريعة في إباحة التعدد جاء متفقاً مع الغرض من الزواج، فالالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت في الرجل والمرأة لحفظ النوع، وأن الزواج شرع للتناслед وتكونين الأسرة، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيماً ولم يبح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذي خلقت له، وتعطل الغرض من الزواج نفسه. كذلك فإن قدرة الزوج على التناслед غير محدودة، أما قدرة المرأة فلها حد لا تستعاده، فالرجل يستطيع أن ينجب أولاداً حتى يبلغ الستين أو السبعين في المتوسط وهو في الغالب أقصى عمره، أما المرأة فتنتهي قدرتها على التناслед فيما بين الأربعين والخمسين، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التنااسلية 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، ولرفع مستوى الأخلاق. وظاهر من النص الذي قررها أنه نص عام إلى آخر حدود العموم، مرن إلى آخر حد من المرونة، وهذا ما جعله محافظاً بصلاحيته التي كانت له منذ ثلاثة عشر قرناً، وما سيجعله محافظاً بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله ...

الصلوة ... تعلق "رقم -٤- وحفظت الشريعة حق الزوجة الأولى بإيجاب العدل على الزوج وإلزامه بالقيام بجميع حقوق زوجاته من إنفاق وفراش ...
الشأنوى ... رأينا في التعليق "رقم -٤- ..." ... راجع رأينا السابق ...

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

ونظرية الشريعة في تعدد الزوجات من النظريات التي لم تعترف بها القوانين الوضعية حتى الآن، بل كانت هذه النظرية قد عاها مدعاه لتسر الأوربيين واستهجانهم وأداؤه يستخدموها في طعنهم على الإسلام. أما اليوم فإن النظرية تجد لها في نفوس علمائهم ومصلحיהם مكاناً وفي صحفهم السيارة موضعاً، ومن يدرى؟ لعل اليوم الذي تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب، فإن الحرب العظمى التي وقعت سنة (١٩١٤) وال الحرب الأخيرة التي وقعت سنة (١٩٣٩) قد ساعدت كلتاها على تقوية 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 جلهم على ذلك أسباب أخرى متعددة، منها انتشار "المخاللة" بحيث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته في رجولته وعطشه وماله، بل قد يكون لإحداثه في هذه أكثر من نصيب زوجته. ومنها شيوع الزنا وما يترب عليه من جنایات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقدّفهم إلى الشوارع خوف العار، وقتل الأجنحة في بطون أمهاها. ومنها الزيادة الطبيعية في عدد النساء، وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات. ومنها قلة النسل قلة ظاهرة في الشعوب الأوربية. وهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا في إباحة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعي لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة ...

٣١ - تعدد الزوجات شرعاً استثناء لتفعيل حالات الطلاق وتحريم المعاشرة

خارج الأسرة :

يدخل هذا المبدأ ضمن البند الخاص "بالزواج التعاقدى" (بند 29). وكما ذكرنا بشأن الطلاق، فإننا لا نعد إجازة التعدد نظرية، بل إنها مجرد إباحة استثنائية وحكم فرعى من أحكام نظام الأسرة القائم على الزواج التعاقدى^(١).

إن "فقيهنا" يؤكد أن إباحة التعدد مرتبطة بمبدأ تحريم الزنا والعقاب عليه، وهو الأمر الذى لابد أن تفكك فيه كثير من الشعوب المتقدمة التي تعانى من التسبيب الأخلاقي والعلاقات الجنسية بدون زواج، والتي تفضل الفساد الجنسي وتبيحه باسم "الحرية الجنسية"؛ ويفتحون باب المعاشرة الجنسية بدون زواج، حتى للمتزوجين فعلاً، ويفضّلُون هذا الفساد على إباحة تعدد الزوجات. وأصبحت تلك الشعوب تقاسى الآن ما يتربّ على فرضي "الحرية الجنسية" من أمراض وأوبئة وزيادة اللقطاء الذين يلقون في الشوارع بلا أب معروف لهم أو معترف بهم، وهي آفات يمكن أن يقاومها العالم بتطبيق المبادئ الشرعية التي تقر تعدد الزوجات بصفة استثنائية، وبقيوده وشروطه الشرعية نتيجة لاعتبار الزواج عقداً رضائياً. وميزة شريعتنا أنها تفضل تعدد الزوجات على فتح باب العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج في حين أن الشعوب المسيحية الذين كانوا يعبرون الزواج علاقة مقدسة لم يجدوا أمامهم إلا باب المخادنة والمعاصرة خارج الزواج دون قيد ولا شرط ويفضّلُونها على تعدد الزوجات .

إن شريعتنا تضع للتجدد شروطاً وقيوداً تجعله استثناء، وتفضله على إباحة التسبيب في العلاقات الجنسية بدون زواج كما تفعل النظم الأوروبية والأمريكية التي تباهى الآن بتحريم تعدد الزوجات وتعاقب عليه وتبيح كل معاشرة جنسية خارج نطاق الزواج، ولا تعاقب على الفساد الأخلاقي والاجتماعي الذي يتربّ عليها – حتى أصبح شيوخ رذيلة الزنا في هذه المجتمعات خطرًا يهدّد كيان الأسرة ويهدم مجتمعاتهم بالآهيا .

^(١) نقترح على القارئ أن يطلع على هذا البند بعد البند (29) لارتباطه ب موضوع الزواج والأسرة؛ وحيثما لو أخر اطلاعه على البند (30) حتى لا يفصل بين هذين البندين.

الذين يحرمون تعدد الزوجات ببيحون الزنا و كانوا ينتقدون الطلاق ثم أباحوه

وهو أسوأ من التعدد :

كثيرون من الأوربيين كانوا من قبل يعارضون مبدأ الطلاق الذي شرعه الإسلام ويقاومونه، وأصبحوا الآن يطالبون به ويكافحون من أجله ويلاقون صعوبات كثيرة تزيدهم إصراراً على جعله إصلاحاً اجتماعياً باعتباره من مظاهر التقدم في تلك المجتمعات الأجنبية، ومع ذلك نجد كثيرين عندنا ينسون أن شريعتنا سبقتهم إلى ذلك منذ فجر الإسلام، وهم الآن يقلدوها ويقتفيون آثارها في إجازة الطلاق .

لكن بعض هؤلاء لا يفهمون حتى الآن أن إباحة الطلاق تؤدي حتماً وبالضرورة لإباحة تعدد الزوجات، لأنه يقلل من حالات الطلاق ويعاجل آثاره السيئة بالنسبة للأطفال. ذلك أن الزوج إذا وجد داعياً لأن يعاشر امرأة غير "رفيقته" التي عاشرته زماناً طويلاً، فإنه يفتحون له باب معاشرته خليلته دون زواج، أو أن يلجأ إلى التخلص من الزوجة "الأولى" بالطلاق، مادام بابه مفتوحاً ومشروعاً عندهم وعندها، ويضطر لطلاق زوجته الأولى لكي يتزوج من ي يريد سواها، فهو يستبدل زوجة بأخرى، وهذا هو ما يحدث الآن في تلك البلاد "المتقدمة" التي تبيح الطلاق وتحرم التعدد. أما شريعتنا فإنما تفتح له خياراً آخر لتفادي الطلاق بأن يسمح له أن يكون له زوجة أخرى في حين أنهما مازالوا يحرضون على منعه منه، ولا يكون أمامه سوى الطلاق أو ممارسة الزنا وال العلاقات غير الشرعية دون زواج مع أنه متزوج فعلاً. أما شريعتنا فإنما تحيز له تعدد الزوجات استثناءً وترى أنه لصالح "الأسرة" لأن هناك اعتبارات لابد من تقديرها؛ منها أن الأمر لا يخص الزوج والزوجة وحدهما، بل يهم أولادهما الذين يتضررون من الطلاق الذي أباحته أغلب التشريعات "المتقدمة".

بل إن الزوجة الأولى رغم كرهها للدخول غيرها في حياة شريكها، إلا أنها مع ذلك قد تكره أكثر الخروج من دائرة الزواج إلى حياة الطلاق، وهي تعرف ماذا يعنيه بالنسبة لأولادها، ولها أيضاً .

لذلك رأى المشرع الحكيم ألا يسد باب التعدد إذا وجدت ضرورة له، وفضله على الطلاق الذي يجاهدون لكتبيحه، ومع ذلك يرفضون تعدد الزوجات، رغم أنه أقل ضرراً منه. وأكثر من ذلك فإن هذا التعدد تُعدّه بعض التشريعات الوضعية جريمة في حين أن الزنا مباح عندها، بل يُعدّونه حرية ويبيحون للمتزوجين رجالاً ونساءً أن يكون لهم علاقات جنسية غير شرعية في أثناء الزواج .

النظم التي لا تجيز تعدد الزوجات تزيد حالات الطلاق :

إن التعدد أجيزة في شريعتنا استثناءً؛ لأنه أفضل من الزنا الذي يبيحونه، ولأنه يسد بباب الفساد الذي يارسه كثير من الأزواج في البلاد التي لا تجيز التعدد وإنما تجيز للرجل أن يكون له عشيقة أو أكثر إلى جانب زوجته، وهو أمر تواجهه الشريعة بالتحريم والعقاب. أما المجتمعات المتقدمة فتعامله بأن يكون للزوجة أن تعامله "بالمثل" طبيقاً لمبدأ المساواة "إذا استطاعت" ويكون لها عشيق أو عشاق آخرون بقدر ما تستطيع، فلا يبقى للزوج ولا للأسرة ذاتها وجود ولا قيمة، وهذا هو ما وصلوا إليه فعلاً، ويريد بعضهم أن يفرضه على مجتمعاتنا.

لقد فتحت شريعتنا للجميع باباً للحل الوسط الذي يجيز للزوج أن يرتبط بزوجة أخرى، مع بقائه مرتبطاً بالأولى وبأولادها طالما أنها لا تطلب الطلاق ولا تريده.

وقد نشرت الصحف أن أحد الوزراء في مصر جاء إليه وفد من دعاة "التحرر النسائي" يطلبون منه منع الأزواج من تعدد الزوجات، فقال لهم : "لا تسوا أنكم ت يريدونني أن أمنع امرأة من الزواج وهي الزوجة الجديدة، تريدون أن يضحي القانون بما من أجل الزوجة الأولى. إن هناك من يريدون تحريم التعدد ولو كان يرضي الزوجة الأولى والزوجة الجديدة معاً فكيف أضحي بهما وألزمهما بالفساد؛ لأن منع الزوج من الزواج الثاني لن يحرمه من معاشرتها كخليلة طالما أن ذلك مباح في قانوننا الوضعي، كما أنه لن يمنعه من الطلاق الذي تجيزه جميع الشرائع. يكفي أن نفتح للزوجة الأولى باب الطلاق، وأنا لا أعتقد أن الزوجة الأولى تعجز عن الحصول على الطلاق "للضرر" إذا لم تكن راغبة في مواصلة العيش مع زوجها، فإذا لم تطلب هي الطلاق فإني لا أرى مصلحة مطلقاً في أن نلزم الزوج بأن يلتجأ إليه باعتباره الوسيلة الوحيدة لتمكينه من تحقيق رغبته في معاشرة المرأة الجديدة أو أن يجعل هذه المرأة عشيقة بدون زواج. إن المسألة ليست مشكلة بين الرجل وزوجته الأولى، بل هي مشكلة أيضاً بين امرأتين: الزوجة الأولى والمرأة الثانية التي تدخل حياة الزوج ويريد الارتباط بها ويجعلها زوجة ثانية بدل أن تكون عشيقة دون أي رباط قانوني بينها وبين الرجل الذي أحبها ...

إنني أدعوكم إلى أن تحلوا المشكلة على هذا الأساس، بدل الإصرار على التضييع بالزوجة الجديدة بحججة أن ذلك لصالح الأولى ونحن لا نرى داعياً لذلك. إن أقصى ما تطلبها المرأة التي لا تريده أن يتزوج رجلها امرأة أخرى هو الطلاق، وعليها أن تطلب ذلك من القضاء وتقنعه بما يصيغها من ضرر بهذا الزواج. أما إذا لم تر نفسها والأولادها مصلحة في ذلك فكيف تريدون أن أفرض على الزوج أن يطلقها إذاً كان هو لا يريده، وهي لم تطلبه؟!

تحرير التعدد مرتبط بآبادة الزنا للمتزوجين في أوروبا - على قدم المساواة:

لقد أشار كثيرون إلى ما تحدثه الحروب من زيادة النساء المرشحات للزواج عن عدد الرجال بسبب كثرة من قتلوا في الحرب أو وقعوا في الأسر. وعندئذ في ذلك قصة تبين أن كثيراً من النساء هن ضحية الثقافة الأوروبية التي ورثت التشهير بتعدد الزوجات الذي كان ينسجم مع تحرير الطلاق ويرتبط به، لكنهم مازالوا يحتفظون بهذه الأفكار الموروثة بعد أن أجازوا الطلاق ناسين أن منع التعدد سوف يزيد من حالات الطلاق ومساؤه، فضلاً عن أنه يفتح كثيراً من أسباب الفساد الخلقي والاجتماعي والعلاقات الجنسية بدون زواج.

لقد حضرنا ندوة دعتنا لها منظمة شبابية ألمانية عقب الحرب مباشرة في صيف عام 1946م، وعندما وصلنا هناك وجدنا أن أكثر القائمين بتنظيم استقبالنا والمحوار معنا كان من الفتيات والنساء، وكان من أهم الموضوعات التي عرضوها علينا لمناقشتها: إيجاد العلاج المناسب لما يعانيه المجتمع بسبب قلة عدد الرجال، وزيادة عدد النساء والبنات بدون أزواج.

وكان صديقنا وزميلنا في البعثة بباريس الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى – رحمه الله – يحضر في هذه الندوة فبادرهم بقوله : "إن الإسلام قدم لنا الحل وهو تعدد الزوجات". فلاحظ أن الفكرة لا تعجب كثريين، فسأل إحدى البنات عما إذا كانت تفضل أن يعاشر زوجها امرأة أخرى بدون زواج (وذلك مباح عندهم) أو أن يعقد عليها كزوجة ثانية. وكانت دهشته شديدة عندما وجدها وبعض الفتيات الأخريات يفضلن أن يلجا الزوج للعلاقة غير الشرعية بدلاً من الزواج الشرعي الثاني، وحجتهن أن وجود عشيقة أصبح أمراً عادياً ومتوفقاً في المجتمع، وأكثر من ذلك أن الزوجة تستطيع أن تفعل مثل ذلك وتعاشر من تريد غير زوجها. وبذلك تطبق مبدأ المساواة في ممارسة "الزنا" للمتزوجين وغير المتزوجين على السواء.

هذا هو التسيب والانحلال الذي يسيطر على عقول النساء والرجال في تلك البلاد حتى الآن بل يتبا乎ون به ويعتبرونه "حرية جنسية" ! ولا أعتقد أن مجتمعنا يقبل أن يصل إلى هذا الحد، ولا أن يقر للطرفين أن ينشئا ما يريدان من علاقات غير شرعية مع بقائهما ظاهرياً وقانونياً مرتبطين بالزواج الذي يصبح لا قيمة له. وكل ذلك لمنع تعدد الزوجات، في الوقت الذي يباح فيه الطلاق وتأبح المعاشرة الجنسية بدون زواج، لجميع النساء والرجال سواء كانوا متزوجين أو غير متزوجين، ويعدون ذلك وسيلة للتهرب من التزامات الزواج والارتباط بالأسرة التي هي نواة المجتمع وقادته .

عوده

٣٦ - نظريات في الاتهامات والتعاقد ... وهذه مجموعة من النظريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد؛ لأن القرآن جاء بها جيئاً في آية واحدة هي آية الدين ؛ ولأن بعضها يتصل بالبعض الآخر اتصالاً وثيقاً؛ ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذي يبرز فيها ميزات الشريعة ...

وآية الدين التي نعنيها هي قول الله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدِينِ إِلَهِكُمْ فَأَكْتُبُهُ وَلَا يَكْتُبُهُ كَاتِبُ الْعَدْلِ وَلَا يَأْبُ كَاتِبُ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلِمَ اللَّهُ فَلَيَكْتُبْ وَلِيَمْلِلَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَقُولَ اللَّهُ رَبِّهِ وَلَا يَبْخُسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًّا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يُسْتَطِعُ أَنْ يَعْلَمَ هُوَ فَلِيَمْلِلَ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجُلَيْكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رِجَلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِنْ تَرْضُونَ مِنَ الشَّهِداءِ أَنْ تَضُلَّ إِحْدَاهُمَا فَتَذَكَّرْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبُ الشَّهِداءِ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجْلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى لَا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةُ حَاضِرَةٍ تَدِيرُوهُمَا بَيْنَكُمْ فَلَيُسَعِّدَنَّكُمْ جَنَاحٌ لَا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايعُتُمْ، وَلَا يَضْطَرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ إِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فَسْوَقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ» [البقرة: ٢٨٢] ...

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

32 – نظرية الاستشهاد وإشهار الصكوك والعقود وتوثيقها :

إن لي رأياً خاصاً في المبدأ الذي قررته آية الدين، الذي قد يفهم من أقوال فقيهنا اعتبار كل ما فيها مقرراً لقواعد الإثبات، في حين أرى أنها أعم من ذلك وأبعد مدى لأن أول ما قررته أنها وضعت الأسس لنظرية عامة واسعة تنظم العalianة والإشهار في الصكوك والعقود عن طريق إيجاب "الاستشهاد" عند التعاقد . ويقصد بالاستشهاد استحضار الشهود في أثناء كتابة التعاقد لتوثيقه وإشهاره، وهذا هو أساس كثير من المؤسسات التي استحدثتها النظم الحديثة لتسجيل الإقرارات والعقود والصكوك وإشهارها، وبخاصة عقود الملكية العقارية فيما يسمى بالشهر العقاري الآن أو "كتابة عدل" في بعض الدول.

يريد ذلك أن الآية فصلت إجراءات تحرير العقد بواسطة من يكتب بالعدل. وما زال المؤذق الذي يحرر العقود والصكوك الرسمية يسمى "كاتب عدل" في بعض بلادنا. وأمرت الآية القرآنية الكاتب أن يكتب كما علمه الله، وإن الذي يملئ عليه هو من عليه الحق، بشرط أن يكون كامل الأهلية، فإن لم يكن كذلك فلا بد من حضور وليه يملئ نيابة عنه وأن يستشهدوا شهيدين أو أكثر. كل هذا التفصيل خاص بعملية توثيق العقد أو الصك عند إنشائه، وهذا ما فهمه المسلمون في جميع العصور، وعندما دائمًا بالإشهاد على الصكوك وخاصة في العقود المهمة مثل الوقف والزواج.

إننا نرجو من "فقهائنا" أن يعيدوا النظر في تفسير هذه الآية التي هي أطول آية في القرآن الكريم، وطوها في "نظري" كان إشارة إلى أن عملية التوثيق والتسجيل وغيرها من النظريات التي ذكرتها الآية الكريمة سيكون لها في المستقبل شأن أكبر بكثير مما كان لها في الماضي، وأن على كل جيل أن يرجع إليها للاستفادة مما ورد فيها بما يناسب ظروفه .

والبعض يتتسائل لماذا تكتفى الآية ب الرجل واحد في حين تطلب امرأتين؟ وقد أجاب على ذلك الإمام الشيخ شلتوت بقوله: (في كتابه المشار إليه سابقًا ص - 240) "الآية جاءت على ما كان مألوفاً في شأن المرأة ... وإذا كان المتعاملون في بيته يغلب فيها اشتغال النساء بالمباعات وحضور مجالس المدائحيات كان لهم الحق في الاستيقان (التوثيق) بالمرأة على نحو الاستيقان (التوثيق) بالرجل متى اطمأنوا إلى تذكرها وعدم نسيانها على نحو تذكر الرجل وعدم نسيانه".

وقد استشهد بذلك الأستاذ الشيخ يوسف القرضاوي (في كتابه مركز المرأة في الحياة الإسلامية ص 20) وأيده، كما أشار إلى أن "مذهب عطاء - من أئمة التابعين - الأخذ بشهادة النساء".

آلية الدين أوجبت حضور الشهود للإشهاد والتوثيق :

ومعنى ذلك أنه لا مانع من الاكتفاء في الاستشهاد بالنساء دون الرجال – وأن امرأة واحدة تساوى رجلاً متى تأكّد خبرها في شئون المال وعدم تعرضها للنسفان الذي أشارت له الآية.

وقد بدأت الآية بتقرير مبدأ كتابة العقود، ولذلك جرى كثيرون على أن هذه الآية توجب الكتابة بصفة عامة عند التعاقد سواء أضيف إليها توثيق وتسجيل وإشهاد أم لا. كما أوجبت الاستشهاد أى إحضار شهود عند العقد، سواء كان مكتوباً أو شفوياً، وسواء تم توثيقه بواسطة كاتب يرضيه الطرفان، أم قام بها أحد الطرفين .

وواجب الكتابة والتوثيق والاستشهاد كلاماً غايته توفير وسائل الإثبات التي يمكن تقديمها عندما يكون هناك خلاف أو تقاض. لكن البعض يظن أن معنى ذلك اعتبار الشهادة وسيلة وحيدة لإثبات وجود العقود أمام القضاء عند النزاع على ثبوتها أو تطبيقها في نظرهم، أى أنها تأمر بإحضار الشهود لأداء الشهادة أمام القضاء. ويصل البعض إلى القول بأن القاضي لا يقبل من أدلة الإثبات إلا الشهود في حين أنها لا نرى في عبارتها ما يفهم منه أن القاضي يلزم الخصوم دائماً إحضار شاهدين .

كما أن البعض يرى أنه لا يجوز له قبول أدلة غير الكتابة في المسائل المدنية – أما نحن فإن كل ما نراه هو أنها وضعت قاعدة للالتزام بتحمل الشهادة وإيجاد مؤسسات الإشهاد والتوثيق أثناء التعاقد وليس الإثبات في أثناء التقاضي. بل يذهب فقيهنا إلى أبعد من ذلك، فيرى أنها توجب تعلم الكتابة ومحو الأمية. كل هذه أحكام تكليفية موجهة للمتعاقدين أو من يتثنّون تصرفًا قانونيًّا، لكنها في نظرى لا تحرّم القاضى من الاقتئاع بأدلة أخرى مثل القرآن .

إن القول بأن هذا النص يقصد به وجوب إحضار شهود لأداء الشهادة عند التقاضى إنما يضيق نطاق النص ويتجاوز المقصود الأصلى وهو الاستشهاد على الكتابة في أثناء تحرير العقد لا عند وقوع الزراع أمام القضاء .

إلى لا أوفق على ما لاحظته في العمل أمام بعض المحاكم، من اعتبار الشهود هم الوسيلة الضرورية للإثبات ولا يغنى عنها غيرها من البيانات أو القرائن أو الأدلة الأخرى بما فيها الكتابة ذاتها.

الأصل هو مبدأ اقتناع القاضي في الإثبات إلا إذا وجد نص استثنائي :

وقد سعدت عندما قرأت ما قاله الإمام "ابن القيم" في كتابه "إعلام الموقعين"، إذ وسع في نطاق البيانات ولم يحصرها على الشهود بقوله: "حيثما ظهر وجه الحق فثم شرع الله".

وكثيرون شكوا من إصرار بعض القضاة على طلب الشهود (أى شهود)، حتى أصبح من المألوف الاستعانة بشهود محترفين يقفون أمام قاعات المحاكم ليستأجراً لهم أصحاب الدعاوى لأداء الشهادة، رغم أنهم في بعض الأحيان لا علاقة لهم بالواقعة التي يشهدون عليها ولا علم لهم بها، وبعض القضاة يقبلون ذلك رغم أنهم يعرفون، لكنهم يضطرون لذلك لاعتقادهم أنه لا يوجد أى دليل آخر يغنى عن الشهود مثل بطاقات تحقيق الشخصية، أو الكتابة ذاتها، فأصبح إحضار شاهدين مجرد إجراء شكلي ضروري لابد منه في نظرهم في بعض البلاد.

لقد هممت كثيراً بأن أستكمل هذا الفهم واستعنت بغيري ودعوهكم لذلك وأولهم صديقي الدكتور / أحمد العسال^(١).

لكن التجربة أقتنعت أخيراً بضرورة التصدى لهذا الموضوع، لأن له أثراً كبيراً في التحقيق الجنائى وفي تطبيق أحكام القانون الجنائى ذاته فيما يخص جواز الإثبات بالقرائن. ونحن نرى أن فقيهنا أيدى هذا في البند التالى (33) حيث قال : "إن الواقع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ...".

ومن المعروف أن الإثبات في القانون الجنائي موضوعه وقائع مادية (*).

(*) تعليق للأستاذ الدكتور "محمد سليم العوا": - لقد بحثت موضوع الإثبات الجنائي في كتابي "في أصول النظام الجنائي الإسلامي" ص 301 - 318، وتبين لي أن الذى يذكره الفقهاء عادة عن وجوب الحكم بالشهود والاقتصار عليهم دليلاً للإثبات الجنائي، وعن تقيد القاضى بما يشهدون به، كل ذلك موضع نظر، والإثبات الجنائي غير مقيد بقيد إلا اقتناع القاضى، وقد نقلت هناك كلام "ابن تيمية" عن هذا الموضوع وهو كلام نفيس، فينبغي الرجوع إليه.

(1) فقد اقترحت عليه في عام 1965 عندما سافر لإعداد الدكتوراه في جامعة "كيمبردج" أن يكون موضوع رسالته "الإثبات في الفقه الإسلامي"، ووافق على ذلك، ثم عاد بعد عام معذراً بأن الأستاذ الإنجليزي اقترح موضوعاً آخر.

عودة ٣٣. نظرية "الإثبات" بالكتابة... فرضت "الشريعة الإسلامية" الكتابة

- وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت وذلك قوله ﷺ: (يأيها الذين آمنوا إذا تداینتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه). وقوله ﷺ: (ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله). ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيا كان نوعه؛ لأن الالتزام ليس إلا ديناً في ذمة الملتزم للملتزم له، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بشمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك (١) ...

أما التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته واستوف حقوقه كمن يشتري شيئاً من آخر ويسلمه ويسلمه الثمن في الحال، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت

الصلو ... تعليق "رقم ٥٥ - ٥٥" - اختلقت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الأمر بالكتابة المذكور في الآية المباركة، فذهب قوم إلى أن المراد منه الوجوب تمسكاً بظاهر الأمر، فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن الأمر يحمل على الوجوب ما لم تقم قرينة على أن المراد منه معنى آخر، وذهب آخرون إلى أن المراد منه الاستحباب للسيرة القطعية على عدم التزام الكتابة الكاشفة عن عدم الوجوب، وذهب آخرون إلى أنه إرشاد حكم العقل برجحان الكتابة. كما اختلف في حكم الكتابة والإشهاد المذكور في الآية المباركة بقية علماء المسلمين، وإليك ما ذكره الفخر الرازي في تفسيره الكبير حيث قال : "فقد اختلtero فيه، فقال قوم بالوجوب وهو مذهب عطاء وابن جرير والنخعي واختيار محمد بن جرير الطبرى". وقال النخعي يشهد ولو على "دستجة بقل". وقال آخرون هذا الأمر محمول على الندب، وعلى هذا جهور الفقهاء المجهودين والدليل عليه أنا نرى جهور المسلمين في جميع ديار الإسلام يبكون بالأثمان المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد، وذلك إجماع على عدم وجوبهما ولأن في إيجابهما أعظم التشديد على المسلمين والنبي ﷺ يقول بعثت بالخنيفية السهلة السمححة ...

ال Shawi ... رأينا في هذا التعليق "رقم - ٥٥ - ٥٧" - وعده ورقم - ٥٧ - على البندين (٣٤+٣٣) يسرجح السيد الصدر أن المراد من صيغة الأمر بالكتابة والإشهاد مجرد الاستحباب لا الوجوب، ويستشهد على ذلك بأدلة عديدة ... ونحن لا نرى داعياً للجدل الطويل حول الوجوب وعدم الوجوب في كتابة العقود ويفسّرنا عنه ما قاله فقيهنا من أن النص عام ومن، ولذلك يمكن أن يتسع لأي حكم اجتهادي تقتضيه المصلحة بوضع شروط للوجوب، وأجمل ما استبطه فقيهنا هو أن الواجب الأول هنا هو تعلم الكتابة، وهذا هو الواجب الذي تحتاج إليه اليوم نحو الأمية ...

(١) كذلك يمكن قياس أي التزام على الدين إذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض؛ لأن كليهما شيء مقوم التزم به بعد مضي أجل معين ...

عدده باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات؛ لأن الواقع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ...

وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومنه إلى حد بعيد، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحًا من ثلاثة عشر قرنا، كما سيكون صالحًا للمستقبل البعيد، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأها لتكون غير قابلة للتتعديل والبديل ..

ويوم نزل هذا النص على رسول الله ﷺ كان العرب أميين يعيشون في أعمق البادية وفي خشونة من العيش، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى شريع خاص. ولو أن الشريعة كانت كالقانون تأتي على قدر حاجة الناس، لما جاء بها شيء خاص بإثبات الالتزامات، أو جاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالاتهم، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير، فذلك هو السمو الذي تميز به الشريعة الكاملة الدائمة ...

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتسع مدار كفهم وتشفف عقوفهم، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبروا "وقد تعلموا" أهلاً لمنافسة الأمم الأخرى وللتتحقق والسيطرة عليها. وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بختة. أما الغرض القانوني فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك ...

فالشريعة حين أوجبت الكتابة في الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية، وهذه النظرية التي نزل بها القرآن على الرسول في القرن السابع الميلادي هي من أحدث النظريات في القوانين الوضعية، وفي المذاهب الاجتماعية الحديثة، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالي تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليماً إجبارياً رجالاً ونساءً، وهذا الذي تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية في ناحيتها السياسية والاجتماعية. وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، حين اشترط القانون الفرنسي الذي أخذت عنه القوانين الأوروبية، أن يكون الدين مكتوباً إذا زاد عن مقدار معين، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقاً لو اشترطت الكتابة في الصغير والكبير، وطلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققه أخيراً بعض دول أوروبا، ولا يزال الشرح في الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه. إذن فأحدث نظريات الإثبات في عصرنا الحاضر هي نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية، ولا يزال الشرح في بعض الدول يطالبون به أن تأخذ بها ...

ما قاله فقيهنا هنا بصدق مبدأ وجوب الكتابة عند إنشاء التصرفات والعقود يؤيد ما ذكرناه في تعليقنا على البند السابق. فقد ذهب إلى أنه قصد بوجوب الكتابة إلزام أفراد المجتمع البدوى من الأميين في عهد الرسول (ﷺ) بأن يتعلموا الكتابة حتى يحرروا صكوكاً بالتصرفات والعقود، وأوجب على المتعلمين أن يؤدوا واجب مساعدة غيرهم بأن يحرروا لهم الصكوك لإثبات التصرفات؛ بل ذهب النص القرآنى إلى حد إلزامهم بأن يكتبوا ما عليه من عليه الحق، أو وليه أو وصيه إذا لم يكن راشداً. وقد بنى على ذلك قوله بأن الشريعة سبقت جميع النظم إلى وجوب تعلم الناس الكتابة، وأن ما يسمونه الآن وجوب "محو الأمية" إنما هو تطبيق لهذا المبدأ الذى فرضه القرآن منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، كل ذلك يدل في نظرنا على أن المقصود الأول من النص هو الدعوة لتوثيق العقود وإعداد الدليل في أثناء إجراءات التعاقد أو التصرف، وقبل حدوث أي نزاع أو نقض بشأنه حتى يسد الباب على حدوث التزاع ويقادى عرضه أمام القضاء، "فيما بعد"، فهي عملية إعداد كتابة أو توثيق وتسجيل وإعلان وإشهار للتصرف لامبرد قاعدة من قواعد الإثبات كما يفهم البعض .

وهو على حق في الإشارة إلى مرونة النص وتعدد مراميه وأهدافه، وأنه يزود المجتمعات الإنسانية بما تحتاج إليه من أحكام لما يستجد لها من ظروف بدليل أنه بدأ بمحو الأمية التي مازالت مشكلة تواجه كثيراً من الشعوب حتى الآن .

ولفظ الدين الوارد في النص واسع عام، يدخل في نطاقه جميع الالتزامات والحقوق بما في ذلك الحقوق العينية والتصرفات المتعلقة بها، بل هي أولى من غيرها بالكتابة كما هو معروف .

عوده

٣٤- نظرية إثبات الدين التجاري ... اشترطت الشريعة "كما بينا" الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً، ولكنها استثنى من هذا المبدأ العام الدين التجاري^(١)، وأباحت إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله ﷺ : «إلا أن تكون تجارة حاضرة تدير ونها بينكم فليس عليكم جناح إلا تكتبواها». والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة - أن الصفقات التجارية تقتضي السرعة ولا تحتمل الانتظار، وأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتتوالا، فاشترط الكتابة فيها يؤدي إلى الطرف وقد يضيع فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة، ومن أجل هذا لم تقييد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة.

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومنذ 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 وحاجهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل مجازة حال الجماعة أو تقشياً مع ما وصلت إليه، وإنما كان نزول النص ضرورة لتمكين الشريعة الدائمة الكاملة ولرفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة.. وليس أدل على سمو الشريعة وكماها من أن نظرياتها في إثبات الدين التجاري هي نفس النظرية السائدة اليوم في القوانين الوضعية الحديثة، وألها تعتبر أحدث ما وصل إليها القانون الوضعي في عصرنا الحاضر ...

٣٥- نظرية من اللزوم في إثبات العقد ... جاءت الشريعة الإسلامية بعد عام أو جبته في كتابة العقود هو أن يلي العقد الشخص الذي عليه الحق أو يعني آخر أضعف الطرفين. والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضعيف من القوي، فكثيراً ما يستغل القوي مركزه فيشترط على الضعيف شروطاً قاسية فإن كان دائناً مثلاً قساً على المدين، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشتري طلاقه لنفسهما أو يحتفظاً بحقوقهما لضعفهما، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لحفظه به حقوقه، ولتحميءه من التورط، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم، ولقدر ما التزم به حق قدره ..

النصر ... تعليق "رقم ٥٦—" إن قلنا بوجوب كتابة سواها ...

(١) استثنى الشريعة أيضاً من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله ﷺ : «إن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤيد الذي أقرّن أمانته». البقرة (٢٨٣).

عودة وهذه الحالة التي عالجتها الشريعة من يوم نزولها هي من أهم المشكلات القانونية في عصرنا الحاضر، وقد بروزت 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 يتقبلها العامل أو المستهلك وهو صاغر، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوباً مطبوعاً فيوقيه تحت تأثير حاجته لعمل أو حاجته للسلعة، بينما العقد يعطي لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات ...

فذلك العقد الذي نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني "عقد الإذعان" ...

وقد حاولت القوانين الوضعية أن تخل هذا المشكل، فاستطاعت أن تخله بين المنتج و"المستهلك" بفرض شروط تحمي المستهلك من المنتج، وبتعيين سعر السلعة. ولكنها لم تستطع أن تخل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب الأعمال والعمال، مثل إصابات العمال والتغويضات 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 للمشكلة نواحٍ مهمة، فأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف القابات والاتحادات وتنظيم الإضرابات. ويرى العمال أن حل مشكلاتهم لن يأتي إلا إذا كان لهم حق إملاء شروط عقد العمل، ويظاهرون 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 حقق القانون الوضعي بعده ولم يتحقق بعده الآخر، والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً. هذا الحق قررته الشريعة الإسلامية كاملاً للضعفاء على الأقوياء وللملتزمين على الملزتم لهم، وجاء به القرآن في آية الدين في قوله تعالى: ﴿وليملل الذي عليه الحق وليستق الله ربـه ولا يبخـس منه شيئاً فإنـ كانـ الذيـ عليهـ الحقـ سـفيـهاـ أوـ ضـعـيفـاـ أوـ لاـ يـسـطـعـ أنـ يـمـلـلـ هوـ فـيلـمـلـ وـليـهـ بـالـعـدـلـ﴾ ...

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ...

وهذا هو الذي جعل الشريعة تمتاز بأهمـاـ لا تقبل التغيـيرـ والتـبـديلـ ...

ووجود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموها وكمالها ورقيتها وعدالتها، فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع ما يدعى لها من الرقى والسمو ...

34 - 35 - نظرية التوسع في وسائل الإثبات في المعاملات التجارية

وحق الملتم في إملاء شروط العقد :

إننا نرى في عصرنا الحاضر تطورات كثيرة في المعاملات التجارية، استلزمت الاستفادة بوسائل التراسل والاتصال المستحدثة مثل "التلكس والفاكس"، فضلاً عن الرسائل البرقية والتليفونية عبر حدود الأقطار والقارات في جميع أنحاء العالم، وأكثر من ذلك مما يقع استحداثه في المستقبل مما هو أدق من ذلك وأسرع لتبادل المعلومات ولتسهيل المعاملات التجارية وسرعة إقامها وسهولة إثباتها حتى وصل الأمر إلى الاكتفاء بالدفاتر التجارية وسجلات البنوك ... إلخ.

هذا كله يؤكّد مدى دقة النصوص القرآنية وأهدافها البعيدة، فقد استثنى الآية الكريمة المعاملات التجارية مما فرضه القرآن من واجب الكتابة والإشهار والتسجيل للعقود والتصرفات "منعا للتزاع والخصام بشأنها في المستقبل". والتأمل في مدى مرونتهما يؤكّد مصدرها الإلهي الذي عده فقيهنا دليلاً على أن مبادئ الشريعة لم تكن ثرة لأوضاع المجتمع في عصر الرسالة، ولا في أي عصر آخر من العصور، بل هذا دليل آخر على ما أراده الله للأصولها ونظرياتها من خلود وثبات ومرونة يجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، الأمر الذي يشير إليه "فقيهنا" في كل مناسبة ويؤكّده وبرور الدليل تلو الدليل عليه. ولذلك عدّ هذا النص أساساً لنظرية خصبة وليس مجرد استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة .

ونحن نؤيده فيما قاله من أن ذلك السمو والكمال لمبادئ شريعتنا ونظرياتها لا يعني مطلقاً جمودها طالما أن التجديد هو من أهم أصولها وأول خصائصها عن طريق الاجتهاد والإجماع الذي يشري أحكامها بكل ما يلزم لمواجهة ما يجد من مشكلاتنا تقتضيها ظروف الزمان والمكان .

* * *

مرة أخرى نؤيده في الإشادة بالحكمة البعيدة التي ترمي إليها النصوص القرآنية التي يجب عدّها أساساً لنظريات تتسع لواجهة المشكلات المستقبلية التي لم يكن المفسرون يتوقعونها من قبل في عهد الرسالة أو العصور التاريخية السابقة المتواتلة .

ثم إنَّه يَبْيَنُ أَهمِيَّة ما قرَرَه القرآنُ مِنْ أَنَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ هُوَ الَّذِي يَجِدُ أَنْ يَتَوَلَّ إِمْلاَءَ شُروطِ التعاقدِ أوَ التَّصْرِيفَ عَلَى كَاتِبِهِ، وَقَالَ إِنَّ هَذَا الْمَبْدَأَ يَعْلَجُ مُشَكَّلَةً أَوْ جَدَدَهَا ظَرُوفَ اسْتِحْدَاثِهَا الْمَدْنِيَّةِ الْمُعَاصِرَةِ أَخْبَرَهُ وَسُوفَ تَزَدَّادُ أَهمِيَّهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَهِيَ الَّتِي يُشَيرُ إِلَيْهَا الْفَقِهُ الْمُعَاصِرُ بِشَأنِ عَقُودِ الإِذْعَانِ الَّتِي تُعَدُّهَا الشُّرُكَاتُ الْكَبِيرَاتُ وَشُرُكَاتُ الْقَطَاعِ الْعَامِ وَالْمُؤْسَسَاتِ الْعَالَمِيَّةِ (يُشَارُ إِلَيْهَا الْيَوْمَ بِالشُّرُكَاتِ مُتَعَدِّدَةِ الْجِنْسِيَّاتِ) وَتَفْرُضُ شُروطَهَا عَلَى الْعَمَالِ أَوِ الْمُسْتَهْلِكِينَ. وَقَدْ جَرَتْ عَلَى أَنْ تَضَعَ شُروطُ الْعَمَلِ وَالْتَّزَامَاتُ الْعَمَالِ وَشُروطُ التَّعْاقِدِ مُقْدِمًا، وَكَذَلِكَ مُواصِفَاتُ الْإِنْتَاجِ، وَتَفْرُضُ كُلُّ شُروطِهَا عَلَى الْطَّرْفِ الْآخَرِ، وَيُلْتَزِمُ الْمُسْتَهْلِكُ أَوِ الْمُشَتَّرُ أَوِ الْعَامَلُ أَوِ الْمُوْظَفُ بِالْخُصُوصِيَّةِ لَهَا بِسَبِيلِ مَا تَمْتَعُ بِهِ مِنْ قُوَّةٍ مَالِيَّةٍ تَنْتَجُ عَادَةً عَنِ الْاحْتِكَارِ فَعْلَى أَوْ سِيَطَرَةِ عَلَى السُّوقِ بِحُكْمِ الْوَاقِعِ أَوْ حَتَّى بِحُكْمِ الْقَانُونِ.

فِي مُواجهَةِ هَذِهِ الْمُشَكَّلَةِ وَعَلاجِهَا قدْ يَبْيَنُ أَنَّ النَّصَّ الْقَرَآنِيَّ قدْ أَعْطَانَا الأَسَاسَ الَّذِي يَجِبُ أَنْ تَبْنِي عَلَيْهِ نَظَرِيَّةً كَامِلَةً تَرُوِّدُهَا بِالْحَلُولِ وَالْأَسَالِيبِ وَالْمُبَتَّكِراتِ الَّتِي نَسْتَطِيعُ بِهَا حَمايةَ الْمُتَعَاقِدِ الَّذِي يَمْثُلُ الْطَّرْفَ الْمُعَذِّبَ فِي عَقُودِ الْمُؤْسَسَاتِ الْنَّقَابِيَّةِ لِإِصْدَارِ قَوَاعِدَ آمِرَةٍ مِنْ أَمْثَلِهَا تَدْخُلُ الْفَقِهِ أَوِ "الْمَشْرُعِ" أَوِ الْمُؤْسَسَاتِ النَّقَابِيَّةِ لِإِصْدَارِ قَوَاعِدَ آمِرَةٍ تَفْرُضُ شُروطًا مُلْزَمَةً لِلْطَّرْفَيْنِ فِي مُثْلِ هَذِهِ الْعَقُودِ، وَهُدُوفُهَا الْأُولَى هُوَ الْحُدُودُ مِنْ تَغْوِيَةِ الْأَطْرَافِ الْقَرِيبَةِ فِي عَقُودِ الإِذْعَانِ وَاستِغْلَالِهَا لِقُوَّاهَا الْاِقْتَصَادِيَّةِ أَوِ الْاحْتِكَارِهَا الْفَعْلِيِّ أَوِ الْقَانُونِيِّ لِكَى تَفْرُضُ فِي الْعَقْدِ شُروطًا لِصَالِحَتِهَا تَضَرُّرُ الْطَّرْفِ الْآخَرِ الْأَضَعُفُ مِنْهَا، وَتَتَجَاهِلُ مَصَالِحَهُ وَحْقَوْقَهُ، وَبِذَلِكَ تَحْمِي مَصَالِحَ الْعَمَالِ وَالْمُسْتَهْلِكِينَ، وَكَذَلِكَ مَصَالِحُ جَهْوَرِ الْمُسْتَهْلِكِينَ وَالْمُتَعَالِمِينَ مَعَهُمْ مِنْ صَفَارِ التَّجَارِ وَالشُّرُكَاتِ وَالْأَفْرَادِ .

هَذَا هُوَ قَصْدُ "فَقِيهَنَا" مِنْ اعْتِبَارِ هَذِهِ الْعَبَارَةِ الَّتِي اشْتَمَلَتْ عَلَيْهَا الْآيَةُ الْكَرِيمَةُ أَسَاسًا لِنَظَرِيَّةٍ وَاسِعَةٍ شَامِلَةٍ وَلَيْسَ مُجَرَّدَ حُكْمٍ فَرْعَانِيًّا أَوْ قَاعِدَةً أَوْ مُبِدِئًا قَانُونِيًّا كَمَا يَظْنُ الْقَارِئُ الْسَّطْحِيُّ. "وَنَحْنُ نَرَى" أَنَّ هَذَا هُوَ مَا يَجِبُ الْبَحْثُ عَنْهُ فِي جَمِيعِ نَصوصِ الْقَرَآنِ وَالسُّنَّةِ؛ لِأَنَّ فِيهَا مَعَانٍ وَمَقَاصِدَ لَا تَظَهُرُ لَنَا إِلَّا عِنْدَ مَرَاجِعِهَا بِقَصْدِ استِبَاطِ أَحْكَامَ جَدِيدَةِ أَوْ الْمُفَاضِلَةِ بَيْنَ الْآرَاءِ الْعَدِيدَةِ وَالْمَذاهِبِ الْمُخْتَلِفَةِ سَوَاءً مِنْهَا الْقَدِيمَةُ أَوِ الْجَدِيدَةُ، وَذَلِكَ عِنْدَمَا تَحْدُثُ ظَرُوفَ اِجْتِمَاعِيَّةٍ أَوْ اِقْتَصَادِيَّةٍ أَوْ سِيَاسِيَّةٍ جَدِيدَةٍ لَمْ يَعْرِفْهَا

غوج لاستنباط النظريات من حكم فرعى :

أسلاماً أو لم يتوقعوا لها برغم ما وصلوا إليه من عقريّة، وما بذلوه من جهد في بناء صرح فقهنا العظيم الذي نعتر به ونفخر به دائماً، لكن هذا الاعتزاز والفخر لا يغفينا من البحث لمواجهة المشكلات المستحدثة.

إن إيمانه بسم الشرعية ومرورتها وخلودها قد أدى به إلى فتح باب الت sistir والسير فيه بجد ومقدرة عالية عندما قرر أن هذه النصوص القرآنية ليس المقصود بها مجرد أحكام فرعية أو قواعد أو مبادئ قانونية كما يظن البعض، بل هي أيضاً أصول ثابتة لنظريات خصبة واسعة ومرنة يجب علينا أن نتعمق أهدافها ومقاصدها لكي تفتح لنا أبواباً للتجديد في أحكام الفقه وإثرائها وتطويرها لكي تواجه ما يستحدث في المعاملات والمجتمعات في الحاضر والمستقبل من معضلات ومشكلات وقضايا لم يواجهها فقهنا في العصور الماضية .

عوده

٣٦ - نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات ... حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها، أو أن يشهد واقعة فيكتهمها، أو يذكرها على غير حقيقتها وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله ﷺ : (ولَا يأب الشهداء إذا ما دعوا). والمقصود إياوهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفًا ما أو واقعة معينة، فالنص جاء خاصًا بتحمل الشهادة وليس خاصًا بأدائها. أما الحالات الثانية والثالثة، فقد نص عليهما في قوله ﷺ : (ولَا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) [البقرة: ٢٨٣]. وفي قوله ﷺ : (إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُوْنُوا قَوَّامِينَ بِالْقُسْطِ شَهِدَاءَ اللَّهِ وَلَا عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَبْعُوا أَهْوَاهُ أَنْ تَعْدُلُوهُ وَإِنْ تَلُوْرُوهُ أَوْ تَعْرُضُوهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا) [النساء: ١٣٥]. والنchan الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور ...

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة، ولكنها لم تصل بعد إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة، ولاشك في أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة، فإن المصلحة العامة تقضي بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس، والامتناع عن تحمل الشهادة يفضي إلى تصييع الحقوق ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطئها. وهناك عقود لابد فيها من حضور الشهود كعقد الرواج -٥٧- ...

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود ...

ومن يسر النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة 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 مسايرة حال الجماعة وإنما وردت لتتكامل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل ...

الصل

... تعليق "رقم ٥٧" وقد بینا آراء فقهاء المسلمين سابقًا فراجع ...

٣٧- أحكام أخرى في آية الدين ... هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هي آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت تأخذ بالثالثة ولم تأخذ بعد بالرابعة، وليست هذه النظريات الأربع هي كل أحكام آية الدين، وإنما هي بعض أحكامها، فالآية تشرط أن يكون الكاتب محايده عدلاً عالماً بأحكام الشريعة فيما يكتبه، وتوجب عليه لا يتعص عن الكتابة، وتشترط أن يشهد على سند 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 كان 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 تتوافر في قسم دون آخر من الشريعة- ٥٨-

٣٨- تذكير ... وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون "خطأً" أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول هؤلاء : إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذي يدعونه

الصدر ... التعليق "رقم ٥٨- الرأي السادس بين فقهاء المذهب الجعفري عدم اشتراط الشهادة في عقد الزواج، ووافقهم على ذلك "أبو ثور" وبجامعة من فقهاء المسلمين ... ويكفي دليلاً على عدم اشتراط الشهادة إطلاق الأدلة غير المقيدة بالشهادة مع ضعف ما استدل به على اشتراطها. فقد استدل على ذلك أولاً بما جاء عن ابن عباس من أنه قال : "لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولی مرشد" ولكن هذه الرواية لا يمكن اعتمادها؛ لأن ابن عباس لم يرفعها إلى النبي ﷺ فلعلها من فتاواه فلا تكون حجة على غيره من الفقهاء، مع أن الخبر ضعيف السند لـ ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجهد عن الدارقطني من أن في سنته مجاهيل. أما ما استدل به ثانياً وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : "أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف". فلا يمكن الاستدلال به للوجوب، ولو ثبت اعتبار الرواية لأن الإعلان غير الإشهاد؛ لأن الأمر بضرب الدفوف ليس للوجوب قطعاً فلا يبقى في الأمر بالإعلان ظهور في الوجوب ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق ٥٨- السيد "الصدر" يقدم لنا هنا الحجج التي استندوا إليها للتفرقة بين وجوب علانية الزواج، "وهو أمر متفق عليه بين السنة والشيعة"، وبين إيجاب حضور الشهود الذي يشترطه جمهور مذاهب السنة لصحة العقاد الزواج ...

عوده ويحرضون على التمسك به، وأن عليهم أن يذكروا قوله ﷺ : «أفتئمون ببعض الكتاب وتکفرون بعض فما جزاء من يفعل ذلك منکم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيمة يردون إلى أشد العذاب وما الله بعاف عن عما تعملون» [البقرة: ٨٥]. ولیعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا والخطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة طبيقاً عادلاً ولا كاملاً في عهودنا المظلمة المتأخرة، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هواهم في كل ما يهتمون به، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم. وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة، وترك أحكامها فلن يجدنا الأخذ بالقوانين شيئاً بل سيزيدنا تأخراً على تأخير، والخطاطا على الخطاط، وإنما علاجنا الجدي هو القضاء على سبب التأخير والعودة لأحكام الشريعة ...

لقد طبق آباءنا 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 آثارهم نتبعهم ونؤمن بهم، فأخزاانا الله كما أخزاهم، وسلط علينا كما سلط عليهم وجعلنا عبرة لأولي الألباب، ولن يغير الله ما بنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله. ذلك وعد الله، والله يقول الحق وقد قال ﷺ : «إن الله لا يغير ما يقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم» [الرعد: ١١] ...

لقد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فمكّن الله لهم في الأرض، وإن الذي مكّن لهم على قتلهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا في الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا. ذلك وعد الله لعباده في قوله ﷺ : «وَعَدَ اللَّهُ الظِّنَّ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ لِيُسْتَخْلِفُنَّهُمْ فِي الْأَرْضِ كَمَا اسْتَخْلَفُ الظِّنَّ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ» [النور: ٥٥]. وذلك وعده لمن اتبع كتابه وتمسك بشرعه حيث يقول ﷺ : «قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ يَهْدِي بِهِ اللَّهُ مِنْ أَتَّبَعَ رَضْوَانَهُ سُبُّلَ السَّلَامِ وَيَخْرُجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطِ مُسْتَقِيمٍ» [المائدة: ١٥، ١٦] ...

36- نظرية التزام الفرد بتحمل الشهادة وأدائها ليس معناها تقييد سلطة القاضي

وأهمية التنظير وضرورة التنسيق بين النظريات ودعوتنا لمواصلة مرحلة التنظير:

إن حبه للشريعة وإعجابه بمبادئها وأحكامها قد مكاه من استبطان نظريات واسعة وخصبة من النصوص التي جرى البعض على عددها مجرد أحكام تكليفية أو فرعية أو توصيات أخلاقية أو قواعد سلوكية، كما يظهر للقارئ العادى من النظريات التي استبطنها من العبارات التي استخرجها من آية الدين في سورة البقرة.

قوله إن المقصود الأول من النص هو واجب الأفراد جميعاً في تحمل الشهادة، أي الاستجابة لم يستشهدهم على صك أو تعاقد أو تصرف عند إنشائه، إنما يؤكد ما أشرنا إليه في تعليقنا على البند (32) وما بعده من أن هذه الآية الطويلة ليست خاصة بقواعد الإثبات عند التقاضي أو التخاصم، وإنما قصد بها وجوب إعداد وسائل أو مؤسسات لإشهار التصرفات والعقود وتوثيقها عند إنشائهما سداً لأبواب التزاع والخصام التي تطرأ فيما بعد. والآن قد استطرد حتى توصل إلى الإقرار بما قدمناه من قبل من أن الاستشهاد يقصد به أحكام تحمل الشهادة عند إنشاء العقد، ودليل ذلك تأكيده: "أن النص جاء خاصاً بتحمل الشهادة، أما أداء الشهادة أمام القضاء فذلك مستفاد من نصوص أخرى وأشار لها مثل قوله تعالى: (ولاتكتمو الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) [سورة البقرة: 283]. واضح في هذه الآية [البقرة: 283] والأخرى سورة [النساء : 135] أن الخطاب موجه للشاهد عندما يدعي لأداء الشهادة، وليس موجهاً للقضاء يأمره بآلا يحكم إلا بناء على شاهد أو شاهد أو أكثر في جميع الأحوال كما يفهم البعض — ولأنوائق على الخاذل أساساً لحرمان القاضي من الاقتضاء بأدلة أخرى غير الشهود.

الخلاصة أننا نعتبر قواعد الإثبات أمام القضاء يرجع فيها أولاً إلى القواعد العامة في الأدلة الإقناعية ولا يُستثنى من ذلك إلا بناء على نص صريح ولا نعتبر أن هذه الآية قد غيرت هذا المبدأ أو أدخلت عليه استثناء ... *

تؤيد إشارته إلى أن هذه الآية الواحدة من القرآن الكريم لم تقتصر على النظريات الأربع التي عرضها، بل مازالت تقرر مبادئ أخرى، هي في نظره نظريات يجب التوسيع فيها والاستفادة منها. وهذا يؤكد أن آيات كثيرة أخرى في القرآن، بل والأحاديث النبوية تؤخذ نصوصها في نظر البعض على أنها "أحكام فرعية" فقط. يجب أن يعاود الفقه في الحاضر والمستقبل تفسيرها والتعمق والتلويع في دراستها ليستبط منها نظريات كبرى متميزة تفتح لنا أبواب الاجتهاد في الحاضر والمستقبل، وما قدمه لنا من نظريات أشرنا إليها ليس إلا فوذاً يجب احتذاؤه والتلويع فيه .

هذه خلاج النظريات التشريعية – وهي أوسع من النظريات الفقهية الخاصة بكل مذهب:

وفي رأينا أن "التنظير" ليس إلا توسيعا في "القياس" الذي سار فقهاء كثيرون على حسبانه شاملًا لكل صور "الاجتهد" في الفقه. ونرى نحن أن استنباط نظريات عامة ليس إلا إعمالا لمبدأ القياس والاجتهد وتوسيع نطاقه في هذه المرحلة التي تحتاج فيها إلى أحكام كثيرة مستحدثة.

ونلاحظ أنه أشار هنا إلى أنه تكلم عن نظريات ومبادئ دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية ... ونضيف أنها في الواقع مبادئ ونظريات تشريعية شاملة، لها آثارها في كل الأحكام الفرعية في جميع أقسام التشريع بما في ذلك التشريعات الجنائية والإجراءات الجنائية. علينا نحن ومن بعدها أن نراعي ذلك في دراستنا لتلك الأحكام.

النظريات التشريعية التي عرضها وما يمكن أن يستتبعه من يسيرون على هجده ليست محدودة في نطاق فرع معين من فروع الفقه، بل إن مفعولها يمتد إلى جميع فروع التشريع و مجالاته، ويجب مراعاة أثر كل منها عند تطبيق النظريات الأخرى والتنسيق بينها ولو اقتضى الأمر تحديد نطاق واحدة منها بما تفرضه النظريات الأخرى.

مثال ذلك أن نظرية الحريات لا يمكن أن تتجاهل نظرية تضامن الأسرة ووحدتها في شريعتنا، وما فرضته بجعلها نواة المجتمع وخليته الأولى التي تضمن بقاءه يامداده بأجيال متواصلة من الذرية الصالحة، لذلك جعلها الإطار الشرعي الوحيد للمعاشرة الجنسية وتحريم كل اتصال جنسي خارج نطاقها والعاقبة عليه بحسبانه جريمة زنا أو فاحشة. لذلك فإن العلاقات الجنسية خارج نطاق الأسرة الشرعية القائمة على زواج الرجل والمرأة لا يجوز عدُّها ضمن الحريات كما هو حادث في المجتمعات الغربية، التي تحاول فرض هذا الاتجاه على المجتمعات الناشئة لمنعها من زيادة السكان التي تحفظ قدرًا من التوازن بينها وبين المجتمعات الصناعية المتقدمة التي يقل فيها النسل لأسباب لا تستطيع أن تقاومها.

كما أن نظرية المساواة تطبق إلى أقصى حد في النصوص القرآنية التي تفرض عقوبات مقدرة لجميع المحكوم عليهم في جرائم المحدود والقصاص، وأساس ذلك المساواة الكاملة بين الجنسين أولا ثم بين الجانين والجنين عليه في القصاص.

ومساواة المرأة مع الرجل تخضع لنظام الأسرة الذي يستوجب أن يكون لها رئيس كما هو الحال في المجتمع. حيث لا يمكن أن يوجد مجتمع ولا هيئة ولا جماعة أيا كانت بدون رئيس، ورئاسة الزوج للأسرة يقابلها التزامه بالإتفاق عليها ... كما يشير بذلك صراحة نص الآية الكريمة ... بقوله ﷺ : (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وما أنفقوا من أموالهم ...) [النساء : 34].

يجب التسقیف بین النظیریات المختلفة لأن کلا منها يحدد نطاق النظیریات الأخرى

حق لا تكون مطلقة لاحدود لها :

وفي نطاق التشريع الجنائي، فإننا في أشد الحاجة إلى النظيريات العامة التي يمكن الاستعانة بها في "تقنين التعازير" والتي يجب استبانتها من الآيات القرآنية مثل النصوص التي تعاقب على السرقة باعتبار أن هذا العقاب المفروض حداً على السرقة يجب على أهل الاجتهاد أن يستحدثوا أحکام التعزير على أنواع أخرى من الاعتداء على مال الغير مثل العقاب على جرائم اختلاس المال العام، والنصب وخيانة الأمانة والحريق والإتلاف وما إليها. لأنها كلها تعازير لازمة لضمان حرمة مال الأفراد والجماعات ...

وسوف نشير إلى أننا استخدمنا من النصوص القرآنية التي تفرض الاستثناء وتحرم التجسس لبناء نظرية حرمة أسرار الحياة الخاصة، التي جعلناها أساساً لنظرية التفتيش في الإجراءات الجنائية، وسنرى أنها في نطاق التعازير تفيينا في تحريم أفعال أخرى تنتهك حرمة الأسرار الشخصية.

والحكم التكليفي الذي نص عليه القرآن بتحريم شهادة الزور هو في نظرنا أساس للتعزير على جرائم التزوير والتزييف وما إليها ...

* * *

إننا نقدر ما يشير إليه فقيهنا من التفرقة بين مبادئ الشريعة وأصولها ونظرياتها، وبين تطبيقها في الفقه في العصور التاريخية المتعاقبة والمختلفة، سواء في الواقع العملي أو في الفقه النظري في بعض الأحيان. فالسمو والخلود والتباهي بقداسة الشريعة وعدالتها والدعوة لتطبيقها والالتزام بها لا يجوز أن يفهم البعض منه أننا ندعوه للالتزام فقط دائماً بما سارت عليه مجتمعاتنا ومقابلة علماؤنا في العصور السابقة ولا العودة إلى ما وصل إليه أسلافنا من الحكم أو الفقهاء، ولا تجميد الفقه على ما وصل إليه في الماضي في كتب أسلافنا، وخاصة في كثير مما كتب في عصور التخلف والضعف أو أي عصر من العصور التي مرت بها شعوبنا وأمتنا.

ومن ناحيتنا، فإن تقديمنا لما قدمه لنا فقيهنا الشهيد مما نعده اجتهادات عصرية في الفقه الجنائي، ليس معناه عدم مناقشة أقواله، ولا آرائه ولا أقوال من سيقوله أو من يجيئون بعده من الفقهاء أو العلماء أو المفتين أو المجهدين، فالفقه كله قد يه وحديه اجتهادات بشرية قابلة للمناقشة والتمحيص، وإنما يقصد به استثار الأجيال الحاضرة والمستقبلية للسير على منهاجه في التعمق في أسرار النصوص والمبادئ الشرعية واعتبارها أصولاً عامة يجب أن تكون أساساً لنظيريات واسعة ومرنة تزودنا بما نحتاج إليه في الحاضر والمستقبل من أحکام اجتهادية في التشريع والفقه، وألا نكتفى باعتبارها مجرد أحکام فرعية كما يظن البعض ...

لكى نختتم تعليقنا على هذا الفصل التمهيدى الذى وصفه بأنه "تقديم وتوجيه" قبل الدخول في صلب البحث ومنهجه، نجد من واجبنا أن نلفت نظر القارئ إلى أمرين يبرران ما أشرنا إليه دائمًا من أهمية آراء "فقيهنا الشهيد" واحتها داته أو كتابه وأهدف من مشروعنا جعله محوراً موسوعة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى في عصرنا الحاضر، يمكن أن تستفيد منها وتبني عليها الأجيال القادمة في المستقبل صرحاً عظيماً لفقهنا .. نأمل ألا يقل عما بناه أسلافنا في جميع العصور السابقة.

وهذان الأموران هما :

أ : اتجاه فقيهنا إلى بناء نظريات تشريعية واسعة خصبة على أساس ما كان يُعدّ في نظر كثرين مجرد أحكام فرعية أو قواعد ومبادئ وردت بها نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية.

ب: أن اختياره للمبادئ التي عَدَّها موضوع نظريات عامة في الفقه والتي تعرض لها في هذا التقديم لم يقصد حصر نظريات جامعة، بل هي في نظره أمثلة انتقالية يجب أن يضاف إليها أكثر منها في المستقبل كما فعل هو فيما سبق.

وقد أشرنا في حاشيتنا على البند السابق ٣٧ إلى نظريات تضامن الأسرة ووحدتها ونظريات حرمة الأموال وحرمة أسرار الحياة الخاصة التي تفيدها كثيراً في استبطاط العوازير التي يجب تقيينها في نظرنا.

وإذا كان هذا رأينا في تعداد هذه النظريات، فقد رأينا أن علينا دعوة القارئ إلى النظر فيما اقترحناه من بعض التعديلات في ترتيبها وتصنيفها وتسمية بعضها كما أسلفنا فيما سبق، كما ندعوه إلى عدم التسرع في الحكم على ما نقدمه من أفكار أو آراء تتتجاوز ما عرضه علينا، أو تزيد عليه أو تختلف، فنحن لم نفعل سوى أن بذلك جهدنا في السعي نحو المهدف الذي أجهد نفسه من أجله، وهو إقناع الجميع بأن الشريعة قادرة على أن تزودنا بكل ما تحتاج إليه في الحاضر والمستقبل من أحكام وتشريعات تحقق مصالح الأفراد والجماعات وتوجهها نحو المثل العليا التي رأينا كثيراً من خاذجها في النظريات التي استعرضناها من قبل، وسنرى أكثر منها فيما بعد.

إننا الآن في بداية مرحلة "التنظير" التي يقصد بها وضع الأسس "نظريات عامة" تساعدنا ومن يأتون بعدها على مواصلة تجديد الفقه وإثراء أحكامه حتى تستغنى بها شعوبنا عن "التسول" على موائد "الأجانب" أو نستوردها بما وضعه غيرنا.

منهج البحث

٣٩- ستناول في هذا البحث القسم العام الجنائي في السريعة ... عوده

والكلام على هذا القسم يقتضي الكلام عن موضوعين، أو هما الجريمة وثانيهما العقوبة، ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتاباً خاصاً ...

ولما كان الكلام على الجريمة يقتضي تناول الجريمة بصفة عامة، ثم تناول أركانها، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :

أو هما ... خاص بالجريمة بصفة عامة ...

والثاني ... خاص بأركانها ...

وكل "قسم" يشتمل على "أبواب" و"فصوص" و"مباحث" بقدر ما يقتضيه الحال ...

أما الكلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة، والمبادئ التي يقوم عليها العقاب، وأقسام العقوبات وأنواعها، وتعدد العقوبات، وتنفيذها والعود، وسقوط العقوبات ...

وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات باباً خاصاً ...

39 - أهمية الدور الرائد للشهيد في استنباط مبادئ القسم العام :

بعد عرض المبادئ العليا والنظريات العامة في الشريعة التي عدّها فقيهنا مرجعاً لجميع أحكام الفقه في فروعه المختلفة بما فيها التشريع الجنائي، أضاف لذلك مبادرة أخرى سوف نستعرضها لأنها ثعّدة فاتحة للاجتهداد العصري في تقيينات الشريعة الإسلامية في المواد الجنائية وهي تجميع الأحكام المتاثرة في كتب التراث، والتي هي نظير لما يسمى في القوانين العصرية بالقسم العام في قانون العقوبات.

وميزة الفقه الإسلامي أنه لا يرى أن قواعد "القسم العام" تغنى عن المبادئ الأساسية والنظريات العامة التي استعرضها "الشهيد عوده" فيما سبق، وقدمها لنا على أنها في نظره هي القسم الأعم والأعلى الذي يهيمن على غيره من الأحكام في جميع فروع الشريعة ولكنه لا يغنى عنها.

لقد عدّدنا ماقام به من جهد في عرض تلك المبادئ العليا والنظريات العامة وكان ثوذاً جاً للاجتهداد العصري في الفقه. والآن، يجب أن نعدّ ماقام به في عرض ما يسميه القسم العام في قانون العقوبات ثوذاً جاً ثانياً لما يدخل ضمن التجديد العصري في الفقه الجنائي الإسلامي .

وبذلك يكون أولَ من تصدى لسد الفجوة؛ التي يشعر بها البعض ويحسون بوجودها في كتب الفقه بسبب عدم تخصيص أبواب مستقلة لما نسميه الآن القسم العام في القانون الجنائي الذي يتضمن المبادئ العامة المشتركة بالنسبة لجميع الجرائم، وهذا فضل يجب أن نسجله له .

لم يكن يكفي في نظره استحضار المبادئ العليا في الشريعة ونظريتها الأساسية التي أشار لها من قبل. بل إنه بذلك مجاهداً كبيراً لعرض قواعد القسم العام التي تحتاج إليها في الأبحاث والدراسات والتقيينات الجنائية الشرعية العصرية، وهذا مجال واسع يقع عباء مواصلته على فقهاء العصر الحاضر والأجيال التالية، وكان هو رائداً في السعي لسد هذا الفراغ. وإذا كان هو قد أخذ المبادرة الأولى بجمع الأحكام العامة التي استتبعها من كتب الفقه لمقارنتها بالقوانين الوضعية الحالية، فإن ماقام به لابد أن يفتح الباب لكى يواصل آخرون السير في هذا الطريق ونحن منهم .

⊗ دراسته للقسم العام فتحت أمامه أبواب التنظير :

قد بدأ القسم العام بدراسة الجريمة⁽¹⁾ (تعريفها / تقسيماتها / أركانها) وبرر ذلك بأنه "مجاراة للتطور الحديث في التأليف الذي يقضى بأن نبحث الأركان العامة لجميع جرائم في القسم الجنائي العام وأن ترك العناصر" الخاصة بكل جريمة "للقسم الخاص".

يلى ذلك الكتاب الثاني في دراسة العقوبات "وماهيتها" (أقسامها .. تعددها .. تنفيذها ... سقوطها).

أما البحث الخاص بال مجرم أو المسئولية الجنائية فقد أدخله ضمن دراسة الركن "الأدبي" أو المعنوي في الجريمة "في الكتاب الأول" الباب الثالث منه⁽²⁾.

* * *

و قبل أن نتابع حاشيتنا على هذه الأبواب — نرى من الضروري أن نلخص عدداً من النقاط التي تعرضنا لها في حواشى هذا الفصل التمهيدى، وأولاً ما دعو إليه من الاهتمام بالخصائص الجوهرية لفقهنا وشرعيتنا — حتى لا تحول بفعل التقين إلى "قوانين وضعية" تعبر عن إرادة الدولة أو المسيطرین عليها، وكذلك ما يترتب على ذلك — في نظرنا — من وجوب أن يكون التقين عملاً فقهياً يقوم به أهل الاجتهاد — لا من يمثلون إحدى سلطات الدولة التي يسمونها اليوم "سلطة التشريع". يضاف لذلك ضرورة مراعاة الارتباط والتوازن بين قيام الفقه بمهنته في التقين والتوسع في عملية التنظير — وكذلك بعض الموضوعات المتفرعة عن ذلك والتي نرى أنها تستحقعناية خاصة وحواراً علمياً في المستقبل .

⁽¹⁾ البند 39 وما بعده حتى بند 83 .

⁽²⁾ كنا نفضل أن يجعله كتاباً مستقلاً عن كتاب "الجريمة" وكتاب "العقوبة"؛ لأنه موضوع مهم بدليل أنه يضم (163 بندًا) ابتداءً من 273 — إلى — 436، في حين أن الكتاب الثاني (الخاص بالعقوبة) يضم مائة بند فقط (437 — 537) .

بحث إضافي للدكتور توفيق الشاوي

﴿لأنه لا تتوافق على تجاهل خصائص شريعتنا وفقها بحججة التقريب بينها وبين القوانين الوضعية﴾

هناك ما يستحق منا بحثاً مفصلاً بشأن وجة نظرنا في أهمية الخصائص المميزة لشريعتنا والناجمة عن طبيعتها الدينية .

إن الفقيه الشهيد "عبد القادر عوده" وكذلك المعلق الشيعي "السيد إسماعيل الصدر" ، كما سيتبين ذلك فيما بعد ، ومن ساروا على فجومهما كانوا يمثلون جيلاً من المتخصصين في القانون والفقه المقارن . وكان لهم هدف مشترك وهو التقريب بين الفقه الإسلامي وأحكام القوانين الوضعية .

ونحن نعتقد أن هذا الهدف كان مفيداً في عصرهم ، عندما كان هذا الجيل يسعى لإقناع الجماهير والمسئولين في الدول الإسلامية بأن الالتزام بالفقه وتطبيقه لا يعني الاستغناء عن "القوانين الوضعية" السائدة والمطبقة فعلاً في كثير من بلادنا ، ولا يوجب استبعادها وإنما يكفي تعديلها لكي تتوافق مع الأحكام الشرعية .

لكنني شخصياً أرى أننا تجاوزنا هذه المرحلة ، لأن الصحوة الإسلامية قد أقفلت كثريين بأن الالتزام بالطابع الديني لشريعتنا أصبح ضروريًا للمساهمة في تقدم الفكر القانوني العالمي وإثرائه ، لأنه أصبح قاصراً عن تزويد المجتمعات الإنسانية بما تحتاج إليه لصلاح نظمها ، وأن الإنسانية في حاجة شديدة إلى كثير من مبادئ فقهاً وشريعتنا لكي تواجه بها مشكلات الحاضر والمستقبل التي لم تعد القوانين الوضعية كافية ولا قادرة على تزويد الإنسانية بما يلزم لمواجهتها . ونعتقد أن لدينا من أصول شريعتنا ومبادئها (التي تميزها عن تيار النظم القانونية الوضعية) ما يجب علينا أن نقدمه للتفكير العالمي لسد نواحي النقص في القوانين المعاصرة .

لذا فإننا نعارض الآراء التي تستند إلى بعض أقوال فقيهنا لتسویغ ما يؤدى إلى إزالة الفوارق الجوهرية بين التقنيات التي تضم أحكام شريعتنا وفقها ونصوص "القوانين الوضعية" المعاصرة ، ونخشى أن تؤدي إلى تجاهل خصائص المميزة لفقها وشريعتنا بحججة إدماجها في التشريعات الوضعية التي تصدرها الدولة .

﴿شريعتنا تقرر أحكاماً تكليفية تحرم بعض الأفعال دون أن تنص على عقوبة جنائية﴾

1 - في حاشيتنا على البند (16) قلنا: إنه لا يجوز وصف الشريعة بأنها قانون، لأنها أوسع نطاقاً من أي قانون، والجزء الأهم فيها هو المبادئ العامة الأخلاقية التي يسمونها الأحكام التكليفية ولا مكان لها في "القوانين الوضعية". وقد يخشى البعض أن يكون في ذلك انتقاص من قدر "القوانين الجنائية الوضعية".

والحقيقة أنني فعلاً قد صدّت الانتقاص من القوانين الوضعية ونقد ما يسير عليه بعض أساتذتها وشرحها من الفصل بينها وبين المبادئ الدينية والأخلاقية، حتى أصبح بعضهم يدعى أن هذا الفصل بين الدين والقانون أصبح ضرورياً للتقدم، في حين أنه في نظري هو التخلف الذي يجب علاجه وتصحيحه.

لقد قلنا إن الشريعة تمتاز بوجود أحكام تكليفية لا وجود لها في القوانين الوضعية، وقد ظن البعض أن مجرد العقاب على فعل معين يتضمن أمراً بتحريمه، وهذا حكم تكليفي ضمني، لكن الحكم التكليفي الشرعي الذي نقصده هو الذي يحرّم فعلاً دون أن يفرض عليه عقوبة، فهو تحريم ديني وأخلاقي محض؛ لكن يجب على الفقه أن يتخذه أساساً لتحديد المعايير التي تستوجب التعزير بدلاً من التحرير المستفاد ضمنياً من نصوص قانون العقوبات الوضعية.

2 - في حاشيتنا على البند (18) قلنا إننا نرى أن تبني الفقه الإسلامي هو جزء من الشريعة، ولا يصح وصفه بأنه "قانون وضعى". * * *

إننا قد صدّنا فعلاً أحكام القوانين الجنائية الوضعية بالنقض والقصور طالما أنها تتوجه إلى فصل نصوصها عن منابع فقهنا ومصادر شريعتنا ومبادئها العقائدية والدينية والأخلاقية ولا صلاح لها في نظرنا إلا إذا تخلّت تماماً عن هذا الفصل، واعترف فلاسفتها وشرحها بأن الإنسانية إذا كانت تحتاج إلى نصوص قانونية فإنها تحتاج قبل ذلك إلى عقيدة دينية ومبادئ أخلاقية، وأنه لا صلاح لمجتمعاتنا إلا إذا أدانت هذا الاتجاه الالاديني الذي يشكّر لشريعتنا وفقهنا بحجّة أنها يربطان القانون بالدين والأخلاق.

نحن نوافق على أن النص الجنائي الوضعي عندما يقرر عقوبة جنائية على السرقة أو الضرب أو ما إلى ذلك يتضمن حكماً تكليفياً (ضمنياً) بتحريم هذا الفعل المأذوب عليه، لكن الكتاب والسنة لا يقنان عند ذلك بل تشتمل نصوصهما على أوامر دينية وأخلاقية عامة. مثل قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْرِبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءٌ سَبِيلًا...﴾ [الإسراء: 32]. وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَأْكِلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾ [البقرة: 188].

لا نوافق على القول بأن القوانين الوضعية الجنائية تشتمل على أحكام تكليفية :

إننا نرى أن هذه الأوامر "الدينية" هو مبادئ أخلاقية تكون أساساً للتعزير على كل فعل غير الزنا الذي يعاقب عليه بالحد، طالما أنها تمس العرض أو تهدد الانضباط في العلاقات الجنسية التي تحصرها شريعتنا في نطاق الزواج الشرعي، مثل الفعل الفاضح أو ممارسة العلاقات الجنسية بدون زواج إلخ ... وكذلك التعزير على كل اعتداء على مال الغير بغير السرقة (المعاقب عليها حداً) مثل النصب وخيانة الأمانة والحريق والإتلاف وتسميم المواشي ... وما إلى ذلك .

لذلك فإن التقنين الشرعي الذي يفرض جزاء تعزيرياً على كل الاعتداءات على الأموال أو الأعراض، لا يجوز عدُّه قانوناً وضعياً، بل هو حكم شرعى أساسه ومصدره النصوص التكليفية في الكتاب والسنة وليس إرادة الدولة أو الحكام .

إن النص الوضعي الذي يعاقب على الزنا بحسبه مجرد خيانة زوجية لا عقاب عليه طالما أن الفعل قد وقع في غير منزل الزوجية، الذي نقلته قوانيننا الوضعية عن أوروبا، هو مخالف لمبادئ شريعتنا لأنه يتضمن إباحة التسبيب الجنسي ويجيز للزوجين ممارسة العلاقات الجنسية خارج الزواج طالما أنها تقع خارج نطاق منزل الزوجية، وبذلك أصبحت المخادنة والفسق مباحين بل يُعدُّونهما "حرية ديمقراطية" .

* * *

لقد لاحظ البعض أننا توسعنا في كلامنا عن الأسرة والزواج وما يتعلق بهما، وجارينا فقيهنا الشهيد في ذلك. ونحن قصدنا ذلك فعلاً بسبب ما تفرضه شريعتنا من حماية نظام الأسرة ووحدتها وتضامنها وتشريع الزواج لضبط العلاقات الجنسية ومنع الانحلال الخلقي والتسبيب في العلاقات الجنسية الذي يتحذه البعض هدفاً "ديمقراطياً" أو ليبراليًا ويستخلدونه مسوغاً للتهجم على مبادئ فقهنا وشريعتنا التي تُعدُّ كل علاقة جنسية خارج الزواج زنا محظوظاً لكي تحمي الأسرة والزواج ... وتحرم العلاقات الجنسية "المتحورة" من الزواج والأسرة. والتي تدخل في نطاق التسبيب، والتحرر الجنسي الذي له الآن فلاسفة في بلاد كثيرة يشجعون بعض كتابنا على نقد أحكام شريعتنا والهجوم على مجتمعاتنا. بقصد إفسادها والقضاء على الأسرة من أجل منع الإنجاب ووقف النمو السكاني في أمتنا لأهداف سياسية، مثل إخلاء بعض بلادنا من شعوبها حتى يحتلها دعاة الاستيطان الصهيوني بحججة أنها أرض بلا شعب .

الأحكام الوضعية في نظر فقها هي أحكام شرعية في مصدرها وأصوتها ولست

وضعية بالمعنى المعروف حاليا وهو أن مصدرها سلطة الدولة :

إننا لا نوافق على القول بأن التقين يصدر عن صاحب السلطة في الدولة دون حاجة لاتصالها بالمقاصد السامية والأحكام التكليفية والنظريات العامة لشرعتنا، التي تجعلها فرعا من المبادئ الكلية المستمدة من الكتاب والسنة. ولا يجوز توسيع ذلك الاتجاه بالاستناد إلى أقوال الشهيد "عوده" والسيد "الصدر" التي سوف ننتقدوها فيما بعد عند كلامهما عن وجود تعازير لما يسميهانه : مخالفات لأوامر السلطة القائمة ولو كانت خارج المعاصي الشرعية. وبين البعض على ذلك أن نصوص القانون الوضعي الصادرة عن الدولة يمكن عدّها تعازير .

* * *

إذا كان بعض أقوال السلف يفهم منها أن ول الأمر تحب طاعة أوامره، وله الحق في توقيع عقوبة على من يخالف أوامره، فإن العقاب في نظرنا يتشرط فيه أن يكون الفعل معصية شرعية، وأن ول الأمر الذي له هذا الحق في ذلك هو المجهد الذي يتولى استباط الحكم من المصادر الإلهية. ولا يشمل ذلك أوامر وتشريعات وضعية لا صلة لها بهذه المصادر ومقاصدها ونظرياتها ولا ترتبط بالمعاصي الشرعية.

إننا نصر على عدم وصف التقينيات الشرعية بأنها قوانين وضعية عن طريق قيام الدولة بإصدارها؛ لأن ذلك يحرمنا من الطابع الديني لشرعتنا، ويقصد البعض به فصل التقين الشرعي عن مصادره السماوية لكي يصبح مصدره سلطة الدولة وحکامها .

* * *

لقد كان كتاب التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي خطوة جباره على طريق التجديد في فقهنا الجنائي العصري. وقد رأينا فيما سبق أنه بذل جهدا كبيرا في بيان خصائص الشريعة التي تميزها عن "القوانين الوضعية الجنائية" وتوجب عدم الخلط بين هذين النظامين التشريعيين .

لكنه عند دراسته لأحكام الجريمة والعقاب في القسم العام، نلاحظ أنه كان له هدف واضح هو بيان أن جميع المبادئ والأحكام العصرية في القوانين الجنائية الوضعية، موجودة في الشريعة الإسلامية، وتناظر الشريعة بأنها سبقت القوانين العصرية إلى تقرير المبادئ التي يظن كثيرون أو يدعون أن التشريعات العصرية هي التي استحدثتها متاجهelin سبق الشريعة إليها.

Ⓐ - الميزات الجوهرية للشريعة والفقه الإسلامي بصفة عامة

- يشرط للتكامل بين الفقه والقوانين الوضعية عدم وجود تعارض :

بل إنه حاول إقناع القضاة ورجال القانون العصري بأنهم يستطيعون أن يجمعوا بين تطبيق عقوبات الحدود مع تطبيق الأحكام الجنائية الوضعية الحالية بوصفها بأنما تدخل ضمن التعازير، ووصل بذلك للدعوة إلى التكامل بين هذين النوعين من الأحكام الفرعية. لكن لا يجوز أن ننسى أنه كان حريصاً على تأكيد أنه إذا كان هناك تعارض يعني هذا التكامل فإن واجب القاضي هو الالتزام بالحكم الشرعي، وعليه تعطيل الحكم الوضعي الذي يتعارض معه لأنه باطل بطلاً مطلقاً.

* * *

هذه الملاحظة الأخيرة تدل على أن ما قاله عن الاختلاف الجوهرى بين الشريعة والقوانين الوضعية هو الأصل، وأن التكامل محدود في نطاق الأحكام الفرعية كلما كان ممكناً، لأن الفروق الجوهرية ترجع إلى الصفة الدينية لمصادر التشريع الإسلامي وأصوله وقواعد العامة التي تختص بها شريعتنا وتوجب علينا إقامة نظامنا الجنائي على أساس وأصول شرعية مختلفة عن النظم الوضعية في كثير من التواحي. ولا يمكن تجاهل هذا الاختلاف، لأن شريعتنا لها طابعها العقدي والديني المستمد من مصادرها الإلهية المتصلة بالوحي الإلهي الصريح في الكتاب الكريم، والضمفي في السنة المطهرة.

* * *

إن الطابع الديني لشريعتنا له آثار جوهرية لا يجوز إهمالها في الدراسة المقارنة بينها وبين "القوانين الوضعية"، وسنرى فيما كتبه فقيهنا في البند رقم (85) عرضاً لما قررته فقهاؤنا عن التمييز بين ما يسمونه هم الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية (وهي في نظرنا مبادئ الأخلاق والقيم الاجتماعية) وليس لها نظير في القوانين الوضعية بينما لها أهمية كبيرة في تحديد المعاصي التي تستحق العزير في شريعتنا.

* * *

إن هذه الطبيعة الدينية المميزة للشريعة أثراً كبيراً في كثير من أحكام الفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة، لابد أن نشير إليها هنا، لكي يكون القارئ أو الدارس على بينة من أن هذا الفقه وإن كان محدود النطاق بالنسبة للشريعة، إلا أنه مرتب بالعقيدة والقيم الدينية الأخلاقية التي تستوجب أن يكون له ذاتية خاصة، تمييزه عن القوانين الوضعية .

الشريعة ليست مجرد قانون :

أولى خصائص شريعتنا أنها ليست مجموعة قانونية صادرة عن سلطة بشرية كما هو الحال في القانون الوضعي الذي تصدره الدول. وإنما تشتمل على عنصرين : عنصر ثابت خالد هو نصوص الكتاب والسنّة. وهي الشريعة بالمعنى الضيق التي اكتملت في حياة الرسول وفرضتها عقيدتنا كأساس لمبادئ الإسلام وقيم المجتمع الصالح التي يستمد منها العنصر الثاني، وهو الفقه المتجدد المتتطور المت'am إلى يوم الدين . والفقه هو مرآة الشريعة ووعاء جميع أحكامها - ويعدّ جزءاً من الشريعة بالمعنى الواسع - لأنّه يستمد شرعيته وقوته الإلزامية من انتسابه لها والتزامه بمبادئها وأصولها. وإذا تصورنا الشريعة بستانًا زاخرًا بالأشجار المتّوّعة المثمرة، فإنّ نصوص الكتاب والسنّة هى جذور تلك الأشجار ومبادئها ونطرياتها هي جذوعها وسيقانها. أما فروعها وأغصانها وأزهارها وثمارها فهي الأحكام التي يستبطّها الفقه من هذه المصادر الإلهية .

* * *

وقد أفضى فقيهنا في صفات الثبات والخلود والسمو التي تميز الكتاب والسنّة، ونحن قد أضفنا لذلك الخصائص التي تميز الفقه المكمل لهما، وأوها :-

- 1 - أن الفقه هو علم وفكّر يتسع لتعدد المذاهب واختلاف الآراء.
- 2 - أن فقهنا مقيد بأصول الفقه التي تجعله تابعاً للمنابع والمصادر السماوية (الكتاب والسنّة) ومرتبطاً بها، ومكملاً لها ومتّاماً لأحكامها ولا يستمد من فلسفات بشرية .
- 3 - أن الفقه كعلم وفكّر مهمته تجديد المجتمع وإصلاحه كلما أصيب بالخلاف والتجدد مستنداً في ذلك إلى أصول شريعتنا .
- 4 - الأمة وكل سلطة في المجتمع تتلزم بالفقه كما تتلزم بالشريعة مثل الفرد تماماً لأن الشريعة هي صاحبة السيادة في المجتمع والفقه جزء منها، وكل ما للأمة والفرد هو الحق في الاختيار بين المذاهب والآراء المتعددة والمختلفة في فقهنا .
- 5 - أن الشريعة تشمل العقيدة والمبادئ "التكليفية" والقيم الأخلاقية التي تعدّ جزءاً منها، ويعتمد عليها الفقه في استنباط النظريات العامة والأحكام الفرعية وخاصة في التعازير .

شريعتنا تضع العلم والفكر فوق الدولة والسلطة :

وسنعرض كلاً من هذه الخصائص تفصيلاً :

1 - إن كون فقهنا الإسلامي علماً وفكراً هي ميزة لا مثيل لها في جميع القوانين الوضعية الأخرى التي هي عبارة عن أوامر ونوصوص تصدرها الدولة، وهي التي تعطيها قوة الإلزام حتى إنهم يعرفون القانون بأنه تعبر عن إرادة الدولة .

الدولة تضع القانون وتصدره وتنفذه وتعدّه ملكاً لها تغيره متى شاءت، وتفسره كما شاء وتلغيه أو تعدله، فضلاً عن أن الدولة ذاتها تتغير وتبدل أحواها نتيجة الانقلابات والمحروbs والتغيرات السياسية، وهذا كلّه له أثره على القوانين الوضعية، وبعد ذلك يأتي العلماء ليشرحوا هذه النصوص ويفسروها. ولذلك فإن الشهيد "عبد القادر عوده" في كتابه يشير إلى التفرقة بين الفقهاء في الإسلام وبين علماء القوانين الوضعية الذين قال عنهم إنهم "شراح" لهذه القوانين التي تضعها الدولة، أما فقهاء الشريعة أو علماء الفقه الإسلامي فإنهم ليسوا مجرد شراح للنصوص، بل إنهم يسهّلون في استنباط الأحكام الفرعية من مصادر شريعتنا السماوية ومبادئها العامة، ولذلك يوصف فقهنا بأنه علم "الفروع"، أما منابعه وأصوله ومقدّسه ومبادئه العليا ونظرياته العامة فهي تستمد من المصادر السماوية العليا، وهي الكتاب والسنة .

في شريعتنا يبدأ الفقه والعلم باستنباط الأحكام الفرعية من النصوص والمبادئ والنظريات المقررة (في الكتاب والسنة) وبعد ذلك فإن الأفراد والدول عليهم أن يأخذوا الأحكام بما قررها العلماء. فعمل العلماء وعلمهم واجتهادهم يكون المذهب الفقهي الذي تلتزم بها الدولة كما يتلزم الأفراد. وتستمد منها التقنيات الفقهية التي تنفذها الدول، ومصدرها المباشر هو الفقه لا إرادة الدولة .

تمتاز الشريعة الإسلامية بأنها تضع العلم والفكر فوق كل سلطة إنسانية، أي فوق الدولة وسلطاتها جيّعاً لأن العلم هو الميزة الأولى التي ميز الله بها آدم وذريته عن الملائكة^(١). إن مكانة العلم والفكر في فقهنا تؤدي إلى تمييز الفقه الإسلامي بأنه يقوم على مبدأ العدُّ والاختلاف. الاختلاف مبدأ مقدس من مبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يوجد في شريعتنا مذاهب متعددة بل ومتختلفة أيضاً ، في حين أنه في القوانين الأخرى قانون واحد

(١) بقوله تعالى: «وَعَلِمَ آدَمُ الْأَسْمَاءَ كُلُّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالُوا أَنْبِئُنَا بِاسْمَاءِ هُؤُلَاءِ إِنْ كُنْتَ صَادِقًا * قَالُوا سَبَحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَمْتَنَا إِنْكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ» [البقرة: 32.31].

شريعتنا تفرض التجديد لصلاح تخلف المجتمع :

يكتب ويوقع عليه ويلتزم به الجميع. ولا نجد لا في فرنسا ولا أمريكا ولا في أي بلد آخر، ولا في القوانين الحديثة ولا في القوانين القديمة قانونا يقول للفرد والجماعة عندكم مذاهب متعددة ومختلفة تختارون منها. ولا يكتفى فقهنا ببعض المذاهب بل في داخل كل مذهب آراء متعددة ومفتوح فيها باب الاجتهاد إلى يوم الدين، وللأمة والفرد أن يختارا من هذه الآراء ما يواجهان به مقتضيات ظروف الزمان والمكان .

إن مبدأ التعدد في المذاهب والتعدد في الآراء والاختلاف بين العلماء مستقر في فقهنا، حتى قال البعض إن اختلاف المذاهب والآراء رحمة لأنه يمكن الأمة من مواجهة التطورات المختلفة .

2 - المنابع والمصادر السماوية الثابتة :

إلى جانب مبدأ التعدد والاختلاف الذي هو من خصائص الفقه الإسلامي، هناك صفة أخرى أهم وأبعد أثرا، ذلك أنه قبل العلم توجد المصادر السماوية الثابتة الخامسة. فهناك تسلسل المصادر الشرعية، أعلىها هو المصادر المقدسة وهي الكتاب والسنة فهي في القمة، ويأتي بعدها العلم والفكر وتعدد المذاهب والآراء، ثم يأتي دور القانون أو التقنين إن وجد ومهمته أن يلزم الجميع في بلد معين وزمن معين بمذهب معين أو بحكم موحد من بين المذاهب والآراء المتعددة — لكنه يلتزم به القضاة ويلزمون الناس جديعا به في بلد معين وزمن معين .

3 - شريعتنا تفرض التجديد ليصلح المجتمع عيوبه ويتحقق مقاصدتها السامية :

لقد قال فقيهنا إن الشعب أو الجماعة تصنع القانون الوضعى هي أو من يمثلونها أو يفرضون أنفسهم عليها، أي أن الجماعة توجد أولا وبعد ذلك يأتي القانون الذي تصننه على صورتها أو هواها، فإذا كانت جماعة صالحة يكون القانون صالح، وإذا كانت جماعة فاسدة أو باغية سيكون قانونها باغيا وفاسدا وتستمد من فلسفات بشرية وضعية .

أما الشريعة في الإسلام فهي التي صنعت المجتمع وتقيمه عليه مصادرها السماوية إلى يوم الدين وتفرض علينا الأسس الثابتة التي يقوم عليها المجتمع الصالح لكي يحقق مقاصدتها السامية .

الشرعية لها السيادة على الدولة والأمة :

الشرعية أنشأت المجتمع الإسلامي على أساس الإيمان بالله واليوم الآخر، ووضعت لنا الأصول والقواعد التي يلتزم بها الفرد والجماعات ليصلوا إلى أعلى المستويات، ولذلك فالشرعية بمصدرها الإلهي والعلمى والفقهي هي التي تسير المجتمع الإسلامي وتوجهه نحو الكمال الذى تريده هي بدلاً من القوانين الوضعية التي هي ثرة الواقع الذى وصل إليه الناس في زمان معين أو في مكان معين .

صحيح أن المجتمعات الإسلامية بعد أن أوجدها الإسلام هي ككل البشر معرضة للنقص أو الانحراف، فبعضها بلا شك معرضة إلى أن تخالف أو تعجز عن الوصول للكمال الذي رسمته الشريعة، ولذلك فرض عليها الإسلام من حين آخر أن تحدد نفسها وتصح من حالها لتهضم بعد سقوطها وتعود إلى الصعود في طريق الكمال الذي يريد لها الإسلام وشرعيته. فلذلك كان التجديد من أصول فقهنا إلى جانب التعدد والاختلاف، بل إن التعدد هو من وسائل تسهيل عملية التجديد لأن الرأي الذي لا يصلح لزمان معين ولا مجتمع معين قد يصلح ويعاد ضرورياً في زمان آخر أو ظروف أخرى .

وكثيراً ما يعبر فقهاؤنا عن ذلك بتجديد الفقه، لكن المقصود هو استنباط الأحكام الفقهية التي تكون المجتمع من تصحيح أو صياغة وتجديدها .

4 - الشرعية لها السيادة على الدولة والأمة :

إن الشريعة تمتاز بأنها فوق الدولة كما هي فوق الفرد والجماعة لأن الشريعة مصدرها القرآن والسنة، ويكملاها الفقهاء والأئمة العلماء. هذه الشريعة بمعناها الواسع يلتزم بها الفرد وتلتزم بها الجماعة والدولة التي تثلج الجماعة أو تدعى تمثيلها لأن شريعتنا تخاطب الفرد وتخاطب الجماعة .

إن الفرد له في شريعتنا حقوق لا تملكتها بعض الدول الآن. فالفرد كالمجتمع والدولة، له حق اختيار المذهب، وهذا الاختيار الذي نسميه "التقليد" هو ليس تقليداً أعمى كما يتصور البعض، إنما هو اختيار المذهب والرأي الذي يقنع به حيث إن كل مذهب فيه آراء عديدة. توجد عندنا مذاهب متعددة وسوف تزداد عدداً إلى يوم الدين، وفقهنا فيه آراء متعددة في كثير من الموضوعات استنبطناها من الكتاب والسنة ومن أقوال الفقهاء والعلماء المتعددة والمختلفة، وكل الأئمة أعلنا أن فتاويمهم مجرد آراء لا تلزم إلا من يقنع بها وبأداتها وحجتها .

● نوع المذاهب وتعدد الآراء لا يمس المبادئ الأساسية الملزمة للجميع :

من الذى يختار الحكم الذى يلتزم به الفرد أو الجماعة ؟

أولاً الفرد يختار لنفسه، وثانياً الجماعة تختار بالشورى .

هنا يجب أن نوزع الاختصاص بين الفرد والمجتمع. فالفرد يملك الاختيار في شئونه الشخصية، كالصلة والعبادات وعلاقاته مع الله سبحانه وتعالى .

أما أحكام المعاملات مع المجتمع وأفراد المجتمع فهذا يخضع للرأى والمذهب الذى تختاره الجماعة بالشورى ليكون حكماً موحداً يلتزم به أفرادها. ومن حق الجماعة فيما يتعلق بالسائل الجنائية والمدنية وما إليها أن تختار المذهب الذى يلتزم به القضاة والرأى الذى يحكم به القضاة في حالة تعدد الآراء في المذهب. لا توجد في العالم حرية وتنوع في التشريع أكثر من هذا، لأن كل جماعة وكل بلد تختار المذهب الذى تريده حررة طائعة، كل ما هنالك أنها تلزم القضاة وتلزم أفرادها بأن يسيروا على هذا المذهب الذى تختاره فيما يتعلق بالمنازعات وفي العلاقات فيما بينهم .

فيما عدا هذا، فالفرد هو الذى يصلى ويعبد ربه كما يعتقد وعليه أن يختار هو المذهب الذى يلتزم به، ويلزم لذلك أن يكون لديه قدر من العلم يمكنه من الاختيار؛ والعلم واجب على جميع أفراد المجتمع نساء ورجالاً .

أحياناً يتصور كثيرون أن العلماء هم "طائفة" في المجتمع، في حين أن العلماء ليسوا في الإسلام طائفة لأن العلم فريضة على كل مسلم وMuslima. فالمفروض أن جميع الأفراد عندنا لديهم نصيب من العلم يكفيهم لكي يرجحوا بين الآراء ويختاروا بين المذاهب في نطاق أحكام الفقه دون تجاوزها، وكل ما هنالك أنهم متباينون فيما لديهم من العلم . ولكن هناك مبادئ عامة تتفق فيها جميع المذاهب والأراء، مثل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذى يعبر عنه الآن بأنه "لا جرمية ولا عقوبة إلا بنص"، والمقصود هو النص السابق على الفعل لأن القرآن الكريم يتضمن قوله تعالى : «وما كان معدلين حتى نبعث رسولا» [الإسراء : 15]. فالله سبحانه وتعالى لا يعاقب إلا بعد الإنذار، وهذا هو المبدأ الأساسي في التشريع الجنائي .

المفروض أن المجتمع لا يمكن أن يعاقب شخصاً على فعل إلا إذا أعلمته أو لا بتحريمه، ولذلك فالتعليم والإعلام فريضة في الإسلام على المجتمع وعلى الفرد ذاته. إن العلم والتعليم من أولى فرائض الإسلام، وشريعتنا تعلم الفرد ما المعايير التي سيعاقب عليها إذا ارتكبها، ونحن قد بينا في حاشيتنا أن ذلك يجعل تقيين التعازير واجباً

على الجماعة ومن يمثلوها - لتسهيل أسباب العلم - وإن كان الفقه قد سار في الماضي على أنه يكفي وجود النصوص "التكليفية" التي تحرم المعاishi .

* * *

إن التسلسل في المصادر من حقائق الإسلام بخلاف القوانين الوضعية حيث إن الدولة (حتى ولو كانت سلطتها مفروضة بالسيف والقهر والعصبية) هي التي تضع القانون موحداً وأنت تلزم بالقانون الذي وضعته لا اختيار لك فيه إلا بأمر الدولة . الإسلام يلزمك بالتعلم والعلم، وبعد العلم الاختيار الحر أى الالتزام الطوعي بهذا السلوك القويم سواء كنت فرداً أو جماعة، فإذا اخترت بعد ذلك كله فأنت شاذ تحتاج إلى ردع وزجر بالعقوبة أو الجزاء الشرعي .

5 - أحکام الفقه والشريعة تتجاوز نطاق القوانين "الوضعية" :

عندما ندرس خصائص فقهنا لا يجوز أن نقف داخل النطاق الذي تشمله "القوانين الوضعية"، بل إن أهم خصائص فقهنا أن يتتجاوز هذا النطاق لأنه أعم وأشمل، إنه ينظم جميع نواحي حياة الفرد والجماعة ابتداءً من العقيدة والعبادات والأخلاق والسلوك، وتاتي القوانين في النهاية .

بل إنه في نطاق القانون لا يفرق بين القانون الداخلي والدولي .

إن فقهنا يستربط القواعد التي تحكم نشاط الأمة الإسلامية ودولها وأفرادها حتى في حالة وجودهم خارج نطاق المجتمع الذي تسوده الشريعة الإسلامية إذ ينظم علاقاتنا ب تلك المجتمعات الأجنبية، وهذا ما يسمى في القوانين الوضعية "بالقانون الدولي العام والخاص" ، وهذا النوع من القوانين الوضعية العصرية تختلف عن القانون الداخلي بأن أشخاصها هى الدول، لأن نظرية السيادة تجعل الدول فوق القانون الوضعي، بل هي صانعة له في نظرهم .

أما فقهنا فإن السيادة للتشريع الاهلي، "والدول" تخضع للشريعة التي تخضع لها الأفراد، لذلك لا يميز فقهنا بين القانون الداخلي وما يسمى في العصر الحاضر بالقانون الدولي الذي ليس له قوة إلزامية فعلية بسبب ماتمتع به الدول من سيادة⁽¹⁾ .

⁽¹⁾ ما يسمى بالنظام العالمي يتجه الآن إلى منظمات عالمية تستطيع إلزام الدول بقرارها... التي يفترض أنها تطبق "القانون الدولي" ، وإن كان هذا الفرض غير صحيح حالياً لأن هذا النظام العالمي حالياً خاضع لأهواء بعض الدول الكبرى التي تفرض سيطرتها على "المنظمات الدولية" وتستطيع بواسطتها التحكم في الدول الأخرى دون أن تلزم هي بأحكام القوانين أو تصرفاتها أو سياستها.

الجزاء الأخرى هو الأساس لارباطه بالعقيدة :

شريعتنا قسم أولا بالأمر والنهي والتحليل والتحريم، أي الحكم التكليفي المخاطب به المكلف دينيا وخلقيا، دون تحديد الجزاء القضائي، لأن الجزاء الأساسي العام لكل خروج عن أحکامها هو الجزاء الأخرى يوم الحساب ... وهذا هو معنى وصفنا الشرعية بأن لها طابعا دينيا .

والتكاليف التي يفرضها فقها وشريعتنا تتسع لكثير من نواحي الحياة الفردية والاجتماعية التي يخرج كثير منها عن نطاق التشريعات الوضعية "العصيرية" .

أول هذه التكاليف هي العبادات، وكثير منها أعمال وتكاليف فردية، لكن أهمها هي التكاليف الجماعية، مثل الحج وصوم رمضان، بل والصلوات الجماعية والزكاة، والأصح أن جميع العبادات لها جانب فردي وجانِب اجتماعي، وكلاهما لا تتعنى به القوانيين الوضعية .

وقدمة هذه التكاليف هي العقيدة الذي يقصد بها الإيمان بالله وبالحساب والجزاء في اليوم الآخر وبرسالة الإسلام وشريعته .

وللعقيدة أهمية كبيرة في تشريعنا، لأنها هي التي تجعل المكلفين يطبقون أحکامها طوعيا خوفا من الحساب يوم القيمة دون حاجة للقضاء والجزاء الجنائي إلا في حالات استثنائية.

والواقع أن الأحكام التكليفية هي قاعدة مهمة لاستبطاط الأحكام "الوضعية" (بالمعنى الشرعي) وهي منبعها وأساسها. فقد بينا أنه في نطاق التشريع الجنائي، فإن مبدأ التعزير يعطى للقضاء والفقه الحق في فرض جزاء على المعاصي التي تشمل كل تقصير في الالتزام بالأحكام التكليفية. بما في ذلك أحکام العبادات ذاتها، وإن كان هذا الجزاء في نظرنا يمكن عدده تعزيزا وقائيا دون حاجة لوصفه بأنه عقوبة جنائية، كما سنتوضّحه تفصيلا في حاشيتنا .

ويجب أن نشير هنا مقدما إلى أهم الموضوعات التي نرجو من كل باحث أن يعطيها اهتماما خاصا - لأنها في رأينا من النظريات المميزة لشريعتنا التي تكلم عن بعضها فقيهنا في البدول الأولى من كتابه - ونكتفي منها بما يلي :-

- أول هذه الموضوعات : تميز شريعتنا بفرض عقوبات بدنية في جرائم معينة عندما تتوافر فيها ظروف تستوجب تشديد العقوبات إلى الحد الأقصى .

ابن تيمية يعده الحدود كفارات لها صفة تعبدية :

وسيرى القارئ أن هذه العقوبات القصوى - المقدرة شرعا - لا مثيل لها في القوانين الوضعية، مع أنها تختل مكانا بارزا في فقهها الجنائى، حتى أصبح كثيرون يعتقدون أنها هي أول ما يميز هذا الفقه. بل وصل البعض إلى الظن خطأ أنها هي وحدها المقصودة عند المطالبة بتطبيق الشريعة .

في نظرنا أن الجراءات البدنية المفروضة حدا أو قصاصا لا يجوز عدّها مجرد عقوبات جنائية، بل هي أهم من ذلك لأن لها طابعا دينيا، لأنما كما قال "ابن تيمية" إنما هي كفارة قصد بها تطهير الجاني من المعصية لتفادى آثارها يوم الحساب في الحياة الآخرة ". وهذا التطهير يقع بصفة مؤكدة في حالة اعتراف الجاني تلقائيا بالذنب وإصراره على طلب توقيع "الحد" برغم أن هذا الاعتراف دليل على التوبة الصادقة التي تُسقط العقوبة الحدية في الدنيا .

وسرى أن التوبة إنما هي صورة من صور العبادة، ودورها في إسقاط العقوبات البدنية والجزاءات البدنية (حداً أو قصاصاً) يجعل هذه الجراءات المقدرة ذات طابع ديني يوجب إلزام المسلمين بها وحدهم لأن الشارع الحكيم قصد بها إلزام الجاني بالتبوية النصوح لكي يتفادى هذه العقوبات البدنية، وسرى فيما بعد أن "التبوية" لها في التشريع الإسلامي دور مختلف تماماً عن دورها في القوانين الوضعية .

الموضوع الثاني : أن الجزاء الأصلي على الجرائم والمعاصي هو الجزاء الأخرى يوم البعث والنشور، وأن الجزاءات الجنائية الدينية مكملة له فقط، وأن ضرورات إصلاح الفرد وحماية المجتمع هي التي تبرر فرض هذه الجزاءات القضائية والدينية بصفة استثنائية. ولذلك يجب استبعادها كلما وجدت شبهة أو توبية وتواترت شروطها الشرعية.

ولما كانت الضرورة تقدر بقدرهـ، فإنه كلما وجدت وسيلة أخرى للإصلاح ليس فيها معنى العقوبة، فإنما أولى من العقوبة الجنائية. وأول سبل الإصلاح التي تغنى عن العقوبات الجنائية هي ما يسمى اليوم بتدابير الوقاية والاحتراز، وكذلك التوبة. ويتنتج عن ذلك ما يلي :

1 - أن التوبة النصوح يجب أن تؤخذ بعين الاهتمام، ويترتب عليها إسقاط العقوبة البدنية الحدية والاكتفاء بالتعازير. بل في نطاق التعزير يكتفى في نظرنا بالتعزير الوقائي أو إجراءات التربية والتهدیب والإصلاح الخض مثل العبادات كالصدقة والصيام .. إلخ.

الجزاءات الجنائية تبررها الضرورة فقط :

2 - أن التعزير ليس عقوبة جنائية دائماً كما يظن البعض، وإنما يتسع لتدابير دينية وعبادات تدخل في نطاق الوقاية والتهذيب مثل الوعظ والصيام وإطعام مساكين وما إلى ذلك من العبادات التي لا يصح في نظرنا وصفها بأنها عقوبة جنائية، وإنما قصد بها تمكين المحكوم عليه من التوبة أو تشجيعه عليها^(*).

3 - أن هذه الجزاءات بجميع أنواعها لا تطبق إلا بعد محاكمة قضائية عادلة ونزاهة تلزم بأحكام خاصة في وسائل الإثبات وإجراءات المحاكمة - والأدلة القانونية في كثير من الأحوال، وفي حالة تختلف أحد الشروط يجب الالتزام بمبدأ البراءة الأصلية ومبدأ درء الحدود بالشبهات ... إلخ، ولو أدى ذلك لإفلات بعض المجرمين من العقاب الدنيوي لأن الجزاء الأخرى هو الأصل .

* * *

الموضوع الثالث : استقلال الشريعة عن السلطة السياسية، لأن مهمة الدولة سواء كانت عادلة أو مستبدة، هي الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها، ومعنى ذلك أن كل من يمثل الدولة وسلطاتها المختلفة ليس له أي دور في التشريع أو الفقه، لأن المشرع الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين وأن مهمة استنباط الأحكام من مصادرها الشرعية هي لأهل الاجتهاد وأهل الذكر والعلم الذين يمثلون الأمة في هذا المجال مستقلين عن يمارسون السلطة السياسية بالحق أو بالباطل .

وسيرى الباحث أنها حرصنا دائماً على ما يلي :

1 - استبعاد وصف أصحاب السلطة السياسية بأنهم "أولوا الأمر" في التشريع، وقصرنا هذه التسمية على أهل الاجتهاد .

2 - ربنا على ذلك أن تقين الفقه هو من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من اختصاص أصحاب السلطة السياسية في الدولة ولو سموها سلطة تشريعية.

(*) سوف نضيف إلى حاشيتنا على البند 253 ثم البند 530 بحثاً بشأن التوبية كسبب من أسباب سقوط العقوبة، وهذا البحث أعده زميلنا الأستاذ الدكتور شكري الدقاد عن أثر التوبية على العقوبة في شريعتنا وقد علقنا عليه.

أحكام الشريعة تعلو على كل سلطة بشرية وتستقل عنها :

وبذلك يكون الفصل العضوي الكامل بين التشريع والتنفيذ هو من أهم مزايا وأصول نظامنا السياسي الجنائي .

3 - أن كل ما يتعلق باختصاص ولـى الأمر في التشريع أو القضاء - مثل تحديد العمازير أو العفو عن العقوبة أو الجريمة - لا يصدر به قرار من رئيس الدولة إلا بناء على اقتراح أهل الاجتهاد لأنهم هم أولياء الأمر في الفقه والتشريع .

وهذا الموضوع يدخل في نطاق "القوانين الأساسية" أو الدستورية المتعلقة بنظام الحكم والدولة والحكومة، لكن يجب مراعاته فيما يتعلق بالأحكام الجنائية .
ثم إن الطابع الديني لشريعتنا له آثار مهمة في فقهنا الجنائي الذي هو موضوعنا .

ب - ميزات التشريع والفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة :

التشريع الجنائي فرع من التشريع الإسلامي كله، والفقه الجنائي هو علم الفروع وينطبق عليه ما قلناه بشأن خصائص الفقه ومميزات الشريعة بصفة عامة، لكن بالإضافة إلى ذلك فإن له طبيعة خاصة تفاصيله في نظرنا عن جميع فروع التشريع والفقه الإسلامي الأخرى، وهو أنه ليس عام التطبيق بل له دور تكميلي واحتياطي بصفة استثنائية .

إنه فقه استثنائي، بمعنى أنه لا يطبق إلا بالنسبة للشواذ أو المرضى الذين يصابون بالخراف سلوكي هو ارتكاب المعاصي، والمفروض أن المجتمع الإنساني يتكون من أشخاص يفترض فيهم أنهم أسواء مستقيمون كما يتكون من أفراد أصحاء. فالصحة والاستقامة هي الأصل الذي يجب أن يعامل على أساسه جميع أفراد المجتمع، والإجرام كالمرض حالات استثنائية يمكن أن تعرض لأي شخص، ولكنها إذا عرضت لهذا الشخص تحتاج إلى معاملة استثنائية لعلاجه، لذلك لا بد أن نراعي عند دراستنا للفقه الجنائي وعند استبatement أحكام التشريع الجنائي أنها أحكام استثنائية تخضع لشروط استثنائية ولا تتجاوزها مطلقاً .

وهذا هو أساس عدد من المبادئ الكبرى في الفقه الجنائي الإسلامي مثل اشتراط أدلة معينة للحكم ببعض العقوبات ومبدأ (ادرعوا الحدود بالشبهات) الذي هو من أهم المبادئ في الفقه الجنائي الإسلامي، ويمكن القول بأنه لا نظير له في أي فقه آخر . صحيح أنه في القوانين الوضعية، للقاضي أن يختار التفسير الأصلح للمتهم ويستبعد الدليل الذي يشك في صحته تطبيقاً للمبدأ المعروف وهو "أن الشك يفسر لصالحة المتهم"، وهذا كله في حدود سلطة القضاء في تقدير الأدلة، ولكن في نطاق التشريع فإن المبدأ الإسلامي في استبatement الأحكام هو أنه ثدراً الحدود بالشبهات (والحدود هنا تشمل الحدود والقصاص). فإذا ارتكبت جريمة زنا أو جريمة قتل فإن المشرع الإلهي ذاته اشترط لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص توافر عدد معين من الشهود، والفقه تبعاً لذلك يضع شروطاً أخرى لتوقيع تلك العقوبات. والقصد من ذلك أن المشرع والفقير يستبعدان توقيع عقوبة الحد والقصاص في جميع الحالات التي لا تتوافر فيها تلك الشروط .

المظاهرة بالمعصية تستوجب تشديد العقوبة :

لكن هذا لا يمنع في نظرنا أن يفرض القاضي جزاء تعزيريا إذا اقتضى بوقوع المعصية من المتهم ولو لم تتوافر شروط الحد أو القصاص، لأن التعزير في هذه الحالة يكون في نطاق تدابير الوقاية والتربيه والتهذيب .

إن كثرين لا يفهمون توسيع الفقه في ذكر الشبهات التي تسقط الحد أو القصاص حتى أصبح وجود هذه العقوبات رمزا فقط في نظر البعض. فالزنا مثلا لا يمكن أن يعاقب عليه بالحد إلا إذا شاهده وشهد به أربعة شهود رؤية، وفقهاونا يفصلون المقصود بالرؤيه حتى إن البعض منهم يعتقد بأن توافرها غير ممكن وأن وجود مثل هؤلاء الشهود أمر مستحيل إلا إذا وقع فعل المعاشرة المحرمة في مكان عام وكان الجنابة في حالة عرى كامل تكون أربعة شهود من رؤية هذه المعاشرة بالصورة الفاضحة التي يشترطها الفقه. لذلك، فإني قلت في حاشيتي إن هؤلاء الشهود مقصود بهم إثبات العلانية الفاضحة التي تشيع الفاحشة في المجتمع، وليسوا مطلوبين مجرد إثبات واقعة المعاشرة ...

إن من يذهبون لذلك ينسون أن شريعتنا تبدأ بالعقيدة التي هي الإيمان بالجزاء في اليوم الآخر. فالمؤمن يتعد عن العاصي خوفا من الجزاء الأخرى يوم القيمة، أما الجراءات الدنيوية فهي واجبة احتياطيا لتخويف من ينسون مسئوليتهم أمام الله يوم القيمة أو لا يؤمنون بالبعث والحساب ...

إن أساس الإصلاح الاجتماعي في الإسلام هو "تقوى القلوب" أي الخوف من العقاب الأخرى، لأن العقاب الدنيوي لا يمكن أن يكون كافيا لرجم الناس وإبعادهم عن طريق الغواية والجرائم. إذ ثابت أن أكثر الجرائم التي تقع لا تبلغ بها أجهزة الأمان والتحقيق، ثم إن ما يبلغ لها تعجز الشرطة عن معرفة الفاعلين، فإذا وجدوا من يتهمونهم فإنهم بعد ذلك يعجزون عن الحصول على أدلة يقدموها للقضاء ليحكم بادانتهم، بل إذا وجدوا أدلة فإن قاضي التحقيق أو النيابة العامة كثيرا ما يتبعن لها أنها أدلة غير كافية. وما ترى النيابة أو قاضي التحقيق تقديمها للقضاء من هذه القضايا لا تحكم المحاكم بادانة المتهم فيها جيئا، بل كثيرا ما تحكم بالبراءة فيها لعدم كفاية الأدلة... وهكذا فإن نسبة الحكم عليهم بالعقوبة الجنائية لا تتجاوز 10% من مرتکبي الجرائم وهذه نسبة لا تكفي فعلا لردع الجرميين الذين يفلت أكثرهم من

الجزاء الجنائي له صفة استثنائية :

القضاء. ثم أن التشريعات الوضعية تفرض عقوبات السجن أو الحبس. وقد تبين أن بعض الجرمين يفضلون الإقامة في السجون حيث يجدون المعيشة والرعاية التي لا يوفرها لهم المجتمع بسبب الفقر والبطالة وسوء الحالة الاقتصادية بالنسبة للطبقات المستضعفة في المجتمعات العصرية ...

الخلاصة أن أي إصلاح في القوانين الجنائية أو في إجراءات التحقيق والمحاكمة لن يكفي لقاومة الإجرام أو الانحراف، ولابد أن نلتزم بما تفرضه شريعتنا من عقيدة التقوى وخشية العقاب يوم القيمة، وما يترب على ذلك من قيم سلوكية وأخلاقية وتربيبة دينية هي وحدتها الكفيلة بإصلاح الفرد والمجتمع، حتى يبقى الجزاء الجنائي علاجاً استثنائياً في حالات محدودة فقط، وهذا هو ما يميز شريعتنا الغراء ..

إن معرفة الطبيعة الاستثنائية للأحكام الجنائية في شريعتنا رد كاف على أولئك الذين يهاجرون المطالبين بتطبيقها ويدعون أن عقوباتها البدنية تتصف بالشدة والقسوة التي ترفضها الدول "العصرية" (بالنسبة لرعاياها فقط)، ولكنهم لا يورعون عن أعمال الإبادة والإذلال والإهانة والإفقار والاستصال لأبناء الشعوب المستضعفة التي يفرضون سيطرتهم عليها باسم الاستعمار أو "النظام العالمي الجديد" أو التطهير العرقي ...)

ولكن بعض الإسلاميين أيضاً هم في حاجة لذكرهم بذلك لأن منهم من يتصور أن تطبيق الشريعة هو تنفيذ الحدود الجنائية، ويدعون بذلك، ويفيدون هذا إلى أن يعطوا السلطات السياسية والدول سلاحاً ثالثاً به أفراد شعورها وتزيدهم بؤساً، ووقف بعض النظم عند ذلك دون أن تقوم بواجباتها في الالتزام بمبادئ الإسلام في احترام حقوق الإنسان وتطبيق حرية الشورى وتقييد سلطة الحكام ومساءلتهم وعزلهم عند الاقتضاء دون أن توفر في المجتمع قواعد الإصلاح الاقتصادي والتكافل والعدل الاجتماعي الذي يوفر للأفراد ما يحتاجون إليه من معيشة توفر لهم الكرامة والحرية والمساواة ...

عندما نبحث في خصائص التشريع الجنائي ونوازن بينه وبين فروع القانون الأخرى في شريعتنا ذاتها نجد أن القانون المدني مثلًا قانون عام يطبق على الناس جميـعاً: الذي يبيع يلزم بكلـذا، والـذي يتزوج يلزم بكلـذا، هذه قواعد عامة يلتزم بها الناس في جميع الأحوال، وبناء عليه ليس لها صفة استثنائية والـذي له صفة استثنائية هو فقط التشريع الجنائي ...

الجزاء الجنائي يطبق على نسبة ضئيلة من الجرائم :

والرسول صلى الله عليه وسلم عندما جاء له رجل ليعرف بالزنا، قال له : فكر واذهب وعد غدا، فلا يرغب الرسول (صلى الله عليه وسلم) أن يتحمل مسئولية أن يعاقب الرجل عقابا دنيويا مجرد اعترافه المرتجل مرة واحدة، بل طلب منه أن يراجع نفسه وكرر ذلك أربع مرات لأنه يعلم صلى الله عليه وسلم أن العقاب الحق سيكون يوم الدين، وهذا هو الأساس في الإسلام ...

إن شريعتنا تدين المjaherة بالعصية - وقد عبر عن ذلك الحديث الشريف:
"كل أمة معاف إلا المجاهرين - وإن من المjahera أن يعمل الرجل بالليل عملا ستره الله، ثم يصبح فيقول يا فلان عملت البارحة كذا وكذا - بيس و قد ستره ربه ثم هو يفضح ستر الله عليه"⁽¹⁾.

المسلم عندما يؤمن بالله وباليوم الآخر يعلم أنه ليس في حاجة لعقاب جنائي ليلتزم بالسلوك النقي الصالح، والمجتمع ليس في حاجة للقانون الجنائي إذا آمن الناس وأحسنوا وسمعوا وأطاعوا وأيقنوا أن الجزاء يوم الدين، ويبقى الجزاء الجنائي الدنيوي هذا في نطاق محدود، وإذا احتاج لذلك الجزاء الجنائي لمواجهة الشذوذ أو الإجرام فيكون ذلك في حالات استثناء محدودة ...

الشريعة توجب على الفقيه القاضي والمجتمع بأن يعمل على تضييق نطاق تطبيق هذا العقاب القضائي الاستثنائي، هناك من يتهمون المسلمين بأنهم يطبقون الحدود ويقطعون الأيدي والأرجل، هؤلاء يجب أن يعلموا أن هذا شيء استثنائي في حالات محدودة، فالمريض قد يحتاج إلى جراحة، والطبيب يفتح بطنه في المستشفى وفتح البطن جريمة في جميع الشرائع، ولكن إذا كان الشخص مريضا فإننا نفتح ونخرج بطنه وهذا هو العمل الذي يعمله القاضي الجنائي أو الفقيه الجنائي عندما يقرر العقوبة البدنية، فهذا عمل استثنائي لا يكون إلا في حالات استثنائية عندما تقع الجريمة في مجتمع صالح وتتوافق جميع شروط الحكم القضائي بها ...

لقد أشرت إلى أن 50% من الجرائم لا تعرف الشرطة أو الحكومة، و50% الأخرى ترى الشرطة تبحث ولا تعرف من ارتكبها، و50% من الحوادث الباقية تجمع

⁽¹⁾ - حديث متفق عليه .

الجزاء الآخرى هو الأصل والحساب العادل الكامل يوم الدين:

أدلة ولكنها أدلة غير كافية عند الشرطة، أو عند النيابة أو قاضى التحقيق، وتحفظ الدعوى لأن الأدلة غير كافية. إن الربع أو الأقل من الربع مما يبلغ للسلطات يقدم لمحكمة وهذه المحكمة ترى كثيرا من المتهمين المتقدمين إليها من النيابة فالمدانون أقل من الثمن .

إن من عمل في القضاء وفي النيابة يعرف هذا، وأكمام الشكاوى والقضايا تستكمل، لكن لا يذهب إلى المحكمة إلا أقل من الربع، وأمام المحكمة والنيابة تقف والمحامون يقفون خارج المحكمة هذا الربع، ولا يحكم بالإدانة فيه إلا في نصفه أو ربعه .

هذا إذا قلنا إننا طبقنا القانون تطبيقا صحيحا في حين أن هذا ليس مؤكدا في جميع الحالات، لأن القضاة أنفسهم كثيرا ما ينكرون، والرسول ﷺ قال : "إنكم تحكمون إلى، وقد يكون منكم من هو أحسن بحجه فأقضى له بما ليس بحقه، فعليه ألا يأخذه...". فهذا النبي المرسل يحذرنا من أن حكمه قد يكون غير عادل نتيجة عجز أحد الخصوم عن بيان حججته. وهذا هو ما يحصل عندنا يوميا في قضايانا، خصوصا أن الفصاحة أصبحت أول صفات المحامين وكبارهم الذين يمكن للأغبياء وحدهم الاستعانة بهم .

كثيرا ما نرى المتهم يحصل على البراءة لأنه غنى يوكل عنه محاميا قديرا يكون أحسن بحجه كما قال الرسول الكريم. أما الفقير فقد يعجز عن توكيل محام أو يكون له محام لا يحسن الدفاع ويحكم عليه بالإدانة، ويكون الحكم صحيحا قانونا، لكنه ليس صحيحا ديانة. وقد تكون نسبة الخطأ في الأحكام أكبر حسب خبرة القاضي أو ظروف أحد الطرفين أو المحامين في القضية .

النتيجة أن أحكام الإدانة في القضايا قد يكون ضمنها نسبة من الأحكام الخاطئة لأن القضاة بشر معرضون للخطأ، ورسولنا الكريم الذى اختاره الله قدوة للناس وإماما لهم ورسولا يتلقى الوحي يحذرنا من أن نستفيد من الأحكام غير الصحيحة ولو كان هو بذاته قد أصدرها، فما بالكم بأخطاء قضاتنا في هذا العصر وفي جميع العصور؟!

لكن شريعتنا تطمئنا إلى أن الحساب العادل يوم القيمة سيد الحقوق إلى أصحابها إذا كانوا قد ظلموا بأحكام القضاء، ولن يفلت المجرمون من العقاب إذا كانوا قد استطاعوا التهرب من المحاكمة أو حتى الحصول على أحكام بالبراءة لا يستحقونها أو بحفظ القضية لعدم كفاية الأدلة .

الإهدار ليس معناه أن يقوم الأفراد بتنفيذ العقوبات دون محاكمة عادلة :

وهذه الطبيعة الخاصة للأحكام الجنائية في شريعتنا لها نتيجة مهمة فيما يتعلق بالأدلة وإجراءات التحقيق والمحاكمة .

نحن نعلم أن أحكام العقود والمعاملات المدنية بل والإدارية والدستورية وأحكام القانون العام والخاص كلها يطبقها الأفراد طوعيا ولا يرفع أمرها للقضاء إلا في حالة وجود خلاف بين أطراف القضية وأصحاب الشأن فيها. لكن التشريع الجنائي مختلف عن ذلك. فالالأصل أن المجتمع يعطى القضاء وحده الحق في الحكم على المتهمين في الدعاوى الجنائية، بل إنه يفرض عليه قيودا وشروطًا متعلقة بالأدلة والإجراءات وضمانات حقوق الدفاع يتمتع بها من يتهمنون بارتكاب جريمة حتى لا يتعرضوا للإدانة دون فحص وتحقيق ومحاكمة عادلة توافر فيها ضمانات تمكنهم من ممارسة حق الدفاع تطبيقا لمبدأ أن كل منهم بريء إلى أن يصدر بإدانته حكم قضائي نظرا لأن الأصل في الإنسان هو البراءة ووجوب حمل حال الناس على الصلاح.

و سنلاحظ أنه كلما كانت الجريمة خطيرة وتؤدي إلى الحكم بعقوبة شديدة، فإن المشرع الحكيم يزيد في هذه الشروط اللازم توافرها في المحاكمة .

ففي جرائم الحدود التي قررت فيها عقوبات بدنية يجب مشرعونا أن يكون الإثبات قانونيا يصل إلى حد اشتراط أربعة شهود رؤية أو اعتراف حر متكرر في جريمة الزنا مثلا - أو جريمة القذف - وفي غيرها يشترط شاهدان كما أن تطبيق مبدأ درء الحدود بالشهادات له أهمية خاصة في تلك المحاكمات .

لذلك كله، سرى القارئ أنها نعارض ماذهب إليه فقيهنا وكثيرون قبله من عَدْ المتهم بارتكاب مثل هذه الجرائم مهدر الدم، وأن معنى الإهدار هو أن للمجنى عليه أو غيره من الأفراد حق توقيع عقوبات الحدود. بل ذهب البعض إلى أن هذا واجب على كل فرد في المجتمع. في حين أن هذا الواجب أو هذا الحق هو للقضاء وحده في ظرنا. بل يرون إهانة دم العربي في غير حالة الحرب الفعلية، ونحن لانوافق على هذا القول لأن الحرب الفعلية هي وحدتها التي تتيح للمسلم المحارب والمجاهد قتال العربي وقتله لأنه يكون حينئذ في حالة دفاع عن النفس لأن العربي المحارب جاء ليقتله، لكن لا يجوز في ظرنا أن كل حربي دمه مهدر يجوز لكل مسلم أن يقتله مجرد أنه "حربى" سواء كان في دار الإسلام أو غيرها .

● جـ - خصائص المرحلة الحاضرة في فقهنا الجنائي - ضرورة التنظير والتقنين .

● التوازن والارتباط بين التقنين والتنظير :

وسيرى القارئ أيضاً أننا نعارض بأن عصمة الدم سببها الإسلام أو عقد اللذمة أو العهد. وقلنا إن أساسها هو الإنسانية التي يمتمع بها جميع أبناء آدم، ونعتقد أن نظرنا هذا يستحق اهتمام كثريين من الباحثين والعلماء .

إننا في بداية توسيع جديد في فقهنا المعاصر، عن طريقين : أوهما : التقنين وهو ظاهرة العصر في القوانين الوضعية، ويرى كثيرون أن أحکام الفقه الجنائي الإسلامي (وخاصة في مجال التعازير) لا بد أن تقدم للباحثين والقضاة وجمهور الناس في صورة تقنيات عصرية.

إذا كان فقيهنا قد اكتفى بالقول بأنه "لامانع" من تقنين أحکام الفقه الجنائي الإسلامي، فإن الجهد الذي بذله في كتابه لعرض أحکام فقهنا مبوباً على النمط الذي سارت عليه القوانين الوضعية، واستخدم في كتابته مصطلحات تلك القوانين وأساليبها، كان عملاً مهماً في تسهيل مهمة اللجان التي بدأت مشروعات التقنين في كثير من أقطارنا، والذي نرى أنه أصبح واجباً على فقهاء عصرنا وعلماء المستقبل.

والطريق الثاني : هو التأصيل الذي يربط نصوص التقنين الشرعى بمقاصد شريعتنا ومبادئها العامة التي هي أساس النظريات التشريعية التي ذكر فقيهنا عدداً منها على سبيل المثال لا الحصر. ونرى أن من واجب فقهنا التوسيع فيها في الحاضر والمستقبل حتى تربط أحکام التقنيات الشرعية بالمصادر الشرعية ولاحتاج لاستيراد نصوص من الخارج ولا تحول التقنيات الشرعية إلى قوانين وضعية فكن البعض من تجاهل خصائص شريعتنا التي حرصنا على التوسيع في دراستها .

إن التقنين والتأصيل (أى التنظير) كلايهما أهم خصائص المرحلة المعاصرة والمستقبلية في فقهنا الجنائي وهما مرتبان .

* * *

والآن لا بد أن أبين أهمية الارتباط والتوازن بين التقنين والتنظير في عصرنا الحاضر. إني أعتقد أن ظروف العصر الحاضر وما وصلت إليه مجتمعاتنا من تقدم وتطور قد زادت من حاجتنا إلى تجديد الفقه الجنائي الإسلامي، وأن مفتاح تجديده هو مزيد من العناية بالتنظير (أى التأصيل) لموازنة نتائج التقنين الذي نضطر إليه .

التقين يتولاه أهل الاجتهد حتى لا تحول التقينات إلى قوانين وضعية :

الارتباط بين هذين الاتجاهين معناه وجوب أن يكون التوسع في كل منهما متوازنا مع التوسع في الاتجاه الآخر ... لأنهما في نظرى متكاملان لا يغنى أحدهما عن الآخر. بل قد تترتب مساوى كثيرة إذا لم نقدم في كل جانب منها ما يكفى لهذا التوازن ... إن حاستنا لوجوب التقين في عصرنا الحاضر والمستقبل لا يجوز أن تنسينا مخاطر الإسراف في التقين دون توسيع في التنظير.

أول هذه المخاطر أن يتوصل البعض إلى تحويل التقينات الشرعية إلى "قوانين وضعية" تفرضها الدولة وتعبر عن إرادة من يمثلوها (سواء كان تمثيلهم لها صحيحا أو باطلًا. وهو الغالب في كثير من الأحيان).

هذا أرى أن يبقى التقين عملا فقهيا حتى تكون له طبيعته العلمية التي تفتح أمامه باب التطوير والتجديد بل والتعدد الذي قلنا إنه من خصائص فقها في جميع فروعه. والتنظير هو الذي يضمن لنا ذلك .

إن التقين الفقهي لازم لتوحيد القضاء ولقاومه الفوضى التي قد تنتج عن تعدد المذاهب واختلاف الآراء، لكن يكفى لذلك أن تعبأ المحكمة العليا أو المجلس الأعلى للقضاء، دون حاجة لتدخل الدولة أو الحكومة، بل ولا المجالس الشعبية السياسية التي تضم من تعلّمُهم الجماهير "أهل الحل والعقد" لأننا نرى أن أهل الحل والعقد في مجال التشريع هم "أهل الاجتهد" الذي يشارك فيه المجلس الأعلى للقضاء والمحكمة العليا مشاركة جدية على أساس أن الاجتهد في عصرنا أصبح عملا جماعيا يشارك فيه العلماء والقضاة وأهل الذكر الذين يكونون أهل الاجتهد حتى ولو لم يصلوا كأفراد إلى مرتبة الإمامة أو الاجتهداد .

هذا التقين الفقهي تبقى له صفة الفقه وأحكامه من حيث إنه مجرد آراء وفتاوي فقهية لا تلزم إلا من يلتزم بها وهو الشعب أو البلد أو الجيل الذي أصدر أهل الاجتهد فيه التقين ... ويبقى لغيرهم حق إصدار تقين آخر، فهو كالفتاوي التي يقدمها الأئمة والعلماء يبقى الالتزام بها اختيارياً لمن يقتدون بها ولا تلزم الأفراد أو الجماعات من اختيار آراء أخرى من مذاهب السلف أو الخلف .

﴿أولياء الأمر في التقنين هم العلماء والفقهاء لا الدول ورؤساؤها :﴾

فـرأينا أنـالذـى يلزمـالقضاءـبـالتقـنـينـهوـالمـجـلسـالـأـعـلـىـلـلـقـضـاءـوـمـحـكـمـةـالـنـقـضـ.ـإنـتحـويـلـالتـقـنـينـالـشـرـعـيـإـلـىـقـانـونـوـضـعـيـعـلـىـقـدـمـالـمـساـواـةـعـمـقـوـانـينـالـمـسـتـورـدـةـيـشـجـعـبـعـضـعـلـىـقـولـبـأـنـجـمـمـوـعـاتـالـقـوـانـينـالـوـضـعـيـةـالـخـالـيـةـلـاـخـالـفـالـشـرـعـيـ،ـوـأـلـهـاـهـىـالـتـعـازـيـرـالـشـرـعـيـةـلـأـنـ“ـوـلـىـالـأـمـرـ”ـمـفـوـضـفـيـنـظـرـبـعـضـلـوـضـعـ أحـكـامـالـتـعـازـيـرـوـلـوـبـاستـيرـادـالـنـصـوصـمـنـالـخـارـجـ...ـ

إنـمـثـلـهـذـاـقـولـغـيرـصـحـيـحـفـيـنـظـرـنـاـلـأـنـمـاـنـأـخـذـهـعـلـىـالـقـوـانـينـالـمـسـتـورـدـةـلـيـسـأـنـأـحـكـامـهـاـمـخـالـفـةـلـلـشـرـعـيـةـ،ـإـذـاـوـجـدـتـهـذـهـمـخـالـفـةـ،ـبـلـإـنـنـأـنـرـفـضـهـاـحـتـىـوـلـوـأـدـعـىـأـنـصـارـهـاـوـمـسـتـورـدـوـهـاـأـنـهـاـلـاـخـالـفـأـحـكـامـالـفـقـهـ،ـطـالـمـاـأـنـمـنـأـبـعـهـاـوـجـذـورـهـاـأـجـنـبـيـةـ،ـتـجـعـلـهـاـمـقـطـوـعـةـالـصـلـةـبـالـمـنـابـعـالـشـرـعـيـةـوـمـصـادـرـتـشـرـيعـنـاـ،ـوـتـحـوـلـالـكـتـابـوـالـسـنـةـ،ـبـلـوـالـفـقـهـ،ـإـلـىـمـجـرـدـمـوـرـوـثـاتـمـيـةـأـوـمـعـطـلـةـأـوـمـهـمـلـةـمـقـطـوـعـةـالـصـلـةـبـشـفـاقـتـنـاـوـحـيـاتـنـاـالـتـشـرـعـيـةـ،ـوـيـصـبـحـمـسـتـقـبـلـنـاـوـمـصـيـرـنـاـتـابـعـاـلـمـصـيـرـالـجـمـعـاتـالـأـجـنـبـيـةـالـتـيـاسـتـورـدـنـاـمـنـهـاـأـحـكـامـالـقـانـونـالـوـضـعـيـعـالـذـىـيـنـقـلـإـلـيـنـاـعـيـوبـمـجـتمـعـاهـمـالـتـىـتـوـشـكـعـلـىـالـأـهـمـيـاـرـ،ـلـأـنـنـعـلـمـأـنـهـمـإـذـاـكـانـوـسـبـقـوـنـاـفـيـطـرـيقـالـحـضـارـةـالـمـادـيـةـإـلـاـأـنـهـمـسـوـفـيـسـبـقـوـنـاـأـيـضـاـإـلـىـالـأـهـمـيـاـرـبـسـبـبـغـيـابـالـقـيـمـالـعـقـيـدـيـةـوـالـأـخـلـاقـيـةـالـتـىـهـىـجـوـهـرـالـإـسـلـامـالـذـىـنـعـتـزـبـهـوـالـتـىـهـىـأـسـاسـفـقـهـنـاـوـتـشـرـيعـنـاـالـإـسـلـامـيـ.ـ

إنـ“ـوـلـىـالـأـمـرـ”ـمـفـوـضـلـاـسـتـبـاطـأـحـكـامـالـتـعـازـيـرـفـقـهـنـاـهـوـالـفـقـيـهـوـالـقـاضـيـالـجـهـدـهــوـلـيـسـهـوـمـنـيـتـولـيـرـئـاسـةـالـدـوـلـةــوـذـلـكـضـمـانـةـلـكـيـيـظـلـتـشـرـيعـنـاـمـرـتـبـطـاـبـالـعـقـيـدـةـوـالـخـلـقـ،ـوـتـكـوـنـلـلـشـرـعـيـةـالـسـيـادـةـالـتـىـتـجـعـلـالـدـوـلـةـوـرـئـيـسـهـاـوـجـمـيعـسـلـطـانـهـاـخـاصـعـةـلـلـشـرـعـيـةـوـتـقـنـيـنـاـهـاـالـمـسـتـمـدـةـمـنـالـمـصـادـرـالـشـرـعـيـةـبـعـرـفـةـالـأـلـمـةـوـالـجـهـدـيـنـوـأـهـلـالـاجـهـادـ.

الـأـخـطـرـالـذـىـنـخـشـاهـمـنـالـإـسـرـافـفـيـالـتـقـنـينـ،ـهـوـتـجـمـيدـأـحـكـامـالـفـقـهـنـتـيـجـةـصـيـاغـتـهـفـيـنـصـوـصـثـابـتـةـتـجـمـدـهـ.ـوـقـدـيـسـدـذـلـكـالـتـقـنـينـعـلـىـالـفـقـهـبـابـالـاجـهـادـأـوـيـحـرـمـالـعـلـمـاءـالـفـقـهـاءـوـالـقـضـاءـمـنـالـقـيـامـبـدـورـهـمـالـذـىـفـرـضـتـهـالـشـرـعـيـةـلـهـمـبـالـمـسـاـهـمـةـالـجـدـيـةـفـيـاسـتـبـاطـالـأـحـكـامـالـشـرـعـيـةـوـتـنـمـيـتـهـاـوـإـثـرـائـهـاـوـتـجـدـيـدـهـاـسـوـاءـبـحـرـيـتـهـمـفـيـاـخـتـيـارـالـحـكـمـالـذـىـيـنـاـنـسـابـظـرـوفـالـزـمـانـوـالـمـكـانـمـنـبـيـنـالـآـرـاءـوـالـمـذاـهـبـالـمـتـعـدـدـةـفـيـفـقـهـنـاـبـلـوـحـقـهـمـفـيـ

أهل العلم والخبرة هم أهل الاجتهاد وواجبهم التنظير :

استباط حكم جديد من المبادئ العليا للشريعة التي نريد أن تكون منبع النظريات العامة التي تفتح أمام العلماء والفقهاء باب استباط أحكام مستحدثة في القضايا التي لا يوجد حكم لها في النصوص الشرعية بالكتاب والسنّة أو في المذاهب التي توصل إليها الأئمة والمجتهدون من أسلافنا.

وتفادي خطر التجميد في أحكام الفقه يكون بالتوسيع في التنظير، لأن علماءنا عندما يواجهون وقائع مستحدثة لا حكم لها في نصوص المصادر السماوية ولا اجتهادات الأئمة السابقين لا يجوز أن يلتجئوا إلى استيراد أحكام من الخارج – كما يحدث اليوم في القوانين الوضعية – بل يجب أن يتوجهوا إلى المبادئ العليا في شريعتنا التي يجعلونها أساساً لنظريات تشريعية تفيدها في استباط الأحكام الفرعية المستحدثة.. لقد تكلم كثيرون من أسلافنا عن القواعد العامة، وعن التنظير الفقهي في إطار المذاهب المعروفة، لكننا الآن وصلنا إلى نظريات أعلى وأسمى نسماها "نظريات تشريعية". يكون أساسها نصوصاً صريحة في الكتاب والسنّة لا بد من إعمالها والتنسيق بينها.

فنظرنا : أن الفقه الذي يتولى التقنين هو الذي يلتزم بالقيام بما نعتبره المقابل الموازي والمكمل له – وهو التنظير لأنه هو الذي يكسب الفقه مرونة ونفوذاً واسعاً تحول دون أن يصاب بالجمود بسبب الغلو في الاعتماد على التقنيات والاكتفاء بنصوصها . إن التنظير يقصد به استباط النظريات العامة في الشريعة وعدم الوقوف عند حد استباط الأحكام الفرعية قياساً على ماورد منها في النصوص الشرعية وحدها لأن الأحكام الفرعية في الكتاب والسنّة محددة العدد، والمجتمعات تنمو وتتطور وتتجدد لها قضايا ومشكلات مستحدثة تحتاج إلى تنمية الأحكام الفرعية – وإثرائها – ولا يكمن ذلك إلا بالتأصيل أي الاستعانة بالنظريات التي تستمد من المبادئ العامة والمقاصد السامية لتلك النصوص لكي تستمد منها أحكام التعازير .

وفي نظرنا، يتم استباط الأحكام المستحدثة على مرحلتين : الأولى بناء النظريات العامة. والثانية: الاستعانة بهذه النظريات لاستباط الأحكام الفرعية المطلوبة .

فالتنظير عملية معقدة إذا قسناها بالاستباط المباشر للأحكام الفرعية من النصوص الموجبة لأحكام فرعية محدودة العدد، إن أئمتنا بدأوا بالتحاذ القیاس المباشر على الحكم

تأصيل أحكام التعازير عن طريق النظريات :

الذى ورد به النص. لكننا الآن ندخل هنا في نطاق قياس أوسع غير مباشر، لابد أن نستعين فيه بمقاصد الشريعة ومثلها السامية، لأن بناء النظرية لا يكفى فيه مدلول النص ولا القياس عليه. بل لابد من النظر إليه في ضوء مقاصد الشريعة السامية ومبادئها الأساسية.

لقد ذكرنا في مواضع سابقة نماذج للنظريات التشريعية⁽¹⁾ نشير الآن إلى ماله صلة وثيقة بالتقنيات الشرعية التي نرى أنها واجبة في عصرنا واشترطنا ألا تتحول إلى قوانين وضعية مصدرها أهواء حكام قد يفرضون سلطتهم بالقوة والغلب، وإنما تستند من مصادر التشريع الإسلامي، ومن نظرياته العامة، التي يمكن استنباطها من نصوص الكتاب والسنة، وبخاصة منها ما يتضمن أحكاماً تكليفية تهنى عن بعض الأفعال وتعدّها معاصي مثل الربا والزنا وشهادة الزور والتجمس والخمر والميسر، أو توجب أفعالاً أخرى مثل أداء الأمانة والوفاء بالعقود والعقود. بل إن النصوص التي تقرر عقوبات القصاص في جرائم القتل والإيذاء البدنى، أو التي تفرض عقوبات حدية على الزنا والقذف والسرقة إنما تقرر حرمة حياة الناس وسلامة أبدائهم وحرمة الأعراض والأموال، وهذه الحرمات هي أساس نظريات تشريعية يجب الاعتماد عليها في استنباط أحكام التعازير على الأفعال التي تُعدّ اعتداء على حرمة حياة الأفراد وسلامة أبدائهم والتي تسمى جرائم الاعتداء على الأشخاص، وكذلك الاعتداء على كيان الأسرة وحرمة الأعراض مثل جرائم هتك العرض وإشاعة الفاحشة والإخلال بالحياة، وجرائم الأموال التي تُعدّ السرقة إحداها، لكن يجب أن يعاقب أيضاً بالتعزير على جرائم خيانة الأمانة والنصب فضلاً عن جرائم الإتلاف والحريق واحتلاس المال العام والاستيلاء على بيت مال المسلمين وجرائم التزييف والتزوير وما إليها ...

إن النظريات تبدأ بالمبادئ العامة، لكن هذه المبادئ لا تطبق في شريعتنا بصورة آلية بل لابد من مراعاة المبادئ الأخرى وأحكام التي قد تحد من نطاق تطبيق كل مبدأ أو تفرض عليه شروطاً أو قيوداً تحول دون تعطيل مفعول المبادئ والنظريات وأحكام التي تتدخل أو تتفاعل معه .

⁽¹⁾ تراجع حاشيتنا على البدينين 37 و38 فيما سبق .

⊗ التنظير توسيع في مجال القياس والاجتهاد :

إن من أهم معالم التجديد في هذا الكتاب، عنایته بعرض النظريات التشريعية، التي تمكنا من أن نسبق غيرنا في مجال الإصلاحات التشريعية، ونكون في المقدمة بدلاً من أن نكون أذناباً .

وقد لاحظنا أنه في خلال ما عرضه بعد ذلك من أحکام في القسم العام أو القسم الخاص "المجلدان الأول والثان من كتابه" لم يشر كثيراً إلى إعمال تلك النظريات ودورها في استنباط الأحكام الفرعية والترجيح بين الآراء المختلفة رغم اهتمامه بها في هذا التقديم، واستخلصنا من ذلك أنه كتب هذا التقديم والتوجيه بعد أن أتم دراسة القسم الخاص والقسم العام، وأن القدر لم يمهله لكي يعيد النظر فيما كتبه في هذين القسمين في ضوء تلك "النظريات". وعلى ذلك فإن مهمتنا - ومهمة الأجيال القادمة - هي أن نقوم بذلك، وسوف تبذل جهودنا للاستفادة قدر المستطاع من هذه النظريات. وبخاصة نظريات المساواة .

* * *

لايجوز أن يتبادر إلى ذهن القارئ أن ما عرضه الشهيد في الفقرات السابقة (ابتداء من رقم 20) ليس إلا بعض المبادئ الشرعية أو القواعد العامة المعروفة من قبل، ولكنه يصفها بأنها نظريات عامة كمحاولة منه لإقحام المصطلحات العصرية في فهمنا للباسه لباساً عصرياً. إن هذا ظن خاطئ، بل هو في نظرنا إثم في حقه.

إن أهم ماتميز به عملية التنظير - كما عرضها - هو أنها تفرض علينا الرجوع إلى جذور المبادئ العامة وأصولها في نصوص الكتاب والسنة، فإن الدارس لما قدمه "فقيئنا" في هذه "النظريات"، يلاحظ أنها تبدأ بعرض النصوص القرآنية على أنها مجرد محرك لأحكام فرعية أو تفصيلية أو توجيهات أخلاقية وسلوكية فقط كما يظن كثيرون، بل إنه يجب دراستها باعتبارها منبعاً وأساساً لمبادئ علياً ونظريات عامة أصلية .

وعلى ذلك، فإن التنظير - كما أشار له فقيئنا - يعني الاعتماد أساساً على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية لكي تكون محور النظريات التشريعية ومنبعاً لها، الأمر الذي يشترى الفقه ويفتح مجالاً واسعاً للاجتهادات العصرية، ويحول دون الاكتفاء بما سار عليه البعض من إبراد تلك النصوص على أنها مجرد أحكام فرعية أو قواعد تفصيلية أو مبادئ أخلاقية .

أهمية التنظير في عصرنا وفي المستقبل :

وإنصافاً لفقهائنا السابقين، يجب أن نذكر أفهم فتحوا لنا طريق "التنظير" بعنائهم بالقياس، منذ فجر الإسلام. فالقياس في نظرنا يمكن توسيع نطاقه تدريجياً ل ليصل إلى ما نسميه "التنظير" في عصرنا الحاضر إذا أخذنا بأوسع معانيه، لأنه كان بداية مسيرة الاجتهداد في الفقه .

وسنعود إلى هذا الموضوع عند كلامنا عن "القياس" الذي وصل البعض إلى اعتبار أنه يقصد به حالياً "الاجتهداد" بجميع صوره كمصدر من مصادر الفقه⁽¹⁾ ونأمل أن يكون أساساً للنظريات العامة ...

- انتقاء النظريات العامة في مقدمة الكتاب :

إنه أورد النظريات التي عرضها في "التقديم" بعد كلامه عن خصائص الشريعة وما تميّز به من سمو وتفوق يميّزها عن النظم "الوضعية"⁽²⁾ وأن نصوصها الكتاب والسنة خالدة لأنها عامة مرنّة تزوّدنا بكل ما نحتاج إليه من أحكام مستحدثة في المستقبل .

إن ما قدمه منها يتجاوز نطاق التشريع الجنائي ويدخل في نظر البعض في نطاق ما نسميه الآن "القانون العام أو الدستور" من ناحية "الحريات والمساواة" ، أو في نطاق "القانون المدني" من ناحية "نظريات الأسرة والزواج، والاستشهاد والتوثيق والإثبات" ... في حين أنه عَدَّها أعم من ذلك، ونحن نؤيد ذلك .

ثم إنه يضاف لها ما يتعلق منها بالتشريع الجنائي خاصة فيما بعد. وسوف يرى القارئ أنه قد تعرض لكثير منها في القسم العام في الفصول التالية. ويكتفى أن نشير إلى ما ورد منها في الباب الأول الخاص "بالركن الشرعي للجريمة" وما سماه "قواعد أصولية" بند (87)، مثل مبدأ أن الأصل في الإنسان البراءة ، وهو ما يسمى الآن مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" البند (89) وما بعده، الذي هو تطبيق لمبدأ البراءة والإباحة الأصلية ووجوب حمل حال الناس على الصلاح وقواعد التفسير، بند (169) وبخاصة ضرورة إعمال "مقاصد الشارع" بند(170) ومبدأ "درء الحدود بالشبهات" بند (187) وما بعده، وقاعدة "لارجعية في التشريع الجنائي" بند (204) وما بعده ... وهكذا، كما أثنا في حاشيتنا قد توسعنا في عرض نظريات أخرى .

⁽¹⁾ يراجع فيما بعد تعليقنا على البند (135) وما بعده بعنوان القياس باعتباره المصدر الرابع من مصادر التشريع ضمن مباحث الباب الأول بعنوان "الركن الشرعي في الجريمة" .

⁽²⁾ البند (13) وما بعده فيما سبق .

النظريات التشريعية عامة على جميع فروع الفقه وليس خاصة بالتشريع الجنائي:

إن اهتمامنا بما قدمه من نظريات يوجب علينا الاعتراف بدوره الرائد والبناء في الاجتهد العصرى، واتجاهه إلى بناء النظريات التشريعية سواء ما كان منها عاما على جميع فروع القانون وما كان منها خاصا بالتشريع الجنائى. وأهم من ذلك ما هدف إليه فى حاشيتنا لما يمكننا من مواصلة خطته عن طريق إعمال النظريات باعتبار أنها هي المبادئ الأصولية وكل ما يخالفها هو حكم فرعى وليس مبدأ عاما، وهذا يوجب الالتزام بمراعاة أثرها عند المفاضلة والترجيح بين المذهب والأراء المختلفة أولا، ثم في استبطاط الأحكام الفرعية في المسائل الخلافية أو التي لم يعرض لها أسلافنا بشأن أحكام بعض الجرائم في القسم الخاص، حتى ولو تجاوزت آراؤنا ما توصل إليه هو أو من ساقوه من فقهائنا أو تعارض معها...

ولابد أن يعرف القارئ أن اتجاه صديقى عبد القادر عوده للتنظير ليس جديدا علىّ، لأننى أتعجب به واستفدت منه منذ أول لقاء لي معه فى عام 1947م عندما كان هو فى بداية إعداده لهذا الكتاب، وكنت أنا أيضا فى بداية إعدادى لرسالى فى نظرية التفتيش فى الإجراءات الجنائية أثناء بعثتى لإعداد الدكتوراه فى باريس. والتقيته لأول مرة فى حياتى فى أثناء عطلة صيف ذلك العام التى قضيتها فى القاهرة، وتكرر لقائى وحوارى معه بشأن رسالى حول نظرية "العورة والحرمة" التى جعلتها موضوع رسالى للدكتوراه فى التفتيش فى الإجراءات الجنائية. وقد ساعدتني فى الرجوع إلى الأصول الشرعية لنظرية "الحرمة والعورة"، سواء منها ما نص عليه القرآن الكريم فى آية "الاستئذان" أو ما ورد فى الحديث الشريف من أن الحرمة "إما هي من أجل النظر"، فهي لا تحرم الدخول فى مساكن الناس فقط، بل تحرم مجرد النظر دون دخول، وكذلك مجرد الاستماع دون "التسرور".

وإننى جعلت محور النظرية هو أن الحرمة المقررة للمساكن وأسراها وعوراتها هى نفس الحرمة المقررة للأشخاص والرسائل، وهى حماية حق سميته "حق السر" أو "الخصوصية" فى الإطلاع على عورات الأجسام أو البيوت بل ومحرر الأفكار (فى الرسائل) "طالما لم يعنها أصحابها للكافية". وإن اكتشاف هذا الحق وتقديره عن الحقوق الأخرى - مثل حق الملكية أو الانتفاع - قد حظى بإشادة أستاذى "هوجنيد" ، كما سجله

﴿غُوذج لاستنباط نظرية حرمة أسرار الحياة الخاصة كأساس لأحكام التفتيش﴾

في مقدمته لكتابي بالفرنسية مشيراً إلى مخالفة ذلك لما سار عليه كثيرون من "الشارح" في أوربا وفرنسا من حسبان قواعد الإجراءات الجنائية مجرد أحكام إجرائية وشكلية لا ي مجال فيها للنظريات⁽¹⁾.

في رسالتي عن "نظرية التفتيش" قلت: إنني استنبطت "الحق في السرية" من آية وجوب الاستئذان في القرآن الكريم، وحديثين شريفين أحدهما: "إذا جعل الاستئذان من أجل النظر"، والآخر قوله ﷺ: "ما معناه": "إذا اطلع أحد في بيت أخيه (من ثقب بابه) بغير إذنه، فإنه لو فرق عينه - ليمنعه من ذلك - فلا قصاص ولا دية عليه".

لقد اكتشفت أن الفقهاء اختلفوا في مدى تطبيق هذا النص، وأن البعض يعدونه حكماً فرعياً يمنع القصاص في هذه الحالة، إلا أن آخرين يقولون إنه لا يجوز أن يفهم منه أنه يعطى صاحب المترى الحق في أن - يقلع - عين من انتهك حرمة مسكنه بالاطلاع على ما فيه من حرمات وعورات بالنظر من ثقب الباب، كل ما هنالك أنه إنما يبيح له الدفع الشرعي عن حقه في حرمة مسكنه وعدم اطلاع الغير على أسراره، على أن يراعي توافر شروط حالة الدفاع الشرعي.

وهنا نلاحظ أن اختلاف الآراء في الفقه يرجع إلى تداخل النظريات الذي يؤدى إلى أن تعطل إحداها غيرها برغم تعاذهما في الأهمية، والبعض يرجح إحداها وغيّرهم يرجح الأخرى، بل قد تتغير ظروف الزمان والمكان فيستوجب ذلك أن يغير الفقيه رأيه، أو يأتي غيره فيغيره، وكل هذه الآراء المختلفة تكون صحيحة شرعاً ... وهذا في نظرنا أساس شرعية تعدد المذاهب والآراء في فقهنا.

والآن نقول إن قصر تفسير هذا النص على أنه "حكم فرعى" قد يقوّت أحد "مقاصد الشريعة"، وهو الإشارة إلى نظرية "الحق في حرمة السر، وحماية العورات" بل ونظرية "الدفاع الشرعي" كذلك، وإن هاتين النظريتين هما من الأهداف البعيدة التي قصد لها الحديث الشريف، وإن إعمالهما معاً هو هدف عملية "التنظيم"، ووجوب الاستعانة بها في استنباط الأحكام الفرعية.

⁽¹⁾ تراجع مقدمة الأستاذ "هوجنـيه" لرسالتنا في "نظرية التفتيش" المشورة باللغة الفرنسية في عام 1950م على نفقة جامعة القاهرة، وسوف ننشر النص العربي المتقدح لهذه الرسالة قريباً بمشيئة الله، برغم تأخرنا في ذلك للآن.

● وجوب التعمق في تفسير النصوص الشرعية لاستنباط نظريات تشريعية أساسها

الكتاب والسنّة :

إننا أيدنا ما ذهب إليه بعض فقهائنا من أن النص يشير إلى تطبيق مبدأ "الدفاع الشرعي" عن الحرمات، وهي حق كل إنسان في لا يطلع الغير على عوراته، ولكنه لا يغنى صاحب البيت "الذى يفتقا عين من يطلع من ثقب بابه" من العقوبة (ولو كانت تعزيرا) إلا إذا توافرت شروط استعمال حق الدفاع الشرعي، وأولها لا يكون هناك وسيلة أخرى أقل ضررا على المعتدى الذي انتهك حرمة المسكن بالنظر في ثقب الباب، وتكتفى لدفع اعتدائه كما لو كان يكفي زجره أو ضربه مثلا. فلا يجوز أن نفقاً عينه إذا كان يكفي للدفاع الشرعي ما هو أقل من ذلك. صحيح أنه يمكن القول إنه لا يعاقب بالقصاص، ولكنه يعزر إذا أسقطت عقوبة القصاص ...

إن المقصود بالتنظير هو عدم الاقصاز في تفسير النص الشرعي على الحكم الفرعى المستفاد من ظاهره، بل يجب أن نتعقب في فهمه ليكون أساسا لنظرية عامة. وقد قدمت للقراء والباحثين غوذجا لما استفادته من حوارى مع الفقيه "عبد القادر عوده" من اتباع أسلوب التنظير لجعل نصوص القرآن التي توجب الاستئذان، والأحاديث النبوية المكملة لها، أساسا في حرمة أسرار الحياة الخاصة .

وقد تابعت هذا الأسلوب في دراستي لنظرية الشورى⁽¹⁾ بل وجرائم الأموال⁽²⁾. وللباحث أن يحكم على ما قدمه "فقيهنا" وما نقدمه نحن في هذا المجال على أنها مجرد آراء أو اجتهادات تحتمل الصواب والخطأ، فما كان من صواب فهو من نعم الله، وما كان من خطأ فلنا مثل غيرنا أجر المخطئين ما داموا يقدمون الرأى في حدود طاقتهم ونظرهم وتقديرهم ...

(1) أشرنا أخيرا في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" إلى أن وجود نظرية عامة في الشورى أصبح أمرا ضروريا في العصر الحاضر، وحاولنا في ذلك الكتاب بناء هذه النظرية على أساس نصوص الكتاب والسنّة، وإن أساسها نصان قرآنانيان، هما، آية في سورة الشورى وأخرى في سورة آل عمران. يراجع البند (17) و(18) في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة".

(2) يراجع كتابنا الموجز في "جرائم الأموال" في القانون الجنائي المصري الذي نشر عام 1953م وكتابنا "فقه الإجراءات الجنائية" ...

النظريات التي أوردها ليست على سبيل الخصر، ويجب علينا مواصلة التنظير في الحاضر والمستقبل لتجديد الفقه وتنمية أحكامه :

* * *

نحن نعترف لفقيهنا "عبد القادر عوده" بدور رائد في هذا الاتجاه لأنه خصص في تقادمه لكتابه عدة ببود (21 - 39) عرض فيها مبادئ أساسية في الكتاب والسنة، وعدّها نظريات عامة هي التي استعرضناها في هذا التقديم والتوجيه. كما أنها نعزّز بالاتجاه فقيهنا إلى بناء نظريات عامة واسعة خصبة على أساس ما كان يُعدّ في نظر كثيرين مجرد أحكام فرعية وردت بها نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية كما هو واضح في تفسيره الآية الدين في سورة البقرة .

إن المبادئ موضوع هذه النظريات التي عرضها كان فقهاء القوانين الوضعية يعتدّونها خاصة بالقانون الدستوري أو المدني. أما هو في هذا التقديم فقد عدّها أعم من ذلك شاملة لجميع فروع القانون بما في ذلك التشريع الجنائي، كما أنه لم يقصد حصرها، بل هي في نظره مجرد أمثلة انتقائية يجب أن يضاف إليها أكثر منها في المستقبل.

* * *

هذارأينا في تعداد هذه النظريات العامة، ولذلك فإن علينا دعوة الباحثين إلى عدم التسرع في الحكم على مانقدمه من أفكار أو آراء تتجاوز ماعرضه علينا، أو تزيد عليه أو تختلف، فتحن لم فعل سوى أن بذلنا جهداً في السعي نحو الهدف الذي أجده نفسه من أجله، وهو إقناع الجميع بأن مبادئ الشريعة ونظرياتها العامة قادرة على أن تزوّدنا بكل ما يحتاج إليه في الحاضر والمستقبل من أحكام وتشريعات تحقق مصالح الأفراد والجماعات وتوجهها نحو المثل العليا، ولاحتاج إلى استيراد أحكام من الخارج. إننا نذكر القارئ بأن مرحلة "التنظير" يقصد بها تأصيل الأحكام، أي وضع الأسس الشرعية "لنظريات عامة" تساعدهنا ومن يأتون بعدها على مواصلة تجديد الفقه وإثراء أحكامه برغم مايطرأ من تغيرات وتطورات، حتى تستغنى بها شعوبنا عن "التسول" على موائد "الأجانب" أو نستورد قوانين مما وضعه غيرنا مما قد يلائم مجتمعاتهم، لكنها غريبة على مجتمعاتنا .

القسم الأول

من

الكتاب الأول

٤٠. سنتكلم في هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة، وثانيهما أنواع الجريمة، وستخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين ببابا خاصا ...

الباب الأول

ماهية الجريمة

٤١. تعريف الجريمة ... تعرف الجرائم في الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية^(١) زجر الله عنها بحد أو تعزير. ١- والمحظورات هي: إما إتيان فعل منهى عنه، وإما

الصلب ... تعليق "رقم - ١" - المحظورات في مفهومها اللغوي والاصطلاحي لدى فقهاء المذهب الجعفري يعني الأفعال الخرمة، فالمحظور هو الإتيان بالحرام، وأما ترك الواجب فلا يصح إدراجه في المحظورات، لأنه ليس حراما. والتوجه الشائع القائل بأن ترك كل واجب حرام وترك كل حرام واجب لا أساس له لدى التحليل العلمي؛ لأن الواجب هو ما أمر به الشارع لصلاحة ملزمة، والحرام هو ما في عنه لأجل مفسدة شديدة فيه، وليس من الضوري أن يكون في ترك الواجب مفسدة، بل قد لا يعني أكثر من تضييع المصلحة المنظرية في "الامتناع عن" الفعل الحرام. وعلى هذا الأساس يتضح أن ترك الواجب ليس حراما وهو بالتالي ليس محظورا، ويصبح من الضوري أن نعطي للجريمة مفهوما أوسع مما تدل عليه كلمة (محظور) وهذا المفهوم الأوسع هو الذنب، فإن الجريمة هي الذنب وكما أن فعل الحرام ذنب كذلك ترك الواجب فإنه ذنب شرعي أيضا ...

ولفظ الجريمة في العرف الفقهي يطلق كثيرا على الذنوب التي وضع عليها عقاب معين شرعا كالزنا وشرب الخمر، ولكن هذا لا يكفي للتدليل على أن فقهاءنا وضعوا للفظ الجريمة معنى خاصا في حدود اصطلاحهم، وأنهم عدلوا عن مفهومه العام الذي يتناول جميع الذنوب، ما وضع عليه عقاب منها وما لم يوضع، بل من الجائز أن يكون استعمال لفظ جريمة في الزنا وشرب الخمر ونظائرها بسبب تطبيق المفهوم اللغوي العام عليها، وعلى هذا فيمكن أن نقول إن الجريمة في عرف فقهائنا هي الذنب بصورة عامة، كما هو معناها الحقيقي وأما الذنب الذي وضع الشارع له عقابا دليريا معينا فهو يختص عن سائر الذنوب بلفظ الجنائية، وبذلك يظهر أن الجنائية أخص انطباقا =

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص (١٩٢) ...

عوده فعل مأمور به، وقد وصفت المخدرات بأنها شرعية، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة ...

فالجريمة إذن هي إثيان فعل محروم معاقب على فعله، أو ترك فعل محروم الترك معاقب على تركه، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريميه والعقاب عليه ... ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية، ومفرداتها جزاء، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة ...

وتفق 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 معاقبا عليه طبقا للتشريع الجنائي^(١) ...

= من الجريمة، فالجريمة هي الذنب، أي ذنب كان، والجناية لدى فقهائنا هي الذنب أو الجرم الذي يوجب العقاب والقصاص .. وكثيرا ما تطلق في كلامهم على معنى أضيق دائرة من ذلك أيضا وهو الجرح والقطع فلخص أن وضع العقاب شرعا على الذنب مقوم أساسي لفهم الجناية دون الجريمة ... والعقاب الموضوع على الجنايات قسمان في المصطلح الفقهي، فهو إما حد وإما تعزير. فالحد هو مانص عليه في الكتاب والسنة، وأما التعزير فهو كل عقاب أو كلت الشريعة الإسلامية إلى الحاكم تحديده وتعيينه ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق - ١ -" ... يتفق السيد الصدر مع فقيهنا في ضرورة أن يستوجب الفعل العقوبة لكي يكون جريمة (وإن كان يفضل اصطلاح الجنائية) ويشير إلى أن العقاب إما حد وإما تعزير (أي أن القصاص يدخل في عموم اصطلاح الحدود) ... ويقول إن فقهاء المذهب المغفري لا يعدون (ترك الواجب) من المخدرات أو "الخرمات" وإن كان "ذنبا"، أي أن الذنوب أو المعاصي" الشرعية التي تستحق التعزير أوسع نطاقا من الجرائم التي يسميها جنائيات" فلا يصبح الذنب أو المعصية جريمة "جناية على حد قوله" إلا إذا وضع الشارع له عقابا معينا، وهذا هو ما ذهبنا إليه في تعليقنا على البند ٩٨ وما بعده ... فالخلاف هو في أن يستعمل كلمة الجنائية بدل الجريمة، وأن الجريمة هي ذنب بدليل أنه يستحق التعزير ... وسنرى فيما بعد أننا نرى أن بعض "التعازير" ليست في حقيقتها إلا تدابير وقائية وليس عقوبات جنائية كما يدعي البعض ...

(١) الأحكام العامة في القانون الجنائي على بك بدوي جزء أول ص ٣٩، الموسوعة الجنائية جزء ثالث ص ٦.

٤٠ - ٤١ - الكتاب الأول عن الجريمة - القسم الأول منه ماهيتها وأقسامها:

خصص فقيهنا هذا الكتاب الأول لدراسة المبادئ العامة بشأن "الجريمة" وسيكون "الكتاب الثاني" عن "الجزاء الجنائي أو العقوبة".

وجعل هذا الكتاب قسمين ، أوهما عن "تعريف الجريمة و מהيتها وأقسامها" أما الثاني فسيكون عن "أركان الجريمة" وهو أكبر حجما^(١) ونحن ملزمون باتباع هذا التقسيم برغم مالنا عليه من ملاحظات .

* * *

الجريمة هي فعل محظوظ أو معصية شرعية - لكن ليس كل فعل محظوظ أو محظوظ شرعاً يُعد جريمة جنائية بل يجب أن يضاف لذلك عنصر آخر هو أن يقرر له جزاء جنائي .

لذلك يسير كثير من الفقهاء المعاصرین على تسمية القوانین الجنائية بأنها قوانین "العقوبات" ، وهذا هو الاسم الرسمي لمجموعة القانون الجنائي في مصر . ونحن لانوافق على إطلاق هذه التسمية على التقنيات الشرعية لأنها تشمل التعازير، وسنرى فيما بعد أن التعازير تشمل تدابير الوقاية وهي ليست عقوبات جنائية .

ورأينا هو وجوب التقنين بوضع نصوص تبين الأفعال التي تستحق جزاء جنائياً وأن كلمة الجزاء تتسع للإجراءات الوقائية التي يختص بها القضاء وحده ، والمهم عندنا أن يتم التقنين قبل ارتكاب الفعل وأن يختص القضاء وحده بتطبيقه .

^(١) يضم القسم الأول ٤٣ بندًا (من ٤٠ - ٨٢) . أما القسم الثاني فيحتوى على ٣٥٤ ثلاثة وأربعة وخمسين بندًا (من ٨٣ إلى ٤٣٦) . وستين فيما بعد أن تضخم القسم الثاني سببه أنه عدّ الموضوعات المتعلقة بالجرم داخلة ضمن أحاث "الركن المعنوي للجريمة" في حين أنه كان يحسن في نظرنا أن يكون قسماً مستقلاً موضوعه "ال مجرم" أو الشخص مرتكب الجريمة والمسئول عنها - كما سنبيه فيما بعد - عند تعليقاتنا على البند ٢٧٣ وما بعده .

٤٤- الجريمة والجنائية : وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنائية، **عوده**

والجناية لغة اسم لما يجننه المساء من شر وما اكتسبه، تسمية بالمصدر من جن على شرا، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم دون غيره. أما في الاصطلاح الفقهي، فالجناية: اسم لفعل حرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك، لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه، وهي القتل والجرح والضرب والإجهاض^(١) بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص^(٢) ...

وإذا غضبنا النظر بما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجنائية على بعض الجرائم دون البعض الآخر، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجنائية في الاصطلاح الفقهي مراد للفظ الجريمة ...

ويختلف معنى الجنائية الاصطلاحي في القانون المصري عنه في الشريعة، ففي القانون المصري يعتبر الفعل جنائية إذا كان معاقبا عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة، أو السجن طبقاً للمادة العاشرة من قانون العقوبات المصري. فإذا كانت عقوبة الفعل حبسًا يزيد على أسبوع، أو غرامة تزيد على مائة قرش، فالفعل جنحة. فإن لم يزد الحبس على أسبوع، أو الغرامة على مائة قرش، فالفعل مخالفة طبقاً للمادتين (١٢ ، ١١) من قانون العقوبات المصري ...

أما في الشريعة فكل جريمة هي جنائية، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم
بأشد منهما. وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تعدّ جنائية في الشريعة، والجناية تعتبر
جنائية والجناية في القانون تعتبر جنائية في الشريعة أيضاً ...

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجنائية في الشريعة تعني الجريمة أي كانت درجة الفعل من الجسامنة، أما الجنائية في القانون فتعني الجريمة الجسيمة دون غيرها ...

٤٣- علة التحرير والعقاب : والأفعال التي تُعد جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها؛ لأن في إتيانها أو في تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها، أو بحياة أفرادها، أو بأموالهم

^(١) البحر الرائق الجزء الثامن ص (٢٨٦) والزيلعي الجزء السادس ص (٩٧) ...

^(٢) تبصرة الحكام جزء ثان ص (٤١٠) ...

عوده أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير 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 يأتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إitan الفعل أو الانتهاء عنه. ولو لا العقاب لكان الأامر والتواهي أموراً ضائعة وضرباً من العبث. فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوماً وتبيجاً مرجوة، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم، ويمنع الفساد في الأرض ويحمل الناس عن الابتعاد عما يضرهم، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم ...

والعقوبات، وإن شرعت للمصلحة العامة، فإنما ليست في ذمتها مصالح بل هي مفاسد، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقة، وإلى صيانة هذه المصلحة. وربما كانت الجرائم مصالح، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح، بل لأدائها إلى المفاسد. فالزنا وشرب الخمر والنصب واحتلاس أموال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع وقد فهى عنها، لا لكونها مصالح، بل لأنها تؤدي إلى إفساد الجماعة ...

والأفعال التي هي مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جداً، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد، والإنسان بطبيعة يؤثر ما رجحت 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 لطبيعة الإنسان. فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يتربّ عليها من العقوبات نفر منها بطبيعة، لرجحان المفسدة على المصلحة، وكذلك إذا ما فكر في الواجب وما يجلبه عليه من المشاق، فقد يدعوه ذلك لتركه، لكنه إذا ذكر ما يتربّ على الترك من عقوبة حمله على إitan الفعل، والصبر على المكره والمشقة. فالعقوبات مقررة لحمل 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 بالكاره وحفت النار بالشهوات" ..

عوذه

ومن المسلم به أن هناك أناسا يفعلون الفعل؛ لأنه مأمور به، وينتهون عنه لأنه منهي عنه، لا حذرا من العقوبة، ولا خوفا من النكال، ولكن حياء وحاجلاً أن يكونوا عاصين ومبادرة للطاعة، وتحقيقاً لمصلحة الجماعة، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جداً، والأحكام تشرع للكثرة الغالية لا مثل هذه القلة النادرة ...

وخلالصة 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 متخلقة بالأخلاق الفاضلة. والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها لا تضره معصية عاص ولعصابه أهل الأرض جميعاً، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعاً، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده، ولم يرسل الرسل إلا رحمة للعالمين، لاستقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلال، ولকفthem عن المعاصي، وبعثthem على الطاعة ...

٤٣، ٤٢ الجنائيات هي الجرائم الخطيرة وجميع الأحكام الجنائية لصالح المجتمع:

يقول إن "أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجنائية على الاعتداءات الواقعة على نفس الإنسان (أى حياته) أو أطراfeه - بينما يطلق بعضهم لفظ الجنائية على جرائم الحدود والقصاص"، لكنه اقترح أن يغض النظر عن هذا التقسيم وأن يُعد لفظ الجنائية في الفقه مرادفاً للفظ الجريمة عموماً ... دون نظر إلى جسامتها أو نوع العقوبة المقررة لها، كما أنه عاد بهذه الفكرة (في البند ٥١) عند كلامه عن تقسيم الجرائم المبنية على جسامنة العقوبة، وعن التفرقة التي سار عليها فقهاؤنا بين جرائم الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى.

وتقسيم الجرائم بحسب نوع العقوبة هو ما تسير عليه جميع التشريعات الوضعية كما سار عليه فقهاؤنا باهتمامهم بالتفرقة بين الجرائم التي تستحق عقوبات الحدود والقصاص متى توافرت فيها شروط معينة ، وغيرها مما يستحق "التعزيز" فقط. لكن هذا لا يمنع من وجود تقسيمات أخرى استعرضها فيما بعد^(١).

ونحن لأنكنتى بالتقسيمات التي عرضها ، بل اقتربنا تقسيماً موضوعياً بناء على طبيعة الحق الذي وقع عليه الاعتداء^(٢). ونَعْدَ هذا أهم التقسيمات في نظر الشريعة، ويبدل على ذلك قوله: "إن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجنائية على الاعتداءات الواقعة على نفس الإنسان أو أطراfeه" يؤكّد ماقيل به فقهنا وشرعيتنا من إعطاء أهمية قصوى لردع الاعتداءات على حقوق الإنسان وعَدَها من أخطر الجرائم على المجتمع ووصفها دون غيرها بأنها جنائيات ، وهذا هو أساس التقسيم الموضوعي للجرائم المبنية على طبيعة الحق الذي وقع عليه الاعتداء .

وفرأينا أن التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص، وبين التعازير ضروري ولها نتائج عملية كبيرة. ذلك أن عقوبات الحدود والقصاص هي عقوبات بدنية رادعة وزاجرة، فرضتها الشريعة بنصوص قرآنية أو أحاديث نبوية لكونها جرائم اقترنـت بظروف مشددة خطيرة تهدـد كيان المجتمع وحقوق الإنسان، ولذلك فمن المنطقى أن تُعَد جنائيات^(٣) .

(١) البند (٥٠) وما بعده .

(٢) يراجع تعليقنا على البند (٥٠) فيما بعد .

(٣) وسنتـى في المجلـد الثانـى المتعلق بالقسم المـاخـاص أنه أكـفى بـدراستـها وـتركـ التعـازـير .

لأن القول بأن بعض الأحكام الجنائية مقررة لصالح الفرد وحده :

أما ما عدا ذلك من المعاصي، فمن المتفق عليه أن تقدير الجزاء التعزيري فيها متrok للفقه والقضاء .

الشريعة كغيرها من النظم الجنائية تعاقب على الأفعال التي تضر بمصلحة الجماعة ونظامها وأمنها. ويسرنا أنه لم يشر في هذا البند إلى وصف بعض الأحكام الجنائية التي تخمي سلامه الأشخاص بأنها مقررة لمصلحة الأفراد بحججه أن عقوبة القصاص فيها لمصلحة فرد هو المجنى عليه أو ولد الدم، وهو قول اعترضنا عليه دائمًا لأنه في نظرنا لا يمكن القول بأن العاقبة على بعض الجرائم بعقوبة مقررة هو لصالح فرد معين ولو كان هو المجنى عليه. لأن مصلحة المجنى عليه في معاقبة الجاني إنما هي تابعة ونتيجة مصلحة الجماعة لأن أحد أفرادها الذين تلتزم بتأمينهم وحمايتهم وحماية مصالحهم . فالجزاء على جميع الجرائم مقرر لمصلحة الجماعة أولاً و دائماً وهو التعزير. وكل ما يمكن قوله هو أنه في بعض الجرائم يكون للمجنى عليه دور شرعي في إجراءات المحاكمة ونوع العقوبة وتنفيذها. ولا حاجة لوصف الجريمة بأنها مقررة لمصلحته، لأن حكمه في الغفو أو التصالح مقصور أثره على إسقاط عقوبة معينة هي القصاص أو الديمة، لكنه لا يستطيع أن يمنع التعزير الذي هو الأصل في نظرنا وهو حق للمجتمع في هذه الجرائم كما في غيرها، وهذا حرصنا دائمًا على الإشارة إلى أن التعزير هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم (بما فيها جرائم الحدود والقصاص).

وقد أوضح في نهاية البند أن وصف العقاب على الجرائم بأنه حق الله يقصد به أنها مقررة لصالح المجتمع، لأن الله سبحانه يفرض الأحكام الجنائية لإصلاح المجتمعes واستقرارها وتقديرها. ومadam التعزير دائمًا مقرر لمصلحة المجتمع فهو أيضًا من حقوق الله. وفي نظرنا أن الجزاء الشرعي في جميع الجرائم تعزيزًا هو حق للمجتمع وحق الله أيضًا، ولكن حرص فقهائنا على وصف الحدود بأنها حق الله قصد به ما أشرنا إليه من قبل من قول ابن تيمية من أن هذه العقوبات البدنية عبادات قصد بها تفادي العقاب الأخرى، ودفع العصاة إلى التوبة التي تسقط عقوبة الحد لأنها تغنى عنها، ولذلك يمكن القول بأنها خاصة بال المسلمين دون غيرهم ، أما التعازير فتطبق على الجميع .

٤٤- الشريعة والقانون :

وتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن الفرض 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 وجهتين :

٤٥- السوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون : تُعد الشريعة الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التي يقوم عليها المجتمع، وهذا فهي تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق. أما القوانين الوضعية فتكتاد قحمل المسائل الأخلاقية إهالاً تاماً، ولا تعنيها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلاً على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر، أو كان الزنا بغیر رضاه رضاه تماماً؛ لأن الزنا في هاتين الحالتين يمس ضرر المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام. أما الشريعة فتعاقب على الزنا في كل الأحوال والصور؛ لأنها تُعد الزنا جريمة تمس الأخلاق، وإذا فسدة الأخلاق فقد فسدة الجماعة وأصحابها الأخلاق. وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العام في حالة سكر بين؛ فالعقاب على وجوده في حالة سكر بين في الطريق العام؛ لأن وجوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاءه واعتدائه، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للدماء، مفسد للأخلاق. أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر، ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الأخلاقية التي تتسع كما نعلم لشئ المناحي والاعتبارات. فإذا صيّرت الأخلاق، فقد صيّرت الصحة والأعراض والأموال والدماء، وحفظ الأمن والنظام ...

والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه، أن الشريعة تقوم على الدين وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق، ويحث على الفضائل، وبهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيرة. ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبدل، ولا الزيادة والنقص، فمعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقي الدين الإسلامي حريصة على حماية الأخلاق آخذه بالشدة على من يحاول العبث بها...

عدوه والعلة في استهانة القوانين الوضعية بالأخلاقيات، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعرف الناس عليه من عادات وتقاليد، والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون في المجتمع بالاشتراك مع الحكام وهم يتاثرون حين وضعها بأهوائهم، وضعفهم البشري، ونزاعهم الطبيعية إلى التحلل من القيود. كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبدل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة، فكان من الطبيعي أن تتم القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئاً فشيئاً وأن يأتي وقت تصبح فيه الإباحية هي القاعدة والأخلاق الفاضلة هي الاستثناء. ولعل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحال الآن ...

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية، أن يزيد عدد الأفعال التي تكون جرائم 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 درجاته، وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية وتتشذى الإباحية البهيمية، وتنكمش الإنسانية، وتقل الأفعال التي تعد جرائم أخلاقية حتى لا تكاد تندلع ...

٦٤. **الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون** : 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 جرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد عدتها جرائم وقررت عقوبتها بنص القرآن، وأن البعض قد عد 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 ما تشاء بل هي مقيدة في اعتبار الفعل جريمة، وفي تقرير العقوبة عليه بقواعد الشريعة العامة وروحها، فليس لها أن تحرم ما أحل الله، ولا أن تخل ما حرم، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة. ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كلّه من عند الله، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر مadam أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله .

٤٧ ما يترتب على كون الشريعة من عند الله : ويترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان مهمتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ولو تغير الحكم أو اختلفت أنظمة الحكم فيستوي أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو متجدة، ويستوي أن يكون نظام الحكم جمهورياً أو ملكياً فإن ذلك لم يؤثر على القواعد الشرعية في شيء ما؛ لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم، وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل والذي يؤمن به كل حاكم ويستخدم له كل نظام. وليس الأمر كذلك في القوانين الوضعية التي يضعها الحكام لحماية المبادئ التي يعتنقونها، وخدمة الأنظمة التي يقيّمونها، فإن هذه القوانين عرضة للتغيير المستمر وفي طبيعتها عدم الاستقرار ويكتفي أن تغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم، لتغير القوانين وتقلب الأوضاع ...

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً، بحيث يستوي في هذا الفريق الحاكم والفريق المحكوم؛ لأن كليهما يعتقد أنها من عند الله، وأنها واجبة الاحترام. وهذا الاعتقاد بالذات يجعل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية؛ لأن الطاعة تقربهم مع الله طبقاً لقواعد الدين الإسلامي؛ ولأن العصيان يؤدي إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الآخرة. فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتتها، 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. ولاشك في أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتتهم لها، استقرت أمورهم وحسنت أحواهم، وتفرغوا للشئون دنياهم ...

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها الله يعلم. أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفتنة الحاكمة، وهي حين تضعها تراعي مصلحتها دون غيرها من الفئات وتحاول أن تحمي بالقوانين أشخاص رجالها، والمبادئ التي يعتنقونها، والأنظمة التي يقيّمونها. فإذا ما ذهبت هذه الفتنة وجاء غيرها، تغيرت القوانين لتحمي الفتنة الجديدة والمبادئ الجديدة، والأنظمة الجديدة. وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادئ والأنظمة التي يقوم عليها الحكم، وهي لا تفتَّ تتغير وتبدل بين حين وآخر، وهذا يؤدي إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سلطته من النفوس، بل إلى عدم الاعتراف به،

عودة حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب المعارضة تحرض أنصارها على الاستهانة بالقانون والخروج على أحکامه لتصل على أشلائه إلى أغراضها، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة أو الدعوات الهدامة حرج فيما يدعون إليه، ماداموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيرا منهم، أو أنظمة هي شر في نظرهم. ولعل فيما هو حادث اليوم في البلاد الأوروبية من تبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفوس الأفراد، ولو استمر الحال على ذلك لذهب كل قيمة للقوانين الوضعية، وأصبحت لا تساوي أكثر من الورق الذي كتب عليه ...

ويجب ألا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هي تقرير للواقع والمنطق، فمن يؤمّن بأن الدين الإسلامي من عند الله وجب عليه أن يؤمّن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله لأن الشريعة هي بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامي، جمعت أحکامه 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 لواهتم وأسلوباتهم ومناهجهم، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ولتسهيل أمورهم، فنسبتها إلى الله لا تفيده شيئاً لأنه غني عن خلقه، وإنما تفيه هذا المجتمع الضال الهدایة والاستقرار، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة، وتؤدي به إلى الحياة الطبيعية القائمة على الحبّ والإيثار، والمساواة والعدالة ...

- 44 - أهمية الطابع الديني في شريعتنا يعطي للعنصر الأخلاقي دوراً كبيراً -

وهو أساس سيادتها على المجتمعات والدول :

الستفرقة بين الشريعة والقوانين الوضعية من حيث أهمية العنصر الأخلاقي والقيم الاجتماعية في التحريم الشرعي بسبب أن منبعها عقیدی إلهی دینی، في حين أن الحكومات أو الدول التي "تضع" القوانين الوضعية إنما تتأثر بمصالحها بل وأهواء المسيطرین عليها في كثير من الأحيان. ونحن نلمّس ذلك وننتقده عندما نعارض في ذلك النوع من القوانين التي تكون في الغالب جائرة "سيئة السمعة".

وقد أشارت لذلك المذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين الجنائى الشرعى الذى أعدته لجنة خاصة بمجلس الشعب المصرى بقوتها (ص309) :

"إن شريعتنا تمتاز عن القوانين الوضعية في تأكيد الإيمان باليوم الآخر وما يتضرر الناس جيئاً من حساب وجزاء آخروى. فهى لاتقتصر على الجزاء الجنائى وإنما تغرس في نفوس المؤمنين بما عقيدة البعث والنشور والجزاء الآخروى الذى يكون له في كثير من الأحيان فاعلية أكبر من الجزاء الجنائى الدنىوى في ردع التوازع الإجرامية ، وتضييف لذلك تدابير عبادية واجتماعية تربوية تكفى في نظرها لإلزام الأفراد بالاستقامة وابتعادهم عن جميع الافتراءات ولو لم تقرر لها عقوبات جنائية. إن العقوبات الجنائية ليست لها فاعلية دائمًا كما يظن البعض لأن كثيراً من المجرمين يقدمون على ارتكاب الجرائم معتقدين أنهم سوف يفلتون من المحاكمة ويختذلون الاحتياطات للفرار، وفي كثير من الحالات يحفظ التحقيق فيها لعدم معرفة الفاعل، بل إنه إذا وجه الاتهام الشخص فإن لديه وسائل كثيرة لإفلات من الإدانة الجنائية حتى عند تقديمها للمحاكمة لأن المحاكمات لا تؤدى دائمًا إلى إدانة المتهمين لعدم كفاية الأدلة أو التشكيك فيها. الأمر الذي يفسر دائمًا لمصلحة المتهم أو مجرد البطلان في الإجراءات".

في نهاية البند 46 إشارة إلى أن تحديد بعض الجرائم وعقوبتها أو جزاءاتها (التعزيرية) من عمل البشر - بشرط أن يلتزموا بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بالمعاصي - ونخاف أن البشر المفروض لهم ذلك هم العلماء والفقهاء المجتهدون، أهل الاجتهداد، وليس أصحاب السلطة في الدولة.

إن إشارته للهيئة الحاكمة التي فرض لها المشرع تقنين التعازير أمر يحتاج إلى إيضاح، فإن البعض قد يفهم أن المقصود بها "الحكومة" أو رئيس الدولة وهذا غير وارد، ولم

تحرير التعازير يتبع ما قررته الشريعة بشأن المعاصي الدينية :

نسمع طوال تاريخنا الإسلامي أن السلطان أو الخليفة أو الأمير أو الحكومة كان لهم دور في تحديد جرائم التعازير أو عقوباتها. وإنما كان ذلك من اختصاص القضاة الذين كان يشترط فيهم أن يكونوا "مجتهدين".

وبسبب الخلط أن كتب الفقه كانت تسمى القاضي "الحاكم". فالحكام في نظرهم هم القضاة وهم مستقلون عن الخلفاء والسلطان والأمراء وكان يشترط فيهم أن يكونوا فقهاء ومجتهدين.

ولذلك قلنا بأن أولياء الأمر في التعازير هم أهل الاجتهد الفردي أو الجماعي، وكان يمثلهم فيما مضى القضاة المجهدون.

ونعتقد أن ذلك يسُوَّغ إلحاحنا على ضرورة قيام الفقه ببندين التعازير ، حتى لا يترك المجال مفتوحا أمام السلاطين والأمراء ورؤساء الدول ليتدخلوا في التشريع - وذلك لتبقى للشريعة صفتها الإلهية المترفة عن أهواء ذوى السلطان - ولا تتحول التعازير إلى مجال مفتوح للقوانين الوضعية التي تستغلها بعض الهيئات المسيطرة لصالحها الذاتية أو لأهواها وبغيها بواسطة القوانين الوضعية الجائرة أو سيئة السمعة.

* * *

يشير فقيهنا إلى أن المنبع الإلهي لشريعتنا يكسبها صفات الثبات والاستقلال عن "الهيئات الحاكمة" أي الدول والنظم السياسية والسلطان، بل إنها تلزم الحكام وتحاسبهم كما تلزم المحكومين وتحاسبهم - فهي فوق الدول والحكومات وتختضع لها جميع السلطات (بما في ذلك ما يسمى "السلطة التشريعية") لأنها من عند الله - وليس تعبيرا عن إرادة الدول أو حكامها مثل القوانين الوضعية التي تفرضها الدول.

ومن حسن الحظ أنه أورد خصائص الشريعة هذه مباشرة عقب إشارته (في نهاية البند 46) إلى أن تحديد بعض الجرائم وعقوبتها من عمل البشر ... برغم أنه يجب القول بأن مصدر التشريع الجنائي في الشريعة - بمعناها العام - من عند الله بما في ذلك التعازير لأنها تجب في المعاصي الشرعية بحسب الأصل .

ونعتقد أن واجبنا هنا أن نشير إلى أن البشر الذين تعطى لهم الشريعة الحق في تحديد بعض الجرائم وعقوبتها (يقصد التعازير) ليسوا هم السلاطين أو من يمثلون سلطات "الدولة" ، ولا يجوز في عصرنا أن يكونوا أفراداً مهما تكون صفاتهم أو مسؤولياتهم، لأننا نرى أن الاجتهد الفردي قد انتهى من زمان، وأن قفل باب الاجتهد لا يعني

استقلال الشريعة وسيادتها أساسه أنها "من عند الله" :

توقف الاجتهاد وإنما يعني فقط أنه يجب أن يكون جماعيا، وأن فقهاً دخل مرحلة المؤسسات أى أن الاجتهد حق البشر كجماعات أو شعوب أو أمة بطريق الشورى - بواسطة من يمثلوها من أهل الاجتهد الذين فرضتهم الشريعة الإلهية لإنعام حكماتها (في التعازير) وتحتارهم الأمة أو الجماعة هذه المهمة بالطريق الشرعي الوحيد الذي تمارس به الجماعة سلطانها وهو الشورى الحرّة (التي تلزم الجميع) وإذا تعذر على الجماعة أو الأمة ممارسة هذا الحق بطريق مباشر فإن من حقها أن تفوض علماءها وممثليها ونوابها (من أهل الذكر) كمؤسسة توب عن الأمة في ممارسة هذه "الولاية التشريعية" في نطاق التعازير لكن يلتزموا باستنباط حكمائهم من المصادر الشرعية ويلتزموا بمقاصدها وأصولها . وقد يسارع البعض إلى القول بأن هذا هو ما تفرضه النظريات الديقراطية العصرية التي تجعل سلطة التشريع للمجالس النيابية المنتخبة حرّا - ونحن نوافق على ذلك مع إضافة الشرط الذي أكدّه الشهيد في العبارة التي أشرنا إليها (في نهاية البند 46) ونصها "مادام أفهم يعملون في حدود ما أنزل الله". وهذا هو الفارق الجوهرى الذى يميز الشورى الإسلامية عما نسميه "الديمقراطية"⁽¹⁾ ولكن الاجتهد في حدود ما أنزل الله يجب أن يكونوا من الفقهاء وأهل الاجتهد أو أهل الذكر .

وعلى الفقهاء والباحثين المسلمين أن يجهدوا أنفسهم في ابتكار القواعد والنظم التي توفر لنا الضمانات التي تلزم ما نسميه الآن بالسلطة التشريعية بالالتزام بمصادر الشريعة الإلهية ومقاصدها وأصولها - وأول هذه الضمانات هو اشتراط مؤهلات علمية أو خبرات تخصّصية فيمن يختارون هذه المهمة، وكذلك الفصل الكامل بينها وبين سلطات "الدولة" وحكامها ، وهذا يؤكّد مدى أهمية مبدأ الفصل بين السلطات في شريعتنا الغراء . وفي نظرنا أن فقهاءنا عذّوا القضاة دائمًا من الفقهاء لذلك يساهمون في ولاية التشريع التي خصوا بها الفقهاء الذين تعدّهم الأمة مجتهدين ، وتفوضهم ليمارسوا

⁽¹⁾ توسعنا في شرحه في كتاب خصصناه لذلك بعنوان: "الشورى أعلى مراتب الديقراطية" نشرته دار الزهراء للنشر والإعلام عام 1995م .

﴿ ولاية القضاء من اختصاص أهل الاجتهاد وهو مستقل عن يمثلون سلطة الدولة والمجاهدون هم أولياء الأمر في التشريع والقضاء وليس رئيس الدولة غير المجاهد ﴾

مهمـة الاجـتـهـاد أـى اـسـتـبـاطـ الـأـحـكـامـ وـيـشـرـطـ الـفـقـهـ أـنـ يـكـونـ الـقـضـاـةـ مـنـهـمـ -
 وـبـذـلـكـ حـرـمـواـ "ـالـدـوـلـةـ"ـ كـذـلـكـ مـنـ التـدـخـلـ فـيـ الـقـضـاـءـ وـحـرـمـواـ عـلـىـ السـلاـطـينـ
 مـارـسـتـهـ كـمـاـ حـرـمـوـهـمـ مـنـ التـدـخـلـ فـيـ التـشـرـيعـ -ـ وـإـنـ بـقـىـ لـهـمـ دـوـرـهـمـ التـنـفـيـذـ فـيـ
 الـالـتـزـامـ بـتـنـفـيـذـ أـحـكـامـ الـقـضـاـءـ وـأـحـكـامـ الشـرـيـعـةـ .
 ولـذـلـكـ، فـإـنـ مـاـ اـسـتـطـرـدـ إـلـيـهـ الـفـقـيـهـ الشـهـيـدـ مـنـ مـجـارـةـ بـعـضـ الـعـلـمـاءـ أوـ الـبـاحـثـينـ
 الـعـصـرـيـنـ فـيـ الإـشـارـةـ إـلـىـ أـنـ "ـوـلـيـ الـأـمـرـ"ـ هـوـ رـئـيـسـ الـدـوـلـةـ⁽¹⁾ـ يـعـدـ فـيـ نـظـرـنـاـ تـجـاـوزـاـ لـاـ
 نـقـرـهـ لـأـنـ أـولـيـاءـ الـأـمـرـ فـيـماـ يـخـتـصـ بـالـتـشـرـيعـ هـمـ مـنـ يـتـولـونـ الـاجـتـهـادـ (ـالـجـمـاعـيـ حـالـيـاـ)
 الـذـيـنـ تـعـرـفـ الـأـمـةـ لـهـمـ هـذـهـ الصـفـةـ وـتـفـوـضـهـمـ لـيـقـومـهـمـ بـهـذـهـ الـمـهـمـةـ مـسـتـقـلـيـنـ عـنـ
 أـصـحـابـ الـسـلـطـةـ ...

⁽¹⁾ هذا هو ما قرأناه في بعض كتابات الإسلاميين "العصريين" - ونحن لا نؤيد هذه المفهومات وإن شارطنا
 التskررة إلى أن من سمّاه "رئيس الدولة" هو ولي من لا ولية له ، ولذلك فإن له حق العفو عن عقوبة
 التعازير وسنعود لذلك .

٤٨. الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية: لم يفرق الفقهاء بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شرائح القانون اليوم، والعلة 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. والخطأ الإداري إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير. فإذا كون الخطأ الإداري جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص، عوقب عليه بهذه العقوبة. ومحكمة الجنائي ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص تقنع من محكمته تأديبياً وتوقع عقوبات تأديبية عليه؛ لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون إلا عقوبات تعزيرية وهي عقوبات جنائية، فكأن الجنائي يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد فضلاً 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، ويصبح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سبباً لارتكاب الجريمة، كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب، وأن سببها زوال صلاحية الجنائي لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها لأن الوظائف في الأصل لا يتولاها المجرمون، فإذا تولاها من ليس مجرماً ثم أصبح إياجرمه غير صالح لتولي الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة ...

وإذا لم تكن الجريمة التي ارتكبها الموظف حداً أو قصاصاً فيها من التعازير؛ لأن كل ماعدا الحدود والقصاص يدخل في التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمتها الهيئة التشريعية طبقاً للسلطان الذي منحته لها نصوص الشريعة، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية؛ لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإذلال والعزل وما أشبه ذلك، كل هذه عقوبات تعزيرية ولو حوكم الموظف مثلاً تأديبياً، ثم حوكم جنائياً لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية، وكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أي عقوبة جنائية، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة؛ لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين. فالمانع 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 اتحاد الفعل واتحاد العقوبة ...

عوده والأسباب التي منعت من وجود الجريمة التأديبية في الشريعة الإسلامية توفر بصورة عكssية 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 اقتضى تغاير العقوبتين وال فعلين أن يحاكم الجاني على الفعل مرتين إذا كان فعله يعد جريمة تأديبية، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبتين من توقيع الأخرى، كما لا تحول براءته في إحدى المحاكمتين من السير في المحاكمة الثانية، ويعملون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع ...

ولاشك في أن نظرية الشريعة أكثر تمشيا 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 ...

الستفرقة بين ما يسميه الفقهاء العصريون "جريدة تأديبية" تميزاً لها عن "الجزائم الجنائية" ترجع إلى نوع العقوبة المقررة للفعل فالجزاء التأديبي في نظرهم مجرد إجراء إداري في نطاق القواعد التي تنظم العلاقة بين الموظف أو العامل والهيئة التي يعمل لحسابها، فهي تُعد جزءاً من العقد الذي يتم بين الطرفين ويعطي عادة للمخدوم الحق في تحديد الجزاء الإداري بما يُعده مخالفه لنظام العمل في مؤسسته، سواء كانت مؤسسة حكومية أو خاصة، أو بالأصح إخلالاً من التعاقد عملاً أو مستخدماً بالتزاماته التعاقدية أو اللائحة ولذلك فإن وصفه بأنه "جريدة تأديبية" في غير محله في نظرنا .

إننا لا نوافق على استطراده للقول بأنه لا يجوز الجمع بين الجزاء الإداري والجزاء الجنائي - لأن الجزاء الإداري حق خاص للجهة التي تفرضه لصالحها بناء على علاقة "الخدمة" التي تربط العامل أو الموظف بها - وهذا الجزاء في حالة توقيعه مهما تكن الهيئة التي تقضي به - حتى لو سميت محكمة - لا يمنع المجتمع من المحاكمة الجنائية عن ذات الفعل وتتوقيع جزاء جنائي - لأن المخالفه الإدارية (بقبول الرشوة أو الاختلاس مثلاً) لا تكفي فيها الإجراءات التأديبية، بل لابد من توقيع الجزاء الجنائي على ذات الفعل بعده جريمة جنائية، ولا يمكن أن يُعد ذلك محاكمة مرتين عن ذات الفعل كما يفهم من أقواله، كل ما هنالك أن القضاء سيأخذ في حسابه ما وقع على المخان من تدابير تأديبية إذا تأخرت المحاكمة الجنائية عن الجزاء التأديبي .

ونحن نرى أن "التعزير" في الفقه لا يقف عند حد العقوبات الجنائية، بل هو يشمل كل تدابير الوقاية والتأديب والتهذيب، ولو كانت ذات طابع اجتماعي فقط أو إداري أو في نطاق العبادات - ولذلك نرى قصر استعمال الكلمة "جريدة" على الأفعال التي يقرر لها عقوبة جنائية دون غيرها من "التعازير" .

٤٩- العودة الجريمة المدنية : 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 بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه، والضمان إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل الضار معاقباً عليه، وإما تعويض مالي إذا لم يكن الفعل الضار معاقباً عليه، وإذا كان الفعل معاقباً عليه فهو جريمة، أما إذا لم يكن معاقباً عليه فلا يعتبر جريمة، ولا يسمى بهذا الاسم وإنما هو فعل ضار وإنذ فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله ...

وقد يكون الفعل جريمة (نائية) يستحق الجاني عليها العقاب، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلاً ضاراً فيضمنه الجاني للمجنى عليه، كاستهلاك صيد مملوك في الحرم وشرب خمر الذمي، فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب على الصيد والشرب، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما^(٢) -٢-

الصلوة ... تعليق "رقم ٢-٢". أما الحالة الثانية، فالحكم فيها ما ذكره باتفاق المذهب الجعفري إذا كان الشارب مسلماً فإنه يجد ويغنم قيمة الخمر المتعارفة لدى الذميين، إذ ليست له قيمة ما في نظر الإسلام. وأما إذا كان الشارب ذميّاً، ولم يتجرأ بشريه فلا يقام عليه الحد وإن ضمن ثمن الخمر. وأما الحالة الأولى للفقهاء الجعفرية فيها قولان :

أحداهما إغفاء فدية الصيد عن ضمانه إذا كان مملوكاً للغير، وتدفع الفدية إلى مالك الصيد. وذكر البعض في هذا المجال أن ثمن الفدية إن كان أقل من ثمن الصيد فعلى الصائد أن يدفع إلى المالك ما يستكمل به ثمن الصيد، وأما إذا كان العكس فلا يدفع إلى المالك إلا قيمة الصيد ويتصدق بالباقي.

والقول الآخر أن الفدية لا تغفي عن ضمان ثمن الصيد لمالكه، فيثبت الضمان والفدية معاً، وهذا القول أجدره بالقبول لأن كلاماً من دليلي الفدية والضمان مطلق وشامل للحالة التي نبحثها، فيجب أن تأخذ محتوى الدليلين معاً، وتحكم بالضمان والفدية معاً، فالضمان حكم يقصد به تدارك خسارة المالك ويحتم دفع ثمن الصيد إليه، والفدية حكم تأدبي يقتضي دفعها إلى الفقراء والتصدق بها عليهم، فلا موجب من الناحية العلمية لإهمال أي من هذين الحكمين =

(١) أي غير مباحة ...

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص (٢٦١) ...

عوده وتنتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في هذه الناحية، فهى تجعل الإنسان مسؤولاً مدنياً على كل فعل ضار بغيره، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلك فإن كان الفعل جريمة وكان ضاراً في الوقت نفسه بالغير، كان الفاعل مستحفاً للعقوبة وضامناً للضرر كما هو حكم الشريعة ...

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

= ما دام الدليل قائماً على كل واحد منهمما، وأما الأخذ بالقول الأول فهو يؤدي إلى عدة مفارقات خاصة، وأن دليل الفدية قد أشير فيه إلى أنها صدقة المالك قد لا يستحق الصدقة، وحق إذا كان يستحقها فلا مبرر لإهمال استحقاقه بصفته مالكاً مالاً قد أتلفه الغير ...

ال Shawi ... رأينا في "التعليق رقم ٢-٦ في الصفحة السابقة" يذكر السيد إسماعيل الصدر اتفاق فقهاء المذهب الجعفري على أن شرب الخمر يعاقب عليه إذا كان الشارب مسلماً فقط، مع الإشارة إلى أنه يضمن قيمة الخمر لصاحبها، على أن تقدر القيمة كتعويض مدني حسب المعرف عليه لدى أهل الدمة لأن الخمر لا قيمة لها في الإسلام بالنسبة للمسلم لكنها مقومة بالنسبة للدمي، والعبرة بقيمتها لدى من أصابه الضرر (وهو هنا ذمي). ويقرر أن الشارب إن كان ذميًّا فلا حد عليه طالما أنه لم يت顯ر بشريه ويضمن ثمن الخمر على التحرو السابق. ولا اعتراض لنا على ذلك.

أما استهلاك صيد مملوك في الحرم فيقول إن لفقهاء الجعفرية فيها قولان، الراجح لديه منها أنه لا يكفي ضمان ثمن الصيد لمالكه، بل يضاف إلى ذلك وجوب الفدية وهي ما يجب دفعه إلى الفقراء والتصدق به عليهم، أي أنه يجب الفدية والضمان معاً ...

والرأي المرجوح هو أنه يلتزم بالفدية فقط على أن يدفع للمالك منها الثمن فقط إذا كانت أكثر من قيمة الصيد ويصدق بالرائد، أما إذا كانت أقل من الثمن فعليه أن يستكمل ثمن الصيد ...

وهذه تفصيات لا نستطيع أن نتدخل فيها، لكن الرأي الأول أدق في نظرنا لأنه يفصل بين التعويض المستحق للمالك، وبين الفدية التي هي تعزير سواء اعتبرناه تدبيراً وقائياً "كما نرى نحن" أو عقوبة تعزيرية ...

٤٩ - لا نعرف ما يسمى بالجريمة المدنية :

تؤيد ما قرره في نهاية كلامه عما سماه الجريمة المدنية من أن هذه التسمية لا معنى لها ولا وجود لها في ساحة القضاء لأن الضمان الذي يستحقه المصاب من الضرر نتيجة الفعل الضار في الشريعة والقوانين الوضعية ليس عقوبة ، ولو كان هذا الفعل جريمة جنائية ، ولا يتعارض التزام مرتکب الجريمة بهذا التعويض مع مسؤوليته الجنائية ولا يغنى التعويض عن توقيع الجزاء الجنائي عليه بسبب هذا الفعل الضار ذاته ما دام يكون جريمة جنائية ولا يعد ذلك ازدواجية .

هذا يؤيد رأينا في البند السابق بشأن الجزاء الإداري – فهو ذو طبيعة مدنية تعاقدية ولا يمنع من المحاكمة الجنائية كما قدمنا ، ويجب في نظرنا استبعاد كلمة الجريمة المدنية كما استبعدنا عبارة "الجريمة الإدارية" – لأن هذه موضوعات تخرج عن نطاق التشريع الجنائي وتتخضع للتشريع المدني أو الإداري .

أكثر من ذلك فسترى في حاشيتنا على البند 53 فيما بعد أن الجزاء الجنائي عما نسميه جرائم غير عمدية أو جرائم الخطأ – هو في حقيقته ضمن تدابير الوقاية والإصلاح – ويصعب وصفه بأنه عقوبة جنائية لأن الأصل هو الحديث الشريف "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" فما لا يؤاخذ عنه ديانة يحسن ألا يوصف بأنه جريمة ... ولو كان يستحق التعزير .

إن التعزير في نظرنا يدخل في نطاقه تدابير التهذيب والتربية التي يسمونها الآن تدابير الوقاية .

وإذا كنا نُعَدَّ التعازير جزاءً جنائياً فمعنى ذلك أن الجزاءات الجنائية ليست محصورة في العقوبات ، بل هي أوسع من ذلك ، إذ يدخل في نطاقها تدابير إصلاحية تعبدية (مثل الصيام والصلوات ... إلخ) ليس من الصواب وصفها بأنها "عقوبات" وإذا كانت تعازير" .

الباب الثاني أنواع الجريمة

٥٠ - تستنقن الجرائم جميعاً في أنها فعل محظوظ معاذب عليه، ولكنها تتبع وتخالف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة، وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساماً متعددة -٣- تختلف باختلاف وجهة النظر إليها ...
إذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامتها العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أو دية وتعازير -٤- وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجاني قسمناها إلى جرائم عمدية،

الصادر ... تعليق "رقم ٣-٣" - وفي بعض تلك التسويعات وخصائصها نقاط من الخلاف نشير إليها في مواضعها إن شاء الله ...

الصادر ... تعليق "رقم ٤" : المفهوم من هذا التقسيم أن كل قسم يمتاز بجسامته العقوبة بالنسبة إلى القسم الذي يليه وليس الأمر كذلك. فإذا تناولنا القسمين الأولين وهما جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وجدنا أن بعض جرائم الحدود تقل العقوبة المحددة لمرتكبها عن بعض ألوان القصاص؛ فالقتل هو جزاء بعض جرائم القصاص، ولاشك في أنه يفوق بجسامته عدة من الحدود، فلما يكن أن يقال إن العقاب على جرائم الحدود أشد من العقاب على جرائم القصاص بصورة مطلقة أو إن في الحدود من ألوان العقاب ما لا يصل إليه العقاب في القصاص حيث يصل أحياناً إلى درجة القتل، فلا يتصور عقاب يفرق من الناحية الكلمية وإن كان قد يختلف القتل قصاصاً عن القتل حداً من الناحية الكيفية، أي في أسلوب القتل وأكثر من هذا فإن الدية أحياناً قد تكون أجسم عقوبة من بعض الحدود كما أنها إذا أخذنا القسم الثالث وهو التعذير قد يفوق بعض الحدود طبقاً للمصلحة العام التي يرتضيها ولـي الأمر، وذلك لأن التعذير ليس له حد، وإن كان بعض أقسامه محدوداً، كتعذير من قبل امرأة محمرة عليه إذ قال بعض فقهاء الأمة بأن الحكم لا يجوز له أن يبلغ في تعذيره إلى حد الزنا. وعلى أي حال فقد يكون التعذير أشد عقوبة من الحد أو الدية في بعض الأحيان.

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ٤" - يعتقد المعلم الشيعي القول إن تقسيم الجرائم إلى حدود وقصاص وتعازير مقاييسه جسامته العقوبة؛ لأن بعض عقوبات القصاص أشد من عقوبات الحدود ونحن نوافق على ذلك :
لكن قوله إن بعض التعازير قد يكون أشد من بعض الحدود يحتاج إلى مراجعة؛ لأن العبرة في الموازنة هي الحد الأقصى للعقوبة من ناحية، وقد قلنا في مواضع متعددة إننا لا نرى جواز =

عوده 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 الخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية ...

= القتل كعقوبة تعزيرية قصوى {سياسة كما يقولون}، ولذلك فإننا نرى أن التعازير هي بلا شك أخف عقوبة من القصاص والحدود لأن كلا هذين النوعين تصل عقوبته إلى القتل كحد أقصى، فضلاً عن أنه في أغلب الأحيان يجب الحكم بالحد الأقصى عند توافر شروط معينة أو يوضحناها في مواضعها ...
إن ما قاله فقهينا يكون صحيحاً باعتبار أن القصاص ضمن الحدود بمعناها الواسع، وأن الحدود - بما فيها القصاص - أشد من التعازير ...

50 - التقسيم الموضوعي للجرائم وحقوق الإنسان :

لقد سجلنا تقديرنا لما قام به الفقيه الشهيد من اعتماده على التبويب المتبغ في الفقه العصرى للقوانين الوضعية، لكننا نلاحظ أنه بالغ في هذا الاتجاه فيما يتعلق بتقسيم الجرائم أو ما سماه أنواعها .. إذ إنه أكثى بالتقسيم الذى يسير عليه فقهاء القوانين الوضعية؛ وكنا نفضل لو أضاف لذلك ما نسميه التقسيم الموضوعي – الذى نعتقد أن شريعتنا تميزت به عندما خصت بعض الجرائم المترتبة بظروف مشددة تستوجب فرض عقوبات حدية أو بالقصاص والديمة لسبب موضوعى هو في نظرنا أهمية الحق الإنسانى الذى يتمتع بالحرمة أو القيم الأساسية للمجتمع الصالح الذى أضرت بها الجريمة والظرف المشدد الذى اقترن بها.

ال التقسيم الموضوعي الذى نرى إضافته هو تميز الجرائم التى تُعدّ اعتداء على "حقوق الإنسان" الشرعية الفطرية في سلامتها بدنها وحياته التي خصتها الشريعة بعقوبات القصاص وكذلك الجرائم التي تُعدّ اعتداء على النظام الاجتماعي القائم على حرمة الأعراض وحصانة الأسرة وحماية الأموال وسلامة العقل والوعي والإرادة والمعتقدات الدينية وما يتصل بها، وخصتها بعقوبات مقدرة تميزاً لها عن الجرائم التي يكفي فيها التعازير – وهي الجزاء الجنائي العام.

إن الفقه الإسلامي تكلم كثيراً عن "الحرمات" التي تحمى حقوق الإنسان (في سلامته جسمه وحياته وعقله وعقيلته وعرضه وماليه)؛ ومن واجبنا أن نرد بذلك على من يدعون أن النظريات المستوردة سبقتنا إلى حماية حقوق الإنسان وحرماته، وزعم بعضهم أنه لم يوجد إشارة إلى "حقوق الإنسان" في فقهنا.

والرد العملى والعلمى على هذه الادعاءات هو إبراز وتأكيد تميز الشريعة بفرض عقوبات رادعة وزاجرة بدنية على الجرائم التي تتضمن اعتداء مباشراً على هذه "الحقوق الإنسانية الأساسية" إذ خصتها ب نوع معين من العقوبات القصوى حدّاً أو قصاصاً يدعى البعض أنها قاسية لأنها جسمية أو بدنية قصد بها الرجز والردع الخاسم بسبب ما تسبّبه شريعتنا من قداسة على الحقوق الإنسانية الأساسية وحصانة القيم الاجتماعية الثابتة التي تحددتها تلك الأفعال .

وقد أشار الشهيد إلى التفرقة بين هذا "النوع" من الجرائم وبين جرائم التعازير، لكنه أكتفى بأن جارى الفقه "العصري" الوضعي في أن جعل مقاييس التفرقة هو "جسمامة العقوبة" أو نوعها – وهذه محاراة لما تسيير عليه التشريعات الوضعية في التفرقة بين الجنایات والجنحة ... على أساس جسامنة العقوبة أو أنواعها – مع أن جسامنة العقوبة في شريعتنا إنما كانت نتيجة خطورة الفعل وقصد بها إيجاد حماية استثنائية وخاصة للحقوق والقيم الاجتماعية التي تحددتها هذه الاعتداءات التي يعاقب عليها بعقوبة القصاص أو الحدود الرادعة للزاجرة بدنية.

الفصل الأول

ال التقسيم المبني على جسامته العقوبة

الحدود ... القصاص والدية ... التعازير

عودة ٥١- تنقسم الجرائم بحسب جسامتها العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول: جرائم الحدود: هي والجرائم المعقاب عليها بحد، والحد -٥- هو العقوبة المقدرة حقاً من الله تعالى^(١) ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى، ومعنى أنها حق لله تعالى لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة. وتعني العقوبة حق الله في الشريعة كلما استوجبتها المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، وتعني العقوبة المقررة عليها حق الله تعالى تأكيداً لتحصيل المنفعة، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضررة إذ اعتبار العقوبة حق الله يؤدي إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها ... وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم -٦- :

الصلدر ... تعليق "رقم ٥"- وجاء في كتاب الجوهر ورياض المسائل تعريف الحد بأنه عقوبة خاصة تتعلق بإيام بدن المكلف بواسطة تلبسه بعصية خاصة عن الشارع كميتها في جميع أفراده. وقد لوحظ في هذا التعريف التصریح بأن المقدر والحد للكمية هو الشارع كما عين مصب العقوبة حيث قال إنما تتعلق بإيام بدن المكلف، فكفارات الإحرام مثلاً وإن كانت مقدرة من الله وقد تعتبر عقوبة غير أنها ليست حدوداً لأنما لا تتعلق بإيام بدن المكلف (الشخص) ...

الشواوى ... رأينا في "تعليق رقم ٥"- يذكر هنا رأيه بأن العقوبة البدنية هي وحدتها التي تعتبر حداً وأن الكفارات لذلك ليست حداً، وهذا يؤيد ما نقوله في تعليقنا على البند {٤٧٣} من أنها تدخل ضمن التدابير الاحترازية، وهذا الرأي يطبق من باب أولى على الدية ...

الصلدر ... تعليق "رقم ٦"- وفي الفقه المعتبر يضاف إلى ذلك ثلاث جرائم أخرى : أنها : **السلطان**، وقد عرف في شرائع الإسلام وجواهر الكلام بأنه وطء الذكران من الآدميين. وفقهاء المذهب مجتمعون على تشريع الحد عليه ووافقوهم في ذلك من بقية فقهاء =

(١) فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٢، ١١٣ والإقطاع جزء رابع ص ٢٤٤ الأحكام السلطانية ١٩ بدائع الصنائع سبع ص ٣٣/٦٦ .

= المسلمين الشافعى فى كتاب الأم ص ٦٩، ومالك وربعة، والزهري، والحسن البصري والبيهقى سعيد بن راهويه وأبو زيد كما فى كتاب الحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٢، وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤، كما أن الحافظ البيهقى نسب القول بالحد إلى أمير المؤمنين(ع) وابن عباس وابن الزبير وسعيد بن المسيب، وعطاء، وذكر كل من ابن حزم في الحلى ج ١١ ص ٣٩، والحافظ البيهقى في سننه الكبرى ج ٨ ص ٢٣٢ أن عليا (ع) لما حكم بإقامة الحد على اللواط أجمع رأي أصحاب النبي ﷺ على ذلك ...

والملوك الفقهى لهذا الحد من طرق أهل البيت (ع) روى بطريق صحيح أن سائلاً كتب إلى الإمام موسى بن جعفر (ع): "ما حد رجلين نكح أحدهما الآخر طوعاً بين فخذيه؟" فكتب عليه السلام: "القتل" ... ويدل على لزوم الحد من طرق حفاظ السنة الخبران اللذان ذكرهما كل من الحاكم في المستدرك على الصحيحين ج ٤ ص ٣٥٥ وحكم بصحتهم، والحافظ البيهقى في السنن الكبرى ج ٨ ص ٢٣٢، وأحمد بن حنبل في المسند ج ٤ ص ٢٥٧ والترمذى في صحيحه ج ٦ ص ٤٠ والمتفق الهندى في كنز العمال ج ٣ ص ٧٠ و ٩٩ عن أحمد وأبي داود والترمذى والنسائي وابن ماجه والدارقطنى والحاكم وغيرهم ...

الخبران معاً عن ابن عباس ذكر في أولهما أن رسول الله ﷺ قال: من وجدتهو يعمل عمل قوم لوط فاقتلو الفاعل والمفعول به، وذكر في ثانيةهما أن رسول الله ﷺ قال: اقتلوا الفاعل والمفعول به، يعني الذي يعمل عمل قوم لوط .

وثانيةهما : المساحقة، والمقصود منها فقيها وطء المرأة مثلها، وقد أجمعت كلمة الفقهاء الجعفريين على وضع الشارع حدا معيناً عليها، ووافقهم على ذلك جملة من فقهاء المذاهب الأخرى، كما في الحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٩٠. وإنما وقع الناشق في ماهية هذا الحد وتحديده إذ ذهب أكثر فقهاء الجعفرية وعدة من غيرهم إلى أن حد المساحقة (مثة) جلدة سواء أكانت المرأة مخصستين أم لا. وأما غير الجعفريين فيظهر موقفهم مما نقله ابن حزم في الحلى ج ١١ ص ٣٩٠ عن ابن شهاب أنه قال : أدرك علماءنا يقولون إن المرأة تأتي المرأة تأتي المرأة تجذدان "مثة" الفاعلة والمفعول بها. وأما فقهاؤنا الجعفريون فقد استند أكثرهم في تعين الحد إلى ما رواه زرارة عن الإمام أبي جعفر محمد بن علي الباقر (ع) من الأمر بالجلد، وفي ضوء إطلاق الأمر وشموليته لحالتي الإحسان وعدمه أفتوا بأن الحد هو الجلد بصورة مطلقة. غير أن جمعاً من فقهاء الجعفرية قالوا إن حد السحق هو حد الزنا (الرجم مع الإحسان والجلد مع غيره)، وهذا هو الأجرد بالقبول نظراً إلى ما روى بطريق صحيح من أن نسوة دخلن على الإمام أبي عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع) فسألته امرأة منه عن السحق، فقال: حدتها حد الزاني. وفي ضوء هذا الحديث نستطيع أن نصرف رواية زرارة الآنفة الذكر إلى صورة عدم الإحسان، فالجلد هو =

عوده ◀ (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة -٧- (٦) السردة (٧) السفي. ويسمىها الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً ولكنها تميز بالجريمة التي فرضت عليها فيقال حد السرقة، وحد الشرب، ويقصدون من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب.

القسم الثاني : جرائم القصاص والدية : وهي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد -٨- ومعنى أنها مقدرة أنها

= حد غير المحسنة، والرجم هو حد المحسنة. ويدل على ذلك من طرق حفاظ السنة ما رواه البيهقي في سنته الكبرى ج/٨ ص: ٢٣٣ من أن رسول الله ﷺ قال : "إذا أنت المرأة المرأة فهم زانيتان" وما رواه ابن حزم في المخلص ج/١١ ص: ٣٩١ من أن النبي ﷺ قال : "السحاق زنا النساء بينهن". ومن الواضح أن إعطاء المساحقة صبغة الزانية شرعاً يعني تطبيق أحكام الزانية على المساحقة بما فيها نوعية الحد المفروض من الجلد حيناً والرجم حيناً آخر ...

وثالثهما : القيادة وهي جمع فاعلي الفاحشة من الزنا أو المساحقة أو اللواط، وحدتها في الرأي الفقهي السادس عند الجعفري ٧٥ جملة مع النفي عن البلد الذي هو فيه. وسد هذا الرأي ما رواه ابن سنان عن الصادق عليه السلام ...

الشاوى ... رأينا في... "تعليق رقم -٦-" لا يكفي بالحدود السبعة التي ذكرها فقيهنا، بل يقول إن الفقه الجعفري يضيف لها ثلاثة جرائم أخرى هي : اللواط، المساحقة، والقيادة أي الوساطة التي تجمع بين مرتكبي الفاحشة. وهو يتبع في بيان الحجج التي يستند إليها الفقه الجعفري ...

إن هذا التوسيع في تطبيق الحدود بطريق القياس يعارضه لأنه يخالف ما قلناه دائماً من أن النصوص المقررة للحدود تُعد استثنائية لا يجوز التوسيع في تطبيقها ...
والأدلة التي يستندون إليها ليست كافية في نظرنا لأنها مجرد سوابق قضائية يمكن اعتبار ما قوله بشأنها أسلافنا تعازير، وليس من الضروري وصفها بأنها حدود ...
مع ملاحظة أنها أخذنا بالرأي الذي يقول بأن عقوبة الرجم غير واجبة في الزنا لأنها تخالف النص الصريح في القرآن الكريم، فلا محل لها في غير الزنا من باب أولى، سواء في اللواط أو المساحقة أو ما يسميه "القيادة" ...

الصدر .. تعليق "رقم -٧-" الحرابة هي الجريمة التي يطلق عليها في كتب الفقه الجعفري اسم المخاربة.
الصدر .. تعليق "رقم -٨-" ويتنازع القصاص عن الدية بأنما اسم لاستيفاء مثل الجنائية من قتل أو جرح أو ضرب، وتعزى الدية بأنما المال اللازم أو الواجب في الجنائية من قتل وما دوله كما صرحت بذلك بعض كتب الفقه الجعفري عند تعريف اللقطتين ...

عادة ذات حد واحد، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تراوح بينهما، ومعنى أنها حق للأفراد أن للمجنى عليه أن يعفو عنها إذا شاء، فإذا عفا، أسقط العفو العقوبة المفروضة عنها ...

جرائم القصاص والدية حمس-٩-١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الجناية على مادون النفس عمداً (٥) الجناية على مادون النفس خطأ، ومعنى الجناية على مادون النفس الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب ...
ويتكلّم الفقهاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنائيات، متأثرين في ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق لفظ الجنائية على هذه الأفعال^(١) ولكن بعض الفقهاء يتكلّمون 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 يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التغريم، ومعنى التغريم التأديب، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية، وأكثفت بتقرير مجموعة العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ٨-٩" التفرقة التي أشار إليها لا تكفي ؛ لأن المهم هو البحث فيما إذا كانت الدية عقرية بحثة أو تعويضاً ...

وسوف نناقش هذا فيما بعد، وسنرى أن لنا رأياً هو أنه يجوز الحكم بتعويض إضافي إذا كان مقدار الدية لا يكفي للتعويض، وبذلك تكون الدية هي الحد الأدنى الذي يحكم به وهي عقوبة وتعويض في نفس الوقت ...

الصدر ... تعليق "رقم ٩-٩" - الأولى والرابعة من جرائم القصاص، والبقية من جرائم الدية ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ٩-٩" حرص السيد الصدر على الإشارة إلى أن القصاص هو فقط في الجرائم العمدية سواء كانت قتلاً أو مادون القتل من إيلاء بدلي، أما الإصابات خطأ سواء أدت إلى الموت أو إلى جرح فجزءها الدية، ونحن نرى أن الدية ذات طبيعة مزدوجة، ففيها معنى الجرائم الجنائي والتعويض في نفس الوقت، ومثل الخطأ شبه العمد ...

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٢٣ 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 للخطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ ...

عده وتنهي بأشدتها وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف الجرم. فالعقوبات في جرائم التعزير غير مقدرة ... وجرائم التعزير غير محدودة - ١٠ - كما هو الحال في جرائم المحدود أو جرائم القصاص

الصلدر ... تعليق "رقم - ١٠ -" بل هي محدودة في نطاق ما يُعدّ معصية شرعية سواء اكتسب الفعل صفة المعصية بسبب نص شرعي خاص كالربا والغش والرشوة في الحكم، أم بسبب هيولي الأمر (رئيس الدولة الإسلامية) عنه نظرا إلى أن معصيته فيما يرجع إلى شؤون الحكم ومتطلباته محمرة شرعا في الحقيقة معصية شرعية أيضا كالربا والرشوة. وعلى هذا فالتعزير لا يجوز ما لم يكتسب الفعل صفة المعصية الشرعية لأحد السببين ...

ثم إن التعزير الذي يباشره الحاكم تارة يكون مما جاء الأمر به في نص خاص كالنصوص التي أمرت بالتعزير على محركات معينة وأخرى يكون طبقا للمصلحة العامة التي يتولى الحاكم الحفاظ عليها شرعا، والقسم الأول من التعزير لا يقبل العفو عنه لأنها مخالفة للنص وإنما يجوز العفو في القسم الثاني إذا اقتضت المصلحة العامة ...

وعلى هذا فالضابطة الفقهية في إمكان العفو هو عدم ثبوت التعزير بمنص خاص فكل ما لم يثبت التعزير عليه بالمنص الخاص جاز العفو عنه عند اقتضاء المصلحة العامة سواء كان الفعل معصية بسبب فهي الشارع أم هي ولي الأمر عنه ...

ال Shawi ... رأينا في تعليق رقم - ١٠ - يعرض السيد الصدر على قول فقيهنا إن التعازير غير محدودة، ويقول إنها محدودة في نطاق المعايير الشرعية، فلا يجوز التعزير في غيرها، وبجعلها قسمين: القسم الأول: هي المعايير التي ورد بتحريمها نص شرعي، ومثلها في نظره الربا والغش والرشوة. القسم الثاني: هي كل مخالفة لما نهى عنه (ولي الأمر) نظراً لأن عصيائه فيما يرجع لشئون الحكم ومتطلباته حرمة شرعاً. فمخالفة أوامر أولي الأمر فيما يختصون به معصية شرعية من النوع الثاني بطريق غير مباشر. والمشكلة هي، في أمرتين:

١- من هو ولي الأمر؟ وقد تطوع المعلم الشيعي بأن وصفه بأنه رئيس الدولة الإسلامية. ونضيف أنه الرئيس أو الإمام أو الحاكم الذي حصل على ولادة الأمر بالشوري الحرة، وتواترت عليه شروط الولاية التي أفضى فيها الفقهاء أي أن يكون مجتهداً، ويعمل في حدود التفويض الذي يعطيه الدستور

ولذلك لا ترافق على إطلاق هذا القول دون تحديد هذه الشروط ولا الإشارة إليها حتى لا تعرف بشرعية الدول التي استولت على السلطة بواسطة القوة والعصبية منذ عهد معاوية، ولا نعطي لها الحق في التشريع ...

٤- ما هي اختصاصاته؟ هي ما يوكل إليه من أمور بحسب شروط البيعة الحرة والتي =

عادة والديمة، وليس في الإمكان تحديدها. وقد نصت الشريعة على بعضها وهو ما يعد جريمة في كل وقت كالربا وخيانته الأمانة والسب والرشوة، وترك لولي الأمر النص على بعضها الآخر، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير. ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر الحرية في النص على هذه الجرائم، بل أوجبت أن يكون التحرير بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدافع عن صوالحها ونظمها العام وأن لا يكون مخالفًا لنصوص الشريعة ومبادئها العامة ...

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

والفرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعمل الذي يحرمه أولي الأمر أن ما نصت عليه الشريعة حرم دائمًا فلا يصح أن يُعد فعلاً مباحاً، أما ما يحرمه أولي الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ...

= يتضمنها ما نسميه اليوم بالدستور الذي تقره الأمة بالشوري الحرة، وكل ما يتجاوز ذلك يخرج عن ولايته و اختصاصه، لذلك لا ولادة له في الفقه أو التشريع طالما أنه ليس مجتهدا ... لأننا قلنا إن أولي الأمر في الفقه والتشريع هم أهل الاجتهاد لا رؤساء الدول وأمثالهم ... كما أننا نرى أن العفو يدخل في اختصاص أهل الاجتهاد، والقضاة المجتهدين لا رؤساء الدول ...

٥١ - نفضل التقسيم الموضوعي على أساس أهمية الحقوق الإنسانية والقيم الاجتماعية :

إن عد العقوبة المقررة جريمة ما معيار جسامتها وخطورتها يسهل دراسة الجرائم أو تطبيق الأحكام استنادا إلى هذا المعيار التطبيقي أو المدرسي ويسهل مهمة شراح النصوص والقائمين بتنفيذها.

لكن فقه شريعتنا كما قدمنا من قبل له مهمة تتجاوز ذلك. فهو يقوم باستنباط الأحكام لما يستجد من قضايا، ولذلك يتعقب في فهم النصوص وليستكشف ناحية الخطورة في الفعل، وأهمية الحق الذي تضرر به ودور هذا الحق في بناء المجتمع وحياة أفراده؛ لأن هذا هو أساس العقوبة.

وهذا هو مانسميه المعيار الموضوعي في تقسيم الجرائم لأنه يقوم على نوع الحق الذي وقع الاعتداء عليه.

ومعرفة هذا الحق المعتدى عليه تكتننا من أن تعد النص على حكم فرعى بالعقاب على فعل معين أساسا لنظرية شاملة تتفرع عنها - قياسا - أحكام تعزيرية للأفعال التي تضر بهذا الحق، فيكون هناك مجموعة من الجرائم من أسرة واحدة تنسب إلى الجريمة التي شرع لها الوحي الإلهي عقوبة مقررة حداً أو قصاصا. فيكون حد الزنا والقذف منطلقا للتعزير على أنواع متعددة من العدوان على حرمة الأعراض وحماية لكيان الأسر وحصانتها واستقرارها - ويكون حد السرقة منطلقا للتعزير على أنواع كثيرة من الاعتداءات على حرمة الأموال - وحد الشرب منطلقا للتعزير على كل فعل يضر بسلامة الأفراد وسلامة عقولهم وإدراكم - وحد الحرابة والبغى والردة (عند من يقدّون هذه الجرائم حدية) - مبررا للتعزير على مايسمي في عصرنا جرائم أمن الدولة الداخلى والخارجي أو الأمن الاجتماعى - وهكذا.

ونحن ندعو للعناية بهذا التقسيم الموضوعي في مرحلة الت sistir التي نحن فيها . إننا نفضل المعيار الموضوعي الذى عبرنا عنه بأن هذه الجرائم قد خصصت لها عقوباتها البدنية المرادعة لكي تخصن "حقوق الإنسان وحرماته وأسس المجتمع وقيمه الثابتة" ، وت redund من يعتدى عليها بطريق مباشر - فالعقوبة القصوى (الحد أو القصاص) هي مجرد دليل على خطورة الجريمة ونتيجة جسامنة الفعل المعقاب عليه، وإن السبب الذى فرض خطورتها هو عصر موضوعي معياره أهمية الحق الفردى أو الكيان الاجتماعى الذى هدده الجريمة والذى حرص المشرع الإلهى على حرمته وحمايته وقداسته بتقرير عقوبة بدنية على كل فعل يعده اعتداء مباشرأ عليه .

التمييز بين تقسيم العقوبات وتقسيم الجرائم :

لهذا السبب فإن هذه الجرائم الخطيرة التي فرض لها مشرعونا عقوبات مقدرة حداً أو قصاصاً يحسن أن نسميها جنائيات بدلاً من عدّ لفظ الجنائية مرادفاً لكلمة الجريمة، كما اقترح من قبل (في البند 42). ويكون فقهاً أكثر أصلية من التشريعات الوضعية لأنه يدخل في اعتباره المعيار الموضوعي وهو أهمية الحقوق والقيم التي تبرر تحرير عقوبة حدية أو قصاص في تلك الأحوال .

لقد بدأ الفقيه الشهيد بتقسيم الجرائم إلى ثلاثة أنواع بحسب نوع عقوبتها - هي جرائم الحدود والقصاص والتعزير⁽¹⁾ - وفي نظره أن هذا هو التقسيم الرئيسي للجرائم، وهذا معناه أن التعازير قسم من أقسام الجرائم ونوع منها⁽²⁾ - وأن التعزير خاص بنوع واحد من الجرائم التي لا تستحق عقوبة حدية ولا قصاصاً .

لحن نرى خلاف ذلك، ونعتمد على ما قرره في موضع عديدة⁽³⁾ وما جرى عليه الفقه دائماً من أن جهور فقهائنا يرى أن عقوبات الحدود والقصاص يجوز أن تضاف لها عقوبة تعزيرية؛ بل إنهم متذمرون على التعزير إذا لم يمكن فرض عقوبة الحد أو القصاص بسبب لا يزيل صفة الجريمة عن الفعل، وإذا كانوا هم يعدهون التعزير في هذه الحالات عقوبة بديلة فإننا نصر على أنها أصلية - لأن التعزير شامل لجميع الجرائم وليس خاصاً بنوع معين أو قسم من أقسام الجرائم دون غيره .

* * *

إننا نرى الاحتراز من الخلط بين تقسيم العقوبات إلى أنواع ثلاثة وجعله تقسيماً للجرائم... ونعتقد أن من الواجب مراعاة التفرقة بين أحكام الجرائم وأحكام العقوبات، ولللاحظ أن فقيهنا يذكر أحكام عقوبات الحدود والقصاص على أنها أحكام "جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة" ... ونرى أنه من الأفضل تفادى هذا الأسلوب الذي يسير عليه فعلاً كثير من الفقهاء المعاصرین من شراح القوانين الوضعية - بمحاراة للتقسيم الذي اعتمدته نصوص تلك القوانين التي تعدد نوع الجريمة

(1) يراجع البند (74) فيما بعد .

(2) البند 68 .

(3) مثال ذلك ما ورد في الفقرة الثانية والثالثة في البند 74 مع ملاحظة تعليقنا عليها..

نتائج عَدَّ التعزير عاماً على جميع الجرائم :

وطبيعتها تابعة لنوع العقوبة المقررة لها. متغيرة العناصر الموضوعية التي تحدد طبيعة الجريمة ونوعها والظروف المشددة التي هي السبب في فرض عقوبة مشددة عليها. ثم إننا نرى أن التعازير هي الأصل وأن الحدود والقصاص تطبق فقط في حالة توفر شروط معينة تُعَدُّها ظرفاً مشدداً، أي أنها عقوبات استثنائية بدلاً عن التعازير عندما يتواجد الطرف المشدد الذي يستوجب ذلك. ولذلك فإن مهمتنا هي تحديد الطرف المشدد في كل جريمة لها عقوبة مقررة بنص شرعى .

ونلاحظ أن التقسيمات الأخرى التالية كلها ترجع إلى طبيعة الفعل المكون لجريمة - وأن التقسيم الموضوعي هو وحده الذي يجعل نوع العقوبة تابعاً لنوع الجريمة وظروفها المشددة - لا العكس .

عودة ٥- أهمية التفسيم: تظهر أهمية تفسيم الجرائم إلى حدود، وقصاص أو دية، وتعازير من عدة وجوه سنينها فيما يلي :

أولاً: من حيث العفو: جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً، سواء من المجنى عليه أو ولـي الأمر أي الرئيس الأعلى للدولة، فإذا عفا أحدـها كان عفوه لغوا لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة ...

أما في جرائم القصاص فالعفو جائز من المجنى عليه، فإذا عفا ترتب على العفو أثره، فللمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الديمة، وله أن يعفو عن الديمة أيضاً، فإذا عفا عن أحدـها أعفى منه الجميع، وليس الرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة في جرائم القصاص بصفته هذه؛ لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجنى عليه أو ولـيـه، لكن إذا كان المجنى عليه قاصراً ولم يكن له أولـاءـ كان الرئيس الأعلى للدولة ولـيـهـ، إذ القاعدة الشرعية أنـ السـلطـانـ ولـيـ منـ لاـ ولـيـ لهـ،ـ وفيـ هـذـهـ الـحـالـةـ يـجـوزـ لـرـئـيسـ الدـولـةـ العـفـوـ بـصـفـتـهـ ولـيـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ،ـ لـاـ بـأـيـ صـفـةـ أـخـرـىـ وـبـشـرـطـ أـلـاـ يـكـونـ العـفـوـ مـجـانـاـ ...

تعليق "رقم ١١ - ١١"- بل له العفو مجاناً إذا كان في ذلك مصلحة للقاصرين من ناحية أخرى.

رأينا في "تعليق ١١ - ١١"- يتفق الإمام الصدر مع فقيهنا في القول بأن "رئيس الدولة" له العفو عن القصاص إذا كان المجنى عليه قاصراً ولم يكن له ولـيـ .. إلا أنه يرى أنه يجوز له العفو مجانـاـ إذاـ كانـ فيـ ذـلـكـ مـصـلـحةـ لـلـقـاصـرـ ..ـ وـنـخـالـفـهـماـ فيـ إـعـطـاءـ حـقـ العـفـوـ لـرـئـيسـ الدـولـةـ؛ـ لأنـ أولـاءـ الأمـرـ فيـ شـعـونـ الفـقـهـ وـالـقـضـاءـ هـمـ أـهـلـ الـاجـتـهـادـ أوـ مجلـسـ القـضـاءـ الأـعـلـىـ ...ـ

وإذا كانت النظم الديمقراطية المعاصرة تنص في دسـاتـيرـهاـ علىـ إـعـطـاءـ حـقـ العـفـوـ لـرـئـيسـ الدولةـ،ـ فـهـذـاـ لـيـسـ حـكـمـ الشـرـيعـةـ فيـ نـظـرـنـاـ إـذـاـ صـحـ هـذـاـ القـولـ فيـ فـقـيـهـناـ المـجـنـىـ عـلـيـ المـبـادـىـ الإـسـلامـيـةـ إـلاـ إـذـاـ كـانـ رـئـيسـ الدـولـةـ مـنـ توـافـرـ لـدـيهـ شـروـطـ الـإـمامـةـ وـأـوـلـاءـ الـاجـتـهـادـ،ـ وـأـنـ يـتـولـيـ الـأـمـرـ بـالـشـورـىـ الـحـرـةـ وـتـعـطـيهـ الـبيـعـةـ الـحـرـةـ هـذـاـ حـقـ صـرـاحـةـ نـيـابةـ عـنـ الـأـمـةـ،ـ باـعـتـبارـهـ فـقـيـهـاـ مجـتـهـداـ كـمـاـ هـوـ الـحـالـ فيـ فـقـيـهـناـ فيـ عـهـدـ السـلـفـ،ـ أـمـاـ فيـ غـيـرـ هـذـهـ الـحـالـةـ فـلـاـ نـقـبـ هـذـاـ القـولـ لـلـسـبـبـ الـذـيـ ذـكـرـنـاـ ...ـ

وإنـصـافـ لـلـنـظـمـ الـوضعـيـةـ الـمـعـاـصـرـةـ فيـ بـعـضـ الـبـلـادـ،ـ يـجـبـ أـنـ نـشـيرـ إـلـىـ أـنـ الأـصـلـ فيـ النـظـمـ الـبرـلـانـيـةـ أـنـ مـنـ يـسـمـيـهـ فـقـيـهـناـ "ـرـئـيسـ الدـولـةـ الأـعـلـىـ"ـ لـاـ يـمـارـسـ سـلـطـاتـهـ فيـ العـفـوـ بـنـفـسـهـ وـإـنـماـ بـوـاسـطـةـ الـمـؤـسـسـاتـ الـتـمـثـيلـيـةـ الـتـيـ يـخـتـارـهـاـ الشـعـبـ سـوـاءـ فيـ الـجـلـسـ الـنـيـابـيـ أوـ مجلـسـ الـوـزـرـاءـ أوـ برـأـيـ مجلـسـ القـضـاءـ الأـعـلـىـ،ـ وـهـنـاـ يـكـونـ دـورـهـ شـكـلـياـ بـحـثـاـ فـهـوـ يـمـلـكـ وـلـاـ يـحـكـمـ كـمـاـ يـقـولـونـ ...ـ

الصلـبـ

الشاوىـ

عودة وفي جرائم التعازير لولي الأمر أي رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة -١٢- وحق العفو عن العقوبة. فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط ألا يمس عفوه حقوق المجنى عليه الشخصية، وليس للمجنى عليه أن يعفو في التعازير إلا عمما يمس حقوقه الشخصية الخصبة. ولما كانت جرائم نفس الجماعة فإن عفو المجنى عليه عن العقوبة أو الجريمة لا يكون نافذا وإن أدى في الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجاني؛ لأن للقاضي سلطة واسعة في جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة، وتخفيف العقوبة ...

ولاشك في أن عفو المجنى عليه يعد ظرفا مخففا ...

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

وفي جرائم القصاص سلطة القاضي قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجاني، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجنى عليه عن القصاص أو تعذر الحكم به لسبب شرعي وجب على القاضي أن يحكم بالدية ما لم يعف المجنى عليه عنها، فإذا عفا كان على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزير ... وله في التعازير (كما سنين) سلطة واسعة ...

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

ثالثاً : من حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أي أثر على

تعليق رقم ١٢-١- .. ويستثنى من ذلك الجرائم التي أمر الشارع بالتعزير عليها كما مر آنفا.

الصلوة ...رأينا في "تعليق رقم ١٢-١- " يختلف الإمام الصدر مع فقهنا بشأن إطلاق حق "رئيس الدولة" في العفو عن التعازير فهو يجعل هذا الحق محصورا في التعازير التي لم يرد نص شرعي بتحريتها، ونحن نضيف التحفظ الذي أشرنا إليه آنفا ...

عودة

الجاني، أما في جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها، فللقاضي أن يختار عقوبة خفيفة، وأن يتزل لها إلى أدنى حدودها، وله أن يوقف تنفيذها.

رابعاً : من حيث إثبات الجريمة : تشرط الشريعة إثبات جرائم الحدود والقصاص عدداً معيناً من الشهود، إذا لم يكن دليلاً إلا الشهادة، فجريمة الزنا لا تثبت إلا بشهادة أربعة شهود - يشهدون الجريمة وقت وقوعها، وبقية جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل ...

أما جرائم التعازير فتشتت بشهادة شاهد واحد - ١٤ - ...

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

الصلدر

... تعليق "رقم ١٣"- وكذلك جريتنا "اللواط" و"المساحة" ...

الشاوي

...رأينا في "تعليق رقم ١٣"- يشير إلى ما ذكره سالفاً من قياس جرائم اللواط والمساحة و"القيادة" على جريمة الزنا الحدية، من حيث اشتراط أربعة شهود". وقد اعتبرنا على هذا القياس فيما سبق بشأن العقوبة "في تعليقنا على البند السابق رقم ٥١ - " وعلى ذلك فلا محل للقياس فيما يتعلق بالإثبات

الصلدر

... تعليق "رقم ١٤"- وفي ذلك خلاف بين فقهاء الجعفرية، ومرد الخلاف إلى النقاش في قاعدة أصولية عامة وهي حجية خبر الواحد في المواجهة الخارجية ...

الشاوي

رأينا في "تعليق رقم ١٤" إننا قلنا بأن القاعدة في التعازير هي أن الأدلة إقاضية؛ لأنّه لا يوجد نص يلزمنا بدليل قانوني محدود، أي أن القرآن قد تكفي إذا اقتنع بها القاضي؛ لأن الأدلة القانونية خاصة فقط بالحدود والقصاص .

والقاعدة الأصولية التي يشير لها المعلم الشيعي لا تكفي لإدخال استثناء على ذلك ...

52 - رأينا في أساس التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص والتعازير :

إننا نقر بأهمية التفرقة بين الجرائم الخطيرة (وهي "الكبار") التي خصتها الشريعة بعقوبات بدنية - الحدود والقصاص) وميزتها بذلك عن غيرها من الجرائم التي يكتفى فيها بالتعزير - لذلك ندعو لإبراز العلة الموضوعية التي راعتتها شريعتنا عندما خصت هذا النوع من الجرائم الخطيرة بنوع خاص من العقوبات البدنية المقررة بنص شرعي، وهو أهمية الحق الإنساني أو المبدأ الاجتماعي الذي يتمتع بالحرمة وبهدده هذا الاعتداء المترن بظرف مشدد .

ورأينا هذا ليس المقصود منه مجرد الإشادة بسبق التشريع الإلهي إلى فرض عناية خاصة للعقاب على نوع معين من الاعتداء المباشر على الهرمات والحقوق والقيم الإنسانية، وإنما نضيف لذلك أن هذا الاعتبار الموضوعي يجب مراعاته فيما بعد عند دراسة أحكام تلك الجرائم، ويتوسّع دعوتنا إلى ضرورة قيام الفقه بتحديد الظروف المشددة التي استوجبت تلك العقوبات وأهمها في ظل ظروف العلانية والمجاهرة الاستفزازية طرفاً مشدداً في بعضها، واحتراط عدد معين من الشهود كدليل على تلك العلانية الفاضحة أو المجاهرة الاستفزازية التي تؤدي إلى إشاعة الفاحشة أو تثير نوازع الثأر لدى الرأى العام والجمهور ولدى المجنى عليه وأولياء دمه ... وهو ما راعاه المشرع مرة أخرى عندما أعطى هؤلاء دوراً مهماً في تشديد العقوبة على جرائم الإيذاء البدني - إذ عَد طلبهم القصاص في ذاته والإصرار عليه⁽¹⁾ طرفاً مشدداً يوجب عقوبة القصاص وهي الحد الأقصى - كما شرع العفو للمجنى عليه أو أولياء الدم لكي يسقط هذه العقوبة القصوى الاستثنائية ويكتفى بالعقوبة العامة في التعازير ... التي تسري على جميع جرائم ...

(1) اعرض البعض على قولنا إن طلب القصاص والإصرار عليه يكون طرفاً مشدداً بحجة أن الظروف المشددة تكون عادة متعلقة بالفعل المكون للجرعة - وليس طرفاً ناتجة عن اعتبارات شخصية مثل الظروف المخففة . وردنا أن الفقه الوضعي هو الذي أعطى للظرف المشدد تحديده المشار إليه، ولأنه يلزمنا . ومع ذلك، فهناك استثناءات في القواليين الوضعية لهذا التعريف - إن صفة الأصول توجب تشديد العقوبة في عقريّة هتك العرض مثلاً مع أنها عَذَّ شخصي، لدى الجاني .

ضرورة بيان الظرف المشدد الذي يستوجب العقوبة المقررة حداً أو قصاصاً :

لذلك فإننا ندعو فقهاءنا وعلماءنا لكي يتمعمقاً في دراسة كل واحدة من هذه الجرائم لبيان الاعتبارات التي جعلها المشرع ظرفاً مشدداً يوجب الحكم فيها بعقوبات بدنية، وسيجدون أن هذه الدراسة سيكون لها نتائج عديدة فيما يتعلق بأحكام كل من هذه الجرائم.... بل وأحكام العقوبات التي استوجبتها تلك الظروف المشددة .. والتي لا محل لها إذا وجدت شبهة جعلت المشرع يوجب الاكتفاء بالتعزير لأنه الأصل في نظرنا - ولأنه عام على جميع الجرائم

إن ما يسميه "العفو" الجائز في جرائم الاعتداء على الأشخاص - ليس عفو عن الجريمة ولا عن الجزاء الجنائي - وإنما هو مجرد إسقاط لوجوب الحكم على الجاني بالقصاص الذي يُعدّ الحد الأقصى، لكن طالما بقي الفعل جريمة، فإنه يبقى جنائية جزاًًّاً لها هو التعزير .

يؤيد ذلك ما قاله من أن عفو الجني عليه ليس إلا ظرفاً مخففاً للعقوبة، والأصح في نظرنا أنه يستبعد الظرف المشدد الذي أدى بالمشروع إلى فرض العقوبة البدنية القصوى على الجريمة .

وفيما يخص توسيع سلطة القاضي في تقدير الجزاء التعزيري فإن هذا أمر عام في نظرنا على جميع الجرائم، كل ما هنالك أن التخفيف في حالة الحدود يكون بسبب وجود الشبهات التي تدرأ الحدود - وفي نطاق القصاص تكون الشبهة هي العفو من الجني عليه أو ولي الدم، أو ولي الأمر في بعض الأحوال - وهذا العفو هو أحد الشبهات التي تمنع العقوبة القصوى (القصاص) .

ونحن لا نقر قوله بأن ولي الأمر هنا هو من سماه رئيس الدولة الأعلى ... ونرى أن القضاء المجتهد - أو أهل الاجتهاد - أحق بالعفو منه ... في جرائم القصاص عند عدم وجود الجني عليه أو ولي الدم ...

وإذا كان هذا القول ورد في بعض كتب السلف، فإن هذه الكتب ذاتها كانت تسير على أن ولي الأمر أى الخليفة أو الإمام كان يختار لرئاسة الدولة بشرط أن يكون مجتهداً، وإذا كان قد منع هذا الاختصاص بذلك بصفته هذه - وإذا وجد من توافرت فيه صفة الاجتهاد سواء كان قاضياً أو فقيها فإنه له هذا الحق . وفي عصرنا

نتائج عَدَّ التعزير عاماً على جميع الجرائم :

نحن نرى أن الاجتهد أصبح جماعياً ويجب أن تتولاه مجموعة أو مؤسسة (من الفقهاء وأهل الذكر) تختارهم الأمة بالشورى الحرة ونشق في علمهم وتجردهم عن الهوى والغرض - ولا يشاركونهم في ذلك السلاطين أو الأمراء أو رؤساء الدول الذين لا توافر لديهم صفة الاجتهد أو العلم ولا شروطه كما أن كثيراً منهم يتأثر بهواه ومصالحه إلى حد كبير .

إن هدفنا من التذكير برأينا في أن التعزير هو العقوبة العامة في جميع الجرائم، سوف نبني عليه بعد ذلك نتائج لا بد أن نشير إليها منذ الآن :

1 - إزالة الشبهة التي جعلت البعض يظن أن فقهاءنا عندما يقررون أن فعل معينا لا حد فيه، أو أن الحد يسقط أو أن القصاص يتعذر في حالة معينة - يقصدون بذلك أنه "لا عقوبة عليه"، لأن امتياز الحد أو القصاص يتربّ عليه فقط الرجوع إلى القواعد العامة التي توجب التعزير أو تحييذه كلما كان الفعل ثابت معصية أو خطرا على المجتمع أو أفراده . أي أن حق المجتمع في الجزاء الجنائي على الفعل الذي توافرت فيه أركان الجريمة لا يزول في حالة سقوط الحد أو امتياز القصاص . وهذا الحق الدائم البالى دائماً يدخل الفعل في نطاق التعزير .

2 - تذكير الباحث والقارئ دائماً بأن عقوبات الحد والقصاص ذات صفة استثنائية أو جب المشرع الحكيم سقوطها بالتوبة في الحدود أو بعفو الجنى عليه أو مصالحته في القصاص والدية، أو مجرد وجود شبهة . وهذا السقوط يقتصر أثره على امتياز العقوبة القصوى المشددة (التي توصف بأنها حد أو قصاص)، لكن لا يتربّ عليه أن يصبح الفعل مباحاً لا جزاء عليه لأن الجزاء الأصيل البالى دائماً يدخل في نطاق التعازير، متى توافرت فيه أركان الجريمة .

3 - أن الاتجاه لتضييق نطاق العقوبات المقدرة (حداً أو قصاصاً) الذي أكدده رسولنا الكريم وسار عليه الفقه في مجموعة، إنما هو نتيجة حتمية للطابع الديني والاجتماعي في تشريعنا الذي استوجب تشجيع المخطئين على التوبة وإصلاح سلوكهم، وتشجيع الجنى عليه على العفو والتصالح مع من اعتدى عليه، (فمن عفا وأصلح فأجره على الله). وهذا الاتجاه يكون أقوى إذا كان سقوط الحد أو القصاص

﴿ لا يكفي لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص ثبوت الظرف المشدد بل يجب أيضاً ثبوت
أركان الجريمة التي تستحق التعزير عند سقوط الحد أو القصاص :

بالستوبة أو العفو لا يعفى الجاني من كل جزاء أو إجراء جنائي، وإنما هو يجعل هذا الجزاء في نطاق التعازير التي هي الأصل والقى يراعى فيها ظروف كل فعل وكل جان وكل زمان ومكان ويدخل في نطاقها تدابير الوقاية والإصلاح ..

4 - إزالة أي حرج لدى أهل العلم والفقه أو الاجتهاد والتقيين في مواصلة مارسها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من توسيع باب التوبة والاستغفار إلى حد دعوة المذنب المقر أو المعترف بالجريمة للعدول عن إقراره ... ليتفادى توقيع الحد أو العقوبة المقررة بالنص الشرعى، طالما أنهم يعلمون أن باب التعزير مفتوح في حالة سقوط الحد بسبب التوبة أو الشبهة أو التصالح مع المجنى عليه ...

وسيري القارئ أننا سنتوجه دائماً إلى هذا التوسيع في أسباب سقوط الحد والقصاص وتوسيع نطاق التعازير لتشمل تدابير الوقاية والتربية والعبادة وعدتها الجراءء الأصيل الدائم العام في جميع الجرائم بما في ذلك ما يعاقب عليه بحد أو قصاص عندما تتوافر فيه أركان الجريمة برغم امتياز الظرف المشدد الموجب للعقوبة المقررة .

5 - معنى الصفة الاستثنائية للعقوبات المقررة حداً أو قصاصاً في نظرنا هو أنها عقوبات قصوى مشددة. استلزمها توافر ظروف مشددة اقترنـت بجريمة معينة، وهذه الجريمة إذا تعرت عن هذا الظرف المشدد سقطت عنها العقوبة المشددة المقررة حتماً - ولكنها تدخل في إطار القواعد العامة الأصلية التي تحكم "التعازير" متى توافرت أركان الجريمة ...

لذلك، فإن مهمة الفقيه والمجهد هي تحديد هذا الظرف المشدد الذي بني عليه المشرع الالهي وجوب العقوبة المشددة في كل حالة قرر فيها عقوبة حد أو قصاص أو دية. وفي هذه الأحوال يجب أن تميز بين عنصرين: أولهما الفعل الإجرامي المكون لأركان الجريمة، وثانيهما هو الظرف المشدد الذي هو سبب التشديد، ويترتب على زواله أو الشك فيه امتياز العقوبة المشددة والاقتصار على التعزير ...

6 - وجوب عناية الفقه ببيان أركان الجريمة التعزيرية؛ وعدم استمرار ترك ذلك كله بحججة أن القاضي هو المختص بتحديد الأفعال المعقاب عليها كما كان يفعل أسلافنا لأن القضاة كانوا مجتهدين ولم يعودوا كذلك الآن .

القاضى غير المجتهد يلتزم بالتعزير كلما توافرت أركان الجريمة التعزيرية

لقد سار أسلافنا على بيان شروط توقيع الحد أو القصاص، وفي كثير من الأحيان يكتفون بالقول بأن عدم اجتماع هذه الشروط كلها يسقط الحد أو يمتنع القصاص، وقد يفهم البعض من ذلك أنه لاجرميّة في الفعل الذي ارتكبه الجاني – وفي بعض الأحيان يشير الفقه إلى "جواز التعزير" ويترك للقاضي الحرية في فرضه أو عدم فرضه دون أن يقدم الشروط التي تستوجب التعزير. وكان هذا مقبولاً عندما كان القاضي مجتهداً، أما الآن فإن علينا أن نميز بين نوعين من الشروط :-

أو هما مايلزم لوجوب التعزير وهي أركان الجريمة في نظرنا، والنوع الثاني : هو مايضاف لذلك من شروط تكون الطرف المشدد الموجب للحد أو القصاص، وعند ذلك لا يكون القول بسقوط الحد أو امتناع القصاص معناه براءة الجاني وإباحة الفعل. بل يجب البحث عن وجود أركان الجريمة التعزيرية، ومتي ثبت ذلك وجوب على القاضى (المقلد) التعزير

الفصل الثاني

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني الجرائم المقصودة ... والجرائم غير المقصودة

عودة ٥٣ - تقسيم "الجرائم" بحسب قصد "الجاني" إلى جرائم "مقصودة" وغير "مقصودة" :

(أ) الجرائم المقصودة : هي التي يعتمد الجاني فيها إتيان الفعل وهو عالم بأنه محظوظ وهذا هو المعنى العام للعمد في الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية. وللعمد معنى خاص في القتل، هو تعمد الفعل المحظوظ وتعمد نتائجه، فإن تعمد الجاني الفعل دون نتيجة كان الفعل قتلاً شبيهًا بعمد، وهو ما يسمى في القوانين الوضعية بـ "الضرب المفضي إلى الموت" ...

(ب) الجرائم غير المقصودة : هي التي لا ينتوي فيها الجاني إتيان الفعل المحظوظ، ولكن يقع الفعل المحظوظ خطأ منه. والخطأ على نوعين^(١) :

النوع الأول : هو ما يقصد فيه الجاني الفعل الذي أدى للجريمة، ولا يقصد الجريمة ولكنه مع ذلك يُخطئ : إما في نفس الفعل كمن يرمي حجرًا ليتخلص منه فيصيب أحد المارة، أو يرمي صياداً فيخطئه فيصيب آدمياً ...

وإما أن يكون الخطأ في ظنه كمن يرمي ما يظنه حيواناً فإذا هو إنسان، أو يرمي ما يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو أحد المواطنين، 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 للامبالة أو عدم احتياطه، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله، وكمن يحفر بثرا في طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه ...

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٢٣٥، المغنى الجزء التاسع ص/٣٢٠، والزيلعي الجزء السادس ص/٩٧ بدانع الصنائع الجزء السابع ص/٢٣٤ . راجع أيضًا الفقرتين ٣٠١، ٢٨٤ .

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

أوهما : 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 ...

ثانيهما : يمتنع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوافر ركن العمد -١٥-، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها مجرد الإهمال أو عدم التثبت ... وتعزى القوانين الوضعية هذا التقسيم، وهي تتفق مع الشريعة في موضوعه ونتائجها ...

الصدر ... تعليق "رقم ١٥-١"- "إذ لا تتحقق جريمة مقصودة بذاته، وليس كما يدور من العبارة حيث يتراءى منها أن الجريمة المقصودة تتحقق ولا عقاب عليها ..." الشاوي ...رأينا في "تعليق رقم ١٥-١"- تناقض المعلق الشيعي في تحفظه على قول فقيهنا (في البند ٤) بأن العقاب يمتنع في الجرائم العمدية إذا لم يتوافر ركن العمد؛ لأن الحالة هنا ليست من حالات موانع العقاب، وإنما هي كما قال حالة العدام وجود الجريمة لعدم توافر أحد أركانها وهو القصد الجنائي ..." .

تقسيمات أخرى

من 53 إلى 82

٥٣ - التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطأ وشبه العمد :

الستفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطأ ليست محل خلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية - وأهم ما يميز جرائم الخطأ هو أن حدوث ضرر معين هو ركناها المادي - فلا عقوبة جنائية مطلقاً على مجرد الخطأ إذا لم يترتب عليه ضرر . ولذلك لا مجال للعقاب الجنائي على مجرد الشروع أو الجريمة الناقصة. أما في مجال الجزاء الديني والمساءلة يوم الحساب فإنما تشمل كل الانحرافات دون تقيد بأن يترتب عليها ضرر أم لا .

و شبه العمد يتوسط بين العمد والخطأ. وتعاقب عليه شريعتنا بعقوبة أقل من عقوبة الجريمة العمدية ولكنها أشد من عقوبة جريمة الخطأ؛ وهو خاص بجرائم الاعتداء على الأشخاص إذا قصد الجان فعلاً معيناً - كالضرب - لكنه لم يقصد النتيجة التي حدثت بسبب فعله، كما إذا مات المجنى عليه أو أصيب بعاهة وثبت أن الضرب هو الذي أدى إليها؛ وتسمى هذه الجريمة في القانون الوضعي ضرباً أفضى إلى الموت أو أفضى إلى إحداث عاهة .

والتسمية التي تستعملها شريعتنا أدق وأعم، لأن الفعل قد لا يكون ضرباً (كان قدفه بحجر أو سقاه مادة ضارة لاتحدث الموت أو العاهة في العادة). أى أن الأداة التي استعملت في الاعتداء لا تدل على وجود قصد إحداث النتيجة لدى الجان أو ثبت انعدام القصد بدليل قاطع .

والتمييز بين الخطأ في الفعل أو في القصد أو في الشخص المجنى عليه - الذي أشار إليه فقيهنا - موجود في الفقه الوضعي أيضاً، لكن فقهاءنا سبقوه إليه . والخلافات في الفقه الوضعي حول أثر كل نوع من أنواع الخطأ موجودة كذلك في فقهنا .

وسوف نبين فيما بعد أن المبدأ الشرعي "رفع عن أمتى الخطأ والسيان" يؤدى بنا إلى عذر التغزير عن جرائم "الخطأ" يدخل في نطاق تدابير الوقاية والإصلاح والتهذيب، ولا لزوم لحسابه "عقوبة جنائية" .

الفصل الثالث

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

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

الجريمة المتلبس بها : هي الجريمة التي تكشف وقت ارتكابها، أو عقب ذلك ببرهه يسيرة، وقد عرف قانون "تحقيق الجنائيات المصري" التلبس في المادة الثامنة بأنه مشاهدة الجاني متلبسا بالجنائية^(١) وهي رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهه يسيرة، ويعد أيضا أن الجاني شوهد متلبسا بالجنائية إذا تبعه من أوقعت عليه الجنائية عقب وقوعها منه بزمن قريب، أو تبعته العامة مع الصياغ، أو وجد في ذلك الزمن حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجنائية أو مشارك في فعلها.

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

المعروف لدى فقهاء الشريعة - أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها، ولكن ليس في الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس (المجازي) طبقا لوجهة "القانون

الصلو ... تعليق رقم ١٦ - " وإعطاء المفهوم الخاص للقسم الأول، أي لاكتشاف الجريمة وقت التلبس بها. هو الذي يعطي هذا القسم الميزتين اللتين أشار إليهما المؤلف، وما صحة الشهادة حتى إذا قيل بعدم جوازها إلا على المشاهد، وصحة منع الجرم من إثباته جريمه بالقوة استنادا إلى وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المأكرون، فإن هاتين الميزتين تترتبان على القسم الأول إذا حصر في النطاق الضيق لمفهوم التلبس. وأما إذا عد اكتشاف الجريمة بعد ارتكابها اكتشافا لها حال التلبس بها، فمن الواضح حينئذ أن مثل هذا التلبس ليس حقيقيا وإنما هو مجازي، ولا تترتب عليه الشمرتان ...

فمن يقول من الفقهاء بعدم جواز الشهادة إلا على المشاهد لا يقول بجواز الشهادة في موارد هذا التلبس المجازي؛ لأنـه مجرد من المشاهدة الحقيقة، كما أنه لا مجال لاستعمال حق الأمر بالمعروف والنهي عن المأكرون؛ لأنـ الجريمة بوجودها المادي قد ثبتت ولا مجال لمنع الجرم من ارتكابها ..

الاشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ١٦ - " التعليق يقول إنـ الفقه رتب على التلبس نتيجتين هما:

(١) معنى لفظ الجنائية هنا يتفق مع معنى الجنائية في الشريعة الإسلامية وهو الجريمة ...

عودة المصري خصوصاً وأن المقصود من اعتبار هذه الحالة قائمة هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة...

٥٧- أهمية لهذا 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 الحادث وهو يرتكب الجريمة. ويحجز الإمام مالك أن يكون الشهود سمعيين^(١) يقولون عن شهوداً الحادث ولا يحجز هذا باقي الأئمة^(٢) - ١٧٣ ...

= صحة الشهادة وجواز الدفاع الشرعي، ويرى أن هاتين التيجتين لا تتوافقان إلا في حالة اكتشاف الجريمة وقت ارتكابها. ونحن نؤيد هذا التحفظ في موضوع الدفاع الشرعي الذي لا محظ له بعد قيام الجريمة. أما فيما يتعلق بما يسميه صحة الشهادة، فإن أقصى ما يمكن قوله إنما لا تكون شهادة رؤية، بل قرينة يقدّرها القاضي... كما أنها نلاحظ أن موضوع التلبس في القرآنين الوضعية يحصر أثره في الإجراءات فقط، فيما يختص بتوسيع سلطات مأمورى الضبط القضائي ...

الصدر ... تعليق "رقم ١٧-١٧" - أما الفقهاء المعفريون فقد اتفقت آراؤهم كما في كتاب جواهر الكلام على رفض الشهادة على الشهادة، وعدم قبولها في حد الرأى واللواط. ومن رأى أكثرهم عدم قبولها في جميع الحدود، وهو الرأي الجدير بالقبول نظراً إلى ما روي بسند صحيح عن أمير المؤمنين على (ع) أنه قال : "لا تجوز شهادة على شهادة في حد..."

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم ١٧-١٧" - فيما يختص الشهادة السمعية "أو الشهادة على الشهادة كما يقولون" فإن التعليق الشيعي يقرر أن فقهاء المعفريمة متفرقون على عدم قبولها في الحدود عامة، وهذا يتفق مع رأي جهور السنة (فيما عدا الإمام مالك) كما قال فقيهنا، ويفق مع ما قلناه عن مبدأ وجوب التضييق في تطبيق العقوبات الخدية على لا يؤثر هذا الاستثناء في

أن المبدأ العام هو الأدلة الإقناعية في التعزير في رأينا ...
ولنذكر برأينا في أن شهود الرؤية مطلوبون في الحدود فقط لثبوت الظرف المشدد الموجب للعقوبة القصوى الخدية، أما ماعدا ذلك فيما يختص أركان الجريمة (التعزيرية) وشروطها (فيما عدا الظرف المشدد) فيخضع ثبوتاً للقواعد العامة في الأدلة الإقناعية بما فيها الشهادة العادية والسمعية والقرآن ...
إن التضييق في تطبيق الحد لا يمنع التعزير متى ثبتت أركان الجريمة بأدلة يقبلها القاضي ويقتضي بها، ومن بينها الشهادة السمعية والقرآن ..

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص/٤٥ ...

(٢) بدائع الصناع الجزء السابع ص/٤٩، نهاية المحتاج الجزء الثامن ص/٣٠٧، الإقناع الجزء الرابع ص/٤٠٧.

عوده ثانيهما : من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : إذا شوهد الجاني وهو يرتكب الجنابة، كان لأي شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة الالزمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة أو اعتداء على حقوق الجماعة كشرب "الخمر" و "الزنا" ، وهذا ما يسمى "بحق الدفاع الشرعي العام ..."

٥٥، ٥٦ - التلبس والعلانية أو المجاهرة الاستفزازية ظرف مشدد في بعض الجرائم:

تعريف التلبس في القانون الوضعي وما جرى عليه فقهاء القانون هو أن أثر حالة التلبس محدود في نطاق الإجراءات أو الإثبات .

لقد نرى أن شريعتنا ذهبت إلى أبعد من ذلك فهي تجعل التلبس دليلا على العلانية الاستفزازية الفاضحة، ولذلك جعلته ظرفا مشددا في جرائم العرض (الزنا والقذف...). ويوجب المشرع تطبيق عقوبة الحد في حالة توافر أربعة شهود عاينوا الزنا العلني وشاهدوه مشاهدة فعلية وشهدوا على التجاهر به .

جرى كثيرون على عَد الشهود الأربع في جريمة الزنا أو القذف دليلا قانونيا على وقوع تلك الجريمة، ونحن نرى أن وجود هؤلاء الشهود دليل على توافر الجهر بالفاحشة والعلانية الفاضحة المثيرة وهي ظرف مشدد في الجريمة المتعلقة بالعرض يستوجب تطبيق العقوبة الحدية .

إن الشهود الأربع في جريمة الزنا ليسوا في نظرنا مجرد دليل لإثبات الفعل ، بل المقصود من ذلك هو ثبوت تحول الفعل إلى ما نُعْدُه الحالة العلنية الفاضحة . فالعلنية والجهر بالفاحشة في العلاقات الجنسية الخرمة بالصورة التي تجعل أربعة شهود يشهدون الفعل المكون للجريمة وقت حدوثه بالعلانية الفاضحة (التي أفضى الفقه في تفصيلها وفي وصفها) هي في نظرنا ظرف مشدد استوجب تغليظ العقوبة وجعلها حدية لأنه يؤدي إلى إشاعة الفاحشة في المجتمع .

ليست المسألة مسألة إثبات ولا تلبس فقط، في هذا النوع من الجرائم المتعلقة بالعلاقات الجنسية الخرمة؛ بل هي مسألة علانية فاضحة ومجاهرة استفزازية تهدد نقاء المجتمع وقيمته وأخلاقياته ... حتى لو حدث ذلك من زوجين – وعلاقتهما غير محترمة – لكنهما زاولا هذا الفعل المشروع لهما أمام أربعة شهود، فإن هذا استفزاز قد يسُوّغ في نظرنا مؤاخذتهما على ارتكاب جريمة فعل فاضح على ... أما إذا لم يكونا زوجين وكانت العلاقة الجنسية بينهما محترمة؛ فإن هذه العلانية توجب ترقيع الحد الأقصى للعقوبة الحدية على هذه الفاحشة، لأن المجاهرة بهذه العلاقة الجنسية في ذاته محرم وسترها واجب سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة .



أربعة شهود رؤية :

ينتتج عن ذلك أنه إذا لم يتوافر أربعة شهود ، وشهداثان أو ثلاثة أو واحد فقط على هذه المعاشرة الخرمة ، فإن الفعل يمكن أن يُعد جريمة يعاقب عليها بالتعزير في نظرنا إذا قرر أهل الاجتهاد ذلك في تقنين شرعى .

إن حرص المشرع الإلهي على حماية المجتمع من كل مجاهرة بهذه العلاقة الجنسية، يوجب ردعها بعقوبة الشاهد أو الشهود الذين يقل عددهم عن النصاب المقرر؛ لأن إشاعة الفاحشة في المجتمع تقع من الشاهد الذي يشهد بوقوع مثل هذا الفعل ويعلن أمام القضاء دون أن يوجد معه شهود آخرون يتحقق بهم النصاب المقرر شرعاً، وذلك لتحذير الشهود من التسرع في الشهادة على الفاحشة إلا إذا كانت العلانية فاضحة وشهادتها أربعة شهود على الأقل. لأن هذه الشهادة - التي هي في الأصل واجب شرعى - تصبح جريمة قذف معاقباً عليها في نظر جمهور كبير من الفقهاء. ومنع ذلك أن الأصل هو ستر هذه الفواحش وعدم إشاعتها سواءً من ارتكبواها أو من شاهدوها.

وفي نظرنا أن معاقبة مثل هذا الشاهد بعقوبة القذف - إذا أخذنا بهذا الرأى - قد لا تقنع من فرض التعزير على مرتكب الفعل الذي شهد به . كل ما هنالك أن الفعل لا يوصف بأنه زنا ولا يستوجب الحد ، ولكن يكون فعلاً فاضحاً أو فاحشة ثبتت بالقرائن، وتكون العقوبة تعزيرية يقدرها أهل الاجتهاد. وبذلك لا يوجد - في نظرنا - تعارض بين تحريم الفعل وتحريم إشاعة الفاحشة التي ثبتت بالشهادة من واحد أو اثنين أو ثلاثة فقط؛ ويكون الفعل قد استحق التعزير ولو أنه لم يصل حد "الزن" الذي يقصد به ثبوت علاقة جنسية علنية مقرونة بالظرف المشدد (حدوده أمام شهود رؤية أربعة على الأقل يتوافر فيهم شروط معينة كالعدالة ... إلخ) أو اعتراف قضائي متكرر .

يؤكد ذلك ما روى عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما عاتب من شهد برأيته لهذه الجريمة قائلاً "هلا سترته بشوبك". ومقتضى ذلك أن الأفضل عدم أداء الشهادة بجريدة الزنا عند عدم توافر شروط العلانية التي تشيع الفاحشة في المجتمع وعدم ثبوتها بأربعة شهود، بدليل أن الشاهد يعاقب على جريمة القذف إذا ادعى بوقوع فعل المعاشرة الخرمة ولم يحضر الشهود الأربع .

جريمة العلاقات الجنسية غير المشروعة التي لا توافر فيها الأدلة القانونية الالزمة

في جريمة الزنا التي تدل على العلانية المثيرة التي ثبتت بأربعة شهود رؤية جزاً منها التعزير

ونحن نرى قصر وصف الجريمة بأنها "زنا" على الحالة التي يثبت فيها وقوع معاشرة جنسية وشهدها أربعة شهود رؤية أو اعتراف على قضائي متكرر يثبت به ظرف العلانية المشددة للعقوبة التي تستوجب توقيع الحد الذي فرضه الشارع، مراعاة لمقصد الشرعية في ردع هذا النوع من المعاشرة الجنسية العلنية المثيرة لجمهور الناس . ونقترح أن توصف الجريمة في غير هذه الحالة والمعاقب عليها تعزيزاً بوصف أخف يميزها عن وصف الزنا . وأرجو من فقهائنا أن يتفقوا على تسمية خاصة لتلك الجريمة .. وأقترح أن نسميها "فاحشة" أو فعلاً فاضحاً مخللاً بالحياء على الأقل لا يصل إلى حد وقوع المعاشرة الجنسية .

الفصل الرابع المبحث الأول جرائم إيجابية ... وجرائم سلبية

- ٥٧- **عوده** 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 منهيًّا عنه ...
والجريمة الإيجابية : تكون من إثيان فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب ...
والجريمة السلبية : تكون من الامتناع عن إثيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكوة ...
وأكثر الجرائم الإيجابية، وأقلها الجرائم السلبية ...
- ٥٨- **الجريمة الإيجابية** تقع بطريق السلب : ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة. فمن جنس إنساناً ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل له عمداً إن قصد بالمنع قتله -١٨-، وذلك

الصلدر ... تعليق "رقم ١٨"- يجب أن نقول قبل تناول المسألة كلمة عامة عن القتل العمد ومفهومه في الفقه الجعفري وشرائطه في آراء الفقهاء الجعفريين ...

فالقتل قد يتحقق بأداة قاتلة بطبيعتها كاطلاق رصاص على الموضع الخطرة من جسم الإنسان، وقد ينبع عن آلة ليست قاتلة غالباً وإن كانت تقتل في بعض الأحيان كالسوط والعصا. كما أن القاتل قد يكون متعمداً القتل قاصداً له، وقد لا يكون قاصداً له ولا مستهدفاً بعمله قتل الآخر. فإذا كانت الأداة قاتلة وقد قاتل القاتل القاتل، فالقتل عمدي ياخذ الفقهاء، وأما إذا وجدت إحدى الصفتين فقط كما إذا كانت الآلة قاتلة ولم يقصد القاتل القاتل بها إن كان على علم بطبيعتها الخاصة. أو كانت نية المعتمدي القتل ولم تكن الآلة قاتلة في الغالب، فالقتل عمدي على أشهر الأقوال بين الجعفريين. ويتبين عن ذلك أن المميز الأساسي لقتل العمد هو وجود إحدى الصفتين، إما أن تكون الآلة قاتلة بطبيعتها والقاتل على علم بذلك، وإما أن القاتل "لم يكن" مستهدفاً للقتل، من كلا هذين العنصرين فإن لم يكن من نية القاتل القتل أو لم تكن الآلة التي استعملها قاتلة فليس القتل عمداً ...
والدليل على تحقق صفة العمد في نظر الشارع بالحدود التي ذكرناها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَ عَلَيْكُمْ فَاعْطُوهُ عَلَيْهِ﴾ فإن الاعتداء بالقتل يصدق عرفاً على من قصد القتل فقتل أو استعمل آلة =

عوده ما يراه مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣). أما أبو حنيفة^(٤) فلا يرى الفعل قتلا؛ لأن الهملاك حصل بالجوع والعطش والبرد، ولم يحصل بالحبس، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد. ولكن أبا يوسف ومحما يريان الفعل قتلا عمدا لأنه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء ... فالمدعى عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على المتنوع يكون إهلاكا له ... والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتلها تُعد قاتلة عمدا-١٩-، ولو أنها لم تأت بعمل إيجابي^(٥) ...

= حادة قاتلة عالما بذلك فقتل بها. كما أن الأخبار عن أئمة أهل البيت (ع) تؤكد ذلك أيضا ... ويمكننا أن نذهب إلى أكثر من ذلك فبعد القتل عمدا إذا استعمل القاتل آلة قاتلة بطبيعتها، حتى إذا لم يعلم بطبيعتها الخاصة هذه؛ لأنه اعتداء بالقتل فيدرج في مدلول الآية الكريمة .

وعلى هذا فإذا سجن الظالم شخصا وحرمه من الطعام حتى مات، فإن كان الحرمان قد استمر مدة طويلة بحيث يعتبر قاتلا بطبيعته فالقتل عمدي، كما إذا استعمل القاتل الرصاص أو أي وسيلة قاتلة في جريمته، وأما إذا لم يكن الحرمان بدرجة قاتلة غالبا وإنما قتل السجين لظروف خاصة فالقتل عمدي أيضا بشرط أن يقصد الساجن قتل السجين بحرمانه من الطعام، فإذا لم يقصد ذلك لم يكن قتيلا عمدا؛ لأن القتل العمدي يجب أن توجب فيه نية القتل أو الآلة القاتلة بطبيعتها ...

الصدر ... تعليق "رقم -١٩ -" في ضوء ما تقدم يتضح أن حسباً قاتلة عمدا يتوقف على أحد أمرين : إما أن يكون من الرضيع وحرمانه من الرضاع مستمرا بالشكل الذي يصبح من طبيعته أن يؤدي إلى قتل الرضيع، وإما أن تقصد المرأة بالمنع قتل الطفل، فإذا قصدت ذلك كانت قاتلة عمدا سواء قتلتها بحرمانه من الرضاع زمانا طويلا أو قصيرا . وعلى هذا الأساس يفهم حكم الفقه الجعفري من المسؤولين التاليين (حرمان المسافر من الماء) و (امتياز القابلات من قطع الجبل) ...

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص/٢١٥ ...

(٢) نهاية المخاج الجزء السابع ص/٢٣٩ ...

(٣) المغني الجزء التاسع ص/٣٢٧ ..

(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٢٣٤ ، والبحر الرائق الجزء الثامن ص/٢٩٥ ...

(٥) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص/٢١٥ ...

عوذه < ومن منع فضل مائه مسافرا عالما بأنه لا يحل له منعه، وأنه يموت إن لم يمسقه عذًّا قاتلا له عمدا، وإن لم يكن قتله بيده، وهو رأي في مذهب مالك^(١)، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمدا^(٢) ...

إذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السري ولم تربطه بعد قطعه متعمدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك، فهى قاتلة له، ومن الممكن حُسبان بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل السري؛ لأن القطع غير مهلك في ذاته وإنما المهلك ترك الربط، ولما كان جهينا قد تعمدنا ترك الربط فاها لا ينسب إليه جهينا^(٣).

٥٩- ستسأل مسئولاً؟ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يُعد مسؤولاً عن كل جريمة ترتب على امتناعه، وإنما يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً ألا يتمنع. وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على ما يوجه الشرع والعرف. ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات النظر مختلفة. فمثلاً : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلاكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه،^(٤) ويرى بعض الحنابلة أنه مسؤول.^(٥) وأساس هذا الخلاف هو: هل

الشاوي = ... رأينا في "تعليق رقمي -١٨- و -١٩-" يشير السيد الصدر إلى أن الفقه الجعفري يشترط لتوافر ركن العمد في القتل إحدى الصفين، إما ثبوت قصد القتل ، وإما استعمال آلة قاتلة؛ إذ يرون أن هذا يستفاد منه حتماً توافر نية القتل ...
ونحن نؤيد قول فقيهنا في ضرورة ثبوت قصد القتل دائماً (في حالة الامتناع أو العمل الإيجابي) لأنه إذا وجدت أدلة على عدم توافر نية القتل (رغم استعمال آلة قاتلة بطبيعتها) فإن الفعل لا يجوز اعتباره قتلاً عمداً (سواء كان بفعل إيجابي أو سلبي) ...
وعليه لا يجوز في نظرنا عذًّا استعمال آلة قاتلة بطبيعتها دليلاً قاطعاً على العمد لا يجوز إثبات عكسه، بل الأصح أنه يمكن ويجوز إثبات العكس، وقد كرر المعلم الشيعي رأيه في تعليقه على البند -٦١- ...

(١) مواهب الخليل للخطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ ...

(٢) المغني الجزء التاسع ص ٥٨١

(٣) الفتاوى الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢١ / ٢٢٠ ...

(٤) الإقناع الجزء الرابع ص / ٢٠٥ ...

(٥) المغني الجزء التاسع ص / ٥٨١ ...

الإنجاء واجب أم غير واجب؟ - ٢٠ - ومن هذا القبيل المثل الذي ضربناه عن
عودة منع الماء ...

الصدر ... تعليق "رقم - ٢٠ -" لا يشك لدى فقهاء المخفرية في وجوب إنجاء كل إنسان معصوم
الدم .

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم - ٢٠ -" المعلق الشيعي تعجل في الإشارة إلى التفرقة بين الشخص
معصوم الدم والمهدى، ولنا رأينا في هذا الموضوع "يختلف رأيه"، نرجو مراجعته في تعليقاتنا على
البند (٣٧٣) وما بعده...
ونحن نعارض تماماً القول بأن شريعتنا لا تعرف بحق الإنسان في حرمة حياته وكرامته بحجة
أنه مهدى؛ لأن الحقوق الإنسانية يستوي فيها البشر جميعاً، وأن الإهانة لا يكون إلا بحكم
قضائي

59 – العقاب على ارتكاب جرائم العمد بمجرد الامتناع :

بعض الأفعال السلبية تُعدّ جريمة يعاقب عليها دون نظر إلى النتيجة التي تؤدي إليها، فهذه جرائم فعلها المادى هو مجرد الامتناع أى الموقف السلبي بعدم القيام بما يوجبه الشارع: مثل ذلك الامتناع عن أداء واجب الشهادة أو أداء الزكاة .

لكن المشكلة الكبرى التي تعرض لها فقيهنا هي معرفة ما إذا كان الامتناع مكوناً جريمة عمدية في بعض الجرائم الخطيرة كالقتل مثلاً متى ثبت وجود القصد الجنائى .

إننا نقدر الجهد الذى بذلته لاستقصاء حالات العقاب على الامتناع الذى يقصد به إحداث نتيجة إجرامية معاقب عليها في الجرائم العمدية الواردة في كتب الفقه، في البند 59 و 58، وهذا يشهد له ولفقهائنا الذين استشهد بهم على توافر هذا المبدأ في الفقه وأهم لم يقتصروا في استبطاط الحكم الشرعى بتطبيق عقوبة الجريمة العمدية في حالات الامتناع، أو ما يسمونه العمل السلبي .

لقد أشار إلى الخلافات الموجودة بين فقهائنا في هذا المجال بتفصيل ملحوظ، وأثبت أن لها نظيراً في الفقه الوضعي بل وفي القضاء، ولذلك فإن شريعتنا كانت في منتهى الحكمة عندما وسعت للقضاء في سلطتها التقديرية وخاصة في نطاق التعازير ... وأكيدت بذلك سبقها للقوانين الوضعية "الحديثة". وهذا دليل آخر على ما حرص على تأكيده مراراً من سير مبادئ شريعاً ومورتها التي تجعلها صالحة للتطبيق رغم تغير الظروف زماناً ومكاناً.

والحالة الأولى الواضحة التي كانت محل اتفاق بين الفقهاء هي حالة من امتناع عن واجب فرضته عليه الشريعة : مثل الأم التي تمنع عن إرضاع طفلها بقصد قتلها، أو المولدة التي تمنع عن ربط الحبل السرى. ولابد أن يثبت أن الجان قد قصد فعل إحداث النتيجة (الوفاة مثلاً). أما إذا قصد الفعل ولم يقصد الوفاة فإن فقهاءنا يُعدّون الجريمة من صور شبه العمد .

والأختلافات في الفقه أكثر إذا كان الواجب الذي امتنع الجان عن أدائه لا يفرضه القانون بل يفرضه العقد أو العرف .

فإذا كان هناك عقد يلزم الشخص بعمل ولكنه امتنع عن القيام به بقصد إحداث النتيجة المعقاب عليها، كالمرضعة المأجورة إذا تعمدت الامتناع عن إرضاع طفل بقصد قتلها؛ فلاشك في معاقبتها على جريمة عمدية لأن ما يوجبه العقد يفرضه الشرع بناء على النص القرآني (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعَهْدِ). أما العرف فيه أقوال كثيرة .

عادة ٦٠- **الشريعة والقوانين الوضعية** : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء من القرن التاسع عشر، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشرائح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك؛ لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود. وكانت أقلية الشرائح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان. وقد انتهت غالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة، ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفاً في الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف، ويستوي 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 قتيله، ٢١- وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتيله. ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسؤولية فيها: الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق، أو إنسان أحاطت به النار، أو أقدم على افتراسه سبع. والأمثلة في الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضر بها فقهاء الشريعة الإسلامية...

الصدر ... تعليق رقم ٢١- " ومنع الطعام عنه بقصد قتيله أو مدة يُعدّ حرمان الشخص من الطعام فيها قاتلاً بحسب العادة، فقد مر بما أن القتل العمد في الفقه الجعفري يستمد صفتة الخاصة من أحد أمرين: إما توافر عنصر القصد إلى القتل فيه، وإما كون السبب قاتلاً عادة. وبذلك يعرف حكم الفقه الجعفري في مسألة الإرضاخ التي أشار إليه المؤلف ...
الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ٢١- " سبق أن قلنا إن رأينا هو أن الجريمة تعدّ عمدية عندما يتوافر يقين لدى القاضي بوجود القصد الجنائي. أما الآلة القاتلة أو المدة الطويلة في الحرمان من الطعام، فهي ليست إلا أدلة فقط على توافر القصد ...

عودة ٦٦- الفرق بين الشريعة والقوانين : ويلاحظ أن اشتراط شرائح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوي تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة؛ لأن الشريعة توجب وجوب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقاً لقوله عليه السلام : «أيأها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» [٢٢- ٢٢].

فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة مادام لا يخرج على نصوصها أو روحها، فالشريعة والقوانين يتفقان تماماً في هذه النقطة ...

ولكن الشريعة تختلف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسؤولاً عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، ولاشك في أن الشريعة منطقية في هذا التوسيع؛ لأن الشرائع والقوانين جميعاً بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه، ولا معنى لأن ينص في الاتفاques على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع. فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق، فأولى به أن يسأل عن واجب يفرضه العرف -٢٣- ويعترض به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات ...

ويمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر، فكان القوانين لم تخىء إلا بما سبقتها إليه الشريعة ...

الصلدر ... تعليق رقم ٢٢-٢٢- ذهب الفقهاء الجعفريون مذهبين في تفسير هذه الآية الكريمة: أحدهما أن الوفاء بالعقد يعني تنفيذهما عملياً والسير زلقاً لها، فالأمر بها يمكن عبارة عن الحكم بوجوب العمل الذي تم عليه العقد والاتفاق، وعلى هذا تدل الآية بنسها على الوجوب. والمذهب الآخر يتوجه إلى تفسير الوفاء بإتمام العقد، فالوفاء بالعقد معناه الاستمرار عليه وعدم نقضه وفسخه، وفي ضوء هذا يكون الأمر بالوفاء بمعنى التبيه على أن العقد إذا تم بين شخصين فلا يمكن للأحدما الانسحاب عنه، وهذا هو الذي يعبر عنه في العرف الفقهي بأن العقد لا لازم لا ينفك عن المتعاقدين. فالآية تدل بنسها على اللزوم، وحيث إن العقد لا يصبح لازماً إلا إذا كان صحيحاً، وكان العمل به واجباً، فاللزوم يفهم من الآية الكريمة بصورة غير مباشرة ...

الشاوى ... رأينا في تعليق رقم ٢٢-٢٢- الالتزام بالعقد يعني الأمرين معاً في نظرنا، وهما: الالتزام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وكذلك بعدم نقض العقد ولا فسخه ...

الصلدر ... تعليق رقم ٢٣-٢٣- فإن الاتفاques العرفية العامة تُعدُّ اتفاques مدرجة في العقد وإن لم يصرح بها للدلاله الحال العام عليها، وإنما تسقط قيمتها فيما إذا أقام المتعاقدان دليلاً على التجدد عنها وإخراجها من حسابها في التعاقد ...

الشاوى .. رأينا في تعليق رقم ٢٣-٢٣- هذا التعليق خاص فقط بحالة وجود عقد، فالعرف يُعدُّ مكملاً له ..

٦١ ، ٦٠ - الامتناع عن واجب فرضه العرف في الجرائم العمدية :

فقيهنا أكد أن القوانين الوضعية تسير على مasicتها إليه فقها من أن الامتناع عن عمل يوجبه القانون أو الاتفاق (العقد) على الشخص ليعقوب عليه مادام قد قصد بامتناعه إحداث النتيجة التي يعقوب القانون على تعمد ارتكابها. وعلى ذلك فإنه يسأل عن جريمة عمدية ارتكبها بالامتناع . وأضاف فقيهنا أنه إذا كان العرف هو الذي يوجب الفعل فإنه يسأل أيضا عن جريمة عمدية بالامتناع في فقها، لأن هناك مبدأ شرعا عاما يقضي بأن "المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً" في العقد . فمثى قلنا إن الامتناع عن القيام بواجب مستمد من العقد بقصد إحداث النتيجة المعقاب عليها، فإنه يعقوب عليه بحسبانه جريمة عمدية (إذا كان قد قصد به فعل إحداث النتيجة المعقاب عليها) فإننا يجب أن نعاقب من يمتنع عن واجب فرضه العرف متى كان امتناعه مقصودا به النتيجة المعقاب عليها . ويشير فقيهنا إلى أن القوانين الوضعية لم تصل إلى هذا المبدأ .

ولاشك في أن هناك آراء أخرى في هذا الموضوع سواء في فقها أو الفقه العصري والوضعي.

* * *

لكن فقيهنا لم يبد رأيه في نوع العقوبة التي يستحقها الجاني في هذه الحالات: هل تكون قصاصاً أو حداً مثل عقوبة من ارتكب الفعل بعمل إيجابي، أم أنها تكون تعزيراً؟

ونحن نفضل التعزير في هذه الحالة حتى ترك لأهل الاجتهاد فرصة لتسويغ العقوبات بحسب خطورة الفعل السلي الذي أدى إلى النتيجة التي أرادها الجاني بامتناعه .

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها جرائم بسيطة ... وجرائم اعتياد

عودة ٦٢- تقسيم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجاني لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد.

الجريمة البسيطة : هي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب، ويستوي أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ...

وجرائم الحدود والقصاص أو الديمة كلها جرائم بسيطة ...

وجريدة الاعتياد:- ٤- هي التي تتكون من تكرر وقوع الفعل، أي أن الفعل بذاته لا يعد جريمة، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة ...

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

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، إلا أنهم اختلفوا في التعزير على فعل المكروه وترك المندوب،^(١) فرأى ٥- البعض

الصدر ... تعليق رقم ٤-٢٤-“ مثلاً في الفقه الجعفري جريمة الإصرار على الصغار، فإن الإصرار عليها معصية كبيرة، وكل كبيرة فيها التعزير، وكذلك أيضاً الاعتياد على جرائم معينة كجريمة قتل أهل الذمة، فإن الاعتياد عليها يعنى جريمة أخرى لها عقاب خاص كما سنشرح في الموضع المناسب إن شاء الله ذلك ... ”

الشوى ... رأينا في “تعليق ٤-٢٤-” يشير التعليق الشيعي إلى أن صغار الأمور لا عقاب عليها، لكن الفقه الجعفري يرى أن الإصرار عليها (أي الاعتياد عليها) يعاقب عليه بمحاسبة أحد الكبار، وما قاله عن أن الاعتياد على قتل الذمي يكون جريمة أخرى (إلى جانب جريمة القتل)، أي أنه ينتمي عن تعصبه عدواني لا تقره الشريعة ولها عقوبة خاصة إلى جانب عقوبة القتل، فسوف نعود لمناقشته ذلك في الموضع المناسب في القسم الخاص ... ”

الصدر ... تعليق رقم ٥-٢٥-“ الاست Hubbard والكرامة يتباينان على الوجوب والحرمة بإذن ... ”

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلباً غير حتم، والمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلباً غير حتم ...

عوده ألا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقاً^(١) ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب^(٢) كلما دعت إلى ذلك المصلحة^(٣) ... والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيان، فإذا لم يتكرر فلا عقاب. وإذا فهم لا يجعلون العقاب على الفعل أو الترك في ذاته وإنما يجعلون العقاب على التكرار الذي يدل على أن الجاني جعل الفعل أو الترك عادة وإلها له ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانية، أي أن العادة عندهم تكون من مرتين^(٤) وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب

= الشارع في ترك المستحب وفعل المكروه، وما يأذن الشارع به لا يمكن أن يعاقب عليه، وإنما يمكن العقاب على شيء لم ترد فيه رخصة كترك الواجب والإتيان بالمحرم، وعلى هذا الأساس فالمداومة على ترك المستحب والإتيان بالمكروه لا يمكن أن يعاقب عليه الشارع؛ لأنها مداومة على شيء مأذون فيه، فمن المستحب أن تكون سبباً للعقاب بصفتها مداومة على ترك المستحب أو الإتيان بالمكروه وإنما يعاقب عليها أحياناً إذا كانت المداومة على ذلك محمرة بدليل خاص، كما قد يفهم ذلك من بعض الأحاديث المرورية عن أهل البيت (ع) الدالة على معاقبة التارك لجماعة المسلمين ...

الشواوى ... رأينا في "تعليق رقم ٢٥—" فيما يخص الاعتياد على فعل المكروه أو ترك المستحب فإن السيد الصدر يؤيد الرأي الذي يقول بأنه لا عقاب على تكرار فعل مكروه أو ترك ترك مندوب، وتعليله لذلك يشهد بدقة وعمق تفكيره، يدعونا لتأييد الرأي الذي يتفق مع هذا القول في فقه السنة الذي يقول فقيهنا في المتن أنه فيه خلاف في هذا الموضوع ...

(١) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث ص: ٢١، ٢٢. الإقناع الجزء الرابع ص: ٢٧٠، ٢٧١. مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٦٣ ...

(٢) المستصفي للغزالى ص/٧٦٦، تحفة المحتاج الجزء الثامن ص/١٨، مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، تبصرة الحكم الجزء الثاني ص: ٢٥٩/٢٦٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٢ ...

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بجحث توه أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة، ولكنهم في الواقع لا يقصدون هذا؛ لأن القاعدة العامة في التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة، ولذلك أجيزة لولي الأمر في جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة ...

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٣ ...

عدوه عوقب عليه فهو من جرائم العادة - ٢٦ - ...

٦٣- أهمية لهذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجه الآتية :

أولاً: من حيث مبدأ سريان التقادم - ٢٧ - في الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة إن كانت غير مؤقتة. أما في جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة ...

ثانياً : من حيث الاختصاص : يكون الاختصاص في الجريمة البسيطة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة، فإن كانت

الصدر ... تعليق "رقم - ٢٦ -" أما موقف الفقهاء الجعفريين من العادة، فينبع في القول بأن العدد هو الذي تحصل به العادة وت تكون منه عرفاً، فالعرف هو المقياس، وقد احتمل بعضهم أن هذا العدد هو إثنان غير أن الرأي المعروف الذي أكدته صاحب الجواهر وصاحب الروضة (قدس سرهما) هو أن العادة لا ت تكون إلا بثلاث مرات وليس بمرتين؛ لأن المرة الثانية وإن كانت عودة إلى الفعل، ولكن ليس كل عود يُعد اعتياداً في العرف العام وإنما يوجد الاعتياض إذا تكرر العود، والعود إنما يتكرر في المرة الثالثة .

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم - ٢٦ -" يقول السيد الصدر إن الرأي الذي يرجحه في الفقه الجعفري هو أن العادة تكون من العدد الذي تكون منه عرفاً، وأن صاحب الجواهر وصاحب الروضة يرون أن العرف العام هو أن العادة تكون من تكرار الفعل ثلاث مرات لا اثنين، كما يقول فقيها في المتن، ونعتقد أن هذا الرأي أقرب إلى الصواب، إلا إذا جرى العرف على غير ذلك ...

الصدر ... تعليق "رقم - ٢٧ -" إنما تظهر أهمية التقسيم من هذه الناحية إذا أخذنا بهذا المبدأ القائل بسقوط الدعوى عند مرور مدة معينة، وسنعرض لرأي الفقه الجعفري في هذا المبدأ حين يبحثه المؤلف ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق - ٢٧ -" في هذا التعليق يشير إلى أن مبدأ سقوط الجريمة بالتقادم فيه آراء مختلفة، وهذا يؤيد رأينا بوجوب تقييد الفقه المعمول به في كل بلد أو قطر، ويجب أن يختار المقنن الرأي الذي يراه متفقاً مع ظروف الزمان والمكان ...

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٣ ...

عودة مستمرة أو متتجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد، ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة^(١) -٢٨-

ثالثاً : من حيث تطبيق قواعد التداخل: -٢٩- "فإن" الحكم في جريمة عادة يمنع من محاكمة الجاني على الأفعال السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى؛ لأن قواعد

الصدر ... تعليق "رقم -٢٨-" ليس من الضروري أن يختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التي وقعت في دائرة معينة أو بالأشخاص الذين يعيشون ضمن تلك الدائرة، بل تحدد صلاحيات المحاكم وفقاً للمدى الذي سمح ولها بممارسة عمله فيه، فقد يجعل من صلاحياته الحكم في أي واقعة كانت بقطع النظر عن مكان الجريمة ومسكن الجرم، وقد يحدد صلاحياته بما يراه من المصلحة العامة، وقد ثبت بالدليل أن الإمام قد أعطى كل محبته عادل صلاحية الحكم في أي واقعة بصورة مطلقة، فله أن يمارس صلاحياته تجاه أي واقعة كانت إلا إذا اقتضت المصلحة العامة تحديد منطقة عمله ضبطاً للنظام، فلو لم يعنى الإمام بذلك إلزامه بالالتزام منطقة معينة ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق -٢٨-" التعليق يشير إلى أن تحديد اختصاص كل قاض (أي كل محكمة) هو من صلاحية الإمام، وكما نفضل أن يقول لنا من هو الإمام الذي يختص بذلك في نظره، وما هي شروط صحة ولایته وقد قلنا إننا نرى أن يختص بذلك مجلس القضاء الأعلى الذي يقوم مقام قاضي القضاة، وليس السلطان أو من يتولى السلطة التنفيذية احتراماً لما يدعى استقلال القضاء ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٩-" لا مجال هنا لتطبيق قانون التداخل، لأن كل فعل من الأفعال التي تتكون منها العادة إن كان عملاً مجرماً، وجريمة شرعية فيجب أن يعاقب المعتاد على كل فعل بالعقاب المقرر له، ويعاقب على الاعتياد بصفته جريمة أخرى، ولا دليل من الشرع على التداخل. وأما إذا كان كل فعل من الأفعال التي كونت الاعتياد سائغاً أو لم يكن (على أقل تقدير) جريمة قرر لها عقاب معين فلا يعاقب الفاعل إلا على الاعتياد لا لتطبيق قواعد التداخل بل لأنه لم تصدر منه إلا جريمة واحدة وهي الاعتياد ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٩-" في التعليق يعرض على قول فقيهنا إن قواعد الشريعة تطبق مبدأ التداخل، ويقول إنه لا دليل من الشرع على التداخل... وهذا يؤكد رأينا بأنه لا يصح

(١) يرى بعض الشرائح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقيم الجاني في دائرتها إذا كان العمل المكون للعادة قد وقع وحده في دائرة محكمة غير التي وقع فيها الفعل الآخر، إذ لا يمكن أن يُعد مملاً للجريمة إلا المكان الذي تقع فيه أفعال كافية لتكون العادة، فإذا لم تتوافر بالعادة في مكان معين فإنما تتوافر في شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى في محل إقامته ...

٦٥ الشرعية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد والتي لم يحكم فيها بعد، وتكتفي بعقوبة واحدة عنها جيئا طبقا لقواعد التداخل، والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه ...
وإذا حوكم الجاني مرة فمن المفترض أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة؛ لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض 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 الاعتياد. وفي مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين - ٣٠ -

٦٥ الجرائم التي تتكون من أفعال متلازمة : قد يرتكب الجاني عدة أفعال من نوع واحد تنفيذا لغرض جنائي واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات، أو يضرب شخصا ضربات متعددة. وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلازمة للشريعة الإسلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة، فمن سرق متزلا على دفعتين أو أكثر يُعدَّ مرتكبا لجريمة سرقة واحدة، ومن ضرب شخصا أكثر من ضربة يُعدَّ مرتكبا لجريمة ضرب واحدة ...

٦٦ الفرق بين الأفعال المتلازمة وجريمة العادة والجريمة غير المؤقتة : تختلف الأفعال المتلازمة عن جريمة العادة في أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا

= أن ينسب كل فقيه رأيه للشريعة دون إشارة إلى وجود آراء أخرى، وإنما يجب أن ينسبه لاجتهاده أو لاجتهداد غيره من يؤيد لهم من الأئمة أو الفقهاء ليكون القاري على بيته من إمكان وجود آراء أخرى في الشريعة حتى لا ينسى الناس أن شريعتنا تتسع لآراء متعددة أو مذاهب مختلفة ... وما ذكره فقيهنا في الصلب هو رأي من يأخذون بقاعدة التداخل دون غيرهم ...

الصلوة ... تعليق رقم ٣٠ من بنا أن بعض فقهاء الإمامية احتمل أن التكرار مرتين يوجد العادة غير أن الرأى المعروف هو أنها لا تكون إلا بالمرة الثالثة ...

الشواوى ... رأينا في تعليق ٣٠ - يكرر قوله بأن الراجح لدى فقهاء الإمامية أن العادة تتكون من التكرار ثلاث مرات لا مرتين، كما سبق أن قاله في التعليق رقم ٣٦ - ٣٧ - فيراجع تعليقنا عليه ...

عوده يعاقب على فعل واحد منها؛ لأنّه لا يكون الجريمة، -٣١- أما في الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أي فعل منها لأنّه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره، فمن الممكّن أن يسرق بيته على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضا آخر، ولكنه لم يعد يعتبر مرتكباً لجريمة السرقة، كما لو عاد وأخذ أمتعة في مرة أخرى أو أكثر ...

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

٦٧ العلة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة : تُعدّ الأفعال المتلاحقة مكونة جريمة واحدة على تعددها وانفصالها؛ لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد -٣٢- وتكتفي بعقوبة واحدة عليها طبقاً

الصدر ... تعليق "رقم ٣١" الأفعال المتعددة المكونة جريمة العادة وإن كان لا يعاقب على واحد منها باللون الخاص من العقاب المقرر جريمة العادة، لأن الفعل الواحد لا يمكن عادة حتى يعاقب عليه بعقوبة جريمة العادة، غير أنه من الممكن أن يكون كل فعل من الأفعال التي تتكون منها العادة جريمة لها عقاب خاص كقتل الذمي فإن قتله جريمة قرر لها عقاب معين في الشرع، والاعتراض على هذه الجريمة جريمة أخرى لها عقاب آخر. ففي مثل ذلك يعاقب الجرم بعقوبة العادة كما يعاقب على كل فعل من الأفعال التي تكونت منها العادة بالطريقة المقررة في الشرع.

الشواوى ... رأينا في "تعليق رقم ٣١" -يذكر قوله إن العقاب على العادة يمكن أن يكتون من تكرار فعل معاقب عليه في ذاته بعقوبة خاصة به (تعزيرية) ويكون هنا تعدد للجرائم ، وذكر مثلاً لذلك ما سماه جريمة قتل الذمي التي يرى أنه يعاقب عليها بعقوبتها المقررة لها، وإلى جانب ذلك إنه في حالة الاعتراض على ذلك يعاقب مرتكبها على جريمة العادة بعقاب آخر، ويكون هنا حالة تعدد الجرائم. أشرنا إليه عند مناقشة تعليقه رقم ٤٤ وسوف نعود له في القسم الخاص حيث لا نرى أساساً للتفرقة بين قتل الذمي وغيره ...

الصدر تعليق "رقم ٣٢" الجرائم التي من نوع واحد قد يعذ في العرف كل واحد منها فعلاً مستقلاً يتحقق الجريمة بذاته، كما إذا سرق اللص من شخص في كل ليلة ديناراً فإن الاستيلاء على دينار في كل ليلة يُعدّ جريمة لأنّه سرقة، فيجب أن يعاقب على سرقة كل =

عوده لقاعدة التداخل، وهذا يقتضى من باب أولى حسبان الأفعال المتلاحقة الصادرة تنفيذاً لنفرض جنائي واحد جريمة واحدة، كما أن وقوع هذه الأفعال تنفيذاً لنفكرة واحدة، ولغرض جنائي واحد يجعل منها جريمة واحدة

= ديسار. وأما إذا كانت الأفعال التي قام بها الجرم متشابكة متلاحقة لدرجة عدت عملاً واحداً، كما إذا سرق الشخص عدة دنانير بأعمال متتابعة في وقت واحد، فإن ذلك يعد سرقة واحدة عرفاً فيعقوب بعقوب واحد. وبكلمة مختصرة : متى ما تكرر فعل الجريمة في العرف العام تعدد العقاب، ومتى ما كانت مجموعة أفعال الجرم تُعدَّ عملية واحدة عرفاً فالعقاب واحد أيضاً.

الشوى رأينا "تعليق رقم ٣٢" في التعليق يعيد لنا ما سبق أن قرره بشأن أهمية العرف. وهنا يعلق الأمر باعتبار تكرار الفعل من نوع واحد. هل يكون جريمة واحدة أم عدة جرائم؟ وكلامه هنا أدق مما في المتن حيث يعلن فقيهنا القول بأن الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم من نوع واحد. وقد سبق أن قلنا إن الأولى أن ينسب الرأي لنفسه أو لمن يؤيده ، لا للشريعة عموماً، وذلك في مناقشتنا للتعليق رقم ٣٩ .

62 - 67 - الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد والتكرار :

العقاب على الجرائم البسيطة ليس محل خلاف طالما أنه وجد نص على ذلك. وقد استخلص فقيهنا من آراء أسلافنا ما يماثل أقوال الفقهاء المعاصرین، وما يؤكّد ما وصلوا إليه من دقة وعناية بأحكام الفروع وتفصيلها، وأفهم سبقوه القوانين "الحديثة" إلى ذلك بعدة قرون.

وقد تميزت شريعتنا باليجاد درجة أقل من الواجب وأعلى من المباح، وهي التي يعرفونها بالأمر "المندوب" الذي يستحسن فعله وإن كان غير واجب، ولذلك فإن الأصل أنه لاعقاب على تركه، لكنهم رأوا أن تكرار ترك هذه المندوبات يمكن أن يجعل تعزير الشخص الذي تكرر منه ذلك.

ذلك يوجد في شريعتنا درجة توسط بين الخرم والماح وهي "المكروه" الذي ليس محرما، لكن يحسن الامتناع عنه، ويرون أنه لاعقاب في الأصل على إتيان فعل مكره ولكن إذا تكرر أجازوا تعزيزه على ذلك ..

وهذا أحد الأقوال في فقهنا، ولكنه يبين مدى الدقة في التمييز بين الواجب والمندوب وبين الحرم والمكرر الذي لم يصل إليها الفقه العصرى ولا القوانين "الحديثة" حتى الآن ... ولا نعرف إذا كانوا سوف يصلون إليه في يوم من الأيام .

والنتائج المترتبة على التمييز بين الجرائم البسيطة (التي تقع بفعل يرتتكب مرة واحدة كالضرب أو القتل)، وبين جرائم العادة أو التكرار، تشمل قواعد بدء التقادم والاختصاص المحلي على التفصيل الذي أفضى فيه؛ مع إشارته إلى أن ما وصلت إليه القوانين "العصرية" قد سبق له فقهها قبلها بقرون عديدة.

وقد عنى بالتمييز بين الجريمة المكونة من عدة أفعال من نوع واحد - كالضرب بالعصا عدة مرات - وبين جرائم التكرار أو الاعتياد، لأن النوع الأول يكون كل فعل وحده جريمة إذا توقف الجلani بعده ولم يلتحقه بعثله أو مثيل له لأن التكرار ليس شرطا للعقاب. أما جرائم العادة فإن كل فعل لا يعاقب عليه إذا وقع مرة واحدة؛ لأن التكرار شرط لوجود العادة التي هي عنصر ضروري لوجود الجريمة، إذ يشترط التكرار والتعمد لكن التعدد هو المعيار المعاقب عليها.

وسبب توقيع عقوبة واحدة على عدة أفعال من نوع واحد في وقت واحد لا يرجع لنوع الجريمة، بل لقاعدة عدم جواز تعدد العقوبات التي ستعود إليها في كتاب "العقوبة".

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة

٦٨ **عدوه** سقوط الفقهاء عن قسمتين النوعين من الجرائم: لم يذكر الفقهاء شيئاً عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة، -٣٣- وعلة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الفعال المكونة لها، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة، فلم يكن هناك إذن ما يدعو للتفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة

أما جرائم التعازير بعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم؛ لأن للسلطة التشريعية سلطاناً كبيراً فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لمعظمها، وتعيين العقوبة الواجبة عليها. وأراء السلطات التشريعية في جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات، فما قد تبيحه سلطة تشريعية في بلد ما قد تخربه سلطة أخرى في بلد آخر -٣٤-. وما قد تعاقب عليه

الصلو .. تعليق "رقم ٣٣"- وإن لم يذكر الفقهاء هذا التقسيم نظراً إلى عدم ترتيب أثر مهم عليه "كما سيأتي"، وقد اكتفوا لأجل ذلك بإيضاح أحكام المصاديق التي تدرج في الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة ...

الصلو .. تعليق "رقم ٤"- تقسم الأفعال التي تسمح الشريعة بالتعزير عليها إلى أجزاء ثلاثة:
الأول: كل فعل محروم في نصوص الشريعة، وقد أمرت الشريعة بالتعزير عليه كالاضطجاع مع الأجنبية "مثلاً" ولا تملك السلطة الحاكمة إزاء هذه الأفعال إلا صلاحية تحديد العقوبة وليس من حقها أن تبيح الفعل أو تلغى العقوبة عنه، فالاختلاف بين السلطات لا يوجد في هذا التحويل إلا بالنسبة إلى كمية العقاب التي تقررها كل سلطة حسب اجتهادها ...

الثان: كل فعل حرمه الشارع ولم يفرض عليه عقاباً، وإنما أسند إلى السلطة الحاكمة الاجتهاد في ذلك، فللسلطة هنا أن تبت في أصل وضع العقاب وفي كميته، وقد تختلف السلطات حينئذ في وضع العقاب وعدمه ...

الثالث: كل فعل لم يحرم في أصل الشرع، وإنما أعطت الشريعة لولي الأمر القدرة على المنع عنه تبعاً للمصالح العامة، فإذا منع عنه ولـي الأمر أصبح محـراً بهذا الاعتبار وكان للسلطة فرض =

عودة سلطة تشريعية من وجه قد تتعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر. وهذا كلّه لم يهتمّ الفقهاء ببحث التعازير بحثاً مفصلاً كما اهتموا مجرائم الحدود واكتفوا ببحث بعض الأحكام المهمة الثابتة التي لا تتغير بتغيير البلاد والسلطات أما الآن وقد أصبحنا نخوض على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة

= العقاب عليه بالنحو الذي تراه. وفي هذا القسم تختلف السلطات في إباحة الفعل وتحريمه وفقاً لظروفها، كما قد تختلف في وضع العقاب عليه أو كميته ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم ٤٣" استطرد التعليق الشيعي في تفرقة دقيقة بين ثلاثة أنواع من الأفعال التي تستحق التعزير :

أولاً : أفعال محمرة بنص شرعى يوجب التعزير عليه، وترك للإجتهداد (أى القضاء) مجردة تقدير العقوبة ...

وثانياً : أفعال محمرة (بنص تكليفي) لكن لم يفرض عليه التعزير وترك "السلطة الحاكمة" الإجتهداد في ذلك، فلها أن تقرر العقاب أو عدمه، وأن تقرر مقدار العقوبة في حالة تقرير العقاب. وكلمة السلطة الحاكمة مثل كلمة ولى الأمر يقصد بها المجاهدون أو أهل الإجتهداد

وثالثاً : أفعال لم تحرم في أصل الشرع وإنما أعطت الشريعة لأولياء الأمر القدرة على النهي عنه تبعاً للمصلحة العامة، وفي هذا القسم الأخير وحده تختلف (السلطات) في إباحة الفعل أو العقاب وفقاً لظروف الزمان والمكان

ونحن لا نرى مسوغاً للتفرقة بين النوع الأول والثانى، ونرى أنه ما دام هناك مخالفات لأمر تكليفي أو نص شرعى فلا بد أن يجازى من يخالفه، كل ما هناك أن المجاهدين يمكن أن يختلفوا فيما يُعدَّ مخالفات لهذا النص أو التكليف أولاً

كذلك الحال في النوع الثالث، فإذا كان الإجتهداد هو الذي يحدد ما هو الفعل الضار بالمصلحة العامة، فإنه يجوز لهم الاختلاف في ذلك، ولكنه خلاف في وصف الفعل بأنه ضار بالمصلحة العامة أم لا واختلاف في تقديرهم المصلحة العامة ونطاقها بحسب ظروف الزمان والمكان

واعتراضنا على فقيهنا والمعلم الشيعي مما هو في استخدام كلمة "السلطة الحاكمة" وكلمة "ولى الأمر" دون إشارة إلى أنه يقصد بهما أهل الإجتهداد فقط، وأن في الإجتهداد مجالاً واسعاً لتنوع المذاهب وتطورها حسب الظروف الزمانية والمكانية، لكن آراءهم كلها تدخل في نطاق التشريع الإلهي ما دامت تلتزم بمصادره وأصوله

٦٩ جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة : والظاهر من تتبع جرائم التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذي يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة: فالجرائم المؤقتة هي التي تكون من فعل أو امتناع يحدث في وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع، مثل جريمة السرقة فإنما تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشيء خفية، ومثل جريمة الشرب فإنما تتم بمجرد الشرب، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنما تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة ...

والجرائم غير المؤقتة هي التي تكون من فعل أو امتناع قابل للتتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذي تتجدد فيه الجريمة أو تستمر، ولا تعد الجريمة منتهية إلا بانتهاء 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 : ونوصوص التشريع هي وحدها التي تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أو غير مؤقتة؛ لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتدين ركابها المادي فتميزها 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...

وينبغى في هذا المقام أن غير بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها، فالسرقة تتم بأخذ الشيء خفية فهي جريمة مؤقتة، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمراً للسرقة، وإنما هو استمراً لنتيجتها. وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهي جريمة مؤقتة، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يُعد استمراً للجريمة وإنما هو استمراً لنتيجتها، إذ السكر نتيجة الشرب. والضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدوث الجرح، فإذا بقي الجني عليه تحت العلاج مدة ما فذلك ليس استمراً للجريمة وإنما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها ...

٧١ تقسيم الجرائم غير المؤقتة : تقسيم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متتجدة وجرائم مستمرة^(١) ...

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متتجدة ومستمرة، وهذا مخالف لما جرى عليه الشرح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمراً متتجداً، وجرائم مستمرة استمراً تماماً، وقد دعانا إلى مخالفته الشرح أن الألفاظ التي استعملناها أكثر دقة وانطباقاً على المعان المقصودة ...

عوده فالجريمة المتتجدة : هي التي يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجاني تدخلا متكررا مقصودا، كالامتناع عن أداء الزكاة، أو عن تسليم المضون لخاضنه وكإحراز سلاح دون رخصة، ففي هذه الحالات يأتي الجاني الفعل أو يمتنع عنه، وتبقي جريمتها قائمة ما بقى محرازا للسلاح أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل، ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجاني الذي يرى أن يبقى محرازا للسلاح دون ترخيص، أو ممتنعا عن الزكاة أو تسليم الطفل لخاضنه... 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 خارجا عن خط التنظيم ...

٧٦ **الآلية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة** : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلى :

- (أ) من حيث الاختصاص:-٣٥- فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجاني على الجريمة المؤقتة هي المحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة ؛ لأن القضاء يختص 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 أمكانية متعددة فمعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة ...
- (ب) من حيث التقادم:-٣٦- ففي الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطة للدعوى العمومية من وقت ارتكاب الجريمة، وفي الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار...

الصدر ... تعليق "رقم ٣٥"- ليس من الضروري كما أخطأ سابقا أن تخص صلاحيات المحكمة بالجريمة التي وقعت في دائرتها بل تحدد صلاحيات الحكم وفقا للمدى الذي سمح ولـ الأمر له بممارسته فلا أهمية للتقسيم من هذه الناحية ...

الشاوي ...رأينا في "تعليق ٣٥"- أبديناه عند مناقشة تعليقة رقم ٢٨- على بند ٦٣ ...
الصدر ... تعليق "رقم ٣٦"- إنما تظهر أهمية هذا التقسيم من هذه الناحية إذا أخذنا بالاعتبار القائل بسقوط الدعوى بالتقادم، وستعرض لرأى الفقه الحنفى في ذلك حين يبحثه المؤلف ...
الشاوي ...رأينا في "تعليق ٣٦"- أبديناه عند مناقشة تعليقة رقم ٢٧- على بند ٦٣ ...

عادة (ج) من حيث تطبيق التشريعات الجديدة: لا تسري التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة، ولكنها تسري على الجرائم 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 المضى به : يُعد الحكم في الجريمة المؤقتة صادرا عن الواقعه التي عرضت على المحكمة، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرّض على المحكمة فلا يُعد الحكم شاملا لها، ولو كانت من نوع الواقعه التي صدر عنها الحكم، وكذلك الحال في الواقعه التي حدثت بعد صدور الحكم ...

وإذا كانت الواقعه السابقة واللاحقة من نوع الواقعه المحكوم فيها حاز رفع الدعوى من جديد عن الواقعه اللاحقة، وامتنع رفعها عن الواقعه السابقة، والعلة في هذه النفرقة أن قواعد التداخل تطبق على الواقعه السابقة، وطبقاً لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعه التي حكم فيها؛ لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر، ووضعت على أنها تكفى لتحقيق هذين المعنيين، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديدة بعد توقيع العقوبة^(١) - ٣٧ - ...

أما في الجرائم غير المؤقتة فـيُعد الحكم شاملاً لجميع الواقعه السابقة على رفع الدعوى ولو لم تعرّض بعض هذه الواقعه على المحكمة؛ لأن كل الواقع تكون جريمة واحدة، ومن ثم لا يجوز رفع الدعوى من جديد عن الواقعه التي لم تعرّض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم، أما الواقعه اللاحقة لصدر الحكم، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتتجدة، - ٣٨ - ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة ...

الصلدر ... تعليق "رقم - ٣٧ -" يقصد المؤلف بهذه الواقعه الأحداث التي تتكون منها الجريمة غير المؤقتة، وأما ما سبق هذه الأحداث من جرائم غير مؤقتة من النوع نفسه فلا يمكن رفع الدعوى عنها لأجل قاعدة التداخل ...

الشواوى رأينا "تعليق رقم - ٣٧ -" النفرقة التي أشار إليها بديهية لا اعتراض عليها ...
الصلدر تعليق "رقم - ٣٨ -" لأن استمرار الجريمة غير متوقف على إرادة الجان ...

(١) راجع الفقرة رقم (٥١)

عوده ٧٣. بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة، كما تتفق معها فيما يترتب على التقسيم. ولكن النظرية السائدة في القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الواقع السابقة على الواقعه التي صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة؛ لأن الحكم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعه المحكوم فيها، وعلة الاختلاف أن الشريعة تأخذ بنظرية التداخل، وهي نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد، وإن كان بعض الشرائح قد عرفوها ونادوا بها، كما سيتبين لنا عند الكلام على هذه النظرية-٣٩-.

... تعليق "رقم ٣٩" وسندكر رأى الفقه الجعفرى حينئذ ...

الصدر

٦٨ - ٧٣- الجرائم التي تتكون من فعل مؤقت أو متجدد أو حالة مستمرة :

النصوص وحدها هي التي تبين ما إذا كانت الجريمة مؤقتة أو مستمرة أو متتجدة، وهذا يؤكد ما نطالب به من ضرورة تدخل الفقه لتقين التعازير بنصوص سابقة على وقوع الجريمة .

لكن عَدَ الجريمة مستمرة أم لا .. لا يمكن الرجوع فيه إلى "النص التشريعي" وحده، بل إن مصدره هو طبيعة العمل المعقاب عليه. فهناك أعمال مستمرة بطبيعتها وأعمال متتجدة، وأعمال فورية ومؤقتة. لكن النصوص هي التي تبين الفعل المعقاب عليه.

أهمية التفرقة بين الجرائم الوقتية وغيرها: أشرنا إلى ما يماثلها عند كلامنا عن نتائج التفرقة بين الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد، من حيث بدء سريان التقادم ومن حيث الاختصاص المحلي أو المكاني، وكذلك من حيث قوة الشيء المقصى به على التفصيل الذي نراه عند دراسة "التدخل".

وإشارته إلى أن "الشريعة" تأخذ بما يسميه "نظيرية التداخل" تحتاج إلى بيان المذهب أو الفقيه الذي يشير إليه^(١)، لأن هذا أمر اجتهادي لأنعتقد أن نصوص الشريعة "معناها الضيق" تفصل فيه .

ونحن نفضل أن ينسب كل رأي اجتهادي إلى الفقه عموماً أو إلى مذهب أو إمام معين، بدلاً من نسبته إلى الشريعة في مجموعها .

وكلمة "السلطة التشريعية" لا يجوز أن يفهم منها أنه يقصد بها سلطة التشريع الوضعي، بل يجب أن تكون هي الجهة التي تتولى الاجتهاد في نطاق أحكام الشريعة وأصولها، ولذلك فإننا نفضل الإشارة إليها باسم هيئة "التقنين" حتى لا تدعى نفسها "سلطة التشريع" لأن اختصاصها في نظرنا محدود في نطاق الرأي الاجتهادي الذي لا يلزم إلا من يتزلم به، وقرار الالتزام من اختصاص الجماعة أو الشعب الذي يقر هذا التقنين الفقهي ويجمع على الالتزام به .

^(١) يرى الدكتور العوا أن المذهب الشافعى يأخذ بنظرية التداخل فى الأفعال الإجرامية وينظرية الجب فى العقوبات.

الفصل الخامس المبحث الأول في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة جرائم ضد الجماعة ... وجرائم ضد الأفراد

عوده ٧٤ - تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة
جرائم ضد الأفراد

الجرائم التي تقع ضد الجماعة : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة، سواء وقعت الجريمة على الفرد، أو على جماعة، أو على أمن الجماعة ونظامها. ويقول الفقهاء: "إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقاً لله تعالى".^(١) ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة، ولكنهم يجعلون العقوبة حقاً لله، إشارة إلى عدم جواز العفو عنها أو تخفيتها، أو إيقاف تنفيذها - ٤ - ...

الصدر ... تعليق "رقم - ٤ -" بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري ما لم يتب الجرم أو ينكر الجريمة بعد ثبوتاً بالإقرار. أما مع توبية الجرم قبل ثبوت الجريمة فالمعروف بينهم هو سقوط الحد عنه. أما إذا تاب بعد ثبوت الجريمة بالبينة فلا يسقط عنه الحد، وأما بعد ثبوت الجريمة بالإقرار فالرأي السائد بينهم أنها تؤثر تغيير الحكم الشرعي ما بين العفو وإقامة الحد. والدليل على الفرق ما بين أقسام التوبة مذكور في كتبهم الفقهية، وهو الموافق للذوق السليم فإن التوبة المسقطة للحد هي الكافية عن ندم الجرم، ولا ريب في أن التوبة قبل ثبوت الجريمة كافية عن ذلك دون ما إذا كان بعد الثبوت بالبينة فإنما تكون غالباً للفرار من العقاب ولو أوجبت سقوط الحد لما أمكن إقامة أي حد من الحدود ...
وأما التوبة بعد الشivot بالإقرار، فإنها حد متوسط بين الترتيبين؛ لأن وقوعها بعد الشivot يضعف ظهورها في الندم وإن كان سبقاً بالإقرار يقوي ذلك الظهور، فلذا كان تأثيرها هو تغيير الحكم الشرعي ...
وتتباين العقوبة المسماة بكل منها حقيقة حقيقة وقد جعلت لعقاب من يجرم ضد الجماعة في نظر فقهاء المذهب الجعفري بأمر :
(١) عدم توقف الحكم بما على طلب أحد ...

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص : (٣٣)، فتح القدير الجزء الرابع ص : (١٢) ...

عودة والجرائم التي تقع ضد الأفراد : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بصالح الجماعة ... وتعود جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة، ولو أنها في الغالب تقع

= (٢) عدم جواز الحكم بما على غائب ...

(٣) الشديد في شرائط البينة التي تقوم على إثباتها، وأدلة الأمور المذكورة ذكرها الفقهاء في مؤلفاتهم الفقهية وهو المواقف للمصلحة حسبما يقتضيه المنطق السليم، فإن من البديهي أن العقوبة المذكورة ليست لمصلحة فرد خاص ليتوقف العقاب بما على طلبه وأن تأخيرها المسبب عن اشتراط حضور المجرم والشديد في شرائط البينة لا يكون سبباً لضرر أحد وتقويتها لخدمة وإنما يؤثر التأخير للتأمين من إزالة العقوبة بالبراء ...

وافتاز العقوبة المذكورة أيضاً في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري بأن للحاكم الشرعي أن يحكم فيها بعلمه دون سواها، ولكن الرأي السائد بينهم وهو الأرجح بحسب البرهان هو جواز حكمه بعلمه في كلتا العقوبتين ...

الشاوى ... رأينا في تعليق "رقم -٤٠" - في تعليقه يشير السيد الصدر إلى أهمية التوبه وأثرها في الفقه الجعفري على العقوبات التي لا يتعلّق بها حق فردي "عقوبات الحدود عدا القصاص والدية ..."

وهو يفرق بين حالة التوبه قبل ثبوت الجريمة (بالإقرار أو بالبينة) وحالة التوبه بعد الإقرار، "والتبّوة بعد البينة التي توجب الحد"، ويترافق الأثر في نظره بين سقوط الحد "في الحالة الأولى" وبين تغيير القاضي بين الغفو "عن الحد" وبين إقامة الحد في غيرها ...

ونحن نرى أن التوبه هي شبهة توجب سقوط الحد في جميع الأحوال طبقاً لما دفع الحدود بالشبهات، لكن يبقى التغizer بحسبانه الجزء الأصلي في جميع الجرائم، وهنا يكون للقاضي تقدير أثر التوبه حسبما يراه من ظروف التوبه وسببيتها ...

وقوله إن الحدود لا يجوز الحكم بما على غائب يدل على أهمية حق الدفاع، فلا يجوز فرض الحد على من لم يسمع دفاعه في الأقسام الموجه له في محاكمة قضائية عادلة، وسترى أهمية ذلك في رأينا بالنسبة لأثر حالة "الإهدار" ...

إشارته إلى أن الحدود تميّز بما يسميه الشديد في شرائط البينة التي تقوم على إثباتها يؤكّد قولنا بمفهوم المخالفة إن التعازير لا يوجد تشديد في أدلة إثباتها، وقد قلنا إنما تخضع لمبدأ الأدلة الإقنساعية، أما الأدلة القانونية فخاصة بالحدود معناتها العام؛ لأن الشارع يريد تصييق نطاقيها ... ونلاحظ أنه حرص على الكلام عن "العقوبات الحدية"، وهذا أدقّ مما جرى عليه فقيهنا بالإشارة إلى "الجرائم الحدية"، وقد سبق أن قلنا إنه يجب التمييز بين أقسام العقوبات وأقسام الجرائم ...

عوده على أفراد معينين وتنس مصالحهم مساساً شديداً كالسرقة والقذف، وليس في اعتبارها ماسة للجماعة إنكار لمساهمتها بالأفراد، وإنما هو تغليب مصلحة 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، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية، وهو العقوبات المقررتان أصلاً للجريمة. وقد أعطى له حق التنازل؛ لأن الجريمة تمسه مساساً مباشراً -١- فإذا تنازل عن العقوبة -٢- لم يترك الجاني وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظاً لمصلحة الجماعة التي مُسّت مساساً غير مباشر -٣- ... وجرائم التعذير بعضها يمس مصلحة الجماعة، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذي شرحناه سابقاً ...

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" حقاً خالصاً للفرد، وفي هذا يقول أحد "الفقهاء": "ما من حق لآدمي إلا والله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره^(١)". فإذا عدلت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عدلت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ...

الصدر ... تعليق "رقم -٤١-": بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري إلا في فرض أن تكون الجريمة هي القذف الصادر من الزوج في حق زوجته، فقد ذهب بعضهم إلى أنه ليس للزوجة حق التنازل ...

الشاوي ...رأينا "تعليق -٤١-": يشير السيد الصدر إلى أن بعض فقهائهم يرى أنه في حالة قذف الزوج لزوجته ليس للزوجة حق التنازل عن عقوبة الحد، سببه أن ذلك له أثره في ثبوت النسب، وهو مصلحة عامة لا خاصة ...

الصدر ... تعليق "... رقم -٤٢-": من له حق التنازل ...

الصدر ... تعليق "... رقم -٤٣-": إذا رأى الحكم المصلحة في ذلك ...

الشاوي ...رأينا في "تعليق -٤٢- و -٤٣-": يشير إلى أن التعزير يكون جائزًا للقاضي في حالة تنازل المجنى عليه أو عفوه عن القصاص أو الدية، أي أنه ليس واجباً، لكن نرى أن التعزير مجاله يتسع للتدابير الوقائية في جميع الأحوال، وهي لا تُعد عقوبة جنائية. والحكم المشار إليه هنا هو القاضي أو المجهد فإنه إذا رأى ذلك الاكتفاء بتعزير وقائي فقط ...

(١) الجزء الثاني من شرح الزرقاني على مختصر خليل ص / ١١٥ ...

٧٤- لا داعي للقول بوجود ما يسميه جرائم ضد الأفراد - ويمكن

القول بأن فرض عقوبة معينة تقرر لصلاحة المجنى عليه :

لنا وقفة مع القول الشائع بتمييز الجرائم ضد الجماعة عما يُعدّ البعض جرائم ضد الأفراد، لأنّه من المؤكّد حسب قول فقيهنا أن "ما يمس مصلحة الأفراد هو ماس بصالح الجماعة - وأن كل جريمة تمس مصلحة المجتمع تمس في النهاية مصلحة الأفراد". - ونحن نضيف أن علة فرض الجزاء الجنائي هي أن الفعل الإجرامي الذي يقع على الفرد إنما يضر بالجماعة ويهدّد أمنها في جميع الحالات .

إنه يشير إلى أنه في جرائم الاعتداء على حياة الإنسان أو سلامته جسم الفرد، يعطى المشرع للمجنى عليه فيها حق طلب القصاص وحق التنازل عنه (الذى يسمى حق العفو عن عقوبة القصاص) ليصبح الجزاء تعزيزاً بحسب الأصل .

ومع ذلك، فإننا لا نوافق على ما قاله في نهاية البند من أنه "إذا عذّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الفرد، فذلك لأنّها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة". ونفضل القول إنما تمس مباشرة حقاً لفرد معين إلى جانب إخلالها بأمن الجماعة ومصلحتها، ولا داعي لأن تنسّب إلى شريعتنا أنها أعطت حق الفرد أهمية أكبر من حقوق الجماعة .

والواقع أن حق المجنى عليه أو ولد الدم إنما يتعلق فقط ب نوع العقوبة - فوجوب القصاص هو الذي يكون للمجنى عليه فيه حق خاص لأنّه يشفي الرغبة في الثأر أو الانتقام من الجاني؛ أما الجزاء العادى وهو التعزير فهو حق المجتمع - لا يجوز للفرد أن يتنازل عنه ولا أن يعطيه .

إن القصاص والديه هما الحد الأقصى للعقوبة فيما يمس سلامته الجسم وحياة الإنسان - ولكن لا يجب تطبيقه إلا في حالة إصرار المجنى عليه أو ولد الدم على ذلك، ومعنى ذلك أن لولي الدم حق العفو عن تلك العقوبة القصوى وهي القصاص. صحيح أن العفو عن عقوبة القصاص جائز من المجنى عليه ... ويكتفى بالديه ... بل له أن يعفو عن الديه أيضاً ويكتفى بعقوبة تعزيرية في هذه الحالة .

يجب ألا ننسى ما قرره الفقه من أنه إذا لزم الأمر ولم يكن للقاصر ولد، فإن لولي الأمر أن يعفو بصفته ولنّا له، ونحن نرى أن "ولي الأمر" هنا هو القاضي أو المجنّد لا رئيس الدولة أو السلطان، فيكون للقاضي الحق في الاكتفاء بالتعزير في هذه الحالة .

ثم إنه في حالة تuder القصاص لسبب من الأسباب يرجع للأصل وهو التعزير، ومعنى ذلك أن جرائم القصاص (مثل الحدود) يكون الحد الأدنى للعقوبة فيها هو الحد



للقاضي سلطة تقديرية في الشبهات التي تسقط الحدود :

الأدنى في التعزير عندما يتنازل المجنى عليه أو وليه .. ولذلك لا نوفق على القول بأن الجريمة المعاقب عليها بالقصاص عقوبتها ذات حد واحد أو أنها مقررة لصالح ولـى الدم، فالمقرر لصالح ولـى الدم أو المجنى عليه هو وجوب القصاص بعـد العقوبة القصوى، ولكن مصلحة المجتمع هي التي أدت إلى عـد الفعل جريمة تقع عليها عقوبة تعزيرية كما هو الأصل في جميع الجرائم في نظرنا .

إن ما ذهب إليه من أن هذه الجرائم (جرائم القصاص) إنما شرعت لحفظ مصالح الأفراد لـانـوـافقـ عـلـيـهـ كذلكـ لأنـاـ الصـحـ هوـ أنـ عـقوـبـةـ القـصـاصـ فـيـ هـذـهـ الـجـرـائـمـ دونـ غـيرـهـ هـدـفـهـ أـنـاـ تـحـمـيـ الـحـقـوقـ الـإـنـسـانـيـةـ الـأـسـاسـيـةـ الـتـيـ يـعـتـزـ بـجـمـعـ بـحـمـاـيـتـهـ لأنـ أـفـرـادـ هـمـ حـقـ اـسـاسـيـ فـيـ سـلـامـةـ أـبـدـافـهـ وـحـرـمـةـ دـمـائـهـ وـكـلـ مـسـاسـ بـهـ قـدـ يـدـفعـهـ لـلـأـخـدـ بـالـثـأـرـ مـاـ يـهدـدـ أـمـنـ الجـمـاعـةـ وـاسـتـقـارـهـاـ .

أما القول بأنـاـ مـشـلـلـ الـحـدـودـ لـيـسـ لـلـظـرـوفـ الـمـخـفـفـةـ أـثـرـ فـيـهـ وـأنـ هـذـاـ يـمـيـزـهـ عنـ التـعـازـيـرـ أوـ أـنـهـ لـيـسـ لـلـقـاضـيـ فـيـهـ سـلـطـةـ تـقـدـيرـيـةـ بـخـالـفـ التـعـازـيـرـ الـتـيـ يـكـونـ لـلـقـاضـيـ فـيـهـ سـلـطـةـ وـاسـعـةـ فـيـ اـخـتـيـارـ نـوـعـ الـعـقـوـبـةـ وـمـقـدـارـهـاـ – فـقـدـ قـلـنـاـ إـنـ لـلـقـاضـيـ سـلـطـةـ تـقـدـيرـيـةـ وـاسـعـةـ فـيـ تـقـدـيرـ الشـهـبـاتـ فـيـ الـحـدـودـ وـإـنـ لـهـ أـنـ يـرـتـبـ عـلـيـهـ اـسـتـبـعـادـ الـظـرـوفـ الـمـشـدـدـ وـالـعـقـوـبـاتـ الـحـدـيـةـ ...ـ كـمـ أـنـهـ فـيـ حـالـةـ عـفـرـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ أوـ وـلـىـ الـأـمـرـ –ـ فـيـ جـرـائـمـ الـقـصـاصـ –ـ تـعـودـ لـلـقـاضـيـ سـلـطـتـهـ الـكـامـلـةـ فـيـ تـقـدـيرـ الـعـقـوـبـةـ الـتـعـزـيرـيـةـ .

إـنـاـ قـلـنـاـ إـنـ توـافـرـ عـدـدـ مـعـينـ مـنـ الشـهـودـ إـذـاـ كـانـ شـرـطاـ مـنـ شـرـوطـ الـإـثـبـاتـ فـيـ بـعـضـ الـجـرـائـمـ الـخـطـيرـةـ فـإـنـهـ لـازـمـ لـإـثـبـاتـ الـظـرـفـ الـمـشـدـدـ الـذـىـ يـوـجـبـ التـشـدـيدـ وـخـاصـةـ ظـرفـ الـجـهـرـ بـالـفـاحـشـةـ فـيـ جـرـائـمـ الـعـرـضـ بـعـدـهـ عـنـصـرـ اـسـتـفـازـ جـمـهـورـ النـاسـ لـلـمـجـنـىـ عـلـيـهـ وـحـدـهـ .ـ فـالـعـالـانـيـةـ وـالـجـهـرـ بـالـفـاحـشـةـ يـجـبـ عـدـهـ ظـرـفـاـ مـشـدـداـ يـسـوـغـ تـوـقـيـعـ عـقـوـبـاتـ الـحـدـ وـحدـهـ .ـ الـأـقـصـىـ وـهـوـ الـعـقـوـبـةـ الـحـدـيـةـ الـمـقـرـرـةـ لـتـلـكـ الـجـرـائـمـ الـتـيـ تـعـدـهـ كـبـائـرـ ...ـ

وـنـرـىـ قـيـاسـاـ عـلـىـ ذـلـكـ أـنـ اـشـتـرـاطـ وـجـودـ اـثـنـيـنـ مـنـ الشـهـودـ إـلـىـ جـانـبـ أـقـوالـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ فـيـ بـعـضـ الـجـرـائـمـ إـنـاـ يـقـصـدـ بـهـ إـثـبـاتـ وـجـودـ الـظـرـفـ الـمـشـدـدـ الـذـىـ يـجـبـ بـيـانـهـ فـيـ كـلـ جـرـيـعـةـ عـلـىـ حـدـةـ لـاـ إـثـبـاتـ الـفـعـلـ الـمـكـونـ لـلـجـرـيـعـةـ فـقـطـ .

بناءـ عـلـىـ هـذـاـ النـظـرـ يـكـنـ القـولـ بـأـنـ إـذـاـ لـمـ يـتوـافـرـ هـذـاـ العـدـ مـنـ الشـهـودـ، وـكـانـ الـفـعـلـ ثـابـتـاـ بـشـاهـدـ وـاحـدـ أـوـ بـأـدـلـةـ أـخـرىـ مـقـنـعـةـ، فـإـنـ لـلـقـاضـيـ أـنـ يـحـكـمـ بـعـقوـبـةـ تـعـزـيرـيـةـ لـاـ تـصـلـ إـلـىـ حـدـ الـقـصـاصـ .

المبحث الثاني في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة جرائم عادية وجرائم سياسية ... أي بغي

٧٥. التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية:-٤٤- فرقـتـ الشرعـةـ مـنـ يـوـمـ وـجـودـهـ بـيـنـ الـجـرـائـمـ الـعـادـيـةـ وـجـرـائـمـ الـبـغـيـ أيـ الـجـرـائـمـ السـيـاسـيـةـ،ـ ولـكـنـ الشـرـعـةـ رـاعـتـ فـيـ هـذـهـ التـفـرـقـةـ مـصـلـحةـ الجـمـاعـةـ وـأـمـنـهـاـ،ـ وـاحـفـاظـهـ عـلـىـ نـظـامـهـ وـكـيـافـهـاـ،ـ فـلـمـ تـعـدـ كـلـ جـرـيمـةـ اـرـتكـبـتـ لـغـرـضـ سـيـاسـيـ جـرـيمـةـ سـيـاسـيـةـ،ـ وإنـ كـانـتـ قدـ عـدـتـ بـعـضـ الـجـرـائـمـ الـعـادـيـةـ الـتـيـ تـرـتـكـبـ فـيـ ظـرـوفـ سـيـاسـيـةـ مـعـيـنـةـ جـرـائـمـ سـيـاسـيـةـ ...ـ ولاـ تـخـتـلـفـ الـجـرـيمـةـ السـيـاسـيـةـ عـنـ الـجـرـيمـةـ الـعـادـيـةـ فـيـ طـبـيـعـتـهـاـ،ـ فـكـلـاـهـاـ تـنـتـفـقـ مـعـ الأـخـرـىـ فـيـ الـحـسـلـ وـالـنـوـعـ وـالـوـسـائـلـ،ـ إـنـاـ يـخـتـلـفـانـ فـيـ الـبـوـاعـثـ الـتـيـ تـبـعـثـ عـلـيـهـمـاـ.ـ فـاـلـجـرـيمـةـ السـيـاسـيـةـ تـرـتـكـبـ لـتـحـقـيقـ أـغـرـاضـ سـيـاسـيـةـ،ـ أوـ تـدـفـعـ إـلـيـهـاـ بـوـاعـثـ سـيـاسـيـةـ،ـ أـمـ الـجـرـائـمـ الـعـادـيـةـ فـاـلـأـصـلـ فـيـهـاـ أـنـ تـكـوـنـ بـوـاعـثـهـاـ عـادـيـةـ،ـ وـلـكـنـ لـيـسـ ثـمـةـ مـاـ يـنـعـ منـ أـنـ تـدـفـعـ إـلـيـهـاـ بـوـاعـثـ سـيـاسـيـةـ.ـ وـمـعـنـ هـذـاـ أـنـ الـجـرـيمـةـ الـعـادـيـةـ تـخـتـلـطـ أـحـيـاـنـاـ بـالـجـرـيمـةـ السـيـاسـيـةـ،ـ وـهـذـاـ كـانـ لـلـتـفـرـيقـ بـيـنـ الـجـرـيمـيـتـينـ أـهـمـيـةـ كـبـرـىـ ...ـ

الصلـدرـ ... تعـلـيقـ "رـقـمـ ٤٤ـ"ـ لاـ يـكـفـيـ لـكـيـ تـكـوـنـ الـجـرـيمـةـ سـيـاسـيـةـ أـنـ يـتوـافـرـ فـيـ دـوـافـعـهـاـ العـنـصـرـ السـيـاسـيـ،ـ بلـ لـابـدـ فـيـ الـجـرـيمـةـ السـيـاسـيـةـ مـنـ شـرـائـطـ مـعـيـنـةـ كـمـاـ يـأـيـ،ـ فـلـذـاـ لـزـمـ بـيـانـ الفـرـقـ بـيـنـ سـواـهـاـ ...ـ

الشـاوـىـ ... رـأـيـنـاـ فـيـ تعـلـيقـ "رـقـمـ ٤٤ـ"ـ يـسـارـعـ السـيـدـ الصـدرـ لـتـبـيـهـ عـلـىـ أـنـ هـنـاكـ شـروـطاـ عـدـيـدةـ لـكـيـ تـطـقـ الأـحـكـامـ الـخـاصـةـ بـالـجـرـائـمـ السـيـاسـيـةـ.ـ وـاهـتـمـامـ الشـيـعـةـ بـهـذـاـ الـمـوـضـعـ سـيـهـ أـحـكـامـهـ قـصـدـهـاـ فـيـ الـأـصـلـ أـنـ تـطـقـ عـلـىـ "ـالـفـوـارـاجـ"ـ وـهـمـ أـكـبـرـ خـصـومـهـمـ السـيـاسـيـنـ مـنـ عـهـدـ الـإـمـامـ عـلـيـ بـنـ أـبـيـ طـالـبـ "ـرـضـيـ اللـهـ عـنـهـ"ـ الـذـيـ اـغـتـالـهـ أـحـدـهـمـ"ـ كـمـاـ يـشـيرـ فـيـ التـعـلـيقـ التـالـيـ،ـ وـمـعـ ذـلـكـ فـإـنـ الـإـمـامـ عـلـيـاـ هـوـ الـذـيـ وـضـعـ أـهـمـ الـأـحـكـامـ الـتـيـ تـمـيـزـ هـذـهـ الـجـرـائـمـ ذاتـ الـبـاعـثـ السـيـاسـيـ وـتـعـطـيـ لـمـرـتـكـيـهـاـ اـمـتـياـزـاتـ لـاـ يـتـمـتـعـهـاـ مـرـتـكـبـ الـجـرـيمـةـ الـعـادـيـةـ ...ـ

٧٥ - في الجريمة السياسية معاملة خاصة للثائرين المتأولين :

الجريمة السياسية في فقها هي أعمال العنف التي يرتكبها الخارجون على السلطة القائمة بناء على ادعاء أنها سلطة غير شرعية - وهذا هو ما يعبر عنه بأنهم متأولون - ونظرا لأن العنف الذي يرتكبونه يضار به أفراد الناس العاديين الذين لا دخل لهم في هذا الخلاف، فإن فقها يسميهم بغاة، ويقرر لهم معاملة خاصة يقصد بها إعادة الأمن لجمهور الناس ولو اقتضى ذلك تحرير البعض الحقوق لهم مقابل تراجعهم عن هذا العنف .

وما قاله فقهاؤنا عن "حقوق هذا النوع من الثوار" ... ومسئوليتهم قبل الثورة وفي أثنائها وبعدها ... هي حقوق يراعي فيها أن جريتهم سياسية، لأنهم يعتقدون أنهم يدافعون عن حكم شرعي، وهذا هو ما يسمى بالتأول. ولهذا السبب، فإنه يجب أن لا يعاملوا ك مجرمين عاديين ولا يعقوبوا بالعقوبات العادلة عن الأفعال التي يرتكبونها في مقاومتهم أو ثورتهم . ما دامت قد وقعت في حالة ثورة أو حرب أهلية ضد سلطان يحسبونه جائراً أو غير شرعي (سواء كان هذا الحسبان صحيحاً أم خطأ) . ومعنى أنهم "متأولون" هو أنهم في مقاومتهم للسلطة القائمة أو خروجهم عليها يستندون إلى أحكام شرعية قد تكون صحيحة في نظرهم خاطئة في نظر غيرهم .

وكلامنا هنا موضوع المعاملة الخاصة التي يقررها فقهاؤنا طفلاً البغاء؛ سواء كانت السلطة التي يخرجون عليها شرعية أو غير شرعية .

هناك موضوع آخر هو: متى يكون هذا الخروج جريمة معاقباً عليها؟ والراجح أنه لا يكون الخروج جريمة بمعنى إلا إذا كانت السلطة التي خرجوا عليها شرعية، وقد عبر فقيهنا عن ذلك بقوله إن "البغاء" هم القوم الذين يخرجون على الإمام ... أو هم فرقة من المسلمين خالفوا الإمام "الأعظم" ...

وقد تأثر فقيهنا بأقوال شراح القانون المصري في تعريفهم للجريمة السياسية بأنها تقع لغرض سياسي، وكان من الواجب الإشارة إلى أن فقها يشرط أن يكون البغاء متأولين، أي أن لهم غرضاً شرعياً، أساسه "التأول"، أي أنهم يقصدون الدفاع عن مبدأ شرعي (سواء كان هذا الاعتقاد صحيحاً أو خاطئاً) والغرض الشرعي غير الغرض السياسي ويلاحظ أنه أوضح ذلك في البند التالي (76) .

عوده ٧٦ متن توجد الجريمة السياسية : لا توجد الجريمة السياسية في الظروف العادلة، فكل جريمة وقعت في الأحوال العادلة هي جريمة عادلة مهما كان الغرض منها والدافع إليها. فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسي عُدِّت جريمة عادلة، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة مadam أن القتل وقع في أحوال عادلة . ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم علي بن أبي طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسي فُعدَ القتل عاديا بالرغم من أن القاتل من الخوارج^(١) وهذا هو رأي على نفسه، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده، فإنه قال لولده الحسن : "أحسنتوا إسراره، فإن عشت فأنا ولي دمي، وإن مت فضربة كضربي". ولو لم يكن القاتل عاديا لما عُدَ نفسه ولي الدم، إن شاء عفا وإن شاء اقتضى، ولما طلب من الحسن أن يقتضي بضربه كضربيه^(٢) ...

إنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادلة، 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، أو يمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توافرت شروط معينة في الثوار أو المغاربين، فإذا لم تتوافر هذه الشروط أو توافرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية، وإنما هي جرائم عادلة ...

الصدر ... تعليق "رقم ٤٥ - ٤" - فإن هذا يدل على أن جريمة ابن ملجم، على عظمها وشانتها بالدرجة التي جعلته أشقى الآخرين كما في الأخبار، لم تكن جريمة سياسية بالمعنى المصطلح للفظ. غير أننا لا يمكن أن نجعل من ذلك دليلا على عدم تحقق الجريمة السياسية في الظروف العادلة، لأن الظروف التي مارس فيها ابن ملجم جريمه الكبري وإن كانت ظروفها عادلة ولكن للاحظ من الجرم نفسه أنه لم يكن ذا شوكة فكما يمكن أن يكون السبب في عدم احتساب جريمه جريمة سياسية الظرف العام للجريمة حيث كان ظرفها عادلة، كذلك من الممكن أن يرجع السبب إلى حالة الجرم الخاصة وعدم كونه ذا شوكة ...

الشاوي رأينا في "... تعليق ٤ - ٥" - يؤيد السيد الصدر الاستشهاد بأقوال أمير المؤمنين على بن أبي طالب في معاملة قاتله على أساس أن جريمه عادلة وليس سياسية لعدم توافر شرط "الشوكة" أو عدم وجود حالة ثورة أو مقاومة مسلحة ...

(١) الخوارج فئة كانت تناهض عليا ولا تراه صالحا للخلافة ...

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص (٥٢) ...

عدوه ٧٧ - المجرمون السياسيون : تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء
البغي، ويسمى المجرمون السياسيون البغاء أو الفئة الbagia - ٤٦ - ...
والبغاء - ٤٧ - كما يعرفها الفقهاء "هم القوم الذين يخرجون على الإمام"^(١)

الصدر = ... تعليق "رقم - ٤٦ -" يعني في عرف الفقهاء المجري هو الخروج عن طاعة الإمام العادل كما في كتاب جواهر الكلام للفقيه الكبير الشيخ محمد حسن التجفيفي، وكتاب المتهنى الآية الله العلامة الحلى، غير أن الثاني أسقط لفظ العادل وأطلق كلمة الإمام، والمعنى واحد لأن الشيعة يشترطون في الإمام العصمة وفي نائب العدالة، فرئيس الدولة أو الإمام لا يكون رئيسا شرعيا وإنما إذا لم يكن عادلا، والباغي هو من خرج على إمام عادل وقاتلته ومنع تسلیم الحق إليه كما جاء في كتاب الخلاف لشيخ الطائفة "محمد بن الحسن الطوسي" رحمة الله ...

الشاوى رأينا في "... تعليق - ٤٦ -" يشير إلى أن الشيعة عموماً يُعدون البغي هو الخروج على الإمام العادل أو المقصوم من باب أولى في نظرهم". ونرى أن هذا بحث سابق لأوانه يتعلق بوجود جريمة البغي وأركانها وسيكون موضع هذا "البحث" في القسم الخاص عند دراسة "شروط العقاب" على "البغي" ... أما هنا فنحن بقصد عرض "الأمتيازات" التي يقررها الفقهاء للمتهمين بجرائم سياسية سواء كانت هي جريمة البغي أو المقاومة المسلحة، أو كانت جريمة أخرى وقعت في حالة الثورة أو المقاومة المسلحة. ومadam الأمر كذلك فإن القول بفتح هذه الامتيازات لن يقاومون الإمام العادل يوجب منحها من باب أولى لمن يقاومون الظالم أو المغتصب لأن مقاومته حق بل واجب وليس بغيا، كل ما هنالك أنه في أثناء هذه المقاومة المشروعة ارتكبت جرائم باعثها عقدي "بناء على تأول" فتستحق هذه المعاملة الاستثنائية لحماية الجمهور من استمرارها.

الصدر تعليق "... رقم - ٤٧ -" البغاء كما يعرفها الفقهاء من الإمامية هم القوم الذين يخرجون على الإمام العادل ويقاتلونه ويتعنتون من تسلیم الحق إليه على أن توافر فيهم الشرائط التي سنرها قريباً ...

ولفظ الإمام عند الإمامية يعني أحد الأئمة الاثني عشر من أهل البيت صلوات الله عليهم، ولكن الباغي لا يختص بالخارج على أحدهم، بل يشمل كل من خرج على حكومة إسلامية شرعية وإن كان يرأسها شخص آخر غير الإمام بالنسبة عنه في حالة الغيبة ...

وأما فقهاء أهل السنة والجماعة فقد عرّفوا البغاء بما ذكره المصنف في الكتاب ...

الشاوى رأينا في "... تعليق - ٤٧ -" نرى السيد الصدر يؤكّد رأي المجريفية بأن الخروج يُعدّ "بغيا" إذا كان فيه مقاومة لإمام شرعي عادل، ولكن ليس معنى ذلك أن الخروج على غيره لا يتمتع =

(١) رئيس الدولة أو حاكمها العام ...

عودة بتأويل سائغ وهم متنة وشوكه^(١) أو هم : "فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم^(٢) أو نائبه لأحد شيوخن إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بأدمي^(٣) أو الدخول تحت طاعته بالقول وال مباشرة باليد الحاضر، والإشهاد على الدخول من غاب عنه إن كان كل منهما من أهل "الحل والعقد" واعتقاد ذلك من لا يعيا به ولا يعرف فإنه حق خبر "من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية" .. أو خالفته خلعة^(٤) .. أي إرادتها خلعته أي

= مرتكبوه بالامتيازات الخاصة بالجرائم السياسية أو الجرائم السياسيين (بل هم أولى بها) كل ما هنالك أنه لا يليق وصفهم بألفم "بغاء" ، لكن هذه التسمية تاريخية من عهد الخوارج . أما إذا كان من خرجوا عليه حاكما غير شرعي أو غير عادل ، فإن الباغي في الحقيقة هو الظالم الذي ثاروا أو خرجوا عليه ، والذي نرى أن جرائمها تكون عادلة وليس من نوع الجرائم التي تستحق معاملة خاصة ...

ويشير إلى أن فقيهنا يقول إن أهل السنة لا يفرقون بين الحالين ، ونحن نرى أن رأي الجعفري أقرب للصواب بالمعنى الذي أوضحته ، وأن الرأي الذي يشير إليه فقيهنا في المتن ليس محل إجماع أهل السنة ...

(١) الشرح الكبير الجزء العاشر ص/٩٤ ...

(٢) الخليفة أو الإمام الذي ليس بعده إمام ، أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية ...

(٣) الأحكام المتعلقة بالله هي الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة ، والأحكام المتعلقة بأدمي هي ما وضع بصيانة مصلحة الأفراد ...

(٤) الرأي الغالب في المذاهب الأربع أن الإمام لا يعزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب انخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره؛ لأن إباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس . والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، وأنه يعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين ، وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعته كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلانها . وإذا أدى خلعته إلى فتن احتمل أدنى المضرتين ، وهناك من يرى خلعته إذا لم يستلزم فسدة . وروي عن مالك أنه قال : من قام على إمام يزيد إزالته ما يبيده إن كان (أي المقوم عليه) مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فالإذعنه وما يراد منه يتّهم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقاني الجزء الثامن ص/٢٠ ، وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص/٤٢٩ ، والأحكام السلطانية (ص/٤١) ، والإقناع الجزء الرابع ص/٢٩٢ .

عادة عزله حرمة ذلك عليهم وإن جار^(١) -٤٨-

وإذا كان الفقهاء قد اصطلحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاء، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذي لم يخرج عليه بأهل العدل ...

الصدر ... تعليق "رقم -٤٨—" كما يرى ذلك أكثر فقهاء المذاهب الأربع. وأما عند فقهاء الجعفرية، فالحاكم إن كان هو أحد الأئمة الاثني عشر فلا يمكن صدور الجور منهم لعصمتهم الثابتة بالأدلة العقلية والنقلية المذكورة في علم الكلام، وإن كان الحاكم من غيرهم في زمان غيبة قائمهم (ع) فلا خلاف بين فقهاء الجعفرية في العزل الحاكم بالجور لأنه يصبح فاسقاً ويخرج عن العدالة التي تُعد شرطاً في الحاكم عندهم، ويرافقهم على هذا الرأي الظاهريه وبعض المالكية كما سمعناه في الجزء الثاني من هذا الكتاب. ويشهد لهذا الرأي مجموعة من النصوص رواها حفاظ أهل السنة والجماعة. ففي الجزء الثالث من كفر العمال ص/١٧٢ عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ قال له : "كيف بك يا أبا عبد الله إذا كان عليك أمراء يطفون السنة ويؤخرون الصلاة عن ميقاها ؟".

قلت : فكيف تأمرني يا رسول الله ؟ قال ﷺ : "يسألني ابن أم عبد كيف يفعل ... لا طاعة لمنخلوق في معصية الخالق ..."

وفي ص/١٧٠ من الكتاب نفسه عن حذيفة أن النبي ﷺ قال : "سيكون عليكم أمراء يكذبون ويطمدون فمن دخل عليهم فصدقهم بكلذبهم وأعافهم على ظلمهم فليس مني ولا أنا منه ولن يرد عليّ الموضع، ومن لم يدخل عليهم ولم يصدقهم بكلذبهم ولم يعنهم على ظلمهم فهو مني وأنا منه...".

وروي ما يقرب من هذا عن خباب، وابن عباس، وأبي سعيد، وابن عمر، وكعب ومن الواضح أن الأمر بمقاطعة الحكام الجائرين يدل عرفاً على سقوطهم عن الحاكمية في نظر الشرع.

الشلوي ... رأينا في "تعليق -٤٨—" ما أشار إليه السيد الصدر من أن فقه السنة لا يفرق بين الخروج على الإمام العادل وغير العادل هو فقط فيما يتعلق بتطبيق القواعد الخاصة بالجرائم السياسية التي تفتح معاملة أخف لمن يخرجون على الجميع. أما وصف البغاء وشروط العقاب على مجرد الخروج أو المقاومة فهذا موضوعه سيكون عند دراسة هذه الجريمة في القسم الخاص. إن الفرق بين الحالتين يكون فقط في القول بتوافق أركان جريمة (البغى) في الحالة الأولى وعدم توافرها في الحالة الثانية، وهنا يتبرأ الخلاف في الفقه بشأن شروط جواز مقاومة الإمام المغتصب أو الباغي أو الفاسق، و المجال هذا البحث هو دراسة أحكام هذه الجريمة في القسم الخاص ...

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل الجزء الثامن ص / ٦٠ ...

٧٦، ٧٧- البغي خروج أو ثورة على السلطة القائمة بناء على "تأول" شرعى

- سواء كانت السلطة القائمة شرعية أو لا :

العبرة في وصف الجريمة بأنها سياسية هو "التأول"، أي ادعاء وجود مبرر شرعى للخروج أي الثورة على السلطة القائمة الذى يصل إلى حد الثورة أو الحرب الأهلية. أما الجرائم العادلة مثل القتل أو إلقاء القنابل أو غير ذلك من أعمال العنف التي ترتكب لغرض سياسى دون وجود حالة عامة يمكن وصفها بأنها انتفاضة أو ثورة أو حرب أهلية - فهى جرائم عادلة "إرهابية" - ويجب التفرقة بينها وبين الجريمة السياسية الشرعية البحتة (في حالة الخروج أو الثورة) .

إن أمثل تلك الجرائم الإرهابية تطبق عليها القواعد العامة حتى ولو كانت قد ارتكبت لغرض سياسى، طالما أنه لم يكن هناك خروج أو حرب أهلية أو ثورة، وأستشهد على ذلك بما حدث لقاتل سيدنا على بن أبي طالب إذ طبقت عليه القواعد العامة وحكم عليه بالقصاص .

إذن الجريمة السياسية البحتة (هي الخروج أو الثورة) على حكم يعدهه الشارون طالما أو باعيا أو غير شرعى، ولو كانوا مخطئين، ولو كان الإمام الذى خرجوا عليه شرعاً مثل سيدنا على .

* * *

إننا نرى أن فقهاءنا عندما ذكروا "الإمام" قصدوا من ذلك الإشارة إلى من له هذه الصفة شرعاً، أي أن يكون قد تولى السلطة بالطريق الشرعية الصحيحة (وهي الشورى الحرة أو المرسخ بالوصية من تولى بالشورى الحرة) .

أما من اغتصب السلطة بالقوة والغلب، فإنه "مسكوت" عنه، ولم يجد كثير من الفقهاء داعياً للخوض في حكمه. ربما لأن آراءهم قد تغصب بعض "سلاطين" زمامهم. وصفة "الأعظم" يقصد بها الخليفة الذى يمثل الأمة الإسلامية كلها، أما من عداه من الأمراء والسلطانين أو الولاة فإنهم أيضاً "مسكوت" عنهم .

وقد رأى الفقه في ذلك أن كلمة بغي وبغاة في ذاتها تدل على أن الأصل أن الجريمة المعاقب عليها هي الخروج على وضع "شرعى صحيح" .

الضمانات المقررة لمن يخرجون بتأول شرعى على إمام شرعى يتمتع بها

الخارجون على من يمارسون سلطة فعلية من باب أولى، بل إن من يستولون على

السلطة الفعلية بالقهر والغلب دون شورى حرمة يمكن عددهم بغاة لكن لا

يتمتعون بالضمانات المقررة للبغاء بتأول شرعى :

لكن الأحكام التي تقرر ضمانات أو امتيازات لهؤلاء "البغاء" تطبق من باب أولى على من يخرجون على وضع غير شرعى، بل قد توصف السلطة التي يخرجون عليها بأنها باغية.

ثم إن ما يرتكبه المستبدون المقصيون للسلطة بدون سند شرعى لكتى يفرضوا سلطتهم ويتمتعوا بشمار اغتصابهم أطول مدة ممكنة فهذه جرائم عادية ولا تطبق عليها أحکام الجرائم السياسية - ولا يعامل مرتكبوها المعاملة الخاصة بالثائرين

عودة ٧٨ . الشروط التي يجب توافرها في الجرائم السياسيين أو السفالة :
نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاء وما سبق الشروط التي يجب توافرها في الجرم
و عمله ليعد مجرما سياسيا أو باغيا :

أولا : الفرض من الجريمة : يشترط أن يكون الفرض من الجريمة إما عزل رئيس
الدولة أو الهيئة التنفيذية، وإما الامتناع عن الطاعة. فإذا توافر الفرض على هذا
الوجه مع توافر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والجرم سياسي. أما إذا كان
الفرض من الجريمة -٤- إحداث أي تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة كإدخال نظام
غير إسلامي يخالف النظام أو تكين دولة أجنبية من التسلط على البلاد، أو إضعاف
قوة الدولة أمام غيرها من الدول، إذا كان الفرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله،
فإن الجريمة لا تكون بغيا أي سياسية، وإنما هي إفساد في الأرض، ومحاربة الله ورسوله،
وهي جريمة عادلة قررت لها الشريعة عقوبة قاسية ^(١) -٥٠- ...

الصدر ... تعليق "رقم ٤٩-٤" - ومن جلهم السلاح والإخلال بالأمن، وإخافة الناس ...
الشلوى ... رأينا في تعليق "رقم ٤٩-٤" - يذكرنا السيد الصدر بما قلناه من قبل من أن الجريمة لا تُعد
سياسية في فقهنا إلا إذا وقعت في حالة ثورة فعلية وصفها بألفا: "حمل سلاح، والإخلال بالأمن
وإخافة الناس". فلا يكفي الفرض السياسي "عزل رئيس الدولة، ورفض طاعته .." ، كما ورد في
أقوال فقيهنا في المتن. ولكن نلاحظ أن فقيهنا أضاف: "مع توافر الشروط الأخرى".
الصدر ... تعليق "... رقم ٤٩-٥" - لأنما وإن كانت من أقسام البغي، غير أن العقوبة تشتد
نظرا إلى الطرف الخاص الذي وقعت فيه ...
الشلوى رأينا "... تعليق ٤٩-٥" - يزيد السيد الصدر ما قاله فقيهنا في المتن من وجوب الفرقة بين
جرائم البغي التي تُعدُّ سياسية في فقهنا، وبين جرائم "الفساد في الأرض" التي لا توافر فيها الشروط التي
الأضروا فيها، وخاصة منها ما يكون هدفها إدخال نظام غير إسلامي أو معاونة قوى أجنبية ضد
المسلمين "ونضيف لمن لها معاونة المستبد المفترض للسلطة بدون أساس شرعي من الشورى والالتزام
بالشريعة" وبذلك يهدى للشرط الثاني وهو أن يكون أساس الخروج "تاول" أي حجة شرعية ...
وإشارته إلى أن جريمة الفساد في الأرض تشدد عليها العقوبة تزيد ما ذكرناه مرارا من أن أحكام
الجرائم السياسية يقصد بها تخفيف الأحكام الشرعية على هذه الجرائم مق توافرت الشروط التي
ذكرناها تشجيعا للخارجين على وقف القتال وحقن دماء الناس الذي يصاحب الثورات والحروب.

(١) أسف المطالب الجزء الرابع ص: ١١٢/١١٢، المعنى الجزء العاشر ص/٥٢، نهاية المحتاج الجزء السابع
ص/٣٨٢، البحر الرائق الجزء الخامس ص/١٥١ .

عودة

ثانياً : التأول : يشترط في البغاء أي المجرمين أن يكونوا متأولين، أي أن يدعوا سبباً لخروجهم ويدلّلوا على صحة ادعائهم، ولو كان الدليل في ذاته ضعيفاً كادعاء الخارجين على الإمام علي بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتضي منهم مواطئه إياهم، وكتأول بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأفهم لا يدفعون الزكاة إلا من كانت صلاته سكناً لهم طبقاً لقوله عليه السلام: «خذ من أموالهم صدقة ...» إلى قوله عليه السلام: «وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم» [التوبة: ١٠٣]. فإذا لم يدعوا سبباً للخروج أو ادعوا سبباً لا تقره الشريعة إطلاقاً كان طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينسبوا إليه شيئاً، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدتهم، فهم قطاع طريق يسعون في الأرض بالفساد وهم عقوبتهم الخاصة وليسوا بأبي حال بغاة أو مجرمين سياسيين^(١) ...

ثالثاً : الشوكة يشترط في الباغي أي الجرم السياسي أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفسه بل بغيره من هم على رأيه، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا الوصف

الصلب

تعليق "... رقم -٥١..." وليسوا بأبي حال بغاة أو مجرمين سياسيين فلا يكونون من البغاء وفقاً لرأي السائد عند الجعفريّة القائل بأن وجود الشبهة عنصر ضروري في الباغي وما يتميز به من أحکام عن سائر المخاربين. وخالف في ذلك فقيه عصره الشيخ محمد حسن التجففي في كتابه جواهر الأحكام قائلاً إن أهل البصرة وأهل الشام كانوا بغاة دون شك في محاربتهم لأمير المؤمنين صلوات الله عليه بالرغم من عدم وجود شبهة لديهم، ولكن الأرجح هو الرأي الأول المشهور ... وأما هؤلاء الخارجون على أمير المؤمنين (ع) فقد عرفنا آنفاً شبهتهم الباطلة التي كانوا يتمسكون بها.

الشاوى

رأينا في "...تعليق رقم -٥١..." يؤيد ما قاله فقيهنا من إخراج قطاع الطرق وأمثالهم الذين يعملون لأغراض خاصة من نطاق الجرائم السياسية التي تستلزم وجود شبهة من ادعاء تأويل شرعي للخروج رغم أنهم يسمون (بغاء) لأن أحكام جريمة البغي شيء، وأحكام الجرائم التي ترتكب في حالة الثورة (أي البغي) شيء آخر عندما تكون لأهداف سياسية تعتمد على حجج شرعية (تأول) ..

(١) البحر الرائق الجزء الخامس ص/ ١٥١ - ١٥٤ شرح الزرقاني الجزء الثامن ص/ ٦٢ نهاية الحاج الجزء السابع ص/ ٣٨٢، ٣٨٣ المعنى الجزء العاشر ص/ ٤٩ .

عادة فلا يُعد مجرما سياسيا ولو كان متأولا (١) - ٥٢ - ...

رابعا : الثورة وال الحرب : ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة في ثورة أو حرب أهلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة، فإن وقعت الجريمة في غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية فهي ليست بغير أي جريمة سياسية، وإنما هي جريمة عادلة يعاقب فاعلها بالعقوبة العادلة المقررة لها. وتلك هي سنة على بن أبي طالب في الخارج، فلقد عرض قوم من الخارج به، فنادوا وهو يخطب على منبره : لا حكم إلا لله، يعرضون به؛ لأنه قبل التحكيم، فرد علي من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل، لكم علينا ثلاث :

الصدر ... تعليق "رقم ٥٢-٥٢" كما ذهب إلى ذلك مشهور فقهاء الجعفرية، وأنكر بعضهم الشرط المذكور منهم الفقيه الكبير الشيخ محمد بن مكي العاملي في كتاب "اللمعة" والعلامة الفقيه الشيخ زين الدين العاملي في كتابيه "الروضة" و "المسالك" ...

الشاوي ... رأينا تعليق "٥٢-٥٢" يقول السيد الصدر إن الرأي المشهور عند فقهاء الجعفرية يماثل ما قاله فقيهنا بالمعنى من اشتراط "الشوكة" ، وإن كان هناك رأي آخر وأشار إليه لا يستلزم هذا الشرط، وهذا القول هو الذي تسير عليه القوانين الوضعية حيث تُعدَّ الجرائم سياسية ولم تقع في حالة ثورة، وكذلك لو لم يكن مرتكبها ذا شوكة أي جماعة تؤيده وتناصره ... الفرق بين الرأيين أن مبرر التخفيف في حالة الثورة والشوكة هو إعادة السلم والأمن لعامة الناس الذين يتضررون من أعمال الشوار ومن يقاومونهم برغم أنهم ليسوا طرفا في المشكلة عادة ...

أما المبرر في الرأي الثاني فهو أن مرتكب هذا النوع من الجرائم لا يعمل لغرض ذاتي أو شخصي، وإنما يعتقد "صوابا أو خطأ" أنه يعمل لغرض عام ويستند إلى تأويل أو مبرر شرعي "صحيح أو خاطئ" فهو يستحق لذلك معاملة خاصة ...
ونحن نرجح هذا الرأي وإن لم يكن هو المشهور عند الشيعة ولا السنة، وأنه يلزمنا بإسقاط الحد في القصاص تطبيقا لمبدأ درء الحدود بالشبهات؛ لأن هذه الحالة هي في نظرنا إحدى الشبهات التي تسقط الحد والقصاص ...

ويلاحظ أن أحكام الجريمة السياسية مصدرها الأول لدى الشيعة والسنة ما قرره الإمام علي بن أبي طالب في مواجهة ما قام به الخارج من أنصاره الذين قاوموه وخرجوا عليه بحجج شرعية استندوا عليها ...

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٥ ...

عُودُه لَا غَنِيَّ عَنْكُم مَساجِدُ اللَّهِ أَن تذَكِّرُوا فِيهَا اسْمَ اللَّهِ، وَلَا يَبْدُؤُكُم بِقَتَالٍ،
وَلَا غَنِيَّ عَنْكُم الْفَيْءُ مَا دَامَتْ أَيْدِيكُم مَعْنًا، أَيْ مَا دَمْتُم لَمْ تُثْرُرُوا عَلَيْنَا^(١) ...

(١) المغني الجزء العاشر ص / ٥٨، الشرح الكبير الجزء العاشر ص: ٧٢/٧١، أنسى الطالب الجزء الرابع ص/١١٢، نهاية الحاج الجزء السابع ص/٣٨٤ ..

الشرط الأول الذي ذكره: يستبعد من اخرين السياسيين من لهم أهداف تتعارض مع العقائد أو المبادئ الإسلامية أو مع الشريعة؛ وهؤلاء هم "المفسدون في الأرض" ولا ينطر إلى خروجهم على أنه "جريدة سياسية" حتى ولو وصفت جريمتهم بأنها "بغى".

الشرط الثاني: يستلزم أن يكون خروج البغاء بناء على "تأول"، أي سند منسوب للشريعة ذاتها (خطأً أو صواباً)، وعلى ذلك إذا كان غرضهم الحصول على مال أو مغانم أو التعصب لشخص له عصبية معينة فقط دون ادعاء سند شرعى. فهؤلاء أيضاً مفسدون في الأرض تطبق عليهم القواعد العادلة وليس جرائمهم سياسية وإن كانت جريمتهم توصف بأنها بغي .

الشرط الثالث: هو الشوكة، أي صدور الخروج من جماعة تعلن المقاومة والخروج وتبصره بسند شرعى لامن فرد ولا جماعة ليس لها تأول أى لاتدعى أن لها سندًا شرعياً .

والرابع: هو وجود مناخ في الأمة يوصف بأنه حالة ثورة أو حرب أهلية، لأن هذه الحالة هي التي تبرر المعاملة الخاصة التي فرضها الفقه للبغاء بقصد منع أو تفادى استمرار سفك دماء الأبرياء وتفرق المجتمع ولو اقضى ذلك معاملة خاصة هؤلاء "الثوار" رغم وصفهم بأنهم "بغاة" .

ولاشك في أن وصفهم بأنهم بغاة يشير إلى ما ذكرناه سابقاً (في تعليقنا على البند 77) من أن الحالة التي تستحق هذه الأحكام هي في الأصل حالة من يخرجون على "إمام" شرعى تولى منصبه بطريق شرعى مثل الإمام على — ولكنها تطبق على من يخرجون على غيره من باب أولى .

وقد بينما أن معنى ذلك أن من يخرجون على من هو دون ذلك من مفترضي السلطة بالقوة والبغى يستحقون هذه المعاملة كحد أدنى وإن كان يصعب وصفهم في جميع الأحوال بأنهم "بغاة" — لأن من خرجنوا عليه قد لا يستحق الوصف بالإمام شرعاً — لأن مفترض للسلطة وهو أحق بالمعاقبة على البغي أو الفساد في الأرض ولا يستحق المعاملة الخاصة المميزة التي تقرر للجريمة السياسية .

واشتراط الشوكة لتطبيق هذه المعاملة المخففة التي يقررها الفقه هؤلاء "الثوار" أو الخوارج (رغم وصفهم بأنهم "بغاة") إنما قصد به الإشارة إلى أن هذه "الامتيازات" لم تقرر لصالحهم وإنما تقتضيها مصلحة الأمة أو الجمهور الذى يقياسى من سفك الدماء ويفضل فقهاؤنا وقف هذا التزيف ولو اقضى ذلك بعض "التنازلات" التى أعطيت للمجرمين "السياسيين" أو الخوارج .

عوده ٧٩ حقوق "البغاء" ومسؤوليتهم قبل الشورة: للبغاء أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمي المشروع، و لهم الحرية في أن يقولوا ما يشاءون في حدود نصوص الشرعية، وللعاديين أن يردوا عليهم ويبينوا لهم فساد آرائهم. فإذا خرج أحد من الفريقين في قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمة بحسبانها جريمة عادية، فإن كان قاذفاً حداً، وإن كان ساباً عزراً، وإن ارتكب أحد البغاء أي جريمة عوقب عليها بحسبانها جريمة عادية^(١) ...

وللبغاء حق الاجتماع، فإذا تخيروا أو اجتمعوا في مكان معين، فلا سلطان لأحد عليهم-٥٣- ما داموا لم يختروا عن حق أو ينحرجو عن طاعة.-٥٤- وهذه أيضاً سنة على ابن أبي طالب في الخوارج، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج علياً عليه السلام بالنهروان فولى عليهم عملاً أقاموا على طاعته زماناً وهو لهم موادع إلى أن قتلوه، فأنفذ إليهم على: أن سلموا إلى قاتله، فأبوا، وقالوا كلنا قتله. فلما خرجوا عن الطاعة وجاهروا بالعصيان قاتلهم على^(٢) ...

الصدر تعليق "رقم ٥٣"- إذا لم يخش منهم على الكيان الإسلامي وعلى المسلمين ولم يكن في تركهم سبباً لشوكتهم وقوفهم، وفي هذه الحالة تجوز مواتعتهم. ولا تجوز مواتعتهم والسكوت عنهم إذا خيف من مضاعفات هذه المواجهة وما تؤدي إليه من تقوية جانبهم وإضعاف جانب الحق والعدل ..

الشوى رأينا في "تعليق ٥٣"- يضيف السيد الصدر تحفظات على ما قاله فقيهنا في المتن من إعطاء الثوار (الخارجين على السلطة القائمة) الحرية في الدعوة لرأيهم ... وأساس هذه التحفظات أن السيد الصدر يقصر كلامه على البغاء الخارجين على إمام شرعى ولايته صحيحة، وهنا فقط يمكن قبول شروطه ... لكن رأى فقيهنا والستة عامة يفترضون أن الجريمة تكون سياسية من باب أولى إذا كان الخروج على حاكم مفترض مستبد، ولذلك لا يعطون له الحق في حرمان من يعارضونه من الدعوة الإسلامية زاعماً أن نظامه إسلامي، وهذا زعم غير صحيح في أكثر الأحيان ... لذلك نرى أن الأولي هو ما قاله فقيهنا ...

الصدر ..تعليق "رقم ٤"- ولم يكن تركهم سبباً لتفويتهم، أو باعثاً للوهن في صفوف أهل الحق.

(١) الأحكام السلطانية ص/٥٨، المغني الجزء العاشر ص/٦٠، أسرى المطالب الجزء الرابع ص: ١١٤ - ١١٢ نهاية احتجاج الجزء السابع ص / ٣٧٦ .

(٢) الأحكام السلطانية ص / ٤٨، البحر الرائق الجزء الخامس ص / ١٥٢، المغني الجزء العاشر ص / ٥٣ - ٥٨ نهاية احتجاج الجزء السابع ص / ٣٨٣ .

عوده ويشترط مالك والشافعى وأحمد أن يبدأ أهل البغى بالقتال حتى يقاتلوا أهل العدل، وفي هذه الحال تستحل دمائهم .^(١) أما أبو حنيفة فيكتفى بتجمعيتهم وامتناعهم ويرى في ذلك ما يكفى لقتاهم .

الصلو ... تعليق "رقم ٥٥-٥٥" ويريد ذلك عدة نصوص رويت عن أمير المؤمنين (ع) كما تشهد به سيرته العادلة، فإنه لم يكن يبدأ الملاعة بالحرب في معاركه الثلاث: "الجمل وصفين والنهروان" ...
الشاوى ... رأينا "في تعليقي رقمي ٤٥-٥٥" يضيف السيد الصدر شروطاً من عنده للاعتراف للشارع بحق الاجتماع، ونخشى أن يستغلها من يديهم السلطة من المغتصبين المستبدین حرماهم من هذا الحق الذي قرره الإمام على بن أبي طالب نفسه (حسب قوله) وتبعه الفقهاء في ذلك، لذلك لا نوافق عليها ...
وقد سبق أن قلنا بذلك في مناقشتنا للتعليق رقم (٥٣) الخاص بحق الدعوة وحرمة القول السلمي ..

(١) ٤١١ ج / ٤ شرح فتح القدير ...

﴿ 79 - مرحلة الدعوة السلمية: (أ) قبل الثورة والخروج وال الحرب الأهلية: ﴾

يلاحظ أن الفقه تناول موضوع البغى على أنه ناتج عن نزاع سياسى بين فريقين، أحدهما وصفه بأنه أصحاب السلطة ويسمونهم "أهل العدل" والثانى هم الخارجون على السلطة القائمة "أهل البغى" للأسباب التي شرحتها، بحسبان أن هذه هي الحالة العادلة في نظرهم ... حيث المفروض في الأمة الإسلامية أن يكون نظامها شرعياً صحيحاً. وإذا كان الواقع قد اتسع لغير ذلك، فإن هذه الأحكام تسرى عليه من باب أولى. وإن كانت هذه التسميات تخالف الواقع .

وستتابع أحكام هذا التراجم قبل القتال سواء سمى ثورة أو حرباً أهلية، ثم أثناء الاقتتال وأخيراً بعد انتهائه .

(أ) في المرحلة الأولى مرحلة المعارضة السياسية والدعوة السلمية - وفيها يسوى الفقه بين الفريقين المتسارعين - ويعدل بينهما ويعطي لكل فريق الحق في الدعوة إلى ما يعتقد "بالطريق السلمي المشروع" وأن للجميع أن يقولوا ما يشاءون في حدود نصوص الشريعة وآدابها وأحكامها .

وفي هذه الفترة إذا خرج "أحد الفريقين" في قوله أو دعوته على النصوص الشرعية، طبقت عليه أحكام الشريعة العادلة وعقوب على ما يرتكبه من جرائم على أنها جرائم عادلة سواء كانت سبباً أو قذفاً أو ضرباً أو قتلاً وهكذا .
ويحصل بحق الدعوة حق الاجتماع، فلا يجوز حرمان أي فريق منه، طالما أنه لم يعلن الخروج عن الطاعة أو يعتد على حق أحد .

وظاهر أن كثيراً مما قرره الفقه هذه المرحلة مستمد من موقف الإمام على بن أبي طالب مع الخارج، فإنه لم يحرمهم من الدعوة، ولم ينبعهم من الاجتماع بل ولـ عليهم عاماً "اقاموا على طاعته زماناً وهو لهم موادع" .

وعندما اعتدوا على عامله وقتلوه، طبق عليهم أحكام القصاص المقرر للجرائم العادلة، وطالبهم بتسليم القاتل ليقتض منـه، فخرجوا ورفضوا تسليمه وتضامنوا معـه. ومنذ تلك اللحظة بدعوا "البغى" أو الثورة أو الخروج، أي الحرب الأهلية ضد صاحب الولاية والسلطة القائمة - وهي هنا ولاية الإمام على بن أبي طالب - الخليفة والإمام الشرعي وولايته شورية صحيحة .

عودة ٨٠ حقوق "البغاء" ومسؤوليتهم أثناء الثورة وما بعد لها : فإذا اشتعلت الثورة أو قامت الحرب الأهلية كان على ولـى الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاء لا قتلهم وإفناهـم وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويـكـف عنـ أدـبـرـ وـهـرـبـ وأنـ لاـ يـجـهـزـ علىـ جـريـحـهـمـ،ـ وـأـنـ لاـ يـقـتـلـ أـسـيـرـهـمـ^(١)ـ أوـ مـنـ أـلـقـىـ سـلاـحـهـ مـنـهـمـ ٥٦ــ وـأـنـ لاـ يـصـادـرـ أـمـواـهـمـ ٥٧ــ وـأـنـ لاـ يـسـتـوـيـ عـلـىـ نـسـائـهـمـ وـأـوـلـادـهـمـ لـأـنـ رـسـوـلـ اللهـ يـقـولـ :ـ "ـمـعـتـ دـارـ الإـسـلـامـ مـاـ فـيـهـ"^(٢)ــ ٥٨ــ .

الصلـدر ... تعليق "رقم ٥٦ــ"ـ لاـ خـلـافـ فيـ ذـلـكـ بـيـنـ الـمـسـلـمـينـ فـيـمـ أـلـقـىـ سـلاـحـهـ مـنـهـمـ،ـ وـأـمـاـ أـسـيـرـهـمـ فـإـنـ كـانـ مـنـ لـاـ يـصـلـحـ لـلـقـتـالـ فـلـاـ يـجـوزـ قـتـلهـ قـوـلاـ وـاحـداـ،ـ وـأـمـاـ إـذـاـ كـانـ مـنـ يـعـكـنـ استـغـلـالـهـ فـيـ القـتـالـ فـهـنـاكـ مـنـ يـقـولـ مـنـ فـقـهـاءـ الـجـعـفـرـيـةـ بـجـواـزـ قـتـلهـ،ـ وـمـنـهـمـ مـنـ يـقـولـ بـعـدـ الجـواـزـ،ـ وـثـالـثـ يـفـرقـ بـيـنـ مـاـ إـذـاـ كـانـ لـلـبـغـيـ فـيـكـهـ أـنـ يـلـجـأـ إـلـيـهـاـ فـيـجـوزـ قـتـلهـ،ـ وـبـيـنـ مـاـ إـذـاـ لمـ تـكـنـ هـنـاكـ فـتـةـ كـذـلـكـ فـلـاـ يـجـوزـ قـتـلهـ،ـ وـإـنـ كـانـ الـوـاجـبـ سـجـنـهـ طـيـلـةـ مـدـدـ الـحـربـ دونـ خـلـافـ .ـ وـأـمـاـ الإـجـهـازـ عـلـىـ الـجـرـيـحـ وـالـإـلـحـاقـ بـالـدـبـرـ وـالـهـارـبـ الـحـالـمـ لـسـلاـحـهـ،ـ فـالـأـرـأـيـ الـمـعـرـوفـ جـواـزـ ذـلـكـ إـنـ كـانـ لـلـجـرـيـحـ وـالـهـارـبـ فـتـةـ يـعـكـنـ أـنـ تـقـوىـ بـالـاتـحـاقـ بـهـاـ،ـ وـإـلـاـ فـلـاـ يـجـوزـ الإـجـهـازـ وـلـاـ الـإـلـحـاقـ .ـ

الصلـدر ... تعليق "رقم ٥٧ــ"ـ إـذـاـ لمـ تـكـنـ مـاـ يـحـتـويـهـاـ الـمـعـسـكـرـ...ـ

الصلـدر ... تعليق "رقم ٥٨ــ"ــ وأـمـاـ أـمـواـهـمـ الـقـيـ حـواـهـاـ الـمـعـسـكـرـ فـلـفـقـهـاءـ الـإـمـامـيـةـ فـيـهـاـ قـوـلـانـ :ـ

أـحـدـهـاـ:ـ جـواـزـ الـاسـتـيـلاءـ عـلـىـ هـوـوـ قـوـلـ السـيـدـ الـمـرـتضـيـ وـجـمـاعـتـهـ،ـ وـالـآخـرـ :ـ أـنـ لـلـإـلـامـ أـنـ يـسـتـوـيـ عـلـىـ مـاـ فـيـ الـمـعـسـكـرـ وـيـقـسـمـ بـيـنـ الـمـقـاتـلـيـنـ خـاصـةـ،ـ وـهـوـ قـوـلـ الشـيـخـ الطـوـسـيـ وـجـمـاعـتـهـ وـيـعـتمـدـ هـؤـلـاءـ عـلـىـ مـاـ جـاءـ فـيـ الـحـدـيـثـ عـنـ سـيـرـةـ عـلـىـ (عـ)ـ معـ بـعـضـ الـبـغـاءـ،ـ إـذـ قـسـمـ أـمـواـهـمـ الـقـيـ حـواـهـاـ الـمـعـسـكـرـ،ـ وـهـذـاـ الـحـدـيـثـ إـنـ صـحـ كـانـ مـخـصـصـاـ لـلـحـدـيـثـ النـبـوـيـ السـابـقـ وـمـاـ جـرـىـ مـجـراءـ،ـ إـلـاـ أـنـهـ لـمـ يـبـثـ عـنـ الـفـرـيقـ الـأـوـلـ.ـ وـأـمـاـ فـقـهـاءـ الـسـنـةـ فـالـمـعـرـوفـ بـيـنـهـمـ عـدـمـ السـماـحـ لـلـإـلـامـ بـمـصـادـرـ أـىـ شـيـءـ مـنـ أـموـالـ الـبـغـاءـ وـإـنـ جـازـ لـهـ الـاستـعـانـةـ بـسـلاـحـهـمـ وـكـرـاعـهـمـ حـالـ الـحـربـ عـلـىـ أـنـ يـرـجـعـهـ إـلـيـهـمـ بـعـدـ ذـلـكـ .ـ

الشـاوـي رأـيـاـ فـيـ "ـتـعـلـيـقـاتـ رقمـ ٥٨+٥٧+٥٦ــ"ـ ظـاهـرـ أـنـهـ يـفـتـرـضـ دـائـمـاـ أـنـ ثـارـ عـلـيـهـ الـخـوارـجـ هـوـ إـمـامـ عـادـلـ لـأـنـ هـذـهـ حـالـةـ الـخـوارـجـ فـيـ عـهـدـ الـإـلـامـ عـلـىـ،ـ وـهـيـ الـحـالـةـ الـوـحـيدـةـ لـاعـتـارـ الـثـورـةـ جـرـيـعـةـ مـعـاقـبـاـ عـلـيـهـاـ فـيـ نـظـرـهـمـ كـمـاـ قـالـ مـارـاـ ...ـ

وـلـاشـكـ فـيـ أـنـ إـذـ كـانـ مـنـ ثـارـواـ عـلـيـهـ مـغـتصـبـاـ أـوـ فـاسـقاـ فـيـانـهـ يـرـجـعـ الـاعـتـرـافـ لـلـثـوارـ بـكـلـ هـذـهـ الـحـقـوقـ مـنـ بـابـ أـوـلـيـ،ـ بـلـ وـأـكـثـرـ مـنـهـ لـأـنـ مـقاـوـمـةـ الـمـغـتصـبـ حـقـ مـشـرـوعـ،ـ بـلـ قـدـ تـكـونـ وـاجـباـ وـفـقـهـاءـ الـسـنـةـ يـرـاعـونـ هـذـهـ الـحـالـةـ،ـ وـهـذـاـ هـوـ سـبـبـ اـخـتـلـافـهـمـ مـعـ الشـيـعـةـ كـمـاـ أـنـهـ سـبـبـ تـعـدـدـ الـأـقـوـالـ وـاـخـتـلـافـهـاـ فـيـ جـمـيعـ الـمـذاـهـبـ كـمـاـ يـشـيرـ فـيـ هـذـهـ التـعـلـيـقـاتـ .ـ

(١) يـرـىـ أـبـوـ حـنـيفـةـ قـتـلـ الـأـسـيـرـ إـذـ اـقـضـتـ الـمـصـلـحةـ ذـلـكـ عـلـىـ خـلـافـ باـقـيـ الـأـئـمـةـ صـ/١٥٣ـ،ـ الـبـحـرـ الـرـاثـقـ جـ/٥ـ .ـ

(٢) الـأـحـكـامـ الـسـلـطـانـيـةـ صـ/٤ـ،ـ الـبـحـرـ الـرـاثـقـ جـ/٥ـ صـ/١٥٢ـ،ـ ١٥٣ـ،ـ الـمـغـيـ جـ/١٠ـ صـ/٩ـ،ـ ٦٣ـ،ـ نـهاـيـةـ الـمـخـاتـجـ جـ/٧ـ صـ/ـ .ـ

ـ ٣٨٦ـ،ـ ٣٨٧ـ،ـ شـرـحـ الـرـقـاقـ جـ/٤ـ صـ/٦١ـ،ـ ٦٢ـ،ـ تـبـرـرـ الـحـكـامـ جـ/٢ـ صـ/٢ـ،ـ أـسـفـ الـمـطـالـبـ جـ/٤ـ صـ/١٤ـ .ـ

عوذه فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة، وجب على ولـي الأمر أن يرد على البغـاة أموالهم التي في يد أهل العـدل، وما تلف منها في غير قـتال فهو مضمون على متـلـفـه وأما ما أـتـلـفـهـ أـهـلـ الـبـغـىـ فـيـ ثـائـرـةـ الـحـربـ منـ نـفـسـ وـمـالـ فـهـوـ هـدـرـ،ـ وـمـاـ أـتـلـفـهـ عـلـىـ أـهـلـ الـعـدـلـ فـيـ غـيرـ ثـائـرـةـ الـحـربـ منـ نـفـسـ وـمـالـ فـهـوـ مـضـمـونـ عـلـيـهـمـ،ـ وـهـمـ مـسـئـلـوـنـ عـنـهـ.ـ وـهـذـاـ هوـ الرـأـيـ الـراـجـحـ.ـ أـمـاـ الرـأـيـ الـمـضـادـ فـيـ أـصـحـابـهـ تـضـمـنـ الـبـغـاةـ مـاـ أـتـلـفـهـ فـيـ الـحـربـ،ـ وـحـجـتـهـمـ أـنـ الـمـعـصـيـةـ لـاـ تـبـطـلـ حـقـاـ وـلـاـ تـسـقـطـ غـرـمـاـ.ـ أـمـاـ حـجـةـ أـصـحـابـ الـرـأـيـ الـأـوـلـ فـهـىـ أـنـ الـفـتـنـةـ الـعـظـمـىـ وـقـعـتـ أـيـامـ عـلـىـ وـمـعـاوـيـةـ،ـ فـأـجـمـعـ أـصـحـابـ الـرـأـيـ الـأـوـلـ عـلـىـ أـنـ لـاـ يـقـامـ حدـ عـلـىـ رـجـلـ اـرـتـكـبـ مـحـرـمـاـ بـتـأـوـيلـ الـقـرـآنـ،ـ وـلـاـ

الصلـبـ ... تعليق "رـقـمـ ٥٩ـ"ـ إنـماـ يـكـونـ الإـجـمـاعـ بـنـظـرـ فـقـهـاءـ الـمـذـهـبـ الـجـعـفـريـ دـلـيـلاـ شـرـعـياـ إـذـاـ أـصـبـحـ طـرـيقـاـ بـحـصـولـ الـعـلـمـ بـرـأـيـ الـبـيـهـىـ أـوـ الـإـمـامـ الـذـيـ ثـبـتـ عـصـمـتـهـ بـنـظـرـهـمـ وـلـاـ يـحـصـلـ مـنـ إـجـمـاعـ الصـحـابـةـ الـعـلـمـ الـمـذـكـورـ لـكـونـ الـمـسـأـلـةـ حـادـثـةـ بـعـدـ زـمـانـ الـبـيـهـىـ وـلـمـ يـحـرـزـ أـهـمـ أـخـنـوـنـ الـحـكـمـ الـمـذـكـورـ مـنـهـ بـإـذـ لـعـلـهـمـ اـسـتـدـواـ إـلـىـ آـرـائـهـمـ الـخـاصـةـ،ـ فـإـنـ الصـحـابـةـ كـثـيرـاـ مـاـكـانـوـنـ يـعـتـمـدـوـنـ عـلـىـ رـأـيـهـمـ وـاجـتـهـادـهـمـ وـلـمـ يـقـيـدـوـنـ بـالـنـصـ،ـ بـلـ كـانـوـنـ يـعـرـضـونـ عـنـهـ فـيـ بـعـضـ الـحـالـاتـ.ـ لـمـ يـتـخـلـفـ قـسـمـ مـنـ الصـحـابـةـ عـنـ جـيـشـ أـسـمـاءـ بـنـ زـيـدـ بـاـ فـيـهـمـ الـخـلـيـفـانـ أـبـوـ بـكـرـ وـعـمـرـ مـعـ وـجـودـ النـصـ الـصـرـيـحـ بـالـنـهـيـ عنـ التـخـلـفـ عـنـ جـيـشـ أـسـمـاءـ بـنـ زـيـدـ؟ـ فـلـقـدـ قـالـ بـيـهـىـ فـيـمـاـ أـورـدـهـ الشـهـرـسـتـانـ فـيـ الـمـقـدـمـةـ الـرـابـعـةـ مـنـ كـتـابـ الـمـلـلـ وـالـسـحلـ،ـ وـنـقـلـهـ عـنـ سـيـاحـةـ الـإـمـامـ شـرـفـ الـدـينـ فـيـ كـتـابـهـ الـجـلـيلـ النـصـ وـالـاجـتـهـادـ :ـ

"جـهـزـرـاـ جـيـشـ أـسـمـاءـ لـعـنـ اللـهـ مـنـ تـخـلـفـ عـنـهـ".ـ أـلـمـ يـهـ الـخـلـيـفـةـ الـثـانـيـ عـنـ مـتـعـةـ الـحـجـ معـ اـعـتـرـافـهـ بـأـنـ الـبـيـهـىـ قـدـ فـعـلـهـ؟ـ فـفـىـ كـتـابـ النـصـ وـالـاجـتـهـادـ عـنـ مـسـنـدـ الـإـمـامـ أـحـمـدـ بـنـ حـنـبلـ الـجـزـءـ الـأـوـلـ صـ/ـ٥ـ٠ـ عـنـ أـبـيـ مـوسـىـ الـأـشـعـرىـ أـنـهـ كـانـ يـقـيـنـ بـمـتـعـةـ الـحـجـ فـقـالـ لـهـ رـوـيدـكـ بـعـضـ فـيـاكـ،ـ فـإـنـكـ لـاـ تـدـرـيـ مـاـ أـحـدـثـ أـمـيرـ الـمـؤـمـنـينـ (ـعـمـرـ)ـ فـيـ النـسـكـ بـعـدـكـ حـقـ لـقـيـهـ أـبـيـ مـوسـىـ بـعـدـ فـسـأـلـهـ عـنـ ذـلـكـ فـقـالـ عمرـ قـدـ عـلـمـتـ أـنـ الـبـيـهـىـ قـدـ فـعـلـهـ هوـ وـأـصـحـابـهـ وـلـكـ كـرـهـتـ أـنـ يـظـلـوـنـ بـاـ مـعـرـسـينـ فـيـ الـأـرـاكـ ثـمـ يـرـوـسـونـ

بـالـحـجـيجـ تـعـطـرـ رـؤـوسـهـمـ .ـ

وـفـيـ حـدـيـثـ آـخـرـ عـنـ مـسـنـدـ أـحـمـدـ الـجـزـءـ الـأـوـلـ صـ/ـ٤ـ٩ـ أـنـ الـخـلـيـفـةـ الـثـانـيـ قـالـ عـنـ مـتـعـةـ الـحـجـ هـىـ سـنـةـ رـسـوـلـ اللـهـ بـيـهـىـ .ـ أـلـمـ يـهـ الـخـلـيـفـةـ الـثـانـيـ عـنـ مـتـعـةـ النـسـاءـ مـعـ اـعـتـرـافـهـ بـأـنـاـهـمـ كـانـتـ عـلـىـ عـهـدـ رـسـوـلـ اللـهـ بـيـهـىـ وـعـهـدـ أـبـيـ بـكـرـ؟ـ فـقـدـ اـسـتـفـاضـ عـنـ الـخـلـيـفـةـ الـثـانـيـ أـنـهـ قـالـ :ـ مـتـعـانـ كـانـتـاـ عـلـىـ عـهـدـ رـسـوـلـ اللـهـ وـأـنـاـ أـنـهـىـ عـنـهـمـ وـأـعـاقـبـ عـلـيـهـمـ مـتـعـةـ الـحـجـ وـمـتـعـةـ النـسـاءـ ...ـ

وـمـنـ نـقـلـ عـنـهـ هـذـاـ القـوـلـ الـفـخرـ الـرـازـىـ فـيـ تـفـسـيـرـهـ الـكـبـيرـ حـينـ تـفـسـيـرـهـ لـقـولـهـ بـيـهـىـ فـيـ سـوـرـةـ [ـالـنـسـاءـ:ـ٢ـ٤ـ]ـ (ـفـمـاـ اـسـتـمـعـتـمـ بـهـ مـنـهـمـ فـأـتـوـهـنـ أـجـوـرـهـنـ)ـ إـلـىـ غـيرـ ذـلـكـ مـنـ الـمـوـارـدـ الـكـثـيرـةـ الـتـيـ

أـعـرضـ فـيـهـاـ الصـحـابـةـ عـنـ النـصـ،ـ وـاتـبـعـوـاـ آـرـاءـهـمـ وـاجـتـهـادـهـمـ،ـ فـكـيفـ يـكـونـ إـجـمـاعـهـمـ الـخـاصـ بـعـدـ=

عوده يغروم مالاً أتلفه بتأويل القرآن، ويحتاجون -٦٠- كذلك بأن البغاء طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائع، فلا تضمن ما أتلفه على أهل العدل كما لا يضمن أهل العدل ما أتلفوه، ولأن تضمن أهل البغى يفضى إلى تنفيذهم -٦١- عن الرجوع إلى

= وفاة النبي ﷺ سبباً لحصول العلم برأى النبي ﷺ ولم يعلم موافقة الإمام على (ع) وولديه الذين ثبّت عصمتهم عند الشيعة الإمامية بدليل قطعي؟ إن الشيعة الإمامية وإن كانت تحترم صحابة الرسول ﷺ لكون صحبتهم له من أعظم أسباب العز والشرف إلا أن الصحبة لا تلزم العدالة، ولا الاجتهاد بنظرهم، ولو سلمنا عدالنهم واجتهادهم فإن ذلك لا يجعل إجماعهم دليلاً شرعاً لوضوح أن اتفاق جماعة من الجهاديين العدول لا يكون حكماً شرعياً يلزم المسلمين باتباعه، بل يكون حجة على خصوص من يقلدهم ...

الشواوى رأينا في ... "تعليق ٥٩" نحن نرافقه في اعتراضه على الإشارة إلى إجماع الصحابة إذا كان المقصود هو الإجماع الكامل المطلق الملزم لجميع الأجيال، وهذا ليس هو المقصود في هذه الأحوال بل المقصود هو مجرد اجتهاد من أغلبية الصحابة لا يمنع اجتهاداً غيره في أى جيل من الأجيال. وإذا جاز هنا استعمال كلمة الإجماع فهو في نظرنا إجماع نسي أو إجماع الجمهور في زمان معين ومكان معين يمكن للMuslimين أن يوصلوا إلى رأى يخالفه فيما بعد فهو اجتهاد يمكن مخالفته في نظرنا ... لذلك لا نقر أسلوبه في نقد بعض السوابق النسوية إلى الصحابة ونعتقد أن الدافع لها سياسي وليس فقهياً ...

ولا نعتقد أن كثريين حتى من الشيعة أنفسهم يشاركونه في الدفاع عن المتعة التي يمكن عدها في نظرهم مجرد إباحة استثنائية في حالات تقتضيها ضرورات السفر أو الحرب ...

الصدر تعليق ... "تعليق ٦٠" هذه الحجة تكرار للدعوى بعبارة أخرى ولا برهان فيها على الملازمة بين الامتناع بالحرب المستند إلى التأويل وبين عدم ضمان ما أتلفه ...

الشواوى رأينا في ... "تعليق ٦٠" قول فقيهنا إنه لا ملازمة بين الامتناع بالحرب وبين عدم الضمان هو مجرد تعليل لعدم الضمان بأنه يشجعهم على وقف القتال وهو أول مقاصد أحكام الجريمة السياسية ...

الصدر ... "تعليق ٦١" لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على مثل هذا الوجه الاستحساني في استنباط الأحكام الشرعية، فلا تصلح هذه الوجوه الثلاثة دليلاً لأصحاب الرأى الأول وإن كان هو أصح القولين. والدليل الذي نعتمد عليه لإثباته هو سيرة أمير المؤمنين على (ع) مع البغاء في الجمل وفي الهروان فإنه (ع) لم يضمن أحداً منهم ما أتلفه حال بغيه . وقد ذهب من علماء الشيعة إلى القول المضاد الشيخ أبو جعفر الطوسي في كتاب الخلاف، واستند إلى عموم ما دل على القصاص، ومن البديهي عدم إمكان التمسك بالعلوم المذكور مع الالتفات إلى =

عادة الطاعة^(١)

وإذا كان البغاء لا يسألون عن الجرائم التي ارتكبواها أثناء الثورة من إهلاك للأنفس والأموال فإن لولي 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، فلاري إلا يباح قتل المستسلم . أما أبو حنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة، ويبين قتل البغاء على أثر الظهور عليهم، فالقياس عنده أن يقتل الباغي تعزيزاً . وعلى كل حال فإن سلطة القاضي في الجرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات، كما أن لولي الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها...

= سيرة أمير المؤمنين (ع) التي أشرنا إليها آنفاً، فإن السيرة مختصة بهذا المورد، فهي أخص من الأدلة العامة، فيعتمد عليها دون الأدلة العامة ...

ال Shawi رأينا في ... "تعليق - ٦١ -" نحن لا نوافقه في ترجيحه للأخذ بما يتباهى به سيرة أمير المؤمنين على بن أبي طالب فقط واعتراضه على من يتجدون بالرأي الاستحسان الذي أدى إليه اجتهدتهم؛ لأننا نعتقد أن اجتهدات أمير المؤمنين على بن أبي طالب يسرى عليها حكم اجتهدات الصحابة الآخرين؛ لأن أهل السنة لا يعترفون له ولا لآل البيت بالعصمة التي يتمسك بها الشيعة ويبالغون في أحکامها ...

صحيح أن اجتهدات الصحابة لها قيمة تفوق اجتهدات غيرهم، لكن لا يجوز نسبة العصمة لهم، ولا حرمان من يأتون بعدهم من الحق في الاجتهاد والتوصيل إلى أحكام تختلف ما نقل عن بعضهم.

(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، أنسى المطالب ج/٤ ص: ١١٤، المغني ج/١٠ ص: ٦١، ٦٠: الشرح الكبير ج/١٠ ص: ٦٢، ٦١ .

٨٠ - (ب) حالة الثورة أو الحرب الأهلية - الحياد بين الطرفين والمساواة بينهما:

(ب) أول المبادئ المقررة في هذه الحالة هو أن من يدعون أنهم أهل العدل لا يجوز أن يجعلوا ذلك مبررا لاستئصال من يقاومونهم حتى ولو كانوا هم عادلين فعلا . مثل الإمام علي بن أبي طالب .

وإذا وقع قتال، فإنه يجب أن يكون هدفه مجرد "ردع" المقاومين "البغاة" لقتلهم ولا إفناؤهم - لذلك يجب أن يقاتل المهاجمين فقط ولا يطارد من أدبر وهرب - وألا يجهز على جريتهم ولا يقتل أسيرهم أو من ألقى سلاحه منهم - وألا يصدر أمرهم ولا يستولى على نسائهم وأطفالهم - لأن رسول الله قال "منعت دار الإسلام ما فيها". هذه هي المبادئ التي نفخر بها، لأنها وضعت بكل دقة وتفصيل القواعد الشرعية التي يجب الالتزام بها في المعارك الداخلية بين أصحاب السلطة (سواء كانت سلطة شرعية أو بالاغتصاب والاستيلاء والقوة من باب أولى) وبين من يعارضونهم ويقاومون سلطتهم حاملين السلاح ضدهم لكنهم متاولون أي مستندون إلى أسباب شرعية. هذه هي المبادئ التي قررها الفقه هذه المرحلة :

١ - أول هذه المبادئ أن الشريعة يجب أن تكون هي التي يحتمل لها الطرفان - وأن يكونا على قدم المساواة في الخضوع لمبادئها وأحكامها. فإذا كانت السلطة بيد مغتصب فهو أول من تطبق عليه الأحكام الشرعية .

٢ - أن شريعتنا تضمن لجميع الأطراف حق الدعوة لرأيهم وأفكارهم وتقديم حجتهم وأدلةهم المستمددة من الشريعة لامن مجرد الواقع المفروض بالقوة أو القهر أو الأمر الواقع أو السلطة الفعلية .

٣ - أن شريعتنا تقر للجميع بحق التجمع، وهو مايعبّر عنه الآن بحق تكوين الميئات أو الجمعيات أو الأحزاب التي تضم مجموعات لها موقف موحد - سواء كان هذا الموقف صوابا أو خطأ - مع ضرورة أن يستمدوا أدلةهم من الحقوق الإنسانية أو الأساسية التي تقرها شريعتنا، وليس من بينها بالطبع حق الإلحاد أو التبرؤ من الالتزام بالشريعة أو الاعتراض على من يطالبون بها أو التذكر لعقائد الإسلام ومبادئه الأساسية.

٤ - ليس من حق أي فريق أن يرفع شعار استئصال الطرف الآخر بحججة أنهم "طبقة بورجوازية" أو أنهم "مرتدون أو ملحدون" (مثلا) - وتحريم كل مايؤدي إليه ذلك الهدف الاستئصالي المحرم من الاعتداء على من لم يرفعوا السلاح أو الإجهاز على الجرحى أو من استسلموا أو أخذ رهائن من الأقارب أو النساء أو الأطفال ... إلخ .

(جـ) الحكم بعد إنتهاء الفتنة وال الحرب الأهلية :

وعلى ذلك، فإن الذين يأمرؤن "أجهزة الأمن" بقتل الجرحى أو المقبوض عليهم أو تعذيبهم (ويصدرون الأمر بأنهم لا يريدون معتقلين أو مصابين بل قتلى فقط) هؤلاء خارجون عن الشريعة ولا يستحقون وصفهم بأنهم سياسيون ولو كانوا هم أصحاب السلطة الفعلية، ولا يجوز أن توصف أفعالهم بأنها جرائم سياسية بل هي جرائم قتل أو تعذيب أو خطف عادية يطبق عليها القانون الجنائي العام .

إن هذه الأحكام يتلزم بها جميع الأطراف على قدم المساواة. وماورد في حديثه عن "أهل العدل" لا يجوز أن يفهم منه أنه هم فريق المازعين للسلطة الواقعية، بل الصحيح أن كل فريق في هذه المرحلة يدعى أنه هو "أهل العدل"، ولا توجد جهة محايدة تستطيع أن تفصل في ادعاءاتهم سوى القضاء، لكن حالة الفتنة أو الثورة أو الحرب الأهلية لا يمكن استدراج القضاء للفصل فيها إلا باتفاق الطرفين على تحكيم الشرع وبشرط أن يكون القاضي أيضاً متزماً بتطبيق الشرع لا بالطاعة للقوى السياسية المفروضة أو الانحياز للسلطة القائمة .

(جـ) بعد انتهاء الثورة أو الحرب الأهلية أو الفتنة - يوصى المنتصر فيها بأنه "ولي الأمر" الفعلى الذى يمارس السلطة بحكم الأمر الواقع الناتج عن "النغلب" والانتصار العسكري .

هنا يقرر الفقه أن تكون معاملة "المهزومين" بما يأتي :
يجب أن ترد لهم أموالهم - بل إن مختلف منها في غير قتال يجب أن تضمنه السلطة (المنتصرة) - على الرأى الراجح .

ثم إن مائلفه البغاء (المهزومون) في ثائرة الحرب من نفس أو مال فهو هدر (أى لا يضمنون التعويض عنه ولارده) إلا إذا كان خارج ماسمه (ثائرة الحرب) .
هذا هو الرأى الذى رجحه فقيهنا .

وهناك آراء أخرى أوضحها يفضل المساواة بين الطرفين .

وهو يستشهد على الرأى الذى رجحه بما حدث في الفتنة بين الإمام على وعاوية. حيث يقول: "إن الصحابة أجمعوا على ألا يقام حد على رجل ارتكب محظيا بتأويل القرآن، ولا يغفر (أو يضمن) مالاً مائلفه بتأويل القرآن" (يراجع النص كاملاً في صـ ٢٧٤ ، أ/ ٢٧٥).

القضاء المستقل هو الذي يطبق الأحكام السابقة – وليس للمنتصر حق الانتقام :

أما ما ينقله عقب ذلك من أقوال الفقهاء عن حق "ولي الأمر" (الفعلي بعد انتصاره) في أن يعاقب من خرجن عليه (المهزومين أو المستسلمين)، فإننا نعتقد أنهم يقصدون حالة الإمام الشرعي الذي قضى على المقاومة والفتنة؛ لأننا نعد كل ما يقرره الفقه من حقوق لمن يسمونه "ولي الأمر" إنما يقصد به فقط ولي الأمر الشرعي الذي وصل إلى السلطة بالشوري الحرة. أما أن يسمى ولي الأمر مجرد أنه "غلب" الطرف الآخر وانتصر عليه وفرض سلطته بالعصبية أو القوة، فلا توافق عليه.

ثم إننا نتساءل عما إذا كان أحد من فقهائنا قد أعطوا معاوية والأمويين حقاً شرعياً في معاقبة من أيدوا سيدنا علي بن أبي طالب أو شاركوا معه في قتال معاوية وفي مقاومته، لكننا لم نجد من قال بذلك، بل إن الجميع استشهدوا ب موقف سيدنا علي بالنسبة للخوارج. ونحن نعتقد أنه مهما يكن مافعله الأمويون المنتصرون، فإن فقهائنا لانعتقد أنهم أقروا لهم بالحق في فرضه على الناس ولا في معاقبة من أيدوا الإمام علي بن أبي طالب.

إننا نعيد ماقلناه مراراً من أن ولي الأمر في هذه المسائل هم القضاة الشرعيون المستقلون عن السلاطين والأمراء، وأن المهزومين يجب أن ينضعوا لحكم القضاة في شأن مارتكبوه قبل الثورة وفي أثنائها وبعدها طبقاً للمبادئ التي ذكرناها بالنسبة لمرحلة القتالسلح، أما بعدها فلا تقر الشريعة للغالبين بأي ميزة للمنتصرين ولو كان ذلك بحججة أنهم كانوا "أولياء الأمر" ولا مجرد أنهم حصلوا على السلطة لأنهم قصوا على من قاوموهم أو انتصروا عليهم أو أبادوهم .

٨١

عوده - عقوبة البغاء أو الجرائم السياسية في الشريعة الإسلامية : ظاهر ما تقدم أن عقوبة البغاء تختلف باختلاف الأحوال . فالجرائم التي يرتكبونها قبل الثورة وال الحرب أو بعدها يعاقبون عليها بعقوباتها العادلة؛ لأنها جرائم عادلة لم تقع في حالة ثورة أو حرب . أما الجرائم التي ترتكب في أثناء الثورة أو الحرب الأهلية، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم؛ والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وإتلاف السكك والكباري، وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب - فهذه الجرائم هي الجرائم السياسية، وتكتفي الشريعة فيها بإباحة دماء البغاء، وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم . فإذا ظهرت الدولة عليهم، وألقوا سلاحهم عصمت دمائهم وأموالهم، وكان لولي الأمر أن يعفو عنهم، أو أن يعزرهم على خروجهم لا على الجرائم التي ارتكبوها في أثناء خروجهم . فعقوبة الخروج إذن هي التعزير، وهو جريمة سياسية، أما عقوبة الجرائم التي تقتضيها حالة الحرب أو الثورة فهي القتل بالشروط التي ذكرناها سابقا ...

هذا هو حكم الجرائم التي تقع في أثناء الثورة أو الحرب وتنقضها طبيعة الحرب والثورة . أما الجرائم التي تقع من البغاء ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب، فهذه نئنة جرائم عادلة يعاقبون عليها بالعقوبات العادلة، ولو أنها وقعت في أثناء الثورة أو الحرب، كشرب الخمر والرنا، وقتل أحد الشairين زميلا له أو سرقـة ماله^(١) ...

(١) تكلمنا هنا عن البغي، أي الجرائم السياسية بالقدر الذي يبين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادلة والجريمة السياسية وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية . أما التفاصيل والدقائق فموضعها الجزء الثاني من كتابنا هذا حين نتكلـم عن البغي كجريمة من الجرائم الخاصة ...

٨١ - أحكام البغى خاصة بالثوار في حالة الثورة وال الحرب الأهلية وفي نطاقها:

الأفعال التي ترتكب قبل الثورة أو الحرب الأهلية أو بعدها ليست سياسية، بل تطبق عليها الأحكام العادلة وما يكون منها جرائم يؤخذ مرتكبها ويعاقب بعقوبتها العادلة . ومعنى ذلك أن يحاسب من مارسوا السلطة قبل الثورة عن بغيهم إذا كانوا قد استولوا عليها بالقوة والغلب والعنف. لذلك لا يجوز الاعتقاد بأن هذه قاعدة خاصة بمن سماهم "البغاة" ، فقد بينما من قبل أن الجميع قبل الثورة يتضعون لهذا المبدأ من فيهم من مارسوا السلطة قبل الثورة ومن مارسوها بعدها، فيجب أن تطبق عليهم الأحكام الشرعية بالنسبة للجرائم التي ارتكبوا وأن يعاقبوا عليها. والمختص بذلك هو القضاء الشرعي المستقل عن الدولة وعمن يمارسون السلطة، ولاحق لمن في السلطة في أي حصانة أو امتياز يمنع خضوعهم للشريعة كغيرهم من الناس. وإذا كان فقيهنا قد أشار إلى "البغاة" ، فإن الموضوع يتعلق بالأحكام الخاصة بهم قبل الحرب الأهلية أو الثورة وفي أثنائها وبعدها .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن البغى الواقع من يمارسون السلطة يحاسبون عليه شرعاً، وتخضع أعمالهم كلها للأحكام العادلة، ولا تُعَد جرائم سياسية سواء وقعت منهم قبل الثورة أو الحرب الأهلية أو في أثنائها أو بعدها .

إن من قاوموا السلطة الحاكمة بناء على تأويل شرعى، قد قرر الفقه لهم امتيازاً خاصاً بأعمالهم التي ترتكب في أثناء الحرب الأهلية أو الثورة. أما ما وقع قبل ذلك أو بعد الثورة فتطبق عليه قواعد العقاب العادلة سواء وقع ذلك منهم أو من غيرهم، فالجميع سواء أمام شرع الله وأحكامه الجنائية .

* * *

إذن الأفعال التي تُعَد جرائم سياسية يشترط فيها شرطان :
أو هما : أن تكون قد وقعت في أثناء الحرب الأهلية أو الثورة، وقد ذكر أمثلة عديدة منها، وأن تكون قد اقتضتها حالة الحرب أو المقاومة المسلحة للسلطة القائمة.

أما الشرط الثاني: المفهوم أن تكون هذه الأعمال وقعت من جانب الثوار المتأولين، أما ما وقع من أصحاب السلطة فالراجح أنهم لا يتمتعون بما يقرره الفقه للجرائم السياسية من امتيازات للمقاومين والثوار، وإنما تطبق عليهم القواعد العادلة، وإن كان هناك رأى يسوى بينهم وبين الثوار في المعاملة – وفقيهنا يرجح الرأى الأول – ونحن كذلك .

مسئولة مقتضي السلطة تطبق عليها الأحكام العادلة :

ولتسويع ذلك يقول : إنه يكفي لردع الثوار أن شريعتنا أباحت لمن يتولون السلطة فعلًا أن يحاربوا دمهم، حسب تعبيره، ولكن بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم لا بقصد إبادتهم أو استئصالهم كما نشاهده اليوم في النظم الانقلابية في بعض الأقطار، حيث يعلن بعض المستبددين أن هدفهم استئصال من يقاومونهم .

- مع ذلك فإن لنا رأيا هو أن إباحة قتال الثائرين إنما تكون حقًا شرعاً فقط لمن يمارسون السلطة الشرعية المستمدّة من الشورى والالتزام بالشريعة . أما الانقلابيون والمغتصبون الذين اغتصبوا السلطة بالقوة والغلب، فلا نرى أن يباح لهم قتل معارضيهم، أو من يثورون عليهم - وإذا كان ذلك يتم التجاوز عنه فعلًا أو واقعًا وعملاً بسبب عدم وجود قوة عليا تستطيع محکمتهم ومحاسبتهم، فإن ذلك نقص فيما لا يجوز أن نسبه إلى الشرع، بل الأصح أن الشرع يفرض علينا إقامة سلطة عليا تستطيع محکمة جميع من يتولون السلطة علىتجاوزها سواء تولوا سلطتهم بطريق شرعي أو بطريق غير شرعي من باب أولى. بل إن هذا الصنف الأخير يؤاخذ على اغتصابه للسلطة بغير الشورى وعلى تعطيل الشريعة واضطهاد من يتمسكون بأحكامها.

وهناك تحفظ أكده في نهاية البند ونحن نؤيد، وهو أن الجرائم التي تُعدّ سياسية ويتجاوز عنها في أثناء الحرب الأهلية أو الثورة هي فقط ما تستلزم وتحتم طبيعة الحرب أو المقاومة المسلحة ذكر منها (في ص ٢٧٦) مقاومة رجال الدولة وقتالهم، والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وإتلاف الطرق والجسور والكبارى، وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وهدمها، وأمثال ذلك مما تقتضيه طبيعة القتال وال الحرب....

أما الجرائم التي لا تقتضيها طبيعة القتال أو المقاومة ولا تستلزمها الثورة أو الحرب الأهلية وخصوصاً منها ما يقع على المدنيين المسلمين، فتبقى جرائم عادلة ويحاسب كل من يرتكبها أياً كان الطرف الذي ينتمي إليه، يستوى في ذلك الثوار ومن يمارسون السلطة. وقد ذكر أمثلة، منها شرب الخمر والزناء والاغتصاب وقتل أحد الثائرين أو المسيطرین زميلاً أو زملاء له للإنتشار بالرئاسة أو السلطة على الثائرين إلخ. ونحن نضيف لذلك كل عمل يقصد به إيلاء المدنيين الأبرياء، الذين لا دخل لهم في المعركة مع السلطة القائمة. أما قول البعض بجواز تعزيز الخارجين على السلطة فلا نوافق عليه، وهذا موضوع نعود إليه في القسم الخاص إن شاء الله.

٨٢

عوذه – بين الشريعة والجرائم والقوانين الوضعية: كانت القوانين الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تُعد الجريمة السياسية أشد خطراً من الجريمة العادلة، وكانت تعامل الجرم السياسي معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة فتعاقبه بعقوبات قاسية، وتصادر ماله وتأخذ أهله بذنبه، وتحرمه من الحقوق التي يتمتع بها الجرمون العاديون. ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية، وبعد أن كثرت الثورات في البلاد الأوروبية، وتعددت الانقلابات في النظم السياسية، فأصبح الجرم السياسي ينظر إليه نظرة عطف وإشراق، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هي في مجموعها أخف من العقوبات العادلة ...

وقد اختلف الشراح في المميز الذي يميز بين الجريمة العادلة والجريمة السياسية، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض الجرم من الجريمة، فإن كان يرمي إلى تحقيق غرض سياسي فالجريمة سياسية وإنما فهي عادلة. وعيّب هذا المذهب أنه يحكم اليمين على الجريمة في تحديد ماهية الجريمة، ويخلو للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بمميزات 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 تُعد جريمة سياسية طبقاً لهذا الرأي إلا الجريمة التي تمس كيان الدولة أو نظامها. وعيّب هذا الرأي أنه يجعل بعض الجرائم التي لا شك في أنها سياسية جرائم عادلة، كاجرائم 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 العادلة، وعدهم الجرائم التي تقع في الأحوال العادلة جرائم عادلة ولو كانت الدوافع فيها سياسية، أما الجرائم التي تقع في أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهي جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية، وكانت من الأفعال التي تبيحها الحرب النظامية وإنما فهي جريمة عادلة. وهذا الرأي هو الذي أقره معهد القانون الدولي ...

والاتجاه الحديث في القوانين الوضعية يُعدَّ الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعي، كجرائم الشيوعية والفوضوية، جرائم عادلة. كما يعتبر كل الجرائم الماسة باستقلال الدولة جرائم عادلة ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم والحكام، وهذا هو الرأي

عودة الذي أقره معهد القانون الدولي في سنة (١٨٩٢) حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم الجرائم الأعمالي الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعي^(١) ...

ويتبين مما سبق أن أحدث الآراء في القوانين الوضعية تُعدّ 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 بالتفروق بين الجرائم العادلة والسياسية، وتحديد الجرائم السياسية، وأن القوانين تسير في أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/٣/ص:٤٧،٥٣؛ شرح قانون العقوبات لـكامل مرسى والسعيد مصطفى ص/٧٩-٨٩، القانون الجنائي لعلي بدوي ص:٧٦-٨٨، القانون الجنائي لأحمد صفت ص/٧٣:٧٦ ...



ظاهر أن ما توصلت إليه القوانين العصرية والفقه الحديث من تحصيص أحكام لصالح مرتكبي الجرائم السياسية والاعتراف بصفة المعارضين للثوار قد قررته الشريعة قبلهم بقرون طويلة - بل إن كثيراً مما قررته الشريعة فعلاً ما زال أملاً يجاهد الشراح المحدثون في القوانين الوضعية من أجل الوصول إليه .

وفي الوقت الذي كان فيه فقهاؤنا يعلنون هذه المبادئ ويطبقونها، كانت الشعوب الأخرى تُعدّ الجرائم السياسية أشد خطراً من الجرائم العادية، وكانت تحيز استعمال أشد أنواع القسوة لمعاقبهم بل وللقضاء عليهم وإبادتهم واستئصالهم . وما زال الحال كذلك فينظم الانقلابية والدكتاتورية .

لكننا نتحفظ على قوله في نهاية عرضه (ص 293): "إن القوانين الوضعية وشرحها يَعْدُون الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكم أو شكل الحكم، وبشرط أن تقع في حالة ثورة أو حرب أهلية، وأن ذلك يتفق مع الحدود التي وضعتها الشريعة للجريمة السياسية" .

ونستلتفت النظر إلى أن بحثه في موضوع البغاء سيكون في القسم الخاص، وخصوصاً أن هناك من يعترضون على وجود حد للبغى^(١). بل إن الأستاذ الدكتور / العوا يصر على أنه لا توجد جريمة بغي. أما هنا، فالكلام محصور في المعاملة الخاصة للثوار في الحرب الأهلية أو الثورة. فالتشابه بين أحكام الفقه والقوانين العصرية وشرحها في هذا النطاق قد يكون مقبولاً، لكن لا يوجد تشابه فيما قرره فقهاؤنا بشأن خضوع أصحاب السلطة لما يخضع له غيرهم من المعارضين قبل الثورة وبعدها، وهو مبدأ أساسى في شريعتنا التي تلزم الحكم بالخضوع لأحكامها في جميع الأحوال، على قدم المساواة مع غيرهم - وهو أمر لا تذهب إليه كثير من النظم الوضعية لأن الحكم هم الذين يفرضونها ويحرصون على الاحتفاظ لأنفسهم بمحاصنات وامتيازات بحججة أنهم يمثلون "الدولة" .

^(١) مشروع لتقنين الحدود الذي أعدته اللجنة العليا لتقنين الشريعة بالأزهر سنة 1976 لم يذكر "البغى" ضمن الحدود، واكتفى بستة جرائم فقط .

وكذلك مشروع اللجنة العليا بوزارة العدل لتقنين الشريعة، ومشروع قانون العقوبات المعدل طبقاً لأحكام الشريعة الذي أعدته لجنة مجلس الشعب. وسوف نتطرق في هذه المنشورات فيما بعد إن شاء الله (في المجلد الثالث) .

الظاهر أن أغلب هذه الأحكام مصدره مقام به سيدنا على بن أبي طالب في معاملته للخوارج الذين انشقوا عليه وثاروا ضده، وأنه يقصد بها توفير أسباب إثبات الحرب الأهلية أو التبرة لتأمين المدنيين المسلمين الذين لا دخل لهم في الفتنة لكنهم يتحملون كثيراً من آثارها.

كما أن تسمية "البغاء" ذاتها ووصف السلطة القائمة بأنها "أهل العدل" من مصطلحات هذه الفتنة التي أدت إلى مقتل الخليفة الرابع، ولذلك فإن هذه المعاملة المقررة لمن ثاروا عليه هي الحد الأدنى الذي يجب الالتزام به في حالة الثورة أو الحرب الأهلية . فهي تقابل ما يوصف في القوانين المعاصرة بأنه حالة الحرب الأهلية، والاعتراف للثوار بصفة المخربين، فأعماهم في أثناء الثورة التي تقتضيها الثورة والقتال هـ، وحدها هـ، تعاماـ، هذه المعاملة .

ومع ذلك، فإن تاريخنا قد شهد كثيراً من الثورات ضد من استولوا على السلطة بقوة السيف والعصبية دون شورى ولايجة حرة، وانتهت همزة النوار والقضاء عليهم، كما حدث لإمام الحسين بن علي وعبد الله بن الزبير وأمثالهم. ولاشك في أن مثل هؤلاء الذين خرجوا على من عرموا بالظلم والاستبداد هم أولى بأن تطبق على أعمالهم هذه الأحكام بل ما هو أفضل منها، وأن يطبق على أصحاب السلطة عقاب ما ارتكبوه من حرام، أو لها اغتصاب السلطة دون شرع، بناء على العصبية والقوة والبغى والقهور.

لذلك نرجو ألا يفهم أن صفة "البغى" أو عقوبته (سواء كانت حداً أو تعزيراً) لا تطبق إلا على من يثرون ضد الحكماء أو يقاومونهم، أو أن فقهاءنا لا يرون مُواحدة الحكماء وأعواهم الذين يبغون على الناس ويظلمونهم باعسارهم بغاية . بل القصد من ذلك أن جرائم هذا الفريق، أي الظالمين من الحكماء وأعواهم الذين يستخدمون سلطان الدولة للبغى على الناس والقضاء على من يعارضونهم أو يقاومونهم، واستئصالهم، تُعدّ أفعالهم جرائم عادية فلا يتمتعون بالمميزات التي قررها الفقه للجريمة السياسية أي للتأثيرين .. (المتأولين الذين يُعدّ هدفهم سياسياً لأنهم يواجهون سيطرة الحكماء وفقة الدولة وبطالة نجحه في سياسية يعتقدون أن لها سنداً شرعياً) .

أما مجرد الرغبة في البقاء في السلطة المفتبضة دون شوري أو احتكارها، فلا يجوز

اعتباره هدف سياسياً بل هو حادثة ساحقية أديتية تستدعي التهدئة والتحقيق.
إن هذا الصنف من السلاطين الظالمين أو الباغين من أصحاب السلطة الواقعية
المفروضة لا يقصدون التضحية بأنفسهم من أجل هدف عام للشعوب مثل المتأولين

﴿ مقتضبو السلطة المستبدون أولى الناس بأن يعاقبوا على بغيهم : ﴾

الذين يثثرون عليهم، بل إنهم يستخدمون سلطات الدولة وقوتها لأهداف أنانية هي البقاء في السلطة التي تضمن لهم في كثير من الأحيان لا يتعرضوا لأخطار شخصية يتحملها عادة أعواهم من الجنود والأتباع المأجورين أو المستفعين أما هم فلديهم فرص كبيرة للهروب بما معهم من أموال وثروات اغتصبوا أثناء ممارسة السلطة.

إذا كانت القوانين الوضعية تقصر صفة البغاء على من تكون أفعالهم ضد الحكم أو نظام الحكم القائم وكان شراحها يقررون ذلك - فإن هذا يرجع إلى أن تلك القوانين البشرية تضعها الدولة وحكامها لصالحهم ويصفونها بأنها تعبر عن إرادة الدولة .

أما شريعتنا الإلهية، فهي تعاقب على بغي أصحاب السلطة وتُعَدّ جريمة عادلة.

إن فقها لا يعطى للحكام ميزة حسبان جرمتهم سياسية بل يعاقبون على جريمة عادلة لأن شريعتنا تعبر عن إرادة الله سبحانه وتعالى، وليس من صنع السلاطين ولا الدولة التي يسيطرون عليها. وشريعتنا تؤخذ الحكم والحاكمين على السواء، فإن كان هناك بغي فهي تعاقب عليه سواء وقع من جانب الأفراد أو من جانب الحكم. ونحن نعتقد أن فقهاء الشريعة لا يجرون القوانين الوضعية أو شراحها في القول بالعقاب على بغي الأفراد دون بغي الأمراء والحكام المستبدین لأنهم هم الذين وضعوا القوانين الوضعية لصالحهم ولصالح سلطتهم هم وأعواهم .

لذلك لا نوافق على قوله إن ما تقرره النظم الوضعية يتفق مع ما قررته الشريعة.

إن الفقيه الشهيد أورد ما يدل على أن كبار أئمتنا لم يتجاهلو بغي الأمراء والحكام - ويكفى أنه أورد ما قاله الإمام مالك⁽¹⁾ من أن المقوم عليه (أى الحكم الذى تقوم الثورة ضده) إذا كان على فوج غير النهج الذى كان عليه عمر بن عبد العزيز، أى إذا كان ظالماً أو مقتضايا للسلطة، فليس على الناس أن يدافعوا عنه حتى ولو كان من ثاروا عليه بغاة أو ظالمين؛ بل عليهم أن يتركوه وما يراد منه حتى يتocom الله من ظالم بظلم⁽²⁾ ... هذا يكفى لإدانة بغي السلطان أو الأمير أو الرئيس الذى ثار عليه "البغاء" وهو الذى وصفه بأنه "المقوم عليه" ويستوجب ذلك ألا تُعَدّ جرمته سياسية بأى حال من الأحوال .

إن القاضى عبد القادر عوده - رحمه الله - عندما كان يُعَدّ هذا الكتاب لم يكن يتوقع أنه سيكون ضحية بغي الطغاة أو أنه سيغتال ظالماً وعدواناً من اغتصبوا ولاية الحكم في

^(1،2) هامش (3) في نهاية البند (77).

كل ماتقرر لصالح مرتكب الجرائم السياسية لا يستفيد منه من يستولون على السلطة بدون حق :

ظلم الليل ونكلوا بالأحرار بجرد أنهم دعواهم للاحتكام لإرادة الشعب وتسلیم السلطة لمن تختارهم الأمة بالانتخاب الحر، وأن يعترفوا بسيادة الأمة والالتزام بشريعتها. ولو أنه أتيح له أن يكتب في هذا الموضوع الآن، فإني واثق بأنه سيؤكّد ما قلناه وما فهمناه من أقواله عن الأصل العام في شريعتنا، وأنا تحاسب الحكام والأمراء وأصحاب السلطان على بغيهم، وأكثر من ذلك فإنما لا تُعدُّ جرائمهم سياسية.

إن فقهاء الشريعة وقضائهما عليهم أن يطبقوا حد البغى أو عقوبته، إذا توافرت شروطها وعددها جريمة حدية أو تعزيرية، وأول من تطبق عليهم هم أصحاب السلطان الذين يغون على الناس ويظلمونهم من الحكم المستبدلين ومن يعلمون لحسابهم من الأعوان والأتباع كما يطبقونه على من يتورون على "الإمام" (بل إن هؤلاء تُعد جرائمهم سياسية لها معاملة خاصة) وأن من واجب جميع المنصفين أن يطالبوها بتطبيق عقوبات البغى على الظالمين الذين ارتكبوا الظلم وهم في السلطة .

إننا يجب أن نلاحظ أنه إنما يتكلّم في هذا الموضوع عن الطابع السياسي لعمل الشوار، وأن عَدَّ أفعالهم جرائم سياسية معناه عدم تطبيق بعض أحكام المقوّبات العادلة عليهم - أي إعطاء بعض المزايا للمتهمين المقاومين لأصحاب السلطان نظراً لأنهم متّأولون، أي أن الباعث على الجريمة وهدفها ليس شخصياً وإنما هو شرعي وسياسي لاعتقادهم (ولو كان خطأ) بأنّ الحاكم الذي يثرون عليه قد اخْرَف أو أنه لا حق له في الولاية، ولاستعدادهم للتضحية بأنفسهم من أجل هدف شرعي وسياسي يُعدُّونه لمصلحة الأمة أو الجماعة، ولو كان تقديرهم خطأنا أو نتيجته غير مضمونة في أكثر الأحوال .

معنى ذلك أن جرائم البغى التي تقع من جانب الحكم النظام المنحرف يعاقب عليها بعقوبة الجرائم العادلة. وسنرى في بحثنا عن جريمة البغى إن كانت عقوبتها حداً أم أنها يعاقب عليها بالتعزير، المهم أنه لا تعطى لمرتكبيها من الحكام المزاييا التي يقررها الفقه للرجأ أئمـةـ الـتـيـ تـعـدـ سـيـاسـيـةـ.

إن هذا يفسر لنا إفاضته وإفاضة فقهاً في تحديد المقصود من البغاء الذين تُعدّ جريمتهم سياسية، والشروط التي يرون مراعاها لتمتعهم بهذا الامتياز، والمعاملة الخاصة التي يوجبون مراعاها خوفهم قبل الثورة وأثناءها وبعد انتهائها، وأن حساب جرائمهم سياسية يعني أن لها معاملة خاصة، وأن فقهاً قرر ذلك كله قبل أن تتجه إليه القوانين الوضعية بغيرهن كثيرة.

**م الموضوعات وأراء
ندعو الباحثين لمناقشتها ومتابعتها
في البنود والأجزاء التالية**

أ - في الحواشى :

- ١ - التمييز بين الشريعة بمعناها الضيق (الكتاب والسنّة) والشريعة بمعناها الواسع الذي يشمل الفقه بجميع مذاهبه (حواشى البنود من ٥-١).
- ٢ - صعوبة استعمال المصطلحات والتوصيب العصرى (البنود ٢، ١١، ١٢).
- ٣ - ضرورة التمييز بين التقنين الشرعى (الفقهي) والقوانين الوضعية . (الحواشى على البنود ٤، ٥، ٤٠).
- ٤ - العلاقة بين التجديد والاجتهداد الجماعي. (الحواشى على البنود ٥، ٩، ١٩، ٢٠).
- ٥ - التكامل بين الدراسات المقارنة في التشريع الجنائى (عبد القادر عوده) ومصادر الحق المدنى (الستهورى) (البند ١٧).
- ٦ - المميزات الجوهرية للشريعة (ثبات المتابع وسمو المقاصد والطابع الدينى والجزاء الآخروى) (الحواشى على البنود ١١، ١٢، ١٤، ١٦).
- ٧ - النظريات التشريعية هي أصول الشرعية ومبادئها العامة (حاشية البند ٢١). أول هذه الأصول مبدأ المساواة الإنسانية ومساواة المرأة والرجل في إطار تضامن الأسرة والتكامل والتوازن في الحقوق والواجبات بين أعضائها وتتنوع اختصاصات كل منهم لصالح الأسرة والأطفال. (الحواشى على البنود ٢٠، ٢١).
- ٨ - الحرفيات المتعددة، وأولها حرية الفكر والتفكير والاعتقاد في نطاق النظام العام والتضامن الاجتماعي . (الحواشى على البنود ٢٣، ٢٤، ٢٥).
- ٩ - الإجماع هو العزم المشتركة على التزام الجميع بقرار الشورى رغم صدوره بالأغلبية أو الجمهور . (بند ٢٧).
- ١٠ - الشورى نظرية عامة للتكميل في الرأى، وهي أساس النظام السياسي بما فيه التقنين. أما الإجماع فهو أساس التزام الكافية بقرارات الشورى بما فيها التقنين الفقهي الذى هو فى الأصل فتوى فقهية غير ملزمة . (بند ٢٧).

- ١١ - الشورى هي أساس نظرية الولاية التعاقدية وحق الأمة في تعين الحكام ومحاسبتهم وعزلهم . (الحواشى على البند ٢٧، ٢٨).
- ١٢ - نظرية الزواج التعاقدى الرضائى هي أساس إباحة الطلاق وجواز تعدد الزوجات . (الحواشى على البند ٢٩، ٣٠).
- ١٣ - ضرورة التمييز بين الاستشهاد والتوثيق وبين أحكام الإثبات . (بند ٣٢، ٣٤، ٣٦).

٤ - نتائج الطابع الديني لشريعتنا :

- أ - أنه أساس وجود الأحكام التكليفية .
 - ب - الجزاء الجنائي القضائى ضرورة استثنائية مكملة للجزاء الأخرى .
 - ج - يفرض سيادة الأحكام الشرعية على الدولة والمجتمع بجميع مؤسساته .
 - د - يجعل القضاء الممثل للشريعة مستقلًا بتطبيق الحدود والجزاءات الجنائية .
 - هـ - ويحول في نظرنا دون إعطاء الأفراد حقاً في ممارسة اختصاصات القضاء بحججة الإهانة . (البحث الإضافي بعد البند ٣٩).
- ١٥ - الجزاءات الجنائية كلها لصالح المجتمع (الحواشى على البند ٤٢، ٤٣، ٧٤).
- ١٦ - ضرورة التقسيم الموضوعى للجرائم بحسب الحقوق المعتمدى عليها، وهو أساس التفرقة بين الحدود والقصاص والتعازير (البند ٥٠، ٥١).
- ١٧ - التعازير عامة في جميع الجرائم والعقوبات المقررة حداً أو قصاصاً، استثنائية في حالة وجود ظروف مشددة . (البند ٥٢).
- ١٨ - التلبس والعلانية والمجاهرة الاستفزازية هي ظروف مشددة في جرائم العرض (الزنا والقذف). (البند ٥٥، ٥٦).
- ١٩ - في الجرائم السياسية تفرض شريعتنا معاملة خاصة للثوار المتأولين ولا تعرف بها لمفهوم السلطة . (الحواشى على البند ٧٥، ٧٦، ٧٧).
- ٢٠ - لا يمكن عدم أعمال الحكم الباغين جرائم سياسية . (البند ٨١).

ب - في تعلقيات الشيعة :

بعض آراء المذهب الجعفري (الشيعي) التي أوردها "السيد الصدر" وأيدنها :

- ١ - اتجاه المذهب الشيعي لتقييد حق الزوج في الطلاق .
أيدنها في رأينا على تعليقى رقمى (٤٨، ٥١) على البند (٢٩) بعنوان نظرية الطلاق.

- ٢ - اشتراط حضور شاهدين لصحة الطلاق .
أيدناه في رأينا على تعليق رقم (٥١) على نفس البند .
- ٣ - نطاق المعا Cassidy الشرعية أوسع من الجرائم الجنائية .
رأينا في التعليق رقم (١) على البند (٤٤) .
- ٤ - قول "السيد الصدر" في تعليق (٥) إن العقوبة البدنية هي التي تُعدُّ وحدها حدا وإن الكفارات ليست حدًا .
وقد أيدناه في رأينا على هذا التعليق، وفي تعليقنا على البند (٤٧٣) .

فهرس المقدمات (أ)

مقدمة عامة للدكتور توفيق الشاوي

الصفحة

- تقديم الموسوعة للدكتور محمد سليم العوا	
(1) ٥ - أ	- الكتاب والموسوعة
(2) ٦ - أ	- موضوع الكتاب دراسة مقارنة
(3) ٧ - أ	- تحويله إلى موسوعة شاملة
(4) ٨ - أ	- دور الكتاب في مرحلة تقويم الفقه
(5) ٩ - أ	- دور الموسوعة في مرحلة الانتقال
(6) ١٠ - أ	- دور الموسوعة في مسيرة التجديد
(7) ١١ - أ	- أملنا أن تضم آراء كثرين من يأتون بعدها
(8) ١٢ - أ	- كل رأي ينشر في الموسوعة ينسب لكاتبها
..... ١٣ - أ	- مقدمة كتاب القاضي الفقيه (عبد القادر عوده)
..... ١٤ - أ	- مقدمة السيد الصدر (التعليق رقم ١)
..... ١٥ - أ	- مقدمة ناشر الطبعة الإيرانية
(9) ١٦ - أ	- ذكريات الأستاذ إسماعيل عبيد
(10) ١٧ - أ	- ملاحظات

رقم البد
الصفحة

تقديم وتوجيه "عوده" تعليقات "الصدر" الحاشية "الشواوى"	
- تقديم وتوجيه - موضوع البحث ١ - ١٨	١
- محتويات الجزء الأول ١ - ١٨	٢
- مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي ١ - ١٨	٣
(11) - الشريعة بالمعنى الضيق هي الكتاب والسنة ١ - ٢٠	٣ - ١
(12) - الشريعة بالمعنى الضيق هي الأصل للفقه الإسلامي ١ - ٢١	٤
- المذاهب الشرعية المقارن لها ١ - ٢٢	٥
- علة الاقتصار على المذاهب الأربع ١ - ٢٢	٥
(13) - الفقه جزء من الشريعة. معناها العام ١ - ٢٣	٥, ٤
(14) - تعدد المذاهب في الفقه ثروة ١ - ٢٤	٦
- لغة البحث ١ - ٢٥	٦
- الفقهاء والشرح ١ - ٢٥	٧
(15) - المصطلحات العصرية والفرق بين الفقهاء والشرح ١ - ٢٦	٧, ٦
- لماذا بدأت بالقسم الجنائي ١ - ٢٧	٨
(16) - الفقه الجنائي مظلوم .. مهملا .. مجهولا ١ - ٢٩	٨
(17) - تجديد الفقه ضرورة لتسهيل تبنيه وتطبيقه ١ - ٣٠	٩
- كيف دفعت لدراسة الشريعة ١ - ٣١	٩
(18) - عشر سنوات قضتها الشهيد في إعداد كتابه ١ - ٣٢	١٠
- حاجة الكتب الشرعية إلى تذيب ١ - ٣٣	١٠
(19) - صعوبة الرجوع إلى كتب الفقه ١ - ٣٤	١٠
- طريقة التأليف ١ - ٣٥	١١
- كيف وضفت الشريعة بعدم الصلاحية ١ - ٣٥	١٢

الصفحة	رقم البند
- المصطلحات المستحدثة والتبييب العصرى ٣٧ - ١ (20)	12, 11
- الدعوة إلى إيجاد قانون عربى موحد مستمد من الشريعة ٣٨ - ١ (21)	
- وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون ٣٩ - ١	١٣
- لاقياس بين مختلفين ٣٩ - ١	١٤
- لايجوز قياس الشريعة على القوانين الوضعية ٤٠ - ١ (22)	14, 13
- نشأة القانون ٤١ - ١	١٥
- القوانين الوضعية تختلف في نشأتها عن الشريعة ٤٢ - ١ (23)	15
- نشأة الشريعة ٤٣ - ١	١٦
- الطابع الديين للشريعة له نتائج مهمة ٤٥ - ١ (24)	16
- لاماثلة بين الشريعة والقانون ٤٦ - ١	١٧
- وجوب إبراز الخصائص الذاتية المميزة لشريعتنا ٤٧ - ١ (25)	17
- الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون ٤٨ - ١	١٨
- خصائص الشريعة توجب تمييزها عن القانون الوضعي ٥٤ - ١ (26)	18
- الجمع بين ثبات الشريعة ومرونة الفقه وتطوره ٥٥ - ١ (27)	
- الشريعة تنشئ الجماعة الصالحة على أصول ثابته ٥٦ - ١ (28)	
- أحكام الفقه مستتبطة من مصادر الشريعة ٥٧ - ١ (29)	
- المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون ٥٨ - ١	١٩
- الأدلة على توافر هذه المميزات في الشريعة ٥٨ - ١	٢٠
- تخلف المجتمع الإسلامي يعالج بالتجدد والاجتهاد ٥٩ - ١ (30)	20, 19
- طريقتنا في السير على منهاجه والاستجابة لرجائه ٦٠ - ١ (31)	
- الدراسة المقارنة مهدت الطريق للتقيينات العصرية	
- في الفقه الجنائي الإسلامي ٦١ - ١ (32)	
- نظرية المساواة ٦٢ - ١	٢١
- نظرية المساواة الإنسانية في الكتاب والسنة ٦٤ - ١ (33)	21

رقم البند	الصفحة
٢٢	- نظرية مساواة المرأة بالرجل ٦٥
٢٢	- نظرية مساواة المرأة بالرجل ونظريات الأسرة ٦٧
٦٨	- المساواة لاتعني التمايل في المجتمع ولا في الأسرة ٦٨
٦٩	- تنوع الاختصاصات بين أعضاء الأسرة لا يدخل بالمسؤولية ٦٩
٧٠	- أهمية حصانة الأسرة وأثرها في تشريعنا الجنائي ٧٠
٢٣	- نظرية الحرية ٧١
٢٤	- حرية التفكير ٧١
٢٤, ٢٣	- نظريات الحريات المتنوعة ٧٣
٢٥	- حرية التفكير لتأثير مهاجمة أصول المجتمع ٧٤
٢٥	- حرية الاعتقاد ٧٥
٢٥	- حرية الاعتقاد أساسها لا إكراه في الدين ٧٨
٢٥	- شريعتنا تضمن لجميع الطوائف الدينية أمناً وسلاماً ٧٩
	- حماية معتقدات الأقليات لا تكون على حساب عقيدة الأغلبية ٨٠
	- الإلحاد أصبح له كنيسة تضطهد الأديان ٨١
	- المطالبة بتطبيق الشريعة هي مطالبة بحرية العقيدة ٨٢
	- بعض المسؤولين عندنا يتباهون بعقاومه الفكر الإسلامي ليتقرروا إلى القوى الأجنبية ٨٣
٢٦	- حرية القول ٨٤
٢٦	- حرية القول وآداب الاختلاف ٨٨
٢٧	- نظرية الشورى ٨٩
٢٧	- الشورى توفق بين حرية الرأي والالتزام بقرار الجمهور ٩٨
٢٧	- القرآن فرض الشورى نظاماً للجماعة ٩٩
٦٠	- احتمام السقifica طبق الشورى في إنشاء الدولة ٦٠

رقم البند	الصفحة
٢٨	- التقنين الشرعي يصبح ملزماً بالشوري ١ - ١٠١ (50) - ضمادات تيز التقنين الشرعي عن القوانين الوضعية ١ - ١٠٢ (51) - التزام الأقلية بما تقره الأغلبية ١ - ١٠٣ (52) - نظرية تقيد سلطة الحاكم ١ - ١٠٤ ١ - ١١٣ (53) - نظرية الولاية التعاقدية ١ - ١١٤ (54) - شرعية السلطة تقوم على حرية الشوري ١ - ١١٥ (55) - الولاية التعاقدية تعنى سيادة الأمة وحريتها في الاختيار ١ - ١١٦ (56) - التبعية للقوى الأجنبية المعادية تعادى الشريعة وتعادى حرية الشوري ١ - ١١٧ ١ - ١٢٢ (57) - نظرية الطلاق ١ - ١٢٣ (58) - نظرية الرواج التعاقدى وإباحة الطلاق ١ - ١٢٤ (59) - عدم زواج المسلم بغیر مسلم ضمان لوحدة الأسرة ١ - ١٢٥ (60) - الزواج عقد رضائى لا يحتاج إلى جهة رسمية حكومية ١ - ١٢٦ (61) - التهجم على أحكام شريعتنا لصالح القوى المعادية ١ - ١٢٧ (62) - لا بد من تطهير مجتمعنا من رواسب الجاهلية ١ - ١٢٨ ١ - ١٣٠ (63) - نظرية تحريم المسكرات والمخدرات ١ - ١٣١ ١ - ١٣٤ (64) - نظرية تعدد الزوجات ١ - ١٣٥ (65) - تعدد الزوجات شرع استثناء لتقليل حالات الطلاق ١ - ١٣٦ (66) - الذين يحرمون تعدد الزوجات ببيحون الزنا ١ - ١٣٧ (67) - النظم التي لا يجوز تعدد الزوجات تزيد حالات الطلاق ١ - ١٣٨ ١ - ١٣٩ (68) - تحريم التعدد مرتبط بإباحة الزنا للزوجين ١ - ١٤٠ ١ - ١٤١ (69) - نظريات في الإثبات والتعاقد ١ - ١٤٢ ١ - ١٤٣ (70)
٢٩	
٣٠	
٣١	
٣٢	

الصفحة رقم البند

- نظرية الاستشهاد وإشهار الصكوك ١ - ١٣٩ (68)	32
- آية الدين أوجبت حضور الشهود للإشهاد والتوثيق ١ - ١٤٠ (69)	
- الأصل هو مبدأ اقتناع القاضي في الإثبات ١ - ١٤١ (70)	
- نظرية الإثبات بالكتابة ١ - ١٤٢	٣٣
- الإثبات بالكتابة ١ - ١٤٤ (71)	33
- نظرية إثبات الدين التجاري ١ - ١٤٥	٣٤
- نظرية حق الملتزم في إملاء العقد ١ - ١٤٥	٣٥
- نظرية التوسيع في وسائل الإثبات التجاري ١ - ١٤٧ (72)	35, 34
- حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان ١ - ١٤٨ (73)	
- موندج لاستنباط النظريات من حكم فرعى ١ - ١٤٩ (74)	
- نظرية تحرير الامتناع عن تحمل الشهادات ١ - ١٥٠	٣٦
- أحكام أخرى في آية الدين ١ - ١٥١	٣٧
- تذكير ١ - ١٥١	٣٨
- نظرية التزام الفرد بتحمل الشهادة وأدائها ١ - ١٥٣ (75)	38 - 36
- هذه نماذج النظريات التشريعية ١ - ١٥٤ (76)	
- يجب التنسيق بين النظريات المختلفة ١ - ١٥٥ (77)	
- تقديرنا لاهتمامه بالنظريات ١ - ١٥٦ (78)	
- منهج البحث ١ - ١٥٧	٣٩
- أهمية الدور الرائد للشهيد ١ - ١٥٨ (79)	39
- دراسته للقسم العام ١ - ١٥٩ (80)	

**بحث إضافي
للدكتور توفيق الشاوي**

- لا نافق على تجاهل خصائص شريعتنا وفقها بحجة التقريب بينها وبين القوانين الوضعية ١ - ١٦٠ (٨١)
- شريعتنا تقرر أحکاماً تكليفية تحرم بعض الأفعال دون أن تنص على عقوبة جنائية ١ - ١٦١ (٨٢)
- لا نافق على القول بأن القوانين الوضعية الجنائية تشتمل على أحکاماً تكليفية ١ - ١٦٢ (٨٣)
- الأحكام الوضعية في نظر فقها هي أحكام شرعية في مصادرها وأصولها ١ - ١٦٣ (٨٤)
- المميزات الجوهرية للشريعة والفقه الإسلامي بصفة عامة ١ - ١٦٤ (٨٥)
- يشترط للتكامل بين الفقه والقوانين الوضعية عدم وجود تعارض ١ - ١٦٤ (٨٥)
- الشريعة ليست مجرد قانون ١ - ١٦٥ (٨٦)
- شريعتنا تضع العلم والفكر فوق الدولة والسلطة ١ - ١٦٦ (٨٧)
- شريعتنا تفرض التجديد لإصلاح تخلف المجتمع ١ - ١٦٧ (٨٨)
- الشريعة لها السيادة على الدولة والأمة ١ - ١٦٨ (٨٩)
- تنوع المذاهب وتعدد الآراء لا يمس المبادئ الأساسية الملزمة للجميع ١ - ١٦٩ (٩٠)
- شريعتنا تفرض العلم والتعلم ١ - ١٧٠ (٩١)
- إجراء الأخرى هو الأساس لارتباطه بالعقيدة ١ - ١٧١ (٩٢)
- ابن تيمية يعد الحدود كفارات لها صفة تعبدية ١ - ١٧٢ (٩٣)
- الجزاءات الجنائية تبررها الضرورة فقط ١ - ١٧٣ (٩٤)

رقم البند

الصفحة

- أحكام الشريعة تعلو على جميع السلطات البشرية ١ - ١٧٤ (95)
- بـ - مميزات التشريع والفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة ١ - ١٧٥ (96)
- المحاورة بالمعصية تستوجب تشديد العقوبة ١ - ١٧٦ (97)
- الجزاء الجنائي له صفة استثنائية ١ - ١٧٧ (98)
- الجزاء الجنائي يطبق على نسبة ضئيلة من الجرائم ١ - ١٧٨ (99)
- الجزاء الأخرى هو الأصل ١ - ١٧٩ (100)
- الإهدار ليس معناه أن يقوم الأفراد بتنفيذ العقوبات دون حماكة عادلة ١ - ١٨٠ (101)
- جـ - خصائص المرحلة الحاضرة في فقهنا الجنائي -
ضرورة التنظير والتقيين ١ - ١٨١ (102)
- التقين يتولاه أهل الاجتهاد حتى لا تحول التقينات إلى قوانين وضعية ١ - ١٨٢ (103)
- أولياء الأمر في التقين هم العلماء والفقهاء لا الدول ورؤساؤها ١ - ١٨٣ (104)
- أهل العلم والخبرة هم أهل الاجتهاد وواجبهم التنظير ١ - ١٨٤ (105)
- تأصيل أحكام التعازير عن طريق النظريات ١ - ١٨٥ (106)
- التنظير توسيع في مجال القياس والاجتهاد ١ - ١٨٦ (107)
- أهمية التنظير في عصرنا وفي المستقبل ١ - ١٨٧ (108)
- النظريات التشريعية عامة على جميع فروع الفقه
وليس خاصة بالتشريع الجنائي ١ - ١٨٨ (109)
- نموذج لاستباط نظرية حرمة أسرار الحياة الخاصة
كأساس لأحكام التفتيش ١ - ١٨٩ (110)
- وجوب التعمق في تفسير النصوص الشرعية لاستباط
نظريات تشريعية أساسها الكتاب والسنة ١ - ١٩٠ (111)

رقم البند

الصفحة

النظريات التي أوردها ليست على سبيل الحصر ويجب علينا مواصلة التناظر في الحاضر والمستقبل لتجديد الفقه وتنمية أحكامه

١ - ١٩١ (112)

القسم الأول من الكتاب الأول

٤٠ - ستكلم في هذا القسم على موضوعين ١ - ١٩٢

باب الأول - ماهية الجريمة

٤١ - تعريف الجريمة ١ - ١٩٢

٤١,٤٠ - الكتاب الأول عن الجريمة - القسم الأول منه ١ - ١٩٤ (113)

٤٢ - الجريمة والجناية ١ - ١٩٥

٤٣ - علة التحرير والعقاب ١ - ١٩٥

٤٣,٤٢ - الجنائيات هي الجرائم الخطيرة ١ - ١٩٨ (114)

— لأنقر القول بأن بعض الأحكام الجنائية مقررة

(115) ٤١ - ١٩٩ لصالح الفرد وحده ١ - ٢٠٠

٤٤ - الشريعة والقانون ١ - ٢٠٠

٤٥ - الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون ١ - ٢٠٠

٤٦ - الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون ١ - ٢٠١

٤٧ - ما يترتب على كون الشريعة من عند الله ١ - ٢٠٢

(116) ٤٧ - ٤٤ - أهمية الطابع الديني في شريعتنا ١ - ٢٠٤

- تحرير التعازير يتبع ما قررته الشريعة بشأن المعاصي الدينية ١ - ٢٠٥ (117)

- استقلال الشريعة وسيادتها أساسه أنها من عند الله ١ - ٢٠٦ (118)

- ولادة القضاء من اختصاص أهل الاجتهاد ١ - ٢٠٧ (119)

٤٨ - الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية ١ - ٢٠٨

(120) ٤٨ - ٤٧ - التعزير والتأديب ١ - ٢١٠

٤٩ - الجريمة المدنية ١ - ٢١١

(121) ٤٩ - ٤٨ - لأنعرف ما يسمى بالجريمة المدنية ١ - ٢١٣ (121)

رقم البند	الصفحة
	الباب الثاني - أنواع الجريمة
٥٠	- تتفق الجرائم جمِيعاً في أنها فعل محرم معاقب عليه أ - ٢١٥
٥٠	- التقسيم الموضوعي للجرائم وحقوق الإنسان أ - ٢١٧ (١٢٢)
	الفصل الأول.
٥١	- تنقسم الجرائم بحسب جسامته العقوبة أ - ٢١٨
٥١	- نفضل التقسيم الموضوعي على أساس أهمية الحقوق الإنسانية والقيم الاجتماعية أ - ٢٢٤ (١٢٣)
٥٢	- التمييز بين تقسيم العقوبات وتقسيم الجرائم أ - ٢٢٥ (١٢٤)
٥٢	- نتائج عَد التعزير عاماً على جميع الجرائم أ - ٢٢٦ (١٢٥)
٥٢	- أهمية التقسيم أ - ٢٢٧ (١٢٦)
٥٢	- رأينا في أساس التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص أ - ٢٣٠ (١٢٧)
٥٢	- ضرورة بيان الظرف المشدد الذي يستوجب العقوبة المقررة حداً أو قصاصاً أ - ٢٣١ (١٢٨)
٥٢	- نتائج عَد التعزير عاماً على جميع الجرائم أ - ٢٣٢ (١٢٩)
٥٣	- لا يكفي لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص ثبوت الظرف المشدد بل يجب أيضاً ثبوت أركان الجريمة التي تستحق التعزير أ - ٢٣٣ (١٢٩)
٥٣	- أ - ٢٣٤ (١٣٠)
	الفصل الثاني
٥٣	- تنقسم الجرائم بحسب قصد الجان إلى جرائم مقصودة وغير مقصودة أ - ٢٣٥
٥٤	- أهمية هذا التقسيم أ - ٢٣٦
٥٤,٥٣	- التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطأ وشبه العمد أ - ٢٣٧ (١٣١)
	الفصل الثالث
٥٥	- تنقسم الجرائم بحسب وقت كشفها أ - ٢٣٨
٥٦	- أهمية هذا التقسيم أ - ٢٣٩

الصفحة رقم البند

٥٥ - التلمس والعلانية أو الماحرة الاستفزازية ١ - ٢٤١ (132)

- جريمة الزنا الحدية تستلزم ثبوت العلانية والماحرة

بالفاحشة ١ - ٢٤٢ (133)

٥٦ - جريمة العلاقات الجنسية غير المشروعة ١ - ٢٤٣ (134)

الفصل الرابع

٥٧ - تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية ١ - ٢٤٤

٥٨ - الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق السلب ١ - ٢٤٤

٥٩ - من يُعد الممتنع مسؤولاً ١ - ٢٤٦

٥٧ - ٥٩ - العقاب على ارتكاب الجرائم العمد بمجرد الامتناع ١ - ٢٤٨ (135)

٦٠ - الشريعة والقوانين الوضعية ١ - ٢٤٩

٦١ - الفرق بين الشريعة والقانون ١ - ٢٥٠

٦٠ - ٦١ - الامتناع عن واجب يفرضه العرف في الجرائم العمدية ١ - ٢٥١ (136)

المبحث الثاني - في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

٦٢ - تنقسم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكابها

الجان لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد ١ - ٢٥٢

٦٣ - أهمية هذا التقسيم ١ - ٢٥٤

٦٤ - الشريعة والقوانين الوضعية ١ - ٢٥٦

٦٥ - الجرائم التي تكون من أفعال متلاحقة ١ - ٢٥٦

٦٦ - الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة ١ - ٢٥٦

٦٧ - العلة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة ١ - ٢٥٧

٦٢ - ٦٧ - ٦٧ - الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد والتكرار ١ - ٢٥٩ (137)

المبحث الثالث - في تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة

٦٨ - سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم ١ - ٢٦٠

رقم البند	
٦٩	- جرائم العازير مؤقتة وغير مؤقتة ١ - ٢٦٢
٧٠	- مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة ١ - ٢٦٢
٧١	- تقسيم الجرائم غير المؤقتة ١ - ٢٦٢
٧٢	- أهمية تقسيم الجرائم مؤقتة وغير مؤقتة ١ - ٢٦٣
٧٣	- بين الشريعة والقوانين الوضعية ١ - ٢٦٥
٧٤	73 - الجرائم التي تتكون من فعل مؤقت أو متجدد ١ - ٢٦٦ (138)

الفصل الخامس

المبحث الأول - في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

٧٤	- تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة ١ - ٢٦٧
٧٤	- لا داعي للقول بوجود ما يسميه جرائم ضد الأفراد ١ - ٢٧٠ (139)
٧٤	- للقاضى سلطة تقديرية في الشبهات التي تسقط الحدود ١ - ٢٧١ (140)

المبحث الثاني - في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

٧٥	- التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية ١ - ٢٧٢
٧٥	- في الجريمة السياسية معاملة خاصة للتأثيرين المتأولين ١ - ٢٧٣ (141)
٧٦	- متى ترجم الجريمة السياسية ١ - ٢٧٤
٧٧	- المجرمون السياسيون ١ - ٢٧٥
٧٧	77 - البغي خروج أو ثورة على السلطة القائمة ١ - ٢٧٨ (142)
٧٧	- الضمانات المقررة لمن يخرجون بتأول شرعى على إمام شرعى أ - ٢٧٩ (143)
٧٨	- الشروط التي يجب توافرها في المجرمين السياسيين أو البغاء

أولاً - الغرض من الجريمة

ثانياً - التأول

ثالثاً - الشوكة

٧٨	رابعاً - الثورة أو الحرب ١ - ٢٨٣ - ٢٨٠
٧٨	- شروط الجريمة السياسية ١ - ٢٨٤ (144)

رقم البند	الصفحة
٧٩	- حقوق البغاء ومسؤوليتهم قبل الثورة ١ - ٢٨٥
٧٩	- مرحلة الدعوة السلمية : (أ) قبل الثورة والخروج ١ - ٢٨٧ (١٤٥)
٨٠	- حقوق البغاء ومسؤوليتهم أثناء الثورة وما بعدها ١ - ٢٨٨ (١٤٦)
٨٠	(ب) حالة الثورة أو الحرب الأهلية - الحياد بين الطرفين ١ - ٢٩٢ (١٤٧)
٨١	(ج) الحكم بعد إنتهاء الفتنة وال الحرب الأهلية ١ - ٢٩٣ (١٤٨)
٨١	- القضاء المستقل هو الذي يطبق الأحكام السابقة ١ - ٢٩٤ (١٤٩)
٨١	- عقوبة البغاء أو المحرمين السياسيين في الشريعة الإسلامية ١ - ٢٩٥
٨١	- أحكام البغي خاصة بحالة الثورة أو الحرب الأهلية ١ - ٢٩٦ (١٤٩)
٨٢	- مسؤولية معتصبي السلطة تطبق عليها الأحكام العادلة ١ - ٢٩٧ (١٥٠)
٨٢	- بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ١ - ٢٩٨
٨٢	- الشريعة سبقت القوانين العصرية ١ - ٣٠٠ (١٥١)
	- بغى السلطة المستبدة جرائم عادلة لاتحظى بما تقر للجرائم السياسية ١ - ٣٠١ (١٥٢)
	- معتصبو السلطة المستبدون أولى الناس بأن يعاقبوا على بغيهم ١ - ٣٠٢ (١٥٣)
	- كل ما تقرر لصالح مرتكبي الجرائم السياسية لا يسفيد منه معتصبو السلطة بدون حق ١ - ٣٠٣ (١٥٤)
	- موضوعات وآراء ندعو الباحثين لمناقشتها ٣٠٦ - ٣٠٤
	(١٥٧ - ١٥٥)
	٣١٩ - ٣٠٧ الفهارس
	(١٧٠ - ١٥٨)



رقم الإيداع: ٢٠٠٠/١٩٣٤٠
الترقيم الدولي: ٨ - ٠٦٨٠ - ٠٩ - ٩٧٧ - S.B.N : ٩٧٧

مطبع الشروق

القاهرة: ٨ - شارع سبورة المصري - ت: ٤٠٢٣٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت: ص.ب: ٨٠٦٤ - هاتف: ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - فاكس: ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية في الفقه الفقاهي الإسلامي

• هذه هي الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي المجلد الأول للقاضي الفقيه عبد القادر عوده الذي خصصه للقسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة في فقهنا، حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرضون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبيّن لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاماً التي مضت منذ صدور كتاب القاضي عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية في الفقه الجنائي.

• وهأنذا أقدم القسم العام أملاً أن يشارك أكبر عدد من زملائي من الأساتذة والباحثين المتخصصين في دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التي تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تتقاس بعد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هي شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هي ثمرة جهود متكاملة من أجيال متواالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليس مجرد تقنيات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوي



الموسوعة الفقهية في فقه البنائين المسلمين



كتاب عبد القادر عوده

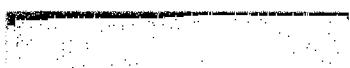
مع تعليلات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوي والمشاركين

الجزء الثاني من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي

مركز السنفوري



المُوسَّعُ الْعَصْرِيُّ
فِي
الْفِقْرِ الْجِنَانِيِّ الْإِسْلَامِيِّ

الطبعة الأولى

١٤٢١ - ٢٠٠١ م

جيتع جمعون الطبع محفوظة

© دار الشروق

أتسه ما محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة : ٨ شارع سعيد بويه المصري -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ : البانوراما - تليفون : ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس : ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني : email: dar@shorouk.com

الموسوعة العصرية
في
الفقه الجنائي الإسلامي

سلسلة

كتاب عبد القادر عودة
مع تعلیقات آیة الله السيد إسماعيل الصدر
وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الثاني من المجلد الأول
من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي

مركز السنهوري
دار الشروق

مقدمة

هذا الجزء الثاني من المجلد الأول هو أكبر أجزاء هذا المجلد من حيث عدد صفحاته.
من أسباب تضخمها ما يلى :

- ١ - يقابلها في كتاب التشريع الجنائي ١٩١ بند (من ٨٢ : ٢٧٢) المخصصة للركن الشرعي والركن المادي للجريمة .
- ٢ - أضافنا له بحثين تكميليين :

الأول خاص بالإجماع (في نهاية الفرع الثالث من المبحث الثاني الخاص بمصادر التشريع الجنائي) بعد حاشية البند ١٣٤، ويكون من ٦ صفحات. وقد عرضنا فيه رأينا في تعدد صور الإجماع ودوره الأساسي في إعطاء القوة التنفيذية لما يسميه فقهاؤنا سند الإجماع، بقصد توحيد القضاء وحمايته من مخاطر تعارض الأحكام بسبب ما تميز به شريعتنا من تعدد المذاهب واختلاف الآراء في داخل كل مذهب .

أما المبحث الإضافي الثاني، فهو في نهاية الركن الشرعي بعد (حاشية البند ٢٤٦) وعنوانه : "الأصول الشرعية تلى المصادر في الأهمية، ودورها في تجديد الفقه عموماً والفقه الجنائي خاصة" .

وفي هذا البحث المطول (الذى اشتمل على ٢٢ صفحة) عرضنا رأينا الذي سبق أن أشرنا إليه في بحثنا الإضافي بالجزء الأول. وقلنا فيه إن النظريات التي عرضها فقيهنا (فى البند ٢١ : ٣٧ من التمهيد للدراسة) تُعدّ في نظرنا أصولاً تشريعية، وإن علينا أن نتابع همجه في استنباط أصول تشريعية تفيدنا في تقيين التعازير بدلاً من تركها لاجتهادات القضاة كما فعل أسلافنا، لأن قضاهم كانوا مجتهدين في حين أن قضايانا مقلدون فقط .

لقد بيننا أن هذه النظريات التي درسها فقيهنا هي في نظرنا ببداية عصر جديد للتتوسع في دراسة أصول الشريعة التي كان البعض يُكتوّها محدودة في نطاق أصول الفقه، في حين أنه ليس إلا مكملاً لأصول شريعتنا، وأن استنباط هذه الأصول الشرعية ليس إلا توسيعاً في القياس الذي بدأه أسلافنا وعَدُوه شاملاً جمّيع صور الإجتهداد .

٣ - أثنا توسعنا في الحواشي على بعض البنود، لمناقشة آراء فقيهنا وتقديم أفكار تختلف ما توصل إليه، وخاصة فيما يلى :

- أ) حاشيتنا على البند ٩٣-٩١ الخاصة بتطبيق مبدأ الشرعية في الحدود والتعازير.
- ب) حاشيتنا على البند ١٠٩-١٠٢ بشأن التعزير العقابي والتعزير الوقائي.

^{٢٧}) حاشيتنا على اليندين، ١٣٠، ١٢٩ عن دور الإجماع في تقنين الأحكام .

د) حاشيتنا على البنود ١٩١ - ١٩٥ توسعنا فيها في بيان أسباب عدم تأييدنا للنتائج التي توصل إليها بشأن دعوته للقاضي أن يطبق الأحكام الشرعية بدلاً من الأحكام الوضعية كلما وجد تعارض بينهما.

هـ) حاشيتنا على البند ٢٠٣ - ٢٠٠ عرضنا فيها وجوب إنشاء مجلس لأهل الاجتياح نتيجة لمرحلة المؤسسات في التشريع الجنائي .

و) حاشيتنا على البنود من ٢٠٩ - ٢١٢ حيث بينما معارضتنا تجاهل دار العهد وعدم موافقتنا على الاكتفاء بدار السلام ودار الحرب .

ز) حاشيتنا على البند ٢٣٠ - ٢٣٢ لتأكيد أن الدميin مواطنون، لأن الجنسية علاقة سياسية وليست علاقة عقائدية.

هذه مجرد غاذج ما تضمنه هذا الجزء من اختلاف في الرأي بين فقيهنا . وسيجد الباحث أنه يوجد مواضع أخرى كثيرة من هذا النوع . وقد أشرنا إلى أن سبب هذه الخلافات هو حرص فقيهنا على أمرتين :

٩ - عرض فقه السلف كما هو دون فتح الباب لما يقتضيه العصر من تعديل وتصحيح وتجديف.

٢ - حرصه على التقرير بين أحكام الفقه وأحكام القوانين الوضعية الحالية، وبخاصة القانون المصرى الذى درسه وعمل فى تطبيقه.

أما نحن فقد قررنا أن نقدم ما نراه من آراء، حتى ولو كانت تتجاوز فقهه أسلافنا، أو تبعدها عن أحكام القوانين الوضعية التي بينا من قبل أن خصائص شريعتنا تميزها عنها. وليس من حقنا أن نتجاهل هذه الخصائص المميزة من أجل التقرير بين أحكام فقهنا وأحكام القوانين الوضعية المعروضة للتغيير والتبديل كما نراه الآن

الجزء الثاني
من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

٨٣ - **أركان الجريمة** : قلنا في تعريف الجريمة : إن الجرائم محظورات شرعية-١- زجر الله عنها بحد أو بتعزير، وإن المحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، وإما ترك فعل مأمور به. وقلنا : إن المحظورات وصفت بألفاً شرعية؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة، وإن الفعل أو الترك لا يُعد بذاته جريمة إلا إذا كان معاقباً عليه. ولما كانت الأوامر والنواهي تكاليف شرعية، فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف، إذ التكليف خطاب،-٢- وخطاب من لا عقل له ولا فهم مجال كاجماد والبهيمة. ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب، كالمجنون والصبي-٣- الذي لا يميز، فهو في عجزه عن فهم

تعليق "رقم-١-": مر عليك قريباً أن الجرائم تصدق على المحظورات الشرعية وعلى غيرها.
رأينا في "تعليق ١-": يشير إلى أن مخالفة الأوامر الصادرة من ولي الأمر الشرعي يمكن أن تكون جريمة تستحق التعزير، فاللحظة هنا صادر من ولي الأمر لا من نص شرعى

تعليق "رقم-٢-": ليس التكليف هو الخطاب، بل التكليف قد يستفاد من الخطاب ويكون مدلولاً له كما في الأوامر والنواهي المشتملة على أدوات الخطاب، كقوله ﷺ: «إيّاهَا الذين آمنوا استعينوا بال بصير والصلة» [البقرة: ١٥٣]. وقد يستفاد من غيره ولا يكون مدلولاً له كما في قوله ﷺ: «الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون الصلاة وما رزقناهم ينفقون» [البقرة: ٢]. وكما يستحب خطاب من لا عقل له ولا فهم، كذلك يستحب تكليفه، وإن لم يكن التكليف بأدوات الخطاب، إذ كيف يكلف من لا يعقل ولا يفهم وما هو إلا كالبهيمة أو الجمادات؟

رأينا في "تعليق ٢-": يشير إلى أن التكليف لا يستفاد من الخطاب فقط، لأن التكليف قد يكون في صيغة الخبر، كما في الآية (٢) من سورة البقرة

تعليق "رقم-٣-": من البديهي أن بعض أفراد الصبيان إذا بلغ سنهم قرب البلوغ يمكنهمفهم تفاصيل الخطاب، ولكن التكليف لا يتوجه إليهم للدليل الشرعي الحاكم برفع القلم عن الصبي مطلقاً، من بلغ هذه الدرجة من الإدراك ومن لم يبلغها، ولعل الحكمة في ذلك أن الغالب من الصبيان عدم فهم تفاصيل الخطاب، ولم يمكن التفريق بينهم فرفع القلم عن جميعهم ... =

عادة

كالجملاد والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب، ومن ثم يتعدّل 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 أركاناً لابد من توافرها، وهذه الأركان ثلاثة:

(١) يكون هناك نص -٤- يحظر الجريمة ويعاقب عليها، وهو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالركن الشرعي للجريمة ...

(٢) إثبات العمل المكون للجريمة سواء كان فعلًا أو امتناعًا، 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 توافرها بصفة عامة في كل جريمة. ولكن توافر هذه الأركان العامة لا يعني عن وجوب توافر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى

الشأن في "تعليق -٣-": يشير إلى أن عدم مسؤولية الصبيان قبل البلوغ أساسها وجود نص بأن التكليف مرفوع عن الصبي ، لكن هذا لا يمنع أن علة النص هي عدم توافر الفهم الكافي لديهم أو لدى أغلبهم

النص في "تعليق -٤-": لا يتوقف صدق الجريمة على وجود نص للفظي يدل على حرمتها، بل يثبت كونها جريمة ولو لم يكن الدليل على حرمتها النص اللفظي، بل يثبت كون ارتكاب الفعل جريمة ولو كان الدليل على حرمتها غير لفظي ... كالإجماع مثلاً. كما لا يتوقف صدق الجريمة على تصريح الشارع بالعقاب عليها، بل ثبتت الجريمة بمجرد ثبوت حرمتها بأى دليل كان

الشأن في "تعليق -٤-": يشير إلى أن وجود الجريمة لا يرتبط دائمًا بنص شرعي، ولكن نوافقه على أن الجريمة يمكن وجودها بدليل غير لفظي، وكذلك الأمر في التكليف لأن جميع الأحكام الشرعية لا يمكن أن تستمد مباشرة من النصوص، وإنما يجب في نظرنا استنباطها من المبادئ العليا ومقداد الشرعية التي تقوم عليها "النظريات الشرعية"، وأهمية النصوص أنها تشير إلى تلك المبادئ والنظريات سواء بتطبيقاتها أو يادخال بعض الاستثناءات عليها ... ويسروا أنه ذكر الإجماع أحد مصادر الأحكام التكليفية، وإن كان له تعليل خاص لا نوافق عليه، وسنعود بذلك عند مناقشة تعليق رقمي (٩٤، ٩٥) فيما بعد ...

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ص / ٢١٥ جزء أول، المستصفى للغزالى جزء أول ص / ٨٣

عوذه

العقاب عليها، كركن الأخذ خفية في السرقة، وركن الوطء في جريمة الزنا، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواها ...
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 مجازة للتطور الحديث في التأليف أن نبحث الأركان العامة في القسم الجنائي العام، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة ...

83 - الأركان العامة والأركان الخاصة للجرائم :

التعريف الذي توصل إليه أسلافنا من الفقهاء والعلماء، أهم ما يميزه عن تعريفات الشرح الوضعيين (المعاصرين) هو ربط التجريم وتوقفه على النصوص الشرعية المتعلقة بالأوامر والتواهي والتجريم والتحليل، والتي توصف عادة بأنها أحكام "تكليفية".

إن شريعتنا ليست مجرد نصوص آمرة محددة للجرائم وعقوباتها كما هو شأن القانون الجنائي الوضعي (الحديث)، بل إنها قبل ذلك تخاطب "المكلف" بأوامر ونواه عليه أن يلتزم بها، ويحاسب على ذلك أمام الله في اليوم الآخر بعد البعث والنشر.

إن الحساب الآخر هو أمر تختص به الشرائع الدينية، وآخرها وأكملها شريعتنا الغراء، وينبع على كل دارس، بل على كل "مكلف" أن يلتزم بذلك أمام الله الخالق الباري المصوّر **(مالك يوم الدين)** الذي يحاسب الجميع في الدار الآخرة.

لهذا فإن الركن الشرعي عندنا أعمق وأوسع نطاقاً وأكثر أهمية منه في القوانين الوضعية لأنّه يربط العقاب الديني بالحساب الإلهي وبعقيدة التوحيد والبعث والنشر.

ويتبع ذلك أهمية خاصة للمخاطب بالأحكام الشرعية كلها ومنها أحكام التجريم والعقوب والمسؤولية، فالمسئول عندها هو المكلف الذي تشرط فيه جميع "شروط التكليف"، أي المسؤولية الدينية والإنسانية عن مدى طاعته للأوامر "التكليفية".

إن شريعتنا تبدأ أولاً بالتكليف قبل أن تقرر الجزاء والعقوب، فالقرآن الكريم يخاطب عقيدة المكلف وعقله وإرادته. فمثلاً، قبل أن يفرض عليه العقاب في جريمة الزنا يقول لنا: **(لَا تقربوا الزنا إِنَّهُ كَانَ فَاحشةً وَسَاءً سَبِيلًا)** [الإسراء: ٣٢]، وقبل أن يعاقبنا على الخمر والميسر يقول: **(لَيْسَ لَكُمْ بِمَا فِي الْأَنْهَارِ حُكْمٌ وَلَا أَنْتُمْ بِمَا فِي الْأَنْهَارِ بَلَّهُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَفْعَلُونَ)** [آل عمران: ١٧٦]. وإن الخمر والميسر والأنصاب والأذالم رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه... **(المائدة: ٩٠)**.

المبادئ العامة في الركن الأدبي والشرعي كاملاً في القسم العام محدودة في الركن المادي:

أما القانون الوضعي فيبدأ بتجريم فعل وفرض عقوبته، وعلى الناس أن تطيع حتى لا تتعرض للعقاب المقرر في القانون. ومن المؤكد أن نسبة كبيرة قد تصل إلى تسعين في المائة من مرتكبي الجرائم يقدموها عليها وعندهم أمل كبير في الهروب من الجزاء القضائي الجنائي ...

ولهذا تزداد الجرائم لأن من يرتكبها يفلت أكثرهم فعلاً من العقوبة الديبوية ..
يُقصد بالأركان العامة القواعد التي تسرى على جميع الجرائم فيما يتعلق بأحكام الركن الشرعي والركن الأدبي (أى القصد الجنائي أو الخطأ وشروط المسؤولية الجنائية).
سوف يضاف إلى ذلك (في دراسة القسم الخاص) أن لكل جريمة أحكاماً خاصة بها تتعلق بالركن المادي، أى الفعل المكون لها - والركن الأدبي - إن كان عمداً أو مجرد خطأ.

هناك موضوعان فقط يدرسان دراسة كاملة في نطاق القسم العام - وهما:
- الركن الشرعي، ويُقصد به المصادر الشرعية التي تحرم الفعل وتجرمه وتعاقب عليه جنائياً، وكل ما يتعلق بهذه الناحية التشريعية .

- الركن الأدبي أو المعنوي أو الشخصي - الذي يُقصد به شروط مسؤولية مرتكب الجريمة وكل ما يتعلق بها من أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وموانع العقاب.
والحق أن الركن الشرعي موضعه الأساسي هو ما يسمى بعلم أصول الفقه، وكل ما يرد هنا يرجع بشأنه إلى ذلك العلم المعروف إذا أردنا التوسيع فيه .

أما الركن المعنوي فموضعه هو نظرية المسؤولية الجنائية، ويتصل بها ما يسمى الآن علم الاجتماع الجنائي، وكان يمكن أن يفرد له دراسة مستقلة بعنوان "نظرية المسؤولية الجنائية" أو دراسة الجرم - بعد دراسة الجريمة وقبل دراسة العقوبة - لكنه آثر دراسته بحسبانه جزءاً من دراسة أحد الأركان العامة للجريمة، هو الركن المعنوي أو الركن الأدبي⁽¹⁾.

وقد ترتب على ذلك تضخم القسم الثاني من الكتاب الأول بعنوان "أركان الجريمة" (إذ يضم البنود من 83 إلى 436 ومقدارها 354 بند) - مقارنا بالقسم الأول (من هذا الكتاب الأول) الذي يحتوى على (44) بند فقط (من 40 إلى 83) بل ومقارنا بالكتاب الثاني كله بجميع أبوابه وفصوله ويضم واحداً ومائة بند فقط (من رقم 437 إلى 537) .

⁽¹⁾ البنود 273 إلى 436.

الباب الأول الركن الشرعي للجريمة

٨٤- توجب الشريعة ليعد الفعل جريمة أن يكون هناك نص-٥- يحرم هذا الفعل، ويعاقب على إتيانه، وهذا هو ما نسميهاليوم الركن الشرعي للجريمة ... وجود النص المحرم للفعل العاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع في أي وقت وفي أي مكان ومن أي شخص، وإنما يتشرط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذي حرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل، وأن يكون ساريا على المكان الذي اقترف فيه الفعل وعلى الشخص الذي اقترفه، فإذا تختلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم ... فالكلام على الركن الشرعي يقتضي بحث الموضوعات الآتية، وستخصص لكل منها فصلا خاصا:

- (١) النصوص المقررة للجرائم والعقوبات، أي الأحكام الجنائية الشرعية ..
- (٢) سريان النصوص الجنائية على الزمان ...
- (٣) سريان النصوص الجنائية على المكان ...
- (٤) سريان النصوص الجنائية على الأشخاص ...

تعليق "رقم-٥-": مر عليك قريبا عدم توقف كون الفعل جريمة على كون الدليل على حرمتة نصا شرعاً مشتملا على بيان العقاب عليه

رأينا في "تعليق -٥-": يتفق قوله مع ما قدمناه فيما سبق من ضرورة التفنين لفهيا في التعازير مع تذكيرنا على أن الأصل في الجرائم هي التعازير، أما الحدود والقصاص فاحكامهما استثنائية تتحقق في النصوص الشرعية في الكتاب والسنّة، وأن تفسير النصوص تفسيراً ضيقاً لا توسع فيه ..

84 - الركن الشرعي أساسه ومضمونه والتوسيع في دراسته :

عن الفقيه الشهيد بدراسة الركن الشرعي للجرائم عنابة خاصة سوف تقدرها له الأجيال القادمة، وسنكون نحن أول من يستفيد منها .

المبدأ العام، هو أن الشريعة توجب كى يُعدّ الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرّم الفعل ويُعاقب عليه، وأن يكون هذا النص نافذ المفعول وقت ارتكاب الفعل^(١)، أي أن يكون سابقاً على وقوع الفعل الخرم والمعاقب عليه . وسبب ذلك أن أساس توقيع العقوبة على مرتكب فعل محروم هو افتراض علمه بهذا التحريم، وإذا كان التحريم والعلم كافيين للمسؤولية يوم الحساب أمام الله سبحانه وتعالى، فإن ذلك لا يكفي لتوقيع عقوبة أو جزاء جنائي إلا إذا وجد نص سابق يفرض العقاب الجنائي ويحددده .

ومن رحمة الله سبحانه بعباده، ومن أهم مبادئ شريعتنا الإلهية أن الافتراض علم المكلف يسبق فرض "العلم" على الناس، فواجبهم أن يتعلموا ليعلموا ما هم مكلفوون به وما هم معرضون له من جزاء دنيوي وأخروي على الفعل الخرم .

ولا تكتفى شريعتنا بجعل "العلم" فريضة على كل مكلف "مسلم ومسلمة"، بل إنما تسهل له أسباب هذا العلم، ولهذا نزل القرآن الكريم وفرض على الناس تلاوته وفهمه بل وحفظه لكي يعرفوا منه أصول التكاليف الشرعية .

وكلما تقدم الزمن وتعقدت أمور العيش، زاد واجب العلماء في تسهيل مهمة "العلم" بالتكاليف والجزاءات الشرعية، ولذلك حرصنا منذ بداية البحث على القول بأن التقين الشرعي أصبح من أول واجبات الفقهاء والعلماء وأهل الاجتهاد ليكون الركن الشرعي مبنياً على نصوص فقهية متتجددة مكملة للنصوص الأساسية في الكتاب والسنة.

(١) لقد خصص لهذا الركن جزءاً كبيراً من مجهوده في دراسة القسم العام للجرائم، فاستغرق من كتابه مائة وأربعة وستين بندًا .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أي الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥. الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية يقتضى الكلام على :

(أولا) : الأحكام وأثرها في الجريمة والعقوبة. (ثانيا) : أدلة الأحكام الجنائية الشرعية، أي مصادر التشريع الجنائي. (ثالثا) : تفسير الأحكام الجنائية. (رابعا) : تعارض الأحكام، أي النصوص ونسخها وبطليهما. (خامسا) : علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية. وسنخصص لكل واحد من هذه الموضوعات ببحثا خاصا ...

عوده

المبحث الأول

في الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها في الجريمة والعقوبة

٨٦. تعریف : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية إلى نوعين : أحكام تكليفية، وأحكام وضعية. فالحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخييره بين فعل والكف عنه.^(١) ويسمى هذا الفعل تكليفا؛ لأنه يتضمن إلزام المكلف إتيان فعل، مثل قوله ﷺ : «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَرْدُوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» [النساء: ٥٨]. أو إلزام المكلف الكف عن فعل، مثل قوله ﷺ : «وَلَا تَقْتُلُو النُّفُسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ» [الإسراء: ٣٣]. وقوله ﷺ : «وَلَا تَقْرِبُوا الزِّنَةِ» [الإسراء: ٣٢]. أو تخيير المكلف في إتيان الفعل والكف عنه، مثل قوله ﷺ : «وَإِذَا حَلَّتُمْ فَاصْطَادُوْا» [المائدة: ٢]. وقوله ﷺ : «وَمَنْ قُتِلَ مظلوماً فَقَدْ جَعَلَنَا لَوْلَيْهِ سُلْطَانَا» [الإسراء: ٣٣] ...

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمدي الجزء الأول ص/ ١٨١ وما بعدها، المستحسن للغزالى الجزء الأول ص/ ٦٥ وما بعدها، أصول الفقه لعبد الوهاب خالق ص/ ٧٤ ...

عوذه

والحكم الوضعي هو ما اقتضى جعل شيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه. وسيجيئ الحكم وضعياً لأنه يقتضي :

(١) وضع أسباب لمسبيات كقوله ﷺ : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» [المائدة: ٣٨]. وقوله ﷺ : «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهم مائة جلدة» [النور: ٢]. فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق، واقتضى الحكم الثاني جعل الزنا سبباً بجلد الزاني ...

(٢) أو يقتضي وضع شروط لشروطات كقوله ﷺ : «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهادتين فأولئك عند الله هم الكاذبون» [النور: ١٣] ... فهذا الحكم يقتضي اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا. ومثل قول الرسول ﷺ : «لا قطع إلا في ربع دينار». فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر ...

(٣) أو يقتضي وضع موائع من أحكام، مثل قول الرسول ﷺ : «لا قطع في ثغر مغلق». فهذا الحكم يقتضي جعل تعليق الشمر، أي عدم حصد الحاصلات والشمار، مانعاً من القطع في سرقتها. ومثل قوله ﷺ : «لا ميراث لقاتل». فهذا الحكم يقتضي جعل القتل الحاصل من الوارث مانعاً له من الإرث(١) ...

الصلوة

تعليق "رقم ٦": اختللت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الحكم الوضعي وتعريفه وتحديداته، والرأي الراجح هو أن الحكم الوضعي هو كل حكم ليس بتكليفى لا يختص بالموارد التي ذكرها المصنف.

الشاوى

رأينا في "تعليق ٦": إننا نتفق تماماً مع السيد الصدر في تعريفه للحكم الوضعي بأنه كل حكم ليس بتكليفى، ولا يمكن حصر حالاته ...

(١) الإحکام في أصول الأحكام للأمدى الجزء الأول ص: ٨١ وما بعدها، المستصفى الجزء الأول ص: ٩٣، أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص: ٧٤ وما بعدها .

عودة

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين: أو هما :
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 ...

ويبيغى أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي
في آن واحد، ومثل ذلك قوله ﷺ : «والسارقة فاقطعوا أيديهم». فهذا النص
يشتمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة، ويشتمل في الوقت نفسه
على حكم وضعي هو جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق .

وليس بهمنا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من
المكلف أو كفه عن فعل. أما الأحكام التكليفية المخيرة، فلا يعاقب على تركها أو إتيانها،
ولا يُعذَّب إتيانها أو تركها جريمة على الرأي الراجح. وفيما يتعلق بالنص على العقوبة،
فيهمنا الحكم الوضعي سواء كان سبباً أو شرطاً أو مانعاً لأنه يبين العقوبة وأسبابها
وشروطها وموانعها -٧- ...

الصدر

تعليق رقم -٧- : مر عليك قريباً عدم اختصاص الحكم الوضعي بهذه الموارد، بل هو كل
حكم ليس بتكليفي، سواء كان لبيان الأسباب والشروط والموانع أم لبيان أمر آخر، كقوله ﷺ :
«فاسأموا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون» [الحل: ٤٣]، فإن هذه الآية المباركة وردت لإعطاء
صفة الجدية لكلام أهل الذكر، وكآية الواردة في مقام من له الولاية، وهي قوله ﷺ : «إذاً ولهم
الله ورسوله والذين آمنوا أين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون» [المائد: ٥٥]، فقد
أعطت هذه الآية المباركة الولاية لله ﷺ ولرسول ﷺ ولأمير المؤمنين على (ع)؛ لأنه (ع) الوحد
الذي آتى الزكوة وهو راكع في صلاته كما صرحت بذلك الأخبار المعتبرة

الشووى

رأينا في تعليق -٧- : إشارته إلى وجود نص قرآن يبحّن الولاية لأمير المؤمنين على بن أبي
طالب (دون غيره من الصحابة) فهذا تفسير خاص بالفقه الشيعي، أما في الفقه السنّي فإن ولايته
مستمدّة من اختياره للخلافة بقرار من أهل الشورى، وهذا يستترى في فقهنا مع من سبقه من
الخلفاء الراشدين دون حاجة لنسخة المقصومة له دون غيره

٨٥، ٨٦ - النصوص الإلهية هي الركن الشرعي :

تتميز شريعتنا بأن نظامها الجنائي ليس مقصوراً في النصوص التي تفرض عقوبات جنائية على الأفعال المكونة للجرائم، كما هو الشأن في القوانين الوضعية التي جرى العرف على تسميتها "قوانين العقوبات" - وإنما تبدأ النصوص الإلهية بما يسمى الأحكام التكليفية، أي النصوص الشرعية التي تتضمن أوامر ونواهى موجهة إلى المخاطب بالشريعة، والذى يُوصف بأنه "المكلّف"، أي الشخص الذي توافرت فيه شروط المسؤولية عن أفعاله وسلوكه، وتفرض عليه عقidiته الالتزام بالتكاليف التي تأمره وتنبهه، وتفرض عليه قيماً أخلاقية وسلوكية في حياته.

إن اهتمام شريعتنا بالنصوص التكليفية قبل النصوص العقابية يؤكّد اختلاطها عن "القوانين الوضعية" التي تجعل موضوعها فقط تحديد الجرائم بحسبها سبباً للعقوبات، ولا ترى داعياً للنص على الأوامر والتواهي الأخلاقية لأن مجرد النص على الجريمة وعقابها في نظرهم يكفي لتجريم الفعل المكون لها. لكن شريعتنا تبدأ باقتناء المخاطب بالالتزام بتجنب هذه المظاهرات الشرعية، وهذا هو دور "العقيدة".

إن الطبيعة الإلهية والدينية في شريعتنا لا تتبع المنهج "الوضعي"، لأن نصوصها تخاطب أولاً ضمير الفرد، وترشدء عقيديه ذاهلاً إلى السلوك الشرعي الصحيح وتلزمه به - فالمطلب التربوي والإرشادي هو الأساس في النصوص الشرعية - لأن التربية هي المهمة الأولى والمطلب الأول للعقيدة والدين - وهذه التربية تشمل ما يدخل ضمن "الأخلاق". فشرعيتنا لا تفصل بين العقيدة والأخلاق والقوانين. وهي بهذا تمتاز عن النصوص الوضعية وتختلف عنها من حيث منهاجها وطبيعتها.

وعلى ذلك، فإن وصف القوانين الجنائية الصادرة عن الدولة بأها "وضعية" يقصد به أنها ليست إلا مبنية لأسباب العقاب وشروطه، ولا تهتم بتربية الفرد على السلوك القويم لأن ذلك في نظر الفقه "الوضعي" من اختصاص علم الأخلاق ومبادئ الأديان المنفصلة عن "القوانين".

إن القوانين الوضعية، تكون بذلك مكملاً وتتابعة لمبادئ الدين والأخلاق، ولا تستغني عنها ولا تُنفّي عنها كما يريد اللادينيون والعلمانيون الذين ينادون بفصل الدين عن الدولة وقوانينها.

عقيدة الحساب في اليوم الآخر لا يغنى عنها العقاب الجنائي القضائي :

إن من يصفون أنفسهم بأنهم علمانيون أو لا دينيون مخطئون، لأنهم يتتجاهلون العقائد الدينية والقيم الأخلاقية؛ بل يتذكرون لها ويريدون أن يخضع الفرد والمجتمع للقوانين الوضعية فقط، وهم بذلك يخلون بطبيعة تلك القوانين بحسبانها مجرد تكميلة وفرع تابع لما هو أهم منها وهو مبادئ الدين وقيم الأخلاق والتربية – فلا يجوز الاقتصر عليها واستبعاد تلك المبادئ الأساسية المهمة، لأن فصلها عن تلك المبادئ يفقدانها فاعليتها، ويفتح للأفراد باب التهرب منها لعدم اقتناعهم بالقيم التي تستند إليها .

إن وصفنا للقوانين المستوردة بأنها وضعية لا يقصد به فقط أنها من وضع البشر أو الدولة أو من يتكلمون باسمها بالحق أو بالباطل ليعطوا لأنفسهم سلطة تشريعية ذاتية لا تلتزم بعقيدتنا ولا شريعتنا الإلهية، وإنما يقصد به أيضاً أن هناك فرقاً أساسياً في فقهنا بين ما يُعرف بالأحكام التكليفية التي هي منبع الأوامر والتواهي الشرعية ووعاؤها، وبين ما يسميه فقهاؤنا الأحكام الوضعية التي تقتصر على بيان أسباب العقاب وشروطه .

إن ما يقصد بالأحكام الوضعية هو ما يتضمن وضع أسباب أو شروط أو موانع، دون ربطها بالأحكام التكليفية، وهذا هو شأن القوانين التي تفرضها الدول دون أن تشير إلى التكاليف الدينية والأخلاقية التي تربطها بالعقيدة، ويريد اللادينيون أن يفصلوها عن القيم الأخلاقية والعقائد الدينية، وينتزع عن ذلك قصورها في إقناع الأفراد بطاعتتها والالتزام بها كلما وجدوا وسيلة للهروب من العقاب، وهذا هو شأن أكثر مرتكي الجرائم الذين يتخذون كل ما يستطيعون من احتياطات ليفلتوا من المحاكمات والأحكام "الوضعية".

ثم إن الفقه لا يقف عند الأحكام الوضعية أو التكليفية. بل إنه يستفيد منها في استكشاف المقاصد السامية لتلك الأحكام التي يستنبط منها المبادئ والنظريات التشريعية العامة التي توصله لاستنباط أحكام يواجه بها ما يستجد من مشكلات وقضايا – تحتاج إلى حلول تناسب ظروف الزمان والمكان – ولا يكون اختيار هذه النصوص المحدودة عشوائياً بل تكون في مجموعها أساساً لكل ما يحتاج إليه المجتمع الصالح من قيم ومثل علياً تهيمن على تشريعنا في جميع فروعه وأحكامه ...

عوده

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 محمرة مادام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمه ...
 وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضي بأن : "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة" ، أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه ...
 وهاتان القاعدتان (١) تؤديان معنى واحداً، هو أنه لا يمكن عدّ فعل أو ترك جريمة

الصدر تعليق "رقم-٨" : فهما متفقان فيما ذكره المؤلف، وإن اختلفا في جهة أخرى. فمحتوى القاعدة الأولى أن أفعال العقلاء قبل ورود النص الشرعي لا توصف بالإباحة ولا بالحرمة واقعاً. ومحتوى القاعدة الثانية أن الأفعال قبل ورود النص الشرعي توصف بالإباحة ظاهراً، ومعنى الإباحة الظاهرية هي التي تعين الوظيفة الشرعية من ناحية إتيان الفعل وتركه حين عدم العلم بحكمه الواقعي. وقد أطال علماء الفقه الجعفري في التحدث عن هاتين القاعدتين وعن الاحتياط الشرعي وعن موارد كل من البراءة والاحتياط، فلتراجع الكتب الموسعة في المقام

الشاوي رأينا في "تعليق-٨" : تفرقة دقيقة لابد من ملاحظتها. فالإباحة الأصلية يقصد بها عدم تحريم الفعل، أما ما يسميه الإباحة الظاهرية فيقصد بها عدم تحريم الفعل في زمان معين ومكان معين لعدم وجود نص وضعي على عدّه جريمة معاقبها عليهما. فالتحريم أوسع نطاقاً من التحريم، أي أن الحرمات ليست كلها جرائم معاقبها عليهما

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية، والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإباحة تستدعي مبيحاً، والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تحريم ولا إباحة، فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة 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 ألا حرج في إتيان الفعل . وقد كان هذا الخلاف سبباً في وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين، ومن شاء أن يستزيد فليراجع أحكام في أصول الأحكام للأمدي الجزء الأول ص/١٣٠ وما بعدها، والمستصفى للغزالى ج/١ ص/٥٢٣ وما بعدها، ومسلم الثبوت ج/١ ص/٤٩، والإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج/١ ص/٥٢ وما بعدها .

العوذه

إلا بنص ضريح-٩- 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 تُعدّ 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 تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ...

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضي بأنه "لا يكلف شرعاً إلا من كان قادرًا على فهم دليل التكليف، أهلاً لما كلف به،"-١٠- ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكِن مقدر للمكلف معلوم له علماً يحمله على امتثاله"^(١) ...

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توافرها في المكلف، أي الشخص المسئول، والشروط الواجب توافرها في الفعل المكلف به ...

فأما المكلف فيشترط فيه أولاً : أن يكون قادرًا على فهم دليل التكليف، أي أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية-١١- التي جاءت بالحكم التكليفي؛ لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمثل ما كلف به ...

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

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

أولاً : أن يكون مكتناً، فلا تكليف بمستحيل ...

الصدر

تعليق رقم-٩-: بل إلا بدليل معين كما أشرنا إلى ذلك آنفاً، نصاً كان لا يتحمل معنى آخر أو ظاهراً في معناه عرفاً وإن احتمل سواه لفظياً كان، كآية مباركة، أو حديثاً معيناً أو لم يكن لفظياً كالإجماع والسيرة وهو المسمى باصطلاح علماء الفقه والأصول بالدليل البحري سواه كان الدليل المثبت للحرمة مشتملاً على بيان استحقاق العاصي للعقاب، أو كان مجردًا عن بيان العقاب ومقصراً على النهي عن الفعل.

الشاوي

رأينا في "تعليق-٩-": يشير إلى ما سبق أن أيدها، وهو عدم حصر التحرير بالنصوص الشرعية (يقصد بها الكتاب والسنّة)، بل يكفي أي دليل يعتبر بما في ذلك ما سماه "الدليل البحري" ويقول إنه يشمل الإجماع والسيرة (نعتقد أنه يقصد بها السنة العملية)، ويوسفنا أن يتوجه الاجتهاد.

الصدر

تعليق رقم-١٠-: ولو يأفهم غيره له الجهة باللسان، فإن الشرط هو إمكان تفهمه الحكم المستفاد من الدليل على الحرمة أو الوجوب، وإن لم يكن قادرًا على فهم تفاصيل الحكم الشرعي..

الشاوي

تعليق رقم-١١-: بالمعنى السابق

رأينا في "تعليقى-١٠- و-١١-": بشأن الفهم والعلم، يشير إلى أن المقصود هو مجرد إمكان الفهم والعلم، وليس خصوص العلم والفهم فعلاً، ولا اعتراض على ذلك

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خالد ص / ١٧٣

عودة

ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف، أي في قدرة الشخص إتيانه أو تركه، فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به ...

ثالثاً : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف - ١٢ - علماً تماماً يحمله على الامتنال . والعلم التام الذي يحمله على الامتنال يقتضي :

(أ) العلم بالأحكام التكليفية، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافية، فمن لم يعلم بأمر أو هي لا يمكن أن يأثر به أو ينتهي عنه - ١٣ - وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعني أن لا جريمة بلا نص ينشر على الناس ...

(ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتنال ويكتبه عن العصيان، وهذا يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة - ١٤ - ...

وظاهر بخلاف من هذه القاعدة الأصولية أنها تعني كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص - ١٥ - ...

الصلدر

تعليق "رقم-١٢-": لا يشترط في الفعل المكلف به أن يكون معلوماً للمكلف، لبداية صحة تكليف الجاهل إذا كان متمنكاً من امتناله في الزمان الذي يجب عليه امتناله، ولا يتوقف صحة التكليف على العلم به مع وضوح أن التكليف لو لم يسبق العلم فيماذا يتعلق العلم يا ترى؟ فلابد من تقدم التكليف على العلم ليتعلق العلم به ...

الصلدر

تعليق "رقم-١٣-": إن الإنسان المكلف بصفته عبد الله إذا أحمل وجود أحكام صادرة منه سبحانه وكان قادراً على امتناله، فإن العقل يلزم بالفحص عليها مقدمة لامتنالها وإطاعتها، فلا يتعوق إمكان امتنال الأحكام على العلم بما ...

الشاوى

رأينا في "تعليقى-١٢-و-١٣-": راجع رأينا على تعليقي - ١٠ - و - ١١ - ... كما أنه يؤكد أن الفهم يمكن أن يكون بواسطة شخص آخر وليس من الضروري أن يكون مباشراً، ويضيف أن الفرد يلتزم بالفحص عن التكاليف لامتنال بما ...

ونحن نضيف أن المجهدين وأهل الذكر عليهم واجب تسهيل الفهم والعلم على جميع الأفراد، وذلك عن طريق الشرح والدعوة والتقين الذي نقول دائماً إنه واجب في هذا العصر وما بعده ...

الصلدر

تعليق "رقم-١٤-": لازم الجريمة استحقاق مرتكبها العقاب، اشتتمل النص على بيان العقوبة أو لم يشتمل، فلا يشترط في صيغة الفعل جريمة اشتتمال النص على العقاب كما أخفا إلى ذلك آنفاً.

الصلدر

تعليق "رقم-١٥-": بمعنى الآنف الذكر ...

الشاوى

رأينا في "تعليقى-١٤-و-١٥-": كلمة النص في قوله بعدم اشتتمال النص على العقاب فإن المقصود هنا هو نصوص الكتاب والسنة، أما تطبيق مبدأ أنه لا عقوبة إلا بنص في التعازير فيكتفي فيه وجود نص وضعفي في الفقه أو القضاء، والتقين هو الصورة العصرية للفقه ...

عوذه

٨٨ - مصدر هذه القواعد الأصولية : وهذه القواعد الأصولية التي تقطع بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-١٦- في الشريعة الإسلامية، لا تستند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان، وتحرم الظلم والجحيف، وإنما تستند إلى نصوص خاصة-١٧- صريحة في هذا المعنى، منها قوله ﷺ : «وما كنا معدين حتى نبعث رسولًا» [الإسراء: ١٥]، وقوله ﷺ : «وما كان ربكم مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولًا يتلو عليهم آياتنا» [القصص: ٥٩]، وقوله ﷺ : «لنلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل» [النساء: ١٦٥]، وقوله ﷺ : «لأنذركم به ومن بلغ» [الأنعام: ١٩]، وقوله ﷺ : «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها» [البقرة: ٢٨٦]، وقوله ﷺ : «قل للذين كفروا إن يتنهوا يُغفر لهم ما قد سلف» [الأنفال: ٣٨]. فهذه النصوص قاطعة في أن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعذاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسليه، وأنه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه ...

الصدر

تعليق رقم ١٦-: بالمعنى السابق ..

الصدر

تعليق رقم ١٧-: منها قوله ﷺ في [سورة الطلاق: ٧]. «لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاهها».

الشاوي

رأينا في "تعليق ١٧-": يؤيد ما قاله فقيهنا بوجود نصوص قرآنية على مبدأ "أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وكما نود لو ألمّا أشارا إلى أن مثل هذه النصوص تويد العقل والمنطق والمبادئ الشرعية الخاصة بالعدل والإحسان، ولذلك لم يكن هناك مبرر لاستبعادها ...

٨٧، ٨٨ - مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعى" ونباعه القرآنية :

نحن نهتم كثيراً بهذا المبدأ، ونقدر له عنايته يارجاع كل نقاط بحثه إلى منابعها الإلهية في نصوص القرآن الكريم وحرصه على الإحاطة بها - ونرجو أن يكون هذا هو المنهاج الذي يتبعه الجميع في عمليات التنظير، حيث إن القرآن هو دستور الشريعة ومصدرها الإلهي الذي يضمن لها السمو والخلود والتجدد الدائم .

والفرقة بين ما يُعد حكماً تكليفيَا وما يُعد نصاً "وضعيَا" هي من أهم إنجازات أسلافنا، وأهم نتائجها هي أن كل حكم وضعى يجب أن يكون أساسه قاعدة تكليفية سواء صرخ بها المشرع أم تركها للدين والأخلاق . وهذا يبين أهمية دور الدين والأخلاق في المجتمع وفي النظم الاجتماعية والجنائية بشكل خاص . وميزة أخرى لفقهائنا هي عنایتهم بشروط "التكليف"، وهي ما نسميه في عصرنا "بالمسئولية". ومبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة، معناه أن كل ما لم يرد نص بتحريه مباح، ولذلك قالوا "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص" .

ويسرنا تأكيده على أن هاتين القاعدتين هما أساس مبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح، وأن هذا المبدأ من أهم أصول شريعتنا .

وكما قلنا إن فقهاءنا يربطون بين هذا المبدأ وما يشترط من إمكان علم المكلف بالنص التكليفي علماً كافياً يحمله على امتهانه . ولا يوجد هذا العلم إلا إذا كان قادرًا على فهم دليل التكليف، وهذا هو أساس شروط المسئولية التي يجب توافرها في المكلف . كما أنه أساس الشروط الالزامية في الفعل المكلف به، وشروط علم المكلف بالنص وأهمها أن يكون العلم المتوافر لدى الشخص كافياً لحمله على الامتنان لما كلف به، والمفروض أن يكون المكلف عالماً بالنص أو قادراً على أن يعلم ..

* * *

وهذا المبدأ تقرره نصوص قرآنية صريحة، ذكر منها آية الإسراء (رقم ١٥) والقصص (رقم ٥٩) والنساء (رقم ١٦٥) والأنعام (رقم ١٩) ... إلخ .

من هذه الآيات القرآنية يستمد الفقه القواعد الأصولية التي أشرنا إليها، مما يؤكّد أنه لا يمكن عدّ أي فعل جريمة إلا بنص صريح، وأن الأفعال المحرمة لا تُعدّ جريمة جنائية إلا بتقرير العقوبة عليها، وأن ما لم يرد نص شرعى أو فقهي (تقني أو قضائى) بتجريمه والعقاب عليه فلا مسؤولية جنائية على فاعله ولا عقوبة .

٨٩ - متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؟ : وجدت هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا، 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 ١٧٨٩م، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسي إلى غيره من التشريعات الوضعية ...

٩٠ - كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ : بینا فيما سبق أن القاعدة العامة في الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، ودللنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التي تقرر القاعدة، وإيراد القواعد الأصولية التي وضعت تطبيقاً لهذه القاعدة العامة. وإذا كانت الشريعة تقضي بتطبيق القاعدة على كل الجرائم، فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد في كل الجرائم، بل إن كيفية التطبيق مختلف 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 .

٩٠ - سبق شريعتنا وتردجها في تطبيق مبدأ الشرعية :

إن الشريعة تمتاز بسبقها على القوانين الوضعية الأوربية، إذ إنما قررت هذا المبدأ العام منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا، في حين أن أوروبا لم تعلنه إلا في نهاية القرن الثامن عشر الميلادي بعد ثورات متعددة سالت فيها دماء كثيرة – وأعتقد أن كثيرين من المعاصرين في حاجة إلى تذكيرهم بذلك في كل مناسبة .

ومن الغريب أن لدينا من يسمون أنفسهم دعاة "التبشير" الذى يتبشرون بهذا المبدأ الشرعى إلى الثورة الفرنسية أو إعلان حقوق الإنسان الذى أصدرته الأمم المتحدة بعد ذلك – ويتجاهلون سبق الشريعة إلى ذلك – لأنهم يريدون لشعوبنا أن تكون عالة على الثقافة المستوردة وتعزل نفسها عن أصول شريعتها وتقاقيتها وعقيدتها بل وتاريخها كله .

وتمتاز شريعتنا بالتنوع في طريقة التنفيذ، فقد حرص المشرع الإلهي على فرض العقوبة بنصوص قرآنية بالنسبة لعدد محدود من الكبائر، وهى الجرائم التي تدخل في نطاق الحدود والقصاص – أما النصوص (الشرعية) التي يستند إليها في تحريم "التعازير"، فإنما جاءت عامة تكشفى بيان المعاصى والمخرمات من الأفعال في الأحكام التكليفية، وتركت للمجتهدين تحديد ما يُعاقب عليه منها، كما حدّدت مجموعة من العقوبات يختار أهل الاجتئاد منها ما يناسب كل زمان ومكان .

ونحمد له حرصه على تعريف القاعدة بأنها "لا جريمة ولا عقوبة إلا بتص" لأن هذا هو المبدأ الذى يعرفه أساتذة القانون الوضعي ودارسوه وطلابه . لكن الواقع أن المبادئ الشرعية المذكورة في مستهل البند ٨٧ فيما سبق، والتي نقلها عن فقهائنا: "لا حكم لأفعال العقلاة قبل ورود النص"، "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، هي التي تتفق مع أصالة فقهنا وتدريج مصادره وتفاوتها .

إن القوانين الوضعية لا تعرف إلا نصاً واحداً هو الذي تصدره الدولة – أما فقهنا فإن النصوص "الشرعية" يقصد بها نصوص الكتاب والسنة فقط، وكل الأحكام الفقهية يجب أن تستمد منها مباشرةً أو بطريق غير مباشر بالاجتئاد أو القياس بجميع أنواعه .

وإذاً كنا نحن نرى وجوب تقيين الفقه الجنائى، فليس معنى ذلك أن نصوص التقنين تغنى عن الاستباط من النصوص الشرعية أو تخل محلها – بل إن التقنيات تبقى في نظرنا نصوصاً فقهية مثل نصوص كتب الأئمة والفقهاء – كل ما هناك أنها تصاغ في صورة مواد وأبواب وفصول لتسهيل ضبطها والرجوع إليها – وقد قام كثير من فقهائنا بنظام أحكام الفقه شرعاً – وهذا التقنين هو النظم الذي توصلت له العلوم القانونية العصرية وتعوده الجمهور والأساتذة والباحثون، فمن الأولى تقديم فقهنا لهم في هذه الصورة العصرية – دون أن يكون ذلك سبباً لتحويلها إلى قوانين وضعية، بل تبقى فقهاً مستبطة من النصوص الشرعية بطريق غير مباشر.

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 بخلاف من تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم ..
وجرائم الحدود سبع : ١٨-

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

ففي جريمة الزنا يقول الله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرِبُوا الزِّنَة﴾ [الإسراء: ٣٢]. ويقول : ١٩-
﴿الزانية والزاني فاجلدوه كُلَّ واحدٍ مِّنْهُمَا مائة جلدٍ﴾ [آل عمران: ٢٠]. ويقول الرسول ﷺ :
”خذدوا عني فقد جعل الله هن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والشيب بالشيب
جلد مائة ورجم بالحجارة”. فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالترغيب والجلد
والرجم، وهي كل العقوبات -٢٠- المقررة للزنا في الشريعة ...

الصدر تعليق "رقم-١٨-": ذكرنا آنفاً أن الفقه الجعفري يضيف إلى ذلك ثلاثة جرائم وهي
اللواء والمساحقة والقيادة ...

الشاوي رأينا في "تعليق-١٨-": ما قاله في التعليق سبق أن عارضناه في مناقشتنا للتعليق رقم-٦-
على البند (٥١) ...

الصدر تعليق "رقم-١٩-": ويقول تعالى في سورة الفرقان (٦٨ ، ٦٩) في صفات المؤمنين :
﴿وَلَا يَزِنُونَ وَمَنْ يَفْعُلُ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً * يَضَعُفُ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدُ فِيهِ مَهَانَا﴾.

الشاوي رأينا في "تعليق-١٩-": يشير إلى نصوص أخرى يرى أنها تحرم الزنا وتعاقب عليه ...

الصدر تعليق "رقم-٢٠-": وفي الفقه الجعفري عقوبة أخرى هي القتل، وهو عقوبة للزاني في
ثلاث حالات. الأولى : من زنى بإحدى محارمه فإن حده القتل، للحديث المعتبر المروي عن
أحد الإمامين : إما محمد بن علي الباير، وإما جعفر بن محمد الصادق، إنه (ع) قال : "من زنى
بذات محرم حتى يوقعها ضربة بالسيف". ويشهد لصحة هذا الحكم من طرق حفاظ
السنة والجماعة ما في الجزء التاسع من كتاب المغني لابن قدامة ص/٢٦ عن الجوزجاني وابن
ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ . "من وقع على ذات محرم فاقتلوه". =

= الثانية : الكافر إذا زنى غير المسلم بمسلمة فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن حده القتل وإن لم يكن محسناً، ويدل على ذلك الخبر المعتبر الذي يرويه حنان بن سدير عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع). أنه سُئل عن يهودي فجر بمسلمة فقال : يُقتل ...

ويشهد لصحة هذه الفتوى ما اتفق عليه المسلمون من أن الكافر لا يصح له السكينة في بلد الإسلام إلا مع الالتزام بشرط النذمة التي منها ألا يفسد نساء المسلمين، فإذا زنى بمسلمة فقد خالف هذا الشرط وخرج عن النذمة فيجب قتله ..

الثالثة : الحالة الثالثة التي يكون حد الرأي فيها القتل هي ما لو أكره الرجل امرأة فزنا بها، يدل على صحة هذه الفتوى أخبار معتبرة مروية عن أئمة أهل البيت (ع) منها خبر العجمي المعتبر الذي يرويه عن الإمام محمد بن علي الباقر (ع) أنه سُئل عن رجل اغتصب امرأة فرجها، قال يقتل محسناً كان أو غير محسن. ويؤكّد صحة هذا الرأي ما في كتاب أعلام الموقعين لابن قيم ص/٣٧١، قال : خرجت امرأة تريد الصلاة فتحللها رجل فقضى حاجته منها، فصاحت وفر، ومر عليها غيره فأخذوه فظلت أنه هو، وقالت هذا الذي فعل بي، فأتوا به النبي ﷺ فامر برجهه، فقام صاحبها الذي وقع عليها فقال أنا صاحبها. فقال لها النبي ﷺ: اذهي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولاً حسناً فقالوا ألا تترجم صاحبها؟ فقال : لا لقد ثاب توبية لو تاماً أهل المدينة لقبل منهم ..

وذكر ابن قيم أن هذا الحديث ذكره أ Ahmad والسنن، ومن البديهي أن الرواية دالة على أن عقاب المكره القتل محسناً كان أو غير محسن، فإن النبي ﷺ لم يستفسر عن إحسان الرجل الأول وعدم إحسانه حينما أمر برجهه، كما أن الصحابة لم يسألوا عن إحسان الرجل الثاني وإنما طلبوا رجنه، وما ذلك إلا أن المترکز في أذهانهم أن عقاب المكره القتل، وقد أمضى النبي ﷺ ما في أذهانهم وعمل عدم قتله بتعنته ...

نعم إن الرواية ظاهرة في تعين الرجم، والأخبار التي ذكرناها آنفاً ظاهرة في عدم وجوبه، وإذا أردنا أن نأخذ محتوى الدليلين فإن ذلك يقتضي الحكم بالتخير بين القتل والرجم ...

هذه أدلة لزوم القتل في الصور الثلاث، وإن لم يكن محسناً، وهذا هو الموفق للذوق السليم أيضاً، فإن الزنا بالخمار أكبر ذنب وأعظم وزراً، ومتي ما عظم الجرم فلا بد وأن يعظام الحد، كما أن في زنا الكافر بالمسلمة تحدياً للمسلمين وخرجاً عما يجب عليه تجاههم، فكان اللازم أن يزيد عقابه على عقاب الكافر لوزني بكافرية، أو عقاب المسلم إذا زنى بمسلمة ...

أما من أكره امرأة وزنى بها فهو يجمع بين جرمين وقد اقرف ذنبين فكان لابد من تشديد عقابه، بل يمكن المصير إلى أن هذا الفعل داخل في الإفساد، وأن عامله من يصدق عليه أنه يسعى في الأرض فساداً.

عودة

وفي جريمة القذف يقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْخَصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شَهَدَاءٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدًا وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبْدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤]. فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد، وبعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين .

= رأينا في "تعليق -٢٠-": إنه يفرق بين عقوبة الرجم وعقوبة القتل مع أن التفرقة في نظرنا محضورة في أداة تنفيذ العقوبة لا في نوع العقوبة، وقد أشرنا إلى أن تحديد أداة القتل لا يلزم فيه نص. ثم إنه يشير إلى أن الفقه المجري يوجب عقوبة القتل في ثلاث حالات من زنا غير المحسن أو المحسن، ومعنى ذلك أفهم أضافوا ثلاثة ظروف توجب تشديد عقوبة الزنا المنصوص عليها في القرآن، وهي: كون المرأة محرماً للزاني، وكوتها مسلمة وهو كافر، وكون الفعل وقع بالإكراه . ويمكن الاعتراض على هذا الرأي لأنه يضيف ظرفاً مشدداً لعقوبة حدية، قياساً على الإحسان الذي هو الظرف المشدد الذي يستوجب القتل رجحاً على الرأي الراجح في الفقه، وقد سبق أن قلنا إن العقوبات الحدية لا يجوز التوسيع فيها بطريق القياس لأن الواجب هو تضيق نطاقها لا توسيعه. يضاف لذلك أن فقهنا فيه رأى بأن عقوبة الزنا في جميع الحالات هي ما نصت عليه آية النور (مائة جلد) سواء كان الزاني محسناً أو غير محسن، وقد رجحنا هذا الرأي؛ لأنه لا يجوز القول بأن النص القرآني قد نسخ جزئياً بما يسب إلى السنة من حوادث (رجحنا أن تكون سابقة على نزول الآية الكريمة لا بعدها) ...

ومع ذلك، فإننا نرى أن الظروف المشددة التي ذكرها، وكذلك ظرف الإحسان تستوجب تشديد العقوبة، لأن الزنا فيها مفترض بجريمة أخرى أشد منه (وإن كانت عقوبتها التعزير)، وهي: الخيانة الزوجية في حالة الإحسان، والإكراه في الاغتصاب، والمدعوان على المحارم أو الفساد في الأرض بعدهما غير مسلم على عرض مسلمة مخالف بذلك عقد الذمة أو الأمان أو حرمة المسلمين جيئاً وكمراً لهم ...

وما ذهب إليه الشيعة من فرض عقوبة القتل بسبب هذه الظروف المشددة بجريمة الزنا يتفق مع منطق من يقولون بأن الرجم هو الحد في زنا المحسن كما يقول كثيرون ... أما الذين يذكرون هذه العقوبة ويتمسكون بعموم نص القرآن الذي فرض عقوبة الجلد، فإن التشديد الذي يمكن قوله في هذه الأحوال يكون بزيادة عدد الجلدات طبقاً للمبدأ الذي دافعنا عنه من قبل، وهو أن العقوبات الحدية هي العقوبات القصوى في الجرائم المقرر لها، ولا يجوز فرض نوع من العقوبات أشد منها في تلك الجرائم، ونحن نرجح هذا القول ...

٥٥

وفي جريمة الشرب يقول ﷺ : «إِنَّ الْخَمْرَ وَالْمَيْسِرَ وَالْأَنْصَابَ وَالْأَزْلَامَ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ» [المائدة: ٩٠]. ويقول الرسول ﷺ : «كُلُّ مَسْكُرٍ حَرَامٌ». ويقول : «مَا أَسْكَرَ كَثِيرٌ فَقْلِيلٌ حَرَامٌ». وهذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات ...

أما العقوبة، فقد عين النبي ﷺ نوعها بقوله : «اضربوه». ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديداً قاطعاً. وقد روی عنه أنه ضرب أربعين في الخمر، وروي عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد. وفي عهد عمر (رضي الله عنه) أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على القاذف، لأن الشارب إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، فالعقوبة إذن تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة؛ -٢١- وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع، أي أن السنة والإجماع يقوم كلامهما مقام النص على العقوبة... وفي جريمة السرقة يقول ﷺ : «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطُعُوهُمَا جَزاءُ مَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ» [المائدة: ٣٨]. فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها ...

وفي جريمة الحرابة يقول ﷺ : «إِنَّ جَزَاءَ الَّذِينَ يَحْرَابُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُصْلَوُوا أَوْ تُقطَّعَ أَيْدِيهِمْ أَوْ رُجْلُهُمْ مِّنْ خَلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خَزِيٌّ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» [المائدة: ٣٣]. فهذا النص يحرم الحرابة والسعى بالفساد في الأرض، ويعاقب على ذلك بالتنفي والقطع والقتل والصلب ...

الصدر

تعليق "رقم-٢١-": لا يعتمد علماء الشيعة على إجماع الصحابة ما لم يكن سبباً لحصول العلم برأي المعمور، وهذا الشرط متتحقق في هذا الإجماع على ما تشهد به الروايات من أن أمير المؤمنين علي (ع) هو الذي أشار على الخليفة الثاني بذلك و قوله (ع) حجة، إذ لا ريب عند الشيعة الإمامية في عصمة آئمه أهل البيت الاثني عشر (ع) ...

الشاوي

رأينا في "تعليق-٢١-": ما قاله سبق أن ناقشناه في تعليقه رقم (٥٩) على البند (٨٠)، وعارضنا أقواله بشأن ما يقصد بإجماع الصحابة واجتهادهم، وكذلك بشأن عصمة الإمام علي بن أبي طالب وآل البيت التي لا يعترض بها الفقه السنوي ...

عوذه

وفي جريمة الردة يقول الله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَجَّلُ إِلَيْهِ الْإِسْلَامَ فَلَنْ يَقْبَلْ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥]. ويقول تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدُّ مِنْكُمْ عَنْ دِيْنِهِ فَمَتْ وَهُ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبَطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ﴾ [البقرة: ٢١٧]. ويقول النبي ﷺ: "من بدل دينه فاقتلوه". ويقول أيضاً: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الشيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة". فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل.

وفي جريمة البغي يقول تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَاقْتُلُوهُمَا اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يَعْمَلُونَ﴾ [الحجرات: ٩]. يقول النبي ﷺ: "من أتاكم وأمركم على رجل واحد -٢٣- يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه" ...

الصر تعليق رقم ٢٢-٢-: لا تخص الآية المباركة بجريمة الردة، لما فيها من الحكم بأن الله تعالى لا يقبل غير الإسلام ديناً، وهي شاملة للمرتد عن الإسلام وللكافر الأصلي. وبدل على حكم المرتد عن الإسلام جملة من الأخبار المعتبرة عند الشيعة الإمامية المروية عن أئمتهم (ع). فمنها ما روی عن الإمام محمد بن علي الباقي أنه قال : "من رغب عن الإسلام وكفر بما نزل على محمد ﷺ فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسم ما ترك على ولده". ومنها ما روی عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال: "كل مسلم بين المسلمين ارتد عن الإسلام وجحد محمداً بنبيه وكذبه، فإن دمه مباح لكل من يسمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه يوم ارتد، فلا تقربه، ويقسم ماله على ورثته، وتعتذر امرأته عدة المتوفى عنها زوجها وعلى الإمام أن يقتله" ...

الشاوي رأينا في "تعليق ٢-٢-": رأيه يوافق رأي فقيهنا بشأن ما يرتبونه على الردة، وما يترب عليهما من إهانة، ولكن لنا رأياً يتعلق بالإهانة عموماً يختلف عن رأيهم كما سوواضحة في حينه.

الصر تعليق رقم ٢٣-٢-: المراد به رئيس الدولة الإسلامية بحق المطبق للإسلام والسائر على هدفه، والمأمور بقتله من لا يتبع سنة الله ولا يستثير بها، كما يشهد لذلك ما روی عنه ﷺ أنه قال: "قد كتب على المؤمنين الجهاد في الفتنة من بعدي، كما كتب عليهم الجهاد مع المشركين معي". فقال السائل: يا رسول الله ما الفتنة التي كتب علينا فيها الجهاد؟ قال ﷺ: "فتنة قوم يشهدون أن لا إله إلا الله، وأي رسول الله وهم مخالفون لستي، طاغيون في ديني". قال السائل: قلت: فعلام نقاتلهم يا رسول الله وهم يشهدون أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله؟ فقال: "إحداهم في ديني وفراهم لأمري".

الشاوي رأينا في "تعليق ٢٣-٢-": ومع ذلك فنحن نشكر للسيد الصدر حرصه على تذكيرنا بمبدأ أنه لا توجه قمة البغي طبقاً للحديث الشريف المذكور في المتن إلا من يخرج على إمام شرعي مطبق للإسلام وملزم بشريعته، وأول أحكامها أن الأمر شوري وليس بالغلب والقوة ...

عوده

يقول ﷺ : "ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان". فهذه النصوص تحرم بغي طائفه، وتجعل جزاء البغي القتال والقتل حتى يفزع الباغي 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 تعينا دقيقاً بحيث لم تترك للقاضي أي حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكماً وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدفين، فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها، ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو الجرم أي أثر على عقوبات جرائم الحدود كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات^{٤-٢} - ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حق الله إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها.

الصدر

تعليق "رقم-٤-٢": مع عدم توبه الجرم، أو مع توبته بعد ثبوت الجرم عليه بالبينة ... أما لو تاب قبل ثبوت الجرم عليه فلا إشكال في سقوط الحد عنه، وأما لو تاب بعد ثبوت الجرم بالإقرار، فيتغير الحكم الشرعي بين إقامة الحد عليه وبين العفو عنه، وقد مر عليك ذلك آنفاً، وقد ذكرنا موافقته للذوق السليم ...

الشواوى

رأينا في "تعليق-٤-٢": أنه خاص بأثر التوبة في سقوط العقوبة في الحدود عموماً، وليس فقط في عقوبة البغي، وهذا أيضاً موضعه في القسم الخاص، وقد سبق أن ذكرنا رأينا مقدماً في تعليقنا السابق على البند (٧٤) ...

وسوف نتوسع في موضوع أثر التوبة في حاشية البند (٥٢٠) فيما بعد .. كما نلاحظ أن المعلق الشعبي كان دقيقاً في موضوع العفو، فأشار إلى حق (الحاكم الشرعي) وعتقد أنه يقصد بذلك المجتهد سواء كان قاضياً أو فقيهاً - وهذا هو رأينا - في حين أن فقيهنا في الصلب يشير إلى حق (السلطة التنفيذية) - ونحن لا نرى الاعتراف للسلطة التنفيذية بحق العفو - إلا إذا كان الذي يولي تنفيذ العقوبة قاض مجتهد. (تراجم حاشيتنا ورأينا على البند ٥٢ فيما سبق).

٩١ - مبدأ الشرعية في "الحدود" :

قلنا من قبل إن الحدود هي عقوبات معينة قصوى، وليس جرائم منفصلة عن غيرها، بل هي كلها أفعال يُعاقب عليها في الأصل بالتعزير كغيرها من الجرائم - وكل ما هنالك أنه تطبق عليها عقوبة "الحد" بحسبها حدا أقصى عندما توافر شروط معينة تكون "ظفرا مشددا" يجعلها إحدى الكبائر الشرعية .
واهتمام الفقه بدراسة هذه الجرائم إنما هو نتيجة حتمية لاهتمام القرآن بها، وسنرى أن ذلك واجب، ولكنه لا يعني في نظرنا إهمال "التعازير"^(١) لأنها هي الأصل العام في نظرنا .

إننا لا نجاريه فيما قاله من أن شريعتنا لم تترك للقاضي حرية في التقدير لتطبيق هذه العقوبات الخدية، لأن توسيع سلطة القضاء في التقدير مبدأ عام أصيل في الشريعة وفي الحدود يعبر عن ذلك بعدها "ادرعوا الحدود بالشبهات" .

إن لنا تحفظا على القول بأن المشرع بإيراد النصوص التي تحدد كل جريمة وعقوبتها من حيث النوع والمقدار لا يترك للقاضي أي حرية في اختيار نوع العقوبة أو مقدارها، وأن ذلك في نظره يجعل هذه العقوبات ذات حد واحد، لأننا قلنا إن هذه الجرائم هي في نفس الوقت جرائم تعزير، كل ما هنالك أنه توافر فيها ظرف مشدد يستوجب القضاء بأقصى العقوبة بسبب هذا الظرف. أما إذا لم يوجد الظرف المشدد، أو وجدت شبهة في وجوده، فإن الفعل يبقى جريمة يعاقب عليها بالتعزير. ونرى أن المبدأ الشهير الذي يقضى بدرء الحدود بالشبهات، إنما قصد به إعطاء القاضي حرية كبيرة في تقدير الظروف الخاصة التي يمكن أن تستبعد الظرف المشدد واستبعاد الحد الأقصى للعقوبة والاكفاء بالتعزير

(١) أشار الفقيه إلى هذا الإهمال ثلاث مرات في صفحة واحدة بالبند (68).

إننا لا نجاري الفقهاء الذين اتجهوا إلى إعطاء جرائم الحدود طبيعة خاصة لها، والفصل بينها وبين الجرائم الأخرى بادعاء أنها -وحدها- هي التي تُعد حقوقاً لله أو المجتمع (تمييزها عن جرائم القصاصين التي يدعون أنها لصالح الأفراد) أو يدعون أن عقوباتها ذات حد واحد لا تقدر للقاضي في فرضه (تمييزها عن التعازير التي يتركوها للقاضي).

الحدود في القرآن شاملة لجميع الأحكام الشرعية :

لقد ورد تعبير "حدود الله" في القرآن الكريم في أربعة عشر موضعًا في السور الآتية: البقرة والنساء والتوبه والجادلة والطلاق⁽¹⁾ – وكلها تعنى أحكام الله أو أحكام الشريعة كلها، وليس فيها أي إشارة إلى العقوبات الجنائية التي تعرف في الفقه بالحدود.

فتخصيص هذا المصطلح بنوع معين من العقوبات الجنائية لا يعني أن لها خصائص مختلفة تماماً عن الجرائم الأخرى – إذ إن القرآن ذاته استعمل هذا الاصطلاح للإشارة إلى مجموع الأحكام الشرعية دون تمييز . ومعنى ذلك أن أحكام هذه الجرائم لا تفصل عن الأحكام الأخرى ولا تغنى عنها ...

يظهر لي أن تخصيص هذا المصطلح بنوع من العقوبات الجنائية قد استحدث في عصور المحرف فيها كثير من الحكام عن الالتزام بمبادئ الشريعة، وبخاصة مبدأ الشوري حرية البيعة التي لا تجيز الاستيلاء على الحكم بالقوة أو الغلب، وتنكروا لأصولها التي تحمى حرمات الأفراد وحقوق الإنسان وحرياته، وتولى كثيرون السلطة عنوة واستعملوا التهديد والقتل والبغى وسيلة لإلزام الناس بالبيعة مكرهين

ويظهر لي أنهم شغلوا الناس بتطبيق الأحكام الشرعية على جرائم بعض الأفراد، وحرضوا على إهانتها وإجراءات مظهرية حتى لا يترکوا للناس فرصة للمطالبة بتطبيق أحكام الشريعة عليهم أيضاً وعلى أعواهم ومحاسبتهم عن اخرافهم وجراحتهم .. وكان يلزم لذلك في نظرهم تضخيم العقوبات الجنائية على بعض جرائم الأفراد العاديين الحكومين وشغلوا الناس بها، حتى أصبح كثير من الناس يظنون الآن أن التشريع الجنائي الإسلامي محصور في تطبيق هذه الحدود وحدها، وكان ذلك وسيلة لصرف الناس عن المطالبة بتطبيق "حدود الله" بالمعنى الأوسع، أي شريعته كاملة في عمومها وتوارثها الذي يستلزم تطبيق مبادئ شريعتنا الشاملة الكاملة والعقارب على جميع الاعتداءات على حقوق الإنسان سواء وقعت من الحكام أو الحكومين . وبذلك، اكتفت الشعوب بطاردة الأفراد المتهمن بجرائم فردية عن المطالبة بمحاكمة الرؤساء والأمراء وأعواهم عن أفعالهم وظلمهم.

وما يؤسف له أنه نتج عن ذلك أن بعض العامة عندما يسمع المطالبين بتطبيق أحكام الشريعة والالتزام بها، ينصرف ذهنهما مباشرة إلى الحدود الجنائية التي تطبق على الأفراد دون غيرها من مبادئ الشريعة ومقاصدها وأصولها وأحكامها الشاملة التي توجب معاقبة المستبددين وأعواهم كغيرهم من الناس على كل عدوان على حقوق الإنسان .

(1) تراجع في سورة البقرة الآية رقم (187)، والآية رقم(229) التي ورد فيها هذا الاصطلاح أربع مرات والآية رقم (230) التي ورد فيها مرتين . وفي سورة النساء الآيات (13، 14)، وفي سورة التوبه الآيات (112و97)، وفي سورة الجادلة الآية (4)، وفي سورة الطلاق الآية (1) (مرتين).

بعض النظم تكتفى بتطبيق العقوبات الحدية وتميل الأحكام الشرعية الأخرى :

بل إن بعض نظم الحكم التي تعلن أنها تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، تبدأ بتطبيق الحدود الجنائية على جرائم الأفراد، وغالباً تقف عند ذلك وتكتفى به، حتى إن بعض أعداء الإسلام بدءوا يظلون أو يدعون أن الشريعة ليس فيها من الأحكام سوى هذه العقوبات، كأنهم لم يسمعوا بغيرها. وكثيرون منهم يعترضون على المطالبة بتطبيق الشريعة ويقصدون تعطيل الحدود؛ ويزداد غلوهم في مهاجمتها مدعين أنها تقف في تطبيقها عند معاقبة المتهمين من الحكومين في الجرائم التي يرتكبها الأفراد العاديون، ولا تطبق أحكامها على الحكام وأعوانهم الذين يرتكبون الجرائم الكبرى، مثل: تعذيب المتهمين، وتروير الانتخابات، وأكل السحت عن طريق استغلال النفوذ والسطو على بيت مال المسلمين وإساءة التصرف فيه واحتلاس المال العام، بل وتعطيل الدساتير أو قلب نظام الحكم بالمؤامرات والعنف ... وما يتبع ذلك من السيطرة الباغية واحتكار سلطات الدولة بالبطش والقهر والبغى...

في عصرنا الحاضر، نرى أن بعض الحكام يتباهون بأنهم وحدهم يطبقون الشريعة عن طريق تنفيذ عقوبات الحدود في جرائم الأفراد، مثل السرقة وشرب الخمر والقذف والردة، كأنهم مؤهلون لتطبيق الشريعة على غيرهم ولا يوجد من يطبقها عليهم، ونجد هم يغالون في تطبيق بعض الأحكام على من يعارضون نظامهم ويتقدون طغيانهم بتهمة التآمر أو المعارضة التي يجعلونها مبرراً لتوجيه حد "الحرابة" أو جريمة البغي؛ ويجدون من "فقهاء السلاطين" من يشجعونهم على ذلك ويررون لهم هذا المسلك ... دون أن يطالبوا بمحاسبة الحكام الظالمين وأعوانهم من المنافقين والمتغعين ومعاقبتهم على الجرائم التي يرتكبونها والظلم الذي يمارسونه.

ولتفادي ذلك، نرى أن كثيرين أصبحوا يرون أن تطبيق العقوبات الحدية الجنائية على جرائم الأفراد لا يجوز أن يبدأ فيه إلا بعد استكمال تطبيق أحكام الشريعة الأساسية ومبادئها العامة التي تضمن صلاح المجتمع ومسؤولية الحكم لدى تختار الأمة لمارسة السلطة من يكونون جديرين بذلك في مستوىهم الأخلاقي، وضمان حق الجماعة في إيجاد هيئة يمكنها محاسبتهم على اخرا فاهم عن الأحكام الشرعية ليكونوا هم أول من تطبق عليهم العقوبات الشرعية والحدود بالذات قبل أن يدعوا لأنفسهم الحق في تطبيقها على غيرهم وهم ليسوا أهلاً لذلك لأنهم يتحصنون وراء النفوذ والسلطة التي اغتصبوها

دَرْءُ الْحَدُودِ بِالشَّهَمَاتِ يَعْطِيُ لِلْقَضَاءِ وَالْإِجْتِهادِ سُلْطَةً تَقْدِيرٍ وَاسِعَةً :

ويحتكرون مال المسلمين الذى استولوا عليه بالانقلاب والغدر والثامر ... ويفرضون بقاءهم في مقاعد السلطة واحتقارهم لها باستغلال أموال الدولة ونهاها واتخاذها أداة لتكوين جيش من المنافقين والأعون وحراس الجنود والمنتفعين المستغلين الذين يضللون العامة ويخذلوكها بواسطة الأكاذيب والفتاوی المغرضة التي تروجها أجهزة الإعلام والنشر حتى لا تقاوم الشعوب بغير المستبددين من الحكام وأعوانهم .

* * *

لقد عرَّفَ الشهيد عوده الحدوه بأنها "عقوبات" مقدرة حقا لله تعالى⁽¹⁾، وبنى على ذلك قوله إن سلطة القاضى في الحدود محصورة في النطق بالعقوبة المقررة لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها⁽²⁾، وليس له أن يستبدل بها عقوبة أخرى، وليس له أن يوقف تنفيذها، وقد جرى على ذلك فعلاً كثيراً من الفقهاء - ولكننا لا نوافق على ذلك لأننا نرى أن القاضى عندما يحاكم إنساناً عن الجريمة يجب عليه أن يأخذ في حسابه العوامل الشخصية والظروف الاجتماعية التي دفعته للجريمة. وإذا كان الفقهاء لم يتكلموا عن الظروف المخففة في الحدود، فذلك لأنهما تدخل في نطاق الشهادات التي تسقط الحدود ويكتفى بالتعزير، ثم إنهم يعتقدون أن موضوع الظروف المخففة يدخل في نطاق السلطة التقديرية الواسعة للقاضى دون حاجة لنص بذلك كما في القوانين الوضعية .

يؤيد رأينا أنه أشار إلى المبدأ المشهور وهو درء الحدود بالشهادات. وفي موضع آخر أشار إلى ما استقر عليه الفقه من أنه في حالة سقوط الحد أو تعذر تطبيقه لأى سبب، فإن للقاضى أن يطبق على المتهم عقوبة تعزيرية... ومعنى ذلك أن الحدود تكون واجبة استثناء عندما يجب الحكم بالحد الأقصى للعقوبة في الجريمة لكن الحد الأدنى هو ما تحييه العقوبة التعزيرية كلما وجدت شهادة.

الظاهر أنه إنما قصد بذلك تقييماً عن التعازير التي يكون للقاضى المختهد فيها سلطة واسعة في تحديد الجريمة و اختيار نوع العقوبة، لكن ليس معنى ذلك في نظرنا أن شخصية الجاني وظروفه لا أثر لها عند محكمة في جميع الجرائم .

في نظرنا أن المبدأ المشهور "ادرعوا الحدود بالشهادات" يتسع لمراعاة الظروف المخففة والأعذار القانونية على سواء، كل ما هنالك أنه في حالات وجوب الحد وتوفيق جميع شروطه يكون الحكم بالحد الأقصى حتمياً وهذا أمر له مثيل في القوانين الوضعية .

(1) البند 51 .

(2) عبر عن ذلك بالقول بأنه ليس لها حد أدنى ولا أعلى، في حين أنه (في البند 98) يقول إن المذهب الأربعية تحيي أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد .

كل جريمة حدية هي في الأصل تعزيرية لكن أضيف لها ظرف مشدد :

في رأينا إذن أن الحدود كعقوبات هي الحد الأقصى للعقوبة الواجب الحكم بها على الجاني بمقتضى نص شرعى بشأن جرائم معينة تُعد مهددة لكيان المجتمع وأصول نظامه عندما تتوافر فيها ظروف مشددة، وهذه الجرائم هي أفعال محمرة ومعاصٍ تستحق في الأصل كفيراًها من الجرائم عقوبة تعزيرية، إلا أنها تميّز عن غيرها بوجوب الحكم بالعقوبة الحدية عندما تتوافر ظروف معينة في الجاني أو المجنى عليه أو الفعل المكون للجريمة، بل لقد ذكر أن المذاهب الأربعة اتجهت إلى جواز أن يضاف التعزير إلى عقوبة الحد الأقصى أو القصاص⁽¹⁾.

وهذا يؤكّد ما قلناه من أن التعزير هو الجزاء الأصلي في جميع الجرائم . ولذلك كان من المؤكّد أنه في حالة عدم الحكم بعقوبة الحد الأقصى لأى سبب من الأسباب رغم ثبوت أركان الجريمة التعزيرية، فإن هذا لا يمنع تعزير الجاني، فالحد الأدنى للعقوبة في تلك الجرائم في الحقيقة هو الحد الأدنى في عقوبات التعزير، وهذا معناه أن الأصل في كل الجرائم أن عقوبيتها ذات حد أقصى وحد أدنى، وإن كان الحد الأقصى واجب الحكم به عند توافر ظرف مشدد معين حدده الشارع الحكيم في الجرائم التي نسميها جرائم الحدود في حالات معينة وظروف خاصة .

ومهمة الفقه والقضاء هي استخلاص الظرف الذى استوجب التشديد، وعليها دراسة كل جريمة من هذه الجرائم لمعرفة الظرف المشدد الذى يستوجب الحكم بالحد الأقصى، وعلى القاضى التأكّد من أنه لا شبهة في توافر هذا الظرف المشدد ...

لقد حرص على الإشارة إلى ما تراه بعض المذاهب من أنه يجب أن يضاف لعقوبة الحد الأقصى إحدى عقوبات التعزير إذا لزم الأمر ... ونحن لا نقر هذا الرأى لأنه يتعارض مع ما قرره من أن عقوبة الحد (عندما توافر شروط وجوب الحكم بها) عقوبة حدية أى ذات حد واحد ... وإذا كان البعض يفهم من ذلك أنه لا يجوز التزول عنها فيجب أولاً في نظرنا القول بأنما لا تجوز الإضافة إليها أو الزيادة عليها⁽²⁾ .

كما أنها نفضل الرأى القائل بأن عقوبة التعازير لا يجب أن تجوز أن تصل إلى توقيع مثل هذا النوع من العقوبات الحدية، لأن هذا يتعارض مع مقصد الشريعة في تمييز هذه الجرائم ذات العقوبات الحدية عن غيرها (عندما توافر لها شروط وظروف معينة) بعقوبات قصوى أى أنه عد تلك العقوبات خاصة بها دون غيرها .

لذلك فإننا نؤيد رأى القائلين بعدم إمكان توجيه عقوبة القتل في التعازير (ويسمونه القتل سياسة)، رغم أن الشهيد عوده أورد الرأى المخالف دون أن يسجل اعتراضه عليه،

(1) نرى أن ما يضاف إليها يدخل في نطاق تدابير الرقابة - مثل تغريب المحكوم عليه بالحد في عقوبة الزنا حتى تحول دون عودته إليها، وكذلك التدابير التعبدية التي تدخل في هذا النطاق.

(2) يراجع المأمور السابق وص ب 52 في البند 98 فيما بعد .

نؤيد القول بعدم جواز القتل سياسة :

ونحن نضيف أن القول بجواز القتل في التعازير قد فتح الباب لبعض المستبددين لاستباحة قتل خصومهم ومعارضيهم (سياسة!) كما فعلوا مع فقيهنا وغيره. والقاعدة الأساسية هي ما قرره (في ص ب 34) من أن كل تلف أو جرح (لم يحدد لها الرسول دية أو أرشا) فيه حكمة - وعرف الحكومة بأنها ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة - بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة (التقدير) إلى الدية أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة.

تخصيص القاعدة الأصلية العامة (المتعلقة بسلطة القاضي التقديرية) بأنها لا تطبق إلا في الحالات التي لم يحدد لها الرسول دية أو أرشا، فهذا محل نظر، لأننا غيل إلى القول بأن ما حدده الرسول (ص) هو الحد الأدنى يعني أنه لا يجوز أن يقل عن هذا المقدار الذي يستوى فيه جميع البشر طبقاً لمبدأ المساواة الإنسانية، لكن لا نرى حرمان الفقيه المجتهد من تقرير تعويض إضافي إذا رأى أن الضرر يتتجاوز مقدار الدية. وعلى كل حال فهذارأى يحتاج إلى مزيد من المناقشة والتمحیص، وكل ما نرجوه أن يكون محل تقدير من أهل الاجتهاد.

والظاهر أنه يساير بعض الفقهاء الذين يرون أن كل عقوبة حدية (بما في ذلك القصاص والديات) هي عقوبات ذات حد واحد، ويعتقدون أن الغلو في تأكيد ذلك فيه مزيد من احترام النصوص وتقديسها. لكن هذا لا يعني أن الجرائم التي تطبق فيها تلك العقوبات لا يطبق فيها غيرها من التعازير كلما تعطل تطبيق الحد أو القصاص بسبب مشروع، ولا أن تضاف بعض التعازير إلى العقوبة الحدية في حالات معينة.

وقد لاحظنا من قبل أن هذا القول فيه تجاوز لمبادئ عديدة - منها فتح باب التورية والتشجيع عليها - ومبدأ توسيع سلطة القضاء في التعازير ووجوب التعزير في حالة امتناع الحد لوجود شبهة - مع ضرورة إعطاء فكرة الشبهة المرونة الكافية التي تناسب مع الاتجاه الشرعي لتوسيع مجال الاجتهاد للفقه والقضاء⁽¹⁾.

إن ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل بالنسبة لجميع الجرائم لا يقصد به فقط أنه يطبق في حالة تuder توقع العقوبات الحدية لعدم توافق الشروط التي تلزم لذلك، بل يقصد به كذلك أن المبادئ التي وضعها الشارع للتعازير هي المبادئ العامة التي يجب مراعاتها في جميع الأحوال بقدر المستطاع .

(1) أمرت السنة بالاحتياط في توقع العقوبات الحدية، فقد ورد في حديث رواه عائشة أم المؤمنين وأخرجه الترمذى قوله : "إدرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". وإذا كان الرجز بالشدة في الحد المقرر بالنص، فلا بد من التخفيف بالاحتياط في الإثبات .

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

٩٦- **أثر القاعدة في جرائم القصاص والدية :** طبقت الشريعة قاعدة **عوده** أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص-٢٥- تطبيقاً دقيناً في جرائم القصاص والدية، وليس أدلة على ذلك من استعراض الصووص التي وردت في هذه الجرائم ...
واجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمداً، والجرح العمد ...

أما جرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفى عن القصاص-٢٦- أو امتنع القصاص لسبب شرعي، ثم القتل شبه العمد، والقتل الخطأ، وإتلاف الأطرف خطأ والجرح الخطأ ...

ففي جريمة القتل العمد يقول **ﷺ**: «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق» [الإسراء: ٣٣]، ويقول : «يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأئمّة بالأئمّة فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه يا إحسان» [البقرة: ١٧٨]، ويقول جل شأنه : «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس» [المائدة: ٤٥]، ويقول **ﷺ**: «من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قود به إلا أن رضى ولي المقتول».٢٧-. ويقول : "من قيل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبا فالقد (أي القصاص) وإن أحبوا فالعقل (أي الدية)" .

تعليق رقم ٢٥-: بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً ...

الصدر

تعليق رقم ٢٦-: وطالب "المجنى عليه أو ولي الدم" بالدية، وفي هذه الحالة يلزم المجرم بدفع الدية إليه، أما إذا عفا عن القصاص ولم يذكر الدية، فهل يجب على الجاني دفع الدية إليه؟ الرأي السائد في الفقه الباطري هو عدم الوجوب؛ لأن الثابت في ذمة الجاني هو القصاص وقد عفا عنه الولي، وأما الدية فلا دليل على لزوم دفعها

الصدر

تعليق رقم ٢٧-: : ويقول الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) من قتل مؤمناً متعمداً قيد به إلا أن يرضي أولياء المقتول أن يقبلوا الدية، فإن رضوا بالدية، فالدية واجب ذلك القاتل..

ويقول ﷺ : "في النفس مائة من الإبل" - ٢٨ - ...

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

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمداً واجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾ [البقرة: ١٧٩]. ويقول ﷺ : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجرح قصاص فمن تصدق فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة: ٤٥]، ويقول ﷺ : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤]، ويقول ﷺ : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل: ١٢٦]. فهذه النصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجرح وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد ...

وفي جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول ﷺ : "إلا إن في قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط، والعصا، والحجر، مائة من الإبل". فهذا النص يحرم القتل شبه العمد، ويعاقب عليه بالديمة ...

الصلوات تعليق "رقم-٢٨-": الرأي السادس بين فقهاء المذهب الحنفية أن دية العمد مخربة بين مائة من مسان الإبل، أو مائتي بقرة، أو مائتي حقة، أو ألف دينار، أو ألف شاة، أو عشرة آلاف درهم.

ويستندون في حكمهم المذكور إلى روایات معتبرة عندهم، ويشهد لصحة قولهم ما في كتاب أعلام الموقعين عن مسند الإمام أحمد بن حنبل قال: قضى ﷺ في العين بنصف الديمة خمسين من الإبل أو عدتها ذهباً أو ورقاً، أو مائة بقرة أو ألف شاة ...

وإنما يلزم المجرم بدفع الديمة المذكورة إذا اتفق الجاني وولي الدم على دفع الديمة ولم يعيينا جنسها ولا مقدارها، وأما إذا عينا غير هذه الأجناس أو غير هذه المقادير من هذه الأجناس نفسها فيلزم المجرم بما عيناه واتفقا عليه ...

أما الديمة الواجب دفعها لولي الدم في جريمة القتل إذا لم تكن الجريمة عمدية بل كانت شبيهة بالعمد ففيها الديمة المذكورة عينها، إلا أن الإبل لا يلزم أن تكون مسنة، بل لها أسنان خاصة ذكرها فقهاء الإمامية في كتبهم الموسعة ...

الشواوى رأينا في "تعليق-٢٨-": إن مقادير الدييات المشار إليها تكون واجبة فقط في حالة عدم اتفاق الجاني وولي الدم على مقادير أو أنواع أخرى .

عوده

وفي جريمة القتل الخطأ يقول عَلَيْكَ : «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خطأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رِبْةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدِّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوَّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رِبْةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيشَاقٌ فَدِيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رِبْةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصَيَامًا شَهْرِيْنَ مُتَابِعِيْنَ تُوبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلَيْهِ حَكِيمًا» [النساء: ٩٢]. ويقول عَلَيْكَ : «وَفِي دِيَةِ الْخَطْلِ عَشْرَوْنَ حَقَّةً، وَعَشْرَوْنَ جَذْعَةً، وَعَشْرَوْنَ بَنْتَ مَخَاضٍ وَعَشْرَوْنَ بَنْتَ لَبَوْنَ». فَهَذَا النِّصانُ يُحْرِمُ مَنْ قُتِلَ الْخَطْلُ وَيُعَاقِبُهُ عَلَيْهِ بِالْدِيَةِ، وَيُبَيَّنُ مَقْدَارَهَا وَأَوْصَافَهَا -٢٩-

وَفِي قَطْعِ الْأَطْرَافِ وَالْجَرَاحِ خَطَا حَدَّ الرَّسُولُ الْعَقوَبَةَ عَلَى أَسَاسِ أَنْ مَا كَانَ فِي الْجَسْمِ مِنْهُ عَضْوٌ وَاحِدٌ كَالأنفِ وَالذَّكْرِ وَاللِّسَانِ فِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ، وَمَا كَانَ فِي الْجَسْمِ مِنْهُ عَضْوًا فِيهِ نَصْفُ الدِّيَةِ، فَقَالَ عَلَيْكَ : «فِي الأنفِ إِذَا أَوْعَبَ مَارَنَهُ جَدْعًا لِدِيَةً» وَقَالَ : «فِي الْلِسَانِ الدِّيَةُ، وَفِي الذَّكْرِ الدِّيَةُ». وَقَالَ : «فِي الصَّلْبِ الدِّيَةُ». وَقَالَ : «فِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ». وَقَالَ : «فِي الْأَذْنَيْنِ الدِّيَةُ». وَقَالَ : «فِي الْعَيْنِ خَسْوَنَ مِنَ الْإِبْلِ». وَقَالَ : «فِي السَّنِ خَمْسَ مِنَ الْإِبْلِ». وَأَوْجَبَ الرَّسُولُ الدِّيَةَ فِي إِذْهَابِ الْمَعَانِيِّ، كَالسَّمْعِ وَالبَصَرِ وَالْعُقْلِ ... أَمَّا الْجَرَاحُ فَقَدْ حَدَّ النَّبِيُّ عَقْوَبَةَ بَعْضَهَا دُونَ بَعْضٍ، فَجَعَلَ أَرْشَ الْمَوْضِحَةِ خَمْسًا مِنَ الْإِبْلِ، وَأَرْشَ الْمَالَيْشَةِ عَشْرًا مِنَ الْإِبْلِ، وَفِي الْآمَةِ وَالْدَّامَغَةِ^(١) ثَلَاثَ الدِّيَةِ، وَجَعَلَ فِي كُلِّ جَرَحٍ يَصِلُّ إِلَى الْجَوْفِ ثَلَاثَ الدِّيَةِ ...

الصلدر

تعليق "رقم ٢٩-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن دية الخطأ متفقة مع دية العمد في المقدار، ولكنها مختلفة في الأوصاف. المعروف عندهم في أسنان الإبل أن عشرين منها بنت مخاض، وعشرين منها ابنة لبون، وثلاثين منها ابنة لبون وثلاثين حقة، ودليلهم في ذلك ما روی بطريق معتبر عن أمير المؤمنين أنه ذكرها بالأوصاف المذكورة، وأما الحديث الذي ذكره المصنف فلا يمكن الاعتماد عليه لأن الراوي له حنيف بن مالك يرويه عن ابن مسعود، وحيف مجھول كما صرّح بذلك ابن رشد في كتابه بداية الجihad ولم يجد أحداً وثّقه من علماء الرجال ..

(١) الموضحة والمالية والآمة والدامغة أسماء جراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج، والموضحة هي التي تكشف عن العظم، والمالية هي التي ت Krish العظم، والآمة: هي التي تصل إلى الجلد التي تغطي المخ، والدامغة: هي التي تصل إلى المخ نفسه. ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على جراح الرأس والوجه، أما ماعدا ذلك فيسمونه جراحًا إلا ما يصل للتجويف الصدري والبطني فيسمونه جائفة ...

عوذه

والقاعدة العامة في الشريعة: أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرش^(١) فيه حكمة، وهي ما يحكم به القاضي بناء على تقدير أهل الخبرة -٣٠- بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى مقدار الديمة أو الأرش الذي عينه الرسول للتلف أو الجرح الذي يليه في الشدة. وهذه القاعدة مجمع عليها من الأمة ... والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هي نفس الدية الواجبة في الخطأ، ولكنهما يختلفان في الوصف، فدية العمد مغلظة، ودية الخطأ مخففة طبقاً لأحاديث الرسول وفعله ..

وإذن فالعقوبة في إتلاف الأطراف محددة تحديداً لاشك فيه بنصوص صريحة في معظم الأحوال، ويأجماع لاشك فيه في بقية الحالات، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعي من مصادر الشريعة الإسلامية، وهو ملزم للمكلف كما يلزم المصلح الصريح ...

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوبائهما، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعيناً دقيناً بحيث لم تترك للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجاني ...

ويلاحظ أن سلطة القاضي في جرائم القصاص والدية تمثل سلطته في جرائم الحدود ولا تفترق عنها إلا في أن القاضي ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها الجني عليه أو وليه، وأن يطبق العقوبة التي توجبها الشريعة أو يوجبهاولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية ...

الصدر

تعليق "رقم -٣٠-": وكيفية التقدير هو فرض الجاني عبداً، ويرى أن هذه الجريمة كم كانت تنقص قيمة في فرض عبوديته ..

الشواوى رأينا في "التعليقات من (٢٥ إلى ٣٠)": إن موضوع الدية سيكون محل بحث متصل في حاشيتها على البند ٤٧٢ فيما بعد إن شاء الله ...

(١) يطلق لفظ الديمة على الديمة الكاملة، ويطلق لفظ الأرش على بعض الديمة ...

عوذه

وعقوبة القصاص وعقوبة الديمة من العقوبات المقدرة؛ لأنها محددة

النوع والمقدار ولكنها مقدرة حقا للأفراد، ومن ثم كان للمجنى عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه، أماولي الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الديمة أو يغفر عن أحدهما، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يغفر عنها لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد^(١) وإن كان عليه أن يستوفيها لأن استيفاءها من مقتضيات وظيفته ...

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق الله تعالى، وحقوق للآدميين، ويعدون الحق لله تعالى كلما كان خالصاً لله أو كان حق الله فيه غالباً، ويعدون الحق للعبد كلما كان خالصاً له أو كان حق العبد غالباً فيه. وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس مصالحة الجماعة ونظامها، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم. وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنيون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنيون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد .. الواقع 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. وفي هذا يقول أحد الفقهاء: "ما من حق لآدمي إلا والله فيه حق إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره". راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج/٨ ص ١١٥ . فإذا عدلت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عدلت 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، ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقاً للأفراد، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تتعاقب الحلائين بالعقوبة الملازمة لظروف الجريمة وال مجرم . وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقاً للأفراد لا يسلب الجماعة حقها في فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة .

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

92 - جرائم القصاص والدية تضر بالمجتمع لا بالجني عليه وحده :

خص المشرع جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه بنوع خاص من العقوبات البدنية هو القصاص لتكون متكافئة ومتماثلة مع الجريمة ذاتها، ويكون هذا رادعا ضروريا لحماية أرواح الناس وأبدانهم وتطبيقا كاملا لمبدأ المساواة بين البشر . وعناية القرآن بهذه العقوبات لا تقل عن عنايته بعقوبات الحدود، وإفاضة الفقه في شروط تطبيقها تؤكد رأينا في أنه عَدَ فرض هذه العقوبات القصوى مقصورة على حالات محدودة يتوافر فيها شروط عديدة للتأكد من وجود "الظرف المشدد" الذي يُوجب تلك العقوبة القصوى.

وما قلناه بالنسبة لتوسيع سلطة القاضي في استبعاد تطبيق عقوبات الحدود نقوله هنا أيضا، فيطبق عليها مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ بل وأضاف المشرع لذلك أنه ميّز هذه العقوبات بإعطاء الجنى عليه حق العفو عنها، وهذا يدخل في نطاق الشبهات التي تمعن الحكم بالعقوبة القصوى. والذي يحدث في العمل أن ذلك يكون مقابل حصوله على تعويض يرضيه، وهذا يبرر تنازله عن تلك العقوبة لكنه لا يسقط حق المجتمع في تعزيز الجاني .. مما يؤكّد ما قدمناه من أن التعزير هو الأصل في جميع الجرائم. وليس خاصا بنوع محدود منها.

كما أن هذا يؤكّد أن التوسيع في حماية حق الفرد في حياته وسلامة بدنه الذي تحدده هذه الجرائم والأخذ في الاعتبار رغبته وحقه في الانتقام من اعتدى عليه أو التنازل عنه، ليس معناه تجاهل حق المجتمع ذاته في متابعة مرتكبها وتعزيره وإصلاحه كما أشار لذلك صراحة في هامش -1- ص ب / 35 حيث نقل عن بعض فقهائنا ما يؤكّده ... ولذلك لا نوافق على وصف هذه الجرائم بأنها تمس حقوق الأفراد إذا كان يفهم من ذلك عدم الاهتمام بحق الجماعة وهو الأصل في نظرنا في جميع الجرائم ...

والأصح هو أنها تضر بحقوق المجتمع أولاً كغيرها من الجرائم، ويضاف لذلك أن للفرد الجنى عليه أو ولـ الدم حقاً خاصاً في المطالبة بتوقيع القصاص، كما أن له العفو أو النصالح والتنازل عن حقه، معبقاء حق الجماعة في التعزير الذي هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم. ويسرنا أنه أوضح ذلك في الhamash في الصفحة الأخيرة من البند (25) .

إننا نرى أن حرصه على إبراز ما قرره الفقه من عناية بحق الجنى عليه أو ولـ دمه في هذا النوع من الجرائم – ليس من الضروري أن يصل إلى تجاهل المبدأ الأساسي الذي أشار له مراراً وهو أن كل الجرائم تضر بالمجتمع – و تستحق التعزير لهذا السبب.

تنازل الجنى عليه عن القصاص لا يمنع التعزير :

والحرص على حقوق الجنى عليه يوجب علينا أن نشير إلى أن التقديرات التي قررها السنة في الدية والأرش هي في نظرنا الحد الأدنى الذي يجب الحكم به في جميع الحالات تطبيقاً لمبدأ المساواة الإنسانية - لكن ذلك لا يمنع أهل الاجتهاد (ومنهم القضاة بشروط معينة) من إجازة الحكم بتعويض مدني إضافي إلى هذه المقادير المقررة للدية تطبيقاً لمبدأ وجوب تعويض الضرر لأن "الضرر يزال".

إننا أشرنا إلى قول الرسول الكريم "رفع عن أمتي الخطأ..." ولذلك نؤيد رأى المعتزلة بأن فعل الخطأ لا يكون جريمة، وقلنا إن الطابع الديني لشرعية قد يحول دون حسبان الديمة المقررة في جرائم الخطأ عقوبة جنائية - والأصلج زاء مدني وتعبدى يدفع الجاني للتوبة والاستغفار عن خطئه.

كما أن ما أورده في هذه التقديرات من أعداد الحالات والجذعات، وبنات لبون، وبنات مخاض - وغيرها من الإبل والدواب - إنما يجب أن يراعى فيه ظروف مجتمعنا حيث حللت النقود محل الإبل والدواب في التعامل .. ونرى أن يتولى أهل الاجتهاد ترجمة هذه المقادير إلى نقود مع ملاحظة أن النقود ذاتها تتغير قيمتها كما تتغير قيمة الإبل والدواب بتغير الأزمان وتطور المجتمعات.

ولذلك فإن تقدير الديمة والأرش نقداً يجب أن يخضع هو أيضاً لظروف الزمان والمكان. أما ما قاله السيد الصدر عن التقدير حسب ثمن شراء العبيد، فلم يعد هناك محل لمناقشته بعد إلغاء الرق في عصرنا .

* * *

وكما أن المشرع الإلهي قد وسع في أسباب استبعاد العقوبة القصوى (القصاص) بإعطاء الجنى عليه وولي الدم حق العفو عنها والتصالح مع الجان لكي يعطى تطبيق هذه العقوبة ويكتفى بالدية أو ما يضاف لها من تعويض يتفق عليه الطرفان؛ بل إن له حق التنازل عن الديمة أو التعويض كذلك - كما أعطى المشرع قبل ذلك للقاضي حق تقدير الشبهات التي تؤدي إلى درء الحدود ومنع تطبيقها - فإن ذلك كله قصد به تشجيع الجنحة والخطائين على التوبة والعودة إلى طريق الصلاح والاستقامة - وتشجيع المجتمع كله على اتخاذ كل ما يلزم لإعطاء التوبة نتائج مشجعة للخطائين لكي يصلحوا أحوالهم ويمارس المجتمع كله حق العفو عن عقوبتهم كلما تأكد له صدق الاتجاه نحو التوبة والالتزام بها، لكن المهم عندنا أن الذى يمثل المجتمع في ذلك هو القضاء وأهل الاجتهاد المترهين عن البواعث الشخصية والأنانية.

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 -٣١- في جرائم التعازير أيضاً، وكان من المنطقى أن تطبقها، لأن القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة فلا يمكن إهمالها. ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، ولم تقييد بالحدود الضيقية التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم، وإنما توسيع الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسيع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر ...

وقد جاء هذا التوسيع على حساب العقوبة؛ لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يقييد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، فللقاضي أن يختار لكل جريمة وكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغاظها... .

وجاء التوسيع على حساب الجريمة؛ لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة ألا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص كافياً، بل يكفي أن ينص عليها بوجهه عام ...

تعليق "رقم ٣١-٣١": ويكتفى النص على حرمة الفعل وإن لم يصرح فيه باستحقاق

الصدر صاحبه العقاب ...

رأينا في "تعليق ٣١-٣١": يقصد بالنص ماورد في الكتاب والسنة. ونحن نرى أنه في عصرنا لا بد في التعازير من نص في تقنين فقهى أو سوابق قضائية معروفة، وإذا أخذنا بهذا المعنى فيجب في نظرنا أن يشير التقنين إلى العقوبة التعزيرية ...

93 - حاجتنا إلى تطبيق مبدأ الشرعية بدقة أكبر في "التعازير" بالتقين :

نحن حريصون على تأكيد رأينا في أن مبدأ الشرعية الذي يُعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يجب أن يطبق في مجال التعازير في عصرنا الحاضر للأسباب ذاتها التي توجب أن يطبق في عقوبات الحد والقصاص .

وإذا كنا نعتقد ما يكرره الفقه من أن "الشرعية" لا تسير على النص على هذه الجرائم، فإننا نلتف النظر إلى ما قدمناه من أن كلمة الشريعة في هذا الصدد – كما في مناسبات كثيرة – إنما يقصد بها المعنى الضيق المقصود به نصوص القرآن والستة .

أما وجوب النص الاجتهادي على عقوبات التعزير فهو لا يجادل فيه ولا ينكره. والفرق بين رأينا ورأيه، أنه يقول إن النص المقصود في هذه الحالات هو مبادئ الشريعة التي تحدد المعاصي والجرائم وما يقرره الفقه والقضاء بشأنها. أما تحديد ما يستحق "التعزير" من هذه المعاصي ومقدار العقوبة المناسبة لكل منها، فهو يترك أمره للقاضي الجدهد، كما يشير لذلك فقهاء كثيرون من أسلافنا. وكل ما نضيفه إلى رأيه أن القاضي كان يختص بذلك في نظرهم باعتبار أنه كان مجتهدا حسبما سار عليه الفقه من اشتراط الاجتهاد لتولى القضاء .

ولما كانت مجتمعاتنا قد وصلت إلى الاقتضاء بقضاء مقلدين ليسوا أهلا للاجتهاد في عصرنا، فإننا نرى ضرورة وجود جهة أخرى تقوم بالاجتهاد وتولى هذه المهمة وتضع نصوصاً لتحديد الجرائم والعقوبات في نطاق "التعازير" يلتزم بها القاضي المقلد، وذلك اهتداء بمقاصد الشريعة، ونظريتها العامة التي نصر على أنها أصبحت ضرورة في عصرنا وفي المستقبل .

* * *

والأصل هو أن المختص بذلك هم أهل الاجتهاد. ونحن نرى أن ما حدث للقضاة من أنهم لم يعودوا من المجهدين له ما يماثله في مجال الفقه؛ إذ أصبح الاجتهاد الفردي معطلًا أو مستحيلاً بسبب الشروط العديدة التي استقر فقهاؤنا على ضرورة توافرها لدى الأئمة الذين لهم حق الاجتهاد كأفراد ولذلك قلنا في بحثنا في كتاب "فقه الشورى"⁽¹⁾ إن الاجتهاد قد أصبح الآن محصوراً في نطاق العمل الجماعي، سواء كان مرسلاً أم منظماً في إطار مؤسسات و المجالس للاجتهاد، تختار بالشورى الحرفة مع اشتراط قدر من العلم والخبرة الالزمة في العلماء وأهل الذكر من الخبراء في مختلف التخصصات .

(1) يُراجع البند (36) بعنوان "التقين بين الشورى والاجتهاد والتقليد والإجماع" .

إنشاء مجالس لأهل الاجتهاد يستلزم ضمانات لعدم تدخل السلطات المستبدة :

* * *

وبرغم تقديرنا لما يلمسه كثيرون من الحاجة إلى وجود مؤسسات أو مجالس منظمة ومستقرة لتولى مسئولية الاجتهاد، بل والإجماع، فإننا نعرف بالفضل لأنفسنا لأنهم لم يسعوا لذلك ولم يقوموا بإنشاء مجالس أو مؤسسات رسمية لهذا الغرض في الماضي، وسوّغنا ذلك بأن الأوضاع السياسية جعلتهم يخشون تدخل "السلطين" ورؤساء الدول وأشخاصهم من يمارسون السلطة التنفيذية التي استولوا عليها بالعصبية أو القوة والقهر، وكانوا يخشون أن يستغلوها لفرض أهوائهم على تلك المؤسسات "الرسمية". ولذلك اكتفوا بالشاور المرسل عن طريق كتب الفقه والأراء التي يعلنها العلماء والفقهاء في المساجد والكتب ويناقشها ويقرها أهل الذكر والفكر والرأي متفرقين دون أن تجتمعهم مؤسسة رسمية أو مجلس نظامي يتعرض لضغوط السلطين والحكام وأهوائهم.

ومما يؤسف له أن الأوضاع السياسية في كثير من مجتمعاتنا لم تتغير كثيراً - وأن وجود مؤسسات رسمية للشوري في نطاق الاجتهاد والإجماع مازال يعرضها لتدخل الرؤساء و"السلطين" والمستبددين الذين يغتصبون السلطة بغير طريق الشوري الحرة ... ويفرضون بها على المجتمع فتاوى من يسموهم "فقهاء السلطين".

لهذا السبب، فإن كل ما استطاعه علماؤنا وملوكنا ومن يمثلون شعوبنا في جيلنا الحاضر هو إعداد مشروعات التقنيات في أبحاث وكتب أو لجان علمية لها قيمتها التي نعترض لها ونطالب بواصلة العمل على هذا المنوال ... في مجال تقنيات أحكام الفقه، وخاصة في مجال التعازير ...

ونعتقد أنه للآن لم تستقر النظم السياسية في كثير من الأقطار الإسلامية على احترام مبدأ حرية الشوري الذي تفرضه الشريعة وقرره الفقهاء عادة في مجال "بيعة المكره" ... التي أجمعوا على بطلانها. وهذا المبدأ ذاته يجب تطبيقه على الناخبين، ويسترب عليه بطلان الانتخابات أو الاستفتاءات التي لا توافر لها جميع ضمانات الحرية، وبالتالي عدم شرعية السلطة القائمة في المجتمع التي تدعى لنفسها شرعية مبنية على التزوير والإكراه والتزيف .

وطالما استمر هذا الوضع، فإن وجود مجالس للاجتهاد أو الإجماع يصبح ضرورة أكثر من نفعه، لأن المستبددين لن يسمحوا بوجودها أو انعقادها كلما توهوا أن ما تقرره من فتاوى أو تقنيات سوف يعرض احتكارهم للسلطة ويوافق دعواهم للالتزام بمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها وحريتها في اختيار نظمها السياسية ومن يتولون الأمر فيها وحقها في محاسبتهم وتحديد سلطتهم وعزلهم عند الاقتضاء .

استقلال الفقه والاجتهاد والعلم والقضاء شرط أولى لتطبيق الشريعة :

توصلنا في كتابنا فقه الشورى إلى أن أى نهضة أو إصلاح في العالم الإسلامي كله أو بعض أقطاره لا بد أن تكون بدايته هي الإجماع على الالتزام بالشورى الحرة سواء في النظم السياسية أو في مجال الفقه والاجتهاد من باب أولى .

إن تدخل الحكماء في شئون الفقه والتشريع يتافق تماما مع مبدأ سيادة الشريعة الإلهية واستقلالها عن مراكز السلطة السياسية في الدول المختلفة في الماضي أو الحاضر أو المستقبل .

هذا، فإننا نطالب بالتقنين الشرعي للتعازير على أن يكون في إطار ما تفرضه شريعتنا من استقلال العلم والفقه وعدم محاولة ذوى السلطان التدخل في الفتاوى والأراء الفقهية، ويقتضى ذلك إبعاد "فقهاء السلاطين" وفتاويهم عن مجال الفقه والتشريع الإسلامي سواء في مجال الأحكام الجنائية أو غيرها .

إن استمرار بعض الحكماء في استيراد القوانين الأجنبية أو فرض تشريعات وضعية لا تنزم بأصول شريعتنا ومبادئها، هو في نظرنا أقل خطرا على الإسلام من محاولتهم إيجاد تشريعات أو فتاوى تنسن إلى الإسلام وهم أول من يعلم أنها لا تقتل إلا مصالحهم وأهواءهم ...

لذلك فإن تطبيق الشريعة الذى نطالب به يبدأ بتطبيق مبدأ حرية الشورى واستقلال أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يتولون استبatement الأحكام من مصادر شريعتنا ونظرياتها ومبادئها العامة، حتى لا تفرض على الناس أهواء المسيطرین والمستبدین التي يصفها فقهاء السلاطين ومن حوالهم من المنافقين بأنما أحكام الشريعة وهي مناقضة لمبادئها وأصولها .

ونحن نرى أن الذين يتذمرون بوضع النصوص المثبتة بجرائم التعازير ليسوا هم ممثلى سلطات الدولة كما يدعى بعض المعاصرین - وليسوا هم القضاة فقط كما يفهم من كتب السترات - وإنما هم في عصرنا أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين تخذلهم الأمة وتفوضهم في ذلك بالشورى الحرة؛ لأن القضاة في عصرنا ليسوا مجتهدين كما كان الفقه يشترط من قبل. أما الحكماء، فليسوا مجتهدين على أى حال في حين أن فقهاءنا كانوا يشتغلون فيما يتولى الخلافة أو الإمامة أو القضاء أن يكون مجتهدا .

٩٤ عوده

ما هو التعزير؟ : ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما في جرائم التعازير، يجب أن نعرف قبل كل شيء ما هو التعزير؟ والتعزير : هو تأديب على ذنب لم تشرع فيها الحدود^(١) ، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيتها عقوبات معينة محددة، فهو يتفق مع الحدود^(٢) من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وجزء مختلف بحسب اختلاف الذنب ... ولكنها مختلف عنها من وجهين^(٣) :

أو همما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لامحیص من توقيعها على الجاني، أما في التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة حال الجرم ونفسيته وسوابقه. وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه. ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولي الأمر فيها العفو، أما عقوبات التعازير فلولي الأمر العفو عنها كلها أو بعضها ...

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥، بداع الصنائع ج ٧ ص ٦٣، أنسى المطالب ج ٤ ص ١٦١ ...

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

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧ ...

94 - أهمية الركن الشرعي في التعازير والتسعن في دراسته :

توسيع الفقيه الشهيد في بحثه عن تطبيق مبدأ الشرعية في نطاق التعازير⁽¹⁾، مما يدل على أهمية هذا الموضوع من النواحي النظرية والعملية .

وبسبب الأهمية النظرية هو أن الشريعة (المعنى الضيق، أى الكتاب والسنة) لم تورد نصوصا خاصة بعقوبة جميع الجرائم ولا بتحديد الأفعال المكونة لها، وإنما فعلت ذلك بالنسبة لعدد محدود وقليل من الجرائم العاقب عليها بعقوبات الحدود أو القصاص والديمة، واكتفت بتفويض "أولى الأمر" في غير حالات توافر شروط تطبيق تلك العقوبات المقدرة.

هذا التفويض له أهمية خاصة لأنه يؤكّد مرونة التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية (المعنى العام) وقابليته للتتطور مراعاة لظروف الزمان والمكان واحتياجات المجتمعات المتزايدة بسبب غياب الحضارة التي تزيد النظم الاجتماعية تعقيداً. والتشريع الجنائي هو من أهم أركان النظام الاجتماعي في حياة الشعوب والأمم .

لذلك رأينا أنه من الناحية العلمية لا بد من بحث واسع لتحديد المقصود بأولى الأمر في نظر الشريعة فيما يتعلق بهذه الناحية، ناحية التشريع الجنائي والتشريع بصفة عامة .

وهنا تظهر الأهمية العملية لهذا البحث، لأن الطبيعة الاجتماعية للقوانين يجعلها مرتبطة إلى حد كبير بالأوضاع السياسية المتقلبة والمتحدة، التي لا تخضع للشرع بقدر ما تتبع تطور المجتمعات التي تتأثر بالغراائز والتقاليد الموروثة والتراثات العرقية والأثنية والأوضاع الاقتصادية. وبقدر ما عن الشارع الحكيم بفرض الأصول والمبادئ العامة للتشريع الجنائي، فإنه فتح الباب لشعوبنا وأمتنا لكي تساهم في تجديد التشريعات ونمoho وتطورها عن طريق الاجتهاد "والإجماع"، على أن يقوم "أولو الأمر" في كل مجتمع بدور إيجابي متواصل ومتجدد في وضع النصوص اللازمـة للعقوبات التعزيرية والجرائم لتشريع الشريعة (بالمعنى الواسع) وتتطور أحكام التشريع الجنائي فيها عن طريق ما يسميه فقهاؤنا "التعازير"⁽²⁾ .

(1) خصص لها في كتابه البند 93 - 113 وعدها واحد وعشرون في حين اكتفى ببند واحد للحدود وبيند واحد للقصاص والديمة .

(2) هذا هو ما عن الشهيد عودة بتاكيد صراحة في بداية البند 199 فيما بعد .

التعازير تفتح الباب أمام أهل الاجتهد لتطوير التشريع الجنائي

حسب ظروف الزمان والمكان :

في كلامه عن تقسيم الجرائم بحسب جسامته العقوبة⁽¹⁾، عرف جرائم التعازير بأنها الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعازير. ومعنى التعازير هو التأديب. وأضاف أن الشريعة جرت على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ... وقد يظن القارئ أن هذا يتناقض مع كلامه تحت عنوان "لا جريمة ولا عقوبة إلا بتص في جرائم التعازير"⁽²⁾، عندما أكد أن الشريعة طبقت هذه القاعدة في جرائم التعازير أيضا.

لكن هذا التناقض يزول عندما نذكر ما قلناه فيما سبق من أن لفظ الشريعة له معنى ضيق هو نصوص الكتاب والسنة، ومعنى واسع يشمل إلى جانب هذين المصادرين السماوين اجتهادات الأمة وإجماعها (بواسطة علمائهما المجتهدين أساساً).

فالقرآن والسنة عينا بالنص على حالات قليلة محددة تفرض فيها عقوبات الحدود والقصاص والدية، وترك للإجتهد والإجماع مهمة النص على الحالات التي تطبق فيها عقوبات أو جزاءات تعزيرية، وعلى تحديد العقوبة أو الجزاء في كل منها، وهو ما نسميه التقنين الشرعي للتعازير لأنه يلزم لشرعنته أن يكون في نطاق المبادئ والنظريات العامة في الشريعة فيما يتعلق بالمحرمات والمعاصي وعلى أساسها.

وعلة ذلك أن الجرائم (أى الأفعال) التي ورد نص في القرآن والسنة بعقوبة معينة لها (الحدود والقصاص والكفارة) تكون محمرة دائماً، أما ما يحرمه أولى الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة⁽³⁾ كما صرخ بذلك.

معنى ذلك أن "أولى الأمر" يستطيعون "تطوير" التشريع وتغيير النصوص الفقهية التي تحرم بعض الأفعال وتعاقب عليها بعقوبة تعزيرية، لكنهم لا يستطيعون تغيير ما قررته النصوص المقدسة من تجريم الأفعال التي قررت لها الشريعة في مصادرها السماوية - الكتاب والسنة - عقوبات الحدود والقصاص والدية.

لكن الفقه قد استقر على أن هذه الأفعال ذاتها يمكن الحكم فيها بعقوبة تعزيرية إذا رأى القاضي ذلك في حالات عده، أهمها :

. (1) البند 51.

. (2) تعليقنا على البند 9.

. (3) نهاية البند 51.

**● جميع جرائم الحدود والقصاص تستحق التعزير عندما تستبعد
الظروف التي استوجبت العقوبة المقررة :**

- 1 - إذا استبعدت عقوبة القصاص والدية بسبب عفو المجنى عليه أو ولـ أمره أو لـ توافر أي مانع من الموانع أو الشبهات التي لا تزيل صفة الجريمة عن الفعل .
- 2 - إذا استبعدت عقوبة الحد لـ وجود شبهة طبقاً لـ قاعدة " ادرعوا الحدود بالشبهات (وهي تشمل في نظرنا الظروف المخففة) .
- 3 - إذا رأى القاضي أن يضيف إلى عقوبة الحد أو القصاص أو الدية تعزيزات تكميلية؛ على ما ذهبت إليه المذاهب الأربعية⁽¹⁾ .
- 4 - قد بينا فيما سبق رأينا أن الأصل هو أن جميع الجرائم جزاءـها تعزيرية وأنه في حالة النص على عقوبة الحد أو القصاص أو الدية فإنـها تكون الحد الأقصى للعقوبة الذي يجب تطبيقـه عند توافر شروط معينة تكونـ في نظرنا ظرفـاً مشدـداً .
وبنـينا على ذلك :

 - أ - أن جرائم الحدود والقصاص والدية ليست عقوباتـها ذات حد واحد كما يفهمـ من كلامـ كثير من الفقهاء، وإنـما تكون العقوبة التعزيرية هي الحد الأدنـى عند عدم توافـر الطرفـ المشددـ، وإنـه يجب دراسـة كل جريمة على حـدة لمـعرفـة الطرفـ الذي استدـعـي التـشدـيد وشـروطـه .
 - ب - أنهـ في حالة وجـوب تـطبيق تلكـ العقوباتـ القصـوى لا نـرى جـوازـ الإضافـةـ إليها لأنـهما هـيـ الحـدـ الأـقصـىـ، فلا نـرى جـوازـ إضافـةـ عـقوـبةـ أـخـرىـ إليهاـ ... لأنـهاـ تـكـفـيـ وـحدـهاـ .
ـ وإنـ جـازـ اتخـاذـ تـدـابـيرـ الـاحـتـزاـزـ وـالـوقـاـيـةـ الـتـيـ تـدـخـلـ فـيـ نـطـاقـ العـازـيرـ .

(1) البند (97) - وإنـ كـناـ اـعـتـرـضـناـ عـلـىـ ذـلـكـ فـيـ تـعـلـيقـنـاـ عـلـىـ الـبـنـدـ (91)، إـذـ لـجـيـزـ فـقـطـ إـضـافـةـ تـدـابـيرـ وـقـائـيـةـ؛ وـهـيـ تـدـخـلـ ضـمـنـ "ـالـعـازـيرـ"ـ بـرـغـمـ أـنـهـ لـأـعـدـ عـقوـباتـ جـنـائـيةـ .

عوذه

٩٥- الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير: لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة، وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأولي الأمر في الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أنها أو نظامها، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها. والقسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة وحدته. ولكن الشريعة لم تسترك لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية ...

٩٦- أقسام التعرير: ينقسم التعزير ثلاثة أقسام:

- (١) تعزير على المعا�ي. (٢) وتعزيز للمصلحة العامة.

... وتعزير على المخالفات (٣)

وال الأول : فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواهها ، ويُعد إتيانها معصية ...

والثاني : فرض على أفعال وحالات لم تحرم لذواها وإنما حرمت لأوصافها، ولا يشترط في الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية ..

والثالث: فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواها، ويُعد إتيانها مخالفة ولا يُعد معصية ...

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة أن الفعل في القسم الأول يكون محظيا دائمًا ومعدوداً معصية، وفي القسم الثاني لا يكون الفعل محظيا إلا إذا توافر فيه وصف معين؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية، أما في القسم الثالث فيكون الفعل مأمولاً به أو منهياً، ولكن إتيانه يُعد مخالفة لـ معصية ...

٩٥، ٩٦ – أولو الأمر في التعازير :

نكرر هنا ما قلناه دائمًا من أن عبارة "أولى الأمر" تعطى فرصة للمنافقين وفقهاء السلاطين للزعم بأن المقصود بهم من يمارسون سلطات الدولة فعلاً، حتى ولو كانوا قد اغتصبوا أو تسلطوا عليها بالقوة والغلب .

لذلك نرى أنه من الأولى التذكير بأن أولى الأمر الذين تعرف لهم شريعتنا بالحق في تقنين التعازير، أي تحديد الجرائم وعقوباتها، ليسوا هم "السلاطين" أو الحكام وإنما هم من تخثارهم الأمة بالشورى الحرة من أهل الفقه وأهل الذكر الذين تفوضهم الأمة للقيام بمهمة الاجتهداد والإجحاف والتقنين .

لقد أشار فقيهنا إلى أنه ليس في الشريعة ما يمنع "أولى الأمر" من جمع المعاصي في كتاب خاص تبيّن فيه واحدة واحدة مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم^(١). وهو يقصد بذلك عملية التقنين.

ونحن نرى أن التقنين ضروري وواجب، بشرط لا يكون وسيلة لتحويل التشريع الجنائي إلى قانون وضعى يعبر عن إرادة الدولة وذوى السلطان فيها، أي أنه يجب في نظرنا أن يتم بعمرفة المختهدين من الفقهاء والقضاة أهل الاجتهداد لأنهم ولاة الأمر في مجال التشريع والقضاء عموماً، وأن يكون التقنين قائماً وسابقاً على ارتكاب الفعل العاقب عليه – وأن دور رؤساء الدول هو تنفيذ الأحكام التي يقررها أهل الاجتهداد الذين يمثلون الأمة.

لقد ابتدلت شعوبنا في كثير من فترات تاريخها الإسلامي بن فرضوا سلطاتهم عليها بالقوة والإكراه، و عطّلوا الشورى الحرة التي شرعها القرآن وفرضها، لكن بغيرهم لم يصل إلى حد ادعاء سلطة التشريع أو التقنين لأنفسهم، بل التزموا باحترام استقلال الشريعة واحتياط المختهدين والفقهاء والعلماء بكل ما يتصل بالفقهه والتشریع قاتعين بممارسة السلطة التي تمكنهم في كثير من الأحيان من ارتكاب أعمال لا تجيزها الشريعة، لكنها تبقى أعمالاً فردية تنسب لهم لا إلى الفقه ولا إلى الشريعة .

لكن في العصر الحاضر، عندما عطلت أحكام الشريعة واتجه كثیر من أصحاب السلطة إلى استيراد قوانین وضعية من الخارج لتحل محل أحكام الشريعة والفقه، استوردوا معها دساتير تعطى لهم "سلطة التشريع الوضعي" بأنفسهم أو بواسطة أعون ومجالس زائفة يصنعواها على هواهم، فأعطوا البغيهم وظلمتهم صفة "الشرعية"، وأقمو من يطالبون بالالتزام بالشريعة الإلهية بأفهم خارجون على الشريعة التي يدعونها لأنفسهم ولمن يؤيدوهم من المنافقين وفقهاء السلاطين – فأصبحنا نواجه اليوم طغياناً وبغيلاً لم تعرفه شعوبنا في تاريخها، لأنه طغيان يدعى لنفسه الشرعية وينكرها على من يتمسكون بالشريعة السمحاء ومبادئها وعلمها وفقهها.

• (١) البند (٩٩).

التعازير في المعاصي وخارجها والمخالفات - كلها في إطار النظريات التشريعية:

* * *

ببذل الشهيد جهداً كبيراً في الكلام عن المعاصي التي تستوجب التعزير، والنصوص التي استدل بها على ذلك، ليكون ذلك في نظره دليلاً على أن الشريعة تطبق قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁽¹⁾ وهو جهد محمود. لكن ذلك لم يعد يغنى في عصرنا عن التقنين المكتوب والمعلن قبل ارتكاب الفعل المأذن عليه - لعدد الاجتهادات واختلاف المذاهب . فمن حق الفرد العادى أن يعلم الرأى أو المذهب الذى سيطبقه القاضى عليه، وأن يكون هذا العلم ممكناً له ويسراً قبل وقوع الفعل الذى يحاسب عليه ...

ووصف الفعل بأنه معصية يستمد من نصوص الكتاب والسنة - هذا كان يكفى في نظر أسلافنا لقولهم إن حكم القاضى بالتعزير على المعصية لا ينشئ الجريمة وإنما أنشأها النص على المعصية - وهذا يكفى لتطبيق مبدأ لا جريمة إلا بنص كما أن تنوع التعازير ثابت منذ فجر الإسلام وما يفعله القاضى هو مجرد الاختيار فيها. وردنا على ذلك أن هذا كان جائزاً للقاضى المجتهد، لأن اجتهاده مكمل للنص. أما في عصرنا فلم يعد ذلك ممكناً لأن قضايانا مقلدون لا مجتهدون.

وما ذكره عن التفرقة بين المعاصي الخمرة بذاتها، والخمرة بأوصافها دون أن تكون محمرة لذتها، وما يسميه مخالفات من الأفعال التي تهدى المصلحة العامة دون أن تكون معصية بنص شرعى، فإن هذا يدخل في نطاق ما يمكن أن يسمى بالأنظمة، وتسرير بعض النظم العصرية على أنها منفصلة عن الأحكام الشرعية وأنما ملزمة طالما أنها لا تتعارض معها بأى حال من الأحوال .

ويلاحظ اتجاه الأنظمة إلى التضخم بسبب زيادة المشكلات المستحدثة التي لا حكم لها في النقه - ومع ذلك نرجو عدم الخلط بينها وبين القوانين الوضعية - وإن كانت نصوصها لا تشير إلى هذه التفرقة بينها وبين القوانين الوضعية التي تميز بعدم اهتمامها بالأصول الدينية أو الأخلاقية التي تشير إلى المعاصي أو المحرمات التي تستحق التعزير - بل تعامل الكل على أساس الحافظة على المصلحة العامة دون إشارة إلى المبادئ الشرعية. ولاشك في أنه من الأولى وصلها بأصول الشريعة وقيمها ومبادئها لتكون تحت مظلة "النظريات العامة". ولذلك فإننا نتحفظ على قوله إنما تُعدّ تعزيزات دون الإشارة إلى دخولها في نطاق النظريات الشرعية المؤسسة على مبادئ الشريعة العامة التي تشير إليها النصوص الشرعية .

(1) البند (101).

القسم الأول في التعزير على المعاشي

٩٧- **التعزير على المعاشي:** من المتفق عليه أن التعزير يكون في كل معاصية لا حد فيها ولا كفارة، سواء كانت المعاصية لله أو لحق آدمي.^(١) ومعنى أن المعاصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أنها أو نظمها، ومعنى أنها لحق آدمي أنها تمس حقوق الأفراد .. والمعاuchi هي إتيان ما حرمته الشريعة من الخرمات وترك ما أوجبه من الواجبات^(٢) .

ويعرف الحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا حتما، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم، مثل قوله تعالى: **﴿حَرَّمْتُ عَلَيْكُمُ الْمِيتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنِزِيرِ﴾** [المائدة: ٣]، أو أن يكون النهي عن الفعل مقتربا بما يدل على أنه حتم، ٣٢-٣٢- مثل قوله تعالى: **﴿وَلَا تَقْرِبُوا الزَّنَاءِ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾** [الإسراء: ٣٢]، وقوله : **﴿وَلَا تَقْتُلُوْنَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾** [الإسراء: ٣٣]، أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقتربا بذلك، ٣٣-٣٣- نحو قوله تعالى: **﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾** [المائدة: ٩٠]، أو أن يكون طلب الكف مقتربا بترتيب عقوبة، مثل قوله تعالى : **﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهِيدَاتٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدًا﴾** [النور: ٤] ..

الصدر تعليق "رقم ٣٢-٣٢-": الرأي السائد بين المحققين من علماء الشيعة الإمامية هو استفادة الحرمة من النهي وإن لم يقتربن بما يدل على الحرمة، ما لم يقتربن بما يدل على عدمها ...

الصدر تعليق "رقم ٣٣-٣٣-": الرأي السائد بين المحققين من فقهاء المذهب الحنفري هو استفادة الوجوب من الأمر، وإن كان مجردًا عن قرينة تدل على الوجوب، ما لم يقتربن بما يدل على عدم الوجوب ...

الشاوي رأينا في "تعليقى-٣٢-٣٢-": كلها متعلقة بتفسير النصوص الشرعية (في الكتاب والسنة)، وهو عمل اجتهادي في نظرنا تختلف فيه الآراء؛ ولذلك فإننا نرى أنه قد أصبح من الواجب في عصرنا والعصور التالية وجود نصوص تقنية فقهية تحدد ما يُعد جريمة وتشير إلى العقوبة التعزيرية لكل جريمة، حتى تسهل على المكلفين العلم بالجرائم المعقاب عليها، وتسهل مهمة قضاتنا الذين أصبحوا مقلدين غير مجتهدين في معظمهم على الأقل ...

(١) المذهب 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، الزيلعي ج ٣/ ص ٢٠٧ ...

(٢) المعنى الفي للمعاصي يقابل تماماً المعنى للجريمة في استعمالنا القانوني ...

عادة

ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما بأنه اقترب طلبه بما يدل على تحتيم فعله مثل، قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَا عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤]، ومثل قوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْدِوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حُكِّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].
ويختلف الحرم عن المكروه. فالمكروه هو ما طلب فعله من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم، فإن كان الطلب حتما فهو الحرم.

ويختلف الواجب عن المندوب، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم، فإن كان الطلب حتما فهو الواجب ...

وقد يشتبه الحرم بالمكروه، ويشتبه الواجب بالمندوب، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب. فإن دلت القرائن على الكف الحتم فهو الحرم، 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 المعدودة في حالة الاشتباه قرينة العقوبة، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محروم أو واجب، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب -٣٤- ما لم يستند الحتم من قرينة أخرى. ولهذا -٣٥- يعرف بعض علماء الأصول الحرم : بأنه ما استحق فاعله العقوبة، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة، ويعرف المكروه : بأنه مالا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم، ويعرف المندوب بأنه مالا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم، وهي تعرifات غير دقيقة كما يرى البعض ^(١).

الصدر

تعليق رقم -٣٤-: لا يكون عدم ذكر العقاب على الترك والفعل قرينة على عدم الوجوب والحرمة بنظر محقق علماء الشيعة بداعه أن العرف يفهم الإلزام من نفس الأمر والنهي وإن لم يشتملا على تحديد بالعقاب، ويشهد بذلك خلو أكثر الأوامر والتواهي من التهديد بالعقاب مع استفادته العرف والفقهاء منها الإلزام ...

الصدر

تعليق رقم -٣٥-: إن التعاريف المذكورة إنما يستفاد منها الملازمة بين ترك الواجب وإتيان الحرام وبين استحقاق العقاب، ولا تدل على أن الأمر والنهي لا يستفاد منها الإلزام إلا مع اشتمالهما على استحقاق العقاب لتكون مؤيدة لما ادعاه المؤلف ...

الشاوي

رأينا في "تعليقي -٣٤-+ -٣٥-": راجع رأينا السابق ...

(١) الإحکام في أصول الأحكام للأمدي ج ١/ ص ١٦٠-١٧٤، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خالد ٩٧-٨٩.

ال النوع الأول من جرائم التعازير يدخل فيه الأفعال التي يستفاد من نص تكليفى في الشريعة (بالمعنى الضيق - أى الكتاب والسنن) أنها محظمة، سواء كان التحرير صريحًا بالأمر باجتنابها أو كان مستفاداً ضمناً لكونه تركاً أو مخالفة لواجب شرعى نص عليه القرآن. والنصوص التي أشار إليها كلها آيات قرآنية، وهنا تظهر أهمية النصوص التكليفية في التعازير .

والتمييز بين التحرير وما يعد مجرد كراهة، وكذلك بين ما يعد واجباً وما هو مجرد ندب أو تفضيل، هو من خصائص شريعتنا، لأن هدفها الأول كما قدمتنا هو "التربية المثلية"، وهذه التربية لا تكتفى بالأمر والنهي أو التحرير والإيجاب الصريحين أو المبادرتين، بل يضاف إليهما ما يعد ديانة مجرد ترغيب وتحسين (ندب) أو تنفير وتبعيغ (كره)، دون أن يصل كل منهما إلى حد الأمر الصريح بالنهي أو الوجوب. إن هذا كله ناتج عن الأهداف الدينية لشريعتنا التي توجب اهتمامنا ب التربية إرادة الأفراد ودفعهم إلى مستوى السلوك المثالي الذي يهدف إلى الوصول إلى درجة من الكمال لا تكتفى بمعراجاة الأوامر والتواهـى - بل يضاف لها إيجاد الرغبة فيما يعد أنه أفضل من ذلك - وهو اجتناب ما هو مكروه (دون أن يكون محظماً) أو القيام بما هو مندوب (دون أن يكون واجباً).

وقد أشار إلى أن التمييز بين ما هو محظمة وما هو مكروه فقط، أو بين ما هو واجب وما هو مندوب فقط قد يكون صعباً إذا اكتفينا بصيغة النص، ولذلك لا بد من الاستعانة بالقرائن وبخاصة التصریح بالعقاب أو بالثواب .

وهذا كله لا مجال له في القوانين الجنائية الوضعية، فهي لا تعرف إلا بالنص على العقاب - وليس فيها مجال للأحكام التكليفية ولا مجرد الكراهة أو الاستحسان والتفضيل .

٩٨- عوده

أنواع العاcsi : يقسم الفقهاء العاcsi إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ما في الحد،^(١) وقد تضاد إلى الحد الكفارة، مثل: القتل والسرقة والزناء وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة. ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع -٣٦- وجرائم القصاص والديمة، وعددها خمس؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أي بعقوبة مقدرة ...

والأصل في هذا النوع من العاcsi أن عقوبة الحد تغنى فيه عن التعزير، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير -٣٧- مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربع ...

الصدر تعليق "رقم-٣٦-": مر عليك قريباً أن علماء الفقه الجعفري يضيفون إلى هذه الجرائم السبع ثلاثة أخرى أوجروا فيها الحد الشرعي، وهي اللواط والمساحقة والقيادة ...

الصدر تعليق "رقم-٣٧-": المانع عن ذلك أدلة الحدود نفسها الدالة على تحديدها بمقدار خاص، فإن المستفاد منها عرفاً المحصار العقاب فيها، إلا إذا كانت الجريمة في مكان أو زمان يجب عظمها، كان يزني في أحد المساجد، أو في شهر رمضان، فإن للحاكم الشرعي أن يضيف إلى الحد عقوبة زائدة حسبما يراه من المصلحة، كما صرّح بذلك جماعة من أكابر فقهاء المذهب الجعفري ...

الشاوي رأينا في "تعليق-٣٧-": يعرض على القول بأنه يجوز الجمع بين الحدود والتعزير في جريمة حدية، ولكن توافق على العلة التي ذكرها، ولوافق على استثناء حالة توافر ظرف مشدد معين آخر يستلزم تغليظ العقوبة كما في الأمثلة التي ذكرها ... ولضيف حالة أخرى هي أن يكون التعزير المضاف مجرد تدبير وقائي وليس عقوبة جنائية، لأن التعازير كما نقول دائماً ليست كلها عقوبات، بل تشمل إجراءات التربية والتهذيب والعبادة التي لا يجوز عدّها عقوبات جنائية ...

ونلاحظ أن فقيهنا يستعمل كلمة العقوبة الحدية بالمعنى الواسع الذي يشمل عقوبات القصاص والديمة، ونعتقد أن هذا هو المعنى الذي يجب مراعاته دالماً ... لكننا نختلف مع فقيهنا في أنه يعده أن التعزير يضاف للحد كوسيلة أو عقوبة تكميلية لتشديد العقوبة الحدية، في حين أننا نرى أنه الأصل، وإن كان الأصل أن القصاص يعده كافياً يعني عنه في نظرنا، أما في رأي الجمهور الذي يرجحه فقيهنا فهو يعده مجرد إضافة للحد أو القصاص، وكان الأصل هو الحد أو القصاص، والتعزير عقوبة تكميلية، ولكن لا توافق على ذلك ...

(١) المقصود بالحد هنا العقوبة ...

فمالك يرى تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجنائية عمداً على مادون النفس،^(١) وحجته في هذا أن القصاص جعل مقابلاً للجريمة، وهو حق الجني عليه، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة. ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير في القتل العمدى؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من المowanع^(٢) ...

وفي مذهب الشافعى يحيزون اجتماع الحد مع التعزير، كمن قتل من لا يقاد به، فإن عليه الديمة وهى حد وعليه التعزير، وكالزيادة 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^(٣) ...

وفي مذهب أحمد يحيزون تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها^(٤)، ومعنى هذا أنهم يحيزون أن يجتمع مع الحد التعزير^(٤) ...

وفي مذهب أبي حنيفة يعدون التغريب المقرر للزاني غير المحسن تعزيراً لا حداً، ويحيزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة. ومعنى هذا أنهم يحيزون اجتماع الحد مع التعزير^(٥) ...

النوع الثاني : ما فيه الكفاره ولا حد فيه كالوطء في شهر رمضان والوطء في الإحرام. والكافاره في أصلها نوع من العبادة؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين، فإذا فرضت فيما لا يعد معصية كانت عبادة خالصة، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم. وإذا فرضت على معصية فهي عقوبة خاصة، كالكافاره في القتل الخطأ والظهار. والكافاره في هذا تشبه المال؛ 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 ...

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٧، شرح الدردير ج/٤ ص/٢٢٤ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٦٨ ...

(٣) أنسى المطاب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...

(٤) المغني ج/١٠ ص/٢٦٦ ...

(٥) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٩، شرح القديري ج/٤ ص/١٣٦ ...

عادة

والمعاصي التي تدخل تحت هذا النوع محدودة، ومحلها إفساد صيام أو إفساد إحرام أو حنث في يمين، أو وطء في حيض أو ظهار^(١) ... ويختلف الفقهاء في جواز التعزير في هذا النوع من المعاصي، فيرى البعض أن لا تعزير فيه، اكتفاء بالعقوبة التي حددت له وهي الكفاردة، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز^(٢) - أن يجتمع مع الكفاردة التعزير^(٣) ... النوع الثالث : ما لا حد فيه ولا كفاردة، كتبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها، والشروع في السرقة وأكل الميتة. ويدخل تحت هذا النوع ما لا يدخل تحت النوعين السابقين، فيدخل تحته معظم المعاصي، بل إن المعاصي التي تدخل تحته لا تعد كثرة لأنها غير محصورة.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير أي لا عقوبة عليه إلا التعزير ...

والمعاصي التي لا حد فيها ولا كفاردة متعددة، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة:^(٤)
 (أ) 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 تتوافر هذه الشروط فلا حد،

الصلدر

تعليق "رقم-٣٨-": بل الرأي الراجح عدم الجواز والمحصار العقاب بالكافارة؛ لأن المستفاد من أدلتها عدم استحقاق الجرم عقاباً غيرها ...

أما كفاردة الظهار، فهي عقاب على وطء الزوج زوجته بعد أن ظهر منها، ويستحق العقاب على نفس الظهار لكونه أمراً محظياً، وكل محظى يستحق فاعله العقاب عليه. ولا مانع من اجتماع العقابين لعدم كونهما على أمر واحد ...

رأينا في "تعليق-٣٨-": يؤيد قولنا بأن هذه الأفعال ليست جرائم جنائية، وبالتالي لا يجوز أن يجازى مرتكبها بتعازير عقابية، ومع ذلك فلا مانع لدينا من إضافة تدابير تعبدية على أنها تدابير إصلاح ووقاية وليس عقوبات جنائية، وهذا ما نقوله كذلك بالنسبة لحالة الظهار ...

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء. فهناك مثلاً من يرى الكفاردة على الوطء في الحيض، وهناك من لا يرها، وهناك من يقول بالكافارة في الوطء في الصيام فقط، ومن يقول بما فيما يفترض وبعذري ...

(٢) أعلام الموقعين ج/٢ ص/٢٢١، المقدمات لابن رشد ج/٢ ص/١٥١، تبصرة ج/٢ ص/٢٥٩، أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨ ...

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٦٤ ...

عوذه

ومثل ذلك : الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق، وهكذا كل ما شرع فيه الحد، ولم تتوافر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير ...
 (ب) نوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطه الزوجة في دبرها-٣٩- وسرقة المال المشتركة-٤-، وإما لسبب خاص بالحاجي كقتل الأب ولده فإنه لا قصاص فيه، وسرقة الفروع من الأصول فإذا لا قطع فيها-١٤- ويحل محل القطع التعزير.
 (ج) نوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد، ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والسم، ولحم الخنزير، وخيانة الأمانة من أئمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصي والوكيل، ومثل تطفيف المكيال والميزان، وشهادة الرور، وأكل الربا، والسب والرشوة وغير ذلك.

الصدر

تعليق "رقم-٣٩-": اختلاف فقهاء المذهب الجعفري في حكم وطء الزوجة في دبرها. فذهب قوم إلى الحرمة، وآخرون إلى الكراهة، كما اختلف غيرهم من علماء المسلمين في ذلك كما يدللنا إلى ذلك ما في كتاب مختصر المنزاني ص/١٧٤ حيث قال: قال الشافعي رحمه الله: ذهب بعض أصحابنا في إثبات النساء في أدبارهن إلى إحلاله، وآخرون إلى تحررها. انتهى. وعلى كلا القولين لا يستحق الواطئ الحد: أما على القول بالكرامة فواضح إذ لا حد إلا على الفعل المحرم، وأما على القول بالحرمة فلا حد عليه أيضا لأن الحد شرع على الزنا، وهو لا يصدق على وطء الزوجة في دبرها لكونه كما في كتاب بداية المجهد لابن رشد كل وطء وقع على غير نكاح صحيح. ولا شبه نكاح ولا ملك يمين. ومن البديهي أن وطء المرأة في دبرها وطء وقع على نكاح صحيح. كما لا يصدق الواط على وطء الزوجة في دبرها لكون الواط هو وطء الذكر كما ذكر ذلك العالمة الشيخ زين الدين العاملى المعروف بالشهيد الثاني ...

الشواوى

رأينا في "تعليق رقم-٣٩-": نحن نضيف إلى ما ورد في تعليقه رقم-٣٩- من اختلاف الآراء فيما يتعلق بإثبات الزوجة في دبرها أنه لا يجوز التوسيع في تطبيق الحدود؛ ولذلك لا محل لما قاله فقيهنا من أن هذه المعصية مما شرع فيها الحد ...

ل لكن موضع البحث هنا جواز التعزير أو عدم جوازه؛ ولذلك فإن الحاجة التي أوردها لا محل لها؛ لأنها تدور حول حسبان الفعل زنا يستحق عقوبة حدية وهو ليس كذلك، بل يمكن الشك أو الاعتراض على حسبانه من المعاصي التي تستحق التعزير ...

الصدر

تعليق "رقم-٤٠-": مع احتمال أن ذلك جائز له ولم يأخذ أكثر من حقه أما مع علمه بالحرمة فلا ريب في إقامة الحد عليه إذا أخذ أكثر منه، أما لو لم يأخذ أكثر من حقه فقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في لزوم إقامة الحد عليه وعدمه ...

الصدر

تعليق "رقم-٤١-": الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم إقامة الحد في هذا المقام.. رأينا في "تعليقى-٤٠- و -٤١-": نأخذ على التعليقين أنه يนาوش في حسبان هذا النوع من السرقات التي تستحق عقوبة الحد، لكن في نظرنا يجوز تعزير السارق في هذه الأحوال ...

٩٨ - درجات المعاishi أو أنواعها الثلاثة :

إن ما وصل إليه فقها من الدقة في التمييز بين مجرد الأمر والنهي، وبين ما هو أقل من الأمر (الترغيب) وما هو أدنى من النهي (المكره)، قد تجاوز ذلك، بأن توصلوا إلى ما عرضه فقيهنا من تفاوت بين ثلاثة أنواع مما يدعونه من المعاishi طبقاً للمبدأ الذي استعرضه من قبل - وذلك بسبب اختلاف موقف النصوص القرآنية من كل نوع منها نتيجة لتقدير الشارع الحكيم لمدى خطورة كل نوع ...
هذا التفاوت جعل هناك ثلث درجات من المعاishi :

النوع الأول : - وهو أشدّها وأهمّها، ووصفه بأنه الجرائم التي تتوافر فيها ظروف مشددة توجب الحكم فيها بعقوبة مقدرة بالنص الشرعي، وهي عادة عقوبة جنائية بدنية (الحد أو القصاص) أو بالدية . وفي نظره أن عددها اثنتا عشرة جريمة مقررة بنصوص صريحة في القرآن منها سبعة حدود^(١) وخمس جرائم يعاقب عليها بالقصاص أو الدية . ويلاحظ أنه يعد القصاص نوعاً من الحدود .

وأهم ما تطرق إليه هنا هو أن المذاهب الأربع الكبرى تتفق في أن هذه العقوبات المحددة بنصوص صريحة لا تغنى عن التعزير، إذ أجازوا أن يحكم بعقوبة تعزيرية مع العقوبة الجنائية - إذا قضت بذلك المصلحة العامة . وهذا يؤكّد رأينا الذي ذكرناه مراراً من أن التعزير هو الأصل في جميع الجرائم وليس عقوبة مقصورة على نوع معين من الجرائم (التي اعترضنا على وصفها بأنها جرائم العازير...) . وقلنا إن ذلك القول يختلط بين أنواع العقوبات ويعدها أنواعاً للجرائم) . كما قلنا إن بعض التعازير هي تدابير وقائية ليست عقوبات جنائية - وإضافتها للحد لا يعد تشديداً للعقوبة القصوى .

صحيح أن رأينا هو أنه في حالة توافر الطرف المshed الذي يجب الحكم بعقوبة الحد أو القصاص، فإن توقيع هذه العقوبة القصوى يعني عن التعزير لأن فيه ما يكفي للردع والتأديب - ومع ذلك فإن المذاهب الأربع ترك للقاضي التقدير وتعطيه الحق في إضافة التعزير إلى العقوبة المقدرة . وهذا رأى لا نوافق عليه إذا كان التعزير المضاف عقوبة جنائية، لأن العقوبات القصوى الجنائية فيها الكفاية في نظر الشارع ، ولا نرىفائدة من الإضافة

(١) يوجد خلاف كبير حول عدد الجرائم - إذ إن كثرين لا يعترفون بحد الردة - ولا حد الشرب .. وبذلك تكون الحدود المتفق عليها خمسة فقط ... مع ملاحظة أن حد الرجم في زنا المحسن يعارضه كثرون ويكتفون بما قرره القرآن من عقوبة الحلد لجميع أنواع "الزنا" .

التعازير التي يمكن إضافتها للحد هي التي تدخل ضمن التدابير الوقائية والتهذيبية فقط :

إليها برغم أن العمل جرى على غير ذلك بقصد الشهير والشفى من يتجرعون على هذه الجرائم الخطيرة ... التي تعد من الكبائر. ومع ذلك، فإن كثيراً من التعازير التي يرون إضافتها إلى الحد أو القصاص، يمكن قبولها على أنها مجرد تدابير وقائية تحول دون عودة المجرم إلى الجريمة المنكرة.

النوع الثاني : - في نظره هو المعاصي التي وردت نصوص تفرض على مرتکبها الكفارة (دون حد ولا قصاص) .

في نظره أن هذا النوع من المعاصي حددته النصوص القرآنية كما هو الحال في النوع السابق عليه .

ويرغم أن المعاصي من هذا النوع الأصل فيها أنها تعد في نظره جرائم جنائية لأن الكفارة المفروضة فيها يعدها عقوبة جنائية، فإنه يقول إن الفقهاء ليسوا متفقين على جواز التعزير فيها إضافة للكفارة كما اتفقوا على ذلك بالنسبة للنوع السابق، وإنهم يكتفون بالكفارة. ورأينا أن الفقهاء الذين يرفضون جواز التعزير على هذه "المعاصي" إنما يؤيدون وجهة نظرنا بأنها ليست جرائم جنائية - وأن الكفارة التي فرضت على مرتکبها هي مجرد إجراء بعيدى من نوع العبادات المؤدية للتوبه والتطهير من دنس خطيئة دينية لا تصل إلى مستوى الجريمة الجنائية - ومراجعة الأفعال التي تدخل في هذا النوع ترجع في نظرنا هذا الرأى؛ لأنها كلها متعلقة بواجبات تدخل في نطاق العبادات، كما هو واضح في المثلين الواردين وهو الوطء غير المحرم في الأصل، أى مباشرة الزوج لزوجته) في شهر رمضان أو فترة الإحرام .

فرأينا هو أن هذا النوع من المعاصي لا يدخل في نطاق التشريع الجنائي، ولم يكن هناك داع لذكره هنا لأن الكفارة المفروضة فيها هي عبادة محضة قصد بها تأكيد توبه مرتکبها وطلبه المغفرة - وهى ليست عقوبة جنائية في نظرنا في هذه الأحوال .

والنوع الثالث : في نظره هو الأعم، ويرى أنه يشمل ثلاثة أنواع من حيث علاقتها بالحدود، على النحو الذي فصله .

سيق أن بينا وجوب التفرقة بين تنوع الجرائم، وتنوع العقوبات، لأن الجريمة الواحدة يمكن أن يختلف نوع عقوبتها أو مقدارها بسبب توافر ما نسميه "ظروف مشددة" أو "ظروف مخففة" .

هذه الظروف المشددة أو المخففة لا تغير جنس الجريمة ولا نوعها وإن كانت تغير العقوبة، الأمر الذي يعني إعطاءها قدرًا أكبر من الخطورة يسُوّغ حسباها من الكبائر.

التعزير لمصلحة الجماعة خارج الأعمال التي تستوجب الحد أو القصاص

أو الكفارة :

والرأي في نظرنا هو القول بأن جميع المعاصي الأصل فيها التعزير الذي تقتضيه مصلحة الجماعة، لكن بعضها يجب أن "يضاف" إلى التعزير فيه (في رأيهم أو يعرض عنه في رأينا) عقوبة حدية عند توافر ظرف مشدد فيها (وهذا هو ما عده النوع الأول منها (أ)).

والبعض الآخر (ب) هو الذي يجب فيه التعزير لثبوت الجريمة وكوتها من جنس الجريمة الحدية لكنها لا تستوجب الحد بسبب عدم توافر الظرف المشدد أو وجود شبهة في توافره لكي يعاقب مرتكبها بعقوبة حدية وليس من المعاصي التي تستوجب كفارة.

أما النوع الثالث (ج) في نظره فيشمل الأفعال التي لم يفرض القرآن عليها عقوبة حدية مطلقاً (أي أنها ليست من جنس الحد كما يقول)، ولكن تقتضي مصلحة الجماعة فرض عقوبة التعزير على مرتكبها ... لما يتربى عليها من ضرر لنظام الجماعة ويدخل فيه أغلب المعاصي التي ذكر أمثلة منها (ص ب / 55).

والمعيار الذي أشار له وهو "الضرر لنظام الجماعة أو مصلحة الجماعة" لا يكفي في نظرنا - بل نرى أنه لابد أن يجد الفقه وأهل الاجتهاد أنه توافر في الفعل الذي يستحق التعزير في نظرهم ما يدخله ضمن إحدى النظريات التشريعية التي تدور حول الأفعال المعقاب عليها بنص قرآن صريح، مثل جرائم العداون على العرض والأسرة، أو على الأموال، أو على الأرواح والأبدان .. وهكذا .

وقد سبق أن أشرنا إلى أنه في البند (51-) فيما سبق فرق بين التعزير على المعاصي - الذي يكون واجباً (مثل الربا وخيانة الأمانة والرشوة والسب) وفي غيرها يكون التعزير تقديرياً للقاضي - اخجهد في نظرنا - لا قضاة عصرنا .

وهذا النوع هو الذي جعل الفقهاء يسيرون على أنه "يجوز" فيها التعزير .. والجواز كان متزوراً كالتقدير القاضي عندما كان القضاة مجتهدين، أما الآن في عصر القضاة المقلدين، فقد أصبح من واجب من يتولون مهمة الاجتهاد في مجتمعاتنا أن يقتنوا التعازير التي تدخل ضمن هذا النوع ويعدوها جرائم جنائية أو تدابير وقائية بضم صريح .

والمعاصي السق لا تقتن لها عقوبات جنائية تخرج عن نطاق التشريع الجنائي - ويمكن أن يكون الجزاء فيها تأدبياً ومهديبياً أو تعبدانياً - لأن كلمة التعزير بحسب الأصل تشمل كل تدابير التأديب والتهذيب بإجراء اجتماعي أو ديني ليس من الضروري وصفه بأنه "عقوبة جنائية" .

هذا السبب هو الذي جعلنا نؤكد ضرورة تقيين هذه التعازير جميعها بقرار من الأمة أو من يمثلوها من أولي الأمر في التشريع وهم أهل الاجتهاد كما سنوضح فيما يلي.

٩٩ سالهو السبيل إلى معرفة العاصي؟ : والمعاصي سواء كان فيها

حد أو كفارة أو لا حد فيها ولا كفاره، مبينة بيانا لا خفاء فيه في الشريعة الإسلامية، وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة. فالسبيل إلى معرفة العاصي هو نفس السبيل الذي تعرف به الجرائم في القوانين الوضعية، هو الاطلاع والدراسة. فمن اطلع ودرس عرف العاصي في الشريعة، وعرف الجرائم في القوانين الوضعية، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم. وليس يعيش الشريعة في أي شيء أن العاصي لم تجتمع في كتاب واحد، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها، وإنما العبرة بالنص على الأفعال التي تعد جرائم، وعلى عقوباتها. على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من جمع العاصي في كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة، مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم، مادام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على العاصي وتيسير العلم بها ...

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصاً صريحاً حرمتها، ونصاً صريحاً يعقوب عليها إن كانت المعصية معاقباً عليها بالحد أو الكفارة. أما إن كان معاقباً عليها بالتعزير، فإنه يجد النص الذي حرمتها، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها ...

ولقد استعرضنا جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصاً تحرمتها، وتحدد عقوباتها. وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع العاصي، وهو النوع الذي فيه الحد أصلاً والكفارة مع الحد أحياناً، وبقي أن نستعرض النوع الثاني من العاصي الذي فيه الكفاره، والذي قلنا إن هناك خلافاً على التعزير فيه -٤٢-، وبعد أن نستعرض النصوص التي وردت فيه، نستعرض النوع الثالث من العاصي، وهو النوع الذي لا حد فيه ولا كفاره ...

تعليق "رقم ٤٢": مر عليك آنفاً رأي الفقه المعتبر، فراجع ...

الصدر

99 - وجوب تقيين التعازير في نظرنا حاليا :

"السبيل الذي يمكن المكلف من معرفة المعاصي التي يعذر مرتكبها جنائياً في نظره" هو ما ذهب إليه فقهاؤنا من الاكتفاء بالإحالة إلى وجوب الاطلاع ودراسة النصوص والعلم... الذي هو فريضة على كل مسلم ومسلمة ..

ويشعر الجميع بأن ظروف المجتمعات قد تعقدت أكثر من ذى قبل، وأصبح نصيّب علوم الشريعة في التعليم العام ضئيلاً، حتى أصبح الفرد العادي يحتاجا إلى أن يقوم "أهل الاجتهاد وأهل الذكر" بتسهيل سبل هذا العلم ... وخطأ خطوة محمودة بأن أضاف إلى ما قاله أسلافنا قوله إنه "ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصي" في مجموعة أو مدونة تبين الأفعال المعقاب عليها جنائياً وعقوبة كل منها وذلك "لتيسير العلم بها".
ونحن ومن يأتون بعدها عليهم أن يخطروا خطورة أخرى، هي أن هذا "التقيين" أصبح واجباً... وضرورياً في الحاضر والمستقبل بشرط أن يقوم به أهل الاجتهاد.

والواقع أن عدم التقيين الشرعي أو تأخره قد ترك الساحة مفتوحة أمام السلاطين لكي يقّوموا هم بإصدار مجموعات وضعية يستورونها من النظم الجنائية الأجنبية... واستغثوا بذلك عن الفقه والاجتهاد واعطلوا الشريعة. ويسارع بعض فقهاء السلاطين ليصفوا هذه المستورات بأها تعازير ... وإذا انتقدهم أحد أو عاتبهم اعتذروا بأن الفقه هو الذي قصر عن القيام بمواجهة هذه الضرورة أو الحاجة، وأن العلماء هم الذين تأخروا عن القيام بواجبهم في التقيين الشرعي.

وهذا العذر صحيح إلى حد ما في نظر كثيرين !!!

لذلك تبارت شخصيات وهيئات عديدة الآن في القيام بإعداد مشروعات للتقيين.... بقى أن يستدرك المسؤولون في الدول المعاصرة الملزمون بالخضوع للشرعية وتطبيقاتها - لكي يسارعوا إلى العمل بهذه التقيينات التي أعدها أهل الفقه والعلم بعد أن أصبح تطبيق الشريعة والالتزام بالفقه مطلباً شعبياً ملحاً .. بسبب إصرار الشعوب على استبعاد "القوانين الوضعية" التي تستورد من الخارج .

غير أنها نقر قوله بأنه ليس بعيب في الشريعة أن المعقاب عليها) لم تجتمع في كتاب واحد (تقيين تشريعي)، لأن التقيين في نظرنا يجب أن يكون دائماً عملاً بشرياً فقهياً قابلاً للتطوير والتغيير والتبديل، أما لو صدر عن المشرع الإلهي فقد يتربّ عليه جرسود الشريعة وحرمانها من المرونة والتطور الذي هو من أهم مزايا شريعتنا التي تجعلها خالدة صالحة لكل زمان ومكان .

عودة

١٠٠. العاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه العاصي هي إفساد الصيام، وإفساد الإحرام، والاختت في اليمين، والوطء في حيض، والوطء في ظهار، وسنعرضها واحدة بعد أخرى ...

إفساد الصيام : يقول الله تعالى: **﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتُبُ الصِّيَامِ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُم﴾** [البقرة: ١٨٣]، ويقول: **﴿أَحَلَ لَكُم لِيَلَةُ الصِّيَامِ الرُّفُثُ إِلَى نَسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٍ لَهُنَّ عِلْمُ اللَّهِ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَنَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَبِبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرِبُوهُ أَحَدٌ يَتَبَيَّنُ لَكُمُ الْحَيْطَ الْأَيْضُ مِنْ الْحَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَقْوَى الصِّيَامَ إِلَى الظَّلَلِ وَلَا تَبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تَلْكَ حَدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرِبُوهُنَّ﴾** [البقرة: ١٨٧]. وروي عن أبي هريرة: أن رجلا جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: "هلكت يا رسول الله. قال: ما أهلكك؟ قال: وقعت على امرأة في رمضان. قال: هل تجد ما تعنق به رقبة؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا؟ قال: لا. ثم جلس. فأتي النبي بفرق فيه تمر فقال: تصدق بهذا". فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع ٤٣-٤٤- عنق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، كفارة عن العصية التي وقع فيها^(١) ...

الصدر تعليق "رقم ٤٣-٤٣": وبدل على عقوبة من أفسد صومه بغير الجماع الخير المعتبر المروي في الكافي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق(ع) في رجل أفتر في شهر رمضان معتمدا يوماً واحداً من غير عذر، قال: يعنى نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا فإن لم يقدر تصدق بما يطيق ...

الشاوي رأينا في تعليق "رقم ٤٣-٤٣": تعليقات السيد الصدر حتى رقم ٤٧-٤٧ - هي في نظرنا تفترض أن الكفارة عقوبة جنائية، ونحن لا نوافق على ذلك، والحجج التي ناقشها كلها تدور حول الكفارة، ولا شأن لها في نظرنا بالشرع الجنائي؛ لأنها إجراءات تعبدية، ونفضل استعمال كلمة "توبه" بدلاً من كلمة "عقوبة" في أول التعليق ...

(١) اختلف الفقهاء في تطبيق النص المقرر للعقوبة، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب، والشافعي وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط. وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب، والفريق الثاني يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط، فلا تطبق على غير ما جاءت فيه. وهناك خلافات أخرى أهلهما: أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما يتطبق على الرجل، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل. كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط، والبعض يسوّي بين المعتمد والناسي. ويرى البعض في حالة تعدد الإفطار تطبيق قاعدة التداخل، ولا يرى البعض تطبيقها، ولكل فريق حججه، ولا نرى ما يدعو هنا لسردها، فكلها خلافات في تفسير النصوص وتطبيقها. راجع بداية المجتهد الجزء الأول ص / ٢١٠ وما بعدها، والمداية الجزء الأول ص / ٩٦، والإيقاع الجزء الأول ص / ٣١٢ وما بعدها، المذهب ج / ١ ص / ١٨٣ وما بعدها ...

عوده

إفساد الإحرام : يقول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْحِجَّةِ وَالْعُمْرَةَ اللَّهُ أَنْ أَحْصِرْتُمْ

فما استيسر من المهدى ولا تخلعوا رعوسكم حتى يبلغ المهدى محله فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك فإذا أمتتم فمن تنتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من المهدى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وبسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٩٦]. ويقول: ﴿الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ [البقرة: ١٩٧]. ويقول: ﴿وَحِرْمَانُكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادَمْتُمْ حِرْمَانًا﴾ [المائدة: ٩٦]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حِرْمَانٌ وَمَنْ قُتِلَ مِنْكُمْ هُدِيَّا بِالْكَعْبَةِ أَوْ كُفَارَةً طَعَامَ مَسَاكِينَ مُشَلَّ مَا قُتِلَ مِنَ النَّعْمَ يُحْكَمُ بِهِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ هُدِيَّا بِالْكَعْبَةِ أَوْ كُفَارَةً طَعَامَ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَيَالْأَمْرِ﴾ [المائدة: ٩٥]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آتَيْنَا لَا تَخْلُوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ حِرْمَانًا وَلَا الْمَهْدِيَّ وَلَا الْقَلْعَادَ﴾ [المائدة: ٢: ...]

ومن السُّنَّةِ الثَّابِتَةِ مَا يَرْوِيهِ -٤- كعب بن عجرة: أنه كان مع رسول الله ﷺ محرباً، فَإِذَا هُوَ القُملُ فِي رَأْسِهِ، فَأَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ أَنْ يَحْلِقَ رَأْسَهُ، وَقَالَ لَهُ: "صِمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، أَوْ أَطْعِمْ سَتَةَ مَسَاكِينٍ، مَدَّيْنَ لِكُلِّ إِنْسَانٍ، أَوْ اسْنَكْ بِشَاءَ" ...

وَمِنَ الْمُسْتَقْبَلِ عَلَيْهِ أَنَّ الْمَنْعَ مِنْ حَلْقِ الرَّأْسِ لَمْ يَقْصُدْ لِذَلِكَهُ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ مِنْعَ الزَّيْنَةِ وَالسُّترَفِيَّةِ، وَلِذَلِكَ يَأْخُذُ حُكْمَهُ استِعْمَالُ الطَّيْبِ -٥- وَلِبَسُ الْمُخْيَطِ. وَرَوَى ابْنُ عُمَرَ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي الْحِرْمَانِ: لَا يَلْبِسُ الْقَمِيصَ وَلَا السَّرَاوِيلَ وَلَا الْبَرْنَسَ وَلَا الْعَمَامَةَ وَلَا الْخَفَّ إِلَّا أَنْ لَا يَجِدْ نَعْلَيْنِ فَيَقْطَعُهُمَا مِنْ أَسْفَلِ الْكَعْبَيْنِ، وَلَا يَلْبِسُ مِنَ الْثِيَابِ مَا مَسَهُ وَرَسْ أَوْ زَعْفَرَانَ" ...

ويفسر الرث بـالجماع، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على الحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم، كالصيد والطيب والزينة بلبس المخيط^(١) ...

الصلدر تعليق رقم -٤- : ونظير هذا الخبر خبر آخر يرويه الشيخ محمد بن الحسن الطوسي

باستناده عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) ...

الصلدر تعليق رقم -٥- : لا يمكن الاستناد إلى الخبر المذكور بوجوب الكفاراة لاستعمال الطيب ولبس المخيط، إلا إذا قطعنا بأن المراد من الحديث الشريف هو المنع من الزينة والترفيه وأنى يمكن القطع بذلك؟ ولا يحكم فقهاء المذهب المعتبر في مورد ما إلا مع قيام الدليل عليه.

الشاوي رأينا في تعليق رقم -٤- و -٥- : راجع رأينا على تعليق رقم -٤- ...

(١) تفسير المدارج ج ٢ / ص ٢١٧ / وما بعدها، بداية المجيبد ج ١ / ص ٢٨٩ / وما بعدها، المهدى ج ١ / ص ٤ / ٢٠

ومابعدها، المداية ج ١ / ص ١٢٥ / وما بعدها، الإنفاس ج ١ / ص ٣٥٥ / وما بعدها ...

عودة

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

الحنث في اليمين: يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عَرْضَةً لِأَيْمَانِكُم﴾ [البقرة: ٢٢٤]، ويقول: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغُو فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكُنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَدَتْمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مُسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطَعَّمُونَ أَهْلِكُمْ أَوْ كَسُوهُمْ أَوْ تُحرِّرُ رَقْبَةَ فَمِنْ لَمْ يَجِدْ فِصَامًا ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [المائدة: ٨٩]. وقال رسول الله ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة: "يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعننت عليها، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فات الذي هو خير، وكفر عن يمينك". - ولاشك أن هذه النصوص صريحة في تحريم الحنث باليمين، وتبيّن عقوبة الفعل المحرم^(١) ...

الوطء في الحيض: يقول الله تعالى: ﴿وَوِسَّلُوكُنَّكُمْ عَنِ الْحِيْضُ قُلْ هُوَ أَذَى فَاعْتَزِلُوكُنَّكُمْ النِّسَاءُ فِي الْحِيْضُ وَلَا تَقْرِبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرُنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. وروي - عن ابن عباس

الصدر تعليق "رقم -٤٦ -": لا يستفاد من الرواية تقدير الكفارة، وإنما يستفاد منها وجوب التكفار. وفي روایات الشیعة الإمامیة المروریة عن آئمۃ اہل البیت (ع) ما يستفاد منه تقدير الكفارة ...

الصدر تعليق "رقم -٤٧ -": وفي روایة داود بن فرقد المروریة عن الإمام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام أنه قال: يصدق إذا كان في أوله بدينار، وفي وسطه نصف دينار، وفي آخره ربع دينار. وقد اعتمد على هذه الرواية وذهب إلى وجوب التکفار بالثلث الأول من الحیض بدينار، وفي الثلث الثاني بنصف دینار، وفي الثلث الثالث بربع دینار جماعة من أکابر فقهاء المذهب الجعفري كالشيخ المفید والسيد المرتضی والشيخ الطوسي. وذهب جماعة أخرى من فقهاء الشیعة إلى عدم وجوب الكفارۃ للخبر المعتبر الذي يرویه العیس عن الإمام جعفر بن محمد أنه قال: سالت أبا عبد الله عن رجل واقع امرأته وهي طامت، فقال الإمام (ع) : لا يلتمس فعل ذلك، قد نهى الله ﷺ أن يقربها. قلت: فإن فعل ذلك أعليه کفارۃ؟ قال (ع) : لا أعلم فيه شيئا، يستغفر الله ...

والرأی الراجح الذي يقتضيه الأخذ بمحتوی الدلیلین هو نفي وجوب الكفارۃ للروایة الثانية، والحكم باستحبابها للروایة الأولى؛ لأن المستفاد عرفا من الكفارۃ في الروایة الثانية هو نفي وجوهها بشهادة الأولى الحاکمة بشووها، كما أن المستفاد عرفا من الأمر بها في الروایة الأولى هو استحبابها بشهادة الثانية النافیة لها.

الشاوى رأينا في تعليق "رقم -٤٦ - و -٤٧ -": راجع تعليقنا رقم -٤٣ - ...

(١) بداية المجهود ج ١/ ص ٣٢٩ وما بعدها، المهدب ج ٢/ ص ١٥٠ وما بعدها، المداية ج ٢/ ص ٦٣ وما بعدها، الإنقاص ج ٤/ ص ٣٣٧ وما بعدها...

عودة

عن رسول الله ﷺ في الذي يأْتِي امرأته وهي حائض، أنه يتصدق بدينار، وروي عنه بنصف دينار. وروي أيضاً في حديث ابن عباس: هذا أنه إن وطى في الدم فعليه دينار، وإن وطى في القطاع الدم فنصف دينار، وروي هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسيني دينار ...

ولنص القرآن صريح في تحريم إثبات المرأة في الحيض. أما الحديث المروي عن ابن عباس فقد صح عند أحد فارجع الكفاره ديناراً على من وطى الحالض^(١) أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شيء من هذه الأحاديث، ولذلك لم يوجبا الكفاره في وطء الحائض عملاً بالأصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل^(٢).

ويترتب على القول بعدم وجوب "الكفاره" أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصي التي لا حد فيها ولا كفاره، أي من المعاصي التي يمكن التعزير فيها...
الوطء في الظهار: يقول الله تعالى: **(وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقْبَةِ مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَّ ذَلِكُمْ تَوْعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ*** فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع لفاطعما ستين مسكتينا) [المجادلة: ٣، ٤] والنص قاطع في تعين المعصية وتحديد العقوبة^(٣) ...

(١) الإقناع ج ١/ ص ٦٤ ...

(٢) بداية المجهود ج ١/ ص ٤٦، الهدایة ج ١/ ص ١٨ وما بعدها، المهدب ج ١/ ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) اختلف الفقهاء في تفسير معنى **(يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا)** ففسرها مالك والشافعي وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوي وطأها أو إمساكها أو هما معاً، وفسرها مجاهد وطاوس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية، وفسرها داود الظاهري بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية، فمن لم يظاهر مرتين ليس بعائد ولا كفاره عليه.

للمعصية بحسب تفسير مالك والشافعي وأحمد جريمة بسيطة، وبحسب تفسير الباقين وعلى الأخص داود من جرائم العادة، ولا تكون إلا بحصول الظهار الثاني، أما الأولى وحده فلا يكون الملعونة، ومن ثم لم تترتب الكفاره إلا على الثاني. راجع بداية المجهود ج ٢/ ص ٨٧ وما بعدها، الهدایة ج ٢/ ص ١٤ وما بعدها، المهدب ج ٢/ ص ١٢٠ وما بعدها، الإقناع ج ٤/ ص ٨٢ وما بعدها ...

100 – في نظرنا أن الأصل في الكفارات أنها عبادة وتوبه وليس عقوبة جنائية :

يعود فقيهنا للإفاضة في شرح الأفعال التي عدّها معاishi، لكن الشريعة اكتفت بأن فرست الكفاره على مرتكبيها. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا لا يكفي بل يجوز فيها التعزير .

وهو يتعرض هنا لذلك على سبيل الاحتياط ما دام أن "بعض" الفقهاء يرى أنه يجوز "التعزير الجنائي" عليها – لكننا نستبعد هذا الرأي كما قدمنا؛ لأنه يؤدي إلى توسيع نطاق العقوبات الجنائية، وهو تبعاً لذلك يعطي فرصة كبيرة لمن يدعون تمثيل سلطات الدولة ليفرضوا مزيداً من العقوبات

وفي رأينا أن الكفاره هي إجراء ديني وتدبير من نوع العبادات يعني التوبة والندم. وقد جرت شريعتنا على الاكتفاء بالوازع الديني والعقيدى، والاكتفاء به كلما أمكن ذلك. وليس من المصلحة إدخال التدابير الدينية في نطاق التشريع الجنائي، لأن هذا يشوه صورتها ويضيئ الغرض التربوي والتهذيبى الدينى الذى هو جوهرها، وهذا الغرض هو التوبة، وليس العقاب الجنائي .

بل لقد ذهبت فيما سبق إلى تأييد رأى المعتزلة⁽¹⁾ في أن شريعتنا لا تقرر العقاب الجنائي على "القتل أو الجرح خطأ". وقول فقيهنا بحسبان هذا العقاب استثناء شرعاً من المبدأ الذى قرره رسولنا الأمين بقوله: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". هذا القول لا داعى له لأن الجزاء المقرر له في شريعتنا بنص قرآنى هو الكفاره. ونحن نفضل السمو بالكافاره عن وصفها بأى عقوبة. ونرى أيضاً عدم وصف هذه الأفعال الخطأة بأى "جرائم" حتى ولو سارت جميع القوانين الوضعية على وصفها بهذا الوصف، وقررت لها بناء على ذلك عقوبات الحبس (على جريمة القتل خطأ) ويمكن اعتبار هذا الحبس تدبيراً وقائياً مثل الحبس في أثناء التحقيق الذى هو تعزير وقائي بمعنى أنه تدبير احتياطي لكن ليس عقوبة. إننا نفضل عدم وصف الكفاره بأى عقوبات جنائية، لأن ذلك يدل مرة أخرى على سمو الأحكام الشرعية وترفعها عما تسير عليه القوانين الوضعية من الإسراف في العقاب الجنائي .. الذى تغنى عنه التوبة متى تواترت أسبابها، وأداء الكفاره هو إجراء يُؤكدها .

إن شريعتنا تفضل الاستغناء عن العقوبة الجنائية بالتدابير ذات الصفة التعبدية والتربوية ... منها الكفاره التي تؤدى إلى التوبة .

(1) يراجع هامش (2) في نهاية البند (300) من كتاب التشريع الجنائي فيما بعد ...

التعازير أوسع نطاقاً من العقوبات الجنائية وتشمل تدابير الوقاية والتهذيب:

إن شريعتنا ذات طابع إلهي وديني - وتمييز بالحرص على التوبة أكثر من حرصها على العقوبة الجنائية - وهذا من أهم ما يميزها عن القوانين الوضعية .

لقد أفاض في شرح أمثلة لهذا النوع من المعا�ي التي تستوجب الكفارات. ويتبين من هذا الشرح أنها جمِيعاً متعلقة بالعبادات وما يلزم لها من واجبات مثل وجوب الامتناع عن جماع الزوجة في الصيام والجماع في حالة الإحرام والجماع في فترة الحيض (مع الزوجة). والجماع بعد الظهار (مع الزوجة أيضاً)، والختن في اليمين الذي يكون خطيئة دينية فقط طالما أنها لم تصل إلى ما يُعد شهادة زور مثلاً .

والنصوص القرآنية التي أوردها في عرضه لهذه المعا�ي كلها تؤكِّد ما قلناه دائماً من أن شريعتنا ليست مجموعة نصوص تشريع جنائي، وإنما واجبات وتدابير متنوعة بعضها تكون مخالفتها جرائم معاقباً عليها، لكن البعض الآخر لا يجوز وصفها بأنها "جرائم" ولو كانت معا�ي شرعية .

وما لا يوصف بأنه جريمة لا يجوز عَدُّ ما يتربَّ عليه "عقوبة جنائية"، حتى ولو سار الفقه على إدخالها ضمن "التعازير". إننا نبهنا في مواضع متعددة إلى أن كلمة "التعازير" لا يجوز عَدُّها مرادفة "للعقوبات الجنائية"، لأن كثيراً منها مجرد تدابير تربوية ومهذبية تدخل ضمن تدابير الوقاية أو تدخل ضمن العبادات التي يقصد بها التوبة أو التكفير عن خطيئة أو معصية، سواء كانت هذه المعصية جريمة معاقباً عليها بعقوبة جنائية، أو كانت مجرد معصية دينية وأخلاقية يكفي فيها التوبة المستفادة من أداء الواجبات الدينية التي تُعَذَّلُها كفارات .

إن الطابع التعبدِي لهذه التدابير لا يناسبه وصفها بأنها عقوبات جنائية، فالصوم وإطعام المساكين أو غير ذلك كالصدقات ... أو ذبح النعم (لإطعام المساكين أو غير المساكين من أهل الحرث) لا يليق بنا أن نصفها بأنها عقوبات جنائية، لأن ذلك يفسد هدفها الديني والتعبدِي ويتزَّلَّ بها إلى مستوى العقوبات مثل الجلد أو السجن ... إلخ، ولذلك لا نوافق على إدخالها ضمن دراسة التشريع الجنائي بحججها أنها "تعازير" ...

عوده

١٠ـ العاًصي التي لا حد فيها ولا كفارة : بينما فيما سبق أن العاًصي التي لا حد فيها ولا كفارة تقسم 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. فاما النوع الأول والثاني فقد سبق أن بيان النصوص التي وردت بالتحريم فيهما، ٤٨ـ وذلك عندما تكلمنا على النصوص التي جاءت في جرائم الحدود وجرائم الفصاص والديمة. وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر العاًصي، ولو كان ما يدخل تحته محدودا لاستعرضنا النصوص التي وردت فيه كلها كما فعلنا في غيره من الأنواع، ولكن الواقع أن العاًصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة، ومن ثم فلن نستعرضها جميعا، وسنكتفي بعرض النصوص التي تحرم أهم العاًصي تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من العاًصي ...

١ـ تحريم بعض الطعام : يقول الله تعالى: «إِنَّ حَرْمَنَا عَلَيْكُمْ الْيَتَمَةُ وَالدُّمُّ وَلَحْمُ الْخَنَّارِ وَمَا أَهْلَ بِهِ لَغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ إِلَيْهِ بَغْرَبَةً وَلَا عَادَ فَلَا إِثْمٌ عَلَيْهِ» [البقرة: ١٧٣]. ويقول: «حَرَمْتُ عَلَيْكُمُ الْيَتَمَةَ وَالدُّمُّ وَلَحْمَ الْخَنَّارِ وَمَا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمَسْخَنَةَ وَالْمَوْقَدَةَ وَالْمُسْتَرْدِيَةَ وَالنَّطِيْحَةَ وَمَا أَكَلَ السَّبْعَ إِلَّا مَا ذَكَرْتُمْ وَمَا ذَبَحَ عَلَى النَّصْبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فَسَقٌ» [المائدة: ٣]. ويقول: «أَحَلْتُ لَكُمْ هَبِيمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يَتَلَقَّ عَلَيْكُمْ» [المائدة: ١]. ويقول: «وَجَلَّ لَهُمُ الطَّيَّابَاتُ وَيَحْرِمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ» [الأعراف: ١٥٧]. ويقول رسول الله ﷺ : "الكلب خبيث ثمه". ويروي جابر عن رسول الله ﷺ فيقول: ذبحنا يوم حين الخيل والبغال والحمير، فنهانا-٩ـ رسول الله عن البغال والحمير،

الصدر
الصدر

تعليق رقم ٤٨ـ: وقد ذكرنا رأي الفقه المذهبجي في ذلك ...

تعليق رقم ٤٩ـ: الرأي السائد عند فقهاء المذهب المذهبجي أن المستفاد من النهي عن البغال والحمير هو الكراهة؛ لأن ذلك لازم العمل بمحتوى ما دل على النهي مع محتوى ما دل على الجواز كخبر محمد بن مسلم قال : سالت أبي جعفر محمد بن علي الباقر (ع) عن حنوم الخيل والبغال والحمير فقال حلال. انتهى. فإن الحكم بالحلية بالرواية الثانية قرينة على أن المراد من النهي في الرواية الأولى الكراهة لا الحرمة ...

رأينا في "تعليق ٤٩ـ": اعتبرت على قول فقيهنا بتحريم لحم الخيل والحمير؛ لأن الشيعة تستند إلى وجود أثر يدل على جواز أكلها؛ ولذلك يقدرون أن المقصود من النهي في الحديث المشار إليه الكراهة لا التحريم ... ولكن نؤيد هذا الاتجاه؛ لأن كثيرا من الشعوب تأكلها ...

عوذه

عوده ولم يهنا عن الخيل. وروي عن ابن عباس أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وأكل كل ذي مخلب من الطير. وروت عائشة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ أنه قال: "خمس يقلن في الحل والحرم : الحية والفارأ والغراب الأيقع، والحدأة والكلب العقور". ...

٤ خيانة الأمانة : يقول الله عز وجل : «إِنَّا عَرَضْنَا الْأُمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ
وَالْجَبَالِ فَسَابَيْنَ أَن يَحْمِلُنَّهَا وَأَشْفَقُنَّ مِنْهَا وَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ إِنَّهُ كَانَ ظَلَمًا جَهُولًا»
[الأحزاب: ٧٢]. ويقول : «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤْدِوا الْأُمَانَاتَ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ
بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» [النساء: ٥٨]. ويقول : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا
اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَتَخُونُوا أَمَانَاتَكُمْ» [الأنفال: ٢٧]. ويقول : «وَآتُوا الْيَتَامَىٰ أُمُوْرَهُمْ
وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالظَّيْبِ وَلَا تَأْكُلُوا أُمُوْرَهُمْ إِلَى أُمُوْرَ الْكُمِّ إِنَّهُ كَانَ حَوْبًا كَبِيرًا»
[النساء: ٢]. ويقول : «فَادْفُعُوهُمْ إِلَيْهِمْ أُمُوْرَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهُمْ إِسْرَافًا وَبَدَارًا أَن يَكْبُرُوا»
[النساء: ٦]. ويقول : «وَلَا تَقْرِبُوا مَالَ الْيَتَيمِ إِلَّا بِالْتِي هِيَ أَحْسَنُ» [الإِسْرَاء: ٣٤].
ويقول : «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أُمُوْرَ الْيَتَامَىٰ ثُمَّمَا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بَطْوَهُمْ نَارًا وَسِيَّصُونَ
سَعِيرًا» [النساء: ١٠]. ويقول : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أُمُوْرَ الْكُمِّ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تِرَاضٍ مِّنْكُمْ» [النساء: ٢٩]. وقال الرسول ﷺ : «أَرْبَعٌ مِّنْ كُنْ
فِيهِ كَانَ مَنَافِقًا خَالِصًا، وَمِنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِّنْهُنْ كَانَتْ فِيهِ خَصْلَةٌ مِّنَ التَّفَاقِ حَتَّى
يُدْعُهَا، إِذَا أُوتِمْنَ خَانٌ، وَإِذَا حَدَثَ كَذْبٌ، وَإِذَا عَاهَدَ غَدْرٌ، وَإِذَا خَاصَّمَ فَجَرٌ».
وقال : «لَا إِيمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ» ...

٣- غشن المكابيل والموازين وغيرها : يقول الله تعالى: «وليل للمطففين * الذين إذا
اكتالوا على الناس يستوفون * وإذا كالوهم أو وزنوه يخسرون» [المطففين: ١-٣].
ويقول: «أوفوا الكيل ولا تكونوا من المحسرين * وزنوا بالقسطاس المستقيم *
ولا تبخسوا الناس أشياعهم ولا تعثروا في الأرض مفسدين» [الشعراء: ١٨١-١٨٣] ...
٤- شهادة الوزير : يقول الله تعالى: «ولَا يَاب الشهادَة إِذَا مَا دُعَا» [البقرة: ٢٨٢].
ويقول تعالى: «وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهادَة وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ» [البقرة: ٢٨٣]. ويقول:
«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُوْنُوا قَوْمِينَ بِالْقَسْطِ شَهَدَاءُ اللَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ
وَالْأَقْرَبِينَ» [النساء: ١٢٥]. ويقول: «وَالَّذِينَ لَا يَشْهُدُونَ الزُّورَ» [الفرقان: ٧٢].
وقال: «فاجتبوا الرجس من الأولئك واجتنبوا قول الزور» [الحج: ٣٠]. ويروى عن
أبي بكره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟». وكررها ثلاثاً. قلنا :
بلى يا رسول الله. قال: «الإِشْرَاكُ بِاللَّهِ وَعَقْوَقُ الْوَالِدِينِ». وكان متكتماً فجلس فقال :
«ألا وقول الزور، وشهادة الزور». فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت ...

عوذه

٥- أكل الربا : يقول الله ﷺ: «الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخطبه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا» [البقرة: ٢٧٥]. ويقول: «يتحقق الله الربا ويربي الصدقات» [البقرة: ٢٧٦]. ويقول: «يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذرروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فاذدوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رعوس أموالكم لا ظلمون ولا ظلمون» [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩]. ويقول : «يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة» [آل عمران: ١٣٠]. ويقول: «وما آتتكم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله» [الروم: ٣٩]. وقال الرسول ﷺ: "اجتبوا السبع الموبقات". قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف الحصنات المؤمنات الغافلات".

٦- السب : يقول الله ﷺ: «لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم» [النساء: ١٤٨]. ويقول: «ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم» [الأنعام: ١٠٨]. ويقول: «ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعذبين» [البقرة: ١٩٠]. ويقول: «يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منها ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنبذوا بالألقاب بشـ الاسم الفسوق بعد الإيمان» [الحجرات: ١١]. وقال الرسول ﷺ: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يمحقره". وقال: "بحسب أمرئ 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 ﷺ: «سَمَاعُونَ لِلْكَذْبِ أَكَالُونَ لِلسُّحْتِ» [المائدة: ٤٢]. ويقول: «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون» [البقرة: ١٨٨]. وقال رسول الله ﷺ: "عن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يعيش بينهما". وقال: "عن الله الراشي والمرتشي في الحكم". "هدايا الأمراء غلول، وهدايا الأمراء سحت". ويروي أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ بعث ابن اللتبية على الصدقـة، فلما جاء قال: هذا لكم وهذا أهدى لي. فقال الرسول ﷺ: "ما بال أقوام نستعملهم على ما ولانا الله فيقول: هذا لكم وهذا أهدى لي، فهلا جلس في بيت أبيه فنظر أيهـى له أم لا؟" ...

عوذه

٨ العاب القمار واليسير: يقول الله ﷺ : «إِنَّ الْخُمُرَ وَالْمَيْسِرَ وَالْأَنْصَابَ وَالْأَرْلَامَ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَبَوْهُ» [المائدة: ٩٠] ...

٩- رسول الساكن بغير حق: يقول الله ﷺ : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بيوتًا غَيْرَ بيوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتَسْلُمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعْلَكُمْ تَذَكَّرُونَ * إِنَّمَا تَحْجَدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ» [النور: ٢٧، ٢٨]. ويقول: «لَيْسَ عَلَيْكُمْ جَنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بيوتًا غَيْرَ مسکونةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَّكُمْ» [النور: ٢٩] ...

١٠- التجسس: يقول الله ﷺ : «وَلَا تَجَسِّسُوا» [الحجرات: ١٢] ...
هذه هي عشر جرائم من أهم جرائم التعزير، استعرضناها والنصوص التي وردت فيها -٥٠-. وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التي حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه، ويستطيع من له إمام بالشريعة أن يجد لكل ما حرمته الشريعة نصاً يعين الجريمة ويجدها، وفي هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت في المعاصي التي يعاقب عليها بحد أو كفارة ...

وفي هذا كلّه الدليل القطاع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص -٥- على كل الأفعال التي حرمتها ...

تعليق "رقم -٥٠": كما وردت أخبار من طرق علماء الشيعة لا مجال لذكرها ...

الصدر

تعليق "رقم -٥١": بالمعنى الآنف الذكر ...

الصدر

101 – إذا كانت المعاishi غير محدودة، فإن الجرائم المعقاب عليها

جنائياً يجب أن تكون محدودة ومبنية :

إن التوسيع في عرض النصوص التي تحرم المعاishi لا يجوز أن يفهم منه أن كل المعاishi يجب فيها العقاب الجنائي (بالتعزير). ذلك، أن الشريعة ليست مجرد قانون – وليس قانوناً للعقوبات بالذات – وإنما هي ديانة وعقيدة وقيم أخلاقية قبل كل شيء، وهذا يجعلها تهتم بالعبادات والتربية والأخلاق التي تشغل جانباً كبيراً من شريعتنا – ويجعل تحريم المعاishi والأمر باجتنابها مبدأ دينياً وهدفاً تربوياً وأخلاقياً، ولا يصح لنا أن نعامله على أنه تشريع جنائي دائم.

صحيح أن من المفروض أن كل جريمة يكون فيها عنصر المعصية، ولكن لا يجوز القول بأنه كل معصية دينية يجب أن تكون جريمة تستحق عقوبة جنائية؛ لأن هذا التوسيع في الجانب الجنائي يشوّه شريعتنا ويصورها على أنها مجرد قانون للعقوبات ويتجاهل الأهداف التربوية والمدنية التي هي العنصر الأول في شريعتنا الإلهية.

إن شريعتنا تركت للأمة أن تحدد بواسطة مجتهديها ومتلئها بالشوري الحرة، عدداً محدوداً من المعاishi لكي توقع عليها عقوبة جنائية، وبذلك أرادت أن تترك هذا التحديد لمقتضيات التطوير وظروف الزمان والمكان، وتضع على عاتق "أولياء الأمر" في الفقه والتشريع أن يبادروا إلى تقيين التعازير ... حتى لا يدعى أحد أن كل ما يُعَدّ هو من المعاishi يستحق العقاب الجنائي

في نظرنا: لا يكفي الإشارة إلى النصوص التي تحرم المعاishi، بل إن واجب الفقه أن يفرق بين ما يُعَدّ منها جريمة يعقوب عليها جنائياً، وبين ما يبقى معصية دينية أو خطيئة أخلاقية تكفى فيها بعض العبادات (ومنها الكفارات).

وهذا هو ما تركه فقيهنا الشهيد ملن يأتون بعده، ويتولون مهمته "التقيين". وسنرى كيف فعل ذلك من أعدوا مشروعات تقيينات شرعية .. في بعض أقطارنا.

ويؤيد ذلك أن فقهاءنا غالباً ما يقولون عن فعل ما إنه يجوز فيه التعزير. فالتعزير – أى التجرم – هو جوازى للقاضى، ومن باب أولى لمن يضعون التقيين.

ونحن نقول لكل من يتصدى لهذه المهمة الشرعية أن يذكر أن المعاishi إذا كانت غير محدودة كما ذكر الشهيد، فإن الجرائم الجنائية لابد أن تكون محدودة إذاً كما جادين في تطبيق مبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بتص في مجال التعازير.

وكل ما قاله من أمثلة للمعاishi التي حرمتها القرآن هو جهد مشكور، لكن هدفه مجرد تسهيل مهمة التقيين التي يجب أن تهدف إلى حصر ما يعقوب عليه منها جنائياً – دون غيره.

الجزاءات التعبدية والتربوية ليست مقصورة على الجرائم الجنائية،

ووصفها بأنها تعازير لا يعني أنها عقوبات جنائية :

والضمانة التي فرضتها الشريعة هي أن يتولى ذلك الحصر والتقنين من تنق فيهم الأمة، وهم أولو الأمر الذين يمثلونها من أهل الاجتهاد أو العلماء الذين يتولون مهمة الاجتهاد الجماعي الذين تخذلهم لذلك في عصرنا أو العصور القديمة.

إنني أعتقد أننا يجب أن ننذر بأن شريعتنا علم وفقة وفکر في الجانب البشري منها (الاجتهاد والإجماع)، وليس أحکاما سلطانية تفرضها الدولة أو من يتولون "الأمر" باسمها سواء كان ذلك بالحق أو بالباطل.

ولذلك، نجد أنه قبل عرضه للمعاصي (التي تستحق التعزير) يؤكّد "أن المعاصي التي تدخل تحت هذا النوع غير محدودة" ... ثم يذكر أنه سيقتصر على عرض "أهمها"، تدليلاً على أن الشريعة تطبق قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص في هذا النوع من المعاصي (ص ب/67).

معنى ذلك أن الشريعة أوردت أفعالاً (غير محدودة) عدّها معاصي، وهذا يكفي لإعطاء الشريعة لما يختاره المجتهدون منها لكي تستحق عقوبات جنائية (لا بد أن تكون محدودة ومعروفة للمكلّف مقدماً).

وقد ذكر عشرة أمثلة منها، بعضها تُعدّ القوانين الوضعية جرائم جنائية (خيانة الأمانة - غش المكاييل - شهادة الزور - السب - الرشوة - ...)، والبعض الآخر لا يكون جريمة إلا في حالات معينة وبشروط محدودة (مثل ألعاب القمار والميسر - ودخول المساكن بغير حق - والتجسس ...)، وبعضها لا تُعدّ النصوص الوضعية جرائم جنائية (مثل تحريم بعض المطاعم ...).

فإذا جاءت بعض التقنيات الشرعية ونصت فقط على عقوبات جنائية للمعاصي التي تعاقب عليها القوانين الوضعية الآن، وتركت ما عداها، فليس معنى ذلك إباحتها وإنما يُعدّ الجزاء عليها تعبدياً ... وليس جنائياً.

وكلما تغيرت ظروف الزمان والمكان أمكن للمجتهدين إدخال معاصر أخرى في دائرة العقاب الجنائي، وهذه هي مرونة الأحكام الاجتهادية في شريعتنا، والتي تؤكد ما قلنا من أن التعازير أوسع نطاقاً من التشريع الجنائي، وتشمل تدابير هي عبادات وتربيّة يقصد بها الترغيب في التوبة والتشجيع عليها وليس عقوبات جنائية.

عوده

١٠٢- ظنون لا أساس لها من الحق : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعذير، وأنما تركت للقاضي تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخطاطي أن سلطة القاضي في التعذير سلطة تحكمية، وأن جرائم التعذير وعقوباتها غير منصوص عليها، وأنما متروكة لتقدير القاضي، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يجرم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه. ومنطق هؤلاء باطل لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع ...

ولقد وقع هؤلاء في ظنهم الخطاطي نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع. فكتب الشريعة مرکزة العبارة، تصاغ عباراتها عادة في دقة بالغة حتى تبلغ في تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقّة. وللفقهاء فوق ذلك كلّه تعبيرات وأصطلاحات 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، فلاشك في أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فيما صحيحاً. وهذا هو الذي حدث فعلاً للقائلين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعذير وعقوباتها، فإذا لم يفهموا ما كتبه الفقهاء في هذه المسألة على وجهه الصحيح، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعدودة معاصي وعيتها، وأن الشريعة توجب على القاضي قبل كل شيء أن يبحث عما إذا كان الفعل النسوب للجاني معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا، فإن وجده معصية بحث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجاني أم لا، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التي وضعها الشريعة للتعذير، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة في نوعها وكمها للجريمة وللمجرم. أما إذا وجد القاضي أن الفعل ليس معصية، فلا جريمة ولا عقوبة. وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كائناً أن يعذّب فعلاً ما معصية، ما لم تَعْدَ الشريعة كذلك، وليس للقاضي ولا لأحد كائناً من كائناً أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقررها الشريعة وإلا كان محظياً ما أحله الله، مبيحاً ما حرم، وقاتلًا على الله بغير علم ...

١٠٣- نماذج مما كتبه الفقهاء في التعذير: ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعذير. فهذا فقيه حنفي يقول : "التعذير يكون في كل معصية، إلّا" ، وليس فيه شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنابات الناس وأحوالهم^(١). وهذا فقيه شافعي يقول: "من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عذر على

(١) الزيلاعي ج/٣ ص/٢٠٨ ...

عوده

حسب ما يراه السلطان".^(١) وهذا فقيه مالكي يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: "وما عادها فيوجب العزير، وهو موكل لاجتهاد الإمام، وعذر الإمام لعصية الله أو لحق آدمي".^(٢) وهذا فقيه حنفي يقول : "التعزير هو التأديب، وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفاره، وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص".^(٣) - ٥٢ - ...
فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى العصية ومعنى الحد، ومعنى الكفاره، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة ...
ولقد بينا معنى العصية والكفاره فيما سبق، فلتتبين الآن معنى الحد ...
والحد : هو العقوبة المقدرة شرعاً. ومعنى أنها مقدرة شرعاً أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضي حق تعينها 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 المحسن عقوبة مقدرة وهي الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة، ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعين والتتحديد 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 عمما فعله الجاني، وعقوبة الديمة 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 للقاضي اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها، إذا لم تكن طبيعتها ذات حد واحد بحيث لا يرتفع عن حدتها الأعلى ولا يتزل عن حدتها الأدنى ...

الصدر تعليق "رقم ٥٢-": فيختار العقاب الذي يراه رادعه عن المعصية ومانعاً لسواء عن ارتكابها ...

(١) المهدب ج/٢ ص/٣٠٦ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٩ ...

(٣) الإنفاس ج/٤ ص/٢٦٨ ...

عدد

فإذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله
الفقهاء عن التعزير، فإذا قالوا : إن التعزير يكُون في كل معصية، فمعنى ذلك أن
التعزير يكُون في كل فعل نصت الشريعة على تحريمه. وإذا قالوا : إن التعزير ليس
فيه شيء مقدر، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة
مقدار، لاحيص من توقيعها على الجاني كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم
القصاص والدية، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضي ملزما 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 يرفع 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 مفوض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما، فمعنى ذلك
أن القاضي، وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم، ترك له حق اختيار عقوبة
التعزير وتقديرها طبقا لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم، وطبقا لما يؤديه إليه
اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف ...

ولا للحكام المقلدين في عصرنا :

كل ما قاله فقيهنا للدفاع عما جرى عليه أسلافنا من ترك مهمة تحديد الجرائم والعقوبات للقاضي لا يعفينا من واجب تقيين التعازير، لأن قضايانا وحكامنا لم يعودوا مجتهدين، وقد فرض لهم الفقه في الماضي هذه المهمة لأفهم كانوا فقهاء ويشرطون فيهم أن يكونوا مجتهدين.

وما دمنا قد وصلنا الآن إلى أن يكون قضايانا وحكامنا مجرد مقلدين، فلا بد أن يقوم الاجتهداد الجماعي، أو أهل الذكر بمهمة التقيين .

لقد أشار الشهيد عودة إلى أن الشريعة تركت "الأولى الأمر" النص على بعض التعازير بحسب ما تقتضيه حال الجماعة والدفاع عن مصالحها ونظامها العام .. بشرط ألا يكون مخالفًا لنصوص الشرعية ومبادئها العامة .. ومن الضروري أن نوضح أنه يقال عادة إن "أولى الأمر" الذين تركت لهم الشريعة حق تقيين التعازير هم العلماء والفقهاء، ويقصد بذلك أئم أهل الاجتهداد - ومنهم القضاة (لأن الفقه كان يشترط فيهم أن يكونوا من المجتهدين) - والمهم عندنا أن يعلم الجميع أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أئم سلطات الدولة أو السلاطين أو الحكام، وخصوصا أولئك الذين يفرضون ولائهم بالقوة والغلب ويدعمون سلطتهم بالقوانين الوضعية التي يفرضون بها ولائهم، ويصفون أحکامها الجائرة بأنها "شرعية وضعية"⁽¹⁾؛ فهو لا ليسوا "أولى الأمر" في نظر الفقه ...

وفي هذا الصدد عرضنا في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" ثلاثة نقاط نرى من الضروري أن نؤكدها هنا لإنقاذهما - موضوع التقيين - وهي كما يلى:

1 - أن الاجتهداد في العصر الحاضر والمستقبل أصبح جماعيا، فلا يستقل به أشخاص أو أفراد معينون، وذلك للأسباب التي أوردها الفقهاء تبريرا لقاعدة قفل باب الاجتهداد - والمقصود بالتعطيل في نظرنا هو الاجتهداد الفردي وحده لا الجماعي.

يراجع قولنا : "إذا كان هناك من يتردد في القول بوجود اجتهداد فردى نتيجة الخمول والتخلف السياسي الذى سيطر على عالمنا، وأثر في ثقافتنا ومجتمعنا قرونًا طويلة، وأدى إلى توقف علمائنا عن ممارسة الاجتهداد المطلق الفردى وعدم نزاهة من يسمون فقهاء السلاطين الذين يخضعون لأهواء الحكام المستبددين، فإن باب الاجتهداد الجماعي بقى مفتوحا ولم يقل قط في نظرنا، ولا بد من التوسيع فيه في المستقبل وتنظيمه عن طريق إنشاء مجالس ومجتمع متخصصة لذلك، أو عن طريق الشورى المرسلة بمناقشة كل فقيه آراء غيره في كتبه ودروسه أو مناظرات علمية.

(1) يراجع بند (51) و بند (59).

قفل باب الاجتهاد الفردي فقط، أما الجماعي فإنه مفتوح دائمًا :

إن كثريين من علماء الشريعة المعاصرين يرون أن تنظيم الاجتهاد الجماعي أصبح ضروريًا، ويقتضون أن تعقد مجالس أو مجتمع فقهية تضم عدداً كبيراً من العلماء والخبراء - أهل الذكر - يتشارون ويتبادلون الرأي، ويكون رأيهم اجتهاداً يكمل ما قدمه المجهدون من قبل، ويتوالون بذلك تزويد الفقه الإسلامي بما يحتاج إليه من أحكام مستحدثة تستجيب لطالب الشعوب الإسلامية في هذا العصر وما يليه من عصور، ويصفون ما يصدر عن هذا المجلس بأنه اجتهاد جماعي أو شوري.⁽¹⁾

2 - أن الاجتهاد حتى ولو كان فردياً لا يستقل به الأئمة من الفقهاء - وإنما يساهم فيه طوائف كثيرة من "أهل الذكر" أى أهل الاختصاص والخبراء في الطب والسياسة وال الحرب والزراعة والتجارة ... وما إليها من المهن التي تتأثر بالأحكام الفرعية - بل وكذلك جمahir العامة الذين لهم حق مناقشة المفاسن والعلماء والأئمة وإبداء ما يرونه من ملاحظات على مدى تجردهم من الأهواء الشخصية أو التأثير بأغراءات السلاطين وضغوطهم ...

وقد أشرنا إلى دور الأفراد العاديين في الاجتهاد في كتابنا فقه الشورى والاستشارة،⁽²⁾ لأن الفرد هو صاحب الحق الأول والواجب الأول في أن يجتهد لنفسه في حدود استطاعته ويستتبط الأحكام من مصادرها الشرعية - وقد قرر ذلك أستاذنا الشيخ محمود شلتوت في كتابه⁽³⁾ .

3 - أن الاجتهاد الجماعي أو الفردي هو تشاور أو مشورة ينتج عنها فتوى أو نصيحة أو استشارة لا تلزم إلا من يقتنع بها ويثق بمحاجتها ويقتنع بأدلةها ...

(1) يراجع ما كتبه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في كتابه "مقاصد الشريعة" طبعة 1978م، ص 141 حيث قال : " وإن أقل ما يجب على العلماء في هذا العصر أن يتذروا به من هذا الغرض العلمي، هو أن يسعوا إلى جمع مجمع علمي يحضره أكبر العلماء بالعلوم الشرعية في كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين في الأقطار، ويسطروا بينهم حاجات الأمة ويسدوا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة عليه، ويعلموا به أقطار الإسلام".

(2) فقه الشورى البند 41 ص 247-الفقرة (3) وص 248 الفقرة الأولى فقط وص 249 وص 250 يليها البند 38 ص 224 الفقرة الأخيرة وص 225 الفقرات الأربع الأولى، ثم ص 248 ابتداء من الفقرة (2).

(3) يراجع كتاب الشيخ محمود شلتوت بعنوان "العقيدة والشريعة" : (في البند 39 - ص 236 الفقرة 2 تحت عنوان "الاجتهاد الشخصي" إلى نهاية الصفحة).

الآراء الاجتهادية سواء فردية أو جماعية لا تلزم إلا من يقتتن بها :

أما الشورى فهي قرارات تصدرها الجماعة أو الأمة لتكون ملزمة للجميع بمقتضى مبدأ الإجماع (سواء كان إجماعاً مطلقاً شاملاً أو إجماع الجمورو أى الأغلبية) بحسبان أن الانتماء لـ الجماعة معناه أن قرار الشورى الملزم يكفى فيه إجماع الجمورو أى الأغلبية، وعلى الأقلية أن تتلزم دائماً بقرار الأغلبية الصادر نتيجة شورى حرة شاركوا فيها وعرضوا وجهة نظرهم أو لم يكن هناك مانع بحول دون ذلك.

4 - أن الشورى هي المصدر المباشر لأحكام الشريعة طبقاً لآلية الشورى التي وصفت جماعة المسلمين بأن أمرهم "شورى" - وأن ذلك هو ما حدث فعلاً قبل الهجرة عندما كان المسلمين في مكة ولم ترد في تلك الفترة نصوص قرآنية تتضمن أحكاماً قانونية في هذه المرحلة رغم طولها ... ولذلك فإنه يستفاد من هذه الآية أن المصدر الشرعي للأحكام القانونية التي طبقها المسلمون في مكة قبل الهجرة كان الشورى فيما لم يوجد بشأنه أمر إلهي أو سنة نبوية .

أما بعد الهجرة في حياة رسولنا الكريم ثم في عهد الخلفاء الراشدين، فقد استمر التشاور في نطاق الفقه، سواء للوصول إلى ما قرره القرآن أو السنة من أحكام علم بها البعض ولم يعلم بها الآخرون، أو لاستباط الأحكام الاجتهادية فيما لا يوجد فيه نص في الكتاب أو السنة .

وقد استمر الوضع على هذا المنوال بعد ذلك - لكن التشاور كان مرسلاً طوال عصور تاريخنا ولم يكن في مجالس نظامية ...

وقد بينا ذلك بوضوح في كتابنا فقه الشورى⁽¹⁾

* * *

إننا نصر على نقد كل ما يُفهم منه أن تقيين التعازير موكول إلى "ولي الأمر" - أو السلطان - أو الإمام - أو الحاكم" ، لأنه من المؤكد أن قصد فقهائنا أن الذي يتولى هذا "الامر" هو من اشتربطا فيه أن يتوافق فيه الأهلية للإجتهداد من هؤلاء، لأنهم كانوا يشترطون ذلك لصحة ولایة القضاء أو الإمامة أى الخلافة. وبناء على ذلك، فرأينا هو أن من لا يتوافق لديه شرط الإجتهداد لا يجوز أن يتدخل في التشريع ولا أن يتولى تقيين التعازير أو يشارك فيه ... ولا يجوز وصفه بأنه يُعدُّ ولي الأمر في الفقه والتشريع .

(1) يراجع كتابنا "فقه الشورى" في البند 39 ص 240 الفقرة (2) وص 241 وص 246 الفقرة (3) وما بعدها.

﴿أقوال الفقهاء عن ولی الأمر أو الحاکم أو القاضی لاتطبق في هذا العصر﴾

ونعيد هنا ما قلناه من قبل إن "الحاکم" في كتب الفقه كان يقصد به القاضي، فلا يشمل من نسميهم أو يسمون أنفسهم حکاماً في هذا الزمان . كما أن قوله إن القاضي يقوم مقام الإمام أو السلطان أو الحاکم فيه تجھۇز . ويکفى أن نستشهد هنا بما قررہ السنھورى في كتاب فقه الخلافة حيث يقول :

"كانت ولاية القاضي من الوجهة النظرية نيابة عن الخليفة – ولكن الفقهاء يقررون أنه من الوجهة الشرعية فإن القاضي يتولى نيابة عن الأمة – وبناءً على تولية الخليفة له – أى أنه يحكم بناءً على ولاية المسلمين عاممة"⁽¹⁾ .

والوجهة النظرية التي أشار إليها السنھورى كانت مبنية على أن الخليفة يشترط فقهاؤنا فيه أن يكون مجتهداً وله بذلك حق ولاية القضاء باعتباره مجتهداً ويفوضها للقاضي – أما إذا كان غير مجتهداً فلا دخل له بولاية القضاء لا بالأصلية ولا بالنيابة . فالسلطانين والرؤساء والأمراء في زماننا ليسوا هم الأئمة الذين اشترط الفقه فيهم صفة الاجتہاد .

إننا نتعرف لفقهاء شريعتنا أئمماً حرصوا أشد الحرث على حرمان المسلمين ورؤسائهم الدول وكل من يتولون السلطة التنفيذية من ادعاء حق التعزیر، وأئمماً كانوا يعطون هذه السلطة للقضاء بصفتهم فقهاء مجتهدين وكانتوا يصفون القضاة بأئمماً الحکام .

والتثبت في جميع عصور تاريخنا أن الأمراء والخلفاء لم يدّعوا لأنفسهم سلطة التعزیر أو التشريع، وإن كانوا قد ارتكبوا في كثير من الأحيان أعمال عنف وقسوة لا تسوغها الشريعة ولا تقرها . فقد كانت أعمالاً تنفيذية أو سلطوية عدوانية لا عملاً تشريعياً لها . وحصر ولاية التعزیر في القضاة كان سببه أئمماً فقهاء مجتهدون، وهذا المبدأ نتيجة حتمية للمبدأ الشرعي الذي يجب أن يكون التعزير مبنياً على مبادئ الشريعة وروحها، وفي إطار مصادرها وأصولها . وقد صرخ بذلك الشهيد عوده بقوله : "إن القواعد الشرعية (في التعزير) لا ترتبط بالحاکم ولا بنظام الحكم (كما في القوانين الوضعية) وإنما ترتبط بالدين الإسلامي وشرعيته"⁽²⁾ .

(1) يراجع كتاب "فقہ الخلافة" للسنھورى – النص العربي بالطبع الأولى (أصدرها هيئة الكتاب في مصر عام 1989م – بند 150) ص (214) .

(2) يراجع البندان (46، 47) حيث قال صراحة : "إن القوانين الوضعية هي من صنع الفتنة الحاكمة تراعي فيها مصلحتها دون غيرها من الفئات

أولياء الأمر والقضاة الذين تطبق عليهم أقوال فقهائنا كانوا مجتهدين :

ومعنى ذلك أن فقهاءنا يعطون المجتهدين الحق في تحديد أفعال التعارير وجزاءها ليكون استباطهم لها على أساس شرعية، ويعطونه للقضاة كذلك بحسبائهم مجتهدين عندما كانوا كذلك، لا بحسبائهم تابعين للحكومة أو السلطة التنفيذية ولا ممثلين للدولة ولو وصفت بأيها خلافة. ويعدُّ المجتهدون أو أهل الاجتهاد الجماعي في زماننا هم أولى الأمر في مجال التقنين الذي أصبح واجباً عليهم في هذا العصر وما بعده.

وسبب الوجوب الآن هو ما يلى :

أولاً : أن المستبدین من الرؤساء والحكام في كثير من دولنا قد تصدوا فعلاً لاصدار قوانین وضعیة بتحديد الجرائم والعقوبات دون تقید بمصادر الشريعة - بل يرفضون تطبيق الشريعة، ولا يلتزمون بأن تستمد القوانین من مبادئ الشريعة أو أن تقید بأصولها ومصادرها .

وما دام الناس قد تعودوا أن يروا قوانین مكتوبة ومنشورة في المسائل الجنائية، فلا بد من أن نقصد لهم تقنيات شرعية لتحل محل القوانین الوضعیة التي لم تكون مستمدۃ من الشريعة أو مصادرها الإلهیة والفقھیة .

في ظررنا أنه لا يمكن للسلاطین وأمثالهم من الرؤساء أو الزعماء أو رجال السياسة أن يتاکدوا من وجود هذا الارتباط بين النص وبين المصادر الإلهیة للشريعة، والذی يقدر على ذلك هم رجال العلم والفقہ وأهل الاجتهاد. فلا بد أن يكون التقنين من اختصاص أهل الاجتهاد والفقہاء، يساعدهم في ذلك أهل الذکر من الخبراء - ويكون ذلك تحت إشراف جماهیر العامة التي تخاترهم لذلك وتفرضهم فيه .

ثانياً : كلمة الحاکم وكلمة الإمام⁽¹⁾ في كتب التراث قد تغير مدلولهما في اللغة المعاصرة. فالحاکم في العصور السابقة كان يقصد به القاضی المحتهد، والإمام كان يقصد به غالباً أئمۃ الفقهاء المجتهدون في المذاهب المختلفة أو الخليفة الذي كان يشتهر طفه أن يكون مجتهداً .

اما في لغتنا المعاصرة فإن كثیرین يطلقون اللفظین (الحاکم والإمام) على رؤساء الدول والسلطانین غير المجتهدين، وقد ساهم فقهاء السلاطین في ترویج ذلك في كتاباتهم.

(1) تراجع النماذج التي أوردها الشهید لـ البند (103).

النصوص الشرعية بتحريم أفعال معينة أو العقاب عليها هي أساس

النظريات التشريعية التي تستمد منها أحكام التعازير :

- يضاف لذلك سبب آخر : هو تعدد شئون الأفراد والجماعات في العصر الحاضر وما بعده، الأمر الذي يفرض زيادة المسائل التي تحتاج إلى تحريم وعقاب - والواجب أن يتم ذلك بجهد من يؤهلهم علمهم أو خبرتهم لذلك، بشرط أن يحوزوا ثقة جماهير العامة التي لها المصلحة في التأكيد من نزاهتهم .

إضافة إلى ما قدمه فقيهنا من نصوص تشير إلى المعاصي الشرعية، فإننا نرى أن النصوص التي فرضت عقوبات مقدرة (حداً أو قصاصاً) هي أولى النصوص التي يجب الاستفادة منها في معرفة "المعاصي الشرعية" بحسبها لا تقتصر على تحريم الأفعال التي تقررت لها تلك العقوبات، بل هي أساس نظرية تشريعية توجب حماية حقوق أو قيم اجتماعية معينة، يجب أن تُعد كل عدوان عليها معصية شرعية أو فعلاً ضاراً يستحق التعزيز .

فالعقاب على جريمة الزنا مثلاً هو أساس نظرية تشريعية لعد كل عدوان على الأسرة أو على العرض معصية ولو لم يصل إلى حد الزنا .

والعقاب على السرقة أساس نظرية تشريعية واسعة توجب عد كل عدوان على المال أو الحقوق المالية معصية ولو لم يصل إلى حد السرقة .

والعقاب على قذف المحسنات أساس نظرية تشريعية توجب عد كل عدوان على سمعة الأفراد أو كرامتهم وشرفهم معصية تستحق التعزيز ... وهكذا، فإن كل نص فقهى بالتعزيز على فعل معين يجب أن يكون أساسه نظرية تشريعية تستنبط من نص شرعى بعقوبة مقررة على فعل معين .

إننا نرى أنه لم يعد يكفينا القول بأن النصوص الشرعية التي تقرر عقوبة مقدرة يقصد بها مجرد حكم فرعى بالعقاب الحدى على جريمة معينة؛ بل إنها مقصداً أسمى وأبعد من ذلك، هو حماية حق أو حرمة أو قيمة اجتماعية أساسية بالتعزيز على كل فعل يهددها أو يضر بها بالتعزيز ولو لم يكن هناك نص شرعى بالعقاب الحدى على مرتكبها، وبهذا لا يكون التعزيز تحكمياً؛ بل يكون أساسه نظرية تشريعية تبني على نص شرعى .

ونضيف لذلك أن التعزيز لا يقصد به فقط العقوبات الجنائية، بل يتسع لتدابير وقائية وتربيوية ومهذبية، يختص القضاء وحده بفرضها .

١٤- عودة

نصت على جرائم التعازير وعینتها، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة، ومن قواعدها العامة، ومن النصوص التي حرمت الجرائم وعینتها. 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 نص عليها القرآن والسنة، فيقول الله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُنْ نَشُوزَهُنْ فَعَظُوهُنْ وَاهْجِرُوهُنْ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنْ إِنْ أَطْعَنُكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنْ سِيَلاً﴾ [النساء: ٣٤]. فهذا النص القرآني يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التي لا تطيع زوجها، وهي الوعظ والجرم والضرب. ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفاره-٥٣-

وإذا كان المجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يلکه إلا الزوج، فإن المجر في المضاجع ليس إلا نوعاً من المجر، وقد أمر الرسول بمحرر ثلاثة الذين خلفوا، وأمر عمر بمحرر صبيع. فالمحرر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المتحرر^(١) ...
وقال رسول الله ﷺ: "رحم الله امراً علق سوطه بحيث يراه أهله"، وقال "لا ترفع عصاك عن أهلك". وقال: "علموا أولادكم الصلاة لسبعين واضربوهم على تركها لعشرين".
وقال: "من بلغ حداً في غير حد فهو من المعذبين". فهذه النصوص تفرض عقوبتين: أولاهما: التهديد بالعقاب والتخييف منه، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعسلم رفع العصا. والثانية هي الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط. والنص الأخير-٥٤- صريح في جواز الجلد في غير الحدود، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد علىرأي..

الصدر تعليق رقم-٥٣-: إن هذه العقوبات الثلاث، وإن كان موردها لا حد فيه ولا كفاره، إلا أنه لا يمكن الحكم بما في كل مورد لا حد فيه ولا كفاره، بل يرجع في مقداره إلى الحاكم الشرعي فيختار ما يراه رادعاً للشخص عن المعصية ثانياً، ومانعاً لغيره عن الإتيان بما كما ألمعنا إلى ذلك قريباً. نعم إن المحرر عقوبة لجميع العصاة إذا كان فيه تأديب لهم وكان زاجراً لهم عن العود إلى العصيان ...

الصدر تعليق رقم-٥٤-: النص الأخير إنما يمنع من وصول التعزير إلى الحدود ولا يستفاد منه جواز الجلد في غير التعزير ...

(١) تراجع الفقرات ٤٨١، ٤٨٧، ٤٨٨ ...

عوذه

فالقرآن والسنّة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد، وعقوبة الجلد والضرب ذات حددين بطبيعتها. ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة^(١) - بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولي الأمر.^(٢) أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها، أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل ...

ثانياً : عقوبة التوبیخ: يروى عن أبي ذر أنه قال : سابت رجلاً فغيرته بأمه، فقال رسول الله ﷺ: "يا أبا ذر عيرته بأمه؟ إنك امرأ فيك جاهلية". فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبیخه، ومن ثم يكون التوبیخ عقوبة تعزیرية، وسنة سنها الرسول، والسنّة هي المصدر الثاني للشريعة سواء كانت عملية أو قوله ...

ثالثاً : الحبس والصلب: ومصدر هاتين العقوبتين هو السنّة العملية أيضاً فمما يروى عن الرسول أنه حبس شخصاً في حمّة، وأنه صلب رجلاً حياً على جبل يقال له أبو ناب^(٣) ...

رابعاً : القتل : مصدر هذه العقوبة السنّة القولية، فيروى عن الرسول ﷺ أنه قال: "من أتساكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم، ويفرق جماعتكم فاقتلوه".^(٤) وفي روایة: "ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهي جماعة فاضربوه بالسيف كائناً من كان".^(٥) - (٦)، والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة..

ال Shawi رأينا في "تعليق-٤-": نؤيد ما ذكره من أنه لا يجوز أن يصل التعزير إلى مرتبة الحد في الجلد والضرب، وأن المبدأ العام هو أن التعزير يكون بأي إجراء يرى المجهدون أنه يحقق مقصد الشريعة من تشريع التعازير دون حاجة للبحث عن نص بذلك ...

الصدر تعليق "رقم-٥٥-": أي منع من وصول التعزير إلى مرتبة الحد ...

ال Shawi رأينا في "تعليق-٥٥-": راجع رأينا السابق رقم -٤- ...

الصدر تعليق "رقم-٥٦-": من آنف المراد من هذا الحديث ...

الصدر تعليق "رقم-٥٧-": في ظرف اجتماعها على حق ...

ال Shawi رأينا في "تعليقى-٥٦-، -٥٧-": يشترط أن تكون الأمة مجتمعة على الحق ليتعاقب من يخرج على وحدهما بالقتل ...

(١) راجع الفقرة : ٤٨١ ...

(٢) راجع الفقرتين : ٤٨٢ ، ٤٨٦ ...

(٣) راجع الفقرة : ٤٨٠ ...

عوده

خامساً: الغرامة والتشهير والنفي: ومصدر هذه العقوبات الإجماع -٥٨-
والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنّة^(١) ...
وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنّة والإجماع، ومن ثم
فهي عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لاشك فيها^(٢) ...
وفي الوقت الذي حدّدت فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع
العقوبات التعزيرية، العقد الاجتماعي على أن يترك للقاضي اختيار العقوبة الملائمة
وتقديرها، كما ترك له أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

المصدر

له ضامن ...

تعليق "رقم ٥٨-": ويدل على الغرامة أيضاً الحديث المشهور: من أتلف مال الغير فهو
ويدل على التشهير حين إقامة حد الزنا قوله تعالى : (وليشهد عداهما طائفه من المؤمنين)
[النور: ٢] ..

ويدل على نفي الزاني الشاب الحديث، الخبر المروي عن الإمام جعفر بن محمد الصادق
(ع) أنه قال : إذا زنى الشاب الحديث السن جلد وحلق ونفي سنة عن مصره ...

رأينا في "تعليق ٥٨-": يورد نصوصاً من القرآن أو السنّة تبيّن عقوبات الغرامة
والتشهير والنفي، ولا يكتفي بالإجماع الذي استند إليه فقيهنا، والذي يعتقد أن الجعفرية
لا تُعْنِيه مصدراً مستقلاً للتشريع ... ويراجع رأينا في تعليقه رقم (٤٥) فيما سبق ...
كما أن الحديث الذي أوجب ضمان المال الذي أتلف لا محل للاستشهاد به على عقوبة
الغرامة لأن الضمان تعويض مدني وليس غرامة جنائية ...

(١) راجع الفقرات : ٤٨٥، ٤٩١، ٤٩٣ ...

(٢) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكننا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة.

104 - ما قلناه عن تحديد الجرائم يطبق أيضاً على تحديد عقوبة كل منها :

كل ما ذكره عن أنواع العقوبات التعزيرية التي أشارت لها النصوص التشريعية لا يكفي في نظرنا للقول بأننا التزمنا بتطبيق مبدأ أنه لا عقوبة إلا بنص - بل لابد من أن يتم اختيار العقوبة لكل جريمة مع بيان الحدين الأقصى والأدنى لها، في نصوص فقهية مقتنة ومعلنة، وذلك قبل وقوع الجريمة. وهذا هو موضوع التقين . إنه يُعد ما قررته الشريعة بشأن المعاishi كافياً للقول بأنها حددت الجرائم - وهذا فيه تجَبُّـ - لأن المشرع قد فرض لاجتياح الأمة أن تحدد جرائم التعازير، وهذا التفويض يلزم الأمة بهذه المهمة؛ فهي المسئولة عن القيام بها بواسطة من تختارهم من أولى الأمر من الفقهاء وأهل الذكر

ونحن نريد أن نذكر القارئ بأن كلمة التعزير في فقها لا يجوز أن تُعد مرادفة لـ العقوبة الجنائية - بل هي أوسع من ذلك نطاقاً - لأن المصود بها هو التهذيب والتأديب وال التربية، وتشمل ما يدخل في نطاق العقوبة الجنائية وإلى جانب ذلك تشمل التدابير التعبدية والاجتماعية التي لا يجوز وصفها بأنها عقوبة جنائية، ولذلك لا نوافق على تسويفه بين "اللوحظ" الذي هو مجرد النصوح والتحذير والتذكير بالجزاء الآخرى؛ وبين الجلد أو الضرب . كذلك ما يسميه "المهر في المضاجع" لا يصح في نظرنا وصفه بأنه "عقوبة جنائية" ... وما يسميه التوبیخ والتأنيب .

إن وصف هذه الجزاءات بأنها "تعزير" لا يعني عدّها عقوبات جنائية؛ لأن التعزير له مضمون اجتماعي وتأديبي وتربيوي لا يجوز تجاهله اكتفاء بوصف هذه الإجراءات بأنها عقوبات ونسبة ذلك إلى "الإجماع" .

لقد لاحظنا أن دراسة القوانين الوضعية والفقه العصرى قد أفادته في الاتجاه إلى استعمال المصطلحات أو التبويث العصرى في دراسته - ولكن هنا نرى أن هذه الدراسة العصرية قد استدرجه إلى وصف التعازير بأنها عقوبات وهي ليست كذلك دائماً في فقها، وإن كانت العقوبات جزءاً منها؛ فإنها ليست كلها من هذا النوع . إنه أقر بأن السلطة الواسعة التي منحتها الشريعة للقاضى قصد بها ت McKinnish من علاج "ال مجرم والجريمة" ، ونحن نضيف أن العلاج لا ينحصر في "العقوبات الجنائية" بل يشمل تدابير فردية واجتماعية وتعبوية لا يجوز في نظرنا وصفها بأنها عقوبات مجرد أنها تؤدى وظيفة الإصلاح والعلاج التي شرع التعزير من أجلها . وإذا كانت القوانين الوضعية التي طالما

التقين يحسن أن يميز بين التعازير التي تعد عقوبة جنائية وتلك التي

تكون تدابير وقائية:

ذكرنا بأنما تختلف عن شريعتنا في مصادرها ومقاصدها ومحتوها وفلسفتها إنما تتكلم عن "العقوبات" وحدها فلا يجوز لنا أن نقيس أقوال فقهائنا ولا أحکام شريعتنا على تلك الأقوال والقوانين ولا استخدام تسمية التعازير على أنها "عقوبات" دائمًا.

إن هذه الملاحظة لها أثرها عند "التقين"، لأنه إذا أردنا سد الباب أمام طوفان القوانين "الوضعية" فلا بأس من أن يكون التقين محصوراً في نطاق التشريع الجنائي العقابي، وأن يُوصف بأنه تقين العقوبات. ولكن ليس معنى ذلك وصفه بأنه تقين للتعازير، ولا يجوز إدخال جميع التعازير في نطاق هذا التشريع لأنها أوسع من ذلك بكثير. وأكثرها إجراءات تعبدية وتربيوية وأخلاقية واجتماعية لا يصح وصفها بأنها "عقوبات جنائية".

ثم إن القوانين الوضعية ذاتها قد اضطررت إلى الاعتراف بما يسمى "تدابير وقائية" أو "التدابير الاحترازية" وعددها خارجة عن نطاق "العقوبات الجنائية". وما يقرره فقهينا من تدابير تعبدية أو أخلاقية توجه الفرد نحو التوبة والاستقامة يمكن أن تدخل ضمن هذه التدابير الوقائية، لكنها لا يصح في نظرنا أن تسمى عقوبات وإن كانت جزءاً من "التعازير".

على أن التقين يمكن - بل يجب في نظرنا - أن يتضمن نصوصاً بشأن تدابير الوقاية التي تقييد حريات الأفراد أو حقوقهم، وما عدا ذلك ينص على حق القاضي في الأمر به مع تحديد شروط ذلك في تقين خاص للتعازير الوقائية يميزها عن التعازير العقابية.

* * *

إننا نخشى أن تكون بعض الأحاديث التي أوردها غير موثقة، مثال ذلك أن فقيهنا أورد حديثاً عن السوط في المثل دون أن يشير إلى ما يعيننا على إبداء الرأي في صحة روايته؛ ولذلك لا نستطيع أن نعده نصاً قطعياً، وليس هناك ما يدل على أن الاحتفاظ بالسوط مقصود به استعماله لتأديب الزوجة أو الأولاد أو أن له علاقة بما يسمى حق الزوج في التأديب بل يمكن أن يكون الغرض منه هو تطمئنهم إلى أن رئيس الأسرة مستعد للدفاع عن حرمة بيته وأهله ... ضد كل عدوان من الخارج. كما أنه لم يقدم دليلاً على صحة الرواية التي تنسب إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه صلب رجلاً حياً، ولذلك لا يمكن أن نعتمدها.

ولhaven نرى أن تحديد التدابير أو الجزاءات التي يحكم بها تعزيراً في كل معصية هو من اختصاص أهل الاجتهد الذين لهم ولاية تحديد التعازير وعقوبات كل منها، على أن يلتزم قضاة عصرنا بما ينص عليه التقين الشرعي لأنهم مقلدون وليسوا مجتهدين.

١٥ لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص : وظاهر ما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها، وعینت الجرائم وحددت العقوبات تحديداً دقيقاً بحيث لا يستطيع القاضي أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير، ولا أن يخرج على حدودها ...

وإذا كانت هذه هي شهادة النصوص الصریحة، وشهادة الواقع الملموس، فإن القول بأن للقاضي سلطة تحكمية في جرائم التعزير هو قول لا أساس له، ولا تكون مفاسيلن إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم. فالحقيقة التي لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوي حظاً من الاطلاع على نصوص الشريعة، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء وأصطلاحاتهم يعلم حق العلم أن القاضي ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية في تعين الجرائم والعقوبات، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة، وأن سلطة القاضي منحصرة في تطبيق النص على الواقعية المعروضة عليه، فإن التطبيق وقع على الجاني العقوبة، ولكن الشريعة أعطت القاضي سلطة واسعة في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة لسلجريمة، وجعلت له أن ينظر في اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسابقه، ودرجة تأثيره بالعقوبة، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها في الجماعة، وجعلت للقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها وأن يصعد بالعقوبة إلى حدتها الأعلى، أو ينزل بها إلى حدتها الأدنى، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيقه أو تقييده فيئذ بـأن لا يعود لمثل ما فعل، وله أن يعاقب بأشد من ذلك بحبس أو بغرامة، وله أن يمضي العقوبة أو يوقف تنفيذها ...

هذه هي سلطة القاضي في الشريعة، وهي ليست سلطة تحكمية، وإنما هي سلطة أعطيها ليتمكن من علاج الجرم والجريمة، وهي سلطة اختيار وتقدير لا سلطة تحكم واستعلاء قصد منها تكين القاضي من تقدير خطورة الجريمة وال مجرم و اختيار العلاج المناسب لها. وإنما لسلطة قيمة أن تتحقق العدل، وترفع الحرج وتضع الأمور في مواضعها، وتعاقب كلا بما يستحقه ...

وهذه الطريقة التي ابتكرها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا لمعالجة جرائم التعزير هي الطريقة التي اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيراً، فهي ت نحو نحو 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

عوده

حدها الأعلى، أو يتزل بها إلى الحد الأدنى، وتجعل للقاضي أيضاً أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يضيئها بشروط معينة. ولكن سلطة القاضي في القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة الإسلامية، وكثيراً ما يتعرض الأول للحرج حيث يجد 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، واقتراح بعضهم حلّاً للمشكلة ألا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بدأها بل تعين الجرائم دون تعين 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 تسير عليها الشريعة في جرائم التغذير ...

ما زلت على رأينا بأنه لا يجوز الخلط بين النصوص الشرعية المقررة للمعاصي والنصوص الاجتهادية التي يجب أن تحدد الجرائم كل منها على حدة؛ وعقوبة كل منها، وهذا هو ما نسميه واجب الأمة ومثلها في الاجتهد لتقنين التعازير.

مع ملاحظة ما أشرنا إليه بأننا لا نوافق على قياس التعازير جميعها على "العقوبات الجنائية" لأنها تشمل تدابير وقائية ذات طبيعة تأدبية وتربوية وتعبدية هي أفضل من العقوبة في منع الجرائم والوقاية منها، وليس من الجائز إدخالها ضمن "العقوبات الجنائية" لأن ذلك يشوّه صورتها ويحول دون تحقيق أهدافها التربوية والاجتماعية والسلوكية.

إن ما ذهب إليه فقيهنا من وجود نصوص تبين الأفعال المعدودة معاصي، ونصوص أخرى تشير إلى أنواع التعازير لم يعد كافيا في عصرنا ولا في المستقبل لتطبيق مبدأ الشرعية في نظرنا، بل لابد من تقنين فقهى واضح يتضمن نصاً خاصاً بين كل جريمة على حدة وعقوبتها؛ حتى يصح قوله بأن الشريعة عينت (بواسطة الاجتهد) الجرائم التعزيرية وحددت العقوبات أو الجزاءات تحديداً دقيقاً⁽¹⁾.

إن دور الاجتهد في إعداد التقنين السابق على وقوع الفعل ضروري حتى لا يكون للقاضى سلطة تحكمية في التجريم بعد وقوع الفعل وثبت ارتكابه، لأن قضايانا لم يعودوا مجتهدين ولا مانع بعد ذلك من توسيع سلطتهم في وقف التنفيذ أو تخفيض العقوبات.. ثم إنه يكفى لتوسيع سلطة القاضى في هذا العصر توسيع المسافة بين الحد الأقصى والحد الأدنى في عقوبة كل جريمة ومبدأ حق القضاة في تقدير الظروف المخففة وسلطتهم في وقف التنفيذ.

إن فقهاءنا الذين بدأوا بتأكيد سلطة القاضى في تحديد جرائم التعازير وعقوباتها كانوا منطقين لأنهم كانوا يشتغلون في القاضى أن يكون مجتهداً، ونحن نسلم الآن بأن القضاة غير مجتهدين؛ بل إن علم بعضهم بالشريعة محدود، فلا يصح أن نواصل تردید أقوال فقهاءنا السابقين ونضع على عاتقهم تحديد الجرائم من بين المعاصي الشرعية أو إطلاق سلطتهم في اختيار الجزاءات المناسبة.

كما يجب أن نراعى أن هدف فقهاءنا من تأكيد سلطة القضاة وتوسيعها في هذا الصدد كان دائماً هو استبعاد تدخل السلاطين وأشخاصهم، ويكفى لذلك في عصرنا حصر ولالية التقنين في المجتهدين – وهذا مبدأ نحرص عليه ونؤكده وندعوه للالتزام به

(1) يؤكد ذلك ما ذكره في نهاية البند (176) من أنه في مجال الجرائم والعقوبات لابد فيها من نص صريح.

مرونة التعازير واتساعها تكسب فقهنا حيوية وقابلية للتطور :

عند الإشارة إلى اختصاص أولياء الأمر بتحديد جرائم التعازير وذلك بأن نشير إلى أن المقصود بهم في هذا المقام هم المجتهدون لا السلاطين ولا من يتولون السلطات التنفيذية أو يرأسونها

إن نظرية التعازير هي خير دليل على تقدم الشريعة وتفوقها على النظم الوضعية لأنها سبقت القوانين الحديثة إلى إعطاء أحكامها أكبر قدر من المرونة عن طريق عدّ الاجتهاد مصدراً للتشريع بعد الكتاب والسنة، كذلك تقرر أكبر قدر من توسيع سلطة القضاء كما أشار لذلك وأكده، حيث قال إن كثريين من علماء القوانين الحديثة يطالبون الآن بتوسيع سلطة القاضي وذلك ليختار الجزاء المناسب لصلاح حال كل مجرم مراعياً في ذلك تلاويمها مع ظروفه وظروف الفعل الذي ارتكبه - وبذلك تكون العقوبات والجزاءات الجنائية أدلة إصلاح وتأديب أكثر مما هي وسيلة زجر أو انتقام؛ ولنفظ "التعزير" يشير بذلك لأن معناه التأديب والتهديب .

كذلك فإن ما سارت عليه القوانين الوضعية من النص على عقوبة محددة في حدود نصوص جامدة تصدرها الدولة، وتكون ملزمة للقاضي (والفقية)، بينما قد يكتفيون الآن لأنه يؤدي إلى جهود تلك النصوص وعدم مرؤتها. أما إذا كانت النصوص التعزيرية من جانب الفقهاء والقضاة، فإن تطويرها وتعديلها يمكن أسهل من تعديل النصوص الصادرة عن سلطات الدولة .

لذلك فإن حرصنا على أن يتولى المجتهدون من الفقهاء والقضاة مهمة تقيين التعازير ضروري للاستفادة بما تميزت به شريعتنا من مرونة وتوسيع لولاية الاجتهاد ولسلطة القضاء؛ الأمر الذي تحاول التقنيات الوضعية الآن أن تتجه إليه بواسطة إضافة قواعد الظروف المخففة وإيقاف التنفيذ وما يسمى "فترة الاختبار"⁽¹⁾؛ بل وصلوا إلى ما يسمى الآن بتدابير الوقاية التي تمكن القضاة من تجاوز جمود النصوص الوضعية ... ومراعاة مصلحة المتهمين والمصلحة العامة في نفس الوقت .

بل إن القوانين الوضعية تسعى لكسر الحاجز الذي يفصل بين نصوص قوانين العقوبات وأحكام الإجراءات الجنائية، وذلك بالتوسيع في الأخذ بنظام الخلفين الذي يقصد به علاج المساوى التي تنتج عن المخالفات الهميات التي تتولى التحقيقات الأولية، وتوسيع البعض في سلطتها في جمع الأدلة حق وصل في كثير من الأحيان إلى حد استعمال

اختصاص القضاء بالتعازير بجميع أنواعها ضمان للحد من طغيان سلطة الدولة:

أجهزة الأمن وسائل التعذيب والإكراه بل ومساهمة "مرشدين" من العملاء المأجورين للأجهزة الأمنية باصطناع الجرائم أو الأدلة أو التحرير عليها والمشاركة في ارتكابها⁽¹⁾ للإيقاع بمن تشبه تلك الأجهزة في ميله الإجرامية، وهذا هو ما يعرف في دوائر القضاء "بالتحريض البوليسي" ... الذي يستخدمونه بحججة الرغبة في ضبط المتهمين متلبسين بالجريمة وعقابهم عليها – وإن كان الهدف في الغالب هو الإيقاع بمن تشكك السلطة في ولائهم لها – فيستبيحون لأنفسهم أن يحرضوهم على أفعال معينة أو يساعدوهم أو يدفعوا عملاء لهم ليشاركونهم فيها أو يستدرجوهم لها، وبعد ضبطهم متلبسين يختفي المرشد البوليسي المخرب أو المساعد بل الشريك أو الفاعل في الجريمة، والذي ربما يتحمل النصيب الأكبر في المسؤولية عنها وتكون العقوبة من نصيب غيره. ومعنى ذلك أنهم يستبيحون لأنفسهم التحرير على الجريمة والمشاركة فيها زاعمين أن هذه أحسن الوسائل لدفع من يعتقدون أنهم يميلون للإجرام إلى السجون، وهذه في نظرهم وسيلة لمنع الجريمة، بدلاً من أساليب الوقاية والوعظ والإرشاد والتهذيب والإصلاح .

إن شريعتنا لا تحيز ذلك بحججة مقاومة الجرائم، وتوجب علاج عيوب المجتمع التي تؤدي إلى وجود الجرائم وإغراء الناس عليها أو اضطرارهم لها ... وهذا هو ما كان يدخله فقهنا في نطاق التعزير ... فإذا كان يكفي الوعظ أو التربیة أو التأنيب أو التغريب أو التهديد لمنع الناس من السير نحو الإجرام أو ارتكاب الجرائم فإن القاضي الشرعي يجب عليه أن يستعمل هذه التدابير بدلاً من السجن وما يجره من مساوى وآلام وفاسد .

وأكثر من ذلك فإن فقهنا يحرض في كل مناسبة على تحريم التجسس أو التعذيب بجميع أنواعه كوسيلة لكشف الجرائم أو الحصول على أدلة، ويعدون ذلك سبباً للبطلان، بل وعقاب من سلك هذا المسلك المحرم الشائن .

(1) يكفى الإشارة إلى الضجة التي قامت في الولايات المتحدة بسبب الإجراءات المتخذة التي استخدمتها هيئات التحقيق والأقمار في بعض القضايا – وبخاصة قضية اللاعب سمبسون الشهيرة – فضلاً عن قضية الانفجار في مبني المعرض الدولي في نيويورك ... وظاهر من المرازنة بين القضيتين أن نظام الخلفين ذاته معرض للانحراف لصالح بعض المتهمين أو ضدهم

القسم الثاني في التعزير للمصلحة العامة

أعود ١٠٦- في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة : القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية، أي في فعل حرم لذاته ٥٩- منصوص على تحريمها، ولكن الشريعة تحيي استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير (وقائياً) في غير معصية، أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير.^(١) والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعينها ولا حصرها مقدماً؛ لأنها ليست محرمة لذاتها، وإنما تحرم لوصفها؛ فإن توافر فيها الوصف فهي محرمة، وإن تختلف عنها الوصف فهي مباحة. والوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توافر هذا، الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب، وإذا تختلف الوصف فلا عقاب. وعلى هذا، يشترط في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين :

- ١ - أنه ارتكب فعلًا يمس المصلحة العامة أو النظام العام ...
- ٢ - أنه أصبح في حالة تؤدي المصلحة العامة أو النظام العام ...
فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلًا يمس المصلحة العامة أو النظام العام، أو أصبح في حالة تؤدي 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 حرم في الأصل ولا عقاب عليه لذاته ...
ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله ﷺ حبس رجلاً أهمل بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى رسول الله سبيله.^(٢)

المصدر تعليق "رقم ٥٩-": لا فرق في الحرم الذي يستحق فاعله التعزير بين أن تكون حرمته ذاتية أو ليست بذاتية ...

(١) نهاية المحتاج ج/٨ ص/١٨، ١٩، الإقناع ص/٢٦٩ ج/٤، ابن عابدين ج/٣ ص/٢٥١، ص/٢٥٩، ...
تبصرة الأحكام جزء ثان ص/٢٦ ...
(٢) شرح فتح القيدير الجزء الرابع ص / ١١٧ .

عوذه

ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة وبعد ثبوتها. فإذا كان الرسول قد حبس الرجل مجرد الاتهام، فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلا محراً. وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة، ويسيره 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 رضي الله عنه بنصر بن حجاج، فقد كان عمر يعيش في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى خير فأشربها، أم من سبيل إلى نصر بن حجاج؟ فدعى عمر نصر بن حجاج، فوجده شاباً حسن الصورة فحلق رأسه فازداد جمالاً ففناه إلى البصرة، خشية أن يفتتن النساء بجماله، -٦٠- مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلًا محراً. ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقعتها 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 ...

تعليق رقم -٦٠-: أي مصلحة ياترى في نفيه إلى البصرة؟ وإذا خاف الخليفة من افتتان نساء المدينة به، فلماذا ياترى لم يكتفى من افتتان نساء أهل البصرة؟ وأي فرق بين البلدين يا ليت شعرى؟! ..

رأينا في "تعليق -٦٠-": نعتقد أن الأصح هو عَدَ هذا النفي تدبيراً وقائياً، وأن الأمر به مسألة تقديرية قد تختلف فيها الآراء، لكن الضمانة الأساسية فيها هي نزاهة من يأمر بها، وأنه لم يقصد بها إلا مصلحة عامة يقدرها، وليس لغرض شخصي ...

عوده

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة، وتأدبيهم على ما يأتون من أفعال تُعدّها الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تُعدّ جرائم في حق الصبيان غير المزین؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتکلیف، فلا يُعدّ إقدامهم على هذه الأفعال عصياناً، ولا تُعدّ أفعالهم معاصي^(١)، ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة ...

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع الجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم، وحبس من شهر بأذاه الناس ولو لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلًا معيناً ... ونظريّة التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطررين، ومعتادى الإجرام ودعاة الانقلابات والفتنة، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ...

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

106 - التعازير للمصلحة العامة خارج نطاق المعايير يقدرها أهل

الاجتهاد لتكون في إطار النظريات التشريعية :

لقد توسيع فقيهنا في الكلام عن جواز التعازير للمصلحة العامة⁽¹⁾ خارج نطاق المعايير الشرعية، ونعتقد أنه أراد بهذا التوسيع أن يفتح الباب للدراسة كثير من النصوص المستحدثة في قوانين العقوبات الوضعية وإدماجها في التقنيات الشرعية كما هو واضح من الأمثلة التي ذكرها في نهاية البند.

ويظهر أنه خشى من سوء استغلال عبارة المصلحة العامة، فعاد يضع كثيراً من الضمانات حتى لا يكون هذا التوسيع على حساب مبادئ الشريعة وقيم الإسلام الأساسية⁽²⁾، وهذا يؤيد قولنا بأنها يجب أن تكون في إطار "النظريات التشريعية" وعلى أساسها.

نلاحظ أن كلامه عن التعازير على المخالفات التي لا تصل إلى حد المحرمات أو المعايير⁽³⁾ يفتح الباب لما يسمى في الفقه المعاصر بتدابير الوقاية، بل نعتقد أن هذه التدابير الوقائية تكفي دون حاجة لفتح الباب للحكومات لكي تفرض ما تريده من عقوبات على من تخشى معارضتهم بحجة المصلحة العامة التي يقدروها هم بحسب ما يرونها ضرورياً لاستمرار سلطتهم واحتكارهم لها.

والأمثلة التي ذكرها تدل على جواز "التعازير" في غير معصية - تشير إلى ما يُعدُّ في عصرنا إجراءات غير عقابية مثل "الحبس الاحتياطي" كإجراءات التحقيق أو ما تجيزه النظريات الحديثة باسم "التدابير الوقائية" أو الإجراءات الإصلاحية لتربيه غير المكلفين (من الصبيان) أو حماية المصابين بأمراض عقلية كتدبير وقائي لصالحهم ولصالح غيرهم.

(1) بند (106) وما بعده - وقد واصل ذلك الاتجاه في البند (111) وما بعده عند مقارنته بين الشريعة والقوانين الوضعية وكذلك البند (133) وما بعده.

(2) بند (108) وما بعده.

(3) بند (110).

نفضل حسبان التعازير خارج نطاق المعاishi ضمن تدابير الوقاية،

لتكون خاضعة لشروطها وأوّلها اختصاص القضاء وحد. بتطبيقها :

ونحن لا نوافق على تسمية تلك التدابير بأنها "عقوبات تعزيرية" ولا نعدّها عقوبات - صحيح أنها تعازير - وإنما تدخل هذه التعازير في نطاق التدابير أو الإجراءات" الوقائية والتربوية من أنواع مختلفة أشرنا إليها .

وميزة الفقه الإسلامي أنه اشترط لذلك شرطين :

1- أن تكون المصلحة العامة هي التي تستوجب مثل تلك الإجراءات .

2- أن الذي يأمر بها ويقدر "المصلحة العامة" هو القاضي أو المحتهد في نظرنا.

فلا يصح أن تقررها الجهات الإدارية لأنها غالباً لا تتوخى فيها مصلحة الجماعة، وإنما تستخدمها لصالح الفتنة المسيطرة أو المتغلبة، وخاصة إذا كانت قد استولت على السلطة بغير شوري أو بغير حق ... ورأينا أن مثل هذه الإجراءات يجب أن توضع لها أحكام وشروط ينص عليها صراحة في "التقنين الشرعي" للتشجيع على التوبة والاستقامة مع تمييزها عن "العقوبات" حتى لا يساء استعمالها ولا تستعمل لغير أغراضها الشرعية .

الأمثلة التي ذكرها تؤكد ملاحظتنا السابقة بأن "التعازير" لا تتحصر في نطاق "العقوبات الجنائية" ولا يجوز إهمال الجانب التربوي والاجتماعي والوقائي الذي شرعت من أجله، والذي يبرر تطبيق التعازير خارج نطاق المعاishi إذا اقتضى الأمر ذلك في نظر أهل الاجتهاد، لا أهل السلطة، وبذلك يستقيم المبدأ الذي نرجحه وهو أن العقوبات الجنائية في الأصل لا يمكن تقريرها إلا على مرتكبي المعاishi - أما ما يخرج عن هذا النطاق فهو تدبير وقائي لا داعي لوصفه بأنه عقوبة على الإطلاق ولو سمي تعزيزاً لأن هذا الاصطلاح الشرعي ليس مقصوراً على العقوبات الجنائية .

ثم إننا لا نكتفى بشرط المصلحة العامة، ونرى أنه يجب أن تكون في إطار الأصول الشرعية التي نسميها "النظريات التشريعية" المبنية على المقاصد السامية لشرعتنا لأنها هي القواعد الثابتة للمجتمع الصالح الذي تريده الشريعة . ولهذا السبب، فإن الذي له الحق في تقدير وجود المصلحة العامة هم Ahl al-Ijtihad لكي يربطوا بينها وبين النظريات التشريعية كما بينا من قبل، ويتولوا وضع أحكام خاصة بتدابير الوقاية تبين الحالات التي تميزها وتقتصر تطبيقها على القضاء .

١٧- عوده

الحالات التي يعذر 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 قضي بالبراءة، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير. سلطة القاضي إذن ليست مطلقة ولا تحكمية، وإنما هي مقيدة بقيود بيته الشرعية وأوجبت توافرها. وسلطة القاضي هنا لا تزيد شيئاً عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمه، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة إنما سلطة واسعة أعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة وال مجرم، ٦١- ولم تُعط إليه ليخلق الجرائم وينشئ العقوبات. ومهما وسعت الشرعية من سلطة القاضي، فإنما لم تخرج عن قاعدتها العامة التي تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، بل ظلت الشرعية متمسكة بهذه القاعدة، وإن طبقتها على وجه خاص في حالة التعزير للمصلحة العامة ...
ويختطى خطأ جسيماً من يظن أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماساً بالنظام العام أو صالح الجماعة؛ لأن الشرعية تشرط للعقاب أن تكون الحالة أو الفعل ماساً بالصالح العام أو النظام العام، وهذا في ذاته تحديد للجريمة، ونص صريح على أن كل إنسان أتى فعلاً يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة، أو وجد في حالة تؤدي المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعین بوصفه ...

تعليق "رقم ٦١-": مر آنفاً أن للحاكم إنزال العقوبة وإن لم ثبت الجريمة كما في سجن الصدر رسول الله ﷺ لمن اهتم بالسرقة وليس هذا من التعزير، إذ لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة، وإنما هو عقوبة تقتضيها المصلحة العامة؛ لأن عدم سجنه ما لم ثبت الجريمة عليه قد يضر بالمصلحة وبالمجتمع، والمصلحة العامة أولى بالاهتمام من المصلحة الخاصة ...

رأينا في "تعليق ٦١-": يخلط السيد الصدر بين العقوبة والتدابير الاحترازية، وهي من أهم مجالات التعزير، وكان أولى به أن يلاحظ أن المثال الذي أورده من أن رسول الله قد أمر بحبس من اهتم بالسرقة قبل ثبوتها هو نوع من التعزير الوقائي. والقول بأنه لا تعزير (عقابي) إلا على جريمة لا نوافق عليه إلا إذا كان التعزير عقابياً. وهناك القول بأن ثمّ نوعاً رابعاً من العقوبات (المقصود به تدابير الوقاية) تخرج من نطاق التعزير (عقابي) والحدود والقصاص؛ بشرط لا يأمر بها إلا القضاء؛ لأن القول بغير ذلك يفتح باباً للتعسف تزوجه عنه شريعتنا وقد عاد للإشارة لذلك في التعليقين رقم ٦٤- و ٦٧- فيما بعد ...

١٠٧ - عَدُّ هذه التدابير (غير العقابية) من اختصاص القضاء ضمانة كبرى:

إن مبدأ اختصاص القضاء بالتدابير الاستثنائية التي تقييد حريات الأفراد، والتي يمكن وصفها بأنها تعازير دون أن تكون عقوبات جنائية، هو مثال آخر لما تراعيه الشريعة من توسيع سلطة القضاء؛ لأن المدف من هذا المبدأ هو تضييق نطاق عمل السلطات الإدارية والتنفيذية وتوسيع اختصاص القضاة المحتهدين، وقد أحسن بعده ذلك ميزة سبقت بها الشريعة غيرها من النظم الوضعية.

ولاشك في أن استقلال القضاء وعدم خضوعه لأهواء الأمراء والسلطين هو أكبر ضمانة لشرعية تلك التدابير؛ وهو مبدأ أساسى في شريعتنا وديتنا لأنه ناتج عن أن الشريعة الإلهية (وما تقرره من عقوبات أو تدابير مقيدة للحرابات) مستقلة عن سلطات الدولة التنفيذية مهما من عليها وعلى من يمارسون سلطاتها.

لقد بذل فقهاؤنا أقصى جهدهم لحماية مبدأ استقلال الشريعة (فقها وقضاء) عن الدول وسلطاتها، وكان لهذا الاتجاه أثره الواضح في نظرية التعازير وأحكامها التي تقوم على أن القضاء فرع من الشريعة وجزء منها وليس فرعاً من السلطات التنفيذية في الدولة ورؤسائها وحكامها لأنه يشترط فيمن يتولونها صفة الاجتهاد.

فالأصل أن مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يطبق على جميع الجرائم بما في ذلك التعازير بل هو الركن الشرعي في كل جريمة – وهو أول أركان الجريمة كما عرضها الفقيه الشهيد في *القسم العام*^(١). ومعنى ذلك أنه إذا كان العقاب الجنائي واجباً؛ فإنه يجب أن يوجد نص اجتهادي مقتن يحدد الفعل المكون لكل جريمة والعقوبة المقررة لها – أي تقيينها قبل ارتكابها.

إن فقهاءنا قد اتفقوا على أن السلطين والرؤساء الذين يتولون السلطة التنفيذية في نظرهم لا يجوز أن يمارسوا مسؤولية التشريع ولا القضاء طالما أنهم ليسوا محتهدين^(٢)، ولذلك نستبعد قيامهم بعملية تقيين أحكام الشريعة – وخاصة أحكام الجرائم والعقوبات التي يبقى استنباط أحكامها من اختصاص المحتهدين أو أهل الاجتهاد سواء كانوا فقهاء أو قضاة.

(١) البند (٥٢-٥٣) ثم البند (٨٤) وما بعدها.

(٢) توسعنا في كتابنا "فقه الشورى" في بيان أن إصرار الفقه على اشتراط الاجتهاد في المرشحين للخلافة قُصد به عدم الاعتراف بالشرعية للسلطين (الذين لا توافق فيهم شروط الأهلية للإجتهاد). تراجع البند (٩٣) وما بعده وقبله البند (٣٦) من كتابنا "فقه الشورى".

﴿أولياء الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد الذين تعرف لهم الأمة﴾

هذه الصفة بحريّة كاملة :

ومعنى ذلك أنهم عندما يقررون أن الشريعة تعطى لأولياء الأمر الحق في التعازير؛ فإنهم لم يقصدوا بذلك الاعتراف للسلطات أو الأئمّة أو رؤساء الدول بهذا الحق ولذلك قالوا بأنّ القضاة هم الذين يتولون ذلك باعتبارهم مجتهدين ... لأنهم هم أولياء الأمر في هذا المجال، وهذا هو ما يسير عليه القانون الإنجليزي، حيث تكون السوابق القضائية هي المصادر التشريعية الملزمة فيما يسمى القانون العام – Law Common.

لكن لا يعني ذلك عدم وجوب التقنين، وإنما يجب أن يقوم به من لهم صفة الاجتهاد أي الفقهاء والقضاة، لا سواهم (من لا يعرفون أصول الشريعة ومبادئها العامة التي تحدد المعاشر وتضع قواعد التحليل والتحريم)؛ ولو كانوا هم مثلّى الدولة ورؤساؤها من السلاطين والحكام وأعوانهم .

إننا عندما ندعو لوضع تقنيّات شرعية – للتعازير أو غيرها لا نقر إعفاء الفقهاء والقضاة المجتهدين من هذه المسؤولية، ولا نوافق على إعطائهم لمن يمارسون سلطات الدولة أو يحكمونها من السلاطين والرؤساء أو زعماء الأحزاب والهيئات السياسيّة؛ بل ونرى فضلاً عن ذلك المجالس النيابية التي تضمّ أهل الحل والعقد في الشّئون السياسيّة صحيح أنهم يمثلون إرادة الشعب فعلاً في المجال السياسي لكننا نرى أن العامة والجماهير يجب أن تختار مجلساً علمياً خاصاً للإجتهاد يضم رجال الفقه (بأغلبيّة معقوله) يدخل ضمنهم ممثلو القضاء كمؤسسة يرأسها قاضي القضاة (محكمة النقض حالياً)، ومعهم أهل الذكر من الخبراء والاختصاصيين – وتكون مهمتهم علمية إجتهادية بحثية⁽¹⁾ لاستباط الأحكام الشرعية أو اختيار ما يقلدونه من الآراء المختلفة في المذاهب الفقهية المتعددة. ونرى أن يكون قرارهم مجرد فتوى علمية يقوم أهل الحل والعقد الذين يضمّهم مجلس الشعب بإصدارها أو إقرارها – وله ذلك وحده أو منضماً إلى مجلس الإجتهاد حسبما يقرره الشعب ذاته في الدستور الذي يقره إن كل هذه الضمانات تؤيد رأينا بأن التعزير للمصلحة العامة يجب أن يكون في إطار النظريّات التشريعية كما قدمنا .

(1) تراجع مقترحاتنا العملية للفصل العضوي بين هيئة الإجتهاد والمجلس السياسي في كتابنا "فقه الشورى" البند (97).

عودة

١٨ لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في لفظا النوع من التعزير:

فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص، وإنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادلة (العقابية). فبدلاً من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية، وبدلًا من أن تنص على الفعل المحرم وتعينه ثم ترك للقاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، جاءت بدلًا من هذا كله تقرر أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير ..

ونستطيع أن نتبين فيما يلي الطائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة الآ عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطائق:

أولاً : من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة، وعينته تعينا لاشك فيه في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادلة (العقابية)، فهو جريمة في أي وقت، وفي أي ظرف. أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه -٦٢- وإنما حدد بوصفه. ولما كان من الممكن أن يتخلل الوصف عن الفعل، فيترتّب على هذا أن يكون فعل ما في بعض الظروف ماساً بصالح الجماعة أو نظامها، وفي ظروف أخرى غير ماس بهما ...

ثانياً : من حيث النص على العقوبة، نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال، ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة، وجعلتها لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية. أما في جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادلة أو مقررة (احترازاً) لحماية المصلحة العامة والنظام العام، فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات و (التدابير) لهذه الجرائم، وتركت للقاضي المجتهد أن يختار من بينها العقوبة الملائمة -٦٣- ...

الصدر تعليق "رقم-٦٢-": مسر عليك قريباً أن هذا النوع من العقوبة ليست من التعزير (العقابي) ولا تختص بال مجرم ...

الصدر تعليق "رقم-٦٣-": أي التي تصلح لردع المجرم عن الإجرام ثانية وجزء سواه عن الأجرام بمثل جرمته ...

الشاوي رأينا في "تعليقى-٦٢- و-٦٣-": راجع رأينا على تعليق رقم -٦١-

عودة

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 -٦٤- أو لم يعلم بسبق تحريمه. لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماساً بالنظام العام أو المصلحة العامة، وعلى كل حال يوجد فيها الجاني إذا مسّت بنظام الجماعة وصالحها. فعلى كل إنسان إذن أن يتبع عن كل ما يمس بالصالح العام، وعليه أن يراعي الظروف ويحسب حسابها ويقدرها في كل وقت وآن ...

١٩- العلة في إجازة التغzier للمصلحة العامة : والضرورات الاجتماعية هي المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من (جرائم) التعزير. فحماية نظام الجماعة وصواحتها العامة تقضي نصوصاً مرنة تلائم كل وقت وآن، وكل ظرف وحالة، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة، فإنه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بالحاجة للضرر بالجماعة أو بنظامها؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحکام النصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة. وسنرى بعد قليل أن أحد القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية (في تدابير الوقاية) توصلاً لحماية النظام والصالح العام ...

الصدر تعليق "رقم-٦٤-": مر عليك قريباً أن العقاب (الوقائي) قد يكون مع عدم ثبوت الجريمة مراعاة للمصلحة كما في سجن النبي ﷺ من أهتم بالسرقة ...
الشاوى رأينا في "تعليق-٦٤-": يراجع ما قلناه بشأن التعليق رقم-٦١-٦٢- فيما سبق ...
ونحن نستبعد وصف هذه التدابير بأها عقوبات، بل هي مجرد تدابير احترازية لابد لها من ضمانات حق لا يساء استخدامها ...

108، 109- التدابير الخارجة عن نطاق العقوبة تخضع لمبدأ الشرعية، أي أن

القرين يشمل جميع التدابير المقيدة للحربيات والحقوق ولو لم تكن عقوبات جنائية :

هناك نوع من التدابير "القضائية" التي أجازتها شريعتنا يخضع هو أيضاً لمبدأ الشرعية لأن اختصاص القضاء بها يعني أنه يجب أن توجد نصوص تحدد حالاتها وشروطها؛ وتعين الجهة القضائية التي تختص بها ومعنى ذلك أن مبدأ الشرعية أوسع نطاقاً من مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بتص". وإذا كان هو قد استعمل هذا العنوان للإشارة إلى مبدأ الشرعية مجازاً لفقهاء القانون الوضعي، فإننا نفضل عَدَه مبدأً أعم من ذلك في شريعتنا، وعبر عنه بأنه "لا تدبير يقييد حرفيات الأفراد إلا بأمر القضاء" وبناء على نصوص تحدد الأفعال أو الحالات التي توسيعها لصالح المجتمع والفرد، والشروط التي يجب توافرها لتطبيقها.

إننا لا نوافقه على عَدَّها "عقوبات استثنائية"، وإنما هي في نظرنا "تدابير قضائية" وليس عقوبات.

وعذرره أن كلمة تعزير في فقها ليست مرادفة لكلمة "عقوبة"، بل هي أوسع نطاقاً منها، وفقهازنا يُعدُّونها شاملة للتداير القضائية الاستثنائية التي قد تغادر العقوبات الجنائية لكنها خارجة عن نطاقها كما بنياه. معنى هذا أنها لا توافق على قصر مبدأ الشرعية على "العقوبات الجنائية"، بل هو أعم من ذلك لأنه يسرى على جميع التدابير المقيدة لحقوق الأفراد وحرفياتهم - ولو لم تكن عقوبات - مثل إجراءات التحقيق المقيدة للحرية والحرمات؛ والتداير الوقائية وأمثالها من التداير الإصلاحية للصغار أو عديم الأهلية مثل الجانين

ويلاحظ أن بعض ما يُعدُّ عقوبات يحكم بها على مرتكب جريمة معينة يمكن أن تكون مجرد تدبير وقائي قبل وقوع الجريمة لمعها أو قبل ثبوت إدانة الشخص بارتكابها. فالحبس يكون تدبيراً احتياطياً في أثناء التحقيق لمنع المتهم من الهروب من المحاكمة أو من إخفاء الأدلة - وفقهازنا يصفون الحبس الاحتياطي بأنه تعزير، ومعنى ذلك في نظرنا أنه تدبير وقائي وليس عقوبة كما يتصور البعض.

إذا كان فقيهنا قد استغنى عن ذلك بإدخالها ضمن التعازير، ثم إدخال التعازير ضمن العقوبات، فإننا لا نوافقه على ذلك



ن صوص القرآن التي قررت مبدأ الشرعية توجب التقنين في عصرنا :

إن شريعتنا قررت مبادئ عديدة تسمح لها بأقصى المرونة في التطبيق، مثل "مبدأ توسيع سلطة القضاة المحتهدين التقديريّة"، ومبدأ جواز التدابير المقيدة للحرية خارج نطاق العقوبات في حالات معينة للضرورات الاجتماعيّة. وإذا كان ما يسميه "القوانين الحديثة" قد وصلت إلى ذلك أخيراً، أو حاولت الوصول إليه ... فإن شريعتنا سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة.

لقد عنى الشهيد عوده عناية خاصة بالركن الشرعي في الجريمة، وتأكيد المبدأ الشرعي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح واضح يحرم الفعل أو الترك ويحدد العقوبة المقررة حتى يكون الفعل والعقوبة معلومين علمًا تمامًا للمكلف مقدمًا أو يكون ذلك العلم ممكنا له ويسرا له، وقد توسع في ذكر النصوص القرآنية التي عَدَّها مصدر هذه القاعدة الأصولية ووصفها بأنها قاطعة في تأكيد هذا المبدأ [سورة الإسراء : 15 ، الفصل : 59 ، النساء : 16 ، الأنعام : 19 - البقرة : 286 ، الأنفال : 38].⁽¹⁾

صحيح أنه بدأ بتطبيق هذا المبدأ الشرعي في جرائم الحدود والقصاص والدية، وعُدَّ هذه الجرائم المجال الأول لتطبيق هذا المبدأ تطبيقا صريحاً وواضحاً وقاطعاً، ثم حرص على القول بأن هذا المبدأ يسري في جرائم التعازير، لكنه مع ذلك يعيد ما قاله أسلافنا من ترکها للقاضي ناسياً أنهم اشترطوا أن يكون القاضي مجتهداً، وكل ما نقله عن كتب أسلافنا عن اختصاصات القاضي إنما يقصد به القاضي المحتهّد الذي لم يعد له وجود في عصرنا، ويحل محله الآن أهل الاجتهاد، وأهل الذكر الذين يجب أن يختارهم جهور الأمة. ونحن نعتقد أنه قصد لفت النظر إلى أهمية تطبيق هذا المبدأ في نطاق التعازير. وهذا يسُوّغ دعوتنا إلى ضرورة تقنين نصوص صريحة للتعازير وتحديد العقوبة لكل ما يُعد منها جرائم جنائية. على التحويل الذي تسير عليه مجموعات القوانين العصرية.⁽²⁾ بشرط أن يتم ذلك بعْرفة أهل العلم والاجتهاد. لكننا نضيف لذلك وجوب تقنين التعازير المشتملة على التدابير الوقائية بتحديد شروطها وحالاتها والجهة القضائية التي تختص بها - لتخضع هي أيضاً لمبدأ الشرعية وإن لم تكن عقوبات جنائية.

(1) البند (88) فيما سبق .

(2) يراجع فقه الشورى البند 36 ص 192 - 198 الفقرات الأربع الأولى - ورأينا في البنددين (93,94) وما بعدهما من ذلك الكتاب .

القسم الثالث في التعزير على المخالفات

عوده

١٠- **التعزير على المخالفات** : الأصل في التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في إتيان المكروه وترك المندوب. ففريق يرى الآية 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 هي بخ愆ير في الفعل، وأن المندوب أمر بخ愆ير في الفعل، أو أن المكروه ليس هناء، والمندوب ليس أمر، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف. ومن رأى أن المندوب أمر لا تخ愆ير فيه، وأن المكروه هي لا تخ愆ير فيه، قال بجواز العقاب على فعل النهي عنه، وترك المندوب إليه. والقائلون بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية، ولا يسمون الجاني عاصيا، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة، والجاني مخالف، ويعملون ذلك بأن العصيان اسم ذم، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وترك المندوب^(٣).

تعليق رقم ٦٥-٦٥: وهو الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري، لأنه لا عقاب إلا على معصية، ولا معصية في ترك المندوب، ولا في فعل المكروه؛ لأن المكلف مخير في إتيان كل منهما وتركه...

(١) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١/ ص ٤٣، الإقناع ج ٤/ ص ٢٧٠: ٢٧١، مواهب الجليل ج ٦/ ص ٣٢٠، بدائع الصنائع ج ٧/ ص ٦٣، شرح مسلم الثبوت ج ١/ ص ١١١: ١١٢.

(٢) المستصفى للغزالى ج ١/ ص ٧٥: ٧٦، الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١، تحفة المحتاج ج ٨/ ص ١٨، مواهب الجليل ج ٦/ ص ٣٢٠، تبصرة الحكم ج ٢/ ص ٢٥٩: ٢٦٠، الأحكام السلطانية ص ٧١٢ ...

(٣) المستصفى للغزالى ج ١/ ص ٧٦، الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ج ١/ ص ١٧٣: ١٧٤ ...

عوده

ويحتاج بعض القائلين -٦٦- بالعقاب بفعل عمر رضي الله عنه، حيث مر على شخص أضجع شاة يذبحها، وجعل يحد الشفرة، فعلاه بالدرة وقال له: هلا حددتها
أولاً^(١) ..

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

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماسا بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار، سواء أخذنا برأي القائلين بالعقوبة أو بالرأي المضاد؛ لأن العقاب في هذه الحالة ليس أساسه حسبان الفعل مكروراً أو الترك مندوباً إليه، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام ...

الصدر

تعليق "رقم -٦٦-": لا يصح الاحتياج بنظر فقهاء المذهب الحنفي إلا ب فعل معصوم ولم يدع أحد من المسلمين عصمة عمر بن الخطاب ...

الشاوى

رأينا في "تعليق -٦٦-": لا نافق على اعتراض السيد الصدر على احتياج فقيهنا بما ورد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بحجة أنه ليس معصوماً؛ لأن اجتهادات الصحابة مثل اجتهادات غيرهم من الأئمة والفقهاء يمكن الاستشهاد بها، بل هي أولى بالاعتبار دون حاجة للبحث في موضوع العصمة الذي هو خاص بالشيعة أما في نظر أهل السنة فهو خاص بالرسول والأنبياء. نحن كنا نوافقه لو قال: إن هذه الحادثة ليست دليلاً على أن الفعل الذي استقره أمير المؤمنين ليس خطأ يستحق الزجر والتأديب أو العقاب، ولا أنه مجرد مكره ...

ونحن نلاحظ أيضاً أن فقيهنا لم يقدم غير هذه الحادثة دليلاً على جواز التعزير على فعل مكره، وفي نظرنا أن ما يسميه مخالفات هو تعازير وقائية تدخل في عصرنا الحاضر ضمن التدابير الوقائية..

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/ ٣٢٠ ...

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

١١٠ - المخالفات تدخل في نطاق "التدابير الوقائية القضائية" :

الدقة التي وصل إليها فقهاؤنا في التفرقة بين ما يُعد معصية أو حراما، وبين ما هو دون ذلك لكنه مكره لم تصل إليها في نظرنا القوانين الوضعية ولا الفقه المستور، وهي في الواقع ضرورية لكي يتلزم بها من يقتنون التدابير غير العقابية التي تتخذ لصالح المجتمع وتقييد حرريات الأفراد وحقوقهم دون ثبوت ارتکاهم جريمة جنائية، ونرى أنها نتيجة لاشتمال شريعتنا على ما يسميه فقهاؤنا "الأحكام التكليفية" التي تبدأ بإصدار توجيهات أخلاقية وتربيوية للأفراد قبل أن تفرض العقوبة عند مخالفته تلك الأوامر أو التكاليف الشرعية.

ويرى فقهنا أنه ليس من الضروري أن تُعد مخالفة الأحكام التكليفية جريمة جنائية دائماً في جميع الأحوال، إذ يكفي في أحوال كثيرة الجزاء الأخرى أو التكاليف التعبدية مثل التوبة والكفارات أو الصيام . وهذا أمر تتسع له شريعتنا بسبب مصدرها الديني، ولا تصل إليه "النصوص الوضعية" التي تكتفى بتقنين الجرائم وفرض العقوبات وترك للدين الكلام عن الجزاء الأخرى .

إن وصفه للأفعال التي تبرر مثل هذه "الإجراءات الاستثنائية" بأنها "مخالفات" ، وإن كان ينسبه للفقه، لكننا لا نوافق عليه الآن لأنه قد يفهم منه البعض أنها تدخل ضمن إطار القوانين الجنائية التي تشمل نوعاً خاصاً من الجرائم نسميه "مخالفات" ، ونرى أن كلمة تعازير تغنى عن ذلك بشرط أن يكون معروفاً أن التعازير لا تقتصر في نطاقها على الجرائم الجنائية وإنما تشمل كل الانحرافات السلوكية التي لا تصل إلى حد الجرائم .

* * *

ميزة الشريعة الإسلامية أن المبادئ التي قررها منذ قرون عديدة لم تصل إليها النظم العصرية إلا أخيراً في القرن الثامن عشر الميلادي .

ما زال عندنا كثير من مبادئ شريعتنا وفقهنا لم تصل إليه للآن هذه النظم، وهي مبادئ "مستقبلية" يجب على فقهائنا وباحثينا أن يقدموها للعلم الحديث لكي يقتدي بها؛ وإن كان قد عجز حتى الآن عن الوصول إليها .

ومن أهم هذه المبادئ المستقبلية: مبدأ استقلال الشريعة بسبب مصدرها الإلهي الذي يعلو على الدول وحكامها، لذلك لا بد من سيادتها على الدول وسلطاتها جميعاً، وخصوصيَّة الدولة ورؤسائها وحكامها لتلك السيادة. ونرى أنه يترتّب على ذلك وجوب الفصل العضوي بين أهل الاجتِهاد (التشريع) وجميع سلطات الدولة، وارتباط القضاء بهيئات الاجتِهاد والتشريع ليكون مستقلاً عن الهيئات التنفيذية لأنَّه أقرب للشريعة وتتابع لها وليس تابعاً للأمراء ورؤساء الدول وحكامها ... وهذه ضمانة ضرورية من أجل توسيع سلطة القضاء في التعازير .

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة؟

١١١ **القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة :** لم **عوده** 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، فيعدون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تجريمه، ويُعاقبون عليه بأى عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصاً عليها. وقد كانت هذه السلطة التحكيمية هي الدافع الأول الذي دفع إلى تحرير القاعدة والعمل بها^(١) ...

١١٢ **كيف طبقت القوانين القاعدة :** والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقها به يوم عرفها، فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها، وعنهأخذت أكثر القوانين. وكان القانون الفرنسي يتشدد أول الأمر في تطبيقها تشدداً عظيماً، فعَيَّنَ الجرائم تعيناً دقيقة، وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها، وكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا ثبت له أن المتهم مدان، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة. ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة، فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان ...

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى العدول عن هذا النظام، لا لأنه غير صالح، ولكن لعدم صلاحية الأداة التي وكل إليها تطبيقه. فالتشريع الفرنسي يأخذ بنظام المخلفين وهو أناس يقادون لعاطفهم أكثر مما يقادون لعقوفهم، فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمن ليسوا مدانين، لا لأن المتهمنين براءاء ولكن تحرجاً من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها أو يخفف من شدتها، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفضها أو تتسامل في تنفيذها. ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة، فجعل المشرع لكل عقوبة حدرين : حداً أدنى وحداً أعلى، وترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين، وترك للقاضي أن يحكم بما معاً أو يختار إحداهما فقط^(٢) ...

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠١، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ القانون الجنائي لأحمد صفت ص/٧٧ ...

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص/١٠٢، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/١٠٢ وما بعدها ...

عادة

وقد التقلت قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة بلا نص" من القانون الفرنسي إلى القوالين 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 تخفيضها، وحق الإفراج تحت شرط، واستحدث نظام العقوبة غير المحددة.

ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير، فإن شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة، وأن هذا التوسيع لا يخل بشرعية العقوبة مادام أن هذا التوسيع جاء طبقاً لنصوص القانون، ومادام أن القضاة يستعملون سلطة خوفهم الشارع إليها مقدماً..

ولقد جاء التساهل في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، وبقيت القاعدة سليمة مستمرة زمناً طويلاً فيما يختص بتعيين الجريمة. حتى إذا جاء القرن العشرين أخذت القاعدة كلها تصبح محل لانتقاد، وهاجها الكثيرون من الشرح بحجج أنها لا تصلح لواجهة الضرورات الاجتماعية، وأنها تؤدي إلى ضياع مصلحة الجماعة. ذلك أن نصوص القوالين الجنائية تقتصر دائماً عنتناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصواحتها، وأن الجرميين يتغبون في اهرب من الواقع تحت سلطان النصوص، ثم يعيشون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها، وهو آمنون من العقاب. فإذا استصدرت قوالين لستحرير الأفعال الجديدة التي أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة، عاد الجرميون يعملون على التهرب من نصوصها الفاسدة، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب.

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملي، فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً، كالتشريع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥ حيث خول القاضي، إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائي خاص، أن يعدّ هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكبيه عقوبة "المادة الثانية من القانون الجنائي الألماني". وكالقانون الإيطالي، فإنه ترك للقاضي في بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها، وكالقانون السوفييتي الذي خرج عن القاعدة منذ سنة ١٩٢٦م، وكالقانون الداغركي الذي أباح العقاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محظوظ، ولا نذكر القانون الإنجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة. ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل بدأ علماء القانون الجنائي يناقشون المبدأ في مؤتمراتهم العامة، بعد أن كان فوق المناقشة، توصلوا إلى معرفة مدى حاجة المجتمع إليه، ومدى

عودة

عجز المبدأ عن حماية صوالح الجماعات، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة ...

ويستجه العلماء والشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة، يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال الخرمة تعينا عاما، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المترن. ومن ناحية العقوبة، يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى، ليكون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة. بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يستترك تحديد العقوبة "نوعاً ومقداراً" إلى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها^(١) ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/٥ ص/٥٥٢ وما بعدها، القانون الجنائي لعلي بدوي ص/٣، شرح قانون العقوبات لدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى (ص/١٠٢ : ١٠٤) ...

أخيراً – بما في ذلك توسيع سلطة القضاء :

بعض التطورات التي توصلت لها النظم الاجتماعية والتشريعية الوضعية حتى الآن – مثل توسيع سلطة القاضي بوضع حد أدنى وحد أعلى للعقوبات؛ ونظام الظروف المخففة؛ ووقف تفيد العقوبات؛ أو مبدأ العقوبة غير محددة المدة ... فضلاً عن تدابير الوقاية؛ والسجون المفتوحة – قد اتسعت له مبادئ شريعتنا وفقها وسبقتهم في الماضي بتشريع التعازير، التي تتسع لكل ما يطرأ في المستقبل من تطورات ...

مضي عهد الصورة المتطرفة التي ابتدعتها الثورة الفرنسية، التي كانت تجعل القضاء مجرد آلية للحكم بعقوبة مفروضة ومحددة بحد واحد، دون أي اعتبار لاختلاف ظروف المتهمين أو ظروف الجريمة ذاتها، بحجة أن المساواة بين الناس توجب توحيد العقوبة على الجميع، بعد أن ظهرت نتائج سيئة لهذه "المساواة الحساسية". واتجهت التشريعات الوضعية إلى المرونة على خطوات، منها أنه جعل لكل جريمة عقوبة ذات حد أقصى وحد أدنى، ولم يكتف بذلك بل فتح باب التزول عن الحد الأدنى في الجنایات في حالة توافر ظروف قضائية تستدعي التخفيف في نظر القاضي.

وبعد ذلك، استحدثت القوانين الوضعية مبدأ تخفيف العقوبة بوقف تنفيذها مما يجعل الحكم مجرد جزاء قديدي لا ينفذ إلا إذا ارتكب الحكم عليه جريمة أخرى في فترة معينة.

وقد أضافت التشريعات الوضعية بعد ذلك مبدأ الإفراج تحت شرط لتشجيع الحكم عليهم على تحسين سلوكيهم في أثناء تنفيذ العقوبة المحكوم بها .

وأخيراً قررت ما يسمى بالعقوبة غير محددة المدة، لكن يكون انتهاء العقوبة بقرار من القاضي حسبما يراه من استقامة الحكم عليه وتوبته ثم إن بعض القوانين الوضعية زادت في توسيع سلطة القاضي حتى إنها منحته الحق في الحكم بالعقوبة على أفعال لا يوجد نص صريح بشأنها، متى تبين له أنها تهدد أمن المجتمع .. كل ذلك اتسع له مبدأ التعازير في شريعتنا قبلهم .

ويستخلص من ذلك أن تلك القوانين وصلت في بعض البلاد إلى ما يقرب من مبدأ حق القاضي في التعزيز الذي قررته الشريعة الإسلامية، ولكنهم لم يصلوا إليه إلا بعد قرون طويلة وتطورات عديدة .

١١٣ - **بين الشريعة والقانون :** ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة والقوانين الوضعية توجب الآ تكون جريمة ولا عقوبة بلانص، 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 وتطبقيها باثنى عشر قرنا على الأقل، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد، وإنما أخذت النظرية التي ابتكرها الشريعة ...

ثانياً : من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها، ففي الجرائم الخطيرة التي يتاثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثيراً شديداً تشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشدداً تماماً، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة، وهذا هو المتبقي في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية. وفي الجرائم الأقل خطورة، وهي جرائم التعازير بصفة عامة، تساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، فتجعل جرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات، وتترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة. وفي جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة، وتكتفي بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام. فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق، لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد ...

أما القوانين الوضعية فتطبقي القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتب على تطبيق القاعدة. ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة، على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون، فكان التعميم في التطبيق سبباً في تخرج المخالفين والقضاء من الحكم بعقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة، وفي تبرئة كثير من القضايا. ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تصييق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدها، 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 المتّبعة الآن في معظم القوانين الوضعية، إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون الداegerكي أخذت أيضاً بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة ...

عوده

ولاشك في أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة وموهنة 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، ومرنا إلى حد كبير، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات، ولا يخرج عن حكمه أى حالة. والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم^(١) إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، أما فيما عداها فالتعيم في النص يأخذ حدوده كما هو الحال في المعاصي التي يعزز فيها، مثل قوله تعالى: (ولا تجسسوا) [الحجرات: ١٢]، تحرماً بجريمة التجسس، ومثل قوله: (وأحل الله البيع وحرم الربا) [البقرة: ٢٧٥]، ومثل قوله: «أوْفُوا الْكِيلَ» [الأنعام: ٣٥]، الإسراء: ١٥٢، وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم وتغونوا أموالاتكم [الأفال: ٢٧]. وفي تعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحرير الفعل بوصفة لا بذاته، ٦٧- بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع. وقد كان لعموم النصوص ومرورتها أثراً هاماً في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، واستغنائها عن التعديل والتبديل.

أما القراءين الوضعية، فالأسهل فيها أن تحدد الجريمة، وتعيناها دقيقاً، وبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة، وكانت كل حالة جديدة تقضي تغييراً في النصوص، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات. ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة، للدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية.

رابعاً : من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتبع العقوبة تعيناً لاشك فيها، وبحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم، التي تنس أمن الجماعة ونظامها مساساً شديداً، وبين غيرها من الجرائم. والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة. ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة

الصدر تعليق رقم ٦٧-: بل قد يعاقب مع عدم الحرمة أصلاً مخالفته على المصلحة العامة، كما مر عليك قريباً ...

(١) إذا لم يكن التضييق ظاهراً في النصوص المقرمة للجريمة، فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة، فالسلطة جاءت نفسها عاماً ولكن دائرة هذا التعميم ضيق بما وضعه الرسول من قيود، كاشترط الحرز واشترط أن لا يكون الثمر مطلقاً وغير ذلك ...

عوده

لاختيار القاضي في توقيعها، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة. أما في القسم الثاني، فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات جرائم العوازير بأنواعها، -٦٨- وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة، كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقاً لما يراه ملائماً حال الجرم ولظروف الجريمة.

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين، أو تحدد لكل جريمة عقوبيتين كثاتهما ذات حدين، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبيتين أو عقوبة واحدة، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة، وله أن يمضيها. وفي كثير من الجرائم تشرط القوانين الوضعية أن لا تزال العقوبة عن حد معين، كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة، والغالب أن يكون ذلك في الجرائم الخطيرة. وظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة. فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بتطبيق العقوبة التي حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة، ولا يستطيع أن يختار إلا بين عقوبيتين إذا أعطى حق الاختيار، وليس له في كثير من الأحوال أن يتزل بالعقوبة عن حد معين، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم، وهو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعد له على معالجة الجرم والإجرام علاجاً يتفق مع المصلحة العامة. وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضي من اختيار العقوبة نوعاً ومقداراً، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات. فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادي به كبار العلماء اليوم، فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم العوازير وعقوباتها. وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة، ومن عدم السماح له بأن يتزل بالعقوبة عن حد معين، ومن تحديد عقوبة أو عقوبيتين لكل جريمة، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة في جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود ...

وليس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض الحالات. فقد كانت تمخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر. وإنما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة، ويأخذ بمبادئها، ويطبق نظرياتها، وأن ما يطلبه علماء القانون أن يتحقق في القانون هو نفس ما تأخذ به الشريعة، وما تقوم عليه، وأن في ذلك لذكرى للذاكرين ...

الصدر تعليق "رقم-٦٨-": وعلى القاضي أن يختار ما يكون سبباً لردع الجرم وجزر سواه، وقد

اشترط بعض فقهاء المذهب الجعفري أن لا يصل إلى مقدار أحد الحدود الشرعية ...

الشافعى رأينا في "تعليق-٦٨-": يذكر السيد الصدر ما قاله قبل ذلك من أن الجزاء العزيري لا يجوز أن

يصل إلى مقدار الحد الشرعي في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري ...

١١٣- في شريعتنا مبادئ مستقبلية لم تصل لها القوانين الوضعية حتى الآن:

ما تتصف به أحكام شريعتنا من مرونة، تشهد به التفرقة بين الجرائم الخطيرة والجرائم الأقل خطورة. وقد خصصت للجرائم الخطيرة عقوبات حدود، وهي عقوبات حدية بشروط معينة؛ وكذلك الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته التي يطبق فيها مبدأ القصاص بشروط معينة، يضاف لذلك تفويض الأمة وممثليها من أهل الاجتهاد لتقنين التعازير وفرض جزاءات أو إجراءات "تعزيرية" على من يرتكبها، فضلاً عن أن التعازير تشمل التدابير القضائية التي تخرج عن نطاق العقوبات ولكن تستلزمها مصلحة المجتمع بشرط أن يبقى تحديد حالاتها وشروطها من حق الجهة القضائية المختصة بها.

هذه التفرقة وهذا التنوع والتفاوت في المعاملة أفضل مما تسير عليه القوانين "الوضعية" من الالتزام بقاعدة موحدة عامة التطبيق في جميع الحالات، مما يؤدى بأهلها إلى ضرورة تغيير القواعد والقوانين والنظم كلما جدت تطورات تقتضي ذلك - والدليل على ذلك أنها استحدثت تدابير الوقاية، ووقف التنفيذ، والظروف المخففة ... إلخ.

وهنا نسجل ميزة شريعتنا في أنها تبدأ بالأوامر والواهى التكليفية وترتبط بها تحديد الجرائم والمعاصى، وتحيز التعزير عند مخالفته ما تتضمنه شريعتنا من أوامر ونواه تبين الحلال والحرام، والمستحب والمكرور، وقد ذكر أمثلة منها لا مكان لها في "القوانين الجنائية المعاصرة"

إنه على حق في تذكيرنا بأن اختلاف أحكام شريعتنا عما وصلت إليه القوانين الوضعية حتى الآن يؤكّد أنها تسبّبها في كثير من المبادئ، وأن بعض مبادئها لم تصل إليها القوانين الوضعية، وأنه واثق بأن القوانين سوف تستفيد من تلك المبادئ في المستقبل.

ومن أهم ميزات شريعتنا التي لم تصل إليها القوانين العصرية، النص على معاملة خاصة زاجرة ورادعة بتغريم عقوبات بدنية للجرائم التي قدد المبادئ الأساسية الثابتة التي يقوم عليها المجتمع، مثل جعل الزواج الشرعي وحده هو المبيح للعلاقات الجنسية بين الرجل وزوجته وتحريم كل تجاوز عن ذلك بحسبانه زنا وفاحشة، ومثل قداسة حق الإنسان في حياته وسلامة بدنـه ... وحماية العقل من السكر والتخدـير، وحماية المال من السرقة ... وهكذا ... على أن يتمتع الفقه والقضاء بسلطة واسعة فيما عدا ذلك.

لكنـنا لا نرافق على قوله بأن التعزير للمصلحة العامة يصل إلى حد أنه لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع (ص ب / 111) لأنـه يؤـدى إلى تقييد

أهلية القضاة ونراحتهم واستقلالهم شرط لتطبيق مبادئ الشريعة التي

توسيع اختصاصاتهم :

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي بذل هو جهداً كبيراً في إثبات أنه أصل من أصول شريعتنا المقررة بنصوص قرآنية عديدة. ويكفي في نظرنا القول بأن تحديد الفعل العاقب عليه من حق أولياء الأمر من المجاهدين وأهل الاجتihad سواء كانوا فقهاء أو قضاة، لكن هذا التحديد يجب أن يكون سابقاً على وقوع الفعل لا بعد أن يقع ...

أما إشارته إلى اشتمال شريعتنا على أحكام تكليفية تتضمن أمراً أو نهياً - مما لا تصل إليه القوانين الوضعية - فهذه ميزة يجب أن نعزز بها في شريعتنا لأنها ليست مجرد نصوص جنائية، بل هي في الأصل منهج إصلاح للنفس والمجتمعات عن طريق إرشاد الناس إلى طريق الاستقامة والصلاح، وأنها شريعة دينية بمعنى أن الجزاء الأخرى هو الأصل العام، وأن ضمير الفرد المؤمن بالحساب يوم القيمة هو الذي يفرض عليه التزام الطريق المستقيم ويمنعه من الانحراف، وأن الجزاءات الجنائية رغم أهميتها إلا أن أثرها ونطاقها أضيق بكثير من نطاق الجزاء الأخرى والحساب الإلهي يوم الدين .

ومبدأ توسيع سلطة القاضي في التعازير محمود وضروري، ولكن أهم منه كفاية القاضي وصلاحه واستقلاله حتى لا يكون جلاداً يأتمر بأمر المستبددين والطغاة الذين يفرضون سلطتهم بغير طريق الشورى ولا يتزمون مبادئ الشريعة وأحكامها . وإذا كان هو لم يشر لذلك فلأن هذا أمر بدبيهي في نظره، لكننا أمام المصير الذي انتهى إليه هو وكثير من دعاة الإصلاح والهدایة من المحاكم أمام محاكم من عملاً للسلطة وأعواها الذين لا أهلية لهم ولا أمانة ولا عدالة ولا استقامة، هذا الذي حدث وما زال يحدث مثله في بلاد كثيرة يوجب علينا التذكرة لهذا المبدأ البديهي، وهو عدم إسبالغ وصف القضاء أو المحاكم على هيئات خاصة لذوى السلطان خصوصاً من اختصبو السلطة وفرضوا استبدادهم على الناس بالقوة والتهديد أو التزوير.

لا شك في أن عذرنا أنه يتكلم عن القانون لا عن القضاء، وأنه لم يكن يتوقع المصير المؤلم الذي انتهى إليه بمحاكمة هزلية ومحاكم استثنائية تضم أشخاصاً بعيدين عن الاستقلال والتراهنة بل والأهلية والكفاءة .

المبحث الثاني
في أدلة الأحكام الشرعية
أى مصادر التشريع الجنائي

عاده ١٤- مصادر التشريع الإسلامي بصفة عامة :

من المتفق عليه-٦٩- بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامي أربعة :

١ القرآن ٢ السنة ٣ الإجماع ٤ - القياس.

ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التي تستمد منها الأحكام. ومن المتفق عليه أيضاً أن الحكم الذي يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربع هو حكم واجب الاتباع.

ويرتب الفقهاء-٧٠- الأدلة والاستدلال بما طبقاً للترتيب الذي ذكرناه. فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن، والمصدر الثاني هو السنة، والمصدر الثالث هو الإجماع، والمصدر الرابع هو القياس، فإذا لم يوجد حكم الواقع في القرآن رجع إلى القياس .

الصلدر تعليق "رقم-٦٩-": لا اتفاق على ما ذكره المؤلف، لأن المصدر الرابع للتشريع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل لا القياس.

الشواوى رأينا في "تعليق-٦٩-": قوله إن فقهاء المذهب الجعفري يُعدون المصدر الرابع للتشريع هو العقل لا القياس يؤيد ما ذهبنا إليه من ضرورة التوسيع في القياس في عصرنا والعصور التالية، فلا يقتصر على استبطاط حكم فرعى قياساً على حكم فرعى منصوص عليه بل يشمل استبطاط الحكم من نظرية عامة مستمددة (عقلانياً) من حكم فرعى أو عدة أحكام فرعية ورد بشأنها نصوص في الكتاب والسنة. ثم إن القياس بمجموع أنواعه هو استعمال للعقل، فلا داعي للاعتراض عليه، وإنما يحسن التوسيع فيه، بحيث يصبح هو الاجتهاد بمجموع صوره ووسائله التي تشمل جميع المصادر المختلفة عليها مثل المصالح المرسلة والعرف والاستحسان ... كما أنه بمعناه الواسع هو أساس استبطاط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية .

الصلدر تعليق "رقم-٧٠-": لا ترتيب بين الأدلة بنظر فقهاء المذهب الجعفري. ويترتب على ذلك أن ورود حكم الواقع في القرآن الكريم لا يمنع من الاستدلال ببقية الأدلة الثلاثة إن ذكر فيها حكم الواقع إثباتاً أو نفياً، إذا كان أخص من القرآن الكريم فيكون مختصاً للقرآن إن كان الدليل القرآني الدال على حكمه بالعموم وكان موضوعاً للدلالة على شمول جميع الأفراد، ويكون الدليل الغير القرآني مقيداً للدليل القرآني إن كان الدليل القرآني يدل عليه =

عودة

وهناك مصادر أخرى للشريعة مختلف عليها، فيراها البعض مصادر تشريعية أحکامها ملزمة، ولا يراها البعض الآخر كذلك، والمصادر المختلف عليها هي-٧١- الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي .

= بالإطلاق بأن كان الدليل القرآني دالاً على حكم الطبيعة وكان شاملاً لجميع الأفراد لولا التقييد، ويكون الدليل الغير القرآني الأخص مقيداً للدليل القرآني وكذا الكلام بالنسبة إلى السنة وما بعدها من الأدلة وكذا الكلام بالنسبة إلى الإجماع والعقل .

الشاوى رأينا في "تعليق-٧٠-": بأن فقهاء المذهب الجعفري يرون أن الأدلة جيئها يمكن الاستدلال بها على تخصيص نص عام في القرآن الكريم أو غيره من المصادر - لا نرى أن ذلك يستلزم إنكار مبدأ إعطاء الأولوية للقرآن الكريم، ولا مبدأ ترتيب الأدلة عموماً .

الصدر تعليق "رقم-٧١-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم الاعتماد على المصادر المختلف عليها إلا الاستصحاب، ومن مصاديقه استصحاب شرع من قبلنا، فإننا إنما نرجع إلى شرع من قبلنا باستصحابه إلى أيامنا إذا شككتنا في حكم من الأحكام ولم يكن عليه دليل في شريعتنا وعرفنا حكمه في الشريعة السالفة فإننا نستصحب حكمه في الشريعة السابقة إلى أيامنا .

الشاوى رأينا في "تعليق-٧١-": إننا نرى أن جميع الأدلة الأخرى المختلفة عليها (مثل الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ومذهب الصحابي بل الاستصحاب وشرع من قبلنا) كلها تدخل في نطاق الاجتهاد أو القياس أو الاستدلال العقلي، ولذلك فهي ليست ملزمة بذاتها في نظرنا إلا إذا رأى أهل الاجتهاد الاسترشاد بها وبهذا لا نرى داعياً للتفرقة بينها والاقتصار على استصحاب شرع من قبلنا كما يقول السيد الصدر في التعليق رقم -٧١- .

وقد قلنا إننا لا نرى داعياً للتفرقة بين "العقل" والقياس معناه الواسع، لأنهما في الواقع تعبر عن "الاجتهاد" معناه الواسع الذي يشمل جميع المصادر المختلفة عليها ويفنى عنها.

١١٤ - مصادر التشريع كلها أساسها الكتاب والسنة :

لقد توسع فقيهنا في عرضه لمصادر التشريع^(١) واستباط الأحكام منها بطريق القياس أو الاجتهاد أو مجرد التفسير، وهو موضوع يدخل في نطاق علم أصول الفقه أو علم التفسير.

لكننا لأنلومه على ذلك ما دام قد اتجه في بداية كتابه إلى بناء نظريات عامة على أساس نصوص الوحي الإلهي في القرآن؛ والوحي غير المباشر في السنة النبوية؛ فكان لابد أن يعطي أهمية قصوى لهذين المصدرين وما يتفرع عنهم من اجتهاد (قياس)، وإجماع.

وقد لاحظ بحق أن النصوص المتصلة بالوحي (القرآن والسنة) هي الأصل الملزم حتى وإن ما يستتبه الاجتهاد أو الإجماع لابد أن يكون له سند منهما – فهما في الواقع متفرعان من هذه النصوص ومرتبطان بهما، وهذا هو سبب الشك الذي يوجد لدى الذين لا يرون عدّهما مصدرين مستقلين عن الكتاب والسنة.

ونحن نرى أن القياس يتسع لكل صور الاجتهاد – الذي هو استعمال العقل والرأي، وأن ما سماه "مصادر مختلف عليها" مثل الاستحسان، والاستصحاب والمصلحة المرسلة والعرف وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي، كلها تدخل في نظرنا في نطاق الاجتهاد، لأن أهل الاجتهاد هم الذين يستطيعون تقدير الشروط الالزامية لوجود كل منها ومدى اتفاقه مع مقاصد شريعتنا ومبادئها وتحديد مدى الالتزام به.

وقد أشار أستاذنا الشيخ / محمد أبو زهرة^(٢) – في كتابه "العقوبة" إلى الخلافات في الفقه بين من يرون القياس "للمصلحة" – ومن لا يحکمون إلا بالقياس على النصوص ولا يجهدون في الرأي إلى تعرُّف المقاصد العامة والأخذ بها. وتعرُّف المقاصد العامة هو ما يعبر عنه بالتنظير الذي أشرنا إلى أن الضرورة تستدعي الأخذ به في الحاضر والمستقبل لتوسيع نطاق استباط الأحكام الالزامية لما يستجد من مسائل وقضايا استحدثتها تطورات المدنية الإنسانية.

وإذا كانت النصوص السماوية في الكتاب والسنة ذاتها قد تحتمل التأويلات والتفسيرات المعددة إذا لم تكون قطعية الورود والدلالة، فإن ما يدخل في نطاق هذه الطرق المختلف عليها يحمل ذلك من باب أولى، والذي يقدر على القيام بذلك هم أهل الاجتهاد.

(١) تضمن هذا البحث (٧٦) بندًا (من رقم ١١٤ إلى ١٩٠).

(٢) راجع كتابه عن العقوبة (بند ٢٢ ص ٣٠).

عوده

١١٥ - مصادر التشريع الجنائي الإسلامي: مصادر التشريع الجنائي فيما يختص بالإجراءات الجنائية هي نفس المصادر التي 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 -٧٢-، فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى، ورأى البعض أنه ليس مصدرًا في تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق المهم بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى. فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة، وهو اللذان جاءنا بهما مننصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية. أما بقية المصادر، فهي لا تأتى بأسس شرعية جديدة، ولا تقرر أحكاماً كلية جديدة، وإنما هي طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة، ولا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة، لأنها تستمد منها و تستند إلى نصوصهما .

الصدر

تعليق "رقم ٧٢-": مر عليك قريباً أن القياس ليس من مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري ولا يعتمدون عليه ما لم يحصل العلم عندهم بالحكم الشرعي فإن العلم من أي سبب حصل فهو حجة كما عرفت سابقاً .

إن المصدر الرابع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل، وهو عبارة عن إدراك العقل للملآكات الحكم الشرعي ولا مجال له في التشريع الجنائي إذ لا مجال للعقل في تفهم ملائكة الأحكام الجنائية الشرعية .

الشوى

رأينا في "تعليق ٧٢-": يشير السيد الصدر إلى أنه لا مجال للعقل في تفهم ملائكة الأحكام الجنائية. وهذا قول يحتاج إلى توضيح، فهو مقبول إذا كان قد قصد به أن النصوص المقررة للجرائم والعقوبات - سواء كانت نصوصاً شرعية في الكتاب أو السنة، أو نصوصاً فقهية في الفقين أو فتاوى المجتهدين والأئمة لا يجوز التوسيع في تطبيقها لأنها نصوص استثنائية؛ فهذا مبدأ أكدناه مراراً. ولاشك في أن هذا المبدأ أكثر لزوماً في نطاق عقوبات الحدود والقصاص، التي قلنا إنها عقوبات استثنائية، لأن الأصل هو التعازير في جميع الجرائم .

وفي نطاق التعازير، نرى أن السيد الصدر قد أيد ما قاله فقهاؤنا من أنه يجوز التعزيز للمصلحة العامة - حتى ولو لم يكن الفعل ضار بالمصلحة العامة معصية شرعية - ونحن لا نرى أنه يمكن تقرير المصلحة العامة دون استعمال العقل لتقدير هذه المصلحة ومشروعيتها طبقاً للنظريات التشريعية ومقاصد الشريعة السامية. وكل ذلك يحتاج إلى اجتهاد بالمعنى الواسع لهذا الاصطلاح.

115 - نصوص القرآن والسنّة هي الأساس :

يسرنا أنه يؤكد ما قاله دائمًا من أن الكتاب والسنّة هما الأصل الأصيل كمصادر إلهية أو سماوية لا بد أن ينتمي إليها كل ما يتوصل إليه بطريق المصادر الاجتهادية أو القياسية أو العقلية التي يجمعها الاجتهاد والإجماع عن طريق التزامهما بسند شرعى لما يستنبطه الفقه من أحكام .

كما توافق على قوله إن الكتاب والسنّة هما مصدر الشريعة (بالمعنى الضيق) وإنما المرجع فيما يسميه الأحكام الكلية، أي المبادئ العامة أو النظريات . ولضيف إلى ذلك أن ما ورد فيهما من نصوص إذا كانت تضع أحكاما فرعية في مسائل معينة فلا يجوز أن نكتفى بذلك؛ بل يجب عدّها مؤشرات لاستنباط نظريات عامة تتخلد منها للأحكام المستحدثة بوسائل الاجتهاد بأوسع معانٍ عن طريق التنظير الذي نحن في أشد الحاجة إليه في عصرنا والعصور القادمة .

لحسن نعم أن القياس يتسع لكل صور الاجتهاد، أو أنه بالأصح الصورة الأولى منه. وكلمة الاجتهاد في نظرنا تتسع لجميع المصادر المختلف عليها (المشار إليها في البد سابق) وأولها هو القياس ... وهو أيضًا مختلف عليه – وإن كنا نرى أنه يتسع لاستنباط الأحكام الفرعية من النظريات التشريعية العامة .

الفروع الأولى

القرآن

١١٦. **القرآن :** هو كتاب الله المترل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس .

١١٧. **نصوص القرآن قطعية:** وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنسوق، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود. فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربها، لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين. فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواءموا على الكذب، ونقله عن هذه الجموع جموع آخر، فلم يختلفوا في حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨. **رلالة نصوص القرآن قطعية وظنية :** وإذا كانت نصوص القرآن قطعية، فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية. فإن كان النص دالاً على معناه ولا يحتمل التأويل، كانت دلالته قطعية، مثل قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهِيدٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدًا وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبْدًا» [النور: ٤]. فدلالة ثمانين على العدد قطعية. ودلالة أبداً على التأييد قطعية. وإن كان النص دالاً على معناه، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية، كقوله تعالى: «وَالْمُطَلَّقَاتِ يَرْبَضُنَّ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قَرْوَءٍ» [المرارة : ٢٢٨]. فلفظ القرء قد يعني الحيض وقد يعني الطهر، ومن ثم فدلالة الله على معناه ظنية لا قطعية، إذ من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر.

١١٩. **محمية أحكام القرآن :** لا خلاف بين المسلمين في أن القرآن من عند الله، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيها كان نوعها.

١١٦ - ١١٩ القرآن وحي إلهي مباشر قطعي الورود :

القرآن الكريم هو المصدر الأول والأسمى لأنّه وحى إلهي مباشر ولأنّ نصوصه الإلهية قطعية الورود. وكثيراً ما يشير الفقهاء إلى "النصوص القطعية" ويعزروها بما هي خالدة غير قابلة للتغيير أو التطوير. ويجب التفرقة بين صفة قطعية الورود (وهي الصفة التي تتمتع بها جميع آيات القرآن الكريم)، وبين صفة قطعية الدلالة؛ فإن بعض الآيات فقط هو قطعى الدلالة، أى أنها (لا تحتمل التأويل أو الخلاف في التفسير) - وهذا يعطى أهمية كبيرة للتفسيرات المتعددة للآيات القابلة للتأويل وقابلية هذه التفسيرات للتطور والتجدد.

ويزيد في أهمية ذلك أن تحديد النصوص قطعية الدلالة هو محل اجتهاد مما يفتح باب الاختلاف في عدد الآيات القطعية الدلالة.

وهذا النوع من النصوص القطعية تكون ثابتة في عبارتها ومدلولها، وهي في الأصل عامة أو كافية يجب أن تكون أساساً ومنبعاً لنظريات تتسع لاستباط أحكام جديدة كلما تطورت ظروف الزمان والمكان. وإذا كان بعضها يتضمن أحكاماً فرعية، فليس معنى ذلك أنها لا تشير إلى مقاصد سامية ومبادئ كافية يجبأخذها في الحسبان في بناء النظريات التشريعية.

وبرغم الأمثلة التي ذكرها، فإننا نشير إلى ما قلناه من قبل من أن وصف أحد النصوص بأنه قطعى الدلالة أو ظنٍ يرجع فيه إلى الاجتهاد ... فهو الذي يرسم الخط الفاصل بين النوعين، ويحدد نطاق كل منها.

وفي نظرنا أن بعض آيات الأحكام في القرآن الكريم يمكن أن تشتمل الآية الواحدة منها على ألفاظ أو عبارات قاطعة في دلالتها، في حين أن لفظاً أو ألفاظاً أخرى في نفس الآية يمكن اعتبارها ظنية.

فقطعية الدلالة أو ظنيتها صفة لكلمة أو كلمات معينة، في حين أن الورود القطعى شامل لجميع آيات القرآن الحكيم، وذلك معنى قوله : "أَنَّهُ لَا خِلَافٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِي الْقُرْآنِ (كُلِّهِ) مِنْ عِنْدِ اللَّهِ"

عوذه

١٦- أحكام القرآن 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 والدولية ... إلخ .

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددتها أنزلت بقصد إسعاد الناس في الدنيا والآخرة، ومن ثم كان لكل عمل دنيوي وجه آخروي، فال فعل التبعدي أو المدى أو الجنائي أو الدستوري أو الدولي له أثره المترتب عليه في الدنيا من أداء الواجب، أو إفادة الحل والملك، أو إنشاء الحق أو زواله، أو توقيع العقوبة، أو ترتيب المسئولية... إلخ.

ولكن هذا الفعل الذي يتربّط عليه أثره في الدنيا له أثر آخر مترتب عليه في الآخرة، هو المشوبة أو العقوبة الأخروية. وبيني على كون الشريعة مقصوداً بها إسعاد الناس في الدنيا والآخرة أن تُعد وحدة لا تقبل التجزئة، أو جملة لا تقبل الانفصال؛ لأنَّ أخذ بعضها دون بعض لا يؤدي إلى تحقيق الغرض منها، ولأنَّه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معنوم بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية، فلا ينبغي أن تقاس الشريعة في هذا بغيرها .

ومن يتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جراء دنيوي، وجزاء آخروى. فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى: ﴿فَوَلَا تُقْتِلُوا النَّفْسَ الَّتِي حُرِمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء: ٣٣]. ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوى، والثانى آخروى. فاما جزاء الدنيا فهو القصاص، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم، وذلك قوله تعالى : ﴿بِإِيمَانِهِ الَّذِينَ آتَمُوا كُتُبَ الْقَصَاصِ فِي الْقَتْلَى أَخْرُجُوا بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمِنْ عَفْيٍ لَهُ مِنْ أَخْيَهُ شَيْءٌ فَاتِّبَاعُ الْمَعْرُوفِ وَأَوَادُهُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَحْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمِنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨]. والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة، يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مَتَعَمِّدًا فَجُزْءُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضْبُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَلَعْنَهُ وَأَعْدَ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٣]. ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحرابة، القتل والقطع والصلب واللفي، عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية، وذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يَحْارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يَقْتَلُوا أَوْ يُصْلَبُوا أَوْ تُقْطَعَ أَيْدِيهِمْ أَوْ أَرْجُلُهُمْ مِنْ خَالِفٍ أَوْ يَنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لِهُمْ خَرْزٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣].

عوده

وجزاء السارق القطع في الدنيا، والعقاب في الآخرة، لقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيهِمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبُوا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ * فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨، ٣٩].
والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسؤولاً مسئولية أخرى وية .

وإشاعة الفاحشة ورمي المحسنات له عقوبة في الدنيا وعقوبة في الآخرة، حيث يقول جل شأنه : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَجْحُونَ أَنْ تُشَيَّعَ الْفَاحِشَةُ فِي الدِّينِ أَمْنَوْا لَهُمْ عِذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدِّينِ وَالْآخِرَةِ﴾ [النور: ١٩]. ويقول : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْسِنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعْنَاهُنَّ فِي الدِّينِ وَالْآخِرَةِ وَهُنَّ عَذَابٌ عَظِيمٌ * يَوْمَ تُشَهَّدُ عَلَيْهِمُ الْأَسْتَهْمَمُ وَأَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلَهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ * يَوْمَئذٍ يُوَفَّى إِلَيْهِمُ الْحُكْمُ وَيَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ الْمُبِينُ﴾ [النور: ٢٣ - ٢٥].

والزنادق عقوبات إحداها في الدنيا والثانية في الآخرة، فيقول الله تعالى: ﴿الْزَّانِيَةُ وَالْمُرَأَىُ فَاجْلِدُوهُ كُلَّاً وَاحِدٌ مِنْهُمَا مِائَةٌ جَلْدَةٌ﴾ [النور: ٢]. ويقول : ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَيْهَا آخِرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزِنُونَ وَمَنْ يَفْعُلُ ذَلِكَ يُلْقَ أَثَاماً * يَضَعُفُ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدُ فِيهِ مَهَانَةً * إِلَّا مَنْ تَابَ وَآمَنَ وَعَمِلَ عَمَلاً صَالِحاً فَأُولَئِكَ يُبَدِّلُ اللَّهُ سَيِّئَاتِهِمْ حَسَنَاتِهِمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيمًا﴾ [الفرقان: ٦٨ - ٧٠].

وأكل أموال اليتامي معاقب عليه في الدنيا والآخرة، وذلك قوله تعالى : ﴿وَآتَوْا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبْدِلُوا الْخَيْثَىٰ بِالْطَّيْبِ وَلَا تَأْكِلُوا أَمْوَالَكُمْ إِنَّهُ كَانَ حَوْبَاً كَبِيرَاً﴾ [النساء: ٢]. وقوله: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ثُلَمَّا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بَطْوَهِ نَارٍ وَسِيَّصلُونَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠].

وأكل الربا له عقوبات الأولى في الدنيا والثانية في الآخرة، وذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُولُونَ إِلَّا كَمَا يَقُولُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمُسْكُنِ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِدَةً مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [آل عمران: ٢٧٥].

عوده

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه : ﴿لَوْمَنَ أَظْلَمُ مِنْ مَنْ نَعَمَ اللَّهُ أَنْ يَذْكُرَ فِيهَا إِسْمَهُ وَسَعَى فِي خَرَابِهَا أَوْلَئِكَ مَا كَانُ لَهُمْ أَنْ يَدْخُلُوهَا إِلَّا خَانِقِينَ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خَزْنٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [البقرة: ١٤].

والتحول عند الزحف له عقوبات أيضا في قوله تعالى : ﴿إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيْتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفًا فَلَا تُولُوهُمُ الْأَدْبَارَ * وَمِنْ يوْمِهِمْ يُوْمَنَدُ دِبْرُهُ إِلَّا مُتَحْرِفٌ لِقَاتَلَ أَوْ مُتَحِيزًا إِلَى فَتَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضْبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبَئْسُ الْمَصِيرُ﴾ [الأనفال: ١٥، ١٦].

وللمرتد عقاب في الدنيا وعقاب في الآخرة في قوله تعالى : ﴿لَوْمَنَ يَرْتَدُ مِنْكُمْ عَنِ دِيْنِهِ فَيَمْتَهِنُ وَهُوَ كَافِرٌ فَأَوْلَئِكَ حَبْطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢١٧].

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية، وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أَفَمِنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمْنَ كَانَ فَاسِقًا لَا يُسْتَوِنُ﴾ أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون* وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذي كتمتم به تكذيبون﴾ [السجدة: ١٨-٢٠]. وقوله : ﴿لَوْمَنَ يَطْعَمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ يَدْخُلُهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ ومن يعص الله ورسوله ويتعذر حدوده يدخله نارا خالدا فيها قوله عذاب مهين﴾ [النساء: ١٣، ١٤]. وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بمذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا، وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة. فهي في أصلها تَعْدَّ أن الدنيا دار ابتلاء وفناء، وأن الآخرة دار بقاء وجراء، وأن الإنسان مسئول عن أعماله في الدنيا ومحزى عنها في الآخرة، فإن فعل خيرا فلنفسه، وإن أساء فعلها، والجزاء الدنيوي لا يمنع من الجزاء الأخرى إلا إذا تاب الإنسان وأناب .

120 - وحدة الشريعة وشمولاً للشئون الدنيوية والأخروية :

أول ما يجب التنبية إليه هو أن نصوص القرآن وأحكامه شاملة للأمور الدنيوية والأخروية؛ بل إن كل آية من آيات الأحكام فيه إذا كان يشرع عنها حكم دنيوي فإنه يستتبع منه حكم تكليفي آخر ديني - ويكون الحكمان مرتبطين، وهذا فإن مبدأ وحدة الشريعة في الجانب الدنيوي والأخروي له نتائج مهمة سوف نتعرض لها فيما بعد.

يتربى على ذلك أن مسؤولية الفرد عن أعماله لا تقتصر على مواجهته أو مجازاته في الدنيا؛ بل تمتد إلى المسؤولية بعد البعث والحساب. وأكثر من ذلك فإن المسؤولية في الدنيا تؤثر على مسؤوليته في الآخرة، بمعنى أنه إن أدى ما يتربى على فعله في الدنيا من جراء فإن ذلك قد يكون توبة تخفف مسؤوليته الأخروية؛ بل تقلب السيئة حسنة بأمر الله وعفوه ولطفه - وهو ما يشجع الفرد على عدم التهرب من المسؤولية الدنيوية ومواجهة الجرائم الجنائية طلباً للمغفرة. وهذه القاعدة أثراًها في تطبيق الحدود مثلاً؛ إذ إن تحملها يكون دليلاً على نية التوبية خصوصاً إذا تقبلها مرتکب الخطيئة أو سعي إليها باختياره معترفاً بها. وكذلك جميع العقوبات الجنائية والاجتماعية التي تفرضها الشريعة؛ فهي ليست رد فعل ولا انتقاماً ولا تحريراً أو زجراً فقط، بل إنما قبل كل شيء سبيل إلى التوبة في الدنيا وسبب لها ووسيلة للغفران لتجاوز الجرائم في الآخرة.

وهذا يفسر توسيعه في ذكر أمثلة لما ورد في الآيات القرآنية من الجمع بين الإشارة إلى الجرائم الأخروي والدنيوي معاً. ويكفي أن نتأمل عبارات الآية (93) من سورة النساء بشأن جزاء القاتل في الآخرة، والآية (178) في سورة البقرة الخاصة بعقوبة القصاص في الدنيا، وكذلك آية المائدة (رقم 33) بشأن الحرابة.

وأشار إلى الآية رقم (19) في سورة التور الخاصة بإشاعة "الفاحشة" على أنها في نظره توضيح لعلة العقاب المقرر في الآيات (٢٣-٢٥) من السورة نفسها التي تفرض الحد على قذف الحصنات الغافلات. وهذه الإشارة لا تكفى في نظرنا، بل إن الآية (19) تقرر مبدأ عاماً هو تحريم كل ما يتربى عليه إشاعة الفاحشة، وليس خاصة بالقذف وحده، وسرى أن لهذا المبدأ تطبيقات عديدة وليس مقصوراً على حد القذف أو حد الزنا.

والآيات الأخرى التي تشير إلى العقاب الأخروي بصرامة إنما يقصد بها النهي عن الأفعال التي يتربى عليها العذاب في الآخرة، وهي لذلك تعد مصدراً لمبدأ عام يدخل ضمن الأحكام التكليفية، ومنها الآيات (68-70) في سورة الفرقان بشأن الزنا والقتل ، والآياتان (٢، ١٠) في سورة النساء الخاصة بتحريم أكل أموال اليتامي ظلماً، والآية (١١٤) في سورة البقرة بشأن تعطيل المساجد والشعائر الدينية، والآياتان (15، 16) من سورة الأنفال بشأن تحريم الهروب من الجهاد والقتال يوم الرحف .. والآية (217) من سورة البقرة بشأن الردة".

وهذه الأحكام التكليفية وأمثالها مما ينذر مرتكب أفعال معينة بالعقاب الأخروي تكملة آيات أخرى تفرض عقاباً دنيوياً أو جنائياً كحد الرزأ والقذف والقصاص في القتل وعقوبة الحرابة ... وما لا يرد نص بعقوبة الحد على مرتكبه يستحق فاعله التعزير بحسبان فعله معصية بشرط أن يرى القاضي أو المحتهد الص على حزائه، ونحن نرى أن الص ي يجب أن يكون سابقاً على الفعل ويكون ذلك بالتقين الذي يتولاه أهل الاجتهاد. إن إفاضته في إبراد النصوص القرآنية التي تنذر مرتكبي العاصي بالعقاب الأخروي، وما استتبطه من ذلك من أن شريعتنا لا تقر "القوانين الوضعية" التي تصدرها الدول دون ربطها بمصدرها الإلهي في القرآن والسنة، هو من أهم الخصائص المميزة لشريعتنا لأنها دين وقانون وهي تعالج الفصور في القوانين الجنائية الوضعية، التي تتجاهل الحساب والعقاب في الآخرة . أما إذا اقتصرنا على القوانين الوضعية، فقد يظن مرتكب الجريمة أنه إذا استطاع الإفلات من العقوبة الجنائية الوضعية فإنه يكون بذلك قد أفلت همّاً من كل حساب، وهذا هو ما يشجع الجناء على ابتکار الأساليب التي تمكنهم من تضليل العدالة أو التهرب من المسئولية، ظناً منهم أن المسائلة القضائية هي كل ما يترب على الجريمة، في حين أن المؤمن بالبعث والنشر والمتزم بشريعتنا يضع في اعتباره أن الخالق المدير للكون سببيته ويحاسبه يوم القيمة عن كل أفعاله، ومن بينها تحايله وتهربه من المحاكمة الجنائية، بعد ذلك عدواناً على الشريعة ذاتها وتهرباً من أحکامها .. ولا بد أن يكون ذلك معصية في ذاته، أي أن من يتلقى العقاب القضائي طائعاً مختاراً يكون موقفه في الآخرة أفضل بكثير من هرب منه، لأن هذا التهرب يضاعف له العقاب الأخروي. أما من عوقب جنائياً في الدنيا فقد يعذَّ ذلك توبه تعفيه من العقاب في الآخرة، وقد يستحق المغفرة لهذا السبب .

ويشير الفقهاء إلى عذَّ الجزاء في الآخرة هو العامل الأكبر في مقاومة الانحرافات أو الاتجاهات الإجرامية لدى الأفراد؛ لأن الجزاء الجنائي كثيراً ما يعمل الجرمون على تفاديه وينجحون في ذلك فلا يستطيع القضاء توقع العقوبة لعدم معرفة الفاعل أو لعدم كفاية الأدلة، أو لوجود شبهة .

فعلى الأفراد المؤمنين بالحساب الأخروي أن يذكروا أن ذلك لن يغيفهم من العقاب في الآخرة، بل قد يزيد فيه .

● اشتراط إجراءات صحيحة وأدلة معينة سببه أن المحاكمات الدينية ليست نهائية وأن الأصل هو الجزاء يوم الحساب :

واعتماداً على ذلك، فإن شريعتنا لا تجيز لمن يقومون بمقاومة الجرائم أن يستخدموا أساليب غير مشروعة كالتجسس أو التهكّم حرمات البيوت وأسرار المراسلات والمخادعات التليفزيونية، وأمثال ذلك مما تحرمه الشريعة والقوانين ولا يجوز لهم أن يبيحوا لأنفسهم ذلك بحجّة الكشف عن الجرائم - وإذا حدث ذلك منهم فإنه يُعد جريمة في ذاته، ولا يصح معاقبة المتهم بناء على نتائج مثل هذه التدابير الخرماء وغير المشروعة. ويستند الفقه في ذلك إلى قول رسولنا الكريم: "إِيَّاهَا النَّاسُ مَنْ أَرْتَكَبَ شَيْئًا مِّنْ هَذِهِ الْقَاطِرَاتِ (الجرائم) فَأَسْتَرْ فَهُوَ فِي سُرِّ اللَّهِ وَمَنْ أَبْدَى صَفْحَتِهِ أَقْمَنَ عَلَيْهِ الْحَدِّ".

فالقضاء يختص بمعاقبة الجرائم التي تصل إلى علمه بطريق مشروع وأدلة مقبولة - أما غيرها، فقد تكفل الله سبحانه بالجزاء عنه. وهذا السبب، فإن شريعتنا تدين المظاهرة بالمعصية، وتعُد ذلك أمراً محظوظاً، بل جريمة إشاعة للفاحشة في المجتمع. وعلى هذا الأساس، فإن شريعتنا تشدد العقوبات على الجريمة التي تقترن بقدر من الجهر والعلانية، وقد قال في ذلك إمامنا الشيخ / محمد أبو زهرة^(١): "إن الإسلام يُعد الجريمة المعلنـة جريمتين، جريمة الفعل الخرم، وجريمة إعلانه ... ذلك لأن ستر الجرائم من شأنه أن يجعل الإثم يزروي ولا يظهر ... وأن عدم التظاهر والإعلان يجعل نزعات الشر تضعف شيئاً فشيئاً ... وأن الذين يعلون الجرائم إنما يدعون إليها ويخرضون عليها ياعلامهم".

وهذا يؤيد ما قلناه بشأن اشتراط أربعة شهود رؤية لتوقيع الحد في جريمة الزنا، لأن رؤية الفعل بأربعة شهود دليل على المظاهرة بالفاحشة والعلانية الاستفزازية التي هي ظرف مشدد في تلك الجريمة، تستوجب توقيع الحد، وليس ذلك شرطاً لثبت ارتكاب الفعل ذاته الذي يكفي فيه الأدلة الإقناعية، وعقوبته تعزير إذا لم تثبت المظاهرة بالأدلة القانونية التي تستلزمها الشريعة لتوقيع عقوبة الحد، وهي الإقرار طواعية واختياراً، أو شهادة أربع شهود رؤية بالصورة المفصلة في كتب الفقه .

(١) يراجع كتابه في "العقوبة" البند 17 ص 26 .

عوده

١١١- أحكام الشريعة لا تتجزأ : وأحكام الشريعة لا تتجزأ ولا تقبل الانفصال، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال البعض الآخر، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض، وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان تماما بكل ما جاءت به. فمن لم يؤمن بهذا ويعمل به، دخل تحت قوله تعالى : ﴿أَفَتُؤْمِنُونَ بِعَصْبَ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضِهِ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ إِلَّا خَزْنَىٰ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يَرْدُونَ إِلَى أَشَدِ الْعَذَابِ﴾ [البقرة:٨٥].

والنصوص الواردة في تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلَنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْمُهَدِّى مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ الْمَلَائِكَةُ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُوا فَأُولَئِكَ أَتَوْبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَابُ الرَّحِيمُ﴾ [البقرة:١٥٩]. والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر -٧٣-، والاعتراف ببعضها وإنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ الْكِتَابِ وَيَسْتَرُونَ بِهِ ثُمَّا قَلِيلًا أُولَئِكَ مَا يَأْكِلُونَ فِي بُطُونِهِمْ إِلَّا النَّارُ وَلَا يَكْلِمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرَوُ الصَّلَالَةَ بِالْمُهَدِّى وَالْعَذَابَ بِالْمَغْفِرَةِ فَمَا أَصْبَرُهُمْ عَلَى النَّارِ﴾ [البقرة:١٧٤، ١٧٥].

وقوله تعالى : ﴿أَفَغَيْرُ دِينِ اللَّهِ يَبْغُونَ وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ﴾ [آل عمران:٨٣]. وقوله : ﴿وَمَنْ يَتَغَيَّرْ فِي دِينِهِ فَلَنْ يُقْبَلْ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [آل عمران:٨٥].

الصلوة

تعليق "رقم-٧٣-": معنى الكتمان لغة وعرفاً الستر، فمعنى الآية المباركة والتي بعدها حرمة كتمان ما أنزل الله من البيانات، ولا تدل على النهي عن الإيمان ببعض الكتاب دون بعض. وعken تقويب الاستدلال بهما على المنهي عن الإيمان ببعض الكتاب دون بعض بأن نقول إن الآيتين المباركتين كما تدلان على حرمة كتمان جميع الآيات المباركة تدلان على حرمة كتمان بعض الآيات مع عدم كتمان البعض الآخر، والكتمان ملازم للكفر، فالإيمان المبارك تدلان على المنهي عن الإيمان ببعض الآيات دون بعض .

ولما كان إنكار بعض الأحكام ملازماً للبعد عن دين الله وابتغاء سواه لأن الدين عبارة عن مجموع الأحكام الإلهية، فإنكار بعضها ملازم للبعد عن الله سبحانه وعن أحكام الإسلام، فيتضيّح بذلك الاستدلال على حرمة إنكار بعض أحكام الشريعة وعدم العمل بها بالآيتين المباركتين الثانية والثالثة .

عودة

وقوله: «وَإِذَا أَخْدَلَ اللَّهُ مِنَّا قَوْمًا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنَنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُوهُ فَنَبْلُوْهُ وَرَاءَ ظَاهْرِهِمْ وَأَشْتَرُوْهُ بِهِ ثَنَانًا قَلِيلًا فَبَئْسُ مَا يَشْتَرُونَ» [آل عمران: ٧٤-٧٥].
 قوله: «بِإِيمَانِهِ الرَّسُولُ لَا يَعْزِزُنَّكُمُ الظَّاهِرُونَ فِي الْكُفَّارِ مِنَ الظَّاهِرِ مَا قَالُوا إِنَّمَا يَأْفَوُهُمْ وَلَمْ تَؤْمِنْ قُلُوبُهُمْ وَمِنَ الظَّاهِرِ هَادُوا سَمَاعُونَ لِلْكُلُوبِ سَمَاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكُمْ بِيَعْرُوفٍ الْكَلِمُ مِنْ بَعْدِ مَوْاضِعِهِ يَقُولُونَ إِنَّا أُوتَيْتُمْ هَذَا فَخَلُودُهُ وَإِنَّمَا لَمْ تَرَوْهُ فَأَحْدَرُوا وَمِنْ يَرِدُ اللَّهُ فَقْتَتِهِ فَلَنْ تَمْلِكُ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا أُولَئِكَ الظَّاهِرُونَ لَمْ يَرِدُ اللَّهُ أَنْ يَطْهُرَ قُلُوبَهُمْ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خَرَى وَلَهُمْ فِي الْآتِيَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ» [المائدة: ٤١-٤٢].
 قوله: «فَلَا تَخْشُوْهُ النَّاسُ وَأَخْشُوْهُنَّ وَلَا تَشْتَرُوْهُنَّ بِآيَاتِيِّي ثَنَانًا قَلِيلًا وَمِنْ لَمْ يَحْكُمْ بِهَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» [المائدة: ٤٣].

وقوله: «إِنَّ الظَّاهِرُونَ يَكْفُرُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَيَرِيدُونَ أَنْ يَفْرَقُوا بَيْنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَيَقُولُونَ نَوْمٌ بَعْضٌ وَلَكْفُرٌ بَعْضٌ وَيَرِيدُونَ أَنْ يَتَخَلَّوْهُ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا* أُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ حَقًّا» [النساء: ١٥٠، ١٥١].

وقوله: «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدِيهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمَهِمَّنَا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَبَعَّ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكُمْ مِنَ الْحَقِّ لَكُمْ جَعْلُنَا مِنْكُمْ شَرِيعَةً وَمِنْهَا جَاءَ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكُمْ لِيَلْوَكُمْ فِيمَا آتَيْنَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا السَّخْبَرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعَكُمْ جَمِيعًا فَيُبَيِّنُنَا كُلُّنَا مِمَّا كُنْنَتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ * وَإِنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَبَعَّ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْدَدُهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكُمْ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكُمْ فَإِنْ تُوْلُوْهُمْ فَإِنَّمَا يَرِدُ اللَّهُ أَنْ يَصْبِرَهُمْ بِعْضَ ذَلْوَهُمْ وَإِنْ كَثُرُوا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ* الْحُكْمُ لِلْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمِنْ أَحْسَنِ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقَنُونَ» [المائدة: ٤٨-٤٩].

الصلوة تعليق رقم ٧٤-٧٥: تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة أن كمان الكتاب بمعنى كمان أحكامه، ولا فرق في الحرمة بين كمان جميع الأحكام أو بعضها، فتكون الآية المباركة دليلا على ما يذكره المصنف.

الصلوة تعليق رقم ٧٥-٧٦: إن المستفاد من قوله سبحانه وتعالى في هذه الآية المباركة «إِنْ أُوتَيْتُمْ هَذَا فَخَلُودُهُ وَإِنْ لَمْ تَرَوْهُ فَأَحْدَرُوهُ» [المائدة: ٤١]، هو الإيمان ببعض الكتاب دون بعض، والآية الكريمة صريحة في كفر من يقول ذلك وخروجه عن الإسلام. وأما الآية التي بعدها فهي صريحة في كفر من يؤمن ببعض الكتاب دون بعض .

الصلوة تعليق رقم ٧٦-٧٧: إن قوله سبحانه في هذه الآية المباركة «وَاحْدُهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكُمْ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكُمْ» [المائدة: ٤٩]، صريح في حرمة إلكار بعض ما أنزل الله .

عدوه

وقوله: ﴿يأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته والله يعصمك من الناس إن الله لا يهدى القوم الكافرين﴾ * قل يأهـل الكتاب لستم على شيء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليـكم من ربكم ولـيزيدنـ كثيراً منهم ما أـنزل إليـك من ربـك طـغـيـانـا وـكـفـرـا فـلا تـأسـ علىـ القـومـ الـكـافـرـينـ﴾ -٧٧- [المائدة: ٦٨، ٦٧].

وقوله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيَطَّاعَ يَإِذْنَ اللَّهِ وَلَوْ أَنْهُمْ إِذْ ظَلَمُوا أَنفُسَهُمْ جَاءُوكُمْ فَاسْتَغْفِرُوا اللَّهَ وَاسْتَغْفِرُ لَهُمُ الرَّسُولُ لَوْجَدُوا اللَّهَ تَوَابًا رَحِيمًا * فَلَا وَرَبَكُمْ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُوكُمْ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرْجًا مَا قُضِيَتْ وَيَسْلِمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٤، ٦٥].

١٢٢- ميزات الشرعية : وتعتـاز الشـريـعـةـ الإـسـلامـيـةـ عـنـ الشـرـائـعـ الـوضـعـيـةـ بـميـزـاتـ عـظـيمـةـ هيـ أـنـ أحـكـامـهاـ شـرـعـتـ لـلـدـنـيـاـ وـالـآخـرـةـ .ـ وـهـذـاـ هوـ السـبـبـ الـوحـيدـ الذـيـ يـحـمـلـ مـعـتـقـلـيـهاـ عـلـىـ طـاعـتـهاـ فـيـ السـرـ وـالـعـلـنـ وـالـسـرـاءـ وـالـضـرـاءـ؛ـ لـأـنـهـمـ يـؤـمـنـونـ بـأـنـ الطـاعـةـ نـوـعـ مـنـ الـعـبـادـةـ يـقـرـبـهـمـ إـلـىـ اللـهـ،ـ وـأـنـهـمـ يـثـابـونـ عـلـىـ هـذـهـ الطـاعـةـ،ـ وـمـنـ اـسـطـاعـ مـنـهـمـ أـنـ يـرـتكـبـ جـرـيـةـ وـيـتـفـادـىـ العـقـابـ الدـنـيـوـيـ إـنـهـ لـاـ يـرـتكـبـ مـخـافـةـ العـقـابـ الـأـخـرـوـيـ وـغـضـبـ اللـهـ عـلـيـهـ.

والـشـريـعـةـ تـلـزـمـ مـعـتـقـلـيـهاـ أـنـ يـتـخلـقـواـ بـالـأـخـلـاقـ الـفـاضـلـةـ،ـ وـمـنـ تـخـلـقـ بـالـأـخـلـاقـ الـفـاضـلـةـ نـدرـ أـنـ يـرـتكـبـ جـرـيـةـ،ـ وـهـمـ بـعـدـ ذـلـكـ يـعـلـمـونـ أـنـ اللـهـ رـقـبـ عـلـيـهـمـ،ـ وـمـطـلـعـ عـلـىـ أـعـمـالـهـمـ،ـ وـأـنـهـمـ مـهـمـاـ اـسـتـخـفـوـاـ مـنـ النـاسـ فـلـنـ يـسـتـخـفـوـاـ مـنـ اللـهـ وـهـوـ مـعـهـمـ أـيـنـماـ كـانـوـاـ،ـ وـكـلـ ذـلـكـ مـاـ يـدـعـوـ إـلـىـ قـلـةـ الـجـرـائـمـ،ـ وـحـفـظـ الـأـمـنـ وـصـيـانـةـ نـظـامـ الـجـمـاعـةـ وـمـصـالـحـهـ الـعـامـةـ،ـ بـعـكـسـ الـحـالـ فـيـ الـقـوـانـينـ الـوضـعـيـةـ فـإـنـاـ لـيـسـ طـاـفـةـ فـيـ نـفـوسـ مـنـ تـطـبـقـ عـلـيـهـمـ مـاـ يـحـمـلـهـمـ عـلـىـ طـاعـتـهـ،ـ وـهـمـ لـاـ يـطـيـعـوـهـمـ إـلـاـ بـقـدـرـ مـاـ يـخـشـوـنـ مـنـ الـوقـوعـ تـحـتـ طـائـلـهـمـ،ـ وـمـنـ اـسـطـاعـ أـنـ يـرـتكـبـ جـرـيـةـ مـاـ،ـ وـهـوـ آمـنـ مـنـ سـطـوةـ الـقـانـونـ فـلـيـسـ ثـمـةـ مـاـ يـعـنـيهـ مـنـ اـرـتكـابـهـ مـنـ خـلـقـ أوـ دـيـنـ،ـ وـلـذـلـكـ تـزـدـادـ الـجـرـائـمـ زـيـادـةـ مـطـرـدـةـ فـيـ الـبـلـادـ الـقـيـاسـيـةـ الـقـوـانـينـ الـوضـعـيـةـ،ـ وـتـضـعـفـ الـأـخـلـاقـ وـيـكـثـرـ الـخـرـمـونـ مـنـ الـطـبـقـاتـ الـمـسـتـيـرـةـ،ـ تـبـعـاـ لـرـيـادـةـ الـفـسـادـ الـخـلـقـيـ فـيـ هـذـهـ الـطـبـقـةـ،ـ وـلـقـدـرـهـاـ عـلـىـ التـهـربـ مـنـ سـلـطـانـ الـقـانـونـ .ـ

الصدر تعلـيقـ "رـقـمـ ٧٧ـ"ـ:ـ الآيـةـ الـمـبـارـكـةـ لـاـ يـسـتـفـادـ مـنـهـاـ حـرـمةـ الـإـيـانـ بـعـضـ الـكـتـابـ دونـ بـعـضـ،ـ وـإـنـاـ يـسـتـفـادـ وـجـوبـ تـبـلـيـغـ مـاـ أـنـزـلـ اللـهـ،ـ وـأـنـهـ يـجـبـ عـلـىـ أـهـلـ الـكـتـابـ تـطـبـيقـ الـتـورـاـةـ وـالـإـنـجـيلـ.ـ وـكـذـاـ الآيـةـ الـأـخـرـيـةـ إـنـهـ لـاـ يـسـتـفـادـ مـنـهـاـ مـاـ أـرـادـهـ الـمـصـفـ،ـ وـإـنـاـ هـيـ تـأـمـرـ مـاـ يـلـوـمـ إـطـاعـةـ اللـهـ وـالـاسـتـغـفارـ وـالـمـحـكـمـةـ إـلـىـ الرـسـوـلـ .ـ

عودة

وفرض الشريعة على معتقليها أن يؤمنوا بأنها من عند الله، وأئمها أصلح نظام وأعدله، ومن ثم فهم لا يعدلون بما نظاما آخر -٧٨-، ويترتب على هذا لا تجد مؤمنا بالدين الإسلامي يرضى بأى نظام مختلف له أو خارج عليه، كالشيوخية وما أشبه، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقاييس المصلحة المادية العاجلة، فيستشرفون إلى كل نظام جديد، ويتعلمون إلى الأخذ بكل ما يرون أنه أفضل من نظامهم أو ما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان، ومن ثم يعيشون غير مستقررين على مبدأ ولا نظام .

مزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بما ضمن للشريعة الاستمرار والثبات، وبيت في الحكومتين روح الطاعة والرضاء، ودعاهما إلى التخلق بالأخلاق الكريمة، وجعل للشريعة قوة في الردع ليست لأى قانون وضعى آخر، مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذـه .

الصدر

تعليق "رقم-٧٨-": وبطريقون أحكامها مختارين حبا لها واعجابا بها ورجاء لما يتربى على امتثالها من فوائد في الدنيا وثواب الآخرة، وحدرا ما يتربى على مخالفتها من مفاسد في الدنيا وعقاب في الآخرة.

الشاوى

رأينا في "التعليقات أرقام-٧٣-٧٨-": نزيد أقوال فقيهنا في عمومها مع إضافة بعض التفصيات - تراجع الحاشية .

121، 122 - أساس خلود الشريعة ثبات أصولها ومرونة الفقه:

إن المزج بين الأحكام الدينية والأخروية هو أساس خلود المبادئ القرآنية التي هي جوهر شريعتنا وأصولها والمميز الأساسي لها، بحسبانها ليست قانوناً فقط بل هي دين قبل كل شيء.

إن ما يعرف بأصول الفقه إنما يحصر موضوعه في القواعد المتعلقة باستنباط الأحكام الفرعية من مصادرها الشرعية، لكن هذا لا يجوز أن يشغلنا عن العناية بالمبادئ العليا والمقاصد السامية التي يجب عددها أصولاً شرعية ثابتة للنظريات العامة المستمدّة من التصوص الخالدة لشريعتنا (القرآن والسنة) والتي تربط الأحكام بتلك الأصول.

لقد أكد على مبدأ عدم جواز تجزئة الشريعة، أي عدم فصل أحكام الجرائم والعقوبات الدينية عن العقائد والقيم الأخلاقية التي تقررها النصوص "التكلفية"، لأن هذه العقائد والقيم والنظريات التي يبني عليها هي أصول الشريعة وأساس جميع أحكامها بما في ذلك أحكام الجرائم والعقوبات، بجميع أنواعها.

وهذا السبب، فإننا أشرنا في مواضع متعددة إلى أنه لا يجوز الاكتفاء بنصوص القوانين الوضعية ووصفها بأنها تعازير.. مجرد الادعاء بأنها "لا تخالف أحكام الشريعة" كما يقول فقهاء السلاطين الذين يريدون أن يسوغوا ما تسير عليه بعض الدول المعاصرة من الالكتفاء بتطبيق قوانينها الوضعية المستوردة من الخارج، وترفض تقيين الشريعة الذي يقصد منه ربط الأحكام الفرعية بمصادرها الشرعية في الكتاب والسنة.

إننا نصر على وجوب تقيين التشريع الجنائي الإسلامي، لإرجاع جميع أحكامه إلى الأصول والمنابع الشرعية، والتوقف تماماً عن استيراد نصوص أجنبية والاستغناء بها عن تقيين الفقه. والحكمة في ذلك هي ما أشرنا إليه، وهو أن الأصل في العقاب على الأفعال الإجرامية هو عددها داخلة ضمن المعاصي التي تخالف "الأحكام التكليفية"، وبذلك يكون كل حكم تكليفي مبدأ عاماً يمكن عدده أساساً لنظرية عامة هي التي تستند إليها في تجريم الأفعال التي تضر المجتمع أو أفراده، وتستمد مشروعيتها من ذلك لا من استيرادها من قوانين أجنبية ولا من سيادة الدولة التي تصدرها.

لقد شرح لي أحد الأعضاء⁽¹⁾ الذين كانوا يعملون في مساعدة جنة إعداد القانون المدني (الذى طبق منذ عام 1949) الطريقة التي سارت عليها اللجنة في "وضع" مشروع

(1) هو الدكتور سليمان مرقص.

النصوص المستوردة من الخارج لا يجوز عدُّها تعزيزات ولو كانت

"لَا تَخَالِفُ الشَّرِيعَةَ"، لأنَّها لا تستمد من مصادر التشريع الإسلامي :

ذلك القانون المدني، وأشار إلى مائدة وضع عليها عدة قوانين أجنبية، مثل القانون الفرنسي والألماني والبولوني والسوفيتي .. بل ومشروعات بعض القوانين التي لم تصدر، مثل ما يسمونه المشروع الفرنسي الإيطالي للالتزامات ...

وقال لي إن اللجنة كانت تختار أحسن النصوص من هذه القوانين الأجنبية جميعها - وذلك حسب تقديرها هي - دون أي إشارة إلى أهم فكروا في البحث في الفقه الإسلامي عن أساس لما يتأثر تلك النصوص المستوردة أو يغنى عنها ... هذا هو ما لا نقره. وقد التقى كثيرون من المطالبين بالالتزام بالشريعة، وعارضوا المشروع لهذا السبب .

وهذه اللجنة التي التقى مشروعها، كانت تُعَدُّ متقدمة بالنسبة لما اتبع في إعداد القانون الجنائي المصري، إذ إن من أعدوها اكتفوا بالرجوع إلى القانون الفرنسي، وإذا أرادوا التحرر منه رجعوا إلى ما قاله القضاء أو الفقه الفرنسي، وهذا كان في نظرهم أقصى خطوات التقدم.

وعلى ذلك، فإن جنة إعداد القانون المدني قد خطت خطوات تقدمية أكبر بالنظر في عدد كبير من القوانين الأجنبية، بدلاً من الاكتفاء بالقانون الفرنسي .

أما نحن، فطالب بخطوات أكثر أصلحة وتقديماً لأن تستمد الأحكام أولاً وأساساً من فقهاً ومصادرها الأصلية، ولا مانع بعد ذلك من مقارنتها بما توصلت له القوانين الأجنبية، وإذا وجد فيها ما يتافق مع ما توصل له فقهاً أو يكمله أو يحسنه، فإن باب "الاستحسان" وأمثاله من أساليب الاجتهاد مفتوحة للاستفادة منه. وهنا فقط يمكن القول بأن ما استبطناه لا يخالف مبادئ الشريعة ولا أصولها ولا نظرياتها الأساسية ...

وميزة هذا الأسلوب الذي نقترحه هو أنه يفتح لنا المجال لكي نتأكد من أن نصوص التقنين الجنائي الإسلامي ستكون مستمدة من المبادي والقيم الأخلاقية والأصول العقائدية لشريعتنا التي لا تقبل فصل القانون عن الأخلاق ولا عن العقيدة، ونكون بذلك مجتهدين ومستطبين للأحكام، لا مجرد مترجمين أو ناقلين عن التشريعات الأجنبية .

الفرع الثاني السنة

تعريف

١٣- تعريف السنة : هي ما أثر عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير. فالسنة على ثلاثة أنواع: سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقريرية.
أولاً : السنة القولية : هي أحاديث الرسول التي قالها في مختلف المناسبات مثل قوله: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا يা�حدى ثلات: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحسان، 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 يمحضن: "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام". وكقوله: "قطع في غير معلق، ولا في حريرة الجبل، فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن". وقوله: "من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه".
ثانياً: السنة الفعلية : هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الإقرار، وقطع اليد اليمنى في السرقة، وقضائه بشاهد واحد ويعين المدعى .
ثالثاً : السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكته وعدم إنكاره، أو بموافقته وإظهار استحسانه، فيُعد عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه. ومثل ذلك أن النبي لما بعث معاذًا إلى اليمن سأله : بم تقضي؟ قال: أقضى بكتاب الله، فإن لم أجده فبيسنة رسول الله، فإن لم أجده أجهد رأيي. فأقره الرسول على ذلك حيث قال : "الحمد لله الذي وفق رسول الله إلى ما يرضي رسول الله" - ٧٩ - .

الصدر تعليق رقم ٧٩-: لا يثبت فقهاء المذهب الجعفري على هذا الحديث لعدم ثبوت اعتباره عندهم لإرساله، لأن الرواى للحديث الحارث بن عمرو لم ينقل عن أحد منه الحديث، والحارث ضعيف لم يوثقه أحد من علماء الرجال . ويشهد لضعف هذه الرواية أن الحورقانى ذكر هذه الرواية في الموضوعات وقال إنه حديث باطل. هذا مع أنه معارض بحديث آخر في نفس الواقعة جاء فيه أن النبي ﷺ قال له: لا تفضين، ولا تفصلن إلا بما تعلم، وإن أشكل عليك أمر فقف حتى تتبينه. وكلا الحديثين في واقعة واحدة، فلا يمكن الاعتماد على أي منهما. ولا يرى علماء المذهب الجعفري صحة الاعتماد على الرأى في مسألة لا دليل فيها، والاجتهاد العتير عندهم إنما هو في فهم الحديث الشرعى من أدلةه ولعله المراد من قول معاذ، أجهد رأيى أى أجهد رأى فى فهم الحكم الشرعى من أدلةه.

الشافعى رأينا أن "التعليق رقم ٧٩-": يتناقض في نظرنا مع ما قاله سابقاً من أن الفقه الجعفري يُعد العقل هو الصدر الرابع للأحكام الشرعية، والعقل هو الاجتهاد في حديث معاذ - ومع ذلك فإنه يمكن الجمع بين القولين على اعتبار أن العقل في الاجتهاد لا يستمد الأحكام من فراغ، بل إن مهمته هي أن يستنبط الحكم من النظريات والمبادئ العامة في الشريعة - في حالة عدم توافر نص خاص في

عوذه

١٤ - مركز السنّة من القرآن: القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي، وأساس هذا التشريع. والسنّة هي المصدر الثاني، وتلي القرآن في المرتبة.

وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعلو أن تكون واحداً من ثلاثة :
الأولى : فهي إما أن تكون سنة تقرر وتوكّد حكماً جاء به القرآن، فيكون
الحكم مرجعه القرآن والسنة معاً، كتحريم القتل بغير حق، وشهادة الزور، والسرقة،
وغير ذلك من الأوامر والمواهي التي جاء بها القرآن والسنة.

الثاني : وإنما أن تكون سنة مفصلة مفسرة حكما جاء به القرآن جملة، أو مقيدة ما جاء في القرآن مطلقاً، أو مخصوصة ما جاء فيه عاماً، فيكون هذا التفسير أو التقيد أو التخصيص الذي جاءت به السنة بياناً للمقصود من الحكم الذي جاء به القرآن، لأن الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْذِكْرَ لِتَبَيَّنَ لِلنَّاسِ مَا نَزَّلْنَا إِلَيْهِمْ﴾ [سورة النحل: ٤٤]. فالسنة هي التي فصلت كيفية إقامة الصلاة والحج وإيتاء الزكاة؛ لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، ولم يبين عدد الركعات، ولا كيفية الصلاة، ولا مقدار الزكاة، ولا مناسك الحج.

والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن. فنصوص القرآن أحالت البيع وحرمت الربا، والسنة هي التي بينت بيوغ الربا. ونصوص القرآن حرمت الميزة والمدح. والسنة قيدت هذا الإطلاق، وخصوص التحرير وبينت ما يحل من أنواع الميزة والمدح. ونصوص القرآن جعلت 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 : وإنما أن تكون سنة مثبتة حكما سكت عنه القرآن، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل في القرآن، كقول الرسول : "لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها". -٨٠- وكقوله في تحريم الذهب والفضة : "هذا حرام على رجال أمتي حلالاً لنسائهم". وكقوله : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" .

= الموضوع الفرعى - وهذا يزيد ما نقوله بأن التأثير أصبح ضرورياً كأساس للاجتهاد في عصرنا وفي المستقبل لتزويد الفقه بالأحكام الضرورية في الموضوعات المستجدة .

الصلوة تعليق "رقم -٨٠-": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الحنفى هو اختصاص الحكم بما إذا لم تاذن العمة والخالة، واستندوا في ذلك إلى أخبار معتبرة منها ما روى عن الإمام محمد بن علي الباقر(ع) أنه قال: إنما نهى رسول الله عن تزويج المرأة على عمتها وختالتها إجلالا للعممة والخالة، فإذا أذنت في ذلك فلا بأس.

وهذه الرواية تكون مفسرة للرواية التي أشار إليها المؤلف ومحضها لها بصورة عدم إذن العمة والخالة.

رأينا في "تعليق -٨٠-": هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية .

١٥٠ - أنواع السنة حسب روايتها: تقسم السنة حسب روايتها ثلاثة أقسام: أ - سنة متوترة . ب - سنة مشهورة . ج - سنة آحاد .

(أ) - السنة المتأخرة: هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواتر أفراده على كذب؛ لكثرهم وأمانتهم، ثم رواه عن الجموع جمـع مثلـه، وعن هذا الجمع جمـع آخر، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواته جمـع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقي عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا. ومن هذا القسم السنن العملية في أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التي تلقاها المسلمين جمـعاً عن الرسول، ولقنوها جمـعاً آخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار .

(ب) - السنة المشهورة : هي ما رواها عن الرسول صحابي أو أكثر دون أن يبلغ الرواية حد التواتر، ثم نقلها من الراوى أو الرواية جمـع من جمـوع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جمـع آخر حتى وصلت إلينا بسند أو طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر، وباقى طبقاته من جمـوع التواتر. ومن هذا القسم ما رواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة-٨١-.

(ج) - سنة الآحاد-٨٢-: هي ما رواها عن الرسول آحاد أو جمـع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثلهم من الآحاد أو الجمـوع التي لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواية فيه آحاد أو جمـع لا تبلغ حد التواتر. ومن هذا القسم معظم الأحاديث.

١٦٠ - هل السنن قطعية أو ظنية ؟ : السنة المتأخرة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفدي الجزم بصدق الرواية، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الرسول، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمـعاً من جمـوع التواتر، ولأن من تلقاها عن الصحابي جمـع من جمـوع التواتر، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول .

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

الصلوة تعليق رقم-٨١-: ليس من قسم التواتر جميع ما روياه، وإنما هو خصوص ما تواتر عنهما في جميع الطبقات .

الصلوة تعليق رقم-٨٢-: ويعکن تقسيم هذا القسم إلى قسمين :

الأول : ما رواه عن النبي ﷺ جمـاعة لم تبلغ حد التواتر، ورواـه عنـهم مثـلـهـمـ فيـ كلـ طـبـقـةـ حتىـ وـصـلـ إـلـيـناـ،ـ وـلـسـمـهـاـ بـالـسـنـنـ الـمـسـفيـضـةـ (ـالـمـسـفيـضـةـ)ـ .

الثاني : ما لم يبلغ الاستفاضة (الاستفاضة) في جميع الطبقات أو في بعضها وليسمـهاـ سنـةـ الآـحادـ .
ويعـکـنـ تقـسـيمـ كـلـ مـنـهـمـاـ إـلـىـ قـسـمـيـنـ :ـ الأـولـ :ـ ماـ كـانـ مـحـفـرـاـ بـقـرـآنـ تـشـهـدـ بـصـحـتـهـ .

الثـانـيـ :ـ ماـ لـمـ يـكـنـ كـلـكـلـ .

الشـاوـيـ رأـيـناـ فـيـ "ـالـتـعـلـيـقـيـنـ-٨١ـ،ـ٨٢ـ"ـ:ـ تـحـدـيدـ كـلـ هـذـهـ الأـقـسـامـ خـاصـعـ لـلـاجـهـادـ وـالـخـلـافـ -ـ تـرـاجـعـ الـحـاشـيـةـ .

عده

١٧- محبة السنة : لا خلاف في أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره

التي قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسنده صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح، تُعد حجة ملزمة لل المسلمين، ومصدراً تشريعياً واجب الاتباع، سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود. فالسنة المتوترة واجبة الاتباع، لأن ورودها عن الرسول مقطوع به، والسنة المشهورة وسنة الأحاديث واجبة الاتباع - وإن كانت ظنية الورود عن الرسول؛ لأن هذا الظن راجح-٨٣- بما تواتر في الرواية من العدالة والإتقان.

وقد عدَّت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك-٨٤-، فالله تعالى يقول: ﴿إِنَّمَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطْبَعُوا اللَّهَ وَأَطْبَعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكُمْ هُنَّ الْمُفْلِحُونَ﴾ [النساء: ٥٩]. ويقول: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ خَوفٍ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَئِكَ مِنْهُمْ لَعِلْمُهُمْ أَنَّمَا أُرْسَلَنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيَطَّعَنُوا إِذَا نَأَيْدُهُمْ﴾ [النساء: ٨٣]. ويقول: ﴿مَنْ يَطِعُ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطْعَمَ اللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠] ويقول: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا لِيَطَّعَنُوا إِذَا نَأَيْدُهُمْ﴾ [النساء: ٦٤] ويقول: ﴿قُلْ أَطْبَعُوا اللَّهَ وَرَسُولُهُ﴾ [آل عمران: ٣٢]. ويقول: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تَحْبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُوهُنِّي يَحِبُّكُمُ اللَّهُ﴾ [آل عمران: ٣١].

الصدر تعليق رقم-٨٣-: لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على الظن وإن كان راجحاً ما لم يقم على اعتبره دليل بالخصوص، لنبهه سبحانه وتعالى عن الظن في كتابه، فقد قال سبحانه في سورة الأنعام ،١١٦ وفي سورة يونس ٦٦ : ﴿إِنْ يَعْنُونَ إِلَّا الظَّنُّ وَإِنْ هُمْ لَا يَخْرُصُونَ﴾، وقد قال سبحانه وتعالى في سورة الحج ٢٨ : ﴿لَوْمَلَمْ بَهُ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَعْنُونَ إِلَّا الظَّنُّ وَإِنْ الظَّنُّ لَا يَعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾. كما نهى الله سبحانه عن الاعتماد على غير العلم، فقد قال تعالى في سورة الأعراف ٣٣ : ﴿لَقَلِ إِنَّمَا حَرَمَ اللَّهُ الْفَوَاحِشُ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمُ وَالْبَغْيُ بَغْيُ الْحَقِّ وَأَنْ تَشْرُكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يَرِلْ بِهِ سَلَطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾. وقال سبحانه في سورة يونس ٥٩ : ﴿قُلْ اللَّهُ أَذْنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفَرَّوْنَ﴾؟!

الصدر تعليق رقم-٨٤-: إن اعتبار السنة من لوازم الإيمان بنبوة النبي ﷺ وعصمته، أما الآيات التي سيدركها المصنف فإن أكثرها مخصصة بالسنة القولية ولا يشمل شيء منها السنة تعنى التقرير .

الثانية رأينا في "تعليقي-٣-،-٨٣-،-٨٤-": يحفظ السيد الصدر على قول فقيهنا بأن السنة ظنية الورود تكون ملزمة، ويقرر أن فقهاء المذهب الجعفري لا يجزئون الاعتماد على الظن وإن كان راجحاً - إلا إذا قام على اعتباره دليل (اجتهادي) . وهذا قول مقبول في نظرنا يمكن أن يجعل مشكلات كثيرة تنشأ عن الاختلاف في حجية السنن ظنية الورود.

عوده

ويقول: «وَمَا كَانَ مُؤْمِنٌ وَلَا مُؤْمِنَةٌ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمْ
الْخِيرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ» [الأحزاب: ٣٦]. ويقول: «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ
فَانْتَهُوا» [الحشر: ٧].

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن، وقد أجمع الصحابة في حياة
الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته، فكانوا في حياته يضعون أحکامه،
ويمثلون أمره ونهيه، يخلون ما أحل، ويحرمون ما حرم . وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا
في القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألا 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 والتبعين-.٨٥-

الصلدر

تعليق رقم-٨٥-: مر عليك قريبا أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يستندون إلا إلى فعل
المعصوم ولا يحتاجون بفعل غيره، وإن كان صحابيا، فلا يمكن الاستدلال بعمل أبي بكر وعمر
إذ لم يدع أحد من المسلمين العصمة لهما .

الشاوي

رأينا في "تعليق-٨٥-": يصر على أن مذهبهم يلتزم فقط بما ورد عن الأئمة المعصومين
من آل البيت دون غيرهم من الصحابة - وقد سبق أن بيانا أن رأينا هو أن آراء الصحابة جمعا
ها قيمتها بحسب أنها اجتهادات تستمد حجيتها من الثقة التي يوليها المسلمون للصحابة بسبب
قرتهم من عهد الرسول (ﷺ)، ومع ذلك فليس لها قوة الإلزام مثل سنة الرسول الكريم.
كما أن أهل السنة والجماعة لا يعترفون بالعصمة إلا للرسل والأنبياء دون غيرهم .

123- صور السنة ومشكلة ثبوت ورودها من أهم أسباب تعدد

المذاهب واختلاف الآراء والفتاوي :

لا تحصر السنة في الأقوال التي صرحت بها رسولنا الكريم؛ بل تشمل أفعاله الثابتة، ونلاحظ أن جميع الأمثلة التي أشار إليها للسنة القولية والعملية موضوعها تطبيق عقوبات الحدود.

أما الصورة الثالثة للسنة، فهي مجرد تقريره أو قبوله لأمر صدر من غيره في حضوره، والمثل الوحيد الذي أشار إليه موضوعه هو تقرير مبدأ وجوب الاجتهاد كمصدر للأحكام الشرعية وهو ما تضمنه حديث معاذ بن جبل.

* * *

القرآن الكريم يسلم الجميع بأنه قطعي الورود، لأنه كتب وحفظ في حياة الرسول الأمين؛ بخلاف السنة فإن روايتها وتسجيلها لم يبدأ إلا بعد وفاته، بل ربما لم يتم ذلك بصورة جدية إلا بعد مرور فترة من وفاته صلى الله عليه وسلم، ولذلك فإن قطعية الثبوت مقصورة على بعض السنن؛ ولذلك قسمت إلى ثلاثة أنواع متفاوتة - أقوالها السنن المتواترة ثم المشهورة، وآخرها ما يسمى بسنن الآحاد.

وهناك جدال كبير حول ثبوت بعض السنن، مما أدى إلى خلافات عديدة في مدى حجيتها، ولا يمنع ذلك من تأكيد مبدأ الالتزام بالسنة، الذي تفرضه النصوص القرآنية.

والسنة قد تكون قطعية الدلالة أو ظنية - وكذلك القرآن - وهذا أساس كثير من الخلافات الفقهية وتعدد المذاهب والأراء.

من المتفق عليه لدى كثيرين قصر حجية السنة على ما كان منها قد قصد به التشريع، وما قام الدليل على صحة وروده.ويرى كثيرون أن سنن الآحاد واجبة الاتباع ب رغم أنها ظنية الورود، وهذا يثير كثيراً من الخلافات بين المذاهب والأئمة وأهل الاجتهاد. ونصوص القرآن التي توجب طاعة الرسول الكريم هي الأساس القرآني للالتزام بالسنة، مع ملاحظة التفصيات المشار إليها.

وعلم السنة واسع يمكن الرجوع إليه في مصادره المعروفة، لذلك لا نستطيع التوسع في بحثها في هذا المجال.

عادة

١٦٨ - هل تعدد كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعاً ؟ : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه بصفته بشرا كالقيام والقعود والأكل والشرب، ومثل هذه الأفعال لا تعدد تشريعاً -٨٦-؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليس جزءاً من رسالته .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد، كالزواج بأكثر من أربعة -٨٧-، ودخول مكة بغیر إحرام، والوصال في الصوم. وهذه أيضاً لا تعدد تشريعاً؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشعوب الدينية، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعاً أيضاً؛ لأن مبناهما الخبرة الشخصية، والرسول نفسه كان لا يعده هذه الأفعال تشريعاً. فقد أشار على بعض الصحابة بتأثير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به -٨٨-، فعدل عن رأيه وقال:

الصلوة تعليق "رقم ٨٦-": ولكنها تصلح دليلاً على الجواز ..

الشواوى رأينا في "تعليق ٨٦-": يقول السيد الصلوة إن أعمال الرسول وأقواله كبشر لا تعدد سنة أو مصدراً للتشريع، لكنها في نظره تصلح دليلاً على الجواز. ونحن لا نوافق على ذلك لأن الجواز لا يحتاج إلى دليل من السنة أو غيرها، إذ الأصل في الأشياء الإباحة - وهذا مبدأ أصيل من مبادئ الفقه.

الصلوة تعليق "رقم ٨٧-": لم يتزوج النبي ﷺ بعد أن نزلت الآية المباركة بتحديد الزواج بأربعة، وإنما كان زواجه بجميع نسائه قبل ذلك. والشيء الذي خص الله به نبيه هو أنه أباح لنبيه ﷺ الإبقاء على جميع نسائه وألزم من كان عنده من المسلمين أكثر من أربعة أن يقتصر على الأربعة، وذلك لأن نساءه ﷺ أمهات المؤمنين، فلا يجوز لهن التزوج بسواء ولا يجوز لغيره التزوج بهن، فهو فارقهن ﷺ لشق ذلك عليهم وقد لا يجدن من يعولن لاسيما مع وجود أولادهن .

الشواوى رأينا في "تعليق ٨٧-": نحن نؤيد ملاحظته من أن رسولنا الكريم لم يتزوج بأكثر من أربعة نساء بعد نزول الآية التي تحدد الزواج بأربع - وكل ما اختص به هو عدم التزامه بتسرير زوجاته فيما يزيد على أربع لأن القرآن حرم على زوجاته أن يتزوجن بغیره إذا سرحهن أو مات عنهن.

الصلوة تعليق "رقم ٨٨-": إن إشارة النبي ﷺ بتأثير النخل وإن لم يكن تشريعاً إلا أنه ﷺ الإنسان الكامل فلا يشير إلا بما هو نافع، لأنه ﷺ لا يخفى عليه ما هو الصالحة ولو كان لا يعلم ما هو الصالحة فلم يكن يشير بتأثير النخل .

أما الرواية المذكورة فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم ثبوت اعتبارها. ولو سلمنا اعتبارها سنداً فلا يمكن الاعتماد عليها لأنها تنسب النقص إليه ﷺ .

عوذه

"أنت أعلم بأمور دنياكم". وفي موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيش في مكان معين، فقال له أحد الصحابة: أهذا منزل أنزلكه الله، أم هو الرأى وال الحرب والمكيدة؟ قال: "بل هو الرأى وال الحرب والمكيدة". فأشار الصحابي بإنزال الجنود في مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بشورته.

اما الأقوال والأفعال التي صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد، فهي تشريع ملزم. ومثل ذلك قوله: "صلوا كما رأيتموني أصلى". وقوله: "خذلوا عن مناسككم". وقطعته يد السارق اليمى من الكوع، ٨٩-٨٩ [بيانا لقوله تعالى: ﴿فَاقْطُعُوهَا أَيْدِيهِمَا﴾] [المائدة: ٣٨]. وكأنه بدلن المرجوم والصلة عليه حينما سئل عن ماعز فقال: "افعلوا كما تفعلون بموتاكم". وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد.

= وأما الرواية الثانية فإنه إذا ثبت اعتبارها فإن عدوله عن المكان الذي كان فيه ليس لأنه ظهر لديه فساد رأيه لما أشرنا إليه قريبا من عدم إمكان ذلك لأنه (ﷺ) مره عن النقص وإنما هو بمحاجة لأصحابه تشجيعها لهم على الحرب وتقوية لروح المفادة فيهم .

رأينا في "تعليق ٨٨": فيه توسيع في مقتضى مبدأ العصمة لا لزوم له - في نظرنا لأن الله سبحانه أكد مرارا أن الرسول (ﷺ) بشر، وهذا يجعل العصمة محصورة فيما يتعلق بتلبيغ الرسالة سواء عن طريق الوحي القرآني أو السنة التشريعية فلا تشمل مجرد الأعمال البشرية من النوع الذي أشار له فقيهنا كثابير التخل أو اختيار موقع الجيش وسلامه .. إلخ.

تعليق "رقم ٨٩"-: الرأى السادس عند فقهاء المذهب الجعفرى هو لزوم القطع من رؤوس الأصابع تبعا لسيرة أمير المؤمنين (ع) الثابتة عندهم بالأخبار المعتبرة. ويروى سيرة أمير المؤمنين هذه الشافعى في الجزء السابع من كتاب الأم ص ١٨٢ (وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله احد) [الجن: ١٨]، بناء على ما صرحت به بعض المفسرين من أن المراد بالمساجد هنا المساجد السبعة التي يجب السجود عليها ومنها الكف، ولما كانت الأكف لله فكيف قطع يا ترى ١٩ وأما ما نقله المصنف عن سيرة النبي (ﷺ) من قطع اليدين من الكوع فلم يثبت عند فقهاء المذهب الجعفرى بل الثابت خلافه، لأن الثابت من سيرة أمير المؤمنين قطع الأصابع كما مر آنفا، ولم يكن أمير المؤمنين ليخالف سيرة رسول الله (ﷺ)، ولم يختص فقهاء المذهب الجعفرى بهذا الرأى بل وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم كما صرحت بذلك ابن رشد في كتابه بداية الجihad .

رأينا في "تعليق ٨٩-٨٩-": يقدم السيد الصدر أدلة قوية على أنه لا يجوز قطع الكف في حد السرقة - وأن القطع يقتصر على "روعوس الأصابع" فقط، وهذا موضوع يتعلق بحد السرقة ولا بد أن نعود إليه فيما بعد .

عوذه

ومثل ذلك أيضاً ما روى عنه من أن أم سلمة سأله عن قبلة الصائم، فقال لها: "لَمْ تقولي لهم إِنِّي أَقْبَلُ وَأَنَا صَائِمٌ!". ولا سأله عن بل الشعر في الاغتسال قال: "أَمَّا أَنَا فِي كُفَيْفِي أَنْ أَحْثُو عَلَى رَأْسِي ثَلَاثَ حَشِيشَاتٍ مِّنْ مَاءٍ". ولقد اختلف الصحابة في الغسل من غير إتزال فأنفذ عمر إلى عائشة رضي الله عنها وسألها عن ذلك، فقالت: فعلته أنا رسول الله واغسلنا. فأخذ عمر الناس بذلك. وكان عمر يقبل الحجر الأسود في طواقه ويقول: إِنِّي أَعْلَمُ أَنِّي حَجَرٌ لَا تَنْفَعُ وَلَا تَنْفَعُ، وَلَوْلَا أَنِّي رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ يَقْبَلُكَ مَا قَبْلَتْكَ. ولو لا أن فعل رسول الله قوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله و قوله - ٩٠ - .

الصدر

تعليق رقم - ٩٠ -: إن من لوازم الإيمان والإسلام لزوم اتباع رسول الله في جميع أقواله وأفعاله ولا يحتاج إلى الاستناد إلى عمل الصحابة.

ثم إن ما صدر منه (ﷺ) بقصد تعليم الأمور الالزمة وبيانها فيلزم على المسلمين اتباعه، وما صدر منه (ﷺ) بقصد بيان الأمور المستحبة وتعليمها، فيستحب اتباعه والاقتداء به. وأما لو أشكل الأمر ولم يعلم أنه (ﷺ) كان قد صدراً بيان الأمور الواجبة أو قد صدراً بيان الأمور المستحبة، فإن أمر (ﷺ) باتباعه في فعله والاقتداء به كما في قوله (ﷺ): "صلوا كما رأيتموني أصلى، وحجوا كما رأيتموني أحجّ" ، فيجب حينئذ اتباعه والسير في خطاه، وأما في مقام لم يأمر (ﷺ) باتباع فعله، ولم يعلم مراده بيان الفعل الواجب أو المستحب، فلا يثبت بفعله الوجوب ولا يثبت أكثر من رجحان الفعل الذي أتى به، لأنَّه (ﷺ) كما كان يأتي بالواجبات كان يأتي بالمستحبات.

الشاوى

رأينا في "تعليق - ٩٠ -": يخفف من أثر قوله السابق (الذى اعتبرنا عليه في تعليقه رقم ٨٨) بشأن ما يصدر عن الرسول ما لا يعد تشريعاً - فهو هنا يقول بأنه صلى الله عليه وسلم كان يأتي بالمستحبات وليس بالواجبات فقط ... وأن نطاق الواجبات محدود في الحالات التي صرح فيها بالوجوب .

هناك إجماع على أن بعض ما نقل عن رسولنا من أفعال لا تُعَدُّ تشريعاً لنا لأنها من خصائصه صلى الله عليه وسلم ... وقد ذكر فقيهنا أمثلة منها لكنها ليست على سبيل المحصر ... مما أوجد خلافات بشأن نطاق هذه الأفعال، وهذا موضوع علم الحديث والسير النبوية .

أهم من ذلك أن ما قام به صلى الله عليه وسلم من أفعال يقتضي إنسانيته أو خبرته بالشئون الدنيوية لا تُعَدُّ تشريعاً لأن غيره قد يكون أكثر منه خبرة بها، وقد أكد ذلك قوله: "أنتم أعلم بشئون دنياكم" .

وقد أشار السيد الصدر في تعليقه رقم 89- على هذا البند (يراجع) إلى أن الشيعة الجعفرية لا يرون قطع اليد في حد السرقة لأن أمير المؤمنين سيدنا علي يرى أن القطع من رءوس الأصابع - كما يراه الشافعى في كتاب الأم الجزء السابع ص 182 - واحتج بقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ اللَّهُ ...﴾ [الجن: 18]. وقال إن ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ذكر أنه وافقهم على هذا القول جمع من غيرهم .. ونتمنى أن يتطرق أحد الباحثين بدراسة هذا الموضوع عند دراسة حد السرقة في القسم الخاص - ونرجو أن يأخذ في حساباته أن قطع الأيدي ورد مرتين في سورة يوسف - بمعنى إصابة اليد بجروح في قصة النساء الالاتي قطعن أيديهن .

الفرع الثالث

الإجماع

١٦٩ - تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي - ٩١ .

عودة

تعليق "رقم ٩١-": كما فسره بعضهم، أو اتفاق جميع الأمة كما عن آخر، أو اتفاق أهل الحل والعقد كما عن ثالث، أو اتفاق أهل الحرمين كما عن رابع أو اتفاق أهل المصرىن البصرة والكوفة كما عن خامس. وعن مالك أنه اتفاق أهل المدينة . وربما ذهب بعضهم إلى أنه اتفاق الشیخین أو الخلفاء الأربع. وفي بعض المذاهب الإسلامية فسر الإجماع بأنه اتفاق خصوص مجتهديهم، إلى ما هنالك من آقوال في بيان تحقیق موضوع الإجماع. وأما عند الشیعہ الإمامیۃ فالإجماع المعتبر عندهم هو اتفاق جماعة يكشف اتفاقهم عن رأی إمام معصوم، قلت هذه الجماعة أو كثرت .

الصدر

رأينا في "تعليق رقم ٩١-": يشير إلى آراء مختلفة عديدة في تعريف "الإجماع"، ويضيف أن الإجماع المعتبر عند المعرفية هو اتفاق أي جماعة (قليلة أو كثيرة) إذا كان يكشف عن رأي معصوم .

هذه التعريفات المختلفة ليست متناقضة في نظرنا بل تشير إلى أنواع متعددة من الإجماع وهي في نظرنا قسمان :

الأول هو الإجماع المطلق - وهو اتفاق جميع الأمة أو جميع مُثلّيها (سواء وصفوا بأنهم أهل الحل والعقد أو المجتهدون الذين تنتهي صفاتهم هذه بـ"لم يمثلوها في مجال الاجتہاد الجماعی") في جيل معين .
القسم الثاني يشمل ماعدا ذلك مما ذكره وكلها تدخل في نطاق الإجماع النسبي الخاص ياقليم معين - أو مذهب - أو جيل معين (مثل الصحابة أو الشیخین) .

وحيث أن جميع صور الإجماع النسبي المشار إليها في التعليق رقم ٩١- هي في نظرنا من نوع الإجماع النسبي الذي يقتن أو يصدر حکما مستمدًا من اجتہاد أو مصدر شرعي سابق عليه .

بل نرى أن الإجماع المطلق الذي تتفق عليه الأمة جميعها أو جميع من يمثلوها من أهل الحل والعقد أو أهل الاجتہاد - إنما يكشف عن حکم مستمد من الكتاب أو السنة أو الاجتہاد ... (وإن كان اجتہاد أحد الأئمۃ أو جماعة من أهل الذکر أو أهل العلم) لأن الإجماع لا بد له من سند .
لذلك فإننا نذكر برأينا الذي عرضناه في تعليقاتنا على هذه البنود (١٦٩ وما بعده) بشأن درجات الإجماع ودوره في إصدار الأحكام المستمدۃ من مصدر شرعي سابق عليه - مع مراعاة وجود اختلاف في المصادر الشرعية .

١٢٩- تعريف الإجماع وتنوع تطبيقاته، دور الأمة في اختيار المجتهدين

ومناقشة اجتهاداتهم :

ماجرى عليه العمل من وصف الإجماع بأنه اتفاق المجتهدين يمكن الاعتراض عليه بما ورد في الأحاديث من نسبة الإجماع إلى الأمة كلها، وقد أوردها فقيهنا في البند ١٣١. وتفسيرنا لذلك هو أن المجتهدين يمثلون الأمة في الإجماع وفي الاجتهاد، لأن جهور الأمة هو الذي يعترف للفقيه بصفة مجتهد، وهذا الاعتراف بذاته يُعد تفويقا لهم ليمثلوا الأمة في نطاق التشريع، سواء في الإجماع أو الاجتهاد. ونظرا لتطور الظروف وتقدم سبل الاتصال فيمكن أن تختارهم الأمة بالانتخاب - حق تناح للجماهير فرصة استبعاد من لا يثقون فيهم ويسمونهم عادة "فقهاء السلاطين" الذين يفقدون ثقة الجماهير بسبب تقويمهم من الحكام المستبدین أو المغتصبین ولا يعنون باستقلال الشريعة عن الدولة ومن يمثلونها.

وقد أشرنا في كتابنا "فقه الشورى"^(١) إلى "أن وصول المرأة إلى مرتبة الاجتهاد لم يعرف في تاريخنا بتولي منصب من مناصب الدولة ولا بالحصول على اللقب من هيئة رسمية أو بشهادة دراسية من مؤسسة علمية أو دينية رسمية أيا كانت - إنما عرف المجتهدون بإقرار جهور الناس وجمهور العلماء، أي بشهادة الرأي العام لهم بذلك".

ومعنى ذلك أن جهور الأمة هو الذي يمنح للفقيه صفة المجتهد؛ وهذا هو الذي يفسر لنا ما جرى عليه كثير من الباحثين من نسبة الإجماع إلى المجتهدين، ولا يكون ذلك متعارضا مع نسبة الإجماع للأمة.

ونحن نفضل أن ننسب الإجماع للأمة لا للمجتهدين، لأنها هي التي منحتهم هذه الصفة وهذا التفويق^(٢)، فهم يمثلونها ويعملون لحسابها وبالنها لا باسم الدول ورؤسائها ولا باسم هيئة دينية أو طائفة معينة.

(١) يراجع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (٣٨).

(٢) ونرى أنه في المستقبل إذا أردنا تنظيم مجلس للإجتهاد أو الإجماع، فإنه يجب أن تناح الفرصة للجماهير إنما لاختيار من بين العلماء من ثق في أهل مساقتهم فعلا عن السلاطين وأشباههم ومتهمهم هي صفة الاجتهاد - ولذكر القراء بأن الأئمة الذين رفضوا تولى القضاء رغم إلحاح بعض الخلفاء والسلطان إنما أرادوا بذلك الاستفاظ بثقة العامة التي كانت تكره السلاطين أو الخلفاء الذين استولوا على السلطة بالقلب والقوة ولم يتزموا بالشورى ولا ثق بفتواه من يحالطونهم أو يعاونونهم - وأن العامة عندما منحت صفة الإمامة للفقهاء الذين حافظوا على استقلالهم إزاء أصحاب السلطة قد راعت في ذلك ما أصلفوا به من عدم التقرب لحكام الجور وعدم إرهاص لهم لولائهم.

الإجماع المطلق والنسبي وإجماع الأمة أو الشعوب أو الجماعات المتفرعة منها:

يضاف لذلك ما أشرنا إليه في بحثنا في فقه الشورى من أن المجتهدين لا يختصون بعملية الاجتهاد ولا ينفردون بها لأنهم يعرضون آرائهم في دروسهم بالمساجد المفتوحة للجماهير ويخضرها العامة والعلماء واللاميون ويناقشون فيها - وبذلك يكون للجمهور دور في مناقشة الاجتهدات التي تنسب لهؤلاء العلماء، بل وفي الرقابة عليهم للتتأكد من أن آرائهم لا تخدم ذوى السلطة أو الأمراء أو السلاطين.

لكن إجماع الأمة كلها ليس هو الصورة الوحيدة للإجماع، فكل جماعة من جماعات الأمة مهما صغرت يمكن أن تتخذ قراراً بالإجماع. ولكن الجماعات التي تتكون منها الأمة يكون إجماعها نسبياً لأن أثره يكون محدوداً في نطاقها، ولا يجوز أن ينسب إلى الأمة كلها - فهو إجماع نسبي - مثل إجماع الشيعة على عصمة الأنمة، أو إجماع أهل السنة على غير ذلك، أو إجماع شعب من الشعوب الإسلامية على اختيار مذهب أبي حنيفة كما هو الحال في الدولة العثمانية وفي مصر حالياً وهكذا.

فالإجماع كما هو واضح من حيث نطاقه قسمان إجماع كامل مطلق يتضمن الأمة كلها، ونسبي يخص إحدى الجماعات أو أحد الشعوب المكونة لها.

وهناك تقسيم آخر أشار إليه فقيهنا وهو التمييز بين الإجماع المطلق وما يسمى إجماع الجمهور، أي أغلبية الأمة وأغلبية الشعب أو الجماعة. وهذا يعني القرار الملزم الصادر عن أغلبية في الأمة أو الشعب أو الجماعة.

وأهمية هذه التقسيمات أن كل إجماع منها يمكن تعديله أو إلغاؤه بإجماع مماثل له من حيث نطاقه أو الأغلبية الازمة له.

* * *

وهناك تشابه وتدخل بين الإجماع والاجتهاد. فالالأصل أن الإجماع مصدر للأحكام الشرعية يلى في الأهمية الكتاب والسنة، ويليه الاجتهاد (أو القياس أو غيره من المصادر المختلف عليها التي تعدّها صوراً من الاجتهاد مثل المصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب ... وهكذا).

ومعنى ذلك أن الإجماع مصدر منشئ للأحكام في الموضوعات التي لا يوجد لها حكم في الكتاب والسنة، ومع ذلك فإنهم يقولون إن كل إجماع لابد أن يكون له سند شرعى من الكتاب والسنة. وقد يفهم من ذلك أن هذا تناقض، ويزول هذا التناقض في ظررنا إذا



الندين أو الإصدار يكون إجماعاً على الالتزام برأي معين مستمد

من مصدر سابق، سواء اقتربنا باجتهاد معاصر أم لا :

قلنا إن الإجماع في هذه الحالات يكون متضمناً للاجتهاد، لأنه لا يقف عند حد تأكيد حكم ورد به نص في الكتاب والسنة، وإنما يتضمن اجتهاداً مستنداً إلى هذه النصوص الشرعية. مهما يكن هذا الاجتهاد محدوداً، يصل إلى حد التفسير

ولما كنا قد أشرنا إلى أننا في عصر التنظير، وأن الاجتهاد لا يلزم أن يكون مستنداً مباشرةً إلى نص شرعي، بل يلزم في كثير من الأحيان أن تستبطط الحکم بناءً على نظرية من النظريات التشريعية، فإن الاجتهاد وبالتالي الإجماع يمكن مجده أكثر مرونة واتساعاً ويكون واضحاً فيه دور الجماعة في استنباط أحكام في مسائل لا يوجد فيها نص في الكتاب والسنة. ومع ذلك، فإنه يستند إلى نظريات أو مبادئ مستمدّة من النصوص الشرعية، مثل نظرية لاضرر ولاضرار ونظرية المساواة وتضامن الأسرة ووحدة التكافل والعدل الاجتماعي - وهكذا

وفي حالة ما إذا لم يكن الإجماع متضمناً لأى اجتهاد، بأن يقتصر على اختيار مذهب ما، فإله يكتون في نظرنا مجرد تقيين لأحكام مختارة من الفقه الموجود يقصد به إلزام القضاة بهذه الأحكام دون غيرها لوضع حد لاختلاف أحكام القضاء أو التناقض بينها .

وفي أكثر الأحيان يكون الندين شاملاً لأحكام مختارة من آراء السلف مضافاً إليها اجتهادات معاصرة في الموضوعات التي لا يوجد لها حکم في الفقه الموروث .

وعلى العموم، فإن الإجماع يكون دائماً متضمناً لإصدار تقيين شرعي، ويقوم بهمة إصدار الأحكام الشرعية - يعنى إصدار القوانين الوضعية حالياً - لكنه يتمتع عنها بأن شريعتنا تحمله من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من سلطة رؤساء الدول كما هو الحال في القوانين الوضعية. وهذا تحفظ شريعتنا باستقلالها عن الدولة وسيادتها على المجتمع بما فيه الدول ذاتها

عودة

١٣٠- جماعة الإجماع: إذا اتفق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الواقع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع، وعُدَّ الإجماع دليلاً قطعياً على الحكم^{٩٢}. أما إذا كان الرأي صادراً من أكثريته المجتهدين فإنه بعد دليلاً ظنياً، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يرروا خلافه، ما لم يرر ولـي الأمر أن يوجـب اتباعـه فيـصـبحـ فيـهـ هـذـهـ الـحـالـةـ وـاجـبـ الـاتـبـاعـ^{٩٣}.

الصدر تعليق "رقم ٩٢-٩٢": الإجماع وإن وصف بالحجية في لسان جميع المذاهب في الإسلام، إلا أن حجيـتهـ بنـظرـ فـقهـاءـ المـذهبـ الجـعـفـريـ مـتـقـوـمةـ بـكـشـفـهـ عـنـ رـأـيـ المـعـصـومـ كـمـاـ مـرـتـ الإـشـارـةـ إـلـيـهـ،ـ وـلـاـ يـشـرـطـ فـيـ حـجـيـةـ اـجـتـهـادـ المـجـتـهـدـينـ فـيـ عـصـرـ وـاحـدـ فـضـلـاـ عـنـ جـيـعـ الـعـصـورـ،ـ بـلـ الشـرـطـ عـنـدـهـ اـجـتـهـادـ جـمـاعـةـ يـكـشـفـ إـجـمـاعـهـمـ عـنـ رـأـيـ مـعـصـومـ مـنـ نـبـىـ أوـ إـمامـ.

الشـاوـيـ رأـيـناـ فـيـ "تعليق ٩٢-٩٢": يـشـيرـ السـيـدـ الصـدرـ إـلـيـ رـأـيـ فـقـهـاءـ المـذهبـ الجـعـفـريـ،ـ هوـ أنـ حـجـيـةـ الـإـجـمـاعـ تـسـتـمـدـ مـنـ أـنـهـ يـكـشـفـ عـنـ رـأـيـ المـعـصـومـ،ـ سـوـاءـ كـانـ نـبـىـ أوـ إـمامـ.ـ وـمـاـ يـقـولـهـ فـيـ هـذـاـ التـعـلـيقـ يـؤـكـدـ قـوـلـنـاـ إـنـ الدـوـرـ الـمـهـمـ لـلـإـجـمـاعـ هـوـ أـنـ تـقـيـنـ حـكـمـ مـسـتـمـدـ مـنـ مـصـدـرـ شـرـعـيـ سـابـقـ عـلـيـهـ.ـ وـلـكـنـنـاـ لـاـ نـوـافـقـ فـيـ أـنـ الصـدـرـ الشـرـعـيـ الـوـحـيدـ هـوـ مـاـ سـمـاهـ "رأـيـ مـعـصـومـ".

الصدر تعليق "رقم ٩٣-٩٣": المراد بولي الأمر رئيس الدولة الإسلامية بحق، ورئيس الدولة بعد انتهاء عهـدـ النـبـوـةـ الـزـاـهـرـ هوـ الـإـمـامـ الـمـعـصـومـ معـ وجودـهـ،ـ وأـمـاـ مـعـ غـيـرـهـ كـمـاـ فـيـ أـيـامـاـ الـحـاضـرـةـ فـهـوـ الـحـاـكـمـ العـادـلـ الـذـيـ تـتـخـيـبـ الـأـمـةـ إـلـاـسـلـامـيـةـ وـيـاخـدـ دـسـتـورـهـ مـنـ إـلـاـسـلـامـ وـشـرـعـهـ وـقـرـآنـهـ.ـ فـإـنـ كـانـ وـلـيـ الـأـمـرـ هـوـ الـإـمـامـ فـلـاـ مـجـالـ لـلـاجـتـهـادـ الـمـارـضـ لـهـ لـأـنـ كـلـامـهـ نـصـ شـرـعـيـ وـلـاـ اـجـتـهـادـ فـيـ قـبـلـ الصـنـ.

هـذـاـ إـذـاـ أـمـرـ الـإـمـامـ بـأـمـرـ لـكـونـهـ هـوـ الـحـكـمـ الـوـاقـعـيـ.ـ وـأـمـاـ إـذـاـ حـكـمـ عـلـيـهـ السـلـامـ بـحـكـمـ مـؤـقتـ إـلـزـامـيـ اـقـضـيـتـهـ الـمـصـلـحةـ الـعـامـةـ فـيـ وـقـتـ خـاصـ مـعـ تـصـرـيـحـهـ بـعـدـ كـوـنـهـ حـكـمـ إـلـزـامـيـ دـائـمـيـ،ـ وـمـثالـهـ:ـ لـوـ اـقـضـيـتـ الـمـصـلـحةـ إـلـاـسـلـامـيـةـ بـمـنـعـ السـفـرـ إـلـيـ بـعـضـ الـبـلـادـ الـكـافـرـةـ فـيـ زـمـانـ خـاصـ مـعـ تـصـرـيـحـهـ (عـ)ـ بـأـنـ هـيـهـ (عـ)ـ لـيـسـ لـحـرـمـهـ فـيـ الشـرـيـعـةـ إـلـاـسـلـامـيـةـ وـإـنـاـ فـيـ عـنـهـ وـفـقـاـ لـلـمـصـلـحةـ الـتـيـ تـقـضـيـ الـنـهـيـ عـنـ مـؤـقتـاـ،ـ فـإـنـهـ لـاـ مـانـعـ مـنـ اـخـتـلـافـ الـمـجـتـهـدـيـنـ،ـ وـالـحـالـ هـذـهـ فـيـ حـكـمـ الـمـسـأـلـةـ فـيـ الشـرـيـعـةـ إـلـاـسـلـامـيـةـ وـهـلـ هـوـ الـإـبـاحـةـ أـوـ الـكـرـاهـةـ أـوـ الـاستـحـيـابـ مـعـ الـعـلـمـ بـعـدـ الـحـرـمـةـ وـاقـعاـ وـأـنـهـ لـازـمـ الـتـرـكـ فـيـ الـظـرـفـ الـذـيـ هـيـ عـنـهـ الـإـمـامـ إـطـاعـةـ لـأـمـرـهـ (عـ).ـ وـأـمـاـ إـذـاـ لـمـ يـكـنـ رـئـيسـ الـدـوـلـةـ هـوـ الـإـمـامـ الـمـعـصـومـ فـلـاـ يـمـنـعـ أـمـرـهـ بـتـرـكـ شـيـءـ اـخـتـلـافـ الـمـجـتـهـدـيـنـ فـيـ تـلـكـ الـمـسـأـلـةـ.ـ وـإـنـ كـانـ الرـأـيـ الـذـيـ يـجـبـ تـطـيـقـهـ ظـاهـراـ وـعـلـمـ عـلـيـ وـفـقـهـ هـوـ مـاـ أـمـرـ بـهـ رـئـيسـ الـدـوـلـةـ إـلـاـسـلـامـيـةـ.=

ال Shawi رأينا في "تعليق-٩٣-": يعود للقول بأن المقصود بولي الأمر هو الإمام الذي توافرت في ولايته شروط الشرعية - مع إشارته إلى أن المذهب الجعفري يعترف بالعصمة للأئمة من آل البيت دون غيرهم من خاتمهم الأمة ليتوبوا عنهم في زمن الغيبة .
ونحن نذكر برأينا الذي لا نحيد عنه - وهو أن من خاتمه الأمة للإمامية سواء كان من آل البيت أو غيرهم، فإنما هي التي تحدد له نطاق صلاحياته .
ونحن نرى أنه ليس من المصلحة أن يجمع رئيس الدولة بين ولاية السلطة التنفيذية وولاية الاجتهد والتشريع. لقد سار الفقه في جميع عصورنا على حرمان الخلفاء ورؤساء الدول من التدخل في الفقه أو الاجتهد أو التشريع، ولعتقد أن هذا هو الاتجاه الصحيح الذي يحمينا من الحكم الشمولي. ومن الملاحظ أن الدستور الإيراني للم الجمهورية الإسلامية قد أخذ بهذا المبدأ .
أما قوله في حالة وجود الإمام المعصوم فإنه لا مجال للاجتهد المعارض له لأن كلامه نص شرعي، فإننا قلنا دائمًا بأن أهل السنة لا يعترفون بنسبة العصمة لأحد غير الرسول .

130 - الأصل أن الإجماع مفنن دائمًا حكم سابق عليه يُعدّ سندًا له

لـكـه يـكـون منـشـاً لـلـأـحـكـام إـذـا تـضـمـن اـجـتـهـادـاً مـقـتـرـاً بـه :

نذكر بما قدمناه من أن أولى الأمر في مجال الفقه والتشريع هم المجتهدون الذين يمثلون الأمة ويعملون باسمها ونيابة عنها كما بينا، فعبارة "ولي الأمر" التي يستعملها الفقهاء في هذا الصدد لا يجوز في نظرنا أن تصرف إلى السلطان أو الأمير أو الخليفة أو الرئيس أو غيرهم من يتولون السلطة التنفيذية.

يؤيد ذلك أنه عاد في البند التالي (131) وأشار إلى أن أولى الأمر المشار إليهم في سورة النساء (الآية 59) يقصد بهم الحكماء والعلماء معاً، ثم عاد في نفس الفقرة فقال: إن المقصود بأولي الأمر في (الآية 83) من نفس السورة هي "العلماء" - وقال أيضاً: "إذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن"؛ وقد يظن البعض أن هناك تناقضًا بين هذه العبارات إلا أن هذا الظن يزول إذا لاحظنا أن كلمة الحاكم في لغة فقهائنا كان يقصد بها القاضي، وأن القضاة كان يشترط فيهم أن يكونوا علماء أو من المجتهدين.

وسترى أن الإجماع لابد له من سند شرعى. ومعنى ذلك أن دوره الأول هو إلزام الجميع بحكم معين؛ سواء كان مصدره قطعياً من الكتاب أو السنة أو كان مجرد مصدر ظنى كالاجتهاد أو (القياس) الموروث أو المستحدث.

والأصل أن يكون الاجتهاد الموروث منسوباً لأئمة المذاهب المعروفة. وهنا يكون الإجماع كاشفاً لهذا الحكم، لكن إذا لم يوجد بالفقه الموروث حكم لمشكلة مستحدثة، فإن أهل الاجتهاد يجتمعون بين مهمة استبatement حكم مستحدث يكون هو سند إجماعهم مضافاً إليه قرار بالتزامه، وهذا هو الإجماع. أما الاجتهاد المقترب به فهو سند.

وفي هذه الحالة يكون الإجماع مصدرًا منشأ حكم جديد اقترن به وليس كاشفاً حكم سنته سابق عليه

الأساس التسريسي للجماع : أساس الإجماع هو القرآن والسنّة.

فالاجتهاد لا يقوم على التحكيم وإنما يقوم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح في القرآن أو السنّة^{-٩٤-}، 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^{-٩٥-}.

الصدر تعليق "رقم-٩٤-": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري عدم اعتبار الإجماع في مورد فيه نص موافق للإجماع، لأن الإجماع الموافق للنص لا يكون كافياً عن رأي الإمام لاحتمال استناد المجتمعين إلى النص، ولا يمكن تحقيق إجماع مخالف للنص قطعياً في الكتاب أو السنّة القطعية، إذ لا يتصور إجماع المجتهدين على رأى مخالف للنص القطعى.

الصدر تعليق "رقم-٩٥-": **لَيْت شَهِرُكَ**، كيف يكون اجتماع جماعة من الناس على رأى يكمن دليلاً على الحكم وليس فيهم معصوم مأمور من الغلط^{١٦} وكيف يعلم أن وحدة الحق هي التي جمعتهم، إذ لعل الفاقههم كان بداع العادة أو العقيدة أو الانفعالات النفسية، أو كان ذهابهم إلى هذا الرأى لشبهة عرضت لهم، أو نحو ذلك من الأسباب التي يحتمل أن تكون هي السبب لاتفاقهم، إذا لم يكن فيهم معصوم لا يحتمل فيه ذلك ولا يكون إجماعهم كافياً عن رأى الإمام (ع)^{١٧} وكيف يمكننا أن الحكم بان ما أجمعوا عليه هو الحق ولو أن اتفاق جماعة من الناس بما هو اتفاق كيما كان وبأى دافع، كان حجة ودليل، ولا يقول بذلك أى فقيه يرى حجية الإجماع.

وأما ما ذكره الطوفى في كتابه مصادر التشريع من الاستدلال على حجية الإجماع بقوله إن الجماع الغفير مع استفراغ الوسع في الاجتهاد وإمعان النظر في طلب الحكم يتعين في العادة اتفاقهم على الخطأ، فقد أشكل عليه بالنقض بإجماع اليهود والنصارى وسائر أهل الملل على ضلالتهم مع كثرةهم وفضولهم واجتهادهم وإمعانهم في النظر .

أما حل هذا البرهان فتقريره أنه لا استبعاد في اتفاقهم على الخطأ، وما أكثر ما يقع الاشتباه في الأمور الخديسية والبرهانية وكم الفقق الفلسفية على أمر برهان ثم انكشف خطؤه بعد ذلك، وتاريخ العلماء مليء بذلك . فلا يكون الإجماع دليلاً شرعاً إلا إذا كان كافياً عن رأى الإمام المعصوم، وذلك فيما إذا كان الجمعون علماء الشيعة الإمامية لأن إجماع غيرهم لا يكشف عن رأى المعصوم، ويشرط في كشفه عن رأى المعصوم الذي هو ملاك حجيجه إلا تكون المسألة عقلية لأن الفاقههم على مسألة عقلية يحتمل استنادهم إلى براهين عقلية لا إلى رأى المعصوم . كما يشرط في حجية الإجماع الآت تكون المسألة موافقة ل الاحتياط فإن اتفاقهم على رأى موافق ل الاحتياط يحتمل أن يكون لأجل الاحتياط .

فإذا اتفق مجتهد والطائفة الشيعية بالشروط التي ذكرناها آنفاً فإن اتفاقهم يكون كافياً عن دليل قطعى وصل إليهم من إمامهم . فالاعتماد على ذلك الدليل والإجماع كاشف عنه ومين له =

عوده وقد دعا القرآن والسنّة إلى عَدِ الإجماع تشریعاً ملزماً، فقوّة الإلزام في الإجماع وعَدَه مصدراً تشریعاً مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنّة .
القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى: ﴿إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطْبَعُوا اللَّهَ وَأَطْبَعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكُمْ هُمُ الْمُكْفِرُونَ﴾ [النساء: ٥٩]. ومن المتفق عليه -٩٦- أن أولى الأمر في هذه

= وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الاتفاق الذي يكون كاشفاً عن رأي المعموم، فقد يكون اتفاق جماعة من العلماء دليلاً بنظر فقيه لكونه كاشفاً بمنظوره عن رأي الإمام . ولا يكون كاشفاً بمنظور فقيه آخر إذ لا يحصل له العلم باستنادهم إلى دليل قطعي من الإمام .

الشواي رأينا في "التعليقين" -٩٤-، -٩٥-: يعود للإشارة إلى أن الإجماع الكاشف (المقنن) حكم مستمد من الكتاب والسنة، لا يُعدُّ في مذهبهم إجماعاً، لأنه مجرد إصدار الحكم المستمد من النص . أما الإجماع المُعْتَدُ به في نظرهم فهو الذي يكشف (يقنن) حكمًا مستمدًا من رأي الإمام المعموم . يريد بذلك إنكار أي قيمة لرأي جماعة ليس فيها إمام معموم . أو لا تكشف عن رأيه بإجماعها، وبذلك إلى القول بأن المعتاد به عندهم هو إجماع فقهاء المذهب الجعفري وحدهم، أما إجماع غيرهم فلا يكشف عن رأي الإمام المعموم مجرد أفهم لا يعترفون بالعصمة لأى إمام بعد الرسول .
ولا توافقه في رده على ما ذكره (الطفو) في كتابه عن مصادر التشريع في الاعتراف بحجية الإجماع بصرف النظر عن وجود رأي للمعموم أولاً . وهذا القول الذي قاله "الطفو"
وعارضه هو الصحيح في نظرنا .

الصدر تعليق "رقم -٩٦-": بل الرأى السائد بين المفسرين أن المراد بأولى الأمر في الآيتين المباركتين، الأمراء الذين يقتضي حفظ النظام طاعتهم وامتثال أوامرهم . وقد اختلف المفسرون فيما بينهم في أن المراد بأولى الأمر، هل هو كل ما يلى أمر المسلمين أم خصوص الذين جعلهم الله أولى الأمر وأوكل إليهم أمر الأمة .

الرأى السائد عند أهل السنّة هو الأول، والرأى السائد بين الشيعة هو الثاني استناداً إلى أخبار معتبرة عندهم ورد بعضها من طرق علماء الشيعة وبعضها من طرق حفاظ السنّة، وقد ذكرت الأخيرة في كتاب ينابيع المودة من ص ١١٤ إلى ص ١١٧ . ولم يفسر أولى الأمر بالعلماء إلا شاذ من المفسرين ولم أجده من فسراها بالعلماء والأمراء معاً، ولو سلم أن المراد بأولى الأمر العلماء والأمراء فلا تكون دليلاً على حجية الإجماع لأن ظاهر الآية المباركة أن الله سبحانه أمر غير أولى الأمر بإطاعة أولى الأمر، فإذا كان المراد منهم العلماء فيكون معنى الآية أمر الجهال بإطاعة أمر العلماء لا أن إجماع العلماء يكون حجة على من يأتي بعدهم من العلماء، كما يشهد لذلك أن المراد بإطاعة أمر كل فرد من أولى الأمر ولا يشرط إجماعهم . فإذا كان المراد العلماء وأن الأمر بإطاعة العلماء يشمل حتى العلماء فإن لازم ذلك أنه يجب على العلماء إطاعة أى عالم كان، ولم يذهب فقيه إلى ذلك .

عوجه

الآية مقصود بهم الحكم والعلماء معاً، فكل منهم ولـى أمر في عمله، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن. كذلك قال الله تعالى: «ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منـهم لعلمهـ الذين يـستـبـطـونـهـ منـهـمـ» [النساء: ٨٣]. والمقصود بأولى الأمر في هذه الآية العلماء .

السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صواباً خالصاً بعيداً عن الخطأ، وعدلت الرأى الجمـع عليهـ حـسـنـاـ عـنـ اللهـ، فـقـدـ قـالـ رسولـ اللهـ صـلـيـ اللهـ عـلـيـهـ وـسـلـمـ : لا تجتمع أمـقـ علىـ خطـطـاـ». وـقـالـ: لمـ يـكـنـ اللهـ لـيـجـمـعـ أـمـقـ علىـ ضـلـالـةـ». وـقـالـ: ما رأـهـ الـمـسـلـمـوـنـ فـهـوـ حـسـنـاـ عـنـ اللهـ حـسـنـ». - ٩٧-

الشـاوي

= رأينا في "تعليق ٩٦-": يعقد موازنة بين ما ينسبه إلى أهل السنة من أن ولـى الأمر هو كل من يـليـ السـلـطةـ بـالـحـقـ أوـ بـالـبـاطـلـ، وما يـنـسـبـهـ إـلـىـ الشـيـعـةـ منـ أـنـ المـقـصـودـ بـهـ مـنـ يـسـتمـدـ الـوـلـاـيـةـ بـالـطـرـيـقـ الشـرـعـيـ - وـفـيـ كـلـاـ الـحـالـيـنـ لـاـ نـقـرـهـ عـلـىـ هـذـاـ التـعـمـيمـ لـأـنـ آرـاءـ السـنـنـ مـخـتـلـفـةـ. وـلـنـحـنـ نـرـجـعـ القـوـلـ بـاـنـ أـوـلـيـاءـ الـأـمـرـ فـيـ التـشـرـيعـ هـمـ أـهـلـ الـاجـتـهـادـ وـلـيـسـ رـؤـسـاءـ السـلـطـةـ التـنـفيـلـيـةـ - كـمـاـ أـسـنـاـ لـاـ نـقـرـهـ مـاـ يـنـسـبـهـ إـلـىـ الشـيـعـةـ مـنـ أـنـ الـأـئـمـةـ الـمـعـصـومـينـ يـسـتمـدـوـنـ وـلـاـ يـتـهـمـ مـنـ اللهـ سـبـبـحـانـهـ، لـأـنـهـ أـشـارـ مـرـاـبـاـ إـلـىـ أـنـ فـيـ حـالـةـ الـغـيـرـةـ فـإـنـ الـأـمـةـ هـيـ الـقـىـ تـخـتـارـ مـنـ تـمـنـحـهـ الـوـلـاـيـةـ بـشـرـوـطـهـ - وـنـرـجـعـ أـنـ أـوـلـ هـذـهـ شـرـوـطـ دـعـمـ تـدـخـلـ الـإـمـامـ الـمـنـتـخـبـ فـيـ التـشـرـيعـ الـذـيـ يـقـيـ حـرـاـجـمـيـعـ مـنـ يـعـاـفـهـ لـدـيـهـمـ أـهـلـ الـاجـتـهـادـ الـفـرـدـيـ أـوـ الـجـمـاعـيـ.

لـذـلـكـ لـاـ توـافـقـ عـلـىـ اـعـتـراـضـهـ عـلـىـ قـوـلـ الشـهـيدـ عـوـدهـ بـاـنـ أـوـلـ الـأـمـرـ هـمـ الـعـلـمـاءـ - وـلـكـ هـذـاـ لـاـ يـعـنـيـ طـاعـةـ كـلـ عـالـمـ أـوـ لـقـيـهـ دـوـنـ غـيـرـهـ، بلـ إـنـ لـفـرـدـ وـالـجـمـاعـةـ الـاخـتـيـارـ بـيـنـ الـآـرـاءـ وـالـمـذاـهـبـ الـمـخـتـلـفـةـ الـقـىـ يـفـقـىـ هـمـ الـعـلـمـاءـ، فـلـاـ يـمـوـزـ لـأـىـ عـالـمـ أـنـ يـفـرـضـ رـأـيـهـ وـحـدـهـ عـلـىـ النـاسـ وـيـكـرـمـهـمـ مـنـ حـرـيـةـ الـاخـتـيـارـ بـيـنـ الـمـذاـهـبـ وـالـآـرـاءـ الـمـخـتـلـفـةـ الـقـىـ هـيـ ثـرـوـةـ لـلـأـمـةـ تـعـزـزـ هـاـ وـتـسـفـيـدـ مـنـهـ حـسـبـ ظـرـوفـ الزـمـانـ وـالـمـكـانـ.

الصدر

= تعـلـيقـ "رـقـمـ ٩٧ـ": إـنـهـ (عليـهـ السـلـطـةـ) فـيـ هـذـهـ الرـوـاـيـاتـ الـثـلـاثـ أـخـبـرـ عـنـ دـعـمـ اـجـتـمـاعـ أـمـتـهـ عـلـىـ خـطـطاـ أوـ عـلـىـ ضـلـالـةـ، وـأـنـ مـاـ رـأـهـ الـمـسـلـمـوـنـ حـسـنـ فـهـوـ حـسـنـ، وـلـاـ تـخـصـ هـذـهـ الـأـخـبـارـ بـالـجـتـهـادـ لـتـكـونـ دـلـيـلـاـ عـلـىـ حـجـيـةـ الـإـجـمـاعـ .

الشـاوي

= رأـيـناـ فيـ "تعليقـ ٩٧ـ": نـرـيـدـ قـوـلـهـ إـنـ الـأـحـادـيـثـ الـقـىـ أـورـدـهـاـ فـقـيـهـاـ بـشـانـ حـجـيـةـ الـإـجـمـاعـ يـقـصـدـ هـاـ إـجـمـاعـ الـأـمـةـ كـلـهـاـ وـلـيـسـ إـجـمـاعـ الـجـتـهـادـيـنـ وـحـدـهـمـ. وـرـأـيـناـ هـوـ أـنـهـ يـكـنـ القـوـلـ بـحـجـيـةـ إـجـمـاعـ الـجـتـهـادـيـنـ عـلـىـ أـسـاسـ أـهـمـ يـمـثـلـونـ الـأـمـةـ وـأـهـمـاـ هـيـ الـقـىـ اـخـتـارـهـمـ لـيـمـثـلـوـهـاـ فـيـ مـيـالـ الـاجـتـهـادـ أـوـ التـقـنـيـنـ. وـعـلـيـنـاـ تـحـدـيدـ الطـرـيقـ النـظـامـيـ لـكـىـ تـقـوـمـ الـأـمـةـ بـحـرـيـةـ كـامـلـةـ هـذـاـ الـاخـتـيـارـ، وـلـاـ يـكـوـنـ لـلـسـلاـطـيـنـ وـالـمـسـتـبـدـيـنـ دـورـ فـيـ ذـلـكـ يـسـتـهـلـوـهـ لـتـدـعـيمـ سـلـطـاهـمـ.

131- دوره في التشريع أنه مصدر مباشر للالتزام برأى معين له

مصدر سابق أو مقارن له :

نلاحظ أنه أشار إلى أمرتين هما : قوة الإلزام في الإجماع، وثانيهما : هو عَدُّه مصدرًا تشريعياً؛ ولذلك فإننا نرى أن للإجماع وظيفتين : - أولاهما : أنه يعطى قوة الإلزام حكم موضوعي يختاره من سند سابق عليه ومستمد من أحد مصادر التشريع الأخرى (الكتاب أو السنة أو الاجتهاد) - وثانيتها : أنه قد يكون هو بذاته مصدرًا مباشراً للتشريع في حالة ما إذا استبطن المعمون حكماً جديداً مستحدثاً باجتهادهم وليس له سند سوى اجتهد الدين أجمعوا، وهنا يكون سند الإجماع اجتهاداً معاصرًا للإجماع ومندرجًا فيه⁽¹⁾ ... والمفروض هنا أن يصدر الإجماع من يقومون بهمة الاجتهاد باعتراف الجمهور أو العامة لهم بهذه الصفة فيكونون بذلك ممثلين للأمة التي ينسب إليها الإجماع - وفي هذه الحالة يكون قرار الجماعة أو مثليها القائمين بالاجتهاد نتيجة عمليتين هما الاجتهاد والإجماع معاً.

وأولو الأمر في الإجماع هم أولو الأمر في التشريع والاجتهاد كما قدمنا فيما سبق - وهم "أهل الاجتهاد" في زماننا

(1) مثال ذلك في نظرنا استحداث التعزير على جريمة إصدار شيك بدون رصيد والعقوب عليها بعد شروع العامل بالشيكات التي لم يعرفها فقهاؤنا من قيل، وبالتالي فإنهم لم يتكلموا عن هذه الجريمة ولم يبحثوا أحکامها. فالإجماع الآن استقر على عَدَّ الفعل جريمة تستحق التعزير بحسبانه صورة "عصيرية" للاعتداء على مال الغير، وأن مبدأ تحريم العدوان على أموال الناس أحد مقاصد الشرعية الثابتة ونظيرية تشريعية مستفادة من النص الذي يعاقب على السرقة .

عوده

١٣٢- الاجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجمائية هي النصوص التي تصدرها السلطات المختصة بين القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستوري. وهذه النصوص تسمى في مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان، وتسمى مرسومات برلمانية إذا أصدرها الملك في غيبة البرلمان، طبقاً للمادة ٤١ من الدستور المصري، وفي كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان، فإذا أقرها الأغلبية، أمر الملك بإصدارها، وأصبحت ملزمة للأفراد. فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص، أو هو إجماع الأكثري على القواعد والمبادئ التي يحترمها القانون. وقوة القانون الملزمة لا تأتي من هذا الإجماع وإنما من أمر ولـي الأمر بإصدار القوانين ووضعه موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظني لا قطعي -٩٨- .

واللوائح والقرارات هي ما تصدره السلطات الإدارية والخاصة من قواعد لتنفيذ قانون ما، بناء على السلطة المخولة هذه السلطات بنص القانون، فمصدرها هو مصدر القانون أي الإجماع الناقص، وقوتها الإلزامية مستمدـة من أمر ولـي الأمر الذي أصدر القانون، وتحول من وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣- سركر القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي: تعد القوانين والقرارات واللوائح مكملاً للتشريع الإسلامي؛ لأن الشريعة تعطي لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالفعـل. فللسلطة التشريعية -٩٩- في أي بلد إسلامي أن تعاقب على أي فعل مباح إذا اقتضـت المصلحة العامة ذلك، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة^(١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضـت المصلحة العامة العفو عن الجريمة، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها، ولها أن تضيق من سلطـان القاضـي في أي جريمة من جرائم التعازير وأن تتركـه واسعاً مادامت المصلحة العامة تقتضـي هذا .

والقوانين والقرارات واللوائح التي تصدرها السلطة التشريعية -١٠٠- تكون نافذة واجبة الطاعة شرعاً، بشرط ألا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصریحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها، وإلا فهي باطلة بطلاً مطلقاً كما ستبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

تعليق رقم -٩٨-: لا يصدق الإجماع المصطلح على اتفاق أكثـرية البرـمان لعدم حصول الاتـفاق الكامل وعدم اجـهاد المـتفقـين .

الصدر

تعليق رقم -٩٩-: في الدولة الإسلامية التي نالت سلطـتها بحق شرعـي .

الصدر

تعليق رقم -١٠٠-: ذات الحق الشرعي كما ذكرنا آنـا .

الشـاوي

رأينا في "العلـيـقات -٩٨- إلى -١٠٠-": تراجع الحـاشـية .

(١) راجـع الفقرـة ١٩١ وما بـعـدـها .

١٣٢، ١٣٣ - قرار الشورى بالأغلبية ملزم بحسباته إجماعاً ناقصاً :

نحن نوافق على أن الإجماع ليس من درجة واحدة؛ فإن هناك إجماعاً كاملاً صادراً عن الأمة كلها أو عن مثيلها الذين تختارهم بحرية كاملة وتفوّضهم في ذلك . لكن يوجد إلى جانب ذلك أنواع أخرى من الإجماع الناقص

والإجماع الناقص الذي أشار إليه هنا هو ما يعرف في الفقه بأنه إجماع الجمهور، أي "الأكثريّة"، ويكون بقرار شورى بالأغلبية؛ وهذا يؤيد ما نذهب إليه من أن المقصود بالإجماع عملاً هو التزام الجماعة كلها بقرار الأغلبية بالشورى. فالإجماع يكون دوره هو إلزام الجميع بقرارات الشورى .

إلا أنها نلاحظ مرة أخرى أنه لا يميز بين "أولى الأمر" في التشريع وهم أهل الاجتهاد من العلماء وأهل الذكر، وبين ولـي الأمر التنفيذي أي رئيس الدولة أو السلطان؛ لأنـه تأثر بالنظم العصرية التي يقوم فيها رئيس الدولة بإصدار القانون وإعطائه القوة التنفيذية المطلقة للجميع رغم أن البرلمان وافق عليه بالأغلبية فقط – في حين أن الأصول الإسلامية تفصل بين التشريع والتنفيذ؛ وقيام رؤساء الدول بالإصدار هو إقرار منهم بالتزامهم تنفيذ مأقره أهل الاجتهاد لأن إلزام أحکام الشريعة ذاتي، مستمد من مصادرها الإلهية لا من سلطات "الدولة" .. أما رئيس الدولة فإنه يعلن فقط التزامه بتنفيذ ما توصل إليه المجتهدون أو من أجمعوا أو يأمر باعلانه ليطلع عليه الجميع ويلتزموا به .

ورأينا أن الإجماع في هذه الحالة يلزم رئيس الدولة بالإصدار، لأنـه يستند إلى أصل شرعـي هو أن جـميع من يتـبـون للأمة يلتـزمون بـقرارـاهـما الشـوريـة حتى ولو كانت صـادرـة عن إـجماع "ـناقـصـ" أي بالـأـغلـليـة .

وسوف نوضح رأينا في تعدد صور الإجماع الناقص ووجوب التمييز بين أنواع مختلفة منه تتفاوت في مدى إلزامها – ودور الإجماع في تقنين التعازير – في نهاية هذا الفرع بعد البند (١٣٤) .

إنـا لـا نـوـافـقـ عـلـىـ استـعمـالـ كـلـمـةـ "ـالـسـلـطـةـ التـشـرـيعـيـةـ"ـ فـفـقـهـنـاـ؛ـ لأنـ النـاسـ فـعـصـرـنـاـ يـفـهـمـونـ مـنـهـاـ أـهـمـيـةـ إـحدـىـ سـلـطـاتـ الدـوـلـةـ؛ـ فـجـينـاـ أـنـ "ـالـسـلـطـةـ التـشـرـيعـيـةـ"ـ فـيـ دـيـنـنـاـ هـيـ اللـهـ سـبـحـانـهـ وـتـعـالـىـ –ـ وـبـذـلـكـ تـكـوـنـ شـرـيـعـتـنـاـ مـسـتـقـلـةـ قـاـمـاـ عـنـ الدـوـلـةـ بـجـمـيـعـ سـلـطـاتـهــ –ـ وـتـكـوـنـ لـلـشـرـيـعـةـ السـيـادـةـ وـالـهـيمـنـةـ عـلـىـ الدـوـلـةـ وـالـجـمـعـمـ بـجـمـيـعـ هـيـئـاتـهــ؛ـ فـكـلـهـاـ سـوـاءـ فـيـ الـخـصـوـعـ لـسـيـادـةـ شـرـيـعـتـنـاـ .ـ

الإجماع تعبير عن إرادة من يمثلون الأمة في الاجتهاد لكي

لتلزم به سلطات الدولة وتلزم به الكافة :

وبرغم إعجابنا بما يبذله من جهد لتقريب النظم المعاصرة لمبادئ شريعتنا وأحكامها، فإننا نرى أنه يجب أن تنسق النظم المعاصرة ونضع الأسس لنظم مستقبلية تقاوم الاتجاه الشمولي الذي ينسب التشريع للدولة وسلطاتها، وعليها أن تؤكد أن شريعتنا مصدرها إلهي؛ يعبر عنه العلم والفقه والفكر الحر لأهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يمثلون الأمة، ودور الدولة وسلطاتها هو مجرد إعلان قرارهم للجميع وإلزامهم وإلزام سلطاتها بتنفيذها.

وعلى ذلك، فإن ما يسميه قوانين وقرارات ولوائح إذا كانت شرعية فإنها تصدر بتفويض من يتولون مهمة الاجتهاد ... فالإيمان بالله سبحانه وتعالى وبالعلم والفكر الحر وحق الأمة في اختيار من يمثلوها من أهل الاجتهاد هو الضمانة التي قررها شريعتنا لحماية الشعوب من بغي من يستولون على السلطة بالقهر والغلب ويدعون لأنفسهم سلطة التشريع الوضعية.

إن الدولة العادلة الشرعية، ما عليها إلا أن تفسح المجال لذوى الفكر والعلم وأهل الذكر ليقوموا بمهمة الاجتهاد التشريعى بحرية كاملة، ولن يضرها ذلك في شيء، على أن تتولى إعلان الأحكام التي يصلون إليها باجتهادهم أو إجماعهم، ثم تتولى إلزام الناس بها، وتلتزم تنفيذها.

إن الإجماع هو الوسيلة الشرعية للتعبير الإجماعي عن إرادة الأمة ومن يمثلوها من أهل العلم والفكر والذكر، لا إرادة الذين يستولون على السلطة بالانقلاب والقوة دون التزام بالشوري والبيعة الحرة. أما من تختارهم الأمة لولايته سلطة الدولة، فعليهم أن يعرفوا مقدماً أنهم خاضعون للشريعة لاصانعون لها، وأنهم لا يمثلون "سلطة التشريع" بل هم سلطة إعلان وتنفيذ .

عودة

٤- المسألة لم تنفرد بجعل الأجماع تشرعاً : وقد يظن البعض أن الشريعة انفردت بعد الإجماع مصدراً للتشريع، وهو ظن خاطئ، فالقوانين الوضعية في غير البلاد الإسلامية أساسها رأى 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 لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة، فإذا كانت الحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهم، 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 تسلم بالإجماع -١٠١-، وتجعل الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

الصدر تعليق "رقم ١٠١-": في إطلاق اسم الإجماع على الغالبية البرلمانية التي تعتمد عليها القوانين الوضعية تسامح، إذ لا اتفاق فيها ولا يتشرط في المواقف الاجتهاد.

الشواوى رأينا في "التعليقات-٩٨- إلى ١٠١-": السيد الصدر يعرض على عدّ قرارات البرلمان إجماعاً لأن أعضاءه ليسوا مؤهلين للإجتهداد، كما يرى لا ينس الإجماع إلا من تختارهم الأمة للإجتهداد (التشريع) في دولة إسلامية. ونحن نؤيد قوله ونرى أن يكونوا من توافرت فيهم شروط معينة من العلم أو الخبرة في اختصاصهم ويخطون فوق ذلك بشارة العامة .

صحيح أننا نرى أن الإجماع في الفقه ليس إلا صورة من صور الإجماع الذي يتسع لكل قرار ملزم يصدر عن الجماعة أو من يمثلوها، فهو تعبر عن ما يسمى في عصرنا بالسيادة الشعبية - لكننا نعتقد أن التعبير عن سيادة الأمة (وإجماعها) في مجال الفقه (التشريع الإسلامي) يحسن أن يمارسه من تختارهم ليمثلوها في ذلك المجال ونسميهم "أهل الإجتهداد"، ونفضل أن يتميزوا عن "أهل الحل والعقد" الذين يمثلوها في المجال السياسي والاجتماعي والاقتصادي وغير ذلك من الشئون العامة (يشير إليهم فقيهنا بأهم أعضاء البرلمان المنتخب انتخاباً حرراً) .

ولذلك اقترحنا أن يخصص مجلس لأهل الإجتهداد في الفقه - ومجلس آخر لأهل الحل والعقد - في النظم الدستورية العصرية (١)

(١) يراجع كتابنا "فقه الشورى والاستشارات" .

134 - الإجماع الكامل يشمل الأمة كلها - لكن توجد صور أخرى

إننا لحمد له تمسكه بفكرة الإجماع الناقص؛ أي إجماع الجمهور أو الأغلبية ونؤيده في ذلك، وإذا كنا نقدر حرصه على مخاطبة القانونيين العصريين بهذا الأسلوب الذي يقرب بين الشريعة والقوانين الوضعية؛ فإننا نرى عدم تجاهل خصائص شريعتنا وأصولها من أجل هذا الأسلوب التوفيقى. وعليينا أن ندعم آراؤنا بالأصول الشرعية والمبادئ الأساسية في الإسلام، وأهمها في نظرى هو مبدأ استقلال الشريعة عن "الدولة" وسيادتها على المجتمع كله بما فيه الدولة التي تلتزم بـأحكامها.

ولذلك نضيف هنا رأينا الخاص في ماهية الإجماع وصوره المعددة، على ضوء هذا المبدأ الذي أشرنا إليه⁽¹⁾ :

(1) يراجع تعليقنا على البند (131) فيما سبق .

بحث إضافي في صور الإجماع وأنواعه

رأينا في الإجماع المطلق والنسيبي :

نعتقد أن كثيرا من الخلافات التي ثارت حول الإجماع سببها حسابه صورة واحدة؛ في حين أن له تطبيقات متعددة ومتعددة تختلف بحسب نطاق كل منها :

1- فالإجماع المطلق الكامل هو الذي يصدر عن الأمة الإسلامية في جميع أوطانها وأقطارها ويشترك فيه جميع شعوبها وأفرادها وجماعاتها؛ وهو المثل الأعلى الذي يرى البعض عدم إمكان تتحققه عملياً، والذي قال بشأنه الإمام / أحمد قوله المشهور: "من أدعى بالإجماع فهو كاذب". وعلل ذلك بأنه يستحيل عليه معرفة رأى جميع المسلمين ويصعب التأكيد من اتفاقهم جميعا على رأى واحد في مسألة معينة من مسائل الفروع. لكن هذه الصعوبة لم تعد موجودة في عصرنا الحاضر بسبب توافر وسائل الاتصال الحديثة التي لم يكن لها وجود في عصر الإمام أحمد بن حنبل .

وقد أضاف الفقهاء إلى هذه الحجة أنه إذا فرض وتحقق ذلك الإجماع في مسألة عقائدية أو أصولية؛ فإن ذلك لا يكون إلا لوجود نص قطعي من نصوص القرآن أو السنة الذي يسلم الجميع بمحاجته دون خلاف أو جدال – ويكون مصدر الحكم الجمع عليه في هذه الأحوال هو ذلك النص القطعي الذي هو سند الإجماع⁽¹⁾.

ونعتقد أن هذا الإجماع المطلق الكامل هو الذي يعطيه فقهاؤنا قرة مماثلة للأحكام المستمددة من الكتاب أو السنة – أو أنه يليها في الترتيب – ويعدونه مصدرا شرعيا للأحكام. لكن القول بأن الإجماع هو مصدر الحكم فيه تجوز⁽²⁾ لأنه مجرد إقرار بوجود حكم قطعي .

(1) مثل النص على صيغة شهادة ألا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وعدّها أول أركان الإسلام – وهذه الصيغة محل إجماع المسلمين في جميع العصور .

(2) أشرنا في كتابنا "فقه الشورى" (الパート 37) إلى صورة عصرية من صور الإجماع الشامل للأمة كلها دون أي خلاف، وهو ما تم من إنشاء منظمة إسلامية دولية وعالمية هي منظمة المؤتمر الإسلامي، وقد عدّنا ذلك تطويرا لمبدأ وحدة الأمة والالتزام به في حالة تعدد الدول .

ومع ذلك فهذه المنظمة لا يوجد بها مجلس شعبي يضم من انتخبا بالشورى الحرة من عامة المسلمين ... وهذا نقص سيأتي اليوم الذي يمكن معالجته فيه، لكنه تصريح مماثلة للأمة للنظم السياسية التي قد يوجد بينها من لا يلتزمون بالشورى ولا بالشريعة ...

● أهم صور الإجماع النسبي إجماع شعب معين من شعوب أمتنا

على الالتزام بذهب دون غيره:

يمكن القول إذن بأن دور الإجماع في هذه الحالة هو تقنين حكم له مصدر قطعي معترف به من الكتاب والسنّة – هو ما يسميه الفقهاء سند الإجماع. فاشترط وجود سند للإجماع معناه أن مصدر الحكم المجمع عليه هو هذا السنّد – أما الإجماع فهو مقتنٌ له أو أنه أداة إصدار لتقنين الشرعي، ونعتقد أن هذا هو الدور الأساسي للإجماع في جميع صوره.

2- هناك إلى جانب هذه الصورة الشاملة صور أخرى للإجماع النسبي :-

مثال ذلك ما يتعدد كثيراً في كتب الفقه من القول بأن حكماً معيناً قد أجمع عليه أهل السنة؛ فإذا كانت هناك طوائف أخرى إسلامية قد شدت عن هذا الرأي فإنها لا تلتزم به لأنها لم تشارك في هذا الإجماع ويبقى إلزام القاعدة المجمع عليها نسبياً في حدود أهل السنة. ونرى أنهقياساً على ذلك يمكن القول بإجماع شعب معين من شعوب العالم الإسلامي على اختيار مذهب من المذاهب الفقهية ليكون ملزماً للقضاء؛ مثل إجماع شعب مصر مثلاً على تطبيق مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان – بل على تطبيق الرأي الراجح منه دون غيره، ويمكن أن ينسب ذلك إلى الشعب في بلد آخر مثل تركيا أو السودان؛ كما يمكن أن يوجد شعب آخر من شعوب المسلمين يجمع على الالتزام بذهب آخر؛ مثل الشعب السعودي الذي يجمع على تطبيق مذهب الإمام أحمد بن حنبل؛ وعلى فتاوى الإمام ابن تيمية.

كذلك تجمع شعوب أخرى في جنوب شرق آسيا مثل : ماليزيا والفلبين وإندونيسيا على الالتزام بذهب الإمام الشافعى – وشعوب أخرى في شمال إفريقيا تجمع على الالتزام بذهب الإمام مالك – فضلاً عن إيران والشيعة الإمامية التي تجمع على تطبيق مذهب الشيعة الاثنى عشرية .

بل نجد بلداً مثل اليمن يجمع على تطبيق مذهب الإمام الشافعى في مناطق معينة أو مسائل معينة وعلى تطبيق مذهب الإمام زيد في مناطق أخرى أو مسائل أخرى .

في جميع هذه الأمثلة نجد أن دور الإجماع هو تقنين مذهب معين أو رأى معين ليلتزم به القضاء في بلد أو إقليم أو شعب من شعوب العالم الإسلامي – فهو إجماع نسبي من حيث نطاق تطبيقه المكان أو الشعبي .

وقد يكون الإجماع نسبياً من ناحية أخرى هي أنه يكفي فيه قرار الجمهور أي الأغلبية بالشورى الحرة .

الإجماع النسي في حالة توافق الأغلبية أو الجمهور :

وتطبيقاً لهذه القاعدة يمكن القول بأن إصدار تقنين شرعى للأحوال الشخصية أو المواريث أو الأوقاف في مصر مثلاً يضم أحكاماً مختارة من مذاهب أخرى غير المذهب الحنفي، هو تطبيق نسي لمبدأ الإجماع؛ ويصبح كل تقنين يصدره أغلبية من يمثلون أحد الشعوب بالشوري الحرة نوعاً من الإجماع النسي سواء من ناحية "الإقليم أو القطر" أو من ناحية أنه قرار الأغلبية أى الجمهور بالشوري الحرة.

فهذه الحالة من الإجماع النسي (كما في الحالة الأولى من الإجماع الكامل) نرى أن الإجماع في الحقيقة لم يكن هو مصدر الحكم الشرعي؛ بل إنه مجرد أداة نظامية لتقنين الحكم أو الأحكام التي اتفق الجمعون على الالتزام بها فهم لا يعودون إجماعهم مصدراً للحكم أو الأحكام بل مصدرها هو سند الإجماع أى النص القطعى في الحالة الأولى أو المذهب الفقهى المعروف أو الرأى الراجح فيه أو الآراء المستمدة من مذاهب متعددة في الحالة الثانية. فمصدر الحكم المجمع عليه في جميع هذه الصور هو السند الشرعى الذى استمد منه الجمعون الأحكام التى التزموا بتطبيقها.

في نظرنا أن ذلك يوضح لنا الوظيفة الخطيرة للإجماع في شريعتنا في العصر الحاضر والمستقبل؛ فهو تعبير فقهائنا عما نسميه الآن إصدار التقنين الشرعى وإلزام الجميع به رغم أنه صدر بقرار الأغلبية أو الجمهور؛ أى أنه عملية تقنية ونظامية تتخذها الأمة أو الشعب أو من يمثلونه بالشوري الحرة وسيلة للاتفاق على توجيهه القضاء إلى الالتزام بمذهب أو رأى أو حكم معين؛ أو مجموعة أحكام مستمدة من مصادرها الشرعية.

وقد يظن البعض أن هذا تقليل من أهمية الإجماع؛ ولكن نرى على العكس من ذلك أنه يقوم بدور جوهري وضروري في توحيد القضاء حتى لا تناقض أحكام القضاة وتعم الفوضى.

هذا الهدف الشرعى أو الوظيفة الاجتماعية للإجماع تبين لنا الحكمة الإلهية من وراء عدّه المصدر الثالث من مصادر الأحكام الشرعية بعد الكتاب والسنة.

إن مبدأ الإجماع المطلق أو النسي هو الذي يحدد النظام العام في الأمة أو الجماعة أو الشعب وتتجأ إليه كل جماعة لمعالجة الآثار الناتجة عن الإسراف والتطرف في الحرية التي منحتها الشريعة للأفراد في اختيار المذهب أو الرأى الذي يتلزم به كل منهم. إنه خير علاج للخلاف الناتج عن تطبيق مبدأ حرية المجهدين وتعدد المذاهب والأراء وحق الأفراد

الإجماع يضع حدًا لاختلاف المذاهب والأراء ويلزم القضاة بتوحيد أحكامهم:

في اختيار المذهب أو الرأى الذى يتزرون به أو قيام كل منهم مباشرة باستباط الحكم العملى الذى قد يستبطونه منفردين بأنفسهم أو اجتهادهم الشخصى بالرجوع إلى النصوص القرآنية أو السنة البوية؛ أو المذهب الذى يختارونه.

هناك مبدأ أساسى في الإسلام هو أن كل فرد مسئول عن الالتزام بالأحكام الشرعية فهو يتلزم باستباطها بنفسه مباشرة في حدود استطاعته، وإذا عجز فإنه يتلزم باختيار المذهب أو الرأى الذى "يقلده" مما يجده في المذهب المتعدد المعترف بما أو الفتوى التي تعطى له مبنى يشق في علمهم ونزاهم من العلماء.

لكن هذا المبدأ الأساسي - إذا أخذ على إطلاقه دون حدود - قد يترتب عليه الفوضى والتراءات في المجتمع وخاصة أمام القضاء؛ فإذا تنازع شخصان أو زوجان مثلاً في أمر من الأمور فقد يجد القاضي نفسه محرجاً إذا قال أحد الطرفين أو أحد الزوجين أنه متلزم بمذهب معين مختلف فيه الحكم عن المذهب الذي يتلزم به الطرف الآخر فأى المذهبين يتلزم القاضي بتطبيقه؟

قال البعض في هذه الحالة إن القاضي يحكم بمذهبه هو لا بمذهب أحد الأطراف المتخصصة، فمن يلتجأ للقاضي إنما يطلب منه الحكم بالمذهب الذي التزم به القاضي لا بالمذهب الذي اختاره الخصوم أو أحدهم.

لقد جرى العمل في مصر في فترة من الفترات أنه كان يجلس للقضاء في المسجد أربعة قضاة - أحدهم حنفى والثانى شافعى والثالث مالكى والرابع حنفى ... وكل من هؤلاء القضاة يحكم بمذهبة متى جلأ إليه الخصوم أو أحدهم؛ وهنا يمكن التساؤل عما يحدث إذا جلأ أحد الخصوم إلى القاضى الشافعى وجلأ الطرف الآخر إلى القاضى الحنفى - وصدر من القضاة حكمان مختلفان أو متناقضان .

إننا نرى أنفسنا في هذه الحالة أمام حكمين صحيحين شرعاً ولكنهما متناقضان مضموناً، فما يليهما ينفذ؟ هذه هي الحالة التي تسمى في القوانين العصرية بتنازع القوانين أو الأحكام القضائية، أي تعارض الأحكام وتنازعها - وفيها يتبين أن اختلاف القضاة وتعذر مذاهبيهم وآرائهم؛ بل وتناقض أحكامهم قد لا يقل خطورة على نظام الجماعة ووحدة المجتمع وتضامنه؛ عن اختلاف مذاهب الأفراد وتعارض آرائهم ومصالحهم .

النظام العام للجماعة هو ما تقرره الأغلبية - والإجماع النسبي هو شوري ملزمة :

لذلك فإن النظام العام في الجماعة يوجب عليها أن تتدخل لمعالجة هذه المشكلات إذا حدثت (بل وقبل أن تحدث) بوضع قاعدة للفصل في هذا التنازع بين المذاهب أو بين الأحكام القضائية .

لاشك في أن الأوجب هو وضع القواعد التي تمنع حدوثها؛ وذلك بأن تختار الجماعة أو الشعب مقدماً مذهبها واحداً أو رأياً واحداً وتقنه ليطبقه القضاء على الجميع؛ وهذا الاختيار بصدره تقنين شرعى مثل تقنيات الأحوال الشخصية في مصر، فهي تقنيات شرعية وليس قانوناً وضعيّاً. واختيار الجماعة لمذهب معين أو رأي معين قد شرع له الإسلام الإجماع، أي اتفاق الجماعة مقدماً (بالأغلبية) على المذهب أو الحكم الذي يتلزم به جميع أفرادها أو المقيمين على أرضها معاً للتنازع والفضوحي .

وكل فرد من أفراد الجماعة يتلزم مقدماً بما تقرره الجماعة بإجماعها في التقنين الشرعى الذي يصدر بالشوري الحرة الملزمة؛ ومن هنا نصل إلى أن الإجماع الناقص أو النسبي هو الشوري الملزمة أو أنه مكمل ضروري لها على الأقل .

* * *

إن البعض يظن أن المقصود بالإجماع هو فقط اتفاق جميع أفراد المجتمع أو الأمة أو الشعب أو الجماعة على هذا الاختيار، وهذا أمر قد يكون مستحيلاً لأن كل فرد يستطيع بذلك أن يعرض على الحكم إذا وجد أو ظن أن هناك مذهب آخر فيه الحكم أقرب لهواء أو مصلحته أو رأيه؛ وقد ينفرد برأيه ويدعى أن الإجماع لن يتم بدون موافقته، أي أن كل فرد يصبح له الحق في أن يدعى لنفسه حق "الفيتور" على ما "يجمع" عليه جمهور الأمة أو الجماعة أو الشعب - وهذا هو السبب في قول البعض إن الإجماع بالصورة الكاملة هو أمر مستحيل ولم يتحقق عملاً .

وسبب الاستحالة أن الكلمة الإجماع تشير في نظر البعض إلى الاتفاق الجماعي على حكم واحد - لكن الأصل اللغوي هو أن الإجماع يعني الغزم والتصديم وذلك استناداً إلى قوله تعالى: «فاجمعوا كيدهم ثم أتوا صفا» [طه: ٦٤]. - فالإجماع يعني توافق إرادة الجماعة على نظام عام يستلزم تفاصيل حكم أو رأي واحد على الجميع سواء كان إصداره بإجماع الآراء أو تم بالأغلبية بعد الشوري ولا تقوم جماعة إلا بوجود نظام عام ملزم لجميع من ينتمون إليها أو يقيمون على أرضها ويكتفى أن تقرر الأغلبية بالشوري هذا النظام .

الانتماء للجماعة يلزم الجميع بقرار الجمهور أو الأغلبية بحسبه

إجماعاً يلزم القضاة والأفراد جميعاً :

إن نظام الجماعة لا يستقر إلا إذا كان كل فرد فيها يتزعم بمجرد انتمامه إليها أو إقامته على أرضها بأن ينفذ ما تقرره "أغلبية" الجماعة من تقنيات حتى ولو كان هو أو أقلية معه لهم رأى مخالف أو مصلحة مخالفة - لأن النظام العام في المجتمع يوجب أن ينفذ الجميع ما تراه الأغلبية بالشوري الحرة .

وهذه هي ميزة الشوري؛ فإنما تعطى لكل فرد حريته في إبداء رأيه ومناقشة جميع الآراء في فترة "التشاور" ومقابل ذلك يتزعم هذا الفرد بتنفيذ ما تقرره الأغلبية وهذا هو ما يمكن وصفه بأنه الإجماع أى العزم على تنفيذ قرار الشوري على الجميع مهما تكن اختلافاتهم في مرحلة التشاور قبل القرار.

* * *

لهذا السبب فإني وصلت في كتابي "فقه الشوري" إلى أن الإجماع - لغة وفقها - هو عزم جميع أفراد الجماعة والتزامهم جميعاً مقدماً بتنفيذ ما تقرره الجماعة بالأغلبية من قرارات أو تقنيات، وهذا الالتزام مستمد من انتمامهم للجماعة ونظمها العام أو الإقامة على أرضها.

فالإجماع التزام سابق على التشاور وهو حتمي مفترض بمجرد الانتماء للجماعة - فمن ينتمي لجماعة أو أمة أو شعب يعلم مقدماً أنه لا يستطيع أن يسير برأيه وحده أو برأى أقلية من هذا الشعب، وإنما يتزعم الجميع برأى الأغلبية "الجمهور" - وهذا الالتزام هو ما نسميه بالإجماع - سواء كان الحكم الذي اختاره الجمهور سنه من نصوص الكتاب أو السنة، أو التفسير الراجع لديه لهذه النصوص، أو كان السنن سنة قولية أو عملية، أو مجرد اجتهد صادر من أئمة أحد المذاهب المرووقة أو حتى اجتهد مستحدث في واقعة لاحكم لها في الكتاب أو السنة أو المذاهب المعترف بها، وتوصل أهل الاجتهد أو أهل الإجماع إلى استنباط حكم مستحدث يواجه هذه الحالة.

يتفرع عن هذا النظر نتائج كثيرة تعرضنا لها في كتابنا عن "الشوري والإجماع" وهو الجزء الثاني من "فقه الشوري" في طبعته الثالثة المتعددة الأجزاء - وقد صدر قبله الجزء الأول في "الشوري أعلى مراتب الديمقراطية"⁽¹⁾.

والذى يهمنا الآن أن الإجماع هو مفتاح الطريق الذى رسنته الشريعة لتوحيد القضاء وأنه هو الذى يمكن أن يصدر التقنيات الشرعية ويلزم الجميع بقرار الشوري الحرة وبين الأحكام التى ترى الجماعة إلزام القضاة بها حتى لاختلف مذاهبهم وآراؤهم بصورة تؤدى إلى الفوضى الذى قدد نظام الجماعة واستقرارها .

(1) طبعه دار الزهراء عام ١٩٩٨ م.

الفرع الرابع القياس

١٣٥- **تعريف القياس :** القياس هو إلحاد مala نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعي المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم .
ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان :

- ١ - المقىيس عليه : وهو الأمر الذي ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .
- ٢ - المقىيس: 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 شرع الحكم في الأصل لأجله وتحقق في الفرع(١) .

١٣٦- **هل القياس ممكن في جميع الأحكام ؟ :** اختلف الفقهاء -١٠٢- في جواز إجراء القياس في جميع الأحكام الشرعية، فرأى قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد، وتتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعي وتشترك فيه، وقد جاز

تعليق رقم ١٠٢-: يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على القياس بجميع أقسامه ما لم يوجب القطع بالحكم الشرعي، لعدم دليل متى على حجيته، ولا يصح الاعتماد على دليل غير علمي ما لم يقدم دليل متى على اعتباره، مضافا إلى ما مر عليك قريبا من الآيات المباركة الناهية عن العمل بالظن مثل قوله سبحانه وتعالى في سورة الأنعام ١١٦، وفي سورة يونس ٦٦، **إِنْ يَبْغُونَ إِلَّا الظَّنُونَ**. مضافا إلى الأدلة المانعة عن العمل بغير العلم والأخبار الكثيرة الواردة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام الناهية عن القياس والمانعة من العمل به والاعتماد عليه.

أما القياس الذي يوجب القطع بالحكم فمن البديهي صحة الاعتماد عليه، لأن القطع حجيته ذاتية بمعنى أنه حجة دائماً من أي سبب حصل ولا تمنع الأدلة المانعة من القياس من العمل بالعلم الحاصل من القياس لأن الاعتماد على العلم لا على القياس .

أما الدليل المشتمل على العلة فيأخذ فقهاء المذهب الجعفري بعموم العلة، ويكون الدليل المعلل دليلا في كل واقعة تتحقق فيها العلة المذكورة. ودليلهم على ذلك هو الدليل الدال على حجية الرواية ولزوم الاعتماد على ظاهرها فإنما ظاهرة عرفا في شمول الحكم جميع الموارد التي تكون مصداقا للعلة .

ولا فرق فيما ذكرناه بين جميع الأحكام الشرعية ولا اختصاص له بالجرائم والعقوبات التي هي محل الكلام .

(١) أصول الفقه عبد الوهاب خلاف ص ٤٢ .

عوده

على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزًا على بعضها الآخر. ورأى جهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة في كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد، لأنها متنوعة ومتمايزة بأمور موجبة للتتنوع والتباين؛ ولا مانع من أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد جاز بحسبان خصوصيته وتعيينه لا بحسبانه حكمًا شرعاً مجرداً. وعند هؤلاء أن القياس في كل الأحكام ممتنع لسبعين :

أو همما : أنه يفضي إلى أمر ممتنع فكان ممتنعاً؛ لأن كل قياس لابد له من أصل يستند إليه، فلو كان كل حكم ثبت بالقياس لكن حكم أصل القياس ثابتا بالقياس، وكذلك حكم أصل أصله، وإذا تسلسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما؛ لتوافقه على أصول لاهياته لها.

وثانيهما : أن من الأحكام ما ثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزان غير المحسن بعائنة جلدة، وقاذفات الحصنات بثمانين، وما كان كذلك فإجزاء القياس فيه متذر؛ لأن القياس يقوم على تعديبة علة الأصل لفرع، فما لا يعقل له علة ممتنع إثباته بالقياس^(١).

١٣٧- القياس في الجرائم والعقوبات : واحتلَّ الذين لا يجيزون القياس في كل الأحكام في جواز القياس في الجرائم والعقوبات، فقال بعضهم إنه جائز، وقال بعضهم إنه غير جائز، ولكل حججه .

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان :

الأولى : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأله معاذًا بم تقضي؛ قال أقضى بكتاب الله، فإن لم أجده فبستنة رسول الله، فإن لم أجده أجهته رأيي، فأقره الرسول على قوله: أجهته رأيي، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه، فدل ذلك على جواز القياس- ١٠٣- في الجرائم والعقوبات .

الصل

تعليق "رقم ١٠٣-": من عليك قريبا ضعف هذه الرواية وإراسها ومعارضتها بغيرها وتصريح المورقان كونها في الموضوعات، كما من آنفًا إمكان تأويلها. ولو سلمنا دلالتها وسندها فهي على اعتبار القياس بعمومه فتعارض ما دل على الردع عن أعمال الرأي فلا يصح الاعتماد عليها ولا يكون مصححا للعمل بالقياس، لأنه إما أن يدعى اتخاذ مورد الدليلين فلا يصح الاستناد إلى كل منهما لتساقطهما بالمعارضة، وأما مع دعوى أن مورد الأخبار الناهية قسم من الرأي. ولما لم يعلم أن القياس الظني هل هو من الرأي الذي هو حجة ويصح الاعتماد عليه أم من الرأي المنهى عنه، فلا تكون الرواية دليلا على حجيته مع أن الرواية مخصلة بمعاذ، وبالقضاء فلا يجوز الاستدلال بها في غير موردها إلا مع القطع بعدم الفرق. وكيف لنا بالقطع يا ترى .

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ج- ٤ ص ٨٩ وما بعدها .

عودة

الثانية : أن الصحابة لما اشترووا في حد شارب الحمر قال على رضي الله عنه إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فعدوه حد المفترى. ففاس حد الشارب على حد المفترى -٤٠٤-، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعا.

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :

الأولى : أن الحدود والكافارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن أن تعقل المعنى الوجب لتقديرها -٥١- . والقياس أساسه تعلم علة حكم الأصل، فيما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متذر.

الصدر تعليق "رقم -٤٠٤-": لا يمكن الاستناد إلى هذه الرواية لإثبات القياس بعدم ثبوت اعتبار الرواية أولاً . وأن القياس إنما يحتاج إليه الجاهل بالحكم وهو (ع) عالم بمجموع علل الأحكام وملاكيتها، وكيف لا يكون عالماً بجميع ذلك وهو القائل : علمي رسول الله (ص) ألف باب من العلم ينفتح لي من كل باب ألف باب ؟ وكيف يحمل كلامه على القياس وهو أشد الناس نقاوة على القياس وإنكاره له ؟! أليس هو القائل كما في كتاب الآمدي في الأحكام ج - ٣ ص ٨٣ إنكاراً على القياس : لو كان الدين بالقياس لكان المسح على باطن الخف أولى من ظاهره، فحكمه عليه السلام تقدير صحة الرواية بنفي على علمه (ع) باختصار حكم السكران والمفترى، وأن حكم الفعل الذي يؤدى إلى الافتراء حكم الافتراء نفسه، فالحديث أجنبي عن القياس، ولو سلم ظهور الرواية بالقياس فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور لما مر قريباً من عدم احتياجه إلى القياس وإنكاره له، ولو سلمت دلالة الرواية وسندتها، فإن قوله (ع) حجة ولا يحتاج إلى إثبات حجيته بدعوى إجماع الصحابة على قوله .

الصدر تعليق "رقم -٥٠٥-": إذا أمكن للعقل معرفة المعنى الوجب لحقيقة الأحكام فإنه يمكنه تعلم المعنى الوجب لتقديرها فلا فرق بين الجرائم والعقوبات وغيرها من الأحكام . فإذا صح للسائل بالقياس أن يقيس غير الصغيرة البكر، وغير البكر إذا كانت صغيرة، وغير الصغيرة إذا كانت محسنة بالبكر الصغيرة التي وردت الرواية ومنعت من أن يزوجها إلا ولها، صح أن يقيس الأمة على الزوجة، وصوم غير رمضان على صوم رمضان في وجوب الكفار، فإن الدليل وإن ورد فيمن أتى أهله في شهر رمضان ولكن بالقياس يرى الحكم إلى غير الأهل وغير رمضان، كما يمكن أن يحكم بعدم وجوب إقامة حد الزنا على من وطى جارية ابنه قياساً على عدم قطع يد الأب إذا سرق من مال ولده.

عودة

الثانية: أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة، والقياس ما يدخله احتمال الخطأ، واحتمال الخطأ شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات -١٠٦- لقوله عليه الصلاة والسلام : (ادرءوا الحدود بالشبهات) .

والثالثة : أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع، وأوجب الكفارة بالظهور لكونه منكرا وزورا، ولم يوجبها في الردة مع أنها أشد من المكفر وقول الرزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى، فهو دليل على امتياز جريان القياس فيه (١) -١٠٧- .

وقد تكون حجج هذا الرأي من القوة -١٠٨- بحيث ترجحه على الرأي الأول خصوصا إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه -١٠٩-، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس؛ لأن القياس لم يجعله تشرعوا ملزما، وإنما الذي جعله كذلك هو الإجماع عليه .

الصدر تعليق "رقم -١٠٦-": لو تم هذا البرهان لأفاد عدم إمكان إثبات الحدود والكافارات بالقياس لعدم إمكان تحديد مقدارها أو نفيها بالقياس فهو أخص من محل الكلام .

الصدر تعليق "رقم -١٠٧-": إذا منع هذا من جريان القياس في الحدود فيمنع من إجرائه في العبادات أيضا لأن الصلاة أهم من الصوم مع أنه يجب على الحافظ إعادة الصوم دون الصلاة .

الصدر تعليق "رقم -١٠٨-": عرف آنفاً ضعف حجج كلاً القولين .

الصدر تعليق "رقم -١٠٩-": إن المستدل بهذه الرواية يدعى أن الجماعين استندوا إلى هذه الرواية التي استند فيها الإمام للقياس، فإجماعهم إيمانهم للقياس في المقام فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ولكن يرد عليه ما ذكرناه آنفاً من عدم دلالة الرواية على القياس وعدم احتياجه (ع) للاستدلال به .

الشاوي رأينا في "التعليقات من -١٠٢- إلى -١٠٩-": يبدأ بإنكار حجية القياس، ثم ينتهي بأن القياس يشمل جميع الأحكام الشرعية - طالما كان أساسه وحدة العلة - التي توجب الحكم القطعي لا يجرد الظن، ويستقصد رأي فقهينا بأن جمهور فقهاء السنة يرجح أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة، وتتوسع في بيان حجج الرأيين، ونحن لا نكتفى بجواز القياس بل نرى التوسيع فيه، ورجح رأى القائلين بعدم جواز القياس في العقوبات المقررة بنصوص شرعية. وهذا هو ما توافقه عليه لأن النصوص الخاصة بالعقوبات المقررة هي أحكام استثنائية لا يجوز التوسيع فيها - ولأن باب التعزير مفتوح دون حاجة للتتوسيع في العقوبات المقررة حداً أو قصاصاً. لكننا نرى أن التعزير هو قياس في نطاق النظريات التشريعية أو المبادئ المستفادة من النصوص - التي تحرم أفعالاً معينة حماية لحق معين - فيكون كل عدوان على هذا الحق مستوجبًا للتعزير .

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

عودة

على أنه يجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضي قبل كل شيء القياس في الجرائم، وأن القائلين بجواز القياس في الجرائم، لا يؤدّى قولهم إلى الإثبات بأحكام جديدة، أو خلق جرائم جديدة، وإنما يؤدّى قولهم إلى توسيع الدائرة التي تطبق فيها النصوص. فالقياس في الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً شرعياً، وإنما هو مصدر تفسيري يساعد على تعين الأفعال التي تدخل تحت النص، فإذا حرم النص صورة معينة لعلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوافر فيها علة التحرير، كإلحاق اللواط بالزنا، وإلحاق القتل بالقتل بالتحديد، وإلحاق المسكر بالخمر عند البعض، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعد آخذ الكفن سارقاً وهكذا. ولا ضير من الأخذ بهذا الرأي الذي تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسيع في تطبيقه علماء القانون وشراحه.

١٣٨ - القياس في الاجراءات: ويسلم الفقهاء -١١٠- بالقياس في الإجراءات الجنائية، بل يسلّمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التي لا يعترفون بما مصادر تشريعية جنائية، كالعرف -١١١-، ومذهب الصحابي -١١٢-. فمثلاً يرى البعض أن يكون الإقرار في السرقة مرتين قياساً -١١٣- على اشتراط الأقارب الأربع في الزنا، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه. ويرى البعض جواز شهادة

الصدر تعليق "رقم ١١٠": عدا فقهاء المذهب الجعفري فإنهم لا يعتمدون على القياس في جميع الأحكام ما لم يوجّب القطع بالحكم الشرعي أو بكيفية امثاله خارجاً.

الصدر تعليق "رقم ١١١": لا يرى فقهاء المذهب الجعفري العرف من أدلة الأحكام الشرعية ولا في كيفية تطبيق الأحكام الجنائية وإنما يعتمدون على العرف في فهم الأدلة الشرعية ومعرفة المراد منهم.

الصدر تعليق "رقم ١١٢": أى القول أو السلوك الذي يأخذ به الصحابي ويقيّد به من دون أن يعرف له مستند، ولا يعتمد على ذلك فقهاء المذهب الجعفري لعدم قيام دليل على لزوم الأخذ بما يذهب إليه كل صحابي، كما لم يثبت لديهم اتجاه الصحابة وعدالتهم فضلاً عن عصمتهم، ولو ثبت اتجاههم وعدالتهم فلا يمكن رأى أحدهم حجة على بقية المجتهدين ولا على العام إلا أن يرجع إليهم في التقليد. نعم يعتمد الشيعة على ما ذهب إليه من ثبت عصمتهم من الصحابة وهم أمير المؤمنين على عليه السلام وسيدة نساء العالمين فاطمة الزهراء والحسن والحسين (ع) سيداً شباب أهل الجنة.

الصدر تعليق "رقم ١١٣": إن فقهاء المذهب الجعفري وإن كان الرأى السائد بينهم هو ذلك إلا أنهم لم يستندوا للقياس بل استندوا إلى سيرة أمير المؤمنين (ع)، فلقد روى أن سارقاً أقر عنته بالسرقة فنهره (ع) فأقر ثانية فقال (ع) أقررت به مرتين فقط عد.

عدة

النساء في الجرائم قياساً - ١١٤ - على جواز شهادتين في المسائل المدنية، ويجمعون على الحفر للمرجوم - ١١٥ -، وهو مذهب على، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر - ١١٦ - مع شهادة الشهود في إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود.

الصدر

تعليق "رقم ١١٤": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن شهادة النساء لا تؤثر في إقامة الحدود الشرعية إلا في الزنا، ولم يستندوا في ذلك للقياس بل لما روى عن أئمة أهل البيت (ع). ففي الخبر المعتبر الذي يرويه الحلي أنه سئل الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) عن رجل فجر بامرأة فشهاد لها ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليه الرجم، وإن شهد عليه رجالان وأربع نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرجمن ولكن يضرب حد الزاني. نعم ثبتت شهادتهن منضمة إلى شهادة الرجال .

الصدر

تعليق "رقم ١١٥": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفري لزوم الحفر للمرجوم استناداً إلى أخبار معتبرة .

وأما بقية فقهاء المسلمين فقد اختلفوا في ذلك كما يرشدنا إلى ذلك ما ذكره ابن رشد في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص ٤٣٧، حيث قال : فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم فقالت طائفه يحفر له، وروى ذلك عن على في شراحة المدائنة حيث أمر برجها، وبه قال أبو ثور. إلى أن قال : وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر المرجوم وخير في ذلك الشافعي ونقل عنه يحفر للمرأة فقط .

الصدر

تعليق "رقم ١١٦": لم أجده من اشتهرت من الفقهاء وجود رائحة الخمر، وإنما الخلاف بين فقهاء أهل السنة في ثبوت الحد بالرائحة وعدم ثبوته، والذي ينقله ابن رشد في كتابه هداية المجتهد عن أبي حنيفة هو عدم الاكتفاء بالرائحة .

أما فقهاء المذهب الجعفري فلا يكتفون بالرائحة لاحتمال جهل شاربها بكون ما شربه خمراً أو كان مضطراً إلى شربها أو أكره على ذلك، كما لم يشترطوا في ثبوت الحد إذا ثبت شرب الخمر بالبينة أو بالإقرار وجود رائحة الخمر .

الشوى

رأينا في "العلقيات من أرقام ١١٠ - إلى ١١٦": يذكر أمثلة من آراء فقهاء الجعفريه يستدل بها على عدم جواز القياس وعدم قبول العرف أو رأى الصحابة (عدا المعصومين من أهل البيت) وأئمماً يلتزمون بالأخبار المعتبرة. ونحن لا نعتقد أنها تغنى عن القياس، بل لا تغنى عن التوسيع فيه .

135 - 138 - رأينا في ضرورة التوسيع فيه :

التعريف الذي أورده يضيق في نطاق القياس؛ وكنا نود لو أنه انتهز هذه الفرصة لبيان دوره في عملية التنظير .

إننا الآن في مرحلة لابد فيها من استنباط نظريات عامة ولم يعد يكفي استنباط أحكام فرعية؛ وهذه هي مرحلة التنظير، وأساسها في نظرنا هو التوسيع في مبدأ القياس من أجل تقنن التعازير.

فلم يعد يكفي في نظرنا قياس حكم فرعى فيما لانص فيه على حكم فرعى آخر فيه نص شرعى؛ بل يجب أن يكون القياس على درجتين :

الأولى : بناء نظرية عامة مستمدة من علل الأحكام ومقاصد الشريعة ومبادئها العامة – أو استنباطها من نص قرآنى أو حديث نبوى أو عدة نصوص تحمى حقا معينا من العدوان .

والثانية : هي الاستفادة من هذه النظرية في استنباط أحكام فرعية عديدة للتعزيز على أنواع أخرى من العدوان على هذا الحق قياسا – والقياس هنا هو إعمال لعل الأحكام التي هي مقاصد الشريعة ومبادئها العليا وأصولها الإلهية التي يشير إليها بأنها علة الحكم الذى ورد به النص (ف رقم 4).

* * *

لقد اكتفى بالإشارة إلى وجود اتجاهين في الفقه – أحدهما يضيق في نطاق القياس والأخر يوسع فيه – ولم يقدم لنا رأيه في الاختيار بينهما؛ ونحن نرى من واجبنا أن نقول إن مرحلة التنظير التي نحن في حاجة إليها حاليا ومستقبلا تتوجب اعتماد الرأى الذي يوسع في نطاق القياس في الأفعال التي تستحق التعزيز رغم أنه ينسب إلى جهور الفقهاء القول بتحديد نطاق القياس .

وبذلك نصل إلى القول بأن جميع النصوص القرآنية هي أصول لنظريات عامة؛ وإذا لم نستطع حتى الآن إلا عددا محدودا منها فإن المستقبل كفيل بمواصلة الاستنباط لتكون علة كل من هذه النصوص منبعا خصبا يساعدنا في الوصول إلى مبادئ ونظريات تستيطع منها أحکاما مستحدثة نواجه بها ما يجد في المستقبل من قضايا ومشاكل ناتجة عن تطورات المجتمعات الإنسانية وتغير ظروفها ونمو حضارتها .

القياس تعبر عن "الاجتهاد" في جميع صوره و مجالاته بل
هو أساس التنظير في التعازير :

يسرنا أنه استعمل تعبر "الاجتهاد" في (حديث معاذ) كم rád لـ القياس؛ وهذه إشارة منه إلى تأييده لما نقوله من ضرورة التوسيع في القياس ليشمل جميع صور الاجتهاد ثم موافقة الاجتهاد لبناء نظريات تشريعية .

وما أشار إليه من أن من يعارضون هذا التوسيع يحتاجون بعدم جواز التوسيع في عقوبات "الحدود"، فإننا نوافق على أنه لا يجوز التوسيع في عقوبات الحدود بل يجب التضييق فيها بناء على مبدأ درء الحدود بالشبهات - لكن هذا في نظرنا ليس إلا استثناء يؤكـد القاعدة ولا ينفيها ... وهـى أن الاجـهاد أو الـقياس بـمعناه الواسـع هو المـصدر الشرـعـي لـنقـبـين "ـالـتعـازـيرـ" - حـماـيةـ الـحقـوقـ الـتـىـ نـصـ المـشـرـعـ عـلـىـ عـقـابـ العـدوـانـ عـلـيـهـاـ بـالـعـقـوبـاتـ المـقرـرـةـ .

وقد سبق أن قلنا إنـا نـعـارـضـ القـولـ بـأنـ تـصـلـ الـتعـازـيرـ إـلـىـ عـقـوبـةـ مـاثـلـةـ لـالـحدـ - كماـ أـنـ مـاـ ذـهـبـ إـلـيـهـ بـعـضـ الـأـئـمـةـ مـنـ جـواـزـ إـضـافـةـ الـتعـازـيرـ إـلـىـ الـحدـ، المـصـودـ بـهـ هوـ تـدـابـيرـ الـوـقـاـيـةـ الـتـىـ تـدـخـلـ فـيـ نـطـاقـ الـتعـازـيرـ لـأـنـ الـحدـ هـوـ الـحدـ الـأـقـصـىـ لـلـعـقـوبـةـ المـقرـرـةـ الـوـاجـبـ الـحـكـمـ بـهـاـ فـيـ بـعـضـ الـجـرـائـمـ عـنـدـمـاـ يـتوـافـرـ فـيـهـاـ طـرـفـ مـشـدـدـ .

وإـذـ كـانـ فـقـهـاؤـنـاـ قـدـ ذـكـرـواـ أـمـثـلـهـ لـتـدـابـيرـ يـجـبـ أـنـ تـضـافـ إـلـىـ عـقـوبـةـ الـحـدـيـةـ مـثـلـ "ـالـغـرـيبـ"ـ أـوـ الـإـبعـادـ عـنـ مـكـانـ وـقـوعـ الـفـاحـشـةـ، فـإـنـاـ نـرـىـ أـنـ ذـلـكـ النـوـعـ مـنـ الـإـجـرـاءـاتـ يـكـنـ عـدـدـهـ مـنـ التـدـابـيرـ الـوـقـاـيـةـ لـمـعـ تـكـرارـ جـرمـةـ الزـنـاـ أـوـ عـودـةـ الـجـرـمـ إـلـيـهـاـ، وـقـدـ بـيـنـاـ أـنـ الـتعـازـيرـ تـتـسـعـ لـمـاـ يـسـمـيـ الـآنـ تـدـابـيرـ الـوـقـاـيـةـ فـيـ الـعـصـرـ الـحـدـيـثـ ...

* * *

إـذـ كـانـ نـؤـيدـ التـوـسـعـ فـيـ الـقـيـاسـ فـيـ نـطـاقـ الـتعـازـيرـ الـتـىـ تـتـسـعـ لـ الـإـجـرـاءـاتـ الـوـقـاـيـةـ، فـإـنـاـ نـرـىـ أـنـ ضـرـورـةـ التـوـسـعـ أـكـبـرـ وـأـوـلـىـ فـيـ نـطـاقـ الـإـجـرـاءـاتـ، وـخـاصـةـ فـيـ الـإـثـبـاتـ .. سـوـاءـ فـيـمـاـ يـتـعـلـقـ باـشـتـرـاطـ تـعـدـدـ الـإـقـارـارـ أـوـ شـهـادـةـ النـسـاءـ بـلـ وـالـأـطـفـالـ وـالـقـرـائـنـ الدـالـةـ عـلـىـ الـجـرمـ، مـثـلـ رـائـحةـ الـخـمـرـ، شـرـطـ أـنـ تـكـوـنـ خـاصـعـةـ كـلـهـاـ لـتـقـدـيرـ الـقـاضـيـ وـاقـتنـاعـهـ طـبـقاـ لـمـبـدـاـ الـأـدـلـةـ الـإـقـاعـيـةـ ... وـفـيـ عـصـرـنـاـ يـسـتـعـمـلـ تـخـلـيلـ الـدـمـ لـثـبـوتـ حـالـةـ السـكـرـ - وـهـذـاـ مـاـ نـفـهـمـهـ مـاـ قـالـهـ الـإـمـامـ اـبـنـ الـقـيمـ مـنـ أـنـ كـلـ مـاـ يـوـصـلـ إـلـىـ الـحـقـيقـةـ مـنـ أـدـلـةـ الـإـثـبـاتـ فـهـوـ شـرـعـ الـلـهـ. وـلـاـ يـقـيـدـ الـإـثـبـاتـ بـدـلـيلـ مـعـنـىـ إـلـاـ بـنـصـ شـرـعـيـ اـسـتـثـانـيـ وـفـيـ حـدـودـ هـذـاـ النـصـ الـاسـتـثـانـيـ وـحـدـهـ، وـهـذـاـ فـيـمـاـ يـتـعـلـقـ بـالـحـدـودـ وـالـقـصـاصـ فـقـطـ فـلـاـ يـجـوزـ التـوـسـعـ فـيـ أـدـلـتهاـ لـأـنـ الشـارـعـ قـصـدـ تـضـيـيقـ نـطـاقـ عـقـوبـاتـهـ الـمـقرـرـةـ .

المبحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية (أى النصوص الجنائية)

١٣٩ عوده سلطة القاضى فى تفسير النصوص : للقاضى وهو يطبق النصوص أن يفسرها - ١١٧ - إذا وجد غموضاً أو خفاء في دلالتها أو تضارباً بين عباراتها. وقد وضع الفقهاء قواعد لتفسير تطبق وتراعى في فهم الأحكام من النصوص، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية .

الفرع الأول

في القواعد اللغوية الموضعة للفيسي

١٤٠ كيف استنبطت لهذه القواعد؟: استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويًا - ١١٨ -، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض؛ لأن بعضها يكون واضحًا وبعضها يكون عامضاً، ثم بحث اللفظ من حيث اشتراكه في أكثر من معنى، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراده، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض. فقواعد التفسير اللغوية - ١١٩ - يقتضى العلم أن ندرس "أولاً" دلالات العبارات والألفاظ أو مفهومها، "ثانياً" وضوح الدلالات وغموضها، "ثالثاً" اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها.

وقد وضعت قواعد التفسير أصلًا لتطبيق في فهم معانى النصوص الشرعية، ولكنها في الواقع تطبق أيضاً في معانى أي نص غير شرعى مادام مصوغاً في لغة عربية .

تعليق رقم - ١١٧ -: إذا كان مجتهداً، وإن لم يكن مجتهداً فإن عليه أن يأخذ تفسيرها من أحد

المجتهدين إلا إذا عين رئيس الدولة أحد المجتهدين أن يؤخذ برأيه. فإنه يتبع على القاضى الأخذ برأيه.

تعليق رقم - ١١٨ -: المستعمل عند الرفع، ولا يعتمد على المعنى اللغوى إذا لم يكن مما يفهم فيه عرفاً.

تعليق رقم - ١١٩ -: العرفية كما مر آنفاً.

رأينا في "التعليقات - ١١٧ - - ١١٩ -": ذهب السيد الصرد إلى أن المجتهدين وحدهم لهم

حق تفسير النصوص، ونحن نرى أن كل من يطبق النصوص الجنائية يلتزم بتفسيرها، في حدود

قدرته وعلمه - كل ما هنالك أن المقلد يلتزم برأى مجتهدى المذهب الذى يقلده أو الذى تختاره

الأمة أو الجماعة بالشوري. فاختيار المذهب يكون للأمة أو الشعب أو الجماعة بالشوري، أما

رئاسة الدولة فلا تعطى الحق في التدخل في التشريع أو الفقه إلا لتنفيذها والالتزام به. وبلاحظ أن

قضاتنا أصبحوا مقلدين حالياً كافراً - لكن القضاء كله كمؤسسة ترأسها المحكمة العليا تُعد من

أهل الاجتهاد وتشارك فيه. وإشارته إلى مراعاة العرف تستحق التأييد .

١٤٠، ١٣٩ - تعريف التفسير والتزام كل مكلف به في نطاق

التزامه الشخصي :

تعريف التفسير عندنا هو الفهم الكامل للنص لاستخلاص ما يتضمنه من أوامر ونواه، ومن شروط وقيود على تطبيقه؛ وإذا كان قد تكلم عن "سلطة القاضي في التفسير"، فإن القاضي إنما يتولى ذلك بحكم واجبه في تطبيق النص المنشى للجريمة والمدين لأركانها وشروطها والمحدد للعقوبة؛ ولاشك في أن الفقهاء والعلماء يشاركون في عملية التفسير سواء بحسبائهم "شراحًا" أو مجتهدين يستبطون الأحكام – لكن من المؤكد أن القضاء هو المكلف بتطبيق النصوص الجنائية والحكم بالعقوبات، بل وتدابير الواقعية التي تدخل في نطاق التعازير.

صحيح أننا نرى أن كل فرد مكلف مطلوب منه الالتزام بالنصوص وعليه أن يفهمها ويفسرها بقدر استطاعته حتى يلتزم هو بها، وفي نظرنا أن أقصى ما يصل إليه كل مكلف هو ما يكفي لالتزامه شخصياً بأحكام الشريعة؛ ولكن لانعتقد أن ذلك يعطى له الحق في الحكم على أعمال الغير بأن ينصب نفسه للإفتاء أو القضاء على أفعال غيره أو أقواهم؛ بل عليه أن يرفع الأمر للقضاء في المسائل الجنائية؛ ولذلك نتيجة سمعها عند تعليقنا على ما يسميه "الإهدار" حيث نرى أنه لا توجد حالات تعفى القاتل من المسئولية عن القتل بحجة أن الجني عليه مهدر الدم – كل ما هنالك أن هذا قد يعد من الشبهات التي توجب استبعاد عقوبة القصاص^(١) ...

ولكن كل مكلف لا بد أن يكون قادرًا على فهم النصوص التكليفية التي تأمره بأفعال معينة أو تحرم عليه أفعالًا أخرى. ولا بد أن يتعلم كل فرد ليكون لديه القدرة الكافية من العلم لفهم النصوص والالتزام بها، ولذلك فإن العلم فريضة على كل مسلم ومسئلة . في نظرنا أن تفسير النصوص الشرعية هو أولى درجات الاجتهاد وأولي مراحله؛ وفي نطاقه ترجم درجات متفاوتة يشتهر المكلف العادي في أدنى هذه الدرجات؛ فهو ملتزم بالتعلم والعلم بالقدر الضروري لكي يفهم النصوص التكليفية ويلتزم بها؛ وفوق ذلك ترجم درجات أعلى من العلم والفهم والاجتهاد .

والفرق بين اجتهادات العامة وغيرهم من العلماء والفقهاء والمجتهدين، هو أنهم يمجتهدون لأنفسهم ليؤدوا ما توجبه عليهم النصوص ويعتنوا بما تحرمه عليهم؛ أما غيرهم من أهل العلم فاجتهادهم يكون في صورة فتاوى يقدمونها للعامة؛ ويجب أن يتوافر لدى العامي من العلم ما يكفي لكي يختار الرأي الذي يعمل به ويقتصر به أو يقلده عند تعدد الآراء في مذهبها؛ أو يختار المذهب الذي يقلده عند تعدد المذاهب .

(١) تراجع تعليقاتنا على البند (٣٧٣) وما بعده تحت عنوان "في إهدار الأشخاص".

عودة

١٤- أولاً: دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها : من المسلم به أن لكل لفظ دلالة، ولكل عبارة دلالتها. ويتربى على ذلك أن النص الشرعي، وهو مكون من ألفاظ وعبارات، قد تكون له دلالة واحدة، وقد يكون له أكثر من دلالة. ويستدل بالنص عادة على دلالته أى مفهوماته، وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة: الأولى : مفهوم العبارة: وهو المعنى الذى يتبدى إلى الذهن من صيغة النص، وهو الذى قصده الشارع من وضع النص؛ لأن المشرع حين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه -١٢٠-، ثم يصوغه بعد ذلك بحيث يتبدى المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الإطلاع عليه .

الثاني : مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله، ولا يتبدى إلى الذهن من الإطلاع على صيغة النص، ولكنه مع ذلك يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه. فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه، مثل قوله تعالى: ﴿للقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يتغدون فضلاً من الله ورضاوانا﴾ [الحشر: ٨]. فمعنى العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن القراء المهاجرين لهم نصيب من الفيء، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التي تركوها قد خرجت عن ملكهم؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم ألا تكون أموالهم على ملكهم -١٢١- .

الثالث : مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومنطقه، فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعلة استوجبت هذا الحكم، -١٢٢- فكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توافرت فيها علة الحكم، وكانت مساوية للواقعة التي جاء بها النص أو أولى منها بالحكم، على أن تكون المساواة أو الأولوية متقدمة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد. ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿فلا تقل لهما أفتَ ولا تهْرِهْما﴾ [الإسراء: ٢٣]. فقد نهى الله عن التألف من الوالدين ونفرهما وحرم

الصدر تعليق "رقم -١٢٠-": إذا كان المتكلم في مقام بيان غرضه وإفهام مراده. أما إذا كان في مقام إيهال غرضه وإيهال مراده، فلا يلزم اختيار ما كانت دلالته واضحة . أما حمل اللفظ على ظاهره فلا ريب فيه لأن المتكلم إذا كان يريد غير المعنى الظاهر لكن عليه أن يقيم القرية، فما لم تقم قرينة على المراد فلا بد وأنه يريد المعنى الظاهر ويكون هو المراد للمتكلم.

الصدر تعليق "رقم -١٢١-": إذا كان المراد وصف جميع المهاجرين بالقراء. وأما إذا كان المراد خصوص من كان فقيراً منهم فلا دلالة فيها على ذلك، مع إمكان أن يكون وصفهم بالفقر بعد هجرتهم إلى المدينة لعدم تحكيمهم من الصرف في أموالهم. فليست لآلية المماركة دلالة إشارة على ما ذكره المصنف فلا يصح المثليل لها .

الصدر تعليق "رقم -١٢٢-": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو عدم التعذر عن موضع النص إلا مع حصول القطع بعلة الحكم. فأى مورد يعلم فيه بوجود العلة يسرى الحكم إليه دون سواه .

عوده

ذلك، وهذا هو المفهوم من عبارة النص، ولكن الذى يفهم من دلالة أنه أن كل ما ساوى التألف أو كان أشد منه محظوظاً أيضاً، لتوافر علة التحرير فيما يساوى التألف، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم. أما ما يقل عن التألف والنهر فلا يدخل تحت النص .
ويسمى الاستدلال على هذا الوجه بالقياس الجلى لظهور فهم المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له، كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة، لأنه يوافق منطوق النص في علة الحكم موافقة تفهم بمجرد فهم عبارة النص، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب أى روحه وما يعقل منه .

الرابع : مفهوم الاقضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى -١٢٣-، مثل قوله تعالى : «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ» [النساء: ٢٣] فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح و تستقيم إلا إذا فهمت على أن التحرير مقصود منه الزواج، وهذا هو مفهوم الاقضاء. ومثل قوله تعالى : «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةَ» [المائدة: ٣] . فمفهوم الاقضاء فيها هو تحريم الأكل .

الصدر تعليق "رقم-١٢٣-": عقلاً أو شرعاً أو لغة أو عادة أو كان صدق النص موقعاً عليه .
أما مثال الذى يتوقف صحته عقلاً عليه فقوله تعالى: «(واسأل القرية) [يوسف : ٨٢] . فإن صحة السؤال من المدينة عقلاً يتوقف على تقدير لفظ أهل .

ومثال ما يتوقف عليه صحته شرعاً قوله : اعتقد عبدك على ألف . فإن معنى هذا الكلام أن المأمور بالوكالة عن الآمر يعنى العبد فكان الآمر هو الواقع ولما أنه ورد شرعاً أنه لا يعنى إلا في ملك فتدل العبارة على طلب تملكه فيكون التقدير ملكي العبد بالف ثم اعتقده عنى .
ومثال ما يتوقف عليه صحة الكلام لغة المثال الذى ذكره المؤلف، إذ لا يصح لغة تعلق الحكم الشرعى بالأعيان الخارجية فلا بد لصحتها واستقامتها لغة من أن يقدر متعلق الحرمة وهو الزواج في المثال الأول والأكل في المثال الثاني .

ومثال ما يتوقف صحة الكلام عليه عادة قوله رأيت أسدًا في الحمام فإن صحته عادة متوقفة على إرادة الرجل الشجاع من لفظ الأسد لاستحالة وجود الأسد في الحمام عادة .
ومثال ما كان صدق النص موقعاً عليه قوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، فإن صدق الكلام يتوقف على تقدير الأحكام والآثار الشرعية لتكون هي المنفي حقيقة لتحقيق الضرار والضرار عند المسلمين قطعاً، فالمنفي واقعاً الضرار باعتبار آثاره الشرعية لأنه سبحانه وتعالى لم يحكم حكماً يوجب الضرار على المسلمين .

عودة

الخامس : مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة، أو هو المعنى الذي انتفت عنه قيود النص. وقد اختلف الأصوليون في مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دلائل على حكم معين منطوق، ودلالة على تقدير هذا الحكم فيما يخالفه، أي في مفهوم المخالف، فقوله تعالى: **﴿أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾** [الأنعام: ١٤٥]، يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بفهم النص المخالف . فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على تقدير هذا الحكم بمفهومه المخالف. فمفهوم المخالفة ليس مسكتاً عنه عند هؤلاء .
والفريق الثاني يرى أن مفهوم المخالفة مسكت عنده، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به، ولا يوضع لمفهوم المخالف، فطبقاً لهذا الرأي لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين في منطوقه، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو الرأي الراجح - ١٢٤ - .

الصدر

تعليق "رقم-١٢٤-": لأن تقييد الدم بالمسفوح : كما يمكن أن يكون تقييد الحكم بالطهارة وأنما مقيدة بخصوص الدم المسفوح دون سواه، يمكن أن يكون لبيان نفس موضوع الحكم أو ما تعلق به الموضوع، فلا يستفاد منه إلا تقييد موضوع الحكم أو متعلق الموضوع فلا ينفي الطهارة عن غير الدم المسفوح وما لم تقم قرينة على المعنى الأول فلا يكون للجملة دلالة على نفي الحكم عن غير المسفوح.

الشواوى رأينا في "التعليقات-١٢٠- إلى-١٢٤-": أنه يورد بعض تحفظاته على أقوال فقيهنا - فيما عدا رقم-١٢٢- فيشير إلى أن الجعفرية يتزمرون بالنص ولا يقيدونه إلا مع حصول القطع بعلة الحكم ... التي يجب توافرها للتوسيع في تطبيق الحكم .
تراجع الحاشية .

١٤١ - الغاية الشرعية من التفسير وارتباطه بمقاصد الشريعة

ونظرياتها العامة :

ما أشار إليه من قواعد تفريضه الأصول اللغوية؛ لكن علينا أن نلتفت النظر إلى أن المبدأ العام الذي يحكم "نظرية التفسير" في المواد الجنائية هو أنها نصوص استثنائية، ولذلك يجب إخضاعها لتفسير ضيق حتى لا يتسع نطاق العقوبات ولاتجاوز قصد المشرع منها.

وما يعرضه من قواعد لغوية إنما تهدف لتحقيق هذه الغاية والالتزام بها .
إلى جانب هذا المبدأ، لابد أن نشير إلى أن الألفاظ والنصوص إنما هي أدوات أو وسائل للدلالة على معانٍ أو مقاصد هي الهدف من النص وغايته، ولذلك فإن المفسر يجب أن تكون مهمته الأولى هي الوصول إلى مقاصد التشريع وحكمته لأنها لازمة لاستنباط الحكم من النص .

* * *

لقد عنى فقهاؤنا باستقصاء كل ما يمكن فهمه من مقاصد عبارات النصوص وبيان أولوية كل مفهوم منها بدقة متناهية، هذه الدقة تؤكد رأينا في أن التفسير قد يحتاج في أكثر الأحيان إلى قدر من العلم يتجاوز قدرة الفرد العادي؛ ولابد أن يتولاه حينئذ المختصون من الفقهاء والقضاة .

كما نود لو أنه أضاف ما عني بعرضه في المقدمة من ضرورة تعمق فهم مقاصد النصوص القرآنية بالذات لكي تكون أساسا للنظريات العامة في الفقه ومتبعاً أصيلاً لها. وإشارته إلى ما يسمونه "القياس الجلي" أو الظاهر تشير إلى أن هناك درجات متباينة من القياس، وهو ما نستند إليه في أن القياس يجب أن يتسع في العصر الحاضر وفي المستقبل لأنواع تفتح الباب للتنبئ بالقدر اللازم لتقدير التعازير .

ما ذكره عن المفاهيم المتعددة من النص، سواء العبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقضاء أو المحالفة، يشير إلى أن هذا الترتيب يقصد به الأولوية مما يكون له أهميته عند التعارض كما سيوضحه في البند التالي .

٤٤- عودة

على مفهوم الإشارة-١٢٥-؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذي وضع النص من أجله، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذلك.

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة-١٢٦- رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة؛ لأن كلاً منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التي 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-١٢٧-؛ لأنه المعنى الذي لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأى الراجح مسكون عنه ولا عمل له .

٤٣- ثانياً- وضوح الدلالات وغموضها : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس في دلالته غموض ولا إيهام، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .
والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة في وضوح دلالته، بل بعضه أوضح دلالة من بعض، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

الصدر تعليق "رقم-١٢٥-": لا يعقل تعارض مفهوم الإشارة مع مفهوم العبارة، لأن مفهوم الإشارة هو ما يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه، فكيف يكون معارضًا لمفهوم العبارة المبادر من النص يا ترى؟!

الصدر تعليق "رقم-١٢٦-": مفهوم الدلالة كما مر عليك آنفاً من المصنف هو ما يفهم من روح النص ومنطقه، فكيف يمكن أن يعارض المعنى المبادر من النص وهو المسمى بمفهوم العبارة؟ أو كيف يعارض مفهوم الإشارة الذي يكون لازماً لعبارة النص؟ وكيف يقطع يا ترى بوجود علة الحكم ليكون للكلام مفهوم دلالة في مورد يفيه ظاهر العبارة أو المعنى اللازم لها يا ترى؟!

الصدر تعليق "رقم-١٢٧-": ولا يعقل أن يعارضه سواه، لأنه الذي لا تصلح صيغة النص بدعونه ولا يعقل أن تكون إحدى المفاهيم تثبت عدم صحة النص .

الشواوى رأينا في "التعليقات-١٢٥- إلى-١٢٧-": أنها آراءه الشخصية، والذى يهمنا هو إشارته إلى ما يتميز به المذهب الجعفرى كما في تعليقه رقمي-١٢٨- و-١٢٩-. وفي هذا الرقم الأخير يؤكّد تركيزهم على جواز القياس كلما توافرت العلة الداعية للحكم بصورة قاطعة - ونحن نرى أن هذا الاتجاه يؤيد قولنا إن ظروف الحاضر والمستقبل تستلزم توسيع نطاق القياس ليشمل بناء النظريات العامة على أساس المبادئ التي تشير إليها النصوص، ولا نقف عند القياس على الحكم الفرعى المستمد من النص لتوافر العلة، بل يجب أيضاً أن نأخذ في الحسبان المبادئ العامة التي تشمل ما يسميه فقيهنا روح التشريع ومقاصده ومبادئه العامة - و يؤيد التعليقين رقمي-١٣٠- و-١٣١-.

عوده

٤٤- أقسام الواضح الدلالة : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام:

١ - الظاهر . ٢ - النص . ٣ - المفسر . ٤ - الحكم .

٤٥- **الظاهر** : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية، ولم يكن معناه هو المقصود أصلًا من السياق أى من وضع الصيغة-١٢٨-، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحْلَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحْرَمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. فاحلال البيع، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية، لأنها سبقت أصلًا لنفي الماثلة بين البيع والربا، رداً على من قالوا بأن البيع مثل الربا (ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرם الربا) [البقرة: ٢٧٥] .

حكم الظاهر: يجب العمل بما ظهر منه ما لم يقدم دليل يقتضي العدول عن ظاهره، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضي صرفه عن ظاهره، أو إرادة معنى آخر منه. وإذا كان الظاهر عاماً احتمل التخصيص، وإذا كان مطلقاً احتمل التقيد. وإن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازي، إلى غير ذلك من وجوه التأويل. ولا يكون صحيحاً إلا إذا بني على دليل شرعى، من نص، وقياس-١٢٩-، أو روح التشريع ومبادئه العامة-١٣٠- . فإذا لم يبن على دليل شرعى كان تأولاً باطلاً.

٤٦- **النص** : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصلًا من السياق، فمعنى كأن المعنى ظاهراً بوضوح في اللفظ - وهو المقصود أصلًا من السياق - كان اللفظ نصاً عليه، فقوله تعالى: ﴿وَأَحْلَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحْرَمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] . نص على نفي الماثلة بين البيع والربا؛ لأن معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصلًا من سياقه .
حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر، ويحتمل مثله التأويل-١٣١- .

الصدر تعليق رقم-١٢٨-: بل ولو كان هو المقصود فالظاهر والنص باصطلاح علماء المذهب الجعفرى كلاماً من الظاهر .

الصدر تعليق رقم-١٢٩-: من عليك قريباً أن فقهاء المذهب الجعفرى لا يعتبرون القياس ولا يستندون إليه ولا يذهبون إلى ثمول الحكم لغير مورد النص إلا مع وجود العلة المنصوصة أو القطع بالعلة الداعية للحكم في غير موردها .

الصدر تعليق رقم-١٣٠-: يعني أن الظاهر مختلف لما يعلم كونه من الدين ومخالف لمبادئه وأسسه.

الصدر تعليق رقم-١٣١-: من عليك قريباً أن هذا القسم باصطلاح فقهاء المذهب الجعفرى من الظاهر أيضاً والنص عندهم مالا يحمل التأويل .

الشافعى رأينا في "التعليقات-١٢٨- - ١٣١-": تراجع الخاشية .

١٤٧ عوده

الفسر: هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفي معه احتمال التأويل، مثل قوله تعالى في قاذف الحصنات: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾. [النور: ٤]. ويُعد النص مفسرا ولو ورد مجملًا غير مفصل إذا أحق به الشارع ما يفصله ويزيل إجماله، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء: ٣٣]. فهو نص مجمل، ولكن الرسول فصل معناه حين قال: "لا يحل قتل امرئ مسلم إلا لإحدى ثلاث: زنا بعد إيمان، وكفر بعد إيمان، وقتل نفس غير نفس".

حكم المفسر: يجب العمل به كما فصل، ولا يحمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره، والتفسير الذي ينفي احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة، أو المستفاد من بيان تفسيري مصدره المشرع، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعد من التشريع ولا ينتفي معه احتمال التأويل.

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 أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده، والإيمان بكله ورسله، أو لأنه من أمehات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال، كبر الوالدين والعدل، أو لأنه حكم فرعى جزئى أىده الشارع، كقوله تعالى في قاذف الحصنات: ﴿وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبْدَاهُ﴾ [النور: ٤]. والحكم لا يقبل التأويل؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيرا لا مجال معه للتأويل.

حكم الحكم: يجب العمل به قطعا ولا يتحمل صرفه عن ظاهره.

الحكم التعارض: إذا تعارض ظاهر ونص، رجح النص؛ لأن الشارع قد صدر أصلـة-١٣٢-. وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يتحمل التأويل، وإذا تعارض محكم ومفسر، رجح المحكم لأنـه أقوى دلالة من المفسـر-١٣٣-.

الصدر تعليق "رقم-١٣٢-": قصد الشارع للنص أصلـة لا يكون مصححا لتقديره إلا إذا وقع التعارض بين إطلاقي الدليلين، فيقدم إطلاق النص، لأنـ الظاهر لم يقصدـهـ الشـارـعـ أـصـالـةـ فـلاـ يمكنـ التـمسـكـ بـإـطـلاقـهـ. فالـآيةـ الـمـارـكـةـ لاـ يـعـكـرـ الـاستـنـادـ إـلـيـهـ فـيـ الـحـكـمـ بـحـلـيـةـ جـمـيعـ أنـوـاعـ الـبـيعـ أوـ بـحـرـمةـ جـمـيعـ مـصـادـيقـ الـرـبـاـ لـأـنـ الـهـدـفـ مـنـ الـآـيـةـ الـمـارـكـةـ بـيـانـ الفـرـقـ بـيـنـهـماـ كـوـنـ الـأـفـرـادـ الـمـعـارـفـةـ مـنـ الـبـيعـ مـحـكـومـةـ بـالـحـلـيـةـ وـالـأـفـرـادـ الـمـعـارـفـةـ مـنـ الـرـبـاـ مـحـكـومـةـ بـالـحـرـمـةـ.

الصدر تعليق "رقم-١٣٣-": كيف يكون الحكم أقوى دلالة من المفسـرـ وكلـ منـهـماـ لاـ يـقـبـلـ التـأـوـيلـ؟ـ فـلاـ بـرـهـانـ عـلـىـ لـزـومـ تـقـدـيمـ الـحـكـمـ دـائـماـ،ـ بلـ يـرـجـعـ فـيـ فـرـضـ تـعـارـضـهـماـ إـلـىـ الـقـوـاعـدـ الـمـقـرـرـةـ لـلـدـلـلـيـنـ الـمـعـارـضـيـنـ.

الشـاوـي رأينا في "الـعـلـيـقـيـنـ-١٣٢ـ،ـ ١٣٣ـ": آراءـ شـخـصـيـةـ لـلـسـيـدـ الصـدـرـ لـهـاـ تـقـدـيرـهـاـ.

توصيل الفقه إلى ضرورة التمييز بين درجات "الوضوح" في عبارة النص ومفهومه؛ وأولها ما يُعدونه ظاهر الوضوح، ومع ذلك فقد أشاروا إلى أنه يحتمل التخصيص أو التقيد بناء على دليل شرعى سواء كان نصاً أو قياساً (اجتهاداً) استناداً إلى روح التشريع ومبادئه العامة .

إن ما عرضه من ترتيب الأولويات في حال التعارض بين مفهوم بعض النصوص يؤكد لنا مدى الدقة التي أولاها الفقه لفهم النصوص - ولا يقصد بها في نظرنا مجرد تقديسها - بل المدف هو كما قلنا تمكين الأجيال المتعاقبة من العلماء والفقهاء وأهل الاجتهاد من مواصلة التعمق للوصول إلى استنباط النظريات العامة التي هي مبيعة الأحكام الفرعية ومنتها ومفتاح غوها وتطورها وتجديدها .

ونحن نكتفى بالتذكير بأن أهم الغايات التي يجب أن تتوخاها من فهم النصوص في الحاضر والمستقبل، إنما هي التعمق في فهم مقاصدها وحكمتها وعللها التي نستطيع بها أن نبني عليها النظريات العامة .

لقد قام أسلافنا بالدور الأكبر في استنباط الأحكام الفرعية من النصوص مباشرة، بقى علينا الآن أن نتجه إلى ما هو أبعد من ذلك من المبادئ والمقاصد والنظريات العامة التي تحدد لنا الحقوق التي قصد الشارع حمايتها بالعقاب المقرر في بعض النصوص - لأن اختيار المشرع لأفعال معينة ليفرض عليها عقوبة مقررة ليس عشوائياً بل لأنه يستلتفت نظرنا لضرورة حمايتها عند فرض التعازير .

* * *

لم يقف الفقه عند حد العبارات الواضحة أو ما يسمونه "ظاهر النص"؛ بل سوى بها ثلاثة صور أخرى ليست أقل وضوحاً؛ بل إن بعضها يصل وضوحاً إلى حد القول بأنه لا يحتمل أي تأويل يصرفه عن ظاهره

ولاننسى أن المجتهدين الذين بلغوا درجة كبرى في العلم هم الذين يستطيعون أن يفرقوا بين النصوص التي يعترفون لها بأحد هذه الأوصاف المتفاوتة وإن كانت متقاربة لأهمها كلها في دائرة "الوضوح" .

* * *

والتدرج بين الصور الأربع من درجات "الوضوح" تصاعدى، بمعنى أن كلّاً منها أكثر وضوحاً من سابقه حسب الترتيب الذي قدمها به واتبعه في عرضها؛ أي أن أقواها وضوحاً هو آخرها - أي المحكم يليه المفسر ثم النص وآخرها "الظاهر". والتفرقة بين هذه الأنواع مرجعها إلى الاجتهاد .

عودة

١٥٠- **أقسام الغامض الدلالة:** ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام:

- ١ - الخفي .
- ٢ - المشكل .
- ٣ - الجمل .
- ٤ - المشابه .

١٥١- **الخفي :** الخفي في الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة، ولكن في انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل. ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد، أو ينقص صفة عنها، أو أن له السما خاصاً 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 هي أخذ مال الغير خفية من حرز مثله، ولكن في انطباق لفظ السارق على **الطرار** - أي الشّال - نوع من الغموض والخفاء؛ لأن الشّال يأخذ المال من حاضر يقطان معتمداً على خفة يده ومسارقة الأغرين، فهو يغایر السارق بوصف زائد فيه، هو جرأة المسارقة، ومن ثم فقد سمى باسم خاص. ومثال ذلك النباش أي سارق الأكفان، فإنه يختلف عن السارق في أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأي، أو يأخذ من غير حرز على رأي آخر. فلفظ السارق يعد خفياً بالنسبة للطرار والنباش، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هي البحث والاجتهاد؛ فإن رأي القاضي-١٣٤- أن اللفظ يتناولهما ولو بفهم الدلالة جعلهما من مداولات اللفظ، وطبق عليهما حكم السرقة، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة. والذى حدث في هاتين الحالتين بالذات أن المجهدين أجمعوا على اعتبار الطرار-١٣٥- سارقاً ولكنهم اختلفوا في عَدِ النباش-١٣٦- كذلك.

تعليق رقم-١٣٤-: إن كان مجتهدنا وإلا رجع إلى غيره من المجهدين .

الصدر

رأينا في "تعليق-١٣٤-": تكرار من الصدر ما تضمنه في تعليقه ١١٧ .

الشاوى

تعليق رقم-١٣٥-: وهو الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفري إذا سرق من الجيب

المصدر

والكم الباطنين، وفسر الباطن بما إذا كان في باطن الثوب أو في ثوب داخل مطلقاً، كان الثوب في باطن الثوب أو ظاهره. واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أخبار رويت عن أمير المؤمنين (ع)، وقد يُستدل على ذلك بصدق الحرج على الجيب الباطني وعلى جيب الثوب الداخل .

الصدر

تعليق رقم-١٣٦-: أما فقهاء المذهب الجعفري فقد اتفقوا على قطع يد النباش، واستندوا في ذلك إلى أخبار معتبرة رويت عن أئمة أهل البيت (ع) وخالفوا في أنه هل تقطع يد النباش مطلقاً ولو كان ما سرق لا يساوى ربع دينار أو يشترط في قطع يد النباش أن يبلغ سعره ربع دينار .

الشاوى

رأينا في "التعليقات-١٣٥-،-١٣٦-": أن آراء المذهب الجعفري التي أشار إليها تدور حول التزامهم بما يسميه "الأخبار المعتبرة" عن أئمة أهل البيت - التي نرى وصفها بأنها اجتهادات لهم يجب في نظرنا معاملتها كغيرها من آراء الصحابة .

١٥٦ - **الشكك** : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه، ولكن يمكن تعين المراد منه بقرينة خارجية. ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد، وليس في صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصد الشارع منه، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع، كلفظ القرء فى قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتِ يَتَرَبَّصُنَّ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةٌ قَرُونٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فإنه موضوع للطهور والحيض، وليس في صيغته ما يدل على المعنى الذى قصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه، ولكن الإشكال في التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكك هو الاجتهاد، فعلى القاضى- ١٣٧ - إذا ورد في النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرآن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد به. وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض، فعليه أن يؤووها تأويلاً صحيحاً يوفق بينها ويزيل ما في ظاهرها من اختلاف- ١٣٨ -، على أن يعتمد

الصلوة

الصدر

تعليق "رقم- ١٣٧-": إن كان مجتهداً وإنما فيعتمد في ذلك على من يرجع إليه من المجتهدين.

تعليق "رقم- ١٣٨-": يعتمد عليه العرف ولم يكن الدليلان عرفاً يعدان من الدليلين المعارضين بل كان أحدهما يصلح عند العرف لأن يكون مبيناً للأخر وشارح له، كما إذا ورد دليل ينفي عن أمر من الأمور كالارتكاس -(الإنغمس)- للصائم مثلاً، وآخر يجوزه، فالحديث الأول ظاهر في حرمة الارتكاس لأن الحرمة هي المعنى المستفاد من النهي عرفاً وإن أمكن استعمالها في الكراهة مجازاً، والدليل الثاني صريح بجواز الارتكاس للصائم، فيقع التعارض بين ظهور الدليل الأول وصراحة الدليل الثاني لعدم إمكان أن يحكم الفعل الواحد بالإباحة والحرمة في زمان واحد، والعمل بمحتوى الدليلين يقتضي الذهاب إلى الكراهة ورفع اليد عن ظهور الدليل الأول بالحرمة لأن صرامة الدليل الثاني بالإباحة يكون قرينة عرفية على أن المراد من النهي في الدليل الأول الكراهة. وهكذا، فإن كل دليل دل على الإباحة إذا عارضه ما دل على الوجوب والحرمة يكون قرينة على أن المراد من الأول الاستحباب ومن الثاني الكراهة .

كما أن الدليلين إذا كان أحدهما عاماً وشاملاً لأفراد كثيرة وكان الثاني مختصاً ببعض أفراد الموضوع الأول، ومثاله أن يرد في نص الربا حرام وفي آخر الربا بين الوالد والولد مباح، فإن الدليل الثاني لما كان أعم من الأول فيكون مفسراً للدليل الأول ومحضاً له بغير الوالد والولد وقرينة عرفية على بيان المراد منه، فلذا لو كان متصلاً به لما بقي على ظهوره في شمول جميع الأفراد. ولافرق في الدليل المفسر بين كونه متقدماً أو متاخراً منفصلاً أو متصل. ويسمى تقديم الخاص على العام تخصيصاً إذا كان دلالة الدليل العام على شمول جميع الأفراد بالوضع إذا كان الشمول مستفاداً من أدوات العموم، كما لو كان المثال الأول كل رب امن كل إنسان =

= حرام فيسمى الدليل الثاني مختصاً، وأما إذا كان شموله مستفادة من الإطلاق ومن تعلق الحكم بالطبيعة التي لها أفراد كثيرة وكان الخاص مختصاً بعض الأفراد كالمثال الذي ذكرناه في أول التعليقة، فإن الخاص يقدم ويسمى مقيداً. ومن موارد التأويل الصحيح العرف ما لو كان أحد الدليلين دالاً على ثبوت حكم لموضوع كان الآخر ينفي وجود ذلك الموضوع. ومثاله أن يرد في النص، يجب الحرج على المستطيع. وورد في نص آخر: المدين ليس مستطينا، ففي مثل هذه الموارد يكون الدليل الثاني قرينة على عدم وجوب الحرج على المدين لأن الدليل الأول يوجب الحرج على خصوص المستطيع والنص الثاني ينفي صفة الاستطاعة عن المدين فيقدم الدليل الثاني ويسمى حاكماً ويسمى الدليل الأول محكوماً. ولا يصح التأويل في غير هذه الموارد التي ذكرناها، بل يكون الدليلان من المتعارضين.

وقد اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في العمل بالدليلين المتعارضين، فذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالدليل الراجح منهم، ومع عدم رجحان في أحد الدليلين فالكلف خير بالعمل بأيهما شاء. وذهب بعضهم إلى لزوم العمل بالراجح منهم ومع تساويهما فلا يصح العمل بأي من الدليلين. وذهب بعضهم إلى أن الجهد خير في الاعتماد على أي من الدليلين شاء ولو كان أحدهما أرجح وذا مزية، وإنما يحسن للمجتهد الأخذ بالراجح. وأرجح هذه الآراء هو الرأي الأول. كما اختلفت آراؤهم في الأمور التي توجب الرجحان، والرأي الراجح هو أن الأمور التي توجب الرجحان ثلاثة :

الأول : كون أحد الدليلين أشهر روایة بمعنى اشتهر روايته بين الرواية .

الثاني : أن يكون مشابهاً لنص كتابي .

الثالث : الأ يكون موافقاً لآراء بقية المذاهب الفقهية الإسلامية، فإذا ورد دليلاً أحدهما موافق لآراء بقية المذاهب الإسلامية والآخر مختلف لها فيؤخذ بالأول لأن أئمة أهل البيت كثيراً ما كانوا يلتجئون إلى بيان غير الواقع خوفاً على أنفسهم من السلطات القائمة في تلك الأزمات أو خوفاً على شعوبهم فيما إذا ظاهروا بأمر مختلف ما عليه غيرهم من المذاهب الفقهية الإسلامية فيكون سبب معرفتهم وإنزال الضرار بهم، فلا يحصل لنا الوثيق بأن الدليل الموافق لبقية المذاهب الإسلامية صدر ليبيان الحكم الواقع، وأما الدليل المختلف لبقية المذاهب الإسلامية فلا يتحمل صدوره لغير بيان الحكم الواقع فيستند إليه. وقد وردت أخبار معتبرة آمرة بالأخذ بالمرجحات المذكورة فلا مجال للتخيير مع وجود إحدى هذه المرجحات. وأما مع عدمها فالرأي الراجح عندنا هو التخير، وأما المرجحات الأخرى التي ذكرها بعض الفقهاء فلم يقم على الترجيح بها دليل معتبر بمنظمنا.

الشافي رأينا في "التعليق المطول-١٣٨": أنه يورد آراءه الشخصية - إلا أن الرأي الذي أشار إليه من أنه يرى ترجيح الرأي الذي لا يكون موافقاً لآراء أهل السنة، يستند إلى تفسير غير مقبول لموافق آل البيت كما تمنى أن يستبعده ونخشى أن يكون هو في بعض تعليقاته يحرض على إبراز بعض الآراء التي يرى هو أنها تختلف آراء السنة .
ونحن نفضل أن يتوجه الباحثون في المذاهب كلها إلى ترجيح الآراء التي تقرب بين المذاهب وليس تلك التي تباعد بينها كما يقول .

عودة في تأويله على نصوص أخرى -١٣٩-، أو على مبادئ الشريعة العامة -١٤٠- وحكمة التشريع فيها -١٤١- .

١٥٣ - الجمل : هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه، ولا توجد معه قرائن للفظية أو حالية تبين هذا المراد. من ذلك الألفاظ التي نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة، كالفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعاً خاصاً لا معناه اللغوي. فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ في نص شرعي، كان مجملًا حتى يفسره الشارع، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرها مما جاء مجملًا في نصوص القرآن.

ومن الجمل اللفظ الغريب الذي فسره القرآن، كلفظ القارعة في قوله تعالى: **﴿القارعة﴾*** ما **القارعة*** وما **أدرك ما القارعة*** يوم يكون الناس كالفراش المبثوث * وتكون الجبال كالعنان المنفوش **﴿القارعة﴾** [القارعة: ٥-٦].

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصاً وليس في صيغة اللفظ ولا في القرائن الخارجية ما يبيّنه فهو لفظ مجمل، والطريق إلى بيانه وإزالته إجماله هو الشارع نفسه، فإن لم يبيّنه فلا بيان له.

وإذا صدر من الشارع بيان بجملة ولكنه غير واضح وبتفصيل كل ما أريد منه، فإن اللفظ المجمل يتنتقل بهذا البيان غير الوافي من باب الجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضي أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

الصدر تعليق "رقم-١٣٩-": تكون قرينة عرفية على فهم المراد منها كما مر تفصيل ذلك في التعليقة السابقة .

الصدر تعليق "رقم-١٤٠-": إذا كان أحد الدليلين منافي لما في مبادئ الشريعة الإسلامية فلا يكون حجة ولا يصلح لأن يعارض سواه .

الصدر تعليق "رقم-١٤١-": إذا أوجب القطع بالحكم الشرعي فالدليل المخالف لها يسقط عن الحجية وإن لم يوجب القطع بالحكم الشرعي فلا دليل على الترجيح بما وافقها إلا حصول الظن بما وافق الحكمة ولا دليل على اعتبار هذا الظن .

الشواوى رأينا في "التعليقات أرقام-١٣٩- و-١٤٠- و-١٤١-": من حسن الحظ أنه يورد ما يؤيد أقوال فقيهنا في الأصل.

الصدر تعليق "رقم-١٤٢-": إذا كان مجتهداً ولا رجع في ذلك إلى أحد المجتهدين.

عوده

١٥٤ - **التشابه** : هو اللفظ الذى لا تدل صيغته على المراد منه، ولا توجد قرائين خارجية تبينه، واستئثر بعلمه فلم يفسره .

وليس في النصوص التشريعية شيء من التشابة، فلا يوجد في آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه، وإنما يوجد التشابه في مواضع أخرى . ومن أمثلته الحروف المقطعة التي بدأت بها بعض سور القرآن - ١٤٣ - .

١٥٥ - **ثالثاً - استراك الألفاظ وعصورها وخصوصيتها** : ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذي وضع له إلى : مشترك، وعام وخاص :

الصلدر تعليق "رقم - ١٤٣ -": ذكرنا في تفسير هذه الحروف في الجزء الأول من كتابنا "محاضرات في تفسير القرآن الكريم" ص (١٠١) ما يأتي : إنها تشتمل على معان وإشارات لا يفهمها إلا الرسول الأعظم (ﷺ). وإن الغرض من إفهام تلك المعان بهذه الكيفية هو إفهام الناس أن القرآن العجز الذي عجز العرب عن الإتيان بسورة من سورة مركب من هذه الحروف التي يتربّك منها كلامهم وتتكتون منها خطفهم وأشعارهم، فعجزهم مع ذلك عن معارضته ومقابلته والتجازؤهم إلى السيف دليل على أنه من الله تبارك وتعالى. وقد يستفاد ذلك من نفس القرآن أيضاً فإن ظاهر قوله تعالى: **(ذلك الكتاب)** [البقرة: ٢]، هو إخبار عن نفس هذه الحروف، ولما تكن هذه الحروف هي القرآن الكريم فلابد وأن يكون المراد أن القرآن الكريم مركب منها، مع ذلك عجز العرب عن مجاراته". انتهى .
ولقد وردت بعض الأخبار في تفسير هذه الحروف المقطعة، ولا مانع من أن يكون المراد من هذه الحروف الإشارة إلى إعجاز القرآن، مع اشتتمالها على معان أخرى لا يعرفها إلا النبي (ﷺ)، ولا سبيل لنا إلى فهم تلك المعان إلا الأخبار الواردة عنه (ﷺ) فلا مانع من الاعتماد عليها إذا ثبت اعتبارها.

الاشاوي رأينا في "تعليق - ١٤٢ -": سبق أن بينا رأينا فيه - أما تعليق رقم - ١٤٣ - فهو رأى شخصي له في التفسير .

عوده

١٥٦ - **اللفظ المشترك** : هو لفظ وضع لمعين أو أكثر بأوضاع متعددة، فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك، كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر، ولفظ اليد في قوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهَا أَيْدِيهِمَا﴾ [المائدة: ٢٨]. فإنه يعني اليمني واليسرى، ويعني من رءوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب - ١٤٤ - .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوی ومعنى اصطلاحی شرعی، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانی اللغوية .

إذا كان الاشتراك بين معنى لغوی ومعنى اصطلاحی شرعی وجوب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحی الشرعي دون غيره. فاللفظ الطلاق موضوع لغة خل أى قيد، وموضوع شرعا خل قيد النكاح، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك في قوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٩]. وجوب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحی .

الصلو تعلیق "رقم-١٤٤": أو خصوص الأصابع كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفری تبعاً لما ثبت عندهم من سيرة مولانا أمیر المؤمنین (ع)، وقد نقل ذلك عنه الشافعی في كتاب الأم الجزء السابع ص (١٨٢) . وقيل إن اليد استعملت في القرآن الكريم معنى الأصابع في قوله سبحانه وتعالى : ﴿فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ يَكْتُبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ.. إِنْ هُوَ إِلَّا بَلْهَافَةٌ﴾ [البقرة: ٧٩] . لأن من المعلوم أن الكتابة بالأصابع دون الساعد والكف. وقد ذكرنا آنفاً أن مما يشهد لصحة هذا الحكم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾ [آل عمران: ١٨] . فإن المساجد مفسرة بالمساجد السبعة الالاتي يجب السجود عليها ومنها الكف، فإذا كانت الكف لله فكيف تقطع يا ترى !

الشاؤ رأينا في "تعليق-١٤٤": أن الجعفرية يرون أن قطع اليد في حد السرقة يقصد به الأصابع فقط - سبق أن قلنا إنه رأى يستحق أن يؤخذ بعين الاهتمام عند دراسة حد السرقة في القسم الخاص، لأن الأدلة التي استند إليها تستحق التقدير .

عوده

إذا كان اللفظ المشترك مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه، لأن الشارع لا يقصد عقلا من اللفظ إلا أحد معانيه -١٤٥-، وللقارضى -١٤٦- أن يستدل بالقرائن والأamarات التي تعين المعنى المراد. ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو في قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مَا لَمْ يُذْكُرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفَسقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١]. فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما يستعمل للحال، فإن أريد به الحال كان النهي واردا على ما لم يذكر

الصدر

تعليق "رقم ٩"-: يمكن أن يريد المؤلف من عبارته هذه أحد المعنيين :

أولهما : أنه يستحيل للمولى أن يقصد أكثر من معنى واحد من معانى اللفظ المشترك وهو أحد قول علماء المذهب الجعفرى، ويستندون في ذلك إلى أن استعمال اللفظ فى المعنى بمعنى إيجاد ذلك المعنى باللفظ لكن لا وجودا حقيقيا بل وجودا جعليا تزريا لأن وجود اللفظ وجود للمعنى تزريا، فكانه بإيجاد اللفظ أوجد المعنى خارجا فهو وجود واحد يتسبب إلى اللفظ حقيقة أولا وبالذات وإلى المعنى تزريا وثانيا وبالعرض فلا يمكن أن يراد باستعمال واحد معنيين لأن لازمه أن يوجد بلفظ واحد معنيان وأن يكون قالبا لاثنين وهو محال .
وذهب آخرون إلى جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، واحتضروا بأن الاستعمال غير منحصر بما ذكر في حججه المانعين لإمكان أن يكون مستعملا في معنيين بمعنى كونه مثيرا لحملة لا متزلا متزلاهما .

والقول الثاني هو القول الراجح منهمما كما يظهر ذلك من راجع الحجتين السابقتين .

ولكن الظاهر من المشترك استعماله بمعنى واحد، وإن قلنا بإمكان استعماله في معنيين فلا يمكن إرادة أكثر من معنى إلا بقرينة تدل على ذلك .

ثاني المعنيين اللذين تحتملهمما عبارة المصنف أن الشارع إنما يستعمل اللفظ فى المعنى لفهم مراده وتوضيح مقصوده وهو لا يحصل إلا بارادة أحد معانى المشترك ويمكن أن يورد عليه لو أراد هذا المعنى بأنه مع تسليم إن كان استعمال اللفظ فى أكثر من معنى فلا ينافي إرادة تفهم المراد وتوضيح المقصود بأن يستعمل اللفظ فى أكثر معنى من معانى المشترك مع إقامة قرينته على مراده .

رأينا في "تعليق -١٤٥-": هي آراءه الشخصية .

الشواوى

تعليق "رقم -١٤٦-": إذا كان مجتهدا ولا فيرجع في ذلك إلى أحد المجتهدین .

الصدر

رأينا في "تعليق -١٤٦-": سبق أن ذكرنا أن رأينا هو أن الاجتهاد أو التفسير ليس خاصا

الشواوى

بطائفه دون غيرها - كل ما هنالك أن قيمة كل اجتهاد أو تفسير ترجع إلى مقدار ما لدى صاحب الرأى من علم وفقه .

العدد ١٤٧

اسم الله عليه، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله -١٤٧-، وإن أريد به العطف كان النهي واردا على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقا، 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، -١٤٨- أى على أن يحل معنى بدلًا من آخر، ولأن بعض المعانى متضادبة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضدہ في وقت واحد -١٤٩- .

الصدر تعليق رقم ١٤٧-: أو كان عدم ذكر اسمه سبحانه له عدم الاعتقاد به أو لعدم الاهتمام به سبحانه .

الشاوى رأينا في "تعليق ١٤٧-": هي آراؤه الشخصية .

الصدر تعليق رقم ١٤٨-: كونها كذلك لا يكون سبباً لعدم جواز استعمالها في أكثر من معنى إلا إذا تم أحد الوجهين اللذين ذكرناهما في تفسير عبارة المتن .

الصدر تعليق رقم ١٤٩-: إذا صح استعمال اللفظ في أكثر من معنى واستعمله الشارع في أكثر من معنى فيكون المقصود جميع المعانى التي استعمل اللفظ فيها ولا تكون المعانى متضادة على هذا القول .

الشاوى رأينا في "التعليقات ١٤٨-، ١٤٩-": هي آراؤه الشخصية .

١٥٠ - ١٥٦ - درجات "الغموض" واللفظ متعدد المعانٰ :

كما أن الوضوح له أربع درجات؛ فكذلك نقىضه وهو ما يسمى بالغموض - له درجات متفاوتة - وقد عرضها بترتيب تصاعدي في "الغموض" كما فعل بالنسبة لدرجات الواضح؛ وأقصى هذه الدرجات غموضا هو "المتشابه" وعرفه بأنه ما استأثر الشارع الحكيم بعلمه - فهو غيب يليه المشكل ثم الجمل ثم الخفي .

والعلم والاجتهاد هو الذي يعترف لكل نص بحظه من الغموض؛ كما أنه هو الذي يعترف له بحظه من الوضوح كما أشرنا فيما سبق؛ وقد أشرنا مرارا إلى أن باب الاجتهاد مفتوح دائماً ولأجل القول بأنه أغلق؛ كل ما هنالك أن الاجتهاد أصبح جماعياً بعد أن كان فردياً؛ ونحن نصف لهم المكلف العادي للنصوص بأنه اجتهاد وإن كان أدنى درجات الاجتهاد لأن الشخص يجتهد لنفسه فقط لا لغيره .

ومن حسن الحظ أنه أكد أنه لا يوجد في النصوص الجنائية (في الكتاب أو السنة) ما يدخل في نطاق "المتشابه" الذي استأثر الله بعلمه - لأنها إنما شرعت لكي يفهمها الجميع ويعملوا بها حسب فهمهم واجتهادهم - وأن ما يُعدَّ متشابهاً يدخل في نطاق نصوص أخرى لاتدخل في نطاق التشريع الجنائي لا تستطيع أن تتأكد من فهمنا لمقصدها حتى الآن .. مثل الحروف المقطعة في أوائل السور القرآنية.

* * *

في حالة اللفظ متعدد المعانٰ، فإن على المجتهد أو المفسر أن يستدل من القرآن والأئمـات على المعنى المقصود من النص متعدد المعانٰ دون غيره؛ وهذا أمر اجتهادي ... مع ملاحظة أن كل ما هو محل للاجتهاد يجوز فيه الخلاف وتعدد المذاهب والآراء.

والتفصيلات التي عرضها في هذا المضمار تدخل في نطاق علم أصول الفقه ...

عوده

١٥٧- **اللفظ العام:** هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثرين غير محصورين، ويدل بوضعيه اللغوي على شمول هذه الأفراد واستغراقها جماعاً،-، مثل لفظ الوصية في قوله صلى الله عليه وسلم : "لا وصية لوارث"، فهو يدل بوضعيه اللغوي على شمول كل وصية؛ لأنَّه نكرة في سياق النفي وهي تدل على العموم . والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام، أنَّ المشترك وضع لمعان متعددة، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق في أفراد كثرين .

والالفاظ التي تفيد العموم تحصر بالاستقراء في سبعة أنواع :

١ - لفظ كل ولفظ جميع، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه، مثل قوله تعالى: «**كُلُّ امْرَىءٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ**» [الطور : ٢١] .

٢ - المفرد المعرف بأجل الجنسية مثل قوله تعالى: «**وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ أَيْدِيهِمَا**» [المائدة: ٣٨] ، وقوله : «**أَوَّلُهُنَّ الْبَيْعُ وَحْرَمُ الرِّبَا**» [البقرة: ٢٧٥] . فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا، والجنس يتحقق في كل فرد-، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا.

٣ - الجمجم المعرف بأجل الجنسية أو المعرف بالإضافة، مثل الأول قوله تعالى : «**وَالْمَطَّلِقَاتِ يَتَرَبَّصُنَّ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةُ قَرْوَهُ**» [البقرة: ٢٢٨] . ومثل الثاني قوله تعالى: «**حَرَمْتُ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتِكُمْ**» [النساء: ٢٣] .

٤ - النكرة في سياق النفي- ١٥٢- مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : (ولا يقاد والد بولده) وقوله : (لا وصية لوارث) .

الصدر تعليق رقم-١٥٠-: بل يدل لفظ الوصية بحسب وضعه على طبيعة الوصية وإنما استفيد الشمول من قرينة خارجية تسمى بمقدمات الحكمة، وهو كون المتalking في مقام بيان مراده ولم ينصب قرينته على أن مراده بعض الأفراد فلا بد وأنه مرید بجميع ما تصدق عليه هذه الطبيعة .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٥٠-": هي آراؤه الشخصية .

الصدر تعليق رقم-١٥١-: كما يمكن أن يتحقق الجنس في جميع الأفراد يمكن أن يتحقق في بعضها فقط، ولا يمكن إثبات الأول مع عدم قرينة خاصة عليه إلا بواسطة القرينة المسمة بمقدمات الحكمة وقد أشرنا إليها آنفاً .

الصدر تعليق رقم-١٥٢-: إذا دخل النفي على النكرة فإنما يدل على انففاء جميع ما يريد من النكرة، والنكرة لا تدل بنفسها على شمول جميع الأفراد وإنما دلالتها على الاستيعاب بواسطة القرينة الخارجية العامة المسمة بمقدمات الحكمة التي أشرنا إليها آنفاً .

عوده

- ٥ - الاسم الموصول-١٥٣- مثل قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمَوْنَ الْحُصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهِيدَاءٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].
 - ٦ - اسم الشرط مثل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتَلُ مُؤْمِنًا مَتَعْمِدًا﴾ [النساء: ٩٣]. وقوله : ﴿فَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أَثْمَ قَلْبَهُ﴾ [البقرة : ٢٨٣].
 - ٧ - اسم الاستفهام مثل قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يَقْرَضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيَضَعُفَ لَهُ﴾ [البقرة : ٢٤٥].
- فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم والشمول-١٥٤-.

الصدر تعليق "رقم-١٥٣-": وضع الاسم الموصول لجماعة ويصبح أن يراد به أى جماعة مهما قلت أو كثرت، وإنما يستفاد الاستبعاد ببركة القرينة العامة المسماة بخدمات الحكمة التي أشرنا إليها آنفا، ومثله اسم الشرط واسم الاستفهام فإنه لا يستفاد منها الشمول إلا بواسطة القرينة العامة المسماة بخدمات الحكمة .

الصدر تعليق "رقم-١٥٤-": في خصوص النوع الأول، وبواسطة بخدمات الحكمة في بقية الأنواع .

الشاوى رأينا في "التعليقات-١٥١- إلى-١٥٤-": هي آراء شخصية للسيد الصدر تكمل ما ذكره فقيهنا أو تعدله .

عودة

١٥٨- دلالة العام قطعية : وإذا ورد في نص شرعى لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجوب حمله على عمومه، لأنه موضوع لغة لهذا العموم، ولم يقم دليل يصرفه عمما وضع له، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص جميع أفراد هذا العام قطعيا لا ظننا-١٥٥-؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلزمه معناه قطعا، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية: "العام الذى لم ينحصر يتناول جميع أفراده قطعا".

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجوب حمله على ما بقى من أفراده بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقي بعد التخصيص ظننا لا قطعيا؛ لأن النص الذى خصص العام أولا لابد أن يكون معللا، وهذه العلة قد تتحقق في فرد آخر مما بقى بعد التخصيص، فكان التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقي محتملا للتخصيص-١٥٦-، وهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿وَأُحْلِلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]. فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". ففتح هذا التخصيص للمجتهدين بباب تخصيص آخر فقسوا المصاهرة على النسب-١٥٧-، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالصاهرة، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب.

الصدر تعليق "رقم-١٥٥-": مع القطع بعدم وجود المخصوص وعدم وجود مصلحة في إخفائه .

الصدر تعليق "رقم-١٥٦-": إلا إذا قطع بعدم مخصوص آخر وعدم وجود مصلحة في إخفاء المخصوص فتكون دلالة قطعية فلا فرق بين العام المخصوص وغيره في كون دلالة كل منهما قطعية مع القطع بعدم وجود مخصوص في العام غير المخصوص أو القطع بعدم وجود مخصوص آخر في العام المخصوص، وإنما يحصل القطع المذكور إذا كان المولى في مقام بيان مراده وكان متمنكا من ذلك ولم يكن في مقام يقتضى الإخفاء لحقيقة وشهادتها، أما إذا حصل الظن بعدم وجود مخصوص في العام غير المخصوص أو مخصوص آخر في العام المخصوص فتكون الدلالة ظنية، وإنما يحصل القطع ولا الظن فالدلالة اجتماعية.

الشاوي رأينا في "التعليقين-١٥٥-، -١٥٦-": تشمل تعليقاته على آرائه الشخصية.

الصدر تعليق "رقم-١٥٧-": من آنفنا أن فقهاء المذهب الجعفرى لم يعدوا القياس من أدلة الأحكام الشرعية ولم يعتمدوا عليه فلم يقيسوا المصاهرة بالنسبة .

الشاوي رأينا في "تعليق-١٥٧-": يشير إلى اتجاه الفقه الجعفرى لعدم الاعتماد على القياس في جميع الأحكام الشرعية، وقد اعتبرنا على ذلك من قبل - لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع أو استعمال العقل الذى صرخ بأنه مصدر للتشريع عند الجعفرية ...

عوده

١٥٩ - ما يترب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول

بقطعية دلالة العام-١٥٨- الذي لم يخص نسبتان مهمتان :
النتيجة الأولى : أن العام في نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصه ابتداء
قياس ولا سنة غير متواترة-١٥٩-؛ لأن كليهما ظني الدلالة-١٦٠-، والظني
لا يخص القطعى-١٦١-. أما إذا خص العام بقطعى فيصح بعد ذلك أن يخصه

الصدر تعليق "رقم-١٥٨-": مر آنفًا أن دلالة العام لا تكون قطعية إلا مع القطع بعدم
التخصيص وبعدم وجود مصلحة في الإخفاء .

الشواوى رأينا في "تعليق-١٥٨-": تكرار لما قاله من قبل .

الصدر تعليق "رقم-١٥٩-": أما القياس فليس من الأدلة الشرعية في نظر فقهاء المذهب
المعفترى فلا يعتمد عليه في تخصيص ولا غيره .

أما السنة المعبرة قطعية الدلالة كانت أو ظنية فهي دليل شرعى، والرأى السائد عند فقهاء
المذهب المعفترى هو تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بها، لأنها تكون قرينة على أن المراد بعض
الأفراد دون الجميع فان ما دل في السنة على المدعى من البيع الموجب للغير يكون مخصصاً لقوله
تعالى : ﴿وَأَحْلَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾، ومفسراً له وكائناً على أن المراد به عدا البيع الذي يوجب الغرر .

الصدر تعليق "رقم-١٦٠-": مر عليك قريباً أن السنة غير المتواترة وإن كانت ظنية السندي فإنا
تفسر العام القرآنى والعام الوارد في السنة المتواترة وتكشف عن اختصاصه بغير موردها .

واما القياس فلا يمنع من التخصيص به ظنية دلالة بل المانع عدم ثبوت حجيته وقيام الأدلة
القطعية على عدمها ولو سلمت حجيته فهو ليس من الأدلة اللغوية ليخصص به الكتاب أو السنة .

الشواوى رأينا في "التعليقات-١٥٩-،-١٦٠-": يشير إلى اتجاه الفقه المعفترى لعدم الاعتماد على
القياس في جميع الأحكام الشرعية، وقد اعتبرنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من
أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع - الذي يسع لكل جهد عقلى - وقد قرر أن العقل هو
المصدر الرابع للتشريع في المذهب المعفترى .

الصدر تعليق "رقم-١٦١-": مر عليك قريباً أن العام ليس بقطعى الدلالة دائمًا، كما مر عليك
آنفًا أن الدليل القطعى الدلالة يمكن تخصيصه بدليل ظنى الدلالة إذا ثبت اعتباره، والعام
الوارد في القرآن والسنة المتواترة قطعى ولا ينافي ذلك تخصيص بدليل ظنى الصدور أو ظنى
الدلالة ولا يخرج بالتخصيص عن كونه قطعى الصدور، وذلك لأن الخاص لا يعارض سندي
العام بل يكون شارحاً ومفسراً له وقرينة على بيان المراد منه .

عوذه

قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالشخص الأول صار ظني الدلالة -١٦٢-، ومن ثم يصح تخصيصه بظني مثله.

النتيجة الثانية : أن العام الذي لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان -١٦٣-؛ لتساويهما في أن كلاً منها قطعي الدلالة، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص، لأنه يصير ظني الدلالة -١٦٤- فلا يعارض النص الخاص وهو قطعي الدلالة -١٦٥-، ويكون الترجح للقطعي -١٦٦- . على أن البعض يرى أن العام ظني الدلالة في كل الأحوال، لأن استقراء -١٦٧- نصوص الشريعة دل على أنه لم يق فيها عام على عمومه حتى اشتهرت هذه القاعدة "مامن عام إلا وخاص".

الصدر تعليق "رقم-١٦٢-": من علينا قريباً أن العام في كلتا الصورتين ظني الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه مع عدم وجود مصلحة تمنع من إظهار التخصيص، وكيف يكون يا ترى قطعي الدلالة مع وجود دليل معتبر أخص منه يصلح لأن يكون مفسراً له وقرينة على اختصاصه ببعض الأفراد دون جيئها؟

الصدر تعليق "رقم-١٦٣-": واللازم تقديم الخاص لأنه يصلح لأن يكون قرينة على العام ومفسراً له ومحظياً له بغير مورده، كما من آنفاً، ولا يكون العام مع وجود خاص مفسراً له مقطوع الدلالة .

الصدر تعليق "رقم-١٦٤-": من عليك قريباً أن العام في كلاً صورتي تخصيصه وعدم تخصيصه ظني الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وبعدم وجود مصلحة في إخفاء التخصيص .

الصدر تعليق "رقم-١٦٥-": قد يكون الخاص قطعي الدلالة وقد يكون ظني الدلالة وهو في كلا الحالين يقدم على العام ويكون مختصاً له ومبيناً للمراد منه .

أما الخاص الظني الدلالة فمثاله ما لو ورد في الدليل: اشرب عصير الفواكه، وورد: لا تشرب ماء النومي، وشككتنا في ماء النومي الحامض وهل هو من عصير الفواكه المأمور بشربه أو أنه من ماء النومي المنهي عن شربه، وكل من الدليلين يدل عليه بالإطلاق لاحتمال كون النهي مختصاً بماء النومي الحلو، فيكون الحامض مشمولاً للعام، ويتحمل شمول الخاص له فلا يكون مشمولاً للعام، فكل من الخاص والعام يتحمل شموله ماء النومي الحامض وكل منهما دلالة عليه ظنية، ولكن الذي يستد إلىه ويؤخذ به هو الخاص وإن كان ظني الدلالة لأنه أظهر من العام في شموله للمشروع فيه فيقدم على العام كما لو كان الخاص نصاً فيه وكان: لا تشرب ماء النومي الحامض.

الصدر تعليق "رقم-١٦٦-": بل وإن لم يكن قطعياً كما مررت الإشارة إليه قريباً.

النصر تعليق "رقم-١٦٧-": بل وحتى لو أغمضنا النظر عن هذا الاستقراء، فإن العام لا يكون قطعي الدلالة إلا مع القطع بعدم تخصيصه وعدم وجود مصلحة في إخفاء التخصيص كما مررت الإشارة إليه .

الشاوي رأينا في "العلقيات-١٦١- إلى-١٦٧-": كلها ترجح ما انتهى إليه فقيهنا من أن العام ظني الدلالة دائمًا .

عودة

ويترتب على هذا الرأى أن العام من نصوص القرآن والسنة يختص ابتداء بالقياس-١٦٨-، وبالسنة غير المواترة، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان، بل يرجح الخاص لأن قطعى الدلالة-١٦٩-، أما العام فظنى الدلالة، والقاعدة أن القطعى والظنى لا يتعارضان لعدم تساويهما-١٧٠-، وأن التعارض لا يكون إلا بين متساوين .

الصدر تعليق "رقم-١٦٨-": مر آنفاً أن الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم الاعتماد على القياس في جميع الأحكام الشرعية .

الشواوى رأينا في "تعليق-١٦٨-": يشير إلى آتجاه الفقه الجعفري لعدم الاعتماد على القياس في جميع الأحكام الشرعية، وقد اعترضنا على ذلك من قبل، لأن القياس هو من أساليب الاجتهاد بمعناه الواسع .

الصدر تعليق "رقم-١٦٩-": بل لأنه مفسر وشارح صالح لأن يكون قرينة عرفية على المراد منه وإن لم يكن قطعى الدلالة كما مر عليك ذلك مراراً .

الصدر تعليق "رقم-١٧٠-": مر علينا قريباً أن العام مع احتمال وجود الخاص أو احتمال مصلحة في إخفاء الخاص لا يكون قطعياً .

الشواوى رأينا في "تعليق-١٧٠-": أنه يستعمل على آرائه الشخصية .
الشواوى رأينا في "التعليقات السابقة": أنه يصر على أن العام لا يكون قطعى الدلالة إلا إذا وجد دليل يقطع بعدم تخصيصه، وبذلك يعارض قول فقيهنا بأنه لا يوجد في نصوصنا عام لم يختص وأنما لذلك تكون ظنية دائماً .

ويفدھشنا أنه بعد أن قرر هذا المبدأ وأصر عليه وجد وسيلة للخروج عليه في الحالات التي وصفها بأنما "وجود مصلحة في إخفاء التخصيص" دون أن يقدم معياراً لوجود مثل هذه الحالات سوى ما أشار إليه من وجود التقىة كمبرر لاستبعاد التخصيص. وبهذا أصبحت التقىة وسيلة لتعطيل الآراء التي ينسبوها إلى الأئمة المتصوفين في نظرهم. ونحن نرى أن العصمة والتقىة متناقضان. وجدنا لو وجد من فقهاء الشيعة من يفسر لنا ذلك. ولاشك أن "التقىة" تحتاج إلى مراجعة، وكذلك العصمة .

159 - في اللفظ العام الأصل هو الدلالة القطعية :

نرى أن الألفاظ العامة الأصل فيها أن تكون قطعية في شمولها جميع المراده، لكنها قابلة للتخصيص كلما وجد دليل على ذلك ... وهذه القابلية تجعله ظنى الدلالة؛ وهذا هو ما نرجحه، خصوصاً أنه يرى أن العام كله ظنى الدلالة لأنه لا يوجد في تصوّرنا لفظ عام إلا وقد خصص .

ويترتب على حسبان العام كله ظنى الدلالة أنه يجوز تخصيصه مقى وجد دليل اجتهادى من قياس أو ما يماثله من أساليب الاجتهاد ... أو سنة غير متواترة .

وهو يرى أن الدليل على تخصيص لفظ عام يجب في الأصل أن يكون في مستوى هذا النص من حيث قوته وحججته، لكن إذا تم هذا التخصيص فإن العام المخصوص يصبح ظنى الدلالة ولو كنا عذّلناه قطعياً، قبل ذلك .

ونعتقد أن الاتجاه العام لدى السنة والشيعة هو أن العام ظنى الدلالة في جميع الأحوال .

عده

١٦٠ - **تخصيص العام :** يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وحصره على بعض ما يتناوله من الأفراد، حيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقى من أفراده 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 : ﴿وَالَّذِينَ يرْمُونَ الْمُحْسَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَانِيْنَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبِلُوا هُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأَوْلَانِكُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ [النور: ٤، ٥].

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 تطبق إلا على من هم أهل للتوكيل، أما فاقدو الأهلية كالمجنين والأطفال فلا تطبق عليهم هذه النصوص طبقاً لمبادئ الشريعة العامة، فكان هذه المبادئ العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشريعة.

النوع الثاني : العرف- ١٧١- : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضي العرف بحمله عليه، مثل قوله عليه الصلاة والسلام: "لا قطع إلا في ربع دينار" . فقيمة الدينار- ١٧٢- تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث: النص الشرعي: فقد يخصص النص العام بنص آخر، ولكن يشترط أن يكون المخصوص في مرتبة العام المخصوص من حيث قطعيته أو ظنيته،- ١٧٣- أو أن يكون

الصدر تعليق رقم- ١٧١-: لا يُعد فقهاء المذهب الجعفري العرف من الأدلة الشرعية ليخصوص به العام، وإنما يعتمد على العرف في تفسير الدليل الشرعي اللازم جمله على المعنى العرف.

الصدر تعليق رقم- ١٧٢-: لا يحتاج إلى العرف في تحديد قيمة الدينار لأنها محددة واقعًا، وهو مثقال ذهب خالص، وإنما يحتاج إليه في تقييم المسروق إن لم يكن من القو德، فما رأاه العرف يساوي ربع دينار فما زاد يجب القطع فيه وما لم يكن كذلك فلا يكون سبباً للقطع .

الصدر تعليق رقم- ١٧٣-: من عليك آنفاً أن الخاص المعتبر يقدم على العام وإن كان ظني الدلالة لكونه قريبة عرفية على المراد من العام .

الشاوي رأينا في "التعليقات - ١٧١- - ١٧٣-": يرسنا أنه لا اعتراض لدى الشيعة على دور المبادئ العامة للشريعة في تخصيص العام كما يرى فقيهنا .

وإذا كانت التعليقات أرقام- ١٧١- - ١٧٢- - ١٧٣- تجادل في دور العرف بحسبانه دليلاً مستقلاً، فإنه في نظرهم يمكن أنه يفسر مضمون أي دليل شرعى آخر لكي يحمله على المعنى العرف.

عوده

أعلى منه. وينبئ على ذلك أن نصوص القرآن يختص بعضها ببعضها، وأن نصوص السنة يختص بعضها ببعضها، إذا كانت كلها متواترة، أو كلها من أخبار الأحاديث. ويختص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة، ولا يختص بحديث غير متواتر أو مشهور، ولا يختص حديث متواتر أو مشهور-١٧٤- بحديث من أخبار الأحاديث؛ لأن القرآن قطعى، وفي حكمه الحديث المتواتر أو المشهور، أما خبر الأحاديث فظنى.

١٦٣- **القصور من التخصيص** : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر، والقاعدة-١٧٥- أنه لا يبين النص إلا ما كان في درجته أو أعلى منه . ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

الصدر

تعليق رقم-١٧٤-: بل يختص القرآن الكريم وكل السنة المتواترة المشهورة بكل حديث معتبر وإن لم يكن متواتراً أو مشهوراً، وقد مر آنفًا عليك أن السر في ذلك عدم معارضة الخاص للعام بل هو قرينة عرفية يصلح لبيان فهم المقصود منه وإن كان الخاص ظلياً والعام قطعياً .

الشواوى

رأينا في "تعليق-١٧٤-: أنه يعطى أهمية أكبر للأحاديث غير المتواترة وغير المشهورة، وهو أمر مشكوك فيه في ظرنا .

الصدر

تعليق رقم-١٧٥-: من عليك قريباً عدم ثبوت هذه القاعدة، وأن القرآن الكريم والسنة المتواترة تختصان بأخبار الأحاديث التي ثبتت اعتبارها .

أما النسخ فلا يثبت بالخبر الواحد لا للقاعدة المذكورة بل بالإجماع المسلمين على ذلك. أما القرآن الكريم فإن الحكمة تقتضي من أن تنسخ آية من آياته ولا يعمل بها لوجود آية أخرى منافية لها، فلا يمكن أن تكون في القرآن آية منسوبة لا يعمل بها فإن لازمه وجود التنافى بين آيات القرآن الكريم والله سبحانه وتعالى يقول : **(إِنَّمَا يَنْهَا بِرُوحِنَّاهُ الْقُرْآنَ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوْ جَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا)** [النساء: ٨٢].

وكيف تكون في القرآن الكريم آية منسوبة لا يصح العمل بها بلا قرينة في نفس الآية أو بآية متصلة بها بغير ينسخها، مع أن القرآن أنزل هداية البشر وقد أمروا باتباعه والاقتداء به ؟ فآيات القرآن الكريم لا تنسخ إلا بآية متصلة بها تكون قرينة على عدم لزوم العمل بما فيها وعلى نسخها، وله مثالان في القرآن الكريم .

الأول : قوله سبحانه وتعالى: **(إِنَّمَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدِي نَحْوَكُمْ صَدَقَةً ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ وَأَطْهَرٌ فَإِنَّمَا لَمْ تَجْدُوا فِي أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)** [الجادلة: ١٢] ، **(أَنْشَقْتُمْ أَنَّ تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدِي نَحْوَكُمْ صَدَقَاتٍ فَإِذَا لَمْ تَفْعَلُوا وَتَابَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فَأَقِمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَأَطْبِعُوا اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَاللَّهُ خَيْرٌ مَا تَعْمَلُونَ)** [الجادلة: ١٣] .

فقد ذهب أكثر العلماء إلى أن الآية الأولى منسوبة بالثانية. وإليك ما ذكره في المقام أستاذنا سماحة الإمام السيد أبو القاسم الحلواني في تفسير البيان من ص ٢٦٣ - ص ٢٦٥ ، فقد قال دام ظله: -

= "وقد استفاضت الروايات من طرق علماء الشيعة وحفظها السنة أن الآية الأولى المباركة لما نزلت لم يعمل بها غير على (ع)، فكان له دينار فيباعه بعشرة دراهم فكان كلما ناجي الرسول (ص) قدم درهما حتى ناجاه عشر مرات. روى ابن بابويه ياسناده عن مكحول قال: قال أمير المؤمنين على بن أبي طالب (ع) : لقد علم المحفوظون من أصحاب النبي (ص) أنه ليس فيهم رجل له منقبة إلا وقد شركه فيها وفضله، وللسبعين منقبة لم يشرك فيها أحد منهم. قلت: يا أمير المؤمنين أخبرني بمن، فقال (ع) أول منقبة .. وذكر السبعين، وقال في ذلك: وأما الرابعة والعشرون فإن الله يحيى أنزل على رسوله (ص) **﴿لِرَبِّهِ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتَهُمْ فَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةً﴾** [المجادلة: ١٢]. فكان لي دينار فبعته بعشرة دراهم، فكنت إذا ناجيت رسول الله (ص) أتصدق قبل ذلك بدرهم ووالله ما فعل هذا أحد غيري من أصحابه قبلى ولا بعدى فأنزل الله **﴿إِنَّمَا يَنْهَا الْأَشْفَقُونَ﴾** [المجادلة: ١٣].

وروى ابن حجرير ياسناده عن مجاهد قال : قال على رضي الله عنه آية من كتاب الله لم يعمل بها أحد قبلى ولا يعمل بها أحد بعدى وكان عندي دينار فصرفته بعشرة دراهم فكنت إذا جئت إلى النبي (ص) تصدق بدرهم فسخت فلم ي عمل بها أحد قبلى **﴿لِرَبِّهِ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتَهُمْ فَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةً﴾** [المجادلة: ١٢].

قال الشوكاني: وأخرج عبد الوارد وعبد بن حميد وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه عنه أيضا قال: إن في كتاب الله الآية ما عمل بها أحد قبلى ولا ي العمل بها أحد بعدى آية التجوى **﴿لِرَبِّهِ الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتَهُمْ فَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةً﴾** [المجادلة: ١٢]، كان عندي دينار فبنته بعشرة دراهم فكلما ناجيت رسول الله (ص) قدمت بين يدي نجواكم فلم نسخت فلم ي العمل بها أحد فنزلت **﴿إِنَّمَا يَنْهَا الْأَشْفَقُونَ أَنْ تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَاتَ﴾** [المجادلة: ١٣]. وتحقيق القول في ذلك أن الآية المباركة دلت على أن تقديم الصدقة بين يدي مناجاة الرسول (ص) خير وتطهير للنفوس والأمر به أمر بما فيه مصلحة للعباد، ودللت على أن هذا الحكم إنما يتوجب على من يجد ما يصدق به أما من لا يجد شيئا فإن الله غفور رحيم. ولا ريب في أن ذلك مما يستقل العقل بحسنه وبحكم الوجдан بصحته فإن في الحكم المذكور نفعا للفقراء لأنهم المستحقون للصدقات وفيه تخفيف عن النبي (ص) فإنه يتوجب قلة مناجاته من الناس، وإنما لا يقدم على مناجاته بعد هذا الحكم إلا من كان حبه لمناجاة الرسول أكثر من حبه للمال. ولا ريب أيضا في أن حسن ذلك لا يختص بوقت دون وقت. ودللت الآية الثانية على أن عامة المسلمين غير على بن أبي طالب عليه السلام أعرضوا عن مناجاة الرسول (ص) إشارة من الصدقة وحرضا على المال، ولا ريب في أن إعراضهم عن المناجاة يقوط عليهم كثيرا من المنافع والمصالح العامة، ومن أجل حفظ تلك المنافع رفع الله عنهم وجوب الصدقة بين يدي المناجاة تقديمها للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة وعلى النفع الخاص بالفقراء، وأمرهم بإقامة الصلاة وإيتاء الزكوة، وإطاعة الله ورسوله، وعلى ذلك فلا مناص من الالتزام بالنسخ وأن الحكم المعمول بالأية الأولى قد نسخ وارتفع بالأية الثانية". =

المعنى : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد، أو واحد بال النوع مثل رجل، أو على أفراد متعددة مصورة مثل ثلاثة وعشرة

= هذا بعض ما ذكره أستاذنا الحوني دام ظله، ولا كانت الآية الثانية متصلة بالأولى فلا مخدر في أن تكون ناسخة للأولى لأن كل من يقرأ الأولى يقرئها معها فلا يعتمد على الأولى ولا يعمل بها.

الآية الثانية المنسوخة من القرآن الكريم هي قوله سبحانه وتعالى: «يَا يَاهَا الَّذِي حَرَضَ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوْنَ مائَةً إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مائَةٌ يَغْلِبُوْنَ الْفَالَّا مِنَ الدِّينِ كَفَرُوا بِآيَاتِنَا قَوْمٌ لَا يَفْقَهُوْنَ إِنَّ اللَّهَ عَنْكُمْ وَعْلَمَ أَنْ فِيهِمْ ضَعْفاً فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوْنَ مائَينَ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوْنَ أَلْفَيْنِ يَأْذِنَ اللَّهُ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ» [الأفال: ٦٥، ٦٦].

فقد حكمت الآية الأولى بحرمة الفرار وإن كان المشركون عشرة أضعاف المسلمين، ثم نسخ هذا الحكم لما ضعف المسلمون وصعب عليهم ذلك. ونسخ الآية الثانية للأولى متوقف على التساوي بين الآيتين وعدم نزولهما دفعه واحدة.

أما التساوي فواضح، وأما عدم نزولهما دفعه واحدة فهو الظاهر من سياق الآيتين المباركتين إذ لا معنى لأن يحكم في وقت واحد بحرمة الفرار وإن كان المسلمين عشرة المشركون ثم يرفع هنا الحكم ويختلف عن الأمة قبل أن تعطى مجالاً لامتثال هذا الحكم ولعصيائه كما يشهد بذلك قوله سبحانه وتعالى «إِنَّمَا» مما هو ظاهر في تغير الزمانين، كما يشهد لذلك أخبار وردت من طرق رواة الشيعة وحفظ السنة تخبر عن عدم نزول الآيتين دفعه واحدة. والاعتماد على الأخبار ليس من إثبات النسخ بالخبر الواحد الذي قام الإجماع على بطلانه، وإنما هو إثبات تأخر نزول الآية الثانية الذي لازمه كون الآية الثانية ناسخة للأولى. ولا يمكن حل الآية الأولى على الاستحباب لأن الحكم الاستحبابي لا إلزم فيه فلا صعوبة فيه ولا يكون ضعف الأمة موجباً لرفعة. ولقد أنكر أستاذنا الحوني كون الآية الثانية ناسخة للأولى وذكر في الجزء الأول من تفسير البيان الطبعة الأولى ص ٢٤٢ ما يأتي: إن لازم كلام القائل بالنسخ أن المجاهدين في بدء أمر الإسلام كانوا أربط جاشوا وأشد شकيمة من المجاهدين بعد ظهور الإسلام وقوته وكثرة أنصاره، وكيف يمكن القول بأن الضعف طرأ على المؤمنين بعد قوتهم؟ ويرد على ما ذكره دام ظله أولاً أن الآية المباركة ليست صريحة في طروء الضعف البديهي عليهم بل يمكن أن يكون لهم من القوة ما يمكنهم مقابلة عشرة أضعافهم ولكن ضعف نفوسهم هو الذي أوجب نسخ هذا الحكم وارتفاعه.

وثانياً. أن التاريخ يشهد أن المسلمين كلما زادوا واتصرروا ضعفت قواهم فتراهم في بدر لم يصيهم خوف ولا جبن ونصرهم الله على أعدائه على قلة عددهم وسلامتهم وفقرة الكفار وكثرة عددهم، ثم نراهم هزموا في أحد، وخافوا في الخندق، وانسحبوا أولاً عن خير ونكبا في حنين.

الشاوى رأينا في "تعليق-١٧٥-": استطرد السيد الصدر للإفاضة في موضوع النسخ - والاختلاف بشأنه ليس خاصاً بالشيعة إن أهل السنة يدور بينهم جدال كبير بشأنه كما بينا من قبل فلا داعي لتكرار ما قلناه في هذا الصدد.

عوده

ومائة وقوم ورهط وجع 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 شرعى فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذى وضع له، مثل قوله تعالى : ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] . وقوله : ﴿فَكَفَّارَتْهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مُسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] . فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه، ولا تتحمل الثمانون أو العشرة نقصاً أو زيادة.

لكن إذا قام دليل يقتضى 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- ١٧٦ - هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره؛ لأن الغرض من الزكوة دفع حاجة الفقراء، وهي تتدفع بقيمة الشاة كما تتدفع بالشاة، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة أو ما يعادل قيمتها. وعلى هذا الوجه تأولوا إطعام المساكين العشرة، فرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات- ١٧٧ -، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

الصدر تعليق رقم ١٧٦ - " الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى وإن كان جواز إعطاء قيمة الشاة بدلاً من العين إلا أن ذلك لا للتأول الذى ذكره المؤلف وإنما ذلك لأن الخبر معتبرة دلت على ذلك .

الصدر تعليق رقم ١٧٧ - " الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفرى عدم جواز ذلك لظهور الدليل في لزوم تعدد الفقير، وقد وافقهم في ذلك مالك والشافعى إذ نقل عنهما ابن رشد في كتابه بداية المجتهد الجزء الأول ص ٤١٨ أنهما قالا: لا يجزيه إلا أن يطعم عشرة مساكين .

الشواوى رأينا في "التعليقين" - ١٧٦ -، - ١٧٧ - " يشير إلى أن الفقه الجعفرى يؤثر ما يسميه "الأخبار المعتبرة" على مجرد التأويل الاجتهادى، وفي ذلك تقيد بحال الاجتهاد لا نرى له مسوغاً .

إذا كان اللفظ العام قابلاً للتخصيص دائمًا فإن ذلك لا يكون إلا بدليل شرعي؛ سواء كان الدليل وارداً في النص العام ذاته أو كان مستمدًا من مبدأ عام أو عرف أو نص آخر؛ ويشرط في هذه الحالة أن يكون هذا الدليل في مستوى يؤهله لذلك بأن يكون في درجته من حيث القطعية أو يكون أعلى منه.

وبعض الفقهاء يعدون التخصيص نوعاً من النسخ؛ ويغالون في ذلك مما يترب عليه توسيع مجال النسخ؛ وهو ما لا تتوافق عليه وما يعارضه كثيرون. ومشكلة النسخ تشير جدلاً لأحدود له، وليس هذا مجال البحث فيه ..

ونحن نوافقه فيما أورده عن حكم اللفظ الخاص إذ يرى أنه هو أيضاً يقبل التأويل إذا قضت بذلك حكمة التشريع والأصول والنظريات العامة كما في الأمثلة التي ذكرها.

وأدلة التخصيص من أهم موضوعات الفقه في نظرنا، وخاصة منها ما يسميه الأدلة "المستقلة"، أي التي لم يرد بها نص التخصيص ولكن يستتبع مما سمى "المبادئ العامة في الشريعة" ...

وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه "المبادئ العامة" هي أساس ما تحتاج إليه من "نظريات عامة"، وهو هنا يؤكد أنها يمكن أن تُعد دليلاً على تخصيص بعض النصوص العامة، وبذلك يشير إلى أهميتها العملية في تطبيق النصوص الشرعية، فلم تعد تلك النصوص مطلقة في عمومها كما يظن البعض، بل يجب أن يكون تطبيقها خاضعاً لتخصيصها بفعل "النظريات أو المبادئ العامة".

لذا السبب، فنحن لا غل من الإشارة إلى أهمية "النظريات العامة" وخاصة في الحاضر والمستقبل لأنه لا يمكن تطبيق النصوص الشرعية إلا في إطارها – وسوف نجعل هذا المبدأ أساساً لما نقدمه من آراء وخاصة فيما يتعلق بما سمى "نظرية المساواة الإنسانية" أو نظرية مساواة المرأة بالرجل، فإن ما يقدمه بعض فقهائنا من أدلة اجتهادية على بعض الأحكام التي استبعدها إذا كانت تخل بمبادئ المبدئين تكون غير مقبولة في نظرنا لضرورة الالتزام بما في تفسير النصوص القرآنية، ومن باب أولى في استبعادنا للأحكام الاجتهادية الفرعية.

واعتبار "العرف" أساساً لتخصيص النصوص العامة لا يقل في أهميته عن "النظريات" أو المبادئ العامة التي أشرنا إليها، وقد ذكر مثلاً لذلك "الدنانير" التي حدد نصاب حد السرقة بها في السنة النبوية، فقد أشار إلى أن قيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه في كل زمن وكل مكان . وبناء على ذلك فإننا نرى أن نصاب حد القطع في السرقة يجب أن يخضع للمتعارف عليه زماناً ومكاناً – ولا توافق الذين يلتزمون في تقديره بالذهب لأن الذهب والفضة كلاماً ليست له قيمة ثابتة، فلا يجوز

مقدار الكفارات تخضع للعرف :

الاعتماد عليهما في تحديد نصاب حد السرقة وإهمال العرف الذي يسير عليه الناس، خاصة ونحن في عصر النقود الورقية التي تختلف فيها قيمة الصرف من يوم لآخر، وأخذ العرف في حسباننا عند تطبيق النصوص أو تفسيرها أو استنباطها هو إحدى النظريات العامة في شريعتنا .

إذا كان البعض يعدهون التخصيص نسخا - في حين يعارض ذلك كثيرون من المحدثين، فإن هذا الخلاف يدخل في نظرنا في نطاق المصطلحات ولا يغير شيئاً من الحقيقة، وهي أن التخصيص يحد من نطاق تطبيق اللفظ أو النص العام، سواء كان هذا التحديد نسخاً أو كان مجرد تحديد لنطاق تطبيق النص العام .

* * *

فيما يتعلق بالنص الخاص، فإنه أقر بجواز تأويله كلما قام دليل على معنى آخر. وبالنسبة للأمثلة التي ذكرها عن أعداد الجلدات في حد القذف أو عدد المساكين في الكفاراة، فنحن نرى أن هذا العدد قد يكون المقصود منه الإشارة إلى الحد الأقصى بالنسبة للجزاء كما في الجلد - أو قد يقصد به الحد الأدنى الذي يجوز الزيادة عليه كما في الكفاراة. فنحن لا نرى ضرراً في أن من يتلزم بالكافارة يمكن أن يزيد على عشرة مساكين، لأن الزيادة طوع مستحب ولا ضرر فيها، خصوصاً إذا صار المتأثر أقل بكثير مما تستلزم ظروف الزمان والمكان .

لكن نرى أن عدد الجلدات المقرر بالنص هو الحد الأقصى للعقوبة الحدية وكل ما ورد في عدد جلدات الحد يشير إلى الحد الأقصى الذي لا يجوز تجاوزه جداً ولا تعزيراً - وإن كان يجوز إنقاذه في حالات التعزير عندما ما يكتفى بالتعزير لوجود شبهة . يلاحظ هنا أننا إذا طبقنا الجلد تعزيراً على نوع من القذف فمن الأفضل ألا نعدها جريمة قذف، لأننا نفضل أن توصف بذلك كلما كانت تستحق عقوبة حدية على أن يعطى لها اسم آخر ليكون جريمة أخرى أو معصية تستحق التعزير لا الحد إذا لم تتوافر شروط الحد، وهنا يمكن القول إن التعزير المستحق هو عقوبة جريمة أخرى غير مسماة . إن نظرية التعزير كأصل عام عن الجرائم التي هي من جنس العاقب عليها جداً أو قصاصاً، تحتاج إلى مزيد من البحث، لأن الحد أو القصاص هو تعزير من الله بنص شرعي، أما المعاصي التي تخرج عن هذا النطاق فالعقاب عليها أو الجزاء هو تعزير فوضه الله للقاضى أو المجهد .

عوده

١٦٦ - حالات المفظ الخاص : للفظ الخاص حالات متعددة، فقد يرد مطلقاً، وقد يرد مقيداً، وقد يأتي في صيغة الطلب أى الأمر، وقد يأتي في صيغة النهي.

١٦٧ - المطلق والمقيد : المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظاً بأى قيد، مثل مصرى، والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظاً بقيد ما، مثل مصرى مسلم. وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه،- ١٧٨ - إلا إذا قام دليل على تقديره، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه، كقوله تعالى: «كتب عليكم القصاص في القتل» [البقرة: ١٧٨]. فإنه يفيد إطلاق القصاص في كل قتل متعمد، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "لا يقاد والد بوالده". فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقاً في نص شرعى ومقيداً في نص آخر، فإن كان الحكم الوارد فيهما متيناً، والسبب الذى بنى عليه الحكم متيناً، حمل المطلق على المقيد، وكان المراد من المطلق هو المقيد؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسيبه. ومثل ذلك قوله تعالى: «حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير» [المائدة: ٣]. فلفظ الدم في هذه الآية مطلق. وقوله تعالى: «قل لا أجد فيما أوحى إلى محurma على طاعم بطعنه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوها أو لحم خنزير» [الأنعام: ٤٥]. فلفظ الدم في هذه الآية مقيد، والحكم في الآيتين متعدد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النصان في الحكم أو السبب، فلا يحمل المطلق على المقيد، بل يعمل بكل نص في الحالة التي وضع لها؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو علة الإطلاق والتقييد، مثل قوله تعالى : «(ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله)» [النساء: ٩٢]. وقوله: «(أو الذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا)» [المجادلة: ٣]. فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف؛ لأنه في الأولى القتل، وفي الثانية المظاهرة. فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان، أى بأن يكون صاحبها مؤمناً تشديداً للعقوبة، ولم تقييد الرقبة بشيء في حالة المظاهرة؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعنق أى رقبة .

تعليق رقم ١٧٨-: إذا كان المتكلم يريد لافهم مراده ولم يكن يريد إيهاله أو إهمال بعض تفاصيله .

رأينا في تعليق ١٧٨-: مجرد تحفظ على عبارة الأصل .

عودة

١٦٨ - صيغة الأمر: إذا ورد اللفظ الخاص في صيغة الأمر أو في صيغة الخبر التي تعني الأمر، فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو الخبر عنه، كقوله تعالى: «فاقتعوا أيديهما» [المائدة: ٣٨]. و قوله: «ومطلقات يتربصن» [البقرة: ٢٢٨] . فال الأول يوجب قطع يد السارق، والثانى يوجب ترخيص المطلقة ثلاثة قروء .

ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب، أخذ بما تدل عليه هذه القرينة، كقوله تعالى: «كلو واشربوا» [البقرة: ٦٠] ، فإنه للإباحة. و قوله: «إذا تدابنتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه» [البقرة: ٢٨٢] ، فإنه للندب. و كالتهديد في قوله: «اعملوا ما شئتم» [فصلت: ٤] . و كالتتعجيز في قوله: «فأتوا بسورة من مثله» [البقرة: ٢٣] ، وغير ذلك، مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٩ - صيغة النهي: إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهي أو صيغة الخبر التي في معنى النهي، أفاد التحريم، أى طلب الكف عن فعل المنهى عنه على وجه الإلزام، كقوله تعالى: «ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق» [الإسراء: ٣١] . و قوله: «ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر» [البقرة: ٢١٧] .

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهي عن معناها إلى معنى، آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة، مثل قوله تعالى: «رينا لا تزغ قلوبنا» [آل عمران: ٨] ، فهو للدعاء . و قوله: «لا تسألو عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم» [المائدة: ١٠١] ، فهو للكراهة .

إشارته إلى أقوال فقهائنا بشأن الصيغ المتعددة للفظ الخاص تنتهي كلها بتوسيع مجال الاجتئاد أمام الفقهاء والمفسرين كلما وجد دليلاً أو قرينة تصرف الصيغة عن ظاهرها من الإطلاق - كما في الأمثلة التي ذكرها .

ويسونا الله أشار إلى دور القرآن في صرف صيغة الأمر عن "الإيجاب" ، ولذلك فإننا نرى أن ما أشار إليه من أمثلة النصوص الموجبة للنحو - مثل قطع اليد في السرقة - فيه تجاوز، لأن الشارع الحكيم فر مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ فكلما وجدت شبهة امتنع الوجوب . والشبهة ثبتت بالقرآن ... ولا يجوز حصرها .

والأمثلة التي ذكرها عن النصوص التي وجدت قرائن تصرف صيغة الأمر الواردة في القرآن الكريم إلى مجرد الإباحة - أو الندب - أو التهديد - أو التعجيز تجعلنا نعمد أن القرآن تكفي لصرف الأمر عن الوجوب في جميع الحالات كلما وجدت، أي أن الاستثناءات التي ذكرها لا محل لها في نظرنا .

وما يقال عن الأمر يقال أيضاً عن صيغة النهي، التي تفيد التحريم والتجريم إذا عذّلنا النهي موجباً للعقاب. أما إذا كان المقصود مجرد التهديد بالمسؤولية الدينية أمام الله يوم القيمة، فلا يحتاج إلى أن نصرفه عن التحريم .

عودة

الفرع الثاني في القواعد التشريعية التي تراعي عند التفسير

١٦٩- مالهي القواعد التشريعية : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية، التي يجب الإمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية. وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التي جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد (التي يهم الجماعة حمايتها)، وبالبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معاً. فإذا راعى القاضي -١٧٩- أو الفقيه هذه الاعتبارات، كان له أن مجتهده في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح.

١٧٠- مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامي : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطاً، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة. ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقاصد الشارع من وضعها، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى قد تحتمل أكثر من وجه، والذي يرجح واحداً من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع. وقد تتعارض النصوص بعضها مع بعض، فلا يرفع هذا التعارض ولا يوقف بيها إلا معرفة ما قصده الشارع منها. فيجب إذن على كل باحث في التشريع الإسلامي أن يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع، وأن يعرف الواقع الذي نزلت من أجلها نصوص القرآن، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص، وأسباب التزول والورود مبينة في كتب التفسير والسنة .
وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد :

١٧١- المقصود الأول : وهو حفظ كل ضروري 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 .

الصدر

تعليق "رقم-١٧٩-": ليس للقاضي أن يراعي هذه الأمور إذا لم يكن مجتهداً فقيها.

الشاوى

رأينا في "تعليق-١٧٩-": يشير السيد الصدر إلى رأيهما في وجوب النزام القاضي غير المجتهد بما يقرره المجتهدون. ولكن ذلك لا يعني القول بحرمان غير المجتهدين عموماً من تفسير النصوص ماداموا يتلزمون بتطبيقها.. لأنه لا يمكن إلزام المكلف بتطبيق النص مع حرمانه من فهمه وتفسيره ...

عوده

والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء : (١) الدين. (٢) النفس. (٣) العقل. (٤) النسل. (٥) المال. وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحکاماً تكفل إيجاده وإقامته، وأحکاماً تكفل حفظه وصيانته، فكل حکم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حکم ضروري .

١٧٦ - المقصود الثاني : توفير ما هو حاجي للناس . والأمر الحاجي هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتلال مشاق التكليف وأعباء الحياة، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة . فالامور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج، ويخفف مشاق التكليف، ويسير طرق التعامل .

١٧٣ - المقصود الثالث : تحقيق ما فيه تحسين حال الأفراد والجماعة . والأمر التحسيني هو ما تقتضيه المرودة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضروري، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجي، ولكن تكون حالهم مستقرة 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 فقدتها اختلال النظام والأمن وشيوخ الفوضى . وتليها في الأهمية الحاجيات؛ لأنها يترتب على فقدتها وقوع الأفراد والجماعات في الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية، وفقدتها لا يترتب عليه تقويض النظام، ولا اختلال الأمن، ولا وقوع الناس في الحرج، وإنما يترتب على فقدتها الخروج على ما تستحسن العقول، والبعد عن الكمال الإنساني . ومن ثم كانت الأحكام التي شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالرعاية، ثم تليها التي شرعت بتوفير الحاجيات، وهكذا .

الصدر تعليق " رقم - ١٨٠ -": وهذه الأحكام كلها من الدين، لأن الدين هو الطريق الذي سنه الله خلقه وأمرهم باتباعه في جميع أحوالهم وشؤونهم، فهو شامل لأحكام جميع الأمور الضرورية وغيرها وشامل لأحكام ما هو حاجي للناس ولأحكام ما فيه تسهيل حال الأفراد والجماعة .

الشاوي رأينا في "تعليق - ١٨٠ -": لا نجاري السيد الصدر في اعتراضه على قول فقيهنا: إن الأحكام المتعلقة بالضروريات الخمس التي ذكرها - تُعدَّ أصولاً شرعية، لها أهمية تتجاوز الأحكام الفرعية المتعلقة بال الحاجات والتحسينات ...

وحجته أن الدين شامل لكل ذلك لا تعني أن تكون جميع الأحكام في مستوى واحد من الأهمية ولا القول بأنه لا تفاوت أو ترتيب فيما بينها ...

عودة ومن المقرر أن لا يراعى حكم تحسيني إذا كان من مراعاته إخلال بحكم حاجي، ولا يراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري ١٨١-. ولذا أبيح كشف العورة إذا اقتضى هذا علاجاً أو جراحة؛ لأن ستر العورة أمر تحسيني، والعلاج أمر ضروري . وأبيح تناول التجسس للتداوي وفي حالة الضرورة؛ لأن المنع من التجسسات تحسيني، والتداوي ودفع الضرورة أمر ضروري.

وتحب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك ١٨٢-، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات، ورفع المشقة والخرج أمر تحسيني، فلا يراعى التحسيني إذا مس الضروري .

والأحكام الضرورية لا يجوز 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 الهالك في إتلاف مال الغير، كان للإنسان أن يقى نفسه من الهالك ويتلف مال غيره؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال ١٨٣-.

الصدر تعليق "رقم ١٨١-": لما كان الحكم الحاجي إنما شرع لما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق الحياة، فلا يعقل أن يخل بحكم ضروري .

الصدر تعليق "رقم ١٨٢-": للأحكام الشرعية ضرورية وغير ضرورية على نوعين: نوع يلزم منه الخرج على غالب الناس كالجهاد والحقوق المالية، ونوع لا يكون حرجاً على المكلف كالصلة مثلاً، وهذا النوع يرتفع عن المكلفين إذا صار حرجاً عليهم لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جعل عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. فإن معنى هذه الآية المباركة أن أي حكم يكون حرجاً يرفعه الله عن الأمة ولا يكفيهم به، ويكون هذا الدليل باصطلاح علماء الأصول حاكماً على جميع الأدلة ومحضها لها بصورة عدم الخرج. أما الأحكام التي يلزم منها الخرج على نوع المكلف كالجهاد والحقوق المالية فلا ترتفع بهذه الآية المباركة إلا إذا لزم منها حرج أكثر من الحرج الملائم لها.

الصدر تعليق "رقم ١٨٣-": فيباح له إتلاف مال الغير، ولكن يكون ضامناً له، لأن مال الغير حكمين: أو هما : حرمة التصرف فيه، وثنائيهما : ضمانه لو تصرف فيه وأتلفه.

فإذا توقف حفظ النفس على إتلاف مال الغير، فإنه يباح له التصرف تكليفاً وترتفع حرمة التصرف في مال الغير، ولا يرتفع الحكم بالضمان بل يحتمم بضمانه لعموم ما دل على ضمان من أتلف مال الغير سواء جاز له الإتلاف أو حرم عليه .

الشواوى رأينا في "التعليقات ١٨١-، ١٨٢-، ١٨٣-": ما يقوله السيد الصدر يؤكد نقدنا لما قاله في التعليق رقم ١٨٠- ويفيد ما ذهب إليه فقيهنا في الأصل من أن هناك تفاوتاً يوجب إعطاء الأولوية لما يتصل بالضروريات .

ومع ذلك تويد قوله بوجوب الضمان في حالة إتلاف مال الغير لحفظ النفس - لأن الضرورات إنما تقدر بقدرها؛ فإذا استلزمت الضرورة إتلاف مال الغير فإنما لا تستلزم عدم التعويض عنه لصاحبها.

169 - التفسير والاجتهداد والمقاصد العليا والنظريات :

ما يسميه القواعد التشريعية في التفسير هي ضوابط استنباط الحكم من نصوص المصادر الإلهية عن طريق تفسيرها وفهم مقاصدها - ونحن نُعَدَّ أن التفسير هو مدخل الاجتهداد، بل هو أولى مراحله وأوسع مجالاته في نظرنا .

إننا نُعَدَّ هذا البحث إشارة البدء في مرحلة جديدة من مراحل الاجتهداد في الفقه؛ تتميز بما نسميه "التنظير"، أي محاولة بناء نظريات عامة على أساس المبادئ التي قررتها النصوص القرآنية؛ فلا يجوز بعد الآن الاكتفاء بالنظر إلى هذه النصوص على أنها مصدر لأحكام فرعية، بل لا بد من أن تكون مفتاحاً لاستنباط المقاصد العليا للشريعة لتكون نواة لنظريات عامة، وتستتبّت منها أشجار باسقة ثابتة الأصول القرآنية، نامية "الفروع" والأزهار والثمار من الأحكام التي تُثْلِي مخصوصات دورية في كل مرحلة من مراحل الحصاد التي توفر للمجتمع حاجاته المتتجددة يواجهها ما يستجد له من قضايا ومشكلات تختلف باختلاف الزمان والمكان وتزداد وتتضاعف بمرور العصور .

إننا نرى أن الاجتهداد هو صورة من صور التفسير الواسع للنصوص، وأن التفسير هو تعبير أولى عن أولى درجات الاجتهداد، وبذلك يستبعد ذلك الحاجز الوهمي بين علم التفسير وعلم الفقه؛ إذ تقوم النظريات العامة على أصول مستمدّة من تفسير النصوص لستّيّن منها مبادئ ونظريات عامة تمدّنا بالفروع التي تكونون الفقه .

إن القواعد اللغوية التي توسيع في عرضها فيما سبق، أعدّنا لما يقدمه هنا ما يسميه "قواعد تشريعية"

وكما نرى، فإنه يقصد بذلك ما تعارف عليه فقهاؤنا من أن فهم النصوص لا يكفي فيه الرجوع لأنّ لفاظها ومعانيها اللغوية، بل يجب استقراء الأحكام لعرفة "عللها" والمبادئ العامة للشريعة وروح التشريع التي تقوم على أساسها "النظريات العامة" التي تحقق "مقاصد" التشريع .

* * *

نطاق الضروريات وال حاجيات يختلف حسب ظروف الزمان والمكان :

وقد سبق أن قلنا إننا لا نقر القول بأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة - لأننا نرى أن جميع النصوص لمصلحة المجتمع - ووجود نصوص تمس حقوق الأفراد أو تحميها فلا يعني ذلك أنها خاصة بالأفراد، بل يكون لها وظيفة مزدوجة لمصلحة الجماعة والأفراد أيضا، وفي هذه الحالة كان يكفي في نظرنا قوله إن جميع النصوص (لا بعضها فقط) شرعت لمصلحة الجماعة وحقوق الأفراد معا، كل ما هنالك أنه يوجد تفاوت فيما يتعلق بمصالح الأفراد التي تحميها النصوص.

وما أورده عن "مقاصد الشارع الحكيم" يؤيد ما نقوله - لأن جميع هذه المقاصد الخمسة تهم الأفراد وهم المجتمع بالدرجة الأولى - لأن المجتمع بهمه دائماً صيانة حقوق أفراده وحياته - وانتفاء الأفراد للمجتمع سببه ذلك .

والترتيب في الأولوية بين "الضروريات" وال حاجيات والتحسينيات يجب أن يضاف إليه أن نطاق كل من هذه الأقسام الثلاثة ليس له حدود ثابتة بل إن حدوده متطرفة بتطور المجتمعات، فقد أصبح كثير من الحاجات ضرورية في عصرنا الحاضر ... وكذلك بعض التحسينيات قد ارتفع إلى مستوى الحاجيات .

مثال ذلك أن العلم والتعلم كان ضروريا فيما مضى لكل فرد لمعرفة الحال والحرام والعبادات والعقائد - لكنه الآن أصبح ضروريا لكل مجتمع لكي يستطيع أن يبني اقتصاده ودفعه عن حدوده واستقلاله وعن حقوق مواطنيه ... ولذلك فإن نطاقه قد اتسع أكثر من ذي قبل - وكذلك تهديد الطرق ووسائل الاتصالات الماتفية والبرقية ووسائل الاعلام ... وهكذا ..

* * *

وكما قلنا من قبل، فإن بناء النظريات التشريعية والتلوّس فيها هو مرحلة متقدمة من التفسير والاجتهاد - وتزداد أهميته في عصرنا وفي المستقبل - وخاصة في نطاق التعازير. مثال ذلك أنه فيما مضى كان النص على عقوبة حدية للسارق والسارقة يعذَّب حكماً خاصاً بجريمة السرقة التي أفضى فقهاؤنا في شروطها وعقوبتها، ويجب علينا الآن أن نبني على أساسه نظرية شاملة للتعمير على جميع ألوان الاعتداء على الأموال - التي تسمى الآن جرائم الأموال - ويدخل فيها النصب وخيانة الأمانة واحتلاس المال العام وجرائم الحريق والإتلاف - لأن النص إنما هو أساس مبدأ عام هو حرمة أموال الناس كما أن عقوبات القصاص أساس حرمة الدماء وسلامة الأبدان .

جرائم أو لم تكن، بعضها حق خالص لله، أو حق الله فيه غالب. وبعضها حق خالص للمكلف، أو حق المكلف غالب فيه.

وحيث يعبر الفقهاء بما 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 حكاماً أو ممكّومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته.

ويعد من حقوق الله الخالصة أي من حقوق الجماعة العبادات، كالصلوة والصيام والركع وغيرها؛ لأن المقصد بها إقامة الدين، والدين في التشريع الإسلامي هو أساس نظام الجماعة العام، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله.

ويعد من حقوق الله الخالصة، أي: من حقوق الجماعة، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة، كالزنا والسرقة والحرابة، والعقوبات التعبدية كالكافارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أنها ونظامها وتقاسكمها وقوتها.

وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها، كحد القدر؛ لأن الجريمة تمس الأعراض، ففي العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن في عدم التسلیع عنها مصلحة خاصة له أيضاً؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القدر، وإثبات ذلك قد يؤدي إلى إقامة حد الزنا على المقذوف. ولما كانت الجريمة تمس الأعراض، وتؤدي إلى التنابر والتعادي، وتشويه السمعة، وتلويث الأمهات والأولاد، والتشكيك في نظام الأسرة، جعل الحد حقاً لله، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا ثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتازل أو يغفو، 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 مساساً مباشراً، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية، فقلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة^(١).

والأفعال التي تمس حقوق الأفراد الخالصة هي التي تمس حقوقاً ترك للأفراد أن يسترفوها أو يتركوها، كتحصيل الدين، وحبس العين المرهونة، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجاني.

(١) راجع الفقرتين ٤٧١، ٣٨١.

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق الله وحقوق للأفراد إلا أن الكثريين منهم يرون بحق، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقاً لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها، لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليتمثل ويتبع، ومن حق الله على عباده أن يتثلوا أوامرها، ويحيطوا نواهيه. ويعملوا بشرعيته فكل حكم إذن فيه حق الله من هذه الوجهة. وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد ففي ذلك كثير من التجاوز، ولا يُعد هذا القول صحيحاً على إطلاقه، وإنما يصح على تغليب حق العبد في الأمور الشخصية، كذلك فإن ما يُعد حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلاً أو آجلاً، لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد.

175 - حقوق الأفراد هي حق للجماعة دائمًا :

يكفيما ما انتهى إليه في هذا البند من أن الكثيرين من فقهائنا يرون "أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعد حقاً لله تعالى، أيضاً". وهذا يؤيد ما قدمناه من أن جميع الأحكام الجنائية مقررة لحماية حق الجماعة؛ وأننا لا نقر ما أشار إليه عندما قال: "إن بعض العقوبات مقررة لصالح الأفراد" إلا إذا قصد بذلك أن طلب تشديد العقوبة (لتكون قصاصاً) أو التنازل عن ذلك مقرر لإطفاء جذوة الانتقام الفطرية لدى الأفراد - ومع ذلك فإن ذلك في ذاته لصالح أمن الجماعة واستقرارها وليس فقط لصالح المجنى عليه أو ولي الدم.

رأينا أن حق الله ثابت في كل حكم شرعي - وإذا وجدت حقوق خاصة للجماعة أو للفرد - فهي تضاف إلى حق الله ولا تنفي وجوده بل ولا تغلب عليه في ظرفاً.

إن حق الجماعة هو مقصد كل حكم شرعي - وبخاصة الأحكام الجنائية - وإذا وجدت مصلحة معينة لفرد معين أو حق له فذلك لا ينفي حق الجماعة في الجزاء الجنائي في جميع الأحوال، ولا يصح القول بأنه يحل محله أو يستبعده ولا أنه يغلب عليه.

إن تقرير حق العفو أو إسقاط القصاص مثلاً للمجنى عليه أو ولي الدم لا يعني أنه يحل محل الجماعة في حقوقها التي تستوجب فرض الجزاء عن الجريمة تعزيزاً لها - وكل ما هنالك أنه أعطى حقاً خاصاً به إلى جايب الحق الأصلي والأساسي للجماعة في "التعزير".

هذا كله في نطاق التشريع الجنائي؛ فكل أحكامه تقرر حقاً لله وحقاً للجماعة في الجزاء الجنائي تعزيزاً. هذا هو المبدأ العام. ويضاف إليه أن بعض الأفعال ينشأ عنها إلى جانب ذلك حق إضافي واستثنائي لفرد معين، في تشديد العقوبة أو إجراء معين أو تصرف معين قررته الجماعة لأنه في نظرها ضروري لمصلحتها وأمنها واستقرارها وإن كان في نفس الوقت مصلحة أحد أفرادها الدين ترى إرضاعهم لمصلحتها هي، ولمصلحةه كذلك.

سنعود لذلك بالتفصيل عند بيان أن "التعزير" هو الجزاء العام لكل الجرائم، وهو حق الله وحق للجماعات. أما القصاص أو الديمة، فيما عقوبات مشددة تان متوفقات على طلب المجنى عليه أو ولي الدم، لكن هذا التشديد يسقط إذا تنازل عنه من قرر لمصلحته ولا يعني ذلك سقوط "العقوبة" أو الجزاء الجنائي بل يصبح تعزيزاً في النطاق الذي رسمه الشارع للتعازير، ويؤكد ذلك ما ذكره في نهاية البند ١٧٥ - (ص ب/٢٢٥) فستلتفت نظر القاريء له.

عوده

١٧٦- الاجتهاد: الاجتهاد-١٨٤- في الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى، من دليل تفصيلي، من الأدلة التي يضعها الشارع للدلالة على الأحكام. والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه، ويجب تطبيقه بحاله؛ لأنه قطعى الورود، أي: لا شك في وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث. وأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث. ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢]. فلا مجال للاجتهاد-١٨٥- في معاقبة الزانى بالجلد.

الصدر تعليق "رقم-١٨٤-": كثُر تعريف الاجتهاد في لسان فقهاء المذهب الجعفري. وأقدم تعريف له ما ذكره الحسن الحلى في كتاب المعارج، فقد عرفه بأنه بذل الجهد في استخراج الأحكام الشرعية . وأحدث تعريف له ما ذكره أستاذنا الإمام أبو القاسم الخوئي في بحثه في النجف الأشرف بأنه ملحة تحصيل الحجج، والوظائف العملية شرعية أو عقلية . وهذا أرجح من التعريف الذى ذكره المؤلف لأن عملية الاجتهاد غير منحصرة في استخراج الحكم الشرعى بل هو شامل لمعرفة ما يجب عمله على المكلف حال عدم وجود الدليل الشرعى وما الذى يحكم به الأصل العملى الشرعى أو العقلى في ذلك الحال، كما أن عمل المختهد هو تحصيل الحجج الشرعية سواء أوجبت معرفة الحكم الشرعى وأصبحت سبباً للعلم به أم لم تكن كذلك، فلذا لم يأخذ أستاذنا السيد الخوئي قيد المعرفة في تعريف الاجتهاد .

الشاوي رأينا في "التعليقات-١٨٤-، -١٨٥-": نؤيد اتجاه الجعفرية إلى التوسيع في مفهوم الاجتهاد على التصور الذى أشار إليه بدلاً مما ذكره فقيهنا من الإشارة إلى "الدليل التفصيلي"؛ ولا إلى "النص الشرعى" .. لذلك نؤيد اعتراضات السيد الصدر وحججه في هذه التعليقات، ونرى أن الاجتهاد واجب في جميع الأحوال ولتطبيق جميع النصوص بلا استثناء.

الصدر تعليق "رقم-١٨٥-": إن الآية المباركة وإن كانت صريحة في معاقبة الزانى بالجلد وفي عدد الجلدات إلا أن للاجتهاد فيها مجالاً. أما أولاً ففي تحقيق الموضوع وهل هو مطلق الزانى والزانة أو بعض أفرادهما، وهذا متوقف على معرفة المراد من اللفظ الموضوع للطبيعة وهل يحمل على جميع الأفراد ما لم يقيد أو لا يحمّل على الجميع إلا مع قرينة تشهد بذلك. وعلى القول بنزول الحمل الموضوع للطبيعة على جميع الأفراد فيبني الفحص في أنه هل للآية المباركة مقيد أم هي باقية على شمولها وعلى القول بعدم دلالة اللفظ الموضوع للطبيعة على الشمول إلا مع قرينة ثبت إرادة الشمول منه يبني الفحص في أنه هل هناك قرينة تشهد على العموم أولاً قرينة هناك، وأن القريئة العامة التي ذكرها العلماء وأسموها بمقدمات الحكمة هل هي تامة أم ليست تامة وما الذي يترتب على تماميتها .

عوده

ولا في عدد الجلدات، وكذلك- ١٨٦- لا اجتهاد في كل العقوبات المقدرة. ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة . أما إذا كان النص ظني الورود أو الدلالة، فهو محل للاجتهاد، وللمجتهد أن يبحث في الدليل من حيث سنته وطريق وصوله إلينا، ومن حيث دلالته على معناه . و مجال الاجتهاد واسع في ما لا نص فيه. فالمجتهد يبحث الواقعه التي لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس- ١٨٧-، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو العرف،

= وأما ثالثاً فيبني النظر في أن ما دل على لزوم رجم بعض الزناة هل يكون مقيداً بهذه الآية المباركة أو لا يكون مقيداً لها بل يحكم باجتماع المقاييس. وأما ثالثاً فيبني النظر في أن الحكم بالرجم هل هو على نحو الوجوب أو الاستحباب، وهذا متوقف على معرفة معنى صيغة الفعل، وهل تدل على الوجوب إلا مع القرابة على الوجوب وعلى تقدير دلالته على الوجوب إلا مع القرابة فيبحث المجتهد عن وجود القرابة الدالة على عدم الوجوب كما يبحث على القول بعدم دلالته على الوجوب إلا مع قربة في أنه هل هناك قربة تدل على الوجوب ليحكم بالوجوب مع وجودها وعدم الوجوب مع عدم القرابة.

الشاوي رأينا في "تعليق- ١٨٥-": تزيد اعتراض السيد الصدر .

الصدر تعليق "رقم- ١٨٦-": لا يستغنى شيء منها عن الاجتهاد، كما يظهر ذلك في التعليقة السابقة وكذلك السنن المتواترة مع عدم القرابة .

الشاوي رأينا في "تعليق- ١٨٦-": تزيد قوله من أنه لا يمكن الاستغناء عن الاجتهاد بحال من الأحوال، في أي ظرف من الظروف، لكن هناك تفاوتاً في درجاته.

كما أنها تزيد عدم التفرقة بين أساليب الاجتهاد سواء وصفت بأنها قياس أو استحسان أو استصحاب أو عرف أو مصالحة مرسلة ... فكلها صور من الاجتهاد أو أدوات له .

الصدر تعليق "رقم- ١٨٧-": لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري على جميع الطرق التي ذكرها المؤلف عدا الاستصحاب .

أما القياس فقد مر الكلام فيه كما مر الكلام في العرف وأنه ليس طريقة لمعرفة الحكم الشرعي وإنما يرجع إليه في فهم الفاظ الكتاب والسنة .

أما الاستحسان فإن المراد منه ما عناه البздوى من الاستحسان من أنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفري لعدم اعتمادهم على القياس، وليس هو من الأدلة بنظرهم ليحتاج إلى تخصيص أو تقييد. والاستحسان على التعريف الأول من أفراد القياس، وعلى الفرض الثاني مخصوص له. وإن كان المراد من الاستحسان ما ذكره الشاطئي من المالكية من أنه العمل بأقوى=

أو المصالح المرسلة، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية، وفي الإجراءات

= الدليلين، أو ما ذكره الطوف من الحنابلة من أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها للدليل شرعي خاص، فهو وإن كان مما يقول به الشيعة الجعفرية لأنهم يعملون بأقوى الدليلين ويعدلون بالمسألة عن نظائرها للدليل خاص من كتاب أو سنة، إلا أنه لا مجال له في محل الكلام، لأن المؤلف فرضه مرجعاً فيما لا نص فيه والنص هو الدليل . وإن كان المراد منه ما عرفه به ابن قدامة ثانياً بعد أن عرفه أولاً بما يرجع إلى ما نقلناه عن الطوف من أنه ما يستحسن المجتهد بعقله، وما عرفه به ثالثاً من أنه دليل ينقد في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه، فيرد عليه بأنه لا دليل على حجية ما يستحسن المجتهد بعقله وليس من الأدلة الشرعية عقل المجتهد. كما لا يصح للمجتهد أن يدخل عقله في معرفة الأحكام الشرعية، وإنما عليه أن يأخذها من الحجج الشرعية، ويما لست شعرى كيف يكون للمجتهد دليل لا يمكن من التعبير عنه، وأى دليل هذا وكيف تثبت حجيته؟!

وأما إن كان المراد بالاستحسان ما ورد عن السريحي في مبسوطه من تعريفه من أنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس، أو أنه طلب السهولة في الأحكام بما يليه بالخاص والعام، أو أنه الأخذ بالسعة ابتعاد الدعة، أو أنه الأخذ بالسماحة وانتقاء ما فيه الراحة، فلا دليل على حجيته إذ ليس من عمل الفقيه أن يختار ما هو أوفق للناس أو ما فيه السهولة أو السعة أو السماحة أو الراحة، إذ ليس من وظائف المجتهد تشريع الأحكام بل وظيفته استخراجها من أدلةها سواء كانت أوفق للناس وكان فيها السهولة والسعادة والراحة أو لم تكن كذلك. وقد استدل على الاستحسان بوجوه لا تنقض دليلاً على حجيته بالمعنى الذي انكرناه، ولقد أجاد في مناقشتها العلامة السيد محمد تقى الحكيم في كتابه الأصول العامة للفقه المقارن فراجع.

وأما المصالح المرسلة، فإن كانت كما عرفها به بعض الأصوليين بأنما الوصف الملائم لتشريع الحكم الذي يتربى على ربط الحكم به جلب نفع أو دفع ضرر ولم يدل شاهد من الشرع على اعتباره أو إلغائه. انتهى. فإن حجيتها متوقفة على القطع بوجود ملاك الحكم الشرعي الذي صار سبباً جلباً النفع ودفع الضرار.

واما إذا كانت كما عرفها به الأستاذ معروف الدوالى بقوله: الاستصلاح في حقيقته هو نوع من الحكم بالرأى المبني على المصلحة، وذلك في كل مسألة لم يرد في الشريعة نص عليها ولم يكن لها في الشريعة أمثال تقادس بها، وإنما يبنى الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة.. إلخ . فتكون المصالح المرسلة مأخوذة من الكتاب والسنة، فإن القواعد العامة في الكتاب والسنة لا ريب في العمل بها والاعتماد عليها وليس دليلاً مستقلاً وليس من الحكم بالرأى الذي لا يقول به فقهاء المذهب الجعفرى .

عادة

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 قبلًا -١٨٨-.

الصدر

تعليق "رقم ١٨٨": حال الجرائم والعقوبات حال غيرها من الأحكام الشرعية لا بد فيها من دليل معتبر ولا يشترط فيها الصراحة بل يكتفى فيها بالظهور، ومع عدم الدليل يرجع إلى أصول العلمية المثبتة أو النافية فلا مانع من الرجوع فيها إلى الاستصحاب وبه يتحقق موضوع الحد الشرعي، ويمكن أن تُمثل له بمثال وهو: لو زنى إنسان ولم نعلم هل هو محسن يستحق الرجم أو ليس بمحسن ليستحق الجلد، فإن كان سابقاً محسناً فنستصحب إحسانه ونقيمه عليه الرجم، وإن لم يكن كذلك فنستصحب عدم إحسانه ونقيمه عليه الجلد.

وأما القياس، فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفري في جميع الأحكام الشرعية.

نعم إذا صار سبباً لحصول العلم فإن العلم يعتمد عليه من أي سبب حصل.

وأما الاستحسان، فإن الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري هو عدم الاعتماد عليه كما مر عليك قريباً إلا بناء على تفسيره بما نقل عن الشاطئي من المالكيّة من أنه العمل بأقوى الدليلين، فإن سيرة فقهاء المذهب الجعفري وإن كانت العمل بأقوى الدليلين إلا أنه لا يكون دليلاً مستقلاً.

وأما المصالح المرسلة، فإن كان المراد بها المصالح التي يدركها العقل فإن الاعتماد عليها متوقف على حصول القطع بها في باب الجرائم والعقوبات وغيرها، كما أنه لا يصح الاعتماد عليها في جميع أبواب الفقه إذا لم يقطع بها.

وأما إن كان المراد منها القواعد العامة، فمن البديهي أن فقهاء المذهب الجعفري يعتمدون على كل قاعدة قام عليها دليل شرعي في باب الجرائم والعقوبات وغيرها.

الشووى

رأينا في "تعليق ١٨٨-": ما قاله بالتسوية بين الأحكام الجنائية وغيرها لا يمكن قوله على إطلاقه بالنسبة للعقوبات المقررة بنص شرعي - لأن النصوص الجنائية هي أحكام استثنائية بخلاف الأحكام الشرعية الأخرى، ولذلك لا يجوز التوسيع في تطبيقها بل يجب الالتزام بالتفسير الضيق لها حتى ولو أدى ذلك إلى عدم تحقق العقوبة المقررة على من يحتمل أنه مذنب، لأن العقوبات القضائية أو الديبويّة ليست هي الأصل وأن المعتمد هو العقاب الأخرى الذي يفرضه الله سبحانه وتعالى الذي لا يخفى عليه خافية. وإذا كان بعض الجنابة قد يفلتون من القضاء الجنائي لهذا الاحتمال وارد دائماً، لكن الجزاء الأخرى سيكون كافياً في عقيدتنا القائمة على الإيمان بالحساب والجزاء يوم القيمة. وقد قلنا دائماً إن النصوص المقررة للعقوبات الجنائية المقررة (سواء كانت القرآن أو السنة أو التفاسير أو كتب الفقه) التي يحكم بها القضاء ذات طابع استثنائي لأن الأصل في كل إنسان هو البراءة وقد أوجب الله حل حال الناس على الصلاح، وإللات مجرم من العقاب القضائي أهون عند الله من إزالة عقوبة على بريء....

وعلى ذلك فإن كل ما ورد في هذا التعليق لا تؤيده، مع سرورنا بإشارته إلى أن القواعد العامة في المسائل الجنائية معتمدة كما في غيرها من المواد.

كل ما قاله هنا يؤيد ماقدمناه من قبل، وأقرها ما قلناه من أن الفرق بين التفسير والاجتهاد هو أن الأول قد يتعامل مع النص مباشرة أما الثاني فيتعامل معه من خلال التابع والمقاصد العليا التي تربط النظرية العامة بالأحكام الفرعية التي تستمد من أصولها . وفي نظرنا أن الاجتهاد واسع النطاق متعدد الأهداف، ومن بين أهدافه استبطاط النظريات العامة والمبادئ الأساسية. ولذلك لا نوافق على القول بأن غرضه دائماً هو معرفة حكم شرعى من دليل تفصيلي كما ورد في المتن .

كذلك لا نوافق على استبعاد ما عبر عنه بالآيات المفسرة أو النصوص المحكمة من نطاق الاجتهاد؛ لأن هذه الآيات يمكن اتخاذها قاعدة لبناء نظريات عامة. وقد أشرنا من قبل إلى أن عدد الجلدات يمكن عدّه الحد الأقصى للعقوبة التي يمكن أن تصبح تعزيرية وتقل عن ذلك لتصبح تعزيراً إذا وجدت شبهة تسقط الحد.. كما أن النص على عقوبة السرقة يقرر مبدأ عاماً ونظرية شاملة لحرمة أموال الناس وعَدَ كل اعتداء عليها معصية تستحق التعزير مهما تكن صورة العدوان أو طريقته وبخاصة ما يستحدث منها في المستقبل مما لم يواجهه أسلافنا في الماضي، مثل بعض جرائم التزيف والتزوير واحتلاس المال العام وهكذا.

إن القول بأن جميع النصوص الخاصة بالعقوبات المقدرة (حداً أو قصاصاً) تخرج عن نطاق الاجتهاد إنما ينبع عن القول بأن هدف الاجتهاد الوحيد كما يقول هو استبطاط الأحكام الفرعية مباشرة من دليل تفصيلي. لكننا نعتقد بأن بناء النظريات والمبادئ العامة هو من أهم مهام الاجتهاد في الحاضر والمستقبل - وفي هذه الحالة فإن جميع النصوص سواء كانت واضحة أو غامضة عامة أو خاصة بجريمة معينة يشملها نظر الفقيه المتجهد ويستفيده منها في استبطاط النظريات وليس الأحكام التفصيلية فقط .

والحق أن ما يقول به هو ما جرى عامة الفقهاء على قوله - فهو لم يفعل إلا أن كرر ما يقولونه من أن هدف الاجتهاد هو استبطاط الأحكام الفرعية - ويقصدون بذلك استبطاطها بطريق مباشر من نص أو دليل تفصيلي - في حين أننا قلنا بأننا في مرحلة النظير نوجه لهم الفقهاء إلى الاستبطاط غير المباشر - الذي يكون له مرحلتان:

الأولى : - بناء النظريات واستبطاط المبادئ العامة - وفي هذه المرحلة يشتمل البحث جميع النصوص دون استثناء ما يُعد من النصوص المحكمة أو الواضحة - لأنها كلها تشير من قريب أو بعيد إلى أصول عامة ونظريات شاملة مثل نظرية حرمة المال أو حرمة النفوس والدماء وسلامة الأبدان، أو نظرية حرمة الأسرار التي بيننا عليها أحكام التفتيش .

الثانية : - هي استبطاط الأحكام وبخاصة ما يتعلق بالتعازير في إطار تلك النظريات مع مراعاة ما يقع بين مقتضياتها من تداخل أو تعارض يستلزم جهداً كبيراً لإعمالها معها والتوافق أو التنسيق بينها والوصول إلى الحكم الشرعي العادل الذي يوفق بين مقتضياتها وبين مقاصد الشريعة الغراء ...

١٧٧ - كلمة هنائية عن قواعد التفسير هذه هي القواعد العامة اللغوية

والتشريعية التي وضعها الفقهاء للاهتداء بها في تفسير النصوص، على القاضي أن يستعين بها في تفهم النصوص، ومعرفة مراميها، وما يدخل تحتها. كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ومدى سلطته في تفسير النص أو إعماله، أو إبطاله. وإذا كان للقاضي -١٨٩- المدى أن يطبق هذه القواعد بتوسيع، وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكاناً عند تفسير النص وتطبيقه -١٩٠-، فإن القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهداته في تفسير النص وتطبيقه على الواقع المعروضة عليه. فليست له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان -١٩١-، ولو كانت الواقع المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل -١٩٢-. وليس للقاضي الجنائي أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات، وعليه أن يراعي في كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسين: أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرعوا الحدود بالشبهات". وثانيهما: قوله: "إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة". وسنتكلّم عن هذين المبدأين فيما يلى:

الصدر

تعليق "رقم-١٨٩-": إنما يكون للقاضي تطبيق القواعد وتفسيرها إذا كان مجتهداً .

الصدر

تعليق "رقم-١٩٠-": لا يصح للفقيه الاعتماد على القياس إلا إذا حصل له بواسطة القطع بالمراد من هذه القواعد .

الشاوي

وما العدالة فإنما هي في تطبيق الأحكام الشرعية كما أمر الشارع .

الصدر

وما العرف فيرجع الفقيه إليه في فهم معانى الأدلة اللفظية التي هو حجة فيها .

رأينا في "العليقين-١٨٩-،-١٩٠-": سبق أن عرضناه مراراً .

الشاوي

تعليق "رقم-١٩١-": لأن القياس ليس بحجة مطلقاً والعرف إنما يكون حجة في فهم الأدلة في خلق جريمة أو عقوبة خاصة، وأما الاستحسان فقد عرفت آنفاً عدم اعتماد فقهاء المذهب الجعفري عليه إلا إذا كان يعني الاعتماد على أقوى الدليلين، ويكون حينئذ عملية ترجيح لأحد الدليلين على الآخر ولا يمكن أن يكون سبباً خلق جريمة أو عقوبة جديدة .

الصدر

تعليق "رقم-١٩٢-": إلا إذا حصل له القطع بأن الشارع يكره هذه الواقعه فله أن يحكم بحرمتها واستحقاق العقاب عليها .

الشاوي

رأينا في "العليقين-١٩١-،-١٩٢-": تحفظاته بالنسبة للقياس أو العرف أو الاستحسان مقبولة وصحيحة في نطاق العقوبات المقررة حداً أو قصاصاً. أما في نطاق التعازير فإن للمجتهد مجالاً أوسع في التقدير .

١٧٧ - التفسير الضيق مبدأ خاص بالتشريع الجنائي الإسلامي :

إذا كان كل ما قلناه سابقا هو مبادئ عامة لتفسير النصوص في جميع فروع التشريع، فإننا الآن بصدق مبدأ خاص بنصوص التشريع الجنائي بحسبه تشريع استثنائيا لا بد أن يحصر تطبيقه في مجال ضيق لا يقبل التوسيع - وأول ما يتميز به أن القاضي وحده هو الذي له الحق في تطبيقه.

والتطبيق في نطاق العقوبات الجنائية أمر تفرضه الطبيعة الدينية لشريعتنا، التي تعتمد أساسا على تربية الأفراد على الإيمان بالله وبالجزاء الآخرى يوم البعث.

أما تطبيق العقوبات الجنائية فهو أمر تكميلي بل استثنائي وإضافي - وليس هو الأساس في تهذيب البشر وإصلاحهم؛ لذلك فإن تعطيل تطبيق العقوبات الجنائية على بعض المخطئين أو المحرفين أو المجرمين الذين لم يستطعوا القضاء توقيع الجزاء الجنائي عليهم - فلا يظنون أنهم أقللوا همّا من الحساب أو الجراء؛ فالجزاء الآخرى ثابت ومؤكّد ولوه الفاعلية الكبرى في ردعهم.

إن العقوبات الجنائية في مجتمعنا أمر ثانوي استثنائي، لأن شريعتنا تعتمد في مكافحة الجريمة على "النحوى"، أي خشية الله واتقاء العقاب الزاجر يوم الحساب... بخلاف "القوانين الوضعية"، فليس عندها مقاومة الجريمة إلا القوانين - بل والقوانين الجنائية ... ولذلك لا تقف عند حد فرض تلك العقوبات، بل والبالغة والإسراف فيها بصورة مخيفة كثيرة تستغلها النظم الاستبدادية.

إن الميزة الكبرى في شريعتنا هي أنها لا تقوم على أساس الاعتبارات الدينوية مثل القوانين البشرية التي تُعد أن الضمان الوحيد لنظام الجماعة أو حقوق الأفراد هو سلطان الدولة وما تفرضه من العقوبات الجنائية أو الإجراءات النظامية، ولذلك تنساق الدول في طريق الإسراف في فرض العقوبات والقوانين والتدابير الجنائية، وتساق كثيرة من النظم في سياسة البغي والظلم التي تبيح للحكام في كثير من الأحيان القتل والاغتيال، بل والإبادة الجماعية.

أما شريعتنا السمحاء، فهي تقوم على مقاومة الفساد والاحتراف والجرائم أولاً بالتربيّة والتهذيب والأخلاق وعقيدة الجزاء الآخرى والبعث والنشور والحساب أمام الله - أما تطبيق العقوبات الجنائية قضائيا، فهي تدابير محدودة الأثر ومكمّلة فقط - ولذلك نتائج مهمّة مثل مبدأ درء الخود بالشبهات، وفتح باب التوبة وأثيرها في تخفيض العقوبات أو إسقاطها.

عودة

١٧٨ - السيا الأول : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة في الشريعة

أن الحدود تدرأ بالشبهات، والحدود هي العقوبات المقدرة، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة بجرائم الحدود، والعقوبات المقدرة بجرائم القصاص والدية، أما العقوبات المقررة بجرائم التعازير فلا تعد حدودا؛ لأنها عقوبات غير مقدرة^(١).

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ادرعوا الحدود بالشبهات". فعلى هذا الحديث الذي تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة. وقد عمل الصحابة بما بعد وفاة الرسول، فروى عن عمر بن الخطاب

- ١٩٣ - أنه قال: لأن أعطي الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمتها 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 يدخل درءه بالشبهة، ولا يسلمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة^(٢).

الصدر تعليق رقم ١٩٣ -: لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على الروايات المروية عنمن يعتقدون

بعصمتهم، وهم النبي ﷺ وأهل بيته المعصومون ع وإن رویت عن الصحابة مالم تكن متصلة بالنبي ﷺ.

إن الشيعة الإمامية مع احترامهم للصحاببة واعتقادهم أن الصحابة الحقيقة للنبي ﷺ من أعظم ما يوجب الرفعه والجلال، إلا أنه لم يثبت عندهم عصمة الصحابة بل ولا اجتهدتهم وعدالتهم، ولو ثبت اجتهد بعضهم وعدالته فإنا يكون رأيه حجة على خصوص مقلديه إذ لا يمكن بجهد أن يستدل برأي مجتهد آخر، فما روى عن عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة لا يكون دليلا عند فقهاء المذهب الجعفري .

الشاوي رأينا في تعليق ١٩٣ -: إنكار السيد الصدر عصمة الصحابة صحيح، ولا يستثنى أهل

السنة من ذلك آل البيت كما يقول الجعفريه .

أما أن ينكر عدالتهم واجتهداتهم ففيه غلو لا محل له، ويكتفى القول بأنها لا تلزم المجتهدين الآخرين، ولكن من حق كل مسلم أن يقلدهم بل وأن يرجح آرائهم على ما يخالفها من أقوال المتأخرین بسبب صحيتهم للرسول لا لسبب العصمة التي لا أساس لها في نظرنا .

(١) راجع الفقرات ٥١، ١٠٣، ٤٤٠ .

(٢) شرح فتح التدبر الجزء الرابع ص ١٣٩ .

عودة

والأثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة -٤١٩- . من ذلك أنه لما جاء ماعز معترضاً بالرنا للرسول، قال عليه السلام : "لعلك قبَلتْ ،

الصدر تعليق رقم ١٩٤-: المستفاد من الحديث الذي مر علينا قريباً وبيان صحة تأييد مasisidkher المؤلف من الآثار هذه القاعدة، لا بد من شرح هذه القاعدة المباركة وذلك بشرح الرواية التي هي الأساس لها على نحو الإجمال، فنقول بعد الاستعانة بالله سبحانه وتعالى: إن المعان الختملة للحديث المبارك (تدرأ الحدود بالشبهات) أحد أمور ثلاثة :
أولاًها : أن يكون المراد أن الفاعل للجريمة لو كان لديه شبهة يتوجه لأجلها إباحة الفعل، فإن ذلك يكون دارئاً للحد ورافعاً له .
ثانيها : أن يكون المراد أن الحكم إذا لم يقطع بالجريمة وحصلت عنده شبهة في وقوعها، فإنه لا يصح له إقامة الحد على المتهم .

ثالثها : أن يكون المراد كلاً المعنيين. ومن البديهي أن العبارة إذا أمكن أن يراد بها كلاً المعنيين فلا تخصيص بأحدهما مالم تكن ظاهرة ولو بواسطة قرينة خارجية في أحد المعنيين، ولكن الظاهر من الرواية خصوص العني الأول لأن ظاهر قوله (ع) الحدود تدرأ بالشبهات وأن سبب الحد ثابت وأن الشبهة تكون رافعة له، والشبهة عند الحكم تقنع من تحقق موضوع الحد خارجاً فلا بد وأن يراد به الشبهة في مقام العمل .

ثم إن الشبهة عند الحكم إن اجتمعت مع الثبوت الشرعي، فلا يمنع من إقامة الحد على الجرم باتفاق كلمة علماء المسلمين. ولو كانت الرواية شاملة للشبهة عند الحكم أو مختصة بها لما جاز للحكم إقامة الحد، ولم يذهب إلى ذلك أحد من المسلمين. ولو لم تجتمع الشبهة مع الثبوت الشرعي فلا ريب في عدم إقامة الحد الشرعي بلا حاجة إلى هذه القاعدة، ولا يمكن تخصيص القاعدة بهذه الصورة لأن ظاهرها تأسيس حكم لم يكن لولاهـ.

وقد ظهر مما ذكرناه أن الآثار التي استشهد بها المؤلف على القاعدة لامساس لها بما لأن تشكيك النبي العظيم (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) والإمام على (ع) إنما كان لأجل التأكيد من إقراره خشية أن يكون إقراره تسرعاً وتحيلاً، ولما لم يكن الاعتراف الواحد كافياً لإثبات حد الرنا ولا حد السرقة بشرط في الأول تكراره أربعة، وفي الثاني تكراره مرتين فلا يثبت كل منهما بالاعتراف الأول فلا يكون تشكيك بعد الثبوت كما هو واضح .

الشاوي رأينا في "تعليق ٤١٩-": لانوافق على تفسير قاعدة درء الحدود بالشبهات بأنها خاصة بالعقوبات الجنائية، بل الأولى أن المقصود بها جميع العقوبات الجنائية بما في ذلك التعازير مع استثناء التعزير الوقائي الذي لا يشترط فيه ثبوت الجريمة - ويمكن للقاضي أن يحكم به في حالة وجود الشبهة. كما أنها لا تفرق بين الشبهة التي تشكيك في توافر المسؤولية الجنائية (أو القصد الجنائـي أو غيره من أركان الجريمة أو شروطها) وما يشكك في وقوع الجريمة أو في أدلة ثبوتها... فكلها تمنع العقاب . والأمثلة التي ذكرها فقيهنا تؤيد وجوب التوسع في مفهوم الشبهات وأسبابها .

عوذه

لعلك لست، لعلك غمزت". كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا. وجيء له بسارق معترض بالسرقة فقال له : "أسرقت مإحاله سرق ؟".
ولما جاءته الغامدية مقرة بالزنا، قال لها نحوا من ذلك . فهذه جرائم من جرائم الحدود، كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره، ولو لم يكن للعدول أثره في درء الحد لما أوحى به الرسول للمقرر. 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 معترضة بالزنا على رضي الله عنه، قال لها: لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك ؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمنيه ؟ وما كان على يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصده الرسول عليه السلام .
ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء -١٩٥-. أنه يستحب للقاضى أن يعرض للمقرر بالرجوع عن الإقرار^(١) إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار.

الصدر

تعليق " رقم -١٩٥ -": إن فقهاء المذهب الجعفري وإن قالوا باستحباب ذلك إلا أنه ليس للقاعدة المذكورة كما عرفت من اختصاصها بعراض الشبهة للفاعل، وإنما ذهبوا إلى ذلك اقتداء بسيرة النبي (ص) ووصية أمير المؤمنين علي عليه السلام .

الشواوى

رأينا في "تعليق -١٩٥ -": لانوافق على ماذهب إليه السيد الصدر من الاكتفاء بما يعده من الأخبار المعتمدة بدلاً من تطبيق مبدأ درء الحدود بالشبهات في حالة العدول عن الإقرار الذي لا ينفيه دليل آخر ... والأولى أن تُعدّ هذه الأخبار تطبيقاً وتاكيداً للمبدأ العام - وهو درء الحدود بالشبهات - ليكون التطبيق أعم وأشمل ...

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

عوده

١٧٩ - تعریف الشبهة: الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت^(١) - أو هي وجود المبيع - ١٩٧ - صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته^(٢). ومن الأمثلة على الشبهة:

- ١ - شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد - ١٩٨ -؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية، ولأنه لم يأخذ مالا حالسا للغير، إنما أخذه متلبسا به.
- ٢ - وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه، فالأخ حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة، ويستحق عقوبة القطع، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة ثلث مال الولد، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك".

الصدر تعليق "رقم ١٩٦ -": بل ما يعتقد بشبوته وهو ليس بثابت، ولا يكون من الشبهة الدارئة للحد لو أتى المخم بما يشبه المباح وهو ليس بمباح واقعا مع علمه بعدم إباحته، كما لو عقد على من لا يجوز العقد عليها مع علمه بعدم تأثير هذا العقد في جواز الدخول بها، ثم دخل بها فإن العقد لا يكون دارنا لحد الزنا عنه .

الصدر تعليق "رقم ١٩٧ -": مع اعتقاد الفاعل في كونه مؤثرا في الإباحة، وإلا فلا يكون رافعا للحد كما مر تفصيله آنفا .

الصدر تعليق "رقم ١٩٨ -": إذا كان يعتقد جواز ذلك له، وإن فمجرد الشركة لابعن من إقامة الحد مع اجتماع بقية الشرائط .

ال Shawi رأينا في "التعليقات - ١٩٦ -، ١٩٧ -، ١٩٨ -": يوضح السيد الصدر أن الشبهة قد تنتج عن خطأ وقع فيه الجاني يؤدى إلى الشك في وجود القصد الجنائي لديه . وهذا في نظرنا أدق مما في الأصل حيث يعذر فقيهنا أن الشبهة ناتجة عن وضع قانوني معين (شبهة عقد في حالة الزواج بمحرم، أو شبهة الملكية في حالة سرقة المال المشترك) دون إشارة إلى اعتقاد الجاني، وإن كان هذا الرأي قد صد به التوسع في حالات سقوط الحد، ويمكن ترجيحه معبقاء التعذير جائزًا. والأصح في نظرنا أن التعذير يجوز هنا بحسبانه تدبيرا وقائيا لعقوبة جنائية .

(١) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم. شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٢) المغني الجزء العاشر ص ١٥٢ .

عوده

٣ - وشهمة الملك في اللواط بالزوجة، فإذاً الزوج زوجته في دبرها محرم ١٩٩-، ويعده الفقهاء زنا، ولكنهم يدرءون الحد عنه؛ لأن الزواج يجعل الزوجة في ملك الزوج ٢٠٠-، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ٢٠١-، فتملك الزوج للزوجة يقوم شهادة في أن له أن يلوط بها ٢٠٢- . وقيام هذه الشهمة يستوجب درء الحد ٢٠٣- .
ومن الأمثلة على الشهمة: شهمة عدم الشبوت، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود، ولم يكن دليلاً لإقراره ووجب عليه الحد بالإقرار، فإذاً عدل عن إقراره كان العدول شهادة في عدم الشبوت؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح، وترتبط على قيام هذه الشهمة درء الحد ٤- . ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليلاً إلا الشهود.

الصدر تعليق "رقم ١٩٩-": من آنف اختلاف فقهاء المسلمين في حرمة وطء الزوجة في دبرها وكراحته. وحق على القول بالحرمة، فهو ليس من الزنا لأنه كل وطء وقع على غير لصاح صحيح فلا ينطبق عليه وإن كان حراماً. وعلى القول بالحرمة، فيكون حاله حال وطء المرأة المائض في فرجها فإنه وإن كان حراماً إلا أنه ليس بزناء لكونه وطءاً مسبوقاً بعقد صحيح، وإنما وقع في زمان منهي عنه فلذا لم يذهب أحد من فقهاء المسلمين إلى لزوم إقامة الحد عليه.

الصدر تعليق "رقم ٢٠٠-": ليس من آثار الزوجية ملكية الزوج للزوجة، وإنما هي علاقة بين الزوجين تجعل الزوج يستحق الاستمتاع المشروع بزوجته.

ولو سلمنا بالملكية فيكون حال الزوجة حال العبد المملوك، فإذا قلنا بحرمة إيتها في دبرها فيكون كما لو أتى عبداً يملكته أو بهيمة يملكتها، فكما أنه يستحق العقاب هناك يستحقه هنا.

الصدر تعليق "رقم ٢٠١-": من آنف ما في هذه الدعوى.

الصدر تعليق "رقم ٢٠٢-": من آنف أن اللواط إثبات الذكر، فلا يصدق على إثبات المرأة في دبرها.

الصدر تعليق "رقم ٢٠٣-": إذا قلنا بالحرمة وصدق الرأي على وطء المرأة في دبرها، فلا رافع للحد إلا اعتقاد الفاعل الجواز لما من تعريف الشهمة سواء كان اعتقاد الجواز كما ذكره المؤلف من وجوه أو لأمور أخرى.

الشواوى رأينا في "التعليقات رقم ١٩٩- إلى ٢٠٣-": نتفق مع السيد الصدر فيما قاله في التعليقات أرقام ١٩٩- و ٢٠١- و ٢٠٢- من استبعاد وصف حقوق الزوج في الاستمتاع بزوجته بأنه ملكية - وكذلك استبعاد وصف إيتها في دبرها بأنه لواط في تعليقه رقمي ٢٠٢- و ٢٠٣- وهذه وجهة نظر أقرب في نظرنا للصواب.

الصدر تعليق "رقم ٢٠٤-": ليس الإنكار بعد الإقرار من موارد الشهمة كما عرفت من أن المراد منها الشهمة عند العامل بمعنى أن العامل يظن عدم حرمة الفعل أو يعتقد جوازه، فلا يدرأ الحد في المقام لأجل الشهمة بنظر فقهاء المذهب الجعفري، وإن ذهب بعضهم إلى إسقاط الحد اعتماداً على روایات توهموا دلالتها على ذلك وفرق بعضهم بين الحدود فقالوا بإسقاط الحد إذا كان رجماً وعممه بعضهم لكل حد يوجب التلف وعدم سقوطه إذا لم يكن كذلك.

عودة

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات، فهناك ما يراه البعض شهبة صالحة للدرء بينما لا يراها البعض الآخر شهبة. والأمثلة على ذلك كثيرة: فمن وجد امرأة في فراشه فوطنها ظنا منه أنها امرأته درء عنده الحد عند مالك والشافعى وأحمد^(١)؛ لأنهم يرون في وجود المرأة على فراش الرجل شهبة تؤيد دعواه في أنه ظنها امرأته. أما أبو حنيفة^(٢) فلا يرى وجود المرأة على فراش الرجل شهبة، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة -٢٠٥- من أقاربها أو زائرها. ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنده الحد عند أبي حنيفة، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد، ويختلف في ذلك أبو يوسف ومحمد^(٣)، ويرىان ما يراه مالك والشافعى وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد مادام الجانى عالما بالتحريم^(٤) -٢٠٦- . وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة، أو المتزوجة، أو المعتدة، أو المطلقة ثلاثة، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجانى عالما بالتحريم؛ لأن العقد في رأى أبي حنيفة شهبة، والشبهة تدرأ الحد^(٥). ولا يرى مالك والشافعى وأحمد درء الحد في هذه الحالات؛ لأنهم لا يعدون العقد شهبة^(٦) .

الصدر تعليق "رقم-٢٠٥-": إمكان نوم غير الزوجة في الفراش لا يمنع من درء الحد إذا تخيل الشخص أن النائمة في الفراش زوجته فيكون مشمولا للحديث المبارك.

الصدر تعليق "رقم-٢٠٦-": لاصدق الشبهة الدارئة للحد في المقام لاختصاصها بما إذا احتمل الفاعل الجواز كما مر علينا قريبا كما لاصدق الشبهة الدارئة للحد في النكاح الباطل والاستجار للزنا أو كون المسروق مما يسرع إليه الفساد أو كون المسروق بابا للجامع لصدق السرقة مالم يحصل الجواز.

الشواوى رأينا في "التعليقات-٤-٢٠٦-": إن اتجاه فقهاء المذهب الجعفرى المشار إليه يرجع إلى تمسكهم بالاعتماد على الأخبار المعتمدة وعدم الالتجاء إلى القياس أو الرأى - وهو مالا نتفق معه ولا نقره - أما حصر الشبهة في حالة اعتقاد الجانى الجواز فقد قلنا إننا نؤيد له عدم ثبوت القصد الجنائى.

(١) أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦، شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٨، المغنى 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، أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧، المغنى الجزء العاشر ص ١٥ .

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣، ١٤٨، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦، ٧٧، ٨٠، أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦، المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .

عوذه

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يجد لشبهة العقد، ويختلف في هذا أبو يوسف ومحمد، حيث يريان ميراثاً مالك والشافعي وأحمد^(١) وهو أن لا يدرا الحد لشبهة العقد؛ لأن العقد لا تستباح به المرأة. وجحجة أبي حنيفة أن العقد منفعة؛ وأن الراتي يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة^(٢).

ويدرا أبو حنيفة الحد في سرقة ما هو مباح الأصل، كسرقة الماء بعد إحراره والصيد بعد صيده؛ لأن كليهما في أصله مال مباح، وفيه "شركة عامة" والإباحة الأصلية تورث شبهة في بقاء المال مباحاً بعد إحراره. والشركة العامة تورث شبهة في بقاء الشركة قائمة بعد إحرار المال.^(٣) أما مالك والشافعي وأحمد فلا يدرؤون الحد؛ لأنهم لا يرون شبهة في كون المال مباح الأصل^(٤).

و يجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة في المال تدرا الحد عن سارقه، ويرتب على ذلك أن لا يقطع في التراب والطين والجص والتبن وأشباهها، ولا يقطع في التبن والخشيش والقصب والخطب وأشباهها، وحجته أن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة، ولا يضلون بها لعدم عزتها، وقلة خطرها، ويعدون الضن بها من باب الخسارة. ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه، ولكنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة، كالقصب يصنع منه الشاب، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً في سرقته. ويختلف أبو يوسف أبو حنيفة، ويرى أن الحد لا يدرا إلا في سرقة التراب والسرجين، ولا يدرا فيما عداهما ماداماً المسروق مالاً متقوماً، ودليل التقويم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء في المال. ويختلف مالك والشافعي وأحمد مذهب أبي حنيفة ولا يرون شبهة في تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب^(٥).

ويدرا أبو حنيفة الحد في سرقة ما يتسرع إليه الفساد، كالطعم الربط والبقول واللحم والخبز وما شبيه، ويختلف في ذلك أبو يوسف، وياخذ برأي مالك والشافعي وأحمد، وهم لا يرون شبهة في كون المسروق مما يتسرع إليه الفساد^(٦).

ولا يرى أبو حنيفة القطع في سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريزه^(٧)، ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع في سرقة باب المسجد، لأنه محرز ولا شبهة في عدم تحريزه^(٨).

(١) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦، أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧.

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨.

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧.

(٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٩٥، أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١، المغني الجزء العاشر ص ٢٤٧.

(٥) المراجع المذكورة في رقم ٣، ٢، وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٨، ٦٧.

(٦) المراجع السابقة.

(٧) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠.

(٨) شرح الزرقاني ثامن ص ٩٩، أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠، المغني الجزء العاشر ص ٢٥٥.

١٧٩ - الشبهات التي تدرأ العقوبات :

يستعرض أصلاً مهماً من أصول التشريع الجنائي في ديننا، وهو مبدأ وجوب إسقاط العقوبات إذا وجدت شبهات حول ثبوت الفعل أو توافر أركان الجريمة أو وجوب العقوبة؛ وهو مبدأ فقرته السنة النبوية قوله وفعلاً، وأكده الرسول ﷺ مراراً، كما هو واضح من الواقع التي يستشهد بها. وهو يشير إلى التعريف الذي قدمه فقهاؤنا.

ولكن بعض المعاصرین يعتقدون أن القوانین الوضعیة قد وصلت إلى هذا المبدأ أخيراً عندما أعلنت "أن الشك يفسر لمصلحة المتهم" - الذي يعترفون بأنه من نتائج التقدم الذى وصلت إليه القوانین الحديثة في هذا العصر ... وينسون أن شريعتنا سبقت لذلك منذ فجر الإسلام .

وإذا كان هذا يضمن لشريعتنا فضل التقدم الزمني على تلك القوانين، لأنها سبقتهم في إعلانه بعده قرون طويلة؛ إلا أن هذا لا يكفي لأنه يجب ملاحظة أن القاعدة الشرعية أقوى وأوسع نطاقاً وأفضل بكثير من هذا المبدأ الذي يتغدون به الآن. ذلك أن المبدأ الحديث الذي يعترفون به يخاطب القاضي ويفرض عليه ألا يحكم بالإدانة إلا عندما يطمئنان اطمئناناً قاطعاً بالإدانة؛ في حين أن المبدأ الشرعي أعم وأشمل لأنه يخاطب كل من يساهم في التقين أو تحديد الجرائم وفرض العقوبات الجنائية وفي مجال استنباط الأحكام، أي العمل التشريعي. وإذا كان القاضي يتلزم به فإن ذلك تابع للالتزام المجهدين والفقهاء به عند استنباطهم الشروط التي تلزم لتطبيق النصوص الجنائية أو عند تقيين "التعازير" .

ولما كانت نصوص القرآن والسنّة اكتفت بفرض عقوبات الحدود والقصاص في جرائم مخصوصة العدد؛ فإن هذه الجرائم التي فرض عليها عقوبة مقررة هي المجال الأول لتطبيق هذا المبدأ .

وأهم ما نلاحظه هو قوله: "إن كلمة الحدود هنا ليست مخصوصة فيما يُعده الفقه جرائم الحدود؛ بل يشمل أيضاً الجرائم المعقّب عليها بالقصاص والدية، لأنما أيضاً ثابتة بنص شرعى" .

وإذا كانت التعازير لا يُشار إليها، فليس معنى ذلك أن القاعدة لا تسرى عليها، بل الراجح عندنا هو أن القاعدة عامة على جميع العقوبات بل وجميع التشريعات الجنائية التي تفرضها النصوص في القرآن أو السنّة أو حتى أقوال الأئمة والفقهاء؛ وأن المقصود منها درء العقوبات الجنائية في حالة وجود شبهة؛ على التفصيل الذي أورده كل ما هنالك أن وجود الشبهة في حالات التعزير يلزم القاضي بالاكتفاء بالتدابير التهدوية أو العبادية أو الوقائية بدلاً من العقوبات "التعزيرية" .

هذا المبدأ يطبق في التعازير في نظرنا :

إننا نقدر ما قاله بخصوص مبدأ درء الحدود بالشبهات الذي يوجه الحديث النبوى الشريف "إدرءوا الحدود بالشبهات"^(١) إن هذا المبدأ الشرعى أوسع نطاقاً من القاعدة المعروفة في الفقه المعاصر التي توجب على القاضى أن يفسر الشك حول ثبوت الجريمة لصالح المتهم، لأن الشك الذى يشير إليه المبدأ العصرى هو حالة نفسية تزعزع اقتناع القاضى بالأدلة؛ في حين أن الشبهات التي تدخل في نطاق المبدأ الشرعى تدور حول توافر جميع العناصر المكونة للجريمة والشروط الموجبة للعقوبة، كما هو واضح في الأمثلة التي ذكرها نفلاً عن كتب المذاهب المختلفة في عصور متالية؛ وهي مع ذلك مجرد أمثلة ليست واردة على سبيل المحصر .

ويتضح من الأمثلة التي ذكرها عما ورد عن رسولنا الأمين من دعوة الجرم المعترض للعدول عن إقراره، عَدُّ هذا العدول شبهة تسقط الحد – وقد فعل ذلك أيضا الإمام على بن أبي طالب، بل أضاف أن بعض الفقهاء يرون أنه يستحب للقاضى أن ينصح المقر بالعدول عن إقراره ويشجعه عليه، وهذا بين مدى تقيييز شريعتنا عما تسير عليه بعض النظم الوضعية في تصيد الشبهات وإدانة الأفراد بناء على مجرد الادعاءات فيما يسمونه "تقارير أجهزة المباحث السرية" التي لا ترقى حتى إلى مستوى الشهادة، بل هي مجرد ترديد للاتهامات التي تدعىها تلك الأجهزة دون وجود دليل أو شبهة دليل سوى تلك الادعاءات – وكذلك التي تستبيح استعمال أساليب التهديد والتعذيب للحصول على ما تسميه "اعترافات" ليست في الحقيقة غالباً إلا أكاذيب تلى على المتهم لكي تتمكن المعترض من الخلاص من التعذيب والتهديد .

وأمثلة الشبهات المتفق عليها وأنواعها وكذلك كثرة الشبهات المختلفة عليها دليل على أن الأمر اجتهادى وتقديرى. وهذا، فإن ما يسمى بالظروف المخففة التي يقدرهما القاضى يمكن في نظرنا أن تكون شبهة توجب سقوط الحد والاكتفاء بالتعزير، بل يمكن أن تسقط التعزير ذاته على حسب الظروف أو تجعله مجرد تدبير وقائى لعقوبة .

^(١) البند (178) وما بعده حتى البند (184).

عوده

١٨٠ - أنواع الشبهة : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبهة واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .
وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ - شبهة في الحال، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة، أو إتيان الزوجة في دربها، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل الحرم؛ لأن الحال 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 الحال للزوج وحقه عليه يورث شبهة، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقاد الفاعل بحل الفعل أو بحرمتته؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن -٢٠٧-، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ - شبهة في الفاعل، كمن يطأ امرأة رفت إليه على أنها زوجته، ثم تبين أنها ليست زوجته، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محراً، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترب عليها درء الحد، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محروم فلا شبهة .

٣ - شبهة في الجهة، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمتته، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة، ويدرأ فيه الحد. فمثلاً يحيى أبو حنيفة النكاح بلا ولد، ويحيى مالك النكاح بلا شهود، ويحيى ابن عباس نكاح المتعة، ومن ثم فلا يُعدَّ الوطء في هذه الأنكحة المختلف عليها زنا يحد عليه، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل -٢٠٨-؛ لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحال والحرمة^(١).

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الصدر

تعليق "رقم ٢٠٧-": بل هو الأساس كما مر علينا قريباً فلا يدرأ الحد إلا معه.

الصدر

تعليق "رقم ٢٠٨-": الظاهر لزوم إقامة الحد عليه من قبل الحكم الشرعي إذا كان عالماً بالحرمة ولو ظاهراً لتحقيق موضوع الزنا بنظره مع عدم شبهة تكون سبباً لدرء الحد عنه، و مجرد الاختلاف في الحكم لا يكون سبباً لدرء الحد مالم يكن سبباً لحدوث الشبهة عند الفاعل .

(١) أسفى المطالب ج - ٤ ص ١٢٦ .

عدد

ال الأول : الشبهة في الفعل^(١)، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه. وثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة-٢٠٩-، ولم يكن ثمة دليل سمعي يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلاً، كمن يطأ وحنته المطلقة ثلاثة في عدتها^(٢).

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل ألا يكون هناك دليل على التحرير أصلاً، وأن يعتقد الجاني الحل. فإذا كان هناك دليل على التحرير، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلاً.

الثاني : الشبهة في المخل، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك، ويشترط في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحکام الشریعة. فالسرقة محمرة بنص القرآن حيث قال الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطِعُوهَا أَيْدِيهِمَا﴾ . والرسول ﷺ يقول: "أنت ومالك لأبيك". فالنص الثاني يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذي يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع؛ لأن النص الثاني يجعل الولد وماله ملكا للأب، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكما. فالشبهة في المخل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعى ينفي الحرمة ولاعيره بظن الفاعل -٢١٠- فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق، أو يعتقد أنه لا يسرق؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل المخل (٣) .

تعليق رقم ٢٠٩:-: فاعتقد جواز الفعل، فإن اعتقاد الجواز يدرأ عنه الحد سواء أكان

هناك دليل سعى أم لم يكن، وحتى إذا كان هناك دليل على تحريم الفعل الذي اعتقاد إباحته .

تعليق رقم ٢١٠-: بل العبرة باعتقاده، فلا تكون الشبهة المذكورة دارنة للحد مالم يعتقد الفاعل الجواز ولو ظاهراً .

(١) شرح فتح القدير ج - ٤ ص ١٤٠، ١٤١.

(٢) يحصر الحفظيون شبهة الفعل في ثانية مواضع في جريمة الزنا، أحدها إتيان المطلقة ثلاثاً أثناء العدة، والأئمة الثلاثة يخالفون الحفظيين، ولا يرون شبهة في هذه الموضع، ومن ثم لا يعترضون بشبهة الفعل في جريمة الزنا.

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤١، ١٤٢.

ويضيف أبو حنيفة نوعا ثالثا من الشبهات، وهو شبهة العقد، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقا على تحريمها وكان الجانى عالما بالحرم -٢١١-

الصدر تعليق رقم -٢١١-: لأثر للعقد مع علم الجانى بالحرم، ولا يكون موجبا لدرء الخد كما أشرنا إلى ذلك قريرا.

ويكفى دليلا لهم إطلاق قوله سبحانه وتعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائد: ١]، فإن إطلاق هذه الآية المباركة تدل على لزوم عقد النكاح ولو بدون شاهدين. وقد استدل على اشتراط الشهادة بما روى عن ابن عباس أنه قال: لأنكاح إلا بشهادى عدل وولى مرشد. ويرد على الاستدلال بهذا الخبر أمران أولهما: أن ابن عباس لم يستند لهذا الكلام إلى النبي العظيم (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)، فعلمه كان رأيه واجتهاده، ورأى المجتهد لا يكون دليلا لبقية المجتهدين إنما يكون حجة على خصوص مقلديه.

وثانيهما: أن هذا الخبر ولو سلم كونه مرويا عن النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)، فإن ضعف سنته يمنع من الاعتماد عليه كما يشهد لذلك ما ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد الجزء الثاني ص ١٧ بعد نقله الحديث السابق، قد روى مرفوعا ذكره الدارقطنى وذكر أن في سنته مجاهيل. ويشهد لعدم اشتراط الشهادة ماروا من أن جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) آمنة بنت عبد المطلب، فزوجه إياها ولم يشهد. والغريب من ابن رشد أن يدعى أن لا مخالف لهذا الحكم من الصحابة، مع أن الخلاف ينسب إلى جماعة منهم، والمصنف نفسه ذكر في آخر البحث ما نصه: وقال أبو ثور وجماعة: ليس الشهود من شرط النكاح، لشرط صحة ولاشرط تمام، وفعل ذلك الحسن بن علي، وروى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح، والإمام الحسن من أعلام الصحابة وسادات أهل البيت.

وأما النكاح بدون ولد، فلا ريب عندها في بطلانه إذا كانت الزوجة صغيرة، كما لا خلاف في صحته بين فقهاء المذهب المعماري إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ثيبة . أما البالغة الرشيدة البالغة، فقد اختلف في حكمها فقهاء المذهب المعماري، فقال قوم بصحة نكاحها بغير ولد وإنكر ذلك آخرون. والرأي الراجح الذي أذهب إليه أن لها أن تزوج نفسها بغير ولد كما لأبيها تزوجها، ويدل على جواز استقلالها بالزواج الخبر الصحيح المعتبر المروى عن الإمام محمد بن علي الباقر (ع) أنه (ع) قال: "المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهه ولا المولى عليها تزويجها بغير ولد جائز". ويدل على صحة تزويج الأم لها قول أحد أئمة أهل البيت (ع) في حديث معتبر يستأنفها كل أحد ماعدا الأم. وللإجمال لتفصيل الكلام في هذه التعليقة، ولقد فصلنا الكلام في ذلك في كتابنا الفقهي الكبير شرح بلغة الراغبين .

وأما نكاح المتعة، فقد ذهب فقهاء المذهب المعماري إلى القول بمشروعية وصحتها، ويكفى دليلا على ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْعَتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤]. ووافقهم في ذلك جماعة من الصحابة والتبعين، فإنه ذكر أستاذنا الإمام الحوئي في تفسير البيان ما يأتي :

عوده

ولكن أصحابه وباقى الأئمة الأربع يخالفونه في هذا، ولا يرون العقد شبيهة إلا إذا كان الجاني يظن الخل ويعتقده.
وعلى هذا، تكون الشبهة على رأى أبي حنيفة على ثلاثة أنواع: شبهة الفعل، وشبهة الخل، وشبهة العقد.

١٨١ - ما يتربى على درء الحدود بال شباهات : تختلف النتائج التي تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بال شباهات . ففي بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه، وفي بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .
ويبرأ المتهم من الجنائية المسوبة إليه في ثلاثة حالات: الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة، فمن زفت إليه غير زوجته، فأناها على اعتقاد أنها زوجته، لا يعاقب على عقوبة الزنا بعقوبة الحد، ولا بعقوبة تعزيرية، وإنما يحكم ببراءته؛ لأن عدم القصد الجنائي لديه، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حداً ولا تعزيراً؛ لأن عدم ركن من أركان الجريمة -٢١٢-، وهو كون المال مال الغير .

= فإنه نقل عن ابن حزم أنه قال ثبت على إياحتها - أى المتعة - بعد رسول الله (ﷺ) ابن مسعود ومعاوية وأبو سعيد وابن عباس وسلمة ومعبد أبناء أمية، ورواه جابر عن جميع الصحابة مدة رسول الله (ﷺ) وأبي بكر وعمر، إلى آخر خلافة عمر، ثم قال ومن التابعين طاووس .

الصدر تعليق رقم ٢١٢-: لم يصدر منه إلا ما يسمى باصطلاح فقهاء المذهب الجعفري بالتجري، وهو عبارة عن إثبات فعل مباح يعتقد الفاعل حرمته، وقد اختلف فقهاء المذهب الجعفري في استحقاق فاعله العقاب وعدم استحقاقه . ومن المسلم أن مثل هذا الفعل يكشف عن خبث الفاعل وسوء سريرته وعزمته على عصيان الله سبحانه وتعالى . ولما كان من واجبات الحكم الإسلامي تأديب الناس وتوجيههم وإصلاحهم، فإذا كان من الممكن للحاكم إصلاح هذا الفاعل ولو بتعزيزه فلا ريب أن ذلك من أعماله وإن لم تصدر منه جريمة لما أشرنا إليه آنفاً من أن غير الجرم قد يعاقب إذا اقضت المصلحة العامة ذلك كما في سجن النبي (ﷺ) للمتهم بالسرقة مع عدم ثبوت الجرم عليه.

الشافعى رأينا في "التعليقات من ٢٠٧- إلى ٢١٢-": في تعليقات السيد الصدر جمال حول أمثلة من الشبهات التي وردت في الأصل - ونرجو لا يفهم من ذلك أن هذه الأمثلة جاءت على سبيل الحصر، بل نرى أن الأصل هو وجود مبدأ عام يلتزم به الفقيه والقاضي يوجب درء العقوبة الجنائية كلما وجد شك في توافر أركان الجريمة أو شروط العقوبة عليها، وهذا الشك حالة موضوعية يقدرها المجتهد أو القاضي والأمثلة التي يدور عليها الجدال ليست على سبيل الحصر.

عودة

الثانية : أن تكون الشبهة قائمة في انتباط النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم. فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولد، أو تزوج زواج متعة، لا يعاقب حدا ولا تعزيراً بعده زانيا؛ لأن العلماء اختلفوا في هذه الأنكحة فاحلها بعضهم، وحرموا البعض الآخر . - ٢١٣ .

كما أنتا نلاحظ أن السيد الصدر يشترط للشبهة في حالات كثيرة أن يكون الجان معتقداً أن الفعل، غير محرم، لكننا نفضل الآراء التي تعرف بالشبهة في الحالات أو العقد أو العقوبة أو العقاب على الفعل، وإنواع على حصرها في القصد الجنائي كما يريد السيد الصدر، خصوصاً إذا كان أثراً لها هو إسقاط الحد أو العقوبة التعزيرية والاكتفاء بالتعزير الوقائي بالإجراءات العبدية والإصلاحية والتهذيبية .

الصدر تعليق "رقم ٢١٣": أما الزواج بدون شاهدين، فقد قال فقهاء المذهب الجعفري بصحته، وسعيد بن جبير وعطاء وسائر فقهاء مكة. ونسب شيخ الإسلام الرغيبي القول بجواز المتعة إلى مالك مستدلاً عليه بقوله لأن نكاح المتعة كان مباحاً فيبي إلى أن يظهر ناسخه. ونسب ابن كثير جوازها إلى أحد بن حنبل عند الضرورة في رواية، وقد تزوج ابن جريج أحد الأعلام وفقهه مكه في زمانه سبعين امرأة بنكاح المتعة إلخ ما أفاده في تفسيره . وقد ادعى نسخها بأخبار لم يثبت اعتبارها ولا يمكن إثبات السخ بها لكونها من أخبار الآحاد. وقد أجمع المسلمون على عدم نسخ الكتاب بغير الواحد .

كما ادعى نسخها بقوله تعالى: **(إِيَّاهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطْلُقُوهُنَّ لِعَدْهُنَّ)** [الطلاق: ١]. وبقوله سبحانه وتعالى: **(وَلَكُمْ نصف ماترک أزواجكم)** [النساء: ١٢] . ومن الواضح أن النسخ متوقف على المعارضة بين الآيتين ولا معارضنة بينهما، فإن الآية الأولى لا دلالة فيها على أنه لا زواج بلا طلاق لتعارض آية المتعة وتكون ناسخة لها. كما أن مادل على أن لا إرث للممتنع بما تكون مفسرة لآية الإرث ومحضصة لها بالزواج الدائم غير المنقطع المسمى بالشعة. وكيف تكون آية المتعة منسوبة وبخفي النسخ على أمير المؤمنين على (ع) على ما يروى عنه ابن جرير الطبرى في تفسيره، وأبو يعلى في مسنده، وأبو داود في ناسخه: **"لولا مasicق من رأى عمر بن الخطاب لأمرت بالمعنة ثم مازنى إلا شقي"** ؟

وكيف يخفى على ابن عباس وهو القائل على ما في كتاب أحكام القرآن للجصاص: "رحم الله عمر، ما كانت المتعة إلا رحمة من الله تعالى، رحم بما أمة محمد ولو لا فيه لما احتاج الزنا إلا شقي"؟ وكيف يخفى على ابن مسعود وهو القائل على ما في صحيح البخاري قال: "كنا نفزوا مع رسول الله ﷺ ليس معنا نساء قلنا ألا تستحضرن فهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ثم قرأ عبد الله: **(إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُخْرِمُوا طَبِيعَاتِهِنَّ** ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتمدين) . [المائدة: ٨٧] انتهى".

عوده

و هذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال، ومن ثم تجنب تبرئة المتهم من الجنائية المنسوبة إليه - ٢١٤ .

= فإن قراءته للأية المباركة تدل على أن تحرير المتعدة لم يكن من الله ولا من رسوله وإنما هو أمر حدث بعد رسول الله (ص).

بل إن نسبة عمر الحرمة إلى نفسه دالة على عدم كون الآية منسوخة، ففي كتاب سنن البيهقي جـ ٧ باب نكاح المتعدة ص ٢٠٦ روى أبو نصرة عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال نصرة قلت: إن ابن الزبير ينهى عن المتعدة وإن ابن عباس يأمرها. قال جابر: على يدي جري الحديث تعمداً مع رسول الله (ص) ومع أبي بكر فلما ولى عمر خطب الناس فقال: إن رسول الله (ص)، هذا الرسول وإن القرآن هذا القرآن وإنهما كانتا متتعان على عهد رسول الله وأنا أهنى عنهم وأعاقب عليهم إحداهما متعدة النساء، ولا أقدر على رجل تزوج متعدة امرأة إلى أجل لا غيبة بالحجارة.

ثم قال البيهقي: أخرجه سلم من وجه آخر عن همام وروي نظير أبو صالح كاتب الليث في نسخته والطحاوي ورواه ابن جرير في تهذيب الآثار، وابن عساكر إلا أن عمر قال فيما رواه: وأضرب فيهما ويشهد لذلك قصة الشامي التي رواها ابن جرير في تهذيب الآثار عن سليمان بن بسار عن أم عبد الله ابنة أبي خيّمة أن رجلاً قدم من الشام فنزل عليهما فقال إن العزبة قد اشتدت على فايقين امرأة أتّقعن معها، قالت: فدللته على امرأة فشارطها وأشهدوا على ذلك عدولًا، فمكث معها ماشاء الله أن يمكث ثم إنه خرج فأخبر عن ذلك عمر بن الخطاب فأرسل إلى فسائل أحق ماحدثت؟ قلت نعم، قال فإذا قدم فاذني به فلما قدم أخبرته فأرسل إليه فقال: ما حملك على الذي فعلته؟ قال فعلته مع رسول الله (ص) ثم لم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم مع أبي بكر فلم ينهنا عنه حتى قبضه الله ثم معك فلم تحدث لنا فيه شيئاً، فقال عمر، أما والدى نفسي بيده لو كنت تقدمت في فهى لرجتك. حتى يعرف النكاح من السفاح.

فإن عمر أقر الشامي على عدم نهي النبي عنها وعدم نسخها أيامه، ولا يتحقق لغيره من البشر أن ينسخ حكمًا شرعه الله وإن قلنا بخلافته، ولعل نهيه كان لصلة مؤقتة ارتآها فإنه يصح لرئيس الدولة الإسلامية أن ينهى عن بعض الأمور المباحة في فترة من الزمن إذا اقتضت الصلة ذلك ولا يؤثر النهي بعد القضاء تلك المدة وأطول ما يمكن أن تكون المدة هي مدة حياته فلا يكون نهيه عمر تأثير بعد موته قطعاً.

الصلدر
تعليق "رقم ٢١٤-": ويستثنى من ذلك صورة قطع الفاعل بالحرمة واعتقاد الحاكم بشمولها.
الشاوى
رأينا في "تعليق ٢١٣-، ٢١٤-": شرح طويل للأدلة التي يستند إليها فقهاء الجعفرية في إباحة زواج المتعدة - وليس هنا موضع مناقشتها.

وقد تكرر قول فقيهنا بسقوط الحد بسبب الشبهة وذكر أمثلة لها من وجهة نظره، ومع ذلك أجاز التعزير. ولاشك - في نظرنا - في أن الشبهات التي تسقط الحد والقصاص أكثر من تلك التي تسقط التعزير، لأن العقوبات المقدرة تستلزم توافر أدلة قانونية ليست ضرورية لثبت الجرائم =

عودة

الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة. فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب حمرا، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، درء الحد لشبهة صدق الشاهدين في عدوهما، وبرئ المتهم مما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يجىء ويفيق أنه ارتدى أو سرق، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفادة أو وقت الجنون، درء عنه الحد؛ لشبهة عدم التكليف، وبرئ مما نسب إليه .
وفيما عدا هذه الحالات الثلاث، فإن تطبيق القاعدة إذا أدى للدرء الحد فإنه يؤدى في الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أياً كان مصدر الشبهة. فالأب يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "أنت ومالك لأبيك" ، ولكنه يعزز؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أى شبهة في الحمل-٢١٥-. ومن يأت زوجته في درها يدرأ عنه الحد لشبهة في الحمل-٢١٦-، ولكنه يعزز. ومن يتزوج محظياً أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد-٢١٧- عند أبي حنيفة، ولكنه يعزز .

= التعزيرية. فالشك الذى يوجب إسقاطها قد يعافر في حالات تكون الجريمة التعزيرية ثابتة. وفضلاً عن ذلك، فإننا نكرر القول بأن ميزة التعازير أنها تتسع للتدابير التي تدخل ضمن ما يسمى في المصرف الحاضر بتدابير الوقاية التي يجوز اتخاذها دون انتظار وقوع الجريمة أو ثبوتها، فهي تجاوز نطاق العقوبات الجنائية، وإن فقيهنا والسيد الصدر لم يصدر من أى منها أى إشارة إلى هذا النوع من التعازير .. مع أن ذلك كان يوفر عليهم وعليها كثيراً من الجدل حول ما يُعد جريمة أولاً، وما يُعد حداً أم لا، كما هو ظاهر في التعليقات التالية : -٢١٤- إلى -٢٢٢-

الصدر تعليق "رقم-٢١٥-": بل كان درء الحد للدليل الشرعي، فإن معنى أنت ومالك لأبيك أى أن مالك منزلة مال أبيك فلا يجد الأب إذا سرق منه شيئاً، كما يشهد لذلك عدم الاقصاص من الأب فيما إذا قتل ولده، فإن قتل الولد إذا كان لا يوجب الحد على الأب فإن سرقة ماله لا يوجب الحد على أبيه بطريق أولى .

الصدر تعليق "رقم-٢١٦-": اختلاف علماء المسلمين في حرمة الوطء في الدبر وفي كراحته، وأدلة الحد لا تكون شاملة للوطء في الدبر وإن قلنا بحرمتها لعدم صدق الزنا واللواء على وطء الزوجة فلا يتحقق موضوع الحد .

الصدر تعليق "رقم-٢١٧-": من عليك قريباً أن مجرد العقد لا يكون سبباً للدرء الحد مالم يكن يوجب اعتقاد الفاعل المخواز .

عوذه

ومن سرق مالا تافها كالتراب، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده، يدرأ عنه حد السرقة-٢١٨- عند أبي حنيفة، لشبهة التفاهة والإباحة، ولكنه يعزز. ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد في رأى أبي حنيفة لشبهة عدم الحجز-٢١٩-، ولكنه يعزز. وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلاً، وانتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ، درئ عنه الحد، وعزز على ما نسب إليه-٢٢٠-. ومن يقر على نفسه بجريمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد، ولكنه يعزز-٢٢١- بدلاً 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 يتهم نفسه عادة بجريمة لم يرتكبها، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذباً بما لم يفعله. على أنه إذا تبين أن الإقرار كانت نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجباً، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل؛ حديث ابن عمر: "ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت"؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجح 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 مرجحاً فيه

تعليق رقم ٢١٨-: إذا لم يبلغ مقدار ماسرقه مساوى ربع دينار، وأما مباح الأصل فلا فرق بينه وبين سواه في لزوم إقامة الحد إذا سرق من أحزره بعد أن غلكه إنسان محترم المال، إلا أن يكون السارق يعتقد الجواز لشبهة لديه من يتحمل قيام الشبهة لديه.

تعليق رقم ٢١٩-: حرز كل شيء بحسبه وكون الباب مبنياً بقوة وإن كان يجعله في حرز، فسرقه يوجب إقامة الحد مالم يتحمل السارق الجواز لشبهة لديه وكان من يتحمل إقامة الشبهة عنده كما مر ذلك عليك قريباً.

تعليق رقم ٢٢٠-: مع ثبوت مانسب إليه وإنما لا يكون مجرد النسبة موجبة حتى للتعزير.

تعليق رقم ٢٢١-: إذا اعترف بما يقتضي التعزير أو رأى الحاكم أن المصلحة العامة تقضي بذلك وإنما لا يعزز لعدم ثبوت جريمة عليه تقضي التعزير.

عادة

جانب الصدق -٢٢٢-، فيصلح دليلا يعزز به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد. والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتضى أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية، وإن لم يقتضي حكم بالبراءة.

١٨٦- هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير؟

الأصل في القاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود، لكن ليس ثمة ما يمنع -٢٢٣- من تطبيقها على جرائم التعازير؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين، وكل متهم في حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهمًا في جريمة من جرائم الحدود أو جرائم التعازير.

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير في الحالات الثلاث التي يؤدي تطبيقها إلى البراءة في جرائم الحدود، ولا تطبق في حالات استبدال الحد -٤- بعقوبة تعزيرية؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها 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.

الصدر

تعليق رقم ٢٢٢: كيف يكون جانب الصدق مرجحا ياترى مع عدوله عن إقراره واحتمال أن يكون إقراره ناشئا عن داع من الدواعي الأخرى؟ وما فائدة هذا الترجح؟ وكيف يكون سببا للتعزير مع عدم قيام دليل على الجريمة فلا يصلح إقراره المعدول عنه سببا للتعزير؟

الصدر

تعليق رقم ٢٢٣: المانع هو اختصاص لسان القاعدة بالحدود ولا يقطع بعدم الفرق بينها وبين التعازيرات بعد احتمال أن الحدود إنما درئت لشدها . فلا ملازمة بين درتها بالشبهة ودرء التعازيرات بها .

نعم في مورد كان معدورا بالشبهة ولم يكن متمكانا من رفعها أو لم يكن يجب عليه رفعها كما إذا كانت الشبهة موضوعية كما في مثال ما لو توهم شخص الأجنبية زوجته فوطئها فلا يستحق التعزير لأن التعزير على معصية ولم يصدر منه معصية .

الصدر

تعليق رقم ٢٤٤: من الكلام في ذلك سابقا فراجع، ولو سلم شمول القاعدة للتعازيرات فلا فرق بين جميع أقسامها .

الشوى

رأينا في "التعليقات رقم ٢١٥-٢٢٤": ماقلناه من أن مبدأ درء الحدود بالشبهات ليس مقصورا على "الحدود" بالمعنى الضيق، بل يمتد إلى التعازير، مع فارق أن الشبهات التي تسقط العقوبة المقدرة القصوى أوسع نطاقا، والمثال الذى ذكره في تعليقه رقم ٢٢٣- يؤيد ذلك - ويضيف في تعليقه رقم ٢٤٤- أن شمول القاعدة للتعازيرات لا يقتصر على قسم معين منها بل يشملها جميعا، وإن كنا نرى أن التعازيرات الوقائية التي يمكن اتخاذها دون حاجة لثبوت وقوع الجريمة لا محل للشبهات فيها.

١٨٢ - الشبهات غير مخصوصة في أصنافها ولا في آثارها :

إن التأمل في اختلافات المذاهب بشأن تصنيف الشبهات وأنواعها وأمثالها يؤكّد ما قلناه من أنها غير محدودة ولا مخصوصة، وأنها مسألة اجتهادية؛ بل الأهم من ذلك أن الفقه لا يضع معيارا ثابتا للنتائج المترتبة عليها .

فأولى النتائج المؤكدة، هي استبعاد العقوبات الخدية أو المقدرة عموماً؛ أيَا كان سبب الشبهة أو مصدرها. وذلك، لأن الصوص التي فرضت عقوبات الحدود هي نصوص استثنائية؛ إذ الأصل – كما قدمنا – هو أن جميع الجرائم يعاقب عليها بالتعزير، لكن بعضها ثُفترض فيه العقوبة المقدرة عند توافر شروط الطرف المشدد للعقوبة؛ فإذا وجدت شبهة في توافر أي شرط من هذه الشروط الالزمة للتشديد تطبق العقوبة الأصلية وهي عقوبة التعزير. ومعنى ذلك، أنه إذا كانت الشبهة منصبة على توافر الشروط المتعلقة بالطرف المشدد الموجب للحد أو القصاص أو الديمة، فهنا ينحصر أثرها في استبعاد الطرف المشدد الموجب لتوقيع العقوبة القصوى. ولكن إذا بقى الفعل المعقاب عليه مؤكداً لشبهة في توافر أركان الجريمة، وجوب التعزير. وفي غير هذه الحالة، أي إذا لم تتوافر أركان الجريمة التعزيرية يكون تطبيق المبدأ عاماً يترتب عليه عدم تجريم الفعل، فلا تطبق عقوبة تعزيرية عند وجود شبهة في ثبوت الفعل أو توافر شروط العقاب عليه.

وقد أوضح فقيهنا أن تبرئة المتهم تكون واجبة إذا كانت الشبهة قائمة في توافر ركن من أركان الجريمة ذاتها (لا في الطرف المشدد وحده)، وبخاصة ركن القصد الجنائي في الجرائم العمدية كالزناء، أو ركن الأهلية وتوافر شروط المسئولة الجنائية، أو ركن المخل في السرقة مثلاً إذ يتشرط أن يكون المال مملوكاً للغير ...

وأدّق من ذلك وجود شبهة في الإثبات. فقد فرق بين الدليل القانوني المشترط لتوقيع الحد، مثل الإقرار في جريمة الزنا (ومثله توافر أربعة شهود)، فإن العدول عن الإقرار (أو عدم توافر أربعة شهود) لا يترتب عليه الحكم بالبراءة حتماً، إذا ثبت الفعل المعقاب عليه بدليل آخر وكان يستوجب التعزير رغم عدم ثبوت الطرف المشدد .

هنا يسقط الحد فقط، ونحن نرى أنه يمكن تعزير المتهم إذا كان الفعل المكون للجريمة ثابتاً بأدلة أقل من الدليل القانوني المشترط لوجوب الحد، وما نقله عن فقهائنا في هذا الصدد يؤكّد ما قلناه من أن الأدلة القانونية مثل توافر أربعة شهود أو الإقرار في الزنا إنما تشترط لثبت الطرف المشدد وحده. فعدم توافرها لا ينفي ثبوت

الإقرار تحت الإكراه أو التعذيب باطل لا يثبت به أى فعل ولا ظرف مشدد:

العلاقة الجنسية المحرمة أو الفاحشة أى الفعل المكون للجريمة التعزيرية الذى يخضع فى إثباته للقواعد العامة وهى الأدلة الإقاضية بما فيها القرآن....
ويؤكّد قولنا ما صرّح به فى السطر الأخير من هذا البند (ص ب/238) من أن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى .

وقد بلغ فقهنا أقصى درجات الدقة عندما ميزوا العدول عن الإقرار الصحيح، وقالوا إنه يسقط الحد فقط لكنه لا يُعدم الدليل ذاته الذى يبقى إذ يجوز عَدُّه في مستوى القرينة التي قد تكفى لإثبات القاضى بوقوع الفعل وثبوت أركان جريمة العاشرة خارج الزواج، والتي تُعدّ عرفاً زنا، وإن كان يمكن قصر تسمية الزنا على الجريمة الحدية وحدها، وإعطاء الجريمة التعزيرية اسم آخر مثل الفاحشة .

ويؤيد ذلك قوله تعالى عن الزنا إنه كان فاحشة ومفتكاً. فالفاحشة هي كل معاشرة لامرأة خارج نطاق الزواج، ولو لم تصاحبها العلانية التي ثبتت بأربعة شهود رؤية، أو إقرار قضائي متكرر. فإذا لم يتوافر الدليل القانوني المذكور بسبب العدول عن إقرار صحيح دون إكراه أو عدم توافر الشهود الأربع، فلا يتوافر الظرف المشدد الذي يستوجب الحد، وفي هذه الحالة يستبعد الإقرار كدليل قانوني لكنه يبقى كقرينة يمكن أن تقنع القاضى بوقوع فعل يستحق التعزير، على حد قوله رغم أنه لا يصلح (أو بالأصح لا يكفى) لوجوب الحد.
وتؤكدنا للمبدأ العام في الأدلة الإقاضية، يقول: "إن المسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى، فإن اقتضى أن الإقرار صحيح (قرينة قضائية فقط) رغم العدول عنه عاقب من عدل عن إقراره الصحيح بالتعزير لأن الجريمة التعزيرية تكون أركانها ثابتة بهذه القرينة التي لا تصل إلى حد "الاعتراف القضائى" المشترط لثبوت الظرف المشدد في جريمة الزنا. وقد يبينا في موضع آخر أن هذا الظرف المشدد لا يثبت إلا بوجود أربعة شهود رؤية أو الاعتراف العلنى القضائى المصر عليه، وقد استخلصنا من ذلك أن الظرف المشدد هو "العلانية الفاضحة التي تشيع الفاحشة في المجتمع"، وهذه العلانية هي التي يلزم لثبوتها الإقرار العلنى القضائى المصر عليه أو الشهود الأربع بشرط أن يكونوا شهود رؤية .

ننتقل الآن إلى الصورة الأخرى التي كان موقف الفقه فيها حاسماً، وهو حالة الإقرار غير الصحيح أو الباطل لأنّه وقع نتيجة إكراه أو تعذيب، إذ ينقل عن فقهائنا أن الحكم هنا يختلف عن الحكم في حالة "العدول عن إقرار صحيح"، إذ يقولون بوجوب الحكم بالبراءة لانعدام الدليل .

الشهادات قد تدراً التعازير أيضاً :

في هذا يكون حكم الفقه في أقصى صور الدقة، إذ يرون أن الإقرار نتيجة تعذيب أو تهديد أو تخويف يكون متعدماً كدليل شرعي ولا يمكن عدده في مستوى القرائن القضائية التي يجوز للقاضي أن يبني عليها افتئاعه بثبوت أي فعل جنائي.

وقد نقل لنا حديث ابن عمر الذي دل على أن بطalan الإقرار وانعدامه قد يكون نتيجة مجرد "تجويع أو تخويف أو مجرد توثيق أي تقييد المتهم ...".

هذا هو الفقه الراقي الذي فرضته سنة نبينا الكريم منذ أربعة عشر قرناً في حين أن القوانين الوضعية في كثير من البلاد التي تدعى الرفق والتقدير لم تصل إلى هذا الحد لآخر ... وأسوأ من ذلك ما يسير عليه العمل في بعض البلاد من ممارسة الإكراه والتعذيب والتخويف والتهديد على الأفراد - برغم وجود نصوص تحرم ذلك - لانتزاع اعتراف أو إقرار يكون في شريعتنا باطلًا ولا أساس له، ولا يجوز أن يكون أساساً لتوقيع حد أو تعزير أو مساعدة من أي نوع ..

إن استبعاد الدليل القانوني المنشط لثبت الطرف المشدد الموجب لعقوبة الحد أو القصاص لا يسرى على التعازير، لأن الأدلة فيها إقناعية وتقديرية للقاضي. وهذا الأصل لا يطبق في الحدود والقصاص، فإن من رحمة الشارع الحكيم أنه قيد الحكم بما يشترط توافر أدلة قانونية عينها النص بقصد تقليل حالات توقيع تلك العقوبات القصوى المقدرة ... واستبسط الفقه من ذلك أنه في حالة عدم توافر الدليل القانوني الاستثنائي (كالاعتراف أو شهادة عدد من الشهود) تستبعد العقوبة المقدرة حداً أو قصاصاً، لكن في حالة افتئاع القاضي بثبوت فعل معاقب عليه تعزيزاً بالأدلة الإقناعية يترتب على ذلك بقاء حق القاضي في تعزير المتهم رغم سقوط الحد .

معنى ذلك، أن الشبهة التي تدراً التعزير هي التي ت عدم الدليل الاقناعي وتطنه. أما الشبهة التي تدراً الحد، فهي تصب فقط على الدليل القانوني الذي فرضه النص لكن تجحب العقوبة المشددة التي لا تثبت إلا بالدليل القانوني الاستثنائي الذي اشترطه لثبت الطرف المشدد، برغم أنه قد يوجد دليل إقناعي أقل منه يكفي لثبت الفعل وتوافر جميع أركانه التي توجب التعزير ... الذي قلنا بأنه يمكن أن يتتجاوز نطاق العقوبات ويكون مجرد تدبير وقائي أو تعبدى يجوز اتخاذه قبل وقوع أي جريمة، بقصد منع ارتكابها ...

عوده

١٨٣ - المبدأ 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 الشتب من أن الجاني ارتكب الجريمة -٢٢٥-، وأن النص الحرم منطبق على الجريمة، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة، أو في انطباق النص الحرم على الفعل المنسب للجاني، وجوب العفو على الجاني أى: الحكم ببراءته؛ لأن براءة الجرم في حال الشك خير للجماعة، وأدعي 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 يُعد تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو على الأقل في الحالات التي يؤدى فيها درء الحد لبراءة الجاني .

الصدر

الشاوى

تعليق "رقم -٢٢٥-": بالطريق الذى عينه الشارع .

رأينا في "تعليق -٢٢٥-": السيد الصدر يضيف تحفظاً دقيناً بأن العقوبات لا يجوز فرضها إلا إذا كان ثبوت ارتكاب المتهم للجريمة قد تم - (بالطريق الذى عينه الشارع الحكيم)، أي أن يستبعد مشروعية توقيع العقاب المقرر في حالة ما إذا ادعى بارتكاب الشخص بجريمة ما لكن لم يتوافر لها الدليل "الذى عينه الشارع" حسب قوله - مهما تكون صعوبة توافر هذا الدليل أو ندرة وجوده كما في بعض جرائم الحدود كالزنزا حيث يعين النص القرآني الدليل القابل باربعة شهود رؤية لإمكان فرض عقوبة الحد. وهذا تحفظ صحيح نزيده، لأنه مبني على القواعد العامة، برغم أنه ينسب هذا القول إلى فقهاء مذهب الجعفرى كما هو الشأن في التعليق الحالى.

وهذا الشرط يطبق أيضاً في التعازير برغم أن الأدلة فيها إقناعية خاضعة لتقدير القاضى، إلا أنها لا بد أن تكون أدلة صحيحة، أما إذا كانت باطلة لأنما وجدت نتيجة عمل محروم مثل تفتيش باطل أو إكراه وتعذيب أو تجسس أو غير ذلك من الأعمال الخرمة فلا يجوز لقاضى العازير أن يأخذها في حسابه ولا أن يحكم بالتعزير بناءً عليها .

١٨٤ عوده

القانون والشريعة : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقه الشرعية في التفسير. وإذا كانت القوانين تميل إلى تقيد سلطة القاضي -٢٢٦- في تفسير النصوص الجنائية، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الظروف العملي، والرغبة في حماية المصالح العامة، إلى التوسيع في تفسير النصوص الجنائية. من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضروري في السرقة؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق. وكذلك عدّت المحاكم الكهرباء منقولاً؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة، كذلك عاقبت على سرقة أ��ان الموتى. والقاعدة التي تتبعها المحاكم يجدها أكثر الشراح، وهي عين الطريقة التي تأخذ بها الشريعة الإسلامية . والقاعدة في القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم. وتطبيق هذه القاعدة قد يؤدي إلى تخفيف عقوبة الجاني، وقد يؤدي إلى تبرئة المتهم. فمثلاً إذا شكت المحكمة في توافر ركن الإكراه في السرقة بالإكراه، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم، وعدّت الواقعه سرقة عاديه، وعقوبها بعقوبة الجنيحة بدلاً من عقوبة الجنائيه. وإذا شكت المحكمة في ثبوت الجريمة، أو في توافر 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 العقوبة يؤدي إلى نفس نتائج هذين المبدأين^(١) .

الصدر تعليق "رقم ٢٢٦": وإلى ذلك يذهب فقهاء المذهب الجعفري، وفيما إذا لم يكن القاضي مجدها فإن عليه أن يرجع في تفسيره إلى مجتهده من المجتهدين .

الشاوي رأينا في "تعليق ٢٢٦": نرى تأييده لقول فقيهنا بأن شريعتنا السمحاء سبقت القوانين الوضعية في وضع الأحكام التي تقيد سلطة القضاء الدليوى لأنه ليس الحكم الأخير بل الحكم لله سبحانه وتعالى يوم الدين بعدبعث والنشور. فالأساس عندنا عقدياً باليقان بعدلة الله يوم البعث والنشور ... الذي لا يقتضي به القوانين الوضعية "الحديثة".

فضلاً عن ذلك يشير السيد الصدر إلى اتجاه فقهاء الجعفرية إلى تقيد سلطة القاضي غير المجتهده، وتلزمه بأن يرجع في تفسير النص إلى مجتهده من المجتهدين - والفقه السنى لا يختلف في ذلك، وهذا هو ما يجعلنا نلح في المطالبة بقيام أهل الاجتهاد بالتقين حق يلتزم به القضاة غير المجتهدين في عصرنا الحاضر. لكن مع ذلك نرى أن المقلد سواء كان قاضياً أو فرداً له دور في تفسير النصوص طالما أنه يلتزم بتنفيذها، ويكون ذلك واجباً حتمياً إذا لم يجد في مذهبة ما يكفي لذلك أو لم يجد مجتهدها يرجع إليه .

(١) القانون الجنائي على بدوى ص ١٠٦ - ١١٠ ، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١١٤ - ١١٥ .

يشير إلى حديث آخر يوجب على القاضي عند الشك في الإدانة الحكم ببرئته المتهم؛ لأن تبرئة المتهم في حالة الشك خير من إدانته. وهذا المبدأ يقابل عملاً المبدأ الحديث الذي أشرنا إليه من قبل. وقد انتهز هذه الفرصة ليؤكد أن الفقه العصري قد توصل أخيراً إلى ما قررته الشريعة قبله منذ قرون طويلة ... وهذا يؤكّد السبق الرمزي للشريعة على القوانين الوضعية؛ فضلاً عما أشرنا إليه من التفرقة الموضوعية بين القاعديتين التي أشرنا إليها سابقاً.

ويجب أن نلاحظ أن شريعتنا لم تقرر ذلك ارتجالاً أو من باب العواطف الإنسانية، كما يقول بعض شراح القوانين الوضعية، وإنما كان ذلك نتيجة لما قدمناه من أن العقاب الدنيوي ليس هو الجزاء الوحيد على الانحراف والإجرام، وأن تبرئة المتهم لوجود شبهة لن تعفيه من العذاب والجزاء يوم القيمة الذي يفرضه عليه ملك يوم الدين العادل قادر الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، وعلمه بالحقيقة لا يرد عليه شك؛ فالشك قد ينفع الجرم في الدنيا وأمام قضاها، لكن لا وجود له يوم الحساب في الآخرة يوم تشهد عليهم أيديهم وأرجلهم بما ارتكبوا ... فلا محل للشبهات هناك.

أما القوانين الوضعية، فلا تعترف بالجزاء يوم الدين؛ وعندما تبرئ المتهم لوجود شبهة رغم أنه قد يكون هو الجاني فعلاً، يكون لسان حالها كأنه يقول له : لقد نجحت في تضليل القضاء بفضل حيلتك أو ظروف قضيتك وفضاحة محاميك، ونلت البراءة مكافأة لك على حظك السعيد وشطارتك أو على كفاءة محاميك المدافع عنك. أما غيره الذي لا مال عنده ليستعين بكتار المحامين ويدفع لهم الملايين، فهو الذي توقع عليه العقوبة لا جزاء على جرينته فقط بل جزاء على فقره الذي لم يمكنه من دفع أتعاب محام كبير يمكنه من إثبات وجود شبهة تزعزع اقتناع القاضي بأدلة الاتهام ...
هذا هو الفرق بين عدالة السماء في شريعتنا، وعدالة القوانين "الوضعية".

المبحث الرابع في تعارض الأحكام (أى النصوص) ونفيها

١٨٥ - التعارض : إذا تعارض نصان في قوة واحدة: كآيتين، أو آية وسنة متواترة، أو سنتين متواترتين، أو حديثين مشهورين، أو خبرين من أخبار الآحاد، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منها ناسحاً للسابق - ٢٢٧ -. وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح. والترجح إما أن يكون من ناحية المتن، وإما من ناحية السندي، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة - ٢٢٨ -، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا - ٢٢٩ -، ويرجح الحكم على المفسر - ٢٣٠ -، والمفسر على النص وهكذا، ويرجح العام على المخصوص - ٢٣١ -.

الصدر تعليق "رقم ٢٢٧-": إذا لم يمكن الجمع بينهما عرفاً وكانتا متبادرتين عبد العرف. وأما مع إمكان الجمع بينهما عرفاً وكون أحدهما في نظر العرف منسراً للآخر أو حاكماً عليه أو مختصاً أو مقيداً له، على التفصيل الذي ذكرناه آنفاً، فلا ريب في تقديم المفسر، ولا يكون هناك تعارض واقع، وإن توهم ذلك في النظرة الأولى .

الشاوى رأينا في "تعليق ٢٢٧-": لاشك في أن وجود تعارض بين نصين يحتاج إلى توافر شروط عديدة قد يختلف فيها المفسرون. ويشير السيد الصدر إلى الشروط التي يجب مراعاتها قبل القول بوجود تعارض - لأن التعارض أمر استثنائي لا يجوز القول به دون التأكيد من توافر شروطه.

الصدر تعليق "رقم ٢٢٨-": ليست الأقوالية دائمًا سبباً للترجح، ولا يخرج الدليلان عن التعارض مالم يكن أحدهما مقدمًا على الآخر عرفاً ومفسراً له كما من ذلك علينا سابقًا .

الصدر تعليق "رقم ٢٢٩-": إذا كان المفهوم بالإشارة ملزماً لعبارة النص، لا يمكن الفكاك منه فلا وجه لتقديم مفهوم العبارة عليه، لأن كلاً منهما مستفاد من النص فيقع التعارض بينهما إلا أن يكون أحدهما قرينة على الآخر عرفاً كما من عليك ذلك سابقاً .

الصدر تعليق "رقم ٢٣٠-": لا وجه لترجيحه بعد كون كل منهما نصاً في المدعى ولا يندرجان عن التعارض إلا إذا كان أحدهما قرينة على الآخر عرفاً كما من عليك ذلك آنها .

الصدر تعليق "رقم ٢٣١-": أي العام الذي لم يختص على العام الذي خصص فيما إذا وقع التعارض بين العام الأول وبين ما يبقى تحت العام الثاني بعد تخصيصه ولا وجه لتقديم الأول مالم يكن مفسراً عرفاً للثاني، كما أن الثاني يقدم إذا كان مفسراً للأول وقرينة عليه عرفية بل =

ومن جهة السنن يرجح الخبر الذى رواه من أهل الفقه والأمانة على

إذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق - ٢٣٣ -، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين حالة، وتخصيص الآخر بحالة أخرى، أو يجعل أحد النصين مبينا الحكم الدنيوى، والثانى مبينا الحكم الأخرى، أو يجعل أحدهما حقيقى، والثانى مجازيا أو بغير ذلك .

= اللازم تقديم الثانى إذا أصبح بعد تخصيصه نصا فيما بقى تخته بأن يكون تقديم العام الأول عليه لايقى للعام الثانى فردا له.

الشواوى رأينا في "التعليقات من رقم ٢٢٨- إلى ٢٣١": يطبق الشروط التى ذكرها في التعليق السابق، وقد يمكن التساؤل عن المفهوم من العرف الذى يشير إليه بشأن الجمع بين النصوص أو التوفيق بينها - ونرجح أنه يقصد بذلك مايسير عليه جمهور العلماء أو أغبىتهم .

الصدر تعليق "رقم ٢٣٢-": ذهب كثير من فقهاء المذهب الجعفرى إلى ترجيح الخبر الذى يوصى رواه بالفقاهة والورع أكثر من الآخر، ويستدلون في ذلك إلى خبرين يروى أولهما ابن حنظلة عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع)، ويروى الثانى زرارة عن الإمام جعفر الصادق أيضا. وذهب جماعة إلى عدم الترجح بصفات الرأوى لضعف سند الحديدين اللذين استدل بهما الطائفة الأولى مع عدم دلالة رواية حنظلة لأن موردها المعارض بين الحكمين لا الروابتين، وقد ظهر من بيان حجة الطرفين أن الرجحان مع القول الثانى .

الشواوى رأينا في "تعليق ٢٣٢-": يؤكّد ماقلناه من قبل من أن الشيعة يعطون الأولوية للأخبار المعتمدة، رغم ما قد يوجد بينها من تعارض في نظره وهو يذكر أمثلة لهذا التعارض.

ويسرى أنه يرجح القول بأن التعارض يضعف سند الحديدين المتعارضين معا، وكنا نود لو أنه أشار في هذه الحالة إلى وجوب الالتزام بالمبادئ العامة واستنباط الحكم منها مباشرة ... وأن تكون هي التي ترجح بين الأخبار المتعارضة .

الصدر تعليق "رقم ٢٣٣-": إذا كان هناك جمع عرف بين الدليلين فلا يقع التعارض بين الدليلين ليحتاج إلى الترجح، وأما مع عدم وجود جمع عرف بينهما فلا مجال للتوفيق بينهما بمجرد إمكان ذلك ولا يخرج الدليلان بمجرد إمكان الجمع بينهما عن التعارض مالم تقم قرينة عرفية على هذا الجمع فلا يمكن تخصيص كل من النصين بحالة أو جعل أحدهما حكم دنيوى والآخر حكم أخرى أو أحدهما حقيقى والآخر مجازى مالم تقم قرينة على ذلك ومع قيام القريئة فلا يحتاج إلى الترجح.

عوده

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين، ولم يقم دليل على رجحان أحدهما على الآخر—٢٣٤—، ولم يكن الجماع والتوفيق بينهما، عدل عن الاستدلال بما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهم إلى خبر الآحاد—٢٣٥—.

ويراعى دائماً في حالة الترجيح، والجمع، والتوفيق، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع، فتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة—٢٣٦—.

الصدر

تعليق رقم ٢٣٤—"بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً من الرجحان بحسب الفهم العرف .

الصدر

تعليق رقم ٢٣٥—"مر علينا قريباً إمكان الاستدلال بأخبار الآحاد حتى مع وجود آية مباركة أو سنة متواترة كما مر علينا قريباً ذلك، كما مر علينا إمكان تخصيص الكتاب والسنة المتواترة بأخبار الآحاد .

الصدر

تعليق رقم ٢٣٦—"ويؤخذ ذلك في مقام الترجيح من الأدلة المشتبه لكيفية الترجيح .

الشاوي

رأينا في "التعليقات أرقام ٢٣٣ - إلى - ٢٣٦"—"يضيف ملاحظاته على الجمع والتوفيق

بين النصوص المتساوية في القوة، وكل ذلك يدخل في نطاق تفسير النصوص .

وقد سبق أن قلنا إننا لانقر الغلو في الاعتماد على "أخبار الآحاد" إذا تعارضت مع المبادئ العامة، التي هي في نظرنا مرجع أولى بالاعتبار من أخبار الآحاد. وهذا ردنا على مقالة في التعليق رقم ٢٣٥—"، وخلاصته أن أخبار الآحاد لا يجوز الاعتماد عليها في تخصيص نصوص الكتاب والسنة، إلا إذا كانت المبادئ العامة هي التي تستلزم التخصيص؛ فالعبرة عندنا في هذه الحالة بالمبادئ العامة ويريدنا مقالة فقيهنا في الفقرة الأخيرة ...

بعد استعراضه لضرورات الترجيح والجمع والتوفيق بين "النصوص" لإزالة شبهة التعارض بينها؛ أشار فقيهنا إلى المبدأ الأساسي الذي يجب الالتزام به، وهو ما سماه "عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ومقاصد الشارع والأصول الأساسية" – التي قلنا إنما أساس النظريات التشريعية .

إن كل ما يقال في هذا الفصل عما وصفه البعض بالعارض بالعارض بين "النصوص" يرجع في الأصل إلى ضرورات التدرج الزمني؛ فالالأصل أن الوحي قد سار على سنة "الدرج" في التشريع؛ وقد يكون التدرج صعودياً أو نزولياً – فيكون صعودياً إذا بدأ بحكم فرعى أو محدود ثم وصل إلى المبدأ العام، وبالعكس فإن التدرج يكون نزولياً عندما يقرر مبدأ عاماً ثم يخصصه بعد ذلك بنص أو سنة عملية .

ومهمة المجتهد هي معرفة نوع التدرج مستعيناً بما وصل إلى علمه من تاريخ وظروف نزول النصوص أو السيرة النبوية، فإذا عجز عن معرفة اتجاه التدرج الزمني فإن الواجب هو الاستعانة بالأصول العامة التي وصفها بأنما روح التشريع والمبادئ العامة ومقاصد الشريعة؛ وهي التي يستعان بها في وضع النظريات العامة. وهذا ما يؤكد أهمية التوسيع في التنظير في المرحلة الحالية والمستقبل بسبب تعدد العلاقات الاجتماعية وزيادة المشكلات الإنسانية .

أولى مزايا النظريات هي أنها تساعدننا في عملية التوفيق والترجح بين الآراء والنصوص المختلفة، وتقدم لنا الوسائل الكفيلة بإزالة الظن بوجود تعارض بين النصوص والأحكام والآراء .

إننا نفضل منتهى الحذر، حتى لا يتسع البعض في ادعاء النسخ دون مبرر أو موجب لذلك، ونكتفى بالقول بأنه ثبت تخصيص بعض النصوص العامة، كما في حالة الفاحشة التي فرض فيها الإمساك في البيوت بالنسبة للزوجات اللاتي يتهمن بها .

عفو الزوج عن زنا زوجته دليل على توبتها :

ونحن نفضل في هذه الحالة القول بأن هذا "الإمساك في البيوت" هو من وسائل التعزير التي يمكن الحكم بها عند سقوط الحد بسبب من الأسباب - والسبب هنا في نظرنا هو حق الزوج في العفو عن الحد، والاكتفاء بالتعزير، وحق الزوج في العفو عن حد الزنا وإن لم يرد به نص كما ورد في شأن حق أولياء الدم أو الجني عليهم في العفو عن القصاص .

إننا نفضل أن تُعدّ هذا النص على أنه يعطى للزوج حق العفو عن الحد الذي تستحقه الزوجة، ولنكتفى في هذه الحالة بتعزيزها بامساكها في بيتها.. حتى يتوفاها الله .. بدليل قوله تعالى : «فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأُعْرِضُوا عَنْهُمَا» [النساء: ١٦] - والذى له الحق في تقرير هذه التوبة هو الزوج بالنسبة لزوجته والقاضى بالنسبة لشريكها في الزنا .

عدد

١٨- النسغ : هو إبطال حكم تشعيري بدلليل يدل عليه صراحة أو

ضمنا إبطالاً كلياً أو جزئياً لصلاحة اقتضته.

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع ينص صراحة على إبطال تشريع سابق. ومثال ذلك ماحدث في تشريع الزنا، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس في البيوت والإيذاء، وذلك قوله تعالى : «وَاللَّاتِي يَأْتِنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٍ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهَدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبَيْتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا * وَاللَّذَانِ يَأْتِيَاهُنَّ مِنْكُمْ فَأَذْوَهُمَا إِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأُغْرِضُوهُنَّ عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَابًا رَحِيمًا» [النساء: ١٥، ١٦]. ثم نسخ ذلك صراحة -٢٣٧- بقوله تعالى : «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلد» ، [التور: ٢] . وبقول رسول الله ﷺ : «خذلوا عنى فقد جعل الله هن سبيلا؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة». ومثل النسخ الصريح أيضا قول الرسول عليه السلام: "كنت همّتكم عن زيارة القبور، لا فزوروها، فإنما تذكركم الحياة الآخرة".

تعليق رقم ٢٣٧-: من آنفه أن الآية المباركة لا يمكن نسخها إلا بأية متصلة بها فلا تكون

هذه الآية ناسخة للآية الأخرى. ولو سلمنا إمكان نسخ القرآن الكريم باية منفصلة عنه فلا دليل

على كون الآية الثانية ناسخة للآية الأولى لأن النسخ متوقف على ثبوت التعارض بين الآيتين، والعارض إنما يكون مع اتحاد مورد الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين، وكلا الأمرتين محل منع.

أما نفي اتحاد مورد الحكمين فلعدم اختصاص الفاحشة بالزنا، فإن معنى الفاحشة عرفاً ماتزيد قبحه وتفاحش، فقد يكون بين رجل وامرأة فيكون زنا في الإيلاج، وملاعبة بدونه، وقد يكون بين امرأتين فيكون مساحقة، وقد يكون بين ذكررين فيكون لواطاً مع الإيلاج وملاعبة بدونه. فليست الآية الأولى نصاً في الزنا بل هي شاملة له بالعموم، والآية الثانية مختصة

بـه فـتـخـصـصـ الـأـولـيـ وـتـخـرـجـ الزـنـاـ مـنـ عـمـومـهـاـ وـتـجـعـلـهـاـ مـخـصـصـ بـماـ سـوـاهـ .

كما لا دليل على عدم اجتماع الحكمين لإمكان اجتماعهما فإن الحكم في الآية الأولى حكم وقائي شرع المرأة من إتيان الفاحشة مرة أخرى والحكم الثاني شرع للتأديب على الجريمة الأولى.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٣٧": يسراً أن وجدنا لأول مرة إشارة إلى "الحكم الوقائي" للسيد

الصدر الذي تزيد مأرورده من إمكانية التوفيق بين الآيتين المشار لهما في الصلب على أساس أن

الأولى حكمها "وقائي لسد باب الوقع في الفاحشة عموماً"، في حين أن حد الزنا يقرر عقوبة لا توقع إلا استثناء متى توافرت شروط الحد . فلا داعي للكلام على التعارض .

عوده

والنسخ الضمني هو أن يصدر الشارع تشريعاً لاحقاً لا ينص فيه صراحة على إبطال التشريع السابق، ولكنه يأتي في التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين إلا بالغاء أحدهما، فيعتبر اللاحق ناسخاً للسابق ضمناً.

والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق بإبطاله كلياً بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين.

والنسخ الجزئى - ٢٣٨ - هو أن يجتاز التشريع عاماً شاملًا كل فرد مكلف، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد. ومثال ذلك حكم القذف، فقد كان عاماً ثم نسخ - ٢٣٩ - بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة.

الصدر

تعليق "رقم - ٢٣٨ -": مأساة المؤلف بالنسخ الجزئي من مصاديق التخصيص للدليل العام السابق، ولعل مراده منه هو الخاص المتأخر الذي يخرج بعض أفراد العام من حين مجئه الخاص لا من أول الأمر.

الشواوى

"رأينا في "تعليق - ٢٣٨ -": نحن نوافق السيد الصدر في أنه لا داعى لوصف "التخصيص" بأنه نسخ جزئي - لأن الإسراف في القول بالنسخ يخل بحقيقة النصوص وقوتها، ولذلك نؤيد مقالته بأن الملاعنة لا يجوز اعتبارها نسخاً، بل هي وسيلة لإسقاط الحد عن الزوج القاذف تطبيقاً لمبدأ درء المحدود بالشبهات.

الصدر

تعليق "رقم - ٢٣٩ -": لامعارضة بين الحكمين ليكون الثاني ناسخاً للأول لأن قذف الزوج يكون سبباً ملده كقذف غيره ودليل الملاعنة لم ينفع ذلك وإنما جعل للزوج طريقاً لرفع الحد عنه بالملاعنة.

عوده

١٨٧ - محل النسخ : محل النسخ هو الأحكام التشريعية، ليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ، بمعنى أن ماورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق، فهناك نصوص ممحكة لا تقبل النسخ بحال وهي - ٢٤٠ - :

أولاً : النصوص التي تضمنت أحكاماً أساسية كالنصوص التي أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر، والنصوص التي جاءت بأصول العقائد والعبادات، والنصوص التي قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات، والنصوص التي حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق، والزنا والسرقة، والفساد في الأرض، والظلم، وغير ذلك .

ثانياً: النصوص التي جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى في قاذف المحسنات: ﴿وَلَا تَقْبِلُوا هُمْ شَهَادَةً أَبْدَاهُ﴾ [النور: ٤].

ثالثاً : النصوص التي دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿فَإِنَّمَا تُمُودُ فَأَهْلَكُوكُوا بِالْطَّاغِيَةِ﴾ [الحاقة: ٥]. وكقول الرسول: "نصرت بالرعب مسيرة شهر"؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للمخبر به، والكذب محال على الشارع . هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محلاً له، أما مaudها من النصوص فهو يقبل النسخ .

الصدر تعليق رقم - ٢٤٠ -: أما ذكره أولاً فهو وإن أمكن أن ينسخ إلا أنه يقطع بعدم نسخه للعلم ببقاء هذه الأحكام. وأما قوله سبحانه: ﴿وَلَا تَقْبِلُوا هُمْ شَهَادَةً أَبْدَاهُ﴾ [النور: ٤]. فليس المراد منه عدم قبول شهادتهم مدى الدهر ليدل على أن هذه الأحكام لن تنسخ أبداً بل المراد لا تقبل شهادتهم بعد الحمد وقبله فهي كغيرها من الأحكام قابلة للنسخ، وأما ما استثناء ثالثاً فهو غريب لأن النسخ في الأحكام لا في الأخبار فهو خارج عن محل الكلام .

الشواوى رأينا في "تعليق - ٢٤٠ -": الجدل الذي يثيره السيد الصدر حول "أصناف" النصوص الممحكة، لا محل لها في نظرنا، لأن الأولى عَدُّ جميع النصوص القرآنية ممحكة والاكتفاء بذكر النصوص التي يقال إنها نسخت بصفتها هي الاستثناء - وليست القاعدة - إن الاستثناء له شروط وقيود لابد من مراعاتها .

إن كثيرين يجادلون في القول بالنسخ حتى في الحالات الاستثنائية أو في كثير منها على الأقل، فيجب على من يقولون بالنسخ أن يسلموا بأن حالاته استثنائية : (بل مشكوك فيها) وأن الأصل العام هو أن النصوص القرآنية ممحكة ... وبذلك يضيق الفاصل بين الرأيين في التطبيق ويكون محصوراً في حالات محدودة هي محل جدل .

موضوع النسخ هو الأحكام التي وردت بها نصوص في القرآن أو السنة. ويعرض كثيرون من الفقهاء على القول بالنسخ فيما يتعلق بنصوص القرآن الكريم، ويفسرون إشارة القرآن الكريم إلى نسخ الآيات "بأن المقصود هنا نسخ الآيات التي جاء بها الأنبياء السابقون بأحكام شريعة هذه الرسالة الخاتمة".

وقد أشار فقيهنا إلى أن محل النسخ لا يمكن أن ينتمي إلى النصوص التي وصفها بأنها "محكمة"، ويشير بذلك إلى أن القرآن ذاته أشار إلى وجود نصوص محكمة إلى جانب نصوص متشابهة يصفها الفقهاء بأن دلالتها ظنية، وهي وحدتها التي يدخل عليها "النسخ". ونحن نقر بكل ذلك، لكننا نضيف إلى ما ذكره ما تعلمه المبدأ الأساسي والأول في نظرنا والذي أشار إليه فيما سبق وهو ما سميأنا وجوب مراعاة "الأصول والمقاصد والنظريات العامة".

و قبل أن نعرض ما قدمه في هذا الموضوع يجب أن أقر بانني كنت أميل لترجيح آقوال المعارضين للنسخ في القرآن الكريم وخاصة من المحدثين الذين كتبوا في هذا الاتجاه، وحجتهم أنهم يخشون أن يكون في القول بنسخ أحكام وردت في نصوص الكتاب الكريم إخلال بقداسته وزعزعة ماقرره الفقه في قدسيته نصوصه. وقد عرض هذه الآراء وأيدوها ودافع عنها صديقنا الأستاذ الدكتور الهاشمي التيجاني من علماء الجزائر المدقين، في رسالته بعنوان "مذهب النسخ في التفسير وأبعاده الاجتماعية" التي نشرت طبعتها الأولى في الجزائر عام 1413 / 1993، وأعجبنا فيه توسعه في عرض الخلافات حول تعريفه ومدلوله وأنواعه وخاصة في التمييز بينه وبين التخصيص الذي لا يجوز وصفه بأنه نسخ.

وعلى الرغم من أن من قالوا بوجود النسخ في القرآن يقدمون حججاً منطقية، فإنني أرى أن علماء عصرنا قد بذلوا جهوداً محمودة لاستبعاد كل صور التعارض (الموهوم) بين بعض النصوص، التي استند إليها أسلافنا في قولهم بوجود حالات النسخ، وإنني أرى أنهم على حق في أنه يجب إلا نقول، ولا نقبل القول بنسخ آية من القرآن إلا بما هو نظير لها من آيات قرآنية لاحقة لها، وإنني أرى أننا يجب أن نتردد في قبول القول بأن السنة يمكن أن يقال بأنها قد تنسخ بعض أحكام القرآن الكريم وخاصة إذا كانت من سنن الآحاد. ومن الواضح أن موضوع النسخ يدخل في نطاق علم التفسير.

عوذه - متس كأن النسخ ؟ : وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة، ينطبق على العهد الذي كان التشريع يتول فيه، وهو ينتهي بوفاة الرسول ﷺ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ -٢٤١-، ولا هي محل له، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير -٢٤٢- ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحي بوفاة الرسول .

الصدر تعليق "رقم-٢٤١-": النسخ بمعناه الواقعي غير معقول حتى أيام النبي ﷺ، لأن لازمه أن الله سبحانه وتعالى يحكم ثم يدلو له فساد هذا الحكم فيرفعه أو يدخله، وهذا مستحيل بالنسبة إليه سبحانه وتعالى. وإنما النسخ في الأحكام الشرعية نسخ صوري يعني أن الحكم من أول الأمر موقف بوقت معين، ولكن اقتضت الحكمة الإلهية إظهاره بمظاهر الحكم الدائم المستمر، ولما انتهى أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه وعلى لسان نبيه بارتفاعه فكان شبيها بالنسخ الحقيقي. ثم إن مدة الحكم قد تنتهي أيام النبي ﷺ فيخبر ﷺ بانتهائها، وقد تنتهي بعده ﷺ فيخبر النبي ﷺ وصيه بظرف انتهاء مدته فيعلن الوصي انتهاء المدة حينما يتحقق ذلك الظرف، فلا فرق في استحالة النسخ الحقيقي وإمكان النسخ الصورى بين أيامه ﷺ وما بعد وفاته.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٢-": لاسلطة تملك تغيير ما أنزله الله سبحانه وتعالى إلا الله وحده، وإنما وظيفة النبي ﷺ الإخبار عن هذا التغيير. وكما يمكن للنبي أن يخبر بلسانه يمكن أن يخبر خليفته ووصيه من بعده بأن التغيير سيكون بعده، فحينما يتحقق ذلك الزمان وتنتهي مدة الحكم المنسوخ يخبر الوصي بذلك.

الشواوى رأينا في "التعليقين-٢٤١-، -٢٤٢-": أهـما يؤكـدان ما قـلناه من وجـوب التـحرـج من القـول بالنـسـخ وـأنـ الأـفـضل هو عـدـه "صـورـيا" كما يـشيرـ السـيدـ الصـدرـ لأنـ حـكـمـ النـصـ "الـمـسـوـخـ" كانـ مؤـقاـ أوـ "ظـرـفـياـ" تـوقـفـ تـطـيقـهـ عـنـدـمـاـ زـالـ الـظـرـفـ أوـ الـوقـتـ الـذـيـ اـقـضـاهـ لـكـنـ لـاقـرـءـ بـشـانـ "وصـيـ الرـسـولـ الـكـرـيمـ" الـذـيـ يـدـعـىـ أـنـ هـيـ عـلـكـ تـغـيـيرـ الـأـحـكـامـ أوـ الـإـخـبـارـ عـنـ تـغـيـرـهاـ ...ـ إنـ شـرـيـعتـناـ فـسـحتـ لـلـأـمـةـ بـابـ التـجـديـدـ وـالـاجـهـادـ -ـ عـلـىـ أـنـ ذـلـكـ جـمـيعـ أـهـلـ الـاجـهـادـ،ـ وـلـاـ يـكـنـ أـنـ يـخـصـ بـهـ شـخـصـ أـوـ هـيـةـ بـحـجـةـ أـنـ هـذـاـ وـصـيـ أـوـ خـلـيـفـةـ ...ـ

موضع النسخ خاص بنصوص الكتاب والسنة وما قررته النصوص القطعية في عهد الرسالة (بوجي صريح في القرآن أو إقرار ضمني في السنة)؛ أما تطور الأحكام الاجتهادية أو الإجماعية فلا يسمى نسخاً وإنما هو غزو في الأحكام وتجديد فيها، أو تطوير لها، لأن دلالتها ظنية ولذلك تقبل التعديل والتغيير والتطور.

ولهذا فإنه قال إن زمن النسخ هو في فترة الوحي - أي في حياة الرسول الأمين .
لكن ذلك لا يعني من أن يستمر الاجتهاد بشأن الترجيح والتوفيق والجمع بين
النصوص في جميع العصور، وهذا الترجيح والتوفيق هو مهمة المتجهدين والمفسرين
والفقهاء، وليس خاصة بوصي أو خليفة .

بل إننا نشاهد تزايد الحوار والجدل بشأن النسخ ذاته في العصر الحاضر، لأنَّه كان وما زال موضوعاً للاجتهداد واختلاف الآراء. ويقال إنَّ الاصفهانى أول من عارض القول بالنسخ، وكثير من المحدثين يعارضون فكرة النسخ مثل الشيخ "محمد الغزالى" والدكتور "مصطفى زيد".

وأحكام الفقه المستمدة من الإجماع أو الاجتئاد هي جزء من الشريعة بالمعنى العام، ولكنها أدنى درجات الأحكام الشرعية، فمشروعيتها مستمدۃ من استنباط أحكامها من الكتاب والسنة (وهي الشريعة بالمعنى الضيق) ..

ولذلك، فإن أحکام الفقه تكون أعلى من النظم الوضعية، ولا يجوز لتلك الأنظمة أن تخرج عن نطاقها أو تعطل أحکامها، سواء كانت مقتنة أو متباشرة في كتب الفقه . وعلاقة الأنظمة الوضعية بأحکام الشريعة هي موضوع المبحث الخامس في كتاب فقيهنا فيما بعد .

عدد

^{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، ٢٤٣-٢٤٤. وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات، ٢٤٤-٢٤٥. والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة، أما بقية المصادر فهي لتأتي 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 منها وتستند على نصوصهما، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح.

الصدر تعليق "رقم ٢٤٣": وقد مر علينا سابقاً أن القياس ليس من مصادر التشريع في الفقه
الجعفري وأن رابع مصادر التشريع عند فقهاء المذهب الجعفري هو العقل.

الشواوى رأينا في "تعليق ٢٤٣-٢": جميع ماءورد في التعليقات على هذا البدىء سق لنا الكلام عنها. فالتعليقات أرقام ٢٤٣-٢٤٦-إلى-٢٤٦-تعيد ما قاله فى استبعاد القياس عند الجعفرية، ولانعقد أفهم كانوا فى حاجة لذلك ماداموا يغدون "العقل" هو المصدر الرابع، لأن القياس فى نظرنا صورة من صور استعمال العقل، بل هي أولى الصور.

الصلوٰ تعليق "رقم ٤٤-٢": تكون نافذة المفعول في ظرف خاص، إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائمي مستمر.

ال Shawi رأينا في تعليق ٤٤-٢٤: نرى أنه على حق لأن ما يأمر به "أولو الأمر" هي أحكام ظرفية ومؤقتة دائماً. وفدينا بذلك في تعليقه رقم ٢٤٧. هذا، مع تأكيدنا على أن أولي الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد لا المسلمين والحكام.

الصدر تعلق رقم ٢٤٥-“ والأجبار المروية عن أئمة أهل البيت داخلة في السنة لأنهم ينطقون عن لسان جدهم النبي (ص)، وقد أمرنا (ع) باتباعهم بقوله: “أهل بيتي كسفينة نوح، من تمسك بهم نجا، ومن تخلف عنهم هوى”， ويقوله (ع): “إني مختلف فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي لن يفترقا حتى يردا على الموضع، ماأن تمسكتم بهما لن تضلوا أبداً”.

الشاوي رأينا في "تعليق ٢٤٥-": تكرار لما قاله عن إعطائهم الأولوية لما يسميه "الأخبار المروية عن أئمة أهل البيت ...، ونرى أن يعتقد ذلك بما عليه العقل وما توجّهه المبادى والنظريات العامة، وأن ترجيح أقوال الأئمة من آل البيت أساسه الثقة في نزاهتهم وصلاحهم، وليس بالصور التي لا يذكرها إلا المذاهب الشيعية.

عودة

التي يصدرها أولو الأمر. فالإجماع أساسه -٢٤٦- اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنّة، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة العامة وروحها. والقياس أساسه إلحاد مala نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنّة، والقواعد اللوائح تصدر من أولى الأمر؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنّة، وتحجب طاعتها -٢٤٧- كلما كانت صادرة على هذا الأساس، وإلا فلباطعة لها ولا من أصدرها.

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنّة هما أساس الشريعة ومرجعها، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة، أما بقية المصادر فهي تابعة للقرآن والسنّة، وتقوم على نصوصهما. فالقرآن والسنّة أصل وبقية المصادر فروع لهما، ولا يمكن عقلاً أن يكون الفرع مساوياً للأصل ولا أقوى منه. وإذا، فمن الحال أن ينسخ القرآن أو السنّة إجماع أو قياس^(١) أو قانون أو لائحة.

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضاً -٢٤٨-، وقد تنسخها السنّة المتواترة؛ لأنها كلها قطعية وفي قوّة واحدة.

الصر

تعليق رقم ٢٤٦-: لا يكون الإجماع معتبراً عند فقهاء المذهب الجعفري مالم يكن كافشاً عن رأى نبي أو إمام معصوم، ولا يكون كافشاً إذا خالف الكتاب والسنّة فلا يكون معتبراً عندهم.

وأما القياس فلا يعتمد عليه فقهاء المذهب الجعفري إلا إذا حصل القطع ببساطة الحكم الشرعى ولا يمكن أن يكون سبباً لحصول القطع بالحكم الشرعى مع مخالفته للكتاب أو السنّة.

الشواوى

رأينا في تعليق ٢٤٦-: نعدها غلوّاً في إفحام الادعاء بالكشف عن رأى "المعصوم" من أجل إنكار حجية الإجماع، لأن حجيته في نظرنا أولى من هذه الافتراضات التي قد تثير خلافات وجداً لانكماية له، وتغيبنا عن ذلك الافتراض الذي لا أساس له ولا دليل عليه.

الصر

تعليق رقم ٢٤٧-: في زمان خاص كما مر علينا ذلك قريراً.

الصر

تعليق رقم ٢٤٨-: مر علينا مراراً أن الآية المباركّة لاتنسخ إلا بآية متصلة بها معلنة نسخها، فلا نسخ بآية متصلة ولا بالسنّة المتواترة فضلاً عن أخبار الأحاديث، إذ إن من المأني للحكمة وجود آية في القرآن لا يعمل بها مع عدم قرينة على ذلك.

الشواوى

رأينا في تعليق ٢٤٨-: يشير إلى الاتجاه الراوح لدى كثيرين من أن السنّة لا يمكن القول بأنّها ناسخة حكم قرآن، سواء كانت متواترة أو آحاداً.

(١) المستصفى للغزالى جـ١ ص ١٢٦، فوائح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت جـ ٣ ص ٨٤.

عوده

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها ببعض؛ لأنها في قوة واحدة، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة؛ لأنهما أقوى منها . ولكن لا ينسخ نص قرآن أو سنة متواترة بسنة غير متواترة؛ لأن الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة—٢٤٩.

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ بوفاته انقطع الوحي، وانقطع ورود النصوص—٢٥٠، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً، وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصتها العام، وبين مقيدها المطلق؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التي انتهت إليها.

الصدر تعليق "رقم-٢٤٩": لادليل على هذه القاعدة، وإن كان الحق أن القرآن الكريم لا ينسخ بالخبر الواحد كما ذكرناه قريباً من منافاة ذلك للحكمة والإجماع المسلمين على ذلك.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٤٩": يتعين ياجماع المسلمين على أن القرآن لا ينسخ بخبر الآحاد... مما يدل على عدم تقييده بما قدمه سابقاً بشأن عدم حجية الإجماع.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٠": الرأي السائد عند فقهاء المذهب الجعفري أن الأخبار المروية عن آئمة أهل البيت الذين ثبت إمامتهم وعصمتهم بالأدلة القطعية كأنما رويت عنه (عليه السلام) لأنهم ينطقون عن لسانه وقد أمرنا (عليه السلام) باتباعهم كما أشرنا إلى ذلك قريباً، ولأنهم عليهم السلام إنما يخبرون من العلم الذي وصلهم من جدهم أمير المؤمنين على (ع) عن جدهم النبي الأعظم (عليه السلام). ولقد قال أمير المؤمنين على (ع): "علمى رسول الله ألف باب من العلم يفتح لي من كل باب ألف باب".

ولقد ذكرنا قريباً أن النسخ الحقيقى مستحيل فى أيام حياة النبي (عليه السلام) وبعد وفاته، وأن النسخ الظاهرى بالمعنى الذى ذكرناه سابقاً: فكما يمكن أن يكون حال حياته يمكن أن يكون بعد وفاته.

الشاوي رأينا في "تعليق-٢٥٠": ما ذكره هو ما يختص به المذهب الجعفري ولا يسلم به غيرهم.

عوده

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 -٢٥١-. فلا إجماع بلا مستند شرعي^(١). وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستندًا إلى القرآن والسنة، فلا يتصور أن يكون مخالفًا لهما، إلا إذا كان إجماعًا من يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين، وهذا ليس إجماعاً شرعياً ولا يتربّ عليه أثر شرعي، وكل ما يأتي عن طريقه باطل بطلاناً مطلقاً. ومن المستبعد أن يكون هناك قياس -٢٥٢- مخالف للقرآن والسنة إذا روّيَت شروط القياس؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالاً نص فيه بما فيه نص؛ لاشتراكيهما في علة الحكم، فالحكم الذي يحيى عن طريق القياس هو دائمًا حكم من أحکام القرآن أو السنة، فإذا فرض أن قياساً ما، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة، فهو قياس باطل بطلاناً مطلقاً؛ لأن من الشروط الأساسية في الشريعة أن يراعي المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها، وأن يتقيّد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع^(٢).

الصدر

الصدر

تعليق "رقم -٢٥١-": أى يجب أن يكون للمجمعين دليل يستدون إليه.

تعليق "رقم -٢٥٢-": لا اعتبار بالقياس عند فقهاء المذهب المغفرى كما مر علينا ذلك، إلا مع حصول العلم بواسطته بالحكم الشرعي، ولا يعقل أن يكون سبباً للعلم بالحكم الشرعي مع مخالفته للكتاب والسنة.

الشاوى

رأينا في "تعليقى -٢٥١-، -٢٥٢-": يتفق مع فقيهنا في استبعاد وجود إجماع أو قياس يخالف نصوص الكتاب والسنة - وإن كان التعلييل مختلفاً فيما يتعلق بالقياس، ولكنه في نظرنا اختلاف ظاهري فقط، والمتفق عليه هو أن الإجماع والقياس يستندان إلى مصادر شرعية من الكتاب والسنة، فلا يتتصور أن يتساقضاً مع الكتاب أو السنة.

(١) فواتح الرحموت في شرح مسلم الثبوت ج-٢ ص ٢٣٨ .

(٢) راجع الفقرات ١١٥، ١٣٠، ١٦٩ - ١٧٥ .

التفاوت في مصادر الأحكام مبدأً أساسي في شريعتنا؛ وأولوية القرآن ثم السنة قاعدة عامة – لأن ما يُعدَّ قياساً (اجتهاداً) أو إجماعاً يجب لشرعنته أن يستند إلى مبادئ هذين الأصلين المتصلين بالوحي مباشرةً (القرآن) وضمنا (في السنة)، ولذلك لا يمكن للإجتهد أو الإجماع أن ينسخ حكماً قرره القرآن الكريم أو السنة .

لكتنا أشرنا إلى أن الدور الأساسي للمصدرين الثانويين (الإجماع والاجتهد) هو تفسير نصوص القرآن والسنة؛ وهذا التفسير لا ينقطع الإجتهد فيه ولا الجدل بشأنه، وهو موضوع من أهم موضوعات الإجتهد؛ وهو الطريقة الشرعية لفهم النصوص ومعرفة مقاصدها ومضمونها، ولذلك فإنه ماضٍ إلى يوم القيمة .

وفي عصرنا والعصور التالية لا يقتصر التفسير على الاستدلال على المعانى من عبارات النصوص وألفاظها وأسباب نزولها وما إلى ذلك؛ بل إنه كثيراً ما يمر بمرحلة التسطير، التي تبدأ باستبطاط المبادئ والأصول العامة من النصوص، حتى ولو كانت في ظاهرها مقررة لأحكام فرعية، لكنها تشير إلى مبادئ علياً يمكننا إذا عدناها قواعد عامة استبطاط الأحكام في إطار هذه المبادئ التي تُعدَّ نظريات عامة تكون مبنعاً لainضب ولا يوقف لمزيد من الأحكام الفرعية نواجه بها مشكلات كل عصر ومقتضيات تطور المجتمعات وغزو الحضارات ...

والقاعدة الأولى هي أن كل حكم لا ينسخ إلا نص في مستوى النص الذي قرره أو أقوى منه. وعلى ذلك، فإن ما قرره القرآن لا ينسخ إلا بضم قرآنٍ. ولكن النص القرآني يمكن أن ينسخ ما قررته السنة، لأنه أقوى منها .

بل إن السنة درجات، وكل درجة لا يمكن أن تنسخ إلا بما يعادلها أو أقوى منها، كما هو مبين في المتن بوضوح .

وقد أشار فقيهنا إلى ما سماه "القوانين واللوائح" التي يصدرها "أولو الأمر"، ونفضل وصفها بالأنظمة لأنها في درجة أدنى من التشريع الإلهي، ولذلك فإنها لا تستطيع أن تغيره أو تعطله، وتكون باطلة إذا خالفته، لأنها لا طاعة لخلوق في معصية الخالق. وهي بذلك على درجات متفاوتة، وكل درجة منها لا يجوز أن تخالف ما هو أقوى منها – وأقوىها هي الدساتير ثم "القوانين العادلة" ثم اللوائح .. وكلها تخضع لسيادة الشريعة الجميع أحکامها، فلا يجوز لها أن تعدل فيها، أو تعطل أحکامها أو أن تكون بديلاً عنها كما هو حادث اليوم في كثير من النظم "العصيرية" التي تعطل الشريعة وتكتفى بالأنظمة الوضعية.

لذلك أكدنا مراراً على ضرورة التمييز بين الأنظمة وبين التقنيات الشرعية التي تُعدَّ جزءاً من أحكام الفقه على مذهب معين أو من مذاهب كثيرة، وتلتزم بالنصوص والمصادر الشرعية .

المبحث الخامس

في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

عوده

١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفه للقرآن والسنّة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنّة، أو متماشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، وجبت الطاعة لها^{٢٥٣}، وحققت العقوبة على من خالفها. أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنّة، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية^{٢٥٤}، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً، وليس لأحد أن يطاعها، بل على كل مسلم أن يحارها. وسبعين فيما يلى أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلّم عن نظرية البطلان ذالما.

١٩٢ - نظرية البطلان في الشريعة : أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والتواهي لم تجبي عيناً، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح؛ لأنّه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله، لمخالفته أمر الشارع، والله تعالى يقول: **(وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع ياذن الله)**. [النساء: ٦٤]. ويقول : **(وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا)**. [الحشر: ٧]. ويقول : **(يأيها الذين آمنوا أطِيعُوا الله وأطِيعُوا الرسول)** [النساء: ٥٩].

وتتطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات، والحكام والحاكمين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح، وما جاء مخالفًا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها

تعليق "رقم ٢٥٣-٢": إذا كانت من حكومة إسلامية يجب إطاعة أحكامها .
الصدر
رأينا في "تعليق ٢٥٣-٢": لا يكتفى السيد الصدر بما اشترطه فقيهنا من عدم مخالفه النصوص الوضعية للنصوص الشرعية ومبادئها وروحها، بل يضيف لذلك شرطاً آخر هو أن تكون "الحكومة" التي أصدرها حكومة إسلامية، ونحن نؤيد ذلك .
الشاوي

ونحن نعتقد بأن فقيهنا يفترض هذا الشرط، لأنه يبحث في حكم هذه القوانين من وجهة نظر شريعتنا. فالدولة التي تطبق الشريعة وتلتزم بما هي التي تلتزم بالبطلان الذي يقرره، وهذا كان حال الدول الإسلامية التي تلتزم بالشريعة وسيادتها؛ فكل مخالفه منها لأحكام شريعتنا تستوجب البطلان.
أما الدول "العصيرية" التي تبترا من الشريعة أو تشكّر لها فوجودها ذاته باطل - في نظره - وكل ما يصدر عنها باطل شرعاً، ولا محل للقول بالشرفية بين ما يوافق الشريعة وما يخالفها.

تعليق "رقم ٢٥٤-٢": التي يقطع بالاتفاق معها بموافقة الشريعة وبمخالفتها مخالفه الشريعة.
الصدر

عودة

الشرعية-٢٥٥- فهو باطل بطلاًنا أصلياً، ولا يترتب عليه أى ثُر. ومن ثم، فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاً مطلقاً، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاًنا مطلقاً. فالعمل إما أن يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح، وإما أن يكون مخالف لها فهو باطل، وهذا هو رأى جهور الفقهاء.

والمخالفون -وهم الأحناف- لا يخالفون نظرية الجمود فيما يمس حقوق الجماعة، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاً مطلقاً، ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد، أى في العقود والتصرفات، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاً مطلقاً إذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف، أى : في ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف: أى في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلاً. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر طلقاً، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره^(١)-٢٥٦-.

الصدر

تعليق رقم-٢٥٥-: بالمعنى الذي مر علينا قريباً .

الشواوى

رأينا في "التعليقات رقمي-٢٥٤-،-٢٥٥-": يشرط لوقوع البطلان أن تكون المخالفة للشريعة مقطوعاً بها، وهذا شرط بدائيه .

الصدر

تعليق رقم-٢٥٦-: الرأى السائد بين المؤخرین من فقهاء المذهب الجعفري أن النهي إذا تعلق بأمر خارج عن العقد، كما إذا نهى عنه في زمان خاص احتراماً لذلك الزمان أو في مكان خاص احتراماً لذلك المكان، فلا يصبح العقد في ذلك المكان أو الزمان باطلاً، بل يقع صحيحاً، وإن عدّ معصية للنهي الشرعي عنه. ومثاله المعروف عند الفقهاء النهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة، فإن النهي ليس لأنه يشترط في البيع وقوعه في غير وقت النداء وليس لأن في البيع وقت النداء منقصة بوصفه بيعاً، بل لأجل الحفاظة على الاجتماع في صلاة الجمعة وعدم التفرق عنها، فإذا عصى المكلف وباع أو اشتري يوم الجمعة وقت النداء فإنه يعصي النهي لكن بيعه صحيح .

الشواوى

رأينا في "تعليق-٢٥٦-": يشير إلى أن الجعفري يفرقون بين المعايير الناجحة عن مخالفة شروط صحة العقد، ويترتب عليها بطلاً، وبين المعايير الخارجة عن نطاق العقد فلا يترتب عليها بطلاً العقد، مثل البيع الذي يعقد وقت صلاة الجمعة فهو صحيح لكن من قاموا به قد ارتكبوا معصية. وهذه تفرقة دقيقة لامجال للاعتراض عليها .

(١) الإحکام في أصول الأحكام للأمدي جـ١ ص ١٨٦، ١٨٧، المستصفى للغزالى جـ١ ص ٩٤، أصول الفقه لعبد الوهاب خالق ص ٩٩-١٠١ .

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر،
أمكنتنا أن نقول على وجه القطع: إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها تكون
باطلة بطلانا مطلقا كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية، أو خارجة
على مبادئها العامة، أو مبادئه لروح التشريع الإسلامي. وأساس هذا البطلان كونها
مخالفة للشريعة طبقا لرأى جهور الفقهاء، وأساسه طبقا لرأى أبي حنيفة وأصحابه أن
القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله
طبقا لتعبيرهم، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلانا مطلقا إذا جاء مخالفًا
للشريعة الإسلامية. فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح
والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

إنه استعان بمبادئ "أصول الفقه" عندما توسع في بحث "مصادر التشريع الجنائي" - والآن نراه يستعين بمبادئ "أصول الحكم ونظرية الدولة" عندما تصدى لموضوع العلاقة بين أحكام الشريعة ونصوص القوانين "الوضعية".

أول ما نلاحظه هو أن هذه مشكلة مستحدثة نتاجت عما وصلت إليه "النظم السياسية العصرية" من ممارسة الدول "سلطة التشريع" اعتماداً على النظريات الدستورية والسياسية المستوردة التي تَعُدُ التشريع تعبيراً عن إرادة "الدولة"، وأن سلطتها النظامية هي التي "تصنع" التشريعات وتعطيها قوة تنفيذية.

خلال جميع عصور تاريخنا كانت الدول "الإسلامية" لا تدعى لنفسها حق التشريع؛ وبالتالي لم يكن يوجد ما يسمى الآن بالقوانين الوضعية؛ وكانت كل تصرفات "أولي الأمر" من السلاطين أ عملاً فردية يمكن للفقهاء أن يقرروا حكمها تطبيقاً لمبادئ شريعتنا وأحكامها قياساً على الأحكام المقررة لأعمال الأفراد.

في عصرنا استحدثت الدول في كثير من بلادنا نظاماً سياسياً يعترف لها بمارسة "سلطة التشريع" بقوانين تصدرها الدول المختلفة. فالمشكلة العصرية ليست مشكلة تعارض بين قانونين، بل هي أكبر من ذلك لأنها مشكلة "شرعية الدولة وحدود سلطتها"، وبالتالي قد يتربّع عليها القول بعدم مشروعية النظم السياسية "العصيرية" إذا أصدرت تشريعات وضعية لا تستمد من مبادئ شريعتنا أو تتعارض مع أحكامها.

صحيح أن الاستيلاء على الولاية بالقوة والغلب في الدول الإسلامية ظاهرة قد دعى منذ انتهاء عهد الخلافة الراشدة القائمة على الشورى والبيعة الحرة، وتحولت "الخلافة" على حد تعبير فقهائنا إلى "ملك عضوض" منذ عهد الأمويين، لكن هؤلاء الخلفاء أو السلاطين الذين استولوا على السلطة بالقوة والغلب دون التزام بعدها الشورى والبيعة الحرة لم يدعوا لأنفسهم سلطة التشريع؛ ولم يصدروا "قوانين وضعية"، لذلك قلنا إن القوانين الوضعية ومشكلتها ظاهرة عصرية مستحدثة لم يعرفها فقهاؤنا السالفون.

النص في الدستور الوضعي على أن الدولة دينها الإسلام معناه أن الشريعة هي دستورنا والقوانين المخالفة لها تكون باطلة لأنها غير دستورية :

وإذا كان فقهاؤنا السابقون قد أجمعوا على "بطلان" كل عمل يخالف شريعتنا، فإن الأعمال التي واجهوها في عصورهم كانت أعمالاً فردية أو على الأكثر قرارات أو تصرفات إدارية؛ ولم يكن لها صفة القانون الوضعي أو التشريع، سواء كان تشريعاً جنائياً أو مدنياً أو غير ذلك من أنواع القوانين التي نواجهها الآن، بما في ذلك ما يدخل في نطاق "الدستير الوضعي" فهذه كلها استحدثت في عصرنا تأثراً بالنظم الأجنبية.

وسنرى إلى أي حد يمكن في نظرنا الحكم على علاقة الشريعة بالقوانين واللوائح التي تصدرها الدولة "العصيرية"، وإلى أي حد يمكن القول ببطلانها قياساً على ما قرره الفقه بالسبة للأعمال التنفيذية أو القرارات الإدارية أو الفردية التي تصدر عن أصحاب السلطة في الدولة مخالفة لمبادئ شريعتنا وأحكامها التي تلتزم بها كل سلطة إسلامية.

وأشار القاضي الفقيه/ عوده إلى أن القوانين الوضعية في بلد مسلم "إذا كانت خارجة على نطاق الكتاب والسنّة أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية تكون باطلة بطلاناً مطلقاً؛ وليس لأحد أن يطيعها؛ بل على كل مسلم أن يحاربها"، وعلل ذلك بأن كل ما يخالف الشريعة محروم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أياً كانت؛ لأن حق التشريع الوضعي مقيد بأن يكون موافقاً لنصوص الشرعية - ولأنه لا طاعة لملائوق في معصية الخالق.

وحجته في ذلك أن الشريعة هي الدستور الأساسي للMuslimين؛ فكل ما يخالف هذا الدستور يكون باطلاً؛ بل سنرى فيما بعد أنه قال مؤكداً ذلك: "إن الشريعة بمثابة الدستور الوضعي للأمة ما دامت الدولة إسلامية" لأنها تلتزم بالمبادئ الشرعية العام، وهو "أن أولى الأمر لا يملكون حق التشريع، لأن التشريع من حق الله والرسول".

إن مبادئ الإسلام أصبحت بمقتضى هذا النص دستوراً وضعيّاً؛ ومعنى ذلك أن الشريعة هي صاحبة السيادة في مجتمعنا، فكل ما يخرج عن نطاقها يكون غير دستوري طبقاً لأحكام الدستير الوضعي ذاها.

وقد ترتب على ذلك أنه طبق على القوانين الوضعية في هذه الدول الأحكام التي قررها فقهاؤنا بالنسبة لتصرفات "ولي الأمر" الشرعي الذي يلتزم بأحكام الشريعة، وقد كان ذلك يعنيه عن إبداء الرأي في "شرعية" ولاية هذه الدول معتمداً على هذا النص الدستوري الذي يعطيها صفة الدولة الإسلامية - مكتفياً بالبحث في شرعية "القوانين"

شرعية السلطة التي تصدر القانون الوضعي :

التي تصدرها تلك الدول وتكون مخالفة للقرآن والسنة (كلها أو في جانب منها فقط)، وذلك على أساس المبدأ المقرر في الفقه الوضعي ذاته وهو دستورية القوانين الذي يترتب عليه القول ببطلان "القوانين" المخالفة للدستور الوضعي، لأنه عَدَ أن "الشريعة" هي الدستور الوضعي في الدول التي ينص دستورها على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام.

ولاشك في أن هذا الاتجاه يكون أوجب عندما يضاف إلى الدستور نص يجعل مبادئ الشريعة هي المصدر الأساسي للقوانين، كما هو الحال في الدستور الحالي في مصر .

وببناء على هذا التصور، سنرى أنه حلٌّ هذه المشكلة "العصيرية" بتطبيق المبدأ المعروف في "الفقه العصيري" وهو بطلان القوانين المخالفة للدستور - الوضعي ذاته - ومع ذلك فقد أفضى في تقديم الأدلة الشرعية على بطلان القوانين التي تخالف الشريعة، حتى قدم لنا فيما يلى سة عشر دليلاً من المصادر الشرعية في البند التالي .

ونحن نرى أن هذه الأدلة العديدة خاصة بالدولة الإسلامية التي تعلن السلطة القائمة فيها اتزامها بالشريعة. أما الدول التي تتذكر للشريعة وتبرأ من الإسلام، فإن البحث يكون موضوعه هو شرعية الدولة ذاتها وواجب الأمة في مقاومتها وتصحيح هذا الوضع - لا أن نبحث في واجب القاضي المسلم في إبطال قوانينها المخالفة للشريعة. ولنا رأى في ذلك سوف نبينه في نهاية حاشيتنا على البند 195 فيما بعد، ويتلخص فيما يلى :

- 1 - أن ذلك يؤدي إلى تخلي القضاة المسلمين عن ولاء القضاء وترك ذلك لغيرهم من لا دين لهم ولا ضمير لهم .
- 2 - أن العلاج الذي يُعدّه فقيهنا يدور حول تطبيق النصوص التي تفرض الحدود والقصاص، كأن الشريعة تحصر في تطبيق هذه العقوبات، وهو ظن غير صحيح .
- 3 - أنه يعطي للسلطة غير الشرعية الحق في تطبيق هذه العقوبات، مع أنها في نظره أحكام شرعية تختص بتطبيقها السلطة الشرعية وحدها .

١٩٣ - الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالف للشريعة:

بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضي إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية. ونبين 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 الشرعية، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل ما يخالفها، وسنقدم فيما يلي الأدلة على ذلك :

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة وهي عن اتباع ما يخالفها، فلم يجعل لسلم أن يتخد من غير شريعة الله قانوناً، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية، حمراً تحريماً قاطعاً على المسلمين بنص القرآن الصريح، حيث قسم الله الأمر إلى أمرتين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله ولرسوله واتباع ما جاء به الرسول، وإما اتباع الهوى. فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن، وذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِبُوكُمْ لَكُمْ فَاعْلَمُ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِنْ مَنْ أَتَى هُوَهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [صورة القصص: ٥٠].

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لا ثالث لهما : أولهما : الحق، وهو الوحي الذي أنزل على رس勒ه، وثاناهما : الهوى، وهو كل ما خالف الوحي، فقال جل شأنه : ﴿يَا أَيُّوبَ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاهِكَمْ فَيَضُلُّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضُلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ هُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسَا يَوْمُ الْحِسَابِ﴾ [سورة ص : ٢٦].

وقال تعالى موجهاً الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ * إِنَّمَا لَنْ يَغْنِيَ عَنْكَ مِنَ اللَّهِ شَيْءٌ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بِعِصْمَتِهِمْ بَعْضُهُمْ بَعْضٌ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمَقْبِنِ﴾ [الجاثية: ١٨، ١٩]. فقسم الأمر بين الشريعة التي جعل رسوله عليها، وأوحى إليه العمل بها، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون، وأمر بالأول وهي عن الثاني .

وقال جل شأنه : ﴿إِذَا تَبَعُوا مَا أَنْزَلْنَا إِلَيْكُمْ مِنْ رِبْكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أُولَيَاءَ قَلِيلًا مَا تَذَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ٣]. فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة، وهي عن اتباع ما يخالفه، وبين أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله^(١).

عوده

وهكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل مخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا، وكل مخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية، ونفت هيا جازما عن العمل بغير الشريعة، وعدت العامل بغير الشريعة متبعا هواه منقادا إلى الضلال، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره، كافرا بما أنزل الله . متخدنا لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل المؤمن أن يرضي بغير حكم الله، أو يتحاكم إلى غير ما أنزل الله، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه، وعد الرضاة بغير حكمه ضلالا بعيدا واتبعا للشيطان، وذلك قوله تعالى : **﴿أَمْ تُرِكَ الَّذِينَ يَرْعَمُونَ أَهْمَمَ آمْنَا بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أَمْرَوْا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيَرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يَضْلِلُهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾** [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 معبد أو متبع أو مطاع، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لا يعلموه أنه طاعة الله. فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره، ولا أن يقبل حكمه^(١).

٣ - إن الله لم يجعل المؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا، وذلك قوله تعالى : **﴿وَمَا كَانَ لَمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةً إِذَا قُضِيَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾** [الأحزاب: ٣٦]. فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله، وهي عن اتباع غيره، فليس المؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله، فإن رضيه واختياره 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 يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه، فقال : **﴿إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا حَقٌّ يَقُولُ، وَلَا تَأْمُرُوا حَقٌّ يَأْمُرُ، وَلَا تَفْتَأِرُوا حَقٌّ يَفْتَأِرُ، وَلَا تَعْطُوا أَمْرًا حَتَّى يَكُونَ هُوَ الَّذِي يَحْكُمُ فِيهِ . وَقَالَ : ﴿إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْفُعُوا أَصْوَاتَكُمْ وَأَتْمِمُوا لَا تَشْعُرُونَ﴾** [الحجرات: ١]. أى لا تقولوا حق يقول، كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون^(٣) [الحجرات: ٢]. فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سببا لحبوط أعمالهم، فكيف بتقديم آرائهم وعقوهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ماجاء به ورفعها عليه، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟

(١) أعلام الموقعن جـ ١ ص ٥٦.

(٢) نفس المرجع ص ٥٧.

عوده

قال جل شأنه : ﴿إِنَّا مُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَى أَمْرٍ جَامِعٍ لَمْ يَدْهُبُوا حَتَّى يَسْتَأْذِنُوهُ﴾ [النور: ٦٢]. فإذا جعل الله من لوازם الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان إلا يذهبوا إلى قول أو فعل، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه، وإذا نه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به، فإن وافقه فقد أذن، وإن لم يوافقه - ثم ذهبوا إلى هذا المخالف - فقد انتفى عنهم الإيمان، وحبطت أعمالهم، وخسروا دنياهם وآخرهم^(١).

٥ - إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقاً لما أنزل، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافراً، وظالماً، وفاسقاً، فقال جل شأنه : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]. وقال : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٥٤]. وقال : ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٧]. ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين، وتركوا بالحكم بما بعض ما أنزل الله، فعدّهم الله بعلمهم هذا كفاراً وظالمة وفاسقين. ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحکاماً غير ما أنزل الله، ويترك بالحكم بما 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 بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعاً، ومن لم يحكم به لعنة أخرى غير المحظوظ والنكران فهو ظالم إن كان في حكمه مضيناً لحق، أو تاركاً لعدل، أو مساواة، وإلا فهو فاسق^(٢).

٦ - وإذا لم يكن المؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله، أو يقبل حكمه، فليس المؤمن أن يخاول التوفيق بين ماجاء من عند الله وبين ما يخالفه، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والتفاق السافر. وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق، وأن يعرض عن الداعين إليه؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتناقض مع التوفيق بين ماجاء به الرسول وبين ما يخالفه، بل الإيمان الخضر يقتضي إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ماجاء به الرسول من طريقة، وحقيقة، وعقيدة، وسياسة، ورأي، حتى يكون الحكم خالصاً لما جاء من عند الله، وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلي، وكلمة الله هي العليا^(٣).

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٨ .

(٢) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥، روح المعان للألوسي الجزء السادس ص ١٤٥، تفسير الطبرى جـ ٦ ص ١١٩، تفسير القرطبي جـ ٦ ص ١٥٠ .

(٣) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧ .

عوده

ذلك هو حكم الله، نزل في الصادقين عن سبيل الله، الداعين إلى التوفيق بين ماجاء من عند الله وما يخالفه، وذلك هو قوله تعالى : ﴿وَإِذَا قيلُوا لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصْدُونَ عَنْكَ صَدُودًا * فَكَيْفَ إِذَا أَصَابَهُمْ مُصِيبَةٌ بِمَا قَدَّمُتْ أَيْدِيهِمْ ثُمَّ جَاءُوكَ يَخْلُفُونَ بِاللَّهِ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا إِحْسَانًا وَتَوْفِيقًا * أَوْلَئِكَ الَّذِينَ يَعْلَمُ اللَّهُ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَعْرَضَ عَنْهُمْ وَعَظَمَهُمْ وَقَلَّ هُمْ فِي أَنفُسِهِمْ قَوْلًا بِلِيْلًا﴾ [النساء: ٦١-٦٣].

٧ - إن الله نهى الإيمان عن العباد، وأقسم بنفسه على ذلك، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير. ولم يكتف في إلبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد، بل اشترط لعددهم مؤمنين أن يتبنّى عن صدورهم الخرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه، وأن يسلّموا تسلیماً، وينقادوا للرسول القياداً، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه. فالمؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله، وأن يؤمّن بأنه أصلح الأحكام وأفضلها، ولو قال الناس إن غيره أصلح له، لأنّه لا يكون مؤمناً إلا إذا أطاع طاعة تامة، وانقاد القياداً تاماً كاملاً لما أمر الله ورسوله، وذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يَؤْمِنُونَ حَقَّ يَحْكُمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرْجاً مَا قُضِيَتْ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيْمًا﴾ [النساء: ٦٥].

يستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام، سواء رده من جهة الشك فيه -٢٥٧-، أو من جهة ترك القبول،

تعليق رقم -٢٥٧-: إذا كان الشك في صدور الأمر من الله أو من رسوله فلا يكون ذلك سبباً لخروجه عن الإيمان. وكيف يكون سبباً لعدم إيمانه، مع أن العلماء كثيراً ما يشككون في صدور بعض الأحكام الشرعية ولا يوهم أحد أن ذلك يكون سبباً للحكم بكلفهم؟

رأينا في "تعليق -٢٥٧-": في تعليقات السيد الصدر يضع قيوداً على بعض ما صرّح به فقيهنا. وهو لا يوافق على القول بأن الشك في صدور حكم معين من الله أو رسوله يحيّز الحكم بالكفر على من يشك في ذلك. ولكن تزييد هذا التحفظ إذا كان محل الشك ليس من أركان الإسلام.

عوذه

أو الامتناع عن التسليم. ولقد حكم الصحابة -٢٥٨- بارتداد مانعه
الزكاة، لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول -٢٥٩-، ولم يسلم بقضائه
وحكمه فليس من أهل الإيمان^(١).

٨ - إن كل من يخالف الشريعة محروم على المسلمين، ولو أمرت به أو أياحته
السلطة الحاكمة أيا كانت، لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون
التشريع موافقاً لنصوص الشريعة، متفقاً مع مبادئها العامة وروحها التشريعية. فإن
استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها، وأن تصدر قوانين لاتفاق
مع الشريعة وتضعها في موضع التنفيذ، فإن عملها لا يحل هذه القوانين المحرمة، ولا يبيح
لمسلم أن يتبعها أو يطبقها، أو يحكم بها، أو ينفذها، بل تظل محرومة تحرماً قاطعاً على كل
مسلم ومسلمة، ومن واجب الأفراد لا من حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها، ومن واجب
الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها، لأن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالاً، وإنما تجب

الصدر تعليق "رقم-٢٥٨-": مر بنا مواراً أن فقهاء المذهب الجعفري لا يرون الإجماع حجة مالم يكشف عن رأي نبي أو إمام معصوم. والإجماع المذكور لما كان بعد النبي (ﷺ) فلا يكون كافشاً عن رأيه (ﷺ). ولما لم يعلم موافقة من علمت عصمه من الأصحاب، وهم أمير المؤمنين على (ع) والزهراء والحسنان (ع)، فلا يكون كافشاً عن رأي معصوم. ويرى فقهاء المذهب الجعفري أن مانع الزكاة إن كان للشك في مشروعية الزكاة لأن مشروعية الزكاة مما علم بالضرورة من الدين. وأما إن كان للشك في استحقاق مدعى الخلافة للمطالبة بالزكوة فلا يوجب خروجاً عن الإسلام، لأن نزوم الدفع إلى شخص معين لم يعلم وجوبه بضرورة من الدين فلا يكون إلكاره موجباً للكفر. والثابت تاريكيناً أن مالك بن نويرة إنما امتنع من دفع الزكوة لعدم اعتقاده بخلافة أبي بكر لا لشكه في وجوب الزكوة.

الصدر تعليق "رقم-٢٥٩-": أى من لم يؤمن بما ثبت عن النبي ضرورة لا من لم يدفع الزكوة إلى شخص معين.

الشأنى رأينا في "التعليقات رقمي-٢٥٨-، -٢٥٩-": نزد ما قاله السيد الصدر من وجوب التفرقة بين الامتناع عن أداء الزكوة لإنكار وجوهاً - مما يعتبر كفراً - والامتناع عن أدالها لشخص معين (الخليفة أو سلطاناً أو أميراً) لأنه يشكل في أحقيته بتحصيلها كما حدث من مالك بن نويرة، فهذا ليس كفراً - ولكن هذه واقعة تاريخية لانستطيع بحث صحتها هنا، ثم إن مالك بن نويرة لم يكن هو وحده مالع الزكوة - إن صح مانسبه إليه .

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢١٤، أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٧، ٥٨ .

عوذه

ضمن طاعة الرسول، ولا تجب لهم مطلقة، وإنما تجب في حدود ما أمر به الله والرسول، وذلك قوله تعالى : «أيها الذين آمنوا أطاعوا الله وأطاعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تومنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا» [النساء: ٥٩]. فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أotti 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 الآية طاعة أولى الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول في كل ما يصدر عن ولـي الأمر .
فأولـيـ الـأـمـرـ ٢٦٠ـ يـطـاعـونـ تـبـعاـ لـطـاعـةـ الـلـهـ وـطـاعـةـ الرـسـوـلـ . وبـعـدـ توـافـرـ الطـاعـةـ الـلـهـ وـرـسـوـلـ،ـ فـمـنـ أـمـرـ مـنـهـ بـمـاـ يـوـافـقـ مـاـ أـنـزـلـ اللـهـ عـلـيـ رـسـوـلـهـ فـطـاعـتـهـ وـاجـبـةـ،ـ وـمـنـ أـمـرـ مـنـهـ بـعـصـيـةـ فـلـاـ سـمـعـ لـهـ وـلـاـ طـاعـةـ .

٩ - إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر، وفدت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لَا طاعة لِمُخْلوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالقِ". وقال : "إِنَّ الطَّاعَةَ فِي الْمَعْرُوفِ". وقال في ولادة الأمور : "مِنْ أَمْرِكُمْ مِنْهُمْ بِعَصْيَةٍ فَلَا يَسْمَعُ لَهُ وَلَا طَاعَةٌ . . .

الصلـرـ تـعلـيقـ "رـقـمـ ٢٦٠ـ":ـ إـنـ المـرـادـ بـأـوـلـيـ الـأـمـرـ إـنـ كـانـ خـصـوصـ أـئـمـةـ أـهـلـ الـبـيـتـ ثـبـتـ عـصـمـتـهـمـ فـلـاـ يـصـورـ أـنـ يـأـمـرـواـ إـلـاـ بـطـاعـةـ الـلـهـ،ـ وـإـنـ كـانـ المـرـادـ مـنـ أـوـلـيـ الـأـمـرـ مـعـنىـ يـشـمـلـ كـلـ مـنـ تـرـأسـ الـدـوـلـةـ الـإـسـلـامـيـةـ بـحقـ فـلـاـ يـسـتـحـيلـ صـدـورـ الـأـمـرـ بـالـمـعـصـيـةـ مـنـهـ،ـ إـلـاـ أـنـهـ بـجـرـدـ أـمـرـهـ بـعـصـيـةـ الـلـهـ يـسـقـطـ عـنـ مـقـامـهـ فـلـاـ يـجـبـ إـطـاعـةـ أـمـرـهـ وـلـوـ سـلـمـ،ـ فـالـلـازـمـ تـقـيـدـهـ بـمـاـ دـلـ عـلـيـ أـنـ لـطـاعـةـ لـمـخـلـوقـ فـيـ عـصـيـانـ الـخـالـقـ .

الشاوىـ رـأـيـاـ فـيـ "ـتـعـلـيقـ ٢٦٠ـ":ـ يـشـيرـ السـيـدـ الصـدرـ إـلـيـ مـاـ يـسـيرـ عـلـيـ الـجـعـفـرـيـةـ مـنـ عـصـمـةـ لـآلـ الـبـيـتـ،ـ وـلـذـلـكـ يـرـىـ أـنـهـ لـيـمـكـنـ القـوـلـ بـأـفـهـمـ قـدـ يـأـمـرـونـ بـعـصـيـةــ فـالـاحـفـظـ الـذـيـ يـشـيرـ إـلـيـهـ فـقـيـهـاـ يـرـىـ الـجـعـفـرـيـةـ أـنـهـ خـاصـ بـغـيـرـهـمـ وـلـاـ يـطـبـقـ عـلـيـهـمـ.ـ وـيـعـلـلـ ذـلـكـ بـأـنـ مـنـ يـأـمـرـ بـعـصـيـةـ تـسـقـطـ وـلـاـ يـجـبـ طـاعـتـهـ،ـ وـهـذـهـ التـسـيـجـةـ غـيرـ وـارـدـةـ بـالـنـسـبـةـ لـلـأـئـمـةـ الـمـصـوـمـينـ الـاثـنـيـ عـشـرـ،ـ وـنـرـىـ أـنـ هـذـاـ مـوـضـوعـ مـضـىـ أـوـانـهـ،ـ وـلـاـ فـائـدـةـ مـنـ إـثـارـتـهـ الـآنـ.ـ وـلـأـنـ فـقـهـ السـنـنـ لـاـ يـعـرـفـ بـالـعـصـمـةـ لـغـيـرـ الـأـبـيـاءـ وـالـرـسـلـ.

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥١ ، تفسير المنار جـ ٥ ص ١٨٠ وما بعدها .

عوذه

وفي عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمرا فتقاعسوا عن تنفيذه فجمع حطبا وأشعل نارا، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لي وتطيعوا ؟ قالوا بلى. قال : فإني آمركم أن تدخلوا هذه النار. فهموا أن يدخلوها، فلما بلغ ذلك الرسول قال : "لو دخلوها لما خرجوا منها" ، أي خلدوا في النار في الدار الآخرة. قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم وظنا منهم أن ذلك واجب عليهم، ولكن لما قصروا في الاجتهاد ويدرروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها. وإذا كان هذا حال من قصر في الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يثبت منه، فكيف يكون حال من أطاع أمرا مخالفًا مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟^(١) .

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لطاعة لأولى الأمر إلا في حدود ما أنزل الله. فهذا أبو بكر -٢٦١- خليفة رسول الله يقول مخاطبا المسلمين بعد مبايعته : "أطعوني ما أطعت الله فيكم، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم". يجعل رضي 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 فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لا تجب إلا فيما أمر الله، وأن لطاعة لهم فيما يخالف ذلك.^(٢) ولا خلاف بينهم قولًا أو اعتقادا في أنه لطاعة لخلوق في معصية الخالق، وأن إباحة الجمع على تحريره كالربنا والسكر، واستباحة إبطال الحدود، وتعطيل أحكام الشريعة، وشرع مالم يأذن به الله،

الصدر تعليق رقم ٢٦١- : لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على كلام من ثبت عصمته. ولما كان أبو بكر لم يدع أحد من المسلمين عصمه فلا يعتمد على كلامه، وإن كان لاري في ذلك عند المسلمين ومن البديهي كونه ثابت بالضرورة من الدين .

الشاوي رأينا في "تعليق ٢٦١-": يعرض السيد الصدر على الاستشهاد بما قاله الخليفة الأول أبو بكر الصديق محتاجاً بأنه ليس بمعصوم ... والجعفرية لا يعترضون بالعصمة له ولا لغير آل البيت من الصحابة ... ومع ذلك، فهو يقر بأن مقالته سيدنا أبو بكر هو أمر ثابت من الدين بالضرورة. ولأبي بكر رضي الله عنه شرف كبير أنه أول من أعلن عدم ادعائه العصمة، وأنه هو وجميع الخلفاء والأمراء بعده لا يجوز طاعة أوامرهم إلا في حدود التزامهم بالكتاب والسنّة، ونحن لا نعتقد أن أحداً غيره قد ادعى لنفسه العصمة، فهي خاصة بالرسول والأئمّة دون غيرهم.

(١) أعلام المؤمنين جـ ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤١، شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٨، المذهب جـ ٢ ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤٢٩ .

عودة

إنما هو كفر وردة، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالف للشريعة^(١).

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التي بيانها، وإن حقهم في التشريع فاصل على نوعين من التشريع :

الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تفيد نصوص الشريعة الإسلامية .

والثاني - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة. وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه الشريعة. ويشترط في هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، فهي تشريعات توضع بقصد تفيد مبادئ الشريعة العامة، وإن ذكرت في حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به، بحسبائهم إما خلفاء للرسول وإما نوابا عن الجماعة الإسلامية. فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ماجاء به الرسول؛ لأنهم خلفوه بقصد تفيد ما جاء به. وإن كانوا نوابا عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به، وإلا خرجوا على حدود النيابة، لأن الجماعة لم تقمهم حكاما إلا لإقامة الدين، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية. فأولى الأمر - أي كان السندي 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 ليعمل بها في كل زمان وكل مكان، فتطبيقها ليس محدوداً بزمن، ولا مقصوراً على أشخاص أو أجيال أو جناس. وهي واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ، ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ؛ لأن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية بل وفي القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لا ينسخها إلا نصوص في مثل قوتها أو أقوى منها،

(١) تفسير المبارك ج ٦ ص ٣٦٧، أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤، روح المعانى للألوسي ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها .

عوذه

أى نصوص صادرة من نفس الشارع، أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التي أصدرت النصوص المراد نسخها، أو من هيئة يزيد سلطتها التشريعى على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها. فالنصوص الناسخة 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 توفى الرسول. ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية في درجة القرآن والسنة، أو إن لها من سلطان التشريع ماله وللنرسول. ولكن الذى يمكن أن يقال - وهو الواقع - إن أولى الأمر من لا يملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم، فالتشريع من حق الله والرسول -٢٦٢-، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول، واستقر أمره بانقطاع الوحي، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذا لما شرعه الله ورسوله -٢٦٣-، ولمم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقاً لما شرعه الله ورسوله. فالله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصاً وأحكاماً أساسية، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هي، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها، وهم في سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين، والمراسيم واللوائح والقرارات التي تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية، وإقامة

الصدر

تعليق "رقم-٢٦٢": بل من حق الله وحده والرسول (ﷺ) ناقل له .

الصدر

تعليق "رقم-٢٦٣": بل لما شرعه الله وببلغه الرسول (ﷺ) فإن الرسول في جميع الموارد مبلغ عن الله لامشروع .

الشواوى

رأينا في "تعليقى-٢٦٢-، -٢٦٣-": يشير السيد الصدر إلى أن الرسول الكريم ﷺ هو مجرد ناقل لما شرعه الله لأن المشرع هو الله وحده .

يرد على ذلك بأن الأصوليين استقرروا على أن السنة النبوية هي المصدر الثاني للتشريع - بل أضافوا إليها الإجماع والاجتهاد فكلهما مصدر للتشريع وإن كان يأتي في الترتيب بعد السنة - كما أن السنة تلي القرآن في الترتيب، لكن هذه المصادر الثلاثة لا يجوز أن تختلف مبادئ القرآن ولأنه مانؤيده .

أما فيما لم يرد به نص قرآن، فلاشك في أن السنة هي مصدر الأحكام. ويكتفى أن نشير إلى كثير من أحكام العبادات مثل توقيت الصلاة، وعدد الركعات، وغير ذلك من أركان هذه الفريضة .

كذلك الأمر بالنسبة للإجماع والاجتهاد، فإن آئمة الفقه قد استنبطوا كثيراً من الأحكام التي لم يرد بشأنها نص قرآن ولا سنة نبوية ... وعذر عملهم مجرد استنباط، يغنى عن وصف المجتهدين بأفهم مشرعون. ويمكن أن تقبل قوله كذلك بالنسبة للسنة، فهي تستند إلى إقرار الوحي لها، وهذا الإقرار يجعلها "ناقلة" عن الله سبحانه في نظره .

عوده

الجامعة على أساسها، ولكن ليس لهم بأى حال أن يعطوا التشريعات الأساسية أو يلغوها؛ لأن ذلك خارج عن سلطتهم ولا يتسع له مقدورهم .
وإذا أردنا أن نأتي بتشبيه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا، قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة القوانين الوضعية، وإن ما تصدره هيئات التشريعية يُعد بمثابة اللوائح والقرارات التي تصدر لضمان تفاز هذه القوانين. أو قلنا: إن الشريعة تعد بمثابة الدستور الوضعي، وإن ما تصدره هيئات التشريعية يُعد بمثابة القوانين الوضعية التي يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة .
ونخلص من هذا كله بأن القوانين . واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة، ولا يمكن أن يغلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ - إن الدستور المصرى-٢٦٤- ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسي الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام، وأنه المصدر الذى تأخذ عنه، والمرجع الذى تنتهى إليه، والحاكم الذى تأقر بأمره وتنتهى بنهاية. فوجود هذا النص في الدستور المصرى، وهو القانون الأولي بالنسبة لغيره من القوانين التي تسنها هيئاتنا التشريعية، يقتضى أن تقييد بنصوص الشريعة الإسلامية في قوانيننا، وسياستنا، وتعليمنا، وتنظيمنا الداخلى والخارجي، وفي كل أوجه نشاطنا، فلا محل إلا مأحلته الشريعة، ولا خرم إلا ماحرمته، ولا خرج على مبادئ الشريعة وروحها في تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لا نذكر هذا النص من الدستور لستدله على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية، وبطلاف القوانين المخالفة لها، وإنما نذكره فقط لنبين ما يقتضيه، ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامي أو ينكره، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية، والعبرة في هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامي نفسه. وحكم الدين الإسلامي: إنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة، وإن الشريعة هي دستورهم وقانونهم الأساسي، وكل مخالفتها من القوانين الوضعية باطل سواء سمى دستوراً أو قانوناً أو لائحة أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسميات، التي لا تعرف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة 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 تعرف بها اليوم كل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية، ولكنها تختلف في تطبيقها. فأكثر البلاد المتدينة ترى بطلان كل قانون

عوده

أو لائحة أو قرار جاء مخالفًا للدستور، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسي لهذه البلاد، ويجب ألا يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه. ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة، وبأغلبية خاصة لاتشترط في أي قانون، فالهيئة التي شرعت الدستور أعلى من الهيئات التي تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتدينة، فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح والأوامر. فإذا جاء القانون مستوفياً شكله القانوني عَدَ صحيحاً ولو كان مخالفًا للدستور، أما اللوائح والقرارات والأوامر فَتَعَدُ باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانوني. وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تَعَدُ عندهم في درجة الدستور، لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطتها واحد، أما الهيئة التي تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضع الدستور والقوانين وسلطتها أقل^(١) .

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدوها. فإذا طبقناها مطلقاً أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجّب 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 بعباده المشرعين. وقبل أن نترك هذه النقطة، يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثاً، ف عمرها في القوانين الوضعية أقل من قرن، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثنى عشر قرناً. وبكلّي الشريعة فخرّاً أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما في القوانين، وأن تكون النظرية التي يهلك لها الناس اليوم ويرون 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 يعني من أنها تشريعات باطلة بطلاناً مطلقاً من ناحية الموضوع، وصحة الشكل لا يمكن أن تؤثر على بطلان الموضوع؛ لأن صحة الشكل لا تجعل الحرام حلالاً، والباطل صحيحاً، ومن ثم يجب على القاضي ألا يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانوني.

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها، الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها، القانون الجنائي لعلى بدوى ص ١٠٥ .

لقد أجهد نفسه في عرض الأدلة على أن الشريعة تقضي ببطلان القوانين المخالفة للكتاب والسنة؛ ليصل إلى أن شريعتنا سبقت النظم "الوضعية" العصرية إلى نظرية بطلان القوانين المخالفة للدستور، بحسبان أن نصوص القرآن والسنة هي في الحقيقة الدستور الشرعي بالنسبة لأحكام الشريعة ذاتها، كما أنها دستور "وضعي" بالنسبة للقوانين الوضعية.

والأدلة العديدة التي قدمها على بطلان القوانين الوضعية المخالفة للشريعة بلغت ستة عشر - وهي تستند إلى نصوص قطعية من القرآن وصفت من يخالفون حكم الله بأنهم يتبعون الهوى؛ أو يحكمون الطاغوت؛ وأنهم خرجو عن الإيمان - بل إنهم كفروا - وبالتالي فإن واجب الأفراد في نظره هو الإيمان عن طاعة القوانين التي تفرضها الدولة وتكون مخالفة للأحكام الجنائية الشرعية؛ لأنه لا طاعة لخلوق في معصية الخالق؛ ويقع هذا الواجب أولاً على من يعملون لحساب الدولة من الأتباع والأعوان والموظفين - بل والقضاة - وهذا هو بيت القصيد الذي سنناقشه ...

ولايكتفى بالنصوص القرآنية - بل إنه يضيف إليها "إجماع الأمة الإسلامية" الذي انعقد بعد وفاة رسولنا الأمين، على أنه لا طاعة لأولى الأمر في الدولة الإسلامية إلا في حدود ما أنزل الله ...

* * *

كلمة عارضة

أ - قبل أن نبين رأينا في المقطع الذي استند إلى هذه الأسباب العديدة وأوصله إلى هذا الحكم القاطع، هناك موضوع عارض - إذ لا بد أن نشير إلى ما قاله في الدليل التاسع. عند عرضه لما رُوى عن الجنود الذين رفضوا أمر قائدهم الذي أشعل نارا وأمرهم أن يلقوا بأنفسهم فيها اعتمادا على أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا .. وأن الرسول الكريم قد أقر لهم على رفض طاعة ذلك القائد، قائلا إنهم لو أطاعوه في هذا الأمر "الجائر الباطل" لبقاء في النار، يقصد نار جهنم . لأنهم "قصروا في الاجتهاد" ولم يعملوا بالمبدأ الشرعي القائل بأنه لا طاعة لخلوق في معصية الخالق؛ وإلقاء أي شخص نفسه في النار هو معصية ظاهرة لكل من يعرف مبادئ شريعتنا.

ومعنى ذلك أنه يؤيد ما قلناه سابقا من أن الفرد المكلف هو أول من يتلزم بالاجتهاد لاستنباط الأحكام الواضحة لنفسه لكنه يتلزم بها ... في حدود ما لديه من العلم، الذي هو فريضة على كل مسلم ومسلمة ... وأن من أصول شريعتنا أنه لا توجد سلطة إلا و لها حدود لا يجوز أن تتجاوزها.

ب - لقد عرض (في الدليل رقم 11) المبادئ الشرعية التي تعطى "أولى الأمر" حق إصدار النظم أو التشريع لضمان تنفيذ نصوص الشريعة بشرط الالتزام بما قررته من أحكام

ولى الأمر التفيفي لا يملك سلطة التشريع، سواء كانت ولايته شرعية أو غير شرعية، لأن أولياء الأمر في الفقه والتشريع هم أهل الاجتهد الذين ينوبون عن الأمة في ذلك :

وتكون نظمهم مشروعة طالما أنها لازمة لتنظيم أمور الجماعة وسد حاجتها وأثنا على أساس مبادئ الشرعية فيما لم يرد به نص شرعى. ثم أضاف لذلك (في الدليل رقم 12) أن الأمراء أو الرؤساء أو السلاطين حين يتولون التشريع أو التنظيم في الحدود المشار إليها يقumenون به "محاسبهم خلفاء الرسول، أو نواباً عن الجماعة الإسلامية". وهذا يؤيد ما قدمناه سابقاً من أن حق التقنين الشرعى (في المواد الجنائية وغيرها) إنما تتحمّه الشريعة للجماعة أو الأمة، أو نوابها الذين تختارهم لذلك بحرية كاملة ... وليس لمن يتولون على السلطة بغير طريق الشورى الحرة، ويعطلون حق الشعوب في اختيار من يمثلوها في عملية الاجتهد وهو أولي الأمر في نطاق الإجتهد والتشريع والتقنين في نظرنا.

والأذن نعود لموضوعنا :

نلاحظ قوله بأن أولي الأمر في دولة إسلامية (أياً كان السند الذي يستندون إليه) ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة، في نهاية الدليل رقم 12، ويشير إلى أنه إنما أورد القواعد المتعلقة بأولي الأمر الشرعيين ليؤكد عدم الاعتراف لهم بحق التقنين إلا على أساس المصادر الشرعية وفي نطاق مبادئ الشريعة مؤكداً أن ذلك يسرى من باب أولى على المقصبين للسلطة في الدولة الإسلامية الذين يفرضون سيطرتهم بغير طريق التشورى وبالغصب والقوة دون بيعة حرة - وبذلك يتفادى التعرض للفصل في مدى شرعية الدولة أو ولاية رئيس الدولة أو أولي الأمر فيها - الذين يتولون التقنين أو التشريع - في هذا الموضع - وسارع ليؤكد (في الدليل رقم 13) أن من يسميه أولياء الأمر "يقصد رؤساء الدول" في الدولة الإسلامية لا يملكون حق التشريع، وإنما لهم حق التقنين أو التنظيم فقط؛ لأن التشريع الإسلامي من حق الله والرسول، هذا إذا كانوا قد تولوا الأمر بطريق شرعى - ومن باب أولى لو كانوا متغلبين أو مفتضين للسلطة في دولة إسلامية ..

والنتيجة التي يريد أن يصل إليها هي أن كل ما تصدره "الدولة" مما تسميه قوانين أو لوائح أو أوامر أو حتى دساتير وضعية إنما هي مجرد إجراءات تنفيذية - لامشروعة لها في الإسلام إذا تعارضت مع أصول الشريعة أو مبادئها أو أحکامها؛ لأنها أدنى مرتبة منها. قدمنا قوله إن الشريعة في الإسلام هي في نظره بمثابة الدستور الوضعي؛ بل إنما أعلى مما يسمى الآن بالدساتير "الوضعية".

ويبينا أنه يؤكّد ذلك بما ورد في الدستور المصري من أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام (الدليل رقم 14)؛ ويستدل بذلك على أن كل ما يخالفها (من دساتير أو قوانين أو لوائح أو إجراءات أو أوامر) تكون باطلة ولا يجوز تطبيقها أو الخضوع لها. ولنا رأى في هذه النتيجة التي توصل إليها نعرضه في حاشيتنا على البنود التالية.

عوده

١٩٤ - سد بطلان مخالف الشرعية : قلنا : إن ما يخالف الشريعة من

قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلاناً مطلقاً، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشرعية دون غيرها؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة، فلا يعتد البطلان منطقياً لما يوافق الشريعة من النصوص ولو أنها أدمجت في قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشرعية، وتعده النصوص الموافقة للشرعية صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة.

وإذا كان البطلان قاصراً على النصوص المخالفة للشرعية، فإن هذه النصوص لا تعتد باطلة في كل حالة، وإنما هي باطلة فقط في الحالات التي تختلف فيها الشريعة، صححة في الحالات التي تتفق فيها مع الشريعة، وليس هذا يستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها، إذ العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً.

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد في بعض الحالات وصححه في بعض الحالات الأخرى، جريمة الزنا، فعقوبتها في الشريعة رجم الزاني الحصن، وجلد الزاني غير الحصن. والزنا شرعاً هو إدخال الحشمة أو مقدارها في الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما فيه العزير. فالشرع في الزنا ومقدمات الزنا من قبله وعناق وملامسة كل ذلك ليعاقب عليه بعقوبة الحد: وهي الرجم والجلد. والفعل التام ليعاقب عليه في بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درى الحد للشهوة أو كان الجنين صغير السن. وعلى هذا فالجرائم التامة التي يجب فيها الحد لا يجوز أن تطبق عليها نصوص القانون، لأنها تختلف حكم الشريعة، وتعاقب بعقوبة غير عقوبة الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة. أما الجرائم التامة التي درى فيها الحد، والجرائم غير التامة، فالعقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقاً للشرعية. والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية. وما كان قانون العقوبات صادراً عن هذه الهيئات -٢٦٥-، فإن عقوباته تعد تعزيزاً عن الأفعال

نصر تعليق رقم -٢٦٥- : الهيئة التشريعية المعترف بها إسلامياً بنظر فقهاء المذهب الحنفي هي

التي تجتمع فيها الشروط المقررة في الإسلام وتتّسّب من الأمة، وعملها استخراج الأحكام من الشريعة الإسلامية . والهيئات التي وضع القوانين في البلاد العربية كلها لم تتصف بالأوصاف المذكورة، فهي ليست من الهيئات التي أوكلت عقوبة التعزير إليها، بل ظاهر بعض النصوص أن التعزير أوكل إلى الحاكم لا إلى الهيئة التشريعية أي كانت فلا تكون أحكامها لازمة الاتباع وإن لم تختلف الإسلام إذ لا سلطة لها على ذلك. وكذا الكلام في عقوبة السرقة والقذف .

الشواوى رأينا في "تعليق -٢٦٥- " : يؤيد فيه السيد الصدر ما قلناه دائماً من أن استعمال اصطلاح

"الهيئة التشريعية أو السلطة التشريعية" الرائق في الفقه الوضعي لاملاً له في الفقه الإسلامي - وقد =

عوذه

التي لا يعقوب عليها بعقوبة الحد، أى بأى عقوبة مقدرة، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحية في كل حالة تستوجب التعزير. والسرقة العادمة عقوبها القطع في الشريعة، وعقوبتها الحبس في القانون، ولكن حد القطع لا يجب إلا في سرقة تامة توافرت فيها شروط الحد. فإذا لم تكن السرقة تامة، أو لم توافر فيها شروط الحد فالعقوبة هي التعزير. والعقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادمة تعاقب عليها الشريعة بالقطع، وصححة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير.

والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة، ولكن القذف الماعقب عليه بعقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفي النسب، وماعدا ذلك لا يعذق قذفا وإنما يعذق سبا وعقوبته التعزير. ولما كانت الأجزية في قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعد باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد، وتعد صححة في كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمعنون من إثبات القذف فإن الشريعة لاتمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك^(١).

= توصل فقيهنا القاضي الشهيد عورده إلى القول بأن التشريع الجنائي الوضعي يمكن عدده تعزيزات شرعية إذا كان خارج نطاق العقوبات المقررة (حدا أو قصاصا) ولم يتعارض معها في نظره.

إن هذا القول يربح ضمائر قضايانا الإسلاميين الذين يطبقون التشريعات الجنائية الوضعية حاليا، لكنه في ظننا يؤدي إلى تضييق نطاق التشريع الجنائي الإسلامي ليصبح مقصورا على أحکام الحدود والقصاص، ولذلك لاتتفق عليه لأن التعازير الشرعية مرتبطة عضوا بالمعاصي الشرعية - وبالأحكام التكليفية في شريعتنا، فلا يمكن تجاوز ذلك ولا يجوز الالتفاء بالنصوص الوضعية المستوردة التي لا يلتزم واصفوها بمبادئ شريعتنا في التكليف والتحرم ويكتفون ببنائها من الفقه الأجنبي. ونحن لاتتفق ماجرى عليه بعضنا في القول بتتصححها بحججة أنها لاتتعارض مع العقوبات المقررة بنصوص شرعية، حداً أو قصاصاً كما يقول فقيهنا الشهيد عورده هنا.

إننا نؤيد مقالة السيد الصدر بأن التشريع في نطاق التعزير هو مهمة أهل الاجتهد الذين قال عنهم إنهم توافر فيهم الشروط المقررة في الإسلام ويتحققون من الأمة ويلتزمون بالأصول والمصادر الشرعية.

كما نؤيد قوله بأن مقالة فقيهنا وأمثاله عن "المهارات التشريعية" الوضعية التي لاتتوافر فيها شروط الاجتهد - لايجوز أن يؤدي الاعتراف بولاية التشريع إلى الأمراء والسلطانين والرؤساء الذين يتبرعون من الشريعة ويعلنون أن التشريع حق "الدولة" التي يدعون تمثيلها وقاموا بالاستيلاء عليها بالقوة والغلب ... دون التزام بالشوري والبيعة المرة التي فرضها الإسلام .

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ - إثبات القذف حق للقاذف، وقانون العقوبات المصرى لا يمس الحقوق الشرعية طبقاً للمادة السابقة منه .

١٩٥ - ما يتربى على بطلان النصوص المخالفة للشريعة: يترتب على

اعتبار النصوص المخالفة للشريعة بطلان مطلقا نتائج مهمة نبينها فيما يلى :

أولا - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : يجب على القاضى ألا يطبق النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان، وعليه أن يطبقها فقط في حالات الصحة. وليس للقاضى أن يحتاج "بأن" القوانين لاخنوله حق الفصل في صحتها وبطلافها مرتكنا في ذلك إلى نفس هذه القوانين، فإن سلطة القاضى في إبطال ما يخالف الشريعة تأتى من الشريعة لامن القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضى ببطلان النص المخالف، أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه بطلانه؛ لأن القاضى لابد 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 منطقه، لأنه سبب جوهري. والأسباب الجوهيرية تعد جزءا من منطق الحكم.

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحججة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعه، أو بحججة أنه مكلف طبقا للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرئ المتهم. ليس للقاضى ذلك؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير حكمها، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التى قررها. فإذا أخذنا بحكم الشريعة في بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة في عقوبة الواقعه، فيجب إذن ألا يحكم القاضى بالبراءة، وأن يحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية مادام مختصا بنظر الجريمة .

وإذا اقتضى القاضى بطلان النصوص المخالفة للشريعة وجوب عليه أن يطبق حكم الشريعة، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ مادام قد أدى واجبه و فعل ما يعتقده حقا، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه، بل هو من اختصاص السلطة التنفيذية، وهي ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت هائمة أو واجبة التنفيذ. فإذا أصبح حكم القاضى هائما اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذها .

ثانيا : من وجهة الاختصاص : وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه؛ لأنه مختص بنظرها طبقا لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية، ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحه إذا صدرت من يملك توزيع الاختصاص. ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود، فإن القضاء في الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان، ولوى الأمر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد في القوانين .

عوده

وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائماً أصلاً على أساس جسامته العقوية، إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التي تختص بها كل محكمة. ومادامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئاً عن عقوبات الشريعة، فلننظر إلى الجريمة ذاتها، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية عَدَّ القاضي نفسه مختصاً -٢٦٦- وحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة بدلاً من العقوبة التي جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه.

وعلى هذا، يكون القاضي الجنائي مختصاً بنظر قضايا السرقة العادلة، والقذف، والشرب. أما السرقة المصحوبة بـإلكراه أو تهديد، والسرقة التي ترتكب في الطريق العام، وهي ما يسمى في الشريعة بقطع الطريق أو الحرابة، فهذه من اختصاص المحاكم الجنائيات لسبعين. أو همماً : أن الفعل المكون للجريمة جعل بنص القانون من اختصاص المحاكم الجنائيات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل عقوبة في هذه الجريمة، والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا المحاكم الجنائيات طبقاً للقانون -٢٦٧- .

أما جريمة الزنا، فإن كانت من غير مختصين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة، وإن كان قد جعله من اختصاص المحاكم الجنائيات حوكم المتهمان أمامها. ويمكن القول بأنه لا داعي لاختصاص المحاكم الجنائيات في الزنا من غير مختصين؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تختلف العقوبة التي توقعها محكمة الجنح، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة إلا بعقوبة واحدة هي الجلد، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هي المخصصة، مادامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور.

وإذا كان الزنا من مختصين فالجريمة من اختصاص المحاكم الجنائيات؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أى القتل بطريق معين، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص المحاكم الجنائيات، وليس من اختصاص القاضي الجنائي. وإذا كان أحد الزانين غير محسن ،

الصدر تعليق "رقم ٢٦٦-": إذا كان فيه أهلية القضاء وكانت الجهة التي عينت له الاختصاص معترفاً بها شرعاً .

الصدر تعليق "رقم ٢٦٧-": إذا كانت الهيئة التي سنته معترفاً بها شرعاً، وإنما لا يتعين القانون في كل ما يشتمل عليه ولا يتعين في تعينه اختصاص المحاكم، بل لأى قاض تجتمع فيه الشرائط أن ينظر في جميعها.

الشاوى رأينا في "التعليقات رقمي ٢٦٦-، ٢٦٧-": إننا نرى أن المعلق الشيعي على حق في أنه لا يجوز تجاوز الشرط الذي وضعها الفقه لأهلية القضاء، بل وشرعية الجهة التي تعطيه ولائحة القضاء وتحدد اختصاص المحاكم المختلفة ... لأن كل ماتقرره القوانين الوضعية حالياً لا يراعي فيه تلك المبادئ الشرعية، ولذلك يكون عَدُّها تعازير شرعية في تجاوز لانقراه .

عودة

فالاختصاص لمحاكم الجنائيات أيضاً؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته، ووحدة الفعل المسووب للزانيين تقضي أن يحاكموا عليه أمام محكمة واحدة؛ وأن القاضي الجرئي لا يملك عقاب الزاني المحسن، وإن كان له أن يعاقب الزاني غير المحسن. أما محكمة الجنائيات، فتملك عقاب الزاني المحسن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كاجلدي؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

ثالثاً : من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطلان الآية يطبق من أحکام القوانين الوضعية جنائية أو مدنية، أو تجارية، أو دولية. إن، إلا الأحكام التي تتفق مع نصوص الشريعة، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحکام خاصة، أو الأحكام التي تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحکام خاصة. أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهالاً تاماً، وتحل محلها أحکام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التي تسجم مع نصوص القوانين الصحيحة.

ولا يشترط -٢٦٨- لصحة نصوص القوانين أن تكون أحکامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كالذهب الحنفي مثلاً أو المالكي، بل يكفي لعدّ حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأي أحد المحتددين من فقهاء الشريعة، إذ إن اختيار المشرع حكم متافق مع مذهب شرعى يُعدّ أخذنا بالمذهب المتافق مع هذا الحكم .

وإذا كان بعض الحكم متافقاً مع الشريعة وبعضه مخالف لها فالمخالف باطل، ويحل محله حكم الشريعة الذي ينسجم مع بقية الحكم الذي لم يبطل دون حاجة للتقييد بمذهب شرعى معين -٢٦٩- .

وعلى هذا الأساس يمتنع التناقض 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 -٢٧٠-، وتعديل القوانين تعديلاً شاملًا على أساس هذه النظريات.

رابعاً : م: 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 ن وجهاً تطبيق الشريعة وقرارات جديدة .

الصدر تعليق "رقم ٢٦٨-": لا يصح للقاضي أن يحكم إلا على وفق فتواه إن كان مجتهداً أو فتواه من يرجع إليه في التقليد إذا لم يكن مجتهداً. فكل قانون يكون مخالفًا لرأيه يكون باطلًا بنظره إلا أن يكون موافقاً للمذهب الذي تلزم الدولة الإسلامية باتباعه.

الصدر تعليق "رقم ٢٦٩-": من علينا الكلام في ذلك قريباً فراجع .

الصدر تعليق "رقم ٢٧٠-": إذا كانت موافقة لرأيه أو لرأي يرجى حجيته .

١٩٤، ١٩٥ - لاتفاق مع التائج التي توصل إليها :

يهمنا هنا كلامه عن حكم القوانين الوضعية في المواد الجنائية وخاصة فيما يتعلق بتعطيل عقوبات الحدود والقصاص، أو الاكتفاء بعقوبات يمكن أن تُعدّ تعزيرية. فهو يرى أن النصوص الوضعية التي تعاقب على بعض الجرائم بعقوبات غير تلك المحددة لها بالنصوص الشرعية (حداً أو قصاصاً) تُعدّ باطلة؛ لأنها في نظره تعطل الحدود أو القصاص، وهو في هذا منطقى مع الاتجاه الذى سار عليه من قبل وهو الفصل الثامن بين أحكام هذه الجرائم وبين أحكام جرائم التعزير.

وقد سبق لنا أن انتقدنا هذا الرأى وخالفناه، وقلنا إن ما أورده من أقوال الفقهاء يدل على أن عقوبة التعزير عامة في جميع الجرائم، وأن القصاص أو العقوبة الحدية ليست إلا الحد الأقصى للعقوبة الذي يجب الحكم به عند توافر شروط أو ظروف معينة مشددة للعقوبة؛ وأنه في حالة عدم وجود هذا الظرف المشدد أو عند تعذر الحكم بهذه العقوبة القصوى بسبب من الأسباب، فإنه يجب على القاضى أن يحكم عقوبة تعزيرية لأنها هي الأصل؛ فعقوبات التعازير ليست غريبة على هذه الجرائم وليس مستبعدة منها بدليل أن بعض الأئمة أجاز أن يضاف التعزير إلى العقوبة المقررة، ولذلك فإن تطبيق هذه القوانين بمعرفة القاضى لا يكون في نظرنا خطأ من جانبه ولا باطلًا في ذاته في حالة وجود مانع من تطبيق عقوبة الحد أو القصاص – والمانع في هذه الحالة هو ممارسة الدولة سلطة تحضير القضاء وصدور أمرها بحرمان القضاة من الحكم بالعقوبة المقدرة حداً أو قصاصاً.

في مثل هذه الأحوال، فإن الخطأ هو تعطيل عقوبة الحد الأقصى بدون مبرر شرعى؛ والذى قرر هذا التعطيل ليس هو القاضى، وإنما هي سلطات الدولة التي خصمت القضاء وفرضت على القاضى الاكتفاء بالعقوبة التعزيرية؛ ونرى أنه في هذه الحال لامفر من التزامه بتطبيق هذا النص احتراماً لما يخصص القضاء. وإذا كان هناك خطأ أو عيب في هذا الوضع فهو يقع على عاتق سلطة الدولة التي عطلت الحد أو القصاص وليس على القاضى الذى يحكم بمقتضى النص الوضعي بعقوبة يُعدّها فقيهنا تعزيرية.

إن الفقيه الشهيد كان قاضياً في المحاكم المصرية، وكان مثل كثرين غيره يشعر بحرج إزاء تطبيق القوانين الجنائية التي تفرض عقوبات يمكن عدّها تعزيرية فقط من باب التحوز في جرائم الحدود أو القصاص؛ وكان هذا الحرج أول الأسباب التي دعته للاستقالة ليفرغ للدعوة والتاليف. لكن كثرين غيره بقوا في سلك القضاء، وطبقوا هذه الأحكام الوضعية، وما يزال منهم كثيرون للآن؛ وكان منهم صديقنا الراحل المرشد العام الثانى للإخوان المسلمين المستشار حسن الهضيبي، الذى عمل بالقضاء حتى وصل إلى أعلى درجاته قبل اختياره مرشداً للإخوان المسلمين.

● لاتفاق على قوله إن القاضي يلتزم بعدم تطبيق التشريع الجنائي الوضعي :

وإنصافاً لهؤلاء، فإننا يجب أن نذكر أنهم كانوا على حق عندما التزموا بتطبيق تلك التعازير برغم أن إلزامهم بها كان يؤدي إلى عدم تطبيق عقوبة الحد أو القصاص المقررة لها في الشريعة في أحوال استثنائية وبشروط عديدة؛ وذلك لأنهم ليسوا هم الذين قرروا تعطيل تلك العقوبات الحدية، وهذا التعطيل لاينع من تطبيق العقوبات التعذيرية بل يوجب ذلك لأننا قلنا إن التعازير عامة على جميع الجرائم بما في ذلك جرائم الحدود والقصاص والديمة. إن تعطيل الحد أو القصاص في نظرنا باستعمال سلطة تخصيص القضاة موجب للتعذير طالما أن الجريمة ثابتة لأن الأصل هو تطبيق عقوبة التعازير دائمًا كلما تغدر الحكم بعقوبة الحد أو القصاص لأى سبب من الأسباب، وبالتالي فإننا لانذهب إلى حد القول ببطلان هذه النصوص؛ وإنما نرى أن هناك خطأ من جانب المشرع الوضعي،⁽¹⁾ وهذا الخطأ يجعل القاضي ملزمًا بتطبيق عقوبة تعذيرية .

* * *

إنه تحمس لتطبيق مبدأ البطلان على أوامر رؤساء الدول الذين يمنعون القضاة من تطبيق الحدود – ورأى أن من واجب القاضي المسلم أن يرفض هذا الأمر الباطل لأنه مخالف للشريعة التي هي قمة النظام الدستوري بحسبان أن تلك الدولة إسلامية، لكنه في ذروة هذه الحماسة نسى أن هناك مبادئ عامة ونظريات عديدة لا بد من إعمالها، وسوف نرى أنها قد تؤدي إلى غير النتائج التي توصل إليها.

أولى هذه النظريات التي أقرها الفقه هي حق "الدولة" في تخصيص القضاة الذين تعينهم بأن تحدد لكل منهم اختصاصه بالطاق المكانى أى بالإقليم الذي يتولى القضاء فيه ولا يتتجاوز حدوده – وكذلك اختصاصه بنوع من القضايا ونوع العقوبات التي يختص بها دون غيرها؛ فإذا عين للفصل في قضايا الأحوال الشخصية لم يكن له الحق في أن يفصل في الجنایات أو المعاملات المدنية. بل ولها كذلك أن تعين له نوع الجرائم التي يختص بها والعقوبات المقررة لها، فإذا عين للفصل في قضايا الجنح التي لا تتتجاوز عقوبتها الحبس ثلاث سنوات لم يكن له أن يفصل في غيرها ولا أن يحكم بما هو أكثر من تلك العقوبات أو يختلف عنها .

(1) نشير إلى ما قاله الشهيد عودة في البند (199) من أن المشرعين الوضعيين في بعض البلاد قد تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالاً تاماً في القوانين الجنائية الوضعية: "وهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم (التي لا تُجيز لهم التدخل في سلطة التشريع)، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدي إلى بطلان كل عملهم؛ فإنه يؤدي إلى بطلان ما يصدر عنهم مخالفًا للشريعة..." .

المسئولون في الدولة هم الذين عطلوا الحدود، وليس القاضي الذي خصصته للحكم في التعازير وحدها :

وفي حالتنا هذه نرى "الدولة" قد عينت قضاها للحكم في التعازير، ولم تعنهم ولاية الفصل في القصاص أو الحدود. وعلى ذلك، فإن لا ينتمي تكون في هذا النطاق وحده - متى قبلوا هذه الولاية - وليس لهم الحق في أن يتتجاوزوا العقوبات التغزيرية أو يحكموا بغيرها، بحججة أن الجريمة المعروضة عليهم عقوبتها الشرعية هي القصاص أو الحد الذي فرره القرآن الكريم. إنه لا حق للقاضي في ذلك، لأنه ملتزم بما قررته "الدولة" التي عينته والتي من حقها حسب الفقه أن تحدد له نطاق ولايته وتنفعه من تجاوزها.

فكيف نقبل من فقيهنا أن ينصحه بالحكم بعقوبة الحد أو القصاص، لأن القرآن فرض ذلك؟ وهذا هو أمر الخالق وعليك أن تنفذه وترفض تنفيذ أمر "المخلوق" الذي عينك، أى أنه يتطلب منه تجاوز حدود ولايته التي حددتها له الدولة بمقتضى حقها في "الخصيص القضاء".

لقد أفاض في بداية المند -195- في الكلام عن الاختصاص، وأن ولى الأمر له طبقاً للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائي، وأن النصوص التي تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت من يملك توزيع الاختصاص. ونحن نعتقد أن بعض النتائج التي توصل إليها تؤدي إلى تجاهل قواعد الاختصاص والمبدأ الشرعي الذي أشار له، وهو أن القضاء في الشريعة يتخصص بالزمان والمكان والموضع .

* * *

إننا لا نحسب أن هناك أى خطأ من جانب القاضي إذا لم يعمل برأى فقيهنا في تجاهل حدود اختصاصه، لأنه ليس هو المسئول عن تعطيل عقوبات الحد أو القصاص في تلك الأحوال؛ وإذا كان هناك خطأ فهو من جانب سلطات الدولة التي وضعـت تلك النصوص واقتصرت فيها على عقوبات معينة؛ لذلك لا نذهب إلى حد القول بأن القاضي يجب عليه تجاهل تلك العقوبات ولا أن يحكم بغيرها كما قرر مراراً .

* * *

هناك نظرية أخرى يجب ألا ننساها - يمكن أن يحتاج بها المدافعون عن عمل هذه الدول الصغيرة ذات الولاية المحدودة، وإن كان المسؤولون عنها يتفادون الاعتراف بذلك أمام الناس، وإن اعترفوا بها أمام ضمائرهم وفي مجالسهم الخاصة. هذه هي نظرية الضرورة أو الاضطرار .

الضرورة الناتجة عن سيطرة القوى الأجنبية يحتج بها بعض أولياء الأمر في دولنا الصغيرة:

إن من واجبنا كفهاء أو علماء أن نعلن الخطأ الذي ترتكبه سلطات الدولة التي تعطل المحدود، وندين هذا الانحراف ونحدد المسؤولين عنه، ومدى مسؤوليتهم. وهنا لا بد أن نلاحظ أنه في بعض الأحيان ليس ناجباً عن ضعف في العقيدة أو عدم الالتزام بأحكام الشريعة، بل إن بعض المسؤولين في تلك الدول القطرية المعاصرة الذين تقع عليهم مسؤولية التشريع الوضعي يَعْلُمُونَ أنفسهم مضطربين لهذا المسار لأن هناك ضغوطاً أجنبية تضطرهم لذلك ويعتقدون أنهم لا يستطيعون مقاومتها – ولذلك يمكن لهم في نظرهم أن يتحروا بوجود حالة ضرورة تبيح لهم المظاهرات في نظرهم ونظر من يفتون لهم.

وهذا يُعدّ اعتراضاً من هؤلاء الحكام بأن ولايتهم محدودة وسلطتهم في تطبيق العقوبات المقدرة شرعاً معطلة بفعل قوى أجنبية فرضت عليهم ذلك.

صحيح أن هؤلاء المسؤولين لا يصرحون بذلك علناً خشية أن يسيء ذلك إلى صورتهم كملوك أو رؤساء أمم الجماهير المسلمة التي تطالب دوهماً والمسؤولين فيها بوقف بطيء شجاع في رفض الضغوط الأجنبية في هذا المجال وغيره من المجالات؛ لكنني أعلم أن كثرين منهم يدافعون عن هذا المسار أمام ضمائرهم وأمام أصدقائهم بوجود حالة الضرورة أو الاضطرار، ولا يحسبون أنهم خالفوا أمر الله ورسوله ولا يدعون لهم غير ملزمين بأحكام الشريعة بل يعلّمون تقدیسهم لها لكنهم معدورون فيما قرروه^(١).

ونظرية ثالثة يمكن الحديث عنها في هذا الصدد – وهي نظرية "السلطة الفعلية" أو "الولاية المفروضة الواقعية".

(١) ذكرت في كتابي "سيادة الشريعة الإسلامية في مصر" أن الدول الأجنبية حاولت في مفاوضات "مونترو" فرض نص يلزم مصر بعدم تطبيق الشريعة الإسلامية ولكن المفاوضين المصريين رفضوا ذلك، وأنفعوا الطرف الآخر وهو الدول صاحبة الامتيازات بالاكتفاء بخطاب ملحق موقع عليه من رئيس وفد مصر بأن حكومتها لا تبني فرض أحکام تختلف ما يسمى المبادئ المعمول بها في القوانين "العصيرية" .. وتركوا بذلك المجال مفتوحاً للمناقشة فيما يَعْلُمُ مخالفها أو غير مخالف هذه المبادئ – ولاشك في أن بعض الدول الكبرى ما زالت حتى الآن تعلن معارضتها لتقنين الشريعة أو تنفيذ بعض أحکامها وخاصة في مجال المحدود أو القصاص .. زاعمين أن ذلك ما يَعْلُمُونَه هم مخالف للمبادئ العصرية التي يعطون لأنفسهم وحدهم الحق في احتكار تحدیدها وإلزام غيرهم بها .. ولديهم القوة والنفوذ اللازم لذلك، ويزعمون أن العقوبات البدنية في المحدود تختلف مبادئهم "العصيرية" التي يصررون على فرضها علينا كأننا تابعون لهم.

❀ كثيرون من الفقهاء قبلوا ولالية القضاة من سلاطين وأمراء مشكوك في صحة ولائهم،
وعدُوا أن ذلك أخف الضررين :

لقد تولى الخلافة في الدول الإسلامية الكبرى من استولوا على السلطة بغير الطريق الشرعي، وهو طريق الشورى والبيعة الحرة، وفرضوا على الناس الخضوع لسلطانهم بحد السيف فضلاً عن التهديد والتخيوف، وكان في مجتمعنا كثير من العلماء والفقهاء بل والأئمة الذين عاصروهم. وإزاء هذا الوضع فقد اختلفت اجتهاداتهم وموافقتهم :

أ - فذوو العزم والثبات رفضوا ولالية القضاة بأمر هؤلاء الخلفاء أو السلاطين أو الأمراء، لأنهم عدُوا ولائهم غير شرعية وأن قبول ولالية القضاة بأمرهم وشروطهم قد يفسره العامة على أنه اعتراف بشرعية ولائهم التي يعرفون أنها غير شرعية وغير صحيحة.

والنarrative يحفظ لنا أسماء الأئمة الأعلام الذين رفضوا ولالية القضاة في تلك الظروف، وتحملوا في سبيل ذلك كل أساليب الاضطهاد والإيذاء. وأئماؤهم معروفة ... ويكفي أنه كان منهم الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان الذي رفض تولي القضاة، وبرغم ذلك فإن أكبر تلاميذه وأشهرهم أبو يوسف قد قبل ما لم يقبله أستاذه وتولى القضاة ... صحيح أن أبو يوسف وأمثاله من أسلافنا الذين تولوا القضاة في دول الخلافة كانوا يطبقون أحكام الشريعة بخلاف قضاة اليوم الذين يتلزمون بتطبيق القوانين الوضعية، لذلك قلنا إن مشكلتنا الآن عصرية لم تعرف من قبل .

* * *

وإذا كنا حاولنا عرض حجة بعض "ولاة الأمر التنفيذي" الذين يحتاجون أمام ضمائرهم بالضرورات الناتجة عن "التحذيرات" الأجنبية، فإن الإنصاف أو جب علينا بالنسبة لمن يتولون القضاة ويطبقون "القوانين الوضعية" التي تتجاهل الحدود والقصاص - في العصر الحاضر - وذلك لأنهم ليسوا مبتدعين في ذلك، فقد سار على هذا النهج قبلهم فقهاء من أسلافنا ليسوا موضع شك في علمهم ونزاهتهم، من قبلوا تولي منصب القضاء بقرارات السلاطين والخلفاء المعروف عنهم تعطيل الشورى وهي من أهم أصول شريعتنا؛ باستيلائهم على السلطة بالقوة والغلب والقهر... ونحن نعتقد أن ضمائرهم كانت مستريحية لأن الواقع كان يفرض عليهم ذلك في نظرهم، لأن رفض منصب القضاء من جانبهم كان يترتب عليه ترك الساحة لمن هم أقل منهم علماً والتزاماً بمبادئ الشرع.

لهذا كله فإننا لانوافقه على النتيجة التي توصل إليها من دعوة القاضي الذي يؤمن بالشريعة إلى أن يرفض منصب القضاة أو يرفض تطبيق الأحكام التي تقرها القوانين الوضعية؛ لأن هذا "الموقف البطولي" الذي يدعوه إلينه تتجاهل قاعدة شرعية هي تحصيص القضاء بما يلزمهم به من عينوهم - وأكثر من ذلك سوف يترتب عليه خروجهم من ساحة العدالة ليمرح فيها من هم أقل منهم إيماناً وعلماً ونزاهة ...

السلطة الواقعية للاحتلال الأجنبي هي ضرورة تجيز للقاضي المسلم تولي القضاء لتطبيق شريعتنا لأنها شريعة الأمة وليس شريعة الدولة :

إننا نرى فقهاء كثرين، بل أئمة قبلوا ولایة القضاة في الماضي والتزموا بالشروط التي فرضها هؤلاء الخلفاء أو السلاطين المقصوبون للولاية، بل وقرروا لنا ذلك المبدأ الشهير الذي أشرنا إليه من قبيل، وهو حق الدولة التي عينت القاضي في تحصيص القضاء، ولو كانت دولة غير شرعية أو ظلمة ... ما دامت ذات سلطة واقعية أو فعلية ... وهؤلاء الأئمة أو الفقهاء الذين قبلوا تولي القضاة كانوا يرون ذلك أخف الضررين - لأن الضرر الناتج عن رفضهم ولایة القضاة هو ترك الساحة خالية للمنافقين والفاشين ليحكموا في أغراض الناس وأرواحهم ويسكوا بسيف السلطة ليتكلموا باسمها. إن قبول العالم التقى الورع هذه الولاية رغم أنه يضحى بواجهه في مقاومة سلطان غير شرعى، إلا أنه على الأقل سيسد الباب أمام تعين قضاة لا يستحقون هذه الولاية وليسوا أهلا لها .

* * *

يكفيانا الإشارة إلى هذه المبادىء أو النظريات التي نرى أنه لا يجوز تجاهلها بمحجة الاكتفاء بتطبيق مبدأ أو نظرية "البطلان" في الشريعة التي عنى بها دون غيرها . إننا لم نذكر نظرية رابعة لها الأولوية على كل ذلك، وهي مبدأ وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يجب على الأفراد جميعاً - والعلماء والفقهاء في مقدمتهم - أن يعملوا لإزالة سلطان من يعتقدون أنه اغتصب السلطة بدون طريقها الشرعي . والأصل أن تكون المقاومة باليد - أي بقتال الخليفة أو السلطان المغتصب - وإذا لم يستطع ذلك فعليه الدعوة لذلك أى أن يقاوم بلسانه، فإن لم يستطع فعلية أن ينكر ذلك في ضميره وقلبه، وهذا أضعف الإيمان . ويظهر من تاريخنا أن عامة الناس، بل وعامة العلماء والفقهاء، قد أكثروا بأضعف الإيمان لاعتقادهم أهم لا يستطيعون أكثر من ذلك .

لماذا نفرض على القضاة في عصرنا الحالى أن يتلزموا بأكثر من ذلك ؟

* * *

وأخيراً هناك نظرية خامسة لا يمكن أن ننساها : هي أن شريعتنا هي شريعة الأمة وليس شريعة الدولة أياً كانت، إن الدولة غير الإسلامية خارجة عن نطاق هذا البحث .

إن فقيهنا حصر بحثه في موقف القاضي المسلم من تطبيق القوانين الوضعية في الدولة الإسلامية، أو التي ينص دستورها على أنها دولة إسلامية، وبنى حكمه على أن النص على عَدَّ الدولة إسلامية يجعلها ملزمة بتطبيق الشريعة، ويجعل الشريعة في موضع دستور تلتزم قوانينها الوضعية بعدم مخالفته، وتكون تلك القوانين باطلة في نظره إذا كانت مخالفة لأحكامها .

السلطات الوضعية العلمانية حكمها مثل سلطات الاحتلال الأجنبي:

لذلك فإننا نعتقد أنه لم يتعرض للبحث في المشكلة ذاتها إذا كانت الدولة غير إسلامية كالدول الأجنبية التي تختل بلدا إسلاميا، كما كان الحال مثلا في إندونيسيا وมาيلزيا والهند والجزائر في أثناء الاحتلال الأجنبي، وكما كان الحال في آسيا الوسطى تحت الاحتلال الشيوعي... وهكذا.

نعتقد أن رأيه لا يختلف عما ذهبنا إليه في تلك الأحوال، لأن ما قلناه ينطبق عليها من باب أولى - إذ إن الموضوع ليس موضوع شرعية القوانين التي تفرضها تلك القوى الأجنبية، وإنما هو في الحقيقة وجوب مقاومة الاحتلال مقاومة فعلية حتى يقضى عليه، وليس هذا واجبا خاصا بالقضاء، بل إنه واجب عامة الشعوب، وهذا هو ما فعله المسلمون في تلك البلاد ونجحوا فيه إلى حد كبير.

والحال كذلك في نظرنا بالنسبة للشعوب الإسلامية التي لا تحكمها دولة أجنبية وإنما تخضع حكومات "وطنية" لا تعلن الصفة الإسلامية للدولة، بل ينص دستورها أو يعلن رؤساؤها أنها حكومات لا دينية أو علمانية أو أنها لا تطبق الشريعة ولا تقبل الالتزام بها، فإن الشعوب هي التي تلتزم بالسعى لإلزام دولها بالخضوع للشريعة وتطبيقها، لأنها شريعة الأمة. من حسن الحظ أن فقيهنا يميز بين الأمة والدولة، ولا يعرف للدولة أيا كانت بطابع شمولي سواء كانت شرعية أو مفروضة بالقوة، بل هي مجرد مؤسسة نظامية أو عسكرية تفرض الولاء الواقعى لها في الشئون الدنبوية، ولا يعترف لها الإسلام بالحق في التدخل في عقيدة الأمة ولا في شريعتها - فশريعتنا هي شريعة الأمة سواء رضيت الدولة أم لم ترض به، وسواء كانت دولة وطنية أو أجنبية، والأمة بمجمل شعوبها هي المسئولة عن إلزام الدول بتطبيق شريعتها

والواقع أن فقيهنا قصر بحثه على موقف القاضى المسلم من تطبيق القوانين الوضعية للدولة التي عينته، وقد يفهم من كلامه أن الموضوع خاص بتطبيق الحدود، مما يمكن البعض من الرزعم أن تطبيق الشريعة هو تطبيق الحدود، في حين أن أحكام الشريعة شاملة متکاملة، ولا يجوز الاكتفاء بتطبيق الحدود أو ترويج القول بأنه يكفى لتطبيقها تفويض الحدود مع إهمال الأحكام الأخرى، وبخاصة مبدأ الشورى وتحديد سلطة الحكام ومساءلتهم كما بين هو تفصيلا في التقديم والتمهيد.

إننا نرى أن تطبيق الحدود لا يجوز أن تقوم به سلطة غير إسلامية أو سلطة استولت على الحكم بالقوة والبغى. وإذا كان القاضى لا يستطيع أن يلزم الحكومة التي عينته بمبادئ الشورى وسيادة الأمة، فكيف نلزمها بتنفيذ الحدود الجنائية على الأفراد، وعلى المسلمين وحدهم، بواسطة قضاء غير شرعى وغير مستقل عن سلطة الدولة التي فرضا ولايتها بطريقة واقعية لا أساس لها من الشرع ؟

١٩٦

١٩٦ - مدى التغيرات التي تستrib على الأخذ بنظرية البطلان: يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها، ولن يؤدي تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير في أوضاعنا القانونية؛ لأن معظم النصوص القانونية لاختلف عن أحكام الشريعة. وإذا خالف بعض النصوص مايقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع مايقول به البعض الآخر من الفقهاء. وسنكتفى هنا ببيان التغيرات 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 التعازير.

١٩٧ - أولاً : في جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة في الشريعة وهي على سبيل المحصر سبع جرائم -٢٧١- : الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحرابة، الردة، البغى. وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً. ويشرط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة، وألا يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة، فإذا توافر هذان الشرطان فلابد من عقوبة الحد. وفي هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها.

أما في الحالات التي لايعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة، أو درء الحد للشبهة، أو كانت الجريمة شرعاً، فالعقوبة في هذه الحالات طبقاً للشريعة هي عقوبة العزير، والتغzier يرجع فيه إلى ولي الأمر. ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررة من يملك حق تقريرها -٢٧٢-، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق في هذه الحالات. وإذا فقانون العقوبات لن

الصدر تعليق "رقم ٢٧١-": مر علينا سابقاً أن الفقه الجعفرى يضيف إلى هذه الجرائم ثلاثة وهي اللواط والمساحقة والقيادة.

الصدر تعليق "رقم ٢٧٢-": مر علينا قريباً أن السلطات التشريعية في البلاد العربية غير متصرفه بالأوصاف المشترطة في الهيئات التي لها حق التشريع، فلا يكون تشريعها لازم الإطاعة لا في جرائم الحدود ولا في غيرها.

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغيرات التي تصيب قانون العقوبات المصرى نتيجة للأخذ بنظرية البطلان، لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها، وأن نعرف النصوص الباطلة في قوانين الإجراءات ومدى بطلانها. وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : إن حكم القانون باطل إذا كان مخالفًا للشريعة، وإنه صحيح إذا كان موافقاً للشريعة.

عودة

يعطل إلا في جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة -٢٧٣- فلها حكم خاص .

الردة : تعد الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام، وتعاقب عليها بعقوبة القتل. وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال في الشريعة. أما قانون العقوبات فلا يُعَدُ الردة جريمة ولا يعاقب عليها. ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجوب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقا للشريعة، ولو أن قانون العقوبات المصري لم يذكر عن الردة شيئا .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية، فإن من الصعب عملاً تفسيده، فليس في الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء، وعرض الجرائم على القضاء مقيداً بإجراءات خاصة تتبعها النيابة العمومية، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعي معطلاً حتى ترى النيابة العمومية تتفيده. على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية، فالشريعة تقدر دم المرتد ولا تعاقب قاتله؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً، فإذا قيل المرتد إنسان وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضي أن يبرئه؛ لأنه قيل نفسها غير معصومة؛ وأن 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.

تعليق "رقم ٢٧٣-": سيأتي الكلام عنها قريباً إن شاء الله .

الصدر

الشواوى

رأينا في "التعليقات من ٢٦٨- إلى ٢٧٣-": مقالة في التعليق من التزام القاضي الإسلامي بالذهب التي تحدده "الدولة" والذي تلزم به "الدولة الإسلامية"، يوجب علينا القول بأن إلزام الدولة قضائياً بذهب أو ثقين معين ناتج عن مبدأ جواز تخصيص القضاء. ونحن نرى أن التخصيص ليس حقاً للدولة شرعاً، بل هو حق للأمة وأهل الاجتihad الذين يمثلون الأمة غالباً صحيحاً بالشوري الحرية، وليس حقاً لكل من يتولى السلطة في "الدولة" وخاصة إذا كان مختصاً للسلطة، وإذا حدث ذلك فإن سلطته تكون فعلية وواقعية وليس شرعية. إن شرعية القانون الوضعي ترتبط بشرعية الدولة التي أصدرته، ولابد للاعتراف بهذه القوانيں بالشرعية من تصحیح أوضاع الدولة التي أصدرتها. ولكن القول بالتزام القاضي بتفييد هذه القوانيں لا يسلِّم حتماً القول بأنما شرعية، لأن مسئولية الانحراف بها لا تقع على القاضي المنفذ لها بل على عاتق من أصدراها وألزموها بها باسم الدولة أو سلطتها الواقعية. إن النظم الحالية هي أوضاع واقعية لا تسنم للقاضي بأن يفصل في "شرعية القانون من الناحية الإسلامية" بل ولا في دستوريته الوضعية، فلا يجوز له الامتناع عن تطبيق قانون بحججة أنه غير شرعي أو أنه غير دستوري، لأن هذا ليس من اختصاصه وهذا ما يشير له التعليق رقم ٢٧٣ (على البند ١٩٧) ورقم ٢٧٩ و ٢٨٠ (على البند ١٩٨) .

كما أنها تويد إشارته في كل مناسبة إلى أن وصف القانون الوضعي بأنه موافق للشريعة لا يكفي فيه أن حكمه لا ينافي أحكامها، بل لابد أن تكون السلطة التي أصدرته شرعية ملتزمة بمصادر الشريعة وأصولها ومبادئها

196، 197- رأينا في دعوته للتكامل بين الفقه والقوانين الجنائية
"الوضعية" وفي العصمة والإهار :

إن إشارته إلى أن معظم النصوص الوضعية لا تختلف عن أحكام الشريعة، كان يجب أن تلقى ترحيباً من المعارضين لتطبيق الشريعة أو العاجزين عن ذلك. والآن ونحن في عصر الصحوة الشعبية الإسلامية، يجب أن نضيف إلى ذلك أن ما تريده الشعوب ليس فقط تغيير أحكام القوانين الوضعية حتى لا تتعارض مع أحكام شريعتنا، وإنما المطلب الشعبي هو تغيير منابعها الأجنبية واعتمادها على مصادر الشريعة وأصولها ومبادئها لتكون معبرة عن الأصالة التي تعزز بها شعوبنا. لذلك، فإن محاولاته للدعوة للتكامل بين أحكام الشريعة والقوانين الوضعية لم تعد متجهة ولا كافية في نظرنا، وقد اتى إلى القول بأن القوانين الوضعية هي التعازير الشرعية، وغرضه من ذلك تسهيل مهمة القضاء في "استكمال" تطبيق الشريعة. ونخشى أن يفهم القراء من ذلك أن الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ينحصر في تطبيق عقوبات الحدود، وهذا بكلأسف ما يحاول كثير من فقهاء السلاطين أن يقولوا به لطمرين الشعوب وإرضاء السلطات القائمة، ولكن هذا يؤدي إلى ما حذرنا منه دائماً من حصر تطبيق الشريعة في أحكام الحدود، وإهمال نظرياتها ومبادئها العامة التي يجب أن تكون مصادر لأحكام التعازير، وميزها بذلك عن القوانين الوضعية المستوردة من الخارج... يؤيد ذلك إشارته دائماً إلى أن أحكام التعازير يجب أن تكون في إطار مبادئ الشريعة... وروحها التشريعية (في بداية البندين 191، 192).

* * *

إشارته إلى حد الردة وإهار دماء المرتدين: لنا رأى خاص فيها سوف نعرضه فيما بعد تفصيلاً لأنه يختلف عما توصل إليه هنا،⁽¹⁾ لأنه لا يجوز أن يصل إلى تعطيل حق القضاء الشرعي المستقل عن الدولة وحده في الحكم بالعقوبات الحدية دون الأفراد جيئاً بعد ثبوت الجرائم بأدلة شرعية صحيحة تدين المسلم الخاضع لولايته . ونحن نأسف لأن المعلق الشيعي السيد الصدر لم يعرض على هذا الرأى مما يفهم منه أنه هو شخصياً يقره .

(1) يراجع تعليقنا على البند: - 375 - 377 - وما بعده .

عودة

١٩٨- ثانياً : في جرائم القصاص والدية : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجرح العمد، والجرح الخطأ، وكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل في الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد، سواء كان القتل مقتنراً بسبق إصرار وترصد، أو غير مقتنراً، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن. ولا تجيز الشريعة للأراضي أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها. أما القانون المصري، فيعاقب بالإعدام على القتل المقتنر بسبق إصرار أو ترصد، وعلى القتل بالسم، وعلى القتل المقتنر بجريمة أخرى، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هي الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. ويحظر القانون المصري في كل الأحوال تخفيف العقوبة واستبدال غيرها بها إذا كانت الظروف تدعو للتخفيف. وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصري يقتضي الأخذ بنصوص الشريعة دائمًا في الحالات التي توجب فيها الشريعة القصاص، فيحكم القاضي بالقصاص في كل هذه الحالات، ويعتبر عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولي الجنى عليه أن يغفو عن القصاص، فإذا عفى سقطت عقوبة القصاص، ولو لم يغفه إما العفو المجانى، وإما الدية أو مقابلتها ، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى، وكان على القاضى أن يحكم بها . ويجب في حالة العفو على الدية والعفو المجانى أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقاً لرأى مالك^(١). أما أبو حنيفة^(٢) والشافعى^(٣) وأحمد^(٤) فلا يوجبون التعزير في حالة العفو، ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة^{-٢٧٥-}. والقانون المصرى لا يجعل

الصدر تعليق "رقم-٢٧٤-": قوله أن يغفو عن القصاص ويرضى بدلاً عنه مقداراً من المال كان بمقدار الدية أو أقل أو أكثر .

الصدر تعليق "رقم-٢٧٥-": فيجب حبسه، بل يجب وإن اقتضته المصلحة الخاصة، بأن كان تأديب القاتل وتوبته من جرمته أو عدم تكراره لل فعل موقعاً على ذلك ومع عدم توقف المصلحتين عليه لا العامة ولا الخاصة فلا موجب له بعد إسقاط الحق الخاص وذلك بتنازل ولد المدعي عن حقه .

الشاوى رأينا في "التعليقين رقمي-٢٧٤- و-٢٧٦-": نوافق على ما قاله السيد الصدر من أن العفو يجوز بمقابل مالي، أى توسيع أيها كان مقداره طالما أنه لا يسقط حق المجتمع في التعزير لأنه يتصرف في نطاق حق خاص له .

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

(٢) بداعع المصانع الجزء السابع ص ٢٤٦ .

(٣) المهدب الجزء الثاني ص ٢٠١ وما بعدها .

(٤) المغني الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

عودة

لعفو أولياء المجنى عليه أثرا على العقوبة المقررة، ولكن العفو يمكن عدده ظرفا قضائيا مخفقا يؤدي إلى تخفيف العقوبة، أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصري. وهذا الذي أخذ به القانون المصري يتفق مع مذهب الإمام مالك، حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير. فكان المشرع المصري قد أخذ بمذهب مالك في هذه المسألة، وعلى هذا يجب في حالة العفو على الديمة الحكم بها وبعقوبة تعزيرية، وفي حالة العفو مجاناً يجب الحكم بعقوبة تعزيرية ٢٧٦-٢٧٦. ولما كانت العقوبات المقررة في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل في حالة العفو إلا عقوبة الإعدام؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهي تسقط بالعفو طبقاً للشريعة، وللقارضى في هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة وينظر لها طبقاً لنص المادة ١٧ عقوبات؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقارضى في عقوبات التعازير.

وفي بعض الحالات يمتنع القصاص في القتل العمد، طبقاً للشريعة كحالة قتل الأب ولده، وحالة القتل الحاصل من حديث، والقاعدة أن الديمة تحمل حمل القصاص ٢٧٧-٢٧٧. كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية. وما قبل في حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص.

وخلالصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجباً، طبقاً للشريعة، وأن نصوص القانون تطبق في حالة العفو وامتناع القصاص، سواء وجبت الديمة أو لم تجب، ولا يتعطل من هذه النصوص إلا ما يقتضي 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) يقتضي منه، فالعقوبة القصاص. وإن أحدث أثراً لا يقتضي منه، أو أثراً يمتنع فيه القصاص، فالعقوبة الديمة أو الأرش. والأصل عند أبي حنيفة والشافعى وأحمد أنهما يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير، لكنهما يحيزان ٢٧٨-٢٧٨.

الصدر تعليق "رقم ٢٧٦-٢": وفي حالة العفو على مقدار غير الديمة يجب الحكم به سواء قل عن الديمة أو كان أكثر منها.

الصدر تعليق "رقم ٢٧٧-٢": مع التعزير كما يجب على الأب أن يكفر بكفارة القتل متعمداً.

الصدر تعليق "رقم ٢٧٨-٢": بل يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة الملزمة ذلك، ويرجح التعزير بلا إلزام إذا لم تقتضي المصلحة الإلزام.

الشافعى رأينا في "التعليقات أرقام ٢٧٥-٢٧٧-٢٧٨": نوافق السيد الصدر في قوله إن التعزير في حالة عفو المجنى عليه يكون "واجباً"، لأن عفو المجنى عليه هو عفو من عقوبة القصاص وحدها وليس عفواً عن الجريمة، ولا يتعطل حق المجتمع في التعازير.

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف مبانها.

عادة

اجتمع التعزير مع المحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وأما المالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الديمة^(١). وعلى هذا يجب أن تطبق -٢٧٩- عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الديمة أو الأرش، مادام الفقهاء لا يمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير، ومادام أولو الأمر -٢٨٠- قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هي العقوبات التي نص عليها قانون العقوبات. وللقارئ أن يراعي الظروف، فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشددها؛ لأن ذلك حقه طبقاً للشريعة والقانون معاً.

أما الشروع الذي لم يترك أثراً، فعقوبته في الشريعة التعزير، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات؛ لأن عقوباته تعزيرية.

القتل شبه العمد: يختلف الفقهاء في القتل شبه العمد. فابو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به -٢٨١-، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما. والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية -٢٨٢-، فطبقاً لرأيهم تطبق نصوص القانون في القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة، مادام ولí الأمر يوجب التعزير فيه.

إذا طبقنا نظرية مالك التي تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير في الجراح، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير في القتل شبه العمد -٢٨٣-؛ لأنه إذا صرخ 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 مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد؛ لأن هذه النتيجة

تعليق "رقم -٢٧٩-": إذا صدرت من له حق التشريع .

الصدر تعليق "رقم -٢٨٠-": ليست الهيئات المشرعة للقوانين في البلاد العربية من أولى الأمر الذين يحق لهم تقيين القوانين كما مر علينا ذلك قريراً .

الشوى رأينا في "التعليقات رقمي -٢٧٩-، -٢٨٠-": يذكر رأيه بأن القوانين الوضعية لا تكون شرعية إلا إذا صدرت من هيئة توافرت فيها الشروط الشرعية (للإجتهداد أو الإجماع)، وهذه الشروط لا تتوافر لدى كثير من الدول حالياً، وقد أيدها هذا الرأى وأضفتنا أنه يجب أن تستتبع هذه الأحكام من المصادر الشرعية لا أن تقلل من دولة أجنبية ...

الصدر تعليق "رقم -٢٨١-": وهكذا فقهاء المذهب الجعفري .

الصدر تعليق "رقم -٢٨٢-": إن احتمال الحكم الشرعي المصلحة فيه ويجيب إن كانت المصلحة ملزمة.

الصدر تعليق "رقم -٢٨٣-": بل هو المتعين إذا رأى الحكم أن المصلحة العامة أو مصلحة المجرم الخاصة تقضى بذلك، كما إذا لم يمكن إصلاحه بدون تعزيزه .

(١) مواهب الجليل الجزء السادس، ٢٤٧، شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٤.

عوذه

التي خلصنا إليها هي منطق نظرية مالك في الجمع بين الحد والتعزير في الجراح، وليس منطق نظريته في إنكار شبه العمد. وإن فاراء الأئمة جمیعاً تؤدي إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصري في وقت واحد على القتل شبه العمد، ولابنها هذا القاضي من أن يخفف العقوبة -٢٨٤- 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 بوجوب التعزير -٢٨٥- مع الدية كما قيل ذلك في القتل العمد؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ، ولكنهم جمیعاً يحیزون اجتماع التعزير مع الحد، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية -٢٨٦- كما هو الحال في القتل

تعليق "رقم -٢٨٤-": أى عقوبة التعزير وليس له تخفيض الدية .

الصدر رأينا في "التعليقات أرقام -٢٨١- و -٢٨٢- و -٢٨٣- و -٢٨٤- و -٢٨٥-": أنها خاصة بعقوبة شبه العمد، وسنعود لها في موضعها بالقسم الخاص .

الصدر تعليق "رقم -٢٨٥-": لا وجہ لتعزیر القاتل خطأ إذا لم يصدر منه معصية، إلا إذا كان خطأه ناشئاً عن التهاون وعدم التحفظ، فإن للحاكم الشرعي تعزيره خوفاً من تماونه وعدم تحفظه مرة أخرى أو تماونه سواه وعدم تحفظه ووقوعه فيما وقع فيه من القتل خطأ .

الشاوي رأينا في "تعليق -٢٨٥-": يحاول السيد الصدر التمييز بين نوعين من الخطأ، فما يسميه التهاون وعدم التحفظ يحيي التعزير (خوفاً من تماونه وعدم تحفظه مرة أخرى وردعاً لكل من يتهاون أو لا يتحفظ فيتسبب بذلك في قتل غيره) في حين أن الخطأ الذي يكون معصية شرعية فحكمه غير ذلك - أى أن التعزير يكون واجباً .

ونحن نرى أن هذه التفرقة لازوم لها، لأن مبدأ مرونة التعزير وأئمـاً تشمل مجرد التهذيب والتأنيب وغير ذلك من تدابير الوقاية هذه المرونة كفيلة بتمكين القاضي من اختيار الجراء الذي يناسب كل حالة سواء كان الفعل معصية أم لا - فتكون هذه التفرقة ممكنة في نطاق السلطة الواسعة التي قررها الفقه للقضاء في نطاق التعزير فيمكنه الاكتفاء بتدابير وقائية دون حاجة لعقوبة جنائية. ثم إننا رجحنا القول بأن التعزير في جرائم الخطأ يدخل كله في نطاق تدابير الوقاية التزاماً بالأصل الشرعي الذي أشار له الأئمـاً بأن الله قد رفع عن أممـا الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

الصدر تعليق "رقم -٢٨٦-": كيف تطبق العقوبة القانونية مع عدم إمضاء الشارع لها إلا في المورد الذي أشرنا إليه آنفاً؟

الشاوي رأينا في "تعليق -٢٨٦-": تويد ملاحظة السيد الصدر عندما اعترض على قول فقيهنا بأن القاضي يطبق العقوبة الشرعية ويضيف إليها العقوبة المقررة في القانون الوضعي، لأن مثل هذه =

عودة

شبه العمد مadam أولو الأمر - ٢٨٧ - قد أوجبوا التعزير .

الجراح في العمد والخطإ : تعاقب الشريعة على الجراح المتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص، لقوله تعالى : **(واجرؤه قصاص)** [المائدة: ٤٥]. وتعاقب بالقصاص في إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش، أو الحكومة. ويوجب مالك - ٢٨٨ - أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأدباً للجاني. أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه، فطبقاً لرأي مالك لاتتعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة. وطبقاً لرأي بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية، وبين العقوبة القانونية مadam أولو الأمر - ٢٨٩ - قد أوجبوا التعزير، وعلى هذا فاراء الجميع لاتتعارض مع نصوص القانون المصري، ولا تؤدي إلى إبطالها .

= بالإضافة تكون غير شرعية في نظرنا، ونرى أن حرص فقيهنا على إرضاء ضمير القاضي المسلم الملتزم بتطبيق القوانين الوضعية يكفي فيه قوله بأنه لا يأثم شرعاً بتطبيق العقوبات الوضعية التي حددها السلطة الفعلية في الدولة، لأن الإثم يقع على عاتق السلطة التي فرضتها وليس على القاضي الملزم بها والمضطر لتطبيقها، دون حاجة لأن يتطرق فقيهنا بإعطاء هذه السلطة الواقعية (التي لا تتوفر فيها شروط الولاية الشرعية) صفة "أولى الأمر" التي سبق أن اعتبرنا عليها مراراً.

تعليق "رقم ٢٨٧-": من علينا قريباً أن المشرعين للقوانين في البلاد العربية لم تجتمع فيهم الأوصاف المشترطة في أولى الأمر الذين لهم حق التشريع .

تعليق "رقم ٢٨٨-": إنما يجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، فللحاكم أن يعزز وأن يترك التعزير تبعاً لما يراه من المصلحة. ولعل هذا مراد مالك وبقية المذاهب الأربع؛ فمالك يوجب التعزير إذا اقتضت المصلحة ذلك، ومراد البقية من الجواز إيكال تنظيم المصلحة وعدمها إلى الحاكم.

الشاوي رأينا في "تعليق - ٢٨٨-": نرى أن كلمة الحكم هنا يقصد بها القاضي المجهود وليس من يمارسون السلطة التنفيذية سواء بالحق أو بالباطل، كما هو الغالب في "الحكام" الذين لا يلتزمون بالشريعة ... كما أشار المعلم الشيعي في رقم - ٢٨٩ - .

الصدر تعليق "رقم ٢٨٩-": من آنفًا عدم انتطاق أولى الأمر الواجبة طاعتهم على المشرعين للقوانين الوضعية في البلاد العربية، وإنما يصح إذا اقتضت ذلك المصلحة لأن الشريعة قد أوجبت ذلك.

الشاوي رأينا في "التعليقات رقمي - ٢٨٧-، - ٢٨٩-": انتطاق المعلم الشيعي كما اعتبر من قبل وأيدنا انتطاصه لأننا نصر على أن "أولياء الأمر" في التشريع والفقه هم أهل الاجتهاد وممثلو الأمة في الإجماع، وليسوا هم من يمارسون السلطة باسم الدولة لأنه لاحق لهم شرعاً في التدخل في نطاق التشريع كما قلنا مراراً وخاصة إذا كانت ولاياتهم بالغلب والقوة والعنف دون أساس شرعي .

عده

أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة، وحكمها حكم القتل الخطأ، ومن ثم يجب -٢٩٠- فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد.

الضرب الذى لا يترك أثرا : تعاقب الشريعة على الضرب الذى لا يترك أثرا بالتعزير. ولما كانت العقوبات المخصوصة عليها فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل فى هذه الحالة.

١٩٩ - ثالثا : فى جرائم التعزير: علمنا مما سبق^(١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم العذاب ولم تحددها كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وأئمها نصت على بعض جرائم التعزير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبا إتيان بعض الأفعال -٢٩١-، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها، والمحافظة على أمنها ونظامها، وبشرط لا يخرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة، أو مبادئها العامة، أو روحها التشريعية .

الصدر تعليق "رقم -٢٩٠-": المراد إمكان انتهاك قانون العقوبات على أحکام الشريعة لأن ما تفرضه القوانين الوضعية يكون من مصاديق التعزير المشروع في الشريعة الإسلامية، ولكنك عرفت قريبا أنه ليس في الخطأ المحسن تعزير إلا في بعض الموارد التي أشرنا إليها سابقا .

الشاوي رأينا في "تعليق -٢٩٠-": نراه يقترب من رأى فقيهنا عندما يقر بإمكان إدماج قانون العقوبات الوضعي بشروطه، ولكننا لا نتفق على ذلك إلا إذا عَدْدُنا أنه يقصد فقط القاضي المجهد الذي اختار الجزاء في حدود سلطته الواسعة في التعزير شرعاً كوسيلة للإصلاح، وفي عهدهنا الحاضر يكون ذلك من اختصاص أهل الاجتهاد والإجماع .

الصدر تعليق "رقم -٢٩١-": في زمان محمد، إذ ليس لولي الأمر أن يشرع حكماً دائمياً لا يوجد في الشريعة الإسلامية .

الشاوي رأينا في "تعليق -٢٩١-": نشير إلى رأينا في أن المقصود بولي الأمر كما بيانه فيما سبق أئم أهل الاجتهاد أو الإجماع الشرعي، وإن كان تعليق السيد الصدر رقم -٢٩١- و -٢٩٥- لا يوضح ذلك، ومن حسن الحظ أن تعليقه رقم -٢٩٣- يؤيد رأينا .

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

عودة

القاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير: أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدتها، وتركى للقاضى أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة وال مجرم - ٢٩٢ .

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 - ٢٩٣ - من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمتها أولى الأمر، عقوبة معينة يلزم القاضى توقيعها إذا ثبتت الجريمة، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضى إحداهما. كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعين الحد الأدنى للعقوبة - ٢٩٤ -، بحيث لا يستطيع القاضى أن يتول عنه، وهذا الذى لا يمنع منه الشريعة هو الذى عمل به في قوانين العقوبات .

الصدر

تعليق رقم ٢٩٢-: شرط ألا تصل إلى درجة الحد بنظر بعض فقهاء المسلمين كما مر علينا ذلك سابقا .

الشادى

رأينا في "تعليق ٢٩٢-": نشير إلى أننا نؤيد القول الذى يشير إليه بأن التعزير لا يجوز أن يصل إلى عقوبة الحد، ونجد تحفظنا على مسار عليه الإنذان من وصف التعزير بأنه عقوبة دائما، لأننا قلنا مرارا إنه يشمل تدابير الوقاية خارج نطاق العقوبات .

الصدر

تعليق رقم ٢٩٣-: ظاهر الأدلة الشرعية أن تحديد مقدار التعزير وكيفيته إنما هو بيد القاضى الشرعى لا بيد أولى الأمر، إلا أن يكون تعين أولى الأمر للعقوبة إنما هو لاستلفات نظر القاضى إلى العقوبة التى يبغى لها اختيارها، ولكن القاضى لا يكون ملزما باختيار ما عينه له أولى الأمر أو باختيار أحد الفردين اللذين جعلا من أولى الأمر .

الصدر

تعليق رقم ٢٩٤-: في ظرف خاص إذ ليس لأولى الأمر تشريع حكم دائمى لا دليل عليه من نصوص الشريعة .

الشادى

رأينا فى "التعليقات أرقام ٢٩١-إلى-٢٩٤-": يستفاد منها أن ما يقرره أهل الاجتهاد فى زمن معين لا يلزم أهل الاجتهد الذين يأتون بعدهم، لأن الاجتهد يمكن تغييره دائما باجتهاد آخر سواء كان معاصر له أو لاحقا عليه - على أساس أن أهل الاجتهد هم "أولى الأمر" في التشريع والتعزير كما قدمنا .

عوده

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر -٢٩٥-، فإن الجرائم التي تنص عليها تعد طبقا 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 يراعي واضعوها نصوص الشريعة، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم -٢٩٦-، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدي إلى بطلان كل عملهم، فإنه يؤدي إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفًا للشريعة.

وقد ترتب على إغفال أولي الأمر لنصوص الشريعة من ناحية، وعلى مالهم من حق التشريع من ناحية أخرى -٢٩٧-، 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 الروبية، والامتناع عن إخراج الزكاة، ومخالفة أحكام العدة، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهر في صلاة الإسرار، والإسرار في صلاة الجهر، وكالزيادة في الصلاة.

الصدر

تعليق "رقم-٢٩٥-": مر علينا الكلام في ذلك قريبا.

الصدر

تعليق "رقم-٢٩٦-": بل خرجو عن صلاحيتهم للتقنين أيضا، فلا يجب الالتزام بكل ما يصدر منهم وإن كان موافقا للشريعة.

الصدر

تعليق "رقم-٢٩٧-": مر علينا قريبا انهم خرجو بمخالفتهم الشريعة عن استحقاق التشريع وصلاحيتهم لذلك.

الشاوي

رأينا في "التعليقات أرقام-٢٩٥- إلى -٢٩٧-": فيها تحفظ تؤيده بشأن الحكم في حالة خروج بعض الحكام عن صلاحيتهم، مع ملاحظة أن هذه المشكلة مازالت قائمة في الفقه الدستوري الوضعي كذلك، حيث إن الحكومات والسلطات الواقعية أو الفعلية (التي ليس لها أساس دستوري أو شرعي) مثل الحكومات الاستعمارية أو الانقلابية، يرى كثيرون من شراح القانون الدستوري الوضعي المعاصر - أن قراراهم تكون نافذة إلى أن تلغيها سلطة دستورية فيما بعد - ونفاذها وبقاها إلى أن تلغى مبنى على أساس أن مصلحة المجتمع تقضي قدرها من الاستقرار لا يسمح بإبطال جميع ماتقرره سلطات الغصب وحكومات البغي مثل السلطات الاستعمارية ومن يسئلون على الولاية بالانقلاب والقوة دون أساس دستوري ولاشرعى كما يلاحظ أن كثيرا من هذه المقررات كان لازما ومفيدة للمجتمع، ولذلك يجب بقاها إلى أن يلغى أو يجعل محله غيره.

عودة

النوع الثاني: جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح. وهذه الجرائم قسمان: قسم لاختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفييف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة، وقسم مختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا، فالشريعة تعاقب على الربا في كل صوره، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة، وكجرائم المقامرة والراهنة، فإن الشريعة تحرمها تحریما مطلقا، 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 -٢٩٨- وروحها التشريعية، كمخالفات السيارات والتعليم، ومثل الأفعال التي قصد من تحريمها تنظيم الجماعة، كقوانين تنظيم المهن، أو التي قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة، كمكافحة الآفات والأمراض. وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية، ومن الأمثلة على ذلك: الجرائم التي نصت عليها لائحة بيوت الدعارة، فالمبدأ الذي قامت عليه هذه اللائحة هو إباحة الزنا والترخيص به رسميا، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحة، بينما الشريعة تحرم الزنا في كل صوره تحریما مطلقا. ومن أمثلة هذا القسم: الجرائم التي نصت عليها القوانين التي تنظم تقطير الخمور وبيعها وتقديمها، فإن المبدأ الذي تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحریما عاما.

الصدر تعليق رقم ٢٩٨-: فإن الشريعة تحتم بكل ما يمنع من إتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض. وأما قوانين تنظيم المهن، فإن كان المراد منها منع الغلاء والاحتكار أو منع الفتنة بين أصحاب المهن فهذا مما يوافق الشريعة لأنها تحتم منع الاحتكار والغلاء ومنع ما يوجب الفتنة والمشاغبة، وإن كان المراد منها أمورا أخرى فهي خارجة عن مبادئ الشريعة الإسلامية.

الشاويرأينا في تعليق ٢٩٨-: الأمثلة التي ذكر أن الشريعة تحتم بما (منع إتلاف النفس ورفع الجهل ومكافحة الآفات والأمراض ومنع الغلاء والاحتكار - ومنع ما يوجب الفتنة) ... هي في نظرنا نموذج للنظريات التشريعية التي يجب علينا البحث عن أصولها في نصوص الكتاب والسنة - ومقاصد الشريعة - وهذا يؤكّد ما نقوله من أننا في عصر أصبح فيه التسطير واجبا . وهذا أفضل مما يفهم من أقوال فقيهنا في من وصف كل القوانين الوضعية التي ذكرها بأنما تعازير من النوع الثالث - دون حاجة لتأصيلها في الشريعة .

198 ، 199 - لا نوافق على القول بقصر الظروف المخففة على التعازير:

يجب علينا أن نؤكد رأينا في الاعتراض على قول فقيهنا بأن القاضى لا يجوز له أن يأخذ بعين الاهتمام الظروف المخففة إلا في التعازير، وأنها لا محل لها في نظره في الحدود والقصاص. ونؤكد رأينا أنه بعد أن كرر القول الذى أبداه سابقاً في أن القصاص واجب سواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن، عاد في نفس الوقت للقول بأن عفو المجنى عليه (أو ولـى الدم) يمكن عدده ظرفاً قضائياً مخففاً يؤدى إلى تخفيف العقوبة أو استبدال غيرها بها وأن ذلك هو رأى الإمام مالك⁽¹⁾.

ونرى أن مذهب الإمام مالك في وجوب التعزير في جرائم القصاص والمدية في حالة العفو (قياساً على جرائم الحدود) أكثر اتفاقاً مع رأينا بأن العزير هو الأصل في جميع الجرائم، وهو أكثر اتفاقاً مع المنطق والمصلحة من رأى الأئمة الذين يفرقون بين جرائم الحدود وجرائم القصاص. ورأى الإمام مالك في نظرنا أكثر اتفاقاً مع اتجاه الشريعة الإسلامية إلى تشديد العقوبات على مرتكبي جرائم الاعتداء على سلامـة الجسم وحياة الأفراد وحقوقهم الإنسانية، وأوـلـها حـقـهمـ فـيـ الحـيـاةـ وـسـالـمـةـ أـبـدـاهـمـ. لكنـاـ نـصـيـفـ قـوـلـنـاـ بعدم جواز إضافة التعزير إلى عقوبة الحد إلا في حدود التدابير الوقائية التي تدخل ضمن التعازير في نظرنا.

ونحن نلقت النظر إلى ما بذله الشهيد من جهد للاحتجاج نحو التكامل بين القوانين الوضعية والأحكام الشرعية بقصد عقوبة القتل شبه العمد أو الخطأ؛ ونرى أن ذلك يؤيد ما ذهبنا إليه في عدم بطلان القوانين الوضعية التي تفرض عقوبات عددها تعزيرية في جرائم الحدود أو القصاص برغم أنها لا تنص على العقوبات المقررة (الحدود والقصاص).

لقد حرص على حصر النتائج المترتبة على قوله بضرورة التزام القضاة في النظم التشريعية الوضعية بالتكامل بين الشريعة والقوانين الوضعية سواء في نطاق عقوبات الحدود أو القصاص أو التعازير، ليثبت أن الخلافات محدودة في نطاق ضيق؛ وأن من الممكن أو الواجب إقرار التكامل بين هذه القوانين وأحكام الفقه الإسلامي في هذه الحالات.

ونحن نقدر له علمه وإيمانه بالنتائج التي توصل إليها، وهي التزام القضاة بتطبيق العقوبات الشرعية التي عطلتها الدولة مع عقوبات القوانين الوضعية .

(1) أول البند (198) .

لانونافق على قوله إن التشريع الجنائي الوضعي يمكن عدّه تعزيرات :

أما نحن، فإننا نرى الآن أن الصحوة الشعبية المطالبة بتطبيق الشريعة الإسلامية إنما تهدف إلى تطهير الساحة من القوانين الوضعية المستوردة سيئة السمعة، ووضع حد لإسراف الحكام في إصدار قوانين تفرض عقوبات جنائية تزداد وتتوالى وتتكاثر للاحتفاظ بالسلطة واحتقارها بصورة دفعت العامة والجماهير إلى مزيد من التأييد للمطالبة بتطبيق الشريعة، لأنما في نظرهم هي القادرة على وقف تيار الحكم الشمولي وتحrir المجتمع وتطهيره من طوفان هذه القوانين الباغية سيئة السمعة.

هذا التيار الشعبي يوجب علينا الان أن نؤكد أن هذا التكامل الذى دافع عنه لم يعد مكنا ولا مجديا؛ لأن تدخل الدولة ومن يتولون السلطة في نطاق التشريع وغلوهم في إصدار القوانين الجنائية الوضعية لإرهاب من يعارضهم أو يقاوم بغيهم هو في ذاته مخالف لأصل مهم من أصول شريعتنا، وهو استقلال الشريعة عن سلطات الدولة وسيادتها على المجتمع والتزام كل من يمارس السلطة السياسية (بالحق أو بالباطل) بعدم التدخل في مجال التشريع، الذى هو في شريعتنا له مصادر إلهية يكملها علم وفقه يتولاه علماء ومفكرون مستقلون تخذلهم الأمة ويمثلوها في نطاق التشريع، الذى لا يجوز أن يتحذله من يمارسون السلطة سلحاً لبقائهم فيها واحتقارهم لها وحرمان الأمة من حقها في أن تخذل من يمارسون الإجتهد والإجماع نيابة عنها من علمائها الذين تلقى فيهم وتخذلهم بحرية كاملة؛ ويشترط فيهم دائماً ألا يكونوا من الرؤساء السياسيين ولا من أعواهم من فقهاء المسلمين ... لأنما تعتقد أن الفقهاء المستقلين عن الدولة قادرؤن على حماية الشعوب والأفراد من بغي الحكام وطغيائهم الذى يمارسونه معتمدين على النظم المستوردة التي تعطيمهم الحق في التشريع "الوضعي"، بحجة أن القانون من صنع الدولة ومن يتولون السلطة فيها (بالحق أو بالباطل)، وهو ما لا تقره شريعتنا التي تمتاز باستقلالها عن الدولة وحرمان الدولة من سلطة التشريع.

إن وجهة نظرنا هي أننا ندافع عن مبادئ أساسية تتعارض مع خطة الترقيع في القوانين الوضعية؛ ونرى أنه لا بد من إقامة هيئات تشريعية علمية مستقلة تمارس الإجتهد والإجماع على الأساس الذى تميز به الشريعة عن النظم الوضعية المستوردة، وهو مبدأ عدم تدخل الدولة وسلطتها في التشريع لتكون الدولة وجميع سلطاتها خاضعة له وملتزمة بأحكامه، لا صانعة للقوانين ولا متحكمة فيها مما يحول القوانين إلى أدلة لصالح من يتولون السلطة مهما تكون الطريقة التى أوصلتهم إليها؛ وتتمكن البعض من أن يتخذوا القوانين الوضعية (التي يضعونها باسم الدولة) أداة لتعطيل حرية الشعوب في اختيار نظمها وحكامها ومن يمثلوكها سواء في مجال التنفيذ والسياسة أو في مجال الفقه والتشريع

التعازير الشرعية تستنبط من المصادر الشرعية ولا تستورد من الخارج :

مع استقلال كل من هذين المجالين حتى لا يكون الجمع بينهما وسيلة للحكم الشمولي الذي يؤدى إلى حرمان الأفراد من ضمانات حرياتهم وحقوقهم الإنسانية كما رأيناه عملاً في جميع النظم الشمولية.

إن دعوته للتكميل كان أولى بها أن تلقى ترحيباً من صانعي القانون الوضعي الذين لا يعرفون فقهاً وشريعتنا ولا يقدرونها، ومع ذلك فإن هذا الاتجاه التوفيقى والتكميلي لم يمنعهم من قتله ظلماً وعدواناً.

والآن، أصبحت القضية في يد الشعوب والجماهير التي اختارت المطالبة بالشريعة وتأيد هذه الشعارات كلما أتيح لها حرية الاختيار وأعيد لها حقها في تقرير مصيرها ونظمها بانتخابات حرة .

* * *

إن الشعوب اقتنعت بأن القضية هي قضية النظام السياسي؛ وليس كما تصورها فقيهنا قضية قضاء نطالبه بأن يصحح وضعاً تشريعياً منحرفاً لا مسؤولية له فيه؛ ولذلك لأنوافق على قوله بأن الأمر في يد القضاة وأننا نطالبهم بتصحيح القوانين الوضعية التي تلرمهم الدولة بتطبيقها؛ لأن ذلك غير ممكن في نظرنا ولو صاغ الأمر بدعوهم إلى "تكملتها" بأحكام التشريع الجنائي الإسلامي .

إن هذه التكلمة التي يدعو إليها قد حصرها في الالتزام بتطبيق عقوبات الحدود والقصاص؛ ظناً منه أن "القوانين الجنائية الوضعية" يمكن للقضاء عدُّها تعازير، وهي ليست كذلك في نظر من فرضوها، لأننا أكدنا مراراً أن تفنين التعازير الشرعية يجب أن يكون أساسه استنباط الأحكام من مصادر التشريع الإلهي في الكتاب والسنة أو النظريات والمبادئ التي تستمد منها، والفقه والعلم هو الذي يتلزم بكل ذلك، لأن للشريعة نظاماً قانونياً مستقلاً متميزاً يجب احترامه والاعتراض به، مما يتعارض مع القوانين الوضعية القائمة على فرض النظريات والأحكام المستوردة من الخارج التي تختلف عن فقهاً وعلمنا في منابعها وأصولها، كما قال السنهوري ذلك رغم أنه من أساطين الفقه العصرى ومشرعي الجموعات القانونية الوضعية .

أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالاً تاماً حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين ولوائح الملحة به. ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال في مصر، بأن الشارع المصري نص في لائحة ترتيب المحاكم على أن لاجرمة ولا عقوبة بلا نص، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصري حيث ضمته 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 اثنين على الأكثر، وجعل للعقوبة حداً أدنى وحداً أعلى ليس للقاضي أن يتتجاوزه، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوافر شروط معينة. وقد قصد الشارع المصري من كل هذا أن لا يعاقب إلا على مانص عليه، هو من الأفعال المحرمة في الحدود التي حددها، وبالعقوبات التي عينها، وعَدَ كل ماعدا ذلك من الأفعال مباحاً ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريميه والعقاب عليه، كالممارسة فالشريعة تحرم في كل أنواعه وصوره وأيّا 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 يقم على تفزيذه، واكتفى بإقامة مانص 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 عن هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولي الأمر في الشريعة، ومدى هذه الحقوق.

ومن المسلم به في الشريعة، أن لولي الأمر في تعين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق.

(١) نص الدستور المصري على أنه لاجرمة ولا عقوبة بلا نص، متأثراً في ذلك بالدستور الأوربي، ولاشك في أن واضعي الدستور قد صدوا من هذا النص ماقصدوه واضطروا الدستور الأوربي، أي قد صدوا ألا يعتنوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها في القوانين الوضعية. لكن هذا النص المصري يتصارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصري، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام؛ لأن التزام الدولة الإسلام دينا لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها، إذ الشريعة الإسلامية هي مجموعة القواعد التشريعية التي جاء بها الإسلام وأوجها. فإذا فسّرنا النص الأول كما يفسر في الدستور الأوربي، كان معنى ذلك إهمال النص الثاني وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثاني بحسبان أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظمها العام، وجّب أن نفسّر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين معاً.

٤٠

٤٠- الحق الأول : حق التحرير والإيجاب والعقاب : لولي الأمر أن يحرم إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة، وأن يعاقب على مخالفته 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 التحرير والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة، أو دفع مضره أو مفسدة. وعلى هذا، فعمل ولí الأمر صحيح كلما كان في حدود حقه، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيف 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 تصن على القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت؛ لأن النصوص التي حرمتها لم تنسخ وليس لولي الأمر حق نسخها. والجرائم التي نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائمًا بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون؛ لأن كل نص قانوني يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف. أما الجرائم التي تتفق في أحکامها الشريعة والقانون، فيؤخذ فيها بحكم القانون؛ لا لأنه حكم القانون، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التي نصت عليها القوانين ولم تصن عليها الشريعة، فيؤخذ فيها بحكم القانون -٣٠٠-، مadam أنه ليس خارجا على مبادئ الشريعة العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم ي عمل به.

٤١- الحق الثاني : حق تخصيص القضاء : لولي الأمر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل في الجرائم لقضاة معينين، ويجعل لبعضهم الفصل في جرائم بعينها، وللبعض الآخر النظر في بقية الجرائم، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات.

وحق ولí الأمر في تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة، وروحها التشريعية، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاة، ولا يعنهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل. فمثلاً لولي الأمر أن يختص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة، وأخر بنظر جريمة القتل، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم آكل الميتة، أو شرب الخمر، أو الردة أو منع الزكاة. ولولي الأمر أن يختص قاضياً بنظر جرائم الربا أو المقامرة والرهبة، ولكن ليس له أن يمنع القاضي من نظرها على الوجه الذي حرمتها الشريعة.

الصدر

الصدر

تعليق "رقم-٢٩٩-": في زمان معين، وهكذا الإيجاب والعقاب .

تعليق "رقم-٣٠٠-": إن كان القانون قد شرع من قبل ولí الأمر الذي تجب طاعته.

عوذه

عوذه أن يحدد العقوبات - ٣٠١ - التي يملك القاضي توقيعها في جرائم التعازير، ويلزمه ألا يوقع غيرها، ولكن ليس له أن يلزم مه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية. ويُعدُّ القاضي مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليها القانون، مادامت عقوباتها تماطل العقوبات المفروضة على الجرائم التي خص قانوناً بنظرها، ولا عبرة بسكتوت ولو الأمر عن هذه الجرائم، لأن الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها، ولأن الشريعة لا تتيح مجال لولي الأمر أن يعطي نصوصها، فإذا عطلها لم يكن للقضاء أن يسايره، وكان على القاضي أن يطبق نصوص الشريعة، ويحكم بالعقوبة التي فررها الشريعة مادام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل تلك الجريمة المعطلة.

ويُعد القاضي مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة. والعلة في اختصاص القاضي هنا هي نفس العلة في اختصاصه بالجرائم التي أهلتها القانون ولم ينص عليها.

وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشرعية؛ فالقاضي يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج -٣٠٢- على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية،

تعليق رقم ٣٠-١: مر علينا قريباً أن تحدِّد العقوبة من وظائف القاضي، وليس من وظائف ولي الأمر.

الشواوى رأينا في "تعليق ٣٠١": إن السيد الصدر يؤكّد مقالته من قبل من عدم اختصاص رئيس الدولة الذي يصفه بأنه ولِي الأمر، وهو وصف اعترضنا عليه لأنّ أولياء الأمر في التشريع كما قلنا مرارا هم أهل الاجتئاد أو مثلث الأمة في الإجماع، وهو هنا يعترف للقاضي بالحق في تحديد "العقوبة"، ويجب أن نشير إلى مقالته مرارا من أن القاضي الذي يقصده هو فقط القاضي المتجهد، أما المقلد فإن واجبه أن يتلزم برأي من يقلده من أئمة الاجتئاد، وهذا هو ما يتحقق مع قولنا إن أهل الاجتئاد اليوم هم الذين لهم الحق في تقيين العزابير وليسوا قضايانا المقلدين.

الصلدر تعليق "رقم ٣٠٢": بل بشرط أن يكون موافقاً لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، ولعل مراد المؤلف ذلك.

الشواوى رأينا في "تعليق -٣٠٢-": إن قوله باشتراط أن يكون القانون الوضعي موافقاً لنصوص الشريعة ومبادئها وروحها، نضيف له قوله بأن "الموافقة" لم تعد كافية في ظل ظروفنا لأننا قدمنا سابقاً أنه يجب أن يكون التشريع مستمدًا من مبادئ الشريعة وروحها وبذلك يكون تقديرنا لفقهنا لا قانوناً مستوراً نكتفى بوصفه بأنه لا يخالف الشريعة أو أنه "موافق" لها إلخ . والذى يستطيع أن يقوم بذلك هم أهل الاجتهد لارؤساء الدول ... الذين لا تتوافر فيهم أهلية الاجتهد . وتعليقات التالية -٣٠٣- إلى -٣١٠- تهدى ذلك .

عوده

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، فما هي العقوبة التي يجب على القاضى أن يطبقها في هذه الحالة؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة في قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التي قررها الشريعة؟

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التي قررها الشريعة؛ وأنه لا يجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة، ولكل عقوبة حدا بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم، ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التي نص عليها، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على مالم يفكر فيه واضح القانون، أو يدخله في حسابه، وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التي قررها الشريعة، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى ملائماً لظروف الجريمة وال مجرم. ذلك أن الأصل في الشريعة أن جرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أخفه العقوبات إلى أشدتها، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التي تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة وال مجرم. وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة، وإنما له الخيار والتعيين، يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التي يراها ملائمة. فإذا جاء ول الأمر وقيد سلطة القاضى في جرائم التعزير التي نص عليها، أو في بعض الجرائم التي نصت عليها الشريعة ونص هو أيضاً عليها، فإن سلطة القاضى تظل على حالها في الجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى، والتقييد جاء من جهة ول الأمر في جرائم معينة وعقوبات معينة. فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه، ويكون القيد فيما نص عليه ول الأمر فقط. ومن ثم فللقاضى في جرائم التعزير التي نصت عليها الشريعة دون القانون، أن يعاقب بالتوبیخ والتهذید والجلد والحبس والنفي والقتل والحبس إلى غير أبد معین، وغير ذلك من عقوبات التعزير، وللقاضىالجزئي أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل؛ لأن نية ول الأمر -٣٠٣- ظاهرة في قانون العقوبات في أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنایات.

الصدر تعليق "رقم -٣٠٣ -": مر علينا مراتنا أن مشرعى القوانين في البلاد العربية ليسوا من أولى الأمر الذين تجب طاعتهم، وللقاضى أن يوقع جميع العقوبات. ولقد اشترط بعض فقهاء المسلمين الآ يصل التعزير إلى أحد الحدود الشرعية .

الشوى رأينا في "تعليق -٣٠٣ -": يكرر قوله فيما سبق وبينا رأينا في التعليق السابق وكذلك التعليقات -٤ -، -٥ -، -٦ - .

عوده

أما جرائم التعزير التي نص عليها القانون مخالفًا حكم الشريعة، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون—٤٠٤—، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة عدًّا غير منصوص عليه في القانون، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون. فصور الربا التي لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية، والصور التي نص عليها ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم. أما الصور التي يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية—٤٠٥—.

٤٠٣- الحق الثالث : حق 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 ولی الأمر في العفو مقيد بألا يكون مخالفًا لنصوص الشريعة، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة. وإذا كان من حق ولی الأمر أن يعفو عن الجريمة، وأن يعفو عن العقوبة، فإن حقه في العفو لا يتولد إلا بتولده 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 مقدمًا عن الجرائم قبل وقوعها، أو عن العقوبات، قبل الحكم بها؛ لأن ذلك يُعدُّ إباحة للأفعال المحرمة لاعفوا عن الجريمة أو العقوبة.

تعليق "رقم ٤٠٤": لا تكونه مما نص عليه القانون بل لاكونه مما حكم به الشرع .

الصدر

تعليق "رقم ٤٠٥": لا تكونه مما نص عليه القانون بل لاكونه مما حكم به الشرع .

الصدر

الشوارى

رأينا في "التعليقات ٤٠٤، ٤٠٥": يكرر قوله فيما سبق. ونحن نقدر له تكرار ملاحظته أن شرعية القوانين الوضعية متوقفة على شرعية السلطة التي أصدرتها. وكما نود لو أنه أبدى رأيه صراحة في عدم جواز حسبان عقوبات هذه القوانين تعزيزات لأنها لم تستمد من مصادر الشريعة وأصولها - وأنها مستوردة من الخارج .

(١) راجع الفقرات من ٥٣٥ إلى ٥٣٢.

عوذه

ولاشك في أن لوى الأمر أن يبيح الأفعال التي حرمتها ابتداء -٣٠٦-
 إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة، والعلة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحرير إذا
 اقتضت التحرير مصلحة عامة، وإعطاء حق التحرير يتضمن إعطاء حق الإباحة إذا
 اقتضته مصلحة عامة أيضاً، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح، مادامت المصلحة
 العامة هي التي استوجبت التحرير أو الإباحة.

أما الأفعال التي حرمتها الشريعة ابتداء فليس لوى الأمر أن يبيحها إطلاقاً؛
 لأنه ليس هو الذي حرمتها حتى يكون له أن يبيحها؛ ولأن الشريعة لم تجعل له في هذه
 الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة، فقد نصت الشريعة على المعاشر التي
 رأت تحريمها بصفة دائمة وحددهما وأمرت بالعقاب عليها، ولكنها تركت لوى الأمر أن
 يغفو إذا رأى العفو خيراً من العقوبة، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيراً من العفو، بل
 تركت له أن يغفو عن الجريمة، وأن يغفو عن العقوبة كلها أو بعضها، فإذا عفا بعد
 وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو
 صحيح، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفواً عنها، ولا يملك
 لوى الأمر أن يجعل ما حرم الله، وأن يبيح مالم يبيح الله، فإذا فعل فعمله باطل ولا ثر له.
 والعلة في منع لوى الأمر من إباحة ما حرمته نصوص الشريعة هي أن لوى الأمر لو
 أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبئاً، لأن لوى الأمر يستطيع أن يعطيها
 في أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتحرير.

وعلى هذا، لا يصح القول بأن الجرائم التي نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها
 القانون تُعد مباحة؛ لأن لوى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة. ولا يصح
 هذا القول أيضاً فيما يختص بالجرائم التي نص عليها القانون مخالفًا الشريعة. كذلك
 ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التي نصت عليها الشريعة وتخص عليها القانون، ولكن
 لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه -٣٠٧- هم ولم تحرمه الشريعة.

ونستطيع بعد بيان حق لوى الأمر في العفو أن نقول : إن الجرائم التي يحرمها لوى الأمر
 والعقوبات التي يفرضها على هذه الجرائم هي من حق لوى الأمر، فله أن يحرم اليوم، وله
 أن يبيح في الغد ما حرم -٣٠٨- وله أن يعاقب على ما حرم وله أن يغفو عن الجريمة -٣٠٩-

الصدر تعليق رقم -٣٠٦- : مر علينا سابقاً أنه ليس لوى الأمر أن يحرم ما أحله الله إلا في
 ظرف خاص ملزمة، ومع ارتفاع المصلحة التي أوجبت الحرمة ترتفع الحرمة، فلا مجال
 للقول بأنه يبيح بل يرفع نفيه ويرجع إلى حكمه الأصلي وهو الإباحة .

الصدر تعليق رقم -٣٠٧- : بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً .

الصدر تعليق رقم -٣٠٨- : أى يرفع الحرمة فيرجع إلى حكمه الأصلي وهو الإباحة .

الصدر تعليق رقم -٣٠٩- : يعني أن يرفع حرمه ليخرج الجريمة عن كونها جريمة .

عوده

كما يعفو عن العقوبة، ولا يقيد على ولـى الأمر في استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة، أما الجرائم التي حرمتها الشريعة والعقوبات التي فرضتها فالامر فيها جد مختلف، فكل فعل حرمته القرآن أو السنة فهو محـرم ليس لـكائن من كان أن يحلـه، وكل عقوبة فرضتها الشريعة في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والديمة فهي عقوبة لازمة واجبة ليس لـولـى الأمر أن يهمـلـها أو يعـفو عنها -٣١٠-. أما العقوبات التي فرضتها الشريعة بـجرائم التعـازـير فـهي وإن كانت لـازمة وواجبة، إلا أن الشـريـعة أعـطـت لـولـى الأمر فيها أن يـعـفـوـ عن العـقوـبة إذا كان العـفوـ يـحـقـقـ مـصـلـحةـ عـامـةـ، وـأنـ يـعـفـوـ عنـ الجـريـمةـ إـذـاـ كانـ العـفوـ يـحـقـقـ هـذـهـ المـصـلـحةـ، وـلهـ أـنـ يـقـيـدـ كـلـ جـريـمةـ تعـازـيرـ بـعـقوـبـةـ مـعـيـنةـ مـنـ عـقوـبـاتـ التـعـازـيرـ أوـ بـأـكـثـرـ مـنـ عـقوـبـةـ إـذـاـ اـقـضـتـ ذـلـكـ مـصـلـحةـ عـامـةـ، فـحقـ ولـىـ الـأـمـرـ فـجـرـائمـ وـعـقوـبـاتـ الـتـيـ فـرـضـتـهاـ الشـريـعةـ قـاسـرـ عـلـىـ تنـظـيمـ عـقوـبـاتـ التـعـازـيرـ، وـحقـ العـفـوـ عـنـهاـ وـعـنـ الجـريـمةـ التـعـازـيرـيةـ.

ولـقدـ بـحـثـ الفـقهـاءـ هـذـهـ الـمـسـأـلةـ فـخـرـجـواـ مـنـ بـحـثـهـاـ مـجـمـعـينـ عـلـىـ أـنـ إـقـامـةـ عـقوـبـاتـ الـحـدـودـ وـاجـبـةـ عـلـىـ ولـىـ الـأـمـرـ، إـذـاـ أـهـمـلـ ٣١١ـ إـقـامـتـهاـ كـانـ مـنـ وـاجـبـ كـلـ فـردـ أـنـ يـقـيـمـهـاـ

الصدر تعـليـقـ "رـقـمـ ٣١٠ـ": إـلاـ فـيـ صـورـةـ التـوـبـةـ بـعـدـ ثـبـوتـ الـبـيـنـةـ بـالـإـقـارـارـ كـمـاـ تـقـدـمـ ذـلـكـ مـنـاـ فـيـ أـوـاـلـ الـكـتـابـ .

الشـاوـي رـأـيـناـ فـيـ "الـتـعـليـقـاتـ ٣٠٦ـ إـلـىـ ٣١٠ـ": تـدورـ حـولـ صـلـاحـيـاتـ "ولـىـ الـأـمـرـ"ـ وـيـجـبـ أـنـ نـذـكـرـ بـأـنـ المـقصـودـ هوـ مـنـ لـهـ وـلـاـيـةـ شـرـعـيـةـ صـحـيـحةـ، أـمـاـ غـيـرـهـ مـنـ يـتـولـونـ السـلـاطـةـ عـلـىـ غـيرـ أـسـاسـ شـرـعـيـ فـوـلـاـيـتـهـمـ "واقـيـةـ"ـ فـقـطـ كـمـاـ قـدـمـاـ سـابـقاـ .

الصدر تعـليـقـ "رـقـمـ ٣١١ـ": ولـىـ الـأـمـرـ لـاـ يـخـلـوـ بـنـظـرـ الشـيـعـةـ الإـمامـيـةـ مـنـ أـحـدـ شـخـصـيـنـ، إـمـاـ إـمامـ مـعـصـومـ، إـمـاـ مـنـ يـتـرـأـسـ الـدـوـلـةـ الإـسـلـامـيـةـ حـالـ عـدـمـ وـجـودـهـ وـغـيـرـهـ. أـمـاـ إـمامـ المـعـصـومـ فـلـاـ يـتـصـورـ فـيـ إـهـمـالـ حـدـ مـنـ الـحـدـودـ لـأـنـ يـنـاقـ فـرـضـ عـصـمـتـهـ. نـعـمـ، قـدـ يـرـىـ المـصـلـحةـ فـيـ تـأـخـيرـ إـقـامـةـ الـحدـ وـفـيـ هـذـاـ الـحـالـ لـاـ يـصـحـ لـغـيـرـهـ أـنـ يـقـيمـ الـحدـ إـلـاـ بـأـمـرـهـ، كـمـاـ قـدـ لـاـ يـمـكـنـ مـنـ إـقـامـةـ حـدـ مـنـ حـدـودـ اللـهـ فـيـ جـرـوزـ لـغـيـرـهـ إـقـامـهـ بـأـذـنهـ. وـأـمـاـ إـذـاـ كـانـ وـلـىـ الـأـمـرـ غـيـرـ إـمامـ المـعـصـومـ كـانـ يـتـوبـ عـنـ إـلـامـ حـالـ عـدـمـ وـجـودـهـ وـغـيـرـهـ، فـإـنـ اـحـتـمـلـ أـنـ تـرـكـهـ لـلـحدـ لـمـ يـكـنـ عـنـ إـهـمـالـ وـإـنـاـ خـرـجـتـ مـلـصـلـحةـ إـلـامـ حـالـ عـدـمـ وـجـودـهـ وـغـيـرـهـ، وـأـمـاـ إـذـاـ عـلـمـ أـنـ تـرـكـهـ كـانـ إـهـمـالـ لـوـاجـبـهـ اـقـضـتـ ذـلـكـ بـنـظـرـهـ فـلـاـ يـصـحـ لـغـيـرـهـ إـقـامـهـ إـلـاـ بـأـذـنهـ. وـأـمـاـ إـذـاـ عـلـمـ أـنـ تـرـكـهـ كـانـ إـهـمـالـ لـوـاجـبـهـ فـيـسـقطـ وـلـىـ الـأـمـرـ عـنـ مـقـامـهـ وـيـجـبـ عـلـىـ الـمـسـلـمـينـ تـبـدـيلـهـ بـغـيـرـهـ، لـأـنـ مـنـ أـهـمـ شـرـائـطـ وـلـىـ الـأـمـرـ هـوـ الـعـدـالـةـ، وـلـأـرـبـ فيـ سـقـرـطـ عـدـالـةـ بـعـجـرـدـ تـرـكـهـ حـدـاـ مـنـ حـدـودـ اللـهـ، وـعـمـ دـمـ إـمـكـانـ عـزـلـهـ وـتـبـدـيلـهـ فـيـجـبـ عـلـىـ أـىـ فـرـدـ مـنـ الـمـسـلـمـينـ إـقـامـتـهـ كـمـاـ أـقـامـ أـمـيرـ الـمـؤـمـنـينـ عـلـىـ (عـ)ـ الـحدـ عـلـىـ أـخـ عـدـمانـ بـنـ عـفـانـ حـيـنـاـ أـهـمـلـ الـخـلـفـيـةـ إـقـامـةـ الـحدـ وـلـمـ يـقـمـهـ عـلـىـ أـخـيهـ الـوـلـيدـ .

الشـاوـي رـأـيـناـ فـيـ "الـتـعـليـقـ ٣١١ـ": يـوـضـحـ رـأـيـ الشـيـعـةـ فـيـمـنـ تـكـونـ لـهـ الـوـلـاـيـةـ الـشـرـعـيـةـ الصـحـيـحةـ فـيـ نـظـرـهـمـ، وـقـدـ نـاقـشـنـ آرـاءـ فـيـ هـذـاـ الصـدـدـ فـيـمـاـ سـبـقـ ...
أـمـاـ إـقـامـةـ الـحدـ مـنـ الـأـفـرـادـ، فـلـاـ نـوـافـنـ عـلـيـهـ مـطـلـقاـ كـمـاـ سـبـبـنـ ذـلـكـ عـنـدـ درـاسـةـ "الـإـهـارـ"ـ .

عوده دون أن يُعدَّ مرتكباً جريمة، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره. ومعنى هذا أن الفقهاء يُعدُّون إقامة الحدود من الفروض -٣١٢- التي تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين، ولا تسقط عنهم إلا إذا أقيمت، ولا يجوز فيها عفو ولا إرجاء.

وأجمع الفقهاء أيضاً على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكم حكم الحدود، فهي واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة، فإذا أهمل ولـى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتضي لنفسه -٣١٣-، وكان لولي دم المجنى عليه أن يقتضي من الجاني دون أن يُعدَّ القصاص في هذه الحالة جريمة^(١). واتفق الفقهاء على أن ولـى الأمر ليس له أن يحل ما حرم الله، ولا أن يبيح مأمور يمنعه أياً كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم. ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولـى الأمر -٣١٤- ليس له أن

الصدر تعليق "رقم -٣١٢-": بل من الفروض المختصة بالحاكم، ولا يصح لغيره إقامتها إلا في فرض نادر أشرنا إليه سابقاً.

الشواوى رأينا في "تعليق -٣١٢-": يسرنا أن السيد الصدر قد أشار إلى أن إقامة الحد "من الفروض المختصة بالحاكم" ولا يصح لغيره إقامتها (إلا في فرض نادر)، وإن كان لم يشير إلى هذا الفرض النادر.

الصدر تعليق "رقم -٣١٣-": إلا إذا كان ولـى الأمر هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن يكون تركه أو تأخيره عن إهماله ولا بد أن يكون ذلك مصلحة داعية لذلك، فلا يجوز لغيره الاقتصاص بدون رأيه إلا إذا فرض عجزه، فلوى الدم أن يقتضي بعد الاستئذان منه.

الشواوى رأينا في "تعليق -٣١٣-": اعترض السيد الصدر على قول فقيهنا في المتن "أن ولـى الأمر إذا أهمل إقامة الحد فإن للمجنى عليه أن يقتضي لنفسه من الجاني دون أن يكون ذلك جريمة". لكنه بكل أسف قصر اعتراضه على حالة ما إذا كان ولـى الأمر هو الإمام المعصوم كان هذه مبررة لا يشاركه فيها غيره.

وقد شرحنا رأينا بأن القصاص حق للقضاء وحده، ولا يجوز لأى فرد سواء كان المجنى عليه أو غيره أن يدعى لنفسه حق إقامة الحد أو القصاص

كل ماهنالك أنه إذا فعل ذلك واعتدى على الجاني ظنا منه أن له حقاً في ذلك فلا يعاقب بالقصاص ولكن يبقى للقاضى الحق في تعزيره لأن الفعل جريمة ولا ترى أنه يكون عملاً مباحاً.

وقد أشرنا لهذا الرأى في تعليقنا على البند -١٩٧- وسنعود إليه فيما بعد ...

ونرى أن ذلك المقصود بقول فقيهنا والسيد الصدر بأن الفرد الذى يقيم الحد أو القصاص في حالات الإهدار لا يُعدَّ مرتكباً جريمة حدية - لكنه يستحق التعزير في نظرنا دائماً.

الصدر تعليق "رقم -٣١٤-": إنما يجب على ولـى الأمر إذا كانت المصلحة الملزمة توجـب التعزير وإلا فهو بالخيار بين إقامته وترك إقامته.

(١) الإقاضـ جـ ٤ صـ ٢٤٤، الأمـ جـ ٦ صـ ١٧١، حاشية البنائـ جـ ٨ صـ ١١٨، شـ فتح القديـ ١١٢، ١١٣، ١١٥، ١٦١.

عوده

يترکه إلا إذا كان العفو خيرا من العقوبة، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يغفر عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها، كان له أن يغفر. وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة، ولصيانة النظام العام الذي تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام، ولما كان ولـي الأمر هو مثل الجماعة الذي أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها، فقد وجـب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير، وألا يهمـل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضـى صالح الجماعة أو نظامها العام العـفو عن الجريمة أو العقوبة. فـفي هذه الحالة يـسقط عن عاتق ولـي الأمر وجـب إقامة العـقوبة^(١).

ويرى الشافعـي أن إقامة عـقوبات التعازير حق لـولي الأمر، وليس واجـبا عليه، وأساس هذا الرأـي أن لـولي الأمر أن يغـفر عن الجـريمة، وأن يغـفر عن العـقوبة، فـله إذن أن يـعاقب وألا يـعاقب، وكل ما يكون للإنسـان أن يـفعله أو يـترـکـه فهو حـقهـ وليس واجـبا عليه^(٢).

ويلاحظ أن التسلـيم بنـظرية الشافـعـي لا يـؤدي بـأى حال إلى تعـطيل النـصوص الـتي جاءـت بـجرائم التعـازـير؛ لأنـ الشافـعـي لمـ يـقلـ بأنـ لـولي الأمرـ أنـ يـعطـلـ نـصوصـ الشـرـيعـةـ أوـ أنـ يـبيـحـ ماـ حـرـمـتـهـ الشـرـيعـةـ، إنـماـ قالـ: إنـ لـوليـ الأمـرـ أنـ يـعـاقـبـ أوـ أنـ يـغـفـرـ. فـالـجـرـيمـةـ لـاتـزالـ فيـ نـظـرـيـةـ الشـافـعـيـ جـرمـةـ، وـماـ حـرـمـتـهـ الشـرـيعـةـ يـحرـمـ إـتـيـانـهـ. وإنـاـ لـوليـ الأمـرـ بـعـدـ وـقـوـعـ الـجـرـيمـةـ أـنـ يـعـاقـبـ أـوـ يـغـفـرـ، وـاستـعـمـالـ وـلـيـ الأمـرـ لـحـقـهـ فـيـ العـقوـبـةـ أـوـ العـفـوـ مـقـيدـ بـصـالـحـ الـجـمـاعـةـ وـنـظـامـهـ الـعـامـ، الـذـيـ يـقـتضـيـ الـعـفـوـ فـيـ العـقوـبـةـ تـارـةـ، وـيـقـضـيـ تـنـفـيـذـ الـعـقوـبـةـ تـارـاتـ، وـلـيـسـ لـوليـ الأمـرـ أـلـاـ يـسـتـجـيبـ لـمـقـتضـيـاتـ الـمـصـلـحـةـ الـعـامـةـ أـوـ الـنـظـامـ الـعـامـ؛ لأنـهـ لـمـ يـمـنـعـ حقـ الـعـفـوـ فـيـ العـقوـبـةـ أـوـ إـيـقاعـهـ إـلـاـ لـيـكـونـ قـادـراـ عـلـىـ تـحـقـيقـ مـصـلـحـةـ الـجـمـاعـةـ وـتـثـيـتـ نـظـامـهـ، وـلـمـ يـوـلـ أـمـرـ الـجـمـاعـةـ إـلـاـ لـحـمـاـيـةـ صـوـالـهـاـ وـحـفـظـ نـظـامـهـ.

والـوـاقـعـ أنـ الشـافـعـيـ لمـ يـقـصـدـ بـنـظـرـيـتهـ أـنـ يـعـطـلـ نـصـوصـ الشـرـيعـةـ، أـوـ أـنـ يـمـنـعـ الـعـقـابـ عـلـىـ جـرـائمـ التـعـازـيرـ، وإنـماـ قـصـدـ مـنـ وـضـعـ نـظـرـيـتهـ أـنـ يـقـرـرـ مـسـؤـلـيـةـ الـوـلـاـةـ عـنـ ضـمـانـ ماـ يـتـرـكـبـ عـلـىـ تـنـفـيـذـ عـقـوبـاتـ التـعـازـيرـ، مـنـ مـوـتـ أـوـ قـطـعـ عـضـوـ أـوـ تعـطـيلـهـ وـماـ أـشـيـهـ. وـلـاـ أـدـلـ عـلـىـ ذـلـكـ مـنـ أـنـ فـقـهـاءـ الـمـذـهـبـ الشـافـعـيـ يـتـكـلـمـونـ عـنـ هـذـهـ النـظـرـيـةـ فـيـ بـابـ ضـمـانـ الـمـتـلـفـاتـ، وـلـاـ يـذـكـرـونـ عـنـهـ شـيـئـاـ فـيـ بـابـ التـعـازـيرـ، فـهـمـ يـرـوـنـ أـنـ الـعـقـابـ فـيـ التـعـازـيرـ مـنـ حـقـ وـلـيـ الأمـرـ لـأـنـ لـهـ أـنـ يـغـفـرـ وـأـلـاـ يـعـاقـبـ، وـأـنـ يـخـتـارـ عـقـوبـةـ دـوـنـ عـقـوبـةـ. وـمـاـ دـامـ وـلـيـ الأمـرـ غـيـرـ مـلـزـمـ بـالـعـقـابـ وـغـيـرـ مـلـزـمـ بـعـقـوبـاتـ مـعـيـنـةـ، فـهـوـ مـسـئـولـ عـنـ

(١) حـاشـيـةـ الـبـنـائـيـ وـشـرـحـ الـزـرقـانـيـ جـ ٨ صـ ١١٥، ١١٦، بـدـائـعـ الصـنـانـ جـ ٧ صـ ٦٤، ٦٣.

المـغـنىـ جـ ١٠ صـ ٣٤٨.

(٢) أـسـفـيـ الـمـطـالـبـ جـ ٤ صـ ١٦٢، ١٦٣.

عودة

ضمان ما يؤدي إلى العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التي أدت لهذه النتيجة، وكان يستطيع ألا يعاقب. فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلًا فهو مسئول عن ضمان محدث، لأنه كان يستعمل حقا، والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة^(١) - ٣١٥.

فالشافعى حين قرر نظريته لم يرد أن يعطى نصوص الشريعة، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لا علاقة لها بذين الأمرين، هي إزام الولاة بضمان سراية عقوبات التعازير^(٢). فإذا استطعنا ألا ننسى هذه الاعتبارات، أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقا لولي الأمر عند الشافعى، فإن ولí الأمر ليس له أن يعطيه إلا تحقيقا لمصلحة عامة. وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً في نتيجتها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تحمل لولي الأمر ألا يعاقب تحقيقا لمصلحة عامة، وإن جعلت العقاب في الأصل واجبا. النظريتان لاختلفان في نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية في تقرير مسئولية ولí الأمر عن سراية العقوبة.

الصدر

تعليق "رقم ٣١٥-٣": الرأى السائد عند فقهاء المذهب الجعفري إلى عدم الضمان لو أدى التعزير إلى التلف إذا رأى الحاكم أن المصلحة الملزمة تلزم بالتعزير الذي أمر به، وذهب بعض فقهاء المذهب الجعفري إلى الضمان في هذا الفرض .

(١) الأم الجزء السادس ١٧١، أسفى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢.

(٢) أسفى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣.

200-لاجرية ولاعقوبة إلا بنص هو مبدأ شرعى أصيل-يجب الالتزام به:

في نظرنا أنه يحسن الإشارة إلى "أولياء الأمر" في التشريع بالجمع حتى لايفهم أن من يسميه ولـي الأمر في هذا الصدد هو رئيس الدولة. وقد سبق أن بينا أن الدولة كلها بما فيها رئيسها (سواء سُمِّي سلطاناً أو ملكاً أو رئيساً) وحكومتها، إنما هي مجرد أجهزة وهيئات مُلَزَّمة شرعاً بالخضوع للشريعة وتنفيذها؛ وليس لها أو لسلطاتها أى حق في التشريع؛ لأن المشرع هو الله في كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين، وقد أجاز للأمة بواسطة علمائها وأئمتها أن تكمل الأحكام الشرعية وتنميها بالاجتهاد والإجماع. والقضاء في شريعتنا هو فرع من الفقه الشرعي وشريك في الاجتهاد، ولذلك فهو لا يعُد من الأجهزة الإدارية للدولة؛ وأحكامه مثل أحكام الشرع كلها مُلَزَّمة للدولة ورئيسها وجميع "سلطاتها". فإذا صرَّح عَدُّ القضاة من أولياء الأمر، فإنما بذلك بقدر ما هم من علم وفقه، وبقدر مساحتهم في استبطاط الأحكام بالاجتهاد .. وهم يشاركون في الاجتهاد بقدر ما لديهم من علم وفقه والتزام بمصادر الشريعة وأصولها.

وكل ما ينسب إلى "ولي الأمر" من حقوق في هذه البنود، إنما يستند إلى أقوال فقهائنا السابقين. ويجب أن نراعي أن الفقه قرر هذه "الحقوق" لأولياء الأمر بحسبائهم مجتهدين، لأنهم كانوا يشتغلون فيما يرشح للخلافة أو الإمامة أو رئاسة الدولة الإسلامية أو القضاء أن يكون مجتهداً. فلا يجوز الاعتراف بهذه الحقوق لمن لا توافر فيهم هذه الصفة بعد أن أصبح رؤساء الدول عندها غير مجتهدين منذ انتهاء عهد الخلفاء الراشدين، ولذلك لا يعترف لهم بالحق في إقامة الحدود التي يختص بها القضاة الشرعي المستقل عن الدولة وحده.

إنه قد عاب على القانون الجنائي الوضعي أنه لم يفرض عقاباً جنائياً على بعض المعاصي الشرعية - مثل الربا أو الزنا - وهذا نقص يجب معالجته بالتقنين الشرعي، لكن لا يجوز مؤاخذة القانون الوضعي على التزامه بعدها أن الأصل في الأشياء الإباحة وأنه لا جرية ولاعقوبة إلا بنص؛ لأن هذا من أهم أصول شريعتنا؛ ونرى وجوب الالتزام به عند إعداد التقنيات الشرعية التي يكون هدفها حصر الأفعال المعقاب عليها جنائياً وتحديد عقوبة كل منها؛ تطبيقاً للمبدأ الذي أفضنا وأفاض هو أيضاً في شرحه، ألا وهو مبدأ لا جرية ولاعقوبة إلا بنص سابق على وقوع الفعل.

ولقد أشرنا من قبل إلى أنه لا يجوز عَدُ كل المعاصي جرائم جنائية، إلا إذا ورد في التقين مقدماً نص يعاقب مرتكبيها بعقوبة جنائية؛ وهذه النص يضعه أهل الاجتهاد الذين يراعون ظروف الرمان والمكان وممقاصد الشارع الحكيم - فقد لا يرون أن يسوا بين الربا والزنا وما أشار إليه من "أكل الميتة والدم ولحم الخنزير" مثلاً أو غير ذلك من المعاصي التي يمكن أن يكتفوا بأن يفرض عليها تدابير أو تعازير وقائية؛ لأن التعازير ليس من الضروري أن تصل كلها إلى حد العقوبات الجنائية.

**مجلس القضاء الأعلى هو الذي يقوم بتحصيص القضاة، ويمارس
 اختصاصات قاضي القضاة، ويعَد جزءاً من أهل الاجتهد :**

إننا نقول إن حق التحريم والعقاب - أى تقيين التشريع الجنائى - لاقلكه الدولة ولا حكومتها، وإنما يرجع فيه إلى "أهل الاجتهد" لأنهم أقدر على التمييز بين المعاصى التي تصل إلى مستوى "الجريمة" العاقب عليها بعقوبة جنائية، والمعاصى التي تكفى لمقاومة التدابير التربوية والتعبدية والإصلاحية أو الوقائية.

وكنا نود لو أنه عرض علينا الآراء المختلفة في فقهنا بشأن حق تحصيص القضاة؛ وهل يرجع للدولة ورئيسها بحججة أنهم يعينون القضاة، أم أنه يرجع إلى "قاضي القضاة" الذى يمثله الآن المجلس الأعلى للقضاء، الذى يتولى رئاسة القضاة والإشراف على جميع شئونهم حماية لاستقلالهم عن سلطات الدولة وهيبتها التنفيذية. ورأينا هو أن مجلس القضاء الأعلى يجب أن يكون من كبار رجال القضاة، وأن يكون مستقلاً، وأنه هو وحده الذى يملك تحصيص كل قاض وكل هيئة قضائية في نطاق نوعي وإقليمي معين؛ وفي هذه الحالة، وبهذه الشروط يتلزم القضاة بهذا التخصيص، ولا يكون هناك داع لدعوة القاضى المقلد للخروج عن نطاق هذا التخصيص لأى سبب من الأسباب بحججة أنه يرى غير ما يراه مجلس القضاء الأعلى الذى حدد له اختصاصه.

وكمما قدمنا في كتابنا "فقه الشورى"، فإن مجلس القضاء الأعلى - الممثل للقضاء كمؤسسة شاملة لجميع درجاته - هو جزء من أهل الاجتهد الذين يتولون عملية الاجتهد والتقيين، كما أنهم يمثلون الأمة في الإجماع وبخاصة الإجماع النبى الذى نرى أنه الأداة الشرعية لإصدار التقيينات الشرعية (التي تقرها الأغلبية) لتكون ملزمة للجميع بلا استثناء، من فيهم القضاة وجميع أفراد المجتمع وأو لهم الأقلية التي عارضت قرار الأغلبية.

كل ما يقوله فقيهنا للقضاة بشأن التزامهم بأحكام الشريعة وما يسميه التكامل بين الأحكام الشرعية والوضعية، إنما هو في نظرنا موجه مجلس الاجتهد الذى يتولى التقيين والذى يدخل ضمنه المجلس الأعلى للقضاء الذى يتولى التخصيص - كمؤسسة لا القضاة كفراً - لأن ذلك لم يعد من حقهم بعد أن أصبحوا مقلدين لا مجتهدين وملتزمن بعدها تحصيص القضاة .

خلاصة رأينا في استقلال التشريع والقضاء :

إن التناقض بين القانون الوضعي والتقنين الشرعي يجب إزالته عن طريق نزع ولاية التشريع من هيئات الدولة وسلطاتها والمسئولين فيها، وحصره في الهيئات التي تتولى الاجتهاد والتقنين بتفويض من الأمة ونيابة عنها، لابدعة القضاة لتطبيق أحكام الشريعة وعدم تطبيق القانون الوضعي مما يعطى الدولة فرصة لإلزامهم بأن يتركوا ساحة القضاء للمنافقين الذين لا يعرفون شيئاً عن الشريعة ولا يلتزمون بسيادتها ولا يعرفون أحكامها ... إننا نعتقد أن ما نقترحه هو التزام واضح وكامل بالمبادئ والنظريات العامة الشرعية الآتية:

- 1 - استقلال الشريعة عن الدولة وسلطاتها. ويترتب على ذلك عدم الاعتراف للدولة بسلطة تشريعية، سواء في ذلك رؤساؤها أو من يمارسون سلطاتها المختلفة. وكل ما يسمى الآن السلطة التشريعية في الدولة هو سلطة تنظيمية تماثل ما يعرف الآن بسلطة إصدار اللوائح، وتكون أنظمتها خاضعة لسيادة التشريع الإسلامي طالما كانت الدولة "إسلامية" أي كانت الصيغة التي تقرر بها هذه الصفة. أما إذا تذكرت الدولة لالتزامها بالشريعة، فإن الأمة هي التي تستطيع تصحيح ذلك وليس القاضي المعين من قبلها، والمتلزم بمبدأ تخصيص القضاة .
- 2 - حق التقنين من اختصاص من يتولون "الاجتهاد" من العلماء والفقهاء وأهل الذكر من الاختصاصيين في الشئون المختلفة (العسكرية والعلمية والاجتماعية ... إلخ)، ويشاركهم في ذلك مجلس القضاة الأعلى الممثل للسلطة القضائية كمؤسسة مستقلة عن الدولة، لأن القضاة في مجموعه كمؤسسة هو في نظرنا جزء من أهل الفقه وأهل الذكر الذين يساهمون في الاجتهد الجماعي .
- 3 - تقنين التعازير يكون هو مصدر التجريم، تطبيقاً لمبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ونحن للنرم بمبدأ الإباحة الأصلية لكل فعل لا يوجد نص مقنن بتجريمه. ولربما أن التقنين يجب أن يشمل الحدود والقصاص، حتى لا يكون هناك خلاف في القضاة بشأن هذه العقوبات المقررة ونطاقها .
- 4 - ليس للقضاة المقلدين حق في التجريم، ولا لرؤساء الدول أو المسئولين فيها، لأنهم جميعاً ليسوا مجتهدين. وإذا وجد منهم من هو في مرتبة الاجتهاد (وهذا مستبعد حالياً) نرى أن الأولى أن يتفرغ للعلم وأن يتخلى عن كل منصب في الدولة ليكون مثلاً للأمة في عملية الاجتهاد، ويبقى في مستوى غيره من أهل العلم والاجتهاد، ولا يمكن من فرض رأيه على الناس بحججة أنه يمثل الدولة أو أنه رئيسها أو أنه يتولى أي منصب من مناصبها (بما في ذلك منصب الإفتاء الذي هو مجرد منصب استشاري للحكومة التي تعين المفتي لذلك) ...

نقترح وجود مجلس لأهل الاجتهد الذين اختارهم الأمة هذه المهمة :

5 - مبدأ استقلال القضاء مكمل لمبدأ استقلال الشريعة، ومن مقتضياته ومستلزماته. وإن القضاء بكماله هو جزء من هيئة الاجتهد ويتمثل في ذلك رؤساؤه الذين يشكلون مجلس القضاء الأعلى. ويلزم لضمان هذا الاستقلال أن يكون هذا المجلس هو الذي يعين القضاة لا الحكومة ولا أى وزير أو مسئول فيها - "ولو كان رئيس الدولة" - هذا المجلس هو الذي له حق تخصيص القضاة وهو الذي يعينهم ويشرف عليهم، وهم يتزمون بهذا التخصيص الصادر من المجلس الأعلى المشرف وحده على كل شئون القضاة من ترقيات وتعيينات وتنقلات ومساءلة وتأديب . ولا مانع من أن تصدر القرارات من رئيس الدولة، ولكن بناء على اقتراح مجلس القضاء، وهذا هو ماتسير عليه الدساتير العصرية .

6 - الاجتهد في عصرنا وجميع العصور القادمة لم يعد فردياً، وإنما هو جماعي يشارك فيه العلماء والفقهاء وأهل الذكر الذين اختارهم الأمة بالشورى الحرة سواء بالتشاور المرسل أو ضمن مؤسسة منظمة أو مجلس تختاره الأمة، دون تدخل من سلطات الدولة - على أن يوضح في الدستور المؤهلات التي يجب أن توافر في المرشحين لهذا المجلس حتى لا يتحول إلى مجلس سياسي، بل لا بد في نظرنا أن يكون منفصلاً عن المجلس السياسي (سواء سمى مجلس الشعب أو أهل الحل والعقد الذين اختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة الاختصاصات السياسية دون التشريع).

7 - الإجماع السياسي هو إصدار للتقنين الذي أعده أهل الاجتهد، ويصدر عن الأمة بالغالبية في قرار بالشورى الحرة. ونقترح أن يكون إصدار التقنين بقرار من مجلس الاجتهد، وإذا أصدره رئيس الدولة فيكون ذلك بناء على قرار من أهل الاجتهد. ولا مانع من أن يشارك في إصدار القرار أهل الحل والعقد الذين اختارهم الأمة بالشورى الحرة لممارسة السلطات السياسية، وبهذا يكون التشريع كله صادراً عن مثلي الأمة ومستقلاً عن الدولة ومهيمنا عليها، ولا يكون لها أو لأى من سلطاتها ممارسة سلطة التشريع ولا التدخل في القضاة الذي هو جزء من الفقه .

8 - أعضاء مجلس الاجتهد يختارون بالانتخاب الحر، وهم "أولياء الأمر" في كل ما يتصل بالتشريع والقضاء. ولا يصح استعمال كلمة "ولي الأمر" بصورة تسمح بأن يكون المقصود منها رئيس الدولة الذي هو رئيس السلطة التنفيذية، ولا يحتج في ذلك بما قاله السلف بشأن الخليفة أو الإمام لأنهم كانوا يشترطون فيمن يصلح للخلافة أو الإمامة (أى رئاسة الدولة الإسلامية) أن يكون قد بلغ مرتبة الاجتهد ولم يعد ذلك ممكناً بعد قفل باب الاجتهد الفردي. وقد أضفنا لذلك رأينا بأنه في عصرنا الحاضر والمستقبل لو فرض

﴿ فصل ولية التقين والاجتهداد عن سلطة الدولة : ﴾

ووُجِدَ من وصل هذه المرتبة من علماء عصرنا أو العصور القادمة، فمن الأفضل ألا يتولى رئاسة الدولة لأن ذلك قد يغريه بأن يفرض رأيه أو فتواه على الناس ويحرم غيره من أهل الاجتهداد من إبداء آرائهم – وهو ما حذر منه فقهاؤنا ولا يقره الفقهاء منذ عهد الخلفاء الراشدين .

9 - مجلس الاجتهداد يشارك في مجلس القضاء الأعلى، وهو الذي له ولية التعزير بما في ذلك تحديد العقوبات أو التدابير التي يمكن الحكم بها في كل معصية أو جريمة، وليس ذلك للقاضي المقلد إلا في الحدود التي ينص عليها في التقين. ولا يحتاج بأقوال السلف بأن التعزير يتولاه القاضي لأنهم كانوا يشترطون في كل قاض أن يكون مجتهدا – وهو مالم يعد ممكنا في عصرنا ولا العصور التالية .. وبالتالي فلا محل لإعطاء القاضي المقلد الحق في مخالفة التقينيات الصادرة من هذا المجلس بحججة أن "الشريعة" فيها ما يخالفه، لأن المفروض أن أهل الاجتهداد أو مجلس الاجتهداد الجماعي أعلم بالشريعة من غيرهم، وقد اختارتهم الأمة لينوبوا عنها في ولية التقين والتعزير بالإجماع – السببي – الذي يوصي دائمًا بأنه إجماع أمّة محمد ...

10- أهل الاجتهداد أو المجلس الذي تخاره الأمة لذلك هو في نظرنا الذي له حق العفو عن العقوبة أو الجريمة⁽¹⁾، وليس ذلك لرئيس الدولة بحججة أنه "ولي الأمر" لأنه إذا كان ولي أمر ففي حدود اختصاصه التنفيذي كرئيس دولة تلتزم بالشريعة المستقلة عن الدولة والمهيمنة عليها ولها السيادة في المجتمع، وعليه أن يتلتزم بأحكامها التي "تصدرها" مجلس الاجتهداد المستقل عنه وعن الدولة – والذي اختارته الأمة لممارسة الإجماع باسمها ونيابة عنها. ولذلك، يوصف الإجماع بأنه إجماع الأمة وإن كان يتولاه من تفويضهم لذلك بصفتهم أهل الاجتهداد الجماعي وأهل الإجماع .

11 - القضاء الشريعي المستقل عن الدولة هو وحده الذي له حق تطبيق التشريع أو التقين الجنائي، وله وحده حق تنفيذ العقوبات بما في ذلك عقوبات الحدود والقصاص بل والإشراف على تنفيذ الجزاء الجنائي، بما في ذلك الإشراف على السجون. ولذلك، فإننا لا نرى أن الإهدار يسمح للفرد العادي أيًا كان – ولو كان هو المجنى عليه – بتوقيع الحد

(1) مع ملاحظة أن ما يقال بأن المجنى عليه له حق العفو عن القصاص – لا يعنى في نظرنا عفواً عن العقوبة ولا عن الجريمة، وإنما هو مجرد تنازل عن حقه في طلب القصاص كعقوبة مشددة، لكن يبقى للمجتمع حق التعزير وهو الجزء الأصلي في جميع الأحوال .

لابد من مراعاة النظريات المتعددة والمتدخلة والتنسيق بينها :

أو القصاص أو التعزير، مهما تكن الظروف، إلا إذا كان ذلك بأمر القاضي وتحت إشرافه ومسئوليته؛ لأن ما ننكره على رئيس الدولة ذاته من تدخل في القضاء أو العقوبات لا يمكن أن نسمح به للفرد العادى. وسنوضح رأينا في ذلك في موضوعه عند الكلام على العصمة والإهدار .

* * *

إننا نقترح أن نلتزم الأسلوب العلمي والشرعى في استنباط الأحكام انطلاقاً من المبادئ والنظريات والمقاصد العامة للشريعة والتزاماً بأصولها، ونفضل عدم استعمال المصطلحات الفقهية دون توضيح ما يلزم لكي تكون في حدود المبادئ والأصول العامة، وبخاصة اصطلاح أولى الأمر أو ولـى الأمر ... أو الإمام أو اصطلاح التعزير أو الإهـار أو العصمة أو العفو ... وما إلى ذلك ...

ونرجو أن ينظر القارئ إلى رأينا كما ينظر إلى رأى فقيهنا ومن سبقه من الفقهاء القدماء والمخذلين على أن كلا منها يتحمل الخطأ أو الصواب وليس نصاً مفروضاً لا يتحمل الجدال مثل نصوص القرانيـن الوضعية التي تفرضها الدولة ويدعى الشراح المعاصرون أنها تمثل إرادة "الدولة" أو بالأـصـحـ من يسيطـرونـ عـلـيـهاـ أوـ يـدـعـونـ أـهـمـ يـمـثـلـونـهاـ.

* * *

هذه هي الصورة الجملة التقريرية المنطقية لما نقترحه في هذا الصدد، حتى لا نقع فيما انتقدناه من تردـيد المصطلـحـاتـ الفـقـهـيـةـ دونـ إـعـمالـ المـبـادـىـ وـالـنـظـرـيـاتـ العـامـةـ المتـعـدـدـةـ المتـدـاخـلـةـ، إذـ منـ الـواـجـبـ مرـاعـاهـ ماـ تـسـتـلزمـ هـذـهـ النـظـرـيـاتـ وـالـمـبـادـىـ فـمـجـمـوعـهـاـ وـلـاـ نـقـصـرـ عـلـىـ الـاعـتمـادـ عـلـىـ الـأـحـكـامـ الفـرعـيـةـ، وـلـاـ عـلـىـ المصـطلـحـاتـ الفـقـهـيـةـ دونـ أـنـ نـأـخـذـ كـلـاـ مـنـهـاـ فـيـ حـدـودـ الـمـقـصـدـ الـعـامـ الـذـىـ وـضـعـ مـنـ أـجـلـهـ .
لـاـ يـعـكـنـ فـيـ نـظـرـنـاـ عـرـضـ الـأـحـكـامـ دـوـنـ إـرـجـاعـهـاـ إـلـىـ تـلـكـ الـمـبـادـىـ الـعـامـةـ الـتـىـ لـاـ يـجـوزـ تـجـاهـلـهـاـ وـلـاـ إـعـمـالـ وـاحـدـ مـنـهـاـ دـوـنـ مـرـاعـاهـ مـاـ يـسـتـوجـبـهـ باـقـىـ الـمـبـادـىـ وـالـنـظـرـيـاتـ .

هـذـاـ هوـ مـاـ نـرـىـ أـنـهـ وـاجـبـنـاـ فـيـ هـذـهـ المـرـحلـةـ مـنـ مـرـاحـلـ فـقـهـنـاـ الـتـىـ وـصـفـنـاهـ بـأـنـهـاـ مـرـحلـةـ "ـالـنـظـرـيـاتـ"ـ، لـأـنـهـ تـعـيـدـ لـلـفـقـهـ خـصـوـيـتـهـ، وـتـجـعـلـ تـرـاثـاـ مـنـبـعاـ لـأـحـكـامـ مـسـتـقـبـلـيـةـ فـقـصـيـاـ الـمـسـتـحـدـثـةـ الـتـىـ لـمـ تـعـرـفـهـاـ جـمـعـعـاتـنـاـ مـنـ قـبـلـ، وـبـالـتـالـىـ لـاـ نـدـعـىـ أـنـ أـسـلـافـنـاـ قـدـ تـعـرـضـوـاـ لـحـكـمـهـاـ، وـإـنـ كـانـوـاـ تـرـكـوـاـ لـنـاـ ثـرـوـةـ مـنـ الـمـبـادـىـ الـتـىـ يـحـبـ عـلـيـهـاـ أـنـ نـتـخـذـ كـلـاـ مـنـهـاـ قـاعـدـةـ وـأـسـاسـاـ لـنـظـرـيـةـ عـامـةـ، وـأـنـ نـرـاعـىـ هـذـهـ النـظـرـيـاتـ وـالـمـبـادـىـ جـمـيعـهـاـ دـوـنـ أـنـ نـعـزلـ أـحـدـهـاـ عـنـ الـآـخـرـ، وـدـوـنـ أـنـ نـعـزلـ عـنـهـاـ الـأـحـكـامـ التـفـصـيلـيـةـ .

مرحلة المؤسسات في الفقه والقضاء :

كما أنتا الآن قد بدأنا مرحلة "المؤسسات" في مجال الفقه والتشريع، بعد أن تجاوزنا مرحلة الأئمة مؤسسي المذاهب الذين اعترفت لهم الأمة بجميع أجيالها بأنهم مجتهدون، واتجه الفقه بعدهم إلى إعلان ما يسمى "قفل باب الاجتهاد" الذي سوّغوه بأن الزمان قد تغير، وأن ظروفًا كثيرة قد ترتب عليها عدم إمكان توافر الشروط التي أجمع عليها العلماء لفتح هذه الصفة لشخص واحد، وأصبح من الضروري أن يكون الاجتهاد عملاً جماعياً يشارك فيه أشخاص كثيرون، نسميهم "أهل الاجتهاد" الذين نفترض أن تتنوع اختصاصاتهم ومؤهلاتهم يجعل منهم جمعاً يتوافر لديهم الشروط التي كانت توافر لدى إمام واحد من المجتهددين في الماضي .

إن أهل الاجتهد أصبحوا جماعة لا فرداً – وهم يكونون مؤسسة حل محل الإمام المجتهد. وفي الماضي كان حوارهم حراً مرسلاً دون اجتماع في مجلس، والآن يطالب البعض بأن يمثلهم "مجلس"، ولكن يخشى أن تتدخل الدول وحكامها في شئون هذا المجلس يدخلون أعواهم فيه ومنع معارضتهم من المساهمة فيه، لذلك لا يمكن وجود مثل هذا المجلس إلا إذا توافرت ضمانات لاستقلاله واستقلال من يشاركون فيه، حتى لا يسيطر عليه "فقهاء المسلمين" فيصبح مجرد واجهة للدولة أو حكومتها أو رئيسها .

هذا التطور في مجال الاجتهاد يماثله تطور في القضاء – من ناحيتين : الأولى، أن فقهاءنا اشتربوا في كل قاضٍ أن يكون مجتهداً، وأعطوا له بهذه الصفة ولالية التعزير .

والأسباب التي أدت إلى قفل باب الاجتهاد الفردي في الفقه، هي ذاكـاـ التي أدت إلى أن أصبح القضاة في عصرنا – وفي العصور التالية من باب أولى – "مقلدين"، وعلى درجات متفاوتة في اختصاصاتهم أعلاها المحكمة العليا أو محكمة القضاء التي تتولى الرقابة على صحة تطبيق التشريع، والمجلس الأعلى للقضاء (ويدخل ضمنه قضاة المحكمة العليا أو محكمة النقض) المختص بكل ما يتعلّق بتعيين القضاة وترقيتهم والإشراف عليهم ليكونوا مستقلين عن "الدولة" وحكومتها .

في نظرنا أن مجلس القضاة الأعلى أو المحكمة العليا ومجموع الهيئة القضائية التكمالية أصبحت هي المؤسسة التي تقوم بدور القاضي المجتهد في الماضي – في ولالية التعازير – وأها لذلك هي التي تتولى تقيين التعازير، وأها تمثل القضاء كهيئة، وتدخل بهذه الصفة ضمن "أهل الاجتهد" بعد أن كان القاضي الفرد في الماضي من المجتهددين .

* * *

﴿ مرحلة المؤسسات في فقهنا السياسي : ﴾

بقي علينا أن نجدد فقهاً السياسي في هذا الاتجاه المؤسسي .

فكل ما كتبه فقهاؤنا من شروط في الخليفة أو الإمام أو الرئيس لم يعد من الممكن توافره في فرد واحد حتى يمكن عدُّه أنه هو ولِي الأمر بخُرُود أنه رئيس الدولة، وأصبح من الضروري تحديد اختصاصات رئيس الدولة والدولة ذاتها .

إن فقهاً لم يشر قط إلى الدولة، وإنما يتكلم عن "الأمة". والأمة التي تمثلها مؤسسات متعددة قد تكون "الدولة" إحداها، ولكن لا يجوز أن تتحمّل تمثيل الأمة كما تفعل الدول ذات النظم الشمولية .

إن عصر الأئمة في الفقه والاجتihad قد تجاوزناه، وحل محلهم "أهل الاجتihad" لعدم وجود من تتوافر فيه جميع الشروط التي قررها الفقه ليكون الشخص مجتهداً. أصبح القضاة "مقلدين" وليسوا مجتهدين كما كان الأمر في الماضي. وإذا كان هناك قدر من الاجتihad في عصرنا الحاضر، فإن القضاة كلهم يمارسون كمؤسسة في قمتها محكمة عليا ومجلس أعلى للقضاء، وتخل هذه المؤسسات بكمالها محل القاضي المجتهد .. ولها استقلالها عن الحكومة "والدولة" .

وقد قلنا في كتابنا فقه الشورى: إن مأسيمي الآن بالدولة ليس إلا إحدى المؤسسات في "الأمة"، وتمثلها في المجال السياسي فقط .

أما في المجال التشريعي، فيتمثلها "أهل الاجتihad"، و"أهل الإجماع"، وهي المؤسسة المختصة بالتشريع ويتفرع عنها القضاء كمؤسسة وعلى رأسه المحكمة العليا.

وفي نظرنا أنه يوجد إلى جانب ذلك مؤسسات أخرى فيما يسمى الآن بالمجتمع المدني، نرى أن تتمتع بقدر من الاستقلال عن "الدولة"، وذكرنا من أوها بيت المال الذي يتفرع عنه بيت الزكاة، ويلي ذلك الأوقاف التي نعتقد أنها كانت دائماً محور النشاط الاجتماعي والعلمي والثقافي في الأمة طوال عصور تاريخها، والحكم الشمولي يتجه إلى السيطرة عليها كما سيطر من قبل على بيت المال. إنه يتجه الآن للسيطرة على الأوقاف، بل وعلى الشركات وغيرها من "مؤسسات المجتمع المدني"، وشجعه على ذلك تضخم فكرة الدولة في الفلسفات الأوروبية التي صورت الأمة أو الشعب على أنه جزء من الدولة وعنصر من عناصر تكوينها مثل الأرض والفرد فقط، وما الدولة إلا جهاز تنفيذى ينوب عن الأمة في تتنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية والالتزام بها .

وإذا أردنا أن يكون لنا فكرنا السياسي المستقل عن النظريات الفلسفية المستوردة من أوروبا، فعلينا أن نبدأ بما بدأنا به شريعتنا من إصلاح الأفراد والأمة على أساس الالتزام بالشريعة، وتحجيم فكرة "الدولة" لكي تكون إحدى مؤسسات الأمة وتابعة لها وفرعاً منها، مهمتها الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها على أساس سيادة الشريعة .

﴿أهل الحل والعقد يمثلون الأمة في الإشراف على الدولة - وأهل الاجتهاد يمثلونها في التشريع وكلاهما مؤسسة لا فرد :

وهذا هو ما يميز مجتمعنا ويحتميه من التبعية الفكرية والسياسية للمجتمعات اللادينية وريثة الفلسفات اليونانية والرومانية الوثنية - كما أن عقيدة التوحيد تظهرها من رواسب الجاهلية الشرقية إذ جاء الإسلام لتحرير الناس من عبادة الفرد الحاكم المسيطر، والخضوع للشريعة الالهية بدلاً من الاستسلام لسلطة الفراعنة والأكاسرة والقياصرة وأحكامهم السلطوية .

لقد آن الآوان أن نحرر فقهاً السياسي من فكرة وجود شخص يكون ولِي الأمر، لأن ولاية الأمر في الفقه والاجتهاد والقضاء يجب أن تكون مستقلة عن ولاية الأمر في الشئون السياسية .

الدولة الإسلامية في فقهنا خاضعة للشريعة وللإرادة الشعبية الشورية، وقيادتها جماعية يمثلها في الجوانب السياسية والتنفيذية "أهل الحل والعقد" الذين يختارهم الشعب ويمثلونه، في اختيار الحكام والإشراف عليهم، وتكون الدولة بذلك مؤسسة مدنية، لاتغول ولا تفرض إرادة فردية على الأمة وشعوبها ولا يمثلها فرد .

كما يمثلها في مجال التشريع أهل الاجتهاد الذين تتحمّل الأمة في مجموعهم هذه الصفة، وتفرضهم لاستبطاط الأحكام من مصادرها الشرعية بعد انتهاء عصر الأئمة مؤسسي المذهب وإجماعهم على الالتزام بمذهب معين أو رأي معين في هذا المذهب يلزم الكافية، ولو كان إجماع الأغلبية (نسبة فقط) .

ولا يجوز أن يفهم من كلام فقيهنا أنه يعترف لحكومة استولت على السلطة بالقوة والغلبة بحق أن تطبق الحدود قبل أن يتلزم الحكام أنفسهم بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بولاية السلطة. ونحن من جانبنا لا نقر مقالة من إلزام القاضي المسلم الذي تعينه مثل هذه الدول بأن يطبق الحدود؛ لأن معنى ذلك إعطاء الدولة التي عينته حق تطبيق الحدود بواسطة قضاها (سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين)، وأن هذا الواجب الذي يفرضه على من يُعدُّ قاضياً مسلماً سوف تستغله السلطات الباغية لتطبيق هذه العقوبات البدنية على المسلمين وحدهم لتدفعهم إلى كره الإسلام والتبرؤ منه هرباً من تلك العقوبات، وخصوصاً أن عقوبة الحرابة يمكن لفقهاء المسلمين أن يطبقوها على المسلمين الذين يطالبون بتطبيق الشريعة كما طبقوا على فقيهنا عقوبة الإعدام.

إن المبدأ الذي نذكر به دائماً هو أن تطبق الحدود ليس من حق من فرضوا سلطتهم بالغلب والقوة؛ بل هو حق للدولة الإسلامية وحدها، وبالتالي لا يجوز مطالبة مفتاحي السلطة بتطبيق الحدود، ولا السماح لهم بذلك، إلا بعد تصحيح أوضاع الدولة وإخضاع الحكام أنفسهم لمبادئ الشريعة .

الفصل الثاني في سريان النصوص الجنائية على الزمان

عودة

٤- قاعدة أصولية:- القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها^(١) -٣١٦-، 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 التزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة في الأثر الرجعي. ونستطيع أن نقول بعد أن تبعنا آيات الأحكام الجنائية: إن القاعدة العامة في الشريعة هي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي، وأن هذه القاعدة العامة لها استثناءان :

أو هما : أن التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام أو النظام العام.

ثانيهما : أن التشريع الجنائي يجب أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك مصلحة الجان.

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع، فله أن يجعل للتشريع أثرا رجعيا بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة، والثانى وجوبى، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة. وسنلمل فيما يلى على القاعدة وما استثنى منها.

تعليق رقم -٣١٦-: ذكرنا سابقا أنه لا يشترط في سريان النصوص الجنائية علم الناس بها، بل الشرط صدورها وتتمكن المكلف من امتنالها، لبداية صحة تكليف من لم يعلم مع تمكنه من امتنال ما كلف به. ولقد أشرنا سابقا إلى استحالة اشتراط التكليف بالعلم، إذ لو لم يكن التكليف متقدما على العلم فبماذا يتعلق العلم ياترى؟

رأينا في "تعليق -٣١٦-": سبق أن أيدينا قول السيد الصدر بأن المقصود بشرط العلم بالنص الجنائي هو فقط إمكانية العلم، وقد أضفنا رأينا أن من واجب الجماعة ومن يمثلونها من أهل الاجتهاد القيام بكل ما يمكن لتسهيل العلم على المكلفين جميعا، ويكون ذلك في عصرنا الحاضر والمستقبل بتقنين النصوص الجنائية الذي أصبح ضروريا في عصرنا. ومدى قامت الأمة بواجبها في تعليم الأفراد وتعريفهم بأحكام الشريعة فإن العلم يكون مفترضا في كل فرد، ولا يستطيع أحد أن يدعي عدم علمه بالأحكام، ولا يكون هذا الادعاء معطلا تفديها على الكافة.

(١) راجع الفقرة رقم .٨٧

الآيات القرآنية التي أشار إليها فيما سبق⁽¹⁾ بحسبانها أساساً لمبدأ الشرعية الذي تُعتبر عنه قاعدة "أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، هي بذلك مصدر هذا المبدأ الأصولي بأن "القوانين الجنائية تنفذ بعد صدورها وليس لها أثر رجعي". وهذه هي إحدى النتائج الختامية لمبدأ الشرعية؛ وقد قلنا دائماً بأن النص الذي يطبق على الفعل هو الذي يكون سابقاً على وقوعه ويكون سارياً ونافذاً عند ارتكابه

وفضلاً عن ذلك فقد ذكر نصوصاً وسابقاً أخرى تؤيد هذا المبدأ العام الذي لا جدال فيه، ويكفي ما نص عليه القرآن الكريم بقوله تعالى: «وَمَا كُنَّا مُعذِّبِينَ حَتَّىٰ نُبَثِّ رَسُولَنَا» [الإسراء: 15]. ولنا تحفظ على قوله بأن نص الآية (22) من سورة النساء بتحريم نكاح زوجات الآباء طبق مدنياً بأثر رجعي، إذ إن من سبق أن تزوج واحدة من هذه الزوجات المحرمات وجوب عليه أن يفصل عنها لأنها لم تعد تحل له – وليس في ذلك أثر رجعي كما قال هو، بل هو أثر فوري⁽²⁾. ومثل ذلك بالنسبة للآية (3) والآية (23) من سورة النساء أيضاً، وآية تحريم الربا وأمثالها؛ لأننا نفرق بين الأثر الفوري والأثر الرجعي، لأن معنى الفورية إنهاء حالة قائمة فور صدور الأمر بتحريمه ولو كان العقد أو التصرف الذي أنشأها سابقاً على ذلك.

وعلى كل حال، فإن جميع هذه الأمثلة المتعلقة بأحكام مدنية، ونحن هنا في نطاق التشريع الجنائي .

وما عَدَهُ استثناءات من هذا المبدأ الأصولي يحتاج منا إلى تفصيل لأننا لا نوافق على أقواله بشأنها. وسنبين رأينا عندما نستعرض كلاً منها على حدة بعد عرض القاعدة العامة – فيما يلي:

(1) يُراجع البند (112) وما بعده .

(2) ولو قلنا بأن له أثراً رجعياً لكن معنى ذلك أن يكون الأطفال الذين ولدوا ببطل نسبهم، أو أن العاشرة السابقة كانت محرمة وزناً إلخ .

عودة

٤٥- القاعدة العامة "لترجمة في التشريع الجنائي": فاما القاعدة

العامة. فهي مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها، فقد نزلت جميع الأحكام التي حرمت المعاishi بعد أن فشا الإسلام، فلم يعاقب بما على الجرائم التي وقعت قبل التزول، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل التزول. ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى، ولهذا سنكتفى باستعراض الجرائم المهمة.

فالزنا حرم في أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة، وهي الإيذاء والحبس في البيوت طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاهُ يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَاسِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوْا عَلَيْهِنَ أُرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهَدُوْا فَأُمْسِكُوْهُنَ فِي الْبَيْوْتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ هُنَ سَبِيلًا * وَاللَّذَانِ يَأْتِيَاكُمْ فَأَذْوَاهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأُغْرِضُوْهُمَا﴾ [النساء: ١٥، ١٦]. ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك -٣١٧-، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوْا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدٍ﴾ [النور: ٢]. وطبقاً لقول الرسول: "خذلوا عن فقد جعل الله هن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والشيب بالشيب جلد مائة ورجم بالحجارة". ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين، ولكن لا يعلم أن أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا. ومن ثم فلم يكن للنص الماعقب على الزنا أثر رجعي -٣١٨-

الصدر تعليق رقم -٣١٧-: أى أن الآية الثانية نسخت الأولى، وقد ذكرنا سابقاً أنه لانسخ في المقام لعدم إمكان نسخ الآية المباركة إلا باية متصلة بها. كما ذكرنا أنه لانسخ إلا مع اتخاذ الموضوع في الآيتين وعدم إمكان اجتماع الحكمين. وقد ذكرنا سابقاً أن الآية الأولى غير مخصصة بالزنا والآية الثانية مخصصة بالزنا وخرجة له عن عموم الآية الأولى، لا ناسخة لها. كما لامانع من اجتماع الحكمين: فالحكم المذكور في الآية الأولى لأجل المع من تكرار الجريمة، فهو حكم وقائي، والحكم المذكور في الآية الثانية لمعاقبة المجرم، فهو حكم تأدبي.

الشواي رأينا في "تعليق -٣١٧-": يهمنا ما تضمنته من أن الآية الخاصة بالفاحشة في سورة النساء هي حكم وقائي لم ينسخ بالنص على عقوبة الزنا في سورة النور. ونحن نقر بذلك، وسيق أن قلنا إنه يفيدها في تضيق نطاق النسخ في النصوص القرآنية وهو الاتجاه الذي ذهب له كثيرون وقد أيدناه. كذلك نزيد الرأى القائل بعدم وجود أي استثناء على مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية.

الصدر تعليق رقم -٣١٨-: كما يشهد له ظهور نفس الأدلة من أنها في مقام بيان عقوبة من سيصدر منه الزنا فلا تشمل من زنا سابقاً، وهكذا جميع الجرائم التي سيدركها المؤلف بعيد ذلك.

الشواي رأينا في "تعليق -٣١٨-": يؤيد السيد الصدر مقاله فقيهنا في المتن من أن النص الماعقب على جريمة الزنا - (في سورة النور- الآية رقم (٢)) - لم يكن له أثر رجعي، وكذلك النصوص الأخرى التي ذكرت في المتن (في سورة النساء الآيات ٢٣ و٢٤ والمائدة رقم ٩٠ ورقم ٣١ والبقرة ٢٧٨ و ٢٧٩ والمائدة رقم ٩٥)، لكن لانوافق على مقاله فقيهنا من أنها جهينا نصوص جنائية، لأن من بينها نصوصاً متعلقة بالأحوال الشخصية ولا يترتب على مخالفتها عقوبة إلا إذا وجد نص بذلك ...

عوده

وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزًا، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهان : أحدهما : جنائي ، والثاني : مدنى . فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقداً من العقود . وقد عدّت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجعياً حيث قال الله تعالى : ﴿ولَا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إِلَّا ماقد سلف إِنَّهُ كَانَ فاحشة وَمُقْتَنَا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢] . فلم يطبق حكم النص إِلَّا على الواقع التي وقعت بعد نزوله والعلم به ، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزوجات الخرماء ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد من فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿إِلَّا ماقد سلف﴾ .

وكذلك كان الحال في تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المخارم ، فقد عدد النص القرآني المحرم اللائي يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿وَأَنْ تجتمعوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا ماقد سلف إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣] . وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين في الزوجات الخرماء ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد على هذه الزوجات الخرماء التي ثبتت قبل نزول النص لقوله تعالى في آخر الآية : ﴿إِلَّا ماقد سلف﴾ .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة ، فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿فَانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] ، فرق بين الزوج -٣١٩- وما زاد على الأربع ، ولم يعاقب زوج على ماحدث منه قبل نزول النص ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثر رجعى من الناحية الجنائية .

الصدر تعليق "رقم ٣١٩-٣١٩": ولم يستثن من هذه القاعدة إلا النبي ﷺ لأن نساءه أمهات المؤمنين ولا يصح لهن أن يتزوجن أحداً لو فارقهن ﷺ ، ولكنه ﷺ لم يتزوج بعد نزول هذه الآية المحددة لعدد النساء بأى امرأة . فما قيل من أنه ﷺ أباح لنفسه تعدد الزواج أكثر من أربع ولم يسمه لسواه لا أصل له ، بل أجاز الله له الإبقاء على نسائه لعدم إمكان زواجهن بغيره .

الشاوي رأينا في "تعليق ٣١٩-٣١٩": يشير السيد الصدر إلى عدم تطبيق نص [آلية: ٣] . من سورة النساء على الرسول الكريم . ولكن لاتفاقه على إقحام ذلك في دراستنا الخاصة بالنصوص الجنائية لأن هذا حكم مدنى - وقد أشرنا إلى رأينا في مناقشتنا للتعليق السابق رقم ٣١٨ .

وعده

حرمت الخمر والميسير على مراحل، فنهى المسلمين أن يقربوا الصلاة وهم سكارى بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرِبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]. ثم بين الله لهم أن في الخمر والميسير إثماً ومنفعة وأن إثهما أكبر من نفعهما فقال: ﴿إِسْأَلُوكُمْ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ إِثْمٌ كَبِيرٌ مِّنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩]. ثم حرم الله الخمر والميسير بعد ذلك تحريراً قاطعاً حيث قال: ﴿إِنَّ الْخَمْرَ وَالْمَيْسِرَ وَالْأَنْصَابَ وَالْأَزْلَامَ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]. وجعل الرسول حد الشرب الجلد، وعقوبة الميسير التعزير، ولكن لا يعلم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسير قبل نزول التحريم. ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعي. ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر والميسير لم يكن لها أثر رجعي.

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيهِمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نِكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨]. ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله. ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي.

حرم الله الربا - وكان مباحاً - بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحرَمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةً مِّنْ رَبِّهِ فَانْتَهَىٰ فَلْهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرَهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وبقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تَبْتَمِ فَلَكُمْ رِءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلَمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩، ٢٧٨]. فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجهه. وعملاً مدنياً من وجه آخر، وجاءت النصوص المحرمة بحكمين: أحدهما: جنائي. والآخر: مدنى. فأما الحكم الجنائي فيقضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم. وأن العقاب على ما بعده فقط. وأما الحكم المدنى فيقضى بأن ليس للدين غير رأس ماله فقط. فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي، والحكم المدنى له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد الربوى.

حرم الله على المحرم قتل الصيد. وجعل على قتله عقوبة، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعي، فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتِلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُّتَعَمِّداً فَجَزَاءُ مَنْ قَاتَلَ مِنَ النَّعْمَ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَذِيَا بِالْكَعْبَةِ أَوْ كَفَارَةً طَعَامٌ مَسَاكِينٌ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبِالْأَمْرِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو الْإِنْتِقامَ﴾ [المائدة: ٩٥].

عده

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 بالعفو عما سلف أى بانعدام الأثر الرجعي، والبعض الآخر لم يصرح به، وليس لهذا في ذاته أهمية؛ لأن النص على العفو عما سلف، أى عما حدث قبل نزول النص، يُعدُّ في ذاته نصا عاما مقررا لقاعدة عامـة -٣٢٠-، ولو أنه جاء ضمن نص خاص، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التي اقتربت بتحررها دون غيرها. وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضي بأنه : "لا يكلف شرعا إلا بفعل ممكـن، مقدور للمـكـلـف" ، معلوم له علما يحمله على امـثالـه -٣٢١- ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضي بأن: "لا حـكـم لأـفـعـالـ العـقـلـاءـ قـبـلـ وـرـودـ النـصـ" . كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموما، فالله جل شأنه يقول: «وـمـاـكـنـاـ مـعـذـبـينـ حـتـىـ نـبـعـثـ رـسـوـلـاـ» [الإسراء: ١٥]. ويقول: «وـمـاـهـلـكـاـ مـنـ قـرـيـةـ إـلـاـ هـاـ مـنـدـرـوـنـ» [الشعراء: ٢٠٨]. ويقول: «وـمـاـكـانـ رـبـكـ مـهـلـكـ الـقـرـىـ حـتـىـ يـبـعـثـ فـيـ أـمـهـاـ رـسـوـلـ يـتـلـوـ عـلـيـهـمـ آـيـاتـاـ وـمـاـكـنـاـ مـهـلـكـيـ الـقـرـىـ إـلـاـ وـأـهـلـهـاـ طـالـمـونـ» [القصص: ٥٩].

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضي بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية في التشريع الجنائي.

الصدر تعليق رقم -٣٢٠-: كيف يُعدُّ نصا عاما ياتـى بعد أن كان مورده خاصـا؟ ولكن لا يتعـوقـ عدم الأثر الرجـعـيـ علىـ التـصـرـيـحـ بـالـعـفـوـ كـمـاـ عـرـفـتـ منـ ظـهـورـ الأـدـلـةـ فـيـ الـحـكـمـ عـلـىـ مـاـيـصـدـرـ مـنـهـ فـيـ الـمـسـتـقـيلـ.

الشـاوـي رأينا في "تعليق -٣٢٠-": يشير السيد الصدر بمحق إلى أن مبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية حكم أصولي عام ولم يكن مبنيا على ماورد في بعض النصوص من "العفو عما سلف". ولا مستمدـاـ مـنـ ذـلـكـ، وـنـخـرـجـ ذـلـكـ.

الصدر تعليق رقم -٣٢١-: مر علينا آنـفـاـ إـمـكـانـ التـكـلـفـ بـغـيرـ الـعـلـومـ مـعـ التـمـكـنـ مـنـ اـمـتـالـهـ .
الشـاوـي رأينا في "تعليق -٣٢١-": مـاـقـالـهـ السـيدـ الصـدرـ هوـ ثـاكـيدـ وـتـكـرارـ لـماـ قـالـهـ فـيـ التعـلـيقـ رقم -٣١٦ـ، وـقـدـ أـيـدـنـاهـ وـقـلـنـاـ إـنـ الـعـلـمـ مـفـتـرـضـ دـائـمـاـ مـقـىـ قـامـ الـجـمـعـ بـوـاجـهـ فـيـ تـعـلـيمـ أـفـرادـ .

ذكر لنا أمثلة كثيرة تؤيد أن المبدأ العام في التشريع الجنائي الإسلامي أنه ليس لأحكامه أثر رجعي .

أما ما أشار له من وجود آراء تخالف هذا المبدأ فنحن لا نقرها. وقد أشرنا إلى ضرورة ملاحظة أن الأثر الفوري لا يجوز الخلط بينه وبين الأثر الرجعي .

كذلك أشرنا إلى ضرورة الفرق بين الأحكام المدنية والأحكام الجنائية، وأن كثيراً من الأمثلة التي ذكرها خاصة بالمسائل المدنية – بل والتكميلية – وعلاقتها بالتشريع الجنائي ناتجة عن أن تحرير بعض الأفعال يجعلها معاصي دينية وأخلاقية من يوم صدور التحرير لا قبله، وقد جرى على القول بأن جميع المعاصي أو المحرمات تستحق التعزير، لكن بعد صدور الحكم بالتحرير ...

لكن رأينا الذي ما زلنا نذكر به هو أننا في مرحلة جديدة في تشريعنا تستوجب التقنين – أي وجود نصوص فقهية مقتنة تبين كل جريمة على حدة وعقوبتها – ولذلك فلم يعد من حق قضايانا (وهم مقلدون) أن يفرضوا عقوبة جنائية إلا على الأفعال التي ينص التقنين أو الفقه على عقوبة جنائية تفرض على مرتكبها .

كما نذكر برأينا أن مبدأ جواز "التعزير" عن فعل ما لا يجوز عدُّه دليلاً على أنه أصبح جريمة حتماً، لأن التعازير كما قدمتنا تشمل تدابير تعبدية وهذيبية ليس من المصلحة وصفها بأها عقوبات جنائية. إننا حذرنا مما يسير عليه البعض من يُعدُّون كلمة "تعازير" مرادفة لكلمة "عقوبات جنائية"، والصواب في نظرنا أن بعض التعازير فقط هي عقوبات جنائية وما عداتها قد يكون تدابير وقائية أو تعبدية أو هذيبية أو إرشادية من الوجهة الدينية .

أهم ما ورد في هذا البند هو أن ما ورد في بعض النصوص من أن الله "عفا عما سلف" إنما يشير إلى مبدأ عام وقاعدة عامة (ص ب / 361) رغم أن نصوصاً أخرى لا يرد فيها هذا التحفظ أو هذا النص. ويسرنا إشارته إلى "المبادئ الأساسية والأصول الشرعية" العديدة التي تؤكد هذا المبدأ .. وكذلك الآيات القرآنية ..

إن الأسلوب الحكيم في الفقه يوجب أن نشير إلى ما يربط كل حكم فرعى بأصوله العامة في القرآن أو السنة أو الأصول الفقهية التي نسميها نحن "نظريات عامة" .

ويسرنا أن يشير إلى أن ذلك كله "يقطع بala رجعية في التشريع الجنائي" .

وهذه العبارة الواردة في نهاية البند تؤيد رأينا في تعليقنا على البند التالي الذي مختلف معه فيما ذهب إليه من جواز رجعية بعض الأحكام الجنائية ...

عده

٤٠٦- الاستثناء الأول : جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي عودة
تمس الأمن العام والنظام العام : إذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن لا رجعية 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 والحرابة والظهار - ٣٢٢ -، فقد طبقت العقوبة فيها على، وقائم سابقة على نزول النص.

وفي نص القذف خلاف. فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإلفك، فلما كان هذا الحادث وبرا الله عائشة منه، طبق النص على القذفة، وعقوبوا بالعقوبة التي يقررها. وإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله.

ويبرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك، فإذا صرحت بهذا الرأي كان لنص القذف أثر رجعي، إذ الثابت الذي لا خلاف فيه أن رسول الله حد القذفة، فكانه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله.

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعى للنص بما ترتب على الحادث الذى نزل فيه النص من آثار مهمة، فقد قذف جماعة زوج النبي، وخاصوا فى عرضها؛ وأذوها وأذوا النبي بالإفك الذى قالوا؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً؛ وكاد المسلمين يقتتلون. فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر، وقال: "يامعشر المسلمين من يعذرني في رجل قد بلغنى أذاه في أهلى، فوالله ما علمنت على أهلى إلا خيراً، ولقد ذكروا رجالاً ما علمت عليه إلا خيراً، وما كان على أهلى إلا معنى". فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال: أنا أعتذر لك منه يارسول الله، إن كان من الأوس ضربنا عنقه، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك. فقام سعد بن عبادة فقال: - وهو سيد الخزرج - وكان رجالاً صالحاً ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ، لعمر الله لا تقتلنـه، ولا تقدر على قتلهـ. فقام أسيـدـ بن خضير وهو ابن عمـةـ سعدـ بنـ معاـذـ وـقـالـ لـسعـدـ بنـ عـبـادـةـ: لـعـمـرـ اللهـ لـنـقـتـلـنـهـ، فـإـنـكـ منـافـقـ تـجـادـلـ عـنـ الـنـافـقـينـ . فـتـأـثـرـ الـحـيـانـ : الأـوسـ وـالـخـزـرجـ حـتـىـ هـمـواـ أـنـ يـقـتـلـواـ ،

تعليق "رقم ٣٢٢-": سأتأتي الكلام في كل من هذه الجرائم الثلاث .

الصلوة

بر تعليق رقم ٣٢٣-٣٢٤: لم يثبت ذلك عندنا، والرواية المشتبه لها ضعيفة السند. ولو سلمنا اعتبارها فلما يكون للأية أثر رجمي وإنما شمل حد القذف من أئم المؤمنين عائشة لأن المتهمين كانوا متلبسين بجريمة القذف حين نزول الآية ومصررين على قذفهم لها، فلذا لم يعاقب رسول الله ﷺ سوادهم من صدر منه القذف قبل نزول الآية المباركة. وهكذا الكلام في آية الحرابة والظهار.

عودة

رسول الله يخفيهم حتى سكتوا^(١). فهذا الحادث الذي ألم المسلمين، وكاد يوقع الفتنة بينهم، والذي أنزل الله فيه قرآنًا، هو حادث مهم يمس أمن الجماعة ونظامها، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعي؛ لأن العقوبة في مثل هذا الحادث تدعو إلى هدم النفوس الشائرة ومحو مخالفته الجريمة من آثار.

وقد اختلفوا أيضاً في أسباب نزول آية الحرابة، والذي عليه الجمهور أنها نزلت في العرنين، وهو قوم من عربة، قدموه على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتذبوا المدينة، فأمر لهم الرسول بلقاح، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبواها، فانطلقوا. فلما صروا قتلوا الراعي واستافقوا النعم، فأرسل الرسول في أثرهم فجيء بهم، فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك قوله: ﴿إِنَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يَحْرَبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادُوا إِنْ يَقْتَلُوا أَوْ يُصْلَبُوا أَوْ تَقْطَعَ أَيْدِيهِمْ أَوْ يُنَفَّوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكُمْ خَرْزٌ فِي الدِّينِ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ أَعْظَمُ﴾ [المائدः: ٣٣]. وقيل: إن الآية نزلت في قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد، وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض. وروى ابن جرير أن الآية نزلت عتابًا للنبي -٤٢٢-؛ لأنها قطع أيدي العرنين، وتركتها دون حسم، وسلم *أعينهم كما سملوا عين الراعي فنزلت الآية تحريمًا للمثلة^(٢).

إذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَاتِهِمْ كَمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [الشورى: ٤٠]. قوله: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا عَتَدْتُمْ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

الصدر تعليق رقم -٣٢٤-: لا يكفي الاعتماد على هذه الرواية لأنه إن صح أن النبي كان قطع أيدي العرنين وتركها دون حسم وسلم أعينهم فقد قام بما هو تكليفه قبل نزول الآية المباركة، فكيف يعاتبه رب ياترى مع أنه ليس في الآية المباركة ما يستفاد منه أي عتاب أو تأنيب؟

الشوابي رأينا في "العلائقات" -٣٢٢- إلى -٣٢٤-: نحن نؤيد تماماً كل مقالة السيد الصدر في اعتراضاته على قول فقيهنا بأنه وجد استثناء لمبدئ عدم رجوعة النصوص الجنائية فيما يتعلق بحد القذف - والحرابة - وقد سبق أن قلنا بأننا نعارض هذا القول، ولا نتفق على أي استثناء للمبدئ الأصولي العام بعدم رجوعة النصوص الجنائية - لاف جرائم القذف ولا في غيرها، ولا نتفق على ترجيح الروايات التي تؤيد التطبيق الرجعى لبعض الأحكام، ونرى أن فقيهنا لم يكن في حاجة لترجح صحتها.

(١) تفسير الطبرى ج- ١٨ ص ٥٣، تفسير الألوسى ج- ١٨ ص ٧٩، تفسير الشهاب على البيضاوى ج- ٦ ص ١٥٩ .

(٢) تفسير الطبرى ج- ٦ ص ١١٩، تفسير المنار ج- ٦ ص ٣٠٢، تفسير القرطبي ج- ٦ ص ١٤٨ .
* سمل العين: فقأها بمسمار أو حديدة محماة .

عوده

وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلة. ويتربّ على صحة هذه الرواية أن لا يكون للنص أثر رجعي؛ لأنّه لم يطبق على حالة سبقت نزوله.

وإذا صحت الرواية القائلة: بأنّها نزلت لعقاب العُرَنِينِ، أو الرواية القائلة: بأنّها نزلت في قومٍ مشركيّن، فإنّ الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابقٍ عليها، ومن ثمّ يكون لها أثرٌ رجعيٌّ. والجمهور يرجح الرواية القائلة بأنّ الآية نزلت لعقاب العُرَنِينِ، وعلى هذا يكون الرأي الراجح أنّ الآية لها أثرٌ رجعيٌّ.

ولاشك في أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثرٌ رجعيٌّ، فقد كان حادث العُرَنِينِ فظيعاً، يوشك لومٍ يؤخذُ أصحابه بعقوبة رادعةٍ أن يجرئ الناس على المسلمين، وعلى النظام الجديد، وأن يشجع على قطع الطريق، وزعزعة الأمن والنظام، فكان لابد من عقابٍ رادعٍ على هذه الجريمة. ولكن العقاب الرادع يقتضي أن يجعل للنص أثرٌ رجعيٌّ، فجعل له هذا الأثر حفظاً للأمن العام وحمايةً للجماعة ونظامها، كما جعل لنص القذف أثرٌ رجعيٌّ، لقطع الألسنة وتمدّد الفتنة وتسكن النفوس الثائرة؛ فحفظ الأمان وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعي للنص الجنائي.

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 تحيّز الرجعية في التشريع الجنائي، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار، وعلى أنها طبّقت على واقعة سابقة، مما يقطع بأن الشريعة تحيّز أن يكون للتشريع الجنائي أثرٌ رجعيٌّ. وهذا الذي تقطع به آية الظهار يعني الخلاف القائم في آيتي القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كلّيهما طبّقت على واقعة سابقةٍ عليها، ويؤكّد أن هاتين الآيتين كان لهما أثرٌ رجعيٌّ.

ولقد كان الظهار^(١) في الجاهلية وفي أول الإسلام طلاقاً، أي أنه كان تصرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنما وله، ولم يكن يُعدَّ جريمة، حتى ظاهر أوس بن الصامت من زوجته خولة، فقال لها: أنت على كظهور أمي. فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه، فقالت: يارسول الله، طالت صحيقى مع زوجى، وأكل شبابى، ونشرت له بطنى، حتى إذا كبر سنى، وانقطع ولدى ظاهر منى.

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطه من تحل له من النساء بوطه من تحرم عليه منههن تحريراً ممدوحاً بحسب أو صهر أو رضاع، وكانت العرب تكتن عن ذلك بالظهار، فيقول الرجل منهم، امرأتي على كظهور أمي، ولذلك سمى ظهاراً لأنه مأخوذ من الظهر.

عوذه

قال رسول الله : حرمت عليه. فقالت أشكو إلى الله فاقتى إليه. ثم قالت : يارسول الله، طالت صحبتي مع زوجي، ونفدت له بطني، وظاهر مني. فقال رسول الله : حرمت عليه. فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت، وصاحت إلى الله أشكو فاقتى. فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضي الله عنها تغسل شق رأسه الآخر، فأومأت إليها عائشة أن اسكنى. فلما قضى الوحي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعى لي زوجك، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى : ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركم إن الله سميع بصير﴾ * الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لغفور غفور * والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير * فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لمؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم﴾ [المجادلة : ٤ - ١].

بهذه الآيات التي نزلت في الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذي كانوا يطلقون به نسائهم منكر من القول وزور، والمنكر من القول هو الذي لا تعرف حقيقته، والزور الكذب. وإنما قال الله فيه إنه كذب؛ لأنهم صيروا به نسائهم كأمهاهم، وهن لا يصرن كأمهاهم ولا كذبوا محارهم؛ لأن ذوى المحارم لا يحلن لظاهر أبداً. كذلك حرم الظهار وعاقب عليه، فآخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة، ومن باب المباح إلى باب العاقب عليه.

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : يارسول الله إني إذا لم أكل في اليوم ثلاثة مرات خشيت أن يعشو بصري. قال : فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال : لا، يارسول الله إلا أن تعيني، فأعانه رسول الله، فأطعم ستين مسكينا، وراجع زوجته^(١). وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص، فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي.

(١) المقدمات لابن راشد جـ ٢ ص ١٤٠، ١٤١.

206 - لانوافق على رجعية أحكام التشريع الجنائي بمحة خطورة الجريمة :

برغم إطالة فقيهنا في شرح القول بأن الشريعة أو بالأصح السنة النبوية أجازت أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم التي يصفها بأها خطيرة تمس النظام العام، فإن لنا تحفظاً على هذا الرأي لأن مرجعه هو عدم التفرقة بين أحكام العقوبات الجنائية وغيرها من الأحكام الدينية المتعلقة بالعبادات أو الأحوال الشخصية أو القيم الأخلاقية أو السلوكية (مثل الظهار)، أو مرجعه ترجيح أقوال تعارض مع المبدأ القرآني بعدم رجعية الجزاءات الجنائية وهو ما لا يجوز بأى حال - كذلك لا يجوز تجاهل التفرقة بين بعض تدابير التعازير الوقائية والعقوبات الجنائية نحن نرى أن الذين قالوا بأن رسول الله ﷺ قد عاقب الفاذفين في حادث الإفك بعقوبة أنزلت بعد وقوع الحادث، كان أولى بهم أن يعلّموا أن هذه العقوبات إنما طبقت لأنما دخلة في باب التعازير، وأن مبدأ التعزير كان سابقاً على الآية التي فرضت الحد..

وحق الرسول كقاض أو مشرع في التعزير يعطي له حق اختيار العقوبة.. وقد سبق أن أكدنا أن التعزير يطبق في جميع الجرائم، بل هو الأصل حتى في جرائم الحدود والقصاص.. ومن حسن الخظ أنه أشار إلى أن هناك خلافاً في ذلك. ونحن نرى أن الرأي الذي يقول بأن الآية المقررة للعقوبة كانت سابقة على حدث الإفك هو الذي يؤيد القاعدة العامة، ولذلك نرجحه، ولا نوافق على قوله هو بأنه يرجح الرأي المخالف الذي جعله مبرراً للقول بأن العقوبة الحدية طبقة بأثر رجعي .

وقد أشرنا إلى أنه لم يكن في حاجة لذلك، لأن الجلد عقوبة تعزيرية والفعل منذ وقوعه كان معصية تستحق التعزير، ويمكن القول إنما أصبحت حداً بعد ورود هذا النص .

إن المبدأ الذي نصر عليه هو أن المعاصي التي يعاقب عليها بالحد أو القصاص الأصل فيها أن عقوبتها تعزيرية، وهذا التعزير جائز منذ ارتكاب الفعل ما دام هو معصية في أصله يستحق التعزير .

* * *

ما قاله عن العقوبة الحدية في آية "الحرابة" يستفاد منه وجود آراء مختلفة في وقت نزول الآية. وكما كان الأمر في موضوع حد الإفك، فإننا أميل لترجح الرأي الذي لا يتعارض مع المبدأ العام الذي يقرر عدم رجعية العقوبات الجنائية، برغم أنه قد ربح الرأي الآخر ليؤيد قوله بوجود استثناء يحيط رجعية النصوص الجنائية في أحوال يصفها بأن المصلحة العامة تستوجب ذلك. ونحن نرى أن ادعاء المصلحة العامة يمكن أن يُستخدم ذريعة لإهدار هذا المبدأ الأساسي كلياً، ولا نعتقد أن الفقه أو الشريعة تفتح

أحكام الظهار تدابير تعبدية، وليس في نظرنا عقوبات جنائية :

مثل هذا الباب الذى يضيع كل أثر جدى لمدى قرره القرآن وأعلمه الخالق سبحانه صراحة في كتابه الكريم. ونخشى أن يكون الذى أدى به إلى هذا القول هو تأثيره بما سار عليه العمل في العصور "الحديثة"، ولكن أعمالهم ليست حجة في فقهنا .

* * *

وما قاله بشأن آية الظهار (١ - ٤ من سورة المجادلة) معناه عَذُّ الكافارات (مثلاً تحرير رقبة أو صيام شهرين أو إطعام مساكين) عقوبات جنائية؛ وقد سبق أن قلنا إننا لانوافق على ذلك لأنها في حقيقتها إجراءات تعبدية أو تدابير تربوية اجتماعية لايجوز في نظرنا وصفها بأنها "عقوبات جنائية"، ولا وصف الفعل الذي يتربى عليه فرضها بأنه "جريمة" ولو كان خطيئة أو معصية من الوجهة الدينية. وسنرى فيما بعد أننا نرى وجوب التفرقة بين المعاishi الدينية والجرائم والعقوبات الجنائية .

عوده

٢٠٧ - الاستثناء الثاني: وجوب الرجوعية إذا كان التشريع أصلح للجاني: إذا صدر نص جنائي أصلح للجاني -٣٢٥- وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجاني، ولو أن الجاني ارتكب جريمة تحت حكم نص أشد عقوبة. ويشرط لتطبيق النص الأصلح للجاني ألا يكون الحكم الصادر على الجاني طبقاً للنص القديم قد أصبح فائياً، فإن كان قد أصبح فائياً فقد انتهي الأمر به، ولا تعود محاكمة الجاني طبقاً للنص الجديد. والعلة في تطبيق النص الأصلح أن العقوبة -٣٢٦- مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة، فهي ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة، وكل ضرورة تقدر بقدره، فإذا كانت مصلحة الجماعة في تخفيض العقوبة وجب أن يستفيد الجاني الذي لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس في التشديد، وأنه من العدل ألا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة؛ ولأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً.

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين في الفضل وتعترف بهذا التباين، فإذا كان بينها ما يكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله، وتبaitت الديانات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه. واتسع هذا التباين حتى تعدد الأفراد إلى القبائل، فكانت دية التضيرى مثلاً ضعف دية القرطبي، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفاء القتيل، وربما لم يرضوا إلا بعد يقتلوهم. ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير. فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة؛ فقالوا له: سل في قتل شاس فقال: إحدى ثلاثة لا يغنى عنها. قالوا: ماهي؟ قال: تخون لي شاساً. أو تملئون ردائى من نجوم السماء. أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها. ثم لأخرى أن أحذت منه عوضاً. وهذا هو ول القتيل يرى قبيلة بأسرها لا يجوز قتلها في قتل ولده.

الصلدر

تعليق "رقم ٣٢٥-": وجب تطبيق النص المتأخر على الجاني سواء كان أصلح حاله أم لم يكن، لأن النص المتأخر ينسخ النص المقدم ويرفع تأثيره فلا يمكن العمل به.

الصلدر

تعليق "رقم ٣٢٦-": بل العلة تأخره، ولذا لو كان المقدم أصلح للجاني لأنحذنا بالتأخر أيضاً، فإن النص الجنائي الأول لما لم يطبق على الجرم وصدر النص الثاني وألفى الأول فكان لابد من تطبيق الثاني على جريمه ولكنها كانت تحت نظر النبي ﷺ فلا يمكن تطبيقها على الموارد التي كان الزراع فيها يدل على أن لها آثاراً رجعياً مطلقاً بل خصوص الأمور التي لا يزال الزراع فيها قائماً.

مع أن الحكم بالتفاضل لم يكن حكماً إسلامياً، بل إن أول حكم إسلامي هو الحكم القاضي بالتساوي، فلا يكون هذا شاهداً لما فرضه المؤلف وهو وجود نصين المتأخر منهما أصلح للجاني إذ لا نص إسلامي قبل النص الحاكم بالتساوي.

عوده

ولما قتل كليب بن وائل اقتلوا دهرا طويلا واعترضهم بعضهم فأصابوا ابنا له يقال له بجير. فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلي فيجير بكليب، وكفوا عن الحرب.
قالوا: بجير بشسع نعل كليب. فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشراف القبيلة^(١).
وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضًا بدماء وجراح، فمحا حكم الجahلية،
وسوى في الحكم بين الناس، وذلك قوله تعالى: «أفحكم الجahلية يبغون ومن أحسن من
الله حكمًا لقوم يوقنون» [المائدة: ٥٠]. سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع، وبين
دماء الأحرار ودماء العبيد، وبين دماء الرجال والإنسان، وذلك قوله تعالى: «إِيَّاهَا الَّذِينَ
آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصاصُ فِي الْقَتْلَى الْحَرَبَ بِالْحَرَبِ وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى
لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَإِنَّا بِمَا فَعَلْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءِ إِلَيْهِ إِيمَانَكُمْ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ
أَعْتَدْنَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ» [البقرة: ١٧٨]. وبعد نزول هذا الحكم انهى التفاضل
في الدماء والجراح والديات، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها
بعد، وهذا كان للنص أثر رجعي.

ويترتب على ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجاني نتائج منطقية مهمة:

- ١ - إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني -٣٢٧-
حكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم.
- ٢ - إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من
العقوبة -٣٢٨- الحكم بما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد.

الصدر تعليق "رقم -٣٢٧": بل لم يكن أصلح كما مر عليك سابقا.

الشاوي رأينا في "التعليقات أرقام -٣٢٥- إلى -٣٢٧": (على البندين ٢٠٧ و ٢٠٨) يؤيد وجهة
نظرنا في أن النصوص المقررة لعقوبات جنائية كلها ذات طبيعة استثنائية في شريعتنا، ولذلك
فإن صدور نص يلغيها أو يخففها يكون له أثر فوري إذ لا يمكن تنفيذ نص استثنائي بعد إلغائه،
فالنص الأصلح للمتهم له أثر فوري وليس رجعيا في نظرنا، والسيد الصدر يقول بذلك - إلا
أننا لانوافق على ما يفهم من قوله إن كل نص جديد يطبق حتى ولو كان يشدد العقوبة.

الصدر تعليق "رقم -٣٢٨": بل تنفذ جميعها لأن ظاهر التشريع الجديد اختصاص من يحاكم ابتداء
أو تستمر محکمتة بعد تشريعه إلا مع النص على عدم الاختصاص، كما أن التشريع الجديد لا يكون
مانعا من تنفيذ الحكم الصادر على وفق التشريع القديم ولا يوجب توقف تنفيذه إلا مع النص على ذلك.

الشاوي رأينا في "تعليق -٣٢٨": لانوافق على اعتراضه على قول فقيهنا فيما يتعلق بتخفيف العقوبة
الحكم بما تنفيذا لنص جديد أصلح للمتهم صدر بعد الحكم عليه طبقا لنص سابق عقوبته أشد.

(١) الأم ج - ٦ ص ٧، تفسير القرطبي ج - ٢ ص ٤٤ .

عوده

٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه، فيجب لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقاً للتشريع القديم؛ كما يجب أن يوقف تفريذه إذا كان قد بدئ في تنفيذه.

٤ - إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا ينطبق على الجاني؛ لأنه ليس الأصل له، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها.

٥٨ - التسريعة والقانون : بينما فيما سبق 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 لأى قانون جنائي أثراً رجعياً، ولم يكن حقه في ذلك مقيداً بأى 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 يخرونون عليه في أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي، حيث تبين لهم أن التقيد المطلق ضار بمصالح الجماعة، وإن كان متفقاً مع صالح الفرد، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردي، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق. ومن يرى هذا الرأى الشرح الإيطاليون، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التي تنشئ عقوبات أشد لأمور كانت جرائم من قبل؛ لأن حق المجتمع يعلو على مصلحة المجرم. ويرى الشرح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسي للقانون أثراً رجعياً في قوانين معتادى الإجرام والاشتباه^(١).

وظاهر ما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشرح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له في الأصل، أن يجعل للقانون أثراً رجعياً، ولكن له استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة، وهذه هي نفس النظرية الإسلامية.

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٥، حاكمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقادتها وحكامها، وحكمت عليهم بعقوبات تراوح بين الإعدام والأشغال

(١) القانون الجنائي لعلى بدوى ص ١١٦، ١١٧، الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨ وما بعدها.

عودة

الشاقة والسجن، وكان موضوع المحاكمة أفعالا لم تكن تُعَدُ جرائم لا في قوانين البلاد المتصرة أو المهزومة ولا في القانون الدولي، ولم يكن يعاقب عليها من قبل. وهذه المحاكمة التاريخية تطبق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق لها مثيل. أما عن تطبيق التشريع الأصلي للمتهم على ماسبقه 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 يُعَدُّه اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا.

207 - التطبيق الفوري للقانون الأصلح للمتهم :

هناك مبدأ مسلم به – وهو أن كل قانون لاحق يُعدّ أفضل مما سبقه؛ وإنما كان مصدره أي مسوّغ. وهذا المبدأ هو أساس نظرية النسخ التي تحدثنا عنها فيما سبق. ونسخ القاعدة السابقة يستلزم إزالة جميع آثارها بما في ذلك الحكم الجنائي الصادر بناءً عليها، وأن يكون ذلك من يوم صدور النص الجديد، فيمكن القول بأن هذا ليس استثناء وإنما هو تطبيق لقاعدة الأثر الفوري الذي فرقنا بينه وبين الأثر الرجعي، دفاعاً عن أن مبدأ عدم الرجعية هو قاعدة أصولية لا تتقبل الاستثناء في نظرنا فيما عدا تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم، أما إذا كان أشد فطبق عليه المبدأ العام وهو عدم تطبيقه بأثر رجعي.

وما قاله عن عقاب مجرمي الحرب يمكن تسويفه بأن جميع الأعمال الحربية هي في الأصل جرائم عدوان على الأفراد سواء كانوا مقاتلين أو مدنيين؛ وقد استثنى من تطبيق العقوبات الجنائية لأن حالة الحرب المشروعة إنما أباحتها (دفاعاً عن النفس)؛ ولذلك فإن من المنطقى لا يعترض بهذه الإباحة في حالة الحرب العدوانية لأن المعتدى لا يحق له التمسك بحالة الدفاع الشرعى؛ فالأمر في نظرنا ليس مجرد إنشاء عقوبة أو جريمة جديدة كما يتصور البعض بل هو في نظرنا تحديد نطاق لقاعدة التي تبيح بعض الجرائم في أثناء الحرب بقصر هذه الإباحة على مقتضيات الحرب المشروعة بناءً على أنها دفاع شرعى وليس عدواناً، وتطبيق قانون العقوبات العادى على تلك الأفعال في حالة الحرب العدوانية بحسبها جرائم عادية وأنما لا تطبق عليها أسباب الإباحة، وعلى ذلك فإن قوله إن تلك الأفعال لم يكن معاقباً عليها وقت وقوعها يمكن التحفظ عليه.

لخشى أن يكون فقيهنا قد تأثر بما يقال عن اتجاه حديث في القوانين الوضعية وأشار إليه بعض الشراح "الإيطاليين أو الإنجليز"، ومسايرته بعض أحكام القانون المصرى مثل قانون الاستثناء ومعتادى الإجرام، أو القانون الدولى فيما يسمونه جرائم الحرب، ولكننا لا نرى ذلك وليس من حقنا أن ننسب إلى الشريعة أنها سبقتهم إلى هذا الاستثناء. بل إننا نرى أن الشريعة والالتزام بمبادئها الأصولية يغنينا عن الجرى وراء مثل هذه المحدثات الوضعية التي استخدمتها الأهواء والمطامع السياسية؛ وخاصة إذا كان النص القرآنى صريحاً مثل قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَا مُعذِّبِينْ حَتَّى نُبَثِّ رَسُولًا﴾ – فما لا يجوز خالق الكون لا يمكن أن نحيذه للبشر .

الخلاصة أن مبدأ عدم رجعية العقوبات الجنائية يجب أن يلتزم به بعده مبدأ عاماً مطلقاً، وأن ما يعده البعض استثناء عليه يرجع إلى وجوب مراعاة آثار مبادئ عامة أخرى لها أهميتها ويكون مفعولها موجباً لوضع حد لنطاق تطبيق هذا المبدأ. فهي ليست في نظرنا استثناءات عليه بل حالات تستوجبها مبادئ شرعية أو قواعد أخرى يجب احترامها.

عدة

الفصل الثالث في سريان النصوص الجنائية على المكان

٦٩ - هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟ : الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية، جاءت للعالم كله لا جزء منه، وللناس جميعاً لا لبعضهم؛ فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم، ولا جنس دون جنس، ولا قارة 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 ألا تطبق الشريعة إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد. وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطة بسلطان المسلمين وقوتهم؛ فكلما اتسعت الأقاليم التي يتسلط عليها المسلمين اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة. فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية، وهذا 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.

١٠- تقسيم العالم : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لثالثهما : 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 - ٣٢٩ - لعدم إمكان هذا التطبيق.

تعليق "رقم ٣٢٩-": عدم إمكان التطبيق حال كونها دار حرب لا يمنع من وجوب التطبيق مع إمكان جعلها من بلاد الإسلام. فالواجب جعل جميع بلاد العالم بلاداً إسلامية وتطبيق فيها أحكامه.

رأينا في "تعليق ٣٢٩-": مجرد افتراض لا محل له في نظرنا.

الشواوى

إن فقيهنا يستعمل بعض العبارات التي جرى على استعمالها بعض الفقهاء المتأخرين الذين قالوا إن الأحكام الجنائية الشرعية واجبة التطبيق في البلاد "التي تخضع لسلطان المسلمين"⁽¹⁾ ... في حين أنها نفضل القول بأنما الـبلاد التي تطبق الشريعة وتخضع لـسيادتها، وهذا التعريف أكثر مرونة ودقة في نظرنا؛ لأن بعض بلاد المسلمين الآن أصبحت تبتعد عن سيادة الشريعة ولا تلتزم السلطات فيها بأحكامها

* * *

إنني لا أوفق على القول بأن العالم يشمل قسمين لثالث هما⁽²⁾ "دار الإسلام ودار الحرب". وهذا قول - كما قدمنا سابقاً - يتجاهل القسم الثالث وهو "دار العهد" الذي يشمل البلاد غير الإسلامية التي يكون بينها وبين المسلمين عهود مسالمه؛ وهذا القسم أصبح الآن يضم جميع بلاد العالم التي تعاهد معها المسلمون بعهود جماعية مثل ميثاق الأمم المتحدة فضلاً عن العهود الثنائية وخاصة فيما يتعلق بالتمثيل السياسي والاتفاقيات الإقليمية والتجارية وما إليها ...

إذا كان التقسيم ثانياً فإن المطْرِق يوجّب أن يكون المقابل لدار الحرب دار السلم التي تشمل كل البلاد المسالمة للأمة الإسلامية، وهي تضم حالياً جميع دول العالم التي لا توجد في حالة حرب مع المسلمين.

إن تجاهل هذا القسم المهم قد أدى بالبعض إلى تطبيق ما قاله فقهاؤنا عن دار الحرب على العالم غير الإسلامي كله مما يتناقض مع الواقع الحالى؛ إذ أصبح كثير من المسلمين يجدون من الأمان والأمان وحسن المعاملة في بعض البلاد الأجنبية التي يلتجئون إليها ويجدون في قوانينها الوضعية ما هو أقرب لمبادئ شريعتنا من القوانين الوضعية التي تفرضها سلطات الجور وحكام البغي في بعض بلاد المسلمين التي تعلن صراحة أنها لا تلتزم بأحكام شريعتنا .

. (1) البند 209

. (2) البند 210

عوده

١١- 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 يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان غير المسلمين، ويدخل في دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام.

وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي وذميين، وهم غير المسلمين الذين يتزرون أحكام الإسلام، ويقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام، بعض النظر عن معتقداتهم الدينية. فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهودا، ويصح أن يكونوا مجوسا أو صابئة، أو عباد ما استحسن أو من لا يدينون بدين -٣٣٠ - .

وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومون الدم والمال؛ لأن العصمة^(٣) في الشريعة تكون بأحد شيئين : الإيمان، والأمان. ومعنى الإيمان الإسلام، ومعنى الأمان العهد، ويكون بعد الذمة، وبالمواعدة والهدنة، وما أشبه. فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماليه 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 وماليه بالأمان، ولو بقى على غير دين الإسلام -٣٣١ -. فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومون الدم والمال بإسلامهم، وسكان دار الإسلام من الذميين معصومون الدم والمال بأمافهم^(٤).

الصدر تعليق "رقم -٣٣٠ -": الرأى السائد بين فقهاء المذهب الجعفري هو اختصاص أحد الجزئية باهل الكتاب، ولا يباح لغيرهم السكينة في بلاد المسلمين ولو مع دفع الجزية.

الصدر تعليق "رقم -٣٣١ -": ولكن لا يسمح له بالبقاء الدائمي، إذ لا يجوز لغير المسلم السكينة في بلاد المسلمين إلا الكتابيين إذا التزموا بشروط الذمة والتزموا بشرائطها، وإنما حق لآحاد المسلمين إعطاء أمان مؤقت لا أمان دائمي يتيح الإقامة في البلاد الإسلامية. وهذا الأمان المؤقت هو الأمان المذكور في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدْ مِنْ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَاجْرُهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلَغَهُ مَا مَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّمَا قَوْمٌ لَا يَعْلَمُون﴾ [التوبه : ٦].

(١) بداع الصنائع ج - ٧ ص ١٣٠ .

(٢) أنسى الطالب ج - ٤ ص ٢٠٤ .

(٣) العصمة معناها: عدم الإباحة، فمن كان معصومون الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال.

(٤) بداع الصنائع ج - ٧ ص ١٠٢ ، مواهب الجليل ج - ٦ ص ٢٢١ ، أنسى الطالب ج - ٤ ص ٢١٨ ، الشرح الكبير ج - ١٠ ص ٦٣٠ .

عودة

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين:^(١) أمان مؤقت، وأمان مؤبد. فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالهادنة، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين. والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهي به، ولا يكون إلا بعد الذمة، ولا يتمتع به إلا الذميين -٣٢٢- الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام، وعليهم في مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام (٢) -٣٣٣- .

= وأما الأخبار الدالة على أن لآحاد المسلمين إعطاء الأمان فالمراد منها هو الأمان المؤقت، وهي ظاهرة في ذلك، وإن لم تكن ظاهرة في ذلك فهي محملة وتفسيرها الآية المباركة وتكشف عن اختصاصها بالأمان المؤقت الذي هو المتيقن منها.

الشواوى رأينا في "التعليقين -٣٢٠-، -٣٣١-": سبق اعترافنا على قوله بأن أهل الأديان الأخرى غير اليهود والنصارى لا يجوز إقامتهم في دار الإسلام ... وأشارنا إلى ما قرره دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية بشأن الزرادشتين.

الصدر تعليق رقم "٣٢٢-". الذميين الذين يؤخذ منهم الجزية هم أهل الكتاب من اليهود والنصارى. وقد اختلفت آراء المذهب الجعفري في الجوس وهل يصحأخذ الجزية منهم أو لا يصح ولا يقررون على دينهم، والمشهور كونهم من أهل الذمة، ويستندون في ذلك إلى الخبر الروى عن الإمام أمير المؤمنين على (ع) أنه كان لهم كتاب أحقروه ونبي قتلوه.

الشواوى رأينا في "التعليق -٣٣٢-": تؤيد قوله بشأن الجوس. أما القول بأن غير المسلم (وغير العربي) أى الأجنبي غير المواطن، لا يحق له الإقامة في دار الإسلام إلا بصفة مؤقتة، فلا نوافق عليه، لأن مثل هذه المسائل يحكمها مبدأ المعاملة بالمثل وتنظمها المعاهدات الدولية. ولذلك يجب التمييز بين المعاهد وغيره، وليس كل الأجانب محاربين كما يفهم من قوله.

فإذا كان هناك بلد أجنبي يسمح لمواطيننا بالإقامة الدائمة أو كانت هناك معاهدات أو اعتراف دولية تتيح لغير المواطنين الإقامة في دولة ما، فلانرى مانعاً شرعاً من أن تسمح دولنا لمواطنيها الأجانب بالإقامة الدائمة - كل ماهنالك أن للدولة في كل وقت أن تطرد الأجنبي من بلادها إذا كان وجوده يسبب لها ضرراً. فالأمر يرجع لصلحة الدولة ...

الصدر تعليق رقم "٣٢٣-": لا يلزم الذمي بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم بعدم التعرض للمسلمين نفساً ومالاً وعرضاً وعقيدة، وألا يعن عدوهم عليهم ولا يكون عيناً عليهم ولا يؤزو في بيته عيناً لخصومهم ولا يتاجر بالمسكرات ولا يبقي الخمرات في شرع الإسلام كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير وأكل الربا والزرواج بالخارج ... =

(١) بداع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦، أسفى المطالب ج ٤ ص ٢١٠، مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٦٠، ٣٦٤، ٣٨٠ وما بعدها، المغنى ج ١٠ ص ٥٧٨.

(٢) لا يلزم الذمي بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم فقط بما لا يعارض مع معتقده الدين، فيؤخذ بأحكام الإسلام في ضمان النفس والمال والعرض، وتقام الحدود عليهم فيما يعتقدون تبرئه كالسرقة دون ما يعتقدون حلها كشرب الخمر (راجع الشرح الكبير ج ٦١١، ويداع الصنائع ج ٧ ص ١١١ وما بعدها).

الشاوي

= رأينا في "التعليق - ٣٣٣": لا وافق على قول السيد الصدر باعتراضه على مقالة فقيهنا

ب شأن التزام القبيحين في دار الإسلام بشرعيته، لأنه إذا كانت هناك استثناءات لصالحهم فهي مقررة

في الشريعة ولا يعارض تطبيقها عليهم مع مبدأ التزامهم بها، بل هو تطبيق كامل لها.

يجب أن نلاحظ أن دخول الأجنبي في أمان المسلمين لم يعد أمراً استثنائياً، أو فردياً، بل إنه

يجب التفرقة بين المعاهدين والمحاربين. والأصل الآن في جميع أنحاء العالم أن هناك معاهدات

جماعية أو ثنائية تنظم هذه الأمور، وطبقاً لهذه المعاهدات يكون جميع المعاهدين مستأمنين من

حيث المبدأ، طالما حصل على الإذن بالدخول (التأشيرة) – كل ما هنالك أنه يتلزم بالشروط

التي تفرضها التأشيرة التي حصل عليها.

أما ما يسمى الحربي فهو من كانت دولته في حالة حرب فعلية مع دولتنا.... وليس كل

أجنبي أو غير مسلم حررياً في عصرنا الحاضر لأن الحرب حالة استثنائية مؤقتة بين الدول.

211 - دار الإسلام هل تشمل بلاد المسلمين التي لا تطبق

فيها الشريعة أم تقتصر على التي تلتزم بها :

يسرنا أنه استشهد بأقوال الفقهاء الذين وصفوا دار الإسلام بأنها هي التي تظهر فيها أحكام الشريعة أو يستطيع سكانها المسلمين أن يظهروا فيها أحكام الإسلام⁽¹⁾، فلا يصح أن تُوصف الدول بأنها إسلامية إذا كانت سلطاناً لها المسطورة عليها تعلن تذكرها للشريعة أو تَعْدَ المطالبة بها حرّكات معارضه محظوظة يُضطهد من يعلنها أو يتمسّك بها، ولا يكفي الاعتماد على أن أغلب سكانها مسلمون.

ويؤيد رأينا أنه عاد إلى تعريف دار الإسلام بأنها دار أمن وسلام للمسلمين.⁽²⁾ وأظن أنه لو عاش معنا للآن لوجد أن أمثلة من دعاة الإسلام لا يشعرون بأى أمن "في بعض بلاد المسلمين" ويضطرون للهجرة منها إلى بلاد العهد التي تتوّفهم وتتوفّر لهم أمّا أكثر مما يجدونه في بعض الدول التي يكون سكانها كلهم أو أغلبهم مسلمين أو التي تعلن أن دينها هو الإسلام ويخشون أن يصيّبهم فيها ما أصابه هو من بغي وظلم وقتل بدون مسوغ. كما أنه وصف دار الإسلام وصفاً دقّياً عندما قال: إنّا البلاد التي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام⁽³⁾ ولا يمنعهم من ذلك مانع. وقد يفهم من ذلك أن بلاد المسلمين التي لا تطبق فيها أحكام الشريعة أو يحرم فيها المطالبة بذلك، لا يصح وصفها بأنها دار الإسلام.

وقد انتقدنا القول بأن على الأفراد واجب إقامة الحدود إذا لم تقم بذلك الحكومات⁽⁴⁾، والأصح القول بأن عليهم أن يغيروا الحكومات التي تذكر للشريعة في حدود إمكاناتهم؛ وأن يتولى الفقهاء إرشادهم إلى الطريق الصحيح لذلك، وهو الدعوة بالحكمة والوعظة الحسنة، ويتحملون في سبيل ذلك ما يفرضه عليهم حكام السوء من قمع واضطهاد بدلًا من مطالبتهم الأفراد بإقامة الحدود بدون قضاء إسلامي مستقلٍّ بذلك في محاكمات عادلة. لا شك في أنه ضحى بحياته في هذا السبيل الذي يدعو لتطبيق الشريعة؛ ونعرف له بأنه لم يسر في طريق مشاركة المستبدّين ومصالحهم كما يفعل بعض "فقهاء السلاطين" في كل زمان ومكان، ويشارك فيهم السليّيون الذين يستسلمون للبغى الذي تمارسه قوى أجنبية أو حكومات وطنية أو محلية مستبدّة.

إننا نرى أن الشريعة تحرّم الإستسلام لحكام الجور والبغى، لأن استسلامهم يشجع الطالبين على مواصلة البغي والظلم والتّمادي فيه وزيادته. كما أننا لا نرى أن علاج هذه الحال يكون بقيام الأفراد بتنفيذ الحدود دون وجود قضاء شرعي مستقل يلتزم بإجراءات المحاكمات عادلة نزيهة.

(1) البند (211).

(2) البند (211) والبند (218).

(3) بداية البند (220).

(4) نهاية البند (218).

عوده

١٢٣ - 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 مسلمون أو لا يكُون، مادام المسلمين عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام.

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون :

فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لا يدينون بالإسلام، ويقال لأحدhem حربي. والحربيون غير معصومين، فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة؛ لأن العصمة في الشريعة لا تكون كما قلنا إلا بأحد شيئاً : بالإيمان أو الأمان. وليس للحربيين إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد، أن يدخلوا دار الإسلام، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال، ويجوز قتله ومصادرة ماله، كما يجوز أسره والعفو عنه.

إذا دخل الحربي دار الإسلام ياذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم. وله أن يقيم في دار الإسلام المدة التي يستأمن فيها معصوم الدم والمال. فإذا انتهى أمانه عاد حربياً كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام، أما إذا بقي فيها مختاراً فيرى البعض أنه يصبح حربياً -٣٤-، ويرى البعض أنه يصبح ذمياً -٣٥- باختيارة البقاء في دار الإسلام، ويصير معصوماً عصمة مؤبدة.

الصدر تعليق "رقم-٣٤-": وهو الرأي الراجح عندنا، إذ ليس الحربي إلا من لم يكن مسلماً ولا ذمياً ولم يدخل في أمان المسلمين. ومن البديهي كون الحربي الباقى في بلاد المسلمين تجتمع فيه الأوصاف الثلاثة.

الشواوى رأينا في "التعليق-٣٤-": يفتح باب التوسيع في صفة الحربين لتشتمل جميع الأجانب، وفي فكرة الإهدار بالمعنى الذي انتقدناه، وهو الجاه يتعارض مع رأينا بشأن زوال صفة الظاريين في العصر الحاضر، إذ أصبح العالم كله معاهاً وما قبله مراراً من أن الإهدار لا يعني استباحة دم إنسان لكل من هب ودب.

الصدر تعليق "رقم-٣٥-": مر علينا قريباً أن غير الكتبى لا يكون ذمياً وأن الكتبى إما يكون ذمياً إذا التزم بشرائط الذمة، وليس مجرد السكنى في بلاد المسلمين سبباً لصيغة الإنسان ذمياً كما مرت الإشارة إلى ذلك قريباً.

الشواوى رأينا في "تعليق-٣٥-": يكرر ما انتقدناه في تعليقاتنا السابقة ... فالذمة مواطنة كاملة للفرد في الدولة التي يحمل جنسيتها، لأنها علاقة سياسية بين الفرد والدولة التي يتسبّب إليها بصرف النظر عن ديانته.

عودة

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً فهو عند مالك والشافعى وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام، يعصى إسلامه دمه وماله -٣٣٦-، ولو أنه مقيم في دار الحرب ومهما طالت إقامته، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها. بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقim في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه؛ لأن العصمة عند أبي حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصى المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم، والمسلم في دار الحرب لامنة له ولا قوة فلابد من عصمة له، ولكن له أن يدخل دار الإسلام في أي وقت فإذا دخلها استفاد العصمة^(١).

وكما يُعدّ الحربي مباح الدم إذا دخل (دار الإسلام) دون إذن، فكذلك يُعدّ المسلم والذمي مباحي الدم للحربيين إذا دخل كلاهما دار الحرب دون إذن أو أمان، فإذا دخل بإذن أو أمان سعى كلاهما مستأمنا على أن تكون إقامته مؤقتة، وله أن يرجع إلى دار الإسلام في أي وقت شاء. فإذا رأى المسلم أن يقى بصفة دائمة في دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه، فإن خرج عن إسلامه سار حربياً، وإذا أراد الذمي أن يقيم إقامة دائمة في دار الحرب انقلب حربياً.

وإذا تزوج المسلم أو الذمي حرية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمية -٣٣٧-. أما إذا تزوج الحربي المستأمن من ذمية فإنها لا تصبح بزواجه حرية، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجهها على الرأى الراجح، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمية^(٢) -٣٣٨-.

تعليق "رقم ٣٣٦-": وهو الرأى الراجح عندنا، فإن السكنى في دار الحرب لا ينترجه الصدر
عن الإسلام الموجب للعصمة.

تعليق "رقم ٣٣٧-": إذا التزمت بشرطط الذمة. الصدر

تعليق "رقم ٣٣٨-": إذا التزمت بشرطط الذمة. الصدر

رأينا في "التعليقات" -٣٣٦-، -٣٣٧-، -٣٣٨-: أشرنا من قبل إلى أن العصمة حق إنساني الشواوى

لجميع البشر - فلا نوافق على ما يفهم في التعليق ولا في المتن من أن العصمة خاصة بال المسلمين أو الذميين.

لقد سبق أن قلنا بأن صفة الإنسانية توجب العصمة بذاتها ولا يجوز ربطها بالاعتبارات العقائدية أو المكانية، ولذلك لانوافق على ما قاله في التعليق رقم ٣٣٦ من أن الإسلام وحده هو الموجب للعصمة، كما لم نوافق على مانسبه فقيهنا لأبي حنيفة من أن العصمة، سببها الدار (أى الوطن) ولا ماقاله عن تأثير الزواج وأقره السيد الصرد في التعليقين رقم ٣٣٧ و ٣٣٨.

(١) بداع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٢.

(٢) البحر الرايق جـ ٣ ص ١٠٢.

212 - دار الحرب ودار العهد ودار السلم وحقوق الإنسان :

أشرنا إلى أن القول بأن "كل البلاد غير الإسلامية هي دار حرب" - قول غير صحيح ولا يجوز إطلاقه بهذه الصورة، التي تتجاهل العهود والعقود التي تربط المسلمين بالدول الأخرى، والتي تجعلها "دار عهد" أو دار سلم ويصبح جميع مواطنها معاهدين . وقد قلنا إن العالم كله أصبح الآن دار عهد .

ولا يجوز أن توصف دولة غير إسلامية بأنها دار حرب إلا في حالة وجود حرب بينها وبين المسلمين، وفي فترة الحرب، وفي نطاق قانون الحرب الذي يقوم على مبدأ المعاملة بالمثل: «فمن اعتدى عليكم فاعتذروا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» [البقرة: 194]. ونكرر قولنا: إن دار الإسلام لا تشمل إلا البلاد التي تعلن السلطات السيطرة عليها بأنها تطبق شريعتنا وتخضع لها وتلتزم بها. فدار الإسلام معرضة للانكماش مثل دار الحرب في عصرنا الحاضر، والذي يتسع هو دار العهد أو دار السلم التي تشمل الآن جميع بلاد العالم.. يجب تطبيق مبادئ شريعتنا بشأن تعريف دار الإسلام بأنها هي الملتزمة بشرعيته، وتعريف دار الحرب بأنها التي لا يكون بينها وبين المسلمين عهد، أو تكون في حالة حرب فعلاً مع "دولة إسلامية" بالمعنى الصحيح .

لا يجوز وصف كل من يحمل جنسية أجنبية بأنه حربي، ولأنه يحيى على كل أجنبى أحكام الفقه بشأن "الحربيين". ومن حسن الحظ أنه أضاف تحفظاً حين قال: إن "الحربى" يكون "غير معصوم" إذا لم يكن بين دولته وبين دار الإسلام عهد أو هدنة. ثم كرر ذلك حين قال: إن من ساهموا في الحرب ليس لهم أن يدخلوا دار الإسلام إذا لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد ... ص (ب/ 355) .

* * *

ثم إن قوله بأن "الحربيين" غير معصومين يجب أن يراعي فيه ما قلناه عن أن عدم العصمة لا يحيى للأفراد قتل من وصفهم بأنهم قد "أهدرت دمائهم"؛ خصوصاً إذا لاحظنا أنه واصل منطقه حتى قال: إن المسلم والذمي يكونان مباحي الدم إذا دخلوا دار الحرب دون إذن أو أمان، أي أنه يبيح أيضاً للحربيين "إهدار دم المسلم أو الذمي في الحالة التي أشار إليها". والصواب أن الإهدار حكم شرعى يطبقه القضاء لا الأفراد .

العصمة حق إنساني لكل بني آدم – ولا يجوز إهدارها إلا بحكم القضاء

أو دفاعاً عن النفس في حالة الحرب :

إننا نتحفظ على هذه الأقوال⁽¹⁾ التي تؤدي إلى إباحة الاعتداء على حقوق الإنسان التي حصتها شريعتنا؛ مثل حقه في الحياة وسلامة جسمه وبدنه، وهي في نظرنا حقوق قدستها شريعتنا بدليل أنها فرضت للعقاب عليها عقوبة القصاص التي قصد بها المشرع في ظلنا حماية حق الإنسان في حياته وسلامة بدنه، وهي الحماية التي نعدها أساساً لنظرية شرعية عامة في ضمان حقوق الإنسان وحمايتها من المساس بها إلا بحكم قضائي تنفذه سلطة شرعية. وعلى ذلك فإننا لانسوغ قيام فرد بقتل أى إنسان سواء كان حربياً أو ذمياً أو مستاماً أو مسلماً بموجة إقامة الحد عليه أو بموجة أنه غير معصوم، لأن جميع الناس معصومون بصفتهم بشراً متساوين في "الحقوق الإنسانية" – ولذلك فإننا نرى أن إقامة الحدود من اختصاص القضاء الملزم بالشريعة دون غيره .

إن الأقوال التي بُنيت على الفرض وجود حالة حرب دائمة بين المسلمين وغيرهم قد فات أولها، والقول بذلك غير صحيح حالياً ولانقره إلا بالنسبة للمحاربين المقاتلين من الأعداء في أثناء الحرب. أما مجرد الانتساب إلى دولة غير إسلامية أو معادية فلا يحرم الفرد من الحماية التي قررتها شريعتنا لحقوق الإنسان، إلا حين ثبت مشاركته في العدوان علينا؛ ومن باب أولى لا يُعد الأجنبي محارباً إذا كانت الدولة التي يتسبّب لها معااهدة أو مساملة للمسلمين وليس محاربة. وقد بينا أن جميع دول العالم الموقعة على المواثيق الدولية (مثل ميثاق الأمم المتحدة وغيرها من المعاهدات الجماعية) هي دول معااهدة ومساملة ولا يصح وصفها بأنها "دار حرب" ولا يجوز بالتالي القول بعدم عصمة رعاياها أو حرمانهم من الحقوق الإنسانية التي قدستها شريعتنا وتلزم كل عدوان عليها ...

ومن باب أولى، لا يجوز أن نقر ما ينسب لأبي حنيفة من أن المسلم المقيم في بلد أجنبي ولم يهاجر لدار الإسلام يكون غير معصوم بموجة أنها دار حرب، أو أن المسلم في أي بلد أجنبي لا عصمة له ... ولا القول بأن كل بلد سكانها غير مسلمين هي دار حرب، دون أن تكون بينها وبين المسلمين حرب فعلية .

(1) يراجع تعليقنا على البود (373) وما بعده.

١١٣ - مدى إقليمية الشريعة : رأينا فيما سبق أن الشريعة في أصلها عالمية، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام. وقد بقى 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 مأيرتكه 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 و اختفت 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 متأخرین، يسكنون السهول والوديان أو الصحاري والجبال، ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو جنساتهم. وعلى من يقيمون في دار الإسلام أن يتزموا بأحكام الشريعة لا في دار الإسلام فقط، بل وفي خارج دار الإسلام.

فالبدا الشرعى العام إذن، هو سريان 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 وظروفيها، فهي شريعة عالمية كما قلنا، وهي بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع في أي بقعة من بقاع العالم، ولما كانت الظروف لاتسمح بتطبيق الشريعة إلا في بلاد الإسلام وعلى المقيمين بها، فقد اكتفى نزولاً 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، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التي 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 تبعاً للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائي على المكان.

الأصل في نظره أن الشريعة عالمية ويترب على ذلك أن يلتزم بها المسلم أينما كان، إلا إذا وجد مانع (خارج عن إرادته) يحول دون تطبيقها عليه كلها أو بعض منها . وهذا المانع يتوافر في حالة خصوصه لدولة لا تلتزم بالشريعة، أو لا تسمح له بالالتزام بها كلها أو تسمح له بالالتزام بعضها (مثل أحكام العبادات والأحوال الشخصية) ولا تسمح له بالالتزام البعض الآخر (مثل الأحكام المدنية أو الجنائية أو الدستورية مثل).

وهو يرى أن "الظروف العالمية والمدولية لا تسمح بتطبيق الشريعة خارج نطاق إقليمي معين"؛ ولذلك فإن القاعدة الآن تقضى بأن يكون تطبيقها في نطاق إقليمي محدود هو دار الإسلام .

والإقليم الذى تطبق فيه شريعتنا هو دار الإسلام، وفي هذا الإقليم يخضع الجميع لها سواء كانوا مسلمين أم لا، وسواء كانوا يتمون لدار الإسلام أم لدولة غيرها . وقد أضاف استثناء مقتضاه أن من يقيم في دار الإسلام إذا ارتكب جريمة في دار الحرب يمكن محاكمته والحكم عليه بمقتضى شريعتنا وإن كان هناك خلاف في مدى هذا الاستثناء وشروط تطبيقه .

ونحن نرى أن ما تضمنته بعض القوانين الوضعية من أن ذلك مشروط بعوده الجاني إلى دار الإسلام دون أن يحاكم أو يعاقب عن فعله في البلاد التي ارتكب فيها جريمه - قاعدة يوجبهها تطبيق المبادئ الشرعية العامة .

عدد

١٤- النظرية الأولى : وصاحبها أبو حنيفة، ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام، أي مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية، أيا كانت الجريمة، سواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة، ولا يجوز له أن يرضي لنفسه قانوناً غيرها؛ ولأن الذمي التزم أحكام الإسلام التزاماً دائمًا لقبوله عقد الذمة الدائم.

أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حق الله، أي تمس حقاً للجماعة، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقاً للأفراد، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى المستأمن.

ويعلل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة، بل حاجة يقضيها، كتجارة أو رسالة أو مجرد المرور، وليس في الاستثمار مايلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام، وما يرجع إلى تحصيل مقاصده وهو حقوق العباد، فعليه أن يتلزم الإنفاق وكف الأذى، مادمنا قد التزمنا له بتأمينه بإنصافه وكف الأذى عنه. ولما كانت جرائم القصاص والقتل مما يتعلّق بحقوق العباد ويساساً شديداً، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم التي تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبييد، أما ماعدا ذلك من الجرائم التي لا تمس حقوق الأفراد فلا يسأل عنها-٣٣٩-، ولا تلزمه عقوبتها، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنادقة والسرقة^(١).

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذمي 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 المسلم أو الذمي بأحكام الإسلام،

الصدر تعليق "رقم-٣٣٩-": كيف لا يسأل عنها ياترى، ومادل على حرمة هذه الجرائم ولنروم العقوبة عليها شامل ياطلاقه له، وعلى ولí الأمر تنفيذ الحدود على من يقدر عليه، والمستأمن بعد دخوله دار الإسلام يكون الحاكم الشرعي قادرًا على إقامة الحد عليه فيجب إقامة الحد عليه.

الشاوى رأينا في "التعليق-٣٣٩-": نؤيده في اعتراضه على القول الذي ينسبه فقيهنا لأبي حنيفة من عدم معاقبة المستأمن على الجرائم التي يصفها بأنها لا تمس حقوق الأفراد وكانت تمس حقوق الله أى حقوق الجماعة كالزنادقة والسرقة (مشيراً إلى فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥ و ١٥٦).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٥، ١٥٦.

عوجه أينما كان مقامه، وإنما هي واجب الإمام في إقامة الحد، ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة^(١) -٣٤٠-.

معنى ماسبق أن القضاء بالعقوبة يقتضي الولاية -١٣٤- على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة، ولا ولادة للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة. ويترتب على ماسبق أنه لو دخل مكان الجريمة في ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة -٢٣٤-؛ لأن الولاية كانت متعدمة وقت وقوع الجريمة.

إذا ارتكب المسلم أو الذمي جريمة في دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب، فلابسقط هربه العقوبة؛ لأن الفعل وقع موجباً للعقوبة، وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب

الصدر تعليق "رقم -٣٤٠": القدرة التي هي شرط لوجوب إقامة الحد هي القدرة على إقامة الحد ولو بعد الجريمة، لا القدرة على إقامتها حال الجريمة، وهذه القدرة متحققة بعد رجوع الجرم إلى دار الإسلام فيجب على الحاكم إقامة الحد عليه.

الصدر تعليق "رقم -٣٤١": مر علينا قريباً أنه لا دليل على ذلك وإطلاقات الأدلة تفيه.

الصدر تعليق "رقم -٣٤٤": لازم الرأى الذى ذكرناه قريباً هو لزوم تطبيقها تمسكاً بإطلاق الأدلة كما مر علينا ذلك قريباً.

الشواوى رأينا في "التعليقات -٣٤٠ - و -٣٤١ - و -٣٤٢ -": نؤيد اعتراضه على القول بأن الإمام لا يستطيع معاقبة من يرتكب جريمة في دار الحرب إذا دخل دار الإسلام بعد ذلك، استناداً إلى أن شرط التزام الإمام بمحاكمة مشروط بقدرته على من ارتكب الجريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها - والأصح هو قول السيد الصدر، وهو أن شرط القدرة إذا كان قد توافر بعد ذلك بعد رجوع الجرم إلى دار الإسلام فهذا يكفى لالتزام الإمام بمعاقبته إذا كان لم يعاقب عليها في الخارج ولم يتم تسليمه.

ويلاحظ أن القوانين الوضعية ذاتها - ومنها القانون المصرى - توجب محاكمة الجرم الذي يعود لأرض الدولة بعد ارتكابه جريمة في الخارج إذا كان لا يجوز تسليمه لأنه من المواطنين، ولم يكن قد عوقب عليها في البلد الذى وقعت فيه الجريمة، أو أى بلد آخر، ولم يتم تسليمه خاكمته في الخارج لأنه من الرعايا الذين لا يجوز تسليمهم (مسلمين أو ذميين...).

وفي رأينا أنه لا مجال للتفرق بين مائدة جرائم ماسة بالأفراد مباشرة، وغيرها من الجرائم، لأن جميع الجرائم تمس أمن المجتمع وسلامته في نظرنا ولو كانت في نفس الوقت تمس حقاً فردياً ...

كل ما هنالك أن الفحاص لا يمكن توقيعه إلا في حالة طلب المحنى عليه (أو ول الدم في حالة القتل).

(١) شرح فتح القدير ج - ٤ ص ١٥٢، ١٥٣.

عودة

على ارتكابه من جرائم ، فإن عودته لدار الحرب لا تسقط عقوبته ، ولا تمنع - ٣٤٣ - من العقاب على جريمتة ^(١).

وإذا عسكر جنود الدولة الإسلامية في دار الحرب فكل جريمة وقعت في المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتکبة في دار الإسلام؛ لأن أرض المعسكر في حيازة جند الدولة، وللدولة سلطان عليها، فيُعَدُّ المعسكر لهذا دار إسلام. أما الجرائم التي ترتكب خارج المعسكر، فحكمها حكم الجرائم التي ترتكب في دار الحرب - ٤ - ٣٤ ^(٢).

الصدر

تعليق رقم - ٣٤٣ -: مع قدرة المحاكم على إقامة الحد. رأينا في "التعليق رقم - ٣٤٣ -": يوسعنا ما ذكره السيد الصدر من أن النقاش خاص بالحدود - مع أننا نرى أن الأصل في الجزاء الجنائي هو التعزير، وكل ماقلناه ونقوله فيما بعد يطبق على التعازير... ونحن نؤيد تحفظه في التعليق رقم - ٣٤٣ - بشأن معاقبة الحربي المستأمن الذي يرتكب جريمة في دار الإسلام ثم يعود لدار الحرب، إذ يرى السيد الصدر أن عودته لبلاده لا تسقط عقوبته، أي لا تقع محكمة عندنا طالما أن جريمتة ارتكبت في بلادنا، ولم يحاكم عليها في الخارج. ويشترط السيد الصدر محكمة في بلادنا القدرة عليه وذلك بطلب تسليمه لذلك، وهذا هو ماتقره القوانين الوضعية حالياً لأن الأصل هو اختصاص قضاء البلد الذي ارتكب فيه الجريمة.

الصدر

تعليق رقم - ٣٤٤ -: بل اللازم إقامة الحدود في ظرف القدرة على إقامتها لاطلاق أدلتها وعدم المقيد لها.

الشاوي

رأينا في "التعليق رقم - ٣٤٤ -": يتفق مع مقالته في رقم - ٣٤٠ - إلى - ٣٤٢ - من أن القدرة اللاحقة لارتكاب الجريمة تكفي، وعودة الجنائ إلى بلادنا تعطينا الحق في محكمة. كما أن رأى أبي حنيفة ذاته الذي أشار له فقهينا في الصلب يؤيد محكمة الجندي الذي ارتكب جريمة في الخارج بعد رجوعه لدار الإسلام، ولكننا نرى أن تكون عقوبته تعزيرية، أي أنها نؤيد تعليق السيد الصدر رقم - ٣٤٥ - لأنه يرجح أن العقوبة على الجرائم التي ترتكب في الخارج تكون تعزيرية دائمًا فقط، ونحن نصر على ذلك بحسبنا أن الحدود عقوبات استثنائية، وتوجد شبيهة في هذه الحالة لأن الجريمة وقعت في دار الحرب... وهي كافية لسقوط الحد والاكتفاء بالتعازير كما يفهم من الحديث الشريف المشار إليه في المتن، وقد أيده في التعليق التالي.

(١) بدائع الصنائع ج - ٧ ص ١٣١.

(٢) بدائع الصنائع ج - ٧ ص ١٣٢.

عوده ويرى أبو حنيفة أن الجرائم التي ترتكب من الجنود في أثناء الغزو لاتفقد عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام، لقوله عليه السلام: "لاتقطع الأيدي في الغزاة" (١) - ٣٤٥.

ويفرق أبو حنيفة-٣٤٦- في جرائم القتل بين عدة حالات: فإذا كان القتيل قد أسلم وبقي في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قيله مسلم

الصلوة تعليق "رقم ٣٤٥": الرواية مختصة بحمد السرقة ولا تشمل بقية الحدود. ولقد استدل الشيخ أبو جعفر الطوسي على عدم تنفيذ جميع العقوبات أثناء الغزو بالإجماع وما كان الجندي الإسلامي المجاهد غالباً في أرض العدو فيمكن أن يستدل على هذا الحكم بالخبر المروي عن الإمام جعفر بن محمد (ع) أنه قال: (لاقرئ الحدود بأرض العدو) ولكن هذا الحديث مختص بالحدود فلا يشمل التغزيلات.

الشوى رأينا في "التعليق ٣٤٥": يسربنا أنه يشير إلى التعازير، برغم أنه كما لاحظت من قبل يستند دائماً إلى الأخبار، وكان أولى في نظرنا.. أن تكون الإشارة إلى المبادئ العامة في الشريعة التي هي أساس جميع أحكام الفروع. ونؤيد القول بأن الحدود لاتقام بارض العدو، فأساس قوانا هو المبدأ العام فإن العقوبات المقدرة حداً أو قصاصاً لها صفة استثنائية بختة كما قلنا مراراً، وتسقط بالشبهة. والشبهة في هذه الحالة هي أن البلد الذي وقعت فيه الجريمة لا يطبق عقوبة الفحاص التي قررها شريعتنا جزاء على الجرائم ضد حياة الأشخاص وسلامة أبدائهم..

الصلوة تعليق رقم ٣٤٦:- لا يمكن الموافقة على هذا التفريق، لأن المسلم أينما كان في بلاد الكفر أو بلاد الإسلام فهو مسلم معصوم الدم يحرم قتله ويقتل قاتله، ولا فرق بين بقاء المسلم في دار الحرب أو دخوله إليها مستأئنًا أو مكرًا فإن الأسر لا يبطل عصمة الأسير.

الشواوى رأينا في "التعليق -٣٤٦": يعرض السيد الصدر على التفرقة التي نسبت للإمام أبي حيفة بين حالات قتل المسلم في دار الحرب، ويرى أن قتل المسلم أينما كان يجب القصاص. ونخن نرجح تضييق نطاق القصاص على النحو الذى ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، على أن يكون مفهوماً أن الديمة ليست إلا الحد الأدنى للتعمير - أو الضمان كما يقول هذا الرأى - وأن التعزير واجب في كل حالة يعذر فيها القصاص أو يسقط الحق فيه لسبب أو لآخر.

ولا يفوتنا أن نذكر بأن ربط عصمة الدم بالإسلام غير وارد في نظرنا، لأن كل إنسان معصوم
الدم بحكم تكريم الله لآدم وذراته دون حاجة للبحث في دينه أو عقيدته ...
ولذلك نفضل لو وجد رأي يسوى بين قتل المسلم وغير المسلم في العقوبة التعزيرية في جميع
الأحوال، فيما عدا القصاص لأنّه عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة - وسنرى ذلك عند دراسة
جريمة القتل في القسم الخاص ...

ومن المهم أن هذا الرأي يريحنا من الجدل الذي يثيره السيد الصدر في تعليقه على حقيقة حادثة حول التفرقة التي يتسبّبها فقيهنا للإمام أبي حنيفة بشأن عدم وجوب القصاص أو الديمة في تلك الجرائم، لأن النتيجة هي الاكتفاء بالتعزير على الرأي الذي رجحه الإمام الصدر في تعليقه السابق (رقم ٣٤٥) وأيدنه.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٤

عوده

أو ذمي من أهل دار الإسلام، وإذا كان القتيل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمناً فلا قصاص، لأن عدم الولاية على محل الجريمة، ولكن يلزم القاتل بالدية. وإذا كان القتيل قد دخل دار الحرب مكرهاً كالأسير فيرى أبو حنيفة أن لا قصاص ولا دية في قتيله؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير. ولكن محمد وأبا يوسف يخالفان في هذا ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الأسير، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام، فإذا لم يمكن القصاص لأن عدم الولاية على محل الجريمة وقت وقوتها، فيلزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل لأن ولاية الضمان ثابتة على متلاقيين وقت التناقض^(١).

ويجزي أبو حنيفة للمسلم والذمي إذا دخلاً دار الحرب مستأمين أن يتعاقداً بربا مع حربي أو مع مسلم لم يهجر إلينا، لأن الربا إتلاف مال للحربى برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان؛ لأن المسلم الذى لم يهجر أمواله غير معصومة. ولأبى يوسف رأى مخالف في هذه النقطة -٣٤٧-، فهو يرى أن المسلم والذمى عليهما إذا دخلاً دار الحرب أن يتزاماً أحکام الإسلام، فلا يفعلان ما يحرمه ولو كان مباحاً في دار الحرب، ومادام الربا محظى بنصوص الشريعة فهو محظى في دار الإسلام وفي دار الحرب. ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربي وبين المعاملة مع مسلم لم يهجر إلينا، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربي في دار الحرب جائز للسبب الذى يذكره أبو حنيفة. أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهجر إلينا فهو غير جائز^(٢).

الصدر تعليق "رقم -٣٤٧-": ورأيه هو الراجح لإطلاق الأدلة المانعية عن الربا وعدم اختصاصها بحرمة الربا مع المسلم في دار الإسلام، وجواز إتلاف مال الحربى وعدم كون مال المسلم غير المهاجر معصوماً لا يقضى جواز الربا معه مع أن مادل على عصمة أموال المسلمين وحرمتها عامة غير مختصة بكونه في دار الإسلام.

الشواوى رأينا في "التعليق -٣٤٧-": نؤيد السيد الصدر في شأن عدم إباحة الربا الذى يرتكب في دار الحرب كما يقول أبو يوسف مخالف لرأى إمامه أبي حنيفة النعمان. لكننا نشرط أن يوجد تقيين يجعله جريمة عندنا ويفرض عقوبة جنائية أو تعزيرية على ارتكابه، وإلا فإنه يكون معصية دينية يكفى فيها التوعيض أو الضمان.

وعلى العموم، فإن القول بعدم عصمة المال في دار الحرب لأنقره لأن الحق في المال كغيره من الحقوق الإنسانية لا يجوز في نظرنا إهداره أو القول بعدم عصمة المال في دار الحرب... لأننا نلتزم بالرأى الذى يقول: إن الحقوق الإنسانية كلها معصومة للناس جميعاً في كل مكان في شريعتنا ولا يجوز إهدارها سواء في الداخل أو الخارج. سواء كانت حقوقاً متعلقة بالحياة أو سلامه البدن أو حرمة المال.

(١) بداع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٣.

(٢) بداع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢.

عوده

ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنه لايجوز لل المسلم والذمي أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا في دار الحرب، كما لايجوز لهما ذلك في دار الإسلام فإن تعاقدا في دار الحرب فلا عقاب لانعدام -٣٤٨- الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، ولكن على آخذ الربا الضمان، أى رد ما أخذه ولو كان الآخر في دار الحرب؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكتفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضي.

إذا دخل المسلم أو الذمي دار الحرب مستأمنا فأدانه حربي ثم خرج المسلم أو الذمي إلى دار الإسلام، وخرج الحربي إليها مستأمنا، فإن القاضي لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئاً لا يقضى بالغصب لأن المديانية في دار الحرب وقعت هدراً لانعدام ولايتنا عليهم -٣٤٩-، وانعدام ولايتهم في حقنا أيضاً -٣٥٠-، وكذلك الغصب؛ لأن المديانية والغصب يصادف كلاماً مالاً غير مضمون -٣٥١-، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام. وإنما التزم المسلم أو الذمى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته في دارهم، وأن ينصفهم، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذمى المستأمن وأن يكفووا عن إيدائه.

الصدر

تعليق "رقم -٣٤٨-": انعدام الولاية حال الجريمة لايعني من العقاب عليها لو تحققت الولاية بعد ذلك.

الصدر

تعليق "رقم -٣٤٩-": انعدام ولايتنا عليهم لايعني من القضاء بما حال تحقق الولاية.

الصدر

تعليق "رقم -٣٥٠-": لاعلاقة لانعدام ولايتهم في حقنا بعدم الحكم بلزوم الغصب

والدين حينما تتحقق ولايتنا عليهم.

الشاوي

رأينا في "التعليقات -٣٤٨-، -٣٤٩-، -٣٥٠-": رأى السيد الصدر معارضًا لما نسبه

مؤلفنا للأحاديث يعمشى مع قوله في رقم -٣٤٠- بأن الولاية اللاحقة تكتفى، وكذلك في تعليقه

رقم -٣٤٢- الذي أيدناه ومازلا نؤيده.

الصدر

تعليق "رقم -٣٥١-": كيف يكون مال المسلم مباحاً للكافر ياترى؟ ومجرد استباحتهم له

لايعنى من الحكم عليهم بضمائه.

الشاوي

رأينا في "التعليق -٣٥١-": وتعليق السيد الصدر يؤيد ما قررناه في مناقشتنا لرقم ٣٤٧ وهو

عدم تأييدنا لأى قول يقصر عصمة المال أو الدم على إقليم دون غيره ولا على طائفه من الناس دون

غيرهم. ونؤكد أن هذا المبدأ ليس مقصوراً على عصمة مال المسلم، بل نرى أن العصمة حق إنساني

للمسلم وغيره سواء في بلادنا أو غيرها - لا يتوقف على عقيدة الإنسان، ولاؤطنه ولا الإقليم الذي

يقيم فيه أو يغادره بحكم المساواة الإنسانية في الكرامة جمیع بنی آدم بنص القرآن الكريم ذاته..

عوده

فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئاً فقد غصب مالاً مباحاً له -٣٥٢-، ولكنه حنت بعهده وغدر وأذى من تعهد بالكف عن إدائه ولم ينصفه، والحنث والغدر في ذاته ليس سبباً لحرم المال المباح -٣٥٣- أو تحليل المال المحرم. والحكم كذلك لو كانا حربين أدان أحدهما الآخر في دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما في الدين؛ لأنّه لا ولادة لها عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضي -٤-، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين، فإن القاضى يقضى بينهما لثبت ولادتهما وقت التقاضي ^(١).

وإذا غصب المسلم أو الذمي مسلماً أو ذمياً في دار الحرب أو أداهه فلا عقوبة على الغصب، ولكن يقضى بالدين ويضمّان المغصوب. والعلة في امتناع العقاب هي انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها، والعلة في القضاء بالدين والضمّان هي قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضي.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التي تقع في دار الحرب من مسلم أو ذمي على حرب لا يعاقب عليها، طبقاً لرأى أبي حنيفة لأنعدام الولاية -٣٥٥- على محل الجريمة وقت وقوعها. ولاختص الحكم في دار الإسلام بالنظر فيما يطلب المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالي عن هذه الجرائم. وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه في حكم الحربي كالأسير المسلم أو المسلم الذي لم يهاجر إلى دار الإسلام.

الصدر تعليق "رقم ٣٥٢-": مال الحربي مباح للمسلم، وأما مال المسلم فلا يكون مباحاً للحرب، و مجرد اعتقاده كونه مباحاً له لا يمنع من ضمانه له واقعاً والحكم عليه بالضمان.

الصدر تعليق "رقم ٣٥٣-": مر علينا قريباً أن مال المسلم لا يكون مباحاً للكافر وإن كان في دار الحرب واعتقد الكافر إياه.

الشاوى رأينا في "التعليقين -٣٥٢-، -٣٥٣-": مبدأ المساواة الإنسانية يوجب علينا الاعتراض على قول السيد الصدر "إن مال الحربي يباح للمسلم".

وعلى القول بأن العصمة مقصورة على مال "المسلم" دون غيره من البشر.

الصدر تعليق "رقم ٤-٣٥٤-": تكفي الولاية حال التقاضي التي تصحّ الحكم عليهم عند القاضي وإمكان إلزامهما بطااعة الحكم، وهو حاصل بالنسبة إلى المستأمنين.

الصدر تعليق "رقم ٣٥٥-٣٥٧-": مر علينا قريباً أن انعدام الولاية حال الجريمة لا يمنع من الحكم وإنزال العقاب مع تحقق العقاب وقت التقاضي.

(١) بداع الصنائع جـ ٧ ص ١٣٢، ١٣٣.

عوده

أما إذا كان الجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها أيضاً لأنعدام الولاية-٣٥٦- على محل الجريمة، ولكن المحاكم في دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلب الجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالي عن الجريمة التي وقعت في دار الحرب، وعلى المحاكم أن تقضي بهذا الضمان ولو كان يُعَد عقوبة من بعض الوجه، كالدية فإنها تُعَد تعويضاً من وجه وعقوبة من وجه آخر. ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البحثة، أما العقوبة التي فيها معنى تعويض الجنى عليه بما أصابه من جريمة فلا تقع منها؛ لأنها تحكم بما يُحسباًها ضماناً لا بحسباًها عقوبة.

هذه هي نظرية أبي حنيفة في سريان الشريعة الإسلامية على المكان، وقد كان لرأيه في عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سين على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساساً وسندًا في منح الامتيازات الأجنبية للمستأمين، أي من نسمتهم اليوم بالأجانب، وكلنا يعلم مدى مقاسته البلاد الإسلامية وماتزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التي منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين؛ لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سبباً لاستغلال المسلمين، وتضييع حقوقهم، واستعلاء الأجانب عليهم.

الصدر
الشاوي

تعليق "رقم ٣٥٦-": مر آنفاً ما فيه وما فيما بعده من الفروع.
رأينا في "التعليقات-٣٥٤- إلى -٣٥٦- و-٣٥٨- و-٣٥٩-": مقالة السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك في أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨- إلى -٣٥٠- وأيدناه وما زلنا نؤيده لأن القدرة الالزامية هي التي تكون وقت المحاكمة لوقت ارتكاب الجريمة.

عند عرض آراء الإمام أبي حنيفة نجده يشير إلى "ولاية الدولة"، وهذا يؤكد ما قلناه من أن تطبيق مبدأ الإقليمية يكون بعرفة القضاة الذي يحدد اختصاصه في نطاق إقليم الدولة التي يكون اختصاصه في حدود إقليمها والتي تنفذ أحكامه.

صحيح أن القضاة في شريعتنا هو فرع من الهيئة التشريعية (هيئة الاجتهدات التي مثل الأمة)، لكن تنفيذ أحكامه تقوم به السلطات التنفيذية للدولة، ولذلك فإن القاعدة هي أن ولايته في حدود إقليم الدولة الإسلامية .

وبلغ من دقة اجتهدات فقهنا أنه سبق النظم الحديثة إلى عد القواعد العسكرية جزءاً من إقليم الدولة التي ينتمي إليها الجيش الذي توجد عساكره فيها .

* * *

وكما قلنا بالنسبة لاعتراضنا على ما يسميه "إهانة دم الأشخاص" في حالات معينة، نقوله بالنسبة لما أشار إليه من "إهانة المداينة"، وما رتب عليها مما وصفه بأن "مال المسلمين" وأهل دار الإسلام مباح للحربيين - ومال الحربيين مباح لأهل "دار الإسلام"، لأنه قول يتعارض في نظرنا مع مبادئ الشريعة في حرمة مال الأفراد، التي تُعدّها مثل حرمة دمائهم وسلامة أبدائهم، فكلها من الحقوق الإنسانية التي تقدّسها الشريعة وتُحْمِلها جميع البشر دون استثناء. ولذلك، فإننا لا نقر ما ينسبه إلى الإمام أبي حنيفة أو غيره من الفقهاء من القول بأن القضاة لا يقضى لأحد بدين التزم به فيما يسميه "دار الحرب" - بل ولا يضمن ما غصبه في إقليم دار الحرب ... استناداً إلى ما يسميه "إهانة المداينة" ...

إن نصوص القرآن التي تفرض عقوبة القصاص على من تعدى على حياة غيره أو سلامته بدنـه، والآيات التي تعاقب السارق والسارقة، لا يقتصر تطبيقها على حكم فرعى بتوجيع تلك العقوبات الحدية، بل إن لها مقاصد سامية أبعد من ذلك لأنها تقرر حرمة دماء الأفراد وأبدائهم وأموالهم، وهذه الحرمة توجب حماية الدماء والأبدان والأموال لجميع البشر بحكم إنسانيتهم، وأن القضاء وحده هو الذي يحكم بإهانةـها بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيفة .

لقد أشرنا من قبل إلى أننا استنبطنا من آية الاستئذان نظرية تشريعية لحرمة أسرار الحياة الخاصة، ولاشك في أن حرمة دماء الناس وأبدائهم وأموالهم لاتقل أهمية عن ذلك، وأساسها هي النصوص القرآنية التي تفرض عقوبات مقدرة جداً أو قصاصاً على من يعتدى على تلك الحرمـات .

﴿الإهار لا يعطى للأفراد حقا في الاعتداء على غيرهم، لأن القضاء وحده هو الذي له الحكم بالإهار بعد محاكمة شرعية عادلة ونزيهة﴾

ونحن نشير إلى أن ما يسميه عالمية الشريعة إنما يقصد به التزام الفرد الخاضع لها بمحاكمتها التكليفية ويعمل بها في كل مكان يوجد فيه طالما لا يوجد مانع قهري يجعل دون ذلك؛ ويغرسون عن ذلك بأن التزامه بتطبيقها شخصي، ويصفون هذا النوع من الأحكام التكليفية بأنها "شخصية"، بخلاف الأحكام الجنائية التي لا تطبق إلا بحكم قضائي في إطار إقليمي معين، فهي أحكام إقليمية لأنها تطبق على الأفراد في حدود إقليم معين بواسطة سلطات ذلك الإقليم.

وهو يشير إلى أن "الظروف العملية" أو جبت أن يكون تطبيق الشريعة "إقليمياً" في الأصل، وهذا هو المبدأ العام في الفقه. ومع ذلك فإن تطبيقه يؤدي إلى اختلاف الآراء في المذاهب المختلفة، بل في داخل كل مذهب كما يتبيّن من البند التالية.

ونحن نسأّل إلى القول بأن هذا التعدد في المذاهب والاختلاف في الآراء يؤكّد ما نراه من ضرورة التقين الشرعي حقيقة يعرف المكلف مقدماً الحكم الذي يطبق عليه.

والظروف العملية التي يشير إليها هي أن اختصاص القضاء إقليمي، وعلى ذلك فإن الأحكام التشريعية الجنائية التي يطبقها القضاء يجب أن يكون لها طابع إقليمي.

وإذا كان هذا يطبق على الأحكام الجنائية أو الوضعية لأن تطبيقها يكون عن طريق القضاء فإننا قد أشرنا إلى أن الشريعة تميّز بوجود ما يسميه فقهاؤنا أحکاماً تكليفية، وهي أحكام شخصية يلتزم الفرد بها مباشرةً أيّما كان دونما تدخل القضاء أو أي سلطة زمية.

يجب أن نفرق بين ولاية القضاء وولاية الشريعة. فما قاله من أن الجرائم التي تقع من مسلم أو ذمي في دار الحرب على حرب لا يُعاقب عليها - طبقاً لرأي أبي حنيفة - فيه تحوّز، لأن المقصود هو أن قضاء الدولة (الإسلامية) لا يختص بالحكم في هذه الجرائم لوقوعها في إقليم دولة أخرى، ولأن الجندي عليه من رعايا تلك الدولة فقضاؤها هو أولى بأن يفصل في هذه الجريمة. ونحن نرى ضرورة التفرقة بين اختصاص القضاء وتطبيق الشريعة أو ولايتها، ولذلك فإنه إذا فرض وأعطي للقضاء الإسلامي الاختصاص بنظر مثل هذه الجريمة التي وقعت في بلد أجنبي (يكون ذلك في حالة استثنائية وعلى سبيل التبادل غالباً) فإنه يطبق عليها أحكام الشريعة.

على العموم، فإن كل التفصيات التي عرضها عن اختلاف الآراء في أثر إقليمية الشريعة بشأن تطبيق نصوصها الجنائية على ما يقع في "دار الحرب" لم يعد له تلك الأهمية التي تبرر الإفاضة في عرضها، لأننا سبق أن بياناً أن ما يسمى "دار الحرب" لم يعد له وجود في عصرنا بعد أن تعددت المعاهدات الجماعية والثنائية بين الدول الإسلامية وغير الإسلامية، ونتيجة لذلك فلا محل لوصف أي أجنبي بأنه "حرب" إلا في حالة وجود حرب فعلية، وفي أثناء الحرب فقط.

﴿العقاب على جميع الجرائم من حقوق الله وحق الجماعة﴾

وأكثر من ذلك، فإن الإهدار الذى يصر على الإشارة إلى أنه يبيح للفرد إهانة دم إنسان آخر لا نعتقد أن له هذا الأثر، وإنما يقتصر أثره على حق القضاء في الحكم بالحد أو القصاص الذى يعني ما يسمى الآن بالإعدام ... ويكون ذلك بالحكم القضائى متى توافرت شروط تطبيق عقوبة القتل التي تفرضها شريعتنا – والقضاء وحده هو الذى له الحق في إثبات توافرها وجود الأدلة الشرعية على الإدانة بها ... ما ذكره من أن رأى أبي حنيفة يفرق بين الجرائم التي يصفها بأنها تمس حقوق الأفراد، وجرائم أخرى يصفها بأنها تمس حق الله أو حقاً للجماعة، يتعارض مع ما قررناه مراجعاً – وأيدته أقواله في بعض الموضع – من أن جميع الجرائم تمس حقوق الجماعة وحق الله، لأن شريعة الله سبحانه وحقوق الجماعة هي التي تحمى حقوق الأفراد. فالمساس بهذه الحقوق الفردية كحق الحياة وسلامة البدن، يهدد أمن الجماعة ومصلحتها التي تستوجب حماية حقوق أفرادها.

لقد سبق أن بينا الأسباب التي تقضي عدم القول بوجود أي جريمة لا تمس حقوق الجماعة، لأن جميع ما تعيق عليه الشريعة أياً كان سبب العقوبة أو نوعها أو مقدارها يُعدُّ في شريعتنا وفقها ضاراً بالجماعة وما يتحقق لها من الله سبحانه بمحابيتها، وأن حقوق الجماعة تُعدَّ دائماً حقوقاً للله .

إن فقيهنا كان حريصاً على عرض الأحكام التي توصل إليها أسلافنا في عصورهم، ولكننا حرصنا على بيان النطور الذي حدث في العلاقات الدولية عموماً، وفي علاقات دولنا بغيرها تبعاً لذلك، ونتائج ذلك في كل ما يتعلق باختصاص القضاء أولاً، وما يتعلق بتطبيق أحكام شريعتنا من حيث الإقليم .

أما اختلافنا مع مقاله بشأن الإهانة، فليس ناتجاً عن ظروف جديدة، بل هو التزام بالمبادئ الإنسانية الأصيلة التي قررها القرآن وسبقت شريعتنا جميع النظم لـ إقرارها، وهي تجعل الصفة الإنسانية أساساً لاعترافنا بجميع البشر بحرمة النفس والدم والمال وغيرها من الحريات التي تمنحها الصفة الإنسانية لبني آدم كلهم دون أي استثناء .

النظريّة الثانية : وهي نظرية أبي يوسف من فقهاء المذهب الحنفي، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمي، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن. وحجته في ذلك: أن المسلم يُلزم إسلامه بالتزام أحكام الإسلام، وأن الذمي ملزم بأحكام الإسلام التزاما دائما بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم. أما المستأمن فيلزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام، وبقبوله دخول دار الإسلام؛ لأنّه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط، فصار حكمه حكم الذمي، ولا فرق بينهما إلا أن الذمي أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت. ولهذا، يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على 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 المستأمن. فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الأحوال -٣٥٧-، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن 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 ارتكبها المقيمون في دار الإسلام، ولكنه يخالف أبي حنيفة في مسألتين ذكرناهما في أثناء عرض نظرية أبي حنيفة. الأولى منها أن أبو يوسف يرى أن المسلمين والذميين لا يجوز لأحد هما في دار الحرب أن يتعاقد بربا مع حربي أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إليها، ولو كان التعاقد على الربا غير محروم في دار الحرب؛ لأنّه محروم عليه طبقا لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. والفرق بين رأي أبي حنيفة ورأي أبي يوسف في هذه النقطة أن أبي حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محظى بينما يحرمه أبو يوسف -٣٥٨-. والثانية منها مسألة الأسير المسلم إذا قتله في دار الحرب مسلم أو ذمي،

الصدر

الصلدر

تعليق "رقم-٣٥٧-": وهذا هو الرأي الراجح كما مر علينا قريرا.

تعليق "رقم-٣٥٨-": والأرجح هو القول بالحرمة لعموم أدلة الحرمة وصححة الحكم بعقابه إذا حصلت الولاية عليهم بعد ذلك.

الشاوي

رأينا في "التعليق-٣٥٧-، -٣٥٨-": تعليق السيد الصدر يؤكّد ما قاله في التعليقات السابقة، من رقم -٣٣٩- إلى رقم -٣٤٢-، وقد أيدنا رأيه وذكرنا حجتنا في ذلك.

(١) بدائع الصنائع ج- ٧ ص ١٣٤.

عوذه

فأبو حنيفة لا يرى في قتله قصاصا ولا دية، لأنه فقد بالأسر عصمه، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية؛ لأن الأسر لا يفقده عصمه، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية-٣٥٩-، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل، لأن المحاكم الإسلامية أن تقضي بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب، إذا كان الجانى والجنى عليه من أهل دار الإسلام؛ لأن ولاية المحاكم عليهم قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة. والفرق بين الرأيين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة.

الصدر

تعليق "رقم-٣٥٩-": ولكن يجب القصاص إذا تحققت الولاية بعد ذلك لعموم أداته وعدم تقييدها بتحقيق الولاية حال الجريمة.

الشواوى

رأينا في "التعليق-٣٥٩-": ما قاله السيد الصدر هو تأييد لما قاله قبل ذلك في أرقام -٣٤٠- إلى -٣٤٢- ثم -٣٤٨- إلى -٣٥٠- وأيدناه. ومازالتنا نؤيد أن القدرة الالزمة هي التي تكون وقت المحاكمة لا وقت ارتكاب الجريمة، كل ما هنالك أنه يمكن الاكتفاء بالتعزير لأن القصاص عقوبة استثنائية تسقط بالشبهة، وهنا تكون الشبهة أن مكان الجريمة لا يحكم فيه بالقصاص إذا حكم هناك، والمحاكمة في مكان وقوع الجريمة هي الأصل.

ويسرنا أن نشير إلى أن ملاحظات السيد الصدر في كثير من التعليقات الخاصة بهذا الموضوع هي أقرب لما توصلنا إليه في حاشيتنا، وهذا يكفى لإقناعنا بأهمية الدراسات المقارنة للمذاهب الفقهية المختلفة والمتعددة.

إن ما عرضه من آراء أبي يوسف أقرب للمنطق في نظرنا مما نسبه إلى الإمام أبي حنيفة النعمان ، لكننا لا نقر ما وصفه بأن "الأسير" المسلم في دار الحرب يفقد عصمه بحججة أنه إذا قتل لا يطبق على مرتكب هذه الجريمة عقوبة القصاص (عند أبي يوسف) ولا عقوبة الديمة أيضاً (عند أبي حنيفة) – لأن عدم وجوب هاتين العقوبتين المشددتين ليس معناه عدم فرض عقوبة أو جزاء تعزيري – فليس معناه في نظرنا أن دم الأسير أصبح مباحاً لا يعاقب قاتله بحججة أنه مهدر. هذا في حالة ما إذا حكم الجنائ طبقاً للشريعة في بلد يلتزم بها.

أقصى ما يمكن قوله أن القضاء الإسلامي إذا عُرض عليه الموضوع وكان مختصاً به (استثنائياً) فإن وقوع الفعل في دار الحرب يمكن أن يُعدّ شبهة توجب عدم الحكم بالعقوبة القصوى وهي عقوبة القصاص؛ بل يجب أن يكتفى بعقوبة تعزيرية.

وقد أشرنا من قبل إلى عدم قبولنا للقول بأن هناك جرائم لا تمس حقوق الجماعة ولا حق الله بحججة أنه تطبق فيها عقوبة القصاص المشددة بناءً على طلب المجنى عليه أو ولد الدم عندما تتوافق شروط القصاص.

كذلك نعيد رأينا بأن القول بأن حالة الأسر يترتب عليها عدم العصمة، هذا القول لا يتفق مع مبادئ شريعتنا. وإذا كانت شريعة العدو تقضي بذلك فإن هذا لا يبرر نسبة هذا الحكم لشريعتنا ..

ويسونا أنه عَدَ الديمة نوعاً من الضمان (أى التعييض المدنى) – وهو كذلك في نظرنا – وكل ما أضفناه هو أنها الحد الأدنى مع جواز إضافة تعويض تكميلي إذا تجاوز الضرر حدودها تطبيقاً للمبدأ الشرعى أن "الضرر يزال".

وعقد الديمة في العصر الحاضر هو قانون الجنسية الذى يعترف لغير المسلم بصفة مواطن يحمل جنسية الدولة، والجنسية كما قلنا هي علاقة سياسية بين الدولة ورعاياها جميعاً مسلمين وغير مسلمين .

أما عقد الأمان فهو تأشيرة الدخول التي تعطى للأجنبي للإقامة المؤقتة القصيرة أو الطويلة في إقليم الدولة التي منحته تأشيرة الدخول، وبطاقة الإقامة حسب نظامها.

عوذه

٤١٦ - النظرية الثالثة : وهي نظرية مالك^(١) والشافعى^(٢) وأحمد^(٣) وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل حدود دار الإسلام، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة، والذمى ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذى التزم بمحضه أحكام الإسلام التزاماً دائماً في مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه وملاهه، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلب الأمان، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان، فحكمه حكم الذمى. ولا يختلف المستأمن عن الذمى إلا في أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة، والذمى إقامته مؤبدة. وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما، فلا تسقط العقوبة بغيره وخروجه من دار الإسلام، بل تستوف العقوبة حين القدرة عليه.

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمي في دار الحرب، بخلاف جرائم الحرب المستأمن التي يرتكبها في دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها في دار الإسلام؛ لأنه لم يلزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره -٣٦-. أما المسلم والذمي فيستوي في حقهما ارتكاب الفعل المحرم في دار الإسلام أو في دار الحرب مadam الإسلام بمحرمه. وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل، فإنه لا يؤثر وبالتالي على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم.

ويُعَاقِبُ الْمُسْلِمُ وَالذِّي عَلَى الْجَرَائِمِ الَّتِي يَرْتَكِبُهَا أَحَدُهُمَا فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَلَوْ كَانَ
الْفَعْلُ مِبَاحًا فِي دَارِ الْحَرْبِ كَالرِّبَا، مَادَامَتِ الشَّرِيعَةُ الْإِسْلَامِيَّةُ تَحْرُمُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمَا هَذَا الْفَعْلِ.
أَمَّا إِذَا كَانَ الْفَعْلُ مُحْرَمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَكِنَّ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ تَبِعِّهُ، فَلَا
عِقَابٌ عَلَى مَنْ ارْتَكَبَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

وإذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام؛ لأنَّه يصبح حربياً بتركه دار الإسلام -٣٦١-، وتزول صفتة كذمي، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام، وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود بحسبانه حربياً مستأمناً ذمياً.

تعليق رقم -٣٦٠-: وهذا يكفي في عقابه على جرائمه السابقة وإن كانت في دار الحرب.

تعليق "رقم ٣٦١ -": صيرورته حررياً لايمنع من معاقبته بعد القدرة عليه كما مر علينا

ذلك قريباً. وعدم التزامه بأحكام الإسلام لا يمنع من تطبيق أحكامه عليه مع الإمكان.

(١) موهب الجليل جـ ٣ ص ١٦٥،٣٥٥ ، المدونة جـ ١٦ ص ٩١.

.٣٥٨ ج-٢ ص()المهذب

(٣) المغني ج. ١٠ ص ٤٣٩، ٥٣٧، الشرح الكبير ج. ٩ ص ٣٨٣.

عوده وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام، وارتکب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الإسلام ولو عاد مسلما؛ لأنَّه أصبح بردته وترك دار الإسلام حربيا، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام -٣٦٢ .

ويُعَذَّ هؤلاء الفقهاء العسكري الإسلامي أرضًا إسلامية ولو كان في دار الحرب، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم في العسكري أو في خارجه، لأنَّ الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أو في دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه.

ويرى مالك والضافى ألا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت إلا إذا لم يكن لأمير الجيشه حق توقيع العقوبة، وإلا إذا كان المسلمين حاجة إلى الجانى، أو كان لهم به قوة، وهذا الاستثناء الأخير للشافعى خاصة.

ويرى أحد تأثير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجندي إلى دار الإسلام، أو حتى يعود الجانى وحده، وهذا الرأى يتفق مع رأى أبي حيفية، وقد سبق أن بسطناه -٣٦٣ .

الصدر تعليق رقم ٣٦٢ - "مر علينا قريباً أن عدم التزامه بأحكام الإسلام لا يمنع من معاقبته على الجريمة، إلا أن يمسك القائل بعدم العقاب بالحديث المشهور (الإسلام يجب مقابلة)، ولكن يرد على الاستدلال بالحديث المذكور أنَّ ظاهر الحديث اختصاصه بالإسلام الابتدائي ولا يشمل الإسلام المسبوق بالارتداد لأنَّ ظاهر مقابلة أنَّ م الواقع منه لم يكن مسبوقاً بالإسلام بل هو ملحوق به، وما يصدر من المرتد الذى يعود إلى الإسلام إنما صدر منه بعد إسلامه السابق وقبل إسلامه اللاحق فلا يكون مشمولاً للحديث المبارك. هذا مضافاً إلى ضعف سند الحديث المذكور وعدم حجيته، وإنما اعتمدنا عليه في الإسلام الابتدائي لاعتراضه بالسيرة القطعية إذ لم يعهد في عهد النبوة الظاهر ولا فيما بعده من العهود الإسلامية أن عوقب الكافر بعد إسلامه على ماصدر منه من الجرائم حال كفره، ولم تثبت السيرة بالنسبة إلى من أسلم بعد الارتداد.

الصدر تعليق رقم ٣٦٣ - "وقد سبق أن ذكرنا أنَّ ذلك هو الرأى الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري، ويُعَذَّ العسكري على تأخير خصوص الحدود بما روى عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) أنه قال : "لات quam الحدود بأرض العدو".

الشاوى رأينا في "التعليقات -٣٦٠ - إلى -٣٦٣ -" : يسرى عليها ماقلناه في مناقشتنا للتعليق رقم ٣٥٧ . ومع ذلك فلا بد أن نكرر ملاحظتنا من أنه يحتاج دائماً بالأخبار، أما نحن فنفضل إعمال المبادئ العامة التي أشرنا إليها مراراً. فسقوط الحدود عن الجرائم التي ترتكب "بأرض العدو" كما يقول أساسه في نظرنا أنها عقوبات استثنائية تسقط بالشبهة كما قلنا من قبل، وإذا كان هو يشير في تعليقه رقم ٣٦٣ إلى مانقل عن الإمام جعفر بن محمد الصادق فإنه كان تأكيداً لالتزام هذا الإمام بتلك القاعدة الأساسية.

عودة

وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمي على الجرائم التي يرتكبها في دار الحرب، فإن هذه القاعدة تتطبق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة، وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الأمر. ولكن القاعدة لاتنطبق على كل هذه الجرائم بدرجات 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 يغفر عن الجريمة بعد وقوعها، وأن يغفر عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها. أما جرائم التعازير التي يشتبهها ولـي الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولـي الأمر، ويجوز إلا يعاقب عليها، لأن ولـي الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم، ويجوز له أن يبيحها وألا يعاقب عليها إذا وقعت في دار الحرب. معنى هذا أن العقاب على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ليس واجبا في كل الجرائم.

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة. أما نظريتنا أبي حنيفة وأبي يوسف، فمقتضاهما أن لا عقاب على أي جريمة -٣٦٤- ترتكب في دار الحرب مهما كان نوعها، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها، والولاية منعدمة في كل الأحوال.

الصدر

تعليق "رقم -٣٦٤": مر علينا قريباً أن الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري هو لزوم العقاب على أي جريمة ترتكب، وإن كان اللازم تأخيره إذا وقعت الجريمة في دار الحرب إلى رجوع المسلم إلى دار الإسلام.

الشواوى

رأينا في "التعليق -٣٦٤": مذهب الجعفرية الذي يشير إليه السيد الصدر هو تطبيق سليم لمبدأ وجوب محكمة المسلم أو الذمي (وكلاهما مواطن لا يجوز تسليمه)، ويجب محكمته على جرائمه في الخارج بدلاً من تسليمه إلى البلد الذي وقعت فيه الجريمة المحكمته هناك، وحتى لا تبقى الجريمة دون عقاب بسبب عدم جواز التسليم... معنى ذلك أنه إذا كان قد حوركم فعلًا في البلد التي وقعت فيها الجريمة أو أي بلد أجنبي آخر، فلا بد أن يؤخذ هذا بعين الاهتمام ولا يجوز أن يحاكم على فعل واحد مرتين، وكذا نود لو أنه أشار لذلك في التعليقين رقم -٣٦٠ و -٣٦١.

216 - التمييز بين اختصاص القضاء وولاية الشريعة :

إن ما عرضه من اختلافات بين آراء الأئمة الثلاثة (مالك والشافعى وأحمد) يؤيد قولنا إن التقين الشرعى يجب أن يختار الرأى الذى يطبق على الجميع فى بلد معين مع مراعاة ظروف الزمان والمكان لكنه يطبق القضاة حكماً موحداً.

وما ي قوله عن أحكام الجرائم التى يرتكبها المسلم أو الذمى فيما يسميه دار الحرب يجب في نظرنا أن غمز فيه بين ما يتعلق باختصاص القضاء وما يتعلق بولاية الشريعة، لأن الأحكام التكليفية (مثل تحريم أكل مال الناس بالباطل أو تحريم العداون على حرمات الناس وحياتهم وأبدانهم وأموالهم وحقوقهم في شريعتنا) لها في نظرنا ولاية شخصية، إذ يتلزم بها المسلم حتى في خارج إقليم دار الإسلام ب رغم أن قضايانا لا ولاية له على الجرائم التي ترتكب في الخارج....

كما أثنا بيتنا أنه لا يجوز عدُ الدول الأجنبية كلها دار حرب في هذا العصر لأنها دار عهد وسلم، لوجود معاهدات ثنائية وجماعية تقر حالة السلم بل التعاون الدولي بين جميع الشعوب. فوصف دار الحرب يجب أن يكون محصوراً في البلاد التي تكون معها في حالة حرب - وطول مدة الحرب فقط - كما حدث بالنسبة لإسرائيل ...

ويلاحظ أن القول بعقاب الجاني (المسلم الذمى) عن جريمة ارتكبها في الخارج، إنما يكون في حالة عدم محاسنته عنها في أي بلد آخر (وسبب عدم جواز تسليمه للبلد الذى وقعت فيه الجريمة)، ولكن يجوز في نظرنا (إذا كان قد حوكم فعلاً في الخارج وحكم عليه بالعقوبة) أن تفرض عليه تعازير وقائية أو إصلاحية لأنها ليست عقوبة، ويمكن أن تضاف إلى العقوبة التي فرضت عليه في الخارج إذا لم تكن كافية في نظر قضائنا .

٢١٧ - عودة

وهي تكاد تكون نفس النظريات التي عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم. فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاًها، تقضي بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم في الداخل والخارج، وقد كانت هذه النظرية سائدة في القرون الوسطى، وهي تماثل نظرية أبي حنيفة فيما يخص بتطبيق القانون في إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب، ولكنها تختلف نظرية أبي حنيفة -٣٦٥- في أن القانون يتبع الرعايا في الخارج، الأمر الذي لا يراه أبو حنيفة. والثانية، تقضي 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، تقضي بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أي جريمة داخل حدود الدولة، كما تقضي 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، ولافرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعى وأحمد، إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين -٣٦٦- تجعل العقاب واجباً في بعض الجرائم التي تقع في الخارج ولا خيار لولي الأمر فيه، وتترك لولي الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة في ذلك، أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ماترى 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 لنظرية الإسلامية هي أخطر الجرائم وأهمها، ومصلحة الدولة تقضي العقاب عليها.

الصدر تعليق "رقم ٣٦٥-": ولكنها موافقة في هذه الناحية لنظرية فقهاء المذهب المغفرى كما مر علينا ذلك قريباً.

الصدر تعليق "رقم ٣٦٦-": ومهم فقهاء المذهب المغفرى.
الشوى رأينا في "التعليقين ٣٦٦-، ٣٦٦-": السيد الصدر يؤيد رأيه السابق في تعليقاته أرقم ٣٣٩ وما تلاه باعتراضه على مانبه فقيهنا للإمام أبي حنيفة، ويقول إن هذه هي نظرية فقهاء المذهب المغفرى. ورأينا هو أن شريعتنا تطبق على جميع الجرائم التي تقع في بلادنا سواء كان مرتكبها مواطناً أو أجنبياً. أما الجرائم التي ترتكب في الخارج فلا تختص بها محاكمتنا ولا تطبق فيها شريعتنا إلا في حالات محددة وبشروط أولاًها ألا يكون الجاني قد عوقب عليها فعلاً في أي بلد آخر.. وثانياًها أن يكون الجاني لا يجوز تسليمه للدولة التي وقعت الجريمة على أرضها - وهذا خاص بالمواطنين (مسلمين وذميين).

عوده

٢١٨ - كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام ؟ : يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار الإسلام، ودار حرب، وقد يظن البعض أن هذا يقتضي أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة، وهو ظن لا أساس له من الواقع. فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام. والإسلام يقتضي أن يكون المسلمين في كل بقاع الأرض يدا واحدة، يتوجهون اتجاهها واحدا وتسوسيهم سياسة واحدة. وأبسط الصور وأكفلها 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 يمكن أن تتحقق مع قيام دول متعددة - ٣٦٧ - في دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاهها واحدا، وتسير على سياسة واحدة. والإسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم في روسيا، ولا مع نظام الدمنيون الإنجليز، ولا يتنافى مع النظام القائم الآن في البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التي تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات في الدول العربية المختلفة، ولا يتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها، وعلى حل ما يثور فيها من نزاع داخلي. ولا يتنافى الإسلام مع أي نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية، وأن هذه الأهداف هي أن يكون المسلمين يدا واحدة على من عدتهم، وأن يكون اتجاههم واحدا وسياستهم واحدة - ٣٦٨ - .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضعت في عهد العباسين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسين في المشرق، ودولة العلوين في المغرب، ودولة الأمويين في الأندلس، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح في كل قطر إسلامي دولة إسلامية.

الصدر تعليق "رقم ٣٦٧-": بشرط أن تكون جميعها خاضعة لأمر الإمام (ع) وإرادته في ظرف وجوده وترأسه للدولة الإسلامية، وأما في ظرف عدم وجوده وغيره فلا محل للشرط المذكور.

الصدر تعليق "رقم ٣٦٨-": والمجمع يجب عليهم إطاعة الإمام المقصوم حال ترأسه للدولة الإسلامية.

الشاوي رأينا في "التعليقات - ٣٦٨-، - ٣٦٩-": يشير إلى الامتيازات التي يقول بها الجغرافية للإمام المقصوم في حالة وجوده وعدم غيابه، ولا يعترض بها فقه السنة. أما في حال الغيبة - في عصرنا الحالي - فالرأى واحد لدى الجميع.

وتعدد الدول الإسلامية أصبح أمرا واقعا لا يمكن إنكاره ولا تجاهله، ولذلك فإن السيد الصرد يؤيد مقاله فقيهنا لأننا الآن في حالة غيبة الإمام عندهم... .

وعوده

وَتَعُدُ النَّظِيرَاتُ الْإِسْلَامِيَّةُ كُلَّ الْبَلَادِ الْأَجْنبِيَّةَ دَارَ حَرْبٍ وَاحِدَةً مَعَ اخْتِلَافِ الدُّولِ الَّتِي تَحْكُمُهَا، فَقَدْ كَانَ الْمُسْلِمُونَ يَحْارِبُونَ التُّرْكَ وَالْرُّوسَ وَالْمُنْهُودَ وَالْإِسْبَانَ وَالْفَرْنَسِيِّينَ وَالرُّومَانَ، وَكَانُوا يَعْدُونَ بِلَادَ كُلِّ هُؤُلَاءِ وَغَيْرِهِمْ دَارَ حَرْبٍ.

فَالْمَقْصُودُ إِذْنَ مِنْ تَقْسِيمِ الْعَالَمِ إِلَى دَارِ إِسْلَامٍ وَدارِ حَرْبٍ لِيُسَّرَ جَعْلُ الْعَالَمِ تَحْتَ حُكْمِ دُولَتَيْنِ أَوْ وَحْدَتِيْنِ سِيَاسِيِّيْنِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَقْسِيمُ الْعَالَمِ إِلَى قَسْمَيْنِ : أَحَدُهُمَا : دَارُ أَمْنٍ وَسَلَامٍ لِلْمُسْلِمِينَ، وَالثَّالِثُ : دَارُ خَوْفٍ وَعَدَاءٍ لِلْمُسْلِمِينَ، وَبِيَانِ الْأَحْكَامِ الَّتِي تَسْرِي عَلَى الْمُقِيمِينَ فِي كُلِّ دَارٍ، وَقَدْ عَدَّتِ الْبَلَادُ الْإِسْلَامِيَّةُ عَلَى اخْتِلَافِ حُكْمَاهَا دَارًا وَاحِدَةً، لِأَنَّهَا مُحَكَّمَةٌ بِقَانُونَ وَاحِدٍ هُوَ الشَّرِيعَةُ الْإِسْلَامِيَّةُ، فَهِيَ مِنْ هَذِهِ الْوِجْهَةِ وَحْدَةٌ قَانُونِيَّةٌ لَا تَخْتَلِفُ فِيهَا الْأَحْكَامُ بِاخْتِلَافِ الْجَهَاتِ وَلَا بِاخْتِلَافِ الْأَجْنَاسِ، وَعَدَّتِ الْبَلَادُ الْغَيْرُ إِسْلَامِيَّةُ دَارًا وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْأَحْكَامَ الَّتِي تَسْرِي عَلَيْهَا طَبِيقًا لِلشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ أَحْكَامٌ وَاحِدَةٌ لَا تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْجَهَاتِ وَبِاخْتِلَافِ الْأَجْنَاسِ. وَهَذَا هُوَ الْأَسَاسُ الصَّحِيحُ لِتَقْسِيمِ الْعَالَمِ إِلَى دَارِ حَرْبٍ وَدارِ إِسْلَامٍ.

وَعَلَى هَذَا، فَتَعَدَّ الدُّولُ الْإِسْلَامِيَّةُ لِنَمْ يَمْنَعُ الْيَوْمَ مِنْ تَطْبِيقِ النَّظِيرَاتِ الْإِسْلَامِيَّةِ، كَمَا لَمْ يَمْنَعْ مِنْ تَطْبِيقِهَا قَدِيمًا، فَقَدْ طَبَقُوهَا الْأَنْدَلُسِيُّونَ فِي الْأَنْدَلُسِ، وَالْمَغَارِبَةُ فِي الْمَغْرِبِ، وَالْعَلَوِيُّونَ فِي مَصْرَ، وَالْعَبَاسِيُّونَ فِي بَغْدَادِ، وَنَسْطَطَيْعُ الْيَوْمَ أَنْ نَطْبِقَهَا فِي مَصْرَ وَفِي لَبَانَ وَفِي سُورِيَا وَالْعَرَاقِ وَالْحِجَازِ وَالْبَاقِسْتَانِ وَفِي الْمَغْرِبِ، وَفِي كُلِّ بَلَدٍ إِسْلَامِيٍّ لِهِ حُكْمَةٌ تَحْكُمُهُ وَحْدَوْدُ تَحْدُهُ.

وَمِنْ السَّهْلِ تَطْبِيقُ النَّظِيرَاتِ الْإِسْلَامِيَّةِ الْيَوْمَ، وَلَكِنْ تَطْبِيقُهَا يَقْتَضِي مِنْ كُلِّ دُولَةٍ إِسْلَامِيَّةٍ أَنْ تَعُدَّ نَفْسُهَا مُمْثَلَةً لِلْإِسْلَامِ فِي جَمِيعِ بَقَاعِ الْعَالَمِ لَا فِي دَاخِلِ حَدُودِهَا فَقَطْ. فَمَثَلًا إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَطْبِقَ نَظِيرَةَ أَبِي حِيْفَةَ فِي مَصْرَ، فَإِنَّا نَعَاقِبُ أُولَاءِ كُلِّ مَنْ يَرْتَكِبُ جَرِيْمةً دَاخِلَ حَدُودِ الْبَلَادِ الْمُصْرِيَّةِ مُسْلِمًا كَانَ اجْلَانِيًّا أَوْ ذَمِيًّا، مَصْرِيًّا أَوْ شَامِيًّا أَوْ عَرَقِيًّا أَوْ فَلَسْطِينِيًّا أَوْ فَارِسِيًّا وَهَكُذا، لِأَنَّ كُلَّ فَرْدٍ مِنْ رَعَايَا أَى دُولَةٍ إِسْلَامِيَّةٍ لَا يُعَدُّ أَجْنَبِيًّا بِالنَّسْبَةِ لِأَى دُولَةٍ إِسْلَامِيَّةٍ أُخْرَى، وَلِأَنَّ بِلَادَ إِسْلَامٍ كُلُّهَا دَارٌ وَاحِدَةٌ. تَحْكُمُهَا شَرِيعَةٌ وَاحِدَةٌ، وَنَعَاقِبُ ثَانِيَاً كُلَّ هُؤُلَاءِ عَلَى أَى جَرِيْمةٍ يَرْتَكِبُوهُنَا فِي أَى بَلَدٍ إِسْلَامِيٍّ آخَرَ، سَوَاءَ كَانُوا يَقِيمُونَ فِي مَصْرَ إِفَاقَةً دائِمَةً أَوْ إِقَامَةً مُؤْقَةً، بِشَرْطِ أَلَا يَكُونُوا قَدْ عَوَقُبُوا عَلَى هَذِهِ الْجَرِيْمَةِ فِي مَحْلِ ارْتِكَابِهَا، أَوْ فِي أَى بَلَدٍ إِسْلَامِيٍّ آخَرَ؛ فَإِذَا كَانُوا قَدْ عَوَقُبُوا عَلَى الْجَرِيْمَةِ فِي أَى بَلَدٍ إِسْلَامِيٍّ آخَرَ بِغَيْرِ الْعَقُوبَةِ الَّتِي تَوْجِبُهَا الشَّرِيعَةُ، وَجَبَ أَنْ يَعَاقِبُوْنَ مَرَّةً ثَانِيَةً بِالْعَقُوبَةِ الْمُقْرَرَةِ فِي الشَّرِيعَةِ، لِأَنَّ بِلَادَ إِسْلَامٍ كُلُّهَا دَارٌ وَاحِدَةٌ مَهِمَا اخْتَلَفَ حُكْمَاهَا، وَلِأَنَّ إِسْلَامَ يَوْجِبُ عَلَى كُلِّ دُولَةٍ إِسْلَامِيَّةٍ أَنْ تَقْيِيمَ أَحْكَامَهُ وَأَنْ تَبَادِرَ إِلَى تَغْيِيرِ الْمُنْكَرِ وَالنَّهِيِّ عَنْهُ، وَمِنْ تَغْيِيرِ الْمُنْكَرِ أَنْ تَبَادِرَ الدُّولَةُ بِتَوْقِيعِ الْعَقُوبَةِ الَّتِي تَوْجِبُهَا الشَّرِيعَةُ عَلَى مَنْ اسْتَحْقَهَا.

عوده

ومسبق يصدق على جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولي الأمر في جرائم التعازير حق العفو-٣٦٩- عن الجريمة والعفو عن العقوبة، وليس له ذلك في جرائم الحدود، ولا في جرائم القصاص والدية. أما جرائم التعازير التي يجرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ما قبلنا، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محظماً في محل وقوعه، ومحل المحاكمة عليه. فإذا كان الفعل مباحاً في محل وقوعه امتنع العقاب عليه في أي دولة أخرى، وإذا كان محظماً في محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه في أي 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، لا يصح تأخيرها، ولا يجوز العفو عنها، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة مالم يعف عنها المجنى عليه أو ولـيـ دـمهـ. فإذا لم تقم حـكـومـةـ إـسـلـامـيـةـ عـقـوـبـاتـ الحـدـودـ وـالـقـاصـاصـ وـجـبـتـ إـقـامـتـهـاـ عـلـىـ الـحـكـومـاتـ الـأـخـرـىـ،ـ وإنـ لمـ تـقـمـهـاـ الـحـكـومـاتـ وـجـبـتـ عـلـىـ الـأـفـرـادـ،ـ أماـ عـقـوـبـاتـ التـعـازـيرـ فـيـجـوزـ إـيقـافـ تـنـفيـذـهـاـ وـالـعـفـوـ عـنـهـاـ.

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة، وجرائم التعازير التي حرمتها أولو الأمر، أن الأفعال المكونة لل النوع الأول لا يجوز إياحتها وإن جاز العفو

الصدر تعليق "رقم-٣٦٩-": ليس له حق ذلك إذا كان الشارع قد حكم بكونها جريمة، وإنما له حق العفو عن العقاب في غير الجريمة التي أمر الشارع بالمعاقبة عليها.

الشوى رأينا في "التعليق-٣٦٩-": يوجب علينا أن نذكر باختلافها مع فقيهنا والسيد الصدر معاً بشأن المقصود بأولياء الأمر في العفو وفي كل ما يتعلق بالتشريع والقضاء، وأنه ليس رئيس الدولة كما يقول كثيرون بل هم أهل الاجتهاد. وإذا كان القرار يصدر من رئيس الدولة فيكون بذلك بناء على طلبهم. التفرقة بين عقوبات الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى هي تفرقة دقيقة، ومرجعها أن الحدود والقصاص عقوبات قصوى استثنائية أمر الشارع بسقوطها كلما وجدت شبهة - لذلك فإننا نشير إلى ماذكرناه من قبل من أننا نفضل الرأي الذي رجحه السيد الصدر في تعليقه رقم ٣٤٥ عن أنه في حالة محاكمة الجاني عن جريمة ارتكبت في دار الحرب، أو في الخارج، نرى استبعاد العقوبات القصوى الاستثنائية أي الحدود والقصاص والآكفاء بالتعازير دائمـاـ..

والتفرقـةـ بيـنـ التـعـازـيرـ عـنـ المعـاصـيـ الشـرـعـيـةـ (ـالـتـيـ وـرـدـتـ بشـائـمـ أـحـكـامـ شـرـعـيـةـ تـكـلـيفـيـةـ)،ـ وـغـيـرـهـ مـاـ حـرـمـهـ "ـأـولـيـاءـ الـأـمـرـ"ـ فـيـ بـلـدـ مـعـينـ وـزـمـانـ مـعـينـ،ـ الـتـيـ أـقـرـهـ السـيـدـ الصـدرـ فـيـ تـعـلـيـقـهـ رقمـيـ ٣٦٩ـ وـ ٣٧١ـ،ـ هـاـ نـظـيرـ فـيـ الـقـوـانـينـ الـوـضـعـيـةـ الـتـيـ تـشـرـطـ مـحاـكـمـةـ مـرـتـكـبـ جـرـيـعـةـ فـيـ الـخـارـجـ أـنـ يـكـونـ مـعـاقـبـاـ عـلـىـهـاـ فـيـ الـبـلـدـيـنـ.

عن الجريمة وعقوبتها، أما الأفعال المكونة للنوع الثاني فيجوز إباحتتها

بعد تحريمها فضلاً عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبي يوسف، فإننا نعاقب فوق ما تقدم كل مستأمن ارتكب جريمة في أي بلد إسلامي إذا لم يعاقب عليها في محل ارتكابها أو عقوب 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 ذمي أو مستأمن ارتكب جريمة في دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعاً في حدود الدولة التي تقع العقوبة أو في حدود دولة إسلامية أخرى.

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعي وأحمد فإننا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمي من رعايا مصر أو من رعايا أي دولة إسلامية على ما يرتكبه في دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة. ولكل 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 -٣٧٠- تستطيعها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة في الخارج تعذير مما حرمتها 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 رعاياها في أي دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها، لأن عدم العقاب عليها في الدولة التي يتبعها الجاني يُعدُّ إباحة لها -٣٧١-. وإذا جآ الجاني بعد ارتكاب الجريمة التي تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجاني على الجريمة في الدولة التي جآ 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 معدودة جرائم في دار الحرب، لأن العقاب يجب طبقاً للشريعة التي يتلزم المسلم والدمي بأحكامها أينما كان أحدهم، فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحاً في دار الحرب أو محظياً.

الصدر

الشاوي

تعليق "رقم -٣٧٠-": وهذا هو القول الراجح كما مر عليك ذلك قريباً.

رأينا في "التعليق -٣٧٠-": يؤيد مقالة فقيهنا من أن قضاء كل دولة إسلامية يتلزم بتطبيق الشريعة على الجرائم التي يرتكبها مسلمون ولو لم يكونوا من رعايا تلك الدولة - لأن المسلمين جميعاً أمة واحدة تلتزم بالشريعة رغم اختلاف الدول أو تعددتها.

الصدر

تعليق "رقم -٣٧١-": لا يصح إباحة ما حرم الله وأوجبه. نعم يصح ما ذكره المؤلف فيما حرم لنهاي رئيس الدولة عنه.

217، 218 – تطبيق الأحكام الشرعية على الأفراد وعلى المسؤولين في الدول كذلك :

آراء فقهائنا المختلفة المتعددة يوجد ما يماثلها في الفقه العصرى وفي القوانين الوضعية. والمشكلة فى نظرنا هي اختيار الرأى الذى يتاسب مع ظروف زماننا وظروف كل بلد من بلادنا؛ وقد ذكرنا أننا لا نوافق على القول بأنه لا يوجد فى العالم إلا دار حرب ودار إسلام، لأنه لا يتفق مع أحوال العالم اليوم لأن جميع الدول قد تعاهدت وتواصلت وأصبحت كلها دار عهد وسلام، وإذا وجدت حالة حرب قانوناً أو فعلاً فهي محدودة زماناً ومكاناً.

ثم إن "دار الإسلام" لم تعد بالصورة التي تحدث عنها الفقهاء من قبل عندما قالوا إنما هي البلاد التي تحكم بالشريعة الإسلامية؛ لأن كثيراً من الدول الإسلامية لالتزم الآن بتطبيق الشريعة؛ بل هناك من يعاقبون الذين يدعون إلى تطبيقها أو يطالبون به ويتهمونهم بالتطرف أو الرجعية أو التامر أو الإرهاب؛ وهناك من يحرضون الدول الأجنبية للقضاء على المطالعين بتطبيق الشريعة إذا جئنوا إليها بل يلومون ساستها – وبعاقبونهم لأنهم يروونهم في البلاد الأجنبية التي جئنوا إليها هرباً من اضطهاد بعض السلطات في بلادهم .. وهناك من يحرمون شعوبهم من الانتخابات الحرة إذا أدت إلى نجاح من يدعون إلى الإسلام وشريعته؛ ويعملون ذلك بأن القوى الأجنبية ذات النفوذ العالمي تريد ذلك وأن العالم أصبح قرية واحدة يحكمها نظام عالمي غير إسلامي تسيطر عليه قوى أجنبية تتشكل أغلبية على المستوى الدولي. إنهم يلتزمون بالسير مع "الأغلبية" غير الإسلامية في هذا النظام الدولي، وهي في نظرهم تكره الإسلام وتعادي "الأصوليين" الذين يطالبون بتطبيق الشريعة، ويفضلون أن يتزموا بما تفرضه علينا القوى الأجنبية. هذه ناحية.

وناحية أخرى – أن فقهاءنا يصفون دار الإسلام بأنها دار أمن للمسلمين، وأن دار الحرب دار خوف وعداء للمسلمين، ويجب أن يستثنى من ذلك بعض الحالات عندما نرى من يطالبون بتطبيق الشريعة يجدون في بعض البلاد الأجنبية أملاً لا يتوافق لهم في بلادهم التي ينتهي إليها والتي يُعدُّها البعض بلا دار إسلامية ولو كانت تضطهد من يطالبون بتطبيقها.

إن البحث في تطبيق الشريعة الإسلامية على أفعال الأفراد في الخارج يستلزم البحث في تطبيقها عليهم في الداخل أولاً، وكذلك في تطبيقها على "الدول" ذاتها ومن يتولون السلطة فيها – وكثير منهم لا يعترف بالشريعة في الأوضاع الحالية، ولا يخضع لأحكامها في حياته الخاصة أو في ممارسته لسلطات الدولة .

إن لنا في هذا الشأن رأياً خاصاً هو أن تطبيق العقوبات الشرعية وبخاصة الحدود لا يجوز أن يقوم به حكام لا يلزمون أنفسهم بأحكام الشريعة، أو يسيرون لأنفسهم مخالفتها والتباكي

السلطة التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلاً من

قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم :

بعدم الالتزام بها ثم يطالبهم البعض بتطبيق الحدود - وقد يزعمون أنهم سوف يطبقونها على الأفراد.. فالشرط الأول لتطبيق الحدود أو المطالبة بها هو إقامة السلطة التي تخضع للشريعة والحكومات التي تلتزم بها هي أولاً، وكثير من بلادنا لم تتجاوز هذه المرحلة، ولا نعتقد أن سلطات تلك الدول تكون مؤهلة لتطبيق الحدود على الأفراد قبل أن تطبق عليهم وعلى أعواهم، ولا يجوز في نظرنا أن نطالب هذه الحكومات الجائرة بتطبيق الحدود على الأفراد - ولا أن نقبل منهم ذلك ونصفهم بأنهم طبقو الشريعة بغيره أفهم طبقو الحدود على غيرهم وهو أول من يجب أن تطبق عليهم تلك الحدود. فإذا لم يستطع المسلمين إقامة هذه السلطة التي تخضع للشريعة وتلتزم بها، فلا يستطيعون أن يصفوا بلادهم بأنها دار إسلام إلا بعد ذلك ... وعلى ذلك، فإن كل ما قاله في هذا الشأن هو أحكام مستقبلية سابقة لأوانها في نظر من يطالبون بتطبيق الشريعة؛ ويأملون في تحقيق ذلك في المستقبل لأنهم لم يصلوا لذلك في بلادهم. أما الذين يعارضونها فيدعون أنها قد مضى زمانها، ومنهم كثيرون يغتصبون السلطة ويعملون بأهوائهم ويلتزمون بقرارات أعداء الإسلام وسياساتهم .. بل ونرى بعضهم يتحالف مع القوى الأجنبية لمنع تطبيق الشريعة والقضاء على من يعملون لهذا بحجة أنهم "أصوليون" أو أنهم متشددون أو متطرفون .

بل تخشى أن يزيّن لهم فقهاء السلاطين أنهم مؤهلون لمعاقبة الأفراد الذين يعتدون عليهم خصوصاً أو معارضين زاعمين أنهم يطبقون الحدود أو الأحكام الشرعية التي يرفضون الالتزام بها هم وأعواهم.. فهؤلاء يصدق عليهم قول الحق تبارك وتعالى بأنهم يومئون بعض الكتاب ويکفرون ببعض ...

ولا داعي لتكرار ما قلناه عن معارضتنا للقول الجرافي بأن "كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة" !!! - رغم تأييدنا لقوله إن البلاد الإسلامية إنما تعد دار إسلام لأنها محكومة بالشريعة الإسلامية - وهذا ما نمناه ونعمل له ... لكننا بكل أسف نرى أن الطريق لذلك طويل، بل ومحفوظ بالأخطار والمخاطر ...

﴿أول مبادئ شريعتنا التي ندعو لتطبيقها هو أن المسلمين جميعاً أمة واحدة ويجوز لكل فرد من أفرادها التنقل بين جميع الدول الإسلامية﴾

ونعني أن يكون أول ما تطبقه دولنا هو دعوته إلى أن كل رعايا الدول الإسلامية لا يجوز عدُّهم أجانب بالنسبة لأى دولة إسلامية أخرى.. ونحن في هذا قد نقر لتلك الدول بهذه الصفة حتى ولو لم يطبقوا من شريعتنا إلا هذا المبدأ.. لأننا نَعْدُ هذا بداية لها ما بعدها..

أما ما قاله من أن الدولة إذا لم تطبق عقوبات الحدود والقصاص فإنه يجب على الأفراد أن يطبقوها ... فلا نوافق عليه. بل الأصح في نظرنا أن الأفراد ملزمون بالجهاد لإقامة الدولة التي تطبق الشريعة، لا أن يطبقوا هم الحدود بدلاً من الدولة أو الحكومة التي يستسلمون لجورها وبغيها ويشعجونها على ذلك باستسلامهم لها .

وأبعد من ذلك عن الصواب هو ما نقله عن بعض الآراء من التفرقة بين الحدود والقصاص وبين العمازير، ثم التفرقة بين العمازير التي تكون معاصي شرعية والعمازير التي يجرمها أولو الأمر ... والحجة في ذلك هو أهمية العقوبات المقدرة شرعاً، لكن هذه الأهمية وهذه الخطورة تستوجب ضمانات أكثر لتطبيقها. وأولي هذه الضمانات في نظرنا هي أن تعرض على القضاء المستقل ليتأكد من توافر شروط تطبيقها شرعاً وعدم وجود شبهات يتربّع عليها سقوطها بدلاً من أن نعطي لكل فرد أن يقيم نفسه قاضياً ونطالبه بالحكم على غيره من الأفراد أو تنفيذ الحكم عليهم ...

عودة

١١٩- نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية : ويتبعن ما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدول الإسلامية في الداخل أو في الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة-٣٧٢-

المقررة لها في الشريعة الإسلامية، وأن ترك الجاني بلده وهربه منها إلى بلد إسلامي آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقع نفس العقوبة عليه. والسبب الوحيد في الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعاً لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية، وعُدَّت البلاد الإسلامية داراً واحدة على اختلاف أقطارها، وعُدَّت كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى في إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة.

هذه هي النتيجة التي يؤود إليها تطبيق النظريات الإسلامية، وإنما هي عين الحلم الجميل الذي يحلم به علماء القانون الوضعي حين يتمنون أن يكون القانون الجنائي موحداً في كل الدول، وأن تُعدَّ كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى في إقامة حق العقاب، بحيث لا يستطيع الجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة في دولة وهرب لأنخرى، وبحيث يعاقب على جريمهته في أي مكان يوجد به نفس العقوبة المقررة لجريمهته في محل ارتكابها.

هذا هو الحلم الجميل الذي تحلم به الجامع الدولية للقانون الجنائي، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام. وهذا الحلم الجميل 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. ويكتفى الشريعة فخراً أنها سبقت بعثتها العليا وأنظمتها المثل، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المتكررة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة، وتبعثر أثراها، وتعمل على منواها، وقل مع ذلك أنها تتحقق بها.

١٢٠- مайдان في دار الإسلام : يُعدَّ داراً للإسلام 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 يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع.

ويدخل في دار الإسلام كل ما يبعها من جبال وصحاري وأهوار وبحيرات وأراض وجزر وما فوق هذه جميعاً من طبقات الجو مهما ارتفعت.

ويعُدُّ في حكم دار الإسلام كل مكان في دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامي، وعُدَّ المراكب الحربية قياساً على هذا جزءاً من دار الإسلام.

الصدر

الشاوي

تعليق رقم ٣٧٢-٣٧٢-: وإن لم يكونوا حال الجريمة من رعايا الدولة الإسلامية.

رأينا في "التعليق-٣٧٢-": نحن نؤيد ما ذكره السيد الصدر ضمناً الذي أيد في قوله فقيهنا في وجوب تطبيق أحكام الشريعة في جميع الدول الإسلامية على جميع المسلمين مهما اختلفت دولهم أو مواطنهم، وكنا نتمنى أن يضيف أن اختلاف المذاهب بين الدول القطرية لا يمنع من ذلك.

عودة

والأصل في الشريعة أن البحار العامة ليست ملكا لأحد؛ وهذا يتفق مع القانون الدولي في عصرنا الحاضر، وليس في الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التي تملك الشاطئ إلى حد معين.

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غير الحربية؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبي حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التي ترتكب فيها إذا كانت في مياه إقليمية تابعة لدار الحرب، أما إذا كانت في مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد، كما لو كانت في وسط البحر، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التي ترتكب فيها. أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التي ترتكب في السفن التجارية سواء كانت في مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب -٣٧٣-، أو في مياه عامة مع مراعاة التفرقة التي ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص، وبين جرائم التعازير، والتفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة، وبين جرائم التعازير التي حرمتها أولى الأمر.

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التي 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 في هذا كله، فهي تُعَدُّ الفضاء الذي يعلو أرض الدولة تابعاً لها، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التي تملك الشاطئ، وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التي تتبعها. 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 لا قانون الدولة التي تتبعها السفينة، وهذا هو المتبغ في إنجلترا، وهو تطبيق لنظرية أبي حنيفة وأبي يوسف. وكثير من الدول يُعَدُّ 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 يزجون بين النظريتين السابقتين.

المصدر تعليق "رقم-٣٧٣-": وهذا هو القول الراجح كما مر علينا سابقاً من لزوم عقاب المجرم **أينما وقعت الجريمة**.

الشاوى رأينا في "التعليق-٣٧٣-": نعتقد أن قول فقيهنا والسيد الصدر عن السفن التجارية يقصد به السفن التي تحمل علم الدولة الإسلامية. أما السفن التي تحمل علم دولة أجنبية فالجرائم التي ترتكب عليها تعامل مثل الجرائم التي ترتكب على أرض الدولة التي تحمل علمها.

221 - محاولة التقرير بين الشريعة والقوانين الوضعية

مع الالتزام بمصادر شريعتنا :

إنه يصف التزام جميع "الدول الإسلامية" بوحدة الشريعة بأنه حلم جميل، فمتي يتحقق هذا الحلم؟ ويصف دار الإسلام بأنها البلاد التي تخضع لسلطان المسلمين ويلتزم أهلها بأحكام الإسلام والتي يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع ...

ثم إنه في مقارنته بين الشريعة والقوانين الوضعية يصل إلى أن أوجه الخلاف بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية محدودة يمكن إصلاحها .

وليس هو أول من يقول بذلك؛ فإنه ينسب إلى الإمام الشيخ / محمد عبده، أنه قال: "إن بعض البلاد الأجنبية وجد فيها مبادئ الإسلام ولو أن سكانها غير مسلمين، أما في بلادنا فهناك مسلمون لكن الإسلام غريب فيها !!!".

ويرى البعض أن ذلك يؤيد ما ورد عن النبي (ﷺ) من قوله: "إن الإسلام بدأ غربياً (في بيته) وسيعود غربياً - فطوي للغرباء".

وغرباء عصرنا هم الذين يسعون للإصلاح عن طريق تطبيق مبادئ الشريعة وخصوصاً الشورى الحررة التي عطلها المستبدون منذ زمن بعيد عندما سيطر الملك العضوض وقضى على الخلافة الراشدة التي تلتزم بالشورى، والذين يسعون لذلك ويعرضون بسببه للاضطهاد في بلادهم وينفون منها كما حدث للشيخ / محمد عبده، وأستاذه/ جمال الدين الأفغاني، أو يغضبون ويلجئون إلى بلد أجنبي كما هو حادث الآن بالنسبة للكثيرين، أو يعدمو شنقاً كما حدث لفقيئنا الشهيد .

وفي لقاءاتنا مع بعض هؤلاء "اللاجئين"، نجدهم يرددون قول الإمام / محمد عبده، ويفسرون أنه كثيراً من مبادئ الشريعة الإسلامية المتعلقة بحقوق الإنسان وتأمين اللاجئين قد توصلت إليها وطبقتها دول أجنبية - يصفها البعض بأنها دار حرب - في حين لا يجدون لها أثراً في بلادهم التي توصف بأنها إسلامية لأن سكانها مسلمون؛ ويذكرون على الأخص حماية حقوق الإنسان وحرمات الشعوب - في اختيار حكامها ومساءلتهم - التي تقضي بها حكام كثير من البلاد التي يُعدونها داخلة ضمن دار الإسلام .

صحيح أن الدول الأجنبية التي يعيشون فيها أو يلجئون إليها تؤيد سياسة الدول المعلنة للتسلّك للشريعة والحكومات التي تعلن مقاومة من يدعون لتطبيقها؛ بل وتفرض عليهم ذلك وتلزمهم به في بعض الأحيان، لكنهم بسبب احترامهم لقوانينهم ودستورهم "الوضعية" لا يستطيعون أن يقوموا بأعمال القهر والظلم والبغى على الأفراد مثل التي يمارسها الحكام المستبدون وأعوانهم في بعض بلاد الإسلام ...

يجب إلزام السلطة في بلاد الإسلام وغيرها باحترام حقوق الإنسان التي

تحميها شريعتنا:

بل إن هناك بوادر تدل على أن بعض حكام الدول الأجنبية يتوجهون إلى التنسيق مع النظم الاستبدادية في بلادنا، ولو استدعي ذلك إلى تعديل قوانينهم "الوضعية" ليتمكنوا من إكمال الحصار والاضطهاد على "الأصوليين" في بلادهم أيضاً أسوة بما يقع في بلادنا على أيدي إخواننا من الحكام.

ومعنى ذلك أن مسؤولية المطالبين بتطبيق الشريعة قد زادت؛ وسوف تزداد أكثر بسبب النكسة التي بدت ملامحها في التشريعات الأجنبية الوضعية التي تتجه الآن إلى تقييد حقوق الإنسان المسلم أو اللاجئ بحججه "الأصولية" أو مقاومة الإرهاب ... ولم تعد نزيهه كما وجدها الشيخ/ محمد عبده في أيامه، وغيره من جنوا لتلك البلاد قبل هذه الأيام.

معنى ذلك أن كفاحنا من أجل المبادئ الإسلامية التي تقدس حقوق الإنسان وتحمى حرماته وحقه في المطالبة بتطبيق الشريعة؛ لم يعد مقصوراً على بلادنا؛ بل أصبح كفاحاً على مستوى العالم كله الذي تديره الآن وتخطط له قوى عالمية ترى أن الإسلام عقبة في سبيل استمرار هيمنتها، ويقول لها كثيرون من فلاسفتهم إن حضارته ستكون بديلاً عن حضارتهم المادية بعد انهيارها – الذي يتوقعونه هم – مما يؤكد قوله بأن الشريعة الإسلامية ذات طابع عالمي في الأصل، وستكون كذلك في المستقبل.

ومن المؤكد أننا لن تكون وحدنا في هذه المعركة؛ بل إن كثيرين من الأحرار وأصحاب الفكر الرشيد في البلاد غير الإسلامية، بل وكثيراً من الشعوب والجماهير التي تقاسي من البغي والفساد المتزايد في بلادها ستشاركتنا في هذا الجهد ... وسوف تسعد بانتصارنا وتستفيد من مزايا شريعتنا. والسؤال الذي يشير إليه لأن بعض الأحكام الفرعية في القوانين الوضعية ليست بعيدة عن أحكام فقهاً (فيما يخص إقليمية القوانين والاستثناءات أو الأحكام التي تصل إليها فيما يخص الجيوش والطائرات والسفن ... إلخ) يوجب علينا القول بأن العبرة ليست بالأحكام التفصيلية والتقارب بشأنها بين فقهاً والنصوص الوضعية – بل الذي يهمنا ويجب أن نسعى إليه ونعمل له هو إعمال الأصول والمبادئ والنظريات العامة في شريعتنا، لتكون هي المنبع الذي تستمد منه اجتهداتنا وتغنينا عن التسول على موائد غيرنا أو التبعية الثقافية أو السياسية لمن يسعون للسيطرة علينا واستغلال بلادنا وشعوبنا، ونأمل أن تستفيد منها النظم والقوانين الأجنبية في المستقبل.

هذا هو ما نقصده عندما نطالب بالالتزام بالشريعة ولم يعد يكفينا تشبه الأحكام الفرعية طالما أن الأصول غير متفق عليها ...

٢٢٦- تسلیم المجرمین وإبعاد مصر

عوده مثلاً للإسلام في تطبيق الشريعة الإسلامية، فإذا جنى عراقي مثلاً جنائية في العراق أمكن محاسنته عنها في مصر، لكن قد يحدث أن يجني المسلم أو الذمي أو المستأمن جنائية في بلد إسلامي ثم يهرب إلى بلد إسلامي آخر، أو يهرب إلى دار الحرب، فتطلب الدولة التي وقعت في أرضها الجريمة المحاكمته، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها؟ وقد يشتهر الجنائين بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها منتصف بهذه الصفات؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلى واحد بعد الآخر.

٢٢٧- أولاً- تسلیم المجرمین : من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجنائي على جريمته في محل وقوعها أفضل من محاسنته عليها في غير هذا العمل، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، لأن العمل الذي وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها، لوجود الشهود به، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة، والإحاطة بكل ظروفها.^{٣٧٤} كما أن عقاب الجرم على جريمته في محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة. فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر، تأديب الجرم وجزر غيره من شهدوا الجريمة أو علموا بها. والعقوبة التي تقام في غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب الجرم فإنما لا تؤدي وظيفتها كاملة من حيث الزجر. وعلى هذا يحسن أن يسلم الجنائي إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة المحاكمته، وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجنائي في الدولة التي هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التي تطلب التسليم.

ولكن من الممكن أن يقال أيضاً : إن في تسليم الجنائي الذي يتمتعى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لمحاكمته على جريمة ارتكبها في أرض الدولة الأخيرة يعرض الجنائي 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 كلاماً بالذهن إذا فكرنا في تسليم المجرميين؛ ولكل منهما وجهاته ومحاسنه وعيوبه. وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطاً بين هذين الرأيين تضمن بما تحقيق العدالة بقدر الإمكان، وتنبع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع، وأساس هذا الرأي الوسط التفرق بين التسليم للدولة الإسلامية، والتسليم للدولة غير الإسلامية.

الصدر تعليق رقم ٣٧٤-: مع إمكان الاستماع إلى الشهود والإحاطة بظروف الجريمة، ومع تمكّنه من الدفاع عن نفسه وإلا فلا يصح ذلك.

ال Shawi رأينا في التعليق رقم ٣٧٤-: تحفظ السيد الصدر في محله لأن مبدأ إقليمية القضاء معترض به ويوجب اختصاص قضاء الدولة التي وقعت الجريمة بأرضها ووجوب تسليم الجرم لها - لكن نرى أنه لا يجوز التسليم إلا في حالة التأكد من نزاهة التحقيق وتمكين المتهم من الدفاع عن نفسه.

عاده

٤٤- التسليم لدولة إسلامية : ليس في الشريعة ما يمنع من أن تسلم أي دولة إسلامية لأى دولة إسلامية أخرى أي مسلم أو ذمي أو مستأمن ارتكب في أرض إحدى الدولتين جريمة ما، واتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقاً لنصوص الشريعة، فإن لها أن تقنع عن تسليمه؛ لأنها لا يجوز طبقاً للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين. فإن كانت المحكمة التي تمت على غير أساس الشريعة، وليس للدولة أن تقنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجاني طبقاً لنصوص الشريعة، ولاعبرة بالعقوبة التي وقعت على الجاني على خلاف نصوص الشريعة، ولا قيمة للمحكمة التي انتهت بهذه العقوبة، لأنها محكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعرف بها الشريعة وللدولة المطلوب منها التسليم أن تقنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجاني وتطبق عليه نصوص الشريعة، وكانت الدولة طالبة التسليم لتطبيق نصوص الشريعة، أو لا تنوى تطبيقها، وهذا طبعاً لا يكون إلا في الجرائم ذات العقوبات المقدرة أي في جرائم الحدود والقصاص.

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة، وهي أن كل بلد إسلامي يُعد جزءاً من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية تُعدَّ مُثلة للإسلام، وعلى كل منها أن تقيم حدوده، وتنفذ أحكامه. ففي حالة التسليم لا يسلم الجاني إلى دولة غريبة عنه، ولا يحاكم بشريعة بجهلها، ولا يعرضه التسليم لظلم أو ضرر، والتسليم لا يقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام، وفي حالة الامتناع عن التسليم لدولة إسلامية لا يكون الامتناع إلا لإقامة نصوص الشريعة ولتحقيق العدالة والزجر عن الإجرام.

٤٥- التسليم لدولة غير إسلامية : - لا تخير الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين أو ذميين ليحاكموا في دار الحرب عن جرائم ارتكبوها في تلك الدار. ولا يجوز لدولة إسلامية أن تسلم أيضاً رعايا أي دولة إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية، لأن هؤلاء في حكم رعاياها من الوجهة الشرعية.

ولا تخير الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم مسلماً منتسباً لدولة مخربة إذا هاجر لدار الإسلام من دار الحرب، ولو طلبته الدولة التي كان يقيم بأرضها، مالم يكن هناك اتفاق سابق على التسليم، فإن كان هناك اتفاق سابق وجوب الوفاء بشروطه إلا الباطل منها، ويعُدُّ الاتفاق على التسليم باطلًا إذا كان له أثر رجعي، أي إذا أريد به تسليم المسلمين اللاجئين لدار الإسلام قبل الاتفاق. ويعُدُّ باطلًا كل شرط يقضى بتسليم النساء المسلمات اللاجئات إلى دار الإسلام سواء جان لدار الإسلام قبل الاتفاق أو بعده، فالمرأة المسلمة لا يجوز تسليمها بأى حال لدولة غير إسلامية، ولو كانت من رعاياها أصلاً، ولو كان لها زوج وأولاد وأهل يطلبونها في دار الحرب، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تُرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَهُنَّ حَلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُنْ يَحْلُونَ هُنَّ﴾ [المتحنة: ١٠].

عوده

وقد اختلف في صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق، فيرى أحد وبعض الفقهاء في مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به^(١). ويرى أبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهب مالك أن شرط التسليم باطل، وحيث لا يجيزون تسلط غير المسلم على المسلم بأى حال^(٢). ويفرق الشافعية -٣٧٥- بين من له عشيرة تحميء، في دار الحرب، ومن ليس له عشيرة تحميء، ويجيزون تسليم الأول دون الثاني، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة^(٣).

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب وجأ إلى دار الإسلام يُعد بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار، ورعاية للدولة الإسلامية التي دخل أرضها، ومن ثم فالدولة حين تكتن عن تسليمه إنما تكتن عن تسليم أحد رعاياها، وهذا في ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التي لا تجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها للدولة غير الإسلامية. ولا يُعد تسليم الرعايا للدولة الإسلامية أخرى خروجا على هذه القاعدة العامة، لأن أراضي الدول الإسلامية كلها تُعد دارا للإسلام وتُخضع لشريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامي في العالم كله.

ويجوز لأى دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التي يتبعها إذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها في بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك^{-٣٧٦-}، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته^{-٣٧٧-}، لأن هذا يتنافى مع عقد الأمان الذي

تعليق رقم-٣٧٥-: وهو أرجح الأقوال عند فقهاء المذهب الجعفري.

الصدر

تعليق رقم-٣٧٦-: أو كانت تلك الدولة إسلامية.

الصدر

تعليق رقم-٣٧٧-: إلا أن تكون تلك الدولة إسلامية.

الصدر

رأينا في "التعليقات-٣٧٥-،-٣٧٦-،-٣٧٧-": تعليق السيد الصدر متفرع عن رأيه الذي أيدناه في تعليقه رقم-٣٧٤-، وهو ضرورة ضمان تكمن المهم من حق الدفاع، وإن كان هنا يعبر عنه بأن تكون له عشيرة تحميء.

الشاوى

إن موضوع التسليم يخضع عادة للمعاهدات التي تلتزم بها الدول في العصر الحاضر فيما بينها، وتكون أحکامها متبادلة - ولا نرى أن الدول التي نصفها الآن بأنها إسلامية تفرق في تلك المعاهدات بين الدول الإسلامية وغيرها، لذلك فإن تحفظات السيد الصدر في التعليقين -٣٧٦- و-٣٧٧- خاصة بالحالات التي لا توجد فيها معاهدات بين الدول تلتزم بتفيذهما.....

(١) المغني ج- ١٠ ص ٥٢٤، مواهب الجليل ج- ٣ ص ٣٨٦.

(٢) فتح القدير ج- ٤ ص ٢٩٦، روح المعانى للألوسى ج- ٢٨ ص ٦٨، ٦٧، مواهب الجليل ج- ٣ ص ٣٨٧.

(٣) المذهب ج- ٣ ص ٢٧٧، أنسى المطالب ج- ٤ ص ٢٢٧.

عوذه

أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه، إلا أن يكون هناك عهد بين الدول الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيعد الأمان قائما على أساس التقيد بهذا العهد، ويجوز التسليم وفاء بالعهد.

وقد أخذت الشريعة التي تقضى بـ لا تسلم الدولة رعاياها هي القاعدة التي تأخذ بها أكثر الدول اليوم، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية فقط. فالمبدأان المعمول بهما اليوم في العالم هما مبدأ الشريعة الإسلامية بالذات، ولكن الشريعة تطبق كلاً منهما في حالات معينة، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة.

والدول الحديثة متقدمة اليوم على لا تسلم من يكون خاضعا لقتضائها 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.

222 - 225 – المقصود بالدولة الإسلامية – التي يجوز تسليم الجرمين لها:

إنه يشير إلى تسليم الجرمين إلى دولة إسلامية أو دولة غير إسلامية. ومن واجبنا أن ننبه إلى أنه لا يكفي للاعتراف بصفة الدولة الإسلامية أن يكون سكانها مسلمين، أو مجرد النص في دستورها أو قوانينها الوضعية على ذلك. بل يحسن أن نراعي المعيار الموضوعي الذي أشار له مرارا وهو أن تكون ملتزمة بسيادة الشريعة ومنفذة لمبادئها وأحكامها.

وإذا أخذنا بهذا المعيار، فإننا نستطيع القول بأن ما تسير عليه بعض الدول الأجنبية من إعطاء حق اللجوء السياسي لمن يهربون إليها من بغي حكومات مستبدة لا تاحترم حقوق الإنسان ولالتزم بمبادئ العدالة التزيمية الصحيحة – يتفق مع مبدأ إسلامي صحيح يدعو إليه العلماء والفقهاء وقد نص عليه القرآن صراحة بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجْأَرَكَ فَأُجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلَغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ [التوبه: 6].

وإذا كان القرآن يوجب حماية المشرك اللاجيء والمستجير، فإن ذلك أو جب من باب أولى بالنسبة للمسلم اللاجيء، حتى لا يتكرر ما تسب إلى بعض فرق الخوارج الشاذة من إعطاء حق اللجوء للكافر وإنكاره على المسلم اللاجيء، مما يتناقض مع أصول الإسلام ومقاصد شريعته ويدفع البعض لإعلان كفره حتى يضمن لنفسه الأمان والأمان ... محتميا بجنسيته الأجنبية، بعد أن وصل الأمر إلى اعتقاد كثيرين أن الالتماء إلى دولة مسلمة لا يضمن للإنسان أي حق من حقوقه الإنسانية وحرياته الشخصية .

من المؤسف أن بعض الدول التي توصف بأنها إسلامية لا تاحترم التزامها الشرعي بحماية اللاجئين السياسيين إذا كانوا من المسلمين، بل تسير على أن تعهد بتسليم المسلمين اللاجئين إليها إلى حكومات تطاردهم وتضطهدتهم، وهي بذلك تتذكر لواجبها الديني والإسلامي بحماية من يلتجأ إليها، وتسلمه لمن يضطهدونه مقابل تعهد تلك الحكومات بأن تسلمه من يلتجئون إليها من رعاياها الذين تطاردهم، لأنهم يعتقدونها أو يعارضونها. فهم يحيزون لأنفسهم مخالفة ما توجبه الشريعة من تأمين اللاجئين مقابل قيام غيرهم بالتعهد لهم بنفس المخالفة لصالحة نظمهم ومصالحهم الشخصية، وبذلك يكون الإخلال بمبادئ الشرعية في حماية المستجيرين واللاجئين هو الذي يجمع بين النظم الاستبدادية ولو كانت تُعدّ في نظر البعض مسيطرة على بلد مسلم لكن سلطاته لا تلتزم بمبادئ الإسلام إلا إذا كانت لصالح المسيطرین فيها، المستبدین بأفرادها وشعوبها .

لا يجوز تسليم المسلم إلى بلد لا يلتزم بالشريعة ولا يحترم حقوق الإنسان :

على العموم، فقد قلنا من قبل إن تكرار الآراء الموروثة في هذا الموضوع – وما قاله أسلافنا بشأن "الدولة الإسلامية" أو "دار الحرب ودار الإسلام" يجب مراجعته كله وعدم تقديمها في أيامنا هذه إلا بعد التأكيد من وجود الدول التي تلتزم بالشريعة وتخضع لها، أو وجود حالة حرب فعلية بينها وبين دولة أجنبية .. وفي حدود ذلك.

إننا نرى فيما يتعلق بحق المطالبين بتطبيق الشريعة أو دعاة الإسلام في اللجوء السياسي أن هناك اتجاهًا واضحًا للتقارب بل والتعاون بين كثير من النظم الاستبدادية في بلادنا والدول الإمبريالية التي ترسم خططها للقضاء على ذاتية أمتنا ومقاومة شعوبها وأفرادها ويلتزمون مبدأ الجهاد ضد السيطرة الأجنبية. فكان حالة "الحرب" بين الدول التي تعارض طلب شعوبنا بتطبيق شريعتنا قد حل محلها صور كثيرة من البدعية أو التحالف فيما بين الدول الأجنبية وبعض النظم في البلاد التي تطالب شعوبها بتطبيق الشريعة، ضد دعاة الإسلام ومن يجاهدون في سبيل أصول الشريعة ومبادئها، وكان هناك خطة لوصف جميع هؤلاء بأسم "أصوليون" أو أعداء "النظام العالمي" أو "الجتماع الدولي" الذي قتله قوى إمبريالية تصر على حُسبان شريعتنا مخالفة لما يسمونه تشريعاً لهم "الحديثة" ... والأصح أنهم يخشون أنها تقدم للشعوب ما يعينها على مقاومة طغيان المستكرين الإمبرياليين ... وهو مبدأ الجهاد ضد القوى الأجنبية التي تحتل بعض بلادنا أو تفرض سيطرتها علينا، ويحمل لواءه أمثال رجال المقاومة الإسلامية في فلسطين ولبنان من تصر بعض الدول على وصفهم بأسم "إرهابيون"، بل ووصف الحكومات التي تؤيد them بأنها دول تقوى الإرهاب، وفي الوقت نفسه تتجاهل تلك الدول كل أعمال البغى والعدوان التي تمارسها الصهيونية يومياً .

عوده

٢٦٦ - تسلیم الأرقاء :- وتنفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء المغاربين، وهو مبدأ فقرته الدول في القرن الماضي بعد إبطال الرق، ولكن هذا المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا. ونستطيع أن نقول: إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية، فقد جأ عدد من عبيد قريش إلى معسكر المسلمين في هذا اليوم، فأرسلوا في طلبهم، وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إنهم ماخروا رغبة في دينك، وإنما خرجوا هروباً من الرق. فقال ناس من المسلمين: صدقوا يارسول الله ردهم عليهم. فغضب رسول الله، وقال : "هم عتقاء الله".
 والقاعدة في الشريعة-٣٧٨- أن الرقيق إذا أسلم وجأ إلى دار الإسلام، أو معسكر المسلمين أو أسلم وبقي في دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها، فهو حر في كل هذه الأحوال، ولا يجوز رده^(١).

ويرى الشافعى رده في حالة واحدة، وهى إذا أسلم في دار الحرب ثم هاجر بعد الإسلام، وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد، لأن العبيد مال، وأهل دار الحرب في أمان على أنفسهم وما لهم بالعهد القائم بينهم وبين دار الإسلام. ويرد أحد على هذا الرأى بأن الأمان أعطى لهم على ماق قدرة المسلمين عمله، وما هو في قبضة المسلمين، والأرقاء في قبضة أهل دار الحرب لا في قبضة المسلمين^(٢).

٢٦٧ - تسلیم المجرمين السياسيين والمسكرين :- وتنفق الدول أيضاً على عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية، وليس في قواعد الشريعة الإسلامية ما يمنع من إقرار هذه الجزئيات؛ لأنها لا تختلف مع قواعد الشريعة العامة التي بسطناها فيما سبق.

تعليق "رقم-٣٧٨-": ويعتمد فقهاء المذهب الجعفري على هذه القاعدة.

رأينا في "التعليق-٣٧٨-": تراجع الحاشية.

الصدر

الشاوى

(١) شرح فتح القدير ج- ٤ ص ٣٤٦، المذهب ج- ٢ ص ٢٢٩، المغني ج- ١٠ ص ٥٢٣، مواهب الجليل ج- ٣ ص ٣٨٦.

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٧٩، أنسى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨، المغني ج- ١٠ ص ٥٢٣.

226، 227 - الرق الجديد هو استغلال السلطة لظلم الأفراد :

لشير إلى ما قاله من أن سبق الإسلام إلى حماية الرقيق في الماضي كان بداية المسيرة الإنسانية إلى تحرير الرقيق وتحرير الإنسان عموماً. علينا أن نضيف إلى ذلك أن مبادئنا لا تتفق عند هذا الحد؛ لأنها أوجبت الدفاع عن حقوق الناس جميعاً وخصوصاً المستضعفين منهم ضد من يضطهدون الناس أو يظلمونهم أو يبغون عليهم مستخدمين سلطة الدولة التي يمارسون الولاية فيها. وقد عبر عن ذلك الفاروق عمر بن الخطاب بقوله ملن بغي على أحد الأفراد: "متي استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمها لهم أحراها". فعَدَ الفاروق مجرد ظلم الناس أو الاعتداء عليهم اعتماداً على إمساك المعتدين بزمام السلطة هو استعباداً - وهذا هو ما نقصد بالرق الجديد.

ومبدأ عدم تسليم التهمين في الجرائم السياسية أو المضطهدين في بلادهم إنما هو تطبيق لهذا المبدأ الإسلامي لتحرير الناس من العبودية لأصحاب السلطة الذين يضطهدوهم ويستعبدوهم. إن بعض الحكام المستبدین يستعبدون شعوبهم ويفرضون سيطرتهم على إخواهم في الوطن بالاستيلاء على السلطة بالقوة ودون حق، واضطهاد أفراد شعوبهم بحجج أفهم يعارضونهم فعلاً أو أفهم يحتمل أن يعارضونهم في المستقبل، أو يُخرجون أفهم يكرهون ظلمهم وحكمهم. إنهم يستخدمون سلطتهم لمنع أي فرد من أن يكون له مركز أدبي أو نفوذ شعبي؛ لأن ذلك يرشحه لكي يكون بديلاً عنهم وعن أعواهم من المنافقين.

إنهم يستخدمون احتكارهم لوسائل الإعلام للتشهير بمن يُعدّونهم خصوصاً أو منافسين لهم، حتى ولو كانت المنافسة مشروعة بطريق الترشيح في الانتخابات الحرة، أو المشاركة في النقبات أو الجمعيات بل والشركات ... وبهاجون المشروعات الاقتصادية أو الاجتماعية الناجحة بالاستيلاء عليها وإبعاد المخلصين الصالحين من إدارتها، إنهم بكل صراحة يضطهدون كل من يحظى لدى الجماهير بسمعة طيبة أو نفوذ شعبي، أو من يعملون فعلاً لصالح شعوبهم ويكسبون ثقتها مجرد أن ذلك قد يرشحهم ليكونوا بديلاً عنهم ...

إن بعض المستبدین يسير على هجج الاستيلاء الذي استذكره أمير المؤمنين الفاروق عمر، عندما اعتدى ابن عامله عمرو بن العاص على صبي ثمجد أنه سبقه؛ وظن أن من يسبق "ابن الأكرمين"، يستحق التأديب والعقاب !!! لأن الجميع يجب أن يكونوا أقل من بيده السلطة، وأقل من أولاده وأعواه.

استعلاء من يستولون على السلطة ويحتكرونها: عدوان

على حقوق الأفراد والشعوب لاتقره الشريعة بل حرمتها :

نحن إذن في حاجة إلى مبادئ فقهية تماحظ ظاهرة استعلاء من يتولون السلطة ويسعون لاحتقارها واستمرار نفوذهم باضطهاد من ينافسونهم أو يخشون منافستهم في المستقبل - وهذا هو الرق الجديد الذي حل محل الرق القديم الذي بدأ شريعتنا مسيرة التضييق عليه بحماية الأرقاء والمستضعفين وضممان حُسن معاملتهم وفرض إجراءات عديدة لتحريرهم، كما وضع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أسس حماية المستضعفين والمضطهددين من غير الأرقاء التقليديين عندما أَدَّب ابن الأكرمين وهدد أباه لأنهم استعبدوا الناس أى ظلموهم وبغوا عليهم اعتمادا على السلطة التي يبيدهم. إنهم جعلوا منهم مستعبدين جددا مع أنهم جميعا قد ولدتهم أمها لهم أحرارا. هذا الاستعباد هو الرق الجديد الذي جاء الإسلام لتحرير الناس منه، حتى قال رسول جيش المسلمين ملك فارس: إننا جئنا لإخراج الناس من عبادة البشر (أى من العبودية لأمثالك من المستبددين) إلى عبادة الله وحده.

أول الضمانات الالزمة لمنع هذه العبودية المستحدثة: هو الالتزام بـإلا عدم تسليم اللاجئين السياسيين لمن يضطهدوهم أو يطاردوهم بجرد أنهم يعارضونهم أو أنهم يطالبون الحكم بالالتزام بشرعية الإسلام ومبادئه وأحكامه، وعدم تشجيع الحكم على اضطهادهم في بلادهم أو مطاردتهم خارج بلادهم بحجج أنهم ارتكبوا ما يسمونه جرائم سياسية يبتكرونها من عندهم ويزيدون في عددها وصورها وعقوباتها بالقوانين الوضعية سيئة السمعة، بل والاتفاق بين الحكومات على فرض قوانين وأحكام جائرة لاتقرها شريعتنا، بل ويسرفون فيها ويتخذونها حسب أهوائهم أداة للبغى والاستبداد بالشعوب والأفراد وبخاصة من يُعدُّونهم معارضين أو منافسين لهم أو أنهم أفضل منهم وأحب إلى الجماهير منهم ...

٢٢٨ - هل يمكن معاقبة المربين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام؟ : عرفنا أن الشريعة لا تحيي تسليم النساء إطلاقاً، وأنها لا تحيي تسليم الرجال مالم يكن هناك اتفاق سابق، وأن تسليم الرجال حتى في حالة الاتفاق مختلف عليه، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذي جا من دار الحرب إلى دار الإسلام على جريمة التي ارتكبها في دار الحرب؟ وللرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين، أوهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام. فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب عليها باتفاق؛ لأن القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ماقبله، وأساس هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿قُلْ لِّلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغَفَّرُ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨]. وقد طبقت هذه القاعدة على من آذوا الرسول وال المسلمين، ومن قتلوا المسلمين أو مثلاً بهم، مثل كعب بن أبي الذئ آذى الرسول وال المسلمين بمجاهده، ومثل وحشى قاتل حمزة بن عبد المطلب، ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بمحنة بعد قتله.

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام، فإذا طبقنا نظرية أبي حنيفة وأبي يوسف فلا عقاب، لأن الجرائم وقعت في أرض الحرب ولا ولادة للمسلمين عليها، والعقاب على الجريمة يقتضي الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها. وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعي وأحمد وجوب العقاب -٣٧٩-، 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 ماتحرمه الشريعة. أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محروماً في دار الحرب^(١).

تعليق رقم ٣٧٩-: وهو الرأي الراجح كما أشرنا إليه سابقاً.

رأينا في "التعليق ٣٧٩-": تراجع الحاشية.

الصدر

الشاوي

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨.

228 - عدم تسليم اللاجئين لحكام الجور مسلمين أو غير مسلمين :

ما قاله فقهاؤنا عن عدم جواز تسليم "الحربين" الذين يلتجئون للدار الإسلام؛ كان يناسب ظروف زمانهم عندما كانت الأمة الإسلامية تحمي الهاريين من ظلم حكام حربين غير مسلمين؛ وأصبحنا الآن نواجه إلى جانب ذلك هروب المسلمين من الاضطهاد في بلاد توصف بأنها إسلامية برغم أنها لا تطبق الشريعة ولا تسمح للناس بأن يطالبوها بذلك وتضطهدتهم، مما يؤدى إلى التوجه إلى البلاد الأجنبية؛ ولم نعد نسمع عن أحد يلتجأ إلى بلادنا هرباً من ظلم الحكام في البلاد الأجنبية التي ما زال البعض عندنا يصفها بأنها دار حرب وهي دار عهد وسلم في الواقع، ويظن كثيرون من المضطهدرين للأسف الشديد أنها أصبحت دار أمن وأمان للمسلمين الهاريين من ظلم حكام الجور، وقد ينسون أو يتتجاهلون في كثير من الأحيان أن هذه الدول الأجنبية هي التي تشجع حكام الجور في بلادنا على البغي والاستبداد وتكاففهم على ذلك وتزودهم بالتصاحح وبالعونات العسكرية والمالية والدعم الإعلامي والسياسي، بل هي تفرضهم على شعبينا فرضاً كلما أتيح لها ذلك. ثم إنما هي التي تستفيد فعلاً من سياستهم الاستبدادية وقد تفرضها عليهم؛ بل إنما تفرض الحصار على أي حكومة إسلامية بحجج أنها تقوى الهاريين من ظلمهم، أو يلتجأ إليها الهاريون من الاضطهاد والقمع في بلادهم، حتى لا يكون أمام الهاريين من الظلم إلا أن يلتجئوا إلى بلاد غير إسلامية لتساوم عليهم وتحكم فيهم وتعذّب العدة لإيادهم أو إبادتهم شعورهم في بلادهم وغير بلادهم باستعمال ما يسمونه "النظام العالمي الجديد" الذي يريدون أن يجعلوه أدلة لاضطهاد المسلمين في كل مكان.

إن علينا أن نكتفي بما قدمه من صورة واضحة لآراء فقهائنا في أحكام اللاجئين في زمانهم، لكن زماننا وأحوالنا يحتجاجان إلى فقه جديد.

اللاجئون في زماننا يحتاجون منا إلى جهد أكبر في استنباط أحكام تناسب ظروفنا التي أصبح فيها وصف شخص بأنه "حربى" غير ذى موضوع... بل ربما يظن البعض أن وصف دولة ما بأنها "إسلامية" ترفضه كثير من الدول التي تحكم بلاداً إسلامية، بل وتعلن ذلك وتباهى به تقريراً من أعدائنا الذين لا يملون من إعلان خططهم لاقتلاع الإسلام من بلادنا... ومنع شعبينا من تطبيق الشريعة.

* * *

نعتقد أن إسلام الشخص بعد ارتكاب جرمته يعذر توبته منه، ولذلك فإن القاعدة هي أن الإسلام يجب ما قبله بحسباته توبه، وهذا يوجب علينا أن نبحث في مبدأ أثر التوبة عموماً، بالنسبة للمسلم الذي ارتكب معصية أو جريمة ثم تاب، وأثر ذلك في العقوبات، ليس في نطاق التعازير فقط، بل والأهم هو أثرها في الحدود جميعاً.

عدد

^{٢٢٩} - ثانياً- أبعاد المجرمين : يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان

الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب :

بعاد المسلمين والذميين: رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعاً تُعد وحدة واحدة، وتسمى دار الإسلام. ويترتب على عدّها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمي من دخول أي إقليم إسلامي آخر غير الإقليم الذي يقيم فيه أصلاً.

والأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذهاب عن دار الإسلام، لأن نفي المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة، ويؤدي به إلى الهلاك، ويحول بينه وبين أطهار شعائر الدين، ولأن نفيه، الذهاب عن دار الإسلام مناقض لعقد الذهابة.

ويترتب على حسبان بلاد المسلمين وحدة واحدة، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو اللهم عن دار الإسلام، أنه لا يجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلماً أو ذمياً من أرضها، ولو كان المسلم أو اللهم من غير دعاياتها، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها إقامة مؤقتة.

قواعد الشريعة الإسلامية إذن لاتسمح بمنع المسلم أو الذمي من دخول أي بلد إسلامي، ولاتبيح إبعاد المسلم أو الذمي من أي بلد إسلامي دخله، لأن المسلم أو الذمي لا يُعدُّ بأى حال أجنبياً عن دار الإسلام، ولا عن دولة، فكل بلد في دار الإسلام يُعدُّ بلدَه، وكل دولة أو حكومة فيها تُعدُّ دولته وحكومته؛ لأنها تمثل الإسلام، ومن يعتنقه من المسلمين، ومن يتلزمه أحكامه من الذميين، قبل أن تُمثل الإقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين.

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول في أرض دولة إسلامية أخرى، أو بإعادتهم عنها، فهل يجوز إذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام، أو النظام، أن تضع الدول قيوداً على دخول البلاد التي تحكمها بقدر ما تستدعيه تلك الضرورة؟ وهل يجوز للدول الإسلامية إذا دعت الضرورة بإبعاد من ليسوا رعاياها أصلاً إلى بلادهم الأصلية أو إلى أي بلد آخر؟

من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المخظرات، وأن كل ضرورة تقدر بقدرتها. ومعنى ذلك، أن ما لا يباح عمله في الظروف العادلة يباح عمله عند الضرورة، بشرط لا يبعدي ذلك الحاجة ودواعي الضرورة. وتطبيقاً لهاتين القاعدتين الأوليين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيوداً على دخول البلاد التي تحكمها، بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة، وبشرط لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمى 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 الإسلام وبين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادعه.

عوده

ولكنى مع هذا، أرى أنه ليس للدولة الإسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعایا دولة إسلامية أخرى، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة الحفاظة على الأمن والنظام، أو بأى حجّة أخرى، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمان، ومن نصوص الشريعة، مايسد الحاجة ويدفع كل ضرورة، ويُعَكِن الدولة من الحفاظة على الأمن والنظام، وحماية كل مرفق، ومراقبة المشبوهين، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة. وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة، ولا يتعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة، فليس للدولة أن تعدل عن بحجة الضرورة إلى ما يتعطل قاعدة مهمة من قواعد الشريعة. وإذا كانت الدولة لا تستطيع إبعاد رعایاها ولا منعهم من دخول أرضها، وتكتفى في دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التي ذكرناها، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس الوسائل في دفع الغرباء والمهاجرين الذى هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعایا المستوطّنين.

فعل كل دولة إسلامية إذن لا تبعد رعایا الدول الإسلامية الأخرى، وألا تمنعهم من دخول أرضها، وأن تعاملهم كرعایاها تماماً. وإذا أتوا ما يدخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقد رعایاها -٣٨٠-. وهذا الذى نقول هو الرأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمى. أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ما ذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة، وإثارة النعرات الوطنية والجنسية، وهذا ما يحاربه الإسلام ولا يرضاه.

الصدر

تعليق رقم -٣٨٠ -: نعم يباح لها منع غير رعایاها من دخول بلادها إذا لم تتمكن من حفظ الأمن مع وجودهم في بلادها.

الشاوي

رأينا في "التعليق -٣٨٠ -: شرط حفظ الأمن الذى يضيفه السيد الصدر واسع لا يمكن ضبطه - ويؤدى عملاً إلى إلغاء القاعدة التى يرجحها فقيهنا.

وهذا الرأى يجعل تعدد الدول الإسلامية معناه القضاء على وحدة الأمة ذاتها، لأن وحدة الأمة هي التى تستوجب المساواة بين جميع المسلمين في حق الإقامة في دار الإسلام كلها، برغم تعدد دولها.

229 - الإسلام يقرر حق المسلمين في دخول جميع بلاد الإسلام

والإقامة فيها وعدم إبعادهم:

ما قلناه بصدق مشكلة تسلیم اللاجئين يطبق كذلك على الإبعاد. فالوضع الحالی مختلف تماماً عن الأوضاع التي نشأت في ظلها الاجتهدات الفقهية التي يعرضها - وهذا يضع على عاتق الأجيال الجديدة من الفقهاء أن يجتهدوا لاستبطاط الأحكام المناسبة لها، إلى أن توجد دول تتفق على أن تلتزم بمبادئ شريعتنا، وأولها ما توجبه من تقديم حريات الشعوب والأفراد.

وإلى أن توجد دار الإسلام الكبرى التي تسود فيها الشريعة وتلزم سلطانها بتطبيقها، فإن الكلام عن دار الإسلام ودار الحرب يكون سابقاً لأوانه في عصرنا. ووصف بلد معين لا يتلزم بتطبيق الشريعة بأنه دار إسلام أو وصف جميع الدول غير الإسلامية بأنها دار حرب فيه تجاوز لا نقره، وقد قلنا إن جميع بلاد العالم الآن أصبحت دار عهد وسلام - ويجب أن يراعي ذلك في كلامنا عن الإبعاد أو عن التسلیم....

نحن نؤيد ما قاله فقيهنا من أنه ليس للدولة تصف نفسها بأنها إسلامية أن تحرم دخول رعاياها دولة إسلامية أخرى إلى إقليمها ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بأى حجة. كما لا يجوز لها أن تعاملهم معاملة أقل من معاملة مواطنها، لأن المسلمين أمة واحدة ينتهي إليها جميع المسلمين برغم اختلاف دولهم وجنسياً لهم وأوطاهم.

وقد سبقتنا كثير من الدول الأجنبية إلى إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها. وعلى الشعوب الإسلامية أن تطالب بتطبيق ذلك فيما بين الدول التي تصف نفسها بأنها إسلامية، أو التي تحكم شعوباً إسلامية ولو كانت تتباهى بأنها علمانية أو لا دينية. كما نتمنى أن يكون هذا هو أول أهداف منظمة المؤتمر الإسلامي التي يجب في نظرنا أن تلزم الدول الأعضاء بعدم إطلاق وصف أجنبي على أي مسلم مهما تكن جنسيته، وأن توفر للمسلمين الذين يدخلوها أو يقيمون فيها جميع الحقوق التي يتمتع بها رعاياها.^(١) ونؤيد رأيه بعدم مطالبة المسلمين بالحصول على تأشيرات دخول للبلاد الإسلامية، ولعلنا نقدر في ذلك بما فعلته الدول الأوروبية من إلغاء تأشيرات الدخول فيما بينها... ونُغكِّن رعايا كل دولة منها بدخول الدول "الشقيقة" والإقامة والعمل فيها، والحصول على جميع حقوق المواطنة فيها دون أي قيد على ذلك ...

(١) مما يؤسف له أن بعض النظم ترحب بغير المسلمين في بلادها، وتعاملهم باحترام ورعاية أكثر مما تعامل به المسلمين من "الدول الشقيقة"!!!... وقد آن الآوان لدعوهם للالتزام بالمبادئ الشرعية التي دافع عنها فقيهنا .

● المسلمين أمة واحدة مهما تعددت الدول المسيطرة عليهم :

إنني أعتقد أن الأوضاع التي شهدتها فقيتنا كانت غير ما وصلنا إليه الآن. ونحن الآن أحوج إلى هذا الدفاع الحار الذي سجله فقيهنا قبل استشهاده، وكأنه كان ينظر بظاهر الغيب، وكان يتوقع أن الشعوب الإسلامية وأفرادها سيكونون في أشد الحاجة إلى أن يشعروا بانتمائهم إلى أمة واحدة أنسأها هذه الشريعة وفرضت لكل من ينتمي إليها ضمان حقوقه الإنسانية، سواء حقه في اللجوء هرباً من الاضطهاد، أو عدم إبعاده، أو عدم منعه من دخول أرض إسلامية أيًا كانت الدولة التي تسيطر عليها ...
ولا نعتقد أنه كان يتوقع أن تسبقنا الدول الأوروبية التي اكتوت بنار الحرب العالمية الثانية التي استمرت عدة سنوات مات فيها ملايين من أبنائها وخررت مدن وقرى ومصانع وطرق وبلغ العداء بينها أقصاه، ثم بعد ذلك تسبقنا إلى الوحدة والاتحاد وإعطاء المواطن في كل منها حقه الكامل في دخول البلاد الأخرى التي كانت تعودى بلاده وتحارها، وحقه في الإقامة والعمل فيها .

إننا نحن أولى بذلك كله لأن شريعتنا الإلهية أعطتنا المبادئ والأصول والأسس التي تقوم عليها الأخوة والمساواة بين المسلمين مهما اختلفت أقطارهم أو "دولهم" ... ولم يكن بين هذه الدول مثل ما وقع بين الدول الأوروبية من حروب ما زالت آثارها باقية - بل كنا جميعاً دولة واحدة عظمى موحدة تسودها شريعة تفرض علينا التعاون والتضامن والوحدة والمساواة ...

لقد وصل حالنا من السوء إلى أن بعض حكامنا يحاربون كل من يدعوه إلى التقارب بين شعوبنا أو التعاون بينها ... ويعقدون المؤتمرات والندوات للتقارب والتعاون بينهم وبين دول أجنبية أخرى ما زالت لها مطامع في بلادنا ... وتستدرجنا للاعتراف لدول غير إسلامية ولرعاياها بكل الحقوق والامتيازات باسم "الشرق الأوسط" أو "البحر المتوسط" واستبعاد كل دعوة للوحدة باسم الإسلام واضطهاد من يسعون لذلك بحجج واهية لا أساس لها .

عوذه

٢٣٠- إبعاد الحربيين: ليس للحربيين أن يدخلوا دار الإسلام إلا بإذن خاص، أو بناء على عهد طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية. وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الإسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لاتزيد على سنة واحدة في رأي 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 لاتزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الإمام إطالتها وكان في ذلك مصلحة^(٣)- ٣٨١- .

وإذا انتهت مدة إقامة الحربي كان من حق الدولة الإسلامية أن تبعده من أرضها. وله أن تبعده ولو لم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن، أو خشي منه الاعلال بالأمن، تطبيقاً لقوله تعالى: «إِمَّا تَخَافُّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَابْرُدْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَاءٍ» [الأنفال: ٥٨]. ولقوله تعالى: «فَمَا اسْتَقَمُوا لَكُمْ فَاسْتَقِمُوا لَهُمْ» [التوبه: ٧]. على أنه يشترط عند الإبعاد أن يبعد الحربي - أو المسلم من باب أولى - إلى مكان يأمن فيه على نفسه، أو أن يردد إلى مأنته، لأنه دخل دار الإسلام على أمان، فوجب لا يعرض للهلكة، وأن يردد إلى المكان الذي يأمن فيه، وذلك قوله تعالى: «ثُمَّ أَبْلَغُهُ مَأْمَنَهُ» [التوبه: ٦].

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمي ولو خشي من خيانته، أو أتى ما يدل على خيانته- ٣٨٢- ، ويفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمي من رعايا الدولة، ويقيم في دار الإسلام إقامة دائمة، فهو كالمسلم في قبضة الإمام، وخيانته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانته المسلم، أما المستأمن فليس كذلك، ومن الصعب استدرك خيانته^(٤).

الصدر تعليق "رقم-٣٨١-": تعين مدة إقامته بيد الإمام، فهو يعينها تبعاً لما يراه من المصلحة. فإن رأى الإمام المصلحة في أن مدة إقامته لاتزيد على يوم فلا يسمح له بالزيادة، وإن رأى المصلحة في إطالة بقائه فيسمح له بذلك.

الصدر تعليق "رقم-٣٨٢-": إلا إذا اشترط في عقد الذمة عدم إيهام المسلمين، فمع ظهور الخيانة منه يخرج من الذمة وللحكم الشرعي حينئذ إخراجه.

الشاوي رأينا في "التعليقين-٣٨١-٣٨٢-": أن مقالة السيد الصدر هو ماتوصلت له النظم الحديثة، ويفقق مع مبادئ شريعتنا.

(١) شرح فتح القدير ج-٤ ص ٣٥١، المغني ج-١٠ ص ٤٣٧.

(٢) المغني ج-١٠ ص ٤٣٦، مواهب الجليل ج-٣ ص ٣٥٩.

(٣) أنسى المطالب ج-٤ ص ٢٠٤.

(٤) شرح فتح القدير ج-٤ ص ٢٩٤، مواهب الجليل ج-٣ ص ٣٨٦، المذهب ج-٢ ص ٢٩٤، المغني ج-١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها.

الشريعة والقوانين :- تأخذ القوانين الوضعية بعدها من الأجانب

من دخول أرض الوطن، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة. ولا تخيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن، على أن يقيموا إقامة مؤقتة، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة مالم تجدد مدة الإقامة. وهذه المبادئ التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا هي نفس المبادئ التي جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا. 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 مأمه، كما توجب ذلك الشريعة، ويكتفى في معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك، وتفوق الشريعة في هذه المسألة لاحتاج إلى صاحبها.

الجنسية في الشريعة :- تقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدار، أو بعبير آخر على أساس الإسلام ومسالمته، والتزام أحکامه أو الكفر به. فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين، محكومين بمحكمه واحدة أو بمحكمات متعددة. ومهما تغير المصري عن السورى أو العراقي أو المغربي فذلك تغيير محلى أو إقليمى لا ينبع عليه حكم شرعى ولا يؤدى إلى تغيير في الخارج.

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم ومحكماتهم ومهما تغير الإنجليزى عن الفرنسي أو الأمريكى، فذلك تغيير داخلى فيما بينهم، ولكن أحکام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرجين ومجتمعين. على أن الشريعة لا تمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بسبب ظروفها، فيجوز مثلاً أن يكون بين المسلمين وبين الإنجليز حرب، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة، وهكذا.

وأساس الجنسية في دار الإسلام اعتناق الإسلام أو التزام أحکامه، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم، ومن التزم أحکام الإسلام ولم يسلم فهو ذمى، وأساس الجنسية في دار الحرب هي إنكار الإسلام وعدم التزام أحکامه.

وتغير الجنسية في الشريعة بغير الأساس الذي تقوم عليه، فتتغير جنسية الحربي باعتناق الإسلام، أو بالدخول في ذمة المسلمين والتزام أحکام الإسلام.

ويشترط للدخول في الذمة المهرجة إلى دار الإسلام، فلا يُعدُّ المحارب ذمياً وهو في بلده إلا أن يدخل البلد كله في الذمة ويلتزم أهلة أحکام الإسلام فلا تشرط حينئذ المهرجة، لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام. وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام، وإن كان أبو حنيفة يشترط لعدّه مقصوماً أن يهاجر إلى دار الإسلام.

عوده

وتغير جنسية المسلم والذمي بتغيير الأساس الذي تقوم عليه. فتتغير جنسية المسلم بالردة، وتتغير جنسية الذمي بعدم التزام أحکام الإسلام، وبالإقامة الدائمة في دار الحرب -٣٨٣.

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج، ولكنه لا يؤدي وحده لتغير الجنسية. فالMuslim 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 المستأمن في دار الإسلام من ذمية فلا يصير ذميا بزواجهها، ولا تصير هي بزواجه حريبة، إلا إذا رضى هو أن يقيم في دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذميا -٣٨٤، وإنما إذا هاجرت هي مع زوجها إلى دار الحرب. وإذا تزوج المسلم من حريبة فأسلمت تغيرت جنسيتها بالإسلام دون حاجة للهجرة، لأن الجنسية تتغير أصلا بالإسلام وحده، فالزواج ليس هو الذي يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحکامه والإقامة بداره. وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة، فالذمي إذا أقام بدار الحرب ولم تلتحق به زوجته صار حريبا، وبقيت هي ذمية، والمسلم إذا ارتد صار حريبا، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله.

ويتبع الصغار ومن في حكمهم كالجنون أبويهم في الجنسية. فإذا أسلم الزوجان أو دخلا في الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل في الذمة تبعه الأولاد غير المميزين، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت في الذمة تبعها الأولاد غير المميزين في رأي أبي حنيفة والشافعى وأحمد -٣٨٥، وتبعوا الأب في رأى مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم في الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى. والجنسية الإسلامية هي العليا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : "الإسلام يعلو ولا يعلى". فإذا كان التغيير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الآباء، بل يبقون على جنسيتهم

تعليق "رقم -٣٨٣": كما تغير جنسيته بقضاء لشروط الذمة وخروجه بذلك عن الذمة.

الصدر

تعليق "رقم -٣٨٤": إذا التزم بشروط الذمة.

الصدر

تعليق "رقم -٣٨٥": وهو الرأى الراجح عندنا.

الصدر

رأينا في "التعليقات -٣٨٣ - إلى -٣٨٥" تراجع الحاشية.

الشواوى

عودة

الأولى. فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقي الأولادهما غير المميزين مسلمين -٣٨٦-، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الآبوبين فقط^(١).

هذه هي القاعدة 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 الإقليم، فكل من يقيم إقامة دائمة في أرض الدولة فله جنسيتها. وهذا يقابل الإقامة الدائمة في دار الإسلام. وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام في أرض دولة أخرى مدة معينة ورضا بالدخول في جنسيتها. وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الآبوبين كقواعد عامة.

الصلدر

الشواوى

تعليق "رقم ٣٨٦-": إذا بقوا في بلاد الإسلام تحت حماية المسلمين.

رأينا في "التعليق ٣٨٦-": تراجع الخاشية.

(١) المغنى جـ ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦، مجلة القانون والاقتصاد سن ١١ ص ١٤، شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٦٩ - أسمى المطالب جـ ٤ ص ١٢٣.

230- 232 - الديون مواطنون لا يجوز إبعادهم، والأجانب

المعاهدون يطبق عليهم مبدأ المعاملة بالمثل، والجنسية علاقة سياسية :

إننا نؤيد القول بأن الديمى مواطن كالمسلم لا يجوز إبعاده. أما الأجانب المعاهدون، فلابد أن يطبق في شأنهم مبدأ المعاملة بالمثل، ورأينا أنه لا يصح وصفهم جميعاً بألفم "حربيون"، وصفة الحربين أصبحت مقصورة على من توجد بيننا وبينهم حالة حرب.. أما غيرهم من "الأجانب" فهم معاهدون وتطبق بشأنهم المعاهدات والاتفاقيات الثانية والجماعية.

ويسرنا إشارته إلى المبدأ القرآني الذي يفرض عدم إبعاد أى شخص إلا إذا وجد له مأمناً بنص القرآن بالنسبة لغير المسلمين والمسلم أولى بذلك، بل الأصل أنه لا يبعد من أى بلد إسلامي لأنه من أهل دار الإسلام، وهذا ما تطبقه الآن بعض النظم الوضعية في البلاد الأجنبية - وما يوسع له أن دولاً عديدة يصفها البعض بأنها إسلامية لالتزام بهذا المبدأ الشرعي ...

وعلى فقهائنا أن يدعوا المسلمين لالتزام السلطة القائمة في بلادهم بهذا المبدأ الذي قرره القرآن بنص صريح، امتناعاً لأمره تعالى بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وعجزهم عن ذلك لا يبرر لهم القول بجواز الاعتداء على الأفراد بحججة إهانة دمائهم، لأن الإهانة حق للقضاء وحده ولا يجوز للأفراد أن يدعوا لأنفسهم الحكم به.

* * *

لم تُعرف كلمة الجنسية في الفقه الإسلامي ولا كتبه في عصور الدول الإسلامية المبنية على مبدأ أن وحدة الأمة تستلزم وحدة الدولة، لكنها دخلت قاموس القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية في العصور المتأخرة نقاً عن القوانين الأجنبية. ولذلك، فإن تحديد مضمونها يرجع فيه إلى مصدرها الوضعي ولا ينبع إلى شريعتنا، ومضمونها التزام الفرد بالولاء للدولة التي يحمل جنسيتها مقابل حمايتها له ولحقوقه بحسبائه من يُعذّبون رعاياها.

وفي عصرنا الحاضر لم يعد هناك ارتباط بين وحدة الأمة ووحدة الدولة الإسلامية - فقد تعددت دول المسلمين ب رغم استمرار وحدة الأمة - ولذلك فإن الجنسية وُجدت الآن لتحديد الدولة التي ينتمي إليها كل مواطن، فمعاييرها سياسي وليس دينياً. ولا نافق على القول الآن بأن أساسها الدار كما يقول فقيهنا، لأن الدار كانت تشمل إقليم الدولة الإسلامية الكبرى التي كانت تسيطر على العالم الإسلامي كله - في الماضي - أما الآن في عهد تعدد الدول فقد تغيرت دار الإسلام وأصبحت الجنسية ولاء للدولة القطرية. ومع ذلك فإن الإسلام يعطى للمسلم حقوقاً معينة في بلاد الإسلام بسبب انتمائه إلى الأمة الإسلامية ..

الجنسية علاقة سياسية، لكن الدين علاقة تكافل وأخوة تربط كل مسلم بالأمة الإسلامية الكبرى :

ونحن نؤيد ما قاله من أن المواطنين في "دار الإسلام" يكونون مسلمين أو ذميين، وهذا مبدأ إسلامي معروف منذ نشأت دولة المدينة في عهد رسولنا الكريم، حيث قررت "صحيفة المدينة" - وهي أول دستور مكتوب في الإسلام - مبدأ انتفاء الذميين للدولة الناشئة التي أسسها الرسول الأمين، وبالتالي فهم مواطنون فيها ومحملون جنسيتها.

وعندما يتحد المسلمين في ظل دولة واحدة في جميع أقطار دار الإسلام، فإن الجنسية يصبح أساسها الدار الكبرى التي تعرف باسم دار الإسلام. ومع ذلك، فإننا نرى أن المسلمين في الدول الأجنبية التي تُعد دار عهد وسلام يجب أن يحتفظوا بولائهم وانت茂them إلى الأمة الإسلامية، وهي علاقة أخوة وتكافل وتضامن، برغم أنهم لا يحملون جنسية دولة الإسلام الكبرى ولا الدول القطرية التي تتشتت الشعوب الإسلامية المختلفة، بل يحملون جنسية دولة أجنبية ويكت Suff them لقوانينها، وانت茂them للأمة في هذه الحالة يختلف عن أن انت茂them للدولة الأجنبية التي يحملون جنسيتها أساسه ولا يؤثthem سياسيا لها كمواطني، أساسه الجنسية وليس أساسه الدين، أما الدين فيربطهم بالأمة الإسلامية برابطة أخوة وتكافل شخصي.

إننا نقر قوله بأن الجنسية أساسها الدار بشرط أن يقصد بكلمة الدارإقليم الدولة سواء كانت دولة إسلامية كبيرة موحدة، أو دولاً قطبية متعددة وليس أساسها عقيدة الفرد ولادياته؛ فقد يكون من رعايا دولة الإسلام ومواطنيها غير مسلمين كما يوجد مسلمون ينتموون سياسياً لدول أجنبية. ونعتقد أن هذا هو ما قصدته فقهاؤنا عندما عرّفوا دار الإسلام بأنها الإقليم الخاضع لسيطرة المسلمين، ولم يقولوا إنها الإقليم الذي يقيم فيه أو يعيش به المسلمون، لأن المسلم يمكن أن يعيش في دار آخر غير دار الإسلام ومع ذلك تبقى له دياناته وإن تغيرت جنسيته، كما أن غير المسلم يمكن أن يكون مواطناً لدولة إسلامية يتمتع بجنسيتها.

ونعتقد أنه أشار لذلك عندما قرر صراحة أن القواعد العامة في الشريعة هي نفس القواعد العامة التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم في مسائل الجنسية. فالجنسية (في نظره ونظرنا) تقوم على أساس الإقليم أو الولاء للدولة ...

ووحدة الأسرة توجب أن يتبع جميع أفرادها الأب أو الزوج في جنسيته - وهذا مبدأ شرعي ووضعي، لا نرى دخول أي قيد عليه بسبب الدين أو العقيدة، ما دام الزواج الذي هو أساس الأسرة صحيحًا شرعاً.

ونخشى أنه يصر على استعماله لصفة حربى لكل من ينتمي جنسية غير إسلامية، ونحن قد قلنا مراراً إن هذا القول لم يعد يطابق الواقع عصراً لأن الأصل أن جميع الأجانب الآن معاهدون مسلمون، وإذا وجد من ينتمي لدولة في حالة حرب فعلية مع دولة إسلامية، فإن هذا وضع شاذ واستثنائي ومؤقت لا يجوز القول بسريانه على كل من ينتمي جنسية دولة غير إسلامية.

عوده

الفصل الرابع في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

٤٣٣- ترسيد تاريخي : كان القانون الوضعي حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد، ولا يعترف بالمساواة بين المحكومين. وكان يميز بينهم في المحاكمة وفي توقيع العقوبة، وفي تنفيذ العقوبة. وكانت المحاكم تتعدد تبعاً لتنوع طوائف الأمة، فلالأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة، ولكل من هاتين الطائفتين قضاها. وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة. وكان لشخصية الجاني اعتبارها في القانون، فالعمل الذي يأتيه الشريف ويعاقب عليه بألفه العقوبات، يعاقب عليه الشخص العادي إذا أتاه بأقصى العقوبات. وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع ضعفه وحظره؛ فإذا حكم بالإعدام مثلاً على شريف ووضع ضربت رقبة الشريف بالسيف، وشنق الوضيع في حبل كما تشنق الكلاب. وكانت بعض الأفعال تُعَدُّ جرائم إذا أتتها العامة يحاسبون عليها أشد الحساب، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين في كل وقت فلا يحاسبون عليها ولا يحاكمون عنها.

كان هذا شأن القانون الجنائي الوضعي حتى أوآخر القرن الثامن عشر، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية، فجعلت المساواة أساساً من الأسس الأولية في 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 القدية دفعاً واحدة وإنكار الماضي كله، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة عُدِّت استثناءات من مبدأ المساواة التامة، وراح بعض الكتاب يتحلّ لها المعاذير أو يسوّغها بحيل قانونية، بينما راح البعض ينتقدوها ويطالّب بإلغائهما. وكانت الغلبة للفريق الآخر، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التي وضعت في آخر القرن التاسع عشر وفي القرن الحالي، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات، أو حاولت أن تقضي على بعضها. وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة، ويعملون جاهدين لتحقيقها، وقد تتحقق المساواة التامة قريباً وقد لا تتحقق، ولكنها الأمل الذي تختلج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية.

٢٣٤ - أمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية : ومن أظهر

الأمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية مايأتي :

أ - تمييز رئيس الدولة : تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى، ملكاً كان أو رئيس جمهورية، وبين باقي الأفراد. بينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون، وأنه السلطة العليا، فلا يصح أن يخضع سلطة هي أدنى منه وهو مصدرها.

وتعده بعض الدساتير ذات الملك مقدسة، كالدستور الداغركي والدستور الإسباني قبل الجمهورية، أما الدستور الإنجليزي فيجعل ذات الملك مصونة لاتمس، ويفترض أن الملك لا يخطئ، وفي بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لاتمس، وكذلك كان الحال في إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكي.

والأسأل في النظام الجمهوري أن رئيس الجمهورية غير مسئول، وكانت شعوب العالم تعرف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً لمبدأ المساواة. فالدستور الفرنسي يجعل رئيس الجمهورية مسؤولاً جنائياً في حالة واحدة هي حالة الخيانة العظمى، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى. والدستور البولندي الذي وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسؤولاً جنائياً في حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور، كما جعله مسؤولاً إذا ارتكب جريمة عادية، واشترط محاكمته إذن البرمان وأغلبية خاصة.

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظيرية الأولى لا يجعل الرئيس مسؤولاً عن أي جريمة ارتكبها، والنظيرية الثانية تجعله مسؤولاً عن بعض الجرائم دون البعض الآخر، والنظيرية الثالثة تجعله مسؤولاً عن كل الجرائم التي يرتكبها.

ولاشك في أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت في القوانين الوضعية تطوراً عظيماً، وبعد أن كانت القاعدة العامة - حتى القرن الثامن عشر - إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاماً، أهملت تلك القاعدة، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة.

ب - تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعفي القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية، ملوكاً كانوا أو رؤساء جمهوريات، من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من جرائم في أي بلد آخر غير بلادهم، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متৎرين، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية. وجحجة شرائح القوانين في هذا الإعفاء أن

عوده

إجازة محكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتيهم لاتتفق مع ما يجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام، وهي حجة لاستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتکاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة، ولا يستحق شيئاً من التوقير والاحترام. ومثل هذا يقال في أفراد الحاشية. الواقع أن الإعفاء تقليل قدیم كان معمولاً به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ المساواة، وظل معمولاً به حتى اليوم، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به، وصيورته جزءاً من القانون الدولي، والمعلوم أن القانون الدولي لا يتطور بمثيل السرعة التي تتطور بها القوانين الخاصة.

جـ - تمييز رجال السلك السياسي : تعنى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التي يعملون فيها، ويشمل الإعفاء حاشيتيهم وأعضاء أسرهم. وجحة شرائح القوانين في هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التي يعملون في أرضها، وليس للدولة على أخرى حق العقاب، وأن الإعفاء ضروري لتمكينهم من أداء وظائفهم، وحتى لا تتعطل بتعریضهم للقبض والتفيش والمحاكمة. ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسي ليس إلا فرداً من رعايا دولة أجنبية، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة في أرضها، ولا يمكن أن يعطى سريان القانون على الممثل السياسي أعمال هذا الممثل مادام يحترم القانون ويطهّر ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته.

د - تمييز أعضاء الرئيسيّة التشريعية : وتعنى القوانين الوضعية مثلي الشعب في البلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال في أثناء تأدية وظائفهم. وقد أخذ الدستور المصري بهذا الاتجاه، فمنع من مواجهة أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الأفكار والآراء في المجلسين^(١)، أي أنه ألغىهم من المسؤولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التي تلقى أو تكتب في دارى المجلسين. والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدرًا من الحرية يساعدتهم على أداء وظائفهم حق الأداء، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هي مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثيل الحصانة التي يتمتع بها أعضاء البرلمان؛ ولأن هناك من الوطنين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان.

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصري.

عوده

لهـ - **تمييز الأغنياء**: وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء في كثير من الحالات. ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن قانون تحقيق الجنایات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس في كثير من الجرائم، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تفيذ الحكم عليه حتى يفصل في الاستئناف، وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف^(١). وفي هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة، إذ يستطيع الغنى دائمًا أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم، بينما يعجز الفقير عن دفعها في أغلب الأحوال، فينفذ عليه الحكم في الحال.

ويميز قانون تحقيق الجنایات المصري للمتهم الحبس أن يعرض على جسمه، فينظر اعتراضه أمام القاضى، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى^(٢). وفي تقرير مبدأ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الغنى يستطيع دائمًا أن يدفع الضمان المالى، فيخرج من محبسه. أما الفقير فهو في أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان، فيظل رهن محبسه، وقد تقضى المحكمة براءته مما نسب إليه، ف تكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم، بل لأنه عجز عن دفع الكفالة أو بغير آخر؛ لأنه فقير.

د - **تمييز الظاهرين من أسرار الجماعة** : وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم. ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري أن لوكيل 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 جهات معينة، ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إداري يقع على الموظف أو الطبيب أو المحامي، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين.

ويميز القانون المصري لن وقع عليه ضرر من جريمة أن يطالب بتعويض مأصابه من الضرر، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى مركز الشخص وماله، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع. فلو أن مدير شركة وعاملًا في نفس الشركة أصيب في حادث واحد بإصابات متماثلة فطالباً بتعويض، لكان التعويض الذي يحكم به مدير الشركة ضخماً كبيراً، ولكن التعويض الذي يحكم به للعامل تافهاً ضئيلاً.

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنایات المصري.

(٢) الماد ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنایات.

عوده

وقد جرى الشارع المصرى على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن إصابات العمال فى أثناء عملهم يا إصابات تؤدى إلى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاهم، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل فى مدة معينة ولددة معينة. فإن كان مرتبه صغيراً كان تعويضه كذلك، وإن كان مرتبه كبيراً كبير التعويض^(١). ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان معاً فى مصنع واحد، وفي حادث واحد، وتحت ظروف واحدة، فقد كل منهما ذراعه اليمنى، أو يده اليمنى، أو إبهامه الأيمن مثلاً، فإن صاحب المرتب الأقل منهما يكون تعويضه أقل من التعويض الذى يصرف لزميله.

٢٣٥ - بين القانون والشريعة : هذه هي نظرية المساواة، كما تطلع علينا بها القوانين الوضعية الحديثة، لارتفاع مهيبة الجناح، مقصوصة الأطراف، لم تتسو بين الرؤساء والمرءوسين، والحاكمين والمحكومين، ولم تتسو بين الفرد والفرد، ولا بين الجماعة والجماعة، ولا بين الغنى والفقير.

وقد يدهش بعض الذين لا يعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التي لم يتم نضجها وتكون فيها في القانون الوضعى الحديث قد نضجت تمام النضج، وتكونت تمام التكوين، ووصلت إلى أقصى مداها في الشريعة الإسلامية. ولا انتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط، بل تمتاز عليها أيضاً بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرناً، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في آخر القرن الثامن عشر.

ويستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية، فإن المساواة التامة التي يبحثون عنها قائمة في الشريعة، بحوطها من جمال التكوين، وجلال التقين، وعدلة التشريع، ما يبهر أبصارهم ويحيي ألبهم، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم ويشبع أطماعهم.

٢٣٦ - نظرية المساواة في الشريعة : جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة، فقررت المساواة على إطلاقها، فلا قيد ولا استثناء، وإنما مساواة تامة بين الأفراد، ومساواة تامة بين الجماعات، ومساواة تامة بين الأجناس، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين، لأفضل لرجل على رجل، ولا لأيضاً على أسود، ولا لعربي على عجمي. وذلك قول الله تعالى : ﴿يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣]. وذلك ماأكده رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد، لأفضل لعربي على عجمي إلا بالتفوى".

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من ق ٦٤/١٩٣٦ الخاص بإصابات العمال والجدول الملحق به.

عوذه

وفي قوله: "إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم، 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 المسؤوليات، وهم في ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن على سن، ولا تنقص سن عن سن، أو هم في ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة في حقوقهم، وواجباتهم ومسؤولياتهم، لأفضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين، ولافضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكي الأبيض على الأمريكي الأسود، ولافضل لعربي على عجمي، أي لأفضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس.

والنقوى هي وحدها نصاب التفاضل بين الناس في الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل في حدود معينة، تفاضل بين الناس عند رهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم. وكون النقي كريماً على الله لا يعطيه حقاً عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق. فالنقوى صفة تؤثر في صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر في صلة الإنسان بغيره، والتفاضل الذي ينشأ عن النقوى هو تفاضل معنوي لامادي.

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشري، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولا بين الملك والسوق، ولا بين مثلثي الدول السياسيين والرعايا العاديين، ولا بين مثلثي الشعب وأفراده، ولا بين الأغنياء والفقراً، ولا بين الظاهرين والخاملين. ونبين فيما يلى حكم هذه الحالات التي جعلناها أمثلة على انعدام المساواة في القوانين.

٤٣٧ - المساواة بين رؤساء الدول والرعايا : تسوى الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا في سريان القانون، ومسؤولية الجميع عن جرائمهم. ومن أجل ذلك، كان رؤساء الدول في الشريعة أشخاصاً لا قداسة لهم، ولا يمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أي فرد.

ولقد كان الرسول (ﷺ) - وهو نبى ورئيس دولة - لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازاً، وكان يقول دائماً : "إِنَّمَا أَنَا بْشَرٌ يُوحَى إِلَيَّ" ، و"هَلْ كُنْتَ إِلَّا بْشًا رَسُولًا؟". وكان قدوة خلفائه وللمسلمين في توكييد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابي فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم : "هُوَّنَ عَلَيْكَ . إِنَّمَا أَنَا امْرَأَةٌ كَانَتْ تَأْكُلُ الْقَدِيدَ". وتقاضاه غريم له ديناً فاغلظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: "مَهْ يَا عُمَرَ، كُنْتَ أَحْوَجَ إِلَى أَنْ تَأْمُرَنِي بِالْوَفَاءِ، وَكَانَ أَحْوَجَ إِلَى

عوده

أن تأمره بالصبر^(١). وخرج في أثناء مرضه الأخير بين الفضل بن عباس وعلى حتى جلس على المنبر، ثم قال: "أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهرى فليستقد منه، ومن كنت شتمت له عرضاً فهذا عرضي فليستقد منه، ومن أخذت له مالاً فهذا مالى فليأخذ منه، ولا يخشن الشحناه من قبلى فإنها ليست شأنى. ألا وإن أحبكم إلى من أخذ مني حقاً إن كان له، أو حللى فلقيت ربى وأنا طيب النفس". ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى^(٢).

وجاء خلفاء الرسول من بعده فنسجوا على منواله، واهتدوا بهديه. فهذا أبو بكر رضى الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة، فتكون أول كلمة يقولها توكيداً لمعنى المساواة، ونفياً لمعنى الامتياز. فقال: "أيها الناس، قد وُلِّتُ عليكم ولست بخبيركم، إن أحسنت فأعينوني، وإن أساءت فقوموني". ثم يعلن في آخر كلمته أن من حق الشعب الذي اختاره أن يعزله. فيقول: "أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"^(٣).

وهذا عمر بن الخطاب يولي الخلافة فيكون أكثر قسماً بهذه المعانى، حتى إنه ليروى قتل الخليفة الظالم. خطب يوماً فقال: "لوددت أني وياكم في سفينة في جلة البحر تذهب بنا شرقاً وغرباً، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم، فإن استقام اتبعوه، وإن جنف قطلوه. فقال طلحة: وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلاه. فقال: لا، القتل أنكل من بعده"^(٤).

وأعطى أبو بكر القود من نفسه، وأقاد للرعية من الولاية. وفعل عمر بن الخطاب مثل ذلك، وتشدد فيه، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة^(٥). ولما قيل له في ذلك قال: "رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي القود من نفسه وأبا بكر يعطي القود من نفسه، وأنا أعطي القود من نفسي"^(٦).

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلاً، فقال له الرجل: إنما كنت أحد رجلين: رجل جهل فعلم، أو أخطأ فعفى عنه. فقال له عمر: صدقت، دونك فامثل، أى اقص^(٧).

(١) زاد المعاذ جـ ١ ص ٥٩.

(٢) تاريخ ابن الأثير جـ ٢ ص ١٥٤.

(٣) تاريخ ابن الأثير جـ ٢ ص ١٦٠.

(٤) تاريخ ابن الأثير جـ ٣ ص ٣٠.

(٥) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي ص ١١٣ - ١١٥.

(٦) الأم جـ ٦ ص ٤٤ .

(٧) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥

وأخذ عمر الولاة بما أخذ به نفسه، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الوالي للمظلوم، وأعلن على رءوس الأشهاد مبدأه هذا في موسم الحج، حيث طلب من ولة الأمصار أن يوافوه في الموسم، فلما اجتمعوا خطبهم وخطب الناس قال : أيها الناس، إن ما أرسل إليكم عملاً ليضرروا أبا شاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، وإنما أرسل لهم إليكم لعلهم يعلمونكم دينكم، وسنة نبيكم، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلى، فوالذي نفس عمر بيده لأقصنه منه. فوثب عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين، أرأيتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدبه بعض رعيته إنك لتقصنه منه؟ فقال: أى والذى نفس عمر بيده، إذن لأقصنه منه، وكيف لا أقصنه منه! وقد رأيت النبي ﷺ يقص من نفسه^(١)؟

وقد جرى العمل في الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة أمام القضاء العادى، وبالطريق العادى. فهذا هو على بن أبي طالب في خلافته، يفقد درعا له ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضى، فيحكم لصالح اليهودى ضد على. وهذا هو المغيرة وإلى الكوفة يتهم بالزنا. فيحاكم على الجريمة المسوبة إليه بالطريق العادى. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدي يحيى بن أكثم قاضى بغداد، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة بخلوص الخليفة، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته. وقال: يا أمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه، فاستحب المأمون، ودعا للرجل بطنفسة أخرى. وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفضى بطريق شرعى بحث "هو التحكيم"، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه عطب، فخاصم الرجل عمر، فقال عمر: أجعل بيني وبينك رجلا. فقال الرجل: إن أرضى بشريح العراقي. فقال شريح لعمر: أخذته صحيحًا سليمًا فانت له ضامن حتى ترده صحيحًا سليمًا. وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضيا.

وفقهاء الشريعة الإسلامية، وإن كانوا يشتغلون في الإمام أو رئيس الدولة الإسلامية شروطاً لاتتوافق في كل شخص، إلا أنهم يسوزونه بجمهور الناس أيام الشريعة، ولا يميزونه عنهم بشيء. وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلطانين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه. إلا أنهم اختلفوا في الإمام الذي ليس فرقه الإمام، ولهم في سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان :

(١) تاريخ ابن الأثير جـ ٣ ص ٢٠٨، وكتاب الخراج لأبي يوسف ص ٦٦ .

عوده

النظرية الأولى: وهي نظرية أبي حنيفة، ويرى أن كل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالرثا والشرب والقذف لا يؤخذ به إلا القصاص والمالي، فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يواخذ به؛ لأن الحد حق الله تعالى، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه؛ لأن إقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه، ولا ولایة لأحد عليه ليستوفيه؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء، فإذا تعذر لم يجب، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتفاقات، لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كفيراً، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعه فيقدر بهم على الاستيفاء، فكان الوجوب مفيضاً^(١).

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذي ليس فوقه إمام، لا لأنها معفى من العقاب، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه، إذ إنه صاحب الولاية على غيره، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة، ولأن ولاية العقاب في الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للإمام وليس 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 يعرض الإمام نفسه للخزي والنكال بإقامة الحد على نفسه، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجباً.

فال فعل المحرم في رأي أبي حنيفة يظل محظماً ويُعد جريمة، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب. ويتربى على هذا أن الإمام لو زنا وهو محسن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل، لأنه قتل شخص مباح الدم^(٢)، إذ الزنا من محسن عقوبته الموت. ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها، فإن قتل الزاني المحسن يُعد واجباً لابد منه إزالة للمنكر، وتتنفيذ حدود الله، فمن يقتل الزاني المحسن فإنه يؤدى واجباً عليه ومن ثم فلا يمكن عذر قاتلاً.

أما الجرائم التي تمس حق الأفراد كالقتل والجرح، فيرى أبو حنيفة أن الإمام الذي ليس فوقه إمام يؤخذ بما ويعاقب عليها، لأن حق استيفتها ليس له أصلًا، وإنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة في هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد، ولمنع الحيف والإضرار بالغير.

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٠، ١٦١، ١٦١، البحـ الرائق جـ ٥ ص ٢٠، الزيلعي جـ ٣ ص ١٨٧.

(٢) حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٦٠.

عوده

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 استوف الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم^(١).

وإذا ولَى الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم في كل الجرائم، كان من حق النائب أو القاضي أن يأخذ الإمام الذي ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مسَتْ حقاً لله أو حقاً للأفراد^(٢). وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذنا بنظام فصل السلطات، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذي ليس فوقه إمام بعقوبة أي جريمة يرتكبها.

ويؤخذ على نظرية أبي حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة، ولأن الخطاب في التشريع الإسلامي موجه للجماعة وليس للإمام. وإنما أقامت الجماعة الإمام لإقليم 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.

الثانية: وهي نظرية مالك والشافعي وأحمد، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة، ويرون الإمام مسؤولاً -٣٨٧- عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق الله أو بحق للفرد؛ لأن النصوص عامة والجرائم محمرة على الكافة من فيهم الإمام، يعاقب عليها من ارتكبها ولو كان الإمام. ولا ينطر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده، وإنما له ولو توابه، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه من لهم تنفيذ هذه العقوبة^(٣).

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من جرائم، بل بحثوا فيما إذا كان ينعزل بارتكابه الجرائم، فرأى البعض -٣٨٨- أن الإمام ينعزل

الصدرتعليق "رقم ٣٨٧": وهذا هو القول الراجح، إذ لا فرق بين رئيس الدولة وسواه، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن أن تصدر منه جريمة.

الصدرتعليق "رقم ٣٨٨": وهذا هو الراجح، إلا أن رئيس الدولة إذا كان هو الإمام المعصوم فلا يمكن صدور العصية منه لأن عصمته تجنبه المعاصي، ولا يمكن للأمة عزله لأنه معين من قبل الله سبحانه وتعالى.

الشافيرأينا في "التعليقين -٣٨٧، -٣٨٨": العصمة لا يعترف بها أهل السنة لأحد بعد الرسول.

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦١.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) المدونة جـ ١٦ ص ٥٧، موابع الخليل جـ ٦ ص ٦، ٢٤٢، ٢٩٧، ٢٩٦، الإقناع جـ ٤ ص ٢٤٤، ٢٤٥، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٢، ٣٤٣، المذهب جـ ٣ ص ١٨٩، الأم جـ ٦ ص ٩٧، فقه القرآن والسنّة ص ٣٦.

عوده

بارتكابه المظاهرات، وإقدامه على المنكرات، تحكيمًا للشهوة والقيادة للهوى؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من العقاد الإمامة، وينبع من استدامتها^(١).

٢٣٨ - رؤساء الدول الأجنبية : وإذا كانت الشريعة لا تميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى، فهي من باب أولى لا تميز رئيس دولة أجنبية^(٢). وإن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية، وعلى رجال حاشياتهم في أثناء وجودهم في دار الإسلام، فإذا ارتكبوا أي جريمة عوقبوا عليها. وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التي تمس حقوق الجماعة، فإن هذا الرأي لا يفيض رؤساء الدول الأجنبية شيئاً؛ لأن أساس هذا الرأي أن الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره.

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشياتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن. ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشياتهم ليسوا إلا مستأمنين. وطبقاً لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التي تمس حق الأفراد، أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عليها. وقد علمنا أن أبو يوسف يختلف أبي حنيفة في هذا، ويرى كما يرى باقي الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام^(٣).

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 يسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم، إلا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن-٢٨٩-، وهي تقضي بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة.

الصدر

تعليق "رقم ٢٨٩-": وقد مر آنفاً بطلانها.

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٤، أسف المطالب ج ٤ ص ١١١.

(٢) المقصود بالدول الأجنبية الدول الحاربة التي تقوم في دار الحرب، أما الدول الإسلامية فلا تُعد إحداها أجنبية بالنسبة للأخرى. ولا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التي ارتكبوا في دولة إسلامية أخرى، بل إنه يمكن عقابهم في هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التي ارتكبواها في أي مكان من دار الإسلام، وعلى الجرائم التي ارتكبواها في دار الحرب، على التفصيل الذي بينا في الفقرة ٢١٨.

(٣) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها.

عاده

ويلاحظ أن رجال السلوك السياسي الذين يمكن عددهم مستأمين هم الذين يتبعون لدولة محاربة ويمثلوها وليسوا مسلمين. أما المسلمين الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية، فهو لا يُعدون مستأمين بحال، وحكمهم حكم أى مسلم يقيم في دار الإسلام.

وليس فيأخذ رجال السلوك السياسي بجرائمهم ما يعيّب الشريعة، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة. ولكن العيب في الفرقـة التي تأخذ بها القوانين الوضعية بحجـة حمايـتهم، وتمكـنـهم من أداء وظائفـهم؛ لأنـ المـثـلـ السـيـاسـيـ الـذـيـ يـرـتكـبـ الجـرـائمـ لـاـيـسـتـحـقـ الحـمـاـيـةـ، وـلـاـيـصـلـحـ لـأـدـاءـ وـظـيـفـتـهـ، وـلـأـنـ لـاـيـحـمـيـ المـثـلـ شـيـءـ مـثـلـ اـبـتـاعـهـ عـنـ الشـهـابـاتـ وـالـخـرـمـاتـ. وـإـذـاـ خـيـفـ منـ اـتـخـاذـ الـأـهـامـ ذـرـيـعـةـ لـلـضـغـطـ عـلـىـ المـثـلـ فـهـوـ خـوـفـ فـعـلـهـ؛ لـأـنـ هـنـاكـ مـنـ وـسـائـلـ الضـغـطـ مـاـهـوـ أـسـهـلـ وـأـسـرـعـ وـأـجـدـىـ مـنـ الـأـهـامـ، فـمـنـعـ مـحاـكـمـةـ المـثـلـ السـيـاسـيـ لـاـيـمـنـعـ مـنـ الضـغـطـ عـلـيـهـ وـالـتـأـيـرـ فـيـهـ، وـالـحـجـجـ الـتـيـ يـرـزـرـونـ هـاـ مـنـ اـخـاـكـمـةـ لـاـتـبـرـ المـنـعـ بـحـالـ مـنـ الـأـحـوالـ.

233 - 239 - نظرية مبدأ المساواة بين جميع البشر :

إن أجيالاً عديدة من الفقهاء والباحثين والمفكرين الإسلاميين سوف يذكرون بكل تقدير واعتراض عنناية فقيهها بمبدأ المساواة الإنسانية في شريعتنا. وقد سبق أن لاحظنا أنه عَدَه أساساً لنظرية عامة⁽¹⁾، وأعقب ذلك بالإشارة بنظرية مساواة المرأة بالرجل في الإسلام.

وها هو ذا الآن يعود ليخصص لهذه النظرية بحثاً مطولاً لاشك في أن أهميته تتجاوز الأحكام الفرعية أو الآراء الفقهية التي عرضها أو أيدها، ونأمل أن يكون منطلقاً لاجتهدات وآراء مستقبلية تتجاوز بكثير ما توصل إليه هو أو ما قرره فقهاؤنا الأس比يون أو من يأتون بعدهم في آرائهم ومذاهبهم المتعددة.

ومن ناحيتنا سوف نحاول أن نتقدم بأراء تستند إلى هذا المبدأ الإسلامي الأصيل، وتتفرع عن هذه "النظرية" التي عن فقيهنا ببحثها منذ بداية هذه الدراسة وإن تجاوزت آراؤنا بعض ما توصل إليه أو خالفته.

نحن نتفق معه في أن مبدأ المساواة الإنسانية في شريعتنا مبدأً أصيل نعتز به ونلتزم به في كل ما نقدمه من آراء توافق ما قدمه هو أو غيره من الفقهاء أو تختلفها أو تتجاوزها.

* * *

في دراسته لسريان النصوص الجنائية على الأشخاص ومبدأ المساواة، توسع في عرض أسس هذا المبدأ في شريعتنا وفقهنا، واهتمامها به كأساس لنظرية عامة بعكس القوانين الوضعية المستحدثة التي تخالف هذا المبدأ في كثير من نصوصها التي تميز طوائف معينة بإعطاء أفراد تلك الطوائف حصانة من المحاكمات الجنائية لا تقرها شريعتنا ولا تعترف بها.

هذا المبدأ هو الذي جعله أساساً لنقده لبعض فقهاء الحنفية الذين قالوا بعدم إقامة عقوبات الحدود على من يسمونه "الإمام الأعظم"، وتأييده القوى للرأى الآخر القائل بأنه ينزعز بالرتکاب الجرائم ويجب على الأمة أن تعاقبه كغيره من الناس لا أن يبقى إماماً و يتمتع بالحصانة التي تعطل حداً من حدود الله ...

(1) يراجع تعليقنا على البند (21) و (22).

مبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية يجب احترامه :

إن إعفاء رؤساء الدول الأجنبية وسفرائها من المحاكمات الجنائية أساسه مبدأ المعاملة بالمثل، فيما يتعلق بالاختصاص فقط. وليس معناه أننا نعفى رؤساء الدول الأجنبية وسفراءها من المسئولية عن الجرائم التي يرتكبونها في بلادنا. كل ما هنالك أننا نقبل أن يكون الاختصاص بذلك لحاكم بلادهم. فالمسألة في نظرنا متعلقة فقط باختصاص القضاء الوطني. فطبقاً لـمبدأ تخصيص القضاء، من حق الجهة التي تمتلك هذا التخصيص أن تمنع قضايانا من الفصل في مثل هذه القضايا. وهذا كله يطبق فيه مبدأ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بالاختصاص القضائي. ومادام من مصلحتنا إعفاء مثلينا من المحاكمة في الخارج، فلا يجوز أن نرفض إعفاء مثلي الدول في بلادنا، والمعاملة بالمثل شرط من شروط التعاوه بين الدول، التي تسود العالم اليوم. ولأنى مانعاً من أن يكون مبدأ الاحترام المتبادل بين الدول أساساً للإعفاء المتبادل لرؤساء الدول ومثليها من المحاكمة في بلادنا؛ وتعهد كل دولة بمحاكمة رئيسها أو مثليها في بلاده، فيكون الاستثناء مقصوراً على اختصاص المحاكم، ولا يبعد إعفاء من المسئولية الجنائية أو المدنية. ولا يعني ذلك تقرير إعفاء من تطبيق حكم شرعي في بلادنا على رئيس دولتنا، ولو كان الفعل الذي ارتكبه قد وقع في بلد أجنبي ولم يحاكم هناك بسبب تمعنه بالخصانة من المحاكمة على أساس التبادل التعاوهى أنه سيحاكم في بلده. وهذه كلها مسائل تنظمها القوانين الدولية على أساس مبدأ المعاملة بالمثل .

وقد ورد في أحد الكتب العصرية "كتاب عقيرية الإسلام"⁽¹⁾ من عنابة النبي (ﷺ) بالرسل أو المفاوضين أو سفراء الأجانب أنه كان يسبغ عليهم حمايته وينع أن يصل إليهمسوء، وكان من آثار ذلك أفهم يعفون من دفع الضرائب والرسوم مما يحملونه من الأذى على خط مأثيري في العصر الحاضر .

وكما عرف المسلمون ما يسمونه اليوم "الصندوق الدبلوماسي والحقائب الدبلوماسية" فما كانوا يمسون أشياء السفير ووثائقه، وقد عرفوا كذلك حصانة السفراء التي تجعلهم في بلادنا كأئمـة يعيشون في قطعة من بلادهم .

ويتجلى ذلك في أن قوانين الإسلام لا تطبق عليهم إلا بمقدار. فإذا فعل السفير حراماً أو شرب فسكي أو ارتكب فاحشة لا يقام عليه الحد لأنه يعيش (كما يقرر القانون الدولي الحديث) كما لو كان خارج أرض الدولة .

(1) للدكتور منير العجلان ص 51

عادة

٤٤ - أعضاء الرئسمة التشريعية : لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم الفولية التي يرتكبونها في دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فرداً على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنما 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 الفكير يؤدى 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 المرء آخر أو يسبه أو يعييه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو كاذباً .

إذا كان هذا المبدأ يحمي البراء من السنة الكاذبين الملفقين، فإنه يحمي أيضاً الملوثين وال مجرمين والفاسين من السنة الصادقين .

وبهذا المبدأ، الذي قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسيء والحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة . وبهذا المبدأ، اخْطَطَ المستوى الأخلاقي بين الشعوب، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر في غيره، ذاهم إلى نهاية طوره؛ لأنه لا يخشى رقباً ولا حسيباً من الجماهير . ولا يستطيع أمرؤ طبقاً لهذا المبدأ القانوني أن يسمى الأسماء بسمياتها، وأن يصف الموصوفات بأوصافها . لا يستطيع أن يقول لن زمي يازان، ولا يستطيع أن يقول لن سرق ياسارق، ولا يستطيع أن يقول للمفتي ياكاذب، فإن قالها ياء بالعقوبة، وياء الزان والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالي على ما تُسْبِّبُ إِلَيْهِمْ من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون في جرائم القول، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المكر، وأن يخطوا من قدر المسيء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصري بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقة، فاستثنوا منه حالات أربع هي :

١ - حالة الطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة، فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النياية أو الخدمة العامة، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أُسند إلى المقصود^(١). وقد تقرر هذا الاستثناء، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد، فيدعوهـم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصري .

عوذه

٢ - حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه في أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال في الأوقات العادية. وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول مايعرفه عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب، وليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين وبختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل مايتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ - حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤخذون على مайдونه من الأفكار والآراء في المجلسين طبقا لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكن نواب الأمة أن يقولوا مايساءون دون تحرج أو خوف من المحاكمة والعقاب . ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالين السابقتين في أن القاذف في الحالين السابقتين لاينجو من العقاب إلا إذا كان صادقا فيما قال، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولايُعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلفا لما قال .

٤ - حالة المحاكمة والتقاضى: فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم في دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم، ولا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية . ويلاحظ أن القاذف والسب يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى، وهو المبدأ نفسه الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة، وهذه هي مستثنيات المبدأ في مصر، وهى لا تكاد تختلف كثيرا عما في معظم القوانين الوضعية.

والعيوب الفنى في القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام. فيبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة وال العامة. وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على سواء، إذا بعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .

والعيوب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة؛ لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة، وإذا صلحوا صلحت الجماعة، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون . ولاشك في أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبي في نفوسهم، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبات تالفة غير متماسكة، فلا يكاد ينتهي من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد.

عوده

أما المبدأ الأساسي للجرائم القولية في الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافراء، وإباحة الصدق في كل الأحوال، ولذلك فلا عقاب في الشريعة على من يقول الحق، ولا مُواحدة على من يسمى الأشياء بسمياتها، والمواصفات بأوصافها. لا عقاب على من يقول للزاني يازان إذا أثبت أنه زان، ولا عقاب على من يقول للسارق إنك سارق، إذا أثبت أنه سارق، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذا لم يَعْدُ قول الحق.

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما، فكل إنسان يستطيع أن يطعن في أعمال الموظفين العموميين والتواب والمكلفين بخدمات عامة، وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وله أن يبعدي أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة في أعمالهم أو أشخاصهم. ولم تتحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن في حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية، لأن الشريعة لا تحمي النفاق والربا والكذب، ولأن الشخص الذي لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة في 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، وللمسيء هذا مسيء، مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسيء. وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أي 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 كما في القانون ما يدعوه إلى تحليل 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 يدعوه إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتناقضين؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب عزلة سوء، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم، فلا تجتمع في حكم واحد بين المتناقضين؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى، فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه، كانوا أقرب إلى مظنة الواقع فيه، ومقومة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال؟ ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة، وفي تغيير أعضاء البرلمان والمتناقضين خروج على مبدأ المساواة.

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية في الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم الكذب، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة، ويرمى إلى إصلاح الجماعة وتقويمها، وتشجيع الصالح وكبت الطالح، وتربية الأفراد على الأخلاق الحسنة، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة، وشنان بين هذا المبدأ في قوته وصلاحيته، وبين مبدأ القانون في ضعفه وقابضته.

240 - عقاب القاذف دون ت McKينه من إثبات صدقه معناه إلزامه بالالتجاء للقضاء

قبل أن يشيع الأهمام في المجتمع ويشهر بغيره قبل أن يحكم القضاء في هذا الأهمام :

يسربنا دافعه الدائم عن ضرورة المساواة بين جميع البشر وتطبيق نظرية المساواة التي دافع عنها بحق وبحماسة تؤيده فيها .

ويسرنا أنه يشير إلى هذا المبدأ ويذكربنا به في كل مناسبة، وإن كنا نلاحظ أنه لم يجد الفرصة ولا الوقت الكاف لفحص آراء كثيرة نقلها عن كتب السلف على ضوء هذا المبدأ الأصيل. وسوف تستبيح لأنفسنا أن نقوم بما لم يقم به في بعض المسائل ... ومع ذلك، فإننا نرى أن حالات التمييز التي أطال في مناقشتها والاعتراض عليها وعرض الآراء المختلفة في الفقه بشأنها ... قد تسوغها مسوغات لا بد أن نشير هنا إلى بعضها ... لأنها يجب أن تكون محل تقدير .

إننا لا نقر قوله بأن العقاب على القاذف دون إعطاء القاذف الحق في إثبات ما ادعاه فيه إخلال بمبدأ المساواة – طالما أن القصد من هذه القاعدة تطهير المجتمع من إشاعة الأهمامات بوسائل العلانية التي تضر بالجميع بدون الالتجاء إلى القضاء مباشرة وتقدم الدليل له ليفحصه، والمقصد من ذلك ألا يعلن الأهمام في صورة قذف علىن قبل حكم القضاء العادل التزيم .

إن القول بمعاقبة القاذف دون ت McKينه من إثبات صدقه يسوغه في نظرنا أن القصد من ذلك هو إلزام من يدعى الصدق ولديه الدليل عليه أن يبادر باتباع الإجراءات الشرعية في رفع الدعوى حسبة، بدلاً من إلقاء التهم علينا قبل أن يفصل فيها القضاء ودون أن يعرضها عليه ويقدم الدليل الذي لديه. ولا نعتقد أن ذلك يخل بمبدأ المساواة خصوصاً وأن القوانين تستثنى من ذلك نقد من يتولون السلطة أو الشئون العامة، وتعطى للقاذف حق إثبات ما ادعاه في تلك الأحوال، لأهمية ذلك كضمان لتزاهة الحكم وأعوافهم، فتكون القاعدة التي انتقدتها مخصوصة في التشهير بالأفراد علينا من لا يتولون مسئولية عامة دون الالتجاء إلى القضاء – وئعد القوانين ذلك فعلاً يستحق التعزيز .

لذلك لا نقر توسيعه في هذا النقد، ولا قوله بأن مثل هذا الحكم إذا تقرر اجتهاداً يكون مخالفًا للشرعية، ولا أن فيه تقليداً على "الصدق" لأن باب الصدق مفتوح ولكن بالالتجاء إلى القضاء لكي يوقع الجزاء الشرعي بعد أن يثبت لديه توافق شروطه. ونرى أن رأيه هذا هو اجتهاده، ولكن لا يصح أن يفهم من حماسته في التدليل عليه أن الفقه أو الشرعية لا تتسع لغير هذا الرأي، ولا أن نقطع بأنه أفضل الآراء مقدماً دون مراعاة المسوغات التي تستوجب أو تقتضي المفاضلة بين الآراء المختلفة .

قذف غير المصنفات يستوجب التعزير :

ثم إن نقده الاتجاه في القوانين الوضعية إلى فرض العقاب على القذف دون إعطاء القذف حق إثبات التهمة التي رمى بها المجنى عليه، نرد عليه بأن الجزاء المقرر في تلك الحالات هو التعزير. والأصل تطبيق التعزير على القذف دون إعطائه فرصة لإثبات صحة ما قاله،⁽¹⁾ وموضع هذا البحث في القسم الخاص عند دراسة هذه الجريمة. ولكنني أبادر الآن إلى القول بأن رأي هو عدم الخلط بين عقوبة الحد في قذف المصنفات الغافلات المؤمنات في الشريعة، والعقوبات التعزيرية. فالجريمة المعقاب عليها بالحد لها شروط إضافية، ومنها إعطاء المتهم حق إثبات ما يدعوه ليسقط الحد، وإن كان سقوط الحد لا يمنع التعزير في نظرنا لأن التعزير أوسع نطاقاً لأن الجزاء قد لا يكون عقوبة بل مجرد إصلاح وتمديب ووقاية، فلا يجوز الخلط بين شروط تطبيق الحدوديين الشروط التي تكفي للتعزير.

كما أنني الفت النظر إلى أن من يدعى الصدق فيما قاله من قذف في حق غيره من الأفراد يمكن أن يعذر لعدم التجاهله إلى القضاة قبل التشهير العلني الذي يضر بالمجتمع ذاته بإشاعة الشائبة بالألفاظ قبل ثبوت الاتهام قضائياً لأن واجبه أن يتخذ الإجراءات لإقامة الدعوى على من قذفه بالإجراءات الشرعية بدلاً من التشهير به في علانية تشيع الفاحشة في المجتمع، وهذا يمكن التعزير دون أن يسمح له بالإثبات بغير أنه اشاع الأقوال الجارحة بدون اتخاذ إجراءات الدعوى التي لها قيود وشروط عديدة.

إننا لا نوافق على إباحة التشهير بموجة الصدق؛ فالصدق يوجب مبادرة الفرد إلى اتخاذ الإجراءات الشرعية لإثبات صحة ادعائه وطلب مؤاخذة من ارتكب معصية، دون حاجة للتشهير العلني بالقذف في حق الأفراد، خصوصاً وأن الشريعة أعطت للفرد حق دعوى الحسبة وفتحت أمامه الباب الواسع لمباشرة الدعوى الجنائية حتى لا يسبر في طريق القذف والتشهير العلني ضد أفراد المجتمع، الأمر الذي يشيع الفاحشة ... ويفسد جو المجتمع بالاتهامات المتبادلة المربجة دون داع لذلك .

إننا نرى أن إعفاء القاذف في حق المصنفات من عقوبة الحد في حالة تكنته من إثبات صحة ما نسبه للمقدوف إذا ورد في بعض كتب التراث لا يستلزم إعفاءه من التعزير؛ لأن مبدأنا أنه لا يجوز أن يكون قول الفقيه في حالة معينة أو فعل معين بأنه لا حد فيه، معناه أنه لا تعزير فيه، لأن التعازير أوسع نطاقاً .

ومع ذلك فنحن نقر نقده لحصر الإعفاء في حالة نقد الموظف العام أو من له صفة نيابية ... إلخ في نطاق أعمال وظيفته دون حياته الخاصة، لأن جمهورنا وشرعيتنا تفرض على من يتولى مسؤولية عامة أن يكون سلوكه الشخصى على مستوى أخلاقي يقره

. (1) بند (240).

إعفاء أعضاء المجالس النيابية يحتاج إلى تقييده بشروط كثيرة :

الرأى العام، ومجتمعنا لا يسمح له بأن يمارس سلوكاً أخلاقياً لا يقره الدين والأخلاق، وأقل ما يجب عليه في هذه الحالة هو التخلص عن العمل العام ولكي يتمتع بما يتمتع به الأفراد العاديون من حماية ضد النقد في شئونه الشخصية .

كذلك نقره في أن حرمان الفرد العادي من رفع دعوى الحسبة يتناقض مع حرمانه من إثبات صدق دعواه في حالة القذف، لأن مبرره الوحيد هو أنه كان يجب عليه رفع دعوى الحسبة أمام القضاء .

إن المبدأ المقرر في القانون الوضعي بإعفاء أعضاء المجلس النيابي من المسئولية الجنائية عن أقوالهم في الجلسات – يعلل بأنه قصد به تشجيعهم على نقد ما يرون خطأ أو ضرراً بالمجتمع أو بالنظام الحكومي دون خوف من المسئولية .

وهو ينتقد ذلك بحق مستنداً إلى أنه يعطى هذه الطائفة امتيازاً على غيرها من الناس ويفتح لها باب استغلال الحصانة البرلمانية لارتكاب جرائم القذف والسب حتى يسمح للسلطة بأن تتحذى الحصانة ميزة حمامة من تشجيعهم على ارتكاب هذه الجرائم ضد من يعارضوها .

لكن المبرر الذي أشرنا إليه لم ينافسه ولم ينتقه، ولو فعل ذلك لاستطاع أن يقترح شروطاً أو قيوداً على هذا الإعفاء حتى لا يصبح امتيازاً لا مبرر له ولا يتتجاوز الضرورة الالزامية لممارسة حق النواب في نقد الحكومة والعاملين بها .

لذلك، فإننا نقترح أن يكون أول هذه القيد أن يكون الإعفاء مقصوراً على ما يقال ماساً بالمسئولين في السلطة، لأن مهمة هذه المجالس هي الرقابة على أعمالهم. فنفترض ألا يشمل الإعفاء ما يمس الأفراد العاديين الذين لا يمارسون أي سلطة في الدولة أو الحكومة. بل ويجب ألا يشمل ما يمس أعضاء المجلس الآخرين، حيث لاحظنا أن بعض النواب وخاصة من الأغلبية يعتمدون إهانة زملائهم المعارضين لإسكاتهم وتغريفهم .

والحق أن بعض النظم تلجأ إلى تزوير الانتخابات حتى لا يدخل هذه المجالس إلا من يؤيدوها ويكتبون لها المدح والشاء والتأييد للحكومة والوزارة والرئاسة دون مبرر، في حين أن مهمتهم هي النقد والإشراف على المسؤولين في السلطة. وهذا الواقع يحتاج منا إلى علاج، ولذلك قد يكون من المناسب إعطاء الناخبين الحق في محاسبة الأعضاء على إسرافهم في تماقح الحكومة والمسئولين في السلطة بقصد الحصول على منافع شخصية من هذا النفاق، ومن حق الناخبين أن يذكروهم بأنهم لا يرضون عن هذا النفاق ..

ومعنى ذلك أن هذه الحصانة اقتصرت فائدتها على تمكين النواب الزائفين من ارتكاب جرائم ضد غيرهم من الأفراد دون عقاب، بل إنها تستغل الآن لحمايةهم من المحاكمة عن الجرائم التي ارتكبواها قبل دخولهم المجلس. وكثيراً ما نرى أن الغرض الأول من إدخال بعضهم بطريق التعين أو التزوير قصد به تعطيل القضايا التي تقام ضدهم .

عوده

٤٤- الأغنياء والفقراً : لاتفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراً، فهم لدى الشريعة سواء، وقواعد الشريعة لاتسمح بأن يستفيد الغني من غناه أو أن يضار الفقير بفقره، وهذا لاتعرف الشريعة بنظام الضمان المالي أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس، لا لشيء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

المعروف في الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية، ويطبق في حالة الحبس للدين، فمن كان محبوساً للدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل. ولاشك في أن كل محبوس للدين 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 قدرها من المال. أما الحبس في الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة، فيراه بعض الفقهاء نوعاً من التعزير، أي عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التي نزلت بهم، ويترتب على عدّ هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل المتهم بكافلة شخصية؛ لأن الكفالة لا تقبل في العقوبة. ويرى بعض الفقهاء أن الحبس في هذه الحالة حبس للاحتياط^(١) - ٣٩٠ - وليس عقوبة، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية. ولاشك في أن كل محبوس حبساً احتياطياً يستطيع أن يجد له كفيلاً، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضماناً مالياً. سواء عدّنا الحبس تعزيزاً أو احتياطياً فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد.

الصدر تعليق "رقم -٣٩٠": وهذا هو أرجح القولين، إذ لاتعزير إلا مع ثبوت الجريمة، أما قبل ثبوتها كما هو المفروض فلا يكون السجن المذكور تعزيزاً .

الشاوي رأينا في "تعليق -٣٩٠": نفضل أن يضيف في فحاته تعزيزاً عقابياً. وإنما هو تعزير وقائي واحتياطي فقط كما ذكر هو في تعليق سابق .

(١) المدونة الكبرى جـ ١٦ ص ١٦، ١٧، ١٤، ١٨، المسوط للسرخسي جـ ٢٦ ص ١٠٦، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٧، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٤ .

٢٤١ - الكفالة المالية لاتخل بمبادئ المساواة، وإنما يكون

الإخلال به في تقديرها :

في دفاعه عن مبدأ المساواة في شريعتنا، استطرد للقول بأن فرض الكفالة المالية كشرط للإفراج عن المتهمين فيه إخلال بهذا المبدأ، لأنه يعطى امتيازاً للغنى الذي يمكنه أن يدفع الكفالة التي لا يستطيع الفقير دفعها. ونحن نرد على ذلك بأن العبرة ترجع إلى مقدار الكفالة، إذ يجب أن يراعى في تقديرها القدرة المالية للمتهم. فالمتساواة تتحقق إذا روعي في تقديرها تناسبها مع غنى المتهم أو فقره. والإخلال بالمساواة لا ينبع عن مبدأ الكفالة، وإنما يقع إذا سوينا بين الغنى والفقير في مقدار الكفالة المفروضة أو المشرطة.

ومع ذلك، فإننا نرى أنه لكي نضمن للفقراء حق الاستفادة من الإفراج نظير ضمان مالي ينص في القانون أن له دائماً الحق في تقديم كفيل شخص مقبول في حالة عجزه عن تقديم الضمان المالي الذي يستطيع الغني تقادمه.

كما نلاحظ أنه عاد للقول بأن "التعزير" هو عقوبة، وقال إن الفقهاء الذين يُعدُّون الحبس الاحتياطي تعزيزاً معناه أنه عقوبة جنائية. والصحيح في نظرنا أنه مجرد تدبير "احتياطي"، أي وقائي لمنع المتهم من الهرب قبل أن يفصل قضايا في الاتهام الموجه إليه، أو منعه من القيام بما يعطى جمع الأدلة الالزمة للتحقيق. فهو ليس عقوبة، وإن سماه بعض الفقهاء تعزيزاً لأن التعزير كما قلنا مراراً ليس عقوبة دائماً وفي جميع الأحوال بل يتسع لما يسمى في عصرنا بالتدابير الاحترازية أو الوقائية، ويسرنا أنه أورد رأيا آخر يُعدُّ الحبس في هذه الحالة ل الاحتياط.

٤٤- عوده

الظاهرون في الجماعة: لاتميز الشريعة الإسلامية بين الأفراد، فهم لدى الشريعة سواء، فالحاكم كالمحكوم، والشريف كالوضيع، والقوى كالضعف، والنابه كالحامد. وقد عاتب الله رسوله عتاباً شديداً؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس. جاءه يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله، وكان النبي مجتمعاً في هذا الوقت بصناديد قريش وسراها يكلمهم في شأن الدعوة، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه -٣٩١-، وظهرت هذه الكراهية في وجهه، وأعرض عنه وهو يطمع في استمالة القوم، فأنزل الله جل شأنه في ذلك الحادث قوله : «**أَعْبَسَ وَتُولِيَ أَنْ جَاءَهُ الْأَعْمَى** * **وَمَا يَدْرِيكَ أَنَّمَا يُرَى** * **أَوْ يَذَّكَّرُ فَتَنَعَّمُ بِذَكْرِي** * **أَمَا مَنْ أَسْتَغْنَى** * **فَأَنْتَ لَهُ تَصَدِّي** * **وَمَا عَلَيْكَ أَنْ يَرَى** * **أَمَا مَنْ جَاءَكَ يَسْعَى** * **وَهُوَ يَخْشَى** * **فَأَنْتَ عَنْهُ تَلَهُي**» [أعبس: ١ - 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 أشراف قريش، فحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها، وأعظموا بذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيباً فقال: ما إكثاركم على في حد من حدود الله، وقع على أمّة من إماء الله؟ والذى نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد بيدها^(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 العبد قائلاً: يابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب، ورفع يده قائلاً: "ليس لابن يضلاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق". فاستخدم عبد الرحمن وخجل، ورأى أن يعتذر للعبد أو يوضح اعتذار وآلمه للنفس، فوضع خده على التراب، وقال للعبد: طأ عليه حتى ترضى.

الصدر تعليق "رقم -٣٩١-": لأنه (ﷺ) كان يطمع في إسلام صناديد قريش، وكان يرى (ﷺ) أن الاهتمام بإسلامهم أولى من أجوبة مسائل ابن أم مكتوم فلا يكون في الآية طعناً للنبي (ﷺ). هذا بناء على أن المراد بالأيات المباركة عتاب النبي (ﷺ). وأما بناء على أن المراد عتاب سواه كما في بعض الروايات فهي أحجوبة عن النبي (ﷺ).

الشاوي رأينا في "تعليق -٣٩١-": لاتفاق عليه، ونرجح ظاهر النص. ونعتقد أن عتاب القرآن للرسول الكريم يشرفه ولا ينقص من قدره.

(١) كتاب الخراج لأبي يوسف ص ٥٠ .

عوده

وكلنا يذكر قصة جبلة بن الأبيهم، فقد داس أعرابي على إزاره وهم يطوفان بالكتيبة، فلطمته جبلة. فشكاه الأعرابي إلى عمر بن الخطاب، فأمر بالقصاص. وعز على جبلة وهو شريف أن يقتضي منه الأعرابي، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر، ثم أدركه الندم، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة وما كان فيها لو صبرت لها ضرر .
وكان عمر بن الخطاب حريصاً على التسوية بين الأشراف وال العامة، وله في ذلك وقائع مشهورة ^(١).

والقاعدة في الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية الجني عليه، ولا مرتكبه، ولا ثروته، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذي وقع عليه. فإذا قتل شريف ووضيع فديتيهما واحدة، وإذا أصيب عامل من شركة ومدير الشركة في حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعاً أو إصبعاً عوض كل منهما تعويضاً مساوياً لتعويض الآخر .

٤٤٣ - **السلسيون والذميين** : 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. الواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدلاً خالصاً، فإن المساواة بين المخالفين ظلم واضح، ولا يمكن أن يُعد 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 جعل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم، وجعل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم، ومعناه أيضاً عدم التعرض للMuslimين فيما يعتقدون، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يديرون، ومعناه أخيراً الخروج على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بترك الذميين وما يديرون، والخروج على نص القرآن الصريح **﴿لَا إِكْرَاهٌ فِي الدِّين﴾** [البقرة: ٢٥٦].

والجرائم التي تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين، هي الجرائم القائمة على 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 لدینه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لأبن الجوزي من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

عوده

غير المسلم الذى يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقاً أعمى لأخذ الذميين بأفعال هى في معتقدهم غير محمرة، وفي هذا ظلم بين، فكان من العدل الذى أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحرير على المسلمين دون غيرهم. فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقباً عليها، أما الذمى فلا يُعَد شربه الخمر أو أكله لحم الخنزير جريمة -٣٩٢- . ولكن يعاقب الذميين على الجرائم القائمة على أساس ديني إذا كان إيمانهما محمراً في عقيدتهم، أو يُعَد عندهم رذيلة. أو إذا كان إيمان الفعل مفسداً للأخلاق العامة، أو ماساً بشعور الآخرين. فمثلاً شرب الخمر ليس محراً في عقيدة الذميين ولكن السكر محرم عندهم، أو هو رذيلة، فضلاً عن أنه مفسد للأخلاق العامة، ومن ثم كان الذميين معاقبين على السكر دون الشرب، فمن شرب حتى سكر عوقيب -٣٩٣- ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه. والشريعة توجب الصوم على المسلم، وترى في عدم الصوم معصية، وفي التظاهر بالإفطار معصية، ولكنها لا تتعاقب على عدم الصوم إلا المسلم؛ لأنه ملزم به طبقاً لعقيدته؛ ولأن غير المسلم ليس ملزماً بالصوم؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل ما لا يعتقد ولا إكراه في الدين. أما التظاهر بالإفطار فيتعاقب عليه المسلم والذمى معاً؛ لأن الذمى وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يتبع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين، وهذا دون شك في استطاعته، ولا يمس أي مساس بعقيدته، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم، وبشعور الصائمين، فإذا ما تظاهر الذمى بالإفطار عوقب على تظاهره بالإفطار، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفتر، لأن الصوم ليس واجباً عليه -٣٩٤- .

الصدر

تعليق رقم -٣٩٢-: ولكن التجاهـر بشرب الخـمر جـريمة يـعـاقـبـ عـلـيـهـ، وهـكـذاـ التجـاهـرـ بـيـقـيـةـ الـكـيـاـرـ فـيـ الشـرـيـعـةـ الـإـسـلـامـيـةـ، لأنـ الذـمـىـ وـقـدـ التـزـمـ بـأـحـكـامـ الإـسـلـامـ يـجـبـ عـلـيـهـ أنـ يـتـبـعـ عـنـ التـظـاهـرـ بـمـخـالـفـةـ الـإـسـلـامـ وـمـخـالـفـةـ أـحـكـامـهـ وأـلـاـ يـعـمـلـ عـمـلاـ يـكـوـنـ سـبـبـ لـإـفـسـادـ أـخـلـاقـ الـسـلـمـيـنـ وـمـنـ الـبـيـهـيـ أـنـ التـجـاهـرـ بـمـعـاصـيـ الـكـبـيرـ قـدـ يـكـوـنـ سـبـبـ لـإـفـسـادـ أـخـلـاقـ الـسـلـمـيـنـ وـتـبـرـؤـهـمـ عـلـىـ مـخـالـفـةـ أـحـكـامـ الـإـسـلـامـ .

الصدر

تعليق رقم -٣٩٣-: إذا تجاهـرـ بهـ أوـ كـانـ عـنـدـهـمـ جـريـمةـ .
تعليق رقم -٣٩٤-: إنـ الصـومـ مـنـ الـأـحـكـامـ الـشـرـيـعـةـ الـتـىـ يـخـاطـبـ بـاـ جـمـيعـ الـمـكـلـفـينـ مـنـ مـسـلـمـينـ وـغـيـرـهـمـ بـنـاءـ عـلـىـ مـاـ هـوـ المشـهـورـ بـيـنـ فـقـهـاءـ الـمـذـهـبـ الـجـعـفـرـىـ مـنـ كـوـنـ الـكـفـارـ مـكـلـفـينـ بـالـفـرـouـ كـالـأـصـولـ، وـإـنـاـ لـاـ تـعـاقـبـهـمـ الـسـلـطـةـ عـلـىـ تـرـكـ الصـومـ لـأـنـ الصـومـ لـاـ يـصـحـ مـنـ الـمـكـلـفـ إـلـاـ مـعـ الـإـسـلـامـ، وـلـاـ كـانـ مـنـ لـوـازـمـ الـلـذـمـةـ إـيـقـاؤـهـمـ عـلـىـ دـيـنـهـمـ فـلـاـ تـعـاقـبـهـمـ الـسـلـطـةـ عـلـىـ مـخـالـفـةـ أـحـكـامـ الـشـرـيـعـةـ الـإـسـلـامـيـةـ .

الصدر

رأينا في "التعليقات -٣٩٢- إلى -٣٩٤-": العقاب على التظاهـرـ لـيـسـ عـقـابـ عـلـىـ الـفـعـلـ ذاتـهـ، ولـذـلـكـ يـسـتـوـيـ فـيـ الـجـمـيعـ سـوـاءـ كـانـواـ مـسـلـمـيـنـ أوـ غـيـرـ مـسـلـمـيـنـ .

الشاوى

242، 243 - المساواة أصل شرعى نعترى به، ومراعاة الظروف

الشخصية عند الحكم بالتعويض عن الضرر لا يخل بها :

لؤيد اعتزازه بما سبقت إليه الشريعة جميع القوانين في المساواة بين جميع الناس في تطبيق العقوبات على النحو الذي فصله. ونرى أنه لا يجوز الخروج عليه ... لكننا لا نذهب إلى ما قاله من أن تحديد الديمة شرعاً يتعارض مع تقدير تعويضات مالية إضافية يرى أنها قد تخل بمبرأة المساواة. ونحن لا نصل إلى هذا الحد، وسيكون تفصيل رأينا في موضعه عند دراسة العقوبات، لكننا نبادر للقول بأن رأينا هو أن الديمة المفروضة شرعاً هي الحد الأدنى الثابت الذي لا يجوز التزول عنه لأنها بمثابة عقوبة تجب فيها المساواة، لكن ذلك لا يمنع في ظرورنا أن يضاف إليها تعويض إذا لم تكن كافية في نظر القاضي للتعويض عن الضرر الذي أحدهاته الجريمة، وذلك تطبيقاً لمبدأ شرعى أساسى هو أنه "لا ضرر ولا ضرار".

والتفاوت في مقدار التعويض ليس معناه الإخلال بالمساواة طالما أن معياره تقدير الضرر، ومقدار الضرر لا مانع شرعاً أن يراعى فيه المركز الاجتماعي أو المالي للطرفين. فالضرر الذي يصيب تاجرًا ناجحاً غيرها من التشهير به أكبر بكثير من الضرر الذي يصيب معدماً لا يملك إلا عمله أو جهده .

ونشير بالذات إلى أننا نؤيد ترجيحه للذهب الإمام أبي حنيفة⁽¹⁾ في وجوب المساواة بين المسلم وغيره في القصاص، لأن البشر متساوون في حقهم في حرمة حياتهم وسلامة أبدائهم وأعراضهم ... وهذا هو ما يستقيم مع عموم النص. ونرجح رأي أبي حنيفة فيما يتعلق بعدم تطبيق حد الرجم على الزانى المحسن على الذميين، وسبب ذلك أن لنا رأياً في هذا الحد ونؤيد القائلين بعدم وجوبه بالنسبة للمسلمين أيضاً، كما أن رأينا في عقوبة القذف أنها التعزير في الأصل بالنسبة للجميع، أما الحد فخاص بقذف المحسنات بنسبة الزنا إليهن . وعلى العموم، فإننا نعارض كل استثناء على مبدأ المساواة بين الناس جميعاً في العقوبة لأننا نرى أنه مبدأ عام لا استثناء فيه، وهذا هو ما يؤكده فقيهنا في النهاية⁽²⁾ .

. (1) البند (245).

. (2) البند (246).

الشريعة بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم في الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إتيانه كل المقيمين في دار الإسلام، وقسم خاص يعاقب على إتيانه المسلمين دون غيرهم، ولا يمكن أن يقع إلا منهم، وأساس هذا القسم هو الدين . وليس في القوانين الوضعية الحديثة - على ما أعلم - قانون واحد لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاماً يقع من كل الرعایا، وبعضها خاصاً يقع من بعض الرعایا فقط، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة، وتوفير حرية الاعتقاد، والمحافظة على النظام، وأساس النظام في الشريعة هو الإسلام. أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيتها على سلوك هذا الطريق، لأن القوانين تجرب عادة من كل ما له مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم، ويكتفى فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية، أو يمس الأمن، أو نظام الحكم. وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق، وشروع الفوضى، والتحلل من كل القيود، وأوجدت في الجماهير روح التمرد، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها، فكثُرت الثورات والانقلابات، وصارت النظم تتغير يوماً بعد يوم، وكل نظام يلاقي مصير النظام الذي سبقه.

ولقد أوقع المشرعین الوضعیین في هذا الخطأ الفاحش أئمَّاً أرادوا أن يحققوا المساواة، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذین المبدأيْن معاً إلا أن يجردوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان، فأدى بهم هذا التطبيق السبِّيء إلى هذه النتائج المخزنة. ولو أئمَّاً أخذدوا بطريقة الشريعة الإسلامية لضمنوا تحقيق ما شاءوا من مبادئ، ولمنعوا من وقوع هذه المساوىء .

ولعل عذر المشرعین الوضعیین فيما حدث أن القوانین الوضعیة كانت إلى ما قبل الثورة الفرنیسیة تقوم على أساس دینی يراعی فيه مذهب الحاکم واعتقاده، لا مذاهب الحكومین جیعاً وعقائدهم، بحيث كان المخالفون في العقیدة يحملون حملة بسطورة القانون على اعتناق مذهب الحاکم أو عقیدته، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحناء والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد، وإراقة الدماء وتعدد المذابح، مما كان له رد فعل قوى جعل المشرعین على أن يعالجو هذه الحالة بتجريد القوانین الوضعیة 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 الذي ارتائه الشريعة، فإنه يؤدي إلى الأخذ بمبدأ المساواة وحرية الاعتقاد، كما يؤدي في الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقیة والروحیة، وهي الأساس الأول في احترام الشرائع والقوانين .

عوذه

ويجب ألا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاهها بخلاف الإسلام، وأن الدين الإسلامي يُعدّ النظام الأساسي للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلوة وزكاة وحج وتوحيد. وبكل ما يوجبه ويحرمه، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه؛ لأن الأخذ ببعضه، وترك بعضاً هدم له. وقد فهم أصحاب الرسول ﷺ هذا الوضع حق الفهم، فحاربوا مانع الزكاة -٣٩٥- بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين؛ مع أن المسلمين كانوا في أشد الحاجة إلى المسألة في هذا الوقت العصيب الذي انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها من المسلمين -٣٩٦-.

فالشريعة إذن لا يمكن بأي حال أن تخلي عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية، لأنها تقوم على النظام الإسلامي، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته، فلا بد أن تحرم كل ما يمسه وتعاقب عليه.

ولا يصح أن يُعدّ هذا عيباً في الشريعة الإسلامية، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض. فكل نظام له أساسه التي يقوم عليها، ومقوماته التي لا يستمر بغيرها، ولا يمكن أن يقوم أي نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أساسه، وتتجوّهلت مقوماته. فالديمقراطية لها أساس معينة ومقومات خاصة، والنازية لها أساس معينة، ومقومات خاصة، والشيوعية لها أساس معينة، ومقومات خاصة. وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أساسه ومقوماته اختلافاً ظاهراً عن أساس النظام الآخر ومقوماته، ولا يمكن أن يعيش أي نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أساسه، أو تتجوّهلت بعض مقوماته؛ لأنـه بهذه الأساسـات والمـقومـات وجـد وعاـشـ، وتمـيـز عنـ غـيرـهـ منـ الأـنظـمـةـ. وـنـحـنـ نـعـلـمـ أـنـ كـلـ نـظـامـ مـنـ هـذـهـ الـأـنـظـمـةـ يـضـعـ عـقـوبـاتـ قـاسـيـةـ عـلـىـ كـلـ مـاـ يـمـسـ أـسـاسـ النـظـامـ، أـوـ يـهـدـمـ مـقـومـاتـهـ، فـلـاـ عـيـبـ إـذـنـ عـلـىـ الشـرـيـعـةـ إـذـاـ عـاقـبـتـ

الصر تعليق رقم ٣٩٥-٣٩٥-: إنما يحارب مانع الزكاة إذا أنكروا وجوبها أو امتنعوا من إخراجها، أما إذا منعواها عن الدولة التي تطالعهم بها لاعتقادهم بعدم مشروعيتها وإنما قسموها بأنفسهم كما هو الحال في مانع الزكاة بعد النبي ﷺ فلا تجوز محاربتهم.

الصر تعليق رقم ٣٩٦-٣٩٦-: لم يثبت التاريخ إلا انتفاض بعض أطراف الجزيرة لا جميعها على المسلمين. الشوى رأينا في "التعليقين رقمي ٣٩٥-٣٩٦-": يدهشنا إصراره على نقد موقف أبي بكر الصديق من معوا الزكاة - الذي يخالف فيه الثابت تاريخياً - ونرجو أن يكون ذلك رأياً شخصياً له ولا ينسبة إلى المذهب الجعفري.

عوده

كل ما يمس النظام الذى قامت عليه؛ لأن ماتفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والبقاء والاستقرار. وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء؛ لأنه يرجع إلى تباين النظم واختلاف طبائعها. وما دامت اتجاهات النظم مختلفة، وطبائعها مختلفة، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم. والأمثلة على ذلك بارزة في الأنظمة الوضعية. فالشيوعية مثلاً تعاقب على الدعوة للنازية والديمقراطية، والنازية تعاقب على الدعوة للديمقراطية والشيوعية، والديمقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما، والملكيه الفردية مباحة إلى غير حد في البلاد الديمقراطية، ولكنها جريمة في البلاد الشيوعية. فاختلاف الأفعال الخرمة في النظم لا يمكن أن يكون عيباً بذاته؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحظر وما يحرم، ولا بعمومه وخصوصه، وإنما يقاس بما يؤدى إليه من إسعاد الجماعة، ورقيها وتقوتها، ونشر العدل والمساواة والترابط بين أفرادها.

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة في الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها، وهي أن الشريعة تنص على أفعال معينة وعدتها جرائم، وأوجبت العقوبات عليها، ولم تجعل لولي الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة في بعض هذه الجرائم، وهي الحدود والقصاص، وجعلت له حق العفو عن الجريمة -٣٩٧- أو العقوبة في بعضها الآخر، وهي جرائم التعازير. كذلك ترك لولي الأمر أن يحرم كل الأفعال التي تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها -٣٩٨-، وأهم هذه الأفعال هي الأفعال التي تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة، فإن رأى ولـي الأمر أن المصلحة تقتضي تحرير فعل معين حرمه -٣٩٩- وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية. وحق ولـي الأمر في التحرير والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام، أي : النظام الإسلامي، وعلى هذا يمكن القول بأن كل جرائم ذات الأساس الديني البحث لا خيار في العقاب عليها، لأن الجريمة إن كانت حـدـاً فـلا مـخـصـ من العـقـابـ عـلـيـهاـ، وإن كانت الجريمة تعزيراً فإن العـفـوـ عـنـ العـقـوبـةـ أوـ الجـريـمةـ مـقـيدـ بـمـصـلـحةـ النـظـامـ إـلـاسـلـاميـ،

تعليق "رقم-٣٩٧-": مر علينا قريباً أنه لا معنى لعفو ولـي الأمر عن الجريمة إلا بإباحتها،

الصدر
ولا يحق لولي الأمر أن يبيح ما حرم الله .

تعليق "رقم-٣٩٨-": أي المعنى عنها في زمان خاص وفق ماتقتضيه المصلحة الإلزامية

الصدر
وليس له أن يحرم شيئاً تحريرـاً مطلقاً ما لم يكن مستندـاً إلى دليل شرعـيـ .

تعليق "رقم-٣٩٩-": بالمعنى الذي مر علينا قريباً .

عوده

ولاشك في أن العفو في كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام -٤٠٠-. كذلك فإن ولي الأمر ملزم بتحريم -٤٠١- كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه، فسلطان ولي الأمر في التحرير وعدم التحرير -٤٠٢- والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامي، وليس لمصلحة ولي الأمر ولا لأى مصلحة أخرى. والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامي دون غيره، وما كان مقرراً لمصلحة نظام ما، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام، ولا يصح أن يتهاون في شأنه القائمون على أمر هذا النظام، ولا ضير في أن تختلف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في العقاب على الجرائم الدينية، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم، كما لم يكن الشيوعيين عن تحديد الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة، مع أنها تختلف كل نظام وضعى أو سماوى وجده 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 الرعایا، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين. وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية في اتجاهها الحديث، وإن كانت لاتجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تتطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات، كالنصوص التي تتطبق على القضاة دون غيرهم، أو على المحامين أو الأطباء. وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالاً معينة، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة. وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال الخرم على غيره . ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية وال العامة إلى أن تأخذ بالنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرناً لحماية مصالح الجماعة ونظمها العام .

تعليق "رقم -٤٠٠-": ولكن قد تقتضي المصلحة الإسلامية مخالفه هذا النظام في بعض الأحوال.

الصلوة

الصدر

الصدر

الساوى

تعليق "رقم -٤٠١-": بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً .

تعليق "رقم -٤٠٢-": أي في المنع عنه وعدم المعنه كما مر علينا قريباً.

رأينا في تعليق "رقم -٤٠٢-": تراجع الحاشية .

244 - شرعية النظم السياسية بقدر التزامها بأحكام الإسلام :

إننا لا نوافق على قياس المبادئ والنظريات الإسلامية على النظم السياسية القدمة أو الحديثة، ولا نرى داعياً للاستشهاد بما توصلت إليه بعض النظم السياسية "العصيرية" لدعيم رأى أو حكم أو مبدأ إسلامي أو إثبات تقدمه وتفوقه.

إن ما قاله عن اتجاه النظم السياسية (الاشتراكية أو الديمقرطية أو النازية) إلى فرض عقوبات جنائية "وضعية" لحماية ما تَعْدَه نظاماً عاماً للدولة - لا يجوز أن تكون له علاقة بالنظريات الشرعية الإسلامية ذات الطابع الإنساني الذي يتجاوز المذهب والنظم السياسية ولو سميت بأنها عصرية.

ومن أهم هذه النظريات الإسلامية، مبدأ المساواة الإنسانية التي أكدتها رسولنا الكريم في حجة الوداع بقوله (ما معناه) "أيها الناس إن أباكم واحد وإن الحكم واحد". ومعنى ذلك أنه لا فضل ولا تفاضل بين الناس باللون أو الجنس أو أي صفة إنسانية أخرى ...

إنه أشار مراراً إلى عالمية الشريعة، ويقصد بذلك أن مبادئها إنسانية عالمية وليس لها صاحب يميز عن غيره. فالقرآن لم يصف المسلمين بأفهم شعب الله المختار كما تدعى ذلك أمم أخرى، بل وصفهم بأفهم أمة وسط تتصل بجميع أطراف العالم وعناصره وأئمه لتبلغهم دعوة الحق وتشهد عليهم بذلك كما شهد علينا رسولنا الكريم.

معنى ذلك في نظرنا أن شريعتنا لا تنسب لدولة معينة ولا نظام سياسي معين، ولا تنسب لها أى دولة إلا بقدر ما تلتزم بأحكامها وتتفندها. وهذا القدر من الالتزام مختلف كما هو واضح في تاريخنا، إذ لم يكن التزاماً كاملاً قط بعد عهد الرسول وخلفائه الراشدين، ومع ذلك فإن تلك الدول وصفت نفسها بأها إسلامية وما زالت توصف بذلك، وسجل التاريخ ذلك. وما زال عصرنا يشهد لولا عديدة تدعى هذه الصفة، لكن ليس معنى ذلك القول بأن نظامها هو الإسلام دون غيره ولا أنه هو الإسلام الكامل.

وحتى لو انتسب نظام معين للإسلام، فليس معنى ذلك أن ينسب الإسلام إليه أو يتجسد فيه أو أنه يحترم هذا الوصف دون غيره، لأن شريعتنا وضعت مبادئ ونظريات يمكن أن تقام عليها نظم متعددة بل ومتختلفة ومتغيرة، ويمكن أن توصف كلها بأها إسلامية رغم اختلافها.

لهذا السبب، فإننا لا نقر قياس مبادئ الإسلام على أي نظام سياسي، مثل النظم العصرية التي رفعت شعارات الاشتراكية أو الفاشية أو الديمقرطية، بل إن النظم التي تنسب للإسلام لا نعرف لها بهذه الصفة إلا بقدر ما تلتزم به من مبادئ شريعتنا وأصولها.

أحكام شريعتنا لصالح الأمة والمجتمع والأفراد لا لصالح

المسيطرین من حکام الجور :

وأحكامها، وهذا أمر مختلف فيه الآراء خصوصاً أن هناك مذاهب متعددة في شريعتنا، وكثيراً ما تعلن الدولة التي توصف بأنها إسلامية، أنها تلتزم بأحد تلك المذاهب دون غيره وهنا تكون الدولة مذهبية بهذا المعنى، فهي دولة شيعية أو سنية أو زيدية ... إلخ. وعلى العموم، لا يجوز الادعاء بأن أحد هذه النظم هو الإسلام وحده أو أنه ينكر الانسجام إلى الإسلام، وأن النظم التي تختلف إما تخالف الإسلام الذي هو أوعز من أي نظام يتنسب إليه.

نحن نصر على أن الإسلام وشريعته عبارة عن مجموعة من العقائد والقيم والمبادئ الإنسانية وكيس نظاماً معيناً - ولا يصح قياسه على النظم السياسية المختلفة سواء كانت تنسب للإسلام أو تُعدَّ أجنبية عنه أو حتى معادية له.

وإذا كانت الدول العصرية التي ترفع شعار فلسفة وضعية (ماركسية أو فاشية أو ديمقراطية) تعطى نفسها الحق في أن تفرض عقوبات جنائية لحماية ما تسميه "النظام العام"، فلا نرى من الصواب أن نقيس أحكام الإسلام بهذا القياس، ونصف بعض الأحكام الشرعية بأنها تخفي النظام العام، لأن ما يسمى النظام العام يناسب عادة للدولة، والإسلام أوسع نطاقاً من الدولة أياً كانت صفتها كما بيان، حتى ولو أعلنت أنها دولة "إسلامية".

إننا نفضل عرض مبادئ شريعتنا على أنها إنسانية لا تخص شعباً معيناً، حتى إن شريعتنا قد اتسعت لأحكام الطوائف غير الإسلامية التي تستظل بمبادئ شريعتنا وتعرف بسيادتها التي تخفي معتقداتها وعبادتها حتى ولو كانت تختلف بعض أحكام شريعتنا المطبقة على المسلمين. فشريعتنا ذات طبيعة عالمية أو إنسانية، وليس قومية ولا طائفية.

إن التشريع الجنائي -سواء كان إسلامياً أم لا- هو تشريع اجتماعي يعنى أن هدفه وغايته يفترض أنها لحماية مصلحة الجماعة، ولا مبرر لتوجيه عقوبة جنائية على الفرد إلا إذا كان ذلك لمصلحة الجماعة وأمنها وسلامتها لا لمصلحة نظام سياسي معين أياً كانت صفتة أو شعاراته.

ومع ذلك، فهناك أمران لا بد من الإشارة إليهما :

الأول : أن الشريعة الإلهية عندما تفرض أحكاماً تشريعية، سواء كانت جنائية أم لا، إنما يكون مقصدتها من ذلك هو مصلحة الجماعة ... لا مصلحة "الدولة" ولنظامها السياسي، لأن الدولة ليست هي الجماعة ولا الأمة، وإن ادعت أنها تمثلها.

يمكننا القول بأن الأحكام الشرعية كلها، بما فيها ما يفرض عقوبات جنائية، إذا وصفت بأنها تشريع إلهي فإن ذلك لا يعني أنها ليست تشريعاً اجتماعياً لمصلحة الجماعة، وإن وصفت بأنها أحكام دينية.

● جميع الأحكام الشرعية لها طابع ديني واجتماعي في الوقت نفسه:

لذلك لا نرى مسوّغاً للإشارة إلى ما يُعدّه "جرائم ذات الأساس الديني" أو ما يسميه "جرائم دينية"، لأن جميع الجرائم والعقوبات في شريعتنا هي اجتماعية لصالح المجتمع - وهي كذلك يمكن أن توصف بأنها كلها دينية لأن أحكامها مستمدّة من شريعتنا الدينية ومنسوبة إلى مصادرها الإلهية .

وقد سبق أن قلنا إن فرض عقوبات مقدرة على مرتكبي بعض الأفعال يرجع إلى خطورتها على المجتمع ونفيدها لأركانه الأساسية، ولذلك فلا نوافق على وصفها بأنها مقررة لصالح "النظام الإسلامي" دون غيره، ولا يبرر لقياسها على ما تفرضه الدول الشيعية أو غيرها حماية نظامها السياسي ... أو نظام الدولة - فالدولة شيء والمجتمع شيء آخر .

كل ما هناك أنه يلاحظ أن بعض الجرائم الخطيرة على أمن الجماعة حدّدت لها النصوص الشرعية عقوبها، وفرضتها كلما توافرت شروط توسيع تلك العقوبات التي توصف بأنها حدود أو قصاص. وهذا السبب، يرى هو عدّها دينية. لكن ليس معنى ذلك أنها ليست اجتماعية، وإذا كان لها أساس ديني فليس معنى ذلك أن الجرائم الأخرى ليس لها هذا الأساس.

فيما يخص "الأساس الديني"، فنحن نرى أنه يتوافر في جميع العقوبات الشرعية التي تحيزها الشريعة حتى ولو كانت تعزير. كل ما هناك أنها سميت كذلك ولم تفرض لها حدود أو عقوبات مقدرة لأن مصلحة الجماعة تستوجب أن يكون المدف الأول من فرضها هو للتadelib والتهذيب، وأن تترك تقدير ما يلزم لذلك لاجتهداد الفقه والقضاء، في حين أن العقوبات الحدية أو القصاص غرضها الأول هو الزجر والتخييف، وهو لمصلحة الجماعة كما أن التadelib والتهذيب لمصلحتها أيضاً، كل ما هناك أن هذا المقصد الشرعي الأخير رأى الشارع الحكيم أنه من الأولى أن يترك للقاضي أو أولياء الأمر قدرًا أكبر من الحرية والمرؤنة ليحدد الجرائم والعقوبات حسبما تقتضيه ظروف الرمان والمكان وظروف الشخص الذي ارتكب الفعل. وهذه السلطة التقديرية التي فوضها المشرع الإلهي لأولى الأمر من مجتهدين وقضاة لا تغير طبيعة الجريمة ولا العقوبة بحسبها ضرورة لصالح المجتمع، بل ولا تقطع صلتها بالصدر الإلهي للشريعة، لأن أولى الأمر إنما يستمدون ولا يتيهم وتقديرهم للجريمة والجزاء في هذا الصدد من المصادر أو النصوص الدينية ذاتها وما يبني عليها من نظريات تشريعية، فلا يجوز في نظرنا أن يكون ذلك مسوّغاً لوصفها بأنها ليست ذات أساس ديني.

دور رئيس الدولة أنه رمز لجميع السلطات التي يجب الفصل

بينها لمنع الحكم الشمولي :

إننا لانقر القول بأن جرائم الحدود والقصاص هي وحدها جرائم دينية، أو أنها هي التي قررت مصلحة ما يسميه "النظام الإسلامي"، وفضل الإشارة إلى "المجتمع الإسلامي" ، لأن التعازير هي أيضاً مصلحة هذا المجتمع الإنساني العادل الذي سُنتَ حُكماً شريعتنا كلها لصالحه مهما اختلفت صور نطاقه أو تنوعت .

إن تسامح شريعتنا مع الأديان الأخرى التي يدخل معتقدوها في المجتمع الإسلامي اقتضى إعفاؤهم من العقاب على أفعال يعاقب عليها المسلم، وهو ميزة لشريعتنا التي جعلت المجتمع الإسلامي مفتوحاً للديانات الأخرى ومتعدد الأديان. وكل ما اختصت به أصحاب الديانات الأخرى هو امتيازات لصالحهم بإعفائهم من الأحكام الجنائية التي تتعارض مع عقيدتهم، وذلك لا يحتاج في تسويفه إلى قياس مبادئنا على النظم السياسية الوضعية التي أشار إليها .

مرة أخرى، لا بد أن نشير إلى أننا نفضل عدم استخدام اصطلاح "ولي الأمر" -الذى يفهم منه البعض أنه "رئيس الدولة" - لأننا قلنا إن المقصود بأولياء الأمر في كل ما يتعلق بالشريعة هم المجتهدون والقضاة المجتهدون أيضاً، ولذلك فقد سبق أن قلنا إن العفو بجميع صوره هو من اختصاص المجلس الأعلى للقضاء أو للفقه. وإذا كان الأمر يصدر بتوقيع رئيس الدولة، فلا يكون ذلك إلا بناء على قرار هذا المجلس بحسبانه منفذًا للقرار القضائي أو الاجتهادي .

إن رئيس الدولة في عصرنا له دور رمزي يمثل وحدة الأمة، ولكن ليس معنى ذلك أن يمارس سلطة شاملة تجمع الاختصاصات التشريعية مع الشؤون السياسية والتنفيذية أو القضائية، ويجب توزيع هذه الاختصاصات والفصل بين السلطات لمنع الحكم الشمولي الذي يؤدى إلى الطغيان والجور .

عوذه

٤٤٥- لقل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم :

القاعدة في الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها. وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فتنة دون فتنة للأسباب التي بیناها فيما سبق، فإن الشريعة لا تخص فتنة بعقوبة دون فتنة.

والعقوبات في الحدود مقدرة، أي 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 الجني عليه أو وليه، أو كان مانع شرعى من العقوبة، وليس للقاضى حق الاستبدال، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البدليلة. أما عقوبات التعزير، فهي ذات حددين غالباً، وتقدير العقوبة متترك للقاضى -٤٠٣- يتولى بالعقوبة إلى حدتها 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 مسلماً.

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التي يجب توافرها في الجاني أو الجني عليه؛ ليستحق الجاني العقوبة المقررة لهذه الجرائم. وهذا الخلاف قد يدعى غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق في العقوبة بين المسلم وغير المسلم.

والجرائم المختلف عليها هي على وجه التحديد ثلاثة: القتل العمد، والرذنا، والقذف.

فأما القتل العمد، فعقوبته في الشريعة هي القصاص، ولكن مالكا والشافعى وأحمد لا يجيزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمى، وحاجتهم ماروا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ألا لا يقتل مسلم بكافر". أما أبو حيفية فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمى؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لاعهد له -٤٠٤- فلا ينطبق على الذمى لأنه

تعليق رقم -٤٠٣-: فيختار ما يكون رادعاً للمجرم عن العود إلى جريمهه ومانعاً لغيره

من اقتداء أثره .

رأينا في تعليق رقم -٤٠٣-: أن الذي يختار في عصرنا الحالى هو المعن، أي أهل الاجتئاد.

تعليق رقم -٤٠٤-: هذا التفسير مختلف لإطلاق الرواية ولا ينافي عدم قتل المسلم بالكافر بالمساواة المدعاة، لأن الكافر لا يتحقق له السكنى في بلد المسلمين ولا طلب الحماية منهم إلا بعد الالتزام بشرط الذمة وأحكام الإسلام، ومن جملتها أن المسلمين يحافظون على حياته ويؤديون قاتله ويأخذون منه الديمة ولكن لا يقتلون قاتله إذا كان مسلماً. ولما كان قد أقدم على السكنى في بلد المسلمين ملتزمًا

بجميع ما ذكرنا مختاراً غير مجرر عليه، فليس له الحق في أن يطالب بالقصاص من قاتله إذا كان مسلماً .

رأينا في تعليق رقم -٤٠٤-: لاتفاق على اعتراضه على مذهب أبي حيفة الذي أيده فقيهنا الشاوي في الصلب، لأنه يتفق مع المساواة في الإنسانية، وهي أصل عام في شريعتنا .

عوده ذو عهد، ويتمسك بعموم النص الذي جعل القصاص عقوبة لكل قتل.
فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف في تفسير نص، ولاشك في أن التفسير الذي
يسوى بين المسلم والذمي هو التفسير الذي يستقيم مع عموم النص-٤٠٥- ومع
التسوية بين الاثنين في الجرائم عامة .

وفي الرأى لا يختلف على عقاب الزانى غير المحسن. فالمسلم غير المحسن والذمى غير
المحسن عقوبتهما واحدة وهى الجلد، ولكن الفقهاء اختلفوا في الزانى المحسن، فرأى
أبو حنيفة أن الذمى لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحسن،
وحيث أنه من شروط الإحسان الإسلام فلا يمكن عَدُ الذمى محسنا؛ ولذلك فعقوبته
في كل الأحوال الجلد. أما المسلم المحسن فعقوبته الرجم. ورأى مالك والشافعى
وأحمد أن الإسلام ليس شرطا في الإحسان-٤٠٦-، ومن ثم فالذمى المحسن يعاقب
عندهم بالرجم كالمسلم. فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحسان.
والقذف من أركانه الإحسان لقوله تعالى: «والذين يرمون الحصنات» [النور: ٤] ،
إذا فسر لفظ الإحسان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير-٤٠٧-
أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة، ويعاقب قاذف الذمى
بالتعزير، والتعزير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك، وقد يكون أخف من عقوبة
الحد وقد يكون أنى منها-٤٠٨-.

الصلبر تعليق رقم-٤٠٥-: لا بد من رفع اليد عن عموم مادل على الاقتراض بالخبر المذكور
ونظائره لكونها أخص منه فتكون مفسرة له وتخصيصه بغير المسلم إذا قتل الكافر ولا يصح رفع
اليد عن ظاهره للمحافظة على عموم العام.

ولكن هذه الأدلة الخاصة بأنه لا يقتل مسلم بكافر أيضا مخصوصة بما إذا لم يعتد قتل أهل الديمة وإلا
يفقتل كما يذهب إلى ذلك فقهاء المذهب الجعفري، ويستندون في ذلك إلى رواية إسماعيل بن الفضل
عن الإمام جعفر بن محمد الصادق (ع) الحاكمة بوجوب قتل من يعتاد قتل أهل الديمة.

الشلوى رأينا في تعليق رقم-٤٠٥-: يراجع رأينا على التعليق السابق.
الصلبر تعليق رقم-٤٠٦-: وإلى هذا الرأى ذهب فقهاء المذهب الجعفري لعدم دليل على
اشتراط الإحسان بالإسلام.

الصلبر تعليق رقم-٤٠٧-: بل وحق لو أنكرنا كون الإسلام من شروط الإحسان، فلا يجد من
يقدّف كافرا، خبر إسماعيل بن الفضل عن الإمام جعفر محمد الصادق (ع) وغيره من الأخبار.

الشلوى رأينا على "التعليقات-٤٠٦-،-٤٠٧-": تراجع الحاشية.
الصلبر تعليق رقم-٤٠٨-: الذى يذهب إليه كثير من علماء المسلمين أن التعزير ينبعى الآ
 يصل إلى مقدار الحد .

عودة

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 الذمي ٤٠٩ـ، وتشديد عقوبة المسلم. أما في القذف فقد تكون النتيجة في صالح الذمي وقد تكون ضده ٤١٠ـ. وهذه النتائج التي تنتهي إليها آراء الفقهاء تكفي بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تيزن المسلم على غير المسلم في العقوبة، كما أن هذه النتائج تؤيد ماقلناه: من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها، ولا ترجع إلى أن الشريعة تيزن فريقاً على فريق .

٤٦ـ مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص :- ويتبين مما سبق أن نصوص الشريعة تسري على كل الأشخاص، ولا يعفى منها أى شخص مهما كان مرتكبه أو ماله أو جاهه أو صفاته، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولا تسمح 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. ولاشك في أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية في هذا الوجه، فالقوانين على ما استحدث لها من نظريات لازمال أدنى مستوى من الشريعة، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التي عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت في الشريعة درجة الكمال المطلق، ولكنها في القانون لازمال كالطفل الذي يحسن أن يحبوا ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

تعليق "رقم ٤٠٩ـ": مر عليك سابقاً النظر في ذلك .

الصلدر

تعليق "رقم ٤١٠ـ": بناءً على إمكان أن يكون العزير بقدر الحد وأقل وأكثر، وقد تقدم الكلام في ذلك قريباً .

الصلدر

رأينا على التعليقين ٤٠٩ـ، ٤١٠ـ: تراجع الحاشية .

الشاوي

245، 246 - المساواة في الحقوق الإنسانية مبدأً أساسياً :

إشارته إلى اختلافات الفقهاء بشأن تطبيق العقوبات توجب علينا أن نرجح الرأي الذي يسوى بين جميع البشر فيما يتعلق بالعقوبات سواء الحدود أو التعازير، تطبيقاً لمبدأ المساواة الإنسانية الذي ختم بمحثه بتاكيد أن الشريعة تطبقه إلى آخر الحدود، وأنما لذلك بلغت درجة من الكمال المطلق، فلايجوز التفرقة بين الأفراد في مقدارها بسبب انتهاهم للإسلام؛ فإن رسولنا ﷺ عندما اعترض البعض على وقوفه احتراماً لجنازة يهودي، قال لهم "أليست نفساً؟... ومعنى ذلك أن الحقوق الإنسانية مقررة للناس كافة بحكم إنسانيتهم ولها حرمة جميع النفوس دون استثناء.

وما أورده من آراء ترجح التفرقة بين المسلم وغير المسلم فيما يتعلق ببعض الحدود أو القصاص - (القتل العمد - الزنا - القذف) فتحن نرجح الرأي - المنسوب لأبي حنيفة كما أشرنا من قبل، لأنه هو الذي يطبق مبدأ المساواة الإنسانية كما بينا من قبل .

وتويد في النهاية ما قاله بنفي أي ادعاء بتمييز المسلم على غير المسلم في العقوبات أو الحدود - ونرى أن هذا المبدأ يوجب استبعاد أي رأي يخل بالمساواة حتى ولو كان فقيهنا أو غيره من الفقهاء يرجحه .

كما تويد ما ختم به هذا الفصل قائلاً إن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر مدى لها، وقوله إن نظرية المساواة بلغت في شريعتنا درجة الكمال المطلق - ونتمنى أن يتخذه القارئ نبراساً وأساساً للترجيح بين آراء الفقهاء في أي مسألة من مسائل التشريع الجنائي ...

ومن جانبنا فإننا نلتزم بذلك ... ولا نرى داعياً للإفاضة في الأسباب التي تتخذ أساساً للتفرقة .

على أننا نرجح في كثير من الأحيان تضييق نطاق العقوبات المقررة حداً أو قصاصاً - ولذلك فإن القول بعدم توقيع القصاص أو الحد لأى سبب معقول يكون راجحاً في نظرنا حتى ولو كان استثناء على مبدأ المساواة.

**بحث إضافي
للدكتور / توفيق الشاوي**

**الأصول الشرعية تلى المصادر في الأهمية
ودورها في تجديد الفقه عموماً والفقه الجنائي خاصة
وأساسها عائلية الرسالة الخاتمة وشمولها**

(فهرس)

- 1) الأصول الشرعية .**
- 2) أحكام الفروع كلها تلتزم بالأصول الشرعية (بما فيها أصول الفقه) .**
- 3) عبد القادر عوده سماها "نظريات شرعية" .**
- 4) التدرج من العقائد إلى الأصول ثم الفروع .**
- 5) تشريعنا ليس قانوناً، بل هو علم وفقه ينبع من العقيدة ويترعرع عنها .**
- 6) تشريعنا الجنائي محوره الحساب والجزاء العادل والكامل في الآخرة .**
- 7) أول الأصول الشرعية هي وحدة الدين السماوي وأن رسالتنا هي الخاتمة .**
- 8) الرسالة الخاتمة أهم خصائصها أنها للناس كافة وأ أنها شاملة لشئون الدنيا والآخرة .**
- 9) أهمية ختم الرسالة عند شاعرنا إقبال .**
- 10) معنى ختم الرسالة أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشدتها، ولذلك شرع الله لنا الاجتهاد والإجماع كمصدرين من مصادر الفقه في شريعتنا .**
- 11) الفصل بين الدين والدولة تحرير في عقيدتنا وليس مجرد موقف سياسي .**
- 12) تشريعنا الجنائي قانون للتوبة لا للعقوبات .**
- 13) تشريع التوبة أغناها عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار .**
- 14) احتفالنا بختم الرسالة .**

١ الأصول الشرعية :

- أ - إن علم أصول الفقه هو جزء لا يتجزأ من الفقه. وإذا كان قد ظهر متأخراً عن "علم الفروع"، فذلك لأن الفروع كانت في بداية الأمر كافية لبدء الحركة الفقهية ونموها. وقد ظهر علم أصول الفقه بعد ذلك بقصد إعطاء الفقه مرونة وحيوية واتساعاً، وخاصة لاستبطاط الأحكام التي لم يرد فيها نص.
- ب ويرغم أن علم الأصول ظهر متأخراً، فإنما حسب اسمها هي "الأصول"، أي أنه لا يمكن تطبيق الأحكام الشرعية بدون الاستناد إلى "الأصول الشرعية". وهذا في نظرنا لا يقتصر فقط على الأحكام الفرعية التي لم يرد بها نص صريح [وهي الأغلبية والأكثرية] إلا أن ذلك يتطرق قبل ذلك على الأحكام الفرعية التي ورد بها نص واضح وهي [قلة الأقلية] وإن بدا في نظر البعض أنها مستقلة عن الأصول.
- ج في الحقيقة، فإن علم أصول الفقه طبق أولاً على هذه الأحكام واستبطط من أجلها، ثم بعد ذلك جلأنا إليه لوضع شروط تطبيق النصوص الشرعية واستبطاط الأحكام التي استحدثت دون أن يكون لها نص شرعي يرجع إليه، وهنا كان لا بد من التوسع فيها وتنميتها، فظهرت أهمية المقادير الشرعية والمبادئ العامة والقواعد الفقهية.
- الأصول تساعدنا في استبطاط الأحكام المستحدثة من النصوص والمبادئ الشرعية العامة التي ترشدنا إليها "الأحكام التكليفية" والمبادئ الدينية والأخلاقية والعقائد فوق كل ذلك.
- د ولذلك فإن أحكام شريعتنا جميعها لا يمكن فصلها مطلقاً عن مبادئ الأخلاق والقيم الدينية والعقيدية، وهذه من أهم الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا بسبب مصادرها السماوية وطبيعتها الدينية .

* * *

2 جميع الأحكام الفرعية ملتزمة بالأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه التي هي جزء منها :

أ الأصل في نظرنا أن جميع الأحكام الفضفالية لا بد أن تكون محكمة بالمبادئ الأصولية الشرعية التي كانت بدايتها "علم أصول الفقه"، وهو ليس إلا مجرد بداية أدت إلى التعمق في مقاصد الشريعة ومبادئها العامة .

ولذلك، فإنه لا يجوز أن يفهم أن أحكام الفروع مستقلة أو منفصلة عن الأصول الشرعية إذا كانت مفروضة بنص صريح في الكتاب أو السنة الصحيحة، لأنه لا بد من استباط شروط تطبيق كل حكم فرعى ورد به نص صريح واضح .

ب وإذا كان البعض يرجع إلى النصوص التي تقرر أحكاما فرعية مكتفيا بذلك، فقد كانت تلك مرحلة مؤقتة لا يمكن استمرارها بعد فتح باب علم الأصول. ولذلك رجع الفقهاء إلى أصول الفقه عندما اقتضت الظروف التوسيع في الأحكام الفرعية وخاصة في الحالات التي لا توجد فيها نصوص خاصة بها .

ج في حالة وجود نص يقرر حكما شرعا، فإنه حتى في هذه الحالة لا يمكن أن يطبق هذا النص دون الرجوع إلى أصول الفقه ومصادره العامة ومقاصد الشريعة ومبادئها التي تستمد منها أصول الشريعة ونظرياتها العامة التي تعين الفقهاء والأئمة على استباط شروط تطبيق كل نص ولو كان واضحا وصريا .

إن الرجوع إلى المصادر العامة كان هدف أصول الفقه، وهي الأحكام التي استبططها الفقهاء لتحكم عملية استباط الأحكام من النصوص الشرعية ولكنها لا تغنى عن "الأصول الشرعية" والنظريات العامة .

* * *

د النصوص السماوية التي تستمد منها الأحكام الشرعية ليست هي فقط النصوص التي تقرر حكما فرعيا، بل إن الأصول الشرعية والنظريات التشريعية تقيّم عليها .

فالأمر بجلد الزان أو القاذف، أو قطع يد السارق، هي أحكام شرعية فرعية ورد بها نص صريح، لكن تطبيقها يكون في إطار الأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه .
ويرغم أن فقهاءنا طبقوا هذه النصوص تطبيقا مباشرا بحسبانها "نصا ملزما" في الحكم واجب الاتباع، فإن الحقيقة أنه لا يجوز ولا يمكن تطبيقه إلا بالرجوع إلى المصدر السماوي عن طريق أحكام الأصول وقواعدها ومبادئها . فالأصول دائما تحكم الفروع حتى ولو بدا في نظر البعض أنها كافية بذاتها وواضحة في مفهومها .

إن أي اتجاه لفصل الأصول عن الفروع أو الفروع عن الأصول هو وهم خاطئ يجب استبعاده تماما، وإن إعطاء الأصول اسم "علم الأصول" ليتميز عن "علم الفروع" هو مجرد عملية مدرسية قصد بها الإشارة إلى تأخر البحث في علم الأصول إلى وقت متاخر نتيجة لنمو الفقه ذاته وتأصله لتكون أحكامه متصلة دائما بالمصادر الشرعية، ولا يكون ذلك إلا عن طريق أصول الفقه والأصول الشرعية والنظريات التشريعية .

* * *

3 عبد القادر عوده سالها "نظريات شرعية" ونحن نُعدها "أصول الشريعة":

لقد ظهر في بعض المجالات العلمية حوار جاد وجداول حول موضوع تجديد "علم أصول الفقه".

ولى في ذلك كلمة لا بد من أن أسجلها.

إن تجديد أصول الفقه وتوسيعها قد بدأ فعلاً منذ بدأت النهضة الفقهية في العصر الحديث.

وفي رأي أن عبد القادر عوده قد فتح باباً واسعاً من أبواب تجديد الأصول وتوسيع نطاقها والاجتهد في إطارها بما كتبه عن النظريات التشريعية.

والصحيح أنه التزم في كتابه بالاصطلاحات العصرية، ولذلك سُئِّي هذه الأصول الشرعية "نظريات شرعية". وأورد غاذج من هذه "النظريات" في التمهيد لدراسته في كتاب التشريع الجنائي.

وقد أشرت في حاشيتي إلى أنني أواقف على استعمال المصطلحات العصرية (الوضعية) في المرحلة الانتقالية الحاضرة من القوانين الوضعية إلى الفقه الإسلامي الذي أصر على أن يكون مستقلاً ومتميماً عن النظم الحالية الوضعية، وإذا كان لا بد من الاندماج فإن فقهاً هو الذي يستوعبها وليس هي التي تذيبة وتدخله في نطاقها.

ولذلك حذررت من المغالاة في استعمال هذه المصطلحات العصرية. والآن أعلن أنني أفضل تسمية هذه "النظريات الشرعية" بأنها "أصول الشرعية".

وبذلك تكون هذه الأصول هي صورة أخرى مكملة لعلم أصول الفقه، بل إنني اعتقاد أنها هي الأصل وأن أصول الفقه هي التي تُضم إلية.

فلا يجوز في نظري مطلقاً الفصل بين ما عرفه أسلافنا بأنه أصول الفقه عن هذه الأصول الشرعية، لأن هذه الأصول أو النظريات هي الحاكمة على علم الأصول وعلم الفروع معاً، وهي الجامحة بينهما.

* * *

٤ التدرج يبدأ بالعقائد أولا ثم الأصول ثم الفروع :

إن شريعتنا تتميز بكمالها، وهذا الكمال ناتج عن أنها لا تفصل بين العقائد والقيم الأخلاقية والأصول الشرعية للفقه (بما فيها علم الأصول) والأحكام الفرعية بعد ذلك . إننا لا نقبل مطلقا فصل أي علم من هذه العلوم عن الآخر ولا استقلاله عنه. وفضلا عن ذلك، فهناك تدرج تنازلي في ترتيبها .

أ فالأصل الأصيل هو العقيدة والمبادئ الدينية التي نعدّها نحن أصولا شرعية لجميع فروع الفقه، ولا يمكن تطبيق أو استباط أحکام الفقه إلا في إطارها وعلى أساسها .

ب أهم من ذلك أن هذا المبدأ التدرجى يشمل أيضا الأحكام الفرعية المخصوص عليها صرامة في الكتاب أو السنة الصحيحة. وجود النص ووضوحيه لا يبرر مطلقا تجاهل ما تقضى به ما سماه فقيينا " النظريات الشرعية " التي نسميهها نحن أصولا شرعية .

ج فالأصول الشرعية (التي تشمل المبادئ العامة والقيم الأساسية الدينية والأخلاقية) تأتي مباشرة في الترتيب بعد العقائد، ولذلك تحكم كل ما هو دونها من فروع الفقه والأحكام التفصيلية وهيمن عليه ولا يمكن ولا يجوز أن تطبق منفصلة عنها .

هذا هو الترتيب الذي نراه ونبه إليه . وأهم منه وجوب التلازم وعدم الانفصال بين جميع هذه الطبقات الثلاث وعدم فصل أحدها عن الآخر، لأن هذا الفصل مهما تكن أسبابه فقد يؤدي إلى ما يحدى منه فقهاؤنا وما يؤكدونه دائما من استقرار المتنا على إدانة الذين يؤمدون بعض الكتاب ويكررون بالآخر . فالكتاب والشريعة كلها وحدة واحدة، وكل ما يقال عن تقسيمات وتفرعات داخلية إنما هي عملية مدرسية لتسهيل البحث والخوار .

في حاشيتنا قلنا إن بحث مصادر التشريع يدخل في نطاق علم الأصول، ومع ذلك فقد توسع فقيهنا فيه ولم نشا التوسيع في عرض رأينا في ذلك الموضع، وقدمنا من ذلك تحديد نطاق البحث في دراسة الأحكام الجنائية تسهيلا لهمة الباحث .

- والآن لا بد أن نذكر القارئ بوجهة نظرنا فيما يتعلق بالأصول الشرعية وعلاقتها بأصول الفقه وعلاقتهما معا بالمصادر الشرعية في القمة وبالأحكام الشرعية الفرعية التي تستتبع من خلالها بعد ذلك .

- إن شريعتنا تميز بأنها علم وفقه، وليس مجرد نصوص كالقوانين الوضعية .

* * *

٥ تشریعنا علم وفقه ولیس قانونا :

- لقد أتعجبني أن عبد القادر عوده قد اختار لعنوان كتابه اسم التشريع الجنائي الإسلامي، فلم يستعمل كلمة القانون الجنائي .
- وأنا أعد ذلك لحة عبقرية .
- وعلى كل، فإنني فضلت عنوان "الفقه الجنائي" .
- إنني أكدت فيما مضى مرارا على أن شريعتنا لا يجوز وصفها بأنها قانون - كما يصفها بعض المستشرقين وتلاميذهم وكثير من المعاصرین بجريدة أنها في نظرهم هي البديل الإسلامي للقوانينهم .
- صحيح أنها بديل في نظرنا، ولكنها بديل جوهري متميز يختلف في طبيعته وجواهره عن "القوانين" من أي نوع كان .
- لذلك أحسن عبد القادر عوده بأن استعمل كلمة تشريع ولم يستعمل كلمة القانون.
- وقد قلت أكثر من ذلك: إن التشريع الذي نطبقه ونقتنه هو "فقه"؛ وكلمة فقه تعنى العلم، لكنه في نظرنا علم ينبع ويستمد خصائصه وحيويته من العقيدة السمحاء، عقيدة التوحيد والحساب في اليوم الآخر، وهذا أهليتها في تميز فقها الجنائي عن القوانين الوضعية .
- إن من أهم عقائد الإسلام عقيدة البعث والنشور والحساب أمام الله يوم القيمة. ويكتفى مراجعة آيات الكتاب الكريم لتعلم أن الإيمان بالله متلازم مع الإيمان باليوم الآخر (سورة البقرة وما بعدها) ...

* * *

٦ تسريرنا الجنائى محوره الحساب والجزاء العارل والكامل فى الآخرة.

- في نظرى أن عقيدة البعث والشور والحساب يوم القيمة هي جوهر التشريع الجنائى الإسلامى، ودراسته ونظمها وأحكامه ومبادئه وأصوله (وفلسفته كما يقولون) كلها نابعة ومحكومة بهذه العقيدة وهذا الإيمان بالله واليوم الآخر .
- وتشريعنا وفقهنا في جميع فروعه - محوره هذه العقيدة. وهذا أظهر وألزم وأوضح في الفقه الجنائى أكثر من غيره من فروع الفقه .
- وهذا هو ما يميزه عن "القوانين" التي تعرفها الحضارات الأخرى، أو الديانات الأخرى .
- وهنا يجب أن نشير إلى أن أهم أصول عقيدتنا وشريعتنا وحدة الدين السماوى، وأن رسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم هي الخاتمة، ولكل من هذين المبدأين أهميته في فقهنا.

* * *

٧ وحدة الدين السمawi و هنم الرسالة من أقمن عقائيدنا وأصول شريعتنا :
صحيح أن دين الله الذي جاء به جميع الرسل واحد هو الإسلام لله والإيمان به، لكن
رسالة الإسلام تميزت بأنها خاتم الرسالات .

و معنى ذلك أن الله جعلها بداية مرحلة إنسانية جديدة ينقطع فيها الوحي، وتلتزم
الإنسانية بأن تطبق شريعتها بحسب ما يصل له اجتهادها وإجماعها من "فقه" دون اتصال
بحبر السماء أو الوحي، ودون حاجة لرسل آخرين ...
ثم إن كلمة فقه تعني احتمال الصواب أو الخطأ .

ولذلك، فإن التععدد تعدد الآراء والمذاهب - مرتبط بحقيقة الفقه الذي شرعه الله
لنا. فقدر ما نؤكد على وحدة الشريعة الكاملة التكاملة لا بد أن نذكر أنه يقابلها في
شريعتنا التععدد في الفقه: مذاهبه وآرائه، بل وأحكامه أيضا .

فالأحكام ليست واحدة، بل متعددة ومتغيرة، وكلها صحيحة طالما أنها كلها مستبطة
من المصادر الشرعية والأصول الشرعية .
ولا تعارض في شريعتنا بين تعدد الأحكام و اختلافها، وبين وحدة الدين والعقيدة
والشريعة الكاملة التكاملة الخالقة .

* * *

إن وحدة الدين السماوي أمر أساسي في عقيدتنا، وقد أكدتها القرآن في مواضع عديدة، وأمرنا بأن نعلن إيماناً بما جاء به الرسول جهيناً دون تمييز بينهم.

لكن تعدد الرسالات كان له في نظرى سبب قدره الله، وهو في رأى اتجاهها جهيناً إلى التدرج وإعداد الإنسانية للرسالة الخاتمة.

صحيح أن الدين عند الله الإسلام منذ عهد آدم ونوح ومن بعدهم من الرسل والأنبياء، لكن الإسلام الواحد كان ينمو ويتقدم في طبيعته وأحكامه حكمة قدرها الله وأرادها.

وواجبنا أن نبحث ونعرف ما يميز كلاً من هذه الرسالات، وأهم من ذلك ما تمتاز به الرسالة الخاتمة عن سابقاتها.
ولئن رأى في ذلك أحجب أن أعرضه.

ليس الأمر مجرد تكرار، بل كان هناك تدرجٌ وتجددٌ وتصحيحٌ للانحرافات التي يُدخلها بعض الأقوام في دينهم، وتقدم الرسالة نحو الخاتمة التي أعد الله عالمنا لها. ولذلك، فإن كثيراً من معتقدى الرسالات السابقة سارعوا إلى الإيمان بها لأنما في نظرهم هدفهم إلى أن يطهروا دياناتهم من كثير من الانحرافات التي أدخلت على عقائدها وتعاليمها، وهؤلاء هم الذين يسمون الآن مسلمين، وهم المسيحيون واليهود الحقيقيون الذين آمنوا بالرسالة الخاتمة.

لقد كان إيمانهم نتيجة افتتاح حر بعد أن قرر الإسلام مبدأً لا إكراه في الدين. وكان إسلامهم نتيجة هذا المبدأ. لذلك بقي المجتمع الإسلامي مدة طويلة يضم أغلبية من أصحاب الديانات السابقة الذين أسلموا تدريجياً وبحريّة كاملة بعد أن ضمن لهم الإسلام بقائهم على عقائد لا تقرها الرسالة الخاتمة، وحاجهم من الإكراه في الدين. لذلك، فإن الأغلبية غير المسلمة تناقصت بسبب افتتاح كثير من أصحاب الديانات السابقة للإسلام بحريّة وافتتاح، لا بالسيف كما يدعى أعداؤنا.

* * *

بعد مدة بقى من غير المسلمين أقلية من أتباع الديانات السابقة تعيش في حرية دينية كاملة، ولكنهم اتجهوا إلى مواصلة صراعهم الداخلية حتى زاد عدد هذه الطوائف وزادت الخلافات بينها في منطقتنا بصورة لا مثيل لها في أي مجتمع آخر.

وما يؤسف له أن الغزاة المستعمرین عندما تغلبوا على بعض أوطاننا، استغلوا بعض أتباع تلك الطوائف ليتحاولوا إليهم ويخونوا الأمة التي أمنتهم ومنحهم حرية دينية لم يجعلوها في أي مجتمع آخر. وقد عيرنا بعض المعتدين على بلادنا، وما زالوا حتى الآن يعيروننا بأن مجتمعنا متعدد الطوائف، وأنه فسيفساء أو "مزایل" من الطوائف، ويعيرون علينا أننا لم نظهره من الأقليات المتعددة المختلفة كما تفعل بعض مجتمعاتهم التي تسير على إبادة الأقليات رافعة شعار "التطهير العرقي" الذي ما زالت الإنسانية تقاومه حتى الآن.

وإذا كانت الدول الديموقراطية تعلن رفضها للتطهير العرقي الذي تتخذه بعض النظم شعراً لإبادة الشعوب أو الأقليات التي ت يريد الاستيلاء على أرضها، فسبب ذلك الرفض أنهم يريدون أن تكون الإبادة سلاحاً يحتكره ويختص به حلفاؤهم الصهاينة والإسرائيليون الذين تقوم حركتهم على الإبادة الشعبية لعرب فلسطين، ولا يريدون أن تتمتع بهذا الامتياز دول حليفة لروسيا.

ومن ناحية أخرى، فإن رفضهم للتطهير العرقي في بعض المناطق دون غيرها سببه أيضاً أنهم يبحرون للقوى الاستعمارية مارسة سياسة "التطهير الديني" ضد المسلمين عن طريق فرض حكام مستبدین أو عسكريين يفرضون عليهم ما يسمونه العلمانية وفصل الدين عن الدولة، ويظلون أنهم نجحوا في ذلك في تركيا وأنهم في الطريق إلى النجاح في أقطار أخرى مجاورة لتركيا أو بعيدة عنها، وهم بذلك يطبقون خططهم لما يسمونه التطهير الديني وإن كانوا يتضمنون إلى من يعارضون التطهير العرقي في بعض المناطق، برغم أنهم يشجعونه وينصتونه في فلسطين

* * *

٨ أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها عالمية وشاملة لأمور الدنيا والآخرة :

من المعروف في فقهنا أن أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها للناس كافة، وهذا مبدأً أساسى يميزها عن الرسالات السابقة .

فالرسل السابقون كانوا يدعون "قومهم"، وقد تكررت في القرآن الإشارة إلى قوم كل رسول من حدثنا عنهم القرآن .

أهم من ذلك أن شريعتنا تتميز بالعموم والشمول، فهي لا تكتفى بالعقيدة الإلهية، ولا باحكام تفصيلية معينة محددة يفرضها الله على قوم معينين حسبما تستلزمها ظروف زمامهم ومكانتهم كما كان الشأن في الرسالات السابقة .

بل إن شريعتنا تعنى أولاً بتقرير المبادئ والأصول الشرعية الشاملة لكل فروع الفقه وأحكامه .

من أجل ذلك كانت "حاتمة" .

وقد قرأت كتاباً أو فصلاً للشاعر إقبال عن مبدأ ختام الرسالة في الإسلام أتفى أن أعيد قراءته .

* * *

٩ أَهْمَى خِتَم الرِّسَالَةِ عَنْدَ الشَّاعِرِ إِقْبَالِ :

لَا شُكُّ فِي أَنَّ مُسْلِمَيِّ الْهَنْدِ وَبِاِسْتَانَ كَانَ لِدِيهِمْ اعْتِباَرَاتِ عَمَلِيَّةٍ وَوَاقِعِيَّةٍ جَعَلَتْهُمْ يَقْدِرُونَ أَهْمَى خِتَمِ الرِّسَالَةِ وَيَعْتِزُّونَ بِهَذَا الْمَبْدَأِ .

ذَلِكَ أَنَّ الْهَنْدَ وَرَثَتْ تِرْكَةً كَبِيرَةً مِنَ الْأَدِيَّنَ وَالْفَلْسُوفَاتَ وَالْلُّغَاتَ وَالْمَذَاهِبَ الْمُخْتَلِفَةَ، وَمَا زَالُوا سَائِرِينَ فِي هَذَا الْإِتْجَاهِ، حَتَّى إِنْ كُلُّ مَنْ يَدْعُى كُلُّهَا النَّبُوَّةَ، أَوْ حَتَّى الْأَلْوَهِيَّةَ يَجْدُ لَهُ جَهُورًا يَسِيرًا وَرَاءَهُ، مَا تَرْتَبُ عَلَيْهِ تَعْدِيدُ الطَّوَافِنَ بَلْ وَتَصَارُعُهَا وَتَمْرِيقُهَا .

وَقَدْ حَاوَلَ الْاسْتِعْمَارُ اسْتِغْلَالَ هَذِهِ الْعَنْصُرِيَّاتِ الطَّائِفِيَّةِ، فَاسْتَعْمَلَ بَعْضُ الْكَاذِبِينَ لِادْعَاءِ النَّبُوَّةِ، وَأَصْبَحُوا حَلْفاءً لِلْاِحْتِلَالِ الْبَرِيطَانِيِّ الَّذِي يَغْدِقُ عَلَيْهِمُ الْحَمَاءَةَ وَالْمَالَ بِصُورَةٍ مُفْزَعَةٍ، وَحَاوَلَ إِدْخَالُهُمْ فِي نَطَقِ الْأَمَّةِ الإِسْلَامِيَّةِ لِتَمْرِيقِهَا، وَمَا زَالَ يَسِيرُ عَلَى هَذِهِ الْطَّرِيقَةِ بِرَغْمِ الْمَقاُومَةِ الْعَنِيفَةِ مِنْ جَاهِيرِ الْمُسْلِمِينَ، الَّذِينَ كَانُوا سَلاَحَهُمْ هُوَ مَبْدُأُ خِتَمِ الرِّسَالَةِ الَّذِي يَسِدُ الْبَابَ أَمَّا الْكَاذِبِينَ مَدْعُوِّيَّ النَّبُوَّةِ أَوِ الْأَلْوَهِيَّةِ، وَكُلُّ مَا يَطْلَبُونَ إِلَّا يُعَدُّ هُؤُلَاءِ جَزِئًا مِنْ أَمَّةِ الإِسْلَامِ. وَمَعَ ذَلِكَ، تَسْتَعْمِلُ الْقَوَى الْأَجْنبِيَّةُ كُلَّ نَفْوذِهَا وَمَا لَهَا لِيَفْرَضُوهُمْ عَلَى أَمَّةِ الإِسْلَامِ، وَبِخَاصَّةِ مِنْهُمْ "الْقَادِيَانِيَّةُ" وَ "الْبَهَائِيَّةُ" وَ "الْبَابِيَّةُ"، وَأَكْثَرُهُمْ مُضْلَلُونَ وَمُنْدُوْعُونَ، وَلَكِنَّ قَادَمُهُمْ يَعْمَلُونَ لِصَالِحِ أَعْدَاءِ الإِسْلَامِ وَلِصَالِحِ مَنْ يَشْجُعُهُمْ وَيَرْزُوْهُمْ بِالْحَمَاءَةِ وَالْمَالِ .

فَلَا غُرُوْ إِذْنَ أَنْ يَهْتَمْ شَاعِرُنَا إِقْبَالُ بِمَبْدَأِ خِتَمِ الرِّسَالَةِ وَالْجَمِيعُ يَؤْيِدُونَهُ فِي ذَلِكَ .

* * *

١٠ ختم الرسالة معناه أن الإنسانية أعدت لتبلغ رشد لها :

ما يعنينا نحن هو الجانب الموضوعي في هذا المبدأ، ومعناه أن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدتها، وتطهر معتقداتها مما أدخل عليها من انحرافات، وتسير في حياتها على هدى الرسالة الخاتمة معتمدة على اجتهاداتها وإجماعها وفقها وتجاربها وتقديمها الفكري والعلمي في كل فروع العلم والمعرفة وعمارة الأرض .

ونحن نستعمل كلمة الفقه دائمًا عندما ندرس الأحكام حتى لا ننسى مبدأ الاجتهاد والمتعدد وشرعية اختلاف الأحكام وتتنوعها وعدم اختصاص أى مذهب بالصواب دون غيره لأنه اجتهاد

إن تشريع الاجتهاد والإجماع كمصدر من مصادر الفقه هو من أهم خصائص شريعتنا وهو تأكيد لأن الله سبحانه قد أعد الإنسانية لتبلغ رشدتها وتسير على هدى الرسالة الخاتمة العالمية الشاملة لأمور الدنيا والآخرة .

* * *

شمول الشريعة ووحدتها وعمومها ميز عقيدتنا بعدم الفصل بين الأحكام "الدينية" والأحكام الدنيوية الذي ساد في عهد الرسالات السابقة .

فالرسل السابقون كانوا يهدون قومهم لعقيدة التوحيد، وكثير منهم كان يعلن أنه يتربك الأحكام الدنيوية للسلطانين الذين يفرضون سلطتهم على الناس .

وأحسن مثل ذلك قول المسيح عليه السلام : "دع ما لا ينفعه لقيصر وما له الله . وكثير من المتنميين إليه (عليه السلام) ما زالوا يسيرون على هذا المبدأ، ويُعذّبون بهائيا، فحين أنه كان في نظرنا مرحليا، وهم يقاومون بشدة وعطف إدخال "الدين" في شؤون الدنيا - وبخاصة شؤون السلطة والحكم والسياسة وهذا ما يريدونه الطغاة المستبدين الذين لا يريدون أن يحاسبهم الناس بقيم الدين ومبادئه بل وأخلاقه .

* * *

11 فصل الدين عن الدولة تحرير في عقيدة ديننا، وليس مجرد موقف سياسي:
بعض نصارى اليوم وتلاميذهم يريدون أن يفرضوا علينا ما يسمونه الفصل بين الدين
والدولة، وأن نحبس ديننا في المساجد والمصاحف ولا ننحنه في شؤون السلطة التي
يريدون أن يحتكرها أصحاب السلطة والسلاح والمال ومظاهر القوة والعنف ...
لكن عقيدتنا تأبى ذلك .

فالمعركة متصلة بالعقيدة وليس مجرد رأي أو حزب أو مذهب أو موقف سياسي .
وعلينا أن نصمد ونصبر ونصابر ولا نتخلى عن عقائدها لأن عقيدة التوحيد تفرض
الوحدة بين شؤون ديننا ودنيانا، وتحرم علينا أن نؤمن ببعض الكتاب ونترك بعضه الآخر
ارضاً لأصحاب السلطان .

الوحدة إذن معناها لا نفرق بين أمور ديننا ودنيانا .
ولا بين عقيدتنا وشريعتنا .

ولا بين الأصول والفروع في فقهنا .

ولا بين المبادئ والقيم والخلق وبين الأحكام التفصيلية في شريعتنا وفقهنا .

* * *

١٢ تشرعننا الجنائي لهدفه التوبية لا العقوبات :

ثم إن وحدة شريعتنا لها نتيجة مهمة في تشرعنا الجنائي .

فقد قلنا إنه ليس "قانون عقوبات" كما هو الشأن في "القوانين الوضعية" التي تقرر عقوبات قضائية دنيوية .

ذلك أن أول ما تقرره شريعتنا هو الجزاء والحساب في يوم النشور، وهذا هو العدل المطلق الكامل الذي نؤمن به .

أما عدل القضاء وأحكامه فهو مقرر هدف آخر، هو إلزام المخطى بالوبة والاستغفار والعدول عن الانحراف والاستقامة في المستقبل، وهذا هدف تربوي وإصلاحي وليس مجرد عقاب .

عندما يتحقق غرض التوبة، فإن الحساب عما وقع قبلها يرجع إلى الله سبحانه يوم القيمة. وقد أكد القرآن الكريم مرارا على أن الله يقبل التوبة عن عباده ويعفو ويفغر، بل زاد فيبشرنا بأن الله يمحو هذه السيئات بل يحوها إلى حسنات !

فإذا كان لا بد من وصف لأحكامنا الجنائية القضائية بأنها قانون، فإنما قانون للتوبة وليس قانونا للعقوبات

* * *

هذا هو ردنا على من يتطاولون على تشريعنا الجنائي، وبخاصة ما يسمونه عقوبات بدنية في الحدود والعقوبات المقدرة التي يصفها البعض بأنها قاسية.

يجب أن يعلموا أنها جزاءات "هدبية" و "تحفيفية" قصد بها رد ع الجان المحرف وإلزامه بأن يتوب ويعود إلى الاستقامة حتى يعفى منها.

إنى معجب بما ذهب إليه إمامنا ابن تيمية من أن التوبة تسقط عقوبة الحد، بل إن مجرد الاعتراف بالذنب هو في نظره توبة يترتب عليها سقوط الحد.

وفي نظرنا أنه يسقط أيضا التغريم العقابي كما بيناه في حاشيتنا.

ولا يبقى أسمام قضائنا إلا التعزيز التهليبي والتربوي الوقائي الذي قلنا إنه لا يجوز وصفه بأنه عقوبة، بل هو تربية وتأديب وإصلاح نفسي وديني واجتماعي بحت.

* * *

والستخويف والتهديد لا يقتصران، على العقوبات الدنيوية القضائية، بل إن أول ما يؤمن به الإنسان المسلم هو الجزاء الآخرى والجنة والنار .
والذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر لا يعترفون بالجنة والنار، ويُعدُّونها مجرد تحريف.
ونحن نقول إن الأمر كله لله، في الدنيا والآخرة ... وهو الذي يحاسبنا ويجعل علينا
يوم القيمة، وحكمه هو العدل كله والرحمة كله ...
هو الرحمن الرحيم كما نخاطبه كل يوم وكل ساعة بشرط أن نسلم له ونلتزم بأوامره
ونواهيه وأن يتوب المخطئ ويرجع إلى الصراط المستقيم
فهـدـفـ شـرـيعـتـاـ هو إـلـزـامـ الإـنـسـانـ بـالـعـودـةـ إـلـىـ الطـرـيقـ الـمـسـتـقـيمـ بالـتـوـبـةـ. أـمـاـ مـاـ وـقـعـ مـنـهـ
مـنـ قـبـلـ، فـإـنـ اللـهـ وـعـدـهـ بـأـنـ يـحـوـهـ، بـلـ يـبـدـلـهـ حـسـنـاتـ بـقـدـرـ مـاـ يـنـفـدـ تـوـبـتـهـ بـالـرجـوعـ إـلـىـ اللـهـ
وـإـلـىـ طـرـيقـ الـصـلـاحـ وـالـاسـتـقـامـةـ

* * *

إنه سبحانه خلق الإنسان ليختار بين طريق الخير وطريق الشر وليرجع إلى الطريق المستقيم كلما اخترت به نزواته وشهوته وشيطانه ويتب عن خطئه ويستغفر الله الذي وعدنا بالقبول .

فـ حالة الانحراف تواصل شريعتنا الإصلاح عن طريق التوبة والاستغفار .
أما الجزاءات الدنيوية بل والأخروية، فإنما في نظرنا كلها مقررة للتخييف وإلزامه بالتوبة فهي في نظرنا أحكام مهددية .

وـ شريعتنا تبدأ بالتخويف سواء بالجزاءات الدنيوية أو الأخروية التي أفرض القرآن في عرضها علينا وصور لـ سـ الجـيـم بـصـورـة مـفـزـعـة مـرـعـبة تـجـعـل فـرـائـص الـمؤـمـن تـرـتـدـ لـسـمـاعـها، وـيـخـشـي اللـه وـيـرـجـع إـلـيـه . ولـذـلـك إـنـ التـقـوـي هـي أـولـى صـفـات الـمؤـمـن .
لـقـد أـضـاف لـلـتـخـوـيـف الـوـعـد بـالـنـعـيم الـمـقـيم فـي الـجـنـة الـتـي أـفـاض كـتـابـنا الـكـرـيم فـي عـرـضـها وـمـغـرـيـاـهـا وـعـرـضـ علىـ الـإـنـسـان كـلـ ماـ يـشـتـهـيـه فـي الـدـنـيـا عـلـى أـنـه سـيـجـد أـكـثـر مـنـهـا فـيـ الـجـنـة لـأـنـ فـيـهـا مـا لـأـعـين رـأـت وـلـأـذـن سـمعـت وـلـأـخـطـر عـلـى قـلـبـ بـشـرـ .

وـ كـثـيـرـون يـتأـثـرـون بـهـذـا النـعـيم الـمـقـيم وـيـعـمـلـون لـهـ أـكـثـرـ مـا يـتأـثـرـون بـالـتـخـوـيـف بـالـجـيـم فـيـ الـآـخـرـة وـالـجـزـاءـ القـضـائـي فـيـ الـدـنـيـا .

منـ أـجـلـ ذـلـكـ نـرـى أـنـ شـرـيـعـتـنـا يـجـبـ أـنـ تـرـخـذـ كـامـلـةـ مـتـكـامـلـةـ، وـخـطـأـ كـبـيرـ هوـ وـصـفـهاـ بـأـنـمـاـ قـانـونـ عـقـوبـاتـ، أـوـ قـاسـهاـ عـلـىـ الـقـوـانـينـ الـجـنـائـيةـ .

* * *

13 تشریع التوبه أغنانا عن الجدل حول الجبر و حرية الاختيار :

حكمة إلهية شرع الله الجزاء الدنيوي (العقوبة الجنائية) والجزاء الآخرة الأشد وأبقى. ثم شرع التوبة والاستغفار والعفو والمغفرة والرحمة والقبول بدلاً من هذه الجزاءات القضائية.

ولحكمة إلهية جعل الله جميع العقوبات والجزاءات الدنيوية مجرد تهديد في نظرنا، يستغنى عنها كلما عدل المذنب عن طريق الانحراف وأعلن نية صادقة في استئناف طريق الاستقامة والصواب في المستقبل، ووعد سبحانه بأن يمحو السيئات التي وقعت من قبل، بل وقد يحوّلها إلى حسنات ...
فما هي هذه الحكمة ؟

إنه سبحانه أراد أن يعيينا من الجدل الحاد بين فلاسفة الجبر الذين يقولون إن المجتمع وظروف الحainي الخلقدية والفطرية هي التي أوصلته لهذا الانحراف؛ فهو إذن غير مسئول. لكن جهور الفلاسفة والمفكرين يرون أن تقرير مسؤولية الفرد جنائياً ومدنياً عن أعماله الاختيارية مبدأ ضروري لكي تستطيع الجماعة تقويم المنحرفين ومقاومة الانحرافات .

وشرعيتنا قد رسّمت لنا طريقة وسطّاً يحقق أهداف الطرفين، لكن ترك موضوع المسؤولية وحرية الاختيار له سبحانه وهو أعلم به

إن الله سبحانه هو الذي أوجد العوامل المتعددة التي أدت إلى وقوع الجريمة واختيار الفرد أحد هذه العوامل وإلى جانبه عوامل أخرى مثل الوراثة والتكتوين الخلقي والبيئي والظروف الاجتماعية التي لها دورها، لكن الله سبحانه هو الذي يقدر نسبة مساهمة الإرادة الفردية في هذا الانحراف، وعليها أن نترك له تقديره ويكفيها التوبة والاستغفار .

* * *

إن شريعتنا لا تأخذ بنظرية الجبر أو الاختيار بصفة مطلقة كما يرى بعض الفلاسفة لكنها شرعت لنا التوبة لتكون بدليلاً عن العقاب والجزاء. فهي شريعة التوبة. وهذا يميزها في نظرنا عما يسمونه قانون العقوبات .

موضوع التوبة في نظرنا هو جوهر تشريعنا الجنائي؛ فكل أحكامه تدفعنا إليها . وهي أصلح للمجتمع والبشرية من كل عقاب .

إنني أرجو أن يتولى أحد الباحثين الشبان أن يعد رسالة عن "التوبة كهدف لتشريعنا الجنائي" .

وأدعو الأساتذة الذين يتولون تدريس هذه المادة أن يلفتوا نظر تلاميذهم إلى أن تشريعنا الجنائي هو تشريع للتوبة والإصلاح، وأنه ليس قانون عقوبات كما يصفه البعض.

* * *

إن الرسالة الخاتمة تميز عما سبقها بأنها موجهة للبشرية كلها وليس خاصه بقوم معينين .

صحيح أن الإنسانية تضم أنما مختلف المذاهب والعقائد، ولكن العلاقات البشرية بين الأمم والأفراد كفيلة بتحقيق قدر كاف من المستوى الحضاري الذي يتناسب مع ما وصلت إليه الإنسانية من تقدم .

انطلاقاً من هذه الرسالة الخاتمة تسير الإنسانية نحو العالمية، وكثيراً ما أكد علماؤنا وأئمتنا على عالمية الإسلام .

إذا كنا نسمع اليوم من يتحدثون عن نظام عالمي فلا شك في أن الإسلام قد سبقوهم إلى ذلك. وكثير منهم لا يفهمون من هذا النظام العالمي إلا ما يستطيعون أن يفرضوا به سيطرتهم أو يحموه ما يسمونه "مصالحهم القومية" .

إن القومية والمصالح القومية لا يجوز نسبتها إلى العالمية . والإسلام كان من أول أهدافه مقاومة العنصريات والقوميات التي تفرق بين الأمم وتسيء العلاقات بينها وتخلق صراعات لا تنتهي .

* * *

* * *

١٤- اهتمالنا بختام الرسالة :

في نظرنا أنه لا يجوز أن نقف عند الأثر السلي ختم الرسالة الذي يسد الباب أمام كل من يدعى النبوة والألوهية ويحتمي الإنسانية من حركات الدجالين والأفقيين الذين يدعون النبوة أو يتكلمون باسم السماء ويوهمون الناس بأنهم يعبرون عن إرادة الله أو يشروعون بوجي منه .

كل هذا مؤكد، وهذا فضل كبير للرسالة الخاتمة .

لكن الفضل الأكبر هو أنها شهادة من الله سبحانه وتعالي بأن الإنسانية أحدثت لكي تبلغ رشدتها وأنها تستطيع انطلاقا من هذه العقيدة الإلهية والشريعة السماوية أن توسع في آفاق المعرفة وتستيقن في هذا الدين بالاجتهاد والإجماع والتتجديد كي تستبسط منه الأحكام الالزامية لبناء حضارة إنسانية كاملة لكل أنواع المعرفة وفروع العلم التجريبي الذي تبني بها حضارة جديدة يساهم فيها الناس جميعا برغم اختلاف مذاهبهم وأئمهم وأعراقوهم

إن عالمية الرسالة الخاتمة ووحدة الرسالات السماوية تعنينا بما يسمونه الآن حوارا بين الديانات، وهنا نقر ما يقوله كثير من علمائنا وخصوصا الوهابيين من أن هذه التسمية لا محل لها وما يريدونه هو حوار بين الأمم، لأن الدين واحد وهو الرسالة الخاتمة.

* * *

لقد تابعت احتفالات بعض وسائل الإعلام بذكرى المولد النبوى الشريف، ولاحظت أن كثيرين من المتحدثين يبالغون في ذكر مناقب رسولنا الكريم، ويصلون في ذلك الغلو إلى الحد الذى لا يقره الإسلام ولا الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) نفسه .

وقد عشت مدة طويلة في المملكة العربية السعودية، وأعجبني إصرار علمائها على أن هذا الاحتفال بالولد النبوى بدعة لا أصل لها في ديننا، ولم يقرها رسولنا الكريم .

وأعتقد أنهم إذا كانوا يستنكرون مجرد الاحتفال بالولد، فذلك لأنه يؤدي إلى الغلو في تقديس شخص الرسول الكريم، وهذا يفتح الباب لتقديس غيره من البشر .

وأنا أعتقد أن الفضائل التي أسبغتها العناية الإلهية على رسولنا الكريم لم يقصد بها شخصه، وإنما قصد بها تأهيله لحمل الرسالة الخاتمة العالمية والشاملة التي جعلها الله سبحانه خاتمة الرسالات السماوية وقمة التدرج في النبوات .

ولذلك، فإن الذين يحتفلون بولده (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) أجدر بهم أن يحتفلوا بختم الرسالات وبعد عهد جديد للبشرية بعد أن أعدها الله تعالى تواصل تقديمها وغورها اعتماداً على أصول هذه الرسالة الخاتمة، وعلى ما قررته من إعطاء البشر دوراً في استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد والإجماع في مجال التشريع والعلم التجربى في نطاق جميع فروع المعرفة الإنسانية، لكي تبلغ أقصى مدى أراده الله لها في عمارة الأرض التي استخلفها الله فيها .

وبهذا تنفادي انتقادات الذين يدينون بدعة المولد . ولا أعتقد أنهم ينكرون علينا الاحتفال بوليد هذه الرسالة الخاتمة التي أعد الله سبحانه رسولنا لتبليغها، وأعد أمته لتحمل أمانة هذا التبليغ لتكون شاهدة على الناس كما كان الرسول صلى الله عليه وسلم .

كثيرون من ينتافسون في الغلو في مدائح الرسول الكريم هم من يمارسون النفاق للذوى السلطان والفوذ، ويسبغون على بعضهم أو صافاً تخيطهم هالة من البطولة والعبرية التي ييررون بها طغيانهم أو استبدادهم . هذا الصنف من محترف النفاق يتهزون كل فرصة ليزاهموا غيرهم في نسبة أوصاف ومناقب للرسول الكريم كأنهم يتخدون ذلك ليسوّغوا به ما يمارسونه يومياً من أساليب النفاق لتضخيم صورة غيره من البشر، ناسين ما قاله رسول جيش المسلمين لقائد جيش الفرس: "إننا جئنا ندعو الناس لعبادة الله الواحد القهار بدلاً من عبادة البشر التي يمارسها الأذلاء المستعبدون المستسلمون لطغيان سادتهم وحكامهم ..".

* * *

وليس السنفاق وحده هو الذي يروج سوقه في الموالد. بل إنني زدت اقتناعاً بموقف الفقه الوهابي الذي يُعدُّها بدعة دخيلة على الإسلام تشوّه صورة جماهيره وتقدم لها فرصة لإحياء تقاليد جاهلية سابقة على الإسلام. وزاد يقيني بذلك عندما زرت بلاد إفريقيا الشمالية ووجدت أنهم وكثيرين غيرهم لا يكتفون بالاحتفال بالموالد النبوى وعَدَهُ أكبر مناسبة للتجمعات الشعبية، بل إنهم يجعلون لكل "شيخ" مولداً في موطنه. ولا يقف الأمر عند المشايخ الحقيقيين، بل إنه حدث كثيراً أن شملت الموالد شيوخاً زائفيين أو دجالين لأن كل قرية وكل تجمع سكاني يعتقد أنه لا بد له من شيخ يحتفل بموالده ويزور في هذا الاحتفال كل ما لديه من مظاهر الابتهاج والاعتزال.

إن الابتهاج والاعتزال في نظرنا يجب أن يكون لهذه الرسالة الإلهية خاتمة الرسائلات، لأنها هي المؤذنة برشد الإنسانية وانطلاقها في مجال الحضارة والتقدم، معتبرة بقيم هذه الرسالة وعقائدها، ومنكرة لكل ما يخالفها من رواسب التاريخ الماضي، تاريخ الجاهلية والانحرافات التي جاء الإسلام للقضاء عليها في جميع صورها وتوارتها. وإذا كان رسولنا الكريم هو الذي أعدد الله تعالى لحمل هذه الرسالة وليشهد علينا بما أبلغه لنا من أصوتها وأحكامها، فإن تكريمه يكون بالاحتفال بالرسالة، ويكون الاحتفال بالرسالة الخاتمة بدلاً من الغلو في المدح لشخصه، لأنه يشجع العامة على ممارسة المدح لغيره من المسيطرین والمتزعمین .

وقد سمعت في الإذاعة التونسية صباح كل يوم فترة قصيدة من "المدائح النبوية" يليها فترات أطول منها في "المدائح الوطنية" التي كانت تشيد ببطولة بورقيبة وأمجاده في قصائد يدججها أعداد من المنافقين المتأسفين في التقرب للزعيم الأوحد ...

* * *

الحق أن مولد الرسالة هو بعثة الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) لا مولده .

ورحسم الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين الذى جعل بدء تاريخ الإسلام هو الهجرة النبوية، ولم يختلف هو ولا أحد من أصحابه بمولد الرسول الكريم الذى يُعدُّها البعض مجرد تقليد لما يفعل المسيحيون في احتفالهم بمواليد المسيح .

والاحتفال بالهجرة يجعلها بداية التقويم الهجري ليس مجرد احتفال ببدء عصر الرسالة الخاتمة، بل هو احتفال بأكبر صورة من صور الجهاد في سبيلها والثبات عليها والتضحية في سبيلها. إنه احتفال بما فرضه الله علينا من الجهاد والصمود في وجه البغي والعدوان ...

وهذا هو الاحتفال الصحيح بالرسالة الخاتمة والاعتزاز بها وإعلان التزامنا بالعمل لتبليغها والجهاد في سبيلها ومقاومة بغي أعدائنا، وبذلك تكون شهداء على الناس كما كان الرسول شهيدا علينا

عادة

الباب الثاني الركن المادى للجريمة

٤٧ - منزاج البحث : - يتوافق الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المخظور، سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية. وقد يتم الجان الفعل فتعد الجريمة تامة كمن سرق مثاعدا من آخر وخرج به من الحرز، وقد لا يتم الجان الفعل فتعد الجريمة غير تامة، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة، وهذا ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالشروع في الجريمة.

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتلقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم، أو يعرض بعضهم بعضا عليها، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها، وهذا ما يسمى بالاشتراك في 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 وشرائطها وعقوباتها، وهذا ما يوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص. أما الشروع والاشتراك فستتكلم عليهما فيما يأتي، وستخصص لكل منها فصلا خاصا.

247 - موضوعان في هذا الباب الشروع والاشتراك :

الشرع هو جريمة ناقصة من حيث عدم وقوع النتيجة التي أرادها الجاني من فعله، ولذلك فهو خاص بالجرائم العمدية، وعندما يتقرر العقاب عليه في جريمة ما فمعنى ذلك أن ما ارتكبه الجاني كاف ليكون جريمة، لأن ما قام به هو من أعمال تفيد الجريمة وليس مجرد تحضيرها؛ لذلك يعاقب عليه برغم عدم نجاحه في تحقيق غرضه من ارتكاب الفعل.

وهدف هذا البحث هو تمييز الأفعال التحضيرية التي لا يعاقب عليها الجاني إذا توقف عندها (باختياره أو لسبب خارج عن إرادته) - من الأعمال التنفيذية التي يعاقب عليها الجاني باعتبارها شروعًا برغم أنه توقف عندها.

من ناحية أخرى، فسترى أن عقوبة الشروع قد تكون أقل من عقوبة الجريمة الكاملة، لذلك يجب أن ندرس الحد الفاصل بين الفعل الذي يكون جريمة ناقصة (أى شروعًا) عن الأفعال التي تجعل الجريمة تامة، وهذا ضروري في حالة ما إذا كانت عقوبة الجريمة الناقصة تختلف عن عقوبة الجريمة التامة.

* * *

أما المشاركة فتكون في حالة مساعدة أكثر من شخص في ارتكاب جريمة، وهنا يجب التمييز بين من يُعدّ منهم الفاعل الأصلي للجريمة المسؤول الأول عنها، وبين من يُعدّ مجرد شريك. وهذا أيضًا يكون ضروريًا في حالة ما إذا كان القانون يجعل عقوبة الشريك أقل من عقوبة الفاعل الأصلي. أما إذا كانت العقوبة واحدة، فلا أهمية لهذا البحث.

* * *

ومراجعة أحكام القسم العام في القوانين العصرية تكشف لنا أن المبدأ الراجح هو أن عقوبة الشروع الأصل فيها أن تكون متساوية لعقوبة الجريمة التامة وعقوبة الشريك لا تختلف عن عقوبة الفاعل الأصلي في حالة الاشتراك، ولكن الفرق بين العقوبة في الحالين تكون في حالات استثنائية؛ وهذا يجعل دراسة الشروع والاشتراك مجرد بحث نظري في كثير من الأحوال.

فقهاؤنا اقتصروا في بحث الشروع والاشتراك على جرائم الحدود والقصاص :

جرى الفقهاء الإسلاميون على عدم الخوض في تحديد أركان جرائم التعازير، بحججة أن القاضي هو الذي يتولى ذلك. وهذا نقص أشرنا إليه من قبل كلما أشرنا إلى ضرورة تقنين التعازير. ونصح عن هذا الأسلوب أن موضوع الشروع والاشتراك في الجريمة يعرضون له في دراسة جرائم الحدود وجرائم القصاص، والدية فقط. ولا كانت القاعدة عندهم أنه كلما استبعدت هذه العقوبات القصوى - المقدرة - فإن الفعل يمكن أن يقع تحت طائلة التعزير إذا رأى أولياء الأمر أنه يمثل خطورة تستوجب تأديب الجاني أى تعزيره - فإن كل ما كتب عن هذين الموضوعين كان بقصد جرائم الحدود والقصاص لكنه يسرى كذلك على جرائم التعازير، لأن الأصل كما قلنا من قبل أن جميع الجرائم هي جرائم تعزير.

وإذا بدأنا في وضع نصوص لتقنين جرائم التعازير، فإن موضوع الشروع والاشتراك ستزداد أهميته. وقد مهد لنا الفقيه الشهيد الطريق لذلك بالتوسيع في عرض أحکام هذين الموضوعين في هذا الباب، وهذا جهد مشكور له يجب أن نقدره لأنه يسهل مهمة من يقومون بعملية تقنين التعازير في الحاضر والمستقبل، مما يؤدي إلى مزيد من الإثراء والنمو في التشريع الجنائي الإسلامي .

فيما يخص جرائم التعازير، فإن تخلى الفقه عن تحديد جرائم التعازير أو تقنينها هو الذي أدى في نظره إلى عدم بحث الشروع أو الاشتراك فيها، لأن موضوع التعازير وأحكامها كان يدخل في نظرهم ضمن ولاية القضاء .

وقد أشرنا من قبل إلى رأينا في أن اختصاص القضاة بولاية التعزير لم يعد له مسوغ في عصرنا، ولم يعد هناك مسوغ لكي يتخلّى الفقه عن مسؤوليته في تقنينها أو دراستها، لأن القضاة إنما منحوا هذه الولاية بحسبائهم مجتهدين - ومعنى ذلك أن المجتهدين من الفقهاء هم أصحاب الاختصاص الأصلي في ذلك ولذا لا يجوز لهم أن يتخلوا عن هذا الاختصاص في نظرنا.

ونحن نلاحظ فضلاً عن ذلك أن القضاة منذ عصر طويل أصبحوا مقلدين غير مجتهدين. وإذا كان الاجتهد الفردي في الفقه قد انتهى عهده، فلا بد أن يقوم جماعة من الفقهاء بذلك الآن وفي المستقبل بطريق الاجتهد الجماعي بعد أن استقر الفقهاء على قفل باب الاجتهد الفردي، على أن يساهم في ذلك القضاة كهيئة يمثلها المجلس الأعلى للقضاء.

الفصل الأول الشروع في الجريمة

٤٤٨ ◀ عوده
الغقراء والشروع في الجريمة : لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم، ولكنهم اهتموا بالتفرق بين الجرائم التامة. والجرائم غير التامة، ويعكنا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع في الجرائم لا يعاقب عليه بقصاص^(١) ولاحد، وإنما يعاقب عليه بالتعزير أيا كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم المحدود والقصاص؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغير أو التعديل، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضى أن يغفلها أو يخففها. أما جرائم التعزير، فإذا استثنينا العدد القليل (من المعاصى) الذى نصت عليه الشريعة كتحريم الميتة وخيانة الأمانة، فإن معظم الجرائم التعزيرية متrok أمرها للسلطة التشريعية، أى لأولى الأمر، يحرمون من الأفعال ما يرونها ماساً بالمصلحة العامة أو النظام العام، ويعاقبون عليه، ويتركون مالا يرون ضرورة للعقاب عليه. كما أن تقدير العقاب في جرائم التعزير عامة متrok لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحرير راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولـي الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير، وأن يشددـها طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، وللقاضى بعد ذلك سلطة واسعة في توقيع العقوبة، فله أن ينزلـها إلى الحد الأدنى، وأن يرفعـها إلى الحد الأعلى . ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم المحدود والقصاص، وأن جرائم التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها في زمان دون زمان ومكان دون مكان، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر؛ وهذا كلـه لم يتكلـمـ الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلامـاً عامـاً، ولم يدخلـوا في تفاصـيلـ أركانـ الجريمة وشروطـها، وعلىـ هذاـ الأساسـ لم يتكلـمواـ عنـ الشروعـ بـصفـةـ خـاصـةـ؛ لأنـهـ منـ جـرـائمـ التعـازـيرـ.

(١) يعاقب على الشروع في القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالقصاص كلـما كان ذلك ممكـناً، ولكن العقاب في هذهـ الحـالـةـ ليسـ علىـ الشـروعـ فيـ القـتلـ الذـيـ لمـ يتمـ، وإنـماـ علىـ الـجـرـحـ أوـ القـطـعـ بـمحـسـبـانـ أنـ ماـ حدـثـ هوـ جـريـمةـ تـامـةـ. وسيـأتـىـ تـفـصـيلـ ذـلـكـ .

عودة

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 كفاره، أى أن كل فعل تعدد الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير مالم يكن معاقباً عليها بحد أو كفاره. ولما كان الحد والكافارة لا يعاقب بها إلا على جرائم معينة أتتها الجائـ فعلا، فإن كل شروع في فعل حرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير. ويعـ كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أى جريمة تامة، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم، مادام الجزء الذى تم محـماً للذاته. ولا استحالة في أن يكون فعل ماجـ معينة إذا كان وحـه، وأن يكون مع غيره جـ من نوع آخر. فالسارق إذا مانـقـ البيت ثم ضبط قبل أن يدخلـه يكون مـركـباً مـعصـية تستـوجـ العـقـابـ، وهـذهـ المـعصـيـةـ تـعـدـ فيـ ذـاهـهاـ جـريـمةـ تـامـةـ، ولوـ أنهاـ بدـءـ فيـ تـنـفـيـذـ جـريـمةـ السـرـقةـ. وـعـنـدـماـ يـتـسلـقـ السـارـقـ المـتلـ الذـيـ يـرـيدـ أنـ يـسـرقـ مـعـصـيةـ، وـإـذـاـ أـذـنـ لـهـ بـدـخـولـ الـبـيـتـ، فـجـمـعـ مـتـاعـهـ لـيـسـرقـهـ فـضـبـطـ قـبـلـ الـخـروـجـ بـهـ فـهـوـ مـرـكـبـ مـعـصـيـةـ. وـهـكـذـاـ، كـلـمـاـ أـتـىـ السـارـقـ فـعـلاـ تـحرـمـهـ عـلـيـهـ الشـريـعـةـ فـهـوـ مـرـكـبـ مـعـصـيـةـ، أـىـ : جـريـمةـ تـامـةـ تستـوجـ العـقـابـ، إـذـاـ نـظـرـنـاـ إـلـيـهـ عـلـىـ حـدـهـ، ولوـ أـنـ هـذـهـ المـعـصـيـةـ تـعـدـ جـزـءـ مـعـصـيـةـ أـخـرىـ إـذـاـ نـظـرـنـاـ إـلـيـ جـريـمةـ السـرـقةـ الذـيـ لـمـ تـتمـ. فـإـذـاـ أـتـىـ الـجـائـ فـعـلاـ سـلـسـلـةـ الـأـفـعـالـ المـكـونـةـ لـجـريـمةـ السـرـقةـ، وـخـرـجـ بـالـمـسـرـوـقـاتـ مـنـ الـحـرـزـ، فـإـنـ كـلـ الـأـفـعـالـ الذـيـ أـتـاهـاـ تـكـوـنـ مـجـمـعـةـ جـريـمةـ مـعـيـنـةـ هـيـ السـرـقةـ، وـبـتـامـ جـريـمةـ السـرـقةـ تـجـبـ عـقوـبـةـ الـحدـ، وـهـيـ الـعـقوـبـةـ الـمـقرـرـةـ لـالـسـرـقةـ التـامـةـ، وـيـمـتـعـ التـعزـيزـ عـلـىـ مـاـ دـوـنـ التـامـ؛ـ لـأـنـ كـلـ الـأـفـعـالـ اـنـدـمـجـتـ وـتـكـوـنـتـ مـنـهـاـ جـريـمةـ السـرـقةـ.

والـزـانـيـ إـذـاـ دـخـلـ بـيـتـ المـرـزـىـ هـاـ يـرـتكـبـ مـعـصـيـةـ، وـإـذـاـ جـلـسـ مـعـهاـ فـخـلوـةـ يـرـتكـبـ مـعـصـيـةـ، وـإـذـاـ قـبـلـهـاـ يـرـتكـبـ مـعـصـيـةـ، وـكـلـ هـذـهـ الـأـفـعـالـ تـعـدـ شـرـوـعاـ فيـ جـريـمةـ الزـناـ الذـيـ لـمـ تـتمـ، وـلـكـنـ كـلـ فعلـ مـنـهـاـ يـعـدـ بـذـاتهـ مـعـصـيـةـ تـامـةـ تستـوجـ العـقـابـ. فـإـذـاـ مـقـتـ جـريـمةـ الزـناـ، وـجـبـ الـحدـ وـامـتـعـ التـعزـيزـ، لـأـنـ كـلـ هـذـهـ الـمـقـدـمـاتـ تـكـوـنـ مـعـ الإـيـلاـجـ جـريـمةـ وـاحـدةـ تـامـةـ هـيـ جـريـمةـ الزـناـ.

وهـكـذـاـ، يـبـيـنـ لـنـاـ مـاـ سـبـقـ أـنـ لـمـ يـكـنـ ثـمـةـ مـاـيـدـعـوـ الـفـقـهـاءـ لـوـضـعـ نـظـرـيـةـ خـاصـةـ بـالـشـروعـ فـيـ الـجـرـائـمـ، وـإـنـمـاـ دـعـتـهـمـ الـضـرـورـةـ فـقـطـ إـلـىـ التـفـرـقـةـ بـيـنـ الـجـريـمةـ التـامـةـ وـالـجـريـمةـ

عودة

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 حق المعرفة، وكل ما في الأمر أنها عاجلته بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية . ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع في الجرائم، لأن الأفعال التي لم تتم تدخل في جرائم التعازير كلما تكون منها معصية، وتُعدّ جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكفل لتكوين الجرائم المقصودة أصلًا، فليس هناك ما يدعى لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ما تم منها يُعدّ في ذاته جريمة تامة. وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع، فلن نأتي بشيء جديد، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير، وتمييز بعض جرائم التعازير من بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها في القوانين الوضعية .

ونظرية الشريعة في الشروع أوسع مدى منها في القوانين الوضعية، فهي تعاقب على الشروع في كل جريمة إذا كون الفعل غير التام معصية، وهي تسير على هذه القاعدة دون استثناء. فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحيل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لعصية يعزر عليها، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لعصية عقوبتها التعزير. أما القوانين الوضعية فتعاقب غالباً على الشروع في أكثر الجنایات، وعلى الشروع في بعض الجنح، دون البعض الآخر، وليس لها قاعدة عامة في هذا.

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل، فإن الجرح إذا أدى للموت عَدَّ الفعل قتلاً عمداً، وإذا شفى الجني عليه عَدَّ جرحاً فقط وعقوبة عليه الجاني بعقوبة خاصة. أما إذا أراد الجاني أن يقتل الجنى عليه فلم يصبه، فال فعل معصية وفيه التعزير .

248 - لاتطبق العقوبات المقررة حداً أو قصاصاً على الشروع :

فقهاؤنا يساوون في العقوبة التعزيرية بين الشروع والجريمة التامة، وهذا هو ما تسير عليه القوانين الوضعية من حيث المبدأ. لكن دراسة الشروع ضرورية لوضع الحد بين مجرد التحضير للجريمة والشروع فيها .. لأن النصوص في بعض الأحيان تضع للشروع عقوبة أقل من عقوبة الجريمة التامة .. لكن هذه أحوال استثنائية، وفي غيرها يطبق الأصل العام وهو أن الشروع يعاقب عليه بعقوبة الجريمة التامة .
وسنرى أن فقهاءنا يفرقون بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة فيما يتعلق بجرائم القصاص والحدود، إذ إن عقوبة الشروع في هذه الجرائم تكون دائمًا تعزيرية فقط كما أكدنا لها فيما بعد (البند 251).

القول بأن فقهاءنا لم يستعملوا كلمة الشروع لا يجوز أن يفهم منه أنه لا عقاب عليه في شريعتنا، إنما قصد بذلك أنه في الجرائم ذات العقوبة المقدرة شرعاً - إنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية فقط يقدرها القاضي ولا تطبق عقوبة الحد أو القصاص المقررة للجرائم أى للفاعل الأصلي. لكن من المؤكد أن هذا الاصطلاح مستحدث ولا وجود له في كتب التراث، ويحسن بنا أن نستفيد من مصطلحات الفقه الوضعي في هذا المجال كما سيوضحه فقيهنا .

وهذا مستفاد من قوله: "يُعد كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته، أى أنه جريمة تعزيرية تامة ..". ويكون جريمة تعزيرية حتى في جرائم الحدود والقصاص لأنه لا يطبق فيها العقوبة القصوى المقدرة وهي عقوبة الحد - ولا عقوبة القصاص حتى ولو طلبها الجنى عليه .

* * *

اصطلاح "السلطة التشريعية" لا وجود له في فقهنا، وهو من المصطلحات التي يستعملها شراح القوانين الوضعية العصرية. وإذا كان قد سعدنا بإعلانه في بداية كتابه أنه سوف يستخدم المصطلحات العصرية ... إلا أنها لانوافق على إقحام هذا المصطلح بالذات في الفقه الإسلامي المعاصر لعدة أسباب :

أهم هذه الأسباب ما يلى :

نسبعد استعمال اصطلاح السلطة التشريعية :

- 1) أن فقهاءنا وعلماءنا يرون أن الشريعة تميز على القوانين (الوضعية) التي تضعها الدولة، لأن منبع شريعتنا ومصدرها الأول هو الوحي الإلهي المتمثل في نصوص الكتاب والسنة؛ وإذا صرخ أن تنسن إلى مشرع، فإنهم يقولون إن المشرع هو الله سبحانه وتعالى لأن لها مصدراً سماوياً أو إلهياً يميزها من القوانين الوضعية التي تنسن إلى الدولة أو إحدى سلطاتها التي تسمى "السلطة التشريعية".
- 2) أن الكلام عن "السلطة التشريعية" في دراستنا للفقه يمكن أن يؤدي بالبعض للقول بأن القنوات الشرعية في التعازير ستكون قوانين وضعية صادرة عن "السلطة التشريعية"، وهو ما يذهب إليه فعلاً بعض الذين يردون على المطالبين بتطبيق الشريعة زاعمين أن قوانين العقوبات التي أصدرتها السلطة التشريعية في الدول المعاصرة هي "التعازير" التي فوضت الشريعة ولائيتها لأولى الأمر - فالفرق عندهم بين الشريعة والقانون الوضعى هو في الحدود والقصاص وحدهما - وهو زعم خاطئ وضار في نظرنا.
- 3) أن كلمة "أولى الأمر" هنا كما قلنا من قبل لا يقصد بها رؤساء الدول ولا أمراؤها وسلطاناتها أو "سلطاتها التشريعية" - كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوضعية - وإنما هم أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين يجب أن يستتبوا الأحكام من مصادرها الإلهية، وأن يتمتعوا باستقلال كامل إزاء "سلطات الدولة" التي يجب أن تخضع للشريعة وتلتزم بسيادتها وتنفيذها، أي أنها ليست هي التي تضعها.
- 4) أن المجاهدين أنفسهم سواء كانوا فقهاء أو قضاة لا يدعون لأنفسهم "سلطة" التشريع ولا يجوز عدُّهم كذلك، لأن مهمتهم هي استبطاط الأحكام من المصادر الشرعية الأصلية - أى مبادئ الكتاب والسنّة - بطريق الإجماع والاجتهاد; فهم إنما يقدمون آراء أو فتاوى ولا يستطيعون أن يلزموا بها إلا من يقتضي بها من الأفراد أو الجماعات.
- لذلك فإنهم لا يمثلون إحدى سلطات الدولة لأن ما يصلون إليه من أحكام شرعية هو مجرد فتاوى وآراء علمية وليس قوانين ملزمة.
- 5) نظراً لعدد المذاهب وتعدد الآراء داخل كل مذهب، فإن للفرد وللجماعة أن يلتزم بأحدتها دون الآخر، ويكون عملها تقليداً من جانب الفرد، أو إجماعاً من جانب الأمة أو الجماعة.

أحكام الشريعة ملزمة بذاتها دون حاجة لتدخل سلطة الدولة إلا لتنفيذها :

6) صحيح أن التقليد أو الإجماع يحتاج إلى قدر من الاجتهاد الشخصى للاقتناع بمذهب أو ترجح رأى دون غيره من الآراء المتعددة في المذاهب المختلفة، لكن من يتولى اختيار مذهب أو رأى من الآراء في أحد المذاهب الفقهية لا يجوز له أن يضع حكماً استنبطه لا وجود له في المذهب أو الاجتهدات الفقهية التي توصل إليها الاجتهاد والفقه القديم والحديث .

إن الجماعة أو الأمة كالفرد في تزامنها بعدم تجاوز الأحكام التي يستتبطها الاجتهاد والمجتهدون. والدولة التي تقلل الجماعة لا تستطيع أن "تضع" قوانين من عندها. بل هي ملزمة بأحكام الشريعة وأحكامها التي تصل إليها فتاوى المجتهدين - أو إجماعهم.

7) التقنيات الشرعية في نظرنا تضم ما تختاره الجماعة من أحكام الفقه ويصدرها من يمثلونها في التشريع ليلتزم بها قضاها. وقد قدمنا أن رأينا أن الإصدار هو ما يسمى في فقهنا "الإجماع"، ولذلك يجب أن يتم بالشورى الحرة المستقلة عن الدولة .

8) وعلى ذلك، فإن الشعب أو الأمة إذا أصدرت تقينا شرعاً أعده الفقهاء وأهل الاجتهاد، فإن عملها هو مجرد إعلان اختيارها للأحكام التي استمدتها من فتاوى المجتهدين والفقهاء السابقين أو المعاصرین. فلا يصح وصفها بأنها "قوانين وضعية". ونحن نصر على أن تسمى تقنيات لا قوانين .

ومهمة الأمة وممثلوها هي أنها سلطة "إصدار" فقط لا سلطة تشريع .

9) التفرقة بين سلطة الإصدار وسلطة التشريع موجودة في القوانين الوضعية، إذ يختص بوضع القوانين المجالس النيابية؛ لكن "رئيس الدولة" هو الذي يختص بإصدارها. فالإصدار ليس تشريعاً، لكنه أمر صادر للجهات المختصة بالعمل بالنصوص التي يصدرها من يمثل الدولة وهو رئيسها .. وإن كان الذي شرعها أو استتبطها هو المجلس النيابي. والفرق بيننا وبين القوانين الوضعية أن الإصدار يصدر عنمن يمثلون الأمة في الاجتهاد، لامن يمثلون الدولة وإذا كان رئيس الدولة هو الذي يوقع بالإصدار، فإنه يفعل ذلك بصفته مثلاً لأهل الاجتهاد أو أهل الحل والعقد، لا بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية أو الحكومة وبناء على قرار من أهل الاجتهاد ومنفذًا له .

10) لهذه الأسباب نفضل عدم استخدام اصطلاح "سلطة التشريع" بالنسبة للتقنيات الشرعية، حتى تميز من "القوانين الوضعية" في المرحلة الحالية بل وفي المستقبل حتى تقلع التشريعات الوضعية من جذورها .

الراحل التي تمر بها الجريمة وأيها يُعد معصية : عمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها الجرم، فهو أولاً يفكر فيها، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل الالزمة لتنفيذها كشراء سلاح يقتل به، أو منصب ينقب به حائط المترال الذي يريد السرقة منه، أو إعداد مفتاح مقطوع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد الجرم معدات الجريمة، انتقل إلى مرحلة ثالثة هي مرحلة التنفيذ . فيبدأ في تفريد جريمته على الوجه الذي فكر فيه وأعد له الوسائل .

هذه هي المراحل الثلاث التي يمر بها الجرم حتى يرتكب جريمته . فما هي هذه المراحل يُعد معصية وبالتالي جريمة تستحق العقاب ؟ والجواب هو ما سنبيه فيما يلى :

أولاً - مرحلة التفكير والتصميم : لا يُعد التفكير في الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالي جريمة يعاقب عليها؛ لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤخذ على ما تووس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل، ولا على ما ينتوي أن يقوله أو يعمله؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله تجاوز لأمتي عما وسست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم" وإنما يؤخذ 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 ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما . فالشريعة في تقريرها هذا المبدأ، قد سبقت كل شريعة وضعية، والشريان الوضعي حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية . ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ، أما القوانين الوضعية فلا يزال بها استثناءات للمبادئ، ومن الأمثلة على ذلك: أن القانون المصري والفرنسي يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسباق الإصرار أو الترصد، وبين عقوبة القتل العمد الخالي من سبق الإصرار أو الترصد ويشددان العقوبة في الحالة الأولى ويخففانها في الثانية .

ثانياً - مرحلة التحضير: لا يُعد مرحلة التحضير أيضاً معصية، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يُعد معصية في ذاته، كمسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسکاره فإن شراء المسكر أو حيازته يُعد بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلي وهو السرقة .

والعلة في عدم عَدَّ دور التحضير جريمة، أن الأفعال التي تصدر من الجاني يجب للعقاب عليها أن تكون معصية، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتماده على حق الله أى: حق للجماعة أو على حق للأفراد، وليس في إعداد وسائل الجريمة في الغالب ما يُعد

عوذه

اعتداء ظاهرا على حق الجماعة أو حقوق الأفراد، وإذا أمكن عد بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أي مشكوك فيه. والشريعة لا تأخذ الناس في الجرائم إلا باليقين الذي لاشك فيه.

ثالثاً : مرحلة التنفيذ: هذه هي المرحلة الوحيدة التي تُعد فيها أفعال الجاني جريمة، ويعد 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 يُعد النصب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يُعد معصية تستحق التعزير، وبالتالي شروعاً في سرقة، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادي المكون جريمة السرقة خطوات، هي دخول محل السرقة، والاستيلاء على المسروقات، وإخراجها من الحوز. كذلك يعزز الجاني بحسبانه مرتکباً لمعصية أو شارعاً في سرقة، إذا تعرض للنصب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ماتعرض له أو حاول فعله. ويُعد الجاني مرتکباً لمعصية يعزز عليها، وبالتالي يُعد شارعاً في الزنا، إذا دخل منزل المرأة التي يقصد الزنا بها، أو اجتمع بها في غرفة واحدة، أو قبلها أو ضمها، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه وبين الفعل المادي المكون جريمة الزنا أكثر من خطوة.

ويرى أبو عبد الله الزبيري تعزير الجاني بحسبانه مرتکباً لمعصية أو شارعاً في السرقة، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب أو منقب لينصب به الحائط، ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نصب الحائط، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة. ويرى تعزير الجاني كذلك إذا وجد مترصداً بجوار محل السرقة يترصد غفوة الخامس ليسرق المئع الذي يحرسه^(١).

فمقاييس الفعل العاقب عليه في الشروع هو أن يكون مأته المتهم مكوناً لمعصية كالنصب، ويستعن على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنيه الجاني وقصده من الفعل؛ لأن ثبوت هذه النية يزييل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبو عبد الله الزبيري في الأمثلة التي ذكرناها سابقاً شيئاً كبيراً لنية الجاني، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح، ولكن نية الجاني وحدها هي التي أزالت الشك عن الفعل وعانت المعصية، ووجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجاني قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محظوظ، ولكن نية الجاني هي التي أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حين اليقين وعانت المعصية .

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦، ٢٠٧.

٤٥. السريعة والقانون :- وتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في عدم العقاب على مرحلتي التفكير والتحضير، وفي قصر العقاب على مرحلة التنفيذ، ولكن شرائح القوانين يختلفون على الوقت الذي يُعد فيه الجاني قد بدأ بالتنفيذ. ف أصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشرع هو البدء في تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشرع هو البدء في تنفيذ هذا الفعل، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء في أحدها شرعاً في الجريمة، ولا يُعد بدءاً في التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل في الأفعال المكونة للجريمة. ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشرع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما، سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤدى إليه حتماً، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجاني وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله.

والمذهب الشخصى لا يختلف في شيء عن نظرية الشريعة الإسلامية، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة، ولكن نظرية الشريعة مع هذا تنسع لأكثر ما يتسع له المذهب الشخصى؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتى به الجاني إذا تكون مما فعله معصية، سواء كان ما فعله الجاني مؤدى حتماً إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه، كدخول منزل بقصد الزنا بأمرأة فيه. أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤدياً حتماً للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مقطوع. ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب.

٤٦. العقاب على الشرع :- قاعدة الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود والقصاص ألا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التي لم تتم. وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "من يبلغ حدًا في غير حد فهو من المعتدين"^(١). وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها في جرائم الحدود وجرائم القصاص، فلا يمكن العقاب على الشرع في الزنا بعقوبة الزنا التام وهي الجلد والرجم، ولا يمكن العقاب على الشرع في السرقة بعقوبة القطع؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك في أن البيون شاسع بين الشرع والفعل التام، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل، ويجزى بقدر ما اكتسب، فضلاً عن أن التسوية في العقاب بين الشرع والجريمة التامة تحمل من شرع في جريمة على إقامتها؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة

(١) تعد جرائم القصاص وجرائم الحدود حدوداً واحداً في الأصل هو ما كانت عقوبته مقدرة.

عوده

الجريمة التامة بالبلدء في تفزيذ الجريمة، فليس ثمة ما يغريه بالعدول عنها^(١).

ونستطيع أن نقيس الشروع في جرائم التعازير بالمشروع في جرائم الحدود والقصاص، فنقول : إن القواعد العامة التي تسري على جرائم الحدود والقصاص تسري على جرائم التعازير، ولو وردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم المهمة يسرى على غيرها.

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط، وهي عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص، فهو "من بلغ حدًا في غير حد" والحد الأول هو العقوبة، والحد 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 خصوصا وأن التعازير غير مقدرة، وللقاضي حرية واسعة في تقدير العقوبة من بين حداتها الأدنى والأعلى .

والقوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة.

(١) راجع الفقرة ٤٨١ .

249 - 251 - لاعقاب على الأعمال التحضيرية :

لقد توسع في شرح مبدأ عدم العقاب على ما يُعدَّ من الأعمال التحضيرية الذي توصل إليه الفقه العصرى ليؤكد أنه موجود في شريعتنا قبل ذلك بقرون عديدة، وأن شريعتنا قد سبقت إليه بتقريره منذ عهد الرسالة، كما أوضح ذلك فقيهنا ياشارته إلى الحديث الشريف المشار إليه (في البند 251).

ويسرنا أنه قد توسع في بحث حكم الأعمال التحضيرية وعدم العقاب عليها في شريعتنا لأنَّه قصد بذلك إثبات أنَّ هذا المبدأ الذي يتباهى به الفقه والقوانين العصرية ويتبعون في الكلام عنه معروف ومقرر في شريعتنا قبل أن يُعرف لديهم بقرون عديدة.

وهو على حقٍ في تأكيد سبق شريعتنا للقوانين الوضعية في تقرير هذا المبدأ.

* * *

ولابد أن نعود لبحث موضوع الظروف المشددة في دراستنا لأحكام القسم الخاص لكنَّا نسارع للقول بأنه فيما يتعلق بالحدود والقصاص فإن الجريمة التي تستوجب تلك العقوبات القصوى المقدرة هي التي يتواافق فيها جميع أركانها مضافة إليها ظرف مشدد في نظرنا. أما في حالة عدم توافره ف تكون العقوبة تعزيراً.

* * *

لكنَّا لا نوافق على قوله إن ماجرى عليه القانون الوضعي من عَدَّ سبق الإصرار والتتصدِّي ظرفاً مشدداً يُعدَّ استثناءً من مبدأ عدم العقاب على الأعمال التحضيرية، بل نرى أنها عوامل أو ظروف إضافية تبرر التشديد، لأنَّها تدل على أنَّ القصد الإجرامي والإصرار على العدوان لدى الجاني مدة طويلة مما يستوجب تشديد العقوبة التعزيرية لكنَّ التتصدِّي وسبق الإصرار ليس جريمة بذاته.

* * *

توسع في عرض التفرقة بين المذهب الشخصي والمذهب المادي في الفقه الوضعي بشأن تحديد ما يُعدَّ شروعاً أم لا، ونحن نرى أنه أمر يختص به القضاء كما أشار لذلك بالنسبة لحكمة النقض المصرية، وإن كان المعيار الذي استبطنه من كتب فقهائنا يلزم القاضي بأن يراعي عند التفرقة بين الشروع والأعمال التحضيرية ما يُعدَّ معصية شرعية وما لا يُعدَّه كذلك.

* * *

الشروع في الجرائم الخطيرة يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية :

القاعدة التي أشرنا إليها من قبل هي أن شريعتنا تعامل الشروع بحسبانه جريمة متميزة، لكن الأصل أن عقوبتها تعزيرية دائمًا. ومعنى ذلك أن عقوبة الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة في جرائم الحدود والقصاص. ويجب القول في نظرنا إن المبدأ ذاته يطبق في التعازير، لكن الفارق أن تقدير العقوبة في التعازير كان متroxًا لتقدير القاضي .. فله أن يسوئ أو لا يسوئ .. لأن القضاء له حرية أوسع في تقدير العقوبة التعزيرية سواء بالنسبة للجريمة التامة أو الشروع .. وإن كان فقيهنا يرى غير ذلك (في البند 251) حيث يقول بأنه يجب تسوية الشروع بعقوبة الجريمة التامة في التعازير.

ولم يتعرض فقهنا إلى تحديد الجرائم التعزيرية التي يعاقب فيها على الشروع اكتفاء بترك ذلك لتقدير القاضي .

وما أشار إليه من أن الشروع في الجرائم الخطيرة ذات العقوبات القصوى المقدرة (الحدود والقصاص) له أحکام خاصة يقابلها في القوانين الوضعية أنها تعاقب على الشروع في الجنيات دائمًا بعقوبة أخف، ولا تعاقب عليه في الجنح إلا في حالات استثنائية بنص خاص يحدد العقوبة التي يتلزم بها القاضي .

ولا شك في أنه في حالة التقين لا بد أن يوضع نص يشير إلى الجرائم التي يعاقب فيها على الشروع لأن الأصل هو عدم العقاب، كما يحدد للقاضي مقدار تلك العقوبة، إن كان أقل من عقوبة الجريمة التامة أو مساوية لها .

إن استقرار فقهنا على عدم تطبيق عقوبات الحدود والقصاص على مجرد الشروع في الجريمة هو قاعدة مهمة، لأن الأصل العام هو أن هذه العقوبات القصوى لا يجوز المشرع التوسيع في تطبيقها ويفرض إسقاطها مجرد وجود الشبهة، ومعنى ذلك أن عدم تمام الجريمة أى مجرد الشروع فيها هو في نظر الفقه شبهة تسقط الحد أو القصاص وتوجب الاكتفاء بعقوبة تعزيرية عند الاقتضاء، ونحن نؤيد ذلك.

كما أن ذلك يرجح أنه في حالة تقنين التعازير يحسن أن تكون عقوبة الشروع أقل من عقوبة الجريمة التامة .

٥٦ - أثر عدول الجاني عن الفعل : إذا شرع الجاني في ارتكاب الجريمة، فإما أن يتمها وإما ألا يتمها. فإذا أنها فقد استحق عقوبتها. وإذا لم يتمها، فإما 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 يكفى الجاني بما فعل، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات، أو يرى أن يعاود الكراة في وقت آخر مناسب، أو يخشى أن يراه أحد، وإنما أن يكون سبب العدول هو توبة الجاني وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله . فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجاني على ذلك كأن يضطه المجن عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة، فإن ذلك لا يؤثر على مسؤولية الجاني في شيء، مادام أن الفعل الذي أثاره يُعدَّ معصية .

وإذا عدل الجاني عن إتمام الجريمة لأى سبب غير التوبة، فهو مسئول عن الفعل كلما عُذِّل الفعل معصية، أى اعتقداء على حق الجماعة أو حق الفرد. فمثلاً إذا قصد سرقة منزل فقيبه أو كسر بابه، ثم عدل عن دخوله؛ لأنَّه رأى الحارس يمر في هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً؛ لأنَّه عجز عن فتح خزانة النقود، أو ليأتى بزميل له يعاونه في فتح الخزانة أو يعاونه في حمل المسروقات، فهو في كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله؛ لأنَّه عدل لسبب غير التوبة؛ ولأنَّ ما وقع منه فعلاً يُعدَّ معصية؛ فالنقب معصية، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية، وكسر باب منزل الغير معصية. أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأى سبب وعاد، فإنه لا يعاقب؛ لأنَّ ما فعله لا يُعدَّ اعتقداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يُعدَّ معصية، وإذا لم يُعدَّ الفعل معصية فلا عقاب .

العدول للتبوية : 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 : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤]. فالحارب 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 .

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة بجريمة الحرابة^(١) إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب، فإنهم اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة، وهم في ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء في مذهب الشافعى ومذهب أحمد. ومحمل رأيهما أن التوبة تسقط العقوبة، وحجتهم في ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة، وجريمة الحرابة هي أشد الجرائم، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحرابة من الجرائم. وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة، وذلك قوله تعالى : ﴿وَاللَّذَانِ يَأْتِيَنَا مِنْكُمْ فَآذُوهُمَا إِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأُغْرِضُوهُمَا عَنْهُمَا﴾ [النساء: ١٦]. وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة في قوله تعالى : ﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٣٩]. وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "التائب من الذنب كمن لاذنب له". ومن لاذنب له لا حد عليه. وقال الرسول في ماعز لما أخبر بهره : "هلا ترکتموه يتوب فينوب الله عليه".

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله، أى أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب، وألا تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب. ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطا آخر، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل، وهذا الشرط يقتضى مضى مدة يعلم بها صدق التوبة، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل^(٢) .

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوق الجماعة، أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة. فالحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حدا ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتيل .

(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٦، المغني جـ ١٠ ص ٣١٦، ٣١٧ .

عوذه

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عن إعفاء جريمة تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدى العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة.

النظرية الثانية : وهي نظرية مالك وأبي حنيفة وبعض الفقهاء من مذهب الشافعى وأحمد، ومحمل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا في جريمة الحراقة للنص الصريح الذى ورد فيها ؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فالله أمر مجلد الزانى والزانية فقال : «الزانة والزانى فاجلدو كل واحد منهما مائة جلد» [النور: ٢]. فجعل الجلد عاماً للذائبين وغير الذائبين، وقال تعالى: «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهم» [المائدة: ٣٨]. فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة، وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم، وقد سعى الرسول فعلهم توبه، فقال في حق المرأة : "لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم".

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شيئاً بين المحارب وبين غيره من الجرميين حتى يقاس أحدهما على الآخر. فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعل التوبة مسقطة لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد في الأرض. أما الجرم العادى فهو شخص مقدور عليه دائماً، فليس ثمة ما يدعى لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة، بل إن العقوبة هي التي تزجره عن الجريمة، وفضلاً عن ذلك فإن القول بأن التوبة تسقط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة^(١).

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجان عن إعفاء جريمه تائباً راجعاً إلى الله لا ينبع عنه العقوبة كلما غُدّ فعله معصية.

النظرية الثالثة : وهي نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الخنابلة، وعندهما أن العقوبة تظهر من المعصية، وأن التوبة تظهر من المعصية وتسقط العقوبة في الجرائم التي تمس حقاً لله، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته، إلا إذا

(١) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١١٠، بداع الصنائع جـ ٧ ص ٩٦، أنسى المطالب جـ ٤ ص ١٥٦، المغني جـ ١٠ ص ٣١٦.

عوذه رأى الجاني نفسه أن يتظاهر بالعقوبة، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته^(١).

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إثمام جريمته تائباً تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقاً لله، أو 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 إثمام الجريمة، ومن هذه القوانين القانون المصري والقانون الفرنسي، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة. وبعض القوانين الوضعية لا تخلي الجاني من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إثمام الجريمة مختاراً كالقانون الإنجليزي والقانون الهندي^(٢).

(١) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٩٧، ١٩٨.

(٢) يراجع البحث المقارن عن أثر التوبة في الجزاءات الجنائية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور / شكري الدقاد أصنفناه في الجزء الرابع والأخير من المجلد الأول عند حاشيتنا على البند ٥٣٠ فيما بعد.

الشرع في الجريمة المستحيلة :- ليس في أقوال الفقهاء ما

يشير إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة. والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح الفوائين الوضعية هي التي يستحيل وقوعها: إما لعدم صلاحية وسائلها، كمن يطلق على الآخر بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة، وإما لانعدام موضوعها، كمن يطلق عياراً على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته.

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعي ومناقشاتهم في القرن الماضي، وكان بعضهم يرى العقاب على الشرع فيهم، وبعضهم لا يرى ذلك. أما اليوم، فقد اتجه الرأي إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالذهب المضاد، وهو الذهب الشخصي، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته، فمتي كانت الأفعال التي أثارها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شارع في الجريمة وتحب عليه عقوبة الشرع.

ورأى أصحاب الذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ يستوي في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها، فإن ذلك كله لا ينفي مسؤولية الجاني إن كان ما فعله معصية. ولا شك في أن محاولة الجاني الاعتداء على الجني عليه هي في ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت ل نتيجتها أم لم تؤد لذلك، وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الواقع، لأن المحاولة في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتتجسد في أفعال خارجية أتى بها الجاني بقصد تنفيذ جريمته فهو جان يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية. وإذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلاً بالجنبي 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.

الأصل أن الشروع يُعد جريمة معاقبا عليها إذا كان عدم تمام الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني لا عن عدوله هو عن إتمامها. والتفصيل الذي توسع في شرحه عن حالة العدول الاختياري من جانب الجاني عن إتمام فعله، واختلافات الفقهاء فيما يترب عليه، سببه أن شريعتنا تعطي أهمية خاصة للتوبة، والعدل الاختياري عن إتمام الجريمة يُعد توبة وتفرض تشجيع المتهمين على ذلك. ونحن نرجح ما توصل إليه ابن تيمية في هذا المجال لأنه يتسع في إعطاء التوبة أثراها.

وما أشار إليه من الاختلاف في الفقه العصري بين الاتجاه الشخصي الذي يرى العقاب على الشروع في الجريمة المستحيلة والمذهب الآخر الذي يرى عدم العقاب، فإنه في نظرنا متروك للقضاء في شريعتنا. ونحن نرجح عدم العقاب حتى لا نضيع على الجاني فرصة التوبة، التي تهتم بها شريعتنا ..

موضوع التوبة له أهمية خاصة في شريعتنا، لأن العقوبات تقرر بقصد إصلاح الجنة والتوبة دليل على استجابتهم للاستقامة وعدولهم عن سلوك طريق الجريمة - وهذا هو ما تريده التعاليم الدينية ..

وقد توسع في دراسته للآراء المختلفة في أثر التوبة لا في العقاب على الشروع فقط بل فيما يتعلق بالجريمة التامة، بل وفي العقوبة الحكوم بما بعد صدور الحكم - وهو ما نقدر له - لأن هذا الموضوع من خصائص شريعتنا ومميزاتها حيث إنها شريعة إلهية تعطي للاعتبارات الإنسانية أولوية وعناء لا تصل إليها القوانين الوضعية. وسوف نعود له في كتاب "العقوبة" .

من الواضح أن التشجيع على التوبة من أهم ما عنيت به السنة النبوية، حتى إنها وصلت إلى تقديم النصح للمتهم المعترف بالعدول عن اعتراهه والتراجع عنه ليكون ذلك دليلا على توبته. وهذا التوسيع في التوبة يتجاهله كثيرون من يدعون أن العقوبات البدنية المقررة شرعاً تُعد في نظرهم قاسية. وهذا الظن الخطأ يتجاهل أهمية التوبة التي تؤدي إلى تضييق نطاق هذه العقوبات وتوسيع أسباب امتناعها، وذلك إذا رأينا ما يلى: 1) أن على القاضى والمقنن والفقىء أن يستخدوا جميع الأسباب التى تفتح للمتهم طريق التوبة والإنابة - لأن ذلك أتى فى مكافحة الجريمة وإصلاح الجانى والمجتمع من فرض العقوبة المقررة .

أحكام عديدة هدفها تشجيع التوبة :

- 2) أن إعلان المتهم للتوبة وجديته فيها يعنة من الشبهات التي يجب على القاضي أن يجعلها سبباً لمنع توقع العقوبة القصوى حداً أو قصاصاً، وأن يكتفى بالتعزير المناسب الذي يشجع التائب على الالتزام بالتوبة والاستقامة عند الاقتضاء .
- 3) أنه في حالة القصاص يكون النصالح مع المجنى عليه أو ولد المدم دليلاً أكيداً على التوبة والعدول عن طريق العدوان، ولذلك يتربّ عليه حتماً سقوط عقوبة القصاص والاكتفاء بالتعزير الذي يراه القاضي مناسباً
- 4) أن التوبة لا تعفي من أداء الحقوق المدنية مثل رد المسرورقات أو دفع التعويض المستحق عن كل فعل يضر بالغير .
- 5) أن وقف تنفيذ العقوبة أو فترة الاختبار (PROBATION) يجب عددها من وسائل تشجيع المتهمين على التوبة، ولذلك فهي تتفق تماماً مع مقاصد شريعتنا وأصولها ولا ضرر من التوسيع فيها عملاً .
- 6) ما يسمى الآن بالإفراج الشرطي أو الإعفاء من مدة الحبس في حالة تحسن سلوك الحكم عليهم بالعقوبات المقيدة للحرية يدخل أيضاً ضمن الإجراءات التي تشجع على التوبة، وتحقق مقصود شريعتنا من تشريع التوبة

عودة

الفصل الثاني الاشتراك في الجريمة

٤٥٥ - صور الاشتراك :- قد يرتكب الجريمة فرد واحد، وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم في تنفيذها، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها. وصور المساعدة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجانب قد يساهم في تنفيذ الركن المادي للجريمة مع غيره، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ، وقد يحرضه عليه، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه في التنفيذ، وكل واحد من هؤلاء يُعدَّ مشتركاً في الجريمة سواء اشترك مادياً في تنفيذ الركن المادي للجريمة أو لم يشترك مادياً في تنفيذه .

وللتمييز بين من يشترك مادياً ومن لا يشترك في تنفيذ الركن المادي للجريمة، يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادي شريكاً مباشراً، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكاً متسبباً، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر في الجريمة، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة فهو شريك في المباشرة، وأن الثاني يتسبب في الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادي فهو شريك بالتسبب^(١) .

ولعل في التفريق بين الشركاء المختلفين على هذا الوجه ما يزيد 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 يعاني من هذا اللبس حيث جرى الشرح المcriيون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

(١) شرح الورقانى جـ ٨ ص ١٠ .

عنى فقهاؤنا بالتفرقة بين نوعين من المشاركون في الجريمة :

أوهما : يسمونه الشريك المباشر، الذى ساهم فى الفعل التنفيذى المعقاب عليه، أى أنه شريك فى الفعل المكون للجريمة؛ فهو فى الحقيقة فاعل أصلى؛ ويعبر عنه فى الفقه الوضعى بأنه "فاعل مع غيره". ومعيار الذى يحدد ذلك هو أننا لو فرضنا أنه كان يرتكب الجريمة وحده ولم يرتكب سوى هذه المساهمة، فإن جريمته تكون شروعاً معاقباً عليه .

أما النوع الثانى : فيسمونه الاشتراك بالتسبيب، وذلك بمجرد قيام شخص بتسهيل مهمة الفاعل بمساعدته وكذلك بالتحريض عليها أو الاتفاق مع الفاعل الأصلى. ومعيار التفرقة بينه وبين الاشتراك المباشر، هو أنه لو وقف الأمر عند هذا الحال ولم يبدأ الفاعل فى تنفيذ جريمته فإن مجرد الاتفاق أو التحرير أو المساعدة لا يعاقب عليه بصفته شرعاً لأنه لا يُعد عملاً تفديياً⁽¹⁾ ... ومع ذلك، ففى هذه الحالة إذا ارتكب الفاعل الأصلى الجريمة يعاقب المحرض والمتفق بعده شريكًا، لأن الجريمة قد وقعت فعلاً بارتكاب الفاعل الأصلى لها نتيجة لهذا التحرير أو المساعدة أو الاتفاق .. وفعل الشريك هنا يعاقب عليه لأنه تسبب في وقوع الجريمة بالتحريض أو الاتفاق، وسهل للفاعل الإقدام عليها بمساعدة، في حين أن الجريمة لو لم ترتكب فعلاً فإن عمله يكون مجرد عمل تحضيرى لاعقاب عليه فمسئوليته ناتجة عن فعل الفاعل الأصلى ومرتبطة به، ومساهمته فيه كانت في نطاق التشجيع أو التحرير أو المساعدة .

من يسمونه الشريك المباشر في فقهنا تعدد القوانين العصرية فاعلاً في حالة تعدد الفاعلين ولا يوصف بأنه مجرد شريك، والنتيجة واحدة .

(1) يراجع البند رقم (258).

عودة

٥٦ - الاهتمام والإهمال : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتبسيب. ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان :

العلة الأولى: إن الفقهاء كما ذكر من قبل^(١) قصرت مهمتهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وهي جرائم الحدود والقصاص، لأنها جرائم ثابتة لا تقبل التغيير والتعديل، وأن عقوباتها مقدرة لا تقبل الزيادة أو النقص. أما جرائم التعزير، فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة، لأنها في الغالب جرائم غير ثابتة، تغير بغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر، كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة، فهي تقبل الزيادة والنقص.

العلة الثانية : إن القاعدة للعامة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون التسبب، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أي حنفية ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس وما دوتها، أي جرائم القتل والجرح، وحجتهم في ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بال المباشرة والتسبب، وأنما تقع كثيراً بالتبسيب، ولو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على المتسبب مع أنه نفذ الركن المادي للجريمة كما فعل المباشر. ويقتصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين، أما الشركاء المتسببون فيخضعون لهم للقاعدة العامة .

ويترتب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك في جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة؛ لأن العقوبة المقدرة لا تقع إلا على الشريك المباشر فقط. فجريمة الاشتراك بالتبسيب هي من جرائم التعازير في كل حال، سواء اشترك الشريك المتسبب في جريمة من جرائم الحدود والقصاص، أو اشترك في جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشراك المباشر، وإهمالهم الاشتراك بالتبسيب، فقد اهتموا بالاشراك المباشر؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع، وقد أهملوا الاشتراك بالتبسيب؛ لأن الشريك بالتبسيب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص، وإنما يعزر، فجريمه دائمًا من جرائم التعازير، ولو أنه اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

. ٢٤٨ راجع الفقرة (١)

عوذه

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالاً كلياً، بل تعرضا له في أثناء بحث الجنائية على النفس أو مادونها أي جرائم القتل والجرح؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبيب، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وما ذكره الفقهاء عن الاشتراك بالنسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك. وسترى فيما بعد أن هذه القواعد لاختلف في مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبيب في أحدث القوانين الوضعية.

256 - الشريك المباشر والشريك بالتبسيب :

النتيجة العملية للتمييز بين الاشتراك بال المباشر والاشتراك بالتبسيب في فقهنا تظهر في نوع العقوبة ومقدارها - في جرائم المحدود والقصاص - تمثلا مع المبدأ الذى سار عليه الفقه في تضييق نطاق تطبيق هذه العقوبات البدنية المقدرة، إذ إنهم جعلوا مبدأ التسوية بين الفاعل الأصلى والشريك في العقوبة القصوى مقصورا على الشريك المباشر - لأنه في الحقيقة يُعد فاعلا مع الفاعل الأصلى في الفقه المعاصر .
أما من يشترك بالتبسيب (بالتحرىض أو الاتفاق أو بالمساعدة) فالراجح عندهم هو أن عقوبته تكون تعزيرية فقط دائما، مع خلاف بين أبي حنيفة وغيره في مدى هذه القاعدة، كما بينه .

ونحن نرجح رأى الفقهاء الذين خالفوا أبي حنيفة وقرروا المساواة في العقوبة بين الشريك بالتبسيب والفاعل الأصلى في جرائم القصاص، لأنهما عدوان مباشر على حرمة جسم الإنسان وحياته، ويجب عدم التساهل مع من يحرض عليها أو يتلقى مع مرتكبها أو يساعد ее .. وهذا يُعد استثناء من المبدأ الذى سرنا عليه دائما في تضييق نطاق تطبيق القصاص لأنه من العقوبات البدنية، ونظيره في الفقه الوضعي أن الشريك في الجنایات كلها يستحق عقوبتها المقررة للفاعل الأصلى ..
كما نشير إلى ما ذكره (في الفقرة ثانيا من البند 258) من اتجاه الفقه الإسلامي إلى عد الشريك بالتبسيب فاعلا حقيقيا إذا كان الفاعل الأصلى مجرد أداة في يده بسبب عدم تميزه أو خضوعه لإرادته وسيطرته - وهذا استثناء آخر له نظير في الفقه الوضعي مثل الاستثناء السابق .

ونحن نوافق على هذين الاستثناءين حاجتنا إلى مزيد من الردع في الجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان وحياته .

٥٧

مباشر له شرط الاشتراك العامة :- والاشتراك سواء كان مباشراً أو غير مباشراً له شرطان عامان يجب توافرهما لعدم الاشتراك جريمة، وهذان الشرطان هما :

أولاً - أن ينفع الجنحة، فإذا لم ينفعاً فليس هناك اشتراك مباشر، ولا غير مباشر.

ثانياً - أن ينفع إلى الجنحة فعل محظوظ معاقب عليه، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقباً عليه فليس هناك جريمة وبالتالي لا اشتراك .

المبحث الأول في الاشتراك المباشر

عوذه . استراك المباشرين : الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد في حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادي، وهو ما نسميه اليوم بـتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلي في الجريمة. ولكن الفقهاء يلحظون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبيب وبجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبيب لا يباشر ركن الجريمة المادي بنفسه. وعلى هذا يُعد مباشرا للجريمة : أولاً: من يرتكبها وحده أو مع غيره. فمن قتل إنسانا أو سرق متعاه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة. وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة في القتل فأطلق كل منهم عيارا على المجنى عليه فأصابه قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل. وإذا سرقوا من حرز أمتעה لآخر فكل منهم سارق .

مسؤولية المباشر في حالتي التوافق والتمالؤ: يفرق أغلب الفقهاء بين مسؤولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسؤوليته في حالة التمالة. ففي حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره، كشخصين ضربا ثالثا فقطع أحدهما يده وقطع الثاني رقبته، فيسأل الأول عن القطع، ويسأل الثاني عن القتل. أما في حالة التمالة فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصي والفكرة الطارئة، كما هو الحال في المشاجرات التي تحدث فجأة، فيجتمع لها أهل المتشاجرين دون اتفاق سابق، ويعمل كل منهم بحسب ما تعليه عليه رغبته الذاتية وفكرة الطارئة، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافقا، ولكن كلا منهم لا يسأل إلا عن فعله فقط، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التمالة فيقتضي الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعا قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين، ويعاونون في أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقا عليه، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث، ثم ذهبَا لتنفيذ الجريمة فضربه أحدهما بسكين فقطع أصبع يده، وذبحه الثاني، فإنما يُعدان متمالئين على جريمة القتل، وكلاهما مسؤول عن القتل لهذا التمالة .

عوذه

ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتمالء، فحكمهما عنده واحد، والجانب لا يسأل في الحالين إلا عن فعله فقط^(١). أما بقية الأئمة فيفرقون بين التوافق والتمالء على الوجه الذي سبق بيانه^(٢)، على أن بعض الفقهاء في مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبي حنيفة^(٣).

متى يعد الجانى شريكًا مباشراً؟ : يعد الجانى شريكًا مباشراً كلما أتى فعلاً يعده به أنه بدأ في تنفيذ الجريمة، وهو يُعد كذلك كلما أتى فعلاً يُعد معصية قاصداً به تنفيذ الجريمة، فهو يُعد مباشراً للجريمة كلما عَدَ شارعاً في تنفيذها بتغييرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم؛ لأن تتم الجريمة أو عدم قيامها ليس له أثر على عدّه شريكًا مباشراً، وإنما أثره قاصر على العقوبة، فإن تمت الجريمة وكانت حداً وجبت عقوبة الحد، وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط، فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام .

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية في الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصى في القوانين الوضعية^(٤)، وهي النظرية السائدة في معظم القوانين والتى يتوجه إليها معظم الشرائح. ونزيد هنا أن نظرية الشريعة في الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذى قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهى تتفق مع ما تأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصرى .

ثانياً : يُعد مباشراً للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة في يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدأ، ولكنهم يختلفون في تطبيقه. فمن يأمر شخصاً غير مميز أو شخصاً حسن النية بقتل آخر فيقتله، فإن الأمر يُعد فاعلاً مباشراً للجريمة عند مالك والشافعى وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادى، لأن المأمور كان أداة في يد الأمر يحركه كيف يشاء^(٥). أما أبو حنيفة فلا يُعدّ الأمر

(١) الزيلعى جـ ٦ ص ١١٤ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٧، ٢١٨، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦١، ٢٦٣، تحفة المحتاج جـ ٤ ص ١٤، ١٥، حاشية البيجمرى على المنهج جـ ٤ ص ١٤٠، الإقناع جـ ٤ ص ٧١ .

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٣٦٦، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٣٥، المهدى جـ ٢ ص ٧١٦ .

(٤) راجع الفقرة ٢٥٠ .

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٦، ٢١٨، المهدى جـ ٢ ص ١٨٩، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٤ ، المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ .

عودة

مباشرا إلا إذا كان أمره إكراها للمأمور، فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشرا ولا يأخذ حكم المباشر^(١).
وعَدُ الشريك بالتسبب مباشرا هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشرح، فمن القوانين والشرح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ١٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الآمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل الجبرية بحسبانه فاعلاً أصلياً لا شريكاً للفاعل^(٢). أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصري يَعْدُ الأمر شريكاً كما هو ظاهر النص، ولكن المحاكم المصرية لا تزال مع ذلك على عَدُ الشريك المتسبب مباشراً متأثرة في هذا بقوة النظرية ورجوح رأي مؤيديها، فكأن المحاكم المصرية تأخذ اليوم في هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠

(٢) راجع المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون العقوبات المصري الصادر في سنة ١٨٨٣.

257 - شرط العقاب على الفعل الأصلي وعقوبة الشريك المباشر :

الشرط الأول الذي ذكره من الشروط العامة للعقاب على الاشتراك بنوعيه واضح وبديهي. أما الشرط الثاني، فإنه يحتاج إلى توضيح أكثر، لأن العقوبة في الاشتراك إنما هي مستمدّة من الصفة الإجرامية للفعل الأصلي الذي يعاقب عليه الفاعل للجريمة، عليه فإن انتفاء صفة الجريمة عن الفعل الذي ارتكبه الفاعل الأصلي يستلزم حتماً انتفاء صفة الجريمة عن شركائه سواء كان اشتراكتهم بال مباشرة أو بالتبسيب.

* * *

التمالؤ أقوى من مجرد التوافق، لأن فيه قصد التعاون على تحقيق نتيجة معينة يقصدها الطرفان، فهما يتحملان مسؤوليتها بالتساوي ولو كان الفعل الذي أدى إليها منسوباً لأحدهما لأن الآخر كان متتفقاً على ذلك ومساعداً له وقادساً أن يرتكب الفعل بنفسه لو اقتضى الأمر ذلك، ولذلك فإن الجريمة دخلت ضمن قصده الاحتمالي.

في الفقرة أولاً : نرى أن رأى أبي حنيفة في عدم التفرقة في العقوبة بين حالة الشريك المباشر بالتوافق أو التمالة، هو الذي أخذ به التشريع المصري الحالي في وضع نص خاص بجرائم التجمهر حيث يعاقب من يشاركون في التجمهر على الجريمة التي يرتكبها أحدهم ولو لم يسأهو فيها مباشرة.

ولكن في غير هذه الحالة فإننا نرجع التفرقة التي يأخذ بها الفقهاء الآخرون الذين يرون أن الشريك بالتوافق ليس مسؤولاً عن فعل غيره لأنه لم يكن لديه قصد المشاركة. وتعليق العقوبة على الشريك في الفعل في حالة التمالة، هو أن وقوع الجريمة يدخل فيما يسمى "القصد الاحتمالي". فكل من يمالئ غيره في العدوان يجب أن يتوقع أن يؤدى فعل الغير إلى نتائج خطيرة، ولذلك يعودونما دخلت في نطاق القصد الاحتمالي.

وفي الفقرة ثانياً : نؤيد قوله إنه يرجح ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن الشريك بالتحريض أو الاتفاق يُعدّ فاعلاً (أي شريكاً بال مباشرة) إذا كان الفاعل الأصلي مجرد آلة في يده لكونه غير مميز أو لأنه خاضع لإرادته أو سيطرته ..

عوذه - عقوبة البالغين : القاعدة في الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التي يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بفرده. 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 .

٦٠- أثر ظروف المبادر 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 جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل، وقدد الفاعل. فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناء اعتداء، وبالنسبة للثاني دفعاً لصائل أي دفاعاً شرعياً. وبالنسبة للثالث تأديباً. وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً، وأحددهم عاقلاً، وقد يكون أحدهم عامداً، وأحددهم مخططاً. وكل هذا يؤثر على العقوبة؛ فمن كان في حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدافع أو التأديب، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه، بخلاف العاقل المميز، ومن كان مخططاً نزلت عقوبته عن عقوبة العامد.

٦١- هل تتأثر عقوبة الشرك بظروف شريكه؟ : القاعدة في الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة في الفعل، أو لصفة في الفاعل أو لقصد الفاعل، فإن عقوبة الشرك الآخر الذي لم تتوافر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفتة أو قصده. فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه، وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله، فمات من الجرحين، فإن الجاني الأول يعفى من العقاب؛ لأن وجوده في حالة دفاع شرعى أباحت له الفعل، ويعاقب 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 تتوافر في فعل الثاني. وإذا اشترك مجنون مع عاقل في ارتكاب جريمة، أعفى الأول من العقوبة بجنونه، وعوقب الثاني بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون للإعفاء الأول أثر على عقوبة الثاني، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توافرت في الأول ولم تتوافر في الثاني . والأب حين يشترك مع غيره في قتل ولده لا يقتضي منه، ولكن الغير يقتضي منه؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة في الأب، وهي صفة خاصة به لاتتوافر في شريكه فلا يستفيد منها الشرك. والعامد والمخطط إذا اشتركا في جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده، فعلى العامد عقوبة العمد، وعلى المخطط عقوبة الخطأ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثاني؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجاني وهو معنى لا يتوافر في العامل^(١) .

(١) مawahب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٩، ٢١٨، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٣٩، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠١، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها، المهدب جـ ٢ ص ٢٩٧، المغني جـ ٩ ص ٣٧٣، ٣٧٩ وما بعدها .

عدوه

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 الحالات التي يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذي أدى إلى النتيجة المعقاب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين، كحالة القتل من مخطئ وعامد ومن مدافع ومعتد، ومن مجتون وعاقل، ومن صبي وبالغ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجاني . اختلفوا في هذه الحالات وأمثالها؛ لأن فعل الشركين 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 لشبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بعقوبته 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. ونظريّة الشريعة في عدم تأثير عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تماماً مع النظريّة التي أخذ بها قانون العقوبات المصري، وهي النظريّة السائدة في القوانين الوضعية. فالقانون المصري ينص على أنه "إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثراها إلى غيره منهم. وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها"^(١) .

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري .

259 - 261 - تعدد المبادرين وأثر الاعتبارات الشخصية :

حالة تعدد المبادرين (الفاعلين الأصليين في جريمة واحدة) كانت محل نقاش طويل في فقهنا؛ وانتهى الجمهور إلى ترجيح قتل الجماعة بالواحد طالما أنهم جميعاً شاركوا بالمبادرة. وكان سبب الجدل في هذا الصدد هو أن القصاص يفترض التمايز بين الجريمة والعقوبة. فقد ظن البعض أنه مادام المجنى عليه المقتول واحداً، فإن قتل جماعة قصاصاً يخل بمبرء التمايز بين الجريمة والعقوبة. وهذا الرأي له وجاهته في العصر الحاضر، ويؤديه من يطالبون بإلغاء عقوبة الإعدام، لأنه يقلل من حالات الحكم بها قصاصاً. ولكن يبقى التعزير واجباً في جميع الأحوال، إذا امتنع القصاص طبقاً لهذا الرأي.

* * *

أهم الصفات الشخصية هي ما يتعلق بالمسؤولية، لأنها قد يكون هناك موانع مسئولية أو موانع عقوبة خاصة بأحد المشاركين. وهنا لا يتأثر بها الآخرون سواء كانوا فاعلين أو شركاء، أى مبادرين أو متسببين، لأن أثراً لا يمتد إليهم. فلو ثبت أن أحد الفاعلين (الشركاء المبادرين) كان مجريناً أو ناقصاً الأهلية لسبب من الأسباب، أو توافر لديه قصد لم يتواتر لدى غيره، أو كان في حالة دفاع شرعى لا شأن لغيره بها، فلا يتأثر هذا الغير بها.

وتحفظه المتعلق ببراءة مبدأ درء الحدود بالشبهات وضرورة التوسع فيه هو في محله، ولا يجوز تجاوز هذه القاعدة في جرائم الحدود بل والقصاص كذلك.

المبحث الثاني في الاشتراك بالتسبب

٦٦٢ - السُّرَكَاءُ التَّسْبِيبُونُ : يُعَدُ شريكًا متسبيباً من اتفق مع غيره على ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعاشه على هذا الفعل. ويشرط في الشريك أن يكون قاصداً الاتفاق أو التحرير أو الإعانة على الجريمة .

٦٦٣ - شروط الاشتراك بالتسبب : ويستخلص ما سبق أن الاشتراك بالتسبب لا يوجد إلا إذا توافرت ثلاث شروط : أولها، فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها، وسيلة لهذا الفعل، وهي اتفاق أو تحرير أو إعانة . وثالثها، أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . وسنتكلّم على هذه الشروط واحداً بعد الآخر فيما يلي :

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشرط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه، وأن يقع هذا الفعل. وليس من الضروري أن يقع الفعل تماماً، بل يكفي لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تمام أي شرعاً ماعقاولاً عليه. وليس من الضروري أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك، وقد يعفى الفاعل من العقوبة لصغره أو جنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحرير أو إعانة :
أ - الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا^(١) بين التوافق والاتفاق أي التمازو. فالتوافق هو توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم. ولا يعَدُ (المتواافقون) شركاء بالتسبب، وإنما يمكن عدُّهم شركاء بال مباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق، فيقتضي تفاهماً سابقاً على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبيب والشريك المباشر، كما يقتضي اتجاه إرادتهما واتخادهما 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؛ لأنّه معصية .

. (١) راجع الفقرة ٢٥٨.

عوذه

ولقيام 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 الموكيل ب مباشرة الجريمة وحاول أن يقتله، فقتله الآخر دفاعاً عن نفسه، فلا مسؤولية على المباشر؛ لأنَّه كان في حالة دفاع عن النفس، ولكنه هو ومن اتفق معه مسؤولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة؛ لأنَّ الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية في ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوجد.

نظيره لمالك : و يُعدَّ مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر في أثناء ارتكابها أنه شريك مباشر لا شريك متسبب، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يُعن المباشر إذ كان بحيث إذا لم يباشرها غيره باشرها هو. وهذه نظرية مالك في الشريك المتسبب على الإطلاق، سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحرิض أو الإعانة^(١). وينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقه عليها غيره من الفقهاء .

ب - التحرิض : يقصد بالتحرิض إغراء الجني عليه بارتكاب الجريمة. والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة. فإذا كان من وجه إليه الإغراء سيرتكب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحرير، فلا يمكن القول بأن التحرير هو الذي دفع الجاني للجريمة. سواء كان للتحرير أثر أو لم يكن، فإنه يجوز طبقاً لقواعد الشريعة العقاب على التحرير مستقلاً؛ لأنَّ التحرير على ارتكاب الجريمة معصية وأمر ياتيان المنكر .

و يُعدَّ تحريراً : الأمر بالقتل، والإكراه على القتل. والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون في وسعه أن يأتى الجريمة أو يتراكمها، أما المكره فليس كذلك؛ لأنَّ 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 والمعلم على تلميذه، فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه. وإذا لم يكن المأمور صغيراً ولا معنوها ولا مجعوناً، ولم يكن للأمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريراً عادياً قد ينتج أثره وقد لا ينتجه . ويفرقون في حالة وجود سلطان للأمر بين المميز وغيره. فإنَّ كان المأمور غير مميز، ولا يمكنه أن يخالف الأمر فهو أداة للأمر ولو أنه باشر الجريمة، و يُعدَّ الأمر هو المباشر لها ولا يُعدَّ في هذه الحالة شريكاً بالتسبب^(٢) .

(١) شرح الزرقاني جـ ٨ ص ١٠، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨، المهدب جـ ٢ ص ١٨٩، المعنى جـ ٩ ص ٣٣١، بداع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠ .

عادة

ويرى مالك أن المحرض إذا حضر في محل الجريمة في أثناء مباشرتها يُعدّ فاعلاً أصلياً سواء ساعد المباشر أو لم يساعد، بشرط أن يكون بحث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

جـ - الإلعانة : يُعدّ شريكًا في الجريمة بالنسبة من أغان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل. فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يُعدّ معيناً له، ومن يستدرج الجنى عليه محل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق، ومن يتنتظر خارج محل السرقة ليساعد الجاني أو الجنابة في نقل المسروقات يُعدّ 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 يُعدّ تفيذاً لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء في حكم من أمسك إنساناً ليقتلنه ثالث. فرأى البعض أن المسك شريك معين وليس مباشراً للقتل، وهو رأي أبي حنيفة والشافعى، ورأى في مذهب أحمد، وحجتهم أن المسك إذا كان تسبب بفعله في القتل إلا أن الآخر هو الذي باشره، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يكن ملائحة. ورأى البعض أن المسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل، وهذا رأى مالك والرأى الثاني في مذهب أحمد، وحجتهم أن القاتل باشر القتل والممسك تسبب فيه، وأن المباشرة والسبب تساويان في إحداث نتيجة الفعل وهي القتل، ولم يكن في الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعليين^(١) .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى عدّ هذا معيناً وذاك مباشراً، فلا خلاف بينهم في تعريف المعين 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 :

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٧، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٤٥، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٤، الشرح الكبير جـ ٩ ص ٢٢٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

عوذه

الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدواً، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة عمل السبب ولم يكن السبب ملجناً، كمن ألقى باخر في لجة لا تستطاع النجاة منها فلقنه ثالث في اللجة فقتله .

الثالثة : أن يتعذر السبب والمباشرة، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كإكراه على القتل. فإن المكره هو الذي يحرك المباشرة ويحمله على ارتكاب الحادث، ولو لا الأول لما فعل الثاني شيئاً، ولو لا فعل الثاني ما أدى إلى إكراهه للقتل .

فالخلاف واقع في تطبيق هذه القواعد لا في غيرها. إذ المسك يعده متسبباً في القتل والثاني مباشر له، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب. فمن عَدَ الممسك شريكاً مباشرأ فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوي عملهما، ومن عَدَ الممسك شريكاً بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب، وأن عمل الممسك يعده إعانة على القتل لا مباشرة له .

ويُعدَّ مالك المعين شريكاً مباشرأ في حالة التماطل 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 فيعدون المعين شريكاً بالتسبب في كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة .

الشرط الثالث : أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعقّب عليه : ويشترط أن يقصد الشريك من اتفاقه أو تحريضه أو عونه وقوع جريمة معينة، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك في كل جريمة تقع ما دامت تدخل في قصده المختتم. فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما، أو قصد جريمة معينة فارتُكِب الجرائم غيرها فلا اشتراك. فمن أعطى إنساناً فأساً ليُعزق بها أرضه فقتل بها آخر، فلا يُعدَّ أنه أعاد القاتل على القتل. ومن حرض إنساناً على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يُعدَّ شريكاً في جريمة الإتلاف. على أن

عادة

عدم مسؤولية المعرض بحسبانه شريكا لا يمنع من مسؤوليته عن التحريرض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المعرض عليها؛ لأن التحريرض في ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤- علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يعَد الاشتراك موجودا إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة. فإذا كانت وسيلة الاشتراك هي الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق، فإن لم تكن الجريمة نتيجة الاتفاق فلا اشتراك. وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريرض وجب أن تقع الجريمة نتيجة التحريرض، فإن وقعت نتيجة لغير التحريرض أو لم يكن للتحريرض أثر في نفس المياشر فلا اشتراك. ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة السببية، فمن استدرج إنسانا إلى مكان معين ليقتلنه آخر فلم يجد القاتل في المكان المتفق عليه فتركه يعود لمزره، ثم جاء الجاني بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المجنى عليه وقتلته في منزله، ففي هذه الحالة لا يسأل المعين بعده شريكا لأنعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة. وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريرض والإعانة بعدها معاصي، أى جرائم مستقلة بذاتها، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التي قصدت منها .

262- شروط العقاب على الاشتراك (بالسبب) :

الشروط الثلاثة للاشتراك بالسبب تشير إلى ضرورة توافر الركن المادي للجريمة التي ارتكبها الفاعل الأصلي، مع وجود فعل ارتكبه الشريك بمساعدته للفاعل أو الاتفاق معه عليه أو تحريضه، وأن يكون لديه قصد جنائي لأن الاشتراك كالشروع لعقاب عليه إلا في الجرائم العمدية .

وقد أشار إلى تفصيل دقيق فيما يخص التحرير. فقد عدَّ فقهاؤنا جريمة مستقلة يمكن التعزير عليها حتى ولو لم يترتب عليها قيام أحد بتنفيذ الفعل الإجرامي، وذلك خطورة الدعوة للجرائم واحتمال وقوع الفعل نتيجة لهذه الدعوة. وبذلك، يعاقب المحرض على مجرد الاحتمال لما يترتب عليه من تعريض المجتمع لوقوع الجرائم .

وهناك موضوع آخر سبق أن أشار إليه؛ وهو عدُّ المحرض فاعلاً للجريمة مع الفاعل الأصلي لا مجرد شريك له في حالة ما إذا كان الفاعل خاضعاً لسيطرته لكونه غير تمييز أو تابع له خاضع لسلطته.

وقد بلغ من دقة فقهائنا أن الإمام مالكا يفرق بين درجات التحرير، فيرى أن حضور المحرض في مكان الجريمة في أثناء ارتكابها يجعله فاعلاً (مباشراً) وليس مجرد شريك بالتحرير حتى أن حضوره كان للتأكد من تنفيذ الجريمة بحيث إذا تردد من حرضه أو تراجع عن ارتكابها باشرها هو بنفسه ..

وهناك تفصيلات أخرى أشار إليها تؤكد مدى ما وصل إليه الفقه من دراسة صور مختلفة من المساعدة وعده بعضها دليلاً على المباشرة التي يجعل المساعد فاعلاً (المباشرة).

وهنا ملاحظة مهمة (في نهاية البند 264) تستحق التأمل والإنصاف. ذلك أنه سبق له أن بين أن المبدأ الذي سار عليه فقهنا هو أن الاشتراك يعاقب عليه كجريمة تعزيرية متميزة (مثل الشروع أيضاً)، وهذا المبدأ مكتنهم من التمييز بين درجات مختلفة من التحرير ومن المساعدة؛ وعده بعضها نوعاً من المشاركة يجعل المسئول عنها فاعلاً لا مجرد شريك للفاعل الأصلي بلغة القانون المعاصر .

إن الفقه الوضعي المعاصر يسير على مبدأ مختلف إذ إنه يعدُّ مسؤولية الشريك في جميع الصور تابعة لمسؤولية الفاعل الأصلي، ولذلك يطبق عليه مبدأ واحد في الأحوال التي يفرق القانون فيها بين عقوبة الفاعل والشريك، ويجعلون عقوبة الشريك أخف من عقوبة الفاعل الأصلي في كثير من الأحوال .

إن عَدَ الاشتراك معصية في ذاته مُكِنٌ فقهاءنا من إجازة التعزير على المحرض أو المساعد حتى ولو ثبت أنه لا توجد علاقة سببية بين فعله وبين تنفيذ الجريمة فعلاً، متي تبين أن ما قام به كان معصية وكان كافياً للتدليل على قصده وسلوكه الإجرامي.

ثم إن عَدَ الاشتراك جريمة تعزيرية يفسح للقاضي المجال في تقدير عقوبة كل محرض وكل مساعد على الجريمة مراعياً في ذلك أهمية ما قام به في الجريمة ومدى دلالتها على القصد الإجرامي ودوره في المشروع الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة .. وهذا المبدأ الشرعي يمكن القاضي من فرض عقوبة مناسبة مهما قلت على من بدرت منه أعمال التحرير أو المساعدة ولو كانت تافهة، لأن في إمكانه أن يجعل الجزاء في أدنى درجات التعزير، مثل التأنيب والتوبیخ وما إلى ذلك من صور التعزير التي يمكن وصفها بأنها مجرد تأديب وليس عقوبة جنائية .

٦٥

عوذه هل يكون الاشتراك بعمل سلبي؟ : وسائل الاشتراك هي الاتفاق والتحريض والإعانة. والاتفاق والتحريض وسليتان إيجابياتان بطبيعتهما، ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض. أما الإعانة، فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية، كمن رأى جماعة يسرقون متولاً فسكت عنهم، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه، أو رأى رجلاً يلقى بصفير لا يحسن العوم في نهر فلم يمنعه ولم ينقد الصغير. فهل يُعد السكوت في هذه الأحوال وأمثالها إعانة يؤخذ عليها أم لا؟ أغلب الفقهاء لا يرون في هذه الحالات وأمثالها إعانة من باشر الجريمة؛ لأن السكوت، وإن أمكن عدّه عوناً من الناحية الأدبية، إلا أنه لا يمكن عدّه اشتراكاً بالتسبيب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية، إذ الإعانة المعقّب عليها تقتضي التفاهم بين المعين والمباشر، كما تقتضي أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة، وأن تؤدي الإعانة إلى حدوثها. والسكوت على المجرمين في حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها، السكوت في هذه الحالة لا يقوم على تفاهم، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة. كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التي يجب توافرها بين عون المعين ووقوع الجريمة. ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأي، ويفرقون بين القادر على منع الجريمة، ومن لا يقدر على منعها. فاما من يقدر على منع الجريمة أو إخاء المجنى عليه من الهملة، فهو مسؤول جنائياً عن سكوته، ويُعدّ مشاركاً في الجريمة وعييناً للجناة، وأما من لا يقدر على منع الجريمة أو إخاء المجنى عليه من الهملة فلا مسؤولية عليه إذا سكت، ولا يُعدّ معيناً على الجريمة حيث لم يكن في إمكانه أن يفعل شيئاً، والله لا يكلف نفساً إلا وسعها^(١).

٦٦ عدول 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 ماحدث منه لم يكن سبباً في وقوع الجريمة، أما في حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب، إلا إذا ثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك. على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض بحسبان كل منهما معصية في ذاته وبغض النظر عن الجريمة التي وقعت، كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذي قدم كلما كان معصية.

(١) المغني جـ ٩ ص ٥٨٠، ٥٨١.

٢٦٧ عقوبة الشرك المتسبب

المقدمة جعلت لمباشرة الجريمة دون الشريك المتسبب. وتطبيق هذه القاعدة يقتضي 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 التحرير أو العون، وإنما يعاقب بالتعزير.

والعلة في اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يُعد شبهة تدراً عنه الحد؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرما وأقل خطرا من مباشر الجريمة، ومن ثم لم تستو عقوبيهما.

لكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله في حكم المباشر، كما لو كان المباشر مجرد أداة في يد الشريك المتسبب، فإن الأخير يعاقب في هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص؛ لأنه يُعد شريكاً مباشراً لا شريكاً متسبباً.

وقد عرفنا نظرية مالك التي تُعد الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكاً مباشراً إذا حضر تنفيذ الجريمة، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو، أو اشترك مع غيره في تنفيذها. ويعقّل هذه النظرية، يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما عَد شريكاً مباشراً.

أما جرائم التعازير، فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين :

١ - فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص، وجب ألا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب، ووجب أن نجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول. ويمكن تعليم هذا الرأي بأن القواعد التي تطبق على جرائم الحدود والقصاص، هي نفس القواعد التي تطبق على جرائم التعازير في الغالب، وأن الشريك المتسبب أقل خطرا وأخف جرما من الشريك المباشر، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ - وإذا قلنا : إن القاعدة خاصة بجرائم الحدود والقصاص، وإن سبب التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب، وهذا هو الذي نرجحه؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية وعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها، وتترك للقاضي أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والجرم. كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة، ومادامت العقوبة غير ثابتة وقديرها متروك للقاضي فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

عوده

ويترتب على هذا الرأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبد على عقوبة الشريك المباشر، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدود في الغالب، وللقارضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدود مراعياً في التقدير ظروف الجرم والجريمة. فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبد تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته. ويستطيع القاضى 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 تقتضى بالتسوية بينهما .

267- المساعدة بالامتناع - والعدول ومردودة العقوبات وتتنوعها :

ما أشرنا إليه من مردودة أحكام التعازير وتوسيع سلطة القضاء في التقدير على الحو الذي وصل إليه فقهنا، مكن بعض الفقهاء من إجازة تعزير من يمتنع عن القيام بما يوجهه خلق المروءة والشعور الإنساني من المبادرة إلى منع الفاعل من إتمام جريمة، وكذلك من يعدل عن تقديم المساعدة في مرحلة التنفيذ قبل إتمام الجريمة وخاصة في الجرائم الخطيرة كالقتل – فإن الموقف السليبي يدل على خطورة الشريك حتى ولو ثبت أنه لم يكن متواططا مع الفاعل الأصلي كما هو الحال في الصور التي أشار إليها. كما أنها نشير إلى أن الذي مكن فقهاءنا من هذه الدقة المتناهية، هو ما قدمناه من أن "التعزير" أوسع نطاقا من العقوبة الجنائية لأنه يصل إلى حد اتخاذ تدابير الوقاية أو التأديب والتهذيب التي لا نرى أنها توصف بأها عقوبة جنائية .

* * *

لقد سار الفقه على مبدأ التضييق في مجال تطبيق العقوبات البدنية في الحدود والقصاص، وكنا دائما حريصين على هذه القاعدة في حاشيتنا، لكن عرضه للأراء المختلفة في الفقه وخاصة في جريمة القتل جعلنا نلاحظ أن بعض الفقهاء لم يتزموا بهذا المبدأ في صور كثيرة من صور الاشتراك في جريمة القتل بالذات، فعدوا بعض أعمال التحرير وبعض صور المساعدة مسوغة لعقوبة الشريك بحسباته (مباشرا)، أي فاعلا مع الفاعل الأصلي المنفذ للجريمة – مما يؤدى إلى توقيع عقوبة القصاص عليه- وسُوّغوا ذلك بضرورة الردع والرجز عن ارتكاب هذه الجريمة التي تهدى أعز حقوق الإنسان وأغلاها لديه وهو حقه في الحياة والبقاء . ولذلك فإننا قد أيدنا هذا الاتجاه برغم ما لاحظناه من أنه يتجاوز عن مبدأ عدم التوسيع في العقوبات البدنية، وإن كنا نفضل أن يترك الأمر لتقدير القضاء – إذا رأى الاكتفاء بالتعزير .

ومجال التعازير واسع يمكن القضاء من اختيار الجزاء المناسب لظروف الفعل والظروف الشخصية للمتهم .

الجريمة التي ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التي قصدها الشريك المتسبب، ما دامت الجريمة التي وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة. فمن حرض شخصاً على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاته، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الواقع لتنفيذ جريمة الضرب. وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتر يده أو شللها، فالشريك المتسبب مسؤول عن جريمة إيهانة الطرف أو إذهاب معناه؛ لأن هذا من النتائج 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). فاما 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 فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التي بيانها^(٢). وإذا ارتكب المباشر فعل غير الذي قصده الشريك المتسبب، فلا يعاقب الآخرين بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلاً في قصده المختتم.

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 يتوافر في الشريك المتسبب. فإذا كان الشريك المباشر صبياً أو مجنوناً فلا عقاب عليه، وعلى الشريك المتسبب العقاب. وإذا كان الشريك المباشر معتاداً 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. ويراعى دائماً في كل الحالات أن هناك فرقاً بين عقوبة الشريكين في جرائم الحدود والقصاص.

(١) راجع الفقرتين ٢٦١، ٢٦٠ .

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المتسبب صفات

خاصة تستدعي تغير وصف الجريمة أو العقوبة، فإنها تسري عليه. فإذا كان عائداً شددت عقوبته، وإذا كان صغير السن خفت عقوبته، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أخفى من العقوبة. وإذا كان للشريك المتسبب الحق في إتيان الفعل فحرض غيره عليه، كان حرضه على تأديب ولده، أو تلميذه، أو زوجته، فال فعل يُعد جريمة بالنسبة للمباشر، ولا يُعد بالنسبة للشريك المتسبب؛ لأنه لو باشر الفعل بنفسه لما عدّ مجرماً. وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسؤولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدد حد التأديب فقط .

268 - 270 - مسئولية المتسبب في الجريمة عن آثارها الاحتمالية،

ومرونة التعازير واتساعها أديا إلى إمكان تنوع العقوبة على الاشتراك :

طبقاً لما لاحظناه السابقة نجد أنه يشير إلى أن فقهنا وصل إلى عَدَ الشريك (بالتسبيب) مسؤولاً عن جميع الآثار التي أدى إليها العمل الذي حَرَّضَ عليه أو ساعد فيه، برغم أنه إنما قصد الفعل ولم يقصد تلك النتائج، إلا أنه يتحمل مسئوليتها بحسب أنها كانت نتيجة محتملة للفعل الذي حَرَّضَ عليه. والمثال الذي أورده خاص بجريمة الضرب المفضي إلى الموت، مما يؤكّد العناية الخاصة للحق الإنساني في الحياة والبقاء التي جعلت الأفعال التي تهدّد حياة الإنسان تستحق قدراً أكبر من الزجر والردع كما قدمتنا.

* * *

ما قلناه في البنددين السابقين هو الأساس الذي مكن فقهاءنا من مواجهة جميع الصور المحتملة لوجود ظروف خاصة بأحد الشركاء المباشرين (الفاعلين) أو المتسبيبين (بالتحريض أو المساعدة) على النحو الذي فعله. وهذه يؤكّد مرة أخرى أهمية المبدأ الشرعي الذي جعل للتعزير نطاقاً واسعاً يعطيها مرونة كافية لمواجهة جميع الصور مهما يكن الفارق بينها كبيراً، ومكنته من تنويع الجزاءات على المشتركين.

٢٧١ - بين الشريعة والقانون : وتفق الشريعة مع القوانين الوضعية

في تعريف الاشتراك بالتسبيب، وشروط هذا النوع من الاشتراك، ووسائل الاشتراك، ووجوب توافر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة .

وتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التي يأخذ بها القانون البلجيكياليوم، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من

عقوبة الشريك المباشر . وتفق كذلك مع ما يأخذ به القانون المصري في القتل العمد.

وتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم التعازير مع النظرية التي يأخذ بها القانون المصري والقانون الفرنسي في معظم الجرائم، حيث يسوى كلاماً بين

عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتفق نظرية الشريعة في استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالي الذي يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة : القاعدة العامة

في الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس ووسوء الصدر وما ينتوى المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم . وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إن الله عفا لأمتى عما وسوسـتـ أو حدثـتـ بهـ أـنـفـسـهـاـ ، مـالـمـ تـعـمـلـ بـهـ أـوـ تـكـلـمـ " .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر في الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة، أو بقول كان يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأسـلـىـ فيـ الشـرـيـعـةـ أـنـ الـاتـفـاقـ عـلـىـ الـجـرـيـمـةـ وـالـتـحـرـيـضـ عـلـىـ إـعـانـةـ الـجـرـمـ عـلـىـ جـرـيمـتـهـ، كـلـ ذـلـكـ يـعـدـ بـذـاتهـ جـرـيمـةـ مـسـتـقلـةـ، سـوـاءـ وـقـعـتـ الـجـرـيمـةـ المـقـصـودـةـ أـوـ لـمـ تـقـعـ . وـهـوـ يـعـدـ جـرـيمـةـ مـنـ وـجـهـيـنـ : أـوـهـمـاـ : أـنـ الـشـرـيـعـةـ تـحـرـمـ الـأـمـرـ بـالـنـكـرـ وـالـاتـفـاقـ وـالـإـعـانـةـ عـلـيـهـ، وـالـجـرـائـمـ هـيـ أـشـدـ الـنـكـرـاتـ وـأـكـبـرـاـ فـيـ الـشـرـيـعـةـ . وـثـانـيـهـمـاـ : أـنـ الـاتـفـاقـ عـلـىـ جـرـيمـةـ وـالـتـحـرـيـضـ وـالـإـعـانـةـ عـلـىـهـاـ تـؤـدـيـ إـلـىـ اـرـتـكـابـ ماـ تـحـرـمـ الـشـرـيـعـةـ وـهـوـ الـجـرـائـمـ، وـالـقـاعـدـةـ الـأـصـوـلـىـ أـنـ مـاـ أـدـىـ إـلـىـ الـخـرـمـ فـهـوـ مـحـرـمـ .

وـعـلـىـ هـذـاـ يـحـوزـ عـقـابـ مـنـ اـتـفـاقـ أـوـ حـرـضـ أـوـ أـعـانـ عـلـىـ جـرـيمـةـ وـلـوـ لـمـ تـقـعـ هـذـهـ جـرـيمـةـ؛ لـأـنـ مـجـرـدـ الـاتـفـاقـ وـالـتـحـرـيـضـ وـالـإـعـانـةـ لـاـ يـنـفـرـجـ عـنـ كـوـنـهـ جـرـيمـةـ بـذـاتهـ، فـإـذـاـ وـقـعـتـ الـجـرـيمـةـ المـقـصـودـةـ عـدـ المـتـفـقـ أـوـ الـحـرـضـ أـوـ الـعـيـنـ شـرـيكـاـ بـالـتـسـبـبـ فـيـهـاـ، وـكـانـ عـلـيـهـ عـقـوبـتـهاـ طـبـقاـ لـلـقـوـاـعـدـ الـتـيـ بـيـنـاهـاـ فـيـمـاـ سـبـقـ .

عادة

وينبئ على مasic أن التحرير العام على الجرائم معاقب عليه في الشريعة، وأن الاتفاق الجنائي على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحرير أو الاتفاق إلى نتائجه المقصودة أو لم يؤدِّ هذه النتائج.

ومبدأ الشريعة في العقاب على الاتفاق والتحرير والإعانة بحسبها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدئها في عدم العقاب على الية ما لم يصحها عمل أو قول؛ فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوي إثبات الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحرير، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة، فأصبح كل منهم أهلاً للعقاب على ما وسوس له نفسه بعد أن أظهره في عمله أو قوله.

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في أحد المبدأين وتخالفها في الآخر. فتنافق القوانين مع الشريعة في أن لعقوبة على الية مستقلة عن القول أو العمل. ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار، وتخفييفه في الجرائم العمدية التي لم يصحها سبق إصرار، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على الية مستقلة عن الفعل. أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات. أما المبدأ الثاني فتختلف فيه القوانين الشريعة، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحرير أو الإعانة، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة، سواء وقعت تامة أو لم تتم. على أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ في كثير من الحالات، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاques الجنائية بحسبها جرائم مستقلة، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها. ومن هذا القبيل مانص عليه قانون العقوبات المصري في المادة ٤٧ منه. وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه القوانين الوضعية، هو أخذ بنظرية الشريعة التي تمتاز بأدلة منطقاً وأدلة بتحقيق حاجات الجماعة. فمن وجهة المنطق: إما أن يكون الاتفاق أو التحرير أو العون محظى لذاته أو غير محظى. فإن كان محظى لذاته، فقد وجب العقاب عليه، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع. وإن كان غير محظى لذاته، فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير محظى؛ ولأن الجريمة وقعت من باشرها وهو مختار غير فلا يسأل عنها غيره؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئاً ما، بعد الاتفاق والتحرير والإعانة، وقد عذّلها غير محظى لذاتها.

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة، فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيراً على الأقل في الاتفاques الجنائية.

نصُّ القانون الوضعي في مصر على أن الشريك يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي شارك فيها يماثل المبدأ الذي يسير عليها فقهاؤنا في التعازير، مع ملاحظة مدى المرونة في الجزاءات التي تُعَذَّر تعزيزها.

وكما أن المشرع الوضعي أشار إلى استثناء الحالات التي ينص فيها على عقوبة للشريك تقل عن عقوبة الجريمة التي شارك فيها – فإن فقهاءنا استثنوا من المبدأ العام (المساواة بين عقوبة الشريك المتسبب وعقوبة الفاعل) جرائم الحدود التزاماً بمبدأ عدم التوسيع في العقوبات البدنية.

إلا أنها لاحظنا كثيراً من التردد في هذا الاستثناء الأخير بقصد جرائم القصاص عندما يتعلق الأمر بجريمة القتل، فإن كثيرة من فقهائنا يرى تطبيق عقوبة القصاص على الشريك في جريمة القتل أو الضرب المفضي إلى الموت بالذات لأن حياة الإنسان توجب قدرًا أكبر من الردع والزجر. وقد أشرنا إلى أنها تؤيد هذا الاتجاه في مناسبات سابقة.

وقد لاحظنا أيضًا أن مرونة التعازير كان لها دور كبير في استقرار فقهنا الجنسيان الاشتراك (والشروع قبله) جريمة تعزيرية متميزة وليس مجرد امتداد للجريمة الأصلية، وأن هذا المبدأ مكتنفهم من مواجهة كل قدر من التحریض أو المساعدة بما يناسبه من جزاءات تعزيرية تناسب الدور الذي أداه الشريك في الجريمة الأصلية وتناسب أيضًا ما يدل عليه فعله من اتجاه إجرامي يهدد أمن الجماعة واستقرارها، وخاصة فيما يتعلق بحماية حق الإنسان في الحياة لأنه أعز الحقوق الإنسانية .. ونقد هذه المرونة سبق الإصرار ظرفاً مشدداً في جريمة القتل سبق أن اعتبرنا عليه.

فهرس (ب)
أركان الجريمة "عوده"
تعليقات (الصدر)
الحاشية (الشاوي)

الجزء الثاني - من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

رقم البند	الصفحة	
	الحادية	الأصل
(150) ب/٥	- مقدمة
 ب/٧	- أركان الجريمة
(152) ب/١٠	٨٣ - الأركان العامة والأركان الخاصة للجرائم
 ب/١١	- المبادئ العامة في الركن الأدبي والشرعى كاملة في القسم العام
(153) ب/١٢	٨٣ - محدودة في الركن المادى
		الباب الأول
		الركن الشرعى للجريمة
	- توجب الشريعة ليعد الفعل جريمة أن يكون هناك نص	٨٤ ب/١٣
(154) ب/١٤	٨٤ - الركن الشرعى أساسه ومضمونه والتوسيع في دراسته
		الفصل الأول
		النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
		أى الأحكام الجنائية الشرعية
	- الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية ب/١٥	٨٥
		المبحث الأول في الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها في الجريمة والعقوبة
	- تمهيد ب/١٥	٨٦
(155) ب/١٨	٨٦ - النصوص الإلهية هي الركن الشرعى
(156) ب/١٩	٨٥، ٨٦ - عقيدة الحساب في اليوم الآخر لا يغنى عنها العقاب الجنائي القضائى
 ب/٢٠	٨٧ - قواعد أصولية شرعية
 ب/٢٣	٨٨ - مصدر هذه القواعد الأصولية

رقم البند	الصفحة		
الأصل	الحاشية		
(157)	٢٤	- مبدأ لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعى ومتابعه القرآنية ب	88, 87
	٢٥	- متى وجدت قاعدة لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص ؟ ب	٨٩
	٢٥	- كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ ب	٩٠
(158)	٢٦	- سبق شريعتنا وتدرجها في تطبيق مبدأ الشرعية ب	90, 89
الفرع الأول : لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود			
	٢٧	- أثر القاعدة في جرائم الحدود ب	٩١
(159)	٣٣	- مبدأ الشرعية في الحدود ب	٩١
	٣٤	- الحدود في القرآن شاملة لجميع الأحكام الشرعية ب	
		- بعض النظم تكتفى بتطبيق العقوبات الخدية و فهم الأحكام	
(161)	٣٥	الشرعية الأخرى ب	
	٣٦	- درء الحدود بالشبهات يعطى للقضاء والاجتهاد سلطة تقدير واسعة ب	
	٣٧	- كل جريمة حدية هي في الأصل تعزيرية لكن أحضيف لها ظرف مشدد ب	
	٣٨	- توسيع القول بعدم جواز القتل سياسة ب	
الفرع الثاني : لاجريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية			
	٣٩	- أثر القاعدة في جرائم القصاص والدية ب	٩٢
(165)	٤٤	- جرائم القصاص والدية تضر بالمجتمع لا بالجني عليه وحده ب	٩٢
	٤٥	- تنازل الجنى عليه عن القصاص لا يمنع التعزير ب	
الفرع الثالث : لاجريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير			
	٤٦	- أثر القاعدة في جرائم التعازير ب	٩٣
(167)	٤٧	- حاجتنا إلى تطبيق مبدأ الشرعية بدقة أكبر في "التعازير" بالتفصين ب	٩٣
		- إنشاء مجالس لأهل الاجتهاد يستلزم ضمانات لعدم تدخل السلطات	
	٤٨	المستبددة ب	
		- استقلال الفقه والاجتهاد والعلم والقضاء شرط أولى لتطبيق	
(169)	٤٩	الشريعة ب	
	٥٠	- ماهو التعزير ؟ ب	٩٤

الصفحة	رقم البند
الخاتمة	
الأصل	
(170) - أهمية الركن الشرعي في التعازير والتوضيح في دراسته ب/٥١	٩٤
- التعازير تفتح الباب أمام أهل الاجتهاد لتطوير التشريع الجنائي ب/٥٢	
(171) حسب ظروف الزمان والمكان ب/٥٢	
- جميع جرائم المحدود والقصاص تستحق التعزير عندما تستبعد الظروف التي استوجبت العقوبة المقررة ب/٥٣	
(172) - الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير ب/٥٤	٩٥
- أقسام التعازير ب/٥٤	٩٦
(173) - أولو الأمر في التعازير ب/٥٥	٩٦، ٩٥
- التعازير في المعاصي وخارجها والمخالفات - كلها في إطار النظريات التشريعية ب/٥٦	
- القسم الأول في التعزير على المعاصي	
(175) - التعزير على المعاصي ب/٥٧	٩٧
- المعاصي ب/٥٩	٩٧
- أنواع المعاصي ب/٦٠	٩٨
(176) - درجات المعاصي أو أنواعها الثالثة ب/٦٤	٩٨
- التعازير التي يمكن إضافتها للحد هي التي تدخل ضمن التدابير الوقائية والتهديدية فقط ب/٦٥	
(177) - التعزير لمصلحة الجماعة خارج الأعمال التي تستوجب الحد أو القصاص أو الكفارة ب/٦٦	
(178) - ما هو السبيل إلى معرفة المعاصي؟ ب/٦٧	٩٩
(179) - وجوب تقدير التعازير في نظرنا حاليا ب/٦٨	٩٩
- المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها ب/٦٩	١٠٠
- في نظرنا أن الأصل في الكفارات أنها عبادة وتنمية وليس عقوبة جنائية ب/٧٣	١٠٠
- التعازير أوسع نطاقا من العقوبات الجنائية وتشمل تدابير الوقاية والتهديد ب/٧٤	
(181) - المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة ب/٧٥	١٠١

الصفح	رقم البند	
الحادية	الاصل	
(182)	- إذا كانت المعاصي غير محدودة، فإن الجرائم المعقاب عليها جنائية يجب أن تكون محدودة ومقتنة ب/ ٧٩	101
(183)	- الجزاءات التعبدية والتربوية ليست مقصورة على الجرائم الجنائية، ووصفها بأنها تعازير لا يعني أنها عقوبات جنائية ب/ ٨٠	102
(184)	- ظنون لا أساس لها من الحق ب/ ٨١	102
(185)	- غاذج مما كتبه الفقهاء في التعزير ب/ ٨١	103
(186)	102 - لا مجال لترك تعين التعازير للقضاء وللحكام المقلدين في عصرنا ب/ ٨٤	103
(187)	- قفل باب الإجهاض الفردي فقط، أما الجماعي فإنه مفتوح دائمًا ب/ ٨٥	103
(188)	- الآراء الاجتهادية سواء فردية أو جماعية لا تلزم إلا من يقتتن بها ب/ ٨٦	103
(189)	- أقوال الفقهاء عن ولي الأمر أو المحاكم أو القاضى لانطبق فى هذا العصر ب/ ٨٧	104
(190)	- أولياء الأمر والقضاة الذين تطبق عليهم أقوال فقهائنا كانوا مجتهدين ب/ ٨٨	104
(191)	- النصوص الشرعية بتحريم أفعال معينة أو العقاب عليها هي أساس النظريات التشريعية التي تستمد منها أحكام التعازير ب/ ٩٠	104
(192)	- كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير ب/ ٩٣	104
(193)	- ما قالناه عن تحديد الجرائم يطبق أيضاً على تحديد عقوبة كل منها ب/ ٩٤	104
(194)	- ما التغافل عن تحديد العقوبة ب/ ٩٥	105
(195)	- التقين يحسن أن يميز بين التعازير التي تعد عقوبة جنائية وتلك التي تكون تدابير وقائية ب/ ٩٧	105
(196)	- لاجرمية ولاعقوبة في التعزير بغير نص ب/ ٩٨	105
(197)	- بيان المعاصي لا يكفى لتحديد التعازير ب/ ٩٩	105
(198)	- مرونة التعازير واتساعها تكسب فقها حيوية وقابلية للتطور ب/ ٩٩	106
(199)	- اختصاص القضاء بالتعازير يجمع أنواعها ضماناً للحد من طغيان سلطة الدولة ب/ ١٠٠	106
(200)	- القسم الثاني في التعزير للمصلحة العامة ب/ ١٠١	106
(201)	- في التعزير (الوقائي) للمصلحة العامة ب/ ١٠٢	106
(202)	- التعازير للمصلحة العامة خارج نطاق المعاصي يقدرها أهل الاجتهاد ب/ ١٠٣	106

رقم البند	الصفحة	
	الأصل	الحاشية
١٠٧	- نفضل حساب التعازير خارج نطاق المعاصي ضمن تدابير الوقاية لتكون خاضعة لشروطها وأولها اختصاص القضاء وحده بتطبيقها ب/٤ (١٩٦)	
١٠٨	- سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية ب/٥	
١٠٩	- عَدَ هذه التدابير(غير العقابية) من اختصاص القضاء ضمانة كبيرة ب/٦ (١٩٧)	
١١٠	- أولياء الأمور في التشريع هم أهل الاجتهد الذين تعرف لهم الأمة بهذه الصفة بحرية كاملة ب/٧ (١٩٨)	
١١١	- لجريدة ولاعقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير ب/٨	
١١٢	- العلة في إجازة التعزير للمصلحة العامة ب/٩	
١١٣	١٠٩، ١٠٨- التدابير الخارجية عن نطاق العقوبة تخضع لمبدأ الشرعية ب/١٠ (١٩٩)	
١١٤	- نصوص القرآن التي قررت مبدأ الشرعية توجب التقيين في عصرنا ب/١١ (٢٠٠)	
	القسم الثالث في التعزير على المخالفات	
١١٥	- التعزير على المخالفات ب/١٢	
١١٦	- المخالفات تدخل في نطاق "التدابير الوقائية القضائية" ب/١٤ (٢٠١)	
	الفرع الرابع : كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟	
١١٧	- القراءين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة ب/١٥	
١١٨	- كيف طبّقت القراءين القاعدة ب/١٥	
١١٩	١١٢ - التعازير سبقت القراءين الوضعية إلى جميع ما استحدثه أخيرا - بما في ذلك توسيع سلطة القضاء ب/١٨ (٢٠٢)	
١٢٠	- بين الشريعة والقانون ب/١٩	
١٢١	١٢٣ - في شريعتنا مبادئ مستقبلية لم تصل لها القراءين الوضعية حتى الآن ب/٢٢ (٢٠٣)	
١٢٢	- أهلية القضاة وزواجهم واستقلالهم شرط لتطبيق مبادئ الشريعة التي توسيع اختصاصاتهم ب/٢٣ (٢٠٤)	
	المبحث الثاني في أدلة الأحكام الشرعية أى مصادر التشريع الجنائي	
١٢٣	- مصادر التشريع الإسلامي بصفة عامة ب/٢٤	
١٢٤	- مصادر التشريع كلها أساسها الكتاب والسنة ب/٢٦ (٢٠٥)	

الصفحة		رقم البند
الأصل العاشرة		
١٢٧/ ب - مصادر التشريع الجنائي الإسلامي	١١٥	
(206) ب/ ١٢٨ - نصوص القرآن والسنة هي الأساس	١١٥	
الفرع الأول : القرآن		
١٢٩/ ب - القرآن	١١٦	
١٢٩/ ب - نصوص القرآن قطعية	١١٧	
١٢٩/ ب - دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية	١١٨	
١٢٩/ ب - حجية أحكام القرآن	١١٩	
١٣٠/ ب ١١٩ - القرآن وهي إلهى مباشر قطعى الورود	١١٦	
١٣١/ ب - أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة	١٢٠	
١٣٤/ ب ١٢٠ - وحدة الشريعة وشمولها للشئون الدنيوية والأخروية	١٢٠	
١٣٥/ ب ١٢٠ - الإيمان بالحساب يوم القيمة له دور أكبر من العقوبات الجنائية في إصلاح الفرد والمجتمع	١٢٠	
الفرع الثاني : السنة		
١٤٣/ ب - تعريف السنة	١٢٣	
١٤٤/ ب - مركز السنة من القرآن	١٢٤	
١٤٥/ ب - أنواع السنة بحسب روایتها	١٢٥	
١٤٥/ ب - هل السنن قطعية أو ظنية	١٢٦	
١٤٦/ ب - حجية السنة	١٢٧	

رقم البند	الصفحة	
الأصل	الحاشية	
127	صور السنة ومشكلة ثبوت ورودها من أهم أسباب تعدد المذاهب واختلاف الآراء والفتاوي ب/ ١٤٨ (213)	123
128	- هل تعدد كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ب/ ١٤٩	128
128	- السنن غير الشرعية ب/ ١٥٢ (214)	128
	الفرع الثالث : الإجماع	
129	- تعريف الإجماع ب/ ١٥٣	129
130	- تعريف الإجماع وتتنوع تطبيقاته ودور الأمة في اختيار المجتهدين، ومناقشة اجتهداتهم ب/ ١٥٤ (215)	130
130	- الإجماع المطلق والنسيبي وإجماع الأمة أو الشعوب أو الجماعات المترفرعة منها ب/ ١٥٥ (216)	130
130	- القنین أو الإصدار يكون إجماعا على الالتزام برأى معين مستمد من مصدر سابق، سواء اقتربن باجتهاد معاصر أم لا ب/ ١٥٦ (217)	130
131	- حجية الإجماع ب/ ١٥٧	131
131	- الأصل أن الإجماع مقتنن دائمًا حكم سابق عليه بعد سندا له لكتمه يكون منشأ للأحكام إذا تضمن اجتهادا مفترضا به ب/ ١٥٩ (218)	131
132	- الأساس التشريعي للإجماع ب/ ١٦٠	132
132, 133	- دوره في التشريع أنه مصدر مباشر للالتزام برأى معين له مصدر سابق أو مقارن له ب/ ١٦٣ (219)	132
132	- الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات ب/ ١٦٤	132
133	- مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي ب/ ١٦٤	133
134	(220) - قرار الشورى بالأغلبية ملزم بحسبانه إجماعا نافضا ب/ ١٦٥	134
134	- الإجماع تعبير عن إرادة من يمثلون الأمة في الاجتهاد لكي تلتزم به سلطات الدولة وتلزم به الكافية ب/ ١٦٦ (221)	134
134	- الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا ب/ ١٦٧	134
134	(222) - الإجماع الكامل يشمل الأمة كلها - لكن توجد صور أخرى ب/ ١٦٨	134

رقم البند	الصفحة	
	الحاشية	الأصل

**بحث إضافي
في صور الإجماع وأنواعه**

- (223) ب/ ١٦٩ - رأينا في الإجماع المطلق والنسي: - أهم صور الإجماع النسي إجماع شعب معين من شعوب أمتنا على الالتزام بمذهب دون غيره ب/ ١٧٠ (224)
- الإجماع النسي في حالة توافق الأغلبية أو الجمهور ب/ ١٧١ (225)
- الإجماع يضع حدا لاختلاف المذاهب والأراء ويلزم القضاة بتوحيد أحكامهم ب/ ١٧٢ (226)
- النظام العام للجماعة هو ما تقرره الأغلبية - والإجماع النسي هو شوري ملزمة ب/ ١٧٣ (227)
- الانسجام للجماعة يلزم الجميع بقرار الجمهور أو الأغلبية بحسبانه إجماعا يلزم القضاة والأفراد جميعا ب/ ١٧٤ (228)

الفرع الرابع : القياس

- ١٣٥ - تعريف القياس ب/ ١٧٥
- ١٣٦ - هل القياس ممكن في جميع الأحكام؟ ب/ ١٧٥
- ١٣٧ - القياس في الجرائم والعقوبات ب/ ١٧٦
- ١٣٨ - القياس في الإجراءات ب/ ١٧٩
- ١٣٩-١٣٨ - رأينا في ضرورة التوسع فيه ب/ ١٨١ (229)
- القياس تعبير عن الاجتهاد في جميع صوره و مجالاته، بل هو أساس النظير في التعازير ب/ ١٨٢ (230)

المبحث الثالث : تفسير الأحكام الجنائية (أى النصوص الجنائية)

- ١٣٩ - سلطة القاضي في تفسير النصوص ب/ ١٨٣

الفرع الأول في القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

- ١٤٠ - كيف استبسطت هذه القواعد؟ ب/ ١٨٣

رقم البند	الصفحة
	الأصل العاشرة
١٤٠-١٣٩	- تعريف التفسير والتزام كل مكلف به في نطاق التزامه الشخصي بـ ١٨٤/ (231)
١٤١	- أولاً : دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها بـ ١٨٥
١٤١	- الغاية الشرعية من التفسير وارتباطه بمقاصد الشريعة ونظر ياما العامة بـ ١٨٨/ (232)
١٤٢	- تعارض المفهومات بـ ١٨٩
١٤٣	- ثانياً : وضوح الدلالات وغموضها بـ ١٨٩
١٤٤	- أقسام الواضح الدلالة بـ ١٩٠
١٤٥	- الظاهر بـ ١٩٠
١٤٦	- النص بـ ١٩٠
١٤٧	- المفسر بـ ١٩١
١٤٨	- الحكم بـ ١٩١
١٤٩	- حكم التعارض بـ ١٩١
١٤٩-١٤٢	(233) - درجات الوضوح بـ ١٩٢
١٥٠	- أقسام الغامض الدلالة بـ ١٩٣
١٥١	- الخفي بـ ١٩٣
١٥٢	- المشكل بـ ١٩٤
١٥٣	- الجحمل بـ ١٩٦
١٥٤	- المشابه بـ ١٩٧
١٥٥	- ثالثاً : اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها بـ ١٩٧
١٥٦	- اللفظ المشترك بـ ١٩٨
١٥٦-١٥٠	(234) - درجات الفموض واللفظ متعدد المعان بـ ٢٠١
١٥٧	- اللفظ العام بـ ٢٠٢
١٥٨	- دلالة العام قطعية بـ ٢٠٤
١٥٩	- ما يترتب على قطعية دلالة العام بـ ٢٠٥
١٥٩-١٥٧	(235) - في اللفظ العام الأصل هو الدلالة القطعية بـ ٢٠٨
١٦٠	- تحصيص العام بـ ٢٠٩
١٦١	- الدليل غير المستقل بـ ٢٠٩

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
٢٠٩ ب.....	١٦٢ - الدليل المستقل
٢١٠ ب.....	١٦٣ - المقصود من التخصيص
٢١٢ ب.....	١٦٤ - اللفظ الخاص
٢١٣ ب.....	١٦٥ - حكم اللفظ الخاص
(236) ٢١٤ ب.....	١٦٥-١٦٥ - أدلة التخصيص
(237) ٢١٥ ب.....	- مقدار الكفارات تخضع للعرف
٢١٦ ب.....	١٦٦ - حالات اللفظ الخاص
٢١٦ ب/.....	١٦٧ - المطلق والقيد
٢١٧ ب.....	١٦٨ - صيغة الأمر
٢١٧ ب/.....	١٦٨ م - صيغة النهي
(238) ٢١٨ ب.....	١٦٦-١٦٨ - صيغة التخصيص
الفرع الثاني في القواعد التشريعية التي تراعى عند التفسير	
٢١٩ ب.....	١٦٩ - ماهية القواعد التشريعية
٢١٩ ب.....	١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامي
٢١٩ ب.....	١٧١ - المقصد الأول
٢٢٠ ب.....	١٧٢ - المقصد الثاني
٢٢٠ ب.....	١٧٣ - المقصد الثالث
٢٢٠ ب.....	١٧٤ - ترتيب المقاصد العامة من التشريع
(239) ٢٢٢ ب.....	١٧٤-١٦٩ - التفسير والاجتهد والمقاصد العليا والنظريات
(240) ٢٢٣ ب/.....	- نطاق الضروريات واللحاجيات يختلف حسب ظروف الزمان والمكان
٢٢٤ ب.....	١٧٥ - حقوق الجماعة وحقوق الأفراد
(241) ٢٢٦ ب.....	١٧٥ - حقوق الأفراد هي حق للجماعة دائمًا
٢٢٧ ب.....	١٧٦ - الاجتهد
(242) ٢٢١ ب.....	١٧٦ - الاجتهد تفسير مباشر أو غير مباشر
٢٢٢ ب/.....	١٧٧ - كلمة خاتمية عن قواعد التفسير
(243) ٢٢٣ ب/.....	١٧٧ - التفسير الضيق مبدأ خاص بالتشريع الجنائي الإسلامي

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
..... - المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات ب/ ٢٣٤ ١٧٨	
..... - تعريف الشبهة ب/ ٢٣٧ ١٧٩	
(244) 179, 178 - الشبهات التي تدرأ العقوبات ب/ ٢٤١ ١٧٩	
(245) - هذا المبدأ يطبق في التعازير في نظرنا ب/ ٢٤٢ ١٨٠	
..... - أنواع الشبهة ب/ ٢٤٣ ١٨٠	
..... - ما يترتب على درء الحدود بالشبهات ب/ ٢٤٦ ١٨١	
..... - هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير؟ ب/ ٢٥١ ١٨٢	
(246) 182-180 - الشبهات غير محصورة في أصنافها ولا في آثارها ب/ ٢٥٢ ١٨٠	
..... - الإقرار تحت الإكراه أو التعذيب باطل لا يثبت به أي فعل ولا ظرف مشدد ب/ ٢٥٣ ١٨٠	
(247) - الشبهات قد تدرأ التعازير أيضا ب/ ٢٥٤ ١٨٣	
..... - المبدأ الثاني تفضيل الخطأ في العفو ب/ ٢٥٥ ١٨٣	
..... - القانون والشريعة ب/ ٢٥٦ ١٨٤	
..... 184, 183 - التوسيع في العبرة خير من التوسيع في العقاب، لأن المجراء في الآخرة هو الأساس ب/ ٢٥٧ ١٨٣	
المبحث الرابع في تعارض الأحكام (أى النصوص) ونسخها	
..... - التعارض ب/ ٢٥٨ ١٨٥	
(250) - النظريات والمبادئ العامة ب/ ٢٦١ ١٨٥	
(251) - عفو الزوج عن زنا زوجته دليل على توبيتها ب/ ٢٦٢ ١٨٦	
..... - النسخ ب/ ٢٦٢ ١٨٦	
..... - محل النسخ ب/ ٢٦٥ ١٨٧	
(252) 187, 186 - النسخ وموضوعه ب/ ٢٦٦ ١٨٦	
..... - متى كان النسخ؟ ب/ ٢٦٧ ١٨٨	
(253) 188 - زمن النسخ ب/ ٢٦٨ ١٨٨	
..... - أي النصوص تنسخ الأخرى؟ ب/ ٢٦٩ ١٨٩	
..... - حكم الإجماع والقياس المحالفين للقرآن والسنة ب/ ٢٧٢ ١٩٠	
(254) 190, 189 - المبادئ والنصوص ب/ ٢٧٣ ١٩٠	

رقم البند	الصفحة	
	الأصل	الحاشية
المبحث الخامس في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين		
١٩١	- حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة ب/٢٧٤	
١٩٢	- نظرية البطلان في الشريعة ب/٢٧٤	
١٩٣	(255) ١٩٢ - المشكلة العصرية ب/٢٧٧	
	- النص في الدستور الوضعي على أن الدولة فيها الإسلام معناه أن الشريعة هي دستورنا والقوانين المخالفة لها تكون باطلة لأنها غير دستورية ب/٢٧٨	
١٩٤	(256) - شرعية السلطة التي تصدر القانون الوضعي ب/٢٧٩	
١٩٥	(257) - الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة ب/٢٨٠	
١٩٦	(258) - عدم دستورية القوانين المخالفة للشريعة ب/٢٩١	
	- ولـى الأمر التفدي لـيملك سلطة الشـريعـ سـوـاـ كـانـتـ وـلـايـهـ شرعـيـةـ أـوـ غـيرـ شـرعـيـةـ ب/٢٩٢	
١٩٧	(259) - مدى بطلان ما يخالف الشريعة ب/٢٩٣	
١٩٨	- ما يترتب على بطلان التصووص المخالفة للشريعة ب/٢٩٥	
١٩٩	(260) ١٩٥, ١٩٤ - لا نتفق مع النتائج التي توصل إليها ب/٢٩٨	
	- لا نوافق على قوله إن القاضى يتلزم بعدم تطبيق التشريع الجنائى الوضعي ب/٢٩٩	
	- المسؤولون في الدولة هم الذين عطلوا الحدود وليس القاضى الذى خصصته للحكم في التعازير وحدها ب/٣٠٠	
٢٠١	(261) - الضرورة الناتجة عن سيطرة القوى الأجنبية يتحقق بها بعض أولاء الأمر في دولنا الصغيرة ب/٣٠١	
	- كثير من الفقهاء قبلوا ولاية القضاء من سلاطين وأمراء مشكوك في صحة ولائهم، وعـدـواـ أـنـ ذـلـكـ أـخـفـ الضـرـرـينـ ب/٣٠٢	
٢٠٢	(262) - السلطة الواقعية للاحتلال الأجنبى هي ضرورة تحيز للمقاضى المسلمين تولى القضاء لتطبيق شريعتنا لأنها شريعة الأمة وليس شريعة الدولة ب/٣٠٣	
٢٠٣	(263) - السلطات الوضعية العلمانية حكمها مثل سلطات الاحتلال الأجنبى ب/٣٠٤	

رقم البند	الصفح	ة
الأصل	الحاشية	
١٩٦	- مدى التغيرات التي سترتب على الأخذ بنظرية البطلان ب/ ٣٠٥	
١٩٧	- أولا : في جرائم والحدود ب/ ٣٠٥	
١٩٨	١٩٦، ١٩٧ - رأينا في دعوته للتكامل بين الفقه والقوانين الجنائية الوضعية وفي العصمة والإهدار ب/ ٣٠٧ (267)	
١٩٨	- ثانيا : في جرائم القصاص والدية ب/ ٣٠٨	
١٩٩	- ثالثا : في جرائم التعزير ب/ ٣١٣	
١٩٩	١٩٨، ١٩٩ - لا نوافق على القول بقصر الظروف المخففة على التعازير ب/ ٣١٧ (268)	
(269)	- لا نوافق على قوله إن التشريع الجنائي الوضعي يمكن عدته تعزيزات ب/ ٣١٨	
(270)	- التعازير الشرعية تستبطن المصادر الشرعية ولا تستورد من الخارج ب/ ٣١٩	
٢٠٠	- مدى حقوق أولى الأمر في التحرير والعقاب ب/ ٣٢٠	
٢٠١	- الحق الأول : حق التحرير والإيجاب والعقاب ب/ ٣٢١	
٢٠٢	- الحق الثاني : حق تخصيص القضاء ب/ ٣٢١	
٢٠٣	- الحق الثالث : حق العفو ب/ ٣٢٤	
٢٠٣	٢٠٣ - لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هو مبدأ شرعى أصيل يجب الالتزام به ب/ ٣٣٠ (271)	
	- مجلس القضاء الأعلى هو الذي يقوم بتخصيص القضاة، ويعارض اختصاصات قاضي القضاة، وبعد جزءا من أهل الاجتهد ب/ ٣٣١ (272)	
	- خلاصة رأينا في استقلال التشريع والقضاء ب/ ٣٣٢ (273)	
	- نقترح وجود مجلس لأهل الاجتهد الذين تخاهم الأمة لهذه المهمة ب/ ٣٣٣ (274)	
	- فصل ولادة التقين والاجتهد عن سلطة الدولة ب/ ٣٣٤ (275)	
	- لا بد من مراعاة النظريات المتعددة والمترادفة والتنسيق بينها ب/ ٣٣٥ (276)	
	- مرحلة المؤسسات في الفقه والقضاء ب/ ٣٣٦ (277)	
	- مرحلة المؤسسات في فقها السياسي ب/ ٣٣٧ (278)	
	- أهل الحل والعقد يمثلون الأمة في الإشراف على الدولة، وأهل الاجتهد يمثلوها في التشريع، وكلماهما مؤسسة لا فرد ب/ ٣٣٨ (279)	

الصفحة

رقم البند

الأصل الحاشية

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

..... ب/٣٩ ٢٠٤	- قاعدة أصولية
(280) ب/٤٠ ٢٠٤	- وقت سريان القوانين الجنائية
..... ب/٤١ ٢٠٥	- القاعدة العامة ((لا رجعية في التشريع الجنائي))
(281) ب/٤٥ ٢٠٥	- القاعدة العامة
..... ب/٤٦ ٢٠٦	- الاستثناء الأول : جواز الرجوعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام
(282) ب/٥٠ ٢٠٦	- لا نوافق على رجعية أحكام التشريع الجنائي بحجة خطورة الجريمة
(283) ب/٥١ ٢٠٧	- أحكام الظهار تدابير تعبدية وليس في نظرنا عقوبات جنائية
..... ب/٥٢ ٢٠٧	- الاستثناء الثاني : وجوب الرجوعية إذا كان التشريع أصلح للجاني
..... ب/٥٤ ٢٠٨	- الشريعة والقانون
(284) ب/٥٦ ٢٠٧	208 - التطبيق الفوري للقانون الأصلح للمتهم

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

..... ب/٥٧ ٢٠٩	- هل الشريعة عالمية أم إقليمية؟
..... ب/٥٧ ٢١٠	- تقسيم العالم
..... ب/٥٨ ٢١٠, ٢٠٩	210, 209 - سيادة الشريعة في البلاد التي تلتزم بها - والعالم كله أصبح دار عهد في عصرنا
..... ب/٥٩ ٢١١	- دار الإسلام
(285) ب/٦٢ ٢١١	- دار الإسلام: هل تشمل بلاد المسلمين التي لا تطبق فيها الشريعة، أم تقتصر على التي تلتزم بها؟
..... ب/٦٣ ٢١٢	- دار الحرب
(287) ب/٦٥ ٢١٢	- دار الحرب ودار العهد ودار السلم وحقوق الإنسان
..... ب/٦٦ ٢١٣	- العصمة حق إنساني لكل بني آدم - ولا يجوز إهداها إلا بحكم القضاء أو دفاعا عن النفس في حالة الحرب

رقم البند	الصفحة
الأصل	الحاشية
٢١٣	- مدى إقليمية الشريعة ب/ ٣٦٧
٢١٣	(289) - مبدأ الإقليمية ب/ ٣٦٨
٢١٤	- النظرية الأولى ب/ ٣٦٩
٢١٤	(290) - ولادة الشريعة وولادة الدولة ب/ ٣٧٧
٢١٥	- الإهدار لا يعطي للأفراد حقا في الاعتداء على غيرهم لأن القضاء وحده هو الذي له الحكم بالإهدار بعد حاكمة شرعية عادلة ونزاهة ب/ ٣٧٨
٢١٥	(291) - العقاب على جميع الجرائم من حقوق الله وحق الجماعة ب/ ٣٧٩
٢١٥	(292) - النظرية الثانية ب/ ٣٨٠
٢١٥	- عدم تطبيق عقوبة القصاص ليس أساسه عدم العصمة بل سبب وجود شبهة ب/ ٣٨٢
٢١٦	(293) - النظرية الثالثة ب/ ٣٨٣
٢١٦	(294) - التمييز بين اختصاص القضاء وولادة الشريعة ب/ ٣٨٦
٢١٧	- بين الشريعة والقانون ب/ ٣٨٧
٢١٧	(295) - كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام ب/ ٣٨٨
٢١٨	- تطبيق الأحكام الشرعية على الأفراد وعلى المسؤولين في الدول كذلك ب/ ٣٩٢
٢١٨, ٢١٧	(296) - السلطة التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يجب تصحيحها بدلا من قيام الأفراد بتنفيذ الحدود على غيرهم ب/ ٣٩٣
٢١٩	(297) - أول مبادئ شريعتنا التي تدعوا لتطبيقها هو أن المسلمين جميعاً أمة واحدة ويجوز لكل فرد من أفرادها التเคลل بين جميع الدول الإسلامية ب/ ٣٩٤
٢٢٠	- نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية ب/ ٣٩٥
٢٢١	(298) - ما يدخل في دار الإسلام ب/ ٣٩٥
٢٢١	(299) - الشريعة والقانون ب/ ٣٩٦
٢٢١-٢١٩	- محاولة التقارب بين الشريعة والقوانين الوضعية مع الالتزام بمصادر شريعتنا ب/ ٣٩٧
٢٢١	- يجب إلزام السلطة في بلاد الإسلام وغيرها باحترام حقوق الإنسان إلى تحميها شريعنا ب/ ٣٩٨

رقم البند		
الصفحة		
الأصل	الحاشية	
٢٢٢	- تسلیم الجرمین وابعادهم ب/٣٩٩	
٢٢٣	- أولا : تسلیم الجرمین ب/٣٩٩	
٢٤٤	- التسلیم للدولة إسلامیة ب/٤٠٠	
٢٤٥	- التسلیم للدولة غیر إسلامیة ب/٤٠٠	
٢٢٥-٢٢٦	(300) - المقصود بالدولة الإسلامیة التي يجوز تسلیم الجرمین لها ب/٤٠٣	- لا يجوز تسلیم المسلم إلى بلد لا يتلزم بالشريعة ولا يحترم حقوق
٢٢٦	(301) - الإنسان ب/٤٠٤	- تسلیم الأرقاء ب/٤٠٥
٢٢٧	- تسلیم الجرمین السياسيین والعسكريین ب/٤٠٥	
٢٢٦، ٢٢٧	(302) - الرق الجديد هو استغلال السلطة لظلم الأفراد ب/٤٠٦	- استعلاء من يستولون على السلطة ويحتکرونها - عدوان على حقوق الأفراد والشعوب لا تقره الشريعة بل حرمتها ب/٤٠٧
٢٢٨	(303) - هل يمكن معاقبة الحربيین الذين أسلموا وخلأوا إلى دار الإسلام؟ ب/٤٠٨	
٢٢٨	(304) - عدم تسلیم اللاجئین لحكام الجور مسلمین أو غير مسلمین ب/٤٠٩	- ثانيا : إبعاد الجرمین ب/٤١٠
٢٢٩		- الإسلام يقرر حق المسلمين في دخول جميع بلاد الإسلام والإقامة فيها وعدم إبعادهم ب/٤١٢
٢٣٠	(305) - المسلمين أمة واحدة مهما تعددت الدول المسيطرة عليهم ب/٤١٣	- إبعاد الحربيین ب/٤١٤
٢٣١	(306) - الشریعة والقوانين ب/٤١٥	
٢٣٢		- الجنسیة في الشریعة ب/٤١٥
٢٣٢-٢٣٣	(307) - الذمیيون مواطنون لا يجوز إبعادهم، والأجانب المعاهدون يطبق عليهم مبدأ المعاملة بالمثل، والجنسیة علاقة سیاسیة ب/٤١٨	- الجنسیة علاقة سیاسیة، لكن الدين علاقة تكافل وأسموة تربط كل مسلم بالأمة الإسلامیة الكبرى ب/٤١٩

رقم البند	الصفحه	العنوان	الاصل	العاشرية
		الفصل الرابع		
		في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص		
٢٣٣	٤٢١	- تهديد تاريخي ب		
٢٣٤	٤٢٢	- أمثلة على عدم المساواة في القواليں الوضعية ب		
٢٣٥	٤٢٥	- بين القانون والشريعة ب		
٢٣٦	٤٢٥	- نظرية المساواة في الشريعة ب		
٢٣٧	٤٢٦	- المساواة بين رؤساء الدول والرعايا ب		
٢٣٨	٤٣١	- رؤساء الدول الأجنبية ب		
٢٣٩	٤٣١	- رجال السلك السياسي ب		
٢٣٣-٢٣٩	(309)	- نظرية مبدأ المساواة بين جميع البشر ب		
	(310)	- مبدأ المعاملة بالمثل في العلاقات الدولية يجب احترامه ب		
٢٤٠	٤٣٤	- أعضاء الهيئة التشريعية ب		
٢٤٠	٤٣٥	- عقاب القاذف دون تكينه من إثبات صدقه معناه إلزامه بالاتجاه للقضاء قبل أن يشيع تهمته في المجتمع ويشهر بغيره قبل أن يحكم		
٢٤١	(311)	- القضاء في هذا الاتقام ب		
٢٤٢	(312)	- قذف غير المصنفات يستوجب التعزير ب		
٢٤٣	(313)	- إعفاء أعضاء المجالس النيابية يحتاج إلى تقديره بشروط كبيرة ب		
٢٤١	٤٤١	- الأغنياء والفقراء ب		
٢٤١		- الكفاللة المالية لا تخل بمبدأ المساواة ، وإنما يكون الإحلال به في تقديرها ب		
٢٤٢		- الظاهرون في الجماعة ب		
٢٤٣		- المسلمين والذميين ب		
٢٤٢	٤٤٢، ٤٤٣	- المساواة أصل شرعي لعذر به . ومراعاة الظروف الشخصية عند الحكم بالتعريض عن الضرر لا يخل بها ب		
٢٤٤	(315)	- ميزة للشريعة ب		
٢٤٤	(316)	- شرعية النظم السياسية بقدر التزامها بأحكام الإسلام ب		

رقم البند**الصفح****الأصل الحاشية**

- أحكام شريتنا لصالح الأمة والمجتمع والأفراد لا لصالح المسيطرین
 من حكام الجور ب/ ٤٥٢ (317)
- جميع الأحكام الشرعية لها طابع ديني واجتماعي في نفس الوقت ب/ ٤٥٣ (318)
- دور رئيس الدولة أنه رمز جمیع السلطات التي يجب الفصل بينها
 لمنع الحكم الشمولي ب/ ٤٥٤ (319)
- هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم ب/ ٤٥٥ (245)
- مبدأ الشريعة في سریان الصووص الجنائیة على الأشخاص ب/ ٤٥٧ (246)
- (320) - المساواة في الحقوق الإنسانية مبدأً أساسی ب/ ٤٥٨ (246, 245)

بحث إضافي**للدكتور / توفيق الشاوي**

**الأصول الشرعية تلی المصادر في الأهمية ودورها في تجديد الفقه عموما
 والفقه الجنائی خاصّة وأسasها عالمیة الرسالة الخاتمة وشمولها.**

- (322) 1) الأصول الشرعية ب/ ٤٦٠
- 2) جميع الأحكام الفرعية متزمرة بالأصول الشرعية بما فيها أصول الفقه التي هي جزء منها ب/ ٤٦١ (323)
- 3) عبد القادر عوده سعها "نظريات شرعية" ب/ ٤٦٣ (325)
- 4) التدرج يبدأ بالعقائد أولا، ثم الأصول، ثم الفروع ب/ ٤٦٤ (326)
- 5) تشریعنا علم وفقه، وليس قانونا ب/ ٤٦٥ (327)
- 6) تشریعنا الجنائی محوره الحساب والجزاء العادل والکامل في الآخرة ب/ ٤٦٦ (328)
- 7) وحدة الدين السماء وختم الرسالة من أهم عقائidنا وأصول شريتنا ب/ ٤٦٧ (329)
- 8) أولى خصائص الرسالة الخاتمة أنها عالمية و شاملة لأمور الدنيا والآخرة ب/ ٤٧٠ (332)
- 9) أهمية ختم الرسالة عند الشاعر إقبال ب/ ٤٧١ (333)
- 10) ختم الرسالة معناه أن الإنسانية أعدت لتبلغ رسالتها ب/ ٤٧٢ (334)
- 11) فصل الدين عن الدولة تحریف في عقیدتنا، وليس مجرد موقف سياسي .. ب/ ٤٧٤ (336)
- 12) تشریعنا الجنائی هدفه التربة لا العقوبات ب/ ٤٧٥ (337)
- 13) تشرع التربة أغنانا عن الجدل حول الجبر وحرية الاختيار ب/ ٤٧٩ (341)
- 14) احتفالنا بختم الرسالة ب/ ٤٨٢ (344)

رقم البند	الصفحة	الأصل الحاشية
الباب الثاني الركن المادي للجريمة		
الفصل الأول الشروع في الجريمة		
٢٤٧	- منهاج البحث ب/٤٨٧	(348)
٢٤٧	- موضوعان في هذا الباب: الشروع والاشراك ب/٤٨٨	
٢٤٧	- فقهاؤنا اقتصرنا في بحث الشروع والاشراك على جرائم الحدود والقصاص ب/٤٨٩	(349)
٢٤٨	- الفقهاء والشروع في الجريمة ب/٤٩١	
٢٤٨	- لا تطبق العقوبات المقررة حدا أو قصاصا على الشروع ب/٤٩٤	(350)
٢٤٨	- نستبعد استعمال اصطلاح السلطة التشريعية ب/٤٩٥	(351)
٢٤٩	- أحكام الشريعة ملزمة بذاتها دون حاجة لتدخل سلطة الدولة إلا لتنفيذها ب/٤٩٦	(352)
٢٥٠	- المراحل التي تمر بها الجريمة وأيها يعد معصية ب/٤٩٧	
٢٥١	- الشريعة والقانون ب/٤٩٩	
٢٥١	- العقاب على الشروع ب/٤٩٩	(353)
٢٥٢	- لا عقاب على الأفعال التحضيرية ب/٥٠١	251-249
٢٥٣	- الشروع في الجرائم الخطيرة يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية ب/٥٠٢	(354)
٢٥٣	- أثر عدول الجان عن الفعل ب/٥٠٣	
٢٥٤	- العدول للتوبة ب/٥٠٤	
٢٥٤	- الشروع في الجريمة المستحبة ب/٥٠٧	
٢٥٤	- شريعتنا تشجع على التربية وجعلها سببا لاستبعاد العقوبة أو تخفيتها ب/٥٠٨	254-252
٢٥٥	- أحكام عديدة هدفها تشجيع التربية ب/٥٠٩	(355)

رقم البند	الصفحة		
	الأصل	الحاشية	
الفصل الثاني			
الاشتراك في الجريمة			
(357) ب/٥١٢	- صور الاشتراك ب/٥١١	٢٥٥
..... ب/٥١٣	- نوعان من المشاركة ب/٥١٢	٢٥٥	
(358) ب/٥١٤	- اهتمام وإهمال ب/٥١٣	٢٥٦
..... ب/٥١٥	- الشريك المباشر والشريك بالتسبيب ب/٥١٤	٢٥٦	
..... ب/٥١٦	- شروط الاشتراك العامة ب/٥١٥	٢٥٧	
المبحث الأول في الاشتراك المباشر			
(359) ب/٥١٧	- اشتراك المباشرين ب/٥١٧	٢٥٨
..... ب/٥٢٠	- 258- شرط العقاب على الفعل الأصلي وعقوبة الشريك المباشر ب/٥٢٠	٢٥٩	
..... ب/٥٢١	- عقوبة المباشرين ب/٥٢١	٢٥٩	
..... ب/٥٢١	- أثر ظروف المباشر على العقوبة ب/٥٢١	٢٦٠	
..... ب/٥٢١	- هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟ ب/٥٢١	٢٦١	
(360) ب/٥٢٣	- 261-259 - تعدد المباشرين وأثر الاعتبارات الشخصية ب/٥٢٣	٢٦١
المبحث الثاني في الاشتراك بالتسبيب			
(361) ب/٥٢٤	- الشركاء المتسببون ب/٥٢٤	٢٦٢
..... ب/٥٢٤	- شروط الاشتراك بالتسبيب ب/٥٢٤	٢٦٣	
..... ب/٥٢٨	- علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة ب/٥٢٨	٢٦٤	
..... ب/٥٢٩	- 264- شروط العقاب على الاشتراك (بالتسبيب) ب/٥٢٩	٢٦٤	
(362) ب/٥٣٠	- فقهنا يعْدُ الاشتراك معصية في ذاتها ب/٥٣٠	٢٦٥
..... ب/٥٣١	- هل يكون الاشتراك بعمل سلبي؟ ب/٥٣١	٢٦٥	
..... ب/٥٣١	- عدول الشريك وأثره ب/٥٣١	٢٦٦	
..... ب/٥٣٢	- عقوبة الشريك المتسبب ب/٥٣٢	٢٦٧	
(363) ب/٥٣٤	- 267- المساعدة بالامتناع - والعدول ومرنون العقوبات وتوعتها ب/٥٣٤	٢٦٧
..... ب/٥٣٥	-أخذ الشريك بقصده الاحتمالي ب/٥٣٥	٢٦٨	
..... ب/٥٣٥	- أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب ب/٥٣٥	٢٦٩	

رقم البند	الصفحة	الأصل	الحاشية
٢٧٠	– ظروف الشريك الخاصة ب/٥٣٦		
٢٦٨-٢٧٠	– مسؤولية المتسبب في الجريمة عن آثارها الاحتمالية ومرونة التعازير واتساعها أديا إلى إمكان ت نوع العقوبة على الاشتراك ب/٥٣٧ (364)	٥٣٧	
٢٧١	– بين الشريعة والقانون ب/٥٣٨		
٢٧٢	– العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة ب/٥٣٨		
٢٧١،٢٧٢	– مبدأ من اشتراك في جريمة فعليه عقوبتها مقصور على التعازير ب/٥٤٠ (365)		
٥٤١	– الفهرس ب/٥٤١ (366)		

ب

رقم الإيداع: ٢٠٠٠ / ١٩٣٤١
الترقيم الدولي: I.S.B.N. 977 - 09 - 0681 - 6

مطبع الشروق

القاهرة : ٨ شارع نسيبة المصري - ت: ٤٠٢٣٢٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
(٠١) ٨١٧٧٦٥ - فاكس: ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - ص.ب: ٨٠٦٤ - هاتف: ٨١٧٧٦٥
بيروت : (٠١)

الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي

• هذه هي الطبعة الثانية متحفظة وموسعة من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي المجلد الأول للقاضي الفقيه عبد القادر عوده الذي خصصه للقسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو أول فقيه يتتصدى لإعداد هذه الدراسة في فقهنا، حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أي دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءاتها وأحكامها وعقوباتها. وتبيّن لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاماً التي مضت منذ صدور كتاب القاضي عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية في الفقه الجنائي.

• وهأنذا أقدم القسم العام أملاً أن يشارك أكبر عدد من زملائي من الأساتذة والباحثين المتخصصين في دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التي تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقادس بعدد الأساتذة والباحثين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجحة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هي شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هي ثمرة جهود متكاملة من أجيال متواتلة من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليس مجرد تقنيات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوي

الموسوعة العصرية في الفقه البنائي الإسلامي

سلاسل

كتاب عبد القادر عوده

مع تعلیقات آیة الله السيد اسماعیل الصدر

وآراء للدكتور توفیق الشاوی والمشارکین

الجزء الثالث من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي

مركز السنفورة

**الموسوعة العصرية
في
الفقه الفقاهي الإسلامي**

الطبعة الأولى

٢٠٠١ - ١٤٢٢ م

جامعة جنوب الوسطى

دار الشروق

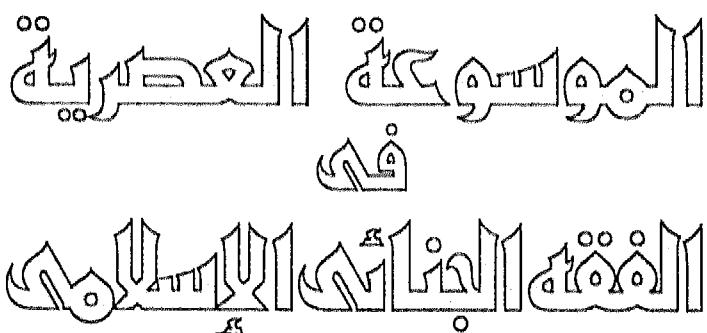
أسيوط - مصر - عام ١٩٦٨

القاهرة: ٨ شارع سيفويه المصري -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص. ب: ٣٣: البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: dar@shorouk.com

كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوي والمشاركين



الجزء الثالث من المجلد الأول
من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي

مركز السنفورة

دار الشروق

مقدمة

الركن الثاني في كل جريمة هو ما يتوافق لدى الجان من عمد أو خطأ.. وفي هذا الجزء يتسع نطاق البحث ليشمل موضوع المسؤولية من حيث أساسها وشروطها ودرجاتها وأثر الجهل والخطأ والنسيان عليها وكذلك رضا المجنى عليه.

ويدخل في نطاق المسؤولية دراسة علاقة السببية بين الفعل والنتيجة المعقاب عليها في الجرائم التي فيها يشترط العقاب عند وقوع نتيجة معينة.

ومن أهم نقاط هذا الموضوع ارتفاع المسؤولية الجنائية أو انعدامها لوجود سبب من أسباب الإباحة التي توسيع فقيهنا في دراستها.

ولفقينها رأى خاص تقييد، وهو عدُّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نوعاً من أنواع الدفاع الشرعي عن المجتمع وصلاحه. وموضوع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يستحق مناعناية خاصة لأنَّه خاص بشرعتنا، ومن مميزاتها بسبب طبيعتها الدينية وصلة حكامها الوثيقة بالأخلاق، وتضامن جميع أفراد المجتمع في الدفاع عن مقوماته وقيمته ونظامه.

وقد توسعنا في مناقشة رأيه في موضوع الإهدار لأنَّ لنا رأياً خاصاً يخالف ما ذهب إليه، وما نسبه لجمهور الفقهاء من أسلافنا، وأولى حالاته إهانة النفس والمال في حالة الحرب، وكل ما يتعلق بالنسبة لأثر حالة الحرب يليها ارتكاب فعل يوجب عقوبة حدية أو مقدرة مفروضة شرعاً.

وسرى القارئ أننا غيَّرْ الإهدار الكامل في هاتين فقط، مما توافر حالة الدفاع عن النفس أو الوطن في حالة الحرب أو الجهاد، وكذلك حق القضاء الكامل في تطبيق الجزاءات الجنائية المقررة شرعاً.

وفيما عدا ذلك فإننا نَعَدُ الإهدار بالنسبة للأفراد نسبياً فقط، بمعنى أنه يكون لهم فقط الحق في رفع الأمر للقضاء.

وقد عرضنا بالتفصيل وجهة نظرنا في أنَّ الفرد لا يجوز له توجيه عقوبات جنائية، حق لو كانت حداً أو قصاصاً، وحق لو كان هو المجنى عليه. وللموضوع أهمية في حالة ما إذا لو عجزت السلطة العامة أو امتنعت عن القيام بواجبها في محاكمة الجان ومجازاته.

ونظرية المسئولية تثير جدلاً كبيراً حول مدى قدرة الإنسان بحرية الاختيار. وهذا الموضوع يسمى في فقهنا موضوع الجبر والاختيار الذي له جوانب فلسفية وعقدية، لذلك أضفنا بحثاً تكميلياً للدراسة هذه الناحية، لأننا نعتقد أن مسئولية الإنسان هي من أهم خصائص بني آدم التي عجزت عن حلها السموات والأرض والجبال، وجعل الحساب الكامل عليها يوم الدين.

ولما كان الإيمان بالحساب والجزاء الأخرى أمام الله سبحانه وتعالى من أركان عقيدتنا الدينية، فإن المسئولية الجنائية في الدنيا أمام القضاء تكون مكملة ومهددة للمسئولية الأخروية، وهذا أثره فيما يتعلق بالتوبة وما يتربّ عليها في رفع المسئولية حتى كانت جادة ونصولاً.

وتكميلة لهذا البحث، ترجمنا ملخصاً للتقرير الشامل الذي قدمه أستاذنا السنهوري إلى مؤتمر القانون المقارن عام ١٩٣٧ بعنوان "المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية"، ونشره بالفرنسية في مجلة القانون والاقتصاد بعد ذلك بعده سنوات في سنة ١٩٤٥.

وانتهزنا الفرصة لترجمته إلى العربية فيما يتعلق بالمسئولية الجنائية وأضفنا أبحاثاً إلى هذا الجزء في نهايته.

الباب الثالث (من الكتاب الأول)

الركن الأدبي

٢٧٣ - عوده موضع البهت : سنتكلم في هذا الباب على موضوعين : أو هما، المسئولية الجنائية، وثانيهما، ارتفاع المسئولية الجنائية. وسنخصص لكل موضوع فصلاً خاصاً.

الفصل الأول

في المسئولية الجنائية

٢٧٤ - موضع البهت : سنتكلم في هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية، وعلى محل المسئولية الجنائية، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها، ثم على قصد العصيان أو القصد الجنائي، وعلى أثر الجهل والخطأ والسيان على المسئولية، وعلى أثر الرضاء على المسئولية، وعلى الأفعال المصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية. وسنخصص لكل موضوع بحثاً خاصاً.

المبحث الأول

في أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ - عرض تاريخي للمسئولي الجنائية :

أولاً : في القوانين الوضعية: كانت القوانين الوضعية في العصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية^(١) تجعل الإنسان والحيوان بل والجماد مملاً للمسئولية الجنائية. وكان الجماد يعاقب كالميوا عن مناسب إليه من أفعال ضارة، كما يعاقب الإنسان على ما يسبب إليه من أفعال محمرة. وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء، ولم يكن الموت من الأسباب التي تغفر للميت من المحاكمة والعقاب. ولم يكن الإنسان مسؤولاً جنائياً عن أعماله فقط، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الغير، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير؛ فكانت العقوبة تستعدى الجرم إلى أهله وأصدقائه، وتصيبهم كما تصيبه على الرغم من أنه هو وحده الجاني وهم البراء من جنائته. وكان الإنسان يُعَذَّب مسؤولاً جنائياً عن عمله، سواءً أكان

(١) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما بعد .

عادة رجلاً أم طفلاً مميزاً أم غير مميز، وسواء كان مختاراً أو غير مختار، مدركاً أو فاقد الإدراك.

وكانت الأفعال المحرمة لا تعين قبل تحريرها، ولا يعلم بها الناس قبل مؤاخذتهم عليها. وكانت العقوبات التي توقع غير معينة في الغالب، يترك للقضاء اختيارها وتقديرها؛ فكان الشخص يأتي الفعل لم يحروم من قبل، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب، ولو لم يكن أحد عوقب من قبل على هذا الفعل، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريره من قبل. وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافاً ظاهراً، لأن اختيار نوعها وتقدير كمها متترك 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 المسئولية المادية التي كانت تسسيطر على القوانين الوضعية، والتي تنظر إلى الصلة المادية البحثة بين الجاني والجناية، وبين الجاني وغيره من أهله والمتصلين به، ولا تحسب حساباً لملكات الجاني 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 تحل محلها من ذلك حين مبادئ جديدة، تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والاختيار أساساً للمسئولية؛ فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية، وأصبحت العقوبة شخصية لا تصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين، وارتفعت المسئولية عن المكره، وفقد الإدراك، وأصبح من المبادئ الأساسية في القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، وأن لعقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين، وقيدت حرية القضاة في اختيار العقوبة وتقديرها.

ثانياً : في الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئاً قليلاً عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطأ، إن كل هذه المبادئ الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا في القرن التاسع عشر والقرن العشرين، قد عرفتها الشريعة من يوم

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما بعد.

عوده وجودها، وإنما من المبادىء الأساسية التي تقوم عليها الشريعة. فالشريعة لا تعرف مثلاً للمسؤولية إلا للإنسان الحلى المكلف، فإذا ما سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلاً للمسؤولية.

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يعفى منه الرجال، لقوله تعالى : **(وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم)** [النور:٥٩]. ولقول الرسول ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حق يحتمل، وعن النائم حق يصحو، وعن الجنون حق يفتق". والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك، لقوله تعالى : **(إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان)** [التحل: ١٠٦]. وقوله تعالى : **(فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه)** [البقرة : ١٧٣]. ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكروهوا عليه".

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية : **(إلا تزر وزرة وزر أخرى *** وأن **ليس للإنسان إلا ما سعى)** [الجم : ٢٩،٣٨]. فلا يسأل الإنسان إلا عن جنابته، ولا يؤخذ بجنابية غيره منها كانت صلته به.

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية، أن كل ما لم يحرم فهو مرخص لا عقاب على إتيانه، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالحرم، أما ما قبل ذلك فيدخل في قوله تعالى : **(عفا الله عما سلف)** [المائدة: ٩٥].

وليس للقضاء في الشريعة الإسلامية أى شيء من الحرمة في اختيار العقوبة أو تقديرها في جرائم الحدود والقصاص. أما التعازير، فلهما فيها حرمة مقيدة. لهم أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة، وهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حددين بما يتناسب مع ظروف الجريمة وال مجرم، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التي وضعها أو يضعها أولو الأمر.

هذه هي المبادىء الخديئة التي ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها في القرن الماضي، قد عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية بالي عشر قرناً. ومن المؤلم حقاً أن يجهل أكثر رجال القانون في البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية، وأن يخيل إليهم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هي أول ما استحدث هذه المبادئ التشريعية.

273 - نظرية المسئولية وأصولها الشرعية :

إننا لَعْنَهَا هذا الباب جزءاً ثالثاً من أجزاء القسم العام وموضوعه "المُجْرُم"، إلى جانب الجزء الأول المتعلق "بالمُجْرِمَة"، والجزء الثاني المتعلق "بِالْعَقُوبَة". إلا أننا نلتزم بما سار عليه الشهيد من تقديره كباب ثالث في الجزء الأول تحت عنوان "الركن المعنوي" باعتبار أنه الركن الثالث للجريمة (التي هي موضوع الجزء الأول) حيث انتهينا من الركن الشرعي والركن المادي.

والموضوع الذي يشتمل عليه هذا الباب يدور حول مسئولية الشخص "المُجْرُم" عن الجريمة – ولذلك يشتمل على فصلين :-

الأول : في المسئولية الجنائية عموماً – ويشتمل على أربعة "مباحث".

والثاني : في موانع المسئولية وعوارضها – ويشتمل على "مباحثين" فقط.

* * *

لقد بيّن القرآن الكريم بنص صريح أن الله سبحانه وتعالى قد ميّز آدم "وذريته من بعده" بالاختيار (الإرادة) والمسئولية – أي تحملُّ الجزاء المترتب على أفعاله الاختيارية – وذلك في قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأُمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَيْنَ أَنْ يَعْمَلُنَّهَا وَأَشْفَقُنَّهَا إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا...﴾ [الأحزاب: ٧٢].

في نظرنا أن الأمانة التي تحملها الإنسان دون غيره هي مسئوليته عن أفعاله الاختيارية. ومن أجل ذلك منحه الله تعالى إرادة حررة للاختيار بين طريق الخير والشر. ويتتج عن هذا الأصل الشرعي أن الإنسان المخاطب بالأحكام الشرعية هو المكلّف. وشروط التكليف هي : حرية الإرادة، والرشد العقلي، ونسبة الفعل للمسئول عنه، وإمكانية علمه بالأمر التكليفي الذي يستحق الجزاء إذا خالفه.

هذا الأصل الإسلامي هو قمة التطور في مسيرة البشرية ونظمها التي لم تصل
القوانين الأخرى إلى مستوى إلا بعد تطورات عديدة استعرضها الشهيد وأشار إليها
في هذا البند. ونحن نلاحظ إشارته إلى أن ما حقيقته القوانين الوضعية من تقدم نحو
المبادئ الجديدة قد سبقتها إليها شريعتنا بقرون كثيرة .

٢٧٦ **عدده**
عليها :

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر باجتنابها أو ينهى عنها، لأن في إياها أو تركها ضرراً بنظام الجماعة أو بعاقبادها أو بحياة أفرادها أو بامواطنهم أو باعراضهم أو بمشاعرهم، أو بغير ذلك من الاعتبارات التي تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها. والأفعال التي تمس مصالح الأفراد تنتهي بمساس مصلحة الجماعة ونظامها. للأفعال التي تحرم إذن لم تحروم 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 بالتفع كالسرقة وخيانت الأمانة والرشوة، فإنما تعود على الجاني بالكسب، وكالزنا فإنه يعود على الزاني باللدة وإطفاء الشهوة، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالدلة والعار. فهناك فوائد متحققه تعود على الجاني من ارتكاب الجريمة، ولكن هذه الفوائد التي قد يصيغها الجاني من جريمته تؤدي إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وإنخلال نظامها، ولتلقي هذه النتائج حرمت هذه الأفعال؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظها لنظامها من التفكك والانحلال.

والأفعال المحرمة بعضها يُعد بطبعته جريمة؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا، وبعضها لا يُعد بطبعته جريمة، ولم يحرمه الشارع لأنه يمس الشرف أو يُؤذى الأخلاق، وإنما حرمه لأن في إياحته إضراراً بالجماعة، كتحريم حمل السلاح، وتحريم الانتقال من محل موبوء بمرض مُعد إلى محل غير موبوء، وتحريم الامتناع عن تلقى العلم؛ فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها. وإذا كانت الأفعال تحرم لمصلحة الجماعة، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بص康ها ونظامها. ولما كانت العقوبة هي أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام، فإن العقوبة لهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها. ومثل العقوبة في هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة في حماية الجماعة من الإجرام وال مجرمين.

(١) راجع الفقرة ٤٣

عوده وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية، فإن كل ضرورة تقدر بقدره؛ 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.
وتعُد العقوبة محققة لمصلحة الجماعة كلما بعثت عن الإفراط والتفريط، وهي تعُد كذلك كلما توافرت فيها العناصر الآتية :

- ١ - أن تكون العقوبة بحيث تكفي لتأديب الجاني وكفه عن معاودة الجريمة، وأن تكون بحيث يستطيع القاضي أن يختار نوع العقوبة الملائمة لشخصية الجاني، وأن يقدر كمية العقوبة التي يراها كافية لتأديبه وكف أذاه. وهذا يتضمن نوع العقوبات، وتعددتها للجريمة الواحدة، وجعل العقوبات ذات حدود ليستطيع القاضي أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى^(١).
- ٢ - أن تكون العقوبة كافية لزجو الغير عن ارتكاب الجريمة، بحيث إذا فكر في الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة. وهذا يتضمن أن تكون أنواع العقوبات وحدودها العليا بحيث تنفرد من الجريمة.
- ٣ - أن يكون هناك تنااسب بين الجريمة والعقوبة، بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة؛ فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادلة، ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ. ولقد عاقبت الشريعة مثلاً على السرقة بقطع اليد، ولكنها لم تتعاقب على القذف بقطع اللسان، ولم تعاقب على الزنا بالخصاء، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص، ولكنها لم تتعاقب على إتلاف الأموال بالقصاص.
- ٤ - أن تكون العقوبة عامة، بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على من ارتكبها، فلا يعفى منها أحد لمركته أو لشخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات. والعقوبة التي توافر فيها العناصر السابقة هي العقوبة العادلة، ولا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار، فإذا لم يكن الجاني مدركاً أو مختاراً فلا عقاب كفاعدة عامة. فالجرون لا يقتضى منه إذا قتل غيره، ولا يجلد إذا زنا وهو غير محسن،

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة في كل الجرائم، إلا جرائم الحدود والقصاص، وقد بينا علة ذلك في الفرات من ٤٠ إلى ٤٤ .

عودة وكذلك الصغير الذى لم يميز. ولكن امتناع العقوبات العادلة لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية (وقاية) نفسها بالوسائل التي تراها كافية أو ملائمة. فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الاتصال به إذا قتل، فإنه يمكن أن يوضع في ملجأ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات. والمحنون إذا لم يمكن عقابه، فإن من الممكن حماية (وقاية) الجماعة من شره بوضعه في مستشفى. وهكذا، إذا امتنع عقاب الجانى بالعقوبات العادلة، وكان من الضرورى ابقاء شره وحماية الجماعة منه، فإن للجماعة أن تستخد من الوسائل (الاحترازية) ما تهمى به نفسها من شر الجانى ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه، كان تضعه في ملجأ أو مستشفى أو مدرسة على أمد محدود أو غير محدود، بحيث لا يخرج منه إلا إذا أمن شره أو صلح حاله. وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعنى الشريعة تعازير (وقائية)، فهي عقوبات ولكنها غير عادلة أو هي عقوبات خاصة. والمقصود منها أساسا هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضا التأديب وإصلاح الجانى كما في حالة الصغار.

ويعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادى بأن الله -جل نبأه وقدست اسماؤه - خلق العباد وخلق الموت والحياة، وجعل ما على الأرض زينة لها ليسلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملا، وأنه تعالى هيا لهم أسباب الابتلاء في أنفسهم وفي خارج أنفسهم. فاما في أنفسهم، فقد خلق لهم العقول، والأسماع، والأبصار، والإرادات، والشهوات، والقوى، والطبائع، والحب، والبغض، والميل، والسنفور، والأخلاق المتضادة المقتصدة لآثارها اقتضاء السبب لسببه. وأما في خارج أنفسهم، فقد خلق لهم المنافع والمعانى التي تحرض النفوس عليها وتشناس في الوصول إليها، كما خلق لهم من المعانى والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها. ولم يستدرك الله جل شأنه الناس ودواعى أنفسهم وطالعهم، بل ركب في فطرتهم وعقولهم معرفة الخير والشر والنافع والضار والألم وللذة ومعرفة أسبابها، ولم يكتف بمجرد ذلك حق عرّفهم به مفصلا على السنة رسله، وقطع معاذير الناس بأن أقام على صدق رسالته من الأدلة والبراهين مالا يبقى معه لهم عليه حجة، «ليئلوك من هلك عن بيته، ويحيى من خى عن بيته» [الأناقال : ٤٢]. وصرف لهم طرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب، وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال، وmekتهم من القيام بما أمرهم به وترك ما هاجهم عنه غاية التمكين وأعفهم عليه بكل سبب، وسلطهم على قهر طباعهم، وأرشدهم إلى التفكير والتدبر وإيثار ما تقضى به عقوفهم، وأكمل لهم دينهم

عوذه **وأتم عليهم نعمته بما أوصلهم إليه على ألسنة رسليه من أسباب العقوبة والمشوبة وبالبشرارة والتذكرة والرغبة والرعب، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه في دار الدنيا ليكون علما وأمراة لتحقق ما آخره عنهم في دار الجزاء والثواب، ويكون العاجل مذكرا بالآجل. وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدائهم وأموالهم وما يضر بأفراهم وجماعتهم ونظامهم، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطماعهم ويرد عدوائهم وينزع ظالمهم، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئا، وإن عصوا فقد حقت عليهم العقوبة بغضائهم وعدوائهم، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما يتظرون من عقاب، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارون مدركون^(١).**

أما ما لم يكن مدركا أو مختارا فلا عقاب عليه؛ لأن المكلف ياتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهي، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلا. كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصى أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم^(٢).

وسنعرض على القارئ أنواعاً مما يقوله الفقهاء في تعلييل عدم العقاب في هاتين الحالتين. وهذا القول لأبي الحسن الأمدي صاحب كتاب "الإحکام في أصول الأحكام"، قال: ^(٣) "اتفق العقلاء على أن شرط المكلف^(٤) أن يكون عاقلاً فاما للتکلیف، لأن التکلیف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، كالمجامد والبهيمة".

"ومن وجد له أصل الفهم للأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ومقتضياً كالمجامد والبهيمة، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعدى تكليفه أيضاً إلا على رأي من يحيز التکلیف بما لا يطاق؛ لأن المقصود من التکلیف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله".

"وأما الصي المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز، غير أنه أيضاً غير فاهم على الكمال 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 عليه

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢١٦، ٢١٤.

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٨٣، ٨٤، ٩٠، ٨٤، فواتح الرحمن ج ١ ص ١٤٣ وما بعدها، وص ١٦٦، أصول الفقه للحضرى ص ١٩٩ وما بعدها.

(٣) الإحکام في أصول الأحكام للأمدي جـ ١ ص ٢١٥ وما بعدها.

(٤) المكلف هو الشخص الذي يوجه إليه الأمر والنهي.

عوده مقصود التكليف، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف. وإن كان مقارباً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفياً، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تحقيقها عليه، ودليله قوله عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حق يبلغ، وعن النائم حق يستيقظ، وعن الجنون حق يفيق".

"وعلى هذا، فالغالل عمما كلف به والسكران المتخطط لا يكون خطابه وتکلیفه في حالة غفلته وسکرته أيضاً، إذ هو في تلك الحالة أسوأ حالاً من الصبي المميز فيما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله".

"واختلفوا في المسجوا إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسعه تركه في جواز تکلیفه بذلك الفعل إيجاداً وعدماً. والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه، كان تکلیفه به إيجاداً وعدماً غير جائز إلا على القول بتکلیف مالا يطاق، وإن كان ذلك جائزًا عقلاً لكنه ممتنع الواقع سعماً لقوله عليه السلام: "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". والمراد منه رفع المؤاخذة ... وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار، فهو اختيار تکلیفه جائز عقلاً وشرعًا". هذه هي نظرية المسئولية في الشريعة الإسلامية. وظاهر مما سبق أنها تقوم على

أساسين :

أو همما : - أن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها؛ فهي ضرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة، وكل ضرورة تقدر بقدرتها. فإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استصال الجرم استحصل منها: إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو يصلح حاله.

ثانيهما : أن العقوبة العادلة 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 يعني الجماعة من أن تخمي نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة "الوقائية" الملائمة لحاله وحال الجماعة، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال العقاب.

276 - أساس الجزاء الجنائي: العقوبات وتدابير الوقاية والتعازير الوقائية :

الجزاء في شريعتنا نوعان : أولهما، جزاء إلهي ديني. والثاني، جزاء دنيوي قضائي اجتماعي. وأساس الجزاء الديني هو عقيدة الإيمان بالله واليوم الآخر. لذلك، فإن المسئولية العامة النهائية هي يوم الحساب الأخروي بعد البعث والنشور. والأصل في شريعتنا هو الإباحة، فلا عقاب إلا على الأفعال التي حرمتها الله، والجزاء الأخروي شامل لكل الحسنات والسيئات.

لكن الجزاء الجنائي هو جزاء دنيوي قضائي اجتماعي، لا يكون مستحقاً في الدنيا إلا على عدد محدود من الأعمال بسبب خطورتها على المجتمع وما تحدثه من ضرر بأمن الجماعة وسلامتها، الأمر الذي يجعلها مخالفة للقيم الأخلاقية، لذلك يتکفل الشارع بالنص عليها مقدماً طبقاً للمبدأ الذي أشرنا إليه في دراسة الركن الشرعي والذي يعبر عنه بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بتص" ، على التفصيل الذي أشرنا إليه فيما يتعلق بالنصوص المقررة للحدود والقصاص (في الكتاب والستة) والنصوص المقررة للتعازير (في الفقه والتلقين).

لهذا السبب، فإن توقع الجزاء الجنائي هو إجراء اجتماعي استثنائي ببرته الضرورة، وله شرط تحول دون التوسيع فيه بصورة تهدد حقوق الإنسان وحرياته وحرياته الأساسية.

وقد بين فقيهنا العناصر التي تستوجب ضرورة العقوبة التعزيرية - لحماية المجتمع وسلامته - واستطرد لتسويغ ما يُعد في عصرنا من "تدابير وقائية" تحيز شريعتنا للمجتمعتخاذها في نطاق التعازير، لمنع وقوع الضرر على المجتمع من أفعال منسوبة لأنشخاص لا توافر لديهم شروط الأهلية للتکلیف والمسئولة أو العقوبات الجنائية، مثل عديي الأهلية أو ناقصيها. وهذا يدل على أن فقيهنا قد سبق التشريعات العصرية التي لم تعرف هذه التدابير "الوقائية" إلا في عصور متاخرة، أما فقهاؤنا فقد أدخلوها في نطاق التعازير، ولم يضعوا لها تسمية خاصة بها، ولذلك فإن فقيهنا يصفها دائماً بأنها عقوبات مع أنها ليست كذلك، ونلاحظ أنه تردد في ذلك، فوصفها بأنها "عقوبات خاصة" ، أو أنها "غير عادلة" ، والصواب أنها تدابير احترازية أو وقائية وليس عقوبات، وإن كانت تدخل في نطاق التعازير التي هي ليست كلها عقوبات.

أساس الجزاء الجنائي مصلحة المجتمع دائمًا :

كما ألمّه هنا يؤكد ما قلناه من قبل دائمًا بأن الأفعال التي تمس مصالح الأفراد تنتهي بمساس مصلحة الجماعة وأمنها ونظامها - فالأفعال التي تحرم لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة، وسوف نؤكد ذلك عند معارضتنا لما يقوله البعض بأن هناك جرائم تمس مصالح الأفراد وأخرى تهدىء مصالح الجماعة؛ لأن الصواب في نظرنا أن جميع الجرائم تضر بمصالح الجماعة، ولا توجد جريمة يجوز القول بأنها تضر بمصلحة الفرد فقط.

الجناية في القوانين الوضعية: وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت النظرية التي بسطناها منذ ثلاثة عشر قرنا ولم تعرف غيرها، فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة. فقبل الثورة الفرنسية كانت المسئولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية، ومقتضاها العقاب على أي فعل أيا كان مرتکبه، وبغض النظر عن صفتة وحالته. وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والجانين.

وبعد الثورة الفرنسية^(*) قامت المسئولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار. ويسمى هذا المذهب بالذهب التقليدي. وخلاصته، أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار، وأن الإنسان وحده هو الذي تتوافر فيه هاتان الصفتان، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما، ومثل هذا الشخص هو الذي توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع. فأساس المسئولية هو الإدراك والاختيار، والعقوبة مفروضة ضمناً لتنفيذ أمر الشارع، وجاء عادلاً على مخالفته.

وبعد أن ساد المذهب التقليدي زمناً، ظهر المذهب الوضعي، وهو قائم على فلسفة الجبر، وخلاصته أن الجرم لا يأتى الجريمة مختاراً، وإنما يأتيها مدفوعاً إليها بعوامل لا قبل لها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجثمانى. وإذا كان الجاني لا يختار له في ارتكاب الجريمة، فقد امتنع عقابه طبقاً للمذهب التقليدي، ولكن يمكن عقابه إذا حدثت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحاليتها، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختاراً أو غير مختار، مدركاً أو غير مدرك، عاقلاً أو مجنوناً، وإنما تختلف العقوبة التي تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته. وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب، ومنها القانون السوفيتي الصادر في 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

(*) ظاهر من الامثل رقم (١) فيما بعد أن تضخم آثار الثورة الفرنسية نقله فقيهنا عن كتاب الأستاذ على بدوى الذي نقله بلا شك عن بعض الكتب الفرنسية، وتراجع حاشيتنا على هذا البند ٢٧٧ فيما بعد.

عوده مهما كان اختياره محدوداً فإن لإرادته دخلاً في الجريمة. ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى، وهي أن للمشرع أن يحمي الجماعة من إجرام الأشخاص الذين يمتنع عقابهم لأنعدام إدراكم أو اختيارهم، بأن يتخلد معهم إجراءات (وقائية) خاصة مناسبة لحالتهم. وهذا المذهب هو الذي يسود القوانين الوضعية اليوم^(١).

ويلاحظ أن المذهب القانوني الأخير يؤدى إلى نفس النتائج التي يؤدى 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 بأى وجه من وجوه المزاحدة. والشريعة الإسلامية، وإن كانت تجعل أساس المسؤولية الجنائية الإدراك والاختيار، والمدرك المختار مسؤولاً كلما خالف أمر الشارع، وتُعدُّ فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول، إلا أنها تجعل العقاب (المجاز) ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جنائياً بالعقوبة (أو التدابير الوقائية) التي تحمى الجماعة منه، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك.

ويجب الا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عُرفت منذ القرن السابع الميلادى، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا في القرن العشرين، وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أساس حديث لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه إنه يخالف الواقع .

(١) القانون الجنائي لعلى بدوى ص ٣٣٥، ٣٣٦.

عوده

٥٧٨. **معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة:** معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانها ومتائجها. فمن أتى فعلاً محراً وهو لا يريده كالمكره أو المغubi عليه لا يُسأل جنائياً عن فعله، ومن أتى فعلاً محراً وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضاً عن فعله.

فالمسؤولية الجنائية في الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتي الإنسان فعلاً محراً. ثانيها : أن يكون الفاعل مختاراً. ثالثها : أن يكون الفاعل مدركاً^(١). فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسؤولية الجنائية، وإذا انعدم أحدها انعدمت.

٥٧٩. **معنى المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية :** معنى المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية. وأسس المسؤولية في القوانين هي نفس الأسس التي تقوم عليها المسؤولية في الشريعة، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التي تقيم نظرية المسؤولية على فلسفة الجبر، وعدد هذه القوانين محدود.

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية^(٤)، فقد كان للمسؤولية الجنائية في ذلك الوقت معنى آخر، وهو أن يتحمل الفاعل أيّاً كان نتيجة فعله سواء كان إنساناً أو غير إنسان، مختاراً أو غير مختار، مميزاً أو غير مميز؛ فكان أغلب القوانين الوضعية تسير الآن في نفس الطريق الذي سلكته (بدأته) الشريعة الإسلامية (قبلها منذ ثلاثة عشر قرناً).

(١) اختارنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز، لأن الفقهاء يجعلون التمييز أدنى درجة من الإدراك.
(*) تراجع حاشيتنا على البد ٢٧٧.

²⁷⁷ - 279 - التهـة، بين متطلبات الدفاع الاجتماعي، الذي يكتـ تداـهـ المـ قالـة،

ومبدأ الاختيار الحر كأساس أخلاقي للمسؤولية في الشريعة والقوانين الوضعية:

في مقارنته بين أحكام الشريعة والقوانين "العصرية"، يشير إلى أن فقهنا قد جمع بين مقصدين أساسين هما الدفاع عن المجتمع الذي استوجب في نظرهم اتخاذ تدابير لسلوقياً من التصرفات الضارة حق ولو كان من يرتكبها من غير المكلفين شرعاً - وذلك بصفة استثنائية - إلى جانب الأصل العام وهو أن المسئولية الأخلاقية والعقوبة الجنائية تقع على المكلفين وحدهم الذين يتوافر لهم العقل وحرية الإرادة والاختيار.

وقد انتقد الفلسفات الأوروبية المتناقضة في الفقه الأوربي لأن بعضها كان يكتفى بالقول بأن الاختيار والمسؤولية الأخلاقية هو أساس وحيد وشرط للمسؤولية ويسوغ الجزراءات الجنائية، ويتجاهلون ضرورات وقایة المجتمع من الأفعال التي تقع من غير المسؤولين أخلاقياً - في حين أن البعض الآخر منها يرجح الآن ضرورة الدفاع الاجتماعي الذي يستوجب توقيع جزاءات على من لا تتوافق فيه شروط المسؤولية الأخلاقية والأهلية للتکلیف، ويتجاهل الجانب الأخلاقي الذي هو الأصل العام في الجزراء الجنائي.

أما فقهاؤنا، فقد أراحونا من هذا التذبذب بين الاتجاهين المتناقضين في الفقه الأوروبي، لأفهم منه البداية جمعوا بين هذين الأساسين في نطاق التعزير الذي وسعوه ليدخل في نطاقه تدابير وقائية أو احترازية لا تُعد عقوبة جنائية متوقفة على المسئولية الأدبية والأخلاقية وتستلزم الأهلية الالزمة لتحمل تبعات العقاب الجنائي. وكل ما نلاحظ عليه أنه لم يستعمل اصطلاح إجراءات الوقاية، بل إنه وصفها بأيام نوع من العقوبات، وحاجته أن أسلافنا سموها تعازير، ناسيًا أن كلمة تعازير عندهم لم تكن مرادفة للعقوبات كما يفهم كثيرون (ومنهم فقيهنا بكل اسف).

المهم هنا أنه حرص على تأكيد أن ما توصلت إليه القوالين العصرية أخيراً فيما يتعلق بالأساس الأخلاقي للمسؤولية الجنائية مع جواز التدابير الوقائية في حالات معينة، يتفق مع ما سبقت إليه شريعتنا وقررته - في نطاق التعازير - قبل ذلك بقرون طويلة؛ فلها فضل السبق إلى الجميع بين هذه المقاصد والتوفيق بينها برغم أن المذاهب الفلسفية الأولى المختلفة ما زالت تتدلي بینها.

الفرنسيون في كتبهم يغالون في نسبة كل شيء جديد لثورتهم

· وبعض أساتذتنا يتبعونهم في ذلك :

ويؤسفنا أن المراجع القانونية المصرية التي استمد منها معلوماته عن تطور القوانين الوضعية تأثرت كلها بالاتجاه الفرنسي الذي يجعل الثورة الفرنسية هي بداية كل تطور عصري ... وتتجاهل ما تميزت به القوانين الألمانية والإنجليزية ... في عصر النهضة الأوروبية. وتنسى أن الفرنسيين في كتبهم يغالون في نسبة كل شيء جديد لثورتهم.

المبحث الثاني في محل المسؤولية الجنائية

٤٨٠ **الإنسان محل المسؤولية :** وما كانت الشريعة الإسلامية تشرط 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 مهلاً للمسؤولية الجنائية لأنعدام الإدراك والاختيار.

ومحل المسؤولية هو الإنسان الحي، فلا يمكن أن يكون الميت مهلاً للمسؤولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه و اختياره، ولأن القاعدة في الشريعة أن الموت يسقط التكاليف. وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسؤولية الجنائية، فإن توافر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسؤول عاقلاً بالغاً مختاراً. فإن لم يكن كذلك فلا مسؤولية عليه؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركاً ولا مختاراً، ومن لم يبلغ سناً معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار، وعلى هذا فلا مسؤولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأى سبب آخر، ولا مسؤولية على مكره أو مضطه.

الشخصيات المعنوية: وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية؛ فعَدَّ الفقهاء بيت المال جهة، والوقف جهة، أى: شخصاً معنواً. وكذلك عُدّت المدارس والملاجئ، والمستشفيات وغيرها، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلاً لتملك الحقوق والتصرف فيها، ولكنها لم تجعلها أهلاً للمسؤولية الجنائية؛ لأن المسؤولية تبني على الإدراك والاختيار وكلما منعدم دون شك في هذه الشخصيات، لكن إذا وقع الفعل المحرم من يتولى مصالح هذه الجهات، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن، فإنه هو الذي يعاقب على جنائته 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 الخل والهدم والإزالة والمصادرة، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظمها وأمنها.

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً أى: من يوم وجودها، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد

عوده محلاً للمسؤولية الجنائية، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحي والميت ولا بين المميز وغير المميز ولا بين المختار والمكره؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بغض النظر عن فاعلها، ومن ثم كان العاقل 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 القواليين الوضعية تقوم عليها فإن هذه القواليين لا تعرف محلاً للمسؤولية الجنائية غير الإنسان الحي، كما أنها تفرق في حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار، وبذلك أصبحت في هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية.

٤٨١- شخصية المسؤولية الجنائية : من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن المسؤولية الجنائية شخصية، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ أمرؤ بجريمة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصدقة بينهما. وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل في كثير من آياته. من ذلك قوله تعالى: ﴿ولَا تَكُسِّبْ كُلَّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَرْوِ زَوْرَةً وَرَأْزَرَ﴾ [الأنعام: ١٦٤]. ﴿وَلَا تُرْزِرْ وَازْرَةً وَرَأْزَرَ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، [الإسراء: ١٥، فاطر: ١٨، الزمر: ٧]، ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩]، ﴿مِنْ عَمَلِ صَاحِبِهِ فَلِنَفْسِهِ وَمِنْ أَسَاءِ فَعْلِيهِ﴾ [فصلت: ٤٦]، ﴿مِنْ يَعْمَلْ سَوْءًا يُجْزَى بِهِ﴾ [السباء: ١٢٣]. وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقول: "لَا يُؤْخَذُ الرَّجُلُ بِجُرْبَرَةِ أَبِيهِ وَلَا بِجُرْبَرَةِ أَخِيهِ"، وحيث يقول لأبي رمثة وابنه: "إِنَّهُ لَا يُجْنِي عَلَيْكُمْ وَلَا تُجْنِي عَلَيْهِ".

ومبدأ شخصية المسؤولية 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 والخطايا. 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 والخطايا لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدي إلى ظلم فاحش^(١). ومن الفقهاء من لا يُعَدُ تحمل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة، حيث يرى أنه ليس في إيجاب الديمة على العاقلة أحدهم بذنب الجاني، إنما الديمة على القاتل. وأمر هؤلاء بالدخول معه في تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنائته.

(١) راجع الفقرة ٤٧٢.

عوده

على وجه الموساة، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك، وأمر بير الوالدين، وهذه كلها أمرور مندوب إليها للموساة وإصلاح ذات البين. فكذلك أمرت العائلة بتحمل الديمة عن قاتل الخطأ على جهة الموساة من غير إجحاف بهم وبه، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة موجلة ثلاثة سنين. فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق. وقد كان تحمل الديمات مشهورا في العرب قبل الإسلام، وكان ذلك مما يُعد من جميل المسلمين ومكارم أخلاقهم، وقد قال النبي ﷺ : "بعثت لأتم مكارم الأخلاق". فهذا فعل مستحسن في العقول، مقبول في الأخلاق والعادات^(١).

وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ شخصية المسئولية الجنائية، فلا يؤخذ بالجرائم غير جنائما، ولا تنفذ العقوبة إلا على من ارتكب دون غيره. ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن، والمتبقي لنصوصها يجد خروجا على هذا المبدأ في كثير من الحالات. فالقانون المصري مثلا، يُعد من اشتراك في تجمهر وهو عالم بالغرض منه مسؤولا عن أي جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر. كذلك يُعد مدبرى التجمهر مسؤولين جنائيا عن أي جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين، مع أن التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسؤوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقا 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 غائبا، وفي تحويل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التي تقع ضد المواد ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٩ من لائحة العاهرات، وفي تحويل أصحاب محلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التي يرتكبها الغير في هذه المحلات، وفي عد الأسباب أو ولي الأمر مسؤولا عن جريمة الصغير الذي حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية في خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليميه، كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصري.

وإذا كان الشرح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطأ من العاقب لا على فعل غيره، فإنه من الواضح الذي لا جدال فيه أن خطأ العاقب يفترض قانونا، وأنه يُعد قائما بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه العاقب بأى وسيلة من وسائل الاشتراك.

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٤ .

عوذه ^(*) ولم تكن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسئولية قبل الثورة الفرنسية كما تطبقه اليوم، وإنما كانت تُعَذِّبُ المرأة مسؤولًا عن عمله وعن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الفير، ولو لم يكن له سلطان عليه. وكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وهم البراء من جنائمه.

إذا كانت القوانين الوضعية الخديوية قد أخذت أخيراً بمبادىء 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.

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧.

الإنسان قد يكون جانيا أو مجنينا عليه. والأصل في الجاني أن يكون مكلفا، أي أن يكون إنسانا، أي شخصا طبيعيا. وما يسمى بالشخص المعنوي لا يمكن أن يتحمل مسئولية جنائية، وإنما يتحملها من يمثلونه أو يعملون باسمه من الأشخاص الطبيعيين.

وقد عرف لفظها أشخاصا معنوية تكون محل تكليف أو مسئولية مدنية، مثل بيت المال، والوقف، بل والمؤسسات الاجتماعية أو المدنية مثل المدارس والالماجي والمستشفيات التي لها ذمة مالية، فلها أهلية التملك والتصرف بواسطة من يمثلونها، لكنها لا تحمل المسئولية الجنائية، وإذا نسب إليها خطأ جنائي فإن المسئول عنه يكون الشخص الطبيعي الذي قام به نيابة عنها أو المشرفون على نشاطها.

* * *

الأصل في شريعتنا مبدأ أنه "لاترر وازرة وزر أخرى". وفيهنا يشير إلى أن إلزام "العاقلة" بتحمل الديمة في جرائم الخطأ لا يجوز عدده استثناء على هذا المبدأ لأنه ليس المقصود به توقيع عقوبة جنائية على من لم يشاركوا في الإثم من العاقلة، بل هو التزامهم الأخلاقي والاجتماعي بمساعدة أحد أفراد القبيلة لأداء ما يتلزم به من دية - والتضامن معه في سداد الديمة إنما هو مواساة له.

ولحسن نصييف أن في ذلك مواساة للمجنى عليه أيضا. أي أنه نوع من التأمين لسلمه على حقه لا يضيع حقه في حالة عجز الفرد الجنائي عن سداد الديمة وحده، خصوصا وأن الديمة مستحقة للمجنى عليه أو ولدده، وفيها عنصر التعويض عن الضرر الذي أحدهته الجريمة، وتضامن العاقلة في سدادها يُعد في نظرنا نوعا من الضمان الاجتماعي لصالح الجاني عليهم المتضررين من الجريمة وليس عقوبة جنائية.

والأمثلة التي ذكرها عن مسئولية المشتركين في التجمهر أو رئيس التحرير وأصحاب بيوت الدعارة - في القانون الوضعي - ليست من هذا القبيل، ولا يصح عددها من قبيل التضامن مع مرتكب الفعل، بل هي عقوبات أساسها الخطأ أو التقصير الذي افترضه الشارع ولا يقبل إثبات العكس. وهذا توسيع في المسئولية الجنائية يجعلها مبنية على خطأ مفترض في القوانين الوضعية. لكننا نرى أنه إذا قررت الجماعة تعزيزاً لإنما تكون في شريعتنا مجرد تدابير وقائية في نظرنا، لذلك فإنما تكون جائزة على هذا الأساس - على أن تطبق عليها أحكام التعازير الوقائية.

٢٨٤

الجني عليه :- الجنى عليه هو من وقت الجنائية^(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 عن الجنائية مأخوذه؛ ولأن المسئولية متربطة على عصيان أمر الشارع^(٢)، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار. أما الجنى عليه فهو غير مسئول وإنما هو معتدى عليه، اكتسب بالاعتداء حقاً قبل المعتدى وهو الجاني، وصاحب الحق لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلاً لاكتساب الحقوق.

والحقوق التي تنشأ عن الجرائم على نوعين: ^(٣) حقوق الله تعالى^(٤) وحقوق للآدميين . فاما 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 الجنى عليه إنساناً مميزاً عاقلاً أو مجنوناً، ويصح أن يكون الجنى عليه طائفة من الناس كما لو بعثت طائفة على أخرى، ويصح أن يكون الجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زنا أو ردة . وكما يصح أن يكون الجنى عليه شخصاً طبيعياً، يصح أن يكون شخصاً معنوياً كأن يسرق الجاني مالاً لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيواناً، أو مالاً في صورة الجمامد، أو عقيدة من العقائد، فالجني عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التي تعتنق العقيدة .

(١) معنى الجنائية في الشريعة هو الجريمة أياً كانت، بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسمية أو بسيطة.

(٢) الأوامر التي يعاقب على عصيانها، إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أول الأمر كال الخليفة أو السلطان أو الحاكم. فإذا كان الأمر هو الله، فقد وجب الأمر بإيجابه وتعيين نفاذة. أما إذا كان الأمر هو الرسول أو ولـي الأمر، فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولـي الأمر، وإنما يجب الأمر؛ لأن الله أوجـب علينا طاعة الرسول وأولـي الأمر في قوله : **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَوْلَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾** [النساء: ٥٩]. فامر الرسول وولي الأمر يجب بإيجاب الله، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولـي الأمر مخالفـاً لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولـاتـجب طاعته. راجـع المستـصفـى للـغـزالـي الجزء الأول ص ٨٣، وـشرح مـسلم الشـيوـت لـعبد العـلـي الـأـنصـارـي ص ٢٥ وما بـعـدـها.

(٣) راجـع الفقرـة ٧٤.

(٤) راجـع الفقرـة ١٧٥.

عودة ظاهر مما سبق أن الجنى عليه في كل الصور والأحوال هو الإنسان، إما بحسبانه فرداً وإما بحسبانه منتسباً لهيئة.

وتفيدُ الشريعة الإنسانية بجنيها عليه ولو لم ينفصل عن أمها. فمن أحدث جائفة^(١) بأمرأة حامل فأجهضت فقد جني على شخصين هما الأم والجنين، حيث اجاف الأم وأسقط الجنين، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش^(٢) الجائفة ودية الجنين^(٣). وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين^(٤).

ويعرف البعض الجنين في هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضافة أو علقة مما يعلم أنه ولد. ويرى البعض أن الجنين هو ما استبانت خلقته، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه^(٥).

والقاعدة في الشريعة أن الإنسان تنتهي شخصيته بمماته؛ فإذا مات أصبح لا وجود له، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنه وورثته. وإذا كانت نفس الإنسان وماليه وحقوقه هي محل الجريمة، فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلاً للجريمة إلا في حالتين :

١ - الاعتداء على رفات الأموات: لا يُعدُّ الاعتداء على جسد الميت أو رفاته جريمة واقعة على الميت بحسبانه إنساناً، ولا يُعدُّ الميت هو الجنى عليه، إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات بعده شيئاً مهماً لدى الجماعة وله حرمتها في نفوسهم. فالجني عليه في الجريمة هو الجماعة، والشريعة تعاقب مرتكبها بعده معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر.

٢ - قذف الأموات : من القواعد الأولية في الشريعة أن الدعوى لاتقام على القاذف إلا إذا تقدم المقدوف بالشكوى؛ لأن الجريمة تمس الجنى عليه مساساً شديداً وتتصل بعرضه وسمعته، ولأن للجاني الحق في أن يثبت وقائع القذف، فإذا أثبتها أصبح المقدوف مسؤولاً عن الجريمة التي قذف بها ووجبت عليه عقوبتها. وهذا، على

(١) الجائفة هي الجرح النال للتجويف الصدرى أو البطن .

(٢) الأرش هو بعض الدية .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٧، بدالع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٥، أسف المطالب ج ٤ ص ٨٩، المدى ج ٩ ص ٥٣٥، ٥٤٢ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨، أسف المطالب ج ٤ ص ٩٢، المدى ج ٩ ص ٥٥٧ .

(٥) بداية المجهود ج ٢ ص ٢٩٢ .

عوده رفع الدعوى على شكوى المقلوف، فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها.
وإذا كان المقلوف حيا وقت القذف فله وحده حق الخصومة، فإن مات بعد القذف
وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصابته أن يخاصم القاذف ويشكوه إلا إذا
كان المقلوف قد مات قبل العلم بالقذف. أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته
محله عند مالك والشافعى وأحمد، وتسقط الدعوى بمorte عند أبي حنيفة، لأنه يرى أن
حق المخاصمة في دعوى القذف ليس حقاً مالياً حتى يورث.

وإذا كان المقلوف ميتاً، فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناءً
على شكوى الورثة أو الأصول والفروع. وحجتهم في ذلك أن القذف يتعدى الميت
إلى الأحياء، وأنهم قدح في نسبهم فكان القاذف قدفهم معنى، وهذا كان لهم حق
تحريك الدعوى دفعاً للعار عن أنفسهم. ويرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول
والفروع دون غيرهم، وهذا قصر حق المخاصمة عليهم. ويرى البعض أن العار يلحق
كل الورثة، وأصحاب هذا الرأي يبيحون للورثة جهيناً حق المخاصمة. وعلى كل
حال، فمن له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره من له نفس
الحق، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت، أي أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم
يخاصم الأقرب^(١).

وإذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار عن المخاصم من أصول الميت
أو فروعه أو ورثته، وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب، فمعنى ذلك أن
الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت، ودفع العار عنهم لا عنه، خصوصاً
وأن القذف يتعدى دائمًا المقلوف إلى غيره، إذ القذف في الشريعة معناه نفي النسب
عن المقلوف أو نسبة الزنا إليه. فالمقلوف، سواء كان رجلاً أو امرأة، إذا نفي عنه
نسبة تبعه نفي النسب إلى أصوله وفروعه وورثته، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا
تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها.

٤٨٣ الشريعة والقانون : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية فيما
قلناه عن المحنى عليه، فيصبح فيها أن يكون المحنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز، عاقلاً أو

(١) موهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥، الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٣، ٢٠٤، الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما
بعدها، المهدى ج ٢ ص ٢٩٢.

عودة مجنونا، ويصح أن يكون إنسانا طبيعيا أو معنويا، وفردا أو جماعة. كما أن القوانين الوضعية تحمي الجنين قبل أن ينفصل عن أمها، فتعاقب على الإجهاض^(١) سواء حدث من الأم أو من غيرها، وتحمي جدث الميت ورفاته، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور^(٢)، وهي في ذلك تتفق مع الشريعة.

أما فيما يتعلق بالقفذ فالرأي السائد في القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات^(٣)، ومن ثم فقد الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعلق الميت بالقفذ إلى الأحياء من ورثة المقدوف أو ذوي قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب.

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقدوف أو ورثته كما هو الحال في القانون المصري، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقدوف كما هو الحال في القانون الفرنسي، فإذا مات المجنى عليه سقط بعوته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقدوف وذويه الأحياء فيحقق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم.

وأتجاه القوانين الوضعية في قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف في الشريعة تمس دائماً أسرة المقدوف وأهله. فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد، فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى في حالة المساس بهم؛ لأن القوانين لا تقتصر القذف على نسبة الرثنا ونفي النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تُعدُّ القوانين قاذفاً كل من أسنده لغيره واقعة توجب احتقاره. ومن المسلم به أن كثيراً مما يُعدُّ قذفاً في القوانين لا يمس ورثة المقدوف أو أهله الأحياء، أما نسبة الرثني للمقدوف ونفي النسب عنه فلا شك في أنه يمسهم. ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائماً ودون قيد لورثة المقدوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف. أما تعليق الدعوى على شكوى المقدوف 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.

(١) راجع المادة ٢٦٠ - ٢٦٤ من قانون العقوبات المصري.

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصري.

(٣) أحمد أمين ص ٥٤٤، ٥٥٥ - القانون الجنائي لأحمد صفت من ١٥٣ وما بعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ٣٥٨.

282، 283 - المجتمع معنى عليه دائمًا في نظرنا :

لقد توسع في بيان صفات من وقعت عليه الجريمة، وأنه قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً أو جماعة. ولم نكن في حاجة لذلك التفصيل في رأينا، لأن المعنى عليه في جحيم الجرائم في نظرنا هو المجتمع وأمنه واستقراره. والأمثلة التي ذكرها عن الاعتداء على حرمة الموتى أو مقابرهم، أو سمعة الأموات في جريمة القذف في حقهم، ليست استثناءات بل هي تؤيد هذا النظر، لأن مثل هذه الاعتداءات تعدّ إخلالاً بنظام المجتمع الذي يضمن لأفراده حرمة سواء كانوا أحياء أو أموات، أفراداً أو جماعات.

وتوسع في المقارنة بين القوانين الوضعية وأحكام الشريعة فيما يتعلق بجريمة القذف التي افترض أنها مقصورة على حالة القذف الماعقب عليه بالحد في شريعتنا، وهذا افتراض غير صحيح – لأننا نرى أن عقوبات التعزير يمكن أن توقع على مرتكب جميع أفعال القذف في حالة عدم توافر الشروط الالزمة لتوقيع عقوبة الحد، وبالتالي فإن الجزاء الجنائي الشرعي – تعزيزاً – يمكن أن يتسع لجميع صور القذف التي يعاقب عليها في القوانين الوضعية إذا رأت الأمة ومجتهدوها ذلك برغم أنها لا تتوافر فيها الشروط الالزمة لعقوبة الحد في القذف. وعلى العموم، سوف نعود بذلك عند الكلام عن الجرائم الخاصة فيما بعد.

المبحث الثالث سبب المسؤولية ودرجاتها

٢٨٤ **عده** سبب المسؤولية الجنائية وشرطها : السبب هو ما جعله الشارع عالمة على مسببه، وربط وجود المسبب بوجوده، وعدمه بعده، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه^(١). والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشعري 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، فإنه جعل وجود المسؤولية الشعري موقفاً على توافر شرطين لا يغنى أحدهما عن الآخر، وهما : الإدراك والاختيار، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسؤولية الجنائية، وإذا وجد الشرطان معاً وجدت المسؤولية. فالسرقة معصية حرمتها الشارع وجعل القطع عقوبة لفاعಲها. فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسؤولية الجنائية، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطاً المسؤولية وهم الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمحجون مثلاً فلا مسؤولية عليه، وإن كان مدركاً ولكنه غير مختار فلا مسؤولية عليه أيضاً.

إذا وجد سبب المسؤولية، وهو ارتكاب المعصية، ووُجد شرطاه، وهو الإدراك والاختيار، غَيْرُ الجاني عاصياً، وكان فعله عصياناً أي خروجاً على ما أمر به الشارع، وحققت عليه العقوبة المقررة للمعصية. أما إذا ارتكبت العصية، ولم يتوافر في الفاعل شرطاً المسؤولية أو أحد هما، لا يُعدُّ الفاعل عاصياً ولا يُعدُّ فعله عصياناً. وإن فالوجود الشعري للمسؤولية الجنائية متوقف على وجود العصيان، وعدمه تابع لعدمه. والعصيان في الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة (La Faute) في تعريف القوانين الوضعية، ولكن التعبير بالعصيان أدق في دلالته على المعنى المقصود، (وهو مخالفة أمر الشارع)

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب حلاف ص ٩١

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب حلاف ص ٩٣

عوده من التعبير بالخطأ والخطيئة، فضلاً عن أن التعبير الأخير يؤدي إلى الخلط بين لفظ الخطأ بمعنى غير المعتد، وبين لفظ الخطأ بمعنى مخالفة أمر الشارع.

٤٨٥ - درجات المسؤولية : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعي للمسؤولية الجنائية ينوقف على وجود العصيان، فمن الطبيعي إذن أن تكون درجات المسؤولية تابعة لدرجات العصيان . والأصل في هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تقرن دائماً الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرئ نصيباً من نيته. وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : "إنما الأفعال بالنيات . وإنما لكل امرئ ما نوى". والنية محلها القلب ومعناها القصد، فنقول العرب نواك الله بمحفظه أى قصدك الله بمحفظه. فمن انتوى بقلبه أن يفعل ما حرمته الشريعة ثم فعل ما انتواه فقد قصده.

وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأفعال بالنيات لا تنظر الشريعة للجنائية وحدها عندما تقرر مسؤولية الجاني، وإنما تنظر إلى الجنائية أولاً وإلى قصد الجاني ثانياً، وعلى هذا الأساس ترتب مسؤولية الجاني^(١).

والمعاصي التي يمكن أن تُنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائياً لا تخرج عن نوعين : نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوي إتيانه ويقصد عصيان الشارع، ونوع يأتيه الإنسان ويستوي إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع، أو لا ينتوي إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسبيبِه. فالنوع الأول هو ما يتعتمده قلب الإنسان، والنوع الثاني هو ما يخطئ به.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأفعال بالنيات كما قلنا، فقد فرقت في المسؤولية الجنائية بين ما يتعتمد الجاني إتيانه وبين ما يقع من الجاني نتيجة خطئه، وجعلت مسؤولية الجاني العائد مغلظة ومسئولة الجاني المخطئ مخففة. وعملة التغليظ على العائد أنه يتعتمد العصيان بفعله وقلبه فجرينته متكاملة، وعملة التخفيف على المخطئ أن العصيان لا يخاطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجرينته غير متكاملة. وقد فرق القرآن بين العائد والمخطئ في قوله تعالى : «وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن مَا تعمدت قلوبكم» [الأحزاب : ٥٥]. وكسر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى في قوله : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان"

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ - ١٠٤ - الإحکام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤١ وما بعدها - الأشباء والنظائر ص ٨ وما بعدها.

عوده والقصد من "عدم الجناح" ومن "رفع الخطأ" هو تخفيف مستوى المخطى وعدم تسويته بالعامد. 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 الدية والكفار، فغلظ مستوى العمد وخفف مستوى المخطى ولم يمحها كلية، وذلك قوله تعالى : **(إِيَّاهَا الَّذِينَ آتَيْنَاكُمُ الْقَصَاصَ فِي الْقَتْلَى)** [البقرة: ١٧٨]. وقوله : **(وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ)** [المائدة: ٤٥]. وقوله : **(وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتَلَ إِلَّا خَطَا وَمَنْ قُتِلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتُحْرِرُ رَقْبَةً مُؤْمِنَةً وَدِيَةً مُسْلِمَةً إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصْدِقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوَّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتُحْرِرُ رَقْبَةً مُؤْمِنَةً وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيَانِقٌ فَلَدِيَةً مُسْلِمَةً إِلَى أَهْلِهِ وَتُحْرِرُ رَقْبَةً مُؤْمِنَةً)** [النساء: ٩٢].

وهكذا تتسع المسؤولية الجنائية وتتعدد درجاتها بحسب نوع العصيان وتعدد درجاته. فإذا أردنا أن نعرف مدى تنويع المسؤولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنويع العصيان وتعدد درجاته.

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يعمده العاصي وإما أن يخطئ 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 بغير الخطأ. ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات، وبالتالي تكون المسؤولية الجنائية على أربع درجات؛ لأنها تقوم على العصيان، وتغليظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامنة والبساطة.

١ - العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجاني إتيان الفعل المحظور. فمن شرب الخمر وهو يقصد شرها فقد شرها متعمداً، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدها. والعمد هو أجسم أنواع العصيان، وترتبط عليه الشريعة أجسم أنواع المسؤولية، وتفرض عليه أغلب العقوبات.

للعمد في القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء، هو أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد نتيجته.

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذي يتواافق فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذي يتواافق فيه العمد بمعناه العام فقط، ويسمون الأول القتل العمد. ويسمون الثاني القتل شبه العمد.

عوذه

٢ - شبه العمد: لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا في القتل والجناية على ما دون النفس^(١)، وهو غير مجمع عليه من الأئمة. فمالك لا يعترف به في القتل ولا فيما دون القتل. ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ، فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص. ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط، فقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مَتَعَمِّدًا فِي جَهَنَّمَ﴾ [النساء: ٩٣]. وقال: ﴿وَمَا كَانَ مُؤْمِنًا أَنْ يُقْتَلْ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا﴾ [النساء: ٩٢]. وعلى أساس هذا الرأي يعرف مالك العمد في القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العداوة، فهو لا يشترط أن يقصد الجاني الفعل ويقصد نتيجته^(٢). ويتفق أبو حنيفة والشافعى وأحمد^(٣) في الاعتراف بشبه العمد في القتل، ولكنهم مختلفون في وجوده فيما دون النفس. فيرى الشافعى^(٤) أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمدا محضا وإما أن يكون شبه عمد، وهذا هو الرأى الراجح في مذهب أحمد^(٥). ويرى أبو حنيفة^(٦) أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأى المرجوح في مذهب أحمد^(٧).

وشبه العمد في القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد العداوة دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث القتل، ولكن الفعل يؤدى للقتل. وحججة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل". وسي شبه العمد بهذه التسمية؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبه من حيث انعدام قصد الفعل (النتيجة).

(١) الجنائية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدى للقتل، كالضرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١.

(٣) نهاية الحاج ج ٧، ٢٣٥ ص ٩٧، الزيلعى ج ٦ ص ٣٢٠، المغنى ج ٩ ص ٩٧.

(٤) الأم ج ٦، ص ٤٥.

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩.

(٦) البحر الرايق ج ٨ ص ٢٨٧.

(٧) المغنى ج ٩ ص ٤١٠.

عوذه

وشبه العمد فيما دون النفس معناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث النتيجة التي انتهى إليها الفعل. وشبه العمد أقل جسامته من العمد، وينسبني على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد. فعقوبة العمد الأساسية القصاصات وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولـي الأمر تعزير الجاني.

٣ - الخطأ : هو أن يأتي الجاني الفعل دون أن يقصد العصيان، ولكنه يخطئ إما في فعله وإما في قصده. فاما الخطأ في الفعل، فمثلاً أن يرمي طائراً في خطنه ويصيب شخصاً. وأما الخطأ في القصد فمثلاً أن يرمي من يعتقد أنه جندي من جنود الأعداء؛ لأنـه في صفوـفهم أو عليهـ لباسـهم فإذا بهـ جنـديـ منـ جـنـودـ الوـطـنـ معـصـومـ الدـمـ.

٤ - ما جرى مجرى الخطأ : يلحق الفعل بالخطأ ويعـدـ جـارـياـ مجرـاهـ فيـ حـالـتـيـنـ :

أولاًـهـماـ : ألا يقصدـ الجـانـيـ إـتـيـانـ الفـعـلـ وـلـكـنـ الفـعـلـ يـقـعـ نـتـيـجـةـ تـقـصـيـرـهـ، كـمـنـ يـنـقـلـبـ وـهـوـ نـامـ عـلـىـ صـغـيرـ بـحـوارـهـ فـيـ قـتـلـهـ. وـثـانـيـهـماـ : أـنـ يـتـسـبـبـ الجـانـيـ فـيـ وـقـوعـ الفـعـلـ المـخـرـمـ دـوـنـ أـنـ يـقـضـدـ إـتـيـانـهـ، كـمـنـ يـحـفـرـ حـفـرةـ فـيـ الطـرـيقـ لـتـصـرـيفـ مـاءـ مـثـلاـ فـيـ سـقـطـ فـيـهاـ أـحـدـ المـارـاـتـ ليـلـاـ. وـالـخـطـأـ أـكـثـرـ جـسـامـةـ مـاـ جـرـىـ مجرـاهـ الخطـأـ؛ لأنـ الجـانـيـ فـيـ الخطـأـ يـقـضـدـ الفـعـلـ وـتـنـشـأـ النـتـيـجـةـ المـخـرـمـةـ عـنـ تـقـصـيـرـهـ وـعـدـمـ اـحـتـيـاطـهـ، أـمـاـ فـيـماـ جـرـىـ مجرـاهـ فالـجـانـيـ لاـ يـقـضـدـ الفـعـلـ وـلـكـنـ الفـعـلـ يـقـعـ نـتـيـجـةـ تـقـصـيـرـهـ أوـ تـسـبـبـهـ.

وـأـوـلـ منـ قـسـمـ الخطـأـ إـلـىـ خـطـأـ وـمـاـ جـرـىـ مجرـاهـ هوـ أـبـوـ بـكـرـ الرـازـيـ. فـقـدـ رـأـىـ أـنـ الفـعـلـ فـيـ الخطـأـ مـقـصـودـ إـلـاـ أـنـ الخطـأـ يـقـعـ تـارـةـ فـيـ الفـعـلـ وـتـارـةـ فـيـ قـصـدـ الـفـاعـلـ، وـلـاـ يـنـطـيـقـ هـذـاـ عـلـىـ السـاهـيـ وـالـنـائـمـ وـالـمـتـسـبـبـ، وـلـمـ كـانـ فـعـلـ كـلـ مـنـ هـؤـلـاءـ غـيرـ مـقـصـودـ أـصـلـاـ فـلـيـسـ هوـ إـذـنـ فـيـ حـيـزـ الخطـأـ كـمـاـ أـنـهـ لـيـسـ فـيـ حـيـزـ العـمـدـ أوـ شبـهـ العـمـدـ. وـلـاـ كـانـ حـكـمـ فـعـلـ السـاهـيـ وـالـنـائـمـ وـالـمـتـسـبـبـ هوـ حـكـمـ الخطـأـ مـنـ حـيـثـ الـجـزـاءـ فـقـدـ رـأـىـ أـبـوـ بـكـرـ الرـازـيـ إـلـاحـاقـ بالـخـطـأـ بـعـدـ جـارـياـ مجرـاهـ^(١).

٤٨٦ـ الشـرـيمـةـ وـالـقـانـونـ : وـتـسـتـقـقـ الـقـوـانـينـ مـعـ الشـرـيمـةـ فـيـماـ ذـكـرـنـاـ مـنـ سـبـبـ المـسـئـولـيـةـ وـشـرـطـهـاـ. فـسـبـبـ المـسـئـولـيـةـ فـيـ القـانـونـ هوـ اـرـتكـابـ الـجـرـائمـ، وـشـرـطـ المـسـئـولـيـةـ هـوـ الـإـدـراكـ وـالـاخـتـيـارـ كـمـاـ هـوـ الـحـالـ فـيـ الشـرـيمـةـ، وـلـاـ مـسـئـولـيـةـ مـاـ لـمـ يـكـنـ الجـانـيـ مـخـطـئـاـ أـيـ عـاصـيـاـ، وـدـرـجـاتـ المـسـئـولـيـةـ تـتـعـدـدـ وـتـتـنـوـعـ بـحـسـبـ تـنـوـعـ الخطـأـ^(٢) وـتـعـدـدـهـ.

(١) أـحـكـامـ القرآنـ لـأـبـيـ بـكـرـ الرـازـيـ الجـصـاصـ جـ ٢ـ صـ ٢٢٣ـ.

(٢) ذـكـرـنـاـ فـيـماـ سـبـقـ أـنـ الخطـأـ أوـ الخطـيـةـ فـيـ القـانـونـ يـقـابـلـ الـعـصـيـانـ فـيـ الشـرـيمـةـ.

عودة

والخطأ في القانون على نوعين: عمد وخطأ، والخطأ على نوعين خطأ يأهلاً وخطأ بسيط. ويدخل تحت العمد ما يدخل في الشريعة تحت العمد وبشه العمد، ويدخل تحت الخطأ ما يدخل تحت الخطأ في الشريعة وما يجري مجراه.

والقوانين الوضعية إن كانت لا تعترف بشبه العمد في القتل، إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضرباً مفضياً للموت، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد، فتصل بذلك إلى الغرض الذي ترمي إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل. فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون حلاف في التسمية لا غير. ولا شك في أن تعريف الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقاً من تعريف القوانين الوضعية، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء الماد السامة والضارة والتغريق والتردبة والختق، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوافر قصد الاعتداء. ولفظ القتل يدخل تحت كل ما يؤدي للموت، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير 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 يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالستغريق والتغريق والتردبة والختق، وشراح القانون المصري يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذي يندرج تحته قانوننا.

284-286 - السبب والشروط - ودرجات العمد والخطأ :

في كلامه عن سبب المسؤولية الجنائية، عرفه بأنه ارتکاب "المعاصي". ولكن نرى أن ذلك لا يكفى بل يجب أن تحدد المعاصي التي توجب المسؤولية الجنائية بأها هي التي ورد نص بتجريتها، سواء كان هذا النص قرآنا أو سنة في الحدود والقصاص، أو نصا تعزيريا في غير هذه الحالات، على التفصيل الذي توسعنا فيه عند كلامنا عن المبدأ الأساسي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص - وهذا مبدأ عنى به الشهيد عنایة خاصة، لكننا أضافنا قيادا مهما وهو ضرورة وجود نص في التعازير أيضا، وجعلنا ذلك مسوغا لضرورة التقين في العصر الحاضر والمستقبل ولم يعد يكفى النصوص الفقهية ولا أحكام القضاء للأسباب العديدة التي ذكرناها في كلامنا عن الركن الشرعي. أما شرطا المسؤولية، وهم الإدراك والاختيار، فهما عنصران أساسيان يجب توافرهما في كل مكلف، وسنعود لبحثهما في موالع المسؤولية.

بلغ من دقة فقهانا أنهم لا يقرون عند حد التفرقة بين جرائم العمد وجرائم الخطأ كما يفعل الفقه العصرى، بل يضيفون إلى العمد نوعا يقل عنه درجة ويسمونه شبه العمد، حيث تقرر عقوبة أقل من عقوبة الجريمة العمدية في جريمة القتل التي تسميتها القوانين الوضعية ضرباً أفضى إلى الموت - وهي عمدية لأن الجاني قصد الفعل وتعتمده، لكنها ليست قتلاً عمداً لأنه لم يقصد النتيجة التي أدى إليها الفعل وهي "الموت". وظاهر أن هذا التمييز خاص بجريمة القتل العمد في نظر المشرع الوضعي نظراً لشدة العقوبة المقررة للقتل العمد لكنها في الفقه قاعدة عامة .

أكثر من ذلك نرى أن الفقه الإسلامي أضاف إلى جرائم الخطأ نوعاً أقل خطورة سمه "ما جرى بمحض الخطأ"، وهي الحالات التي يكون الخطأ فيها أقل وعلاقة السمية بينه وبين النتيجة بعيدة إلى حد كبير.

جزاء فعل الخطأ يُعدّ تدبيراً وقائياً أو تعويضاً مدنياً ،

ولا داعي لوصفه بأنه عقوبة :

وكما في الحالة الأولى، فإن هذه الدقة موضوعها الأصلي هو جريمة القتل الخطأ كما كان المثل السابق موضوعه القتل العمد، وقد استلزم ذلك خطورة النتيجة التي وقعت في الحالتين وهي موت إنسان بحسبانها نتيجة خطيرة لا بد من التدقيق في حالات العقاب ومقدار العقوبة على من يرتكبها أو يتسبب فيها على التفصيل الذي توسع فيه فقهاؤنا - وتميزوا به عن فقهاء القانون الوضعي - بسبب عناية المشرع الإلهي بحمرمة الحق الأول لكل إنسان، وهو حقه في الحياة وحياته من كل ما يهددها من أفعال عمدية أو غير عمدية وكذلك شبه العمد وما جرى مجرى الخطأ أيضاً - على التفصيل الذي أفضى فيه فقيهنا.

وقد خالفناه في مجازاة القوانين الوضعية بوصف فعل الخطأ بأنه جريمة والجزاء المترتب عليه عقوبة، وكان يكفي في نظرنا عَدُّه تدبيراً وقائياً أو تعويضاً مدنياً.

المبحث الرابع في قصد العصيان أو القصد الجنائي

٢٨٧ - **قصد العصيان أو القصد الجنائي :** بينما فيما سبق أن أساس المسؤولية الجنائية هو العصيان، أي عصيان أمر الشارع، وأن مسؤولية الجاني تختلف باختلاف درجة العصيان، فإن قصد الجاني العصيان شددت العقوبة، وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة. فقصد العصيان عامل أولى في تعين عقوبة الجاني، وهذا القصد هو ما نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني بالقصد الجنائي.

وقصد العصيان أو القصد الجنائي هو تعمد إثيان الفعل المحرم أو تركه^(*) مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجه. ويبقى لا يغدو إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان. فالعصيان عنصر ضروري يجب توافره في كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ، فإذا لم يتوافر عنصر العصيان في الفعل فهو ليس جريمة. أما قصد العصيان، فلا يجب توافره إلا في الجرائم العمدية دون غيرها. والعصيان هو فعل المعاشرة، أي : إثيان الفعل المحرم أو الامتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان، كمن يلقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به ماراً في الشارع، فهو قد فعل معاشرة بإصابة غيره، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره، ولم يقصد بالتالي فعل المعاشرة. أما قصد العصيان، فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو السترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم، أو هو فعل المعاشرة بقصد العصيان كمن يلقى حجراً من نافذة بقصد إصابة شخص ماراً في الشارع فيصيبه، فإنه يرتكب معاشرة لم يأتما إلا وهو قاصد فعلها. ويتفق هذا المثل مع المثل السابق في أن كلاً من الجانبيين أتى معاشرة حرمتها الشارع، ويختلف المثلان في أن الجاني في المثل الثاني قصد إثيان المعاشرة بينما الجاني في المثل الأول لم يقصد إثيان المعاشرة.

والسفرقة بين العصيان وبين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة volonté intention . وهي تعمد الفعل المحرم أو تركه مادياً وبين القصد وهو تعمد النتيجة المرتبة على الفعل المادي، تلك التفرقة التي نقول بها اليوم في القوانين الوضعية. ولا شك في أن التعبير بالعصيان عن إثيان الفعل المادي وبقصد العصيان عن تعمد

(*) يقصد ترك الفعل الواجب - كما أوضح بعد بضعة سطور.

عوده

نتيجة الفعل هو تعبير أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية، وهو لفظان متراداFashion يصلاح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدي إلى الخلط بين المعانى الفنية كما تؤدى إلى العجز عن تمييزها أحيانا.

وقصد العصيان أو القصد الجنائى قد يوجد لدى الجاين قبل اقتراف الجريمة، كأن ينتوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمن ما، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال في جرائم المشاجرات أو في الجرائم التي تحدث بعثة بغرض تدبیر سابق. ويستوى في الشريعة أن يكون القصد سابقا للجريمة أو معاصر لها، فالعقوبة في الحالين واحدة؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن لل فعل وقد توافق. ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل. والقاعدة في الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها، لقوله عليه الصلاة والسلام : "إِنَّ اللَّهَ تَجْاوزُ لِأَمْرٍ عَمَّا وَسَوَّتْ أَوْ حَدَّثَتْ بِهِ أَنفُسُهَا مَالَ تَعْمَلُ بِهِ أَوْ تَكَلَّمُ". وعلى أساس هذه القاعدة لاتفرق الشريعة في القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد وبين العمد الخالي من سبق الإصرار والترصد، بل يجعل العقوبة واحدة في الحالين. فعقوبة القتل العمد هي القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقها، وعقوبات الشجاج والجرح في حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هي نفس عقوباتها في حالة التعمد الخالي من سبق الإصرار والترصد.

والقوانين الوضعية لا تتعاقب 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 يصبحه سبق إصرار أو ترصد. وقد جرى القانون المصرى على هذه التفرقة في جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة.

نكر ملاحظتنا عن اهتمام فقهائنا بكل ما يتعلق بجريمة القتل، وذلك بعنابة المشرع الإلهي بفرض عقوبة القصاص على القاتل المعتمد مق توافرت شروط معينة. عقوبة القصاص هي من العقوبات الحدية البدنية التي أجمع الفقه على أن لها صفة استثنائية، وبدلوا جهدهم لوضع الأحكام المترتبة على تلك الصفة بقصد تضييق نطاقها تفديا لأمر الشارع الحكيم. "ادرعوا الحدود بالشهادات". بناء على ذلك قدمتنا فيما سبق أن هذه العقوبات القصوى لأنوافق على ما قاله البعض من جواز توقيعها في التعازير. وبخاصة ما يسمونه عقوبة "القتل سياسة" لأن السياسة الشرعية في نظرنا لا تبيح القتل.

لذلك قلنا أن عقوبات التعازير لا يجوز في نظرنا أن تصل إلى عقوبة القتل أو عقوبات القصاص البدنية.

كما أنها نذكر بما قلناه أيضا من أن التعزير هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم، بما في ذلك ما يعاقب عليه بالقصاص أو الحد إذا لم تتوافر الظروف المشددة التي اشترطها الشارع لتتحقق تلك العقوبات الاستثنائية، وبخاصة عقوبة القتل. بناء على هاتين الملاحظتين نحن نؤيد قوله بأن "الشرعية" لا تجيز تشديد العقوبة على جريمة القتل العمد في غير حالات توافر شروط القصاص - فلا يجوز في نظرنا فرض عقوبة الإعدام بسبب توافر سبق الإصرار الذي يُعد ظرفًا مشددا في القوانين الوضعية دون توافر شروط القصاص.

ونضيف لذلك أن هذا ينطبق في نظرنا على ما قررته القوانين الوضعية من تشديد العقوبة على القتل العمد وجعل عقوبتها الإعدام في حالة اقتران القتل بجريمة أخرى كما هو الشأن في قانون العقوبات المصري - إذا لم تتوافر شروط القصاص.

حالات الحكم بالقتل قصاصا في شريعتنا أقل من حالات وجوب الحكم بالإعدام في قانوننا الوضعي لأنها محصورة في مطالبة أولياء الدم بذلك:

معنى ذلك أن شريعتنا لا تعرف بأى ظرف مشدد آخر في جريمة القتل يوجب عقوبة الإعدام (القصاص) سوى ما يتيح عن مطالبة أولياء الدم بذلك؛ لأن هذا يستفاد منه إصرارهم على الثأر من الجاني. وقد رأى الشارع الحكيم ألا يترك الباب مفتوحاً لتبادل الثأر الذي قد يؤدي تسلسلاً إلى استمرار العداوة والقتال بين الأسر والقبائل بحجية الأخذ بالثأر، لذلك أوجب أن يوضع حد لذلك بوضع الأمر في يد القضاء ليحكم بالقصاص في هذه الحالة وحدها متى أصر المجنى عليه أو ولداته على القصاص، وهو بذلك يفتح الباب أمام الجاني لاسترضاء أولياء الدم بتقديم التعويض المقنع لهم أو ما يماثل ذلك من أسباب المصالحة.

إن إصرار أولياء الدم على الثأر هو في نظرنا الظرف المشدد الوحيد الذي تغير الشريعة توقيع عقوبة الإعدام أى القصاص بسببه. وفيما عدا ذلك، فإن عقوبة القاتل تكون دائماً تعزيرية، وهي في نظرنا لا يمكن أن تصل إلى القتل أو الإعدام. ومعنى ذلك أن الأصل في شريعتنا هو منع عقوبة الإعدام في غير تلك الحالة.

بذلك يتبيّن أن حالات الحكم بعقوبة القتل قصاصاً أضيق في شريعتنا مما تسير عليه القوانين الوضعية حالياً، وهذه ميزة أخرى يجب الاعتراف بها. ولذلك، فنحن نؤيد المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام في غير الحالة الوحيدة المشار إليها، وهي حالة إصرار أولياء الدم على طلب القصاص، وهذا هو المبرر الوحيد لنقده النصوص الوضعية التي تفرض الإعدام على جريمة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار والترصد. لكننا لا نقر قوله إن ذلك يُعدّ مخالفًا لمبدأ عدم العقاب على مجرد النية التي لم تؤد إلى فعل معاقب عليه لأن النية هنا لم تكن مجردة بل إنما أدت فعلاً إلى الجريمة المعقّب عليها.

٢٨٨ - الفرق بين القصد والباعث : وقد فرقت الشريعة من يوم وجودها

بين القصد والباعث، أى بين قصد العصيان وبين الدوافع التي دفعت الجان للعصيان. ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أى تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها؛ فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفاً كالقتل للثمار، أو الانتقام للعرض، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعاً كالقتل بأجر أو القتل للسرقة. فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بعمد الجان ارتكاب الجريمة، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئاً ما.

إذا كان من الممكن عملاً لا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة، وألا يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فإن هذا لا يمكن عملاً في عقوبات التعازير؛ ذلك أن الباعث أياً كان لن يؤثر في طبيعة الفعل المكون للجريمة؛ وأن الشارع ضيق سلطان القاضي في عقوبات الحدود والقصاص، بحيث لا يستطيع أن يجعل للباعث أى اعتبار. أما في التعازير، فقد ترك الشارع للقاضي من الحرية في اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملاً من أن يجعل الباعث في تقدير العقوبة محل الاعتبار.

للباعث أثر من الوجهة 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 الباعث، فخفف العقوبة أو شددها فإنه يفعل ذلك في نطاق حقه، ولا يخرج عن حدود سلطانه. أما جرائم الحدود والقصاص، فعقوبتها مقدرة أى محددة، وليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها، ومن الواجب عليه أن يحكم بما مهما كان الباعث على الجريمة؛ فسواء 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 للباعث من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة، إذ للقاضي أن يقدر العقوبة الملائمة من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة، وله في كثير من الأحوال أن يختار إحدى عقوبتين، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقاً لما يرى أن الجان يستحقه، وهو يدخل في تقديره ظروف الجريمة والجرم، والباعث الذي دفعت لارتكاب الجريمة.

عوده فيخفف العقوبة إن رأى الجاني مستحقا التخفيف، ويغلوظها إن رآه مستحضا التغليظ، وهذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة. وهذه هي طريقة القانون الفرنسي والقانون المصرى.

على أن هناك بعض القوانين، كالقانون الإيطالى والبولونى^(١)، تجعل من الباعث ظرفا مخففا أو مشددا للعقوبة، وتلزم القاضى ببراءة هذا الباعث عند تقدير العقوبة. وهذه القوانين، وإن كانت تعترف بأن للباعث أثرا قانونيا على العقوبة، إلا أنها من الوجهة العملية لا تصل إلى أكثر من النتائج التي تصل إليها القوانين التي لا تعترف بالباعث من الوجهة النظرية، لأن القاضى لا يستطيع عملا أن يتخلى دائما عن اعتبار الباعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع الباعث أو لم يعتبرها.

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تجعل له أثرا في الجرائم الخطيرة التي تمس الجماعة ونظامها، وهى جرائم الحدود والقصاص، أما فيما عدا هذه الجرائم، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالباعث من الوجهة النظرية، إلا أنه ليس فيها ما يمنع القاضى من تقدير الباعث من الوجهة العملية. وأكثر القوانين فهم الكلام على الباعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية، ولكن هذا لا يمنع القاضى من تقدير الباعث عملا في كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء. ولا شك في أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة في الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار، ولا تسمح للقاضى بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجانى؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للمعواطف والأهواء.

٥٨٩- صور القصد : وليس للقصد صورة معينة؛ فهو يظهر في صور متعددة تختلف باختلاف الجرائم ونوعية الجرم. فقد يكون القصد عاما، وقد يكون خاصا، وقد يكون القصد معينا أو غير معين، وقد يكون القصد مباشرا أو غير مباشر.

٥٩٠- القصد العام والقصد الخاص : يستوا في القصد العام كلما تعمد الجانى ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظورا. وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوافق القصد الجنائى العام، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفى فيها أن يتعمد الجانى إتيان

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٤٠ وما بعدها، الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨.

عودة

ال فعل المادى مع علمه بأنه يأتي فعلاً محراً. وفي بعض الجرائم لا يكتفى الشارع بالقصد العام، بل يشترط أن يتوافر معه قصد خاص كي تعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص، كما هو الحال في جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة. ففي جريمة القتل العمد لا يكفي أن يضرب الجانى الجنى عليه أو يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محظوظ، بل يجب أن يتعتمد مع الضرب أو الجرح إزهاق روح الجنى عليه. فالشارح يجب طحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعتمد (بعد توافر القصد العام) نتيجة معينة أو قصداً خاصاً، فإذا توافر القصد العام فقط ومات الجنى عليه كان الفعل قتلاً شبه عمد لا قتلاً عمداً^(١). وفي جريمة السرقة لا يكفي أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محظوظ، بل يجب أن يتعتمد مع ذلك تملك المال، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تكون جريمة السرقة.

وفي الحالات التي 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 في حالة الاختلاط باعتباره باعثاً وإنما باعتباره قصداً خاصاً.

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص في جريمة القتل؛ لأنه لا يعترض بالقتل شبه العمد. والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما: قتل عمد وقتل خطأ، فيُعد قاتلاً عمداً عمنه كل من أدى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح الجنى عليه. فالقصد العام كافٌ وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد.

ما قلناه من أن التعزير هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم يفسر لنا قوله بأن الشريعة تركت للقاضي (والفقير والمقتن) أن يدخل تقدير الباعث وأثره على التعازير والعقوبات التعزيرية.

لكن في حالة القصاص أو العقوبات الخدية عموماً: فطبقاً للمبدأ الذي قدمناه فإنها عقوبات قصوى استثنائية، ولذلك قدمنا بأنه لا يجوز أن يضاف إليها ما يشددها لأنّه لا يوجد ما هو أشد منها في نظر الشارع الحكيم، بل بذل الفقه جهده لتقليل حالاتها بناء على وجوب "درء الحدود بالشبهات". فضلاً عن ذلك، لا يجوز أن يضاف إليها حالات أخرى تطبق فيها تلك العقوبات تعزيزاً، لأن التعزير في نظرنا لا يجوز أن يصل إلى تطبيق تلك العقوبات التي حدد الشارع لها شروطاً عديدة تمنع التوسيع فيها؛ بل أوجب التضييق في نطاقها.

* * *

وقد قلنا بأن تحديد الشبهات التي تمنع تطبيق الحد من اختصاص أهل الاجتهاد والقضاء، ويمكن أن يدخل فيها ظروف الفعل وظروف الفاعل التي تستدعي التخفيف – وهذا يتعارض مع تكرار القول بأن الحدود ليس للقضاء أى وسيلة للتخفيف فيها. وفي غير حالة النص الصريح على وجوب توافر قصد خاص، فالالأصل أن الجاني يستحق عقوبة الجريمة العمدية ب مجرد تعمد الفعل المحرم – دون أى نتيجة معينة – وهذا هو ما يسمى بالقصد العام.

٥٩١ عوده **القصد المعين والقصد غير المعين** : يكون القصد معيناً إذا قصد الجاني

ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين^(١).

ويُعدُّ الفعل معيناً سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصاً أو أكثر بسكين، أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قبلة على جماعة، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدي لقتل وجرح الكثرين، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين.

ويُعدُّ الفعل معيناً ولو كانت نتائجه غير محدودة، كلما أتاه الجاني وهو عالم بنتائجها قاصداً تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها، لا يالي أيها تحقق وأيها تختلف.

ويُعدُّ المجنى عليه معيناً كلما أمكن تعينه، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه. فمن قصد أن يصيب أي شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصاً معيناً. ومن أطلق النار بقصد إصابة أي شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها، فقد أصاب شخصاً معيناً؛ لأن الجماعة معينة؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفراداً^(٢).

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجاني ارتكاب فعل معين على شخص غير معين. ويُعدُّ الشخص غير معين إذا لم يكن في الإمكان تعينه قبل الجريمة؛ فإذا أطلق الجاني كلباً عقراً ليغدر من يقابلها، أو حفر بئراً في الطريق ليسقط فيها من يمر في الطريق، كان المجنى عليه غير معين. ويشرط ليكون القصد غير معين ألا يقصد الجاني 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 للثاني^(٣).

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بصفة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير معين، فحكمهما واحد من حيث مسؤولية الجاني وتكييف فعله، إلا أنهم اختلفوا في مسؤولية الجاني وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلاً وكان القصد غير معين. فيرى بعض الشافعية

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥، البجيرمي على شرح المنهاج الجزء الرابع ص ١٣٠.

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢، ٣.

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢، ٣، شرح المترشحي ج ٨ ص ٨.

عوجه أن الجاني لا يسأل بحسباته قاتلاً متعمداً إذا قصد قتل غير معين – وإنما يسأل عن فعله بحسباته قاتلاً شبهة عمداً ما دام الشخص الذي قصد بالجريمة (منهما) غير معين^(١).

ويفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبيب. ويسمون في حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين، ويجعلون القاتل مسؤولاً عن القتل العمد. أما في حالة القتل بالتسبيب فلا يسأل القاتل بحسباته قاتلاً عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا المعين، فإن قصد غير معين فلا يسأل بحسباته قاتلاً متعمداً، وإنما يسأل عن القتل الخطأ^(٢).

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يتشرط فيه قصد إزهاق روح المجنى عليه، وهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلاً يؤدي إلى القتل، وقصد به شخصاً معيناً، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك، ولكنه لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه الذي لا يعرف ولا يدرك من يكون، والذي قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجاني وأحبهم إليه. فالجاني لا يمكن أن يقصد قصداً صحيحاً أو جدياً إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان. والجاني يؤخذ في القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القتيل بالذات، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القتيل فقد بقي قصد إزهاق روح القتيل بالذات، وهذا الفعل يكيف شرعاً بأنه قتل شبهة عمد^(٣).

ويمكنا أن نعملل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق، كما يمكننا أن نعملل تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبيب بأن المجنى 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 المجنى عليه، وإذا تمكّن منه فقد أصبح معيناً لدليه، بعكس الحال في

(١) موهاب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠، الشرح للدردير ج ٤ ص ٢١٦.

(٢) تحفة الحاج ج ٤ ص ٣.

(٣) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع عدّ الفعل قاتلاً عمداً إذا قلنا: إن هناك شبّهة في صحة القصد أو في جديته، لأن الحدود تدرأ بال شبّهات. ويترتب على درء عقرية القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبهة العمد مع وصفه بأنه قتل عمد.

عوده القتل بالتبسيب، فإن الجاني يباشر القتل بواسطة، وهو في أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه وقبل أن يصبح معيناً لدليه.

أما لفهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية، فلهم 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 قصدها^(١). ويلاحظ أن تقسيم القصد في الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد في القانون إلى محدود وغير محدود، وأن رأي الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين في القتل يتفق تماماً مع رأي شراح القانون الفرنسي والمصري، حيث لا يفرق هؤلاء أيضاً بين القصد المحدود وغير المحدود؛ لأن الجاني في الحالين يقصد النتيجة التي حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة.

ونصوص القانون المصري والفرنسي لا تفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضاً، فهي بذلك تتفق مع رأي الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين. فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصري المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسي تعرف سبق الإصرار بأنه: "هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جنائية، غرض المصرّ منها إيهاد شخص معين أو أي شخص غير معين وجده أو صادفه، سواء كان ذلك القصد معلقاً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط".

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية، التي تعدد الجاني مخاطناً لا عاماً، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصداً صحيحاً.

٢٩٥. القصد المباشر والقصد غير المباشر: يُعدُّ القصد مباشرةً سواء كان معيناً أو غير معيناً كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتائجه ويقصدها، بغض النظر عما

(١) بداع الصنائع ج ٧ ص ٢٢٣، ٢٣٤، المهدى ج ٢ ص ١٨٤، أسفي المطالب ج ٤ ص ٣، الإنعام ج ٤ ص ١٦٣، المجنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها.

عوده إذا كان يقصد شخصا معينا أو لا يقصد شخصا معينا. ويُعد القصد غير مباشر إذا قصد الجاني فعلا معينا فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلا أو لم يقدر وقوعها. ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المختتم أو القصد الاحتمالي.

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر، كما أفهم لم يعرفوا تعريف القصد الاحتمالي. ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالي، وأنما لا تفرق بين القصد المباشر وغير المباشر. وقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحتمالي، وفرقت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها، وليس أدلة على ذلك من جرائم الجراح والضرب. فالضارب والجراح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب، ولا يتوقع أن يصيب المجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة، أو لا يتوقع أن يصبه إلا بمجرد الإيلام. ولكن الجاني مع هذا لا يسأل جنائيا عن النتائج التي قصدها فقط أو التي توقعها، وإنما يسأل أيضا عن النتائج التي لم يقصدها ولم يتوقعها. فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته، فهو مسئول عن ذلك مأخوذه به. وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت، فهو مسئول عن موت المجنى عليه بعد الفعل قتلا شبهه عمدا لا ضربا ولا جرحا. فالشريعة تحمل الجاني في جرائم الضرب والجروح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها، وتحمّل الجاني هذه النتائج معناه أن الجاني يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المختتم.

إذا كانت الشريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه، فلا عبرة بعد 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 والجروح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالي وحكم هذا القصد، وسنرى فيما يأتي أن آراء الفقهاء في هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافا ظاهرا :

٤٩٣ - الرأي الأول : هذا الرأى لمالك، وهو يفرق عندما يتعرض جرائم القتل والجروح والضرب بين الجرائم المتعمرة والجرائم غير المتعمرة، ويجعل الجاني في الحالين

عوده مسؤول عن النتيجة التي انتهى إليها فعله، فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسؤول عن القتل، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسؤول عن ذلك، ومن شفي جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثراً كانت مسؤوليته بقدر ما انتهى إليه فعله. والفرق بين الجرائم المتعتمدة وغير المتعتمدة ليس في ذات الفعل المادي الذي أتاه الجاني وإنما قصد الجاني وقت إتيان الفعل؛ فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعتمداً، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعتمداً.

ويكفي مالك في جرائم القتل والجرح والضرب المتعتمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان، ولا يشترط في القتل العمد أن يقصد الجاني إزهاق روح الجنين عليه^(١)، ولا يشترط في قطع العضو أو في فقد منفعته أن يقصد الجاني هذه النتيجة. ومن ثم يُعدُّ الجاني قاتلاً عمداً عند مالك إذا لطم شخصاً أو لكرهه بقصد العدوان فأدَى ذلك إلى موته، وكذلك يُعدُّ قاتلاً عمداً لو رماه بحجر صغير أو بقضيب أو ضربه بعصا خفيفة ولو لم يواكب الضربات، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل إلى الموت، ويُعدُّ قاتلاً عمداً من يدفع شخصاً بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدي السقطة إلى موته. ولا يشترط في كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة، ولا أن يقصد الجاني إزهاق روح الجنين عليه^(٢). ومن لطم شخصاً بقصد العدوان ففقاً عينه أو أذهب بصره، فهو مسؤول عن نتيجة فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها^(٣).

وإذا كان الجارح أو الضارب الذي لم يقصد الإجراة العدوان مسؤولاً عن كل نتائج فعله، فمعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده المعين المحدد، وإنما يؤخذ بما يتحمل أن يترتب على هذا القصد، أو بتعبرنا العصرى يؤخذ بقصده المختلط. فخلاصة رأى مالك أن الجاني مسؤول عن كل نتائج فعله المقصود، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، سواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها.

(١) كان القضاء الفرنسي إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى في جرائم القتل العمد بالقصد العام، حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضي للموت بعقوبة خاصة.

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩.

عودة وقد كان مالك في رأيه هذا منطقياً مع نفسه، لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد؛ ولأنه جعل القتل نوعين لا ثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ، فلم يكن لديه بعد هذا ما يدعوه لاشتراطية خاصة في القتل العمد ليميزه عن غيره.

٩٤ـ **الرأي الثاني** : وهو رأى فقهاء مذهب أبي حنيفة والرأي المرجوح في مذهب أحمد. ويفرق أصحاب هذا الرأي أيضاً بين جرائم القتل والجرح والضرب المعمدة وبين الجرائم غير المعمدة، وبجعلون الجنائي في الحالين مسؤولاً عن النتيجة التي انتهت إليها فعله. وأساس الفرق بين الجرائم المعمدة وغير المعمدة هو قصد الجنائي، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو معمد، وإن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير معمد. ويفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد في القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو مادون النفس^(١)، فيشترون في القتل العمد أن يقصد الجنائي الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح الجنين عليه، فإن توافر هذان القصدان فالجنائي قاتل معمد، وإن توافر الأول دون الثاني فالفعل قاتل شبه عمد. وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان، أي: تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محظوظ. فإذا توافر هذا القصد فالجنائي مسؤول عن نتائج فعله سواء قصدها كلها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها، أو بعيدة يندر وقوعها. فمن ضرب شخصاً يقصد ضريمه فقط فأدى الضرب لموته، كان مسؤولاً عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب. ومن لطم

(١) يفرق الفقهاء بين الجنائية على النفس والجنائية على مادون النفس. فالجنائية على النفس هي الجريمة التي تؤدي للموت سواء كانت الجريمة معمدة أو غير معمدة، والجنائية على مادون النفس يعبر عنها عن كل أذى يقع على جسم الإنسان فلا يودي بحياته، وهو تعبر دقيقاً يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورها، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجلد والعصر والضغط وقص الشعر وتقطيعه، وغير ذلك. ويعبر القانون المصري عن نفس المعنى بلفظي الجرح والضرب فقط، وهو تعبر ناقصاً لا يتسع لنغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء.

عده شخصاً لفظاً عينه أو أذهب بصره، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عمما
قصده من الفعل^(١) وهكذا.

وأصحاب هذا الرأي يتفقون مع مالك وبخارويه. فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما
دون القتل حيث يأخذون الجاني بقصده المحتمل، ويجعلونه مسؤولاً عن نتائج فعله
المتعمد، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها. وبخارويه مالكا في القتل العمد، حيث
لا يرون أحد الجانين بقصده المحمّل في القتل العمد، ويشارطون لعدة قاتلاً عمداً أن
يقصد إزهاق روح القتيل، بينما يؤخذ الجاني عند مالك بقصده المحتمل في القتل العمد
وغيره. وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة أنواع :
عمد، وشبه عمد، وخطأ. وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه
الأنواع حداً يميزه عن غيره. فاشترطوا في القتل العمد أن يقصد الجاني إزهاق روح
القتيل، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذي يكفي 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 الحالين قاتل
متعمد في رأي مالك.

٩٥ـ الرأي الثالث : وهو رأى الشافعى والرأى الراجح في مذهب أحد، ويفرق
 أصحاب هذا الرأى أيضاً بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة، ويجعلون الجاني مسؤولاً
في الحالين عن نتائج فعله، كما يجعلون أساس التفرقة قصد الجاني، فإن أتى الفعل
بقصد العصيان فهو متعمد، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد.

ويفرقون في جرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد،
ويجعلون القاتل مسؤولاً عن القتل العمد كلما قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى
عليه، ويجعلونه مسؤولاً عن القتل شبه العمد، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق الروح
المجنى عليه، ولو كان لا يزدّي غالباً للموت. فلا مجال للقصد المحتمل في دائرة القتل
العمد، وفي هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق.

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧، بداع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣، المتفق ج ٩ ص ٤١٠، الشرح الكبير
ج ٩ ص ٤٢٨.

عِرْدَه أما في جرائم الاعتداء على مادون النفس فيرى أصحاب هذا الرأي مسؤولية الجاني بحسباته متعمداً عن كل نتائج فعله التي قصدها، ومسؤوليته عن كل النتائج التي يؤدي إليها فعله غالباً ولو لم يقصدها أو يتوقعها؛ لأن تأدية الفعل غالباً هذه النتائج يجعلها في حكم النتائج المقصودة، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدتها الجاني، ولا يؤدي إليها فعله غالباً، فلا يسأل الجاني عن هذه النتائج بحسباته متعمداً لها؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدي فعله غالباً إليها، كذلك لا يسأل الجاني عن هذه النتائج بحسباته مخططاً؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجه.

إنما يسأل الجاني عن نتائج الفعل بعدّه شبه عامل، وشبه العمد درجة بين العمد والخطأ، والمسؤولية عنه أخف من المسؤولية عن العمد وأغلظ من المسؤولية عن الخطأ. والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطأ؛ لأن الجاني يتعمد الفعل ولا يقصد نتائجه؛ ولأن نتائج الفعل في شبه العمد ليست مما يؤدي لها الفعل غالباً، فالجاني يتعمد الفعل ويختفيء في نتائجه، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ. فمن صفع شخصاً على وجهه فرقاً عينه أو أذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة، لا يسأل عن فعله بعدّه متعمداً؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته؛ ولأن الصفع لا يؤدي غالباً هذه النتيجة. كذلك لا يسأل الجاني بعدّه مخططاً لأنه تعمد الفعل، وإنما يسأل الجاني بعدّه شبه عامل، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامل وأغلظ من عقوبة الخطأ. ومن أدخل أصعبه في عين إنسان فرقاً لها أو أذهب بصرها، يسأل عن نتيجة فعله عن نتيجة فعله بعدّه متعمداً، لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته، أو لأن الفعل يؤدي غالباً هذه النتيجة. ومن رمى إنساناً بحجر فأوضحته أو هشمه^(١)، يسأل عن نتيجة فعله بعدّه متعمداً، لأنه قصد الفعل، وأن فعله يؤدي غالباً لهذه النتيجة. ومن رمى غيره بحصاة صغيرة في جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة بعدّه متعمداً إذا لم يكن قصدها، لأن الفعل لا يؤدي غالباً لها؛ وإنما يسأل عن هذه النتيجة بعدّه شبه عامل^(٢).

(١) الإيضاح والهشم إيمان لنوعين من الشجاج. والشجاج هي الجراح التي تصيب الرأس والوجه.

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧، الأم ج ٦ ص ٤٥، الإنقاذ ج ٤ ص ١٥٦، المخن ج ٩ ص ٤١٠، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨.

٩٦ مقارنة بين الآراء التالية : والقصد الاحتمالي لا وجود له في

جريمة القتل العمد عند أبي حنيفة والشافعى وأحمد، بينما يسلم مالك بوجود القصد الاحتمالي في القتل العمد ويؤخذ الجان فى كل الأحوال بقصده المختتم.

والأصل في هذا الخلاف أن مالكا يقسم القتل إلى عمد وخطا فقط، فكل ما ليس خطأ فهو عمد عند مالك، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان، ذلك القصد الذي يميز العمد عن الخطأ. أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطا ويشترطون في العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجني عليه، فإذا قصد الجان الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عامد لا متعمد، وعليه عقوبة تقل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطأ، وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المجني عليه عند من يشترطون هذا الشرط سبباً في امتناع القصد الاحتمالي في دائرة القتل العمد.

ويسلم الفقهاء جميعاً بوجود القصد الاحتمالي فيما دون النفس أى في الجرح والضرب وما أشبه، ويتفق مالك وأبو حنيفة فيأخذ الجان بقصده المختتم في كل الأحوال ما دام قد تعمد الفعل، ويظاهرهما على ذلك الرأى المرجوح في مذهب أحمد.

ويستفق الشافعى مع الرأى الراجح في مذهب أحمد على أن الجان مسئول عن النتائج التي قصدها باعتباره عاماً، وأنه يؤخذ بقصده الاحتمالي فيسأل بعده عاماً كلما كانت النتائج في حكم المقصودة، ولعد النتائج كذلك إذا كانت غالبة الواقع، فإذا لم تكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبة الواقع فهي نتائج غير مقصودة أو في حكم النتائج غير المقصودة، ولكن لا يسأل عنها الجان بعده مخاطباً لأنه تعمد الفعل، وإنما يسأل عنها بعده شبه عامد ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ.

٩٧ بين الشريعة والقانون : الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالي هو جرائم القتل والجرح والضرب، والأحكام التي وضعت لهذه الجرائم هي التي بعثت فكرة القصد الاحتمالي إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة.

وأكثر القوانين الوضعية لا تضع قواعد عامة للقصد الاحتمالي، وتكتفى بالنص عليه في جرائم الضرب والجرح والأحكام الأخرى التي تؤدي إلى قتل أو جرح. فقانون العقوبات المصرى مثلاً يأخذ الجان بقصده المختتم في جرائم الضرب والجرح (المواضىء من ٢٤٣ إلى ٢٤٣ عقوبات)، وفي جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف

عودة (المادة ١٢٦ عقوبات)، وفي جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات)، وفي جريمة الحريق المعتمد إذا أدى لموت شخص كان موجوداً في الأماكن الخرقة (المادة ٢٥٧ عقوبات)، وفي جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل، أو فقد منفعته 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 فعلية عقوبها، ولو كانت غير التي تعمد ارتكابها، متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض 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 وتحديدها. ولكن ما أخذت به القوانين وما يراه الشرح 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 توافر قصد إزهاق روح القتيل، لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضي للموت، وقيام هذا الشرط يؤدي إلى استبعاد القصد الاحتمالي من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصري الخارج الضارب مسؤولاً عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها توقعها أو لم يتوقعها، سواء كانت النتائج قريبة الواقع أو بعيدة الواقع.

والقانون الفرنسي يأخذ في جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ما أخذ به القانون المصري، فمن ضرب إنساناً بعصا فأحدث به جرحاً أدى لموته فهو مسؤول عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت، وإذا أدى الضرب لعاقة فاجلاني مسؤول عن إحداث عاهة، وإذا أعجز الضرب الجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوماً، كان الجلاني مسؤولاً عن هذه النتيجة، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجلاني مسؤولاً على قدر نتيجة فعله. واجلاني يسأل في كل هذه الأحوال المختلفة بعده عاماً لا محيطاً.

والشرح المصريون والفرنسيون يسلّمون بما سبق، بحسبانه مما نص عليه القانون، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالي في جريمة القتل العمد؛ لأن الأخذ بنظرية القصد

عادة الاحتمالي في القتل العمد يؤدي إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضي للموت، ويجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعدراً، ولكنهم فيما عدا هذا يضعون نظريتهم في القصد الاحتمالي على أساس آخر، ويجعلون الجاني مسئولاً كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقع وفي الإمكان توقعها، سواء توقعها الجاني بالفعل أو لم يتوقعها.

ويرى بعض الشرح أن يأخذ الجاني على أساس أنه معتمد 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 نتائجه. وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجاني بعده مخطنا^(١).

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصري والفرنسي يأخذان بنظرية أبي حنيفة كاملة في القتل والضرب والجرح، كما يأخذان بنظرية مالك في الضرب والجرح فقط، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط.

أما نظرية الشرح المصرى والفرنسى، فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقاً ومقاييساً، لأنها تعطي النتائج الغالية الواقعة حكم النتائج المقصودة، وتجعل الجاني فى حكم العامل، كما أنها تجعل للنتائج التي لا يغلب وقوعها حكماً خاصاً، وتجعل الجاني مسئولاً عنها بعده شبه عامل. وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعقيد ولا تواء. فالمقياس الذى تقاس به مسئولية الجاني عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج، وهو مقياس عادل، لأن نتائج الفعل الغالية الواقعة تكون دائمة فى ذهن الجاني، ولا تكاد تنفصل ذهنياً عن الفعل المادى، فإذا قصد الجاني الفعل فقد قصدها، وهو مقياس ثابت، لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج، ولا يقوم على أساس اعتبارى مختلف باختلاف الأشخاص وقدرهم على التفكير والاستنتاج.

أما الشرح فيقيمون نظريتهم على أساس غير ثابتة، ويقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة، إذ يجعلون الجاني مسئولاً عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقع

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ٣٧٥، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

عودة وفي الإمكان توقعها. واحتراط قرب النتائج ليس مقاييساً صحيحاً ولا أساساً ثابتاً ما دامت درجة القرب لم تحدد بحد ذاتها. واحتمال وقوع النتائج ليس أساساً ثابتاً ولا مقاييساً 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 محتملاً. ولعل هذه العيوب هي التي دعت بعض الشرائح إلى القول بمسؤولية الجاني بعدة عوامل كالمالزنة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجاني قصد الفعل دون أن يقصد نتيجته، وهؤلاء الشرائح وإن جاءوا بمقاييس مادي ثابت، إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالي؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هي نتائجه الطبيعية التي يسأل عنها الجاني على أساس قصده العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالي.

والقانون الإنجليزي لا يشترط في القتل العمد توافر إرادة القتل عند القاتل، بل يعده محدث القتل قاتلاً عمداً متى كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يستتر عليه الموت، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها. وبهذا الرأي أحد القانونين السوداني، إذ يعده القتل عمداً إذا حصل الفعل بقصد تسبب الموت، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل، أو لأى ضرر جسدي 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 تثلج الجاني أو توقع النتيجة أو النتائج التي وقعت ولو لم يقصدها بالذات. وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزي والقانون السوداني مع مذهب مالك في مؤاخذة الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية، ولا تقتد إليه نصوص القانون الإنجليزي أو السوداني؛ إذ الجاني لا يؤخذ بقصده الاحتمالي عند الألمان، ولا طبقاً للقانونين الإنجليزي والسوداني إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدي للموت. وأما في مذهب مالك، فالجاني يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه، فمثلاً إذا لطم الجاني شخصاً

(١) أحمد بك أمين ص ٣٩، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٦.

عوده صحيح الجسم بقصد العدوان ودون أن يقصد الجان القتل أو يخطر في باله أن فعله قد يؤدي للموت، فمات المجنى عليه من اللطمة، فالجان قاتل معتمد عند مالك^(١)، وليس قاتلاً معتمداً 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. فالجان طبقاً للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة، والتتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بها الجان، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثيل والتوقع. والجان طبقاً للقانونين الإنجليزي والسوداني يجب أن يعلم أو أن يكون في استطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدي للموت، والعلم أيضاً مسألة داخلية، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجان، وما قد يعلمه شخص آخر، ومن ثم فلا يليق 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 الإسلاميون. فالقانون المكسيكي الصادر في سنة ١٩٣١ يجعل الجان مسؤولاً بعدد عامداً عن كل النتائج التي لم يقصدها، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية أو العادية، أو كان الجان قد توقع حدوثها، أو عزم على مخالفتهما كأنها كانت النتيجة. وهذا الذي أخذ به القانون المكسيكي إنما هو مزيج من النظريات الإسلامية. والقانون الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٠ يجعل الجان مسؤولاً عن النتائج التي لم يقصدها، وبعاقبها بعقوبة أقل من عقوبة العAMD وأكثر من عقوبة المخطى، ونظريات القانون الإيطالي تقوم على نفس الأسس التي تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح في مذهب أحمد.

تلكم هي نظريات الفقهاء الإسلاميين في القصد الاحتمالي، وهذه هي نظريات شراح القوانين. وظاهر بخلاف ما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بمحدث على الشريعة،

(١) كان القضاء الفرنسي يطبق مذهب مالك في القتل حق سنة ١٨٣٢، حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤذن للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل.

عوده وأن الشراح لم يعرفوا في عهدها 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 لاتزال كما رأينا أدق منطقاً وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التي يقول بها شراح القوانين.

هذه صورة أخرى لاهتمام الفقه بأحكام جريمة القتل العمد، وتدقيقهم في أحكامها. فقد تعرض فقهاؤنا لصور يكون فيها الفعل المأذوب عليه قد قصد به شخص معين أو غير معين. والراجح هو أن عقوبة هذه الجريمة تحمي حرمة الحياة البشرية. والناس جميعاً متساوون في استحقاق هذه الحماية، ولذلك اتجهوا إلى عدم تخفيف العقوبة في حالة عدم تحديد المجنى عليه المقصود بالقتل أو عدم تعينه.. لكننا نرى أن استبعاد القصاص في هذه الحالة أقرب لروح التشريع؛ إذ توجب شريعتنا استبعاد الحدود والقصاص عند وجود أي شبهة. ونعتقد أنه يمكن أن يُعدّ عدم اتجاه قصد القاتل إلى من قُتل فعلاً هو شبيهة توجب الالتفاء بالتعزير باستثناء من الأصل الذي أشرنا إليه.

إن الرأي الذي يستبعد القصاص في حالة عدم تعين المقصود بالقتل في حالة التسبب هو في نظرنا أكثر تتشيا مع المبدأ العام الذي يوجب تضييق نطاق عقوبة القصاص واستبعادها كغيرها من العقوبات البدنية المقدرة شرعاً ب مجرد وجود أي شبهة دون حاجة للاستشهاد بالنظريات الألمانية أو غيرها.

* * *

القصد الاحتمالي أو غير المباشر هو تحويل المخان مستولية النتائج الاحتمالية لفعله، دون حاجة لإثبات أنه قصدها بالذات أو أنه توقعها. وهذا أيضاً من الموضوعات التي تثيرها عقوبة القصاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص، تعدد الآراء في فقهاً يماثله ما نراه حتى الآن من خلافات في الفقه والقضاء المعاصر.

ولاجوال للاختلاف في حالة النص الصريح على عقوبة معينة في حالات خاصة من القصد الاحتمالي، كما هو الشأن بالنسبة لما يسميه فقهاً شبه العمد في جرائم الاعتداء على الأشخاص، أما عندما لا يوجد نص – فإن الأمر يدخل في نطاق المبدأ الذي أشرنا إليه مراراً وهو تضييق نطاق عقوبات القصاص والحدود – ويقى المجزاء في نطاق التعازير وفيها يكون للمقتن أو القاضي أو الفقيه أن يختار بين الآراء المختلفة حسب ظروف كل جريمة على حدة – وذلك على التفصيل الذي توسيع في عرضه..

وكما هو واضح من الأمثلة التي تعرض لها، فإن هذا موضوع يتعلق بجرائم الاعتداء على حياة الأشخاص وسلامة أبدائهم التي يوليها مشرعونا عناية خاصة، ولذلك فإنه سيعود لها بالتفصيل في دراسة القسم الخاص.

المبحث الخامس

أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسئولية

عوده ١٩٨ أثر الجهل على المسئولية الجنائية : من المبادئ الأولية في الشريعة الإسلامية أن الجاني لا يؤخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً عالماً تماماً بتحرمه، فإذا جهل التحرم ارتفعت عنه المسئولية.. ويكتفى في العلم بالتحرم إمكانه. فمثى بلغ الإنسان عاقلاً وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحرم، وإما بسؤال أهل الذكر عَدْ عالماً بالأفعال المحرمة، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتاج بعدم العلم. وهذا يقول الفقهاء : "الإقبال في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام" ..

ويُعدُّ المكلف عالماً بالأحكام يامكان العلم لا بتحقق العلم فعلاً، ومن ثم يُعدُّ النص المحرم معلوماً للكافية ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً مادام العلم به كان مكناً لهم. ولم تشرط الشريعة تحقق العلم فعلاً لأن ذلك يؤدي إلى الخرج ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصريعيه 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 يخالط المسلمين، أو من أسلم حديثاً ولم يكن مقيناً بين المسلمين، فإن هذا ليس استثناء في الواقع، وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التي قنع مؤاخدة من يجهل التحرم حتى يصبح العلم ميسراً له، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ولا يُعدُّون عالمين بأحكام الشريعة. أما إذا كان مدعى الجهل ناشتاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل... .

ويتحقق الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص، فحكمهما واحد. فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحرم أو أن نصا آخر أباح الفعل المحرم، فإن جهله بمعنى الحقيقى للنصوص لا يرفع عنه المسئولية الجنائية، وهذا هو الخطأ في التفسير كما نسميه 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 : «ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا» [المائدة: ٩٣] ، فأقيم عليهم حد الخمر... .

عوده وتفق 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، فله أن يحتاج بالجهل، ويضربون لذلك مثلاً حالة المهاجرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون ...

٤٩٩- **أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية :** الخطأ هو وقوع الشيء على غير إرادة فاعله. فالفاعل في جرائم الخطأ لا يأتي الفعل عن قصد ولا يريده، 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 يُعد جريمة دون أن يقصد الجاني ما تولد عن فعله، وتُعد الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجاني قد قصد المباح؛ لأنه قصد بفعله محلاً غير محل الحرم أى غير محل الجريمة. ومثال ذلك أن يتمضمض صائم فيسرى الماء إلى حلقه، أو يرمي صائد طيراً فيصيب إنساناً، فالصائم قد إدخال الماء إلى فمه ليتمضمض ولم يقصد إدخاله إلى حلقة ليفترط؛ فهو قد قصد فعلاً مباحاً، ولكن تولد عن الفعل المباح الذي قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنما وقع على غير إرادته. والصائد قد صيد الطائر ولم يقصد إصابة الجني عليه، فهو قد قصد فعلاً مباحاً ولكن تولد عن الفعل المباح الذي قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وهو إصابة الجنى عليه، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان ...

والخطئ كالعامد مسؤول جنائياً كلما وقع منه فعل يحرمه الشارع، ولكن سبب مسؤوليتهما مختلف. فمسؤولية العامد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان ما حرم أو ترك ما أوجبه، ومسؤولية الخطئ سببها أنه عصى الشارع، لاعن قصد ولكن عن تقديره وعدم ثبت واستهياط^(١) ...

(١) الفقه للحضرى ص: ١٣١ ...

عوده ٣٠٠ . المسئولية عن الخطأ، استثناء : والأصل في الشريعة أن المسئولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرم الشارع ولا تكون على الخطأ، لقوله ﷺ : «وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن مَا تعمدت قلوبكم » [الأحزاب: ٥]. ولقول الرسول : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل^(١). من ذلك قول الله ﷺ: «وما كان المؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ... » [النساء: ٩٢].

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد، والاستثناء هو العقاب على الخطأ، فإنه يستترب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عاماً، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخططاً، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة من أتاها مخططاً؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطأ في آن واحد. فمن زنا عاماً عوقب بعقوبة الزنا، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد ارتكاب المحرم والجريمة عمدية. ومن سرق عاماً عوقب بعقوبة السرقة، ولكن من أخذ مال غيره سهوا أو خطأ مع مال له، لا عقاب عليه؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية، ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب، ولكن من شربها يظنها ماء لا عقاب عليه؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية، وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجاني عاماً فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخططاً فلا عقاب عليه. ويعكن تعلييل عدم العقاب بأن الخطأ يبعد ركناً من أركان الجريمة العمدية فلا تكون الجريمة. على أن انتفاء المسئولية الجنائية لأنعدام ركن من أركان الجريمة لا يعن من مسئولية الفاعل مسئولية مدنية، إذ القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة، وأن الأعداء الشرعية لا تناف عصمة المخل، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها يحسبها زوجته لا يعاقب جنائياً وإنما عليه مهرها؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو من حد أو مهر، ومن أخذ خفية مالاً للغير وهو يحسبه ماله، ثم تصرف فيه لا يُعد سارقاً لأنعدام القصد الجنائي، ولكنه يتلزم بضمانته المالي لصاحبه... .

(١) الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج/٥ ص: ١٤٩ وما بعدها، وص: ١٥٤ وما بعدها ...

عادة ـ أما إذا كانت الجريمة مما يحرم إثباته عمداً أو خطأ، كالقتل والجرح، فإن العاًمد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد، بينما يعاقب المخطئ بالعقوبة المقررة للخطأ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العاًمد وعقوبة المخطئ، فيغفل عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثاني^(١) ...

ويلاحظ أن الصالح 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 يكرر وقوعها ولا يخفى خطورها؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم ...

ولقد نصت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة وعُدّت أغلب هذه الجرائم عمدية وأقلها من جرائم الخطأ. ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطأ فإنه لا يجوز لولي الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جريمة عمدية إلا إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة عامة، وهذا يصدق على جرائم ممّى حرمتها الشريعة، أما الجرائم التي يحرّمها أولو الأمر فلهم 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 يميز المترتبة العقاب على الخطأ إلا ما نص عليه، وحجتهم أن المزاحدة تكون بالجناية، والجناية لا تكون إلا بالقصد والخطأ لاقصد فيه فلا جناية فيه ولا مزاحدة عليه. ولكن الجمهور يرى أن في الخطأ عدم التثبت والاحتياط الواجبين، فمن تسبّب في خطأ أو باشره، فقد أتى بجناية وجازت مزاحدته. راجع فوائح الرحوت لعبد العلي الانصارى ج/١ ص: ١٦٦ ...

المبدأ الشرعي هو أن المكلف يكون مسؤولاً عن ارتكاب الجريمة بعد علمه بتجريمتها وتخريمتها، إلا أنه لا يجوز له أن يدعي عدم علمه ما دام ذلك كان ممكناً له؛ لأن الجهل بالشريعة وأحكامها لا يجوز أن يحتاج به، ويعد النص الذي يعاقب على الفعل معلوماً من كل مكلف بمجرد صدوره وإعلانه لأن العلم به واجب وممكن لسلكافة، وإذا قصر المكلف في العلم بالأحكام فإن تقصيره يحسب عليه لا له؛ إذ إن العلم فريضة على كل مكلف، ولذلك فإن جهله بالنص حتى لو ثبت فإنه لا يعفيه من المسئولية. ومع ذلك، فمن واجب الفقه والمجتمع أن يهتم بكل إنسان الأسباب التي تكمنه من الاطلاع على النصوص المعاقبة على الجرائم وتيسير له ذلك وتساعده عليه. ولذلك فإننا قدمنا مراراً رأينا بأن التقين أصبحوا في عصرنا والعصور القادمة لكثرة الخلافات الفقهية وصعوبة الرجوع إلى كتب الفقه للرجل العادى بل وللدارسين كما أشار فقيهنا فيما سبق.

* * *

فشرعتنا كغيرها من الشرائع يتربت على ثبوت الخطأ امتناع العمد، لكن المشرع في حالات محدودة يفرض عقوبة خاصة – أقل من عقوبة الجريمة العمدية – على بعض أفعال الخطأ عندما يتربت عليها نتيجة معينة يُعدُّها خطيرة ويقرر مسألة المخطئ عن فعله وأخطائه بعدُها من جرائم الإهمال أو الخطأ. وقد أشار إلى المبدأ القرآني : «وَلِيَسْ عَلَيْكُمْ جَنَاحٌ مَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ» [الأحزاب: 5]. وأكد أنه هو الأصل العام. ثم أضاف أن هناك حالات يقر فيها الشارع "عقوبة" على أفعال الخطأ استثناء لصلاحية عامة يقدرها؛ لكن العقوبة تكون أقل من عقوبة العمد.

نحو نؤيد الرأى القائل بأن الخطأ لا يجوز وصفه بأنه جريمة
وجزاؤه يكون تدبيراً وقائياً أو تربوياً وهنديباً :

ونحن نضيف لذلك أن الجزاء الذى قررته الشريعة عن أفعال مثل القتل الخطأ -
لا يمكن القطع بأنه عقوبة جنائية، بل إنه يمكن أن يُعدّ نوعاً من تدابير الوقاية أو
ال العبادة أو التوبة أو الاستغفار أو التعويض. ويكفى أن نذكر مثلاً لذلك : «تحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله» - أي أنه ليس في نظرنا عقوبة جنائية حتماً وإن
كان فقينا يُعدّ تعريضاً، فهو بمعنى التأديب والهديب؛ ونتفادى بذلك ما وصل إليه
فقيهنا من عَدَ ذلك استثناء على قاعدة أنه ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به - وما
استطرد إليه من بحث في تعليل هذا الاستثناء المزعوم على أنه يمكن قبول رأيه على أن
يكون الاستثناء خاصاً بالجزاء الدنيوي - أما في الآخرة فإن المبدأ القرآني لا استثناء
عليه، وقد أشار إلى أن المعترلة لا يحيزنون العقاب على الخطأ إلا بنص، ونحن نرجح
هذا القول ونرى أنه يكفي حساب الجزاء تدبيراً وقائياً أو تربوياً وهديبياً.

عادة ٣٠١ - أنواع الخطأ

الخطأ في الشريعة على نوعين : خطأ متولد، وخطأ غير متولد ...

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أثاره الفاعل وهو يعتقد أنه مباح. والخطأ المتولد، إما أن يكون مباشراً، كمن يرمي طائراً فيصيب شخصاً وكمن يرمي جندياً في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقداً أنه من العدو ثم يتبيّن أنه من جنود الوطن، وإما أن يكون بالتسبيب، كمن يحرق بثرا في الطريق العام بإذن من ولـي الأمر ولا يتحـد الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها ...

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد. وهو إما أن يكون خطأ مباشراً فيقع من المخطى مباشرة دون واسطة، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله، وإنما أن يكون خطأ بالتسبيب، وهو ما يتسبـب فيه المخطى دون أن يقع منه مباشرة، كما لو حفر شخص بثرا في الطريق العام دون إذن ولـي الأمر فوقع فيها أحد المارة، وكما لو وضع شخص أحجاراً في الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصـيب ...

ويطلق بعض الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقاً من كل قيد، ويسميه بعضهم الخطأ الحضـ. أما الخطأ المباشر غير المتولد، والخطأ بالتسبيب متولـداً وغير متولد، فيسمونه اصطلاحـاً ما جرى مجرـ الخطأ^(١). ومن الفقهاء من لا ينـوـ الخطأ ولا يفرق بين صورـ المختـلة ويسمـيها جميعـاً خطـاً ...

٣٠٢ - أساس الخطأ : أساس الخطأ في الشريعة هو في الأصل عدم التشتـ والاحتـاط، ولكن لا يشـرـط مع هذا المسـئـولـية المـخطـى أن يـقع منه تقـصـيرـ في كل الأحوالـ، وإنـما يـشـرـط وقـوع التقـصـيرـ في الخطـاـ المتـولـدـ، أما عـدـاه فالـتقـصـيرـ مفترضـ شـرعاـ في الجـانـيـ ولا يـعـفـىـ من المسـئـولـيةـ إلاـ إذاـ ثـبـتـ أنهـ أـجلـىـ إـلـيـهـ إـلـجـاءـ ... ويسـيرـ الفـقـهـاءـ عـلـىـ قـاعـدـتـيـنـ يـحـكـمـانـ الخطـاـ، ويتـطـبـيقـهـماـ نـسـطـطـيـعـ أنـ نـقـولـ : إنـ شـخـصـاـ مـاـ أـخـطـاـ أوـ لمـ يـخـطـيـ^(٢) :

(١) راجـعـ الفـقرـةـ : ٢٨٥ ...

(٢) بدـائعـ الصـنـائـعـ جـ : ٧ صـ : ٢٧١ ... ٢٧٢

القاعدة الأولى : إذا أتى الجاني فعلاً مباحاً أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه ما ليس مباحاً، فهو مسؤول عنه جنائياً، سواء باشره أو تسبب فيه، إذا ثبت أنه كان يمكنه التحرز منه، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسؤولية ...
القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مباح فاته الجنائي أو تسبب فيه دون ضرورة ملحوظة، فهو تعد من غير ضرورة، وما نتج عنه يسأل الجنائي عنه جنائياً سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه ...

٣٠٣ - نوع من الخطأ عند المالك : ويعدُّ مالك من الخطأ الأفعال التي يأتيها الجنائي بقصد التأديب أو اللعب إذا أدت لموت الجنين عليه أو جرحه. وقد أخذ بهذا الرأي نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد؛ لأن القتل عنده ليس إلا عمداً أو خطأ، والعمد ما قصد فيه الجنائي العدوان، والخطأ هو ما عدا ذلك. ومن يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوافر لديه قصد العدوان بحسب رأي المالك ومن ثم عَدَ فعله خطأً لا عمداً.

٤٠٤ - الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية : يراد بالخطأ في الشخص أن يقصد الجنائي قتل شخص معين فيصيب غيره، ويراد بالخطأ في الشخصية أن يقصد الجنائي قتل شخص على أنه زيد ليتبين أنه عمرو. والخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية نوعان من الخطأ المتولد؛ فالخطأ في الشخص هو خطأ في الفعل، فمن يرمي 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 الفاعل وقصده؛ فمن رمى شخصاً على أنه زيد ثم تبين أنه رمي 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 الجنائي يسأل عن الجريمة بحسبه متعيناً، ورأى البعض أن الجنائي يسأل عن الجريمة بحسبه مخطئنا ...

فاما القائلون بأن الجنائي يُعدُّ عمداً، فهم أغلب الفقهاء في مذهب المالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلي. وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلاً محظياً أو غير محظوظ؛ فـإذا كان الفعل المقصود أصلاً محظوظاً، فإن الخطأ في الفعل أو في الظن لا يؤثِّر على مسؤولية الجنائي شيئاً، لأنَّه قصد في الأصل فعل محظوظ فهو جان متعتمد.

عوده فمن أراد قتل زيد فأخذته وقتل عمرا يُعد قاتلا عمدا لعمرو، ومن قتل عمرا حاسبا أنه زيد يُعد قاتلا عمدا لعمرو.

أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محظوظ، فإن الخطأ في الفعل أو في الظن يكون له أثره على مسؤولية الجاني لأنه قصد فعلًا مباحا. فإذا أخطأ في فعله أو في ظنه فهو جان مخطئ لا متعمد. فمن رمى صيدها أو غرضا فأخذته وقتل آدميا يُعد قاتلا خطأ، ومن رمى حربيا أو مهدر الدم فأخذته وقتل معصوما يُعد كذلك قاتلا خطأ، ومن قتل عمرا وهو يحسبه زيدا المهدى الدم يُعد أيضا قاتلا خطأ^(١)...

وأما القائلون بأن الجنائين يُعد مخطئنا، فهم فقهاء مذهب أبي حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة، وهؤلاء جميعا يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخذته في فعله وقتل أو أصاب غيره، أو أخطأ في ظنه، وبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده، فإن الجنائين يكون مسؤولا عن القتل أو الجرح الخطأ فقط، سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محظوظا؛ لأن الجنائين لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب، ولو علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل^(٢)...

ويفرق بعض الفقهاء في مذهب مالك بين الخطأ في الشخص، والخطأ في الشخصية، ويرون أن الجنائين يسأل بحسباته مخطئنا في حالة الخطأ في الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محظوظا، أما في حالة الخطأ في الشخصية فيسأل الجنائين بحسباته عاماً كلما كان الفعل الذى قصده أصلا محظوظا...

ورأى القائلين بعد الجنائين عاماً إذا كان الفعل المقصود أصلا محظوظا، يتفق مع رأى شراح القانون المصري، ورأى أغلب الشرائح الفرنسيين. ورأى القائلين بعد الجنائين مخطئا في كل الأحوال يتفق مع النظرية الألمانية. أما القائلون بالتفرقة بين الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية فيتفق رأيهما مع ما يقول به بعض الشرائح الفرنسيين^(٣).

(١) مواهب الجليل ج ٦/ ص ٢٤٣، الشروح الكبير للدردير ج ٤/ ص: ٢١٥، المغني ج ٩/ ص: ٣٣.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧/ ص: ٢٣٤، ٢٣٤، نهاية المحتاج ج ٧/ ص: ٢٣٧، الإنقاذ ج ٤/ ص: ١٦٨، المغني ج ٩/ ص: ٣٣٩.

(٣) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص/ ٣٥٦ وما بعدها، القانون الجنائي على بدوى ص: ٣٥٦.

301 - 304 - أنواع الخطأ والخطأ في الشخصية :

الستفرقة بين ما سماه "الخطأ المتولد" و "غير المتولد" لها أهميتها فيما يتعلق بعبء الإثبات. فالنوع الأول أصله عمل مباح ولذلك فلا يترتب عليه مسؤولية إلا إذا ثبت وقوع إهمال أو تقصير من قام بهذا الفعل المباح، وأن يثبت الادعاء أن هذا التقصير هو الذي أحدث الضرر أو النتيجة السيئة التي يؤاخذ عليها.

لكننا لا نوفق على وصف المسئولية بألفها "جنائية"، لأننا سبق أن بينا ضرورة الستفرقة بين التعزير والعقوبة الجنائية. والتعزير على الخطأ يمكن عدده مجرد تأديب ووقاية وتمديب وتوبه وإصلاح، ولا يعني حتماً وقوع جريمة ولا مسئولية جنائية.

ما يسميه خطأ غير متولد هو خطأ فعلى من البداية؛ فكل ما يترتب عليه من ضرر يكون من نسب إليه مسئولاً عنه. ولا نرى داعياً للقول بأن التقصير "مفترض شرعاً"، ويكتفي ما أورده عن القاعدتين اللتين أشار إليهما في هذا الصدد.

ويتضح من أقوال الإمام مالك التي أشار إليها اتجاهه إلى تضييق نطاق القصاص في جريمة القتل العمد، لأن عقوبة القصاص كما ذكرنا مراراً استثنائية و يجب تضييق نطاقها. وقد أيدنا هذا الاتجاه عموماً في كل مناسبة؛ ونرى أن هذا هو ما قلبه روح التشريع الإلهي.

* * *

ما أورده من حجج للآراء المختلفة في فقهنا وفيما يسميه آراء الشرح الأوربيين، يغنى عنه في نظرنا الالتزام بعده المساواة الإنسانية في شريعتنا. فكل ما يلزم لعقاب مرتكب جريمة القتل العمد هو أن يقصد قتل إنسان - لأن الناس جميعاً متساوون في عصمة حياتهم ودمائهم.

لذلك لا نقر ما أشار إليه من وجود من يسميه مهدرى الدم الذين لا يعاقب من يقصد قتلهم، لأن رأينا هو أن إهدار الدم لا يبيح القتل إلا للقاضى بحكم قضائى وإجراءات شرعية صحيحة، فلا يصح أن يقال بعدم مسئولية الفرد الذى يقتلهم أو يقصد قتلهم عمداً.. ولا القول بأن فعله مباح..

كل ما يمكن أن نقلبه في هذه الأحوال كلها هو القول باستبعاد القصاص تمشياً مع المبدأ الذى نرجح الالتزام به وهو تضييق نطاق عقوبات القصاص والحدود بمقدار وجود

 اعتبار التعزير هو الجزء الأصلي يسهل لنا تضييق نطاق تطبيق الحدود والقصاص:

شبهة، والخطأ في الشخص في جميع حالاته يجب عدّه شبهة توجب استبعاد القصاص
- لكن يبقى التعزير.

وهذا تظهر فائدة المبدأ الذي نشير إليه دائمًا وهو أن الأصل في عقوبة الجرائم
كلها هو التعزير، وأنه يبقى واجباً كلما وجدت شبهة تؤدي إلى استبعاد العقوبة
الحدية أو القصاص.

وأهمية ذلك أنه يمكننا من تضييق نطاق عقوبة القتل أو القصاص أو الحد مع
استبقاء حق المجتمع في تأديب الجناة وزجرهم بعقوبة لا تصل للحد الأقصى أو بإجراء
تعزيري وقائي.

٣٥- أثر النسيان على المسؤولية : النسيان هو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه، وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطأ في قوله ﷺ: «ربنا لا تواحدنا إن نسينا أو أخطأنا» [البقرة: ٢٨٦]. وفي قول الرسول: "رفع عن أمري 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 محظورا ناسيا فلا إثم عليه ولا عقاب. لكن الناسي إذا أعفى من المسؤولية الجنائية فإنه لا يعفى من المسؤولية المدنية؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لا تتنافى مع عصمة المخل^(١)، وطبقاً لهذا الرأي لا يعاقب الناسي إذا ارتكب فعلًا محرماً ما دام قد أتى الفعل وهو لا يذكر أنه محرم، ولكن النسيان لا يسقط الواجبات بل على الناسي إتيانها حين يذكرها أو يذكر بها، وإلا وجبت عليه العقوبة المقررة ...

ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذة في الآخرة؛ لأن العقوبة الأخروية تُنفَّى على القصد، ولا قصد للناسى. أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يُعَدُّ النسيان عدراً معفياً من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله ﷺ، فإنه يُعَدُّ عذراً فيها بشرط أن يكون هناك داعًّا طبيعياً للفعل، وألا يكون هناك ما يذكر الناسي بما نساه، ويضرّبون مثلاً لذلك أكل الصائم ناسياً فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم. أما ما يتعلّق بحقوق الأفراد، فالنسيان لا يُعَدُّ فيها عذراً باى حال^(٢) ...

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزناء وشرب الخمر وما أشبه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التي يُعَدُّ النسيان فيها عذراً يندر وقوعها؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر في ذاته؛ ولأن الجريمة التي تنسى يجب أن يندفع إليها الناسى بد الواقعية كما يجب ألا يكون هناك ما يذكره بالتحريم. ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسياً، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً يأتيها وهي في العدة ناسياً ..

(١) إعلام المقعدين ج ٢/ ص: ١٤٠ ، المستصفى للغزالى ج ١/ ص: ٨٤ ، الإحکام في أصول الأحكام للأمدى ج ١/ ص: ٢١٧ ، الإحکام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥/ ص: ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضيري ص: ١١٩ ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص: ٣٧٤ ، الأشباء والنظام ص/ ١٦٦ : ١٦٧ ..

عوده وسواء أخذ بهذا الرأى أو بالرأى السابق، فإن ادعاء النسيان وحده لا يعفى من العقاب، وإنما يجب قبل كل شيء أن يثبت الجاني أنه ارتكب الجريمة ناسيا وهذا عمل من الصعوبة بمكانته، ومن ثم كان مبحث النسيان في الجرائم مبحثاً قليلاً الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسيا... والنسيان عند أصحاب الرأى الأخير لا يسقط الواجبات أيضاً، فالواجب يظل واجباً على الناسي، وعليه أن يفعله. كما أن النسيان يُعدُّ شبهة تدراً العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسي، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير. فأثر النسيان على الجرائم طبقاً للرأى الأخير قاصر على إففاء الناسي من العقوبة في بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه في حالات أخرى...

نرى أن نقف عند قياس النسيان على الخطأ بنص الآية الكريمة والحديث المشار إليه. لكن النسيان حالة تنتهي بمجرد التذكر، وعند ذلك يتلزم الفرد بجميع التكاليف الشرعية، وأداء حقوق الناس ... وهذا معنى قوله : إن النسيان لا يُعد عذرا فيما يتعلق بحقوق الأفراد، لأن صاحب الحق كفيل بتنذير المسئول بما نسيه أو تنساه ... بمجرد قمسكه بمحقه في التعويض.

ولكنا نذكر بأننا لا نوافق على ما يقال من أن العقوبة في جرائم القصاص من حقوق الأفراد، بمعنى أن المجنى عليه أو ولد الدم يملك العفو عن الجريمة أو الجزاء؛ لأن التعزير يبقى واجبا في تلك الحالة، والعفو المشروع مقصور أثره على إسقاط العقوبة المشددة وهي القصاص معبقاء التعزير بحسباته الأصل.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسؤولية الجنائية

٣٠٦- **أثر الرضا على المسؤولية الجنائية :** الأصل في الشريعة الإسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركنا من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلا، 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 وما دوتها، أي جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المطريق يقضي أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضاً، لأن الرضا لا يهدم ركنا من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذي منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قاعدة أخرى خاصة بهذه الجرائم، وهي أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية في الجنائية على النفس وما دون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الديمة، ولهم أن يعفوا عن الديمة والقصاص معاً فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجاني إن رأى ذلك أولو 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 مختلف عن آرائهم في القطع والجرح، ولهذا سنتكلم أولاً عن الرضاء بالقتل، ثم نتكلّم 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 عندما لا أثر له على الفعل فيبيح الفعل محراً معاقباً عليه بعده قتيلاً عمداً. لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التي تقع على الجاني، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن يدرءوا عقوبة القصاص عن الجاني وأن تكون العقوبة الديمة على أساس أن الإذن بالقتل شبهة، وأن الرسول يقول: "ادرءوا الحدود بالشبهات" والقصاص معدود حداً، فكل شبهة تقوم في فعل مكون بجريمة عقربتها القصاص يدرأ

عوده هـا الحد عن الجاني. ورأى نفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة، ومن ثم

فهو لا يدرأ القصاص، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة^(١)...

والرأي السراج في مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، ولو أبرا الجني عليه الجاني من دمه مقدماً؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد، وعلى هذا يُعدُّ الجاني قاتلاً عمداً. وبعض أصحاب هذا الرأي يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يُعدُّ الإذن شبهة، والبعض الآخر يُعدُّ الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الديمة بدلاً من القصاص...

أما الرأي المرجوح في مذهب مالك - ويسبه ابن عرفة لسخون - فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل، ولكنه يسقط عقوبة القصاص والديمة معاً، وإن كان لا يمنع من التعزير. ولكن الرأي المعروف عن سخون في العتبية^(٢) أنه يدرأ القصاص عن الجاني للشبهة ويوجب الديمة^(٣)...

وفي مذهب الشافعى رأيان، أوهما: أن الإذن في القتل يسقط عقوبة القصاص والديمة ولا يبيح الفعل، وثانيةهما: أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى في الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الديمة، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى في الإذن شبهة^(٤)...

ويرى أحد أصحابه أن الإذن في القتل يسقط العقوبة عن الجاني؛ لأن من حق الجني عليه العفو عن العقوبة، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل^(٥). وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأى الأول في مذهب الشافعى ...

٣٠٨- الرضا بالجروح والقطع: يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة؛ لأن الأطراف عندهم يسلك هـا مسلك الأموال، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبـه، فـكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن.

(١) بداع الصنائع ج/٧ ص: ٢٣٦ ...

(٢) اسم كتاب في لغة مذهب مالك ...

(٣) مواهب الجليل للخطاب ج/٦ ص: ٢٣٥ ، الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص: ٢١٣ ...

(٤) نهاية الحاج الجزء السابع ص: ٤٢٨ ...

(٥) الإنفاس ج/٤ ص: ١٧١ ...

عوده ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت. فأبو حنيفة يرى الفعل قاتلا عمدا؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع، فلما مات تبين أن الفعل وقع قاتلا لا جرحا ولا قطعا، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد. ولما كان الإذن يُعد شبهة تدرا القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الديمة. أما أبو يوسف ومحمد، فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شيء على الجاني إلا التعزير؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل^(١) ...

ومذهب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به، إلا إذا استمر المجنى عليه مبرئا له بعد الجرح أو القطع، فإن لم يرئ المجنى عليه الجاني بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهي القصاص أو الديمة إذا امتنع القصاص لسبب شرعي. أما إذا استمر المجنى عليه مبرئا للجاني، فإن العقوبة المقررة أصلا وهي القصاص والديمة تسقط وبجملها التعزير، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت، فإذا أدى إليه عذ الجاني قاتلا عمدا ووجبت عقوبة القتل العمد^(٢) ...

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب في مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيرا. فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت، فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجاني عن القتل العمد ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن، فتكون الديمة هي العقوبة. ومن فقهاء المذهب من يرى امتناع العقاب؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه^(٣)، والإذن يسقط العقوبة... .

والإذن بالجرح والقطع عند أحمد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة، وإن كان الإذن لا يبيح الفعل؛ لأن للمجنى عليه الحق في إسقاط العقوبة، وقد أسقطها بإذنه^(٤).

٣٠٩ - أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل والجرح : أساس الاختلاف في هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة في القتل والجرح، والعقوبة أصلا هي القصاص، فإذا امتنع لسبب شرعي حل محله الديمة، وللمجنى عليه وأوليائه

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ...

(٢) الشرح 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

عوده أن يغفوا عن القصاص إلى الديمة، وأن يغفوا عن الديمة والقصاص معاً، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاة الأمور تقريرها في حالة العفو ...

وعلى هذا الأساس قام اختلافهم في القتل. فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب عَدَّ الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يُعدُّ 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 ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفوه لغيرها؛ لأن حقه لم يكن ناشئاً بعد حق يغفو عنه. ومن جعل العقوبة الديمة عَدَّ الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص.

أما في حالة الجرح الذي لم يؤدِّ لموت المجنى عليه، فمن قال بإسقاط العقوبة عَدَّ الإذن بالجرح أو القطع أو القطع عفواً مقدماً، وعَدَّه عفواً صحيحاً؛ لأنه استمر حق تم إحداث الجرح أو القطع. ومن قال بعدم سقوط العقوبة عَدَّ الإذن السابق باطلة؛ لأنه لم يصادف محله، واشترط لإسقاط العقاب أن يرى المجنى عليه الجان بعد الجرح أو القطع.. ومن أسقط العقاب في الجرح المؤدى للموت عَدَّ الموت متولاً عن الجرح، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه. ومن رأى العقاب عَدَّ الإذن عن جرح لا عن قتل، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه، لكنه مع ذلك عَدَّ الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص... .

306 - رضاء الجنى عليه في جريمة القتل وقطع الأعضاء خاصة:

في بعض الجرائم يكون عدم رضاء الجنى عليه شرطاً لتوافر أركانها، وخاصة جرائم الأموال – لأن صاحبها له حق التصرف فيها – وفي هذه الجرائم (السرقة والنصب وخيانة الأمانة) يكون رضاء الجنى عليه سبباً في عدم توافر أركان الجريمة؛ فلا مسؤولية.

والخلاف في جرائم النفس، لأن الإنسان لا يملك التصرف في حياته؛ وبالتالي فإنه في حالة القتل برضاء الجنى عليه، يذهب الرأي الراجح إلى توافر أركان الجريمة ومسؤولية الجاني، لكن الخلاف يثور حول الجزاء الذي يوقع في هذه الحالة.

ونحن نرجح الرأي الذي يقول بعدم توجيه عقوبة القصاص، لأن رضاء الجنى عليه يُعدُّ شبهة تحول دون توجيه عقوبة حدية – والقصاص عقوبة حدية – لكن يبقى التعزير واجباً وجائزاً، ونحن نعلم مرونة التشريع فيما يخص التعازير، وهذا يسمح بمراعاة ظروف كل جريمة وكل متهم. وهذه المرونة تسمح لنا بأن نراعي ظروف الجنى عليه التي جعلته يرضى بالقتل ..

وقد أصبح هذا النوع من الجرائم محل جدال كبير في عصرنا الحاضر في النظم الوضعية، وخصوصاً في حالة يأس المريض من العلاج وطلبه من أهله أو طبيبه أن يريحه من آلام المرض الطويل الذي لا أمل له في الشفاء منه.

* * *

قد يدهش البعض ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من أن الأعضاء يسلك بها مسلك الأموال، لكنهم يكتشفون الآن أن بيع الأعضاء في عصرنا الحاضر أصبح أمراً عادياً – وكذلك التبرع بها – فكثير من الآباء أو الأمهات أو الأقارب أو المتبرعين يذلون بنقل الكلى أو أي عضو من أعضاء جسمهم يمكن نقله لأبنائهم أو غيرهم، بل ويفعل ذلك البعض مقابل مال يحتاج إليه.. ولذلك فإن هذا الرأي يفتح لنا آفاقاً واسعة لمواجهة هذه القضايا في المستقبل. ونحن نشكر للإمام أبي حنيفة أنه سبق جميع النظريات الحديثة إلى هذا المبدأ منذ قرون طويلة وعديدة.

على العموم، هناك أمر مؤكداً سواء في حالة الرضا بالقتل أو قطع الأعضاء – وهو أنه لا يمكن توجيه عقوبة القصاص – لأن الرضا شبهة تسقط الحدود، والقصاص منها.

رضاء المجنى عليه في جريمة القتل شبهة تسقط القصاص:

بقى الخلاف في جواز التعزير. ومع ذلك فإن مرونة الجزاءات التعزيرية تجعل فرضها يتسع للتدابير التهذيبية والعبادات التي لا تصل إلى حد العقوبة الجنائية. ولذلك فإن الأمر متroxk للقضاء والفقه ليراعي ظروف كل حادث وكل شخص، سواء كان جانيا أو مجنيا عليه وبذلك يحق لنا أن نفخر بما اتسم به فقهنا وشرعيتنا من مرونة تسمح لنا بمواجهة المشكلات المستحدثة بأحكام متعددة حسب ظروف كل حالة ...

عوده ٣٠ - بين الشريعة والقانون : القاعدة العامة في القوانين أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب، إلا إذا كان الرضاء ي عدم ركنا من أركان الجريمة. وفي هذا تتفق القوانين مع الشريعة، إلا أن القوانين الوضعية تجعل عدم الرضاء ركنا في بعض الجرائم التي لا يغير الرضاء من طبيعتها شيئاً، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة، ولا يجعل الفعل من عمل مناف للأخلاق خارج على المألوف، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعادات المألوفة. ومثل ذلك اللواط، 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 إن الرضاء ي عدم الجريمة. أما الرضاء في الزنا، فلا أثر له إطلاقاً، والفعل في حالة الرضاء وعدم زنا لا شك فيه في لسان العرف والعادات والأخلاق وآداب الجماعة ...

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل في الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة، وإنما أثره قاصر على إسقاط العقوبة، لأن المجنى عليه أو أولياءه رضوا بالجريمة، وإنما لأن من حقهم العفو عن العقوبة ...

والشريعة حين تقرر للمجنى عليه ووليه حق العفو في الجرائم التي ذكرناها لا تأتي بحسبها غريب على القوانين، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة، وطبقته في الجرائم التي تمس العرض. فالقانون المصري مثلاً يعطي للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة، ولو كان قد حكم بها وبدي في تفيذها. 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 عفوه 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 مغلظة، ولكنه لا يؤدي إلى إسقاط العقاب كلياً، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقاً للقانون المصري يعني من عقابها بأى عقوبة أخرى. ومعنى ذلك : أن حق العفو الذي منحته الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة، بينما حق العفو الذي تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيود ما ...

عوده وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطى الجني عليه أو وليه حق العفو في جرائم القتل والجرح والضرب، فإن عفو الجنى عليه أو وليه يؤدى عملا إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة في هذه المسألة، إذ إن القوانين الوضعية تجعل للقتل، والجرح عادة عقوبتين، وتترك للقاضى أن يختار إحداها، كما أنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجاني والجنائية هذا التخفيف. ولا شك في أن عفو الجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التي تدعى إلى تخفيف العقوبة على الجاني، كما أن العفو يؤدى بطيئته إلى إسقاط التعويض المدنى، وبهذا ينتهي العفو في دائرة القوانين من الوجهة العملية، إلى مثل النتائج التي يؤدى إليها العفو في الشريعة الإسلامية. على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني يجعل لرضا الجنى عليه في حالة القتل والشروع فيه أثرا على العقوبة، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضا الجنى عليه، وجعل القتل برضا الجنى عليه جريمة من نوع خاص، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد. وما هذه المبادى القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية ...
وتقنار نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التي تواجه المحاكم وشراح القانون اليوم، وهى قتل المريض الميؤوس منه لتخليصه من آلامه ...

٣١١- الانتهار والمسؤولية الجنائية : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار، كما تحرم القتل. وقد جاء التحريم في القرآن، كما جاءت به السنة، فالله ﷺ يقول: «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق» [الإسراء: ٢٣]. والانتحار قتل نفس. ويقول ﷺ: «ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا» [النساء: ٢٩]. ويقول الرسول ﷺ: "من قتل نفسه بجديدة فحديدته في يده يجاها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً، ومن قتل نفسه باسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو مترد في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً". والانتحار قد يكون عمداً، وقد يكون خطأ، وكلاهما محرم ...

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المتحرر فلا عقوبة عليه؛ لأن العقوبة تسقط بالموت، ولكن الفقهاء اختلفوا في الكفارة. فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس مطلقاً، ويظاهرهما على هذا الرأى (قول) في مذهب أحمد... أما الشافعى فيرى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأ وجبت الكفارة في ماله. ويرى بعض الفقهاء في

عوده مذهب أحمد ما يراه الشافعى من وجوب الكفاره فى قتل النفس، ولكنهم لا يوجبون الكفاره إلا فى مال من قتل نفسه خطأ^(١). والكفاره عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجانى نفسه، فمن أوجبها فى مال المتنحر فقد راعى هذه الناحية... ويترتب على تحرير الانتحار أن يعاقب شريك المتنحر، سواء كان الاشتراك بالتحريض أو الانفاق، أو العون ... وإذا لم يمت من حاول الانتثار، عوقب على محاولته الانتثار، وعوقب معه شركاؤه في الجريمة، وعقوبة الجميع هي التعزير... وطريقة الشريعة في تحريرها الانتثار والعقاب على الاشتراك فيه والشروع فيه، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة، كالقانون الإنجليزي، والسوداني والإيطالي وغيرها. أما القانون المصري، والقانون الفرنسي، فلا يُعدُّ الانتثار فيهما جريمة، وكذلك لا يُعدُّ الاشتراك في الانتثار...

٣١٦ - **إصابة الشخص نفسه** : وتحرر الشريعة على الإنسان أن يصيب 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 الإنسان نفسه، فإن من المحرم على غيره أن يشترك معه في تلك الجريمة... وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية، وإن كانت بعض القوانين كالقانون المصرى تجعل التحرير مقصوراً على أشخاص معينين، وفي حالات معينة...

(١) أسفى المطالب ج/٤ ص: ٩٥، نهاية المحتاج ج/٧ ص: ٣٦٥؛ ٣٦٦، المغني ج/١٠ ص: ٣٨؛ ٣٩، بدائع الصنائع ج/٧ ص: ٢٥٢، شرح الدردير ج/٤ ص: ٢٥٤، موهاب الخليل ج/٦ ص: ٢٦٨.



لذَّكْر بما قلناه من قبل من أن التعزير هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم، وأن القصاص أو الديمة إنما تكونان جائزتين عند توافر ظرف مشدد معين حدهه الشارع؛ والظرف المشدد في نظرنا في هذا النوع من الجرائم هو إصرار المجنى عليه أو ولـي الدم على تنفيذ تلك العقوبة القصوى. ويعبر عن ذلك بأن لهم حق "العفو" عنها. لذلك فإن الرضا السابق بالفعل الماس بسلامة الجسم أو حياة الشخص كان لا بد أن يُعدَّ أثراه مماثلاً لـلـعـفـوـ الـلـاحـقـ، بل يرى البعض أن أثره أقوى. ومع ذلك، فإن حياة الإنسان وسلامة بدنـهـ لها في شريعتنا حـصـانـةـ خـاصـةـ، ولـذلكـ لاـ يـكـنـ أنـ يـكـونـ الرـضـاـ مـيـحـاـ لـلـفـعـلـ. كـلـ ماـ هـنـاكـ أـنـ الـرـاجـعـ هوـ يـكـونـ شـهـةـ تـسـقطـ الحـدـ، أـيـ القـصـاصـ وـالـدـيـمـةـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ. لـكـنـ يـقـيـ التـعـزـيرـ، وـبـابـهـ مـفـتوـحـ دـائـماـ لـأـنـهـ مـقـرـرـ لـصـاحـبـ الـجـمـاعـةـ لـأـلـصـاحـ الـمـجـنـىـ عـلـيـهـ، وـقـدـ يـكـفـيـ فـيـهـ بـعـضـ الـتـدـابـيرـ الـوقـائـيـةـ أـوـ الـجـرـاءـاتـ الـتـرـبـويـةـ الـتـيـ لـأـيـصـاـ يـصـحـ اـعـتـبارـهاـ عـقـوبـةـ جـنـاتـيـةـ فـيـ نـظـرـنـاـ؛ رـغـمـ أـنـاـ تـدـخـلـ ضـمـنـ نـطـاقـ "ـالـعـزـيرـ"ـ،ـ كـالـكـفـارـاتـ أـوـ إـطـعـامـ الـمـساـكـينـ ...ـ وـمـاـ إـلـيـهـ.

وقد أشار إلى ما وصلت إليه بعض التشريعات "الوضعية" من إباحة العلاقات الجنسية دون قيد في حالة الرضا، وأن ذلك يتعارض مع المبدأ الشرعي الذي يحرم العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعي سواء قت بالرضا أو بغير الرضا، مع ملاحظة ضرورة تغليظ العقوبة في حالة الاغتصاب، وفي حالة العلانية الاستفزازية التي تُعَدُّ في نظرنا ظرفاً مشدداً. ونحن نعارض الذين يسوّغون التسيب الجنسي ويصفونه بأنه حرية شخصية أو ديمقراطية، لأنهم يتـجـاهـلـونـ حقـ الـجـمـاعـةـ فـيـ حـيـاةـ الـأـسـرـةـ وـجـعـلـهـ نـوـاـةـ الـجـمـعـ الـإـنـسـانـ الـقـوـيـ الـذـيـ يـمـيـزـ الـبـشـرـ عـنـ الـحـيـوانـاتـ ..

* * *

المبدأ الأساسي في شريعتنا هو تحريم الانتحار، ويتـرـتـبـ عـلـيـهـ مـعـاقـبـةـ الـمـتـحـرـ ذـاـهـ. على الشروع، ومعاقبة الشريك كذلك، لكن العقوبة تعزيرية.

ومبدأ هو أن يعاقب الشخص إذا أصاب نفسه عمداً. ونلفت النظر إلى أن الحكم هنا لا يقتـصـيـ الـرـضـاـ بـالـقـطـعـ لـصـاحـبـ الـغـيـرـ، كـمـاـ ذـهـبـ بـعـضـ فـقـهـائـنـاـ وـالـفـقـهـ الـعـصـرـيـ أـيـضـاـ وأـشـرـنـاـ إـلـيـهـ فـيـ تـعـلـيقـنـاـ عـلـىـ الـبـنـدـ (307)ـ فـيـمـاـ سـبـقـ،ـ وـالـعـقـوبـةـ تعـزـيرـيـةـ،ـ وـلـكـهـاـ فـيـ نـظـرـنـاـ فيـ

﴿إِذَا كُنَّا نَرْفَضُ وَصْفَ إِصَابَةِ الْغَيْرِ خَطَاً بِأَنَّهُ جُرْمَةٌ﴾

فَهَذَا مِنْ بَابِ أُولَى إِذَا أَصَابَ نَفْسَهُ بِطَرِيقِ الْخَطَا:

حالة العمد فقط. أما الإصابة بالخطأ؛ فلا نرى أن يعاقب عليها – لأننا سبق أن قلنا إن إيذاء الغير بطريق الخطأ وإن كان يستوجب التعزير إلا أن التعزير في هذه الحالة ليس من الضروري أن تُعَذَّب "عقوبة جنائية" بل إنه مجرد إجراء تربوي أو تدريبي أو وقائي. ولا عقوبة إذا أصاب نفسه خطأ من باب أولى، ويكتفي ما لحق به من ألم ...

٣١٣- المبارزة والمسؤولية الجنائية: المبارزة قتال بين شخصين، قد يكون متفقاً

عليه من قبل، وقد ينشب دون سابقة اتفاق. وقد يحرص كل من المبارزين على قتل صاحبه، وقد ينوي أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة. ولا يشترط في المبارزة أن تكون بسلاح معين، فيصبح أن تكون بالسيوف أو الخناجر، ويصبح أن تكون بالأسلحة النارية، ويصبح أن تكون بالعصى، ويصبح 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، وستتكلم عليها فيما بعد. أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل فهي محظمة شرعاً؛ لأنها ليست إلا قتلاً أو جرحاً أو إيذاء، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحرياً قاطعاً. فمن تبارز مع آخر فقتله، 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 جارح عمداً، فإن أدى الجرح لموته فهو قاتل شبه متعمد ...

ولا تبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا في الحرب، ففي الحرب تجوز المبارزة مع أقارب، ويباح قتله، وجرحه، وإيذاؤه؛ لأن دمه مهدر. كذلك تجوز مبارزة البااغي وقت الحرب ولو أنه مسلم؛ لأن البغاة هدر دمائهم وقت الحرب. ولقد دعى الرسول ﷺ 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 لالمقاتل أن يدعوا للبراز مبتدئاً؛ لأن ذلك تطاول وبغي في رأيه، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداءً نوعاً من إظهار القوة وإرهاب العدو^(١) ...

ويجب أن نفرق في المبارزة الحرمة بين حالتين، الأولى : ما إذا أحل كل من المبارزين زميله من دمه، وفي هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء الجنى عليه بالقتل والجرح، وقد سبق أن بينا هذه القواعد.

الثانية: إذا لم يحصل أحد المبارزين الآخر من دمه، وفي هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجارح النصوص الخاصة بالقتل والجرح، ولا يكون لاتفاق المبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح ...

(١) الأحكام السلطانية ص : ٣١ وما بعدها، مواهب الجليل للخطاب الجزء الثالث ص : ٣٥٩، أنسى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢، المغني الجزء العاشر ص : ٣٩٤ وما بعدها ...

عده فالبارزة في الشريعة تخضع 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 بكر، حيث يقول: قال رسول الله ﷺ : "ذا التقى المسلم بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار". فقلت: يا رسول الله هذا القاتل، فما بال المقتول؟ قال: "إنه كان حريصاً على قتل صاحبه". ومن ذلك قوله ﷺ : "باب المسلم فسوق، وقاتله كفر". ولكننا لسنا في حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة؛ لأن النصوص العامة التي حرمت القتل والجرح كافية بهذا التحريم.

وإذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المبارزين أو جرمه، فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط، ولا ينسب للمبارزين معاً. ولا يُعد اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجرح عن التقائهما اشتراكاً منهما في القتل أو الجرح قياساً على التصادم؛ لأن القتل أو الجرح الناشئ عن التصادم متربٍ على فعل المتصادمين معاً، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما. أما القتل أو الجرح في حالة البراز فناشئ عن فعل أحد المبارزين وقوته، ولا أثر لفعل الآخر وقوته في إحداث القتل أو الجرح. فإذا تصادمت سياراتان ونشأ عن اصطدامهما قتل شخص أو جرمه، فإن القوة التي أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معاً والبقاء 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 عمله دخل في إصابته^(١)...

وتفق نظرية الشريعة الإسلامية في المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها بعد ما يحدث عنها قتلاً أو جرحاً أو إيذاء، ومن هذه القوانين القانون المصري والقانون الفرنسي. وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة، ولكنها تعاقب على ما ينشأ عنها بعقوبات خاصة، بدلاً من تطبيق عقوبة القتل والجرح، ومن هذه القوانين القانون الإيطالي والقانون البولندي^(٢)...

(١) راجع كتاب القصاص لأحمد محمد إبراهيم ص/ ١١٣ وما بعدها، فإنه يعطي المبارز حكم الاصطدام، وهو رأى غير منطقي، كما أنه يؤدى إلى حساب كل تشابير أو اعتداء في حكم الاصطدام كلما وقف المجنى عليه موقف المدافع أو المقاوم

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص: ٤٦١

يهمنا ما فرره من أن شريعتنا لا تجيز المبارزة إلا في الحرب. أما ما جرى عليه العرف في أوروبا من مبارزة لأسباب شخصية بحتة، فلا وجود له في مجتمعنا ولا نقره شريعتنا، وتطبق القواعد العامة على كل ما يقع خلافاً من أفعال تُعدُّ جرائم قتل أو جرح – ويعاقب كل من يحدث بالآخر جرحاً أو قتلاً بعقوبة الجريمة التي توافرت شروطها.

* * *

وهذا يجرنا إلى ما يثار في عصرنا من خلافات حول حكم العمل الفدائي الاستشهادي ضد أعداء الإسلام وأمنه وشعريه. وهذا الوصف لا تعترف به كثيرون من الدول ولا الحكومات ولا من يؤيدونهم من الكتاب في عصرنا، ويقاومه أعداؤنا الذين يصفونها بأنها عمليات "انتشارية"، ويمثلهم بعض الكتاب في وسائل الإعلام حتى إن بعضهم يدعو لتطبيق مبدأ تحريم الانتحار عليها لوقف انتشارها الذي يهدد مجتمعات الأعداء. ولكن بعض الجماعات أو الحركات التي رفعت شعار الجهاد تجند من الشباب من يحيون مبدأ الجهاد في سبيل الله، دفاعاً عن أرض الإسلام وأمنه وشرفه. وفي عهود الغزو والاحتلال الأجنبي، كان الجميع يهبون مقاومة الاستعمار ويَعْدُون مواجهته بكل الوسائل جهاداً ومن يضحي بنفسه فيه شهيداً؛ والجهاد ماضٍ إلى يوم القيمة.

وفي العصر الأخير، قامت حركات الجهاد الشعبي التي تقاوم "العدو" الذي يحتل بعض بلادنا، ويضحى شبابها بأنفسهم في هذا المجال، بجميع أعمال الفداء – وكان الجميع يشيدون بذلك دائماً ويَعْدُونهم أبطالاً وشهداء.

ومنذ أن قبلت بعض الحكومات شروط العدو؛ ظهر أن من بين تلك الشروط مقاومة حركات الجهاد الإسلامي وأعمال الفداء ضد العدو، بحججه وصفتها بأنها إرهاب. وقهيداً لذلك يصفون الفدائين الذين يقومون بتلك الأعمال الفدائية بأنهم انتحاريون، وهذا ليس وجهة نظر شريعتنا وفقهنا.

إن من يقولون بذلك يرد عليهم دعاة الجهاد الشعبي بأن الجهاد الشعبي يُعدُّ في فقهنا واجباً فردياً شرعاً ضد عدو يحتل أرض الإسلام ويذل أهله ويصادر حررياتهم ويحرمهم من حقوقهم .. وأن الدول والحكومات مهما تكن ظروفها وسياساتها لا تلتزم بمنع الأفراد من القيام بواجب الجهاد الذي فرضته شريعتنا، وأن الاستشهاد أداء لهذا الواجب الفردي في الجهاد في سبيل الله ..

الجهاد ضد من يحتل بلاد المسلمين واجب عين فردي على كل مسلم

لا يشترط لأدائه إذن من أى سلطة أو دولة :

* * *

إن فقهنا يقرر أن شريعتنا لا تبيح إيهام الخصم إلا في الحرب، وال الحرب التي تقرها شريعتنا هي الحرب العادلة، أي الجهاد في سبيل نصرة الإسلام والمسلمين. والجهاد واجب شرعى على كل مسلم إذا هاجم "العدو" دار الإسلام أو اعتدى على أهلها. واستقر الفقه على أن كل مسلم يجب عليه شرعاً أن يسارع لقتال هذا المعتدى، حتى قالوا إن المرأة تخرج للجهاد دون إذن زوجها، والابن يخرج دون استئذان والده؛ ومن باب أولى لا يجوز أن نلومه باستئذان غيرهم. ومعنى ذلك أن الجهاد واجب فردي لا يتوقف على قرار الحكومات والدول أو الأمراء والرؤساء، وأنه لا شأن للم الدول ولا الحكومات بهذا الجهاد الفردي، وهي تتحمل مسؤولية هذا الفداء ولا تتدخل فيه ولا تلتزم شرعاً بأن تقاومه أو بأن تعاقب عليه إرضاء للعدو؛ لأن ما تلتزم به إزاء العدو هو ما يدخل في نطاق سلطتها. وشريعتنا لا تلزمها بحرب مان الأفراد من أداء فريضة شرعية وهي الجهاد عن طريق الفداء والاستشهاد.

ومن حسن الحظ أن هذا الرأى قد أعلنه شيخ الأزهر - الدكتور محمد سيد طنطاوى - في تصريح له يأخذى الصحف اليومية⁽¹⁾، حيث وصف ما يسمى بالعمليات الانتحارية بأنها دفاع شرعى ضد عدو يعتدى عليهم ولا يرحم شيئاً ولا طفلاً ولا امرأة. وأضاف قوله صراحة: "أقول لإخواننا المخاهدين دافعوا عن أنفسكم وحقوقكم وأرضكم وعرضكم ومقدساتكم".

وقد علقت على هذا التصريح في مقال مطول قلت فيه ما يلى:⁽²⁾
"الأصل في القانون الدولي أن أعمال القتال توجه فقط للمقاتلين في صفوف العدو ولا يجوز أن توجه للمدنيين، ولكن هذه القاعدة تحمى المدنيين في الجانين .

(1) جريدة الحياة بتاريخ 4/8/1997 الموافق 4 من ربيع الثانى عام 1418هـ.

(2) منشور بمجلة المجتمع العدد 1263 بتاريخ 19/8/1997م .

رأي شيخ الأزهر ومبدأ المعاملة بالمثل في حالة الحرب أو الجهاد:

وفي قوانين الحرب أصل مهم يجب ألا نهمله وهو المعاملة بالمثل، أى استعمال أساليب الحرب التي تقابل أو تقابل ما يرتكبه العدو ولو كان في ذلك خروج عن المبادئ العامة بصفة استثنائية مؤقتة، ليعلم المعتدى أن الشذوذ سيقابله مثله. والقرآن الكريم يقول «فمن اعتدى عليكم فاعتندوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» [البقرة: 194]. وتطبيقاً لهذا المبدأ، فإن العدو إذا كان يعتدى على المدنيين فإن هذا يجيز للمجاهدين أن يعاملوه بالمثل. ويكونون في حالة دفاع شرعى. وما دام العدو مستمراً في العدوان على المدنيين ويطاردهم ويهدّم منازلهم ومدنهم وقرابهم حتى يضطروا لالمغادرة وطنهم، فإن هذا العدوان يوجب على كل مسلم أن يقاومه ولو اقتضى ذلك إهداز دماء هؤلاء المعتدين ومن يساندهم من المدنيين ويؤيددهم ويمدهم بالسلاح والحماية.

إن شريعتنا لا تجيز الانتحار (الذى تجيزه القوانين الوضعية) لكن الفدائين المدافعين عن شعبهم ووطنهم هم مقاتلون مضطرون لكن يلقوا بأنفسهم للهلاك طلباً للشهادة من أجل ضرب العدو الذى يضرهم، فلا يجوز وصف أعمالهم بأى منها عمليات انتشارية لأنها فدائية استشهادية مثل أعمال "الكوماندو" في الحروب الدولية بين الجيوش النظامية.

ومن حسن الحظ أن شيخ الأزهر قد أكد رأيه مرة ثانية حيث أفتى بشرعية عمليات التفجير في الأرضى المحتلة، قائلاً: "من حق كل مسلم وفلسطيني وعربي أن يفجر نفسه في قلب إسرائيل، لأن الموت من أجل العزة والكرامة أفضل من الحياة في ذلة. وأن جميع الشرائع طالبت باستخدام القوة ضد العدو ومحاربة من يقف إلى جانب إسرائيل ... ولا بد من القتال والجهاد والدفاع، ومن يتراجع عن ذلك لا يكون مؤمناً"⁽¹⁾.

(1) جريدة الحياة 27 مايو 1998م الموافق أول صفر عام 1419هـ. وترجمة الأهرام في ذلك التاريخ.

المبحث السابع

الأفعال المتصلة بجريمة وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية

٣١٤- **الأفعال المتصلة بالجريمة :** الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلاً من ثلاثة؛ فهي إما مباشرة، وإما سبب، وإما شرط. والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضروري للتمييز بين الجانبي وغير الجانبي ...

المباشرة : هي ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة، وكان علة للجريمة، كدبح شخص بسكن، فإن الدبح يحدث الموت بذاته، وهو في الوقت نفسه علة الموت. وكالختن، فإنه يحدث الموت بذاته، وهو في نفس الوقت علة للموت. وكإشعال نار في الشيء الحترق، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته، وهو في الوقت نفسه علة الحريق. وكأخذ السارق مال الغير من حزره 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 بريء بأنه قتل غيره، فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت، ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذي يتولى تنفيذ حكم القاضي الذي صدر بالموت. وكحفر بئر في طريق المجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجراحتها أو مات، فالحفر هو علة الموت أو الجرح، ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته، وإنما يحدثه بواسطة سقوط المجنى عليه في البئر ...

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب، بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو بواسطة لتولد المباشرة التي تتولد عنها الجريمة ...

والسبب ثلاثة أنواع :

(١) سبب حسي : وهو ما يولد المباشرة توليداً محسوساً مدركاً لا شك فيه ولا خلاف عليه، سواء كان السبب معنوياً أو مادياً، كالإكراه على القتل والجرح، فإنه يولد في المكره داعية القتل والجرح دون شك. وكحفر بئر في طريق المجنى عليه وتغطيتها، حتى إذا ما من عليها سقط فيها وجراحتها أو مات، فلا شك في أن الحفر هو الذي تولد عنه التردد ثم الموت أو الجرح. وكإشعال النار في البيت الذي ينام فيه المجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه، وكاطلاق

عوده حيوان مفترس على الجني بقصد قتله فيفترسه الحيوان، وكامر طفل غير مميز بقتل شخص فيقتله. فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدي إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه ...

(٢) سبب شرعى : وهو ما يولد مباشرة توليدا شرعاً، أي : أساسه النصوص الشرعية، كشهادة الزور بالقتل أو السرقة، فإنما تولد في القاضي داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق، وتنفيذ الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت والقطع. وكتعمد القاضى أن يحكم ظلماً بالقتل أو القطع، فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت أو القطع ...

(٣) سبب عرف : وهو ما يولد المباشرة توليداً عرفاً لا حسياً ولا شرعاً ، كترك الطعام المسموم في متداول الضيف، وكقتل بوسيلة معنوية مثل التروع والتخويف والسحر. ويدخل تحت السبب العرف الأسباب الحسية التي بعده فأصبحت مشكوكاً فيها أو مختلفاً عليها، ومثل ذلك إشعال نار في مسكن شخص بقصد قتله، فإن إشعال النار سبب محسوس للموت إذا مات الجني عليه محترقاً، ولكن إذا أندى الجني عليه ووضع في مستشفى لعلاجه فأنهم المستشفى على الجني عليه وما تحدث الأنفاس فإن إشعال النار يصبح سبباً للموت مشكوكاً فيه أو مختلفاً عليه، وينقلب إلى سبب عرف .. والسبب العرف قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً . ويسمى السبب بالعرف لأن حد السمية في النوع هو الحد المتعارف عليه، أي ما أقره عرف الناس وقبلته عقوبته^(١) ...

الشرط : هو ما لا يحدث الجريمة وهو علة لها، ولكن وجوده جعل فعلاً آخر محدثاً لجريمة وعلة لها . ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر في بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيما ثالث، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو 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 ...

(١) نهاية الحاج ج/٧ ص/٣٤٠، الوجيز للغزالى ص/١٢٢ وما بعدها، أسنى المطالب ج/٤ ص/٤ ..

عودة ٣١٥ - حكم المباشرة والسبب والشرط : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل في الجريمة أو تسهيلاها أو الإعانة عليها؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها، ولو اقتصر الأمر على فعله ما وقعت الجريمة بأى حال . وإذا كان الفعل شرطاً لوقوع الجريمة، إلا أن فاعله لم يأته بقصد إجرامي . ولكن صاحب الشرط يسأل جنائياً عن فعله إذا قصد به التدخل في الجريمة أو تسهيلاها 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 القتيل خل قتله 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 يدق إذا كان المجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل المباشر والمتسبيب . وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحكم هذه الحالة :

أولاً : إذا كان الفعل مؤدياً بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به، فإن المباشر أو المتسبيب يسأل عن الجريمة، ولا عبرة بسكت المجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله في ذلك ، لأن الفعل هو الذي أحدث الجريمة وهو علتها، وليس لسكت المجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل في حدوث الجريمة، ولا يمكن عقلاً أن يكون علة لها . فهنأ أحدث باخر جرحاً بقصد قتله فمات من الجرح، فالفاعل مسئول عن القتيل العمد، ولو امتنع المجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل في علاجه ...

ثانياً : إذا كان الفعل لا يؤدى بطبيعته للجريمة، وكان الدفع موثقاً 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 عليه . ومثل ذلك أن يلقى شخص باخر في ماء قليل لا يغرق، فيبقى هذا الآخر مستلقياً في الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيغرق، فمسئوليّة الجاني قاصرة على الإلقاء في الماء فقط، ولا يسأل عن نتائجـة

(١) أسمى المطالب ج ٤ ص : ٦ ...

عوجه الإلقاء في الماء وهي الموت؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت في الماء، وإنما كان نتيجة بقائه في الماء. على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقى في الماء مختاراً مع قدرته على الخروج منه، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه في الماء فعاقه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك، فالإلقاء في الماء هو الذي أحدث الجريمة وهو على تها، 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 فصل فلم يربط جرمه حتى نرف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل؛ لأن الفصل لا يؤدى بطبيعته للموت؛ وأن الميت لو ربط محل الفصل لما نرف. والحنابلة يرون أن من أحدث الفصل مسئول عن القتل؛ لأنه أحدث الجرح الذي أدى للموت؛ وأن الدفع ليس موثقاً به^(١).

ثالثاً : إذا كان الفعل يؤدى بطبيعته للجريمة والدفع سهل، كما لو ألقى من يحسن السباحة في ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق، وكما لو ألقى شخص في نار قليلة يستطيع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما خلاف: فالبعض يرى أن الفاعل قاتل؛ لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقي عن السباحة فيغرق؛ وأن أعصاب الملقي في النار تتension بالقائه في النار فتعسر عليه الحركة؛ وأن العادة الأُولى يستسلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء. ويرى البعض أن الفاعل لا يُعد قاتلاً ما دام الجنين عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل، والخروج من النار فبقى فيها^(٢). وكلا الفريقين يرى الجاني مسؤولاً جنائياً، ولكن الفريق الأول يجعله مسؤولاً عن نتيجة الفعل، بينما يجعله الفريق الآخر مسؤولاً عن الفعل دون نتيجته قياساً على الحالة الثانية. وأكثر الذين يُعدون الفاعل قاتلاً يُعدونه قاتلاً شبه عمد لا قاتلاً عمداً؛ لأن الفعل لا يؤدى غالباً للموت ...

(١) الوجيز ج / ٢ ص / ١٢٢ وما بعدها، المغني ج / ٩ ص / ٣٢٦ ...

(٢) نهاية المحتاج ج / ٧ ص / ٢٤٣ : ٢٤٥ ، المغني ج / ٩ ص / ٣٢٦ ، البحر الرائق ج / ٨ ص / ٢٩٤ ، ٢٩٤ ...

مواهب الجليل ج / ٦ ص / ٢٤٠ ، الشرح الكبير للدردير ج / ٤ ص / ٢١٥ : ٢١٦ ...

عوده ٣٦ . الفرق بين مسؤولية المباشر ومسؤولية التسبب : الأصل في الشريعة الإسلامية أن المباشر والمتسبب كليهما مسئولان جنائياً عن فعلهما، 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^(١). فلا يمكن إذن أن يعاقب المتسبب بعقوبة حد، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية. ويمكن تعليم هذه القاعدة بأن الأصل في الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب، فخصصت عقوبة الحدود لشدهما عما هو أصل وما يغلب وقوعه ...

أما جرائم القصاص، فعقوباتها وإن كانت مقدرة كعقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والمتسبب معاً عند مالك والشافعى وأحمد؛ لأن هذه الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب، فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص القصاص لامكان الجانى أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب^(٢) ...

ولكن أبو حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب^(٣)، مع أنه يُعدُّ الفعل في الحالين قتلاً عمداً. وهو يخصص عقوبة القصاص للقاتل المباشر ويدرأه عن القاتل المتسبب، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي القصاص، ومعنى القصاص الماثلة، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة، فيجب أن يكون الفعل المقتضى عنه قتلاً بطريق المباشرة ما دام أساس عقوبة القصاص الماثلة في الفعل. فمن حفر بئراً ليسقط فيها آخر يقصد قتيله لا يقتضى منه؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤدِّ إليه مباشرة. ومن شهد على آخر زوراً بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة المزورة لا يقتضى منه؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤدِّ لإعدام المشهود عليه مباشرة^(٤) ...

(١) المهدى ج / ٢ ص / ١٨٩، الشرح الكبير ج / ٩ ص / ٣٤٢ ...

(٢) الملفى ج / ٩ ص / ٣٣١، أسفى المطالب ج / ٤ ص / ٥ وما بعدها، مawahب الجنيل ج / ٦ ص / ٣٤١ ...

(٣) يُعدُّ أبو حنيفة الفعل بالتسبب قتلاً مباشراً إذا كان من باشر القتل أداة في يد المتسبب، كما في حالة الإكراه ..

(٤) بداع الصنائع ج / ٧ ص / ٢٣٩ ...

عوده وفي جرائم التعذير، لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسكب، فالعقوبات المقررة هما واحدة، ولكن هذا لا يقتضي التسوية بينهما في نوع العقوبة التي تقع على كليهما، ومقدار هذه العقوبة؛ لأن عقوبات التعذير غير مقدرة، وللقارض حرية في اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة، وتحديد مقدار العقوبة من بين حدتها الأدنى والأعلى ...

٣٧- **مدى مسؤولية المباشر والمتسكب إذا اجتمع سبب و مباشرة :** إذا اجتمع سبب و مباشرة، فلا يخرج الأمر في تحديد مسؤولية المتسكب وال DIRECTA عن حالة من ثلاث: الأولى : أن يغلب السبب المباشرة. ويغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانا. وفي هذه الحالة تكون المسئولية على المتسكب دون المباشر، كقتل الحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور؛ فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هي السبب. ولما كان فعل الجلاد لا يُعدّ عدوانا كان صاحب السبب، أى شاهد الزور هو القاتل. وهكذا، كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسؤولية المباشر وقعت المسئولية على عاتق صاحب السبب^(١)...

الثانية : أن تغلب المباشرة السبب. وتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، كمن ألقى إنسانا في ماء بقصد إغراقه فختقه آخر كان يسبح في الماء، وكمن ألقى بإنسان من شاهق فتلقاء آخر قبل وصوله إلى الأرض فقطع رقبته بسيف، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض. فالمسئول عن القتل في هذه الصور هو المباشر وعليه وحده القصاص. أما المتسكب، فيعزز على فعله فقط ولا يحاسب على نتائجه وهي الموت ...

ويرى البعض أن المباشرة لا تقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة، كمن رمى آخر من شاهق لا يمكن أن يسلم منه فتلقاء آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقده بالسيف، فإن السبب في هذه الحالة يعتدل مع المباشرة، ويكون كل من المباشر والمتسكب مسئولين عن القتل؛ لأن عمل كل منهما يتم عمل الآخر. أما إذا كان السبب يسلم منه، فنقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذي سبق بيانه^(٢). والمفروض في الأمثلة السابقة أن المباشر والمتسكب ليس بينهما اتفاق على الجريمة ...

(١) أسف المطالب ج/٤ ص/٦، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤١ ...

(٢) المغني ج/٩ ص/٣٨٥ ...

عوده ويرى أبو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائمًا كلما اجتمعا، وكانت المباشرة عدواناً بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المسبب^(١). وإضافة الحكم إلى المباشر دون المسبب لا يتربّع عليها إعفاء المسبب، فهو مسئول عن فعله كلما كان فعله معصية ... وأهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا في جرائم الحدود والقصاص؛ لأن تغليب المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدي إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره، ويجعل عقوبة المسبب التعزير كلما تغلبت المباشرة على السبب ...

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة، بأن يتساوياً أثراً هما في إحداث الجريمة. وفي هذه الحالة يكون المسبب والمباشر مسئولين معاً عن نتائجة الفعل، كإكراه على القتل والأمر به، فإن المكره والأمر مسئولان عن القتل، كما يسأل المكره والمأمور ... وعند أبي حنيفة أن السبب لا يعتدل مع المباشرة أبداً؛ لأنه يضيّف الحكم للمباشرة، كلما اجتمعت مع سبب وكانت عدواً، وهو في هذا يخالف ما يراه مالك والشافعي وأحمد. وإذا كان أبو حنيفة يُعدُّ المكره مسؤولاً عن القتل فليس ذلك لأنَّه يرى اعتدال السبب مع المباشرة؛ وإنما لأنَّه يُعدُّ صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة في يده ..

(١) الأشيه والنظائر ص / ٨١، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٥٨١ ...

الخاصة بالحدود والقصاص :

ما عرضه في هذا الصدد نموذج لما يجب علينا تقديره من عرض دقيق مفصل لأحكام الفقه بشأن الأفعال المؤدية إلى نتيجة معاقب عليها جنائياً. ونحمد له حرصه على استخدام المصطلحات الفقهية التي أهلها شراح القانون الوضعى مكتفين بالمصطلحات المترجحة عن الفقه الوضعى الأجنبى.

والذين درسوا القانون على الكتب العصرية لا بد أن يبذلوا جهدهم لبناء نظرياتهم على أساس المصطلحات الفقهية الأصلية.

ونرى أن التفرقة بين المباشرة والتسبب (بجميع أنواعه) من ناحية، والشرط من ناحية أخرى لها أثرها فيما لراه بعد ذلك من حكم كل منهما، ولذلك بدأ بتعريف كل منهما وتقييزه عن غيره.

وأهم الفروق ترجع إلى إثبات نية المشاركة في الفعل. فالمباشرة والتسبب بطبيعتهما تقطعان بتوافق قصد المشاركة، ولا حاجة لإثبات النية – بخلاف الشرط، فهو في الأصل عمل خارج عن الأفعال التي أدت إلى النتيجة المعاقب عليها، ولذلك لا مسؤولية على من ارتكبها، إلا إذا وجد دليل يقطع بأنه قصد هذه النتيجة وأرادها. وهناك فرق آخر عندما يوجد عامل من جانب الجنى عليه ساهم في حصول النتيجة على التفصيل الذي وفاه حقه.

* * *

تطبيقاً للمبدأ الذي يقضى بتضييق نطاق عقوبات الحدود والقصاص، يذهب الرأى السراجح إلى عدم تطبيقها على مرتكب الفعل بطريق التسبب وقصر تلك العقوبات القصوى على مرتكب الجريمة مباشرةً، وتطبيق عقوبة تعزيرية فقط على التسبب. ونحن نرجح هذا الاتجاه، كما نؤيد ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من تطبيق هذا المبدأ على "القصاص" باعتبار أن الفقه يعده من العقوبات الحدية. ويلاحظ أن كل هذه التفصيات واردة بقصد جرائم الاعتداء على الأشخاص لما قدمناه لما سبقنا من أنها تحظى بعناية خاصة من الفقه والقضاء بسبب اهتمام شريعتنا بحرمة دماء الناس وسلامة أبدائهم. وكفى دليلاً على ذلك ما عرضه من أحكام دقيقة عن الحكم في حالة اجتماع أعمال المباشرة والتسبب في الصور العديدة التي عرضها بتفصيل لا يحتاج منا إلى إضافة.

٣١٨. رابطة السببية والمسؤولية : ويشرط لمسؤولية الجاني عن الجريمة التي تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله، وأن يكون بين الفعل الذي أثاره والنتيجة التي يسأل عنها رابطة سببية ...

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة سببية بين فعل الجاني و نتيجته، إذا كان فعل الجاني مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالاً مباشراً. أما إذا كان فعل الجاني سبيلاً، 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 العلل المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض، أو قطع بعضها عمل البعض، وكلما بعدت النتائج، وتواترت الأسباب بينها وبين الأفعال. وسنستعرض فيما يأتي هذه المصاعب ونبين حكمها.

٣١٩. تعدد العلل السببية 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) إذا كان أحد العوامل التي اشتراك في إحداثها. فمن أحدث بآخر جرحاً قاتلاً بقصد قتله فأدى الجرح للموت، فهو مسئول عن القتل العمد. وإذا كان بالجني 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. ويستوى أن تكون الإصابات التي كانت بالجني عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه، أو عن فعل غيره كما لو ضربه إنسان أو همشه حيوان ...

وإذا كان بالجني عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعي مثلاً، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواً 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 أحدها الجاني وليس سابقة عليها ...

(١) المفروض أن الجاني لا علاقة له بغيره من الفاعلين ...

عده

وإذا كانت بعض الإصابات أفحش من بعض، فإن الجاني الذي أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل في القتل على الفرادها. كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التي يجذثها كل جان، فلو كان بشخص مائة إصابة، أدت إلى قتيله فالجانى الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل ما دام لإصابته دخل في القتل على الفرادها، ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد ...

وإذا أساء الجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج، أو سمح لطبيب بعلاج جرمه أو ياجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة، فإن الجاني مع ذلك يسأل عن القتل العمد، ما دام فعله مهلكاً بذاته، أو كان له منفرداً دخل في إحداث النتيجة ...

وإذا كان الجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً، فيعدُّ الجاني مسئولاً عن قتيله عمداً إذا ضربه أو جرمه ضرباً أو جرحاً لا يقتل الصحيح أو الكبير ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير ...

٣٦٠- انقطاع فعل الجاني : ويسأل الجاني عن نتيجة فعله ما لم ينقطع فعل الجاني بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله، ففي هذه الحالة يسأل الجاني عن الفعل دون نتائجه. فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً بقصد قتيله يُعدُّ قاتلاً له عمداً إذا مات من الجرح، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل، والأول جارح لا قاتل؛ لأن فعله انقطاع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث ... ويسأل الجاني عن الفعل دون نتائجه إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة، ولو كان الجاني قاصداً النتيجة. فمن يجرح إنساناً قاصداً قتيلاً فيشفى الجرح يسأل باعتباره جارحاً لا قاتلاً؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت ...

قد يظن البعض أن التفصيلات التي عرضها فيما سبق بشأن المباشرة والتسبب لا نظير لها في الفقه "الوضعي" بسبب استخدامه لمصطلحات مختلفة عما تستخدمناه الكتب "العصيرية". الواقع أن كل ما عرضه تطرق إليه الكتب العصرية، ولكن تحت عنوان "علاقة السببية". فالمباشرة يقال عنها السبب المباشر، والتسبب هو السبب غير المباشر؛ كما أن التداخل بين هذه الأسباب يشار إليه تحت عنوان تعدد الأسباب وانقطاع علاقة السببية ...

والأمثلة التي يشار إليها كما نرى خاصة بجرائم الأشخاص وبخاصة جريمة القتل ..

* * *

نلاحظ أن الأمثلة التي أوردها قد أشار فيها إلى أن الجاني يعقوب فقط باعتباره جارحا – مع أنه في الحالين قد أشار إلى أن الجاني كان يقصد القتل؛ وعلى ذلك فإننا نفضل القول بأن انقطاع علاقة السببية يجعل الجاني مسؤولاً عن الشروع في القتل لا عن الجرح فقط.

٣٦١ - توالد العلل والسببات عوده

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 تولد العلل 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. ومثال ذلك أن يحدث الجاني بالجني عليه جرحاً بقصد قتله، فينقل الجنين إلى المستشفى، فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه الجنين عليه؛ فهل يسأل الجاني عن الموت باعتبار أن الجرح الذي أحدثه سبب نقل الجنين عليه إلى المستشفى، وأن النقل تولد عنه موته الجنين عليه محترقاً، أم يسأل الجاني عن الجرح فقط؟ ومثل ذلك أيضاً أن يشهد شخصان زوراً على آخر بأنه قتل ثالثاً، فيحكم على المتهم البريء بالقتل وينفذ فيه، ثم تتبين بعد ذلك براءته؛ فهل يُعد شاهد الزور قاتلاً باعتبار أن فعله علة للحكم، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه؟

وحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلل والأسباب :

أولها : العلل والأسباب الحسية : وهي العلل التي تولد عنها النتائج توليداً محسوساً مدركاً لا شك فيه ولا خلاف عليه، بغض النظر عمّا إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرةً أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى؛ فكلما كان فعل الجاني علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة.

ثانياً : إشعال النار في بيت الجنين بقصد قتله، حتى إذا ما استيقظت كانت النار قد أحاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقاً، فإن الجنين وضع النار في المنزل وكان وضعها علة في احتراق المنزل، وكان إحراق المنزل علة في موته الجنين عليه محترقاً ...

ثالثها : العلل والأسباب الشرعية : وهي العلل والأسباب التي تولد نتائج يسأل عنها الجاني بمقتضى النصوص الشرعية، كاعتبار شاهد الزور في جريمة القتل قاتلاً للمحكوم عليه. وهذا النوع من العلل يتتحمل الجنائي نتبيجه التي ترتبها عليه النصوص مهما بعده النتائج وضفت صلة السببية بين النتائج والفعل ...

◀ عوده ▶ ثالثها : العلل والأسباب العرفية : وهى كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليدا حسيا ولا شرعيا، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين. وتنسب العلة أو السبب إلى العرف؛ لأن حد السببية هو المد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقوتهم ...

وحكم هذا النوع من العلل أن الجانى يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب، إذا كان العرف يقضى بمسئوليته عن هذه النتائج، أما إذا كان العرف يمنع من مسئoliته عن النتائج فلا يسأل عنها. فمثلا لو خرق شخص قاربا يركبه الجنى عليه بقصد إغراقه في جلة لا نجاة منها، فلما أشرف القارب على الغرق ألقى الجنى عليه بنفسه في الماء سائحا فالنفقة حوت، فإن الجانى يسأل عن القتل، ولو أن فعل الجانى وهو خرق القارب لم يكن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت، بل كان علة لغرق القارب، وكان غرق القارب علة لإلقاء الجنى عليه بنفسه في الماء، وكانت هذه العلة الأخيرة علة لالتهام الحوت له. وهذه العلة الأخيرة هي التي أدت مباشرة للموت. ويسأل الجانى عن النتيجة التي ترتب على فعله مع توالد العلل وتواлиها وبعد النتيجة عن فعله، لأن العرف يُعد صلة السببية قائمة بالرغم من ذلك كله ويُعد الجانى قاتلا. وإذا ضرب الجانى شخصا بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع الجنى عليه في مستشفى، ثم حدث زلزال أدى لهدم المستشفى وموت الجنى عليه تحت الأنقاض، فإن الجانى يسأل باعتباره ضاربا جارحا فقط، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهى الموت، ولو أن الضرب والجرح كانوا علة لوجود الجنى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى "نتيجة" علة لفعل الجانى؛ لأن العرف لا يُعد الجانى قاتلا في هذه الحالة. والساحر الذى يمارس أعمال السحر والشعوذة بقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المصود، وإنما يسأل عن الأفعال التى أتتها دون نتيجتها، لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدى للقتل ...

٣٢٢ - **نظريّة السببية في الشريعة :** ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية في الشريعة، وهي أن الجانى لا يسأل عن نتائجه فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية، وهي الرباط الذى يربط الفعل الحالى من الجانى بالنتيجة التى يسأل عنها، أو هى الرباط الذى يربط السبب بالسبب والعلة بالعلول. فإذا

عوده تواترت هذه الرابطة كان الجان مسؤولاً عن نتيجة فعله، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل و نتيجته، أو قامت هذه الرابطة ثم القطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعياً أو بفعل شخص آخر، فإن الجان يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته ..

ولا يشترط أن يكون فعل الجان هو السبب الوحيد المحدث للنتيجة، بل يكفي أن يكون فعل الجان سبباً فعالاً في إحداث النتيجة، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجان هو الذي سبب النتيجة وحده، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعل الجندي عليه أو الغير، أو ترجع إلى حالة الجندي عليه الطبيعية أو الصحية ... والجان مسؤول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة، أو كان علة غير مباشرة للنتيجة، بل هو مسؤول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجندي ما دام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجندي مسؤولاً عن مثل هذه الحالة ...

ولا يسمح الفقهاء بتوالي الأسباب والعلل وتواлиها إلى غير حد، بل يقيدون التوالي والتواли بالعرف، فيما عدّه العرف سبباً للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سبباً بعيداً، وما لم يعده العرف سبباً للنتيجة فهو ليس سبباً لها ولو كان سبباً قريباً ... وقد سلك الفقهاء هذا المسلك؛ لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطائع الأشياء. فلو أهمنا اكتفوا في تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح القانون الفرنسي في القتل العمد، لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التي يعدها العقل والعرف قتلاً. ولو أهمن بالغوا فأدخلوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشرائح الألمان، لأدخلوا في دائرة القتل أفعالاً كثيرة لا يعدها عرف الناس ولا منطقهم قتلاً ... ومن أجل ذلك، جاءت نظرية السببية في الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم، عادلة؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها. بل إن جعل العرف مقاييساً تقاد به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذي ضمن لنظرية الشريعة البقاء ما بقى الناس؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخرروا جهلوا أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه ويعقول لا ترتاح إلا إلى ما تراه عدلاً، ونظرية الشريعة تتماشى مع عرفهم ونظريتهم للعدالة في كل وقت وفي كل ظرف ...

٣٩٣ - عوده

بين الشريعة والقوانين : ونظيرية 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 يؤدى للموت بشرط ألا تتوسط بينه وبين الموت عوامل أخرى تؤدى بذاتها للموت أو تساعد على إحداثه. فمثلاً إذا ضرب الجان شخصاً أو جرمه بقصد قتيله فأهمل الجني عليه العلاج أو أساء علاج نفسه، أو كان مريضاً أو ضعيفاً فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة، فإن الضرب أو الجرح لا يُعد في نظر الشرح الفرنسيين علة مباشرة للموت، لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة، وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل ...

ويطبق الشرح الفرنسيون نظريتهم هذه في حالة القتل العمد فقط. ولكنهم لا يرون بأساً من قبول السبب غير المباشر في القتل الخطأ. وفي هذه التفرقة وحدها ما يؤكّد أن نظريتهم معيبة؛ لأنه إذا كان العدل يقتضي ألا يقبل في القتل العمد إلا السبب المباشر، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ. وإذا كان العدل يقتضي أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ، فمن الظلم ألا يقبل في القتل العمد ...

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معاً. وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة في ألمانيا وإنجلترا وإيطاليا وسويسرا، وانتقلت إلى غيرها من البلاد. وتعود النظريات الألمانية في السببية أنموذجاً لأحدث النظريات في السببية، ولذلك سنكتفى بعرضها ...

وأولى النظريات الألمانية هي نظيرية السبب الأقوى أو السبب الفعال. ويعقّبها هذه النظريات يسأل الجان عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسي في إحداثها، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة؛ لأن هذه العوامل تُعد شروطاً لحدوث النتيجة لا أسباب لها، ما دام أنها لا تقوم بالدور الأول في إحداث النتيجة. أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول في إحداث النتيجة، فإن النتيجة تُنسب إليه ويصبح فعل الجان شرطاً لحدوث النتيجة لا سبباً لها. وقد أخذ على هذه النظيرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة من حيث قوّة هذه العوامل وضعفها، مع أنها جميعاً ضعيفها وقويتها ضرورية لإحداث النتيجة، ولو امتنع أحد هماً مهماً كان ضعيفاً لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذي انتهت به ...

عوده

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. وعندهم أن فعل الجان هو العامل الأول الذي سبب النتيجة ولو لاه لما حدث، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التي ساعدت على إحداثها. ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادلة أو غير عادلة، راجعة إلى فعل الجنى عليه أو فعل غيره، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية، قاطعة لفعل الجنى أو غير قاطعة ...

وقد أخذت على نظرية التعادل أنها تحمل الجنى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتواлиها إلى غير حد وتحمل الجنى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذي انقطع عمله قبل حدوث النتيجة ... وأحد النظريات الألمانية هي نظرية السبب الملائم، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل، وهي تقوم على الأساس الذي قامت عليه نظرية التعادل، ولكنها لا تحمل الجنى المسئولة عن النتيجة إلا إذا عُدَّ فعله سبباً ملائماً لإحداث النتيجة. ويُعدُّ السبب ملائماً إذا كان كافياً لإحداث النتيجة طبقاً لما تعارف عليه الناس وما تقتضيه طبائع الأشياء ...

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأساس التي تقوم عليها النظرية الإسلامية، وتکاد كلاهما تؤدي إلى نفس النتائج التي تؤدي إليها الأخرى من حيث ترتيب المسئولة. 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 وتخلص مما يخالفها ...

إن ما قاله عن العلل والأسباب الحسية والشرعية نسلم به، لكن المشكلات خارج نطاقها. وقد جمعها كلها تحت تسمية الأسباب العرفية. ومعنى ذلك أن لعرف المجتمع ومسلماته لكي تكون هي الفاصلة، ونموذج أعمال السحر والشّ تعالىنا نتساءل عما إذا كان قوله إن "عرفنا اليوم" لا يعترض بأن السحر يؤدّي للقتل، يفتح الباب لم يقلون إن بعض المجتمعات الإفريقية لا تزال تُعَذِّب هذه الـ

وسيلة للقتل والإيذاء، فهل يمكن التسليم لها بذلك؟

وعلى العموم، فإننا نكرر ملاحظتنا في البند السابق من أن انقطاع علاقة السببية المثار الأخير لموت المجني عليه بسبب زلزال يجعل الجاني مسؤولاً عن الشروع في ما دام قد ضرب المجني عليه أو جرمه بقصد قتله، لا أنه سيكون مسؤولاً عن الجريمة كما يقول.

ولا نقر ما يذهب إليه بعض الفقهاء من أن نية القتل لا تثبت إلا عند انتشار سلاحاً قاتلاً، أما إذا لم تكن الأداة التي استعملت سلاحاً قاتلاً فإن تكون فقط ضررًا أفضى إلى موت، أو شبهه عمدًا كما يقال في فقهنا. لكننا نرى أن توجد دلائل أو قرائن أخرى على وجود هذه النية التي جاء في قوله أنها كانت الجاني ونرى في هذه الحالة أن يكون مسؤولاً عن هذه النية الثابتة بعدّ فعله قتلاً حتى ولو كانت الآلة التي استخدمها ليست مما أعد للقتل. وأقصى ما يمكن القول أن تكون هناك شبهة توجب استبعاد القصاص والاكتفاء بالتعازير.

* * *

نخن نؤيد ما قاله عن إدخال فقهائنا عرف المجتمع كأساس لتقدير مدى علاقة السببية باعتباره من المميزات التي تفتح باب المرونة والتطور والنمو في الإسلام.

وقد قال إن الجاني في حالة انقطاع علاقة السببية يسأل عن فعله فقط. ونذكر هنا في البنددين السابقين إلى أن نية الجاني تدخل في تقدير ما أعده فعله الذي عنه - ونعيد تأكيد ذلك.

- نفضل نسبة الآراء إلى الفقه لا إلى الشريعة :

إن فقهاءنا قدموا لنا حلاً مرونا يتسع لكل النظريات الحديثة؛ ويفسّرنا عنها، ألا وهو تحكيم عرف المجتمع وما يقبله وما لا يقبله حسب ظروف الزمان والمكان وتطور المجتمعات.

ثم إننا نفضل ألا تستعمل الكلمة "الشريعة" (في السطر الأخير من البند 323) في الإشارة إلى ما توصل إليه فقهاؤنا من آراء ومذاهب، لأن الشريعة أوسع بكثير من المذاهب المعروفة حتى الآن؛ وتشمل كل ما يستجد في المستقبل من اجتهدادات فقهية ومذاهب وآراء مستحدثة، إضافة إلى ما توصل إليه فقهاؤنا في الماضي الذي نعتز بما قدمه لنا من مذاهب وآراء متعددة ومختلفة – ومع تقديرنا لها فإن من الجائز استحداث آراء أخرى تبررها ظروف الزمان والمكان في المستقبل.

الفصل الثاني
(من الباب الثالث)
في ارتفاع المسئولية الجنائية

قيود على المسئولية :

البند	تقديم وتقسيم
328 - 324	المبحث الأول : أسباب الإباحة
330 ، 329	* الفرع الأول : الدفاع الشرعي
331	المطلب الأول : دفع المعتدى
339 - 332	المطلب الثاني : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
350 - 340	* الفرع الثاني : في التأديب
361 - 351	* الفرع الثالث : في التطهير
369 - 362	* الفرع الرابع : في ألعاب الفروسية
372 - 370	* الفرع الخامس : في الإهدار
384 - 373	* الفرع السادس : مسئولية ممارسة السلطة
387 - 385	المبحث الثاني : أسباب انعدام المسئولية الجنائية
388	* الفرع الأول : الإكراه والضرورة
406 - 389	* الفرع الثاني : أثر السكر في المسئولية الجنائية
410 - 407	* الفرع الثالث: الجنون
428 - 411	* الفرع الرابع : صغر السن
436 - 429	بحث إضافي للدكتور توفيق الشاوي : في شريعتنا أن المسئولية أمانة حملها الله للإنسان .

الفصل الثاني في ارتفاع المسؤولية الجنائية

٣٤- علة ارتفاع المسؤولية الجنائية : بينما فيما سبق أن المسؤولية الجنائية تقوم على أساس ثلاثة^(١)، هي :

(١) إتيان فعل محظوظ. (٢) أن يكون الفاعل مختاراً. (٣) وأن يكون مدركاً.

إذا توافرت هذه الأسس الثلاثة : توافرت المسؤولية الجنائية، وإذا انعدم أحدهما لم يعاقب الجاني على فعله. على أن عدم العقاب لا يرجع في كل الحالات إلى سبب واحد بعينه. فإذا لم يكن الفعل محظوظاً فلا مسؤولية إطلاقاً؛ لأن الفعل غير محظوظ، والمسؤولية لا تكون قبل كل شيء إلا عن فعل محظوظ. وإذا كان الفعل محظوظاً، ولكن الفاعل فقد الإدراك أو الاختيار، فالمسؤولية الجنائية قائمة، ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار...

المسؤولية ترتفع إذن، إما لسبب يتعلق بالفعل، وإما لسبب يرجع للفاعل، وفي الحالة الأولى يكون الفعل مباحاً، وفي الحالة الثانية يبقى الفعل محظوظاً، ولكن لا يعاقب على إتيانه ...

٣٥- أسباب الرباعية : يباح الفعل المحظوظ في الشريعة الإسلامية لأسباب متعددة، ولكنها كلها ترجع، إما لاستعمال حق، وإما لأداء واجب. فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هما اللذان يبيحان إتيان الأفعال المحظوظة على الكافية، ويعنوان من مؤاخذة الفاعل؛ لأن الشريعة جعلت له حقاً في إتيان الفعل المحظوظ أو ألزمته بإتيانه، فأباحت له بذلك إتيان ما حظوظ على الكافية ...

٣٦- 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 فعل محظوظاً، ولكن العقوبة ترتفع عنه لفقدان الاختيار أو الإدراك ...

(١) راجع الفقرة رقم ٢٨٥ .

عوده

٣٧- الإعفاء من العقاب : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدأ آخر يسمح بإعفاء الجاني من العقاب بالرغم من أنه استحقه، لارتكابه فعلًا محظوظاً وهو ممتنع بالإدراك والاختيار. ويُعد هذا المبدأ استثناءً 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 عليه السلام : «إما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسيرون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا وهم في الآخرة عذاب عظيم * إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» [المائدة: ٣٤، ٣٣]. 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 في أن المبدأ الذي جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة في ذلك.

٣٨- بين الشريعة والقوانين : هذه هي أسباب ارتفاع المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، وهي بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسئولية في القوانين الوضعية. وحكم هذه الأسباب في الشريعة والقوانين واحد من حيث التكيف. فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحاً لل فعل، فلا جريمة في فعل يستعمل حقاً أو يؤذى وجهاً، وهذا هو نفس الحكم في القانون المصري وغيره من القوانين الوضعية الحديثة. والشريعة ترفع العقاب في حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن، مع بقاء الفعل جريمة، وهكذا الحكم في القوانين. والشريعة تعفى من العقاب في بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة ...

والفرق الوحيد بين الشريعة 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 ...

(١) راجع الفقرة رقم ٢٥٣ ...

324-328- في نظرنا يجب التفرقة بين أسباب الإباحة

وموانع المسئولية والإعفاء من العقاب :

جمع هذا الفصل بين الأسباب التي تنفي توافر أركان الجريمة وتجعل الفعل حقاً مباحاً أو أداء لواجب فلا يجوز وصفه بأنه "جريمة" - ونسميه أسباب الإباحة، وقد خصص لها المبحث الأول.

وكنا نفضل أن تدرس مستقلة عن الموضع الذي ترفع مسئولية الجاني رغم أن الفعل يكون جريمة متوفرة الأركان، ونسميه "موانع المسئولية" - والتي خصص لها المبحث الثاني.

* * *

وكنا نفضل عدم دراسة موانع العقاب في هذا الفصل الخاص بالمسئولية والذى جعل عنوانه "ارتفاع المسئولية" - خصوصاً أنه أوضح أن فقهنا يتميز عن الفقه الوضعي في أنه سبق إلى التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب قبل القوانين الوضعية بقرون عديدة. وهذا يستحق منا أن نفصل بين دراسة هذه الموضوعات الثلاثة، وأن نتجاوز عن تعبيره عن موانع المسئولية بأن الشريعة ترفع العقاب، في حين أنه عندما أشار إلى موانع العقاب قال بأن الشريعة "تعفى من العقاب". ولنح سوف نفرق بين رفع المسئولية ورفع العقاب كما سيتبين فيما بعد.

وسوف نبرز الفرق بين هذه الموضوعات الثلاثة في كل مناسبة فيما يلى :

المبحث الأول
أسباب الإباحة
استعمال الحقوق وأداء الواجبات

عودة ◻٣٩ العلة في إبامة 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 توافرت فيهم صفات خاصة؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضي هذه الإباحة، ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها في الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع ...

فالقتل مثلاً محرم على الكافة، وعقوبة القاتل عمداً القصاص، أى : القتل، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حقولي الدم وذلك قوله ﷺ: «وَمَنْ قُتِلَ مُظْلومًا فَقَدْ جَعَلَنَا لَوْلَاهُ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرُفُ فِي الْقَتْلِ» [الإسراء: ٣٣]. فولي الدم حين يقتل القاتل يأتي عملاً مباحاً له بصفة خاصة، ولو أن هذا العمل محرم على الكافة. وهو حين يأتيه، يتحقق غرضين من أغراض الشارع : أولهما : القصاص من القاتل، وثانيهما : أن يكون القصاص بيدولي الأمر ...

والجرح محرم على الكافة، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية، فقد أتيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض؛ لإنقاذه من آلامه أو لإيقاذ حياته؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات؛ وأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض، وتوجب على المرأة ألا يلقى بنفسه في التهلكة. فإذا حدث الجرح يتحقق من أغراض الشارع: دفع الضرورة، والتداوى من المرض، وإنقاد النفس من الهلاكة ...

والضرب محرم على الكافة، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضي بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا. ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنو تربيتهم وتنشئتهم، فقد أتيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعليم، تحقيقاً للواجب المفروض عليهم ... وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غایيات الشارع، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال المحرمة على الكافة ...

عده وإذا كان الفعل المحرم قد أبىح؛ لتحقيق مصلحة معينة، فقد وجب منطقياً ألا يؤتى الفعل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التي أبىح من أجلها، فإن ارتكاب الفعل لفرض آخر فهو جريمة. فالطبيب الذي يجرح مريضاً بقصد علاجه يؤدى واجباً كلف به فعله مباح، ولكن إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل وعمله جريمة ...

بعض الأفعال المعقاب عليها في الأصل تبيحها الشريعة أو توجبها في أحوال معينة لأشخاص معينين. وهذه الإباحة أو الوجوب تمنع عد الفعل جريمة. وقد أشار لأمثلة منها سنعود لها بالتفصيل فيما بعد.

لكن أول الأمثلة التي ذكرها توجب علينا أن نذكر القارئ بأننا منذ البداية لا نستقر مع القول بأن "عقوبة" القتل عمدا هي "حق لولي الدم" - ذلك أن العقوبة كما قلنا دائمًا هي حق للمجتمع، وهي في الأصل التعزير في جميع الجرائم، بما في ذلك جريمة القتل العمد. كل ما هنالك أن المشرع يشدد العقوبة ويوجب القصاص عند توافر ظرف معين، هو إصرار ولـي الدم على طلب "تنفيذ تلك العقوبة الاستثنائية القصوى"، وهي القصاص.

وبناء عليه، فإنه إذا صحت القول بأن المطالبة بتنفيذ القصاص حق لولي الدم يستطيع أن يتنازل عنه، فيجب ألا يفهم من ذلك أن مبدأ العقاب على الجريمة حق له، ولا أن له تنفيذ القصاص بيده - بل هناك مبدأً يجب الالتزام بهما :

أو همَا: أن حق الجماعة في العقوبة ثابت، ويبقى للمجتمع دائمًا، وليس للمجنى عليه التنازل عنه، وأنه - في حالة تنازل ولـي الدم عن القصاص - يكون الجزاء التعزير الذي هو الأصل في نظرنا لأنه حق ثابت لا يستطيع "ولي الدم" أن يتدخل فيه بمنع أو طلب أو وجوب ...

ثانيهما : أننا لا نذهب لحد القول بأن إعطاء ولـي الدم حق المطالبة بالقصاص أو التنازل عنه معناه أن له الحق في قتل المتهم بيده، ولا نقول بأن الشريعة تجيز أن يكون القصاص "بيد ولـي الدم" دون محاكمة ولا حكم قضائي ...

وإذا كان هذا القول قد ورد في بعض كتب التراث، فإن من حقنا أن نلتزم بالمبادئ العام، وهو أن توقيع العقوبة الجنائية لا يكون في نظرنا إلا بحكم قضائي بعد إجراءات شرعية صحيحة تضمن لكل متهم الحق في الدفاع عن نفسه ومناقشة أدلة الاتهام، كما تنسح المجال لولي الدم لكي يتراجع عن طلب القصاص ويتصالح مع المتهم الذي يبقى في هذه الحالة مع ذلك مستحقا للتعزير.

كما أن علاج المريض يجيز إجراء جراحة له، إلا أن ذلك حق فقط للطبيب المؤهل لذلك. وتوفيق الجزاءات الجنائية هو كذلك حق للقاضي، وهو وحده المؤهل لذلك.

عوده

٣٤٠ الحق والواجب : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه وألا يستعمله. فإذا استعمله فلا حرج عليه، وإن تركه فلا إثم عليه. فالحق إذن هو ما يجوز فعله، ولا يعاقب على تركه ... ويعاقب الحق، الواجب، وكلاهما مختلف عن الآخر في طبيعته. فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه، فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب ...

وإذا كان الحق والواجب مختلفان في طبيعتهما، فإنهما يتفقان من الناحية الجنائية في أن الفعل الذي فعل؛ أداء لواجب أو استعمالاً لحق، هو فعل مباح ولا يُعد جريمة... والفعل الواحد قد يُعد حقاً لشخص بعينه وواجبًا على شخص آخر. فالقتل قصاصاً هو حق لولي الدم إذا باشره، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له. والتأديب في مذهب أبي حنيفة حق للزوج والأب، ولكنه واجب على المدرس والمعلم ...

وللسفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولهما، وهو متفق عليه من الفقهاء: أن الحق لا يمكن العقاب على تركه، وأن الواجب يمكن عقاب تاركه ... وثانيهما، وهو مختلف عليه بين الفقهاء: أن الحق يتقييد بشرط السلامة، وأن الواجب لا يتقييد بشرط السلامة، أي : أن من باشر حقاً مسئولاً دائمًا عن سلامة أخل الذي باشر عليه الحق؛ لأنه خير بين أن يأتي الفعل أو يتركه، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب؛ لأنه ملزم بتأدبة الواجب وليس له أن يتخلى عنه. وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي. أما مالك وأحمد، ف Gundhem 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، نظر هل يتحتم إتيان الفعل أم لا؟ وهل يعاقب على تركه أو يأثم بتركه أم لا؟ فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب، وكذلك إن كان يأثم بتركه أو يعاقب على تركه. أما إذا كان له أن يأتي الفعل أو يتركه دون أن يأثم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له ...

وإذا حللنا الحق، وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تتحمّل صاحب الحق على محل الحق؛ فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلاً، أو الأبن أو التلميذ. وإذا حللنا الواجب، وجدنا أنه يعطى أيضاً للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب، ويجعل مباشرة الواجب حقاً له على أخلاقي؛ فواجب التأديب

عوذه عند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب نفس سلطة صاحب الحق على التلميذ والابن. فالمكلف بالواجب هو في الواقع صاحب حق على محل الواجب، ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه. وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والمكلف بالواجب ...

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضي الكلام على :

(١) الدفاع الشرعي. (٢) التأديب. (٣) التطبيب. (٤) ألعاب الفروسية.

(٥) إهانة الأشخاص. (٦) حقوق الحكم وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه الموضوعات مبحثاً خاصاً ...

330 – لا فرق بين الحق والواجب في إباحة الفعل :

كثير من الحقوق الشرعية هي واجبات كذلك. ولهذا، فإنه كلما أوجبت الشريعة عملا على شخص فإن ذلك يعطى له الحق في القيام به، ويكون مباحا له. جميع الأمثلة التي ذكرها هي حقوق .. وبعضها (أو كلها) يمكن أن يكون واجبا في ظروف معينة كما سنبيئه. ولكن ما قاله عن إهدار الأشخاص يحتاج إلى تدقيق سيكون محل تفصيل نوضحه فيما بعد.

وقد جعل لكل مثل من الحقوق التي تبيح الفعل فرعا خاصا به – على النحو التالي:

الفروع الأولى في الدفاع الشرعي

٣٣١- **الدفاع الشرعي في السرعة على نوعين :**

- (أ) دفاع شرعي خاص، ويسمى اصطلاحاً دفع الصائل ...
(ب) دفاع شرعي عام، ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ...
و سنخصص لكل من هذين النوعين مطلاً خاصاً ...

المطلب الأول

الدفاع الشرعي الخاص

* 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 الالزامية لدفع هذا الاعتداء ...

والدفاع الشرعي الخاص، سواء كان واجباً أو حقاً، مقصود به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه، بدليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه... ويصلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعي الخاص بـ "دفع الصائل"، وعلى تسمية المعتدى "صائلاً"، والمعتدى عليه "مصلولاً عليه" ...

والأصل في دفع الصائل قوله عليه السلام : «من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» [البقرة: ١٩٤]. وما رواه يعلى بن أمية عن رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه قال: "كان لي أحير فقاتل إنساناً فغضب أحداً ممن يد الآخر، فانتزع الموضع يده من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه، فأتى النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه فأهدى ثنيته، وقال: أفيدع يده في فيك تقضيها قضم الفحل"!
وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه : "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد". وما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه قال: "لو أن امرأ أطلع عليك بغير إذن فحلفه بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح" ...

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدفاع أو عرضه أو ماله كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله لقوله عليه السلام:
"انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً". ولقوله "إن المؤمنين يتعاونون على الفتن"

* صالح عليه يصلوا صولاً، وصلوا صولاً : سطا عليه ليقهره، فهو صالح .

331، 332 - الدفاع عن حقوق الفرد، وعن قيم المجتمع :

أعتقد أن فقيهنا هو أول من أشار إلى أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو نوع ثان من أنواع الدفاع الشرعي عن المجتمع وقيمته واستقراره. ونحن نؤيد هذا التصور وسوف نرى أهمية ذلك فيما بعد.

وكل ما اطلعنا عليه من كتابات في موضوع الدفاع الشرعي في فقهنا أو الفقه الوضعي، موضوعه هو النوع الأول وحده الذي سماه دفاعا شرعا خاصا وخصص له المطلب الأول ونبدأ به:

* * *

المطلب الأول

دفع المقتدى (الصائل)

نقر بأن التعريف الذي قدمه للدفاع الشرعي شامل ودقيق. وحرصه على استعمال لفظ الصائل والمصول عليه للإشارة إلى المعتدى والمعتدى عليه يسهل على الباحث مراجعة كتب التراث التي سارت على استعمال هذا المصطلح. وإباحة دفع العداون على نفس الغير وماليه هو تطبيق لمبدأ أصيل في شريعتنا هو المساواة الإنسانية والتضامن كأساس للمجتمع ونظمه وقيمته الثابتة.

وحديث أبي هريرة في إباحة دفع من يطّلع على خصوصيات المرء - دون إذن - له أهمية خاصة في مبدأ حرمة الأسرار الشخصية أشرنا إليها في المقدمة، وتوسعنا فيها في رسالتنا عن "نظريّة التفتيش" بالفرنسية عام 1949م، وكتابنا بالعربية أخيرا (تحت الطبع) عن حرية أسرار الحياة الخاصة ونظريّة التفتيش فنجيل إليه.

٣٣٣ - التكليف الشرعي لدفع الصائل ◻

الصائل شرع ليحمي الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال، ولكنهم اختلفوا في التكليف الشرعي لدفع الصائل من وجهين : أو هما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلّى عنه كلما كان في مقدوره، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء، وله 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 التمكّن منها حرم، وفي ترك الدفاع تمكّن منها للمعتدي. وكذلك شأن الرجل برب غيره يزني بأمرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك ... والواجب هو الذي يلزم تاركه ويلام شرعاً بوجه ما على رأي، وهو ما يعاقب على تركه طبقاً لرأي آخر^(١)، ويستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخرى. والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية، ولكن تاركه يُعدُّ آثماً مستحفاً للعقوبة الأخرى. فانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئاً من طبيعة الواجب ولا يعفي من أدائه... .

وانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يسوى بين الواجب وبين الحق؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك، والواجب لا تخيير فيه. كما أن صاحب الحق لا يُعدُّ آثماً بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعاً^(٢)... .

وأختلف الفقهاء في الدفاع عن النفس، ظاهر مذهب أبي حنيفة يتفق مع الرأى الغالب في مذهبى مالك والشافعى على أن دفع الصائل عن النفس واجب^(٣). والرأى المرجوح في مذهبى مالك والشافعى يتفق مع الرأى الراجح في مذهب أحمد على أن

(١) الإحکام في أصول الأحكام للأمدي ج / ١ ص : ١٣٨ وما بعدها، المستصفى للغزالى ج ١/ ص :

٦٥ : ٦٦ ...

(٢) المستصفى للغزالى ج / ١ ص : ٧٤ ...

(٣) حاشية ابن عابدين ج / ٥ ص : ٤٨١ ، تحفة المحتاج ج / ٤ ص / ١٢٤ ، مواهب الجليل ج / ٦ ص / ٣٢٣ ، الزيلعى وحاشية السلى ج / ٦ ص / ١١٠ ...

عوده دفع الصائل عن النفس جائز^(١) وليس واجبا. وحججة هؤلاء حديث الرسول "في الفتنة": "اجلس في بيتك، فإن خفت أن يهلك شعاع السيف فقط وجهك (أو في لفظ آخر) فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل". كذلك يحتاجون بعمل عثمان رضي الله عنه إذا ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الشوار يريدون نفسه... وبعض الفقهاء الختابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها، ويجعلون الدفاع جائزا مطلقا في حالة الفتنة. أما في غير حالة الفتنة فيجعلونه واجبا مطلقا^(٢)، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية^(٣)...

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرون أنه جائز لا واجبا. فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء، وألا يدفعه. والفرق بين المال والنفس، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة. ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفع عن المال واجب إذا كان ما لا فيه روح، أي: ليس جادا، أو كان مالا للغير في يد المدافع كمال الحجور عليه أو الوقف، أو مالا مودعا، أو كان مالا للمدافعين ولكن تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة^(٤)...

ثانيهما : صيال الصبي والجنون والحيوان : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو جنون أو حيوان يكون في حالة دفاع، فإذا قتل الصبي أو الجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمي نفسه من الصيال إلا بالقتل فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية؛ لأنه كان يؤدي واجبه في دفع الصائل عن نفسه^(٥)...

(١) المغني ج/١٠ ص/٣٥٠ وما بعدها ...

(٢) الإقناع ج/٤ ص/٢٩٠ ...

(٣) حاشية الرملى ج/٤ ص/١٦٨، أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٨، شرح الزرقان وحاشية البناء ج/٨ ص/١١٨ ...

(٤) أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٨ ...

(٥) مراهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٢، تبصرة الحكماء ج/٢ ص/٣٠٣، الأم ج/٦ ص/١٧٢، المهذب ج/٢ ص/٣٤٣، الإقناع ج/٤ ص/٢٨٩ ...

عوده ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصلوب عليه مسئولاً مدنياً عن دية الصبي والجنون وقيمة الحيوان، وحجتهم في ذلك أن الدفاع شرع لدفع الجرائم، وعمل الصبي والجنون لا يُعد جريمة، وكذلك فعل الحيوان الأعمى، ومن ثم فلا وجود للدفاع في حال صيال الصبي والجنون والحيوان. ولكن للمعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيداته على أساس الضرورة الملحة، والقاعدة أن الضرورة الملحة لا تغنى من الضمان وإن أخفت من العقاب؛ لأن الدماء والأموال معصومة؛ وأن الأعذار الشرعية لا تنافي بهذه العصمة.. ويرى أبو يوسف أن يكون المصلوب عليه مسئولاً عن قيمة الحيوان فقط، لأن فعل الصبي والجنون جريمة ولكن رفع عنهم العقاب لأنعدام الإدراك، أما فعل الحيوان الأعمى فليس جريمة. ويترتب على هذا أن يكون المصلوب عليه في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو جنون، وفي حالة ضرورة ملحة إذا صال عليه حيوان^(١)... 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 أحياناً أن يحمي ماله وماל غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصلوب عليه أو يجيز له أن يمنع الاعتداء، فإذا لم يكن في الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء. فمشروعية منع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل وليس الاعتداء في ذاته، ومن ثم فليس من الضروري أن يكون الاعتداء جريمة^(٢)...

(١) البحر الرائق ج/٨ ص/٣٠٢ ...

(٢) الأم ج/٦ ص/١٧٣، ١٧٤ ...

٣٤

بين الشريعة والقوانين : بينما فيما سبق التكيف الشرعي للدفاع. أما تكيف الدفاع في القوانين الوضعية، فقد اختلف باختلاف الأزمنة. فقد يعترضوا كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعي لا القانون الوضعي. وفي العصور الوسطى عُدّ الدفاع حالة لا تقنع من العقوبة ولكنها تؤهله للغافر عن العقوبة. وفي القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح 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 الخطأ المخالق بالمدافع يجعله عذيم الاختيار؛ وأن الجان يندفع بغير إرادة للمحافظة على حياته، وقد أخذ على هذا التكيف بأنه لا يعلل الدفاع عن الغير ولا عن المال، وأنه يؤدي إلى توسيع الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب... وأحدث الآراء اليوم في القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال حق أصحاب القانون الوضعي بل أداء لواجب؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعني بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماليه، فضلاً عن أن الجماعة لامصلحة لها في العقاب؛ لأن المدافع ليس بال مجرم الذي يخشى على الجماعة من شره... .

والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطورها المستمرة أنها انتهت في القرن العشرين إلى ما بدأ به الشريعة الإسلامية في القرن السابع. فالدفاع يكفي في الشريعة بأنه واجب في أكثر الحالات، حق في بعضها، وهو يكفي اليوم في القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجباً، ولعلنا بعد قليل نرى شرحاً القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة... .

ويرى شرحاً القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد الجنون والطفل، ولو أن كليهما معفى من العقاب؛ لأن الدفاع الشرعي ليس عقاباً يقع على المعتدي، وإنما هو دفع لعدوانه، وهذا يتفق مع ما يراه أغلب الفقهاء... .

ولكن شرحاً 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 الأعمى لا يمكن عذرُه معتدياً أو مرتكباً جريمة، وأن حالة

عوده الضرورة هي التي تبيح قتل الحيوان. ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعي بالنسبة للحيوان، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد^(١)... ويستقى القانون المصرى مع مذهب أبي حنيفة فى اشتراط أن يكون فعل الصائل جريمة، فإن لم يكن جريمة، لم توجد حالة الدفاع^(٢)...

(١) الموسوعة الجنائية ج / ١ ص / ٥٢٥ ...

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى ...

333، 334 – واجب الدفاع عن النفس والعرض – وحق الدفاع عن المال:

ليس من حق المرء أن يفرط في حياته أو عرضه؛ أو يسمح بالاعتداء على حياة غيره أو عرضه؛ لذلك أجمع الفقهاء على أن الدفاع الشرعي عن النفس والعرض واجب، سواء في ذلك نفس المدافع وعرضه أو نفس الغير وعرضه.

أما المال فإن لكل فرد أن يتخلّى عنه، لذلك فإن تصديه للدفاع عنه جائز وحق لا واجب في الرأي الراجح في فقهنا؛ على التفصيل الذي أورده.

لكن موضوع الفتنة له شأن خاص. فالدفاع في حالة الفتنة في نظرهم جائز وليس واجباً، لأن المدافع قد يرى من المصلحة عدم التصدي للمعتدين، ولأن فقهاءنا يخشون من تسلسل العدوان إلى ما لا نهاية لما يهدّد أمن الجماعة واستقرارها. لذلك، رجح البعض تفادى انتشار الفتنة ولو اقتضى ذلك عدم التصدي للعدوان .. وهذا الرأي محل جدل في الماضي، وسيبقى دائماً مثيراً للخلاف.

لقد قدم لنا نماذج مما نستطيع به أن نخرّ بما وصل إليه فقهاً من دقة وعمق في تحرير الأحكام مع مراعاة مختلف المبادئ العامة وإعمالها :

فقد أشار إلى ما يراه بعض فقهائنا من التمييز بين الدفاع عن المال الذي يكون حيواناً فيه روح، وغيره من الجمادات؛ لأن النوع الأول له حرمة الكائن الحي الذي يستحق أن يدافع عنه حتى لا يعتدى أحد على حياته دون سبب شرعي أو دون توافر شروط لذلك، فيرون أنه يجب الدفاع الشرعي عن حقه في الحياة بصفته كائناً حياً لا يُحسبانه مجرد مال. كذلك المال الذي يكون وديعة أوأمانة تحت يد المعتدى عليه، فهنا يوجبون عليه أن يدافع عنه لأنه يتلزم بالحافظة عليه حتى يعيده إلى من سلمه له (إذا كان وديعة) أو من هو في ولايته (إذا كان قاصراً) أو تحت نظارته (إذا كان وفقاً).

بالنسبة للعدوان الواقع من شخص غير عاقل أو غير مسئول (مجنون أو صبي) أو حيوان، قالوا إنه يجوز الدفاع الشرعي رغم أن المعتدى لا يمكن أن يكون مسؤولاً عن ارتكاب جريمة. ثم أضاف الخفيفية أنهم لا يُعَذّبون بذلك دفاعاً شرعياً، بل هو حالة ضرورة، ورتّبوا على ذلك أن المدافع يتلزم بالتعويض المدني، لأن الضرورة تمنع المسؤولية الجنائية لكنها لا تجعل الفعل مباحاً، وبالتالي فهي لا تعفي من التعويض المدني عن الضرر.

بل فرق أبو يوسف - بين فعل الصبي أو الجنون، فقال إنه يكون جريمة في ذاته، كل ما هنالك أن مرتكبها غير مسئول لأنعدام عقله أو عدم بلوغه، ولذلك فإن المدافع يكون له الحق في الدفاع الشرعي لمنع الجريمة، ولا يتلزم بالتعويض لأنه استعمل حقه الشرعي. أما فعل الحيوان فلا يمكن وصفه بأنه "جريمة" بأي حال من الأحوال، لذلك لا يجوز المدافع الشرعي بل يكون المدافع في حالة ضرورة لا تعفيه من التعويض المدني (الضممان) في هذا الرأي.

ورغم دقة هذه الأقوال إلا أن الرأى القائل بتوافر حالة الدفاع الشرعى في جميع هذه الأمثلة هو في نظرنا أكثر عمقاً وأقرب للصواب؛ وهو يستند إلى أن حق الدفاع الشرعى ناتج عن الخطير الذى يمثله الفعل لا عن وصفه بأنه "جريمة" متوافرة الأركان؛ إن الدفاع الشرعى هو دفع خطير الفعل الذى يهدد النفس أو المال، وليس جزاء للمعتدى يستلزم البحث في توافر شروط مسئoliته عن هذا الفعل أو عن وصفه بأنه صفتة "جريمة".

* * *

برغم قوله إن القانون المصرى ومذهب أبي حنيفة يشترطان أن يكون فعل المعتدى جريمة حتى تبيح الدفاع الشرعى، فإننا نفضل القول بأنه اعتداء، سواء كان جريمة أم لا، كما أوضح ذلك في البند الثالثى. ولذلك نرجح مذهب مالك والشافعى وأحمد الذى أشار إليه في البند (335). أما الضرورة فتكون محسوبة في الحالات التي يلحا فيها المضطر إلى إحداث ضرر يمس شخصاً بريئاً لم يصدر منه عدوان، ولذلك فإن من أصحابه ضرر في هذه الحالة يستحق التعويض . وهذه هي القاعدة التي نرى الأخذ بها في حالة ما إذا كان الخطير من فعل حيوان، فلا نرى التزام المدافع بالتعويض عن الضرر إلا إذا كان الخطير الذى كان يدفعه ناشئاً عن فعله هو كأن استفز الحيوان أو هاجمه ..

وعلى ذلك فإن الدفاع الشرعى هو ضرورة دائماً، لكنها نتجم عن فعل ينتجه عنه خطير وأنه وقع من المعتدى (الصائل) سواء كان إنساناً أو حيواناً .. فالضرورة شرط من شروط الدفاع الشرعى دائماً - وإن كانت أوسع نطاقاً لأنها تشمل حالات لا تتوافر فيها شروط حق الدفاع الشرعى.

٣٤٥- شروط رفع الصائل : لدفع الصائل شروط يجب توافرها حتى يُعد المُصْوَل عليه في حالة دفاع. وهذه الشروط هي : أولاً : أن يكون هناك اعتداء أو عدوان، ثانياً : أن يكون هذا الاعتداء حلاً، ثالثاً : ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر، رابعاً : أن يدفع الاعتداء بالقوة الالزمة لدفعه ...

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء : يجب أن يكون الفعل الواقع على المُصْوَل عليه اعتداء، فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه. فالألب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب، والمعلم إذا أدب الصبي، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق، ومستوف القصاص حين يقتل القاتل أو يقطع يده قصاصاً، كل هؤلاء لا يُعدُّ فعلهم عدواً أو اعتداء، وإنما هو استعمال الحق أو أداء لواجب ...

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان في الفعل أن كل عمل أو جريمة الشريعة أو أجزاءه لا يُعدُّ اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه، كالقبض والتفيش والجلد والحبس، وغير ذلك من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم.. وليس للاعتداء حد مقرر، فيصبح أن يكون الاعتداء شديداً، ويصبح أن يكون بسيطاً. وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفع، ولكنها تقيد المدافعان بأن يدفع الاعتداء بالقوة الالزمة لدفعه.. ويصبح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس المُصْوَل عليه أو عرضه أو ماله، كما يصبح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله، ويصبح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله^(١) ..

وليس من الضروري في رأي مالك والشافعى وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها، ولكن يكفى أن يكون عملاً غير مشروع. وليس من الضروري في رأي هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عن فعله، فيصبح أن يكون الصائل مجريناً أو طفلاً. ويكتفى لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أياً كان غير مشروع. أما أبو حنيفة وأصحابه، فيشترطون أن يكون الاعتداء مما يُعدُّ جريمة معاقباً عليها، وأن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عنها، وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة. ويخالفهم أبو يوسف في هذا، حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون

(١) أنسى المطالب ج / ٤ ص : ١٦٧ ...

عادة حاجة لأن يكون الصائل مسؤولاً عن الجريمة جنائياً. ورأى أبي يوسف يتفق

قام الاتفاق مع نص القانون المصري الذي يشترط أن يكون الفعل جريمة ...
ويعدُّ الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً، وهو ما يراه مالك
والشافع وأحمد، ولكن أبا حنيفة وأصحابه جيعاً لا يرون مسوغاً لوجود حالة
الدفاع عند هجوم الحيوان لأن فعله لا يُعدُّ جريمة، ويرون رد الهجوم على أساس
حالة الضرورة، وهو رأى قد يتفق أيضاً مع نصوص القانون المصري الذي يعاقب
على قتل الحيوان إذا كان قتله دون مقتض (٣٥٥ عقوبات). هذا إذا فسّرنا المقتضي
بأنه حالة الضرورة، وهو الرأي الراجح، لأن فعل الحيوان ليس جريمة في ذاته. أما إذا
إمكان في بعض الأحوال عَدُّ الفعل جريمة من صاحب الحيوان، فالدفاع يوجد ولكنه
لا يوجد في غير ذلك من الحالات ...

وليس للصائل أن يرد دفاع المصلول عليه ثم يحتاج بأنه كان يدافع عن نفسه؛ لأنه
هو الذي اعتقد فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصلول عليه. فإذا اقتضى الدفاع قتل
الصائل فقد أصبح دم الصائل هدراً، أما المصلول عليه فمعصوم. وإذا اقتضى الدفاع
جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدراً معبقاء المصلول عليه معصوماً. ومن
الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه في امرأة تزوجت، فلما كان ليلة زفافها
أدخلت صديقها الحجلة سراً، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا
قتل الزوج الصديق، وقتلت المرأة الزوج، فقضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يُعدَّها
مدافعة عن نفسها أو عن غيرها ...

لكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدون عَدُّ الزائد منها
عدواناً، وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصلول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ
بغيرته ...

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلاً، فليس على المصلول عليه أن
يتنتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء، بل للمصلول عليه أن يبدر الصائل بالمنع ما دامت
حالته تدل على أنه سيعتدى. فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى
الرجل فإنما له ضربه على ما يقع في نفسه، فإن وقع في نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه
المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه^(١). ويجب أن

(١) الأم ج / ٦ / ص / ٢٧ ...

عوده يكون الاعتقاد بالاعتداء غالبا على الظن حتى يمكن توسيع الدفاع. أما الوهم والظن الضعيف فلا يسوّغانه. فإذا دخل رجل بالسلاح دارا فغلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله، لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل، وإذا تقع صاحب الدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنيا على أسباب معقولة فليقتله ولا شيء عليه^(١) ...

إشهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه في حالة دفاع ولا يجعله مسؤولا عليه؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يُعد اعتداء. لكن إذا كانت الظروف تدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من الحصول عليه، كان للمصوّل عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يكن دفعه إلا بالقتل... ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهي بانتهائه؛ فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء. فإذا ضرب المصوّل عليه الصائل فانصرف أو جرّحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصوّل عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى، وليس له بعد أن يعجزه أن يشنّ عليه، فإذا فعل من ذلك شيئا فهو جرح أو قتل وعليه عقوبته. ولكن يجوز للمصوّل عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال، وتُعد حالة الدفاع قائمة حتى يسترد من الصائل ما أخذه، وللمصوّل عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يكن استرداده بطريقة أخرى...

والرغبة في الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع، وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء. فمن كان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيع فضريبه أو جرّحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن في ذاته...

الشرط الثاني : أن يكون الاعتداء حالا : لا يوجد المصوّل عليه في حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا، فإن لم يكن حالا فعمل المصوّل عليه ليس دفاعا وإنما اعتداء؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن. فحلول الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلا للدفاع، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلا للدفاع، إذ ليس هناك خطر يتحمّى منه الإنسان بالدفاع العاجل، وإذا عدَ التهديد اعتداء في ذاته، فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه، والاتجاه للسلطات العمومية كاف لحماية المصوّل عليه من التهديد ...

(١) المرجع السابق لنفسه ...

عوده الشرط الثالث : ألاً يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : يشترط لوجود حالة الدفاع ألا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل؛ فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى تغنيه عن الدفاع وجب استعمالها، فإن أهل المصلول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتمد. فإذا أمكن دفع الصائل مثلاً بالصراخ والاستغاثة فليس للمصلول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله، فإن فعل كان فعله جريمة^(١). وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية في الوقت المناسب أو استطاع المصلول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله^(٢) ...

وقد اختلف الفقهاء في الهرب كوسيلة لدفع الاعتداء. فمن رأى أن الهرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء، فقد أوجب الهرب على المصلول عليه؛ لأن الهرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء، والمصلول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن^(٣). ومن رأى أن الهرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع، فإنه لا يلزم المصلول عليه بالهرب، ويجعل له أن يثبت ويدافع إذا لم يكن إلا الهرب أو الدفاع^(٤). وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الهرب مشيناً أو غير مشيناً، وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً وغير لازم إذا كان مشيناً^(٥). ويشترط على كل حال عند من يرون الهرب دفاعاً أن يقوم الهرب مقام الدفاع، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحريم ولم يستطع المدافع الهرب بمال أو الحريم فلا يُعدُّ الهرب دفاعاً ولا يلزم به المصلول عليه^(٦) ...

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة الالزمة لرده : يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع. فالمصلول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل. فإذا دخل رجل متزل آخر بغير إذنه وكان يندفع بالأمر بمعادرة المتزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٤٠٢، أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٧ ...

(٢) الأم ج/٦ ص/٢٧، أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٧ ...

(٣) المغني ج/١٠ ص/٣٥٣ ...

(٤) المرجع السابق نفسه، والأم ج/٦ ص/٢٨ ...

(٥) تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٢٦ ...

(٦) المرجع السابق، وأنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٧ ...

عوده 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 موليا لم يكن له قتله ولا اتباعه. وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يشن عليه؛ لأنه كفى شره. وإن ضربه فقطع يمينه فولي مدبرا فضريه فقطع رجله، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الديمة؛ لأنه في حال لا يجوز له فيها ضربه^(١). وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتل فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفة، وما أتلف منه فهو هدر لأنه تلف لدفع شره^(٢) ...

ومن قصده رجل في نفسه أو ماله أو أهله بغير حق، فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به، فإذا أمكنه الدفع بالصياغ والاستغاثة لم يدفع باليد، وإن كان في موضع لا يلحقه الفوبي دفعه باليد، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح، فإن لم يندفع إلا باتفاق عضو دفعه باتفاق العضو، فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل، وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله، وجب عليه الضمان^(٣)، أي : العقاب لأنها جنائية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه من غير دفع، وإن قصده، ثم اصرف عنه لم يتعرض له، وإن ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى؛ لأن القصد كف أذاه^(٤) ...

ومن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك حلبيه فلك حلبيه، وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا، فعله ولا مسئولية عليه ...

ومن أراد امرأة على نفسها لقتلته لتندفع 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 لقتلته، فقال عمر : "والله لا يودي أبداً".

وإذا صالت هميمة على إنسان دفعها بالقدر الذي تندفع به، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها، ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية، إلا في مذهب أبي حنيفة فإنه

(١) المغني ج / ١٠ ص / ٣٥١ : ٣٥٢ ...

(٢) المرجع السابق نفسه ...

(٣) يعبر الفقهاء كثيراً عن الجزاء بالضمان، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .

(٤) المهدى ج ٢ / ص ٢٤١ ...

عوده يسأل مدنياً فقط؛ لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة، وحالة الضرورة ترفع المسئولية الجنائية ولا ترفع المسئولية المدنية ...

وإذا أطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه، فله أن ينهاه فإن لم ينته جاز له أن يدفعه بأيسير ما يندفع به، فإن لم يندفع إلا بفقء عينه ففقوها فلا مسئولية عليه. وهذا رأى مجتمع عليه في مذهب الشافعى ومذهب أحمد^(١)، وحجتهمما حديث الرسول ﷺ : "لو أن امرأ أطلع عليك بغير إذن فحدفته بحصاة ففقوت عينه لم يكن عليك جناح". وحديث الرسول المروى عن سهل بن سعد أن رجلاً أطلع في جحر من باب النبي ﷺ، وكان الرسول يحك رأسه بمدرى في يده فقال الرسول: "لو علمت أنك تنظر لطعت به في عينك، إنما جعل الاستثناء من أجل البصر".

وفضلاً عن الحديثين، فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع. وعلى هذا الرأى الأقلية في مذهب مالك وأبى حنيفة. أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يفقو عين من يطلع من الخارج بخرد النظر؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبع فقه عينه، فالنظر إلى الإنسان في بيته أولى ألا يستباح به الفقه. ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة في الزجر عن الاطلاع^(٢).

ويرى المالكية أن الرمي أبىح للتتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين، فإذا قصد عينه فهو إصابة خطأ يسأل عنها بحسبانه خطئاً لا عامداً^(٣).

ويرى علماء الدين الكاسانى أن الأصل في كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهر دمه بمجرد هذا القصد، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى المصوب 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 شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل. ألا ترى أنه لو استغاث الناس يقتله قبل أن يلتحقه الغوث،

(١) المغني الجزء العاشر ص / ٢٥٥، المهدى الجزء الثاني ص ٤٣ ...

(٢) حاشية ابن عابدين الجزء العاشر ص / ٢٥٥، المهدى الجزء الخامس ص ٤٨٥ ...

(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٣ : ٣٢٣ ...

عوده *إذ السلاح لا يلبت، فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله، فإذا قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم فلا شيء عليه^(١).*

ولا حرج على المصلوب عليه إذا تعدى بدر (مبادرة) الصائل بالدفع ولم يتضرر حتى يقع عليه الاعتداء ما دامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء، وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفاً أو سكيناً فلا حرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به، ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب عصا^(٢)...

وليس للمصلوب عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداء 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 المبني على أسباب معقولة، فبهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقى الذى وقع أو الضرر الذى كان الصائل يتبوى أن يحدثه. فللصلوب عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن المصلوب عليه قائماً على أسباب معقولة.. ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصالبون جماعة؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر، وقد يؤدي إلى إهلاك المصلوب عليه^(٤)، ومن ثم يرجع في تقديره القوة الملائمة لظروف كل واقعة ...

٣٣٦ - تجاوز حد الدفاع : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى الضرورة لدفع الاعتداء، فهو مسئول عن فعله الذي تعدى به حد الدفاع المشروع، 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 فاتبعه 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 مقاومته. وهكذا، يسأل المصلوب عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء.

(١) بدائع الصنائع ج / ٧ ص / ٩٣ ...

(٢) أسف المطالب الجزء الرابع ص / ١٦٧ ...

(٣) شرح الزرقاني حاشية النبات الجزء الثامن ص / ١١٨ ...

(٤) تحفة الحاج ج ٤ ص / ١٦ ...

عوده < 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 يُعد المصلوب عليه مدافعا إذا انتهى الاعتداء، ويُسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء. ولكن لا يُعد الاعتداء منتهيا إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصلوب عليه، فللمدافع أن يستبعده 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 تعدد الصائل وأصابت غيره خطأ، فالفعل الذي وقع على الغير لا يُعد مباحا 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 خطأ ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل في ذاته مباح على الصائل، ولكنه وقع على الغير خطأ. وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيدا فأخطأه وأصاب شخصا، فالصيיד في ذاته عمل مباح ولكن الصائد يُسأل عن إصابة الشخص خطأ ...

ونصب الجبال والأشراث والفحاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو في الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(٢)، وليس على صاحب المكان مسؤولية؛ لأنه من قبيل الدفاع؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق. ولكن مالكا^(٣) يرى مسؤولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسؤولية عليه. ولعل 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 دفاعا، ومنهم من لم يره كذلك. وعرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية، فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعي^(٤) ...

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٧٤ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٥٢٤، تحفة المحتاج ج/٥، المغني ج/٩ ص/٥٧١ ...

(٣) تبصرة الحكم ج/٢ ص/٢٩٦، مawahib الجليل ج/٦ ص/٢٤١ ...

(٤) القسم العام لأحمد بك صفت ص/٢٤٠ ...

عوده

٣٣٧- أ يكون للصائل حق الدفاع ؟ : يصبح الصائل في حالة دفاع إذا تعدد المصلول عليه حدود الدفاع المشروع؛ لأن عمل المصلول عليه يصبح حينذاك اعتداء، والدفاع يتولد عن الاعتداء. أما إذا بقى فعل المصلول عليه في حدود الدفاع، فلا يُعد الصائل إلا معتمديا، وليس له أن يدعي بأنه كان يدفع عن نفسه. وإذا تجاوز المصلول عليه حد الدفاع عدًّا عمله اعتداء، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر ما يندفع به ...

٣٣٨- حكم دفع الصائل: من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة، فلا مسؤولية على المدافع من الناحية الجنائية؛ لأن الفعل ليس جريمة ولا مسؤولية عليه من الناحية المدنية؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع؛ وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أي مسؤولية. أما إذا تعدد المدافع حدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية ...

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسؤولية المدافع مدنياً عن قتل الصبي والجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرمه، كما بينا أن أبا يوسف يخالفه ويرى المسؤولية المدنية فقط في حالة قتل الحيوان، وقلنا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء.

٣٣٩- بين الشرعية 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 الشرح في هرب المدافع لا تختلف عن آراء الفقهاء؛ فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه، وبعضهم يفرق بين الهرب المبين، والهرب غير المبين ويوجب الهرب إذا لم يكن شأننا. وحكم الدفاع في الشريعة هو نفس حكمه في القوانين الوضعية التي تجعل الفعل مباحاً ولا ترتب مسؤولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا في حالة تجاوز الدفاع ...

_____ 335 - 339 - شروط حق الدفاع الشرعي وتجاوزها :

الرأى الذى نسبه إلى الإمام مالك والشافعى وأحمد أشرنا في البند السابق إلى أننا نرجحه على قول الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف.

وسترى أن جميع الشروط التي عرضها هي شروط حالة الضرورة (بالإضافة إلى شرط العداون على التفصيل الذى ذكرناه). وأهمية هذه الشروط ومقتضاها هو أن الضرورة تقدر بقدرها فلا يجوز دفع المعتدى إلا بالقدر اللازم للحماية من خطره؛ فلا يجوز أن يتحول الدفاع إلى انتقام أو عقاب، وكل تجاوز عن القدر الذى تستلزم منه الضرورة تطبق عليه القواعد العامة ويؤخذ عليه مرتكبه.

وجميع الشروط الأخرى تتفرع عن هذا المبدأ، فشرط الضرورة هو الذى يستلزم أن يكون الاعتداء أو الخطر حالاً لأن عدم حلوله يفتح الباب لدفعه بغير طريق الجريمة، كما أنه يستلزم لا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى غير الجريمة التي ارتكبها. وكل هذه الشروط يجب توافرها في ذهن المدافع وتقديره بناء على أسباب معقولة بمقاييس مجتمعه وبيئته وظروفه، ولذلك فتقديرها أمر موضوعي، وقضى الموضوع هو المختص بالحكم عمما إذا كانت موافقة أو أن الجان قد تجاوزها..

وإذا رأى القاضى أن الجان قد تجاوز حدود الشرط أو أحدها فإنه يلتزم بتطبيق العقوبة عليه طبقاً للقواعد العامة. والأصل أن من بدأ بالعدوان لا يستطيع التمسك بحقه في الدفاع الشرعي لمقاومة المدافع طالما كان في حدود حقه في الدفاع الشرعي بالشروط المشار إليها. لكن إذا تجاوز المدافع هذه الحدود فللآخر أن يعده معتدياً ويستعمل حقه في دفع اعتدائه ومنعه.

* * *

لقد حرص على تأكيد أن كل ما توصلت له القوانين الوضعية المستوردة قد سبق إليه الفقه الإسلامي، حتى الخلافات بين الآراء في كثير من المسائل لها نظير في الآراء المستعدده في أقوال فقهائنا ومن بينها مسألة الهرب من المعتدى – هل يعده المدافع قد تجاوز حدود حقه إذا كان باب الهرب مفتوحاً أمامه، ومع ذلك تصدى لمقاومة المعتدى وأصابه فعلاً؟ ..

ويرى البعض أن القانون لا يمكن أن يلزم المعتدى عليه بالفرار أمام المعتدى إذا أبى عليه شجاعته ورجلته ذلك. وهذا هو الراجح.

المطلب الثاني
في الدفاع الشرعي العام
أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

عادة ٣٤٠ مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: الأصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله ﷺ: «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون» [آل عمران: ١٠٤]، وقوله ﷺ: «ليسوا سواء مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَاتَمَةٌ يَتَلَوُنَ آيَاتِ اللَّهِ آناءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ * يَؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَا عَنِ الْمُنْكَرِ وَيَسْارُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَأُولَئِكَ مِنَ الصَّالِحِينَ» [آل عمران: ١١٣، ١١٤]، وقوله ﷺ: «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أُولَئِيَّاءِ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَا عَنِ الْمُنْكَرِ وَيَقِيمُونَ الصَّلَاةَ» [الستوية: ٧١]، وقوله ﷺ: «لَعْنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ عَلَى لِسانِ دَاؤِدَ وَعِيسَى بْنِ مَرْيَمَ ذَلِكَ بِمَا عَصَوْا وَكَانُوا يَعْتَدُونَ * كَانُوا لَا يَتَاهُونَ عَنِ الْمُنْكَرِ فَعَلُوهُ لِبَثَثِسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ» [المائدة: ٧٩، ٧٨]، وقوله ﷺ: «كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أَخْرَجْتُ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَا عَنِ الْمُنْكَرِ» [آل عمران: ١١٠]، وقوله ﷺ: «الَّذِينَ إِنْ مَكَنُوكُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوكُمُ الصَّلَاةَ وَآتَوْكُمُ الزَّكَاةَ وَأَمْرُوكُمُ بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَا عَنِ الْمُنْكَرِ» [الحج: ٤١]، وقوله ﷺ: «وَتَعَاوَنُوكُمْ عَلَى الْبَرِّ وَالتَّقْوِيَّةِ وَلَا تَعَاوَنُوكُمْ عَلَى الْإِثْمِ وَالْعَدْوَانِ» [المائدة: ٢٢]، وقوله ﷺ: «لَا خَيْرٌ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مِنْ أَمْرٍ بِصَدْقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمِنْ يَفْعُلُ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاهُ اللَّهُ فَسُوفَ تُؤْتَيهِ أَجْرًا عَظِيمًا» [النساء: ١١٤]، وقوله ﷺ: «وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ افْتَلَوْكُمْ فَأَصْلِحُوكُمْ بَيْنَهُمَا إِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتَلُوكُمُ الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفْنِي إِلَى أَمْرِ اللَّهِ» [الحجرات: ٩]. وقد تأكّدت هذه المعانٍ جيّعاً بأحاديث الرسول ﷺ. ومنها أنه روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال في خطبة خطبها: "أيها الناس إنكم تقرعون هذه الآية وتتوسلونها على خلاف تأويتها: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا عَلَيْكُمْ أَنفُسَكُمْ لَا يَضُرُّكُمْ مِّنْ ضَلَالٍ إِذَا اهْتَدَيْتُمْ» [المائدة: ١٠٥]. وإن سمعت رسول الله ﷺ يقول: "مَا مِنْ قَوْمٍ عَمِلُوا بِالْمُعَاصِي وَفِيهِمْ مَنْ يَقْدِرُ أَنْ يَنْكِرَ عَلَيْهِمْ فَلَمْ يَفْعَلْ إِلَّا يُوشِكَ اللَّهُ أَنْ يَعْمَلَ بِعَذَابٍ مِّنْ أَنْفُسِهِمْ" ...

عوده وروى عن أبي ثعلبة الخشنى أنه سأله رسول الله ﷺ عن تفسير قوله تعالى : ﴿لَا يضركم من ضل إذا اهتدتيم﴾ ، فقال : "يا أبا ثعلبة من المعروف وانه عن المنكر، فإذا رأيت شيئاً مطاعاً وهو متبعاً ودنيا مؤثرة وإعجاب كل ذي رأى برأيه، فعليك بنفسك ودع عنك العوام" ...

وقال ﷺ : "تأمنوا بالمعروف ولننهون عن المنكر أو ليسلطنا الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياراتكم فلا يستجاب لهم" .

وقال : "ما أعمل البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفثة في بحر جلي، وما جمّع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا كنفثة في بحر جلي" .

وقال : "إياكم والجلوس على الطرقات. قالوا: ما لنا بد، إنما هي مجالستنا نتحدث فيها. قال : فإذا أبىتم إلا ذلك فأعطوا 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 أى الشهداء أكرم على الله عن وجـل؟ قال: "رجل قـام إـلـى وـالـجـائـر فـأـمـرـهـ بـالـمـعـرـوفـ وـنـاهـ عـنـ الـمـنـكـرـ فـقـتـلـهـ،ـ إـنـ لـمـ يـقـتـلـهـ إـنـ الـقـلـمـ لـاـ يـجـرـىـ عـلـيـهـ بـعـدـ ذـلـكـ وـإـنـ عـاـشـ مـاـ عـاـشـ" ...

وقال الحسن البصري: قال رسول الله ﷺ : "أفضل شهداء أمتي رجل قـام إـلـى إـمامـ جـائـرـ فـأـمـرـهـ بـالـمـعـرـوفـ وـنـاهـ عـنـ الـمـنـكـرـ فـذـلـكـ الشـهـيدـ مـتـزـلـتـهـ فـيـ الـجـنـةـ بـيـنـ حـيـةـ وـجـعـفـرـ" ...

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "بس القوم قوم لا يأمرون بالقسط، وببس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر". وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله قال: "من رأى منكم منكراً فاستطاع أن يغيره فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فقلبه، وذلك أضعف الإيمان" ...

الآيات والأحاديث الكثيرة التي تفرض على الأمة والأفراد واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تؤكد أهمية هذا المبدأ في شريعتنا، وهو يميزها عن جميع الشرائع.

وقد توسعنا في هذا الموضوع في دراستنا في "فقه الشورى والاستشارة" حيث عدّناه أساس وجوب الشورى والتزام الجميع بقرارات الجماعة باعتبارها استعملاً منها لحقها وواجبها في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو قياماً بهذا الواجب.

وقد أتعجبنا ما قاله فقيهنا في اعتبار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر صورة من صور الدفاع الشرعي، الذي وصفه بأنه "عام"، أي أنه دفاع عن قيم المجتمع كله وأمنه وسلامته لا عن شخص المدافع ولا عن أي شخص آخر بعينه. والمقصود من الدفاع عن المجتمع هو حماية نظامه والقيم والمبادئ السامية التي يعتر بها ويقوم عليها استقراره وتقدمه.

ونحن نؤيد حرصه على أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حق وواجب على الجماعة وعلى كل فرد من أفرادها، لأن شريعتنا تخاطب الفرد والجماعة معاً، والنصوص القرآنية والأحاديث التي أوردها تؤكد ذلك.

عوده ٣٤١- ماقضية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: المعروف هو كل قول أو فعل ينبغي قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها، كالتحلّق بالأخلاق الفاضلة والعفو عند المقدرة، والإصلاح بين المתחاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين، وإقامة المعاهد والملاجئ والمستشفيات، ونصرة المظلوم، والتسوية بين الخصوم في الحكم، والدعوة إلى الشورى، والحضور لرأي الجماعة وتنفيذ مشيّتها، وصرف الأموال العامة في مصارفها، إلى غير ذلك ...

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة، سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف. فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب خمراً فعليه أن يمنعه ويريق حمراه، ومن رأى مجنوناً يزني بمحنة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنع ذلك. والمنع واجب سواء ارتكب المعصية في سر أو في علانية ...

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محدور الوقع في الشرع^(١). ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحدور الوقع على التعبير بالمعصية؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية وألهم لا يُعدُّون فعل الصبي والجنون معصية؛ لأن الفعل في رأيهما لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً؛ وأن المعصية بلا عاص محال ...

والأمر بالمعروف قد يكون قوله محضاً كالدعوة إلى التبرع للمنكوبين أو الانخراط في سلك المجاهدين، وقد يكون الأمر بالمعروف عملاً محضاً كالترعى بعمله من المال أو الانضمام إلى المجاهدين، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط في سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكوة وإخراج الداعي لها فعلاً ...

والنهي عن المنكر قد يكون قوله محضاً كالنهي عن شرب الخمر، وقد يكون عملاً محضاً كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها. وإذا كان النهي عن المنكر قوله، 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^(٢) ...

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧/ ص ٣٥ ...

(٢) الفخر للرازي ج ٣ / ص ٢٠ ...

صحيح أن المعروف هو ما تقرره الشريعة أو توجبه، والمنكر هو المعصية أو الحرم، ولكن نظراً لما أباحه الشرع من تعدد المذاهب واختلاف الآراء في الفقه، فعلينا أن نعرف من له الحق في تحديد الرأي أو اختيار المذهب الذي يلتزم به المجتمع في مكان وزمان معين.

لو تركنا الأمر لكل فرد يختار ما يراه ويفرضه على الناس، لأصبح الأمر فوضى، ولأصبح مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سبباً للمشااحنات والصراعات التي تخل بأمن الجماعة وسلامتها. لذلك، رأينا في كتابنا "فقه الشورى" أن الجماعة وحدها هي التي يرجع إليها في الاختيار بين الآراء المتعددة أو المتعارضة بشأن ما تُعَدُّه معروفاً أو منكراً. فإذا كان لكل فرد حق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأن يستعمل لسانه ويده في ذلك عند الضرورة، فإن رأينا هو أن الجماعة وحدها هي التي لها الحق في تحديد المعروف والمنكر بالشورى الحرة. وهذا، عَذَّلْنَا هذا المبدأ مرتبطاً بالشورى في تفاصيله في كتابنا المشار إليه.

فإذا كانت الجماعة تقر سلوكاً معيناً و**تَعَدُّه مسروعاً**، ورأى أحد الأفراد أن هذا السلوك منكر مستنداً في ذلك إلى اجتهاده أو إلى رأي من الآراء المتعددة في كتب التراث، فإنسنا نرى مع ذلك أنه لا يجوز له أن يدعى لنفسه الحق في استعمال القوة أو العنف لمنع ما يُعَدُّ هو منكراً لكن الجماعة لا ترى ذلك، ولو كان رأيها خاطئاً في نظره. إن تصحيح ما يراه الفرد خطأً مما تقره الجماعة ذاتها لا يكون بالأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر باستعمال اليد أو القوة، بل سبيله الوحيد هو الدعوة والوعظة الحسنة حتى يستجيب الجمهور لرأيه إن كان هو الصواب حقاً.

٣٤- التكليف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: من المتفق

عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس حقا للأفراد يأتونه إن شاءوا ويتركتونه إذا شاءوا، وليس مندوبا إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه، وفرض لا محيسن لهم من القيام بأعبائه. وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ل تقوم الجماعة على الخير، وينشأ الأفراد على الفضائل، وتقل المعاصي والجرائم. فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهى 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 اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول في صفة الواجب، والوجه الثاني فيمن يلزمهم هذا الواجب ...

الاختلاف في صفة الواجب : انقسم الفقهاء فريقين في تحديد صفة الوجوب، فقال البعض إن الواجب فرض عين، أي : واجب محتشم، 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 بفرضية الحج فهى فرض عين، ولكن على المستطاع. وعندهم أن فرضية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أكد من فرضية الحج، ولم تشرط فيها الاستطاعة لأنها مستطاعة دائما. 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 حفاظا للأمة وحرزا لها من الفساد والتحلل^(١) ...

ورأى الفريق الآخر، وهو جمهرة الفقهاء، أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من فروض الكفايات كالجهاد، فهو واجب حتم على كل مسلم، ولكن هذا الواجب

(١) تفسير المنار ج/٤ ص/٣٤، ٣٥، أحکام القرآن للجصاص ج/٢ ص/٢٩ ...

عوذه

يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره^(١). ويستدلون على ذلك بقوله ﷺ: «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون» [آل عمران: ٤٠]. وعندهم أن من^(٢) للتبسيط وأن الله ﷺ قال : «ولتكن منكم أمة» ولم يقل كونوا كلكم أمرین بالمعروف، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الخرج عن الآخرين. فهو فرض لأن الله أوجبه بقوله ﷺ: «ولتكن» وهو فرض كفاية لأنه واجب على البعض لا على الكل^(٣) ...

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب : يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله ﷺ: «كتنم خير أمة أخرجت للناس تأمرن بالمعروف وتهون عن المنكر» [آل عمران: ١١٠]. 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 يغلوظ في موضع يستوجب السفين، ويبلين في موضع الغلطة، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تقاديا وإصرارا، وأنه ربما عرف الحكم في مذهب وجهله في مذهب آخر. وأصحاب هذا الرأي من القائلين بأنه فرض كفاية، وعندهم أنه ما دام الواجب على الكفاية، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب^(٤) .

ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض، وإنما يسقط بالأداء. فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم. وفضلاً عن ذلك، فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقضي أن يتلزم به الكل، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء. ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على عاتق الجاهل لمن يؤدي إلى الأضرار التي يتوقعونها؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهي عن السرقة والزنا ...

(١) الفخر 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، أسفى المطالب ج/٤ ص/١٧٩، مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٤٨ ...

(٢) يرى الفريق الأول أن من للبيان وليس للتبسيط ...

(٣) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج/٧ ص/٥ ...

(٤) الفخر للرازي ج/٣ ص/٢٠، الكشاف للزمخشري ج/١ ص/٣١٨، مجموعة الرسائل الخمسية لابن تيمية ص/٣٢ : ٦٦ .

المبدأ الذي قررناه بأن الشورى هي السبيل الشرعي الوحيد في تحديد ما هو المعروف والمنكر، معناه أن يشترك جميع أفراد المجتمع بمحりة كاملة في الحوار والاختيار بالشورى الحرة لتحديد ما هو المعروف والمنكر. فالقرار يكون للجمهور، أي الأغلبية. فلا يجوز أن يدعى شخص أو مجموعة أو أقلية من الناس أن لهم وحدهم هذا الحق. أما استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب، فالراجح أنه من فروض الكفاية. أي أنه إذا قام به فرد أو جماعة، فإنه يسقط عن الأمة أو الجماعة كلها. أما إذا لم يقم به أحد فإن الجماعة كلها آئمة، والإثم يكون مشتركاً كاماً، وهذا هو ما حذر منه الحديث الشريف بقوله: "لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليسلطن عليكم شراركم ثم يدعو خياراتكم فلا يستجاب لهم".

وأصرح من ذلك قول رسولنا الكريم: "ما من قوم عملوا بالمعاصي وفيهم من يقدر أن يذكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده". ومع وجوب هذه الفريضة، فإن الإنسان الفرد لا يلتزم بأدائها إلا في حدود قدرته واستطاعته، لذلك فإنه يفهم من الآية الكريمة: (ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) [آل عمران: 104]، أن الجماعة من واجبها أن يكون بها مؤسسة قادرة على أداء هذا الواجب، وعلى نصرة الفرد الذي يتصدى له إذا استعان بها. لكن إنشاء مثل هذه المؤسسة يكون بالشورى الحرة. ونرى أنها يجب أن تكون مستقلة عن القائمين بالسلطة التنفيذية لكي يكون لها الحق في أن تأمرهم وتنهتهم كما تأمر غيرهم من الأفراد.

لهذا السبب، فإننا نرى أن ما يدعوه بعض أصحاب السلطة وفقهاء السلاطين من أنهم ينشئون مؤسسة حكومية تحترم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وينكرون على الأفراد هذا الحق؛ رأى لا نقره وهو شرعاً غير جائز؛ لأنها بذلك ستكون أدلة أخرى من أدوات السلطة، ولا تستطيع مراقبة من يتولون الأمر ويعارضون السلطة – مع أن هذا المبدأ ينص الأحاديث الواردة،قصد به أولاً كبح جماح من يسيئون استعمال السلطة أو يسيئون التصرف في أموال الجماعة وحقوقها .

ما هو المعروف وما هو المنكر تحديده الجماعة بالشوري ولا يستقل فرد به مهم ما ي肯:

وما قرره في نهاية البند من أن الفرد لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه، يؤيد ما قلناه في البند السابق من أن تحديد المعروف والمنكر عند الاختلاف هو للجماعة لا للفرد .

لكن إشارته إلى الفرد "الجاهل" لا تعنى أن العالم له الحق في أن يشد عن الشوري أو يستفرد بالرأى؛ فالامر شوري والشوري الحرة شاملة للجميع. وإذا كان العالم أقدر على استيعاب النصوص والأحكام، فإن بعض العلماء لا يتزهرون عن الأهواء وخاصة منهم من يعملون حساب ذوى السلطان الذين يسموهم "فقهاء السلاطين" ..

وهذا التحييز الظاهر في نظرنا يدخل في باب الفسق الذى يرى الفقهاء أنه يحرم الشخص ولو كان عالماً من ادعاء الحق في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما هو واضح في البند التالي.

٣٤٣ - الشرط الواجب توافرها في الأمر المعروف والنهي عن منكر:

رأينا فيما سبق أن جهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على أفراد الأمة كافة لا على فئة معينة منها. ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطاً خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب، وإلى مبادئ الشريعة العامة، وبعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وهي جميعاً 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 والنهي؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسؤولية التارك، ولا مسؤولية على غير مكلف طبقاً لقواعد الشريعة العامة. وعلى هذا، فالامر بالمعروف والنهي عن المنكر بحسبانه واجباً لا يجب إلا على مكلف ...

وعَدُّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجباً لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهي بحسبانهما قربة من القربات^(١)، لأن غير المكلف أهل للقربات، وله أن يأتي القربات ولو أنها لا تجب عليه، ولا يجوز منعه من إتيانها، ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها، كصلاة الصغير وصومه، فإن الصلاة لا تجب عليه، وكذلك الصوم فإذا أتي بهما كان عمله قربة، ولم يجز لأحد أن يمنعه من الصلاة أو الصوم، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه في الامتناع. وعلى هذا، فإن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا لم يكن واجباً على غير المكلف فهو حق له يأته إن شاء ويتركه إن شاء. فالصبي المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفاً إنكار المنكر، وله أن يسرق الخمر ويكسر أدوات الملاهي، وإذا فعل ذلك نال به ثواباً، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به ...

الشرط الثاني ... وهو الإيعان : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمناً بالدين الإسلامي، فالمسلم وحده هو الذي يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهي 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 ...

عوده

وقد روعى في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم في أن يعتقد ما يشاء وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته. فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حبست للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك. والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعوائد، فيدخل فيه النهي عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتلته، ويدخل فيه النهي عن الترهل وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير، وغير ذلك مما تختلف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى. فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لأنزمه بأن يقول بما يقول به المسلم، وبأن يعتقد ما يستقرده المسلم، ولأنزمه بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام، وهذا هو الإكراه في الدين الذي تحرم الشريعة الإسلامية في قوله **ﷺ**: «لا إكراه في الدين» [البقرة: ٢٥٦]. فمن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره ...

الشرط الثالث ... وهو القدرة : ويشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون قادرا على الأمر والنهي وتغيير المنكر، فإن كان عاجزا فلا وجوب عليه إلا بقلبه، أى : عليه أن يكره المعاصي وينكرها ويقاطع فاعليها ...

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده، بل يلحق بالعجز الحسى خوف الأمر والناهى من أن يصييه مكروره، أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه، ففي هذين الحالين يسقط الواجب أيضا. فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضر إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهي، وعليه فقط أن يكره المعاصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وألا يحضر مواضع المعاصي والمنكر. ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدى إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلقه ما هو أقل منه رتبة فقد وجوب عليه النهي عن المنكر، وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر في درجته فهو باختصار إن شاء منع المنكر ونهى عنه، وإن شاء تركه بحسب ما يؤدبه إليه اجتهاده. أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى إلى ما هو أشرف منه فقد سقط عنه الواجب، بل حرم عليه النهي. ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شرايا حلالا نجس بسبب وقوع نجاسة فيه ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لاراقته. ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية، فقد مر هو وبعض أصحابه في زمن التتار

عوده بقوم منهم يشربون الخمر، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر، ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قوله. إنما حرم الله الخمر؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء تصدهم الخمر عن قتل النفوس وسي الذرية، وأخذ الأموال، فدعوهم وخزهم^(١) ...

ومن علم أن أمره أو نهي لا يفيد ولكنه لم يخف مكرورها، فلا يجب عليه الأمر والنهي^(٢) لعدم فائدتها، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأ أمر الدين^(٣) ...

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله، ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروره بسبب تعرضه لإبطال المنكر، فلا يجب عليه إبطال المنكر، ولكن يستحب له أن يبطله^(٤)، كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو، ولكنه يعلم أنه سيضر布 إن فعل هذا، فلا يجب عليه إبطال المنكر، وإنما يستحب له أن يبطله لا بعده واجباً، بل بعده قربة من القراءات ...

ويلحق بالعجز الحسي العجز العلمي، فالعامي لا يجب عليه الأمر والنهي إلا في الجلبات المعلومة كشرب الخمر والزن والسرقة وترك الصلاة، وفيما عدا الجلبات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهي؛ لأنّه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه^(٥) ...

ولا يشترط في إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما في حكمه معلوماً عملاً محققاً، بل يكفي فيه الظن الغالب؛ لأن للظن الغالب في هذه الحالات معنى العلم وحكمه. فمن غالب على ظنه أن الإنكار لا يفيد لم يجب عليه إنكار، ومن غالب

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج/٧ ص/٢٦٢ وما بعدها، أعلام الموقعين الجزء الثالث ص/٢٨٠، مجموعة الرسائل الحسية ص/٦٧، ٦٨ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء السابع ص/٢٦ ...

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يسقط في هذه الحالة، راجع أسفى المطالب الجزء الرابع ص/١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء السابع ص/٢٦ ...

(٥) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس ص/٢٨، تفسير المنار الجزء الرابع ص/٣٤ ...

عوده على ظنه أنه يصاب بمحظوظ لم يجب عليه، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجوب عليه، أما إذا شك فيه من غير رجحان، فإن الشك لا يسقط الوجوب^(١) ... الشرط الرابع وهو العدالة : يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط، فيرون أن الأمر بالمعروف والنهاي عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقا، ويحتجون بقوله ﷺ : «أتامرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم» [البقرة : ٤٤]. وبقوله ﷺ : «يأيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون * كبر مقتنا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون» [الصف : ٢، ٣]. وعندهم أن هداية الغير فرع للإهتداء، وتقويم الغير فرع للاستقامة، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزا عن إصلاح غيره ...

ولكن الرأى الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وأنه لا يشترط في الأمر أو النهاي أن يكون معصوما عن المعاشر كلها؛ لأن في اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهاي 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 يفسق بإيتائه المعاشر، أي: بإيتائه المحرمات وترك الواجبات، فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات، وأن الواجب يصير حراما بارتكاب حرام آخر.

وليس في الآيتين اللتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهاي عن المنكر، وإنما جاءتا بالمعنى على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه ، والمقصود منها أن يجعل الإنسان فعله مصدقا لقوله ليكون لقوله أثره و نتيجته المرجوة^(٢) ...

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، وإن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدى إلى الفساد والفتنة. ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهاي عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما، ويرون أن تخصيص أناس من قبل

(١) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص / ٢٨، ٢٩ ...

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس ص / ١٥ : ١٧، اكتشاف الجزء الأول ص / ٣١٩، أحكام القرآن للجصاص ص / ٣٣ الجزء الثاني ...

عوده 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 منكراً فسكت عليه عاصياً وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رأه وكيفما رأه. فالشخص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له. وفضلاً عن ذلك، فإن الإمام والحاكم من يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف وهيئه عن المنكر فكيف يحتاج في إذنه لتأدية الواجب؟!...

والرأي الأخير هو الرأي الذي جرى عليه العمل في كل العهود حتى في الأوقات التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالاً معينين للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن هذا التخصيص لم يمنع أي فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب. بل لقد كان بعض الأفراد يتصدرون إلى الولاة والخلفاء فيأمرهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر، ويتصدون للتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئاً من ذلك إنك مخطئ^(١) ...

والذين يسترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا يقصدون تحریکها على من لم يؤذن لهم. فمن لم يؤذن لهم إذا وجد جماعة يشربون حمراً فكسر دنانيرهم وأراق حمرهم، أو وجد رجلاً يزني ولم يستطع منه إلا بقتله فقتلته، لا يعذر أنه ارتكب جريمة الإلحاد أو جريمة القتل؛ لأن الفعلين مباحان له بنصوص الشريعة الصحيحة، وإنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية... .

(١) تفسير المثار ج/٤ ص ٣٣٢ وما بعدها، إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج/٧ ص ١٩٦ وما بعدها، أحكام القرآن للجصاص ج/٢ ص ٣٣٣، البحر الرائق ج/٥ ص ٤٥٤، أسفى المطالب ج/٤ ص ١٧٩ وما بعدها، مواهب الجليل ج/٣ ص ٣٤٨، الكشاف ج/١ ص ٣١٩ ...

الشروط التي ذكرها هي ما استقر عليه الفقه في عمومه، ومع ذلك فهناك مسائل تحتاج إلى ترجيح وتوضيح. فتعليله حرمان غير المسلم من هذا الحق بأن ذلك قد يتعارض مع عقidelته يجعلنا نقترح أن تكون مبادرته لهذا الواجب في حدود ما لا مجال للخلاف فيه بسبب العقيدة. فهناك مجال مشترك لجميع العقائد في تحريم الظلم والبغى والعدوان، فمن حق غير المسلم وواجبه أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر في هذا المجال، فلا يحرم من حقه في الاعتراض على من يرتكب سرقة أو ظلماً أو عدواً ..
 هذا هو رأينا – فالإيمان في نظرنا ليس شرطاً من شروط الأهلية في الفرد الذي يمارس الحق، وإنما هو شرط في الجماعة التي تحدد ما هو المعروف والمنكر؛ فمتي استقر جمهورها (المؤمن) على تحديد ما هو المنكر، فإن لكل فرد ينتمي إليها أن يمارس حقه في هذا النطاق. ولا يجوز للمواطن غير المسلم أن يفرض رأياً مخالفًا لذلك بحججة أن عقidelته تفرض عليه ذلك، لأن المسلم أيضاً متلزم برأي الجماعة أى جمهورها وأغلبيتها في تعريف المنكر كما قدمنا من قبل .

والشرط الثالث له أهمية خاصة – وإن كان يتجاوز نطاق الأهلية أو الصلاحية – وهو خاص بحدود ما يجوز القيام به لمنع المنكر، لأن الفقه مستقر على أنه لا يجوز ارتكاب منكر بحججة الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر ..

وما يسميه الشرط الخامس الذي ينسبه "بعض الفقهاء" الذين يقولون بوجوب الحصول على إذن "الإمام" لا محل له في نظرنا ولا أصل له، إلا إذا كان البعض يذهب إليه إرضاء لذوى السلطان وتقربا لهم ويساعدونهم على حرمان الأفراد من الاعتراض على بغيهم وتجاوزهم لحدود السلطة أو إساءة استخدامها لصالحهم الخاصة إلا إذا أذنوا له بذلك.

لقد قلنا إن تحديد المعروف والمنكر حق للجماعة وحدها بالشورى، فهي تعلن ما تراه معروفاً أو منكراً، لكننا لا نوافق على إعطاء ذلك الحق لمن يغتصبون السلطة أو يستولون عليها بالقلب دون شورى حرة بحججة أنه يصف نفسه بأنه "ولي الأمر"، وهذه تسمية لا يصح إطلاقها في فقهنا وشرعيتنا إلا على من يتولون الأمر بالشورى الحرة ويكونون مختارين من الجماعة اختياراً حرراً – ولذلك فإن الشيخ / محمد عبده يرى أن

- ليس من حق المجتهد أن يلزم الناس برأيه - ومن باب أولى غير المجتهدين من يمارسون السلطة التسفيدية :

مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يوجب انتخاب مجلس نيابي يمثل الجماعة في هذا المجال، وغيره من حقوقها وسلطاتها.

أكثر من ذلك، فإن من يختاره المسلمون لولاية السلطة التنفيذية لا يجوز له أن يستجاوز حدودها ويدعى لنفسه الاجتهد في الشرعية والإزام الناس بما يراه؛ لأن الاجتهد له أصوله وقواعد، وهو من اختصاص أهل العلم والفكر المستقلين تماماً عن المسلمين وأهوائهم. فقد سمعت بنفسي أحد الرؤساء يصعد المنبر ويقول : "إنه ولـي الأمر وإنه رأى إلا داعي للصوم في رمضان لأن ذلك يعطـل "التنمية والاقتصاد" ، وإن من حقه أن يأمرهم بعدم الصوم". وهذا تجاوز لحدود السلطة التنفيذية التي يدعـى أن الشعب اختاره لها بأغلبية ساحقة. لكن هذه الولاية التي يدعـى إليها حقـه ولو كانت صحيحة لا تجيز له الاجتهدـ، الذي هو في شريعتنا مهمة علمية يقوم بها المفكـرون والفقـهاء. بل وليس من حق أحد العلمـاء أو المـجـهـدين أن يفعل ما فعلـه هذا الرئيس لأن يصـعد على المنـبر ويعلن أنه يلزم الناس برأـيه. بل إن آراء المـجـهـدين يجب أن تـعرض على الناس في صورة فتاوى والأـهلـ الشورـى أو أـهلـ الـاجـتـهـادـ المـمـثـلـينـ للأـئـمةـ وـحدـهمـ اختـيـارـ هذاـ الرـأـيـ أوـ ذـاكـ منـ الآـرـاءـ الفـقـهـيـةـ المتـعـدـدةـ الصـادـرـةـ عنـ الأـئـمـةـ والمـجـهـدينـ⁽¹⁾ـ،ـ لاـ عنـ السـلاـطـينـ أوـ الحـكـامـ أوـ الـأـمـرـاءـ أوـ أمـثـاـلـهـ منـ الرـؤـسـاءـ وـحقـ لـوـ كانواـ مـخـتـارـينـ لـولـاـيـةـ الـأـمـرـ التـنـفيـذـيـ ..ـ لأنـ الـأـمـرـ الـذـيـ اختـيـارـواـ لهـ هوـ تـفـيـدـ أحـكـامـ الـشـرـعـةـ لـأـعـدـيلـهـاـ وـلـأـعـطـيلـهـاـ بـحـجـةـ أنـ هـمـ حـقـ الـاجـتـهـادـ ..ـ لأنـ شـرـيعـتـناـ لـأـعـتـرـفـ بـهـذـاـ الـحـقـ إـلـاـ لـأـهـلـ الـاجـتـهـادـ،ـ وـأـكـثـرـ مـنـ ذـلـكـ لـأـجـيـزـ شـرـيعـتـناـ لـمـ يـجـهـدـونـ أنـ يـلـزـمـواـ الـنـاسـ بـآـرـائـهـمـ،ـ لـأـنـ لـلـأـفـرـادـ وـالـجـمـاعـاتـ كـامـلـ الـحـرـيـةـ فـيـ اختـيـارـ الـمـذـهـبـ أوـ الـرـأـيـ الـذـيـ يـقـلـدـونـهـ وـيـلـزـمـونـ بـهـ بـعـضـ اختـيـارـهـمـ.

(1) ويروى عن الإمام / أبي حيفة قوله المشهور: "علمنا هذا رأى، لمن جاءنا بأحسن منه قبلناه"، أي أنّ إمام مجتهد يقدم آراءه للناس ولا حق له في إلزامهم برأيه، لأنّ لهم الحق في الأخذ بآراء غيره. وهذه هي حرية "التفاوت".

٤٤- شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: ليس للأمر بالمعروف شروط خاصة ولا أوقات خاصة؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهدایة 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 يندفع 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 محظوظاً في الشرع. ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف، فمن رأى شيئاً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق حمراه وينزعه، وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمحنة أو يأتي هيئة فعليه أن يمنعه. ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر، فكشف العورة في الحمام والخلوة بال الأجنبية، وإتباع النظر للنسوة الأجنبية، كل ذلك منكر وإن كان من الصغار ويجب النهي عنه ومنعه^(١).. ولكن يشترط في المنكر أن يكون منكراً معلوماً دون حاجة لاجتهداد، فكل ما هو محل لاجتهداد لا محل للنهي عنه أو تغييره. فليس للحنفي مثلاً أن ينكر على شافعي أكله الضب والضبع، وليس للشافعي أن ينكر على حنفي نكاحاً لا ولد فيه^(٢).

الشرط الثاني : أن يكون موجوداً في الحال : ويشترط في المنكر أن يكون حالاً يعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهي أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بال الأجنبية. فإذا فرغ من المعصية، فليس ثمة مكان للنهي عن المنكر أو تغييره، وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد، فإذا اعترض شخص الجاني فجرحه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب جريمة، أما إن فعل ذلك في أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضى هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يُعدّ فعله جريمة؛ لأن فعله أداء لواجب ...

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج / ٧ ص ٣٥، ٣٦ ...

(٢) المرجع السابق ص ٣٧، ٣٨ ، أسفى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ ...

عوده ﴿إِذَا كَانَتِ الْمُعْصِيَةُ مَتْوَقِعَةً الْحَصُولُ كَمَنْ يَعْدُ الْمَوَائِدُ وَيُزَيِّنُ الْجَلْسُ اسْتَعْدَادًا لِشَرْبِ الْخَمْرِ فَلَيْسَ عَلَى مُثْلِهِ مِنْ سَبِيلٍ إِلَّا بِالْوَعْظِ وَالنَّصْحِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ كَالْتَعْنِيفُ وَالشَّتْمُ وَالضَّرْبُ فَهُوَ جُرْمَةٌ. بَلْ إِنَّ الْوَعْظَ أَوَ النَّصْحَ لَا يَجُوزُ إِذَا أَنْكَرَ عَزْمَهُ عَلَى الشَّرْبِ؛ لَأَنَّ فِي الْوَعْظِ وَالنَّصْحِ بَعْدَ إِنْكَارِهِ إِسَاعَةٌ ظَنِّ الْمُسْلِمِ﴾.

الشرط الثالث : أن يكون ظاهرا دون تجسس أو تفتيش : يشترط للنهي عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهرا بغير تجسس أو تفتيش، فإذا توقف إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر؛ لأن الله حرم التجسس في قوله: ﴿وَلَا تَجَسِّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢]، ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية؛ وأن الرسول ﷺ نهى عن تتبع عورات الناس، فقال معاوية: "إنك إن تتبع عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدhem".

وقال عليه السلام: "يا معاشر من آمن ببيانه ولم يدخل الإيمان قلبه لافتتابوا 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 تسلق دار رجل فوجده على معصية، فأنكر عليه. فقال: يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد، فأنت قد عصيتك من ثلاثة أو وجه، فقال: وما هي؟ فقال: قد قال الله ﷺ : ﴿وَلَا تَجَسِّسُوا﴾ ، وقد تجست، وقال ﷺ : ﴿وَأَنْتُمْ بَيْتُنَا مِنْ أَبْوَابِهَا﴾ [البقرة: ١٨٩]. وقد تصورت من السطح، وقال ﷺ : ﴿لَا تَدْخُلُوا بَيْتَنَا غَيْرَ بَيْتِكُمْ حَتَّى تَسْأَسُوا وَتَسْلِمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ [آل عمران: ٢٧]. وما سلمت، فتركه عمر وشرط عليه التوبة. وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر بذلك؛ لأن دخول المسكن هو الذي أظهر المنكر، وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه. ومثل هذا ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال : "خرجت مع عمر رضي الله عنه ليلة في المدينة فبينما نحن نخشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقتنا نؤمه. فلما دنومنا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط، فأخذ عمر بيدي وقال : أتدري بيت من هذا؟ قلت: لا. فقال: هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى؟ قال : أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه، قال الله ﷺ : ﴿وَلَا تَجَسِّسُوا﴾ فرجع عمر وتركهم".

عوده وتحريم التجسس والتفتیش يترتب عليه أنه لا ينبغي لإنسان مثلاً أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار، ولا أن يستتشق ليدرك رائحة الخمر والخسيش، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها، ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شيء يخفيه فيه، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجري في داره^(١) ...

لكن إذا غلب على الظن استسراً شخص بالمعاصي لأمارات دلت على ذلك أو خبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الخسيش خارجة من مسكن شخص، أو سماع صوت عيار أو استغاثة، أو أن يخبره من يشق بصدقه أن رجلاً خلا بأمرأة ليزني بها أو برجل ليقتله، فيجوز في مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتیش، حذراً من فوات ما لا يستدرك من انتهاء المحرام وارتكاب المخمورات^(٢) ...

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها. لكن إذا أخبر ابتداءً من غير استخبار شخصاً أو شخص واحد على رأي^(٣) بأن فلاناً يرتكب المعاصي في بيته جاز دخول البيت دون إذن. كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية في الدار ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى^(٤) ...

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت، وما ظهرت دلالته فهو غير مستور، بل هو مكشوف. وقد أمرنا بأن نستر ما ستر الله وننكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول ﷺ : "من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه". والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدو لنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة البصر وتارة بحاسة اللمس، ولا يمكن أن تخص ذلك بحاسة البصر وحدها، إذ المراد العلم وغبة الظن، وهذه الحواس تفيد العلم وغبة الظن كما يفيدها البصر ...

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج/٥ ص/٣٤ ...

(٢) الأحكام السلطانية ص/٢١٨ ...

(٣) أسف المطالب ج/٤ ص/١٨٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٨ ...

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج/٥ ص/٤٤، ٣٦، ٣٧ ...

عوده الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به. يشترط في دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه وبأيسر ما يدفعه، فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه ما دام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه؛ لأن ما زاد على الحاجة يُعدُّ 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 بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه ...

دفع المنكر بما يندفع به يقتضي أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله؛ لأن ما يندفع به شخص قد لا يندفع به آخر، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر ...

قد يصل النهي عن المنكر أو منعه إلى اتخاذه مبررا لارتكاب أعمال تُعد من قبل التدخل في سلوك الغير أو التعرض لحرياتهم، ولذلك وضعت له شروط قناع من تجاوز حدود الضرورة أو ارتكاب منكر بحججة دفع منكر آخر.

وقد أشرنا من قبل إلى أن وصف المنكر في الشئون الأخلاقية هو من حق جمهور الأمة، وليس للفرد أيا كان أن يدعى لنفسه الأمر بغير ما يراه عامة الناس لأن كلمة المنكر المعروف تقييد توافق الناس على ذلك، وهذا هو ما عبر عنه فقيهنا بقوله: "إن المنكر لابد أن يكون معلوما لعامة الناس دون حاجة لاجتهد من قبل الفرد الذي يريده منعه". كما أنه لا يجوز التجسس أو استراق السمع بحججة التنبيب عن المنكرات أو التفتيش على الناس، لأن الأصل أن هذه الأفعال منكرات ولا يجوز ارتكاب منكرات من قبل الفرد أو حتى من قبل السلطة العامة بحججة البحث عن منكرات أو منعها .. لأن ما يجيزه الشرع يجب أن يكون في نطاق الأعمال المشروعة. ومن حسن الحظ أن فقهاءنا قد أوفوا هذه الناحية حقها من الشرح والتدليل.

وقد نقل المؤرخون وكتاب السير عن الفاروق أمير المؤمنين عمر بن الخطاب أنه اعترف بخطبه واعتذر عن اقتحامه متولا لمنع منكر استدل عليه بأصوات استرقها في أثناء سيره ليلا؛ واحتج من كانوا بالمتزل وألقنوه بأنه لم يكن له حق في انتهاء حرمة متزل مسكون بحججة منع منكر ...

عاده ٣٤٥ - وسائل رفع المنكر: وقد حصر بعض الفقهاء^(١) الوسائل الصالحة لدفع المنكر في سبع وسائل وهي : التعريف، والنهي بالنصح والوعظ، والتعنيف، والتغيير باليد والتهديد بالضرب، والقتل، وإيقاع الضرب والقتل، والاستعانة بالغير.

التعريف : ويكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر في هذه الحالة هي تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر، ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن في التعريف نسبته إلى الجهل وهذا في ذاته إيهاد له، ولكن لابد منه لدفع المنكر، فوجب أن يكون التعريف في غاية اللطف حتى لا يكون إيهاد دون مبرر لأن إيهاد المسلم محرم ...

النهي بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه منكرا إذا غلب على الظن أنه يؤدى إلى ترك المنكر، كصاحب الغيبة الذي يعلم أنها محمرة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح، وينبغي أن يكون الناهي شفيراً لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب ...

التعنيف : ويكون عند العجز عن المع باللطف، ويوجه إلى المتصهizi بالوعظ والنصح. ويشترط في التعنيف شرطان : أحدهما : ألا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف، والثان : ألا ينطق المعنف إلا بالصدق، ولا يسترسل في التعنيف فيطلق لسانه بما لا يحتاج إليه، بل يقتصر على قدر الحاجة. وليس للمعنىف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه، وإنما يصبح أن يخاطبه بما فيه مما لا يُعدّ فحشاً كقوله: يا فاسق، يا جاهل، يا أحق، يا غبي. وما يبرئ هذا الجرى؛ لأن كل عاص فاسق، والفاسق أحق جاهل، ولو لا حقه وجهله ما عصى الله، وكل من ليس بكيس فهو أحق، لقوله ﷺ : "الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت، والأحق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله" ...

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهي، وإراقة الخمر، وخلع الحزير من رأس العاصي وعن بدنـه، وإخراجـه من الدار المقصوبة، وإزالة ما يضعـه من المـاد في الطريق العام فيـسـده أو يـضـيقـه إلى غير ذلك ...

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج / ٥ ص / ٤٥ وما بعدها...

عوده والتجير لا يكون إلا في المعاصي التي تقبل بطبيعتها التغير المادي، أما معاصي اللسان والقلب فليس في الاستطاعة تغييرها مادياً، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصي وحواره الباطنة ...

ويشترط في التغير باليد ألا يباشر دافع المنكر التغير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغير، فليس له أن يجر الفاصل من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشياً. وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محركها بياراقتها ...

ويشترط في التغير أيضاً أن يقتصر فيه على القدر الحاج إليه، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بالحية الفاصل أو رجله ليخرجها من الدار المغصوبة ما دام يستطيع أن يجد به أو يجره إلى خارجها من يده. وليس له أن يحرق أدوات الملاهي ما دام يستطيع أن يكسرها ويعطليها عن العمل، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات في إصلاحها ما يساوى ثمن مثلها. وليس له أن يكسر أواني الخمر إذا استطاع أن يريق الخمر دون كسر الأواني ... والأصل فيما سبق أن تغيير 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 إنما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد ...

التهديد بالضرب والقتل : وينبغي أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمها عليه. ويشترط في التهديد ألا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه، كقوله لأئمبا دارك أو لأضربي ولدك أو لأسين 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 لأجلدىك، لأكسرن رأسك، لأضربي رقبتك وما أشبه، وله أن يتوعده بأكثر مما في عزم الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر ...

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكتمه عنه، ويشترط ألا يندفع المنكر بغير الضرب، وألا يزيد الضرب عن الحاجة في الدفع فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى ...

عوده وإذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح، فللدافع أن يشهر السلاح وأن يجرح، كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه وبين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له: خل عنها أو لأرمينك، فإن لم يخل عنها فله أن يرمي. وينبغي ألا يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبه. وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربيك. فكل ذلك دفع للمنكر، ودفعه واجب بكل ممكناً، ولافرق في ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب ...

إذا كان فاعل المنكر لا ينتفع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدى إلى قتله، كان على دافع المنكر أن يقاتلته ولو كان المنكر الذي يراد منه أقل درجة من القتل. فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا ينتفع عن ذلك إلا بقتال رعايا أدى لقتله، وجب منه عن القطع وقتاله عليه؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه، بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية، وقتلها في دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية. وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز، لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص، وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي، وقصد الصائل لأنحد المال معصية وقتلها دفعاً للمعصية ليس في ذاته معصية^(١) ...

الاستعانة بالغير: وإذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعران يعيونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها؛ لأنها تؤدي إلى تخريب الفتن واحتلال الأمان والنظام؛ لأن الفاسق قد يستبعد أيضاً بأعوانه فيؤدي ذلك إلى القتال؛ وإنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها، وهو لا يأذن إلا من أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ...

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن الإمام؛ لأنه إذا جاز للأفراد استعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة؛ لأنه ما من وسيلة غيرها إلا وقد يؤدى استعمالها إلى التضارب، والتضارب يدعسو بالطبيعة إلى التعاون، فلاينبغي إذن أن يبالي بلوازم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من التوادر، والنادر لا حكم له، فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس في الشريعة ما يمنع من القول بأن كل من قدر على دفع المنكر فعله أن يدفعه بيده وسلامه وبنفسه وأعوانه ...

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٣٤ ...

الأصل أن الدعوة والوعظ والنصح هما السبيل الذي يجب على كل فرد أن يسلكه لمنع استرسال الناس في عمل يُعدُّه هو منكرا، في حين أن عامة الناس وجمهورهم يخالفه في ذلك. لكن حق في هذه الحالة لا يجوز أن تصل الدعوة إلى حد استفزاز الناس أو تجريحهم والتشهير بهم؛ فمنع المكر لا يبيح ارتكاب المنكرات، وإيذاء العامة واستفزازهم منكر بلا شك، كما أنه عمل تطبق عليه شروط الضرورة والضرورات تقدر بقدرهما.

والسلجوء إلى القوة أو العنف أو استعمال اليد كثيراً ما يساء استعماله، ويتعذر بعض الأفراد حدود الضرورة ب مجرد التظاهر بالقوى وادعاء العلم والتخاذل ذلك ذريعة للتدخل في شؤون الغير، مما يستفز الآخرين ويترتب عليه مشاحنات ومصادمات هي أسوأ من المكر الذي يراد دفعه. والمبدأ الذي استقر عليه الفقه هو أنه لا يرتكب منكر بحججة دفع منكر آخر. وقد يُقدِّر المنكر في الحالين يرجع فيه إلى عامة الناس وجمهورهم، ولا يجوز للفرد أن يدعي أن العامة جهلاء وأنه أعلم منهم وله حق الإشراف عليهم ومحاسبتهم بل وتأديبهم ... وقد أفاد فقيهنا في ذكر أمثلة ذلك.

ومن أوائل المنكرات التي اتت بها المسلمين، استيلاء البعض بالقوة والتغلب على ولية الأمر، ومارسة السلطة بغير طريق الشورى الحرة التي فرضها الإسلام وسار عليها الخلفاء الراشدون. ولذلك، تكررت المعارضات لسلطة هؤلاء المسيطرین، وبرغم ذلك فإن هذا الأسلوب ما زال سائداً في كثير من بلاد المسلمين. ولا يكتفى المستبدون بالاستيلاء على السلطة، بل يدعون صفة الإمامة ويجدون من ينسب إليهم هذه الصفة ويفتي لهم بأن لهم وحدتهم حق إيجاد مؤسسات تحكم الإشراف على سلوك الأفراد بحججة احتكارها للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر⁽¹⁾.

لذلك فإننا يجب أن نشير إلى أن ما قاله عن حق "الإمام" في إنشاء مؤسسة تختص بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر - هذا كله خاص بالإمام الذي اختاره المسلمون بالشورى الحرة دون استيلاء أو غصب أو غلب ...

(1) مثال ذلك ما أشرنا إليه سابقاً من ادعاء بورقيبه أنه "ولي الأمر" وفرض ما يراه من منع الصوم.

﴿ لا يجوز لمن يتولى السلطة أن يحتكر الأمر بالمعروف ودفع المنكر : ﴾

بل وحتى في هذه الحالة ليس للإمام المنتخب بالشورى الحرمة أن يحتكر لنفسه أو لأنصاره أو لأى مؤسسة تابعة له حق ممارسة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما قدمنا؛ لأن ذلك معناه منع الناس من الرقابة على عمله هو وأعوانه واستئثار ما يرتكبونه من بغي وظلم وما يمارسونه من منكرات .. دون رادع أو زاجر أو مانع..

٣٤٦

عوده استعمال الوسائل السابقة في حق الجميع؟ يجوز استعمال الوسائل التي سلف ذكرها في حق الجميع عدا الوالدين والزوج والحاكم... فاما الوالدان، فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهي بالوعظ والتصح، وليس له أن يعنهما أو يهددهما أو يضرهما. ولكن، له أن يغير ما يأتيان من المكر بحيث لا يمس شخصيهما، كأن يريق حبرهما أو يرد ما يجد في بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه. وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله تعالى نهى عن التألف منهمما وإيذائهما فقال : ﴿فَلَا تُقلِّلْ هُمَا أَفَ وَلَا تَهْرِهِمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]. وقد ورد في حق الأبوين ما يوجب الاستثناء من العموم، إذ لا خلاف في أن الأب لا يقاد بولده، وأن الجناد ي sis له أن يقتل أبوه في الزنا حدا، وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه. فإذا لم يجز للابن إيذاء الأب بعقوبة هي حق على جنائية سابقة، فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جنائية مستقبلة متوقعة ...

وأما الزوجة، فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبيه، لقول الرسول ﷺ : "لو جاز السجود لخلوق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها". وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج ...

واما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام، فليس للرعاية عليه إلا التعريف والنهي بالوعظة والتصح، أما التغيير باليد فالرأي الراجح أنه غير جائز؛ لأنه يفضي إلى خرق هيبته وإسقاط حرمتها، وذلك محظوظ لقوله ﷺ : "من كانت عنده نصيحة لذى سلطان فلا يكلمه بها علاية، ولما خذله بيده فليدخل به، فإن قبلها قبلها، وإن كان قد أدى الذى عليه والذى له". ولقوله أيضا: "من أهان سلطان الله في الأرض أهانه الله في الأرض" ...

من رواسب نظم الملك العضوض والاستيلاء على السلطة بالقوة والغلب في كثير من البلاد، ما نسب إلى بعض الفقهاء من ابتکار قواعد تقيد حق الأفراد والجماعات في نقد أصحاب السلطة أو معارضتهم أو نقد سلوكهم وأعمالهم ومن يتبعوهم بحججة منع "الفتنة".

إن حق النقد والمعارضة يُعد من صميم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. بل إن الأحاديث النبوية التي أشار إليها تجعل معارضة المستبددين ونقدتهم والتعرض لانتقامهم بسبب ذلك من أعلى مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حتى إنه في حالة التعرض للقتل فإن من يقتل بسبب معارضة المستبددين يُعد أول من تحقق له الشهادة، ويكون في مستوى شهداء الدعوة الأولى كما ورد في الحديث الشريف .
ويرغم ذلك، فإن بعض الآراء التي أوردها فقهاؤنا إنما كتبت أو قيلت في ظروف لم يكن المستبدون يسمحون فيها للفقهاء أن يفتوا بأراء تحيز النقد لأعمالهم أو المعارضة لطغيانهم، وهذا نلقت نظر القارئ إلى أنها لا نقرها ولا تستحق من المناقشة ...

إنا لا نقر قياس موقف الشعوب من حكامها على موقف الأطفال أو الأبناء من آبائهم؛ بل ولا على موقف الزوجات من أزواجهن، لأن أول حق أعلنه الخليفة الراشد لعامة المسلمين، هو قوله "إن أسأت فقومك". ومن المعروف أن أحد العامة واجه عمر بن الخطاب بقوله: "والله لو وجدنا فيك اعوجاجا لقومناه بسيوفنا" ... فأقر ذلك الفاروق، وحمد الله على أنه يوجد بين رعاياه من يقوم اعوجاجه بالسيف ...
فالإعلان الشرعي الثابت هو أن لكل فرد من عامة الناس الحق في إعلان نقهde من يمارسون السلطة أو يتولوها ولو كانوا من الخلفاء الراشدين، ومن باب أولى إذا كانوا قد تولوا الأمر بالقوة والغلب والقهر للشعوب بدون مشورة حرة.

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 تعدد الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل. فإذا عرف فاعل منكر فقدفه، فهو مسئول عن القذف؛ لأن القذف لا يدخل في التعنيف. وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرمه، فهو مسئول عن الضرب والجرح. وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحا ثانيا، فهو مسئول عما فعل بعد اندفاع المنكر. وإذا كان المنكر يندفع بتغييره باليد، فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير؛ فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرافها فإن تغيير المنكر يكفي فيه إراقة الخمر، فإذا أتلف الموائد المنصوبة في محل الخمار أو الأبواب أو الأمتدة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك ...

ولا محل للنهي عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هي التي تخل النهي عنه أو تغييره دفعاً للمنكر. فإذا لم يقع المنكر، فلا يمكن عَدُّ ما يقع على قاصد فعل المنكر دفعاً، وإنما هو اعتداء. وإذا انتهى فاعل المنكر من فعله، مما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يُعدُّ دفعاً للمنكر وإنما اعتداء على فاعله ...

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يُعدُّ جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر. لكن، إذا تعدد أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ عَدُّ الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إيه؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محترم ضد غيره، فالتعمد لا عبرة به؛ لأنها تعتمد فعل مباح، والقاعدة أن من تعتمد فعلاً مباحاً فتحطأ في فعله يسأل عن نتيجة الخطأ بحسباته مخاطناً لا عاماً ...

٣٤٨- هل لفاعل المنكر حق الدفاع؟: ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله، طالما أن دفع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر، فإذا تعدد هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء ...

٣٤٩- الفرق بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص : إذا قارنا الدفاع الشرعي العام بالدفاع الشرعي الخاص، تبين لنا أن الأسس التي يقوم عليها كل منهما واحدة، وأن حكميهما واحدة، وأنهما لا يكادان يختلفان إلا في بعض التفاصيل ...

عوده الواقع 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 أى هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه، ويسمى هذا 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 اصطناعية؛ لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل بحسبانه صائلًا يمكن دفع الفعل فيه بحسبانه منكراً، ولكن هذا القول غير صحيح؛ لأن ما يدفع فيه الفعل بحسبانه منكراً لا يدفع فيه الفاعل بحسبانه صائلًا، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله، أو عرضه.

أما دفع المنكر، فيكون كلما العدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء. فمثلاً، إذا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها بحسبانه صائلًا، فهنا دفاع شرعي خاص؛ أما إذا أتتها برضاهما ففعلهما يدفع بحسبانه منكراً، فهنا دفاع شرعي عام. ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه بحسبانه صائلًا، ويكون الدافع في حالة دفاع شرعي خاص؛ أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله بحسبانه منكراً، ويكون الدافع في حالة نهي عن المنكر أو تغييره. ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع بحسبانه صائلًا، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع بحسبانه فاعلاً لمنكر. فالصيال، أى : الهجوم أو الاعتداء هو ما يميز الدفاع الشرعي الخاص عن الدفاع الشرعي العام ...

٣٥- **بين الشرعية والقانون :** تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهي ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديماً، ولكنها بدأت تعرفها وتأخذ بها في نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضي. ولقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد والحكام، ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصي والت啊ى عن المتنكرات. ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بأن يوجهه بعضهم بعضاً، وأن يوجهوا الحكام ويقوموا عوجهم ويتقدوا تصريفاً لهم، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف، والتقويم والتقديم أساسه النهي عن المنكر.

عودة ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسلیما. فهذا أبو بکر يصعد المنبر بعد مبایعته فيقول: "أطیعوئی ما أطعتم الله فیکم، فإذا عصیت فلا طاعة لی علیکم". وهذا عمر يقول بعد تولیته الخلافة: "من رأى في اعوجاجا فليقومه". وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمین بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصي وحماية الأخلاق، وكان في هذا كله الضمان الكافی لحماية الجماعة من الإجرام، وحماية أخلاقها من الانحلال، وحماية وحدتها من التفكك، وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة، بل كان فيه الضمان الكافی للقضاء على المفاسد في مکمنها وقبل ظهورها وانتشارها.

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضي، حيث بدأ تعرف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم في حالة التلبیس وتسلیمه إلى الجهات المختصة، وتعطى في بعض الحالات للأفراد الحق في منع الجانی بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المشاكل العامة. ولكن القوانین 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 ...

أساسه التضامن بين عناصر المجتمع :

إن عَدَّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر نوعا ثانيا من الدفاع الشرعي، معناه أن الأحكام المتعلقة بتجاوز حدود الدفاع وما يترتب على التجاوز من حق المدفوع في الدفاع عن نفسه ضد المدافع الذي تجاوز حدود ما تستلزمها الضرورة – التي فصلناها بالنسبة لدفع الصائل – تطبق في حالة تجاوز شروط الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر. هذه القواعد تسرى في حالة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكذلك قاعدة أن الضرورة تقدر بقدره، وأن المنكر لا يدفع منكر آخر. لكن هناك فارقا فيما يتعلق بالشروط. فدفع الصائل – أي الدفاع الشرعي بالمعنى الخاص – لا يكون إلا لدفع خطير يهدد شخص المدافع أو ماله أو شخصا غيره أو ماله.

أما ما يسميه الدفاع العام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فهو يجوز أو يجب كلما وجد فعل يخل بأمن الجماعة أو استقرارها وحقوقها وشرعيتها. وإذا كان الراجح أن الفعل الذي يبرر الدفاع الخاص يجب أن يكون جريمة جنائية، فإن ما يبرر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يكفى أن يكون معصية أو الخرافا عن الطريق المستقيم أو السلوك الشرعي القويم في عرف الناس ورأي عامتهم وجهورهم.

أشرنا في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" إلى أن مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو من خصائص شريعتنا التي تميز به عن جميع الشرائع قدیمها وحديثها، وقلنا إن القوانين الوضعية وجدت فيها بعض تطبيقات متباينة لهذا المبدأ أشرنا إليها فضلاً عما أشار إليه فقيهنا في هذا البند.

هذا المبدأ أساسه أصل عظيم من أصول شريعتنا، وهو تضامن أفراد المجتمع بعده أساس وجود الجماعة وتقدمها وصلاحها. ولا يقتصر ذلك على التكافل المالي بل يشمل التكافل في الرأي والمشورة في الشورى، والتكافل في الدفاع عن مبادئ نظام الجماعة وحقوقها وشرعيتها بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو لذلك من المبادئ المستقبلية التي نعتقد أن الإنسانية تحتاج إليها؛ ومن واجبنا أن نقدمه للمجتمع الإنساني على هذا الأساس ليكون مساهمة من الإسلام في تقديم المجتمعات البشرية ورقيتها وأمنها واستقرارها.

⊗ - حديث شريف عن التضامن بين عناصر المجتمع :

وأحسن تصوير للتضامن الجماعة ما ورد في الحديث الشريف - ما معناه مثل المؤمنين كجماعة استهموا (اشتركوا) في سفينة فكان بعضهم في أعلىها وآخرون في أسفلها، فقال الذين في أسفلها لو أنشأ خرقاً في نصيبينا خرقاً حتى نخرج منه دون أن نغر على من في أعلىها، فإن منعوه نجوا جميعاً وإن تركوه نخرج وما يريدون غرقوا جميعاً.

الفرع الثاني
التأديب

عده ٣٥١ - أدلة : تأديب الزوجة : من حق الزوج في الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته، كان تناقل عليه إذا دعاها، أو تخرج من منزله بغير إذنه. وأساس هذا الحق قوله ﷺ : «الرجال قوامون على النساء» [النساء: ٣٤]. وقوله ﷺ : «واللاتي تخافن نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» [النساء : ٣٤]. والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشر : أي الارتفاع، فكأنما ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة ...

لم يعرض وجهة نظره في مبدأ "التأديب" أو تعريفه، ولكننا يمكن أن نعرفه بأنه واجب الإنسان الراشد في تقويم الخراف من يكون مسؤولاً عن تربيتهم أو الإشراف عليهم أو تعليمهم أو رعايتهم، وأهم أمثلته حق الوالدين في تأديب الصغار؛ وحق المعلم كذلك. ولكن، يضاف نوع ثان، هو حق الرئيس أو المشرف في تقويم جزاءات تابعه أو توجيهه في سلوكه أو عمله، ومثاله حق الرؤساء الإداريين في توقيع جزاءات تأديبية على من يعملون تحت إشرافهم ومسئوليهم. ويدخل في هذا النطاق ما سماه حق الزوج في "تأديب الزوجة" بصفته رئيس الأسرة والمسئول عنها، وقد بدأ به وكذا نفضل البدء بالنوع الأول . ولكننا سنلتزم بالترتيب الذي اختاره .

وقد عَدَ مرجعه في هذا الموضوع آية في سورة النساء؛ أو لها عن القوامة لأن المقصود بها رئاسة الزوج للأسرة بسبب التزامه بالإنفاق على جميع أفرادها وأولئم الزوجة بحكم رئاسته بدليل قوله تعالى : ﴿الرجال قوّامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ [النساء:34].

ثم إن الآية أشارت إلى حالة الزوجة الناشر وأجازت الضرب في حالة النشوز – وكنا نؤثر أن يشار في العنوان إلى علة الحكم وهي النشوز.

نشير إلى قوله في نهاية البند الثاني رقم 352 : "ومن المتفق عليه أن الزوجة لا يجوز أن تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما أجيزة ذلك عند إظهار النشوز فعلاً".
ومعنى ذلك أن أساس هذا الحق وعلته هي حالة النشوز الفعلى. بقى أن نعرف المقصود بالنشوز.

عوده ٣٥٦ ما يؤدب فيه : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لا حد فيها، كمقابلة غير المحارم، وترك الزينة والخروج دون إذن، وعصيان أوامر الزوج، وتبيير ماله. والرأي الراجح أن له تعزيرها على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم^(١) ...
ومن المتفق عليه أن الزوجة لا تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره، وإنما تضرب لإظهارها النشوز فعلاً^(٢) ...

(١) البحر الرائق ج/٦ ص/٥٣ ، أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٢ ، إحياء علوم الدين الجلد الثاني ج/٤ ص/٢٤٦ ، الشرح الكبير ج/٨ ص/١٦٩ ...
(٢) الشرح الكبير ج/٩ ص/١٦٨ ...

في نهاية البند السابق عرّف الشوز بأنه "معصية الزوج" وكان أولى به أن يكفي بذلك - لكنه عاد في هذا البند وأورد صيغة أعم لا نقر بها - ولذلك لا نوافق على قوله: "للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لا حد فيها". ولا قوله إن : "الرأي الراجح أن له تعزيرها على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة أو الصوم ..".

إنه لم يشر إلى الآراء الأخرى التي عدّها مرجوحة. لكن ما نراه في مجتمعنا هو أن كثیرات من النساء هن أكثر تدينًا والتزاماً بآداء فرائض العبادات من أزواجهن، وكثیراً ما ورد إلى دور الإفاءة والهيئات العلمية شكاوى الزوجات من عدم أداء الأزواج لفريضة الصلاة؛ بل والصوم في بعض الأحيان، فضلاً عن استباحة البعض تعاطي المخدرات أو المسكرات برغم اعتراض الزوجات، كأنما يعتبرون ذلك "الشوز الرجالى" من صفات الرجلة أو مقتضياتها أو امتيازاتها ..

إننا لا نعد الشوز شاملًا لجميع المعاصي الشرعية، فإننا إذا تكلمنا عن نشور الزوجة فيجب أيضًا الاشجاع على نشور بعض الأزواج. كما إننا عندما نتكلّم عن حقوق الزوج في هذه الحالة يجب أن نفكّر أيضًا في حقوق الزوجة عندما يفسق الزوج أو يسترسل في المعاصي وبخاصة المخدرات والمسكرات أو ترك الصلاة أو الصوم - وفي هذه الحالة نرى أن نرجع إلى مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي توسيع الفقهاء في شرحه كما توسعنا سابقاً، وقد اتفق الجميع على أنه حق عام لجميع الأفراد سواء في ذلك الرجال أو النساء، ولا يصح القول بأن الرجال يحتكرونه أو أن الزوجات لا حق لهن في ممارسته إزاء الزوج الذي ينساق وراء شهواته ومعاصيه .

إننا نذهب إلى حد القول بأن هذا النص القرآني إذا أردنا تطبيقه في حالة المعاصي الشرعية، فيجب أن يكون في نطاق تطبيقات هذا المبدأ العام وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا يجوز أن يتخلّد مبرراً لتعطيل تطبيقه. فلن الزوجة كما للزوج حق وواجب في أن تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، ولا يُعد ذلك منها مارسة للحق في "تأديب" زوجها كما لا يصح في نظرنا وصف ممارسة الزوج لهذا الحق بأنه "تأديب" للزوجة، بل هو مجرد أداء لواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وللن الزوجة هذا الحق كذلك.

﴿ - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يعذر حقا في التأديب في نظرنا - ﴾

وهو حق مشترك للنساء والرجال :

إذا كان ما نصت عليه الآية عن حقوق الزوج في غير حالة الشوز هو تطبيق لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيجب في نظرنا مراعاة شروطه وقواعداته وأحكامه عند تفسير النص أو تطبيقه، ولا حاجة لوصف ما يمارسه الزوج في غير حالة الشوز - الذي يقصد به رفض المعاشرة الزوجية - بأنه "تأديب" للزوجة، بل يجوز فقط لأنها زوجة له وقد صدر منها ما يصل لحد الشوز الفعلى .. الذي يخل بنظام الأسرة التي هو رئيسها.

إن التعميم الذي يؤدى إليه القول بأن الزوج له حق في "تأديب" الزوجة في غير حالة الشوز الفعلى يخالف في نظرى نص الآية؛ لأن عبارتها تشير إلى أن علة التأديب ليست هي صفة الزوجة أو أنها امرأة وهو رجل، بل هي أفعال "الشوز". فلا يمكن في نظرنا التعميم وجعل التأديب حقا عاما لكل الأزواج على كل الزوجات في غير حالة الشوز الذي لا بد من إعطائه تعريفا واضحا محددا يقتصر على رفض المعاشرة الزوجية.

كما أن الصواب في نظرنا أن جواز الضرب حق استثنائي للزوج الصالح على الزوجة الناشر، فلا يمكن الاعتراف للزوج بهذا الحق - في نظرنا - إلا عند توافر سببه المشار إليه في الآية وهو حالة الشوز بالمعنى المحدد المشار إليه، بل وظهور الشوز على حد تعبير فقيهنا في المتن .

والاختلاف في تعريف الشوز يدل على أن عرف المجتمع لابد أن يكون له دور في الترجيح بين الآراء. وقد جرى العرف على أن المستوى الاجتماعي والثقافي بل والسلوكى لكل من الزوجين يجب أن يكون له تقدير في العلاقة بينهما .

إن الزواج في شريعتنا عقد رضائى يتم باتفاق الطرفين. والأصل أن الالتزامات التي تنشأ منه على كل منهما تكون متبادلة أو متوازنة على الأقل، ولابد أن يتوقف مدى الحق على قدر ما يتمتع به كل منهما من التقوى والصلاح .

العرف والمستوى الاجتماعي هو الذى يحدد المقصود بالضرب:

ونحن نفضل أن يتسع فقهاؤنا في شرح ما يجب أن يتصف به الزوج من تقوى وصلاح لكي يكون له حق الإشراف على سلوك زوجته وأسرته كلها.

إنسنا نفخر بأن شريعتنا تعترف للمرأة بشخصيتها الكاملة وحريتها في التصرف في مالها أثناء الزواج، على خلاف بعض الشرائع التي تزورها بعد الزواج إلى مرتبة التابع لزوجها في تصرفاتها في مالها - فمن باب أولى لا تفرض عليها التبعية لزوجها في السلوك إلا إذا تأكد أنه هو السلوك الشرعي الصحيح، لذا لا بد من وجود ما يثبت أنه في مستوى سلوكى يعطى له حق ممارسة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، أى أنه ليس فاسقا ولا عاصيا.

معنى ذلك أن حق الزوج في تقويم أفراد أسرته يشترط له الا يكون هو فاسقا كما هي القاعدة في تطبيق مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حيث لا يجوز للعاصي أو الفاسق أن يضع نفسه موضع من يقوم سلوك غيره أو يأمر الناس وينهاهم وينسى نفسه ..

لاشك في أن مبدأ قوامة الزوج ورئاسته للأسرة أساسه تضامن الأسرة ووحدتها، فلا تسمح شريعتنا بالتسبيب في العلاقات الاجتماعية وبخاصة العلاقات الجنسية أو تجاهل كيان الأسرة ووحدتها وأهلا نوأة المجتمع الصالح. وعلى ذلك فإن تطبيق مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يجب أن يراعى فيه رئاسة الزوج للأسرة وقوامته عليها ومسئوليته أمام المجتمع عن مستوى سلوك أفرادها، مقابل التزامه برعاية شؤونها وبالإنفاق على جميع أفرادها والتزامه أيضاً بأن يكون القدوة الحسنة لها في سلوكه وتصرفاته.

والنص القرآني على حقوق الزوج في حالة نشوز الزوجة قصد به تأكيد حقه كرئيس للأسرة في أن يكون مستولاً عن مرعوسيه، كما هو حق لكل رئيس في جماعة منظمة. والزوجة التي تعمل في إحدى الشركات أو الإدارات تعرف أن لها رئيساً إدارياً تخضع لإشرافه وله حق "تأديبها" إدارياً، كما أن له ذلك الحق بالنسبة لملائتها من الرجال، ولذلك يجب ألا يدعى البعض أن النص على حق الزوج كرئيس للأسرة في "تأديب" زوجته يُعد انتقاصاً من شخصيتها أو حقوقها أو إخلالاً بمبدأ المساواة.

﴿حق الزوج في نطاق المعاشرة التي شرع الزواج من أجلها﴾

كل ما هنالك أن هذا الحق يجب أن يكون في حدود العلاقات الأسرية بين الزوجين - وهي العلاقات التي شرع الزواج من أجلها - وبخاصة إباحة المعاشرة الجنسية .

وعلى ذلك فإن أهم صور النشوذ التي ذكرها فقهاؤنا هو خروج الزوجة على طاعة زوجها برفض هذه المعاشرة التي تظهر عادة بترك منزل الزوجية . فالقضاء عندنا يُعدُّ ذلك الخروج من منزل الزوجية دليلاً قاطعاً على رفض المعاشرة التي هي حق للطرفين عقلياً عقد الزواج ذاته، بل هي المقصود الأصلي منه.

أما ما يتجاوز هذه العلاقات الخاصة بالمعاشرة بين الزوجين بالمعروف، فإنهما في نظرى تخضع للمبدأ العام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذى يستوى فيه الناس جميعاً رجالاً ونساء، ومن شروط من يمارس هذا الحق لا يكون هو فاسقاً أو محتاجاً إلى التقويم. لذلك نرى أنه لا يصح أن ينسب إلى النص أنه يعطى الرجل وحده حق إنكار المعاشرة التي تنساب إلى الزوجة ولا يكون للزوجة مثل ما للرجل، وبذلك يطبق النظرية التي أشار إليها فقيهنا في بداية البحث بعنوان "نظرية المساواة بين الرجل والمرأة"، ويكون للأصلح من الطرفين الحق في نصح غيره أو أمرهم بالمعروف وفيهم عن المنكر.

إذا كانت شريعتنا تعطى لأفراد الرعية الحق في الإشراف على سلوك ولاة أمورها، ولكل فرد في الأمة الحق في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لكل من ينحرف عن طريق الاستقامة والخلق القويم - ولو كان هو من يُعدُّون من "أولئك الأمر" في الأمة - فإن ذلك يطبق أيضاً على أفراد الأسرة - ومنهم الزوجة - فلا يجوز أن يدعى البعض أن الزوج وحده له امتياز في هذا المجال بحججة أنه رئيس الأسرة والقيم عليها، لأن هذا في نظرنا أدعى إلى تأكيد حق أفراد الأسرة في مراجعته، كما هو الشأن بالنسبة لحق جميع أفراد الأمة في مراجعة ولى الأمر أو الإمام أو الخليفة عقلياً حقهم في القيام بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا نقبل القول بـ"الله يحتكر هذا الحق دون الزوجة".

عده ٣٥٣ - هل يجوز التأديب لأول معصية : يرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية، وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها. فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين، وإن عادت كان له أن يهجرها، فإن عادت كان له أن يضرها. وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله **ﷺ**: **(فَعَظُوهُنَّ وَاهْجِرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ)** [النساء: ٣٤]. وأن المقصود من التأديب هو الرجس عن المعصية في المستقبل، وما هذا سبيله بيدأ فيه بالأسهل فالأسهل^(١). وهذا يتفق مع الرأى المرجوح في مذهب الشافعى وأحمد ...

ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثانية معصية، أما من يضرها للثالثة فلا عقوبة عليه؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة. ويعاقب أيضاً من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك. فعلى الضارب ليعرفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين، وأنه وعظها في أولها وهجرها في الثانية ...

والرأى الراجح في مذهب الشافعى وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تكرر، سواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شيء من ذلك. وحجة أصحاب هذا الرأى أن عقوبات المعاichi لا تختلف بالتكرار، وأن الواو في قوله **ﷺ**: **(فَعَظُوهُنَّ وَاهْجِرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ)** [النساء: ٣٤]. جاءت مطلق الجمع وليس للترتيب^(٢) ...

ويترتب على هذا الرأى أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضرها؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة ...

٣٥٤ - هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟ ويرى أحد الآى يسأل الزوج عن سبب الضرب؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحياء، وإن أخبر بغيره كذب. ويستند في هذا المبدأ إلى ما روى الأشعث عن عمر رضى الله عنه

(١) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ / ١٦ ، مقدمات ابن رشد ج ٢ / ص ٤ / ١٠ ، بداع الصنائع ج ٢ / ص ٣٤ / ...

(٢) المهدب ج ٢ / ص ٧٤ ، أسفى المطالب ج ٣ / ص ٢٣٩ ، المفق ج ٨ / ص ١٦٢ ...

عوده أله قال : يا أشعث احفظ عن شيئا سمعته عن رسول الله ﷺ : "لا تسألن رجلا فیم ضرب امرأته". وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج إنه ضربها للتأديب، وينبع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هي أنه ضربها لغير التأديب، فحينئذ يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب. ولا يتوقف تأديب الزوجة على سن معينة، فللزوج أن يؤدها مهما بلغت من العمر، على خلاف الصغار، فإن حق تأديبهم ينتهي بالبلوغ ...

إن الآية الكريمة ذكرت وجوب البدء بالوعظ؛ ثم المجر في المضاجع قبل جواز الضرب. فسر الفقه ذلك على أنه لا يجوز ممارسة "الضرب" إلا بعد الاتجاه إلى الوعظ والهجر. ولا شك في أن الوعظ والهجر كليهما لا يثيران أى مشكلة، ولا يدعى أحد أهلهما بعطيان للزوج ولالية على الزوجة أو أهلهما بعذان عقوبة، ولا داعي للكلام على أهلهما تعزيزات إلا إذا كان التعزيز بمعنى الإصلاح والتقويم ..

ولذلك حرص الفقهاء على عدم إباحة "الضرب"، إلا بعد استفاد تلك الوسائل، وأن الزوج يعزز إذا جأ إليه قبل الوعظ والهجر. إلا أن كلمة "الضرب" ذاتها تشير حساسية عند البعض في هذا العصر؛ وهناك من يعترضون على الضرب كعقوبة جنائية يحكم بها القضاء على الجرمين، لأنهم يظلونها شائنة، ويفضلون عليها السجن وما يترب عليه من إذلال وقيد للحرية مهما طالت مدته. ونحن لا نجاري هؤلاء في ذلك، وقد أثبتت الأيام وتجارب الشعوب أن السجن له مساوئ تتجاوز بكثير ما ينسبونه إلى "الضرب"، وأنه لابد من إيجاد بديل لعقوبة السجن ..
ونحن نرى أن كثيرين من يشاركون في نقد الضرب إنما يفعلون ذلك مجرد مجاهدة "الموضة" أو متابعة الأفكار المستوردة تقليداً للمجتمعات الأجنبية.

فضلاً عن ذلك يتتسابق كثيرون للاعتراض على الضرب كوسيلة ل التربية الصغار وقديهم .. سواء في المنزل أو في المدارس. وخلال عملى في إنشاء مدارس المدارس مع كثير من الأخصائيين التربويين واجهنا هذه المشكلة – لكن أولياء الأمور المعتدلين كانوا دائماً لا يعترضون على استعمال الضرب لتأديب الصغار، ولكن اعتراضهم كان على الغلو فيه واستخدامه بطريقة عشوائية بقصد الانتقام أو نتيجة للغضب. لذلك قررنا ألا يستخدم الضرب في الفصول ولا بواسطة المعلمين، وإنما يلجأ إلى "الناظر" أو المدير الذى يكون بمثابة مجلس "تأديب" للتعليم "الناشر" أو المخطى .. وهو وحده الذى يأمر بهذا التأديب الجسمان بعد زوال حالة الانفعال الناتج عن أخطاء الصغار أو الخرافات ...

إن الذين يسعون لحرم الضرب كعقوبة جنائية للمجرمين الثابت إجرامهم، وكذلك الذين يسعون لمنعه في دور التعليم ومدارسه بالنسبة للأطفال، لا شك في أنهم

❷ حالة الشوز في المعاشرة الشرعية، تبيح أدنى درجات العنف :

أكثر معارضة جعله أسلوباً يتعامل به الزوج مع زوجته - حتى ولو كانت ناشراً - بل حتى ولو بلغ الشوز حد ارتكاب جريمة الزنا أو التسيب الأخلاقي. لكن أمثال هؤلاء لا يمكن أن نجاريهم لأنهم لا يقدرون المقاصد الشرعية التي تحصن الأفراد والأسر من الفساد والفسق.

ولكنا أكدنا كذلك رأينا بأن هذا الإجراء مقصور على حالة الزوجة الناشر التي ترفض المعاشرة الزوجية، وأن استعماله مقصور كذلك على الزوج السوى الصالح، وأننا لا نراه أسلوباً للتعامل بين زوجين صالحين، ولا نرى أن حق التأديب أساسه عقد الزواج، بل سببه وعلته هي حالة استثنائية هي نشوز الزوجة، وخصوصاً إذا وصل إلى درجة تتعارض مع مبدأ شرعى مهم هو أن المعاشرة الجنسية الشرعية هي المقصد الأصلى من الزواج، وهذا هو أساس المبدأ الإسلامى بتحريم العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعى.

بفى أن نحدد المقصود بهذا الشوز، وما يسوغه من "ضرب".

* * *

ما نقله فقيهنا منسوباً للإمام / أحمد والأشعث - يفسر لنا الحرج الذى يواجهه الفقه فى تفسير هذه الإباحة الاستثنائية للضرب عندما قالوا إن الزوج قد يستحق أن يبرره بأنه جا إلية "لأجل الفراش" - أى أنه اضطر إليه لعصيافها عن الاستجابة لحاجته إلى المعاشرة الزوجية. ونعتقد أن علماء النفس والمجتمع أقدر على شرح الاعتبارات التي تبيح للزوج هذا الإجراء ليصل إلى حقه المشروع الذى هو المقصد الأول من الزواج.

وإن أعتقد أن كثريين من يسمون أنفسهم "نسائين" ويرفعون ما يسمونه شعارات الدفاع عن حقوق المرأة أو المساواة بين الجنسين لا يفهمون هذا المقصد الشرعى من الزواج، لأنهم في كثير من الأحيان يبيحون للجميع التسيب في العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج، أما شريعتنا فإنها توجب ضبطها في إطار الزواج وتحرمها خارج نطاقه سواء للزوج أو الزوجة، وجعل ذلك التسيب أو الانحراف مكوناً جريمة الزنا وعقوبتها حدية بدنية. وتعويضاً عن ذلك القيد الاجتماعى والأخلاقى

**حالة النشوز في المعاشرة الشرعية تبيح أدنى درجات العنف ،
وهو ما عبروا عنه "بالضرب غير المبرح" :**

تفرض على إعطاء الزوجين حق المعاشرة الزوجية وتحصن هذا الحق وتحميه. وفي هذه الحالة أجاز الفقهاء أن يكون الضرب "من أجل الفراش". كما أفهم حرصوا على تحديد المقصود بالضرب - لأن كثريين لا يلاحظون أن لفظ الضرب يمكن أن يشير إلى أشياء متباعدة تبدأ "بضرب الأمثلة"، وما يسمونه في الحساب جدول "الضرب" أى التكرار، وأخيراً ما يُعد من قبيل الإيذاء البدني أو مجرد استعمال العنف - وهذا له درجات يدخل ضمنها العنف الجنسي الذي يسميه العامة عندنا "ضرب الحبيب" ويعُدُّونه دليلاً على جموح الشهوة، وهو في بعض البيئات من آثار فحولة بعض الرجال التي لا تغتصب المرأة كثيراً في بعض الأوساط. يؤيد ذلك إصرار فقهائنا على أن يكون الجواز للضرب في أدنى درجاته التي يعبرون عنها بأنه "غير مبرح" وعرفه في البند الثاني بأنه لا يترك أثراً .. أى أنه مجرد استعمال القدر اللازم من العنف ل مباشرة حقه في معاشرة امرأته جنسياً. ومنطق شريعتنا أنه لو حرم من ذلك فإن البديل عنه هو أن نتيح له المعاشرة الجنسية خارج الزواج مع أى امرأة أجنبية أو حتى في سوق رسمية للدعارة كما تفعل القوانين العصرية .

في حين أن شريعتنا تعُدُّ هذه الإباحة أو "الحرية الجنسية" جريمة زنا معاقباً عليها بالجلد مائة مرة أو بالقتل رجماً بالحجارة إذا كان محسناً. فالزواج الذي أحصنه هو الذي يعطيه حقاً في استعمال قوته لمعاشرة زوجته إذا حرمتها من حقه في "الفراش" الذي لا يجوز له أن يتتجاوزه بأى معاشرة خارج الزواج .

٣٥٥ - حد الضرب : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربيها ضربا غير مبرح لقوله ﷺ : "لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مُبَرِّح" ...

والضرب غير المُبَرِّح هو الضرب غير الشديد، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظاما، ولا يدمى لها جسما. وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا. وعرفه البعض بأنه ما كان غير مسلم ولا مدمم. وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثرا. وكل هذه التفسيرات على اختلاف عبارتها تؤدى معنى واحدا ...

ويشترط في ضرب التأديب ألا يكون على الوجه، ولا على الموضع المخوفة كالبطن^(١) ...

ويشترط في الضرب أن يكون بقصد التأديب، وألا يسرف فيه، وأن يكون مما يُعَدُّ مثله تأديبا، فإن كان كذلك فلا مسئولية على الزوج؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له. ويراعى الوسط في الضرب. مما يُعَدُّ تأديبا في وسط قد لا يُعَدُّ تأديبا في وسط آخر، وما يخرج عن حدود التأديب في وسط قد لا يصل حدود التأديب في وسط آخر... ويصح أن يكون التأديب باليد وبالوسط وبالعصا ...

ويشترط إذا كان التأديب على أمر تعاقب عليه السلطات العامة ألا يبلغ لهذه السلطات، وألا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة^(٢). وتعميل هذا أن السلطات العامة هي المختصة أصلا بالعقاب، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج في التأديب؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدى تدخل السلطات العامة في كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين. فإذا سرقت الزوجة مثلا من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة، كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها. أما إذا جلأت الجارة للسلطات العامة، لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها، كأن يكون قد نهَاها عن سب جارتها أو نهَاها عن الخروج من المنزل، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط،

(١) المغني ج / ٨ ص / ١٦٣ ...

(٢) مواهب الجليل ج / ٤ ص / ١٥ ...

عودة لا على السرقة أو السب.. وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقاد أو غالب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقاد أو غالب على ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد، ويُعد عمل الزوج في الحالين اعتداء لا تأدبيا^(١)...

٣٥٦ - حكم السراية : وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب فلتفت من الضرب أو أصيّبت بعاهة، فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يُعد مثله أدبا، فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة ففيه الضمان^(٢)...
أما أبو حنيفة والشافعى فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يُعد تأدبيا أو كان أشد من ذلك. وحججة أبي حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضروب أو إلى تلف أحد أعضائه، فقد وقع قتلا أو قطعا لا تأدبيا.

وحجّة الشافعى أن التأديب ليس واجبا على الزوج، وإنما هو حقه ومتروك لاجتيهاده، فيتحمل نتيجة اجتيهاده. والمتاخرون من فقهاء مذهبى أبي حنيفة والشافعى يحتجون في تحمّيل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجبا عليه، وإنما هو حق له، واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة وبأن حق الزوج في التأديب متمحض لنفعه الشخصى وله أن يستعمله أو يتركه^(٣)...

وحجّة مالك وأحمد أن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح...

٣٥٧ - المسئولية على التأديب : ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عن التأديب ما دام في حدوده المشروع؛ لأنّه يستعمل حقاً أباحه له الشارع، أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسؤول جنائيا ومدنيا عن فعله ... والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التي لا يخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو...

(١) مواهب الجليل ج / ٤ ص / ١٦، أسف المطالب ج / ٣ ص / ٢٣٩ ...

(٢) المغني ج / ١٠ ص / ٣٤٩ ...

(٣) المغني ج / ١٠ ص / ٣٤٩، حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥، الأم ج / ٦ ص ٣١ و ١٦٦ وما بعدها ...

ما قدمناه من أن النص القرآني الخاص بالضرب يتعلّق بحالة استثنائية هي الشوز أي رفض العاشرة الزوجية – معناه أنها لا نرى عدّه قاعدة في العلاقة بين الزوجين في الأحوال العادلة. وإذا كان الفقهاء قد أجمعوا على أن المقصود بالضرب غير المبرّح ما لا يترك أثراً، فلا نرى كيف يصل الإجراء إلى استعمال السوط والعصا – ولا نوافق على ذلك.

ويشارّه إلى أن الزوج يسقط حقه في التأديب على العاصي التي تبلغ حد الجريمة إذا بلغ الأمر إلى السلطة العامة، لأن الأمر هو في الأصل من اختصاصها – يرجح ما نراه من عدم الاعتراف للزوج بما يسمونه ولایة "التعزير". وأن الأمر يرجع فيه إلى القواعد العامة، إلا إذا قبلت الزوجة ذاتها تأديب الزوج لها؛ حتى لا يرفع أمرها إلى القضاء أو السلطة العامة، أو حتى لا يصل الخلاف إلى حد الفراق أو الطلاق.

ولا شك في أن بقاء الخلافات الزوجية في نطاق الأسرة أولى من الالتجاء إلى القضاء وما يتبع ذلك من علانية وتشهير.. وخاصة إذا خاضت فيه الصحف كما يحدث كثيراً في هذه الأيام.

لقد عني فقهاؤنا برسم الحدود التي تضمن عدم تهديد سلامه بدن الزوجة، ونحن نقدر لهم ذلك، لكننا نرى أن تأمين الكرامة يستحق عناء أكثر؛ فلا يجوز أن نقرر لزوج حقوقاً ترى فيها الزوجة أنها تمس كرامتها وما تتمتع به من حرمة وثقة بالنفس. ولذلك فإننا نؤثر عدم استعمال عبارة "التعزير" لأن كثريين يعذّبونه مرادفاً للعقوبات الجنائية، وإن كنا أشرنا مراجعاً إلى أن ذلك ليس المقصود في فقهنا حيث يشير هذا الاصطلاح إلى تدابير عبادية كالصوم والكفاره وعنق الرقبة وإطعام المساكين، فضلاً عن تدابير الإصلاح والتربية مثل الوعظ والنصائح والتأنيف والهجر في المضاجع وما إليها مما لا يصح عدّه ضمن "العقوبات".

وعلى العموم، فإن تجاوز حدود الحق المقرر في هذا النص يتطلب عليه معاقبة الزوج إذا كان فعله يكون جريمة ضرب أو جرح أو أي جريمة أخرى طبقاً للقانون العام.

عده ٣٥٨ - (ثانياً) تأديب الصغار : للأب الحق في تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ، وللمعلم أيا كان مدرساً أو معلم حرفه تأديب الصغير، وللجد وللوصي تأديب من تحت ولايتهم، وللأم حق التأديب على رأي إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله، وهذا الحق في غيبة الأب، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأي الرابع^(١) ...

٣٥٩ - شرط تأديب الصغار : ويشترط في تأديب الصغار ما يشترط في تأديب الزوجة. فيجب أن يكون التأديب للذنب فعله الصغير لا للذنب يخشى أن يفعله، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقاً مع حالة الصغير وسنه، وألا يكون على الوجه والوضع المخوفة كالبطن والمذاكي، وأن يكون بقصد التأديب، وألا يسرف فيه، وأن يكون مما يُعدُّ مثله تأدبياً للصغير. فإذا كان الضرب في هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب؛ لأن الفعل مباح له.

٣٦٠ - حكم السراية : وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه، فمالك وأحمد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يُعدُّ مثله أدباً، وما دام التأديب في حدوده المشروعة. فإن كان الضرب شديداً بحيث لا يُعدُّ مثله أدباً المؤدب مسئول عنده جنائياً^(٢) ...

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه في أي حال؛ لأن التأديب حقه وليس واجباً عليه، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه^(٣) ...

ورأى أبي حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه، كما يضمن الزوج زوجته. ولكن هذا الرأى غير معمول به في المذهب، بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبي حنيفة عدل عنه. والرأى المعمول به في المذهب هو رأى أبي يوسف ومحمد، وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون في الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه. أما المعلم والمدرس، فيفرق أبو حنيفة وأصحابه

(١) أحكام القرآن للجصاص ج / ٢، ص / ١١، حاشية الطهطاوى ج / ٥ ص / ٢٧٥ ...

(٢) المغنى ج / ١٠ ص / ٣٤٩، ٣٥٠ ...

(٣) الأم ج / ٦ ص / ١٦٦ وما بعدها ...

عوده بين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصي، وفي هذه الحالة يكون الضارب مسؤولاً جنائياً؛ لأنه متعد في الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له في ضربه؛ فاما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصي فلا مسؤولية للضرورة؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزم الضمان بالسردية يمتنع عن التعليم والناس في حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السردية في حقه لهذه الضرورة. فمذهب أبي حنيفة وأصحابه في تأديب الصغار يتفق مع مذهب مالك وأحمد^(١) في النتيجة...

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم، ويرون أن ضرب التأديب حق، وأن ضرب التعليم واجب، والأول مقيد بشرط السلامة والثاني غير مقيد. والتفرقة مقصورة على الضرب المعتمد في الكم والكيف وال محل، أما غير المعتمد فموجب للضمان في الكل أى في ضرب التأديب وضرب التعليم^(٢)...

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره، فضرب الزوج للتأديب دائماً، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم، وقد يقصد به التأديب، ولكن معنى التأديب يختلط بمعنى التعليم في حالة الصغير؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره...

٣٦١- الفروق بين المذاهب : يختلف مذهب مالك والشافعى وأحمد عن مذهب أبي حنيفة في ألم يعذّبون التأديب بصفة عامة حقاً لا واجباً، أما في مذهب أبي حنيفة فيعذّبون تأديب الصغار واجباً بصفة عامة، أو واجباً على الأقل في حالة ما إذا قصد به التعليم...

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهب مالك وأحمد في أن الشافعى يقييد استعمال الحق بشرط السلامة، أما مالك وأحمد فلا يقييدان الحق بشرط ما دام الفعل قد وقع في حدود الحق، ولذلك فمذهبهما في نتبيجه يتفق مع مذهب أبي حنيفة في نتبيجه ولو أن التأديب في المذهب الأخير واجب لاحق...

(١) بدائع الصنائع ج / ٨ ص / ٣٠٥، حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥ ...

(٢) حاشية الطهطاوى ج / ٤ ص / ٢٧٥

358 - تأديب الصغير - وعدم الضرر ... :

لا شك في أن الصغير ناقص الأهلية، ولذلك فإن التأديب لازم لحمايةه من أخطائه التي قد تضر به في الحال أو في المستقبل. وحق التأديب ثابت لكل من يتعلى رعايته أو تهديبه أو تعليمه، سواء في ذلك الأب أو الأم أو الوصي. ولا نرى أى مبرر للتفريق بين الأم والأب في هذا الحق، بل إن الأم أولى وأقرب للصغير وأحق الناس بتاديده وتربيته، وهى التي تقوم بذلك عملا دائمًا، ولا يرفع الأمر للأب إلا في حالات معوددة، ولذلك لا نوافق على ما سماه الرأى الراجح في هذه المسألة.

وللمعلم والمربى حق التأديب ولكنه يمارسه بناء على تفويض صريح أو مفترض من ولى أمر الصبي. وهذا هو الحال الذى يمكن أن يسهل مهمة المدارس والمعلمين ويوجب التعاون بين المدرسة والأسرة في هذا النطاق.

* * *

فيما يخص الضرر الذى يصيب الصغير في سلامته جسمه وانختلفت فيه الآراء، نرى أن يترك الأمر لقاضى الموضوع لتقدير مدى حسن نية المؤدب ومدى اتخاذه ما يلزم من احتياطات.

ومن ناحية أخرى، فإننا لا نرى مطلقا قياس حالة الأب أو المعلم على حالة الزوج الذى بينما أنها لا تتجاوز تطبيق مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر المتداول الذى يتساوى فيه الطرفان، إلا في حالة نشوز الزوجة برفض المعاشرة الزوجية التي هي حق للطرفين بمقتضى عقد الزواج.

إننا نفضل عدم وصف الإجراءات التي شرعها القرآن في حالة الشوز بأنها "تأديب"، حتى لا يدعى البعض أن ذلك معناه أن الزوجة تصبح في مرتبة الصغار القاصرين الذين يحتاجون إلى التأديب لحمايتهم من أخطائهم والخرافهم – وهذا ما لا يجوز نسبته إلى فقهنا أو إلى شريعتنا التي سبقت جميع الشرائع القديمة والحديثة في الاعتراف للنساء بالأهلية الكاملة والحق الكامل في التصرفات المالية التي لم تعرف بها القوانين الأوروبية إلا بعد تطور وكفاح طويل لم ينته بعد.

الفرع الثالث في التطبيق

عودة ٣٦٦- إباحة التطبيق: 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 عد تعلم الطب فرضاً حاجة الجماعة للتطبيق؛ ولأنه ضرورة اجتماعية. وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيق، وكان تعلم الطب واجباً، فيترتّب على هذا أن يكون التطبيق واجباً على الطبيب لا مفر له من أدائه. على أن التطبيق يُعد واجباً وفائياً كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيق فرض عين عليه أي أنه واجب غير قابل للسقوط. والنتيجة البديهية لحسبان التطبيق واجباً لا يكون الطبيب مسؤولاً عما يؤدي إليه عمله قياماً بواجب التطبيق؛ لأن القاعدة أن الواجب لا يتقييد 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 جنائياً عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض بحسبان أنه حين يؤدي واجب التطبيق أشبه بصاحب الحق منه بمسئولي الواجب لما له من السلطان الواسع وحرية الاختيار في الطريقة والكيفية التي يؤدي بها عمله ...

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسؤولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض، ولكنهم اختلفوا في تعليل رفع المسؤولية. فأبو حنيفة يرى أن المسؤولية ترتفع لسبعين: أو لمنها الضرورة الاجتماعية، إذ الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب، وهذا يقتضي تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسؤولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسؤولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة ... ثانية: إذن الجنبي عليه أو وليه، فاجتمع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسؤولية^(١) ...

ويرى الشافعي أن علة رفع المسؤولية عن الطبيب أنه يأتي فعله بإذن الجنبي عليه، وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان

(١) بداع الصنائع ج / ٧ / ص / ٣٠٥ ...

عوده العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان ما فعله موافقا لما

يقول به أهل العلم بصناعة الطب^(١). ويتفق رأي أحمد مع رأي الشافعي^(٢) ...

أما مالك، فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولاً، وإذن المريض ثانياً، فإذاً الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالطبيب، وإن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه، فإذاً اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله^(٣) ...

وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة في اختيار هذا العمل وفي اختيار الطريقة التي يؤدي بها هذا العمل، لو جرح الطبيب شخصا فمات أو أعطاه دواء فأحدث له تسمما أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ - محسن النية : والمفروض في الطبيب أنه يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية، فإذا قصد قتل المريض أو كان سبباً في موت المريض فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً، ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلاً محراً ماعقاً عليه ...

٣٦٤ - خطأ الطبيب : إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً، وأخطأ 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 فانفتح رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها ثوت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم ثوت وأنا أشقه وأبرئها، فشقق فماتت بعد يوم أو يومين، ولما سُئل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق يأخذن، 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. فقيل

(١) نهاية المحتاج ج / ٨ ص / ٢ ...

(٢) المغني الجزء العاشر ص / ٣٤٩، ٣٥٠ ...

(٣) مواهب الخليل ج / ٦ ص / ٢٣١ ...

عوده لـه: فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن؟ فقال: إنه لا يضمن؛ لأن ضمان الطبيب يترب على خطئه الفاحش لا على تعهداته بنجاح العملية^(١) ...

٣٦٥ - **إذن المريض** : ويشرط لرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه، فإن لم يكن للمريض ولي أو وصي، وجب إذن الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له، وإذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لا ولي له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة ...

(١) حاشية الطهطاوي ج / ٤ ص / ٣٧٦ ...

362 – 365 – الطب واجب كفاية وحكم أخطاء الطبيب:

من واجبات الجماعة كلها أن توفر العلاج للمرضى من أفرادها، وهذا هو أساس ما يسمى في العصر الحاضر بنظام التأمين الصحى الذى أصبح من أهم علامات التقدم الاجتماعى في أيامنا، وقد سبقت الشريعة جميع الشرائع إلى تقرير هذا المبدأ **بعدّه من فروض الكفاية**.

سبق أن قلنا إن شريعتنا تيزت بما تسميه فروض الكفاية التي يأثم جميع أفراد المجتمع إذا لم يقم واحد منهم بها – ولا نظير لهذه الفكرة في أي شريعة في الماضي أو الحاضر. كما أنها لا تقتصر على الطب، بل تعمد إلى جميع ما يحتاج إليه الفرد لحياته بما في ذلك ما يكفيه من طعام وشراب ومسكن لائق وكل ضرورات حياته الإنسانية ببل والأسرية. وما دام الطب واجباً، فإن عمل الطبيب يكون مباحاً، ولا يمكن مساءلة عنه، طالما أنه يتزلم بحدود مهنته وعلمه ويعمل بقصد العلاج.

* * *

يحدث في كثير من الأحيان أن يفشل الطبيب في علاجه، وكثيراً ما يموت المريض أو يصاب بضرر ب رغم العلاج، وهنا يسارع البعض لاتهام الطبيب بالقصص أو الجهل أو الخطأ، ب رغم المثل الشائع "خطأ الطبيب إصابة القدر".

والإسراف في اتهام الأطباء قد يؤدي إلى صرفهم عن الإقدام على القيام بهم، لذلك فقد استقر الجميع على أنه لا يمكن مساءلة الطبيب إلا إذا كان خطأه فاحشاً أو كان خارجاً عن "أصول المهنة"، وهذه الأصول يحددها الخبراء والأطباء.

وزيادة في الاحتياط، فقد جرى الأطباء على الحصول على موافقة خطية من المريض أو ولـى أمره على إجراء بعض العمليات الخطيرة إذا كان العلاج فيه احتمالات الفشل أو الضرر، وإن كان ذهاب المريض للطبيب في ذاته يُعدّ موافقة منه على العلاج أو طلبه ...

عودة ٣٦٦ - إذن ولـي الأمر: وليس في الشريعة ما يمنع ولـي الأمر من أن يشترط في الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم، وأن تتوافر فيه مؤهلات خاصة، وألا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولـي الأمر ب مباشرته. وقد جعل مالك إذن الحاكم في التطبيب شرطاً في انتفاء المسئولية عن الطبيب كما قدمنا ...

ومن تطلب وهو غير طبيب كان مسؤولاً عن عمله لقوله ﷺ : "من تطلب ولم يعرف الطب فهو ضامن"، فإن قصد العداوة والإضرار فهو متعمد، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العداوة فهو مخطئ على رأي ومتعمد على رأي^(١)، والرأي الأول هو الراجح ...

٣٦٧ - شرط عدم المسئولية : يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسئولية عن التطبيب 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 توافرت هذه الشروط في التطبيب فلا مسئولية، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسؤولاً.

٣٦٨ - اللهمقون بالأطباء، ويتحقق بالتطبيب البيطار والجمام والخاتن، وحكمهم جميعاً حكم الطبيب من حيث المسئولية : ويشترط في عملهم ما يشترط في عمل الطبيب. فيجب في الختان مثلاً أن يكون الفاعل خاتناً، 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 عدّ التطبيب عملاً مباحاً، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسئولية فتستلزم أن يكون الفاعل طبيباً، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية، وأن يأذن له المريض في الفعل ...

(١) شرح الرقابي على مختصر خليل ج ٨ / ص ٣٢، ١١٦، ١١٧، نهاية المحتاج ج ٨ / ص ٣٢ ...

عوده وَتَعُدُّ القوانين الوضعية التطبيب حقا، بينما تَعُدُّ الشريعة واجبا. ولا شك في أن نظرية الشريعة أفضل؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع موهبه في خدمة الجماعة، كما أنها أكثر انسجاما مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكافل وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة...

وقد اختلف شراح الفوائين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسئولية عن الطبيب^(١). فذهب الفقه والقضاء في إنجلترا إلى أن سبب عدم المسئولية هو رضاء المريض بالفعل، وأخذ بهذا الرأي بعض الشرائح في ألمانيا وفرنسا، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قدما^(٢). وذهب كثير من الشرائح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائي؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض، وقد أخذ القضاء المصري وقتا ما بهذا الرأي^(٣). والرأي الأخير الذي يسود اليوم في مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه؛ لأن الحياة الاجتماعية تقضي بذلك. وهذه التعليمات على اختلافها هي نفس التعليمات التي ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ...

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص / ٤٠٠ وما بعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص / ٤٢٢ ...

(٢) نقض ٢٤ إبريل سنة ١٨٧٩، القضاء السنة الرابعة ص / ٢٥١ ...

(٣) نقض في ١٨ إبريل سنة ١٩١٨ الجموعة الرئيسية س/١٨ رقم ١٨ ص / ٣١ ...

366 - 369 - الترخيص الإداري والعرف بزاولة المهنة :

نظراً لأن العلاج في الأصل واجب كفاية على المجتمع كله - وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب - لذلك فإنه على الجماعة أن توفر المؤسسات اللازمة لتخريج الأطباء وتديريهم، وأن تفرض شروطاً على من يزاولون هذه المهنة، أو لها أن يكونوا حاصلين على مؤهل علمي كافٍ، وأن توجد مؤسسة تعطى للدوى المؤهلات الإذن بزاولة المهنة. وهذا كله تطبيق لمبدأ عَدُّ الطب واجب كفاية، أي أنه واجب في الأصل على الجماعة ذاتها; فمن يمارسون المهنة يعملون نيابة عنها ويأذنها.

وعليه فإن مجرد بزاولة تلك المهنة دون إذن يكون خطأ كافياً يتربّع عليه المسئولية المدنية والجنائية، كمن يقود سيارة أو طائرة دون الحصول على رخصة بذلك. ويكتفى للمسئولية مختلف شرط من الشروط الأربع التي أشار إليها.

* * *

إلى جانب الأطباء، يوجد في المجتمع طوائف تمارس مهام مكملة للطب، وفي كثير من الأحيان لا يشترط فيهم إذن رسمي أو رخصة أو مؤهل علمي، بل يكتسبون خبرتهم بالتدريب العملي والعرف الشعبي. ومن أهم أمثلها المولدات (الداية أو القابلة) وحلاق الصحة، ومن ذكرهم في المتن. وإذا كانت الحكومات قد أصبحت تعطي ترخيصاً لأمثال هؤلاء وخصوصاً المرضى والممرضات فإن العرف الشائع في بعض المجتمعات يكتفى ...

كما أن القوانين الوضعية واللوائح أصبحت تضع شروطاً كثيرة للمؤسسات العلاجية ومزاولة مهنة الطب والمهن المكملة له والتعمير وما إليه، ومخالفة هذه الأنظمة يُعدُّ قرينة على الخطأ في حالة حدوث نتائج ضارة عن عمل الطبيب أو من يقوم بعمل مماثل أو مكمل.

الفروع الرابع في ألعاب الفروسية

عوده

٣٧٠ - حكم الشريعة في ألعاب الفروسية : تختلف الشريعة بألعاب الفروسية وتحضر عليها بحسبًا لها مقوية للأجسام منشطة للعقل، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتورة. وتشمل ألعاب الفروسية في الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية ... وتحيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدي إلى التفوق في القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب، كالمسابقة بالأقدام، وسباق الخيل، وسباق السفن والسيارات والطائرات، وسباق الطير وما أشبه، وكاللعبة بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى، وكالرماية بالنابل والمنجنيق والأسلحة النارية، وكالمصارعة والمالكمة والعلاج^(١) أي : رفع الأثقال وشد الجبل والسباحة وغيرها...

وتميز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة في الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله تعالى: «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل» [الأفال: ٦٠]. وقول الرسول ﷺ " إلا إن القوة الرمي ... إلا إن القوة الرمي ". وقوله : " المسلم القوى خير من المسلم الضعيف ". وقوله: " إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة: صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومتبله. ارموا واركبوا، وأن ترموا أحبي من أن تركبوا. وليس من اللهو إلا ثلات: تأديب الرجل فرسه، وملاءعته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة منه فإنها نعمة تركها" ...

ولقد ثبت عن النبي ﷺ أنه سبق بالأقدام، وثبت عنه أنه سبق بين الإبل، وثبت عنه أنه سبق بين الخيل، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين، فامسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال: " ارموا وأنا معكم كلكم "، وثبت أنه صارع ركانة، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعرة ...

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها. من ذلك ما رواه مصعب بن سعد قال: كان سعد يقول: أي بني: تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم.

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج، راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص / ٧ ...

عوده وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح "أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلستكم الرمي". وكتب إلى عامله بأذربيجان كتابا جاء فيه: "اخشوشنوا، واخلو لقوا^(١)، واقطعوا الركب^(٢)، وانزوا على الخيل نزوا، وارقو الأغراض^(٣)..." والأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياهما من علم أو فن أو صناعة، فهو من فروض الكفاية، وتعلمها واجب على الأمة ولا خيار لها في الأخذ به أو تركه. وعلى هذا، تكون الفروسية - بما يدخل تحتها من ضروب المهارة والقدرة والنفوق - فرضًا من فروض الكفاية، وواجبًا على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه ...

وتحيز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعا للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها. وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه^(٤) ... ويسرى مالك أن يكون العوض دائمًا من بيت المال؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة، وهي إعداد عسكري للأفراد. ولكن أبا حنيفة والشافعي وأحمد يحizرون 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^(٥) ..

٣٧١. حكم إصابات اللعب : 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 يحتم ضربه أو يعرضه للجرح، فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة؛

(١) أخلو لقوا أي همأوا لم يارد منكم، وكونوا خلقاء به جديرين بفعله ...

(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لا يعادوا الركوب دائمًا بالركاب ...

(٣) ارقاء الأغراض هو رمي الأهداف ...

(٤) يرى البعض أن العوض لا يكون إلا في الرمي وفي مسابقة الخيل والإبل، وبيراه البعض جائزًا في المسابقة بالأقدام وفي المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمشابكة بالأيدي وفي سباق البغال والحمير والبقر والفيلة. والفريق الأول هم المالكية والخانبلة، والفريق الثاني هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم ...

(٥) مواهب الجليل ج/٣ ص/٣٩٠ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ج/٦ ص/٦٥٧، مجمع النهر ج/٢ ص/٥٢٦، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٢١٥ وما بعدها، المغني ج/١١ ص/١٢٨ وما بعدها، الفروسية ص/٦٩ وما بعدها ...

٤٠٥ / ج

لأنما ليست من ضروريات اللعبة، فإن تعمدها أحد فهو مسئول عنها بحسباتها جريمة عمدية، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها بحسباتها جريمة غير عمدية ... أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمه والتحطيب، فإن الإصابات الناشئة عنها لاعقاب عليها إذا لم يتعذر حدثها الحدود المرسمة للعب؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضي بذلك إباحة ما يصحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة، فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميه إصابة ما، فهي جريمة عمدية إذا تعمدها، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمردها ...

٣٧٣ - **بين الشريعة والقانون :** هذا هو حكم ألعاب الفروسية في الشريعة الإسلامية. أما حكمها في القوانين الوضعية فغير متفق عليه. فبعض البلاد يعدها أفعالاً مباحة، وبعضها يعدها ما يحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم، وبعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى، وبعضها يأخذ بالفكرة الثانية. وتقضي المحاكم في بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية، بينما تقضي المحاكم في فرنسا بالبراءة. والسائل في إنجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعه في حدود معينة ولا يتربّع عليها أي مسؤولية، وفي مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسؤولية، ويرى البعض المسئولية، والرأي الأول هو الراجح ... واختلف شراح القوانين في سبب ارتفاع المسؤولية، فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائي، وقال البعض إنه رضاء الجندي عليه، وقال البعض الأخير بأن الدولة تعذر الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها، فمن يمارسها فإما يمارس حقاً خوله له القانون، وممارسة الحق لا يترتب عليها مسؤولية^(١). وهذا الرأي هو أحدث الآراء وأرجحها، والعمل به يؤدي إلى نفس النتائج التي تؤدي إليها نظرية الشريعة الإسلامية. والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأي أن الشريعة ترى في ألعاب الفروسية واجباً على الأفراد، بينما هي طبقاً لهذا الرأي حق لا واجب ...

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص ٣٩٨، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ٤٢١ : ٤٢٢ ...

عوده ونظرية الشريعة أدق منطقا؛ لأن العاب الفروسيه ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخلقية والمربيه والاجتماعية، ولا توجد دولة اليوم إلا وتحضر عليها وتشجعها وتلقنها للنشء في المدارس كما تلقن العلوم الضروريه. بل إنها أصبحت من العلوم الأوليه في المدارس التي تعداد رجال الشرطة والجيش. وإذا كان لألعاب الفروسيه هذه المبررة في حياة الأمة، فمن المنطق أن تُعَدَّ واجبا على الأفراد لا حقا لهم؛ لأن الواجب هو ما لا يستطيع التخلص منه، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه...

تُعد ممارسة الرياضة ضرورة صحية، ولذلك فإن شريعتنا توجب على المجتمع توفير أسبابها، وتُعد كذلك من فروض الكفاية. والسبب هو أن صحة الأجسام تدخل ضمن الاستعداد للدفاع ومقاومة العدوان على الشعب والوطن، وما يدخل في باب الرياضة يرجع فيه إلى الرأى العام، وكثيراً ما تستحدث رياضات جديدة، ومن واجب الجماعة تنظيم ممارسة الألعاب التي قد يترتب عليها مخاطر معينة، والعرف هو الذي يضع لكل لعبة أصولها وقواعدها.

وطالما أن اللاعب التزم بأصول اللعبة، فإنه لا يؤخذ حتى ولو كان الفعل يكون جريمة، كجريمة الضرب في الملاكمة وأمثالها، أو يحدث ضرراً. لكن إذا خرج عن حدود اللعب أو قصد الإساءة فإن القواعد العامة تطبق بما في ذلك العقوبات الجنائية والتعويض المدني.

ولاشك في أن ممارسة الرياضة يكون عملاً اختيارياً، ومعنى ذلك أن من يشارك في اللعب يقبل مقدماً كل ما يدخل في نطاقها عرفاً.

وقد أصبح للرياضة أهمية خاصة في العصر الحاضر بسبب حماسة الجماهير وأندفاعهم في تأييد الفرق الرياضية، مما يترتب عليه مشاحنات ومصادمات، لذلك فإن القوانين الوضعية واللوائح ترداد لتنظيم التدريب على الرياضة وتنظيمها بل ومشاهدتها.

ولا تكتفى شريعتنا بفرض الكفاية على المجتمع، بل إن مزاولة الرياضة واجب فردي على كل مواطن ليُعد نفسه للدفاع عن نفسه وعن أسرته ووطنه. وقد أشرنا من قبل إلى أن ذلك هو أساس مبدأ الخدمة العسكرية الإجبارية، ولذلك فإن من أوائل عناصر هذه الخدمة التدريبات الرياضية التي ترفع مستوى الكفاءة الصحية. وإذا كانت بعض الدول تلغى مبدأ الخدمة العسكرية الإجبارية، فإن ذلك يجب اهتماماً أكبر بتشجيع الرياضة البدنية وتوفير أسبابها، لأن الفرد قد يضطر للدفاع عن نفسه وأسرته بل ووطنه برغم أنه لا يدخل ضمن الجيش النظامي ...

**الفرع الخامس
إهدار الأشخاص**

٣٧٣ . ممئى الله، لـ**إهـار** : الإهـار هو الإـاحـة، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله. فإذا وقع الإـار على نفس شخص أـيـح جـرهـ أو قـطـعـهـ أو قـتـلـهـ، وإذا وقع الإـار على طـرفـ شخصـ لمـ يـبـعـ منـ الشـخـصـ إـلاـ قـطـعـ هـذـاـ الـطـرفـ، وإذا وقع الإـار على مـالـ شـخـصـ أـيـحـ مـالـ كـيـابـاحـةـ مـالـ الحـرـبيـ. والمـقصـودـ منـ هـذـاـ الـبـحـثـ إـهـارـ الأـشـخـاصـ لاـ إـهـارـ الأـمـوـالـ ...
ونـسـتـطـيعـ أنـ نـعـرـفـ إـهـارـ الشـخـصـ بـأـنـهـ إـيـابـاحـةـ نـفـسـ الشـخـصـ أوـ طـرفـهـ، كـمـاـ
لـسـتـطـيعـ أنـ نـعـرـفـ الشـخـصـ المـهـدـرـ بـأـنـهـ مـنـ أـيـبـحـتـ نـفـسـهـ أوـ طـرفـهـ ...

سنقدم لقارئنا تعريفنا للإهدار قبل أن نعرض الأحكام الخاصة به. وسيرى القارئ أن بعض الأحكام التي ننتهي إليها تختلف عما قدمه فقيهنا. وسنده أنه نقلها عن بعض كتب الفقه، وحاجتنا أنها ننطلق من المبادئ الأساسية والنظريات العامة التي ذكر بعضاً منها في صدر بحثه لتأكيد أهميتها.

أول هذه المبادئ أن العقوبة الجنائية حق للمجتمع لأن نظامه وأمنه هو الجني عليه دائمًا في كل الجرائم بلا استثناء.

يتسق عن ذلك في ظرפנו أن الجزاءات الأصلية في جميع الجرائم هي تعازير تقررها الجماعة ويقدرها أولو الأمر الذين تفوضهم بذلك في نطاق مبادئ الإسلام وأصول شريعته، وأن عقوبات الحدود والقصاص التي أوجبتها نصوص الكتاب والسنة في بعض الجرائم المهمة هي عقوبات تطبق في حالات محددة وبشروط استثنائية تجعلها واجبة ومقدرة شرعاً، لكنها تسقط لأى شبهة، وسقوطها لا يلغى حق المجتمع في التعزير الذي هو الأصل في ظرפנו.

* * *

وحالات الإهدار التي نستعرضها في هذا الفرع هي قسمان يجب التمييز بينهما في ظرפנו :

أولهما، حالات الإهدار التي تبيح أفعال العداون على الأشخاص بعدها من أعمال القتال التي تحيزها حالة الحرب في جميع الشرائع وجميع العصور، وهذه الإباحة مقصورة في ظرפנו على أعمال القتال في حالة الحرب. وهنا يكون الإهدار مطلقاً وسبباً من أسباب الإباحة، لأن كل مقاتل يتعرض للقتل ويمارس حق الدفاع الشرعي عن شخصه، بل عن أمته، ووطنه، وعقيدته وهو حق مشروع لا جدال فيه.

* * *

أما القسم الثاني، فيشمل عقاب من ارتكبوا جريمة ليست حقوقاً بسببها عقوبة حد أو قصاص مقدرة وواجبة شرعاً.

لنا رأى يخالفه ونرى أن الاهدار المطلق يكون في حالة الحرب :

وثبوت استحقاق العقوبات المتلفة المقدرة لا يكون في نظرنا إلا بحكم قضائي بعد المحاكمة الشرعية. وهنا يكون الإهدار مطلقاً يبيح للقاضي بحسبانه مثل الجماعة أن يحكم بإدانة متوكب الجريمة وعقوبته المتلفة للنفس أو الأطراف.

فلا يباحة الكاملة هنا للقضاء الذي يمثل المجتمع في الحكم بالإدانة والعقوبة ويأمر بتنفيذها ويشرف عليه - لذلك تقتد الإباحة إلى من ينفذون العقوبة بأمره وتحت إشرافه.

أما بالنسبة للأفراد، فإنه لا توجد في نظرنا إباحة ولا إهدار كامل مطلق. فمن ينتقم من ارتكب جريمة عقوبها متلبة مقدرة دون حكم قضائي يبقى عمله جريمة معاقبا عليها في نظرنا، لكن عقوبته تعزيرية إذا كان قد اعتقاد أن من حقه أن يمثل الجماعة في معاقبة الجاني، في هذه الحالة توجد شبهة تسقط الحد أو القصاص ويراعى في تقدير الجزاء التعزيري ظروف الفعل والفاعل.

ومعنى ذلك، أن الإهدار هنا بالنسبة للفرد، ولو كان هو المجنى عليه، هو إهدار نسي محدود - في حالة الاعتداء على شخص يستحق عقوبة بدنية مقدرة (قتل أو قطع عضو) بسبب ارتكابه جريمة يعاقب عليها بتلك العقوبة حدا أو قصاصاً، ومعنى النسبة أنه يبيح للمجنى عليه أو ولد المدعي طلب القصاص من القضاء أو التنازل عنه.

رأينا إذن هو أن الإهدار في هذه الحالات يكون مطلقاً فقط للجماعة مثلاً في القضاء ومن ينفذون أحكامه، فعملهم مباح لأن الجماعة لها حق توقيع العقوبات وتنفيذها. ونرى أن الذي يمثلها هو القضاء والسلطة العامة وحدها، أما الأفراد فلا يجوز لهم تفعيل الحد أو القصاص، مباشة، يا، كذا، ما لهم هو الالتجاء للقضاء.

في نظرنا أن الإهانة بالنسبة للأفراد يكون نسبياً فقط، لأن ثبوت ارتكاب المجنى عليه فعلاً يستحق الجزاء الذي قررته الشريعة إنما يحكم به القضاء وحده، أما إذا قام الفرد بتوقيعه فقد يُعدُّ أن هناك مجرد شبهة تمنع فرض عقوبة الحد أو القصاص على من اعتبرى على شخص استحق تلك العقوبة، وهي شبهة تسقط الحد أو القصاص، بسبب أن الجاني معذور إذا اعتقاد أن له الحق في تنفيذ تلك العقوبة لأن المجنى عليه يستحق ذلك شيئاً وظنياً، أن من حقه تنفيذ العقوبة دون حاجة لحكم قضائي أو دعوى جنائية، وهذا

● لا نقر بحق الفرد في توقعه العقوبة الحد أو القصاص لأى سبب من الأسباب:

ظنن خاطئ، ولذلك فإن من يفعل ذلك يستحق التعزير عن الجريمة التي ارتكبها (وهو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم) - و فعله يكون جريمة عادمة تستحق التعزير الذي لا يسقط، ولو سقط الحد أو القصاص لوجود شبهه.

إن فعله من توقع عقوبة الحد أو القصاص على من يدعى أنه يستحقها شرعاً لم يكن مباحاً له في نظرنا، وإن كان مباحاً للقضاء الذي له وحده حق توقع العقوبات بجميع أنواعها مستعملاً حقاً ثابتاً للمجتمع، والذي يمثله هو القضاء وحده، ولا يجوز في نظرنا للأفراد أن يدعوا لأنفسهم الحق في توقع جزاءات جنائية بحججة أنها حدود أو قصاص أي عقوبات مقدرة مفروضة.

وقد أشرنا فيما مضى إلى أننا نلتزم بهذا المبدأ - وهو عمومية الدعوى الجنائية في جميع الأحوال، بما في ذلك الجرائم المعقاب عليها بالقصاص التي جرى كثير من الفقهاء على عَدِّ الدعوى حقاً للمجنى عليه فيها. وقد قلنا إن حق المجنى محصور في طلب العقوبة القصوى، وهي القصاص، لكن هذا الطلب لا بد أن يفصل فيه القضاء. والأمر كذلك من باب أولى في جرائم الحدود.

إن القصاص البدني عقوبة استثنائية مقدرة لسبب اعتداء على سلامة الأشخاص أو حيالهم، وقد قصد بها تأكيد مبدأ أساسى في شريعتنا هو تكافؤ الدماء وتساوي الأفراد في حقهم في سلامة الأبدان - نتيجة لمبدأ المساواة بين أفراد المجتمع.

وإذا كان هناك من يوصفون بأنهم مهذرون بسبب ارتكابهم الجرائم التي يعاقب عليها بالحد أو القصاص، فإن معنى الإهدار بالنسبة لهم هو أنه يباح للجماعة (بواسطة من يمثلها وهو القضاء) الحق بالحكم عليهم بالعقوبة المقدرة حداً أو قصاصاً، وبسبب إهدار دمهم أو سلامتهم أبدأ لهم - أو شرطه - هو الحكم القضائي عليهم بالعقوبة المقدرة، متى ثبت قضائياً ارتكابهم هذه الجرائم وأنهم يستحقون عقوبتها المقدرة بحكم القضاء. في هذه الحالة إذا بادر الجني عليه وولى دمه (في الجريمة الأولى) بالاعتداء على من يستحق عقوبة القصاص، فإن عمله جريمة (ثانية) يعاقب عليها لكن عقابه يكون تعزيزاً لأن استحقاق الجني عليه في هذه (الجريمة الثانية) عقوبة مقدرة حداً أو قصاصاً يصبح شبهة تسقط حق الجني عليه (في الجريمة الثانية) في أن يطلب

محاكمة مرتكب الجرائم من حق القضاء الذي هو وحده يمثل المجتمع :

القصاص من يعتدى عليه، ولاحق لولي الدم في ذلك من باب أولى (في حالة الوفاة) – لأن ثبوت ارتكابه الجريمة (الأولى) المعقاب عليها بالحد أو القصاص شبهة تسقط الحد أو القصاص عمن يرتكب ضده فعلاً مماثلاً لعقوبة الجرائم التي ارتكبها، لأننا نرى أن المبدأ الأساسي هو أن استحقاق الشخص عقوبة القصاص أو الحد لا يثبت إلا بحكم قضائي شرعى، فلا يكفى أن يدعى أى فرد آخر على إنسان أنه يستحق القصاص أو الحد لكي يباح له أن ينفذ هو تلك العقوبة .

وعدم توقع عقوبة الحد أو القصاص على من اعتدى على مثل هذا الشخص ليس إلا غرذجاً لاتجاه عام أشرنا إليه مارا - هو أن هذه العقوبات البدنية القصوى الاستثنائية يجب تضييق نطاق تطبيقها، معبقاء المبدأ الأصلى وهو التعزير لتأكيد الحصانة الخاصة التي تسbigها شريعتنا على حق الإنسان في حياته وسلامة بدنه إلى أن يصدر ضده حكم قضائى بعد محاكمة شرعية عادلة.

ونعتقد أن هذا الاتجاه لتضييق نطاق الحدود والقصاص يؤيده في عصورنا جميع من يدافعون عن حقوق الإنسان، وبعضاً منهم يتخلون بذلك حجة للاعتراف على عقوبة الإعدام والعقوبات البدنية عموماً ويلحقون في استبعاد عقوبة الإعدام، وقد سبقتهم شريعتنا لذلك بتضييق نطاقها، لأن وسطية الشريعة تستوجب التوفيق بين مقصدين من مقاصدها السامية، أوهما : وجوب الجزاء على الجريمة دائماً عندما ثبتت الجريمة بحكم قضائى - (لكرهه جزاء تعزيري في الأصل).

وثالثهما : عدم وجوب القصاص أو الحد كلما وجدت شبهة لأن تضييق نطاق العقوبات البدنية من المقاصد السامية لشريعتنا، لكن التعزير يبقى دائماً حفاظاً للجماعة، وهو واجب عندما يتعطل الحد لسبب الشبهة، والتعزير من حق القضاء الذى يمثل المجتمع وحده ولا يستطيع أى فرد أن يمارسه.

إن الذين يصررون على أن الحد أو القصاص هو العقوبة الأصلية يمكن أن يقولوا إن من اعتدى عليه في هذه الحالات لديه عذر شرعى هو شبهة تسقط الحد وتستوجب تخفيف العقوبة لتصبح تعزيراً، ويمكن القول إن النتيجة واحدة.

* * *

● إهدار مرتكب الجرائم نسبي للأفراد دائمًا :

رأينا إذن هو أن الإهدار يكون نسبياً فقط للأفراد الذين يعتدون على من ارتكب جريمة يعاقب عليها بالحد أو القصاص متى كان العداون الذي ارتكبوه يماثل العقوبة المقررة. لكن لا يجوز أن نقر القول بأن الإهدار يبيح للفرد الاعتداء على أخيه الإنسان، لأن الإباحة تكون فقط للجماعة التي يمثلها القضاء، الذي فوضته الجماعة في توقيع العقوبات جمعها باسمها ونيابة عنها. فإذا قضى القاضي المختص بالقتل على من يستحقه شرعاً فعله مباح لأنه دفاع شرعي عن الجماعة التي يمثلها مثل إباحة فعل المقاتل في حالة الحرب دفاعاً عن وطنه وأمته.

إن من يقتل إنساناً أو يتلف عضواً من أعضائه بحججة أنه مرتكب جريمة حدية أو أنه يستحق القصاص لا يعتدى على هذا الشخص فقط وإنما يعتدى على الجماعة التي لها الحق في العقاب على جميع الجرائم التي تخل بأمنها وأمن المقيمين على أرضها. فإذا كانت حرمتنا المجنى عليه أو ولدده (في الجريمة الأولى) من طلب القصاص، أو قلنا إن هناك شبهة توجب استبعاد عقوبة الحد والقصاص، فإن حق الجماعة باق دائمًا لايسقط ولها الحق في تعزير الجاني (في الجريمة الثانية) لأنه أخل بأمنها ونظمها⁽¹⁾ – يمثلها القضاء في ذلك.

لا يجوز في نظرنا قياس الإهدار النسبي في هذه الحالات على الإهدار الكامل الذي يبيح الفعل للمقاتل في الحرب أو للقاضي الذي يحكم بالإعدام أو الجلد على من يستحق هذه العقوبة.

ومع ذلك فإننا نلاحظ أن كتابات كثيرة في الفقه لا تفرق بين حالة الحرب وحالة مرتكب جريمة حدية (أو تستحق القصاص) ويُعدون الإهدار دائمًا من أسباب الإباحة أي من النوع الأول، وقد جاز لهم فقيهنا في ذلك، ولكن ذلك لا يلزمنا طالما أن المبادئ الأساسية للتشرعية تتعارض معه على النحو الذي بيناه.

(1) إن الذين لا يأخذون برأينا يمكن أن يصلوا إلى نفس النتيجة، لكن على أساس أن الجاني (في الجريمة الثانية) قد ارتكب جريمة سموها الافتخار على حق الجماعة بتوقيع عقوبة القصاص (على مرتكب الجريمة الثانية) وعقابها في نظرهم تعزير. وهذا هو ما قاله المرحوم الشيخ محمد الغزالى في شهادته في قضية اختيال فرج فوده – وسنفصل ذلك فيما بعد.

٣٧٤ - علة الإهدار : علة الإهدار الوحيدة هي زوال عصمة الشخص.

وتزول العصمة إما بزوال سببها، وإما بارتكاب الجرائم المهرة ...

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 الديمة، وعقد الهدنة وما أشبه. فبالإيمان تعصّم دماء المسلمين وأموالهم لقوله ﷺ: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بمحقها". وبالأمان تعصّم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله ﷺ: «يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» [المائدة: ١١] ولقوله ﷺ: «أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم» [التحل: ٩١]. وقوله ﷺ: «وإن جنحوا للسلم فاجنح لها» [الأنفال: ٦٦]. وقوله ﷺ: «فأنقوا إليهم عهدهم إلى استقاموا لكم فاستقيموا لهم» [التوبه: ٧]. وقوله ﷺ: «فأنقوا إليهم عهدهم إلى مدهم» [التوبه: ٤]. وقوله ﷺ: «وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه» [التوبه: ٦]. ولقوله ﷺ: "ذمة المسلمين عند شروطهم". وقوله : "إننا لا يصلح في ديننا الغدر". وقوله: "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل". وقوله: "إذا لقيت 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 مؤيد. فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل طال 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 الدولة الإسلامية وأي دولة غير إسلامية. ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة في دار الإسلام^(١) ...

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/١٠٦، أنسى الطالب ج/٤ ص/٢١٠، موهب الجليل الجزء الرابع ص/٣٦٠، المغني ج/١٠ ص/٥٧٨ ...

عودة والأمان المؤيد هو ما ليس له أجل محدود ينتهي به، ولا يكون إلا بعقد الذمة، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام، وعليهم في مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام^(١)...

والأصل أن الناس في العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام، وإما منكر له. والمنكرون على نوعين : إما مسلم للإسلام، وإما محارب له. فالمسلمون للإسلام من كان بينهم وبين دار الإسلام حالة سلم متبادل، أو عقد من عقود السلم، كعقد المدنة أو المودعة أو عقد الذمة. وأما المحاربون فهم من كانوا في حالة حرب مع دار الإسلام، ويسمى هؤلاء بالحربيين. وكل من عدا الحربيين من سكان العالم دماءهم وأموالهم معصومة إما بإسلامهم^(٢) وإما بمسالمتهم، أو بتعبير آخر إما بيماهضهم وإما بأمانتهم ...

وإذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان، فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذي قامت عليه. فالمسلم تزول عصمتها بردته وخروجها عن الإسلام، والمستأمن والعاهد والذمي ومن في حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أيامهم ونقض عهدهم. وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حربيين حكم الحربي الذي لم يكتسب عصمة. وإذا كانت العصمة تعني تحريم الدم والمال فإن زوالها يعني إباحة الدم والمال، وهذا هو الإهدار. ولما كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو حربي، فمعنى ذلك أن المرتد والحربي مهدران وسبب إهادارهما هو زوال عصمتهم ...
زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهدرة : وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان ونقض العهد، فإنها تزول أيضاً بارتكاب الجرائم المهدرة. والجرائم المهدرة هي الجرائم التي يجب عليها عقوبات مقدرة متلبة للنفس أو الطرف ...

والجرائم المهدرة هي على وجه الخصر :

- (١) الزنا من محسن. (٢) قطع الطريق أو الحرابة . (٣) البغي .
(٤) القتل والقطع المتعمدان . (٥) السرقة ...

(١) المغني ج / ١٠ ص / ٥٦٧، نهاية المحتاج ج / ٨ ص / ٨٠، بدائع الصنائع ج / ٧ ص / ١١٠ ...
(٢) راجع الفقرة رقم ٢١١ ...

عوده ويشترط في الجريمة المهدمة شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر، أوهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة، والعقوبات المقدرة محلها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة^(١). ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة للنفس أي قيلاً أو متلفة للطرف أي قطعاً ...
وإذا تختلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهدمة، فالسرقة التي لا قطع فيها كسرقة الألب من الابن؛ والقتل العمد العاقب عليه بالدية لا يُعدُّ أيهما جريمة مهدمة؛ لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة في حالة الديمة مقدرة، ومثل ذلك الزنا من غير محسن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة، ومن ثم فهي جرائم غير مهدمة، وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيراً ...

وارتكاب الجريمة المهدمة 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 تحتمل التأخير أو التهاون، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجنى عليه أو وليه، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيس منها، ولم يكن هناك ما يدعوه لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة ...

وإذا كان للمجنى عليه أو ولية العفو في عقوبة القصاص، فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة، لأن زوال العصمة في جرائم القصاص نسبي لا عام، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أوليه فقط، ويظل الجاني معصوماً بالنسبة للآخرين. فإذا عفا المجنى عليه أو ولية سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجاني معصوماً عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة ...

وفيما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أي جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية؛ لأن لولي 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 تزيل العصمة ولا تقدر الجاني ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها؛ لأن من الجائز أن يعفو ولـي الأمر عن العقوبة في اللحظة الأخيرة

(١) راجع الفقرتين : ٥١ : ١٠٣ ...

ما قاله عن أساس العصمة يتجاهل السبب الأول، وهو أن الله كرم بنى آدم جيئاً منذ بدء الخليقة بقوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَمْنَا بْنَ آدَم﴾ [الإسراء: 70]. وبهذا التكريم يكون مصدر العصمة هو الصفة الإنسانية - وهي صفة أصلية لجميع البشر وليس حقاً مكتسباً بسبب خاص كالإيمان أو الأمان؛ لأن القول بذلك يوهم البعض أن العصمة مقصورة على طائفة أو طوائف من بنى آدم دون غيرهم.

يؤيد نظرنا قوله: "إن القاعدة العامة في شريعتنا هي أن دماء الناس وأموالهم معصومة"، والآيات القرآنية العديدة التي ذكرها في أول هذا البند وخاصة قوله ﴿فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُم﴾ [التوبه: 7].

* * *

ولا نافق على عَدَّ الإهدار استثناء من هذا المبدأ العام إلا للمقاتلين في حالة الحرب أو بحكم القضاء لمتركي الجرائم على النحو الذي بيناه، ولذلك لا نافق على قوله: "إن العصمة تزول لصالح الأفراد" لأى سبب من الأسباب، لأن الإهدار في ظرنا نسي للأفراد دائمًا، وهو حالة مؤقتة واستثنائية (أقصى ما يمكن قوله هو أنه قد يؤدي لوجود شبهة تدرأ فيها عقوبات الحدود والقصاص إذا كان المجنى عليه مستحقاً هذه العقوبات في نظر الجان بحسب الشبهات، أو بعبارة أدق هي حالات قد تسقط فيها الحدود أو القصاص ويكتفى بالتعزير في جرائم الاعتداء الواقع من الأفراد على نفس هؤلاء الأشخاص أو سلامتهم أبدًا لهم).

* * *

أول حالات الإهدار الكامل المطلق هي حالة الحرب؛ إذ تجيز الشرائع جميعها القتل والقتال في حالة الحرب. وما أورده من آيات يدل على أن الشريعة تجيز القتل والقتال في حالة الحرب، كغيرها من الشرائع قديماً وحديثاً.

إن ما أورده من نصوص تجيز القتال أو توجيه إنما يدل على أن الإهدار إنما يكون كاملاً ومطلقاً في حالة الحرب وبسببها بالنسبة للمقاتلين وحدهم لا للأفراد جيئاً كما قد يفهم من قوله. يؤكّد ذلك آية سورة التوبه [رقم 6] التي أوردها بقوله ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلَغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ - وهي تقطع بأن المشرك ليس مهدر الدم في غير حالة الحرب بل يجب علينا قبوله إذا استجار

● لا نوافق على القول بأن الإسلام أو الذمة أو الأمان شرط للعصمة :

بسبنا وأن نبلغه المكان الآمن الذي يقصده - فلا يجوز بعد ذلك القول بأنه مهدر الدم في غير حالة القتال - ولا محل إذن للاستشهاد بهذه الآية على أن العصمة أساسها الإيمان أو الأمان بل الأصح في نظرنا أن أساسها هو الصفة الإنسانية وحدها.

يؤكد ذلك أيضاً ما ذكره من قوله عليه السلام : **(وإن جنحوا للسلم فاجنح لها)** [الأنفال: 61]. قوله عليه السلام : **(فما استقاموا لكم فاستقروا لهم)** [التوبه: 7]. فالأصل هو العصمة والسلم والأمان. والإهدار لا يكون إلا في حالة العدوان والقتال وبسببه، أي إذا لم يجذبوا للسلم بصفة جديدة صادقة بدون عدوان .

ولا نوافق على القول بأن ما يسميه الأمان المؤبد لا يكون إلا بعقد، إذ إن الأصل كما قدمنا هو السلم والعصمة والأمان المؤبد بين جميع بني آدم. وإشارته إلى كتب الفقه التي استند إليها في هذه الأقوال توجب علينا أن ننسب هذه الآراء إلى من قالوا بها أو إلى الفقهاء، لا إلى الشريعة التي تتسع لمذاهب متعددة وآراء مختلفة. والآراء المختلفة كلها تكون شرعية ما دامت تستند إلى نصوص القرآن والسنة النبوية، ومن بينها ما رأينا من أن أساس العصمة لجميع بني آدم هو الصفة الإنسانية.

على ذلك فإنه يمكننا أن نقول بأن الإهدار ليس معناه زوال سبب العصمة - وهي الصفة الإنسانية - بل سببه وجود حالة طارئة تبيح الفعل للمقاتل أو القاضي . هذه الحالة الطارئة الاستثنائية تعطل وجوب الحد أو القصاص (بل هي تبيح القتل للمقاتل أو القاضي) في حالات الإهدار الأولى، أما في الحالة الثانية للإهدار فإن الفرد يسقط عنه القصاص أو الحد لكنه يستحق التعزير.

* * *

الحالة الثانية للإهدار هي حالة الأشخاص الذين ارتكبوا جرائم يعاقب عليها بالقتل أو القطع، أو ما سمياه جرائم تستحق بسببها عقوبات مقدرة للنفس أو الطرف، (وذكر منها الردة بصفة خاصة).

ونحن نؤكد أن الإهدار في هذه الحالة يكون كاملاً للقضاء ومن ينفذون أحکامه فقط، لأن العقوبات في الشريعة الإسلامية لا يفرضها إلا حكم القضاء بعد محاكمة عادلة تعرض فيها أدلة الاتهام والدفاع ويوازن القاضي الشرعى بينها قبل إصدار الحكم بالعقوبة سواء كانت حداً أو قصاصاً أو تعزيراً.

لاحق لأى فرد في تنفيذ العقوبة :

* * *

وعلى ذلك فإن ما نقله عن بعض الكتب من أن الفرد العادى له الحق في توقيع تلك العقوبات أو أى عقوبة جنائية أخرى هو رأى لا محل له في نظرنا، ولا يجوز إقراره لأنه يهدى نظام المجتمع وأمنه من أساسه، ويطلق الحرية لجميع الأفراد للحكم على غيرهم بعقوبات جنائية وتنفيذها خارج ساحة القضاء، وتصبح الحالة فوضى لا تقرها شريعتنا.

يؤكد اعترافنا أنه قال إن الفرد له الحق في توقيع العقوبات القصوى المقدرة حدا أو قصاصاً، لكن لا يجوز له التغذير لأن تحديد العقوبة فيها للقاضى أى الحاكم، فلا يسمح لنا المنطق أن نحيز للفرد توقيع عقوبة القتل والقطع ونحرم عليه توقيع عقوبات أقل لأنها تعدّ تعذيراً، وإنما الواجب أن يكون القضاء الشرعى هو وحده المختص بالمحاكمات والعقوبات جميعها - والقضاء ليس حررا في الإجراءات، بل يجب أن تسمع الدعوى وتقدم الأدلة وتناقش بالطريق الشرعى العادل الذى يمكن المدعى عليه من سماع الأدلة والدفاع عن نفسه...

فكل ما قاله استطرادا مع هذا الرأى لا محل له في نظرنا ولا نوافق عليه. يؤكد ذلك أنه قال إنه "بعد صدور الحكم بالعقوبة لا يجوز لأى فرد تنفيذها"، بل ذلك من اختصاص أولياء الأمر لأن لهم العفو عن العقوبة. إنه يقصر هذا القول على العقوبات التعذيرية بدون سند يقدمه سوى أنه نقله عن بعض الفقهاء، في حين أنها نرى أن الأصل الشرعى هو أن القضاء وحده هو الذى يمثل الجماعة في توقيع العقوبات وتنفيذها جميعها، وهذه قاعدة عامة ومبدأ أساسى في شريعتنا لا يمكن تجاوزه بناء على أقوال بعض الكتاب أو الفقهاء.

ونضيف أنه إذا صح هذا في عقوبات التعذير على حد قوله، فهو أولى في الحدود والقصاص. ثم إنه إذا لم يحيز للفرد أن ينفذ عقوبة بعد صدور الحكم بها فإنه من باب أولى لا يجوز له أن ينفذها أو يفرضها قبل الحكم والمحاكمة الشرعية العادلة.

لذلك فإننا نعترض على قوله إن العصمة تزول من وقت ارتكاب الجريمة، لا من وقت الحكم بالعقوبة، ولا نوافق على القول بأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة؛

في نظرنا أن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل (سياسة):

لأن ارتكاب الجريمة لا يثبت شرعا إلا بحكم من القضاء المختص، أما قبل ذلك فهو اهان فقط، وكل شخص معرض للإهانة ولأنرى أن مجرد الإهانة يكفى أساسا للإهانة. من ناحية أخرى يشير إلى أن عقوبة التعازير يمكن أن تصل لحد القتل سياسة - لكننا سبق أن استبعدنا هذا القول لأن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل في نظرنا - مراعاة للمبدأ الذي تميّز به شريعتنا وهو تضييق نطاق العقوبات البدنية وأوّلها القتل؛ فلا يجوز توقيعها إلا في حالة الحد أو القصاص المقرر بنصوص شرعية وال الصادر به حكم قضائي صحيح.

٣٧٥- المهدرون : ونخرج مما سبق بأن المهدرين هم :

(١) الحري . (٢) المرتد . (٣) الزاني المحسن . (٤) المحارب .

(٥) الباغي . (٦) من عليه القصاص . (٧) السارق .

ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة وهذا سنتكلم عليهم واحداً بعد الآخر فيما

يأتي:

التعذيب الذى قدمه لمن يُعدُّون مهدرين يوجب علينا أن نفرق بين قسمين: الأول من تماهم حربىين، والثانى مرتكبو جرائم يعاقب عليها بعقوبات بدنية مقدرة حدا أو قصاصا.

علة الإهدار بالنسبة للقسم الأول فى نظره هي انتهاؤهم إلى دولة حرية. أما فى ظرنا، فهو حالة القتال فى الحرب لأن المقاتل يكون فى حالة دفاع شرعى عن نفسه ووطنه وشعبه وأمته.. ويواجه عدوا يُعدُّه مقاتلا يقصد قتله إذا لم ييادره هو بدفعه بالقتل . أما القسم الثانى فالعلة هي أن المهدرين فى نظره قد ارتكبوا جرائم عقوبتها القتل أو قطع الأطراف حدا أو قصاصا. أما فى ظرنا فالعلة هي ثبوت ارتكابهم هذه الجرائم بحكم القضاء الشرعى، ولا يكفى مجرد الاتهام الذى يوجهه الأفراد فى ظرنا ..

* * *

وسوف نتابع معه أحکام كل صنف من الأصناف السبعة التي أوردها. وقبل ذلك لشير إلى أن اختلافنا معه فى سبب الإهدار يؤدى إلى اختلاف أهم فيما يترب عليه من آثار.

فرأينا هو أن أثر الإهدار المطلق الكامل الذى يجعل الفعل مباحا مقصور على المقاتلين فى حالة الحرب، وعلى القضاء ومن ينفذون أحکامه شرعا فى حالة من يثبت عليهم ارتكاب جريمة يترتب عليها الإهدار .

أما بالنسبة لغير هؤلاء، فإن الإهدار يكون نسبيا فقط، وهو رفع الأمر للقضاء ليوقع العقوبة بعد ثبوت الجريمة. أما إذا قام الفرد بتوقيع العقوبة دون التجاء للقضاء ففعله جريمة عادية (لكن يجوز عدم تطبيق العقوبات البدنية المقدرة حدا أو قصاصا إذا كان المجنى عليه من المهدرين وأقدم المجنى عليه أو أحد الأفراد على ارتكاب فعل ضدهم تماثل لما ارتكبواه ظنا أن له الحق فى ذلك - فيجوز فى ظرنا سقوط الحد أو القصاص على من يعتدى عليهم لكنه يستحق عقوبة تعزيرية لأن فعله لم يكن مباحا له⁽¹⁾ ... وكل ما هنالك أنه يمكن القول بوجود شبهة).

(1) وقد أشرنا في هامش حاشيتنا على البند 373 إلى أن بعض من يقولون بجواز التعزير في هذه الحالة يسوّغونه باله ارتكب جريمة الافتياض على حق المجتمع (أو ولـي الأمر). والقائلون منهم بجواز القتل تعزيرا يصلون إلى نتيجة شاذة في ظرنا ولا تتوافق عليها.

قوله هو السائد في الفقه، ولكننا نخالفه :

أما الاتجاه السائد في الفقه الذي يعرضه فقيهنا فهو يُعدّ عمل الفرد الذي يرتكب هذه الجرائم ضد المهردين عملاً مباحاً لا يكون جريمة، بل إنه واجب في نظره في بعض الأحيان. فكأن ما يسميه الإهدار هو في جميع الحالات نوع واحد وهو من أسباب الإباحة – وهو قول لا يمكن أن نصل إليه ولا نقره.

٣٧٦ - أدلا : الحربي : هو أصلاً من ينتمي لدولة في حالة حرب مع الدولة الإسلامية، وهو أيضاً من كان معصوماً بأمان أو عهد فانتهىأمانه أو نقض عهده ... ومن المتفق عليه أن الحربي مهدر الدم، فإذا قتله شخص أو جرحة فقد قتل أو جرح شخصاً مباح القتل والجرح؛ ولا عقاب على فعل مباح. وإنما يعاقب الفاعل في بعض الحالات؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً ما اختصت نفسها به ... ولا عقاب على قتل الحربي إطلاقاً إذا قتل في ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس في غير ميدان الحرب، وفي هذا يتحقق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية ...

أما إذا قتل الحربي في غير ميدان الحرب لغير مقتضى، كأن ضبط في دار الإسلام أو استئمر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما، فإن القاتل لا يؤخذ بحسباته قاتلاً؛ لأن الحربي مباح الدم طبقاً للشريعة، وضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفتة كحربى فيبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسؤولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل. وإنما المسئولية تأتي من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التي يوكِل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتاته على السلطة العامة ...

وقتل الحربي في ميدان الحرب وفي حالة الدفاع عن النفس يُعدُّ واجباً، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجباً عليه ...

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التي تُعدُّ الفعل قاتلاً عمداً وتعاقب عليه على هذا الاعتبار، وإن كان الذي يحدث عملاً أن المحاكم تقدر ظروف الجاني والمجني عليه، وتقضى على الجاني بعقوبة مخففة بقدر الإمكان ...

والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية في عقاب القاتل، ولكن الخلاف واقع في تكييف الفعل المعقاب عليه، فالقوانين تُعدُّ قاتلاً، والشريعة تُعدُّ افتياناً على السلطات العامة ...

التعريف الذي قدمه للحربى المهدى بسبب الحرب هو انتهاه الدولة في حالة الحرب مع دولة الإسلام، ومعنى ذلك أن جميع رعايا الدولة المعادية التي تحارب المسلمين دمهم مهدى ويباح الاعتداء عليهم لكل فرد مسلم حق ولو لم يكن مقاتلاً أو مجاهداً. هذا التوسيع لا يمكن الوصول إليه إلا في حالة الحرب الشاملة، أي حرب الإبادة التي لا يكتفى فيها العدو بمواجهة جيوبتنا، بل يتعمد إرهاب المدنيين ومطاردهم بقصد إسادهم وإجبارهم على الهجرة بحجج "التطهير العرقى" ليحل محلهم مهاجرين يستوردهم من الخارج.

في غير هذه الحالة فإن هذا التوسيع لا نقره، لأنه يتجاوز السبب في الإهدار في نظرنا – وهو حالة الحرب وما تحيزه من قتل وقتل متبادل. فالإهدار الكامل في حالة الحرب العادلة مقصور في نظرنا على من يُعدّ مقاتلاً في حالة الحرب القائمة. أما غيره من رعايا الدول الخاربة لنا إذا كان مسلماً، فلا نرى أن يصل إهدارهم إلى حد إبادة قتلهم إلا إذا ثبتت مشاركتهم في القتال أو ما يسمى "بالمجهود الحربي للعدو" – وتقدير ذلك مسألة موضوعية تختلف باختلاف الزمان والمكان، مع ملاحظة أن القانون الدولي الوضعي حالياً يجيز اعتقال المدنيين من رعايا الأعداء وعذابهم أسرى حرب حتى تنتهي حالة الحرب.

ولم يقدم لنا ما يقصد "بحالة الحرب"، وهي في نظرنا أمر تقديرى؛ ولكن المعيار يرجع إلى صفة من يرتكب الفعل ونيته وغايته من اعتدائه على "الحربى"؛ فإن كان من يُعدّون أنفسهم في حالة جهاد مع "العدو" الذي أوجبت الشريعة مقاومة عدوه على أرض المسلمين أو أوطانهم، فهو يُعدّ نفسه في حالة دفاع شرعى عن الوطن والشعب ومقاتلاً في حالة حرب، وله حقوق المقاتلين في ساحة المعركة التي يجوز لكل من يساهم فيها القتال لأنه يتعرض هو أيضاً للقتل، فهو في حالة دفاع شرعى ... ولذلك يكون عمله مباحاً لأنه في معركة جهاد وحرب ولو أدى ذلك إلى القتل أو المساس بسلامة الأجسام. لكن تقديره يخضع لحكم قاضي الموضوع الذى له الحق في مراجعته.

الجهاد واجب فردي لا يرتبط بحالة الحرب طالما وقع العدو ان على أرض المسلمين:

مشكلة معاصرة :

المشكلة التي نواجهها في العصر الحاضر هي تحديد المقصود بحالة الحرب. وذلك لأن ما يسمى بالقوانين الدولية المعاصرة كانت تعرف الحرب بأنها لابد أن تكون بين دولتين وجيدين نظاميين، وعندما اضطروا للتوسيع في ذلك في حالة الثورات "والحروب الأهلية" قرروا "الاعتراف بصفة المعارضين" للثوار أو المقاتلين من غير أفراد الجيوش النظامية الذين يكونون عصابات أو جماعات على قدر معين من التنظيم والأهمية، ويمكن أن يتزموا بما يُعد من "قوانين الحرب" على سبيل التبادل، إذا التزم بها الجيش أو النظام الذي يطاردهم .

وفي شريعتنا يوجد مبدأ الجهاد الذي يفرض على كل مسلم أن ينفر للدفاع ضد العدو الذي يهاجم دار الإسلام، وهي كل أرض يسكنها شعب مسلم يهاجمه عدو بقصد احتلال بلاده أو فرض سيطرته عليهما، ومن باب أولى إذا كان يقصد إبادة الشعب لتسكين من يجلبهم من المهاجرين مخلهم، أو يقصد ما يسمى "التطهير العرقي" أي إبادة طائفة من البشر ليسوا من جنسه أو طائفته .

* * *

من أهم مزايا شريعتنا الغراء أنها تعنى بالأصول العامة التي تفتح أمام الفقه آفاق الاجتهاد وتتنوع الأحكام وتتطورها حسب مقتضيات ظروف الزمان والمكان. لذلك عيّت شريعتنا مبدأ الجهاد - تجعله فريضة وواجبًا على الأمة وعلى جميع أفرادها - لكنه في الأصل واجب كفاية، يعني أنه إذا قام به فريق من الأمة فإن هذا يكفي ويسقط الواجب عن الباقي.

لكن هناك حالات يرى فيها فقهاؤنا أن الجهاد يصبح فرض عين على كل مسلم ومسلمة - سواء في ذلك الكبار أو الصغار، الرجال أو النساء - كل في حدود قدراته واستطاعته .

لذلك فإن الجهاد ليس مقصورا على حمل السلاح والقتال، لكن شريعتنا وسعت في مضمونه، فكل ما يلزم لمواجهة الخطر ودفعه يكون جهادا، ومن أهم صوره الإنفاق على المُحَاهِدِين وأسرهم - وهذا هو الإنفاق أو الجهاد بالمال - ويلتزم به كل فرد في حدود استطاعته .

﴿مَنْ يَصْبِحُ جِهَادَ الْعُدُوِّ فَرْضًا عَيْنَ عَلَىٰ كُلِّ مُسْلِمٍ وَّمُسْلِمَةٍ﴾

وهذه قاعدة مهمة في عصرنا حيث تنوّعت أساليب العدوان ووسائل الهجوم وشّلت ما نراه من حصار اقتصادي ومقاطعة دبلوماسية واقتصادية وحصار بحري وجوى.. إلخ. فلا بد مقابل ذلك من تنوّع أساليب الجهاد والمقاومة في مجال المال والاقتصاد وبخاصة "المقاطعة الشعبية الاقتصادية" التي أصبحت من أهم أسلحة الشعوب المستضعفة التي لا تستطيع أن تواجه القوة العسكرية المتفوقة لأعدائها.

* * *

وقد أفضى فقهاؤنا في بيان الحالات التي يصبح فيها "الجهاد" فرض عين على جميع الأفراد، وأهمها ما وصفوه بأنه هجوم "العدو" على أرض المسلمين بقصد احتلالها أو السيطرة عليها أو إبادة أهلها. وقالوا إن القتال في هذه الحالة يكون واجبا فرض عين على كل قادر سواء كان رجلا أو امرأة، كبيرا أو صغيرا، وليس مجرد فرض كفاية كما هو الأصل.

وأضافوا أنه يجب على الفرد القادر أن ينفر للقتال تلقائيا دون حاجة لإذن وليه. فالمرأة تخرج دون استئذان زوجها، والصبي يخرج دون استئذان والده. ومن باب أولى لا يحتاج هؤلاء لاستئذان الإمام أو الأمير أو الحاكم أو الدولة أو السلطان أو غيرهم من "أولياء الأمر".

* * *

الأهم من ذلك أن ما يجب على المجاهد فعله أو ما يباح له من أفعال يتفاوت حسب قدرته وتقديره - وكل ما يشترط لإباحة الفعل أو وجوبه هو أن يكون لازما لمواجهة العدو وأن يقصد به دفع العدوان. وما دام الأمر واجبا شخصيا على الفرد فإن له تقدير ذلك .

وموضوعنا الآن مقصور على أعمال القتال التي تكون جرائم عدوان على حياة الأفراد أو سلامتهم أبدا لهم - وبعثنا يدور حول شروط إباحة تلك الأفعال، ولمن تكون مباحة، وضد من تكون مباحة. الأصل أنها تباح للمقاتلين ضد المقاتلين. فمن هم المقاتلون من الطرفين ؟

* * *

المغفون من الجهاد بنص القرآن هم من بهم عاهة :

إن الحرب والقتال ليس له طرف واحد، بل إن فعل كل طرف له أثره على أفعال الطرف الآخر. وما دام المسلمين المجاهدون يدفعون عدواناً على بلادهم، فإن أقل ما يباح لهم هو معاملة العدو بمثل فعله تطبيقاً للمبدأ القرآني: «فاعتدوا عليهم بمثل ما اعتدى عليكم» [البقرة: 194]. فإن كان يقتل جاز لهم القتل، وإن كان يطرد جاز لهم الطرد، وإن كان يؤسر أو يستبعد جاز لهم الأسر والاستبعاد – وهذا هو أساس بقاء الفرق في الإسلام لمعاملة الأعداء بالمثل – وتقدير ذلك متوكلاً للمجاهد الذي نفر للمواجهة مع الأعداء ويواجه مخاطرها .

بل أكثر من ذلك أنه إذا عجز عن استعمال أسلحة مماثلة لأسلحة العدو، فإن له الحق في أن يستخدم ما لديه من أساليب ليست مماثلة لها وإنما هي – في تقديره – توارها أو لا تزيد عنها .

فيإذا كان العدو لديه طائرات وصواريخ ومدفعية ثقيلة تصيب المدنيين في المدن والقرى لا يملكونها المجاهدون، فإن من حقهم استخدام الهجمات الاستشهادية في مدفعهم وقراهم ... ومن باب أولى يجب عليهم المقاطعة الاقتصادية لإضعاف اقتصادهم وخاصة من لا يقدرون على القتال .

فالجهاد في شريعتنا هو الحرب، بل هو الحرب المقدسة المفروضة على أفراد المسلمين جميعاً، ونصوص القرآن عديدة في تذكير المسلمين بهذه الفريضة وإنذارهم بالعقاب الشديد إذا هاولوا فيها.

بل إن الواجب الذي فرضته شريعتنا يشمل الاستعداد للقتال وإعداد المجتمع وأفراده وصنع السلاح له – بقوله تعالى: «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل...» [الأنفال: 60].

وأشارت النصوص إلى مقياس القدرة وعدم القدرة على القتال بالنسبة للأفراد، فأشار القرآن إلى أنه ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج.. إلخ.

﴿إِذَا قَامَ الْعُدُوُّ بَعْدَ وَانْ عَلَى الْمُدْنِينَ فَلِلْمُسْلِمِ مُعَالَتَهُ﴾

بالمثل.. في حدود استطاعته :

ومعنى ذلك أن غير هؤلاء يُعدُّون قادرين على القتال ويجب عليهم أن ينفروا للقتال، بل وأن يعدوا أنفسهم ومن هم في ولائهم له جسمياً وصحياً وعتاداً وسلاحاً .. وما لا ..

لكن من لا يقدر على القتال يتبعن عليه الجهد بالوسائل التي لا يعجز عنها، مثل توفير المال للمجهود الحربي أو المقاطعة الاقتصادية والعنابة بالجرحى والاتفاق على أسر المقاتلين - والحديث يقول "من خلف مقاتلًا في أهله فقد جاهد".

* * *

والجهاد **بـهـذا الشـمـول** والعموم في شريعتنا ليس واجباً مقصوراً على الدول والجيوش - والحكومات - والهيئات التي تمثل الأمة في مجموعها، بل هو أعم من ذلك وأشمل لأنـه فـريـضـة على جميع الأفراد رجالاً ونساءً كباراً وصغاراً، طالما كانوا قادرين عليه، وفي حدود قدرـهمـ، ويـكونـونـ بذلكـ مجـاهـدـينـ وإنـ لمـ يـكـونـواـ جـنـودـاـ فيـ جـيـشـ نـظـاميـ. وهذاـ هوـ أـسـاسـ المـقاـوـمـةـ الشـعـبـيـةـ الـقـاتـلـةـ التيـ قـاتـلـتـ هـاـ جـمـيعـ شـعـوبـناـ ضدـ هـجـمـاتـ القـوىـ الـأـجـنبـيـةـ الـمـعـتـدـيةـ منـ تـكـرـرـ العـدـوـانـ الـاستـعـمـارـيـ والإـمـرـيـالـيـ علىـ شـعـوبـناـ وبـلـادـنـاـ. وهذاـ هوـ سـرـ اـنـصـارـاـهـاـ عـلـىـ أـعـدـائـهـاـ وإـقـبـالـ أـفـرـادـهـاـ عـلـىـ التـضـحـيـةـ والـاسـتـشـهـادـ.

ولذلك **فـإـنـ الـمـعـتـدـيـنـ عـلـىـ بـلـادـنـاـ الطـامـعـيـنـ** في فرض سيطرـهمـ علىـ شـعـوبـناـ أوـ إـبـادـهـاـ فيـ العـصـرـ الـحـاضـرـ حـدـدواـ هـدـفـاـ لـهـمـ فيـ سـيـاسـتـهـمـ وـدـعـاـيـهـمـ وـهـوـ إـبـادـنـاـ عنـ شـرـيـعـتـنـاـ منـ أـجـلـ استـبعـادـ هـذـاـ الـمـبـدـءـ الشـرـعـيـ وـإـلـغـائـهـ أوـ تـشـويـهـهـ ليـصـلـوـاـ إـلـىـ إـنـكـارـ صـفـةـ الـخـارـجـيـنـ عـلـىـ الـجـاهـدـيـنـ، بلـ يـرـيدـونـ أـنـ يـصـفـوـهـمـ بـأـنـهـمـ مـتـنـطـرـفـونـ أوـ أـصـولـيـونـ أوـ مـعـرـمـونـ أوـ إـرـهـابـيـونـ".

* * *

مقابل ذلك هناك مشكلة أدق، وهي تحديد صفة المقاتل في جانب الأعداء، فلم يعد هناك من يحصر هذه الصفة في الجنود النظاميين في جيوش الدولة المعادية، بل تضاف إليها ثئات متعددة. وهناك ما يسمى بالمليشيات، التي تنشأ حتى في حالة السلم وتمارس القتال في حالة الحرب ..

● لا يستباح العدوان على المدنيين في غير هذه الحالة وفي حدودها :

وفي الحروب تضرب الطائرات بجحيم ما تسميه "الأهداف العسكرية" التي يتسع نطاقها كل يوم فتشمل المصانع والطرق والقناطر والسكك الحديدية ومراكز القيادة ومعسكرات التدريب بل والقوى العاملة في الصناعة المساندة... إلخ. وبذلك لم يعد ينجو من قنابل الطائرات أحد من سكان المدن الكبرى بل والقرى لسبب أو لآخر. فإذا كانوا هم يعتدون على المدنيين في بلادنا فلنا الحق شرعاً في معاملتهم بالمثل، امثالاً لقوله ﷺ : **«فَاعتُدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدُتُمْ عَلَيْكُمْ»** [البقرة: 194].

* * *

في عصرنا الحاضر هناك إذن توسيع في تعريف المقاتل في جانبي المعارك وخط القتال، حتى أصبحت الجماهير المدنية في الجانبيين تُعدُّ من ضمن الأهداف "العسكرية"، خصوصاً إذا كانت متحمسة للقتال مؤيدة للعدوان مساندة له .. وفي الوقت نفسه أصبح أفراد الأمة المدافعة عن حريتها ووطنهما يُعَدُّون أنفسهم جيئوا مقاتلين طالما أن هناك عدوا يحتل جزءاً من بلادهم وينكر عليهم حريتها وحقوقهم في تقرير مصيرهم .. وبذلك أصبحت الحرب شاملة في الجانبيين.

لذلك أمكن القول بأن من يسمون "حربيين" في حالة الحرب الشاملة أصبحوا يتسعون ليشملوا جميع مواطنى العدو بعد أن كان هناك محاولات لوضع حد فاصل بين المقاتل وغير المقاتل في جانبي خط المواجهة في حالة الحرب، وأصبح من الصعب رسم خط يفصل بين المقاتلين ومن يسمون مدنيين في الجانبيين.

ومهما يكن التوسيع في تعريف المقاتلين على النحو السابق، فإن أساس الإهانة مواطنى الأعداء يبقى دائماً في نظرنا هو عَدُوهم مقاتلين أو داخلين في نطاق من يقاتلون. وعلة الإهانة ليست هي الجنسية أو الانتماء لدولة معادية أو معتدية، بل هي كما قلنا حالة الحرب وصفة المقاتل مهما يكن التوسيع فيها في الجانبيين ومهما يكن الخلاف حول توافر هذه الصفة .

هذا فإن القول ياehler دم الماربين لا يجوز أن يفهم منه أن لكل مسلم أن يقتل أي فرد ينتمي للدولة المعادية لنا، لأى سبب، بل وبدون سبب. بل الصواب في نظرنا هو تأكيد العلة الشرعية لإباحة القتل والقتال وهي حالة الحرب وما يلزم لها من استعمال جميع أعمال القتل والقتال من المقاتلين في الجانبيين.

كل ما هنالك أن الحرب ليست لها صورة واحدة، ولا يمكن أن نحدد معنى ثابتنا واحداً من جانبنا؛ لأن المعتدين يتذمرون وسائل العدوان، فعليينا أن نتذكر نحن وسائل الدفاع وأساليبه وما يجب للاستعداد له. ومبدأ الجihad في الإسلام له صفة المرونة والشمول لتمكن أفراد الأمة وجماعاتها وجيوشها من مواجهة الأعداء بكل ما يلزم لذلك من أسباب القتال والإعداد له دفاعاً عن أوطافهم وشعوبهم وعوائدهم وحربياتهم.

* * *

ولاشك في أننا واجهنا في الأيام الأخيرة حملة إبادة قصد بها تفريغ بعض أقطارنا من سكانها المسلمين لإحلال غيرهم مكانهم، ويكتفى أن نذكر فلسطين والبوسنة وكوسوفو والشيشان، وهذه حرب شاملة لا بد من تمكن المجاهدين من استعمال جميع أساليب القتال التي يتذمرونها لمواجهة القوى التي تعتمد علينا.

في هذه الظروف يحاول أعداؤنا تجريد شعوبنا من سلاح العقيدة أو أن يعطليوا أحکام شريعتنا التي تفرض علينا الجهاد بجميع وسائله وصوره الشاملة، ويستخدمون أساليب عديدة لتشكيك المسلمين في التزامهم بفرضية الجهاد، حتى وصلوا إلى تسمية بعض منظمات المجاهدين بأنهم "إرهابيون" مجرمون - ووجدوا من بعض المخدوعين المستخاذلين والمنافقين من يساهم في حملة التشكيك التي هدف لاقتلاع مبدأ الجهاد واستبعاده من عقيدتنا وشريعتنا ومجتمعاتنا .. فيجب الاحتراس من ذلك.

مع ذلك كلّه، وبناء على ما تقدم، فإن الفرد العادي الذي لم ينفر للقتال ولم يستحمل مخاطر الجهاد ومسئولياته لا يجوز في ظرورنا أن نبيح له قتل إنسان مجرد أنه مواطن لدولة كافرة أو معادية لنا طالما أنه لم ينسب إليه المساعدة في العدوان على شعوبنا وأوطاننا، بل تطبق عليه القواعد العامة ويعُد فعله جريمة عادلة. وأقصى ما يمكن قوله في هذه الحالة أنه يعفى من العقوبات المقدرة قصاصاً أو حداً، لوجود شبهة في أنه اعتقاد ولو خطأ أن من حقه قتل أي فرد من أفراد العدو، ولذلك يكون مستحضاً للتعزير في ظرورنا. ونحن نعلم مدى اتساع نطاق التعزير بما يمكن القاضي من تقدير العقوبة المناسبة للفعل والاعتبارات التي دفعت مرتكبه إلى الإقدام عليه.

 **نَحْنُ نَعْدُ الْفَعْلَ جَرِيمَةً عَادِيَةً جَزَاؤُهَا التَّعْزِيرُ :**

ونعتقد أن هذا هو ما قصدته فقيهنا من قوله في نهاية البند إن الجريمة في هذه الحالة هي تعزير لأنها افتئات على السلطة العامة أى سلطة القضاء والحكومات والجيوش، وإن كنا لا نعرف بهذا الوصف، وإنما نعْدُ الفعل جريمة عادية لكن عقوبتها التعزير فقط.. الذي تؤكد دائما أنه هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم.

عودة ٣٧٧

ثانياً : المرتد : المرتد هو المسلم الذي غير دينه، فالردة مقصورة على المسلمين ولا يُعدُّ مرتدًا من يغير دينه من غير المسلمين ...
 ويُعدُّ المرتد مهدر الدم في الشريعة^(١)، فإذا قتله شخص لا يعاقب بعده قاتلاً عمداً سواء قتله قبل الاستتابة^(٢) أو بعدها؛ لأن كل جنائية على المرتد هدر ما دام باقياً على ردته ...

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها، فيعاقب على هذا لا على فعل القتل في ذاته. وعلى هذا الرأي فقهاء المذاهب الأربع^(٣). إلا أنه في مذهب مالك رأي مخالف^(٤) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال، وحجتهم أن المرتد تجب استتابته، فهو بعد ردته كافر، فمن قتله فقد قتل كافراً محروم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال؛ لأنه هو الذي يرث المرتد، فكان أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة، ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي هدم رأيهم. ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلماً عصمه الإسلام، فلما كفر زالت عصمتها، وأن الكفر لا يعصم صاحبه، وإنما الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما، والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن عدُّه معصوماً بعد كفره .

(١) يُعدُّ المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوماً بالإسلام، فلما ارتد زالت عصمتها فأصبح مهذراً، وثانيهما أن عقوبة المرتد في الشريعة القتل حداً لاتعزيراً لقوله عليه السلام: "لا يحل قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحسان، وقتل نفس بغير نفس"، ولقوله: "من بدل دينه فاقتلوه". فعقوبة الردة عقوبة متلفة، وعلى هذا تُعدُّ الردة من الجرائم المهدرة إذا نظر إلى عقوبتها، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل في العصمة فقد نظر في الإهدار إلى الوجه الأول دون الثاني... .

(٢) يشرط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد، فإن لم يتب قبل حداً ...

(٣) البحر الراقي الجزء الخامس ص/١٢٥، الإقتحام الجزء الرابع ص/٣٠، المهدب الجزء الثاني ص/٢٣٨، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٣ ...

(٤) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/١٢٧ ...

عوده ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افسياته واستهانته بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاقبة المرتد، فإذا كانت لا تعاقب على الردة كما هو حادث اليوم في مصر وغيرها من بلاد الإسلام، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتباره مفتاناً عليها؛ لأنه لا يُعد مفتاناً إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة، فإذا كانت قد أهللت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال ...

والقاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المقصوم معصوم على أنداده. فالممرتد غير معصوم ولكنه معصوم على شبيهه^(١) فلا يباح دمه لمرتد مثله، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيما بعد، بخلاف ما لو قتله مسلم فإنه لا يُعد قاتلاً، وكذلك لوقتله ذممي على الرأي الراجح^(٢). ويطبق الشافعيون قاعدتهم هذه على كل المهررين، ولكن الفقهاء الآخرين لا يأخذون بهذه القاعدة ...

وقتل المرتد يُعد واجباً في الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقاً لأن عقوبة الردة من الحدود، وهي وجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها، ولا يعفي الأفراد من هذا الواجب أن يعهد إقامته إلى السلطات العامة، ولا يسقط هذا الواجب على الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلاً ...

وتحتفل القوانين عن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات، ولكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذي تقوم عليه الجماعة. فالدولة الشيعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيعي ويستنادي بالديمقراطية أو الفاشية، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية ويستنادي بالشيوعية أو الديمقراطية، والدول الديمقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتُعذّبها 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 المبدأ وليس خلافاً على ذات المبدأ. فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعي، فكان من الطبيعي أن تعاقب على الردة لتحمي النظام الاجتماعي ...

(١) أسفى لمطالب ج/٤ ص/١٣، شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص/٣، ٤ ...

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص/٣ ...

عودة والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعي، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية، فكان من الطبيعي أن تحرم تغيير الدين وأن تقتسم بتحريم كل مذهب اجتماعي مختلف للمذهب 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 بینا ذلك من قبل^(١)؛ فمن يقتل الآن مرتدًا لا يعاقب على قتله بأي حال، ولا يُعد مفتانا على السلطات العامة؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً طبقاً للشريعة وأدى واجباً من الواجبات التي تفرضها عليه ...

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصري، وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسري على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م/٦٠ عقوبات) وهذا يكفي لإعفاء قاتل المرتد من العقاب؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل في الشريعة، وقتل المرتد فعل تبيحه الشريعة. وإذا كان قتل المرتد واجباً وليس حقاً فإن كل واجب يساوي 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.

إذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل بحسبانه جريمة؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء في حالة الحق أو الواجب، ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف، فالمكلف بالواجب ملزم بإتيانه، أما صاحب الحق فله أن يأتيه أو يتركه. فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا في مستوى المكلف بالواجب عند تركه، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا يتعرض بالترك لعقوبة ما، فإذا أعفى صاحب الحق من المسئولية إذا أتى فعلاً مباحاً له أن يأتيه أو يتركه فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلاً مباحاً ليس له أن يتركه ...

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها ...

عادة

ويضاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصري نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم في إثبات الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب. فالتطبيب واجب على الطبيب يلزم الشارع بأدائه، ولكن تأدبة هذا الواجب تعطي الطبيب الحق في جرح المريض أو بتر طرفه. وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأدبه أمام الشارع، ولكن تأدبة هذا الحق تعطي المكلف بالواجب الحق في قتل المرتد. ومن واجب الجلاد قطع رقباب المحكوم عليهم بالقتل، ولكن تأدبة هذا الواجب تعطيه الحق في قطع رقبة المحكوم عليه. على أننا لسنا في حاجة لهذا التعليل مادمنا نقول ببطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة ...

نحن لا نؤيد قوله بأن من يقتل مرتدًا لا يعاقب، وحيجتنا أنه أشار إلى أن "الأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة". ويجب علينا توضيح أن السلطات العامة المختصة بذلك هي القضاء الشرعي دون غيره .

ولا نقر نقه لذهب الإمام/ مالك، الذى يقول بعقالب من يقتل المرتد تعزيراً، بل نحن نؤيد هذا الرأى. وإذا كان يكتفى بالتعزير فذلك تطبيق للمبدأ العام في تضييق نطاق عقوبة القصاص - لوجود شبهة - فالإهدار هنا نسيء بمعنى أنه يترب عليه عدم وجوب القصاص لكن يبقى التعزير - وهو الأصل في نظرنا في جميع الجرائم .
وعدم قيام السلطات العامة بتنفيذ حكم شرعى لا يجوز في نظرنا للأفراد أن يدعوا لأنفسهم حق توقع العقوبات، وإنما يجب عليهم إقامة حكومة إسلامية تتلزم بتنفيذ أحكام الشريعة على الجميع لا على المرتدين وحدهم.

إننا لا نوافق على القول بأن أي فرد له الحق في قتل فرد آخر بدعوى أنه مرتد، لأن ذلك يؤدي إلى الفوضى. وإذا كان البعض قد أافق بذلك في العصور المتأخرة، فإنما غرضهم حرمان مثلى السلطة الباغية التي لا تتلزم بالشريعة من ادعاء الحق في محاكمة لأى غاصبة معتدية، لكن لا يلزم لذلك إعطاء الأفراد حق قتل غيرهم؛ إذ يكفى القول بأن السلطات التي لا تتلزم بأحكام الشريعة ليس لها حق في محاكمة الأفراد والحكم عليهم إلا بعد أن يحاكموا هم ويعاقبوا على جرائمهم؛ لأن القائمين باغتصاب السلطة ومارسة البغي والاستبداد هم أول من يجب محاسبتهم شرعا.. ولا يتلزم الأفراد بطاعتهم، لأنه لا طاعة لخلوق يعطى أحكام الشريعة ويعلن ذلك وبتباهي به.

والقول بأن عقاب المرتد أساسه خروجه عن أصول النظام الاجتماعي وقديده - أي ارتكابه جريمة الخيانة العظمى - هو في رأينا الأساس الصحيح لمعاقبة المرتد; وليس الأساس هو تغيير العقيدة لأن حرية العقيدة مكفولة في الإسلام والعقاب يكون على سعيه للخروج على نظام المجتمع والدولة الذي قرره الدستور والقوانين في الدول التي توصف بأنها دولة إسلامية وغيرها كذلك. فالردة معاقب عليها في نظرنا هي جريمة الخيانة العظمى التي يعاقب عليها في جميع الشرائع - لذلك يجب تقديم الدليل على تلك

الإهانة لا يعطى للفرد العادي حق توقيع عقوبة لم يحكم بها القضاء -

لأنه وحده الذي له الحق في الحكم بالإدانة في جميع الجرائم

بما فيها الحدود والقصاص... وبما فيها الردة :

الخيانة - يثبتات أعمال الخيانة - كالشواطئ مع أعداء الدولة أو تأييد هجومهم العسكري والسياسي والإعلامي على نظامها ودعائهم ضدّها. فلا يكفي في نظرنا إثبات تغيير العقيدة كما هو الرأى الشائع عند كثرين.

لقد ذهب فقيهنا الشهيد إلى القول بأن الشريعة قدر دم المرتد، وبني على ذلك القول بأنّما لا تُعاقب من يقتله، وأن رأيه أنه إذا قُدِّم قاتل المرتد للمحاكمة فإنه يجب على القاضي أن يبرئه⁽¹⁾. ونحن لا نلومه على ذلك لأنَّا أخذ بما قاله كثير من الفقهاء وخصوصاً المتأخرین منهم - وما زال كثير من علمائنا يعلّنون ذلك - بل إن الجماهير نفسها كثيراً ما تجد هذا الاتجاه وتفرضه بسبب ما يلجأ إليه بعض المرتدين من أقوال وأفعال تستفز الجماهير التي تُعدُّ ذلك تحدياً لمشاعرها وإهانة لعقيدتها وشريعتها ولكننا نحن نشتّرط لذلك ثبوت ارتكابه خيانة لها.

ومع ذلك، فإننا برغم احترامنا للفقهاء الذين يقولون بهذا الرأى ويدافعون عنه. نرى أن إهانة أي شخص بسبب الردة أو الإلحاد أو ما شاكل ذلك من الأفعال أو التصرفات التي تستفز الجماهير والأفراد وتسوء إلى النظام العام في الأمة، لا تبيح قيام الأفراد العاديين بقتلهم؛ لأن الأصل هو قصر الحكم بالعقوبة الجنائية على القضاء الإسلامي، لأن القاضي هو وحده الذي له الولاية في إصدار مثل هذه الأحكام على الجرائم، ومنها الردة سواء عذّبنا عقوبتها حداً أو تعزيراً.

وهذا يفترض وجود قضاة يطبق الشرع ويلتزم بتنفيذها. ولكن ما الحكم إذا لم يوجد هذا القضاء؟ أو وجد لكنه حُرم من حقه في تطبيق أحكام شريعتنا؟ هنا لا يجد كثيرون بدا من الأخذ بالرأى الراجح في الفقه الذي يؤيده فقيهنا الشهيد. لكننا لا نقره لأنَّه يؤدى إلى تعميم هذه القاعدة في جميع الحدود⁽²⁾.

(1) و (2) نهاية البند (197).

لن يجادل أحد فيما قلنا به إذا كان الحكماء (السلطين) يقومون
بواجبهم في تطبيق الأحكام الشرعية، ولكن تقصيرهم في ذلك دفع
كثيرين من فقهائنا لترجح الرأي الذي نعارضه:

إنصافاً لن يقولون بالرأي الذي يتبنّاه فقيهنا الشهيد وكثيرون غيره، يجب أن نعرف بأن العذر الذي يقدمونه هو أن سلطات بعض الدول لا تسمح للقضاء بأن يعاقب أمثال هؤلاء المرتدين والملحدين حق ولو عذّهم الجماهير خونة وعملاء لأعدائنا. بل إن كثيراً من المسؤولين لا يترددون في تشجيعهم بالمناصب والجوائز ويعتبون آرائهم ويفرضونها على العامة وخاصة على الشباب والطلاب، الأمر الذي يتعارض مع الالتزام بالنص الشرعي بتحريم الردة والإلحاد والعقاب عليهمما. ولذلك فإننا والثقون بأن بأكثريهم سيقررون رأينا إذا استقامت الأوضاع في بلادهم والتزمت سلطات الدول بمبدأ سيادة الشريعة والالتزام بمبادئها وتنفيذ أحكامها .. لأن هذا هو أساس رأينا. ومع اعترافنا بقوة حجتهم، إلا أنها مع ذلك لا نقر ما ذهب إليه فقيهنا من تعميم هذه القاعدة في جميع جرائم الحدود .. حيث ينسب إلى الفقه أنه يجمع على أنه إذا أهمل "ولي الأمر" في إقامة الحدود فإن من واجب كل فرد أن يقيّمها دون أن يُعذَّب مرتکباً لجريمة⁽¹⁾.

وهذا القول مبني على أن ولي الأمر في نظر الفقهاء الذين أفتوا بهذا الرأي هو من يتولى السلطة التنفيذية أي الأمير أو السلطان، في حين أنها قدمنا أن "ولي الأمر" الذين لهم الولاية في التعازير والحدود والتشريع والقضاء على العموم هم المجتهدون من الفقهاء والقضاة، لأن الامتناع عن العدوان على الغير هو التزام بمبدأ شرعى وليس مجرد طاعة للسلطة يجوز الادعاء بسقوطه إذا كانت في يد مفتصبة أو باغية أو معتدية. نعتقد أن الفقهاء الذين أفتوا بهذا الرأي هم في الغالب من عاشوا في عهد السلطين الذين استولوا على السلطة بالبغى والغلب "وأهلوا" تطبيق الحدود - أو بالأصح عطلوا عمل القضاة في هذا المجال - أو الذين توقعوا منهم ذلك، لأنهم هم وأعوانهم كانوا أول من توجب الشرعية معاقبتهم على أعمال البغي والظلم والفساد التي كانوا يرتكبونها، إننا لا نستطيع الآن أن نناقش هؤلاء الذين قالوا بذلك، ولا ندعى

(1) يراجع البد (203).

عدم قيام الدولة بتنفيذ الحدود لا يبيح للفرد أن يقوم بذلك في نظرنا، وإنما يوجب عليه مقاومة السلطة التي لا تقوم بهذا الواجب الشرعي
الذي هو المبرر لوجود الدول في شريعتنا :

القدرة على استقصاء كتب الفقه التي أشار إليها شهيدنا، ولذلك فإننا نتحفظ على هذا القول لأننا نرى أن أولى الأمر المسؤولين عن إقامة الحدود والتعزير على الجرائم هم المجتهدون من العلماء والفقهاء والقضاة والقائمون بتنفيذ أحكام الشريعة - أما السلاطين والأفراد فليسوا إلا منفذين لأحكام القضاء الشرعي ..

وفي حالة إذا كان القضاة الشرعيون غير موجودين أو عجزوا عن إقامة الحدود والتعازير بسبب منع السلاطين لهم من ممارسة ولايتهم، فإن القول بأن أي فرد يمكنه أن يقوم بذلك هو رأي غير عملي وضار بالمجتمع في نظرنا لأسباب كثيرة، أوها أن ذلك سوف يكون لصالح الطغاة المستبددين، لأنه لن يكون في مقدور الفرد أن يقيم الحد على ذوى السلطان وأعواهم، بل ولا على من لهم شوكة عصبية أو مركز اجتماعى قوى، ولن يقدم الفرد على إقامة الحد إلا على من يعتقد أنه أضعف منه.. وبذلك لا تتحقق عدالة جدية ويزول مبدأ المساواة أمام أحكام الشريعة الذي هو أصل من أصول شريعتنا وأول واجبات القضاة وأولياء الأمور الشرعيين .

إننى أفضل القول بأن العلماء والفقهاء الذين أفتوا بهذا القول هم الذين يجب عليهم أن يتولوا هذا الأمر ويقيموا مؤسسات شرعية صحيحة، وإذا عجزوا عن ذلك فغيرهم من الأفراد أكثر عجزا. لذلك نرى أن العامة لا يمكن لهم إقامة الحدود إلا إذا استطاعوا أن يدعوا بمحاسبة المقصبين للسلطة المستبددين أو الباغين وتصحيح النظام السياسى. ولن يكون ذلك في مقدورهم إلا إذا تضامنت معهم جاهير الأمة وأهل الحل والعقد والأئمة والفقهاء الذين من حقهم شرعا محاسبة المقصبين ومساءلتهم ومجازفهم على ما يرتكبونه من ظلم وبغي وفساد وتعطيل حدود الله ومنعهم القضاة من إقامة الحدود وتطبيق التعازير، وقبل ذلك كله إقدامهم على اغتصاب السلطة والسطو على الحكم بدون شورى حرة شرعية كما توجب شريعتنا الغراء .. ولن يكون ذلك إلا بمقاومة حكام الجور الطغاة المستبددين أو الثورة عليهم .

﴿ نرى أن من يستبيح لنفسه تنفيذ الحد مخطئ، وأقصى ما يمكن القول به أنه يمكن إسقاط القصاص أو الحد عنه لوجود الشبهة، لكنه يستحق التعزير عن فعله

وهو أمر يفادى كثير من الفقهاء التصريح به إذا كانوا يعيشون في ظل سلطات من هذا النوع الذى يصفونه بأنه "ملك عضوض" ..

* * *

لا بد أن أذكر أننى تحدثت مع الأستاذ الشيخ / محمد الغزالى - بعد الشهادة التى قدمها فى إحدى القضايا وذكر فيها ما قاله فقيهنا من إدانة قاتل المرتد بجريمة "الافتئات على السلطة" - وقلت له : يجب أولاً أن نعرف السلطة التى وقع عليها الافتئات بأنما "القضاء الشرعى" ... فمن هو الذى بدأ بالافتئات على سلطة القضاء الشرعى ومنعه من إقامة الحدود والذى يجب أن يجازى على ذلك الافتئات؟

* * *

إننا نرى أن المرتد كالحربى ليس أساس الإهدار هو الكفر والإلحاد أو ما يتعلق بالعقيدة، بل هو الانحياز إلى أعدائنا والمشاركة فى تنفيذ مخططاتهم لتشكيك الأمة فى عقيدتها بل والتحالف معهم لإبعادها عن الالتزام بشرعتنا الذى تفرض علينا الجihad ضد أعدائنا - (وهي فى نظرهم أساس وحدتنا وقوتنا) ... وبالتعبير العصرى هى أعمال تكون جريمة خيانة عظمى بالنسبة للمرتد، لأنه يشارك أعدائنا ويريدهم فى الحرب التى يمارسوها ضدنا.

إننا إذا كنا نؤيد القول بأن عقوبة الردة هي تعزيرية وليس حد القتل، فإننا نؤيد المتسكين بضرورة ردع هؤلاء المتعاونين مع القوى الأجنبية المعادية الذين يلهثون وراء ما تسبغه عليهم من جواز وتكريم بل وأسفار وأموال ومداائح فى الدعايات الإعلامية ووصلت إلى حد إسباغ وصف المفكرين الإسلاميين على بعض هؤلاء المرتدين، فى حين أنهم يصفون دعوة الإسلام ومفكريه وفقهائه بأنهم "أصوليون" أو متطرفون بل ويتهمونهم بالإرهاب الفكرى أولاً ثم بعد ذلك بالإرهاب الذى يهددون لهاجته دول وحكومات كثيرة فى بلادهم وببلادنا واستعداء "النظام资料" العالمي" مخاصرتهم والمجموع عليهم..

**الردة تكون خيانة عظمى ويعاقب عليها بهذه الصفة إذا كانت
المجازا لأعداء الإسلام ومساعدة لهم ضد الأمة وعقيلتها وحقوقها :**

لكن حرصنا على معاقبة المرتدين بالتعزير، لا يصل حد القول بأننا نوافق على أن قتلهم مباح لكل فرد – رغم تكرار هذا القول في المتن – ويسرنا كما قلنا أنه يؤكّد من ناحية أخرى أن القضاء – أو ما يسميه السلطات العامة – هو وحده الذي يملك العقاب، وأن الفرد الذي يدعى لنفسه حق معاقبة مرتكبي الحدود يعاقب على جريمة سماها "الافتراء على السلطة العامة"، ونحن نقول إنه لا يرتكب عملاً مباحاً بل جريمة عادلة تعزيرية.

المشكلة الحقيقية – كما قال فقيهنا – هي أن بعض الحكومات لا تقوم بواجبها في فرض عقوبة التعزير على المرتدين، ولا في تنفيذ أحكام شريعتنا، وبعضهم يجاري أعداء الإسلام ويعاونهم في استغلال هذا الصنف من الخارجين على الإسلام المهاجرين لمبادئه وعقائده وشريعته وتاريخه، فلا تجد الجماهير أمامها للرد على هذا الاستفزاز والهجوم إلا المطالبة بتوقيع الحد عليهم أو تشجيع بعض الأفراد للعدوان عليهم انتقاماً لأمتهم واعتقاداً منهم أن ذلك واجب وحق لهم كما كان يؤكّد جهور الفقهاء..

إن من يصررون على توقيع عقوبة الحد على المرتدين بمعرفة الأفراد قد يكونون معدوريين، لأنهم يعتقدون أنهم بذلك يدافعون عن كيان أمتهم وشريعتها ضد هجوم أجنبي تشارك فيه عناصر داخلية يُعَذَّبونها شريكة في العدوان ومؤيدة له وخائنة لأمتهم – وسيسيقى لهم هذا العذر سبباً لسقوط عقوبة الحد أو القصاص عليهم، طالما أن الأمة ترى أحكام شريعتها معطلة .

أما رأينا، فهو يفترض أن الشريعة نافذة ومطبقة فعلاً على الحكم والحكومين جميعاً – وإذا عطلت الشريعة فإن هذه الأوضاع الشاذة هي التي تستفز الجماهير للمطالبة بتوقيع الحد على من يُعَذَّبون خائنين لأمتهم وشعوهم، بل إن بعض الفقهاء يسيرون بذلك للأفراد وإن كنا لا نقر بذلك – ونأمل أن يكون رأيهم صواباً وأن تكون نحن المخطئين ...

٣٧٨

(ثالثا) الزانى المحسن: تعاقب الشريعة الزانى المحسن بالرجم، والزانى غير المحسن 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 حداً أى عقوبة مقدرة فقد عُدَّ الزانى المحسن مهدراً للدم ...

ومن المتفق عليه عند مالك وأبي حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحسن قصاص ولا دية؛ لأن الزانى المحسن يصبح بزناه مباح القتل. ولما كانت عقوبة الزانا من الحدود والحدود لا يجوز تأخيرها، ولا العفو عنها، فإن قتل الزانى المحسن يعُدُّ وجباً لابد منه إزالة للمنكر وتنفيذ حدود الله^(١) ...

ويتفق الرأى الراجح في مذهب الشافعى مع الرأى السابق. أما الرأى المرجوح في مذهب الشافعى فيرى أصحابه أن قاتل الزانى المحسن يقتل به؛ لأنه قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص، كما لو قتل رجل رجلاً فقتله غير ولد الدم^(٢).

ويريد على ذلك بأن الزانى المحسن مباح الدم للجميع لا لشخص بعينه، وأن قتله محتم لا خيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولي الدم فقط، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا ...

إذا كان لا يجوز مواجهة من يقتل الزانى المحسن بعده قاتلاً، فإنه لا يجوز أن يؤاخذ بعده مفتاناً على السلطات العامة^(٣)، بشرط أن تأخذ السلطات العامة على عاتقها أداء هذا الواجب، فإذا أهملت في أداء هذا الواجب أو تخلت عنه فليس لها أن تؤاخذ من أداء بحججة أنه مفتانت عليها ...

ويشترط الشافعيون في قاتل الزانى المحسن أن يكون معصوماً؛ لأن مهدراً للدم لا يعُدْ مهدراً لثله، فالزانى المحسن لا يعُدْ مهدراً للدم للزانى المحسن، ولا للمرتد، ولا للحربى لأنهم جميعاً في درجة واحدة ودمهم جميعاً مهدراً^(٤) ...

(١) حاشية الطهطاوى ج/٤ ص/٢٦٠، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣١، ٢٣٣، المغنى ج/٩ ص/٤.

(٢) المذهب ج/٢ ص/١٨٦ ...

(٣) المرجع السابق وتبصرة الحكم ج/٢ ص/١٧٠ ...

(٤) نكحة الختاج ج/٤ ص/١٠، شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص/٤، ٣ ...

عوده

أما إذا كان الزان غير محسن فعقوبته الجلد فقط، فمن قتله في غير حالة التلبس عدًّا قاتلاً عمداً وأقيد به؛ لأنَّه قتل معصوم الدم. وهذا متفق عليه بين الأئمة الأربعه ...

وإذا قتل الزان غير المحسن في حالة التلبس، فلا عقوبة على قاتله عند مالك وأبي حنيفة وأحمد، وحجتهم في ذلك قضاء عمر رضي الله عنه، فقد كان يتغدى يوماً فأقبل عليه رجل يعدو ومعه سيف ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر، وجاء جماعة في أثره فقالوا: إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته. فقال عمر: ما يقول هؤلاء؟ قال الرجل: لقد ضربت فخدلي امرأتي بالسيف، فإذا كان بينهما أحد فقد قتله. فقال لهم عمر: ما يقول الرجل؟ فقالوا: ضرب بالسيف فقط فخدلي امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه الثديين. فقال عمر للرجل: إن عادوا فعد، وأهدروا دم القتيل ...

ويعلل بعض الفقهاء إباحة القتل في حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذي ينتاب القاتل فيدفعه للقتل. وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية، فإنَّ كانت المرأة بها أجنبية فلا يباح القتل، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل؛ لأنَّ الزنا بال الأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو اخت ... إلخ.

ولكن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز، وإنما يعللواها بتغيير المنكر، فيرون أن قتل الزان غير المحسن في حالة التلبس تغيير للمنكر باليد، وهو واجب على من استطاعه^(١). وأصحاب هذا الرأي لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو غير أجنبية، ويبيحون قتل الزان غير المحسن رجالاً كان أو امرأة في حالة التلبس مطلقاً. وهذا هو الرأى الراجح في المذاهب الثلاثة^(٢) ...

أما الشافعى فلا يرى قتل الزان غير المحسن في حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منه عن الجريمة إلا بالقتل، وفيما عدا هذا يُعد قتله جريمة يعاقب عليها بعقوبة القتل العمد سواء كانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن؛ لأن الاستفزاز لا يبيح القتل؛ ولأن دفع

(١) راجع الفقرة / ٣٤٥ ...

(٢) تبصرة الحكم ج ٢/ ص ١٧٠، ١٦٩، المختار ج ٥/ ص ٤٠، المغني ج ١٠/ ص ٣٥٣

وما بعدها ...

عودة المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر^(١). على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحسن ما دام قد أوج لأنه م الواقع في كل لحظة^(٢) ويبيح هؤلاء لداعف المنكر أن يبدأ بالقتل ... ويستوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم، والمهم أن ثبتت جريمة الزنا على القتيل بأدلةها الشرعية، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق، وإن لم ثبت 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 نجح قانون العقوبات المصري نجح القوانين الوضعية السائدة في البلاد غير الإسلامية، لكن نصوص قانون العقوبات، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة، وهي نصوص باطلة بطلاً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة، صحيحة فقط في كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة، وقد بسطنا هذا من قبل بسطاً وافيَا فلا نعود إليه^(٣) ...

وإذا كان قتل الزانى المحسن 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 لبرر به قتل الزانى المحسن؛ فقتله واجب طبقاً للشريعة، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة. وإنما نذكر ما نذكر في هذا الشأن لبيان مدى اضطراب النصوص القانونية، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزانى وغيرهما من المهدرين كالمادة السابعة من قانون العقوبات، وبعضها يحرم قتل المهدرين كنص المادة ٢٣٠ عقوبات، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد في الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم ...

(١) المهدب ج/٢ ص/١٨٦ ، الأم ج/٦ ص/٢٦ ...

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج/٥ ص/١١٣ ...

(٣) راجع الفقرة رقم ١٩١ وما بعدها ...

378 - مرتکبو الجنایات الكبرى - وعقوبة الرزنا :

في هذا البند وما يليه نستعرض حالة طائفية من يُعدُّون مهدرين بسبب ارتكابهم جرائم يعاقب عليها بالقتل، ومنهم "الزائني الحصن" في رأي الجمهور والمحارب والباغي ومرتكب الجرائم التي يعاقب عليها بالقتل قصاصاً. وقد استطرد فقيهنا في الكلام على تلك الجرائم وعرض آراء الفقهاء بشأنها.

والذى يهمنا هنا هو العلة التى تربط بين هذه الفتنة من مرتكبي الجرائم مع الطائفتين السابقتين - المحاربين والمرتددين.

فقد أوضحنا أن علة إهدار أولئك هي عداوهم للأمة الإسلامية أو مشاركتهم في هذا العدوان بعمالة العدو الذى يهدد كيان شعوبنا ويمكن أعداءنا من السيطرة عليها واستعباد شعوبها أو إبادة بعضهم في بعض الأحيان.

ونعتقد أن مرتكبي الجرائم الخطيرة التي تعاقب عليها شريعتنا بعقوبات مقدرة قصوى حداً أو قصاصاً يهددون مجتمعنا وشعوبنا بصورة جعلت المشرع الإلهي يخصهم بنصوص صريحة تفرض عليهم عقوبات حدية أو قصاصاً - ولذلك فإن فقيهنا يُعدُّهم مهدرين كما هو الشأن بأولئك الذين يهددون بلادنا بعدوان خارجي من الغربيين أو أعواهم وشركيائهم من الحنونة المرتددين.

إن الله سبحانه وتعالى أراد بهذه النصوص الجنائية أن يذكر أمتنا بأن الخطير الذى يهدد كيانها لا يأتي فقط من الخارج في حالة عدوان المحاربين أو تامر الحنونة المرتددين، بل إن أحطمار الفساد الداخلى والأخلاقي لا تقل خطورة عن العدوان الأجنبي. والنصوص التي تقرر العقوبات القصوى المقدرة على الجرائم الخطيرة التي تحدى قيم المجتمع وكيانه الاجتماعى والأخلاقى قصد بها تحذير الأمة من هذا الخطير ودعوتها لحماية القيم الأخلاقية والسلوكية التي تحصن المجتمع من الفساد والانهيارات..

إن فقيهنا يراعى أن شريعتنا عنيت بحماية القيم التي فرضتها لسلامة البناء الاجتماعى، كما عنيت بحماية الأوطان والشعوب من العدوان الأجنبي، وذلك بتقرير عقوبات قصوى مقدرة حداً أو قصاصاً على من يرتكبون جرائم خطيرة تحدى هذه القيم الأخلاقية والاجتماعية.

المجتمع هو الذي له حق توقيع العقوبات المقدرة حداً أو قصاصاً،
ويئله القضاء وحده، وليس للفرد حق اغتصاب سلطة القاضي،
وعليه أن يرفع الأمر للقضاء، لا أن يتولى الادعاء والحكم معاً :

إن العقوبات القصوى لم يقصد بها استئصال من يرتكبون هذه الجرائم الخطيرة لأن الواقع يؤكد أن الانحرافات والجرائم ملزمة للمجتمعات الإنسانية في جميع العصور والأفاليم. وإنما قصد بها أولاً إلزام مجتمعنا أى جمهوره وعامته وأولى الأمر فيه بإعلان استنكارهم لتلك الجرائم وعززتهم على مقاومتها بجميع الوسائل، بما في ذلك العقوبات الحدية أو القصاص إن لم تكفل الوسائل التربوية والثقافية والاجتماعية..

لقد أفضى فقيهنا في الكلام عن أركان هذه الجرائم وعقوباتها وأحكامها ومحاكمتها - وهذا ظاهر ما قدمه من عرض واسع ومفصل في المتن - علينا نحن أن نفتح مجالاً أعمق وأخطر، وهو بيان القيم والحقوق التي قررت هذه العقوبات لحمايتها وتحصينها.

وقد أشرنا من قبل عند كلامنا في تقسيم الجرائم إلى أننا في حاجة إلى تقسيم موضوعي يربط كل جريمة بالحقوق والقيم الاجتماعية والأخلاقية التي قررت عقوبات "الحدود والقصاص حمايتها..".

إن منطق التدرج يوجب علينا أن نبدأ بمرتكبي جرائم "الحرابة" والبغى والفساد في الأرض - عقب كلامنا عن المخاربين والمرتدين - لكن فقيهنا آثر أن يبدأ بجريمة "زنا المحسن" في هذا البند.

ربما كان الذي دفعه للكلام عن إهدار مرتكبى جريمة زنا المحسن بعد الكلام عن مرتكبى الردة هو أن هناك من يعارضون في وجوب هذين الحدين ...

وطبقاً للمبدأ الذي نسير عليه دائماً في تضييق نطاق الحدود الجنائية، فإننا قلنا من قبل إننا نؤيد الرأى الذي يعارض في تطبيق حد القتل (الرجم) في جريمة زنا المحسن (كما عارضنا في تطبيق حد القتل على المرتدين)، ونفضل الرأى القائل بأن الحد المقرر في القرآن الكريم بجريمة الزنا سواء المحسن أو غيره هو الجلد. ولا نؤيد القول بنسخ النص القرآني بالسنة النبوية، خصوصاً وأنها أحاديث آحاد ... أو سنن فعلية ليس من

تؤيد رأى الإمام الشافعى، وإن كنا نحيز إسقاط القصاص لوجود شبهة،

ونرى أن يكفى بالتعزير في هذه الحالة :

المؤكد أنها تمت بعد نزول النص المقرر لعقوبة الجلد. سواء كانت عقوبة زنا المحسن هي الرجم أو الجلد، فإنها عقوبة حدية بدنية مقدرة مقدرة بنص شرعى، فمن الواجب أن نذكر القارئ بما قلناه من قبل من أن تقرير عقوبة حدية بدنية في جرائم العرض (الزنا والقفد) يرجع إلى عنایة شريعتنا بحماية كيان الأسرة وحصانتها بحسبانها نواة المجتمع وقادته، وضمان سلامتها لأنها هي أساس تقدم المجتمع وفوه وبقائه.

وعلى الفقه وكل من يمثلون أمتنا من أهل الاجتهد أو أهل الذكر أو أهل الحل والعقد أن يأخذوا هذا المبدأ بعين الاعتبار، سواء عند دراسة أحكام هذه الجرائم وعقوباتها، أو مواجهة ما يستجد من متطلبات وأحكام مستحدثة لمواجهة المجموع الذي يشهده أعداؤنا على مبادئ شريعتنا التي تحمى الأسرة وكياها ووحدتها، وغير ذلك من المبادئ التي يعتقدون أنها تحول دون تحقيق أهدافهم للسيطرة على بلادنا وشعوبنا مثل مبدأ الجهاد ووحدة الأمة الإسلامية وقوتها.

وفيما يخص الإهدار، فإنه لا ينحصر في إهدر حياة الشخص بقتله، وإنما يدخل في نطاقه إهدر سلامة الجسم بإباحة قطع الأطراف (في حالة القصاص) في الأحوال التي تقرر فيها هذه العقوبة .

وطبقاً للمبدأ الذي نسير عليه، فإن الإهدار يقصد به تقرير حق المجتمع في توقيع تلك العقوبات وإن الذي يمثل المجتمع في ذلك هو القضاء وحده ومن يعاونونه وينفذون أحكامه، ولا يحل الفرد العادى ولو كان هو الجنى عليه محل القضاء وأعوانه - وفيما عدا هذا نحن مع كل ما قاله فقيهنا في هذا الصدد - خصوصاً أنه يؤيد قوله بما نسب لأئمة الفقه في المذاهب المشهورة.

* * *

ثم إن ما نسبه للإمام الشافعى من قول بأن قاتل الزانى المحسن يقتل به. يدل على أن هذا الرأى يؤيد وجوب توقيع عقوبة القصاص على مرتكب العدوان على الزانى المحسن. ونحن لا نصل لهذا الحد ولا نقول بوجوب القصاص، وإنما نرى أن العقوبة تكون تعزيزاً فقط، ونعتقد أن الفقه في كثير من الأحيان لا ينكر ذلك، بدليل أن فقيهنا

إباحة إقامة الحد أو القصاص دون رجوع للقضاء يوقع المجتمع في فوضى

لا تقرها شريعتنا :

أجاز التعزير بحججة ارتكاب جريمة "الافتئات على السلطة العامة". ومعنى ذلك أن مبدأ التعزير وارد ولا جدال فيه. والخلاف بيننا وبينه هو نوع الجريمة التي يعزز بسيبها مرتكب هذا الاعتداء: فنحن نصر على وصفها بأنها جريمة اعتداء على شخص وليس عملاً مباحاً ولا واجباً كما ورد في المتن، وهو يكتفي بوصفها بأنها "افتئات على السلطة العامة" أي سلطة القضاء و اختصاصه.

وكما قلنا من قبل، فإننا لا نقر القول بأن تقصير السلطة القائمة في تطبيق الشريعة أو تنفيذ الحدود يعطى للأفراد الحق في تطبيق أو تنفيذ تلك العقوبات بأنفسهم - وإنما يعطى لهم الحق والواجب في محاسبة الحكماء وتغييرهم حتى يتلزم الجميع بأحكام الشريعة التي تحمى كيان المجتمع كما تحمي حقوق الأفراد وحراستهم، وهذا في نظر كثيرين أصعب بكثير من مجرد الاجتراء على حياة شخص وخاصة إذا كان من المستضعفين..

أما ترك هذا الواجب الشرعي في إقامة الحكم الصالح الذي يتلزم بالشريعة ويفطبقها لصلاح المجتمع ومؤسساته، والاكتفاء بتردد فتاوى تفتح الباب أمام الأفراد يقتل بعضهم بعضاً بحججة إقامة الحدود، فهذه فوضى لا نقرها ونعتقد أن شريعتنا لا تسمح بها، لأنها تدفع مجتمعنا إلى الانهيار ومواصلة تعطيل أحكام الشريعة التي توجب إقامة الحكم الصالح .

يكفيانا أنه قال بأن المهم هو أن ثبتت جريمة الزنا بأدلةها الشرعية - والذى يقدر الأدلة الشرعية هو القاضى وليس الفرد العادى - كما أن تقدير الأدلة ومناقشتها يجب أن يسبق العقاب لأن يوقع العقاب وبعد ذلك ثبت الجريمة.

وثورته على القوانين المستوردة التي تبيح الزنا ولا تتعاقب عليه، في محلها، ونحن نؤيدوها ونشاركها فيها. لكن تحريم الزنا ومعاقبة مرتكبه لا يكون في نظرنا بإباحة القتل دون محاكمة قضائية ودون حكم شرعى بعد محاكمة عادلة وحكم قضائى مبني على أدلة تعرض فى مجلس القضاء وتناقش أمام القاضى بل وأمام عامة الناس وجهازهم - فلا يجوز أن يبادر شخص بمفرده لتوقيع العقوبة دون هذه الإجراءات والمحاكمات الشرعية.

﴿إِذَا كَانَ الْقَصَاصُ حَقًا لِّلْمُجْنَى عَلَيْهِ أَوْ وَلِدَمَهْ فَلَا بَدَأْ يَرْجِعُ لِلْقَضَاءِ
لِلْمُطَالَبَةِ بِهِ لَا أَنْ يَدْعُى لِنَفْسِهِ سُلْطَةُ الْادْعَاءِ وَالْحُكْمِ وَالْتَّفْعِيلِ﴾

لحن لا نؤيد قوله بأن عقوبة الزاني المحسن هي الرجم، ونرفض القول بنسخ النص القرآني للأسباب التي بيها سابقاً، و لا نتجاهل الأقوال التي ترى أن عقوبة الزنا في جميع الأحوال هي الجلد بنص الآية الكريمة. ثم إن القول بعقوبة الرجم للزاني المحسن أساسه أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نفذ هذه العقوبة، والرأي الذي نؤيده يستند إلى أن ذلك إنما حدث قبل ورود النص القرآني العام. وأصحاب هذا الاتجاه يرون أن السنة النبوية خصوصاً سنة الأحاديث لا يمكن أن تنسخ حكماً نص عليه القرآن صراحة وبوضوح قاطعاً. ونحن نؤيد هذا الرأي الذي يقول به عدد من العلماء السابقين والمعاصرين.

وتوضيح هذا الرأي يعطي للقارئ فرصة لفهم كل ما قاله بشأن عقوبة الرجم وما رتبه عليها من "إهدار".

وسواء كانت العقوبة هي الجلد أو الرجم للزاني المحسن، فإننا نذكر كل باحث بأن الإهدار الكامل معناه إعطاء القضاء سلطة المحاكمة، والحكم بالعقوبة الحدية طبقاً للأصول الشرعية، ولا يبرر في نظرنا إطلاق يد جميع الأفراد لقتل غيرهم دون محاكمة شرعية.

وإذا كان لا بد من الاختيار بين المذاهب المختلفة، فإن الرأي المرجوح الذي نسبة المذهب الشافعى هو في نظرنا أولى من سواه.

أما الاحتياج بإهمال السلطة العامة أو تخليها عن إقامة الحد، فال الأولى أن نطلب من الجميع تصحيف وضع الحكم وإقامة حكم إسلامي صالح يلتزم بأحكام الشريعة - وأول من يجب عليهم ذلك في نظرنا هم الفقهاء والعلماء - وهذا أولى من الإفتاء بإباحة القتل للأفراد، الذي يدفع المجتمع إلى الفوضى التي لا تقرها شريعتنا.

إننا لا نستسيغ أن ينسب إلى شريعتنا القول بأن هناك أناساً دمهم مباح لكل من هب ودب، كأننا في غابة لا شريعة فيها ولا قضاء. إن شريعتنا تخاطب الجماعة المنظمة، وتفرض علينا إقامة مؤسسات مسؤولة أمام الأمة، فهي وحدها التي تملك تنفيذ الحدود والحكم بها وليس الأفراد الذين يتاثرون بزعنة الانتقام والثار. وإذا لم يوجد

نحو نرى أن من يقتل المستحق للقصاص يعزز لأنّه ارتكب جريمة قتل، لكن سقط القصاص لوجود شبهة بدلًا من قوله إنه يعزز لافتاته على السلطة العامة :

الحكام الذين يلتزمون بذلك، فواجب الأفراد والعلماء والجماهير أن تسعى وتعمل لإقامة حكم شرعى راشد صالح، بدلاً من إطلاق الحرية للأفراد ليقتل بعضهم ببعضًا. لقد سبق أن قلنا إن الشريعة تخاطب الجماعة وتخاطب الفرد. والآن يجب أن نقول إن الجماعة لها حقوق لا يملكها الفرد، وفي نطاقها تملك الجماعة وحدها ممارسة حقوقها وأهمها في نظرنا حق القضاء و العقاب الجنائي. فكل ما يدخل في هذا النطاق هو من شأن الجماعة المنظمة، فلا يجوز للفرد مهما تكن صفتة أن يدعى لنفسه ذلك، والذي يمثل الجماعة هو القضاء وحده ولا حق لغيره في توقيع عقاب جنائي ولا تنفيذ عقوبة جنائية.

ثم إن استطراد بعض فقهائنا للقول بأن بعض العقوبات كالقصاص هي حق خاص للمجنى عليه أو ولد المجنى عليه أن يجوز أن يفهم منه أن الداعوى الجنائية في تلك الحالات ملوك لهم، بل معناه فقط أن لهم حقوقاً معينة في طلب الملاصقة ورفع الداعوى للقضاء أو التنازل عن دعوى القصاص أو عن تنفيذ عقوبة معينة حكم بها القضاء هي "القصاص" - لكن ليس معناه أن يباح لهم محاكمة المدعى عليه أو إدانته أو تبرئته أو تحديد عقوبته أو الحكم بها أو تنفيذ العقوبة؛ فكل ذلك من اختصاص القضاء الشرعي. وإن العقوبة تكون تعزيراً في نظرنا.

نـحن لا نفهم القول بأن من يقتل شخصاً مهـدراً يعـزـر لـأـرـتكـابـه جـرـيـمة اـعـتـداء عـلـى السـلـطـةـ الـعـامـةـ فـقـطـ، وـأـنـهـ لـاـ يـعـدـ قـاتـلاـ أوـ لـاـ يـوـصـفـ بـأـنـهـ اـعـتـدـاءـ عـلـىـ المـقـتـولـ. فـالـاعـتـداءـ عـلـىـ الـأـشـخـاصـ فـيـ جـمـيعـ الـأـحـوـالـ هـوـ اـعـتـداءـ عـلـىـ الجـمـاعـةـ كـلـهاـ وـعـلـىـ حقوقـ الجـمـعـيـمـ، وـمـعـنـاهـ أـنـ الـفـعـلـ جـرـيـمةـ، وـهـيـ جـرـيـمةـ قـتـلـ فـيـ نـظـرـ شـرـيـعـتـناـ، وـلـاـ يـجـبـزـ إـنـكـارـ هـذـهـ الصـفـةـ عـلـيـهـاـ، وـلـاـ دـلـيـلـ عـلـىـ اـنـفـاءـ وـجـودـهـاـ. أـمـاـ القـولـ بـأـنـ التـعـزـيرـ سـبـبـهـ مـجـرـدـ اـعـتـداءـ عـلـىـ السـلـطـةـ الـعـامـةـ فـكـانـتـاـ لـفـتـرـضـ أـنـ السـلـطـةـ الـعـامـةـ لهاـ حـقـوقـ ذـاتـيـةـ غـيـرـ حقوقـ الجـمـعـيـمـ، مـعـ أـنـهـاـ فـيـ شـرـيـعـتـناـ لـاـ شـرـعـيـةـ لهاـ وـلـاـ حـقـوقـ إـلـاـ بـصـفـتهاـ مـمـثـلـةـ لـلـمـجـعـمـ، وـفـيـ حـدـودـ هـذـهـ الصـفـةـ وـجـدهـاـ. فـنـحنـ نـتـفـقـ مـعـهـ فـيـ وـجـوبـ التـعـزـيرـ، لـكـنـاـ لـاـ نـقـرـ وـصـفـ القـتـلـ أـوـ الـجـرـحـ بـأـنـهـ مـجـرـدـ اـعـتـداءـ عـلـىـ حـقـ السـلـطـةـ الـعـامـةـ.

٣٧٩ - (رابعا) **الحارب** : الحارب هو من يرتكب جريمة الحرابة أى الإفساد في الأرض، أو قطع الطريق كما يسميهما البعض، أو السرقة الكبرى كما يسميتها البعض الآخر ...

وبحريمة الحرابة أكثر من عقوبة واحدة، وذلك ظاهر من قوله تعالى : «إِنَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يَحْارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يَقْتُلُوا أَوْ يُصْلَبُوا أَوْ تُقْطَعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْ مِنَ الْأَرْضِ» [المائدة: ٣٣]. فعقوبة الحرابة هي القتل والصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف النفي، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جمِيعاً متلفة...

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 للتفضيل والترتيب ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير ...

يرى الفقهاء في مذهب أبي حنيفة والشافعى وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجنائية التي وقعت، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتله، ومن أخذ المال ولم يقتل قطع، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب^(١) ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي^(٢) ...

وعند مالك أن الحارب 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 مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه. ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام، فإن كان الحارب من له الرأى والتدبر فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه؛ لأن القتل لا يرفع ضرره. وإن كان لا رأى له، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف. وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسير ذلك فيه وهو النفي والتعزير^(٣) ...

(١) لا يرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل في هذه الحالة، وبخلافه في هذا أصحابه. ولأحمد رأى يتفق مع رأى أبي حنيفة في هذه النقطة. راجع بداع الصنائع ج/٧ ص/٩٣، والمغنى ج/١٩، ص/٣٥.

(٢) المغنى ج/١٠ ص/٣٠٤ وما بعدها، بداع الصنائع ج/٧ ص/٩٣، أسفى المطالب ج/٤ ص: ١٥٤،

... ١٥٥

(٣) بداية المجتهد ج/٢ ص/٣٨٠ : ٣٨١ ...

عوده والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود. والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعفو عنها، ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله ﷺ: «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 أى العقوبات المقررة حدا بجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء^(١)...

ويترتب على التفصيات التي ذكرناها أن المحارب يختلف حاله في الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير. فإذا قلنا إنما جاءت على الترتيب، فالمحارب يهدر دمه بالقتل، وبالقتل وأخذ المال، وقدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط، ولا يهدر منه شيء بأخاف السبيل فقط؛ لأن العقوبة النفي وهو غير مختلف. وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل؛ لأن العقوبة هي القتل أو الصلب 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 يصلبه، إلا أن له أن يقطعه فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة. وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شيء ولو أن للإمام أن يقتله أو يصلبه أو يقطعه؛ لأن للإمام أيضاً أن ينفيه والنفي عقوبة غير مختلفة...

ويعدُّ الجاني مهdra على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة. وينبني على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار في الجاني عند القائلين بالتخيير في العقوبة؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهدر الدم من وقت الحكم بعد أن كان مهdra في طرفه فقط من وقت ارتكاب الجريمة. ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهداراً كلياً أو جزئياً من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهdra قبل ذلك ... وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب بل القدرة عليه، ويعود المحارب معصوماً، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متعمداً إذا كان عالماً بالتوبة، فإن لم يكن عالماً فهو قاتل أو قاطع خطأ...

(١) المغني الجزء العاشر ص/٣١٥، بداية المجيد ج/٢ ص/٣٨٢ ...

عوده ويُعد قتل المحارب قبل التوبية أو قطعه واجبا لاحقا؛ لأن عقوبات الحرابة من المحدود ولا يجوز تأخيرها، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلا، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلا. ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهدا لا بحسبانه قاتلا أو قاطعا وإنما بحسبانه مفتانا على السلطات العامة، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب في هذه الحالة أن تكون السلطات حريرة على إقامة الحدود طبقا لنصوص الشريعة ... وإذا كان المحارب مهدا إهدا رأياً كان أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتيله عمدا، وإذا قطع طرفا غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمدا ما لم يقصد الطرف المستحق في خطئه وتصيب غيره، فإنه يسأل عن قطعه خطأ ... وإذا قطع الطرف المهدى فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب، والواجب لا ينطيد بشرط السلامة ...

كل ما قلناه فيما سبق عن رأينا في المقصود بإهدار الأشخاص الذين ثبت ارتكابهم بجريمة عقوبتها مقدرة وواجبة حدا أو قصاصا - يطبق في نظرنا على جريمة الحرابة التي عرض أحكام عقوباتها فقيهنا بدقة وتفصيل لا مزيد عليه.

وبناء عليه فالإهدار الكامل هو للمجتمع الذي يمثله القضاء والسلطات العامة التي تنفذ أحكامه. أما بالنسبة للأفراد فإن الإهدار نسي ينحصر في الاتتجاه للقضاء وفي استبعاد العقوبات الحدية لوجود شبهة مع ضرورة تطبيق عقوبات تعزيرية مناسبة. إلا أن الحرابة تميز بأمرین :

الأول : هو إمكانية توافر شروط الدفاع الشرعى وقت الحادث، لأن الحرابة عدوان على الأشخاص والأموال يكون عادة في الطريق العام، أو الأماكن التي يصعب فيها الاستغاثة والسجدة، وهذا العدوان يتيح للمجنى عليه ولغيره من الناس أن يرتكب كل ما يستطيع من أفعال لدفعه ومقاومته، ويكون عمله مباحا له ولو كان في الأصل يُعد جريمة وذلك على أساس حق الدفاع الشرعى عن النفس أو المال، سواء نفس المدافع أو نفس غيره، وما المدافع أو مال غيره.

ونشير إلى ما قلناه من أن إباحة أعمال القتال في حالة الحرب يبررها حق المقاتلين في الدفاع عن أنفسهم وعن أمتهم وعقيدتهم، كما أن فرض عقوبة على المرتدين يحيزه في نظرنا صلتهم بال العدو الأجنبي وعده تواطئهم معه خيانة عظمى وقدidia للنظام العام في الجماعة المسلمة - فهو دفاع عن كيان الأمة ونظمها ضد الأعداء الخارجيين وأعوانهم وحلفائهم من الخونة.

كما قلنا أيضا إن جميع العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا فرضتها الشريعة لحماية القيم الأساسية للمجتمع الإسلامي، سواء من الناحية الأخلاقية التي توجب صيانة الأعراض والأنساب بردع جرائم الزنا والقذف، أو من النواحي المالية في جرائم السرقة، والحرابة التي يقصد منها عادة سرقة مغلظة لا قترانها بالعنف والتهديد . إلخ.

الأمر الثاني الذي راعاه المشرع في أحكام جريمة الحرابة - والبعي كذلك فيما بعد - هو التحاذ تدابير تشجيع مرتكيها على التوبة والعدول عن الاستمرار فيها لما يترب على مواصلتها من مخاطر تهدد الآمنين والمسلمين من الناس.

أحكام المتهمين بالحرابة والبغى قصد بها تكينهم من التوبية

والقضاء على الفتن التي تضر المدنيين الذين لا ذنب لهم :

وقد بَيِّنَ فِي الْمُتْنَ كَثِيرًا مِنْ أَحْكَامِ التَّوْبَةِ وَظَرْفَهَا وَآثَارَهَا - وَسِيَّكُونْ تَفْصِيلُهَا فِي
الْقَسْمِ الْخَاصِّ ..

إِنَّ الشَّرِيعَةَ تَؤَثِّرُ مِرْتَكِبِي هَاتِيْنِ الْجَرِيمَتَيْنِ بِتَوْفِيرِ أَسْبَابِ التَّوْبَةِ وَدُعَوَّتُمْ إِلَى العُودَةِ
إِلَى طَرِيقِ الْحُوَارِ وَالْمَصَالحةِ لِإِعَادَةِ الْأَمْنِ وَالْأَمَانِ فِي الْجَمَعَةِ وَوَقْفِ الْاِتِّجَاهِ نَحْوِ
الاضطرابات سواءً كَانَ سببُها مطامع ذاتية أو مادية كما في الحرابة، أو كَانَ سببُها
اعتبارات سياسية كما في البغى، سواءً كَانَ خروجُهم يُسْتَندُ إِلَى أَسْبَابٍ مُشْرُوعَةٍ أو
مطامع عنصرية أو حزبية أو أنانية ذاتية، أو أفكار خاطئة، فَكُلُّهَا تُسْبِبُ الْفَتْنَةَ وَتُمْزِقُ
الْجَمَعَ وَتَمْدُدُ أَمْنَ جَهُورِ النَّاسِ وَعَامِتُهُمْ مِنْ لَا شَانَ لَهُمْ بِالْخَلَافَاتِ وَالْخُصُومَاتِ الَّتِي
تُسْبِبُ الْفَتْنَةَ.

٣٨٠

عوده - (هاما) الباغي : الباغي هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكم بالقوة، أو يمتنع عن الطاعة معتمداً على القوة. والبغى جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكم، ولا توجه إلى النظام الاجتماعي. فإذا كانت الجريمة مقصوداً بها النظام الاجتماعي فهي ليست باغيا، وإنما هي إفساد في الأرض. والنظام الاجتماعي الذي تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره ...

ويشترط الفقهاء في جريمة البغى شروطاً خاصة سبق أن ذكرناها^(١) أهلهما أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوى شوكة ومنعة، وأن يبدعوا في تفزيذ غرضهم بالقوة، على رأي، أو أن يأخذوا في التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة ... وإذا توافرت شروط جريمة البغى، وأهدر دم الباغي، فمن قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم، ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغي مهدراً حتى تنتهي حالة البغى ... ويختلف مذهب أبي حنيفة^(٢) عن غيره في أنه يهدر دمهم من وقت تجمعيهم وامتناعهم ولو لم يبدعوا بالقتل أو الاعتداء. أما مالك والشافعى وأحمد، فيشترطون لإهدرار دم البغاة أن يبدعوا بالقتل أو الاعتداء، والقاعدة عندهم أن الباغي لا يحل دمه غير حرب أو صيال^(٣) ...

وقتال البغاة واجب في الشريعة لقوله تعالى: (فقاتلوا الّى تبعى حق تبعى إلى أمر الله) [المجرات: ٩]. وهذا الواجب ملقى على عاتق كل فرد، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصاً باعياهم لقتال البغاة، فإن هذا لا يمنع غيرهم من أداء الواجب ولا يسقطه عنهم ما دامت حالة البغى قائمة ...

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل البغى على القتل؛ لأن الباغي مباح القتل، ولكن هذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاناً على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومحصصة له من يقوم بأدائه ...

(١) راجع الفقرة رقم ٧٨ ...

(٢) البحر الرائق ج/٥ ص/١٤٢، بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٦، شرح القدير ج/٣ ص/٤١١.

(٣) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٧٨، المهدى ج/٢ ص/٢٣٦، الإنعام ج/٤ ص/٢٩٣ ...

380 - البغي يكون جريمة سياسية فقط إذا كان بناء على تأول رأي

مستند إلى فهم معين للشريعة حتى ولو كان خاطئاً :

تتميز جريمة البغي عن الحرابة في أن لها أهدافاً سياسية، ولذلك تعرضنا لها فيما سبق عند الكلام على ما يقرره الفقه من أحكام خاصة لمرتكبي الجرائم السياسية. وقد لاحظنا فيما سبق أن فقهاءنا يتكلمون دائماً عن بغي الأفراد والجماعات التي تخرج على الحكومة القائمة أو تقاوم من ياشرون السلطة، ولا يتكلمون عن بغي مختصي السلطة الذين يستولون على الحكم بالقوة، ويفرضون سلطتهم بحد السيف أو قوة السلاح، ويعارسون أبشع صور البغي والظلم لضمان بقائهم في السلطة – مع أن هذا البغي يجب على الفقه أن يقرر أحكاماً صريحة وواضحة لردعه، ومعاقبة المسؤولين عنه كلما كان ذلك ممكناً.

وقد عللنا سكوتم بأفهم قصدوا عدم تطبيق أحكام الجريمة السياسية على بغي ذوى السلطان، بل تكون جريمة عادية هي الفساد في الأرض، وتطبق عليها أحكام الجرائم العادلة التي تقع منهم ومن أعوانهم – لكن هذا لا يبرر عدم الكلام عن هذا النوع من الجرائم واستبطاط أحكام خاصة بها، بل والعناية بتخصيصها وفرض العقوبات المناسبة لردع من يرتكبوها اعتماداً على عصيّتهم أو مناصبهم أو سلطاتهم. ونكرر اعتراضنا على تفسيره للإهدار بأنه يبيح القتل دائماً، ونعيد ما قلناه بأن الإباحة لا تكون إلا للمقاتلين المدافعين عن أرض الإسلام أو الخارجين على ذوى السلطان إذا عدّنا القتال ضدّهم حرباً أهلية بالمعنى العصرى، وتكون الإباحة للقضاء وحده في غير هذه الحالات بالنسبة لمرتكبي جريمة عقوبتها حدية.

أما بالنسبة للأفراد، فإنّهم إذا لم يكونوا مقاتلين فلا يباح لهم العدوان، وإنما يكون شبهة تسقط الحد ويكتفى بالتعزير، ومرؤونه تكفى للنزول بالجزاء إلى أدنى درجاته التي يمكن عدّها خارجة عن نطاق العقاب الجنائي، مع ضرورة مراعاة حق الدفاع الشرعي.. كما أوضحتنا في كلامنا عن الحرابة.

وقد أشرنا من قبل إلى رأى الدكتور العوا بأنه لا توجد جريمة بغي، أو على الأقل أنها ليست عقوبتها حدية. وكل ما قدمه فقيهنا من دليل على وجود هذه الجريمة هو قوله تعالى: **«فقاتلوا الّذِي تبغي»** [الحجرات: 9].

ويستفاد من النص أنه لابد أن يكون الحاكم الذي خرّجوا عليه شرعاً، وإلا فإنه هو الباغي. وسيكون تفصيل ذلك في القسم الخاص .

عوده

٣٨١- (سادساً) من عليه القصاص: القصاص في الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد، ومعنى القصاص أن يعاقب الجاني بمثل فعله، والقصاص عقوبة مقدرة كمَا أله عقوبة متلفة. ويقع القصاص على النفس وعلى ما دون النفس؛ فإذا وقع على النفس كان قتلاً، وإذا وقع على ما دون النفس كان جرحاً أو قطعاً ... ومن أتى فعلاً يوجب القصاص يُعدْ مهدرًا فيما أوجبه على نفسه بفعله؛ فإن وجب عليه القتل فهو مهدر الدم، وإن وجب عليه قطع طرف أو جارحة فهو مهدر في طرفه أو جارحته التي وجب فيها القصاص ...

والإهانة في القصاص إهانة نسيبي، فلا يهدى الجاني إلا للمجنى عليه أو وليه، وفيما عدا ذلك فهو معصوم في حق الكافة. وعلة نسبيّة الإهانة في القصاص: أن القصاص حق لا واجب، فلا يهدى الجاني إلا لصاحب الحق إن شاء استعمله. فالقتل لا يبيح دم القاتل إلا لولي القتيل، فإذا جاءه أجنبياً فقتل القاتل ولو بعد الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمداً لأنَّه قتل شخصاً معصوماً بالدم في حقه؛ ولأنَّ من المحتمل أن يعفو ولي الدم عن الحكم عليه فيمتنع تنفيذ الحكم. وهذا هو رأي جهور الفقهاء^(١) ...

والأصل في الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا القصاص، فللمجنى 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 ومحسناً له، فإنْ كان عاجزاً عن الاستيفاء أو لا يحسنه جاز له أن يوكل من يتواافق فيه هذان الشرطان. وليس ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفاً مختصاً لهذا الغرض ...

أما القصاص فيما دون النفس، فمختلف عليه. فيرى مالك والشافعى - ورأيهما وجهه في مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه؛ لأنَّه لا يؤمِّن مع قصد التشفى أن يجيف على الجاني أو يجني عليه بما لا يمكن تلافيه، وإنما يتولى القصاص من

(١) المفهوم / ٩ ص / ٣٥٦ ...

عوده يحسنه من الخبراء. ويقول مالك في هذا "أحب إلى أن يولي الإمام على الجراح رجلين عدلين، فإن لم يجد إلا واحدا فلأنه ذلك مجزئا إن كان عدلا..."^(١).
ويرى أبو حنيفة - ورأيه وجه في مذهب أحمد - أن للمجنى عليه أن يستوفى القصاص بنفسه فيما دون النفس؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق مadam يحسنه، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيرا بالقصاص. والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحمد لا يرون مانعا من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفى نيابة عنمن لا يحسنون الاستيفاء^(٢)...

والأصل في تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله تعالى : «وَمَنْ قُتِلَ مظلوماً فَقَدْ جَعَلَنَا لَوْلَاهُ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرُفُ فِي الْقَتْلِ» [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 ولـى الدم حق القصاص، فإنما منحته حقا آخر هو حق العفو عن القصاص، وجعلت له أن يغفو على مال أو مجانا؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجاني بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل ...

وقد حرضت الشريعة ولـى الدم على العفو بمختلف الأسلوب، فجعلت للعاف أن يغفو على مال يأخذـه، ووعدهـه بالثواب في الآخرة وبرضاء الله جـل شأنـه. من ذلك قوله تعالى : «فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأُجْرُهُ عَلـى اللـهـ» [الشورى: ٤٠]، وعدـتـ الشـريـعـةـ العـفـوـ رـحـمةـ منـ اللـهـ لـلـنـاسـ، وذـلـكـ قـولـهـ تـعـالـىـ: «فَمَنْ عَفـى لـهـ مـنـ أـخـيـهـ شـيـءـ فـاتـبـاعـ بـالـعـرـوفـ وـأـدـاءـ إـلـيـهـ يـأـخـسـانـ ذـلـكـ تـخـفـيـفـ مـنـ رـبـكـمـ وـرـحـمـةـ» [البـرـةـ: ١٧٨ـ].
ويؤثـرـ عنـ الرـسـولـ ﷺـ فـيـماـ روـىـ عـنـ أـنـسـ أـنـ هـاـ رـفـعـ إـلـيـهـ أـمـرـ فـيـهـ القـصـاصـ إـلـاـ
أـمـرـ فـيـهـ بـالـعـفـوـ ...

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لـىـ الدـمـ إـنـاـ هوـ إـقـرـارـ لـلـعـادـاتـ الـأـوـلـيةـ
الـتـيـ كـانـتـ سـائـدـةـ فـيـ الشـعـوبـ الـهـمـجـيـةـ، وـلـكـهـ فـكـرـةـ خـاطـئـةـ لـاـ تـقـومـ عـلـىـ أـسـاسـ

(١) مواهب الخليل ج/٦ ص/٢٥٣، ٢٥٤، المهدب ج/٢ ص/١٩٧، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩٩ ...

(٢) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٦، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩٨، ٣٩٩ ...

عوده صحيح، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولي الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض، وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وعراohnهم 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، وأنه مهما تتفق طباعه وذهبت غراونه، فإنه يفضل أن يتقم بيه لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره. وليس أيضاً من يجادل في أن الإنسان بطبيعته يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادراً على الوصول لحقه لا يمنعه عنه مانع ...

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة، لأن القتل أدنى للقتل؛ ولأن في القصاص حياة. ومن المبادئ المسلم بها أيضاً أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدى إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم ...

على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادئ السليمة المسلم بها، قررت الشريعة حق ولد الدم في أن يقتضي بنفسه، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة في أغواره، ولتحول بينه وبينه أن يأخذ حقه بيه قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبة، أو أن يرى العقوبة التي تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن يتقم من أهل القاتل ...

وعلى نفس الأساس جعلت الشريعة لولي الدم أن يقتضي أو أن يعفو. وبعد أن مكتبه من القصاص كل التمكين، وسلطته على الجاني إلى هذا الحد، حيث إليه العفو، ودعنته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعده رضاء الله وحسن ثواب الآخرة، حتى إذا ما عفا بعد هذا كله فقد عفا بنية صحيحة، واغتحت السخائم والهزازات وحل الوئام محل الخصوم، وهو العامل الفعال في حفظ الأمن وإقرار النظام بين الجماعات، وللسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائماً من العقوبات بشرط لا تصل إلى القتل ...

فالشريعة إذن قصدت من إعطاء ولد الدم حق القصاص إصلاح الفوس وإحلال الوئام محل الخصوم، وحفظ الأمن والنظام، وتقليل الجرائم، وحمل الناس على احترام الأحكام، ومنعهم من التفكير في الانتقام لأنفسهم وأهليهم، كما أنها قصدت لفرق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف في عقوبة الإعدام بقدر الإمكhan... .

عوده وحق القصاص حق لا يتجزأ. أما حق العفو فحق قابل للتجزئة، وهذا هو رأى أبي حنيفة والشافعى وأحمد. ويترتب على هذا الرأى أنه لو عفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقين في القصاص. ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضاً ويترتب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر ما لم يكن من جميع أولياء الدم، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتض ...

وأبسط الصور في استعمال حق القصاص أن يحكم على الجاني بالعقوبة، فإذا حان موعد التنفيذ، نفذ ولد الدم العقوبة أو وكل غيره في تنفيذها. ومن المسلم به ألا مسئولية على ولد الدم في هذه الحالة، وأن فعله ليس جريمة؛ لأنه يستعمل حقاً قرره له الشارع ...

لكن يحدث أن تتملك الرعونة ولد الدم فيقتض قبل الحكم على الجاني، أو بعد الحكم، وقبل ميعاد التنفيذ. كذلك يحدث أن يغفر ولد الدم عن القصاص تحت بعض المؤثرات ثم يعود فيرى القصاص خيراً له فيقتض بعد العفو. وقد يغفر بعض الأولياء بينما يقتض البعض الآخر، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبلأخذ رأى الباقيين وفيهم من يرى العفو. فهل يُعدّ مباشر القصاص في هذه الحالات مستعملاً حقاً، أو مرتكباً جريمة؟ وهل يغفى من العقوبة أم يؤخذ على فعله؟ ذلك ما سنبيه فيما يلى مبتدئين أولاً بحكم هذه الحالات في القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل.

وتقديم الأدلة الشرعية - وللقضاء وحده فحص هذه الأدلة :

لقد جارى أقوال الفقهاء الذين يقولون بأن الجنى عليه أو ولى دمه له أن يستوفى العقوبة بنفسه، لكنه أضاف أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل "حقه" في استيفاء القصاص إلا بعد الحكم بالعقوبة وفي الوقت المحدد للتنفيذ...

معنى ذلك أنه لا بد من محاكمة شرعية وحكم قضائي - وهذا ما نقول به دائمًا. كل ما هنالك أنه بعد الحكم يرى فقيهنا أنه يمكن أن يكون تنفيذ الحكم بيد الجنى عليه أو ولى الدم. ومعنى ذلك أنه يقوم بذلك بأمر القاضي وتنفيذاً لحكم قضائي وإشراف من القاضي. وليس استعمالاً لحقة الشخصى في توقيع العقاب. ولا نعرض على ذلك بشرط أن يكون ذلك جوازياً للقاضى إذا رأى مصلحة في ذلك. ولكننا نصر على اعتراضنا على القول بأن الدعوى الجنائية في جرائم القصاص ملك للمجنى عليه أو ولى الدم؛ لأن الأصل في الدعوى الجنائية أنها دعوى تعزير وهي دعوى عامة ولا شأن للمجنى عليه أو ولى الدم بها، وكل ما له هو حق المطالبة بالقصاص بدلًا من التعزير أو العفو عن القصاص دون التعزير وهذا هو الحق الخاص به - لكن لا حق له في منع التعزير الذي هو الأصل في نظرنا.

ويسرنا أنه أشار إلى أن الشريعة تشجع ولى الدم أو الجنى عليه على العفو وتيسير له سبله - ونرى أنها إنما تعطيه حق المطالبة بالقصاص كتضاربية أدبية لتهيئة نفسه وإذابة لرغبته في الانتقام، وكذلك لإعطاء المتهم فرصة لاسترضائه والحصول على العفو منه مقابل التعويض المناسب.

لكن العفو لا يعني التعزير، وإن كان له بلا شك أثره في مقدار الجزاء بل أيضًا في طبيعته؛ لأن التعزير كما قلنا لا يجوز حصره في دائرة العقوبات الجنائية بل إنه يضم تدابير ذات طبيعة متنوعة تتسع لمجزاءات تأدبية وقديمية وعبادات تفتح باب التوبة والعودة إلى طريق الاستقامة والإصلاح، ولا تنحصر في الجزاء الجنائي.

٣٨٢ - أولاً ... حكم قتل الجاني :

(أ) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : إذا قتل ولد الدم الجاني المستحق للقتل قصاصاً، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده، وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل؛ لأنه أتي فعلاً مباحاً له ومارس حقاً قرره له الشارع، ولكنه يعاقب على تسرعه ومارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب، وعلى افتياه على السلطات العامة التي جعلت لممارسة حق القصاص وقتاً معيناً، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتياض بالعقوبة التعزيرية التي تراها مناسبة^(١) ...

ويشترط في حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجاني، فإن لم يثبت عَدُّ ولد الدم قاتلاً متعبداً ...

وظاهر ما سبق أنه لا فرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجاني، وعلة ذلك أن حق ولد الدم في القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل، لا من وقت الحكم بالقصاص، فولى الدم حين يقتل الجاني قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه في القصاص الذي ثبت له من وقت ارتكاب الجاني جريمة القتل ...

ومفروض في المسألة أن ولد الدم واحد، أو أنهم متفرقون إذا كانوا كثيرين على قتل الجاني، أو ليس فيهم من يرى العفو عنه ...

(ب) القتل بعد العفو : يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص؛ لأن القصاص لا يتتجزأ، فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص، ولا يمكن إحياء بعض الشخص وقتل بعضه، وعلى هذا إذا قتل الجاني من لم يعف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب جريمة قتل عقوبتها القصاص عند أبي حنيفة وأحمد. أما الشافعى فيفرق بين حالتين : أولاً هما حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود، وفي هذه الحالة يرى وجوب القصاص، وثانيةهما : إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود، وحكم هذه

(١) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٣، شرح البهجة ج/٥ ص/٣...

عوده

الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الديمة^(١)...

فإذا قتل ولد الدم الجاني بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص، وتكون العقوبة الدية في رأي أبي حنيفة وأحمد. وفي مذهب الشافعي رأيان: رأى يقول بالقصاص، ورأى يقول بالدية. وحججة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله. وحججة القائلين بالدية أن حق ولد الدم ثابت في القصاص والأصل بقاوه، فإن قيل له وهو يعلم بالعفو معتقداً ببقاء حقه في القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد .. أما مالك فيرى أن العفو لا يتعذر، وأن العفو لا يعذر موجوداً إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين في القصاص فإذا اقتضى أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقيين فلا مسؤولية عليه؛ لأن عفو هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص، ولكن هذا لا يمنع من تعزير المقصى إذا كان في عمله افتياً على السلطات العامة^(٢)...

(ج) القتل قبل استئذان باقي الأولياء : إذا قتل الجاني أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقي الأولياء، فالولي أو الأولياء القاتلون مسئولون جنائياً عن القتل، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك، وإن كانوا قد اختلفوا في عقوبة الولي القاتل. فأبوا حنيفة وأحمد لا يرثان الاقصاص من القاتل؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتيل، فكان هذا شبهة تدرأ القصاص، وتوجب الدية بدلاً منه، ويتحقق هذا الرأي مع الرأي الراجح في مذهب الشافعي. أما الرأي المرجوح في مذهب الشافعي، فيرى أصحابه أن يقتضى من الولي؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له قياساً على ما إذا اشتركت جماعة في قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتضى منه. ويريد أصحاب الرأي المضاد بأن هذا القياس غير صحيح؛ لأن الشريك لا يقتضى منه لاتفاق بعض المقتول، وإنما لأنه أتلفه كله، ويرى البعض القصاص من الولي؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لا يستحق منه شيئاً إذ

(١) بداع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٨، تحفة المحتاج ج/٤ ص/٢٦، المذهب ج/٢ ص/١٩٧، المغني ج/٩ ص/٤٦٥، ٤٦٦ ...

(٢) المغني ج/٩ ص: ٤٦٦ ...

عوده

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 يتجزأ فمن 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 رأي الفقهاء الثلاثة أن استثنان بقية الأولياء ضروري؛ لأن أحدهم قد يغفو. أما رأي مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لا يسقط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعنف كل الأولياء المستحقين للقصاص، وهذا كان القاتل مستعملاً حقه في القصاص.

(د) القتل من العاف : إذا كان القاتل هو نفس العاف فهو مسئول عن فعله، وبعد قاتلاً عمداً باتفاق^(٣) وعقوبته القصاص سواء عفا مجاناً أو على مال^(٤)؛ لأن الجاني بالغفو عنه صار معصوم الدم ...

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلف ولد الميت جارحة أو عضواً من الجاني ثم عفا عنه ولم يقتله. مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلف في رأي أبي حنيفة وأحمد؛ لأنَّه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق؛ ولأنَّه كما يقول أبو حنيفة استوفَ غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق؛ لأنَّ حقه في القتل لا في القطع، وكان القياس أن يقتصر منه إلا أن القصاص درى للشبهة (شبهة أنَّ له تلف الطرف تبعاً للنفس). وإذا درى 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 لا أصلاً ولا تبعاً، ومن هذا يتبين أنه استوفَ غير حقه^(٥)...

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٣، المهدب ج/٢ ص/١٩٧، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٨٦ : ... ٣٨٧

(٢) الشرح الكبير للدردير ج/٤ ص/٢١٢ ... ٢١٢

(٣) المقصود بالاتفاق الأئمة الأربع، ولكن هناك من يرى غير رأيهما. فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الديمة وعمر بن عبد العزير يرى تعزير القاتل.

(٤) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٢٤٧، حاشية الطهطاوي ج/٤ ص/٧٥٨، المهدب ج/٢ ص/١٩٧، نهاية المحتاج ج/٧ ص/٢٨٦، المغني ج/٩ ص/٤٦١، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٩١ ... ٣٩١

(٥) المغني ج/٩ ص/٣٩١، البحر الرائق ج/٨ ص/٣١٩ : ... ٣٢٠

عوده ويرى الشافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلذج جارحة أو عضوا من الجانى لا يسأل جنائيا إذا عفا عن القتل، ويعذر إذا لم يعف عن القتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله، وحجتهم في عدم المسئولية في حالة العفو أنه قطع طرفا أو أطرافا من جملة استحق إتلافها، ومن له إتلاف الكل لا يصح أن يؤخذ على إتلاف البعض^(١) ...

ويرى مالك مسئولية الولى إذا أتلف جارحة أو قطع عضوا من الجانى سواء عفا عن القتل أو لم يعف، وعليه في ذلك القصاص؛ لأن الجانى يستقاد له منه وتعلق جراحاته ما لم يقتل^(٢) ...

٣٨٣ - **ثانياً ... حكم مارون القتل** : إذا وجب على الجانى قصاصاً مختلفاً فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجانى غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص في حدود ما يستحقه فقط، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المأثر، فإن فعل فهو قاطع عمداً، وإن قطع العضو المأثر فلا يسأل عن القطع، وإنما يسأل عن افتياه على السلطات العامة وتعجله بالقصاص، أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسئول عن القطع؛ لأن الجانى معصوم في حقه ولم يهدى إلا للمجنى عليه أو وليه

وإذا قطع المستحق طرفا من الجانى في الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس وما تزال الجانى منه فلا يسأل المستحق عن الموت؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مأذون فيه ولا يُعدّ جريمة، وما تولد عن مباح فهو مباح، فضلاً عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لا بد منها، فلو حمل منفذ العقوبة السائج التي تولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات، أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت بحسباته قاتلاً شبه متعمداً، وحجته أن الفعل المأذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئولية^(٣) ...

(١) المهدى ج/٢ ص/٢٠٢، بداع الصنائع ج/٧ ص/٣٠٤ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٢٥، المدونة ج/١٦ ص/٢٢٢، المغني ج/٩ ص/٢٩١ ...

(٣) المغني ج/٩ ص/٤٤٣، المهدى ج/٢ ص/٢٠٠، تحفة المحتاج ج/٤٠ ص/٢٧، بداع الصنائع ج/٧ ص/٣٠٥ ...

عودة ◻

أما مالك، فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتضى في الأطراف لنفسه إلا أنه يمنع للمصلحة العامة، مع التسليم بأنه صاحب حق في القصاص. والمبدأ العام عند مالك أن سراية القود غير مضمونة، أي لا يترتب عليها مسؤولية جنائية. وعلى هذا، فإذا اقتضى شخص لنفسه في طرف فسري إلى النفس فلا مسؤولية عليه عن السراية، ولكنه مسؤول لافتياه على السلطات العامة^(١)...

٣٨٤.- (سابعا) ... السارق : كل من ارتكب سرقة يجب فيها القطع يُعدَّ غير معصوم بالنسبة للعضو الذي يجب قطعه، أما ما عدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها. وعلة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهي حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير، وهذا كان القطع واجباً لاحقاً، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإنفانته، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلاً ...
ويترتب على ما سبق أنه لو عدا إنسان على السارق بقطع يده أو رجله التي يجب قطعها فإنه لا يعاقب على القطع؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم وأدى واجباً تفرضه الشرعية عليه. فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياه على السلطات العامة ولكنه لا يعاقب على القطع في ذاته. ولكن لا يجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع بحسباته مفتاناً إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب^(٢).

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة، فلا يسأل القاطع عن القطع إذا ثبتت السرقة بعد ذلك، أما إذا لم ثبتت السرقة فهو مسؤول عن القطع^(٣) ...
وإذا سرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت، إلا إذا كان مسؤولاً عن القطع، فإن كان مسؤولاً عن القطع فهو مسؤول عن قتله عمداً، وإن لم يكن فلا مسؤولية لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقييد بشرط السلامة ...

(١) بداية الجهد ج/٣ ص/٣٤٢، المغني ج/٩ ص/٤٤٣، موهاب الجليل ج/٦ ص/٢٥٣ ...

(٢) موهاب الجليل ج/٦ ص/٣٢١، نهاية المحتاج ج/٧ ص/٢٥٤ ...

(٣) المغني ج/١٠ ص/٢٦٩، ٢٧٠، البحر الواقي ج/٥ ص/٦٢ ...

عوده الفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة أن القصاص حق المقص وليس واجبا عليه، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتضى، بل هو مندوب إلى العفو فضلا 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 مخصص بإقامتها فضلا عن أن الضرورة تقتضي التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تعطل إقامة الحدود^(١) ...

ويشترط الشافعية في القاطع أن لا يكون مهدا، تطبيقا لقاعدة القاعدة الخاصة وهي أن غير المقصوم معصوم على أنداده، وهي قاعدة لا يطبقها إلا الشافعيون. ويرى بعض الشافعية أن السارق معصوم إلا على المجنى عليه في السرقة، ويعدون القطع حقا للمجنى عليه وهو رأى مرجوح^(٢) ...

(١) بدائع الصنائع ج/٧ ص/٣٥٥، البحر الرائق ج/٨ ص/٣١٩ ...

(٢) شرح البهجة ج/٥ ص/٣ ...

﴿384﴾ - جريمة السرقة لا تحيز للفرد تطبيق الحد بحجة عدم قيام السلطة

العامة بذلك :

كنا نفضل أن توضع جريمة السرقة مع غيرها من جرائم الحدود - قبل جرائم القصاص - لأن كل ما قلناه بشأنها يطبق في هذه الحالة.

ونلاحظ أنه بعد أن قال بأن قطع يد السارق واجب على كل فرد (وليس مجرد حق فقط) يضيف بأن السلطات العامة (وهي القضاء الشرعي) هي التي تتکفل بإقامةته. ونحن نضيف أنها هي وحدها عليها هذا الواجب ولها هذا الحق، وأن حق الأفراد مقصور على الالتجاء إليها ومطالبتها بإقامة الحدود. وغياب القضاء أو السلطة العامة الشرعية التي تقييم الحدود لا يحيز في نظرنا لنا أن نفتح الباب أمام كل فرد ليذرعى لنفسه سلطة القضاء والحكم؛ بل كل ما يوجبه علينا هو مطالبة الأفراد بالسعى الجدى والعمل الجماعى لإقامة سلطة قضائية شرعية، ومن واجبنا كفقهاء وعلماء أن نرسم لهم الطريق الشرعى الذى يجب عليهم السير فيه للقيام بهذا الواجب فى إقامة حكم قضائى شرعى ودولة تنفذ حكمه وتلتزم به، بدلاً من أن نفتح لكل فرد الباب ليذرعى لنفسه سلطة القضاء وإقامة الحدود بحجة عدم وجود قضاء شرعى، أو أن القضاء موجود ولكن السلطة السياسية حرمته من مباشرة اختصاصه فى إقامة الحدود أو فى تطبيق أحكام الشريعة.

وقد أشار الأستاذ الشيخ / محمد أبو زهرة في كتابه عن "العقوبة" إلى رأى أبداه بعض الباحثين حول تفسير النص القرآني بعقوبة السرقة، وعلى الرغم من أنه لم يقره فإنه استعرض أدلة تفصيلاً كما يلى :

أن الله تعالى عَبَرَ عن الذى يسرق، ووجب حد السرقة عليه وهو قطع يده بقوله : **﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله﴾⁽¹⁾**، فجاء بعض الذين يحيثون⁽²⁾ وقال إن كلمة السارق وكلمة السارقة **وصفان لا فعلان، والووصف لا يتحقق في الشخص إلا بالتفكير**، فلا يقال لمن ظهر منه الجود مرة إنه جoward، ولا لمن وقع منه الكذب مرة إنه كذاب، ولا للغافق الذى لا يقول الحق أو المنافق الذى يخفي ما لا

(1) سورة المائدة الآية (38).

(2) أحكام القرآن ج 2 ص 416 طبعة إستابول .

القائلون بأن القطع كحد للسرقة لا يطبق إلا في حالة التكرار (العود) :

يُبديه إذا صدق مرة إنه صادق، أو صدوق، إنما تقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون اسمًا له وعنوانًا يعرف به.

ويتطبيق هذا على كلمة السارق والسارقة يكون المستحق للقطع هو ما صار هذا وصفاً له، ولا يكون ذلك إلا بتكرار الارتكاب، ولا يكون بالفعل مرة واحدة. وعلى حد تعبير القانونيين يكون ذلك العقاب للسارق العائد⁽¹⁾.

وينكى هؤلاء الباحثون نظرهم بما يأتي⁽²⁾:

(أ) أن الله تعالى قال عقب آية السرقة والقطع: «فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم»⁽³⁾، وأن ذكر التوبة بعد الظلم من سرق لا يكون له محل في الظاهر إلا إذا كان العقاب لم يقع، ولذا قال بعض الفقهاء إن التوبة تكون مانعة للقطع إذا كانت قبل القطع، وإن كان هؤلاء الباحثون ليسوا الكثرة، بل إنهم عدد ضئيل ربما لا يؤبه له. ولكن ظاهر الآية يقرب منه الفعل، بل إنما تكون من يترتب الفعل بجهالة، ولذلك يقول الله تعالى: «إنما التوبة على الله للذين يعملونسوء بجهالة ثم يتوبون من قريب»⁽⁴⁾. وهذا الفهم يكون المعنى أن القطع لا يكون من فعلمرة وتاب، ولكن للمتكرر منه الفعل.

(ب) وقد ثبت في أخبار المخزومية التي سرقت، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع يدها أنها كانت معتادة السرقة، لأنها كانت معروفة بأنها لا ترد الودائع التي تودعها، ولا العواري التي تستعيدها، حتى ظن بعض الخنابلة أن سرقتها كانت من هذا القبيل، ولكن الأكثرين أو جمهور الفقهاء على أن سرقتها لم تكن من هذا النوع، بل كانت الأخذ خفية من مال ملوك من حرز مثله. ولكن من المؤكد أن المرأة كانت معروفة بذلك، ومن كانت كذلك تعد السرقة وصفاً لها. والمخزومية هذه هي التي أهم

(1) لقد أشار إلى هذا بعض الدين تكلموا في التشريع الجنائي الإسلامي في إحدى ندوات الإذاعة المرئية.

(2) وقد تبى هذا الرأي مشروع القانون الذي قدمه مجلس الشعب، وقد أعده نائب قنا الأستاذ إسماعيل على معرفة (1976 - 1977) وقد استند إلى الحجج التي عرضها الأستاذ الشيخ أبو زهرة .

(3) سورة المائدة الآية (39).

(4) سورة النساء الآية (17).

رأى الشيخ محمد أبو زهرة :

فريشـاً أـن يقطع النـبـي يـدـها، فـتـوـسـلـوا إـلـيـهـ بـالـشـفـعـاءـ، فـوـقـفـ خـطـيـباـ: "ما بـالـأـقـوـامـ يـتـشـفـعـونـ فـيـ حـدـ منـ حـدـودـ اللهـ، إـنـاـ أـهـلـكـ الـذـيـنـ مـنـ قـيـلـكـ أـهـمـ كـانـواـ إـذـاـ سـرـقـ فـيـهـمـ الشـرـيفـ تـرـكـوهـ، وـإـذـاـ سـرـقـ الـضـعـيفـ قـطـعـوهـ، وـإـيمـ اللـهـ لـوـ أـنـ فـاطـمـةـ بـنـتـ مـحـمـدـ سـرـقتـ لـقـطـعـ مـحـمـدـ يـدـهاـ".

(ج) أنه قد روی عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه لما أراد قطع يد شاب سرق، قالت له أمه : اعف عنه يا أمير المؤمنين، فإن هذه أول مرة. فقال عمر لها : إن الله أرحم من أن يكشف ستر عبده لأول مرة. ويظهر أن الإمام عمر رضي الله عنه يرى أن القبض على السارق متلبساً، أو وجود شهود يشهدون، يدل على التكرار.

أما رأى الشيخ أبو زهرة في هذا التفسير فقد عرضه كما يلى :

هذا نظر بعض الباحثين في عصرنا، ولكن يعارضه أن الآثار الواردة لم يكن فيها ما يشير إلى وجوب التكرار لإقامة الحد، وأن سارق الرداء الذي يقطع يده النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأله أسبق منه ذلك أم لم يسبق، إلا أن يقال إن سرقة الرداء كانت وصاحبه بالمسجد قد وضعا في مثل حزز، فالسرقة في هذا المكان وفي مثل هذه الحال لا تكون إلا من تكررت منه السرقة.

ويرد هذا النظر أيضاً أن فقهاء المسلمين أجمعوا على أن القطع لأول مرة، ولم يعرف مخالف لهذا من عصر النبي إلى الآن إلا تلك الرواية عن عمر رضي الله عنه التي لم يكن فيها تصريح باشتراط التكرار وأن الإجماع حجة.

ونذكر هنا كلمة نمس بها، وهي أن الحدود غير مطبقة فلا يصح أن يخالف الإجماع ولو هن أقوال الفقهاء في أمر غير مطبق⁽¹⁾.

وهذه الجملة الأخيرة تدل على أنه لم يشاً أن يقفل باب مناقشة مثل هذه التفسيرات قبل أن يستقر مبدأ تطبيق الحدود.

(1) يراجع البند 94 ص 121 من كتابه المشار إليه.

﴿احتياط الفقه لتضييق نطاق عقوبة السرقة الحدية﴾

والذى يهمنا في هذا الموضوع هو ما قاله بشأن الصفة الاستثنائية لحد السرقة، وهذه هي عبارته :

”الأمر الذى يجب أن نلاحظه هو أن الفقهاء احتاطوا كل الاحتياط أن تقطع الأيدي، احتاطوا عليها في اشتراط الحرز، فشددوا في اشتراطه، وضيقوا في معنى السرقة بسببه حتى إنهم منعوا قطع يد الضيف إذا سرق من مضيقه، وحافظوا على الأيدي في اشتراط الملكية التامة، كما اشترطوا الحرز التام غير الناقص، واشترطوا في الأموال التي تسرق أن تؤخذ وتنقل من حيز إلى حيز، بأن تنتقل من حرز مثلها إلى يد السارق (أى إلى حيازته). بل من الفقهاء من اشترطوا في الأموال المسروقة لا تكون مما يتسارع إليه الفساد، فمالك والحنفية والثورى لم يقطعوا لذلك، والشافعى وأحمد أجازوا القطع، وعلى هذا الخلاف اللحم والفاكهة الرطبة واللبن. ومن الفقهاء من اشترطوا في الأموال المسروقة لا تكون مباحة الأصل، والإحراز وحده هو الذى أثبت ملكيتها، كالطير بعد صيده، والسمك كذلك، والجواهر والآلئ بعد الاستيلاء، وذلك من اصطاد واستولى بالفعل، لا من تلقى الملك عن هؤلاء، فقد قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد، لا قطع في ذلك، لأن الشركة الطبيعية في هذه الأشياء المباحة لا تزال آثارها ثابتة، وقال الشافعى ومالك وجب القطع لأن الملكية الخاصة استقرت، وقد زالت الشركة العامة بالصيد والاستيلاء.

ومنهم من قال إنه لا سرقة في الأموال التي تكون منفعتها عامة، وإن كانت في ملك خاص، كالمصحف ونحوها، مما يكون الانتفاع بها قربة يتقرب بها إلى الله تعالى.

وإن الذي تستتبطه من هذا كله ثلاثة أمور يجب أن توضع في الاعتبار :

أولها : أن الفقهاء ضيقوا في دائرة السرقات التي تقطع بها الأيدي صيانة جسم الإنسان من التشويه ما أمكن، إلى درجة أنها تبحث عن السرقة التي تطبق عليها هذه الشروط، سواء فيها ما كان موضع اختلاف أو اتفاق، فإننا نجد أحوالاً نادرة تقطع فيها الأيدي، وإنه مع ندرة القطع يكون فيه من التروع للسارقين ما يحفظ أمن الآمنين.

رأى الشيعة في المقصود باليد التي تقطع في حد السرقة :

ثانيهما : أننا إذا دعونا إلى تطبيق حد السرقة فإننا لا نقطع إلا فيما أجمع الفقهاء على القطع فيه، فإذا كان ثمة اختلاف فإننا نأخذ بقول من يمنع القطع، ولا نأخذ بقول من يشدد لأن موطن الخلاف يكون فيه شبهة، والحدود تسقط بالشبهات كما قررنا من قبل.

ثالثها : أن عقوبة السرقة للترويع، وإفراط السارقين، وأن ذلك يتحقق بإعلان العقوبة فقط وثبتت التطبيق، ولو في أيدي محدودة، فإن العبرة في الترويع بالإعلان، من غير نظر إلى كثرة الأيدي، أو قلتها، وأن البلاد التي تطبق هذا الحد الخامس مادة الشر لا تقطع إلا أيديها قليلة لو وزنت بمجرائم السرقات التي تذهب الأرواح في سبيلها لا تعد شيئاً مذكوراً بجوارها. فعلى الذين يذهب بهم فرط شفقتهم بال مجرمين أن يعلموا أن الأيدي التي تقطع ستكون قليلة جداً، ولكنها حاسمة قاطعة رادعة للأشرار، والله عظيم حكيم⁽¹⁾.

كنا نتمنى أن يقول لنا الشيخ محمد أبو زهرة رأيه فيما ي قوله الشيعة من أن المقصود بالقطع في حد السرقة هو الأصابع لا اليد - وهو ما أيده السيد الصدر في تعليقه الذي ناقشناه فيما سبق.

(1) المرجع المشار إليه - البند 96 ص 123، 124.

الفرع السادس في حقوق الحكم وواجباته^(١)

٣٨٥- واجبات الحكم : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون العموميون 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 محظى على الكافية ولكننه مباح إذا كان عقوبة؛ لأن العقوبة ليست عدواناً؛ وأن من واجب القاضي أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها. والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين، ولا مسؤولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محظى؛ لأن الحكم واجب على القاضي والتنفيذ واجب على المنفذ، ولا خيار لأحد هما 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 لا حق له فيه، أما إذا حسنت نيته فأتي العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسؤولية عليه من الناحية الجنائية ...

ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٢) إقامة الحدود، فلا خلاف بين الفقهاء في أن إقامة الحدود واجبة، وأن سائر الحدود إذا أتت بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسؤولية على مقيمها عما تؤدي إليه من تلف لأن الواجب لا يتقييد بشرط السلامة؛ وأنه لابد للمكمل بالواجب من إتيانه. فمن أقام حد الزنا على غير محسن فضرره مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسؤولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت، فإذا تعمد 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

(١) للحكام بصفتهم أفراداً كل حقوق الأفراد، وعليهم كل الواجبات التي سبق بيانها، ولكنهم بصفتهم حكامًا لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التي يتميز بها الحكم وتلك الواجبات التي يحملوها ...

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٤، شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٧، ٢١٨، ٢٥١، أنسى المطالب ج ٤ ص ١٦٣.

عوده للموت ، وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسؤولية عليه، وإنما المسؤولية على الإمام، فإذا كان عالما بالتحريم فهو مسئول ولا يغفه الأمر من المسئولية ...

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتضي منه في كل ما تعمده من جور فجار به على الناس. فإذا قتل إنساناً قتل به، وإذا قطع إنساناً قطع به سواء باشر الفعل كان ضربه بسيف أو تسبب فيه لأن حكم عليه ظلماً بالقتل أو القطع^(١) ...

وكما يسأل الإمام عن عمله يسأل عن خطأه، لكنهم اختلفوا في ضمان الخطأ، فرأى البعض أن الضمان على الإمام وعائلته؛ لأن ضمان وجوب بخطئه، فمسئوليته عنه كمسئوليية أبي مخنطى^٢. ورأى البعض أن ضمان الخطأ في بيت المال؛ لأن خطأ الإمام يكثُر فلو وجّب الضمان في ماله وما عائلته لأجحافهم فضلاً عن أن المحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه^(٣) ...

ويطبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة في التعازير، فيرون أن لا عقوبة ولا ضمان على حاكم عزراً إنساناً، إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه، سواء كانت العقوبة في ذاقها مهلكة كعقوبة الإعدام، أو كانت غير مهلكة كالجلد، ولكن تفيذها أدى إلى موت المحكوم عليه. ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتفيذها بشرط السلامة إذا أداه المكلف به في حدوده المنشورة ولم يتعمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ في أدائه^(٤) ...

أما الشافعى فيرى أن يضم الإمام دية المحكوم عليه إذا عزره فمات أو كانت العقوبة التعزير هي الموت؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة، كما أن من حقه اختيار العقوبة الملائمة للجريمة وال مجرم، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك، فكان مشروطاً بسلامة العاقبة، فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلاً فهو مسئول عن ضمان الجانى ...

(١) شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٦١، المذهب ج/٢ ص/١٨٩، الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٤٣ /٣٤٢، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣٤٣، المدونة ج/١٦ ص/٥٧، الأم ج/٦ ص/١٧٠:١٧١ ...

(٢) المتفق ج/١٠ ص/٣٣٤ : ٣٣٥، المذهب ج/٢ ص/٢٢٨، الأم ج/٦ ص/١٧٠:١٧١ ..

(٣) المتفق ج/١٠ ص/٣٤٩، شرح الزرقاني ج/٨ ص/١١٦، شرح فتح القدير ج/٤ ص/٢١٢:٢١٣ ..

عوذه ويدخل في التعزير عند الشافعى حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولاً؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة ...

ويحتاج الشافعى في ترتيب المسئولية على الإمام عن التعزير المخالف أو المؤدى للتلذذ بأن علياً - رضي الله عنه - قال : "ليس أحد أقيم عليه الحد فيما نهيت فأجد في نفسي شيئاً أن الحد قتله إلا حد الخمر، فإن رسول الله لم يسن لنا". كما يحتاج بأن علياً أشار على عمر بضمانته امرأة استدعاهما عمر ففرغت وألقت جنينها حين أرسل إليها، وقد عمل عمر بمشورته. ويحتاج أيضاً بأن رسول الله ﷺ لم يبر التعزير واجباً في كل حال، وأنه عفا عن الجريمة وعفا عن العقوبة في جرائم التعزير^(١) ...

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدأ الذي تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعى، ولكن رأى الشافعى يؤدى إلى مبدأ اجتماعي صالح إذ يعوض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلتهم الذى يموت في غالب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته، ولا شك في أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة ...

٣٨٦- حقوق الكلام : للحكام في الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق، ولكن لهم فوق ذلك حق الأمر على الأفراد، واستعمال هذا الحق يؤدى إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق وذاك الواجب في قوله ﷺ : «يأيها الذين آمنوا أطِيعُوا اللَّهَ وَأطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَئِكَ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ» [النساء: ٥٩] ...

وحق الأمر وواجب الطاعة كلاماً مقيد غير مطلق، فليست للأمر أن يأمر بما يخالف الشريعة، وليس لأمر أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفاً أو غير موظف، وذلك ظاهر من قوله ﷺ : «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ»، ومن قول الرسول ﷺ : "لا طاعة لملخوق في معصية الخالق" ، وقوله : "من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه" ...

(١) أنسى المطالب ج/٤ ص/١٦٢، شرح البهجة ج/٥ ص/١٠٨، المهدب ج/٢ ص/٢٢٨ ...

عوده

فأمر الحكم في الشريعة لا يخلو المأمور من المسئولية ولو كان المأمور موظفا، وإذا أمر الرئيس مروعوسه بعمل مخالف للشريعة فاته وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المروعوس عقوبة الفعل الذي أتاه؛ لأن أمر الرئيس في هذه الحالة يُعدّ أمراً غير ملزم لا تجحب طاعته؛ لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه، وليس للمروعوس أن ينفيه فإن نفذه جمل مسئوليته ...

وإذا كان الفعل محظماً ولكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر معتقداً أنه غير محظم. فلا مسئولية على المأمور لحسن نيته، بشرط أن يكون الفعل داخلاً في اختصاص الأمر، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية^(١) ... وإذا أكره الرئيس المروعوس على قتل أحد أو جلده وغير حق فمات فكلاهما مسئول جنائياً عن الفعل، ولا يعفى الإكراه المروعوس من المسئولية ولو كان الإكراه ملجناً، إذ الأصل في الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكره من العقوبة. وإذا كان الإكراه الموجي لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبي لا يعفى منها من باب أولى. والواقع أن الشريعة لا ترى في مركز الرئيس من المروعوس ما يجعل الأخير على إطاعة أمر مخالف للشريعة ...

وإذا كان الأمر يعتقد حل الفعل الذي أمر به، وكان المأمور لا يعتقد حله ثم نفذه بالرغم من ذلك، فإن عليه المسئولية دون الأمر ...
ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندي، فصفة المأمور لا تحل له ارتكاب فعل محظم وصفة الأمر لا تتيح له أن يأمر بما ليس من حقه ...

٣٨٧ - **بين الشريعة والقانون :** وحكم الشريعة في حق الأمر، وواجب الطاعة يستقى مع أحد النظريات في القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين من تفرقة بين حالة الجندي وغير الجندي، فإنها لا تسمح للجندي بمخالفة أمر رئيسه فإذا رأى أن الأمر مخالف للقانون. والشريعة لا تقبل هذه التفرقة؛ لأنها تحريم تحريماً قاطعاً طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المروعوس جندياً أو غير جندي. ولا شك في أن الشريعة تتتفوق على القوانين في هذه الناحية؛ لأنها تشجع المروعوس على قول الحق، وعلى سلوك السبيل السوى، وتجعل الرئيس في حالة عجز عن مخالفة التشريع؛ لأنه لا يجد من ينفذ أمره، وفي ذلك خير ضمان للمحكومين والحاكمين على السواء ...

(١) الشرح الكبير ج/٩ ص/٣٤٢ : ٣٤٣، أسف المطالب ج/٤ ص/٧ وما بعدها، شرح الزرقاني ج/٨ ص/١.

385 - 387 - مسئولية من يمارسون السلطة من الرؤساء والأئمة:

هذا هو الموضوع الذي كنا نطالب به عندما اقترحنا دراسة "بغي" من يمارسون السلطة، سواء استولوا عليها بطريق شرعى بالشورى والبيعة الحرة، أو بالغصب والقوة والغلب (في هذه الحالة يكون مجرد سعيهم للسلطة وادعائهم لها بغيرا في ذاته). وقد تفادينا استعمال كلمة "الحكام" لأن هذا اللفظ يطلق عادة على القضاة في كثير من كتب الفقه، أما هنا فنحن ندرس حالة كل من يمارس السلطة التنفيذية سواء كان آمراً أو مأموراً تابعاً منفذًا لأوامرها.

ونحن نحمد له أن بدأ بالكلام عن واجباتهم؛ لأن الشريعة تعدد السلطة أداء لواجبات وقياما بالتزامات، في حين أن كثريين من يغتصبون السلطة أو يسعون إليها يظنونها مغامراً ومزاياً – وهذا هو ما نرفضه وندعوه للاحتراز منه. ويسرنا أنه أشار إلى أن القاضي هو الذي يجب عليه أن يحكم بالعقوبات الشرعية، وقد أكدنا دائمًا أن هذا حق له وحده، كما قدمنا.

أهم مبدأ بدأ به هو أن ما يباح لهؤلاء هو ما يدخل ضمن اختصاصهم شرعاً وبالشروط التي تضعها شريعتنا لتصريحاتهم – وأن ما يتجاوز ذلك عمداً أو خطأ فإنهم مسئولون عنه ومحاسبون عليه، وإذا كان جريمة فإنهم يستحقون العقاب كغيرهم. طبعي أن الاختصاصات تختلف وتتفاوت، وعلى كل من يتولى مسئولية السلطة أن يعرف حدود ولايته واحتياصاته، وأن يلتزم بتلك الحدود ولا يتجاوزها، وأن يعلم أن كل تجاوز يجعله مستحقاً للمسؤولية الجنائية أو المدنية كغيره من الناس سواء

سواء، دون أن يدعى لنفسه أي امتياز أو حصانة مزعومة.

وعلم الجانى أو معرفته لها أهمية في تقدير حُسن النية – وكثير من التشريعات تجعل حُسن النية سبباً لاستبعاد ثبوت العمد في الجرائم الجنائية – ولذلك فإن تجاوز المسؤول حدود سلطنته معتقداً أنه يعمل في حدودها يكون شبهة توجب عدم توقيع الحد عليه أو القصاص. لكننا نرى أن التعزير يبقى باهه مفتوحاً مع ملاحظة تنوع التعازير التي تشمل في نظرنا ما يُعد في العصر الحاضر من الجزاءات الإدارية أو التأديبية فضلاً عن التدابير الوقائية والتهديبية والعبادية.

حسن نية من ينفذ أمر رئيسه معناها اعتقاده بأن الأمر الصادر له شرعى،
وإذا ثبت غير ذلك يكون مسئولا :

ونلاحظ أن كثيرا من الفقهاء يتكلم عن وجوب القصاص أو الحد أو عدم جوازه، وبهمنا مبدأ وجوب التعزير دائما ومرونته التي تتسع لتدابير غير جنائية.. ويؤسفنا أنه استعمل كلمة الإمام، وهو يقصد القاضى؛ لأن بعض الناس يظن أن الإمام هو رئيس الدولة، في حين أن القاضى وحده هو الذى له الحق في إقامة الحدود فلا داعى للذكر الإمام. وما دام هناك قاض فلا حق لرئيس الدولة في القضاء. ونرى أن الدولة يجب عليها إقامة قضاء مستقل، وبالتالي لا يجوز في نظرنا لرئيسها أن يتدخل في القضاء بأى وجه من الوجوه إلا إذا كان مجتهدًا ويعمل بهذه الصفة وحدها ولم يكن هناك قاض - وهذا الغرض أصبح غير ممكن بعد أن قفل باب الاجتهاد الفردى... وأصبح الاجتهاد جماعيا.

وقد عاد لاستعمال كلمة الحكم بدلا من الإمام، وقد أشرنا إلى أنها تستعمل في الفقه للإشارة إلى القضاة، ونعتقد أنه قصد ذلك لأن الفقهاء الذين نقل عنهم كانوا يعبرون عن القاضى بأنه "الحاكم". والاختلافات بين آراء الفقهاء فيما يتعلق بالضمان أو المسئولية المدنية لها نظائر في الفقه الوضعي الع资料ي ...

* * *

إن التزام الأتباع بطاعة رؤسائهم يجب أن يؤخذ في الحسبان عند الكلام عن مسئوليتهم عن الأفعال التي يعتقدون بحسن نية بأن سلطة رؤسائهم وولايتهم توجب عليهم تنفيذ تلك الأوامر، وفقهاونا يرون إعفاءهم من المسئولية عما تضمنته الأوامر التي نفذوها من خطأ أو عدوان - طالما كانوا حسني النية - ويكون الأمر هو المسؤول.

إننا إذا أغفينا الأتباع حسني النية من المسئولية، فإن الرئيس الأمر هو الذي يستحمل المسئولية دائما - سواء عوقب الأتباع أو لم يعاقبوا، سواء عرفوا أو لم يعرفوا.

لا طاعة لخلوق في معصية الخالق :

أساس إعفاء التابع في نظر كثيرون هو أنهم مكرهون على طاعة رؤسائهم أو متزمون بها شرعاً، وأنهم يعتقدون أن الرئيس الذي أعطاهم الأمر كان يمارس ولاية "شرعية" صحيحة، وأنهم لذلك ملزمون شرعاً بتنفيذ أوامره. لكن هذا الالتزام الشرعي مقيد بشرط أن يعتقد بحسن نية أن أمر الرئيس ليس معصية؛ لأن المبدأ الشرعي أنه "لا طاعة لخلوق في معصية الخالق". وإذا كان يعلم أنه معصية واضحة ومعروفة فإنه لا يتمتع بالإعفاء من المسئولية. وسنرى تفصيل ذلك في البحث التالي بشأن أسباب عدم المسئولية التي عبر عنها بأنها أسباب رفع "العقوبة"، وهو تجاوز في التعبير لا نقره لأن الأمر خاص بالمسئولية لا بالعقوبة.

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 فعلًا يحرمه الشارع ويعاقب عليه،
ولكن الشارع يعفيه من العقاب حالة قائمة فيه لا في فعله. فأساس الإعفاء من
العقوبة صفة قائمة في شخص الفاعل، بعكس الأمر في أسباب الإباحة فإن الإباحة
أساسها وجود صفة في الفعل لا تجعله محظوظاً. 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 ...
وستخصص فيما يأتي مبحثاً لكل حالة من حالات رفع العقوبة ...

388 – شرط المسؤولية الاختيار الحر والرشد العقلاني :

أشرنا إلى أن الشارع الحكيم قد كرم بني آدم بأن منحهم العقل الراشد والاختيار بين الخير والشر، ولذلك فإنهم يتحملون مسؤولية الجزاء الأخرى والدنيوى (بما في ذلك الجزاء الجنائى) طالما توافر لديهم هذان الشرطان، وتعدم المسؤولية كلما وجد سبب يفقد الإنسان الاختيار الحر أو العقل الراشد.

وقد أورد أربعة أسباب تبرر انعدام المسؤولية :

أولها: عدم الاختيار الحر وهو الإكراه – وعدة حالة الضرورة داخلة ضمن الإكراه، وفي نظرنا أن الإكراه هو نوع من الضرورة.

أما الثلاثة الباقية، فهي حالات لا يتوافر فيها العقل الراشد اللازم والكاف لتحمل المسؤولية.

ولذلك اعترضنا على استعمال كلمة ارتفاع العقاب; لأن موضوعنا هو المسؤولية، ويجب التفرق بين امتياز المسؤولية لعدم توافر شروطها، وامتياز العقاب برغم توافر شروط المسؤولية.

الفرع الأول في الإكراه

٣٨٩. **تعريف الإكراه :** يعرّف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغیره فيزول رضاه أو يفسد اختياره، وبأنه فعل يوجد من المكره يحدث في الحال أي المكره معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه، وبأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكرهه على أمر بحيث يتضمن به الرضا^(١) ...
ويعرفه البعض بأنه ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢). ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدّد المكره قادرًا على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه، وغلب على ظنه أنه يُفعّل 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 تاماً أو إكراهاً ملجنًا. ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو ما لا يختلف فيه التلف عادةً كالحبس والقيد لمدة قصيرة، والقترب الذي لا يخشى منه التلف، ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجن^(٤) ...
والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التي تحتاج إلى الرضا كالبيع والإجارة والإقرار؛ فلا تأثير له على الجرائم ...
أما الإكراه الشامل فيؤثر فيما يقتضي الرضا والاختيار معاً كارتكاب الجرائم؛ فمن أكره على جريمة زنا مثلاً ينبغي أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره. والإكراه الشامل هو الذي ستكلمه عنه ...
ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد - ورأيهم مرجوح - أن الإكراه يقتضي شيئاً من العذاب مثل الضرب والخفق وعصير الساق وما أشبه، وأن التوعيد بالعذاب لا يكون إكراهاً. ويستدللون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على

(١) البحر الرائق ج/٨ ص/١٧٩ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٤ ص/٤٥ ...

(٣) أنسى الطالب، وحاشية الشهاب ج/٣ ص/٢٨٢ ...

(٤) البحر الرائق ج/٣ ص/٨٠ ...

عده الشرك بالله فأبى عليهم، فلما غطوه في الماء حتى كادت روحه تزهق أجahem ما طلبوا. فانتهى إليه النبي ﷺ وهو يبكي، فجعل يمسح الدموع من عينه ويقول: "أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم". ويستدلون أيضاً بما قاله عمر رضي الله عنه : "ليس الرجل أمنا على نفسه إذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته" .

فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكره فيحمله على إثبات ما أكره عليه، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذي يأبه المكره فلا يُعدّ الفاعل مكرهاً في رأيه^(١) ...

ويرى أصحاب الرأي الراجح في مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعي، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه، وأن الإكراه لا يكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك. أما ما مضى من العقوبة فإنه 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. فالذى يندفع إذن يأتى ان الفعل المكره عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعل^(٢) ... 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 ...

(١) المغني ج/٨ ص/٢٦٠، الشرح الكبير ج/٨ ص/٢٤٠ ...

(٢) المغني ج/٨ ص/٢٦١، البحر الرائق ج/٨ ص/٨٠، أنسى الطالب ج/٣ ص/٢٨٢ : ٣٨٢ ، موهاب الجليل ج/٣ ص/٤٥ : ٤٦

389 ، 390 – التعريف والتقييم :

قصر تعريفه على الإكراه الواقع من جانب إنسان آخر، لأنه خصص للضرورة الناتجة من غير فعل إنسان البند من (399 – 406). وكنا نفضل أن يخصص لها فرعاً مستقلاً أو أن يشار إليها في عنوان هذا الفرع كما فعلنا.

وسوف نتكلّم عن الفرق بين الضرورة والإكراه فيما بعد في تعليقنا على البند (399).

* * *

وقد فرق بين الإكراه التام أو الملحى، وبين الإكراه الناقص غير الملحى، وعرف الإكراه التام الملحى بأنه عدم الرضا والاختيار معاً؛ لأنه يهدى المكره بخطر على نفسه وهو ما لا يستطيع عاقل أن يرضى به أو يختاره. فالرضا هنا متعدّل لأن العاقل العادى عادة يفضل البقاء على قيد الحياة إذا خيّر بين أن يكون أو لا يكون ...

أما النوع الأقل درجة ويعدّ إكراهاً ناقصاً غير ملحى، فهو لا يعدّ الاختيار لكنه يفسد الرضا؛ فالمكره قد اختار فعلًا لكن رضاه كان غير صحيح أو فاسد. وهذه التفرقة لا نظير لها في الفقه الوضعي.

٣٩١ - شروط الإكراه : يشترط لوجود الإكراه توافر الشروط الآتية، فإن لم

توافر فلا يُعدُّ الإكراه قائماً ولا يُعدُّ الفاعل مكرهاً :

أولاً : أن يكون الوعيد ملجنًا "أىً ما يستضر به ضرراً كبيراً" بحيث ي عدم الرضا كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين. وتقدير الوعيد الذي يستضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراها في حق شخص دون آخر وفي سبب دون آخر. فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحدة. والبعض قد يرحب بمكنته في السجن أمداً طويلاً، والبعض قد يضار بيقائه في السجن ليلة واحدة. والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يُعدُّ إكراها في جريمة القتل، ولكنه يُعدُّ إكراها في جريمة الشرب أو السرقة. والضربيسير في حق من يبالي به ليس إكراها، ولكنه يُعدُّ إكراها في حق ذوى المروءات إن وقع على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وعضالة وشهرة في حقه ...

والتهديد بالشتم والسب والقذف ليس إكراها باتفاق^(١).

وأمر صاحب السلطان يُعدُّ في ذاته إكراها دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد، إذا كان المفهوم أن جزاء المخالف هو القتل أو الضرب الشديد أو الحبس والقيد الطويلين. وأمر من لا سلطان له لا يُعدُّ إكراها إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الأمر قد اعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره^(٢) ...

وأمر الزوج لزوجته في حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة، فإن أطاعت وهي لا تخشى شيئاً من هذا فلا يُعدُّ الأمر إكراها^(٣) ...

ويُعدُّ الوعيد إكراها إذا وجه لنفس المكره، وهذا متفق عليه. فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف: فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(٤). ويرى بعض

(١) المغني ج/٨ ص/٢٦١، مواهب الجبل ج/٤ ص/٤٥ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١١٢ ...

(٣) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٢٥ ...

(٤) مواهب الجبل ج/٤ ص/٤٥ ...

عادة الحنفية أن الوعيد ليس إكراها إذا وقع على غير المكره، ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذي رحم محروم. وهذا يتفق مع رأى الشافعية^(١) ...

ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الابن أو الأب^(٢) ...

والوعيد باتفاق المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيرا، فإن كان المال يسيرا فلا إكراه. وتقدير ما إذا كان المال يسيرا أو غير يسيرا يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته، فقد يكون المال يسيرا بالنسبة لشخص وغير يسيرا بالنسبة لآخر^(٣).

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد باتفاق المال ليس إكراها، ولو كان إتفاق المال يلحق ضررا جسيما بصاحبها؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال. ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد باتفاق المال إكراها، وأصحاب هذا الرأى مختلفون فيما بينهم. فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد باتفاق كل المال ليكون إكراها، وبعض لا يشترط إتفاق كل المال، ويكتفى عندهم لاعتبار الإكراه قائمًا، أن يكون الوعيد باتفاق جزء من المال يستضر باتفاقه ضررا كبيرا^(٤) ...

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محدود، أي غير مشروع، فإن كان الفعل المهدد به مشروعًا فلا يُعدُّ الفاعل مكرها. فمن كان محكمًا عليه بالجلد أو الحبس، وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتکبها، فعليه عقوبتها، ولا يُعدُّ أنه كان في حالة إكراه؛ لأن الفعل الذي هدد به مشروع، فلا يُعدُّ أن التهديد هو الذي جعله على الفعل، بل يُعدُّ أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته^(٥) ...

ثانياً : أن يكون الوعيد بأمر حال^(٦) يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه؛ لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له

(١) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١١٠، أنسى المطالب وحاشية الشهاب الرملاني ج/٣ ص/٢٨٣ ... ٢٨٣/...

(٢) الإنقاص ج/٤ ص/٤ ...

(٣) مواهب الجليل ج/٤ ص/٤٥، أنسى المطالب ج/٣ ص/٢٨٢، الإنقاص ج/٤ ص/٤، المغني ج/٨ ص/٢٦١.

(٤) البحر الرايق ج/٨ ص/٨٢ ...

(٥) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٢٠، أنسى المطالب ج/٣ ص/٢٨٢، المغني ج/٨ ص/٢٦٠ ... ٢٦٠/...

(٦) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/١٠٩ ... ١٠٩/...

عوده بحماية نفسه؛ ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل. ويرجع في تقدير ما إذا كان الوعيد حالاً أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة ...

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 العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره ...

رابعاً : أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تتحقق 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 يُعدّ هنا مكرهاً، ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة ...

٣٩٦ - حكم الإكراه : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم. ففي بعض الجرائم لا يكون للإكراه أي أثر، وفي بعضها ترتفع المسئولية الجنائية وبياح الفعل، وفي بعضها تبقى المسئولية 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 يُعدّ جريمة ...
- ٣ - نوع يرخص به الإكراه فيُعدّ جريمة ولكن لا يعاقب عليه ...

٣٩٣ - الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجي لا يرفع العقوبة على المكره إذا كانت الجريمة التي ارتكبها قتلاً أو قطع طرف أو ضرباً مهلكاً^(١)، وحجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقْتِلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْأَخْذِ﴾ [الأنعام: ١٥١]، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكتَسَبُوا فَقَدْ احْتَلَمُوا بِهِنَا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ [الأحزاب: ٥٨]. ويعللون عقاب المكره بأنه قتل المجنى عليه متعمداً ظالماً لاستبقاء نفسه، معتقداً أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره ...

(١) البحر الرائق ج / ٨ ص / ٧٤ : ٧٧.

عودة والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكا، 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: فمالك وأحمد يريان القصاص من المكره^(١)، وفي مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص، والثانى يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص^(٢). وفي مذهب أبي حنيفة^(٣) اختلاف على العقوبة فنفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره أى عقابه بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة في عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المثلث تستافق تماماً في النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراث القوانين الوضعية، وهم الذين يرون أنه في حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان، وأن الفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذى يتهدده، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير، ولا يرون العقاب إذا صحي بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع. أما إذا تساوت المصلحتان أو صحي بأكبرها قيمة فيرون عقاب الفاعل^(٤). وقد طبقت هذه النظرية في إنجلترا في حادث ملخصه أن يختنا غرق ونجا من ركابه القبطان وآخر وخادم، واستقلوا قارباً للنجاة فبقوا به ثانية عشر يوماً يقاومون أشد الآلام، وبعدها اتفق القبطان ورفيقه على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه، وقتلاه فعلاً فحكم عليهم بالإعدام ثم استبدل بالإعدام الحبس ...

(١) موهب الجنيل ج/٦ ص/٢٤٢، المفق ج/٩ ص/٣٣١، الإقناع ج/٤، ص/١٧١.

(٢) تحفة المحتاج ج/٤ ص/٧، المذهب ج/٣ ص/١٨٩.

(٣) بدائع الصنائع ج/٧ ص/١٧٩.

(٤) الموسوعة الجنائية ج/١ ص/٤٩٢.

ما ذكره عن الشروط التي نص عليها فقهاؤنا لا يختلف كثيراً عن الشروط التي توصل إليها الفقه الوضعي المعاصر وإن جاء متأخراً عن فقهنا بقرون عديدة - وكذلك الآراء المتنوعة والمتعلقة في فقهنا لها نظائر في الفقه والقضاء العصري . والفقه يفرق في مدى أثر الإكراه بين الجرائم المختلفة ويخصون جرائم القتل بأحكام تتفق مع ما جرت عليه شريعتنا في تأكيد مبدأ حصانة الحياة الإنسانية في شريعتنا ونتائج هذا المبدأ في تشديد العقوبة على من يعتدي عليها.

ويكفي للتدليل على هذا الآية الكريمة في قوله تعالى بعد أن ذكر قصة ابن آدم⁽¹⁾ .

وهذه الآية تدل على أن المشرع الإلهي يعني بما نسميه النصوص التكليفية قبل النصوص العقابية، ويخص الجرائم الخطيرة بتنبيه الناس إلى ضرورة الامتناع عن أفعال معينة تهدد المجتمع، ثم يكمل ذلك ويؤكد ذلك بتقرير عقوبة رادعة لها بنص شرعى في حين أنه يستترك الأمر في غيرها لمثلى المجتمع من أهل الاجتهاد لتحديد العقوبة التعزيرية المناسبة.

ففي جريمة القتل حرمتها عندما أوجب القصاص عند كلامه عن التوراة⁽²⁾ ، ومن أمثلة الأحكام التكليفية تحريم الزنا⁽³⁾ وتحريم الخمر والميسر والأنصاب والأزلام⁽⁴⁾ وتحريم الربا⁽⁵⁾ وهكذا.

(1) (من أجل ذلك كتبنا علىبني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغیر نفس أو فساد في الأرض فكانوا قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكانوا أحيا الناس جميعاً) [الآية (32) من سورة المائدة - وكذلك الآية (33) من سورة الإسراء] حيث يقول تعالى (ولاتقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ..).

(2) (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية (45) من سورة المائدة .

(3) (ولاتقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً) الآية (32) من سورة الإسراء .

(4) (إما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ..) الآية (90) من سورة المائدة ..

(5) (... لاتأكلوا الربا ...) الآية (130) من سورة آل عمران.

﴿ - أحكام خاصة بجريمة القتل في حالة الإكراه : ﴾

ونتيجة لعناية المشرع الإلهي بتشديد الجزاء على من يعتدون على حرمة النفس الإنسانية وسلامة الأشخاص - قرر الفقه أحكاماً استثنائية في حالة ارتكابها نتيجة للإكراه .. كما سنعرضه فيما يلى.

قال : إن الفقهاء اتفقوا على عقاب القاتل عمداً حتى ولو كان مكرها ... وقد أفادوا في تعليل هذا الحكم الاستثنائي، ومع ذلك فإننا نعتقد أنه يكتفى بالتعزير - ويعطل القصاص في حالة الإكراه الملجي ويكتفى بالتعزير عند ثبوته مع ملاحظة ما قلناه مراراً من أن التعازير تتسع لتدابير تخرج عن نطاق العقوبة الجنائية وتدخل في نطاق الوقاية والإصلاح والتهذيب بل والعبادة .. وأنها هي العقوبة الأصلية في جميع الجرائم .

ولهذا فإننا نرجح ما نسبه إلى الإمامين / أبي حنيفة و محمد بن الأكتفاء بتعزير المكره، و قريب من ذلك رأى الإمام / أبي حنيفة - الذي يكتفى بالدية ... وكذلك الحال في الاعتداءات على سلامه الجسم كقطع الأطراف وإحداث العاهات والضرب والجرح - فنرى أنه يجب التعزير في حالة الإكراه دون عقوبة القصاص .

ويلاحظ أن عناية الفقه بوضع أحكام خاصة بجريمة القتل الناتجة عن إكراه تؤيد ما قلناه مراراً من أن شريعتنا تجعل حماية حق كل إنسان في عدم المساس بحياته أو سلامته بدنـه من أهم مقاصدها السامية، ويتربـ على ذلك استثناء هذه الجريمة من بعض الأحكـام التي تطبق على مرتكـيـ الجـرـائـمـ الأـخـرـىـ - كما هو الشـأنـ هناـ فيـ أـثـرـ الإـكـراهـ علىـ المسـئـولـيـةـ .

عدوه ٣٩٤- الجرائم التي يباع فيها الفعل : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية في كل فعل محروم بيع الشارع إتيانه في حالة الإكراه : كأكل الميّة وشرب الدم لقوله تعالى: «وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه» [الأنعام: ١١٩]، ولقوله تعالى: «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه» [البقرة: ١٧٣]. فأكل الميّة وشرب الدم كلاهما محروم في غير حالة الإكراه، ولكنه يباح إذا أكره الإنسان عليه، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل، ولو أنه محروم أصلاً؛ لأن التحرير يزول بالإكراه، بل إن المكره ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقاً للرأي الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكره لأنه يلقى بنفسه في التهلكة بامتناعه وعدم مطاوعته^(١) ...

ويشترط في الإكراه الذي يرفع المسؤولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون إكراها ملजئاً؛ فإن كان ناقصاً فإنه لا يحل الفعل، فيبيح الفعل محرياً معاقباً عليه ويُعَكِّن معرفة الأفعال التي يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة النصوص التي حرمتها، فإن كانت أحالتها عند الضرورة أو الإكراه فهي من هذا النوع، وإن لم تكن أحالتها عند الضرورة أو الإكراه فهي ليست منه. وعلى كل حال بهذه الأفعال خاصة بالطعام والمشارب المحرمة كأكل الميّة ولحم الخنزير وشرب الدم النجاسات ...

ويختلف الفقهاء في شرب الخمر: فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يرون أن الإكراه بيبح الفعل، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح الفعل، فيظل الفعل محرياً على أصله ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف، أى لانعدام الاختيار^(٢) ... مسئولية المكره المدنية 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. فلحم الخنزير مثلاً محروم أصلاً، ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يستأثر وهذا اللحم، ولا يُعَدُّ تناوله جريمة ولا مسئولية على الأكل من الوجهة المدنية إذا اشتري اللحم، أما إذا غصبه أو سرقه فمن يملكه فإنه يسأل مدنياً قبل المالك بقيمة

(١) بداع الصنائع ج ٧/ ص ١٧٦، المهدب ج ٢/ ص ٢٤٥ وما بعدها، مواهب الجليل ج ٣/ ص ٢٢٩.

(٢) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٥/ ص ٣١٨، وتبصرة الحكماء ج ٢/ ص ٢٢٧.

عوده ما غصب أو سرق، والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم، وإنما هي عن الغصب أو السرقة فكلاهما جريمة لا يعاقب عليها للإكراه، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمتين ...

٣٩٥ **بين الشريعة والقانون :** وتحتفل الشريعة عن القوانين الوضعية في أنها تجعل الإكراه مبيحا 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 ضرراً من يأتيها. فشرب الخمر وأكل الميالة وسلم الخنزير محرمة؛ لأنها تضر بصحة الشراب والأكل قبل كل شيء، فهي أفعال محرمة لمصلحة الفاعل لا لمصلحة الغير، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تحريمها للإحراق ضرر أكبر بالفاعل، أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمية التحرير، أما ما عدا ذلك من الأفعال فأساس التحرير فيها مصلحة الغير سواء أكراه الشخص على إتيانها أو أتها مختاراً فإن الفعل يمس مصلحة الغير .

فأساس التحرير قائم في حالى الإكراه والاختيار ومن ثم بقي الفعل جريمة في الحالين، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكره فقد رفعت 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 التحرير فيها. فالقانون المصري مثلاً يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة^(١)، والحكمة في تحريم الاستعمال الخسروي من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد، فيمرض الأكل، فإذا اضطر الجموع إنساناً ليأكل من هذا اللحم عُذّ فعله جريمة بالرغم من أن التحرير قصد به أصلاً المحافظة على حياة الأكل، وبالرغم من أن تحريم الفعل في حالة الاضطرار يؤدي إلى القضاء على حياة الأكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحرير في هذه الحالة منعدمة. وهكذا لا تجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة في جانب الشريعة ...

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات ...

حياة الإنسان وعدم تعريض حياته للخطر :

يشير إلى نصوص القرآن التي تبيح أكل المحرم أو شربه في حالة الضرورة – مثل أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الدم – وذلك لأن أكل الطعام والشراب أبيح للناس ليبقوا على حيواتهم، فلا يجوز أن يكون تحريم أكل بعض الطعام أو بعض المشارب سبباً في تلف النفس الإنسانية أو الإضرار بسلامة الجسم وصحته، بل يصبح من الواجب أكل كل ما يلزم لحفظ حياة الإنسان، ولو كان محرماً في الأصل.

وشرب الخمر هو الوحيد الذي شرعت له عقوبة حدية – على خلاف في ذلك كما سرناه فيما بعد – لكنها على كل حال تستوجب التعزير. والخلاف بين الفقهاء مصدور في القول بأن شربها يكون مباحاً في حالة الضرورة أو الإكراه كغيرها من المأكولات أو المشروبات المحرمة في الأصل، أم أن من تناولها يعفى من المسئولية فقط، لكن الفعل يبقى معصية ومحرماً .

إن لنا اعتراضاً على تعميم المبدأ الذي يقول بأن الضرورات تبيح المحظورات؛ لأن الأصل أن أثر حالة الضرورة في نظرنا هو الإعفاء من المسئولية لا الإباحة .. ولكن يمكن القول بالإباحة استثناء في حالة تناول المأكولات أو المشروبات المحرمة إذا اضطر الشخص لذلك اضطراراً حتى لا يفقد حياته أو يصاب بضرر جسمى أو بدنى أو صحي، لأن الحفاظ على الحياة وسلامة الجسم واجب شرعى، وكل ما يلزم لإنقاذ حياة الإنسان من طعام أو شراب يكون تناوله مباحاً له وواجباً عليه وليس حقاله فقط. لذلك نرى الإباحة في هذه الحالة، وهذه قاعدة خاصة بالطعام والمشارب المحرمة كما أشار لذلك ...

بل إننا نرى أن الإباحة تشمل كل فعل يكون ضرورياً لدفع خطر على حياة الأشخاص أو سلامتها أبداً لهم – ولو كان يُعدُّ في الأصل جريمة معاقبها عليها – كمن يسرق سلاحاً ليدفع عن نفسه أو عن غيره خطرًا يهدد حياته أو كمن يفتحم متولاً بدون إذن صاحبه ليساهم في إطفاء حريق يهدد حياة الناس ... وهكذا.

● - إباحة كل ما يكون ضروريا لحفظ حياة الإنسان وسلامة بدنه

ولا يعُد ذلك مجرد مانع من المسئولية، كما في القوانين الوضعية

نرى أن يستثنى من الإباحة الجرائم الماسة بحياة الناس وسلامة أبدائهم، وأن يقتصر
أثر الضرورة فيها على عدم المسئولية، للأسباب التي أوضحتها على البندين (397،
398) وإن أجاز الفقه التعزير برغم توافر الإكراه أو الضرورة – لكن الفعل يبقى
معصية ومحرما.

ونؤيد هنا إشارته إلى أن موقف الفقه أكثر دقة من القوانين الوضعية التي تسوى
بين جميع الجرائم فيما يتعلق بأثر حالة الضرورة ويعدّوها دائمًا سبباً لعدم المسئولية
وليس من أسباب الإباحة.

◀ عدد ٣٩٦

الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة : يرفع الإكراه التام العقوبة في كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق، مع بقاء الفعل محurma على أصله. وعلة ذلك أن المكره لا يأتي الفعل راضيا عنه ولا مختارا له اختيارا صحيحا. والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان داركا مختارا، فإذا النعم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل. فالسبب في الإعفاء راجع إلى الشخص، لا إلى الفعل في ذاته، ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقي الفعل محurma ...

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكره أن يكون الإكراه تاما، فإن كان ناقصا لم ترتفع العقوبة، ويستوى أن يكون الإكراه تاماً مادياً أو معنوياً ... ومن الجرائم التي تدخل تحت هذا القسم القدف والسب والسرقة وإتلاف مال الغير، وهذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسان على إتيانها إكراها تاما، لقوله ﷺ: «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» [البخاري: ١٠٦]. ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محمرة لقوله ﷺ: «كل المسلم حرام دمه وعرضه وماله» ...

واختلف الفقهاء في زنا الرجل، فقال أبو حنيفة أولاً : " إن الرجل لا يزني إلا منتشرًا، والانتشار دليل على الشهوة والاختيار، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبة ". ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي؛ لأن الانتشار قد يكون دليلاً للفحولية لا دليلاً للاختيار^(١). وفي مذاهب مالك والشافعى وأحمد من يرى رأى أبي حنيفة الأول ولكنهم قلة ورأيهم مرجوح. والرأى الراجح في المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا؛ لأن التهديد والتخويف يك足ون على ترك الزنا لا على إتيانه، والفعل في ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار^(٢) ...

أما المرأة المكرهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق، لقوله ﷺ: " رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليها ". وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول ﷺ حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد، ولا فرق في حالة المرأة بين الإكراه بالإجحاء أي أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه

(١) بداع الصنائع ج/٧ ص/١٨٠ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٥ ص/٢٩٤، تحفة الحاج ج/٤ ص/٩١، المغني ج/١٠ ص/١٥٨ : ١٥٩ ...

عورده المادي، وبين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوي.
ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقفت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن
شكنه من نفسها ففعلت، فلما رفع أمرها لعمر استشار عليا رضي الله عنهم، فأفتقى
على بأنما مضررة ولا عقاب عليها لقوله **ﷺ**: «فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم
عليه» [البقرة: ١٧٣] فلم يعاقبها عمر ...

حكم المسئولية المدنية : يسأل المكره مدنيا 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، أى أن الاعتداء عليها حرام، وأن الأعذار
الشرعية لا تبيح عصمة المخل، أى أن ما عدّه الشارع عذرًا للفاعل لا يبيح نفس
الفعل الحرام، فإذا أُعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التي
سببها له بإنجاء نفسه من الهلاكة والضرر ...

وتتفق الشريعة في هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون
المصري الذي ينص على رفع العقاب عنمن ارتكب جريمة أحتجاته إلى ارتكابها ضرورة
وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم
يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منه بطريقة أخرى^(١) ...
والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسؤولا مدنيا
عن الأضرار التي أحدثها بالغير شأنها في ذلك شأن الشريعة ...

(١) يراجع نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري.

396 - أثر الضرورة محصور في العدام المسئولية الجنائية في غير حالة المطاعم
والمشارب (أو الأفعال الالزمة لحماية الأرواح والأجسام حيث يترتب عليها الإباحة)،
لوجوب القيام بكل ما يلزم لحماية حياة الإنسان :

إننا نوافقه على ما قرره من أن الإكراه أو الضرورة لا تبيح الفعل الخرم وإنما تعفى فقط من المسئولية الجنائية في غير حالة ضرورة حماية الأرواح، وعلى ذلك، فإن المسئولية المدنية تبقى. وهو يؤكد أن الشريعة تتفق في هذا مع الفقه الوضعي، وإن كان لها فضل السبق في ذلك منذ قرون عديدة كما سبقت في كثير من المبادئ التي يصفونها بأنها عصرية ...

والحال بخلاف ذلك بالنسبة لتناول المأكولات والمشروبات المحرمة أو أي فعل آخر يكون ضرورياً لحماية الأشخاص أو سلامتهم أبداً لهم، فإنه يباح؛ بل قد يصبح واجباً كما قدمنا في البند السابق، ولذلك لا يكون هناك محل للمسئولية المدنية، إلا إذا وجد فعل آخر يستحق العقوبة كما أوضح في البند السابق.

ونلاحظ أنه يعبر عن العدام المسئولية بأنه "ارتفاع العقوبة" وعذرها في ذلك أن نصوص القانون المصري ذاتها تستعمل هذه العبارة، في حين أن الفقه المصري يفضل الكلام عن المسئولية. أما موانع العقاب فهي حالات أخرى تكون فيها المسئولية قائمة وثابتة لكن يمتنع العقاب لسبب آخر، كما سيتضح في كلامنا عن "العقوبة". ولذلك فإن كلامه عن الزنا في حالة الإكراه لا يدخل ضمن موانع العقاب، بل هو العدام المسئولية بسبب عدم توافر الاختيار والإرادة الحرة.

٣٩٧- **أساس نظرية الإكراه في الشريعة** : بينما فيما سبق أساس حالة

الإكراه المبيح للفعل، ونبين الآن أساس ما عداه من حالات الإكراه.

والظاهر من تبع آراء الفقهاء أفهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقا وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين: إما ارتكاب الجريمة وإنما تعريض نفسه لوعيد المكره. وإذا كانت المسئولية الجنائية تقوم على اختيار، فإنما لا تبعد إلا إذا انعدم الاختيار، ولا يُعد الاختيار منعدما إذا الخصر وضاق مداه على الوجه السابق؛ لأن المكره يستطيع أن يختار على أي حال ...

والمكره حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه، وكلاهما أمر تاباه الشريعة، فهي تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوها بأيديهم إلى التهلكة. فالمكره حين يختار إنما يختار بين محْرَّمين أو بين ضررين. وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة :

أولاًهما : أن الضرر لا يزال بالضرر. ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر بمثله، فليس له أن يدفع الغرق على أرضه باغراق أرض غيره، ولا أن يحفظ ماله باتفاق مال غيره، وليس للمضرر أن يتناول طعام مضطر آخر، وهكذا. وثانيتهما : أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشد هما. 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 المكره أن يأتي 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، وإن ذ فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتي الضرر سالفتي الذكر فتنعدم المسئولية الجنائية لأنعدام الاختيار وترتفع العقوبة. أما إذا خالف حكم قاعدتي الضرر ودفع الضرر بمثله، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار، وهذا الاختيار لا يعدم المسئولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا.

وقد جاءت أحکام الإكراه في الشريعة تطبيقا دقينا لما سبق. فإذا قتل المكره غيره أو قطع طرفه، أو ضربه ضربا مهلكا، فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما

عوده يؤدى 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 والقذف والسب والزنا والتبييد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس، فإذا ارتكب المكره الجريمة لينجى نفسه من الهملة فإنه لا يدفع الضرر بمثله، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ولا يختار بين الضررين نزولاً على حكم الشريعة، إذن فهو مكره على إitan الجريمة ولا خيار له في إيتها أو تركها، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتقت عن العقوبة ...

٣٩٨- **بين الشريعة والقوانين الوضعية** : هذه هي نظرية الإكراه في الشريعة ومن له إمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القرآنين : إحداهما النظرية الشخصية، والثانية النظرية المادية، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما في النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المكره في الاختيار. أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختاراً، وأن فكرة توافر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساساً لتعليل الإكراه، وال الصحيح عندهم أنه في حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين، وأن هذا التنازع يقتضي تضحيه أحد هما دام أقل قيمة من الآخر، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون بعضهم على بعض، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه، ومنهم من لا يرى العقاب في أى حال؛ لأن الجريمة في هذه الحالة لا هم الجماعة؛ ولأن الجرم لا يُعد خطراً، وهو تعليل غير مقنع ولا يسُوغ الجريمة على أساس قانوني^(١) ...

(١) الموسوعة الجنائية ج/١ ص/٤٩٢، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص/ ٣٧٦ وما بعدها ...

هو عيب في الرضا والاختيار:

قدمنا من قبل أن سبب عدم المسئولية في حالة الإكراه أو الضرورة هو وجود عيب في الرضا ناتج عن عدم حرية الاختيار. وقد استطرد فقيهنا في التمييز بين الرضا والاختيار - ويُعَدُّ الرضا المعيب بسبب الإكراه والضرورة ناتجاً فقط عن عيب في الاختيار لا عن انعدامه، سواء في النواحي المدنية أو الجنائية. لكننا نرى أن كلمة الاختيار إنما يقصد بها "حرية الاختيار"؛ فكل ما يقييد حرية الاختيار يُعَدُّ عيباً في الرضا ويتربّ عليه انعدام المسئولية الجنائية. وعلى ذلك، فإننا لا ننحاج فيه في القول بأن شريعتنا تخرج عن نطاق المذهب الشخصي في المسئولية الجنائية، وإن كانت في نطاق المسئولية المدنية تتسع لفكرة الضمان كما شرحها في المتن وسماها النظرية المادية. فالضمان المدني في فقهنا مختلف في أساسه عن المسئولية الجنائية، وقاعدة ارتكاب أخف الضررين هي قاعدة مدنية ولا نرى إدخالها في نطاق المسئولية الجنائية. إننا نُعَدُّ أن الشخص الذي يكون مهدداً بخطر يفسد رضاه ويعطل حريته في الاختيار لا يسأل جنائياً، لكننا أشرنا إلى بقاء المسئولية المدنية، وفي نطاقها يطبق هذا المبدأ.

إنّه لاحظ أن الفقه يختص جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه بحكم استثنائي فيوجب التعزير في حالة ارتكابها نتيجة الإكراه أو الضرورة. ومعنى ذلك أن المسئولية هنا تكون قائمة رغم وجود "عيوب" في الارادة أو في الاختيار. ومعنى ذلك أن هذا المبدأ يجعل المسئولية في تلك الأحوال خارج نطاق ما يسمى بالمذهب الشخصي وتتدخل في نطاق المذهب المادي في المسئولية.

وبذلك نرى أن فقهنا تحرر من الالتزام بفلسفة وضعيّة معينة، فأحكامه في المسئولية الجنائية تجمع بين المذهب المادي في جرائم الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة بدنه لأهمية ردعها وخطورة ارتكابها على المجتمع الذي يقدس حياة الإنسان ويصون سلامته جسمه صيانة خاصة، أما في غيرها من الجرائم كلها (المشار إليها في نهاية البند 397) فإن الأصل المقرر يتفق مع المذهب الشخصي الذي يعفي من المسئولية ب مجرد وجود عيب في الرضا أو نقص في حرية الاختيار.

- فقها لا يلتزم بالنظريات الوضعية الشخصية منها أو المادية:

ونحن نقره على ما لاحظه من أن فقها تحرر من عيوب التطرف في كل من النظريات الشخصية أو المادية، وإنه لذلك استطاع أن يستفيد من الاتجاهين بحسب خطورة الجريمة وعناية المشرع الإلهي بها. ولذلك مرة أخرى بما قدمناه سابقاً من أن شريعتنا تقدس حقوق الإنسان الأساسية وأولها حقه في الحياة وفي سلامته البدن وهذا سبب تقرير القصاص عقوبة بدنية لم يعتد إليها عمداً ..

ولعل في ذلك درساً لمن يحاولون النيل من تشريعنا الجنائي جرياً وراء الدين يسرفون شعارات غوغائية مثل معارضته العقوبات البدنية في جميع الأحوال، أو إلغاء عقوبة الإعدام على مرتكبي جريمة القتل ... في حين أن كثيراً من دعاة هذه "الموضة" من أئمة الصهيونية والإمبريالية يسيرون لأنفسهم إبادة شعوب كاملة مجردة أنها مسلمة أو عربية يريدون الاستيلاء على أوطانها وإسكان عناصر عميلة لهم فيها ... كما يحدث في فلسطين وغيرها .

٣٩٩ - الإكراه والضرورة : ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم، ولكنها تختلف عن الإكراه في سبب الفعل. ففي الإكراه يدفع المكره إلى إتيان الفعل شخص آخر يأمر المكره بإتيان الفعل ويجهزه على إتيانه، أما في حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد، وإنما يوجد الفاعل في ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل الحرام، لينجي نفسه أو غيره من الأهلكة، كمن يركب مع آخرين قاربا مملوءا بالأمتعة يكاد يغرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضي تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمتعة التي تقلله في الماء. ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يوجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفئ عطشه، كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب حرام. ومثل ذلك يقال عنمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل نارا في حطب آخر ليستدفئ أو أشعلاها له غيره. ففي كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره في حالة أو في ظروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل حرام لإنجاء نفسه أو إنجاء غيره من الأهلكة ...

٤- شرط حالة الضرورة : يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة شروط:

- ١ - أن تكون الضرورة ملحة، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء ...
- ٢ - أن تكون الضرورة قائمة لا متطرفة، فليس للجائع أن يأكل الميالة قبل أن يجوع جوعا يخشى منه ...
- ٣ - ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة، فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل حرام. فالجائع الذي يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاما ...
- ٤ - أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ...

400 ، 399 - أثر حالة الضرورة في انعدام المسئولية :

كنا نفضل أن تُعدّ الضرورة هي الأصل وأن الإكراه هو الذي يلحق بها؛ لأنه ليس إلا ضرورة ناتجة عن فعل شخص آخر يهدد الشخص فيضطر لتفادي هذا التهديد بارتكاب الفعل المعقّب عليه .

لذلك فإن الأولى أن نلحق الإكراه بالضرورة...

شروط حالة الضرورة هي شروط الإكراه الذي يتربّع عليه عدم المسئولية، كما أشرنا قبل إلى أنها عنصر من عناصر حالة الدفاع الشرعي، وشروطها في جميع الأحوال واحدة.

وأهم ما يجب العناية به هو المبدأ المشهور: أن الضرورة تقدر بقدره، أي أنها لا تعفى إلا من المسئولية عن الفعل الضروري لدفع خطر حال. وكل تجاوز عن هذه الحدود تطبق عليه القواعد العامة.

عادة ٤- حكم حالة الضرورة : يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة، وجرائم تبيحها الضرورة، وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة ...

٥- الجرائم التي لا تؤثر عليها الضرورة : ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع، فليس للمضطرب بأى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يحرمه لينجى نفسه من الملامة. فإذا كان جماعة في قارب مشرف على الغرق لشلل حوالته فليس لأحدهم أن يلقي غيره في الماء ليخفف حمولة القارب ولينجى نفسه وغيره من الملامة، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العتاب ...

ومن المستافق عليه أن الشخص الذي يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المقصوم، أما المهدور فقتله مباح، بل هو واجب في أكثر الأحوال ...

ويحرم المالك أكل لحم الإنسان في حالة الضرورة ولو كان مهدرا، فمن جام حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدرا فليس له أن يأكل من لحمه ما يريد جوعه سواء كان المهدور حيا أو ميتا، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة^(١) ...

ويجاز الشافعى وأحمد أكل لحم المهدور في حالة الضرورة سواء كان المهدور حيا أو ميتا، ويوافقهما في هذا بعض الحنفية، بل يبيح الشافعى وبعض الحنفية أكل لحم الميت المقصوم في حالة الضرورة؛ لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت، أما أحمد فيحرم أكل لحم المقصوم الميت^(٢) ...

ويبيح الشافعى للمضطرب أن يقطع من جسمه فلذة ليأكلها في حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع^(٣) ويخالفه في هذا بقية الفقهاء ...

وليس للمضطرب أن يأخذ من مضطرب مثله ما يقيم حياته؛ لأنه أحق به حيث يساويه في الضرورة وينفرد بالملك، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته ويعذر قاتلا له بغير حق^(٤) ...

(١) مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٣، حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٩٦ ...

(٢) المغني ج/١١ ص/٧٩، أنسى المطالب ج/١ ص/٥٧١ ...

(٣) أنسى المطالب ج/١ ص/٥٧١ ...

(٤) المغني ج/١١ ص/٨٠، مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٤٠ ...

عوده وللمضطه أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن (هذا الغير) في حاجة إليه، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه: فإن قتل المضطه فقاتلته مسئول جنائياً عن قتله، ولا يعذر في حالة دفاع، وإن قتله المضطه فهو هدر؛ لأنه ظالم بقتاله المضطه فأشبه الصائل. وليس للمضطه أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغلى صاحب الشيء في الثمن؛ لأن المضطه لا يلزمته شرعاً إلا ثمن المثل^(١). وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد، ولا يختلف عن رأي أبي حنيفة إلا في أنه يبيح للمضطه أن يقاتل المحتسب باليد لا بالسلاح^(٢) ...

٤- الجرائم التي تبيحها الضرورة : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها في حالة الضرورة، وهذا النوع من الجرائم خاص بالمطعم والمشارب كأكل الميتة ولحm الخنزير وشرب الدم والتجassات، فهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها في حالة الاضطرار باتفاق، وبشرط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذي يسد الضرورة. فمن اضطربه الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويؤمن معه من الموت على رأي، أو بقدر ما يشبعه على رأي آخر، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان متقطعاً في صحراء^(٣) ...
وللمضطه يتزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة، بشرط ألا يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة^(٤) ...

وقد اختلفوا في إتيان الفعل المحرم الذي يباح للضرورة، فقال البعض ورأيهم الراجح إن إتيان الفعل واجب على المضطه وليس حقاله، فالمضطه إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله عَلَى: «ولا تلقوا بأيديكم إلى النهلكة» [البقرة: ١٩٥]، ولقوله عَلَى: «ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا» [النساء: ٢٩] .

(١) المغني ج/١١ ص/٨٠، أنسى المطالب ج/١ ص/٥٧٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٥٧٢، مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٤ ...

(٢) حاشية ابن عابدين ج/٥ ص/٢٩٦ ...

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج/١ ص/١٣٠، أنسى المطالب ج/١ ص/٥٧٠، المغني ج/١١ ص/٧٣ ...

(٤) مواهب الجليل ج/٣ ص/٢٣٣، أنسى المطالب ج/١ ص/٥٧٠، المغني ج/١١ ص/٧٥ ...

عوده فوجب على الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيى نفسه، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها، فإتياه الفعل حق لا واجب^(١) ...

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ / ص ١٢٨ ...

٤٠١ - ٤٠٣ - أثر حالة الضرورة في المسئولية عن الأفعال الماسة

حياة الناس وسلامة أبدانهم :

قلنا سابقاً (البند 393) بوجوب التعزير على من يعتدى على حياة إنسان حتى ولو أبلغاته لذلك الضرورة أو الإكراه، وأيدنا الرأي القائل بأنه يكفي استبعاد القصاص والتعزير عن تلك الجرائم مع أن الرضا معيّب، وهذا استثناء لأن الأصل أن المبدأ العام هو انعدام المسؤولية في حالة عدم توافر حرية الاختيار والرضا. وهذا المبدأ العام يطبق بالنسبة لجميع الجرائم ما عدا هذا النوع الذي تخصه شريعتنا بأحكام خاصة تحقق أكبر حماية ممكنة لحق الإنسان في حياته وسلامة بدنـه – وهذا اتجاه خاص بشريعتنا يميزها عن جميع القوانين الوضعية، ويشهد للشريعة الإلهية بتقرير حماية خاصة لحقوق الإنسان الأساسية.

ويكفى لتأكيد ذلك ما أورده عن قول بعض فقهائنا بتحريم أكل لحم الإنسان سواء كان حياً أو ميتاً. ولذلك يعاقبون من يرتكب ذلك تعزيراً ولو كان مكرهاً أو في حالة ضرورة.

ولكن هناك من يخالفون هذا القول ويعللون معارضتهم بأن ذلك يجوز لصلاحة إنسان آخر حتى وخاصة إذا كان ما أكله لحم إنسان ميت، لأن الحمى أولى من الميت . وبلغت الدقة في فقهنا بأفهم تكلموا عن حكم من يقطع من جسمه ليأكل في حالة الصودة، واحتلقو في ذلك علم النحو المفصلا، في البند .

كذلك تحدثوا عن جواز القتال للحصول على ما ينقذ حياة الإنسان، وعدم معاقبة من يضطر لأنخذ مال الغير إذا أجراه ضرورة لذلك، واحتلافهم في ذلك يؤكّد اتساع شريعتنا لتنوع الآراء الاجتهادية وتتوّعها.

وقد كرر رأيه فيما يتعلق بالإهدار. ونحن نذكر بأننا لا نوافق على عدده سبباً يبيح للأفراد الاعتداء على من سماهم مهدررين، وقد بينا حجتها بأننا فيما سبعة.

* * *

ليس من الضروري وصف أكل الميّة والدم ولحم الخنزير بأنه جريمة جنائية – إذ إنه فعل محرم ديانة – وإذا كان فقهاؤنا يرون التعزير على مرتكيها، فليس من الضروري أن يكون ذلك التعزير عقوبة جنائية، بل قد يكفي من التعازير ما يمكن وصفه بأنه تدبير إصلاحي وقديسي يتناسب له مبدأ التعازير كما قدمنا.

— إباحة المحرمات لإنقاذ حياة إنسان :

الأصل أن الضرورة في التشريع والفقه هي سبب لمنع المسؤولية وليس سببا من أسباب الإباحة. وهذه القاعدة يلتزم بها الفقه في جميع الجرائم، فيما عدا الأفعال الالزمة لحماية حياة الإنسان وسلامة بدنه وخصوصاً أكل أو شرب ما هو محرم، فإن الضرورة في فقهنا تكون سبباً لإباحة الفعل. وعبروا عن ذلك استثناء بأن الضرورات تبيح المظاهرات .

وعلة هذا الاستثناء بأن الأكل أو الشرب أو أي فعل آخر ضروري لحياة الإنسان وسلامة بدنه يكون واجباً عليه أن يفعله لا مجرد حق. إن شريعتنا توجب عليه أن يأكل ويشرب ويعمل ما يحفظ عليه حياته وسلامة بدنه وما هو واجب يكون مباحاً من باب أولى.

٤٠٤- الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها : وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم، فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعاً إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محظماً، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب، وإلقاء أمتعة الركاب في البحر إذا أشرف المركب على الغرق ...
ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل الحرم مما يرد الضرورة، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء، فمن يسرق أمتعة من آخر لبيعها ويشتري بثمنها طعاماً لا يستطيع أن يدعى أنه كان في حالة ضرورة؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة، أما من يسرق رغيفاً فإنه يستطيع أن يقول إنه كان في حالة ضرورة؛ لأن السرقة تؤدي مباشرة لدفع الضرورة ...

٤٠٥- حكم المسئولية الجنائية في حالة الضرورة : حكم المسئولية الجنائية في حالة الضرورة هو حكمها في حالة الإكراه، فالمضطر مسؤول مدنياً كلما كان فعله محظماً ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسؤولية عليه كلما كان فعله مباحاً ...

٤٠٦- الأساس الشرعي لحالة الضرورة : الأساس الشرعي لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذي يقوم عليه الإكراه. ففي حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقباً عليه لانعدام الإلقاء، وفي حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحرم، وفي حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقيق الإلقاء وانعدام الاختيار، وقد فصلنا القول في ذلك كله في أثناء الكلام على الإكراه ...

404 - الضرورة تقدر بقدرها وقنع المسئولية الجنائية، لكن لا أثر

لها على الضمان المدني :

إذا كانت حالة الضرورة قنع المسئولية الجنائية بذلك في حدودها؛ فمن يتجاوز الحد اللازم لدفع الخطر الذى يهدده، فإنه يكون مسؤولاً طبقاً للقواعد العامة ولا يجوز أن يتحقق بحالة الضرورة أو الإكراه.

وإذا كانت الضرورة تعطل المسئولية الجنائية لمصلحة المضط أو المكره، فهى تستلزم عدم مسئوليته جنائياً، لكنها لا تستلزم عدم دفع التعويض لمن أصابه ضرر منها، لذلك فإنما لا تصل إلى حد إعفائه من التعويض والمسئولية المدنية، لأن هذا الإعفاء ليس لازماً لدفع الخطر الذى كان يهدده.

وكما قدمنا، فإن أساس الإعفاء من المسئولية الجنائية هو عيب في الرضا وإنعدام حرية الاختيار، لكن المسئولية المدنية في فقهها تحررت من هذا الاعتبار الشخصى وقد سبقت شريعتنا إلى الأخد بفكرة الضمان، أي التوازن بين المصالح، كأساس مادى للتعويض المدنى، وهذا هو ما وصلت إليه أحدث النظريات الوضعية الأوروبية ... في المسئولية المدنية .

أكثر من ذلك فإننا رأينا أن فقهنا اعتمد هذا الاتجاه في حالة المسئولية الجنائية الناتجة عن الضرورة التي تستلزم تناول طعام أو شراب محروم أو ارتكاب جريمة أخرى (عدا جرائم الاعتداء على الأشخاص)، فقد عد فقهاؤنا الضرورة سبباً للإباحة في هذه الحالة .

لكن السؤال هو عما إذا كانت الضرورة في هذه الأحوال الاستثنائية تعفى من المسئولية المدنية - أي الضمان - أم لا ؟ ...
وهذا موضوع يدخل في نطاق دراسة المسئولية المدنية ...

الفرع الثاني في السكر

٤٠٧- الشرب والسكر: تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر، وتعذر جريمة الشرب من المحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة..

وأجمع الفقهاء - ما عدا أبا حنيفة وأصحابه - على أن ما أسكر كثيرون فقليله حرام سواء سمي حمراً أو كان له اسم آخر، وأن شرب القليل من أي 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 فعلاً ...
والخمر في رأي أبي حنيفة هي عصير العنب النبي^(١) إذا غلا اشتد وقدف زبدة^(٢) أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه، وكذلك نقع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ. أما عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلاثة، ونقع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلاثة، ونجد الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقعاً كان أو مطبوخاً فذلك هو المسكر^(٣) لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه ...

والمخدرات على اختلاف أنواعها كالحشيش والداتورة، وما أشبهها حكم المسكر، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد؛ لأنه ورد في الخمر والسكر، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس، والاتفاق عليه أن عقوبة تناول المخدرات هي التعزير...
تعريف السكر: ويعرف السكر بأنه: غيبة العقل من تناول حمر أو ما يشبه الخمر^(٤).
ويتعذر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وهو رأي أبي حنيفة^(٥). ويرى محمد وأبو يوسف أن

(١) بدائع الصنائع ج/٥ ص/١١٢ ...

(٢) عصير العنب النبي حمر عند محمد أبي يوسف قدف بالزيد أو لم يقدف به ...

(٣) المغني ج/١٠ ص/٣٢٧ ...

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأي أبي حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع المخدرات ...

(٥) بدائع الصنائع ج/٥ ص/١١٨ ...

عوده السكران هو الذى يغلب على كلامه الهلbian، وحجتهما قوله ﷺ : ﴿يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء: ٤٣]. فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة^(١) ...

(١) المغني ج/١٠ ص/٢٣٥ ...

407 - السكر هو الذي يؤثر في المسئولية - لكن بشروط :

الراجح في الفقه أن شرب الخمر في ذاته جريمة حتى ولو لم يترتب عليه سكر، وعقوبتها حدية على رأى وتعزير على رأى آخر، كما سنرى في القسم الخاص. لكن فيما يتعلق بالمسئولية يحصر بـ**محتواي السكر لا في الشرب**؛ فالذى يؤثر على المسئولية الجنائية هو فقد الوعى نتيجة السكر. وقد أشار إلى التعاريفات المتعددة التي تدور حول هذه الفكرة.

أما إذا كان الجانى قد شرب ولكنه لم يفقد صوابه، فلا جدال في أنه يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن أفعاله، ويعاقب إذا ثبت ارتكابه فعلاً معاقباً عليه جنائياً، حتى ولو ثبت عليه الشرب وعوقب على ذلك، فمعاقبته على الشرب ليست دليلاً على أنه كان فقد الوعى أو سكراناً. ولا يشترط للعقاب على الشرب أن يؤدي إلى السكر على الرأى الراجح في الفقه.

وقد استطرد للكلام عن عقوبة شرب الخمر ووصفها بأنها حد، ونحن لا نوافق على ذلك، لأن عقوبتها التعزير في نظرنا، وهذا يتيح للقيقه والمفنن أن يحدد نوع العقوبة ومقدارها بحسب نوع المادة المسكرة أو المخدرة أو طريقة استعمالها أو الاتجار فيها أو تهريبها.

فكثير من التشريعات تضع عقوبة أقصى للاتجار في المخدرات تصل إلى الإعدام. ثم إن تناول المخدرات يمكن أن يعاقب عليه بعقوبة أشد من تناول الخمر لأن نتائجها الصحية والاجتماعية في نظر كثريين أسوأ كثيراً من نتائج شرب الخمر، وقد يرى أولئك الأمر وضع عقوبة تعزيرية أشد مما يقول به من يدعونهما حداً أقصاه أربعون أو ثمانون جلدة.

التعزير يسمح لنا بتشديد عقوبة تناول المخدرات :

يهمنا القول بأن تناول المخدرات لا يعقوب عليها بالحد المقرر لشرب الخمر، لأنها عقوبة مخففة، في حين أننا نرى ما يراه كثيرون من أن عقوبة تناول المخدر يجب أن تكون أشد من عقوبة الحد للشرب خصوصاً أننا نأخذ بمبدأ العقوبة على مجرد الشرب ولو لم ينتج عنه سكر ...

ولذلك نفضل في رأينا أن تكون العقوبة في الحالين تعزيرية حتى يمكن أن تقدر العقوبة حسب خطورة المادة المخدرة أو المسكرة، ولا يسوى بين جميع المسكرات والمخدرات، ولا نلتزم بعدد الجلدات التي يقررها من يقولون بالعقوبة الحدية.

٤٠٨ السكر والمسؤولية الجنائية: الرأي الراجح في كل من المذاهب الأربعه^(١) أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرها، أو تناول المسكر مختارا وهو لا يعلم أنه مسكر، أو شرب دواء للتداوی فأمسکره؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل، فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه ...

ويتحقق بالإكراه حالة الاضطرار. فمن شرب الخمر مثلا وهو عالم بأنه خمر لدفع غصة فسکر منها ثم ارتكب جريمة في أثناء سکره فإنه لا يعاقب عليها؛ لأنه مكره على تناولها. أما من يتناول المسكر مختارا بغير عذر، أو يتناول دواء لغير حاجة فيمسکر منه، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها في أثناء سکره سواء ارتكبها عامدا أو مخطئا، ويعاقب بعقوبتها؛ لأنه أزال عقله بنفسه، وبسبب هو في ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجرا له، فضلا عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضي إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر، وفعل ما أحب فلا يلزمته شيء ...

وفي كل من المذاهب الأربعه رأى آخر مرجوح^(٢) بل مهجور، وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختارا أو مكرها أو غير عالم بأنه مسكر؛ لأن عقله كان زائلا وقت إتیان الفعل فلم يكن مدركا، والإدراك أساس المسؤولية الجنائية فإذا فقد انعدمت المسؤولية. ومصدر هذا الرأي عثمان رضي الله عنه، وهو أحد قول الشافعي، وقد أخذ به قلة من الفقهاء في كل مذهب، ولكنه كما قلنا رأى مهجور ...

٤٠٩ السكر والمسؤولية المدنية : يسأل السكران مدنيا عن فعله ولو أعفى من العقاب لسكره، فالمسؤولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محمرة طبقا للقاعدة العامة في الشريعة، والأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المخل، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من

(١) المغني ج/٩ ص/٣٥٨ وج/١٠ ص/٣٢٥ و مابعدها، مواهب الجليل ج/٦ ص/٣١٧، تبصرة الحكماء ج/٢ ص/٢٢٧، تحفة المحتاج ج/٤ ص/١١٨، المهدى ج/٢ ص/٨٢، ١٨٥ : ٢٠٤ ، البحير الرايق ج/٥ ص/٢٥ ، شرح فتح القدير ج/٤ ص/١٧٨ ...

(٢) المراجع السابقة ...

عودة مسئوليته مدنياً عن تعويض الأضرار التي سببها للغير؛ لأن عدم الإدراك إذا صلح سبباً لرفع العقاب فإنه لا يصلاح سبباً لإهدار الدماء والأموال ...

٤٧ـ 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 أي حال على ما يرتكبه من الجرائم، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأي الراجح في الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرها أو غير عالم بأنه مسكر، ثم ارتكب الجريمة في أثناء سكره، فإن تناول المسكر مختاراً فإنه يعاقب على أي جريمة يرتكبها في أثناء سكره ...
ويتفق نص القانون المصري تمام الاتفاق مع الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية، فهو لا يعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أياً كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها ...

**408 - 410 - السكر الناتج عن الشرب الاختياري لا يمنع المسئولية الجنائية
والسكر في جميع الأحوال لا يمنع المسئولية المدنية :**

على الرغم من أن المسئولية أساسها الإدراك الكامل والإرادة الحرة، وأن السكران يكون فاقد الوعي، فإن شريعتنا - كغيرها من الشرائع العصرية لا تعفى فاقد الوعي بسبب سكره الاختياري من المسئولية الجنائية عن أي فعل ارتكبه وهو سكران فاقد الوعي؛ بل تكون مسئوليته كاملة ما دام قد "شرب" الخمر أو تناول المسكر أو المخدر باختياره، لأنه يعلم مقدمًا بأن شربه أو تناوله المخدر قد يؤدي إلى ارتكابه أفعالًا محظورة. وإذا كان الفعل الذي ارتكبه عمدياً، فإنه يكون مسؤولاً عن عقوبة الجريمة العمدية لأن ما وقع منه كان نتيجة احتمالية لشرب الاختياري، وهذا يؤيد ما قلناه عن ميزة الشريعة الإسلامية التي لا تقر ما يقول به المذاهب الفلسفية من الالتزام بالاتجاه الشخصي أو المادي. وقد رأينا أن شريعتنا تأخذ بالاتجاه الشخصي في حالات معينة وفي حالات أخرى تؤثر الاتجاه المادي لا في المسئولية الجنائية فقط بل في المسئولية المدنية أيضًا⁽¹⁾.

الحالة الوحيدة التي قد تتبادر فيها المسئولية الجنائية بسبب السكر، هي إذا كان تناول المخدر أو المسكر نتيجة إكراه أو اضطرار أو خطأ.

وه هنا يمكن القول بتطبيق المذهب الشخصي الذي يربط المسئولية الجنائية بحرية الاختيار وشرط الرشد العقلي.

* * *

ذكرنا في كلامنا عن الإكراه وحالة الضرورة أنه في فقهنا نجد أن المسئولية المدنية لا ترتبط بالمسئولية الجنائية، وهذا يسري هنا في حالات الشرب والسكر. فالمتفق عليه أن التعويض المدني واجب دائمًا ولا يمنع من المسئولية المدنية وجود حالة السكر أو المخدر أياً كان سبب حدوثها ... حتى ولو كانت هناك حالات تبتعد فيها المسئولية الجنائية عن السكران إذا كان سكره نتيجة خطأ أو إكراه أو جهل. وما قاله فقهاؤنا في هذا الشأن هو ما وصلت إليه القوانين الوضعية والفقه العصري بعد عدة قرون ...

ولا قيمة في نظرنا للرأي الذي نسبه للمذاهب التي ترى أن السكران لا يكون مسؤولاً حتى ولو تناول المسكر أو المخدر طالما مختاراً متعمداً - بحججة أنه لم يتواافر لديه الوعي اللازم للمسئولية الجنائية ...

⁽¹⁾ يراجع تعليقانا على البند 396 ، 401 ، 402 فيما سبق .

الفرع الثالث الجنون

١٤- تمهيد : تُعدُّ الشريعة الإنسان مكلفاً أى مسؤولًا جنائيًّا إذا كان مدركاً مختاراً، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان. ومعنى الإدراك في المكلف أن يكون ممتلكاً بقواه العقلية، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك ...

والمرء قد يولد فاقداً لقواه العقلية، وقد يولد ممتلكاً بهذه القوى، وقد تنمو قواه العقلية معايرة نمو جسمه، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوارها الأولى، وقد يبلغ الإنسان رشيداً ممتلكاً بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها. فقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان .

وفقدان القوى العقلية قد يكون تاماً ومستمراً ويسمونه جنوناً مُطبقاً، وقد يكون تاماً وغير مستمر ويسمونه جنوناً متقطعاً، وقد يكون جزئياً فيفقد الإنسان قدرة الإدراك في موضوع معينه، ولكنه يظل ممتلكاً بالإدراك فيما عداه، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئي، وقد لا تفقد القوى العقلية تماماً، ولكنها تضعف ضعفاً غير عادي، فلا ينعدم الإدراك كلياً، ولا يصل في قوله إلى درجة الإدراك العادى للأشخاص الراشدين، وهذا ما يسمونه بالعته أو البلة. 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 وأختلاف مسمياتها، وهو أن المسؤولية الجنائية تتعدم كلما انعدم الإدراك، فإذا لم ينعدم فالمسؤولية قائمة ...

١٥- تعريف الجنون : ونستطيع بعد مابين أن نعرف الجنون، بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه، وهو تعريف يشمل الجنون والعته وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي لانعدام الإدراك. وسنبين فيما يلى حالات الجنون وما يلحق بها.

٤١٣- الجنون المطبق : الجنون المطبق هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً أو هو الجنون الكلى المستمر، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان أو أن يكون مصاحبًا له من يوم ولادته. ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات الجنون، وإما لكونه جنوناً كلياً لا يفقه صاحبه شيئاً. ويعبر بعض الفقهاء عن الجنون جنوناً مطبقاً بالجنون المغلوب، ولكن البعض يرى أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواءً 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 في الاستمرار. فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك في حالة وجوده، فلا يكون مسؤولاً جنائياً، فإذا القشع عنه عاد الإدراك وصار مسؤولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم في حالة إفاقته، يعكس الجنون جنوناً مطبقاً، فإنه لا يسأل جنائياً؛ لأن جنونه تام ومستمر وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقه جزئية، بمعنى أنه لا يدرك إدراكاً تاماً في حالة أو في حالات معينة، ولكنه يدرك إدراكاً تاماً فيما عدا ذلك، فحكمه في حالة الإفاقه الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئي... .
وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان في إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه في هذه الحالة حكم المعتوه

٤١٥- الجنون الجزئي : إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفكير الجنون بحيث يفقد الإدراك في هذه الناحية أو هذه النواحي فقط مع بقائه ممتعاً بالإدراك في غيرها من النواحي، فهذا هو الجنون الجزئي... .
والجنون جزئياً مسؤول جنائياً فيما يدركه، وغير مسؤول في النواحي التي ينعدم فيها إدراكه

وقد يكون الجنون الجزئي متقطعاً ينتاب المريض حيناً ويرتفع عنه حيناً آخر، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسؤولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم في حالة إفاقته، وقد يكون الجنون الجزئي مستمراً ويسمى البعض الجنون في هذه الحالة بالجنون المغلوب؛ لأنهم يرون أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواءً كان كلياً أو جزئياً، والتسمية على كل حال لا أهمية لها؛ لأن العبرة في انعدام المسؤولية بفقد الإدراك لا بالتسمية، فالجنون غير مسؤول كلما انعدم إدراكه

أثراها على العقل :

أساس البحث في تأثير الجنون على المسئولية الجنائية هو أن شرط المسئولية أن يكون الشخص عاقلاً؛ لأن غير المتمع بقواه العقلية لا يكون مكلفاً، ومن يكون ناقص القدرة العقلية تكون مسئoliته محدودة وناقصة بقدر نقص قواه العقلية. وعلى ذلك فإن الجنون ليس حالة واحدة، بل له عدة أحوال يختلف مدى أثراها على المسئولية بقدر أثراها على العقل والإرادة. ولذلك فإن ما يسمى بفقد القوى العقلية له أنواع وأسماء متعددة تختلف حسب مدى تأثيرها على ملحة العقل والتفكير السليم.

* * *

تكون المسئولية منعدمة تماماً في أشد حالات فقد العقل والإرادة بسبب ما يسمى بالجنون الكلي أو المطلق أو المستمر.

لكن يوجد إلى جانب ذلك حالات يكون المرء فيها فاقد العقل تماماً فترة ثم يفيق بعدها، وتكون إفاقته كاملة، وفي هذه الحالة تنتفع مسئoliته فقط في الفترة التي يكون فيها فاقد العقل. وقد العقل له درجات: وهناك حالات يكون كاملاً، وهناك حالات يكون فقد العقل فيها جزئياً وليس تماماً.

في الحالات التي يكون فيها الشخص في حالة جنون، لكنه جنون جزئي، تكون مسئoliته جزئية كذلك أى أنه يعفى من المسئولية عن الأفعال التي تدخل في نطاق جنونه الجزئي أو بالأصح يقرر له التدابير الذي يناسب حالته وليس من الضروري أن يكون عقوبة جنائية.

وعلى العموم فإن الطب هو الذي يفصل في مقدار القوة العقلية - وليس القرار سهلاً دائماً - لكن هنا نكتفي بالبليد، فكما أن الضرورة تقدر بقدرها، فإن الجنون كذلك يكون أثراً بمقداره من حيث الوقت ومن حيث مداه في التأثير على القدرة العقلية أو سلامـة الفكر.

١٦ـ العته : يعرف الفقهاء المعتوه 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 يؤدى إلى زوال العقل أو اختلاله، أما العته فيؤدى إلى إضعافه ضعفاً تتفاوت درجاته، ولكن إدراك المعتوه أياً كان لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين ...

وأكثر الفقهاء يسلّمون بأن العته نوع من الجنون، وبأن درجات الإدراك تتفاوت في المعتوهين، ولكنها لا تخرج عن حالة الصبي المميز، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض المعتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبي غير المميز وبعضهم كالصبي المميز، وأصحاب هذا الرأي لا يجعلون فرقاً بين الجنون والعته إذا كان المعتوه في أقل درجات التمييز، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصبحه اضطراب وهيجان، والثاني يلزمه المدحوء ولكن حقيقتهما واحدة ...

سواء صحيحة هذا الرأي أو ذاك فهي مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمعنى؛ لأن فقد الإدراك معنى من العقاب سواء سمى معتوه أو مجنوناً أو كان له اسم آخر ...

١٧ـ الصرع والهستيريا وما أشبه : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكم 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.

المصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار، وقد يرتكب وهو في هذه الحالة أعمالاً إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته ...
المصاب بالهستيريا تنتابه حركات تشنجية، فإذا عاودته راح يهدى دونوعي.
والمريض باللإخوليَا يتصور الأمور على غير حقيقتها ويدعوه هذا التصور المغایر الواقع إلى إثبات أمور لا مبرر لها ...

عادة وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكه ضعيفاً في درجة إدراك المعتوه، ويأخذ هؤلاء المرضى حكم المكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك، ولكنهم فاقدو الاختيار، فإن لم يفقدوا إدراكه ولا اختيارهم فهم مسؤولون جنائياً عن أعمالهم ...

٤١٨- **سلط الأفكار الخبيثة** : ويتحقق بالجنون ما يسمونه في عصرنا الحاضر سلط الأفكار الخبيثة وهي حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة، ومظاهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فكرة معينة، والشعور القوى الذي لا يدفع بالرغبة في إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسطلة، كمن يعتقد أنه مضطهد، أو أن أنساً يريدون قتله أو تسميمه، فيشعر بالرغبة الجامحة في قتل من يتوجه أنه يريد قتله أو الانستقام منه، وقد يأتي المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فكرة متسطلة عليه ...

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاهم بالمخانيق إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدو الإدراك أو كان إدراكهـ من الضعف بحيث يساوى إدراك المعتوه، فإن لم يكونوا كذلك فهم مسؤولون جنائياً ...

٤١٩- **ارداج الشخصية** : هي حالة مرضية نادرة تصيب الإنسان فيظهر في بعض الأحيان بغير مظاهره العادي، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملامحه، ويأتي أعمالاً ما كان يأتيها وهو في حاليه العادية، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئاً مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية ...

وحكم هذه الحالة أنه يُعد مجنوناً إذا لم يدرك ما يفعل؛ لأنـهـ كان فاقداً عقله وقت ارتكاب الفعل ...

416 - 419 العته وغيره من الأمراض، التي تؤثر على العقل والإرادة:

يقصد بالعته نوع من الجنون يكون المرض فيه ضعيف الإرادة والإدراك وتطبق عليه القاعدة التي أشرنا إليها وهي أن المسئولية تكون على قدر ما لديه من عقل وإدراك. وقد تباعدت الأمراض التي تؤثر على العقل والإرادة وتعددت صورها وذكر منها الصرع والهستيرية. والقاعدة الأساسية هي ما أشرنا إليه بأن المسئولية تكون محدودة بحدود العقل والإدراك ومداه، وأن الخبراء والأشخاص هم الذين يقدرون ذلك.

* * *

لا يهمنا أسماء الأمراض وكل ما يهمنا هو مدى تأثيرها على الإرادة والعقل. والمبدأ العام هو أن المسئولية تكون في حدود ما لدى الشخص من الإرادة والعقل ولا تتجاوزه لا من حيث الزمان ولا من حيث مدى تأثيرها على عقل المرض وإرادته. وهذا المبدأ يطبق على ما يسمى الصرع أو الهستيرية أو غيرها، ويطبق كذلك على الأمراض والحالات التي وصفها بسلط الأفكار الجبيحة (وعبر عنها بالعقد النفسية) أو ازدواج الشخصية، وكما قدمنا فالأطباء هم الذين يحكمون على مقدار أثر المرض على العقل والإرادة.

٤٠- ضعف التسبيّز: هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل، وهم على ضعف إدراكهم سريعاً الاندفاع، ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم، وهذا الإدراك الناقص نوعاً لا يعفي من العقاب طبقاً لقواعد الشريعة العامة، وهو كذلك لا يعفي من العقاب في القوانين الوضعية. ويرى بعض الشرائح تخفيف العقوبة بعد الفاعل 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 والقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحيات الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها.

٤١- الصم البكم : الصم البكم مسؤولون جنائياً عن جرائمهم كلما كانوا ممتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن عذرُهم جنائين أو معتوهين فلا مسؤولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصم والبكم واللاكتفاء بتعزيرهم ولو أقرروا بالجريمة؛ لأن الصمم والبكم شبهة؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة، وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذي فهم منها؛ ولأن الأصم والأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود .

ويختلف مالك والشافعي وأحمد رأى أبي حنيفة، ويأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن في الإشارة شبهة ولا يرون درء الحد عنه للصم والبكم.

٤٢- الحركة النومية : يأتي بعض الناس أفعالاً وهو نائم دون أن يشعر ويغلب أن تكون الحركات التي يأتي بها النائم ترديداً للحركات التي اعتاد أن يأتيها في اليقظة، ولكن يحدث أن يأتي بحركات مخالفة لا علاقة لها بالحركات التي يأتيها وهو متيقظ .
ويعللون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعاً لا تتأثر بنومه، بل يهجع بعضها ويظل البعض متبعها بدرجات مختلفة، ويحدث عند من تناهتم بهذه الحالة أن تتبه فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدي وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك، فيتحرّك أو يكتب أو يأتي أعمالاً أخرى، ثم تزول حالة التبهي الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة بما حدث منه أثناء النوم ...

عودة ١٢ والقاعدة العامة في الشريعة أن لا عقاب على النائم لقول النبي ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن الجنون حتى يفيق". وإذا كان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحداً، فإن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون، ولعل الحكمة في هذا هي أن النائم المتيقظ 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 الضار والنافع، ولا يأتي أعمالاً تضر به ...

وشرح القانون الوضعي يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فقد الإدراك والاختيار معاً، وأن ميوله هي التي تحرك عضلاتنه دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بعقله ...

ويسلوح لي أن إلحاد هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحادها بالجنون حتى لوصح أن النائم يفقد إدراكه أيضاً، لأن المكره مع تقطشه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقله ولا بإرادته، وإنما يعمل مدفوعاً بإرادة غيره وعقل غيره، وقد تحركه قوة مادية خارجية فلا يعني عنه عقله ولا إرادته شيئاً. والنائم المتيقظ أشبه شيء بالمكره فهو متمنع بالإدراك والاختيار، ولكنها لا يعنيه شيئاً 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، فسواء عذّبنا النائم مكرهاً أو مجنبنا فهو غير مُعاقب على ما يأتيه من جرائم في أثناء نومه ...

١٣- **التسويم الفنطسي** : هو حالة من حالات النوم الصناعي يقع فيها شخص بتأثير آخر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت النوم أو بعد اليقظة، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلي فلا يشعر بما فعل تلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل في أثناء النوم، ولا يستطيع مقاومة إيقاع الأمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة، ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التي يسيطر بها المنوم على النائم، وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيقاع الإجرامي ...

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعي، ومن ثم يكون النائم مكرهاً ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم

عوده التي يرفع فيها الإكراه العقاب، والواقع أنه يصعب إلزاق التنميم المغناطيسى بالجنون؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لا يسلبه الإدراك، وإنما يسلبه فقط الاختيار...

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة في عَدِّ التنميم المغناطيسى إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون ...

هذا هو حكم التنميم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغماً أو قبل أن ينام وهو لا يفكر في ارتكاب الجريمة. أما إذا كان النائم يعلم أن المعلوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام، فإن النائم في هذه الحالة يُعَذَّب متعيناً ارتكاب الجريمة، وما كان التنميم إلا وسيلة من الوسائل التي تساعده على ارتكابها، فهو مسئول عن فعله طبقاً لقواعد المسئولية العامة، وفي هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق ...

420 - 423 - حالات أخرى - لا تعدم الإرادة والوعي :

ليس ضعف التمييز مرضًا بل حالة توقف نمو العقل عند حد أقل من المستوى العادى، وهنا يطبق المبدأ العام وهو المسئولية على قدر ما لدى الشخص من عقل وإرادة.

يؤسفنا أنه يكرر قوله بأن الحدود والقصاص لا أثر فيهما للظروف المخففة، وهذا تجاهل تام لمبدأ درء الحدود (والقصاص) بالشبهات. فلا شك في نظرنا في أن نقص الإدراك قد يكون مجرد شهادة تستوجب استبعاد العقوبات المقدرة، وهذا يُعد تحفيضاً لأنه يستبعد عقوبة قصوى وقد يستبدل بها التعزير وبذلك يرجع للأصل وهو التعزير بدلاً من الحد أو القصاص إذا لم تتعذر مسئوليته تماماً.

وهو يقرر بأن التعزير تراعي فيه جميع الظروف عند اختيار التدبير الذي يصلح لكل منهم، ويمكن أن يصل كما قلنا إلى تدابير الوقاية والإصلاح والعلاج في مستشفيات متخصصة الذي هو أشد من السجن لكنه ليس سجناً ولا عقوبة... ولا جزاء بل هو علاج وإصلاح.

* * *

ونحن نؤيد رأى الأمام / أبي حنيفة - في أن حالة الأصم الأبكم توجد شبهة تمنع تطبيق الحدود والقصاص، لكن تبقى التعازير، وفيها متسع لتقدير ما يمكن اتخاذه من تدابير تلائم كل حالة كما قدمنا. فقد يكون العلاج أفضل من العقاب.

* * *

ولا نافق على استعماله عبارة "رفع العقوبة"، ويقصد بها عدم المسئولية؛ وهو يذكر حالة النوم وهو في نظرنا سبب مستقل لعدم المسئولية دون حاجة لإلحاقه بالإكراه أو الجنون - لأن النائم فاقد الوعي والإدراك - لكن الحال مختلف بالنسبة للنوم المغناطيسي لأنه يتسخ عن فعل شخص آخر هو المptom - ولذلك فإنه نوع من الإكراه في نظرنا ويسرى عليه أحکامه.

وفي حالة ما إذا كان النوم مغناطيسيًا قد قصد ارتكاب الجريمة قبل نومه، وكان يعلم أن النوم سيأمره بارتكابها وهو نائم وقبل ذلك فعلًا - فإنه يكون في نظره مسئولاً مسئولية كاملة عن الجريمة - ويبيّن النوم الذي أمره بارتكابها مسئولاً بصفته فاعلاً أصلياً كذلك كما هو الشأن بالنسبة لحالة الشريك بالتجريح الذي يُعد فاعلاً أصلياً في الجريمة إذا كان قد استغل انعدام إرادة الفاعل وموافقته وأمره بارتكابها، فكلاهما يكون فاعلاً أصلياً في نظرنا .

١٤ عدد

٤٤- فساع العواطف : إذا كان الإنسان ممتلكاً بالإدراك 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 الكراهة لقتل شخص 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 تُعدُّ الشريعة مسوًّغاً لارتكاب الجريمة ولا مانعاً من المسؤولية الجنائية، وإنما قد يكون همماً أثراً على العقوبة إذا كانت تعزيزاً، فإن كانت العقوبة حداً فلَا أثراً للغضب أو الاستفزاز عليها ...
ولكن الحروف الشديدة من الاعتداء قد يرفع المسؤولية الجنائية إذا كان الإنسان في حالة دفاع شرعي، أو حالة إكراه ...

ويترى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزان غير المحسن من العقوبة إذا قتله في حالة التلبس على أساس أنه كان في حالة استفزاز وتهيج، ولكن الرأي الراجح أن علة القتل هي تغيير المنكر وأن من يغير المنكر يؤدى واجبا عليه فالفعل مباح له^(١) ...
هذا هو أثر العواطف القوية على المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.
والقاعدة العامة في القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسئولية الجنائية، ولكنها قد تصلح عذرنا لتخفيض العقوبة إذا رأى القاضي ذلك،
على أن بعض القوانين تجعل حالة الاستفزاز عذرا قانونيا كالقانون الفرنسي، فإنه يجعل الاستفزاز عذرا قانونيا في جرائم القتل والضرب، وكذلك القانون المصري يجعل التلبس بالزنا عذرا للزوج الذى يقتل زوجته ومن يزني بها ...

(١) تبصرة الحكماء ج/٢ ص/١٦٩، البحر الرائق ج/٥ ص/٤٠ : ٤١، المغنى ج/١٠ ص/٣٥٣ وما بعدها...

424 – الانفعال أو هياج العواطف الناتج عن الغضب والاستفزاز :

هناك حالات تفقد الشخص سيطرته على إرادته وتصرفاته وإن كانت لا تصل إلى حد تعطيل الإدراك أو الاختيار أو العقل – لكنها قد تُعَدُّ ظرفاً شخصياً يُراعى عند تقييم الجزاءات التعزيرية.

أما الحدود والقصاص، فإننا نعتقد أن مثل هذه الحالات لا تصل إلى عَدُّها شبهة تسقط العقوبات المقدرة إلا إذا ثبت طبياً أن الشخص فقد التحكم في إرادته وتصرفاته، وأنه لذلك لا يمكن أن يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة كشخص عادٍ، أى أن إرادته ناقصة. وهنا نعتقد أن ذلك يكون شبهة تسقط الحد والقصاص ولكن يجازى بالتعزير الذى يتتناسب مع مقدار ما لديه من إرادة ناقصة.

ووجود نص في القانون الوضعي يَعُدُّ الاعتداء الواقع من الزوج على الزوجة وعلى من يجده متلبساً بالزنا معها، هو من هذا النوع – ونرى أن يكتفى القاضى بالتعزير لأن هناك شبهة تمنع تطبيق عقوبة القصاص وهى ارتكاب الجنى عليه جريمة الزنا التى كانت السبب في استفزاز الزوج ودفعه إلى الاعتداء عليه. ولكن لا توافق على القول بأن الاعتداء عليه ليس جريمة؛ لأننا لا نُعَدُّ الإهدار كاملاً من يستحق الحد بسبب تلبسه بجريمة زنا المحسن إلا للقضاء الذى له وحده أن يحكم بالحد بعد ثبوت جريمة الزنا إذا رُفعت له الدعوى. وإذا كان فقيهنا قد قال إنما حالة إهدار، فمعنى ذلك أنه لا يكون للشخص الذى يستحق عقوبة حدية عن الزنا أن يطالب هو أو ولـي دمه بالقصاص من قتله أو اعتدى عليه، ولكننا نرى أنه يستحق التعزير عمما يرتكبه من اعتداء.

عودة ◻ ٤٥٤ - حكم الجنون : يختلف حكم "الجنون" بحسب ما إذا كان معاصرًا للجريمة أو لاحقًا لها ...

٤٦٥ - **حكم الجنون المعاصر للجريمة** : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجاني لانعدام الإدراك فيه، فالجنون لا يبيح الفعل المحرم، وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل. وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة، ولا تختلف الشريعة في هذا عن القوانين الوضعية الحديثة، فكلها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل. ونص القانون المصري صريح في هذا، فهو يقضى بأن لا عقاب على من يكون فقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما جنون أو عاوه في العقل^(١).

مسؤولية الجنون المدنية : وإعفاء الجنون ومن في حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن فعله؛ لأن الأموال والدماء معصومة، ولأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المخل. 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 محظماً على الفاعل. وإذا كان الجنون لا يجعل الجاني أهلاً للعقوبة فإنه لا ينفي عن الجاني أهلية تملك الأموال والتصرف فيها، وما دامت هذه الأهلية متوافرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسؤولية المدنية وهي مسؤولية مالية ...

مدى مسؤولية الجنون المدنية : من المفترض عليه بين الفقهاء أن الجنون ضامن لأفعاله، أي مسؤول عنها مدنياً، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمه من ضرر تعويضاً كاملاً ما دام الضرر ناشئاً عن عمله. ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا في مدى مسؤولية الجنون المدنية في جرائم القتل والجرح، وأساس الخلاف في هذه المسألة هو اختلافهم في تكيف جرائم الجنون. فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد الجنون خطأً، لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما خطأ^(٢) ...

وللخلاف على تكيف فعل الجنون أثره على التعويض الذي يلزم به الجنون؛ لأن الدية في جرائم العمد مغلظة ويحملها العامل في ماله الخاص، ولكن الدية في جرائم الخطأ مخففة وتحملها العاقلة مع الجاني أو عنه، ولما كان التعويض في جرائم القتل والجرح

(١) المادة (٦٢) من قانون العقوبات ...

(٢) مراهب البلييل ج/٦ ص/٢٤٢، بداع الصنائع ج/٧ ص/٢٣٦، المغنى ج/٩ ص/٣٧٥ ...

عوده

مقدراً بالدية فإنه يأخذ حكمها، ولذلك جعل الشافعى التعويض في مال المجنون لما عدّه عامداً؛ لأن المتعمد يحمل الدية في ماله ...
 أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته؛ لأنهم عدّوه مخطئاً لا عامداً
 ولو جعلوا التعويض كله في ماله مع عدّه مخطئاً لكن مركز المجنون في جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطئ؛ لأن العاقل المخطئ لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة ...

٢٧- مقارنة بين الشريعة والقانون : يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسي عن الشريعة في هذه المسألة، فكلاهما لا يجعل المجنون مسؤولاً مدنياً عن جرائمه، ولكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بلاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل في ملاحظته، ويعللون عدم مسئولية المجنون مدنياً بأنه فقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقضى وجود خطأ ولا خطأ إذا لم تكن هناك إرادة، وليس للمسئول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله، ولو أن القاعدة العامة أن المسئول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير^(١) ويعللون هذا الحكم بأن الخطأ خطا المسئول عن ملاحظة المجنون؛ لأنه مكلف بلاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شيء من التعسف ...

ونصوص القانون المصرى والفرنسي في المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية "الخطأ" (La faute) ولكن هناك نظرية أخرى حديثة هي نظرية "الخطر" (La theorie du risque) تناول أن تزحزح النظرية التقليدية عن مكانها، ومقتضى نظرية الخطأ أن المجنون يسأل مدنياً عن تعويض الأضرار التي أحدهما من ماله الخاص. وقد طبق القانون الألماني والقانون السويسري نظرية الخطأ، فالقانون الألماني يلزم المجنون بتعويض ما أحدهما من ضرر في حدود مقدرته على دفع التعويض، والقانون السويسري يبيح للقاضي أن يحكم على غير المسئول جنائياً بتعويض الضرر الذي أحدهما تعويضاً كلياً أو جزئياً، بل إن القانونين الألماني والسويسري يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائياً ومدنياً إذا كان الفعل الذي أتاه من الأفعال التي يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، وكان يكون جنونه ناشئاً عن عادات سيئة كتعاطي المسكرات أو ناشئاً عن فساد الأخلاق،

(١) المسئولية الجنائية لمصطفى مرعي ص / ١٥٣ ...

عوده ◀ وذلك لأنه يوجد في هذه الحالة خطأً أصلى يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكتفى
لتسویغ مسؤوليته^(١) ...

وظاهر مما سبق أن نظرية الخطأ - وهي أحدث النظريات - تتجه اتجاه الشريعة
في مسؤولية المجنون مدنياً، بل هي نفس نظرية الشريعة. وإذا كانت القوانين الوضعية
لم تعرف نظرية الخطأ إلا في القرن العشرين فقد عرفتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً
وأكثر ...

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ / ص ٦٢٩ ...

أشرنا فيما سبق إلى أن المسئولية المدنية في شريتنا مستقلة عن المسئولية الجنائية، فالجرون لا يعفى من يتسبب في الضرر من الالتزام بالضمان أو التعويض. وإشارته إلى أن التعويض في الجرائم الماسة بحياة الأشخاص وسلامة أبدائهم (جرائم القتل والجرح ...) مقدر بالدية يحتاج إلى توضيح، لأننا نعتقد أن الدية هي الحد الأدنى الواجب في تلك الحالات، لكن يمكن أن يضاف لها تعويض بناء على المبدأ العام بأن "الضرر يزال".

فرأى بعض الأئمة أن الجرون يكون عمله خطأ دائماً لاعمد़اً لأنه لا يجوز أن ينسب إليه العمد بسبب عدم قدرته العقلية. وهذا الرأي هو ما يرجحه أكثر الأئمة كما أشار لذلك. وعلى هذا الرأي تدور مشكلة بشأن التعويض الذي يلزم به الجرون إذا كان التعويض عن العمد يزيد مقداره عن التعويض عن الخطأ. وقد اختلف الفقهاء في الجواب عن هذا السؤال، ورأينا أنه لا ينسب للمجرون خطأ ولا عمد والحق في التعويض المدنى في الشريعة مبني على التبعية.

وقد بين ما تنازع به شريتنا من عدم التقادم بالنظرية الشخصية في المسئولية المدنية لأن الضمان مبني على ما يسمى الآن "تحمل التبعية" - وهي أحدث النظريات الأوروبيية في المسئولية المدنية - وقد سبقت لها الشريعة قبل القوانين الأوروبيية بقرون عديدة - في حين أن هناك قوانين أوروبية ما زالت متخلفة عنها، ولذلك ترفض بعض القوانين الوضعية حتى الآن عَدَّ الجرون مسؤولاً مدنياً عن أفعاله وجرائمها - ويحاولون علاج ذلك بالقول بتحمل من يرعاه بالضمان بافتراض أنه قصر في رعاية الجرون وحراسته ... وهذا افتراض لا يصح في جميع الأحوال . والقول بذلك معناه أنه قد يقع المصاب بالضرر دون تعويض ... حتى ولو كان مرتكب الفعل قادرًا على دفع التعويض رغم جنونه. لذلك، فإن فقمنا لا يقر بهذا القول .

* * *

- في الفقه الإسلامي: بناء الضمان المدني على أساس "تحمل التبعه":

إن اتجاه الفقه الإسلامي إلى بناء الضمان المدني على أساس "تحمل التبعه" كان رائداً للفقه العصري الذي يتوجه تدريجياً نحو عدم التقيد بفكرة الخطأ التي كان يلتزم بها فيما مضى - وبناء على نظرية تحميل التبعه قرر فقهاؤنا التزام المجنون بالضمان المدني رغم أنه لا يمكن أن ينسب له خطأ ولا عمد - لأن التعويض أو الضمان المدني مبني على اعتبارات التوازن المالي - فما دامضرر قد وقع بفعل منسوب إلى شخص معين فإنه جدير بأن يتحمل نتيجته ويلتزم بتعويض الضرر، بدلاً من أن يتحمله المضرور الذي لم يُنسب إليه شيء.

نحن نشاركه تقديرنا لسبق الفقه الإسلامي إلى هذا المبدأ الذي لم يتوصل له الفقه "العصري" إلا أخيراً بعد قرون طويلة من التجارب والنظريات التي تعدد حديثة وعصيرية في أوربا وإن كانت أصلية في فقهاًنا الذي سبق أوربا بشأنها قرونًا طويلة.

٤٦٤- مکم الجنون اللاحق 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 محكمة الجرميين في الشريعة محوطة بضمادات قوية. ولعل أصحاب هذا الرأي كانوا متأثرين في رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أي شيء آخر، فال مجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن، فإن جنونه لا يمنع من محكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة، لأن أثر الجنون ينحصر في إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها. فالألبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبيّن كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع عجزهم من محكمتهم، فليس إذن ما يدعو لتمييز الجنون على هؤلاء وإيقاف محكمته بحجية أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محكمتهم 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 توافره وقت المحاكمة وهذا يقتضي أن يكون الجاني مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محكمته ...

ويتفق القانون المصري والقانون الفرنسي مع رأي المالكية والحنفية في إيقاف محكمة الجنون، ولكن القانونين يجعلان علة الإيقاف عجز الجنون عن الدفاع عن نفسه، وهذه العلة ظاهرة في نص المادة (٢٤٧) من قانون تحقيق الجنائيات المصري 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 لدفاعه عن نفسه، وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محكمته على الوجه المتقدم" ...

وعلة إيقاف المحاكمة في الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز الجنون عن الدفاع، وإنما هي عدم استيفاء شرط العقاب. ولعل هذا التعليل أدق منطقاً من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع؛ لأن القانون المصري والقانون الفرنسي لا يوقفان

عوده

محاكمـة الآخـرـس، ولا الأصـم ولا الأبـكم، ولا من فـقد النـطق بـعد اـرتكـابـ الجـريـمة معـ أهـمـ عـاجـزـون عنـ الدـافـعـ عنـ أـنـفـسـهـمـ تـامـاـ كـالـجـنـونـ، فـضـلاـ عـنـ أـنـ حـالـاـهـمـ أـكـثـرـ طـرـوـءـاـ فـيـ الـعـلـمـ مـنـ حـالـةـ الـجـنـونـ ...

الجنون الطارئ بعد الحكم : إذا جن الجنى بعد الحكم عليه، فيرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود، وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار؛ لأن المحكوم عليه في جرائم الحدود له أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة وبعد البدء في التنفيذ، فإذا رجع في إقراره أو قفـ التنفيـذـ لـاحـتمـالـ أنـ يـكونـ عـدـولـهـ عـنـ إـقـارـارـهـ صـحـيـحاـ. ولـماـ كانـ الجـنـونـ يـمـنـعـ المـحـكـومـ عـلـيـهـ مـنـ الرـجـوعـ فـيـ إـقـارـارـهـ وـكـانـ مـنـ حـقـهـ أـنـ يـرـجـعـ فيـ إـقـارـارـهـ تـعـينـ إـيقـافـ التـنـفـيـذـ حـتـىـ يـفـقـيـحـ الجـنـونـ .

أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار، فلا يوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم. وأساس هذا الرأى أن العقوبة عن جريمة ارتكبها مجرم مستول وقت ارتكابها، وأن العبرة في الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هي بحال المكلف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده^(١).

ويـكـنـ تعـيلـ هـذـاـ الرـأـىـ أـيـضاـ بـأنـ العـقـوـبـةـ شـرـعـتـ لـلتـأـديـبـ وـالـزـجـرـ، فـإـذـاـ تعـطـلـ جـانـبـ التـأـديـبـ بـجـنـونـ الـمـحـكـومـ عـلـيـهـ؛ لـأـنـ لـاـ يـشـعـرـ بـالتـأـديـبـ فـلـاـ يـنـبـغـيـ تعـطـيلـ جـانـبـ الزـجـرـ؛ لـأـنـ مـصـلـحةـ الجـمـاعـةـ ظـاهـرـةـ فـيـ تـنـفـيـذـ العـقـوـبـةـ لـزـجـرـ الغـيرـ ...

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم، ويظل الحكم موقفا حتى يفيق الجنون، إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنما على رأى البعض تسقط باليأس من إفادة الجنون وتخل محلها الديمة، ولكن البعض الآخر يرى في حالة اليأس من إفادة الجنون أن يسلم الجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الديمة^(٢)...

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على الجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم الجنون للتنفيذ عليه؛ لأن هذا يُعد بدءا في التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف

(١) تحفة المحتاج ج/٤ ص/١٩، المغني ج/٩ ص/٣٧٧، الإقناع ج/٤ ص/٢٤٤ ...

(٢) مواهب الجليل ج/٦ ص/٢٣٢ ...

عوده للجنون، وإذا كانت العقوبة قصاصا فjen الجانى بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا^(١) ...

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أوهما : أن شرط العقوبة تكليف الماعقب أى صلاحيته لأن يكون مسؤولا مسئولية جنائية، والعقوبة لا تكون إلا بالقضاء أى بالحكم لها، فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التكليف وقت المحاكمة والحكم. ثانهما : أن الاستيفاء من قام القضاء أى أن تنفيذ الحكم به يُعد متمما للتقاضي، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفا فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيُعد أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم ...

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميةتين معا، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بعد صدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبة هى الإعدام أو عقوبة مقيدة للحرية، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله، ولكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدين، ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبي حنيفة، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد ...

(١) حاشية بن عابدين ج/٥ ص/٤٧٠ ...

428 - أثر الجنون بعد الجريمة محصور في الإجراءات :

موضوع البحث هو أثر الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة على إجراءات المحاكمة أو على تنفيذ الحكم إذا لم يطرأ إلا بعد صدوره.
الفرض في هذه الحالة أن شخصاً ارتكب الجريمة وهو كامل العقل والمسئولية - ويستحق المحاكمة والعقوبة دون شك - لكنه أصيب بعاهة عقلية بعد وقوع الجريمة سواء كان ذلك بسببها أو لأمر لا علاقة له بالجريمة.

نحن نرجح الرأي الذي نسبه إلى المالكية والحنفية بتأجيل المحاكمة في هذه الحالة لأن محاكمة الجنون جنائياً قد لا تتوافق فيها عوامل العدالة الكاملة بسبب عجزه عن الدفاع عن نفسه، وعلى ذلك فمن الأولى وقف المحاكمة الجنائية وتأجيلها حتى يصبح قادراً على الدفاع عن نفسه. ولا نوافق على قوله إن القاعدة هي أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها.. ولا نوافق على قياس الجنون على الأباء ولا الأصم ...

أما ما قاله فقهاؤنا من أن سبب وقف المحاكمة هو "عدم استيفاء شرط العقاب"، أي أنه في حالة الحكم عليه فإنه لا يجوز تنفيذ العقوبة على مجنون، وعلى ذلك فلا فائدة من استمرار المحاكمة للوصول إلى حكم لا يجوز تنفيذه، فإننا نرى أن هذا التعليل يكفي، ولكن لا يعني استبعاد سبب آخر هو عدم القدرة على ممارسة حق الدفاع باعتباره ركناً ضرورياً في المحاكمة الشرعية العادلة.

أما إذا طرأ الجنون بعد صدور الحكم بالإدانة والعقوبة، فإن رأي الحنفية أكثر اتفاقاً في نظرنا مع مبادئ المسؤولية الجنائية، إذ لا معنى لتقييم عقوبة جنائية على شخص لا يعرف لها معنى ولا يعني منها شيئاً، وهنا تكون العلة هي ما سماه "عدم استيفاء شرط العقاب" لأنه قد استنفذ حقه في الدفاع أثناء المحاكمة وهو عاقل كامل الأهلية ولكن أوقف تنفيذ العقوبة الحكم بها عليه لأن العقل والإدراك شرط للعقاب كما هو شرط للمسؤولية والتکلیف ...

الفرع الرابع صفر السن

◀ **٤٦٩ عوده** تحرير : تُعدُّ الشريعة الإسلامية أول شريعة في العالم ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسؤولية الجنائية تمييزاً كاملاً، وأول شريعة وضعت مسؤولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت، ولكنها بالرغم من مضي ثلاثة عشر قرناً عليها تُعدُّ أحد القواعد التي تقوم عليها مسؤولية الصغار في عصرنا الحاضر ...

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ بعض المبادئ التي وضعتها الشريعة لمسؤولية الصغار بعد الثورة الفرنسية^(*)، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم العلوم الطبية والنفسية. ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطوراً عظيماً لم تأت بعد بجديد 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 يحقق أرقى القوانين الوضعية كافة، ولكنه لم يميز بين مسؤولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود، فقد كان يميز بين الطفل في سن السابعة وما بعدها ويجعل الصغير مسؤولاً جنائياً إذا زادت سنه عن سبع سنوات، ولا يجعله مسؤولاً إذا قلت سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير، ففي هذه الحالة يكون مسؤولاً جنائياً عن عمله. وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

◀ **٤٣٠ الصفر والمسؤولية الجنائية** : تقوم المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية كما يينا من قبل على عنصرين أساسين : هما الإدراك والاختيار، وهذا تختلف أحکام الصغار باختلاف الأدوار التي يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذي يستكمل فيه ملكيَّ الإدراك والاختيار. والإنسان حين يولد يكون عاجزاً بطبيعته عن الإدراك والاختيار، ثم تبدأ ملكيَّة الإدراك والاختيار في التكوين شيئاً فشيئاً حتى يأتي على الإنسان وقت يستطيع فيه الإدراك إلى حد ما، ولكن إدراكه يكون ضعيفاً وتظل ملكاته تنمو

(*) تراجع حاشيتنا على البند ٢٧٧ فيما سبق.

عوذه حتى يتكامل نموه العقلي. وعلى أساس هذا التدرج في تكوين الإدراك وضعت قواعد المسؤولية الجنائية. ففي الوقت الذي ينعدم فيه الإدراك تتعذر المسؤولية الجنائية، وفي الوقت الذي يكون الإدراك فيه ضعيفاً تكون المسؤولية تأديبية لا جنائية، وفي الوقت الذي يتكون فيه الإدراك يكُون الإنسان مسؤولاً جنائياً.

ويتبين مما سبق أن المراحل التي يمتازها 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 الناتم، ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد ...

٤٣١- **المرحلة الأولى : انعدام الإدراك** : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي وتنتهي ببلوغه السابعة اتفاقاً، وفي هذه المرحلة يُعدُّ الإدراك منعدماً في الصبي، ويسمى بالصبي غير المميز. الواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكون تماماً. فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغه السابعة، وقد يتأخر عنها تبعاً لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئتهم واستعدادهم الصحي والعقلي، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الإدراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحداً للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة في الصغار. وقد كان هذا التحديد ضرورياً لمنع اضطراب الأحكام، وأن جعل التمييز مشروطاً بسن معينة يمكن القاضي من أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه.

ويُعدُّ الصبي غير مميز ما دام لم يبلغ سنه سبع سنوات، ولو كان أكثر تميزاً من بلغ هذه السن؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد، وحكم الغالب أن التمييز يُعدُّ منعدماً قبل بلوغ سن السابعة. فإذا ارتكب الصغير أى جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً. فهو لا يجد إذا ارتكب جريمة توجب الحد، ولا يقتصر منه إذا قتل غيره أو جرمه، ولا يعزر ...

ولكن إعفاءه من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها. فهو مسؤول في ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره في ماله أو نفسه، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسؤولية المدنية كما يرفع المسؤولية الجنائية؛ لأن القاعدة الأصلية في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة، وأن الأعذار الشرعية لا تناقض هذه العصمة، أى أن الأعذار لا تقدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة ...

عادة ٤٣٦. المرحلة الثانية : الإدراك الضعيف :

السابعة من عمره وتنتهي بالبلوغ. ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاما.

إذا بلغ الصبي هذه السن عَدًّا بالغا حكما ولو كان لم يبلغ فعلا ...

ويحدد أبو حنيفة شخصيا سن البلوغ بثمانية عشر عاما، وفي قول بتسعة عشر

عاما للرجل وبسبعين عاما للمرأة. والرأى المشهور في مذهب مالك يتفق مع رأى

أبي حنيفة، إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاما، بل إن بعضهم يرى أن

تكون تسعة عشر عاما ...

وفي هذه المرحلة لا يسأل الصبي المميز عن جرائمه مسئولية جنائية، فلا يحد إذا

سرق أو زنا مثلا، ولا يقتصر منه إذا قتل أو جرح، وإنما يسأل مسئولية تأدبية

فيؤدب على ما يأتيه من الجرائم. والتأديب، وإن كان في ذاته عقوبة على الجريمة، إلا

أنه عقوبة تأدبية لاجنائية ويترتب على عَدُ العقوبة تأديبا ألا يُعَذَّ الصبي عائدا مهما

تكرر تأديبه، وأن لا يقع عليه من عقوبات التغزير إلا ما يُعَذَّ تأديبا كالتوبيخ

والضرب ...

ويسأل الصبي المميز مدنيا عن أفعاله، ولو أنه لا يعاقب عليها بعقوبة جنائية

للأسباب التي ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبي غير المميز ...

429- 432 – تدرج المسؤولية بقدر النمو العقلي للصغار :

المبدأ الأساسي الذي أشرنا إليه عند كلامنا عن أثر حالات الجنون ودرجاته المختلفة، حيث قلنا إن المسؤولية تكون بقدر ما توافر لدى الجاني من قدرة عقلية أو وعي وإدراك، هو ذاك الذي يطبق فيما يتعلق بالصغار، لأن النمو التدريجي للملكات العقلية يستوجب أن تكون مسؤولية الصغير في كل مرحلة بقدر ما توصل إليه من نمو عقلي.

يضاف لذلك أنه في داخل كل مرحلة فإن مبدأ التعزير يعطي للقاضي سلطة واسعة في التقدير حتى يستطيع أن يقدر الجزاء بالمقدار الذي يتاسب مع الحالة العقلية للصغير الذي نسب إليه الفعل المعقّب عليه.

ونحن نشارك فقيهنا في إشادته بما تميز به فقهنا من سبق إلى تطبيق مبدأ التدرج في مسؤولية الصغار، وهو ما تحاول القوانين الوضعية والفقه العصري الوصول إليه، أو تقنياته.

والمراحل التي تقر بها مسؤولية الصغار في الأصل ثلاثة، يقرر الفقه في كل منها قدرًا من المسؤولية يتاسب مع درجة النمو التي وصل إليها الصغير.

* * *

في مرحلة الطفولة المبكرة لا يملك الطفل أي قدر من العقل يكفي لتقدير مسؤوليته الجنائية – ولذلك فإنه يكون في رعاية من يتولى الحضانة، ويكون من يتولون رعايته هم المسؤولين عن توجيهه والإشراف عليه، أما هو فلا تقع عليه مسؤولية جنائية.

وهنا أيضًا سبق فقهنا النظريات الحديثة التي توصلت إلى التمييز بين المسؤولية المدنية والجنائية. ولفقهائنا فضل السبق إلى ذلك حيث رجحوا مسؤوليته عن الضمان المدني والتزامه بتعويض الأضرار التي تسبب فيها برغم أنه لا تقع عليه عقوبة ولا يتحمل مسؤولية جنائية.

* * *

- قضاء مستقل للأحداث يتولاه مربون أكفاء:

في سن معينة يكون لدى الصغير قدر كافٍ من الإدراك والعقل لمعرفة الخير والشر بين ما يجوز وما لا يجوز، لكنه لا يملك القدر الكاف للمسؤولية الكاملة للإنسان الراشد؛ لذلك فإن مسؤوليته الجنائية تكون ناقصة، ومحدودة، ويفرض عليه الجزاءات المناسبة بالقدر الكاف لحمايته وحماية المجتمع من خطره بإصلاح سلوكه ...
وبديهي أنّه لا يمكن أن تقع عليه العقوبات البدنية المقدرة حداً أو قصاصاً - وكل ما يمكن اتخاذه إزاءه هي التدابير التعزيرية، مع ملاحظة ما سبق أن أكدناه مراراً من أن مجال التعزير يتميز بالاتساع والمرونة بحيث لا ينحصر في العقوبات دائمًا، بل يشمل تدابير تأديبية وقديمية وإصلاحية .. وهذا هو ما يفسح المجال أمام القاضي ليكون مربياً ومؤدياً أكثر منه معاقباً .

ولذلك يحسن أن يكون للأحداث قضاء مستقل يتولاه مربون أكفاء، ويفضل أن يكونوا من النساء، لأنهن أقدر على التعامل مع الصغار ولأن الموضوع أقرب إلى التربية منه إلى الجزاء الجنائي .

المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك الشام : وتبداً ببلوغ الصبي سن الرشد، أى بلوغه 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 مسؤولاً جنائياً عن جرائمها أياً كان نوعها، فيحدد إذا زنا أو سرق، ويقتضي منه إذا قتل أو جرح، ويعذر بكل أنواع التعازير ...

٤٣٤ - علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ : الأصل عند الفقهاء جميعاً في تحديد سن البلوغ قوله ﷺ : "رفع القلم عن ثلاثة : الصبي حتى يختتم، والنائم حتى يستيقظ والجنون حتى يفيق". ومعنى رفع القلم عن الصبي حتى يختتم هو جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب، والأصل أن الخطاب بالبلوغ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتلام؛ لأن البلوغ والإدراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال، وذلك بكمال القدرة والقدرة على استعمال سائر الجوارح السليمة، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتلام ...

إذا كان البلوغ بالاحتلام، فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام والإجبار والإزال، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والجبل. ولما كانت هذه العلامات قد تقدم وقد تتأخر، فقد رأى أن يحدد البلوغ بالسن، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاماً للغلام والجارية معاً، وحجتهم أن المؤثر في الحقيقة هو العقل، وهو الأصل في المسئولية وبه قوام الأحكام. وإنما جعل الاحتلام حداً للبلوغ شرعاً لكون الاحتلام دليلاً على كمال العقل، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة، فإذا لم يختتم إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة في خلقته، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل، فكان العقل دائماً بلا آفة ووجب عَذُّ الشخص بالغاً تلزمته الأحكام ...

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاماً أو بتسعة عشر عاماً، فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه، ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يستيقن بعدمه ويقع اليأس من وجوده، وإنما يقع اليأس بهذه المدة؛ لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتعمال، أى أنه ما دام الاحتلام مرجواً وجوب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثماني عشرة أو تسعة عشرة، بل هو مرجواً فلا يقطع الحكم الثابت

عوده بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس من وجوده^(١).

ويتبين 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 يتاخر ظهورها عادة إلى سن الشمائل عشرة أو التسع عشرة، فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التي يتاخر إليها ظهور علامات البلوغ. ويرى أبو حنيفة أن أصول الشريعة تجري على رأيه، فحكم الحيض مثلاً لازم في حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض، والفريق بين العنين وزوجته لا يجوز ما دام طمع الوصول إليها في فصول السنة المختلفة ثابتاً، 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 ...

٤٤٥- عقوبة الصبي غير المميز: عقوبة الصبي غير المميز هي كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليس 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 يتراءى له، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبیخ 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 التوبیخ، أو التسلیم 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 وتقديره، وإبعاده عن الوسط الذي يعيش فيه.

وعَدَ العقوبة تأديبية لا جنائية يؤدى إلى عدم عَدَ الصبي بعد بلوغه عائداً بما عوقب به من قبل البلوغ، وهذا مما يساعد على سلوك الطريق السوى ويعهد لنسيان الماضي.

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ : ١٧٢ ...

١٣٦- عوده القوانين الوضعية والصبيان : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مستوى الأحداث باختلاف أعمارهم . والرأى الغالب في هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن ، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة بعضها عن بعض تميزاً كافياً ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديداً دقيقاً . ففي الدور الأول يكون الطفل صغيراً ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائي وعواقبه ومن ثم فلا مسؤولية عليه إطلاقاً ، وقد حدد القانون المصري هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال في إنجلترا وفي الهند .

وفي إيطاليا يُعدُّ الحدث غير مسئول إذا قلت سنه عن تسعة سنوات . وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أي عَدَّ الطفل غير مسئول حتى يبلغ سناً معينة .

وفي الدور الثاني يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظوظ ، ولكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفي لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير ، ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار في هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم . وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث ، وإما العقوبات العادلة مخففة . والهادفة القصوى للدور الثاني خمس عشرة سنة في مصر واثنتا عشرة سنة في الهند والسودان وأربع عشرة سنة في إنجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة في فرنسا .

وفي الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقفه إزاء القانون ، ومن ثم يكون مسؤولاً عن أعماله مسؤولية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادلة . إلا أن بعض القوانين كالقانون المصري لا يعاقبه بالعقوبات المفرطة في الشدة وهي الإعدام والأشغال الشاقة ، وهذا الامتياز مقرر لمن لم تبلغ سنه سبع عشرة سنة أما من بلغ هذه السن فيعاقب بكل العقوبات العادلة^(١) .

ويقسم القانون المصري الدور الثاني قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن الثني عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادلة . وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه ، وهي التوبخ والإرسال إلى الإصلاحية

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصري والموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٧٢ وما بعدها ، وشرح قانون العقوبات لأحد صفتون ص ٢٨٢ وما بعدها .

عوده أو التسليم لولي الأمر أو غيره، ومن بلغت سنه الثنتي عشرة سنة وقلت عن حبس عشرة سنة يكون القاضى مخيراً بين أن يستخدم فى شأنه وسيلة من وسائل الإصلاح والتأديب التي سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادلة.

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولاً مدنياً عن أفعاله كلما كان مسؤولاً جنائياً ولو عوقب بغير العقوبات العادلة، وكذلك هو مسئول مدنياً عن أفعاله ولو لم يكن مسؤولاً جنائياً، إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سن المعينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطئه^(١).

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الإسلامية لمسؤولية الأحداث من ثلاثة عشر قرناً هي نفس القواعد التى تقوم عليها مسؤولية الأحداث في القوانين الوضعية الحديثة. كما يتبيّن أن في قواعد الشريعة من المرونة ما يزهّلها لأن تسبق كل القوانين، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الإصلاح والنهذيب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعات بصفة عامة.

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٣٠.

٤٣٣ - ٤٣٦ - مرونة التعازير تتسع للندرج حتى بعد البلوغ :

في سن معينة يصبح الصغير راشداً وقدراً على تحمل مسؤولية تصرفاته المالية والسلوكية، وهنا يعامل معاملة الإنسان الراغد من حيث تحمل مسؤولية الأفعال التي يعاقب عليها جنائياً، ومع ذلك فيحسن إعفاؤه من العقوبات القصوى والاكتفاء بالأصل وهو التعازير.

* * *

المشكلة في جميع هذه المراحل هي كيفية تحديد السن التي تفصل بين كل منها. وفقهاونا يفضلون عَدَ البلوغ الطبيعي (بالاحتلام أو الحيض) دليلاً على بلوغ الرشد العقلي - لكن هذا الدليل ليس قاطعاً. وما دمنا في نطاق التعازير فإن القاضي له سلطة تقديرية واسعة، والمقنن المجنهد كذلك من باب أولى.

* * *

سواء في فقهنا أو في القوانين الوضعية، فإن تحديد السن لكل مرحلة لابد أن يكون تحكمياً، لكن شريعتنا كما قدمنا تمتاز بأن مبدأ التعازير يتصف بمرونة كافية لكي يستطيع القاضي أو الفقيه المجنهد أن يختار التدبير المناسب لكل صغير متهم مرعايا في ذلك ليس السن فقط، بل ظروفه الأسرية والاجتماعية والبدنية كذلك: وبالنسبة للبلوغ فإن السنة المطهرة أشارت إلى البلوغ الطبيعي وهو الاحتلام والحيض بالنسبة للأولاد والفتيات، وهذا كاف في مجال الأحوال الشخصية والمعاملات المالية. لكن القوانين والتقنيات الجنائية عادة تحدد أمارة لكل مرحلة من مراحل المسؤولية تبعاً للسن حسب ما تراه من الشائع والمناسب في البيئة التي يعيش فيها الصغير، وذلك لتسهيل مهمة القضاء في تصنيف المتهمين وتحديد مراحل المسؤولية. وليس ذلك مناقضاً لما ورد في السنة المطهرة لأننا في نطاق التعازير نلتزم بـبراءة ظروف الواقع لكل منهم بما فيها سنه وحالته الاجتماعية، أما في الحدود والقصاص فباب الشبهات يتسع لبراءة حالة المتهم العقلية وماليته من رشد حتى ولو كان بالغاً، فمن باب أولى إذا لم يكن بلوغه مؤكداً...

* * *

- التعازير تتسع للتدابير التربوية والإصلاحية قبل البلوغ أو بعده :

وعلى الرغم من أن التعزير في الأصل يشمل بعض العقوبات الجنائية إلى جانب تدابير التهذيب والإصلاح، فإن هذا التسوع جائز بالنسبة للكبار وللصغار الذين وصلوا إلى مرحلة الرشد، أما قبل ذلك فإن الفقه حصر تعزير الصغير في نطاق الإجراءات والتدابير التربوية التي لا تدخل في نطاق العقوبات الجنائية. والقوانين الحديثة في عصرنا تحاول أن تصل إلى هذه النتيجة التي قررها فقهاؤنا منذ قرون عديدة.

كما أن شريعتنا تميزت بإعطاء سلطة واسعة للقضاء والفقهاء أولياء الأمر لابتکار التدابير المناسبة وتطويرها حتى تجارى تطور المجتمعات وأساليب التربية والتهذيب والإصلاح ..

وتحاول النظم الوضعية تطوير أحکامها لتوفّر قدرًا من المرونة، وإن كان فقهنا قد سبقها إلى ذلك؛ فله فضل السبق في إعطاء التعزير أكبر قدر من المرونة وتوسيع سلطة القضاء بعدها لذلك.

بحث إضافي للدكتور توفيق الشاوي

في شريعتنا

أن المسؤولية أمانة حملها الله للإنسان

يقصد من المسؤولية أن يتحمل شخص مسئول نتيجة عمله أمام جهة لها الحق في محاسبته .

ويشترط لذلك أن يكون المسئول أهلاً للمحاسبة عن هذا العمل مستحقاً لها، أي أن يكون هو الذي أتى هذا العمل طائعاً مختاراً، وأن يكون اختياره عن علم وادراك يستائح ذلك العمل . فالمسؤولية نتيجة الاختيار الحر والعلم والعقل الذي يمكن الإنسان المسئول من التمييز بين ما يجوز وما لا يجوز أو بين الخير والشر .

وقد ميز الله الإنسان دون غيره من المخلوقات بالتكليف وبالمسؤولية لأنه منحه العقل، كما يميزه بالاختيار بين الخير والشر؛ وعهد إليه مقابل ذلك أن يكون مسؤولاً عن أعماله، وأن يتحمل نتيجة اختياره بقدر ما لديه من عقل وعلم و اختيار حر، وأن تكون المسؤولية أمام الله هي أساس الحساب والجزاء يوم الدين .

* * *

ويشترط للمسؤولية أن يكون السائل صاحب الحق في أن يتولى المساءلة، وليس هناك أقدر على ذلك من الله سبحانه لأنه هو الذي خلق الإنسان ووهبه العقل والإرادة والاختيار، وأنه هو القادر العليم الحكيم رب الناس ورب يوم الدين .
في شريعتنا للمسؤولية أمام الله أهمية كبيرة أساسها الإيمان، فالإيمان بالله هو الذي يوجب على الإنسان المكلف أن يكون مسؤولاً أمامه لأنه سبحانه هو الذي خلقه ومنحه العقل والعلم وحرية الاختيار بين الخير والشر التي يتميز بها عن جميع المخلوقات .

إن هذه المسؤولية أمام الله هي الأمانة التي عجزت الجبال والأرض والسماء عن أن تحملها وحملها الإنسان وحده مصداقاً لقوله تعالى : «إِنَّا عَرَضْنَا الْأُمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجَبَالِ فَأَبَيْنَا أَنْ يَحْمِلُنَّهَا وَأَشْفَقْنَا مِنْهَا وَحَمَلَهَا إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا» . [الأحزاب : 72]

وهذه المزايا وضعها الله أمانة في عنق بني آدم، وعليهم أن يؤدوا هذه الأمانة عندما يقفون بين يديه سبحانه يوم القيمة ليس لهم مما فعلوا وينجز لهم بما يستحقون من جراء سواء كان نعيمًا من اختصار طريق الخير أو عذاباً من ارتكبوا الآثام والخطايا سلكوا طريق الشر .

في شريعتنا أن المسؤولية أساسها أن الإنسان قد أُؤْخِنَ على نعم الله عليه التي تميزه عن جميع المخلوقات وأوتها العقل والعلم الذي ميزه بها عن الملائكة، مصداقاً لقوله تعالى في سورة البقرة: «وَعَلِمَ آدَمُ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضُوهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُنِي بِأَسْمَاءِ هُؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴿٣٢﴾ قَالُوا سَبَحَنَكَ لَا سَبَحَنَكَ لَا عَلِمْنَا لَنَا إِلَّا مَا عَلِمْنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ» [البقرة: 31، 32]. وإلى جانب العقل والعلم ميزه بالإرادة الحرة التي تمكّنه من الاختيار بين الخير والشر وبين المدى والضلال، فأول واجب عليه هو أن يكون مسؤولاً عن الإيمان بالله الذي خلقه وصوره وأنعم عليه بهذه النعم، وكذلك الإيمان بالغيب أى بلقاء الله يوم البعث والنشور والحساب والجزاء يوم الدين في الحياة الآخرة .

وإذا كانت المسؤولية ديناً في ذمة البشر يلتزمون بأدائها يوم الدين، فإن الله سبحانه قد شرع لهم أن يؤدوا حساباً دنيوياً يتولاه القضاء عندما يرفع أمرهم إليه ليكون ذلك تمهيداً وإنذاراً للحساب في الآخرة .

وإذا كانت القوانين الوضعية تفرض عقوبات جنائية على مرتكبي الأعمال الضارة بأمن المجتمع، فإن شريعتنا لا تكتفى بمسؤولية المخطئ أمام القضاء لأن خشية العقوبة الدنيوية لا تكفي لحماية المجتمع، فشرعيتنا تجعل للإيمان بالله وبالبعث والنشور الدور الأكبر في وقاية المجتمع من الجرميين المفسدين في الأرض .

الإيمان بعظمته الله وقدرته يجعل المؤمن يخشى عذاب الجحيم الذي أندى به من يستجرون على مخالفة أوامر الله ونواهيه، وكل من يرتكب ما تُعدُّه شريعتنا من الجرائم والمعاصي التي تستحق العقاب الأخرى إذا أصر عليها ولم يتب إلى الله ويستغفِرُه، خشية عذابه وغضبه سبحانه. ولهذه الخشية أثر كبير في إرجاع المؤمن عن المعاصي، وعن ارتكاب ما نهى الله عنه، وتجعله يسلك طريق الاستقامة والهدى ويسجيب لدعوه الله لكي يكون من المتقين، حتى إنه لو ارتكب خطيئة أو معصية فعلية أن يسارع إلى التوبة

ويطلب من الله أن يغفر له ذنبه ويعيده إلى الصراط المستقيم ويقبل توبته ويجعله من عباده المتقين – وبذلك تتحقق الشريعة هدفها في إصلاح الفرد والمجتمع .

صحيح أن شريعتنا لا تكتفى بهذا التهديد والتخويف من العقاب .الأخروي ، بل إنما قررت عقوبات دنيوية يفرضها المجتمع على من يستطيع أن يثبت أنهم يفسدون في الأرض بما يرتكبونه من معا�ن وجرائم – لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن – وهذا العقاب الدنيوي ضروري كلما ظهرت الجرائم وانتشر أمرها ، وخاصة إذا كانت تهدى الأسس الثابتة للمجتمع أو الحقوق الإنسانية للأفراد ، وكان لا بد من تسليح المجتمع ببرادع دنيوي يمكنه من مجازاة المخطئين وتوجيه العقاب على الجرميين الذين يثبت أمام القضاء ارتكابهم للجنایات والأخوات التي تهدى أمن المجتمع واستقراره وأمن الناس وأمانهم .

ولما كانت هذه المسئولية الدنيوية غير كافية ولا كاملة ، فإن الله سبحانه وتعالى طمأننا بأنه سيتولى الحساب الكامل الشامل العادل يوم الدين ، وبذلك تكون المسئولية في شريعتنا محققة للعدالة الكاملة الشاملة لأنها عدالة إلهية وعدالة قضائية معا... فالمسئولية الدنيوية هي إنذار وتذكرة بالمسئولية الكاملة يوم القيمة .

إن عدالة القضاء وحدها لا يمكن أن تكون كاملة لأن القضاء لا يحاكم إلا من يقدمه له الادعاء ، وأجهزة الادعاء (النيابة العامة) لا تتحقق إلا مع من تقدمهم لهم أجهزة الشرطة ، وهذه الأجهزة تعرف أن كثيرا من الجرائم لا يبلغ عنها لأن الجني عليه لا يرى فائدة من ذلك – إذ لا يريد أن يشغل نفسه بالشكوى لأنه لا يعرف الجاني أو ليس له أدلة كافية على من يتهمهم . والنتيجة أن أغلب مرتكبي الجرائم لا يقدمون لمحاكمة الجنائية ، لذلك فإن العدالة القضائية تصور على أنها معصوبة العينين فهي لا ترى الجرائم عند وقوعها ولا تنظر في قضايا لا يوجد بها دليل كاف ضد متهم معين .

وإذا أراد الإنسان أن يطمئن إلى العدالة الكاملة فلن يجد لها إلا في العدالة الإلهية ، لأن الله سبحانه وتعالى يعلم السر وأخفى ، وهو يحاسب كل شخص عن عمله يوم الدين ولا يفلت من حسابه أحد .

فالعدالة القضائية والمسئولية الدنيوية إذا كانت ضرورية ومفيدة ، فإنها ليست كافية ولذلك فإنما تحتاج إلى العدالة الإلهية لتكون كاملة – والذين يريدون الاقتصر

على العدالة البشرية يعلمون أن عدالتهم القضائية عرجاء كما أنها عمياء معصوبة العينين. فالعدالة الكاملة لا يمكن إلا أن تكون إلهية في اليوم الآخر - كما تقره شريعتنا التي تبدأ بالإيمان بالله وبالحساب والجزاء يوم الدين إلى جانب عدالة القضاء في الحياة الدنيا .

* * *

وهذا الحساب الدنيوي يشترط فيه جميع الشروط التي يقوم عليها حساب الآخرة مضافا إليها شرطان :

الأول : أن الجماعة هي التي تتولى هذا الحساب باعتبار أن حقوق الجماعة تكون حقوقا لله وأن ينوب عن الجماعة القضاء المستقل .

الثاني : أن يلتزم القضاء باتباع الأصول والإجراءات التي شرعها الله لإقامة العدل بين الناس حتى لا يظلم شخص بريء .

ومع ذلك، فإن هذا الحساب الدنيوي معرض للنقص والخطأ ككل أعمال البشر، لذلك فإن الله وعدنا بأن يعاد الحساب الكامل الشامل العادل يوم الدين، وبذلك تكون المحاسبة يوم الدين مصححة ومكملة للحساب الدنيوي الذي هو مجرد تذكرة وإنذار للحساب في الآخرة .

إن المسئولية الدينوية شرعت لتردع الإنسان عن طريق الفساد والشر الذي ارتكبه وتدعوه لكي يتندم على فعله ويتبوب إلى الله توبه خالصة وعدنا الله أن يتقبلها ويغفر للثائرين ما يتحملون من سيئات. وقد وعد الله سبحانه وتعالى المؤمنين الصادقين بأنه سوف يتوب عليهم إذا ندموا واستغفروا موقنين أنه سبحانه هو الغفور الرحيم. فالستوية أساسها الإيمان برحمته الله ومغفرته، وهذه ميزة كبيرة للمؤمنين بالله والذين يؤمنون بالغيب والجزاء يوم الدين أمام الله سبحانه وتعالى .

إن تشريعنا الجنائي وعدها القضائية الدينوية هدفها الأول أن يتوب مرتكب الخطيئة ويتندم عليها ويعلن عدم عودته إليها خشية من عذاب الله وعقابه يوم الدين، فследذلك كان أول وصف للمؤمنين الصالحين هو أفهم المتقوين، والتقوى أول علامات الإيمان.

وإذا كانت التوبة دليلا على التقوى، والتقوى علامة الإيمان بالله، فإننا نستطيع أن نقول إن التوبة هي علامة الإيمان بالله والرجوع إليه والثقة به. ولا نعتقد أن

المخطى هو المسئول وحده أمام الله عن التوبة، بل إن المجتمع يتحمل نصيباً من هذه المسئولية ويمثله القضاة وأعوانهم. لذلك اتفق جمهور فقهائنا على أن من واجب القاضي أن يذكر المتهم بواجبه في التوبة وينصحه بها ويشجعه عليها، اقتداء برسول الله ﷺ وصحابته.

ولا يجوز في نظرنا أن يحكم الحكم أو القاضي بعقوبة جنائية أياً كانت إلا بعد أن يثبت لديه عدم استعداد المتهم للتوبة أو رفضه دعوته إليه وإصراره على سلوكه الشاذ والضار بالمجتمع.

إن شرائح القوانين الوضعية بينهم حوار طويل عن الهدف من العقوبة:
فالبعض يقول إنما رد فعل للجريمة، أو زاجر ورادع للمجرم. وبعضهم استقرروا على أنها دفاع اجتماعي لحماية المجتمع من الجرميين. وشريعتنا قد أراحتنا من هذا الجدل، لأن الحماية الحقيقة للمجتمع هي التوبة الصادقة الصالحة. فالهدف من تقرير العقوبات هو حمل المخطى على التوبة وتشجيعه عليها، ولا يكون ذلك إلا إذا بين له القاضي أن التوبة ستكون سبباً لرفع العقوبة عنه إذا كانت جدية وصادقة ومحلاصة.
وإذا أصر المساء على رفض التوبة والندم على فعله، فإنه يستحق العقوبة لا بسبب الجريمة التي ارتكبها فقط، بل وأيضاً بسبب إصراره على مواصلة الانحراف ورفض التوبة والاستغفار... .

المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية^(*)

**للدكتور / عبد الرزاق السنهوري (بك)
عميد كلية الحقوق سابقاً
وزير التعليم المصري الأسبق**

لكى نبين أحکام المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، يجب أولاً أن نميز بين الأضرار البدنية والأضرار المتعلقة بالمال .

ففى نطاق الأولى، نجد أن أحکامها محدودة، وإن صح القول فإن جذورها قديمة. وعندما ننتقل إلى مجال الإضرار بالمال، نلاحظ تقدماً كبيراً وأن منابع أحکامها علمية بختة، وتسير في تطورها على منهج يماثل منهج الأنظمة الحديثة . وتفسيراً لهذا الفرق، قيل إن الفقهاء المسلمين، في مجال الأضرار البدنية، رأعوا التقاليد العربية السابقة على الإسلام والعادات البدوية الفطرية التي أيدت معظمها النصوص القرآنية . لذلك لم يكن لاجتهادهم إلا نطاق محدود التأثير على التطور في هذا المجال .

وبال مقابل وفي نطاق الإضرار بالمال، كان المجال مفتوحاً لاجتهادات الفقهاء الذين كان لهم تأثير كبير على تطور مبادئ المسئولية المدنية .

^(*) هذا البحث هو جزء من التقرير المقدم من الأستاذ العميد الدكتور "عبد الرزاق السنهوري بك" إلى المؤتمر الدولي الثاني للقانون المقارن الذي عقد في لاھاى في شهر أغسطس عام ١٩٣٧ م . وقد نشر النص الفرنسي لهذا التقرير بالجزء الأول من مجموعة مقالات وأبحاث الدكتور "السنھوري" التي نشرتها كلية الحقوق بجامعة القاهرة - عدد خاص من مجلة القانون والاقتصاد . وقام بترجمته الأستاذ/ بلقاسم بلحاج حسين إبراهيم من تونس، والدكتور/ أمين سعد عبد الجيد سليم، مدرس القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، تحت إشراف الأستاذ الدكتور توفيق الشاوي ومراجعته.

وبناء عليه، سنقوم ببحث المسألة تحت بابين اثنين : الأضرار البدنية، والاضرار بالمال، مستفيدين من التقارير الخاصة التي وصلتنا من الأزهر الشريف وفلسطين ولبنان وكذلك من بلاد فارس .

وهذا الخصوص، نشير إلى تقرير السيد "إميل طيان" المستشار بمحكمة النقض والمكلف بالتدريس في مدرسة الحقوق الفرنسية في بيروت، وهذا التقرير مستوحى من الأطروحة الممتازة التي تقدم بها في نفس الموضوع أمام كلية الحقوق في ليون (فرنسا) سنة ١٩٢٦ .

في البداية نبدأ بمجال الأضرار البدنية .

الجزء الأول
الأضرار البدنية
(الأفعال الماسة بحياة الإنسان أو سلامته بدنه)

في الجريمة العربية وفي الفترة قبل الإسلام، نجد أن الأخذ بالثار كان هو المبدأ السائد، كما هو الحال في أي مجتمع فطري. كذلك نجد أن التضامن العائلي، سواء كان من جانب الجاني أو المجنى عليه، هو السائد في تلك الفترة، إذ إن الجاني ليس المسئول الوحيد بل كل قبيلته، وإن المجنى عليه ليس الوحيد في المطالبة بالثار بل إن عشيرته كلها تطالب بهذا الحق.

وإذا كان المستوى الحضاري الذي وصل إليه العرب قبل الإسلام قد مكّهم من الانتقال إلى نظام التصالح الاختياري، فإنهم برغم ذلك لم يتمكنوا من تجاوز هذا النظام للوصول إلى نظام الصلح الإجباري (الدّيّة).

لم يغير الإسلام أساس المسؤولية في هذا المجال، وبقيت المسؤولية الجنائية تعامل نزعة الثأر الشخصي، وبقيت المسؤولية المدنية مرتبطة مع المسؤولية الجنائية.

إن الإسلام أصلح هذا النظام الفطري من عدة نواح، حيث أدخل في البداية نظام الصلح الإجباري أو الشرعي (الدّيّة الشرعية).

ثم بعد ذلك، حصر التضامن العائلي (العاقلة) في بعض الحالات المحددة. وأخيراً، جما إلى تدخل السلطة العامة لمحاسبة ومحاكمة الجاني، بل وفي تنفيذ الأحكام الصادرة في هذه الجرائم.

وسوف نتناول هذه الموضوعات الثلاثة:

١- الصلح الإجباري (الدّيّة)

في البداية، أدخل الإسلام نظام الصلح الإجباري، حيث إن الثأر الشخصي في الجريمة العربية في فترة ما قبل الإسلام لم يعرف إلا التصالح الاختياري. فإذا رفض المجنى عليه هذا التصالح، يبقى حقه في الأخذ بالثار قائماً. وهذا الثأر الجاهلي لم يكن منظماً ولم يكن هناك ضمانات للمساواة بين الضرر والثأر، بل إن الفوضى الشاملة كانت هي السائدة في تطبيق هذا الثأر.

ومن بين أهم التجديدات العديدة التي أتى بها الإسلام والتي سمحت للصلح الإجباري (الدية الشرعية) بأن يأخذ مكان التصالح اختياري، نذكر اثنين هما : المساواة في تطبيق القصاص .

والتمييز بين الجرائم المتعمرة التي تخضع وحدتها لنظام القصاص والجرائم غير المتعمرة التي يطبق فيها نظام الصلح الإجباري (الدية) .

(أ) مبدأ المساواة في القصاص :

قبل كل شيء، فرض الإسلام أولاً المساواة التامة في ممارسة القصاص بين الضرر الواقع (الذى أصاب الجنى عليه) والضرر الذى يمكن أن يحدث (للجانى من القصاص)، حيث أوجب أن يستبدل بالثأر، الذى أصبح يسمى بالقصاص، الصلح الإجباري في جميع الحالات التي لا يمكن فيها التأكد من تحقيق هذه المساواة التامة (هداية ٤، ١٣٤).

بناء على ذلك، ففي حالة جرائم القتل لا يمكن تطبيق القصاص بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد، وأيضا لا قصاص بين العبيد على اختلاف درجاتهم (كتاب الخراج، ص ٢٤٤).

كما أن إتلاف (قطع) عضو من الأعضاء لا يوجب حد القصاص إلا إذا كان هذا الإتلاف (القطع) قد حدث في المفاصل، وكذلك الحال بالنسبة لكسر أحد العظام . وتوجد قيود أخرى استبعد منها القصاص ليحل محله الصلح الإجباري (الدية). وهذه القيود كثيرة العدد، حق جعلت الأديب "إميل طيان" يقول في كتابه عن الموضوع : "إن هذه القيود وصلت إلى حد أن القاعدة قد انعكست حتى إنه يمكن القول كذلك إن القصاص قد ألغى بالنسبة للأضرار البدنية، ما عدا بعض الحالات المحددة المذكورة". (نظام المسؤولية في الشريعة الإسلامية، بيروت ١٩٢٩، ص ١٠٠).

(ب) التمييز بين الجرائم المتعمرة والجرائم غير المتعمرة :

أدخل الإسلام تجديدا آخر هو التمييز بين القتل المعتمد والقتل غير المعتمد، وهذا التجديد له أهمية كبيرة في تقدير تطبيق القصاص لصالح مبدأ الصلح الإجباري (الدية).

فجريمة القتل المعتمد هي وحدتها التي تستحق القصاص. أما القتل غير المعتمد، فيطبق فيه مبدأ الصلح الإجباري (الدية).

قبل دخول الإسلام، كانت العرب لا تميز بين هاتين الحالتين، وكانت تقضى دائماً بحق الثار الفردي الذي يستبدل به إذا اقتضى الأمر التصالح الاختياري. لكن القرآن أوجب هذا التمييز بين جرائم العمد والخطأ، وفرض الصلح الإجباري في حالة القتل غير المعتمد بقوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقْبَةِ مُؤْمِنٍ وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصْدِقُوا» [النساء: ٩٢].

وببناء عليه، نرى أنه لا سبيل في حالة القتل غير المعتمد (الخطأ)، سوى الصلح الإجباري (الدية). بينما في حالة القتل المعتمد، يترك الأمر لورثة الجني عليه (ولي الدم) للاختيار بين القصاص والصلح (الدية) (أو أى مبلغ تعويض آخر يرضيهما). ويلاحظ أن الفقهاء استفادوا من هذا التمييز للمزيد من تقدير مجال تطبيق القصاص، وذلك بوسائل مختلفة هي :

(١) وسّعوا نطاق التمييز ليشمل الأضرار البدنية بالإضافة إلى القتل، أي أن إحداث أي ضرر بدني غير معتمد (سواء كان قاتلاً أو غيره)، يجب أن يخضع لنظام الصلح الإجباري (الدية).

(٢) بعد ذلك، ميزوا بين القتل (أو الأضرار الأخرى) الناتجة مباشرة عن الفعل الذي ارتكبه الجاني، وهذا وحده يخضع للقصاص، وبين الأضرار الأخرى (غير القتل) الناتجة بالسبب عن الفعل الذي قام به الجاني، وهذه تخضع لنظام الصلح الإجباري (الدية).

(٣) حتى في نطاق القتل المعتمد، أخضع الفقهاء بعض الحالات إلى الصلح الإجباري (الدية) بدلاً من تطبيق حكم القصاص، وذلك بالتمييز بين القتل المعتمد الذي ارتكب باللة قاتلة بطبيعتها، وبين ما يعذونه صورة من القتل شبه المعتمد والذي قد يتوافر فيه القصد الجنائي ولكنه لم يرتكب باللة قاتلة بطبيعتها، لذا فإنه لا يستحق القصاص.

إن الحالة الأولى التي يكون القتل فيها باللة قاتلة بطبيعتها هي وحدتها التي يجب فيها القصاص.

(٤) كنتيجة منطقية لمبدأ أن القصد الجنائي ضروري لتطبيق حكم القصاص، فإن الفقهاء ألغوا من المسئولة الأحداث غير المميزين والمخالفين عقلياً، فضلاً عن الذين

كأنوا في حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو في حالة الضرورة . وفي كل هذه الحالات يطبق الصلح الإجباري (الدية) .

(٥) وأخيراً التزم الفقهاء بعده أن القصاص لا يتجزأ، واستخلصوا منه نتائج مهمة: ففي حالة تعدد المطالبين بتطبيق القصاص، إذا تنازل أحدهم عن حقه في القصاص، لا يمكن للبقية أن يطالبوه بهذا الحق، ويجب عليهم الاكتفاء بالصلح الإجباري (الدية) .

أما في حالة تعدد الجناة، فإذا كان أحد منهم لا يخضع للقصاص (حدث أو مجنون مثلاً)، فإن البقية التي تواجه حكم القصاص يسقط عنهم هذا الحكم وينتقلون إلى نظام الصلح الإجباري (الدية) .

ومن السهل أن نلاحظ أن هذه القيود على مبدأ القصاص التي أدخلتها الإسلام (تضييق نطاقه) جعلت من الصلح الإجباري (الدية) قاعدة ومن القصاص استثناء .

٢- إلغاء التضامن العائلي (العقلة) :

الغى الإسلام أيضاً التضامن العائلي في حالة الجرائم المعتمدة؛ إذ في هذه الجرائم تكون العقوبة شخصية سواء وجب القصاص أو استبدل به لأى سبب من الأسباب الصلح (الدية). حيث إن الجاني وحده هو الذي يتحمل هذه المسئولية. وهذا التجديد الذي أدخله الإسلام يعود أولاً إلى الأصل الجوهري للإسلام الذي قد أرسى مبدأ شخصية الثواب والعقاب، حيث نقرأ في القرآن الكريم «ولا تزر وازرة وزر أخرى». [الإسراء : ١٥، فاطر : ١٨، الزمر : ٧]، فضلاً عن أن القصاص عند اليهود كان دائمًا شخصياً.

بالإضافة إلى ذلك، نلاحظ أنه حتى في حالة الجرائم غير المعتمدة التي يكون الصلح فيها إجبارياً، توصل الفقهاء إلى إلغاء التضامن العائلي بسلسلة من القيود .

في البداية، استبعد التضامن العائلي حيث إن الصلح (الدية) يتوجب فقط على الجاني وحده، وذلك عندما يكون هذا الصلح نتيجة للاعتراف أو لقرار المحكمين أو نتيجة لاتفاق . حيث إن التضامن العائلي يجب أن يكون نتيجة للجريمة ذاتها بدون تدخل من إرادة الجاني أو غيره . وتطبيقاً لهذا المبدأ فإنه في الحالة التي يكون الصلح (الدية) فيها متروكاً لتقدير القاضي، فإن الجاني هو وحده الذي يتحمل المسئولية .

وأخيراً، وفي نطاق هذه القيود، فإن التضامن العائلي مقصور على العرب حيث يمثل بالنسبة إليهم قاعدة تقليدية. أما بالنسبة لغير العرب، فإن مبدأ المسؤولية الشخصية هو الواجب التطبيق دائماً.

٣- تدخل السلطة العامة

أدخل الإسلام السلطة العامة في ملاحقة ومقاضاة الجناة، وكذلك في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدهم، حيث أنشى جهاز يسمى جهاز الشرطة مكلف بتو吉ه الأقام لل مجرمين وتقديم الأدلة ضدهم .

بعد ذلك ينظر القاضي في القضية ويصدر حكمه حسب تقديره لمسؤولية المتهم في التهم المنسوبة إليه.

أما بالنسبة لتنفيذ الحكم، فإن العرب في فترة ما قبل الإسلام كانوا يمارسون نظام النار الشخصي . حيث إن الشخص المجنى عليه يتبع بنفسه أخذ (تنفيذ) هذا الثأر .

وبالرغم من أن الفقهاء المسلمين يواصلون التأكيد على أن الشخص المجنى عليه يمكن أن يطبق القصاص بنفسه، فإنهم قرروا أن القصاص يستلزم المساواة الكاملة وأن السلطة العامة هي التي تضمن عدم الإخلال بالمساواة وتتولى هي تنفيذ القصاص خوفاً من عدم خبرة أو سوء نية المجنى عليه إذا سمح له بتطبيق القصاص بنفسه .

فبالرغم من أن السلطة العامة تؤدي دوراً كبيراً في ملاحقة ومحاكمة الجاني وفي تنفيذ الحكم، فإنه في نظرنا لا يجب الاعتقاد بأن الأفعال التي تسبب الأضرار البدنية تُعدّ من الجرائم العامة في الشريعة الإسلامية، ولا أنها جرائم مدنية. بل إن هذه الأفعال تحتل مكاناً مماثلاً للجرائم الشخصية في القانون الروماني .

وفي الواقع، فإن الجزاء على هذه الأضرار هو عقوبة شخصية (في نظرنا لأن توقيعها حق شخصي للمجنى عليه). وتحتل موقعاً وسطياً بين العقوبة العامة والتعويض المدني* .

* لا نرافق السنهوري على محاولة قياس الفقه الإسلامي على القانون الروماني، لأن القصاص وحده هو الذي يَقدّم حقاً للمجنى عليه - وهناك العزير ولا حق للمجنى عليه فيه، وهو الجزاء الأصلي في نظرنا.

لذلك، يجب التمييز بين هذه الجزاءات الثلاثة: القصاص، والدية الإجبارية، والاختيارية في النظام الإسلامي. وأساس هذا التمييز هو التفرقة بين صفين من الحقوق: حق الله، وحق العبد.

فالجزاء الذي يكون حقا خالصا للعبد يكون إما عقوبة شخصية وإما تعويضا مدنيا. أما الجزاءات التي تُعد حقا لله، فهي ما لا يمكن أن يكون حقا لأحد بعينه، ولذلك تنسب إلى الله سبحانه تعبيرا عن أهميتها وعموميتها. لهذا، فإن حق العبد هو ما تتوقف عليه مصلحة شخصية.

لكى نحدد الجرائم العامة، يجب أن نذكر العقوبات العامة، وهى حقوق الله وعددها أربعة: الحد والتعزير والكافارة والحرمان من الميراث (ومن الوصية). ونخن نتوقف عند عقوبى الحد والتعزير. فالحد هو عقوبة مقررة حددتها النص الشرعى وعددها خمسة: قطع اليد في حالة السرقة، والجلد (أو الرجم) في حالات السرنا، والجلد في حالة شرب الخمر والقذف، وقطع اليد والرجل والصلب في حالة قطع الطريق.

وعدا هذه العقوبات المذكورة، فقد تركت الشريعة الباب مفتوحا لعقوبات في جرائم عامة أخرى (تستحق التعزير).

فيما يتعلق بالجزاءات العامة (في التعازير)، فقد تركت الشريعة للقاضى حرية تقدير الفعل الذى يعاقب عليه وتحديد الجزاء. وهو مبدأ قد يتعارض مع القاعدة التى تقول: "لا عقوبة دون نص". ومع ذلك فقد دخل مثل هذا المبدأ (الاستثنائى) فى قوانين بعض الدول العصرية.

تلك هى الجزاءات الجنائية العامة التى تقررها الشريعة الإسلامية والقى تتميز بالأتى:

- (١) الأصل أنها غير قابلة للتنازل أو التصالح.
- (٢) أنها غير قابلة للانتقال عن طريق الوراثة (سلبا أو إيجابا).
- (٣) في حالة تعدد الأحكام، لا يجوز الجمع بينها.
- (٤) أنها تخفض إلى النصف، إذا كان المجنى عليه أو الجانى من العبيد.

وفي مقابل الجريمة العامة، نجد ما يسمى الآن بالجريمة المدنية (في الفقه الوضعي) التي تتمثل في الأضرار التي تصيب المال وجزاؤها التعويض المدني . وسبحث فيما بعد أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص هذه الأضرار (الجرائم).

ويتوسط بين الجريمة العامة وما يسمى بالجريمة المدنية نوع من الجرائم الجنائية التي يترتب عليها جزاءات شخصية – وهذا النوع من الجزاءات يتمثل في حكم بجزاء يجمع في ميزاته بين العقوبة العامة والتعويض . وهذا الجزاء قابل للتنازل والتصالح، وكذلك قابل للانتقال عن طريق الوراثة . كما أن الجمع بين الجزاءات من هذا النوع مقبول . ولا تخفض العقوبة للنصف بالنسبة للعبيد . وهذه الجزاءات التي تُعدُّها شخصية وعددها خمس هي كالتالي : القصاص والتعزير الشخصي والذية وديات الأعضاء (الأرض) وما يترك لتقدير القاضي من جزاءات ذات طابع شخصي.

لا يجب القصاص إلا عندما تكفل المساواة بين الضرر البدني الذي أصاب المجنى عليه وبين الضرر الذي سيصيب الجاني تطبيقاً للمبدأ الذي قرره القرآن الكريم الذي قضى بأن : النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص .

يطبق القصاص في الحالات التالية :

(١) في حالة القتل المتعمد . هنا يكون القصاص إما حقاً للمجنى عليه الذي يتنتقل إلى الورثة، وإما حقاً خاصاً بالورثة حسب "أبو حنيفة" .
ويسقط هذا الحق بالتنازل (عفو المجنى عليه قبل موته أو عفو ورثته عن الجاني بعد موته)، أو في حالة المصالحة بالاتفاق على دفع الديمة .

(٢) في حالة الجروح البدنية العمدية الأخرى، يشترط المساواة الكاملة : العين بالعين والأنف بالأنف إلى آخره، ويكون القصاص هنا حقاً للمجنى عليه، ويسقط هذا الحق بالتنازل أو بالتصالح .

وفي نطاق التعازير، يجب التفرقة بين ما يُعدُّ منها جزاء خاصاً وما يُعدُّ جزاء عاماً، وكلِّاهما خاضع لتقدير القاضي في تحديد الفعل المستحق للتعزير والجزاء المناسب لكل فعل . والتعزير يكون في نظرنا جزاء خاصاً إذا كان يترتب على عدوان على حق شخصي (من حقوق الإنسان الشخصية) وليس على حق عام من حقوق الجماعة (أو حقوق الله) .

إذا خرجنا عن نطاق الأضرار البدنية التي يترتب عليها القصاص أو الصلح أو تكون فيه السلطة التقديرية للقاضى، وكذلك، إذا خرجنا من نطاق الأضرار التي تصيب المال حيث يجب التعويض المدنى (الضمان)، توجد هنا جرائم خاصة مثل التغريب (الإغراء) أو القذف أو المنافسة غير المشروعة وما إليها*. وهى جرائم يكون للقاضى بحسب تقديره العادل أن يعذّبها اعتداء على حق شخصى وليس حقا من حقوق الجماعة . لذلك، يجازى عنها بجزاء خاص يقدرها هو (أى الجنى عليه) . وهذا الجزاء في نظرنا يجمع بين صفات العقوبة والتعويض المدنى .

* قد يكون هذا صحيحا بالنسبة للقانون الرومانى، أما بالنسبة للشريعة فلا نوافق عليه. وإذا كانت جريمة قذف الشخصيات بالزنا لها أحكام خاصة بالإليات فإنما قطعا ليست مقررة لصالح المبغى عليه وحده بل هدفها تقييد حق القاذف فى إثبات الاتهامات على الشخصيات وإزامه أولا رفع الدعوى التي يلزم فيها بشرط باهظة مثل تقديم أربعة شهود رؤية، ومعاقبته على القذف بالجلد إذا لم يتوافر هذا العدد من الشهود .

الدّيّة

يجب الصلح (الدّية) في الحالات التالية :

(١) في حالة القتل غير المعتمد، وهنا تكون (الدّية) إجبارية ويتحملها جميع أفراد القبيلة أو العشيرة (العاقلة) بما فيهم الجاني نفسه. أما إذا كانت الدّية واجبة نتيجة اتفاق أو اعتراف من الجاني أو نتيجة جريمة قتل غير معتمد، حل فيها الصلح اختياري محل القصاص، فإنه في هذه الحالات يكون الجاني وحده هو الذي يتتحمل (الدّية).

(٢) في حالة الإصابات البدنية غير المعتمدة (غير القتل العمد الذي يكون فيه القصاص واجباً، إذا كان الجرح متعيناً)، تكون الدّية مغلظة حيث تصل إلى ١٠٠٠ بعير أو ٢٠٠ بقرة أو ١٠٠ رأس من الغنم أو ٢٠٠ رداء أو ١٠٠ دينار أو ١٠٠ درهم.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الأرش هو جزء من الدّية الواجبة بسبب الإصابة التي تلف أحد الأعضاء . فمثلاً تجب نصف الدّية لفقدان إحدى العينين، وعشرونها لفقدان إحدى الأصابع إلخ

وفي حالة الأضرار البدنية غير المعتمدة أو المعتمدة عندما لا يمكن ضمان المساواة الكاملة بين الضرر الواقع على الجني عليه والضرر الذي سيقع على الجاني بسبب القصاص، في هذه الحالة يتدخل تقدير القاضي الذي يحدد العقوبة باستعمال سلطته التقديرية، وه هنا نرى أن هذا المبدأ قد فتح الباب على مصراعيه لتتوسيط الجزاءات المتعلقة بالأضرار البدنية في الشريعة الإسلامية وذلك ياعطائها وجهة جديدة .

بعد أن أوضحتنا ما يمكن عدّه جريمة شخصية* في الشريعة الإسلامية، يبقى لنا أن نبين أنه في نطاق الأضرار البدنية (وجرائم الأخرى ما عدا الأضرار المالية) حيث تطبق فيها سلسلة من الجزاءات الشخصية (القصاص، التعزير بجزاء شخصي، الدّية، الأرش وتقدير القاضي) . وبالرغم من تدخل السلطة العامة في ملاحقة الجريمة وفي تنفيذ الأحكام، فإنه يبقى هناك مزاج في الشريعة الإسلامية بين المسئولية الجنائية والمسئوليّة المدنيّة (التي ستكون موضوع الجزء - الثاني عن المسئولية المدنيّة) .

* نحن نوافق على وصف بعض الجزاءات بأنها شخصية (مثل القصاص والدّية)، لكننا لا نوافق على وصف الجرائم التي تطبق فيها العقوبات بأنها جرائم شخصية، لأن الأصل فيها أن جزاءها هو التعزير وهو ليس جزاء شخصياً.

الجزء الثاني الأضرار المالية

في مجال الأضرار المتعلقة بالمال، يبرز بوضوح التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئوليّة المدنيّة في الفقه الإسلامي .

وقد لاحظنا في هذا اتجاه أنّ النّظام الإسلامي هو الأكثر تقدماً، حيث قدم الفقهاء المسلمين نظاماً للمسؤولية التّقصيريّة أكثر تطولاً وأكثر دقة من النّظام الذي نجده في القانون الروماني بل وفي الأنظمة والقوانين العصرية الأكثر تقدماً .

في البداية، ميّز الفقهاء المسلمين بين المسئولية الجنائية والمسئوليّة المدنيّة، وكذلك بين المسئولية التعاقدية والمسئوليّة التّقصيريّة .

ثم أعدوا بعد ذلك نظاماً للمسؤولية التّقصيريّة على أساس الخطأ (وفقاً لمفهوم النّطريتين الماديّة والشخصيّة) مع تقرير مبدأ التعسّف في استعمال الحق . وسنبحث بإيجاز التمييز المزدوج بين المسئولية الجنائية والمدنيّة وبين المسئولية التعاقدية والتّقصيريّة .

ثم ننتقل بعد ذلك إلى بحث أحكام المسئولية التّقصيريّة .

١- تمييز مزدوج

(١) المسئولية الجنائية والمسئوليّة المدنيّة نجد أنّ هذا التمييز قائم بوضوح في حالة ارتكاب جريمة عامة مثل السرقة. فقد ناقش العلماء المسألة لمعرفة هل يوجد أيضاً بجانب العقوبة الحديّة بقطع يد السارق جزاء مدنى وهو التزام السارق بضمانت الشيء المسروق.

من المتافق عليه أن السرقة تؤدي إلى دعويين :

(١) دعوى جنائية وهي الجزاء على انتهاك حق الله (في حرمة الأولى) و موضوعها إقامة الحد بقطع يد السارق .

(٢) دعوى مدنية وهي جزاء التعدي على حق مالى للعبد المجنى عليه في السرقة . في هذه الدعوى الأخيرة، هناك إجماع على إعطاء المجنى عليه حق استرجاع الشيء المسروق بعينه، إذا كان موجوداً. أما في حالة عدم وجوده، فتناقض المسألة لمعرفة إذا ما كان لدى المجنى عليه دعوى ضمان ضد السارق. وهذا ما يقرره الشافعية الذين يعطون للدعوى المدنيّة كل الأهميّة (البداية ج ٧، ص ٤٨ وص ٨٥) .

بالإضافة إلى ذلك، نرى أن نفس التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية موجود في جرائم أخرى. فمن يشرب الخمر المملوكة لغير مسلم يواجه جزاءين: دعوى جنائية بتوصيع حد الشرب (الجلد) ودعوى مدنية (الضمان كحق للدمى مالك الخمر لأنها مقومة له).

يُخضع القتل الخطأ كذلك إلى دعويين: دعوى جنائية (لإلزامه بالكافارة) ودعوى لدفع الديّة التي تحل محل الدعوى المدنية * (البداية ٧٤ ص ٨٤). وهذا يمكن لنا التأكيد على أن الفقهاء المسلمين ميزوا بوضوح بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية في حالة وجود جريمة عامة. وهاتان الدعويتان مختلفتان تمامًا في حقين مختلفين: حق الله وحق العبد^(١).

* رأينا أنها تحل محل الدعوى المدنية بمقدارها، بمعنى أنه إذا كان يستحق تعويضاً يتجاوز مقدار الديّة فعلى القاضي أن يحكم له به مضافاً إليه الديّة وليس بدليلاً عنها.

^(١) توسيع التقرير بعد ذلك في شرح نظرية المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، وتحليل القارئ الذي يهمه هذا الموضوع إلى النص الكامل للتقرير الذي نشرته مجلة القانون والاقتصاد في عددها السادس.

(ب) - المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية

في الشريعة الإسلامية يمكن لنا أن نميز بين المسئولية التعاقدية و المسئولية التقصيرية، حيث لهذا التمييز أهمية عملية من وجهات نظر كثيرة :

(١) - من وجة نظر الإثبات : في المسئولية التعاقدية، كل ما يجب على الدائن هو أن يثبت العقد، وعلى المدين أن يثبت أنه أوفى بجميع التزاماته التعاقدية إما بالتنفيذ وإما بأى شكل آخر .

ولكن الدائن، في المسئولية التقصيرية عليه أن يثبت الخطأ على الشخص المسؤول. لذلك، فإن ورثة الشخص الذى لقى حتفه من جراء سقوط جدار عليه وهو يمشي في الطريق العام، يلتزمون بآيات المسئولية على صاحب الجدار، وذلك بتقديم البرهان أولاً على أن الموت وقع بسبب سقوط الجدار. وثانياً بأن المالك قد أخطأ لأنه تم تحذيره في السابق من خطورة الجدار (مبسوط ج ٢٦ - ص ١١).

(٢) - من وجة نظر الأهلية : الأهلية في التعاقد تقتضي البلوغ، ولا يمكن للقاصرين أو المختلين عقلياً أن يتلزموا تعاقدياً.

(٣) - من وجة نظر تقدير الخطأ : في هذا النطاق، فإن تقدير الخطأ التعاقدى أكثر صرامة من الخطأ التقصيرى. ونعطي على ذلك مثالين :

أ - الوديع - (المودع لديه) - الذى عرف شخصاً بمكان الشيء المودع عنده يكون مسؤولاً عن سرقة هذا الشيء إذا قام بما الشخص الذى أعطيت له البيانات (فصلين ج ١١ - ص ٨٤)، لأن العقد يلزم بحفظ الشيء، ومن مستلزمات هذا الالتزام ألا يبوح بمكانه للغير. بينما إذا أعطيت هذه البيانات للسارق من قبل شخص ثالث، فإن مسئوليته لا تكون مرتبطة بمسئوليية السارق (ضمادات، ٢٠٣).

ب - هناك خلاف على مسئولية الشخص الذى يفتح للعصافور باب القفص، وأدى ذلك لطiranه، إذا لم يكن هو المودع لديه. لكن هذه المسئولية متفق عليها بالإجماع، بعض النظر عن ظروف طيران العصافور، في حالة ما إذا كان هذا الشخص الذى فتح باب القفص هو المودع لديه العصافور (وأنه ملزم بحراسته وقد أخطأ بفتح باب القفص) .

وفي الحالة الأولى للشخص غير المودع لديه يكون الخطأ تقصيرياً ومشكوكاً فيه. وفي الحالة الثانية يكون الخطأ (المسوب للوديع) تعاقدياً ولا شك فيه (فصلين ج ١١ - ص ٨٤).

(٤) - من وجهة نظر أسباب الإباحة (عدم المسئولية) : عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية الناتجة عن تهديد يؤثر على الإرادة، فإن هذا يكفي لإفساد الالتزام (التعاقدي) . لكن لكي تستبعد المسئولية التقصيرية يجب أن يكون الإكراه كاملاً (كأن يكون خطراً على حياة الإنسان أو على سلامته البدن) .

٢- أحكام المسئولية التقصيرية

تنتقل الآن لبحث المسئولية التقصيرية . وعلى غرار الأنظمة الحديثة سبحث الشروط الثلاثة للمسئولية في الشريعة الإسلامية ألا وهي : الخطأ والضرر والعلاقة السببية .

أ- الخطأ

مفهوم الخطأ في الشريعة الإسلامية يمثل النقطة الأكثر دقة والأكثر أصالة في نظرية المسئولية المدنية . وانطلاقاً من مفهوم موضوعي وفطري بحث، فإن الفقهاء المسلمين توصلوا إلى مفهوم أكثر علمية وأقل فطرية وذى اتجاه شخصى أوضح، وذلك عن طريق استعمال دقيق أكثر تلاؤماً مع مقتضيات المنطق العقلى .

في البداية، فإن المفهوم الموضوعي هو الذي تغلب في نطاق ما يسمى بالضرر المباشر، أي الضرر الذي يندمج في الفعل ذاته (وهو ضرر يسمى في القانون الروماني *corpore et Corpori*) . وفي هذا النطاق لا يلزم عنصر شخصى، إذ إن الفعل نفسه يندمج في الضرر ويكون الخطأ . وبخلاف الجرائم التي نص عليها قانون "أكويلا" والتي تتعجب عن إتلاف أو نقص مادى في جسم معين، إذا كان ناشئاً مباشرة عن فعل الجانى) * .

أما في الشريعة الإسلامية، فنجد أن "الضرر المباشر" لا يحتاج إلى أي عنصر يمكن وصفه بأنه خطأ شخصى أو على أي خطأ ولو كان ذلك في أبسط صوره . ومثال ذلك، فإن الشخص غير المميز أو الطفل أو الجنون هو المسئول عن الضرر الذى أحدهما مباشرة للغير . وقد بلغ تطبيق هذا الحكم أقصاه بقولهم إن الطفل الحديث

* حرصه على إقحام أمثلة من القانون الروماني التزم به لأن التقرير مقدم المؤقر دولي في لاهاي (هولندا) وأغلب الحاضرين فيه من الأجانب الذين يقدسون القوانين الرومانية القديمة ومصطلحاتها .

العهد بالولادة الذى سقط ساعة ولادته على شيء يخص الغير ويتسبب فى إتلافه، يكون الطفل ضامنا له برغم أنه لا يمكن أن ينسب إليه أى خطأ .

وفي مقابل "الضرر المباشر" وضع الفقهاء المسلمين "الضرر بالتسبيب"، وهو الضرر الذى لا يندمج في نفس الفعل ولكنه فقط نتيجة له. وهنا مثال كلاسيكي لتوضيح هذا التمييز : شخص يقوم بقطع الحبل الذى يتدى منه قنديل فيسقط القنديل ويهشم . إن عملية قطع الحبل هى "الضرر المباشر" بينما الضرر الأكثر أهمية وهو تكسيم القنديل يُعدُّ "الضرر بالتسبيب" .

وفي مجال "الضرر بالتسبيب"، لم يكتف الفقهاء المسلمين بتقرير المسئولية من جراء وقوع الضرر، بل يجب أن يكون العمل الذى تسبب في الضرر قد ارتكب بدون وجه حق، أو أن يكون عملا غير مشروع. وللتوضيح الفارق بين "الضرر المباشر" و"الضرر بالتسبيب"، نقول عادة إن العمل الذى يحدث ضررا مباشرا هو سبب مستقل للضرر (لذلك يترتب عليه مسئولية تقصيرية لأنه عمل غير شرعى في ذاته) . في حين أن العمل الذى يتسبب في ضرر لا يكون مستقلًا، ويجب أن يثبت أن له طابعا غير شرعى لكي تترتب عليه المسئولية .

ومع ذلك، فإن الفقهاء، حتى في مجال "الضرر بالتسبيب"، ارتبطوا أيضا في البداية بمفهوم موضوعي . وكانت نقطة انطلاقهم، كما يقول الأستاذ "طيان" في تقريره، ليست عنصرا نفسيا بل مفهوما قانونيا بحتا، لأنهم وضعوا مبدأ في مجال "الضرر بالتسبيب" وهو : أن مرتكب العمل الذى يكون سببا في الضرر للغير يكون المسئول عن هذا الضرر شرط أن يكون العمل الذى قام به "تعديا". و"التعدي" هو القيام بعمل بدون وجه حق. ونذكر هنا مثالين على ما سبق ذكره : شخص يحفر حفرة أو بثرا بدون ترخيص في الشارع، يصبح مسؤولا عن فقدان الحيوان الذى وقع في هذه الحفرة ويلقى فيها حتفه . ذلك، لأن هذا الشخص تصرف بدون وجه حق . فلو فتح هذه الحفرة في ملكيته الخاصة أو بموافقة السلطات، يكون العمل الذى قام به قانونيا ولا يكون مسؤولا عن نتائجه الضارة بالتسبيب، علينا ألا نبحث عما إذا كان الذى تسبب في الضرر قد مارس عملا خارج نطاق الحدود التي يراعيها إنسان له سلوك وذكاء عادى (معيار شخصى) . فالمعيار الوحيد موضوعي، وهو شرعية العمل الذى قام به.

ونختار المثال الثاني في مجال ما يسمى بالغصب أو الإتلاف اللذين يشكلان التطبيقين الأساسيين للمسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية. والغصب هوأخذ شيء مملوک للغير بطريقة غير شرعية، كما أن حيازة شيء مملوک للغير بدون حق حتى وإن كان بحسن نية وبدون عنف يُعدّ غصباً، ويكون هذا العمل غير شرعي لأنه ارتكب بدون وجه حق . لأنّي الآن إلى التطبيق المذكور. يجب على المقتضي أن يعيد الشيء الذي استولى عليه بدون وجه حق إلى صاحبه . ولكن إذا افترضنا أن الحائز على شيء يخص الغير بحسن نية أو بدون وجه حق، ولأى سبب من الأسباب هلك هذا الشيء بقوة قاهرة أو نتيجة حادث غير متوقع، فهو مع ذلك يكون ضامناً لقيمة الشيء لصاحبه لأنه كان يحوزه بدون وجه حق .

إذن، وفي مجال "الضرر المباشر" و "الضرر بالتبسيب"، تمسك الفقهاء المسلمين بمفهوم موضوعي بحث . وسنرى الآن أن مجال "الضرر المباشر" سيقى كاملاً وسليماً. بينما سيتركز اجتهاد الفقهاء على مفهوم "التعدي" في مجال "الضرر بالتبسيب" ، إذ إنهم سيصلون تدريجياً من مفهوم موضوعي إلى مفهوم أكثر شخصية حيث سيتدرون في معنى كلمة "التعدي" ليصلوا إلى مفهوم يقارب "الخطأ" في القانون الحديث . ومنذ الآن، فإن التعدي الذي كان في السابق عملاً غير شرعى (موضوعياً) بدون خطأ، سيصبح عملاً غير شرعى بالإهمال، وكذلك عملاً غير شرعى ياسعه استعمال الحق .

وبذلك سنكون مسئولين عن عمل (غير مشروع) في الأحوال الآتية :

١ - عندما نتجاوز حقوقنا حتى بدون إهمال .

٢ - عندما نتجاوز حقوقنا بإهمال .

٣ - عندما لا نتجاوز حقوقنا، ولكننا نتعسف فيها (تعسف في استعمال الحق) .

لقد بحثنا الافتراض الأول، وبقى لنا أن نتابع تطور الفقه الإسلامي في الاحتمالين الآخرين، وهما تجاوز الحق مع الإهمال أو التعسف في استعمال الحق .

- **تجاوز الحق مع الإهمال** : هنا ننتقل من المفهوم الموضوعي إلى المفهوم الشخصي . حيث إن الإهمال هو حالة نفسية، يُعدّ أساساً للمسؤولية .

ولكن هذه المسؤولية الشخصية تقوم على معيار مزدوج: موضوعي وشخصي. فالإهمال يكون مقاييسه خارجياً عندما يكون السلوك غير عادٍ . فمثلاً إذا سكينا

الماء في الطريق العام بطريقة تزيد على الحد ونتج عن ذلك انزلاق وجرح أحد المارة، أو إذا أشعلنا ناراً من العادة لا نشعلها.

لذلك، وتطبيقاً لهذا المبدأ، فإن صاحب المهنة لا يكون مسؤولاً إلا إذا تجاوز عرف المهنة.

وننتقل من المعيار الموضوعي إلى المعيار الشخصي، حيث يُعد الشخص مخطئاً عندما لا يعمل ما كان يجب عمله لتفادي الضرر.

ونسوق على ذلك مثالين: (١) فرد من الأفراد يقود قافلة، وحدث أن أحد الجمال دهس أحد المارة. هنا يكون السائق مسؤولاً لأن من واجبه أن يسهر على حسن سير القافلة، وكان بإمكانه تفادى هذا الحادث. لذا هو معندي بالإهمال.

(٢) أن حداداً يشعل ناراً وتصيب شعلة منها أحد المارة في الطريق. هنا لا يكون الحداد مسؤولاً إلا إذا أشعل النار خارج دكانه إلى درجة كانت تمكنه من معرفة أن هذه النار يمكن أن تصيب أي شيء موجود بالشارع (حامدية ج ٦ - ص ٤٢).

ولا داعي للقول بأن تعمد الإضرار هو أقصى صورة للخطأ الشخصي، فهو إلى جانب التعدي أساس للمسؤولية.

- **التعسف في استعمال الحقوق:** عرفت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحقوق في صورتيها الموضوعية والشخصية (قبل القوانين الوضعية بزمن طويل).

في الصورة الموضوعية، تتلخص النظرية في الصيغة التالية: إن ممارسة الفرد لحقه تحمله المسؤولية في حالة ما إذا نتج عن هذه الممارسة ضرر مبالغ فيه غير طبيعي للغير. ونجده مثلاً على هذا التعسف في حالة المالك الذي يحول منزله إلى حمام عمومي يخرج منه دخان كثيف يضر ضرراً كبيراً بجيرانه (برازية ج ٦ - ص ٤١٥).

كذلك، الجار الذي يقوم بتعليقية جدار منزله بطريقة تجعل المنور الوحيد الذي يمر منه الضوء إلى دكان نساج (مجاور) مغلقاً، وعليه أن يهدم الجزء من الحاجط الذي يمنع الضوء عن جاره (حامدية ج ٢ - ص ٢٦٥).

كما يُعد ضرراً زائداً وغير طبيعي كل من يجرى تعليمة يطل منها على مكان الحرير في بيت جاره.

وفي الصورة الشخصية تحدد النظرية مسؤولية الفرد الذي يكون عند ممارسته لحقه مدفوعاً بنية الإضرار بغيره، مثل الشكوى (الشهورة) المرسلة إلى السلطة ضد شخص ما. فإذا كان المبلغ قد تعمد الكذب، أو حتى لو قال الحقيقة ولكنه لم يعمل ما يلزم لمنع ضرر وقع أو محتمل الوقوع للغير، يكون مسؤولاً. وليس من الضروري أن يتوافر لدى الشخص نية الإضرار بالغير، بل يكفي أن يكون قد تصرف (بتسرع) بدون أي مصلحة شرعية مما أحدث ضرراً بالغير.

افتراض الخطأ : قبل أن ننتهي البحث في مسألة الخطأ، يجب الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بافتراض الخطأ. فالرئيس غير مسئول عن عمل تابعه ولا الأب عن عمل طفله، إلا إذا كان هناك أمر صريح منه (صادر من الرئيس أو الأب) وفي هذه الحالة يمكن لنا أن نفسر المسئولية بنظرية الإكراه بدلاً من الاتجاه إلى نظرية الخطأ المفترض .

أما بالنسبة للمسؤولية عما يحدوه الحيوان، يوجد مبدأ معروف، نلخصه فيما يلى : "جنائية الحيوان لا تستوجب التعويض"، ويعبرون عنه بقولهم: "جنائية العجماء جبار". لذلك، فإن حارس الحيوان لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت وقوع الخطأ من جانبه حتى إن كان مجرد خطأ سلبي يوصف بأنه امتناع خاطئ. وتوضح المادة ٩٢٩ من الجملة "أن صاحب الحيوان إن رآه يتلف ملك غيره دون أن يمنعه من فعل ذلك، فإنه يكون مسؤولاً عن الضرر". (انظر كذلك المواد ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٤ من الجملة والصفحة ١٥ من تقرير جودي).

بل إن الشافعية وصلوا إلى نوع من قرينة الخطأ في بعض الأحوال: "نقرأ في الوجيز ج ١١ - ص ١١٣) أن حراسة الحيوان خلال الليل هي من مسؤولية صاحبه. هنا نجد قرينة خطأ صنده. لأنه كان عليه أن يحرس الحيوان وأن يمنعه من الهروب حتى لا يحدث أضراراً. فإذا كان الحيوان يهرب ويحدث أضراراً، فإن معنى ذلك، أن صاحبه لم يقم بواجبه في حراسة الحيوان .

ويبقى الآن أن نبحث المسؤولية عن الأشياء الجامدة .

يتمسك الفقهاء المسلمين بمبدأ أن المسؤولية لا تنشأ إلا عن عمل صادر عن نشاط مباشر للإنسان . فلا مسؤولية في حالة مالك الشيء (كما إذا سقط جداره)،

طالما لا يوجد عمل إيجابي من جانبه يكون سبباً مباشراً أو غير مباشر للضرر (بحر، ج ٨ - ص ٣٥٣) .

وفي حالة سقوط جسم منقول وضعه مالكه على جداره، يقولون هنا أيضاً : "طالما أن هذا الشيء قد وضع في ملكه"، فإنه لم يقم بأى تعدّ أو بأى عمل غير مشروع (بحر ٨ - ص ٣٥٣) . في هذا الحال، طبقت الشافعية المبدأ تطبيقاً كاملاً .

أما الحنفية، فكانوا أكثر مرونة وأقرب إلى فكرة افتراض الخطأ .

وبصفة عامة، تسلم الحنفية بمسئوليّة مالك الجدار الذي به عيب في الإنشاء يجعله خطراً على الغير. هنا، فإن المالك لا يتحمل مسئوليّة الضرر الذي تسبّب بتشييده لهذا الجدار، إلا إذا كان قد تلقى تحذيراً مسبقاً بهذا الخصوص. ولكن إذا كان المالك قد تجاوز في بناء الجدار حدود ملكه لملك الغير، في هذه الحالة لا يشترط الإنذار المسبق.

بـ- الضرر

إن الشرط الثاني الضروري لتحقيق المسئولية التقصيرية هو الضرر. فقد أصر الفقهاء المسلمين على أن يكون العمل الخاطئ قد تسبب فعلاً في ضرر حقيقي. فالشخص الذي يذبح شاة مملوكة للغير، ولكنه يتوصل إلى إثبات أنها كانت على وشك الموت عندما قام بذلكها، يكون غير مسئول . أو من يخالف عملاً زائفه، لا يكون مسؤولاً لأنه لم يحدث ضرراً نتيجة الإنلاف.

عليينا أن نقوم بإصلاح الضرر المباشر بالكامل . مثلاً في حالة الشخص الذي يذبح حملاً صغيراً، يكون مسؤولاً ليس فقط عن فقدان هذا الحمل، وإنما يسأل أيضاً عما ترتب على ذلك من جفاف حليب أمه (فصلين ج ٢، ص ٨٧). كما أن من يتهم شخصاً زوراً أمام المحكمة، لا يكون مسؤولاً فقط عن العقوبة التي حكم بها عليه ظلماً، وإنما يسأل عن موت هذا الشخص في أثناء محاولته الفرار هرباً من هذا الحكم الظالم (رد ج ٥، ص ١٨٦).

إن الضرر المادي وحده هو الذي يستحق الضمان . أما الضرر الأدبي وحده، فلا يستتر على المسئولية المدنية . ويقول بعضهم إن الإهانة، حتى ولو تسببت في ألم نفسي للغير لا يترتب عليها التعويض (بحرج ٨، ص ٣٤-مبسوط ج ١٦، ص ٨١) .
(لو شتمه شتماً يؤلم نفسه لا يضممن شيئاً)

الأصل أن الضمان يجب أن يكون عيناً . ولكن في حالة استحالة رد الشيء عيناً، يجب التعويض عنه . "إذا كان الشيء الذي وقع إنلافه مثلياً، يجب الرد بهملاً . أما إذا كان غير مثلي فإنه يدفع ثمنه" (البدائع ج ٧، ص ١٦٨) .

في تحديد التعويضات، بالرغم من الاتجاه في الفقه إلى وضع القيود الجامدة، فإن أبو يوسف لا يقبل بهذا الجمود، ويرى أنه من الضروري أن يكون تعويض الضرر عادلاً (هندية ج ٦، ص ٥٤).

في الشريعة الإسلامية، يجوز الإكراه البدني على المدين القادر الممتنع عن سداد دينه المدنى .

وفي حالة تعدد المسؤولين، لا يكونون متضامين بل يلتزم كل منهم بنصيبه .

جـ علاقـة السـبـبية

المـفـهـوم المـوضـوعـي لـعـلـاقـة السـبـبية

قدم الفقهاء المسلمون مفهوماً ضيقاً لـعـلـاقـة السـبـبية . فقد وضعوا مبدأً أن الضرر يجب أن يكون مقصوراً على نتيجة العمل التـقـصـيرـي (الـخـاطـئـي) . فإذا ما توسط أمر بين العمل والضرر، تقطع عـلـاقـة السـبـبية .

وقد طبق هذا المبدأ بـصـراـمة زـائـدة في المـثال الآتـي : شخص يطلق حـيـوانـاـ في الشـارـع العـام لا يـكـون مـسـئـولاـ عن هـذـا الـعـمل، فـي حـالـة ما إـذـا كـان هـذـا الحـيـوان بـعـد أـن مـشـى فـي الـاتـجـاه الـذـي دـفـعـه إـلـيـه صـاحـبـه يـقـفـ بـرـهـة ثـمـ يـغـيـرـ اـتجـاهـه، مـا يـسـبـب ضـرـرـاـ، لـأـنـ عـمـلـ هـذـاـ شـخـصـ قدـ انـقـطـعـ بـسـبـبـ وـقـوفـ الحـيـوانـ، وـالـضـرـرـ الـوـاقـعـ بـعـدـ ذـلـكـ لـيـسـ نـتـيـجـةـ عـمـلـ هـذـاـ شـخـصـ وـلـكـنهـ نـتـيـجـةـ الـحـرـكـةـ الـخـاصـةـ بـالـحـيـوانـ (فصـولـينـ جـ ١١ـ - صـ ٨٤ـ) .

كـذـلـكـ، فـيـانـ الـشـخـصـ، فـيـ نـظـرـ صـاحـبـ (الفـصـولـينـ جـ ١١ـ - صـ ٨٥ـ)، الـذـي يـفـتحـ بـابـ الـقـفـصـ وـيـهـرـبـ مـنـهـ الطـائـرـ، لـاـ يـكـونـ مـسـئـولاـ لـأـنـهـ بـعـدـ الـعـملـ الـذـي قـامـ بـهـ، قـامـ الطـائـرـ بـعـملـ آـخـرـ بـالـسـفـرـوـجـ مـنـ الـقـفـصـ يـارـادـتـهـ وـاـخـتـيـارـهـ وـانـقـطـعـتـ عـلـاقـةـ السـبـبـيةـ فـيـ نـظـرـ هـذـاـ الـفـقـيـهـ .

وـقـدـ أـورـدـتـ الـجـلـةـ هـذـاـ المـبـداـ فـيـ الـمـادـةـ ٩٠ـ كـمـاـ يـلـيـ : "إـذـا وـجـدـ فـيـ نـفـسـ الـوقـتـ فـاعـلـ مـبـاشـرـ، بـعـنـ أـنـهـ شـخـصـيـاـ يـرـتـكـبـ عـمـلاـ، وـشـخـصـ آـخـرـ كـانـ السـبـبـ غـيرـ الـمـبـاشـرـ فـيـ هـذـاـ الـعـملـ، يـكـونـ الـأـوـلـ هـوـ الـمـسـئـولـ الـوـحـيدـ (لـأـنـهـ اـرـتـكـبـ الـفـعـلـ الـمـبـاشـرـ) . وـعـبـرـ عـنـ ذـلـكـ بـقـوـهـمـ : "إـذـا اـجـتـمـعـ الـمـبـاشـرـ وـالـمـتـسـبـبـ يـضـافـ الـحـكـمـ إـلـيـ الـمـبـاشـرـ" .

وـتـطـبـيقـاـ هـذـاـ المـبـداـ، نـقـرـأـ فـيـ الـوـجـيزـ جـ ٢ـ، صـ ٩١ـ مـاـ يـلـيـ : "فـيـ كـلـ مـرـةـ اـجـتـمـعـ فـيـهاـ عـامـلـانـ فـيـ إـحـدـاـتـ النـتـيـجـةـ، فـيـانـ الـأـوـلـيـ (الأـقـوىـ) يـتـحـمـلـ الـمـسـئـولـيـةـ . فالـشـخـصـ الـذـي يـنـفـرـ حـفـرـةـ فـيـ الطـرـيقـ العـامـ لـاـ يـكـونـ مـسـئـولاـ إـذـا جـاءـ شـخـصـ آـخـرـ وـوـضـعـ حـجـراـ عـلـىـ حـافـةـ الـحـفـرـةـ فـاـصـطـدـمـ بـهـ أـحـدـ الـمـارـاـتـ وـسـقـطـ فـيـ الـحـفـرـةـ وـلـقـىـ حـثـفـهـ، لـأـنـ هـذـاـ الـأـخـيـرـ هـوـ الـمـسـئـولـ الـوـحـيدـ عـنـ هـذـاـ الـعـملـ (بـحـرـ جـ ٨ـ، صـ ٣٤٩ـ) .

الـخـروـجـ عـنـ الـمـبـداـ : لمـ يـلـبـثـ هـذـاـ الـمـفـهـومـ الضـيـقـ أـنـ تـحدـثـ بـهـ خـرـوقـاتـ . فـقـدـ تـوـصـلـ الـفـقـهـاءـ الـمـسـلـمـوـنـ إـلـيـ القـوـلـ بـأـنـهـ لـكـيـ يـعـفـيـ الـمـتـسـبـبـ فـيـ الـضـرـرـ مـنـ الـمـسـئـولـيـةـ يـجـبـ أـلـاـ

يكون العمل الذى قام به يمكن أن يؤدى إلى هذا الضرر وحده، لأنه في هذه الحالة، فإن المتسببين في هذا الضرر يشتراكون في المسئولية .

"إن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب (المسوب له) شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف. أما إذا كان السبب يعمل بالفرد فيشتراك" (الردد ج ٥، ص ٥٣٢). فمثلاً، حصان يركبه شخص ويقوده شخص آخر يدهس أحد المارة. فإن السائق الذي يُعدّ المتسبب في هذا الضرر يكون مسؤولاً هو والراكب .

هناك قيد ثان : تستبعد مسئولية المتسبب الأول في الضرر وتستبق مسئولية الثاني، في حالة ما إذا كان العمل الذي قام به الأول لا إرادياً أو نتيجة قوة قاهرة . فالذى يقع (خطأً) في حفرة مفتوحة بدون وجه حق في الطريق العام على شخص آخر كان موجوداً من قبل في هذا الحفرة فيقتله، لا يكون مسؤولاً وإنما المسئول الوحيد هو الشخص الذي حفر الحفرة لأن خطأه يُعدّ الأولى (الأقوى) .

وأخيراً، وصلنا إلى القول بأن من أحدث السبب الأضعف يتتحمل المسئولية إذا لم تقرر مسئولية من أحدث السبب الأقوى . لذلك، فإنه إذا كان من وضع الحجر مجهولاً، يكون مسؤولاً من حفر الحفرة ويلتزم بتعويض الضرر الذي حدث للشخص الذي اصطدم بالحجر ووقع في الحفرة .

وهكذا، نرى أن مفهوم السببية قد أصبح شيئاً شيئاً أكثر مرونة، وابتعد عن المفهوم الموضوعي الذي أشرنا إليه آنفاً.

لقد رأينا أن البعض قد ذهب إلى أن الشخص الذي ينهم باطلاً شخصاً آخر يكون مسؤولاً عن النتائج المترتبة عن هذا الاقام الباطل، بما في ذلك ما يحدث للمتهم الذي، في أثناء استجوابه، يحاول الفرار بالقفز فيسقط ويموت أو يصاب بالجروح (فصلين ج ٢، ص ٧٩).

أسباب الإعفاء : تستبعد المسئولية، إذا أتى الضرر من جراء حادث عارض أو قوة قاهرة أو فعل الغير. مثل ذلك، طفل يخنطف من والديه ويموت بين يدي خاطفه بسبب صاعقة تصيبه، لا يكون الخاطف مسؤولاً عن وفاته (بداية ج ٧، ص ١٦٦).

كذلك، حصان جح في الطريق العام وتسبب في قتل أحد المارة . في هذه الحالة، لا يُعدّ الفارس مسؤولاً لأن حركة الحصان كانت على درجة كبيرة من القوة والعنف إلى درجة لم يتمكن منها من السيطرة عليه (ضمادات ص ١٦٦).

وحصان يقوده شخص يرفس أحد المارة ويسبب له ضرر . ولكن حركة الحصان لم تكن طبيعية، بل أنها كانت نتيجة وخزة قام بها أحدهم (غير القائد) . هنا لا يكون قائد مسؤولا (مبسوط ج ٦، ص ٢).

أسباب الإباحة : الدافع الشرعي هو من أسباب الإباحة . فالشخص الذي يتعرض للهجوم بسلاح، سواء كان بالليل أو بالنهار، ويقتل المهاجم أو يسبب له ضرراً أدنى، لا يكون مسؤولا لأن "المهاجم قد أباح دمه بنفسه". وهنا توجد ضرورة، وهي ضرورة مع الخطر (هداية ج ٤، ص ١٣٣). كذلك، المرأة التي تتعرض لمحاولة اغتصاب وليس أمامها إلا قتل المهاجم . في هذه الحالة، لا تكون المرأة مسؤولة عن هذا القتل، لأنها لم تجد وسيلة أخرى غير ذلك لحفظ نفسها (ضمادات ص ١٦٦).

إن حالة الضرورة ليست سببا للإباحة . فالمادة ٣٣ من الجملة تنص على : "أن الضرورة لا تسقط حق الغير (المدني) . وهكذا، فإن الشخص الذي يوشك على الموت جوعاً ويستولى على طعام غيره، يجب عليه دفع قيمة هذا الطعام". وتضيف المادة ٩١٩ من الجملة : "أن المالك الذي يهدم منزل جاره لتجنب الحريق الذي اندلع في الحي من أن ينتقل إلى منزله، يلتزم بتعويض هذا الجار" .

ولكن إذا كانت حالة الضرورة نتيجة إكراه ملجي (ضرورة ملحة - خطر يهدد حياة الشخص أو فقد أحد أعضائه)، فإنها تكون سببا من أسباب الإباحة . إن الأمر الصادر عن السلطة الشرعية يمنع المسئولية . فالذى يحفر حفرة في الطريق العام بأمر من السلطة الشرعية أو حتى ياذن منها لا يتحمل مسئولية الأضرار الناتجة عن عمله . (خانية ج ٣، ص ٢٠٧) و(البدائع ج ٧، ص ٢٧٧) . كذلك، فإن رضاء المتضرر المسبق يسقط المسئولية (المدنية)، ذلك أنه إذا ألم منه بالتعويض، فسوف يكون له الحق في الرجوع على من يطلب منه ذلك . وهذا نوع من الدور .

"إذا أتلف مال الإنسان بإذنه لا يجب الضمان لأن عدم الوجوب ليس لعدم العصمة، بل لعدم الفائدة لأنه لو وجب الضمان عليه لكان له أن يرجع عليه بما ضمه فلا يفيد" (البدائع ج ٧، ص ١٦٨) .

الخاتمة

لقد طفتنا بالمبادئ الجوهرية للمسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية . ولم يبق لنا إلا أن نستخلص منها بعض النتائج .

١ - نلاحظ أن الاتجاه الموضوعي هو الغالب في الشريعة الإسلامية . لقد رأينا أن هذا الاتجاه كان واضحاً وجلياً في نظرية المسؤولية بسبب الأضرار البدنية . كما أن نفس النظرية تهيمن أيضاً على المسؤولية بسبب الأضرار التي تصيب المال . كل ضرر مباشر يُعدّ موضوعياً، بل إن مفهوم الخطأ والضرر وعلاقة السبيبة ونظرية التعسف كلها مشبعة بال الموضوعية .

هذا الاتجاه الموضوعي المسيطر في فقهاً يسهل علينا في الواقع قبول النظريات الموضوعية العصرية، مثل نظرية تحمل التبعية ومسؤولية الأشخاص عديم التمييز في نطاق الشريعة الإسلامية .

ومع ذلك، فإن الاتجاه الشخصي لم يتأخر عن الظهور، وبدأ يتحرك تدريجياً في عدة مجالات كانت من قبل لا تقبل إلا وجهة النظر الموضوعية . وهكذا، فإن مفهوم الخطأ وكذلك مفهوم علاقة السبيبة قد تطوراً بشكل ملموس في اتجاه شخصي .

٢ - وكما عرضته في السابق، فإن الفقه الإسلامي يحتوى في حد ذاته على نواة تطويره . وليس من الصعب أن نقوم بتحديد الخط الفاصل بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية . فبالنسبة للمسؤولية الجنائية، رأينا كيف أن الشريعة الإسلامية تُعدّ بعض الأفعال جرائم عامة تستوجب عقوبات حدية مقررة بنصوص شرعية (الحدود)، وتستلزم أدلة قانونية متعددة التحقيق . فإذا تركنا جانبها هذه الجرائم التي يصعب فيها الإثبات، أمكننا وضع نظام جنائي عصري في الشريعة الإسلامية باستعمال نظرية التعازير .

ويمكن للمشرع في مختلف الدول المسلمة، دون الخروج عن نطاق هذا النظرية، أن يجرم في البداية أفعالاً معينة، وأن يحدد لها عقوبات بنصوص مقتنة . كما أنه في إمكانه أن يفرض القاضى في ذلك، كلما اقتضى الحال .

٣ - أما بالنسبة للمسؤولية المدنية، فإن الشريعة الإسلامية تبدو أكثر تقدماً في مجال تعويض الضرر الذي يصيب المال . لقد وصل الفقهاء المسلمين في تطوير

مفهومهم للخطإ بشكليه الموضوعى والشخصى، إلى درجة تغيبنا عن التطلع للأنظمة الحديثة . ففى مجال الأضرار البدنية، لا يزال تطور الشريعة الإسلامية متوقفا . ولكننا لدينا ما يفتح لنا الطريق لهذا التطور الضرورى بالتوسيع فى سلطة القاضى التقديرية . فإذا تركنا الحالات التي يجب فيها القصاص أو الديمة، وهى حالات نادرة كما سبق ورأينا، فإننا سنجد أنفسنا أمام الأضرار البدنية التي تركت للتقدير المطلق للقاضى . إذن، فإن الطريق مفتوح لإعداد نظام للمسئولية المدنية بجميع صورها، لا سيما أن نظرية التعزير، بغض النظر عن مجال الأضرار البدنية أو الأضرار التي تصيب المال، التي تقابلها نظرية العقوبات العمومية، ستسهل مهمة القاضى فى إعداد هذا النظام، بشرط أن غيّر أن نغيّر في هذا النطاق بين الجراء الشخصى والجزاء العام .

وبناء عليه، يمكنمواصلة تطوير النظام الإسلامى في مجال المسئولية بواسطة ثلاثة مبادئ أساسية : نظرية العقوبة العامة في التعازير التي ستكون حجر الأساس في إعداد قانون جنائى حديث، ونظرية الجراء الشخصى، وتوسيع سلطة القاضى التقديرية . وستكون هذه المبادئ الثلاثة نقطة انطلاق نظام المسئولية المدنية لتساير متطلبات كل عصر .

ماج وظة

التزمنا بترجمة عباراته الفرنسية فيما نقله عن كتب
التراث بما في ذلك اختصاره لأسماء الكتب ، ولفائدة كل
باحث يرغب في الرجوع إلى الأصول العربية لتلك الكتب،
نورد هنا بياناً لمزيد من الوضوح :

- | | |
|----------------|---------------------|
| - للميرغنى . | البداية ج ٧ |
| - للسرخسى . | المبسوط ج ٢٦ - ج ١٦ |
| - قاضى سماوة . | الفصولين ج ١١ - ج ٢ |

- | | | |
|---------|---------------------------------------|---------------------------|
| ٢- ج | مجمعضمانات ج ٢ | - البغدادي . |
| ٦- ج | الحامدية ج ٦ | - الفتاوی الحامدية . |
| ٦- ج | برازية ج ٦ | - الفتاوی البرازية . |
| ١١- ج | مجلة الأحكام العدلية المواد ٩٣٠ - ٩٣٤ | . |
| ٨- ج | البحر ج ٨ | - الرافعی (الشافعی) . |
| ٥- ج | رد المختار ج ٥ | - ابن نحیم الحنفی . |
| ٧ ص ١٦٨ | البدائع ج ٧ | - لابن عابدین . |
| ٦- ج | الفتاوی الهندية ج ٦ | - بدائع الصنائع للکاسانی. |
| ٢- ج | الوجيز ج ٢ | - مجموعة من علماء الهند. |
| ٢- ج | الوجيز ج ٢ | - الرافعی (الشافعی) . |

فهرس (ج)
أركان الجريمة "عده"
الحاشية (الشاوي)
الجزء الثالث - من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

رقم البند	الصفحة	
-	الأصل الحاشية (387) ج/٥	- مقدمة
٢٧٣	٧/ج	الباب الثالث الركن الأدبي موضع البحث الفصل الأول في المسئولية الجنائية
٢٧٤	٧/ج	- موضوعه
٢٧٥	٧/ج	المبحث الأول في أساس المسئولية الجنائية عرض تاريخي للمسئولية الجنائية
٢٧٦ - ٢٧٣	١٠/ج	نظريّة المسئولية وأصولها الشرعية نظريّة المسئولية الجنائية في الشريعة والأسس التي تقوم عليها
٢٧٦	١١/ج	أساس الجزاء الجنائي: العقوبات وتدابير الوقاية، (التعازير الوقائية)
٢٧٧	١٦/ج	أساس الجزاء الجنائي مصلحة المجتمع دائمًا
٢٧٨	١٧/ج	نظريّة المسئولية الجنائية في القوانين الوضعية
٢٧٩	١٨/ج	معنى المسئولية الجنائية في الشريعة
-	٢٠/ج	معنى المسئولية الجنائية في القوانين الوضعية
-	٢٠/ج	

الصفحة الأصل العاشرية	رقم البند
(392) ج ٢١/ج	277 279
(393) ج ٢٢/ج	
(394) ج ٢٧/ج	
(395) ج ٣٢/ج	
سبب المسؤولية ودرجاتها	
(396) ج ٣٩/ج	
(397) ج ٤٠/ج	
المبحث الرابع	
في قصد العصيان أو القصد الجنائي	
(398) ج ٤١/ج	
-	

رقم البند	الصفحة
	الأصل الحاشية
- حالات الحكم بالقتل قصاصا في شريعتنا أقل من حالات وجوب الحكم بالإعدام في قانوننا الوضعي، لأنها محصورة في مطالبة أولياء الدم بذلك	
(399) ج ٤٤	٢٨٨
ج ٤٥	- الفرق بين القصد والباعث
ج ٤٦	٢٨٩
ج ٤٧	- صور القصد
ج ٤٨	٢٩٠
(400) ج ٤٨	- القصد العام والقصد الخاص
ج ٤٩	٢٩١
ج ٥١	- أهمية الباعث وأصناف القصد
ج ٥٢	٢٩٢
ج ٥٤	- القصد المعنين والقصد غير المعنين
ج ٥٥	٢٩٣
ج ٥٧	- الرأى الأول
ج ٥٧	٢٩٤
ج ٦٣	- الرأى الثاني
(401) ج ٦٣	٢٩٥
ج ٦٤	- الرأى الثالث
ج ٦٥	٢٩٦
ج ٦٦	- مقارنة بين الآراء الثلاثة
ج ٦٧	٢٩٧
(402) ج ٦٨	- بين الشريعة والقانون
ج ٦٩	٢٩٧ - 291
ج ٧٠	- القصد المعنين وغير المعنين والنتائج الاحتمالية
ج ٧٠	المبحث الخامس
أثر الجهل والخطأ والسيان على المسئولية	
ج ٦٤	٢٩٨
ج ٦٥	- أثر الجهل على المسئولية الجنائية
ج ٦٦	٢٩٩
(402) ج ٦٨	- أثر الخطأ على المسئولية الجنائية
ج ٦٩	٣٠٠
ج ٧٠	- المسئولية عن الخطأ استثناء
(403) ج ٦٩	٣٠٠ - 398
ج ٧٠	- العلم والجهل والخطأ
ج ٧٠	- نؤيد الرأى القائل بأن الخطأ لا يجوز وصفه بأنه جريمة وجزاؤه يكون تدبيرا وقائيا أو تربويا وقلديريا
ج ٧٠	٣٠١
ج ٧٠	- أنواع الخطأ
ج ٧٠	٣٠٢
	- أساس الخطأ

الصفحة		رقم البند
الأصل	الحاشية	
٧١/ج	- نوع من الخطأ عند مالك	٣٠٣
٧١/ج	- الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية	٣٠٤
(404) ٧٣/ج	- أنواع الخطأ والخطأ في الشخصية - اعتبار التعزير هو الجزء الأصلي يسهل لنا تضييق نطاق	304 - 301
(405) ٧٤/ج	تطبيق الحدود والقصاص	٣٠٥
٧٥/ج	- أثر النسيان على المسئولية	٣٠٥
(406) ٧٧/ج	- النسيان	305
المبحث السادس		
أثر الرضا بالجريمة على المسئولية الجنائية		
٧٨/ج	- أثر الرضا على المسئولية الجنائية	٣٠٦
٧٨/ج	- الرضا بالقتل	٣٠٧
٧٩/ج	- الرضا بالجرح والقطع	٣٠٨
٨٠/ج	- أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل والجرح	٣٠٩
(407) ٨٢/ج	- رضا المجنى عليه في جريمة القتل وقطع الأعضاء خاصة	309 - 306
(408) ٨٣/ج	- رضا المجنى عليه في جريمة القتل شبهة تسقط القصاص	
٨٤/ج	- بين الشريعة والقانون	٣١٠
٨٥/ج	- الانتحار والمسئولية الجنائية	٣١١
٨٦/ج	- إصابة الشخص نفسه	٣١٢
(409) ٨٧/ج	- الرضا والعفو والانتحار	312 310
	- إذا كنا نرفض وصف إصابة الغير خطأ بأنه جريمة، فهذا	
(410) ٨٨/ج	من باب أولى إذا أصاب نفسه بطريق الخطأ	٣١٣
٨٩/ج	- المبارزة والمسئولية الجنائية	٣١٢
(411) ٩١/ج	- الفداء والاستشهاد ليس انتحارا ولا إرهابا	313
	- الجهاد ضد من يحتل بلاد المسلمين واجب عين فردى على	
(412) ٩٢/ج	كل مسلم لا يشترط لأدائه إذن من أى سلطة أو دولة	

رقم البند	الصفحة	الأصل الحاشية	رأى شيخ الأزهر ومبدأ المعاملة بالمثل في حالة الحرب أو الجهاد ج/ ٩٣ (٤١٣)
	المبحث السابع		
	الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية		
٣١٤	- الأفعال المتصلة بالجريمة	ج/ ٩٤	
٣١٥	- حكم المباشرة والسبب والشرط	ج/ ٩٦	
٣١٦	- الفرق بين مسؤولية المباشر ومسؤولية المتسبب	ج/ ٩٨	
٣١٧	- مدى مسؤولية المباشر والمتسبب إذا اجتمع متسبب ومبادر	ج/ ٩٩	
٣١٧ - ٣١٤	- المباشرة والسبب والشروط والأحكام الخاصة بالحدود		
	والقصاص		
٣١٨	- رابطة السببية والمسؤولية	ج/ ١٠٢	
٣١٩	- تعدد العلل المسببة للنتيجة	ج/ ١٠٢	
٣٢٠	- انقطاع فعل الجاني	ج/ ١٠٣	
٣٢٠ - ٣١٨	- علاقة السببية والقطاعها	ج/ ١٠٤	
٣٢١	- توالي العلل والمسببات	ج/ ١٠٥	
٣٢٢	- نظرية السببية في الشريعة	ج/ ١٠٦	
٣٢٢	- بين الشريعة والقانون	ج/ ١٠٨	
٣٢٣ - ٣٢١	- تداخل العلل وتوالدها ومرونته علاقة السببية	ج/ ١١٠	
٣٢٣	- نفضل نسبة الآراء الاجتهادية إلى الفقه لا إلى الشريعة	ج/ ١١١	
	الفصل الثاني		
	في ارتفاع المسؤولية الجنائية		
٣٢٤	- قيود على المسؤولية	ج/ ١١٣	
٣٢٥	- أبحاث الفصل الثاني	ج/ ١١٣	
٣٢٦	- علة ارتفاع المسؤولية الجنائية	ج/ ١١٥	
٣٢٦	- أسباب الإباحة	ج/ ١١٥	
٣٢٦	- أسباب رفع العقوبة	ج/ ١١٥	

رقم البند	الصفحة	
الأصل الخاشية		
٣٢٧	ج ١١٦	- الإعفاء من العقاب
٣٢٨	ج ١١٦	- بين الشريعة والقانون
٣٢٤	ج ١١٧ (٤١٩)	- في نظرنا يجب التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية والإعفاء من العقاب
	المبحث الأول	
	أسباب الإباحة: استعمال الحقوق وأداء الواجبات	
٣٢٩	ج ١١٨	- العلة في إباحة الأفعال المحرمة
٣٢٩	ج ١٢٠ (٤٢٠)	- الحقوق والواجبات التي تبيح فعلًا محرما
٣٣٠	ج ١٢١	- الحق والواجب
٣٣٠	ج ١٢٣ (٤٢١)	- لا فرق بين الحق والواجب في إباحة الفعل
	الفرع الأول - في الدفاع الشرعي	
٣٣١	ج ١٢٤	- الدفاع الشرعي في الشريعة على نوعين
٣٣٢	ج ١٢٤	المطلب الأول - الدفاع الشرعي الخاص (أو دفع الصائل)
٣٣٢	ج ١٢٥ (٤٢٢)	- معنى الدفاع الشرعي الخاص
٣٣٣	ج ١٢٦	- الدفاع عن حقوق الفرد - وعن قيم المجتمع
٣٣٤	ج ١٢٩	- التكيف الشرعي لدفع الصائل
٣٣٤	ج ١٣١ (٤٢٣)	- بين الشريعة والقانون
٣٣٤ ، ٣٣٣	ج ١٣١ (٤٢٤)	- واجب الدفاع عن النفس والعرض، وحق الدفاع عن المال
٣٣٥	ج ١٣٢	- بين الدفاع وحالة الضرورة
٣٣٦	ج ١٣٣	- شروط دفع الصائل
٣٣٧	ج ١٤١	- تجاوز حد الدفاع
٣٣٨	ج ١٤١	- أيكون للصائل حق الدفاع ؟
٣٣٩	ج ١٤١	- حكم دفع الصائل
	ـ بين الشريعة والقانون	

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
(425) ج ١٤٢	335 - شروط حق الدفاع الشرعي وتجاوزها
	المطلب الثاني
(426) ج ١٤٣	في الدفاع الشرعي أو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
(426) ج ١٤٥	- مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
ج ١٤٦	- واجب وحق معا
(427) ج ١٤٧	- ماهية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
ج ١٤٨	- تحديد المعروف والمنكر
(428) ج ١٥٠	- التكليف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
	- نوع الحق والواجب
(429) ج ١٥١	- ما هو المعروف وما هو المنكر تحدده الجماعة بالشوري
ج ١٥٢	- ولا يستقل فرد به مهما يكن
(430) ج ١٥٧	- الشروط الواجب توافرها في الأمر بالمعروف والناهى عن
	المنكر
(431) ج ١٥٨	- الأهلية لأداء هذا الواجب
	- ليس من حق المجتهد أن يلزم الناس برأيه، ومن باب أولى
(432) ج ١٦٣	غير المجتهدين من يمارسون السلطة التنفيذية
ج ١٦٤	- شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر
(433) ج ١٦٧	- النهى عن المنكر
	- وسائل دفع المنكر
(434) ج ١٦٨	- الوسائل المقبولة لدفع المنكر
	- لا يجوز لمن يتولى السلطة أن يحتكر الأمر بالمعروف ودفع
(435) ج ١٧٠	المنكر
ج ١٧١	- هل يجوز استعمال الوسائل السابقة في حق الجميع ؟
(435) ج ١٧١	- هي ذوى السلطان ومعاونيهن عن المنكر
	- حكم التجاوز في دفع المنكر

الصفحة	رقم البند	
الأصل الحاشية		
ج/ ١٧١	- هل لفاعل المنكر حق الدفاع ؟	٣٤٨
ج/ ١٧١	- الفرق بين الدفاع الشرعي العام والدفاع الشرعي الخاص	٣٤٩
ج/ ١٧٢	- بين الشريعة والقانون	٣٥٠
(436) ج/ ١٧٤	- مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أساسه التضامن بين عناصر المجتمع	350 - 347
(437) ج/ ١٧٥	- حديث شريف عن التضامن بين عناصر المجتمع	
الفرع الثاني التأديب		
ج/ ١٧٦	- أولا : تأديب الزوجة	٣٥١
(438) ج/ ١٧٧	- المبدأ والتطبيقات	351
ج/ ١٧٨	- ما يؤدب فيه	٣٥٢
(439) ج/ ١٧٩	- ما النشوذ ؟	352
- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يعد حقا في التأديب		
(440) ج/ ١٨٠	في نظرنا، وهو حق مشترك للنساء والرجال	
(441) ج/ ١٨١	- العرف والمستوى الاجتماعي هو الذي يحدد المقصود بالضرب	
(442) ج/ ١٨٢	- حق الزوج في نطاق المعاشرة التي شرع الزوج من أجلها	
ج/ ١٨٣	- هل يجوز التأديب لأول معصية	٣٥٣
ج/ ١٨٤	- هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟	٣٥٤
(443) ج/ ١٨٥	- الضرب من أجل الفراش	354 ، 353
(444) ج/ ١٨٦	- حالة النشوذ في المعاشرة الشرعية، تبيح أدنى درجات العنف	
- حالة النشوذ في المعاشرة الشرعية، تبيح أدنى درجات		
(445) ج/ ١٨٧	العنف وهو ما عبروا عنه "بالضرب غير المبرح"	
ج/ ١٨٨	- حد الضرب	٣٥٥
ج/ ١٨٩	- حكم السراية	٣٥٦
ج/ ١٨٩	- المسئولية على التأديب	٣٥٧
(446) ج/ ١٩٠	- الضرب غير المبرح وشروط السلامة	357 - 355

الصفحة		رقم البند
الأصل العاشرية		
ج ١٩١	- (ثانيا) - تأديب الصغار	٣٥٨
ج ١٩١	- شروط تأديب الصغار	٣٥٩
ج ١٩١	- حكم السراية	٣٦٠
ج ١٩٢	- الفروق بين المذاهب	٣٦١
(447) ج ١٩٣	- تأديب الصغير - وعدم الضرر الفرع الثالث - في التطبيب	361 - 358
ج ١٩٥	- إباحة التطبيب	٣٦٢
ج ١٩٦	- حسن النية	٣٦٣
ج ١٩٦	- خطأ الطبيب	٣٦٤
ج ١٩٧	- إذن المريض	٣٦٥
(448) ج ١٩٨	- الطب واجب كفاية وحكم أخطاء الطبيب	365 - 362
ج ١٩٩	- إذن ولـى الأمر	٣٦٦
ج ١٩٩	- شروط عدم المسئولية	٣٦٧
ج ١٩٩	- الملحقون بالأطباء	٣٦٨
ج ١٩٩	- بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٦٩
(449) ج ٢٠١	- الترخيص الإداري والعرف بجازولة المهنة الفرع الرابع - في ألعاب الفروسية	369 366
ج ٢٠٣	- حكم الشريعة في ألعاب الفروسية	٣٧٠
ج ٢٠٤	- حكم إصابات اللعب	٣٧١
ج ٢٠٥	- بين الشريعة والقانون	٣٧٢
(450) ج ٢٠٧	- الألعاب الرياضية وما يترتب عليها الفرع الخامس - إهدار الأشخاص	372 - 370
ج ٢٠٩	- معنى الإهـار	٣٧٣
(451) ج ٢١٠	- التعريف	373
(452) ج ٢١١	- لنا رأـي يخالفهـ ونرى أنـ الإهـارـ المطلقـ يكونـ فيـ حالةـ الحـربـ - لا نـقرـ بـحقـ الفـردـ فيـ توـقيـعـ عـقوـبةـ الحـدـ أوـ القـصـاصـ لأـىـ سبـبـ منـ الأـسـبابـ	
(453) ج ٢١٢		

الصفحة

الأصل الحاشية

رقم البند

(454) ج/ ٢١٣	- محاكمة مرتكب الجرائم من حق القضاء الذي هو وحده يمثل المجتمع	
(455) ج/ ٢١٤	- إهدار مرتكب الجرائم نسبي للأفراد دائمًا	٣٧٤
(456) ج/ ٢١٥	- علة الإهانة	
(456) ج/ ٢١٨	- رأينا في أساس عصمة الإنسان هو كرامة بنى آدم	٣٧٤
	- لا نوافق على القول بأن الإسلام أو الذمة أو الأمان شرط للعصمة	
(457) ج/ ٢١٩		
(458) ج/ ٢٢٠	- لاحق لأى فرد في تنفيذ العقوبة	
(459) ج/ ٢٢١	- في ظررنا أن التعازير لا يجوز أن تصل إلى القتل (سياسة)	
	- المهدرون	٣٧٥
(460) ج/ ٢٢٣	- قسمان في الإهانة	٣٧٥
(461) ج/ ٢٢٤	- قوله هو السائد في الفقه، ولكننا نخالفه	
	- أولاً : العربي	٣٧٦
(462) ج/ ٢٢٦	- الإهانة في حالة الحرب والجهاد	٣٧٦
	- الجهاد واجب فردي لا يرتبط بحالة الحرب طالما وقع العدوان على أرض المسلمين	
(463) ج/ ٢٢٧		
(464) ج/ ٢٢٨	- متى يصبح جهاد العدو فرض عين على كل مسلم ومسلمة	
(465) ج/ ٢٢٩	- المغفون من الجهاد بمن القرآن هم من بهم عاهة	
	- إذا قام العدو بعدوان على المدنيين فللMuslim معاملتهم بالمثل ... في حدود استطاعته	
(466) ج/ ٢٣٠		
(467) ج/ ٢٣١	- لا يستباح العدوان على المدنيين في غير هذه الحالة وفي حدودها	
	- أعداؤنا يريدون استبعاد مبدأ التزام الأفراد بالجهاد ضد من يحتلون جزءاً من أرض المسلمين	
(468) ج/ ٢٣٢		
(469) ج/ ٢٣٣	- نحن نُعَذِّب الفعل جريمة عادية جزاً لها التعازير	
	- ثانياً : المرتد	٣٧٧

رقم البند	الصفحة
377	<p>الأصل الحاشية</p> <p>ج (470) ٢٣٨ - الردة جريمة ككل الجرائم - الإهدار لا يعطى للفرد العادى حق توقيع عقوبة لم يحكم بها القضاء، لأنه وحده الذى له الحق في الحكم بالإدانة في جميع الجرائم بما فيها الحدود والقصاص... و بما فيها الردة</p> <p>ج (471) ٢٣٩ - لن يجادل أحد فيما قلنا به إذا كان الحكم (السلاطين) يقومون بواجبهم في تطبيق الأحكام الشرعية، ولكن تقصيرهم في ذلك دفع كثيرين من فقهائنا لترجيح الرأي الذي نعارضه</p> <p>ج (472) ٢٤٠ - عدم قيام الدولة بتنفيذ الحدود لا يبيح للفرد أن يقوم بذلك في نظرنا، وإنما يوجب عليه مقاومة السلطة التي لا تقوم بهذا الواجب الشرعي الذى هو المبرر لوجود الدول في شريعتنا</p> <p>ج (473) ٢٤١ - نرى أن من يستبيح لنفسه تنفيذ الحد مخطئ، وأقصى ما يمكن القول به أنه يمكن إسقاط القصاص أو الحد عنه لوجود الشبهة، لكنه يستحق التعزير عن فعله</p> <p>ج (474) ٢٤٢ - السردة تكون خيانة عظمى ويعاقب عليها بهذه الصفة إذا كانت أحياناً لأعداء الإسلام ومساعدة لهم ضد الأمة وعقidiتها وحقوقها</p>
٣٧٨	<p>ج (475) ٢٤٣ - (ثالث) الزانى الخصن</p> <p>ج (476) ٢٤٤ - مرتكبو الجمایات الكبرى - وعقوبة الزنا</p> <p>ج (477) ٢٤٥ - المجتمع هو الذى له حق توقيع العقوبات المقدرة جداً أو قصاصها، ويمثله القضاء وحده، وليس للفرد حق اغتصاب سلطة القاضى، وعليه أن يرفع الأمر للقضاء، لا أن يتولى الادعاء والحكم معاً</p> <p>ج (478) ٢٤٦ - تؤيد رأى الأمام الشافعى، وإن كنا نحيى إسقاط القصاص لوجود شبهة، ونرى أن يكتفى بالتعزير في هذه الحالة</p> <p>ج (479) ٢٥٠ - إباحة إقامة الحد أو القصاص دون رجوع للقضاء يوقع المجتمع في فوضى لا تقرها شريعتنا</p>

الصفحة الأصل الحاشية	رقم البند
- إذا كان القصاص حقاً للمجنى عليه أو ولـه فلا بد أن يرجع للقضاء للمطالبة به لا أن يدعى لنفسه سلطة الادعاء والحكم والتنفيذ	(480) ج/ ٢٥١
- نحن نرى أن من يقتل المستحق للقصاص يعزز لأنـه ارتكب جريمة قتل، لكن سقط القصاص لوجود شبهة بـلا من قوله إنه يعزز لافتاته على السلطة العامة	(481) ج/ ٢٥٢
(رابعا) المحارب	٣٧٩
- جريمة "الحرابة"	(482) ج/ ٢٥٦
- أحكام المتهمن بالحرابة والبغى قصدـها تـكينـهم من التوبة والقضاء على الفتن التي تضرـ المـدينـينـ الذينـ لاـ ذـنبـ لهمـ (خامسا) الـبـاغـي	(483) ج/ ٢٥٧
٣٨٠	ج/ ٢٥٨
- البـغـى يـكونـ جـريـمةـ سيـاسـيـةـ فـقـطـ إـذـاـ كـانـ بـنـاءـ عـلـىـ تـأـولـ رـأـيـ مـسـتـنـدـ إـلـىـ فـهـمـ مـعـيـنـ لـلـشـرـيعـةـ حـتـىـ وـلـوـ كـانـ خـاطـئـاـ (سـادـسـاـ) مـنـ عـلـيـهـ القـصـاصـ	(484) ج/ ٢٥٩
٣٨١	ج/ ٢٦٠
- جـرـائمـ القـصـاصـ لـاـ تـبـيـحـ دـمـ المـتـهـمـ هـاـ دـوـنـ رـفـعـ الـأـمـرـ لـلـقـضـاءـ وـتـقـدـيمـ الـأـدـلـةـ الشـرـعـيـةـ،ـ وـلـلـقـضـاءـ وـحـدـهـ فـحـصـ هـذـهـ الـأـدـلـةـ	(485) ج/ ٢٦٤
أولا ... حـكـمـ قـتـلـ الجـائـىـ	٣٨٢
ثانيا ... حـكـمـ ماـ دـوـنـ القـتـلـ	٣٨٣
(سابعا) السـارـقـ	٣٨٤
- جـرـيمـةـ السـرـقةـ لـاـ تـبـيـحـ لـلـفـردـ تـطـيـقـ الـحـدـ بـحـجـةـ عـدـمـ قـيـامـ السـلـطـةـ الـعـامـةـ بـذـلـكـ	(486) ج/ ٢٧١
- القـائـلـونـ بـأنـ القـطـعـ كـحدـ لـلـسـرـقةـ لـاـ يـطـبـقـ إـلـاـ فـحـالـةـ التـكـرارـ (الـعـودـ)	(487) ج/ ٢٧٢
- رـأـيـ الشـيـخـ مـحـمـدـ أـبـوـ زـهـرـةـ	(488) ج/ ٢٧٣
- اـحـيـاطـ الـفـقـهـ لـتـضـيـيقـ نـطـاقـ عـقـوبـةـ السـرـقةـ الـحـدـيـةـ	(489) ج/ ٢٧٤

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
ج ٢٧٥ (٤٩٠)	- رأى الشيعة في المقصود باليد التي تقطع في حد السرقة الفرع السادس - في حقوق الحكم وواجباتهم
ج ٢٧٦	٣٨٥ واجبات الحكم
ج ٢٧٨	٣٨٦ حقوق الحكم
ج ٢٧٩	٣٨٧ بين الشريعة والقانون
ج ٢٨٠ (٤٩١)	٣٨٧ ٣٨٥ - مسئولية من يمارسون السلطة من الرؤساء والأتباع - حسن نية من ينفذ أمر رئيسه معناها اعتقاده بأن الأمر
ج ٢٨١ (٤٩٢)	الصادر له شرعى، وإذا ثبت غير ذلك يكون مسؤولا
ج ٢٨٢ (٤٩٣)	- لا طاعة لملحق في معصية الخالق
المبحث الثاني	
أسباب رفع العقوبة	
ج ٢٨٣	٣٨٨ ما يرفع العقوبة
ج ٢٨٤ (٤٩٤)	٣٨٨ - شرط المسئولية الاختيار الحر والرشد العقلى الفرع الأول - في الإكراه
ج ٢٨٥	٣٨٩ تعريف الإكراه
ج ٢٨٥	٣٩٠ أنواع الإكراه
ج ٢٨٧ (٤٩٥)	٣٩٠, ٣٨٩ - التعريف والتقييم
ج ٢٨٨	٣٩١ شروط الإكراه
ج ٢٩٠	٣٩٢ حكم الإكراه
ج ٢٩٠	٣٩٣ الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه
(٤٩٦) ٢٩٢	٣٩٣, ٣٩١ - شروط الإكراه وتنوع آثاره
(٤٩٧) ٢٩٣	- أحكام خاصة بجريمة القتل في حالة الإكراه
ج ٢٩٤	٣٩٤ الجرائم التي يباح فيها الفعل
ج ٢٩٥	٣٩٥ بين الشريعة والقانون

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
(498) ج ٢٩٦	- إباحة المحرمات من المأكولات والمشروبات لحفظ حياة الإنسان وعدم تعريض حياته للخطر 395, 394
(499) ج ٢٩٧	- إباحة كل ما يكون ضروريًا لحفظ حياة الإنسان وسلامة بدنـه، ولا يعـد ذلك مجرد مانع من المسـؤولية، كما في القوانـين الوضـعـية 396
ج ٢٩٨	الجرائم التي ترتفـع فيها العقوبة 396
(500) ج ٣٠٠	- أثر الضـرورة مـصـورـ في انـعدـامـ المسـؤـولـيـةـ الجنـائـيـةـ فيـ غـيرـ حـالـةـ المـطـاعـمـ وـالـمـاـشـارـبـ (أـوـ الأـفـعـالـ الـلـازـمـةـ لـحـمـاـيـةـ الـأـرـواـحـ وـالـأـجـسـامـ حـيـثـ يـتـرـتـبـ عـلـيـهـاـ الإـبـاحـةـ) لـوجـبـ الـقـيـامـ بـكـلـ ماـ يـلـزـمـ حـمـاـيـةـ حـيـةـ الـإـنـسـانـ 396
ج ٣٠١	أسـاسـ نـظـرـيـةـ الـإـكـراهـ فـيـ الشـرـيـعـةـ 397
ج ٣٠٢	بيـنـ الشـرـيـعـةـ وـالـقـوـانـينـ الـوضـعـيةـ 398
(501) ج ٣٠٣	- أسـاسـ عـدـمـ المسـؤـولـيـةـ فـيـ حـالـةـ الـضـرـورـةـ وـالـإـكـراهـ هـوـ عـيـبـ فـيـ الرـضاـ وـالـاخـتـيـارـ 398, 397
(502) ج ٣٠٤	- فـقـهـناـ لاـ يـلـتـزمـ بـالـنـظـرـيـاتـ الـوضـعـيـةـ الشـخـصـيـةـ مـنـهـاـ أوـ الـمـادـيـةـ 399
ج ٣٠٥	الـإـكـراهـ وـالـضـرـورـةـ 399
ج ٣٠٥	شـرـوطـ حـالـةـ الـضـرـورـةـ 400
(503) ج ٣٠٦	- أـثـرـ حـالـةـ الـضـرـورـةـ فـيـ انـعدـامـ المسـؤـولـيـةـ 400, 399
ج ٣٠٧	حـكـمـ حـالـةـ الـضـرـورـةـ 401
ج ٣٠٧	الـجـرـائـمـ الـقـىـ لاـ تـؤـثـرـ عـلـيـهـاـ الـضـرـورـةـ 402
ج ٣٠٨	الـجـرـائـمـ الـقـىـ تـبـيـحـهاـ الـضـرـورـةـ 403
(504) ج ٣١٠	- أـثـرـ حـالـةـ الـضـرـورـةـ فـيـ المسـؤـولـيـةـ عـنـ الـأـفـعـالـ الـمـاسـةـ بـحـيـاةـ النـاسـ وـسـلـامـةـ أـبـداـفـمـ 403 - 401
(505) ج ٣١١	- إـباحـةـ الـمـحرـمـاتـ لـإنـقـاذـ حـيـةـ إـنـسـانـ

رقم البند	الصفحة
٤٠٤	الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها
٤٠٥	حكم المسئولية المدنية في حالة الضرورة
٤٠٦	الأساس الشرعي حالة الضرورة
٤٠٧ - ٤٠٤	- الضرورة تقدر بقدرها وتمنع المسئولية الجنائية، لكن لا أثر لها على الضمان المدني
٤٠٨	الشرب و السكر
٤٠٩	- السكر هو الذي يؤثر في المسئولية ، لكن بشروط
٤١٠	- التعزير يسمح لنا بتشديد عقوبة تناول المخدرات
٤١١	السكر والمسئولية الجنائية
٤١٢	السكر والمسئولية المدنية
٤١٣	الشريعة والقانون
٤١٤ - ٤٠٨	- السكر الناتج عن الشرب الاختياري لا يمنع المسئولية الجنائية والسكر في جميع الأحوال لا يمنع المسئولية المدنية
٤١٥	الفرع الثالث - الجنون
٤١٦	تهييد
٤١٧	تعريف الجنون
٤١٨	الجنون المطبق
٤١٩	الجنون المتقطع
٤٢٠	الجنون الجزئي
٤٢١ - ٤١١	الجنون درجات تؤثر كل منها على المسئولية بقدر أثرها على العقل
٤٢٢	العنة
٤٢٣	الصرع والهisteria وما أشبه
٤٢٤	سلط الأفكار الخبيثة

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
٣٢٥ ج	٤١٩ ازدواج الشخصية
(510) ٣٢٦ ج	٤١٦ - ٤١٩ العته وغيره من الأمراض، التي تؤثر على العقل والإرادة
٣٢٧ ج	٤٢٠ ضعف التمييز
٣٢٧ ج	٤٢١ الصم البكم
٣٢٧ ج	٤٢٢ الحركة النومية
٣٢٨ ج	٤٢٣ الترسيم المغناطيسي
(511) ٣٢٠ ج	٤٢٣ - ٤٢٥ - حالات أخرى - لا تعدم الإرادة والوعي
٣٢١ ج	٤٢٤ هياج العواطف
(512) ٣٢٢ ج	٤٢٤ - الانفعال أو هياج العواطف الناتج عن الغضب والاستفزاز
٣٢٣ ج	٤٢٥ حكم الجنون
٣٢٣ ج	٤٢٦ حكم الجنون المعاصر للجريمة
٣٢٤ ج	٤٢٧ مقارنة بين الشريعة والقانون
(513) ٣٣٦ ج	٤٢٧ - ٤٢٥ - شريعتنا لا تربط الضمان المدني بالمسؤولية الجنائية
(514) ٣٣٧ ج	٤٢٨ - بناء الضمان المدني على أساس "تحمل الشبهة" في فقهنا
٣٢٨ ج	٤٢٨ حكم الجنون اللاحق للجريمة
(515) ٣٤١ ج	٤٢٨ - أثر الجنون بعد الجريمة محصور في الإجراءات
	٤٢٩ الفرع الرابع - صغر السن
٣٤٢ ج	٤٢٩ تهيد
٣٤٢ ج	٤٣٠ الصغر والمسؤولية الجنائية
٣٤٣ ج	٤٣١ المرحلة الأولى
٣٤٤ ج	٤٣٢ المرحلة الثانية
(516) ٣٤٥ ج	٤٣٢ - ٤٢٩ - تدرج المسؤولية بقدر النمو العقلي للصغار
(517) ٣٤٦ ج	٤٣٣ - قضاء مستقل للأحداث يتولاه مربيون أكفاء
٣٤٧ ج	٤٣٣ المرحلة الثالثة
٣٤٧ ج	٤٣٤ علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ

الصفحة	رقم البند
الأصل العاشرية	
ج/ ٣٤٨	٤٣٥ عقوبة الصبي غير المميز
ج/ ٣٤٩	٤٣٦ القوانين الوضعية والصبيان
(٥١٨) ج/ ٣٥١	٤٣٦ - مرونة التعازير تنسع للدرج حتى بعد البلوغ
(٥١٩) ج/ ٣٥٢	٤٣٧ - التعازير تنسع للتدابير التربوية والإصلاحية قبل البلوغ أو بعده
(٥٢٠) ج/ ٣٥٣	٤٣٨ بحث إضافي للدكتور توفيق الشاوي
(٥٢١) ج/ ٣٥٤	٤٣٩ [في شريعتنا أن المسئولية أمانة حملها الله للإنسان]
(٥٢٢) ج/ ٣٥٥	٤٤٠ بحث للدكتور عبد الرزاق السنهوري عميد كلية الحقوق
(٥٢٣) ج/ ٣٥٦	٤٤١ سابقًا ووزير التعليم المصري الأسبق
(٥٢٤) ج/ ٣٥٧	٤٤٢ [المسئولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية]
(٥٢٥) ج/ ٣٥٨	٤٤٣ الجزء الأول - الأضرار البدنية (الأفعال الماسة بحياة الإنسان
(٥٢٦) ج/ ٣٥٩	٤٤٤ أو سلامته بدنها)
(٥٢٧) ج/ ٣٦٠	٤٤٥ - الدية
(٥٢٨) ج/ ٣٦١	٤٤٦ الجزء الثاني - الأضرار المالية
(٥٢٩) ج/ ٣٦٢	٤٤٧ الخاتمة
(٥٣٠) ج/ ٣٦٣	٤٤٨ الفهرس
(٥٣١) ج/ ٣٦٤	
(٥٣٢) ج/ ٣٦٥	
(٥٣٣) ج/ ٣٦٦	
(٥٣٤) ج/ ٣٦٧	
(٥٣٥) ج/ ٣٦٨	
(٥٣٦) ج/ ٣٦٩	
(٥٣٧) ج/ ٣٧٠	
(٥٣٨) ج/ ٣٧١	
(٥٣٩) ج/ ٣٧٢	
(٥٤٠) ج/ ٣٧٣	
(٥٤١) ج/ ٣٧٤	
(٥٤٢) ج/ ٣٧٥	
(٥٤٣) ج/ ٣٧٦	
(٥٤٤) ج/ ٣٧٧	
(٥٤٥) ج/ ٣٧٨	
(٥٤٦) ج/ ٣٧٩	
(٥٤٧) ج/ ٣٨٠	
(٥٤٨) ج/ ٣٨١	
(٥٤٩) ج/ ٣٨٢	
(٥٥٠) ج/ ٣٨٣	
(٥٥١) ج/ ٣٨٤	
(٥٥٢) ج/ ٣٨٥	
(٥٥٣) ج/ ٣٨٦	
(٥٥٤) ج/ ٣٨٧	
(٥٥٥) ج/ ٣٨٨	
(٥٥٦) ج/ ٣٨٩	
(٥٥٧) ج/ ٣٩٠	
(٥٥٨) ج/ ٣٩١	
(٥٥٩) ج/ ٣٩٢	
(٥٦٠) ج/ ٣٩٣	
(٥٦١) ج/ ٣٩٤	
(٥٦٢) ج/ ٣٩٥	
(٥٦٣) ج/ ٣٩٦	
(٥٦٤) ج/ ٣٩٧	
(٥٦٥) ج/ ٣٩٨	
(٥٦٦) ج/ ٣٩٩	
(٥٦٧) ج/ ٣١٠٠	
(٥٦٨) ج/ ٣١٠١	
(٥٦٩) ج/ ٣١٠٢	
(٥٧٠) ج/ ٣١٠٣	
(٥٧١) ج/ ٣١٠٤	
(٥٧٢) ج/ ٣١٠٥	
(٥٧٣) ج/ ٣١٠٦	
(٥٧٤) ج/ ٣١٠٧	
(٥٧٥) ج/ ٣١٠٨	
(٥٧٦) ج/ ٣١٠٩	
(٥٧٧) ج/ ٣١٠١٠	
(٥٧٨) ج/ ٣١٠١١	
(٥٧٩) ج/ ٣١٠١٢	
(٥٨٠) ج/ ٣١٠١٣	
(٥٨١) ج/ ٣١٠١٤	
(٥٨٢) ج/ ٣١٠١٥	
(٥٨٣) ج/ ٣١٠١٦	
(٥٨٤) ج/ ٣١٠١٧	
(٥٨٥) ج/ ٣١٠١٨	
(٥٨٦) ج/ ٣١٠١٩	
(٥٨٧) ج/ ٣١٠٢٠	
(٥٨٨) ج/ ٣١٠٢١	
(٥٨٩) ج/ ٣١٠٢٢	
(٥٩٠) ج/ ٣١٠٢٣	
(٥٩١) ج/ ٣١٠٢٤	
(٥٩٢) ج/ ٣١٠٢٥	
(٥٩٣) ج/ ٣١٠٢٦	
(٥٩٤) ج/ ٣١٠٢٧	
(٥٩٥) ج/ ٣١٠٢٨	
(٥٩٦) ج/ ٣١٠٢٩	
(٥٩٧) ج/ ٣١٠٣٠	
(٥٩٨) ج/ ٣١٠٣١	
(٥٩٩) ج/ ٣١٠٣٢	
(٥١٠٠) ج/ ٣١٠٣٣	
(٥١٠١) ج/ ٣١٠٣٤	
(٥١٠٢) ج/ ٣١٠٣٥	
(٥١٠٣) ج/ ٣١٠٣٦	
(٥١٠٤) ج/ ٣١٠٣٧	
(٥١٠٥) ج/ ٣١٠٣٨	
(٥١٠٦) ج/ ٣١٠٣٩	
(٥١٠٧) ج/ ٣١٠٤٠	
(٥١٠٨) ج/ ٣١٠٤١	
(٥١٠٩) ج/ ٣١٠٤٢	
(٥١٠١٠) ج/ ٣١٠٤٣	
(٥١٠١١) ج/ ٣١٠٤٤	
(٥١٠١٢) ج/ ٣١٠٤٥	
(٥١٠١٣) ج/ ٣١٠٤٦	
(٥١٠١٤) ج/ ٣١٠٤٧	
(٥١٠١٥) ج/ ٣١٠٤٨	
(٥١٠١٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠١٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠١٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠١٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠١٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠١٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٢) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٣) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٤) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٥) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٦) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٧) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٨) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٩) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٣٠٠) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٣٠١) ج/ ٣١٠٤٩	
(٥١٠٢٣٠٢٣٠٢٣٠٢) ج/ ٣١٠٤	

رقم الإيداع ٢٠٠١/٥٣٦٤
التاريخ ٩٧٧ - ٠٩ - ٠٧١١ - ١

مطابع الشروق

القاهرة: ٨، شارع سبورة المصري - ت: ٤٠٢٣٣٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت: ص.ب: ٨٠٦٤ - هاتف: ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - فاكس: ٨١٧٧٦٥ (٠١)

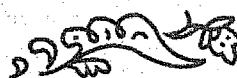
الموسوعة العصرية في الفقه الفقاهي الإسلامي

• هذه هي الطبعة الثانية مدققة وموسعة من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي المجلد الأول للقاضي الفقيه عبد القادر عوده الذي خصصه للقسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة في فقهنا، حيث إن أسلافنا لم يقدموا الناي دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءاتها وأحكامها وعقوباتها. وتبيّن لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاماً التي مضت منذ صدور كتاب القاضي عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية في الفقه الجنائي.

• وهأنذا أقدم القسم العام أملاً أن يشارك أكبر عدد من زملائي من الأساتذة والباحثين المتخصصين في دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التي تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تتقاس بعدد الأساتذة المشاركون فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هي شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هي ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالبة من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليس مجرد تقنيات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوي

الموسوعة العربية في الفقه الجنائي الإسلامي



كتاب عبد القادر عوده

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للكتور توفيق الشاوي والمشاركين

الجزء الرابع من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي

مركز السنهاور

**الموسوعة العربية
في
الفقه العالى الإسلامى**

الطبعة الأولى

١٤٢٢ - ٢٠٠١ م

جامعة جنوب الوسطى الطبع محفوظة

© دار الشروق

أ. سيد محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة: ٨ شارع سيفويه المصري -
رابعة العدوية - مدينة نصر
ص. ب: ٣٣: البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk.com

كتاب عبد القادر عوده

مع تعلیقات آیة الله السید اسماعیل الصدر
وآراء للدکتور توفیق الشاوی والمشارکین

الموسوعۃ العصریۃ

فی

الحقائق العدلیۃ

الجزء الرابع من المجلد الأول
من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي

مركز السنھورا

دار الشروق

تقديم

هذا الكتاب جعل فقيهنا عنوانه "العقوبة"، وسيرى القارئ أننا اعترضنا على هذا العنوان، وأننا نفضل الكلام عن الجزاءات الجنائية بدلاً من العقوبات، لأن تشريعنا الجنائي يختلف جوهرياً عما يسمى الآن بقانون العقوبات. وكلمة الجزاءات أوسع نطاقاً في نظرنا من العقوبات، إذ يوجد في تشريعنا جزاءات مدنية أو مالية (مثل الدية)، وهناك جزاءات تربوية وإصلاحية وقديمية ودينية (مثل الكفارات). هذا في الحدود، أما في التعازير، فإنما تمتاز بأنها لا تحصر في التعازير العقابية، وإنما يوجد إلى جانبها تعازير إصلاحية وتربوية وهي الجزء الأهم في نظرى في التعازيرات، ويدخل ضمنها ما يسمى في القوانين الوضعية بتدابير الوقاية والاحتراز. لذلك لا نوافق على وصف التعازير بأنها عقوبات.

وقد اختلف فلاسفة القوانين الوضعية في نظرهم إلى العقوبات في التشريع الجنائي الوضعي، فبعضهم يُعدّ هدف العقوبة الأصلي الإيلام والزجر، والبعض الآخر يرى أن هدفها يجب أن يكون علاج الجانى لأنـه في الحقيقة مريض، ومرضه ناشئ عن أسباب وراثية أو اجتماعية أو خلقية، فمصلحة المجتمع تستلزم علاجه لأنه أولى بالعلاج منه بالزجر والإيلام.

وقد جمعت شريعتنا بين هذه المدفين، ولكنـها أعطت الأولوية للهدف الإصلاحي والعلاجي، وذلك بتشريع التوبة التي إن صحت تكون أقصر طريق إلى الإصلاح، وتسقط العقوبة وخاصة إذا كانت عقوبة بدنية حدية.

وبذلك، تحولت وظيفة العقوبات البدنية الحدية لتصبح مجرد عقوبة قديمية هدفها التهديد والتخييف لكي تدفع الجانى إلى التوبة. فالنـوبة إذن هي الهدف الأساسي لتشريعنا الجنائي، ولذلك قلنا إنه ليس قانوناً للعقوبات وإنما هو قانون للتوبة.

* * *

أما التعازير، فإنه لا حاجة للقول بسقوطها بالتوبة لأنـها نوعان: أحدهما تعازير عقابية، والثانـى تدابير تربوية إصلاحية. فالقاضى (أو المـفنـى) عندما يقتـنـع بـتـوبـةـ الجـانـىـ يكتـفىـ بـمجـازـاتهـ بـتعـزيـزـ غـيـرـ عـقـابـيـ يصلـىـ إـلـىـ حدـ النـصـحـ وـالتـوـبـيـخـ.

والتوبة في نظرنا هي الأساس الذى تُبنى عليه التشريعات الوضعية وقف تنفيذ العقوبة أو الوضع تحت الاختبار، وكلـاـلـهـماـ يـكـنـ لـلـقـاضـىـ الشـرـعـىـ أنـ يـلـجـأـ إـلـيـهـ لـلـتـأـكـدـ منـ صـدـقـ التـوـبـةـ.

أ - فالوضع تحت الاختبار يسمى في العصر الحاضر probation لفترة معينة حتى يتأكد من نتيجة التدبير التربوي والتهديد بالعقوبة، أى أنه يؤجل الحكم في القضية إلى أن تنتهي مدة هذا الاختبار. فإذا تأكد أن هذا التدبير الإصلاحى حقق الهدف - وهو توبة الجانى وانصلاح حاله - كان له أن يكتفى بالتدبير التربوى الذى أمر به. وإذا تبين له أن المتهم لم ينصلح حاله فيحكم عليه بالعقوبة .

ب - أن يحكم بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة معينة بعدها تصبح نافذة إذا ثبت على الجانى أنه لم ينصلح حاله وأن التدبير التهديي والتربوي والوقائى لم يكن كافيا فلا بد أن يكمله بالعقوبة .

عوذه

٤٣٧- منبع البحث : يقتضى البحث في العقوبة أن نتكلم على :

١ - العقوبة بصفة عامة والمبادئ التي تقوم عليها .

٢ - أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ - تعدد العقوبات .

٤ - استيفاء العقوبات .

٥ - العود .

٦ - سقوط العقوبات .

و سنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع باباً خاصاً .

الكتاب الثاني

في العقوبة (أو الجزاءات الجنائية)

443 - 438

437 - ست أبواب في هذا الكتاب :

يشمل هذا الكتاب ست موضوعات أشار إليها بالترتيب - وخصص لكل منها بابا :

الباب الأول :	مبادئ عامة .
الباب الثاني :	أقسام العقوبات.
الباب الثالث :	تعدد العقوبات.
الباب الرابع :	استيفاء العقوبات.
الباب الخامس:	العود .
الباب السادس:	سقوط العقوبة .

وقد لاحظنا أن سبب تضخم الباب الثاني (الخاص بتقسيم العقوبات) أنه استطرد فيه إلى كثير من الأحكام الخاصة بالجرائم المختلفة لبيان علاقة كل جريمة بالعقوبات المقررة لها، ولم يقتصر على بحث ما يتعلق بالعقوبات من حيث أنواعها وتقسيمها. وقد سبق أن قلنا إننا نفضل عدم الخلط بين أنواع الجرائم وأنواع العقوبات، لكنه ما زال يسير على هذا النهج. وسنكون مضطرين لتابعته في ذلك مع إبداء التحفظ في حينه .

الباب الأول

العقوبة - مبادئ عامة

عاده ٤٣٨ . العقوبة والفرض منها : العقوبة هي الجزاء المقرر لصلاح الجماعة على عصيان أمر الشارع . والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر، وحمايتهم من المفاسد، واستنقاذهم من الجهلة، وإرشادهم من الضلال، وكفهم عن المعاصي، وبعثهم على الطاعة . ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيطر عليهم أو ليكون عليهم جبارا، إنما أرسله رحمة للعالمين . وذلك قوله تعالى : ﴿لَسْتُ عَلَيْهِمْ بِسَيِّطٍ﴾ [الغاشية: ٢٢]، قوله: ﴿وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِجَبَارٍ﴾ [ق: ٤٥]، قوله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ [الأنياء: ١٠٧] . فالله أنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم، وقد فرض العقاب على مخالفته أمره لحمل الناس على ما يكرهون ما دام أنه يتحقق مصالحهم، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدي لفسادهم . فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد وحماية 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) .

عاده ٤٣٩ . الأصول التي تقوم عليها العقوبة: وما كان الغرض من العقوبة هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها، فقد وجوب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدي العقوبة وظيفتها كما ينبغي . والأصول المحددة للغرض من العقوبة هي :

١- أن تكون العقوبة بحيث تمنع الجميع كافة عن الجريمة قبل وقوعها، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنائته وتترجم غيره عن التشبه به وسلوك طريقه . وفي هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات : "إنما موانع قبل الفعل زواجر بعده، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وارتفاعها بعده يمنع العود إليه"^(٢) .

(١) راجع الفقرة ٤٣.

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١١٢ .

عوده

٢ - إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة؛ فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة^(١).

٣ - إذا اقتضت حماية الجماعة من شر الجرم استصاله من الجماعة أو حبس شره عنها، وجب أن تكون العقوبة هي قتل الجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت، ما لم يتبع أو ينصلح حاله^(٢).

٤ - إن كل عقوبة تؤدي لصلاح الأفراد وحماية الجماعة؛ هي عقوبة مشروعة، فلا ينبغي الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها^(٣).

٥ - إن تأديب الجرم ليس معناه الانتقام منه، وإنما استصلاحه. والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق - كما يقول بعض الفقهاء - في أنها "تأديب، واستصلاح، وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب^(٤)". والعقوبات "إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده؛ فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، وهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض"^(٥). ويلاحظ في التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البداء والسفاهة لقول النبي ﷺ : "أقيلاوا ذوى المئيات عشر قسم^(٦)"، ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه؛ فمنهم من يرجو بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس^(٧).

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢، ٢١٥ - تبصرة الحكماء ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها - الإنقاض ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها.

(٢) الإنقاض ج ٤ ص ٢٧١، ٢٧٢ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠، رج ٣ ص ٥٩، ٢٦٠ - اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥، ٢٠٦ .

(٥) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٦) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٧) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ .

438، 439 - المبادئ العامة - تعريف الجزاءات الجنائية وأسسها :

نحن نفضل استعمال كلمة "الجزاء"، لأن كلمة العقوبة أصبحت تشير إلى الرد على أهداف العقوبة بحسبها إجراءات رادعة شأنة - ورزاجمة - في حين أن الجزاءات الشرعية التي يواجه بها المجتمع ارتكاب الجرائم لا تحصر أهدافها في الردع والرجز، إنما تشمل إلى جانب العقوبات جزاءات شرعية أخرى لا يقصد بها الرجز، وإنما يقصد بها الإصلاح والتهديب بل والتربية والتأديب، ويدخل في ذلك كثير من التعازير التربوية التي توصف بأنها من تدابير الوقاية والاحتراف في التشريع الوضعي .

وهذا يتافق مع القول بأن المقصود من التشريع الجنائي هو إصلاح أحوال البشر، سواء منهم من ارتكب الجريمة أو من كان مجنيا عليه فيها أو غيرهما من عامة الناس. وإذا كان الإصلاح يستلزم إجراءات رادعة ورزاجمة تسمى عقوبات، فإنه كلما أمكن الإصلاح بواسطة تدابير أخرى يغلب فيها معنى الإصلاح على معنى العقوبة فهي أولى .

أما وصف الجزاء بأنه جنائي، فإنه يشير فقط إلى أنه جزاء ناتج عن وقوع جنائية أو جريمة، لكن ليس من الضروري في نظرنا أن يكون عقوبة جنائية، فالعقوبات جزء من الجزاءات الجنائية تدخل ضمنها لكنها لا تشملها كلها .

* * *

إننا نقدر جهده في استخلاص المبادئ الأساسية في كتب الفقه، والتي تحدد الغاية من الجزاء الجنائي والأصول العامة التي يقوم عليها .

وسوف نختهدم في الإشارة إلى ما تستوجبه تلك المبادئ في دراستنا، لأننا نعتقد أن دور الفقه لا يقتصر على إبراز الأصول وتأكيدها، بل إن واجبه هو إعمالها في جميع الأحكام الفرعية، وخاصة ما يكون منها موضع خلاف في المذاهب أو الآراء .

لقد عرض علينا فقيهنا خلاصة لما ورد في كتب الفقه عن مسوغات الجزاء الجنائي وأصوله، ومنها يتبين أن المبادئ التي ذكرها شاملة لاعتبارات الردع والرجز والإصلاح وأن الذي يرجح هذا الاعتبار أو ذاك هو مصلحة المجتمع التي يدخل ضمنها مصلحة الأفراد جمِيعا.

❊ أسس الجزاء الجنائي وغايته وأصوله في شريعتنا :

والمصلحة الاجتماعية التي تبرر الجزاء الجنائي هي مقاصد الشريعة التي يضع أساسها الشارع الإلهي في النصوص التكليفية التي تشير إلى المعاصي التي يحرمها الله، ويعقوب على أحقرها بنصوص صريحة (هي الحدود والقصاص) وترك للفقيه الملنن والقاضي المجتهد إلئام ذلك في التعازير .

بل إن القاضي الحكم عموماً (حتى ولو كان مقلداً) له سلطة تقديرية في إطار القواعد الواردة في نصوص الكتاب والسنّة والمبادئ والأحكام الفقهية ونصوص التقنيات إن وجدت على أن عليه في إطار ذلك كلّه مراعاة ظروف الفعل والفاعل والضرورات الاجتماعية أي مصلحة المجتمع .

* * *

والبُدأ الأساسي في الجزاء الجنائي في شريعتنا هو ضرورة التوفيق بين مقتضيات الإصلاح والرجز معاً .

ونحن نؤيده في القول بأن شريعتنا فرضت من الأحكام ما يجمع بين هذين المقصدين الأساسيين للجزاء الجنائي، وهو إصلاح الجاني وحماية المجتمع من الجريمة – بل والتوفيق بينهما – وأنما للذلك تزيل التناقض الظاهر بينهما لأن الرجز هو وسيلة للإصلاح .
لذلك فإننا نتحفظ على قوله بعد ذلك بأن بُدأ العناية بشخص الجاني قد أهملته الشريعة بتحديدتها للعقوبات المقدرة على الجرائم الكبرى التي تمس كيان المجتمع – وهذا في نظرى تعميم لا نقره – وإذا كان البعض قد ذهبوا إلى هذا القول فإن علينا نحن أن نعالج، وسوف نجتهد في ذلك في موضعه .

كذلك نرى أننا هنا بقصد دراسة الجرائم الجنائية (العقوبات) – فيجب أن تكون هي محور البحث في هذا الباب – وإذا كان هو قد عاد إلى تقسيم الجرائم وأنواعها في مواضع عديدة والتزم هذا المنهج، فنحن لسنا في حاجة إلى تكرار ذلك الآن لأن موضعه سيكون في دراسة جرائم القسم الخاص (المجلد الثاني من هذا الكتاب). أما في هذا الباب فسوف نحاول حصر بحثنا في الموضوعات المتعلقة بالجزاء الجنائي والعقوبات.

٤٤٠ نظرية الشريعة في العقاب : يلاحظ أن الأصول التي تقوم عليها العقوبة في الشريعة ترجع إلى أصلين أساسين أو مبدئين عاميين، فبعضها يعني بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية الجرم، وبعضها يعني بشخصية الجرم ولا يهمل محاربة الجريمة، والأصول التي تعنى بمحاربة الجريمة الغرض منها حماية الجماعة من الإجرام، أما الأصول التي تعنى بشخص الجرم فالغرض منها إصلاحه.

ولا جدال في أن بين المبدئين تضارباً ظاهراً؛ لأن حماية الجماعة من الجرم تقتضي إهمال شأن الجرم، كما أن العناية بشأن الجرم تؤدي إلى إهمال حماية الجماعة.

وقد قامت نظرية العقوبة في الشريعة على هذين المبدئين المتضادين، ولكن الشريعة جمعت بين المبدئين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر، وتسمح بحماية المجتمع من الإجرام في كل الأحوال وبالعناية بشخص الجرم في أكثر الأحوال. ذلك أن الشريعة أخذت بمبدأ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توافره في كل العقوبات المقررة للجرائم، فكل عقوبة يجب أن تكون بالقدر الذي يكفي لتأديب الجرم على جرينته تأديباً يمنعه من العودة إليها، ويكتفى لنرجوا غيره عن التفكير في مثلها، فإذا لم يكفل التأديب شر الجرم عن الجماعة أو كانت حماية المجتمع تقتضي استئصال الجرم. وجوب استئصال الجرم أو حبسه حتى الموت. أما مبدأ العناية بشخص الجرم، 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 الجرم، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجان وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضي عند الحكم بالعقوبة.

تقسيم الجرائم: ولقد نشأ عن الجمع بين المبدئين على هذه الصورة أن أصبح لكل مبدأ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهي إليه. ولتنقيم الشريعة معلم واضح للحيز الذي ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين :

القسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع : يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التي تمس كيان المجتمع مساساً شديداً، وهي نوعان لكلاً منهما حكم مختلف .

(أ) - **النوع الأول :** والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود التامة وهي سبع جرائم : (١) الزنا. (٢) القذف . (٣) الشرب. (٤) السرقة . (٥) الحرابة. (٦) الردة . (٧) البغي.

عادة وقد وضعت الشريعة هذه 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 الجانى، وليس لولي الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد اتجهت الشريعة في جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن الجرم إهالا تماما، فشددت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة، ولم تجعل للقاضى أو لولي الأمر سلطانا على العقوبة. وعلة التشديد أن هذه الجرائم من الخطورة بمكان، وأن التساهل فيها يؤدى حتما إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم، وهي نتائج ما ابتنى بها جماعة إلا تفرق شملها واحتل نظامها وذهب ريحها، فالتشدد في هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام، أو بتغيير آخر قصد به مصلحة الجماعة، فلا عجب أن تحمل مصلحة الفرد في سبيل مصلحة الجماعة، بل العجب ألا تضحى مصلحة الفرد في هذا السبيل .

(ب) - النوع الثاني : والنوع الثانى من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية، وهى جرائم القتل والجرح سواء كانت عمدا أو خطأ أو هي على وجه التحديد : ١ - القتل العمد. ٢ - القتل شبه العمد. ٣ - الخطأ .
٤ - الجرح المعتمد. ٥ - الجرح الخطأ .

وقد وضعت الشريعة هذه الجرائم عقوبتين، هما : القصاص أو الدية في حالة العمد والدية في حالة الخطأ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيما أو يستبدل بما غيرهما كما حرمت على ولí الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة، وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى ظروف الجانى وشخصيته .

وإذا كانت الشريعة قد حرمته العفو على ولí الأمر، فإنها قد أباحته للمجنى عليه أو وليه، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه في العمد سقط القصاص وحل محله الدية إذا كان العفو والدية، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا. وفي جرائم الخطأ يسقط العفو الدية. ويترتب على سقوط القصاص في العمد والدية في الخطأ جواز معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

عودة ظاهر ما سبق أن الشريعة تتوجه أصلاً في جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم، وأنها لا تعنى بشخصية الجان وظروفه إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه. وقد منحت الشريعة حق العفو للمجنى 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 بالمجني عليه، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه لم يعد ما يدعو لإهمال شأن المجرم والتشدد في حماية الجماعة، لأن أثر الجريمة الخطر يزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطيرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . الواقع أن المجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صفح عن الجان أو رأى في الديمة فائدة مادية يهمه الاحتفاظ بها. فعلة العفو هي إما الصفح أو الفائدة المادية التي تعود على المجنى عليه وأوليائه، وكلاهما علة مشروعة تخلها الشريعة محل الاعتبار، لأن الصفح معناه القضاء على الخصومات والأحقاد، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضعاف 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 المعقاب عليها بعقوبة تعزيرية، وهي على ثلاثة أنواع:

(أ) جرائم التعازير الأصلية أي كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية . (ب) جرائم الحدود التي لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة، وهي جرائم الحدود غير التامة وجرائم الحدود التي يدرأ فيها الحد. (ج) 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 خصورة جرائم القسم الأول . وهذا كان لها حكم مختلف. ففي القسم الأول تقييد الشريعة القاضي بعقوبة معينة مقدرة، فليس له اختيار غيرها وليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها. أما في القسم الثاني فتترك الشريعة الحرية للقاضي في اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات، كما تترك له تقدير كمية العقوبة الالزامية وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم،

عوده فإن رأى أن ظروف الجرعة وظروف الجرم لا تقتضي التخفيف؛ عاقب الجرم بما تستحقه جريمتة، وإن رأى ظروف الجانى تقتضي التخفيف عاقبه بالعقوبة المalaمة لشخصه وظروفه وسيرته وأخلاقه، وإن رأى أن ظروف الجرعة تقتضي التشديد وظروف الجانى تقتضي التخفيف توسط بين الأمرين فلم يغفل العقوبة ولم يخففها .

وفي هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التي تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجتمعة، فإذا لم تكن ظروف الجانى تقتضي التخفيف؛ روعى في تقدير العقوبة و اختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة، ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار. وإذا كانت ظروف الجانى تقتضي التخفيف، روعى في تقدير العقوبة و اختيار نوعها شخصية الجانى. وإذا كانت ظروف الجرعة تقتضي التشديد وظروف الجانى تقتضي التخفيف، روعى بقدر الإمكان في اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمى الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية المجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار للذاته في هذا القسم، وعفوه لا يسقط العقوبة، ولكن العفو ينظر إليه بعدّه ظرفا قضائيا مخففا للجانى، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجانى أو عفا عنه كان للقضى أن يُعدّ الصلح أو العفو ظرفا مخففا في صالح الجانى. والعلة في عدم إسقاط العقوبة التعزيرية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة، فإذا أسقط العفو على المجنى عليه حقه فقد بقى حق الجماعة، بعكس الحال في عقوبتي القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرهما، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على تقدير أن التعزير حق الجماعة، وهذا لا يظهر أثر العفو في عقوبات التعزير كما يظهر في القصاص والدية لأن عقوبة التعزير فيها حق المجنى عليه وحق الجماعة، فإذا أسقط حق المجنى عليه بقى حق الجماعة، أما القصاص والدية، فهما من حق المجنى عليه وحده، فإذا عفا أسقطهما العفو. العلة في عدّ جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت في جرائم القسم الأول واتجهت في اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإجرام وأهملت شخصية الجانى إهلاكا تماما إلا إذا عفا المجنى عليه في جرائم القصاص والدية دون غيرها. وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول ب نوعيها تمس كيان المجتمع مساسا شديدا. وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع، وذلك هو ما سنبيئه الآن .

عودة

فإن جماعات مهما اختلفت على المبادئ أو اختلفت عليها العصور تشتراك في أنظمة معينة تعيش عليها الجماعة ويقوم كيانها عليها، ولو بمحضها كل الأنظمة التي تقوم عليها الجماعات في كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجماعات تشتراك في أربعة أنظمة هي الدعامات التي يقوم عليها فعلا كل مجتمع على وجه البساطة، وهذه الأنظمة الأربع هي :

- (١) نظام الأسرة .
- (٢) نظام الملكية الفردية .
- (٣) النظام الاجتماعي للجماعة .
- (٤) نظام الحكم في الجماعة .

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التنازل وحاجة هذا النسل إلى من يعوله حتى يبلغ أشدده، كل هذا اقتضى بطبيعته أن يستأنف كل رجل بأمرأة معينة، وأن ينسب إلى نفسه من تلده من الأبناء. وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة، وصار هذا النظام أساسا 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 الطعام والمشرب والملابس والمسكن وأدوات السعي لهذه ولغيرها من المنافع دعته إلى تملك هذه الأشياء والاستئثار بها دون غيره من الناس لنفسه أولاً، ولنفسه ولأسرته بعد أن اقتضى الحال وجود نظام الأسرة. وهكذا وجد نظام الملكية الفردية كما وجد نظام الأسرة. أو جد هما طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء، وسيظل كلاما قائما ما لم تغير طبائع البشر وطبائع الأشياء. ولن تغير حتى تبدل الأرض غير الأرض والسموات . وإذا كانت المبادئ الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتقدين لهذه المبادئ لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقا؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ما تقتضي الطبيعة وجوده والمحافظة عليه، فكل إنسان يجب أن يملأ طعامه وكساءه ومسكنه وأداة عمله وإلا استحال عليه الحياة.

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحريه وحقه في حماية نفسه وأسرته وملكه، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله، وحاجته إلى التعاون مع غيره، كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة .

وتكون الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعي تقوم الجماعة على مبادئه ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم. والنظام الاجتماعي للجماعة مختلف

عوده 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 يصرف شؤونها ويشهر على مصالحها ونظامها الاجتماعي ويوفر الأمان لها في الداخل والخارج. ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد. ففي بعض البلاد يكون الحكم جمهوريا وفي بعضها ملكيا . إلى غير ذلك، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة ضرورية لوجود الجماعة نفسها .

هذه هي الأنظمة الأربع التي يقوم عليها كيان المجتمع، وكل مساس بها يمس المجتمع في أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تخفي هذه النظم من كل اعتداء؛ لأن في حياتهابقاء الجماعة وصلاحيتها للبقاء، وأن كل تناول في حياتها وحياتها يؤدى إلى الخلال الجماعة وسقوطها .

وقد تقصد الشريعة الاعتداءات الخطيرة التي يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدها تمحض في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وهي الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والحرابة والردة والبغى والقتل والجرح في حالتي العمد والخطأ. فالزنا اعتداء على نظام الأسرة، ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرئ أن يشارك الآخر في أي امرأة شاء، وأن يدعى من شاء، أو يتصل من يشاء من الأبناء؛ ولا تنتهي الأمر بغلبة الأقوباء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء . وأخيراً فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة، وفقد الدعامة الأولى من الدعائم التي تقوم عليها الجماعة.

والسرقة اعتداء على نظام الملكية الفردية، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرئ أن يشارك غيره في طعامه وشرابه وكسائه ومسكنه وأداة عمله، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوباء، وكان الجوع والعري والحرمان للضعفاء . فإن إباحة السرقة معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعامتين التي قامت عليها .

والردة اعتداء على النظام الاجتماعي للجماعة؛ لأن النظام الاجتماعي لكل جماعة إسلامية هو الإسلام، وأن الردة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه

عوده التشكك في صحته، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعي موضع التشكك والطعن؛ لأن ذلك قد يؤدي في النهاية إلى هدم هذا النظام.

والبغى اعتداء على نظام الحكم في الجماعة؛ لأن جريمة البغى تعنى الخروج على الحكام ومعصيتهم، أو تعنى طلب تغييرهم أو تغيير نظام الحكم نفسه، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدي إلى إشاعة الخلاف والاضطراب في صفوف الجماعة، ويقسمها شيئاً وأحياناً تقاتل وتشاجر في سبيل الحكم، كما يؤدي إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة والخطاطها .

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 وأيديائهم، والنظام الاجتماعي يقتضي حياة الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم، كما أن نظام الحكم وجده لإقامة النظام الاجتماعي وتوفير الأمان للجماعة، فالتساهل في محاربة هذه الجرائم يؤدي إلى تحكم الأقوياء في الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وانصرافهم إلى التنازع والتناحر واستبطاط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم. وهذا يؤدي بالتالي إلى تفكك الجماعة والخلالها. وقد حرصت الشريعة على لا تصل الجماعة بهذه الحالة، فقررت عقوبة القصاص في حالة العمد والدية في حالة الخطأ، وهي عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة وبث الأمان بينهم وتوفير الطمأنينة في نفوسهم .

وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة؛ لأن القذف في الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض، ولأن القذف ماس بالأعراض، وهو تشكيك في صحة نظام الأسرة. فمن يقذف شخصاً فإما ينسبه لغير أبيه وبالتالي لغير أسرته. وإذا ضعف الإيمان بنظام الأسرة فقد ضعف الإيمان بالجماعة نفسها؛ لأن الجماعة تقوم على هذا النظام .

وجريمة الشرب تؤدي إلى فقدان الشعور، وإذا فقد شارب الخمر شعوره فقد أصبح على استعداد لارتكاب السرقة والقذف والزنا وغير ذلك من الجرائم، فضلاً عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل ويدهّب العقل. والنظام الإسلامي يحرم شرب الخمر تحريماً قاطعاً، فإنما هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التي تقوم عليها الجماعة .

عودة وجريمة الحرابة إن اقتصرت على السرقة فهي اعتداء على نظام الملكية الفردية، وإن صحبها القتل فهي أيضاً اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة، وإن اقتصرت على ترويع المجني عليهم فهي اعتداء على أمن الجماعة. والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعي وعلى نظام الحكم؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم؛ لأن ذلك ضروري لبقاء الجماعة، فإذا لم تكن هذه الجماعة آمنة فمعنى ذلك تفكك الجماعة وانحلالها؛ لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة – وهو حماية أفرادها – معدوم، ولا يحمي الأفراد وينبع الاعتداء على حياتهم وأمنهم إلا تقرير العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء.

هذه هي الجرائم التي تمس كيان المجتمع مساساً مباشراً عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت في تقدير العقوبة شخصية الجاني إبقاء على الجماعة وحماية لها. وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقي الجرائم لا تمس الجماعة من قريب أو بعيد، إذ الواقع أن كل جريمة أياً كانت تمس الجماعة، ولكننا نستطيع أن نقول: إنه ليس في الجرائم كلها ما يمس الأساس الذي يقوم عليها المجتمع مساساً مباشراً مثل الجرائم التي احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لا تمس الأنظمة التي تقوم عليها الجماعة، وإن مست هذه الأساس فإنها لا تمسها مساساً مباشراً وخطيراً، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجاني في الجرائم التي تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التي يقوم عليها، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية وبقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والأثار في النوعين.

علة التفرقة في العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية: تُعدّ الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بكيان المجتمع وبالأسس التي يقوم عليها. وبالرغم من هذه التسوية فقد أبى للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة في جرائم القصاص والدية ولم تبح له أن يعفو في جرائم الحدود، وعلة 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 والحرابة والقذف والشرب والردة والبغى هي في ذاكما هديد للجماعة واعتداء على أنها ونظمها أكثر مما هي هديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يحزنه ماسرق منه بقدر ما يهدده هذا

عوده العمل ويخيفه على بقية ماله وبقدر ما يخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده وبههد أموالهم بخطر السرقة. ومثل ذلك يقال عن بقية جرائم الحدود فضررها على الجماعة أشد من ضررها على الأفراد. أما جرائم القتل والجرح، فهي تصيب الأفراد بأكثر مما تصيب الجماعة وتُعد إلى حد ما جرائم شخصية بمعنى أن مرتكبها لا يقصد الاعتداء على كل شخص يلقاه. إنما يقصد الاعتداء على شخص بعينه، فإذا لم يستطع الوصول إليه لم يعتد على غيره، وهذا لا يهز الاعتداء الجماعي إذا وقع ولا يؤثر على أنها تأثيراً شديداً. أما السارق مثلاً فإنه يطلب المال أين وجده، فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أي شخص آخر؛ لأنّه يقصد المال وهو في يد كل الأفراد، وكذلك الزاني فإنه لا يطلب امرأة بعينها إنما يطلب المرأة أياً كانت فإذا تعسرت عليه امرأة بحث عن غيرها.

ولأن جرائم القصاص والدية تمس الفرد أكثر مما تمس الجماعة، ترك للمجنى عليه وأوليائه أن يختاروا بين القصاص والدية في حالة العمد، وجعلت الدية من حق الجني عليه كتعويض له عما أصابه من الجريمة، وترك له أن يغفو عن القصاص وعن الدية معاً.

٤٤٠ - اتجاه أوسط متوازن في نظرية الشريعة يجمع بين الزجر والإصلاح :

يقصد بنظرية الشريعة في العقاب مجموعة المبادئ والأصول التي تراعى في اختيار نوع الجزاء الجنائي ومقداره .

وهو يبدأ بعرض اتجاهين متطرفين في النظريات الوضعية، أحدها يرجح الزجر والردع كهدف للعقوبة، والثاني يرجح الإصلاح والعلاج .

ويأخذ على الاتجاه الأول أنه لا يهتم اهتماماً كافياً بشخصية الجاني وظروفه وما يلزم لإصلاحه، ويأخذ على الثاني أنه يهمل عنصر الزجر والردع كضرورة للإصلاح في كثير من الأحيان .

وشرعتنا لها منهج وسط يوازن بين هاتين الغايتين، بل يوفق بينهما بقدر الإمكان. فهو يهتم بمصلحة الجماعة، ولا يهمل مصلحة الفرد سواء كان جانياً أو مجنياً عليه، أو غيرهما من قد يتوجه لارتكاب الجريمة إذا لم يكن الجزاء الجنائي كافياً لتخويفه وردعه .. *

هذا المنهج الشرعي المتوازن هو الذي يجعلنا نتعرض على ما بدر منه مرات عديدة من قبل، ويعود إليه قائلاً إن شريعتنا "أهملت" مبدأ العناية بشخص الجرم في الجرائم التي تفرض فيها عقوبات مقدرة (حداً أو قصاصاً) لأننا سبق أن قلنا إن مبدأ درء الحدود بالشبهات (الذي يطبق أيضاً في القصاص) يفتح الباب أمام الفقه والاجتهاد والتقنين لوضع الأحكام المناسبة التي تجعل مراعاة ظروف الجرم داخلة ضمن الشبهات أو الأسباب التي تمنع الحد والقصاص، وتوجب التعزير الذي هو الأصل في نظرنا في جميع الجرائم بما في ذلك الجرائم الخطيرة التي نص الشارع لها على عقوبة مقدرة حداً أو قصاصاً إذا تعطل تطبيق العقوبة المقدرة لعدم توافر شروطها . *

تأييداً لفكتره في التوازن والتوازن، عرض أنواع الجرائم وأقسامها لبيان الغاية من عقوبة كل منها .

وقد أبدينا ملاحظتنا قائلين إن تقسيم الجرائم بحسب نوع عقوبتها ومقدارها هو الأسلوب الذي تتبعه القوانين الوضعية، بل والفقه في عمومه سواء كان إسلامياً أو غير إسلامي. ولكن انتقادنا لأن الأولى هو في نظرنا أن يعني الفقه بتقسيم الجرائم موضوعياً بحسب نوع الحقوق التي تحددها أو تُعدّ اعتداء عليها. وفي اعتقادنا أن نوع

الجزاءات الجنائية (العقوبات) هي التي تتبع نوع الجريمة وخطورتها :

الجريمة وخطورتها هي التي تبين بوضوح سبب اختيار نوع العقوبة والغاية منها؛ فالعقوبة تابعة للجريمة وليس العقوبة هي التي تتبع العقوبة .
ثم إن تقسيم الجرائم بحسب عقوبتها، قد سبق له أن بحثه من قبل (البنان 51، 82). فكنا نفضل عدم العودة إليه هنا وأن نبين موضوع الجريمة التي تستوجب العقوبة أو الجزاء .

إنه أشار إلى تقسيم الجرائم إلى قسمين أساسين، بحسب موقف الشريعة (بالمعنى الضيق أي الكتاب والسنة) من تحديد العقوبة ونوعها. القسم الأول يضم الجرائم ذات العقوبات المقدرة بنص في الكتاب والسنة، وهو يشمل ما يسمى جرائم الحدود بالمعنى الواسع وعددها النوع الأول من هذا القسم، ويدخل ضمنه عقوبات القصاص والدية.

أما التي عدّها القسم الثاني، فتشمل ما يستحق التعزير. هذا القسم الثاني وصفه بأنه الجرائم الأخرى أو الجرائم ذات عقوبة غير مقدرة بنص شرعى في الكتاب أو السنة، أو بعبارة أدق ترك المشرع الإلهي تقديرها للإجتهد أو للفقهاء والقضاء – (ويدخل ضمنه التقين الذي هو الإجماع العصرى في نظرنا) – والتي تسمى عادة "التعازير" .

في هذا القسم الثاني نوعان :

النوع الأول هو الجرائم المسماة : ويشمل ما سماه جرائم الحدود عندما لا تتوافر فيها الشروط الالزمة لكي يعاقب عليها بعقوبة مقدرة .. وما سماه جرائم الحدود غير التامة (أى الشروع) .. وكذلك جرائم الحدود التي يدرأ فيها الحد لشبهة ...
كما أدخل ضمنه أيضاً جرائم القصاص والدية التي قال إنه يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة ... ويكتفى فيها بالتعزير لأنها لم تتوافق فيها شروط تطبيق عقوبة القصاص أو الدية، لذلك عدّها ضمن النوع الأول من جرائم التعازير * .

إن هذا التفصيل الدقيق يؤيد ما قلناه دائمًا وكررناه من أن التعازير هي الجزاءات العامة الأصلية في جميع أنواع الجرائم، بما في ذلك الجرائم التي قدر لها المشرع عقوبة حد أو قصاص أو دية عندما تتوافق فيها شروط معينة تستلزم تشديد العقوبة، أو بعبارة أخرى عندما يضاف لأركان الجريمة ظرف مشدد يستوجب عقوبة أشد ...

* وقد لاحظنا أن المجلد الثاني من هذا الكتاب، الذي عرض فيه القسم الخاص، أكثف بدراسة هذا النوع الأول .

جرائم التعازير "غير المسماة" :

وهناك من يعترضون على قولنا هذا لأنهم يُعدُّون الجريمة العاقب عليها بحد أو قصاص جرائم بذاتها، وعقوبتها الأصلية هي العقوبة المقررة لها بنص شرعى. أما إذا لم تتوافر الشروط الالزمة لتوقيع العقوبة المقدرة، فإن الفعل يعاقب عليه تعزيزاً، ومنطقهم يستوجب أن يُعدَّ جريمة أخرى. ونحن لا نوافق على هذا النظر لأنه لا يفرق بين أركان الجريمة والظروف المشددة .

النوع الثاني: جرائم التعزيز "غير المسماة" :

يمكننا وصف هذه الجرائم الأخرى، العاقب عليها بالتعزيز "جرائم غير مسمة" تبييناً لها عن جرائم الحدود والقصاص - وما هو من جنسها - التي نصفها بأنها "جرائم مسمة بنصوص شرعية" عندما تقترن بالظرف المشدد الذي يستوجب العقوبة المقررة .

ونضيف لذلك أن التقنين أو الفقه أو القضاء عندما يقرر التعزيز على فعل يُعدُّ من جنس إحدى جرائم الحد والقصاص، يمكنه أن يعطي الجريمة الاسم المناسب لها لكنه يميزها عن الجريمة المشددة فتصبح مسمة فقهاً أو تقنياناً، وليس مسمة بالكتاب والسنة. ودعوتنا للتقنين من أهدافها أن يقوم المقنن بتعريف كل جريمة وبيان أركانها وشروط العقاب عليها، وبالتالي إعطاؤها الاسم المناسب الذي يميزها عن غيرها من الجرائم ... ويمكنه أن يميزها عن الجريمة ذاتها عندما يتواافق فيها الظرف المشدد الذي جعله المشرع الإلهي سبباً لفرض عقوبة حدية أو قصاص وتستحق التعزيز عند عدم توافر الشروط التي تستوجب الحد أو القصاص ومنها حالة وجود شبهة .

وهنا يجب أن نشير إلى أن فقهاءنا لم يتكلموا عمما نسميه "الظروف المشددة" لأن هذا الأسلوب المدرسي مستحدث يهدف لعدم التوسيع في أنواع الجرائم وتنوعها .

تشيا مع هذا الاتجاه، يمكن أن نسير في فقهنا على أن كل فعل يستحق عقوبة مقدرة عند توافر شروط معينة هو جريمة تعزيزية بذاتها من جنس جرائم الحدود والقصاص، فإذا أضيف إلى الأركان ظرف مشدد صار جريمة أخرى لها تسميتها الواردة في النص الشرعي الذي حد العقوبة المقررة طالما أن عقوبتها مختلفة، ولا غصاضة أو مشقة في ذلك لأن العقوبات المقدرة في الكتاب والسنة محدودة العدد، وبذلك تكون الجرائم المسمة بالكتاب والسنة هي العاقب عليها بحد (وهي سبعة كما ذكر

مراعاة ظروف المتهم تدخل في نطاق مبدأ درء الحدود بالشبهات :

وإن كان آخرون يكتفون بخمسة) وكذلك العاقب عليها بالقصاص أو الدية وهي أيضاً محصورة في القتل والجرح والضرب أى الاعتداء على حياة الإنسان أو سلامته جسمه

ما عدا ذلك يشمل ما عبر عنه بالجرائم الأخرى (التعزيرية) - وهى كل الجرائم عدا ما تُعدّ عقوبته مقررة (وتتدخل ضمن القسم الأول) وعددتها قليل .

هذه الجرائم الأخرى وصفناها بأنها جرائم غير مسممة (تعازير)، لأن عقوبتها غير مقدرة شرعاً، وعلى الفقه والقضاء والتقنين (وهو ما تُعدّ الإجماع في عصرنا) أن يحدد لكل فعل عقوبته ويعطيه الاسم الذي يختاره: وبذلك يمكننا أن نصفها الآن بأنها جرائم غير مسممة لأن عقوبتها ليست مقدرة بنص شرعى - أى في الكتاب والسنة - وقد تأخذ اسمها بعد ذلك في التقنين الذي يقدر لها نوع العقوبة ومقدارها ويعطيها تسمية مستحدثة تميزها عن غيرها، لكنها تسمية "اجتهادية" وليس لها شرعية لم تقرر بنص شرعى بالمعنى الضيق

وفي سعيه لتمييز جرائم القسم الأول، التي عدّناها مسممة (الحدود والقصاص)، وصفها بأنها "ماسة بكيان المجتمع"، أى أن الحق المعتدى عليه فيها والذى قدده هو من القيم أو الحقوق الأساسية في نظام الجماعة وكيانها - وهذا هو ما نؤيده - لأنه يبرز الأساس الموضوعي الذي يسُوّغ اهتمام المشرع الإلهي بها وحرصه على إبراد نص في الكتاب أو السنة يحدد نوع العقوبة بل ومقدارها وكثير من أحكامها بما في ذلك أدلة ثبوتها أو ثبوت الظرف المشدد في ظرفنا .

لكننا لا نوافق على قوله بأن هذه العقوبات المقدرة حداً واجبة دون نظر إلى شخصية الجاني، ولا قوله إن شريعتنا حرمـت على القاضى أن ينقص من هذه العقوبات أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .. وأن عليه أن يحكم بها دون نظر إلى ظروف الجاني وشخصيته. وسبب اعتراضنا أنه يتتجاهـل مبدأ أصولياً مهماً يجب درء الحدود بالشبهـات .. ونحن نرى أن الشـبهـات التي تدرأـ الحـدـ أوـ القـصـاصـ يـدخلـ ضمنـهاـ ما تستلزمـهـ ظـروفـ الجـانـيـ وـشـخصـيـتهـ كـماـ قـدـمنـاـ مـنـ قـبـلـ،ـ وـأنـ التـعـزـيرـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ يـعـنيـ عـنـ الـحـدـ أوـ الـقـصـاصـ وـهـوـ أـقـلـ مـنـهـاـ.

المجتمع له مصلحة في توقيع عقوبة القصاص عندما يطلب من له الحق

في ذلك ويصر عليه :

وعلى ذلك، فإننا لا نوافق على القول بأن النص الشرعي على عقوبة مقدرة معناه أن الشريعة "تحرم على القاضى أن ينقص من تلك العقوبة".

وصحيف أننا نوافقه على القول بأنه لا يجوز للقاضى أن يزيد من تلك العقوبات المقدرة (حداً أو قصاصاً)، لأن الشارع قصد أن تكون عقوبات قصوى، ونرى أنه قصد بذلك أنه في حالة الحكم بها على المتهم في تلك الجرائم ذاتها لا يجوز للقاضى أن يضيف إليها عقوبة أخرى وإن جاز له فرض تدابير وقائية مع العقوبة المقررة.

لقد قال إن الجرائم المعقاب عليها بالقصاص "إن كانت ماسة بكيان المجتمع ... إلا أنها تس المجني عليه أكثر. وهذه العبارة الأخيرة لا نوافق عليها إلا إذا كان المقصود هو حالة الحكم بالقصاص، لأن الذى بهم المجني عليه في حالة ثبوت الجريمة أو إدانة المتهم بارتكابها، هو أن تشدد العقوبة بناء على طلب المجني عليه أو ولد الدم، وإصراره على طلبه أن تكون قصاصاً. فحق المجني عليه متعلق فقط بتشديد العقوبة لتكون القصاص الذى منحه الشارع حق طلبه أو العفو عنه، التزاماً بمبدأ التكافؤ في الدماء وسلامة الأجسام بين الأفراد، ولذلك أعطى من اعتدى على حقه في الحياة أو سلامته بدمه أن يطلب القصاص وأن يصر عليه طالما أنه لم يحصل على ترضية تقنعه بالتنازل عنه.

صحيف أن المجني عليه أصحابه ضرر مباشر من الجريمة بفقد حياته وهي أعلى ما عنده - أو فقد أحد أعضائه وسلامة بدمه - ولذلك أعطى له، ولو لدمه في حالة الوفاة، حق المطالبة بعقوبة مائة على الجاني، وأعطى له كذلك حق التنازل عن هذه العقوبة لا عن العقوبة الأصلية وهي التعزير. لكن رأينا أن سلامه فرد في المجتمع وحصانة حياته هو حق للمجتمع ذاته بدليل أنه لا يعطيه حق قتل نفسه ويحرم الانتحار ويعاقب على الشروع أو المشاركة فيه، بل يقرر عقوبة حدية عليه إذا أفسد أعز أعضاء بدمه وهو العقل بشرب الخمر، ولذلك فإن قيام الفرد بإيذاء نفسه بقطع أحد أعضائه لا يجوز أن يمر بدون عقاب. وباب التعزير يسع كل ذلك. إن حياة أى فرد أو سلامه أعضائه ليست حقاً خالصاً له. بل إن المجتمع يعُد ذلك كله من حقوقه التي يحميها ولو اقتضى الأمر بتوقيع جزاء جنائي على الاعتداء عليها في جميع الأحوال.

الدعوى الجنائية ملك المجتمع، وليس للمجنى عليه التنازل عنها، وجزاؤها الأصلي هو التعزير :

هذا كله، فإننا نعد كل ما يقرره المشرع من حقوق للمجني عليه أو ولد المدين بغير مسوقة خاصة أو شخصية وإنما هي مقررة أولاً لصالح المجتمع الذي له مصلحة مباشرة في تحريم الاعتداء على حياة أي فرد من أفراده وسلامة بدنها، ولو وقع الاعتداء من الشخص نفسه. ثم إن له مصلحة في إطفاء جذوة الانتقام والثار واستئصالها من المجتمع، ولذلك أعطى للمجني عليه أو ولد المدين حق التنازل عن القصاص، بل شجعه على ذلك ليكون التصالح والعفو دليلاً على انتفاء نية الثأر وسيادة الصلح والوئام في المجتمع.

- 1 - أن تقرير هذه العقوبة البدنية المشددة قصد به أولاً زجر كل من تحدثه نفسه بالاعتداء على حياة أى فرد في المجتمع وتخويفه من هذا المصير، ولذلك يتحقق أمن أكبر لأفراد المجتمع على حيائهم وسلامة أبدائهم. وهذا أمر يتتجاوز حقوق الفرد المعتدى عليه الذي هو حياته فعلاً - في جريمة القتل - وما هو دونه مما يمس سلامته البدن.
 - 2 - أن إعطاء المجنى عليه وولي دمه حق المصالحة والتنازل عن القصاص هو وسيلة لتمكين الطرفين من التعاون على قفل باب مسلسل التارات المتداخلة والمتركرة والتي توسيع الخرق الذي أحدهاته الجريمة ليتسع جرائم متتابعة ومتعددة تخل باستقرار الجماعة وتضامن أفرادها، وهذا أيضاً يتتجاوز حقوق الفرد المجنى عليه بل وحياته التي قد يكون فقدتها في جريمة القتل.
 - 3 - أن مجرد الاعتداء على حياة المجنى عليه أو سلامته بدنه هو بذلكه ضرر على المجتمع لا يقل عن الضرر الذي أصابه أو أصابه ولي دمه - لأن المجتمع في الحقيقة هو ولي الدم لجميع أفراده ومن يتسبون إليه بما فيهم هذا المجنى عليه. وإذا كان المشرع قد

● جميع الجرائم تضر بالمجتمع، وهو صاحب المصلحة الأولى في الجزاء الجنائي :

أعطى ملن يُعذّبون أولياء الدم في حالة القتل أن ينوبوا عن القتيل في طلب القصاص أو الثأر أو التصالح والتنازل عنها، فلا يعني ذلك أنه تخلى عن إعطاء الجماعة مثل هذا الحق. بل كل ما هنالك أنه عَدَّ أن قرار المجنى عليه أو ولدته في هذا الصدد يعبر عن رأى الجماعة بحسبانه مفوضاً عنها، لكنه لا يعني حتماً في نظرنا أن الجماعة ليس لها هذا الحق

لهذا السبب، نصر على قولنا بأن هذه العقوبات ليست حقاً خالصاً لأى فرد، بل هي حقوق للجماعة فوضت فيها من أعطتهم حق طلب القصاص أو التصالح والعفو.

* * *

لذلك، فإنه فيما عدا نوع العقوبة في حالة ثبوت الجريمة والظرف المشدد لها وإدانة المتهم، فإن الدعوى الجنائية بطلب فرض عقوبة تعزيرية على الجاني هي دعوى عامة، وليس الدعوى الجنائية ملكاً للمجنى عليه أو ولدته كما يفهم خطأً من أقوال بعض الفقهاء الذين يقصدون بذلك الدعوى بطلب عقوبة القصاص وحدها.

وأخطأ الشائع ناتج عن الظن بأن القصاص هو العقوبة الوحيدة لهذه الجرائم. وبما أن المجنى عليه له الحق في القصاص، فإن البعض يفهم من ذلك أنه صاحب الدعوى الجنائية. ونحن نرفض هذا الرعم، وما يبني عليه من القول بأن هذه الجرائم تمس المجنى عليه إلا إذا أضفنا لذلك أن الدعوى عامة، لكن للمجنى عليه أولوية الحق الشخصي في طلب تشديد العقوبة، أي توقيع عقوبة مشددة هي القصاص وله التنازل عنه إذا صدر منه عفو أو تصالح، وهذا تنازل عن التشديد، وليس تنازلاً عن العقوبة الجنائية، لكن الدعوى الجنائية الأصلية وهي دعوى التعزير باقية، وهي ملك المجتمع لا يملك أحد التنازل عنها.

جرائم القسم الثاني التي يصفها بأنها معاقب عليها تعزيزاً بعقوبات غير مقدرة - ونصفها نحن بأنها غير مسماة - فإننا نرى لمزيد من الوضوح أن يقال إنها غير مقدرة بنص صريح في القرآن والسنة، ولكنها في نظرنا يجب أن تكون عقوبتها مقدرة بنص في التقنين الشرعي أو الفقه الذي يتلزم القاضي (غير المجهود) بتطبيقه.

إنه يصف هذه الجرائم بأنها هي العاقب عليها بالتعزير، مما قد يفهم منه أنها هي وحدتها التي تطبق فيها التعازير، مع أنه سبق أن قرر أن الجماعي عليه هو أن التعازير تكون

نعارض وصف بعض الجرائم بأنها "شخصية" :

واجبة في جرائم الحدود والقصاص في حالة تuder الحكم بالعقوبة المقدرة في النص الشرعي لوجود شبهة كما أشرنا إلى ما يؤيد ذلك من أقواله وإن كان وصفها بأنها جرائم تعزيرية "غير أصلية".

والفرق الوحيد بيننا وبين بعض الفقهاء والباحثين أنهم يعُدُون أن العقوبة الأصلية في بعض الجرائم (الحدود والقصاص) هي العقوبة المشددة المقدرة نصاً في الكتاب والسنة ولكن عقوبتها تخفف لوجود شبهة ويحل محلها التعزير. وظاهر أن فقيهانا يتعارض هذا الرأي لأنه يقول بأن عفو المجنى عليه أو ولد الدم في جرائم القصاص يعُدُ في نظره "ظروفاً مخففة".

أما نحن، فنصر على أن العقوبة الأصلية في جميع الجرائم هي التعازير، لكنها تشدد في حالة توافر ظروف معينة تستوجب عقوبة مشددة مقدرة شرعاً عند توافر هذا الظرف المشدد؛ أما إذا لم يتتوافر في الواقع الجزاء التعزيري الذي هو الأصل في نظرنا.

فالفرق في الرأيين هو: هل الأولى عَدُّها جريمة تعزيرية مصحوبة بظروف مشددة يوجب الحد الذي يتمتع عند عدم توافر شروط هذا الظرف المشدد، أم أنها جريمة حدية لكن تنقص عقوبتها عند وجود ظرف مخفف ناتج عن وجود شبهة أو عدم توافر شروط الحد مما يخفف الجزاء الجنائي و يجعله تعزيراً.

* * *

في عرضه لجرائم الحدود، بذل جهداً مشكوراً في بيان أن الجرائم التي قدرت لها النصوص الشرعية عقوبة حدية إنما تحدد بصورة مباشرة نظم الجماعة والقيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، وأولها نظام الأسرة التي هي الأخلاق الأولى في المجتمع وقررت شريعتنا حمايتها بتقرير حد على مرتكبي جرائم الزنا والقذف.

أما إشارته إلى مبدأ حماية ملكية المال بتقرير حد السرقة، فلا توافق على تخصيصها بالملكية "الفردية"؛ فالحماية توجب العقاب على العدوان على الملكية سواء كانت فردية أو جماعية، لأن حماية الملكية بجميع أنواعها هي أساس النظام الاقتصادي للمجتمع في نظرنا.

وقد أشار إلى أن الفرق بين النظم الاشتراكية والرأسمالية ينحصر في تحديد نطاق كل من النوعين من أنواع الملكية. ففي جميع الأنظمة يوجد قدر من الملكية العامة وقدر

نظامنا الاجتماعي يقوم على احترام جميع الحقوق الإنسانية وحرماها
وليس حق الملكية الفردية للمال وحده :

من الملكية الفردية. لكن النظم الوضعية بعضها متطرف في توسيع نطاق الملكية الفردية "ويسمى نظما رأسمالية"، والنظم الاشتراكية تتبع في الملكية الجماعية. ويُسرنا أنه يؤكّد على استقلال النظام الاقتصادي الإسلامي عن النظم الوضعية سواء وصفت بأنها اشتراكية (أو شيوعية) أو رأسمالية فلا ينحاز شرعاً للمتطرفين في النظريتين .

الحق أنّ النظام الاجتماعي في شريعتنا أوسع نطاقاً من النظريات الوضعية المادية المستحدثة التي ترتكز على المال كمحور للنظام الاجتماعي، في حين أنّ الشريعة تقيم نظامها الاجتماعي على قيم أخلاقية وسلوكية تتميز بها وتؤديها ركائز النظام الاجتماعي ولا يقتصر نظامها الاجتماعي على المال .

أهم هذه القيم هي احترام حقوق الإنسان وحرماته، وأولها حقه في الحياة وسلامة جسمه. ولذلك، فإن العدوان على حياة الأشخاص أو سلامتهم أبداً لهم وعقوفهم وحرمة مسكنهم وكرامتهم وإرادتهم وشرفهم وحياتهم الخاصة والأفعال التي تحدد هذه القيم الاجتماعية الأساسية هي جرائم تحدد الكيان الاجتماعي. ولذلك خصها مشرعونا بعقوبات مقدرة بنص شرعى جداً أو قصاصاً .

إنه يجاري من يصفون بعض الاعتداءات بأنها جرائم ضد الأفراد، وهؤلاء يدعون خطأً أن شريعتنا تؤيد أن هذه الجرائم "تصيب الأفراد أكثر مما تصيب المجتمع" أو أنها كما يقول : "تؤدي إلى حد ما جرائم شخصية"، ونتيجة لهذا التصور يحاول الموازننة بين جريمة القتل التي يُعدُّها جريمة شخصية (لأن فيها قصاصاً)؛ وجريمة السرقة التي يُعدُّها ماسة بنظام المجتمع فهي ليست شخصية لأن عقوبتها حدية . وهو قول لا نقره مطلقاً وناتج عن الخلط بين مبدأ الجزاء الجنائي الذي هو حق ثابت دائم للمجتمع ووجوب القصاص كحق شخصي في تشديد العقوبة بدلاً من التعذير .

وسبب هذا الفهم الذي نعارضه أنهم يظلون أن الفرد المجنى عليه ما دام له الحق في العفو أو طلب القصاص، فمعنى ذلك أن الجريمة اعتداء عليه في الدرجة الأولى . وهذا غير صحيح كما قدمنا، لأن حق الجماعة يستوجب التعزير دائماً . والجنى عليه لا حق له

﴿ لا نقول بأن وجوب عقوبة شرعاً يستلزم إهمال الظروف الشخصية للجاني : ﴾

له في العفو عن التعزير؛ وهو في نظرنا الجزاء الأساسي والأصلي. أما القصاص، فهو عقوبة استثنائية قصوى مشددة وهي حق للجماعة أيضاً، لكن لا يحكم بها إلا إذا طلبها المجنى عليه أو وليه وأصر على ذلك. فهؤلاء مهمتهم محصورة في طلب تشديد العقوبة والإصرار عليه لا في مبدأ وجوب الجزاء الذي يستوجب التعزير في جميع الجرائم * .

* وقد أشرنا من قبل (في تعليقنا على تقرير السنهوري) إلى أننا لا نافق على وصف بعض العقوبات بأنها شخصية (للمجنى عليه) قياساً على وصف بعض الجرائم في القانون الروماني بأنها جرائم شخصية .

عودة ١٤- نظرية العقاب في القوانين الوضعية :

كانت القوانين الوضعية حتى أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى الجرم نظرة تفيف عنفاً وقسوة، وكان أساس العقوبات المبالغة في الإرهاب والانتقام والتشهير. وكان من العقوبات المقررة المعروفة بها قانوناً الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة حمامة في النار ولبس أطواق من الحديد والنفي والجلد والحبس. ولم تكن العقوبات في الغالب تناسب مع أهمية الجرائم التي قررت لها؛ فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التي ذكرناها وفظاعة بعضها، فإن عقوبة الإعدام كانت جزءاً لكثير من الجرائم البسيطة. فمثلاً كان القانون الإنجليزي حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على مائتي جريمة بعقوبة الإعدام. ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما، أى ما يقابل خمسة قروش تقريباً في العملة المصرية، وكان القانون الفرنسي يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة.

وكما كان الإنسان حتى أهلاً للمسؤولية والعقوب، فكذلك كان الأموات، بل كذلك كان الحيوان والجماد، فكان القانون يجيز محاكمة الإنسان حياً ويجيز محاكمته ميتاً ويجيز محاكمة الحيوان والجماد، ويجيز توقع العقوبة على الإنسان الحي الذي يحس ويتألم ويفكر ويعقل كما يجيز توقع العقوبة على جثث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل، بل كان يجيز توقع العقوبة على الحيوان الأبكم الذي لا يستطيع التفكير في جريمته والدفاع عن نفسه، ويجيز توقعها على الجماد الذي لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالمحاكمة ولا يتآلم من العقوبة.

وكان الأساس الذي تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من الجرم وإرهاب غيره. وفكرة الانتقام والإرهاب هي التي سوّغت تقرير العقوبات القاسية، وهي التي سوّغت التمثيل بالجرم وتشويه جسمه، بل هي التي سوّغت محاكمة الأموات ومحاكمة الحيوانات والجماد، فالميت والجماد لن يشعر أحدهما بالمحاكمة ولن يحس بالعقوبة، والحيوان لا يشعر بالمحاكمة أو لا يفقه معناها، وقد يحس بالعقوبة ويتألم منها ولكنها لن تردعه عن الفعل إذا حوكمن بأجله؛ لأنّه لا يعقل شيئاً من المحاكمة ولا يفهم سبب العقوبة، ولكن محاكمة الأموات والجمادات والحيوانات وإنزال العقوبات بالجميع تؤدي إلى إرهاب الناس أيها إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خيراً تمثيل.

عوده وفي القرن الثامن عشر، بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذي تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخر، فأخذ "روسو" يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعي، ويرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من الجرم ومنعه من إيهاد غيره. وبور "بكاريا" العقوبة بأنها حق الدفاع يتراز عن الأفراد للجماعة، وأن الغرض منها هو تأديب الجرم وزجر غيره. وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء، فطبقوها في القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٧٩١ . ثم جاء "بيتام" فيبر العقوبة بمنفعتها للجماعة حيث تقوم بمحابيتها، واستوجب في العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجاني وزجر غيره. ثم ظهر رأي "كانت" وهو يبرر العقوبة بالعدالة، ورأى البعض التوفيق بين مذهب المنفعة ومذهب العدالة، فرأى إلا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسمح به العدالة .

وتناتز النظريات السابقة بأنها قابلة لشخصية الجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكلة العقاب حلا يحسن السكوت عليه.

وظهرت بعد ذلك النظرية العلمية أو النظرية الإيطالية وهي تقوم على إهمال الجريمة إهمالا تاما والنظر إلى شخصية الجرم، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقلية الجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته، فالجرم المطبوع على الإجرام يعد بإعادا مؤبدا عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام، ولو كانت جريمته بسيطة، والجرم الذي اعتقد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا ثبتت منه العادة، والجرم الذي يجعل منه المصادرات والظروف مجرما يعقوب عقابا هينا ولو كانت جريمته خطيرة، والجرم الذي يرتكب الجريمة تحت تأثير العاطفة لا ضرورة لعقابه .

ولم تفلح النظرية العلمية في حل مشكلة العقوبة أيضا، لأنها تنظر إلى الجرم وتميل إلى العدالة، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود، ولأنها ترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم من ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت؛ لأنها تحفل بالجريمة وتحمل شأن الجرم، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحفل بالجرم وتميل إلى العدالة، فرأوا أن يدمجا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات ويفقديما عليهما نظرية جديدة بحيث يتمثل في العقوبة على كل جريمة فكرتان: فكرة التأديب والزجر، وفكرة

عادة شخصية الجرم، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة، لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداها الأخرى في أكثر الأحوال، فالنظر في كل عقوبة إلى شخصية الجرم لا يحقق دائمًا فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن والنظام والأخلاق، والأخذ بفكرة حماية المجتمع في كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية الجرم في الجرائم الخطيرة وبالبساطة على السواء .

ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب الجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة في الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسي، فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداء استئصال كلما كان الجرم غير قابل للإصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع وإرهاب من تحديه نفسه بارتكاب الجرائم، وقد أيد الاتحاد الدولي لقانون العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوروبية ومنها ألمانيا .

وهذه الاتجاهات جميعاً تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون الجرم، وإما على النظر إلى الجرم دون الجريمة، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكريتين .

هذه هي النظريات المختلفة عن العقوبة في عالم القوانين الوضعية. وظاهر من استعراضها أن شراح القوانين الوضعية يتوجهون اتجاهات مختلفة ينافق بعضها بعضًا. وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة في كل القوانين الوضعية، فاختارت كل دولة لنفسها اتجاهها خاصاً 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 حل محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات - لأن يقرر وجوب الاسترشاد بما تظهره التجارب، وأن يقرر أن أحسن نظام جائي هو الذي يؤدي عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة .

وقد حاول واضعو القوانين أن يجمعوا بين هذه النظريات والاتجاهات المختلفة بقدر الإمكان، وأن يتغلبوا على ما وجه إليها من انتقادات بحلول عملية بحثة. ويعكينا

عوده أن نتخذ القانون المصري مثلا في هذا الباب لغيره من القوانين الوضعية الحديثة، كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التي أخذ بها القانون المصري فيما يلى :

أولا : أخذ القانون الجنائي المصري بالمبدا القائل بأن الغرض من العقوبة حماية الجماعة، وجعل هذا المبدأ أصلا وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم بحيث تكفى العقوبة لتأديب الجرم على فعلته وجزر غيره عن التفكير في مثلها.

ثانيا : وأخذ القانون الجنائي المصري بالنظرية العلمية إلى حد ما، فلم ينس شخصية الجرم في كل الجرائم تقريبا، فجعل لكل جريمة عقوبيتين، إحداها أخف من الأخرى، وجعل لكل عقوبة حدين تختار العقوبة من بينهما، وأباح للقضاء في جرائم الجنائيات 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 الجرم عند وضع العقوبة، لكنه لم يلزم القضاة إلزاما ببراءة شخصية الجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها. بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية الجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك، ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهمالها.

ثالثا : بعد أن أخذ المشرع المصري بالمبادرتين السابقتين، رأى أخيرا أن من الخطير النظر إلى شخصية الجرم في كل الجرائم وعلى الأخص في الجرائم المهمة، فحرم على القضاة أن يتزلوا 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 الغش الصادر في سنة ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر في سنة ١٩٤٩.

وكان المطريق يقضي، بعد أن أخذ المشرع المصري بهذا المبدأ الأخير، أن يعيد النظر في قانون العقوبات على هدى هذا المبدأ، فيحرم على القضاة أن ينظروا إلى شخصية الجرم في جرائم هي أخطر على الجماعة من جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة، ولكنه لم يفعل، فأدى هذا الاضطراب المنطقي إلى نتيجة تبعث على الرثاء، في بينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة، إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم الخيانة العظمى واحتلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والربنا والقذف. ولا شك في أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من الغش وإحراز المخدرات والأسلحة.

عوده هذا هو القانون الوضعي نظراً و عملاً فيما يتصل بالعقوبة، يرى أن تتمثل في العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام، ويرى ألا تكمل في تقدير العقوبة شخصية المجرم، ويرى في بعض التشريعات الحديثة إهمال شخصية المجرم في بعض الجرائم، والقانون واضح ومنطبق فيما يتعلق بالالمبدأ الأول ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالالمبدأين الآخرين حيث لم يصل بعد إلى تحديد المدى الذي يعمل فيه كل من المبدأين .

441 - برغم عيوب النظريات الوضعية وتناقضها، فإن شريعتنا تأخذ في
الحساب ما تهدف له جميع تلك النظريات :

عيوب النظريات الوضعية في نظره أن كلا منها يجعل هدف العقوبة واحدا في كل الجرائم، وبعضاها يغلب فكرة الانتقام أو الزجر وبذلك يحيط العقوبات القاسية دائمًا، بحججة حماية الجماعة من خطر الجريمة دون حساب لإصلاح شخصية الجاني. ردا على ذلك، ابتكرت نظريات أحدث من ذلك تعنى بشخصية الجرم وتطرف في ذلك حتى وصلت إلى عدم أخذ خطورة الجريمة ذاتها أو فكرة الردع أو الزجر في الحساب.

* * *

وتحتاز الشريعة في نظره عن كل هذه النظريات المتعددة المختلفة المتعارضة بأنها لا تفرض حسابا موحدا في جميع الجرائم، بل تختص بعض الجرائم الخطيرة بعقوبات حدية بدنية هدفها الأول الزجر والتغويض في الدرجة الأولى لمنع الناس من الاسترسال في العدوان على أسس المجتمع وقيمه الثابتة أو على حياة الأفراد وسلامة أبدائهم، وذلك يجعلها مستوجبة للعقوبات المقدرة حدا أو قصاصا لكن بشروط معينة تحول دون التوسيع فيها ...

وفيما يتعلق بباقي الجرائم، فقد وسعت الشريعة في ولاية الفقه والإجماع وسلطة القضاء في اختيار وتقدير العقوبة المناسبة، مع مراعاة مقتضيات حماية الجماعة وإصلاح الجرم والمجتمع معا، وهذه الأهداف كلها متوازنة في التعازير سواء كانت عقوبات أو تدابير وقائية أو تربوية أو عبادات. وراعت أن الأفعال الضارة بالمجتمع تتتطور وكل جيل يستحدث منها ما لم تعرفه الأجيال السابقة، ولذلك أبقيت باب التجريم والعقاب مفتوحا أمام أولى الأمر المجهدين لمواجهة ظروف تطور المجتمعات واختلاف الأزمنة والأقاليم .

* * *

وقد أخذ على القانون الوضعي في مصر أنه عندما قرر عقوبات مشددة لبعض الجرائم في ظروف معينة منع تطبيق الظروف المخففة فيها دون أن يتبع المنهج الأصولي الذي اتبنته شريعتنا في اختيار الجرائم التي تحدد القيم الأساسية للمجتمع وقررت لها عقوبات الحدود والقصاص، في حين أن القانون الوضعي راعى حسابات وقائية، فهو يخص جرائم المخدرات بهذه العقوبات المشددة، في حين يبيح المسكرات مثلا،

القوانين الجنائية الوضعية تشدد العقوبة من حين لآخر

بسبب اعتبارات طارئة وواقية :

ويشدد العقوبة في جرائم حمل السلاح لحسابات أمنية، ويشدد العقوبة على جرائم الغش في أثناء الحرب . وهذا كله في نظره لا يبني على أساس حماية القيم الأساسية. في حين أن شريعتنا عندما قررت عقوبات مغلظة اهتمت بالناحية الأخلاقية وحماية الأسرة والملكية وحقوق الإنسان الأساسية وهي قيم اجتماعية معروفة ومعترف بها وثابتة ودائمة ...

٤٤- عودة

العقوبة في الشريعة ونظرياتها 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 لدفع 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 تقضي العدالة والمصلحة معاً، وهذا هو ما رأاه روسو، وبكاريا، وبنجام، وكانت، مجتمعين. والعقوبة في الشريعة يقصد منها استصلاح الجان والرقة به والإحسان إليه . فينبع ألا يهمل شأن المتهم في تقدير العقوبة، وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العلمية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التي سادت في القوانين الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن، فإن نظرية الشريعة قد تزرت عن العيوب التي شابت النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التي وجهت إليها.

ولعله مما يدهش الكثرين 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 ويترسم خطها، 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 لا خلاف 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 تعرف 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 هذه المناطق معلم بارزة واضحة لا ينقطعها 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 شراح القوانين الوضعية،

عوده وكانت النتيجة أن أخفق واضعو القانون في إيجاد حلول عملية مقبولة، كما أخفق الشرح في إيجاد نظرية علمية سليمة، وفي اليوم الذي تطبق فيه القوانين الوضعية المبادئ التي تقوم عليها العقوبة تطبيقاً سليماً متفقاً مع مصلحة الجماعة والأفراد، وملائماً لطبع الأشياء، ستضطر إلى أن تجعل لكل مبدأ منطقة يعمل فيها، وستحمل شخصية الجرم في الجرائم التي تمس كيان المجتمع، فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تماماً 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 ويترتب 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 بختا، إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع ، ولم تعد هناك حاجة للتمثيل والتشهير ، ولم يعد منطق القانون يقبل محاكمة الأموات والحيوانات والجمادات، لأن التأديب لا ينفع فيهم فلا يجوز إذن 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 أهلاً لها، ولم يعرف عن الشريعة ما عرف عن القانون من محاكمة الأموات والحيوان والجماد، ولم يعرف عنها أنها تقبل التشهير والتمثيل، بل عرف عنها أنها تأبه أشد الإباء، فقد نهى الرسول ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضى إنساناً. ويكتفى الشريعة الإسلامية فخراً بعد هذا أنها سبقت تفكير العالم بأحد عشر قرناً وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال تسقيء تفكيره ببراحل .

لقد عنى يابراز ما تقيّت به الشريعة من تحديد نطاق معين ترجح فيه حماية أسس المجتمع وقيمته الثابتة، وذلك بواسطة فرض العقوبات المقدرة. وسررنا لأنّه وصف منهج الشريعة بأنه لا يهم شأن المتهم في تقدير العقوبة. وقد اعتبرضنا فيما سبق مراراً على القول بأنّ الشريعة في نطاق عقوبات الحدود والقصاص "تميل شخصية الجرم بحجّة أن تلك الجرائم تمس كيان المجتمع".

كان هذا في نظرنا تجاوزاً لا نقره، لأنّا أشرنا إلى أنّ مبدأ درء الحدود بالشبهات كفيل بفتح باب يسمح بأن نأخذ الحسابات المتعلقة بظروف الجانِي بل والمحني عليه بعين الاهتمام عند تحديد ما يُعدّ شبهات أو أدلة تحيّز التزول من العقوبات المقدرة إلى التعازير.

والتعازير في نظره تحقق جميع أهداف الجزاء الجنائي، وتسمح للفقيه والمتن و القاضي بأن يراعي ضرورات حماية المجتمع وإصلاح الجانِي أيضاً على النحو الذي فصلناه في مناسبات عديدة. والتعازير في نظرنا هي الجزاء الأصلي في جميع الجرائم، ولذلك فإنّها الإطار الأساسي لجميع المبادئ والنظريات العامة، ولا يخرج عنها إلا ما يكون استثناءً بحثاً مثل الحدود والقصاص في بعض الأحوال حيث تشدد العقوبة بنص صريح لأسباب استثنائية .

* * *

إن استعراضه للنظريات المختلفة في الفقه الوضعي أوضح أنه لا يجوز لأى قانون أن يلزم نفسه بواحدة من غاياتها، بل إن على المشرع أن يراعيها جميعاً ويجعل لكل منها نطاقاً لاتتجاوزه، وهذا هو الأسلوب الذي يسير عليه فقهنا، وعليّنا أن نواصل السير على هداته .

ولذلك، فإننا لا نقر وصف ما قرره الفقه من آراء أو حلول بأنه "الشريعة"، بل يكفي أن ننسب هذه الآراء للفقه والفقهاء في الماضي أو الحاضر، لكي يبقى المجال مفتوحاً للاستفادة من مبادئ شريعتنا ومقاصدها في مبتكرات الفكر والاجتهاد في المستقبل مما تستوجبها مصالح المجتمعات ومشكلاتها المستحدثة

عادة ٤٤ - شروط العقوبة : يشترط في كل عقوبة أن تتوافر فيها الشروط الآتية

لتكون عقوبة مشروعة :

أولاً : أن تكون العقوبة شرعية : وتعنى 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 أولاً الأمر لا تكون منافية لنصوص الشرعية وإلا كانت باطلة .

ويترتب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضى أن يوقع عقوبة من عنده ولو اعتقاد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويظن البعض خطأ أن الشريعة تنص القاضى سلطة تحكمية 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 للقاضى حياها من سلطان إلا أن يحكم بتطبيقها كلما كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيتها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها. فالسرقة مثلاً عقوبتها القطع، وليس للقاضى إذا ثبتت الجريمة على الجان أن يحكم عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من عقوبة القطع كسرقة الأب من الأبن. والزنا من غير محسن عقوبته الجلد مائة جلدة، فإذا ثبت الزنا حكم القاضى بالجلد مائة جلدة، وليس له أن ينقص منها واحدة أو يزيد عليها واحدة، وليس له أن يستبدل بالجلد عقوبة أخرى . والقتل العمد عقوبته القصاص أى القتل، فإذا ثبتت الجريمة على الجان كان على القاضى أن يحكم بالقصاص، وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص. فسلطة القاضى في الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير، فسلطة القاضى فيها واسعة ولكنها ليست تحكمية، فهي واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بجموعة من العقوبات تبدأ بأنفعه العقوبات كالتوبيخ وتنتهي بأشدتها كالحبس حتى الموت والقتل. وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والجرم، كما ترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حد العقوبة الأدنى والأعلى. ولا شك في أن إعطاء القاضى هذا السلطان المشروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور في مواضعها، وأن يعاقب

عادة الجاني بالعقوبة التي تحمي الجماعة من الجريمة وتصلح الجاني وتردبه. وسلطة القاضى على سعتها ليست تحكمية، لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية، ولا أن يعاقب الجاني بعقوبة لا تتلاءم مع جريته. ولعل اتساع سلطة القاضى هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضى في الشريعة سلطة تحكمية .

وليس في الشريعة ما يوجب منح القضاة هذا السلطان الواسع، ومن ثم يجوز لوى الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة؛ لأن المصلحة العامة هي التي سوّغت منح القضاة هذا السلطان^(١) .

ثانياً : أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط في العقوبة أن تكون شخصية تصيب الجاني ولا تبعده إلى غيره. وهذا الشرط هو أحد الأصول التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية. وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن المسئولية^(٢) .

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 والمتعلم والماهيل .

والمساواة التامة في العقوبة لا توجد إلا إذا كانت العقوبة حداً أو قصاصاً؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة، فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره في نوع العقوبة وقدرها.

أما إذا كانت العقوبة التعزير، فالمتساواة في نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشتهرت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً، وإنما المطلوب هو المساواة في أثر العقوبة على الجاني، والأثر المرجو للعقوبة هو الرجز والتأديب، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس، وعلى هذا تُعد المساواة محققة إذا عوقب المشتكون في جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفى كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

(١) راجع الفقرة ٩٧ وما بعدها.

(٢) راجع الفقرتين ٤٧٢، ٢٨١.

443 – المبادئ الأساسية في الجزاء الجنائي الشرعي:

أولها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات :

عني هنا بالإشارة إلى المبادئ الأساسية الثلاثة لمنهج الشريعة في الجزاء الجنائي. ويهمنا أن نذكر القارئ باللاحظات التي أوردناها سالفاً بالنسبة لما قاله بشأن كل مبدأ من هذه المبادئ الثلاثة .

* * *

بالنسبة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي وصفه بأنه يستلزم صدور نص من "الهيئة المختصة بذلك"، فقد سبق أن أكدنا أن كل ما ذكره هذا الشأن يبرر قولنا بضرورة التقنين الذي يكون إصداره بالشوري أى الإجماع في هذا العصر والعصور التالية. وإذا كانت جرائم الحدود والقصاص هي التي يجب أن يراعي بشأنها النصوص الشرعية المقررة للعقوبات المقدرة، ففي ظرنا أن التعازير أصبح من الواجب على أهل الاجتهاد تقنيتها لأنه لم يعد هناك ما يبرر القول بتركها للقضاء وحده بعد أن أصبح قصاصنا غير مجتهدين، ولذلك لا بد من وجود نصوص فقهية مقننة سابقة على ارتكاب الجريمة يرجع لها القاضي في تحديد الجرائم والعقوبات .

* * *

وكذلك نشير إلى ما قلناه من أنه ليس من المصلحة الاكتفاء بالقول باختصاص "أولياء الأمر" بتحديد الجرائم والعقوبات في التعازير، بل يجب التذكير بأن أولياء الأمر في الشريعة هم المجتهدون من الفقهاء والقضاة والمقننون من أهل الذكر، وليسوا هم الدولة ومن يمثلها من السلاطين أو الرؤساء غير المجتهددين وبخاصة الذين يفرضون سلطانهم بالغصب والغلب والقوة دون سند شرعي من الشوري ودون الالتزام بالشريعة.

* * *

نشير أيضاً إلى تحفظاتنا على القول بأن العقوبات المقدرة حداً وقصاصاً لا تسمح بمراعاة شخصية المحكوم عليه، ولا تحيز التخفيف. ويسرنا أنه يؤيد رأينا بإشاراته إلى أن التخفيف يجوز "إذا كان هناك سبب شرعي يمنع العقوبة المقدرة"، والأسباب الشرعية التي يشير إليها هي ما يشير إليه المبدأ العام بأن الشبهات تدرأ الحدود .. على النحو الذي توسعنا فيه من قبل .

* * *

المسئولية الشخصية - والناس متساوون أمام الأحكام الشرعية :

المبدأ الثاني والثالث بشأن شخصية المسئولية والعقوبات ومبدأ المساواة بين الناس، نحن نؤكد الالتزام بـهما، ونضيف أننا لا نوافق على مجرد الظن بأنما مبادئ خاصة بالتعازير إلا إذا سلمنا بأن التعازير هي العقوبات الأصلية في جميع الجرائم بما في ذلك ما يعقوبه عقوبات الحدود والقصاص في حالات استثنائية عند توافر شروط معينة على النحو الذي فصلناه في موضعه .

الباب الثاني أقسام العقوبة

٤٤٤ - تنقسم العقوبات حسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام:
(١) العقوبات الأصلية: وهي العقوبات المقررة أصلاً للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة.

(٢) العقوبات البديلة: وهي العقوبات التي تخل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعي، ومثالها الدية إذا درى القصاص، والتعزير إذا درى الحد أو القصاص.

والعقوبات البديلة هي عقوبات أصلية قبل أن تكون بديلة، وإنما تُعد بديلاً لما هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد. فالدية عقوبة أصلية في القتل شبه العمد ولكنها تُعد عقوبة بديلة بالنسبة للقصاص، والتعزير عقوبة أصلية في جرائم التعازير ولكن يحكم به بديلاً من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعي.

(٣) العقوبات التبعية : هي العقوبات التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية، ومثلها حرمان القاتل من الميراث، فالحرمان يترب على الحكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان. ومثلها أيضاً عدم أهلية القاذف للشهادة، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم بالحرمان. مثلها أيضاً 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، ولكنها يختلفان في أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها. أما العقوبة التكميلية فتستوجب صدور حكم بها. ومثال العقوبة التكميلية تعليق يد السارق في رقبته بعد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

هناك نوعان من العقوبات الأصلية، ويقصد بذلك أنها عقوبات يمكن تقريرها وحدها، وقد أشار لهما برقمي (١) و(٢).

أما النوعان (٣) و(٤) فقد وصفهما بأنهما عقوبات إضافية لأن كلاً منهما لا يمكن أن يطبق إلا مضافاً إلى العقوبة الأصلية – وهذا هو ما يجمع بينهما – أما الفرق بينهما فقد أوضحه في المتن .

وفيما يخص إشارته إلى الفرق بين نوعين من العقوبات الأصلية، وصف الثاني منهما بأنه "عقوبة بدالية"، فإننا لا نوافق على ما عرضه من وجود ترتيب تناظري مبني على أن الأصل هو العقوبة الأشد (الحد أو القصاص)، وأن العقوبة الأخف (الدية أو التعزير) هي البديل عنها. بل لقد سبق لنا أن اقترحنا ترتيباً تصاعدياً لأن الأصل في نظرنا هو العقوبة الأخف (التي يصفها بأنها بدالية مثل التعازير والدية ...). كل ما هنالك هو أنه يجب الحكم بالعقوبة الأشد في حالة توافر ظروف معينة تستوجب التشديد في نظر الشارع الحكيم (أى وجود ظرف مشدد).

* * *

وهذا كله في نطاق الجرائم التي يرد نص شرعى فيها بعقوبة مقدرة (حداً أو قصاصاً). وقد بینا من قبل أن رأينا هو أن التعزير هو العقوبة الأصلية في جميع الجرائم، أما الحد والقصاص فهما الاستثناءان بدليل أن الشارع الحكيم يوجب استبعادهما كلما وجدت شبهة. وقد جرى الفقه على إحاطة تلك العقوبات الاستثنائية بقيود وشروط قصد بها تضييق نطاقها تشبهاً مع المبدأ الشرعي العام وهو أن العقوبات قررت رحمة بالبشر، وما تتضمنه من زجر ومن ألم إنما يكون في حدود الضرورة، والضرورة تقدر بقدرهما؛ فكلما كانت العقوبة الأخف تكفى في نظر الشارع فلا يجوز التشديد، أي أن الأصل هو العقوبة الأخف في نظرنا وليس العقوبة الأشد التي نصر على عدّها هي الاستثناء .

كلمة الجزاءات تشمل في نظرنا العقوبات والتدابير الوقائية والإصلاحية :

* * *

وعلى العموم، فإن ما يُعد عقوبة بدلية (سواء في نظره أو نظرنا) هو عقوبة أصلية إذا قارناه بالعقوبات التبعية والتكميلية التي تُعدّها عقوبات إضافية لأنّها تابعة أو مكملة للعقوبة الأصلية ...

والعقوبات التبعية والتكميلية كلاهما يختلف عن "العقوبات الأصلية" السابق ذكرها (بما في ذلك ما يُعد عقوبة بدلية) في أمر مهم هو أنها لا تقرر وحدها، في حين أن النوع السابق الأصل في أنه يجوز الاكتفاء به كالمراي الشارع ذلك . فالذى يجمع بين العقوبات التبعية والتكميلية هو أنها لا يمكن أن تكون وحدها - بل هي تابعة أو مكملة لعقوبة أصلية محكوم بها - أما الفرق بينهما فهو ما أوضحه من حيث أن التبعية تكون بحكم القانون دون حاجة للنص عليها في الحكم الصادر بالعقوبة الأصلية، بعكس التكميلية .

* * *

كما أنها نشير إلى أن الجزاءات الجنائية ليست محصورة في "العقوبات" وأن التعازير تتسع لتدابير الإصلاح والتهذيب والتربية والوعظ مما يدخل في نطاق ما يسمى في عصرنا تدابير الوقاية والإصلاح، في حين أن كلمة العقوبة أول ما يفهم منها هو الزجر والإيلام والردع .

ونظرا لأن هذه التدابير الوقائية والإصلاحية تدخل في نطاق التعازير، فإننا فضلنا جعل العنوان هو "الجزاءات الجنائية" حتى لا يكون بعثنا محصورا في نطاق العقوبات، ولا نجاري فقيهنا وغيره من يصفون التعازير دائمًا بأنها عقوبات .

صحيح أن بعض تدابير الوقاية هي من نوع العقوبات الجنائية، لكن الفقه يحرص على تقيييزها عنها حتى لا تكون شائنة لمن يتعرض لها. فالحبس الاحتياطي غير الحبس كعقوبة، والإيداع في مستشفى للأمراض العقلية أو ملجأ للأحداث هو من تدابير الوقاية والإصلاح بخلاف الحبس كعقوبة وهكذا .

٤٤٥ - وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضى فى تقديرها إلى :

- ١ - عقوبات ذات حد واحد، وهى التى لا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها، ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان، كالتوبيخ والصلح، وكاجلد المقرر حدا .
- ٢ - عقوبات ذات حددين، وهى التى لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضى أن يختار من بينهما القدر الذى يراه ملائما كالحبس والجلد في التعازير .

٤٤٦ - وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى :

- ١ - عقوبات مقدرة : وهى العقوبات التى عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضى أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها. ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات الالزمة؛ لأن ولى الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها.
- ٢ - عقوبات غير مقدرة : وهى العقوبات التى يترك للقاضى اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقدير حاكمها بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال الجرم، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات المختير؛ لأن للقاضى أن يختار من بينها.

٤٤٧ - وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى :

- ١ - عقوبات بدنية : وهى العقوبات التى تقع على جسم الإنسان، كالقتل والجلد والحبس .
- ٢ - عقوبات نفسية : وهى العقوبات التى تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوجيه والتهديد .
- ٣ - عقوبات مالية : وهى العقوبات التى تصيب مال الشخص كالدية والغرامة والمصادرة .

٤٤٨ - وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها إلى :

- ١ - عقوبات الحدود : وهى العقوبات المقررة كحد أقصى على جرائم الحدود .
- ٢ - عقوبات القصاص والدية : وهى العقوبات المقررة كحد أقصى لجرائم القصاص والدية .

عوده

٣ - عقوبات الكفارات: وهي عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعازير .

٤ - عقوبات التعازير: وهي العقوبات المقررة لجميع الجرائم بعدها من جرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات، وستتكلّم عن كلّ قسم من هذه الأقسام في فصل خاص ثمّ تتبع ذلك بفصلين آخرين تخصّص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية، وتخصّص الثاني لبيان العقوبات في القانون المصري ومدى صلاحيتها.

448 - 445 - الأصل في نظرنا أن كل عقوبة لها حد أقصى وحد أدنى

وإن كان الحد الأقصى يكون واجباً في حالات معينة بشروط استثنائية :

في بعض الأحيان يقرر الشارع وجوب الحكم بالحد الأقصى للعقوبة في حالة توافق شروط معينة تُعدّ "ظروفاً مشدداً".

وليس معنى ذلك أن الجريمة عقوبتها "ذات حد واحد" كما يقول فقيهنا وكثير من الفقهاء، لأن الأصل في نظرنا هو أن جميع الجرائم عقوبتها ذات حد أقصى وحد أدنى.

وفي حالة الجرائم المعقاب عليها بالحد أو القصاص عندما يتواافق ظرف مشدد، فإن الحد الأدنى في نظرنا هو ما يمكن أن يصل إليه "التعزير". كل ما هنالك أن المشرع - في حالات استثنائية فقط - يوجب الحكم بالحد الأقصى وعدم التزول عنه. والت نتيجة العملية للرأيين واحدة، لكننا نخرون على مبدأ عام هو أن التعزير عقوبة أصلية في جرائم الحدود والقصاص، وقد أشرنا إلى نتائج ذلك في مناسبات متعددة، أهمها أن الشارع الحكيم عَدَ الحدود هي الاستثناء بأن أوجب سقوطها كلما وجدت شبهة، والاكتفاء بالجزاء الأصلي وهو التعزير ...

قلنا إن مبدأ الشرعية كما أفاض فقيهنا في شرحه سابقاً معناه أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق على ارتكاب الفعل بين الجريمة وعقوبتها، ومعنى ذلك أن كل فعل ورد النص بأنه جريمة لا بد أن بين النص ذاته العقوبة الواجب الحكم بها على مرتكب الجريمة.

إنه يصف جرائم الحدود والقصاص بأنها جرائم ذات عقوبات "مقدرة"، ويقصد بذلك أن تقدير العقوبة جاء به نص في الكتاب أو السنة (وهي الشرعية بالمعنى الضيق على ما أوضحتناه سابقاً). أما التعازير التي يصفها بأنها عقوبات "غير مقدرة" فيقصد فقط أن تقديرها لم يتمثل في نص في الكتاب أو السنة، وهو كغيره من الفقهاء الذين يقولون بأن "القاضي" هو الذي له حق تقدير العقوبة - وهذا هو ما يقصد من قوله بأن العقوبة غير مقدرة - أي أن الذي يقدرها هو حكم القاضي لا نص الشرعية.

أما نحن، فقد قلنا مراراً إن مبدأ حق القاضي في تقدير العقوبة في جرائم التعازير كان أساسه أن القاضي يُشترط فيه أن يكون مجتهداً، فهو بصفته مجتهداً له الحق في تحديد الجريمة وتحديد العقوبة المناسبة لها؛ ومعنى ذلك في نظرنا أن تحديد جرائم التعازير وعقوبة كل منها يقوم به "الاجتهاد" بعده رابع مصادر الأحكام الشرعية وذلك عن طريق التقين الذي أصبح واجباً في عصرنا .

سلطة القاضي في حدود النص الشرعي أو التقين :

وتطبيقاً لمبدأ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص الذي أجاد فقيهنا في الدفاع عنه، وبين لنا بوضوح أنه مبدأ أساسى أصل في شريعتنا، فقد قلنا بأن التعازير في عصرنا الحاضر يجب أن يوجد نص مقتن في الفقه بتحديد كل جريمة وعقوبتها، وألا يترك ذلك للقضاء كما سار عليه أسلافنا لأنهم إنما كانوا يشتغلون في القضاة أن يكونوا فقهاء مجتهدين .

وطبقاً لمبدأ الشرعية، فالواجب أن يوجد النص المبين للجريمة وعقوبتها قبل ارتكاب الفعل – وعليينا أن نيسر لكل فرد العلم به حتى يطالب باحترامه ويعاقب بمقتضاه. ولذلك نقول بوجوب أن يقوم مجلس الاجتئاد بتقنين التعازير ويضع النص الذي يحدد الجرائم ويقدر لكل جريمة عقوبتها حتى يفترض علم الأفراد بذلك .

ولهذا فنحن نرى أن كل الجرائم الأصل فيها أن تكون عقوبتها مقدرة. والفارق الوحيد بين الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى أن الأولى تقدر العقوبات لها بنص في الكتاب أو السنة، أما الأخيرة (التعازير) فيجب أن تقدر عقوبات كل منها بنص في التقين أو الفقه ... الذي يُعدّ القضاء جزءاً منه. ولا يعارض ذلك مع قولنا إن التعازير تشمل أيضاً تدابير الوقاية والإصلاح، لأن هذه التدابير أيضاً يجب أن يوجد نص يعطى القاضي الحق في الحكم بها، كلما كان فيها تقيد حقوق الأفراد أو حرياتهم ...

ما يسميه "عقوبات نفسية" نرى أنها تخرج عن نطاق فكرة "العقوبة"، وهذا فضلنا استعمال لفظ "الجزاءات" لأنها يمكن أن تسع لما يخرج عن نطاق ما يُعدّ عقوبة. ولفظ "التعازير" الذي اختاره فقهاؤنا هو أصبح من كل هذا لأن فيه معنى التهذيب والإصلاح أكثر مما فيه معنى "العقوبة" .

نذكر القارئ بما قدمناه من أن كلمة التعازير تشمل تدابير تتجاوز نطاق العقوبات، بل يدخل فيها التدابير التي يسميها نفسية ويقصد بها التقويم بالتصح أو الإنذار أو التربیخ أو التهديد، وكثيرون يتحرجون من وصف ذلك بأنه عقوبة، ويررون أن إطلاق اسم العقوبة عليها يفقدها تأثيرها "ال النفسي" أو الخلقي أو الديني .

ونعتقد أن القوانين الوضعية لا تُعدّ هذا النوع من التعازير ضمن العقوبات "الجنائية" ، وإن كان يمكن عدّها من الجراءات التأديبية عن المخالفات الإدارية، أو من تدابير الوقاية

أقسام الجزاءات من حيث شدتها :

وهو يُعدّ الحبس ضمن العقوبات البدنية، وإن كان الفقه الوضعي لا يقر ذلك، بل يُعدّ مجرد حرمان من الحرية. ونحن نوافقه على أنه ضار بالبدن وبالصحة الجسمية، وأكثر من ذلك فهو يهدد الصحة النفسية والعقلية. وقد أثبتت التجارب أن ضرره أكبر من فائدته، ومع ذلك فإن بعض المعاصرین يفضلونه على العقوبات البدنية مهما خفت. وهو اتجاه ضار وخاطئ في نظرنا .

إن كلمة التعزير تفيد التأديب والإصلاح والتقويم، وجميع العقوبات فيها هذا المعنى، ولذلك يمكن أن تدخل ضمن هذا الاصطلاح. لكن بعضها فيها معنى الزجر والتشهير الذي هو من خصائص العقوبات بصورة أوضح - الحد والقصاص يُعدان أشد العقوبات في نظر الشارع الحكيم لأنهما جزاءان بدئيان .

وعنایة الشريعة بالنص في القرآن والسنّة على الجرائم التي تصل فيها العقوبات إلى هذا الحد - يقصد بها عددها أقسى العقوبات وبالتالي فإنه لا يجوز تقريرها إلا بنص في الوحي المباشر وهو القرآن أو غير المباشر في السنّة. أكثر من ذلك، فهو يحيطها بشروط توجّب استبعادها بقصد تضييق نطاقها ودرئها. ومن أهم هذه الشروط ما يقتضيه مبدأ درء الحدود بالشبهات، وإعطاء المجنى عليه أو وليه حق العفو والصفح أو التصالح مع الجاني لمنع عقوبة القصاص والاكتفاء بالدية أو بالتعازير .

نشير إلى ما سبق أن أكدناه مراراً من أننا نَعْدَّ التعزير هو التدبير أو الجزاء الجنائي الأصلي في جميع الجرائم، وأن الحدود والقصاص ليست إلا الحد الأقصى في "التعزير" الذي لا يجوز فرضه إلا بنص متساوٍ، ويجب درؤه كلما وجدت شبهة لكي تطبق الجزاءات التعزيرية الأقل منه .

الفصل الأول

العقوبات المقررة لجرائم الحدود

عدد ٤٤٩ - الحدود : هي العقوبات المقررة كحد أقصى لجرائم الحدود وهي كما ذكرنا من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .
(٤) السرقة . (٥) الحرابة . (٦) الربدة . (٧) البغي .
وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حداً .

والحد هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة الجماعة ،
وحيثما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من
الأفراد ولا من الجماعة، وهم يُعْدُون العقوبة حقاً لله كلما استوجبتها المصلحة العامة
وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .
وتنتاز العقوبات المقررة لجرائم الحدود بثلاث ميزات :

أ - 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 تُعدُّ الحد الأقصى الواجب الحكم به متى توافرت ظروف معينة (مشددة) وإن كان فيها ما هو بطبعته ذو حدين؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة، ولأنها عقوبات لازمة، فلا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .

ج - أن هذه العقوبات جيئاً وضعت على أساس محاربة الدوافع التي تدعوا للجريمة بالدوافع التي تصرف عن الجريمة، أي أن هذه العقوبات وضعت على أساس متين من علم النفس .

449 - أربعة فصول للعقوبات الحدية :

فيما يعلق بالبنود 449 إلى 476، نلاحظ أنه خصصها لما سماه "العقوبات المقررة لجرائم الحدود" وهذا يتفق مع ما سار عليه فقهاؤنا من إعطاء عناية خاصة لهذا النوع من الجرائم، وبالتالي لسياسة المشرع الإلهي في "وجوب" الحكم فيها بعقوبات معينة مشددة محددة النوع بل والمقدار بنص شرعى لاعتبارات توسيع ذلك .

نحن نرى أن عناية الكتاب والسنة ببيان جرائم الحدود والقصاص وعقوبة كل منها توجب على الفقه أن يقوم بهذه المهمة بالنسبة للجرائم الأخرى التي توصف بأنها "تعازير"، وذلك بتقدير وتحديد عقوبة كل منها أو الجزاء المترتب عليها، ولم يعد يجوز تركها للقضاء كما جرى الفقه سابقاً عندما كان يشترط في القاضى أن يكون مجتهداً .

وقد كنا نفضل أن تدرس كل عقوبة من العقوبات في جميع حالات تطبيقها سواء في الحدود أو القصاص أو التعازير، وسوف نجتهد نحن في أن نسير على هذا النهج بقدر الإمكان، وإن كان يخالف الأسلوب الذى اتبעה فقيهاناً . وسوف نشير في كلامنا عن كل عقوبة إلى ما هي الجرائم التي تطبق فيها، ونترك تعليل ذلك وتفصيله إلى ما بعد أو إلى القسم الخاص .

وسيرى القارئ أن بعض ما سماه "عقوبات الحدود" ليس خاصاً بتلك الجرائم، وإنما يجوز تطبيقه تعزيزاً في جميع الجرائم، مع فارق مهم هو أنها بالنسبة للجرائم التي توصف بأنها حدود يجب تطبيقها بنص شرعى في الكتاب أو السنة، وأنها لذلك تكون واجبة في نوعها ومقدارها عندما تتوافر شروط معينة. أما في غيرها، أى في حالة التعازير، فهي اختيارية في النوع والمقدار .

لكن بعض العقوبات البدنية المقررة لجرائم حدية معينة (مثل القتل والقطع) تبقى خاصة بها في رأى الجمهور ولا تطبق في غيرها، وسنشير لذلك في موضعه .

* * *

إننا لا نوفق على ما سار عليه في التفريق بين دراسة ما سماه "العقوبات المقررة لجرائم الحدود" ودراسته للتعازير (التي وصفها بأنها "عقوبات التعازير" في البنود من 477 إلى 493)، وكنا نفضل السير على دراسة كل "عقوبة" أو جزاء جنائى من جميع نواحيه سواء طبق في الحدود أو غيرها، حتى لا يخلط بين أنواع الجرائم وأقسام العقوبات .

رأينا أن جميع العقوبات الجنائية لمصلحة الجماعة ومن حقوق الله،

ولا يشتبه من ذلك التعازير ولا القصاص :

وبرغم ذلك، فإننا مضطرون إلى متابعة دراسته طبقاً لهذا التقسيم الذي اختاره، مع إشارتنا في كل مناسبة إلى رأينا الخاص .

الحدود في نظرنا هي الحد الأقصى للعقوبة الذي يجب المشرع الحكم به على من ثبت إدانته بالطريقة الشرعية المرسومة في جرائم خطيرة محددة بنص شرعي .

والجرائم السبع التي ذكرها، بعضها يوجد لدينا ولدى عدد من الفقهاء والباحثين شك في أن عقوبتها حدية، وبخاصة جريمة الشرب والبغى والردة، إذ يرى كثيرون أن جزاءها التعزير، كما سنرى عند دراسة جرائم القسم الخاص، فيكون الجمع عليه أربعة أو خمسة.

ولنا تحفظات على بعض أقواله في هذا الموضوع وإن كان قد سبقه إليها كثير من فقهائنا، وأهمها :

1 - أن تخصيص عقوبات الحدود بأنما مقررة حق الله تعالى فيه تجاوز في نظرنا، لأننا نرى عَدَّ جميع الجزاءات الجنائية من حقوق الله لأنها كلها مقررة لمصلحة المجتمع، وكل ما يكون لمصلحة الجماعة يوصف عادة بأنه من حقوق الله طالما أنه ليس حقاً خالصاً لفرد معين، وجميع أحكام تشريعنا الجنائي هي لمصلحة المجتمع أولاً وقبل كل شيء؛ والمصالح العامة للجماعة هي حقوق الله .

2 - لا نرى صواباً القول بأن التعازير ليست حق الله بحججة "أنها لمصلحة المجتمع"، بل وكذلك القصاص بحججة "أنه تعلق به حق للمجني عليه أو لولي الدم"، لأن ذلك في نظرنا ليس معناه أن المجتمع لا حق له في تلك الأحكام، بل يجتمع فيها الحقان، لأن المجتمع في جرائم القصاص هو الذي منح الفرد الجنبي عليه أو ولد الدم حق طلب القصاص، وجعل هذا الطلب شرطاً للتشديد وأوجب الاستجابة لهذا الطلب. وهذا الوجوب مقرر لمصلحة الجماعة التي ترى أن إطفاء شعلة الثأر لدى الجنبي عليه في جرائم الدم والاعتداء على الحقوق الأساسية للإنسان في سلامته بذاته ضروري لأمنها واستقرارها الذي يهدده مسلسل التهارات التي يصعب إيقافها .

العفو عن العقوبة قرار قضائي من اختصاص أهل الاجتهاد والقضاء :

صحيح أن الفرد له حق طلب القصاص، ولكن هذا ليس معناه أن المجتمع لا مصلحة له في ذلك. كما لا نقر القول بأن مصالح المجتمع ليست من حقوق الله . يؤكّد ذلك قوله بأن "الفقهاء يُعَذِّبون العقوبات (جميعها) حقاً لله طالما استوجبتها المصلحة العامة وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة والأمن لهم". وهذا يؤكّد ما قلناه من أن جميع الجزاءات الجنائية مقررة للمصلحة العامة وهي من حقوق الله، ولا نرى تخصيص ذلك بالحدود دون غيرها لأن مصلحة المجتمع هي حقوق الله، وهي عامة في جميع الجزاءات الجنائية الشرعية، ونريد أن نؤكّد مجدداً أنه لا يتعارض مع هذا قولنا أن الجماعة تعطي للمجنى عليه أو لولي الدم أو لأولياء الأمر في أحوال استثنائية في جرائم الاعتداء على الأشخاص حق إسقاط عقوبة القصاص بالعفو أو التصالح لأن العفو كالقصاص ليس فقط لمصلحة هؤلاء بل إنه قبل كل شيء لمصلحة الجماعة لأن إقرار بزوال نية الشارر ورغبة الانتقام التي ترى الجماعة ويرى الشارع الحكيم أنها تضر باستقرار الجماعة وأمنها كما قدمنا .

3 - قدمنا أننا لا نقر القول بأن الحدود لا مجال فيها لوضع شخصية الجاني موضع الاعتبار، لأننا سبق أن قلنا إن ظروف الجاني التي تؤثر في اختيار نوع العقوبة يمكن أن تدخل ضمن الشبهات التي تدرأ بها الحدود .

4 - قوله إن الحدود وضعت لتأديب الجاني وكفه هو وغيره عن الجريمة، ينطبق أيضاً على جميع أنواع الجزاءات الجنائية وليس خاصاً بالحدود بل يشمل التعازير أيضاً. ثم إنه لا يعني في نظرنا أنه "ليس في الحدود مجال لوضع شخصية الجاني موضع الاعتبار" كما قدمنا، لأن مراعاة شخصية الجاني وظروفه في شريعتنا ضرورية لكي تكون العقوبة في نطاق ما يلزم لتحقيق غايتها الشرعية وهي ردعه وكفه هو وغيره عن الجريمة، لأن فرض العقوبة ونوعها ومقدارها ضرورة استثنائية، والضرورة تقدر بقدرها ولا يجوز أن تتجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها المشار إليه بالنسبة للجاني وشخصيته وظروفه .

5 - قوله إن "أولياء الأمر" لهم الحق في العفو عن التعازير يستحق من الملاحظات الآتية :

توقيع رئيس الدولة على قرار العفو ليس إلا مجرد تنفيذ لقرار أهل الاجتهاد :

(أ) لا يجوز أن يفهم من ذلك أنه يعطي الشرعية لما جرت عليه الدساتير والقوانين الوضعية من إعطاء "رئيس الدولة" أو الدولة ذاتها حق العفو العام أو العفو عن العقوبات، لأن أولياء الأمر المقصودين في الشريعة في نطاق التشريع الجنائي هم الأئمة وأهل الاجتهاد والذكر، وفي عصرنا يمكن أن يحل محلهم مجلس للإجتهاد أو المجلس الأعلى للقضاء، وليس السلاطين أو من يسمون رؤساء الدول الذين يمكن أن يستغلوا هذه السلطة لخاتمة أنصارهم أو لأغراض سياسية أو حزبية أو نيابية. وإذا كان القرار بالعفو يقع عليه رئيس الدولة، فذلك تنفيذا لما قرره أهل الاجتهاد أو مجلس القضاء فالقرار نابع منهم وليس من رئيس الدولة .

(ب) - أن مجلس الاجتهاد (أو المجلس الأعلى للقضاء) لا يجوز أن يقرر العفو العام أو العفو الخاص ارتجالا بدون مبرر شرعى لصالح الجماعة، فهو قرار قضائى لأسباب شرعية وليس إجراء إداريا أو سياسيا لصالح الحكم أو السلطة أو الأحزاب السياسية.

(ج) - ما دام قرار العفو لا بد أن يكون له أساس ومبرر شرعى لمصلحة المجتمع، فهو يكون في نطاق اختصاص الفقه والاجتهاد وبخاصة ما يراه في تحديد نطاق الشبهات التي تستوجب منع الحدود، لأن مبدأ درء الحدود بالشبهات مبدأ عام لصالح المجتمع وتحديد المقصود بالشبهات يدخل في نطاق الاجتهاد، ولذلك لا نرى استبعاد الحدود من نطاق العفو، بل إنه في نظرنا شامل لجميع العقوبات. كل ما هنالك أن الجرائم المعقاب عليها بالحد جرائم خطيرة ولا بد أن يقوم مجلس القضاء الأعلى أو مجلس الاجتهاد باتخاذ قرار العفو العام أو الخاص بشأنها في حالات محددة لأسباب قوية توسيع تضيق نطاق الحدود على أساس وجود شبهة تمنع الحد .

على أنه لا مانع في نظرنا من أن يصدر قرار العفو الخاص من رئيس الدولة الذي تم اختياره بالشورة الحرة، بشرط ألا يكون ذلك إلا بناء على اقتراح أو توصية من المجلس الأعلى للقضاء أو مجلس الاجتهاد، فيكون إصدار القرار من رئيس الدولة أو البرلمان إجراء رمزي، تنفيذيا أو أنه مجرد أمر بتنفيذ ما قرره أهل الفقه والقضاء .

المبحث الأول في عقوبات الزنا

٤٥٠ عوده عقاب الزانى : للزنا في الشريعة الإسلامية ثلات عقوبات هي :

(١) الجلد . (٢) التغريب . (٣) الرجم .

والجلد والتغريب معاً هما عقوبة الزان غير المحسن، أما الرجم فهو عقوبة الزان المحسن. فإذا كان الزانيان غير محسنين جلداً وغرباً، وإن كانا محسنين رجماً، وإن كان أحدهما محسناً والثاني غير محسن رجم الأول وجلد الثاني وغرب .

٤٥١ عقوبة الجلد : تعاقب الشريعة الزان الذى لم يمحض بعقوبة الجلد، وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حددين؛ لأن الشريعة عينت العقوبة وقدرها فجعلتها مائة جلد، وذلك قوله تعالى : «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلد ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» [النور : ٢] .

وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس محاربة الدوافع التي تدعو للجريمة بالدوافع التي تصرف عن الجريمة، وهذا هو الذى يهدى إلينا إليه التأمل والتفكير في الجريمة وعقوبتها.

فالدافع الذى يدعى الزان للزنا هو اشتئاء اللذة والاستمتاع بالنشوء الذى تصاحبها، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن أن يستمتع الإنسان بشوء اللذة إذا تذوق مس العذاب، وأى شيء يحقق الألم ويديق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلد؟

فالشريعة حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطاً، وإنما وضعتها على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسيته وعقليته. والشريعة حينما قررت عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التي تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة تصرف عن الزنا، فإذا تغلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتکب الزانى جريمته مرةً كان فيما يصيّبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويجعله على عدم التفكير فيها.

الجلد في القوانين الوضعية: ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التي يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧، وكانت وسيلة من وسائل تأديب الأحداث، ثم أغاثا المشرع المصرى مقلداً في ذلك معظم القوانين الوضعية التي ألغت هذه العقوبة .

عوده وأغلب شراح القوانين اليوم يفكرون في العودة إلى تقرير عقوبة الجلد ويسعون في وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ. وقد اقترح فعلاً في فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعذيب الشديد التي تقع على الأشخاص، وذكر تأييداً لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطوراً مخيفاً، وأن طبقات العامة أصبحت تلجمًا إلى القوة والعنف لجسم المنازعات، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذي قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة، وألا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد.

ويعارض بعض شراح القوانين في تقرير عقوبة الجلد لسبعين : أو هما التغور من الألم البدني. وثانيهما إننا نحترم الواجب نحو شخص الإنسان، ولكن أصحاب الرأى المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجان المادية، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك في إرهاهم. أما إننا نحترم الإنسانية ففكرة لا محل لها في العقاب ولا يصح أن يكتن بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على الجرميين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحداً أم بالغين، ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد بجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقة وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل الماشي، وعلى العموم لكل الجرائم التي تدل على القسوة وعدم المبالاة، ويحتاج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات في تأديب المساجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية في القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المساجونين .

ويعارض "جارو" في عقوبة الجلد لا لأنها عقوبة غير صالحة، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة، وأنه يخشى أن يؤدي الرجوع إلى الجلد إلى تبارى المشرع في تقرير العقوبات القاسية^(١) .

(١) الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

عودة وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية، إلا أنها لا تزال عقوبة معترفا بها في قوانين بعض الدول، ففي إنجلترا يُعدّ الجلد إحدى العقوبات الأساسية في القانون الجنائي، وفي الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد، وفي قانون الجيش والشرطة 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 وطبقتها على المدنيين في جرائم التموين والتسبير وغيرها . وإن في اضطرار أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين في أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة، واعترافاً من القائمين على القوانين الوضعية بأن عقوبة الحبس تعجز عن حمل الناس على طاعة القانون .

والعالم حين يقرر عقوبة الجلد في القوانين العسكرية يعترف بأن هذه العقوبة ضرورية لحفظ النظام بين الجندي وحلفائهم على طاعة القانون، ولكن المدنيين في أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجندي إلى هذه العقوبة بعد أن أصبحوا لا يخرون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين . وما أعجب منطق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستلزمونها للمدنيين، لأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يهدون الجيش بالجنود . وأى عيب في أن يدين أفراد الأمة جميعاً بالخضوع للنظام وبالطاعة للشائع ؟

هذه هي عقوبة الجلد، وهذا هو رأي العلماء والدول فيها، فمن كان يود أن يتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مختلط، وإنه هو وحده المصيب، بل ليقل ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة ثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة .

عقوبة الزنا في القوانين الوضعية: وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس، وهو عقوبة لا تؤلم الزان إيلاماً يحمله على هجر اللذة التي يوقعها من وراء الجريمة، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكتبه . وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد والفحشة، وأكثر الناس الذين يستمكرون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة، وإنما يمسكهم عنه الدين أو الأخلاق الفاضلة التي لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

ومناز الشريعة الإسلامية بأنما حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة في النفس قبل أن تحاربها في الحسن، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذي لا ينفعها غيره . أما العقوبة التي قررها القانون، فإنما لا تمس دواعي الجريمة في نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صلح لأى جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال جريمة الزنا .

العقاب على جريمة الزنا مبدأ أساسى في الشريعة يقصد به ضبط العلاقات الجنسية في إطار شرعى وحماية الأسرة بصفتها نواة المجتمع ومحوره. والأساس الشرعى الوحيد للأسرة هو الزواج الشرعى بين رجل وامرأة بقصد التعاون والتكافل والإنجاب وتنشئة الأجيال الجديدة لبقاء النوع ومستقبل الأمة .

ومن أهم المبادئ في تشريعنا الجنائى تحرير العلاقات الجنسية خارج الزواج الشرعى الذى قصد به توجيه الطاقة الجنسية نحو طريق واحد واضح وعلى مستقيم - ومحسن - هو الزواج بشروطه التي قررها شريعتنا الغراء، لذلك يعاقب المتزوج وغير المتزوج على إقامة علاقة جنسية خارج نطاق الزواج .

ويلاحظ أن المتزوج المحسن إذا باشر علاقة جنسية مع غير زوجته الشرعية يكون قد أخل بشروط عقد الزواج وارتكب جريمة خيانة زوجية - إلى جانب الفاحشة - من أجل ذلك فإن من المصلحة أن تكون عقوبة الزانى المتزوج أشد من عقوبة غير المتزوج حتى ولو كانت تعزيراً، بل يذهب الجمهور إلى أن تكون عقوبته الحدية هي القتل بطريق الرجم .

أما غير المحسن، فاجمهمور على أن عقوبته هي الجلد التي نص عليها القرآن الكريم (ويضاف له التغريب في الرأى الراجح (كما سنرى)) . والذين لا يعترفون بحد الرجم يَعْدُون الجلد هو العقوبة الحدية المقررة لجميع حالات الزنا بنص صريح في القرآن، ولا يقبلون القول بأن السنة القولية أو العملية يمكن أن تنسخ هذا النص، وخاصة إذا كانت من سن الآحاد، ويرجحون أن تكون هذه الأقوال أو الأفعال التي أقرت الرجم إنما قد صدرت قبل نزول النص القرآني العام المطلق الصريح .

كان المنطق يوجب أن تكون عقوبة القتل أولى العقوبات في هذه الدراسة لأنها أقسى العقوبات وأشدتها وأقصاها جميعاً، إذ هي استئصال الجرم وإعدامه كما توصف بذلك في التشريع الوضعي، وكنا نتمنى لو فعل ذلك .

لكن فقيهنا آثر أن يبدأ بدراسة عقوبة الجلد لعدة أسباب، أولها أنه ربط بين أنواع العقوبات وأقسام الجرائم وبدأ بالحدود، وقد رأى أن الجرائم التي هدد كيان الأسرة (الزنا والقذف) يحسن أن يبدأ بها لأنها هي التي تحظى من مشرعنا بأقصى عناية، ونحن نوافق على ذلك .

أهمية عقوبة الجلد وتوقيعها في أكثر الجرائم رغم اختلاف أنواعها :

إن زنا المحسن يرى الجمهور أن العقوبة الحدية فيه هي القتل بطريق الرجم، وهذا كان يكفي لكي نبدأ بدراسة عقوبة القتل، لكنه ربما لاحظ أن هناك خلافاً في الفقه حول "حد الرجم في زنا المحسن" كما سترى، ولذلك آثر ألا يبدأ به حتى لا يكون ذلك تحيزاً منه مقدماً للرأي القائل بوجوبه.

على العموم، سوف نسايره في دراسة عقوبة "الجلد" أولاً، لا بعدها حداً في جريمة الزنا فقط كما يفهم من أقواله، ولكن لأنه عقوبة شرعية في الزنا وغيره من المحدود والتعازير، التي هي أغلب الجرائم وأكثرها. وقد أشار مراراً إلى أن الفقهاء يفضلونها على غيرها لأنها أكثر ردعًا وأسرع أثراً ...

بعد أن أشار فقهينا للجلد بعده عقوبة حدية في جريمة الزنا (بند 450) وفي جريمة القذف (البند 455) وفي جريمة شرب الخمر (البند 457)، عاد (في البند 481) فذكرها ضمن التعازير، وجعلها في المرتبة الثانية بعد القتل (في البند 480)، بل أكد أنه في نظره هو العقوبة المفضلة في جرائم التعازير الخطيرة، وأن وجه تفضيلها في نظره أو في نظر من يقول بذلك من الفقهاء ... أنها أكثر العقوبات ردعًا للمجرمين الخطيرين. ويشير (في البند 481) إلى أقوال الفقهاء في ذلك، ويقول إنه "ليس في الشريعة ما يمنع أن يكون الجلد عقوبة لأى جريمة من الجرائم التعازيرية".

ثم يضيف أن بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التي شرعت في جنسها المحدود ... إذا لم تتوافر فيها شروط تطبيق الحد ... (يراجع البند 481). ونحن نحيل القارئ إلى دفاعه عن تلك العقوبة في ذلك البند، فضلاً عن مناقشته لآراء بعض "المعاصرين" الذين يعارضونها كما يعارضون جميع العقوبات البدنية وذلك في هذا البند (451).

ثم إنه يضيف أنه عقوبة "ذات حددين"، فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر المناسب أى عدد الجلدات الذى يلائم جرمته ويلائم شخصيته في آن واحد" ... ولا بد أن نشير في هذا الصدد إلى ما ذكره (في البند 484) من أن بعض القوانين الوضعية (كالقانون المصرى) يكتفى بأن يحدد الحد الأقصى للعقوبات دون الحد الأدنى (الذى يتترك للقاضى تحديده). وكنا نود أن يبين لنا لماذا لا يفهم من النصوص القرآنية

الجلد عقوبة ذات حدين بحسب الأصل :

التي تنص على عدد الجلدات في جريمة الزنا والقذف، أن المقصود هو بيان الحد الأقصى ... ومعنى ذلك أن الحد الأدنى متترك للإجتهد والقضاء . ونرى أن هذا الفهم لا يجوز إهماله ... أو استبعاده دون مناقشة أو دليل⁽¹⁾ .

يرجح ذلك أنه أشار بعد ذلك مباشرة (بالبند 484) إلى أن الشريعة الإسلامية سبقت جميع القوانين الوضعية إلى تقرير العقوبات غير محددة المدة، وهذا يبرر القول بأن عدد الجلدات المشار إليه في النص هو الحد الأقصى فقط وهذا أولى من القول بأن المشرع قصد أن تكون العقوبة ذات حد واحد أو أنها لا تأخذ بالاعتبار شخصية الجاني ولا ظروفه في هذه الجرائم ... لكنه لا يرى هذا الرأي، بل إنه عند كلامه عن عقوبة الجلد الخدية في الزنا، قال إنما عقوبة ذات حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين، وعلل ذلك بأن النص القرآني قدرها في جريمة الزنا بألفاً مائة جلد (سورة النور الآية 2). وقال ذلك أيضاً في كلامه عن الجلد كحد في جريمة القذف (البند 455) مشيراً إلى نص الآية الكريمة رقم (4) في سورة النور.

أما في "التعازير"، فقد أفاد في كلامه عن اختلاف الفقهاء في الحد الأعلى للجلد، وذكر رأياً للإمام مالك يحيى أن يزيد مقدار الجلد تعزيزاً عن مائة جلد، في حين أن الحدود تقضى عند مائة جلد، وقد سبق لنا أن قلنا بأننا نرى أنه لا يجوز أن يتتجاوز الحد الأقصى في التعازير بما هو مقرر في الحدود، بل نرى أن يكون أقل منه ... ويؤيدنا ما ذكره عن قول الرسول الكريم ... "من بلغ حدًا في غير حد فهو من المعتدين". وهذا هو ما ذهبت إليه الحنفية على اختلاف في المقدار كما بينه، وهذا هو الصواب في نظرنا .

أما الحد الأدنى فهو مسكون عنه في التعازير، ومعنى ذلك أنه متترك للإجتهد والقضاء في جميع الحالات، ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك قدعاً ولا حديثاً في حين يشرون إلى أنه في الحدود يُعدُّون ما ورد في النص هو عقوبة ذات حد واحد وليس الحد الأعلى فقط ... أي أنه في نظرهم لا وجود للحد الأدنى .

(1) من ناحية أخرى يمكن القول بأن ما ذكره النص هو الحد الأدنى، ويكون للفقه أو القضاء أى الإجتهد أن يضع الحد الأقصى ، وقد قلنا ذلك فيما يتعلق بالدية ... إذ نرى أنه يجوز أن يضاف لها تعويض ، مع ملاحظة أن التعويض التزام مدنى وليس عقوبة جنائية ..

رأينا في الاتجاه الأولي لاستبعاد العقوبات "البدنية" ومنها الجلد، والقتل :

* * *

ولقد خص القرآن الكريم جريمة الزنا بالنص الصريح على معاقبة الزانى والزانية بالجلد علينا على مشهد طائفه من المؤمنين (سورة النور الآية 2) وأمر الناس بala يقربوا الزنا لأنه كان فاحشة وساء سبيلا .

وقد بدأت في أوروبا حركة للمعارضة في تقرير الجلد كعقوبة "جنائية، بسبب ما شهدته مجمعاتهم في ظل محاكم التفتيش من الإسراف والمغالاة في تلك العقوبة لدرجة أثارت الناس ضدها .

ويرغم أن القتل هو عقوبة بدنية أشد منها فقد بقى عقوبة قصوى مقررة في أغلب القوانين الوضعية حتى اليوم، وهناك الآن حركة للمطالبة بالغائها في بعض البلاد، بحجة أن هناك تيارا عصريا يطالب بإلغاء جميع العقوبات البدنية بدعوى أنها وحشية أو قسوة لا مبرر لها في نظر هؤلاء. كما أن هناك من يطالبون بإعادتها في البلاد التي ألغتها .

لكن شريعتنا لا تقر الغلو ولا التطرف لا في تطبيق العقوبات البدنية (كما كان الأمر في أوروبا في العصور الوسطى) ولا في تحريمها جميعا ودائما كما يطالب البعض الآن، بل شرعت الحلال الأوسط العادل وهو إيقاؤها كعقوبة حدية مع تحديد نطاقها وقصرها على حالات مخصوصة مثل جريمة الزنا - في نظر كثirين - وكذلك الحرابة وجرائم القصاص مع إحاطتها بشروط عديدة تقلل من تطبيقها .

ويدافع فقيهنا بحق وحماسة عن هذا الاتجاه الأوسط العادل لضرورته لسلامة المجتمع وصلاحه وحماية القيم الخلقية التي يقوم عليها .

* * *

أهم الجرائم التي أجازت فيها العقوبات البدنية هي "الحدود"، لما بيناه من قبل من أنها تحدد أسس المجتمع وقيمه الثابتة. وأول هذه الأسس هو كيان الأسرة ووحدتها وتضامنها، وأولى الجرائم التي تقدم الأسرة وتلغى وجودها هي جريمة الزنا، ولذلك عرضها فقيهنا على أنها أول جرائم الحدود .

الحملة على أحكام الشريعة لها أهداف سياسية صهيونية لإضعاف

نظام الأسرة والزواج بقصد منع الزيادة السكانية في بلادنا :

ويلاحظ أن عصرنا الأخير نظمت فيه بعض القوى الأجنبية والدول الكبرى حملة متعددة الاتجاهات قصد بها تحطيم الأسرة أو إلغاؤها في المجتمعات الناشئة أو النامية، وفي مقدمتها المجتمعات الإسلامية. وتستفيد الصهيونية من هذه الحملة وتتولى كبرها ونفوذها وتوجهها بالنسبة للشعوب العربية والإسلامية، كما تستغل كل قواها المالية ونفوذها الإعلامي السياسي لتشجيع هذا الاتجاه في بلادنا بقصد تقليل عدد السكان المسلمين والعرب في فلسطين أولا ثم في أقطارنا المجاورة لها في آسيا وإفريقيا أو ما يسمى بالشرق الأوسط لإيجاد قدر من التوازن بين اليهود المهاجرين الذين جمعتهم من جميع أنحاء الأرض وجميع سكان المنطقة العرب والمسلمين، وضمانبقاء دولة إسرائيل بهذا الأسلوب، لأنهم يريدونها قاعدة عسكرية وسياسية في فرض سيطرتهم على إقليم الشرق الأوسط (العالم العربي والإسلامي) وعلى العالم كله كلما أمكن ذلك، وهذا ما ظهرت بوادره بزيادة نفوذهم السياسي والمالي والإعلامي في الدول الكبرى في أمريكا وأوروبا، وفيما يسمى بالنظام العالمي الجديد.

ومن بين الأساليب التي رسمتها القوى الأجنبية والصهيونية لمنع الزيادة السكانية في العالم الإسلامي، القضاء على الأسرة أو إضعافها في مجتمعنا بالترويج لحملة سياسية وإعلامية وثقافية للقضاء على مبدأ الزواج الشرعي الذي يؤدى في نظرهم إلى وحدة الأسرة واستقرارها وجعلها خلية وقاعدة للإنجاب وزيادة النسل، ويدخلون ذلك في نطاق ما يسمونه "تنظيم الأسرة" الذي جعلوه شعارا للحد من الإنجاب بشروط معينة أو ظروف معينة .

* * *

لكنهم لا يكتفون بتنظيم الأسرة، بل إنهم يتذكرون كل يوم أساليب جديدة لإلغاء الأسرة والقضاء عليها، وذلك بفتح باب الفساد الأخلاقي وترويج العلاقات الجنسية دون زواج شرعي قبل الزواج بل وبعده وخارج نطاق الزواج للمتزوجين وغيرهم، والدعوة إلى ما يسمونه حرية العلاقات الجنسية للمتزوجين وغيرهم وتنشئة الأجيال القادمة على ذلك، حتى وصل الأمر إلى الدعوة للشذوذ الجنسي وحماية من يدعون له

ارتفاع مستوى المعيشة والترف يؤدى تلقائياً لقلة السكان في البلاد المتقدمة؛

لذلك يخشون الإخلال بالتوازن السكاني بينها وبين الشعوب الناشئة :

ومن يمارسونه سواء في صورة السحاق بين النساء أو اللواط بين الرجال حتى وصل الأمر إلى إصدار قوانين تجيز إنشاء أسرة من رجلين أو امرأتين وتقين هذه الأنماط "الجديدة" من الأسرة الشاذة وإلزام الدول بالاعتراف بما يسمونه أنماطاً متعددة للأسرة حتى تشمل زواج رجال أو زواج امرأة بأمرأة. بل إنهم قنعوا هذا النوع من الأسرة الشاذة في بعض مجتمعاتهم ويروجون له في المجتمعات الأخرى لأنها تمتاز في نظرهم بأنها لا تنجب أطفالاً وبالتالي لا يترب عليها زيادة النسل والسكان ويريدون فرضها بصفة خاصة في بلادنا .

ولا يكتفون بترويج هذا الشذوذ لإيجاد "أسرة جديدة" لا تنجب أطفالاً، بل يسعون أيضاً للقضاء على كيان الأسرة الشرعية القائمة على زواج الرجل بالمرأة لأنها تؤدي إلى إنجاب أطفال وزيادة عدد السكان، وخاصة في الدول النامية والشعوب الناشئة وفي مقدمتها العام العربي والإسلامي .

* * *

إن الاتجاه نحو القضاء على الأسرة وصلت إليه الشعوب الأوروبية والأمريكية المتقدمة تدريجياً وتلقائياً وتحتياً بسبب التيار المادي للترف والفساد، وبحكم ما يسمونه الغلو في "الليبرالية" أو الديمقراطي الليبرالية التي يقصد بها إطلاق أهواء الأفراد وعدم وضع حدود يلتزمون بها في سلوكهم الشخصي وعلاقتهم الجنسية، حتى أصبح الفرد في هذه الشعوب الغنية المترفة يتخذ إلهه هواه، ولا يقبل الالتزام بمحدود أخلاقية ثابتة ومقدسة فرضها الله الخالق البارئ المصور. وترتبط على ذلك أن الأفراد أنفسهم في تلك الشعوب التي يُعدُّونها المتقدمة أصبحوا يفضلون العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، وينصرفون عن الزواج لما يتربط عليه من التزامات وقيود تحد من التسيب الأخلاقي والجنسى وما يتبعه من التزامات بالإنفاق على الأولاد وتربيتهم ورعايتهم وقبول قيود وحدود على ما يريدونه من "حرية جنسية" يعودونها من الحريات الديمقراطيـة.

لذلك، أصبحت تلك المجتمعات تشكو من قلة النسل، بل يرى بعض فلاسفتها أنها مهددة بالفناء نتيجة تناقص عدد سكانها بسبب قلة عدد الأولاد وعدم صيانة العلاقات الأسرية .

● هجوم منظم على مبادئ شريعتنا وخاصة منها ما تقرره لضييق العلاقات الجنسية وحصرها في نطاق الزواج وحماية الأسرة الشرعية ورعاية الطفولة:

ويرى أن هذا سوف يؤدي في نظرهم إلى الإخلال بالتوازن فيما بين الدول الناشئة والنامية التي يزداد فيها عدد السكان بسبب محافظتها على نظام الزواج والأسرة، وبين الدول الغنية المتقدمة المتربفة التي يتناقص فيها النسل وتتلاشى الأسرة.

لقد بدأ كثير من فلاسفتهم وسا هم يحدرون دو لهم من أن زيادة عدد سكان الشعوب الناشئة مع تناقص عدد سكان شعوبهم الغنية سيترتب عليه إخلال بالتوازن الدولي الحالي ويؤدي إلى زيادة نفوذ الشعوب كثيرة السكان. بل وقد يؤدي ذلك في نظرهم إلى سيطرتها على العالم كله وتناقص نفوذ الدول الغنية الليبرالية المتقدمة في أوروبا وأمريكا المهددة بتناقص عدد سكانها بسبب عدم الإقبال على الإنجاب.

* * *

وبدلاً من معالجة مشكلاتهم الأخلاقية والاجتماعية لاستعادة حماية الأسرة ومقاومة الانحلال الأخلاقي في بلادهم، زين لهم شياطينهم أن الحل الأمثل هو التخطيط لتقليل عدد سكان الشعوب الأخرى الناشئة في آسيا وإفريقيا. واستغلت الصهيونية ذلك لتجيئه لهذا الهجوم ضد الشعوب العربية والإسلامية في الدرجة الأولى لتزداد إسرائيل قوة بزيادة عدد المهاجرين لها في حين يتناقص عدد المسلمين والعرب بترويج الدعوة لتحديد النسل أولاً باسم تنظيم الأسرة. ثم العمل على إضعاف وجود الأسرة الشرعية أو إلغائها بترويج التحلل الأخلاقي "والحرية الجنسية" وإضعاف علاقة الأبوة والأمومة وإعطاء الشرعية للزنا والفسق والشذوذ الجنسي .. الذي لا ينجيب أطفالا.

* * *

من ذلك، يتبيّن أن مبادئ الشريعة التي تصون الأسرة وتحصر العلاقات الجنسية في إطار الزواج الشرعي بين الرجل والمرأة وتعاقب على الزنا بعقوبة حدية، وأن أحكام الزواج التي تلزم الآباء والأمهات برعاية الأطفال وتربيتهم قد عُدّت في نظر القوى المعادية للإسلام عقبة تحول دون ترويج دعوهم شعوبنا لإضعاف الأسرة واستبعاد الزواج الشرعي وإحلال "الحرية الجنسية" قبل الزواج أولاً وبعد الزواج للمتزوجين كذلك، بل وترويج اللواط والشذوذ الجنسي والسحاق بين النساء.

حملة إعلامية مشبوهة لإضعاف الأسرة وترويج العلاقات الجنسية خارج الزواج :

ونراهم يسعون إلى حشد قوائم المالية والإعلامية بهدف تجنيد عدد من النساء (المتحررات) اللاتي يفضلن الأسفار والرحلات والمؤتمرات التي تنظم لهن وتتوفر لهن الأموال اللازمة للمساحيق والعطور والأزياء التي تتولى "الموضة" ترويجها ... ويذكرهن متاعب الحمل والولادة وتربية الأطفال ورعاية الأسرة ... ويرفع هؤلاء النساء ومن معهن من "النسائيين" شعار تحرير المرأة من متاعب الحمل والولادة وإنجاب الأطفال ورعايتهم والإنفاق عليهم وتربيتهم، بل ومن قيود الأسرة والسلوك القوي وما وضع لحمايةهما من أحكام شرعية تعاقب على الزنا والفسق والانحلال والشذوذ الجنسي

إننا نرى أنه قد نشطت منذ فترة طويلة حملة إعلامية وثقافية وسياسية منظمة للتشهير بمبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت هدفاً هجوم القوى الدولية التي تسيطر الآن على النظام العالمي الذي ينفق الملايين سنوياً للتخطيط العدائي وإنشاء مراكز ومنظمات ومؤتمرات لا هدف لها سوى ترويج الدعوة في بلادنا لإضعاف العلاقات الأسرية ونشر التحلل الأخلاقي وتسهيل الفساد لإرضاء الشهوات الجنسية دون حاجة للزواج الذي جعله الله في شريعتنا ضرورياً لبناء المجتمعات الصالحة المتضامنة المبنية على قداسة الأسرة والزواج والتزامات الأمهات والآباء نحو الإنجاب وزيادة النسل وتنشئة الأجيال الجديدة لإنماء الأرض وبقاء النوع الإنساني وصلاح المجتمعات البشرية .

* * *

الذى يهمنا الآن هو بيان أن الهجوم على مبادئ الشريعة يستهدف أولاً المبادئ والأحكام المتعلقة بالأسرة والزواج والقيم الأخلاقية. وهذا الهجوم المخطط والمنظم يستغل بعض الأفراد في بلادنا و يجعلهم يدعون أن هدفهم هو "الحريات الديمقراطية" أو الليبرالية أو المساواة بين الجنسين أو تحرير المرأة أو تنظيم الأسرة .. إلخ في حين أنهم يتلقون الأموال والدعم الإعلامي والسياسي من بعض الدول الكبرى والمنظمات الدولية التي تتجه الآن لإنشاء ما يسمونه "منظمات غير حكومية" تعمل لحسابهم من أجل تفكيك الخطط المشبوهة التي يرسمونها لتحقيق أهدافهم السياسية الرامية لإضعاف مجتمعاتها وإيادها أو استبعاد تطبيق الشريعة ومقاومة من يدعون لذلك لتمكينهم من إحكام

• الهجوم على مبادئ تشريعنا الجنائي يستهدف الأحكام

والمبادئ التي تحصن الأسرة والزواج :

سيطركم على شعوبنا إما بطريق الاستعمار المباشر أو الإمبريالية العالمية وإما عن طريق الصهيونية ودولتها إسرائيل التي هي قاعدة تعلم حساب كل من يطمعون في بلادنا ويستغلون ثرواتنا وتحالف معهم ضد شعوبنا وحقوقنا .

إننا نستلتفت نظر القارئ إلى أن الحاجة القانونية أو الفلسفية التي ترفع شعارات تحرير المرأة أو الليبرالية والديمقراطية، ليست إلا ستارا لإخفاء الأهداف السياسية التي يسعى إليها أعداء أمتنا ويريدون خداعنا بها، ومصلحتهم فيها هي إضعاف مجتمعتنا حتى تستمر وتزداد سيطرتهم علينا.

إن فقيهنا تعرّض بقorta للرد على هذه الحجج التي نعتقد نحن أنها زائفة، ونحن نشكّر له لأنّه توّلي ذلك .. وئيده .

* * *

وعلينا أن نلخص رأينا في كلمتين :

الأولى : موجهة إلى أصدقائنا وزملائنا وإنخواننا الذين تستهويهم هذه الشعارات أو تخدعهم ومن يتخدونها وسيلة للمعارضة في تطبيق الشريعة أو مقاومة الدعوة لذلك، وعلىَّ أن أذكرهم بأنَّ من يروجونها إنما يستخدمونها لخدمة أهداف قوى أجنبية وصهيونية تنفذ الخطط التي أشرنا إليها لإضعاف مجتمعاتنا وهدم أصواتها الشرعية المتبينة من أجل تكين قوى أجنبية معينة من السيطرة على بلادنا ومنتقحتنا .

الثانية : أن الدفاع عن الشريعة لا يكفي فيه تقدير تراثنا الفقهي الجيد، بل يجب علينا أن نواصل عملية التجديد والتقويم والتنظير في فقهنا سواء ما تعلق منه بالأسرة أو بالتشريع الجنائي الذي يحمي الأسرة والقيم الأخلاقية والاجتماعية لأنهما الهدف الأول للحملة المنظمة ضد تطبيق الشريعة .

● أسلوبنا يربط الأحكام الجنائية الشرعية بالقيم الأخلاقية والحقوق الإنسانية

والاجتماعية وفي مقدمتها مبدأ حصانة الأسرة والزواج وتضامنها واستقرارها

لتكون أساساً للمجتمع الصالح :

* * *

ولهذا، فإني في هذه الدراسة حرصت على القيام بخطوة أخرى تتناسب مع ما قام به شهيدنا لكي نواصل عمله في تجديد الفقه الجنائي الإسلامي، وذلك عن طريق ربط الأحكام الفرعية جميعها، بالقيم الأخلاقية والحقوق الإنسانية والاجتماعية التي شرعت العقوبات والجزاءات الجنائية لحمايتها، وفي مقدمتها ما يتعلق بالأسرة وكيف أنها ووحدتها وتضامنها وما يتعلق بالقيم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الصالح .

وسيرى القارئ أن كثيراً من الأحكام الجنائية التي يشهر بها أعداؤنا ويوهوننا بأنها رجعية أو متخلفة أو قاسية، إنما هي في الحقيقة مفخرة لشريعتنا وهي ضمان لبقاء مجتمعاتنا ونوعها واستقرارها وحمايتها من عدوى الفساد والانحلال الذي ينبع في كيان المجتمعات الأجنبية الغبية المترفة ويهددها بالسقوط بل والفناء، ويحاولون أن يجرؤونا معهم إلى الانحلال الذي يهدد مجتمعاتكم الغنية التي يفسدها الترف والتسلل الذي تحميمنا منه أحكام شريعتنا .

إن عقوبات الحدود بالذات ليست مقررة لمقاومة انحرافات فردية أو جرائم معينة فقط، بل إنما سياج يحصن المجتمع كله من السقوط في مهاري الفساد والانحلال والفناء . لذلك فإن هذه الحدود لها طابع ديني، وأجمع فقهاؤنا على أنها حق الله تعالى.
وسنبين في كلامنا عن التوبية أن هدفها هو تخويف المتهם وتشجيعه على التوبة التي يتربّ عليها سقوط الحد .

٤٥٦ عقوبة التغريب :

وعاقب الشريعة الراى غير المحسن بالتجزيف عاماً بعد جلده، والمصدر التشريعى لهذه العقوبة حديث النبي ﷺ "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 بالتجزيف فإنما يعتزرون به على أنه تعزير لا حد يجوز الحكم به إذا رأه الإمام^(١)، ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة^(٢)، والشافعى وأحمد^(٣) يریان في التغريب حدا يجب على كل زان غير محسن^(٤).

ويرى القائلون بالتجزيف أن يغرب الراى من بلده الذى زنا فيه إلى بلد آخر داخل حدود دار الإسلام على ألا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر . ويرى مالك أن يسجن الراى في البلدة التي يغرب إليها^(٥)، ويرى الشافعى أن يراقب في البلدة التي يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلدته فيحبس^(٦)، ويرى أحمد ألا يحبس المغرب^(٧).

والتجزيف يُعد عقوبة تكميلية بالنسبة لعقوبة الجلد، وله في نظرنا علتان : الأولى : التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة، أما بقاوته بين ظهراني الجماعة فإنه يحيى ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) شرح الزرقان جـ ٨ ص ٨٣ .

(٣) أسف المطالب جـ ٤ ص ١٢٩ - المغني جـ ١٠ ص ١٤٤، ١٣٥ .

(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى المهر دون العبد ، وبجعل أحد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالاً ونساءً، أما الشافعى فيجعله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

(٥) شرح الزرقان جـ ٨ ص ٨٣ .

(٦) أسف المطالب جـ ٤ ص ١٣٠ .

(٧) المغني جـ ١٠ ص ١٣٦ .

عوده

الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يجنبه مضائقات كثيرة لا بد أن يلقاها إذا لم يبعد، وقد تصل هذه المضائقات إلى حد قطع الرزق، وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير، فالأبعاد يهين للجاني أن يحيا من جديد حياة كرمعة .
وظاهر مما سبق أن التغريب وإن كان عقوبة إلا أنه شرع لصلاحة الجاني أولا ولصالح الجماعة ثانيا. والشاهد حتى في عصرنا الحالى الذى انعدم فيه الحياة أن كثيرين من تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التى تصيبهم في هذا المكان .

452 - التغريب عقوبة تكميلية، أو تدبير وقائي :

الغريب هو الحكم بمنع المحكوم عليه من الإقامة في مكان ما، يكون عادة محل وقوع الجريمة، أو محل إقامته، أو إلزامه بالإقامة في مكان معين، وهو ما يسمى في الوقت الحاضر بالإبعاد أو بالإقامة الجبرية .

وقد درسه في هذا البند كعقوبة تكميلية لعقوبة الجلد في جريمة الزنا، ثم ذكره باسم عقوبة "النفي" المقررة على قاطع الطريق (في البند 467). وإذا كان هو لم يربط بين النفي والتغريب فإننا نرى أن ذلك أولى .

وسترى أنه خصص له البند (485) ووصفه بأنه يُعدّ تعزيزاً باتفاق الفقهاء ... واستطرد في الكلام عن الخلافات بين الفقهاء في مدلته، وهل يتضمن "الإقامة الجبرية" أو الحبس ... وما هي القيود التي تفرض على حرية المحكوم عليه بالتغريب ... وآراء شراح القوانين الوضعية بشأنه وموقف القوانين العصرية منه
وسنعود لهذا البحث في دراسة القسم الخاص .

ونحن نرجح عَدَّ التغريب من التدابير الوقائية أو الجزاءات التكميلية، ونفضل إحياطته بقيود وشروط وضمانات عديدة حتى لا يساء استعماله كعقوبة لأهداف سياسية لصالح السلطات الاستبدادية والإمبريالية العالمية .

٥٣

عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الراى المحسن رجلاً كان أو امرأة. ومعنى الرجم القتل رميا بالحجارة. ولم يرد في القرآن شيء عن الرجم، ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم، ومذهبهم يقوم على جلد المحسن وغير المحسن والتسوية بينهما في العقوبة. وفيما عدا الخوارج فالإجماع منعقد على إقرار عقوبة الرجم؛ لأن رسول الله ﷺ أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها. ومن الأحاديث المشهورة في هذا الباب "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلات : كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحسان، وقتل نفس بغير نفس". وقد أثر عن الرسول أنه أمر برجم ماعز والغامدية وصاحبة العسيف. فالرجم سنة فعلية وسنة قولية في وقت واحد.

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة الجلد للراى غير المحسن، ولكن شددت عقوبة المحسن للإحسان؛ لأن الإحسان يصرف الشخص عادة عن التفكير في الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإغا يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذلة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصبحها من نشوء، فوجب أن تتوضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها بحيث إذا فكر في هذه الذلة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير في الألم الذى يصيبه من العقوبة على التفكير في الذلة التي يصيبيها من الجريمة .

ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الراى المحسن؛ وهو قول يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو ابنته تزني واستطاع أن يقتلها ومن يزني بها لما تأخر عن ذلك . والشريعة الإسلامية قد سارت في هذه المسألة كما سارت في كل أحكامها على أدق المقاييس وأعدلها. فالراى المحسن هو قبل كل شيء مثل سبيع لغيره من الرجال والنساء المحسنين، وليس للمثل السيء في الشريعة حق البقاء . والشريعة بعد ذلك تقوم على الفضيلة المطلقة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط، وهي توجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالاً تطيق. فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات، فعقابه أن يجلد مائة جلدة وشفيعه في هذه العقوبة الخفيفة تأخيره في الزواج الذى أدى به إلى الجريمة. أما إذا تزوج فأحسن فقد حرصت الشريعة على ألا يجعل له بعد الإحسان سبيلاً إلى الجريمة، فلم يجعل الزواج أبداً

عوده 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 بينهن. وبهذا فتحت الشريعة للمحسن كل أبواب الخلال وأغلقت دونه بباب الحرام، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع، أن تقطع المعاذير التي تدعو إلى تخفيف العقاب، وأن يؤخذ المحسن بالعقوبة التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح.

ولو أن هؤلاء الذين يجزعون من القتل للزاني رجعوا إلى الواقع، لاستقام لهم الأمر ولعلموا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزاني المحسن لم تأت بشيء يخالف مأثور الناس. فتحن الآن تحت حكم القانون، وهو يعاقب على الزنا بالحبس إذا كان أحد الزانيين محسناً، فإذا لم يكن أحدهما محسناً فلا عقاب ما لم يكن إكراه، هذا هو حكم القانون. فهل رضي الناس حكم القانون؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه. بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغمين أقبلوا على عقوبة الشريعة المطلة مختارين، فهم يقتصون من الزاني محسناً وغير محسن بالقتل، وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصبحها من العذاب، فهم يغرقون الزاني ويحرقونه ويقطعون أو صاله ويهشمون عظامه ويمثلون به أشعث تفتيلاً. وأقلهم جرأة على القتل يكتفى بالسم يدسه من أوجب عليه الموت زناه. ولو أحصينا جرائم القتل التي تقع بسبب الزنا، لبلغت نصف جرائم القتل جهيناً، فإذا كان هذا هو الواقع؛ مما الذي يخشى من عقوبة الرجم؟ إن الأخذ بما لن يكون إلا اعترافاً بالواقع. والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة، ولا أظنتنا بالرغم مما وصلنا إليه من تدهور نكره الإقرار بالحق أو تخسي الاعتراف بالواقع المحسوس .

ويخشى البعض أن يكون في عقوبة الرجم شيء من القسوة، ولمثل هؤلاء نقول : إن الرجم هو القتل لا غير، وإن قوانين العالم كله تبيح القتل عقوبة لبعض الجرائم، ولا فرق بين من يقتل شنقاً أو ضرباً بالفأس أو تسميمه بالغاز أو صعقاً بالكهرباء أو رجماً بالحجارة أو رميها 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 ويبطيء عن المرجوم بالحجارة

عادة في كل الأحوال فهو في ظنه على خطأ مبين؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلا من القتيل فيتأخر موته، وأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص، فرماة الرصاص عددهم محدود وطلقاتهم معدودة أما رماة الأحجار فعددتهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزان حتى يموت. ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئات يقذفون شخصا في مقاتلته بالأحجار، استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيلاً الرصاص.

ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يرهق الروح في بعض الأحوال، وأنه لا يرهقها بالسرعة الالزمة 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 يبطئ بالموت أحياناً أكثر مما يبطئ به الشنق أو الرصاص.

وأخيراً فإن التفكير في هذه المسألة بالذات تفكير لا يتفق مع طبيعة العقاب، فالموت إذا تجرد من الألم والعذاب كان من أنه العقوبات. وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكرروا فيما يصحبه من ألم وعذاب، فهم لا يخافون الموت في ذاته وإنما يخافون العذاب الذي يصاحب الموت. وإذا كان العذاب لا قيمة له مع الحكم عليه بالموت، فإن قيمته يجب أن تتظل محفوظة للزجر والتثوييف، وليس من مصلحة المجتمع في شيء أن يفهم أفراده أن العقوبة هينة لينة لا تؤلم ولا تدعوا للخوف. وقد بلغت آية الزنا {النور: ٢} الغاية في إبراز هذا المعنى حيث جاء بها: «ولا تأخذكم بما رأفه في دين الله»، وحيث جاء بها: «وليشهدن عذابهما طائفه من المؤمنين»، ذلك أن الرأفة بال مجرمين تشجع على الإجرام، والعذاب الذي يصاحب العقوبة هو الذي يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم.

٤٥٤- تعليق على عقوبات الزنا : هذه هي عقوبات الزنا في الشريعة الإسلامية لم تخجل، ولم توضع اعتباطاً، وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته، وتقدير دقيق لغرائزه وميوله وعواطفه، ووضعت لحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، فهي عقوبات علمية تشريعية. هي عقوبات علمية؛ لأنها وضعت على أساس العلم بالنفس البشرية، وهي عقوبات تشريعية؛ لأنها شرعت لمحاربة الجريمة، وهذه ميزة تمتاز بها العقوبات التي وضعتها الشريعة بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، ولا تكاد هذه الميزة توجد في عقوبة من العقوبات التي تطبقها القوانين الوضعية .

عادة ـ ولا ريب في أن العقوبة التي تقوم على فهم نفسية الجرم هي العقوبة التي يكتب لها النجاح؛ لأنها تحارب الإجرام في نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة. ثم هي بعد ذلك أعدل العقوبات؛ لأنها لا تظلم الجرم ولا تقصمه ولا تحمله مالاً يطيق 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 لجموعهم، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحي به في سبيل الأفراد. والعقوبة التي تحابي الأفراد على حساب الجماعة، إنما تضيّع مصلحة الفرد والجماعة معاً؛ لأنها تؤدي إلى ازدياد الجرائم واحتلال الأمن ثم توهين النظام والخلال المجتمع. وإذا دب الانحلال في مجتمع فقل على الأفراد وعلى المجتمع العفاء .

ولقد كان لعقوبات الزنا التي جاءت بها الشريعة أثراً هاماً في محاربة الجريمة في كل زمان ومكان. ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوى في أي بلد يأخذ بأحكام الشريعة، ونستطيع أن نلمسه في الفرق بين ما كنا عليه من حسين أوأربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك ، وبين ما نحن عليه الآن. ولم تكن الشريعة تطبق قبل حسين سنة، ولكن أثراً القوى كان لا يزال باقياً متمثلاً في أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدنا. ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام .

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحاً في الفرق بين الشرق الإسلامي عامه وبين بلاد الغرب، بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريباً قد أخذت بقوانين الغرب ونظمها ودرجت على أثره وراحت تتشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق، فلا يزال الشرق ينفر من جريمة الزنا ويستفظ بها ويحقر مرتكيها ويستغل 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 مجتمعاً صالحاً يقوم على الأخلاق الفاضلة، وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيعة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعاً فاسداً منحلاً تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات .

453، 454 – القيم الأخلاقية التي توجب العقاب على الزنا والفاحشة :

أشد عقوبات الزنا هي القتل بطريق الرجم، ويُعدُّه الجمهور حداً في زنا المحسن. لقد أشار إلى أنه لم يرد في القرآن شيءٌ عن هذه العقوبة المغلظة، ولذلك فإن بعض المذاهب يذكرها، ويُعدُّون النص القرآني على الجلد قد فرض الحد في جميع صور الزنا. وإذا كان هو ينسب هذا الرأي للخوارج، فإن عدداً من الفقهاء المحدثين يرجحونه. اعتماداً على أن السنة لا يجوز أن تنسخ حكماً قرآنياً.

وقد سبق أن بينا أن زنا المحسن يستحق عقوبة مغلظة لأن فيه خيانة للزوجية، التي يمكن عَدُّها ظرفاً مشدداً للعقوبة في الزنا، وهذا يسُوّغ تشديد العقوبة على المحسن، حتى عند من "يعارضون" الرجم، وفقيهنا يرد بشدة على من ينتقدون عقوبة الرجم، ويذكّر ما يبررها في نظره، ويرد على من يصفونها بالقصوة .

وهو يشير إلى أن الرجم ما هو إلا عقوبة القتل، لكن طريقة وأداته قصد بها زيادة التخويف والإيلام لردع مرتكي هذه الفاحشة وغيرهم، وهذا يفتح لنا باباً للبحث في إمكانية التمييز بين العقوبة وأداتها تنفيذاً. ولنا أن نتساءل إن كانت طريقة التنفيذ وأداته تُعدّ ركناً في العقوبة أم أنها إجراء يخضع لتقدير السلطة التي تنفذها، حتى تراعي في ذلك تطورات المجتمعات وظروفها .

والحق أن المجتمعات الإنسانية شهدت في الماضي أساليب عديدة للقتل قصد بها تغليظ العقوبة والتخويف منها، فقد استعمل قطع الأعضاء والصلب والتمثيل بالجثة زيادة في تخويف الناس منها، وستعود لذلك فيما بعد .

لكن من المؤكد أن روح تشريعنا تكره هذه العقوبة القصوى وتخاصرها. لذلك، نجده يقرر فيما بعد (البند 480 بشأن التعازير) أن الفقه يرى استبعادها في التعزير وأنه لا يجوز في التعزير قتل ولا قطع الأعضاء مهما تكون خطورة الجريمة .

ومع ذلك، أشار إلى أن الخفية شدواً عن ذلك بإجازة القتل سياسة في التعزير، ووضعوا لذلك قيوداً حتى يكون في أضيق الحدود التي تقضي بها الضرورة "الاجتماعية والسياسية"، لكننا لا نوافق على هذا الرأي لأنه يفتح باباً للإسراف في قتل المعارضين للحكام المستبددين .

اتجاه شريعتنا للحد من عقوبة القتل :

ونحن نؤيد رأى جهور الفقهاء الذين يتمسكون بعدم جواز القتل تعزيراً، ولا بد أن يكون رأيهم هذا متجاوباً مع الذين يطالبون في عصرنا الحاضر، بإلغاء عقوبة "الإعدام"، مع فارق مهمٍ هو أن فقهاءنا يتذمرون بهذه العقوبة في نطاق الحدود والقصاص الذي لا يحکم به إلا في نطاق المبدأ الشهير "ادرعوا الحدود بالشبهات".

وليس أدل على حرص شريعتنا على التضييق في نطاق عقوبة القتل من أن القصاص الذي يستحقه القاتل الذي يثبت عليه بالطريق الشرعي تعمد ارتكاب جريمة القتل التي هي أبغض الجرائم؛ حتى إن القرآن وصف من يقتل فرداً بأنه قتل الناس جميماً، ومع ذلك منح لولي الدم حق العفو عن تلك العقوبة العادلة. وفي العادة يعفو عندما يحصل على تعويض مقنع له، وحينذاك يلتزم المجتمع بإسقاط القصاص والاكتفاء بعقوبة التعزير التي لا تصل حد القتل .

هكذا نرى أن فقيهنا على حق في حماسته للإشادة بالمنهج العادل المتوازن الأوسط الذي استطاع به فقهنا أن يوفق بين أكبر قدر من الاستجابة للغاية الاجتماعية في محاصرة تلك العقوبة القصوى وتحديد نطاقها، مع بقائها رمزاً لتحذير المجرمين الذين يهددون أسس المجتمع الصالح ويهاجمون القيم الإنسانية والأساسية التي يراها ضرورية لصلاح المجتمع وأمنه وتقدمه .

ولا عجب إذن أن يكون الملتزمون بالشريعة الداعين لتطبيقها وتنفيذها هدفاً للهجوم من ناحية طائفتين من المسرفين والمتطرفين :

أو لهم أولئك الطغاة المستبدون الذين يفرضون سلطتهم بقتل المعارضين والناقدين والمطالبين بحقوقهم، وذلك بإصدار ما يسمونه قوانين وقرارات سيئة السمعة ويستبيحون بها دماء الناس .

أما الطائفة الثانية، فهي تسرف في استغلال شعارات الليبرالية الأوروبية ومقاييس العقوبات الشرعية زاعمين أنها قاسية ... وخاصة في طريقة تفزيذ عقوبة القتل بالسيف أو بالرجم كأن القتل بالمقصلة أو الكرسي الكهربائي أو الشنق هو قيمة الإنسانية التي يخشون ألا يقرها فقهنا أو لا تعرفها شريعتنا.

المجموع على مبادئ شريعتنا هدف إستراتيجي للقوى الطامعة في السيطرة على شعوبنا:

مع أن هذا التخوف لا محل له كما سنرى فيما بعد ... ويسعون أن المجموع على الشريعة هو هدف إستراتيجي للقوى الأجنبية الطامعة التي تسعى لاستبعاد شعوبنا واستغلالها بل وإيادها كلما أمكن ذلك. ولذلك تصل إلى أهدافها تحاول حرمانا من مصدر القوة والوحدة بين شعوبنا وهو الإيمان بالله وما يستلزمها من الالتزام بما شرعه لنا من مبادئ وأحكام ... وتحصين مجتمعاتنا من الفساد الأخلاقى والتسبيب في العلاقات الجنسية والشذوذ الذى يسمونه حقا ديمقراطيا في بلادهم .

إن عقوبات الزنا والقذف تحظى من شريعتنا وفقها بعنابة خاصة لأنها لا تحمى فردا أو جماعة وإنما تصون القيم الأساسية التي يقوم عليها نظام الأسرة التي جعلها الله خلية المجتمع الأساسية وضمان بقائه واستقراره وتقديره، وأحاطتها بمجموعة من المبادئ الأخلاقية التي تحرم العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج الشرعي وتحمى شرف الأسرة وكرامتها من التشهير والتشويه عن طريق التصرفات غير الأخلاقية التي تؤدي إلى إشاعة الفاحشة وترويج الاتهامات دون دليل شرعى حددده الشارع بأربعة شهود حتى يسد الباب على ادعاءات التلفيق وينعى الاجتراء على أعراض الأسر وكرامتها .

لهذا السبب أتبع دراسته لحد القذف ما تقدم بشأن الزنا والفاحشة .

المبحث الثاني في عقوبة القذف

عوده ٤٥٥ . الجلد وعدم الأهلية للسهرارة : للقذف في الشريعة عقوبتان : إحداهما : أصلية وهي الجلد، والثانية : تبعية وهي عدم قبول شهادة القاذف . عقوبة 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 عقوبة القذف قول الله جل شأنه : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَادَةٍ فَاجْلُدُوهُمْ ثَانِيْنَ جَلْدًا وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبْدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

ولا تعاقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذباً واحتلاقاً، وإن كان تقريراً للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التي تدعى القاذف للافتراء والاختلاف كثيرة، منها : الحسد والمنافسة والانتقام، ولكنها جميعاً تنتهي إلى غرض واحد يرمي إليه كل قاذف هو إيلام المقدوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف في الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض. فالقاذف يرمي إلى إيلام المقدوف إيلاماً نفسياً فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلاماً بدنياً؛ لأن الإيلام البدني هو الذي يقابل الإيلام النفسي؛ وأنه أشد منه وقعه على النفس والحس معاً، إذ إن الإيلام النفسي هو بعض ما ينطوي عليه الإيلام البدني . والقاذف يرمي من وراء قذفه إلى تحقير المقدوف وهذا من التحقير الفردي، لأن مصدره فرد واحد وهو القاذف، فكان جزاؤه أن يمحقق من الجماعة كلها وأن يكون معنى الاحتقار العام بعض العقوبة التي تصيبه فتقسّط 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 وحدتها التغلب على الدوافع الداعية للجريمة وصرف الإنسان عن الجريمة، فإذا فكر شخص في أن يقذف آخر ليؤلم نفسه ويحقق شخصه ذكر العقوبة التي تؤلم النفس والبدن وذكر التحقير الذي تفرضه عليه الجماعة فصرفه

عودة ذلك عن الجريمة وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل الصارفة عنها ارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحير الجماعة ما يصرفه نهائياً عن العودة لارتكاب الجريمة، بل ما يصرفه نهائياً عن التفكير فيها .

٥٦ عقوبة القذف في القوانين : وتعاقب القوانين على القذف بالحبس أو بالغرامة أو بهما معاً . وهي عقوبات غير رادعة، ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة؛ وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتداولون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء، وكل يحاول تحقيـر الآخر وتشويهـه بالحق والباطل، وكل يريد أن يهدم أخيه ليخلو له الجو ينطلق فيه، وسيظلون كذلك حتى يمزقـوا أعراضـهم ويقطـعوا أرحـامـهم ويهدـموا أنفسـهم بأيديـهم ولكنـهم سيـترـكـون أسوأـمـثـلـ يـختـذـلـ لـمـ بـعـدهـمـ .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبـقت على هؤـلاء بدلاً من القانون لما جـرـؤـ أحـدهـمـ علىـ أنـ يـكـذـبـ علىـ أـخـيهـ كـذـبـةـ وـاحـدـةـ، لأنـهاـ تـؤـدـيـ بهـ إـلـىـ الـجـلـدـ وـتـنـتـهـيـ بـإـيـعادـهـ عـنـ الـحـيـاـةـ الـعـامـةـ، فـلـاـ قـيـادـةـ وـلـاـ رـئـاسـةـ وـلـاـ أـمـرـ وـلـاـ هـنـيـ . وـذـلـكـ أنـ مـنـ كـذـبـ سـقـطـ شـهـادـتـهـ، وـمـنـ سـقـطـ شـهـادـتـهـ سـقـطـ عـدـالـتـهـ، وـمـنـ سـقـطـ عـدـالـتـهـ سـقـطـ عـنـ قـيـادـتـهـ وـرـئـاسـتـهـ، وـلـأـنـ الـأـمـرـ وـالـنـهـيـ مـنـ حـقـ المـتـقـينـ وـلـاـ يـكـونـ أـبـداـ لـلـفـاسـقـينـ .

وـمـاـ تـشـكـوـ مـنـهـ مـصـرـ وـتـأـلـمـ لـهـ تـشـكـوـ مـنـهـ كـلـ الـبـلـادـ الـدـيمـقـراـطـيـةـ . وـبـرـىـ بعضـ المـفـكـرـيـنـ فـيـ هـذـاـ عـارـضاـ مـحـتمـلاـ تـقـضـيـهـ حـيـاـ الشـورـىـ، لأنـهاـ تـقـومـ عـلـىـ اـخـتـلـافـ وـجـهـاتـ النـظرـ وـتـعـدـ الـأـحـزـابـ وـاـخـتـلـافـ الـبـرـامـجـ . وـبـرـاهـ الـبعـضـ شـرـاـ مـسـطـيـراـ وـمـرـضاـ خـطـيـراـ مـنـ أـمـراضـ الـدـيمـقـراـطـيـةـ لـاـ يـنـقـضـيـ إـلـاـ بـالـقـضـاءـ عـلـىـهـ . وـأـصـحـابـ الرـأـيـنـ عـلـىـ خـطـاـءـ فـيـماـ ذـهـبـواـ إـلـيـهـ؛ لأنـ الشـورـىـ لـاـ تـقـضـيـ بـطـبـيعـتـهاـ خـلـقـ الـجـرـامـ وـلـاـ التـشـجـعـ عـلـىـ اـرـتـكـابـهـ، وـلـوـ هـدـواـ إـلـىـ الـطـيـبـ مـنـ القـوـلـ لـقـالـوـاـ إـنـ هـذـاـ عـارـضـ الـمـخـتـمـ وـهـذـاـ شـرـ مـسـطـيـرـ كـلـاـهـمـ نـاشـيـ عـنـ اـنـعـادـ الـعـقـوبـةـ الـرـادـعـةـ الـتـيـ تـصدـ النـاسـ عـنـ اـقـتـرافـ الـجـرـيـعـةـ .

إنـ العـالـمـ كـلـهـ يـقـومـ عـلـىـ فـكـرـةـ الـثـوابـ وـالـعـقـابـ، وـلـقـدـ كـانـ يـسـيرـ عـلـىـ هـذـهـ الـفـكـرـةـ فـيـ روـحـانـيـتـهـ الـقـديـمـةـ الـبـاقـيـةـ، وـهـوـ يـسـيرـ عـلـيـهـاـ الآـنـ فـيـ مـادـيـتـهـ الـحـدـيـثـةـ الـعـاتـيـةـ . فـقـدـ كـانـ عمرـ بـنـ الـخـطـابـ يـحـكـمـ بـالـعـدـلـ لـاـ يـبـغـيـ عـرـضـ الدـنـيـاـ وـإـنـاـ يـبـغـيـ ثـوابـ الـآـخـرـةـ . وـكـانـ

عوده يبتعد عن الظلم لأنه يخشي اليوم الآخر. أما حكام اليوم فإنما يحكمون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير ويبتعدون عن الظلم؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم. وكان العالم الورع قدّيماً يكتب ما يكتب لوجه الله وطمعاً فيما عنده، ويدع ما يدع خشية من الله وخوفاً من غضبه. أما العالم المطلع اليوم، فيكتب ما يكتب لترويج كتاباته لدى الجماهير؛ ويدع ما يدع خوفاً من إعراض الجماهير، وما يتبع الإعراض من الكساد والبلوار. وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدي ما عليه من حق لرب العمل إرضاء الله. ولا يقصر في عمله خشية غضب الله. أما العامل اليوم، فإنما يجد في عمله انتظاراً للمكافأة العاجلة من رب العمل، أو طلباً لزيادة الأجر، ويبتعد عن التقصير؛ لأنه يجر عليه الطرد والحرمان من العمل.

هذه هي طبيعة الناس لن تتغير ولن تتبدل ولو تغيرت مظاهرهم وتبدلت وسائلهم، وهي طبعتهم إذا تقدموا وطبعتهم إذا تأحرروا يرجون الثواب ويحرصون على الوصول إليه، ويخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر في سياساتهم وتوجيههم، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما في خلائقهم الأصلية من رجاء وخوف، ومن قوة وضعف، فجاءت أحكامها صالحة لكل مكان وزمان لأن طبائع البشر واحدة في كل مكان؛ ولأنها لا تتغير بتغيير الأزمان. ذلك هو السر في صلاحية الشريعة للقدم والحديث وهو السر في صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد.

المقصود بالقذف الذي يستحق عقوبة حدية في فقها هو توجيه الاتهام بارتكاب الزنا إلى المحسنات دون تقديم الدليل الشرعي أمام القضاء الذي حدده القرآن بأربعة شهود رؤية .

و واضح من تحديد هذا العدد من الشهود أنه ليس المقصود من طلبه في نظرنا مجرد إقامة الدليل على وجود علاقة جنسية خارج نطاق الزواج، وإنما قصد إثبات أن هذه الفاحشة قد ارتكبت جهرا بصورة علنية فاضحة عارية تماما بحيث جعلت أربعة شهود يروها رؤية واضحة صريحة بالصورة التي حرص الفقه على قصرها على رؤية عين للاتصال الجنسي جهرا دون غطاء أو ساتر يحجبها عن أعين الناس

في نظرنا إذن أن الشهود الأربع المطلوبين للعقاب في جريمة الزنا أو عدم العقاب على القذف قصد بهم إثبات المجهر والعلانية الفاضحة التي تجرح شعور العامة وتشيع الفاحشة في المجتمع وليس المقصود به مجرد ثبوت الخيانة الزوجية أو العلاقة الجنسية المحرمة وإن كان هذا يأتي ضمنا .

إن لنا تحفظا على قوله إن الشريعة لا تعاقب على القذف إلا إذا كان كذلك واحتلاقا، فإن كان تقريرا للواقع فلا جريمة ولا عقاب؛ والأصلح هو القول بأنه لا حد في هذه الحالة، ولكن يعزز في نظرنا لأنه لم يسلك الطريق القضائي قبل طريق التشهير الذي يشيع الفاحشة .

إن الشريعة قد ألزمت من يريد اتهام المحسنات بالفاحشة أن يلجأ أولا للقضاء ويقدم الدليل القانوني الذي قرره النص وهو أربعة شهود رؤية ثبت فعل المباشرة الجنسية المحرمة العلنية جهرا، وإذا تم ذلك وحصل المدعى على إدانة من الهممها بجريمة الزنا واستحقت العقوبة بحكم قضائي صحيح، هنا فقط لا يقام عليه حد القذف، وإذا فشل في ذلك أقيم عليه الحد .

* * *

في رأينا أن باب التشهير العلني مغلق تماما؛ فلا يجوز لأحد أن يتهم محسنا أو محسنة ويعلن هذا الاتهام بأى صورة من الصور، دون اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم يثبت ارتكابه جريمة الزنا الذى رماه بها القاذف. لأن الصورة الوحيدة لاتهام المحسنة بالزنا التى تقبلها الشريعة هي إقامة الدعوى أمام القضاء، وتقديم الدليل الشرعي، والحصول بذلك على الحكم بالإدانة. أما قبل صدور هذا الحكم، فإن التشهير بالمحسنات هو قذف يعاقب عليه بالجلد كحد شرعى طبقا للنص القرآنى .

• التعزير على الفاحشة في حالة عدم توافر شروط الحد الشرعي للزنا،

إذا ثبت فعل يخل بالحياء أو يمس العرض :

أما إذا لم تطبق عقوبة الحد على من اتهم بالزنا لعدم توافر أربعة شهود لأى سبب من الأسباب، فلا نوافق على القول بأنه لا جريمة ولا عقوبة، لأن الأصح أن فعله لا يوصف بأنه زنا ولكن قد توجد جريمة هتك عرض أو إخلال بالحياء لكن عقوبتها تعزير لا حد. ولا نرى مانعاً من أن يتضمن التقنين تسمية خاصة لهذه الجريمة وتقييدها عن الزنا الماعقب عليه حداً وبيان الأدلة التي تلزم لإثباتها.

وإذا كان المشرع قد استثنى الزوج وفتح له باب الإهام الزوجة بالخيانة الزوجية بطريق الملاعنة – وهي طريق قضائي – فإنما لا تحيز له في غير حالة الملاعنة أو لغيره ترويج الإهام بالزنا بغير الطريق القضائي الذي عرفنا مدى صعوبة اللجوء إليه لاشترط أربعة شهود رؤية علنية فاضحة .

بذلك نصل إلى القول بتمييز جريمة الزنا، الذي وصفه القرآن بأنه كان فاحشة وساء سبيلاً، وهو ينحصر في الفاحشة المركبة جهراً في علانية فاضحة يشهد لها ويشهد بها أربعة شهود رؤية بالصورة التي وصفها الفقه بأنه كالمروود في المحكمة .

أما ما عدا ذلك من وجود خيانة زوجية أو علاقة مشبوهة أو فساد يخل بالحياء أو يمس العرض، فيمكن وصفه بأنه فاحشة أو خيانة زوجية، لكن لا تصل إلى حد الزنا. أو نقول إنه فسق لا توافر فيه أركان جريمة زنا المحسن أو غير المحسن، وهذا الفعل قد يستحق التعزير إذا ثبت بأدلة لا تصل إلى ما يثبت به الحد لإثبات الزنا والتي قصد باشتراطها ألا يسمح لأحد بترويج إهام المحسنات بأى صورة من الصور بغير طريق رفع الدعوى أمام القضاء، وكل ما يسمح به المشرع للزوج هو طريق الملاعنة أمام القضاء، أو استعمال حقه في الطلاق، ولا يسمح له أو لغيره بغير ذلك. أما غير الزوج فليس أمامه في نظرنا إلا طريق واحد هو رفع دعوى الزنا أمام القضاء وتقديمه للأدلة التي يشرطها النص. وإذا فشل في ذلك فإنه حتماً يعاقب بحد القذف الذي قرره القرآن ..

بهذا يتبين مدى الحماية والصيانة التي توفرها شريعتنا لكرامة الأسر وسمعتها وشرفها والتي لا مثيل لها في شريعة من الشرائع .

التعزير جائز على السب أو القذف الذى لا تتوافر فيه شروط تطبيق العقوبة الحدية

مدى رأى أهل الاجتهاد ذلك :

إننا لا نقر القول بأنه إذا كان القذف تقريراً للواقع فلا جريمة ولا عقوبة، ونعتقد أن هذا فيه تجاهل لمبدأ التعزير الذي أعطى للمجتمع حق العقاب على كل ما يضر ببنظامه وقيمته واستقراره. ولا شك في أنه يجوز تعزير كل من يسب محسناً أو غير محسن أو يقذف في حقه أو يشهر به في علانية دون رفع الدعوى أمام القضاء ليفصل فيها ما دام لا ينسب له ارتكاب جريمة الزنا صراحة أو ضمناً.

إن الأسلوب الذي اتبعه في الفصل بين عقوبات الحدود والتعازير، التي تُعدُّها هي الأصل، هو الذي أدى إلى هذا القول الذي لا نقره لأن التعازير هي الأصل حتى في جرائم الحدود التي لا تتوافر لها شروط تطبيق الحد.

إن شرط الكذب الذي يشير إليه مطلوب فقط لتوقيع عقوبة حدية على القذف، أما إذا لم يتتوافر هذا الشرط، فإن الفعل الذي يشهر بالناس ويحط من كرامتهم وسمعتهم يستحق التعزير في نظرنا؛ ولا يصح القول بأنه لا جريمة ولا عقوبة، يكفي أن نقول إنه لا عقوبة حدية وإنما تدخل في نطاق التعازير ... إذا رأى ذلك أهل الاجتهاد .

المبحث الثالث في عقوبة الشرب

عوده ٤٥٧ - عقوبة الجلد : تعاقب الشريعة على شرب الخمر بالجلد ثمانين جلدة، وهي عقوبة ذات حد واحد؛ لأن القاضي لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعي أن حد الخمرأربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة، وحجته أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب في الخمر أكثر من أربعين. أما الأربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعي، وإنما هي تعزير .

ومصدر العقوبة التشريعي هو قول الرسول ﷺ : "من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه". أما تحريم الخمر فمصدره القرآن. والرأي الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها بثمانين جلدة إلا في عهد عمر بن الخطاب، حيث استشار أصحاب الرسول في حد شارب الخمر، فأفتى علي بن أبي طالب بأن يحد ثمانين جلدة؛ لأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد المفترى - أي القاذف - ثمانون جلدة؛ ووافق أصحاب الرسول علي هذا الرأي. إذن فتحريم الخمر مصدره القرآن؛ والعقاب مصدره السنة، ومقدار الحد مصدره الإجماع في عهد الصحابة .

والدافع الذي يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته في أن ينسى آلامه النفسية، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التي تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع في نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد، فهو يزيد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجتمع له بين ألم النفس وألم البدن. وهو يزيد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذي هرب منه وتجتمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر قد وضعتها على أساس متين من علم النفس وحاربت الدوافع النفسية التي تدعو إلى الجريمة بالدوافع النفسية المضادة التي تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتي لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها فإذا ما فكر الشخص في شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع الخمر العقوبة

عودة ٤٥٨ التي ترده إلى آلام النفس والبدن، وإذا ما فكر في شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يردد 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 يغلب العوامل النفسية الصرافية عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا ما فكر في الجريمة مرة أخرى.

٤٥٨. الخمر طبياً واجتماعياً : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية في عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها؛ وأن أضرارها لا تُحصى؛ فهي تفسد العقل، وتفسد الصحة، وتؤدي إلى العقم أحياناً، وإلى ضعف النسل غالباً، كما تؤدي إلى ضياع المال وضياع الكرامة، فكان العقول بعد هذا أن تأتي دولة كمصر فتحرم الخمر مستندة إلى دستورها الذي يجعل دين الدولة الرسمي الإسلام، وإلى الإسلام الذي يحرم الخمر ويعاقب على شربها، وإلى النتائج السيئة التي تتبع عن شرب الخمر. ولكن مصر لم تفعل شيئاً من هذا وأباح قانونها الوضعي الخمر إباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرارها أو بيعها. وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر ووُجد في محل عام، فالعقاب في هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على الوجود في محل عام بحالة سكر بين، ولم يتشدد القانون في عقاب هذه الحالة الوحيدة فجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الغرامات التي لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذي لا يتجاوز أسبوعاً^(١). والعيب في هذا ليس على وضع القانون، فهو رجل أوربي غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسي، ولكن العيب عيب الذين أقرروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه، وهو باطل بطلاً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة الإسلامية. والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرقي الإسلامي مقاطعة فرنسية، ناسين أو متناسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متဂاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩. العالم وحرم الخمر : ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها منذ ثلاثة عشر قرناً، وانفرد بتحريمه والعقاب عليها طيلة هذه المدة، حتى جاء العالم في القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق في موقفه من الخمر زمان غيره كان يعمه في

(١) المادة ٣٨٥ من قانون العقوبات المصري .

عوده

الضلال، وقد حمل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام، وألها مفسدة للعقل والصحة والمال. وها هو ذا العالم غير الإسلامي لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر، وهذه الجماعات مجالات ورسائل ومؤمرات. ولقد كان أثر دعاية هذه الجماعات قويا في الولايات المتحدة بأمريكا وفي الهند، وكان الرأي العام أسرع استجابة في هاتين الدولتين فسنت فيهما القوانين لتحريم الخمر تحريما تاما. وفي كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريما جزئيا، فمنع تناولها أو تقديمها في أوقات معينة. ولكن الكثير من القوانين التي حرمت الخمر لم تنجح في محاربة الخمر لأن العقوبات التي فرضتها لم تكن رادعة.

وإذا كان الناس جميعا قد آمنوا بأحقية الإسلام في تحريم الخمر، فقد بقي عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التي فرضها الإسلام على شارب الخمر. وربما يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التي تسن تحريم الخمر وتؤدي مهمتها خيرا .

ما زلت أذكر كتاباً للفيلسوف الروسي "ليو تولستوي" قرأت ترجمته بالعربية تحت عنوان "إبليس والخمر". وكان اطلاعى عليه وأنا تلميذ بالمدرسة الثانوية، فتأثرت به كثيراً. ومحور الكتاب أن الخمر أكبر الأخطار على المجتمعات الإنسانية باعتراف جميع الأديان وال فلاسفة والمفكرين^(١). ومع ذلك، ما زالت الخمر مباحة في جميع القوانين الأجنبية، واقتدى بذلك المشرع الوضعي في بلادنا.

بل إن الأطباء تعروا من التحللير من مساوى الخمر، وكذلك أحکام المحاكم تبيه من حين لآخر بضرورة مقاومتها، ومع ذلك فإن المشرعين في بلادنا منتظرون الإذن من الدول الأجنبية لكي يستجيبوا للمطلب الشعبي بتحريم شرب الخمر وتدواهها. ولقد استجابت بعض الدول لذلك برغم معارضه بعض المتشفين من تجارة الخمور وفسادها. وقد كان لأمريكا تجربة مثيرة، إذا أصدر "الكونجرس" قانوناً بتحريم الخمر ونفذ ذلك مدة سنوات، لكن الدوائر المالية التي يستفيد كثير من شركاتها بتجارة الخمور كانت أقوى من الحكام وال فلاسفة والعلماء الذين دعوا لتحريم الخمر، واستطاعوا أن يلزموا الكونجرس بـ إلغاء قانون تحريم الخمر.

وهو يشير أيضاً إلى تجربة الهند وبعض القوانين الأجنبية، لكننا لا ندعوا للاقتداء بهؤلاء أو أولئك، وإنما ندعوا للالتزام بشريعتنا واحترام أحکامها التي تستند إلى نصوص صريحة في الكتاب والسنة (أوردتها في البند 580 فيما بعد).

لقد عملت بالقضاء في النيابة العامة بأقاليم مصر عقب تخرجي في الجامعة، وشاهدت بكل أسف ما يجرى في "نوادي الموظفين" بالأرياف والأقاليم من وباء القمار والشرب، وكانت لي مساجلات مع بعض زملائي في تلك النواادي من استحلوا شرب الخمر وأصبحت في نظرهم شيئاً عادياً مألوفاً، وأصبح الشاب أو الموظف الناشئ مثلـى لا يستطيع أن يتتردد على تلك النواادي أو يتمتع بعزائياها إذا لم يكن من يقبلون شرب "الويسكي" أو غيره من أنواع الخمور، بل وأن يلعب الكاراتـ كالكونـكان أو البريدج .. أو غيرها من ألعاب القمار

(١) أتفى لو وزعت نسخ من هذا الكتاب على من ينتقدون دعـاة تطـنـ الشرـيعة أو يعارضـونـ في تلك الدعـرةـ، ويـحارـبونـ الشرـيعةـ الإـسـلامـيةـ .

 تحرير الخمر لا يكفي فيه العقاب على الشرب

بل لا بد من إصلاح اجتماعي وتربيوي شامل :

إن المطالبة بتطبيق الشريعة لا يقصد منها مجرد صدور قانون بفرض حد الشرب أو يعاقب من يرتكبون تلك الجريمة، بل لا بد من إصلاح المجتمع وتطهيره من رواسب قرون طويلة من الفوضى والفساد الذي يُعدّ الخمر والقمار أكبر مظاهره .

لابد من استقرار مبدأ تحرير الخمر، ولا أستسيغ أن يجلس قاض أو ضابط شرطة ليعاقب شخصاً على تناول المخدرات أو الاتجار بها؛ أو نوابنا في البرلمان ليفرضوا قانوناً يعاقب على ذلك، في حين يستبيحون لأنفسهم أن يسهروا طول الليل في معاقرة الخمور سواء في النادي أو المترز أو أي مكان آخر، حتى أصبحت شيئاً حتمياً في حفلات السلك الدبلوماسي التي يتتردد عليها المسؤولون كبار القوم، وهي تشهد إسرافاً لا مثيل له في تناول المسكرات مجاناً على نفقة دافعي الضرائب بحججة أن هذا تقليد دبلوماسي يجب مراعاته .. صحيح أن الخمر مباحة لغير المسلمين، لكن لا نرى ذلك مبرراً لكي تقدم علينا في حفلاتهم للMuslimين وغير المسلمين في بلادنا بمعرفة السفارات الأجنبية أو في البلاد الأجنبية في سفارات دول إسلامية تكلف ميزانية تلك الدول مبالغ كبيرة مما تحصله من ضرائب من أفراد الشعب الكادح العامل الذي نرى كثيرين منهم لا يجدون قوتهم، لكن يطالبون بدفع ضرائب من كل جنس تصرف في مثل هذه الصور من الترف الخمرى الذي لا يبرر له في شريعتنا، ولا في نظرنا. لذلك، فإننا نؤيد دعوته لتحرير الخمر والسكر على الجميع في بلادنا (في نهاية البند 581)، وأن تكون العقوبة "تعزيراً". بل إننا نؤيد القول بأن عقوبة الشرب تكون تعزيراً وليس حداً لأنه لم يرد نص على هذا الحد في الكتاب أو السنة وإنما يستند القائلون به على القول بإجماع الصحابة، وهو غير مؤكداً.

إنني رأيت كثيرين من الشبان الناشئين الذين يعينون في وظائف القضاء أو الإدارة أو الصحة أو التعليم أو غيرها من الإدارات أو الشركات يتلقون إلى هذه المفاسد مجرد الجاملة وإرضاء زملائهم الذين لا يطيقون أن يجلس معهم زميل لا يشاركون فيها .

﴿ مبدأ تحرير الخمر وعَدُّ شربها جريمة يجازى عنها المسلم

لا يعني أنه لا بد من وصفها بأنها جريمة حدية،

ولا أن الحد هو الجلد :

أسوأ من ذلك هو أن طائفة من المثقفين وبخاصة الذين درسوا في أوروبا وعاد كثیر منهم يحمل "البایب" أو يشرب الويسکي، أصبح كثیر منهم يَعْدُون الشرب والسكر شرطاً لحضور طائفة المثقفين في نظرهم ... ليأمل أنه إذا صلحت الأمور واستقام المسؤولون فإن أول ما يجب هو تطهير المجتمع من هذه المحرمات والمفاسد، وتربية النشء على استئثارها . إنني أؤيد كل كلمة قالها شهيدنا في الدفاع عن المبدأ الشرعي بتحريم الشرب، ولاشك في أنه كان قاضياً في الأقاليم وشهد ما شهدته من هذه الأوبئة والمفاسد التي فشت في أوساط الموظفين والمثقفين ... وأنه تأثر بذلك وظهر أثره فيما كتبه في هذا الشأن .

المبدأ الثاني الذي يهمنا هو عَدُّ شرب الخمر جريمة ياتحها المسلمون في جميع العصور، أما الخلافات فيما عدا ذلك؛ هل هي جريمة حدية، أو تعزيرية؟ وهل الجلد عقوبة حتمية في الحد أو التعزير؟ وعدد الجلدات الواجبة أو الجائزة، والحد الأقصى والحد الأدنى . فهذه كلها تفصيات تعددت فيها الآراء على النحو الذي أفضى فيه .

المبحث الرابع في عقوبة السرقة

◀ عوده ◀ 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 علي هـ يقطعها من نصف القدم من معقد الشراك، ليدع للسرّاق عقبا يمشي عليه^(١). وعلة فرض عقوبة القطع للسرقة أن السرّاق حينما يفك في السرقة إنما يفكر في أن يزيد كسبه بكسب غيره، فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال، ويريد أن ينميه من طريق الحرام، وهو لا يكتفي بشمرة عمله فيطمع في ثرة عمل غيره، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أو الظهور، أو ليترأح من عناء الكد والعمل، أو ليأمن على مستقبله. فالدافع الذي يدفع إلى السرقة، يرجع إلى هذه الاعتبارات، وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء. وقد حاربت الشريعة هذا الدافع في نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع، لأن قطع اليد أو الرجل يؤدي إلى نقص الكسب، إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أيًا كان، ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الشراء، وهذا يؤدي إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور، ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتلخوف الشديد على المستقبل.

فالشريعة الإسلامية بتقريرها عقوبة القطع دفعت العوامل النفسية التي تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية، وارتكب الإنسان الجريمة مرة؛ كان في العقوبة والمرارة التي تصيبه منها ما يغلب العوامل النفسية الصرافية فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذي قامت عليه عقوبة السرقة في الشريعة الإسلامية، وإنه لعمري خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن، وإن السرقة في نجاح عقوبة السرقة في الشريعة الإسلامية قديما، وهو السر الذي جعلها تنجح

(١) المغني جـ ١٠ ص ٢٦٤ وما بعدها .

عوده نجاحا باهرا في الحجاز في عصرنا هذا فتحوله من بلد كله فساد واضطراب ونهب وسرقات، إلى بلد كله نظام وسلام وأمن وأمان. لقد كان الحجاز قبل أن تطبق فيه الشريعة الإسلامية أخيراً أسوأ بلاد العالم أمناً، فكان المسافر إليه أو المقيم فيه لا يأمن على نفسه وماليه وعياله ساعة من ليل بل ساعة من نهار، بالرغم مما له من قوة وما معه من عدة. وكان معظم السكان لصوصاً وقطاعاً للطرق، فلما طبقت الشريعة أصبح الحجاز خيراً بلاد العالم كله أمناً، يأمن فيه المسافر والمقيم، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا تجد من يسرقها أو يزيلاها من مكانها على الطريق حتى يأتي الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها.

٦٤- عقوبة السرقة في القانون : وتحجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة، وهي عقوبة قد أخفقت في محاربة الجريمة على العموم والسرقة على التخصص. والعلة في هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلق في نفس السارق العوامل النفسية التي تصرفه عن جريمة السرقة؛ لأن عقوبة الحبس لا تتحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس، وما حاجته إلى الكسب في الحبس وهو موفر الطلبات مكفى الحاجات؟ فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمى ثروته من طريق الحلال والحرام على السواء، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأتونا جانبه ويتعاونوا معه، فإن وصل في الخاتمة إلى ما يبغى 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 أن يعمل، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصاً كبيراً، ففرصة زيادة الكسب مقطوعة بضياعها على كل حال، ونقص الكسب إلى حد ضئيل أو انقطاعه هو المرجح في أغلب الأحوال، ولن يستطيع أن يخدع الناس أو يحملهم على الثقة به والتعاون مع رجل يحمل أثراً مجرية في جسمه وتعلن يده المقطوعة عن سوابقه. فالخاتمة التي لا يخطئها الحساب أن جانب الخسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القطع، وجانب الربح مرجح إذا كانت العقوبة الحبس، وفي طبيعة الناس كلهم؛ لا السارق وحده؛ أن لا يتأخروا عن عمل يرجح فيه جانب المنفعة وألا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة.

عوذه

٦٤- اعتراضات مزورة: واعجب بعد ذلك من يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية في عصرنا الحاضر، لأن الإنسانية والمدنية أن نقابل السارق بالكافأة على جريمه، وأن نشجعه على السير في غوايته، وأن نعيش في خوف واضطراب، وأن نكد ونشقى ليستولى على ثمار عملنا العاطلون والمصوّص.

ثم اعجب بعد ذلك مرة ثانية من يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية، لأن الإنسانية والمدنية أن ننكر العلم الحديث والمنطق الدقيق، وأن ننسى طبائع البشر، ونتجاهل تجارب الأمم، وأن نلغى عقولنا ونحمل النتائج التي وصل إليها تفكيرنا لأننا بدأ بما ي قوله قائله فلا يجد عليه دليلاً إلا التهويل والتضليل.

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقاً هي التي تتفق مع المدنية والإنسانية، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلقاء وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتتجارب 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 القطع هو دراسة نفسية للإنسان وعقليته، فهي إذن عقوبة ملائمة للأفراد، وهي في الوقت ذاته صالحة للجماعة؛ لأنها تؤدي إلى تقليل الجرائم وتأمين المجتمع، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للجماعة فهي أفضل العقوبات وأعدتها.

ولكن ذلك كله لا يكفي عند بعض الناس لتسوية عقوبة القطع؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة، وتلك هي حجمهم الأولى والأخيرة وهي حجة داحضة، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقاباً إذا كان موسوماً بالرخاوة والضعف، بل يكون لعباً أو عيناً أو شيئاً فرياً من هذا، فالقسوة لا بد أن تتمثل في العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم.

وبعد ذلك، فإن القانون أيها السادة الرجاء 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 الميت في قبره طول هذه المدة محروماً من حريرته بعيداً عن أهله وذويه؟! وأيهما أقسى: قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريرته ويعيش بين أهله وولده، أم حبسه على هذا الوجه الذي يسلبه حريرته وكرامته وإنسانيته ورجولته؟

عودة والقانون أخيراً أيها الرحماء يبيح عقوبة الإعدام، وهي تؤدي إلى إزهاق الروح وفناء الجسد، أما عقوبة القطع فهي تؤدي إلى فناء جزء من الجسد فقط، فمن رضى بعقوبة الإعدام وأنتم بها راضون وجب أن يرضي بعقوبة القطع؛ لأنها جزء من كل، ومن لم يستفطع عقوبة الإعدام فليس له أن يستفطع عقوبة القطع بأى 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 والجسم اللذان تمتاز بهما الشريعة يتمثلان في العقوبة كما يتمثلان في العقيدة وفي العبادات وفي الحقوق وفي الواجبات. ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر الألفاظ وروداً في القرآن. وإن الشريعة لتلزم المسلم ألا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتبعد ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم، فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها في قوله و فعله. والرسول ﷺ يقول: "الراحمون يرحمهم الرحمن". ويقول: "ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء". فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلاً .

٤٦٢ - حرمة المال وحد السرقة قطع اليد :

مشروعية هذه العقوبة في جريمة السرقة نص الآية القرآنية المشار إليها، لكن الفقه عنى بوضع جميع الأحكام الخاصة بأركان الجريمة، والشروط الالزامية لوجوب هذه العقوبة الحدية البدنية .

طبقاً لما أشرنا إليه من قبل، فإن العقوبات الحدية البدنية لا تطبق إلا بنص في القرآن أو السنة، وفي الحالات التي تتوافق فيها الشروط التي تستوجب هذه العقوبات القصوى، والتي عبرنا عنها بأنها تعنى توافر ظرف مشدد في الجريمة يوجب الحكم بالحد الأقصى المقرر حداً للعقوبة .

ونذكر القارئ بالمبذلة الذي ذكرناه مراراً من أن الحدود والقصاص هي عقوبة استثنائية لا يحكم بها إلا عند توافر الظرف المشدد الذي اقترن به الجريمة، فإذا لم تتوافر شروطه فإن الفعل المحرم يستحق العقوبة الأصلية، وهي التعزير .

أهمية الصفة الاستثنائية لهذه العقوبات أن الشارع الحكيم والفقه يراعي دائماً وجوب التضييق في نطاق تطبيقها، ويضع لذلك أحکاماً عديدة يراعي فيها طبيعة الفعل والحق الذي تهدده الجريمة، والحكمة من تشديد العقوبة في تلك الحالة .

وجريدة السرقة اعتداء على حرمة المال المملوک للغير، لكن العقوبة المقررة لها لا تحمي المال فقط ولكنها تحمى أمن الناس وكرامتهم واطمئنانهم الذي يهدده العدوان على أموالهم وحقوقهم. وصور العدوان متعددة، لكن الفقه يستتبع الشروط التي تدل على خطورة الفعل لكي يقصر وجوب الحد على ما يُعد أخطر الصور، وقد سماها القرآن "السرقة"، فإذا لم تتوافر تلك الشروط وكان الفعل مع ذلك عدواً ومعصية، فلا تطبق عقوبة القطع وإنما يمكن الحكم بالتعزير ما دام الفعل معصية وضاراً بالمجتمع.

فالإعلان إذن هو اتساع نطاق الجزاءات "التعزيرية" وتنوعها وتضييق نطاق العقوبات الحدية، ومنها "القطع" .

وسأشير إلى أهم ما قرره فقهاؤنا من حالات استبعاد عقوبة القطع في السرقة لتأكيد هذا المبدأ .

الشروط المشددة التي تستوجب الحد

لا تغنى عن بيان أركان الجريمة التعزيرية:

1 - فيما يتعلق بالإثبات، يلزم لتوقيع حد القطع وجود عدد معين من الشهود أو الإقرار، أي توافر دليل قانوني. لكن إذا لم يتوافر هذ الدليل، فإن القاضى له الحق في التعزير على الفعل، ذلك بأن هذه الأدلة القانونية إنما اشترطت لإثبات الظرف المشدد للعقوبة أو ما يسمونه شروط تطبيق الحد، فهى ليست لازمة لإقناع القاضى بوقوع فعل يستوجب التعزير أو يحيزه .

2 - كل ما قاله في هذه البنود دفاع عن هذه العقوبة التي فرضها القرآن للسارق والسارقة، أما تعريف السرقة التي تستوجب هذا العقاب البدىء وأركانها وشروطها فسيكون في موضعه في القسم الخاص، لكننى أسارع لذكر القارئ بالمبذل الذى قدمته من قبل وهو أن الحدود هي عقوبة قصوى أمر الشارع بدرتها بالشبهات. وليس معنى ذلك أن وجود الشبهة يجعل الفعل مباحا، وإنما تترك الباب مفتوحا لتوقيع عقوبة تعزيرية لا تصل إلى حد القطع. والشبهات يمكن أن تدور حول توافر أي ركن من أركان الجريمة، مثل ملكية المال المسروق، ونلاحظ أن الفقه فى حرصه على تضيق نطاق عقوبة القطع قد توسع فى هذه الشبهات حتى إنه لا يوجب القطع فى سرقة المال العام، بحجة أن من ينتمى للجماعة يمكنه أن يعذّ نفسه شريكاً فى مالها، وبالتالي لا يوقع عليه الحد، ويترتب على ذلك نتيجة لا نقرها وهى أن المال العام لا يحظى بعناية وحماية مماثلة للأموال الأفراد فى حين أنها أولى بالحماية .

وفضلاً عن ركن الملكية، هناك أركان أخرى مثل حيازة سواء حيازة الجنى عليه أو حيازة الجنى التي تشترط لإنقاص الجريمة دخول المال فى حيازة السارق ويررون أن عدم قام الجريمة يجعلها ناقصة وبالتالي فإن جزاءها تعزير فقط .

3 - أن فقهاءنا قد أجمعوا على أنه لابد من توافر شروط معينة في الفعل الذي يستوجب الحد، منها يخص مقدار المال المسروق أو قيمته (وهو ما يعرف بنصاب الحد)، الذى أشار إلى الخلافات العديدة بشأنه (تراجع البنود 611 وما بعده) وهذه الخلافات تفتح الباب لفقهائنا لاختيار الرأى الذى يرجحونه، أو لتحديد نصاب يتفق مع ظروف مجتمعنا والمجتمعات المستقبلية، ولا نوفق على سد الباب أمام الاجتهاد فى هذا المجال.

دور الاجتهاد في تحديد أركان الفعل الماعقب

عليه حدا أو تعزيرا، وحالاته :

4 - وقبل كل هذا يشترطون للحد أن تكون الجريمة تامة بخروج المسروق من حيازة المجنى عليه ودخوله في حيازة السارق. أما قبل ذلك فتكون مجرد شروع أو جريمة ناقصة لا تستوجب الحد بل يكون فيها التعزير فقط .

5 - كذلك يشترطون أن يكون المال "في حرز مثله"، وتحديد الحرز كذلك هي مسألة اجتهادية يجب على فقهائنا وعلمائنا أن يراعوا فيها أحوال المجتمع وظروفه .

ومسألة "الحرز" يدخل في نطاقها الحرز البشري أي وجود شخص "محرز" للشيء يمادر عادة للدفاع عنه، ويقال في هذه الحالة إن المال محرز بمحارس، فهنا توافر شرط "الحرز" البشري، لأن الحرز لا يقتصر مدلوله على الخزان والصناديق والبيوت، وأمثالها، وإنما يقصد به أيضا ما يسمونه الحرز الحافظ في حالة وجود من يرعى الشيء أو يحرسه (بند 609) وبذلك تدخل جرائم السرقات بالإكراه أو حمل السلاح لتكون أول صور الجرائم التي يطبق فيها الحد لأن المسروق كان في "حرز مثله". هذا إذا لم يطبق حد الحرابة الذي ستتكلم عنه فيما بعد

ويفرق الفقهاء بين السرقة والاختلاس، ويعرفونه بأنه الذي يقع عندما يؤخذ الشيء في حضور المجنى عليه دون اعتراضه (البند 598) .

6 - كذلك أضافوا شرط "الخفية" على أساس أن من يأخذ الشيء في علانية يعرض نفسه للمقاومة أو القبض عليه، ولذلك تشدد العقوبة وتصبح حدا على من يتسلل بالخافية لارتكاب السرقة. وتحديد الخفاء كذلك هو مسألة اجتهادية في نظرنا، لأن بعض السرقات العلنية التي تستعمل فيها القوة والسلاح أو العنف أو التهديد به هي أخطر على أمن الناس من مجرد التسلل خفية لاختلاس الشيء. وهنا يجب البحث عن حكم السرقات بالإكراه أو حمل السلاح التي تقرر لها القوانين الوضعية عقوبات مشددة ويمكن عدّها جريمة الحرابة، ولكن يجب معرفة الحكم إذا لم تتوافر فيها الشروط الازمة لتوقيع حد الحرابة الذي ستتكلم عنه فيما بعد، ونحن نتساءل إن كان مجرد عدم الرضا أو المقاومة من قبل المحرز البشري يُعدّ في حكم الخفية التي تبرر حد القطع .

نظرية تشريعية شاملة لجرائم الأموال :

ونحن نرى أن شرط الخفية لا يقصد به عدم علم المجنى عليه، لأن عدم العلم يقصد به أن يكون قرينة على عدم الرضا. فالشرط في نظرنا هو عدم الرضا، وعدم العلم أو عدم المشاهدة مجرد دليل عليه .

كل هذه مسائل نرجو أن نعود لها في دراستنا لجريمة السرقة وصورها المختلفة وعقوباتها المتفاوتة في القسم الخاص .

من هنا يتبيّن أهمية قولنا إن العقوبة الأصلية في جرائم السرقة كغيرها من جرائم الحدود هي التعازير، أما العقوبة الحدية أى "القطع" فهي أقصى العقوبات التي لا توقع إلا في الأحوال الاستثنائية التي توافر فيها شروط معينة تُعَدُّها نحن "ظروفًا مشددة للعقوبة" سواء كانت متعلقة بتصاب السرقة (قيمة المسروق) أو "حرزه المادي أو البشري"، أو الخفية أو عدم العلم أو عدم الرضا في نظرنا

وميزة رأينا أنه يضع على عاتق الاجتهد تحديد أركان الجريمة التعزيرية أولاً، ثم الظرف المشدد الذي يلزمها بقطع يد المارق أو السارقة بصفته العقوبة الحدية القصوى في جريمة السرقة "المشددة"

مؤدى ذلك في نظرنا أنها لا نوافق على إطلاق القول بأن "السرقة" عموماً عقوبتها "القطع" بل الأصح أن العقوبة الأصلية هي التعازير، وأن القطع لا يجب إلا إذا توافرت الشروط التي أفضى الفقه في بحثها، وهذه الشروط على اختلافها هي "ظروف مشددة" في جريمة السرقة. فالقطع إذن عقوبة "السرقة المشددة" ... هذا هو رأينا .

إننا يجب أن نضيف هذه الملاحظة إلى رده القوى الخامس على معارضي عقوبة القطع، فنحن نذكرهم بأنماً ما ليست العقوبة العادلة وإنما هي عقوبة استثنائية للمردع والزجر، في حالات تستوجب ذلك .

* * *

إننا نعتقد أن النص القرآني لا يقصد به فرض عقوبة حدية فقط في حالات معينة لها شروطها العديدة، وإنما هو يقرر حرمة المال الذي هو محور الحياة الاقتصادية والمعاملات المدنية والتجارية في المجتمع، وهذا هو المقصد الأساسي الذي يجب أن يكون أساس نظرية تشريعية في تحريم كل أشكال العدوان على حرمة المال لأنها تهدد أمن المجتمع واستقراره ونمو المبادرات والمعاملات المالية بين أفراد المجتمع .

رأى الشيعة الجعفرية في أن القطع يقع على أطراف الأصابع،

ومشكلة إعادة اليد بعد قطعها بعملية جراحية :

إن حد الزنا والقذف مقصده الأعلى هو حماية القيم الأخلاقية المتعلقة بالأسرة وال العلاقات الجنسية والزواج والنسب والإنجاب، وهي ضرورية لصلاح العنصر البشري في المجتمع .

والآن نجد أن حد السرقة له مقصد واسع هو حماية الأمن الاجتماعي الذي هو أساس المبادرات والمعاملات الاقتصادية، فالحياة الاقتصادية تلقي الحياة الأسرية في الأهمية لقيام المجتمع الصالح .

هذه النظرية هي التي يقوم أهل الاجتهاد على أساسها باستنباط أحكام التعازير المتعلقة بما يسمى الآن جرائم الأموال التي تتکاثر كلما زادت العلاقات المالية والاقتصادية أهمية في حياة البشر .

ولهذا السبب فإننا نعتقد أن أهل الاجتهاد يجب أن يتحملوا مسؤوليتهم كاملة في تبني التعازير التي تركها فقهاؤنا القضاة أيام كانوا مجتهدين . ولا شك في أهم سيجدون في نصوص القوانين الوضعية ما يساعدهم في ذلك، ولكن على أساس النصوص الإلهية في الكتاب والسنة، وأو لها العقاب على السرقة .

إنه أشار إلى أن القوانين الوضعية تعاقب على بعض صور السرقات المشددة بعقوبات الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو القتل كلما تضمنت خطاها على الإنسان إلى جانب خطتها على المال، كما أنه يقول إن القطع أقل ضررا على الجاني من قضاء بقية عمره في السجون بناء على عقوبات السجن والأشغال الشاقة المقررة لبعض أنواع السرقات .

وهذا يقودنا إلى البحث الذي أثير بآخرة عن إمكانية إعادة اليد المقطوعة إلى مكانها بعملية جراحية، ونحن نرى أن هذا أمر لا يجوز الرد عليه بهذا التسرع والارتجال الذي لاحظناه في بعض التصریحات الصحفية . والأولى أن نترك مثل هذه الأمور المستحدثة للبحث والدراسة والاجتهاد في المستقبل .. خصوصاً أن شريعتنا أولى الشرائع التي قررت العقوبات غير محددة المدة (كما أوضح ذلك في نهاية البند 467). وما دامت عقوبة الحبس غير محدد المدة يجوز إيقاعها كلما رأى القاضي ذلك، فيمكن أن يقاس عليها إعادة الكف المقطوعة .

تشريع التوبة وأثرها في سقوط الحد من أهم مظاهر الرحمة في شريعتنا :

وفقهاؤنا إنما قرروا ذلك اجتهادا، فليس من حقنا أن نسد عليهم باب الاجتهاد فيما يتعلق بعبارة "القطع" كما فعلوا في مدة الحبس ... وكلامه عن الرحمة وأن الشريعة لا تعرف القسوة ولا الانتقام، قد يكون مفيدا في هذا المجال.

كما أن ما نقلناه في تعليقات السيد الصدر من أن المذهب الجعفري يتلزم بما روى عن الإمام على بن أبي طالب عليه السلام من أن الذي يقطع هي أطراف الأصابع، لأن اليد لا يجوز قطعها حيث إنها من المساجد التي ورد ذكرها في القرآن بقوله تعالى : «وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا» {الجن: 18} تراجع التعليقات رقم 89 على البند 128 ورقم 144 على البند 156 وحاشيتنا على تلك البند .

ونحن نؤيد كل ما قاله عن أن الرحمة هي أهم صفات الله سبحانه، وبالتالي فهي من أهم أصول تشريعنا الجنائي. وهذا يؤيد ما قررنا في مواضع عديدة من أن التوبة هي أول أهداف هذا التشريع. ويكتفى أن نذكر قوله تعالى في سورة الأنعام مخاطبا رسوله الكريم : «إِذَا جاءكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ كُتِبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةُ أَنَّهُ مِنْ عَمَلِنَّكُمْ سَوْءًا بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ فَأَنَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ» [الأنعام : 54] .
هذا نرى أن سقوط العقوبة الحدية في حالة التوبة الصادقة يُعدُّ من مميزات تشريعنا الجنائي كما أشرنا لذلك في مواضع متعددة .

المبحث الخامس
في عقوبة الحرابة

٦٤-عقوبة المحارب: فرضت الشريعة لجريمة الحرابة أربع عقوبات هي:

١ - القتل . ٢ - القتل مع الصلب . ٣ - القطع . ٤ - النفي .

ومصدر هذه العقوبات التشريعى هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : «إنا جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطيع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض» [المائدة: ٣٣].

٦٤- القتل : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل، وهي حد لا قصاص، فلا تسقط بعفو ولو الجنى 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. فالشرعية يتقريرها 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 سيُعاقب على فعله بالقتل فكان في ذلك ما يصرفه غالباً عن الجريمة .

٦٥- القتل مع الصلب : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قيل وأخذ المال، فهى عقوبة على القتل والسرقة معاً؛ أو هى عقوبة على جرمتين كلاهما اقترن بالآخر، أو ارتكبت إحداها وهى القتل لتسهيل الأخرى، وهى أخذ المال . والعقوبة حد لا قصاص، فلا تسقط بعفو ولو المجنى 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 تغليظ العقوبة بحيث إذا فكر الجاني في الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصلب الجاني حيا ثم يقتل وهو مصلوب. وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة. وإنما يعاقب الحي لا الميت. ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولا ثم يصلب، وحجتهم أن النص قدم القتل على الصلب في اللفظ فوجب أن يتقدمه في الفعل، وأن الصلب قبل القتل

عوده تعذيب للمحكوم عليه والشريعة تنهى عن التعذيب، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع جبه القتل طبقاً لقواعد الشريعة، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر، فالمقصود من الصلب اشتئار أمره فيرتدع بذلك غيره^(١)، والرأي الأول مالك وأبي حنيفة، والرأي الثاني للشافعي وأحمد.

والصلب مع القتل يقابل في عصرنا الحاضر القتل رميا بالرصاص حيث يشد الحكم على خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص.

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصلوب مدة طويلة، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام، ويحددها بعضهم بيده تعفن الجثة فإذا بدأ التعفن أزلت الجثة، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم الصلب، ويرى البعض أن يصلب بقدر ما يشتهر أمره على أن تزل الجثة قبل بدء التعفن^(٢).

وقد أحسنت الشريعة في التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقترون بأخذ المال؛ لأن الجرمتين مختلفتان وكلاهما لا تساوى الأخرى، فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداهما عن الأخرى.

وقد يقال : ألا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصاً وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوباً بالنهيول، فالصلب زيادة لا فائدة منها. والرد على ذلك من أهون الأمور، فلكل عقوبة غرضان : تأديب الجاني وزجر غيره، وإذا كان كل تأديب لغوا بعد عقوبة القتل فكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها في الزجر إذا صحيت عقوبة القتل. والصلب حقيقة لا يؤثر على الحكم عليه خصوصاً إذا كان الصلب بعد الموت، ولكن أثر الصلب على الجمهور شديد، بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذي يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة، فالصلب له أثره الذي لا ينكر في زجر الغير وكفه عن الجريمة .

(١) المغني ج - ١٠ ص ٣٠٨ .
(٢) المغني ج - ١٠ ص ٣٠٨ .

عوده

٦٦٤ - القطع : وتجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل^(١). والمقصود بالقطع قطع يد الجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة، أي قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة السوقه. إلا أنه لما كانت الجريمة ترتكب عادة في الطرق وبعيدا عن العمران، كان قاطع الطريق في أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفي أمن من المطاردة، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجحها على العوامل الصارفة التي تبعثها في النفس عقوبة السرقة العاديه، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التي تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التي تدعو إليها .

عقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين، وهي عقوبة لا شك عادلة، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادي، وأن فرصة قاطع الطريق في النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادي .

إذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العاديه وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق، فإن القانون المصرى يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العاديه 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 الشاقة المؤقتة حدها خمسة عشر عاما، فهي خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات. وسنرى فيما بعد أن حوالي نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم في ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلا للإجرام وأكثر حذقا له، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطرا يهدى الأمن والنظام. ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلا مقطوع اليد والرجل يصلح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئا حذقه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطرا على الأمن والنظام؟

(١) راجع الفقرة ٣٧٩ .

٦٧- عقوبة النفي : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف الناس و لم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعليل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذي يخيف الناس ولا يأخذ منهم مالا ولا يقتل منهم أحدا إنما يقصد الشهرة وبعد الصيت فعقوبة بالنفي، وهو يؤدي إلى الخمول وانقطاع الذكر، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس نفي الأمان عن الطريق وهو بعض الأرض فعقوبة ببني الأمان عنه في كل الأرض .

وسواء صحت هذه العلة أو تلك، فالعوامل النفسية التي تدعو للجريمة في كل حال قد دفعتها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي تصرف عن الجريمة. فهو إذا فكر في الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فعلم أنها تجبر عليه الخمول، وهو إذا فكر في الجريمة ليخيف الناس، وينفي الأمان عنهم في بعض الأرض ذكر العقوبة فعلم أنه سينفي عنه الأمان في كل الأرض، وحينئذ ترجح في أغلب الأحوال العوامل النفسية الضاربة 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 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 توبته الحكم على وصلاحه؛ فإن ظهرت أطلق سراحه. وحجتهم في حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى، لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقى مطلق السراح، ولا يمنعه أن يفعل ما فعله من قبل، فليكون للنفي معناه يجب أن يحبس^(٣) .

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفي هو إخراج المنفي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب، وهو رأي مهملا .

(٢) مسافة القصر هي مسيرة يوم بالسير الوسط كما يرى مالك والشافعى وأحمد، وهى مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة، وهي سبعة عشر ميلا كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٠ - بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨١ - أسفى المطالب جـ ٤ ص ١٤٥ - المنفى جـ ١٠ ص ٣١٣ .

عوده

عقوبة النفي بالمعنى السابق تقابل عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية التي عرفها أخيراً القوانين الوضعية، تلك العقوبة التي تقوم على حبس المحكوم عليه في مكان خاص مدة غير محدودة، بشرط ألا 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، وتلكم 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 فلعله أن يستبين مما تقدم وما سيجيء أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هي ألزم الأشياء لهذا العصر الحديث .

سرى في دراستنا للقسم الخاص أن الحرابة ليست جريمة واحدة، بل هي مجموعة الأفعال التي توصف بأنها محاربة الله ورسوله أو فساد في الأرض، أي أنها تهدد أمن المجتمع واستقراره في عمومه، ولا يقتصر أثرها على الاستيلاء على المال، بل يرى الفقه أها تقطع الطريق وتهدد حياة السالكين فيه. والطرق هي شرائط الحياة الاقتصادية والاجتماعية، لذلك، قرر لها النص القرآني للعدوان عليها بالقوة والعنف عدة عقوبات متفاوتة ، فالآلية (33) من سورة المائدة أشارت إلى أربع "إجراءات" تتخذ ضد من (يُحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا ...).

ولا بد أن تعرف أولاً ما تقصده الآية من هؤلاء "الخواربين". وينصب جهور الفقهاء إلى أهم "قطاع طرق"، ولذلك يربطون بينها وبين السرقة، فتكون نوعاً من السرقة المشددة، والظرف المشدد فيها هو "المغالبة" أي استعمال القوة للحصول على مال الغير. لذلك فإن عقوبة القطع فيها مضاعفة لتكون أشد من عقوبة السرقة العادية والخدية كذلك، لكنهم قرروا توقيع إحدى العقوبات فقط إذا كان الغرض هو التخويف دون قصد الحصول على مال .

إن إشارة النص القرآني إلى أربع "إجراءات" أثارت لفظهانها التمييز بين أربع صور هذه الجريمة، ورجحوا أن يكون لكل منها إحدى العقوبات الأربع المناسبة لخطورتها وأقل هذه العقوبات هي "النفي" الذي تكلمنا عنه فيما سبق بصفته صورة من "التغريب" ولذلك فإنهم يرون وجوهاً في حالة ما إذا لم يكن الغرض من الحرابة الاستيلاء على مال، وإنما قصد مرتكبها مجرد التخويف والتحكم والسيطرة

أما عندما يكون الهدف هو الاستيلاء على المال ف تكون العقوبة القطع، وتكون هنا مضاعفة تشمل اليد والرجل من خلاف، لأن الجريمة أخطر من السرقة العادية ومن الابتزاز بالتهديد .

وقد أضاف النص صلب الجان. ونحن نؤيد ما ذهب إليه بأن القتل رميا بالرصاص الذي يطلق فيه الرصاص على الجان وهو مقيد إلى "صليب" هو الصورة المقصودة بالصلب، فلا يقصد بذلك الصلب بعد القتل في نظره لأنه مثلاً محمرة ...

وهنا كما في حد السرقة نجد اشتراط أدلة قانونية معينة لوجوب الحد، ويقصد به كما قلنا ثبوت الطرف المشدد الذي يستوجب الحد، وقد أضاف فيه فقيهنا في البند 637، وإن كنا نأخذ عليه أنه يسمى الحد "جريدة الحرابة".

التعزير في حالة عدم توافر شروط الحد :

أما إذا لم تتوافر هذه الأدلة القانونية، فإنه لا يعطى الجريمة اسمها، وإنما يكتفى بالقول بأن المخالفة – في هذه الحالة – يعاقب عقوبة تعزيرية. وقد أضاف أن التعزير يختلف في إثباته عن الحد، لأنه يثبت بما ثبت به "الأموال" وعبر عن ذلك بأن العبرة بثبوت الاتهام لدى القاضي، أي أن التعزير يكفي فيه الأدلة الإقناعية، في حين أن الحد لا يجب إلا إذا توافر عدد معين من الشهود.

وقد سبق أن قلنا إن جرائم التعازير هي جرائم غير مسماة في نصوص الكتاب أو السنة مثل الحدود، ولا مانع لدينا عند التأمين أن نختار لها أسماء مختلفة يميزها، والمهم عندنا أنها أفعال تستحق جزاء تعزيريا سواء كانت عقوبة إن كانت جرائم، أو تدبيرا إصلاحيا وروقانيا إن كانت دون ذلك.

وفي حالة الحرابة أو السرقة أو غيرها من جرائم الحدود أو القصاص، فإن مجرد عدم توافر شرط من شروط تقييم العقوبة المقدرة الواجبة حدا أو قصاصا لا يترب عليه انعدام الجريمة ولا إباحة الفعل دائما وإنما يكون الجزاء تعزيرا فقط إذا وجد ما يستدعي ذلك.

وفي الحرابة والسرقة يوجد تداخل مع المسئولية المدنية سواء برد المسروق أو التعويض عنه، وكذلك تطبق القواعد المدنية في ثبوت الملكية بما فيها قواعد الإثبات وذلك إذا ادعى السارق أن الشيء المسروق ملك له أو أنه شريك فيه أو حائز له بسبب شرعي بدلليل يقدمه، وهنا يلتزم القاضي الجنائي بتطبيق القواعد المدنية في هذه المسائل المدنية، بما في ذلك قواعد الإثبات المتعلقة بها، ولذلك فإن الفقه يرى أن التعزير يثبت بما ثبت به "الأموال".

وهذه النقطة تهمنا لأنها تؤيد ما قلناه من أن الإثبات في التعازير يخضع لتقدير القاضي والقواعد العامة، وذلك بخلاف الحدود والقصاص، فإن الإثبات فيها قانوني تلتزم فيه بنص الشارع وأقوال الفقهاء.

المبحث السادس في عقوبة الردة والبغى

٦٨ **عده** عقوبة الردة : للردة عقوبات : عقوبة أصلية وهي القتل، وعقوبة تبعية وهي المصادرة .

أ - القتل : تعاقب الشريعة المرتد بالقتل، والأصل في ذلك قوله تعالى: «ومن يرثى منكم عن دينه فيمْتُ وهو كافر فأولئك حَبْطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» [البقرة: ٢١٧]. وقول النبي ﷺ : "من بدل دينه فاقتلوه" .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامي والخروج عليه بعد اعتناقها، فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامي وعليه يقوم النظام الاجتماعي للجماعة، فالتساهل في هذه الجريمة يؤدي إلى زعزعة هذا النظام، ومن ثم عوقب عليها بأشد العقوبات استئصالاً للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعي من ناحية؛ ومنعاً للجريمة وجزراً عنها من ناحية أخرى. ولا شك في 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 الضاربة عن الجريمة ما يكتب العوامل الدافعة إليها وينع من 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. وأولى العقوبات التي تفرضها القوانين الوضعية لحماية النظام الاجتماعي هي عقوبة الإعدام أي القتل؛ فالقوانين الوضعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعي بنفس العقوبة التي وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعي الإسلامي .

ب - المصادر : عقوبة الردة التبعية هي مصدارة مال المرتد. ويختلف الفقهاء في مدى المصادر: فمذهب مالك والشافعي، والرأي الراجح في مذهب أحمد على أن المصادر تشمل كل مال المرتد. ومذهب أبي حنيفة و يؤيده بعض الفقهاء في مذهب أحمد

عودة 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 أبى أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان المرتد من يرثه من أهل دينه الذي اختاره، وهي رواية غير مشهورة^(١).

٦٩ عقوبة البغي : تعاقب الشريعة على البغي بالقتل. والأصل في ذلك قوله تعالى: «وَإِن طَائِفَتَا مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوهَا فَأَصْلَحُوهَا بَيْنَهُمَا إِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأَخْرَى فَقَاتَلُوهَا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَنْفَئِ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ» [الحجرات : ٩]. وقول الرسول ﷺ : "من أعطى إماماً صفة يده وثرة قواده فليطعه ما استطاع، فإن جاء آخر ينزعه فاضربوا عنق الآخر" ، قوله : "ستكون هنات وهنات، ألا ومن خرج على أمري وهم جمـع فاضربوا بالسيف عنقه كائناً من كان".
وجريدة البغي موجهة إلى نظام الحكم والقائمين بأمره، وقد تشددت فيها الشريعة؛ لأن التساهل فيها يؤدي إلى الفتنة والاضطرابات وعدم الاستقرار، وهذا بدوره يؤدي إلى تأثير الجماعة والأخلاق، ولا شك في أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن هذه الجريمة التي يدفع إليها الطمع وحب الاستعلاء .
وكل الدول اليوم تعاقب على البغي بالإعدام، وهو نفس العقوبة المقررة للجريمة في الشريعة .

(١) المغني جـ ٧ ص ١٧٤ .

لقد تكلمنا عن البغى فيما سبق عند كلامنا عن الجريمة السياسية وما قررته الشريعة من أحكام خاصة لمعاملة البغاء المتأولين الذين يستعملون العنف ويخرجن على السلطة القائمة بحجج شرعية يؤولونها سواء كانت صحيحة أو خاطئة، وأن الفقه يعُد حالة الخروج أو الثورة أو الحرب الأهلية ضارة بالمجتمع ولذلك يقرر لها أحكاما يقصد بها إهاؤها ولو استدعى ذلك تقرير معاملة خاصة للطرفين المتنازعين، دون بحث فيمن هو منها على الحق أو الباطل لتعذر ذلك في أثناء الفتنة.

لكن ما يقرره الفقه من جزاء على عقوبة "البغى" موضوع آخر، لأنه في نظرهم يشترط فيه أن يكون هناك خروج على سلطة شرعية صحيحة. وهذا هو ما يجعل هناك علاقة بينه وبين الردة، ولهذا السبب فقد سبق أن أشرنا إلى أن الجمهور يرى أن الردة والبغى تستوجبان القتل حدا، وتكلمنا عن ذلك، ورغم أنه يؤيد هذا الرأى فإننا نرجح الرأى الذى يعُدُّها جرائم تعزيرية، وقد سبق أن أوضحنا ذلك.

والذين يرون توقيع عقوبة القتل حدا يضيفون لها عقوبة تبعية هي مصادرة مال المرتد مع وجود خلافات في هذا الشأن، كما أنه يفهم من ذلك أن جريمة البغى قد تكون مصحوبة بالردة ومندمجة معها.

وقد سبق أن اعتبرنا على مجازة فقيهنا للرأى القائل بأن البغى هو الخروج على نظام الحكم القائم، وهذا يحمل الشرط الأساسي وهو أن يكون من خرج عليه الثائرون حاكما شرعاً ولايته صحيحة، مثل سيدنا على بن أبي طالب.

وقد قلنا إن أحكام البغى كجريمة سياسية في فقها تستند إلى ما روى عن سيدنا على بن أبي طالب في معاملته للخوارج. ثم إن من قالوا بذلك تجاهلو أشد أنواع البغى وأسوأها، وهي إساءة استعمال السلطة من الحكام المستبدین أو المفتضبين الذين يتهمون كل من يعارض بهم "بغاء"، في حين أنه من الواجب عقابهم هم على الاستيلاء على السلطة بدون حق وبدون مشورة الأمة، وهذا هو في ذاته أشد أنواع البغى وأسوأها، ويجب أن يبدأ بمحاجاتهم عليه ولا نوافق على حسبان الثائرين عليهم متهمين بارتكاب جريمة البغى .

بغي من يغتصبون السلطة بدون أساس شرعي يجب العقاب عليه :

إن الخروج على البغاء الذين يغتصبون السلطة بغير طريق شرعى ويكتنون لأنفسهم بالقوة والبطش لا يجوز أن يكون حكمه مثل حكم من يخرجون على السلطة الشرعية الصحيحة، وفي نظرنا أن هؤلاء الذين يخرجون على سلطة شرعية فقط هم الذين يصح وصفهم بأنهم "بغاء".

ونحن نرى أن يصح وصف الجريمة في هذه الحالة بأنما تقع في حالة الخروج على نظام حكم شرعى صحيح قائم، وأن من يستولون على السلطة بالقوة والعنف والغدر هم حكام بغاة يجب مقاومتهم، ومن يخرج عليهم ويقاومهم يستعمل حقاً شرعاً ولا يُعد فعله بغيًا.

الفصل الثاني

في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية

٤٧٠ عقوبات متعددة : جرائم القصاص والدية هي كما ذكرنا قبلًا:
(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، وسنكلم فيما يلى عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى.

٤٧١ أولاً : القصاص : جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد. ومعنى القصاص أن يعاقب المجرم بمثل فعله، فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح. ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة. فالله جل شأنه يقول : «يأيها الذين آمنوا كُتبَ عليكم القصاصُ في القتلى الحُر بالحر والعبد بالعبد والأئمَّة بالأنسٍ فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَإِنَّمَا بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ يَاهْسَانٌ ذَلِكَ تَحْفِيفٌ مِّنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي القصاص حِيَاةٌ يَا أَوْلَى الْأَلْبَابِ لِعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» [البقرة: ١٧٩، ١٧٨]. ويقول جل شأنه : «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَ بِالسِّنِ وَالْمَحْرُوحُ قَصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» [المائدة: ٤٥]. وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن، فالرسول ﷺ يقول : "من اعت perpetratus مُؤمنا بقتل فهو قود به، إلا أن يرضى ولـي المقتول". ويقول : "من قتل له قاتل فأهله بين خيرتين، إن أحبا فالقود، وإن أحبوا فالعقل - أي الدية -".

وليس في العالم كله قد يحيى وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص، فهي أعدل العقوبات إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله، وهي أفضل العقوبات للأمن والنظام، لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالباً.

والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنافع البقاء وحب التغلب والاستعلاء. فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإيقائه على فريسته. وإذا علم أنه إذا تغلب على الجنين عليه اليوم فهو متغلب عليه غداً لم يتطلع

عودة إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة. وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية نراها كل يوم، فالرجل العصبي المزاج السريع إلى الشر تراه أهداً ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصميه أقوى منه أو قدّر أنه سيرد على الاعتداء بمثله، والرجل المسلح قد لا يثنىء شئ عن الاعتداء ولكنه يتراجع ويتردد إذا رأى خصميه مسلحاً مثله ويستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء؛ والمصارع والملاكم لا يتحدى أيهما شخصاً يعلم أنه أكثر منه قوة أو مراناً أو جلداً ولكنه يتحدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلداً.

تلك هي طبيعة البشر وضعف الشريعة على أساسها عقوبة القصاص؛ فكل دافع نفسي يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عن الجريمة، وذلك ما يتفق تماماً مع علم النفس الحديث.

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص، ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط، فتعاقب بالإعدام على القتل، ولكنها لا تعاقب بالقصاص على الجراح، وتكتفي في عقاب الجراح بالغرامة والحبس أو بأحد هما.

ولا شك في أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح في نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية. أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطابع الأشياء حين فرقت في نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين، ذلك أن جرمي القتل والجرح من نوع واحد وينبعان عن دافع واحد، ولا يكون القتل قسلاً قبل أن يكون ضرباً أو جرحاً في أغلب الأحوال، وإنما ينتهي بعض الجروح أو الضربات بالوفاة، وينتهي البعض بالشفاء فتسمى هذه جراحات كما تسمى تلك قتلاً. وما دامت الجريمتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد، وإذا كانت النتيجة في كل من الجريمتين تختلف الأخرى، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضاً بنفس المقدار لا تزيد ولا تنقص. فالجريمتان نوعهما واحد وأصلهما الجرح، وعقوبتهما من نوع واحد وهو القصاص، وإحدى الجريمتين تنتهي بقتل الجنى عليه وعقوبتها قتل الجنم، والجريمة الثانية تنتهي بجرح الجنى عليه وعقوبتها جرح الجنم، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق والسبق الذي لم يصل إليه القانون بعد والذي قد يصل إليه بعد حين طويلاً أو قصيراً ولكنه سيصل 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 يقضي بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضاً، فلا بد من أن تخضع القوانين لهذا المنطق الذي أخذت بأساليبه واعترفت بمقدماته.

عادة وللمجنى عليه ولو ليه حق العفو عن عقوبة القصاص، فإذا عفا سقطت العقوبة. والعفو قد يكون مجاناً وقد يكون مقابل الديمة، ولكن سقوط عقوبة القصاص بالعفو لا يمنع ولـي الأمر من أن يعاقب المجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة.

والأصل في الشريعة أن المجنى عليه ليس له في الجرائم عامة حق العفو عن العقوبة، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمجنى عليه أو ولـيـه في جرائم القصاص والديمة دون غيرها من الجرائم؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالاً وثيقاً بشخص المجنى عليه، ولأنـها نفس المجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها، ولم تخـشـ الشـريـعـةـ أنـ يـمـسـ حقـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ فـيـ العـفـوـ الـأـمـنـ الـعـامـ وـالـنـظـامـ؛ـ لأنـ جـرـائـمـ الـقـتـلـ وـالـجـرـحـ إـذـ كـانـتـ اـعـتـدـاءـ خـطـيـراـ عـلـىـ أـمـنـ الـفـرـدـ،ـ فإنـاـ لـيـسـ بـهـذـهـ الـخـطـوـرـةـ لـأـمـنـ الـجـمـاعـةـ،ـ فـكـلـ إـنـسـانـ لـاـ يـخـافـ قـاتـلـ غـيرـهـ أـوـ ضـارـبـهـ وـلـاـ يـخـشـيـ أـنـ يـعـتـدـىـ عـلـيـهـ؛ـ لأنـهـ يـعـرـفـ أـنـ الـقـتـلـ أـوـ الـجـرـحـ أـوـ الضـربـ لـاـ يـكـونـ إـلـاـ عـنـ دـافـعـ شـخـصـيـ،ـ أـمـاـ السـارـقـ مـثـلاـ فـيـخـافـ كـلـ فـردـ وـيـخـشـاهـ؛ـ لأنـهـ يـعـلـمـ أـنـ السـارـقـ يـطـلـبـ مـالـ أـمـيـ وـجـدـهـ وـلـاـ يـطـلـبـ مـالـ شـخـصـ بـعـيهـ.

وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمجنى عليه أو ولـيـهـ يؤـثـرـ عـلـىـ الـأـمـنـ الـعـامـ،ـ فإنـ هذاـ التـأـثـيرـ لـاـ يـكـونـ إـلـاـ إـذـ أـسـرـفـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ فيـ استـعـمـالـ هـذـاـ الـحـقـ،ـ وـالـإـسـرـافـ بـعـيدـ الـاحـتمـالـ؛ـ لأنـ اـتـصـالـ الـجـرـيمـةـ بـشـخـصـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ مـاـ يـدـعـهـ مـاـ يـدـعـهـ للتـشـدـدـ فيـ استـعـمـالـ حقـ العـفـوـ إـذـ فيـ طـبـيـعـةـ إـلـيـسـانـ أـنـ يـمـيلـ إـلـىـ الـأـنـقـامـ مـنـ اـعـتـدـىـ عـلـيـهـ أـكـثـرـ مـاـ يـمـيلـ إـلـىـ الـعـفـوـ عـنـهـ،ـ وـإـذـنـ فـفـيـ اـتـصـالـ الـجـرـيمـةـ بـشـخـصـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ ضـمـانـ لـعـدـمـ الـإـسـرـافـ فيـ استـعـمـالـ حقـ العـفـوـ وـبـالـتـالـيـ ضـمـانـ لـعـدـمـ الـمـسـاسـ بـأـمـنـ الـجـمـاعـةـ.

ولـقـدـ كـانـتـ الشـريـعـةـ عـمـلـيـةـ وـمـنـطـقـيـةـ فـيـ منـحـ حقـ العـفـوـ لـلـمـجـنـىـ عـلـيـهـ أوـ ولـيـهـ؛ـ لأنـ العـقـوبـةـ فـرـضـتـ أـصـلـاـ لـخـارـيـةـ الـجـرـيمـةـ وـلـكـنـهاـ لـاـ تـقـنـعـ وـقـوـعـ الـجـرـيمـةـ فـيـ أـغـلـبـ الـأـحـوـالـ،ـ أـمـاـ الـعـفـوـ فـيـؤـدـيـ إـلـاـ مـنـعـ الـجـرـيمـةـ فـيـ أـغـلـبـ الـأـحـوـالـ،ـ لأنـهـ لـاـ يـكـونـ إـلـاـ بـعـدـ الـصـلـحـ وـالـتـرـاضـيـ وـصـفـاءـ النـفـوسـ وـخـلـوـهـ مـنـ كـلـ مـاـ يـدـعـهـ إـلـىـ الـجـرـيمـةـ وـالـإـجـرـامـ.ـ فـالـعـفـوـ هـنـاـ يـؤـدـيـ وـظـيـفـةـ الـعـقـوبـةـ وـيـتـهـيـ إـلـىـ نـهاـيـةـ تـعـزـزـ الـعـقـوبـةـ عـنـ الـوـصـولـ إـلـيـهـ،ـ وـهـذـاـ هوـ الـوـجـهـ الـعـمـلـيـ لـتـقـرـيرـ حقـ العـفـوـ؛ـ أـمـاـ مـنـ نـاحـيـةـ الـمـنـطـقـ فـقـدـ قـلـنـاـ إـنـ جـرـائـمـ الـقـتـلـ وـالـجـرـحـ جـرـائـمـ شـخـصـيـةـ،ـ فـهـيـ تـصـدـرـ عـنـ دـوـافـعـ شـخـصـيـةـ فـيـ نـفـسـ الـجـرـمـ سـبـبـهـاـ شـخـصـيـةـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ،ـ وـهـيـ نفسـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ فـيـ حـيـاتـهـ وـبـدـنـهـ أـكـثـرـ مـاـ تـمـسـ الـجـمـعـ فـيـ أـمـنـهـ،ـ فـمـنـ حقـ المـجـنـىـ عـلـيـهـ أـنـ يـكـونـ لـشـخـصـيـتـهـ اـعـتـبـارـ فـيـ تـوـقـيـعـ الـعـقـوبـةـ مـاـ دـامـ الـجـرـيمـةـ مـتـصـلـةـ بـشـخـصـهـ هـذـاـ الـاتـصـالـ.

حوده وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق المجنى 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 لأن من القوانين الوضعية ما يعترض بحق الزوج - وهو المجنى عليه في جريمة الزنا - في أن يعفو عن زوجته الزانية. فالشريعة إذن لم تأت بشيءٍ غريبٍ حين اعترفت للمجنى عليه بحق العفو، وإنما جاءت بمبدأ تعترض به اليوم أحد القوانين، وتبقى الشريعة بعد ذلك متفوقة على القانون الوضعي تفوقاً ظاهراً في أنها أحسنت اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ، لأن تقرير حق العفو في جرائم القتل والجرح يؤدى إلى الوفاق والوثام، ويقضي على دواعي النفور وبواعث الانتقام، فقل بذلك الجرائم وتحف حدة الإجرام. أما القانون الوضعي فقد أساء اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ، لأن تقرير حق العفو في جريمة الزنا يؤدى إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق، ويهدم نظام الأسرة، وإن أريد به الوفاق الوليبي بين الزوجين. وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركين الذي يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون هدم الجماعة وإنما وجده للمحافظة عليها.

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد، فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه وبتوافر شروطه، فإذا لم يكن ممكناً ولم تتوافر شروطه امتنع الحكم به ووجب الحكم بالدية ولو لم يطلب المجنى عليه أو وليه الحكم بها؛ لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد.

وليس في الشريعة ما يمنع في حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجاني بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصلحة عامّة، 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 بدالية تحمل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو.

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

يوجب القصاص بشروط معينة :

سبق أن قلنا إننا نفضل وصف الجرائم بخصائصها الموضوعية وعدم الاكتفاء بتضمينها حسب العقوبة المقررة لها .

وجميع الجرائم التي يصفها بأنها جرائم القصاص والدية هي في حقيقتها جرائم عدوان على الحياة الإنسانية وسلامة الأبدان، وهذا له أهمية نظرية لأنه يفسر لنا لماذا خصها المشرع بعقوبات معينة - هي التي يدرسها في هذا الفصل - وهي عقوبات بدنية تمايل الفعل الذي ارتكبه الجاني، وذلك لتأكيد مبدأ المساواة البشرية في الدماء وسلامة الأبدان.

* * *

ويفرق شرعنا الإلهي بين العمد والخطأ في هذه الأفعال، فالعمد عقوبته الأصلية هي القصاص. أي مجازاة الجاني بمثل ما ارتكبه عمداً. ومرجع ذلك هي النصوص المشار إليها.

ويرد فقيهنا على من ينتقدون مبدأ القصاص، ويرى أنه من العدل أن يعرف من يتعمد العدوان أنه سوف يتعرض مثله ويكتفى أن أغلب القوانين الوضعية تفرض القتل عقوبة للقتال والجرح العمد يستحق مثل ذلك .

لكن الفرق بين شريعتنا والشائع الوضعية هي أن شريعتنا تفتح باباً واسعاً لاستبدال التعزير بالقصاص، إذا تصالح ولـي الدم أو الجنى عليه وتنازل عن حقه في القصاص. وهم يسمون هذا التنازل عفواً لكنه عفو عن وجوب القصاص فقط، وليس عفواً عن الجريمة التي تبقى وتستوجب التعزير، ولذلك قدمنا دائماً أن التعزير هو الأصل والقصاص كالمهد عقوبة استثنائية قصوى تجحب عند توافر شروط معينة .

يؤكد ذلك قوله إنه ليس في الشريعة ما يمنع فرض عقوبة تعزيرية مع الدية في حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص، وإن الإمام مالك يرى وجوب التعزير دائماً كلما امتنع القصاص. وهذا يؤيد قولنا إن التعزير هو الأصل في جميع جرائم الحدود والقصاص .

عوذه ٤٧٦ (ثانيا) الديمة : جعلت الشريعة الديمة عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطإ. ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول . فالله جل شأنه يقول: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطًأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطًأً فَتَحْرِيرُ رَبْقَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدِّقُوا» [النساء : ٩٢]. والرسول ﷺ يقول: «إِنَّ فَتَحْرِيرَ الْخَطْأِ قَتْلَ السَّوْطِ وَالْعَصَابِ وَالْحَجْرِ مائةً مِنَ الْإِبْلِ».

والديمة مقدار معين من المال . وهي - وإن كانت عقوبة - إلا أنها تدخل في مال المجني عليه . ولا تدخل خزانة الدولة ، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصا وأن مقدارها يختلف تبعاً لجسام الإصابات ، ويختلف بحسب تعمد الجاني للجريمة وعدم تعمده لها .

ومن الخطإ حسبان الديمة تعويضاً لهذا التشابه القوي بينها وبين التعويض . إذ الديمة عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد . وكذلك من التجوز حسبانها عقوبة خالصة وهي مال خالص للمجني عليه . وأفضل ما يقال في الديمة أنها عقوبة وتعويض معاً . فهي عقوبة، لأنها مقررة جزاء للجريمة، وإذا عفا المجني عليه عنها جاز تعزير الجاني بعقوبة تعزيرية ملائمة ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجني عليه ، ولما جاز عند العفو عنها أن تحل محلها عقوبة تعزيرية . وهي تعويض لأنها مال خالص للمجني عليه ، وأنه لا يجوز الحكم بها إذا تنازل المجني عليه عنها .

عقوبة الديمة ذات حد واحد . فليس للقاضي أن ينقص منها شيئاً أو يزيد في مقدارها . وهي إن اختلفت في شبه العمد عنها في الخطإ ، وانختلفت في الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته ، فإن مقدارها ثابت لكل جريمة وكل حالة . فدية الصغير كدية الكبير ، ودية الضعيف كدية القوى ، ودية الوضع كدية الشريف ، ودية المحكوم كدية المحاكم . ومن المتفق عليها أن دية المرأة على النصف من دية الرجل في القتل ، أما في الجراح فأبوا 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 الديمة ، فإن

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٢ - نهاية الحاج جـ ٧ ص ٣٠٢ .

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٨ - المغني جـ ٩ ص ٥٢٣ .

عوده زاد الواجب على ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل^(١). وهناك خلاف على دية غير المسلمين، فالبعض يسوى بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما^(٢).

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد، فجعلتها في الأول القصاص وفي الثاني الدية المغلظة؛ لأن الجرم في القتل العمد يقصد قتل المجني عليه، أما في شبه العمد فال مجرم لا يقصد قتل المجني عليه، ووجود هذا الفرق بينهما في الفعل يمنع من التسوية بينهما في العقوبة. وفضلاً عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد؛ لأن القصاص يقتضي التماثل بين ما يفعله الجاني وما يفعل به، والجاني لم يقصد قتل المجني عليه، فإذا قتل الجاني بالمجني عليه فإن قاتل الجاني لا بد أن يقصد قتله، وهنا ينعدم التماثل، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد.

وفرقت الشريعة بين عقوبة العمد الحالص والخطأ، فجعلتها في حالة العمد القصاص وفي حالة الخطأ الدية المخففة، ناظرة في ذلك إلى أن الجاني في جرائم العمد يتعمد الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية. أما الجاني في جرائم الخطأ فإنه لا يتعمد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياطه يؤدي إلى وقوع الفعل المكون للجريمة دون أن يتوجه ذهن الجاني إلى هذا الفعل بالذات. فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوي هو اتجاه الجرم النفسي للجريمة، وعنصر مادي هو الفعل المكون للجريمة. أما جريمة الخطأ فيتوافق فيها العنصر المادي فقط وينقصها العنصر المعنوي لتساوي الجريمة العمدية. والفرق بين نفسية الجاني المتعمد وبين نفسية الجاني المخطئ هو علة التفرقة في عقوبة الجريمتين. والفرق بين النسبيتين يساوى تماماً الفرق بين العقوبتين؛ لأن الجرم المتعمد إذا تبرد من العوامل النفسية التي دعته لارتكاب الجريمة أصبح مساوياً للمجرم المخطئ ولم يبق إلا العنصر

(١) هذه القاعدة مطلقة عند أحد، أما مالك فيجعلها ياتحاد الفعل واتحاد المخل. راجع شرح الدردير جـ٤ ص ٢٤٩ وموهاب الجليل جـ٦ ص ٢٦٤ - ٢٦٥ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ - ص ٢٥٥ - شرح الدردير جـ٤ ص ٢٣٨ - المغني جـ٩ ص ٥٢٧ - المذهب جـ٢ ص ٤١١ .

العنصر المادى للجريمة، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد في حالة العفو وبين عقوبة الخطأ وجعلتها الدية في الحالتين، فكان العفو ينصرف إلى العنصر المعنوي في الجريمة العمدية. فإذا كان العفو عن الديمة انصرف إلى العنصر المادي في الجرائمتين.

ولم تتعاقب الشريعة في حالة الخطأ بالقصاص؛ لأنعدام الدوافع النفسية لدى الجاني، ولأنه لم يتعمد الجريمة ولم يفكر فيها. ولكن لما كانت الجريمة سبباً للإهمال وعدم الحرص، ولما كان يتسبب عنها في الغالب أضرار مالية للمجنى عليه أو لورثته، فقد رأت الشريعة هذين السببين أن تكون العقوبة في أعز ما يحرض عليه الإنسان بعد النفس وهو المال، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذي يتعب الناس أنفسهم في الحصول عليه، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بمال، ولا شك في أن هذه العقوبة كافية لحمل التهاون 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 المغلظة، ودية الخطأ هي الدية المخففة .
والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل، والتغليظ والتخفيض لا دخل له في العدد، وإنما يكون في أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الديمة الكاملة، وهي مائة من الإبل، سواء كانت الديمة مغلظة أو مخففة، أما ما هو أقل من الديمة الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش، فيقال أرش اليد وأرش الرجل. على أن الكثرين يستعملون لفظ الديمة فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش.

والأرش على نوعين: أرش مقدر، وأرش غير مقدر، فال الأول: هو ما حدد الشارع
مقداره كأرش الإصبع واليد، والثاني هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره،
وسيجيئ هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الديه: والقاعدة العامة أن دية العمد تجب في مال الجني عليه [الجاني] دون غيره سواء كانت الديه عن النفس أو ما دون النفس، إلا أن مالكا يشتبه من هذه القاعدة أرش الجراح التي يمتنع القصاص فيها خواتل الجاني ككسر الفخد

عوده والجائفة، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما بلغ ثلث دية الجاني أو [؟] الجني عليه من هذه الجراح بشرط ألا تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعتراضاً^(١).

ولكن الفقهاء اختلفوا فيما يحمل الديمة إذا كان الجاني صغيراً أو جنوناً، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الديمة الواجبة على الصغير والجنون تحملها العاقلة ولو تعمد الفعل؛ لأنهم يرون أن عدم الصغير والجنون خطأ لا عمد، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فأخلق عدمهما بالخطأ^(٢). وفي مذهب الشافعي رأيان، أحدهما وهو المرجوح يتفق مع الرأي السابق، والثاني هو الراجح^(٣) يرى أن عدم الصغير والجنون عمد؛ لأنه يجوز تأدیبهم على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما، فكان عدمهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الديمة في ماهما.

ويختلف الفقهاء في حكم شبه العمد^(٤) والخطأ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية الجني عليه أو الجاني [؟]، فيما كان دون الثلث فهو على الجاني وحده^(٥). ويرى أحمد أن الجاني يتحمل ما دون ثلث الديمة الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه جلتته العاقلة^(٦). ويرى أبو حنيفة أن الجاني يتحمل ما دون نصف عشر الديمة الكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة^(٧)، ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع ما قل أو كثر؛ لأن من ألزم بالكثير ألزم بالقليل من باب أولى^(٨).

وإذا حملت العاقلة الديمة فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجاني من الديمة ما يحمله أحد أفراد العاقلة، أما الشافعي وأحمد فيريان ألا يتحمل الجاني شيئاً مع العاقلة. العاقلة : هي من يحمل العقل. والعقل هو الديمة وسميت عقلاء؛ لأنها تعقل لسان ولها المقول، وقيل: إنها سميت العاقلة؛ لأنهم يعنون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع.

(١) شرح الدردير جـ٤ صـ٢٥٠ - بداع جـ٧ صـ٤٨٨ - المغني جـ٩ صـ٢٥٥ - المهدب جـ٢ صـ٢٠٩.

(٢) شرح الدردير جـ٤ صـ٢١٠ - البحر الرائق جـ٨ صـ٣٤١ - المغني جـ٩ صـ٥٠٤.

(٣) المهدب جـ٢ صـ٢١٠ .

(٤) يلاحظ أن مالكا لا يعترض بشبه العمد، والفعل - طبقاً لمشهور مذهبـه - إما أن يكون عمداً وإما أن يكون خطأ، ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الحليل جـ٦ صـ٢٦٥ .

(٦) المغني جـ٩ صـ٥٠٥، ٥٠٦ .

(٧) بداع الصنائع جـ٧ صـ٢٥٥ .

(٨) المهدب جـ٢ صـ٢٢٧ .

عوده وعاقلة القاتل هم عصبه، فلا يدخل في العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوي الأرحام .

ويدخل في العصبة سائر العصبات مهما بعدوا؛ لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم، ولا يشترط أن يكونوا وارثين في الحال، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق عليها؛ لأنه لزمهها من غير جنائية على سبيل المواساة للجاني والتحفيف عنه، فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ويجحف به. ولو كان الإجحاف مشروعًا كان الجاني أحق به؛ لأنه موجب جنائيته وجزاء فعله، فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

وأختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد، فقال مالك وأحمد يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه . وفي مذهب مالك رأي بفرض دينار على كل شخص، وفي مذهب أحمد رأي آخر بفرض نصف مثقال على المسر وربع مثقال على متوسط الحال، وهو مذهب الشافعي . ويرى أبو حنيفة ألا يزيد ما يؤخذ من الفرد على ثلاثة دراهم أو أربعة، كما يرى التسوية بين الغني ومتوسط الحال^(١) .

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على زائل العقل شيء من الديمة؛ لأن تحمل الفقير إجحاف به؛ ولأن المرأة والصبي والجنون ليسوا من أهل النصرة، ولكن هؤلاء إذا كانوا جنابة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً، أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الديمة، فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة، فإذا لم تكن عاقلة أو كانت عاقلة ولكنها فقيرة أخذت الديمة كلها من بيت المال، وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الديمة أخذ باقيها من بيت المال . وهذا الرأي هو مذهب مالك والشافعي وظاهر مذهب أبي حنيفة، ومذهب أحمد الثاني : ويرى أصحابه أن الديمة تجب في مال القاتل؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسئول عن الديمة،

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٦ - المغني جـ ٩ ص ٥٢٠ - موهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٧ - المهدب جـ ٢ ص ٢٣١.

عوده وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف، فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأي رواية عن أبي حنيفة محمد ويقول به بعض الخنابلة^(١).

علة تحميم العاقلة الديمة : وتحميم الديمة للعاقلة معناه أن آخرين غير الجاني يحملون وزر جريمه، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة: «ألا تزِّرُ وازرة وزر أخرى» [النجم: ٣٨]. إلا أن ظروف الجناة والمحني عليهم هي التي سوّغت هذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازما لتحقيق العدالة والمساواة، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن توسيع هذا الاستثناء بالمسوّغات الآتية :

١ - لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخاطر وزر عمله وكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة، ولا متنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة. ويتبين هنا أن يحصل المجنى عليه أو وليه على الديمة كاملة إن كان الجاني غنياً، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال، أما إذا كان الجاني فقيراً وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الديمة على شيء، وهكذا تتعذر العدالة والمساواة بين الجناة، كما تتعذر بين المجنى عليهم، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجباً لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ - أن الديمة وإن كانت عقوبة، إلا أنها حق مالي للمجنى عليه أو وليه، وقد روّعي في تقديرها أن تكون تعويضاً عادلاً عن الجريمة، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل المتهم وحده بالديمة لما أمكن أن يصل معظم المجنى عليهم إلى الديمة التي يحكم بها؛ لأن مقدار الديمة أكبر عادة من ثروة الفرد، إذ الديمة الكاملة مائة من الإبل تقدر بـ ألف دينار، ولا شك في أن ثروة الفرد الواحد في أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار الديمة واحدة، ولو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجاني وحده وزر عمله لكان ذلك مانعاً 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 مثل هذه الحالة؛ لأن العقوبة الأصلية هي القصاص ولا تستبدل بها الديمة إلا إذا عفى المجنى عليه أو وليه عن القصاص، ولن يعفو أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامناً الحصول على الديمة،

(١) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٦٦ - بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٥٦ - المغني جـ٩ ص ٥٢٤ - المهدب جـ٢ ص ٢٢٨ .

عوده

فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجاني كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار الجني عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذي وضع فيه نفسه.

٣- أن العاقلة تحمل الدية في جرائم الخطأ أو في شبه العمد وهو ملحق بالخطأ، وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالبا، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم، كما أن الفرد يقل دائمًا 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 كلما عجزت العاقلة عن حمله.

ويمكنا أن نقول أيضاً : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعزلة والقوءة، وإن هذا الشعور يتولد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة. فالشاهد أن من لا أسرة له يكون أكثر احتياطاً ويقظة من له أسرة، وأن المتنميين للأقليات يكونون أكثر حرضاً من المتنميين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ ما دام أنهما هما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤- أن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاماً بطبعته على التناصر والتعاون ومن واجب الفرد في كل أسرة أن يناصر باقي أفراد الأسرة ويتعاون معهم، وكذلك واجب الفرد في كل جماعة. وتحميل العاقلة أولاً والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجاني يتحقق التعاون والتناصر تاماً، بل إنه يجده ويفكره في كل وقت. فكلما وقعت جريمة من الجرائم الخطأ اتصل الجاني بعاقلته واتصلت العاقلة ببعضها البعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم. ولما كانت جرائم الخطأ تقع كل يوم. فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتناصر بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجلداً مستمراً .

٥- أن الحكم بالدية على الجاني وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجنابة ورحمة بهم، وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم؛ لأن الجاني الذي تحمل عنه العاقلة اليوم دية جرمته ملزوم بأن يتحمل غداً بتصيب من الديمة المقررة بجريمة غيره من أفراد العاقلة، وما دام كل إنسان معرضاً للخطأ فسيأتي اليوم الذي يكون فيه ما حمله فرد بعينه عن غيره مساوياً لما تحمله هذا الغير عنه .

٦ - أن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حيطة الدماء وصيانتها وعدم إهارها، والدية مقررة بدلاً من الدم وصيانته له عن الإهار، فلو تحمل كل جان وحده بالدية التي تجب بجريمته وكان عاجزاً عن أدائه، لأهدر بذلك دم الجني 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 {الأَ تزر وازرة وزر أخرى} أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميه النظريات القانونية الحديثة، وقد أخذت الشريعة بهذا الاستثناء؛ لأنها يحقق الرحمة والمساواة والعدالة وينع إهار الدماء ويضمن الحصول على الحقوق^(١).

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة وتسوية بين الجنابة والجنبي عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدهنا الحاضر، لأن أساسه وجود العاقلة، ولا شك في 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 الديمة. ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بآنسابهم وقرابتهم وانتعموا إلى قبائلهم وأصولهم، أما الآن فلا شيء من هذا في أغلب البلاد والأقطار، وإنذن فلا محيسن من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل، فإما الرجوع على الجانين بكل الديمة، وإما الرجوع على بيت المال.

والرجوع على الجاني يؤدي إلى إهدار دماء أكثر الجني عليهم؛ لأن أكثر الجناء فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياطتها، كما أن الرجوع على الجاني يؤدي إلى انعدام العدالة والمساواة.

والرجوع على بيت المال يرهق الخزانة العامة، ولكنه يحقق العدالة والمساواة، ويصون الدماء، ويتحقق أغراض الشريعة، وإن فيجب لا يكون الخوف من إرهاق الخزانة مانعاً من العدالة والمساواة، وحائلاً 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 العصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين .

٢٨٦ - الفقرة راجع)

عودة ولقد أخذت بعض الدول الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم، وخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض الجني 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 ترمي الشريعة لتحقيقها، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه في البلاد الأوربية فعلى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه ببننا على الوجه الذي يحقق أغراض الشريعة ويلازم ظروفنا.

(١) الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ١٢٤ .

الدية هي مبلغ من المال قرر الشارع إلزام الجاني بأن يدفعه للمجنى عليه أو لورثته إن كان قد مات .

وهي جزاء جنائى، لكنها أشبه بالتعويض لأنها حق للمجنى عليه أو ورثته، وهم التنازل عنه، وهذا هو ما يجعلها ذات طابع مدنى، وهذا تختلف عن "الغرامة" التي تدفع لبيت المال وهي عقوبة خالصة لذلك .

وهي مقدرة شرعاً، ومع ذلك فإننا قبل بأن هذا لا يمنع القاضى من الحكم بتعويض مدنى إضافى، ويكون التعويض حقاً مدنياً بحثاً لا يدخل ضمن الدية ولا يُعدّ جزاء جنائياً مثلها . ولذلك قال إن الدية كعقوبة تكون ذات حد واحد لكنه يختلف بحسب نوع الجريمة، ونوع الجرح الذى أصاب المجنى عليه وجسامته، لكنها لا تختلف لأسباب شخصية في المجنى عليه، لذلك قال إن دية الصغير مثل الكبير، ودية الغنى مثل الفقير، والقوى مثل الضعيف . ونحن لا نوافق على الرأى القائل بأن دية المرأة أقل من دية الرجل ولا أن دية غير المسلم غير دية المسلم ونفضل الرأى الذى يرى الالتزام بمبدأ المساواة الإنسانية وهو مبدأ أصيل في شريعتنا .

وقد أفاض في بيان سبب التفرقة بين عقوبة القتل العمد وشبة العمد والخطإ، وذلك بنصوص صريحة في الكتاب أو السنة، كما بين مقدارها من الإبل، وإن كان يجب تحويله إلى نقود في العصر الحاضر .

كما أفاض في بيان الحالات التي يتلزم فيها عصبة الجانى معه في دفع الدية ومقدار ما يتلزم به كل منهم، واختلافات الفقهاء في ذلك سببها أن هذا الالتزام هدفين أو همما لمصلحة الجانى بمشاركة أقاربه في تحمل هذا العبء المالى، وثانياًهما وهو الأهم في نظرنا هو مصلحة المجنى عليه لضمان حصوله على الدية من "العاقلة" في حالة عجز الجانى أو فقره، ونحن نعطي لهذا الهدف الأولوية ولذلك نرى أن يكون لبيت المال دور العاقلة في العصر الحاضر والمستقبل، وحيثما لو أنشيء صندوق مستقل لضمان حقوق المجنى عليهم جميعاً في التعويض كما يقترح فقيهنا .

◀ عوده ▶

٤٧٣ - (ثالثا) - الكفاره : الأصل في الكفاره قوله تعالى: «ومن قتل مؤمنا خطأ فتحrir رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدىقا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحrir رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميشاق فدية مسلمة إلى أهله وتحrir رقبة مؤمنة فمن لم يجد صيام شهرين متتابعين توبة من الله» [النساء: ٩٢].

والكفاره عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة، فمن لم يجد لها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين، فالصوم عقوبة بدالية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية.

وظاهر النص أن الكفاره شرعت في القتل الخطأ، ومن المتفق عليه أنها واجبة في القتل الخطأ وكذلك شبه العمدة؛ لأنه يشبه الخطأ من وجهه إذ الجان لا يقصد قتل المجنى عليه.

ولكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الكفاره في القتل العمدة، فيرى الشافعي أنها تجب في القتل العمدة؛ لأنها إذا وجبت في القتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب في العمدة وقد تغليظ بالإثم أولى^(١). ولأحمد رأى يتفق مع رأي الشافعي ولكن المشهور في المذهب ألا كفاره في القتل العمدة؛ لأن نص القتل العمدة جاء خلوا من الكفاره^(٢). ويرى أبو حنيفة ألا كفاره في القتل العمدة؛ لأن الكفاره من العقوبات المقدرة فلا بد من النص عليها^(٣)، ولا يوجب مالك الكفاره في القتل العمدة ولكنه يراها مندوبا إليها في العمدة الذي لم يقتض فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعي أو للعفو^(٤).
ولا يفرق مالك والشافعي وأحمد في القتل الذي تجب فيه الكفاره بين أن يكون القتل مباشراً أو بالتسبيب، لكن أبو حنيفة يرى ألا كفاره في القتل بالتسبيب أيا كان نوعه أي : ولو كان خطأ^(٥).

(١) المهدب جـ٢ صـ٣٣٤ .

(٢) المغني جـ١٠ صـ٤٠ .

(٣) البحر الرائق جـ٨ صـ٢٩١ .

(٤) مواهب الجليل جـ٦ صـ٢٦٨ .

(٥) شرح الدردير جـ٤ صـ٢٥٤ - البحر الرائق جـ٨ صـ٢٩٣ - المغني جـ١٠ صـ٣٧ - المهدب جـ٢ صـ٤٣٤ .

عوده على من تجب الكفارة؟ – تجب الكفارة عند الشافعي وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ، عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم^(١)، ويرى مالك أنها تجب على الصبي والبالغ والعاقل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم؛ لأنها تعبدية^(٢)، ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم؛ لأن الصبي والمجنون لا يخاطب كلاماً بالشرع أصلاً؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة، والكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها في نفس الوقت عبادة^(٣).

وحججة الشافعي وأحمد بأن الكفارة عقوبة مالية، والمجنون والصغير وإن لم يسأل عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية، وأما غير المسلم فهو ملزم بالكفارة لعموم النص.

الصيام: والصيام عقوبة بدليل عقوبة الكفارة الأصلية وهي العتق، ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجتها، فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه.

(١) المغني جـ ١٠ ص ٣٨ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٦٤ - ٣٦٥ .

(٢) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٥٤ - مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٨٦ .

(٣) بداع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٢ .

إذا كنا قد وصفنا الدية بأنها جزاء مدنى، فإن الكفارة جزاء دينى، وهذه صفة تستفاد من الجزء الأصلى الأول حسب نص الآية "٩٢" من سورة النساء وهو تحرير رقبة، يليه صيام شهرين. وإذا كان الصيام عبادة تُعَدُّها ذات طابع دينى بحت، فإن عنق رقبة هو خدمة اجتماعية وإنسانية وقد جعلها الله (ديننا وشريعتنا) مقدمة على الصيام. ليس معنى ذلك أنها ليست عبادة، بل إن العبادة في شريعتنا تشمل أيضاً وفي المقدمة الخدمات الإنسانية التطوعية مثل تحرير الرقبة.

وهذا النص القرآني دليل واضح على أن شريعتنا تُعَدُّ تحرير الرقيق أول الواجبات الدينية، بل عبادة من العادات، ونحن نؤيد رأى الشافعى القائل بأن الكفارة واجبة في القتل العمد من باب أولى، كما أنها تؤيد القول بأنها واجبة في القتل بالتسبيب كما هي واجبة في القتل بالباشرة .

ثم إننا نؤيد وجوبها على جميع الخاطئين سواء كان الجانى بالغاً أو غير بالغ، عاقلاً أو غير عاقل، مسلماً أو غير مسلم. ولا نؤيد قول الفقهاء الذين يفرقون بين المسلم وغير المسلم أو بين البالغ والعاقل والصبي والمحنون .

قد سبق أن قلنا إننا نؤيد ما ذهب إليه الخوارج من أن الخطأ لا يُعَدُّ جريمة لأن النبي ﷺ قال إنه رفع عن أمته الخطأ والنسيان .

وهذا هو المسوّغ في أن الجزاءات المترتبة على الخطأ هي في الأصل واجبات إنسانية اجتماعية وعبادة. لأن المقصود هو التكفير عن التسبب في ضرر للغير ولو كان هذا التسبب لا يكون جريمة من الناحية الشرعية.

٧٤ رابعا : **حرمان من الميراث** : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية تصيب القاتل تبعا للحكم عليه بعقوبة القتل، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : "ليس للقاتل شيء من الميراث" وقوله : "ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة". وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا في حرمان الميراث بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان، سواء كان القتل مباشرة أو تسببا، وسواء اقتضى من القاتل أو درى عنه القصاص لسبب ما. أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الديمة التي وجبت بالقتل^(١)، والرأي الراجح في المذهب يقضي بحرمان الصغير والمحبون من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرة لا تسببا، وأن يكون عدوانا، وألا يكون من صغير ولا محبون^(٢) .

وأختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون، ورأى حرمان الميراث إذا كان القتل مضمونا؛ لأن قتل بغير حق، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث؛ لأنه قتل بحق. ومنهم من قال إن كان متهمما باستعجال الميراث حرم من الميراث، كما في القتل الخطأ^{*}، وكما لو حكم حاكما على مورثه في جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم؛ لأنه متهم في قتله باستعجال الميراث وإن لم يكن متهمما باستعجال 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 عمدا أو شبه عمدا أو خطأ، وسواء كان مباشرة أو تسببا وسواء كان القتل بحق أو بغير حق، وسواء كان القاتل بالغا عاقلا أو صغيرا أو محبا . وأصحاب هذا الرأي يرون أن حرمان الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعجال الميراث^(٣) .

(١) شرح الدردير جـ٤ ص ٤٣٢ - مواهب المليل جـ٦ ص ٤٢٢ .

(٢) البحر الرائق جـ٨ ص ٤٨٨ - ٥٠٠ .

(٣) المهدب جـ٢ ص ٢٦ .

* نعتقد أن هذا المثال لا محل له هنا .

عودة ويرى أحد أن القتل المضمن هو القتل المانع من الإرث، أما غير المضمن فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً. ويعملون حرمان الصبي والجنون من الميراث في مذهب أحد؛ لأن ما فعله أحدهما هو فعل محروم لكنه لم يعاقب عليه بعقوبة الحد لقصور أهليته، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الجاني من الميراث، بل إن الاحتياط يتضمن المنع من الميراث صوناً للدماء^(١).

٧٥ الحرمان من الوصية : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية، والأصل فيها قول الرسول ﷺ : "لا وصية لقاتل"، قوله : "ليس لقاتل شيء". وذكر الشيء نكرة في محل النفي يعم الميراث والوصية جيّعاً.

وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقاتهما :

ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ، ويفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سبباً للحرمان من الوصية، فالقاتل خطأً تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالماً بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية في المال وفي الدية. ولكلهم اختلافوا 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 فإنما تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمداً سواء علم الموصى بأنه قاتله أو لم يعلم، ويستوي عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في الحالين^(٢).

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أياً كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشراً، وأن يكون عدواً 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^(٣).

(١) الإقناع جـ ٣ ص ١٢٣ - مجلة القانون والاقتصاد سن ٦ ص ٥٨٦ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٨٦ - شرح الدردير جـ ٤ ص ٣٧٩ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٩، ٣٤٠ .

عوده ◊ وفي مذهب 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 ينبعي أن تتوافق فيها شروط الهبة، وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

الثانية: يرى أصحابها أن الوصية للقاتل صحيحة في كل حال دون حاجة لإجازة الورثة^(١) .

(١) المهدب جـ ١ ص ٤٥٧ - الإقناع جـ ٣ ص ٥٩ - الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٢٤، ٤٢٥ .

لقد أفاد في بيان أقوال الفقهاء المختلفة بشأن هذا الجزاء، والذي يهمنا أننا نعلم
هذا الجزاء يجمع بين الطابع المدني والديني معاً وسبب الخلافات بشأنها هو هذه
الازدواجية في طبيعتها.

وعلى العموم فإن هذا الجزاء مثل جميع الجزاءات المدنية أو الدينية لا يصح في
نظرنا وصفها بأنها عقوبات، لأن الهدف الأول منها هو دفع الجاني إلى التوبة عن
طريق إلزامه بعبادة معينة أو أداء خدمة إنسانية أو اجتماعية أو خسارة إرث أو
وصية.

وإذا كانت مثل هذه الالتزامات هي عبء على الجاني قد يؤلمه أو قد يشق كاهله
بالالتزام ديني أو اجتماعي أو مدنى، إلا أن الغرض الأساسي من هذا العباء هو إصلاح
الفرد وإصلاح المجتمع الذي يكون صاحباً كلما كان أفراده أكثر صلاحاً واستقامة.

الفصل الثالث في عقوبات الكفارات

العودة ٢٧٦ الكفارات : هي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها. والكافارة في الأصل نوع من العبادة؛ لأنها عبارة عن عتق رقبة أو إطعام مساكين أو صوم، فإذا فرضت على عمل لا يُعدّ معصية. فهي عبادة خالصة بالإطعام بدلاً من الصوم لمن لا يطيق الصوم، وإذا فرضت على ما يُعدّ معصية، فهي عقوبة جنائية خالصة كالكافارة في القتل الخطأ، ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكافارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها، ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح .
والجرائم التي يحكم فيها بالكافارة محدودة، وهي : (١) إفساد الصيام.
(٢) إفساد الإحرام. (٣) الحنث في اليمين. (٤) الوطء في الحيض.
(٥) الوطء في الظهار. (٦) القتل.

والكافارة 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 فعقوبتها الدية والكافارة معاً وكلاهما عقوبة مقدرة، وقد تصحب الكفارة عقوبة غير مقدرة أي عقوبة تعزيرية كما هو الحال في الظهار^(١).
والكافارات التي فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هي: العنق، والإطعام، والكسوة، والصيام.

أولاً: العنق: المقصود به عنق رقبة أي تحرير أحد الأرقاء، ويشترط في الرقيق العنق شروطاً خاصة لا محل لذكرها هنا، كما يشترط لعنق الرقبة أن تكون فاضلة عن حاجة المعتق، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته تصدق بقيمتها .
واليوم وقد بطل الرق في العالم كله تقريباً يجب على من وجب عليه عنق رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

(١) بصيرة الحكم جـ ٢ ص ٢٥٩ - المقدمات لأبن رشد جـ ٢ ص ١٥١ - أنسى الطالب جـ ٤ ص ١٦٢ .

عوده ثانياً: الإطعام: المقصود بالإطعام إطعام المساكين، وكفارة الإطعام تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما في كفارة اليمين، وقد تكون إطعام ستين مسكيناً كما هو الحال في إفساد الصوم .
ويجزئ في الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله، وأن يكون مرة واحدة.

ثالثاً: الكسوة: الكسوة لا تدخل في غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها إلا في كفارة اليمين، ولا يجزئ في الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله تعالى: «فَكَفَارَهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسْطِ مَا تَعْمَلُونَ أَهْلِكُمْ أَوْ كَسُوْتُهُمْ» [المائدة: ٨٩].
رابعاً: الصيام : والمقصود صيام الجاني، والصوم لا يكون عادة إلا في حالة العجز عن الكفارات الأخرى، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة التي يكفر عنها، فقد يكون ثلاثة أيام كما في كفارة اليمين أو صوم شهرين كما في القتل الخطأ .
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 .

٤٧٦ - الكفارات ليست مخصوصة في جرائم معينة :

تكلمنا عن الكفاررة في حاشيتنا على البند 473، ولكنه أضاف الآن بعض التفصيات يهمنا فيها ما يأتي :

١ - أنه وصف الكفارات بأنها عقوبة مقدرة لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح، وهذا يكون فقط في جرائم القصاص والدية، أما في التعازير فهي جائزة دائمًا كلما وجد القاضي أو المتن أهلاً للائم شخصية الجاني و فعله. ونحن نصفها بأنها جزاءات تربوية أو تعبدية ولا نقر وصفه لها بأنها عقوبات .

٢ - أن ما سماه بالجرائم التي يحكم فيها بالكافارة لا يصح في نظرنا وصفها بأنها جرائم، بل هي في الأصل معاصر دينية فقط حتى ولو تقرر في التقنين (الفقهي) وجوب التعزير عليها فإنها بذلك تكون مستحقة للتعزير التربوي والتهذيب والإصلاحى (لا العقاب) .

لقد أفاض في الكلام عن أهم الكفارات التي ورد بها نص شرعى وهي العتق وإطعام الفقراء أو كسوتهم أو الصيام . وكل ما قاله بشأنها يؤيد قولنا بأنها ليست عقوبات وأنها تدابير تهذيبية ذات صفة دينية أو عبادية .

الفصل الرابع في عقوبات التعازير

عوده ٧٧ ماقية التعزير :- التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيتها عقوبة مقدرة . والتعازير هي مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأنفه العقوبات كالنصح والإذار وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد، بل قد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة وحال الجرم ونفسيته وسابقه .

ويُعاقب بالتعزير على كل الجرائم، فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة، ولا يُعاقب عليها بالتعزير بحسبان التعزير عقوبة أصلية وإنما بحسبانه عقوبة بدليل تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توافر شروط الحد، أو بحسبانه عقوبة إضافية تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتجريب في الزنا عند أبي حنيفة، وكإضافة التعزير للقصاص في الجراح عند مالك، وكإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعي .

وقد جرى التشريع الجنائي الإسلامي على إلا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية؛ لأن تقييد القاضي بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدي وظيفتها، ويجعل العقوبة غير عادلة في كثير من الأحوال؛ لأن ظروف الجرائم وال مجرمين 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 جرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أنفه العقوبات إلى أشدتها، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه؛ وبحماية الجماعة من الإجرام. وللقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها إن كانت العقوبة ذات حدين، وله أن يوقف تفزيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يكفي 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 جرائم الخطيرة، وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فقد وضعت لها

عوده الشريعة عقوبات مقدرة، ولم تترك للقاضي أى سلطان عليها إلا تطبيق العقوبة المقررة كلما ثبتت الجريمة على الجاني .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة، فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤديه وتحمي الجماعة من الإجرام. والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب الجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر الجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٧٨- الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات :

هناك فروق ظاهرة تميز التعازير عن العقوبات 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 ليس للقاضي أن يستبدل بها غيرها، وليس له أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت بطيئتها ذات حدرين كاجلدين؛ 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 يتزل بالعقوبة إلى حدتها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى. على أن من عقوبات التعازير ما هو ذو حد واحد كالتوبيخ والنصح، ولكن القاضي مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هي بالذات الملائمة للجريمة والجرم.

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولí الأمر، أما التعازير فقبل العفو من ولí الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية الجرم، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص الجرم معا.

٧٩- أنواع التعازير: التعازير على أنواع في الشريعة، وسنذكر فيما يلي أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلاً موضع العمل، وعلينا ألا ننسى أن مبادئ الشريعة لا تمنع من الأخذ بأى عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

477 - 479 - العناية بالتعازير تبدأ بحسب أنها هي الجزاء الأصلي في جميع الجرائم:

إن عودته للكلام عن ماهية التعازير والفرق بينها وبين الحدود وأنواعها في جميع الجرائم يؤكد أن ما قلناه من أن التعازير تحتاج في عصرنا الحاضر إلى مراجعة كثير من أحكامها، لأن أسلافنا فرضوها للقضاء ولم يعطوها حقها من العناية .

وأول نقطة التزمنا بها لإعطائهما ما تستحق من العناية أنها هي الجزاء الأصلي في جميع الجرائم وأن غيرها من عقوبات الحد أو القصاص لا تطبق إلا في حالات استثنائية عندما يتوافر في الجريمة طرف مشدد بالشروط التي بالغ فقهاؤنا في استنباطها بقصد تضييق نطاق تطبيقها، وذلك كما أوضحتنا في تقديمنا لهذا الجزء . وقد قلنا إن هذه العقوبات البدنية الحدية والقصاص تسقط كلها بالتوبة، ومعنى ذلك أنها مجرد عقوبات هديدية لدفع الجان إلى التوبة والاستفامة التي تؤدي إلى إصلاحه وتغفي عن العقاب .

٤٨٠ عقوبة القتل : الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب، وأنه يجوز من العودة التعزير ما أمنت عاقبته غالباً^(١)، فينبغي ألا تكون عقوبة التعزير مهلكة، ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع^(٢).

لـكـنـ الـكـثـيـرـينـ مـنـ الـفـقـهـاءـ أـجـازـوـاـ اـسـتـشـاءـ مـنـ هـذـهـ الـقـاعـدـةـ الـعـامـةـ أـنـ يـعـاقـبـ بـالـقـتـلـ تعـزـيرـاـ إـذـاـ اـقـضـتـ الـمـصـلـحةـ الـعـامـةـ تـقـرـيرـ عـقوـبـةـ القـتـلـ، أوـ كـانـ فـسـادـ الجـرمـ لـاـ يـزـولـ إـلاـ بـقـتـلهـ، كـقـتـلـ الـجـاسـوسـ وـالـدـاعـيـةـ إـلـىـ الـبـدـعـةـ وـمـعـتـادـ الـجـرـائـمـ الـخـطـيرـةـ^(٣)ـ.

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمونه القتل سياسة. ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ويأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية^(٤). ولكن أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حداً أو قصاصاً في المذاهب الأخرى، فما يظن توسعًا في مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسيع ظاهري في أكثر الحالات، فمثلاً يبيح الحنفية القتل تعزيراً في جريمة القتل بالمقتل وفي جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصاً في الحالة الأولى أو حداً في الحالة الثانية، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد قتل القاتل بالمقتل قصاصاً وقتل الراٰثط والملوط به حداً، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيراً بينما يراه غيرهم مرتدًا بدعوه فيقتل حداً.

(١) البحر الرائق جـ٥ ص٤٤ - شرح الزرقاني جـ٨ ص١١٥، ١١٦ - أنسى المطالب جـ٤ ص١٦١ وما بعدها.

^٤ المراجع السابقة، تصريحات الحكماء جـ ٢ ص ٢٦٤ والافتاء جـ ٤ ص ٢٦٩.

(٣) حاشية أمين عابدين جـ٤ ص ٢٤٧، ٢٤٨ - الإلقاء جـ٤ ص ٢٧١ - الطرق الحكمية لابن القاسم ص ٥٦ - الاستدلالات لأن، تهمة ص ١٧٨، ١٧٩ - مواهب الجليل جـ٣ ص ٣٥٧ - البحر الرائق جـ٥

٥٨ - مجموعه المسائل الحسية ص .

(٤) لا يبيح الشافعيون و معظم المالكين القتل تعزيراً، ويفضلون أن يحبس الجاني المفسد الذي يستضر بجرائمها إلى غير أشد لকفه، شهادة عن الجماعة ، وبطريقها في هذا الاتجاه بعض الخطابات .

عودة والقتل تعزيرا لا يمكن أن يكون إلا في جرائم تعزيرية محدودة العدد. وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جعلت القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم المحدود هي: الزنا، والحرابة، والردة، والبغى. وجعلته عقوبة في جريمة واحدة من القصاص هي القتل العمد. فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضا، كانت كل الجرائم المعقاب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يحيزون القتل تعزيرا، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يحيزون القتل تعزيرا، وتلك ميزة افردتها بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتضى. ونستطيع أن نحيط ببعض تفاصيل 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 مثلا يعاقب على مائتي جريمة بالإعدام، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمسة عشر جريمة بالإعدام.

ولقد حاولت بعض البلاد الأوروبية في العهد الأخير أن تلغى عقوبة القتل، ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التي ترى في عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستصال من لا يرجي صلاحهم من الجرميين، بل إن بعض البلاد التي ألغت عقوبة القتل فعلا كإيطاليا وروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة في قوانينها.

وعقوبة القتل مقررة في كل الدول الكبرى كإنجلترا وفرنسا وأمريكا وأهم ما يبرر به شرط القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستصال الجرميين الخطرين على الجماعة، وهذه هي نفس المبررات التي قال بها فقهاء الشريعة.

٤٨١ عقوبة الجلد: تُعدّ 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 ردة للمجرمين الخطرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه، وأنها ذات حدود فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذى يلائم جريمته ويلائم شخصيته في آن واحد.

وتحتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذها لا يشق كاهل الدولة، ولا يعطى الحكوم عليه عن الإنتاج، ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أو الهرمان كما هو الحال في الحبس مثلا، فالعقوبة تنفذ في الحال، والجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بعقابه أهله.

عوذه وأهم ميزة لعقوبة الجلد أنها تحمي المحكوم عليه من شر المحابس وما تجره على المحبسين من إفساد الأخلاق والصحة، واعتياض التعطل والنفور من العمل.

الحد الأعلى للجلد: اختلف في الحد الأعلى للجلد. فمشهور مذهب مالك أن تعين الحد الأعلى متزوك لولي الأمر لأن التعزير يكون بحسب المصلحة، وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولـي الأمر، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب في جرائم الحدود لا يزيد على مائة جلدة^(١).

ويرى أبو حنيفة و محمد أن الحد الأعلى للجلد في التعزير تسعه وثلاثون سوطا، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطا، وأساس هذا التحديد ما صح عندهم من قول رسول الله ﷺ : "من بلغ حدـا في غير حد فهو من المعتدين". ويرجع الخلاف بين أبي حنيفة و محمد وبين أبي يوسف إلى أن أبي حنيفة و محمد رأيا أن لفظ الحدود ورد في الحديث منكرا، قالـا : إن المقصود به حدـا، والأربعون حدـا كامل للرقيق، فإذا نقصـت سوطـا أصبحـ الحـدـ الأـعـلـيـ للـتعـزـيرـ تـسـعـهـ وـثـلـاثـوـنـ. أماـ أبوـ يـوسـفـ فـصـرـفـ لـفـظـ الـحدـ الـىـ الـأـحـرـارـ وـأـقـلـهـ ثـلـاثـوـنـ، وـكـانـ الـقـيـاسـ أـنـ يـجـعـلـ الـحدـ الـأـعـلـيـ تـسـعـهـ وـسـتـيـنـ سـوـطـاـ وـلـكـهـ أـقـفـىـ أـثـرـ عـلـىـ بـنـ أـبـيـ طـالـبـ حـيـثـ جـعـلـ الـحدـ الـأـعـلـيـ للـتعـزـيرـ خـمـسـةـ وـسـبـعـيـنـ سـوـطـاـ يـنـقـصـ خـمـسـةـ أـسـوـاطـ عـنـ أـدـنـ حدـودـ الـأـحـرـارـ^(٢).

وفي مذهب الشافعـيـ ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأـيـ أبيـ حـنـيـفـةـ وـمـحـمـدـ، والثانـيـ يتفقـ معـ رـأـيـ أـبـيـ يـوسـفـ، والثالثـ يـرـىـ أـصـحـابـهـ أـنـ يـزـيدـ الـحدـ عـلـىـ خـمـسـةـ وـسـبـعـيـنـ^(٣) ولا يـصـلـ إـلـىـ مـائـةـ^(٤)، بـشـرـطـ أـنـ تـقـاسـ كـلـ جـرـيـمةـ بـمـاـ يـلـيقـ بـمـاـ فـيـهـ حدـ فـيـنـقـصـ تعـزـيرـ مـقـدـمـةـ الزـنـاـ عـنـ حـدـهـ وـإـنـ زـادـ عـلـىـ حدـ القـذـفـ، وـيـنـقـصـ تعـزـيرـ السـبـ عـنـ حدـ القـذـفـ، أـيـ : أـنـهـ لـاـ يـبـلـغـ بـالـتعـزـيرـ فـيـ مـعـصـيـةـ قـدـرـ الـحدـ فـيـهـ، فـلاـ يـبـلـغـ تعـزـيرـ عـلـىـ النـظـرـ وـالـمـاـشـرـةـ حـدـ الزـنـاـ، وـلـاـ بـالـتعـزـيرـ عـلـىـ الشـتـمـ دـوـنـ قـذـفـ حـدـ القـذـفـ .

(١) تبصرة الحكماء جـ ٢ صـ ٢٦٢، ٢٦٣ - مواهب الجليل جـ ٦ صـ ٢١٩ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ صـ ٢١٤ - البحر الرائق جـ ٥ صـ ٥١ .

(٣) نهاية الحاجـ جـ ٨ صـ ٢٠١ - الأحكـامـ السـلطـانـيـةـ صـ ٢٠٦ - أـسـنـيـ المـطـالـبـ جـ ٤ صـ ١٦٢ .

(٤) يـرـىـ فـرـيقـ مـنـ الشـافـعـيـةـ أـنـ يـزـيدـ الـجلـدـ عـلـىـ مـائـةـ بـشـرـطـ أـنـ تـكـوـنـ الـجـرـيـمةـ مـاـ لـمـ يـرـدـ فـيـ نـوـعـهـ حدـ مـقـدـرـ. رـاجـعـ مـجمـوعـةـ الرـسـائلـ لـابـنـ تـيـمـيـةـ الحـسـبـةـ، صـ ٥٧ـ، الطـرـقـ الـحـكـمـيـةـ صـ ١٠٦ـ. وـلـمـ أـجـدـ هـذـاـ الرـأـيـ أـثـرـاـ فـيـمـاـ لـدـىـ كـبـ الشـافـعـيـةـ.

عوده

وفي مذهب أحمد آراء متعددة، منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التي ذكرناها في مذهب الشافعي، وهناك رأيان مختلفان : أو هما : أن الجلد لا يصح أن يبلغ في كل جنائية حداً مشروعاً في جنسها، ولكنه يصح أن يزيد على الحد في جنائية من غير جنس الجنائية المشروع فيها الحد. فمثلاً، حد الزاني غير المحسن الجلد مائة جلد وحد الزاني المحسن الرجم، فلا يصح أن يعقوب على الخلوة أو المباشرة أو التقبيل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلد، إذ إن الفاعل غير محسن حتى لا يبلغ العقاب حداً في غير حد، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محسناً أن يجعل مائة جلد فأكثر؛ لأن حد الزاني المحسن هو الرجم والجلد أياً كان عدد الجلدات لا يبلغ حد الرجم، وثانيهما: أنه لا يصح أن يزداد في التعزير على عشرة أسواط بأى حال، وحججة القائلين بهذا الرأي الأخير ما رواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : "لا يجعلد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى" ^(١). وينسب بعض الفقهاء هذا الرأي الأخير للشافعية، ولكني لم أجده أثراً فيما لدى من كتب الشافعية، وحججة من نسبة للشافعية أن الشافعى قال : "إذا صح الحديث فهو مذهب الحديث الذي بني عليه هذا الرأى صحيح" ^(٢) .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحد إلى حديثي الرسول اللذين ذكرناهما وهما قوله: "من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين". وقوله: "لا يجعلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله". فأما الحديث الأول فلم يرده من المذاهب الأربع إلا مذهب مالك بحججه أنه منسوخ، وعندهم أنه لا حد لأكثر التعزير، وأن للإمام أن يزيد في التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجاناً لهى النفس. وأما الحديث الثاني، فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء من مذهب أحمد، ومن رده يرده لأنه منسوخ، أو لأنه مقصور على زمان الرسول ^(٣) .

(١) فتاوى ابن تيمية الجلد الرابع الاختبارات، ١٧٨ - الملف جـ ١٥ ص ٣٤٧ - الطرق الحكيمية ص ١٠٦ - الإقناع جـ ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ - الطرق الحكيمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ - تبصرة الحكماء جـ ٢ ص ٢٦٣ .

عوذه

ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا في تفسيره، ففسر 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 لهم 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، فما ماثل الزنا في موضوعه أو في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين، وما ماثل 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. فمثلاً، لا يجوز عقاب من وجد في فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محسناً ما دام لم يطأها؛ لأن حد الزاني غير المحسن هو الجلد مائة جلدة، ولكن يجوز جلد مائة جلدة إذا كان محسناً ويجوز جلد أكثر من مائة جلدة؛ لأن حد الزاني المحسن 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 ولـي الأمر^(١)، فـكأن الغرض من الحديث ألا يعاقب على جريمة شرع في جنسها الحد بعقوبة الحد ما دامت شروط عقوبة الحد لم تتوافر حتى لا يسوى في العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة، وبين الفعل الذي توافرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذي لم تتوافر 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 النزج مختلف باختلاف الناس^(٢).

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٤ - نهاية الحاج جـ ٢ ص ٢٠ - المغني جـ ١٠ ص ٣٤٧ - الشرح الكبير

جـ ١ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٥ - المغني جـ ١٠ ص ٣٤٨ - بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٤ .

عوده وليس في الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأى جريمة من جرائم التعذير، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود، فيعقوب بالجلد على السرقات التي لا حد فيها، وعلى الرنا الذي لا حد فيه، وعلى القذف الذي لا حد فيه، وهكذا^(١). ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعقوب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التي ليس في جنسها ما يوجب الحد، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأدبا وأكثر ردعًا عن ارتكاب الجرائم الخطيرة، والمفترض أن الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود هي أخطر الجرائم^(٢).

٤٨٣ الحبس : الحبس في الشريعة على نوعين، حبس محمد المدة، وحبس غير محمد المدة.

٤٨٣ الحبس المحدد المدة : تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادلة وتعاقب به الجرميين العاديين. ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرها من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان الجرمون خطرين أو من لا يرد عليهم إلا الجلد.

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد، أما حده الأعلى فغير متفق عليه، فيرى البعض ألا يزيد على ستة أشهر، ويرى البعض ألا يصل إلى سنة كاملة؛ والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولي الأمر^(٣).

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون، ويشترطون ألا يصل إلى سنة؛ لأنهم يقيسونه على التغريب في حد الرنا، والتغريب لا يزيد على عام فوجب أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعقوب بحد في غير حد. وظاهر المذهب الأخرى أنها لا تقيس الحبس على التغريب .

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٤ .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ .

(٣) تبصرة الحكماء جـ ٢ ص ٢٨٤ - شرح فتح الديار جـ ٤ ص ٢١٦ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - المغني جـ ١٠ ص ٣٤٨ .

عوذه ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رأى أن إحدى العقوبتين لا تكفي وحدها، ولكن الشافعيين يشترطون في هذه الحالة ألا يقع من إحدى العقوبتين إلا ما يعَد مكملا لما نقص من العقوبة الثانية، فإذا ضرب الجاني نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاث أربع مدة الحبس، وهكذا. ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط، فيجوز عندهم أن يضرب الجاني كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التي تكفى لتأديبه وزجر غيره^(١).

ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات أن يؤدي غالبا إلى إصلاح الجاني وتأدبيه، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى.

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس مختلفا اختلافا بينا عن موقف القوانين الوضعية، ذلك أن عقوبة الحبس في القوانين الوضعية هي العقوبة الأولى أو هي العقوبة الأساسية التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريبا 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 للقاضي أن يعاقب بها أو يتركها، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب ظنه أنها مفيدة .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين أن يقل إلى حد كبير عدد الخبوسين في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية، وأن يزيد عددهم إلى غير حد في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية .

والواقع أن مشكلة السجن والمسجونين هي من أوليات المشكلات التي تبرز أمام شراح القوانين الوضعية، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية في كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد الحكم عليهم بالحبس وامتلأت بهم المحابس حتى صارت بهم على سعتها، وأدى ذلك إلى أن السجون أصبحت مبادلة للتآمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام؛ لأن اجتماع المسجونين يسمح لهم بالتعرف

(١) تبصرة الحكم جـ ٢ ص ٢٨٤ - شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢١٦ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - المغني جـ ١٠ ص ٣٤٨ - أنسى المطالب جـ ٤ ص ١٩٢ .

عوده والنامر 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 المسجونين وتنزلهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصلحين تخفيف عيوب الحبس، فوضعوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جديعا لها عيوبها ومفاسدها، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية. من ذلك، نظام الفصل بين المسجونين ليلاً وجمعهم هاراً مع إزامهم الصمت المطلق، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة ويقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على المسجونين لمعهم من الاتصال والكلام. ومن ذلك، نظام الانفراد هاراً وليلاً، وهو نظام كثير النفقه قليل الإنتاج يؤدى بالمسجونين إلى البله والجنون ويؤدى ببعضهم إلى الانتحار. ومن ذلك، النظام التدريجي أو النظام الأيرلندي، وهو يبدأ بالحبس الانفرادي ثم يحبس المسجون بعد مدة منفرداً ليلاً وفي النهار يجتمع مع باقي المسجونين على ألا 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 المجرمين المبتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضي أنها تردع الجاني، ومن ثم يكون عدد المسجونين قليلاً، 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 المدة : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومتعددو الإجرام، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة، ومن لا تردعهم العقوبات العادلة، ويظل المجرم محبوساً حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وإنما يبقى محبوساً مكتفوفاً شره عن الجماعة حتى يموت^(١).

(١) عشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٦٠ - تبصرة الحكماء جـ ٢ ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٠ - الإنفاع جـ ٤ ص ٢٧٢ .

عوذه

ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدد مقدماً، لأنه حبس لا مدة له، بل هو حبس حتى الموت ينتهي بموت الحكم 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، فكان الشريعة سبقت القوانين الوضعية هذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريباً، وأول من قال بها من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة، إذ للعقاب في رأيهم وظيفتان: الاستئصال والإصلاح، فمن كان قابلاً من الجرميين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤبد عقوبته.

وتعُد العقوبة غير المحددة المدة في عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية في تدابير الأمان، ومنأحدث العقوبات التي يعالج بها الإجرام على أساس من علمي النفس والمجتمع.

而对于法律的适用性，不同的法律规定了不同的刑期。有些法律规定了具体的刑期，而有些则没有明确规定刑期，而是由法官根据案件的具体情况来决定。这种情况下，法官可能会根据被告的悔过表现来决定是否减轻或免除刑罚。例如，在法国，1885年2月27日颁布的行政法规定，对于某些类型的犯罪，如果被告表现出悔过并接受惩罚，法院可以免除其刑罚。

还有一些法律规定了绝对的死刑，即无论犯了多少罪，只要犯了死刑罪，就必须判处死刑。例如，在一些国家，谋杀罪是绝对死刑罪。而在另一些国家，如美国，谋杀罪是死刑罪，但不是绝对死刑罪，因为法官可以根据被告的悔过表现来决定是否判处死刑。

然而，一些国家的法律并没有明确规定死刑，而是由法官根据案件的具体情况来决定是否判处死刑。例如，在一些国家，谋杀罪是死刑罪，但不是绝对死刑罪，因为法官可以根据被告的悔过表现来决定是否判处死刑。

عوده وقد أخذ القانون المصري بعدم التعيين المطلق بالنسبة للمتهمين المعتوهين، إذ أجاز للنيابة العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه في أحد محلات المخاذيب. م ٤٩ من قانون تحقيق الجنائيات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكي والقانون الإيطالي تقضى بوضع المتهمين المصابين بالتورستانيا أو المدمنين على تعاطي المسكرات في محلات خاصة لمدة غير معينة.

ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة غير المعينة المدة، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة، وأن بعض القوانين يقيد مدة العقوبة بينما يجمع البعض الآخر بين الإطلاق والتقييد، وسواء أخذت القوانين بالنظرية مطلقة 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 .

٨٥ التفريغ أو الـ بـ عـاد :

ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة؛ لأنه لا يُعدُّ التغريب
حدا وإنما يُعدُّه تعزيراً. ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب على سنة مع
تسليمه بأن التغريب حد، لأنه يرى الحديث منسوحاً. ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض
فقهاء مذهب الشافعي وأحمد.

والسائلون بأن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة لا يحادون مدة التغريب، بل يرون التغريب عقوبة غير محدودة، ويتركون لولي الأمر أن يأذن للمغرب في العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته.

عودة

والحكم عليه بالتغريب لا يحبس في مكان معين، ولكن يصح على رأى البعض أن يوضع تحت المراقبة وأن تقييد حريته ببعض القيود، ولكن ليس له اتفاقاً أن يعود إلى المخل الذي غرب عنه قبل انتهاء مدة التغريب عند من يحددون له مدة وقبل توبته والإذن له بالعودة عند من لا يحددون للتغريب مدة.

ولقد عاقب رسول الله بالتغريب، فأمر بإخراج المختفين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده. من ذلك أن عمر رضي الله عنه عاقب ضبيعاً بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بمحرمه، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلد إلى عمر بخبره بتوبته فأذن للناس في كلامه. وكذلك نفي عمر نصر بن حجاج من المدينة.

ويبدئون كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التغريب؛ لأنهم يؤمّنون بأن الحبس لا يجدي في إصلاح الحكم عليهم وإعادتهم لتبوء المركز الذي كان لهم في الجماعة قبل الجريمة، إذ يستحيل على الحكم عليه بالحبس مهما تاب وأناب أن يستعيد مركزه في المكان الذي ارتكب فيه جريمته، ومن ثم يظل منبوذاً من الجمهور ويضطر اضطراراً إلى أن يسلك نفسه في زمرة المجرمين والمفسدين، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفتنة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى بأن يستعيد مركزه في الهيئة الجديدة التي ينضم إليها.

وقد أخذت الدول الأوربية بنظرية التغريب وطبقتها في قوانينها. فإنجلترا مثلاً كانت تبعد الحكم عليهم إلى أمريكا وإلى أستراليا، ثم اضطررت إلى العدول عن الإبعاد بعد اعتراض سكان المستعمرات. والقانون الفرنسي الصادر في سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تساعده على التخلص من السياسيين المناوئين للنظام القائم، كذلك جعل القانون الفرنسي من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة في المستعمرات، وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين العائدين. والقانون الإيطالي يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ الأشغال الشاقة أو السجن في إحدى المستعمرات.

٤٨٦ - الصلب : تكلمنا عن الصلب بصفته حداً يعاقب به على جريمة الحرابة، وقلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب الحكم عليه بعد قتله، وإن البعض الآخر يرى صلبه حياً ثم قتله وهو مصلوب. وقد كان تقرير الصلب حداً جريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تعزيرية.

عوده ◆
والصلب للتغزير لا يصحبه القتل طبعاً ولا يسبقه، وإنما يصلب الإنسان حياً
ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه، ولا يمنع من الوضوء للصلوة ولكنه يصلبي إيماء.
ويشترط الفقهاء في الصلب ألا تزيد مدة عذره على ثلاثة أيام.
ومما يحتاج به لمشروعية عقوبة الصلب التغزيرية أن رسول الله ﷺ عذر رجلاً
بالصلب، وصلبه على جبل يقال له أبو ناب.

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التعازير، ولكن
الحنفية والخانابلة لا يصرحون بذلك، على أن هذا لا يعني أنهم لا يرون الصلب؛ لأن
القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدي إلى إصلاح الجاني وتأدبه وحماية الجماعة من شره
تعَد عقوبة مشروعة^(١).

عقوبة الصلب على الوجه السابق هي عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير
معاً، وهي أشبه ما تكون بعقوبة التلاميذ حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى
أعلى زمناً ما، أو حين يؤمرن بأن يجثوا على ركبهم زمناً طويلاً أو قصيراً.

ويجب ألا يفوتنا أن عقوبات التعازير عقوبات غير لازمة كعقوبات الحدود أو
القصاص. وعلى هذا، فالأمر في جعل الصلب عقوبة أو إهمالها متترك للهيئة
الشرعية (فقهاء التقنين)، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لكلها أقرتها وإن
رأت أنها لا تصلح تركتها.

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - تبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٢٢ .

480 - 486 - عقوبات الحدود والقصاص التي تطبق في التعازير :

لقد درسنا تلك العقوبات من قبل عندما أوردها بصفتها حدوداً أو قصاصاً، وأشارنا إلى جواز تطبيقها في نطاق التعازير - (في تعليقاتنا على البند 450 وما بعده إلى 473).

ويكفي هنا أن نضيف ملاحظات عامة :

1 - هذه العقوبات هي : الجلد (بند 481)، الحبس (482 - 484)، الغريب أو الإبعاد أو النفي (485)، الصلب (486) وقال إنه صورة من صور تنفيذ عقوبة الإعدام أو القتل ولذلك نعرض عليه لأنه لا يجوز القتل تعزيزاً في نظرنا ولا أي عقوبة بديلة غير الجلد

2 - على الرغم من أن عقوبة القتل ذكرها أولى العقوبات (البند 480)، فإنه وأشار إلى أن هناك مبدأ فقهي هو أنه "لا يجوز في التعزير قتل ولا قطع" وعلل ذلك بقوله :

"الأصل أن التعزير للتадيب، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً، فينبغي إلا تكون عقوبة التعازير مهلكة، ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع".
إنما نُعَدُّ أن هذا المبدأ من أخطر ضوابط "التعازير"، وظاهر من كلامه أنه لا خلاف فيه، وقد بنى عليه عدم جواز القتل تعزيزاً وبالتالي فلا يجوز "الصلب" إلا استثناء بصريح.

صحيح أنه أورد رأياً بأن هناك فقهاء أجازوا القتل "سياسة" استثناء من القاعدة العامة، أي أنه لا يتسع فيه، ولا يترك الأمر فيه للقاضي، بل يجب أن بين "ولي الأمر" الجرائم التي يحكم فيها بالقتل. ولكننا لا نوافق على هذا الرأي، بل نرى أن استبعاد القتل من التعازير يجب أن يكون مبدأ مطلقاً لا يجوز الاستثناء فيه لمن سماه "ولي الأمر" .

ويلاحظ أن القتل هو أشد العقوبات البدنية، والأصل أنه يكون قصاصاً في القتل العمد، لكن نص عليه (في السنة) في حد الزاني الحصن (بالرجم) وهناك من يعارضون ذلك، ونحن نؤيد هذا الرأي المعارض، وأوضخنا حجتنا في موضعها . وكذلك نص عليه القرآن كحد في "الحرابة" .

● أهم ملاحظاتنا استبعاد القتل والصلب والقطع تعزيزاً، وأن الجلد أفضل من الحبس:

- 3 - قطع بعض الأطراف: لا خلاف في عدم جوازه في التعازير إطلاقاً، برغم أنه تقرر كحد في "السرقة" وفي "الحرابة". وهذا يؤيد رأينا في أن القتل غير جائز من باب أولى .
- 4 - تكلم عن عقوبة الجلد (في البند 481) ولو أنها بدنية إلا أنها "ليست مهلكة" مثل القتل والقطع، ولذلك فإن الفقه يجيزها في جميع حالات التعازير. بل هو يؤكد لنا أنه يفضلها على غيرها وبخاصة عقوبة الحبس للأسباب التي أفضى فيها .
توجد آراء عديدة في الفقه حول تطبيق الجلد فيما يتعلق بمقداره أو عدد الجلدات. فقد أشار إلى أنه وإن كان جائزاً من حيث المبدأ في التعازير إلا أن مقداره لا يجوز أن يصل إلى ما هو مقرر في الحدود أو على الأقل أنه لا يتجاوزها، على التفصيل الذي أورده في البند 481 - وهذه ضمانة مهمة.
- 5 - عقوبة الحبس توسيع في الكلام عنها في البند 482 - 484، ليشيد بموقف الفقه الذي لا يجدها ولا يجعلها هي العقوبة الرئيسية كما هو الشأن في القوانين الوضعية وأفهم يرون ألا تزيد مدة على سنة، وأن تطبق في الجرائم الثانوية، وأنها اختيارية للقاضي ليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب على ظنه فائدتها (بند 483).
وأضاف أنه يشترط في الحبس كما في غيره من عقوبات أن يؤدى إلى إصلاح الجاني وتأدبه، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني ولن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى (بند 483). وقد أفضى في هذه المناسبة في مساوى السجنون وما فيها من فساد يؤدى إلى إفساد المحبوسين بدلاً من إصلاحهم .
- 6 - أشار إلى "الحبس غير محدد المدة" (في البند 484) وذكر أن بعض الآراء ترى ألا تحدد مدة الحبس، وأن يترك تقدير ذلك لولي الأمر، دون تحديد للمقصود من ولية الأمر. وقد اعترضنا مرات عديدة على إطلاق هذه المصطلح دون تحديد. بل يجب في نظرنا توضيح أن ولـي الأمر في كل ما يتعلق بالعقوبات هو القضاء، ولا يجوز أن يترك الباب مفتوحاً ليفهم البعض أن المقصود هـم رؤساء الدول أو الحكومات أو أولياء الأمور في التنفيذ والإدارة

لا نعترف بالصلب ضمن عقوبات التعازير لأنه متعلق بتنفيذ عقوبة القتل

القى نعترض على عَدُّها عقوبة تعزيرية :

وإذا كان يرى أن الشريعة سبقت القوانين الوضعية إلى تقرير الحبس غير محدد المدة، فإننا نضيف أنها سبقتها إلى استقلال القضاء واستقلال التشريع والفقه عن الدولة، وعدم جواز تدخل الرؤساء والسلطانين والأمراء في هذا المجال، ولذلك فإنه يجب أن يكون هناك قاض لتنفيذ العقوبات هو الذي يختص بتحديد مدة الحبس غير محدد المدة وخاصة إذا كان تدبرًا وقائياً.

7 - في البند 485 - تكلم عن عقوبة النفي أو التغريب أو الإبعاد . ويهمنا قوله إن مدتها لا تتجاوز عاما على الرأى الراجح .

8 - فيما يخص الصلب (الذى تكلم عنه في البند 486)، فنحن نرجح رأى الخفيف الدين لا يذكرونـه ضمن التعازير لأنـه حتى في حد الحرابة المقرر فيه فإنه هو في البند (465) قد أشار إلى أن المقصود منه ربط الحكم عليه في الصليب لإطلاق النار عليه فهو جـزء من عملية تنفيـذ القـتل، وما دام القـتل لا يـحكم به تعـزيـراً، على الرأـى الذى نرجـحـه، فإـنه لا مجـالـ للصلـبـ فيـ التعـازـيرـ فيـ نـظـرـنـاـ.

يرجح ذلك أنه في نهاية (البند 486) يقول إن جعل الصلب عقوبة تعزيرية متروك للهيئة التشريعية ... وإذا كان لم يـبيـنـ لناـ المـقصـودـ بـهـذهـ الهـيـةـ فإنـاـ نـؤـكـدـ أنهاـ هـيـةـ الـاجـتـهـادـ دونـ سـواـهـاـ كـماـ ذـكـرـنـاـ ذـلـكـ مـوارـاـ فيـماـ سـبـقـ .

ونضيف أنه إذا جاء الصـلبـ كـجزـءـ منـ إـجـرـاءـاتـ تـنـفـيـذـ القـتـلـ تمـهـيدـاـ لـهـ، فإـنهـ لاـ يـجـوزـ بـعـدهـ، لأنـهـ يـكـونـ تـمـثـيلـاـ بـالـجـلـةـ لـاـ يـجـوزـ بـحـسـبـ المـبـدـإـ فيـ شـرـيعـتـنـاـ .

عوده ٤٧ - عقوبة الوعظ وما رونها: يُعدّ الوعظ عقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية. ويجوز للقاضى أن يكتفى في عقاب الجانى بوعظه إذا رأى أن في الوعظ ما يكفى لإصلاحه وردعه.

وقد نص القرآن صراحة على عقوبة الوعظ في قوله تعالى: «واللاتى تختلفون شوزهن فعظوهن» [النساء : ٣٤].

وفي الشريعة من العقوبات التعزيرية ما هو دون الوعظ. فالفقهاء يُعدُّون مجرد إعلان الجانى بجريته عقوبة تعزيرية، وفي إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تعزيرية. ويجب ألا ننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غالب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه.

٤٨٨ - عقوبة الهرج ومن العقوبات التعزيرية في الشريعة الهرج، وقد ورد به القرآن تعزيراً للمرأة في قوله تعالى: «فعظوهن واهجروهن في المضاجع» [النساء: ٣٤].

وقد عاقب الرسول ﷺ بالهرج، فأمر بحجر ثلاثة الذين خلُّفوا عنه في غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك، ومرارة بن ربيعة العامرى، وهلال بن أمية، فهجروا حسین يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى : «وعلى ثلاثة الذين خلُّفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رَحِبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجاً من الله إلا إليه ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم» [التوبه: ١١٨].

وعاقب عمر ﷺ عنه ضبيعاً بالهرج مع الجلد والتغريب، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب، وكتب عامل البلد الذى غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبيته فأذن للناس في كلامه.

487، 488 - التعازير التي لا تدخل في نطاق العقوبات المقدرة (حدا ولا قصاصا)

لا نافق على وصفها بأنها عقوبات، وأوها الوعظ والهجر :

سبق لنا أن علقنا على ما كتبه بشأن حقوق الأزواج (التي توصف عادة بأنها تأديب الزوجة) في حاشيتنا على البنود 351 - 355 في الباب الثالث الخاص بالركن الأدبي، وأبدينا رأينا بأن رئاسة الزوج للأسرة لا تستلزم الاعتراف له بما وصفه بأنه "التعزير" على المعاصي، لأن التعزير في نظرنا من حق القضاء وحده، ولا نعتقد أن للزوج ولایة تتجاوز رئاسة الأسرة، وفيما عدا ذلك فإن الأصل أن الحقوق متبادلة ومتوازنة بين الزوجين في نطاق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي نرى أنه مبدأ عام، وهو ليس حقا خاصا بالأزواج بل للزوجات كذلك هذا الحق .

وفي نطاق هذا النظر، نرى أن الوعظ والهجر (بل والضرب بسبب النشوز) لا يدخلان في نطاق "الجزاء الجنائي" ولا في نطاق ما يسميه الجزاءات على المعاصي، بل هي في نطاق استعمال الزوج حقه في "العاشرة الزوجية"، وهو المقصود الأساسي في عقد الزواج. والمسوغ الوحيد لهذا - كما في الآية القرآنية - هو "النشوز"، أي رفض المعاشرة، وليس من اللائق أن يوصف ذلك النشوز بأنه جريمة. وإذا كان معصية شرعية، فإنما يكون عادة نتيجة سوء تفاهم أو خصام، وأنه على أكبر تقدير إخلال بالواجبات الزوجية التي يفرضها عقد الزواج على الطرفين، مع إشارتنا إلى أن الزواج في شريعتنا عقد يتم بإيجاب وقبول، وتنفيذ يكون بالاختيار والرضا المتداول ... ولا داعي لوصف الرئاسة الممنوحة للزوج بأنها ولایة تعزير ويكتفى وصفها "بالقوامة" المذكورة في الآية القرآنية، والتي يقصد بها التزامه بالإتفاق على الأسرة ورئاستها .

هذا فيما يتعلق بتطبيق الآية 34 من سورة النساء في العلاقة بين الزوجين . لكن فقيهنا يرى أن "الوعظ" يجوز أن يكون إجراء تعزيريا يتولاه القاضي لإصلاح مرتكب بعض المعاصي، ونحن نافق على ذلك، وإن كنا لا نرى أن ذلك يستدعي عدًّا هذه المعاصي جرائم جنائية، أو وصف الوعظ بأنه عقوبة جنائية، بل هو مجرد تدبير للتهدیب والإصلاح والتشجيع على التوبة .

كثير من المعاishi الدينية لا يصح وصفها بأنها جرائم :

لقد سبق أن بينا وجهة نظرنا في أننا لا نرى فائدة في إعطاء جميع المعاishi الدينية مثل الإفطار في رمضان والمعاشرة في حالة الحيض ... إلخ. وصف "الجرائم"، ولا إعطاء التدابير التي تجيزها الشريعة لمعالجتها صفة "عقوبات"، لأن الشريعة نظام واسع كامل شامل يتسع لإجراءات وتدابير من أنواع مختلفة، ولا يجوز وصفها كلها بأنها عقوبات، كما لا يجوز وصف جميع المخالفات الشرعية أو المعاishi بأنها جرائم.

ولذلك، فإن "الوعظ" وكذلك ما يسميه "مجرد إعلان الجاني بالتهمة الموجهة له" أو "جرينته" على حد قوله أو إحضاره مجلس القضاء، لا نرى أن توصف هذه التدابير بأنها "عقوبات" من أي نوع، لأنها مجرد إجراءات عادلة يتعرض لها كل فرد، ولا يصح أن تكون وسائل للنذر أو التخويف أو التشهير، ولا يجوز أن يقال بأن من يستدعي مجلس القضاء أو يعلن بتهمة معينة أو يوجه له أي وعظ هو مجرم، لأن الأصل في كل إنسان هو البراءة، ولا يجوز أن يوصف شخص بأنه مجرم مجرد أنه استدعي مجلس القضاء أو وجه إليه اتهام إلا بعد ثبوت التهمة عليه قضائياً وصدر حكم قضائي صحيح بالإدانة .

لكن موضوع الهجر أو المقاطعة (النبد 488) يحتاج إلى وقفة. فقد أشار إلى أمر النبي ﷺ بمقاطعة ثلاثة الذين تختلفوا في موقعة تبوك، وفعلهم يمكن أن يوصف بحق بأنه "جريمة الفرار من الخدمة العسكرية" في عصرنا الحاضر، وبالتالي فإن هؤلاء الأشخاص يستحقون التعزير والجلد. فإذا كان رسولنا الكريم قد فرض المقاطعة لتعزيزهم، فمعنى ذلك أن المقاطعة يمكن أن تكون جزاء يفرض على مرتكبي بعض الجرائم الخطيرة مثل الفرار من الخدمة العسكرية، لكن المهم كيفية تنفيذ مثل هذا الإجراء في العصر الحاضر، لأنه في عهد الرسول كانت المدينة محبطة محدودة، كان المواطنون جميعاً مترافقين ويجتمعون للصلوة في مسجد واحد حمس مرات يومياً، لذلك نفذت القطيعة وكان لها أثراً .

وبحذا لو بدل علماؤنا الشرعيون والاجتماعيون جهداً لتنظيم هذه التدابير ليكون لها فاعليتها في زجر الجناة في عصرنا كما حدث في الماضي ولكن بشرط أن تكون في نطاق الجزاء على الأفعال الإجرامية الخطيرة مثل الفرار من الخدمة العسكرية كما بينا .

٤٨٩ عقوبة التوبیخ: ومن العقوبات التعزیرية في الشريعة عقوبة التوبیخ.

فإذا رأى القاضي أن التوبیخ يكفي لإصلاح الجاني وتأديبه اكتفى بتوبیخه.

ولقد عذر رسول الله ﷺ بالتوبیخ. ومن ذلك ما رواه أبو ذر ؑ قال : سأبیت رجلاً فغيرته بأمه. فقال رسول الله ﷺ : "يا أبا ذر أغيرته بأمه؟! إنك أمرؤ فيك جاهلية!".

وخاصم عبد الرحمن بن عوف عبد من عامة الناس إلى رسول الله، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلاً: يا بن السوداء! فغضب النبي أشد الغضب ورفع يده قائلاً : "ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق". فاستخدم عبد الرحمن وخجل، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد: طا عليه حتى ترضى.

٤٩٠ عقوبة التهدید: والتهديد عقوبة تعزیرية في الشريعة بشرط ألا يكون مهدداً كاذباً، وبشرط أن يرى القاضي أنه منتج وأنه يكفي لإصلاح الجاني وتأديبه. ومن التهدید أن ينذر القاضي بأنه إذا عاد فسيعاقبه بالجلد أو بالحبس، أو سيعاقبه بأقصى العقوبة. ومن التهدید أن يحكم القاضي بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة.

وقد عرفت القوانين الوضعية أخيراً عقوبة التوبیخ والتهدید، وأخذت بالتوبیخ القضائي كعقوبة للجرائم البسيطة وللمجرمين المبتدئين، وأخذت بالتهديد القضائي عقوبة لمن يرى القاضي أن التهدید كاف لرجورهم وإصلاحهم .

وقد طبقت القوانين الوضعية عقوبة التهدید بطرق مختلفة، فبعضها يرى أن يحكم القاضي بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة، فإن عاد الجرم أمکن تنفيذ العقوبة الموقوفة. وبعضها يرى ألا يصدر القاضي حکماً، بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين. وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجاني ألا يعود لجريمه.

وهذه الوسائل المختلفة التي تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقات للتهديد بالعقوبة. ويکفى أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبیخ والتهدید بالعقاب إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرهما من ثلاثة عشر قرنا وأكثر .

٤٩١ التشهير: ومن عقوبات الشريعة التعزیرية التشهير. ويقصد بالتشهير: الإعلان عن جريمة المحکوم عليه، ويكون التشهير في الجرائم التي يعتمد فيها الجرم على ثقة الناس كشهادـة الرور والغش .

عوده

وكان التشهير يحدث قدماً بالمناداة على الجرم بذنبه في الأسواق وال محلات العامة، حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى. أما في عصرنا الحاضر، فالتشهير ممكن بإعلان الحكم في الصحف أو لصقه في الحالات العامة.
والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة التشهير، وقد أخذ بها القانون المصري في بعض الجرائم كالغش والبيع بأكثر من السعر الجبرى.

٤٩٦ - عقوبات أخرى: وليست العقوبات السابقة هي كل عقوبات التعزير في الشريعة الإسلامية؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لأولى الأمر؛ أي الهيئة التشريعية، يختارون منها ما يرون له صالحًا لخارة الإجرام وإصلاح الجرمين وتأديبهم، ويتركون ما يرون له غير صالح، ولا يتقيدون في ذلك بقيود ما إلا بمراعاة 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 تطبق على كل الجرائم، وأهمها :

١ - العزل من الوظيفة: وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء كان أداء الوظيفة ب مقابل أو مجاناً.

٢ - الحرمان: ويعناه حرمان الجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً، كاحرمان من تولي الوظائف، ومن أداء الشهادة، وكاحرمان من سلب القتيل، والحرمان من سهم الغنيمة، وكإسقاط النفقه للنشوز .

٣ - المصادر : ويدخل تحتها مصادر أدوات الجريمة ومصادر ماحرمته حيازته.
٤ - الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل الجرم، كهدم البناء المقام في الشارع العام وإعدام أواني الخمر والبن المغشوش. وهذه العقوبات جميعاً تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها.

489 - 492 - التوبيخ والتهديد والتشهير وتدابير أخرى:

من مزايا فقهاً أنه أفسح المجال للاجتهد في اتخاذ جميع التدابير التي تحقق المدف الأجتماعي من التشريع، وهو منع الجريمة ووقف الانحراف والعدوان. ولذلك، فإن قضايانا كثيراً ما جأ إلى التوبيخ والتهديد والتشهير على النحو الذي عرضه علينا . ويهمنا أن التهديد بالعقوبة هو أساس النظام المعروف حالياً بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها مدة معينة، وقد أصبح منصوصاً عليه في أكثر القوانين الوضعية .

وقد أضيف إليه تدبير آخر هو عدم الحكم بالعقوبة وإطلاق سراح الشخص مدة معينة على سبيل الاختبار القضائي⁽¹⁾ يمكن في نهايتها صدور الحكم عليه بالعقوبة أو البراءة حسبما يتبين من سلوكه في فترة الاختبار .

وأساليب التشهير تطورت، ويمكن أن تتطور أكثر في المستقبل. لكن شريعتنا تجيز للقاضي أن يأمر به كلما وجد في ذلك فائدة في إصلاح الجاني وحماية المجتمع من تكرار الجريمة منه أو من غيره .

* * *

لا حدود لما يمكن ابتكاره من تدابير يمكن للقاضي أن يحكم بها كجزاء جنائي يقصد به إصلاح الجاني والمجتمع. والمبدأ المعترف به في فقهاً هو أن القاضي له أن يتخد كل تدبير أو إجراء يراه محققاً لهذا الغرض ويمكن عَدُّه تدبيراً وقائياً إذا لم يكن عقوبة .

ويسرنا أنه هنا قد أشار إلى ضرورة "التقنين" حيث يقول: "إن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لولي الأمر" أي "الم الهيئة التشريعية" .

⁽¹⁾ PROBATION - الذي يقولون إن القضاء الإنجليزي سبق إليه، ويسعون أن قضايانا وفقها هو صاحب السبق الأول في هذا المضمار، كما هو في نواح كثيرة أشرنا إليها ... لكنهم ما زالو يجهلونها أو يتجاهلونها .

لا نافق على استعمال اصطلاح "المَهْيَةُ التَّشْرِيعِيَّةُ" ، بل يكفي الإشارة إلى أهل الاجتهاد:

وقد تعمد استعمال مصطلح الهيئة التشريعية الشائع في القوانين الوضعية، لكن علينا أن نذكر دائماً بأن التشريع في الإسلام مصدره الوحي السماوي، لذلك، فهو مستقل عن الدولة وأمرائها ورؤسائها، وأن الاجتهاد من اختصاص من تختارهم الجماعة من العلماء وأهل الاجتهد الذين تثق فيهم الأمة، ومن حقها أن تفوضهم في الاجتهد والإجماع، وأن ينوب عنها أهل الحلال والعقد في تنفيذ الاجتهدات المناسبة لظروف الزمان والمكان وتنظيم الدولة ومساعدة القائمين بالأمر فيها .

وقد ذكر من بين الجزاءات المستحدثة ما يمكن عدُّه تعزيراً، مثل العزل من الوظيفة أو الحرمان من بعض الحقوق أو عدم الصلاحية للشهادة، وكذلك المصادر والإزالة ... وغيرها مما يمكن استحداثه في الحاضر والمستقبل .

٤٩٣ عقوبة الغرامة :

التعزيرية بعقوبة الغرامة. من ذلك أنها تتعاقب على سرقة الشمر المعلق بغراة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التي تلائم السرقة، وذلك قول الرسول: "ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثلية والعقوبة". ومن ذلك عقوبة كاتم الصالة، 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 يعترضون على الغرامة المالية يحتجون بأنها كانت مقررة في عهد الرسول ونسخت، وأنما غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام، وأنه يخشى أن يكون في إباحة الغرامة المالية ما يغري الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل.

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة، فاشترطوا 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 أفق المال على جهة من جهات البر. ويمكن أن يؤيد الرأي المعارض في الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدى إلى تقييز الأغنياء على الفقراء لأن الغني يستطيع أن يدفع دائمًا أما الفقير فلا يستطيع ذلك، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهي أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى.

وفي عصرنا الحاضر حيث نظمت شئون الدولة وروقت أموالها، وحيث تقرر 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

(١) إغاثة اللهفان جزء ١ ص ٣٣١ - أعلام المؤعنين ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة، والمغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ - الإنقاع ج ٤ ص ٢٧٠ - تبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٦١ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - أسمى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - شرح القدير ج ٤ ص ٢١٢ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٦ - مجموعة الرسائل . المسبة . ص ٥٩ .

عودة عليها عقوبات 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 حدا أدنى أو حدا أعلى تاركين ذلك لولي الأمر.

والقوانين الوضعية تحمل الغرامة عقوبة أساسية في معظم الجرائم، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسعين: الأولى: هي التنفيذ الجبرى على أموال الحكم على، فإن لم يكن له مال فالثانية وهي الإكراه البدىء، وهو يكون بتشغيل الحكم عليه في عمل حكومي إذا وجد هذا العمل أو بحبس الحكم عليه مدة معينة. ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهي بالحبس إذا كان الحكم عليه فقيراً مع أن القوانين الوضعية تُعد عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة.

وشرح القوانين الوضعية يعترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها، ويررون في عقوبة الغرامة - بالرغم من عيوبها - وسيلة من الوسائل الحسنة للتخفيف أو الحد من مساوى عقوبة الحبس. فهم يقبلون عقوبة الغرامة لا لمزاياها، ولكن لأن مساوتها أقل من مساوى عقوبة الحبس، وإذاً فهم لا يحرضون على الأصلاح وإنما يحرضون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس الحكم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان المطالب بالمال قادراً عليه ومتسعًا عن دفعه، كما هو الحال في دين النفقه. أما إذا كان المطالب بالمال عاجزاً عنه فلا يجوز حبسه مقابل المبلغ المحكوم به؛ لأن الحبس في الدين لم يشرع إلا لحمل المدين على الدفع، فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه. لكن ليس في الشريعة ما يمنع من تشغيل الحكم عليه في عمل حكومي لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره، ونظريّة الشريعة في هذا سليمة من الوجهين الشرعيّة والمنطقية؛ لأن التنفيذ على الحكم عليه بالشغل هو تنفيذ على ماله، ما دام لا مورد له إلا عمله. ولا يكاد التنفيذ جبراً بالشغل يختلف شيئاً عن التنفيذ جبراً على المال. أما حبس الحكم عليه مقابل الغرامة في حالة العجز عن الدفع، فمعناه أن الحكم عليه يحبس لفقره لا للحكم عليه بالحبس، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالة

عوده

محل الغرامة عقوبة خاصة بالفقراء، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غير مشروعة .

وليس في الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتميمها في كل الجرائم التعزيرية أو معظمها؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية، ولأن العقوبة الأساسية في معظم الجرائم هي الجلد، فانعدمت بذلك مساوى عقوبة الحبس. تلك المساوى التي وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها في القوانين الوضعية .

والأصل في التشريع أن جرائم التعزير مجموعة من العقوبات تختلف في بساطتها وشدها، وللقارضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة وللجانى، فإذا حرص بعض الفقهاء على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة في مجموعة عقوبات التعزير، فيكون للقارضى أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة وللمجرم. فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها في أى حال .

لقد توسيع في الموازنة بين موقف القوانين الوضعية وموقف الفقه الشرعي من عقوبة الغرامة، ويرى أن فقهاءنا لا يجدون هذه العقوبة. ومن الغريب أنه يفضل عليها، وعلى الحبس، عقوبة الجلد، في حين أن كثريين لا يرون ذلك . ونحن منهم . وإذا كان يشير إلى أن القوانين الوضعية تفضل الغرامة المالية على الحبس لأنها أقل ضرراً منه؛ فإننا نرى أنها أيضاً أخف من الجلد⁽¹⁾. ولذلك، فتحن نفضلها على الحبس والجلد معاً إذا كانت تكفي لتحقيق الغرض من الجزاء الجنائي .

ونحن نقدر حرصه على عدم جعل الغرامة وسيلة لإعطاء الأغبياء ميزة على القراء، وهذا لا يستلزم معارضته مبدأ الغرامة، وإنما يكفي لذلك أن يراعي القاضى حالة المحکوم عليه عند تقدير الغرامة المحکوم بها، وهذا فإن التقنين يجب أن يراعى فيه إعطاء القاضى حق زيادة مقدار الغرامة على القادرين حتى يكون تأثيرهم بها مساوياً لتأثير القراء .

وقد تعرض لمبدأ الإكراه البدني بالحبس كوسيلة لتحقیص الغرامة من الممتنعين عنها إذا كانوا قادرين على الدفع ولكنهم مماطلون – وهذا مبدأ شرعاً أصليل يجب أن نعتز به – تطبيقاً للحديث المعروف "مطل الغنى ظلم". بل نرى أن نعود لتطبيقه في الحقوق المدنية كذلك، وإن لم يكن هذا هو موضع هذا البحث.

أما ما قاله عن الحبس بدلاً من الغرامة بالنسبة لمن يعجز عن السداد، فهذا أمر يحتاج إلى بحث، ونحن نشك في إمكان ذلك دون الإخلال بمبدأ المساواة بين المحکوم عليهم ... لأن الحبس بلا شك أقسى من الغرامة، فإذا كان الغنى يدفع والفقير يحبس فهذا تقييد لمبدأ المساواة العادلة في العقوبة .

⁽¹⁾ ويؤيد صديقنا المستشار صالح الطريخى رأى لقيهنا بتفضيل الجلد على الغرامة والحبس، ويقول إن الغرامة (بل والحبس) تؤثران على غير الجانى كاسرتها، قد يستدين للوفاء بها. أما الجلد، فهو عقوبة مباشرة شخصية وفردية ولا يتعذر أثرها من يتعرض لها .

الفصل الخامس
مدى صلاحية العقوبات الشرعية

٤٩٤ - العقوبات الشرعية والامصادات: بينما فيما سبق 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 حدّت من سلطة القاضي تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيراً لا مخيراً، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغفل عنها، لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة. وكما حدّت الشريعة من سلطان القاضي حدّت من سلطان المشرع، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى، وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها، وإن كان له أن يغفل العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى. فليس له مثلاً أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة، ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة للقذف عقوبة الغرامة أو الحبس، وأن يزيد عقوبة الجلد على ثمانين جلدة فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية. وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى، أو ينقص الديمة، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الديمة عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية^(١).

والجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجاني، هي جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة وهي: (١) الزنا. (٢) القذف. (٣) الشرب. (٤) السرقة.

- (٥) الحرابة. (٦) البغي. (٧) الردة. (٨) القتل العمد.
(٩) القتل شبه العمد. (١٠) القتل الخطأ. (١١) الجرح العمد.
(١٢) الجرح الخطأ.

فمجموع الجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجاني هو اثنتا عشرة جريمة، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر إليها إلى الجريمة وال مجرم معاً.

١) راجع الفقرة ٩٨.

عوده وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشددها في هذه الجرائم الثانية عشرة وتساهمها في بقية الجرائم وهي تعد بالآلاف، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعا إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الثانية عشرة ويرجعه بعدد الجرائم الباقية وهي مئات. الواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة وبين عدد الجرائم الأخرى هي نسبة ضئيلة جداً ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقرير لو عدنا نصوص قانون العقوبات التي تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة، وقارناها بعدد النصوص التي تكلمت عن الجرائم الأخرى .

وظهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصري أن المواد التي تتكلم عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة لا تصل إلى خمسين مادة، بينما النصوص التي تتكلم على الجنيات والجناح تبلغ ثلاثة مائة مادة. وهناك قوانين خاصة تعاقب على جنح كثيرة، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاثة مائة مادة أيضاً وهي في الواقع أكثر من ذلك بكثير، كان عدد الجنائيات والجناح داخلها تحت ستمائة مادة، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود جرائم القصاص والديمة وبين بقية الجرائم الأخرى ٨٪ وهي نسبة لا شك في ضلالتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع في يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة في تشددها في جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة، إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة، وأن أكثر الجرائم وقوعاً وتكراراً هي جرائم الحدود، وجرائم القصاص والديمة، وأن معظم الجرائم الباقية نادرة الوقع 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 الإحصاءات الجنائية، فإن هذه الإحصاءات تدل دلالة قاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والديمة هي أكثر الجرائم وقوعاً في الحياة اليومية، وأن هذه الجرائم الثانية عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم. ونستطيع أن نتحد الإحصاءات الجنائية المصرية دليلاً على ذلك، فقد بلغ عدد الجنائيات ٨١٧٥ جنائية في السنة ١٩٤٢-١٩٤٣، منها ١٧٥٢ جنائية قتل عمد، ١١١٩ جنائية شروع في القتل، ٩٨٩ جنائية سرقة بإكراه وشروع فيها، ٢٤٣ جنائية هتك

عدة عرض وفسق، ٣٢٦ جناية ضرب أفضى للموت، ١٩٦ جناية ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة، ٦٣٤ جناية عود وكلها تقريباً سرقات، وهذه جميعاً من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ٦٢٧٠ جناية ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص في الجنایات تقع بنسبة ٧٦,٦٪ من مجموع الجنایات .
وبلغ عدد الجنح ٢٩٧٥٥٧ جنحة في سنة ١٩٤٢-١٩٤٣، منها ٩٧٣٢ جنحة سرقة، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب، ٤٦٩٥ جنحة تعد مقاومة، 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 تقريباً .

ولو رجعنا إلى ما قبل ذلك بعشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنایات بلغ ٦٩٥٧ جناية في سنة ١٩٣٢-١٩٣٣، منها ٥٤٩٦ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، فكأن نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنایات 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 ١٩٢٣-١٩٢٢ كان عدد الجنایات ٧٨٣١ جناية منها ٤٧٨٢ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١٪ من مجموع الجنایات، وفي هذه السنة بلغت الجنح ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ف تكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠,٨٪ من مجموع جرائم الجنح .

هذا هو منطق الإحصاءات الجنائية التي لا تكذب يقول في صراحة : إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها في عشرين سنة ٧٢,٢٪ من مجموع الجنایات و ٦٣,٣٪ من مجموع جرائم الجنح .

وهكذا تبين لنا الإحصاءات بصفة قاطعة أن الشريعة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هذه الجرائم إنما قصدت أن تقضى على أكثر الجرائم تكراراً وأشدتها هولاً، أو قصدت على أن تقضى على الإجرام قضاء مبرماً.

عوده الواقع أننا لو رفعنا من الإحصاءات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى في الإحصاءات إلا الجنائيات والجنج التافهة أو الاعتبارية التي لا تخال بالأمن ولا تزعزع النظام ولا تؤذى الأخلاق والتي يكفى في ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصاءات تؤكد ما قلناه من قبل، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة: هي : حفظ الأمن، وثبتت النظام، وصيانة الأخلاق، ولا شك في أنه إذا سلم للأمة منها ونظامها وأخلاقها فقد سلم لها كل شيء، ولم يقف في طريق تقدمها ورقيتها أي شيء .

لقد أجهد نفسه في مراجعة الإحصاءات المصرية التي تؤكد أن أكثر الجرائم التي تقع في مصر هي من نوع الجرائم التي عنيت شريعتنا بفرض عقوبات مقدرة لها حدا أو قصاصا، واستنتاج من ذلك أنه لو طبقت هذه العقوبات لتناقض عدد هذه الجرائم وصلاح حال المجتمع.

مبدئيا، نحن نعترف بأننا لا نستطيع مجاراته فيما بذله من جهد وتعب في مراجعة الإحصاءات والمقارنة والموازنة بينها واستخلاص النتائج منها، لأنه وقف في دراسته عند إحصاءات عام 42 - 1943 وما قبلها. ولا شك في أنها لكي تتم عمله كان يجب علينا أن نستعرض الإحصاءات المتوافرة بعد ذلك التاريخ، وهذا أمر يتتجاوز حدود طاقتنا، ولذلك لا نستطيع التعليق على النتائج التي توصل إليها، وندعو الله تعالى أن يوفق غيرنا من هو أقدر منا على أن يتولى ذلك ...

٩٥ العقوبات الشرعية والتجارب : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد

وضعت عقوباتها لخارية 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 بكمية 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 .

والتجربة وحدها هي التي تبين قيمة الأنظمة الجنائية، ولا عبرة بالمنطق المزور الذي يصح مرة ويختبئ أخرى. ولست آتي بجديد حين أقول هذا، وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين في اتحاد القانون الدولي، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائي هو الذي يؤدي عملياً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة، وأن التجارب هي وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية، وتبيّن أن هذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية، وكانت التجارب التي امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين: كلية، وجزئية .

فاما التجربة الكلية، فقد بدأ 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 كالمقيم لا يأمن على ماله ولا على نفسه في بدو أو حضر في همار أو ليل، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عليهم، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقدرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومعها من سلب الحجاج أو الرعایا الحجازيين وخطفهم والتهميل بهم. وظلّ حلة الأمن في الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقة الشريعة الإسلامية، فانقلبت الحال بين يوم وليلة، وساد الأمن بلاد الحجاز وانتشرت الطمأنينة بين المقيمين والمسافرين، وانتهى عهد الخطف والنهب وقطع الطريق، وأصبحت الجرائم القديمة أخباراً تروى فلا يكاد يصدقها من لم يعاصرها

عوده أو يشهادها. وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتاب الأمان والنظام: فهذا يفقد كيس نقوده في الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معرضًا للتعرف عليه. وهذا يترك عصاه في الطريق فتقطع حركة المرور حتى تأتي الشرطة لرفع العصا من مكانها. وهذا يفقد أمنيته ويسأ من ردها ولا يبلغ عنها ولكنه يجد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه. وبعد أن كان الأمن بعجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج، أصبح الأمن محفوظاً بمحنة من الشرطة المحليين.

تلك هي التجربة الكلية وكفى بها دليلاً على أن النظام الجنائي في الشريعة الإسلامية يؤدى عملاً إلى قطع دابر الجريمة، وأنه النظام الذي يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولي.

أما التجربة الجزئية، فقد قامت بها أولاً إنجلترا وأمريكا ومصر وبعض الدول الأخرى، ثم قامت بها أخيراً كل دول العالم تقريباً. وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضاً نجاحاً منقطع النظير. وقد سمعنا بهذه التجربة بالتجربة الجزئية؛ لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعة وهي عقوبة الجلد. فإنجلترا تعترف بالجلد عقوبة أساسية في قوانينها الجنائية والعسكرية، ومصر تعترف بها في قوانينها العسكرية، وأمريكا وبعض الدول يجعل الجلد عقوبة أساسية في الجرائم التي يرتكبها المسجون، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريباً عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسعير وبعض الجرائم الأخرى الماسة بالنظام أو الأمان العام. وهذا اعتراف عام عالمي بأن عقوبة الجلد أفعال من أي عقوبة أخرى، وأنها الوحيدة التي تكفل حمل الجماهير على طاعة القانون وحفظ النظام، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تغنى 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.

٩٦ العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان: هذه هي التجارب قاطعة في أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدى عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة، وأن أي نظام جنائي

عودة وضعى يعجز عن الوصول إلى بعض النتائج التي يصل إليها نظام الشريعة الجنائى. ولعل السر في نجاح الشريعة أن عقوباتها وضعت على أساس طبيعة الإنسان. ففي طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو، وهو لا يأتي أى عمل إلا بقدر ما يتضرر من منافعه، ولا ينتهى عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره. فالإنسان لا يلقي بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة في ذلك ما دام 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 منفعته 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 المنبسط، ويخشى أن يركب الفرس الجمود، ولكنه يسعى إلى امتطاء المطية الذلول. والإنسان في هذا كله يقدر المنفعة والضرر ويوزن بينهما، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليها، وإن رجحت كفة الضرر فهو محجوم عنه. وطبيعة الإنسان تلازمه في الخير والشر، في الأعمال المباحة والأعمال المحرمة، فلا يرتكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من منفعة، ولا ينتهى عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها. فكلما اشتدت العقوبة، ابتعد الناس عن الجريمة، وكلما خفت العقوبة، ازداد إقبالهم على الجريمة. وكلما نظرنا إلى جريمة دون الجرم أيس الجرم 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 الجرم؛ لأن هذه الجرائم من الخطورة بمكان، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها، فالتتساهل فيها يؤدى إلى أسوأ النتائج، والتشدد فيها يؤدى إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة في القانون المصرى تثبت أن إهمال شخصية الجرم في الجرائم الخطيرة يؤدى إلى أفضل النتائج. فقد رأى الشارع المصرى أخيراً أن يهمل شخصية الجانى إلى حد ما في جرائم المخدرات. فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨ وهو قانون يشدد عقوبة إحراز المخدرات ويضع حداً أدنى للعقوبة كما يقضى بـ لا تقل العقوبة عن ضعف الحد الأدنى في حالة العود ويعنى بـ إيقاف تنفيذ العقوبة. وقد ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة، وصارت تقل سنة بعد

عودة

آخرى. 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 ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة في سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣. وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية الجرم في الجرائم الخطيرة هو العامل الأول في محاربة الجريمة، وأن نظرية الشريعة الإسلامية في العقوبة هي النظرية المشلى. بل إن هذا الإحصاء في ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة في العقوبة.

يستدل على صلاحية التشريع الجنائي الإسلامي، ونجاحه في إصلاح المجتمع وتوفير الأمن والأمان والاستقرار للناس، بما حدث في الجزيرة العربية عندما نجحت المملكة السعودية في فرض العقوبات الشرعية، مما أدى إلى القضاء على حالة الفوضى واختلال الأمن الذي قاسى منه الناس جميعاً وبخاصة حجاج بيت الله الحرام في الفترة السابقة على انتشار المذهب الوهابي ونجاح السعوديين في تأسيس المملكة العربية السعودية التي استولت على الحجاز وطبقت فيه العقوبات الجنائية الشرعية بحزم وجذارة، مما أدى إلى ما شهد به الجميع من تناقض الجرائم؛ بل وصلت إلى حد التلاشي، وبذلك أصبح المجتمع هناك أقل مجتمعات العالم في عدد الجرائم، بشهادة الجميع.

يضيف لذلك ما يسميه "تجارب جزئية" حيث يؤكد أن بعض القوانين الوضعية قد بدأت تعود إلى فرض عقوبة الجلد – بدلاً من السجن والحبس – ويدرك دليلاً على ذلك ما حدث في بريطانيا التي تطبقها في القوانين العسكرية، وأمريكا ودول أخرى التي تطبقها داخل السجون لتأديب المساجين. وأخيراً في أثناء الحرب العالمية الثانية اضطررت كثیر من الدول – ومن بينها مصر – إلى فرض عقوبة الجلد بأوامر عسكرية لمقاومة جرائم التموين والتسعير وأمثالها ... ويستشهد بذلك على صلاحية عقوبة الجلد، التي يُعدُّها العقوبة الأساسية في مجال التعازير وفي نطاق الجرائم الخطيرة من هذا النوع .

* * *

وهو يرى أن السر في نجاح العقوبات الشرعية هو أنها تعامل الطبيعة البشرية التي تحتاج إلى قدر كبير من الزجر بالعقوبة المشددة في الجرائم الخطيرة التي توجد في النفس البشرية نوازع فطرية تغري بعض الأفراد على ارتكابها إذا لم يوجد زاجر كاف يبعدهم عنها، ولذلك، قررت لها شريعتنا عقوبات الحدود والقصاص .

الفصل السادس

العقوبات في القانون المصري ومدى صلاحيتها

٤٩٧ ◀ **أنواع العقوبات:** تختلف أنواع العقوبات في القانون المصري باختلاف الجرائم. وقد قسم القانون المصري الجرائم ثلاثة أقسام، وجعل جسامته الجريمة أساساً لهذا التقسيم، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنایات، وأقلها جساممة تدخل تحت القسم الثاني وتسمى جنحا، والجرائم التافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات. وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة. فعقوبات الجنایات هي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن. وعقوبات الجنح هي الحبس والمراقبة والغرامة. وعقوبات المخالفات هي الحبس والغرامة. والفرق بين الحبس في الجنح وبينه في المخالفات أنه لا يزيد في المخالفات على سبعة أيام وقد يصل في الجنح إلى ثلاث سنوات. والفرق بين الغرامة في الجنح وبينها في المخالفات أنها لا تزيد في المخالفات على مائة قرش وتزيد على ذلك في الجنح.

وعقوبة الإعدام هي إزهاق روح المحكوم عليه، وتختلف قوانين البلاد المتمدية في كيفية تنفيذ العقوبة، ففي بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال في مصر، وفي بعضها تنفذ بقطع الرقبة بالآلة حادة كما في فرنسا، وبعضها ينفذ العقوبة بتصنيع المحكوم عليه بتيار كهربائي كما في الولايات المتحدة الأمريكية.

وعقوبة الأشغال سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هي وضع المحكوم عليه في محبس مع تشغيله في أشق الأشغال التي تعينها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات). وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلاً جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة في أحد السجون العمومية (المادة ١٥ عقوبات)، والسجن العمومي هو السجن الذي يقع في دائرة المديرية.

أما عقوبة السجن فهي وضع المحكوم عليه في أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات).

ولا يجوز أن تتفصل عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة إلا بنص (م ١٤، ١٦ عقوبات).

عوده عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية أو العمومية. ولا تقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص. والحبس إما أن يكون مع الشغل أو بسيطا، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه في الأعمال التي تعينها الحكومة. ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هي كلها في جوهرها عقوبات حبس يتفاوت في مدة 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 وبخصوصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧م، فلما عدل القانون في هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبخ. كذلك كان القانون المصري يعترف وقت وضعه بعقوبة النفي مؤبدة ومؤقتة، فلما عدل في سنة ١٩٠٤م ألغيت هذه العقوبة بحجج أن سهولة المواصلات أضفت من أثر العقوبة الملغاة، ولكن الرأي يتجه أخيراً إلى إعادة عقوبة النفي. بل لقد اضطررت الحكومة إلى فرض عقوبة النفي الإداري إلى الطور في بدء الحرب الأخيرة في سنا ١٩٤٠. كما فرضت الجلد عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتمويل والتسعير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب.

ومن العقوبات الأساسية في القانون المصري، عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية، وهو خاصة بمعتادي الإجرام وبالأحداث، وهذه العقوبة في جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون.

يستعرض أنواع العقوبات التي يفرضها القانون الجنائي الوضعى المطبق في مصر بعد تعطيل التشريع الجنائى الشرعى .

وأهم ما ينتقد هو اعتماد هذا النظام على عقوبة الحبس (بأنواعها المختلفة من سجن وأشغال شاقة، وإصلاحيات) بدلاً من عقوبة الجلد التي يراها أصلح من الحبس من عدة وجوه حرص على تفصيلها. ويرى أن التشريع الوضعى كان يعترف بالضرب أو الجلد كعقوبة للأحداث، لكنها استبعدت في عام 1937 لتحول محلها عقوبة "التوبيخ" .

كذلك عدل القانون المصرى عن عقوبة النفى في قانون 1904. وإن كانت الحكومة قد اضطرت في أثناء الحرب لفرض ما يسميه عقوبة النفى الإداري إلى "الطور" وذلك بواسطة الأحكام العسكرية أو إنشاء معتقلات أو سجون في تلك الأماكن النائية، مما حول الاعتقال والسجون إلى نفى لمن عذّبهم بعض النظم معارضين لها، وبعد ذلك أنشأت معتقلات وسجونا في الواحات ووادي النطرون وغيرها.

إن كثريين يوافقونه على نقد عقوبات الحبس، ويشككون من سوء نتائجها، ويتمسكون أن يجدوا بديلاً عنها .

والبديل الذي يقترحه هو الجلد أو الضرب ، ولكن كثريين يتزددون في عدّه أصلح من الحبس. ونرى أنه لا بد من جرأة وإقدام لوضع اقتراحه موضع التنفيذ . والتجربة هي التي تفصل في هذه المشكلة .

٤٩٨ عودة سلطة القاضى فى تطبيق هذه العقوبات : وقد نص القانون :

جريمة وعلى العقوبة المقررة لها، وحين اختيرت العقوبة لكل جريمة روعى تكون مناسبة للجريمة، وجعل الشارع لكل جريمة عدا الإعدام والتوبیخ أحدهما يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها، والثانى: يتزل بها إلى أدنى هذه الدوافع وأغلب الأحوال جعل الشارع لكل جريمة عقوبتين إحداهما أخف من الأخ وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة في تطبيق العقوبات التي قررت لا فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة، وأن بين حدتها الكمية التي يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك القاضى الحق في أن يستبدل بالعقوبة أو بالعقوباتتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منها إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة استعمال هذا الحق على جرائم الجنایات دون غيرها. فللقاضى أن يستبدل بالإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة. وله أن يستبدل بعقوبة الشاقة المؤبدة عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن، وله أن يستبدل بالأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس، وله أن يستبدل بعقوبة عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيراً للقاضى الإحالة الحق في أن يجعل بعض الجنایات إلى الجناح لتحكم فيها لا بالعقوبات المقررة للجنایات وإنما بعقوبة الحبس فقط للجنح. وليس على قاضى الإحالة قيد في تجنيح الجنایات ما دامت مقترنة معين أو بظروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة، وما دامت عقوبة الأصلية ليست بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة. والت نتيجة العملية للسلطان القاضى الإحالة هي استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبة الأشغال المؤقتة والسجن في كل جنایة تحال إلى محكمة الجنح، وهى نتيجة تتفق مع التي تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

而对于法官在适用这些刑罚时的权力，法律第498条给予了广泛的授权。该条规定：对于每种罪行，法律规定了相应的法定刑，法官在选择法定刑时，应考虑该罪行的性质和严重程度。如果法定刑过重，法官可以酌情选择较轻的刑罚。例如，在谋杀、强奸等重罪中，法官可以选择死刑或无期徒刑；在抢劫、偷窃等轻罪中，法官可以选择有期徒刑或监禁。法官在选择刑罚时，还应考虑被告的认罪态度、悔过表现等因素，以达到惩罚与教育相结合的目的。

عوده ٤٩٩ العلة في منع القاضي لهذا السلطان : وقد اضطر واضغو القانون اضطرارا إلى إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع؛ لأنهم رأوا العلماء يختلفون في وضع نظرية علمية للعقوبة ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادئ التي يراد أن تقوم عليها هذه النظرية، فآثروا أن يخلوا هذه المشكلة المعقّدة حالا عمليا، وتركوا للقاضي من بعد التسليم بهذه المبادئ وإقرار نصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادئ المتعارضة، وأن يراعي مختلف الاعتبارات، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة وأثرها في الجماعة، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية، وظروفه التي أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة، وصلحه مع المجنى عليه وصلته به، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضي إهمال شخصية الجاني أهملها وشدد العقوبة. وإن رأى أن ظروف الجاني تقتضي الرأفة أخذ الجاني بالرأفة مادامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء؛ لأن القاضي يراد منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متاثر إلا بظروف هذه الحالة وحدها؛ أما العلماء، فيراد منهم أن يعالجو كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تتطبق عليها وتحكمها جميعا. كان هذا هو المفروض المقدور، فهل صح الفرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء؟ إن مقياس النجاح في هذا الباب هو أثر العقوبة في علاج الجريمة وكبح جماح الجرميين، ونظرة واحدة إلى إحصاءات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقا لا يساويه إلا إخفاق من سبّقهم من العلماء في معالجة نظرية العقوبة .

٤٩٨ ، ٤٩٩ - سياسة تخفيف العقوبات وإسراف بعض القضاة فيها:

إنه ينتقد بشدة ما سار عليه المشرع الوضعي من توسيع سلطة القاضى فى تخفيف العقوبات عندما يرى أن ظروف المتهم تستحق الرأفة .

وأول أساليب التخفيف هي تطبيق مبدأ "ظروف الرأفة" في الجنایات الذى يبيح للقاضى أن يستبدل بالعقوبة المقررة للجنایة ما هو أخف منها، بل أعطى لقاضى الإحالة ذاته سلطة "تبنيج الجنایات" إذا رأى أن عقوبة الجنحة كافية (المادة 7 عقوبات) .

يضاف لذلك إعطاء القاضى حق الأمر بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها لتصبح مجرد عقوبة قهديدية لا تنفذ إلا إذا ثبت أن المحکوم عليه قد عاد إلى الانحراف في فترة معينة .

ونحن نرى أن وقف التنفيذ هو وسيلة عملية ومشروعة لحت المحکوم عليهم على التوبة التي عنيت شريعتنا الإلهية بتوسيع نطاق آثارها .

أما الظروف المخففة، فلا نعتقد أن قضاءنا قد أسرف فيها، بل إنها تفي في توسيع سلطة القضاء، وهو مبدأ أساسى في شريعتنا في نطاق التعازير بصورة لم تصل إليها القوانين الوضعية. وشريعتنا سبقت جميع القوانين في توسيع سلطة القضاء. والفرق الوحيد بيننا وبين أسلافنا أنهم كانوا يفترضون أن يكون القاضى مجتهدا، وهو ما لم يعد ممكنا في عصرنا.

* * *

وإذا كان يرى أن القانون الوضعي قد تخلى عن وظيفته في تحديد العقوبة وترك الأمر للقضاء، الذين يفضلون دائماً استعمال الرأفة، ويصرفون في ذلك حتى إنهم في كثير من الأحيان يعطّلون نصوص القانون التي تفرض العقوبة وتقدرها، فإنه نسى أن أسلافنا سبقو لذلك بترك التعازير للقضاء.

وقوله هذا هو حجة لنا فيما قبلنا بشأن ضرورة تقيين التعازير. وإذا كان يرى أن القضاة قد أخفقوا في الالتزام بفرض العقوبات الكافية لردع الجرميين التي قررها القوانين الوضعية، فلا شك في أن تطبيق ما جرى عليه الفقه من إطلاق سلطة القضاة في التعازير سيؤدى إلى نتائج أسوأ وأخطر، إذا لم نقم بتقيين التعازير الذي قبلنا فيما سبق إنه أصبح ضرورة في عصرنا الحاضر، وهو هو ذا يقدم لنا الدليل على ذلك.

**﴿ لا نوافقه في انتقاده لتوسيع سلطة القضاة،
ومع ذلك فإن نقده يؤيد دعوتنا للتقين الشرعي: ﴾**

وكما قلنا من قبل، فإننا لا نوافق على القول بأن استعمال القضاة لسلطتهم في تخفيف العقوبات سواء بوقف تنفيذ عقوبة الحبس أو بأن يستبدل عقوبات الجنائيات ما هو أخف منها، لا ندعى أن هذا التخفيف هو الذى أحدث النتائج السيئة لسياسة العقوبات الوضعية، بل غيل أكثر إلى ما قاله عن مساوى السجون التى تفسد الحكم عليهم وتفتح لهم باب الإجرام. فسوء تنفيذ العقوبات هو السبب فيما يشكو منه، وليس تخفيفها كما نفهم من أقواله هنا وفي البند السابق .

عوده ٥٠ . لذا أهمنق القضاة في تطبيق نظرية العقوبة؟ والواقع أن الذين قدرروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح، ولو أهتموا تقدير الأمور بعض الشيء لما وقعوا في هذا الخطأ الشنيع. لقد عرروا أن العلماء عجزوا عن تكوين نظرية سليمة للعقوبة؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادئ متعارضة و يجعلوها مائلة في كل العقوبات، فكيف يوقعون نجاح القضاة وهم يجبروهم على أن يسلكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادئ في كل جريمة دون استثناء؟ وهل يستطيع القاضي أن يوفق في أي جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجاني المخففة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التي تقضي بها خطورة الجريمة ليحكم بعقوبة تتلاءم مع ظروف الجاني بقدر الإمكان؟ وهذا الحكم الذي ينقد الجاني من العقوبة المغلظة يضحى في الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظمها، ويؤدي إلى نتيجة لا يحيص عنها هي استخفاف المجرمين بالعقوبة وفالكلهم على الجريمة، فتضداد الجرائم وبخس الأمن، فالعقوبة التي وضعت لصلاح المجتمع تؤدي إلى إفساده إذا ما أسيء استعمالها، ولا بد للقاضي أن يسىء استعمالها على الوجه الذي بينما يحكم الظروف القاهرة التي أحاط بها القانون الوضعي.

لقد رتب القانون تحفيف العقوبة على ظروف الجاني، فهل يصعب في أي جريمة مهما كانت خطورتها إلا نجد جان عذراً مخففاً؟ 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 جمعة الجناة والمدافعين عنهم. وهل يستطيع القاضي أن يضم أذنيه فلا يسمع دفاعاً، ويغلق قلبه فلا يرحم ضعيفاً، ويوقف عقله فلا يفكر في ظروف المتهم، ولا يقدر خصوصاً إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرضها؟ صحيح أن القانون أجاز للقاضي أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمها، ولكن هذا الجواز بالنسبة للقاضي يساوى تماماً الإلزام بل هو عين الإلزام لأن الاعتراف بالظروف المخففة وترتيب أثر قانوني لها هو بمثابة تقرير حق الجاني قبل القاضي أساسه هذه الظروف المخففة، فأى قاض يستطيع أن يذكر على الجاني حقه، أو يستطيع ألا يرتب على دفاعه إذا صر أثراه؟

وإذا كان واضعاً القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الظن المجرد، وإن الظن لا يغني عن الحق شيئاً. فالقاضي يعالج

عوده حقيقة الحالات فرادى، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذى كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى الجرم معاً، والقاضى ينظر إلى الجريمة والجرم معاً، والعلماء لا يريدون أن يضخوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً في سبيل الاحتفاظ بالآخر، والقاضى يفعل مثلهم ولا يستطيع أن يضخى بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر، فيؤدى به موقفه إلى أن يضخى بهما معاً ومصلحة 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 مسؤوليات سارع إلى حل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها، ولا يتعرض لحمل المسؤوليات الثقيلة إلا كارها أو مضطراً حين لا يجد بدا من حلها أو لا يجد مخرجاً لتركها. فالقاضى يشعر عادة بشغل مسؤوليته حين يفكّر في الحكم بالإعدام وتصرّف نفسه غالباً من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه ما دام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة. وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بشغله على نفسه طالما كان في استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس. وقد يضيق القاضى أن يحكم على شخص ما لظروفه بالحبس مع النفاذ، ولكنه لا يرى غضاضة في الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذه العقوبة. كذلك لا ينفر القاضى ولا يتزدد أن يحكم بعقوبة ما أياً كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها، وليس القاضى بداعاً في هذا، وإنما هي طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه، فمن طلب منه أن يأتي بما ليس في طبيعته فقد طلب الحال وباء بالخسران والخبار .

٥٠. فشل واضعى القانون فى عالم مشكلة العقاب (مظاهره): ونستطيع أن نتبين مما سبق أن واضعى القانون قد أخفقوا إخفاقاً ذريعاً حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجاً عملياً عن طريق القضاء، ويتمثل هذا الإخفاق في مظاهرتين 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 الملغاة؛ لأن القاضى كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه

عودة باب التخفيف، ويندر أن يغلق دونه هذا الباب، ولا يطبق القاضى العـ
الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك
كل الأحوال.

عقوبة الإعدام وهى مقررة لحوالى عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن، مع أنـ
القتل وهى إحدى الجرائم العشرين التى يعاقب عليها بالإعدام، تقع بمعدل
جرائم يوميا، خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع. وفي سنة ٦٠
١٩٣٧ كانت جرائم القتل و الشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفي سنة ١٣٨
١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة، فهى على خطورتها تزداد عاما بعد عام، وهذه الـ
سبب يدعوا إلى التشدد فى تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة فى
أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب .

ولكن الإحصاءات وأسفاه تربينا مالا يراه العقل وتنتهى بنا إلى غير ما ينتهيـ
منطق الأشياء، تربينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار، والأحكام الرادعةـ
باستمرار. ففى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧^(١) فصلت محاكم الجنائيات بالإدانة في ،
قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين فيـ
القضايا ٢٢٢ شخصا، ولكن محاكم الجنائيات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شـ
فقط واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى. ومعنى ذلك أنـ
الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٦٪ . وفي سنة ٣٧
١٩٣٨ قضت محاكم الجنائيات بالإدانة في ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التيـ
فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٨١ شخصا حكمـ
ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أـ
ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٨٪ .
وفي سنة ١٩٣٩-١٩٣٨ قضت محاكم الجنائيات بالإدانة في ١٥٠ قضية قـ
الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضاياـ
أشخاص حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقين عـ

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء القضائى السنوى لوزارة العدل، وليس لنا فيه إلا استخراج النسـ
المتورة .

عوده مخففة بعقوبة الإعدام، أى: أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٣٤٪. وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ قضت محاكم الجنائيات بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٩٥ شخصا حكم على ستة منهم فقط بالإعدام واستبدلت بعقوبة الإعدام عقوبات مخففة للباقين، أى: أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ١٣٪.

فمتوسط نسبة الأحكام التي قضت بعقوبة الإعدام في هذه السنوات الأربع المتالية هي ٥,٩٪. وضاللة هذه النسبة وتفاوتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لا في جرائم القتل بصفة عامة، ولكن في الجرائم التي يجب فيها القانون الحكم بعقوبة الإعدام دون غيرها.

ولا يظن أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة في القديم، فإن الإحصاءات تدل على أن هذه النسبة كانت ٥,٧٪ في سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧، وأنها كانت في السنة التالية لها ٢,٩٪. ويالها من نسبة قمينة بأن تخيل النظام فسادا والأمن خوفا، ولعل واضح القانون لم يدر بخلده يوما ما أن يصل إلى هذه النتيجة، ولو أنه توقعها لما سمح باستبدال العقوبات المخففة بالعقوبات المشددة.

ولعل فيما سبق الدليل الكاف على أن عقوبة الإعدام معطلة، وأنها تكاد تكون حبرا على ورق يعترف بها القانون وينكرها الواقع.

وما قيل عن عقوبة الإعدام يمكن أن يقال عن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، فإنها لاتكاد تطبق كعقوبة أصلية، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام.

إذا راجعنا إحصائيات العقوبات الصادرة من محاكم الجنائيات في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧، نجد أن مجموع الحكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا، من هؤلاء تسعة عشر شخصا حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية، أما الباقون فعقوبائهم مستبدلة بعقوبة الإعدام. وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان الحكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصا من هؤلاء ٤٨ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام. وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كان عدد الحكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصا عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام. وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كان الحكم عليهم

عودة بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصا عقوبتهم

أصلية والباقيون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنائيات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية إلا في القتل الذي لم يقترن بظروف، وإنما في بعض جرائم الشروع في القتل المعاقب عليه بالإعدام. أما بقية الجنائيات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، فمثلا تدل الإحصاءات 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 كعقوبة أصلية في جرائم القتل الذي لم يقترن بظروف. ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت ٧,٨٪، وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كانت ١٥,٧٪، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت ١٥,٢٪، وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت ١٢,٩٪، ومتوسط النسبة في السنوات الأربع هو ١١,٣٪.

ولكن من الصعب أن نبين النسبة في جرائم الشروع؛ لأن الإحصاءات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما يجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة وما لا يجب فيه. ولا نعتقد أنها تزيد على النسبة في جرائم القتل، بل إنها قد تقل عنها كثيرا، ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ مثلا 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 طبقا 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 أي : بنسبة ١,٦٪، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أي بنسبة ٢٪. وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة. وإنما فالإحصاءات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق في جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطها ٩٪ فقط .

عوده

وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كلتاهم معطلة لا تطبق على الجرائم التي فرضها لها القانون، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كلتاهم مثل هذا المصير؛ ذلك أن الجنائيات المعقاب عليها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال إلى محكمة الجنح للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة إذا كان للمتهم أعداد معينة أو ظروف مخففة، وهذه الجنائيات التي تحال على محكمة الجنح قد تبلغ أحياناً نصف ما يحال على محاكم الجنائيات، ومعنى هذا أن ثلث جموع الجنائيات تقريباً يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض في القضايا التي تحال إلى محاكم الجنائيات أنها نوعان : نوع عقوبته الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة، وقد تدعوا ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعوا لذلك، ونوع عقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضي الإحالة لا تدعوا لاستعمال الرأفة، فكان المنطق يقضي بأن هذا النوع الثاني يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية، ولكن الواقع لا يتفق دائماً مع المنطق، فإن كثيراً من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس، وتدل الإحصاءات على أن هذه القضايا يحكم في ٣٨,٦٪ منها بالحبس بدلاً من العقوبات الأصلية^(١)؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائماً أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر في كل أدوار التحقيق، ولأن المتهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم في مظهر المستحق للرأفة .

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة في كل الجنائيات إذا راجعنا العقوبات التي تصدر فيها سواء من محاكم الجنائيات أو محاكم الجنح، ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ حكمت محاكم الجنائيات بالعقوبة في ٢٠٨٢ جنائية على ٣٠٦٣ شخصاً من هؤلاء ٩٤١ شخصاً حكم عليهم بعقوبة الجنحة، وفي نفس العام حكمت محاكم الجنح في ١١٥٤ جنائية على ١٤١٦ شخصاً بعقوبة الجنحة، فأصبح عدد الحكم عليهم بعقوبة الجنحة ٢٣٧٥ شخصاً، أي ٢١٢٢ شخصاً، والحكم عليهم بعقوبة الجنحة ٢٣٧٥ شخصاً، أي

(١) أخذت هذه النسبة من كشف العقوبات التي حكمت بها محاكم الجنائيات في سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والسجن بعد الحكم عليهم بالحبس في كل الجنائيات عدا جنائيات القتل .

عده أن ٥٢,٦٪ من الجنائيات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلاً من عقوباتها الأصلية. وفي سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ حكمت محاكم الجنائيات بالعقوبة في ٢٤٠٨ جنائية على ٢٩٥ شخصاً منهم ٨٣٢ حكم عليهم بعقوبة الجنحة، وفي نفس العام حكمت محاكم الجنح في ١٠٤٥ جنائية على ١٣٦٢ شخصاً، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجنائية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢١٩٤ شخصاً، أي: أن ٥١٪ من الجنائيات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلاً من العقوبات الأصلية. وفي سنة ١٩٣٩-١٩٣٨ كانت النسبة ٤٩,٧٪، وفي سنة ١٩٤٠-١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩,٦٪، فمتوسط ما يحكم فيها سنوياً من الجنائيات بعقوبة الجنحة هو ٤٥٪ من مجموع كل الجنائيات.

وهكذا تنتهي عقوبات الجنائيات هذه النهاية السائدة، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦٪ من الجرائم التي جعلت عقوبة لها، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق في بعض الجرائم كعقوبة أصلية، فإذا طبقت في البعض البالى تراوحت نسبتها المئوية بين ١١,١٪ وعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن لا تطبق إحداهما إلا على ٣٥٪ من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم بجنح وأن ٣٠٪ من البالى يحكم فيه بعقوبة الجنحة.

ومعنى ما سبق أن تطبق 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 تعطلت العقوبات الأصلية وأحطنا جيداً معنى هذا التعطيل.

ثانياً: الميل إلى تخفيض العقوبات : قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدرين يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التغليظ، ويترتب بها الثاني إلى نهاية التخفيف، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين، ولكنهم يميلون غالباً إلى التخفيف ويترسلون في كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدتها الأدنى متأثرين في ذلك بختلف العوامل التي سبق شرحها.

عودة ◊

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 ثلاثة سنوات وخمس عشرة سنة ٣٣,٢٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥,٤٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١,٤٪، وفي نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصاً فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهي ثلاثة سنوات ٥٨٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١,٨٪، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠,٢٪. وفي نفس السنة حكم على ٤٠٩٠ شخصاً بالحبس مع الشغل فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٥٦,٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وستة واحدة ٣٢,٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بستة 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 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 النسبة بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تقاد تعادل النسب التي بينها عن سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧. هذا هو لسان الإحصاء الذي لا يكذب، وإنما لقاطع في أن المحاكم تتفنّن في التشدد، وألمّا تغيل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تغيل بها إلى الاعتدال.

ويجب ألا ننسى بعد هذا أن العقوبة خفت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى. ومعنى ذلك أن المحاكم تخفّف العقوبة مرتين :مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة، ومرة عند تقديرها والنطق بها.

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة السجون السنوية واستخرجت النسبة المئوية بمعروضنا.

إنه كان قاضياً ومارس العمل القضائي مدة طويلة، وهو هنا يقر بأن القضاة قد ألقى عليهم عبء أكبر مما يطيقون، ولذلك فهم يميلون أكثر إلى استعمال الرأفة والتخفيف عن المتهمين الأمر الذي أضاع للعقوبة الجنائية أثرها في نظره.

وهو يقول بأن المشرعین أو المجنى هم المسؤولون عن ذلك لأنهم خلوا عن واجبهم في تحديد العقوبة المناسبة وألقوا العباء كله على القضاة، وهم بشر يفضلون مراعاة ظروف المتهمين وينسون حقوق المجتمع لأن المتهم يكون ماثلاً أمامهم يبكي ويستجدى فيستجيبون له وترق له قلوبهم.

ونحن نشكر له أنه وصف المشرعین أو المجنى بأنهم "علماء"، وهذا هو ما قلناه دائماً من أن مهمة التقنين تقع على عاتق الفقهاء والعلماء ... ونأسف لأنه تابع السلف في القول بأن كل ما يتعلق بالتعازير متروك للقاضى ... والآن يتقد ذلك ويشكى منه وينسى أن عذرهم أنهم اشترطوا أن يكون القضاة مجتهدين ولم يعد ذلك ممكناً الآن

* * *

إنه يعود لاستقراء الإحصاءات وعرضها علينا ليستدل بها على أن الجرائم تزداد باطراد في مصر، مشيراً إلى أن من أسباب ذلك عدم الحزم في فرض عقوبة الإعدام على المتهمين بجرائم تستوجب ذلك قانوناً وشرعاً مثل جريمة القتل العمد، ويستنتاج من ذلك أن عقوبة الإعدام أصبحت معطلة تقريباً بل وعقوبة الأشغال الشاقة كذلك، ويستشهد بدراسته للإحصاءات.

قدمنا أننا لا نستطيع أن نجاريه ولا أن نواصل دراسة الإحصاءات منذ توقف في دراسته، لكننا مع ذلك نرى أنه لا يجوز لنا أن نغالي في القول بأن العقوبات وحدتها هي الكفيلة بمنع الجرائم، وينبغي لا نجاري أولئك الذين يظنون أن تطبيق "الشريعة" يكفى فيه تطبيق عقوباتها وبخاصة الحدود كما تفعل بعض النظم السياسية التي تتباهى بتنفيذ الحدود وتقف عند ذلك وتعُدّ أن قطع الأيدي أو الرؤوس كاف لإعطائهما شهادة بأنما نظم شرعية أو أنها تطبق "الشريعة" كأن الشريعة هي الحدود وحدتها. حتى لا يساء فهم أقوال فقيهنا في هذه الصدد، فإننا نذكر القارئ بما يلى:

1 - أننا سنصل فيما بعد إلى كلامه عن "استيفاء" الحدود، وسنجد أنه يكرر القول بأن "الإمام" هو الذي له هذه الولاية، وكثيرون يظنون أن المقصود بالإمام هو رئيس الدولة حتى ولو كان قد اغتصب السلطة بالbullying والعنف وفرض سلطاته بقوة الجيش والسيف ، وأن ذلك هو ما حدث فعلا خلال قرون طويلة في تاريخنا الإسلامي حيث استبد السلاطين بالسلطة دون شورى ودون اختيار حر من الأمة ومن يمثلوها .

2 - أن حكم القاضى بالعقوبة الجنائية يبنى على التحقيقات والأدلة المقنعة على وقوع الجريمة ومسئوليية المتهم عنها. وإذا كان فقيهنا يوازن بين عدد الجرائم، وعدد الأحكام بالإدانة، ويرى أن نسبة أحكام الإعدام قليلة بالنسبة لعدد الجرائم في الإحصاءات الرسمية، فإننا نرى أن الجنائيات المسجلة أعدادها في الإحصاءات لا تقدم كلها للقضاء، ولا يجوز أن يعزى قلة أحكام الإعدام إلى تساهل القضاة أو إسرافهم في الرأفة، لأن أغلب الجنائيات المسجلة في هذه الإحصاءات يجري "حفظها" أو الحكم بala وجه لإقامة الدعوى فيها: إما لعدم معرفة الفاعل (المجهول) وإما لعدم كفاية الأدلة لإدانة المتهم، ولذلك لا يقدم للمحكمة، أو يقدم للمحكمة فتحكم ببراءته لعدم كفاية الأدلة.

إذاً كنا نريد حقا الوصول إلى نتيجة بشأن مدى نجاح المحاكمات وحرص القضاء على توقيع العقوبات، فيجب الموازنة بين الأحكام بالإعدام والأحكام بعقوبة أخف منها بسبب الرأفة في القضايا التي عرضت فعلا على القضاة. أما القضايا التي يصدر فيها قرار بala وجه لإقامة الدعوى لعدم كفاية الأدلة أو لوجود مانع من المسئولية أو العقوبة، فيجب إخراجها من الموازنة لأن القضاة لا ذنب لهم في ذلك، وإنما السبب هو عجز أجهزة الأمن والتحري والتحقيق عن معرفة الفاعل أو عن تقديم الأدلة الكافية على إدانته، فليس من الصواب إضافة هذا العدد إلى القضايا التي تحاسب المحاكم فيها على عدم الحكم فيها بعقوبة الإعدام أو تسب إليهم فيها التساهل مع المتهمين (الذين لم يقدموا للقضاء) ولم ترفع عليهم الدعوى فعلا أو قدموا للقضاء مع أن الأدلة لم تكن كافية .

الخلل في جميع نواحي الحياة الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية

سبب زيادة الجرائم، وليس عدم كفاية العقوبات :

3 - القول بأن زيادة الجرائم ترجع إلى عدم كفاية العقوبة المقررة قانوناً أو التي يحكم بها القاضي فعلاً، لا يجوز أن يكون قولاً مطلقاً في نظرنا، لأن هناك أسباباً كثيرة هي التي تؤدي إلى ارتكاب الجرائم، مثل الظلم الاجتماعي الذي يدفع المحتجين والفقراء إلى ارتكاب كثيرة من جرائم السرقة المشددة والقتل انتقاماً من من يعتقدون أنها ظلمواهم أو احتكروا الثروة والسلطة، أو بجرد الاستيلاء على ما يحتاجون إليه من مال. وهناك أيضاً الجهل وتفشي بعض التقليдов الموروثة مثل عادة الأخذ بالثار التي يترتب عليها تبادل الاعتداء بالقتل بين كثير من العائلات أو الأسر أو العصبيات. يضاف لذلك الفقر وسوء التربية والمحاط بالمستوى الخلقي وانتشار المخدرات ... وما إلى ذلك من عيوب في المجتمع مثل تبرج كثير من النساء وتفشي المنازعات والمشاجرات وما إلى ذلك، وكل ذلك مسؤولية المجتمع كله فلا يصح أن نحمل القضاء نتائجها ...

إن شدة العقوبة أو كفيتها ليست في نظرنا العامل الوحيد الذي يؤدي إلى تقليل عدد الجرائم كما قد يفهم البعض من أقوال فقيهنا القاضي الذي يصر على أن القضاة لو قاموا بواجبهم في الحكم بالعقوبات الواجبة أو الكافية لانصلح حال المجتمع وأفراده، لأن الإصلاح يحتاج إلى توفير أسباب عديدة تضمن رفع المستوى الأخلاقي والسلوكى والعيش للأفراد وتعالج عيوب المجتمع العديدة التي تنبت الجريمة وتcken الجنحة من الفرار من العقوبة فلا يقدمون للقضاء لعدم معرفتهم أو لعدم كفاية الأدلة التي توصل إليها المحققون

4 - لا يجوز أن يفهم من كلام فقيهنا أن الشريعة تعالج الانحرافات وتقاوم الإجرام بالعقوبات وحدها، ولا حتى بالحدود أو القصاص، بل إنما تضع الأصول الثابتة للمجتمع الصالح والفرد الراشد وتزوده بمبادئ أخلاقية وسياسية واجتماعية واقتصادية وثقافية وعقيدية تحصن المجتمع وتوجه الفرد الوجهة الصحيحة. ومن بين هذه المبادئ التشريع الجنائي وفيه الحدود والتعازير. وقد رأينا أنه إذا كان حازماً ومشدداً في العقوبات المقدرة حداً أو قصاصاً فإنه تساهل في غيرها أكثر من أي تشريع آخر لدرجة أن ترك للقاضي التقدير المطلق في سلطة التعزير ولكنه اشترط أن يكون "مجهداً" .

● شريعتنا منهـج كامل شامل لإصلاح جميع نواحي الحياة الفردية والاجتماعية،
ولـيـس مجرد قـانـون للـعـقـوبـات :

والـذـين يـطـالـبـون بـتـطـيـقـ الشـرـيـعـة لا يـقـصـدـون مـجـرـدـ فـرـضـ الـحـدـودـ أوـ الـعـقـوبـاتـ الشـرـعـيـةـ، إـنـا يـطـالـبـون بـالـلتـزـامـ بـجـمـيعـ الـأـصـولـ وـالـمـبـادـئـ الشـرـعـيـةـ فـيـ منـاحـيـ الـحـيـاةـ الـاجـتمـاعـيـةـ وـالـأـخـلـاقـيـةـ وـالـاجـتمـاعـيـةـ وـالـاقـتصـادـيـةـ وـالـفـرـديـةـ الـمـخـلـفـةـ. وـشـهـيدـنـاـ إـنـا حـكـمـ عـلـيـهـ بـالـإـعدـامـ لـأـنـهـ طـالـبـ بـالـحـدـودـ أوـ الـعـقـوبـاتـ الـجـنـائـيـةـ، وـلـكـنـ لـأـنـهـ دـافـعـ عنـ حـقـ الـشـعـبـ فـيـ الـاـنـتـخـابـاتـ الـحـرـةـ لـيـكـونـ لـأـلـمـةـ حـقـ تـقـرـيرـ مـصـيرـهاـ وـاـخـتـيـارـ حـكـامـهاـ وـمـحـاسـبـتـهـمـ وـمـسـاءـلـتـهـمـ وـاستـبـدـاهـمـ كـلـمـاـ اـقـضـىـ الـأـمـرـ ذـلـكـ.

وـإـذـاـ كـانـ فـقـيـهـنـاـ قـدـ أـفـاضـ فـيـ مـزاـيـاـ الـحـدـودـ أوـ مـحـاسـنـ التـشـرـيعـ الـجـنـائـيـ الـإـسـلـامـيـ وـالـعـقـوبـاتـ الـمـقـدـرـةـ الـمـطـلـقـةـ، فـلـاـ يـجـبـ أـنـ يـفـهـمـ مـنـ ذـلـكـ أـنـ هـذـاـ التـشـرـيعـ وـعـقـوبـاتـهـ الـحـازـمـةـ وـحـدـهـ تـكـفـيـ لـإـصـلاحـ الـجـمـعـ، وـلـاـ نـعـتـقـدـ أـنـهـ قـصـدـ ذـلـكـ، وـلـكـنـ كـانـ قـاضـيـاـ وـيـحـكـمـ مـهـنـتـهـ الـقـضـائـيـ يـحـصـرـ بـعـثـهـ فـيـ دـرـاسـةـ أـثـرـ الـعـقـوبـاتـ وـسـيـاسـةـ الـعـقـابـ فـيـ شـرـيـعـتـنـاـ.

لـاـ بـدـ أـنـ نـضـيـفـ لـمـاـ قـالـهـ رـأـيـنـاـ؛ وـهـوـ أـنـ الشـرـيـعـةـ صـالـحةـ وـوـاجـبـ التـطـيـقـ لـأـنـهـ تـضـعـ المـبـادـئـ الـأـسـاسـيـةـ لـإـصـلاحـ الـفـرـدـ وـالـمـخـتـمـعـ مـنـ حـيـثـ الـخـلـقـ وـالـسـلـوكـ وـالـعـقـيدةـ وـمـبـادـئـ التـضـامـنـ وـالـتـكـافـلـ الـاجـتمـاعـيـ وـالـشـورـىـ الـحـرـةـ فـيـ النـظـمـ السـيـاسـيـةـ وـاـسـتـقـلالـ الشـرـيـعـةـ وـالـفـقـهـ وـالـقـضـاءـ عـنـ ذـوـيـ الـسـلـطـانـ وـحـقـ الـأـمـةـ فـيـ مـحـاسـبـةـ كـلـ مـنـ يـتـحـمـلـ مـسـؤـلـيـةـ عـامـةـ وـعـزـلـهـمـ وـمـعـاقـبـتـهـمـ سـوـاءـ كـانـوـاـ قـدـ حـصـلـوـاـ عـلـىـ الـوـلـاـيـةـ بـطـرـيقـ مـشـروعـ أـوـ غـيـرـ مـشـروعـ .

٥٠٥- علة تعطيل العقوبات وتحفيضها: رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه المحاكم إلى تحفيف العقوبة بقدر الإمكان. وهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هي أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأديب، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثرا على العقوبة. والقاضي ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين المبدئين معا في الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم في الجرائم الخطيرة الماسة بكيان الجماعة كما فعلت الشريعة. وكلا المبدئين مناقض للآخر، فتحقيق الزجر والتأديب يقتضى تشديد العقوبة، ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تحفيف العقوبة. ولا يستطيع القاضي أن يفعل شيئا لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدئين بقدر الإمكان، ولكنه حين يفعل يتوجه دائما ناحية المتهم؛ لأنه هو الذي يكون ماثلا أمامه بعادته ومعناه يسترجمه ويستعطفه ويعرض ظروفه ويرر موقفه، أما مصلحة الجماعة فلا تكون وقت المحاكمة ممثلة في ذهن القاضي بالقوة التي تتمثل بها مصلحة المتهم، ولذلك لا تراعى بالقدر الذي يراعى به المتهم، وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتحفيضها.

٥٠٣ هل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الجرائم؟ : شرعت العقوبات ولا تزال محاربة الجرائم والإجرام، وحين يراد تحريم فعل معين تقدر له العقوبات التي يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل المحرم، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت العقوبة وأدلت الغرض منها، وإن لم يزد جر الناس عن الفعل المحرم حاول أولو الأمر أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردعًا من العقوبة السابقة.

فالمقياس الصحيح لجاج عقوبة ما هو أثراها 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 قمينة بأن تردع الجرمين وتصدرفهم عن ارتكاب الجرائم.

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمأقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية، ونحب أن نعرف إلى أى حد نجحت هذه العقوبات، وكيف كان أثراها على الجرمين والجريمة؟ وهذه العقوبات على كثرتها هي عقوبات: الإعدام، والحبس بوجه عام.

عوذه

٥.٤. الإعدام : فاما 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 بينما مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام في الجرائم التي يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هي في المتوسط أقل من ٦٪، وهي نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه، والذين يتصلون بدور القضاة يعلمون أن القاتل اليوم لا يبالي أن يقتل ويعترف بجريمته، وإنما يبالي ويهتم بأن يركز دفاعه في طلب الرأفة ليفلت بجلده من عقوبة الإعدام وهو يصل غالبا إلى ما يتمنه.

ولست أدرى كيف نقبل أعدار القتلة والسفاكين وهم لا يقبلون عذرا من ضحاياهم؟ وكيف نرجوهم لهم لا يرجون فرائسهم؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفي قلبه ذرة من الرحمة، ولا يقتل إلا بعد تفكير وتدبر وإصرار على القتل وترصد للمقتول، فليت شعرى أي ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة؟ وإذا كان القانون نفسه قد فرق بين القتل بالتسيم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقتلون 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 سوينا بين المختلفين، ولم نفرق في العقوبة بين النوعين؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام في حدود هذه النسبة الضيقة بحججة استعمال الرأفة؟ وهل أصبح الجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة ١٤٪ في الجرائم التي لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة؟

إن جرائم القتل التي تقع كل عام تعادل ٣٥٪ من مجموع الجنيات كلها، وهي تزداد عاما بعد عام. ففي سنة ١٩٣٥-١٩٣٦، كان عدد جنایات القتل والشروع فيه ٢٨٥٧ وكان مجموع الجنایات ٧٩٧٦. وفي سنة ١٩٣٦-١٩٣٧، كان عدد جنایات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣، بينما كان مجموع الجنایات كلها ٨٦١٨. وفي سنة ١٩٣٧-١٩٣٨، كان عدد جنایات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جنایة وكان مجموع الجنایات كلها ٩٢٣٢. ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شيء إلى استعمال الرأفة.

عوده فعيّب 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 القضاة أن يستبدلو بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى، لكان لعقوبة الإعدام أثراًها الذي لابد منه في تقليل جرائم القتل، وحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

يرى أن القوانين الوضعية تعامل الجرائم كلها معاملة واحدة، وأن الشريعة الإسلامية على العكس من ذلك قررت معاملة خاصة وعقوبات مقدرة للجرائم الخطيرة على المجتمع، وأن هذه السياسة الشرعية لها فضل كبير في ردع الجرميين عن العدوان على مقومات المجتمع وحقوق الإنسان الأساسية ، وأن القوانين الوضعية بتعطيلها الحدود قد فتحت أمام القضاء سهل التساهل مع مرتكبي الجرائم الكبرى؛ الأمر الذي يرى أنه أدى إلى زيادة عدد تلك الجرائم بسبب قلة الأحكام بالعقوبات الرادعة .

لقد سبق أن اعتبرنا على وصف عقوبات الحدود والقصاص بأنها "تميل شخصية الجاني" ، ونحن نرى أن هذا تجاوز في التعبير لا نوافق عليه. صحيح أن مراعاة شخصية الجاني يكون في نطاق مبدأ درء الحدود بالشبهات وكثير من الأحكام والشروط الموضوعة لوجوب العقوبات المقدرة وبخاصة اشتراط فرض عقوبات مشددة في حالة الجهر ببعض الجرائم التي يشترط لثبوتها عدد معين من الشهود الذين لا يلزمون في إثبات التعازير .

* * *

إنه يعتقد أن المشرع الوضعي عندما أجاز للقضاء أن يخفف عقوبة الإعدام بسبب وجود ظروف الرأفة، قد وضع القضاة في موقف لا يستطيعون فيه رفض طلبات التخفيف عن المتهمين، وبذلك أصبحت عقوبة الإعدام معطلة في نظره تقريبا .
بعد نشر كتابه زادت الحملة السياسية التي تنادي بإلغاء عقوبة الإعدام مهائيا، حتى إن كثيرا من الدول المتقدمة أو الغنية استجابت لهذا الطلب وألغت هذه العقوبة...
ونعتقد أنه يجب انتظار كثير من الوقت لمعرفة نتائج هذا الإلغاء ... فهناك من يطالبون الآن بإعادتها، ونعتقد أن الحاجة الكبرى للمطالبين بإلغاء عقوبة الإعدام هي مغalaة بعض أنظمة الحكم في الدول المتخلفة في إصدار الأحكام بالإعدام على من تُعدُّهم معارضين لها أو حتى منافسين لأصحاب السلطة، ولذلك فإننا نتمنى أن يبدأ إلغاء هذه العقوبة في الدول المتخلفة حيث يتولى السلطة من يستولون عليها بالقوة ويريدون احتكارها بإبادة كل من ينتقدتهم أو يعارضهم أو حتى من تلتـف حوله العامة ويحوز ثقـتها حتى ولو كان خطيبا في أحد المساجد، لأن وجود من تثق به الجماهـير يرشـحـه ليكون بدـيلا عن المستـدينـ الذين لا يـريدـونـ أن يـبقىـ على ظـهـرـ الأرضـ بدـيلـ صالحـ يمكنـ أن تـرشـحـهـ الجـماـهـيرـ ليـحلـ محلـهـ .

عودة

٥.٥ عقوبات الحبس وعيبوها : أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيها والسجن والحبس، فهي كما قلنا من قبل ليست في جوهرها إلا عقوبة الحبس الذي يتفاوت في مدة أكثر مما يتفاوت في نوعه. وعقوبة الحبس هذه هي العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم، يجازى بها الجرم الذي ارتكب جريمة لأول مرة ويجازى بها الجرم العاتي الذي تخصص في الإجرام، ويجازى بها الرجال والنساء والشباب والشيب، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة ومن ارتكب جريمة تافهة، وتتفاوت العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريباً. وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشكلات دقيقة نسبتها فيما يلى :

١- إرهاق خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج: يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها في محابس يقيمون بها حتى تنتهي مدة العقوبة، وهذه المحابس أسماء مختلفة، وأقلها درجة: السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل، ويليها 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. ويلى السجون العمومية الليمانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة. وهناك إصلاحيات الرجال ويوضع بها معنادو الإجرام : أما إصلاحيات الأحداث، فهي للأطفال الذين تزيد أستأتمهم على سبع سنوات.

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس ب مختلف 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 ١٩٣٩-١٩٣٨ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم يكونون في الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل، فوضعهم في السجون هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوا فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفى لتأديتهم وردع غيرهم.

عودة ولا شك في أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدى وظيفة الرجر والردع ويكون له أثره في محاربة الجريمة دون أن يؤدى إلى تعطيل مجehod المحكوم عليه، كاجلدوه مثلاً فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر في الغالب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومي .

ولقد حاولت مصلحة السجون أن تستغل قدرات المسجنين على العمل بما، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملاً إلا لعدد قليل من المسجنين، أما الباقيون فيكادون يقضون حياتهم في السجون دون عمل يأكلون ويتطيبون ويلبسون على حساب الحكومة.

وقد بلغت نفقات مصلحة السجون ٨٦٢١٢٥ ج في سنة ١٩٣٨-١٩٣٩، منها مبلغ ١٥٠٠٠ ج أثمان الخدمات التي يقوم بها المسجنون، فكان ميزانية الدولة تتحمل ٥٣٢١٢٥ ج تتفق سنوياً على المسجنين، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم ما يكتسسه المجتمع كل عام بسبب تعطل هؤلاء المسجنين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنوياً ما يساوى أربعة وعشرين جنيهاً بلغت خسارة الأمة في سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ سنوياً .

٣ - إفساد المسجنين: وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنوياً لو كانت عقوبة الحبس تؤدي إلى إصلاح المسجنين، ولكنها في الواقع تؤدي بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فساداً على فساده. فالسجن يجمع بين الجرم الذي ألف الإجرام وقرس بأساليبه، وبين الجرم المتخصص في نوع من الإجرام وبين الجرم العادي، كما يضم السجن أشخاصاً ليسوا مجرمين حقيقين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتباراً كالمحكوم عليهم في حل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير وكالحاكم عليهم في جرائم الخطأ والإهمال. واجتماع هؤلاء جميعاً في صعيد واحد يؤدى إلى تفشي عدوى الإجرم بينهم، فالجرائم الخير بأساليب الإجرام يلقن ما يعلمهم من هم أقل منه خبرة، والمتخصص في نوع من الجرائم لا يدخل بما يعلم عن زملائه، ويجد الجرمون الحقيقيون في نفوس زملائهم السلاح أرضاً خصبة يحسنو استغلالها دائماً فلا ينحرجون من السجن إلا وقد تشبعوا نفوسهم إجراماً .

عودة ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يُعَدُّه العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه، وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره الجرميين ويأنف أن يكون منهم، فإذا خرج من السجن حبب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهي به. وكان هذا مما أدى بالقضاء إلى أن صاروا يشتفون من الحكم بالحبس في الجرائم الاعتبارية التي لا يتمثل فيها روح الإجرام الحقيقي، كما أنهم يوقفون تنفيذ العقوبة في الجرائم الحقيقة إذا كان الجرم مبتدئاً؛ لأنهم يخشون أن يدخل الجاني السجن بريئاً من الإجرام أو مبتدئاً فيه فيخرج من السجن ملوثاً بالإجرام متلقها في أساليبه.

فالسجن الذي يقال عنه إصلاح وتمذيب ليس كذلك في الواقع، وإنما هو معهد للإفساد وتلقين أساليب الإجرام.

وقد شعرت الحكومة بوطأة هذه الحالة، فهى تحاول أن تصلح من هذا العيب. ولكن أساس الإصلاح يدل على أنه لن يكون ناجحاً، إذ إنها تريد أن تقسم السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان الحكم عليهم، وهذا التقسيم سيقى الحالة على ما هي عليه؛ لأنه يجمع بين ذوى العقوبة الواحدة في محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة الجرميين، والختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذي يراد علاجه. أما جمع الشبان في محبس واحد والكمهول في محبس واحد فلن يكون علاجاً؛ لأن الإحصاءات تدل على أن أكثر الجرميين من الشبان. ففي سنة ١٩٣٨-١٩٣٩، كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧، أي بنسبة ٦٢٪ من مجموع من دخلوا السجن، ومن هؤلاء ١٥٠٥٠ شخصاً يتراوح سنهم بين ١٦، ٢٠ سنة والباقيون يتراوح عمرهم بين ٢٢، ٣٠ سنة. فعدد الجرميين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والمسينين، ووجود الشبان الحكم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوى السوابق كفيل بأن يخلق الأولين بأخلاق الآخرين.

٣- انعدام قوة الردع: إن عقوبة الحبس قد فرضت على أساس أنها عقوبة رادعة، ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها في نفوس الجرميين، فالذين يعاقبون بالأشغال الشاقة وهى أقصى أنواع الحبس لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم، ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

عودة وتدل الإحصاءات رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ على أن ٤٥٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم بعد الإفراج عنهم بعده تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة. بل إن هذه الإحصائية تدل على أن ٤٣٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ما كانوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها، وأنهم ارتكبوا جرائم في مدة تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية. والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردة، 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 .

وما يدل على أثر السجن بصفة عامة في نفوس الجرميين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٩ - ١٩٣٨ ، فهي تشير إلى أن نصف من في الإصلاحية تقريراً لهم سوابق في الإجرام من خمس مرات إلى عشر، وأن حوالي الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة، وأن أكثر الباقين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة. فلو أن السجن يردع الجرميين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشرين 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 العائددين إلى مجموع من في الإصلاحية ١٠,٨٪، وفي سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٦,٢٠٪، وفي سنة ١٩٣٦ بلغت ٧,٣٨٪ .

وما يدل أيضاً على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على الجرميين، ازدياد جرائم العود 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. وجنائيات العود هذه لا تقع إلا من الجرميين أرباب السوابق الكثيرة .

٤ - قتل الشعور بالمسؤولية: وعقوبة الحبس، فوق أنها غير رادعة تؤدي إلى قتل الشعور بالمسؤولية في نفس المجرمين وتحبب إليهم التعطل، فالكثير من المجنونين يقضون

عودة في السجن مدة طويلة نوعاً ما يعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكتفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج. والشاهد أن هؤلاء يكرهون أن يلقى بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والكد من جديد، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسؤولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم، فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لا حباً في الجريمة ولا حرصاً عليها، وإنما حباً في العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة.

٥ - ازدياد سلطان الجرمين: ومن الجرمين من يغادر السجن ليعيش عالة على الجماعة يستغل جريته السابقة لخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم، ويعيش على هذا السلطان الوهم وهذا المال المحرم دون أن يفكر في حياة العمل الشريف والكسب الحلال.

ولقد أصبح سلطان هؤلاء الجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات، بل أصبح الجرمون في الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع. ومن الواقع التي أعرفها ويعرفها غيري أن رجال الإدارة يستعينون بالجرميين أيام الانتخابات العامة ليوجهوا الناخبين المتمسكون بحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه.

وقد أدى هذا المركز الخطير الذي يحتله الجرمون إلى زيادة الجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع. وبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلك في القديم، أصبحت اليوم مداعاة للتباكي والتفاخر. وبعد أن كان الجرم يطرد ذليلاً مهاناً أصبح اليوم عزيزاً الجانباً مسموع الكلمة نافذاً السلطان.

٦ - انخفاض المستوى الصحي والأخلاقي : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضي وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء في مكان واحد لمدة مختلفة ينتهي فيها من التمتع بحرياً لهم ومن الاتصال بزوجاتهم . ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاماً بعد عام والمحاسن لا تزيد ، قد اضطر ولادة الأمور إلى حشرهم حشراً في غرف السجون كما يحشر السردين في علبته بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عدداً يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من

عوده الناحية الصحية^(١). أما السجون المركزية فهي عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضممه فى المتوسط عن ستين شخصا. وبينما تتوافر الوسائل الصحية نوعا ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماما فى السجون المركزية، فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للمساجين الذين يقضون مدة حبسهم جلوسا أو نياما على الأسفلت، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدحام السجون وعدم توافر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجنين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدرية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجنين. وتدل إحصاءات سنة ١٩٣٩^(٢) وهى خاصة بالسجون العمومية و الليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجونة أصيبوا بنزلات شعبية، ٣٦٩ بالتلدرن الرئوى وأدран أخرى، و٤٢٢ بالسيلان، ١١٦٠ بالزهري، ٤١٢٨ بالجلرب، ١٥٣٤ بالقراع، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى، ٢١٩ بحمل العانة، ٨٦١٨ بخراجات ودمامل، ٩٢٦ بالروماتزم. بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجنين ٧٤٠٠٠ حالة في سنة ١٩٣٩ . وفي عدد هذه الحالات الضخم، وفي أنواع الأمراض التي بينها ما يقطع بالانخفاض المستوى الصحي والأخلاقي بين المسجنين .

فالسجون إذن أداة لنشر الأمراض بين المسجنين والإفساد أخلاقيهم وتضييع رجولتهم. ولا يقتصر شر السجون على هذا، بل إنها تؤدي إلى فساد الأخلاق في خارجها؛ لأن وضع الرجال في السجون معناه تعريض زوجات هؤلاء الرجال وبناهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهن وجهاً لوجه أمام الشيطان .

- ٧ - ازدياد الجرائم : وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لخاربة الجريمة، ولكن الإحصاءات التي لا تكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل، فقد كان عدد الجنيات في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جنائية فإذا به في سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جنائية ثم

(١) الإحصائية رقم ١ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٩-١٩٣٨.

(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٩-١٩٣٨.

عوده

يصل في سنة ١٩١٨ - ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جنائية وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جنائية . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جنائية. أما الجنج فكان عددها في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفي سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ بلغ عدد الجنج ٣٨٢٨٢٨، وهكذا في ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنائيات ثلاثة أمثال ما كان عليه، وبلغ عدد الجنج أكثر من أحد عشر مثلا .

وقد يقال : إن عدد الجنج لا يمثل الزيادة الحقيقة؛ لأن الجنج العاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تبعا لذلك في مجموعها، وهو قول صحيح إلى حد ما، فلنترك العدد العام للجنج ولنأخذ جريمة السرقة مقاييسا، فهي أخرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة. ففي سنة ١٨٩١ كان عدد جنج السرقة ٩٣٥٦ وفي سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنج 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 جنج السرقة زاد في ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه، وهي نسبة لا تسوغها زيادة السكان ولا يقوم لها أى عذر مهما اختلفت المعاذير، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة فكيف تتضاعف الجنج سبع مرات والجنائيات ثلاث مرات ؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لا تكون سببا في ازدياد الجرائم ما دامت العقوبة رادعة. وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة في المملكة المجازية، فلا شك في أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية في مصر أفضل منها في الحجاز، ومع ذلك فقد قلت الجرائم في الحجاز وازدادت في مصر وانتشر الأمن هناك واحتفل هنا. ولقد كان الحجاز في يوم ما مضرب الأمثال في اختلال الأمن والنظام والجرأة على ارتكاب الجرائم وتروعه الآمنين والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لنهب مالهم ومتاعهم. ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية في الحجاز الآن ليست خيرا منها يوم كان الفساد مستشريا في الحجاز، والفرق بين الحجاز قديما وحديثا هو نفس الفرق بين مصر والجاز اليوم، هو وجود العقوبة الرادعة في الحجاز الآن وانعدامها قديما، 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

عودة من مسافر شيء إلا وجده في دار الشرطة ولا يضيع لأحد شيء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يبلغ بضياعه ما دام على المال ما يدل على اسم صاحبه .
فمن الخطأ إذن بعد قيام هذا المثل العملي أن نحتاج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بازدياد السكان؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولو الأمر في وصف العلاج الذي يوافق المرض انتهى المرض أو سكتت حنته على أقل الفروض، وإن لم يوفق أولو الأمر في وصف العلاج الناجح طال المرض وأعطل وعائى منه المجتمع أشد المعاناة .

٥.١. كيف تخلص من عيوب الأنظمة الوضعية : تبينا فيما سبق النتائج السيئة للعقوبات التي فرضتها علينا الأنظمة الوضعية، فإذا هي تضييع للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة، وليس بعد ذلك إلا ازدياد الجرائم وجرأة الجرميين والإخلال بالأمن وتوهين النظام، وذهب هيبة الحكومة وسطوها وفرض سلطان الأشقياء وال مجرمين على السكان الآمنين. ولا خلاص من هذه النتائج المخزنة إلا بالخلص من النظام كله، وإن في بعض هذه النتائج ما يكفي وحده لإلغاء هذا النظام . وإذا كان الناس لا يلغون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيرا منها، فإن لدينا نظاما هو خير الأنظمة التي عرفها البشر وأقدراها على حياة الجماعة ومكافحة الجريمة وإصلاح الجرم، ذلك هو النظام الإسلامي الذي أثبتت التجربة نجاحه في كفاح الجريمة والقضاء على الإجرام.

وليست ميزة النظام الإسلامي الوحيدة في أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته، ولكنه يمتاز أيضا بأن الأسس التي يقوم عليها كفيلة بأن تقضي على العيوب التي تصحب العقوبات الوضعية، كما هي كفيلة بأن توفر على العالم الجهدات العظيمة التي تبدل لتخفييف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التي تتفق في سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعي أنه يؤدى إلى تعطيل العقوبات الأصلية وتحفييفها، 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

عودة الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتغلب على كل اعتبار. أما الجرائم التي لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضى فيها أن ينظر إلى شخصية الجانى ولو أدى ذلك لتخفيض العقاب مادام يؤدى إلى إصلاح الجانى في الوقت نفسه^(١).

والعيوب الثانى للنظام الوضعى أنه يفرض في معظم الجرائم عقوبات لا تنوع، هي الحبس الذى يختلف شدة وضعاً بحسب نوع الحبس، والذى يؤدى تنفيذه إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل في الحبس والإلتفاق عليهم دون أن يؤدوا عملاً مجدياً فتختسر الأمة من وجهين : تختسر المال الذى تتفقه على المحبسين، وتختسر ما كان يمكن أن يتوجه هؤلاء لو لم يوضعوا في المخابس، ولكن هذه الخسائر تتبقى لو نفذ النظام الإسلامى؛ لأن الشريعة لا تعرف الحبس في جرائم الحدود والقصاص، وهي كما بينا تبلغ ثلثي^(٢) الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل في التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان جنساً غير محدود المدة حيث يبقى الجرم بعيداً عن الجماعة مكتوفاً 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 الباقي كان الباقي الأخير من الجرائم حوالي ١٥٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتغريب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والمفروض أن الجرائم التي يجلد فيها هي جرائم التعازير الخطيرة، فالجرائم التي تبقى أخيراً ليعقوب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هي جرائم تافهة في الغالب يكفى في عقابها النصائح والتوجيه والغرامة، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة ألا 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 المحبسين قليلاً جداً، وبذلك تتحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام، كما تقل جرائم العود التي لا يشجع عليها إلا وجود المخابس والاستخفاف بعقوبة الحبس.

(١) راجع الفقرتين ٥١، ٤٤٠ .

(٢) راجع الفقرة ٤٩٤ .

عوده وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التي يحكم فيها بالحبس حبسًا محدد المدة هي جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكيد لدينا أن الحبس في هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة، ولن يؤدي إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق. وحتى إذا وجدت هذه المساوى فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلة عدد المسجنين وقلة خطورتهم؛ ولأن المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس. أما الجرائم الخطرون فهو لا ت قضي عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم؛ لأن ارتكاب الجان لآى جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للإجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه.

ومن عيوب عقوبة الحبس في القوانين الوضعية، أنها تقتل الشعور بالمسؤولية في نفس المجرم وتحبب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس يتبرأ موالاهم بالتهديد والتخييف. وفي عقوبات الشريعة علاج لهذا كله، بل إن علاجه في عقوبة الجلد وحدها، إذ الجلد يحظر من قدر المجرم في عين نفسه فلا يعود جريمه، كما يحظر من قدره في عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه، ولا يكرر المجرم في عيوبهم حتى يزاحم بسلطانه سلطان الحكومات.

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعية عيناً 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 وهذا هو أثرها في إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعية، ولن تجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعي على الشريعة الإسلامية؛ فإن وجدته فاذكر قوله تعالى: «فِيمَا لَا تَعْمَلُ الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَلُ الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ» [الحج: ٤٦].

٥٠٦ - عيوب السجون ومقرحاته لعلاجها :

إنى من فرضت عليهم الإقامة في السجون فترات كثيرة، وقد عرفت من عيوبها أكثر مما ذكره فقيهنا في هذا البند، ولقد كتبت في هذا الموضوع وخاصة في كتابي "كمين في المطار" حيث ألقى بي في سجن الرمل ظلماً وعدواناً، ورأينا كيف يعامل المسجونون ولمسنا مساوئ عقوبة السجن ...

وقد توسع في ذكر الإحصاءات، وأشار إلى أن السجون هي بيئة فاسدة تتحول إلى مدارس لتخريج الجرمين بدلاً من إصلاحهم

لكن موافقتنا على ذلك لا تعنى أنها نقر ما قاله في نهاية هذا البند من أنه لا يجوز أن نحتاج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو زيادة السكان، لأن الجريمة مرض قد يفهم من كلامه أن علاجه هو العقوبة فقط .

إننا نرى أن علاج الجرائم هو إصلاح المجتمع في جميع نواحي الحياة الاجتماعية والأسرية والفردية، وابتداء من إصلاح النظام السياسي، حتى يكون الحكم قدوة للمواطنين وقادرين على توفير ما يحتاجون إليه من ضرورات ومصالح، ولا يكون الأشخاص متحكّمين ومتربعين على مقاعد السلطة يفرضون العقوبات على من هم خير منهم وأصلح، ويُلتف حولهم بطانة من الفاسدين والمنافقين والمتغعين الذين يأكلون أموال الناس بالباطل ويصولون ويجلبون دون حساب ولا رقابة ولا جزاء يردعهم .
والعدل الاجتماعي الذي يقرب بين الناس في مستوى المعيشة ويوفر للطبقات العاملة والكافحة حقوقها كاملة شرط أساسى لإبعادهم عن مسالك الانحراف والإجرام .

إن كل ما يلزم لإصلاح المجتمع وتقديمه ورقى هو الذي يؤدى إلى إصلاح الأفراد ويعدهم عن مهاوى الانحراف والفساد . إن الواقعية من الانحراف خير من العقوبة .
صحيح أن الجريمة مرض يعالج بالعقوبة، لكن يجب مقاومة أسباب المرض والعوامل التي تؤدي إليه ، وهذا لا يقل أهمية عن علاج المرض بعد وقوعه .

وكثيرون يعترفون بمساوئ السجون، لكن المشكلة عندهم هي العقوبة البديلة التي يمكن أن تحل محل الحبس بجميع درجاته . وفقيهنا يعلن دائماً أنه يفضل العقوبات البدنية وخاصة عقوبة الجلد والضرب ... ويرى أنها هي البديل الصحيح لعقوبات الحبس، ويعدد الاعتبارات التي جعلته يفضلها .

إصلاح المجتمع لا يبدأ بتطبيق العقوبات الشرعية، بل بإصلاح النظام السياسي

حتى لا يكون من يطبقون التشريع الجنائي مستبدین مختصين وفاسدين :

إننا الآن نلاحظ أن "الموضة" التي تنتشر في العالم توهם الناس بأن العقوبات البدنية فيها قسوة أو أنها تختلف ووحشية، وهم يرون بأعينهم المساوى الكثيرة الناتجة عن عقوبات الحبس. ومع ذلك لا يستطيعون التحرر من تيارات "الموضة" ويفترضون أن الحبس ليس عقوبة بدنية مع أنها تضر بالصحة البدنية والنفسية أيضا في نظرنا .

إنني لا ألوم فقيهنا على توسيعه في إثبات عيوب السجون ومساواها، وأتفق أن يقتنع القارئ بحجته وبيانه .

ومع ذلك، فإن المشكلة التي تشغلى دائما ليست هي نوع العقوبة التي يجب تطبيقها على مرتكب الجرائم، وإنما هي في وجود من يمارسون السلطة ويجلسون على مقاعدها ويماركون مقاليدها، ويملكون بالأبراء في السجون، أو يفرضون عليهم عقوبات ظالمة تصل إلى حد القتل والإعدام كما حدث بالنسبة لفقيهنا وأمثاله.. مرة بعد أخرى، ولا يجدون من يحاسبهم أو يعاقبهم، وهو أولى في نظرى بالعقاب على هذا البغي.

إنني واثق بأن فقيهنا لو عاد ليقرأ ما كتبه في المطالبة بتشديد العقوبات على مرتكبي الجرائم، فإنه سيرى أن ما حدث فعلا هو أن السجون تفرغ من حين لآخر من الجرميين الحكوميين عليهم قضائيا بالعقوبات الجنائية ، ليحل محلهم مظلومون مفترى عليهم من أمثاله الذين يقاوسون السجون بحجة أنهم معتقلون أو أنهم محكوم عليهم من محكمة عسكرية بمقتضى قوانين صنعت خصيصا لتوسيع القسوة على الأبراء والصالحين .

إنه بلا شك سيكون مؤيدا لنا إذا كنا نطالب أولا بالعدالة الموازنة حتى لا يظلم الأبراء وتفرض عليهم العقوبات، بأمر من هم أولى بالعقاب وأعواهم

* * *

العلاج الذى يقدمه للتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية في التشريع الجنائي يبدأ بتحديث النظام العقابي من أساسه والالتزام بأصول التشريع الإسلامي ومبادئه . والميزة الأولى لهذا الاتجاه في نظره أن العقوبات المقدرة تحد من ميل القضاة إلى تخفيف العقوبات بحجية الظروف الشخصية لكل متهم على حدة. وقد سبق أن أكدنا أن الظروف الشخصية لا يمكن تجاهلها في نطاق جرائم الحدود، ولا في القصاص بالشروط التي ذكرناها.

رأينا أن فقهنا الجنائي يحتاج في كثير من الموضع إلى تجديد ومراجعة :

صحيح أن تلك الجرائم تس كيان الجماعة، وتمدد قيمها الثابتة وأسس المجتمع والحقوق الإنسانية المقدسة، لكن علاج المجرم وإصلاح حاله هو من أهداف التشريع الجنائي كله بما في ذلك الحدود والقصاص.

الميزة الثانية في نظره هي عدم الاعتماد على عقوبات الحبس والسجن، وهي عقوبات لا وجود لها في الحدود والقصاص، ويرى أن محلها العقوبات البدنية، وفي نظره أنها أصلح من السجن نظرا لما هو معروف من مساوئ مجتمع السجون ومفاسده.

ولنا بعض المقترنات سنعرضها في نهاية هذا الباب فيما يلى :

مقدراتنا

مقدراتنا لتجديد الفقه وتقنيته :

إننا لا نؤيد قوله: "إن فقهنا يحيى عقوبة الحبس غير محمد المدة الذي يقول إن "الجرم" يبقى فيه بعيدا عن الجماعة حتى يموت". وإن الفقه الذي يقرر ذلك إنما يعهد للقاضي المشرف على تنفيذ العقوبة بأن يحدد الوقت الذي يخل في سبيل المسجون حسبما يرى من تحسن سلوكه. إننا لا نوافق على ذلك، لأن فقهاءنا عندما قرروا ذلك كانوا يفترضون أن يكون القاضي مجتهدا.

يرى - كما قلنا من قبل - أن عقوبة الجلد فورية، وهي أولى من عقوبة الحبس التي تعرض المحكوم عليه لعدوى الإجرام في السجون وخاصة إذا بقي مدة طويلة ... إننا نؤيد هذه في ضرورة مواجهة مساوى السجون وإيجاد بديل لعقوبات السجن طويل الأمد. ولا نرى مانعا من تجربة عقوبة الجلد أو الضرب كبديل عنها، كما يقترح.

* * *

إضافة إلى المقدرات التي على فقيهنا بعرضها لمعالجة عيوب النظام الجنائي الوضعى، وما انتهى إليه من ضرورة الالتزام بأصول التشريع الإسلامى ومبادئه، يجب علينا أن نذكر القارئ بمقدراتنا لتجديد الفقه الجنائى ومعالجة ما شابه من قصور في عصور التخلف التي أدت إلى تمكين بعض النظم من تعطيل تطبيقه واستيراد قوانين أجنبية أصبحت هي "القوانين الجنائية الوضعية في بلادنا".

أول ما أبديناها، هو ضرورة العناية بأحكام التعازير وقيام الفقه بتقنيتها بدلا من الاكتفاء بالقول بأنها متروكة للقاضى .

إننا في مرحلة جديدة من مراحل التشريع الجنائى الإسلامى، تستلزم مزيدا من الضوابط التي يتلزم بها القضاة في نطاق التعازير ، وهذه الضوابط لا بد لها من أن توضع في نصوص لتقنين التعازير .

إن المشروع الإلهى قد عنى عناية خاصة بالجرائم الخطيرة التي تحدد أسس المجتمع وقيمته الثابتة، ولذلك فرض لها عقوبات مقدرة حدا أو قصاصا أو دية . ونتيجة لذلك، على الفقه بوضع "ضوابط" لهذه العقوبات المقدرة حدا أو قصاصا لأنها تشمل جزاءات بدنية تُعدّ عقوبات قصوى لها خطورتها التي تقتضى الالتزام بشروط وأحكام معينة للحكم بها وتنفيذها حتى لا يساء استعمالها ولا يتسع فيها .

ما قام به فقيهنا هو بداية علينا أن نواصل ما بدأه :

لقد قلنا بأن ولاية التعزير هي الأصل في الجرائم الجنائية في جميع الجرائم بما في ذلك ما يستحق عقوبة مقدرة حداً أو قصاصاً كلما امتنع توقيع تلك العقوبات لسبب أو لآخر متى ثبت توافر أركان الجريمة. وأركان الجريمة ضرورية لوجوب التعزير، أما الحدود والقصاص فإنها تستلزم توافر شروط إضافية إلى أركان الجريمة، وهذه الشروط الإضافية هي التي تكون الظرف المحدد الذي يستوجب عقوبة قصوى، وعلى المفنن أن يستبطئها ويبينها عند تقدير الحدود.

إن نصوص الكتاب والسنّة إذا كانت قد اقتصرت على جرائم الحدود والقصاص خطورتها وتركت ما عدّها للإجتهاد والإجماع والفقه، فمعنى ذلك أن يُعدُّ الفقهاء مسؤوليّتهم ومهمتهم الكبرى هي وضع أحكام التعازير وما يلزم لتطبيقها من شروط وضوابط.

لكننا نلاحظ أن عناية الفقهاء بهذا الواجب، قد تأثر بالمبادئ الذي وضعيه، وهو أن ولاية التعزير للقضاء، حتى إن كثيراً منهم جعل ذلك حجة للتخلّي عن مسؤوليّتهم ودورهم في تحديد أركان جرائم التعازير بحجّة أن ذلك من اختصاص القضاة.

إننا نرى أن المرحلة الحالية تستلزم من الفقه الآن وفي المستقبل، أن يقوم بدور أكبر من ذلك في تقنين التعازير، أي وضع نصوص لتحديد الجرائم وشروط العقاب أو التعزير على كل منها والضوابط الالزمة للحكم بالتعزير في كل جريمة من الجرائم، بل ونوع الجزاء التعزيري ومقداره في نطاق حد أقصى وحد أدنى كلما كان ذلك لازماً....

* * *

لقد أحسن فقيهنا الشهيد في التنبية على أن بداية هذه المهمة الكبرى هي استنباط المبادئ الأساسية التي تدخل في نطاق ما يسمى في الفقه المعاصر "القسم العام في التشريع الجنائي" الذي خصص له المجلد الأول من كتابه الذي التزمنا بمراجعته... وقد اشتمل هذا القسم العام على كتابين أولهما في الجريمة والثاني في العقوبة، وكلاهما تضمن القواعد العامة التي تحكم الجرائم والعقوبات.

ونظراً لأن أسلافنا لم يعنوا بتقديم دراسة للقسم العام، سواء في العقوبات أو في الجرائم، فإن مهمّة فقيهنا كانت شاقة وصعبة، وقد بذل جهداً كبيراً مشكوراً ليكون أول عالم في تاريخ الفقه الإسلامي يقوم بهذا المشروع الفد.

نحن في بداية عصر التقنيات الفقهية :

ونحن نشهد له بأنه نجح إلى حد كبير في استنباط المبادئ العامة للتشريع الجنائي الإسلامي، سواء في موضوع الجريمة أو موضوع العقوبة، وإن كنا نلاحظ أن موضوع التوبة كان يستحق منه عناية أكبر .

* * *

لقد استطاع فقيهنا أن يلتزم بعرض ما توصل له فقهاؤنا في هذا المجال بأمانة وثقة مكنته من أن يظهر ما قيمت به شريعتنا وفقها من تفوق عند مقارنتها بالقوانين الوضعية وفقها المعاصر. وأن يدافع عن أحکامها التي تتعرض للهجوم من يجهلوها أو يعادوهما، في العصر الحاضر.

وقد لاحظ أن كثريين من زملائه من رجال القانون لم يتح لهم فرصة دراسة الفقه دراسة كافية، لذلك يحتاجون إلى أن تقدم لهم أحکام شريعتنا وفقها بأسلوب عصري تستخدم فيه مصطلحات القوانين الوضعية وتبويبات الفقه الحديث الذي درسوه ولم يدرسوه غيره، فكان هو أول باحث عصري ينجح في عرض فقها الجنائي عرضاً شاملًا على هذه الصورة .

بذلك أصبح واجب علينا والأجيال اللاحقة أن يواصلوا عمله في هذا الاتجاه، وقد حاولنا نحن أن نقوم ببعض الجهد في هذا الصدد، ولا شك في أن من يأتون بعدها سيكونون أقدر على ذلك في المستقبل.

* * *

إننا نعتقد أن موضوع تقيين التعازير بعرفة أهل الاجتهاد والفقهاء من أهم الموضوعات العاجلة والمستقبلية، وقد بذلك جهود كبيرة في هذا المجال ونأمل أن يقوم علماؤنا وباحثونا في المستقبل بدورهم كاملاً في تقيينها، مستفيدين بما قدمه أسلافهم وما قام به فقيهنا الشهيد .

وقد أشار فقيهنا مراراً إلى ما سماه جرائم التعازير، وعلقنا على كل ما قاله في هذه الصدد، وخاصة عند كلامه عن تقسيم الجرائم، وانتقدنا اعتماده على الأسلوب الشائع في التقين الوضعي الذي يُعدُّ التقسيم الأساسي للجرائم هو ما يعتمد على نوع العقوبة ومقدارها .

ورأينا هو أن شريعتنا قد اعتمدت في تحديدها جرائم الحدود والقصاص على نوع الحقوق التي تهددها تلك الجرائم، وأولها الحقوق الإنسانية الأساسية مثل حقوق الحياة

التعازير هي الأصل، والتوبة تحتاج إلى عناء أكبر :

وسلامة الأبدان في القصاص والقيم الاجتماعية والأخلاقية لحماية الأسرة والملكية
والعقل وأمن الطريق في الحدود .

كما أنها عارضنا عَدَّ التعازير عقوبات أو جزاءات لنوع خاص من الجرائم، لأنها في نظرنا تنسع جميع الجرائم وتطبق فيها جائعاً بما في ذلك ما يستحق منها عقوبات الحدود والقصاص عندما يتعدى الحكم بتلك العقوبات القصوى لسبب من الأسباب. وفيما يتعلق بالعقوبات التعزيرية حاولنا تصنيفها وعرضها بحسبها مطبقة في جميع الجرائم (بما في ذلك ما تستحق عقوبة مقدرة عندما يتعدى الحكم بها لسبب شرعي) . وقد تبين لنا من عرضها أن كثيراً منها هو عقوبة مقدرة في الجرائم الخطيرة، فهي مشتركة بين جميع الجرائم. وهذا يقتضي منها بذلك جهد أكبر لدراستها بل وتقديرها بدلاً من الاكتفاء بترك تقديرها للقضاء دون ضوابط مفنة .

ونقده لإهمال المشرع الوضعي وتوسيعه سلطة القضاء في تخفيف العقوبات يؤيد مطالبتنا بأن يتولى فقهاؤنا تقنين التعازير حتى لا يترك القضاء بدون ضوابط عند تقدير الجزاء الذي تستحقه كل جريمة .

ويجب أن نلاحظ أن شريعتنا إذا كانت قد فرضت العقوبات القصوى في الحدود والقصاص، فإنما مقابل ذلك قد توسيع في فتح باب التوبة التي يترتب عليها الاستغناء عن العقوبات عندما تكون توبه نصوها، لذلك سوف نبحث موضوع التوبة أكثر مما فعل فقيهنا.

الباب الثالث

تعدد العقوبات

عودة ٥.٧ - تعدد العقوبات و تعدد الجرائم : تتعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتتعدد الجرائم كلما ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه نهائيا في واحدة منها، وهذا هو المعنى الفنى للتعدد.

وتعدد الجرائم إما صورى وإما حقيقى. فهو صورى إذا ارتكب الجانى فعلًا واحدًا يدخل تحت صور شرعية مختلفة، ويحدث ذلك كلما اطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الوظيف في أثناء تأدية وظيفته، فالفعل يمكن أن يكون ضرباً ويمكن أن يكون مقاومة وتعديلاً. أما التعدد الحقيقى فيوجد كلما تعددت أفعال الجانى بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة.

* * *

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود. ففي تعدد العقوبات يرتكب الجانى عدة جرائم قبل أن يحكم عليه في إحداها. أما في العود فيرتكب الجانى جريمته الثانية بعد أن يعاقب على جريمته الأولى .

ويقضي المنطق بالـ لا يعاقب الجرم في حالة تعدد الجرائم على كل جرائمها، ولو أنَّ ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميله الإجرامية؛ لأنَّه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن عوقب على أي جريمة سابقة وأخذ درساً عنها، فهو مختلف من هذه الوجهة عن العائد الذي سبق عقابه وأنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكاً مستقيماً .

* * *

٥.٨ - القوانين الوضعية والتعدد : عرفت القوانين الوضعية ثلاثة طرق مختلفة في حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع – ويأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزى، ومقتضاه أن يقع على الجانى مجموع العقوبات المقررة لكل جرائم التي ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة الإفراط في العقاب؛ لأنَّ الجمع بين العقوبات قد يؤدي إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً في الشدة. فالحبس وهو عقوبة مؤقتة، إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة، والغرامات إذا تعددت قد تؤدى إلى مصادرة تامة لأموال الحكم علىه .

الثانية : طريقة الجب - ومعنى الجب أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات، فمقتضى هذه الطريقة ألا يقع على الجاني سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التي ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط. فالشخص الذى يرتكب عشر جرائم مثلا 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 جريمته الخطيرة .

الثالثة: الطريقة المختلطة - وقد عوجلت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة، وتدعى بالمختلطة أو المتوسطة، وتعنى بالجمع بين الطريقتين الأوليين أو بتقييد إطلاقهما. فهى تجيز الجمع بين العقوبات على ألا يتتجاوز مجموعها حدا معينا، وتعين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط في العقاب. وهى تعالج طريقة الجب بتشديد العقوبة الواحدة التي يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التعدد والجب مع تقييدهما .

٥.٩. قانون العقوبات المصرى : ويأخذ قانون العقوبات المصرى بقاعدة تعدد العقوبات حيث نصت المادة ٣٣ منه على أن العقوبات المقيدة للحرية تتعدد إلا ما استثنى بنص المادتين ٣٥، ٣٦ . والأولى منهما تنص على أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها جريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منها تنص على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو في حالة تعدد العقوبات، وألا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة، وألا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد، ولكنه يقيدها من ثلاثة وجوه :

الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها جريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة. فمن كان محكوما عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات، نفذت عليه

عوده عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط.

ومعنى هذا أن القانون المصري يأخذ بطريقة الجب ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثاني : ألا يزيد الحد الأعلى مهما تعدد العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة، وألا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معا على عشرين سنة، وألا تزيد مدة الحبس على ست سنوات. ومعنى هذا أن القانون المصري يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثالث : في حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد، وفي حالة التعدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضا بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لغرض واحد، وأن تكون مرتبطة ارتباطا 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 في القرن الماضي، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أي قيد .

٥١- السريعة والتعذر : عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية تعدد العقوبات، ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها، وإنما قيدها بنظريتين آخريتين الأولى: هي نظرية التداخل، والثانية هي نظرية الجب .

نظرية التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتدخل عقوباتها بعضها في بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة، ولا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة كما لو كان ارتكب جريمة واحدة^(١). وتقوم نظرية التداخل على مبدأين :

أولهما: أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد، فإن العقوبات تتدخل ويجزى عنها جميعا عقوبة واحدة. فإذا ارتكب الجانى 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 تتدخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها بعد .

(١) شرح فتح الديبر ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ - أنسى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ - المغني ج ١٩٧ ص .

عوده وتعود الجرائم على الرأى الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحداً ولو اختلفت أركانها وعقوبتها، كالسرقة العادية والحرابة، فكلها سرقة وإن اختلفت أركانها وعقوبتها. وكالزنا من محسن والزناء من غير محسن فكلها زنا، وفي مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هي الواجبة.

تعليق هذا المبدأ: وأساس هذا المبدأ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والرجز، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنين، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفى لإحداث أثراً لها وتمنع الجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى. وإذا كان من المحتمل عقلاً أن يعود الجرم لارتكاب الجريمة، فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفي ما دام لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تردعه، فإذا ثبت هذا بأن ارتكب جريمة فعقوبها ثم عاد لها بعد ذلك فقد وجّب أن يعاقب على جريمه الأخيرة؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تكن زاجرة ولا رادعة للجاني.

ثانيهما: أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة، فإن العقوبات تتدخل عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة، بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أي: لتحقيق غرض واحد. فمن أهان موظفاً وقاومه وتعدى عليه، عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التي وضعت عقوباتها لغرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة، ومن تناول ميتاً ودماً ولحماً خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة؛ لأن عقوباتها جميعاً وضعت لغرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة.

والعبرة في التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها. فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتدخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها.

ويرون في مذهب مالك أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف تتدخلان، فلا يعاقب على الجريمتين عند التعدد إلا بعقوبة واحدة، وحجتهم في ذلك أن الغرض من العقوبيتين واحد؛ لأن من شرب هذه ومن هدى الفتوى فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتقاء. ولكن المذاهب الأخرى تختلف مذهب مالك في هذا المثل بالذات؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول، فإذاها وضعت لغرض يخالف الغرض الذي وضعت له الأخرى.

عوذه ويرى بعض المالكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف يرجع إلى اتحاد مقدارهما، وهؤلاء يجعلون أساس التداخل اتحاد الموجب وليس اتحاد الغرض من العقوبة، ولكن ليس لهذا الرأي صدى في المذاهب الأخرى^(١).

أما إذا كانت الجرائم المتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد، كان ارتكب الجاني سرقة في المرة الأولى ثم زنا في الثانية وقدف في الثالثة، فإن العقوبات لا تتدخل في هذه الحالة وإنما تتعدد ببعد الجرائم المختلفة.

نظيرية الجب : معنى الجب في الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التي يمتنع مع تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى. ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل، فإن تنفيذها يعني بالضرورة من تنفيذ غيرها، ومن ثم فهي العقوبة الوحيدة التي تجب ماعداها.

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظيرية الجب. فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها، ولكن الشافعى ينكرها. والذين اعتبروا بها يختلفون في مدى تطبيقها.

فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو القصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل، والقتل يجب جميع ذلك إلا الفرية (أى القذف) فإن حد الفرية يقام عليه ثم يقتل. ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لثلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية^(٢).

ويرى أحمد أنه إذا اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محسن وشرب وقتل في المخارية استوفى القتل وسقط سائرها. فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الآدميين وفيها قتل استوفى حق الآدمي ودخلت حدود الله في القتل سواء كان القتل حداً أو قصاصاً. فمن قطع إصبع شخص وقدفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصاً ثم يجد للقذف ثم يقتل ويسقط ما عدا ذلك^(٣).

والالأصل عند أبي حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة حاجة العبد إلى الانتفاع بحقه، فإذا لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان في إقامة شيء منها إسقاط الباقي يقام بذلك المسقط درءاً للباقي قوله عليه الصلاة

(١) شرح الزرقان ج ٨ ص ١٠٨ .

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٢

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها.

عوده والسلام: "ادرعوا الحدود ما استطعتم". فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محسن وشرب حمرا قتل قصاصا وسقط حد الزنا والشرب؛ وإن زنا وهو محسن وقدف وسرق وشرب يبدأ بحد القذف؛ لأنه متعلق بحق آدمي ثم يرجم ويسقط ما عدا ذلك من الحدود، وإذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص فنفس بدئ بالقذف ثم قتل قصاصا ويبدأ ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن في ماله السرقة في الحالين^(١). ورأى أبو حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد.

أما الشافعى فلا يعترض كما قلنا بنظرية الجب، ويرى أن تتفقد العقوبات كلها واحدة بعد أخرى ما لم يتداخل بعضها في الآخر، على أن يبدأ أولاً بحق الآدميين فيما ليس فيه قتل، ثم بحق الله أى بحق الجماعة فيما لا نفس فيه أى لا قتل فيه ثم يجيء القتل من بعد ذلك. فإذا اجتمعت مثلاً على رجل حدود: حد بكر في الزنا، وحد في القذف، وحد في السرقة، وحد في قطع طريق يقطع فيه أو يقتل، وقصاص في قتل رجل، فيحدد 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 وبقيت في ماله حقوق الآدميين كالدية والمال المسروق. وهكذا يؤخر الشافعى القتل لأنه لا يسلم بنظرية الجب^(٢).

ويرى بعض الشافعية أن الجاني لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع للسرقة العادية وقتل لقطع الطريق، وأنه إذا زنا قبل أن يمحسن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغ رب كفاه تغريب واحد، وأنه إذا زنا غير محسن ثم زنا بعد إحسانه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد في الرجم. وأساس امتياز القطع والتغريب والجلد ليس الجب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليس قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى. والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ في الزنا الأولى أجزأاً تغريب واحد عن الزنا مرتين. والجلد عقوبة الزنا غير المحسن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزاء عقاب واحد هو عقاب الزنا المحسن^(٣).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - بداع الصنائع ج ٧ ص ٦٢.

(٢) المهدب ج ٢ ص ٣٥٥ .

(٣) أنسى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ .

507 – التعدد الصورى والحقيقة للجرائم ومبدأ التداخل والجبا :

أشار إلى أن التعدد الصورى للجرائم هو انتهاك أكثر من نص على فعل واحد، وحكمه في القانون المصرى (في نهاية البند 509) حيث تقضى المادة 32 عقوبات بأن تطبق عقوبة واحدة هي عقوبة الجريمة الأشد .

ونلاحظ أنه لم يشر إلى أقوال الفقهاء بشأن التعدد الصورى ولا أحکام التشريعات الوضعية المختلفة، وقد يفهم من ذلك أن ما أشار له القانون المصرى هو حكم لا خلاف عليه لأنه في الحقيقة ليس تعددًا لأن الفعل واحد .

أما التعدد الفعلى أو الحقيقى فشرطه أن تقع جرائم متعددة من الجانى قبل أن تنفذ عليه عقوبة أى منها، ويختلف عن التعدد الصورى في أن كل جريمة تتحت عن فعل متميزة عن الجريمة الأخرى، لكنه لم يعاقب على أى منها قبل ارتكاب غيرها .

وموقف التشريعات المختلفة بالنسبة له يتراوح بين اعتماد مبدأ تعدد العقوبات دون قيد ولا شرط، وهذا هو ما عرفته القوانين الوضعية قبل القرن الماضى، وما زال القانونان الإنجليزى والأمرىكى يسيران عليه .

يقابل ذلك اتجاه مناقض للسابق، أى أن بعض التشريعات تطبق نفس المبدأ المقرر للتعدد الصورى، أى أن تفرض عقوبة واحدة لجميع الجرائم (هي العقوبة الأشد) .

ويرى أن أغلب التشريعات ومنها القانون المصرى، تأخذ بحل وسط ولا تقر التطرف في أى من هذين الاتجاهين، ويعرض علينا آراء عديدة في الفقه الإسلامى كلها تضع قيودا على تعدد العقوبات .. بتطبيق مبدأ التداخل أو الجبا .

يرى أن الفقه الإسلامى لا يأخذ بتعدد العقوبات، وإنما يقرر الحكم في الجرائم المتعددة بعقوبة واحدة، وهذا هو التداخل، ويشترطون لذلك أن تكون الجرائم المتعددة من نوع واحد أو لغرض واحد .

لكنهم يقررون بتعدد العقوبات عن الجرائم المتعددة، أى أن تفرض لكل منها عقوبتها إذا لم تكن الجرائم المتعددة لغرض واحد ولا من نوع واحد، لكن في هذه الحالة يطبق مبدأ "الجبا" في نظر أغلب الفقهاء على تفصيل أورده .

مبدأ التداخل والجحب يحد من تعدد العقوبات في فقهنا :

عقوبة القتل أو الإعدام تجب غيرها، لأن تنفيذها يجعل من العبث تنفيذ غيرها في نظر كثريين، ولكن هناك خلافات بين الفقهاء في تطبيق هذا المبدأ ذكرها بالتفصيل. أهم هذه الخلافات أن الشافعى لا يعترف بالجحب؛ بل يرى تعدد العقوبات على تفصيل فيما يتعلق بترتيب التنفيذ.

أما أبو حنيفة، فيعطي الأولوية للعقوبات التي تعلق بها حق للأفراد مثل عقوبة القصاص وعقوبة القذف، ولا مانع عنده من إسقاط العقوبات الأخرى التي توصف بأها حقوق خاصة لله (أى للمجتمع) وذلك تطبيقاً للحديث النبوى الشريف:

"ادرعوا الحدود ما استطعتم"

٥١١ - مقارنة بين الشريعة والقانون : أساس القيود الموضوعة لنظرية التعدد في الشريعة هو نفس الأساس الذي تقوم عليه هذه القيود في القوانين الوضعية، فكلاهما يرى أن الجاني كان معدوراً عندما ارتكب جريمته الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيد يؤدي إلى نتائج يابها العقل ومنطق التشريع.

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون، فإن الشريعة جاءت أدق منطقاً من القوانين الوضعية في تطبيق نظرية التعدد وتقيد هذه النظرية. ونجد هذه الدقة متمثلة في تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها، بل طبقتها فقط في حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها، وفي الجرائم المختلفة التي يجمع بين عقوباتها غرض واحد، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم. وعلة هذا أن لكل جريمة عقوبتها، فإذا ارتكب الجاني جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقاً، فمن المقبول أن يعتذر للجاني بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتعدد العقوبة. أما إذا ارتكب الجاني جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرًا في ارتكاب الجريمة الثانية؛ لأن كل جريمة محمرة لذاتها ولها عقوبة خاصة، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجاني عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات. وقد روى في وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا توافر في غيرها. فروعى مثلاً في تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجاني من السرقة، وروى في عقوبة الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجاني من ممارفة الزنا، وهكذا. ومن ثم كانت عقوبة القذف لا تصلح عقوبة للسرقة ولا تجدي 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، فتحالف الشريعة في هذه النقطة وتجعل عدم العقاب في جريمة ما عذرًا للجاني في ارتكاب أي جريمة أخرى، سواءً كانت الجريمة من نوع واحد أو من نوعين مختلفين.

ونظرية التداخل في الشريعة أوسع مدى منها في القانون الوضعي؛ لأن القانون لا يعرف التداخل إلا في حالة واحدة فقط هي ارتكاب الجاني عدة جرائم لغرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة. والشراح

عوده يصفون هذه الحالة بأنما 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.

إذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظرية التداخل على الوجه السابق، فإنما تخالف الشريعة في الأساس الذي بني عليه التداخل. فالقانون الوضعي يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجاني جرائمه لغرض واحد، وأن تكون الجرائم مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة، أما الشريعة ف يجعل أساس التداخل في هذه الحالة أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لغرض واحد. وهذا الفرق يمثل الروح التي تسسيطر على كل تشريع. فالقانون يجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذي يتواخاه الجاني من الجريمة، أما الشريعة فتجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذي توخاه الشارع من التشريع، وهكذا نجد القانون الوضعي مضطرب المنطق متناقض الاتجاهات بينما نجد الشريعة سلية المنطق موحدة الاتجاهات.

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذا الباب، أن القوانين جعلت حدا أعلى للعقوبات لا يصح أن تتعاده 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 السجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة، فلو لم يوضع حد أعلى لمدة العقوبة في حالة التعدد لاستحال العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهي عمر الحكم 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 يدعوه لوضع حد أعلى للعقوبات عند التعدد.

إذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت في بعض الجرائم بصفتها عقوبة تعزيرية، فإنما مع هذا لم تكن في حاجة لوضع حد أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل، إذ المجرم يتخصص عادة في ارتكاب جرائمه فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة. فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا

عوده عقوبة واحدة طبقاً لنظرية التداخل، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاثة أو أربع، فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعاً بالحبس، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى حد غير معقول خصوصاً إذا رأينا أن بعض الفقهاء يرون ألاّ يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يجعلون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالباً. وفضلاً عن هذا، فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالباً في هذه الحالة فتزل بالعقوبة؛ لأن الجرائم المتماثلة تتوضع عقوباتها غالباً لحماية هدف واحد، وإذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة.

إذا كانت الشريعة تتفق مع القانون في تقرير نظرية الجب، فإنما يختلفان في مدى تطبيقها . ففي الشريعة لا تطبق نظرية الجب إلا إذا اجتمعت عقوبة القتل مع عقوبات أخرى على التفصيل الذي سبق ذكره، أما في القانون فتطبق نظرية الجب في هذه الحالة وفي حالة اجتماع عقوبة الأشغال الشاقة مع عقوبة أخرى مقيدة للحرية، حيث تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية. ولم تكن الشريعة في حاجة إلى تقرير هذه الحالة الأخيرة؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية في الشريعة من ناحية، ولأن مدها قصيرة من ناحية أخرى، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التي بسطناها سابقاً، ولأن الشريعة فضلاً عن ذلك كله لم تنو الحبس أنواعاً متعددة مختلفة، فالحبس فيها كلها من نوع واحد ودرجة واحدة مadam محمد المدة.

إذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنما قد أخذت بها على إطلاقها، وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على اصلاح حاله وتوبته توبة نصوحـا، فلم يكن هناك داعٌ لتحديد مدة قصوى للحبس؛ لأن الإفراج يتم بالتوبـة وصلاح حال المحكوم عليه لا بعـضـى مدة معينة عليه في الحبس، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخلـي سـبيلـه أو يظل في محـبسـه حتى يـموـتـ؛ لأن الغـرضـ من حـبسـهـ هو كـفـ شـرهـ عن الجـمـاعـةـ فإذا انـكـفـ شـرهـ بالـتـوبـةـ أـخـلـيـ سـبيلـهـ، وإذا لم يـتبـ فالـحبـسـ يـكـفـ شـرهـ حتى يـأتـيهـ الموـتـ .

تنافر الشريعة بأنها تقييد مبدأ التداخل فلا تقره إلا بشرط أن تكون الجرائم لغرض واحد أو من نوع واحد، وفيما عدا ذلك يطبق مبدأ التعدد وتتفق جميع العقوبات، بخلاف القانون الوضعي في مصر الذي يقرر مبدأ التداخل مهما يكن نوع الجرائم أو غرضها لكن بشرط أن يكون بين الجرائم المتعددة قدر من الارتباط يبرر الحكم فيها جديعاً بعقوبة واحدة.

والفرق بين التداخل والجب أن الأول يكون قبل الحكم أو بالأدق في الحكم نفسه فلا يحكم إلا بعقوبة واحدة في الجرائم المتعددة التي لم يصدر حكم بشأنها، أما الجب فيفترض صدور أحكام متعددة بعقوبات متعددة ومتختلفة وهنا تتفق فقط العقوبة الأشد دون غيرها لأن العقوبة الأشد تجحب غيرها أي تجعلها لا فائدة منها، وخاصة إذا كانت العقوبة الأشد هي الإعدام ..

والارتباط بين الجرائم المتعددة الذي يشترطه القانون الوضعي (المصري) لتطبيق مبدأ التداخل هو الذي لا يقبل التجزئة لأن الجاني قصد غاية واحدة من ارتكابه للجرائم المتعددة، فهنا يؤخذ بفرض الجاني .

أما الشريعة فهي تقتم بالغاية التشريعية من العقاب، فإذا كانت الجرائم من نوع واحد أو قررت فيها العقوبات لحماية حق واحد، فإن ذلك يستوجب التداخل بين العقوبات والاكتفاء بعقوبة واحدة. ويرى فقيهاناً أن ذلك أقرب لمصلحة الجماعة، في حين أن الوجهة الأخرى التي يعتمدتها التشريع الوضعي يعطي أهمية أكبر لقصد الجاني وغايته .

ونلاحظ أن القانون المصري هو النموذج الذي يعتمد عليه في المقارنة بالشريعة ، وأنه فيما يتعلق بالشريعة لا يشير إلى المذهب الذي يعتمد في المقارنة مع اعتراضه بوجود آراء مختلفة ومذاهب متعددة.

وقد وضع القانون المصري حداً للتعدد بتقرير حد أعلى لا يجوز تجاوزه في حالة جمع العقوبات المتعددة المقيدة للحرمة ولم يقع جب فيما بينها، ولا يتكلم فقهاؤنا عن ذلك لأن العقوبة الأساسية هي الجلد لا الحبس.

وهنالك فارق آخر هو أن الفقه يعترف بالجب في حالة عقوبة الإعدام فقط، أما القانون المصري فيقرر الجب في حالة الحكم بعقوبة الأشغال الشاقة لأنها تجحب ما عدتها بقدر مدتها.

وقد سبق أن لاحظنا أنه يُعدُّ الحبس غير محدد المدة من مزايا الشريعة التي سبقت إليها غيرها من القوانين، لكنه هنا يؤكّد أن الأصل هو أن المسجون يفرج عنه متى صلح حاله، ولا يبقى إلا طالما بقي خطره على المجتمع .. ومع ذلك نقترح أن يتضمن التقنين حداً أقصى لمدة هذه العقوبة.

الباب الرابع استيفاء العقوبات

١٥٠ من له من الاستيفاء : الأصل في الشريعة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير، وأن من نسب إليه أي جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها، فإن ثبت عليه أنه أنها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها، وإن لم يثبت عليه إياتها حكم ببراءته مما نسب إليه. فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولـي الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للمجنى عليه أو ولـيه استيفاء عقوبة القصاص إذا توافرت شروط معينة. وفيما يلى تفصيل ذلك كله:

١٦٠ الاستيفاء في 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، فوجوب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام، ولـأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب، فوجوب تركه لوـلـي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه.

وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال: "اـخـدـ يـاـ أـنـيـسـ إـلـيـ اـمـرـأـ هـذـاـ إـنـ اـعـتـرـفـتـ فـارـجـهـاـ". وأمر عليه السلام بـرـجـمـ مـاعـزـ وـلـمـ يـحـضـرـ الرـجـمـ، وـأـتـىـ بـسـارـقـ فـقـالـ : "اـذـهـبـوـ بـهـ فـاقـطـعـوهـ"^(١). ولكن إذن الإمام يـاقـامـةـ الحـدـ وـاجـبـ، فـمـاـ أـقـيمـ حـدـ فيـ عـهـدـ رـسـوـلـ اللهـ إـلـاـ يـاذـنـهـ، وـمـاـ أـقـيمـ حـدـ فيـ عـهـدـ الـخـلـفـاءـ إـلـاـ يـاذـنـهـ. وـمـاـ يـرـوـىـ عنـ رـسـوـلـ اللهـ فـيـ هـذـاـ قـوـلـهـ: "أـرـبـعـ إـلـىـ الـوـلـاـةـ :ـ الـحـدـوـدـ،ـ وـالـصـدـقـاتـ،ـ وـالـجـمـعـاتـ،ـ وـالـفـيـءـ"^(٢).

وـإـذـ كـانـتـ الـقـاعـدـةـ الـعـامـةـ أـنـ إـقـامـةـ الـحـدـ لـلـإـمـامـ أوـ نـائـبـهـ إـلـاـ أـنـهـ لـوـ أـقـامـهـ غـيـرـهـ مـنـ الـأـفـرـادـ فـإـنـ مـقـيمـهـ لـاـ يـسـأـلـ عـنـ إـقـامـتـهـ إـذـ كـانـ الـحـدـ مـتـلـفـاـ لـلـنـفـسـ أوـ لـلـطـرـفـ^(٣)،ـ أـيـ :

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٢١ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٥ .

عده إذا كان الحد قتلاً أو قطعاً، وإنما يسأل بحسباته مفتاتاً على السلطات العامة.
أما إذا كان الحد غير مختلف كاجلاد في الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته،
أى: أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يختلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن
الحد المختلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف، وزوال العصمة
عن النفس يبيح القتل، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع، فيصير قتل النفس أو
قتل العضو مباحاً، ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المختلف فلا يزيل عصمة
النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير مختلف
وتعذر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة من يملك تنفيذ العقوبة.

بين الحق في طلب التنفيذ و مباشرة التنفيذ :

الذى يهمنى هو أن أوضح أصول الأحكام فى هذا الباب، أى المبادئ الأساسية مكتفيا بما أورده من تفصيلات وأحكام فرعية مما عرضه فقهاؤنا من آراء ومذاهب مختلفة وفاحها حقها.

المقصود بالاستيفاء هو تنفيذ العقوبة الجنائية بعد صدور الحكم القضائى على المتهم .

أى أن موضوع هذا الباب كله يكون بعد صدور الحكم القضائى واجب النفاذ .

* * *

الأصل الأول عندنا أننا نرى أنه يجب التمييز بين من له طلب التنفيذ، ومن له الحق في مباشرة التنفيذ .

يلى ذلك أصل ثان هو أن العقوبة إجراء استثنائي فرضته الضرورة فقط، لذلك يجب ألا يتتجاوز تنفيذه ما تقتضيه الضرورة. وهذا المبدأ يطبق فيما يتعلق بشروط التنفيذ، وسرعة التنفيذ وعدم زيادة الألم والتعذيب، وأدلة التنفيذ التي تتوفّر فيها هذه الشروط، وقت التنفيذ ووجوب التأجيل بالنسبة للمريض والضعيف والمسكران والحامل .

* * *

فيما يتعلق بالأصل الأول، تخشى أن يفهم القارئ هنا أن فقيهنا يجمع بين "طلب التنفيذ" وبين "حق إجراء التنفيذ". ونحن نرى ضرورة التفرقة بين هذين الأمرين، وإن كانت أقوال بعض الفقهاء تورّم باجتمع بينهما، وقد تابعهم فقيهنا في هذا إلى حد كبير، لذلك رأينا من الضروري أن نبدى رأينا في ضرورة التفرقة بينهما .

فهو يقرر أن استيفاء عقوبات "الحدود" و "التعازير" هو لولي الأمر، أما في القصاص فهو "جائز" للمجنى عليه أو ولـى الدم (في حالة القتل). ونحن ننبه القارئ إلى أن المقصود هنا بالاستيفاء في نظرنا هو فقط المطالبة بتنفيذ القصاص، فإنه يكون للمجنى عليه (أو ولـى الدم) وحده حق المطالبة بتنفيذـه ليسـد عليه بـاب الـالتجـاء إلىـ الثـارـ ولـتفـتحـ لهـ بـابـ العـفوـ عنـ القـاصـاصـ وـتـشـجـعـهـ عـلـيـهـ .

 تنفيذ العقوبات جميعها حق للقضاء والسلطات التي تأتمر بأمره وليس للأفراد،

وفي رأينا لا فرق في ذلك بين عقوبات القصاص وغيرها :

وإذا كان هو قد عبر عن ذلك بأنه "يجوز للمجنى عليه استيفاء عقوبة القصاص" فسحن لا نوافق على ذلك، بل نود أن نؤكد أنه لا يجوز مطلقاً تنفيذ القصاص إلا إذا طلب ذلك المجنى عليه (أو ولد الدم في القتل) فليس الأمر جوازياً، إنما هو شرط حتمي لا يمكن تجاوزه أو وصفه بأنه "جواز".

* * *

أهمية هذا الرأي هو أنه يتفق مع ما قدمناه عند دراسة "الإهدار"، لأننا نرى أن الإهدار إنما يبيح للقضاء وحده الحكم بالعقوبة وتنفيذها، لا للمجنى عليه ولا ولداته كما يقول فقيهنا مستنداً إلى أقوال فقهاء كثيرين .

ولهذا فإن ما استطرد إليه من التفرقة بين المحكوم عليه بحد مختلف كالقتل أو القطع (ويرى أنه مهدر، بالمعنى الذي لا نوافق عليه)، والمحكوم عليه بحد غير مختلف (ويرى أنه يبقى معصوماً وغير مهدر !!) .

ونحن نرى أن جميع البشر معصومون إلى أن يصدر حكم قضائي صحيح بالعقوبة. ويسري أن يؤيد هذا الرأي فيما يلى (البند 519) .

* * *

في الحدود يوجد مبدأ مؤكداً ومجموع عليه، وهو أن استيفاء الحدود (طلبها وتنفيذها) هو من يمثل الجماعة كلها، لأنها كما قال "حق للجماعة"، فلا يطالب به ولا ينفذه إلا من ينوب عنها وهو يصفه بأنه الإمام. ونحن نضيف أن المقصود هو "الإمام الشرعي" أي الذي تولى السلطة بطريق شرعي، ذلك أن الطريق الشرعي الوحيد لولاية الأمر هو الاختيار بالشوري الحرمة إذا أعطته البيعة هذا الحق، وإلا فإنه يبقى لأهل الاجتهد والقضاء .

ونوافقه على القول بأن الإمام الشرعي له أن يفوض ذلك من يختاره من "الخبراء" على حد قوله. لأنه ليس حقاً شخصياً له بل هو موضوع فيه من الجماعة أو من يمثلونها من أهل الحل والعقد أو القضاء .

لا محل في نظرنا للكلام على الافتیات على السلطات العامة

ما دام الفعل جريمة تستحق التعزير:

وما يسميه "الافتیات على السلطات العامة" سبق أن قلنا إننا لا نعترف بجريدة بهذا الاسم، وإننا نرى أن من يعتدى على الحكم علیه بأى اعتداء يُعدُّ فعله جريمة عادية من جرائم الاعتداء على الأشخاص أو يطبق عليه التشريع الجنائي ويستحق عقوبتها، كل ما هنالك أننا نحيز للقضاء أو أهل الاجتهاد أن يَعْدُوه معدورا لأنه أخطأ في الاعتقاد بأن له الحق في تنفيذ الحد، وأن ذلك يكون شبهة تحيز إسقاط الحد أو القصاص ويكتفى بالتعزير على هذا الاعتداء رغم أنه في الأصل يستحق القصاص الذي يستبعد لوجود شبهة.

صحيح أن وصف الفعل بأنه "افتیات على السلطة" يؤدى إلى نفس النتيجة وهي تعزير الجانى، لكننا نفضل الالتزام بالمبادئ العامة؛ ولا داعى للتحايل للوصول إلى نفس النتيجة باستكارة جريمة تنجح السلطات العامة حقوقا دون توضيح أن المقصود هو أن السلطة القضائية هي وحدها صاحبة ولایة تنفيذ القصاص كغيره من العقوبات. وهذا هو المبدأ الذى نحرص على تأكيده.

عودة

٥١٤ . الاستيفاء في جرائم التعازير واستيفاء العقوبات الحكم بها في جرائم التعازير من حق ولـي الأمر أو نائبه أيضاً؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فـهـي من حقها، فيترك استيفاؤها لنائب الجماعة، ولـأن التعزير كالـحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحـيف.

وليس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت مـتـلـفة للنفس، فإن قـتـلـ أحد الأفراد شخصاً مـحـكـومـا عليه بالـقتـلـ تعـزـيرـاـ، فهو قـاتـلـ له ولو أن عـقوـبةـ القـتـلـ مـتـلـفةـ للـنـفـسـ. والـفـرقـ بـيـنـ عـقوـبةـ الـحدـ المـتـلـفـةـ للـنـفـسـ وـعـقوـبةـ التـعـزـيرـ المـتـلـفـةـ للـنـفـسـ أـنـ عـقوـبةـ الـحدـ لاـ يـجـوزـ العـفـوـ عـنـ هـاـ وـلاـ إـسـقـاطـهـاـ وـلاـ تـأـخـيرـ تـنـفـيـذـهـاـ فـهـيـ عـقوـبةـ مـحـتمـةـ لـأـنـ بـدـ مـنـهـاـ، أـمـاـ عـقوـبةـ التـعـزـيرـ المـتـلـفـةـ فـلـوـ الـأـمـرـ عـفـوـ عـنـ هـاـ وـهـذـاـ فـهـيـ عـقوـبةـ غـيرـ لـازـمـةـ لـأـنـ مـهـدرـ عـصـمـةـ الـحـكـومـ عـلـيـهـ، إـذـ مـنـ الـجـائزـ أـنـ يـصـدـرـ عـنـهـاـ عـفـوـ فـيـ الـلحـظـةـ الـأـخـيـرـةـ.

٥١٥ . الاستيفاء في جرائم القصاص : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كـغيرـهاـ منـ عـقوـباتـ متـرـوـكـ إـقـامـتهاـ لـأـوـلـيـ الـأـمـرـ، لـكـنـ أـجـيـزـ اـسـتـشـنـاءـ أـنـ يـسـتـوـفـ القـاصـاصـ بـعـرـفـةـ وـلـيـ الدـمـ أـوـ الجـنـىـ عـلـيـهـ، والأـصـلـ فـيـ ذـلـكـ قـوـلـهـ تـعـالـىـ : ﴿وَمَنْ قُتِلَ مظلوماً فـقـدـ جـعـلـنـاـ لـوـلـيـهـ سـلـطـانـاـ فـلـاـ يـسـرـفـ فـيـ الـقـتـلـ﴾ [الإسراء: ٣٣].

وـمـنـ الـمـتـفـقـ عـلـيـهـ أـنـ لـوـلـيـ الجـنـىـ عـلـيـهـ حـقـ اـسـتـيـفـاءـ القـاصـاصـ فـيـ الـقـتـلـ بـشـرـطـ أـنـ يـكـونـ اـسـتـيـفـاءـ تـحـتـ إـشـرـافـ السـلـطـانـ؛ لـأـنـهـ أـمـرـ يـفـتـقـرـ إـلـيـ الـاجـتـهـادـ وـيـحـرـمـ فـيـ الـحـيـفـ، وـلـأـنـهـ لـأـيـؤـمـنـ الـحـيـفـ مـنـ الـمـقـنـصـ مـعـ قـصـدـ التـشـفـيـ، لـكـنـ إـذـ اـسـتـوـفـاهـ فـيـ غـيرـ حـضـورـ السـلـطـانـ وـقـعـ الـمـوـقـعـ، أـيـ: وـقـعـ الـفـعـلـ قـصـاصـاـ، وـعـزـرـ الـمـسـتـوـفـ لـأـفـيـاتـهـ عـلـيـ السـلـطـانـ وـفـعـلـهـ مـاـ مـنـعـ مـنـ فـعـلـهـ.

ويـنـظـرـ السـلـطـانـ فـيـ الـوـلـيـ فـإـنـ كـانـ يـجـسـنـ اـسـتـيـفـاءـ وـيـقـدـرـ عـلـيـهـ بـالـقـوـةـ وـالـعـرـفـ الـلـازـمـةـ مـكـنهـ مـنـهـ، وـإـنـ كـانـ لـاـ يـجـسـنـ اـسـتـيـفـاءـ أـمـرـهـ أـنـ يـوـكـلـ غـيرـهـ؛ لـأـنـهـ عـاجـزـ عـنـ اـسـتـيـفـاءـ حـقـهـ.

ولـيـسـ ثـمـةـ مـاـ يـمـنـعـ أـنـ يـعـيـنـ خـبـيرـ لـاـسـتـيـفـاءـ الـحـدـودـ وـالـقـاصـاصـ يـأـخـدـ أـجـرـهـ مـنـ بـيـتـ الـمـالـ؛ لـأـنـ هـذـاـ الـعـمـلـ مـنـ الـمـصـاـحـ الـعـامـةـ فـإـذـ كـانـ الـوـلـيـ لـاـيـجـسـنـ الـقـاصـاصـ وـكـلـ هـذـاـ الـخـبـيرـ.

عوذه

فإذا كان القصاص فيما دون النفس، أى فيما ليس قتلا، فيرى أبو حنيفة أن للمجنى عليه الحق في استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيرا يحسن الاستيفاء، فإن لم يكن يحسنه، وكل عنده من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه في مذهب أحمد^(١).
ويرى مالك والشافعى - ورأيهمما وجه في مذهب أحمد - أن المجنى عليه ليس له أن يستوفى عقوبة القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يجيف على المجنى عليه أو يجني عليه بما لا يمكن تلافيه، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفا مختصا لهذا الغرض^(٢).

(١) بداع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨، ٣٩٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٤، ٢٥٣ - المهدب ج ٢ ص ١٩٧ - الشرح الكبير ج ص ٣٩٩ .

514، 515 – استيفاء "التعازير" والقصاص من حق القضاء وحده في نظرنا :

نتفق معه في أن استيفاء "التعازير" (طليباً أو تفليداً) هو دائمًا من حق مثل الجماعة في جميع الأحوال، ولا يجوز لأحد سوى من فوضته الأمة (أو من يمثلونها) أن يعتدى على من حكم عليه بالتعزير أياً كان الجزاء التعزيري المحكوم به . وبهذا يكون رأينا في التعازير هو ما قدمناه بالنسبة للحدود دون تفرقة أو تمييز .

* * *

إننا نختلف مع رأيه في القصاص، فهو يقرر المبدأ الأساسي (الذى نتمسك به ولا نحيى عنه) وعبر عنه بقوله: "الأصل أن عقوبات القصاص كغيرها من العقوبات متروك إقامتها (أى تنفيذها والأمر بتنفيذها) لأولى الأمر (وقد أشرنا من قبل إلى المقصود من أولى الأمر أهمم القضاة وأهل الاجتهد)" .

لكنه أضاف قوله: "إنه أجيزة استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولي الدم (فـ حالة القتل) أو المجنى عليه (فيما دون ذلك)" ، ثم قرر أنه لا بد أن يكون الاستيفاء (أى التنفيذ) تحت إشراف السلطان .

نعيد هنا رأينا في أن تنفيذ العقوبات الجنائية من حق القضاء وحده وتحت إشرافه ومسؤوليته إذا فوض فيه غيره، ولا نوافق على استثناء القصاص من ذلك .

وقد سبق أن بينا أن من يعتدى على المحكوم عليه بالقصاص يجب أن يعاقب على اعتدائه، ولكن يمكن الاكتفاء بعقوبة تعزيرية لوجود شبهة .

صحيح أنه يجوز للقاضى المختص أن يختار خبيراً ليقوم بالتنفيذ، وإذا كانوا يحيزون له تفويض المجنى عليه في ذلك إن كان خبيراً، فالتفويض هنا يكون له بصفته خبيراً أولاً، وبصفته مجنياً عليه أو ولي الدم ثانياً .

ونحن لا نوافق على أى رأى آخر ... واختلافات الفقهاء التي أوردها معناها أن الموضوع اجتهادى، وعليها مراعاة ظروف مجتمعنا وزماننا التي تقتضى اختصاص القضاء بتنفيذ جميع العقوبات.....

عودة

٥٦ - كيفية استيفاء القصاص في النفس: لا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف عند أبي حنيفة ورواية عن أحمد، سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف، سواء كان القتل نتيجة لحرق الرقبة أم لسرأية جرح أو نتيجة الخنق أو التغريق أو التحريق أو غير ذلك. وحجة القائلين بهذا أن رسول الله ﷺ قال: "لا قود إلا بالسيف" والقود هو القصاص فمعنى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف.

إذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية فالقود بالسيف؛ لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلاً من وقت وجوده فلا يقتضي منه إلا بالقتل، لأنه لو قطع عضواً من الجاني ليتحقق التمايل ثم عاد فحرق الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جماعاً بين القطع والحرق، ولم يكن مجازاة بالمثل. ولا يُعدُّ حرق الرقبة متتماً للقطع؛ لأن المتمم للشيء يكون من توابعه والحرق 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 يُعدُّ تعدياً وليس استيفاء.

إذا أراد الولي أن يقطع بغير السيف لا يمكن من ذلك، وإذا فعله عذر لافتاته، إلا أنه يُعدُّ مستوفياً لحقه في القصاص بأى طريقة قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو الألقاء من سطح أو أرداه في بئر ونحو ذلك؛ لأن القتل حقه، فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف؛ لأنه يستوفي بطريق غير مشروع فيعزز على هذا الأفتیات^(١). وعند مالك والشافعى وهو رواية عن أحمد^(٢) أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل، فإذا قتل بالسيف لم يقتضي منه إلا بالسيف لقوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» [البقرة: ١٩٤].

إن حرقه أو أغرقه أو رماه بحجر أو شاهق أو ضربه بخشبة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فمات فللولي أن يقتضي منه بمثل ذلك لقوله تعالى: « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» [النحل: ١٢٦]؛ ولأن القصاص قائم على المماثلة، والمماثلة ممكنة، فجاز أن يستوفى بها القصاص.

وللولي أن يقتضي بالسيف في هذه الأحوال؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب، فإذا عدل للسيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له.

(١) بداع الصنائع جـ٧ صـ٢٤٦ - الشرح الكبير جـ٩ صـ٤٠٠ وما بعدها.

(٢) مواهب الجليل جـ٦ صـ٢٥٦ - المهد جـ٢ صـ١٩٩ الشرح الكبير جـ٩ صـ٤٠٠ .

عودة

وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر، فالرأي الراجح أن يكون القصاص بالسيف.

٥١٧ـ ما يشترط في آلة القصاص: وإذا أراد الولي أن يستوفى بنفسه، فلا يكفي أن يكون خبيرا بالقصاص، بل يجب أن يستعمل فيه آداة صالحة له؛ لا كآلة مثلا ولا مسممة لثلا يذبح المقتض منه، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير؛ لأن من شروط القصاص ألا يذبح الجاني وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن^(١). تحقيقا لقول الرسول ﷺ : "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتكم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليخد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته".

٥١٨ـ هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيوف؟: والأصل في اختيار السيوف آداة للقصاص أنه أسرع في القتل، وأنه يزهق روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعقاب، فإذا وجدت آداة أخرى أسرع من السيوف وأقل إيالاما فلا مانع شرعا من استعمالها: "فلا مانع شرعا من استيفاء القصاص بالمقصلة والكرسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يختلف الموت عنه عادة ولا يترب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه، أما المقصلة فلأنما من قبيل السلاح المحدد وأما الكرسي الكهربائي؛ فلأنه لا يختلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترب عليه مضاعفة التعذيب"^(٢).

(١) المهدب ج ٢ ص ١٩٨ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ .

(٢) من ثوري جنة الفتنى بالأزهر. راجع القصاص ص ٢٠٨ .

516 - 518 - اختيار أداة التنفيذ في القتل (الإعدام)

يُخضع لمبدأ عدم تجاوز الألم حدود الضرورة :

يكفيها في هذا الصدد المبادئ الأساسية التي قررها السنة المطهرة، وهي : لا يجوز التعذيب. وهو يؤكد ذلك بقوله : "من شروط القصاص ألا يعذب الجاني (الحاكم عليه) وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن (بند 157 ص 759)" .

الجدل حول أداة التنفيذ يُخضع لهذا المبدأ، وإذا كان السلف قد فضلوا استعمال السيف، فقد علل هو ذلك بقوله : "الأصل في اختيار السيف أنه أسرع في القتل وأنه يزهق روح الحكم عليه بأقل ما يمكن من الألم والعذاب". واستطرد فقال صراحة : "إذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما فلا مانع (عنه ولا عنده) من استعمالها" .

وقد أيد ذلك بفتوى صادرة من "لجنة الفتوى بالأزهر الشريف" ورد فيها ما يلى :

"لا مانع شرعاً من استيفاء القصاص (تنفيذ الحكم بالإعدام) بالمقصلة أو الكرسي الكهربائي أو غيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يختلف الموت عنه عادة ولا يترب عليه تمثيل بالحاكم عليه ولا مضاعفة تعذيبه" .

وأضافت الفتوى ما يلى :

"أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد وأما الكرسي الكهربائي فلأنه لا يختلف عنه الموت عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالحاكم عليه، دون أن يترب عليه مضاعفة التعذيب" .

* * *

تأكيداً لذلك قال : إن من شروط القصاص - يقصد هنا تنفيذ عقوبة الإعدام - ألا يعذب الحكم عليه وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن (في حالة الإعدام). وهذا هو ما يجب مراعاته في اختيار آلة التنفيذ . ويكتفى سنداً لذلك حديث الرسول ﷺ المشار له آنفاً .

* * *

● لا مانع من تنوع وسائل تنفيذ العقوبة :

يلاحظ أن هناك من يدعون أن تنفيذ الإعدام لا بد أن يكون بالسيف، لأن العمل جرى على ذلك في عهد الرسول وما بعده، لكنه يرى الالتزام بالمبدا المقرر في البند السابق، وقال صراحة: "إذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما منه فلا مانع شرعا من استخدامها".

وأضاف مثلاً لذلك المقصلة أو الكرسي الكهربائي، أو غيره "ما يفضي للموت بسهولة وإسراع، ولا يترب عليه تمثيل بالحكم عليه، ولا مضاعفة آلامه وتعذيبه".

عودة ٥١٩ هل يجوز للسلطان أن يستأثر اليوم باستيفاء القصاص: الرأى الراجح عند الفقهاء هو ألا يترك للمجنى عليه أو وليه أن يستوفى حق القصاص فيما دون النفس؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضى خبرة ودقة في المقصى وليؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك للمجنى عليه أو وليه^(١). أما القصاص في النفس فقد ترك للولي استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بالآلة صالحة، فإذا لم يكن يحسنه وكل في الاستيفاء من يحسنه، فحق الولي في الاستيفاء مقيد بإحسان الاستيفاء وباستعمال الآلة الصالحة.

ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً، أما اليوم فقل منهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقل من يوجد لديه سيف صالح للاستعمال.

وإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمصلحة والكرسي الكهربائي أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة، وأن المشنقة والمصلحة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنما في حيازة الدولة، إذا روعي هذا جميعه أمكن القول إن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولـي المجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة، وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا القصاص وألا يأذنوا إذا رأوا العفو.

٥٠ - استيفاء العقوبات عند التعدد : تختلف الشريعة القوانين الوضعية في طريقة استيفاء العقوبات عند التعدد، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شيء إلى طبيعة العقوبات في كل .

وإذا أخذنا القانون المصري مثلاً على القوانين الوضعية الحديثة، فإنه يقضي بأن تنفذ العقوبات عند التعدد على حسب درجة جسامتها، فتنفذ الأشغال الشاقة أولاً، ثم ينفذ السجن ثانياً ثم الحبس مع الشغل، ثم الحبس البسيط (م ٣٤ عقوبات) . ولا يراعى في التنفيذ ترتيب صدور العقوبات . فإذا حكم على الإنسان بالأشغال الشاقة في أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أو قف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدئ في تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

(١) المعنى ج ٩ ص ٤١٢ - المهدب ج ٢ ص ١٩٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

عودة وتنفيذ العقوبات في القانون المصري على التوالي، فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالمحكوم عليه، فتنفذ سواء إن كان المحكوم عليه مريضاً أو صحيحاً أو سقيناً أو قوياً.

وقد أورث طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام، فهي عقوبات يستغرق تنفيذها زمناً 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 وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة، وما دام من المحتمل أن يصدر على المحكوم عليه حكم آخر بالأشغال الشاقة في أثناء التنفيذ.

أما النظام المتبعة في الشريعة الإسلامية في حالة تعدد العقوبات فهو مختلف، ولكل مذهب من المذاهب الفقهية رأيه في هذه المسألة.

فمالك يرى في حالة تعدد العقوبات أن يبدأ بالتنفيذ بما هو أشد وأى: بما يمس حقوق الجماعة، ثم يقام بعد ذلك ما هو للناس أى: ما يمس حقوق الأفراد. وحججة مالك في هذا أن ما لله لا عفو فيه وما للأدميين قد يعفى عنه، فمن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يمس حقوق الأفراد. ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يتراك لولي الأمر البدء بأيهما.

ويرى أبو حيفة وأحمد تقديم ما يمس حقوق الأفراد على ما يمس حقوق الجماعة، على أن يبدأ فيما يمس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف، ثم ينفذ بعد ذلك ما يمس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره.

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها، فيقدم الأخف على الخفيف، ويقدم ما يمس حقوق الأدميين على ما يمس حقوق الجماعة، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها؛ لأنه لا يعرف بالجح.

ورأى فقهاء الشريعة في تقديم الأخف على الأشد رأى يخالف ما جاء به القانون المصرى، ولكن يتفق مع طبيعة العقوبات الشرعية. فالعقوبات الأساسية في الشريعة هى القطع والجلد والقصاص، وهى عقوبات بدنية، فاستيفاؤها يوجب البدء بأخفها حفظاً لسلامة المحكوم عليه واستبقاء لقوة احتماله ومقاومته، ولا يقدم الأشد على الأخف، إلا إذا كان الأشد يجب الأخف وفي هذا تتفق الشريعة مع القانون.

519، 520 – منع الأفراد من تنفيذ القصاص، وأولوية التنفيذ في حالة تعدد العقوبات:

بعد أن جارى أقوال الفقهاء الذى قالوا إن المجنى عليه أو ولد المجنى عليه أو المدمن يمكن أن يقوم بتنفيذ عقوبة القصاص (بشرط أن يكون تحت إشراف القاضى أو ولد المدمن أو ولد المجنى عليه أو ولد المدمن) يعود الآن ليعلن موافقته لرأينا فى عدم جواز ذلك فى زماننا .
وهذا هو نص قوله :

"يمكن القول إن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولد المجنى عليه أو المدمن من استيفاء حقه (فى القصاص) على الطريقة القديمة، وأن يترك الاستيفاء (أى تنفيذ العقوبة فعلاً) لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء (فقط) أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا تنفيذ القصاص، ولهم ألا يأذنوا إذا رأوا العفو، (وحيذراك لا يمكن تنفيذ العقوبة مطلقاً ، وهذا امتياز كبير أعطته الشريعة للمجنى عليه أو ولد المجنى عليه أو ولد المدمن ، وهذا كاف ولا يجوز أن يضاف إليه القول بأن يقوم هو بالتنفيذ...) .

وأضاف (أن رأيهم بإعطاء أولى المجنى عليهم حق تنفيذ العقوبة يكون فقط فيما يتعلق بالقتل...) ولا يطبقونه فيما هو دون النفس من عقوبات (قطع الأطراف مثلاً) .

* * *

يشير إلى خلافات عديدة بين الأئمة والمذاهب في ترتيب تنفيذ العقوبات في حالة تعددتها، ومعنى ذلك أن هذه المسألة اجتهادية في الماضي، وهي كذلك في الحاضر والمستقبل .

لذلك لا مانع لدينا من إقرار ما يشير له حالياً القانون الوضعى في مصر في هذا الصدد - على التفصيل الذى عرضه علينا - طالما أن عقوبات الحبس والسجن والأشغال الشاقة معتمدة، أما إذا غيرنا سياستنا العقابية كما قرر الفقه، ففي هذه الحالة يجب اختيار أحد المذاهب الفقهية في هذا الموضوع .

٥٦- التنفيذ على المرض والضعف والسكنان: وفقهاء الشريعة متفقون على عودة

وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التعازير إذا كان الحكم عليه مريضاً، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة؛ لأنّه كان بربما شديداً أو حراً شديداً، ولا يستثنون من ذلك إلا عقوبة القتل؛ لأنّها عقوبة مهلكة. أى: أن المقصود منها إهلاك الحكم على، أما العقوبات الأخرى التي لا يقصد منها إهلاك الحكم عليه فلا يصح أن تنفذ في ظروف تؤدي إلى الاهلاكة.

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 يضار الحكم عليه بضعفه، فإن كانت العقوبة الجلد مثلاً جلد مرة أو مرتين بسوط متعدد الفروع أو بعشكال له شاريخ بعد الأصوات أو نصفها.

ويرى الفقهاء ألا تنفذ العقوبة على السكران حتى يصحو من سكره^(١).

٥٧- التنفيذ على الحامل: عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم التنفيذ على الحامل، وحديث الغامدية قاطع في ذلك. فقد جاءت الرسول تعزف بالزنا وهي حامل قال لها عليه الصلاة والسلام: "اذهبي حتى تصعن حملك". ومثله حديث معاذ: "إن كان لك عليها سبيل، فلا سبيل لك على ما في بطنهما". والتنفيذ المتنوع على الحامل هو الذي يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرجم والجلد.

والفقهاء مجمعون على هذا المبدأ، ولكنهم مختلفون بعض الشيء في مدى تطبيقه. فيرى الشافعى ألا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملها أو ريبة من حمل حتى تضع حملها أو يتبيّن أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بعد الوضع، وإن لم يكن لولدها مرضع فيفضل الشافعى تركها أياماً حتى تجدر لولدها مرضعاً في حالة القتل.

ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق ألا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس ولو كانت العقوبة جلداً.

ويرى مالك ألا ينفذ على الحامل حتى تضع، وعَدَ النفاس مرضاناً يوجب تأخير الجلد حتى يتبيّن. وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل، وإن لم يصيروا لطفلها من يرضعه لم يتعجل عليها بالقتل.

(١) شرح فتح الدير ج ٣ ص ١٨٥ .

عوجه ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللبأ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة قتلت، ويستحب لولي القتل تأخيره للفطام، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين ثم تفطمها، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل.

٥٤٣. التنفيذ على الجنون: سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع مناسبة الكلام على مسئولية الجنون، فليس ما يدعوه لإعادة الكلام عن هذا الموضوع، ويكتفى فيه مراجعة ما سبق^(١).

٥٤٤. علنية التنفيذ: الأصل في الشريعة أن يكون التنفيذ علينا لقوله تعالى: «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» [النور: ٢] 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 أخذها عن القوانين الأوروبية، ثم عدل عن اشتراط العلانية، ولكن فرنسا لا تزال متمسكة بالعلانية.

وتتفد عقوبة القتل في الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محسن؛ وتتفد بقطع الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا على الرأى الراجح بين الفقهاء. والفقهاء مجتمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تثليل، فإذا القتل يجب أن تكون قاطعة، والجلاد يجب أن يكون خيراً بعمله، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائمهم.

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 يصاحبها أنواع مختلفة من التعذيب مختلف بحسب نوع الجريمة؛ فقاتل والده مثلاً كانت تقطع يده قبل القتل. وكان التنفيذ مختلف بحسب درجة الأشخاص؛ فالشريف يُعدم بقطع رقبته بالسيف، والعامي يُعدم شنقاً. ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع، وصدر قانون في فرنسا يسوى بين المحكوم

(١) راجع الفقرة ٤٢٨.

عوده عليهم في التنفيذ و يجعل عقوبة القتل يازهاق الروح فقط. وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد، ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المشلى لإزهاق الروح دون تعذيب. فالمشرع الفرنسي اهتدى إلى طريقة قطع الرأس، والمجرى والإنجليزى إلى طريقة الشنق، وفي إيطاليا يطلق الرصاص على الحكم عليه بالقتل، وفي بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق الحكم عليه بالكهرباء .

وتقضى الشريعة بأن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفووه كما يشاعون لقوله عليه الصلاة والسلام: "افعلوا به كما تفعلون بعوتاكم" ، فيصبح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره، ولكن لوى الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدى بالمساس بالأمن والنظام .

والقانون المصرى يقضى بتسليم الجثة لورثة القتيل على أن يكون الدفن بغیر احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنایات). كذلك يوجب القانون المصرى إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلى ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٢٦٣ من قانون تحقيق الجنایات المصرى) .

521 – 524 – وقت التنفيذ وتأجيله على الحامل والجنون وعالية التنفيذ والمساواة:

من مزايا شريعتنا ما ذكره من اتفاق فقهائنا على وجوب عدم التنفيذ على من عنده عذر يجعل التنفيذ يزيد في آلامه، ومن هذه الأعذار المرض (أيا كان) والضعف (حدوده ومقاييسه مسألة اجتهادية). بل والسكران كذلك

إنهم يرون أن اختيار وقت التنفيذ يجب أن يراعي فيه أن يكون الحكم عليه في وضع صحي عادٍ حتى لا نضاعف آلامه بسبب المرض أو الضعف. أما السكران فهدف التأجيل أن يفيق حتى يعرف معنى العقوبة وتحدث أثرها في ردعه وردع سواه.

وقد أشار إلى خلافات بين فقهائنا مما يؤكّد أن الموضوع محل اجتهداد في الماضي والحاضر والمستقبل كذلك .

* * *

إن مبدأ شخصية العقوبة من أصول الشريعة، لقوله تعالى : «ولا تزر وازرة وزر أخرى» [الأنعام: 164، الإسراء: 15، فاطر: 18، الزمر: 7]، والجبن إنسان في التكوين في بطن أمه، فتنفذ العقوبة عليها أيا كانت فيه إضرار به دون أي ذنب ينسب إليه، لذلك، يرى فقهاؤنا وجوب تأجيل تنفيذ حكم القتل على الحامل .

ورسولنا الكريم يؤكّد هذا المبدأ مراراً. وإذا كان الفقهاء يختلفون في الموعد الذي يُعدُّ فيه أن تنفيذ العقوبة لا يضر الجنين أو الطفل بعد الولادة، فذلك معناه أن تقديره موضوع للاجتهداد في جميع القرون والأجيال والظروف .

وإذا كان لنا أن نختار، فإننا نفضل رأي الإمام مالك في أنه يجب تأجيل التنفيذ حتى تضع جلها وتم الرضاعة له حولين كاملين .

* * *

سبق أن تعرّضنا لتأجيل التنفيذ على الجنون وقد أحالنا إلى البند 428 .

* * *

أشرنا إلى المبدأ الأساسي وهو أن الأصل أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل، و اختيار أداة التنفيذ والشخص الذي يقوم بالتنفيذ يراعي فيه تقليل ما يلاقيه الحكم عليه من ألم بقدر الإمكان، لأن العقوبة الجنائية ضرورة والضرورات تقدر بقدرها .

يتم التفريذ دون تعذيب أو قتيل

وهذا يكفي لتأكيد سماحة شريعتنا ومراعاتها لحقوق الإنسان حتى وإن كان مجرماً محكوماً عليه بعقوبة جنائية، ولو كانت العقوبة القتل (الإعدام).
أما علانية التفريذ التي قررها الفقه فإنه يقصد بها ردع الآخرين وتخديرهم من السير في طريق الانحراف.

الباب الخامس العوود

٥٤٥

ماقبة العود : يطلق العود اليوم في اصطلاحنا القانوني على حالة الشخص الذي يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً، أي: أن العود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائياً عليه في إحداها أو بعضها. ويتميز العود عن تعدد الجرائم بأن الجرم في حالة التعدد يرتكب جريمه الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم في جريمة سابقة عليها، أما في العود فيكون الجرم حين ارتكاب جريمه الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر.

وعود الجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن الجرم يصر على الإجرام، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردده، ومن ثم فقد كان من المعقول أن يتوجه التفكير إلى تشديد العقوبة على العائد. ولقد كانت فكرة التشديد تلقى فيما مضى مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية، أما اليوم فليس ثمة من ينماز في مشروعية (تشديد) العقاب على العود.

وشرح القوانين وإن كانوا يسلمون بالعقوبة على العود، إلا أنهم اختلفوا في تقرير المبادئ التي يقوم عليها العود. فالبعض يرى أن يكون العود خاصاً بمعنى لا يُعد الجرم عائداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الأولى أو ماثلة لها، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يُعد الجرم عائداً.

ويرى البعض أن يكون العود عاماً بحيث يُعد الجرم عائداً إذا ارتكب جريمة الثانية سواء كانت من النوع الأول أو من نوع آخر ماثلة لها أو غير ماثلة. كذلك اختلف الشرح في مدة العود، فرأى البعض أن يكون العود مؤبداً بحيث يُعد الجرم عائداً مهما مضى من الزمن على جريمه الأولى، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتاً بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يُعد الجرم عائداً إذا ارتكب جريمه الثانية.

وقد أخذ قانون العقوبات المصري بهذه المبادئ جميعاً؛ فأخذ بعدها العود العام في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤ من قانون العقوبات، وأخذ بعدها العود الخاص في الفقرة الثالثة من هذه المادة، وأخذ بنظام العود المؤيد في الفقرة الأولى من نفس المادة،

عده وبنظام العود المؤقت في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيا في كل ذلك نوع العقوبة ومدتها ونوع الجريمة .

وإذا تكرر من الجرم ارتكاب الجرائم فلا يُعد شرط القوانين الوضعية مجرد عائد، بل يُعدونه مجرماً معتاداً على الإجرام وعدواً خطراً للجماعة يجب استئصاله منها أو إبعادها عنها، وقد طبق القانون المصري هذه النظرية تطبيقاً محدوداً، فجعل عقوبة معتاد الإجرام بالإرسال محل تعينه الحكومة (إصلاحية الرجال) إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط ألا تزيد مدةبقاء الجرم في المخل الخاص على ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال (المادتان ٥٢، ٥٣ عقوبات) .

وفي إيطاليا يقضي قانون العقوبات الصادر في سنة ١٩٣٠ بوضع معتادي الإجرام ومحترفيه في محل زراعي أو صناعي لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفي فرنسا ينص القانون الصادر في ١٨٨٥ / ٥ / ٢٧ على نفي معتادي الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقاً محدوداً 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 والاعتراض على الإجرام تَعَدُّ من أحدث المبادئ في هذه القوانين .

٦٥ـ الشريعة والعمور: وقد يدهش القارئ أن يعلم أن هذه المبادئ المستحدثة في القوانين الوضعية هي نفس المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية للعود ولمنتادي الإجرام منذ ثلاثة عشر قرناً، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حداثتها لم تطبق بعد المبادئ الشرعية على إطلاقها .

ومن المنافق عليه في الشريعة أن يعقوب الجرم بالعقوبة المقررة للجريمة، فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة، فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده في الحبس. واختيار إحدى العقوبتين متروك لولي الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة. ومن الأمثلة على ذلك اللواطة لغير المحسن.

عده

فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشاعة جريته ولما تؤدى إليه من التقليد وإفساد الأخلاق والتخت.

والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتياد بتخليده في الحبس حتى يموت أو تظهر توبته . وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقه، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص، كما أفهم لم يفرقوا بين العود الأبدى والعود المؤقت، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاماً وخاصاً وأبداً ومؤقتاً، والأمر في ذلك متروك لولي الأمر يضع من القواعد ما يراه محققاً للمصلحة العامة .

وهذه هي قواعد العود في الشريعة، وتلك قواعد العود في القوانين الوضعية، ولا فرق بينهما إلا أن الشريعة لم تطبق منذ زمن طويل فجهل الناس كل شيء عنها، أما القوانين الوضعية فتطبق باستمرار ويعرفها أكثر الناس معرفة جيدة .

وقد يكفي الشريعة امتيازاً أن قواعدها التي وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً تتفق تماماً مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية، ولكن الشريعة في الواقع تمتاز على القوانين الوضعية بأنها تعاقب معادى الإجرام ومحترفه بالقتل وبالتخليد في السجن، وهو العقوبتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة نفوس شراح القوانين الوضعية، وعلى الأخص أصحاب نظريتي تدابير الأمن mesure de surete وطرق الاستئصال procede d`elimination، فهو لا يرون أن يستأصل معناد الإجرام من الجماعة، أو أن يحبس حبساً غير محدد المدة بحيث يكفي شره عن الجماعة، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه الآراء على إطلاقها، واكتفت، بالأخذ بنظرية الحبس غير المحدد المدة بعد أن وضعت على هذه النظرية من القيود ما يجعل الحبس في النهاية حبساً محدد المدة كما يبينا في الأمثلة التي ذكرناها عن القوانين المصرية والإيطالي والفرنسي .

وهكذا يعين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في تنظيم العود وتقرير قواعده، ولا تزال سابقة هذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذي ينادي به شراح القوانين أنفسهم .

525 – موازنة الشريعة والقانون الوضعي في موضوع معتادى الجرائم الخطيرة:

بعد أن عرض أحکام "العوْد" في القانون المصري وبعض القوانين الأخرى، أكد أن المبادئ المستحدثة في تلك القوانين قد سبق للشريعة الإسلامية أن أقرّها قبل ذلك بقرون عديدة، لأنها تحيّز تشديد العقاب على الجرم إذا عاد لارتكاب جريمته بعد الحكم عليه في جريمة أخرى. وباب التشديد في التعازير مفتوح لأن القاضي له الحق في اختيار العقوبة المناسبة دون تقيد بنص كما هو الحال في القوانين الوضعية، ولذلك نرى أنه في حالة تقديم التعازير فلا بد من أن يوجد نص يحيّز التشديد أو يوجبه. أما الحدود فإن منها عقوبات قصوى مقدرة، ولا يمكن الزيادة عليها إلا بتدابير الوقاية .
ويهمنا هنا أنه وصف التدابير التي تُتَّخَذ ضد الجرم المعتاد للجرائم في القوانين الوضعية بأنها في العصر الحديث تدخل ضمن "تدابير الوقاية" التي تصل إلى حد جواز اتخاذ إجراءات لاستئصال الجرم في بعض النظريات الوضعية، وأن الشريعة قد أجازت الحبس غير محدد المدة لهذا الغرض ... لكن من المؤكد أن مثل هذه "التدابير الخطيرة إذا أجزناها لا يمكن تقريرها في فقهنا ولا تقديمها إلا في إطار ضوابط عديدة، أهمها أن يكون للقضاء وحده الأمر بها وألا يفتح للجهات الإدارية باباً لاستغلالها لأغراض بعيدة عن العدالة

قال إن فقهنا ذهب إلى حد إجازة استئصال من اعتاد الإجرام إما بقتله، وإما بكف شره عن الناس بتخليله في الحبس، وهو ما لم يمكن أن يقره .

ورأى أن الاختيار بين الأمرين متroxك لولي الأمر، وذكر أن بعض الجرائم بالذات (مثل اللواطة، أي الشذوذ الجنسي) يمكن قتل من اعتادها إذا لم تردعه العقوبة العادلة، ويعمل قتله بشناعة الجريمة ولما تؤدي إليه من فساد الأخلاق .

إذا قارنا هذه بما وصلت إليه بعض الشعوب "المتقدمة" التي تروج فيها الدعوة لإباحة الشذوذ الجنسي حتى وصل الأمر لوضع تشريعات لإجازة "الزواج" بين الشوادع والاعتراف بوجود أسرة من رجلين شاذين أو امرأتين تمارسان السحاق ، ومحاولة بعض الدول الكبرى فرض هذه "الأخلاقيات" على جميع شعوب العالم ، فإننا نرى أن وصولنا إلى إعادة "القيم الأخلاقية" التي تقرّها شريعتنا سوف يحتاج إلى جهد كبير لمقاومة تيار الانحرافات "العصيرية" .

الأمر يحتاج إلى جهد كبير لمقاومة تيار الانحرافات "العصرية" :

* * *

ونلاحظ أنه اكتفى بأن وصف الاتجاه في الفقه لاستئصال معنادى الإجرام بالقول
أنه "متافق عليه" دون أن يشير إلى المراجع التي استعان بها حتى يمكننا التعليق عليها.
ولذلك، فإن لنا تحفظاً عليه .

الباب السادس

سقوط العقوبة

٥٧- **أسباب سقوط العقوبة :** تسقط العقوبات في الشريعة بأسباب مختلفة، ولكن ليس في هذه الأسباب ما يُعد سببا عاما مسقطا 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) توبة الجاني.
- (٤) الصلح.
- (٥) العفو.
- (٦) إرث القصاص.
- (٧) التقادم.

٥٨- **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 الديمة في ماله أو لا يوجبه. فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الديمة في مال القاتل؛ لأن القصاص عندهما واجب عينا، والديمة في رأيهما لاتجب بدلا من القصاص إلا برضاه الجاني، فإذا مات الجاني، سقط الواجب وهو القصاص، ولم تجب الديمة؛ لأن الجاني لم يوجبه على نفسه. ويستوى أن يكون الموت بأفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام الموت بحق، فإذا مات الجاني بمرض أو قتل في قصاص لشخص آخر أو قتل لزنا أو ردة، ففي كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الديمة بدلا منها.

أما إذا قتل الجاني ظلما، فيرى مالك، أن القصاص لأولياء المقتول الأول. فمن قتل رجلا فعدا عليه أجنبى فقتله عمدا فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثاني:

عوده

ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلى وليكم في القتل أو العفو، فإن لم يرضوهم فلأولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه، وله ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الديمة أو أكثر منها، وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول^(١). ويسمى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق، فكلاهما يسقط حتى القصاص سقوطا مطلقا ولا يوجب الديمة في مال الجاني ولا في مال غيره إذا جنى عليه^(٢). ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص في كل الأحوال سواء أكان الموت بحق أم بغير حق، ولكنه يؤدى إلى وجوب الديمة في مال الجاني؛ لأن الواجب بالقتل عندهما أحد شعين غير عين القصاص والديمة، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجوب الآخر؛ ولأن ما ضمن بسبعين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر^(٣).

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المثل الآتى : إذا قتل زيد عليا فإن لأولياء علي حق القصاص على زيد، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقا لرأى مالك وأبي حنيفة، ولأوليائه الديمة في مال زيد طبقا لرأى الشافعى وأحمد. فإذا كان موت زيد راجعا إلى أن خالد قتله عمدا أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء علي في رأى أبي حنيفة. أما طبقا لرأى مالك فحق القصاص يتقل إلى خالد ولأولياء علي أن يقتصوا منه في حالة العمد، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من خالد إلا إذا أرضوا أولياء علي، وفي حالة الخطأ يدفع خالد دية زيد لأولياء علي . وطبقا لرأى الشافعى وأحمد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء علي الديمة في مال زيد .

٥٩- فوات محل القصاص : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون النفس. ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجان حيا، ففوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط، والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو الماثل خل الجنابة، فإذا فات محل القصاص سقط القصاص؛ لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله .

(١) موهاب الجليل ج ٧ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢٠١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

عوده

إذا سقط القصاص بحق لم يجب للمجنى عليه شيء عند مالك، لأن حق المجنى عليه في القصاص عيني فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجنى 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 هو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بأفة أو مرض أو ظلماً، وبين فواته بحق كثتفيد عقوبة أو استيفاء قصاص. وفي الحالة الأولى يرى أن المجنى عليه لا يجب له شيء بفوات محل القصاص، أما في الحالة الثانية فيرى أن المجنى عليه يجب له الديمة بدلاً من القصاص؛ لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقاً مستحقاً عليه^(٢).

ويرى الشافعى وأحمد أن للمجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الديمة أياً كان سبب ذهاب محل القصاص، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئاً غير عين القصاص والديمة، فإذا ذهب محل القصاص تعينت الديمة موجباً.

(١) مواهب الملليل ج ٦ ص ٢١٣ - شرح الدردير ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) بداع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٩٨ .

بعد أن تكلم عن استيفاء العقوبة - أي تنفيذها - تعرض للأسباب التي تؤدي إلى سقوطها بغير تنفيذ، وسوف نستعرضها بالترتيب الذي اختاره وأولها وفاة المحكوم عليه الذي يمكن عدده سبباً يديها للسقوط.

* * *

وعلى الرغم من أنه يظهر لأول وهلة أن الموت سبب عام لسقوط العقوبات جميعها، فإن الفقهاء لديهم خلاف ينصب على العقوبات المالية وجواز استيفائها من التركة بعد الوفاة بصفتها دينا. ولذلك، يفرقون بين نوعين من العقوبات:

- أ - العقوبات المتعلقة بالشخص مثل الإعدام (القتل) أو القطع قصاصاً أو الجلد أو الحبس، فهي تسقط حتماً بلا نزاع، لأنها لا يمكن تنفيذها على من مات.
- ب - العقوبات ذات الصفة المالية (الكالدية والغرامة والمصادرة) وهي تتعلق بذمة الشخص أو ماله الذي يبقى تركة بعد وفاته، فيمكن بعد الوفاة أن تنفذ على ماله أى تركته (إن وجدت) بصفتها دينا، والقاعدة أنه لا ترثة (للورثة) إلا بعد سداد الديون.

* * *

وقد عالج بعض المشكلات التي أثارت خلافات عديدة وأراء مختلفة في الفقه، وأهم هذه المشكلات العلاقة بين القصاص والديمة كعقوبة بديلة عنه . لا شك في أن القصاص يسقط بوفاة المدوم عليه قبل التنفيذ، إذ لا يمكن تنفيذه. لكن المشكلة هي: هل تجب عليه الديمة بوصفها بديلة عن القصاص، خصوصا في حالة تنازل الجني عليه عن المطالبة بالقصاص ؟ فيرى البعض (مالك وأبو حنيفة) أن سقوط القصاص بالوفاة لا يترتب عليه استيفاء الديمة من تركته، سواء كان الموت قدرأ أو بحق، أم لا . أما الإمام مالك، فيذهب إلى أبعد من ذلك، إذ يقول : "إنه إذا كان قد مات ظلما، واستحق ولد دمه لذلك دية بسبب جريمة قتله، فإن الجنى عليه الأول يكون

وهي مقدمة في تفصيل طوبى يراجع فى المدى .
وهناك رأى نرجحه (قاله الشافعى) وهو أن سقوط عقوبة القصاص لأى سبب
من الأسباب يوجب تحصيل الديه من ماله لأنها دين مستحق تكون واجبة عندما
يتعذر القصاص .

الخلاف حول وجوب الدية في تركة الجاني عند وفاته :

وإذا لم يكن القصاص لعدم وجود العضو المماثل للعضو الذي أتلفه الجاني (ذراعه مقطوعة أو عين مقلوبة ..) فالحكم هنا مثل الحكم في حالة القصاص في النفس إذا مات المحكوم عليه باتفاق، لكن الخلاف هو: هل يجب أخذ "الأرش" من تركته؟ وهنا اختلف الفقهاء كما هو الحال في الصورة السابقة للدية في القتل .

٥٣٠ - توبه الجاني : من المتفق عليه في الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحرابة المقررة جزاء على الأفعال التي تمس حقوق الجماعة ، وذلك لقوله جل شأنه : «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» [المائدة: ٣٤]. فالحارب 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 الفقهاء اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة إذا حدثت التوبة قبل القدرة على الحارب، فإنهم قد اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة، وله في ذلك ثلاثة نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على العدول عن الجريمة فلا داعي لذكرها هنا ^(١).

٥٣١. الصلع : الصلع سبب من أسباب سقوط العقوبة، ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية، أما ما عداها من العقوبات فلا أثر للصلع عليها .
ولا خلاف بين الفقهاء في أن القصاص يسقط بالصلع، ويصح أن يكون الصلع عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها .

والالأصل في الصلع السنة والإجماع. فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول، فإن شادوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية، وما صولحوا عليه فهو لهم". وفي عهد معاوية قتل هدية بن خشرم قتيلاً؛ فبدل سعيد ابن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليغفو عنه فأبي ذلك وقتلها ^(٢).

ولما كان القصاص ليس مالاً؛ جاز الصلع عنه بما يمكن أن يتحقق عليه الفريغان، لأنه صلح عما لا يجري فيه الربا، فأشبه الصلع على العروض فيصح أن يكون بدل الصلح قليلاً أو كثيراً من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالاً أو مؤجلاً .

أما إذا كان الصلع على الدية وليس على القصاص، فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية؛ لأن ذلك يُعَدُّ ربا، فمثلاً لا يصلح الصلع على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل، لأن الدية مائة من الإبل فقط؛ وأن الزيادة ربا .

(١) راجع الفقرة ٢٥٣ .

(٢) المغني ج ٩ ص ٤٧٧ .

عودة

٥٣٦ - العفو : العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة، وهو إما أن يكون من المجنى عليه أو وليه، وإما أن يكون من ولـي الأمر، ولكن العفو ليس على أي حال سببا عاما لإسقاط العقوبة، وإنما هو سبب خاص يسقط 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:

٥٣٧ - جرائم الحدود والعفو : ليس للعفو أي أثر على الجرائم التي تجب فيها عقوبات الحدود، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان العفو من المجنى عليه أو من ولـي الأمر . فالعقوبة في هذه الجرائم لازمة متحتمة، ويغير الفقهاء عنها بأنما حق الله تعالى؛ لأن ما كان حق الله امتنع العفو فيه أو إسقاطه^(١).

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهدرًا فيما وجب فيه الحد، فإن وجب الحد في نفسه أهدرت نفسه، وإن وجب في طرفه أهدر طرفه^(٢).

٥٣٨ - العفو في جرائم القصاص والديمة: تحييز الشريعة للمجنى عليه أو ولـي دمه أن يعفو عن عقوبة القصاص والديمة^(٣) دون غيرهما من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والديمة، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفاررة، ولا يؤثر عفوه على حق ولـي الأمر في تعزير الجاني بعد العفو عنه.

وليس ولـي الأمر أن يعفو في جرائم القصاص والديمة عن العقوبات المقدرة كالقصاص والكفاررة، ولكن له أن يعفو عن أي عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجاني وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه في العفو مقصور كحق ولـي الأمر على العفو عن العقوبة فقط، وليس لأيـهما العفو عن الجريمة. فإذا عفا أحدـهما عن الجريمة انصرف عفوه إلى

(١) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد، جاز ولـي الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها، وإذا امتنع الحـد في جريمة من جرائم الحـدود وعوقب عليها بالتعزير فليس ولـي الأمر العـفو عن العـقوبة على الرأـي الراجـح .

(٢) راجـع الفقرـة ٣٧٥ وما بـعـدهـا.

(٣) المقصود من الـديـمة معـناـها الأعمـ فـتـشـمـلـ الـديـمةـ والأـرـشـ والـحـكـرـمـةـ .

عوذه العقوبة في الحدود التي بينها، والعلة في منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح

للمجني عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجاني، وفي هذا خطر شديد على الجماعة؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساساً بالمجني عليه، ولو سمح لولي الأمر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجني عليه في القصاص والدية .

والأصل في حق المجني عليه أو وليه في العفو الكتاب والسنة، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق في سياق قوله تعالى: «إِيَّاهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْفَتْلِي»، حيث قال : «فَمَنْ عَفَّ عَنْهُ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعُ الْمَعْرُوفِ وَإِذَا إِلَيْهِ يَأْتِيْنَ» [البقرة: ١٧٩] . وفي سياق قوله تعالى : «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ»، حيث قال : «فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَارَةٌ لَهُ» [المائدة: ٤٥] . وأما السنة فإن أنس بن مالك قال: "مارأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو" .

والعفو عن القصاص عند الشافعى وأحمد هو التنازل عن القصاص مجاناً أو على الدية، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجاناً فهو عاف، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف^(١).

والعفو عند مالك وأبو حنيفة هو إسقاط القصاص مجاناً، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا وإنما هو صلح؛ لأن الجاني لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها^(٢). ويعدُّ مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صلحاً لا عفواً؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عيناً؛ وأن الدية لا تجب عندهما إلا بضراء الجاني. وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضا الطرفين فهو صلح لا عفو. أما الشافعى وأحمد فيعدان العفو عن القصاص على الدية عفواً لا صلحاً؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئاً غير عين القصاص والدية، والخيار للمجني عليه أو ولية دون الحاجة لرضا الجاني. ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطاً محضاً لا مقابل له، وتركا للأكثر وأخذنا للأقل، فهو عفو، لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر. وكما يجوز العفو عن القصاص، يجوز أيضاً العفو عن الدية سواءً كانت الدية هي العقوبة الأصلية كما في القتل الخطأ أو كانت حالة محل القصاص.

(١) المهدى ج ٢ ص ٢٠١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدرديرى ج ٤ ص ٢٣ - الزيلمى ج ٦ ص ١٠٧، ١٠٨ - البحر الرائق ج ٨ ص ١، ٣٠١ .

٥٣٥ - المعمور في جرائم التعازير من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولي 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 لولي الأمر حق العفو في كل جرائم التعازير أو في بعضها دون البعض الآخر.

فرأى البعض أن ليس لولي 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 عدتها من الجرائم، فلولي الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة في ذلك بعد نفسه^(١).

ورأى البعض أن لولي الأمر في كل الجرائم المعقاب عليها بالتعزير أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان في ذلك مصلحة^(٢). ورأى الفريق الأول أقرب إلى منطق الشريعة في جرائم الحدود وجرائم القصاص.

وللمجنى عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما في الضرب والشتم، ولكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجائع وتقويمه، فإذا عفا الجني عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية^(٣).

وإذا عفا وللي الأمر في جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة، فإن عفوه لا يؤثر بأي حال على حقوق المجنى عليه^(٤).

وقد سبق أن تكلمنا عن العفو عناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا^(٥).

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢، ٢١٣ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٩ - أسفى المطالب ج ٤ ص ١٦٢، ١٦٣ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ - الإقفال ج ٤ ص ٢٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ - أسفى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٥) راجع الفقرة ٤٠٣ .

530 - 535 – العفو عن العقوبة بسبب التوبة، أو التصالح، أو التسامح :

هذه الحالات الثلاث يجمعها أنها صور ثلاث من العفو عن العقوبة، لأنها تغنى عنها بسبب تحقق الهدف الإصلاحى الذى شرعت من أجله، وهو إصلاح الجانى ورجوعه عن المعصية .

فالتبوية أوسع صور التصالح مع الشارع الحكيم، وقد أوجبته شريعتنا على كل من زلت قدمه من بني آدم، لكي يتوب الله عليه ويغفر ذنبه، اقتداء بأبينا آدم الذى كان أول من عصا وتاب فعفا الله عنه قبل توبته، وأمرنا جميعا بالاقتداء به، ووعدنا بالاستجابة في آيات عديدة من القرآن الكريم وأحاديث نبوية شريفة، فمن تاب من ذنبه وندم عليه وعقد عزمه على ترك المعصية في الحال والاستقبال فقد أطاع أمر الله؛ وطاعته سبحانه هي أولى الحسنات التي تذهب السيئات، مصداق القول المأثور الذى نسمعه يوميا من الخطباء والواعظين: كل بني آدم خطاء وخير الخطائين التوابون.

فشرعيتنا تعلمنا أننا لسنا ملائكة، بل إن فطرتنا كثيرة ما تدفعنا إلى المعاصي لكي نغسل ذنوبها بالتوبة والندم على ما ارتكبنا. ومن لطف الله بنا ورحمته وكرمه أن وعدنا بقبول التوبة إذا صحت واستوفت شروطها، التي أفضى الغزالى في تفصيل أركانها⁽¹⁾ .

وقبول التوبة له أثر قضائى ودنيوى، هو عفو المجتمع عن العقوبة المقررة للعصبية التي ارتكبها النائب. أما الأثر الأخروى، فقد وعدنا الله بأن يمحو الجريمة ذاكراً بل ييدلها حسنة.

وقد فصلنا من قبل أثر التوبة في سقوط العقوبات المختلفة، فتحيل إليه كما أحال فقيهنا .

والتصالح الثاني الذى تكلم عنه فقيهنا، هو تصالح الجانى مع المجنى عليه إذا كان حيا، أو مع ولد الميت في حال وفاته، ويترتب عليه سقوط عقوبة القصاص، معبقاء حق المجتمع في اتخاذ ما يلزم من تدابير التعازير المناسبة .

وقد أشار فقيهنا إلى عفو من سماه ولـى الأمر عن عقوبة التعزير. وقد سبق أن أشرنا مرارا إلى أننا نُعدُّ القضاء وحده هو ولـى الأمر في هذا الصدد.

⁽¹⁾ يراجع الجزء الرابع من كتابه "إحياء علوم الدين" .

الحدود حق الله والتوبة تسقطها بوصفها صلحا مع الله سبحانه :

وقد صرخ القرآن بأثر التوبة بالنسبة لجريمة الحرابة .

فيما يختص "الحرابة" فإن النص القرآني صريح على أن التوبة قبل القدرة تمنع عقوبة الحرابة [المائدة : 34]. أما الجرائم الأخرى، ففيها مذاهب مختلفة يرجع إليها في الموضع المشار إليها .

وموضوع التوبة أوسع من ذلك، ويستحق أن يكون أساسا لأحكام عديدة لاتجاه الشريعة للتشجيع عليها.

هناك إجماع على جواز الصلح الذي يتضمن تنازل المجنى عليه (أو ولد الدم) عن المطالبة بعقوبة القصاص أو الديمة. والاتفاق على التنازل عن القصاص يجوز أن يكون بمقابل مالي، دون حدود أو قيود على المبلغ المتفق عليه .

إلا أنه في حالة الصلح عن الديمة يرون ألا يجوز أن يكون المقابل أكثر من الديمة، بحججة أن الزيادة تكون ربا. ولنا رأى في ذلك هو: أن الديمة كما قلنا من قبل هي الحد الأدنى للتعويض عن الجريمة، وقد سبق أن قلنا إن من حق المجنى عليه أن يطالب بتعويض عن الضرر الرائد عن الديمة، ولا نرى أن ذلك يكون ربا إذا كان تعويضا عن ضرر وقع فعلا في نظرنا.

* * *

قال إن الحدود **تُعَدُّ** حقا لله تعالى، ولذلك، فإنه يرى أنه لا يجوز لأحد أن يغفو عنها سواء كان مجنيا عليه أو ولد الأمر الممثل للجماعة، ويرى أن هذا المبدأ من خصائص عقوبات الحدود. ونحن نضيف أن التوبة هي الصلح مع الله سبحانه، لذلك يترتب عليها سقوط الحدود. أما القصاص فيجوز للمجنى عليه أو ولد الدم أن يغفو عنه.

وقد سبق أن أبدينا الرأى بأن التعازير هي الأصل في العقاب، وأنها أيضا من حقوق الله مثل الحدود، لكن في حالة التوبة تسقط التعازير العقابية وتبقى التدابير الإصلاحية والتربيوية .

ورأينا هو أن العفو يملكه القضاء في الحالات التي يجوز فيها العفو كلها، وأولها التوبة، وأن يقرر ذلك مع ملاحظة أن الحدود (بما فيها القصاص) يجب ألا يشملها العفو إلا لأسباب مهمة تبرر ذلك في نظر القضاء مثل التوبة الصادقة التي تدخل بذلك في نطاق الشبهات التي تدرأ الحدود جميعا .

التعازير يجوز فيها العفو ، والخلاف فيمن له هذا الحق :

وإذا كان هناك اعتراف على هذا الرأي بأنه يتعارض مع ما هو معروف في السنة النبوية في هذا الصدد ... فإننا لا نستطيع تجاوز أحكام السنة متى تأكّدت صحتها .

أما الكلام عن العفو في القصاص والديمة، فإنه مؤكّد، لكن العفو المقصود هنا لا يكون عن الجريمة ولا عن العقوبة التعزيرية، وإنما هو عفو عن عقوبة معينة فقط هي القصاص أو الديمة، وهنا يميز المشرع بين القصاص وغيره من العقوبات على أساس أن التعزير يحل محله دائمًا وكذلك الديمة في بعض الأحوال .

للمجني عليه أن يعفو عن القصاص، ولو كان صلحاً مقابل مال كما بینا من قبل، والفقهاء يميزون بين الصلح والعفو لأن العفو قرار بإرادة منفردة (هي إرادة المجني عليه أو ولی دمه)، أما الصلح فهو عقد ينشئ التزامات على الطرفين، ويختضع لأحكام هذا النوع من العقود المزمرة للطرفين .

الكافرة إجراء تعبدی كما قدمنا، ولذلك لا محل للإعفاء منها ولا العفو عنها .

يرى فقيهنا أن ولی الأمر له حق العفو في التعازير العقابية على أنه ينوب عن الجماعة ويعمل باسمها وأن التعزير حق للجماعة، أما الحدود فهي حق الله، ونحن نعتقد أن حقوق الجماعة تُعدّ من حقوق الله .

وعلى العموم، فإنني أرى أن الذى يمكن أن ينوب عن الجماعة في العفو⁽¹⁾ عن التعازير هو الاجتهداد (في حالة التقنين) أو القضاء وليس صاحب السلطة التنفيذية، لأن اختصاصهم هو تنفيذ الأحكام لا العفو عنها .

وقد أكتفى فقيهنا في معالجة ذلك بالقول بأنه يجب ألا يستعمل ولی الأمر حق العفو إلا "بعد مجانية هوی نفسه" ولا بد في نظرنا من ضمانة لذلك، وهي أن يكون قراره تنفيذاً لما يقرره أهل الاجتهداد أو القضاء .

ويلاحظ أن حق المجني عليه (أو من أصابه ضرر) في التعويض المدني لا يتأثر بالعفو الصادر عن العقوبة في جميع الأحوال، لأن حق خاص لا يتنازل عنه إلا صاحبه .

لاحظنا أن السيد الصدر في تعليقه على البند (51) فيما سبق، يفرق بين نوعين من المعاصي التي تستوجب التعزير، وأن النوع الأول هو ارتكاب فعل محظى بنص شرعى

(1) يراجع مزيد من التفصيل في موضوع العفو البند 202 وما بعده ...

﴿أولياء الأمر في التشريع والقضاء هم أهل الاجتهاد ومنهم القضاة المجتهدون﴾

(تكليفي) مثل الربا والغش والرشوة، وهذا النوع لا يجوز لولي الأمر أن يعفو عنها. أما النوع الثاني الذي وصفه بأنه مخالفة أمر صادر من ولي الأمر (الشرعى في حدود اختصاصه) فإنه يجوز لولي الأمر العفو عنه.

لكننا لا نوافقه في القول بأن ولي الأمر هو من سماه (رئيس الدولة الإسلامية)، لأن هذا معناه الاعتراف بشرعية القوانين الوضعية التي يصدرها رؤساء الدول غير الشرعيين ومفتصبو الولاية بالقوة والقهر. ونرى أن اصطلاح أولياء الأمر يشمل كل من يتولى سلطة شرعية، وفي حدود ولايته الشرعية فقط، مع ملاحظة أن ولاية التقنين والتعزير هي في الأصل لأهل الاجتهاد والفقه وليس لها رئيس الدولة الذي لا حق له في ممارسة أي سلطة تتجاوز ما منحه البيعة الحرة التي قلنا إن شروطها هي نصوص الدستور الذي يقسم رئيس الدولة الشرعى على احترامه والالتزام به .

أثر التوبية في الجرائم الجنائية

للمستشار الدكتور : شكري الدقاد

مقدمة :

إذا كان للجريمة - كمناط للتأثيم - ركنان قانونيان لا تقوم إلا بهما، وهم الركنان المادي والمعنوي، فإن للتوبية أيضا - كمناط للإعفاء أو سبب للتخفيف من العقاب - ركنان لا تقوم إلا بهما، وهم الركنان المادي والمعنوي .
ويتمثل الركن المعنوي في الندم، والعزم على الكف عن مخالفه القانون، وعدم العودة إلى السلوك الإجرامي مرة أخرى .
ويتمثل الركن المادي في سلوك سلبي وهو الامتناع عن السلوك الإجرامي، وسلوك إيجابي وهو إعادة الحقوق المغتصبة إلى أصحابها .

أدلة التوبة ومظاهرها :

للتوبية أدلة ومظاهر تدل على صدقها وجديتها. من هذه الأدلة :
أ- الاعتراف طوعية لدى السلطات المختصة دون ضغط أو إكراه أو شبها
قوية .

ب- العمل على إرشاد السلطات المختصة إلى الشراكاء في الجريمة .

أثر التوبية في القوانين الوضعية :

متى توافرت أركان التوبة على نحو ما سلف، فإنها تنتج أثراها كظرف من ظروف التخفيف التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وهي تبدو في صورة دفع موضوعي أمام سلطة التحقيق أو أمام قاضي الموضوع، ويكون لأي منهما تقدير مدى جدية هذا الدفع بعده مسألة موضوعية مستقلة بتقديرها، ومن ثم فيجوز للمحقق أن يأمر بحفظ الأوراق أو لقاضي الموضوع عدّها من الظروف المخففة أو الحكم بإعفاء المتهم من العقاب إذا وجد نص صريح بذلك بشرط أن يستند القرار أو الحكم إلى أسباب سائغة .

وقد أخذ كثير من القوانين بهذه القرينة لاغفاء الجرميين من العقاب في حالات معينة وبشروط محددة بحسبان أن ذلك المسلك يُعد دليلاً صادقاً وجدياً على حسن توبه الجرميين، لا سيما في جرائم الرشوة والإرهاب .

أثر التوبة على العقاب في الشريعة الإسلامية :

أولاً : أثر التوبة في عقوبات الحدود :

الحد هو العقوبة المقدرة حفاظاً لله تعالى . ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة بنص شرعي . ومعنى أنها حق الله تعالى أن المصلحة العامة توجب فرض هذه العقوبة بالذات من أجل دفع الفساد عن الناس وتحقيق الأمن والسلامة لهم .

والجرائم التي فرضت فيها عقوبات حدية، عددها سبع جرائم، هي : الحرابة - الزنا - القذف - السرقة - الشرب - الربدة - البغي .. وجرى كثيرون على وصف هذه الجرائم بأنها حدود، وعقوباتها تسمى حدوداً أيضاً .

وبالنسبة لأثر التوبة على تلك الحدود، فقد أجمع أئمة الفقه الإسلامي على أن التوبة تُسقط العقاب بالنسبة لجريمة الحرابة بشرط حدوثها قبل القدرة على الجاني، أي قبل القبض عليه بواسطة السلطة المختصة، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِيرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: 34].

ولكن الخلاف ثار بينهم بالنسبة لباقي جرائم الحدود الأخرى، وما إذا كانت توبه الجاني تُسقط عنه عقوبة هذه الجرائم أيضاً أسوة بالحرابة - أم لا؟ ..

ونحن نكتفي بتأييد الرأي الذي ذهب إليه الفقيه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهو من المخابلة، وذلك للدلالة السائفة التي ساقها لتأييد رأيهما، وموجزها أن العقوبة الحدية تُقصد بها التطهير من المعصية وأن التوبة تطهّر من المعصية أيضاً، ومن ثم فإنما تُسقط العقوبة الحدية في جرائم الحدود . فمن تاب من هذه الجرائم سقطت عقوبته، إلا إذا اختار الجاني أن يُعاقب رغبة منه في التطهير، وفي هذه الحالة يُقام عليه الحد برغم توبته بناءً على طلبه .

وتؤكدنا لاقتناعنا بهذا الرأي، فإننا نسوق المزيد من الأدلة والحجج تدعينا له وذلك كما يلي :

١- أن التوبة المخلصة قوامها الاختيار الحر الذي لا يشوبه إكراه أو إجبار أو يأس من النجاة من الواقع في أيدي السلطة العامة. ذلك، لأن التوبة الصادقة تخرج من الضمير رغبة في التطهير والتخلص نهائياً عن أي مسلك إجرامي. ومن ثم، فإذا أعلن الجاني توبته قبل القدرة عليه، فإن ذلك يُعدُّ منه دليلاً قاطعاً على عزمه المخلص على عدم العودة إلى الجريمة مرة أخرى.

أما إذا جاءت التوبة نتيجة اضطرار الجاني للدرء العقاب عن نفسه بعد أن حاصرته الأدلة من كل جانب، وأصبح قاب قوسين أو أدنى من القبض عليه أو توجيه الاتهام إليه - فإن توبته في هذه الحالة لا يجوز الأخذ بها كسبب مسقط للعقاب، وإن كان يمكن الاعتداد بها كعذر مخفف حسب كل حالة على حدة، وحسب مقتضيات الحال.

٢- أن فلسفة التوبة - كعذر مرفوع من العقاب - تكمن في رغبة الجاني الصادقة في نبذ الجريمة. وتصل التوبة في صدقها إلى أبعد مدى، إذا ما طلب الجاني من السلطة العامة معاقبته على ما اقترفه من جرائم الحدود، رغبة منه في التطهير من ذنبه، وأن يبعث يوم القيمة طاهراً بعد توقع العقاب عليه في الدنيا. ولا غرابة في ذلك، فلقد ذهب الفيلسوف الألماني "هيجل" إلى أن "العقاب هو حق للجاني كما هو حق للسلطة"، بمعنى أن الجاني من حقه أن يطلب من السلطة العامة أن توقع عليه العقاب تطهيراً له.

٣- أن العلة في إسقاط العقاب (الحدى) عن الجاني الذي أعلن التوبة قبل القدرة عليه في جريمة الحرابة، هي نفسها العلة في باقي جرائم الحدود الأخرى، وهي مكافأته على نبذه للجريمة وعزمه الخالص على عدم العودة إلى السلوك الإجرامي مرة أخرى، لا سيما أن القرآن الكريم يزخر بكثير من الآيات التي تشجع على التوبة وتبشر التائبين بالغفرة والنجاة من العذاب.

٤- في بعض جرائم الحدود الأخرى، كالردة والبغى، نجد أن الجمهور يرى أن التوبة لها أثرها في إسقاط العقاب عن الجاني، حتى بعد القدرة عليه. ففي جريمة الردة لا يعاقب الجاني قبل استتابته، أي دعوته وحثه على التوبة والعودة إلى الله. وكذلك في جريمة البغي، لا يجوز قتل الأسرى من البغاء إذا أعلنا الندم والعودة إلى طاعة

الإمام والأنصوات تحت لوائه .. فإذا كانت التوبة في هاتين الجرائمتين - وهما من جرائم الحدود - تسقط عن الجاني العقاب (الحدي) بعد وقوع الجريمة بل والقدرة عليه، فإن التوبة تُسقط العقاب في باقي جرائم الحدود في رأينا، إذا أعلن الجاني توبته وأقر بذنبه قبل القدرة عليه من باب أولى.

٥- إن اشتراط تعدد الإقرارات في جريمة الزنا لتوقيع الحد على الجاني هي في حقيقتها رخصة منحها الشارع للثائرين دون غيرهم بحيث لا يستفيد منه سواهم من الزناة. فإذا أراد الجاني الاستفادة من هذه الرخصة، سقط عنه العقاب (الحدي) إذا رجع عن إقراره (الأول أو الثاني أو الثالث)، ولا يوقع عليه الحد إلا إذا أصرَّ على التطهير يا صراحته على إقراره أربع مرات في مجالس متفرقة، وتوقيع الحد فيه في هذه الحالة يُعدُّ تطهيرًا بناءً على طلبه وليس عقاباً.

والدليل على ذلك أن ماعزا والمغامدة كليهما جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثائرين ياقرارهما بالذنب دون أي دليل تام ضدهما، ودون إجبار أو إكراه على الاعتراف. ولقد عرف المصطفى ذلك، فأعطاهما رخصة الرجوع عن الإقرار لعلميه بصدق توبتهما، ولكنهما ذهبا إلى أبعد مدى في الإخلاص في التوبة بأن أحدهما على الرسول أن يظهرهما بتوجيه الحد عليهم، فكان لهما ما أرادا. ولقد قام الرسول صلى الله عليه وسلم بالصلوة عليهم بعد أن فاضت روحهما، بعد توجيه حد الزنا، وقال قوله المعروفة بأن توبتهما لو وُرّعت على أهل المدينة لوسعتهم .

ولقد قال صلى الله عليه وسلم: "إن العبد إذا اعترف بذنبه ثم تاب إلى الله تاب الله عليه". أخرجه الصحيحان .

كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أن رجلاً ارتكب جريمة الزنا واعترف بها، لكنه صلى الله عليه وسلم أفاء من العقاب بحد الزنا عندما اعترف بجريمه طائعاً مختاراً بعد أن أصقت ب الرجل غيره، وسيق الرجل إلى الساحة لتوقع عليه عقوبة الرجم، وعندئذ استقيط ضمير الجاني الحقيقي، واعترف للرسول بذنبه ليدفع الحد عن الآخر، فعفا عنه الرسول مكافأة له على توبته التي دل عليها اعترافه الاختياري برغم عدم وجود أي دليل ضده (رواه النسائي وأبو داود) .

نخلص من كل تقدم أننا نرى أن التوبة لها أثراً في إسقاط العقاب عن الجاني الذي يرتكب أي جريمة من جرائم الحدود، ولا يقتصر الإعفاء على جريمة الحرابة وحدها .

ثانياً : أثر التوبة بالنسبة لعقوبات القصاص والدية :

عقوبة القصاص والدية هي عقوبة مقدرة بجرائم معينة، لكنها حق للأفراد، أي أن الجني عليه أو ولي الدم له الحق في العفو عنها إن شاء. فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص أو الدية عن المغفور عنه .

وبالنسبة لأثر التوبة على عقوبة القصاص، فلقد ذهب جهور الفقهاء إلى أن توبة الجاني لا تمنع توقيع القصاص على الجاني إلا إذا عفا عنه الجني عليه أو ولي الدم في حالة القتل .

ولذلك قالوا إنه في جريمة الحرابة إذا تاب الجاني قبل القدرة عليه سقط عنه القتل كعقوبة حدية عن جريمة الحرابة، ولكن إذا كان قد قتل شخصاً فإن الإمام يلتزم مع ذلك بتمكين أولياء الدم من الجاني ليستوفوا حقهم في القصاص منه، وذلك بتقدير أن القصاص في جريمة القتل هو حق للعبد (الجني عليه أو ولي الدم) قبل أن يكون حقاً لله تعالى .

ومع ذلك، فإننا لا نوافق على هذا الرأي على إطلاقه، بل نرى أن توبة الجاني - وإن كانت لا تسقط الدية - فإنما قد تسقط القتل قصاصاً في جريمة القتل في هذه الحالة إذا رأى الإمام مسوغاً مقبولاً لذلك. ونستدل على ذلك الرأي بالمنقول والمعقول .

فبالنسبة للمنقول: فقد ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أسقط عقوبة القتل قصاصاً عن رجل اعترف بقتل آخر بعد ألا صفت التهمة بـ رجل آخر خطأً وظلماً، إلا أن الجاني الحقيقي تقدم واعترف قبل استيفاء القصاص من المظلوم لإنقاذه، فقام الإمام علي بأداء الدية إلى ولي الدم من بيت المال، واستند إلى قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَحْيَاهَا فَكَانَ أَحْيَا النَّاسَ جُنُبًا﴾ [المائدة: 32]. واستخلص من اعتراف

الجاني الحقيقي بجريمه دليلاً على صدق توبته التي تُسقط القصاص في هذه الحالة، وقام بدفع الديمة لولي الدم ليدراً عن القاتل النائب عقوبة القتل قصاصاً^(١).

أما المعمول: فإن الله سبحانه وتعالى في آياته حجب إلى ولد الدم العفو أو اقتضاء الديمة، وكذلك حثّ الرسول الكريم في كثير من الأحاديث على العفو، فضلاً عن أن حق العبد لن يسقط بل يكتفى باقتضائه الديمة، لا سيما إذا وضعنا في الحسبان أن عدم استيفاء الحق بالقتل قصاصاً لن يُسقط حق الإمام في توقيع جزاء ملائم على الجاني تعزيزاً له، وبذلك ستحقق الفائدة وتندفع المفسدة. فمن ناحية لن يضيع حق ولد الدم باقتضائه الديمة، ومن ناحية أخرى سيكسب المجتمع رجلاً صالحًا بعد توبته عن الجريمة وعودته إلى جادة الصواب، ومن ناحية ثالثة لن يُسقط حق الإمام في توقيع التعزيز الملائم الذي يراه كافياً لتحقيق فكرة الردع العام.

ثالثاً : أثر التوبة على التعازير :

التعازير هي مجموعة الجرائم غير المقدرة، وهي متعددة وغير محدودة ويترك للقاضي فيها الاختيار المناسب حسب كل حالة على حدة. والتعزيز يجوز فرضه على من يرتكب معصية إذا لم يمكن توقيع عقوبة مقدرة عليها سواء كان حداً أو قصاصاً أو دية مهما يكن سبب امتناع العقوبة المقدرة حداً أو قصاصاً أو سقوطها . وإننا نؤيد الرأي القائل بأن التعازير عندما تكون عقوبة جنائية، فإنما تسقط بالتوبة استناداً إلى المنشور والمعمول .

بالنسبة للمنقول: قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحْشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتغَفَرُوا لِذُنُوبِهِم﴾ [آل عمران: 135].

وقال تعالى: ﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٩].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذَهِّنُ السَّيِّئَاتِ﴾ [هود: ١١٤].

وفي السنة النبوية : رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَقَالَ: "عَانِجْتُ امْرَأَةً فَأَصْبَرْتُ مِنْهَا كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا الْمُسِيْسَ. وَهُنَا طَلَبٌ إِلَيْهِ الرَّسُولُ أَنْ يَصْلِي مَعَهُ وَتَلَاقَ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذَهِّنُ السَّيِّئَاتِ﴾". وَقَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿أَقِمْ

(١) ابن القيم، الطرق الحكيمية، ص ٥٦ .

الصلاوة لدلوك الشمس إلى غسق الليل ...》 [الإسراء: 78] إلى آخر الآية. ثم أخبره بأن صلاته كفّرت ذنبه" (رواه أبو داود) .

أما المعمول: فإنه إذا كانت التوبه تُسقط العقوبة الخدية المقررة شرعا فإنما في نظرى يجب أن تُسقط التعازير (عقوبة جنائية) من باب أولى. (لكن تبقى التعازير التهدبية التربوية)، لا سيما وأن الحكم (القاضي) له سلطة واسعة في تقدير الجراء التعزيري المناسب لكل حالة بما يضمن إصلاح المتهم، ولا شك في أن التوبه تعد مؤشرا طيبا لإيقاعه عن الجريمة، فيجب أن تؤخذ - إن صدقت - بعين الاعتبار والتشجيع، ومن ثم فإن إسقاط العقوبة الجنائية التعزيرية عن التائب تفرضه السياسة الشرعية الحكيمية لإصلاح المتهم والمجتمع (*).

* * *

من كل ما تقدم، نخلص إلى أن التوبه لها أثراها سواء في الحدود أو القصاص أو التعازير (عقوبة) فتسقط العقوبات البدنية وغيرها من باب أولى، بشرط توافر أركانها وشروطها والتتأكد من مصداقيتها وجديتها (**).

(*) تعليق للدكتور "توفيق الشاوي" :

لكتنا نرى أن التعازير التربوية والواقية يمكن دائما الحكم بها.

(**) ونحن نضيف لذلك أننا قلنا إن التعازير ليست كلها من نوع واحد، وأنه يوجد منها ما يُعد عقوبة جنائية كالحبس أو الضرب، لكن توجد - كذلك - تدابير للتربية والتهدب والإصلاح مثل التأنيب والوعظ والصحح والصدقة والصوم وما إلى ذلك مما يدخل ضمن العبادات التي لا يجوز في نظرنا وصفها بأنها عقوبات جنائية .

هذا النوع من التعازير يجوز للقاضي فرضه في حالة التوبه كإجراءات تربوي ومهذب وقائي، ولا نوافق على القول بأن التوبه تسقطها، لأن التوبه في نظرنا تُسقط فقط ما يُعد عقوبة جنائية سواء كانت عقوبة بدنية أو مالية أو مقيدة للحرية .

عودة

٥٣٦ - إرث القصاص : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من ليس له أن يقتضي من الجاني، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجاني نفسه كل القصاص أو بعضه. فمثلاً إذا كان في ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص؛ لأن القصاص لا يتجزأ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل؛ لأن الولد لا يقتضي من أبيه فهو لا يجب للباقين. وإذا قتل أحد ولدين أباً ثم مات غير القاتل ولا وريث 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 ولمن بقي من المستحقين نصيبهم من الديمة^(١).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٣ - المهدب ج ٢ ص ١٨٦ ج ٩ ص ٣٦٢.

536 – التداخل بين حق القصاص والإرث حالة استثنائية:

في حالة القتل فإن القصاص حق لولي الدم، وقد يكون هو الوارث للقتيل أو أحد ورثته، فإذا تصادف أن أصبح وارثاً للجاني أيضاً، أي من يطلب منه القصاص أو أحد ورثته من يجوز لهم طلب القصاص من قاتله، ففي هذه الأحوال يسقط القصاص - كما في أمثلة ذكرها - وسبب سقوط القصاص أنه يكون مطالباً بالقصاص أو شريكاً فيه ومطلوب منه في نفس الوقت، فيسقط القصاص، وللورثة الآخرين نصيبهم من الديمة فقط لأن القصاص يسقط إذا كان المستحقون له جماعة ولكن أحدهم سقط حقه فيه أو تنازل عنه أو عفا .

عودة ٥٣٧ - التقادم : التقادم المقصود هو مضى فترة معينة من الزمن على الحكم

بالعقوبة دون أن تنفذ، فيمتنع بعضى هذه الفترة تنفيذ العقوبة .

والتقادم المسقط للعقوبة مختلف عليه. فأكثر الفقهاء لا يسلمون به، ومن يرون أنه مسقطاً للعقوبة، لا يجعلونه سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة. وأراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين:

النظيرية الأولى : وهي تقوم على مذهب مالك والشافعى وأحمد، وتلخص في أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من زمن دون تنفيذ، وأن الجريمة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير، وما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير، 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 أولي الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأى حال، وإذا لم يكن هناك نص يحيل إسقاط العقوبة ولم يكن لولي الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم. أما العقوبات التعازيرية، فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى أولي الأمر ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة؛ لأن لولي الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة في جرائم التعازير، وإذا كان لولي الأمر أن يغفر عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعلق سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن في ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضره .

النظيرية الثانية : وقوامها مذهب أبي حنيفة، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظيرية الأولى في القول بالتقادم في العقوبات التعازيرية وفي امتناع التقادم في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفي جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم. وأبو حنيفة وأصحابه على هذا الرأى عدا ذرف فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

عوجه على أن القاتلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الجنفية يفرقون بين ما إذا كان دليلاً مجرمة شهادة الشهود أو الإقرار، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم، وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم^(١).

والأصل في هذه التفرقة أن الجنفين يشترطون لقبول الشهادة في جرائم الحدود ألا تكون الجريمة قد تقادمت، ولا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف؛ لأن شكوى الجني عليه شرط لتحرك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى، أما ماعدا القذف من الجرائم فلكل إنسان أن يتقدم بالبلاغ عنها ولا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ الجنى عليه.

ويستند الجنفية في قولهم بتقادم الجريمة في هذه الحالة إلى أن الشاهد متغير إذا شهد الجريمة بين أن يؤدي الشهادة حسبة الله تعالى لقوله جل شأنه: «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»، [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 قدم العهد عليها، دل ذلك على اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هي التي حلته على الشهادة. ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته . ويؤيد الجنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته - أي عند وقوعه - فإنما شهدوا عن ضفن ولا شهادة لهم. ويقولون إنه لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر على عمر هذا القول، فيكون إجماعاً . ومن المستفاد من قول عمر: "أن الشهادة المتأخرة ثورث التهمة". ولا شهادة لتهم على لسان الرسول ﷺ حيث يقول : "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين" - أي متهم - .

وإذا كانت الشهادة ترد أصلاً للتهمة، فالمفترض ألا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو لمرض، ولكن لما كانت التهمة أمراً خفياً غير منضبط ومن الصعب التتحقق منه في كل الأحوال، فقد أقيم التقاضم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدتها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك همة أو مأخذ على شاهد .

(١) يروى البعض سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

عوذه وبعد أن قال الحنفية بالتقادم في الجريمة، كان من السهل أن يقولوا به في العقوبة؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أى : أن التنفيذ متم للقضاء، فوجب أن يتوافر عند التنفيذ ما يتوافر عند الحكم، وإذا وجب عند الحكم ألا تقادم الجريمة فقد وجب ألا يكون التقادم عند التنفيذ^(١).

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حدا، وفوض الأمر فيه للقاضي يقدر طبقاً لظروف كل حالة؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعدراً، وقدره محمد بستة أشهر، وذكر عنه أنه قدره بشهر، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف. ويترتب على هذا أن لولي الأمر أن يضع حداً للتقادم وأن يمنع قبول الدعوى بعد مضي مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة.

وخلالص رأى الحنفيين في سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم أياً كان الدليل الذي بنى عليه الحكم، وأن عقوبات الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذاً كان دليلاً الجريمة فيها هو الشهادة، فإذاً كان دليلاً الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف^(٢).

تم المجلد الأول بعون الله،،، .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢ .

الذين يتهمون شريعتنا بقسوة العقوبات البدنية (و خاصة في الحدود والقصاص) لا يعرفون مدى تسامحها مع مرتكبي الجرائم في حالات العفو التي ذكرناها في البند السابق (حالات التوبة والتصالح والتسامح) .

ولا توجد شريعة تدعو للتسامح وتوسيع في أساليبه مثل شريعتنا، حتى في غير الحالات التي سبق عرضها، وأهمها ما عرضه فقيهنا من حرص الفقه على عدم قبول الشهادة من الشاهد إذا لم تقدم فور وقوع الجريمة. أما الشاهد الذي لا يسرع إلى أداء الشهادة فورا، فإنه يفترض فيه أنه ظنن أو متهم بالتحامل على من يشهد ضده؛ ويجب رفض أقواله بسبب هذا الاتهام المفترض إعمالا لقول رسولنا الكريم: "لا تقبل شهادة متهم ولا ظنن". بل لقد بين فقيهنا أن السنة المطهرة لا تلزم الشاهد بأداء الشهادة وتنصحه بأن يستر على مرتكب المعصية. ولا توجد شريعة في العالم القديم أو الحديث بلغت هذا المبلغ الذي عبر عنه رسولنا الكريم بقوله ﷺ : "من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة". وفي حديث آخر، قال لمن جاءه يشهد على مرتكب فاحشة الزنا : "هلا سترت عليه بشوبك" .

من يتأمل ذلك كله، لا بد أن يقول مع فقيهنا الشهيد: "إنما شريعة سماء تفضل التسامح على العقاب، الذي يصبح الغرض منه التهديد والتخويف . وآراء فقهائنا المختلفة بشأن سقوط العقوبة أو الجريمة بمضي المدة كما عرضها فقيهنا أكبر دليل على ذلك، حيث وصل بعضهم إلى حساب المدة المسقطة للعقوبة في بعض الحالات ستة أشهر، بل شهرا واحدا ...

هذا يؤكذ أن ما نسميه "تقادما" ليس إلا تسامحا مفترضا ، بل مفروضا . مذهب أبي حنيفة يفرق بين التعازير التي يرى أنها تسقط بالتقادم تأسيسا على أن "ولي الأمر" (وهو القاضي في نظرنا) له حق العفو عن العقوبة فيها ولو لم تمض مدة، فيجوز له أن يعفو من باب أولى إذا مضت مدة .

كذلك الحدود يرى أنها تسقط بالتقادم إذا كان الدليل فيها شهادة الشهود. والعلة هنا مختلفة ترجع إلى أن الأصل أن الشاهد عليه أن يتقدم للشهادة فور مشاهدة الجريمة ، أما إذا تأخر مدة طويلة فإن ذلك يجعل شهادته مشكوكا فيها،

مدة التقاضي متروكة لتقدير القضاة أو أهل الاجتهاد:

وعلى حد قول سيدنا عمر الذي أورده "أن الشهادة المتأخرة تورث التهمة، أي الشك في أن لها سببا شخصياً" واعتمد على قول رسولنا الأمين: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين (أى متهم في ذمته)" .

وعندما يورد أقوال فقهائنا في مدة التقاضي. نرجح القول بترك التقدير للقاضي (أو أهل الاجتهاد) وهو الأصح في ظرورنا .

في حين أن آخرين يقدرونها بستة أشهر أو شهرين ...

وعلى العموم فإن وجهة نظرنا أن الأمر متروك للإجتهاد الذي يراعي ظروف الزمان والمكان وقد وصل القانون الوضعى عندنا إلى خمسة عشر عاما .

خاتمة الخواتيم

أهمية الطابع الديني والعلمي لشريعتنا

استقلال الشريعة واستقلال القضاء الشرعي

أولى خطوات تطبيق الشريعة

وددت لو أن فقيهنا الشهيد كان بجانبى الآن لكي أهمس فى أذنه، أننى أقترح أن نضيف إلى هذا الجزء الذى عنوانه العقوبة جزءاً عنوانه "التوبية"، لكي ننصف شريعتنا بتميزها عن القوانين الوضعية التى يجعل العقوبة هى هدف "قانون العقوبات"، وإنى أرجوه أن يراجع ما قلته في البحث الإضافي في الأصول الشرعية⁽¹⁾ من أننى لا أقر رجال القانون الوضعي الذين يتصدرون لدراسة تشريعنا الجنائى وهم يظلون أنه مجرد نظير لقانون العقوبات الوضعي، في حين أننى أرفض وصف هذا الفقه بأنه قانون عقوبات، وقلت إنه إذا كان قانوناً فهو قانون "التوبية" لا قانون العقوبة .

إن فيما كتبه أئمتنا وأسلافنا عن أهمية التوبة ووجوب تشجيع كل مخطئ أو مذنب على التوبة، وأن الله فرضها على كل مخطئ لتكون توبته سبباً لإسقاط العقوبة الدينية والأخروية، ما يؤكد أن العقوبات في تشريعنا الجنائي هدفها محدد المخطئ وتحويقه لكي يندم ويستغفر ويتب، وخاصة إذا كانت عقوبة بدنية قصوى .

إن فقيهنا في التمهيد لكتابه أفاد في المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي من حيث طبيعة كل منهما ومصدره ودوره في المجتمع، وبين أن هناك اختلافات أساسية (بند 13) تستوجب عدم قياس الشريعة على القانون الوضعي، لأنه إذا انعدمت المساواة فلا قياس (بند 14). وتوسع في بيان الاختلافات الجوهرية (البنود 15-17) التي استتبع منها أن الشريعة لا تماثل "القانون الوضعي" ولا تساويه ولا يصح أن تقاس به، لأن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون الوضعي (البنود 17 - 20) .

صحيح أنه قبل ذلك مباشرة (بند 11) صرخ بأنه نظم الكتاب وبوبه على غرار الكتب القانونية، ولكنه بين أنه قصد بذلك أن يقرب بحثه من قلوب رجال القانون

⁽¹⁾ الجزء الثاني عقب حاشية البند 246 .

وعقوبهم، ولعرض أحكام الشريعة بلغة يفهمونها وبطريقة يالفونها لكي يصحح لهم معلوماتهم عن الشريعة .

وقد عقينا على ذلك ببحث إضافي عن أهمية الخصائص المميزة لشريعتنا⁽¹⁾، فلنا فيه إن القيام بالمقارنة أو التقرير بين الشريعة والقوانين الوضعية لا يعني ولا يسوغ تجاهل الخصائص المميزة لشريعتنا، لأنها دينية من حيث مصدرها وهو الوحي الإلهي الذي يكمله الفقه والعلم من ناحية، وأن مقصدها وهدفها هو إصلاح الفرد والمجتمع من ناحية أخرى، وما تقرر من جزاءات دينوية وأخروية هدفه إصلاحي . وإذا كان العلم والفقه هما اللذان يتوليان استنباط أحكامها من النصوص الشرعية في الكتاب والسنة، فالعلم والفقه هما اللذان يكملان الوحي ويفسرانه ويستبطان الأحكام، فلا يجوز عَدُّ أحكامها قوانين صادرة عن إرادة الدولة ولا سلطة حكامها أيا كانوا .

إن شريعتنا تجمع بين الوحي والعلم، أي الفقه .

ويترتب على الطابع الديني والعلمي لشريعتنا نتائج مهمة :

١ - أولى هذه النتائج أنها تعنى بالأحكام التكليفية التي تحرم بعض الأفعال أو تنهى عنها دون النص على عقوبة مرتکبها، وهذه الأحكام التكليفية هي مبادئ دينية وتکاليف أخلاقية لا نظير لها في القانون الجنائي الوضعي، وقد فرضتها الشريعة لكي يتلزم بها الأفراد والجماعات الذين تخاطبهم بها ويؤمنون بها .

أما قوانين العقوبات الوضعية، فهي لا تحرم إلا الأفعال التي تقرر لها عقوبات جنائية، ولذلك يسمى التشريع الجنائي قانون العقوبات لأنها لا تقتم بما دون ذلك .

وهذه الملاحظة ليست خاصة بالقانون الجنائي، بل إن فقهاء القانون الوضعي عموما - في جميع فروعه - لا يعُدُون حكماً أو نصاً ما قاعدة قانونية إلا إذا كان يترتب على مخالفتها جزاء قانوني أو بالأصل جزاء قضائي ودنيوي، ويفصلون بين القانون والأخلاق في نظرهم .

أما الشريعة، فإنها لا تفصل بين أحكام تشريعنا وبين مبادئ الأخلاق، بل تربط بينهما دائما - وكلامها يترتب عليه جزاء آخرٍ يوم الحساب - وكثير من

(1) في الجزء الأول عقب حاشيتنا على البند 39.

أحكامها يكون جزاؤها أخرويا وليس دنيويا ولا قضائيا ولا قانونيا. ويكتفى دليلا على ذلك أن أول وأهم فرع في هذه الشريعة هو فقه العقيدة والعبادات التي هي أركان الإسلام الخمسة.

ويجب أن نلاحظ أن الأحكام الدينية في شريعتنا ليست محصورة في فقه العقيدة والعبادات، بل إنها تحيط بجميع الأحكام الشرعية ولا تنفصل عنها. بل إن شريعتنا تربى الفرد بالعبادات وتجعلها مكفرة لذنبه، باعتبارها أولى المسنات التي تذهب السيئات. ومن الآثار المشهورة أن رجلاً لقى رسول الله ﷺ في المسجد، وأبلغه أنه نادم على خططيته - أو جريمة ارتكبها - فقال له الرسول الكريم ﷺ : هل صليت معنا؟ فقال: نعم. فطمأنه قائلاً: إن صلاتك محت السيدة التي ارتكبها، لأن الله سبحانه قال في كتابه الكريم : «إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُدْهِنُ الْسَّيِّئَاتِ» [هود: 114] .

هكذا ترتبط العادات بالتشريع الجنائي بوصفها وسيلة للتوبه ودليل عليها.

ولذلك نرجو من يتصدرون لتقنين أحكام فقها الجنائي أو دراسته أن يميزوها عن "القوانين الوضعية" لأن هدفها التوبة. بل إن العقوبات ذاتها قصدها دفع المخطئ إلى التوبة. فالتبوية في نظرنا هي الغاية من تشريعنا الجنائي وليس العقوبة؛ كما هو الشأن في قوانين العقوبات الوضعية .

ولذلك وجد في فقها أفعال مكرهه دون أن تكون محمرة، وأفعال أخرى مندوبة دون أن تكون واجبة، وهذا التنوع لا نظير له في القوانين الوضعية .

2 - وأكثر من ذلك، فإن فقيهنا أضاف في بيان أن كل حكم شرعاً يحرم فعله أو يوجبه يترب على مخالفته جزاء آخر، وقد يترب على مخالفته جزاء دنيوي في حالات معينة كذلك. وفي هذه الحالة يكون الجزاء مزدوجاً .

هذه الطبيعة المزدوجة جعلت أحكام تشريعنا الجنائي أوسع نطاقاً مما يسمى قانون العقوبات، بل أوسع من جميع فروع القانون (الوضعى). فالكتاب والسنّة (نصوصهما هي الشريعة بالمعنى الضيق في نظر فقيهنا) ليس فيهما ما يفرض عقوبات جنائية إلا على أفعال محدودة العدد (هي جرائم الحدود والقصاص)، لكنهما فتحا الباب واسعاً للإجتهاد والفقه والقضاء لفرض عقوبات جنائية أو تدابير هذيبية على كل أفعال ضارة بالمجتمع، وهذه هي التعازير التي يستتبعها الفقه والقضاء. فالفقه والعلم والعقل والقضاء له دور كبير في مرونة تشريعنا الجنائي .

3 - وفي نظرنا أن التعزير لا يكون عقوبة جنائية دائمًا في جميع الأحوال، كما يقول البعض من يظنون أن فقها الجنائي هو قانون عقوبات، ناسين أنه يشمل أيضًا ما يسمى في القوانين الوضعية حالياً تدابير الوقاية والاحتراز، بل ويضيف إليها ما تُعَدُّ نحن من إجراءات التربية والإصلاح والتهذيب، وكثير منها يدخل في نطاق العبادات التي يكتفى بها الفقيه والقاضي طالما أنها تغنى عن العقاب. فالقاضي والفقير يستطيع، بل يجب عليه أن يكتفى بتدابير التهذيب والتربية طالما أنها تحقق المدف الإجتماعي في إصلاح الفرد والمجتمع؛ لأن العقوبات إنما تسوّغها الضرورة فقط، ولا تفرض إلا إذا كانت التدابير الاصلاحية لم تنجح، والضرورات تقدر بقدرتها .

صحيح أن أحكام الحدود والقصاص لها أهميتها باعتبارها حارسة وحامية للقيم الأساسية في المجتمع والحقوق الإنسانية الأساسية للأفراد، ولذلك تحظى بأهمية خاصة جعلت كثيرين يُعَدُّون أن لها طابعاً دينياً ويصفونها بأنها حق الله، لكن إذا كنا نرى أن كل أحكام شريعتنا لها طابع ديني، فإن وصف الحدود بأنها حق الله يقصد به أنها تسقط في حالة التوبة الصادقة. ولذلك، فإننا نرى أن التعزير هو جوهر التشريع الجنائي الإسلامي وعموده الفقري، لكنه هو أيضاً ليس قانون عقوبات مثل القوانين الوضعية، بل هو علم وفقه (وليس مجرد نصوص مقتنة كالقوانين الوضعية)، فضلاً عن أن نطاقه أوسع من نطاق العقوبات لاشتماله على تدابير الوقاية والتربية والإصلاح .

ثم إن العلم والفقه لا يستقلان بوضع أحكام التعازير، بل إنهمما يستتبعهما – كغيرها من أحكام الفقه – من المبادئ الأساسية والمقاصد السامية لشريعتنا ونصوص الكتاب والسنة. ولا شك في أن الأحكام التكاليفية التي تفرض تكاليف أو مبادئ أخلاقية ودينية هي من أهم ما يستعن به لاستنباط مقاصد الشريعة التي قلنا في بحثنا الإضافي^(١) إنما أساس النظريات التشريعية التي توج فقيهنا تقديم بحثه بدراستها تحت عنوان "تمهيد وتقديم" – وأضفتنا أننا الآن نبدأ عصر التقين للفقه الجنائي. لذلك، فإنه لا يمكن تجاهل أهمية النظريات التشريعية والأصول الشرعية بحسبها القاعدة الخصبة لاستنباط أحكام التعازير .

(١) عقب البند 39 في نهاية حاشيتنا على "التقديم والتوجيه" .

إن فقهاءنا كثروا ما أكدوا أن التعزير هو الجزاء الشرعي على الأفعال التي تُعد معاishi شرعية، وهذه المعاishi ليست إلا انتهاك الأوامر والتواهي الشرعية التي لم تقرر لها النصوص الشرعية عقوبات حدية (بما في ذلك القصاص والديمة).

وقد لاحظنا أن فقيهنا قد استطرد للقول بأنه يمكن لمن يسميه ولـي الأمر أن يعزز على أفعال خارج نطاق المعاishi . . . بل إنه أشار إلى أن رئيس الدولة هو الذى يملك هذا الحق .

وقد تحفظنا على هذا القول من ناحيتين :

الأولى : أن أولياء الأمر في التشريع والفقه، وخاصة في أحكام التعازير، هم أهل الاجتهاد أو المجتهدون من القضاة أو أهل الفقه - وليس رئيس الدولة - وتوسعنا في شرح ذلك في مناسبات متعددة.

وقد لاحظنا أن السيد إسماعيل الصدر المعلم الشيعي قد تبنى مثل هذا القول، لكنه تحفظ بقوله إن المقصود هو من تولى الإمامة العظمى بطريق شرعى. وكنا نتمنى لو فعل ذلك فقيهنا .

الناحية الثانية : أننا لا نعتقد أنه يمكن إطلاق يد أولياء الأمر ليفرضوا تعازير دون أن تكون هناك معصية شرعية، وأن قولنا إن أولياء الأمر في التشريع هم أهل الاجتهاد قصد به أن يستنبطوا أحكام التعازير من أصول الشريعة ومقاصدها التي تشير إلى المعاishi .

وما يؤيد رأينا، أنه عاد في النهاية وقيد سلطة التعزير التي منحها لولي الأمر بأنه يشترط أن يكون أمره أو فيه لصالح الأمة أو المجتمع ومعنى هذا أن الفعل الذي يستحق التعزير هو الذى يضر بنظام الجماعة، وهذا في ذاته معصية لأن حفظ مصالح الجماعة من أهم مقاصد شريعتنا ولا يستحق الفعل تعزيزاً مجرداً أنه يخالف قرار رئيس الدولة، أو أن الذى حرمه أو أوجبه هو رئيس الدولة، وإنما لأنه معصية لكونه يضر بنظام الجماعة .

في نظرنا أن فقه التعازير هو الذى عليه أن يحدد أركان الجرائم بما في ذلك ركنها الشرعى، أى الدليل المستمد من مبادئ الشريعة الذى استنبط منه أن الفعل الذى يعزز عليه هو معصية لكونه ضاراً بمصلحة الأمة أو نظام الجماعة. وهذا السبب، فإننا نصر على أن أولياء الأمر في التعازير هم أهل الاجتهاد أو القضاء الذى يدخل ضمن

أهل الاجتهاد بحسبانه مؤسسة متكاملة، فهم الذين يستطيعون ربط أحكام التعازير بالمعاصي الشرعية .

ونحن نضيف أن الفعل الذي يستحق التعزير لا يكون جريمة إلا إذا توافرت فيه الأركان التي حددتها أهل الاجتهاد. وقلنا إن الأصل هو أن جميع الجرائم تستحق التعزير متى توافرت فيها أركان الجريمة، بما في ذلك جرائم الحدود والقصاص التي هي في نظرنا جرائم تعازير في الأصل، ولكنها تميز عن جرائم التعازير بوجود ظرف مشدد إضافي فيها يستوجب تشديد وتغليظ العقوبة على الجريمة التعزيرية. ولكن هذه الظروف المشددة مهما كثفت شروطها لا تغنى عن الأركان التي يلزم توافرها في الفعل العاقب عليه ليكون جريمة تعزيرية يحاسب عليها الجاني إذا تعذر فرض الحد عليه .

ولذلك، فإن الفقه مجتمع على أن كل فعل يعاقب عليه بالحد أو القصاص يستحق التعزير في حالة سقوط الحد أو القصاص متى كانت أركان الجريمة متوفرة .
بل إن عدداً كبيراً من الفقهاء والأئمة يرون أنه يجوز إضافة التعزير إلى عقوبة الحد أو القصاص دائماً، ونحن نعارض في ذلك ولا نحيز إضافة التعزير إلا إذا كان كإجراء يدخل في نطاق تدابير الوقاية والاحتراز والتهديب والإصلاح .

4 - في بحثنا الإضافي المشار إليه سابقاً، أوضحنا أن الأصل هو الجزاء الأخرى في شريعتنا لأنه أسهل وأكمل وأكثر عدالة من الجزاءات الدينوية (بما فيها الجزاءات الجنائية) التي تصبح في الواقع تدابير مؤقتة وذات طبيعة ثانوية. بل إن العقوبات الجنائية ذات صفة قديدية في نظرنا، لأنها معلقة على ثبوت عناد الجرم وإصراره على سلوك طريق الفساد ورفض التوبة والاستغفار الذي شرعته عقيدتنا وأوجبه، ووعدنا الله بالاستجابة له لأن أولى صفاته تعالى أنه غفور رحيم .

إننا لا نوافق هؤلاء الذين يدرسون تشريعنا الجنائي كما لو كان قانون عقوبات. وإذا كان فقيهنا قد فعل ذلك فعذرنا أنه حرص على تقريب أحكامه لقلوب زملائه الذين درسوا القوانين الوضعية وألغوها. ومع ذلك فقد نبهنا لهذا النقص ونرجو من زملائنا رجال القانون أن يراعوا ذلك .

إن وجوب التوبة ووعد الله سبحانه بالاستجابة لها وأثرها في محى الجزاءات الدينوية والأخروية في شريعتنا، ليس رأياً اجتهاديّاً ولا فهّياً، بل هو أصل من أصول

عقيدتنا. فإن القرآن الكريم قد أكد أن أبانا آدم عصى ربه وغوى ومع ذلك فإنه استغفر ربه وتاب فتاب عليه. ومن أجل ذلك فرض الله علينا التوبة والاستغفار اقتداء به، ووعدنا بالاستجابة كما استجاب لأبينا آدم وما خطئه هو وزوجته حواء. ثم إننا نؤمن بقول رسولنا الكريم: بأن الخطأ والذنب لا يختصان بأحد، حيث قال ﷺ: "كل بني آدم خطاء"، وأضاف : "وخير الخطاين التوابون" .

فوجوب التوبة وأثرها أصل تقيزت به شريعتنا بل وعقيدتنا .

وهذا ب رغم أن هناك شرائع أخرى ما زالت تعلم أتباعها أن الإنسانية كلها ما برحت تحمل وزر الخطية الأولى التي ارتكبها أبوانا آدم، بل إن بعض الكنائس تعلم أتباعها أن كل إنسان سيحاسب على هذه الخطية الموروثة من أبينا آدم إلا من خلصهم المسيح الذي أرسله الله لكي يصلب ويعدب ليفتدى أتباعه، وأن الكنيسة هي بنت المسيح التي ورثت منه حق تخلص أتباعها من أثر هذه الخطية. ولذلك، فهي التي تقبل التوبة لأنها الوسيط بين الله والناس. ومن ثم يجب على من ارتكب خطية أن يجلس على كرسي الاعتراف ويعترف أمام الكاهن ليسامحه ويتب عليه .

ومن محسن شريعتنا أن كل إنسان يستغفر الله ويتب عليه مباشرة دون أي وسيط من كاهن أو كنيسة، ومتى كانت توبته صادقة وخالصة، فإن الله هو الذي يتوب عليه، ولا توجد كنيسة ولا كهنة تتوسط بين الإنسان وربه .

التبعة إذن واجبة شرعاً، ويجب على القضاء أن يدعوا كل مجرم أو مخطئ ليتوب ويرتب على توبته أثراً شرعياً في الدنيا ويترك أمر الآخرة لله سبحانه وتعالي .

5 - وإذا كما قد دعونا لقنين الفقه الجنائي في عصرنا والعصور القادمة، فإننا ندعو إلى منتهي الحذر من جعل التقين وسيلة لتحويل تبعينا الجنائي إلى قانون وضعى صادر عن الدولة أو جعله معزولاً عن طابعه الديين والفقهي وبخاصة ما يتعلق بالتوبة وأثرها .

كما اشترطنا أن يكون التقين عملاً فقهياً، في صورة فتاوى غير ملزمة، بل تكون مجرد إرشاد لقضاتنا، فعلى الرغم من أنهم مقلدون غير مجهدين، فإنهم في مجموعهم جزء من أهل الاجتهاد وإن كان الذي يلزمه بأحكام التقين هو قاضي القضاة أى المجلس الأعلى للقضاء ومحكمة النقض في عصرنا التي تمثل القضاء المستقل عن الدولة في مجموعه كمؤسسة تساهم في الاجتهد الجماعي .

٦ - ونضيف هنا أنه يحسن بعلمائنا الذين يُعدُّون هذه التقنيات أن يعطوا عنابة أكبر لأثر التوبة في إسقاط العقوبات الجنائية، وخاصة منها عقوبات الحدود والعقوبات المقدرة... وندعوهم إلى أن يلاحظوا أن هذا الاتجاه الإصلاحى التهذيبى التربوى للأهتمام بالتبوية يميز شريعتنا بما يسمونه قوانين العقوبات الوضعية، ونقترح أن تضاف فقرة في كل نص جنائي أو مادة في كل باب تبين حكم التوبة، وتنص على ما يجب اتباعه لدعوة المجرم إلى التوبة وتشجيعه عليها وما يقوم به القاضى في حالة التوبة من وضعه تحت الاختبار فترة معينة ليتأكد من جديتها، ولا يحكم عليه بالعقوبة إلا بعد مرور فترة الاختبار والتأكد من عدم جدية التوبة، أو أن يحكم عليه بالعقوبة مع وقف تنفيذها مدة معينة بحيث لا تنفذ تلك العقوبة الموقوفة إلا إذا ثبت عدم صدق توبته أو عدم جديتها.

فوقف التنفيذ الذى توصلت إليه التشريعات الوضعية، وكذلك وضع المتهم تحت الاختبار المقرر في النظم الانجليزية ليسا إلا تطبيقاً لمبدأ أن التوبة تسقط العقوبة الذى قررته الشريعة منذ أكثر من ألف عام .

إن عرض فقهنا الجنائى الإسلامى على أنه قانون عقوبات يتتجاهل شطر هذا التشريع المتعلق بالتوبة بحسبانها تغنى عن العقوبة، وتوجب إسقاطها. وبهذا يشهون صورة تشريعنا الجنائى، ويتجاهلون طبيعته الدينية ومصدره السماوى، وهو الوحي الإلهى من رب العالمين الذى أوجب التوبة ووعد بالاستجابة لها لأنه غفور رحيم .

صحيح أن العمل جرى في كثير من بلادنا وعصورنا المتختلفة على أن بعض الحكام والقضاة والجمهور أهملوا هذا الجانب السامي الرحيم من تشريعنا الجنائى، واستعملوا العقوبات أداة للتشهير أو الانتقام، وتعملدوا إهمال تشريع التوبة وآثارها، لكن هذا الخراف لا يجوز أن ينسب إلى تشريعنا ولا إلى فقهنا الجنائى، وهو الذى أفسح المجال لكثير من المنافقين الذين يهاجرون شريعتنا ويتهمونها بأنها تقر عقوبات بدنية قاسية يظنون خطأً أنها كانت تطبق عشوائياً وتلقائياً دون اعتبار لوجوب التوبة والتزام المجتمع والأفراد بها بدلًا من العقوبة، كلما كان ذلك مكنا .

٧ - ميزة أخرى عملية كبيرة للطابع الدينى والمصادر السماوية لشريعتنا وفقهنا: أنه يفرض استقلال الفقه عن كل سلطة دينية وبخاصة ما يسمونه الآن "بسيادة الدولة". لأن السيادة في مجتمعنا هي للشريعة الإلهية التي يجب أن تخضع لها الدول

كما يخضع الأفراد. ونسبة السيادة للدولة لا يجوز أن يكون معناها عدم خضوعها هي ومن يمثلونها للشريعة والتزامهم بأحكامها ومحاسبتهم عليها .

وفي نظرنا أن سيادة القوانين الوضعية لا تزال صورية لأنها تلزم الأفراد فقط، أما الدولة فإن القول بأن لها سيادة تشريعية يعني أنها هي التي تضع القوانين وتفرضها، وهذا يجعل التشريع أداة في يد الدول والمحاكم فيها كلما أرادوا تغييره أو تعطيله أو إلغاءه. وحينذاك، تعلو سيادة الدولة ورؤسائها على سيادة القانون الوضعي. أما في شريعتنا، فإن أحکامها مستقلة تماماً عن سلطات الدولة، وتلزمها جميعاً بما في ذلك ما يسمونه سلطتها التشريعية (المقررة في النظم "الديمقراطية")، لأن أحکام الشريعة ملزمة بذاتها بسبب طبيعتها الدينية ومصدرها الإلهي، ولنست في حاجة لسلطة الدولة لفرض احترامها .

أشار فقيهنا في مواضع كثيرة إلى اتجاه فقهنا نحو توسيع سلطة القضاء، مبيناً أن هذا الاتجاه يسود القوانين العصرية، وأن شريعتنا سبقت إليه قبلهم بقرون عديدة .

ونحن أخذنا أن تكريم شريعتنا للقضاء لا يقف عند هذا الحد الذي تحاول القوانين العصرية أن تلحق بها فيه، بل إنما قبل ذلك أعزّت القضاء وكرمت القضاة في ناحيتين لا يدانها فيها أي تشريع معاصر؛ وهما :

1 - من الناحية العلمية، اشترط فقهاؤنا أن يكون القاضي مجتهداً، وهي مرتبة في العلم والفكر تجعله على قدم المساواة فيمن يرشح للإماماة في الفقه أو الخلافة العظمى في رئاسة الدولة .

2 - من ناحية استقلاله عن الدولة وكل مؤثر آخر، فهو يتمتع بكل ما توفره له مرتبة الاجتهاد من استقلال إزاء من يمارسون السلطة أو يمثلون الدولة .

لذلك، فإن من يطالبون بتطبيق الشريعة أو يعلّون إرادتهم في ذلك، ندعوهم إلى أن يبدعوا بتوفير الشرطين اللذين أشرنا إليهما، وهما استقلال التشريع واستقلال القضاء وزراعته، حتى لا يمكننا النظم الشمولية ودعاة الطغيان من استخدام أحکام الشريعة كسلاح في يد المستبددين الذين يدعون لأنفسهم سلطة التشريع الوضعي ويستخدمونه سلاحاً للقضاء على من ينتقدونهم أو يعارضونهم أو يرشحون أنفسهم ليكونوا بديلاً عنهم، وفرق ذلك فإنهم يرسمون الخطط للتأثير على القضاة وإخضاعهم لنفوذهم وسيطرتهم .

فهرس (د)
أركان الجريمة "عوده"
الحاشية (الشاوى)
الجزء الرابع - من المجلد الأول
الأركان العامة للجريمة

رقم البند	الصفحة	
	الأصل الحاشية	
٤٣٧	(569) ٥/د ٧/ج	- تقديم - منهج البحث
437	(571) ٩/د	- ست أبواب في هذا الكتاب
		الكتاب الثاني
		في العقوبة [أو الجزاءات الجنائية]
٤٣٨	١١/د	- العقوبة والغرض منها
٤٣٩	١١/د	- الأصول التي تقوم عليها العقوبة
439, 438	١٣/د	- المبادئ العامة، تعريف الجزاءات الجنائية وأساسها
٤٤٠	١٤/د ١٥/د	- أسس الجزاء الجنائي وغايته وأصوله في شريعتنا - نظرية الشريعة في العقاب
440	٢٤/د	- اتجاه أو سط متوازن في نظرية الشريعة بجمع بين الرجز والإصلاح
	٢٥/د	- الجزاءات الجنائية (العقوبات) هي التي تبع نوع الجرعة وخطورتها
	٢٦/د	- جرائم التعازير "غير المسماة"
	٢٧/د	- مراعاة ظروف المتهم تدخل في نطاق مبدأ درء الحدود بالشبهات
		- المجتمع له مصلحة في توقيع عقوبة القصاص عندما يطلب منه الحق
	٢٨/د	في ذلك ويصر عليه
		- الدعوى الجنائية ملك المجتمع وليس للمجنى عليه التنازل عنها،
	٢٩/د	وجزاؤها الأصلي هو التعذير

رقم البند		
الأصل		
(580) ٣٠/د	-	- جميع الجرائم تضر بالمجتمع وهو صاحب المصلحة الأولى في الجزاء الجنائي
(581) ٣١/د	-	- تعارض وصف بعض الجرائم بأنها "شخصية"
(582) ٣٢/د	-	- نظمتنا الاجتماعية يقوم على احترام جميع الحقوق الإنسانية وحرماتها وليس حق الملكية الفردية للمال وحده
(583) ٣٣/د ٣٤/د	-	- لا نقر القول بأن وجوب عقوبة مقررة شرعاً يستلزم إهمال الظروف الشخصية للعاجز
(584) ٣٩/د	-	- نظرية العقاب في القوانين الوضعية
(585) ٤٠/د ٤١/د	-	- برغم عيوب النظريات الوضعية وتناقضها فإن شريعتنا تأخذ في الحسبان ما يهدف له جميع تلك النظريات
(586) ٤٣/د ٤٤/د	-	- القوانين الجنائية الوضعية تشدد العقوبة من حين آخر بسبب اعتبارات طارئة ووقتية
(587) ٤٦/د	-	- بين الشريعة والقانون
(588) ٤٧/د	-	- المنهج الشرعي متميز عن المناهج الوضعية
الباب الثاني		أقسام العقوبة
٤٩/د	-	- تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائلة بينها إلى أربعة أقسام
(589) ٥٠/د	-	- العقوبات الأصلية والإضافية
(590) ٥١/د	-	- كلمة الجزاءات تشمل في نظرنا العقوبات والتداريب الوقائية والإصلاحية
٥٢/د	-	- انقسام العقوبات من حيث سلطة القاضى فى تقديرها
٥٢/د	-	- انقسام العقوبات من حيث وجوب الحكم بما
٥٢/د	-	- انقسام العقوبات من حيث محلها

رقم البند	الصفحة	
٤٤٨	الأصل الحاشية	- انقسام العقوبات بحسب الجرائم التي فرضت عليها
٤٤٩ - ٤٤٥	٥٢/د	- الأصل في نظرنا أن كل عقوبة لها حد أقصى وحد أدنى وإن كان الحد الأقصى يكون واجبا في حالات معينة بشروط استثنائية
(591) ٥٤/د	(592) ٥٥/د	- سلطة القاضي في حدود النص الشرعى أو التقين
(593) ٥٦/د		- أنقسام الجزاءات من حيث شدتها
	الفصل الأول	
	العقوبات المقررة لجرائم الحدود	
٤٤٩	٥٧/د	- الحدود
٤٤٩	(594) ٥٨/د	- أربعة فصول للعقوبات الحدية
		- رأينا أن جميع العقوبات الجنائية لمصلحة الجماعة ومن حقوق الله ولا يستثنى من ذلك التعازير ولا القصاص
	(595) ٥٩/د	- العفو عن العقوبة قرار قضائى من اختصاص أهل الاجتهد والقضاء
	(596) ٦٠/د	- ترقيع رئيس الدولة على قرار العفو ليس إلا مجرد تنفيذ لقرار أهل الاجتهد
	(597) ٦١/د	
	المبحث الأول - في عقوبات الزنا	
٤٥٠	٦٣/د	- عقاب الزان
٤٥١	٦٣/د	- عقوبة الجلد
451, 450	(598) ٦٦/د	- مبدأ عقاب الزنا والتفرقة بين المحسن وغيره
	(599) ٦٧/د	- أهمية عقوبة الجلد وتوقعها في أكثر الجرائم رغم اختلاف أنواعها
	(600) ٦٨/د	- الجلد عقوبة ذات حدود بحسب الأصل
	(601) ٦٩/د	- رأينا في الاتجاه الأولي لاستبعاد العقوبات "البدنية" ومنها الجلد والقتل
		- الحملة على أحكام الشريعة لها أهداف سياسية صهيونية لضعف
	(602) ٧٠/د	نظام الأسرة والزواج بقصد منع الزيادة السكانية في بلادنا
		- ارتفاع مستوى المعيشة والترف يؤدي تلقائياً لقلة السكان في
		البلاد المتقدمة، لذلك يخشون الإخلال بالتوازن السكاني بينها وبين
	(603) ٧١/د	الشعوب الفقيرة الناشئة

رقم البند	الصفحة	
الأصل الحاشية		
(604) ٧٢/د	- هجوم منظم على مبادئ شريعتنا وخاصة منها ما تقرره لضبط العلاقات الجنسية وحصرها في نطاق الزواج وحماية الأسرة الشرعية ورعاية الطفولة	
(605) ٧٣/د	- حملة إعلامية مشبوهة لإضعاف الأسرة وترويج العلاقات الجنسية خارج الزواج	
(606) ٧٤/د	- الهجوم على مبادئ تشريعنا الجنائي يستهدف الأحكام والمبادئ التي تحصن الأسرة والزواج	
(607) ٧٥/د	- أسليوبنا في ربط الأحكام الجنائية الشرعية بالقيم الأخلاقية والحقوق الإنسانية والاجتماعية وفي مقدمتها مبدأ حصانة الأسرة والزواج وتضامنها واستقرارها لتكون أساساً للمجتمع الصالح	
٧٦/د	- عقوبة التغريب	٤٥٢
(608) ٧٨/د	- التغريب عقوبة تكميلية أو تدبر وقائي	452
٧٩/د	- عقوبة الرجم	٤٥٣
٨١/د	- تعليق على عقوبات الزنا	٤٥٤
(609) ٨٣/د	- القيم الأخلاقية التي توجب العقاب على الزنا والفاحشة	454, 453
(610) ٨٤/د	- اتجاه شريعتنا للحد من عقوبة القتل	
(611) ٨٥/د	- الهجوم على مبادئ شريعتنا هدف استراتيجي لقوى الطامعة في السيطرة على شعوبنا	
المبحث الثاني - في عقوبة القذف		
٨٧/د	- الجلد وعدم الأهلية للشهادة	٤٥٥
٨٨/د	- عقوبة القذف في القرآن	٤٥٦
(612) ٩٠/د	- قذف المحسنات	456, 455
(613) ٩١/د	- التعزير على الفاحشة في حالة عدم توافر شروط الحد الشرعي للزنا، إذا ثبت فعل يخل بالحياء أو يمس العرض	
(614) ٩٢/د	- التعزير جائز على السب والقذف الذي لا توافر فيه شروط تطبيق العقوبة الحدية متى رأى أهل الاجهاد ذلك	

الصفحة الأصل الحاشية	رقم البند
المبحث الثالث - في عقوبة الشرب	
٩٣/د	٤٥٧ - عقوبة الجلد
٩٤/د	٤٥٨ - الخمر طيبا واجتماعيا
٩٤/د	٤٥٩ - العالم وتحريم الخمر
(615) ٩٦/د	٤٥٩ - ٤٥٧ - الجلد (تعزيرا أو حدا) في شرب الخمر
(616) ٩٧/د	- تحريم الخمر لا يكفي فيه العقاب على الشرب بل لا بد من إصلاح اجتماعي وتربيوي شامل
(617) ٩٨/د	- مبدأ تحريم الخمر وعدُّ شربها جريمة يجازى عنها المسلم لايعرف أنه لا بد من وصفها بأنها جريمة حدية ولا أن الحد هو الجلد
المبحث الرابع - في عقوبة السرقة	
٩٩/د	٤٦٠ - عقوبة القطع
١٠٠/د	٤٦١ - عقوبة السرقة في القانون
١٠١/د	٤٦٢ - اعترافات مردودة
(618) ١٠٣/د	٤٦٢ - ٤٦٠ - حرمة المال وحد السرقة قطع اليد
(619) ١٠٤/د	- الشروط المشددة التي تستوجب الحد لا تغنى عن بيان أركان الجريمة التعزيرية
(620) ١٠٥/د	- دور الاجتهداد في تحديد أركان الفعل المعقاب عليه حدا أو تعزيرا، وحالاته
(621) ١٠٦/د	- نظرية تشريعية شاملة لجرائم الأموال
(622) ١٠٧/د	- رأى الشيعة الجعفريية في أن القطع يقع على أطراف الأصابع ومشكلة إعادة اليد المقطوعة بعملية جراحية
(623) ١٠٨/د	- تشريع التوبة وأثرها في سقوط الحد من أهم مظاهر الرحمة في شريعتنا
المبحث الخامس - في عقوبة الحرابة	
١٠٩/د	٤٦٣ - عقوبة المحارب
١٠٩/د	٤٦٤ - القتل
١٠٩/د	٤٦٥ - القتل مع الصلب

الصفحة	رقم البند
الأصل العاشرية	
١١١/د	٤٦٦
١١٢/د	٤٦٧
(624) ١١٤/د	٤٦٧ - ٤٦٣
(625) ١١٥/د	-
المبحث السادس - في عقوبة الردة والبغى	
١١٧/د	٤٦٨
١١٨/د	٤٦٩
(626) ١١٩/د	٤٦٩، ٤٦٨
(627) ١٢٠/د	-
الفصل الثاني	
في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية	
١٢١/د	٤٧٠
١٢١/د	٤٧١
ـ العدوان عمداً على حياة الناس وسلامة أجسادهم يوجب القصاص	٤٧١، ٤٧٠
(628) ١٢٥/د	-
ـ بشروط معينة	٤٧٢
١٢٦/د	ـ (ثانية) الدية
(629) ١٣٥/د	٤٧٢
ـ الدية جراء مدنى	٤٧٣
١٣٦/د	ـ (ثالث) الكفارة
(630) ١٣٨/د	٤٧٣
ـ الكفارات جزاءات "دينية"	٤٧٤
١٣٩/د	ـ رابعاً : الحرمان من الميراث
١٤٠/د	٤٧٥
(631) ١٤٢/د	ـ الحرمان من الوصية
ـ الحرمان من الميراث والوصية	٤٧٤ - ٤٧٥
الفصل الثالث	
في عقوبات الكفارات	
١٤٣/د	٤٧٦
(632) ١٤٥/د	ـ الكفارات ليست محصورة في جرائم معينة

الصفحة الأصل الحاشية	الفصل الرابع في عقوبات التعازير	رقم البند
١٤٦/د	- ماهية العزير	٤٧٧
١٤٧/د	- الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات	٤٧٨
(633) ١٤٧/د	- أنواع التعازير	٤٧٩
١٤٨/د	- العناية بالتعازير تبدأ بحسبها هي الجراء الأصلي في جميع الجرائم	٤٧٩ - ٤٧٧
١٤٩/د	- عقرية القتل	٤٨٠
١٥٠/د	- عقرية الجلد	٤٨١
١٥٤/د	- الحبس	٤٨٢
١٥٤/د	- الحبس المحدد المدة	٤٨٣
١٥٦/د	- الحبس غير المحدد المدة	٤٨٤
١٥٨/د	- التغريب أو الإبعاد	٤٨٥
١٥٩/د	- الصلب	٤٨٦
(634) ١٦١/د	- عقوبات الحدود والقصاص التي تطبق في التعازير	٤٨٦ - ٤٨٠
	- أهم ملاحظاتنا استبعاد القتل والصلب والقطع تعزيزاً وأن الجلد	
(635) ١٦٢/د	أفضل من الحبس	
	- لا نعترض بالصلب ضمن عقوبات التعازير لأنه متعلق بتنفيذ	
(636) ١٦٣/د	عقوبة القتل التي نعترض على عدّها عقوبة تعزيرية	
١٦٤/د	- عقوبة الوعظ وما دوّنها	٤٨٧
١٦٤/د	- عقوبة الهرج	٤٨٨
	- التعازير التي لا تدخل في نطاق العقوبات المقدرة (حدا ولا قصاصاً)	٤٨٨, ٤٨٧
(637) ١٦٥/د	لا نوافق على وصفها بأنها عقوبات، وأوها الوعظ والمجر	
(638) ١٦٦/د	- كثير من المعاصي الدينية لا يصح وصفها بأنها جرائم	
١٦٧/د	- عقوبة التوبیخ	٤٨٩
١٦٧/د	- عقوبة التهديد	٤٩٠
١٦٧/د	- التشهير	٤٩١

الصفحة		رقم البند
الأصل الحاشية		
١٦٨/د	- عقوبات أخرى	٤٩٢
(939) ١٦٩/د	- التهديد والتشهير وتدابير أخرى - لا نوافق على استعمال اصطلاح "الميزة التشريعية"، بل يمكنني الإشارة إلى أهل الاجتهاد	492 - 489
(640) ١٧٠/د	- عقوبة الغرامة	٤٩٣
١٧١/د	- الغرامة المالية	493
(641) ١٧٤/د		
الفصل الخامس		
مدى صلاحية العقوبات الشرعية		
١٧٥/د	- العقوبات الشرعية والإحصائيات	٤٩٤
(642) ١٧٩/د	- الإحصائيات	494
١٨٠/د	- العقوبات الشرعية والتجارب	٤٩٥
١٨١/د	- العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان - تجربة المملكة السعودية والعودة للجلد في بعض البلاد وعنصر	٤٩٦
(643) ١٨٤/د	الزجر في الحدود والقصاص	496, 495
الفصل السادس		
العقوبات في القانون المصري ومدى صلاحيتها		
١٨٥/د	- أنواع العقوبات	٤٩٧
(644) ١٨٧/د	- أنواع العقوبات "الوضعية"	497
١٨٨/د	- سلطة القاضي في تطبيق هذه العقوبات	٤٩٨
١٨٩/د	- العلة في منح القاضي هذا السلطان	٤٩٩
(645) ١٩٠/د	- سياسة تخفيض العقوبات وإسراف بعض القضاة فيها - لا نوافقه في انتقاده لتوسيع سلطة القضاة، ومع ذلك فإن نقده	499, 498
(646) ١٩١/د	يؤيد دعوتنا للتقيين الشرعي	
١٩٢/د	- لماذا أخفق القضاة في تطبيق نظرية العقوبة؟	٥٠٠
١٩٣/د	- فشل واضعى القانون في علاج مشكلة العقاب ومظاهره	٥٠١
(647) ٢٠٠/د	- مسئولية المجنى والقاضي والمجتمع كله	501, 500

الصفحة	رقم البند
الأصل الحاشية	
(648) ٢٠١/د	- ملاحظاتنا على أقواله - الخلل في جميع نواحي الحياة الأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية
(649) ٢٠٢/د	سبب زيادة الجرائم وليس عدم كفاية العقوبات - شريعتنا منهج كامل شامل لإصلاح جميع نواحي الحياة الفردية
(650) ٢٠٣/د	والاجتماعية وليست مجرد قانون للعقوبات ٢٠٤/د - علة تعطيل العقوبات وتخفيتها ٢٠٤/د - هل نجحت العقوبات القانونية في محاربة الإجرام ٢٠٥/د - الإعدام
(651) ٢٠٧/د	٥٠٢ - فشل العقوبات الوضعية ٥٠٣ - عقوبات الحبس وعيوبها ٥٠٤ - كيف تخلص من عيوب الأنظمة الوضعية
(652) ٢١٨/د	٥٠٥ - عيوب السجون ومفترحاته لعلاجها ٥٠٦ - إصلاح المجتمع لا يبدأ بتطبيق العقوبات الشرعية بل بإصلاح النظام السياسي حتى لا يكون من يطبقون التشريع الجنائي ٥٠٧ - مستبدین مفتضیین وفاسدین
(653) ٢١٩/د	٥٠٨ - رأينا أن فقها الجنائي يحتاج في كثير من المراضع إلى تجديد ومراجعة
(654) ٢٢٠/د	٥٠٩ - مفترحاتنا لنجدید الفقه وتقينيه
(655) ٢٢١/د	٥١٠ - ما قام به فقيهنا هو بداية علينا أن نواصل ما بدأه
(656) ٢٢٢/د	- نحن في بداية عصر التقنيات الفقهية
(657) ٢٢٣/د	- التعازير هي الأصل، والنوبة تحتاج إلى عناية أكبر
(658) ٢٢٤/د	باب الثالث تعدد العقوبات
٢٢٥/د	- تعدد العقوبات وتعدد الجرائم
٢٢٥/د	- القوانين الوضعية والتعدد
٢٢٦/د	- قانون العقوبات المصري
٢٢٧/د	- الشريعة والتعدد

الصفحة		رقم البند
الأصل الحاشية		
(659) ٢٣١/د	- العدد الصورى والحقيقة للجرائم ومبدأ التداخل والجحب	510 - 507
(660) ٢٣٢/د	- مبدأ التداخل والجحب يحد من تعدد العقوبات في فقهنا	
٢٣٣/د	- مقارنة بين الشريعة والقانون	٥١١
(661) ٢٣٦/د	- قيود التداخل في الشريعة	511
الباب الرابع		
استيفاء العقوبات		
٢٣٧/د	- من له حق الاستيفاء	٥١٢
٢٣٧/د	- الاستيفاء في جرائم الحدود	٥١٣
(662) ٢٣٩/د	- مبادئ عامة، ورأينا في ضرورة التمييز بين الحق في طلب التنفيذ ومباشرة التنفيذ	513 ، 512
(663) ٢٤٠/د	- تنفيذ العقوبات جعلها حق للقضاء والسلطات التي تأقر بأمره وليس للأفراد. وفي رأينا لا لفرق في ذلك بين عقوبات القصاص وغيرها	
(664) ٢٤١/د	- لا محل في نظرنا للكلام على الافتياض على السلطات العامة ما دام الفعل جريمة تستحق التعزير	
٢٤٢/د	- الاستيفاء في جرائم التعازير	٥١٤
٢٤٢/د	- الاستيفاء في جرائم القصاص	٥١٥
(665) ٢٤٤/د	- استيفاء "التعازير" والقصاص من حق القضاء وحده في نظرنا	515 ، 514
٢٤٥/د	- كيفية استيفاء القصاص في النفس	٥١٦
٢٤٦/د	- ما يشترط في آلة القصاص	٥١٧
٢٤٦/د	- هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف	٥١٨
(666) ٢٤٧/د	- اختيار أداة التنفيذ في القتل (الإعدام) يخضع لمبدأ عدم تجاوز الألم حدود الضرورة	518 - 516
(667) ٢٤٨/د	- لا مانع من تنوع وسائل تنفيذ العقوبة	
٢٤٩/د	- هل يجوز للسلطان أن يستائر اليوم باستيفاء القصاص	٥١٩
٢٤٩/د	- استيفاء العقوبات عند التعدد	٥٢٠
(668) ٢٥١/د	- منع الأفراد من تفزيذ القصاص، وأولوية التنفيذ في حالة تعدد العقوبات	520 ، 519

الصفحة		رقم البند
الأصل الحاشية		
٢٥٢/د	- التنفيذ على المريض والضعف والسكران	٥٢١
٢٥٢/د	- التنفيذ على الحامل	٥٢٢
٢٥٣/د	- التنفيذ على المجنون	٥٢٣
٢٥٣/د	- عملية التنفيذ	٥٢٤
(669) ٢٥٥/د	- وقت التنفيذ وتأجيله على الحامل والمجنون وعلاقة التنفيذ والمساواة	٥٢٤ - ٥٢١
(670) ٢٥٦/د	- يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمشيل	-
الباب الخامس		
العود		
٢٥٧/د	- ماهية العود	٥٢٥
٢٥٨/د	- الشريعة والعود	٥٢٦
(671) ٢٦٠/د	- موازنة الشريعة والقانون الوضعي في موضوع معنادي الجرائم الخطيرة	٥٢٦، ٥٢٥
(672) ٢٦١/د	- الأمر يحتاج إلى جهد كبير لمقاومة تيار الانحرافات "العصيرية"	-
الباب السادس		
سقوط العقوبة		
٢٦٢/د	- أسباب سقوط العقوبة	٥٢٧
٢٦٢/د	- موت الجاني	٥٢٨
٢٦٣/د	- فوات محل القصاص	٥٢٩
(673) ٢٦٥/د	- سبعة أسباب للسقوط أولاًها وفاة المحكوم عليه	٥٢٧ - ٥٢٩
(674) ٢٦٦/د	- الخلاف حول وجوب الديمة في تركة الجاني عند وفاته	-
٢٦٧/د	- توبة الجاني	٥٣٠
٢٦٧/د	- الصلح	٥٣١
٢٦٨/د	- العفو	٥٣٢
٢٦٨/د	- جرائم المحدود والعفو	٥٣٣
٢٦٨/د	- العفو في جرائم القصاص والديمة	٥٣٤
٢٧٠/د	- العفو في جرائم التعازير	٥٣٥
(675) ٢٧١/د	- العفو عن العقوبة بسبب التوبة، أو التصالح، أو التسامح	٥٣٥ - ٥٣٣

رقم البند	الصفحة	
	الأصل الحاشية	
(676) د ٢٧٢	- الحدود حق الله والتوبة تسقطها بوصفها صلحا مع الله سبحانه	
(677) د ٢٧٣	- التعازير يجوز فيها العفو، والخلاف فيمن له هذا الحق	
(678) د ٢٧٤	- أولياء الأمر في التشريع والقضاء هم أهل الاجتهاد ومنهم القضاء	المجتهد
	أثر التوبيه في الجرائم الجنائية	
(679) د ٢٧٥	للمستشار الدكتور / شكري الدقاد	
٢٨٢/د	- إرث القصاص	٥٣٦
(686) ٢٨٣/د	- التداخل بين حق القصاص والإرث حالة استثنائية	٥٣٦
٢٨٤/د	- التقادم	٥٣٧
(687) ٢٨٧/د	- افتراض العفو بسبب مضى المدة	٥٣٧
(688) ٢٨٨/د	- مدة التقادم متروكة لتقدير القضاء أو أهل الاجتهاد	
	خاتمة الخواتيم	
	أهمية الطابع الديني والعلمى لشريعتنا	
	استقلال الشريعة واستقلال القضاء الشرعي أول خطوات	
(689) ٢٨٩/د	تطبيق الشريعة	
(698) د ٢٩٩	- الفهرس	

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رقم الإيداع ٢٠٠١/٥٣٦٥
الت رقم الدولي x - 09 - 0712 - 977

مطابع الشروق

القاهرة : ٨ شارع سبزية المصري - ت: ٤٠٢٣٣٩٩ - فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ - هاتف: ٣١٥٨٥٩ - ٨١٧٢١٣ - فاكس: (٠١) ٨١٧٧٦٥

الموسوعة العصرية في الفقه الفقاهي الإسلامي

• هذه هي الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي المجلد الأول للقاضي الفقيه عبد القادر عوده الذي خصصه للقسم العام في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة في فقهنا، حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرضون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبيّن لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاماً التي مضت منذ صدور كتاب القاضي عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية في الفقه الجنائي.

• وهأنذا أقدم القسم العام أملاً أن يشارك أكبر عدد من زملائي من الأساتذة والباحثين المتخصصين في دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التي تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعدد أجزائها وصفحاتها وإنما تتقاس بعد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هي شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هي ثمرة جهود متكاملة من أجيال متواالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليس مجرد تقنيات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوي