

سلسلة الثقافة العامة

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عودة

الجزء الأول

دار الكاتب العربي
بيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

وبعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين
الوضعية ، وقفنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين
الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية ، والنظريات العالمية والاجتماعية
التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً .

وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو
أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة
الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان .

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

رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي ، وَأَحْلِلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا

قَوْلِي ۝

تقديم وتوجيه

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

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

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

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ، لن أتبع القانون فى أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة ، ولن أقارن بين القانون فى القرن السابع الميلادى وبين الشريعة التى أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم فى أول هذا القرن ؛ فإن القانون فى هذه العهود لم يكن فى مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية ، ولكنى أقارن حين أقارن بين القانون فى عصرنا الحاضر وبين الشريعة ، وحين أفعّل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيثا نحو السكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال ، وبين شريعة نزلت من ثلاثة عشر قرنا لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل ، شريعة تأبى طبيعتها التغير والتبديل ؛ لأنها من

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

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

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

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

لقد صنع الله موسى وعيسى ومحمداً وأوحى إليهم بالتوراة والإنجيل والقرآن . فهل جاء قباهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم موضع المقارنة ؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به ؟ ولقد صنع الله السماء والأرض ، وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا معشر البشر ، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه ، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه . وإذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق فى مستوى ما صنعه مخلوق آخر فإن هذه العقول لا تستسيغ بأى حال أن تضع ما يصنعه المخلوق فى مستوى ما صنعه الخالق ، لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين ، وتحس المدى الواسع بين الصانعين . ولا شك أن العقول التى تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين

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

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

٥ - علة التقيصار على المذاهب الأربعة : وكان بوى أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب الشيعة والخوارج والظاهرية ، ولكن ظروفى ووسائلى ووقتى قصرت بى عن بلوغ ما أريد ، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله فى الريف دائماً حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم ، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسى فى اقتناء الكثير الذى لا أجده ، وكنعت باستعارة القليل الذى أجده ، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلى فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون .

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

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

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

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

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

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

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

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين في قليل من المواضع المدنية ، لأن نصوص القانون المدني التي تحكم هذه المواضيع أخذت عن الشريعة الإسلامية ، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطى فكرة لا بأس بها عن الشريعة . كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم محمد قدرى باشا سميل بكتابه « مرشد الخيران » المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب أبي حنيفة وبين القوانين الوضعية ، حيث نظم أحكام المذهب الحنفي في المسائل المدنية في مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصري ، فمكن 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 الائتلاف والاختلاف ، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي في الغالب إلى نتائج صحيحة ما دام المطلع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التي قامت عليها الأحكام الشرعية ، وما دام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى .

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

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

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

١٠ — ماهى الكتب الشرعية التى تهزيب : ولقد أتعبتنى دراسة القسم الجنائى حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئاً يذكر من علم الأصول ولا المصطلحات الفقهية ، وزاد الدراسة تعباً أنى لم أعود قراءة كتب الفقه ، وأن هذه الكتب ليست مفهومة ، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها فى الحال ، بل عليه أن يقرأ باباً وأبواباً حتى يعثر على ما يريد خصوصاً إذا لم يكن له من يرشده ، وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة فى مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه .

ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد فى الترتيب والتأليف ، فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر ، وما يدخل فى باب معين فى هذا المذهب

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

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

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

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

وقد شجعتنى على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون ، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة 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 فى التأليف والترتيب ، وقد اقتضانى هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير ، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم ، لأستخرج من هذا كله القواعد العامة ، ثم نظمها بعد جمعها على الوجه الذى سيراه القراء .

١٢ - كيف وصفت الشريعة بعمر الصلابة : وقد تبين لى — كما سيتبين للقارىء — من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لاتصلح 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 لهذا العصر ولما سيتلوه 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 أحكامها جهلا مطبقا ، ومن جهل شيئا لا يصلح للحكم عليه .

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة فى عدم

صلاحية الشريعة على قياس خاطيء وليس على دراسة منظمة ، ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي ، وعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود في القوانين القديمة ، 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 : ما دامت 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 أحكامها معمولاً به حتى أواخر القرن الثامن عشر . وفي هذا القياس الباطل خطأهم الجسم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير .

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

١٤ — قياس بين مختلفين : وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية وتتميز عنها بمميزات جوهرية فقد امتنع القياس ؛ لأن القاعدة أن القياس يقتضى مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا .

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

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

١٥ — نشأة القانون : ينشأ القانون الوضعى فى الجماعة التى ينظمها ويحكمها

ضئيلا محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده ، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت ، وكلما تقدمت الجماعة فى تفكيرها وعلومها وآدابها . فالقانون الوضعى كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا ، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع فى التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التى يحكمها وأخذت بحظ من الرقى والسمو ، ويبطئ فى تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة إذن هى التى تخلق القانون الوضعى وتصنعه على الوجه الذى يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها . وعلماء القانون الوضعى حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكون الأسرة والقبيلة ، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة ، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة ، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر ، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلة لتقاليد غيرها من القبائل . وإن الدولة حين بدأت تتكون وحدثت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين فى 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 العهود السابقة . وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات في العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم ، ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل .

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

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

دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهي شريعة كل أسرة ، وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هي الشريعة العالية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيّلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجودوها . وقد جاءت الشريعة كاملة لانقص فيها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة ، شاملة لأموال 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 ببعض الآخر في الحرب والسلام .

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

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

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

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزلها بأحدث النظريات التي وصل إليها

أخيراً القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن تتحقق من المبادئ موجود في الشريعة من يوم نزولها .

١٧ - لا مماثلة بين الشريعة والقانون : ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق: إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه ، ولا يصح أن تقاس به ، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون ، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به ، وعلى الوصف الذي أسلفنا ، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة ، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين ويستطيع القارئ من استعراض تاريخ القانون وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التي تميز الشريعة عن القانون ، وللقارئ أن يتقصى تلك الاختلافات وهذه المميزات إذا شاء ، أما أنا فأكتفي بأن أبرز الاختلافات الأساسية والمميزات الجوهرية لأن في الكلام عليها ما يغني عن الكلام على غيرها .

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 فن عند الله ، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه ، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو مانسيه التطور كما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة (٢ التشرع الجنائي الإسلامي)

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

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

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

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

ما لا يستطيع أن يتصوره الإنسان . من كان يؤمن بهذا كله وبأن الله أتقن كل شيء خلقه ، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانوناً ثابتاً كاملاً لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة ، ولتحكم معاملاتهم ، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حداً يعجز عن تصويره 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 شئونها وسد حاجاتها . فهي قواعد متأخرة عن الجماعة ، أو هي في مستوى الجماعة اليوم ، ومتخلفة عن الجماعة غداً ، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة ، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة ، وتستوجب التغير كلما تغيرت حال الجماعة . أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة ، فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة . ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعد دائمة ولا تقبل التغير والتبديل . وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية :

أولاً — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تنسج لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان ، وتطورت الجماعة ، وتعددت الحاجات وتنوعت .

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

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

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

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 شورى بينهم ﴾ [سورة الشورى : ٣٨] أو أقرأ قول الرسول : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر ، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة ، وبتقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه بلغت الشريعة من السمو وحده 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 ، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس .

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

وجادلهم بالتي هي أحسن ﴿ [سورة النحل : ١٢٥] فهذا النص 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 البشرى أن هناك طريقاً لأصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواتهم خيراً من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن .

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

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

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

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

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

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة ، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة .
إذاً 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 يتبها العالم غير الإسلامى لمعرفته
والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة ، وما لم يتبها هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه
حتى الآن . ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة ، وأنزلها على رسوله
نموذجاً من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ، ويحملهم على التسامى
والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة
ما أراده لها العليم الخبير ، فأدت رسالتها أحسن الأداء ، وجعلت من رعاية الإبل
سادة للعالم ، ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية .

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

إلا الشريعة الإسلامية التي علمتهم وأدبتهم ، ورققت نفوسهم ، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم العزة والكرامة ، وأخذتهم بالمساواة التامة ، والعدالة المطلقة ، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى ، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات ، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، ويؤمنون بالله .

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

وقد خيل للمسلمين وهم في غرتهم هذه أن تَقْدُم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم ، فذهبوا ينقلونها وينسجون على منوالها ، فلم تزدحم إلا ضلالا على ضلالهم ، وخبالا على خبالهم ، وضعفًا على ضعفهم ، بل جعلتهم أحزابًا وشيعًا ، كل حزب بما لديهم فرحون ، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعًا وقلوبهم شتى .

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

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

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

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

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

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

الميزة الأولى — الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال ؛ أى بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات ، وأنها غنية بالمبادئ والنظريات التى تكفل سد حاجات الجماعة فى الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

الميزة الثانية — السمو : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، بالسمو ؛ أى بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة ؛ وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامى مهما ارتفع مستوى الجماعة .

الميزة الثالثة — الدوام : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية

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

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

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

٢١ - **نظرية المساواة :** جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها
بنصوص صريحة تقرر نظرية المساواة وتفرضها فرضاً ، فالقرآن يقرر
المساواة ويفرضها على الناس جميعاً فى قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ
ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ ﴾

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ولكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة

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

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

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

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

وإذا كان للرجال درجة على النساء في شئونهما المشتركة فإن الرجل لا يتميز على المرأة في شئونهما الخاصة ، وليس له عليها أى سلطان نهى تستطيع مثلاً أن تملك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجاً أو أباً أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها .

وقد سوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نزولها أى من ثلاثة عشر قرناً تقريباً في وقت لم يكن فيه العالم مهيناً للتسوية بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات ، فلم تكن حاجة الجماعة هي التي دفعت

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

ونستطيع أن ندرك مدى سمو الذى 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 شئونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن .

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

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

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

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

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

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

عقله أو عطل فكره تساوى بالأنعام بل كان أضل منها .

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه للمعانى ، وقرأ إن شئت قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُم اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا : بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوْ لَوْ كَانَ آبَاؤُنَا لَا يَفْقَهُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ * ﴾ ومثل الذين كفروا كمثل الذى ينعق بما لا يسمع إلا دعاءً ونداءً سمعهم لعمى فهم لا يعقلون ﴾ [البقرة : ١٧٠، ١٧١] وقوله : ﴿ أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ ﴾ [الحج : ٤٦] وقوله : ﴿ وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيرًا مِنَ الْجِنَّ وَالْإِنْسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لَا يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لَا يَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ ﴾ [الأعراف : ١٧٩] .

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

٢٥ - حرية الاعتقاد : والشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية

الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود ، فلكل إنسان طبقاً للشريعة الإسلامية أن يعتقد من العقائد ما شاء وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها أو يمنعه من إظهار عقيدته .

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

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

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

ثانيهما : - إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته ، وأن لا يقف موقفا سلبييا ، فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة 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 ، وحققت عليه كلمة العذاب ، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها . وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك في قوله تعالى : ﴿ إن الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا : فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا ﴾ [النساء : ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩] .

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

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

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

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

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

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

وحرية القول في الحدود التي وضعتها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم
 بالنفع والتقدم ، وتؤدي إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات ، وتجمع
 كلمة أولى الأمر على الحق دون غيره ، وتجعلهم في حالة تعاون دائم ، وتقضي 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 ينقسمون اليوم قسمين : قسم يرى حرية القول
 دون قيد إلا فيما يمس النظام العام وهؤلاء لا يعيرون الأخلاق أى اهتمام ،
 وتطبيق رأيهم يؤدي دائماً إلى التباغض والتناوب والتحزب ثم القلاقل والثورات
 وعدم الاستقرار . وقسم يرى تقييد حرية الرأي في كل ما يخالف رأى الحاكمين
 ونظرتهم للحياة ، وتطبيق رأى هؤلاء يؤدي إلى كبت الآراء الحرة وإبعاد

العناصر الصالحة عن الحكم ، ويؤدي في النهاية إلى الاستبداد ثم القلاقل والثورات .
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 والآداب
أو النظام ، والواقع أن هذه القيود قصد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام ،
ولكن هذه الحماية لا تيسر إلا بتقييد حرية القول ، فإذا منع القائل من الخوض
فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أى حق لأن الاعتداء
لا يمكن أن يكون حقاً .

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

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

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

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

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

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

٢٧ - نظرية الشورى : جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدأ الشورى في قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [الشورى : ٣٨] وفي قوله : ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة فقد كان العرب في أدنى دركات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط ، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنها قبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستمعية على التبدل والتعديل ، ولأن تقرير النظرية يؤدي بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير في المسائل العامة والاهتمام بها ، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جدية ، والاشتراك في الحكم بطريقة غير مباشر ، والسيطرة على الحكم ومراقبتهم ، فالنظرية إذن مقررة لتكامل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها . وظاهر من صيغة النصين المقررين لمبدأ الشورى أنهما عامان مرنان إلى آخر حدود العموم والمرونة ، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما في المستقبل ، وفي هذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبدل والتعديل .

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

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه وهى قليلة فقد بينت الشريعة أحكامها ولم تتركها 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 التى توجب الشريعة اتباعها فى تطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه أن تكون الأقلية التى لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلبية ، وأن تنفذه بإخلاص باعتباره رأى الواجب الاتباع ، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية ، وليس للأقلية أن تناقش رأياً اجتاز دور المناقشة ، أو تشكك فى رأى وضع موضع التنفيذ ، وتلك هى سنة الرسول التى سنّها للناس والتى يحب على الناس اتباعها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

ولقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم هذه السنة وعمل بها فى حياته ، واتبعها أصحابه بعد وفاته . عمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد وأنهم أقبلوا إلى المدينة ونزلوا قريباً من جبل أحد فجمع عليه السلام أصحابه ، واستشارهم أخرج إليهم أم يمكن فى المدينة ؟ وكان رأيه أن لا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأزقة والنساء من فوق البيوت ، وواقفه على هذا رأى عبد الله بن أبى وبعض الصحابة ، ولكن جماعة الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عليه فى ذلك . فكان الرسول أول من وضع رأى الأكثرية موضع التنفيذ ، إذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته ، وخرج إليهم ليقود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة ، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأى الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذى أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان رأى الأحق بالاتباع .

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

الغالبية أول الأمر متجهاً إلى عدم محاربة المرتدين وسماتهم ، وكان رأى الأقلية وعلى رأسهم أبو بكر متجهاً إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم ، و انتهت المناقشة بمنح الكثيرين إلى رأى أبى بكر بمد اقتناعهم به ، فلما وضع هذا رأى موضع التنفيذ كان المخالفون فى رأى هم أول المقتضين له والمضحين فى سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم .

وهذه السنة المباركة التى تكمل مبدأ الشورى العام تعتبر فى وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل الديمقراطية . فمن السهل أن اليلاد الديمقراطية فشلت فشلاً ذريعاً فى تطبيق مبدأ الشورى ، والسبب الأساسى فى هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش رأى الذى أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة ، وأن تشكك فى قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه . بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه ، ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذى يتولى الحكم فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الإحترام ، بل تكون دائماً محل تشكيك وسخرية ، ويظعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها ، بل قد يحدث أن تمتنع الأقلية من تنفيذ القوانين التى تسنها الغالبية ، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية ، فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذى تقابل آراؤه وأعماله بمثل ما تقابل به فريق الأكثرية السابق ، وهكذا لا يتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية . وقد يكون النقد سبيلاً من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة ، أو نقد آراء لم تناقش من قبل ، أما نقد الآراء التى سبقت مناقشتها والتشكيك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه ، بل إنه ليناقض مع الأساس الذى تقوم عليه الشورى ؛ فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأى الأغلبية ، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى كان رأياً قانوناً أو حكماً تجب له الطاعة والاحترام .

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

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

ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديمقراطية ، لأنها تؤدي إلى كمّ الأفواه وتعطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يموود 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 وتعظيمهم إياهم وإلى حرص الحكام على صالح الجماعة ، فإذا ما تغير الحكام الموثوق بهم ، أو فشلوا في القيام بمهمتهم ، 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 الحكومين .

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

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

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

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

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

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

وتقوم النظرية على ثلاثة مبادئ أساسية : أولاً - وضع حدود لسلطة الحاكم - ثانياً - مسؤولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه - ثالثاً - تحويل الأمة حق عزل الحاكم .
المبدأ الأول - وضع حدود لسلطة الحاكم : - كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها وكانت علاقة الحاكمين بالحكومين قائمة على القوة البحتة ، ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه ، وعلى مقدار قوته كانت سلطته ؛ فكلما كان قويا امتد سلطانه لكل شيء ، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهن . وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم ، بل لأنه أقوى منهم ، فكلما كان الحاكم قادرا على أن يسوق الناس بعصاه أو يفرهم بماله وجأه فهم من الطائعين السامعين ، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعاً لذلك أن يتحكم في رقاب الرعية ، وكانت الرعية تعتبر خدما وعبيدا لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه .
ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أى حاكم تساوى سلطة الآخر ، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها ، بل كان للحاكم أن يأتي ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب .

وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية ، فجعلت أساس العلاقة بين الحاكم والحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضعف الحكومين ، وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذى يرعى مصالحها ويحفظها ، وجعلت لسلطة الحاكم حدودا ليس له أن يتعداها ، فإن خرج عليها كان عمله باطلا وكان من حق الجماعة أن تزلزله وتولى غيره لرعاية شئونها .

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

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

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

المبدأ الثانى - مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه : - وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أى الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولاً عن كل عمل يتجاوز به سلطانه سواء أتعمد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله . ولم تكن الشريعة فى تقرير مسئولية الحاكم عن تصرفاتهم إلا متمشية مع منطق الأشياء، فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة ، وجعلته كأى فرد عادى فلم تميزه على غيره بأى ميزة ، فكان من الطبيعى تحقيقاً للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يُسأل الحاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء أتعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله ما دام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة^(١) .

المبدأ الثالث - تحويل الأمة حق عزل الحاكم : - بينا فيما سبق أن الإمامة تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أى الحاكم ويلتزم له بالطاعة فى مقابل التزام الحاكم بالإشراف على شئون الأمة وقيادتها فى الطريق التى رسمتها الشريعة وينبنى على هذا المنطق أن الحاكم الذى يقوم بمهمته فى الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة ، أما الحاكم الذى لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن ينتظر من الشعب السمع والطاعة ، وعليه هو أن ينتجى عن مركزه لمن هو أفدر منه على الحكم فى حدود ما أنزل الله ، فإن لم يتنج مختاراً نجاه الشعب مكرها واختار غيره .

وهذا الذى يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح ، جاء به القرآن وأمر به الرسول، وعمل به الخلفاء الراشدون من بعده، فالله جل شأنه يأمر بطاعة أولى الأمر فى حدود ما جاء به الرسول فيقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله

(١) سنفضل الكلام على مسئولية الحاكم عندما نبحث فى سريان الشريعة على الأشخاص وإنما تكلمنا هنا عن المسئولية بالقدر الذى يظهر سمات الشريعة وحسبها فى تقدير النظريات الحديثة فى القوانين .

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

وولى عمر أمر المسلمين بعد أبي بكر فكان حريصاً على إظهار معاني هذه النصوص وتثبيتها في الأذهان ، خطب يوماً فقال : « لوددت أنى وإياكم في سفينة في لجة 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 لمن بعده » .

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة ، فلم تسكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتى بما يلائم الجماعة ويصلح لحالها وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية ، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقي من ناحية أخرى ، فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه .

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

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية في تقييد سلطة

الحكام ، وتعيين الأساس الذى تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وفى تقرير سلطان الأمة على الحكام ، وأول قانون وضعى اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزى ، وكان ذلك فى القرن السابع عشر أى بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرناً ، ثم جاءت الثورة الفرنسية فى نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ فى القوانين الوضعية .

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

٢٩ - نظرية الطلاق : - أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق

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

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

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

وحرمانها من الزواج بعد ذلك - أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيدا بحصول ضرر مادي أو أدبي ، وفي هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شئون الزوجية ، وما يحميها حماية كافية من تعنت الزوج ، وما يحمي الزوج في الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق .

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

الطلاق قبل الدخول وفرصه المهر : إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها أو يفرض لها مهرا فعليه أن يتمتعها أى يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف أى بما تعارف أمثال الزوج ومن هم في طبقته على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة ، والمقصود بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حتما على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

الطلاق قبل الدخول وبمهر فرصه المهر : وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾ [البقرة : ٢٣٧]

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

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

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفى عدتها وتصبح بذلك أهلاً للزواج من غيره . وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملاً أو غير حامل ، فإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [الطلاق : ٢٨] وإن لم تكن حاملاً فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقاً لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [البقرة : ٢٢٨] والقروء هو الحيض على رأى والطهر من الحيض على رأى آخر .

وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر ، ولم تكن في حاجة إلى التعديل أو التبديل ، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث 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 مقررة لحق الطلاق ، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقى وتقدمت الأمم وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل ، ومن سوء العشرة والآلام النفسية ، وأن الطلاق هو الذى يحقق سعادة الزوجين

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

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

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

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهتماً لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقي والكمال .

٣٠ - نظرية تحريم الخمر : حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً مطلقاً وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود (أى العقوبات) المقدرة التي لا يجوز لولى الأمر العفو عنها ولا عن الجريمة التي وضعت لها ، ولا يجوز للقاضى أن (٤ - التشريع الجنائى الإسلامى)

يخفّضها أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها .

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة ، بل جاءت بالتحريم تدريجياً ، لأن شرب الخمر كان متفشياً في العرب ، وكانت الخمر إحدى متعمهم وسبيل لهم ، فاقتضت حكمة التشريع التدرج في التحريم ، وكان أول نص من نصوص التحريم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] فنهأهم الله عن الصلاة وهم سكارى ، ولما كانت الصلاة فريضة لا بد من أدائها فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى ولعل هذا كان داعياً لهم أن يتساءلوا = عن حكم الخمر في = ذاتها ، وقد جاء النص الثاني من نصوص التحريم برد على هذا التساؤل و يبين علة التحريم وذلك قوله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ [البقرة : ٢١٩] وبعد أن أصبحت النفوس مهية لترك الخمر نزل النص التامع في التحريم وهو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأُرْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ إِنَّمَا يَرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾ [المائدة : ٩٠ ، ٩١] .

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

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

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

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

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

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهتماً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً ، وأن الدعوة إلى التحريم

تأخذ طريقها ويشتد ساعدها كل يوم وتجهد من العلماء والمصلحين كل تعضيد .
وأن اليوم الذى تحرم فيه كل الدول الحمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم
قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك
أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يجب .

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 تعالى : ﴿ فَاَنْكِحُوا مَا طَابَ
لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنً وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [النساء : ٣]
وقد سارت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص ، وسارت الطبيعة البشرية ،
وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات .

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

الحيض . ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهى أربعون يوما تقريبا . 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 الكثيرين على الزنا ، لأنهم لا يستطيعون أن يكتبوا غرائزهم الجنسية أيام الحيض والنفاس والإثقال بالحمل .

وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر فى إباحة تعدد الزوجات فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها ، فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المثات ، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة ، يتمنين الرجل فلا يحصلن عليه ، ويحلمن 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 تعرضه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية فى فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التى يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة ، لأن الرجل فى الغالب يخضع لسلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه فى ذلك شأن المرأة ، وإن كانت طبيعة المرأة تساعد على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل

وأما أن حكم الشريعة فى إباحة التعدد جاء متفقا مع الغرض من الزواج فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت فى الرجل والمرأة لحفظ النوع ، وأن الزواج شرع للتناسل وتكوين الأسرة ، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبيح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذى خلقت له ، وتعطل الغرض من الزواج نفسه ، كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة أما قدرة المرأة فلها حد لا تتعداه ؛ فالرجل يستطيع أن ينجب أولادا حتى يبلغ الستين

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

هذه هى نظرية الشريعة فى إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج ، ولتحقيق المساواة بين النساء ورفع مستوى الأخلاق ، وظاهر من النص الذى قررها أنه نص عام إلى آخر حدود العموم ، مَرِنٌ إلى آخر حد من المرونة وهذا ما جعله محتفظا بصلاحيته التى كانت له من ثلاثة عشر قرناً ، وما سيجعله محتفظاً بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله .

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

ونظرية الشريعة فى تعدد الزوجات من النظريات التى لم تعترف بها القوانين الوضعية حتى الآن ، بل كانت هذه النظرية قديماً مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم ، وأداة يستخدمونها فى طعنهم على الإسلام ، أما اليوم فإن النظرية تجدها فى نفوس علماءهم ومصلحيهم مكاناً وفى صحفهم السيارة موضعاً ، ومن يدرى ؟ لعل اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب ، فإن الحرب العظمى التى وقعت سنة ١٩١٤ والحرب الأخيرة التى وقعت سنة ١٩٣٩ قد ساعدت كلاهما على تهيئة الأذهان لهذه النظرية ، حيث قتل فى 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 هى الدافع الوحيد الذى حمل الأوربيين على التفكير

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

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

وآية الدين التي نعنيها هي قول الله جل شأنه ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَانَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ، وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ، وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ ، وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ، وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئاً ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلِعَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ، وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ، وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ، وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسَوْقٌ بَكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

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

٣٣ - نظرية الإثبات بالكتابة : فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مسمى فاكتبوه ﴾ وقوله : ﴿ ولا تساموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ﴾ ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيّاً كان نوعه ، لأن الالتزام ليس إلا ديناً في ذمة الملتزم للملتزم له ، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك ^(١) .

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

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

ويوم نزل هذا النص على رسول الله صلى الله عليه وسلم كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص ، ولو أن الشريعة كانت كالقانون

(١) كذلك يمكن قياس أى التزام على الدين إذا احتفظ الكلمة الدين بمعنى القرض لأن كليهما شيء مقوم للزم به بعد مضي أجل معين .

تأتى على قدر حاجة الناس لما جاء بها شيء خاص بإثبات الإلتزامات ، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير فذلك هو السمو الذى تميز به الشريعة الكاملة الدائمة .

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

فالشريعة حين أوجبت الكتابة فى الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية ، وهذه النظرية التى نزل بها القرآن على الرسول فى القرن السابع الميلادى هى من أحدث النظريات فى القوانين الوضعية وفى المذاهب الاجتماعية الحديثة ، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليماً إجبارياً رجالاً ونساءً ، وهذا الذى تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية فى ناصيتها السياسية والاجتماعية . وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حين اشترط القانون الفرنسى الذى أخذت عنه القوانين الأوربية أن يكون الدين مكتوباً إذا زاد عن مقدار معين ، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثرت توفيقاً لو اشترطت الكتابة فى الصغير والكبير وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيراً بعض دول أوروبا ، ولا يزال الشراح فى الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه . وإذن فأحدث نظريات الإثبات فى عصرنا الحاضر هى نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية ولا يزال الشراح فى بعض

الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها .

٣٤ - نظرية إثبات الدين التجاري : اشترطت الشريعة كما بينا - الكتابة

لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً ، ولكنها استثنت من هذا المبدأ العام الدين التجاري^(١) وأباحث إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ﴾ والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة أن الصفقات التجارية تقتضى السرعة ولا تحمل الانتظار ، ولأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتنوعاً ، فاشتراط الكتابة فيها يؤدي إلى الحرج ، وقد يضيع فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة ، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة .

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

ومن يعرف شيئاً عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل مجازاة لحال الجماعة أو تمشيّاً مع ما وصلت إليه ، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ورفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة .

وليس أدل على سمو الشريعة وكلها من أن نظرياتها في إثبات الدين التجاري .

(١) استثنت الشريعة أيضاً من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله تعالى [وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أماته] -

هى نفس النظرية السائدة اليوم فى القوانين الوضعية الحديثة ، وأنها تعتبر أحدث .
ما وصل إليه القانون الوضعى فى عصرنا الحاضر .

٣٥- نظرية من الملتزم فى إملاء العقد : جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ عام أوجبه فى كتابة العقود هو أن يملى العقد الشخص الذى عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين ، والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضعيف من القوى ، فكثيراً ما يستغل القوى مركزه فيشترط على الضعيف شروطاً قاسية ، فإن كان دائناً مثلاً قسا على المدين ، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق ، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطاً لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما ، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه ، ولتحميه من التورط ، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم ، وليقدر ما التزم به حق قدره .

وهذه الحالة التى عالجتها الشريعة من يوم نزولها هى من أهم المسا كل القانونية فى عصرنا الحاضر ، وقد برزت فى أوروبا فى القرن الماضى 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 يتقباها العامل أو المستهلك وهو صاغر ، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوباً مطبوعاً فيوقعه تحت تأثير حاجته للعمل أو حاجته للسلعة ، بينما العقد يعطى لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات .

ذلك العقد الذى نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى « عقد الإذعان » .
وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا المشكل ، فاستطاعت أن تحله بين المنتج والمستهلك بفرض شروط تحمى المستهلك من المنتج ، وبتعيين سعر السلعة ، ولكنها لم تستطع أن تحل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب العمل

والعمال ، مثل إصابات العمال والتعويضات التي يستحقها العامل إذا أصيب أو طرد من عمله ، لأن التدخل بين صاحب العمل والعامل في كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنتاج ، وبقيت من المشكلة نواح هامة كأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها ، يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظيم الإضرابات ، ويرى العمال أن حل مشاكلهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إملاء شروط عقد العمل ، ويظاھروهم 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 بعضه ولم يحقق بعضه الآخر والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً ، هذا الحق قرره الشريعة الإسلامية كاملاً للضعفاء على الأقوياء والملتزمين على الملتزم لهم وجاء به القرآن في آية الدين ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ ، فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أولاً يستطيع ألى يُمْلِلَ هو فليملل وَلِيَّهُ بالعدل .

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ .

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

ووجود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموها وكملها وريقها 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 الرقي والسمو .

٢٣٦ - نظرية تحريم الاستمتاع عن تحمل الشهادات : حرمت الشريعة على

الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها ، أو أن يشهد واقعة فيكتمها ، أو يذكرها على غير حقيقتها ، وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله تعالى : ﴿وَلَا يَأْتِ الشَّهَادَةُ إِذَا مَادُّوا﴾ والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفاً مآ

أو واقعة معينة ، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها . أما الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَسْكُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] وفي قوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَرْضَوْنَ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ [النساء : ١٣٥] والنصان 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 ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة . فإن المصلحة العامة تقضى بالتعاون على حفظ الحقوق وتسهيل المعاملات بين الناس ، والامتناع عن تحمل الشهادة يقضى إلى تضييع الحقوق ، ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطلانها وهناك عقود لا بد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج .

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود .

ومن ير النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغت 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 مسيطرة الحال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة ، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل .

٣٦ - أمطلم أفرى فى آية الدين : هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هي آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت

تأخذ الثالثة ولم تأخذ بعدُ بالرابعة ، وليست هذه النظريات الأربع هي كل أحكام آية الدين ، وإنما هي بعض أحكامها ، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايداً عدلاً عالماً بأحكام الشريعة فيما يكتبه ، وتوجب عليه أن لا يمتنع 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 كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة في كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن البعض أن هذه المميزات تتوفر في قسم دون آخر من الشريعة .

٣٨ - تذكير : وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون - خطأ - أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول هؤلاء إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذي يدعونه ويحرصون على التمسك به ، وأن عليهم أن يذكروا قوله تعالى : ﴿ أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴾ [البقرة ٨٥] وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلاً ولا كاملاً في عهدنا المظلم المتأخر ، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هوام في كل ما يهتمون به ، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم . وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فإن يجددنا الأخذ بالقوانين شيئاً ، بل سيزيدنا تأخراً على تأخر وانحطاطاً على انحطاط ، وإنما علاجنا المجدى هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة .

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

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

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

* * *

منهج البحث

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

الكتاب الأول

في

الجريمة

القسم الأول

من

الكتاب الأول

٤٠ - سنتكلم فى هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة ، وثانيهما أنواع الجريمة ، وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين باباً خاصاً .

الباب الأول

ماهية الجريمة

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

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

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

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢ .

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

٤٢ - **الجريمة والجنائية** : وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنائية ،
والجنائية لغة : اسم لما ينجيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى
عليه شراً ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم دون غيره - أما في الاصطلاح الفقهي
فالجنائية : اسم لفعل محرم شرعاً ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك .
لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجنائية على الأفعال الواقعة على
نفس الإنسان أو أطرافه ، وهي القتل والجرح والضرب والإجهاض^(٢) بينما
يطلق بعضهم لفظ الجنائية على جرائم الحدود والقصاص^(٣) .

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

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

(١) الأحكام العامة في القانون الجنائي لعلى بك بدوي جزء أول ص ٣٩ - الموسوعة
الجنائية جزء ثالث ص ٦ .

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

(٣) تبصرة الحكماء جزء ثان ص ٢١٠ .

أما في الشريعة فكل جريمة هي جنائية ، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما ، وعلى ذلك فالتخالف القانونية تعتبر جنائية في الشريعة ، والجنحة تعتبر جنائية ، والجنائية في القانون تعتبر جنائية في الشريعة أيضاً .

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

٤٣ - هذه التحريم والعقاب : والأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو في تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها ، أو بحياة أفرادها ، أو بأموالهم ، 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 بإتيانه ، لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه ، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة وضرباً من العبث ، فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معنى مفهوماً ونتيجة مرجوة ، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم ، ويمنع الفساد في الأرض ، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم ، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم .

والعقوبات وإن شرعت للمصلحة العامة فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هي مفاسد ، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقية ، وإلى صيانة هذه المصلحة . وربما كانت الجرائم مصالح ، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح ، بل لأدائها إلى المفسد ، فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد ، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع ، وقد نهى 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 بطبعه يؤثر مارجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته ، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة ، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة ، وينفر مما يراه مفسدة عليه ولو كان فيه مصلحة للجماعة . وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر ، علاجاً للطبيعة الإنسان ، فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات ، نفر منها بطبعه ، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك إذا ما فكر في الواجب وما يحلبه عليه من المشاق ، فقد يدعوه ذلك لتركه ، لكنه إذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة ، حمله ذلك على إتيان الفعل ، والصبر على المكروه والمشقة . فالعقوبات مقررّة 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 بالمكاره وحفت النار بالشهوات » . ومن المسلم به أن هناك أناساً يفعلون الفعل لأنه مأمور به ، وينتهون عنه لأنه منهي عنه ، لاحذرا من العقوبة ، ولا خوفاً من النكال ، ولكن حياء وخجلاً أن يكونوا عاصين ، ومبادرة للطاعة ، وتحقيقاً لمصلحة الجماعة ، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جداً ، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة ، لا لمثل هذه القلة النادرة .

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

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

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

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

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

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

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

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

ويترب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ، أن يزيد عدد الأفعال التى تكون الجرائم الأخلاقية ، ويتسع مداها فى البلاد التى تطبق الشريعة وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته فى هذه البلاد . أما البلاد التى تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى دركاته وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية ، وتتفشى الإباحية البهيمية ، وتفكش الإنسانية ، وتقل الأفعال التى تعتبر جرائم أخلاقية حتى لتكاد تنعدم .

٤٦ - 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 الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد اعتبرت جرائم ، وقررت عقوبتها بنص القرآن ، وأن البعض قد اعتبر جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله ، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة ، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل 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 تحل ما حرمه ، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به ، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة ، ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كله من عند الله ، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر ما دام أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله :

٤٧ - ما يترتب على كونه الشريعة من عند الله : ويترب على كون

الشريعة من عند الله نتيجتان هامتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ، ولو تغيرت الأحكام أو اختلفت أنظمة الحكم ، فيستوى أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة ، ويستوى أن يكون نظام الحكم جمهورياً أو ملكياً ، فإن ذلك لن 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 يضيها الأحكام لحماية المبادئ التي يعتنقونها ، وخدمة الأنظمة التي يقيمونها ، فإن هذه

القوانين عرضة للتغيير المستمر ، وفي طبيعتها عدم الاستقرار ، ويكفى أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم ، لتتغير القوانين وتقلب الأوضاع .

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً ، بحيث يستوى في هذا الفريق الحاكم ، والفريق المحكوم ، لأن كليهما يمتدّد أنها من عند الله ، وأنها واجبة الاحترام ، وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية ، لأن الطاعة تقرّبهم من 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 وطاعتها ، وكل شريعة في العالم تقدر قيمتها بقدر مالها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام ، وليس في العالم اليوم شريعة تداني الشريعة الإسلامية في هذا ، ولا شك أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها ، استقرت أمورهم ، وحسنت أحوالهم ، وتفرغوا للشئون دنيائهم .

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها الله جل شأنه ، أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة ، وهي حين تضعها تراعى مصلحتها دون غيرها من الفئات ، وتحاول أن تحمي بالقوانين أشخاص رجالها ، والمبادئ التي يمتثلونها ، والأنظمة التي يقيمونها ، فإذا ما ذهب هذه الفئة وجاء غيرها ، تغيرت القوانين لتحمي الفئة الجديدة ، والمبادئ والأنظمة الجديدة ، وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادئ والأنظمة التي يقوم عليها الحكم ، وهي لا تتغير وتبدل بين حين وآخر ، وهذا يؤدي إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سطوته عن الناس ، بل إلى عدم الاكتراب به ، حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب السياسية تتعرض أنصارها على الاستهانة بالقانون والخروج على أحكامه لتصل إلى أغراضها ، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة من التمرّد والهدامة حرج فيما يدعون إليه ، ما داموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم ، وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيراً منهم ، أو أنظمة هي شرّ في نظرهم ،

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

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

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

الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح 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 الإدارى إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كوّن الخطأ الإدارى جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص ، عوقب عليه بهذه العقوبة ، ومحكمة الجانى جنائياً ومعاقبته بالعقوبات المقررة للجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون

إلا عقوبات تعزيرية ، وهى عقوبات جنائية ، فسكان الجانى يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هى أشد العقوبات فى الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجانى وزجره .

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

وإذا لم تكن الجريمة التى ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهى من التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل فى التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمتها الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذى منتهجها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها الحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك ، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ، ولـكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية ، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أى 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 التى يمكن أن توقع فى الحاكمة التأديبية هى نفس العقوبة التى يمكن أن توقع فى الحاكمة الجنائية ، أى أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة .

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

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

ولا شك 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 .

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

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

(١) أى غير مباحة .

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

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

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

الباب الثاني

أنواع الجريمة

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

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

التقسيم المبني على جسامة العقوبة

الحدود - القصاص والدية - التعازير

٥١ — تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة

أقسام :-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(٣) مواهب الجليل للخطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ .

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

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

٥٢ - أهمية التقسيم : تظهر أهمية تقسيم 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 ولي الأمر أى الرئيس الأعلى للدولة ، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغواً لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة .

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

وفي جرائم التعازير لولى الأمر أى رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة ، فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط أن لا يمس عفوه حقوق المجنى عليه الشخصية . وليس للمجنى عليه أن يعفو في التعازير إلا عما يمس حقوقه الشخصية المحضة . ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجنى (٦) التشريع الجنائى الإسلامى)

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

ولاشك أن عفو المجنى عليه يعتبر ظرفاً مخففاً .

ثانياً — من حيث سلطة القاضي : في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبتهما 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 سنبين — 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 ينزل بالعقوبة إلى أدنى درجاتها ، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى ، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها .

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

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

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

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد .

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

الفصل الثاني

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني

الجرائم المقصودة — الجرائم غير المقصودة

٥٣ - تنقسم الجرائم بحسب قصد الجاني إلى جرائم مقصودة وجرائم

غير مقصودة :

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

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

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ ، الفنى الجزء التاسع ص ٣٢٠ ، والزيلى الجزء السادس ص ٩٧ ، بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ . راجع أيضاً الفقرتين ٢٨٤ ، ٣٠١ .

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

النوع الثانى — هو ما لا يقصد فيه الجانى الفعل ولا الجريمة ، ولكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياظه ، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله وكمن يحفر بئراً فى طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه .

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

مقصودة من وجهين :

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

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

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم وهى تتفق مع الشريعة فى موضوعه وتأنجه .

الفصل الثالث

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

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

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

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

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

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

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

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

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

الفصل الرابع

المبحث الأول

جرائم إيجابية — وجرائم سلبية

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

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص ٤٥ .

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

الجزء الرابع ص ٤٠٧ .

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

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة . وأكثر الجرائم إيجابية 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 حبس 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 ، وذلك ما يراه مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) ، أما أبو حنيفة^(٤) فلا يرى الفعل قتلاً ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلاً عمداً ، لأنه لا بقاء لأدنى إلا بالأكل والشرب والدفء .

فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون إهلاً كاله الأم التي تمتنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ، ولو أنها لم تأت بعمل إيجابياً^(٥) .

ومن منع فضل مائه مسافراً علماً بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٩ .

(٣) المغنى 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 .

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

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السرى ولم تربطه بعد قطعه
متممة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك ففى قاتلة له ، ومن الممكن
اعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضاً ربط الحبل السرى ، لأن القطع
غير مهلك فى ذاته ، وإنما المهلك ترك الربط ، ولما كن جميعاً قد تعمذن ترك
الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعاً ^(٣) .

٥٩ - متى يعتبر الممتنع مسؤولاً؟ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع
لا يعتبر مسؤولاً عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وإنما يسأل فقط حيث يجب
عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع . وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على
ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعى أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات
النظر مختلفة ، فمثلاً : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمى من هلكة
كءاء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه ^(٤) ، ويرى بعض الحنابلة
أنه مسئول ^(٥) ، وأساس هذا الخلاف هو : هل الإنجاء واجب أم غير واجب ؟
ومن هذا القبيل المثل الذى ضربناه عن منع الماء .

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

(١) واهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ .

(٢) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

(٣) الفناوى الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(٤) الإقناع الجزء الرابع ص ٢٠٥ .

(٥) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماماً ، لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الغالبية 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 ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، ويضربون مثلاً على الحالة التي لا مسئولية فيها الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار ، أو أقدم على افتراسه سبع ، والأمثلة في الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

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

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

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

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم بسيطة . وجرائم اعتياد

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

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

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

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

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

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم — والمندوب هو
ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم .

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

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

٦٣ — أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولاً من حيث مبدأ سريان التقادم : 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 .

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

(٢) المستقصى للفرزى ص ٧٥ ، ٧٦ تحفة المحتاج الجزء الثامن ص ١٨ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام الجزء الثاني ٢٥٩ ، ٢٦٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكنهم في الواقع لا يقصدون هذا ؛ لأن القاعدة العامة في التمييز أنه مقيد بالمصاحبة العامة ، ولذلك أجيز لولى الأمر في جرائم التمييز العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة .

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

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

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

وإذا حوكم الجاني مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة ، لأن العقوبة مقررة على الاعتقاد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته ، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به 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 الاعتقاد ، وفي مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين .

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

(١) يرى بعض الشراح 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 يعتبر عملاً للجريمة إلا المسكان الذي تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة ، فإذا لم تتوفر بالعادة في مكان معين فإنها تتوفر في شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى في محل إقامته .

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

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

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

وتختلف الأفعال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة . لأن الجريمة المكونة من أفعال متلاحقة 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 - العدة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة : تعتبر الأفعال

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

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم مؤقتة - وجرائم غير مؤقتة

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

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

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

٦٩ - جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة : والظاهر من تتبع جرائم

التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذى يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة :

فالجرائم المؤقتة هى التى تتسكون من فعل أو امتناع يحدث فى وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع ، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشئ خفية ، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد شرب الخمر ، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة .

والجرائم غير المؤقتة هى التى تتسكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذى تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ، ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بإتمام حالة التجدد أو الاستمرار .

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

٧٠ - مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة : ونصوص التشريع

هى وحدها التى تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أم غير مؤقتة ، لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادى فتميزها بذلك عن غيرها ، فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهى بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة ، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة .

وينبغى فى هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها ، فالسرقة تتم بأخذ الشئ خفية فهى جريمة مؤقتة ، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرارا للسرقة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهى جريمة مؤقتة ، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يعتبر استمراراً

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

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

فالجريمة المتجددة : هي التي يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجاني تدخلًا متكررًا مقصودًا ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، أو عن تسليم المحضون لحاضنه . وكإحراز سلاح دون رخصة . ففي هذه الحالات يأتي الجاني الفعل أو يمتنع عنه . وتبقى جريمته قائمة ما بقي محرزا للسلاح . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل . ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجاني الذي يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه .

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

٧٢ — أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة : لهذا التقسيم أهمية

من عدة وجوه نبسطها فيما يلي :

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة . وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة ، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمراراً متجدداً . وجرائم مستمرة استمراراً تاماً . وقد دعانا إلى مخالفة الشراح أن الألفاظ التي استعملناها أكثر دقة وانطباقاً على المعاني المقصودة .

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

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

ج - من حيث تطبيق التشريعات الجديدة : لا تسري التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة ، 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 المقضى به : يعتبر الحكم في الجريمة المؤقتة صادراً عن الواقعة التي عرضت على المحكمة ، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة ، فلا يعتبر الحكم شاملاً لها ، ولو كانت من نوع الواقعة التي صدر عنها الحكم ، وكذلك الحال في الوقائع التي حدثت بعد صدور الحكم .

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها ، جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة ، وامتنع رفضها عن الوقائع السابقة ، والعلة في هذه التفرقة أن قواعد التداخل تنطبق على الوقائع السابقة ، وطبقاً لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعة التي حكم فيها ، لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، ووضعت على أنها تسكن الضمير (٧ -) .

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

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

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

الفصل الخامس

المبحث الأول

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم ضد الجماعة - وجرائم ضد الأفراد

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

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

(١) راجع الفقرة ٥٢ .

سواء وقعت الجريمة على فرد، 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 تخفيفها، أو إيقاف تنفيذها.

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

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التي تقع على الأفراد، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية، وهما العقوبتان المقرتان أصلاً للجريمة، وقد أعطى له حق التنازل لأن الجريمة تمسه مساساً مباشراً، فإذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجاني، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظاً لمصلحة الجماعة التي مست مساساً غير مباشر.

وجرائم التعازير 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 لأدنى

(١) بدئ الصنائع الجزء السابع ص ٣٣، فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢.

إلا والله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره»^(١) فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة.

المبحث الثاني

في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم عادية وجرائم سياسية - أى بنى

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

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

٧٦ - متى توجب الجريمة السياسية : ولا توجد الجريمة السياسية في الظروف

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

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

٧٧ - المجرمون السياسيون : تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء

« البغي ، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية » .

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

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

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٥٢ .

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

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

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

٧٨ — الشروط التى يجب توفرها فى المجرمين السياسيين أو البغاة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق ، الشروط التى يجب توفرها فى المجرم وعمله ليعتبر مجرماً سياسياً أو باغياً :

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

(١) الخليفة أو الإمام الذى ليس بعده إمام أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية .

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

(٣) رأى الغالب فى المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره ؛ لأن لإباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس — والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، وأنه ينزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين ، وانعكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلانها ، وإذا أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين ، وهناك من يرى خلعه إذا لم يستلزم فتنة . وروى عن مالك أنه قال : من قام على إمام يريد إزالة ما بيده إن كان — أى المقوم عليه — ممثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٠ ؛ وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص ٤٢٩ ، والأحكام السلطانية ص ١٤ ، والإقناع الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

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

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

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

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

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١١ ، ١١٢ - المغنى الجزء العاشر ص ٥٢ - نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ - البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ .

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ ، ١٥٤ - شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٢ - نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ - المغنى الجزء العاشر ص ٤٩ .

الوصف ، فلا يعتبر مجرما سياسيا ولو كان متأولا^(١).

رابعا - الثورة والحرب :- 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 بغيا أى جريمة سياسية ، وإنما هي جريمة عادية ، يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها . وتلك هي سنة على ابن أبي طالب في الخوارج ، فلقد عرض قوم من الخوارج به ، فنادوا وهو يخطب على منبره لا حكم إلا الله ، يعرضون به ، لأنه قبل التحكيم ، فرد على منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله : أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نبدؤكم بقتال ، ولا نمنعكم النىء ما دامت أيديكم معنا ، أى ما دمتم لم تثوروا علينا^(٢).

٧٩ - حقوق البغاة ومسئوليتهم قبل الثورة : للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمى المشروع ، ولهم الحرية فى أن يقولوا ما يشاءون فى حدود نصوص الشريعة ، وللعادلين أن يردوا عليهم و يبينوا لهم فساد آرائهم ، فإذا خرج أحد من الفريقين فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته باعتبارها جريمة عادية ، فإن كان قاذفا حد وإن كان سابا عزز ، وإن ارتكب أحد البغاة أية جريمة عوقب عليها باعتبارها جريمة عادية^(٣).

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

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٥ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٥٨ - الفرح الكبير الجزء العاشر ص ٧١ : ٧٢ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٤ .

(٣) الأحكام السلطانية ٥٨ . المغنى الجزء العاشر ص ٦٠ . أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ : ١١٤ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٧٦ .

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

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

٨٠ - حقوق البغاة ومسئوليتهم أثناء الثورة وما بعدها :

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

فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة ، وجب على ولي الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التي في يد أهل العدل ، وماتلف منها في غير قتال فهو مضمون على متلفه ، وأما ما أتلفه أهل البني في نائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر ،

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

(٢) ٤١١ ج ٤ شرح فتح القدير .

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

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

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

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

٨١ - عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة الإسلامية :

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

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

يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عايتها بعقوباتها العادية ؛ لأنها جرائم عادية لم تقع فى حالة ثورة أو حرب ، أما الجرائم التى ترتكب 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 والكبارى ، وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم هى الجرائم السياسية ، وتكتفى الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة ، وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم ، وألقوا سلاحهم ، عصمت دماؤهم وأموالهم ، وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم ، أو أن يعزهم على خروجهم ، لاعلى الجرائم التى ارتكبوها أثناء خروجهم ، فعقوبة الخروج إذن هى التعزير ، وهو جريمة سياسية ، أما عقوبة الجرائم التى تقتضيها حالة الحرب أو الثورة ، فهى القتل بالشروط التى ذكرناها سابقاً .

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

٨٢ — بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية : كانت القوانين

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

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

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

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

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

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

والحكام ، وهذا هو الرأي الذى أقره معهد القانون الدولى فى سنة ١٨٩٢ حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين ، الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعى^(١)

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

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٤٧ - ٥٣ . شرح قانون العقوبات لكامل مرسى
والسيد مصطفى ص ٨٩ - ٨٥ القانون الجنائى لعل بدوى ص ٢٩ - ٢٨ الشارح ص ١٠١
الأند مخرت ص ٧٣ - ٧٦ .

القسم الثاني

من الكتاب الأول

الأركان العامة للجريمة

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

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

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

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي س ٢١٥ جزء أول ، المستنقى للقرائي جزء

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

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

٣ — أن يكون الجانى مكلفاً أى مسئولاً عن الجريمة ، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبى .

هذه هى الأركان العامة التى يجب توفرها بصفة عامة فى كل جريمة ، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يغنى عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية فى السرقة ، وركن الوطء فى جريمة الزنا ، وغير ذلك من الأركان الخاصة التى تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها .

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

الباب الأول

الركن الشرعى للجريمة

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

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفي بذاته للعقاب على كل فعل وقع فى أى وقت وفى أى مكان ومن أى شخص ، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذى حرّمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل ، وأن يكون ساريا على المكان الذى اقترف فيه الفعل ، وعلى الشخص الذى اقترفه ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم .

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

- ١ - النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية .
- ٢ - سرّيان النصوص الجنائية على الزمان .
- ٣ - سرّيان النصوص الجنائية على المكان .
- ٤ - سرّيان النصوص الجنائية على الأشخاص .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات
أى الأحكام الجنائية الشرعية

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

المبحث الأول

فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة

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

فالحكم التكليفى هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو
تخييره بين فعل والكف عنه ^(١) . ويسمى هذا الحكم تكليفاً ؛ لأنه يتضمن إلزام
المكلف إتيان فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ إِنِ اللّهُ بِأَمْرِكُمْ أَن تُوَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٨١ وما بعدها - المستصنى
للفزالى الجزء الأول ص ٦٥ وما بعدها - أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ .
(٨ - التشريع الجنائى الإسلامى)

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

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

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

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

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي الجزء الأول ص ٨١ وما بعدها — المستصفي للفرزالي الجزء الأول ص ٩٣ — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ وما بعدها .

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

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ 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 يهمننا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل . أما الأحكام التكاليفية الخيرية فلا يعاقب على تركها أو إتيانها ، ولا يعتبر إتيانها أو تركها جريمة ، على الرأي الراجح .

وفيما يتعلق بالنص على العقوبة يهمننا الحكم الوضعي ، سواء كان سبباً أو شرطاً أو مانعاً ؛ لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها .

٨٧ — قواعد أصولية شرعية : من القواعد الأساسية في الشريعة

الإسلامية : أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها .

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

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

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

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

فأما المكلف فيشترط فيه أولاً : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف ، أى أن يكون فى استطاعته فهم النصوص الشرعية التى جاءت بالحكم التكليفى : لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كلف به .

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

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية . والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإجابة تستدعى مبيحاً والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه ، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير ولا إباحة . فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو لإباحتها .

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

(٢) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٧٣ .

أولاً : أن يكون ممكناً ، فلا تكليف بمستحيل .
 ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف أى في قدرة الشخص إثباته أو تركه .
 فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .
 ثانياً : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف
 علماً تاماً يحمله على الامتثال ، والعلم التام الذى يحمله على الامتثال يقتضى :
 (١) العلم بالأحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر
 نصها على الكفاية ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لا يمكن أن يأتمر به أو ينتهى عنه .
 وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعنى أن لاجرمية بلا نص ينشر على الناس .
 (ب) أن يكون فى الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان
 وهذا يقتضى علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة . وتطبيق هذا الشرط
 على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة .
 وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعنى — كالتقاعدين السابقتين
 أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص .

٨٨ - مصدر هذه القواعد الأصولية : وهذه القواعد الأصولية التى
 تقطع بأن لاجرمية ولا عقوبة بلا نص فى الشريعة الإسلامية ، لا تستند فيما
 جاءت به إلى العقل والمنطق ، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التى تأمر
 بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيف ، وإنما تستند إلى نصوص خاصة صريحة
 فى هذا المعنى ، منها قوله تعالى : ﴿ وما كنا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾
 [الإسراء : ١٥] وقوله : ﴿ وما كان رَبُّكَ مُهِلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ
 رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴾ [القصص : ٥٩] وقوله : ﴿ ثَلَاثًا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ
 حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾ [النساء : ١٦] وقوله : ﴿ لَا نُذَرِكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ ﴾ [الأنعام : ١٩]
 وقوله : ﴿ لَا يَكْفَى اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ
 كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال : ٣٨] فهذه النصوص قاطعة

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

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

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

الفرع الأول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

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

تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم .

وجرائم الحدود سبع :

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

ففي جريمة الزنا يقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا ﴾ [الإسراء : ٣٢]
 ويقول : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور : ٢]
 ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا : البكر
 بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » فهذه
 النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم ، وهي كل العقوبات
 المقررة للزنا في الشريعة .

وفي جريمة القذف يقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
 بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم
 الفاسقون ﴾ [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 .

وفي جريمة الشرب يقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ
 رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ [المائدة : ٩] ويقول الرسول صلى الله عليه
 وسلم : « كل مسكر حرام » ، ويقول : ما أسكر كثيره فقليله حرام » وهذه
 النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات .

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

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

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

وفي جريمة الحراقة يقول الله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ريسعون في الأرض فساداً أن يُقَتَّلُوا أو يَصَلَّبُوا أو يُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ [المائدة : ٣٣] فهذا النص يحرم الحراقة والسعى بالفساد في الأرض ، ويعاقب على ذلك بالنقي والقطع والقتل والصلب .

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

وفي جريمة البغى يقول الله تعالى : ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] ويقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم

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

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

الفرع الثاني

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص والدية

٩٢ — أثر الفاعلة في جرائم القصاص والدية : طبقت الشريعة قاعدة

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

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد ، وإتلاف الأطراف عمداً ، والجرح العمد .

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

ففي جريمة القتل العمد يقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ [الإسراء: ٣٣] ويقول: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ : الْحَرْ بِالْحَرْ ، وَالْعَبْدَ بِالْعَبْدِ ، وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويقول جل شأنه : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ [المائدة: ٤٥] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قَوْدٌ به إلا إن رضى ولى المقتول » ويقول : « من قتل له قاتل فاهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود - أى القصاص - وإن أحبوا فالعقل أى الدية » . ويقول : « فى النفس مائة من الإبل » .

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

وفى جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولَى الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة : ١٧٩] ويقول: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ، وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] ويقول : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ . [البقرة : ١٩٤] ويقول : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ [النحل : ١٢٦] فهذه النصوص صريحة فى تحريم إتلاف الأطراف والجراح ، وفى جعل عقاب الجريمة القصاص فى حالة العمد .

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

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

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

أما الجراح فقد حدد النبي عقوبة بعضها دون بعض ، فجعل أرش الموضحة حساً من الإبل ، وأرش الهاشمة عشرين من الإبل ، وفي الآمة والدامغة^(١) ثلث

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج والموضحة : هي التي تكشف عن العظم . والهاشمة : هي التي تهشم العظم . والآمة : هي التي تصل إلى الجلدة التي تغطي المخ . والدامغة : هي التي تصل إلى المخ نفسه . ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج على

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

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

والدية في قطع الأطراف والجراح العمدية هى 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 لا شك فيه بنصوص صريحة في معظم الأحوال ، و بإجماع لا شك فيه في بقية الحالات ، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعى من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح .

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

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

== على جراح الرأس والوجه . أما ما عدا ذلك فيسمونه جراحاً إلا ما يصل للتجويف الصدرى والبطنى فيسمونه جائفة .

(١) يطابق لفظ الدية على الدية السكاملة : ويطابق لفظ الأرش على بعض الدية .

توجيها الشريعة أو توجيهها ولى الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية .
وعقوبة القصاص وعقوبة الدية 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 ، أما
ولى الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما ،
كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها ؛ لأنه لا يملك إسقاط
حقوق الله ولا حقوق الأفراد^(١) وإن كان عليه أن يستوفيهما لأن استيفاءها من
مقتضيات وظيفته .

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التي تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى ، وحقوق
للآدميين ، ويعتبرون الحق لله تعالى كلما كان خالصا أو كان حق الله فيه غالبا ، ويعتبرون الحق
للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه . وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التي تمس
مصالح الجماعة ونظامها ، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التي تمس حياة الأفراد وحقوقهم ،
وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وحين
ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة إنما تمس في النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة
تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد . وفي
هذا يقول أحد الفقهاء : [ما من حق لأدى إلا والله فيه حق لاذ من حق الله على كل مكاف
ترك أذاه لغيره] راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ . فإذا اعتبرت الشريعة
بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد
ولذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد ؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد ، أكثر مما
تمس مصلحة الجماعة .

والأصل في الشريعة : أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن الشريعة جعلت
استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد ، كعقوبة القصاص والدية فلمهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا
عنها . فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجاني بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم .
وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا 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 خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة
ونسبة الحق لله لا تنفيده جل شأنه شيئا ، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق ؛ لأن حق
الله لا يملك أحد إسقاطه .

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير

٩٣ - أثر القاعدة في جرائم التعازير : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير أيضا ، وكان من المنطقي 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 تنقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم ، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما ؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضى هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر .

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

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

٩٤ - 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

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

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا يحصى من توقيعها على الجانى ، أما فى التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهى بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، والقاضى أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها ، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى فى ذلك ما يكفى لردع الجانى وتأديبه .

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

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

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١

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

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

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

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

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

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

القسم الأول

في التعزير على المعاصي

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

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

والمعاصي هي إتيان ما حرّمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبه

من الواجبات .^(٢)

(١) 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 الفني للمعصية يقابل تماماً بالمعنى للجريمة في استعملنا القانوني .

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

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

ويختلف المحرم عن المكروه ، فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً غير حتم ، فإن كان الطلب حتماً فهو المحرم .

ويختلف الواجب عن المندوب ، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلباً غير حتم ، فإن كان الطلب حتماً فهو الواجب .

وقد يشتبه المحرم بالمكروه ، ويشتهبه الواجب بالمندوب ، وفي هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب ، فإن دلت القرائن على الكف الحتم فهو المحرم ، وإن دلت على الفعل الحتم فهو الواجب ، أما إذا دلت على الكف غير الحتم فهو المكروه ، وإن دلت على الفعل غير الحتم فهو المندوب . ومن أهم القرائن المعتبرة في حالة الاشتباه قرينة العقوبة ، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب ، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب .

مالم يُستفد الحتم من قرينة أخرى ، ولهذا يعرف بعض علماء الأصول المحرم

بأنه ما يستحق فاعله العقوبة ، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة ،
ويعرف المكروه : بأنه ما لا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم ، ويعرف
للمندوب : بأنه ما لا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم . وهى تعريفات
غير دقيقة كما يرى البعض الآخر^(١) .

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

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

والأصل فى هذا النوع من المعاصى أن عقوبة الحد تغنى فيه عن التعزير ،
لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة
العامة ، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة .

فمالك يرى تعزير الجانى مع عقوبة القصاص فى الجناية عمداً على ما دون
النفس^(٣) ، وحجته فى هذا أن القصاص جعل مقابلاً للجريمة ، وهو حق المجنى
عليه ، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة ، ولا يرى مالك الجمع بين القصاص
والتعزير فى القتل العمد ؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل ، ولكنه يرى التعزير
كما سقط القصاص لمانع من الموانع^(٤) .

وفى مذهب الشافعى يميزون اجتماع الحد مع التعزير ، كما قتل من لا يقاد

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٦٠ - ١٧٤ ، علم أصول الفقه
لعبد الوهاب خلاف ٧٩ - ٨٩ .

(٢) المقصود بالحد هنا العقوبة .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ . شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

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

وفى مذهب أحد يميزون تعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها^(٢) ، ومعنى هذا أنهم يميزون أن يجمع مع الحد التعزير .

وفى مذهب أبى حنيفة يعتبرون التغريب المقرر للزانى غير المحصن تعزيراً لاحدا ، ويميزون أن يجمع التغريب مع الحد بهذه الصفة ومعنى هذا أنهم يميزون اجتماع الحد مع التعزير^(٣)

النوع الثانى : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء فى نهار رمضان والوطء فى الإحرام .

والكفارة فى أصلها نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين ، فإذا فرضت فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على معصية فهى عقوبة خالصة ، كالكفارة فى القتل الخطأ والظهار ، والكفارة فى هذا تشبه المال ، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما فى حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية .

والمعاصى التى تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلهما إفساد صيام ،

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٦ .

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 الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لا يجوز أن يجتمع مع الكفارة التعزير^(٢) .

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

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصي فيه التعزير أى لاعتقوبة عليه إلا التعزير .

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

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

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء فهناك مثلاً من يرى الكفارة على الوطء في الحيض ، وهناك من لا يراها ، وهناك من يقول بالكفارة في الوطء في الصيام فقط ، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذى .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢١ - المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ - تبصرة ج ٢ ص ٢٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

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

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

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

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

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

١٠٠ — المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصي هي إفساد الصيام ، وإفساد الإحرام ، والحنث في اليمين ، والوطء في حيض ، والوطء في ظهار ، وسنعرضها واحدة بعد أخرى .
إفساد الصيام : يقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ [البقرة : ١٨٣] ويقول ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةُ الصِّيَامِ الرِّفْثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ، هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ ، فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ ، وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ، وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ ، وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ، تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرُبُوهَا ﴾ [البقرة : ١٨٧] . وروى أبو هريرة ، أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هلكت يا رسول الله . قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتي في رمضان . قال : هل تجد ما تعتق به رقية ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبي بفرق

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

إفساد الإحرام: يقول الله تعالى: ﴿وَأَتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ، فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ، وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ، فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ، فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ، أَوْ صَدَقَةٍ، أَوْ نُسُكٍ، فَإِذَا أُمِيتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ، وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ، تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ، ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرًا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾ [البقرة: ١٩٦] ويقول: ﴿الْحَجَّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧]. ويقول: ﴿وَحُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٥]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ، وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ، أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ [المائدة: ٩٥] ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا

(١) اختلاف الفقهاء في تطبيق النص المقرر للعقوبة، فإلا 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 تنطبق على غير ما جاءت فيه، وهناك خلافات أخرى أهمها: أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل. كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط، والبعض يسوى بين المتعمد والناسي. ويرى البعض في حالة تعدد الإفتار تطبيق قاعدة التداخل؛ ولا يرى البعض تطبيقها؛ ولا شكل فريق حججه؛ ولا يرى ما يدعونهنا لسردها فكلها خلافات في تفسير النصوص وتطبيقها - راجع بداية الجتهد الجزء الأول ص ٢١٠ وما بعدها والهداية الجزء الأول ص ٩٦ - والإقناع الجزء الأول ص ٣١٢ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ١٨٣ وما بعدها.

الذين آمنوا لا تُجِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ ، ولا الشَّهْرَ الحَرَامَ ، ولا الهَدْيَ ، ولا القَلَائِدَ [المائدة : ٢] .

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

ويفسر الرفث بالجماع ، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على الحرم إلى الأشياء التي كانت مباحة قبل أن يحرم ، كالصيد والطيب والزينة بلبس الخيط^(١) . هذه هي النصوص التي تحرم ما يفسد الإحرام ، وتلك هي العقوبات التي فرضتها على من يفسد إحرامه ، وهي نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء في بيان ما يفسد الإحرام ، وما يجب عليه من عقوبة .

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

(١) تفسير المنار ج ٢ ص ٢١٧ وما بعدها - بداية المجتهد ج ١ ص ٢٨٦ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ٢٠٤ وما بعدها - الهداية ج ١ ص ١٢٥ وما بعدها - الإقناع ج ١ ص ٣٥٥ وما بعدها .

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

الوطء في الحيض: يقول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْحَيْضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزَلُوا النِّسَاءَ فِي الْحَيْضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض، أنه يتصدق بدينار، وروى عنه بنصف دينار، وروى أيضاً في حديث ابن عباس هذا أنه إن وطئ في الدم فعليه دينار، وإن وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار. وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسة دنانير.

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

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

الوطء في الظهار: يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ

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

(٢) الإقناع ج ١ ص ٦٤.

(٣) بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦ - الهداية ج ١ ص ١٨ وما بعدها - المذهب ج ١ ص ٣٦ وما بعدها.

يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ﴿ [المجادلة : ٣ ، ٤] والنص قاطع في تعيين المعصية وتحديد العقوبة ^(١)

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

١ — تحريم بعض المطاعم : يقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾

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

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

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

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

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

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

[٢٧٩] ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ ﴿آل عمران: ١٣٠﴾ ويقول: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّهَا لِيَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الروم: ٣٩] وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «اجتنبوا 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 المحصنات المؤمنات الغافلات» .

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

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

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

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

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

١٠٢ - ظنونه لا أساس لها من الحق : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير ، وأنها تركت للقاضى تلك المهمة ، ورتبوا على هذا الظن الخطأ أن سلطة القاضى فى التعزير سلطة تحكمية ، وأن جرائم التعزير وعقوباتها غير منصوص عليها . وأنها متروكة لتقدير القاضى ، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يحرم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه ، ومنطق هؤلاء باطل ، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع .

والله أعلم بالصواب ، وظاهر من ظاهرهم الخطأ ؛ نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع ،

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

١٠٣ - نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير : ونستطيع أن نبين صحة ما قلناه

من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير . فهذا فقيه حنفى يقول : « التعزير يكون في كل معصية الخ ، وليس فيه شيء مقدر ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنایات الناس وأحوالهم » ^(١) . وهذا فقيه شافعى يقول : « من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزز على حسب ما يراه السلطان » ^(٢) . وهذا فقيه

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٨ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ٣٠٦ .

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

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

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

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩.

(٢) الاقتناع ج ٤ ص ٢٦٨.

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

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

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

نصت على جرائم التعازير وعينتها ، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة ، ومن قواعدها العامة ، ومن النصوص التى حرمت الجرائم وعينتها ، 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 : ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن ﴾ (١٠) التمتع الجنائ الإسلامى

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

وإذا كان الهجر في المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج ، فإن الهجر في المضاجع ليس إلا نوعاً من الهجر ، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا ، وأمر عمر بهجر صبيح ، فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور^(١)

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

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

(١) تراجع الفقرات ٤٨١ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨١ .

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

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

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

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

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

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

(١) راجع الفقرتين ٤٨٢ ، ٤٨٦ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨٠ .

(٣) راجع الفقرات ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .

(٤) تسكمتنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكننا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية في كتاب العقوبة .

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

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

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

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

هذه هى سلطة القاضى فى الشريعة ، وهى ليست سلطة تحكمية ، وإنما هى

سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة ، وهى سلطة اختيار وتقدير لاسلطة تحكم واستعلاء ، قصد منها تمكين القاضى من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما ، وإنها لسلطة قينة أن تحقق العدل ، وترفع الحرج وتضع الأمور فى مواضعها ، وتعاقب كل بما يستحقه .

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

القسم الثانى

فى التعزير للمصلحة العامة

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

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

١ — أنه ارتكب فعلاً يمس المصلحة العامة أو النظام العام .

٢ — أنه أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام .

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

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

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ ، ١٩ — الإقناع ص ٢٦٩ ج ٤ — ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ ،

ص ٢٥٩ — تبصرة الحكام جزء ثان ص ٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٧ .

إلا عن جريمة وبعد ثبوتها ، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة ، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام ولو لم يأت فعلاً محرماً ، وهذا العقاب الذى فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة ، ويبرره الحرص على النظام العام ؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدى إلى هربه ، وقد يؤدى إلى صدور حكم غير صحيح عليه ، أو يؤدى 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 رضى الله عنه بنصر بن حجاج ، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول : هل من سبيل إلى خمر فأشربها - أم من سبيل إلى نصر بن حجاج ؟ فدعا عمر نصر بن حجاج ، فوجده شاباً حسن الصورة فخلق رأسه فازداد جمالا ، فنفاه إلى البصرة ، خشية أن يفتتن النساء بجماله ؛ مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرماً . ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذى أوجده في هذه الحالة ، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام .

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

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

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من شهر بإيذاء الناس ولولم يقم عليه دليل أنه أتى فعلاً معيناً .

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

١٠٧ - **سلطة القاضى فى التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية** : قلنا إن الحالات التى يعزز فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها ، وإن القاضى ليس له أن يحكم بالعقوبة فى الحالة التى تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة ، فإن لم تسكن كذلك قضى بالبراءة ، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير ، فسلطة القاضى إذن ليست مطلقة ولا تحكمية ، وإنما هى مقيدة بقيود بينها الشريعة وأوجبت توفرها . وسلطة القاضى هنا لا تزيد شيئاً عن سلطته فى جرائم التعزير المنصوص على تحريمها ، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها سلطة واسعة أعطيت للقاضى ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ، ولم تعط إليه ليخلق الجرائم وينشئ العقوبات ، ومهما وسعت الشريعة من سلطة القاضى فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التى تقضى بأن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص ، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة ، وإن طبقتها على وجه خاص فى حالة التعزير للمصلحة العامة .

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

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

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

فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص . وإنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادية . فبدلاً من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وبدلاً من أن تنص على الفعل المحرم وتعيّنه ثم تترك القاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، جاءت بدلاً من هذا كله 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 الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة أن لا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق :

أولاً - من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة ، وعينته تعييناً لا شك فيه في جرائم الحدود ، وفي جرائم القصاص والدية وفي جرائم التعازير العادية ، فهو جريمة في أي وقت ، وفي أي ظرف ، أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه ، وإنما حدد بوصفه ، ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل ، فيترب 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 عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة .

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

١٠٩ - العلة في إجازة التعزير للمصلحة العامة : والضرورات الاجتماعية

هي المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير ، لحماية نظام الجماعة وصوالها العامة تقتضى 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 يجمع كل من تحدّثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها ؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص والجمادة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة ، وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية توصلها لحماية النظام والصالح العام .

القسم الثالث

في التعزير على المخالفات

١١٠ — التعزير على المخالفات : الأصل في التعزير أنه على فعل المحرمات

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

ويحتاج بعض القائلين بالعقاب بفعل عمر رضى الله عنه ، حيث مر على شخص

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٢٣ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ - شرح مسلم النذير ج ١ ص ١١١ ، ١١٢ .

(٢) المستصفى للقرطبي ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ - الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١ - تحفة المحتاج ج ٨ ص ١٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ - تبصرة الحكماء ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ - الأحكام السلطانية ص ٧١٢ .

(٣) المستصفى للقرطبي ج ١ ص ٧٦ - الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

أضع شاة يذبجها ، وجعل يحد الشفرة ، فعلاه بالذرة وقال له : هلا حددتها أولاً؟^(١)

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

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

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ — القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة :

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

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

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

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

١١٢ — كيف طبقت القوانين القاعدة ؟ : والقوانين الوضعية لا تطبق

القاعدة اليوم على الوجه الذى سبق أن طبقتها به يوم عرفتها ، فقد كان القانون الفرنسى أول قانون طبقها ، وعنه أخذت أكثر القوانين ، وكان القانون الفرنسى يشدد أول الأمر فى تطبيقها تشدداً عظيماً ، فعين الجرائم تعييناً دقيقاً وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضى أن يزيد فيها أو ينقص منها ، فكانت مهمة القاضى منحصرة فى أن يحكم بالعقوبة إذا تبين 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 الفرنسى إلى العدول عن هذا النظام لا لأنه غير صالح ، ولكن لعدم صلاحية الأداة التى وكل إليها تطبيقه ، فالتشريع الفرنسى يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم ، فكانوا يقررون فى كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين ، لا لأن المتهمين براء ولكن تخرجاً من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضى أن يتصرف فى تطبيقها أو يخفف من شدتها ، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفّفها أو تتساهل فى تنفيذها ، ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسى لمعالجة هذه الحالة لجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حداً أدنى وحداً أعلا وتترك للقاضى أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين ، وترك للقاضى أن

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠١ - القانون الجنائى لعل بدوى ص ١٠٢ - القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ٧٧ .

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

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

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

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

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

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ - القانون الجنائي لعل بدوى ص ١٠٢ وما بعدها .

القاعدة من جديد فيا 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 يعتبر هذا الفعل جريمة ويوقع على مرتكبه عقوبة ، (المادة الثانية من القانون الجنائي الألماني) . وكالقانون الإيطالي ، فإنه ترك للقاضي في بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها ، وكالقانون السوفياتي الذي خرج على القاعدة من سنة ١٩٢٦ ، وكالقانون الدانمركي الذي أباح العقاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم . 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 المجتمع إنيه ، ومدى عجز المبدأ عن حماية صواح الجماعات ، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات في سنة ١٩٣٧ ، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة .

ويتجه العلماء والشرح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعييناً عاماً ، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة ، وبحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن . 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 يترك تحديد العقوبة - نوعاً ومقداراً - إلى اختيار القاضي وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها^(١) .

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

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ من ٥٥٢ وما بعدها - القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٣ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ - ١٠٤ .

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

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

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

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة ، ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى — التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة — على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون ، فكان التعميم في التطبيق سبباً في تخرج الخلفين والقضاة 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 تضيق سلطة القاضي في اختيار العقوبة وتحديدتها ، ولكنها

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

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

ثالثاً — من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة ، أن يكون النص عاماً . ومرناً إلى حد كبير ، بحيث ينطوى تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات . ولا يخرج عن حكمه أية حالة ، والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم^(١) . إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزز فيها مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ تحريماً للجريمة التجسس ، ومثل قوله : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ومثل قوله : ﴿ أو فوا السكيل ﴾ ومثل قوله : ﴿ لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ وفي التعزيز المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته ، بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع . وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، واستغنائها عن التعديل والتبديل .

(١) إذا لم يكن التضييق طاهراً في النصوص المحرمة للجريمة فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة ، فالسرقة جاء نصها عاماً ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وصحه الرسول من قيود كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقاً وغير ذلك .

أما القوانين الرضعية فالأصل فيها أن تحدد الجريمة ، وتعينها تعييناً دقيقاً ، وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها ، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة ، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييراً في النصوص ، وكان من السهل التجايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات . ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تسكن النصوص عامة ومرنة ؛ لدرجة 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 تتعين العقوبة تعييناً لا شك فيه ، وبحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده ، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم ، التي تمس 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 ، لا خيار للقاضي في توقيعهما ، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة . أما في القسم الثاني فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها ، وتركت القاضي 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 يمتنعها طبقاً لما يراه ملائماً لحال الجرم وظروف الجريمة .

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين ، أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين ، وترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة ، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة . وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة وله أن يمتنعها ، وفي كثير من البلاد تشبه القوانين الوضعية أن لا تنزل 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
 عقوبتين إذا أعطى حق الاختيار ، وليس له في كثير من الأحوال أن ينزل
 بالعقوبة عن حد معين ، وليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم ، وهو
 بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة الجرم والإجرام علاجا
 منفق مع المصلحة العامة . وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة
 لا يتأتى إلا إذا أسكن القاضي من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا ، وهذا لا يتأتى
 إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات ، فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادى
 به كبار العلماء اليوم فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير
 وعقر باتها . وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة ،
 ومن عدم السماح له بأن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، ومن تحديد عقوبة
 أو عقوبتين لكل جريمة ، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة في
 جرائم الحدود والقصاص والسكن إلى حد محدود .

وليس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض
 الحالات ، فقد كانت تخالفها في كل شيء حتى أواخر القرن الثامن عشر وإنما
 يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة ، ويأخذ
 بمبادئها ، ويطبق نظائرها ، وأن ما يطلبه علماء القانون أن يتحقق في القانون ،
 هو نفس ما تأخذ به الشريعة ، وما تقوم على ، وإن في ذلك لذكرى للذاكرين .

المبحث الثاني

في أدلة الأحكام الشرعية

أى

مصادر التشريع الجنائي

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

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

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

١١٥ - مصادر التشريع الجنائى الإسلامى : مصادر التشريع الجنائى

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

أما مصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط ، منها ثلاثة متفق عليها وهى : ١- القرآن ٢- السنة ٣- الإجماع . أما الرابع فهو القياس ، وقد اختلف فيه الفقهاء ، فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى ، ورأى البعض أنه ليس مصدرا فى تقرير الجرائم والعقوبات .

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

الفرع الأول

القرآن

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

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

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

١١٩ - **محيية أمطام 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 أيا كان نوعها .

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

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

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

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

وجزاء قطع الطريق أو الحراية ، القتل والقطع والصلب : والنفي عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون في الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٣] .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية ؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى : ﴿أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون . 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 كنتم به تكذبون﴾ [السجدة : ١٨ - ٢٠] وقوله : ﴿ومن يقطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين﴾ [النساء : ١٣ ، ١٤] وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

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

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

١٢١ - أمطام 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 إيماناً تاماً بكل ما جاءت به ، فمن لم يؤمن بهذا ويعمل به
دخل تحت قوله تعالى : ﴿ أفئذ من ينهى عن الإتيان بالكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء
من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ، ويوم القيامة يردون إلى أشد
العذاب ﴾ [البقرة : ٨٥]

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

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

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

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

وقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الرِّسُولُ لَا يَحْزَنكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَفْوَاهِهِمْ وَلَمْ تُؤْمِنْ قُلُوبُهُمْ ، وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ يَحْفَرُونَ الْكَلِمَ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ ، يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا ، وَمَنْ يَرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا ، أُولَئِكَ الَّذِينَ لَمْ يَرِدِ اللَّهُ أَنْ يَطَهِّرْ قُلُوبَهُمْ ، لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ وقوله: ﴿ فَلَا تَخْشَوْا النَّاسَ وَخَشَوْنَ اللَّهَ ، وَلَا تَتَّبِعُوا أَهْوَاءَ قُلُوبِكُمْ ، يَقُولُونَ سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَاعُونَ ﴾ [آل عمران: ١٨٧]

يُحْكَمُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ [المائدة : ٤١ ، ٤٤] .

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

وقوله: ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ، لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ فِرْقَةً وَفِرْقَةً وَنُفِصِلُ بَيْنَهُمْ الْفَاسِقِينَ ، وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً ، وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ ، فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ، إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ . وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ، وَإِنْ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ . أَفَحُكْمُ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة : ٤٨ ، ٥٠] .

وقوله: ﴿ يَا أَيُّهَا الرِّسُولُ بَلِّغْ مَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ مِنَ رَبِّكَ ، وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتَهُ ، وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ ، إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ . قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَسْتُمْ عَلَى شَيْءٍ حَتَّى تُقِيمُوا التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ وَمَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ ،

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

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

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

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلّقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلّق بالأخلاق الفاضلة ندر أن يرتكب جريمة ، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم ، ومطلع على أعمالهم ، وأنهم مهما استخفوا من الناس فإن يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا ، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم ، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة ، بعكس الحال في القوانين الوضعية فإنها ليس لها في نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها ، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها ، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما ، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين ، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية ، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة ، تبعاً لزيادة الفساد الخلقي في هذه الطبقة ، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

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

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين وإيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستقرار والثبات ، وبث في المحكومين روح الطاعة والرضاء ، ودعاهم إلى التخلق بالأخلاق الكريمة وجعل للشريعة قوة في الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

الفرع الثانى

السنة

١٢٣ — تعريف السنة : هى ما أثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة على ثلاثة أنواع : سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريرية .

أولا - السنة القولية : هى أحاديث الرسول التى قالها فى مختلف المناسبات مثل قوله « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بدون نفس » وكقوله « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل » وكقوله فى عقوبة الزانى الذى لم يحصن : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكقوله : « لا قطع فى ثمر معلق ، ولا فى حريسة الجبل فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الجن » وقوله : « من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم إن شرب فاجلدوه » .

ثانيا - السنة الفعلية : - هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الإقرار ، وقطعه اليد اليمنى في السرقة ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ثالثا - السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره ، أو موافقته وإظهار استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه ، ومثل ذلك أن النبي لما بعث معاذًا إلى اليمن سأله بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ، فأقره الرسول على ذلك حيث قال : « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله » .

١٢٤ - مركز السنن القرآنية : القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي ، وأساس هذا التشريع ، والسنة هي المصدر الثاني ، وتلى القرآن في المرتبة . وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة : -

الأول - فهي إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن . فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا ، كتحريم القتل بغير حق ، وشهادة الزور ، والسرقة وغير ذلك من الأوامر والنواهي التي جاء بها القرآن والسنة .

الثاني - وإما أن تكون سنة مفصلة تفسر حكما جاء به القرآن مجملا ، أو مبهما ما جاء في القرآن مطلقا ، أو غامضا ما جاء فيه عاما ، فيكون هذا التفسير أو التمهيد أو التفصيل الذي جاء به السنة بيانا للتصريح من الحكم الذي جاء به القرآن ، لأن الله جعل رسوله سق البيان لتعريض القرآن بقوله : ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ الْحَكِيمَ لِتُنشِئَ مَا تَحْكُمُ إِلَيْهِمْ ﴾ [سورة البقرة : ١٢٩] فالسنة هي التي فصلت بينية وإقامة الصلاة ، والحج وإقامة الزكاة ، لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة ،

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

والسنة هي التي قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن ، فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا ، والسنة هي التي بينت بيع الربا ، ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم ، والسنة قيدت هذا الإطلاق ، وخصصت التحريم وبينت ما يحل من أنواع الميتة والدم ، 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 — وإما أن تكون سنة مثبتة حكماً سكت عنه القرآن ، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل في القرآن كقول الرسول : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها » وكقوله في تحريم الذهب والفضة : « هذان حرامان على رجال أمتي حلالان لنسائهما » وكقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

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

أقسام :

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

(١) السنة المتواترة : هي ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفرادها على كذب ؛ لكثرتهم وأمانتهم ، ثم رواه عن الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع آخر ، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواة جمع 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 المسلمون جموعاً عن الرسول ، ولقنوها جموعاً آخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار

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

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

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

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

١٢٧ - مهيبة السنة : لا خلاف فى أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره

التي قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح — تعتبر حجة ملزمة للمسلمين ، ومصدرًا تشريعيًا واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود ، فالسنة المتواترة واجبة الاتباع ، لأن ورودها

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

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

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

١٢٨ - هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما هو در منه بتباره بشراً كالقيام والقعود والأكل (١٢ - التشرع الجنائى الإسلامى)

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

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

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

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

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

الفرع الثالث

الإجماع

١٢٩ - تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة

الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى .

١٣٠ - محية الإجماع : إذا اتفق جميع المجتهدين في الأمة الإسلامية

متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلاً قطعياً على الحكم ، أما إذا كان رأى صادراً من أكثرية المجتهدين فإنه يعتبر دليلاً ظنياً ، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه ، ما لم يرولى الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح في هذه الحالة واجب الاتباع .

١٣١ - الأساس التشريعى للإجماع : أساس الإجماع هو القرآن

والسنة فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقيم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح فى القرآن أو السنة ، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع فى موافقة هذا الحكم لمبادئ الشريعة العامة وروح التشريع فيها ؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هى التى جمعتهم .

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

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

١٣٢ - الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجنائية

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

١٣٣ - مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامى :

نعتبر القوانين والقرارات واللوائح مكملّة للتشريع الإسلامى ؛ لأن الشريعة تعطى لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة ، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع ، فللسلطة التشريعية فى أى بلد إسلامى أن تعاقب على أى فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ولها أن تغفو عن الجريمة أو عن العقوبة^(١) إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة ، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولها أن تضيق من سلطان القاضى فى أى جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعاً مادامت المصلحة العامة تقتضى هذا . والقوانين والقرارات واللوائح التى تصدرها السلطة التشريعية تكون نافذة واجبة الطاعة شرعاً ، بشرط أن لا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها ، وإلا فهى باطلة بطلاناً مطلقاً كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

١٣٤ - الشريعة لم تنفرد بجعل الأحكام الشرعية : وقد يظن البعض أن

الشريعة انفردت باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع ، وهو ظن خاطئ فالقوانين الوضعية فى غير البلاد الإسلامية أسامها رأى الجماعة سواء فى التشريع أو التطبيق . فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية ، والنظريات القانونية التى 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 المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهما ، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا فى تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع ، وتجعل

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق ؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

الفرع الرابع

القياس

١٣٥ - تعريف القياس : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم .
ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان : -

١ - المقيس عليه : وهو الأمر الذى ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ - المقيس : وهو الأمر الذى لم يرد نص بحكمه ، ويراد معرفة حكمه

ويسمى الفرع .

٣ - الحكم : وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل ، ويراد الحكم به على الفرع .

٤ - العلة : وهى الوصف الذى شرع الحكم فى الأصل لأجله وتحقيق فى الفرع^(١) .

١٣٦ - هل القياس ممكن فى جميع الأزعم ؟ : اختلف الفقهاء فى جواز إجراء القياس فى جميع الأحكام الشرعية ، فرأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد ، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعى وتشتبك فيه ، وقد جاز على بعضها أن يكون ثابتاً بالقياس ، وما جاز على بعض الثنائيات كان جائزاً على بعضها الآخر . ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة فى كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد ، لأنها متنوعة ومتمايزة بأدور موجبة للتنوع والتمايز ؛ ولا مانع من

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٠٠ .

أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد حاز باعتبار خصوصيته وتعيينه لا باعتباره حكماً شرعياً مجرداً ، وعند هؤلاء أن القياس في كل الأحكام ممتنع لسببين :-

أولهما :- أنه يفضى إلى أمر ممتنع فكان ممتنعاً ؛ لأن كل قياس لا بد له من أصل يستند إليه فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتاً بالقياس ، وكذلك حكم أصل أصله ، وإذا تسلسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما ؛ لتوقفه على أصول لا نهاية لها .

وثانيهما :- أن من الأحكام ما يثبت غير معقول المعنى كتحديد جاز الزاني غير الحصن بمائة جلدة ، وقاذف الحصنات بثمانين ، وما كان كذلك فأجواء القياس فيه متعذر ؛ لأن القياس يقوم على تعديّة علة الأصل للفرع ، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس ^(١) .

١٢٧ - القياس في الجرائم والعقوبات : واختلف الذين لا يميزون 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 سأل معاذاً بم تقضى ؟ قال أفضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ، فأقره الرسول على قوله : أجتهد رأيي ، وهو تعبير ، طلاق لا تفصيل فيه ، فدل ذلك على جواز القياس في الجرائم والعقوبات .

الثانية :- أن الصحابة لما اشتهروا في حد شارب الخمر قال صلى الله عليه وسلم : إنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افتقر ، فحدوه حد المقر .

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمامي ج ٤ ص ٩٠ وما بعدها .

فقياس حد الشارب على حد المفترى ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعاً .

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج :-

الأولى :- أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التي لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل ، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الثانية :- أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة ، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ ، واحتمال الخطأ شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادروا الحدود بالشبهات » .

والثالثة :- أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة ، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع ، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً وزوراً ، ولم يوجبها في الردة مع أنها أشد في المنكروقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه ^(١)

وقد تكون حجج هذا الرأي من القوة بحيث ترجحه على الرأي الأول خصوصاً إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس ، وإنما كان تقريره نتيجة للإجماع عليه ، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس ؛ لأن القياس لم يجعله تشريعاً ملزماً ، وإنما الذي جعله كذلك هو الإجماع عليه .

على أنه يجب أن نعرف أن القياس في العقوبات يقتضى قبل كل شيء القياس في الجرائم ، وأن القائلين بجواز القياس في الجرائم ، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة ، أو خلق جرائم جديدة ، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التي تنطبق فيها النصوص ، فالقياس في الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً ، وإنما هو مصدر تفسيري يساعد على تعيين الأفعال التي تدخل

(١) الإحكام في أصول الأحكام للامدنى ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

تحت النص ، فإذا حرم النص صورة معينة لعل ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التي تتوفر فيها علة التحريم ، كإلحاق اللواط بالزنا ، وإلحاق القتل بالثقل بالقتل بالحدد ، وإلحاق المسكر بالخمر عند البعض ، وإلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعتبر آخذ الكفن سارقاً وهكذا . ولا ضير من الأخذ بهذا الرأي الذي تأخذ به الحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع في تطبيقه علماء القانون وشراحه .

١٣٨ - القياس في الجرائم :- ويسلم الفقهاء بالقياس في الإجراءات

الجنائية ، بل يسلمون بالقياس وبغيره من المصادر الأخرى التي لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية ، كالعرف ، ومذهب الصحابي ، فثلا يرى البعض أن يكون الإقرار في السرقة مرتين قياساً على اشتراط الأقارير الأربعة في الزنا ، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه . ويرى البعض جواز شهادة النساء في الجرائم قياساً على جواز شهادتين في المسائل المدنية ، ويجمعون على الحفر للرجوم وهو مذهب على ، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر مع شهادة الشهود في إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود .

المبحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية أي النصوص الجنائية

١٣٩ - سلطة القاضي في تفسير النصوص : للقاضي وهو يطبق النصوص

أن يفسرها إذا وجد غموضاً أو خفاء في دلالتها ، أو تضارباً بين عباراتها . وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى في فهم الأحكام من النصوص ، وبعض هذه القواعد لغوية وبعضها تشريعية .

الفرع الأول

في القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ — كيف استنبطت هذه القواعد ؟ : استنبط علماء الأصول هذه

القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية ، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا ، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غوض ؛ لأن بعضها يكون واضحا وبعضها يكون غامضا ، ثم بحثوا اللفظ من حيث اشتراكه في أكثر من معنى ، ومن حيث عمومته وشموله لكل أفراد ، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض فقواعد التفسير اللغوية يقتضى العلم بها أن ندرس (أولا) دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها (ثانياً) وضوح الدلالات وغوضها (ثالثاً) اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها . وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق في فهم معاني النصوص الشرعية ، ولتكنها في الواقع تطبق أيضاً في معاني أى نص غير شرعى ما دام مصوغا في لغة عربية .

١٤١ — أوامر : - دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها : -

من المسلم به أن لكل لفظ دلالة ، ولكل عبارة دلالتها ، ويترتب على ذلك أن النص الشرعى وهو مكون من ألفاظ وعبارات قد تكون له دلالة واحدة ، وقد يكون له أكثر من دلالة ، ويستدل بالنص عادة على دلالاته أى مفهوماته وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة : -

الأول - مفهوم العبارة : - وهو المعنى الذى يقبض به الذهن من صيغة المعنى ، وهو الذى قصد الشارع من وضع النص ؛ لأن المشرع حين يضع النص يشار به من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه ، ثم

يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه .

الثانى - مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله ، ولا يتبادر إلى ذهن من الاطلاع على صيغة النص ، ولكنه مع ذلك يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه ، فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقها ، مثل قوله تعالى : ﴿ للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلاً من الله ورضواناً ﴾ مفهوم العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفى ، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت من ملكهم ؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم أن لا تكون أموالهم على ملكهم .

الثالث - مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من رويح النص ومطابقه فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعل استوجبت هذا الحكم ، فمثل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توفرت فيها عللة الحكم ، وكانت مساوية للواقعة التى جاء بها النص أو أولى منها بالحكم ، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لها أفٍّ ولا تنهرها ﴾ فقد نهى الله عن التأفف من أو اللين ونهرها وحرم ذلك ، وهذا هو المفهوم من عبارة النص ، ولكن الذى يفهم من دلالة أن كل ما سوى التأفف أو كان أشد منه محرم أيضاً ، ولو لم يعلل الله من نهى عنها مساوى التأفف ، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم ، أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص .

ويسمى الاستدلال على هذا الوجه بالقياس الحقيقى لانه من المساواة أو الأولوية بين المتماثلين والمفهوم الموافق له كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة أو التماثل المتماثلين النص فى عللة الحكم ، والحققة لفهم بمجرد فهم عبارة النص ، ويسمى أيضاً شكوى الخطأ أى رويحه وما يعقل منه .

الرابع - مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى ، مثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج ، وهذا هو مفهوم الاقتضاء ومثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ففهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل .

الخامس - مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة ، أو هو المعنى الذى انتفت عنه قيود النص . وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دالتين : دلالة على حكم معين فى منطوقه ، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه ، أى فى مفهومه المخالف ، فقوله تعالى : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص ، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف ، فكلمة دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف . ففهوم المخالفة ليس مسكوتاً عنه عند هؤلاء .

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه ، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به ، ولا يوضع لمفهومه المخالف ، فطبقاً لهذا رأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه ، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه . وهذا هو رأى الراجح .

١٤٢ - تعارض المفهومات : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم

العبارة على مفهوم الإشارة ؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله ، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته .

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة رجع مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة ؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى

اختارها الشارع أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه ، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التي اختارها الشارع للمعنى الذي نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره ؛ لأنه المعنى الذي لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأي الراجح مسكوت عنه ولا عمل له .

١٤٣ - ثانيا - **وضوح الدلالات وعموميتها** : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس في دلالة غموض ولا إبهام ، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة في وضوح دلالة ، بل بعضه أوضح دلالة من بعض ، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

١٤٤ - **أنقسام الواضح الدلالة** : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام : (١) الظاهر . (٢) النص . (٣) المفسر . (٤) المحكم .

١٤٥ - **الظاهر** : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ، ولم يكن معناه هو المقصود أصلا من السياق أى من وضع الصيغة ، مثل قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فإحلال البيع ، وتحريم الربا يفهم من لفظي أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية ، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية ؛ لأنها سقت أصلا لنفي المماثلة بين البيع والربا ، ردأ على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه مالم يقم دليل يقتضى العدول عن

ظاهره ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن ظاهره ، أو إرادة معنى آخر منه .

وإذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص ، وإذا كان مطلقاً احتمل التقييد .
وإن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازي ، إلى غير ذلك من رجوه التأويل ولا يكون التأويل صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعى : من نص ، أو قياس ، أو روح التشريع ومبادئه العامة ، فإذا لم يبين على دليل شرعى ، كان تأويلاً باطلاً .
١٤٦ - النص : - هو مادلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق ، فتي كان المعنى ظاهراً بوضوح من اللفظ - وهو المقصود أصالة من السياق - كان اللفظ نصاً عليه ، فقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ نص على نفي المماثلة بين البيع والربا ؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر ، ويحتمل مثله التأويل .

١٤٧ - المفسر : - هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى معه احتمال التأويل ، مثل قوله تعالى فى قاذفى الحصنات : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ويعتبر النص مفسراً ولو ورد مجملاً غير مفصل إذا ألحق به الشارع ما يفصله ويزيل إجماله ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ فهو نص مجمل ، ولكن الرسول فصل معناه حين قال : « لا يحل قتل امرئ مسلم إلا لإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان ، وكفر بعد إيمان ، وقتل نفس بغير نفس » .
حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل ، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره ، والتفسير الذى ينتفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة ، أو المستفاد من بيان تفسيرى مصدره المشرع ، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعتبر من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل .

١٤٨ - المحكم : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا ، ولا يبقى معها احتمال للتأويل . والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل ؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده ، والإيمان بكتبه ورسله ، أولاً لأنه من أمهات الفضائل التى لا تختلف باختلاف الأحوال ، كبر الوالدين والعدل ، أولاً لأنه حكم فرعى جزئى أيدى الشارع ، كقوله تعالى فى قاذى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ والمحكم لا يقبل التأويل ؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيراً لا مجال معه للتأويل .

حكم المحكم : يجب العمل به قطعاً ولا يحتمل صرفه عن ظاهره .

١٤٩ - حكم التعارض : - إذا تعارض ظاهر ونص ، رجح النص ؛ لأن الشارع قصده أصالة وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر ؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل ، وإذا تعارض محكم ومفسر ، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر .

١٥٠ - أقسام الغامض المروى : ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام :
(١) الخفى . (٢) المشكل . (٣) المجل . (٤) المتشابه .

١٥١ - الخفى : - الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل ، ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد ، أو ينقص صفة عنها ، أو أن له اسم خاص دونها ، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه ، فيكون اللفظ خفياً بالنسبة لهذا الفرد ، مثال ذلك لفظ السارق ، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطرار - أى النشال - نوع من الغموض والخفاء ؛ لأن النشال يأخذ المال

من حاضر يقظان معتمداً على خفة يده ومسارقة الأعين ، فهو يغيّر السارق بوصف زائد فيه ، هو جرأة المسارقة ، ومن ثم فقد سمي باسم خاص ، ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى ، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر . فلفظ السارق يعتبر خفياً بالنسبة للطرار والنباش ، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد ، فإن رأى القاضى أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ ، وطبق عليهما حكم السرقة ، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة . والذي حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار سارقاً ولكنهم اختلفوا فى اعتبار النباش كذلك .

١٥٢ - المشكل :- هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية ، ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع منه ، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع ، كلفظ القراء فى قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فإنه موضوع للطهر والحيض ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الإشكال فى التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد ، فعلى القاضى إذا ورد فى النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد منه ، وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض فعليه أن يؤولها تأويلاً صحيحاً يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، على أن

يعتمد في تأويله على نصوص أخرى ، أو على مبادئ الشريعة العامة وحكمة التشريع فيها .

١٥٣ - المجلد : هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد ، من ذلك الألفاظ التي نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة ، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعياً خاصاً لامعناه اللغوي ، فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ في نص شرعي كان مجحلاً حتى يفسره الشارع ، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيةها ، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرها مما جاء مجحلاً في نصوص القرآن .

ومن المجلد اللفظ الغريب الذي فسر القرآن ، كلفظ القارعة في قوله تعالى : ﴿ القارعة ما القارعة ؟ وما أدراك ما القارعة ؟ يوم يكون الناس كالفراش المبثوث وتكون الجبال كالعهن المنفوش ﴾ .

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصاً وليس في صيغة اللفظ ولا في القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل ، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه ، فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان للمجلد ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه ، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافي من باب المجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضي أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

١٥٤ - المتأثر : هو اللفظ الذي لا تدل صيغته على المراد منه ، ولا توجد

قرائن خارجية تبينه ، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره .

(١٣ - التشريع الجنائي الإسلامي)

وليس في النصوص التشريعية شيء من التشابه ، فلا يوجد في آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه ، وإنما يوجد التشابه في مواضع أخرى ، ومن أمثله الحروف المقطعة التي بدأت بها بعض سور القرآن .

١٥٥ - ثالثاً - اشتراك اللفاظ وعمومها ومخصوصها :

ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذى وضع له إلى : مشترك ، وعام وخاص : -

١٥٦ - اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة فهو يدل على ما وضع له على سبيل البديل ، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر ، ولفظ اليد فى قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فإنه يعنى اليمنى واليسرى ، ويعنى من رموس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى ، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره ، فلفظ الطلاق موضوع لفة لحل أى قيد وموضوع شرعاً لحل قيد النكاح ، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك فى قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

وإذا كان اللفظ المشترك مشتركاً بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب تحمله على معنى واحد منها بدليل يعينه ، لأن الشارع لا يقصد عقلاً من اللفظ إلا أحد معانيه ، وللقاضى أن يستدل بالقرائن والأمارات التى تعين المعنى المراد ، ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو فى قوله تعالى : ﴿ ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ﴾ فالواو لفظ مشترك يستعمل لفة للعطف كما

يستعمل للحال ، فإن أريد به الحال كان النهى وارداً على ما لم يذكر اسم الله عليه ، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله ، وإن أريد به العطف كان النهى وارداً على ما لم يذكر اسم الله عليه مطلقاً ، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معانى اللفظ المشترك فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره ؛ لأن المعانى المتعددة توضع على سبيل البدل أى على أن يحل معنى بدلا من آخر ، ولأن بعض المعانى متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده فى وقت واحد .

١٥٧ - اللفظ العام : هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين ، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعاً ، مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية ؛ لأنه نكرة فى سياق النفي وهى تدل على العموم . والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام ، أن المشترك وضع لمعان متعددة ، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين . والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ - لفظ كل ولفظ جميع ، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه ، مثل قوله تعالى : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

٢ - المفرد المعروف بأل الجنسية مثل قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا والجنس يتحقق فى كل فرد ، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا .

٣ - الجمع المعروف بأل الجنسية أو المعروف بالإضافة ، ومثل الأول

قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ومثل الثانى قوله تعالى :
﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ .

٤ — النكرة فى سياق النفي مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : « لا يقاد
والد بولده » وقوله : « لا وصية لوارث » .

٥ — الاسم الموصول مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

٦ — اسم الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا ﴾ وقوله :
﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ .

٧ — اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿ من ذا الذى يقرض الله قرضا
حسنا فيضاعفه له ﴾ .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم
والشمول .

١٥٨ — **درون العام قطعية** : وإذا ورد فى نص شرعى لفظ عام ولم يقم
دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لأنه موضوع لفة لهذا العموم ، ولم
يقم دليل يصرفه عما وضع له ، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا
العام قطعيا لا ظنيا ؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعاً ، وهذا هو معنى
القاعدة الأصولية « العام الذى لم يخص يتناول جميع أفرادها قطعاً » .

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفرادها بعد
التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنيا
لا قطعيا ؛ لأن النص الذى خصص العام أولاً لا بد أن يكون معللاً ، وهذه العلة
قد تتحقق فى فرد آخر مما بقى بعد التخصيص ، فكأن التخصيص الأول قد
جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملاً للتخصيص ، ولهذا الاحتمال لا تكون
الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاموا بالمصاهرة على النسب ، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب .

١٥٩ - ما يترتب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام الذي لم يخص نتيجتان هامتان .

النتيجة الأولى : أن العام في نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصص ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة ؛ لأن كليهما ظني الدلالة ، والظني لا يخصص القطعي . أما إذا خصص العام بقطعي فيصبح بعد ذلك أن يخصصه قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظني الدلالة ، ومن ثم يصح تخصيصه بظني مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذي لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان ؛ لتساويهما في أن كلا منهما قطعي الدلالة ، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص ، لأنه يصير ظني الدلالة فلا يعارض النص الخاص وهو قطعي الدلالة ، ويكون الترجيح للقطعي .

على أن البعض يرى أن العام ظني الدلالة في كل الأحوال ، لأن استقرار نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومته حتى اشتهرت هذه القاعدة « ما من عام إلا وخصص » .

ويترتب على هذا الرأي أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس ، وبالسنة غير المتواترة ، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لا يتعارضان ، بل يرجح الخاص لأنه قطعي الدلالة ، أما العام فظني الدلالة ، والقاعدة أن القطعي والظني لا يتعارضان لعدم تساويهما ، وأن التعارض لا يكون إلا بين متساويين .

١٦٠ - **تخصيص العام** : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض ما يتناوله من الأفراد بحيث لا يدخل تحت حكم النص إلا ما بقى من أفرادها بعد التخصيص ، ولا يكون التخصيص إلا بدليل وهذا الدليل على نوعين : دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ - **الدليل غير المستقل** : هو ما كان جزءاً من عبارة النص العام ، مثل الاستثناء الوارد في قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ .

١٦٢ - **الدليل المستقل** : هو ما لم يكن جزءاً من عبارة النص العام ، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادئ العامة للشريعة : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية ، كما في النصوص التي جاءت بتكاليف دون تخصيص ، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف ، أما فاقدوا الأهلية كالجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقاً لمبادئ الشريعة العامة ، فكان هذه المبادئ العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشريعة .

النوع الثاني : العرف : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع إلا في ربع دينار » . فقيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث : النص الشرعى : فقد يخصص النص العام بنص آخر ، ولكن يشترط أن يكون المخصص في مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته أو أن يكون أعلا منه ، وينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضاً وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضاً ، إذا كانت كلها متواترة ، أو كلها من أخبار الآحاد .

ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة ، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور ، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور بحديث من أخبار الآحاد ؛ لأن القرآن قطعي ، وفي حكمة الحديث المتواتر أو المشهور ، أما خبر الآحاد فظني .

١٦٣ - المقصود من التخصيص : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من

النص العام ، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر ، والقاعدة أنه لا يبين النص إلا ما كان في درجته أو أعلى منه ، ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

١٦٤ - اللفظ الخاص : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص

مثل محمد ، أو واحد بالنوع مثل رجل ، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ ، التي تدل على عدد من الأفراد ، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ - حكم اللفظ الخاص : إذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي فإنه

يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذي وضع له ، مثل قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا تحتل الثمانون أو العشرة نقصاً أو زيادة .

لكن إذا قام دليل يقتضي تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل ، كما تأولوا لفظ الشاة في قوله صلى الله عليه وسلم : « في كل أربعين شاة شاة » فظاهر الحديث أنه لا يجزى في زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها ، ولا تجزى قيمتها ، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة في التضمين تقتضي تأويل هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره ؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء ، وهي تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة ، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أر ما يعادل قيمتها ، وعلى هذا الوجه تأولوا

إطعام المساكين العشرة ، فأروا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات ، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

١٦٦ - **هاروت اللفظ الخاص** : للفظ الخاص حالات متعددة فقد يرد مطلقا ، وقد يرد مقيدا ، وقد يأتي في صيغة الطلب أى الأمر ، وقد يأتي في صيغة النهى .

١٦٧ - **الطلق والقبير** : المطلق هو ما دل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثل مصرى . والمقيد هو ما دل على فرد مقيد لفظا بقيد ما ، مثل مصرى مسلم .

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه إلا إذا قام دليل على تقييده ، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق ويعين المراد منه ، كقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد ، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يقاد والد بولده » فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر ، فإن كان الحكم الوارد فىهما متحدا ، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا ، حمل المطلق على المقيد ، وكان المراد من المطلق هو المقيد ؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه ، ومثل ذلك قوله تعالى فى سورة المائدة : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق وقوله تعالى فى سورة الأنعام : ﴿ قل لا أجد فى أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد ، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم ، والسبب متحد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النصان فى الحكم أو السبب فلا يحمل المطلق على المقيد ، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها ؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو

علة الإطلاق والتقييد ، مثل قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقوله : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا ﴾ 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 تشديدا للعقوبة ، ولم تقيد الرقبة بشيء في حالة المظاهرة ؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعقوبة الرقبة .

١٦٨ - صيغة الأمر : إذا ورد اللفظ الخاص في صيغة الأمر أو في صيغة الخبر التى تعنى الأمر فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو الخبر عنه ، كقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله : ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ فالأول يوجب قطع يد السارق ، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء . ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب أخذ بما تدل عليه هذه القرينة ، كقوله تعالى : ﴿ كلوا واشربوا ﴾ فإنه للإباحة وقوله : ﴿ إذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فإنه للندب ، وكالتهديد فى قوله : ﴿ اعملوا ما شئتم ﴾ وكالتعجيز فى قوله : ﴿ فأتوا بسورة من مثله ﴾ وغير ذلك مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن ، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٨ م - صيغة النهى : إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التى فى معنى النهى ، أفاد التحريم أى طلب السكف عن فعل النهى عنه على وجه الإلزام ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾ وقوله : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ﴾ .

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة ، مثل قوله تعالى : ﴿ رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا ﴾ فهو للدعاء وقوله ﴿ لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم أسوأكم ﴾ فهو للكره .

الفرع الثاني

في القواعد التشريعية التي تراعى عند التفسير

- ١٦٩ - ماهية القواعد التشريعية : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية التي يجب الإلتزام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام التي جاءت بها النصوص وعلى 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 ، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا ، فإذا راعى القاضي أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح .
- ١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامي : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا ، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة ، ولا يمكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها ، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تختلف أكثر من وجه ، والذي يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع . وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها ، فيجب إذن على كل باحث في التشريع الإسلامي أن يلم قبل كل شيء بمقاصد الشارع من التشريع ، وأن يعرف الوقائع التي نزلت من أجلها نصوص القرآن ، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص . وأسباب النزول والورود مبينة في كتب التفسير والسنة ، وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع في ثلاثة مقاصد : —

١٧١ - المقصد الأول : وهو حفظ كل 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 .

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 أحكاما تكفل بإيجاده وإقامته ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته ، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضرورى .

١٧٢ - المقصر الثانى : توفير ما هو حاجى للناس : والأمر الحاجى هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة ، فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف ، ويسير طرق التعامل .

١٧٣ - المقصر الثالث : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسينى هو ما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضرورى ، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجى ، ولكن تكون حالهم مستنكرة فى تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة .

والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤ - ترتيب المقاصد العامة من التسميع : الضروريات هى أهم المقاصد إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى ، وتليها فى الأهمية الحاجيات ؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة فى الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية ، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام . ولا اختلال الأمن ، ولا وقوع الناس فى الحرج ، وإنما يترتب على فقدها الخرج على ما تستحسنه

العقول ، والبعد عن الكمال الإنسانى . ومن ثم كانت الأحكام التى شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة ، ثم تليها التى شرعت لتوفير الحاجيات وهكذا ومن المقرر أنه لا يراعى حكم تحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم حاجى ، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم ضرورى ، ولذا أبيض كشف العورة إذا اقتضى هذا علاج أو جراحة ؛ لأن ستر العورة أمر تحسينى ، والعلاج أمر ضرورى ، وأبيض تناول النجس للتداوى وفى حالة الضرورة ؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى . والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى .

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك ، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات ، ورفع المشقة والخرج أمر تحسينى ، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى .

والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدى إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية ، فالجهاد واجب لحفظ الدين ؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل . وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك فى إتلاف مال الغير ، كان للإنسان أن يبق نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال .

١٧٥ - مقووم الجماعة ومقووم الأفراد : أفعال المكلفين سواء كانت

جرائم أو لم تكن ، بعضها حق خالص لله ، أو حق الله فيه غالب . وبعضها حق خالص للمكلف ، أو حق المكلف غالب فيه .

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة ، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها ، وقد جعلوه حقاً لله ؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين ، وليس للأفراد حكماً أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها ؛ لأن المقصود بها إقامة الدين ، والدين في التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام ، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة ، أى : من حقوق الجماعة ، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة ، كالزنا والسرقه والحراية ، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها . وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها ، كحد القذف ؛ لأن الجريمة تمس الأعراض ، ففي العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن في عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا ؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف ، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف . ولما كانت الجريمة تمس الأعراض ، وتؤدى إلى التنابز والتعادى ، وتشويه السمعة ، وتلويث الأمهات والأولاد ، والتشكيك في نظام الأسرة ، جعل الحد حقا لله ، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو ، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها ، مثل القتل ، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها ، ويمس الأفراد مساسا مباشرا ، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد ، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية ، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة ^(١) .

والأفعال التى تمس حقوق الأفراد الخالصة هى التى تمس حقوقا ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها ، كتحصيل الدين ، وحبس العين المرهونة ، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق ، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقاً لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها ؛ لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا وأوامره ، ويحجبوا نواهيه ، ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكماً ما يرتب حقاً مجرداً للفرد فى ذلك كثير من التجاوز ، ولا يعتبر هذا القول صحيحاً على إطلاقه ، وإنما يصح على تغليب حق العبد فى الأمور الشخصية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلاً أو آجلاً ؛ لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد .

١٧٦ - البرهان : الاجتهاد فى الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى ، من دليل تفصيلي ، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام .

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب تطبيقه بحالته ؛ لأنه قطعى الورود ، أى : لاشك فى وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث ؛ ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث ، ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ فلا مجال للاجتهاد فى معاقبة الزانى بالجلد ، ولا فى عدد الجلدات ، وكذلك لا اجتهاد فى كل العقوبات المقدرة ، ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورود أو الدلالة فهو محل للاجتهاد وللمجتهد أن يبحث فى الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا ، ومن حيث دلالاته على معناه .
ومجال الاجتهاد واسع فيما لانص فيه فالمجتهد يبحث الواقعة التى لانص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصحاب ،

أو العرف ، أو المصالح المرسله ، وهذا ممكن فى المسائل المدنية والشخصية ، وفى الإجراءات الجنائية ، ولكنه غير ممكن فى تقرير الجرائم والعقوبات ؛ لأن الجرائم والعقوبات لابد فيها من النص الصريح ، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا .

١٧٧ - كلمة **ضامية** عن قواعد التفسير : هذه هى القواعد العامة للغوية والتشريعية التى وضعها الفقهاء للاهتمام بها فى تفسير النصوص ، على القاضى أن يستعين بها فى تفهم النصوص ، ومعرفة مرادها ، وما يدخل تحتها ، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ، ومدى سلطته فى تفسير النص أو إعماله ، أو إبطاله . وإذا كان للقاضى المدنى أن يطبق هذه القواعد بتوسع . وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه ، إلا أن القاضى الجنائى مقيد بأن يحصر اجتهاده فى تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه ، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل ، وليس للقاضى الجنائى أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات ، وعليه أن يراعى فى كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين : أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » . وثانيهما : قوله : « إن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة » وستتكم عن هذين المبدأين فيما يلى :

١٧٨ - المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحدود هى العقوبات المقدرة ، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود ، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدوداً ؛ لأنها عقوبات غير مقدرة^(١)

والأصل في هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فعلى هذا الحديث، الذى تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة . وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات .

وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه . وليس فى الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون فإنهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة ، ولا يسلّمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة^(١)

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة ، من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفاً بالزنا للرسول قال عليه السلام : « لعلك قبّلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا . وجىء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : « أسرقت ما إخاله سرق ؟ » ولما جاءته الغامدية مقرّة بالزنا ، قال لها نحواً 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 للعظول أثره فى درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر . أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد فى القضية ، والعدول عن الإقرار شبهة فى عدم صحة الإقرار ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه قال لها : لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك ؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه ؟ وما كان علىّ يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصده الرسول عليه السلام . ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء . أنه نستحب للقاضى أن يعرض للمقر

بالرجوع عن الإقرار إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار^(١) .

١٧٩ — تعريف الشبهة : الشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت^(٢)

أو هي وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته^(٣) ، ومن الأمثلة على الشبهة :
(١) شبهة الملك في سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد ؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية ؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصا للغير وإنما أخذه متلبسا بماله (٢) وشبهة الملك في سرقة الأب من ابنه ، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة ، ويستحق عقوبة القطع ، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد ، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » . (٣) وشبهة الملك في اللواط بالزوجة ، فإتيان الزوج زوجته في دبرها محرم ، ويعتبره الفقهاء زنا ، ولكنهم يدرءون الحد عنه ؛ لأن الزواج يجعل الزوجة في ملك الزوج ، ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة في أن له أن يلوط بها . وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد .

ومن الأمثلة على الشبهة : شبهة عدم الثبوت ، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار ، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة في عدم الثبوت ؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح ، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد . ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات ، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

(٢) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام ، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم . شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٣) المغنى الجزء العاشر ص ١٠٢ .

الآخر شبهة ، والأمثلة على ذلك كثيرة :

فمن وجد امرأة في فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته درى عنه الحد عند مالك والشافعي وأحمد^(١) ؛ لأنهم يرون في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه في أنه ظنها امرأته . أما أبو حنيفة^(٢) فلا يرى في وجود المرأة على فراش الرجل شبهة ، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من أقاربها أو زائراتها .

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبي حنيفة ، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد ، ويخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد^(٣) ، ويريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد ما دام الجاني عالماً بالتحريم^(٤) . وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة ، أو المتزوجة ، أو المعتدة ، أو المطلقة ثلاثاً ، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجاني عالماً بالتحريم؛ لأن العقد في رأى أبي حنيفة شبهة ، والشبهة تدرأ الحد^(٥) . ولا يرى مالك والشافعي وأحمد درء الحد في هذه الحالات ؛ لأنهم لا يعتبرون العقد شبهة^(٦) .

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد ، ويخالفه في هذا أبو يوسف ومحمد ، حيث يريان ما يراه مالك والشافعي وأحمد^(٧) .

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ - شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٨ - المغني الجزء العاشر ص ١٥٥ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٤) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ - المغني

الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣ ، ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٠ - أسنى المطالب الجزء الرابع

ص ١٢٦ - المغني الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٧) شرح الزرقاني الجزء الثامن ص ٧٦ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد ؛ لأنه عقد لا نستباح به المرأة . وحجة أبي حنيفة أن العقد عقد منفعة ؛ وأن الزانى يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة^(١) .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ما هو مباح الأصل ، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده ؛ لأن كليهما فى أصله مال مباح ، وفيه شركة عامة « والإباحة الأصلية تورث شبهة فى بقاء المال مباحاً بعد إحرازه ، والشركة العامة تورث شبهة فى بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال^(٢) . أما مالك والشافعى وأحمد فلا يدرءون الحد ؛ لأنهم لا يرون شبهة فى كون المال مباح الأصل^(٣) .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه ، ويرتب على ذلك أن لا قطع فى التراب والطين والجص والتبن وأشباهها ، ولا قطع فى التبن والحشيش والقصب والخطب وأشباهها ، وحجته أن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ، ولا يضمنون بها لعدم عزتها ، وقلة خطرهما ، ويعدون الضن بها من باب الخساسة ، ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشئ التفاهة ، ولكنه يسلّم بأن الشئ التفاهة قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه الشباب ، فإذا أخرجت الصناعة الشئ التفاهة عن تفاهته كان القطع واجباً فى سرقة . ويخالف أبو يوسف وأبا حنيفة ، ويروى أن الحد لا يدرأ إلا فى سرقة التراب والسرجين ، ولا يدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوماً ، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء فى المال . ويخالف مالك والشافعى وأحمد مذهب أبي حنيفة ولا يرون شبهة فى تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب^(٤) .

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧ .

(٣) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٩٥ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١ - المغنى

الجزء العاشر ص ٢٤٧ .

(٤) المراجع المذكورة فى رقى ٢ ، ٣ وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧ ، ٦٨ .

ويدراً أبو حنيفة الحد في سرقة ما يتسارع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبه ، ويخالفه في ذلك أبو يوسف ، ويأخذ برأى مالك والشافعي وأحمد ، وهم لا يرون شبهة في كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد^(١).

ولا يرى أبو حنيفة القطع في سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريره^(٢) ويرى مالك والشافعي وأحمد القطع في سرقة باب المسجد ، لأنه محرز ولا شبهة في عدم تحريره^(٣).

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 الحل ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة ، أو إتيان الزوجة في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ؛ لأن الحل 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 الحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته ؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ — شبهة في الفاعل ، كمن يظاً امرأة زفت إليه على أنها زوجته ، ثم تبين

(١) المراجع السابقة .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠ .

(٣) شرح الزرقاني ثامن ص ٩٩ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠ — المغنى الجزء

أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده ، بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً ، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد ، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ — شبهة في الجهة ، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمة وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة ، ويدراً فيه الحد ، فمثلاً يحيز أبو حنيفة النكاح بلا ولي ، ويحيز مالك النكاح بلا شهود ، ويحيز ابن عباس نكاح المتعة ، ومن ثم فلا يعتبر الوطاء في هذه الأنكحة المختلف عليها زناً يحذر عليه ، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بجرمة الفعل ؛ لأن هذا الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة ^(١) .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الأول : الشبهة في الفعل ^(٢) ، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وتثبت هذه الشبهة في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلاً ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً في عدتها ^(٣) .

ويشترط لقيام الشبهة في الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلاً ، وأن يعتقد الجاني الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلاً .

الثاني : الشبهة في الحل ، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة المالك ، ويشترط

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٣) يمحصر الحنفيون شبهة الفعل في ثمانية مواضع في جريمة الزنا ، أحدها إثبات المطلقة ثلاثاً أثناء العدة ، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين ، ولا يرون شبهة في هذه المواضع ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل في جريمة الزنا .

في هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « أنت ومالك لأبيك » فالنص الثاني يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذي يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع ؛ لأن النص الثاني يجعل الولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكماً ، فالشبهة في الحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعي ينفي الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق ، أو يعتقد أنه لا يسرق ؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل ^(١) .

وبضيف أبو حنيفة نوعاً ثالثاً من الشبهات ، وهو شبهة العقد ، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريره وكان الجاني عالماً بالتحريم ، ولكن أصحابه وباقي الأئمة الأربعة يخالفونه في هذا ، ولا يرون العقد شبهة إلا إذا كان الجاني يظن الحل ويعتقده .

وعلى هذا تكون الشبهة على رأي أبي حنيفة على ثلاثة أنواع : شبهة الفعل وشبهة الحل ، وشبهة العقد .

١٨١ - ما يترتب على درء الحدود بالشبهات : تختلف النتائج التي تترتب

على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، ففي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه ، وفي بعض الأحيان يؤدي تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .

وبيراً للمتهم من الجناية المنسوبة إليه في ثلاث حالات : الأولى : إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة ؛ فمن زفت إليه غير زوجته ، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته ، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد ، ولا بعقوبة تعزيرية ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ .

وإنما يحكم ببراءته ؛ لانعدام القصد الجنائي لديه ، والقصد الجنائي ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية ماله وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حداً ولا تعزيراً ؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة ، وهو كون المال مال الغير .

الثانية : أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للتهم ، فمن تزوج بلا شهود أو بلا ولي ، أو تزوج زواج متعة ، لا يعاقب حداً ولا تعزيراً باعتباره زانياً ؛ لأن العلماء اختلفوا في هذه الأنكحة فأحلها بعضهم ، وحرّمها البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك في انطباق نص الزنا على هذه الأفعال ، ومن ثم تجب تبرئة التهم من الجناية المنسوبة إليه . الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة ، فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرًا ، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر ، درى الحد لشبهة صدق الشاهدين في عدولهما ، وبرى التهم مما نسب إليه . وإذا نسب إلى شخص يحن ويفيق أنه ارتد أو سرق ، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، درى عنه الحد ؛ لشبهة عدم التكليف ، وبرى مما نسب إليه .

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدي 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 يعزر ؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أي شبهة في الحل ، ومن يأت زوجته في دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة في الحل ، ولكنه يعزر ، ومن يتزوج محرماً أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد عند أبي حنيفة ، ولكنه يعزر . ومن سرق مالا تافهاً كالتراب ، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده ، يدرأ عنه الحد السرقة عند أبي حنيفة ؛ لشبهة التفاهة والإباحة ، ولكنه يعزر . ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد في رأى أبي حنيفة لشبهة عدم الحرز ، ولكنه يعزر . وإذا نسب إلى شخص سرقة مثلاً ، واشتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ ، درى عنه

الحد ، وعزز على ما نسب إليه ، ومن يقر على نفسه بجرمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره ، فإذا عدل عن إقراره ، كان عدوله شبهة تدرأ الحد ، ولكنّه يعزز بدلا من عقوبة الحد . والفرق بين عدول المقر عن الإقرار ، وعدول الشهود عن الشهادة أن المتهم يعزز عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم . وأساس هذا الفرق أن الإنسان لا يتهم نفسه عادة بجرمة لم يرتكبها ، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله ؛ على أنه إذا تبين أن الإقرار كان نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجبا ، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل ؛ لحديث ابن عمر : « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب في إقراره ، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة ، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه جانب الصدق ، فيصلح دليلا يعزز به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد ، والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية ، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة .

١٨٣ - هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير ؟ :-

الأصل فى قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود ، لكن ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعازير ؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما فى جريمة من جرائم الحدود وجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير فى الحالات الثلاث التى يؤدى تطبيقها إلى البراءة فى جرائم الحدود ، ولا تطبق فى حالات استبدال الحد بعقوبة تعزيرية ؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره ، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهى مقدرة وبالغة فى الشدة والردع ، وليس للقاضى أن

يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا في حالة درء الحد للشبهة .

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 يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجاني ارتكب الجريمة ، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة ، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكب الجريمة ، أو في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجاني ، وجب العفو عن الجاني أي : الحكم ببراءته ؛ لأن براءة المجرم في حال الشك خير للجماة . وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك ومبدأ الخطأ في العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم ، فهو ينطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ في العفو على الأقل في الحالات التي يؤدي فيها درء الحد لتبرئة الجاني .

١٨٤ — القانون والتشريع : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة

الشريعة في التفسير ، وإذا كانت القوانين تميل إلى تقييد سلطة القاضي في تفسير النصوص الجنائية ، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية ، والرغبة في حماية المصالح العامة ، إلى التوسع في تفسير النصوص الجنائية ، من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضروري في السرقة ؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة ، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق ، وكذلك اعتبرت المحاكم الكهرباء منقولا ؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة ، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى ، والقاعدة التي تتبعها المحاكم يجذبها 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 ، فشلا إذا شكت المحكمة في توفر ركن الإكراه في السرقة بالإكراه ، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم ، واعتبرت الواقعة سرقة عادية ، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وإذا شكت المحكمة في ثبوت الجريمة ، أو في توفر ركن من أركانها ، حكم ببراءة المتهم ، ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم في القانون ، يقابل في الشريعة درء الحد بالشبهات ، وتفضيل الخطأ في العفو ويؤدي إلى نفس نتائج هذين المبدأين^(١).

المبحث الرابع

في تعارض الأحكام (أي النصوص) ونسخها

١٨٥ - التعارض : إذا تعارض نصان في قوة واحدة : كآيتين ، أو آية وسنة متواترة ، أو سنتين متواترتين ، أو حديثين مشهورين ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، رجع أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح ، والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن ، وإما من ناحية السند ، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة ، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا ، ويرجع الحكم على المفسر ، والمفسر على النص وهكذا ، ويرجع العام على الخاص . ومن جهة السند يرجح الخبر الذي رواه من أهل الفقه والأمانة على غيرهم .

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر ، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق ، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة ، وتخصيص

(١) القانون الجنائي الملى بدوى ص ١٠٦ - ١١٠ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ - ١١٥ .

الآخر بحالة أخرى ، أو يجعل أحد النصين مبينا للحكم الدينى ، والثانى مبينا الحكم الأخرى ، أو يجعل أحدهما حقيقيا ، والثانى مجازيا أو بغير ذلك .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، ولم يقدّر دليل على رجحان أحدهما على الآخر ، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما ، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة ، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد .

ويراعى دائما في حالة الترجيح ، والجمع ، والتوفيق ، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ، تتكون الموازنة بين الأدلة القائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة .

١٨٦ - النسخ - هو إبطال حكم تشريعى بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا بإطلاا كلياً أو جزئياً لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع بنص صراحة على إبطال تشريع سابق ، ومثال ذلك ما حدث في تشريع الزنا ، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس في البيوت والإيذاء ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وَاللّٰتِ يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ ، إِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ ، أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا ، وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِهِمَا مِنْكُمْ فَأَذَوْهُمَا ، إِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضُوا عَنْهُمَا ، إِنْ اللَّهُ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا ﴾ ثم نسخ ذلك صراحة بقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ . ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا ؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » . ومثل النسخ الصريح أيضاً قول الرسول عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها ، فإنها تذكركم الحياة الآخرة » .

والنسخ الضمني هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا 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 بإلغاء أحدهما ، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا .
والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق إبطالا كلياً بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين .

والنسخ الجزئى هو أن يحىء التشريع عاما شاملا كل فرد مكلف ، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد ، ومثال ذلك حكم القذف فقد كان عاما ثم نسخ بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعة .

١٨٧ - محل النسخ : محل النسخ هو الأحكام التشريعية ، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ ، بمعنى أن ما ورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق ، فهناك نصوص محكمة لا تقبل النسخ بحال وهى :
أولا - النصوص التى تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التى أوجبت الإيمان بالله ورسوله وكتبه واليوم الآخر ، والنصوص التى جاءت بأصول العقائد والعبادات ، والنصوص التى قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات ، والنصوص التى حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق ، والزنا ، والسرقه ، والفساد فى الأرض ، والظلم ، وغير ذلك .
ثانيا : - النصوص التى جاءت بأحكام مؤبده كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ثالثا : النصوص التى دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى : ﴿ فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية ﴾ وكقول الرسول « نصرت بالرعب مسيرة شهر » ؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للخبر به ، والكذب محال على الشارع .
هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محلا له ،
أما ما عداهما من النصوص فهو يقبل النسخ .

١٨٨ — متى **لله النسخ** ؟ وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله ،

فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة ، ينطبق على العهد الذى كان التشريع ينزل فيه ، وهو ينتهى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة بجميعها لا تقبل النسخ ، ولا هى محل له ، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحي ووفاة الرسول .

١٨٩ — **أى النصوص تمنع الأخرى** ؟ : القاعدة العامة فى الشريعة أن

النص لا ينسخه إلا نص فى قوته أو أقوى منه ، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصاً أقوى منه . والنصوص فى الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس ، وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات ، والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة ، فهما اللذان جاء بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تضع أحكاماً عامة جديدة ، وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، فهى لا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة ؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما ، وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح التى يصدرها أولو الأمر ، فالإجماع أساسه اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة ، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة العامة وروحها . والقياس أساسه إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة ، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر؛ لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة ، وتجب طاعتها كلما كانت صادرة على هذا الأساس ، وإلا فلا طاعة لها ولا لمن أصدرها .

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها ، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة ، أما بقية المصادر فهى تابعة للقرآن والسنة ، وتقوم على نصوصهما ، فالقرآن والسنة أصل وبقية المصادر فروع لها ،

ولا يمكن عقلاً أن يكون الفرع مساوياً للأصل ولا أقوى منه، وإذن فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس^(١) أو قانون أو لأئمة .

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضاً ، وقد تنسخها السنة المتواترة ؛ لأنها كلها قطعية وفي قوة واحدة .

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضاً ؛ لأنها في قوة واحدة ، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة ؛ لأنها أقوى منها .

ولكن لا ينسخ نص قرآني أو سنة متواترة بسنة غير متواترة ؛ لأن الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ بوفاته انقطع الوحي ، وانقطع ورود النصوص ، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة ؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً ، وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصها العام ، ويبين مقيدها المطلق ؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التي انتهت إليها .

١٩٠ — حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن

يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة ؛ لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة . فلا إجماع بلا مستند شرعي^(٢) وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستنداً إلى القرآن والسنة ، فلا يتصور أن يكون مخالفاً لهما ، إلا إذا كان إجماعاً ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين ، وهذا ليس إجماعاً شرعياً ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ، وكل ما يأتي عن طريقه باطل بطلاناً مطلقاً .

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت

(١) المستصفي للقرآني ج ١ ص ١٢٦ - فواع الرحمت في شرح مسلم الثبوت ج ٣ ص ٨٤

(٢) فواع الرحمت في شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣٨ .

شروط القياس ؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالا نص فيه بما فيه نص ؛ لا اشتراكهما في علة الحكم ، فالحكم الذى يحىء عن طريق القياس هو دائماً حكم من أحكام القرآن أو السنة ، فإذا فرض أن قياساً ما ، جاء بحكم يخالف للقرآن أو السنة ، فهو قياس باطل بطلاناً مطلقاً ؛ لأن من الشروط الأساسية في الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شيء فلا يخرج عليها ، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وروح التشريع^(١)

المبحث الخامس

في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة ، أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، وجبت الطاعة لها ، وحقت العقوبة على من خالفها ، أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة ، أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهي قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً ، وليس لأحد أن يطيعها ، بل على كل مسلم أن يحاربها . وسنبين فيما يلي أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطلان في الشريعة : أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهي لم تجئ عبثاً ، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس ؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به ، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح ؛ لأنه وافق أمر الشارع ، ومن خالف فقد بطل عمله ؛ لخالفته أمر الشارع ، والله تعالى يقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ . [النساء : ٦٤]

ويقول : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ . [الحشر : ٧]
 ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ : [النساء : ٥٩] .
 وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات ، والحكام والمحكومين
 وتصرفات هؤلاء وهؤلاء ، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة
 أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح ، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو
 مبادئها العامة أو روحها التشريعية فهو باطل بطلاناً أصلياً ، ولا يترتب عليه أى
 أثر ، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل
 بطلاناً مطلقاً ، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة ، وكل
 تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً . فالعمل إما أن
 يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح ، وإما أن يكون مخالفاً لها فهو باطل ، وهذا
 هو رأى جمهور الفقهاء .

والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة ،
 فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاناً مطلقاً ولكنهم
 يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد ، أى فى العقود والتصرفات ، فيرون أنها تكون
 صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة ، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاناً
 مطلقاً إذا كان الخلل فى أصل العقد أو التصرف ، أى : فى ركن من أركانه ، أما إذا
 كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد أو التصرف ، أى : فى شرط خارج عن ماهيته
 وأركانه ، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلاً . والفرق بين الفاسد والباطل عندهم
 أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً ، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره ^(١) .

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر .
 أمكننا أن نقول على وجه القطع إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ — المستصفي للقرائى

ج ١ ص ٩٤ — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ — ١٠١ .

تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية ، أو خارقة على مبادئها العامة ، أو مباينة لروح التشريع الإسلامي ، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأى جمهور الفقهاء ، وأساسه طبقاً لرأى أبى حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام ، أو يمس حقوق الله طبقاً لتعبيرهم ، وكل ما يتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلاناً مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية ، فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٩٣ - الأدلة على بطلان التشريعات المخالفة للشريعة :-

بينما فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية ، وسنبين الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن ، ونصوص السنة ، وإلى الإجماع ، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل ما يخالف الشريعة ، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل ما يخالفها ، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك :-

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع ما يخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانوناً ، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، محرماً تحريماً قاطعاً على المسامحين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ما جاء به الرسول ، وإما اتباع الهوى ، فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ ، وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنْ اتَّبَعَ هَوَاهُ بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين ﴾ [سورة القصص : ٥٠] .

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لثالث لهما : أولهما : الحق ، وهو الوحي الذي أنزل على رسله ، وثانيهما : الهوى ، وهو كل ما خالف الوحي ، فقال جل شأنه : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض ، فأحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ [سورة ص : ٢٧]

وقال تعالى موجها الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ؛ إنهم لن يضفوا عنك من الله شيئا ، وإن الظالمين بمعضهم أولياء بعض والله ولى المتقين ﴾ [الجمعة : ١٨ ، ١٩] فقسم الأمر بين الشريعة التي جعل رسول الله عليها ، وأوحى إليه العمل بها ، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها ، وبين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، وأمر بالأول ونهى عن الثانى . وقال جل شأنه : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ، ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تذكرون ﴾ [الأعراف : ٣] فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة ، ونهى عن اتباع ما يخالفه ، وبين أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله ^(١) .

وهكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا ، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ، ونهت نهيا جازما عن العمل بغير الشريعة ، واعتبرت العامل بغير الشريعة متبعا هواء منقادا إلى الضلال ، مضلا لغيره ظلما لنفسه ولغيره ، كافرا بما أنزل الله . متخذاً لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله ، أو يتعاضد إلى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه . واعتبر الرضاء بغير حكمه ضللا بعيداً ، واتباعا للشيطان ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ألم تر إلى الذين

(١) أعلام المؤمنين ج ١ ص ٥٣ .

يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك ، وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكوا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيداً ﴿ النساء : ٦٠ ﴾ .

فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه . والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكون إليه غير الله ورسوله . أو يعبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ، ولا أن يقبل حكماً غير حكمه ^(١) .

٣ - إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله ، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلاً ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله ، ونهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن ^(٢) .

٤ - إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى ، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدي الله ورسوله ، واتقوا الله إن الله سميع عليم ﴾ [الحجرات : ١] أى لا تقولوا حتى يقول ، ولا تأمروا حتى يأمر ، ولا تفتوا حتى يفتى ، ولا تعطوا أمراً حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ، ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٦ .

(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون ﴿ [الحجرات : ٢] فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سبباً لحبوط أعمالهم ، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياساتهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه ، أليس هذا أولى أن يكون محبطاً لأعمالهم ؟

وقال جل شأنه : ﴿ إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ، وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنه ﴾ [النور : ٦٢] فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه ، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان أن لا يذهبوا إلى قول أو فعل ، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه ، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به ، فإن وافقه فقد أذن ، وإن لم يوافقه - ثم ذهبوا إلى هذا المخالف - فقد اتقى عنهم الإيمان ، وحبطت أعمالهم ، وخسروا دنياهم وآخرتهم ^(١).

٥- إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقاً لما أنزل ، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافراً ، وظالماً ، وفاسقاً ، فقال جل شأنه : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وقال : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] وقال : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ [المائدة : ٤٧] ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين ، وتركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا كفاراً وظلمة وفاسقين .

ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاماً غير ما أنزل الله ، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ما قاله الله تعالى كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحكم السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر

عليه فهو كافر قطعاً ، ومن لم يحكم به لعله أخرى غير الجحود والنكران فهو غلام إن كان في حكمه مضيقاً لحق ، أو تاركاً لعدل ، أو مساواة ، وإلا فهو فاسق^(١)

٦ - وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله ، أو يقبل حكماً غير حكمه ، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه ، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى ، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر ، وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق ، وأن يعرض عن الداعين إليه ؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ما جاء به الرسول وبين ما يخالفه ، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة ، وحقيقة ، وعقيدة ، وسياسة ، ورأى ، حتى يكون الحكم خالصاً لما جاء من عند الله . وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى ، وكلمة الله هي العليا^(٢) .

ذلك هو حكم الله ، نزل في الصادقين عن سبيل الله ، الداعين إلى التوفيق بين ما جاء من عند الله وما يخالفه ، وذلك هو قوله تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً ، فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحساناً وتوفيقاً . أولئك الذين يعلم الله ما في قلوبهم فأعرض عنهم وعظّمهم وقل لهم في أنفسهم قولاً بليغاً ﴾ [النساء : ٦١ - ٦٣] .

٧ - إن الله نفى الإيمان عن العباد ، وأقسم بنفسه على ذلك ، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير ، ولم يكتف في إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد ، بل اشترط لاعتبارهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه ، وأن يسلموا تسليماً ،

(١) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥ — روح المعاني للألوسی الجزء السادس

ص ١٤٥ — تفسير الطبري ج ٦ ص ١١٩ — تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٥٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

وينقادوا للرسول انقياداً ، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه
 فالؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله ، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام
 وأفضلها ، ولوقال الناس إن غيره أصلح منه ؛ لأنه لا يكون مؤمناً إلا إذا أطاع
 طاعة تامة ، واقاد انقياداً تاماً كاملاً لما أمر الله ورسوله ، وذلك قوله تعالى :
 ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً
 مما قضيت ويسلووا تسلياً ﴾ [النساء : ٦٥] .

ويستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر
 رسوله فهو خارج عن الإسلام ، سواء رده من جهة الشك فيه ، أو من جهة
 ترك القبول ، أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعي الزكاة ؛
 لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس
 من أهل الإيمان ^(١)

٨ - إن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، ولو أمرت به أو أباحت
 السلطة الحاكمة أياً كانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون
 التشريع موافقاً لنصوص الشريعة ، متفقاً مع مبادئها العامة وروحها التشريعية
 فإن استباححت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، وأن تصدر
 قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضعها موضع التنفيذ ، فإن عملها لا يحل هذه
 القوانين المحرمة ، ولا يبيح لمسلم أن يتبعها أو يطبقها ، أو يحكم بها ، أو ينفذها ؛
 بل تظل محرمة تحريماً قاطعاً على كل مسلم ومسلمة ، ومن واجب الأفراد لامن
 حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها ،
 لأن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالاً ، وإنما تجب ضمن طاعة الرسول ، ولا
 تجب لهم مطلقة ، وإنما تجب في حدود ما أمر به الله والرسول ، وذلك قوله تعالى :
 ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً» [النساء : ٥٩] فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله ، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتي الكتاب ومثله معه ، وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالاً وإنما هي في ضمن طاعة الرسول ، كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضي أن لا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول في كل ما يصدر عن ولي الأمر ، فأولو الأمر يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة الرسول ، وبعد توفر الطاعة لله ورسوله ، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة ^(١).

٩- إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر ، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله ، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقال : « إنما الطاعة في المعروف » . وقال في ولاية الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة » .

وفي عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمراً فتقاعسوا عن تنفيذه ، فجمع خطباً وأشعل ناراً ، 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 : « لودخلوها لما خرجوا منها » أي لخلدوا في النار في الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم وظناً منهم أن ذلك واجب عليهم ، ولكن لما قصرُوا في الاجتهاد وبادروا 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 أمراً مخالفاً مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟ ^(١).

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لا طاعة لأولى الأمر إلا في حدود ما أنزل الله ، فهذا أبو بكر خليفة رسول الله يقول مخاطباً المسلمين بعد مبايعته : أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم . فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فإن عمل في حدود ما أنزل الله وجبت طاعته ، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولا طاعة ، وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لا تجب إلا فيما أمر الله ، وأن لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك ^(٢) ولا خلاف بينهم قولاً أو اعتقاداً في أنه لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق ، وأن إبادة المجمع على تحريره كالزنا والسكر ، واستباحة إبطال الحدود ، وتعطيل أحكام الشريعة ، وشرع ما لم يأذن به الله . إنما هو كفر وردة ، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين ، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أو امره ونواهيه المخالفة للشريعة ^(٣) .

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التي بينها ، وإن حقهم في التشريع قاصر على نوعين من التشريع : الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية . والثاني - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة ، وهذه التشريعات لا تكون إلا فيما سكنت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨ - المذهب ج ٢

ص ١٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٣) تفسير المنار ج ٦ ص ٣٦٧ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - روح المعاني

للألويسى ج ٥ ص ٦٦ وما بعدها .

الشريعة ، ويشترط في هذه التشريعات قبل كل شيء أن تكون متفقة مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهي تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادئ الشريعة العامة ، وإذن فهي في حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به إما باعتبارهم خلفاء للرسول أو نواباً عن الجماعة الإسلامية ، فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول ؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ما جاء به ، وإن كانوا نواباً عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وما تؤمن به ، وإلا خرجوا على حدود النيابة ، لأن الجماعة لم تقمهم حكماً إلا لإقامة الدين ، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية . فأولى الأمر - أيا كان السند الذي يستندون إليه في حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٣ - إن الشريعة الإسلامية هي الدستور الأساسي للمسلمين كما تبين مما سبق ، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ، وكل ما يخالف هذا الدستور فهو باطل ، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء في التشريع ؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها في كل زمان وكل مكان ، فتطبيقها ليس محدوداً بزمن ، ولا مقصوراً على أشخاص أو أجيال أو أجناس ، وهي واجبة التطبيق حتى تُلغى أو تنسخ ، ولا يمكن أن تُلغى أو تنسخ ؛ لأن القاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية بل وفي القوانين الحديثة أن النصوص لا ينسخها إلا نصوص في مثل قوتها أو أقوى منها ، أي نصوص صادرة من نفس الشارع أو من هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التي أصدرت النصوص المراد نسخها ، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعي على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها ، فالنصوص 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 توفي الرسول ،

ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية في درجة القرآن والسنة ؛ أو أن لها من سلطان التشريع ما لله وللرسول ، ولكن الذى يمكن أن يقال وهو الواقع إن أولى الأمر منا لا يملكون حق التشريع ، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم ، فالتشريع من حق الله والرسول ، وقد انتهى عهده بوفاته الرسول ، واستمر أمره باقطاع الوحي ، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلمهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذاً لما شرعه الله ورسوله ، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقاً لما شرعه الله ورسوله ، فله 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 ، ولهم في سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين ، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية ، وإقامة الجماعة على أساسها ولكن ليس لهم بأى حال أن يعللوا التشريعات الأساسية أو يلغوها ؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولا يتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأتى بتشبيه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا ، قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة القوانين الوضعية ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التى تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين ، أو قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة الدستور الوضعى ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة القوانين الوضعية التى 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 يتطلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ - إن الدستور المصرى ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسى الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام . وأنه المصدر الذى تأخذ عنه ، والمرجع الذى تنتهى إليه ، والحاكم الذى تأتمر بأمره

وتنتهى بنهيه ، فوجود هذا النص في الدستور المصرى ، وهو القانون الأولى بالنسبة لغيره من القوانين التى تسنها هيئاتنا التشريعية يقتضى أن تقتيد بنصوص الشريعة الإسلامية فى قوانيننا ، وسياستنا ، وتعليمنا ، وتنظيمنا الداخلى والخارجى ، وفى كل أوجه نشاطنا ، فلا نخل إلا ما أحلته الشريعة ، ولا نحرّم إلا ما حرّمته ولا نخرج على مبادئ الشريعة وروحها فى تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لانذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، وبطلان القوانين المخالفة لها ، وإنما نذكره فقط لنبين ما يقتضيه ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامى أو ينكره ، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية ، والعبرة فى هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامى نفسه ، وحكم الدين الإسلامى : أنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة ، وأن الشريعة هى دستورهم وقانونهم الأساسى ، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمي دستوراً أو قانوناً أو لائحة أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسميات ، التى لاتعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارقة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ — إن نظرية الشريعة الإسلامية فى بطلان كل ما يخالف القرآن والسنة أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الأساسية هى نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية ، ولكنها تختلف فى تطبيقها ، فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون أو لائحة أو قرار جاء مخالفاً للدستور ، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسى لهذه البلاد ، ويجب أن لا يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه ، ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة ، وبأغلبية خاصة ، لاتشترط فى أى قانون فلهيئة التى شرعت الدستور أعلى من الهيئات التى تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتمدينة فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح

والأوامر ، فإذا جاء القانون مستوفياً شكله القانوني اعتبر صحيحاً ولو كان مخالفاً للدستور ، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتعتبر باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانوني ، وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم في درجة الدستور ، لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد ، أما الهيئة التي تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل^(١) .

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها ، فإذا طبقناها مطلقاً أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ؛ لأن الشريعة هي التشريع الأساسي للمسلمين ؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعبادة المشترعين .

وقبل أن نترك هذه النقطة يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثاً ، فعمرها في القوانين الوضعية أقل من قرن ، بينما عرفت الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثني عشر قرناً ، ويكفي الشريعة نغراً أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما في القوانين ، وأن تكون النظرية التي يهمل 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 يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلاناً مطلقاً من ناحية الموضوع ، وصحة الشكل لا يمكن أن

(١) شرح قانون العقوبات للدكتور ن كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها - القانون الجنائي للى بدوى ص ١٠٥ .

تؤثر على بطلان الموضوع ؛ لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالا ، والباطل صحيحاً ، ومن ثم يجب على القاضى أن لا يطبق التشريعات المخالفة للشرعية ولو استوفت شكلها القانونى .

١٩٤ - مدى بطلان ما يخالف الشريعة : قلنا : إن ما يخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا 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 يمتد البطلان منطقياً لما يوافق الشريعة من النصوص ولأنها أدمجت فى قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشرعية . وتعتبر 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 تعتبر باطلة فى كل حالة ، وإنما هى باطلة فقط فى الحالات التى تخالف فيها الشريعة ، صحيحة فى الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة ، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها ، إذ العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً .

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد فى بعض الحالات وصحته فى بعض الحالات الأخرى جريمة الزنا ، فعقوبتها فى الشريعة رجم الزانى المحصن ، وجلد الزانى غير المحصن ، والزنا شرعاً هو إدخال الحشفة أو مقذارها فى الفرج ، فما كان دون ذلك فلا حد فيه ، وإنما فيه التعزير ؛ فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملاسة كل ذلك لا يعاقب عليه بعقوبة الحد : وهى الرجم والجلد . والفصل التام لا يعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درى الحد للشبهة أو كان الخاطئ صغير السن ، وعلى هذا فالجرائم العامة التى يجب فيها الحد لا يجوز

أن تطبق عليها نصوص القانون ؛ لأنها تخالف حكم الشريعة ، وتعاقب بمقوبة غير عقوبتي الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة ، أما الجرائم التامة التي درى فيها الحد ، والجرائم غير التامة ، فالمقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقاً للشريعة . والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية . ولما كان قانون العقوبات صادراً عن هذه الهيئات ، فإن عقوباته تعتبر تعازير عن الأفعال التي لا يعاقب عليها بمقوبة الحد أي بأية عقوبة مقدرة ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحيحة في كل حالة تستوجب التعزير .

والسرقة العادية عقوبتها القطع في الشريعة ، وعقوبتها الحبس في القانون ، ولكن حد القطع لا يجب إلا في سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فإذا لم تكن السرقة تامة ، أو لم تتوفر شروط الحد فالمقوبة هي التعزير ، والمقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع ، وصحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير .

والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة ، ولكن القذف للمعاقب عليه بمقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفي النسب ، وما عدا ذلك لا يعتبر قذفاً وإنما يعتبر سباً وعقوبته التعزير ، ولما كانت الأجزية في قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بمقوبة الحد ، وتعتبر صحيحة في كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بمقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك^(١) .

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ - إثبات القذف حق للقاذف ، وقانون العقوبات المصري لا يعس الحقوق الشرعية طبقاً للمادة السابعة منه .

١٩٥ - ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة : يترتب على

اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة نبينها فيما يلي : -
أولا - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : - يجب على القاضى أن لا يطبق النصوص القانونية الباطلة فى حالات البطلان ، وعليه أن يطبقها فقط فى حالات الصحة ، وليس للقاضى أن يحتج بأى القوانين لا تخوله حق الفصل فى صحتها وبطلانها مرتكنا فى ذلك إلى نفس هذه القوانين ، فإن سلطة القاضى فى إبطال ما يخالف الشريعة تأتى من الشريعة لامن القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضى ببطلان النص المخالف أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه ؛ لأن القاضى لابد أن يبين فى حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان ، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء فى أسباب الحكم فقط ولم يدخل فى منطوقه ، لأنه سبب جوهري . والأسباب الجوهرية تعتبر جزءاً من منطوق الحكم .

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة ، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرىء المتهم . ليس للقاضى ذلك ؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها ، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التى قررتها ، فإذا أخذنا بحكم الشريعة فى بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة فى عقوبة الواقعة ، فيجب إذن أن لا يحكم القاضى بالبراءة ، وأن يحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة الإسلامية ما دام مختصا بنظر الجريمة .

وإذا اقتنع القاضى ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة ، وليس يهمله بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقد حقا ، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه ، بل هو

من اختصاص السلطة التنفيذية ، وهى ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ ، فإذا أصبح حكم القاضى نهائيا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانيا - من وجهة الاختصاص : - وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه ؛ لأنه مختص بنظرها طبقاً لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية . ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت من يملك توزيع الاختصاص ، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان ، ولولى الأمر طبقاً للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى ، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

وإذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائماً أصلاً على أساس مساهمة العقوبة إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئاً عن عقوبات الشريعة فلننظر إلى الجريمة ذاتها ، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضى نفسه مختصاً بحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلاً من العقوبة التى جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة ، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها ، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

وعلى هذا يكون القاضى الجزئى مختصاً بنظر قضايا السرقة العادية ، والقذف ، والشرب ، أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد ، والسرقة التى ترتكب فى الطريق العام ، وهى ما يسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحراقة ، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين . أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل حصص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل غير المتعمد هذه الجريمة والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقاً للقانون .

أما جريمة الزنا فإن كانت من غير محصنين 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 محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمامها ، ويمكن القول بأنه لا داعي لاختصاص محاكم الجنايات في الزنا من غير محصنين ؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التي توقعها محكمة الجنح ، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه في الشريعة إلا بعقوبة واحدة هي الجلد ، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هي المختصة ، ما دامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا في بعض الصور .

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات ؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هي الرجم أى القتل بطريق معين ، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات ، وليس من اختصاص القاضى الجزئى . وإذا كان أحد الزانين غير محصن ، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً ؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته ، ووحدته الفعل المنسوب للزانين تقتضى أن يحاكم عليه أمام محكمة واحدة ؛ ولأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن ، وإن كان له أن يعاقب الزانى المحصن . أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد ؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

ثالثاً - من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية ، أو مدنية ، أو تجارية أو دولية إلخ . إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة ، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة ، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة .

أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالاً تاماً ، وتحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة .

ولا يشترط لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كاللذهب الحنفى مثلاً أو المالكي ، بل يكفي لاعتبار حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة ، إذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يعتبر أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم . وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالحالف باطل ، ويحل محله حكم الشريعة الذى ينسجم مع بقية الحكم الذى لم يبطل دون حاجة للتقييد بمذهب شرعى معين .

وعلى هذا الأساس يمتنع التنافر بين النصوص ، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية ، على أن هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التى تتفق مع حالتنا الاجتماعية ، وتعديل القوانين تعديلاً شاملاً على أساس هذه النظريات .

رابعاً - من وجهة تطبيق الشريعة : يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم فى الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية ، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة .

١٩٦ - مدى التغيرات التى سترتب على الأخذ بنظرية البطلان :

يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها ، ولن يؤدى تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير فى أوضاعنا القانونية ؛ لأن معظم النصوص القانونية لا تختلف عن أحكام الشريعة ، وإذا خالف بعض النصوص ما يقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع ما يقول به البعض الآخر من الفقهاء ، وسنكتفى هنا

بيان 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 - أولا : في جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة في الشريعة وهي على سبيل الحصر سبع جرائم : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الحراقة ، الردة ، البغى . وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً ، ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة ، وأن لا يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة ، فإذا توفر هذان الشرطان فلا بد من عقوبة الحد . وفي هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة ، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها . أما في الحالات التي لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة ، أو درى الحد للشبهة ، أو كانت الجريمة شروعا ، فالعقوبة في هذه الحالات طبقاً للشريعة هي عقوبة التعزير ، والتعزير يرجع فيه إلى ولي الأمر ، ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررّة ممن يملك حق تقريرها ، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق في هذه الحالات ، وإذن فقانون العقوبات لن يعطل إلا في جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد ، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة فلها حكم خاص .

الردة : تعتبر الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام ، وتعاقب عليها بعقوبة القتل ، وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال في الشريعة ، أما قانون العقوبات

(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 : لأن حكم القانون باطل إذا كان مخالفاً للشريعة ، ولأنه صحيح إذا كان موافقاً للشريعة .

فلا يعتبر الردة جريمة ، ولا يعاقب عليها ، ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد ، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقاً للشريعة ، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئاً .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية فإن من الصعب عملاً تنفيذه ، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء ، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية ، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه ، على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية ، فالشريعة تهدد دم المرتد ولا تعاقب قاتله ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً ، فإذا قتل المرتد إنساناً وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه ؛ لأنه قتل نفساً غير معصومة ؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد . وهذا الواجب ليس فرض عين وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين .

١٩٨ - ثانياً : فى جرائم القصاص والدية : يدخل تحت هذا النوع من

الجرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد ، سواء كان القتل مقترباً بسبق إصرار وترصد ، أو غير مقترب ، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن ، ولا تجيز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها ، أما القانون المصرى فيعاقب بالإعدام على القتل المقترب بسبق إصرار أو ترصد ، وعلى القتل بالسلم ، وعلى القتل المقترب بجريمة أخرى ، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، ويجيز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة ، واستبدال غيرها بها إذا

كانت الظروف تدعو للتخفيف ، وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائماً فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص ، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات ، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولى الجنى عليه أن يعفو عن القصاص ، فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص ، ولولى الدم إما العفو مجاناً ، وإما إلى الدية أو مقابلها ، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى ، وكان على القاضى أن يحكم بها ، ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجاناً أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية ، طبقاً لرأى مالك^(١) أما أبو حنيفة^(٢) والشافعى^(٣) وأحمد^(٤) فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة . والقانون المصرى لا يجعل لعفو أولياء الجنى عليه أثراً على العقوبة المقررة ، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً يودى إلى تخفيف العقوبة ، أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى ، وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير . فكان المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة ، وعلى هذا يجب فى حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية ، وفى حالة العفو مجاناً يجب الحكم بعقوبة تعزيرية ، ولما كانت العقوبات المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية ، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل فى حالة العفو إلا عقوبة الإعدام ؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهى تسقط بالعفو طبقاً للشريعة ، وللقاضى فى هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .

(٣) المذهب الجزء الثانى ص ٢٠١ وما بعدها .

(٤) المعنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

ويقدرها طبقاً لنص المادة ١٧ عقوبات ؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضي في عقوبات التعازير .

وفي بعض الحالات يتمتع القصاص في القتل العمد ، طبقاً للشريعة كحالة قتل الأب ولده ، وحالة القتل الحاصل من حدث ، والقاعدة أن الدية تحمل محل القصاص كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية ، وما قيل في حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجباً ، طبقاً للشريعة ، وأن نصوص القانون تطبق في حالة العفو وامتناع القصاص ، سواء وجبت الدية أو لم تجب ، ولا يعطل من هذه النصوص إلا ما يقضى بالإعدام عقوبة للجريمة ، وهذا هو نفس الأساس الذي كان يقوم عليه قانون العقوبات المصري قبل تعديل سنة ١٩٠٤ .

الشروع في القتل : يختلف حكم الشروع في القتل تبعاً لأثر الشروع ، فإن كان الشروع قد أحدث أثراً^(١) يقتض منه فالعقوبة القصاص ، وإن أحدث أثراً لا يقتض منه ، أو أثراً يتمتع فيه القصاص . فالعقوبة الدية أو الأرش ، والأصل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير ، لكنهم يميزون اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية^(٢) . وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة ، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش ، مادام الفقهاء لا يمتنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير ، ومادام أولو الأمر قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هي العقوبات التي نص عليها

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف معانيها .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧ - شرح الدررير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

قانون العقوبات ، وللقاضى أن يراعى الظروف فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشدها ؛ لأن ذلك حقه طبقاً للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذى لم يترك أثراً فمقوبته فى الشريعة التعزير ، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات ؛ لأن عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد : يختلف الفقهاء فى القتل شبه العمد ، فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به ، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأً ولا وسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط ، ولكنهم مع هذا يميزون أن يجتمع التعزير مع الدية ، فطبقاً لرأيهم تطبق نصوص القانون فى القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة ، مادام ولى الأمر يوجب التعزير فيه .

وإذا طبقنا نظرية مالك التى تميز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير فى الجراح ، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير فى القتل شبه العمد ؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجراح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير ، فأولى أن يعاقب الجراح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت ، ولا يقدح فى هذه النتيجة أن مالك لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ لأن هذه النتيجة التى خالصنا إليها هى منطق نظرية مالك فى الجمع بين الحد والتعزير فى الجراح ، وليست منطق نظريته فى إنكار شبه العمد . وإذن فأراء الأئمة جميعاً تؤدي إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصرى فى وقت واحد على القتل شبه العمد ، ولا يمنع هذا القاضى من أن يخفف العقوبة التعزيرية طبقاً للمادة ١٧ عقوبات أو طبقاً لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة الإسلامية هى الدية الخفيفة ؛ ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير مع الدية كما قيل ذلك فى القتل العمد ؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ ، ولكنهم جميعاً يميزون اجتماع التعزير مع الحد ، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية كما هو

الحال في القتل شبه العمد مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير .

الجراح في العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح المتمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ وتعاقب بالقصاص في إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً ، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش ، أو الحكومة . ويوجب مالك أن يجتمع التعزير مع الدية أو القصاص تأديباً للجاني ، أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه ، فطبقاً لرأى مالك لا تعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أو ناقصة وطبقاً لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية ، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير ، وعلى هذا فآراء الجميع لا تتعارض مع نصوص القانون المصري ، ولا تؤدي إلى إبطالها .

أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أو الأرش أو الحكومة ، وحكمها حكم القتل الخطأ ومن ثم يجب فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة في وقت واحد .

الضرب الذي لا يترك أثراً : تعاقب الشريعة على الضرب الذي لا يترك أثراً بالتعزير ، ولما كانت العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات هي عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل في هذه الحالة .

١٩٩ - ثالثاً : في جرائم التعازير : علمنا مما سبق^(١) أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر ، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال ، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها ، والحفاظة على أمنها

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

ونظامها ، ويشترط أن لا يخرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة . أو روحها التشريعية .

والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير : أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدّها ، وتركت للقاضى أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والجرم .

وإذا كانت تلك هى القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها ، إلا أنه ليس في الشريعة ما يلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أوّل الأمر ، عقوبة معينة يلزم القاضى توقيعها إذا ثبتت الجريمة ، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضى إحداها ، كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة ، بحيث لا يستطيع القاضى أن ينزل عنه ، وهذا الذى لا تمنع منه الشريعة هو الذى عمل به في قوانين العقوبات .

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر ، فإن الجرائم التي تنص عليها تعتبر طبقاً للشريعة جرائم تعزيرية ، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أو غير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت في البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضعوها نصوص الشريعة ، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالاً تاماً ، وبهذا خرج أوّل الأمر عن حدود وظيفتهم ، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدى إلى بطلان كل عملهم ، فإنه يؤدى إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفاً للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية ، وعلى ما لهم من حق التشريع من ناحية أخرى ، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير : -

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح ، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وجريمة البيوع الربوية ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، ومخالفة أحكام العدة ، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهز في صلاة الإسرار ، والإسرار في صلاة الجهر ، وكالزيادة في الصلاة .

النوع الثانى : جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح . وهذه الجرائم قسمان : قسم لا تختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة ، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا ، فالشريعة تعاقب على الربا فى كل صورته ، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة ، وكجرائم المقامرة والمراهنة ، فإن الشريعة تحرمها تحريماً مطلقاً ، بينما تحرمها القوانين فى حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة ، وهذه الجرائم قسمان : - قسم يقوم على مبادئ تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، كمخالفات السيارات والتعليم ، ومثل الأفعال التى قصد من تحريمها تنظيم الجماعة ، كقوانين تنظيم المهن ، أو التى قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة ، كمخالفة الآفات والأمراض . وقسم يقوم على مبادئ تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية ، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التى نصت عليها لأئحة بيوت الدعارة ، فالمبدأ الذى قامت عليه هذه اللائحة هو إباحتها الزنا والترخيص به رسمياً ، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحة ، بينما الشريعة تحرم الزنا فى كل صورته تحريماً مطلقاً . ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التى نصت عليها القوانين التى تنظم تقطير الخمر وبيعها وتقديمها ،

فإن المبدأ الذى تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريماً عاماً .

٢٠٠ — مرى حقوق أولى الأمر فى التحريم والعقاب : قلنا فيما سبق

إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاماً حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقه به ، ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال فى مصر ، بأن الشارع المصرى نص فى لائحة ترتيب المحاكم على أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصرى حيث صممه إياه^(١) وجمع الشارع الجرائم والعقوبات ، والقواعد العامة للجريمة والعقاب فى كتاب واحد سماه قانون العقوبات ، أصدره وأوجب العمل به ، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر ، وجعل للعقوبة حداً أدنى واحداً أعلى ليس للقاضى أن يتجاوزه ، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوفر شروط معينة . وقد قصد الشارع المصرى من كل هذا أن لا يعاقب إلا على ما نص عليه هو من الأفعال المحرمة فى الحدود التى حددها ، وبالعقوبات التى عينها ، واعتبر كل ما عدا ذلك من الأفعال مباحاً ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه ، كالبها فالشريعة تحرمه فى كل أنواعه وصوره

(١) نص الدستور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . متأثراً فى ذلك بالدساتير الأوربية ، ولا شك أن واضعى الدستور قصدوا من هذا النص ما قصده واضعوا الدساتير الأوربية ، أى قصدوا أن لا يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها فى القوانين الوضعية ، لكن هذا النص المصرى يتضارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصرى ، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ؛ لأن التزام الدولة الإسلام ديناً لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها ، لذ الشريعة الإسلامية هى مجموعة القواعد التشريعية التى حاه بها الإسلام وأوجبها ، فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر فى الدساتير الأوربية كان معنى ذلك إهمال النص الثانى وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية ، ولذا أوجبنا العمل بالنص الثانى باعتبار أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام ، وجب أن نفسر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين معاً .

وأيًا 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 تنفيذها ، واكتفى بإقامة ما نص عليه في قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح .

هذا هو الذى فعله الشارع في مصر ، وقد فعل مثله في غير مصر من البلاد الإسلامية ، فهل في قواعد الشريعة ما يبرر فعل الشارع ، وإلى أى حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة على هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر في الشريعة ، ومدى هذه الحقوق . ومن المسلم به في الشريعة أن لولى الأمر في تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق :

٢٠١ - الحق الأول : هو التحريم والإيجاب والعقاب : لولى الأمر أن يحرم إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة ، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه . وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر ، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها . وولى الأمر مقيد في استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، وبأن يكون قصده في التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة ، أو دفع مضرّة أو مفسدة . وعلى هذا فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان في حدود حقه ، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك . فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع تطبيقها ، فإن فعل فعله باطل ، وإذن فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت ؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تنسخ وليس لولى الأمر حق نسخها ، والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائماً بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون ؛ لأن كل نص

قانونى يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف ، أما الجرائم التى تتفق فى أحكامها الشريعة والقانون ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ؛ لا لأنه حكم القانون ، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التى نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ، ما دام أنه ليس خارجاً على مبادئ الشريعة العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به .

٢٠٢ - الحلق الثانى : هو تخصيص القضاء : لولى الأمر أن يخصص

القضاء فيجمل الفصل فى الجرائم لقضاة معينين ، ويجعل لبعضهم الفصل فى جرائم بعينها ، وللبعض الآخر النظر فى بقية الجرائم ، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة ، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات .

وحق لولى الأمر فى تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاة ، ولا يمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل . فمثلاً لولى الأمر أن يخصص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة ، وآخر بنظر جريمة القتل ، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم أكل الميتة ، أو شرب الخمر ، أو الردة أو منع الزكاة . ولولى الأمر أن يخصص قاضياً لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة ، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرّمته الشريعة . ولولى الأمر أن يحدد العقوبات التى يملك القاضى توقيعها فى جرائم التعازير ، ويلزمه أن لا يوقع غيرها ، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية فى جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية .

ويعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليه القانون ، ما دامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التى خص قانوناً بنظرها ، ولا عبرة بسكوت لولى الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن

الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها ؛ ولأن الشريعة لا تبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها ، فإذا عطّلها لم يكن للقضاء أن يسايره ، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة ؛ ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة ما دام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل الجريمة المعطلة .

و يعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة . والعلة فى اختصاص القاضى هنا هى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها . وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة ؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية . 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 هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة ؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات ، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ؟ .

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررتها الشريعة ؛ وأنه لا يجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون ؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة ؛ ولكل عقوبة حداً بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم . ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها ، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على ما لم يفكر فيه واضع القانون ، أو يدخله فى حسابه وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى

ملائماً لظروف الجريمة والمجرم ، ذلك أن الأصل في الشريعة أن الجرائم التعازير
مجموعة من العقوبات تندرج من أنفه العقوبات إلى أشدها ، والقاضى هو الذى
يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم ،
وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة ، وإنما له الخيار . والتميين
يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة ، فإذا جاء ولى الأمر
وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها ، أو فى بعض الجرائم التى
نصت عليها الشريعة ونص هو أيضاً عليها ، فإن سلطة القاضى تظل على حالها
فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ؛ لأن الأصل هو توسيع
سلطة القاضى ، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة .
فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه ، ويكون القيد فيما نص عليه
ولى الأمر فقط ، ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة
دون القانون ، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفي والقتل والحبس
إلى غير أمد معين ، وغير ذلك من عقوبات التعزير ، وللقاضى الجزئى أن يوقع
العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل ؛ لأن نية
ولى الأمر ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من
اختصاص محاكم الجنائيات .

أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفاً حكم الشريعة ، فحكمها أن
ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون ، وما اختلف فيه
القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه فى القانون ، وأخذ حكم الجرائم
التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فصور الربا التى لم
ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية ، والصور التى نص عليها
ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم . أما الصور التى
يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية .

٢٠٣ - الحق الثالث : هو العفو :^(١) من المسلم به في الشريعة أن لولى

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 ولى الأمر في العفو مقيد بأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية ، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

وإذا كان من حق ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة فإن حقه في العفو لا يتولد إلا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة . فليس لولى الأمر إذن أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها ، أو عن العقوبات ، قبل الحكم بها ؛ لأن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لاعفواً عن الجريمة أو العقوبة .

ولاشك أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التي حرّمها ابتداء إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، والعلة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضاً ، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ، مادامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو الإباحة .

أما الأفعال التي حرّمها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقاً ؛ لأنه ليس هو الذى حرّمها حتى يكون له أن يبيحها ؛ ولأن الشريعة لم تجعل له في هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ، فقد نصت الشريعة على المعاصي التي رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها ،

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥ .

ولسكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيراً من العقوبة ، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيراً من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفواً عنها ، ولا يملك لولى الأمر أن يحل ما حرمه الله ، وأن يبيح ما لم يبيحه الله ، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له .

والعلة فى منع لولى الأمر من إباحة ما حرمته نصوص الشريعة هى أن لولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثاً ؛ لأن لولى الأمر يستطيع أن يعطلها فى أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتجريم .

وعلى هذا لا يصح القول بأن الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ؛ لأن لولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة ولا يصح هذا القول أيضاً فيما يختص بالجرائم التى نص عليها القانون مخالفاً الشريعة ، كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون ، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه هم ولم تحرمه الشريعة .

ونستطيع بعد بيان حق لولى الأمر فى العفو أن نقول : إن الجرائم التى يحرمها لولى الأمر والعقوبات التى يفرضها على هذه الجرائم هى من حق لولى الأمر فله أن يحرم اليوم ، وله أن يبيح فى الغد ما حرمه ، وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة كما يعفو عن العقوبة ، ولا قيد على لولى الأمر فى استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبفرض تحقيق هذه المصلحة ، أما الجرائم التى حرمتها الشريعة والعقوبات التى فرضتها فالأمر فيها جد مختلف ، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لسكان من كان أن يحله ، وكل عقوبة فرضتها الشريعة فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والذبة فنى عقوبة لازمة واجبة ليس لولى الأمر أن يهملها أو يعفو عنها . أما العقوبات

١٧١ - الفتاوى الإسلامية

التي فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهي وإن كانت لازمة وواجبة إلا أن الشريعة أعطت لولى الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة ، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة ، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، فحق ولى الأمر فى الجرائم والعقوبات التي فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير ، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية .

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولى الأمر ، فإذا أهمل إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يعتبر مرتكباً لجريمة ، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره ، ومعنى هذا أن الفقهاء يعتبرون إقامة الحدود من الفروض 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 حكماً حكم الحدود ، فهي واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة ، فإذا أهمل ولى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه ، وكان لولى دم المجنى عليه أن يقتص من الجاني دون أن يعتبر القصاص فى هذه الحالة جريمة^(١) واتفق الفقهاء على أن ولى الأمر ليس له أن يحل ما حرم الله ، ولا أن يبيح ما أمر بمنعه أيأ كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم ، ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولى الأمر ليس له أن يتركه إلا إذا كان العفو

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ - الأم ج ٦ ص ١٧١ - حاشية البنائى ج ٨ ص ١١٨ -

شرح فتح القدير ١٦٠ ، ١٦١ ، ١١٢ ، ١١٣ .

خيراً من العقوبة ، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها ، كان له أن يعفو ، وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة ، وصيانة النظام العام الذى تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام ، ولما كان لولى الأمر هو ممثل الجماعة الذى أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها ، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير ، وأن لا يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة . ففى هذه الحالة يسقط عن عاتق لولى الأمر واجب إقامة العقوبة ^(١) .

ويرى الشافعى أن إقامة عقوبات التعازير حق لولى الأمر ، وليست واجباً عليه ، وأساس هذا رأى أن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة ، فله إذن أن يعاقب وأن لا يعاقب ، وكل ما يكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجباً عليه ^(٢) .

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعى لا يودى بأى حال إلى تعطيل النصوص التى جاءت بجرائم التعازير ؛ لأن الشافعى لم يقل بأن لولى الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرمته الشريعة ، إنما قال : إن لولى الأمر أن يعاقب أو أن يعفو ، فالجريمة لا تزال فى نظرية الشافعى جريمة ، وما حرمته الشريعة يحرم إتيانه ، وإنما لولى الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو ، واستعمال لولى الأمر لحقه فى العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام ، الذى يقتضى العفو عن العقوبة تارة ، ويقتضى تنفيذ العقوبة تارات ، وليس لولى الأمر أن لا يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام ؛ لأنه لم

(١) حاشية البناى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ ، ١١٦ - بدائم الصنائع ج ٧

ص ٦٣ ، ٦٤ - المفتى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادراً على تحقيق مصالحة الجماعة وتثبيت نظامها ، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية صوالحها وحفظ نظامها .

والواقع أن الشافعي لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير ، من موت أو قطع عضو أو تعطيله وما أشبه ، ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعي يتكلمون عن هذه النظرية في باب ضمان المتلفات ، ولا يذكرون عنها شيئاً في باب التعزير فهم يرون أن العقاب في التعازير من حق ولي الأمر لأن له أن يعفو وأن لا يعفو ، وأن يختار عقوبة دون عقوبة ، وما دام ولي الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة ، فهو مسئول عن ضمان ما يؤدي إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه ؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التي أدت لهذه النتيجة ، وكان يستطيع أن لا يعاقب فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلاً فهو مسئول عن ضمان ما حدث ، لأنه كان يستعمل حقاً والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة^(١) .

فالشافعي حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة ، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بهذين الأمرين ، هي إلزام الولاة بضمان سرية عقوبات التعازير^(٢) فإذا استطعنا أن لا ننسى هذه الاعتبارات أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها ، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقاً لولي الأمر عند الشافعي ، فإن ولي الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقاً لمصلحة عامة ، وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً في نتائجها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تجعل لولي الأمر أن لا يعاقب تحقيقاً

(١) الأم الجزء السادس ١٧١ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣ .

لمصلحة عامة ، وإن جعلت العقاب في الأصل واجباً ، فالنظريتان لا تختلفان في
نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة ، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية في تقرير
مسئولية ولي الأمر عن سيرة العقوبة .

الفصل الثاني

في سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤ - قاعدة أصولية : — القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن

النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها^(١) ، فلا تسرى على
الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها ، ومقتضى هذه القاعدة أن النصوص
الجنائية ليس لها أثر رجعي ، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت
ارتكاب هذه الجرائم .

وليس في كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعي للنصوص ، ولكن
ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعي ولم تتعرض له ، فإن من
يتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة
كاملة في الأثر الرجعي .

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية : إن القاعدة
العامة في الشريعة هي أن التشريع الجنائي ليس له أثر رجعي ، وإن هذه القاعدة
العامة لها استثناءان : —

أولهما : إن التشريع الجنائي يجوز أن يكون له أثر رجعي في حالة الجرائم
الخطيرة التي تمس الأمن العام أو النظام العام .

ثانيهما : إن التشريع الجنائي يجب أن يكون له أثر رجعي كلما كان ذلك في مصلحة الجاني .

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازي للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثراً رجعياً بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثاني وجوبي ، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، وسندلل فيما يلي على القاعدة وما استثنى منها .

٢٠٥ - القاعدة العامة « لورجعية في التشريع الجنائي » : - فأما القاعدة

العامة فهي مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها ، فقد نزلت جميع الأحكام التي حرمت المعاصي بعد أن فشا الإسلام ، فلم يعاقب بها على الجرائم التي وقعت قبل النزول ، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة ، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول ، ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى ، ولهذا سنكتفي باستعراض الجرائم الهامة .

فالزنا حرم في أول الإسلام ، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة ، وهي الإيذاء والحبس في البيوت طبقاً لقوله تعالى : ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ؛ فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلاً . والذان يأتياها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ [النساء : ١٥ ، ١٦] ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك ، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] وطبقاً لقول الرسول « خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولو كان للتشديد أثر رجعي لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التي وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين ، ولكن لا يعلم أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا . ومن ثم فلم يكن للنص للمعاقب على الزنا أثر رجعي .

وحرّم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزاً ، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما : جنائى ، والثانى : مدنى ، فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقداً من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجعياً حيث قال الله تعالى : ﴿ ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلاً ﴾ [النساء : ٢٢] فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به ، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد من فسخ زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ .

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم فقد عدد النص القرآن المحارم اللأى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفوراً رحيماً ﴾ [النساء : ٢٣] وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين فى الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ [النساء : ٣] فرق بين الزوج وما زاد على الأربع ، ولم يعاقب زوج على ما حدث منه قبل نزول النص ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثر رجعى من الناحية الجنائية .

وحرمت الخمر والميسر على مراحل ، فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم

سكاري بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] ثم بين الله لهم أن في الخمر والميسر إثم ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْعَ لِلنَّاسِ ، وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ﴾ [البقرة : ٢١٩] ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريماً قاطعاً حيث قال : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ [المائدة : ٩٠] وجعل الرسول حد الشرب الجلد ، وعقوبة الميسر التعزير ، ولكن لا يعلم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم . ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعي . ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التي حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعي .

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ ﴾ [المائدة : ٣٠] ولا يعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي .

وحرم الله الربا وكان مباحاً بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ، فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ . وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وبقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ . فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ . وَإِنْ أَنْتُمْ فَلَاسَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه . وعمل مدنياً من وجه آخر وجاءت النصوص الحرمية بحكمين : إحداها : جنائي . والآخر : مدني . فأما الحكم الجنائي فيقتضي بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم . وأن العقاب على ما بعده فقط . وأما الحكم المدني فيقتضي بأن ليس للدائن غير

رأس ماله فقط فالحكم الجنائي ليس له أثر رجعي ، والحكم المدني له أثر رجعي يعود إلى الوقت الذي انعقد فيه العقد الربوي .

وحرم 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 تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ، وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعَمَّداً فِجْزَاءٍ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ، يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْعِشْقَةِ ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ ، عَفَا اللَّهُ عَنْمَا سَلَفَ ، وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ ، وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ ﴾ [المائدة : ٩٥] .

هذه هي بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعي ، وهي في هذا تدلنا على طريقة الشريعة في التشريع الجنائي ، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة .

ويستطيع القارئ أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أي بانعدام الأثر الرجعي ، والبعض الآخر لم يصرح به ، وليس لهذا في ذاته أهمية ؛ لأن النص على العفو عما سلف أي عما حدث قبل نزول النص يعتبر في ذاته نصاً عاماً مقررراً لقاعدة عامة ، ولو أنه جاء ضمن نص خاص ، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التي اقترن بتحريمها دون غيرها ، وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأنه : « لا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن ، مقدور المكلف ، معلوم له علماً يحمله على امتثاله » ويتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التي تقضى بأن : « لاحكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموماً ، فالله جل شأنه يقول : ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ [الإسراء : ١٥] ويقول ﴿ وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَّا لَهَا مُنْذِرُونَ ﴾ [الشعراء : ٢٠٨] ويقول : ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ، وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى

إلا وأهلها ظالمون ﴿ [القصص : ٥٩]

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة في التشريع الجنائي تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعي ، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لارجعية في التشريع الجنائي .

٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة

التي تمس الأمن العام والنظام العام :

إذا كانت القاعدة العامة في الشريعة أن لارجعية في التشريع الجنائي، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحراة والظهار ، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص .

وفي نص القذف خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك فلما كان هذا الحادث وبرا الله عائشة منه طبق النص على القذفة ، وعوقبوا بالعقوبة التي يقررها ، وإذا صح هذا الرأي لم يكن لنص القذف أثر رجعي ، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله .

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك ، فإذا صح هذا الرأي كان لنص القذف أثر رجعي ، إذ الثابت الذي لاخلاف فيه أن رسول الله حد القذفة ، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله .

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعي للنص بما ترتب على الحادث الذي نزل فيه النص من آثار هامة ، فقد قذف جماعة زوج النبي . وخاضوا في عرضها ؛ وآذوها وآذوا النبي بالإفك الذي قالوا ؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامي اضطراباً شديداً ؛ وكاد المسلمون يقتتلون ، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس في هذا الأمر . وقال : « يا معشر المسلمين من يعذرني في رجل قد بلغني أذاه في أهلي ، فوالله ما علمت على أهلي إلا خيراً ، ولقد

ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيراً ، وما كان على أهلى إلا معى « فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال : أنا أعذك منه يا رسول الله ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه ، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك . فقام سعد بن عبادة فقال : - هو سيد الخزرج- وكان رجلاً صالحاً ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ ، لعمر الله لا تقتله ، ولا تقدر على قتله . فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمه سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة : لعمر الله لنقتلنه ، فإنك منافق تجادل عن المنافقين ؛ فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ، ورسول الله يخفضهم حتى سكنوا^(١) . فهذا الحادث الذى أهم المسلمين ، وكاد يوقع الفتنة بينهم ، والذى أنزل الله فيه قرآنا ، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها ، وهو أحق ما يجعل للنصوص فيه أثر رجعى ؛ لأن العقوبة فى مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدة النفوس النائرة ومحو ما خلفته الجريمة من آثار .

وقد اختلفوا أيضا فى أسباب نزول آية الحراة ، والذى عليه الجمهور أنها نزلت فى العرنيين ، وهم قوم من عرينة ، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة ، فأمرهم الرسول بلقاح ، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا الراعى واستاقوا النعم ، فأرسل الرسول فى أثرهم فحىء بهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى فى ذلك قوله : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ، ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ [المائدة : ٣٣] وقيل : إن الآية نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد ، وقطعوا السبيل وأفسدوا فى الأرض وروى

(١) تفسير الطبرى ج ١٨ ص ٥٣ - تفسير الألوسى ج ١٨ ص ٧٩ - تفسير الشهاب على البيضاوى ج ٦ ص ١٥٩ .

ابن جرير أن الآية نزلت عتاباً للبي ؛ لأنه قطع أيدي المرنيين ، وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا عين الراعى فنزلت الآية تحريماً للمثلة^(١) .

فإذا صححت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب المرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [البقرة : ١٩٤] وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعللة ويترب على صحة هذه الرواية أن لا يكون للنص أثر رجعى ؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله .

وإذا صححت الرواية القائلة : بأنها نزلت لعقاب المرنيين ، أو الرواية القائلة : بأنها نزلت في قوم مشركين ، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها ، ومن ثم يكون لها أثر رجعى ، والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب المرنيين ، وعلى هذا يكون الزأى الراجع أن الآية لها أثر رجعى .

ولاشك أن المصلحة العامة هي التي اقتضت أن يكون للنص أثر رجعى ، فقد كان حادث المرنيين فظيماً ، يوشك لولم يؤخذ أخطابه بعقوبة رادعة أن يجرىء الناس على المسامين ، وعلى النظام الجديد ، وأن يشجع على قطع الطريق ، ورعزعة الأمن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، ولكن العقاب الرادع يقتضى أن يجعل للنص أثر رجعى ، فعمل له هذا الأثر حفظاً للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها ، كما جعل النص الذوف أثر رجعى ، لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة ، لحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعى للنص الجنائى .

(١) تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ — تفسير المنار ج ٦ ص ٣٠٢ — تفسير القرطبي

وإذا كان هناك خلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة فإنه لا خلاف في أسباب نزول آية الظهار ، وإذا كان الخلاف في أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك في أن الشريعة تجيز الرجعية في التشريع الجنائي ، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار ، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة ، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائي أثر رجعي ، وهذا الذي تقطع به آية الظهار ينهي الخلاف القائم في آيتي القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها ، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعي .

ولقد كان الظهار^(١) في الجاهلية وفي أول الإسلام طلاقاً ، أى أنه كان تصرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهائه ، ولم يكن يعتبر جريمة ، حتى ظاهر أوس ابن الصامت من زوجته خولة ، فقال لها : أنت على كظهر أمي ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه ، فقالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي ، وأكل شبابي ، ونثرت له بطني ، حتى إذا كبر سني ، وانقطع ولدي ظاهر مني . فقال رسول الله : حرمت عليه ، فقالت أشكو إلى الله فاقني إليه . ثم قالت : يا رسول الله ، طالت صحبتي مع زوجي ، ونفضت له بطني ، وظاهر مني فقال رسول الله : حرمت عليه . فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت إلى الله أشكو فاقني . فنزل الوحي وقد قامت عائشة رضي الله عنها تغسل شق رأسه الآخر ، فأومأت إليها عائشة أن اسكتي ، فلما قضى الوحي قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعي لي زوجك ، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ ، وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ، إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ . الَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَنْفَرَتٌ أَسْهَاتِهِمْ ،

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من نساء بوطء من تحرم عليه . فممن تعزبوا مؤبدًا بسبب أو صهر أو رضاع ، وكانت العرب تسمى ذلك بالظهار ، فيقولون : أظهارت فلانة ، أي : جعلت لها زوجة . ولذلك سمي ظهاراً لأنه مأخوذ من الظاهر .

إِنْ أَمْسَاهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَنَّهُمْ، وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا، وَإِنَّ اللَّهَ لَكَفُوءٌ غَفُورٌ. والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا، فتحرير رُبَقَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا، ذَلِكَ تُوعَظُونَ بِهِ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا ذلك لَتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ، وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿ [المجادلة : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤]

بهذه الآيات التي نزلت في الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذي كانوا يطلقون به نساءهم منكراً من القول وزور، والمنكر من القول هو الذي لا تعرف حقيقته، والزور الكذب، وإنما قال الله فيه إنه كذب؛ لأنهم صيروا به نسائهم كأمهاتهم، وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم؛ لأن ذوى المحارم لا يحلن لمظاهر أبداً، كذلك حرم الله الظهار وعاقب عليه، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه.

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم: أتستطيع أن تعتق رقبة؟ قال: لا. قال: فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: يا رسول الله إني إذا لم آكل في اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى. قال: فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينًا؟ قال: لا، يا رسول الله إلا أن تعينني، فأعانه رسول الله، فأطعم ستين مسكينًا، وراجع زوجته^(١).

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص فعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي.

٢٠٧ - الاستفتاء الثاني: وجوب الرجعية إذا طلق الفسوخ أصلح للجاني:

إذا صدر نص جنائي أصلح للجاني وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجنائي. ولو أن الجنائي ارتكب جريمة تحت حكم نص أشد عقوبة

ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجاني أن لا يكون الحكم الصادر على الجاني طبقاً للنص القديم قد أصبح نهائياً ، فإن كان قد أصبح نهائياً فقد انتهى الأمر به ، ولا تعاد محاكمة الجاني طبقاً للنص الجديد . والعلة في تطبيق النص الأصلح أن العقوبة مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة ، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها ، فإذا كانت مصلحة الجماعة في تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجاني الذى لم يحكم عليه بعند من النص الجديد المخفف للعقوبة ؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس في التشديد ، ولأنه من العدل أن لا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة ؛ ولأن العلة تدور مع 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 ، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه ، واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل ، فكانت دية النضيرى مثلاً ضعف دية القرظى ، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشرف قبيلة القاتل من يرويه كفاء القتيلى ، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلونهم ، ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير . فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة ؛ فقالوا له : سل في قتل شاس . فقال : إحدى ثلاث لا يغنينى غيرها . قالوا : وما هى ؟ قال : تحيون لى شاسا . أو تملثون ردأى من نجوم السماء . أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها . ثم لا أرى أنى أخذت منه عوضاً . فهذا هو ولى القتيلى يرى أن قبيلة بأسرها لا يجزى قتلها في قتل ولده . ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهرأ طويلاً واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابناً له يقال له بحير . فأناتهم وقال : قد عرفتم عزلتى فبحير بكليب . وكفوا

عن الحرب . فقالوا : يجير بشسع نعل كليب . فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشرف القبيلة^(١) .

وقد جاء الإسلام وبعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح ، فحما حكم الجاهلية ، وسوى في الحكم بين الناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ أَلْحِكْمَ الْجَاهِلِيَّةَ يَبْغُونَ ، وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حَكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ [المائدة : ٥٠] سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع ، وبين دماء الأحرار ودماء العبيد ، وبين دماء الرجال والإناث ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصَ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ ، وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ، وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ، فَمَنْ اعْتَدَى بِكُمْ ذَلِكَ فَهُوَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ١٧٨] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل في الدماء والجراح والديات ، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد ، وبهذا كان للنص أثر رجعي .

ويترب على ما توجهه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجاني نتائج منطقية هامة : -

- ١ - إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني حوكم الجاني بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم .
- ٢ - إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد .
- ٣ - إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه ، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر طبقاً للتشريع القديم ؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدىء في تنفيذه .
- ٤ - إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا يطبق على الجاني ؛ لأنه ليس

الأصلح له ، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها .

٢٠٨ - الشريعة والقانون : - بينما سبق المبادئ التي تسيّر 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 جنائى 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 رجعى ، وقد ظل هذا المبدأ محترماً من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه في أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى ، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق ضار بمصالح الجماعة ، وإن كان متفقاً مع صالح الفرد ، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على صالح الفردى ، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق ، ومن يرى هذا رأى الشراح الإيطاليون ، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التى تنشئ عقوبات أشد لأموار كانت جرائم من قبل ؛ لأن حق المجتمع يعلم على مصلحة الجرم ، ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول ، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسى للقانون أثراً رجعياً في قوانين معتادى الإجرام والاشتباه^(١)

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له فى الأصل ، أن يجعل للقانون أثراً رجعياً ، ولكن له

(١) القانون الجنائى لعل بدوى ص ١١٦ / ١١٧ - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨

وما بعدها .

(٨) - التشريع الجنائى الإسلامى (

استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة ، وهذه هي نفس النظرية الإسلامية .

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٥ حاکت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها ، وحکمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال الشاقة والسجن ، وكان موضوع المحاكمة أفعال لم تكن تعتبر جرائم لا في قوانين البلاد المنتصرة أو المهزومة ولا في القانون الدولي ، ولم يكن يعاقب عليها من قبل ، وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل .

أما عن تطبيق التشريع الأصلح للنهم 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 مانعته اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشرينات .

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٠٩ - هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟ : الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية ، جاءت للعالم كله لا لجزء منه ، وللناس جميعا لا لبعضهم فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس ،

ولاقارة دون قارة، وهى شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية وساكن البلاد غير الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعاً لا يؤمنون بها، ولا يمكن فرضها عليهم فرضاً، فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تنطبق الشريعة إلا على البلاد التى يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطاً بسلطان المسلمين وقوتهم فكلماً اتسعت الأقاليم التى يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التى تنطبق فيها الشريعة، فالظروف والضرورة هى التى جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة فى أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول: إن الشريعة الإسلامية فى أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها فى تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

٢١٠ - تقسيم العالم: وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لاثالث لهما: الأول يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثانى يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية، أما القسم الثانى فلا يجب فيه تطبيقها لعدم إمكان هذا التطبيق.

٢١١ - دار الإسلام: تشمل دار الإسلام البلاد التى تظهر فيها أحكام الإسلام^(١)، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام^(٢) فيدخل فى دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين، ويدخل فى دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤.

يظهرون أحكام الإسلام ، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام -
وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون ، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي
وذميون ، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام ، و يقيمون إقامة دائمة
في دار الإسلام ، بفض النظر عن معتقداتهم الدينية . فيصح أن يكونوا مسيحيين
ويصح أن يكونوا يهوداً ، ويصح أن يكونوا مجوساً أو صابئة ، أو عباد
ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين .

وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومو الدم والمال ؛ لأن
العصمة^(١) في الشريعة تكون بأحد شيئين : بالإيمان ، والأمان . ومعنى الإيمان
الإسلام ، ومعنى الأمان العهد ، ويكون بعقد الذمة ، وبالمواذعة وبالهدنة ،
وما أشبه . فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام ، لقوله
عليه السلام : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ،
فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ، ومن دخل في أمان المسلمين
بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان ، ولو بقى على غير دين الإسلام
فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم ، وسكان دار
الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم^(٢) .

والأمان في الشريعة الإسلامية على نوعين :^(٣) أمان مؤقت ، وأمان مؤبد
فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة ، وكالإذن بدخول دار الإسلام
لأجل معين . والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهى به ، ولا يكون إلا
بعقد الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام ،

(١) العصمة معناها: عدم الإباحة، فن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال -

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ — أسنى المطالب

ج ٤ ص ٢١٨ — الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ — مواهب الجليل

ج ٣ ص ٣٦٠ — ٣٦٤ ، ٣٨٠ وما بعدها — الفتى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

وعليهم في مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام^(١).

٢١٢ - دار الحرب : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين . أو لا تظهر فيها أحكام الإسلام ، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ، ويستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون ، مادام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام .

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون : فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لا يدينون بالإسلام ، ويقال لأحدهم حربي . والحربيون غير معصومين ، فدماؤهم وأموالهم مباحة ما لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدونة ؛ لأن العصمة في الشريعة لا تكون كما قلنا إلا بأحد شيئين 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 أسرُه والعفو عنه .

وإذا دخل الحربي دار الإسلام بإذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأن ، والمستأن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة ؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم وله أن يقيم في دار الإسلام المدة التي يستأن فيها معصوم الدم والمال ، فإذا انتهى أمانه عاد حربياً كما كان مهدد النفس والمال إذا ترك دار الإسلام ، أما إذا بقى فيها مختاراً فيرى البعض أنه يصبح حربياً ، ويرى البعض أنه يصبح ذمياً باختياره البقاء في دار الإسلام ، ويصير معصوماً عصمة مؤبدة .

(١) لا يرمي الدين بك أحكام الإسلام ، وإنما يرمي نفسه بما لا يتعارض مع معتقده الآخري .
والمسلمون لا يدينون في نفس أنفسهم والمال والعرض ونظام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه كإسرافه دون الاعتقاد بحله فغيره . غير أن المصنف المصنف في ١٠ ص ٢١١ -
وكذلك في ١٠ ص ١٠١ وفيه زيادة .

أما المسلم الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً فهو عند مالك والشافعي وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله ، ولو أنه مقيم فى دار الحرب ومهما طالَّت إقامته ، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها ، بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه ؛ لأن العصمة عند أبى حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم ، والمسلم فى دار الحرب لامنعة له ولا قوة فلا عصمة له ، ولكن له أن يدخل دار الإسلام فى أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة^(١).

وكما يعتبر الحربى مباح الدم إذا دخل الاسلام دون إذن ، فكذلك يعتبر المسلم والذى مباحى الدم للحربيين إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان ، فإذا دخلا بإذن أو أمان سُمى كلاهما مستأمنًا ، على أن تكون إقامته مؤقتة ، وله أن يرجع إلى دار الإسلام فى أى وقت شاء ، فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة فى دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه ، فإن خرج عن إسلامه صار حربياً ، وإذا أراد الذى أن يقيم إقامة دائمة فى دار الحرب انقلب حربياً .

وإذا تزوج المسلم أو الذى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمّية . أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمّية فإنها لا تصبح بزواجه حربية ، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على رأى الراجح ، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمّية^(٢).

٢١٣ - مدى إقليمية الشريعة : رأينا فيما سبق أن الشريعة فى أصلها

(١) بدائى الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٣ ص ١٠٢ .

عالمية ، وأن الظروف قصت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام ، وقد بقي أن نعرف مدى هذه الإقليمية . فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام ، فهل تطبق على ما يرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم في دار الحرب ؟ .

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون في دار الإسلام ، مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها ، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة ، كما كان الحال في عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم ، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين ، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم ، وعلى من يقيمون في دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا في دار الإسلام فقط بل وفي خارج دار الإسلام . فالمبدأ الشرعي العام إذن هو سرية الشريعة على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أيا كان مرتكبها ، وعلى الجرائم التي ترتكب في دار الحرب من مقيم في دار الإسلام ، وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها ، فهي شريعة عالمية كما قلنا ، وهي بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع في أي بقعة من بقاع العالم ، ولما كانت الظروف لا تسمح بتطبيق الشريعة إلا في بلاد الإسلام ، وعلى المقيمين بها ، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التي تقع في دار الإسلام ، ولو كان مرتكبها لا ينتمي لدار الإسلام ؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن في دار الإسلام على كل من يوجد في هذه الدار ، 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 سر بيان التشريع الجنائي على المكان .

٢١٤ - النظرية الأولى : - صاحبها أبو حنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام ، أي مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية ، أيا كانت الجريمة ، وسواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً ؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة ، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانوناً غيرها ؛ ولأن الذي ألزم أحكام الإسلام التزاماً دائماً يقبوله 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 ، وإتما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقاً للأفراد ، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى المستأمن .

ويعمل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة ، بل حاجة يقضيها ، كاستجارة أو رسالة أو مجرد المرور ، وليس في الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والعاملات ، بل هو يلزم فقط بما يتعلق مع غرضه من دخول دار الإسلام ؛ وبما يرجع إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد ؛ فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى ، مادامنا قد التزمنا له بما عليه بإنصافه وكف الأذى عنه . ولما كانت جرائم القصاص والغلاف مما يتعلق بحقوق العباد ويوجبها أساساً شديداً ، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم ، التي تمس حقوق الأفراد كالعصب والتبديد ، أما ما عدا ذلك من الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يدخلونها ولا يلزمه

عقوبتها ، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة ^(١) .

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية ، سواء وقعت من شخص مقيم في دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد ، أو وقعت من شخص كان يقيم في دار الحرب ثم أقام بعد ذلك في دار الإسلام ؛ لأن المسألة عند أبي حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذى بأحكام الإسلام ، وإنما كان مقامه ، وإنما هى واجب الإمام فى 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 فى دار الحرب أثناء ارتكابها ، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة ^(٢) .

ومعنى ما سبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة ، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة . ويترب على ما سبق أنه لو دخل مكان الجريمة فى ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة ؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة .

وإذا ارتكب المسلم أو الذى جريمة فى دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب ، فلا يسقط هربه العقوبة ؛ لأن الفعل وقع موجبا للعقوبة ، وكذلك حال المستأنس وما يعاقب على ارتكابه من غير أنهم ، فإن عودته لدار الحرب لا تسقط عقوبته ، ولا تنجز من العقاب على جرائمه ^(٣) .

والأحكام التى تنفذها الدولة الإسلامية فى دار الحرب فكل جريمة وقعت فى

(١) انظر: "المغنى" ج ١ ص ١٠٠ ، ج ٢ ص ١٠٠ ، ج ٣ ص ١٠٠ .

(٢) انظر: "المغنى" ج ١ ص ١٠٠ ، ج ٢ ص ١٠٠ ، ج ٣ ص ١٠٠ .

(٣) انظر: "المغنى" ج ١ ص ١٠٠ ، ج ٢ ص ١٠٠ ، ج ٣ ص ١٠٠ .

المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة في دار الإسلام ؛ لأن أرض المعسكر في حيازة جند الدولة ، وللدولة سلطان عليها ، فيعتبر المعسكر لهذا دار إسلام . أما الجرائم التي ترتكب خارج المعسكر ، فحكمها حكم الجرائم التي ترتكب في دار الحرب^(١) .

ويرى أبوحنيفة أن الجرائم التي ترتكب من الجنود أثناء الغزو لا تنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام ، لقوله عليه السلام : « لا تقطع الأيدي في الغزاة »^(٢) .

ويفرق أبوحنيفة في جرائم القتل بين عدة حالات : فإذا كان القتل قد أسلم وبقي في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتله مسلم أو ذمي من أهل دار الإسلام ، وإذا كان القتل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمناً فلا قصاص ، لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن يلزم القاتل بالدية . وإذا كان القتل قد دخل دار الحرب مكرهاً كالأسير فيرى أبوحنيفة أن لا قصاص ولا دية في قتله ؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير ، ولكن محمداً وأبا يوسف يخالفان في هذا ، ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الأسير ، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام ، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، فيلزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ؛ لأن ولاية الضمان ثابتة على المتقاضين وقت التقاضي^(٣) .

ويجيز أبوحنيفة للمسلم والذمي إذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا برأب مع حربي أو مع مسلم لم يهاجر إلينا ، لأن الرأب إتلاف مال للحربي برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان ؛ لأن المسلم الذي لم يهاجر أمواله غير معصومة

(١) منافع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

(٢) شرح تفسير القدير ج ٤ ص ١٥٤ .

(٣) منافع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ .

ولأبي يوسف رأى مخالف في هذه النقطة ، فهو يرى أن المسلم والذي عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام ، فلا يفعلان ما يحرمه ولو كان مباحا في دار الحرب ، وما دام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم في دار الإسلام وفي دار الحرب . ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا ، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربى في دار الحرب جائز للسبب الذى ذكره أبو حنيفة . أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز ^(١) . ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز للمسلم والذي أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا في دار الحرب ، كما لا يجوز لهما ذلك في دار الإسلام ، فإن تعاقد في دار الحرب فلا عقاب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولكن على أخذ الربا الضمان أى رد ما أخذه ولو كان الآخر في دار الحرب ؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

وإذا دخل المسلم أو الذى دار الحرب مستأمنًا فأدان حربياً أو أدانته حربى ثم خرج المسلم أو الذى إلى دار الإسلام ، وخرج الحربى إليها مستأمنًا ، فإن القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين ، وكذلك لو غضب أحدهما صاحبه شيئاً لا يقضى بالغضب ؛ لأن المداينة فى دار الحرب وقعت هدرًا لانعدام ولايتنا عليهم ، وانعدام ولايتهم فى حقنا أيضا ، وكذلك الغضب ؛ ولأن المداينة والغضب يصادف كلاهما مالا غير مضمون ، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى ، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام ، وإنما التزم المسلم أو الذى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته فى دارهم ، وأن ينصفهم ، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذى المستأمن وأن يكفوا عن إيذائه . فإذا غضب أحد الطرفين الآخر شيئاً فقد غضب مالا مباحا له ، ولكنه حثت بعهدده وغدره وأذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم ينصته

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

والحنث والغدر في ذاته ليس سبباً لتحريم المال المباح أو تحليل المال المحرم .

والحكم كذلك لو كانا حربيين أدان أحدهما الآخر في دار الحرب ثم خرعا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما في الدين ؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى ، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين ، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى ^(١) .

وإذا غضب المسلم أو الذمى مسلماً أو ذمياً في دار الحرب أو أذانه فلا عقوبة على الغضب ، ولكن يقضى بالدين وضمنان المنصوب ، والعلة في امتناع العقاب هي انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، والعلة في القضاء بالدين والضمن هي قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التي تقع في دار الحرب من مسلم أو ذمى على حربى لا يعاقب عليها ، طبقاً لرأى أبى حنيفة لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولا تختص المحاكم في دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم . وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه في حكم الحربى كالأسير المسلم أو المسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام .

أما إذا كان المجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها أيضاً لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن المحاكم في دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التي وقعت في دار الحرب ، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان يعتبر عقوبة من بعض الوجوه ، كالدية فإنها تعتبر تعويضاً من وجه وعقوبة من وجه آخر ، ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيف العقوبات السجنية ، أما العقوبة التي فيها معنى تعويض

الجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها ؛ لأنها تحكم بها باعتبارها ضمماً لا باعتبارها عقوبة .

هذه هى نظرية أبى حنيفة فى سريان الشريعة الإسلامية على المكان ، وقد كان لرأيه فى عدم سريان الشريعة على المستأمن أثرى على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساساً وسنداً فى منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين ، أى من نسميهم اليوم بالأجانب ، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد الإسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التى منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين ؛ لتشجيع الأجانب على دخول دار الإسلام ، وتوهمهم على أنفسهم وأموالهم ، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سبباً لاستغلال المسلمين ، وتضييع حقوقهم ، واستعلاء الأجانب عليهم .

٢١٥ - النظرية الثانية : وهى نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفى ، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين فى دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالسلم والذى ، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن ، ووجهه فى ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام ، وأن الذى ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذى يضمن له الأمان الدائم ، أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذى خوله الإقامة المؤقتة فى دار الإسلام ، وبقبوله دخول دار الإسلام ؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته ، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط ، فصار حكمه حكم الذى ، ولا فرق بينهما إلا أن الذى أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام ، سواء تعلق 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 ، 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 أبا حنيفة في مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبي حنيفة ، الأول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذي لا يجوز لأحدهما في دار الحرب أن يتعاقد برأى مع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا ، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم في دار الحرب ؛ لأنه محرم عليه طبقاً لأحكام الإسلام وسو ملزم بهذه الأحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا في دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والفرق بين رأى أبي حنيفة ورأى أبي يوسف في هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى الفعل في ذاته محرماً بينما يحرمه أبو يوسف ، والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله في دار الحرب مسلم أو ذى ، فأبو حنيفة لا يرى في قتله قصاصاً ولا دية ؛ لأنه فقد بالأسر عصمته ، بينما يرى أبو يوسف أن في قتله الدية ؛ لأن الأسر لا يفقده عصمته ، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية ، فيلتزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ، لأن للحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة في دار الحرب ، إذا كان الجانى والمجنى عليه من أهل دار الإسلام ؛ لأن ولاية الحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة . والفرق بين الرأيين في هذه المسألة هو نفس الفرق في المسألة السابقة .

٢١٦ - النظرية الثالثة : وعى نظرية مالك^(١) والشافعي^(٢) وأحمد^(٣)

وم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أى مكان داخل حدود دار الإسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة ، والذي ملزم بأحكام الشريعة بمقد الذمة الذى التزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاماً دائماً فى مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله ، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان ، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان ، فحكمه حكم الذمى ، ولا يختلف المستأمن عن الذمى إلا فى أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة ، والذي إقامته مؤبدة . وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما ، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام ، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبتها مسلم أو ذمى فى دار الحرب ، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبتها فى دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها فى دار الإسلام ؛ لأنه لم يلتزم بأحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره ، أما المسلم والذي فيستوى فى حقهما ارتكاب الفعل المحرم فى دار الإسلام أو فى دار الحرب مادام الإسلام يحرمه ، وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر على تحريم الفعل فإنه لا يؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم .

ويعاقب المسلم والذي على الجرائم التى يرتكبتها أحدهما فى دار الحرب ،

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٥ ، ١٦٥ - المدونة ج ١٦ ص ٩١ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٨ .

(٣) المفتى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - الفرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ .

ولو كان الفعل مباحاً في دار الحرب كالربا ، ما دامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل .

أما إذا كان الفعل محرماً في دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه في دار الحرب .

وإذا ارتكب الذمي جريمة في دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها ، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام ؛ لأنه يصبح حربياً بتركه دار الإسلام ، وتزول صفته كذمي ، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود باعتباره حربياً مستأنفاً ذمياً .

وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام ، وارتكب جريمة بعد ذلك في دار الحرب فلا يعاقب عليها في دار الإسلام ولو عاد مسلماً ؛ لأنه أصبح برده وترك دار الإسلام حربياً ، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام .

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامي أرضاً إسلامية ولو كان في دار الحرب ، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم في المعسكر أو في خارجه ؛ لأن الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام أو في دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذي سبق بيانه .

ويرى مالك والشافعي أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التي يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام ، بل تنفذ العقوبات كلما استحضت إلا إذا لم يكن لأمر الجيش حق توقيع العقوبة ، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجاني ، أو كان لهم به قوة ، وهذا الاستثناء الأخير للشافعي خاصة .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام ، وأحقى يعود الجاني وحده ، وهذا الرأي يتفق مع رأي أبي حنيفة وقد سبق أن بسطناه وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هي عقاب المسلم والذمي على الجرائم التي

يرتكبونها في دار الحرب ، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وكذلك جرائم التعازير التي ينص عليها أولو الأمر ، ولكن القاعدة لا تنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة ؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر ، فجرائم الحدود والقصاص التي ترتكب في دار الحرب يجب العقاب عليها ، وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها ، ولكن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها ، أما جرائم التعازير التي ينشئها ولى الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولى الأمر ، ويجوز أن لا يعاقب عليها ، لأن ولى الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم ، ويجوز له أن يبيحها وأن لا يعاقب عليها إذا وقعت في دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ليس واجباً في كل الجرائم .

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة ، أما نظريتا أبى حنيفة وأبى يوسف فمقتضاها أن لا يعاقب على أية جريمة ترتكب في دار الحرب مهما كان نوعها ، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها ، والولاية منعدمة في كل الأحوال .

٢١٧ - بين الشريعة والقانون : - هذه هي النظريات الإسلامية الثلاث

وهي تكاد تكون نفس النظريات التي عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم ، فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم في الداخل والخارج ، وقد كانت هذه النظرية سائدة في القرون الوسطى ، وهي تماثل نظرية أبى حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون في إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب ، ولكنها تخالف نظرية أبى حنيفة في أن القانون يتبع الرعايا في الخارج الأمر الذى لا يراه أبى حنيفة ، والثانية تقضى بتطبيق القانون

على جميع المقيمين في أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم ، أما ما يقع منهم في الخارج فلا عقاب عليه ، وقد ظلت هذه النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر وهي نفس نظرية أبي يوسف .
والثالثة — تقضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين .
وأجانب إذا ارتكبوا أية جريمة داخل حدود الدولة كما تقضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التي ترتكب خارج أرض الدولة ، وهذه النظرية هي السائدة اليوم في القوانين الوضعية ، وهي النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري ، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعي وأحمد إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين تجعل العقاب واجبا في بعض الجرائم التي تقع في الخارج ولا خيار لولي الأمر فيه ، وترك لولي الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة في ذلك أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ما ترى مصلحة في العقاب عليه من الجرائم التي تقع في الخارج ، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية ، لأن الجرائم التي يجب فيها العقاب طبقاً للنظرية الإسلامية هي من أخطر الجرائم وأهمها ، ومصلحة الدولة تقتضي العقاب عليها .

٢١٨- كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام؟

يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار إسلام ، ودار حرب ، وقد يظن البعض أن هذا 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 المسلمون في كل بقاع الأرض بد واحدة ، يتجهون اتجاهها واحداً وتسوسهم 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 دولة متعددة في دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاهاً واحداً ، 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 كنظام الدمنيون الإنجليزي ، 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 أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية ، وأن هذه الأهداف هي أن يكون المسلمون يداً واحدة على من عداهم ، وأن يكون اتجاههم واحداً وسياستهم واحدة .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضعت في عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول : دولة العباسيين في المشرق ، ودولة العلويين في المغرب ، ودولة الأمويين في الأندلس ، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح في كل قطر إسلامي دولة إسلامية .

وتعتبر النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التي تحكمها ، فقد كان للمسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والأسبان والفرنسيين والرومان ، وكانوا يعتبرون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب .

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين ، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين : أحدهما : دار أمن وسلام للمسلمين ، والثاني : دار خوف وعداء للمسلمين ، وبيان الأحكام التي تسرى على المقيمين في كل دار ، وقد اعتبرت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها داراً واحدة ، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، فهي من هذه الوجهة

وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس واعتبرت البلاد غير الإسلامية داراً واحدة ، لأن الأحكام التي تسرى عليها طبقاً للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام .

وعلى هذا فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية كما لم يمنع من تطبيقها قديماً ، فقد طبقها الأندلسيون في الأندلس ، والمغاربة في المغرب ، والعلويون في مصر ، والعباسيون في بغداد ، ونستطيع اليوم أن نطبقها في مصر وفي لبنان وفي سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفي المغرب ، وفي كل بلد إسلامي له حكومة تحكمه وحدود تحده .

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم ، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تعتبر نفسها ممثلة للإسلام في جميع بقاع العالم لا في داخل حدودها فقط ، فمثلاً إذا أردنا أن نطبق نظرية أبي حنيفة في مصر فإننا نعاقب أولاً كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلماً كان الجاني أو ذمياً ، مصرياً أو شامياً أو عراقياً أو فلسطينياً أو فارسياً وهكذا ، لأن كل فرد من رعايا أية دولة إسلامية لا يعتبر أجنبياً بالنسبة لأية دولة إسلامية أخرى ، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة تحكمها شريعة واحدة ، ونعاقب ثانياً كل هؤلاء على أية جريمة يرتكبونها في أى بلد إسلامي آخر ، سواء كانوا يقيمون في مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة ، بشرط أن لا يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة في محل ارتكابها ، أو في أى بلد إسلامي آخر ؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة في أى بلد إسلامي آخر بغير العقوبة التي توجبها الشريعة ، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة في الشريعة ، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها ، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهي عنه ، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التي توجبها الشريعة على من استحقها .

وما سبق يصدق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر في جرائم التعازير حق العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة ، وليس له ذلك في جرائم الحدود ، ولا في جرائم القصاص والدية ، أما جرائم التعازير التي يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ما قلناه ، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرماً في محل وقوعه ، ومحل المحاكمة عليه ، فإذا كان الفعل مباحاً في محل وقوعه امتنع العقاب عليه في أية دولة أخرى ، وإذا كان محرماً في محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه في أى محل آخر .

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة . وبين جرائم التعازير من جهة أخرى أن إقامة العقوبات في جرائم الحدود واجبة على كل مسلم ، ولا يصح تأخيرها ، ولا يجوز العفو عنها ، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم يعف عنها الجنى عليه أو ولى دمه ، فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى ، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد ، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها .

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وجرائم التعازير التي حرمها أولو الأمر ، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لا يجوز إباحتها وإن جاز العفو عن الجريمة وعقوبتها ، أما الأفعال المكونة للنوع الثانى فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلاً عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبى يوسف ، فإننا نعاقب فوق ما تقدم كل مستأمن ارتكب جريمة في أى بلد إسلامى إذا لم يعاقب عليها في محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعاً ، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامى التزم بأحكام الإسلام ، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها ، وعلى هذا تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقاً للشريعة كل مسلم

أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة في دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعاً في حدود الدولة التي توقع العقوبة أو في حدود دولة إسلامية أخرى .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعي وأحمد فإننا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة ، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أية دولة إسلامية على ما يرتكبه في دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التي نصت عليها الشريعة ، وكل 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 تستطيعها . أما إذا كانت الجرائم الواقعة في الخارج تعازير مما حرمها 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 أية دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها ، لأن عدم العقاب عليها في الدولة التي يتبعها الجاني يعتبر إباحة لها ، وإذا لجأ الجاني بعد ارتكاب الجريمة التي تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجاني على الجريمة في الدولة التي لجأ إليها ، لأن الفعل مباح طبقاً لقوانينها ، وإنما يصح أن يسلم الجاني لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك .

وليس من الضروري للعقاب على الأفعال التي تقع في دار الحرب أن تكون معتبرة جرائم في دار الحرب ، لأن العقاب يجب طبقاً للشريعة التي يلتزم المسلم والذمي بأحكامها أينما كان أحدهم فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحاً في دار الحرب أو محرماً .

٢١٩ - نتيجة تطبيق النظريات الواسعة : ويتبين مما سبق أن كل جريمة

يرتكبها رعايا الدول الإسلامية في الداخل أو في الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة المقررة لها في الشريعة الإسلامية ، وأن ترك الجاني بلده وهربه منها إلى بلد

إسلامى آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه ، والسبب الوحيد فى الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعاً لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية ، واعتبار البلاد الإسلامية داراً واحدة على اختلاف أقطارها ، واعتبار كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى فى إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة .

هذه هى النتيجة التى يؤدى إليها تطبيق النظريات الإسلامية ، وإنها لم تكن عين الحلم الجميل الذى يحلم به علماء القانون الوضعى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحداً فى كل الدول ، وأن تعتبر كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى فى إقامة حق العقاب ، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة فى دولة وهرب لأخرى ، وبحيث يعاقب على جريمته فى أى مكان يوجد به بنفس العقوبة المقررة لجريمته فى محل ارتكابها

هذا هو الحلم الجميل الذى تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى ، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام ، وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، وهو النظرية التى طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين فى أصقاع العالم ، وبكى الشريعة نغماً أنها سبقت بمثلاً العليا وأنظمتها المثلى ، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة ، وتتبع أثرها ، وتعمل على منوالها ، وقل مع ذلك أن تلحق بها

٢٢٠ - ما برغل فى دار الإسلام : يعتبر داراً للإسلام كل البلاد التى

فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية ، وكل البلاد التى دخلت فى ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون ، وكل الأماكن التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع .

ويدخل في دار الإسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر وما فوق هذه جميعاً من طبقات الجو مهما ارتفعت .

ويعتبر في حكم دار الإسلام كل مكان في دار الحرب يمسك فيه الجيش الإسلامى ، وتعتبر المراكب الحربية قياساً على هذا جزءاً من دار الإسلام .

والأصل في الشريعة أن البحار العامة ليست ملكاً لأحد ؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى فى عصرنا الحاضر ، وليس فى الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التى تملك الشاطئ إلى حد معين .

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غير الحربية ؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيها إذا كانت فى مياه إقليمية تابعة لدار الحرب ، أما إذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد ، كما لو كانت فى وسط البحر ، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها . أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب ، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص ، وبين جرائم التعازير ، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وبين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر . وتطبق القواعد السالفة على الطائرات ، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها ، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية ، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية .

٢٢١ - الشريعة والقانون : — والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئاً

عن الشريعة فى هذا كله ، فهى تعتبر الفضاء الذى يملأ أرض الدولة تابعاً لها ، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطئ تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطئ . وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى 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 لقانون الدولة التي تتبعها السفينة ، وهذا هو المتبع في إنجلترا وهو تطبيق لنظرية أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكثير من الدول يعتبر السفينة خاضعة لقانون الدولة التي تتبعها ، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة . وفي فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية في حالات دون أخرى ، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين .

٢٢٢ - تسليم المجرمين وإعدادهم : - ذكرنا أن الدول الإسلامية تعتبر كل منها ممثلة للإسلام في تطبيق الشريعة الإسلامية ، فإذا جنى عراقى مثلاً جنائية في العراق أمكن محاكمته عنها في مصر ، لكن قد يحدث أن ينجى المسلم أو الذمى أو للمستأمن جنائية في بلد إسلامي ثم يهرب إلى بلد إسلامي آخر ، أو يهرب إلى دار الحرب ، فتطلبه الدولة التي وقعت في أرضها الجريمة لمحاكمته ، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجانى بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن ، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلي واحد بعد الآخر .

٢٢٣ أولاً - تسليم المجرمين : - من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجانى على جريمته في محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها في غير هذا المحل ، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام ، لأن المحل الذى وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها ، لوجود الشهود به ، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة ، والإحاطة بكل ظروفها ، كما أن عقاب المجرم على جريمته في محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة ، فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر ، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها ، والعقوبة التي تقاوم في غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لا تؤدى وظيفتها كاملة من حيث الزجر .

وعلى هذا يحسن أن يسلم الجانى إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لحاكمته وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجانى فى الدولة التى هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التى تطلب التسليم .

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن فى تسليم الجانى الذى ينتمى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لحاكمته على جريمة ارتكبها فى أرض الدولة الأخيرة يعرض الجانى لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لا يعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة ، وقد يؤدى التسليم لظلمه والإضرار به .

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا فى تسليم المجرمين ؛ ولكل منهما وجهة ومحاسنه وعيوبه ، وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة . هذا الإمكان ، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع ، وأساس هذا رأى الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية ، والتسليم لدولة غير إسلامية .

٢٢٤ - التسليم لدولة إسلامية : - ليس فى الشريعة ما يمنع من أن تسليم أية دولة إسلامية لأية دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب فى أرض إحدى الدولتين جريمة ما ، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة فإن لها أن تمتنع عن تسليمه ، لأنه لا يجوز طبقا للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين ، فإن كانت المحاكمة التى تمت على غير أساس الشريعة فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجانى طبقا لنصوص الشريعة . ولا عبرة بالعقوبة التى وقعت على الجانى على خلاف نصوص الشريعة ، ولا قيمة للمحاكمة التى انتهت بهذه العقوبة ، لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة . وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجانى وتطبق عليه نصوص الشريعة ، وكانت

الدولة طالبة التسليم لا تطبق نصوص الشريعة ، أو لا تنوي تطبيقها ، ولا يمكن
 لا يكون إلا في الجرائم ذات العقوبات المقدرة أي في جرائم المفسدين بالفساد ،
 وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة ، وفي أن كل دار إسلام دولة
 جزءاً من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية تعتبر بمثابة دار إسلام ، وعلى كل
 منها أن تقيم حدوده ، وتنفذ أحكامه ، وفي حالة التسليم لا يكون التسليم إلا في جرائم
 غريبة عنه ، ولا يحاكم بشرعة يجهلها ، ولا يعرضه التسليم إلا في جرائم غريبة عنه
 لا يقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والرجوع عن الإصرار ، وفي حالة التسليم
 عن التسليم لدولة إسلامية لا يكون الاستثناء إلا في حالة ضرورة عسكرية أو أمنية
 العدالة والرجوع عن الإصرار

٢٢٥ - التسليم لدار إسلامية غير إسلامية ، ولا يجوز التسليم لدار إسلامية غير إسلامية
 إسلامية أن تسلم رعاياها مسلمين أو مسلمين لدار إسلامية غير إسلامية ، ولا يجوز
 ارتكبوها في تلك الدار ، ولا يجوز الدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدار إسلامية
 إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية ، لأن هؤلاء في حكم رعاياها من الدار الإسلامية
 ولا تجوز الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم مسلماً ، متصفاً بالدين الإسلامي ، إلى دار
 لدار الإسلام من دار الحرب ، ولو عظمته الدولة التي كان في دار الإسلام ، ولم يكن
 هناك اتفاق سابق على التسليم ، فإن كان هناك اتفاق سابق بين دار الإسلام ودار
 إلا الباطل منها ، ويعتبر الاتفاق على التسليم باطلاً إذا كان في دار إسلامية غير إسلامية
 أريد به تسليم المسلمين لدار الإسلام من دار الإسلام ، ولا يجوز التسليم لدار
 شرط يقضى بتسليم النساء المسلمات اللاتحار إلى دار الإسلام ، ولا يجوز تسليم
 الإسلام قبل الاتفاق أو بعده ، فالحرمية للتسليم في دار الإسلام ، ولا يجوز تسليم
 غير إسلامية ، ولا كائنات من ديارها المسلم ، ولا كل من كان في دار إسلامية
 يطلبونها في دار الحرب ، فتولية تعالى : ثم ما أريد الحرب كالحرب ، حكم التي كانت
 مهاجرات فامتحنوهن ، والله أعلم بآرائهم ، فإن عظمته من دار الإسلام غير إسلامية

إلى الكفار ، لَأَهْنُ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِزُّونَ لَهُنَّ [المتحنة : ١٠] .

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 ، حيث لا يحيزون تسليط
غير المسلم على المسلم بأي حال^(٢) ، ويفرق الشافعية بين من له عشيرة تحميه ،
في دار الحرب ، ومن ليس له عشيرة تحميه ، ويجيزون تسليم الأول دون الثاني ،
وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة^(٣) .

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يعتبر
بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار ، ورعية للدولة الإسلامية التي دخل
أرضها ، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها ،
وهذا في ذاته تطبيق للقاعدة الشريعة العامة التي لا تجيز للدولة الإسلامية أن تسلم
رعاياها لدولة غير إسلامية ، ولا يعتبر تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجاً
على هذه القاعدة العامة ، لأن أراضى الدول الإسلامية كلها تعتبر داراً للإسلام
وتخضع لشريعة واحدة هي الشريعة الإسلامية ، ولأن كل دولة إسلامية تمثل
النظام الإسلامي في العالم كله .

ويجوز لأي دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التي يتبعها إذا طلبته
التعاقبه على جريمة ارتكبها في بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك ،
ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته ، لأن هذا يتناقى مع عقد
الأمان الذي أعطي له فأمن بمقتضاه على نفسه ، إلا أن يكون هناك عهد بين
الدولة الإسلامية وبين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيعتبر الأمان قائماً على

(١) المغني ج ١٠ ص ٥٢٤ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٦ — روح المعاني للألوسي ج ٢٨ ص ٦٧ ، ٦٨ —

مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٣) المهذب ج ٣ ص ٢٧٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٧

أساس التقييد بهذا العهد ، ويجوز التسليم وفاء بالعهد .
 وقاعدة الشريعة التي تقضى بأن لا تسلم الدولة رعاياها هي القاعدة التي تأخذ
 بها أكثر الدول اليوم ، ولكن بعض الدول كإنجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها
 دون اشتراط المثل ، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية
 فقط . فالمبدأ ان المعمول بهما اليوم في العالم هما مبدأ الشريعة الإسلامية بالذات ،
 ولكن الشريعة تطبق كلا منهما في حالات معينة ، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد
 المبدأين دون الآخر ، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة .

والدول الحديثة متفقة اليوم على أن لا تسلم من يكون خاضعاً لقضائها في
 الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجاني أجنبياً . وهذا تطبيق لمبادئ
 الشريعة ، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجاني ، وإذا
 عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك .

٢٢٦ - تسليم الرقيقاء : - وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء
 المماربين ، وهو مبدأ قررته الدول في القرن الماضي بعد إبطال الرق ، ولكن هذا
 المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، ونستطيع أن
 نقول : إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية ، فقد لجأ عدد من عبيد قريش
 إلى معسكر المسلمين في هذا اليوم ، فأرسلوا في طلبهم وقالوا لرسول الله صلى الله
 عليه وسلم : إنهم ما خرجوا رغبة في دينك ، وإنما خرجوا هروباً من الرق ، فقال
 ناس من المسلمين : صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم . فغضب رسول الله ، وقال :
 « هم عتقاء الله » .

والقاعدة في الشريعة أن الرقيق إذا أسلم ولجأ 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) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٦ - المذهب ج ٢ ص ٢٧٩ - المفتي ج ١٠

ص ٥٢٣ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

وكان بين أهل دار الحرب وبين دار الإسلام عهد ، لأن العبيد
 من دار الحرب في أمان على أنفسهم ومالههم بالعهد القائم بينهم وبين
 دار الإسلام ، ورد أحمد على هذا الرأي بأن الأمان أعطى لهم على ما في قدرة
 من دار الحرب وما هو في قبضة المسلمين ، والأرقاء في قبضة أهل دار الحرب
 لا في قبضة المسلمين^(١) .

الإسلام تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين : — وتتفق الدول أيضاً
 على عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية ، وليس في
 مبادئ الشريعة الإسلامية ما يمنع من إقرار هذه الجزئيات ؛ لأنها لا تختلف مع
 قواعد الشريعة العامة التي بسطناها فيما سبق .

٢٨٣ — هل يمكن معاقبة المجرمين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار
 الحرب؟ — عرفنا أن الشريعة لا تجيز تسليم النساء إطلاقاً ، وأنها لا تجيز
 تسليم الرجال ما لم يكن هناك اتفاق سابق ، وأن تسليم الرجال حتى في حالة
 الاتفاق عليه ، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذي لجأ إلى دار الحرب
 إلى دار الحرب على جريمته التي ارتكبها في دار الحرب؟ ولورد على هذا السؤال
 يجب أن نخرجه بين فرضين ، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام ،
 وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام ، فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب
 عليها اتفاقاً لأن القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ما قبله ، وأساس هذه القاعدة
 قوله تعالى : ﴿ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال : ٢٨]
 وقد طبع في هذه القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين ، ومن قتلوا المسلمين أو
 مثلوا بهم ، مثل أكعب بن أبي الذي آذى الرسول والمسلمين بهجائه ، ومثل وحشى
 قاتل حمزة بن عبد المطلب ، ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بحمزة بعد قتله

(١) التلخيص ج ٢ ص ٢٧٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨ — المغني ج ١٠ ص ٥٢٣ .

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام ، فإذا طبقنا نظرية أبي حنيفة وأبي يوسف فلا عقاب ، لأن الجرائم وقعت في أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها ، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . وإذا طبقنا نظرية مالك والشافعى وأحمد وجب العقاب ، بشرط أن يكون الجانى عالما أو فى إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال ، فإن لم يكن عالما ولا فى إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب ، وإن كان عالما أو فى إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ما تحرمه الشريعة ، أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما فى دار الحرب ^(١).

٢٢٩ — ثانيا — إبعاد المجرمين : — يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب : —

إبعاد المسلمين والزمنين : — رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعا تعتبر وحدة واحدة ، وتسمى دار الإسلام . ويترب على اعتبارها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمى من دخول أى إقليم إسلامى آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلا .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام ، لأن نفي المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة ، ويؤدى به إلى الهلكة ويحول بينه وبين إظهار شعائر الدين ، ولأن نفي الذمى عن دار الاسلام مناقض لعقد الذمة .

ويترب على اعتبار بلاد المسلمين وحدة واحدة ، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الاسلام ، أنه لا يجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨ .

من أرضها ، ولو كان المسلم أو الذمي من غير رعاياها ، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها إقامة مؤقتة .

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمي من دخول أى بلد إسلامي ، ولا تبيح إبعاد المسلم أو الذمي من أى بلد إسلامي دخله ، لأن المسلم أو الذمي لا يعتبر بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام ، ولا عن دوله ، فكل بلد في دار الاسلام تعتبر بلده ، وكل دولة أو حكومة فيها تعتبر دولته وحكومته ؛ لأنها تمثل الاسلام ، ومن يعتنقه من المسلمين ، ومن يلتزم أحكامه من الذميين ، قبل أن تمثل الاقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين .

وإذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول في أرض دولة إسلامية أخرى ، أو إبعادهم عنها ، فهل يجوز إذادعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام ، أو النظام ، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التي تحكمها بقدر ما تستدعيه تلك الضرورة ، وهل يجوز للدول الإسلامية إذادعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات وأن كل ضرورة تقدر بقدرها ، ومعنى ذلك أن مالا يباح عمله في الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة ، بشرط أن لا يتعدى ذلك الحاجة ودواعي الضرورة ، وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليتين يجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التي تحكمها ، بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة ، وبشرط أن لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى ، ويجوز للدول الإسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمي عن أرضها ، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الإبعاد . ويجوز أن يكون الإبعاد للبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامي آخر ، ولكن لا يجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب ، ولو كان بين دار الاسلام وبين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادعة .

ولكنى مع هذا أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دول إسلامية أخرى ، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام ، أو بأية حجة أخرى ، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن ، ومن نصوص الشريعة ، ما يسد الحاجة ويدفع كل ضرورة ، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام ، وحماية كل مرفق ، ومراقبة المشبوهين ، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة ، وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة ولا يعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة ، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى ما يعطل قاعدة هامة من قواعد الشريعة ، وإذا كانت الدولة لا تستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها ، وتكتفى فى دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها ، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس هذه الوسائل فى دفع الغريب والمهاجرين الذين هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين .

فعلى كل دولة إسلامية إذن أن لاتبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى ، وأن لاتمنعهم من دخول أرضها ، وأن تعاملهم كرعاياها تماما ، وإذا أتوا ما يخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها ، وهذا الذى نقول هو رأى 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 .

٢٣٠ - إبعاد المحربيين : - ليس للحريين أن يدخلوا دار الاسلام إلا بإذن

خاص ، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الاسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لا تزيد على سنة واحدة

(١٠ - التشريع الجنائى الإسلامى)

في رأى أبى حنيفة والشافعى وبعض الخنابلة^(١)، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الإقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة^(٢). والأصل عند الشافعى أن مدة الإقامة لا تزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الامام وكان في ذلك مصلحة^(٣).

وإذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الاسلامية أن تبعده من أرضها ، ولها أن تبعده ولولم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن ، أو خشى منه الاخلال بالأمن ، تطبيقاً لقوله تعالى : ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذوا إليهم على سواء ﴾ [الأنفال : ٥٨] وقوله تعالى : ﴿ فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ﴾ [التوبة : ٧] على أنه يشترط عند الابعاد أن يبعد الحربى إلى مكان يأمن فيه على نفسه ، أو أن يرد إلى مأمنه ، لأنه دخل دار الاسلام على أمان ، فوجب أن لا يعرض للهلكة ، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ثم أبلغه مأمنه ﴾ [التوبة : ٦] .

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيائته ، أو أتى ما يدل على خيائته ، ويفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة ، ويقم في دار الاسلام إقامة دائمة ، فهو كالمسلم في قبضة الامام ، وخيائته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم ، أما المستأمن فليس كذلك ، ومن الصعب استدراك خيائته^(٤) ،

٣٣١ - السرية والقوانين : تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الأجانب من دخول أرض الوطن ، وإبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة ، ولا تجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٧ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٦ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ - المهذب ج ٢

ص ٢٩٤ - المغنى ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها .

على أن يقيموا إقامة مؤقتة ، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة ما لم تجدد مدة الإقامة ، وهذه المبادئ التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً هي نفس المبادئ التي جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضاً في عدم جواز إبعاد رعايا الدولة ، أو منعهم من دخول أرض الوطن ، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة في أن القوانين لا توجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه ، كما توجب ذلك الشريعة ، ويكفي في معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك ، وتفوق الشريعة في هذه المسألة لا يحتاج إيضاحاً .

٢٣٢ - الجنسية في الشريعة : - تقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدار ، أو بتعبير آخر على أساس الإسلام ومسلته ، والتزام أحكامه أو الكفر به ، فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة ، ومهما تميز المصري عن السوري أو العراقي أو المغربي فذلك تمييز محلي أو إقليمي لا ينبغي عليه حكم شرعي ولا يؤدي إلى تمييز في الخارج .

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ، ومهما تميز الانجليزى عن الفرنسى أو الأمريكى فذلك تمييز داخلي فيما بينهم ، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرقين ومجتمعين ، على أن الشريعة لا تمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بحسب ظروفها ، فيجوز مثلاً أن يكون بين المسلمين وبين الانجليز حرب ، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة وهكذا .

وأساس الجنسية في دار الإسلام اعتناق الإسلام ، أو التزام أحكامه ، فمن اعتنق الإسلام فهو مسلم ، ومن التزم أحكام الإسلام ولم يسلم فهو ذمى ، وأساس الجنسية في دار الحرب هي إنكار الإسلام وعدم التزام أحكامه .

وتتغير الجنسية في الشريعة بتغيير الأساس الذي تقوم عليه ، فتتغير جنسية الحربي باعتناق الإسلام ، أو بالدخول في ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام . ويشترط للدخول في الذمة الهجرة إلى دار الإسلام ، فلا يعتبر المحارب ذمياً وهو في بلده إلا أن يدخل البلد كله في الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشتط حينئذ الهجرة ؛ لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام . وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام ، وإن كان أبوحنيفة يشترط لاعتباره معصوماً أن يهاجر إلى دار الإسلام .

وتتغير جنسية المسلم والذمي بتغيير الأساس الذي تقوم عليه . فتتغير جنسية المسلم بالردة ، وتتغير جنسية الذمي بعدم التزام أحكام الإسلام ، وبالإقامة الدائمة في دار الحرب .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج ، ولكنه لا يؤدي وحده لتغير الجنسية فالمسلم أو الذمي إذا تزوج في دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة في جنسيته إلا إذا دخلت دار الإسلام ، فإن دخلت دار الإسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الإسلام ذمية ، وإذا تزوج المستأمن في دار الإسلام من ذمية فلا يصير ذمياً بزواجها ، ولا تصير هي بزواجه حربية إلا إذا رضى هو أن يقيم في دار الإسلام إقامة دائمة فيصبح ذمياً ، وإلا إذا هاجرت هي مع زوجها إلى دار الحرب . وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيتها بالإسلام دون حاجة للهجرة ؛ لأن الجنسية تتغير أصلاً بالإسلام وحده ، فالزواج ليس هو الذي يكسب الجنسية وإنما هو الإسلام والتزام أحكامه والإقامة بداره . وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة ، فالذمي إذا أقام بدار الحرب ولم تلحق به زوجته صار حريباً ، وبقيت هي ذمية ، والمسلم إذا ارتد صار حريباً ، 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 رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، 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 الأبوين ، بل يقعون على جنسيتهم الأولى ، فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقي أولادهما غير المميزين مسلمين ، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط^(١).

هذه هي القواعد العامة التي تقوم عليها الجنسية في الشريعة الإسلامية ، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها ، وهذه القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة هي نفس القواعد العامة التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم في مسائل الجنسية ، فالجنسية تقوم في القوانين على أساس 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 ورضى بالدخول في جنسيتها ، وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة ، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة .

(١) المفتى ج ١٠ من ص ٩٣ إلى ٩٦ - مجلة القانون والاقتصاد ص ١ ع ١ ص ١١ - ١٤

شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ .

الفصل الرابع

في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

٢٣٣ - **مهرج 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 لتعدد طوائف الأمة ، فللاشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة ، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها . وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة ، وكان لشخصية الجاني اعتبارها في القانون ، فالعمل الذي يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأثفه العقوبات ، يعاقب عليه الشخص العادي إذا أتاه بأقسى العقوبات ، وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه ، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع وضعه وحظته ؛ فإذا حكم بالإعدام مثلاً على شريف ووضع ضربت رقبة الشريف بالسيف ، وشنق الوضع في حبل كما تشنق الكلاب ، وكانت بعض الأفعال تعتبر جرائم إذا أتتها العامة يحاسبون عليها أشد الحسب ، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين في كل وقت فلا يحاسبون عليها ولا يحاكمون عنها .

كان هذا شأن القانون الجنائي الوضعي حتى أواخر 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 القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضي كله ، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة اعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة ، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يبررها بحيل قانونية ، بينما راح

البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها ، وكانت الغلبة للفرق الأخير ، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التي وضعت في آخر القرن التاسع عشر وفي القرن الحالى ، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات أو حاولت أن تقضى على بعضها وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة ، ويعملون جاهدين لتحقيقها ، وقد تتحقق المساواة التامة قريباً وقد لا تتحقق ، ولكنها الأمل الذى تحتاج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية .

٢٣٤ - أضدت على عدم المساواة فى القوانين الوضعية : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية ما يأتى :

١ - تمييز رئيس الدولة — : تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى ملكاً كان أو رئيس جمهورية وبين باقى الأفراد ، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون ، وأنه الساطة العليا ، فلا يصح أن يخضع لسلطة هى أدنى منه وهو مصدرها .

وتعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة كالدستور الدانمركى والدستور الأسبانى قبل الجمهورية ، أما الدستور الإنجليزى فيجعل ذات الملك مصونة لا تمس ، ويفترض أن الملك لا يخطئ ، وفى بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لا تمس ، وكذلك كان الحال فى إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكى .

والأصل فى النظام الجمهورى أن رئيس الجمهورية غير مسئول ، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر ، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً لمبدأ المساواة ، فالدستور الفرنسى يجعل رئيس الجمهورية مسئولاً جنائياً فى حالة واحدة هى حالة الخيانة العظمى ، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية فى حالة الخيانة العظمى ، والدستور البولندى الذى وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولاً جنائياً فى حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور

كما جعله مسئولاً إذا ارتكب جريمة عادية ، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسئولاً عن أية جريمة ارتكبها ، والنظرية الثانية تجعله مسئولاً عن بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والنظرية الثالثة تجعله مسئولاً عن كل الجرائم التي يرتكبها .

ولاشك أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت في القوانين الوضعية تطوراً عظيماً ، فبعد 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 : وتعفى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية ملوكاً كانوا أو رؤساء جمهوريات من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم في أى بلد آخر غير بلادهم ، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين ، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية ، وحجة شراح القوانين في هذا الإعفاء أن إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لا تتفق مع ما يجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام ، وهى حجة لا تستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة ، ولا يستحق شيئاً من التوقير والاحترام ، ومثل هذا يقال فى أفراد الحاشية والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولاً به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ المساواة ، وظل معمولاً به حتى اليوم ، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به ، وصيرورته جزءاً من القانون الدولى ، والمعروف أن القانون الدولى لا يتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة .

ح — تمييز رجال السلك السياسى: تنفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها ، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم ، وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها ، وليس لدولة على أخرى حق العقاب ، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم ، وحتى لا تتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة . ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فرداً من رعايا دولة أجنبية ، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها ، ولا يمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل ما دام يحترم القانون ويطيعه ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته .

د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية : وتنفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء تأدية وظائفهم ، وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه ، فمنع من مؤاخذه أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين^(١) ، أى أنه أعفاهم من المسؤولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دار المجلسين ، والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدراً من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء ، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة ؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان ؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان ، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان .

ه — تمييز الأغنياء : وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى .

من الحالات ، ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصرى أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس فى كثير من الجرائم ، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل فى الاستئناف وإن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف ^(١) . وفى هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة ، إذ يستطيع الغنى دائماً أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم بينما يعجز الفقير عن دفعها فى أغلب الأحوال ، فينفذ عليه الحكم فى الحال .

ويميز قانون تحقيق الجنايات المصرى للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضى ، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى ^(٢) . وفى تقرير مبدأ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الغنى يستطيع دائماً أن يدفع الضمان المالى فيخرج من محبسه ، أما الفقير فهو فى أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان ، فيظل رهين محبسه ، وقد تقص المحكمة ببراءته مما نسب إليه ، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم ، بل لأنه عاجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر ؛ لأنه فقير .

و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة : وتتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم ، ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم فى جنحة دون استئذان جهة ما ، ولكن إذا كان المتهم موظفاً أو محامياً أو طبيباً أو عضواً فى البرلمان أو شخصية ظاهرة فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة ، ويحوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إدارى يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامى ، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين .

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى .
(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات .

ويجيز القانون المصري لمن وقع عليه ضرر من جرعة أن يطالب بالتعويض ما أصابه من الضرر ، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى مركزه المادي وماله ، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع ، فلو أن مدير شركة بضائع في شركة أصيبا في حادث واحد بإصابات متماثلة فطالب بالتعويض ، لم يكن له أن يحصل الذي يحكم به مدير الشركة ضخماً كبيراً ، ولسكان التعويض بالشركة كغيره للعامل تافهاً ضئيلاً .

وقد جرى الشارع المصري على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن إصابات العمال أثناء عملهم بإصابات تؤدي إلى تعطيلهم أو عجزهم أو زوالهم ، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتبته الحالي في مدة معينة ولمدة معينة . فإن كان مرتبه صغيراً كان تعويضه كذلك ، وإن كان مرتبه كبيراً كبر التعويض ^(١) . ويترتب على ذلك أنه لو أصيب في حادثان سكان مصنع واحد ، وفي حادث واحد ، وتحت ظروف واحدة ، ففقد كل منهما يده اليمنى الأيمن ، أو يده اليمنى ، أو إبهامه الأيمن مثلاً ، فإن صاحب المصنع لا يتكفل بمسئلة أن يكون تعويضه أقل من التعويض الذي يصرف لزميله .

٢٣٥ - بين القانون والشرعة : — هذه هي نظرية الزوال كالتعليق بماذا

بها القوانين الوضعية الحديثة لا تزال مهيضة الجراح . فمستوى الأحرار في أقطار بين الرؤساء والمرءوسين ، والمحامين والمحسكون ، في أقطار بين الأغنياء والفقراء ، ولا بين الجماعة والجماعة ، ولا بين الغني والفقير .

ولقد يدهش بعض الذين لا يعلمون أن بعض أحرار مصر في أسوأة التي لم يزل نصيبها وتسكن فيها في القانون الوضعي الحديث قد تشبهت بقلة الفقراء في أقطار كبريت . تمام التكوين . ووصلت إلى أقصى مداها في الشرعة الإسلامية ولا تكمل الشرعة

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من في ١٩٣٦/٦٤ الخاص بإصابات العمال والجنود المنحى به

الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط ، بل تمتاز عايتها أيضاً بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرناً ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية 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 ، يحوطها من جمال التكوين ، وجلال التقنين ، وعدالة التشريع ، ما يبهر أبصارهم ويحير ألبابهم ، 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 قيود ولا استثناءات ، وإنما مساواة تامة بين الأفراد ، ومساواة تامة بين الجماعات ، ومساواة تامة بين الأجناس ، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين ، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين ، لا فضل لرجل على رجل ، ولا لأبيض على أسود ، ولا لعربي على أعجمي . وذلك قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى . وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ، إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ [الحجرات: ١٣] وذلك ما أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله : « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد ، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى » وفي قوله : « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بأبائهم ، لأن الناس من آدم ، وآدم من تراب ، وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

فالناس جميعاً في الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، متساوون في الحقوق ، متساوون في الواجبات ، متساوون في المسؤوليات ، وهم في ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن عن سن ، ولا تنقص سن عن سن ، أو هم في ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة في حقوقهم ، وواجباتهم ومسئولياتهم ، لا فضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء إنجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين ،

ولا فضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكي الأبيض على الأمريكي الأسود، ولا فضل لعربي على عجمي، أى لا فضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس.

والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس فى الشريعة الإسلامية، ولكنه تفاضل فى حدود معينة، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط، فأكرمهم عند الله أتقاهم، وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق، فالتقوى صفة تؤثر فى صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر فى صله الإنسان بغيره، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل ممنوى لامادى وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين، ولا بين الملوك والسوقة، ولا بين ممثلى الدول السياسيين والرعاية العاديين، ولا بين ممثلى الشعب وأفراده، ولا بين الأغنياء والفقراء، ولا بين الظاهرين والخاملين، وسنين فيما يلى حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة فى القوانين.

٢٢٧ - المساواة بين رؤساء الدول والرعايا : - تسوى الشريعة بين

رؤساء الدول والرعايا فى سريان القانون، ومسئولية الجميع عن جرائمهم، ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول فى الشريعة أشخاصا لا قداسة لهم، ولا يمتازون على غيرهم. وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد.

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم وهو نبي ورئيس دولة لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازاً، وكان يقول دائماً: ﴿إنما أنا بشر يوحى إلى﴾، ﴿وهل كنت إلا بشرا رسولا﴾. وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين فى تأكيد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين. دخل عليه أعرابى فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم: «هون عليك. فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد» وتقاضاه غريم له ديناً فأغظ عليه، فهم به عمر بن الخطاب، فقال الرسول: «مه يا عمر، كنت أحوج إلى

فقال: «يا أبا بكر، لو كنت في الدنيا، لكانت في الدنيا». وكان أخرج إلى أن تأمره بالصبر^(١). «وخرج أثناء مرضه إلى المسجد فجلس على المنبر، ثم قال: «أيها الناس، إن الله قد بعث فيكم نبياً، فليستقصد منه، ومن كنت شتمت له عرضاً، فليستقصد منه، ومن أخذت له مالا فهذا مالى فليأخذ منه، ولا يبخش من قبلى فإنها ليست من شأني، ألا وإن أحبكم إلى من أخذ مني حقاً، وإن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس». ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقاتته الأولى^(٢).

ورفعه خلفاء الرسول من بعده فتنسجوا على منواله، واهتدوا بهديه، فهذا أبو بكر رضي الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن يبيع بالخلافة، فتكون أول كلمة يقوله: «أيها الناس، ونفياً لمعنى الامتياز. قال: «أيها الناس، قد وليت عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني». ثم يعلن في آخر كلامه أن من حق الشعب الذي اختاره أن يعزله. فيقول: «أطيعوني ما أوصى الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم^(٣)».

وهذا عمر بن الخطاب يولي الخلافة فيكون أكثر تمسكاً بهذه المعاني، حتى إنه يرى قتل الخليفة الظالم. خطب يوماً فقال: «لوددت أني وإياكم في سفينة في ليلة البحر ذهب بنا شرقاً وغرباً، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلاً منهم، فإن استقامت أبحرنا، وإن جنف قتلوه». فقال طاحنة: «وما عليك لو قلت وإن تعوجت هزلوه». قال: «لا، القتل أنكل لمن بعده^(٤)».

وأعطى أبو بكر القود من نفسه، وأفاد للرعية من الولاية. وفعل عمر بن

(١) زاد المعاد ج ١ ص ٥٩.

(٢) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٥٤.

(٣) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٦٠.

(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٣٠.

الخطاب مثل ذلك ، وتشدد فيه ، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة^(١) .
ولما قيل له في ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى القود من نفسه وأبا بكر يعطى القود من نفسه ، وأنا أعطى القود من نفسى^(٢) .

ومن تشدد عمر في هذا الباب أنه ضرب رجلاً فقال له الرجل : إنما كنت أحد رجلين : رجل جهل فعمل ، أو أخطأ ففعل عنه . فقال له عمر : صدقت ، دونك فامثل أى اقتص^(٣) .

وأخذ عمر الولاية بما أخذ به نفسه ، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الوالى للظلم ، وأعلن على رؤوس الأشهاد مبدأه هذا في موسم الحج ، حيث طلب من ولاية الأمصار أن يوافوه في الموسم ، فلما اجتمعوا خطبهم وحطب الناس قال : أيها الناس ، إنى ما أرسل إليكم عمالاً ليضر بواأبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم ، وسنة نبيكم ، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه . فوثب عمرو بن العاص فقال : ياأمير المؤمنين ، أرايتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك لتقصنه منه ؟ فقال : أى والذى نفس عمر بيده ، إذن لأقصنه منه ، وكيف لأقصنه منه ! وقد رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه^(٤)

وقد جرى العمل في الشريعة على محاکمة الخلفاء والملوك والولاية أمام القضاء العادى ، وبالطريق العادى ، فهذا هو على بن أبى طالب في خلافته ، يفقد رعاله ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها ، فيرفع أمره إلى القاضى ، فيحكم لصالح اليهودى ضد على . وهذا هو المغيرة والى الكوفة يتهم بالزنا . فيحاكم على الجريمة

(١) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ١١٣ - ١١٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٤ .

(٣) الحراج لأبى يوسف ص ٦٥ .

(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨ وكتاب الحراج لأبى يوسف ص ٦٦

المنسوبة إليه بالطريق العادى. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدى يحيى بن أكتم قاضى بغداد ، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة ، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته . وقال : يأمر المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه ، فاستحيا المأمون ، ودعا للرجل بطنفسة أخرى ، وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى بحت «هو التحكيم» ، كما فعل عمر بن الخطاب ، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب ، فخاصم الرجل عمر ، فقال عمر : أجعل بينى وبينك رجلا ، فقال الرجل : إني أراضى بشريح العراق ، فقال شريح لعمر : أخذته صحيحا سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحا سليما ، وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضيا

وقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانوا يشترطون فى الإمام أى رئيس الدولة الإسلامية شروطا لا تتوفر فى كل شخص ، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة ، ولا يميزونه عنهم فى شىء . وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه ، إلا أنهم اختلفوا فى الإمام الذى ليس فوقه إمام ، ولهم فى سرىان نصوص الشريعة عليه نظريتان : -

النظرية الأولى : وهى نظرية أبى حنيفة ، ويرى أن كل شىء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤاخذ به إلا الاصاص والمال ، فإنه إذا قتل إنسانا أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه ؛ لأن إقامته بطريق الخزى والفكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ، ولا ولاية لأحد

عليه ليستوفيه ؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب ، بخلاف حقوق المباد كالتقصاص وضمان التلغات ؛ لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره ، وإن احتاج إلى المنفعة فالمسلمون منعتهم فيقدر بهم على الاستيفاء ، فكان الوجوب مفيداً^(١) .

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التي تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذي ليس فوقه إمام ؛ لا لأنه معنى من العقاب ، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه ، إذ أنه صاحب الولاية على غيره ، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة ؛ ولأن ولاية العقاب في الجرائم التي تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد ، وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم ، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب في هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التي يرتكبها الإمام ، حيث لا يعقل أن يعرض الإمام نفسه للخرى والنكال بإقامة الحد على نفسه ، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب ، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا .

فالفعل المحرم في رأى أبي حنيفة يظل محرماً ويعتبر جريمة ، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب . ويترب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل ؛ لأنه قتل شخصاً مباح الدم^(٢) ، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت . ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها ، فإن قتل الزانى المحصن يعتبر واجبا لا بد منه إزالة المنكر ، وتنفيذاً لحدود الله ، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدي واجبا عليه ، ومن ثم فلا يمكن اعتباره قاتلاً .

أما الجرائم التي تمس حق الأفراد كالقتل والجرح ، فيرى أبو حنيفة أن

(١) شرح فتح القدير ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٠ - الزيلعي ج ٣ ص ١٨٧ .

(٢) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ .

الإمام الذى ليس فوقه إمام يؤخذ بها ويعاقب عليها ؛ لأن حق استيفائها ليس له أصلاً ، وإنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم ، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة فى هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد ، ولمنع الحيف والإضرار بالغير . فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع ، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلى فى استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين فى ذلك بالقضاء وبالجماعة ، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم ؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم^(١) .

وإذا ولى الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم فى كل الجرائم ، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذى ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مستحقاً لله أو حقاً للأفراد^(٢) . وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذاً بنظام فصل السلطات ، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذى ليس فوقه إمام بعقوبة أية جريمة يرتكبها .

ويؤخذ على نظرية أبى حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف ؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة ، ولأن الخطاب فى التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام ، وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقم 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 فى هذه الحالة . الثانية : وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد ، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة ، ويرون الإمام مسئولاً عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) فاس المرجع السابق .

أو بحق الفرد ؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بما فيهم الإمام ، معاقب عليها ممن ارتكبها ولو كان الإمام ، ولا ينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية ؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده ، وإنما له ولنوابه ، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة^(١) .

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من جرائم ، بل بحثوا فيما إذا كان ينزل بارتكابه الجرائم ، فرأى البعض أن الإمام ينزل بارتكابه المحظورات ، وإقدامه على المنكرات ، تحكما للشهوة واحتياذاً للهوى ؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة ، ويمنع من استدامتها^(٢) .

٢٣٨ - رؤساء الدول الأجنبية : وإذا كانت الشريعة لا تميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى فهي من باب أولى لا تميز رئيس دولة أجنبية^(٣) ، وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية ، وعلى رجال حاشيتهم أثناء وجودهم في دار الإسلام ، فإذا ارتكبوا أية جريمة عوقبوا عليها ، وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التي تمس حقوق الجماعة ، فإن هذا الرأي لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئاً ؛ لأن أساس هذا الرأي أن

(١) المدونة ج ١٦ ص ٥٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٨٢ - المهذب ج ٣ ص ١٨٩ - الأم ج ٦ ص ٣٦ - فقه القرآن والسنة ص ٩٧ .
(٢) الأحكام السلطانية لماوردي ص ١٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ .

(٣) المقصود من الدول الأجنبية الدول الحاربة التي تقوم في دار الحرب ، أما الدول الإسلامية فلا تعتبر إحداها أجنبية بالنسبة للآخرى ، ولا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التي ارتكبوها في دولة إسلامية أخرى ، بل لأنه يمكن عقابهم في هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التي ارتكبوها في أي مكان من دار الإسلام ، وعلى الجرائم التي ارتكبوها في دار الحرب على التفصيل الذي بينا في الفقرة ٢١٨ .

الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه ، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره .

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن . ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين . وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التي تمس حق الأفراد ، أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عنها . وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة في هذا ، ويرى كما يرى باقي الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام^(١) .

٢٣٩ - رجال السلك السياسي :- تسرى الشريعة على رجال السلك

السياسي فيما يرتكبون من جرائم في دار الإسلام ، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ، وليس في قواعد الشريعة ما يسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم ، إلا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن ، وهي تقضي بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة .

وبلاحظ أن رجال السلك السياسي الذين يمكن اعتبارهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين ، أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية فهو لا يعتبرون مستأمنين بحال ، وحكمهم حكم أي مسلم يقيم في دار الإسلام .

وليس في أخذ رجال السلك السياسي بجرائمهم ما يعيب الشريعة ، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة ، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة ، ولكن العيب في التفرقة التي تأخذها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم ،

(١) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها .

وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لا يستحق الحماية، ولا يصلح لأداء وظيفته، ولأنه لا يحصى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات، وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ما هو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام، فنع محاکمة الممثل السياسى لا يمنع من الضغط عليه والتأثير فيه، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لا تبرر المنع بحال من الأحوال.

٢٤٠ أعضاء الهيئة التشريعية: - لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء

البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التى يرتكبونها فى دار البرلمان؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فرداً على فرد، أو جماعة على جماعة، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة.

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق فى هذه الناحية على الشريعة، ولكن قليلاً من التفكير يودى بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق فى هذه الناحية تفوقاً عظيماً، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهة الفنية، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية.

فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء، والمبدأ الأساسى فى القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه، فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو كاذباً. وإذا كان هذا المبدأ يحمى البراءة من أسنة الكاذبين الملققين، فإنه يحمى أيضاً الملوئين والجرمين والفاسقين من أسنة الصادقين.

وبهذا المبدأ الذى قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسىء والحسن، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة، وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر فى غيه، ذاهب

إلى نهاية طوره ؛ لأنه لا يخشى رقبيا ولا حسيبا من الجماهير ، ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانوني أن يسمى الأسماء بمسمياتها ، وأن يصف الموصوفات بأوصافها ، لا يستطيع أن يقول لمن زنى يازانى ، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق ، ولا يستطيع أن يقول للمفتري يا كاذب ، فإن قالها باء بالعقوبة ، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على مانسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول ، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهاوا عن المنكر ، وأن يخطوا من قدر المسمى ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان . وقد شعر واضعوا القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه ، فاستثنوا منه حالات أربع هى :-

١ — حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة ، فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المذوف^(١) . وقد تقرر هذا الاستثناء ، لإشعار الموظف والنائب والمسكف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد ، فيدعوا ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

٢ — حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب : فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ، وليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعو عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ — حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤخذون على ما يدونه من الأفكار والآراء في المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تخرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين في أن القاذف في الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال ، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أو مختلفاً 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 والساب لا يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذباً فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة ، وهذه هي مستثنيات المبدأ في مصر ، وهى لا تكاد تختلف كثيراً عما في معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى في نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام . فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة ، وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء ، إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها

يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .
والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد
قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة ؛ لأن الأفراد هم الذين يكوّنون الجماعة ، وإذا
صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون .
ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم ، وهدم الوازع
الأدبى فى نفوسهم ، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث
الفساد من نفوسهم ، فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ،
فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى ينجر عليه من السقف أو ينتفض من القواعد .

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب
والافتراء ، وإباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على
من يقول الحق ، ولا مؤاخذه على من يسمى الأشياء بمسمياتها ، والموصوفات
بأوصافها ، لا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ، ولا عقاب
على من يقول للشارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول
للكاذب إنك كاذب إذا لم يعد قول الحق

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما ، فكل إنسان يستطيع أن يعطى فى أعمال
الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة ، وينسب إليهم عيوبهم
مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم
الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم
ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى
حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن الشريعة لا تحمى النفاق والرياء والكذب
ولأن الشخص الذى لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا

في نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس في حياتهم العامة .
 وكل إنسان في وقت الانتخاب وفي غير الانتخاب يستطيع طبقاً للشريعة أن
 يقول للمحسن هذا محسن ، وللمسي هذا مسيء ، مادام يستطيع أن يثبت إساءة
 المسيء ، وكل إنسان سواء كان عضواً في البرلمان أو في أية هيئة أخرى ، أو كان عاطلاً
 من عضوية الهيئات على الإطلاق ، له الحق في أن ينسب ما يشاء إلى من شاء ، مادام
 يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء . فليس في الشريعة كافي القانون ما يدعو إلى 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 يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً
 لأعضاء البرلمان والمتقاضين ؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ،
 والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم ، فلا تجمع
 في حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأي والشورى ،
 فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه ، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ،
 وما قيمة الرأي والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون في كل الأحوال ؟
 ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفي تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين
 خروج على مبدأ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية في الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم
 الكذب ، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة ، ويرمي إلى إصلاح
 الجماعة وتقويمها ، وتشجيع الصالح وكبت الطالح ، وتربية الأفراد على الأخلاق
 الحسنة ، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة ، وشتان بين هذا المبدأ في قوته
 وصلاحيته ، وبين مبدأ القانون في ضعفه وتهافته .

٢٤١ - الأغنياء والفقراء : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء فهم

لدى الشريعة سواء ، وقواعد الشريعة لا تسمح أن يستفيد الغني من غناه أو أن

يضارَّ الفقير بفقره ، ولهذا لا تعترف الشريعة بنظام الضمان المالى أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس لا لشيء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف فى الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية ، ويطبق فى حالة الحبس للدين ، فمن كان محبوساً لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل ، ولا شك أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصاً يكفله ؛ لأن الحبس للدين لا يكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه ، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع فوراً قدره من المال . أما الحبس فى الجرائم على ذمة التحقيق والمحكمة فيراه بعض الفقهاء نوعاً من التعزير ، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التى نزلت بالمتهم ، ويترب على اعتبار هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية ؛ لأن الكفالة لا تقبل فى العقوبة . ويرى بعض الفقهاء أن الحبس فى هذه الحالة حبس للاحتياط^(١) وليس عقوبة ، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية ، ولا شك أن كل محبوس حبساً احتياطياً يستطيع أن يجد له كفيلاً ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضماناً مالياً . وسواء اعتبرنا الحبس تعزيراً أو احتياطاً فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد .

٢٤٢- الظاهرون فى الجماعة : - لامتياز الشريعة الإسلامية بين الأفراد ، فهم لدى الشريعة سواء ، فالخاكم كالحكوم ، والشريف كالوضيع ، والقوى كالضعيف ، والناهب كالخامل . وقد عاتب الله رسوله عتاباً شديداً ؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسرايتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس ، جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله ، وكان النبي مجتمعاً فى هذا

(١) المدونة الكبرى ج ١٦ ص ١٤ ، ١٧ ، ١٨ - المبسوط للسرخسى ج ٢٦ ص ١٠٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

الوقت بصناديد قريش وسرايتها يكلمهم في شأن الدعوة ، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه ، وظهرت هذه الكراهية في وجهه ، وأعرض عنه وهو يطعم في استمالة القوم ، فأنزل الله جل شأنه في ذلك الحادث قوله: ﴿عبس وتولى أن جاءه الأعمى ، وما يدريك لعله يزكى ، أو يذكر فتنتفه الذكري ، أما من استغنى ، فأنت له تصدى ، وما عليك ألا يزكى ، وأما من جاءك يسعى ، وهو يخشى ، فأنت عنه تلهى ﴾ [عبس : 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 أشرف قريش ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، وأعظموا ذلك وكموا فيها الرسول فقام خطيباً فقال : ما إكثاركم على في حد من حدود الله ، وقع على أمة من إماء الله ؟ والذي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد يدها^(١) .

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغضب عبد الرحمن بن عوف ، وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ، ورفع يده قائلا : «ليس لابن بيضاء على ابن السوداء سلطان إلا بالحق» ، فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس ، فوضع خده على التراب ، وقال للعبد : طأ عليه حتى ترضى وكلنا يذكر قصة جيلة بن الأيهم ، فقد داس أعرابي على إزاره وهما يطوفان بالكعبة ، فطمه جيلة ، فشكاه الأعرابي إلى عمر بن الخطاب ، فأمر بالقصاص وعز على جيلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابي ، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر ، ثم أدركه الندم ، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لظمة وما كان فيها لو صبرت لها ضرر

(١) كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٥٠ .

وكان عمر بن الخطاب حريصاً على التسوية بين الأشراف والعامة ، وله في ذلك وقائع مشهورة^(١) .

والقاعدة في الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية المجنى عليه ، ولا مركزه ، ولا ثروته ، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذي وقع عليه ، فإذا قتل شريف ووضيع فديتهما واحدة ، وإذا أصيب عامل في شركة ومدير الشركة في حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعاً أو إصبعاً عوض كل منهما تعويضاً مساوياً لتعويض الآخر .

٢٤٣ - المسلمون والذميون : - 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 ، والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدل خالص فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح ، ولا يمكن أن يعتبر هذا استثناء من قاعدة المساواة ، بل هو تأكيد للمساواة ، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة ، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية ؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم ، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم ، ومعناه أيضاً عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون ، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون ، ومعناه أخيراً الخروج على قواعد الشريعة العامة التي تقضى بترك الذميين وما يدينون ، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦] . والجرائم التي تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين هي الجرائم القائمة على

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزي من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

أساس ديني محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذي يعتقد طبقا لدينه بجرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على غير المسلم الذي يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه ، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعالهم في معتقدهم غير محرمة ، وفي هذا ظلم بين ، فكان من العدل الذي أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم ، فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها ، أما الذمي فلا يعتبر شربه الخمر وأكله لحم الخنزير جريمة .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس ديني إذا كان إتيانها محرما في عقيدتهم ، أو يعتبر عندهم رذيلة . أو إذا كان إتيان الفعل مفسدا للأخلاق العامة ، أو ماسا بشعور الآخرين ، فمثلا شرب الخمر ليس محرما في عقيدة الذميين ولكن السكر محرما عندهم ، أو هو رذيلة ، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة ، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب ، فمن شرب حتى سكر عوقب ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه . والشريعة توجب الصوم على المسلم ، وترى في عدم الصوم معصية ، وفي التظاهر بالإفطار معصية ، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم ؛ لأنه ملزم به طبقا لعقيدته ؛ ولأن غير المسلم ليس ملزما بالصوم ؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل مالا يعتقد ولا إكراه في الدين . أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمي معا ؛ لأن الذمي وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين ، وهذا دون شك في استطاعته ، ولا يمس أى أساس بعقيدته ، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم ، وبشعور الصائمين ، فإذا ما تظاهر الذمي بالإفطار عوقب على تظاهره

بالإفطار ، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر ؛ لأن الصوم ليس واجبا عليه .

٢٤٤ - ميزة للشرعية : و يترتب على التفرقة في تطبيق نصوص 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 المسلمون دون غيرهم ، ولا يمكن أن يقع إلا منهم ، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس في القوانين الوضعية الحديثة - على ما أعلم - قانونا واحدا لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاما يقع من كل الرعايا ، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط ، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة ، وتوفير حرية الاعتقاد ، والحفاظة على النظام ، وأساس النظام في الشريعة هو الإسلام . أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق ؛ لأن القوانين تجرد عادة من كل ماله مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم ، ويمكنها فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية ، أو يمس الأمن ، أو نظام الحكم . وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق ، وشيوع الفوضى ، والتحلل من كل القيود ، وأوجدت في الجماهير روح التمرد ، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها ، فكثرت الثورات والانقلابات ، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم ، وكل نظام يلاقى مصير النظام الذي سبقه .

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين في هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة ، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد ، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجرّدوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، فأدى بهم هذا التطبيق السيء إلى هذه النتائج الحزنة ، ولو أنهم أخذوا بطريقة

الشريعة الإسلامية لضمانوا تحقيق ما شاءوا من مبادئ ، ولنعموا من وقوع هذه المساوى .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ما قبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس ديني يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده ، لا مذاهب المحكومين جميعاً وعقائدهم ، بحيث كان المخالفون في العقيدة يحملون حملاً بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته ، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحنة والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد ، وإراقة الدماء وتمدد المذابح ، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءاً كما رأينا ، ولا أظن أن هناك علاجاً موفقاً كالعلاج الذى ارتأته الشريعة ، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأى المساواة وحرية الاعتقاد ، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين .

ويجب أن لا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية ، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام ، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاهها يخالف الإسلام ، وأن الدين الإسلامى يعتبر النظام الأساسى للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد . وبكل ما يوجبه ويحرمه ، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه ؛ لأن الأخذ ببعضه ، وترك بعضه هدم له . وقد فهم أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الوضع حق الفهم ، فحاربوا مانعى الزكاة بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين ؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسألة فى هذا الوقت العصيب الذى انتفضت فيه شبه جزيرة العرب كلها على المسلمين .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية ، لأنها تقوم على النظام الإسلامى ، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته ، فلا بد أن تحرم كل ما يمس وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يعتبر هذا عيبا فى الشريعة الإسلامية ، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض ، فكل نظام له أسسه التى يقوم عليها ، ومقوماته التى لا يستمر بغيرها ، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه ، وتجهلت مقوماته . فالديموقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة ، والنازية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، والشيوعية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته ، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه ، أو تجهلت بعض مقوماته ؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش ، وتميز عن غيره من الأنظمة ، ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام ، أو يهدم مقوماته ، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت على كل ما يمس النظام الذى قامت عليه ؛ لأن ما انفعلت الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار ، وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشيء ؛ لأنه يرجع إلى تباين النظم واختلاف طبائعها ، ومادامت اتجاهات النظم مختلفة ، وطبائعها مختلفة ، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم ، والأمثلة على ذلك بارزة فى الأنظمة الوضعية ، فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديموقراطية ، والنازية تعاقب على الدعوة للديموقراطية والشيوعية ، والديموقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما ، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد فى البلاد الديموقراطية ، ولأنها جريئة فى البلاد الشيوعية ، فاختلف الأفعال المحرمة فى النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته ؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم ، ولا بعمومه وخصوصه

وإنما يقاس بما يؤدي إليه من إسماع الجماعة ، ورقبها وتفوقها ، ونشر العدل والمساواة والتراحم 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 نصت على أفعال معينة واعتبرتها جرائم ، وأوجبت العقوبات عليها ، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة في بعض هذه الجرائم ، وهي الحدود والقصاص ، وجعلت له حق العفو عن الجريمة أو العقوبة في بعضها الآخر ، وهي جرائم التعازير ، كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التي تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها ، وأهم هذه الأفعال هي الأفعال التي تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة ، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمة وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية ، وحق ولى الأمر في التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام ، أى : النظام الإسلامى ، وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحت لا خيار في العقاب عليها ، لأن الجريمة إن كانت حدا فلا محيص من العقاب عليها ، وإن كانت الجريمة تعزيراً فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى ، ولا شك أن العفو في كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام . كذلك فإن ولى الأمر ملزم بتحريم كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه ، فسلطان ولى الأمر في التحريم وعدم التحريم والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامى ، وليس لمصلحة ولى الأمر ولا لأية مصلحة أخرى . والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره ، وما كان مقررراً لمصلحة نظام ما ، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام ، ولا يصح أن يتهاون في شأنه القائمون بالأمور هذا النظام ، ولا ضير في أن (٢٢ - التشريع الجنائى الإسلامى)

تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في العقاب على الجرائم الدينية ، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم ، ولن يثنى هذا الخلاف المسلمين عن تفضيل النظام الإسلامى على غيره من الأنظمة ، كما لم يثن الشيوعيين عن تحييد الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة ، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم ، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا ، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم ، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين ، وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية في اتجاهها الحديث وإن كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات ، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم ، أو على الحاميين أو الأطباء ، وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة ، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة ، وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره ، ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرناً لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

٢٤٥ - هل تعرف الشريعة فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :-

القاعدة فى الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها ، وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التى بينها فيما سبق فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات فى الحدود مقدرة ، أى عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا

تنقص ، وليس للقاضى أن يستبدل بها عقوبات أخرى ، والعقوبات فى جرائم القصاص مقدرة أيضاً ، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، أو كانت مانع شرعى من العقوبة ، وليس للقاضى حق الاستبدال ، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو ، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البدلية ، أما عقوبات التعزير فهى ذات حدين غالباً ، وتقدير العقوبة متروك للقاضى ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجانى .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات فى الشريعة لا تسمح بالتفريق فى العقوبة بين فرد وفرد ، ولا مسلم وغير مسلم ، وأن لكل جريمة عقوبتها فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلماً أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التى يجب توافرها فى الجانى أو المجنى عليه ؛ ليستحق الجانى العقوبة المقررة لهذه الجرائم ، وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ، والجرائم المختلفة عليها هى على وجه التحديد ثلاث : القتل العمد ، والزنا ، والقذف .

فأما القتل العمد فعقوبته فى الشريعة هى القصاص ، ولكن مالكا والشافعى وأحمد لا يميزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمى ، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمى ؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له فلا ينطبق على الذمى لأنه ذو عهد ، ويتمك بعموم النص الذى جعل القصاص عقوبة لكل قتل . فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف فى تفسير نص ، ولا شك أن التفسير الذى يسوى بين المسلم والذمى هو التفسير الذى يستقيم مع عموم النص ومع التسوية بين الاثنين فى الجرائم عامة .

وفي الزنا لاخلاف على عقاب الزانى غير المحصن ، فالمسلم غير المحصن والذي غير المحصن عقوبتهم واحدة وهى الجلد ، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الزانى المحصن ، فرأى أبو حنيفة أن الذمى لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحصن ، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن اعتبار الذمى محصنا ؛ ولذلك فعقوبته فى كل الأحوال الجلد . أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم . ورأى مالك والشافعى وأحمد أن الإسلام ليس شرطا فى الإحصان ، ومن ثم فالذى المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم . فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان .

والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة ، ويعاقب قاذف الذمى بالعتير ، والعتير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها .

وظاهر من مقارنة النتائج فى هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لا يسير على نهج واحد ، ولا ينتهى بنتائج واحدة ، فإذا كانت النتيجة فى القتل تخفيف عقوبة المسلم ، فقد كانت فى الزنا تخفيف عقوبة الذمى ، وتشديد عقوبة المسلم . أما فى القذف فقد تكون النتيجة فى صالح الذمى وقد تكون ضده . وهذه النتائج التى تنتهى إليها آراء الفقهاء تكفى بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم فى العقوبة ، كما أن هذه النتائج تؤيد ما قلناه : من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها ، ولا ترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ — مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص : -

ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص ، ولا يعفى منها أى شخص مهما كان مركزه 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 هى نظرية المساواة فى الشريعة الإسلامية ، وهذا هو تطبيقها فى سريان النصوص الجنائية ، ولا شك أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية فى هذا الوجه ، فالقوانين على ما استحدثت لها من نظريات لا تزال أدنى مستوى من الشريعة ، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التى عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت فى الشريعة درجة الكمال المطلق ، وإسكنها فى القانون لا تزال كالطفل الذى يحسن أن يحب ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

الباب الثانى

الركن المادى للجريمة

٢٤٧ - منهاج البحث : - يتوفر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية ، وقد يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحرز ، وقد لا يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة غير تامة ، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة ، وهذا ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة .

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد ، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم ، أو يحرض بعضهم بعضا عليها ، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها ، وهذا ما يسمى بالاشتراك فى الجريمة .

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة ، والشروع ، والاشتراك ، ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها ، وهذا ما يوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص . أما الشروع والاشتراك فسنتكلم عليهما فيما يأتى ، وسنخصص لكل منهما فصلا خاصا .

الفصل الأول

الشروع في الجريمة

٢٤٨ - الفقهاء والشروع في الجريمة : - لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفني كما نعرفه اليوم ، ولكنهم اهتموا بالترقية بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، ويمكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع في الجرائم لم يعاقب عليه بقصاص^(١) ولا حد وإنما يعاقب عليه بالتعزير أي كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص ؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل ، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضي أن يغلظها أو يخففها ، أما جرائم التعزير فإذا استثنينا العدد القليل الذي نصت عليه الشريعة كتحرير الميثة وخيانة الأمانة ، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروكة أمرها للسلطة التشريعية أي لأولى الأمر ، يحرمون من الأفعال ما يرونه ماسا بالمصلحة العامة أو النظام العام ، ويعاقبون عليه ، ويتركون ما لا يرون ضرورة للعقاب عليه ، كما أن تقدير العقاب في جرائم التعزير عامة متروكة لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولي الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير وأن يشدها طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة ، وللقاضي بعد ذلك سلطة واسعة في توقيع العقوبة ، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص ، وأن جرائم

(١) يعاقب على الشروع في القتل إذا أدى لرح أو قطع بالفصص كما كان ذلك ممكناً ، ولكن العقاب في هذه الحالة ليس على الشروع في القتل الذي لم يتم ، وإنما على الجرح أو القطع باعتبار أن ما حدث هو جريمة تامة وسيأتى تفصيل ذلك .

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 ؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما ، ولم يدخلوا في تفاصيل أركان الجريمة وشروطها ، وعلى هذا الأساس لم يتسكّموا عن الشروع بصفة خاصة ؛ لأنه من جرائم التعازير .

ثانيهما : - أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع في الجرائم ، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة في الشريعة أن التعزير يكون في كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، أى أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة ، ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بها إلا على جرائم معينة أتمها الجاني فعلا ، فإن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير ، ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أى جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة للجريمة لم تتم ، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته ، ولا استحالة في أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر في ذاتها جريمة تامة ، ولو أنها بدء في تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتساق السارق للمنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا تحرّمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية ، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب ، إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة

السرقه التي لم تتم ، فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة ، وخرج بالمسروقات من الحرز ، فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هي السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويمتنع التعزير على مادون التمام ؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة .

والزاني إذا دخل بيت المرأة المزني بها يرتكب معصية ، وإذا جلس معها في خلوة يرتكب معصية ، وإذا قبلها يرتكب معصية ، وكل هذه الأفعال تعتبر شروعا في جريمة الزنا التي لم تتم ، ولكن كل فعل منها يعتبر بذاته معصية تامة تستوجب التعزير ، فإذا ما تمت جريمة الزنا وجب الحد وامتنع التعزير ، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هي جريمة الزنا .

وهكذا يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة ما يدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع في الجرائم ، وإنما دعتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة في جرائم الحدود والقصاص ، لأن الجريمة التامة دون غيرها هي التي تستوجب عقوبة الحد أو القصاص ، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط

ومن الخطأ البين أن يظن البعض أن الشريعة لا تعرف الشروع في الجرائم ، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حتى المعرفة ، وكل ما في الأمر أنها عاجلة 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 ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ما تم منها يعتبر في ذاته جريمة تامة ، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع فإن نأثي بشيء جديد . وإنما هو إطلاق تسمية جديدة

على بعض جرائم التعازير ، وتمييز لبعض جرائم التعازير عن بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التمييز ، ودون أن 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 فحبل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها ، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير . أما القوانين الوضعية فتعاقب غالبا على الشروع في أكثر الجنايات، وعلى الشروع في بعض الجفح ، دون البعض الآخر ، وليس لها قاعدة عامة في هذا .

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل . فإن الجرح إذا أدى للموت اعتبر الفعل قتلا عمدا ، وإذا شفى الجنى عليه اعتبر جرحا فقط وعوقب عليه الجاني بعقوبة خاصة ، أما إذا أراد الجاني أن يقتل الجنى عليه فلم يصبه فالفعل معصية وفيه التعزير .

٢٤٩ - المراحل التي تمر بها الجريمة وأنها تعتبر معصية :- تمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم ، فهو أولا يفكر فيها ، ثم يعقد العزم على ارتكابها ، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها كسرا سلاح يقتل به ، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذي يريد السرقة منه . أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة انتقل إلى مرحلة ثالثة هي مرحلة التنفيذ . فيبدأ في تنفيذ جريمته على الوجه الذي فكر فيه وأعد له الوسائل .

هذه هي المراحل الثلاث التي يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته . فأى هذه

المراحل يعتبر معصية وبالتالي جريمة تستحق العقاب؟ والجواب هو ماسنبيهه فيما يلي:

أولاً - مرحلة التفكير والتصميم : - لا يعتبر التفكير في الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير وبالتالي جريمة يعاقب عليها ؛ لأن القاعدة في الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل ، ولا على ما ينتوى أن يقوله أو يعمل ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » وإنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل .

وهذا المبدأ الأساسى الذى قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث فى القوانين الوضعية ، أخذت به جميعاً فى 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 فى تقريرها هذا المبدأ ، قد سبقت كل شريعة وضعية ، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم المبادئ الأساسية فى الشريعة الإسلامية ، ويبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ ، أما القوانين الوضعية فلا يزالها استثناءات للمبدأ ، ومن الأمثلة على ذلك : أن القانون المصرى والفرنسى يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو الترصد ، وبين عقوبة القتل العمد الخالى عن سبق الإصرار أو الترصد ويشددان العقوبة فى الحالة الأولى ويخففانها فى الثانية

ثانياً - مرحلة التحضير : - لا تعتبر مرحلة التحضير أيضاً معصية ، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يعتبر معصية فى ذاته ، كسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكاره فإن شراء المسكر أو حيازته يعتبر بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلى وهو السرقة .

والعلة في عدم اعتبار دور التحضير جريمة ، أن الأفعال التي تصدر من الجاني يجب للعقاب عليها أن تكون معصية ، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أي : حق للجماعة أو على حق للأفراد ، وليس في إعداد وسائل الجريمة في الغالب ما يعتبر اعتداء ظاهراً على حق الجماعة أو حقوق الأفراد ، وإذا أمكن اعتبار بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أي مشكوك فيه .
والشريعة لا تأخذ الناس في الجرائم إلا باليقين الذي لا شك فيه

ثالثاً - مرحلة التنفيذ : - هذه هي المرحلة الوحيدة التي تعتبر فيها أفعال الجاني جريمة ، ويعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية ، أي اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضروري أن يكون الفعل بدءاً في تنفيذ ركن الجريمة المادى ، بل يكفي أن يكون الفعل معصية ، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ، ولو كان لا يزال بين الفعل وبين الركن المادى أكثر من خطوة ، فمثلاً في السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، وبالتالي شروعاً في سرقة ، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات . هي دخول محل السرقة ، والاستيلاء على المسروقات ، وإخراجها من الخرز . كذلك يعزز الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً في سرقة ، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

ويعتبر الجاني مرتكباً لمعصية يعزز عليها وبالتالي يعتبر 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 المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجاني باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً في السرقة ، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقة ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب

أو منقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نقب الحائط ، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزيز الجاني كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصده غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه^(١) فمقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوّناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصده من الفعل ؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبو عبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شأننا كبيراً لنية الجاني ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجاني وحدها هى التى أزال الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجاني قاصداً سرقة هذا الحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم ، ولكن نية الجاني هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية .

٢٥٠ - التبرئة والقانون :- وتنطق الشريعة مع القوانين الوضعية فى

عدم العقاب على مرحلتى التفكير والتحضير ، وفى قصر العقاب على مرحلة التنفيذ ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يعتبر فيه الجاني قد بدأ بالتنفيذ ، فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة ، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل ، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء فى أحدها شروعا فى الجريمة ، ولا يعد بدءاً فى التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة . ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما ، سابق مباشرة

على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما ، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لا يختلف فى شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية ، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة ، ولكن نظريه الشريعة مع هذا تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصى ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتية الجانى إذا تكون مما فعله معصية ، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه . كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه . أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤد حتما للركن المادى كالتعب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع . ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى ، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ - العقاب على الشروع : - قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم

الحدود والقصاص أن لا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم ، وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : «من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين»^(١) . وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص ، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم ، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع ؛ لأن القطع جمل جزاء الجريمة التامة ولا شك أن البون شام بين الشروع والفعل التام ، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل ، ويجزى بقدر ما اكتسب ، فضلا عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة

(١) تعتبر جرائم القصاص وجرائم الحدود حدوداً . والحد فى الأصل هو ما كانت عقوبته

على إتمامها ؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة الجريمة التامة بالبداء في تنفيذ الجريمة ، فليس ثمة ما يفريه بالعدول عنها^(١) .

ونستطيع أن نقيس الشروع في جرائم التعازير بالشروع في جرائم الحدود والقصاص ، فنقول : إن القواعد العامة التي تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير ، ولووردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط ؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم الهامة يسرى على غيرها .

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط ، وهي عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص ، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص فهو « من بلغ حداً في غير حد » 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 خصوصاً وأن التعازير غير مقدرة ، وللقاضى حرية واسعة في تقدير العقوبة من بين حديها 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 .

٢٥٢ - أثر عدول الجاني عن الفعل : إذا شرع الجاني في ارتكاب الجريمة فإما أن يتمها وإما أن لا يتمها ، فإذا أتمها 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 الذى عدل مختاراً عن إتمامها ، وفي حالة العدول

إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة ، كأن يكتفى الجاني بما فعل ، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات ، أو يرى أن يعاود الكرة في وقت آخر مناسب ، أو يخشى أن يراه أحد ، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجاني وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله .

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجاني على ذلك كأن يضبطه الجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة ، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجاني في شيء ، ما دام أن الفعل الذي أتاها يعتبر معصية .

وإذا عدل الجاني عن إتمام الجريمة لأي سبب غير التوبة ، فهو مسئول عن الفعل كلما اعتبر الفعل معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، فمثلاً إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه ، ثم عدل عن دخوله ؛ لأنه رأى الحارس يمر في هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث ، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً ؛ لأنه 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 ؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة ؛ ولأن ما وقع منه فعلاً يعتبر معصية ، فالتنقب معصية ، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية ، وكسر باب منزل الغير معصية ، أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأي سبب وعاد ، فإنه لا يعاقب ؛ لأن ما فعله لا يعتبر اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يعتبر معصية ، وإذا لم يعتبر الفعل معصية فلا عقاب .

٢٥٣ - المبرور للتوبة : أما إذا كان سبب عدول الجاني عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله ، فإن الجاني لا يعاقب على ما فعل ، إذا كانت الجريمة هي جريمة الحرابة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] . 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 .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة للجريمة الحاربة^(١) إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب ، فإنهم اختلفوا في أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة ولهم في ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد ، ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة ، وجبتهم في ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة ، وجريمة الحاربة هي أشد الجرائم ، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحاربة من الجرائم وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها ﴾ [النساء : ١٦] . وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة في قوله تعالى : ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ [المائدة : ٣٩] وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ، وقال الرسول في ما عجز لما أخبر بهربه : « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » .

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله ، أي أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب ، وأن لا تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب ، ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطاً آخر ، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل ، وهذا الشرط

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقاً للجماعة أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة فالمحارب 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 حداً ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتل .

يقتضى مضي مدة يعلم بها صدق التوبة ، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل^(١) .

ويترب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عن يعدل عن إتمام جريمته تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة ، أما الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا يؤدي العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة .

النظرية الثانية : وهي نظرية مالك وأبو حنيفة وبعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد ، ومجل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا في جريمة الخرابة للنص الصريح الذي ورد فيها ؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فأنه أمر بجلد الزاني والزانية فقال : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] فجعل الجلد عاماً للتائبين وغير التائبين ، وقال تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بجرم ماعز والغامدية وقطع الذي أقر بالسرقة وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم ، وقد سمى الرسول فعلهم توبة فقال في حق المرأة . « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة ، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبهاً بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطاً لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد في الأرض ، أما المجرم العادي فهو شخص مقدور عليه دائماً فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة ، بل إن العقوبة هي التي تزجره عن الجريمة ، وفضلاً عن ذلك فإن القول بأن

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ - المغني ج ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧

«التوبة تسقط العقوبة يؤدي إلى تعطيل العقوبات ؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة^(١)».

ويترب على هذه النظرية أن عدول الجاني عن إتمام جريمته تأثبا راجعا إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما اعتبر فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهى نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الخابلة ، وعندها أن العقوبة تطهر من المعصية ، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة فى الجرائم التى تمس حق الله ، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته إلا إذا وأى الجاني نفسه أن يتطهر بالعقوبة ، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته^(٢) .

ويترب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تأثبا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حق الله ، أى حقاً من حقوق الجماعة ، ما لم يطلب الجاني نفسه أن يعاقب ، أما إذا كانت الجريمة تمس حقاً للأفراد فلا تسقط العقوبة .

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية هى أن توبة الجاني لا تسقط العقوبة . وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه ، ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجاني إذا عدل مختاراً عن إتمام الجريمة ، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى ، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة . و بعض القوانين الوضعية لا تحلى الجاني من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختاراً كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى .

٢٥٤ — الشروع فى الجريمة المستحيز : — ليس فى أقوال الفقهاء ما يشير

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ - أثنى الطالب ج ٤ ص ١٥٦ - المغنى ج ١٠ ص ٣١٦ .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة . والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين .
الوضعية هي التي يستحيل وقوعها إما لعدم صلاحية وسائلها ، كمن يطلق على آخر
بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة ، وإما لانعدام
موضوعها ، كمن يطلق عيارا على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعي ومناقشتهم
في القرن الماضي ، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها ، و بعضهم لا يرى
ذلك . أما اليوم فقد اتجه الرأي إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب
المضاد وهو المذهب الشخصي ، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته ،
فتي كانت الأفعال التي أتاها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شائع في الجريمة
وتجب عليه عقوبة الشروع .

ورأى أصحاب المذهب الشخصي في الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام
الشريعة الإسلامية ، إذ يستوى في الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة
لوسائلها أو موضوعها والغاية منها ، فإن ذلك كله لا ينفي مسئولية الجاني إن كان
ما فعله معصية ، ولا شك أن محاولة الجاني الاعتداء على المجنى عليه هي في ذاتها
معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك ،
وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع ؛ لأن المحاولة
في كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة ، وما دامت النية الجنائية
قد ظهرت وتجسدت في أفعال خارجية أتى بها الجاني بقصد تنفيذ جريمته فهو جاني
يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية ، وإذا كان الفعل لم يلحق أذى
فعلا بالمجنى عليه ، أو كانت الجريمة قد استحالت تنفيذها ، فإن ذلك أمر يترك
تقديره للقاضي ، فيعاقب الجاني بالعقوبة التي تتلاءم مع قصده وخطورته
والظروف التي أحاطت بتنفيذ جريمته .

الفصل الثاني

الاشتراك في الجريمة

٢٥٥ - صور الاشتراك : قد يرتكب الجريمة فرد واحد ، وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم في تنفيذها ، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها ، وصور المساهمة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجاني 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 يعتبر مشتركا في الجريمة سواء اشترك ماديا في تنفيذ الركن المادي للجريمة أو لم يشترك ماديا في تنفيذه .

ولتمييز بين من يشترك ماديا ومن لا يشترك في تنفيذ الركن المادي للجريمة يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادي شريكا مباشرا ، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكا متسببا ، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر في الجريمة ، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس هذه التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادي للجريمة فهو شريك في المباشرة ، وأن الثاني يتسبب في الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولاكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادي فهو شريك بالتسبب^(١) .

ولعل في التفريق بين الشركاء المختلفين على الوجه ما يزيل اللبس الذي يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها ، ولعل رجال القانون في مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

٢٥٦ - اهتمام وإهمال : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر ، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب ، ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان : -

العلة الأولى : - إن الفقهاء كما ذكر من قبل^(١) قصروا مهمهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة وهى جرائم الحدود والقصاص ، لأنها جرائم ثابتة لاتقبل التغيير والتعديل ، ولأن عقوباتها مقدرة لاتقبل الزيادة أو النقص أما جرائم التعزير فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة ، لأنها فى الغالب جرائم غير ثابتة ، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة فهى تقبل الزيادة والنقص .

العلة الثانية : - إن القاعدة العامة فى الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باثر الجريمة دون التسبب ، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبى حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس ومادونها أى جرائم القتل والجرح ، وحجتهم فى ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب ، وأنها تقع كثيرا بالتسبب ، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على التسبب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر ويقتصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين ، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة .

ويترب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك فى جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة ؛ لأن العقوبة المقدرة لاتقع إلا على الشريك المباشر فقط ، فجريمة الاشتراك بالتسبب هى من جرائم التعازير فى كل حال سواء اشترك الشريك المتسبب فى جريمة من جرائم الحدود والقصاص ،

أو اشترك في جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر ، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب ، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر ؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع ، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب ؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص ، وإنما يعزر ، فجزيمته دائماً من جرائم التعازير ، ولو أنه اشترك في جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالاً كلياً ، بل تعرضوا له أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونه أي جرائم القتل والجرح ؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة وإما بالتسبب ، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وما ذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك ، وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لا تختلف في مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب في أحدث القوانين الوضعية .

٢٥٧ - شروط الاشتراك العامة : - والاشتراك سواء كان مباشراً

أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توفرهما لاعتبار الاشتراك جريمة وهذان الشرطان هما : -

أولاً - أن يتعدد الجناة ، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر ، ولا غير مباشر .

ثانياً - أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه ، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقباً عليه فليس هناك جريمة وبالتالي لا اشتراك .

المبحث الأول

في الاشتراك المباشر

٢٥٨ - اشتراك المباشرين : - الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد في حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى ، وهو مانسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى في الجريمة ، ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبب ويعملون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبب لا يباشر ركن الجريمة المادى بنفسه ، وعلى هذا يعتبر مباشرا للجريمة : -

أولا - من يرتكبها وحده أو مع غيره ، فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة ، وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة في القتل فأطلق كل منهم عيارا على الجنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل ، وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر في حالتى التوافق والتماثل : يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر في حالة التوافق وبين مسئوليته في حالة التماثل ، ففي حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط ، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره ، كشخصين ضربا ثالثا فقط أحدهما يده وقطع الثانى رقبته ، فيسأل الأول عن القطع ، ويسأل الثانى عن القتل ، أما في حالة التماثل فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة ، كما هو الحال في المشاجرات التى تحدث فجأة ، فيجتمع لها أهل المتشاجرين

دون اتفاق سابق ، و يعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة ، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافق ، ولكن كلامهم لا يسأل إلا عن فعله فقط ، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التماثل فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعاً قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين ، ويتعاونون أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه ، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث ، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضر به أحدهما بسكين فقطع إصبع يده ، وذبحه الثاني ، فإنهما يعتبران متماثلين على جريمة القتل ، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التماثل .

ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتماثل ، فحكمهما عنده واحد ، والجاني لا يسأل في الحالين إلا عن فعله فقط^(١) . أما بقية الأئمة فيفرون بين التوافق والتماثل على الوجه الذى سبق بيانه^(٢) ، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة^(٣) .

متى يعد الجانى شريكاً مباشراً ؟ - يعد الجانى شريكاً مباشراً كلما أتى فعلاً يعتبر به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة ، وهو يعتبر كذلك كلما أتى فعلاً يعتبر معصية قاصداً به تنفيذ الجريمة ، فهو يعد مباشراً للجريمة كلما اعتبر شارعاً فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم ؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على اعتباره شريكاً مباشراً ، وإنما أثره قاصر على العقوبة ، فإن تمت الجريمة وكانت حداً وجبت عقوبة الحد ، وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١١٤ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ -

تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٥١ ، ١٥٢ - حاشية البيجورى على المنهاج ج ٤ ص ١٤٠ - الإقناع ج ٤ ص ٧١ .

(٣) المنى ج ٩ ص ٣٦٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ - المهذب ج ٢ ص ٧١٦ .

فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالمعقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام.

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية في الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصي في القوانين الوضعية^(١)، وهي النظرية السائدة في معظم القوانين والتي يتجه إليها معظم الشراح، ونزيد هنا أن نظرية الشريعة في الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذي قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهي تتفق مع ما تأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصري.

ثانياً : - يعتبر مباشراً للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة في يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدأ، ولكنهم يختلفون في تطبيقه فمن يأمر شخصاً غير مميز أو شخصاً حسن النية بقتل آخر فيقتله فإن الأمر يعتبر فاعلاً مباشراً للجريمة عند مالك والشافعي وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادى لأن المأمور كان أداة في يد الأمر يحركه كيف يشاء^(٢). أما أبو حنيفة فلا يعتبر الأمر مباشراً إلا إذا كان أمره إكراهاً للمأمور فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشراً ولا يأخذ حكم المباشر^(٣).

واعتبار الشريك بالتسبب مباشر هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بها، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الأمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل

(١) راجع الفقرة ٢٥٠

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦، ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح

الكبير ج ٩ ص ٣٤٤ - المغني ج ٩ ص ٣٣١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

الجبرية باعتباره فاعلاً أصلياً لاشريكاً للفاعل^(١). أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصرى يعتبر الأمر شريكاً كما هو ظاهر النص ، ولكن المحاكم المصرية لاتزال مع ذلك على اعتبار الشريك المتسبب مباشراً متأثرة فى هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها ، فكان المحاكم المصرية تأخذ اليوم فى هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

٢٥٩ - عقوبة المباشريين : القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده ، فعقوبة من اشترك مع آخرين فى مباشرة جريمة هى نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده ، ولو أن الجانى عند التعدد لا يأتى كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠ - أثر ظروف المباشرة على العقوبة : وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة . والأصل فى ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل ، وقصد الفاعل ، فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء ، وبالنسبة للثانى دفعا لوسائل أى دفاعاً شرعياً . وبالنسبة للثالث تأديباً . وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً . وأحدهم عاقلاً . وقد يكون أحدهم عامداً . وأحدهم مخطئاً وكل هذا يؤثر على العقوبة ، فمن كان فى حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب ، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه ، بخلاف العاقل المميز ، ومن كان مخطئاً نزلت عقوبته عن عقوبة العاقل .

٢٦١ - هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟ : - القاعدة فى

(١) راجع المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون العقوبات المصرى الصادر فى سنة ١٨٨٣

الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة في الفعل ، أو لصفة في الفاعل أو لقصد الفاعل ، فإن عقوبة الشريك الآخر الذي لم تتوفر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده . فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله ، فمات من الجرحين ، فإن الجاني الأول يعفى من العقاب ؛ لأن وجوده في حالة دفاع شرعى أباح له الفعل ، ويعاقب الثانى بعقوبة القتل العمد ؛ لأن فعله عدوان متعمد ، ولا يؤثر على عقوبته أنه اشترك في القتل مع من يباح له القتل ؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة في فعله لم تتوفر في فعل الثانى وإذا اشترك مجنون مع عاقل في ارتكاب جريمة أعفى الأول من العقوبة لجنونه ، وعوقب الثانى بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون الإعفاء الأول أثر على عقوبة الثانى ، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توفرت في الأول ولم تتوفر في الثانى . والأب حين يشترك مع غيره في قتل ولده لا يقتص منه ، ولكن الغير يقتص منه ؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة في الأب وهى صفة خاصة به لا تتوفر في شريكه فلا يستفيد منها الشريك . والعامد والخطئ إذا اشتركا في جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده ، فعلى العامد عقوبة العمد ، وعلى الخطئ عقوبة الخطأ ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثانى ؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجاني وهو معنى لا يتوفر في العامد^(١) .

هذه هى 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 هى قاعدة درء الحدود بالشبهات ، كما أن الخلاف محصور في

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٣٩ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - المغنى ج ٩ ص ٣٧٣ ، ٣٧٩ وما بعدها .

الحالات التي يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذي أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين ، كحالة القتل من مخطيء وعامد ومن مدافع ومعتد ، ومن مجنون وعاقل ، ومن صبي وبالغ ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجاني . اختلفوا في هذه الحالات وأمثالها ؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذي أدى للقتل دون فعل شريكه فرأى البعض في قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر ، ورأى البعض أن لا شبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بمقوِّبته المستحقة عليه ، فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية ، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملاً سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده .

ونظرية الشريعة في عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التي أخذ بها قانون العقوبات المصري ، وهي النظرية السائدة في القوانين الوضعية فالقانون المصري ينص على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم . وكذلك الحال إذا تغير الواصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها» (١) .

المبحث الثاني

في الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ - الشراء والتسليم : يعتبر شريكاً متسبباً من اتفق مع غيره على

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري .

ارتكاب فعل معاقب عليه، ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل ، ويشترط في الشريك أن يكون قاصداً بالاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٢٦٣ - شروط الاشتراك بالنسب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالنسب لا يوجد إلا إذا توفرت ثلاثة شروط : أولها - فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها - وسيلة لهذا الفعل وهي اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها - أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المناقب عليه . وسنتكلم على هذه الشروط واحداً بعد الآخر فيما يلي : -

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه ، وأن يقع هذا الفعل ، وليس من الضروري أن يقع الفعل تاماً ، بل يكفي لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تام أى شروعاً معاقباً عليه ، وليس من الضروري أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك ، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك ، وقد يعنى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثانى : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :
أ - الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا^(١) بين التوافق والاتفاق أى التماثل ، فالتوافق هو توافر خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم ، ولا يعتبر الموافقون شركاء بالنسب، وإنما يمكن اعتبارهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق فيقتضى تفاهماً سابقاً على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر ، كما يقتضى اتجاه إرادتهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق فلا اشتراك ، وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

على غير الجريمة التي ارتكبت فليس هناك اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر فلا اشتراك ، ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق مستقلاً ؛ لأنه معصية .

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 الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله ، فقتله الآخر دفاعاً عن نفسه ، فلا مسئولية على المباشر ؛ لأنه كان في حالة دفاع عن النفس ، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة ؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية في ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية للمالك : - ويعتبر مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها شريك مباشر لاشريكاً متسبباً ، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يعن المباشر إذا كان بحيث لم يباشرها غيره بأمرها هو . وهذه نظرية مالك في الشريك المتسبب على الإطلاق سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة^(١) ، ويفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقها عليها غيره من الفقهاء .

ب : التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة ، والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة ، فإذا كان من وجه إليه الإغراء سירתك الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض ، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذي دفع الجاني للجريمة ، وسواء كان للتحريض أثر أو لم

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ .

يكن ، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلا ؛ لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

و يعتبر تحريضا الأمر بالقتل ، والإكراه على القتل ، والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون في وسعه أن يأتي الجريمة أو يتركها ، أما المكره فليس كذلك ؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس في وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة ، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الأمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه ، وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنونا ولم يكن للأمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضا عاديا قد ينتج أثره وقد لا ينتج .

ويفرقون في حالة وجود سلطان للأمر بين المميز وغيره ، فإن كان المأمور غير مميز ولا يمكنه أن يخالف الأمر فهو أداة للأمر ولو أنه باشر الجريمة ، ويعتبر الأمر هو المباشر لها ولا يعتبر في هذه الحالة شريكا بالتسبب^(١) .

ويرى مالك أن المحرض إذا حضر في محل الجريمة أثناء مباشرتها يعتبر فاعلا أصليا سواء ساعد المباشر أو لم يساعده ، بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

ج - الإغاثة :- يعتبر شريكا في الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل ، فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يعتبر معينا له ، ومن يستدرج الجاني عليه لحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦ ، ٢١٨ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الفقى

ج ٩ ص ٣٣١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠

أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجاني أو الجناة في نقل المسروقات يعتبر معيناً لهم .

ويميز الفقهاء بين المباشر والمعين ، فالمباشر هو الذى يأتى الفعل المحرم أو يحاول إتيانه ، أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولا يحاول مباشرته ، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا تعتبر تنفيذا لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم من أمسك إنساناً ليقتله ثالث ، فرأى البعض أن المسك شريك معين وليس مباشراً للقتل ، وهو رأى أبى حنيفة والشافعى ، ورأى فى مذهب أحمد ، وحجتهم أن المسك إذا كان تسبب بفعله فى القتل إلا أن الآخر هو الذى باشره ، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يمكن ملجئاً . ورأى البعض أن المسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل ، وهذا رأى مالك والرأى الثانى فى مذهب أحمد ، وحجتهم أن القاتل باشر القتل والمسك تسبب فيه . وأن المباشر والسبب تساويا فى إحداث نتيجة الفعل وهى القتل . ولم يكن فى الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين ^(١) .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى اعتبار هذا معينا وذاك مباشرا ، فلا خلاف بينهم فى تعريف للمعين والمباشر ، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التى تبين الطريقة التى ارتكبت بها الجريمة ، وهل هى المباشرية أو التسبب ^(٢) . هذه القواعد تلخص فى أن المباشرية إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :- الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرية ، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرية عدوانا ، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة . الثانية : أن تتغلب المباشرية على السبب ، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرية

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

عمل السبب ولم يكن السبب سبباً ، كمن ألقى بآخِر في لجة لا تستطيع النجاة منها فلقية ثالث في اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة ، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإِ كراه على القتل . فإن المكروه هو الذى يحرك المباشرة ويحمّله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثانى شيئاً ، ولولا فعل الثانى ما أدى الإِ كراه للقتل . فالخلاف واقع فى تطبيق هذه القواعد لا فى غيرها . إذ المسك يعتبر متسبباً فى القتل والثانى مباشراً له ، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب . فمن اعتبر المسك شريكاً مباشراً فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما ، ومن اعتبر المسك شريكاً بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب ، وأن عمل المسك يعتبر إعاقة على القتل لا مباشرة له .

ويعتبر مالك المعين شريكاً مباشراً فى حالة التماثل على الجريمة ، أى فى حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث ، أو كان على مقربة منه ، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة ، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به . فهو شريك بالتسبب فقط . أما بقية الفقهاء فيعتبرون المعين شريكاً بالتسبب فى كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة الشرط الثالث : - أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه : - ويشترط أن يقصد الشريك من اتفائه أو تحريضه أو عونته وقوع جريمة معينة ، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك فى كل جريمة تقع مادامت تدخل فى قصده المحتمل ، فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما ، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجانى غيرها فلا اشتراك ، فمن أعطى إنساناً فأساء ليعزق بها أرضه فقتل بها آخر فلا يعتبر أنه أعان القاتل على القتل ، ومن حرّض إنساناً على ضرب آخر فأنتف زراعته لا يعتبر شريكاً فى جريمة الإِ تلاف . على أن عدم

مستولية المحرض باعتباره شريكاً لا يمنع من مسئوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها ؛ لأن التحريض في ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤ - عملة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يعتبر الاشتراك

موجوداً إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة ، فإذا كانت وسيلة الاشتراك هى الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق ، فإن لم تكن الجريمة نتيجة للاتفاق فلا اشتراك ، وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة للتحريض ، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر في نفس المباشرة فلا اشتراك ، ويجب أن يكون بين الإغانة ووقوع الجريمة علاقة السببية ، فمن استدرج إنساناً إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل في المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله ، ثم جاء الجاني بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى الجاني عليه وقتله في منزله ، ففي هذه الحالة لا يسأل المعين باعتباره شريكاً لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة . وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإغانة باعتبارها معاصي أى جرائم مستقلة بذاتها ، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التي قصدت منها .

٢٦٥ - هل يكون الاشتراك بعمل سلبى : - وسائل الاشتراك هى

الاتفاق والتحريض والإغانة والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض . أما الإغانة فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية ، كمن رأى جماعة يسرقون منزلاً فسكت عليهم ، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه ، أو رأى رجلاً يلقى بصغير لا يحسن العوم في نهر فلم يمنعه ولم ينقذ الصغير ، فهل يعتبر السكوت في هذه الأحوال وأمثالها إغانة يؤخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون في هذه الحالات وأمثالها إغانة لمن باشر الجريمة ؛ لأن السكوت وإن أمكن اعتباره عوناً من الناحية

الأدبية إلا أنه لا يمكن اعتباره اشتراكا بالتسبب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية ، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر ، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة ، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها . والسكوت على المجرمين فى حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها ، السكوت فى 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 سببية التى يجب توفرها بين عون المعين ووقوع الجريمة . ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأى ، ويفرقون بين القادر على منع الجريمة ، ومن لا يقدر على منعها ، فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فهو مسئول جنائيا عن سكوته ، ويعتبر مشاركا فى الجريمة ومعينا للجناة ، وأما من لا يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت ، ولا يعتبر معينا على الجريمة حيث لم يكن فى إمكانه أن يفعل شيئا ، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها^(١) .

٢٦٦ - عمول 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 فى حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت؛ لأن ما حدث منه لم يكن سببا فى وقوع الجريمة ، أما فى حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب ، إلا إذا أثبت 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 باعتبار كل منهما معصية فى ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية .

٢٦٧ - عقوبة الشريك المنسحب : - القاعدة فى الشريعة أن العقوبات

المقدرة جعلت لمباشر الجريمة دون الشريك المتسبب ، وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك ، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون ، وإنما يعاقب بالتعزير

والعلة فى اختصاص هذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة ، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يعتبر شبهة تدراً عنه الحد ؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرماً وأقل خطراً من مباشر الجريمة ، ومن ثم لم تستوعب عقوبتهما .

لكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله فى حكم المباشر ، كالوكان المباشر مجرد أداة فى يد الشريك المتسبب فإن الأخير يعاقب فى هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص ؛ لأنه يعتبر شريكاً مباشراً لا شريكاً متسبباً .

وقد عرفنا نظرية مالك التى تعتبر الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكاً مباشراً إذا حضر تنفيذ الجريمة ، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو ، أو اشترك مع غيره فى تنفيذها . وبمقتضى هذه النظرية يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما اعتبر شريكاً مباشراً .

أما جرائم التعازير فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين : —

١ — فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص وجب أن لا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب ، ووجب أن تجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول ، ويمكن تعليل هذا رأى بأن القواعد التى تنطبق على جرائم الحدود والقصاص ، هى نفس القواعد التى تنطبق على جرائم التعازير فى الغالب ، وأن الشريك المتسبب أقل خطراً وأخف جرماً من الشريك المباشر ، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ — وإذا قلنا : إن القاعدة الخاصة 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 الذى نرجحه ؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية ، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى ، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها ، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والجرم ، كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة ، وما دامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب ، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترب على هذا رأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر ، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها ؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين فى الغالب ، وللقاضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعى فى التقدير ظروف الجرم والجريمة ، فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه ، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب 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 تقضى بالتسوية بينهما .

٢٦٨ - أفض الشريك بقصده المسمى . - ويسأل الشريك المتسبب

عن الجريمة التى ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التى قصدها الشريك المتسبب ، مادامت الجريمة التى وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه ، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة ، فمن حرض شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاة ، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد ؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ جريمة

الضرب ، وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتريده أو شللها فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه ؛ لأن هذان 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) .

فأما من جهة الفعل ، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذي قصده الشريك المتسبب ، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير ، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التي بينها^(٢) . وإذا ارتكب المباشر فعلاً غير الذي قصده الشريك المتسبب فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلًا في قصده المحتمل .

وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته ، فإن الشريك المتسبب لا يتأثر بشيء من هذا ؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى في الشريك المباشر لا يتوفر في الشريك المتسبب ، فإذا كان الشريك المباشر صبيًا أو مجنونًا فلا عقاب عليه ، وعلى الشريك المتسبب العقاب ، وإذا كان الشريك المباشر معتادًا على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب ، وإذا كان الشريك المباشر صغير السن ، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفًا لقصد المباشر ، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها .

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

ويراعى دائماً في كل الحالات أن هناك فرقاً بين عقوبة الشريكين في جرائم الحدود والقصاص .

٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المتسبب صفات خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة فإنها تسرى عليه ، فإذا كان عائداً شددت عقوبته ، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته ، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أعفى من العقوبة ، وإذا كان للشريك المتسبب الحق في إتيان الفعل فحرض غيره عليه ، كأن حرضه على تأديب ولده ، أو تلميذه ، أو زوجته ، فالفعل يعتبر جريمة بالنسبة للمباشر ، ولا يعتبر بالنسبة للشريك المتسبب ؛ لأنه لو مباشر الفعل بنفسه لما اعتبر مجرمًا ، وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط .

٢٧١ - بين الشريعة والقانون : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية في تعريف الاشتراك بالتسبب ، وشروط هذا النوع من الاشتراك ، ووسائل الاشتراك ، ووجوب توفر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة .

وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التي يأخذ بها القانون البلجيكي اليوم ، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصري في القتل العمد

وتتفق نظرية الشريعة في عقوبة الشركاء في جرائم التهذيب مع النظرية التي أخذ بها القانون المصري والقانون الفرنسي في معظم الجرائم ، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتتفق 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 تنفع الجريمة المقصودة :-

القاعدة العامة في الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوي المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم ، وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ، ما لم تعمل به أو تكلم » .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر في الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه ، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة ، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل في الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها وإعانة الجرم على جريمته ، كل ذلك يعتبر بذاته جريمة مستقلة ، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وهو يعتبر جريمة من وجهين : أولها : أن الشريعة تحرم الأمر بالمعكر والاتفاق والإعانة عليه ، والجرائم هي أشد المنكرات وأكبرها في الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها يؤدي إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم ، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى الحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة ؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته ، فإذا وقعت الجريمة المقصودة اعتبر المتفق أو الحرض أو المعين شريكاً بالتسبب فيها وكان عليه عقوبتها طبقاً للقواعد التي بينها فيما سبق .

و ينبني على ما سبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه في الشريعة ، وأن الاتفاق الجنائي على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائج المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة في العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدأها في عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول ، فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوي إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض ، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة ، فأصبح كل منهم أهلاً للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره في عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة في أحد المبدأين وتخالفها في الآخر ، فتتفق القوانين مع الشريعة في أن لا عقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل ، ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات ، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار ، وتخفيفه في الجرائم العمدية التي لم يصحبها سبق إصرار ، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثاني فتخالف فيه القوانين الشريعة ، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة ، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة ، سواء وقعت تامة أو لم تتم ، علماً أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ في كثير من الحالات ، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية باعتبارها جرائم مستقلة ، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها ، ومن هذا القبيل ما نص عليه قانون العقوبات المصري في المادة ٤٧ منه ، وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه القوانين الوضعية ، هو أخذ بنظرية الشريعة التي تمتاز بأنها أدق منطقاً وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة ، فمن وجهة المنطق إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرماً لذاته أو غير محررم ، فإن كان محرماً لذاته فقد وجب العقاب عليه سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وإن كان غير محررم لذاته فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة ؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير

محرم ؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره ؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئاً ما ، بعد الاتفاق والتحريض والإياعة ، وقد اعتبرناها غير محرمة 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 الاتفاقات الجنائية .

الباب الثالث

الركن الأدبي

٢٧٣ - موضوع البحث : سنتكلم في هذا الباب على موضوعين : أولهما المسؤولية الجنائية . وثانيهما - ارتفاع المسؤولية الجنائية . وسنخصص لكل موضوع فصلاً خاصاً .

الفصل الأول

في المسؤولية الجنائية

٢٧٤ - موضوع البحث : سنتكلم في هذا الفصل على أساس المسؤولية الجنائية ، وعلى محل المسؤولية الجنائية ، وعلى سبب المسؤولية ودرجاتها ، ثم على قصد العvisيان أو القصد الجنائي ، وعلى أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسؤولية . وعلى أثر الرضاء على المسؤولية ، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسؤولية وسنخصص لكل موضوع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

في أساس المسؤولية الجنائية

٢٧٥ - عرصة : اربخى للمسؤولية الجنائية :

أولاً : في القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية في المصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية تجعل الإنسان والحيوان بل الجماد محلاً للمسؤولية

الجنائية ، وكان الجمد يعاقب كالحيوان على ما نسب إليه من أفعال ضارة ، كما يعاقب الإنسان على ما ينسب إليه من أفعال محرمة ، وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء ، ولم يكن الموت من الأسباب التي تعفى الميت من المحاكمة والعقاب ، ولم يكن الإنسان مسئولاً جنائياً عن أعماله فقط ، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالماً بعمل هذا الغير ، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير فكانت العقوبة تتعدى المحرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وهم البراء من جنائته .

وكان الإنسان يعتبر مسئولاً جنائياً عن عمله ، سواء أكان رجلاً أو طفلاً مميزاً أو غير مميز ، وسواء كان مختاراً أو غير مختار ، مدركاً أو فاقد الإدراك .

وكانت الأفعال المحرمة لاتعين قبل تحريمها ، ولا يعلم بها الناس قبل مواخذتهم عليها ، وكانت العقوبات التي توقع غير معينة في الغالب ، يترك للقضاة اختيارها وتقديرها ، فكان الشخص يأتي الفعل لم يحرم من قبل ، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب ، ولو لم يكن عوقب أحد من قبل على هذا الفعل ، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل ، وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافاً ظاهراً ؛ لأن اختيار نوعها وتقدير كمها متروك للقاضي فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط .

هذه هي بعض المبادئ البالية التي كانت القوانين الوضعية تقوم عليها ، وهي مبادئ ترجع في أساسها إلى نظرية المسئولية المادية التي كانت تسيطر على القوانين الوضعية ، والتي تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجاني والجناية ، وبين الجاني وغيره من أهله والمتصلين به ، ولا تحسب حساباً للملكات 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 .

فزعزت هذه الأوضاع الجائرة ، وأخذت تحمل محلها من ذلك الحين 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 وفاقد الإدراك ، وأصبح من المبادئ الأساسية فى القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، وأن لا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين ، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها .

ثانياً - فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئاً قليلاً عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطأ ، إن كل هذه المبادئ الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، قد عرفتها الشريعة من يوم وجودها ، وإنها من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها الشريعة . فالشريعة لا تعرف محلاً للمسئولية إلا الإنسان الحى المكلف ، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلاً للمسئولية .

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يعفى منه الرجال لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ [النور : ٥٩] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يصحو ، وعن المجنون حتى يفيق » .

والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل : ١٠٦] وقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة : ١٧٣] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية : ﴿ ألا تزرر وازرة وزر أخرى

وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴿ [النجم : ٣٨ ، ٣٩] فلا يسأل الإنسان إلا عن جانيته ، ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به .

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية أن كل ما لم يحرم فهو مباح ومن عقاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، أما ما قبل ذلك فيدخل في قوله تعالى : ﴿ عفا الله عما سلف ﴾ .

وليس للقضاة في الشريعة الإسلامية أى شىء من الحرية في اختيار العقوبة أو تقديرها في جرائم الحدود والقصاص ، أما في التعازير فلهم حرية مقيدة ، لهم أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والجرم ، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التي وضعها أولو الأمر .

هذه هي المبادئ الحديثة التي ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها في القرن الماضي ، قد عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية باثني عشر قرناً ، ومن المؤلم حقاً أن يحفل أكثر رجال القانون في البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية ، وأن يخيل إليهم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هي أول ما استحدثت هذه المبادئ التشريعية .

٢٧٦ - نظرية المسؤولية الجنائية في الشريعة والأسس التي تقوم عليها :

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة أو عقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير ذلك من الاعتبارات التي تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها ، والأفعال التي تمس مصالح الأفراد تنتهي بمساس مصلحة الجماعة ونظامها ، فالأفعال التي تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها والعقوبات التي تفرض على

هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها^(١).

والأفعال التي تحرم لا تحرم لذاتها ؛ لأن من هذه الأفعال ما قد يستفيد منه الفاعل ويعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة . فإنها تعود على الجاني بالسلب وكالزنا فإنه يعود على الزاني باللذة وإطفاء الشهوة ، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار ، فهناك فوائد محققة تعود على الجاني من ارتكاب الجريمة ، ولكن هذه الفوائد التي قد يصيبها الجاني من جريمته تؤدي إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وانهلال نظامها ، ولتلافى هذه النتائج حرمت هذه الأفعال ؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظاً لنظامها من التفكك والانهلال .

والأفعال المحرمة بعضها يعتبر بطبيعته جريمة ؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا ، وبعضها لا يعتبر بطبيعته جريمة ولم يحرمه الشارع ، لأنه يمس الشرف أو يؤذي الأخلاق ، وإتمامه ؛ لأن في إباحتها إضرار بالجماعة كتحریم حمل السلاح ، وتحریم الانتقال من محل موبوء بمرض معد إلى محل غير موبوء ، وتحریم 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 بصوالحها ونظامها ، ولما كانت العقوبة هي أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام ، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها ، ومثل العقوبة في هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة في حماية الجماعة من الإجرام والجورسین .

وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية ، فإن كل ضرورة تقدر بقدرها ، فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغي لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها ، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام .

وتعتبر العقوبة محققة لمضاحجة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط ،
وهي تعتبر كذلك كلما توفرت فيها العناصر الآتية : —

١ — أن تكون العقوبة بحيث تكفي لتأديب الجاني وكفه عن معاودة
الجريمة ، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة
لشخصية الجاني وأن يقدر كمية العقوبة التى يراها كافية لتأديبه وكف أذاه ،
وهذا يقتضى تنوع العقوبات ، وتعددتها للجريمة الواحدة ، وجعل العقوبات ذات
حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى
العقوبة الأدنى والأعلى ^(١) .

٢ — أن تكون العقوبة كافية لزرع الغير عن ارتكاب الجريمة بحيث
إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد
على ما يعود عليه من نفع الجريمة . وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات
وحدودها العليا بحيث تنفر من الجريمة .

٣ — أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة ، بحيث تكون العقوبة
على قدر الجريمة ، فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كمعقوبة السرقة العادية
ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ . ولقد
عاقبت الشريعة مثلاً على السرقة بقطع اليد ، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع
اللسان ، ولم تعاقب على إتلاف الزنا بالخصاء ، وعاقبت على القتل العمد بالانفصاف
ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقصاص .

٤ — أن تكون العقوبة عامة بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على
من ارتكبها ، فلا يعفى منها أحد لمركزه أو شخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات .
والعقوبة التى تتوفر فيها العناصر السابقة هى العقوبة العادية ، ولا يصح أن
تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار ، فإذا لم يكن الجاني مدركاً

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم إلا جرائم الحدود والقصاص وقد بينا
علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢ .

أو مختاراً فلا عقاب كفاعة عامة ، فالجنون لا يقتص منه إذا قتل غيره ، ولا يجلد إذا زنا وهو غير محصن ، وكذلك الصغير الذي لم يميز ، ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية نفسها بالوسائل التي تراها كافية أو ملائمة . فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الافتصاص منه إذا قتل فإنه يمكن أن يوضع في ملجأ ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات والجنون إذا لم يمكن عقابه ، فإن من الممكن حماية الجماعة من شره بوضعه في مستشفى ، وهكذا إذا امتنع عقاب الجاني بالعقوبات العادية ، وكان من الضروري اتقاء شره وحماية الجماعة منه ، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل ما تحمى به نفسها من شر الجاني ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه ، كأن تضعه في ملجأ أو مستشفى أو مدرسة إلى أمد محدود أو غير محدود بحيث لا يخرج منه إلا إذا أمن شره أو صاح حاله ، وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعتبرها الشريعة تعازير فحى عقوبات ولكنها غير عادية أو هي عقوبات خاصة . والمقصود منها أساساً حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضاً التأديب وإصلاح الجاني كما في حالة الصغار .

ويعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادي بأن الله جل ثناؤه وتقدست أسماؤه خلق العباد وخلق الموت والحياة ، وجعل ما على الأرض زينة لها ليلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملاً ، وأنه هياً لهم أسباب الابتلاء في أنفسهم وفي خارج أنفسهم ، فأما في أنفسهم فقد خلق لهم العقول ، والأسماع ، والأبصار ، والإرادات ، والشهوات ، والقوى ، والطبائع ، والحب ، والبغض ، والميل ، والنفور ، والأخلاق المتضادة المتقتضية لآثارها اقتضاء السبب لمسيبه ، وأما في خارج أنفسهم فقد خلق لهم المنافع والمعاني التي تحرص النفوس عليها وتتنافس في الوصول إليها ، كما خلق لهم من المعاني والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها ، ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعي أنفسهم وطبائعهم ، بل ركب في فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها ، ولم يكتف

بمجرد ذلك حتى عرفهم به مفصلاً على السنة رسله ، وقطع معازير الناس بأن أقام على صدق رسله من الأدلة والبراهين ما لا يبقى معه لهم عليه حجة ؛ ليهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حي عن بينة ، وصرف لهم طرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال ، ومكنهم من القيام بما أمرهم به وترك ما نهاهم عنه غاية التمكن وأعانهم عليه بكل سبب ، وسلطهم على قهر طباعهم ، وأرشدهم إلى التفكير والتدبر وإيثار ما تقتضيه عقولهم ، وأكمل لهم دينهم وأتم عليهم نعمته بما أوصله إليهم على السنة رسله من أسباب العقوبة والثوبة والبشارة والنذارة والرغبة والرهبة ، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه في دار الدنيا ليكون علماً وأمانة لتحقيق ما أخره عنهم في دار الجزاء والثوبة ويكون العاجل مذكراً بالآجل . وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعاتهم ونظامهم ، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطاعهم ويرد عدوانهم ويمنع تظالمهم ، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئاً ، وإن عصوا فقد حقت عليهم العقوبة بعصيانهم وعدوانهم ، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب ، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارين مدركين^(١) .

أما من لم يكن مدركاً أو مختاراً فلا عقاب عليه ؛ لأن المكلف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهى ، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلاً ، كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصا أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم^(٢) . وسنعرض على القارئ فيما يلي أنموذجاً مما يقوله الفقهاء في تعليل عدم العقاب في هاتين الحالتين ، وهذا

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢١٤ ، ٢١٦ .

(٢) المستصحب للقراني ج ١ ص ٨٣ ، ٨٤ ، ٩٠ — فوائد الرحوت ج ١ ص ١٤٣

وما بعدها و ص ١٦٦ — أصول الفقه للخضري ص ١٠٩ وما بعدها .

القول لأبي الحسن الآمدى صاحب كتاب الإحكام فى أصول الأحكام قال: (١) « اتفق العقلاء على أن شرط المكلف (٢) أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف ، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال ، كالجماد والبهيمة . » ومن وجده أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، ومن كونه الأمر به هو الله تعالى ، وأنه واجب الطاعة ، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا ، كالجنون والصبي الذى لا يميز فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة ، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب ، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأى من يميز التكليف بما لا يطاق ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله . » وأما الصبي المميز وإن كان يفهم مالا يفهمه غير المميز ، غير أنه أيضاً غير فاهم على السكالم ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى ، وكونه متكلاً مخاطباً مكلفاً بالعبادة ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى ، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف ، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف . »

وإن كان مقارناً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة ، فإنه وإن كان يفهم كفهمة 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 تخفيفاً عليه ، ودليله قوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »

« وعلى هذا فالعاقل عما كلف به والسكران المتخبط لا يكون خطابه وتكليفه فى حالة غفلته وسكره أيضاً ، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبي المميز

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ٢١٥ وما بعدها .

(٢) المكلف هو الشخص الذى يوجه إليه الأمر والنهى .

فيما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه ، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله .

« واختلفوا في الملجأ إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسمعه تركه في جواز تكليفه بذلك الفعل إيجاباً وعدمه ، والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حيد الاضطرار ، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه ، كان تكليفه به إيجاباً وعدمه غير جائز إلا على القول بتكليف مالا يطاق وإن كان ذلك جائزاً عقلاً لكنه ممتنع الوقوع سمماً لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والمراد منه رفع المؤاخظة .. وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار فهو مختار وتكليفه جائز عقلاً وشرعاً .

هذه هي نظرية المسؤولية في الشريعة الإسلامية ، وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولهما : - إن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها ، فهي ضرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها . فإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها : إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو ينصاح حاله . ثانيهما : - إن العقوبة العادية لا يستحقها إلا من كان مدركاً مختاراً من المكلفين ، فإذا لم يكن المكلف مدركاً أو مختاراً فلا مسؤولية عليه وبالتالي لا عقاب ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمي نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة الملائمة لحاله وحال الجماعة ، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب .

٢٧٧ - نظرية المسؤولية الجنائية في القوانين الوضعية : وإذا كانت الشريعة

الإسلامية قد عرفت النظرية التي بسطناها من ثلاثة عشر قرناً ولم تعرف غيرها

فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة ، فقبل الثورة الفرنسية كانت المسؤولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية ، ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه ، وبغض النظر عن صفته وحالته ، وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد ، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والجانين .

وبعد الثورة الفرنسية قامت المسؤولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار ويسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى وخلاصته أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار ، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوفر فيه هاتان الصفتان ، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر ويختار بينهما ، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه ، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار ، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع . فأساس المسؤولية هو الإدراك والاختيار ، والعقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع ، وجزاء عادلا على مخالفته .

وبعد أن ساد المذهب التقليدى زمنا ظهر المذهب الوضعى ، وهو قائم على فلسفة الجبر ، وخلاصته أن المجرم لا يأتى الجريمة مختارا ، وإنما يأتىها مدفوعا إليها بعوامل لا قبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجسمى ، وإذا كان الجانى لا خيار له فى ارتكاب الجريمة فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى ، ولكن يمكن عقابه إذا اعتبرت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها ، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار ، مدركا أو غير مدرك ، عاقلا أو مجنونا ، وإنما تختلف العقوبة التى تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته ، وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به .

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين ، ويسمى مذهب الاختيار النسبي ، ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدي ، لأن الإنسان مهما كان اختياره محدوداً فإن لإرادته دخل في الجريمة ، ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى ، وهي أن المشرع أن يحمي الجماعة من إجرام الأشخاص الذين يتمتع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم ، بأن يتخذ معهم إجراءات خاصة مناسبة لحالتهم . وهذا المذهب هو الذي يسود القوانين الوضعية اليوم^(١) .

ويلاحظ أن المذهب القانوني الأخير يؤدي إلى نفس النتائج التي يؤدي إليها مذهب الشريعة الإسلامية ، ولا يفترق عنه إلا في أن نظرية الشريعة أدق منطقاً وأفضل صياغة ، فهي تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة ، وتفرق في تطبيق وسائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار . أما المذهب القانوني فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة ، وهذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدي ، وهو أساس يتعارض منطقياً مع معاقبة غير المسئول ، أو اتخاذ أي إجراء ضده ، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف أمر الشارع ، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة في شيء أن يؤخذ بأى وجه من وجوه المؤاخذه . والشريعة الإسلامية وإن كانت تجعل أساس المسؤولية الجنائية الإدراك والاختيار ، والمدرك المختار مسئولاً كلما خالف أمر الشارع ، وتعتبر فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول ، إلا أنها تجعل العقاب ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع ، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جنائياً بالعقوبة التي تحمي الجماعة منه ، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك .

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عرفت من القرن السابع الميلادي ، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا في القرن العشرين وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه أنه يخالف الواقع .

٢٧٨ - معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة :- معنى المسؤولية الجنائية في الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها ، فمن أتى فعلاً محرماً وهو لا يريد كالمسكر أو المغمى عليه لا يسأل جنائياً عن فعله ، ومن أتى فعلاً محرماً وهو يريد 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 محرماً . ثانيها : أن يكون الفاعل مختاراً . ثالثها : أن يكون الفاعل مدركاً^(١) فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسؤولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها انعدمت .

٢٧٩ - 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 ، فقد كان للمسؤولية الجنائية في ذلك الوقت معنى آخر ، وهو أن يتحمل الفاعل أياً كان نتيجة فعله سواء كان إنساناً أو غير إنسان ، مختاراً أو غير مختار ، مميزاً أو غير مميز ،

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز لأن الفقهاء يجعلون التمييز أدنى درجة من الإدراك .

فكان أغلب القوانين الوضعية تسير الآن في نفس الطريق الذي سلكته الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً .

المبحث الثاني

في محل المسؤولية الجنائية

٢٨٠ - الإنسان محل المسؤولية : ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً ، فقد كان طبيعياً أن يكون الإنسان فقط هو محل المسؤولية الجنائية ، لأنه وحده هو المدرك المختار . أما الحيوان أو الجماد فلا يمكن أن يكون محلاً للمسؤولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار .

ومحل المسؤولية هو الإنسان الحي ، فلا يمكن أن يكون الميت محلاً للمسؤولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره ، ولأن القاعدة في الشريعة أن الموت يسقط التكليف .

وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسؤولية الجنائية ، فإن توفر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسؤول عاقلاً بالغاً مختاراً . فإن لم يكن كذلك فلا مسؤولية عليه ؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركاً ولا مختاراً ، ومن لم يبلغ سنّاً معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار ، وعلى هذا فلا مسؤولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأي سبب آخر ، ولا مسؤولية على مكره أو مضطر .

الشخصيات المعنوية : وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية فاعتبر الفقهاء بيت المال جهة ، والوقت جهة أى : شخصاً معنوياً وكذلك اعتبرت المدارس والملاجئ ، والمستشفيات وغيرها ، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلاً لملك الحقوق والتصرف فيها ، ولكنها لم تجعلها أهلاً للمسؤولية الجنائية ؛ لأن المسؤولية تبنى على الإدراك والاختيار

وكلاهما منعدم دون شك في هذه الشخصيات ، لكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات ، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن ، فإنه هو الذى يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوى .

ويمكن عقاب الشخص المعنوى كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوى كمعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة ، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحذر من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها 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 محلاً للمسئولية الجنائية ، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحى والميت ولا بين المميز وغير المميز ولا بين المختار والمكروه ؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بفض النظر عن فاعلها ، ومن ثم كان العاقل البالغ والصبي غير المميز والمجنون والمعتوه يعاقبون على جرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقليتهم ، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب على ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية . أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التي كانت تقوم عليها القوانين الوضعية فإن هذه القوانين لا تعرف محلاً للمسئولية الجنائية غير الإنسان الحى ، كما أنها تفرق فى حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار ، وبهذا أصبحت فى هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية .

٢٨١ - شخصية المسئولية الجنائية : من القواعد الأولية فى الشريعة

الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ولا يؤخذ امرؤ بجريمة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما . وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل فى كثير من آياته من ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ [الأنعام : ١٦٤] . ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ [فاطر :

[١٨] ، ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ . [النجم : ٣٩] ، ﴿ من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها ﴾ [فصلت : ٤٦] ، ﴿ من يعمل سوءاً يجز به ﴾ [النساء : ١٢٣] . وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقول : « لا يؤخذ الرجل بجريرة أخيه ولا بجريرة أخيه » وحيث يقول لأبي رمثة وابنه : « إنه لا ينجى عليك ولا تجنى عليه » .

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 والخطأ ، وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة ، أى نفس الأساس الذى قام عليه مبدأ شخصية العقوبة ؛ لأن تطبيق هذا المبدأ على دية شبه العمد والخطأ لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدى إلى ظلم فاحش ^(١) .

ومن الفقهاء من لا يعتبر تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة حيث يرى أنه ليس في إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجاني ، إنما الدية على القاتل . وأمر هؤلاء بالدخول معه في تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنائته ، وقد أوجب الله في أموال الأغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه ، بل على وجه المواساة ، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك ، وأمر ببر الوالدين ، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة وإصلاح ذات البين ، فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطأ على جهة المواساة من غير إجحاف بهم وبه ، وإنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم وأربعة مؤجلة ثلاث سنين . فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق ، وقد كان تحمل الديات مشهوراً في العرب قبل الإسلام ، وكان ذلك مما يعد من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « بعثت لأتمم مكارم

الأخلاق» فهذا فعل مستحسن في العقول مقبول في الأخلاق والعادات^(١) . وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ شخصية المسؤولية الجنائية ، فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره ، ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن ، والمتتبع لنصوصها يجد خروجاً على هذا المبدأ في كثير من الحالات ، فالقانون المصري مثلاً يعتبر من اشترك في تجمهر وهو عالم بالفرض منه مسئولاً عن أية جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الفرض المقصود من التجمهر ، كذلك يعتبر مدبري التجمهر مسئولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين ، مع أن التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها .

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصري من مسئولية رئيس تحرير الجريدة عما يكتب في الجريدة ولو كان غائباً ، وفي تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التي تقع ضد المواد ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ من لأئحة العاهرات ، وفي تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التي يرتكبها الغير في هذه المحلات ، وفي اعتبار الأب أو ولي الأمر مسئولاً عن جريمة الصغير الذي حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية في خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليمه كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصري .

وإذا كان الشراح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطأ من المعاقب لا على فعل غيره فإنه من الواضح الذي لا جدال فيه أن خطأ المعاقب يفترض قانوناً ، وأنه يعتبر قائماً بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب بأي وسيلة من وسائل الاشتراك .

ولم تكن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسؤولية قبل الثورة

(١) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي المصاحف ج ٢ ص ٢٢٤ .

الفرنسية كما تطبقه اليوم ، وإنما كانت تعتبر المرء مسئولاً عن عمله وعن عمل غيره ولولم يكن عالماً بعمل هذا الغير ولولم يكن له سلطان عليه ، وكانت العقوبة تتعدى الجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجاني وهم البراء من جنائته .

وإذا كانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيراً بمبدأ شخصية المسؤولية الذي جاءت به الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل في تطبيق هذا المبدأ إلى الحد الذي وصلت إليه الشريعة وأن دائرة تطبيقه في القانون أضيق من دائرة تطبيقه في الشريعة .

٢٨٢ — المعنى عليه : المجنى عليه هو من وقعت الجناية ^(١) على نفسه ، أو على ماله ، أو على حق من حقوقه . ولا تستلزم الشريعة أن يكون المجنى عليه مختاراً مدركاً كما استلزمت هذين الشرطين في الجاني ؛ لأن الجاني مسئول عن الجنائية مأخوذ بها ؛ ولأن المسؤولية مترتبة على عصيان أمر الشارع ^(٢) ، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار ، أما المجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه ، اكتسب بالاعتداء حقاً قبل المعتدى وهو الجاني ، وصاحب الحق

(١) معنى الجناية في الشريعة هو الجريمة أي كانت بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسيمة أو بسيطة .

(٢) الأوامر التي يعاقب على عصيانها إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أولى الأمر كالخليفة أو السلطان أو الحاكم ، فإذا كان الأمر هو الله فقد وجب الأمر بإيجابه وتعين نفاذه ، أما إذا كان الأمر الرسول أو ولي الأمر فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولي الأمر ، وإنما يجب الأمر ؛ لأن الله أوجب علينا طاعة الرسول وأولى الأمر في قوله : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » فأمر الرسول وولي الأمر يجب بإيجاب الله ، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولي الأمر مخالفاً لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولا يجب طاعته . راجع المستصفي للغزالي الجزء الأول ص ٨٣ ، وشرح مسلم الثبوت لعبدالمولى الأنصاري ص ٢٥ وما بعدها .

لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار ، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلاً لا اكتساب الحقوق .

والحقوق التي تنشأ عن الجرائم على نوعين ^(١) حقوق لله تعالى ^(٢) وحقوق للآدميين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها وأما النوع الثاني فينشأ عن الجرائم التي تمس الأفراد وحقوقهم ، وعلى هذا يصح أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز عاقلاً أو مجنوناً ، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى ، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زناً أو ردة .

كما يصح أن يكون المجنى عليه شخصاً طبيعياً يصح أن يكون شخصاً منوياً كأن يسرق الجاني مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيواناً أو مالا في صورة الجماد أو عقيدة من العقائد فالجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التي تعتبق العقيدة .

وظاهر مما سبق أن المجنى عليه في كل الصور والأحوال هو الإنسان ، إما باعتباره فرداً وإما باعتباره منتمياً لهيئة .

وتعتبر الشريعة الإنسان مجنياً عليه ولو لم ينفصل عن أمه ، فمن أحدث جائفة ^(٣) بامرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين حيث أجاف الأم وأسقط الجنين ، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش ^(٤) الجائفة ودية

(١) راجع الفقرة ٧٤ .

(٢) راجع الفقرة ١٧٥ .

(٣) الجائفة هي الجرح النافذ للتجويف الصدرى أو البطنى .

(٤) أرلثن هو بعض الدية .

الجنين^(١)، وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين^(٢).

ويعرف البعض الجنين في هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد، ويرى البعض أن الجنين هو ما استبان خلقته، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه^(٣).

والقاعدة في الشريعة أن الإنسان تنهى شخصيته بموته فإذا مات أصبح لا وجود له، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنيه وورثته وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هي محل الجريمة فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلاً للجريمة إلا في حالتين: —

١ — الاعتداء على رفات الأموات: — لا يعتبر الاعتداء على جثث الميت أو رفات جريمة واقعة على الميت باعتباره إنساناً، ولا يعتبر الميت هو المجنى عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة وله حرمة في نفوسهم، فالجنى عليه في الجريمة هو الجماعة والشريعة تعاقب مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر.

٢ — قذف الأموات: — من القواعد الأولية في الشريعة أن الدعوى لاتقام على القاذف إلا إذا تقدم المذدوف بالشكوى؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه مساساً شديداً وتتصل بعرضه وسمعته، ولأن للجاني الحق في أن يثبت وقائع القذف، فإذا أثبتتها أصبح المذدوف مسئولاً عن الجريمة التي قذف بها ووجب عليه عقوبتها، ولهذا علق رفع الدعوى على شكوى المذدوف فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها. وإذا كان المذدوف حياً وقت القذف فله وحده حق الخصومة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٧ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٥ — أسنى المطالب ج ١ ص ٨٩ — المغني ج ٩ ص ٥٣٥، ٥٤٢.

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٢ — المغني ج ٩ ص ٥٨٧.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢.

فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصباته أن يخاصم القاذف ويشكوه إلا إذا كان المذدوف قد مات قبل العلم بالقذف ، أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعي وأحمد ، وتسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة ، لأنه يرى أن حق الخاصة في دعوى القذف ليس حقاً مالياً حتى يورث . وإذا كان المذدوف ميتاً فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع ، وحببتهم في ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحياء ، وأنهم قدح في نسبهم فكان القاذف قذفهم معنى ، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعاً للعار عن أنفسهم . ويرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم ، ولهذا قصر حق الخاصة عليهم ، ويرى البعض أن العار يلحق كل الورثة ، وأصحاب هذا الرأي يبيحون للورثة جميعاً حق الخاصة . وعلى كل حال فمن له حق الخاصة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت ، أى أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(١) .

وإذا كان الفقهاء يعللون الخاصة بأنها لدفع العار على 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 وإن القذف يتعدى دائماً المذدوف إلى غيره ، إذ القذف في الشريعة معناه نفى النسب عن المذدوف أو نسبة الزنا إليه ، فالمذدوف سواء كان رجلاً أو امرأة إذا نفى عنه نسبه تعداه نفى النسب إلى أصوله وفروعه وورثته ، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها .

٢٨٣ - الشريعة والقانون: تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ - الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ - الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما بعدها - المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

فيما قلناه عن الجنى عليه فيصح فيها أن يكون الجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز، عاقلاً أو مجنوناً، ويصح أن يكون إنساناً طبيعياً أو معنوياً، وفرداً أو جماعة، كما أن القوانين الوضعية تحمى الجنين قبل أن ينفصل عن أمه، فتعاقب على الإجهاض^(١) سواء حدث من الأم أو من غيرها، وتحمى جدث الميت ورفاته، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور^(٢). وهي في ذلك تتفق مع الشريعة.

أما فيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد في القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات^(٣)، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تمدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقتول أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب.

وبعض القوانين لا يتعلق رفع الدعوى على شكوى المقتول أو ورثته كما هو الحال في القانون المصري، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقتول كما هو الحال في القانون الفرنسي، فإذا مات الجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقتول وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم.

واتجاه القوانين الوضعية في قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف في الشريعة تمس دائماً أسرة المقتول وأهله، فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى في حالة المساس بهم؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال في الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً

(١) راجع المواد ٢٦٠ — ٢٦٤ من قانون العقوبات المصري.

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصري.

(٣) أحمد أمين ص ٥٤٤، ٥٥٥ — القانون الجنائي لأحمد صفوت ص ١٥٣ وما بعدها.

شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٨.

(٢٦ — التشريع الجنائي الإسلامي)

كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره . ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً في القوانين لا يمس وريثة المقتول أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنى للمقتول ونفي النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ، ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائماً ودون قيد لورثة المقتول وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى في هاتين الحالتين على القاذف ، أما تعليق الدعوى على شكوى المقتول فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسي يتفق مع الشريعة في هذا المبدأ ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصري لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف .

المبحث الثالث

سبب المسؤولية ودرجاتها

٢٨٤ - سبب المسؤولية الجنائية وشرطها : السبب هو ما جعله الشارع علامة على مسيبه ، وربط وجود المسبب بوجوده ، وعدمه بعدمه ، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه^(١) .

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعي على وجوده ، ويلزم من عدمه عدم الحكم^(٢) .

وسبب المسؤولية الجنائية هو ارتكاب المعاصي ، أي إتيان المحرمات التي حرمتها الشريعة وترك الواجبات التي أوجبتها ، وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصي سبباً للمسؤولية الجنائية إلا أنه جعل وجود المسؤولية الشرعي موقوفاً على توفر شرطين لا يفي أحدهما عن الآخر وهما : الإدراك والاختيار ، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسؤولية الجنائية ، وإذا وجد الشرطان معاً وجدت المسؤولية ، فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القطع عقوبة لفاعليها ،

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣ .

فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية ، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطاً المسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمنون مثلاً فلا مسئولية عليه ، وإن كان مدركاً ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضاً .

وإذا وجد سبب المسئولية وهو ارتكاب المعصية ووجد شرطها ، وهما الإدراك والاختيار واعتبر الجاني عاصياً ، وكان فعله عاصياً أى خرب وجأ على ما أمر به الشارع ، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية . أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر في الفاعل شرطاً المسئولية أو أحدهما فلا يعتبر الفاعل عاصياً ولا يعتبر فعله عاصياً ، وإذن فالوجود الشرعى للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان وعدمها تابع لعدمه .

والعصيان في الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة *La Faute* في تعبير القوانين الوضعية ، ولكن التعبير بالعصيان أدق في دلالاته على المعنى المقصود ، وهو مخالفة أمر الشارع من التعبير بالخطأ والخطيئة ، فضلاً عن أن التعبير الأخير يؤدي إلى الخلط بين لفظ الخطأ بمعنى غير المتعمد ، وبين لفظ الخطأ بمعنى مخالفة أمر الشارع .

٢٨٥ - درجات المسؤولية : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعى للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان ، فمن الطبيعي إذن أن تكون درجات المسئولية 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 الأعمال بالنيات . وإنما لكل امرئ ما نوى » والنية محلها القلب ومعناها القصد ، فتقول العرب نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه ، فمن اتوى بقلبه أن يفعل ما حرّمته الشريعة ثم فعل ما اتواه فقد قصده .

وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسئولية الجاني ، وإنما تنظر إلى الجناية أولاً وإلى قصد الجاني ثانياً ، وعلى هذا الأساس ترتب مسئولية الجاني^(١) .

والمعاصي التي يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائياً لا تخرج عن نوعين : نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوي إتيانه ويقصد عصيان الشارع ، ونوع يأتيه الإنسان وينتوي إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع ، أو لا ينتوي إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه ، فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان ، والنوع الثاني هو ما يخطيء به .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا فقد فرقت في المسئولية الجنائية بين ما يتعمد الجاني إتيانه وبين ما يقع من الجاني نتيجة خطئه ، وجعلت مسئولية الجاني العائد مغلظة ومسئولية الجاني الخطيء مخففة ، وعلة التمييز على العائد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه فجريمته متكاملة ، وعلة التخفيف على الخطيء أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجريمته غير متكاملة .

وقد فرق القرآن بين العائد والخطيء في قوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ [سورة الأحزاب : ٥] وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى في قوله : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » والمقصود من عدم الجناح ومن رفع الخطأ هو تخفيف مسئولية الخطيء وعدم تسويته بالعائد ، ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسئولية الجنائية كلية ، وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص ، وجعل عقوبة القتل الخطأ الدية والكفارة ، فغلظ مسئولية العائد وخفف مسئولية الخطيء ولم يحبسها كلية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ - ١٠٤ - الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤١ وما بعدها - الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها .

[سورة البقرة : ١٧٨] وقوله ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [سورة المائدة : ٤٥] وقوله ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [سورة النساء : ٩٢] .

وهكذا تنوع المسئولية الجنائية وتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد درجاته ، فإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المسئولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته .

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصي وإما أن يخطئه به ، فهو إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته ، فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ ، ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالي تكون المسئولية الجنائية على أربع درجات ؛ لأنها تقوم على العصيان ، وتغلظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامة والبساطة .

١ — العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجاني إتيان الفعل المحظور ، فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمداً ، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمد لها ، والعمد هو أجسام أنواع العصيان ، وترتب عليه الشريعة أجسام أنواع المسئولية ، وتفرض عليه أغلب العقوبات .

وللعمد في القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء هو أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد نتيجه .

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذي يتوفر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذي يتوفر فيه العمد بمعناه العام فقط ، ويسمون الأول القتل العمد . ويسمون الثاني القتل شبه العمد .

٢ — شبه العمد : لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا في القتل والجناية على ما دون النفس^(١) وهو غير مجمع عليهم من الأئمة ، فمالك لا يعترف به في القتل ولا فيما دون القتل . ويرى أنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسمائناً زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، فقال تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ وقال : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ﴾ وعلى أساس هذا الرأي يعرف مالك العمد في القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العدوان ، فهو لا يشترط أن يقصد الجاني الفعل ويقصد نتيجته^(٢) .

ويتفق أبو حنيفة والشافعي وأحمد^(٣) في الاعتراف بشبه العمد في القتل ولكنهم يختلفون في وجوده فيما دون النفس ، فيرى الشافعي^(٤) أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمداً محضاً وإما أن يكون شبه عمداً ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحمد^(٥) . ويرى أبو حنيفة^(٦) أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأي المرجوح في مذهب أحمد^(٧)

وشبه العمد في القتل مغناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجاني إلى إحداث القتل ، ولكن الفعل يؤدي للقتل ، وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن في قتل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وسمى شبه العمد بهذه التسمية ؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبهه من حيث انعدام قصد الفعل .

-
- (١) الجناية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدي للقتل كالسرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك .
 (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
 (٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ — الزباعي ج ٦ ص ٩٧ المغني ج ٩ ص ٣٢٠ .
 (٤) الأم ج ٦ ، ٤٥ .
 (٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ .
 (٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ .
 (٧) المغني ج ٩ ص ٤١٠ .

وشبه العمد فيما دون النفس منناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث النتيجة التى انتهى إليها الفعل .

وشبه العمد أقل جسامه من العمد ، وينبنى على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد . فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولى الأمر تعزير الجانى .

٣ — الخطأ : — هو أن يأتى الجانى الفعل دون أن يقصد العصيان ولكنه يخطئ إما فى فعله وإما فى قصده ، فأما الخطأ فى الفعل فمثله أن يرمى طائرا فيخطئه ويصيب شخصا . وأما الخطأ فى القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندى من جنود الأعداء ؛ لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندى من جنود الوطن معصوم الدم .

٤ — ما جرى مجرى الخطأ : — يلحق الفعل بالخطأ ويعتبر جاريا مجراه فى حالتين : — أولاها : أن لا يقصد الجانى إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره ، كمن ينقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله . وثانيتهما : أن يتسبب الجانى فى وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه كمن يحفر حفرة فى الطريق لتصرف ماء مثلا فيسقط فيها أحد المارة ليلا .

والخطأ أكثر جسامه مما جرى مجرى الخطأ ؛ لأن الجانى فى الخطأ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياظه ، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجانى لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه .

وأول من قسم الخطأ إلى خطأ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازى ، فقد رأى أن الفعل فى الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى قصد الفاعل ، ولا ينطبق هذا على السامى والنائم والمتسبب ، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلا فليس هو إذن فى حيز الخطأ كما أنه ليس فى حيز العمد أو شبه العمد ، ولما كان حكم فعل السامى والنائم والمتسبب هو حكم الخطأ من

حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطأ باعتباره جاريا مجراه^(١) .

٢٨٦ - **الشريعة والقانون** : - وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسؤولية وشرطها ، فسبب المسؤولية في القانون هو ارتكاب الجرائم ، وشرط المسؤولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال في الشريعة ، ولا مسؤولية ما لم يكن الجاني مخطئا أى عاصيا ، ودرجات المسؤولية متعددة وتنوع بحسب تنوع الخطأ^(٢) وتعدده . والخطأ في القانون على نوعين : عمد وخطأ ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطأ بسيط ، ويدخل تحت العمد ما يدخل في الشريعة تحت العمد وشبه العمد ، ويدخل تحت الخطأ ما يدخل تحت الخطأ في الشريعة وما تجرى مجراه .

والقوانين الوضعية وإن كانت لا تعترف بشبه العمد في القتل إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضربا مفضيا للموت ، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد ، فتصل بذلك إلى الغرض الذى ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل ، فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف في التسمية لا غير .

ولا شك أن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقاً من تعبير القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتفريق والتحرىق والتردية والخنق ، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجاني وتوفر قصد الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدى للموت ، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق ؛ لأنها تنتهى جميعا بالموت ، أما لفظ الضرب المفضى للموت الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو الخطيئة في القانون يقابل المصيان في الشريعة .

من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتفريق والتحرقيق والتردية والخنق ، وشرح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً .

المبحث الرابع

فى قصد العصيان أو القصد الجنائى

٢٨٧ - **قصد العصيان أو القصد الجنائى** : بينا فيما سبق أن أساس المسؤولية الجنائية هو العصيان ، أى عصيان أمر الشارع ، وأن مسؤولية الجانى تختلف باختلاف درجة العصيان ، فإن قصد الجانى العصيان شددت العقوبة وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة ، فقصد العصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة الجانى ، وهذا القصد هو مانسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى .

وقصد العصيان أو القصد الجنائى هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجب ، وينبغى أن لا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان ، فالعصيان عنصر ضرورى يجب توفره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ فإذا لم يتوفر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة . أما قصد العصيان فلا يجب توفره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها . والعصيان هو فعل المعصية أى : إتيان الفعل المحرم أو الإمتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان ، كمن يلقي حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به ماراً فى الشارع ، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره ، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره ، ولم يقصد بالتألم فعل المعصية . أما قصد العصيان فهو اتجاه الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم ، أو هو فعل المعصية بقصد العصيان كمن يلقي حجراً

من نافذة بقصد إصابة شخص مار في الشارع فيصيبه ، فإنه يرتكب معصية لم يأتيها إلا وهو قاصد فعلها ويتفق هذا المثل مع المثل السابق في أن كلا من الجانبين أتى معصية حرما الشارع ، ويختلف المثلان في أن الجاني في المثل الثاني قصد إتيان المعصية بينما الجاني في المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية .

والفرق بين العصيان وبين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة *volonté* وهي تعتمد الفعل المحرم أو تركه ماديا وبين القصد *intention* وهو تعتمد النتيجة المترتبة على الفعل المادى ، تلك التفرقة التي نقول بها اليوم في القوانين الوضعية ، ولا شك أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادى وبقصد العصيان عن تعتمد نتيجة الفعل هو تمييز أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد ؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية ، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعتمد الفعل وتعتمد نتيجته ، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدي إلى الخلط بين المعانى السنية كما تؤدي إلى العجز عن تمييزها أحيانا .

وقصد العصيان أو القصد الجنائي قد يوجد لدى الجاني قبل اقرار الجريمة كأن ينوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمان ما ، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال في جرائم المشاجرات أو في الجرائم التي تحدث بغتة بغير تدبير سابق . ويستوى في الشريعة أن يكون القصد سابقا للجريمة أو معاصراً لها ، فالعقوبة في الحالين واحدة ؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر ، ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل ؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل . والقاعدة في الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » ، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق الشريعة في القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد وبين العمد الخالي من سبق الإصرار والترصد ، بل تجعل العقوبة واحدة

في الحالين ، فعقوبة القتل العمد هي القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه ، وعقوبات الشجاج والجراح في حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هي نفس عقوباتها في حالة التعمد الخالي من سبق الإصرار والترصد .
والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة ، ولكنها مع ذلك تفرق في بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصد وبين عقوبة العمد الذي لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد ، وقد جرى القانون المصري على هذه التفرقة في جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة .

٢٨٨ — الفرق بين القصد والباعث : — وقد فرقت الشريعة من

يوم وجودها بين القصد والباعث . أي بين قصد العصيان وبين الدوافع التي دفعت الجاني للعصيان ، ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أي تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها ، فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفا كالقتل للثأر ، أو الانتقام للعرض ، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعا كالقتل بأجر أو القتل للسرقة ، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجاني ارتكاب الجريمة ، ولا يؤثر على تكوينا ولا عقوبتها شيئا ما .
وإذا كان من الممكن عملا أن لا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة ، وأن لا يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فإن هذا لا يمكن عملا في عقوبات التعازير ؛ ذلك أن الباعث أيا كان لن يؤثر في طبيعة الفعل المكون للجريمة ؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاضي في عقوبات الحدود والقصاص ، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أي اعتبار . أما في التعازير فقد ترك الشارع للقاضي من الحرية في اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملا من أن يحل البواعث في تقدير العقوبة محل الاعتبار .

فلباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات

وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غير مقدرة ، وللقاضى حرية واسعة فيها .
 فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها ، فإذا راعى القاضى البواعث تخفف العقوبة
 أو شدها فإنه يفعل ذلك فى نطاق حقه ، ولا يخرج عن حدود سلطانه . أما جرائم
 الحدود والقصاص فعقوبتها مقدرة أى محددة ، وليس للقاضى أن ينقص منها
 أو يزيد فيها ، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة ،
 فسواء كان الباعث شريفاً أو وضعياً فالعقوبة لن تتغير .

وأكثر القوانين الوضعية تتفق فى هذه المسألة مع الشريعة ، فهى لا تخطئ
 أيضاً بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائى ، 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 للقاضى أن يقدر العقوبة الملائمة
 من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله فى كثير من الأحوال أن يختار
 إحدى عقوبتين ، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقاً لما يرى أن الجانى يستحقه ،
 وهو يدخل فى تقديره ظروف الجريمة والجرم ، والبواعث التى دفعت لارتكاب
 الجريمة ، فيخفف العقوبة إن رأى الجانى مستحقاً للتخفيف ، ويغلظها إن رآه
 مستحقاً للتغليظ ، وبهذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة . وهذه هى طريقة
 القانون الفرنسى والقانون المصرى .

على أن هناك بعض القوانين كالقانون الإيطالى والبولونى^(١) تجعل من
 الباعث ظرفاً مخففاً أو مشدداً للعقوبة ، وتلزم القاضى بمراعاة هذا الباعث عند
 تقدير العقوبة ، وهذه القوانين وإن كانت تعترف بأن للباعث أثراً قانونياً على
 العقوبة ، إلا أنها من الوجهة العملية لاتصل إلى أكثر من النتائج التى تصل إليها
 القوانين التى لاتعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، لأن القاضى لا يستطيع عملاً

(١) القانون الجنائى للى بشوى ص ٣٤٠ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨ .

أن يتخلى دائماً عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها .

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالبواعث ولا تجعل له أثراً في الجرائم الخطيرة التي تمس الجماعة ونظامها، وهي جرائم الحدود والقصاص ، أما فيما عدا هذه الجرائم ، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالبواعث من الوجهة النظرية ، إلا أنه ليس فيها ما يمنع القاضي من تقدير البواعث من الوجهة العملية ، وأكثر القوانين تهمل الكلام على البواعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية ، ولكن هذا لا يمنع القاضي من تقدير البواعث عملاً في كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء . ولا شك أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة في الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار ، ولا تسمح للقاضي بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجاني ؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء .

٢٨٩ - صور القصد : وليس للقصد صورة معينة فهو يظهر في صور متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم ، فقد يكون القصد عاماً ، وقد يكون خاصاً ، وقد يكون القصد معيناً أو غير معين، وقد يكون القصد مباشراً أو غير مباشر .

٢٩٠ - القصد العام والقصد الخاص : يتوفر القصد العام كلما تعمد الجاني ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً، وأكثر الجرائم يكتفي فيها بتوفر القصد الجنائي العام ، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفي فيها أن يتعمد الجاني إتيان الفعل المادي مع علمه بأنه يأتي فعلاً محرماً .

وفي بعض الجرائم لا يكفي الشارع بالقصد العام ، بل يشترط أن يتوفر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص ، كما هو الحال في جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة ، ففي جريمة القتل العمد لا يكفي أن يضرب الجاني الحنجر عليه أن يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم ، بل يجب أن يتعمد مع الضرب

أو الجرح إزهاق روح المجنى عليه ، فالشارح يوجب لمحاسبة الجاني على القتل العمد أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصداً خاصاً ، فإذا توفر القصد العام فقط ومات المجنى عليه كان الفعل قتلاً شبه عمد لا قتلاً عمداً^(١) . وفي جريمة السرقة لا يكفي أن يأخذ الجاني مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محرم . بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال ، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة .

وفي الحالات التي يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائي 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 .

٢٩١ — القصد المعين والقصد غير المعين : يكون القصد معيناً إذا قصد الجاني ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين^(٢) . ويعتبر الفعل معيناً سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصاً أو أكثر بسكين أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة ، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدي لقتل وجرح الكثيرين ، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين .

ويعتبر الفعل معيناً ولو كانت نتائجه غير محدودة ، كلما أتاه الجاني وهو عالم

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص في جريمة القتل ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما : قتل عمد وقتل خطأ ، فيعتبر قاتلاً عمداً كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ — البجيري على شرح المنهج الجزء الرابع ص ١٣٠

بنتائجها قاصداً تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها ، لا يبالى أيها تحقق وأيها تخلف ويعتبر الجنى عليه معيناً كلما أمكن تعيينه ، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه ، فمن قصد أن يصيب أى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصاً معيناً ، ومن أطلق النار بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها ، فقد أصاب شخصاً معيناً ؛ لأن الجماعة معينة ؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفراداً^(١).

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص غير معين ، ويعتبر الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة ، فإذا أطلق الجانى كلباً عموراً ليعقر من يقابله ، أو حفر بئراً فى الطريق ليسقط فيها من يمر فى الطريق ، كان الجنى عليه غير معين ، ويشترط ليكون القصد غير معين أن لا يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين ، فإن قصده بالقصد معين بالنسبة لهذا الشخص ، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى^(٢).

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بمسألة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير معين ، فحكمهما واحد من حيث مسئولية الجانى وتكييف فعله ، إلا أنهم اختلفوا فى مسئولية الجانى وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلاً وكان القصد غير معين ، فيرى بعض الشافعية أن الجانى لا يسأل باعتباره قاتلاً متعمداً إذا قصد قتل غير معين ، وإنما يسأل عن الفعل باعتباره قتلاً شبه عمد مادام الشخص الذى قصد بالجريمة منهما غير معين^(٣) . ويفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب . ويسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين ، ويحملون

(١) تحفة المحتاج ج الرابع ص ٢ ، ٣ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢ ، ٣ - شرح الحرشى ج ٨ ص ٨ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ .

القاتل مسئولاً عن القتل العمد ، أما في حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل باعتباره قاتلاً عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا المعين ، فإن قصد غير معين فلا يسأل باعتباره قاتلاً متعمداً ، وإنما يسأل عن القتل الخطأ^(١) .

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح الجنى عليه ، وهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلاً يؤدي للقتل ، وقصد به شخصاً معيناً ، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك ، ولكنه لم يقصد إزهاق روح الجنى عليه الذى لا يعرفه ولا يدري من يكون ، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبهم إليه ، فالجانى لا يمكن أن يقصد قصداً صحيحاً أو جدياً إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان ، والجانى يؤخذ في القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القاتل مع إنه لا يمكن أن يقال في حالة القصد غير المعين: إن الجانى قصد إزهاق روح القاتل بالذات ، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القاتل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت ، وهذا الفعل وكيف شرعاً بأنه قتل شبه عمد^(٢) .

ويمكننا أن نعلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق ، كما يمكننا أن نعلل تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبب بأن الجنى عليه في حالة القتل المباشر يكون في الغالب معيناً ؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة ، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من الجنى عليه ، وإذا تمكن منه فقد أصبح معيناً لديه ، بعكس الحال في القتل بالتسبب ، فإن الجانى يباشر القتل بواسطة ، وهو في أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من الجنى عليه وقبل أن يصبح معيناً لديه .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح للدردير ج ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع اعتبار الفعل قتلاً عمداً إذا قلنا : إن هناك شبهة في صحة القصد أو في جديته ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وبرتبت على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل شبه عمد .

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية فإنهم لا يفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين في القتل وغير القتل ، فالجاني سواء قصد بالفعل شخصاً معيناً أو قصد شخصاً غير معين فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التي قصدها^(١).

ويلاحظ أن تقسيم القصد في الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد في القانون إلى محدود وغير محدود ، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين في القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسى والمصرى ، حيث لا يفرق هؤلاء أيضاً بين القصد المحدود وغير المحدود ؛ لأن الجانى فى الحالين يقصد النتيجة التى حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة .

ونصوص القانون المصرى والفرنسى لا تفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضاً ، فهى بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصرى المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى تعرف سبق الإصرار بأنه : « هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية ، غرض المصمم منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معقباً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » .

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية ، التى تعتبر الجانى مخطئاً لا عامداً ، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصداً صحيحاً .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ - المذهب ج ٢ ص ١٨٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣ - الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ - المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها .
(٢٧ - التصریح الجنائى الإسلامى)

٢٩٢ - القصد المباشر والقصد غير المباشر : يعتبر القصد مباشراً سواء كان معيناً أو غير معين كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتائجها ويقصدها، بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصاً معيناً أو لا يقصد شخصاً معيناً .

ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجاني فعلاً معيناً فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلاً أو لم يقدر وقوعها ، ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالي .

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحتمالي ، ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالي ، وإنما لا تفرق بين القصد المباشر وغير المباشر ، فقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحتمالي وقررت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها ، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب ، فالضارب والجراح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب ، ولا يتوقع أن يصيب الجاني عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة ، أو لا يتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام ، ولكن الجاني مع هذا لا يسأل جنائياً عن النتائج التي قصدها فقط أو التي توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التي لم يقصدها ولم يتوقعها ، فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به ، وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت فهو مسئول عن موت الجاني عليه باعتبار الفعل قتلاً شبه عمد لا ضرباً ولا جرحاً . فالشريعة تحمل الجاني في جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها ، وتحمل الجاني هذه النتائج معناه أن الجاني يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه فلا عبرة بعد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه ، وسواء استخلصوا من أحكام

الشريعة نظرية عامة في القصد الاحتمالى أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصوص الشريعة ، فإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم فى الكتابة . على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء فى جرائم القتل والضرب والجرح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالى وحكم هذا القصد ، وسنرى فيما يأتى أن آراء الفقهاء فى هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافاً ظاهراً :-

٢٩٣ - الرأى الأول : هذا الرأى للمالك وهو يفرق عندما يتعرض

لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة ، ويجعل الجانى فى الحالين مسئولاً عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل ، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك ، ومن شفى جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثراً كانت مسئوليته بقدر ما انتهى إليه فعله . والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس فى ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما فى قصد الجانى وقت إتيان الفعل ، فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمداً ، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد .

ويكتفى مالك فى جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان ، ولا يشترط فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح الجنى عليه^(١) ، ولا يشترط فى قطع العضو أو فى فقد منفعته أن يقصد الجانى هذه النتيجة ، ومن ثم يعتبر الجانى قاتلاً عمداً عند مالك إذا لطم شخصاً أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته ، وكذلك يعتبر قاتلاً عمداً لو رماه

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى فى جرائم القتل العمد بالقصد العام حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بمقو به خاصة .

بمحجر صغير أو بقضيب أو ضربه بمصا خفيفة ولولم يوال الضربات ، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل للموت ، ويعتبر قاتلاً عمداً من يدفع شخصاً بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدي السقطة لموته ، ولا يشترط في كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة ، ولا أن يقصد الجاني إزهاق روح المجنى عليه^(١) . ومن لطم شخصاً بقصد العدوان ففقاً عينه أو أذهب بصره فهو مسئول عن نتيجة فعله ولولم يقصدها أو يتوقعها^(٢) .

وإذا كان الجارح أو الضارب الذي لم يقصد إلا مجرد العدوان مسئولاً عن كل نتائج فعله فعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده الممين المحدد ، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد أو بتعبيرنا العصري يؤخذ بقصده المحتمل .
فخلاصة رأى مالك أن الجاني مسئول عن كل نتائج فعله المقصود ، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها .

وقد كان مالك في رأيه هذا منطقياً مع نفسه ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ ولأنه جعل القتل نوعين لاثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ ، فلم يكن لديه بعد هذا ما يدعوه لاشتراط نية خاصة في القتل العمد لميزه عن غيره .

٢٩٤ - الرأى الثانى : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضاً بين جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة وبين الجرائم غير المتعمدة ، ويجعلون الجانى فى الحالىن مسئولاً عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، وأساس الفرق بين الجرائم

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩ .

المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجاني ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد في القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو ما دون النفس^(١) ، فيشترطون في القتل العمد أن يقصد الجاني الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجنى عليه ، فإن توفر هذان القصدان فالجاني قاتل متعمد ، وإن توفر الأول دون الثاني فالفعل قتل شبه عمد . وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان أى : تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محذور ، فإذا توفر هذا القصد فالجاني مسئول عن نتائج فعله سواء قصدها كلها أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها ، أو بعيدة ينذر وقوعها ، فمن ضرب شخصا بقصد ضربه فقط فأدى الضرب لموته كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب ، ومن لطم شخصا ففقا عينه أو أذهب بصره ، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل^(٢) وهكذا .

وأصحاب هذا الرأي يتفقون مع مالك ويخالفونه ، فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القتل حيث يأخذون الجاني بقصده المحتمل ، ويجعلونه مسئولا عن نتائج فعله المتعمد ، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها ، ويخالفون مالكاً في القتل العمد ، حيث لا يرون أخذ الجاني بقصده المحتمل في القتل العمد ، ويشترطون

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على ما دون النفس ، فالجناية على النفس هي الجريمة التي تؤدي للموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة ، والجناية على ما دون النفس يعبر بها عن كل أذى يقع على جسم الإنسان فلا يودى بجيانه ، وهو تعبير دقيق يتسم لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التي يمكن تصورها ، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجذب والصبر والضغط وقس الشعر ونفثه وغير ذلك . ويعبر القانون المصري عن نفس المعنى بلفظي الجرح والضرب فقط وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ - المغني ج ٩ ص ٤١٠ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ .

لاعتباره 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 ، فاشتروا 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 رأى مالك .

٢٩٥ - الرأى الثالث : - وهو رأى الشافعى والرأى الراجح في مذهب أحمد ، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضاً بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ، ويجعلون الجاني مسئولاً 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 مسئولاً عن القتل العمد كما قصد الفعل وقصد إزهاق روح الجنى عليه ويجعلونه مسئولاً عن القتل شبه العمد ، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق روح الجنى عليه ، ولو كان لا يؤدي غالباً للموت . فلا مجال للقصد المحتمل في دائرة القتل العمد ، وفي هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق .

أما في جرائم الاعتداء على ما دون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجاني باعتباره متعمداً عن كل نتائج فعله التي قصدها ، ومسئوليته عن كل النتائج التي يؤدي إليها فعله غالباً ولو لم يقصدها أو يتوقعها ؛ لأن تأدية الفعل غالباً لهذه النتائج يجعلها في حكم النتائج المقصودة ، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها

الجاني ، ولا يؤدي إليها فعله غالبا ، فلا يسأل الجاني عن هذه النتائج باعتباره متعمدا لها ؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدي فعله غالبا إليها ، كذلك لا يسأل الجاني عن هذه النتائج باعتباره مخطئا ؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجها . وإنما يسأل الجاني عن نتائج الفعل باعتباره شبه عامد ، وشبه العمد درجة بين العمد والخطأ ، والمسئولية عنه أخف من المسئولية عن العمد وأغلظ من المسئولية عن الخطأ — والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطأ ؛ لأن الجاني يعتمد الفعل ولا يقصد نتائجه ؛ ولأن نتائج الفعل في شبه العمد ليست مما يؤدي لها الفعل غالبا ، فالجاني يعتمد الفعل ويخطئ في نتائجه ، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ . فمن صفع شخصا على وجهه ففقا عينه وأذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة ، لا يسأل عن فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته ؛ ولأن الصفع لا يؤدي غالبا لهذه النتيجة . كذلك لا يسأل الجاني باعتباره مخطئا لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل الجاني باعتباره شبه عامد ، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطئ . ومن أدخل إصبعه في عين إنسان ففقاها أو أذهب بصرها ، يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته ، أو لأن الفعل يؤدي غالبا لهذه النتيجة . ومن رمى إنسانا بحجر فأوضعه أو هشمه ^(١) . يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل ؛ ولأن فعله يؤدي غالبا لهذه النتيجة ومن رمى غيره بحصاة صغيرة في جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة باعتباره متعمدا إذا لم يكن قصدها ؛ لأن الفعل لا يؤدي غالبا لها ، وإنما يسأل عن هذه النتيجة باعتباره شبه عامد ^(٢) .

(١) الإيضاح والهشم اسمان لنوعين من الشجاج . والشجاج هي الجراح التي تصيب الرأس والوجه .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ — الأب ج ٦ ص ٤٥ — الإقناع ج ٤ ص ١٨٦ —

المغني ج ٩ ص ٤١٠ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٨ .

٢٩٦ - مقارنة بين الآراء الثلاثة : - والقصد الاحتمالى لا وجود له فى جريمة القتل العمد عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، بينما يسلم مالك بوجود القصد المحتمل فى القتل العمد ويؤخذ الجانى فى كل الأحوال بقصده المحتمل .
والأصل فى هذا الخلاف أن مالكاً يقسم القتل إلى عمد وخطأ فقط ، فكل ما ليس خطأ فهو عمد عند مالك ، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان ، ذلك القصد الذى يميز العمد عن الخطأ . أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، ويشترطون فى العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المحنى عليه ، فإذا قصد الجانى الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عمد لا متعمد ، وعليه عقوبة تثل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطأ . وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المحنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سبباً فى امتناع القصد الاحتمالى فى دائرة القتل العمد .

ويسلم الفقهاء جميعاً بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى فى الجرح والضرب وما أشبه ، ويتفق مالك وأبو حنيفة فى أخذ الجانى بقصد المحتمل فى كل الأحوال مادام قد تعمد الفعل ، ويظاهرها على ذلك رأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويتفق الشافعى مع رأى الراجح فى مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدها باعتباره عامداً ، وأنه يؤخذ بقصده الاحتمالى فىسأل باعتباره عامداً كلما كانت النتائج فى حكم المقصودة ، وتعتبر النتائج كذلك إذا كانت غالبية الوقوع ، فإذا لم تكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبية الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو فى حكم النتائج غير المقصودة ، ولكن لا يسأل عنها الجانى باعتباره مخطئاً ؛ لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل عنها باعتباره شبه عامد ، ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ .

٢٩٧ - بين الشريعة والقانون : - الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية المقصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب ، والأحكام التى

وضعت لهذه الجرائم هي التي بعثت فكرة القصد الاحتمالى إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة .

وأكثر القوانين الوضعية لاتضع قواعد عامة للقصد الاحتمالى وتكتفى بالنص عليه فى جرائم خاصة هي جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التى تؤدى إلى قتل أو جرح ، فقانون العقوبات المصرى مثلاً يأخذ الجانى بقصده المحتمل فى جرائم الجرح والضرب (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات) وفى جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف (المادة ١٢٦ عقوبات) وفى جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات) وفى جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجوداً فى الأماكن المحرقة ، (المادة ٢٥٧ عقوبات) وفى جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل ، أو فقد منقته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥ ، ٢٨٦ عقوبات) . ولم يضع القانون المصرى قواعد عامة للقصد الاحتمالى إلا عندما تعرض لعقوبة الشركاء ، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن : « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ، ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت » .

ونظرية القصد الاحتمالى لم تعرف فى القوانين الوضعية إلا أخيراً ، وهى من النظريات المسلم بها علمياً المختلف فى شأنها عملياً ، فالقوانين تختلف فى مدى تطبيقها ، والشراح يختلفون فى تصويرها وتحديددها ، ولكن ما أخذت به القوانين وما يراه الشراح على اختلافهم لا يخرج فى مجموعه عن النظريات الثلاث التى عرفها الفقه الإسلامى .

فالقانون المصرى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبى حنيفة ، وإن كان لا يشترط صراحة فى جريمة القتل العمد توفر قصد إزهاق روح القاتل ،

لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضى للموت ، وقيام هذا الشرط يؤدي إلى استبعاد القصد الاحتمالي من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجراح والضارب مسئولاً عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع .

والقانون الفرنسى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ماأخذ به القانون المصرى ، فمن ضرب إنساناً بعضاً فأحدث به جرحاً أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت ، وإذا أدى الضرب لمعاة فالجاني مسئول عن إحداث عاهة ، وإذا أعجز الضرب الجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوماً ، كان الجاني مسئولاً عن هذه النتيجة ، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجاني مسئولاً على قدر نتيجة فعله ، والجاني يسأل فى كل هذه الأحوال المختلفة باعتباره عامداً لا مخطئاً .

والشرح المصريون والفرنسيون يسامون بما سبق ، باعتباره مما نص عليه القانون ، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالي فى جريمة القتل العمد ؛ لأن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالي فى القتل العمد يؤدي إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى للموت ، ويجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعذراً ، ولكنهم فيما عدا هذا يصوغون نظريتهم فى القصد الاحتمالي على أساس آخر ، ويجعلون الجاني مسئولاً كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، سواء توقعها الجاني بالفعل أو لم يتوقعها .

ويرى بعض الشراح أن يؤاخذ الجاني على أساس أنه متعمد فى حالتين : الأولى : إذا نص القانون على ذلك . والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجاني قصد الفعل دون أن يقصد نتائجها، وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجاني باعتباره مخطئاً^(١) .

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٥ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية أبى حنيفة كاملة فى القتل والضرب والجرح ، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب والجرح فقط ، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط .

أما نظرية الشراح المصريين والفرنسيين فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب رأى الراجح فى مذهب أحد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقاً ومقاييساً ؛ لأنها تعطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة ، وتجعل الجانى فى حكم العائد ، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يغلب وقوعها حكماً خاصاً ، وتجعل الجانى مسئولاً عنها باعتباره شبه عائد . وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعديد ولا التواء ، فالمقياس الذى تقاس به مسئولية الجانى عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج ، وهو مقياس عادل ؛ لأن نتائج الفعل الغالبة الوقوع تكون دائماً فى ذهن الجانى ، ولاتكاد تنفصل ذهنياً عن الفعل المادى ، فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصدها ، وهو مقياس ثابت ؛ لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج ، ولا يقوم على أساس اعتبارى يختلف باختلاف الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج . أما الشراح فيقيمون نظريتهم على أسس غير ثابتة ، وقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة ، إذ يجعلون الجانى مسئولاً عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، واشترط قرب النتائج ليس مقياساً صحيحاً ولا أساساً ثابتاً مادامت درجة القرب لم تحدد بحد ثابت ، واحتمال وقوع النتائج ليس أساساً ثابتاً ولا مقياساً صحيحاً ، ومثل ذلك يقال عن إمكان توقع النتائج ، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة ، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر . وما يراه شخص محتملاً قد يراه الآخر غير محتمل . ولعل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى القول بمسئولية الجانى باعتباره عامداً كلما كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجته ، وهؤلاء الشراح

وإن جاءوا بمقياس مادي ثابت إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالي ؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هي نتائج الطبيعة التي يسأل عنها الجاني على أنه قصد العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالي .

والقانون الإنجليزي لا يشترط في القتل العمد توفر إرادة القتل عند القاتل ، بل يعتبر محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يترتب عليه الموت ، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها ، وبهذا الرأي أخذ القانون السوداني ، إذ يعتبر القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبب الموت ، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل ، أو لأى ضرر جسدى كان القصد أن يسببه الفعل ^(١) .

فالقانون الإنجليزي والقانون السوداني يأخذان الجاني في القتل العمد بقصده المحتمل ، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التي تأخذ الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد وغيره ، كلما تمثل الجاني أو توقع النتيجة أو النتائج التي وقعت ولو لم يقصدها بالذات .

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزي والقانون السوداني مع مذهب مالك في مؤاخذه الجاني بقصده الاحتمالي في القتل العمد ، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية ، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجليزي أو السوداني ؛ إذ الجاني لا يؤخذ بقصده الاحتمالي عند الألمان ، ولا طبقا للقانونين الإنجليزي والسوداني إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدي الموت ، وأما في مذهب مالك فالجاني يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه ، فمثلا إذا لطم الجاني شخصا صحيح الجسم بقصد العدوان

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٢٦ .

ودون أن يقصد الجاني القتل أو يخطر في باله أن فعله قد يؤدي للموت ، فمات الجنى عليه من اللطمة ، فالجاني قاتل متعمد عند مالك^(١) ، وليس قاتلاً متعمداً طبقاً للنظرية الألمانية أو طبقاً للقانونين الإنجليزي والسوداني .

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن المقاييس التي وضعتها النظرية الألمانية والقانونان الإنجليزي والسوداني هي مقاييس شخصية غير ثابتة ، فالجاني طبقاً للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة ، والتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بها الجاني ، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثل والتوقع والجاني 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 الجاني ، وما قد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعلمه قد لا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه شخص آخر ، ومن ثم فليس في الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم .

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصاً عامة للقصد الاحتمالي ، ولكن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء لإسلاميون ، فالقانون المكسيكي الصادر في سنة ١٩٣١ يجعل الجاني مسئولاً باعتباره عامداً عن كل النتائج التي لم يقصدها ، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية أو العادية ، أو كان الجاني قد توقع حدوثها ، أو عزم على مخالفة القانون مهما كانت النتيجة ، وهذا الذي أخذ به القانون المكسيكي إنما هو مزيج من النظريات الإسلامية . والقانون الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٠ يجعل الجاني مسئولاً عن النتائج التي لم يقصدها ويعاقبه بعقوبة أقل من عقوبة العامد

(١) كان القضاء الفرنسي يطبق مذهب مالك في القتل حتى سنة ١٨٣٢ حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل .

وأكثر من عقوبة الخطيء ، ونظرية القانون الإيطالى تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد .

تلكم هى نظريات الفقهاء الإسلاميين فى القصد الاحتمالى ، وهذه هى نظريات شراح القوانين ، وظاهر بجلاء مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بجديد على الشريعة ، وأن الشراح لم يعرفوا فى عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء فى العهود القديمة ، فالشريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالى فى دائرة الجرائم التى تصيب النفس وما دون النفس ، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة ، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لا تزال كما رأينا أدق منطقاً وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التى يقول بها شراح القوانين .

المبحث الرابع

أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسؤولية

٢٩٨ - أثر الجهل على المسؤولية الجنائية : من المبادئ الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الجانى لا يؤخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتجريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية .

ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه ، فتى بلغ الإنسان عاقلاً وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ، وإما بسؤال أهل الذكر اعتبر عالماً بالأفعال المحرمة ، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم ولهذا يقول الفقهاء : « لا يقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام » .

ويعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقيق العلم فعلاً ، ومن ثم يعتبر النص المحرم معلوماً للكافة ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً

مادام العلم به كان ممكناً لهم . ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الحرج و يفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه و يعطل تنفيذ النصوص .
هذه هي القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها ، وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش في بادية لا يختلط بمسلمين ، أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقيماً بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء في الواقع وإنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التي تمنع مؤاخذه من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له ، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ، ولا يعتبرون عالمين بأحكام الشريعة . أما إذا كان مدعى الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

ويلحق بالجهل بمعنى النصوص الحقيقي بالجهل بذات النصوص ، فحكمهما واحد ، فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم ، فإن جهله بالمعنى الحقيقي للنصوص لا يرفع عنه المسؤولية 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 و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) [المائدة : ٩٣] فأقيم عليهم حد الخمر .

وتتفق القوانين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقانون على المسؤولية الجنائية ، فالقاعدة في القوانين الوضعية أن الإنسان لا يعذر بجهل القانون ، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به والخطأ في فهمه وتفسيره ، ولكن إذا كان الإنسان في ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون فله أن يحتج بالجهل ، ويضربون لذلك مثلاً حالة المحاصرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم ، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون .

٢٩٩ - أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية : الخطأ هو وقوع الشيء على غير

إرادة فاعله . فالفاعل في جرائم الخطأ لا يأتي الفعل عن قصد ولا 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 يعتبر جريمة دون أن يقصد الجاني ما تولد عن فعله . وتعتبر الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجاني قصد الفعل المباح ؛ لأنه قصد بفعله محلاً غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة . ومثال ذلك أن يتمضمض ضائم فيسرى الماء إلى حلقه ، أو يرمى صائد طيراً فيصيب إنساناً ، فالضائم قصد إدخال الماء إلى فمه ليتهمضم ولم يقصد إدخاله إلى حلقه ليفطر فهو قد قصد فعلاً مباحاً ، ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنما وقع على غير إرادته . والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة الجنى عليه ، فهو قد قصد فعلاً مباحاً ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وهو إصابة الجنى عليه ، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان .

والخطىء كالعائد مسئول جنائياً كلما وقع منه فعل يجرمه الشارع ، ولكن سبب مسئوليتهم مختلف ، فمسئولية العائد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان ما حرمه أو ترك ما أوجبه ، ومسئولية الخطىء سببها أنه عصى الشارع لاعن قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط ^(١) .

٣٠٠ - المسؤولية عن الخطأ استثناء : والأصل في الشريعة أن المسؤولية

الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تكون على الخطأ ، لقوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾

(١) أصول الفقه للخضرى ص ١٣١ .

الأحزاب : ٥] ولقول الرسول عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذا الأصل^(١) ، من ذلك قول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله .. الخ ﴾ [النساء : ٩٢] .

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد ، والاستثناء هو العقاب على الخطأ ، فإنه يترتب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عامداً ، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئاً ، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لن أتاها مخطئاً ؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطأ في آن واحد . فمن زنا عامداً عوقب بعقوبة الزنا ، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ والجريمة عمدية . ومن سرق عامداً عوقب بعقوبة السرقة ، ولكن من أخذ مال غيره سهواً 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 بظنهما لا عقاب عليه ؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية . وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجاني عامداً فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئاً فلا عقاب عليه ، ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعد مبرراً من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة ، على أن انتفاء المسؤولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسؤولية الفاعل مسؤولية مدنية ، إذ القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ، وأن الأعداء الشرعية لاتنافى عصمة الحل ، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها بحسبها زوجته لا يعاقب جنائياً وإنما عليه مهرها ؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو من حد أو

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤٩ وما بعده و ص ١٥٤ وما بعدهما .

مهر ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله ، ثم تصرف فيه لايعتبر سارقاً لانعدام القصد الجنائي ، ولكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه .

أما إذا كانت الجريمة مما يحرم إثباته عمداً أو خطأ . كالقتل والجرح ، فإن العائد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد ، بينما يعاقب الخطيء بالعقوبة المقررة للخطأ ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العائد وعقوبة الخطيء ، فيعلاظ 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 يكثر وقوعها ولا يخفى خطرهما ؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم .

ولقد نصت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة واعتبرت أغلب هذه الجرائم عمدية وأقلها من جرائم الخطأ ، ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطأ فإنه لا يجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جريمة عمدية إلا إذا كان في ذلك تحقيق مصلحة عامة ، وهذا يصدق على الجرائم متى حرمتها الشريعة ، أما الجرائم التي يحرمها أولو الأمر فلمهم 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 المعزلة العقاب على الخطأ إلا مانس عليه ، وحجتهم أن المؤاخذة تكون بالجناية ، والجناية لا تكون إلا بالقصد ، والخطأ لا قصد فيه فلا جناية فيه ولا مؤاخذة عليه ، ولكن الجمهور يرى أن في الخطأ عدم التثبت والاحتياط الواجبين ، فمن تسبب في خطأ أو باشره ، فقد أتى بجناية وجازت مؤاخذته ، راجع فوائح الرحموت لعبد العلي الأنصاري ج ١ ص ١٦٦ .

٣٠١ - أنواع الخطأ : - الخطأ في الشريعة على نوعين : خطأ متولد ، وخطأ غير متولد .

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاها الفاعل وهو يعتقد أنه مباح ، والخطأ المتولد إما أن يكون مباشرا كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا ، وكمن يرمى جنديا في صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن . وإما أن يكون بالتسبب كمن يحفر بئرا في الطريق العام بإذن من ولي الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها .

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد ، وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقع من الخطيء مباشرة دون واسطة ، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله ، وإما أن يكون خطأ بالتسبب ، وهو ما يتسبب فيه الخطيء دون أن يقع منه مباشرة ، كما لو حفر شخص بئرا في الطريق العام دون إذن من الأمر فوقع فيها أحد المارة ، وكما لو وضع شخص أحجارا في الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب .

ويطلق بعض الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد ، ويسميه بعضهم الخطأ المحض ، أما الخطأ المباشر غير المتولد ، والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد ، فيسمونه اصطلاحا ما جرى مجرى الخطأ^(١) ومن الفقهاء من لا ينوع الخطأ ولا يفرق بين صورته المختلفة ويسمونها جميعا خطأ .

٣٠٢ - أساس الخطأ : أساس الخطأ في الشريعة هو في الأصل عدم التثبت والاحتياط ، واسكن لا يشترط مع هذا المسؤولية الخطيئة أن يقع منه تقصير في كل الأحوال ، وإنما يشترط وقوع التقصير في الخطأ المتولد ، أما فيما عداه فالتقصير

مفترض شرعاً في الجاني ولا يعنى من المسئولية إلا إذا ثبت أنه ألقى إليه إلقاء .
ويسير الفقهاء على قاعدتين عامتين يحكمان الخطأ ، وبتطبيقهما نستطيع أن
نقول : إن شخصاً ما ، أخطأ أو لم يخطئ^(١) :

القاعدة الأولى : إذا أتى الجاني فعلاً مباحاً أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه
ماليس مباحاً فهو مسئول عنه جنائياً ، سواء باشره أو تسبب فيه ، إذا ثبت أنه
كان يمكنه التحرز منه ، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية

القاعدة الثانية : - إذا كان الفعل غير مباح فأتاه الجاني أو تسبب فيه دون
ضرورة ملجئة ، فهو تعد من غير ضرورة ، وماتج عنه يسأل الجاني جنائياً
سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه .

٣٠٣ - نوع من الخطأ عند مالك : - ويعتبر مالك من الخطأ الأفعال
التي يأتيها الجاني بقصد التأديب أو التعب إذا أدت لموت الجاني عليه أو جرحه ،
وقد أخذ بهذا الرأي نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد ؛ لأن القتل عنده ليس إلا
عمداً أو خطأ ، والعمد ما قصد فيه الجاني العدوان ، والخطأ هو ما عدا ذلك ، ومن
يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوفر لديه قصد العدوان بحسب رأى
مالك ومن ثم اعتبر فعله خطأ لاعمداً .

٣٠٤ - الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية : - يراد بالخطأ في الشخص
أن يقصد الجاني قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ في الشخصية أن
يقصد الجاني قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو . والخطأ في الشخص
والخطأ في الشخصية نوعان من الخطأ المتولد ، فالخطأ في الشخص هو خطأ في الفعل ،
فمن يرمى شخصاً معيناً فيخطئه ويصيب غيره فقد أخطأ في فعله ، والخطأ الذي
وقع فيه متولد عن فعله الذي قصده . أما الخطأ في الشخصية فهو خطأ في ظن

(١) بدائع الصنائع - ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

الفاعل وقصده ، فمن رمى شخصاً على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمرأ فقد أخطأ في قصده ، والخطأ الذى وقع فيه تولد عما ظنه صحيحاً وقصده .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الخطأ فى الشخص والشخصية ، فرأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره متممداً ، ورأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره مخطئاً .

فأما القائلون بأن الجانى يعتبر عامداً فهم أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً أو غير محرم ، فإن كان الفعل المقصود أصلاً محرماً فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى شيئاً ؛ لأنه تسد فى الأصل فعلاً محرماً فهو جان متمم ، فمن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمرأ يعتبر قاتلاً عمداً لعمرو ، ومن قتل عمرأ حاسباً أنه زيد يعتبر قاتلاً عمداً لعمرو . أما إذا كان الفعل المقصود أصلاً غير محرم فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن يكون له أثره على مسئولية الجانى ؛ لأنه قصد فعلاً مباحاً فإذا أخطأ فى فعله أو فى ظنه فهو جان مخطئ . لا متمم ، فمن رمى صيداً أو غرضاً فأخطأه وقتل آدمياً يعتبر قاتلاً خطأ ، ومن رمى حربياً أو مهدر الدم فأخطأه وقتل معصوماً يعتبر كذلك قاتلاً خطأ ، ومن قتل عمرأ وهو يحسبه زيداً المهدر الدم يعتبر أيضاً قاتلاً خطأ^(١) .

وأما القائلون بأن الجانى يعتبر مخطئاً فهم فقهاء مذهبي أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة ، وهؤلاء جميعاً يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ فى فعله وقتل أو أصاب غيره ، أو أخطأ فى ظنه ، وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده ، فإن الجانى يكون مسئولاً عن القتل أو الجرح الخطأ فقط ، سواء كان الفعل

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - ٢٤٣ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

الغنى ج ٩ ص ٣٣٩ .

الذى قصده أصلاً مباحاً أو محرماً ؛ لأن الجانى لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب ، ولو علم بأنه يخطئ ما أقدم على الفعل^(١) .

ويفرق بعض الفقهاء بين المذهب مالك بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية ، ويرون أن الجانى يسأل باعتباره مخطئاً فى حالة الخطأ فى الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلاً مباحاً أو محرماً ، أما فى حالة الخطأ فى الشخصية فيسأل الجانى باعتباره عامداً كلما كان الفعل الذى قصده أصلاً محرماً .

ورأى القائلين باعتبار الجانى عامداً إذا كان الفعل المقصود أصلاً محرماً ، يتفق مع رأى شراح القانون المصرى ، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين ، ورأى القائلين باعتبار الجانى مخطئاً فى كل الأحوال يتفق مع النظرية الألمانية ، أما القائلون بالفرقة بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين^(٢) .

٣٠٥ - أثر النسيان على المسؤولية : — النسيان هو عدم استحضار الشيء فى وقت الحاجة إليه . وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطأ فى قوله تعالى : ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وفى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم النسيان ، فرأى البعض أن النسيان عذر عام فى العبادات والعقوبات ، وأن القاعدة العامة فى الشريعة أن من فعل محظوراً ناسياً فلا إثم عليه ولا عقاب ، لكن الناسى إذا أعفى من المسؤولية الجنائية فإنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ - الإقناع ج ٤ ص ١٦٨ - المفتى ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٦ ومابعدهما ، القانون الجنائى لمى بدوى ص ٣٥٦ .

لا يعفى من المسؤولية المدنية ؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لا تتنافى مع عصمة المحل^(١)، وطبقاً لهذا رأى لا يعاقب الناسى إذا ارتكب فعلاً محرماً مادام قد أتى الفعل وهو لا يذكر أنه محرم، ولكن النسيان لا يسقط الواجبات بل على الناسى إثباتها حين يذكرها أو يذكر بها، وإلا وجبت عليه العقوبة المقررة. ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذه فى الآخرة ؛ لأن العقوبة الأخروية تنقضى على القصد ولا قصد للناسى . أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يعتبر النسيان عذراً معفياً من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، فإنه يعتبر عذراً فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل ، وأن لا يكون هناك ما يذكر الناسى بما نساه . ويضربون مثلاً لذلك أكل الصائم ناسياً فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم . أما ما يتعلق بحقوق الأفراد فالنسيان لا يعتبر فيها عذراً بأى حال^(٢).

وإذا كانت بعض الجرائم بما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر وما أشبهه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التى يعتبر النسيان فيها عذراً يندر وقوعها ؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر فى ذاته ؛ ولأن الجريمة التى تنسى يجب أن يندفع إليها الناسى بدوافع طبيعية كما يجب أن لا يكون هناك ما يذكره بالتحريم . ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسياً، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً يأتيها وهى فى العدة ناسياً .

وسواء أخذ بهذا رأى أو بالرأى السابق فإن ادعاء النسيان وحده لا يعفى من العقاب ، وإنما يجب قبل كل شئ أن يثبت الجانى أنه ارتكب الجريمة ناسياً

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤٠ — المستصنى للغزالي ج ١ ص ٨٤ — الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ٢١٧ — الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضرى ص ١١٩ — مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٣٧٤ — الأشباه والنظائر ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان في الجرائم مبحثاً قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسياً. والنسيان عند أصحاب الرأي الأخير لا يسقط الواجبات أيضاً، فالواجب يظل واجباً على الناسى، وعليه أن يفعله كما أن النسيان يعتبر شبهة تدرأ العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسى، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير، فأثر النسيان على الجرائم طبقاً للرأى الأخير قاصر على إعفاء الناسى من العقوبة فى بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه فى حالات أخرى.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسؤولية الجنائية

٣٠٦ — أثر الرضا على المسؤولية الجنائية: — الأصل فى الشريعة الإسلامية أن رضا المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركناً من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلاً، فإن الركن الأساسى فى الجريمة هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحاً لا جريمة.

وهذه القاعدة العامة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعتداء على النفس ومادونها، أى جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضاً؛ لأن الرضا لا يهدم ركناً من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذى منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قاعدة أخرى خاصة بهذه الجرائم، وهى أن المجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فى الجنائية على النفس ومادون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجانى إن رأى ذلك أولو الأمر، أى من لهم حق التشريع.

وقد أدى وجود القاعدتين معاً إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذى تطبق فيه كل قاعدة ، كما جعل آراء الفقهاء فى القتل تختلف عن آرائهم فى القطع والجرح ، ولهذا سنتكلم أولاً عن الرضاء بالقتل ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح .

٣٠٧ - الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ؛ لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلاً عمداً ، لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التى توقع على الجانى ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن يدرأوا عقوبة القصاص عن الجانى ، وأن تكون العقوبة الدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادرأوا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون للجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجانى ، ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص ، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة ^(١) .

والرأى الراجح فى مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، ولو أبرأ الجنى عليه الجانى من دمه مقدماً ؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجانى قاتلاً عمداً ، وبعض أصحاب هذا رأى يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة ، والبعض الآخر يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الدية بدلاً من القصاص .

أما رأى المرجوح فى مذهب مالك - وينسبه ابن عرفة لسحنون - فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط عقوبة القصاص والدية معاً ، وإن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

كان لا يمنع من التعزير ، ولكن رأى المعروف عن سحنون في العتبية^(١) أنه يدرأ القصاص عن الجاني للشبهة ويوجب الدية^(٢) .

وفي مذهب الشافعي رأيان : أولها - أن الإذن في القتل يسقط عقوبتي القصاص والدية ولا يبيح الفعل . وثانيهما - أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، وبعض أصحاب هذا الرأي يرى في الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية ، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى في الإذن شبهة^(٣) .

ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن في القتل يسقط العقوبة عن الجاني ؛ لأن من حق المجني عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوي العفو عن عقوبة القتل^(٤) ، وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأي الأول في مذهب الشافعي .

٣٠٨ - الرضاء بالجرح والقطع : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه ، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن . ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلاً عمداً ؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ولا قطعاً ، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ، ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح

(١) اسم كتاب في فقه مذهب مالك .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ - الشرح الكبير للدردير ج ٤

ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٤٢٨ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

أو القطع 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 مبرئاً له بعد الجرح أو القطع ، فإن لم يبرأ المجنى عليه الجاني بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعى ، أما إذا استمر المجنى عليه مبرئاً للجاني ، فإن العقوبة المقررة أصلاً وهي القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير ، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت ، فإذا أدى إليه اعتبر الجاني قاتلاً عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد^(٢) .

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب في مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجاني عن القتل العمد ، ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن ، فتكون الدية 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 فى إسقاط العقوبة ، وقد أسقطها بإذنه^(٤)

٣٠٩ - أسباب الخلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل والجرح :

أساس الاختلاف فى هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل والجرح ، والعقوبة أصلاً هي القصاص ، فإذا امتنع لسبب شرعى حلت

(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 .

محله الدية ، ولمجنى عليه وأوليائه أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاية الأمور تقريرها في حالة العفو .

وعلى هذا الأساس قام اختلافهم في القتل ، فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً ؛ لأن الفعوى عن القتل يستدعى 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 رقع عفوه لغواً ؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص ، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص .

أما في حالة الجرح الذى لم يؤد لموت المجنى عليه ، فمن قال بإسقاط العقوبة اعتبر الإذن بالجرح أو القطع عفواً مقدماً ، واعتبره عفواً صحيحاً ؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطع ، ومن قال بعدم سقوط العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلاً ؛ لأنه لم يصادف محله واشترط لإسقاط العقاب أن يبرىء المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع .

ومن أسقط العقاب في الجرح المؤدى للموت اعتبر الموت متولداً عن الجرح ، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه . ومن رأى العقاب اعتبر الإذن عن جرح لا عن قتل ، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه ، لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .

٣١٠ — بين الشريعة والقانونه : القاعدة العامة في القوانين أن رضاء

المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب إلا إذا كان الرضاء بعدم ركنا من أركان الجريمة ، وفي هذا تتفق القوانين مع الشريعة إلا أن القوانين الوضعية

تجعل الرضاء ركناً في بعض الجرائم التي لا يغير الرضاء من طبيعتها شيئاً ، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة ، ولا يحوّل الفعل من عمل منافي 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 أن الرضاء يعدم الجريمة ، أما الرضاء في الزنا ، فلا أثر له إطلاقاً ، والفعل في حالة الرضاء وعدمه 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 ؛ لا لأن المجنى عليه أو أوليائه رضوا بالجريمة ، وإنما ؛ لأن من حقهم العفو عن العقوبة . والشريعة حين تقرر للمجنى عليه ووليّه حق العفو في الجرائم التي ذكرناها لا تأتي بمبدأ غريب على القوانين ، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة ، وطبقته في الجرائم التي تمس العرض ، فالقانون المصري مثلاً يعطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية ، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة ، ولو كان قد حكم بها وبدىء في تنفيذها ، على أن هناك فرقاً بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة ، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليّه 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 مغالطة ، ولكنه لا يؤدي إلى إسقاط العقاب كلية ، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقاً للقانون المصري يمنع من عقابها بأية عقوبة أخرى ، ومعنى

ذلك : أن حق العفو الذى منحتة الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة ،
بينما حق العفو الذى تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيد ما .

وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطى المجنى عليه أو وليه حق العفو فى جرائم القتل والجرح والضرب ، فإن عفو المجنى عليه أو وليه يؤدى عملاً إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة فى هذه المسألة ، إذ القوانين الوضعية تجعل للقتل ، والجرح عادة عقوبتين ، وتترك للقاضى أن يختار إحداها ، كأنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجانى والجناية هذا التخفيف ، ولاشك فى أن عفو المجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التى تدعو إلى تخفيف العقوبة على الجانى ، كما أن العفو يؤدى بطبيعته إلى إسقاط التعويض المدنى ، وبهذا ينتهى العفو فى دائرة القوانين من الوجهة العملية ، إلى مثل النتائج التى يؤدى إليها العفو فى الشريعة الإسلامية .

على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى تجعل لرضاء المجنى عليه فى حالة القتل والشروع فيه أثراً على العقوبة ، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضاء المجنى عليه ، وتجعل القتل برضاء المجنى عليه جريمة من نوع خاص ، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد . وما هذه المبادئ القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية .

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التى تواجه المحاكم وشرح القانون اليوم ، وهى قتل المريض الميئوس منه لتخليصه من آلامه .

٣١١ — ارتحار والمسؤولية الجنائية : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار كما

تحرم القتل ، وقد جاء التحريم فى القرآن ، كما جاءت به السنة ، فإله تعالى يقول : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ والانتحار قتل نفس ، ويقول جل شأنه : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ﴾ ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل نفسه بحديدة فحديده فى يده يحاً بها فى بطنه فى نار جهنم خالداً

مخلداً فيها أبداً ، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً ، ومن تردى من جبل فقتل نفسه ، فهو مترد في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً » والانتحار قد يكون عمداً ، وقد يكون خطأ وكلاهما محرم .

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر ، فلا عقوبة عليه ؛ لأن العقوبة تسقط بالموت ، ولكن الفقهاء اختلفوا في الكفارة ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس مطلقاً ، ويظاهرها على هذا الرأي في مذهب أحمد . أما الشافعي فيرى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأ وجبت الكفارة في ماله . ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد ما يراه الشافعي من وجوب الكفارة في قتل النفس ، ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا في مال من قتل نفسه خطأ^(١) . والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصالحة الجاني نفسه ، فمن أوجبها في مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية . ويترتب على تحريم الانتحار ، أن يعاقب شريك المنتحر ؛ سواء كان الاشتراك بالتعريض ؛ أو الاتفاق ، أو العون .

وإذا لم يمت من حاول الانتحار ، عوقب على محاولته الانتحار ، وعوقب معه شركاؤه في الجريمة ، وعقوبة الجميع هي التعزير .

وطريقة الشريعة في تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك والشروع فيه ، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون الإنجليزي ، والسوداني ، والإيطالي وغيرها . أما القانون المصري ، والقانون الفرنسي ، فلا يعتبر الانتحار فيهما جريمة ؛ وكذلك لا يعتبر الاشتراك في الانتحار .

٣١٢ — إصابة الشخص نفسه : وتحرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه

نفسه بأذى عمداً أو خطأ ؛ فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك ، فإن فعل . عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية ، وإذا كان من المحرم أن يصيب

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ — المغنى

ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

الإنسان نفسه ، فإن من الحرم على غيره أن يشترك معه في تلك الجريمة .
وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية ، وإن كانت بعض القوانين ،
كالقانون المصرى تجعل التحريم مقصورا على أشخاص معينين ، وفي حالات معينة .

٣١٣ - المبارزة والمسئولية الجنائية : - المبارزة قتال بين شخصين قد يكون
متفقا عليه من قبل ، وقد يذهب دون سابقة اتفاق . وقد يحرص كل من المتبارزين
على قتل صاحبه ، وقد ينوى أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة ، ولا يشترط في
المبارزة أن تكون بسلاح معين ، فيصح أن تكون بالسيوف أو الخناجر ،
ويصح أن تكون بالأسلحة النارية ، ويصح أن تكون بالعصى ، ويصح أن
تكون بالأيدي ، والمهم في المبارزة أن يحرص كل على قتل صاحبه ، أو جرحه ،
أو إيذائه ، فإن كانت المبارزة مقصوداً بها مجرد إظهار المهارة والتفوق ، ولم يقصد
بها الإيذاء ، فهي نوع من ألعاب الفروسية التي تبيحها الشريعة ، وسنتكلم عليها
فيما بعد . أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل ، فهي محرمة شرعا ؛
لأنها ليست إلاقلا أو جرحا أو إيذاء ، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحريما قاطعا ،
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 جرح عمدا ، فإن أدى الجرح لموته ، فهو قاتل شبه متعمد .

ولا تبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا في الحرب ، ففي الحرب تجوز
المبارزة مع المحارب ، ويباح قتله ، وجرحه ، وإيذاؤه ؛ لأن دمه مهدر ، كذلك
تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولو أنه مسلم ؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب .
ولقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد للبراز فأجاب ، وأذن لأصحابه
في البراز يوم بدر ، ويوم الخندق ، والفقهاء يبيحون البراز ، سواء دعا إليه المقاتل
ابتداء أو كان إجابة لدعوة غيره ، ولكن أبا حنيفة ، لا يبيح للمقاتل أن يدعو

للبراز مبتدئاً ؛ لأن ذلك تطاول و بغى فى رأيه ، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعاً من إظهار القوة وإرهاب العدو^(١) .

ويجب أن نفرق فى المبارزة الحرمه بين حالتين . الأولى : ما إذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه ، وفى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح وقد سبق أن بينا هذه القواعد . الثانية : إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه ، وفى هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجراح النصوص الخاصة بالقتل والجرح ، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة ؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح .

فالمبارزة فى الشريعة تخضع للنصوص العامة التى تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدى للقتل والجرح . وهناك نصوص يمكن أن يستدل بها على تحريم المبارزة ، ومن ذلك ما رواه أبو بكره حيث يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول فى النار » فقلت : يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال : « إنه كان حريصاً على قتل صاحبه » ، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر » ، ولكننا لسنا فى حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة ؛ لأن النصوص العامة التى حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم .

وإذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المتبارزين أو جرحه فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط ، ولا ينسب للمتبارزين معاً ، ولا يعتبر اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجرح عن التقائهما اشتراكاً منهما فى القتل أو الجرح قياساً على التصادم ؛ لأن القتل أو الجرح الناشئ عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معاً ، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما ، أما القتل والجرح فى حالة البراز فناشئ عن فعل أحد

(١) الأحكام السلطانية ص ٣١ وما بعدها - واهب الجليل للحطاب الجزء الثالث ص ٣٥٩ - أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢ - المغنى الجزء العاشر ص ٣٩٤ وما بعدها (٢٩ - التشرىح الجنائى الإسلامى)

المتبارزين وقوته ولا أثر لفعل الآخر وقوته في إحداث القتل أو الجرح . فإذا تصادمت سيارتان ونشأ عن اصطدامهما قتل شخص أو جرحه ، فإن القوة التي أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين ، ولو لم تلتقي هاتان القوتان لما حدث القتل أو الجرح . أما في المبارزة فقدرة كل مبارز وقوته هي التي ينشأ عنها فعله فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أو أطلق عليه رصاصة فأصابته ، فليس لقوة المصاب أو عملة دخل في إصابته ^(١)

وتتفق نظرية الشريعة الإسلامية في المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة ، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها باعتبار ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء ، ومن هذه القوانين القانون المصري والقانون الفرنسي . وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة ولكنها تعاقب على ما ينشأ عنها بعقوبات خاصة ، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح ، ومن هذه القوانين القانون الإيطالي والقانون البولندي ^(٢)

المبحث السادس

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية

٣١٤ — **الأفعال المتصلة بالجريمة :** الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة . فهي إما مباشرة ، وإما سبب ، وإما شرط . والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضروري للتمييز بين الجاني وغير الجاني .

(١) راجع كتاب القصاص لأحمد محمد إبراهيم ص ١١٣ وما بعدها ، فإنه يعطى المبارزة حكم الاصطدام وهو رأى غير منطقي ، كما أنه يؤدي إلى اعتبار كل تشاجر أو اعتداء في حكم الاصطدام ، كما وقف المحني عليه موقف المدافع أو المقاوم .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والمعيد مصطفى ص ٤٦١ .

المباشرة : هى ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة ، كذبح شخص بسكين فإن الذبح يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكإشعال نار فى الشيء المحترق ، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته وهو فى الوقت نفسه علة الحريق ، وكأخذ السارق مال الغير من حرزه خفية ، فإن الأخذ يحدث السرقة وهو علة لها ، وكتناول الخمر فإنه يحدث جريمة الشرب وهو فى الوقت نفسه علة لها .

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة ، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره فإنها علة للحكم على المتهم عليه بالموت ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت ، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلال الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت . وكحفر بئر فى طريق الجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات ، فالحفر هو علة الموت أو الجرح ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته ، وإنما يحدثه بواسطة سقوط الجنى عليه فى البئر .

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة .
وللسبب ثلاثة أنواع :

(١) سبب حسى : وهو ما يولد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه سواء كان السبب معنويا أو ماديا ، كالإكراه على القتل والجرح فإنه يولد فى المسكره داعية القتل والجرح دون شك ، وكحفر بئر فى طريق الجنى عليه وتغطيتها ، حتى إذا مامر عليها سقط فيها ومات أو جرح ، فلا شك أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أو الجرح ، وكإشعال النار فى البيت الذى ينام فيه الجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه ، وكإطلاق حيوان مفترس على الجنى عليه بقصد قتله فيفتريه الحيوان ، وكأمر طفل غير مميز بقتل

شخص فيقتله ، فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدي إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه .

(ب) سبب شرعى: وهو ما يولد المباشرة توليدا شرعيا ، أى : أساسه النصوص الشرعية ، كشهادة الزور بالقتل والسرقة فإنها تولد فى القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق ، وتنفيذ الحكم يؤدي إلى مباشرة الموت والقطع ، وكتعمد القاضى أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع ؛ فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدي إلى مباشرة الموت أو القطع .

(ج) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف ، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر . ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها ، ومثل ذلك إشعال نار فى مسكن شخص بقصد قتله ، فإن إشعال النار سبب محسوس للموت إذا مات الجنى عليه محترقا ، ولكن إذا أنقذ الجنى عليه ووضع فى مستشفى لعلاج فانهدم المستشفى على الجنى عليه ومات تحت الأنقاض ، فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه ، وينقلب إلى سبب عرفى .

والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه ، أى ما أقره عزف الناس وقبلته عقولهم ^(١) .

الشرط : هو ما لا يحدث الجريمة وهو علة لها ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها . ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت الثانى ، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٠ - الوجيز للقرائى ص ١٢٢ وما بعدها - أسنى المطالب

الإلقاء في البئر لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذي حدث لولا وجود البئر ، فوجود البئر شرط لجريمة القتل التي وقعت بواسطة الإلقاء في البئر .

٣١٥ - حكم المباشرة والسبب والشرط : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها ، ولو اقتصر الأمر على فعله ما وقعت الجريمة بأي حال ، وإذا كان الفعل شرطاً لوقوع الجريمة إلا أن فاعله لم يأتيه بقصد إجرامى . ولكن صاحب الشرط يسأل جنائياً عن فعله إذا قصد به التدخل في الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ، فإذا أسقط شخص آخر في بئر حفرت للرى فمات من سقطته فلا مسئولية على حافر البئر ، لكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فخافره مسئول ، ومن يستدرج القتل لحل قتله مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة ، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل ^(١) .

أما صاحب المباشرة والتسبب فكلاهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه ، على أن الأمر في تحديد المسئولية يدق إذا كان الجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل المباشرة والتسبب ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحكم هذه الحالة :

أولاً : إذا كان الفعل مؤدياً بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به ، فإن المباشرة أو التسبب يسأل عن الجريمة ، ولا عبء بسكوت الجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله في ذلك ؛ لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، وليس لسكوت الجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل في حدوث الجريمة ، ولا يمكن عقلاً أن يكون علة لها ، فمن أحدث بآخر جرحاً بقصد قتله فمات من

الجرح فالفاعل مسئول عن القتل العمد ولو امتنع الجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل في علاجه .

ثانياً : إذا كان الفعل لا يؤدي بطبيعته للجريمة وكان الدفع موثقاً به فلم يدفع الجنى عليه الفعل ، ففي هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التى ترتبت عليه ؛ لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علة لها ، وإنما الذى أحدثها هو عدم الدفع من جهة الجنى عليه ، ومثل ذلك أن يلقي شخص بآخر فى ماء قليل لا يفرق ، فيبقى هذا الآخر مستلقياً فى الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيفرق ، فمسئولية الجانى قاصرة على الإلقاء فى الماء فقط ولا يسأل عن نتيجة الإلقاء فى الماء وهى الموت ؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت فى الماء وإنما كان نتيجة بقاءه فى الماء ، على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقي فى الماء مختاراً مع قدرته على الخروج منه ، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه فى الماء فعاقبه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك ، فالإلقاء فى الماء هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، ومن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون فى تطبيقه ، فالشافعية مثلاً يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى تنزف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل ؛ لأن الفصد لا يؤدي بطبيعته للموت ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما تنزف ، والحنابلة يرون أن من أحدث الفصد مسئول عن القتل ؛ لأنه أحدث الجرح الذى أدى للموت ؛ ولأن الدفع ليس موثقاً به ^(١) .

ثالثاً : إذا كان الفعل يؤدي بطبيعته للجريمة والدفع سهل ، كما لو ألقى من بحسن السباحة فى ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يفرق ، وكما لو ألقى شخص فى نار قليلة استطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، ففي هاتين الحالتين وأمثالهما

خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل ؛ لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ؛ ولأن أعصاب الملقى في النار تتشنج بإلقائه في النار فتعسر عليه الحركة ؛ ولأن العادة أن لا يستسلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء . ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلاً مادام الجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل ، والخروج من النار فبقى فيها^(١) ، وكلا الفريقين يرى الجانى مسئولاً جنائياً ، ولكن الفريق الأول يجعله مسئولاً عن نتيجة الفعل ، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولاً عن الفعل دون نتيجته قياساً على الحالة الثانية ، وأكثر الذين يعتبرون الفاعل قاتلاً يعتبرونه قاتلاً شبه عمد لا قاتلاً عمداً ؛ لأن الفعل لا يؤدي غالباً للموت .

٣١٦ - الفرق بين مسؤولية المباشر ومسؤولية التسبب : الأصل في

الشريعة الإسلامية أن المباشر والمتسبب كلاهما مسئول جنائياً عن فعله ، لكن المساواة في المسؤولية لا تستلزم تساويهما في العقوبة في جرائم الحدود ؛ لأن القاعدة في جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر^(٢) فلا يمكن إذن أن يعاقب المتسبب بعقوبة حد ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل في الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة ، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب فخصصت عقوبة الحدود لشدها بما هو أصل وبما يغلب وقوعه .

أما جرائم القصاص فعقوباتها وإن كانت مقدرة كمقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والمتسبب معاً عند مالك والشافعي وأحمد ؛ لأن هذه الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ - المعنى ج ٩ ص ٣٢٦ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ .

القصاص لإمكان الجاني أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب^(١) .
ولكن أبا حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب^(٢)
مع أنه يعتبر الفعل في الحالين قتلاً عمداً ، وهو يخص عقوبة القصاص للقاتل
المباشر ويدراها عن القاتل المتسبب ، وحجته في هذا أن عقوبة القتل العمد هي
القصاص ، ومعنى القصاص المائلة ، والقصاص في ذاته قتل بطريق المباشرة .
فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة
القصاص المائلة في الفعل ، فمن حفر بئراً ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص
منه ؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر
زوراً بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه
الشهادة المزورة لا يقتص منه ؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام
إلا أنها لم تؤد لإعدام المشهود عليه مباشرة^(٣) .

وفي جرائم التعزير لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب ، فالعقوبات المقررة
لها واحدة ، ولكن هذا لا يقتضى التسوية بينهما في نوع العقوبة التي توقع على
كليهما ومقدار هذه العقوبة ؛ لأن عقوبات التعازير غير مقدرة ، وللقاضي حرية
في اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة ، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها
الأدنى والأعلى

٣١٧ - مدى مسؤولية المباشر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة :-

إذا اجتمع سبب ومباشرة فلا يخرج الأمر في تحديد مسؤولية المتسبب والمباشر
عن حالة من ثلاث :-

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦
ص ٢٤١ .
(٢) يعتبر أبو حنيفة القتل بالتسبب قتلاً مباشراً إذا كان من باشر القتل أداة في يد المتسبب
كما في حالة الإكراه .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

الأولى : — أن يغلب السبب المباشرة : ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية على المتسبب دون المباشرة ، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هي السبب ، ولما كان فعل الجلاد لا يعتبر عدوانا كان صاحب السبب أى شاهد الزور هو القاتل ، وهكذا كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسؤولية المباشرة ووقعت المسؤولية على عاتق صاحب السبب^(١) .

الثانية : — أن تغلب المباشرة السبب : - وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كمن ألقى إنسانا في ماء بقصد إغراقه فنحنقه آخر كان يسبح في الماء ، وكمن ألقى بإنسان من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف ، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض ، فالمسئول عن القتل في هذه الصور هو المباشرة وعليه وحده القصاص ، أما المتسبب فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجهته وهي الموت .

ويرى البعض أن المباشرة لاتقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة ، كمن رمى آخر من شاهق لايمكن أن يسلم منه فتلقاه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقده بالسيف ، فإن السبب في هذه الحالة يعتدل مع المباشرة ، ويكون كل من المباشرة والمتسبب مسئولين عن القتل ؛ لأن عمل كل منهما يتم عمل الآخر ، أما إذا كان السبب يسلم منه فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذى سبق بيانه^(٢) ، والمفروض فى الأمثلة السابقة أن المباشرة والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة .

ويرى أبو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا وكانت المباشرة

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٢) الغنى ج ٩ ص ٣٨٥ .

عدواناً ، بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب^(١) وإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب لا يترتب عليها إعفاء المتسبب 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 المتسبب التعزير كما تغلبت المباشرة على السبب .

الثالثة : — أن يعتدل السبب والمباشرة : — بأن يتساوى أثرهما في إحداث الجريمة ، وفي هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل ، كالأكره 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 يضيف الحكم للمباشرة كلما اجتمعت مع سبب وكانت عدواناً ، وهو في هذا يخالف ما يراه مالك والشافعي وأحمد ، وإذا كان أبو حنيفة يعتبر المكره مسئولاً عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة ، وإنما ؛ لأنه يعتبر صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة في يده .

٣١٨ — رابطة السببية والمسؤولية : — ويشترط لمسئولية الجاني عن الجريمة التي تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله ، وأن يكون بين الفعل الذي أتاها والنتيجة التي يسأل عنها رابطة السببية .

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجاني ونتيجته ، إذا كان فعل الجاني مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالاً مباشراً . أما إذا كان فعل

الجاني سبباً فقد يصعب في كثير من الأحوال القول بوجود رابطة السببية 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 ، وتوالدت الأسباب بينها وبين الأفعال ، وسنستعرض فيما يأتي هذه المصائب ونبين حكمها .

٣١٩ - نمرود العلل المبدئية للنتيجة : القاعدة أن الجاني يسأل عن نتيجة فعله

إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره^(١) دخل في إحداث النتيجة ، فالجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان هو الذي أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التي اشتركت في إحداثها ، فن أحدث بآخر جرحاً قاتلاً بقصد قتله فأدى الجرح للموت فهو مسئول عن القتل العمد ، وإذا كان بالجاني عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجاني إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجاني مسئول عن القتل العمد ، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات ، ويستوى أن تكون الإصابات التي كانت بالجاني عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه أو عن فعل غيره ، كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان .

وإذا كان بالجاني عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلاً ، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً بقصد قتله فمات من جميع الإصابات ، فالجاني مسئول عن القتل العمد ، ولو أن بعض الإصابات التي أدت للموت ناشئة عن فعل مباح ، وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية ، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التي أحدثها الجاني وليست سابقة عليها .

وإذا كانت بعض الإصابات الخش من بعض ، فإن الجاني الذي أحدث

(١) المفروض أن الجاني لا علاقة له بغيره من الفاعلين .

أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل في القتل على أفرادها ، كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التي يحدثها كل جان ، فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله ، فالجاني الذي أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل في القتل على أفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

وإذا أساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج ، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية ، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة فإن الجاني مع ذلك يسأل عن القتل العمد ، مادام فعله مهلكا بذاته ، أو كان له منفرداً دخل في إحداث النتيجة .

وإذا كان المجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مسئولاً عن قتله عمداً إذا ضربه أو جرحه ضرباً أو جرحاً لا يقتل الصحيح أو الكبير ، مادام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير .

٣٢٠ - انقطاع فعل الجاني : — ويسأل الجاني عن نتيجة فعله مالم ينقطع فعل الجاني بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله ، ففي هذه الحالة يسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته ، فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلاً بقصد قتله يعتبر قاتلاً له عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل ، والأول جرح لا قاتل ؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث .

ويسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة ، ولو كان الجاني قاصداً النتيجة ، فمن يجرح إنساناً قاصداً قتله فيشفي الجرح يسأل باعتباره جارحاً لا قاتلاً ؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت .

٣٢١ - نوالر العلل والسيئات : — قلنا : إن الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره دخل في إحداث النتيجة ، وهذه هي القاعدة العامة في الشريعة ، ومن السهل تطبيقها

كلما كان فعل الجاني علة مباشرة للنتيجة ، كذبح شخص بسكين ؛ فإن الذبح علة مباشرة للموت . ولكن المسائل لا تعرض دائماً بهذه السهولة ، فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجاني هو العلة المباشرة للنتيجة ، وإنما تتولد العلة وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجاني والنتيجة التي يسأل عنها ، وبحيث يبعد الفعل عن النتيجة ، ولا يكون سبباً مباشراً لها ، ومثل ذلك أن يحدث الجاني بالجنى عليه جرحاً بقصد قتله فينقل الجنى عليه إلى المستشفى فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه الجنى عليه ، فهل يسأل الجاني عن الموت باعتبار أن الجرح الذى أحدثه سبب نقل الجنى عليه إلى المستشفى ، وأن النقل تولد عنه موت الجنى عليه محترقا ، أم يسأل الجاني عن الجرح فقط ؟ ومثل ذلك أيضا أن يشهد شخصان زوراً على آخر بأنه قتل ثالث ، فيحكم على المتهم البريء بالقتل وينفذ فيه ، ثم تبين بعد ذلك براءته ، فهل يعتبر شاهد الزور قاتلاً باعتبار أن فعله علة للحكم ، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه ؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلة والأسباب :
أولها - العلة والأسباب الحسية : وهى العلة التى تتولد عنها النتائج توليداً محسوساً مدركاً لا شك فيه ولا خلاف عليه ، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى ، فكلما كان فعل الجاني علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة ، كإشعال النار فى بيت الجنى عليه بقصد قتله ، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقا ، فإن الجاني وضع النار فى المنزل وكان وضعها علة فى احتراق المنزل ، وكان إحراق المنزل علة فى موت الجنى عليه محترقا .

ثانيها - العلة والأسباب الشرعية : - وهى العلة والأسباب التى تولد

نتائج يسأل عنها الجاني بمقتضى النصوص الشرعية ، كاعتبار شاهد الزور في جريمة القتل قاتلاً للمحكوم عليه . وهذا النوع من العلل يتحمل الجاني نتيجه التي ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضمفت صلة السببية بين النتائج والفعل .
ثالثها: العلل والأسباب العرفية : وهي كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليداً حسيماً ولا شرعياً ، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين . وتنسب العلة أو السبب إلى العرف ؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم .

ورحكم هذا النوع من العلل أن الجاني يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب ، إذا كان العرف يقضى بمسئولية هذه النتائج ، أما إذا كان العرف يمنع من مسئوليته عن النتائج فلا يسأل عنها ، فمثلاً لو خرق شخص قارباً يركبه الجنى عليه بقصد إغراقه في حجة لانتجاة منها فلما أشرف القارب على الغرق ألقى الجنى عليه بنفسه في الماء ساجداً فالتقمه حوت ، فإن الجاني يسأل عن القتل ولو أن فعل الجاني 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 لالتهم الحوت له ، وهذه العلة الأخيرة هي التي أدت مباشرة للموت ، ويسأل الجاني عن النتيجة التي ترتبت على فعله مع توالد العلل وتواليها وبعد النتيجة عن فعله ؛ لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة بالرغم من ذلك كله ويعتبر الجاني قاتلاً . وإذا ضرب الجاني شخصاً بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع الجنى عليه في مستشفى ، ثم حدث زلزال أدى لهدم المستشفى وموت الجنى عليه تحت الانقراض ، فإن الجاني يسأل باعتباره جازحاً فقط ، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهي الموت ، ولو أن الموت كان علة لوجود الجنى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى علة لفعل الجاني ؛ لأن العرف لا يعتبر الجاني قاتلاً في هذه الحالة . والساحر الذى يمارس أعمال السحر والشعوذة

بقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود ، وإنما يسأل عن الأفعال التي أتاها دون نتيجتها ؛ لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدي للقتل .

٣٢٢ - نظرية السببية في الشريعة : - ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية في الشريعة وهي أن الجاني لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية ، وهي الرباط الذي يربط الفعل الحاصل من الجاني بالنتيجة التي يسأل عنها ، وأهـى الرباط الذي يربط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول ، فإذا توفرت هذه الرابطة كان الجاني مسئولاً عن نتيجة فعله ، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته ، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعياً أو بفعل شخص آخر ، فإن الجاني يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته .

ولا يشترط أن يكون فعل الجاني هو السبب الوحيد الحادث للنتيجة ، بل يكفي أن يكون فعل الجاني سبباً فعالاً في إحداث النتيجة ، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجاني هو الذي سبب النتيجة وحده ، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعل المجنى عليه أو الغير ، أو ترجع إلى حالة المجنى عليه الطبيعية أو الصحية .

والجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة أو كان علة غير مباشرة للنتيجة ، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة علة لعلـة أو عالـل أخرى تولدت من فعل الجاني ، مادام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجاني مسئولاً عن مثل هذه الحالة .

ولا يسمح الفقهاء بتوالد الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد ، بل يقيدون التوالد والتوالى بالعرف فما اعتبره العرف سبباً للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سبباً بعيداً ، ومالم يعتبره العرف سبباً للنتيجة فهو ليس سبباً لها ولو كان سبباً قريباً .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك ؛ لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ،
فلو أنهم اكتفوا في تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح
القانون الفرنسى فى القتل العمد لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى
يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما
فعل بعض الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف
الناس ولا منطقهم قتلا .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع
له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة ؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم
بها ، بل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذى
ضمن لنظرية الشريعة البقاء مابقي الناس ؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا
أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه وعقول لا تترتاح إلا إلى ما تراه عدلا ، ونظرية
الشريعة تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف .

٣٢٣ - بين الشريعة والقوانين : - ونظرية الشريعة فى السببية تفضل
على قدمها النظرية الفرنسية وتتفق مع أحدث النظريات التى ظهرت فى دائرة
القوانين الوضعية .

فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون فى القتل العمد إلا السبب المباشر
أى : السبب الذى يؤدى للموت بشرط أن لا تتوسط بينه وبين الموت عوامل
أخرى تؤدى بذاتها للموت أو تساعد على إحداثه ، فمثلا إذا ضرب الجانى شخصا
أو جرحه بقصد قتله فأهمل الجنى عليه العلاج أو أساء علاج نفسه أو كان مريضا
أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب
أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة للموت ؛ لأن هناك
عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن
هذه العوامل .

و يطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه في حالة القتل العمد فقط ، ولكنهم لا يرون بأساً من قبول السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وفي هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ؛ لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل في القتل العمد إلا السبب المباشر فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ فمن الظلم أن لا يقبل في القتل العمد .

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معا ، وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة في ألمانيا وإنجلترا وإيطاليا وسويسرا وانتقلت إلى غيرها من البلاد . وتعتبر النظريات الألمانية في السببية أنموذجا لأحدث النظريات في السببية ولذلك سنكتفي بعرضها .

وأول النظريات الألمانية هي نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال ، وبمقتضى هذه النظرية يسأل الجاني عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسى في إحداثها ، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة ؛ لأن هذه العوامل تعتبر شروطا لحدوث النتيجة لا أسباب لها مادام أنها لا تقوم بالدور الأول في إحداث النتيجة ، أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول في إحداث النتيجة فإن النتيجة تنسب إليه ويصبح فعل الجاني شرطا لحدوث النتيجة لأسبابها . وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها ، مع أنها جميعا ضعيفا وقويها ضرورية لإحداث النتيجة ، ولو امتنع أحدهما مهما كان ضعيفا لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذى انتهت به .

وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية هي نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى ، ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة بل يضعونها جميعا في مستوى واحد ، وعندهم أن فعل الجاني هو العامل (٣٠) التشريع الجنائى الإسلامى

الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت ، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها ، ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية ، راجعة إلى فعل المجنى عليه أو فعل غيره ، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية ، قاطعة لفعل الجانى أو غير قاطعة .

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة ، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتوالياها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة .

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملائم ، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل ، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل واسكنها لا تحمل الجانى المسؤولية عن النتيجة إلا إذا اعتبر فعله سببا ملائماً لإحداث النتيجة ، ويعتبر السبب ملائماً إذا كان كافياً لإحداث النتيجة طبقاً لما تعارف عليه الفلاس وما تقتضيه طبائع الأشياء .

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية ، وتسكاد كلاهما تؤدي إلى نفس النتائج التى تؤدي إليها الأخرى من حيث ترتيب المسؤولية ، ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرناً ، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى ؛ لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها .

الفصل الثاني

في ارتفاع المسؤولية الجنائية

٣٢٤ - علة ارتفاع المسؤولية الجنائية : - بينما فما سبق أن المسؤولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة^(١) : هي (١) إتيان فعل محرم (٢) أن يكون الفاعل مختاراً (٣) وأن يكون مدركاً . فإذا توفرت هذه الأسس الثلاثة ، توفرت المسؤولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها ، لم يعاقب الجاني على فعله ، على أن عدم العقاب لا يرجع في كل الحالات إلى سبب واحد بعينه ، فإذا لم يكن الفعل محرماً فلا مسؤولية إطلاقاً ؛ لأن الفعل غير محرم ، والمسؤولية لا تكون قبل كل شيء إلا عن فعل محرم ، وإذا كال الفعل محرماً ، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار فالمسؤولية الجنائية قائمة . ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار .

فالمسؤولية ترتفع إذن ، إما لسبب يتعلق بالفعل ، وإما لسبب يرجع للفاعل ، وفي الحالة الأولى يكون الفعل مباحاً ، وفي الحالة الثانية يبقى الفعل محرماً ، ولكن لا يعاقب على إتيانه .

٣٢٥ - أسباب الإباحة : يباح الفعل المحرم في الشريعة الإسلامية ؛ لأسباب متعددة ، ولكنها كلها ترجع ، إما لاستعمال حق ، وإما لأداء واجب ، فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذي يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذه الفاعل ؛ لأن الشريعة جعلت له حقاً في إتيان الفعل المحرم أو ألزمت به إتيانه فأباحته له بذلك إتيان ما حرم على الكافة .

٣٢٦ - أسباب رفع العقوبة : وترتفع العقوبة عن الفاعل لأربعة أسباب هي : (١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن . وفي هذه الحالات الأربع يرتكب الجاني فعلاً محرماً ولكن العقوبة ترفع عنه ، لفقدان الاختيار أو الإدراك .

٣٢٧ - إعفاء من العقاب : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدأ آخر يسمح بإعفاء الجاني من العقاب بالرغم من أنه استحقه ؛ لارتكابه فعلاً محرماً وهو متمتع بالإدراك والاختيار ، ويعتبر هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة ، ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدأ الاستثنائي تشجيع الجاني على التوبة في الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها ، خصوصاً وقد جاء النص المقرر للمبدأ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحراقة، وهي من أخطر الجرائم وذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ، وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا ، أَوْ يُصَلَّبُوا ، أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ ، أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ، ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ . إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأَ عَلَيْهِمُ ، فَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٣ ، ٣٤] ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحراقة ، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليه وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف^(١) . ولا شك أن المبدأ الذي جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة في ذلك .

٣٢٨ - بين الشريعة والقانون : هذه هي أسباب ارتفاع المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، وهي بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسؤولية في القوانين الوضعية ، وحكم هذه الأسباب في الشريعة والقوانين واحد من حيث التكيف ، فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحاً للفعل فلا

جريمة في فعل يستعمل حقاً أو يؤدي واجباً ، وهذا هو نفس الحكم في القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية الحديثة . والشرعية ترفع العقاب في حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن ، مع بقاء الفعل جريمة ، وهكذا الحكم في القوانين ، والشرعية تعفى من العقاب في بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه ، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة . والفرق الوحيد بين الشرعية والقوانين الوضعية أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها في الشرعية الإسلامية من يوم وجودها ، أى : من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، وعرفت من أول يوم على الوجه الذى هى عليه الآن ، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا في أواخر القرن الثامن عشر ، وفي القرن التاسع عشر . ولم تعرفه إلا سبباً بعد سبب وخطوة بعد خطوة .

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

٣٢٩ - العلة في إباحة الأفعال المحرمة : الأصل في الشرعية الإسلامية أن

الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى 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 قصاص أى : القتل ، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولي الدم وذلك قوله تعالى :

﴿ومن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ [الإسراء: ٣٣]
 فولى الدم حين يقتل القاتل يأتي عملاً مباحاً له بصفة خاصة ، ولو أن هذا العمل
 محرم على الكافة ، وهو حين يأتيه يحقق غرضين من أغراض الشارع . أولهما :
 القصاص من القاتل . وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولي الدم .

والجرح محرم على الكافة ، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد
 تتوقف على عملية جراحية ، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض ؛ لإنقاذه
 من آلامه أو لإنقاذ حياته ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ ولأن الشريعة
 تحض على التداوى من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقي بنفسه في التهلكة ،
 فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع دفع الضرورة ، والتداوى من المرض ،
 وإنقاذ النفس من الهلكة .

والضرب محرم على الكافة ، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضى
 بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا ، ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على
 الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم ؛ فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد
 التأديب والتعليم تحقيقاً للواجب المفروض عليهم .

وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات
 الشارع ، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال
 المحرمة على الكافة .

وإذا كان الفعل المحرم قد أبيح ؛ لتحقيق مصلحة معينة فقد وجب منطقياً
 أن لا يؤتى الفعل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التى أبيح من أجلها ، فإن ارتكب
 الفعل لغرض آخر فهو جريمة ، فالطبيب الذى يجرح مريضاً بقصد علاجه يؤدى
 واجباً كلف به فعله مباح ، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل
 وعمله جريمة .

٣٣٠ - الحق والواجب : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل

حقه وأن لا يستعمله ، فإذا استعمله فلا حرج عليه ، وإن تركه فلا إثم عليه ، فالحق إذن هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه .

ويقابل الحق . الواجب ، وكلاهما يختلفان عن الآخر في طبيعته ، فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله ، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه ؛ فإن المسكف بالواجب يأثم بتركه ويفرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب .

وإذا كان الحق والواجب يختلفان في طبيعتهما ، إلا أنهما يتفقان من الناحية الجنائية في أن الفعل الذى فعل ؛ أداء لواجب أو استعمالاً لحق هو فعل مباح ولا يعتبر جريمة .

والفعل الواحد قد يعتبر حقاً لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر ، فالقتل قصاصاً هو حق لولى الدم إذا باشره ، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له ، والتأديب فى مذهب أبى حنيفة حق للزوج والأب ولكنه واجب على المدرس والمعلم .

وللتفرقة 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 يتقيد بشرط السلامة وأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، أى : أن من باشر حقاً مسئول دائماً عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق ؛ لأنه مخير بين أن يأتى الفعل أو يتركه ، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب ؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى ، أما مالك وأحمد فعندهما أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح .

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقاً أو واجباً بالنسبة لشخص معين ننظر هل يتحتم

إتيان الفعل أم لا ؟ » وهل يعاقب على تركه أو يأنم بتركه أم لا ، فإن كان يتختم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وكذلك إن كان يأنم بتركه أو يعاقب على تركه ، أما إذا كان له أن يأتي الفعل أو يتركه دون أن يأنم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له .

وإذا حللنا الحق وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق ، فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلاً ، أو الإبن أو التلميذ ، وإذا حللنا الواجب وجدنا أنه يعطى أيضاً للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب ، ويجعل مباشرة الواجب حقاً له على المحل ، فواجب التأديب عند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب ، نفس سلطة صاحب الحق على التلميذ والإبن . 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 يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعى . (٢) التأديب . (٣) التطبيب . (٤) ألعاب الفروسية . (٥) إهدار الأشخاص . (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

الفرع الأول

في الدفاع الشرعى

٣٣١ - الرفع الشرعى في التريعة على نوعين :

- أ - دفاع شرعى خاص ويسمى اصطلاحاً دفع الصائل .
 - ب - دفاع شرعى عام ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .
- وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلباً خاصاً .

الطلب الأول

الدفاع الشرعى الخاص

أو

دفع الصائل

٣٣٢ - معنى الدفاع الشرعى الخاص : الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أو نفس غيره، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء .
والدفاع الشرعى الخاص سواء كان واجباً أو حقاً مقصوداً به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلاً لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بدفع الصائل ، وعلى تسمية المعتدى صائلاً والمعتدى عليه مصولاً عليه .

والأصل فى دفع الصائل قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة : ١٩٤] ومارواه يعلى بن أمية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كان لى أجير فقاتل إنساناً فعض أحدهما يد الآخر ، فانتزع المعترض يده من فم العاض فانتزع إحدى ثناييه ، فأتى النبى فأهدر ثناييه وقال « أهدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل » ومارواه عبد الله بن عمرو عن قول رسول الله : « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » ومارواه أبو هريرة عن رسول الله قال : « لو أن أماً اطاع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة فمقات عينه لم يكن عليك جناح »

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله ، كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله . لقوله عليه

السلام : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » ولقوله « إن المؤمنين يتعاونون على الفتن »

٣٣٣ - التكييف الشرعى لرفع الصائل : لا خلاف بين الفقهاء فى أن دفع الصائل شرع ليحمى الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال ، ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعى لدفع الصائل من وجهين :-

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان فى مقدوره ، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء وله أن لا يدفعه ؟ .

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض ، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك ؛ لأن التمكين منها محرم ، وفى ترك الدفاع تمكين منها للمعتدى ، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل ، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك .

والواجب هو الذى يذم تاركه ويلام شرعا بوجه ما على رأى ، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر ^(١) ، ويستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية .

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ، ولكن تاركه يعتبر آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ، فانهدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعنى من أدائه .

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٣٨ وما بعدها - المستصنى للفرالى

وانعدام المسؤولية الجنائية على ترك الواجب لا يسوى بين الواجب وبين الحق ؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك والواجب لا تخيير فيه ، كأن صاحب الحق لا يعتبر آثماً بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فأثم شرعاً ^(١) .

واختلف الفقهاء في الدفاع عن النفس ، فظاهر مذهب أبي حنيفة يتفق مع الرأي الغالب في مذهبي مالك والشافعي على أن دفع الصائل عن النفس واجب ^(٢) والرأي المرجوح في مذهبي مالك والشافعي يتفق مع الرأي الراجح في مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائز ^(٣) وليس واجباً . وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في الفتنة « اجلس في بيتك فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف ففط وجهك - أوفى لفظ آخر - فـسكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » كذلك يحتجون بعمل عثمان رضي الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه .

وبعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها ، ويحملون الدفاع جائزاً مطلقاً في حالة الفتنة ، أما في غير حالة الفتنة فيجملونه واجباً مطلقاً ^(٤) ، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية ^(٥) .

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجباً ، فلمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء ، وأن لا 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 مالا فيه روح ، أى : ليس جماداً ، أو كان مالا للغير في يد

(١) المستصفي للغزالي ج ١ ص ٧٤

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨١ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ — الزيلعي وحاشية الشلبي ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٥٠ وما بعده

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٩٠

(٥) حاشية الرمل ج ٤ ص ١٦٨ وأسنن الطالب ج ٤ ص ١٦٨ — شرح الزرقاني وحاشية البناني ج ٨ ص ١١٨

الدفاع كمال المحجور عليه أو الوقف ، أو مالا مودعا ، أو كان مالا للدافع ولكن
تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة ^(١) .

ثانيتها : صيال الصبي والمجنون والحيوان : - يرى مالك والشافعي وأحمد
أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع ، فإذا
قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمي نفسه من الصيال
إلا بالقتل فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية ، لأنه كان يؤدي واجبه
في دفع الصائل عن نفسه ^(٢) .

ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون الموصول عليه
مسئولا مدينا عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان ، وحجتهم في ذلك أن الدفاع
شرع لدفع الجرائم . وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان
الأعجم ، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان ،
ولكن المعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على
أساس الضرورة الملجئة ، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لا تعفي من الضمان وإن
أعفت من العقاب ؛ لأن الدماء والأموال معصومة ؛ ولأن الأعذار الشرعية
لا تنافي هذه العصمة .

ويرى أبو يوسف أن يكون الموصول عليه مسئولاً عن قيمة الحيوان فقط
لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك ،
أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة ، ويترب على هذا أن يكون الموصول عليه
في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، وفي حالة ضرورة ملجئة إذا صال
عليه حيوان ^(٣)

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ .

(٢) وأصحاب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ - تبصرة الحكم ج ٢ ص ٣٠٣ - الأم ج ٦

ص ١٧٢ المذهب ج ٢ ص ٢١٣ الإقناع ج ٢ ص ٢٨٩ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٢ .

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع في كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمي نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس ، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمي ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا ، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجيز له أن يمنع الاعتداء ، فإذا لم يكن في الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء ، فمشرعية منع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل وليس الاعتداء في ذاته . ومن ثم فليس من الضروري أن يكون الاعتداء جريمة (١) .

٣٣٤ - بين الشريعة والقانون : بيننا فيما سبق التكييف الشرعي

للدفاع ، أما تكييف الدفاع في القوانين الوضعية فقد اختلف باختلاف الأزمنة ، فقديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعي لا القانون الوضعي ، وفي العصور الوسطى اعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ، ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة . وفي القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة 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 الخطر المحدق بالمُدافع يجعله عديم الاختيار ؛ ولأن الجاني يندفع بغريزته للمحافظة على حياته . وقد أخذ على هذا التكييف بأنه لا يعمل الدفاع عن الغير ولا عن المال ، وأنه يؤدي إلى تبرير الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب .

وأحدث الآراء اليوم في القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحق أباحه القانون الوضعي بل أداء لواجب ؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله ، فضلا عن أن الجماعة

لامصلحة لها في العقاب ؛ لأن المدافع ليس بالجرم الذي يخشى على الجماعة من شره والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة أنها انتهت في القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية في القرن السابع ، فالمدافع يكيف في الشريعة بأنه واجب في أكثر الحالات ، حق في بعضها ، وهو يكيف اليوم في القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجباً ، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد الجنون . والطفل ، ولو أن كليهما معنى من العقاب ؛ لأن الدفاع الشرعى ليس عقاباً يقع على المعتدى ، وإنما هو دفع لعدوانه ، وهذا يتفق مع ما يراه أغلب الفقهاء . ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استناداً إلى حق الدفاع الشرعى ، أو استناداً إلى أنه حالة ضرورة ، فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية ، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن اعتباره معتدياً أو مرتكباً لجريمة ، وأن حالة الضرورة هي التي تبيح قتل الحيوان ، ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعى بالنسبة للحيوان ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد ^(١) . ويتفق القانون المصرى مع مذهب أبى حنيفة في اشتراط أن يكون فصل الصائل جريمة ، فإن لم يكن جريمة ، لم توجد حالة الدفاع ^(٢) .

٣٣٥ - شروط دفع الصائل :- لدفع الصائل شروط يجب توفرها حتى يعتبر المصول عليه في حالة دفاع وهذه الشروط هي : أولاً - أن يكون هناك اعتداء أو عدوان . ثانياً - أن يكون هذا الاعتداء حالاً . ثالثاً - أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر . رابعاً - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٥٢٥ .

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى .

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء . - يجب أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء ؛ فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه ، فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب ، والمعلم إذا أدب الصبي ، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق ، ومستوفي القصاص حين يقل القاتل أو يقطع يده قصاصاً ، كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدواناً أو اعتداءً ، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب .

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان في الفعل أن كل عمل أوجبه الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداءً إذا باشره صاحب الحق فيه ، كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك ، من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم .

وليس للاعتداء حد مقرر فيصح أن يكون الاعتداء شديداً ، ويصح أن يكون بسيطاً ، وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

ويصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله ، كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ، ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله ، كن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله^(١) .

وليس من الضروري في رأى مالك والشافعي وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها ، ولكن يكفي أن يكون عملاً غير مشروع ، وليس من الضروري في رأى هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولاً جنائياً عن فعله ، فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلاً ، ويكفي لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أياً كان غير مشروع . أما أبو حنيفة وأصحابه ، فيشترطون أن يكون الاعتداء

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

مما يعتبر 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 حاجة لأن يكون الصائل مسئولاً عن الجريمة جنائياً ، ورأى أبي يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصرى الذى يشترط أن يكون الفعل جريمة .

ويعتبر الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد ، ولكن أبا حنيفة وأصحابه جميعاً لا يرون مبرراً لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان ؛ لأن فعله لا يعتبر جريمة ، ويرون رد الهجوم على أساس حالة الضرورة ، وهو رأى قد يتفق أيضاً مع نصوص القانون المصرى ، الذى يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتله دون مقتضى (م ٣٥٥ عقوبات) هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة وهو الرأى الراجح ؛ لأن فعل الحيوان ليس جريمة فى ذاته ، أما إذا أمكن فى بعض الأحوال اعتبار الفعل جريمة من صاحب الحيوان ؛ فالدفاع يوجد ولكنه لا يوجد فى غير ذلك من الحالات .

وليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه ؛ لأنه هو الذى اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه ، فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدرأ ، أما المصول عليه فمعصوم ، وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدرأ مع بقاء المصول عليه معصوماً ، ومن الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه فى امرأة تزوجت ، فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سراً ، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق ، وقتلت المرأة الزوج ، فمضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها .

لكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحد اللازم لرد العدوان اعتبر الزائد منها عدواناً وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريزته .

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلاً ، فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء ، بل للمصول عليه أن يبدر الصائل بالمنع مادامت 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 يضر به وإن لم يبدأه المتقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع في نفسه ذلك لم يكن له ضربه^(١) ، ويجب أن يكون الاعتقاد بالاعتداء غالباً على الظن حتى يمكن تبرير الدفاع ، أما الوهم والظن الضعيف فلا يبرره ، فإذا دخل رجل بالسلاح داراً فغلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله ؛ لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل ؛ وإذا توقع صاحب الدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنيّاً على أسباب معقولة فياقتله ولا شيء عليه .

وإشهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه في حالة دفاع ولا يجعله مصولاً عليه ؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يعتبر اعتداء ، لكن إذا كانت الظروف تدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من المصول عليه ، كان للمصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهي باتتهائه فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء ، فإذا ضرب المصول عليه الصائل فانصرف أو جرحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى ، وليس له بعد أن يعجزه أن يثنى عليه ، فإذا فعل من ذلك شيئاً فهو جرح أو قتل وعليه عقوبته ، ولكن يجوز للمصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال ، وتعتبر حالة الدفاع قائمة

(١) الأم ج ٦ ص ٢٧ .

(٢) نفس المرجع السابق .

حتى يسترد من الصائل مأخذه ، وللمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى .

والرغبة في الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء ، فمن كان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيعه فضر به أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن في ذاته .

الشرط الثاني : أن يكون الاعتداء حالا : — لا يوجد المصول عليه في حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا ، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه ليس دفاعاً وإنما اعتداء ؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل أو الظن فلول الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع ، ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلاً للدفاع ، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلاً للدفاع ، إذ ليس هناك خطر يحمي منه الإنسان بالدفاع العاجل ، وإذا اعتبر التهديد اعتداء في ذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه ، والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد .

الشرط الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : — يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها ، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد ، فإذا أمكن دفع الصائل مثلاً بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله ، فإن فعل كان فعله جريمة^(١) ، وإذا أمكن الاحتباء برجال السلطة العمومية في الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله^(٢) .

(١) حاجة ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٢ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

(٢) الأم ج ٩ ص ٢٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

وقد اختلف الفقهاء في الحرب كوسيلة لدفع الاعتداء ، فمن رأى أن الحرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء فقد أوجب الحرب على المصول عليه ؛ لأن الحرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء ، والمصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن ^(١) . ومن رأى أن الحرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فإنه لا يلزم المصول عليه بالحرب ، ويجعل له أن يثبت ويدافع إذا لم يكن إلا الحرب أو الدفاع ^(٢) . وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الحرب مشيناً أو غير مشين ، وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً وغير لازم إذا كان مشيناً ^(٣) . ويشترط على كل حال عند من يرون الحرب دفاعاً أن يقوم الحرب مقام الدفاع ، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحریم ولم يستطع المدافع الحرب بالمال أو الحریم فلا يعتبر الحرب دفاعاً ولا يلزم به المصول عليه ^(٤) .

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه : — يشترط في الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع فالمصول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به ، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل ، فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنة وكان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه ، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ؛ لأن المقصود دفعه فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه ، فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد ؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه ؛ لأنه كنى شره ، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية ؛

(١) المفى ج ١٠ ص ٣٥٣ .

(٢) نفس المرجع السابق والأم ج ٦ ص ٢٨ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

(٤) المرجع السابق وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

لأنه في حال لا يجوز له فيها ضربه ^(١) وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلّف 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 بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد ، وإن كان في موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد ، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف 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) أى : العقاب ؛ لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه من غير دفع ، وإن قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له ، وإن ضربه فعطّله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى ؛ لأن القصد كف أذاه ^(٤) .

ومن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا ، فعله ولا مسئولية عليه .

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها ، فلا شيء عليها . ومن قضاء عمر رضى الله عنه في هذا الباب أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته ، فقال عمر « والله لا يودى أبداً »

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذى تندفع به ، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية إلا في مذهب

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) يعبر الفقهاء كثيراً عن الجزاء بالضمان ، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٤١ .

أبى حنيفة فإنه يسأل مدنيا فقط ، لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة ، وحالة الضرورة ترفع المسؤولية الجنائية ولا ترفع المسؤولية المدنية .

وإذا اطلع رجل على بيت لإنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فله أن ينهيه فإن لم ينته جازله أن يدفعه بأي سر ما يدفع به ، فإن لم يدفع إلا بقفا عينه ففقاها فلا مسؤولية عليه ، وهذا رأى مجمع عليه فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد^(١) ، وحجتهم ما حدث الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرأ اطاع عليك بغير إذن فخذته بحصة ففقات عينه لم يكن عليك جناح » . وحديث الرسول المروى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع فى حجر من باب النبى صلى الله عليه وسلم وكان الرسول يحك رأسه بـمدرى فى يده فقال الرسول « لوعلمت أنك تنظر لطمعت به فى عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر » وفضلا عن الحديثين فإن هذا رأى تطبيق لقواعد الدفاع وعلى هذا رأى الأقلية فى مذهبي مالك وأبى حنيفة أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يققأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر ؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح قفا عينه ، فالنظر إلى الإنسان فى بيته أولى أن لا يستباح به الفقأ ، ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة فى الزجر عن الاطلاع^(٢) . ويرى المالكية أن الرمى أبيض للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين ، فإذا قصد عينه فعليه القود ، وإذا قصد التنبيه فأصاب عينه فهى إصابة خطأ يسأل عنها باعتباره مخطئا لا عامدا^(٣) .

ويرى علاء الدين الكاسانى أن الأصل فى كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد ، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى الموصول 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

(١) المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥ — المذهب الجزء الثانى ص ٢٤٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين الجزء الخامس ص ٤٨٥ .

(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

عليه سيفه يباح له أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، ألا ترى أنه لو استغاث الناس ، يقتله قبل أن يلحقه الغوث إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله ، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه ^(١) . ولا حرج على الموصول عليه إذا تعذر بدر الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء مادامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء . وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم 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 الموصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداءً إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه ^(٣) . والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبني على أسباب معقولة ، فهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقي الذي وقع أو الضرر الذي كان الصائل ينتوى أن يحدثه فلموصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن الموصول عليه قائماً على أسباب معقولة .

ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة ؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر وقد يؤدي إلى إهلاك الموصول عليه ^(٤) ومن ثم يرجع في تقدير القوة الملائمة لظروف كل واقعة .

٣٣٦ - تجاوز حد الدفاع : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى

الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذي تعدى به حد الدفاع المشروع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٧ .

(٣) شرح الزرقاني وحاشية البنائي الجزء الثامن ص ١١٨ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه 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 الثانى ، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة ، وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء .

و بين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء ، فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء، فقد انتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مدافعاً إذا انتهى الاعتداء ، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء . ولكن لا يعتبر الاعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصول عليه فالمدافع أن يتتبعه حتى يسترد منه ما أخذه ، وأن يستعمل معه القوة اللازمة فى استرداده ، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله^(١) .

والأصل فى أفعال الدفاع أنها مباحة ولا عقاب عليها ، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأ فالفعل الذى وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهال 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 فى ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأ ، وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأه وأصاب شخصاً فالصيد فى ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ .

ونصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو فى

الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد^(١) وليس على صاحب المكان مسئولية ؛ لأنه من قبيل الدفاع ؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق ، ولكن مالك^(٢) يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم ، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية 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 دفاعاً 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 الشرعى^(٣) .

٣٣٧ - أيكوره للصائل هو المرفاع ؟ : يصبح الصائل في حالة دفاع إذا تعدى الموصول عليه حدود الدفاع المشروع ؛ لأن عمل الموصول عليه يصبح حينذاك اعتداء والدفاع يتولد عن الاعتداء ، أما إذا بقي فعل الموصول عليه في حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه . وإذا تجاوز الموصول عليه حد الدفاع اعتبر عمله اعتداء ، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر ما يندفع به .

٣٣٨ - حكم رفع الصائل : من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة ، فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية ؛ لأن الفعل ليس جريمة ، ولا مسئولية عليه من الناحية المدنية ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أية

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٤ - تحفة المحتاج ج ٥٠ - المغني ج ٩ ص ٥٧١ .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٩٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٣) القسم العام لأحمد بك صفوته ص ٢٢٤ .

مسئولية . أما إذا تعدى 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 والمجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه ، 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 الشريعة والقانون : هذا هو دفع الصائل في الشريعة الإسلامية ، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لا تكاد تختلف اليوم شيئاً عن أحكام الشريعة ، وقد بينا الأساس الذي يقوم عليه الدفاع في الشريعة وقارناه بالأسس التي قام عليها الدفاع في القوانين ويقوم عليها اليوم . أما شروط الدفاع في الشريعة فهي نفس الشروط في القوانين الوضعية الحديثة وعلى الأخص في القانون المصري والفرنسي ، وآراء الشراح في حرب المدافع لا تختلف عن آراء الفقهاء ، فبعضهم يرى حرب المدافع وبعضهم لا يراه ، وبعضهم يفرق بين الهرب المشين والهرب غير المشين ويوجب الهرب إذا لم يكن شائناً ، 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 .

الطلب الثاني

في الدفاع الشرعي العام

أو

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٣٤٠ - مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

الأصل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر قوله تعالى ﴿ولتكن منكم أمة

يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴿ [آل عمران : ١٠٤] وقوله ﴿ ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات وأولئك من الصالحين ﴾ [آل عمران : ١١٣، ١٠٤] وقوله : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وقيمون الصلاة ﴾ [التوبة : ٧١] وقوله ﴿ لعن الذين كفروا من بني إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون ﴾ [المائدة : ٧٨، ٧٩] وقوله : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ [آل عمران : ١١٠] وقوله ﴿ الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وقوله ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجراً عظيماً ﴾ [النساء : ١١٤] وقوله ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقتلوا التي تبغى حتى تنفي إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] .

وقد تأكدت هذه المعاني جميعاً بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ومنها أنه روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال في خطبة خطبها : أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها ﴿ يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ [المائدة : ١٠٥] وإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من قوم عملوا بالمعاصي وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعذبهم الله بعذاب من عنده » .

وروى عن أبي ثعلبة الخشني أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن تفسير قوله تعالى ﴿ لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ فقال « يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر فإذا رأيت شحاً مطاعاً وهوى متبعاً ودنياً مؤثرة وإعجاب كل ذي رأى برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام » .

وقال صلى الله عليه وسلم « لتأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم » .

وقال « ما أعمال البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفثة في بحر لجى ، وما جميع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا كنفثة في بحر لجى » .

وقال « إياكم والجلوس على الطرقات » قالوا : ما نابد ، إنما هي مجالسنا نتحدث فيها . قال : « فإذا أبيتم إلا ذلك فاعطوا الطريق حقها » قالوا . وما حق الطريق ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » .
وقال أبو عبيدة بن الجراح قلت يا رسول الله أى الشهداء أكرم على الله عز وجل ؟ قال « رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش » .

وقال الحسن البصرى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك ، فذلك الشهيد منزله في الجنة بين حمزة وجعفر » .

وقال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط ، وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

وروى عن أبي سعيد الخدرى أن رسول الله قال « من رأى منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » .

٣٤١ - ماهية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : المعروف هو كل قول أو فعل ينبغي قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها ، كالتخلق بالأخلاق الفاضلة ، والعفو عند المقدرة ، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين ، وإقامة المعاهد والملاجئ والمستشفيات ، ونصرة المظلوم ، والتسوية بين الخصوم في الحكم ، والدعوة إلى الشورى ، والخضوع لرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها ، وصرف الأموال العامة في مصارفها إلى غير ذلك .

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف ، فمن رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب خمرًا فعليه أن يمنعه ويريق خمره ، ومن رأى مجنوناً زنى بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليه أن يمنع ذلك ، والمنع واجب سواء ارتكب المعصية في سر أو في علانية .

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع في الشرع^(١) ، ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية ؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية ؛ ولأنهم لا يعتبرون فعل الصبي والمجنون معصية ؛ لأن الفعل في رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً ؛ ولأن المعصية بلا عاص محال .

والأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً كالدعوة إلى التبرع بالمنكوبين أو الانخراط في سلك المجاهدين ، وقد يكون الأمر بالمعروف عملاً محضاً كالنهي عن التبليغ من المال أو الانضمام إلى المجاهدين ، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط في سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعي لها فعلاً .

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٣٥ .

والنهي عن المنكر قد يكون قولاً محضاً كالنهي عن شرب الخمر، وقد يكون عملاً محضاً كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها . وإذا كان النهي عن المنكر قولاً ، فهو النهي عن المنكر ، وإذا كان عملاً فهو تغيير المنكر .
فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغي عمله أو قوله طبقاً للشريعة ، والنهي عن المنكر هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه أو تغيير ما ينبغي تركه طبقاً للشريعة ^(٢) .

٣٤٢ - التكييف الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس حقاً للأفراد يأتونه إن شاءوا ويتركونه إذا شاءوا ، وليس مندوباً إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه ، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه ، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه ، وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير ، وينشأ الأفراد على الفضائل ، وتقل المعاصي والجرائم ، فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر ، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهي عن المنكر ، والأفراد يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، وبذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة ، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم .

والفقهاء ، وإن كانوا قد 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 محتم ، وعلى كل مسلم

أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته ، أو من هو متفرغ لتأديته ، وهم يشبهونه بفريضة الحج فهي فرض عين ، ولكن على المستطيع ، وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر آكد من فريضة الحج ، ولم تشرط فيها الاستطاعة ؛ لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد ، فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم ، وأن ينهي عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا ، والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر فيما هو ظاهر ، وفيما هو خفي . ويرى أصحاب هذا الرأي أن في جعل الواجب فرض عين حفاظاً للأمة وحرزاً لها من الفساد والتحلل^(١) .

ورأى الفريق الآخر وهم جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، من فروض الكفايات كالجهاد ، فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره^(٢) ، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ وعندهم أن من^(٣) للتبويض ، وأن الله قال : ﴿ ولتكن منكم أمة ﴾ ولم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف ، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين ، فهو فرض ؛ لأن الله أوجبه بقوله : ﴿ ولتكن ﴾ وهو فرض كفاية ؛ لأنه واجب على البعض لا على الكل^(٤) .

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب :- يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ .

(٢) الفخر الرازي ج ٣ ص ١٩ - الكشف للزغشري ج ١ ص ٣١٩ - أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ١٢٨ - أحكام القرآن للقرطبي ج ٤ ص ١٦٥ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ .

(٣) يرى الفريق الأول أن من لبيان وليست للتبويض .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٥ .

والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ، وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر وقد يغفل في موضع يستوجب الدين ، ويلين في موضع الغلظة ، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصرار ، وأنه ربما عرف الحكم في مذهب وجهله في مذهب آخر ، وأصحاب هذا الرأي من القائلين بأنه فرض كفاية ، وعندهم أنه مادام الواجب على الكفاية ، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر ، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب ^(٢) . ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض ، وإنما يسقط بالأداء ، فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم ، فضلا عن ذلك فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضي أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء ، ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على عاتق الجاهل لن 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.

٣٤٣ - الشروط الواجب توفرها في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :-
 رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كافة أفراد الأمة لا على فئة معينة منها ، ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى في المنكر ، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب ، وإلى مبادئ الشريعة العامة ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها

(١) الفخر الرازي ج ٣ ص ٢٠ - الكشف للزمخشري ج ١ ص ٣١٨ - مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسية ص ٣٧ ، ٦٦ .

مختلف فيه ، وهى جميعا لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مكلفا أى مدركا مختارا ، وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهى ؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسئولية التارك ، ولا مسئولية على غير مكلف طبقا لقواعد الشريعة العامة ، وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر باعتباره واجبا لا يجب إلا على مكلف .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبا لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى باعتباره قرينة من القربات ^(١) ؛ لأن غير المكلف أهل للقربات ، وله أن يأتى 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 أتى أحدهما كان عمله قرينة ، ولم يحز لأحد أن يمتنع من الصلاة أو الصوم ، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه فى الامتناع ، وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجبا على غير المكلف فهو حق له يأتیه إن شاء ويتركه إن شاء ، فالصبي المراهق للبلوغ له وإن لم يكن مكلفا إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر ويكسر أدوات الملاحى ، وإذا فعل ذلك نال به ثوابا ، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به .

الشرط الثانى وهو الإيمان : — يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامى ، فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب ^(٢)

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٤ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٥ .

وقد روعى في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم في أن يمتدح ما يشاء ، وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته ، فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله وأوجبته للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك ، والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد فيدخل فيه النهي عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقلته ، ويدخل فيه النهي عن الترهيب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم وبأن يعتقد ما يعتقد المسلم ، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام ، وهذا هو الإكراه في الدين الذي تحرمه الشريعة الإسلامية في قوله تعالى : ﴿ لا إكراه في الدين ﴾ فن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث وهو القدرة : - ويشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون قادراً على الأمر والنهي وتغيير المنكر ، فإن كان عاجزاً 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 والنهي من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدي نهى الناهي إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه ، ففي هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً ، فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى ، وعليه فقط أن يكره المعصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وأن لا يحضر مواضع المعاصي والمناكر ، ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدي إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهي عن المنكر ، وإذا علم أن النهي عن المنكر سيؤدي إلى منكر آخر في (٣٢) التشريع الجنائى الإسلامى)

درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه ، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده ، أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدي إلى ما هو أشرم منه فقد سقط عنه الواجب ، بل حرم عليه النهي ، ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شراباً حلالاً نجس بسبب وقوع نجاسة فيه ويعلم أنه لو أراقة لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقته ، ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية ، فقد مر وبعض أصحابه في زمن التتار يقوم منهم يشربون الخمر ، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم ، وقال لهم : إنما حرم الله الخمر ؛ لأنها تصدعن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء تصدم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية ، وأخذ الأموال ، فدعوهم وخبرهم^(١) .

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكنه لم يخف مكروهاً ، فلا يجب عليه الأمر والنهي^(٢) لعدم فائدهما ، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين^(٣) .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، ولكن يستحب له أن يبطله^(٤) كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو ، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، وإنما يستحب له أن يبطله لا باعتباره واجباً ، بل باعتباره قرينة من القربات .

ويلحق بالعجز الحسي العجز العلمي ، فالعالم لا يجب عليه الأمر والنهي إلا في الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقه وترك الصلاة ، وفيما عدا الجليات

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٢٦ وما بعدها - أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٨ 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 أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء السابع ص ٢٦ .

المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهاها ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما يصلحه^(١).

ولا يشترط في إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما في حكمه معلوماً علماً محققاً ، بل يكفي فيه الظن الغالب ؛ لأن للظن الغالب في هذه الحالات معنى العلم وحكمه ، فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يفيد لم يجب عليه إنكار ، ومن غلب على ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه ، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه ، أما إذا شك فيه من غير رجحان ، فإن الشك لا يسقط الوجوب^(٢).

الشرط الرابع وهو العدالة : - يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط ، فيرون أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ، ويحتجون بقوله تعالى ﴿ أَمْرُؤْنَ النَّاسِ بِالْبِرِّ وَتَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ ﴾ [البقرة : ٤٤] وبقوله : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَمْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ . كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾ [الصف : ٣ ، ٤] وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتداء . وتقويم الغير فرع للاستقامة ، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره .

ولكن الرأي الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، وأنه لا يشترط في الأمر أو النهي أن يكون معصوماً عن المعاصي كلها ؛ لأن في اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولهذا قال سعيد بن جبير : « إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء » .

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي ، أي : بإتيانه المحرمات وترك الواجبات ، فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس ص ٢٨ ، تفسير المنار الجزء الرابع ص ٣٤ .

(٢) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص ٢٨ ، ٢٩ .

ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات ، وأن الواجب يصير حراماً بارتكاب حرام آخر .

وليس في الآيتين اللتين استدلل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإنما جاء بالنهي على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر ويأتيه ، والمقصود منهما أن يجعل الإنسان فعله مصداقاً لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة^(١) .

الشرط الخامس وهو الإذن : ويشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك ، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ، وأن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدي إلى الفساد والفتن . ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأي ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ، ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها ، وحجتهم أن النصوص الواردة في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر خاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وتجعل كل من رأى منكراً فسكت عليه عاصياً ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه ، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له . وفضلاً عن ذلك فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج في إذنه لتأدية الواجب .

والرأي الأخير هو الرأي الذي جرى عليه العمل في كل العهود حتى في الأوقات التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالاً معينين للأمر بالمعروف والنهي

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني الجزء الخامس ص ١٥ - ١٧ الكشف الجزء الأول ص ٣١٩ - أحكام القرآن للخصاص ص ٣٣ الجزء الثاني .

عن المنكر ، فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب ، بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر ، ويتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئاً من ذلك إنك مخطئ^(١) .

والذين يشترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له ، فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرًا فكسر دنانهم وأراق خمرهم ، أو وجد رجال يزني ولم يستطع منعه إلا بقتله فقتله ، لا يعتبر أنه ارتكب جريمة الإتلاف أو جريمة القتل ؛ لأن النعملين مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة ، وإنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية .

٣٤٤ - شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : - ليس للأمر بالمعروف شروطاً خاصة ولا أوقاتاً خاصة ؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم ، وكل ذلك جائز في كل وقت وفي كل مناسبة . أما النهي عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهي أو التغيير وهذه الشروط هي (١) وجود منكر (٢) وأن يكون موجوداً في الحال (٣) وأن يكون ظاهراً دون تجسس (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ما 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 محذور الوقوع في الشرع ، ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف ، فمن رأى صبيّاً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٣ وما بعدها - إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ١٩ وما بعدها - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ - الكشف ج ١ ص ٣١٩ .

وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمجنونة أو يأتي بهيمة فعليه أن يمنعه ، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر فكشف العورة في الحمام والخلو بالأجنبية ، وإتباع النظر للنسوة الأجنبية ، كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهي عنه ومنعه ^(١) .

ولكن يشترط في المنكر أن يكون منكراً معلوماً دون حاجة لاجتهاد ، فكل ما هو محل للاجتهاد لا محل للنهي عنه أو تغييره ، فليس للحنفي مثلاً أن ينكر على شافعي أكله الضب والضبع ، وليس للشافعي أن ينكر على حنفي نكاحاً لا ولى فيه ^(٢) .

الشرط الثاني : أن يكون موجوداً في الحال : ويشترط في المنكر أن يكون حالاً بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهي أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية ، 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 لجريمة ، أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضي هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله أداء لواجب . وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعداداً لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر عبثه على الشرب ؛ لأن في الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : أن يكن ظاهراً دون تجسس أو تفتيش : - يشترط للنهي عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً بغير تجسس أو تفتيش ، فإذا توقف

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧ ، ٣٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ .

إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ؛ لأن الله حرم التجسس في قوله ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٣] ولأن البيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ؛ ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع عورات الناس فقال لمعاوية « إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدنهم » وقال عليه السلام « يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا 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 ومما يذكر في هذا الباب ما حدث من عمر رضى الله عنه فقد تساق دار رجل فوجده على معصية فأنكر عليه فقال يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد فأنت قد عصيته من ثلاثة أرجه ، فقال وما هي ؟ فقال : قد قال الله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ وقد تجسس . وقال تعالى ﴿وَأَتُوا الْبُيُوتَ مِنْ أَبْوَابِهَا﴾ وقد تسورت من السطح ، وقال ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ وما سلمت . فتركه عمر وشرط عليه التوبة ، وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك ؛ لأن دخول المسكن هو الذى أظهر المنكر وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه ، ومثل هذا ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال « خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة في المدينة فبينما نحن نمشي إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤممه فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط ، فأخذ عمر بيدي وقال : أتدرى 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 تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ فرجع عمر وتركهم . »

وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغى لإنسان مثلاً أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار ، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة

الخمر والحشيش ، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شئ يخفيه فيه ، بل ليس له أن يستخير من جيرانه ليخبروه بما يحرقى فى داره^(١) .

لكن إذا غلب على الظن استمرار شخص بالمعاصى لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص ، أو سماع صوت عيار أو استغاثة ، أو أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا باسرة ليزنى بها أو برجل ليقتله ، فيجوز فى مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش ، حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك المحرم وارتكاب المحظورات^(٢) .

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ، لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأى^(٣) بأن فلانا يرتكب المعاصى فى بيته جاز دخول البيت دون إذن ، كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية فى الدار ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى^(٤) .

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت ، وما ظهرت دلالاته فهو غير مستور بل هو مكشوف وقد أمرنا بأن نستمر ما ستر الله ونفكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله ، فإنه من يبد لنا صفحته نقيم حد الله تعالى عليه » والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدولنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٥ ص ٣٤ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٥ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٤ .

البصر وتارة بحاسة اللمس ، ولا يمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحدها إذ المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر 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 مادام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر ، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ؛ لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة ، ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه في حالة عدم القدرة ، فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى 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 .

٣٤٥ - وسائل دفع المنكر : وقد حصر بعض الفقهاء^(١) الوسائل الصالحة

لدفع المنكر في سبع وسائل وهى : التعريف ، والنهى بالنصح والوعظ ، والتعنيف ، والتغيير باليد ، والتهديد بالضرب والقتل ، وإيقاع الضرب والقتل ، والاستعانة بالغير .

التعريف : ويكون كما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر ، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر في هذه الحالة هى تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر . ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن في التعريف نسبته إلى الجهل وهذا في ذاته إيذاء له ولكن لا بد منه لدفع المنكر ، فوجب أن يكون التعريف في غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر ؛ لأن إيذاء المسلم محرم .

النهى بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه

(١) إحياء علوم الدين الجلد الثانى ج ٥ ص ١٥ وما بعدها

منكراً إذا غلب على الظن أنه يؤدي إلى ترك المنكر ، كصاحب الغيبة الذي يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح ، وينبغي أن يكون الناهي شقيقاً لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب .

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللفظ ، ويوجه إلى المصر المستهزئ ، بالوعظ والنصح ، ويشترط في التعنيف شرطان : أحدهما : أن لا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللفظ والثاني : أن لا ينطق العنف إلا بالصدق ولا يسترسل في التعنيف فيطاق لسانه بما لا يحتاج إليه ، بل يقتصر على قدر الحاجة ، وليس للمعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه ، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يعد فحشاً كقوله يا فاسق يا جاهل يا أحمق يا غبي وما يجري هذا الجرى ؛ لأن كل عاص فاسق والفاسق أحمق جاهل ولولا حقه وجهله ماعصى الله ، وكل من ليس بكيس فهو أحمق ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت ، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله » .

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهي ، وإراقة الخمر ، وخلع الحرير من رأس العاصي وعن بدنه ، وإخراجه من الدار المغصوبة ، وإزالة ما يضعه من المواد في الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك . والتغيير لا يكون إلا في المعاصي التي تقبل بطبيعتها التغيير المادي ، أما معاصي اللسان والقلب فليس في الاستطاعة تغييرها مادياً ، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصي وجوارحه الباطنة .

ويشترط في التغيير باليد أن لا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير ، فليس له أن يجر الغاصب من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشياً ، وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها بإراقتها .

ويشترط في التغيير أيضاً أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه ، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحية الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المفصولة مادام يستطيع أن يجذبه أو يحرقه إلى خارجها من يده ، وليس له أن يحرق أدوات الملاهي مادام يستطيع أن يكسرها ويعطائها عن العمل ، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات في إصلاحها ما يساوي ثمن مثليها . 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 إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد .

التهديد بالضرب والقتل : وينبغي أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه ويشترط في التهديد أن لا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه كقوله لأنهبين دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبين زوجتك ، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام ، وإن قاله من غير عزم فهو كذب ، وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه في سبيل دفع المنكر كقوله لأجلدنك لأكسرن رأسك لأضربن رقبتك وما أشبه ، وله أن يتوعده بأكثر مما في عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر .

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه ، ويشترط أن لا يندفع المنكر بغير الضرب ، وأن لا يزيد الضرب عن الحاجة في الدفع ، فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى .

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 يرمى، وينبغي أن لا يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبهه، وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربك فكل ذلك دفع للمنكر ودفعه واجب بكل ممكن، ولا فرق في ذلك بين ما يتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب.

وإذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدي إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذي يراد منه أقل درجة من القتل، فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منه عن القطع وقاتله عليه؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية، وقاتله في دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية، وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص وإنما هو جائز بقصد دفع المعاصي، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقاتله دفعاً للمعصية ليس في ذاته معصية^(١).

الاستعانة بالغير: وإذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها؛ لأنها تؤدي إلى تحريك الفتن واختلال الأمن والنظام؛ لأن الفاسق قد يستعد أيضاً بأعوانه فيؤدي ذلك إلى القتال؛ وإنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٧ ص ٣٤.

الإمام ؛ لأنه إذا جاز الأفراد استعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة ؛ لأنه مامن وسيلة غيرها إلا وقد يؤدي استعمالها إلى التضارب ، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون ، فلا ينبغي إذن أن يبالي بلوازم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النواذر والنادر لا حكم له فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس في الشريعة ما يمنع من القول بأن كل من قدر على دفع منكر فعلية أن يدفعه بيده وسلاحه وبنفسه وأعوانه .

٣٤٦ - هل يجوز استعمال الوسائل السابقة في حق الطفرة ؟ : يجوز

استعمال الوسائل التي سلف ذكرها في حق الكافة عدا الوالدين والزوج والحاكم . فأما الوالدان فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهي بالوعظ والنصح ، وليس له أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما ، ولكن له على رأى أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمس شخصيهما ، كأن يريق خمرها أو يرد ما يجد في بيتها من مال مفضوب أو مسروق لأصحابه . وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله تعالى نهى عن التأفف منهما وإيذاءهما فقال : ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ [الإسراء ٢٣] وقد ورد في حق الأبوين ما يوجب الاستثناء من العموم إذ لا خلاف في أن الأب لا يقاد بولده ، وأن الجلالد ليس له أن يقتل أباه في الزنا حداً وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه ، فإذا لم يحز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هي حق على جناية سابقة فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جناية مستقبلية متوقعة .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لو جاز السجود لخلق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها » وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية عليه إلا التعريف

والنهي بالموعظة والنصح ، أما التغيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز ؛ لأنه يفضي إلى خرق هيئته وإسقاط حرمة وذلك محذور لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت عنده نصيحة لذي سلطان فلا يكلمه بها علانية ، وليأخذه بيده فليخل به ، فإن قبلها قبلها ، وإلا كان قد أذى الذي عليه والذي له » ولقوله أيضاً « من أهان سلطان الله في الأرض أهانه الله في الأرض » .

٣٤٧ - حكم التجاوز في دفع المنكر : إذا استعمل المدافع في النهي عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة ، وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل ، فإذا عنف فاعل منكرك فقدفه فهو مسئول عن القذف ؛ لأن القذف لا يدخل في التعنيف ، وإذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح ، وإذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضر به ضربة ثانية أو جرحه جرحاً ثانياً 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 إحرازها فإن تغيير المنكر يكفي فيه إراقة الخمر فإذا أتلف الموائد المنصوبة في محل الخمر أو الأبواب أو الأمتعة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك . ولا محل للنهي عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هي التي تحل النهي عنه أو تغييره دفعاً للمنكر ، فإذا لم يقع المنكر فلا يمكن اعتبار ما يقع على قاصد فعل المنكر دفعاً وإنما هو اعتداء وإذا انتهى فاعل المنكر من فعله فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يعتبر دفعاً للمنكر وإنما اعتداء على فاعله .

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يعتبر جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر لكن إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره فالتعمد لا عبرة به ؛ لأنه تعمد فعل

مباح والقاعدة أن من تعمد فعلاً مباحاً فأخطأ في فعله يسأل عن نتيجة الخطأ باعتباره مخطئاً لا عامداً .

٣٤٨ - هل لفاعل المنكر هو الدفاع ؟ : ليس لفاعل المنكر أن يتعدى علماً ، من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر ، فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء .

٣٤٩ - الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص : إذا قارنا الدفاع الشرعى العام بالدفاع الشرعى الخاص تبين لنا أن الأسس التى يقوم عليها كل منهما واحدة ، وأن أحكامهما واحدة وأنهما لا يكادان يختلفان إلا فى بعض التفاصيل .

والواقع أن الدفاع الشرعى الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعى العام من هذه الناحية ، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع فموضوع الدفاع الشرعى 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 الشرعى العام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

وقد يقال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة إسمية ، لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً يمكن دفع الفعل فيه باعتباره منكراً ، ولكن هذا القول غير صحيح ، لأن ما يدفع فيه الفعل باعتباره منكراً لا يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلاً ، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله أو عرضه ، أما دفع المنكر فيكون كلما انعدم الصيال أو المهجوم أو الاعتداء ، فثلاً إذا هم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها باعتباره صائلاً فهنا دفاع شرعى خاص ، أما إذا أتاها برضاها ففعلها يدفع باعتباره منكراً

فهنا دفاع شرعى عام ، ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلا ، ويكون الدافع فى حالة دفاع شرعى خاص ، أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله باعتباره منكرا. يكون الدافع فى حالة نهى عن المنكر أو تعميده ، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلا ، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلا لمنكر ، فالصياح أى : الهجوم أو الاعتداء هو ما يميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام .

٣٥٠ - بين الشريعة والقانون: تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما ، ولكنها بدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضى، ولقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد والحكام. ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المنكرات ، ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بأن يوجه بعضهم بعضاً، وأن يوجهوا الحكام ويقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم ، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر . ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسليماً ، فهذا أبو بكر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول : « أطيعونى ما أطعت الله فيكم فإذا عصيت فلا طاعة لى عليكم » وهذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : « من رأى فى أعوجاجا فليقومه » وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام ، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق ، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام ، وحماية أخلاقها من الانحلال. وحماية وحدتها من التفكك وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة ، بل كان فيه الضمان الكافى للقضاء

على المفسد في ممكنها وقبل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضي حيث بدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه ، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم في حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة وتعطى في بعض الحالات للأفراد الحق في منع الجاني بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة ، ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على إطلاقه ، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة ، بخلاف الشريعة التي تطبقه في كل الحالات وفي جميع الجرائم .

الفرع الثاني

التأديب

٣٥١ - (أولا) تأديب الزوجة : من حق الزوج في الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته كأن تشاغل عليه إذا دعاها أو تخرج من منزله بغير إذنه ، وأساس هذا الحق قوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ . وقوله: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾ [النساء : ٣٤] والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز : أى الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالَت عما أوجب الله عليها من الطاعة .

٣٥٢ - ما يؤدب فيه : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لاحد فيها ، كمقابلة غير المحارم ، وترك الزينة والخروج دون إذن ، وعصيان أوامر الزوج ، وتهذيب ماله . والرأى الراجح أن له تعزيزها (٣٣ - التشريع الجنائي الإسلامي)

على ترك فرائض الله إذا كانت مسامة كترك الصلاة والصوم^(١).

ومن المتفق عليه أن الزوجة لا تضرب لخوف النشوز قبل إظهاره ، وإنما تضرب لإظهار النشوز فعلا^(٢).

٣٥٣ - هل يجوز التأديب لأول معصية ؟ يرى مالك وأبو حنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية ، وإنما يكون لتكرار المعصية والإصرار عليها ، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين ، وإن عادت كان له أن يهجرها ، فإن عادت كان له أن يضربها ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله تعالى : ﴿ فمظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ﴾ وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل^(٣) ، وهذا يتفق مع الرأي المرجوح في مذهبي الشافعي وأحمد .

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثاني معصية ، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة ، ويعاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك ، فعلى الضارب ليعنى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين ، وأنه وعظها في أولها وهجرها في الثانية .

والرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر ، وسواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شيء من ذلك ، وحجة أصحاب هذا الرأي أن عقوبات المعاصي

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - إحياء علوم الدين المجلد الثاني ج ٤ ص ١٤٦ - الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٩ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ١٦٨

(٣) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ ، ١٦ - مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣٤ .

لا تختلف بالسكرار ، وأن الواو في قوله تعالى: ﴿ فعضوهن واهجرهن في المضاجع واضربوهن ﴾ جاءت لمطلق الجمع وليست للترتيب ^(١) .

و يترتب على هذا الرأي أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها ؛ لأنه استعمل حقه في حدوده المقررة .

٣٥٤ - هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟ ويرى أحد أن يسأل الزوج عن سبب الضرب ؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيوا وإن أخبر بغيره كذب ، ويستند في هذا المبدأ إلى ما روى الأشعث عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يا أشعث إحفظ عني شيئاً سمعته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تسألن رجلاً فيم ضرب امرأته » . وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج أنه ضربها للتأديب ، ويمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هي أنه ضربها لغير التأديب فيحثذ يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب . ولا يتوقف تأديب الزوجة على سن معينة فللزوج أن يؤدبها مهما بغلت من العمر على خلاف الصغار ، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ .

٣٥٥ - من الضرب : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضرباً غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه ، فإن فعلن فاضر بوهن ضرباً غير مبرح » . والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد ، وقد فسر البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظماً ولا يدمى لها جسماً ، وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً . وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن . وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثراً . وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحداً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٧٤ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ - المنفى ج ٨ ص ١٦٢

ويشترط في ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على الموضع المحفوف كالبطن^(١) .

ويشترط في الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا ، فإن كان كذلك فلا مسئولية على الزوج ؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له ، ويراعى الوسط في الضرب فما يعتبر تأديبا في وسط قد لا يعتبر تأديبا في وسط آخر وما يخرج عن حدود التأديب في وسط قد لا يصل حدود التأديب في وسط آخر .

ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعصا .
ويشترط إذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لا يبلغ لهذه السلطات ، وأن لا تكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر ، فإن حدث شيء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة^(٢) وتعليل هذا أن السلطات العامة هي المختصة أصلا بالعقاب ، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج في التأديب ؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدي 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 لجأت الجارة للسلطات العامة لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها ، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل ، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط ، لا على السرقة أو السب .

وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه ، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على

(١) المفق ج ٨ ص ١٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ .

ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد ، ويعتبر عمل الزوج في الحالين اعتداء لا تأديباً^(١) .

٣٥٦ - مكهم السراية : - وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضرب أو أصيبت بعاهة فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، فإن كان الضرب شديداً بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة ففيه الضمان^(٢) .

أما أبو حنيفة والشافعي فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يعتبر تأديباً أو كان أشد من ذلك ، وحجة أبي حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا ، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضرور أو إلى تلف أحد أعضائه ، فقد وقع قتلاً أو قطعاً لا تأديباً ، وحجة الشافعي أن التأديب ليس واجباً على الزوج وإنما هو حقه ومتروك لاجتهاده ، فيتحمل نتيجة اجتهاده . والمتأخرون من فقهاء مذهبي أبي حنيفة والشافعي يحتجون في تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجباً عليه ، وإنما هو حق له واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة ، وبأن حق الزوج في التأديب متمحض لنفعه الشخصي وله أن يستعمله أو يتركه^(٣) .

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح .

٣٥٧ - المسؤولية على التأديب : - ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن التأديب مادام في حدوده المشروعة ؛ لأنه

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ .

(٢) الفتى ج ١٠ ص ٣٤٩ .

(٣) الفتى ج ١٠ ص ٣٤٩ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ - الأم ج ٦ ص ١٣١ و ١٦٦ وما بعدها .

يستعمل حقا أباحه له الشارع . أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله .

والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التى لا يخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو .

٣٥٨ (ثانيا) — تأديب الصغار : - للأب الحق فى تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ وللمعلم أيا كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما ، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا الحق فى غيبة الأب ، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح ^(١) .

٣٥٩ - شروط تأديب الصغار : - ويشترط فى تأديب الصغار ما يشترط فى تأديب الزوجة فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله ، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه ، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كاللبطن والمذاكير ، وأن يكون بقصد التأديب ، وأن لا يسرف فيه ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير ، فإذا كان الضرب فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب ؛ لأن الفعل مباح له .

٣٦٠ - حكم السرية : - وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه فمالك وأحد يران أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة ، فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يعتبر مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا ^(٢) .

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه فى أى حال ؛

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١١ - حاشية الطهطاوى ج ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) المفتى ج ١٠ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه ، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه^(١) .

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه كما يضمن الزوج زوجته ، ولكن هذا رأى غير معمول به فى المذهب بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه ، والرأى المعمول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه . أما المعلم والمدرس فيفترقا أبوحنيفة وأصحابه بين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصى ، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا ؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه ، فأما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة ؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة ، فذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبي مالك وأحمد^(٢) فى النتيجة .

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم ، ويرون أن ضرب التأديب حق وأن ضرب التعليم واجب والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد ، والفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والحل ، أما غير المعتاد فموجب للضمان فى السكل أى : فى ضرب التأديب وضرب التعليم^(٣) .

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره ، فضرب الزوج للتأديب دائما ، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم وقد يقصد به التأديب ، ولكن معنى التأديب يختاط بمعنى التعليم فى حالة

(١) الأم ج ٦ ص ١٦٦ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٠٥ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ .

الصغير ؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره .

٣٦١ - المروى بين المذاهب :- يختلف مذهب مالك والشافعى وأحد

عن مذهب أبى حنيفة فى أنهم يعتبرون التأديب بصفة عامة حقلا واجبا . أما فى مذهب أبى حنيفة فيعتبرون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة ، أو واجبا على الأقل فى حالة ما إذا قصد به التعليم .

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهبي مالك وأحمد فى أن الشافعى يقيد استعمال الحق بشرط السلامة ، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط مادام الفعل قد وقع فى حدود الحق ، ولذلك فمذهبهما فى نتيجته يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى نتيجته ولو أن التأديب فى المذهب الأخير واجب لاحق .

الفرع الثالث - فى التطبيب

٣٦٢ - إياه التطبيب :- من المتفق عليه فى الشريعة أن تعلم فن الطب

فرض من فروض الكفاية ، وأنه واجب حتم على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره ، وقد اعتبر تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب ؛ ولأنه ضرورة اجتماعية ، وإذا كان الفرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجبا فيرتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه ، على أن التطبيب يعتبر واجبا كفائيا كلما وجد أكثر من طبيب فى بلدة واحدة ، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أى : أنه واجب غير قابل للسقوط . والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجبا أن لا يكون الطبيب مسئولا عما يؤدى إليه عمله قياما بواجب التطبيب ؛ لأن القاعدة أن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجهاده العلمى والعملى ، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض باعتبار أنه حين يؤدى واجب

التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدى الواجب لما له من الساطن الواسع وحرية الاختيار فى الطريقة والكيفية التى يؤدى بها عمله .

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب ، إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ، ولكنهم اختلفوا فى تعاليل رفع المسئولية ، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولهما الضرورة الاجتماعية إذا الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضى تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه ، وفى هذا ضرر عظيم بالجماعة . ثانيهما : إذن الجنى عليه أو وليه ، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية^(١) .

ويرى الشافعى أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتى فعله بإذن الجنى عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به ، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان مافعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب^(٢) . ويتفق رأى أحمد مع رأى الشافعى^(٣) .

أما مالك فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا وإذن المريض ثانيا ، فإذا كان الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب ، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه ، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب ما لم يخالف أصول الفن أو يخطئ فى فعله^(٤)

وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه ، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة فى اختيار هذا العمل وفى اختيار الطريقة التى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ .

(٣) المغنى الجزء العاشر ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ .

الطريقة التي يؤدي بها هذا العمل ، فلو جرح الطبيب شخصاً فمات أو أعطاه دواءً فأحدث له تسمماً أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ - من النية : والمفروض في الطبيب أنه يؤدي عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية ، فإذا قصد قتل المريض أو كان سوء النية في عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً ، ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة ، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض ؛ لأن فعل الطبيب في هذه الحالة يقع فعلاً محرماً معاقباً عليه .

٣٦٤ - خطأ الطبيب : إذا أخطأ الطبيب في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب ، ويضرب الفقهاء مثلاً على الخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين ، ولما سئل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفنى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم أى : لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فإن الطبيب لا يضمن أى : لا يسأل جنائياً ولا مدنياً ، ففيل له فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ فقال : إنه لا يضمن ؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية ^(١) .

٣٦٥ - إذر المريض : ويشترط 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 ولى من لا ولى له ، وإذن الحاكم فى إجراء جراحة للمريض لا ولى له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب فى مباشرة التطبيب بصفة عامة .

٣٦٦ - **إذنه ولى الأمر :** وليس فى الشريعة ما يمنع ولى الأمر من أن يشترط فى الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم ، وأن تتوفر فيه مؤهلات خاصة ، وأن لا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولى الأمر بمباشرة ، وقد جعل مالك إذن الحاكم فى التطبيب شرطاً فى انتفاء المسؤولية عن الطبيب كما قدمنا .

ومن تطب وهو غير طبيب كان مسئولاً عن عمله لقوله عليه الصلاة والسلام : « من تطب ولم يعرف الطب فهو ضامن » . فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد ، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ على رأى ومتعمد على رأى^(١) ، والرأى الأول هو الراجح .

٣٦٧ - **شروط عزم المسؤولية :** يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسؤولية عن التطبيب الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون الفاعل طبيباً .
 - ٢ - أن يأتى الفعل بقصد العلاج وبحسن نية .
 - ٣ - أن يعمل طبقاً للأصول الطبية .
 - ٤ - أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولى .
- فإذا توفرت هذه الشروط فى التطبيب فلا مسؤولية ، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولاً .

٣٦٨ - **الملحقون بالطباء :** ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والختان

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٦ ، ١١٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢

وحكمهم جميعاً حكم الطبيب من حيث المسؤولية ، ويشترط في علمهم 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 اعتبار التطبيب عملاً مباحاً ، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسؤولية ، فنستلزم أن يكون الفاعل طبيباً ، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المريض في الفعل .

وتعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقاً بينما تعتبره الشريعة واجباً ، ولا شك أن نظرية الشريعة أفضل ؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة ، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة .

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسؤولية عن الطبيب^(١) ، فذهب الفقه والقضاء في إنجلترا إلى أن سبب عدم المسؤولية هو رضاء المريض بالفعل ، وأخذ بهذا الرأي بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا ، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديماً^(٢) ، وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسؤولية هو انعدام القصد الجنائي ؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض ، وقد أخذ القضاء المصري وقتاً ما بهذا الرأي^(٣) . والرأي

(١) القانون الجنائي لعل بدوى ص ٤٠٠ وما بعدها — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤٢٢ .

(٢) نقض ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٧ — القضاء السنة الرابعة ص ٢٥١ .

(٣) نقض في ١٨ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ص ١٨ رقم ١٨ ص ٣١ .

الأخير الذى يسود اليوم فى مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه ؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضى ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هى نفس التعليلات التى ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض .

الفرع الرابع فى ألعاب الفروسية

٣٧٠ - **الشرعة فى وألعاب الفروسية** : تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام منشطة للعقول ، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة ، وتشمل ألعاب الفروسية فى الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق ، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية

ويحيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدى إلى التفوق فى القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب ، كالمسابقة بالأقدام ، وسباق الخيل ، وسباق السفن والسيارات والطائرات ، وسباق الطير وما أشبهه ، وكاللعاب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى ، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأساحة النارية ، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج^(١) أى : رفع الأثقال وشد الحبل والسباحة وغيرها .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة فى الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ ﴾ وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي »

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج --- راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص ٧ .

وقوله : « المسلم القوى خير من المسلم الضعيف » وقوله : « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة ، صانعه يحسب في صنعه الخير ، والرامي به ، ومنبله ، ارموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاث تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » .

ولقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه سابق بالأقدام . وثبت عنه أنه سابق بين الإبل ، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل ، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين ، فأمسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال : « ارموا وأنا معكم كلكم » وثبت أنه صارع ركائنه ، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراة .

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها . من ذلك مارواه مصعب بن سعد قال : كان سعد يقول : أى : بنى تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم ، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح « أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمي » وكتب إلى عامله بأذربيجان كتاباً جاء فيه : « اخشوشنوا واخلولقوا ^(١) واقطعوا الركب ^(٢) وانزوا على الخيل نزوا وارتموا الأغراض ^(٣) »

والأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها في الأخذ به أو تركه ، وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من

(١) اخلولقوا أى تهيأوا لما يراد منكم وكونوا خلقاء به جذيرين بفعله .

(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لا يعتادوا الركوب دائماً بالركاب .

(٣) ارتقاء الأغراض هو رعى الأهداف .

ضروب المهارة والقمة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه .

وتجيز الشريعة العوض في الرمي وفي المسابقة تشجيعاً للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها ، وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لا يجوز فيه ^(١) ويرى مالك أن يكون العوض دائماً من بيت المال ؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة ، وهي إعداد عسكري للأفراد . ولكن أبا حنيفة والشافعي وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال ، أو من مال غير اللاعبين ، أو من مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض وإن لم يتفوق لم يأخذه ^(٢) .

٣٧١ - حكم إصابات اللاعب : 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 ؛ لأنها ليست من ضروريات اللعبة ، فإن تعمدتها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية ، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية .

أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتخطيط فإن الإصابات الناشئة عنها لا عقاب عليها إذا لم

(١) يرى البعض أن العوض لا يكون إلا في الرمي وفي مسابقة الخيل والإبل وبراء البعض جائزاً في المسابقة بالأقدام وفي المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمسابكة بالأيدي وفي سباق البغال والحمر والبقر والفيلة والفريق الأول هم المالكية والحنابلة والفريق الثاني هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم .

(٢) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٩٠ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٦٥٧ - نجم الأنهر ج ٢ ص ٥٢٦ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢١٥ وما بعدها - المغني ج ١١ ص ١٢٨ وما بعدها - الفروسية ص ٦٩ وما بعدها .

يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب ؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات فى الحدود المعروفة . فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما ، فهى جريمة عمدية إذا تعمدها ، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها .

٣٧٢ - بين الشريعة والقانون : — هذا هو حكم ألعاب الفروسية فى الشريعة الإسلامية ، أما حكمها فى القوانين الوضعية فغير متفق عليه ، فبعض البلاد يعتبرها أفعالا مباحة ، وبعضها يعتبر ما يحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم ، وبعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى ، وبعضها يأخذ بالفكرة الثانية ، وتقضى المحاكم فى بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية ، بينما تقضى المحاكم فى فرنسا بالبراءة ، والسائد فى إنجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة فى حدود معينة ولا يترتب عليها أية مسئولية ، وفى مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسئولية ، ويرى البعض المسئولية ، والرأى الأول هو الراجح .

واختلف شراح القوانين فى سبب ارتفاع المسئولية فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائى ، وقال البعض إنه رضا المجنى عليه ، وقال البعض الآخر بأن الدولة تعتبر الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها ، فمن يمارسها فإنما يمارس حقا خوله له القانون ، وممارسة الحق لا يترتب عليها مسئولية^(١) ، وهذا الرأى هو أحدث الآراء وأرجحها ، والعمل به يؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها نظرية الشريعة الإسلامية ، والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأى أن الشريعة ترى فى ألعاب الفروسية واجبا على الأفراد ، بينما هى طبقا لهذا الرأى حق لا واجب .

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٩٨ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى

ونظرية الشريعة أدق منطقاً ؛ لأن ألعاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخاصة والحربية والاجتماعية ، ولا توجد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشء في المدارس كما تلقن العلوم الضرورية ، بل إنها أصبحت من العلوم الأولية في المدارس التي تعد رجال البوليس والجيش ، وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة في حياة الأمة فمن المنطق أن تعتبر واجباً على الأفراد لاحقاً لهم ؛ لأن الواجب هو ما لا يستطيع التخلي عنه ، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه .

الفرع الخامس إهدار الأشخاص

٣٧٣ - معنى الإهدار : - الإهدار هو الإبادة ، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله ، فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيع جرحه أو قطعه أو قتله ، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبيع من الشخص إلا قطع هذا الطرف ، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيع ماله كإبادة مال الحربي ، والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال .

ونستطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إبادة نفس الشخص أو طرفه . كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيع نفسه أو طرفه .

٣٧٤ - علة الإهدار : - علة الإهدار الوحيدة هي زوال عصمة الشخص ، وتزول العصمة إما بزوال سببها ، وإما بارتكاب الجرائم المهكرة .

زوال العصمة بزوال سببها : - القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى ليست مباحة . وأساس العصمة إما الإيمان ، وإما الأمان ، ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد كعقد الذمة ، وعقد الهدنة وما أشبه . فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله عليه

الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها » . وبالأمان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] وقوله : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾ [النحل : ٩١] وقوله : ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال : ٦١] وقوله : ﴿ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ ﴾ [التوبة : ٧] وقوله : ﴿ فَأَتَمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مَدِينَتِهِمْ ﴾ [التوبة : ٤] وقوله : ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ﴾ [التوبة : ٦] ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم » . وقوله : « إنا لا يصلح في ديننا الغدر » وقوله : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلماً 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 مؤبد ، 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 أى بين الدولة الإسلامية وأى دولة غير إسلامية ، ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة في دار الإسلام^(١) .

والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل محدود ينتهى به ، ولا يكون إلا بعقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل الجزء الرابع ص ٣٦٠ ، ٣٦٤ - المفنى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

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 ولملمه محارب له ، فالمسلمون للإسلام من كان بينهم وبين دار الإسلام حالة سلم متبادل ، أو عقد من عقود السلم ، كعقد الهدنة أو المودعة أو عقد الذمة ، وأما المحاربون فهم من كانوا في حالة حرب مع دار الإسلام ويسمى هؤلاء بالحريين ، وكل من عدا الحريين من سكان العالم دماؤهم وأمواهم معصومة إما بإسلامهم^(٢) وإما بمسالتهم أو بتعبير آخر إما بإيمانهم وإما بأمانهم .

وإذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذي قامت عليه ، فالمسلم تزول عصمته برده وخروجه عن الإسلام ، والمستأمن والمعاهد والذمي ومن في حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أمانهم ونقض عهدهم ، وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حريين حكمهم 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 إهدارهما هو زوال عصمتيهما .

زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهدرة : - وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان ونقض العهد فإنها تزول أيضاً بارتكاب الجرائم المهدرة ، والجرائم المهدرة هي الجرائم التي تجب عليها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف .

والجرائم المهدرة هي على وجه الحصر (١) الزنا من محصن (٢) قطع الطريق

(١) المغنى ج ١٠ ص ٥٦٧ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٨٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ١١٠

(٢) راجع الفقرة ٢١١ .

أو الحراية (٣) البغى (٤) القتل والقطع المتعمدان (٥) السرقة .

ويشترط في الجريمة المهذرة شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر ، أولهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة ، والعقوبات المقدرة محامها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط ، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة ^(١) . ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة لنفس أى قتلا ، أو متلفة للطرف أى قطعاً .

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهذرة ، فالسرقة التي لا قطع فيها كسرقة الأب من الابن ؛ والقتل العمد المعاقب عليه بالدية لا يعتبر أيهما جريمة مهذرة ، لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة في حالة الدية مقدرة ، ومثل ذلك الزنا من غير محصن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة ، ومن ثم فهي جرائم غير مهذرة . وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيراً .

وارتكاب الجريمة المهذرة 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 تختمل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تختمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجنى عليه أو وليه ، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيص منها ، ولم يكن هناك ما يدعو لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة .

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو في عقوبة القصاص فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة ؛ لأن زوال العصمة في جرائم القصاص نسبي لاعام ، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أو وليه فقط وبظل الجاني معصوماً بالنسبة للآخرين

فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجاني معصوماً عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة

وفيما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أية جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية ؛ لأن لولى الأمر فى الجرائم التى يعاقب عليها بالتعزير حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة ، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة.حتماً ، وكل عقوبة غير محتمة لا تزيد العصمة ولا تهدر الجاني ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها ؛ لأن من الجائز أن يعفو ولى الأمر عن العقوبة فى اللحظة الأخيرة .

٣٧٥ — المهررونه : ونخرج مما سبق بأن المهدين هم : (١) الحربى (٢) المرتد (٣) الزانى المحصن (٤) المحارب (٥) الباغى (٦) من عليه القصاص (٧) السارق . ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحداً بعد آخر فيما يأتى :

٣٧٦ — أولاً : الحربى : هو أصلاً من ينتمى للدولة فى حالة حرب مع الدولة الإسلامية ، وهو أيضاً من كان معصوماً بأمان أو عهد فاتتهى أمانه أو نقض عهده .

ومن المتفق عليه أن الحربى مهدر الدم ، فإذا قتله شخص أو جرحه فهد قتل أو جرح شخصاً مباح القتل والجرح ولا عقاب على فعل مباح ، وإنما يعاقب الفاعل فى بعض الحالات ؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربى إطلاقاً إذا قتل فى ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس فى غير ميدان الحرب ، وفى هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية .

أما إذا قتل الحربى فى غير ميدان الحرب لغير مقتض كان ضبط فى دار

الإسلام أو استأسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما ، فإن القاتل لا يؤاخذ باعتباره قاتلاً ؛ لأن الحربى مباح الدم طبقاً للشريعة وضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى ، فيبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر ، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل ، وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يوكّل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين ، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة .

وقتل الحربى فى ميدان الحرب وفى حالة الدفاع عن النفس يعتبر واجباً ، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجباً عليه .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلاً عمداً وتعاقب عليه على هذا الاعتبار وإن كان الذى يحدث عملاً أن المحاكم تقدر ظروف الجانى والجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان . والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية فى عقاب القاتل ، ولكن الخلاف واقع فى تكييف الفعل المعاقب عليه ، فالقوانين تعتبره قتلاً والشريعة تعتبره افتياتاً على السلطات العامة .

٣٧٧ — ثانياً — المرتد : المرتد هو المسلم الذى غيّر دينه ، فالردة مقصورة

على المسلمين ولا يعتبر مرتداً من يغير دينه من غير المسلمين .

ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة^(١) ، فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدرأ ، وثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله عليه السلام « لا يلحق قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » ولقوله « من بدل دينه فاقتلوه » فعقوبة الردة عقوبة متلفة ، وعلى هذا تعتبر الردة من الجرائم المهددة إذا نظر إلى عقوبتها ، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل فى العصمة فقد نظر فى الإهدار إلى الوجه الأول دون الثانى .

قاتلا عمدا ، سواء قتله قبل الاستتابة^(١) أو بعدها ؛ لأن كل جنائية على المرتد هدر مادام باقيا على رده .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة ، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافئات عليها فيعاقب على هذا لاعلى فعل القتل في ذاته وعلى هذا رأى فقهاء المذاهب الأربعة^(٢) إلا أن في مذهب مالك رأى مخالف^(٣) يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبیت المال ، وحجتهم أن المرتد تجب استتابة ، فهو بعد رده كافر فمن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه دية لبیت المال ؛ لأنه هو الذي يرث المرتد ، فكان أصحاب هذا الرأي يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفي لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته ، وأن الكفر لا يعصم صاحبه وإنما الذي يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرها والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوما بعد كفره .

ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افتيائه واستهائه بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاقبة المرتد ، فإذا كانت لاتعاقب على الردة كما هو حادث اليوم في مصر وغيرها من بلاد الإسلام ، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتبارها مفتاتا عليها ؛ لأنه لا يعتبر مفتاتا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة ، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال .

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يقب قتل حداً

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٢٥ - الإقناع الجزء الرابع ص ٣٠١ - المذهب الجزء الثاني ص ٢٣٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٧ .

والقاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، فالمرتد غير معصوم وإن كان 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 يعتبر قاتلا ، وكذلك لو قتله ذمي على الرأي الراجح^(٢) . ويطبق الشافعون قاعدتهم هذه على كل المهدرين ، ولكن الفقهاء الآخرين لا يأخذون بهذه القاعدة .

وقتل المرتد يعتبر واجبا في الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا ؛ لأن عقوبة الردة من الحدود وهي واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها ، ولا يعفى الأفراد من هذا الواجب أن يعهد بإقامته إلى السلطات العامة ، ولا يسقط هذا الواجب عن الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا .

وتختلف القوانين عن الشريعة الإسلامية في أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات ، وإن كان تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذي تقوم عليه الجماعة ، فالدولة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعي وينادى بالديمقراطية أو الفاشية ، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية وينادى بالشيوعية أو الديمقراطية ، والدول الديمقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتعتبرها جريمة ، فالخروج على المذهب الذي يقوم عليه النظام الاجتماعي في دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامي الذي يقوم عليه نظام الجماعة في الشريعة الإسلامية . والخلاف بين الشريعة والقوانين في هذه المسألة خلاف في تطبيق المبدأ وليس خلافا على ذات المبدأ ، فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعي ، فكان من الطبيعي أن تعاقب على الردة لتحمي النظام الاجتماعي . والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعي ، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية . فكان من الطبيعي أن لا تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم

(١) أسمى المطالب ج ٤ ص ١٣ — شرح الأنصاري على البهجة ج ٥ ص ٤ ، ٣ .

(٢) شرح الأنصاري على البهجة ج ٥ ص ٣ .

كل مذهب اجتماعي مخالف للمذهب الذي أسس عليه نظام الجماعة .
وقد جرى قانون العقوبات المصرى مجرى القوانين الوضعية التى أخذ عنها فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة فى كل البلاد الإسلامية ، ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعنى أن الردة مباحة ؛ لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ، تلك النصوص التى لاتزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية ما بقى الإسلام قائما كما بينا ذلك من قبل ^(١) ، فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأى حال ، ولا يعتبر مفتاتا على السلطات العامة ؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التى تفرضها عليه .

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصرى وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م ٦٠ عقوبات) ، وهذا يكفى لإعفاء قاتل المرتد من العقاب ؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل فى الشريعة ، وقتل المرتد فعل تبيحه الشريعة ، وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوى الحق ويزيد عنه درجة ، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل ، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح فى حالة الحق والواجب ، وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل باعتباره جريمة ؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء فى 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 فى مسؤولية المكلف بالواجب عند تركه ، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا

يتعرض بالترك لعقوبة ما ، فإذا أعفى صاحب الحق من المسؤولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه ، فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه .

ويضاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصرى نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل في أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة ، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم في إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب ، فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه ولكن تأدية هذا الواجب تعطى الطبيب الحق في جرح المريض أو بتر طرفه ، وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع ولكن تأدية هذا الحق تعطى المكلف بالواجب الحق في قتل المرتد . ومن واجب الجلاد قطع رقاب المحكوم عليهم بالقتل ، ولكن تأدية هذا الواجب تعطيه الحق في قطع رقبة المحكوم عليه . على أننا لسنا في حاجة لهذا التعليل مادامنا نقول ببطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة .

٣٧٨ - (ثالثها) الزانى المحصن : — تعاقب الشريعة الزانى المحصن

بالرجم والزانى غير المحصن بالجلد ، وعقوبة الرجم متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره ، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره . ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حدا أى عقوبة مقدرة فقد اعتبر الزانى المحصن مهدر الدم .

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولادية ؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل ، ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها . ولا العفو عنها فإن قتل

الزاني المحصن يعتبر واجباً لا بد منه إزالة للعنكر وتنفيذاً لحدود الله^(١) .
و يتفق الرأي الراجح في مذهب الشافعي مع الرأي السابق ، أما الرأي
المرجوح في مذهب الشافعي فيرى أصحابه أن قاتل الزاني المحصن يقتل به ؛ لأنه
قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص ، كما لو قتل رجل رجلاً فقتله غير
ولى الدم^(٢) . ويرد على ذلك بأن الزاني المحصن مباح الدم للجميع لا لشخص
بمعيه ، وأن قتله متحتم لا خيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولى الدم
فقط ، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا .

وإذا كان لا يجوز مؤاخذه من يقتل الزاني المحصن باعتباره قاتلاً ، فإنه لا يجوز
أن يؤاخذ باعتباره مفتاتاً 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 تواخذ من أداه بحجة أنه مفتات عليها .

ويشترط الشافعيون في قاتل الزاني المحصن أن يكون معصوماً ؛ لأن مهدر الدم
لا يعتبر مهدرًا مثله ، فالزاني المحصن لا يعتبر مهدر الدم للزاني المحصن ، ولا العرتد ،
ولا للحربي ؛ لأنهم جميعاً في درجة واحدة ودمهم جميعاً مهدر^(٤) .

أما إذا كان الزاني غير محصن فعقوبته الجلد فقط ، فمن قتله في غير حالة
التلس اعتبر قاتلاً عمداً وأقيد به ؛ لأنه قتل معصوم الدم ، وهذا متفق عليه بين
الأئمة الأربعة .

وإذا قتل الزاني غير المحصن في حالة التلبس فلا عقوبة على قاتله عند مالك

(١) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٣ -

المغنى ج ٩ ص ٤٣ .

(٢) المذهب ج ٢ ص ١٨٦ .

(٣) المرجع السابق وبصورة الحسكام ج ٢ ص ١٧٠ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٠ - شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

وأبى حنيفة وأحمد ، وحجبتهم في ذلك قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان يتغدى يوماً فأقبل عليه رجل يعدو ومعه سيف مجرد 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 نخذى امرأتى بالسيف ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها ، فقال لهم عمر : ما يقول الرجل ؟ فقالوا : ضرب بالسيف فقطع نخذى امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين . فقال عمر للرجل : إن عادوا فعد وأهدر دم القتل .

ويعمل بعض الفقهاء إباحة القتل في حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القاتل فيدفعه للقتل ، وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية ، فإن كانت المزنى بها أجنبية فلا يباح القتل ، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل ؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت إلخ .

ولكن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز ، وإنما يعللونها بتغيير المنكر ، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن في حالة التلبس بتغيير المنكر باليد وهو واجب على من استطاعه ^(١) . وأصحاب هذا رأى لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بغير أجنبية ، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلاً كان أو امرأة في حالة التلبس مطلقاً ، وهذا هو رأى الراجح في المذاهب الثلاثة ^(٢) .

أما الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن في حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منعه عن الجريمة إلا بالقتل ، وفيما عدا هذا يعتبر قتله جريمة يعاقب عليها بمقوالة القتل العمد سواء كانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن ؛ لأن الاستفزاز

(١) راجع الفقرة ٣٤٥ .

(٢) تبصرة الحكم ج ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ -

المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

لا يبيح القتل ؛ ولأن دفع المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر^(١) على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحصن مادام قد أوج لأنه مواقع فى كل لحظة^(٢) ويبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل . ويستوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم ، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتل بأدلتها الشرعية ، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق ، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائياً عن القتل العمد .

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة ما يتفق مع الشريعة الإسلامية فى عقاب الزنا ، فليس فى هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشريعة ، وقد نهج قانون العقوبات المصرى نهج القوانين الوضعية السائدة فى البلاد غير الإسلامية ، لكن نصوص قانون العقوبات ، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة ، وهى نصوص باطلة بطلاناً مطلقاً فى كل ما يخالف الشريعة صحيحة فقط فى كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة . وقد بسطنا هذا من قبل بسطاً وافياً فلا نعود إليه^(٣) .

وإذا كان قتل الزانى المحصن واجباً تلزم به الشريعة الأفراد فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التى نص عليها قانون العقوبات المصرى للأسباب التى ذكرناها بمناسبة الكلام على واجب قتل المرتد ، ولا نذكر هذا لنبرر به قتل الزانى المحصن فقتله واجب طبقاً للشريعة ، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة ، وإنما نذكر ما نذكر فى هذا الشأن لنبين 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

(١) المذهب ج ٢ ص ١٨٦ - الأم ج ٦ ص ٢٦ .

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ١١٣ .

(٣) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

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 .

٢٧٩ - (رابعة) المحارب : المحارب هو من يرتكب جريمة الخرابه أى الإفساد فى الأرض أو قطع الطريق كما يسميها البعض أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر .

ولجريمة الخرابه أكثر من عقوبة واحدة وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعُونَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ، أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ [المائدة: ٣٣] فعقوبة الخرابه هى القتل والصلب وقطع الأيدي والأرجل من خلاف والنفي ، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعاً متلفة .

وقد اختلف الفقهاء فى أمر هذه العقوبات هل هى مرتبة على قدر الجريمة أم هى على التخيير ؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف «أو» فمن رأى البعض أنه جاء للتفصيل والترتيب ، ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير .

ويرى الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجنائية التى وقعت ، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل ، ومن أخذ للمال ولم يقتل قطع ، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب^(١) ، ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفي^(٢) .

(١) لا يرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل فى هذه الحالة ، ويخالفه فى هذا صاحبه ، ولأحمد رأى يتفق مع رأى أبى حنيفة فى هذه النقطة ، راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ والنقى ج ١٠ ص ٣٠٥ .

(٢) المفق ج ١٠ ص ٣٠٤ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

وعند مالك أن المحارب إذا قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير في قتله أو صلبه ؛ أو قطعه أو نفيه ، ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له رأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لأن القتل لا يرفع ضرره وإن كان لارأى له ، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفي والتعزير^(١).

والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود ، والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعفو عنها . ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْرَأَ عَلَيْهِمُ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [المائدة : ٣٤] فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفي أى العقوبات المقررة حداً لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شيء^(٢).

ويترب على التفصيلات التي ذكرناها أن المحارب يختلف حاله في الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير ، فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب فالمحارب يهدر دمه بالقتل وبالقتل وأخذ المال ، وتهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط ، ولا يهدر منه شيء بإخافة السبيل فقط ؛ لأن العقوبة النفي وهو غير متلف . وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل ؛ لأن العقوبة هي القتل

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٣١٥ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٢ .

أو الصاب وكلاهما عقوبة متلفة ، وكذلك الحكم في حالة القتل وأخذ المال . أما إذا أخذ المال ولم يقتل ، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى ؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصابه إلا أن له أن يقطعه ، فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة ولا يمكن النزول عنه ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شيء ولو أن للإمام أن يقتله أو يصابه أو يقطعه ؛ لأن للإمام أيضاً أن ينفية والنفي عقوبة غير متلفة .

ويعتبر الجاني مهدرًا على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة . وينبنى 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 مهدرًا في طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة ، ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهدارًا كليًا أو جزئيًا من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهدرًا قبل ذلك .

وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب قبل القدرة عليه ويمود المحارب معصومًا ، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متمعد إذا كان عالمًا بالتوبة ، فإن لم يكن عالمًا فهو قاتل أو قاطع خطأ .

ويعتبر قتل المحارب قبل التوبة أو قطعه واجبًا لاحقًا ، لأن عقوبات الحاربة من الحدود 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 مهدرًا لا باعتباره قاتلا أو قاطعًا ، وإنما باعتباره مفتاتًا على السلطات السامة ، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب في هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقًا لنصوص الشريعة .

وإذا كان المحارب مهدرًا إهداراً جزئياً كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتله عمداً ، وإذا قطع طرفاً غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمداً ما لم يقصد الطرف المستحق فيخطيء ويصيب غيره ، فإنه يسأل عن قطعه خطأ .

وإذا قطع الطرف المهدر فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب ، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

٣٨٠ - خامساً - الباغي : الباغي هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكام بالقوة ، أو يمتنع عن الطاعة معتمداً على القوة ، والبنى جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام ولا توجه إلى النظام الاجتماعي ، فإذا كانت الجريمة مقصوداً بها النظام الاجتماعي فهي ليست بغياً ، وإنما هي إفساد في الأرض ، والنظام الاجتماعي الذي تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره .

ويشترط الفقهاء في جريمة البنى شروطاً خاصة سبق أن ذكرناها^(١) أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوي شوكة ومنعة ، وأن يبدأوا في تنفيذ غرضهم بالقوة على رأى أو أن يأخذوا في التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة .

وإذا توفرت شروط جريمة البنى ، أهدردم الباغي ، فمن قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغي مهدرًا حتى تنتهى حالة البنى .

ويختلف مذهب أبي حنيفة^(٢) عن غيره في أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . أما مالك والشافعي وأحمد فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . والقاعدة عندهم أن الباغي لا يحل

(١) راجع الفقرة ٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - شرح القدير ج ٣

دمه غير حرب أو صيال^(١) .

وقتل البغاة واجب في الشريعة لقوله تعالى : ﴿ فقاتلوا التي تبغى حتى تنفيء ﴾ إلى أمر الله ﷻ وهذا الواجب ملق على عاتق كل فرد ، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصاً بأعيانهم لقتال البغاة ، فإن هذا لا يمنع غيرهم من أداء الواجب ولا يسقطه عنهم مادامت حالة البغى قائمة .

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل الباغي على القتل ؛ لأن الباغي مباح القتل ، ولكن لهذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاتناً على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من يقوم بأدائه .

٣٨١ - سادساً - من عليه القصاص : القصاص في الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجاني بمثل فعله ، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة ، ويقع القصاص على النفس وعلى مادون النفس ، فإذا وقع على النفس كان قتلاً . وإذا وقع على مادون النفس كان جرحاً أو قطعاً .

ومن أتى فعلاً يوجب القصاص يعتبر 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 .

والإهدار في القصاص إهدار نسبي ، فلا يهدر الجاني إلا للمجنى عليه أو وليه . وفيما عدا ذلك فهو معصوم في حق الكافة ، وعلة نسبية الإهدار في القصاص أن القصاص حق لا واجب فلا يهدر الجاني إلا لصاحب الحق إن شاء استعماله ، فالقتل لا يبيح دم القاتل إلا لولي القتل ، فإذا جاء أجنبي فقتل القاتل ولو بعد

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٣٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد ؛ لأنه قتل شخصاً معصوم
الدم في حقه ؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولى الدم عن المحكوم عليه فيمتنع
تنفيذ الحكم . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء ^(١) .

والأصل في الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان ، ولا يستثنى
من هذا الأصل إلا القصاص فلم يجز عليه أو وليه أن يستوفي العقوبة بنفسه .

ومن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفي القصاص بنفسه في القتل بعد الحكم
بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان
وبشرط أن يكون ولى الدم قادراً على الاستيفاء ومحسناً له ، فإن كان عاجزاً
عن الاستيفاء أولاً يحسنه جاز له أن يوكل من يتوفر فيه هذان الشرطان وليس
ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفاً مخصصاً لهذا الغرض .

أما القصاص فيما دون النفس فختلف عليه ، فيرى مالك والشافعي ورأيهما
وجه في مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفي القصاص فيما دون
النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد
التشني أن يحيف على الجاني أو ينجي عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى
القصاص من يحسنه من الخبراء ، ويقول مالك في هذا : « أجب إلى أن يولى
الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان
عدلاً » ^(٢) .

ويرى أبو حنيفة ورأيه وجه في مذهب أحمد أن للمجنى عليه أن يستوفي
القصاص بنفسه فيما دون النفس ؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق

(١) المفتى ج ٩ ص ٣٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - المشرح الكبير

ج ٩ ص ٣٩٩ .

ما دام يحسنه ، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيراً بالقصاص . والقائلون بهذا الرأي في مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفي نيابة عن لا يحسنون الاستيفاء^(١) .

والأصل في تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ [الإسراء : ٣٣] والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة وفي الوقت المحدد للتنفيذ .

وفي الوقت الذي منحت فيه الشريعة ولي الدم حق القصاص فإنها منحتة حقاً آخر هو حق العفو عن القصاص ، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجاناً ؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجاني بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل .

وقد حرضت الشريعة ولي الدم على العفو بمختلف الأساليب ، فجعلت للعافي أن يعفو على مال يأخذه ، ووعدته بالثواب في الآخرة وبرضاء الله جل شأنه ، من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله ﴿ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين ﴾ [آل عمران : ١٣٤] واعتبرت الشريعة العفو رحمة من الله للناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عَفِيَ له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ [البقرة : ١٧٨] وروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو .

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولى الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التي كانت سائدة في الشعوب الهمجية ، ولكنها فكرة خاطئة لا تقوم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

على أساس صحيح ، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم ، وإلى مصلحة الأفراد والجماعة ، شأنها في كل ما جاءت به من مبادئ وما قررت من حقوق أو فرضته من واجبات .

وليس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة في الإنسان ، وأنه مهماته تقتطع طباعه وهذبت غرائزه فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره ، وليس أيضا من يجادل في أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لا يمنعه عنه مانع .

ومن المبادئ المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنفى للقتل ؛ ولأن في القصاص حياة ، ومن المبادئ المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدي إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادئ السليمة المسلم بها قررت الشريعة حق ولى الدم في أن يقتص بنفسه ، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة في أغواره ، ولتحول بينه وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبة ، أو أن يرى العقوبة التي تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القاتل .

وعلى نفس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو ، فبعد أن مكنته من القصاص كل التمكين - وسلطته على الجاني إلى هذا الحد ، حببت إليه العفو ، ودعته 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 ماعفا بعد هذا كله فقد عفا بنية صحيحة ، وانمحت السخائم والحزازات وحل الوثام محل الخصام وهو العامل الفعال في حفظ الأمن وإقرار النظام بين الجماعات ،

والسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائماً من العقوبات بشرط أن لاتصل إلى القتل .

فالشرعية إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس ، وإحلال الوئام محل الخصام ، وحفظ الأمن والنظام ، وتقليل الجرائم ، وحمل الناس على احترام الأحكام ، ومنعهم من التفكير فى الانتقام لأنفسهم وأهليهم ، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف فى عقوبة الإعدام بقدر الإمكان .

وحق القصاص حق لا يتجزأ ، أما حق العفو فحق قابل للتجزئة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، ويترتب على هذا رأى أنه لو عفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقيين فى القصاص . ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لا يقبل التجزئة أيضا ويترتب على ذلك أن العفو لا يكون له أثر مالم يكن من جميع أولياء الدم ، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص .

وأبسط الصور فى استعمال حق القصاص أن يحكم على الجانى بالعقوبة ، فإذا حان موعد التنفيذ نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره فى تنفيذها ، ومن المسلم به أن لامتثولية على ولى الدم فى هذه الحالة ، وأن فعله ليس جريمة ؛ لأنه يستعمل حقا قرره له الشارع .

لكن يحدث أن تملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجانى أو بعد الحكم وقبل ميعاد التنفيذ ، كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثرات ثم يعود فيرى القصاص خيرا له فيقتص بعد العفو ، وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر ، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقيين وفيهم من يرى العفو ، فهل يعتبر مباشر القصاص فى هذه الحالات مستعملا حقا أم مرتكبا لجريمة ؟ وهل يعفى من العقوبة أم يؤخذ على فعله ؟ ذلك ماسنينه فيما يلى مبتدئين أولا بحكم هذه

الحالات في القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل .

٣٨٢ - أوود : حكم قتل الجاني : -

(١) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : - إذا قتل ولى الدم الجاني المستحق للقتل قصاصاً ، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل ؛ لأنه أتى فعلاً مباحاً له ومارس حقاً قرره له الشارع ، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب ، وعلى افتيائه على السلطات العامة التي جعلت لممارسة حق القصاص وقتاً معيناً ، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيائات بالعقوبة التعزيرية التي تراها مناسبة^(١) .

و يشترط في حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجاني ، فإن لم يثبت اعتبر ولى الدم قاتلاً متعمداً

وظاهر مما سبق أنه لافرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجاني ، وعلة ذلك أن حق ولى الدم في القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل ، لامن 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 .

والمفروض في المسألة أن ولى الدم واحد ، أو أنهم متفقون إذا كانوا متعددين على قتل الجاني . أو ليس فيهم من يرى العفو عنه .

(ب) القتل بعد العفو : - يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ 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

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

جريمة قتل عقوبتها القصاص عند أبي حنيفة وأحمد ، أما الشافعي فيفرق بين حالتين : أولاها حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود . وفي هذه الحالة يرى وجوب القصاص . وثانيتهما : إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود ، وحكم هذه الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية^(١) .

فإذا قتل ولي الدم الجاني بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل ، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص ، وتكون العقوبة الدية في رأى أبي حنيفة وأحمد ، وفي مذهب الشافعي رأيان : رأى يقول بالقصاص ، ورأى يقول بالدية ، وحجة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله ، وحجة القائلين بالدية أن حق ولي الدم ثابت في القصاص ، والأصل بقاؤه ، فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه في القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد .

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ ، وأن العفو لا يعتبر موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص ، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين في القصاص ، فإذا اقتص أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقين فلا مسئولية عليه ؛ لأن عفوه هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص ، ولكن هذا لا يمنع من تعزيز المقتص إذا كان في عمله افتيات على السلطات العامة^(٢) .

(ح) القتل قبل استئذان باقي الأولياء : إذا قتل الجاني أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقي الأولياء ، فالولي أو الأولياء القائلون مسئولون جنائيا عن القتل ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك وإن كانوا قد اختلفوا في عقوبة

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٨ — تحفه المحتاج ج ٤ ص ٢٦ — المهذب ج ٢ ص ١٩٧
الغني ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) الغني ج ٩ ص ٤٦٦ .

الولى القاتل ، فأبوحنيفة وأحمد لا يريان الاقتصاص من القاتل ؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتل فكان هذا شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية بدلا منه ، ويتفق هذا رأى مع رأى الراجح فى مذهب الشافعى ، أما رأى المرجوح فى مذهب الشافعى ، فيرى أصحابه أن يقتص من الولى ؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له ، قياساً على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتص منه ، ويرد أصحاب رأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح ؛ لأن الشريك لا يقتص منه لإتلاف بعض المقتول وإنما لأنه أتلفه كله ، ويرى البعض القصاص من الولى ؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لا يستحق منه شيئاً إذ لا يستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقاً بموافقة بقية الأولياء ، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه ؛ لأن القصاص لا 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 رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضرورى ؛ لأن أحدهم قد يعفو ، أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لا يسقط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص ، ولهذا كان القاتل مستعملاً حقه فى القصاص .

(د) القتل من العافى : - إذا كان القاتل هو نفس العافى فهو مسئول عن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ و ٣٨٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢ .

فعله ، ويعتبر قاتلاً عمداً باتفاق^(١) وعقوبته القصاص سواء عفا مجاناً أو على مال^(٢) لأن الجاني بالعفو عنه صار معصوم الدم .

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلّف ولى الدم جراحة أو عضواً من الجاني ثم عفا عنه ولم يقتله مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلّف في رأى أبى حنيفة وأحمد ؛ لأنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق ؛ لأنّ حقه في القتل لاقى القطع ، وكان القياس أن يقتصر منه إلا أن القصاص درىء للشبهة « شبهة أن له تلف الطرف تبعاً للنفس » وإذا درىء القصاص وجبت الدية . ولكن حقه في الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة ، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لا قبل ذلك ، فإذا قتل ظهر حقه في الأطراف تبعاً ، وإن لم يقتل لم يظهر حقه في الطرف لا أصلاً ولا تبعاً ، ومن هذا يتبين أنه استوفى غير حقه^(٣) .

ويرى الشافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلف جراحة أو عضواً من الجاني لا يسأل جنائياً إذا عفا عن القتل ، ويعزز إذا لم يعف عن القتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله ، وحجتهم في عدم المسؤولية في حالة العفو أنه قطع طرفاً أو أطرافاً من جملة استحقاق إتلافها ، ومن له إتلاف الكل لا يصح أن يؤاخذ على إتلاف البعض^(٤) .

ويرى مالك مسؤولية الولى إذا أتلّف جراحة أو قطع عضواً من الجاني

(١) المقصود بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة ولكن هناك من يرى غير رأيهم فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزيز القاتل .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٥٨ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ - المغنى ج ٩ ص ٤٦١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٩١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٤) المذهب ج ٢ ص ٢٠٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٤ .

سواء عفا عن القتل أو لم يعف ، وعليه في ذلك القصاص ؛ لأن الجاني يستفاد له ومفه وتعمل جراحاته ما لم يقتل^(١) .

٣٨٣ - (ثانياً) حكم ما دونه القتل :

إذا وجب على الجاني قصاص متلف فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجاني غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص في حدود ما يستحقه فقط ، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المائل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المائل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص . أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسئول عن القطع ؛ لأن الجاني معصوم في حقه ولم يهدر إلا للجنى عليه أو وليه .

وإذا قطع المستحق طرفاً من الجاني في الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجاني منه فلا يسأل المستحق عن الموت ؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مآذون فيه ولا يعتبر جريمة وما تولد عن مباح فهو مباح ، فضلاً عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لابد منها ، فلو حمل منفذ العقوبة النتائج التى تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت باعتباره قاتلاً شبه متعمد ، وحجته أن الفعل المآذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئوليته^(٢) .

أما مالك فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص في الأطراف لنفسه إلا أنه يمنعه للعصاحة العامة ، مع التسليم بأنه صاحب حق في القصاص

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٥ — المدونة ج ١٦ ص ٢٢٢ — المغنى ج ٩ ص ٣٩١

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٧ -

بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

والمبدأ العام عند مالك أن سرية القود غير مضمونة أى : لا يترتب عليها مسئولية جنائية ، وعلى هذا فإذا اقتصر شخص لنفسه فى طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السرية ولكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة^(١).

وما ذكرناه عن أحكام العفو فى القتل وحالاته المختلفة ينطبق على العفو عن القصاص فيما دون النفس وليس ثمة ما يدعو لتكراره هنا .

٣٨٤ - (سابقاً) السارق : كل من ارتكب سرقة يجب فيها القطع يعتبر غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه ، أما ماعدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها ، وعلّة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهى حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير ، ولهذا كان القطع واجباً لاحقاً ، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإقامته ، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلاً .

ويترتب على ما سبق أنه لو عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فإنه لا يعاقب على القطع ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم وأدى واجباً تفرضه الشريعة عليه ، فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يعاقب على القطع فى ذاته ، ولكن لا يجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع باعتباره مفتاتحاً إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب^(٢).

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبت السرقة بعد ذلك ، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع^(٣).

(١) بداية المجتهد ج ٣ ص ٣٤٢ - المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

وإذا سرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت إلا إذا كان مسئولاً عن القطع ، فإن كان مسئولاً عن القطع فهو مسئول عن قتله عمداً وإن لم يكن فلا مسئولية ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

والفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة أن القصاص حق للمقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو فضلاً عن أن استعمال الحق عند أبي حنيفة مقيد بشرط السلامة . أما القطع للسرقة فواجب ؛ لأنه حد وإقامة الحد واجبة على كل فرد ولو أن نائب الجماعة مخصص بإقامتها فضلاً عن أن الضرورة تقتضي التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تعطل إقامة الحدود^(١)

ويشترط الشافعية في القاطع أن لا يكون مهدرًا تطبيقاً لقاعدتهم الخاصة وهي أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، وهي قاعدة لا يطبقها إلا الشافعيون ويرى بعض الشافعية أن السارق معصوم إلا على الجنى عليه في السرقة ، ويعتبرون القطع حقاً للجنى عليه وهو رأى مرجوح^(٢) .

الفرع السادس

في حقوق الحكام وواجباتهم^(٣)

٣٨٥ - واجبات الحكام : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة ، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ - النجر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ .

(٢) شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

(٣) للحكام بصفته أفراداً كل حقوق الأفراد وعليهم كل الواجبات التي سبق بيانها ، ولكنهم بصفته حكماً لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر ، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التي يتميز بها الحكام وتلك الواجبات التي يحملونها .

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 محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة ؛ لأن العقوبة ليست عدواناً ؛ ولأن من واجب القاضي أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها ، والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين ، ولا مسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلاً ؛ لأن الحكم واجب على القاضي والتنفيذ واجب على المنفذ ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه .

والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل . أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لاحق له فيه ، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة إقامة الحدود ، فلا خلاف بين الفقهاء في أن إقامة الحدود واجبة ، وأن سائر الحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدي إليه من تلف ؛ لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ؛ ولأنه لا بد للمكلف بالواجب من إتيانه ، فمن أقام حد الزنا على محصن فضرره مائة جلدة بطريقة مشروعة فلا مسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت ، فإذا تعدت الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائياً في الحالين ، وهو مسئول عن الزيادة في الحالين ولو لم يؤد الضرب للموت . وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه وإنما المسئولية على الإمام ، فإذا كان عالماً بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتصر منه في كل ما تعمله من

جور فجار به على الناس ، فإذا قتل إنساناً قتل به ، وإذا قطع إنساناً قطع به سواء باشر الفعل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلماً بالقتل أو القطع^(١) .

وكا يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه ، لكنهم اختلفوا في ضمان الخطأ ، فرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقلته ؛ لأنه ضمان وجب بخطئه فمسئوليته عنه كمسئولية أى مخطيء . ورأى البعض أن ضمان الخطأ في بيت المال لأن خطأ الإمام يكثر فلو وجب الضمان في ماله ومال عاقلته لأجحف بهم فضلاً عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه^(٢) .

ويطبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة في التعازير ، فيروز أن لا عقوبة ولا ضمان على حاكم عزز إنساناً إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه ، سواء كانت العقوبة في ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام ، أو كانت غير مهلكة كالجلد ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه ، ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها عليه ، وأن التعزير واجب لحفظ سلامة الأفراد وصيانة نظام الجماعة والواجب غير مقيد بشرط السلامة إذا أداه المكلف به في حدوده المشروعة ولم يتعمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ في أدائه^(٣) .

أما الشافعي فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عززه فمات أو كانت العقوبة التعزيرية هي الموت ؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ - المذهب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - المدونة ج ١٦ ص ٥٧ - الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٢) المغني ج ١٠ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ - الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٣٤٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

عن العقوبة كما أن من حقه اختيار العقوبة للملائمة للجريمة والمجرم ، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك فكان مشروطاً بسلامة العاقبة فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلاً فهو مسئول عن ضمان الجاني .
ويدخل في التعزير عند الشافعي حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة ، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولاً ؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة .

ويحتاج الشافعي في ترتيب المسؤولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن علياً - رضي الله عنه - قال : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي شيئاً أن الحد قتله إلا حد الخمر فإن رسول الله لم يسنه لنا . كما يحتاج بأن علياً أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر ففرغت وألقت جنينها حين أرسل إليها وقد عمل عمر بمشورته ، ويحتاج أيضاً بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير 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 الشافعي ، ولكن رأى الشافعي يؤدي إلى مبدأ اجتماعي صالح إذ يعوض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلهم الذي يموت في أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته ، ولا شك أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة

٣٨٦ - مقووم المحكام : - للحكم في الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق

ولكن لهم فوق ذلك حق الأمر على الأفراد ، واستعمال هذا الحق يؤدي إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ١٠٨ - المذهب ج ٢ ص ٢٢٨

وذلك الواجب في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ، فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ [النساء : ٥٩]
 وحق الأمر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق ، فليس لأمر أن يأمر بما يخالف الشريعة ، وليس لمأمور أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفاً أو غير موظف . وذلك ظاهر من قوله تعالى ﴿ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وقوله : « من أصرم من الولاية بغير طاعة الله فلا تطيعوه » .

فأمر الحاكم في الشريعة لا يخلو المأمور من المسؤولية ولو كان المأمور موظفاً . وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل يخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرءوس عقوبة الفعل الذي أتاه ، لأن أمر الرئيس في هذه الحالة يعتبر أمراً غير ملزم لا تجب طاعته ، لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه ، وليس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسؤوليته .

وإذا كان الفعل محرماً ولو لكان المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للأمر معتقداً أنه غير محرم فلامسؤولية على المأمور لحسن نيته بشرط أن يكون الفعل داخلياً اختصاص الأمر ، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية^(١) . وإذا أكره الرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلد به بغير حق فمات فكلأهما مسئول جنائياً عن الفعل ، ولا يعفى الإكراه المرءوس من المسؤولية ولو كان الإكراه ملجئاً ، إذ الأصل في الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكروه من العقوبة . وإذا كان الإكراه الملجئ لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبي لا يعفى منها من باب أولى . والواقع أن الشريعة لا ترى في مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر يخالف للشريعة .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ - أسنى الطالب ج ٤ ص ٧ وما بعدها -

شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠

وإذا كان الأمر يعتقد حل الفعل الذى أمر به وكان المأمور لا يعتقد حله
ثم نفذه بالرغم من ذلك فإن عليه المسؤولية دون الأمر .

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندي فصفة المأمور
لا تحل له ارتكاب فعل محرم وصفة الأمر لا تنبئ له أن يأمر بما ليس من حقه .

٣٨٧ - بين الشريعة والقانون : وحكم الشريعة فى حق الأمر وواجب
الطاعة يتفق مع أحدث النظريات فى القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين
من تفرقة بين حالة الجندي وغير الجندي ، فإنها لا تسمح للجندي بمخالفة أوامر
رؤسائه . فيما هو ظاهر أنه من اختصاصهم ، بينما تسمح لغير الجندي بمخالفة أمر
رئيسه إذا رأى أن الأمر مخالف للقانون . والشريعة لا تقبل هذه التفرقة ؛
لأنها تحرم تحريماً قاطعاً طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جندياً
أو غير جندي ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين فى هذه الناحية لأنها
تشجع المرءوس على قول الحق ، وعلى سلوك السبيل السوى ، وتجعل الرئيس
فى حالة عجز عن مخالفة التشريع ؛ لأنه لا يجد من ينفذ أمره ، وفى ذلك خير ضمان
للمحكومين والحاكمين على السواء .

المبحث الثانى

أسباب رفع العقوبة

٣٨٨ - ما يرفع العقوبة : ترفع العقوبة عن الفاعل فى أربع حالات هى :
(١) الإكراه (٢) السكر (٣) الجنون (٤) صغر السن .

وفى كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلاً يجرمه الشارع ويعاقب
عليه ، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا فى فعله ، فأساس

الإعفاء من العقوبة صفة قائمة في شخص الفاعل . بعكس الأمر في أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة في الفعل لا تجعله محرماً ، وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة وبين أسباب الإباحة بأن الإعفاء يرجع لصفة في الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة في الفعل .
وسنخصص فيما يأتي مبحثاً لكل حالة من حالات رفع العقوبة .

الفرع الأول

في الإكراه

٣٨٩ - تعريف الإكراه : - يعرف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره . وبأنه فعل يوجد من المكروه يحدث في المحل أى المكروه معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه . وبأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضاء^(١) . ويعرفه البعض بأن ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه^(٢) . ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكروه قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلب على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه^(٣) .

٣٩٠ - أنواع الإكراه : - الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ١٧٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٢ .

التلف عادة كالحبس والقيد لمسدة قصيرة ، والضرب الذى لا يخشى منه التلف
ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ^(١) .

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضاء كالبيع
والإجارة والإقرار فلا تأثير له على الجرائم .

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضاء والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ،
فمن أكرهه على جريمة زنا مثلاً ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم
رضاه ويفسد اختياره ، والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ورأيهم مرجوح أن الإكراه يقتضى
شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبهه ، وأن التوعد
بالعذاب لا يكون كرهاً ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه
الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما غطوه فى الماء حتى كادت
روحه تزهق أجابهم ما طلبوا فاتمى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل
يمسح الدموع من عينه ويقول : « أخذك المشركون ففطوك فى الماء وأمروك
أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون
أيضاً بما قاله عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجمعه أو ضربته
أو أوثقته . فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكروه
فيحمله على إتيان ما أكرهه عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل
الذى يأتیه المكروه فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم^(٢) .

ويرى أصحاب رأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة
والشافعى ، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً
إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ماضى من العقوبة

(١) البحر الرائق ج ٣ ص ٨٠ .

(٢) المفتى ج ٨ ص ٢٦٠ - الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٠ .

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 فالتدى يندفع إذن بإتيان الفعل المكروه عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلاً^(١)

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ، ويصح أن يكون معنوياً ، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعاً ، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

٣٩١ - شروط الإكراه : يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر الفاعل مكرهاً :

أولاً : - أن يكون الوعيد ملجئاً - أى مما يستتضر به ضرراً كبيراً - بحيث يعدم الرضاء كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين وتقدير الوعيد الذى يستتضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكروه عليها ، فقد يكون الشيء إكراهاً فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عددة أسواط والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحدة ، والبعض قد يرحب بمكثه فى السجن أمداً طويلاً ، والبعض قد يضار ببقائه فى السجن ليلة واحدة ، والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يعتبر إكراهاً فى جريمة القتل ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى جريمة الشرب أو السرقة ، والضرب اليسير فى حق من يبالى به ليس إكراهاً ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجهه يكون إخراجاً بصاحبه وعذالة وشهرة فى حقه .

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ ،
٢٨٣ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

والتهديد بالثتم والسب والقذف ليس إكراهاً باتفاق^(١).

وأمر صاحب السلطان يعتبر في ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد إذا كان المفهوم أن جزاء المخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أو الحبس والقيد الطويلين . وأمر من لا سلطان له لا يعتبر إكراهاً 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 يعتبر الأمر إكراهاً^(٣).

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفسه المكروه وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف ، فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبي^(٤) ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكروه ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية^(٥) ، ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب^(٦).

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً فإن كان المال يسيراً فلا إكراه ، وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير

(١) المغني ج ٨ ص ٢٦١ - مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ - أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٣ ص ٢٨٣ .

(٦) الإقناع ج ٤ ص ٤ .

يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر^(١).

والأصل في مذهب أبي حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيماً بصاحبه ؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراهاً ، وأصحاب هذا الرأي يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً ، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفي عندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستتضر بإتلافه ضرراً كبيراً^(٢).

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الفاعل مكرهاً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان في حالة إكراه ؛ لأن الفعل الذى هدد به مشروع فلا يعتبر أن التهديد هو الذى حمل على الفعل بل يعتبر أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته^(٣).

ثانياً — أن يكون الوعيد بأمر حال^(٤) بوشك أن يقع إن لم يستجب المكروه فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه ، لأن المكروه لديه من الوقت ما يسمح له 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 المكروه وإلى ظنه الغالب المبني على أسباب معقولة .

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ — الإقناع ج ٤ ص ٤

المغنى ج ٨ ص ٢٦١ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ — المغنى ج ٨ ص ٢٦٠

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ .

ثالثاً - أن يكون المكروه قادراً على تحقيق وعيده ، لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدره فإن لم يكن المكروه قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه . ولا يشترط في المكروه أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف ؛ لأن العبرة بالقدره على الفعل المهدد به لا بصفة المكروه .

رابعاً - أن يغلب على ظن المكروه أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعده به ، فإن كان يعتقد أن المكروه غير جاد فيما أوعده به ، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأي طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك فإنه لا يعتبرها مكرهاً . ويجب أن يكون ظن المكروه مبنياً على أسباب معقولة .

٣٩٢ - حكم الإكراه : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم ، ففي بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر ، وفي بعضها ترتفع المسؤولية الجنائية ويباح الفعل ، وفي بعضها تبقى المسؤولية الجنائية وترتفع العقوبة ، فالجرائم بالنسبة للإكراه على ثلاثة أنواع :

- (١) نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به .
- (٢) نوع يبيحه الإكراه فلا يعتبر جريمة .
- (٣) نوع يرخص به الإكراه فيعتبر جريمة ولكن لا يعاقب عليه .

٣٩٣ - الجرائم التي لا تؤثر عليها الإكراه : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجئ لا يرفع العقوبة على المكروه إذا كانت الجريمة التي ارتكبها قتلاً أو قطع طرف أو ضرباً مهلكاً^(١) وحجتهم في ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ [الأنعام : ١٥١] وقوله : ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ [الأحزاب : ٥٨] ويعلمون عقاب المكروه بأنه قتل الجنى عليه متعمداً ظالماً لاستبقاء نفسه معتقداً أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكروه .

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٧ .

والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكاً ، 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 الشافعي رأيان أرجحهما يرى القصاص والثاني يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص^(٢) وفي مذهب أبي حنيفة^(٣) . اختلاف على العقوبة فزفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره أى عقابه بالعقوبة التي يراها الشارع ملائمة ، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة في عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تتفق تماماً في النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراح القوانين الوضعية ، وهم الدين يرون أن في حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان ، وأن الفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذي يتهده ، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير ، ولا يرون العقاب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع ، أما إذا تساوت المصلحتان أو ضحى بأكبرها قيمة فيرون عقاب الفاعل^(٤) . وقد طبقت هذه النظرية في انجلترا في حادث ملخصه أن يخنق غرق ونجما من ركابه القبطان وآخر وخادم ، واستقلوا قارباً للنجاة فبقوا به ثمانية عشر يوماً يقاسون أشد الآلام ، وبعدها اتفق القبطان ورفيقه

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - المغنى ج ٩ ص ٣٣١ - الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٧ - المهذب ج ٣ ص ١٨٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

(٤) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ .

على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه وقتلاه فعلا ، فحكم عليهما بالإعدام
ثم استبدل بالإعدام الحبس .

٣٩٤ - الجرائم التي يباح فيها الفعل : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية

في كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه في حالة الإكراه كأكل الميتة وشرب الدم ،
لقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [الأنعام :
١١٩] ولقوله : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة : ١٧٣]
فأكل الميتة وشرب الدم كلاهما محرم في غير حالة الإكراه ، ولكنه يباح إذا
أكره الإنسان عليه ، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل ولو أنه محرم أصلا ،
لأن التحريم يزول بالإكراه ، بل إن المكروه ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقاً
للرأى الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكروه ؛ لأنه يلقي بنفسه في التهلكة بامتناعه
وعدم مطاوعته ^(١) .

ويشترط في الإكراه الذي يرفع المسئولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون
إكراهاً مجبئاً ، فإن كان ناقصاً فإنه لا يحل الفعل فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه .
ويمكن معرفة الأفعال التي يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة
النصوص التي حرمتها ، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهي من
هذا النوع ، وإن لم تكن أحلتها فهي ليست منه . وعلى كل حال فهذه
الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب
الدم والنحاسات .

ويختلف الفقهاء في شرب الخمر فأبو حنيفة والشافعي وأحمد يرون أن
الإكراه يبيح الفعل ، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ - المذهب ج ٢ ص ٢٤٥ وما بعدها - مواهب الجليل

الفعل فيظل الفعل محرماً على أصله . ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف أى لانعدام الاختيار^(١) .

مسئولية المكره المبرئة عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن فعل مباح ، والإكراه فى هذا النوع من الجرائم يحل الفعل ، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنياً عن الجريمة فى ذاتها ، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعل ضرراً بالغير ، فليحتم الخنزير مثلاً محرم أصلاً ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم ، ولا يعتبر تناوله جريمة ولا مسئولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا اشترى اللحم أما إذا غصبه أو سرقه ممن يملكه فإنه يسأل مدنياً قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم وإنما هى عن الغصب أو السرقة فبكلها جريمة لا يعاقب عليها للإكراه ، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمةين .

٣٩٥ - بين الشريعة والقانون . وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية

فى أنها تجعل الإكراه مبيحاً لبعض الأفعال المحرمة ، بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط ، والواقع أن الأفعال التى يبيحها الإكراه فى الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلاً ؛ لأن فى إتيانها ضرر بمن يأتيناها ، فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة ؛ لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شئ ، فهى أفعال محرمة لمصلحة الفاعل للمصلحة الغير ، فكان من العدل أن يتباح إذا أدى تحريمها لإلحاق ضرراً كبير بالفاعل أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التحريم ، أما ماعدا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتيانها أو أنها مختاراً فإن

(١) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٥ ص ٣١٨ وتبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٢٧

الفعل يمس مصلحة الغير ، فأساس التحريم قائم في حالتي 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 التحريم فيها . فالقانون المصرى مثلاً يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة^(١) والحكمة في تحريم الاستعمال الخوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد فيمرض الآكل ، فإذا اضطر الجوع إنساناً لياً أكل من هذا اللحم اعتبر فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلاً المحافظة على حياة الآكل ، وبالرغم من أن تحريم الفعل في حالة الاضطرار يؤدي إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم في هذه الحالة منعدمة . وهكذا لا نجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة في جانب الشريعة .

٣٩٦ - الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة : يرفع الإكراه التام العقوبة في كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق مع بقاء الفعل محرماً على أصله ، وعلة ذلك أن المكره لا يأتي الفعل راضياً عنه ولا مختاراً له اختياراً صحيحاً ، والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان مدركاً مختاراً ، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل . فالسبب في الإعفاء راجع إلى الشخص لا إلى الفعل في ذاته ، ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقي الفعل محرماً .

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكره أن يكون الإكراه تاماً ، فإن كان ناقصاً لم ترتفع العقوبة ، ويستوى أن يكون الإكراه التام مادياً أو معنوياً .

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات .

ومن الجرائم التي تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة وإتلاف مال الغير ، فهذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسان على إتيانها إكراهاً تاماً ، لقوله تعالى : ﴿ لا آمن أكرهه وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ [النحل : ١٠٦] ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » .
واختلف الفقهاء في زنا الرجل فقال أبو حنيفة أولاً : إن الرجل لا يزني إلا منتشرراً ، والانتشار دليل على الشهوة والاختيار ، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبة ، ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي ؛ لأن الانتشار قد يكون دليل الفحولة لا دليل الاختيار ^(١) . وفي مذاهب مالك والشافعي وأحمد من يرى رأى أبي حنيفة الأول ولكنهم قلّة ورأيهم مرجوح ، والرأي الراجح في المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا ؛ لأن التهديد والتخويف يكون على ترك الزنا لا على إتيانه ، والفعل في ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار ^(٢) .

أما المرأة المكروهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق ، لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد . ولا فرق في حالة المرأة بين الإكراه بالإلجاء أي أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المادى وبين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوى ، ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فلما رفع أمرها لعمر استشار علياً رضي الله عنهما فأفتى على بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله تعالى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٥ ص ٢٩٤ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٩١ - المغني ج ١٠ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فلم يعاقبها عمر .

حكم المسؤولية المدنية : يسأل المكره مدنياً في هذا القسم عن الأضرار التي أصابت غيره من الجريمة التي ارتكبها ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة في الشريعة أن الدماء والأموال معصومة—أى أن الاعتداء عليها محرم—وأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة الحل—أى أن ما اعتبره الشارع عذراً للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم—فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التي سببها له بإنجاء نفسه من الهلكة والضرر .

وتتفق الشريعة في هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصرى الذى ينص على رفع العقاب عن ارتكاب جريمة ألبأتها إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى (١) .

والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسئولاً مدنياً عن الأضرار التي أحدثها بالغير شأنها فى ذلك شأن الشريعة .

٣٩٧- أساس نظرية الإكراه فى الشريعة : بينا فيما سبق أساس حالة

الإكراه المبيح للفعل ونبين الآن أساس ما عداه من حالات الإكراه . والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار ، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقاً وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين : إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكره . وإذا كانت المسؤولية الجنائية تقوم على اختيار فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار ، ولا يعتبر الاختيار منعدمًا إذا انحصر وضاق مداه على

(١) راجع المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى .

الوجه السابق ؛ لأن المكروه يستطيع أن يختار على أى حال .
والمكروه حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره ، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه ، وكلاهما أمر تأباه الشريعة ، فهي تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة ، فالمكروه حين يختار إنما يختار بين مجرمين أو بين ضررين وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة : أولاها : إن الضرر لا يزال بالضرر ، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الضرر بمثله ، فليس له أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، وليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر وهكذا . وثانيتهما : إن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين فيجوز للإنسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد ، ولا يجوز له أن يرتكب أشد الضررين لدفع أخفهما . فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكروه أن 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 ، وإذن فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتي الضرر سألني الذكر فتقدم المسؤولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة . أما إذا خالف حكم قاعدتي الضرر ودفع الضرر بمثله ، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار ، وهذا الاختيار لا يعدم المسؤولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا .
وقد جاءت أحكام الإكراه في الشريعة تطبيقا دقيقا لما سبق ، فإذا قتل المكروه غيره أو قطع طرفه أو ضربه ضربة مهلكة فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما يؤدي إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك ، وليس له أن يدفع الضرر بمثله أو بأشد منه فإذا فعل ذلك فقد اختار وهذا الاختيار على ضيق مداه لا يرفع عنه المسؤولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك . أما ما عدا هذا

من الجرائم كالسرقة والقذف والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس ، فإذا ارتكب المجرم الجريمة لينجى نفسه من الهلكة فإنه لا يدفع الضرر بمثله ، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ، ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة ، وإذن فهو مكره على إتيان الجريمة ولا خيار له في إتيانها أو تركها ، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة .

٣٩٨ بين الشريعة والقوانين الوضعية : — هذه هى نظرية الإكراه

فى الشريعة ومن له الإمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداهما النظرية الشخصية والثانية النظرية المادية ، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما فى النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما ، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المجرم فى الاختيار ، أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا وأن فكرة توفر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه والصحيح عندهم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين ، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما مادام أقل قيمة من الآخر ، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون على بعضهم ، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه ، ومنهم من لا يرى العقاب فى أى حال ؛ لأن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة ، ولأن المجرم لا يعتبر خطرا ، وهو تعليل غير مقنع ولا يبرر الجريمة على أساس قانونى ^(١) .

٣٩٩ الإكراه والضرورة : — ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من

حيث الحكم ، ولكنها تختلف عن الإكراه فى سبب الفعل ، ففي الإكراه يدفع

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى

والسعيد مصطفى ص ٣٧٦ وما بعدها .

المكروه إلى إتيان الفعل شخص آخر يأمر المكروه بإتيان الفعل ويحبره على إتيانه أما في حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل في ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم ؛ لينجى نفسه أو غيره من الهلكة ، كمن يركب مع آخرين قارباً مملوءاً بالأمثلة يكاد يغرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضى تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمثلة التي تنقله في الماء ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد ، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك ، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفىء عطشه كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم ، ومثل ذلك يقال عمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل ناراً في حطب آخر ليستدفئ أو أشعلها له غيره . ففي كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره في حالة أو في ظروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو لإنجاء غيره من الهلكة .

٤٠٠ - شروط هامة الضرورة : - يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة

شروط :

١ - أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .

٢ - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه .

٣ - أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم ، فالجائع الذي يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاماً .

٤ - أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه .

٤٠١ - **حكم ماله الضرورة :-** يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة ، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة ، وجرائم تبيحها الضرورة وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة .

٤٠٢ - **الجرائم التي لا تؤثر عليها الضرورة :-** ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس للمضطر بأي حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجى نفسه من الهلكة ، فإذا كان جماعة في قارب مشرف على الفرق لتقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقي غيره في الماء ليخفف حمولة القارب لينجى نفسه وغيره من الهلكة ، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب .

ومن المتفق عليه أن الشخص الذي يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم ، أما المهدر فقتله مباح بل هو واجب في أكثر الأحوال .

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان في حالة الضرورة ولو كان مهدراً ، فمن جاع حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدراً فليس له أن يأكل من لحمه ما يرد جوعه سواء كان المهدر حياً أو ميتاً ، وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أبي حنيفة^(١) .

ويجيز الشافعي وأحمد أكل لحم المهدر في حالة الضرورة سواء كان المهدر حياً أو ميتاً ، ويوافقهما في هذا بعض الحنفية بل يبيح الشافعي وبعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم في حالة الضرورة ؛ لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت ، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت^(٢) .

ويبيح الشافعي للمضطر أن يقطع من جسمه فلذة لياكلها في حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع^(٣) ، ويخالفه في هذا بقية الفقهاء .

وليس للمضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته ؛ لأنه أحق به حيث

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦

(٢) المغني ج ١١ ص ٧٩ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .

(٣) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .

يساويه في الضرورة وينفرد بالملك ، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته ويعتبر قاتلا له بغير حق^(١) .

وللمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن في حاجة إليه ، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه ، فإن قتل المضطر قاتله مسئول جنائيا عن قتله ولا يعتبر في حالة دفاع ، وإن قتل المضطر فهو هدر ؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبهه الصائل . وليس للمضطر أن يقاتل على شيء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشيء في الثمن ؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا ثمن المثل^(٢) ، وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد ، ولا يختلف عن رأى أبي حنيفة إلا في أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح^(٣)

٤٠٣ — الجرائم التي تعجزها الضرورة : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها في حالة الضرورة ، وهذا النوع من الجرائم خاص بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات ، فهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها في حالة الاضطراب باتفاق ، وبشرط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذي يسد الضرورة ، فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأى ، أو بقدر ما يشبعه على رأى آخر ، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعاً في صحراء^(٤) .

(١) المغني ج ١١ ص ٨٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) المغني ج ١١ ص ٨٠ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٣٠ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ —

المغني ج ١١ ص ٧٣ .

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة ، بشرط أن لا يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة^(١)

وقد اختلفوا في إتيان الفعل المحرم الذي يباح للضرورة ، فقال البعض ورأيهم الراجح : إن إتيان الفعل واجب على المضطر وليس حفا له ، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [البقرة : ١٩٥] ولقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيم ﴾ [النساء : ٢٩] فوجب على الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيي نفسه ، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها ، فإتيان الفعل حق لا واجب^(٢) .

٤٠٤ — الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها : - وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما ، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب ، وإلقاء أمتعة الركاب في البحر إذا أشرف المركب على الفرق .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن لا يأتي المضطر الفعل إلا بالقدر الذي يدفع الضرورة ، فليس للجائع أن يأكل من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ، وليس له أن يأخذ معه شيئا ، وليس لراكب القارب المشرف على الفرق أن يلقي من أمتعة الركاب إلا بالقدر الذي يمنع غرق القارب .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة ، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء ، فمن يسرق أمتعة من آخر لبيعها ويشتري بثمنها

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ - المغني ج ١١

ص ٧٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٨ .

طعاما لا يستطيع أن يدعى أنه كان في حالة ضرورة ؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة ، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان في حالة ضرورة ؛ لأن السرقة تؤدي مباشرة لدفع الضرورة .

٤٠٥ - حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة : - حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة هو حكمها في حالة الإكراه فالمضطر مستول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا .

٤٠٦ - الأساس الشرعى لحالة الضرورة : - الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه ، ففي حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء ، وفي حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحريم ، وفي حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقيق الإلجاء وانعدام الاختيار ، وقد فصلنا القول فى ذلك كله أثناء الكلام على الإكراه .

الفرع الثانى

فى السكر

٤٠٧ - الشرب والسكر : تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر ، وتعتبر جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة .

وإجماع الفقهاء فيما عدا أبو حنيفة وأصحابه على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمي خمر أو كان له اسم آخر ، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عليه ولو لم يسكر ، ولكن أبا حنيفة يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات ، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر ، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا .

والخمر في رأى أبى حنيفة هي عصير العنب النىء^(١) إذا غلا واشتد وقذف زبده^(٢) ، أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه ، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ . أما عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيعا كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر^(٣) لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه .

والخدرات على اختلاف أنواعها كالخشيش والداتورة وما أشبه لها حكم المسكر ، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد ؛ لأنه ورد في الخمر والسكر ، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس ، والمتفق عليه أن عقوبة تناول الخدرات هي التعزير .

تعريف السكر :- ويعرف السكر بأنه : غيبة العمل من تناول خمر أو ما يشبه الخمر^(٤) . ويعتبر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا ، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهو رأى أبى حنيفة^(٥) ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان ، وحجتهم قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٣٤] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة^(٦) .

٤٠٨ - السكر والمسئولية الجنائية - رأى الراجح فى كل من المذاهب

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ .

(٢) عصير العنب النىء خر عند محمد أبى يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٣) المفنى ج ١٠ ص ٣٢٧ .

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبى حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع الخدرات .

(٥) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨ .

(٦) المفنى ج ١٠ ص ٢٣٥ .

الأربعة^(١) أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرهاً ، أو تناول المسكر مختاراً وهو لا يعلم أنه مسكر ، أو شرب دواء للتداوى فأسكره ؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه .

ويلحق بالإكراه حالة الاضطراب ، فمن شرب الخمر مثلاً وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها ؛ لأنه مكره على تناولها . أما من يتناول المسكر مختاراً بغير عذر ، أو يتناول دواء لغير حاجة فيسكر منه ، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها أثناء سكره سواء ارتكبها عامداً أو مخطئاً ، ويعاقب بعقوبتها ؛ لأنه أزال عقله بنفسه ، وبسبب هو في ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له ، فضلاً عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضي إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر وفعل ما أحب فلا يلزمه شيء . وفي كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح^(٢) بل مهجور وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختاراً أو مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ؛ لأن عقله كان زائلاً وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركاً ، والإدراك أساس المسؤولية الجنائية فإذا فقد انعدمت المسؤولية ، ومصدر هذا الرأي عثمان رضى الله عنه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقد أخذ به قلة من الفقهاء فى كل مذهب ولكنه كما قلنا رأى مهجور .

٤٠٩ - السكر والمسؤولية المدنية : يسأل السكران مدنياً عن فعله ولو أعفى

من العقاب لسكره ، فالمسؤولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال ، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقاً للقاعدة العامة فى الشريعة ، والأعذار

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٥٨ و ج ١٠ ص ٣٢٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٧ تبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٢٧ - تحفة المحتاج - ج ٤ ص ١١٨ - المهذب ج ٢ ص ٨٢ ، ١٨٥ ، ٢٠٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ .
(٢) المراجع السابقة .

الشرعية لا تبیح عصمة الحل ، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من مسئوليته مدنياً عن تعويض الأضرار التي سببها للغير ؛ لأن عدم الإدراك إذا صاحبه سبباً لرفع العقاب فإنه لا يصلح سبباً لإهدار الدماء والأموال.

٤١٠ - الشريعة والقوانين : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء في الشريعة ، وينقسمون أيضاً قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأي المرجوح في الشريعة من أن السكران لا يعاقب في أى حال على ما يرتكبه من الجرائم ، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأي الراجح في الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره ، فإن تناول المسكر مختاراً فإنه يعاقب على أية جريمة يرتكبها أثناء سكره .

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع رأى الراجح في الشريعة الإسلامية ، فهو لا يعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها .

الفرع الثالث

الجنون

٤١١ - تعريف : تعتبر الشريعة الإنسان مكلفاً أى مسئولاً مسئولية جنائية إذا كان مدركا مختاراً ، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان ، ومعنى الإدراك في المكلف أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك .

والمرء قد يولد فاقداً لقواه العقلية وقد يولد متمتعاً بهذه القوى ، وقد تنمو قواه العقلية مسائرة نمو جسمه ، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو

عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوار نموه وتظل القوى العقلية باقية في أطوارها الأولى وقد يبلغ الإنسان رشيداً متمتعاً بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها ، ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان . وفقدان القوى العقلية قد يكون تاماً ومستمرّاً ويسمونه جنوناً مطبقاً . وقد يكون تاماً وغير مستمر ويسمونه جنوناً متقطعاً . وقد يكون جزئياً فيفقد الإنسان قدرة الإدراك في موضوع بعينه ، ولكنه يظل متمتعاً بالإدراك فيما عداه ، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئي . وقد لا تفقد القوى العقلية تماماً ، ولكنها تضعف ضعفاً غير عادي ، فلا ينعدم الإدراك كلية ، ولا يصل في قوته إلى درجة الإدراك العادي للأشخاص الراشدين ، وهذا ما يسمونه بالعتة أو البله . وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقلية اصطلاح على تسميتها بأسماء معينة ، ولكنها جميعاً تقوم على أساس واحد هو انعدام الإدراك في الإنسان ، وحكم هذه الحالات جميعاً واحد على تعدد مظاهرها واختلاف مسمياتها ، وهو أن المسؤولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك فإذا لم ينعدم فالمسؤولية قائمة .

٤١٢ - تعريف الجنون : ونستطيع بعد ما سبق أن نعرف الجنون : بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه ، وهو تعريف يشمل الجنون والعتة وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التي تؤدي لانعدام الإدراك ، وسنبين فيما يلي حالات الجنون وما يلحق بها .

٤١٣ - الجنون المطبق : الجنون المطبق هو الذي لا يعقل صاحبه شيئاً أو هو الجنون الكلي المستمر ، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان أو أن يكون مصاحباً له من يوم ولادته ، ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات الجنون ، وإما لكونه جنوناً كلياً لا يفقه صاحبه شيئاً ، ويعبر بعض الفقهاء عن الجنون جنوناً مطبقاً بالجنون المغلوب ، ولكن البعض يرى أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان جنونه كلياً بحيث

لا يعقل شيئاً ما ، أو كان جنونه جزئياً بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر .

٤١٤ - الجنون المتقطع : هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً ، ولكنه جنون غير مستمر ، فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه أخرى ، فإذا أصابه فقد عقله تماماً ، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله ، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار . فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده فلا يكون مسئولاً جنائياً ، فإذا انقشع عنه عاد له الإدراك وصار مسئولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته ، بعكس الجنون جنونا مطبقاً ، فإنه لا يسأل جنائياً ؛ لأن جنونه تام ومستمر .

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية ، بمعنى أنه لا يدرك إدراكاً تاماً فى حالة أو فى حالات معينة ، ولكنه يدرك إدراكاً تاماً فيما عدا ذلك ، فحكمه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى .
وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه فى هذه الحالة حكم المعتوه .

٤١٥ - الجنون الجزئى : إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفكير الجنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحي فقط مع بقاءه متمتعاً بالإدراك فى غيرها من النواحي ، فهذا هو الجنون الجزئى .
والجنون جزئياً مسئول جنائياً فيما يدركه ، وغير مسئول فى النواحي التى ينعدم فيها إدراكه .

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعاً ينتاب المريض حيناً ويرتفع عنه حيناً آخر ، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسئولاً جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته . وقد يكون الجنون الجزئى مستمراً ، ويسمى البعض الجنون فى

هذه الحالة بالجنون المغلوب ؛ لأنهم يرون أن الجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان كلياً أو جزئياً ، والتسمية على كل حال لا أهمية لها ؛ لأن العبرة في انعدام المسؤولية بفقد الإدراك لا بالتسمية ، فالجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه .

٤١٦ - 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 يؤدي إلى زوال العقل أو اختلاله . أما العته فيؤدي إلى إضعافه ضعفاً متفاوتاً درجاته ، ولكن إدراك المعتوه أياً كان لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين .

وأكثر الفقهاء يسمون بأن العته نوع من الجنون وبأن درجات الإدراك متفاوتة 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 يصحبه اضطراب وهيجان ، والثاني يلازمه الهدوء ولكن حقيقتهما واحدة .

وسواء صح هذا الرأي أو ذاك فهي مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسمى ؛ لأن فاقد الإدراك معنى من العقاب سواء سمي معتوهاً أو مجنوناً أو كان له اسم آخر .

٤١٧ - الصرع والهستيريا وما أشبه : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها . وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة ، ولعل السر في ذلك أن العلوم النفسية والطبية

لم تكن وصلت إلى ما هي عليه اليوم من التقدم ، لكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة .
والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار ، وقد يرتكب وهو في هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته .

والمصاب بالهستيريا تنتابه حركات تشنجية فإذا عاودته راح يهذى دون وعى ، والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها ويدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبرر لها .

وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا في درجة إدراك المعتوه ، ويأخذ هؤلاء المرضى حكم المكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك ولكنهم فاقدى الاختيار فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم .

٤١٨ - تسلط الأفكار الخبيثة : ويلحق بالجنون ما يسمونه في عصرنا الحاضر تسلط الأفكار الخبيثة وهي حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة ، ومظهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فكرة معينة ، والشعور القوى الذى لا يدفع بالرغبة فى إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسلطة ، كمن يعتقد أنه مضطهد ، أو أن أناسا يريدون قتله أو تسميمه ، فيشعر بالرغبة الجارحة فى قتل من يتوهم أنه يريد قتله أو الانتقام منه ، وقد يأتى المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فكرة متسلطة عليه .

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالجائنين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدوا الإدراك أو كان إدراكهم من الضعف بحيث يساوى إدراك المعتوه فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا .

٤١٩ - ازدواج الشخصية : هي حالة مرضية نادرة تصيب الانسان

فيظهر في بعض الأحيان بغير مظهره العادى ، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملاحظته ويأتى أعمالا ما كان يأتىها وهو فى حالته العادية ، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئاً مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية .

وحكم هذه الحالة أنه يعتبر مجنوناً إذا لم يدرك ما يفعل ؛ لأنه كان فاقداً عقله وقت ارتكاب الفعل .

٤٢٠ - ضعف التمييز : هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل ، وهم على ضعف إدراكهم سريعوا الاندفاع ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم ، وهذا الإدراك الناقص نوعاً لا يعنى من العقاب طبقاً لقواعد الشريعة العامة ، وهو كذلك لا يعنى من العقاب فى القوانين الوضعية . ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة باعتبار الفاعل معذوراً ، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة ؛ لأن العقوبة الشديدة هى التى تردع أمثال هؤلاء وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم . ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا فى جرائم التعازير ، أما جرائم الحدود والقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها .

٤٢١ - الصمم البكم : الصمم البكم مسئولون جنائياً عن جرائمهم كلما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها ، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن اعتبارهم مجانين أو معتوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصمم البكم والاكتفاء بتعزيرهم ولو أقرروا بالجريمة ؛ لأن الصمم والبكم شبهة ؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذى فهم منها ؛ ولأن الأصم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود . ويخالف مالك والشافعى وأحمد رأى

أبى حنيفة ، وبأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن في الإشارة شبهة ولا يرون درء الخلد عنه للصمم والبكم .

٤٢٢ - 'المركز' النومية : يأتي بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ، ويفلب أن تكون الحركات التي يأتي بها النائم ترديدا للحركات التي اعتاد أن يأتيها في اليقظة ، ولكن يحدث أن يأتي بحركات مخالفة لاعلاقة لها بالحركات التي يأتيها وهو متيقظ .

ويعلمون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعا لا تتأثر بنومه بل يهجم بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة ، ويحدث عند من تتنبأهم هذه الحالة أن تنبئهم فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدي وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك ، فيتحرك أو يكتب أو يأتي أعمالا أخرى ، ثم تزول حالة التنبيه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة مما حدث منه أثناء النوم .

والقاعدة العامة في الشريعة أن لاعتقاب على النائم ، لقول النبي عليه الصلاة والسلام : «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق » وإذا كان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحداً إلا أن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون ، ولعل الحكمة في هذا هي أن النائم 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 .

وشراح القانون الوضعي يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار معا ، وأن ميوله هي التي تحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بقله .

ويلوح لي أن إلحاق هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحاقها بالجنون

حتى لو صح أن النائم يفقد إدراكه أيضا ؛ لأن المكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقله ولا بإرادته وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره ، وقد تحركه قوة مادية خارجية فلا يغنى عنه عقله ولا إرادته شيئا ، والنائم المتيقظ أشبه شيء بالمكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار ولكنهما لا يغنياه شيئا وقت الحركة النومية .

وليس ثمة فرق عملي بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذه المسألة بالرغم مما ذكرنا ؛ لأن الإكراه في الشريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون ، وحكم الإكراه والجنون في القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضاً العقوبة ، فسواء اعتبرنا النائم مكرها أو مجنونا فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم أثناء نومه .

٤٢٣ — التنويم المغناطيسى : هو حالة من حالات النوم الصناعى 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 آلى فلا يشعر بما فعل تلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل أثناء النوم ، ولا يستطيع مقاومة إحاء الأمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة . ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها المنوم على النائم وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيحاء الإجرامى .

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعى ، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم التى يرفع فيها الإكراه العقاب ، والواقع أنه يصعب إلحاق التنويم المغناطيسى بالجنون ؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لا يسلبه الإدراك وإنما يسلبه فقط الاختيار .

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة فى اعتبار التنويم المغناطيسى

إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون .

هذا هو حكم التنويم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغماً أو قبل أن ينام وهو لا يفكر فى ارتكاب الجريمة ، أما إذا كان النائم يعلم أن المنوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام فإن النائم فى هذه الحالة يعتبر متعمداً ارتكاب الجريمة ، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التى تساعد على ارتكابها ، فهو مسئول عن فعله طبقاً لقواعد المسؤولية العامة ، وفى هذا تتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق .

٤٢٤ - **هياج العواطف** : إذا كان الإنسان متمتعاً بالادراك والاختيار ثم ارتكب جريمة فهو مسئول عنها جنائياً ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قوية ، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة ، فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول عن قتله ، ومن دفعه الحب الشديد لقتل إنسان ليخلصه من آلامه الشديدة فهو مسئول أيضاً عن قتله ، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثر لها على المسؤولية الجنائية ، وإنما قد يكون لها فى الشريعة أثر فى العقوبة إذا كانت العقوبة تعزيراً ، أما إذا كانت حداً فلا أثر للعاطفة على المسؤولية ولا على العقوبة .

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا تعتبره الشريعة مبرراً لارتكاب الجريمة ولا مانعاً من المسؤولية الجنائية ، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيراً ، فإن كانت العقوبة حداً فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليها .
ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسؤولية الجنائية إذا كان الإنسان فى حالة دفاع شرعى أو فى حالة إكراه .

ويرى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزانى غير الحصن من العقوبة إذا قتل فى حالة التابى على أساس أنه كان فى حالة استفزاز وتهيج ، ولكن رأى الراجح

أن علة القتل هي تغيير المنكر وأن من يغير المنكر يؤدي واجباً عليه فالفعل مباح له ^(١).

هذا هو أثر العواطف القوية على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ، والقاعدة العامة في القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسؤولية الجنائية ، ولكنها قد تصلح عذراً لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضي ذلك . على أن بعض القوانين تجعل من حالة الاستفزاز عذراً قانونياً كالقانون الفرنسي فإنه يجعل الاستفزاز عذراً قانونياً في جرائم القتل والضرب وكالقانون المصري يجعل التلبس بالزنا عذر للزوج الذي يقتل زوجته ومن يزن بها .

٤٢٥ - حكم الجنون : يختلف حكم الجنون بحسب ما إذا كان معاصراً للجريمة أو لاحقاً لها .

٤٢٦ - 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 فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة في العقل ^(٢).

مسئولية الجنون المدنية : وإعفاء الجنون ومن في حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن فعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، ولأن

(١) تبصرة المحكام ج ٢ ص ١٦٩ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ - المغني ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٢) المادة ٦٢ من قانون العقوبات .

الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة الحل ، فإذا كان الجاني له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير في تعويض الأضرار التي سببها له الجاني بفعله ؛ لأن الفعل يظل محرماً على الفاعل ، وإذا كان الجنون لا يجعل الجاني أهلاً للعقوبة فإنه لا ينفي عن الجاني أهليته لملك الأموال والتصرف فيها وما دامت هذه الأهلية متوفرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسؤولية المدنية وهي مسئولية مالية .

مدى مسئولية الجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن الجنون ضامن لأفعاله أى مسئول عنها مدنياً ، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمته من ضرر تعويضاً كاملاً ما دام الضرر ناشئاً عن عمله . ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا في مدى مسئولية الجنون المدنية في جرائم القتل والجرح . وأساس اختلافهم في هذه المسألة هو اختلافهم في تكييف جرائم الجنون ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد الجنون خطأ ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً ، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما خطأ^(١) . أما الشافعي فيرى أن عمد الجنون عمد لا خطأ ، وأن الجنون يعفيه من العقوبة فقط ولا يؤثر على تكييف الفعل ؛ لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً^(٢) .

وللاختلاف على تكييف فعل الجنون أثره على التعويض الذي يلزم به الجنون ؛ لأن الدية في جرائم العمد مغلظة ويحملها العائد في ماله الخاص ، ولكن الدية في جرائم الخطأ مخففة وتحملها العاقلة مع الجاني أو عنه . ولما كان التعويض في جرائم القتل والجرح مقدراً بالدية فإنه يأخذ حكمها ، ولذلك جعل الشافعي التعويض في مال الجنون لما اعتبره عامداً ؛ لأن المتعمد يحمل الدية في ماله ،

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ - المغني ج ٩ ص ٣٧٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٣٤ .

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته ؛ لأنهم اعتبروه مخطئاً لا عامداً ولو جعلوا التعويض كله في ماله مع اعتباره مخطئاً لكان مركز المجنون في جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطئ ؛ لأن العاقل المخطئ لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة .

٤٢٧ - مقارنة بين الشريعة والقانون : - يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسى عن الشريعة في هذه المسألة ، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولاً مدنياً عن جرائمه ولكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل في ملاحظته ، ويعلمون عدم مسئولية المجنون مدنياً بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضى وجود خطأ ولا خطأ إذا لم تكن هناك إرادة . وليس للمستول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله ، ولو أن القاعدة العامة أن المستول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير^(١) ، ويعلمون هذا الحكم بأن الخطأ خطأ المستول عن ملاحظة المجنون ؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شيء من التمسف

ونصوص القانون المصرى والفرنسى في المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية الخطأ *La faute* ، ولكن هناك نظرية أخرى حديثة هي نظرية الخطر *La théorie du risque* تحاول أن ترحزح النظرية التقليدية عن مكانها ، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنياً عن تعويض الأضرار التي أحدثها من ماله الخاص ، وقد طبق القانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر ، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض ما أحدثه من ضرر في حدود مقدرة على دفع التعويض ، والقانون السويسرى يبيح للقاضى أن يحكم على غير المستول

جنائياً بتعويض الضرر الذي أحدثه تعويضاً كلياً أو جزئياً، بل إن القانونين الألماني والسويسري يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائياً ومدنياً إذا كان الفعل الذي أتاها من الأفعال التي يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكون جنونه ناشئاً عن عادات سيئة كتعاطي المسكرات أو ناشئاً عن فساد الأخلاق. وذلك لأنه يوجد في هذه الحالة خطأ أصلي يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفى لتبرير مسئوليته^(١). وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر وهي أحدث النظريات تتجه اتجاه الشريعة في مسئولية المجنون مدنياً بل هي نفس نظرية الشريعة، وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا في القرن العشرين فقد عرقتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً وأكثر.

٤٢٨ - حكم الجنون الموصى للجريمة : الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده :-

المجنون قبل الحكم : إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولا يوقفها عند الشافعية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة ، وليس في رأيهم هذا ما يسمى إلى مركز المجنون ؛ لأن محاكمة الجرمين في الشريعة محوطة بضمانات قوية ، ولعل أصحاب هذا الرأي كانوا متأثرين في رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أى شيء آخر، فالجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة ؛ لأن أثر الجنون ينحصر في إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه ، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعهما ، فالأبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع مجرمهم من محاكمتهم ، فليس إذنه

حا يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء وإيقاف محاكمته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه ؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها .

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون فمل الحكم يمنع المحاكمة ويوقفها حتى يزول الجنون ، وأساس هذا الرأي أن شرط العقوبة التكليف ، وأن هذا الشرط يجب توفره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجانى مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته .

ويتفق القانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية فى إيقاف محاكمة المجنون ، ولكن القانونين يعلان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفسه ، وهذه العلة ظاهرة فى نص المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها « إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفى لدفاعه عن نفسه وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم » .

وعلة إيقاف المحاكمة فى الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عن الدفاع وإنما هى عدم استيفاء شرط العقاب ، ولعل هذا التعليل أدق منطقاً من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع ؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان محاكمة الأخرس ولا الأصم ولا الأبكم ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماماً كالمجنون ، فضلاً عن أن حالاتهم أكثر طروءاً فى العمل من حالة المجنون .

المجنون الطارئ بعد الحكم : إذا جن الجانى بعد الحكم عليه فبرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذاً ، الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار ؛ لأن للمحكوم عليه فى جرائم الحدود أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة

وبعد البدء في التنفيذ . فإذا رجع في إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا ، ولما كان الجنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع في إقراره وكان من حقه أن يرجع في إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق الجنون . أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار فلا يوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم . وأساس هذا الرأي أن العقوبة عن جريمة ارتكبتها مجرم مسئول وقت ارتكابها ، وأن العبرة في الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هي بحال المسكف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده^(١)

ويمكن تعليل هذا الرأي أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، فإذا تعطل جانب التأديب بجنون المحكوم عليه لأنه لا يشعر بالتأديب فلا ينبغي تعطيل جانب الزجر ؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة في تنفيذ العقوبة لزجر الغير .

وفي مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق الجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة الجنون وتحل محلها الدية ، ولكن البعض الآخر يرى في حالة اليأس من إفاقة الجنون أن يسلم الجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية^(٢) .

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على الجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم الجنون للتنفيذ عليه ؛ لأن هذا يعتبر بدءا في التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف للجنون . وإذا كانت العقوبة قصاصا فجن الجاني بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا^(٣) .

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولهما: أن شرط العقوبة

(١) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٩ - المغنى ج ٩ ص ٣٧٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٢ .

(٣) حاشية ابن عايد ج ٥ ص ٤٧٠ .

تكليف المعاقب أى صلاحيته لأن يكون مسئولاً مسئولية جنائية ، والعقوبة لا تكون إلا بالقضاء أى بالحكم بها فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التكليف وقت المحاكمة والحكم . ثانيهما - أن الاستيفاء من تمام القضاء ، أى إن تنفيذ المحكوم به يعتبر متما للتقاضى ، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفاً فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة ، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيعتبر أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم .

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا ، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن 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 البدنى . ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة ، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد

الفرع الرابع

صغر السن

٤٢٩ - تمهيد : تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة في العالم ميزت بين الصغار والكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزاً كاملاً ، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت ولكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرناً عليها تعتبر أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر .

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادئ التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية ، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم

العلوم الطبية والنفسية ، ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطرأ عظيمًا 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 بحق أرق القوانين الوضعية كافة ، ولكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود ، فقد كان يميز بين الطفل في سن السابعة وما بعدها ويجعل الصغير مسئولًا جنائيًا إذا زاد سنه عن سبع سنوات ، ولا يجعله مسئولًا إذا قل سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير ففي هذه الحالة يكون مسئولًا جنائيًا عن عمله ، وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية .

٤٣٠ - **المصغر والمسئولية الجنائية** . تقوم المسئولية الجنائية في الشريعة الإسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسيين . هما الإدراك والاختيار، ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التي يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذي يستكمل فيه ملكتي الإدراك والاختيار . والإنسان حين يولد يكون عاجزاً بطبيعته عن الإدراك والاختيار، ثم تبدأ ملكتنا الإدراك والاختيار في التكوين شيئاً فشيئاً حتى يأتي على الإنسان وقت يستطيع فيه الإدراك إلى حد ما ولكن إدراكه يكون ضعيفاً وتظل ملكاته تنمو حتى يتكامل نموه العقلي . وعلى أساس هذا التدرج في تكوين الإدراك وضعت قواعد المسئولية الجنائية، ففي الوقت الذي ينعدم فيه الإدراك تنعدم المسئولية الجنائية ، وفي الوقت الذي يكون فيه الإدراك ضعيفاً تكون المسئولية تأديبية لا جنائية ، وفي الوقت الذي يتكامل فيه الإدراك يكون الإنسان مسئولاً جنائياً .

ويتبين مما سبق أن المراحل التي يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك ويسمى الإنسان فيها

بالصبي غير المميز . الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف و يسمى الإنسان فيها بالصبي المميز . الثالثة : مرحلة الإدراك التام و يسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد

٤٣١ - المرحلة الأولى : انعدام الادراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي

وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقاً ، وفي هذه المرحلة يعتبر الادراك منعدماً في الصبي و يسمى بالصبي غير المميز ، والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعاً لاختلاف الأشخاص واختلاف يثائهم واستعدادهم الصحى والعقلى ، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الادراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحداً للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة في الصغار ، وقد كان هذا التحديد ضرورياً لمنع اضطراب الأحكام ، ولأن جعل التمييز مشروطاً بسن معينة يمكن القاضي أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا ؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه .

و يعتبر الصبي غير مميز مادام لم يبلغ سنه سبع سنوات ولو كان أكثر تمييزاً من بلغ هذه السن ؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد ، وحكم الغالب أن التمييز يعتبر منعدماً قبل بلوغ سن السابعة ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً . فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه ولا يعزر .

ولكن إعفاء من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها ، فهو مسئول 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 تنافى هذه العصمة أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة .

٤٣٢ - المرحلة الثانية: الإدراك الضعيف : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي

السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاماً فإذا بلغ الصبي هذه السن اعتبر بالغاً حكماً ولو كان لم يبلغ فعلاً .

ويحدد أبو حنيفة شخصياً سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، وفي قول بتسعة عشر عاماً للرجل وسبعة عشر عاماً للمرأة ، والرأى المشهور فى مذهب مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، بل إن بعضهم يرى أن يكون تسعة عشر عاماً .

وفى هذه المرحلة لا يسأل الصبي المميز عن جرائمه مسئولية جنائية ، فلا يحسد إذا سرق أو زنا مثلاً ، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح ، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتى من الجرائم ، والتأديب وإن كان فى ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية ، ويترتب على اعتبار العقوبة تأديبياً أن لا يعتبر الصبي عائداً مهما تكررت تأديبه ، وأن لا يقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعتبر تأديبياً كالتوبيخ والضرب .

ويسأل الصبي المميز مدنياً عن أفعاله ولو أنه لا يعاقب عليها بعقوبة جنائية للأسباب التى ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبي غير المميز

٤٣٣ - المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبي سن

الرشد ، أى بلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأى عامة الفقهاء ، أو ببلوغه العام الثامن عشر على رأى أبى حنيفة ومشهور مذهب مالك .

وفى هذه المرحلة يكون الانسان مسئولاً جنائياً عن جرائمه أيا كان نوعها ، فيحد إذا أزنا أو سرق ، ويقتص منه إذا قتل أو جرح ، ويعزر بكل أنواع التعازير .

٤٣٤ - علة اختلاف الفقهاء فى تحديد سن البلوغ : الأصل عند الفقهاء

جميعاً فى تحديد سن البلوغ قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة :

الصبي حتى يحتمل ، والنائم حتى يستيقظ ، والمجنون حتى يفيق » ومعنى رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل هو جعل الاحتمال غاية لارتفاع الخطاب ، والأصل أن الخطاب بالبلوغ ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتمال ؛ لأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ، وذلك بكمال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السليمة ، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتمال .

وإذا كان البلوغ بالاحتمال فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتمال والإحبال والانزال ، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتمال والحبل ، ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر فقد رؤى أى يحدد البلوغ بالسن ، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاماً للغلام والجارية جميعاً ، وحجبتهم أن المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الأصل في المسؤولية وبه قوام الأحكام ، وإنما جعل الاحتمال حداً للبلوغ شرعاً لكون الاحتمال دليلاً على كمال العقل ، والاحتمال لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة ، فإذا لم يحتمل إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة في خلقته ، والآفة في الخلقة لا توجب آفة في العقل ، فكان العقل دائماً بلا آفة ووجب اعتبار الشخص بالناتية لتزيمه الأحكام .

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاماً أو بتسعة عشر عاماً فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتمال فوجب بناء الحكم عليه ، ولا يرتفع الحكم عنه مالم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده ، وإنما يقع اليأس بهذه المدة ؛ لأن الاحتمال إلى هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتمال عنه مع الاحتمال ، أى أنه مادام الاحتمال مرجواً وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتمال عنه مع رجاء وجوده ، بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس عن وجوده^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

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 يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثماني عشرة أو التسع عشرة فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التي يتأخر إليها ظهور علامات البلوغ ، ويرى أبو حنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه فحكم الحيض مثلاً لازم في حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض ، والتفريق بين العنين وزوجته لا يجوز مادام 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 الاسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم .

٤٣٥ - عقوبة الصبي غير المميز : عقوبة الصبي غير المميز هي كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية ؛ لأن الصبي ليس من أهل العقوبة . ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الصبيان وترك لولى الأمر أن يحددها على الوجه الذي يترأى له ، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية .

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولى الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبي في كل زمان ومكان ، فيجوز لولى الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ ، أو التسليم لولى الأمر أو غيره ، أو بوضع الصبي في إصلاحية أو في مدرسة ، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة ، إلى غير ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى تأديب الصبي وتهذيبه ، وإبعاده عن الوسط الذي يعيش فيه .

واعتبار العقوبة تأديبية لا جنائية يؤدي إلى عدم اعتبار الصبي بعد بلوغه عائداً بما عوقب به من قبل البلوغ ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوي ويمهد لنسيان الماضي .

٤٣٦ - الفهائين الوضعية والهيبار : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما

أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم ، والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن ، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة عن بعضها تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا ، فى الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا ، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى إنجلترا وفى الهند . وفى إيطاليا يعتبر الحدث غير مسئول إذا قل سنه عن تسع سنوات . وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى اعتبار الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة . وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور ولاكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم ، وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث وإما العقوبات العادية مخففة . والنهية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنى عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة فى إنجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا . وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقعه إزاء القانون ومن ثم يكون مسئولاً عن أعماله مسئولية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادية ، إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المقرطة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة ، وهذا الامتياز مقرر لمن لم يبلغ سنهم سبع عشرة سنة ، أما من بلغ هذا السن فيعاقب بكل العقوبات العادية ^(١) .

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٧٢ وما بعدها وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها .

ويقسم القانون المصرى الدور الثانى قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنى عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية . وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه وهى التوبيخ والارسال إلى الاصلاحية أو التسليم لولى الأمر أو غيره ، ومن بلغ سنه اثنى عشرة سنة وقل عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيرا بين أن يتخذ فى شأنه وسيلة من وسائل الاصلاح والتأديب التى سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية .

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولاً مدنياً عن أفعاله كلما كان مسئولاً جنائياً ولو عوقب بغير العقوبات العادية ، وكذلك هو مسئول مدنياً عن أفعاله ولو لم يكن مسئولاً جنائياً إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سناً معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطأه^(١) .

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الإسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرناً هى نفس القواعد التى تقوم عليها مسئولية الأحداث فى القوانين الوضعية الحديثة ، كما يتبين أن فى قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين ، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الاصلاح والتهديب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة .

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٣٠ .

الكتاب الثاني

في

العقوبة

٤٣٧ - منهج البحث : يقتضى البحث فى العقوبة أن تتكلم على

١ - العقوبة بصفة عامة والمبادئ التى تقوم عليها .

٢ - أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ - تعدد العقوبات .

٤ - استيفاء العقوبات .

٥ - سقوط العقوبات

وسنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع بابا خاصا .

الباب الأول

العقوبة — مبادئ عامة

٤٣٨ - العقوبة والغرض منه : العقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة

على عصيان أمر الشارع . والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر ، وحمايتهم من المفسد ، واستنقاذهم من الجهالة ، وإرشادهم من الضلالة ، وكفهم عن المعاصي ، وبعثهم على الطاعة ، ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيّطّر عليهم أو ليكون عليهم جبارا ، إنما أرسله رحمة للعالمين وذلك قوله تعالى : ﴿ لست عليهم بمسيطر ﴾ [الفاشية : ٢٢] وقوله : ﴿ وما أنت عليهم بجبار ﴾ [ق : ٤٥] وقوله ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ [الأنبياء : ١٠٧] فالله أنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم ، وقد فرض العقاب على مخالفة أمره لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصالحهم ، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدي لفسادهم ، فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها ، والله الذي شرع لنا هذه الأحكام وأمرنا بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا ^(١)

٤٣٩ - الأصول التي تقوم عليها العقوبة : ولما كان الغرض من العقوبة

هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها فقد وجب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدي العقوبة وظيفتها كما ينبغي ، والأصول المحققة للغرض من العقوبة هي :

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

١ — أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكافة عن الجريمة قبل وقوعها ، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنائنه وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه ، وفي هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات : «إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه » (١) .

٢ — إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصحتها ، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢) .

٣ — إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة هى قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت مالم يتب أو ينصلح حاله (٣) .

٤ — إن كل عقوبة تؤدى لصالح الأفراد وحماية الجماعة هى عقوبة مشروعة فلا ينبغى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها (٤) .

٥ — إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه ، وإنما استصلاحه ، والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء فى أنها « تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب » (٥) . والعقوبات « إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهى صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، ولهذا

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٥ — بصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها — الإقناع ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠ وج ٣ ص ٥٩ ،

٢٦٠ — اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض » ^(١) . ويلاحظ في التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص ، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبي عليه الصلاة والسلام : « أقيلوا ذوى الهيئات عثرانهم » ^(٢) . ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس » ^(٣) .

٤٤٠ - نظرية الشريعة في العقاب : يلاحظ أن الأصول التي تقوم عليها العقوبة في الشريعة ترجع إلى أصليين أساسيين أو مبدئين عامين ، فبعضها يعنى بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية المجرم ، وبعضها يعنى بشخصية المجرم ولا يهمل محاربة الجريمة ، والأصول التي تعنى بمحاربة الجريمة الغرض منها حماية الجماعة من الإجرام ، أما الأصول التي تعنى بشخص المجرم فالغرض منها إصلاحه .

ولا جدال في أن بين المبدئين تضارب ظاهر ؛ لأن حماية الجماعة من المجرم تقتضى إهمال شأن المجرم ، كما أن العناية بشأن المجرم تؤدي إلى إهمال حماية الجماعة . وقد قامت نظرية العقوبة في الشريعة على هذين المبدئين المتضاربين ، ولكن الشريعة جمعت بين المبدئين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر ، وتسمح بحماية المجتمع من الإجرام في كل الأحوال وبالعناية بشخص المجرم في أكثر الأحوال ذلك أن الشريعة أخذت بمبدأ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توفره في كل العقوبات المقررة للجرائم ، فكل عقوبة يجب أن تكون بالقدر الذي يكفي لتأديب المجرم على جريمته تأديبا يمنعه من العودة إليها ويكفي لزجر غيره عن

(١) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٢) الأحكام الساطانية ص ٢٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ .

التفكير في مثاها ، فإذا لم يكف التأديب شر المجرم عن الجماعة أو كانت حماية الجماعة تقتضى استئصال المجرم وجب استئصال المجرم أو حبسه حتى الموت . أما مبدأ العناية بشخص المجرم فقد أهملته الشريعة بصفة عامة في الجرائم التى تمس كيان المجتمع ؛ لأن حماية الجماعة اقتضت بطبيعتها هذا الإهمال ، والجرائم التى من هذا النوع قليلة ومحدودة بطبيعة الحال ، وما عدا ذلك من الجرائم ينظر في عقوبته إلى شخصية المجرم ، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجانى وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضى عند الحكم بالعقوبة .

تقسيم الجرائم : ولقد نشأ عن الجمع بين المبدأين على هذه الصورة أن أصبح لكل مبدأ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهى إليه ، ولتقيم الشريعة معالم واضحة للجزء الذى ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين : -

القسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع : يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا شديدا وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف .

١ - النوع الأول : والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود التامة وهى سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب (٤) السرقة . (٥) الحراقة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم السبع عقوبات مقدرة ليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأى المجنى عليه أو إلى شخصية الجانى ، وليس لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد اتجهت الشريعة فى جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن المجرم إهمالا تاما ، فشدت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة ، ولم تجعل للقاضى أو لولى الأمر ساطانا على العقوبة ، وعلة التشديد أن هذه الجرائم من

الخطورة بمكان وأن التساهل فيها يؤدي حتماً إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم ، وهى نتائج ما ابتلى بها جماعة إلا تفرق شملها واختل نظامها وذهب ريحها ، فالتشدد فى هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام ، أو بتعبير آخر قصد به مصلحة الجماعة ، فلا عجب أن تهمل مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة الجماعة ، بل العجب أن لاتضحى مصلحة الفرد فى هذا السبيل .

ب - النوع الثانى : والنوع الثانى من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية وهى جرائم القتل والجرح سواء كانت عمداً أو خطأ أو هى على وجه التحديد : ١ - القتل العمد - ٢ - القتل شبه العمد - ٣ - الخطأ ٤ - الجرح المتعمد - ٥ - الجرح الخطأ .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم عقوبتين هما : القصاص أو الدية فى حالة العمد والدية فى حالة الخطأ ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيهما أو يستبدل بهما غيرهما كما حرمت على ولى 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 حرمت العفو على ولى الأمر فإنها قد أباحتها للمجنى عليه أو وليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه فى العمد سقطت القصاص وحلت محله الدية إذا كان العفو الدية ، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا ، وفى جرائم الخطأ يسقط العفو الدية ، ويترتب على سقوط القصاص فى العمد والدية فى الخطأ جواز معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية ، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

وظاهر مما سبق أن الشريعة تتجه أصلا فى جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم ، وأنها لاتعنى بشخصية الجانى وظروفه

إلا إذا عفا الجنى عليه أو وليه ، وقد منحت الشريعة حق العفو الجنى عليه أو وليه ، لأن الجريمة وإن كانت ماسة بكيان المجتمع إلا أنها تمس الجنى عليه أكثر مما تمس المجتمع ، بل إنها لا تمس المجتمع إلا عن طريق مساسها بالجنى عليه ، فإذا عفا الجنى عليه أو وليه لم يعد ما يدعو لإهمال شأن الجرم والتشدد في حماية الجماعة لأن أثر الجريمة الخطر يزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطيرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . والواقع أن الجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صرح عن الجاني أو رأى في الدية فائدة مادية يهيم الاحتفاظ بها ، فعلة العفو هي إما الصفح أو الفائدة المادية التي تعود على الجنى عليه وأوليائه ، وكلاهما علة مشروعة تحملها الشريعة محل الاعتبار ، لأن الصفح معناه القضاء على الخصومات والأحقاد ، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضفاف حدة الخصومات ، ولا شك في أن حق الجنى عليه أو وليه أن يكون أول من تعود عليه الجريمة بالفائدة إذا أمكن ذلك بعد أن أصيب منها وتحمل من آلامها ما لم يتحملة غيره .

القسم الثاني : الجرائم الأخرى : ويشمل هذا القسم كل الجرائم التي لا تدخل تحت القسم الأول . أو هو يشمل الجرائم التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة فيدخل تحت هذا القسم كل الجرائم المعاقب عليها بعقوبة تعزيرية وهي على ثلاثة أنواع : ١ - جرائم التعازير الأصلية أي كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية - ٢ - جرائم الحدود التي لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة وهي جرائم الحدود غير التامة و جرائم الحدود التي يدرأ فيها الحد - ٣ - جرائم القصاص والدية التي يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة وهي الجرائم التي لا قصاص ولا دية فيها .

والجرائم التي تدخل تحت هذا القسم ليست في خطورة جرائم القسم الأول ولهذا كان لها حكم مختلف ، ففي القسم الأول تقيد 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 اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم ، فإن رأى أن ظروف الجريمة وظروف المجرم لا تقتضى التخفيف عاقب المجرم بما تستحقه جريمته ، وإن رأى ظروف الجاني تقتضى التخفيف عاقبه بالعقوبة الملائمة لشخصه وظرفه وسيرته وأخلاقه ، وإن رأى أن ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجاني تقتضى التخفيف توسط بين الأمرين فلم يغلظ العقوبة ولم يخففها وفى هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التى تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجتمعة ، فإذا لم تكن ظروف الجاني تقتضى التخفيف روعى في تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار ، وإذا كانت ظروف الجاني تقتضى التخفيف روعى في تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجاني . وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجاني تقتضى التخفيف روعى بقدر الإمكان في اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمي الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية المجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار لذاته في هذا القسم ، وعفوه لا يسقط العقوبة ، ولكن العفو ينظر إليه باعتباره ظرفاً قضائياً مخففاً للجاني ، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجاني أو عفا عنه كان للقاضي أن يعتبر التصالح أو العفو ظرفاً مخففاً في صالح الجاني . والعلة في عدم إسقاط العقوبة التعزيرية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة ، فإذا أسقط المجنى عليه حقه فقد بقي حق الجماعة ، بعكس الحال في عقوبات القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرها ، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على اعتبار أن التعزير حق الجماعة ، ولهذا لا يظهر أثر العفو في عقوبات التمايز كما يظهر في القصاص والدية ؛ لأن عقوبة التعزير فيها حق للمجنى عليه وحق للجماعة فإذا أسقط حق

المجنى عليه بقى حق الجماعة ، أما القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه وحده فإذا عفا أسقطهما العفو .

العلة فى اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت فى جرائم القسم الأول واتجهت فى اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإجرام وأهملت شخصية الجانى إهمالاً تاماً إلا إذا عفا المجنى عليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها ، وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول بنوعها تمس كيان المجتمع مساساً شديداً ، وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع وذلك هو ما سنبينه الآن .

فالجاعات مهما اختلفت على المبادئ أو اختلفت عليها العصور تشترك فى أنظمة معينة تعيش عليها الجماعة ويقوم كيانها عليها ، ولو بحثنا كل الأنظمة التى تقوم عليها الجاعات فى كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجاعات تشترك فى أربعة أنظمة هى الدعائم التى يقوم عليها فعلاً كل مجتمع على وجه البسيطة ، وهذه الأنظمة الأربعة هى :
(١) نظام الأسرة . (٢) نظام الملكية الفردية (٣) النظام الاجتماعى للجماعة (٤) نظام الحكم فى الجماعة .

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التناسل وحاجة هذا النسل إلى من يعوله حتى يبلغ أشده كل هذا اقتضى بطبيعته أن يستأثر كل رجل بامرأة معينة ، وأن ينسب إلى نفسه من تلده من الأبناء ، وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة ، وصار هذا النظام أساساً تقوم عليه كل جماعة ؛ لأن الجماعة ليست إلا مجموعة من الأفراد ، ولا يزال نظام الأسرة حتى فى الدول الشيوعية عماد المجتمع وسيظل كذلك إلى ما شاء الله .

وحاجة الإنسان الطبيعية الدائمة إلى المطعم والمشرب والملبس والسكن وأدوات السعى لهذه ولغيرها من المنافع دعت 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 أوجدتهما طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء ، وسيظل كلاهما قائماً ما لم تتغير طبائع البشر وطبائع الأشياء ولن تتغير حتى تبدل الأرض غير الأض والسماوات . وإذا كانت المبادئ الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتنقين لهذه المبادئ لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقاً ؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ما تقتضى الطبيعة وجوده والحفاظه عليه ، فكل إنسان يجب أن يملك طعامه وكسائه ومسكنه وأداة عمله وإلا استحال عليه الحياة .

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحرية وحقه في حماية نفسه وأسرته وملكه ، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله وحاجته إلى التعاون مع غيره كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة

وتكوين الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعى تقوم الجماعة على مبادئه وبين حقوق الأفراد وواجباتهم . والنظام الاجتماعى للجماعة يختلف باختلاف الجماعات فالجماعات الإسلامية نظامها الاجتماعى يقوم على مبادئ الإسلام والجماعات غير الإسلامية يقوم نظامها الاجتماعى على أساس الاشتراكية أو الشيوعية أو الرأسمالية أو غير ذلك من الأنظمة الاجتماعية .

كذلك اقتضى تكوين الجماعة أن يقوم فيها نظام للحكم يصرف شئونها ويسهر على مصالحها ونظامها الاجتماعى ويوفر الأمن لها فى الداخل والخارج . ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد فى بعض البلاد يكون الحكم جمهورياً وفى بعضها ملكياً إلى غير ذلك ، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة لضرورة لوجود الجماعة نفسها .

هذه هى الأنظمة الأربعة التى يقوم عليها كيان المجتمع ، كل مساس بهائمس

المتجمع في أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته ، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تحمي هذه النظم من كل اعتداء لأن في حمايتها بقاء الجماعة وصلاحتها للبقاء ، ولأن كل تهاون في حياضتها وحمايتها يؤدي إلى انحلال الجماعة وسقوطها .

وقد تقصت الشريعة الاعتداءات الخطيرة التي يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدتها تنحصر في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهي الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقه والحراية والرذة والبغى والقتل والجرح في حالتي العمد والخطأ .

فالزنا اعتداء على نظام الأسرة ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرئ أن يشارك الآخر في أى مرأة شاء وأن يدعى من شاء أو يتنصل ممن يشاء من الأبناء ؛ ولاتهى الأمر بغلبة الأقوياء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء وأخيرا فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة وهدم الدعامة الأولى من الدعائم التي تقوم عليها الجماعة .

والسرقه اعتداء على نظام الملكية الفردية ، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرئ أن يشاء غيره في طعامه وشرابه وكسائه ومسكنه وأداة عمله ، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوياء ، وكان الجوع والعري والحريمان للضعفاء ، فإباحة السرقه معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعائم التي قامت عليها .

والرذة اعتداء على النظام الاجتماعي ؛ لأن الجماعة ؛ لأن النظام الاجتماعي لكل جماعة إسلامية هو الإسلام ، ولأن الرذة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه والتشكيك في صحته ، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعي موضع التشكيك والطعن ؛ لأن ذلك قد يؤدي في النهاية إلى هدم هذا النظام .

والبغى اعتداء على نظام الحكم في الجماعة ؛ لأن جريمة البغى تعنى الخروج على الحكم ومعصيتهم ، أو تعنى طلب تغييرهم أو تغيير نظام الحكم نفسه ، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدي إلى إشاعة الخلاف والاضطراب في صفوف الجماعة ،

ويقسمها شيئا وأحزابا تتقاتل وتتناجر في سبيل الحكم ، كما يؤدي إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة وانحطاطها .

وجرائم القتل والجرح اعتداء من ناحية على حياة الأفراد المكونين للجماعة وهي من ناحية أخرى اعتداء على النظام الاجتماعي ونظام الحكم في الجماعة ؛ لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأبدانهم والنظام الاجتماعي يقتضى حماية الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم ، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعي وتوفير الأمن للجماعة ، فالتساهل في محاربة هذه الجرائم يؤدي إلى تحكم الأقوياء في الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وإنصرافهم إلى التنازع والتناحر واستنباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم . وهذا يؤدي بالتالى إلى تفكك الجماعة وانحلالها . وقد حرصت الشريعة على أن لاتصل الجماعة لهذه الحالة فقررت عقوبة القصاص في حالة العمد والدية في حالة الخطأ ، وهي عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة وبث الأمن بينهم وتوفير الطمأنينة في نفوسهم . وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة ؛ لأن القذف في الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض ، ولأن القذف للماس بالأعراض هو تشكيك في صحة نظام الأسرة . فمن يقذف شخصا فإنما ينسبه لغير أبيه وبالتالى 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 فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل ويذهب العقل ، والنظام الإسلامى يحرم شرب الخمر تحريما قاطعا ، فإتيان هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التى تقوم عليها الجماعة .

وجريمة الحرابة إن اقتصررت على السرقة فهى اعتداء على نظام الملكية

الفردية ، وإن صحبها القتل فهي أيضا اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة ، وإن اقتضت على ترويع المجنى عليهم فهي اعتداء على أمن الجماعة ، والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعى وعلى نظام الحكم ؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم ؛ لأن ذلك ضرورى لبقاء الجماعة ، فإذا لم تكن هذه الجماعة فعنى ذلك تفكك الجماعة وانحلالها ؛ لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة وهو حماية أفرادها منعدم ، ولا يحى الأفراد ويمنع الاعتداء على حياتهم وأمنهم إلا تقرير العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء .

هذه هى الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا مباشرا عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت فى تقدير العقوبة شخصية الجانى إبقاء على الجماعة وحماية لها ، وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقى الجرائم لا تمس الجماعة من قريب أو بعيد ، إذ الواقع أن كل جريمة أيا كانت تمس الجماعة ، ولكننا نستطيع أن نقول : إنه ليس فى الجرائم كلها ما يمس الأسس التى يقوم عليها المجتمع مساسا مباشرا مثل الجرائم التى احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات ، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لا تمس الأنظمة التى تقوم عليها الجماعة ، وإن مست هذه الأسس فإنها لا تمسها مساسا مباشرا وخطيرا ، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجانى فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التى يقوم عليها ، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية وبقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والآثار فى النوعين .

علة التفرقة فى العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية :
تعتبر الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بـ كيان المجتمع وبالأسس التى يقوم عليها وبالرغم من هذه التسوية فقد أبيض للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة فى جرائم القصاص والدية ولم تبح له أن يعفو فى جرائم

الحدود ، وعلّة التفرقة أن جرائم الحدود يصيب ضررها المباشر الجماعة أكثر مما يصيب الأفراد ، وأن جرائم القصاص والدية مع مساسها بكيان المجتمع يصيب ضررها المباشر الأفراد أكثر مما يصيب الجماعة فالسرقة والحراقة والقذف والشرب والرذلة والبنى هي في ذاتها تهديد للجماعة واعتداء على أمنها ونظامها أكثر مما هي تهديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم ، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يحزنه ما سرق منه بقدر ما يهدده هذا العمل ويخيفه على بقية ماله ويقدر ما يخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده ويهدد 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 وتعتبر 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 يعتقد على غيره ، ولهذا لا يهز الاعتداء الجماعة إذا وقع لا يؤثر على أمنها تأثيراً شديداً ، أما السارق مثلاً فإنه يطلب المال أنى وجده فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أى شخص آخر ؛ لأنه يقصد المال وهو فى يد كل الأفراد ، وكذلك الزانى فإنه لا يطلب امرأة بعينها 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 فى حالة العمد ، وجعلت الدية من حق المجنى عليه كتعويض له عما أصابه من الجريمة ، وترك له أن يعفو عن القصاص وعن الدية معاً .

٤٤١ - نظرية العقاب فى القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية حتى

أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة تفيض عنفاً وقسوة ، وكان

أساس العقوبات المبالغة في الإرهاب والانتقام والتشهير ، وكان من العقوبات المقررة المعترف بها قانونا الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة محمأة في النار ولبس أطواق من الحديد والنفي والجلد والحبس ، ولم تكن العقوبات في الغالب تتناسب مع أهمية الجرائم التي قررت لها ، فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التي ذكرناها وفضاعة بعضها كانت عقوبة الإعدام جزاء لكثير من الجرائم البسيطة ، فمثلا كان القانون الانجليزي حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على مائتي جريمة بعقوبة الإعدام ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما أى ما يقابل خمسة قروش تقريبا في العملة المصرية ، وكان القانون الفرنسي يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة .

وكما كان الإنسان الخي أهلا للمسئولية والعقاب فكذلك كان الأموات بل كذلك كان الحيوان والجماد ، فكان القانون يميز محاكمة الإنسان حيا ويميز محاكمته ميتا ويميز محاكمة الحيوان والجماد ، ويميز توقيع العقوبة على الإنسان الخي الذي يحس ويتألم ويفكر ويعقل كما يميز توقيع العقوبة على جثث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل ، بل كان يميز توقيع العقوبة على الحيوان الأبكم الذي لا يستطيع التفكير في جريمته والدفاع عن نفسه ، ويميز توقيعها على الجماد الذي لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالحكمة ولا يتألم من العقوبة .

وكان الأساس الذي تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من المجرم وإرهاب غيره ، وفكرة الإنتقام والارهاب هي التي سوغت تقرير العقوبات القاسية ، وهي التي سوغت التمثيل بالمجرم وتشويه جسمه ، بل هي التي سوغت محاكمة الأموات ومحاكمة الحيوانات والجماد ، فالملت والجماد لن يشعر أحدهما بالحكمة ولن يحس بالعقوبة ، والحيوان لا يشعر بالحكمة أو لا يفقه معناها وقد يحس بالعقوبة

ويتألم منها ولكنها لن تردعه عن الفعل الذى حوكم من أجله ؛ لأنه لا يعقل شيئاً من المحاكاة ولا يفهم سبب العقوبة ، ولكن محاكمة الأموات والجمادات والحيوانات وإزالة العقوبات بالجميع تؤدي إلى إرهاب الناس أيما إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خير تمثيل .

وفي القرن الثامن عشر بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذى تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخر ، فأخذ «روسو» يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعى ويرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومنعه من إيذاء غيره ، وبرر «بكاريا» العقوبة بأنها حق الدفاع يتنازل عنه الأفراد للجماعة وأن الغرض منها هو تأديب المجرم وزجر غيره ، وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء فطبقوها فى القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٩١ . ثم جاء «بنتام» فبرر العقوبة بمنفعتيها للجماعة حيث تقوم بحمايتها واستوجب فى العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجانى وزجر غيره ، ثم ظهر رأى «كانت» وهو يبرر العقوبة بالعدالة ، ورأى البعض التوفيق بين مذهب المنفعة ومذهب العدالة فرأى أن لا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسمح به العدالة .

وتمتاز النظريات السابقة بأنها تهمل شخصية المجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع ، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكلة العقاب حلاً يحسن السكوت عليه .

وظهرت بعد ذلك النظرية العامية أو النظرية الإيطالية وهى تقوم على إهمال الجريمة إهمالاً تاماً والنظر إلى شخصية المجرم ، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقلية المجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته ، فالمجرم المطبوع على الإجرام يبعد إبعاداً مؤبداً عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام ، ولو كانت جريمته بسيطة ، والمجرم الذى اعتاد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا تمسكت منه العادة ، والمجرم الذى تجعل منه المصادفات والظروف مجرمًا يعاقب

عقاباً هيناً ليناً ولو كانت جريمته خطيرة ، والجرم الذى يرتكب الجريمة تحت تأثير العاطفة لا ضرورة لعقابه .

ولم تغلح النظرية العلمية فى حل مشكلة العقوبة أيضاً ؛ لأنها تنظر إلى الجرم وتهمل الجريمة ، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود ، ولأنها تترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم ممن ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت ؛ لأنها تحتفل بالجريمة وتهمل شأن المجرم ، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحتفل بالجرم وتهمل الجريمة ، فأوأن يدجوا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات وقيموا عليهما نظرية جديدة بحيث يتمثل فى العقوبة على كل جريمة فكرتان: فكرة التأديب والزجر ، وفكرة شخصية المجرم ، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة؛ لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداهما الأخرى فى أكثر الأحوال ، فالنظر فى كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائماً فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص فى الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام والأخلاق ، والأخذ بفكرة حماية المجتمع فى كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء . ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب المجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسى فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداة استئصال كلما كان المجرم غير قابل للإصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع وإرهاب من تحدته نفسه بارتكاب الجرائم ، وقد أيد الاتحاد الدولى لقانون

العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوربية ومنها ألمانيا .
وهذه الاتجاهات جميعاً تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون المجرم ، وإما على
النظر إلى المجرم دون الجريمة ، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكرتين .
هذه هي النظريات المختلفة عن العقوبة في عالم القوانين الوضعية ، وظاهر
من استعراضها أن شراح القوانين الوضعية يتجهون اتجاهات مختلفة يناقض
بعضها بعضاً ، وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة
في كل القوانين الوضعية فأتخذت كل دولة لنفسها اتجاهًا خاصًا بحسب ما تراه
متفقاً مع مصلحتها الخاصة أو بحسب الفكرة السائدة فيها .

ولعل تعدد النظريات والاتجاهات هو الذى دعا اتحاد القانون الدولى لقانون
العقوبات — الذى حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات — لأن يقرر
وجوب الاسترشاد بما تظهره التجارب ، وأن يقرر أن أحسن نظام جنائى هو
الذى يؤدى عملاً إلى نتائج أكيدة فى 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
بجته ، ويمكننا أن نتخذ القانون المصرى مثلاً فى هذا الباب لغيره من القوانين
الوضعية الحديثة كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التى أخذ بها القانون
المصرى فيما يلى :

أولاً - أخذ القانون الجنائى المصرى بالمبدأ القائل بأن الغرض من العقوبة
حماية الجماعة ، وجعل هذا المبدأ أصلاً وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم
بحيث تكفى العقوبة لتأديب المجرم على فعلته وزجر غيره عن التفكير فى مثلها .

ثانياً - وأخذ القانون الجنائى المصرى بالنظرية العلمية إلى حد ما ، فلم ينس
شخصية المجرم فى كل الجرائم تقريباً ، فجعل لكل جريمة عقوبتين إحداها
أخف من الأخرى ، وجعل لكل عقوبة حدين تختار العقوبة من بينهما ، وأباح
(٤٠ - التشريع الجنائى الإسلامى)

للقضاة في جرائم الجنايات أن يستبدلوا بالعقوبة أخرى ، كما أباح لهم أن يوقفوا تنفيذ العقوبة إذا لم تزد العقوبة المحكوم بها عن حد معين هو الحبس لمدة سنة ، ومعنى كل ذلك أن القانون اعترف بشخصية المجرم عند وضع العقوبة لكنه لم يلزم القضاة إلزاماً بمراعاة شخصية المجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها . بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية المجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهمالها .

ثالثاً - بعد أن أخذ المشرع المصري بالمبدأين السابقين رأى أخيراً أن من الخطر النظر إلى شخصية المجرم في كل الجرائم وعلى الأخص في الجرائم الهامة ، فحرم على القضاة أن ينزلوا بالعقوبة عن حد معين في بعض الجرائم كما حرم عليهم إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد أخذ بهذا المبدأ في قانون المخدرات الصادر في سنة ١٩٢٨ وقانون النش الصادر في ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر في سنة ١٩٤٩ وكان المنطق يقضى 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 المجرم في جرائم هي أخطر على الجماعة من جرائم النش وإحراز المخدرات والأسلحة ، ولسكنه لم يفعل فأدى هذا الاضطراب المنطقي إلى نتيجة تبعث على الرثاء ، فبينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم النش وإحراز المخدرات والأسلحة إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التنفيذ في جرائم الخيانة العظمى واختلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والزنا والقذف ، ولاشك أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من النش وإحراز المخدرات والأسلحة .

هذا هو القانون الوضعي نظراً وعملاً فيما يتصل بالعقوبة ، يرى أن تتمثل في العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام ، ويرى أن لا تهمل في تقدير العقوبة شخصية المجرم ، ويرى في بعض التشريعات الحديثة إهمال

شخصية المجرم في بعض الجرائم ، والقانون واضح ومنطقي فيما يتعلق بالمبدأ الأول .
ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالمبدأين الآخرين حيث لم يصل
بعد إلى تحديد المدى الذي يعمل فيه كل من المبدأين .

٤٤٢ - بين الشريعة والقانون : يستطيع القارئ بعد استعراض نظرية

العقوبة في الشريعة ونظائرها المختلفة في القوانين الوضعية أن يقول بأن نظرية
الشريعة تجمع بين كل النظريات الوضعية التي ظهرت ابتداء من القرن الثامن
عشر ، فالعقوبات في الشريعة إنما شرعت لمنفعة الجماعة ولإصلاح الأفراد ولحماية
الجماعة من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام ، والعقوبات
في الشريعة لا يصح أن تزيد عن حاجة الجماعة كما لا يصح أن تقل عن هذه
الحاجة فهي من هذه الوجهة إجراء تقتضيه العدالة والمصلحة معاً وهذا هو ما رآه
روسو ، وبكاريا ، وبنتام ، وكانت ، مجتمعين ، والعقوبة في الشريعة يقصد منها
استصلاح الجاني والرحمة به والإحسان إليه فينبغي أن لا يهمل شأن المتهم في
تقدير العقوبة وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العلمية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التي سادت في القوانين
الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن ، فإن نظرية الشريعة قد تنزهت عن
العيوب التي شابت النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التي وجهت إليها .
ولعله مما يدهش الكثيرين أن يعلموا أن للعقوبة في الشريعة الإسلامية
نظرية علمية فنية تامة التكوين لا يأتيها النقد من بين يديها ولا من خلفها ،
وأن القانون بالرغم مما وصل إليه من تقدم إنما يسير في أثر الشريعة ويتروى
خطاها وأنه لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه الشريعة ، وأن النتائج التي وصل إليها
القانون والاتجاهات التي يتجه نحوها تدل على أن تطوره في المستقبل القريب
أو البعيد لن يخرج عن النطاق الذي رسمته الشريعة للعقوبة .

ونستطيع أن نقول إنه لاخلاف بين الشريعة والقوانين على المبادئ والأصول

التي تقوم عليها العقوبة ، وإنما الخلاف على الكيفية التي تطبق بها هذه المبادئ والحدود التي تطبق فيها ، فقد طبقت الشريعة كل المبادئ التي تعترف بها القوانين الوضعية ولكنها لم تجمع بينها في كل العقوبات ولم تسو بينها في كل الجرائم ، بل جعلت لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وحده أو مع غيره ، وجعلت لهذه المناطق معالم بارزة واضحة لا يخطئها عقل ولا بصر ، ومن ثم استطاعت الشريعة أن تخرج على الناس بنظرية منطقية عملية لا عيب فيها ولا مأخذ عليها . أما القوانين الوضعية فقد حاولت الجمع بين كل هذه المبادئ والتسوية بينها في كل الجرائم والعقوبات كما حاول ذلك شراح القوانين الوضعية ، وكانت النتيجة أن أخفق واضعوا القانون في إيجاد حلول عملية مقبولة كما أخفق الشراح في إيجاد نظرية علمية سليمة ، وفي اليوم الذي تطبق فيه القوانين الوضعية المبادئ التي تقوم عليها العقوبة تطبيقاً سليماً متفقاً مع مصلحة الجماعة والأفراد ، وملأنا لطبائع الأشياء ستضطر إلى أن تجعل لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وستهمل شخصية المجرم في الجرائم التي تمس كيان المجتمع فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تمام الاتفاق .

ولا يفوتنا بعد هذا أن نذكر أن القانون الوضعي كان حتى آخر القرن الثامن عشر قانوناً وحشياً بعيداً عن أفق الإنسانية فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير ، كان القانون الوضعي هكذا حتى أخذ في القرن الثامن عشر بأول مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية فانقلب قانوناً إنسانياً بحتاً ؛ 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 يتبع 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 أهلا 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 تأباه أشد الإباء فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضاها لإنسان . ويكفي الشريعة الإسلامية نفرا بعد هذا أنها سبقت تفكير العالم بأحد عشر قرنا وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال تسبق تفكيره بمراحل .

٤٤٣ - شروط العقوبة : يشترط في كل عقوبة أن تتوفر فيها الشروط الآتية لتكون عقوبة مشروعة :

أولا : أن تكون العقوبة شرعية : وتعتبر العقوبة شرعية إذا كانت تستند إلى مصدر من مصادر الشريعة كأن يكون مردها القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة ، ويشترط في العقوبات التي يقررها أولو الأمر أن لا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة .

ويترب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضي أن يوقع عقوبة من عنده ولو اعتقد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويظن البعض خطأ أن الشريعة تمنح القاضي سلطة تحكيمية في العقاب وهو ظن لا يتفق مع الواقع ، وليس له مصدر إلا الجهل بأحكام الشريعة ، فالعقوبات في الشريعة تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير ، فأما الحدود والقصاص فهي عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضي حيالها من سلطان إلا أن يحكم بتطبيقها كلما كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيفها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها ، فالسرقة مثلا عقوبتها القطع وليس للقاضي إذا أثبتت الجريمة على الجاني أن يحكم عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعي يمنع من عقوبة القطع كسرقة الأب من الابن ، والزنا من الابن ، والزنا من غير محصن 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 الجانى كان على القاضى أن يحكم بالقصاص وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص ، فسلطة القاضى فى الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير فسلطة القاضى فيها واسعة ولكنها ليست تحكيمية ، فهى واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بمجموعة من العقوبات تبدأ بأتفه العقوبات كالتبويخ وتنتهى بأشدها كالحبس حتى الموت والقتل ، وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والجرم ، كما تترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى ، ولا شك أن إعطاء القاضى هذا السلطان الم شروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور فى مواضعها ، وأن يعاقب الجانى بالعقوبة التى تحمى الجماعة من الجريمة وتصلح الجانى وتؤدبه . وسلطة القاضى على سعتها ليست تحكيمية لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية ، ولا أن يعاقب الجانى بعقوبة لا تتلاءم مع جريمته ، ولعل اتساع سلطة القاضى هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضى فى الشريعة سلطة تحكيمية .

وليس فى الشريعة ما يوجب منح القضاة هذا السلطان الواسع ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ؛ لأن المصلحة العامة هى التى سوغت منح القضاة هذا السلطان^(١) .

ثانيا - أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط فى العقوبة أن تكون شخصية تصيب الجانى ولا تتعداه إلى غيره ، وهذا الشرط هو أحد الأصول التى تقوم

عليها الشريعة الإسلامية وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على المسئولية^(١).

ثالثاً - أن تكون العقوبة عامة : ويشترط في العقوبة أن تكون عامة تقع على كل الناس مهما اختلفت أقدارهم بحيث يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم والغنى والفقير والمتعلم والجاهل .

والمساواة التامة في العقوبة لا توجد إلا إذا كانت العقوبة جداً أو قصاصاً ؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره في نوع العقوبة وقدرها .

أما إذا كانت العقوبة التعزير فالمساواة في نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً ، وإنما المطلوب هو المساواة في أثر العقوبة على الجاني ، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب ، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس ، وعلى هذا تعتبر المساواة محققة إذا عوقب المشتركون في جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفي كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

الباب الثانى

أقسام العقوبة

٤٤٤ — تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام :
(١) العقوبات الأصلية : وهى العقوبات المقررة أصلا للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة .

(٢) العقوبات البدلية : وهى العقوبات التى تحل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعى ، ومثالها الدية إذا درىء القصاص ، والتعزير إذا درىء الحد أو القصاص .

والعقوبات البدلية هى عقوبات أصلية قبل أن تكون بدلية ، وإنما تعتبر بدلا لما هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد ، فالدية عقوبة أصلية فى القتل شبه العمد ولكنها تعتبر عقوبة بدلية بالنسبة للقصاص ، والتعزير عقوبة أصلية فى جرائم التعازير ولكن يحكم به بدلا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعى .

(٣) العقوبات التبعية : وهى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية ، ومثالها حرمان القاتل من الميراث ، فالحرمان يترتب على الحكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان . ومثالها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة ، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم وإنما يكفي لانعدام الأهلية صدور الحكم بعقوبة القذف .

(٤) العقوبات التكميلية ، وهى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بالعقوبة التكميلية .

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية في أن كليهما مترتبة على حكم أصلي ، ولكنهما يختلفان في أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها أما العقوبة التكميلية فنستوجب صدور حكم بها ، ومثل العقوبة التكميلية تعليق يد السارق في رقبتة بعد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

٤٤٥ - وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضي في تقديرها إلى :

- ١ - عقوبات ذات حد واحد وهي التي لا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان كالتوبيخ والنصح وكالجلد المقرر حداً .
- ٢ - عقوبات ذات حدين وهي التي لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضي أن يختار من بينهما القدر الذي يراه ملائماً كالجلد في التعازير .

٤٤٦ - وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى :

- ١ - عقوبات مقدرة : وهي العقوبات التي عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضي أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة ؛ لأن ولي الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها .

- ٢ - عقوبات غير مقدرة : وهي العقوبات التي يترك للقاضي اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقديرها كمها بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم ، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات الخيرة ؛ لأن للقاضي أن يختار من بينها .

٤٤٧ - وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى :

- ١ - عقوبات بدنية : وهي العقوبات التي تقع على جسم الإنسان ، كالقتل والجلد والحبس .

- ٢ - عقوبات نفسية : وهي العقوبات التي تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣ - عقوبات مالية : وهى العقوبات التى تصيب مال الشخص كالدية والفرامة والمصادرة .

٤٤٨ - وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها إلى : -

١ - عقوبات الحدود : وهى العقوبات المقررة على جرائم الحدود .

٢ - عقوبات القصاص والدية : وهى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية .

٣ - عقوبات الكفارات : وهى عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعازير .

٤ - عقوبات التعازير : وهى العقوبات المقررة لجرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام فى فصل خاص ثم نتبع ذلك بفصلين آخرين نخصص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية ونخصص الثانى لبيان العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها .

الفصل الأول

العقوبات المقررة لجرائم الحدود

٤٤٩ - الحدود : هى العقوبات المقررة لجرائم الحدود وهى كما ذكرنا

من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب . (٤) السرقة . (٥) الحراقة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حداً .

والحد هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة

الجماعة ، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وهم يعتبرون العقوبة حقا لله كلما استوجبتها المصلحة العامة وهي رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وتمتاز العقوبات المقررة لجرائم الحدود بثلاث ميزات :

- ١ - إن هذه العقوبات وضعت لتأديب الجاني وكفه هو وغيره عن الجريمة وليس فيها مجال لوضع شخصية الجاني موضع الاعتبار عند توقيع العقوبة .
- ب - إن هذه العقوبات تعتبر ذات حد واحد وإن كان فيها ما هو بطبيعته ذو حدين ؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة ، ولأنها عقوبات لازمة ، فلا يستطيع القاضي أن ينقص منها أو يزيد فيها ، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .
- ج - أن هذه العقوبات جميعا وضعت على أساس محاربة الدوافع التي تدعو للجريمة بالدوافع التي تصرف عن الجريمة ، أي أن هذه العقوبات وضعت على أساس حمتين من علم النفس .

المبحث الأول

في عقوبات الزنا

٤٥٠ - عقاب الزاني : للزنا في الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هي :

(١) الجلد (٢) التغريب (٣) الرجم .

والجلد والتغريب معاً هما عقوبة الزاني غير المحصن ، أما الرجم فهو عقوبة الزاني المحصن ، فإذا كان الزانيان غير محصنين جلداً وغرباً ، وإن كانا محصنين رجماً ، وإن كان أحدهما محصناً والثاني غير محصن رجم الأول وجلد الثاني وغرب .

٥١ - عقوبة الجلد: تعاقب الشريعة الزانى الذى لم يحصن بعقوبة الجلد،

وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين ؛ لأن الشريعة عينت العقوبة وقدرتها فجعلتها مائة جلدة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ، ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ [سورة النور : ٢] . وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس نخاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة ، وهذا هو الذى يهديننا إليه التأمل والتفكير فى الجريمة وعقوبتها .

فالدافع الذى يدعو الزانى للزنا هو اشتهاؤ اللذة والاستمتاع بالنشوة التى تصحبها ، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن أن يستمتع الإنسان بنشوة اللذة إذا تذوق مس العذاب ، وأى شئ يحقق الألم ويذيق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلدة ؟ .

فالشرعية حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطا ، وإنما وضعتها على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسيته وعقليته ، والشرعية حينما قررت عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة تصرف عن الزنا ، فإذا تغلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتكب الزانى جريمته مرة كان فيما يصيبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويحمله على عدم التفكير فيها .

الجلد فى القوانين الوضعية : ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التى يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧ ، وكانت وسيلة من وسائل تأديب الأحداث ، ثم ألغاهها المشروع المصرى مقلداً فى ذلك معظم القوانين الوضعية التى ألغت هذه العقوبة .

وأغلب شراح القوانين اليوم يفكرون فى العودة إلى تقرير عقوبة الجلد

ويسعون في وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ . وقد اقترح فعلا في فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدي الشديد التي تقع على الأشخاص ، وذكر تأييدا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورا مخيفا ، وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات ، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذي قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة ، وأن لا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد .

ويعارض بعض شراح القوانين في تقرير عقوبة الجلد لسببين: أولهما النفور من الألم البدني . وثانيهما إنقاص الاحترام الواجب نحو شخص الإنسان، ولكن أصحاب الرأي المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجاني المادية ، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك في إرهابهم ، أما إنقاص الاحترام الإنساني ففكرة لا محل لها في العقاب ولا يصح أن يحتج بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحراراً أم بالغين ، ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد للجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقه وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل المواشي وعلى العموم لكل الجرائم التي تدل على القسوة وعدم المبالاة ، ويحتج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات في تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة ، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية في القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المسجونين

ويعارض « جارو » في عقوبة الجلد لأنها عقوبة غير صالحة ، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة ، ولأنه يخشى أن يؤدي الرجوع إلى الجلد إلى تباري المشرعين في تقرير العقوبات القاسية ^(١)

وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية إلا أنها لا تزال عقوبة معترفا بها في قوانين بعض الدول ، ففي إنجلترا يعتبر الجلد إحدى العقوبات الأساسية في القانون الجنائي ، وفي الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد ، وفي قانوني الجيش والبوليس في مصر وإنجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية وكذلك الحال في كثير من الدول .

وفي أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقتها على المدنيين في جرائم التموين والتسكير وغيرها ، وإن في اضطراب أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة ، واعتراف من القاعمين 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 الجند وحملهم على طاعة القانون ، ولكن المدنيين في أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجند إلى هذه العقوبة بعد أن أصبحوا لا يحرصون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين ، وما أعجب منطق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستلزمونها للمدنيين ، كأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يمدون الجيش بالجنود . وأى عيب في أن يدين أفراد الأمة جميعا بالخضوع للنظام وبالطاعة للشرائع ؟

هذه هي عقوبة الجلد وهذا هو رأى العلماء والدول فيها ، فمن كان يود أن ينتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مخطيء وإنه هو وحده المصيب ، بل ليقول ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة أثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة .

عقوبة الزنا في القوانين الوضعية : وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس وهو عقوبة لا تؤلم الزانى إلا لما يحمله على هجر اللذة التي يتوقعها من

وراء الجريمة ، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكبتها .

وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد وبعاششة ، وأكثر الناس الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة وإنما يمسكهم عنه الدين أو الأخلاق الفاضلة التي لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة في النفس قبل أن تحاربها في الحس ، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذي لا ينفعها غيره ، أما العقوبة التي قررها القانون فإنها لا تمس دواعي الجريمة في نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صلح لأية جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال الجريمة الزنا .

٤٥٢ - عقوبة التغريب : وتعاقب الشريعة الزاني غير المحصن بالتغريب عاما بعد جلده ، والمصدر التشريعي لهذه العقوبة حديث النبي صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

وهذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء ولذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور وإذا اعترفوا بالتغريب فإنما يعترفون به على أنه تعزيز لاحد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام^(١) ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة^(٢) ، والشافعي وأحمد^(٣) يريان في التغريب حدا يجب على كل زان غير محصن^(٤) .

ويرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزاني من بلده الذي زنا فيه إلى بلد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٤٤ .

(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى الحر دون العبد ، ويجعل أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالا ونساء . أما الشافعي فيجعله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

آخر داخل حدود دار الإسلام على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر .

ويرى مالك أن يسجن الزاني في البلدة التي يغرب إليها^(١) ، ويرى الشافعي أن يراقب في البلدة التي يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلده فيحبس^(٢) ، ويرى أحمد أن لا يحبس المغرب^(٣) .

والتعريب يعتبر عقوبة تكميلية بالنسبة لعقوبة الجلد وله في نظرنا علتان : الأولى : التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن ، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة ، أما بقاؤه بين ظهراني الجماعة فإنه يحى ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يحنبه مضايقات كثيرة لا بد أن يلقاها إذا لم يبعد ، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير ، فالإبعاد يهين للجاني أن يحيا من جديد حياة كريمة . وظاهر مما سبق أن التعريب وإن كان عقوبة إلا إنه شرع لمصلحة الجاني أولا ولصالح الجماعة ثانيا ، والمشاهد حتى في عصرنا الحالى الذى انعدم فيه الحياء أن كثيرين ممن تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التي تصيبهم في هذا المكان .

٤٥٣ - عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة ، ومعنى الرجم القتل رميا بالحجارة . ولم يرد في القرآن شيء عن الرجم ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم ومذهبهم يقوم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما في العقوبة ، وفيما عدا الخوارج فالإجماع منعقد على إقرار عقوبة

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٣٦ .

الرجم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها ، ومن الأحاديث المشهورة في هذا الباب « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقد أثر عن الرسول أنه أمر برجم ماعز والغامدية وصاحمة العسيف فالرجم سنة فعلية وسنة قولية في وقت واحد .

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذي وضعت عليه عقوبة الجلد للزاني غير المحصن ، ولكن شددت عقوبة المحصن للإحصان ؛ لأن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير في الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة ، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها بحيث إذا فكر في هذه اللذة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير في الألم الذي يصيبه من العقوبة على التفكير في اللذة التي يصيبها من الجريمة . ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الزاني المحصن وهو قول يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو ابنته تزنى واستطاع أن يقتلها ومن يزنى بها لما تأخر عن ذلك ، والشرعية الإسلامية قد سارت في هذه المسألة كما سارت في كل أحكامها على أدق المقاييس وأعدلها ، فالزاني المحصن هو قبل كل شيء مثل سىء لغيره من الرجال والنساء المحصنين وليس للمثل السىء في الشريعة حق البقاء ، والشرعية بعد ذلك تقوم على الفضيلة المطلقة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوّث 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 مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات فعقابه أن يجلد مائة جلدة وشفيعه في هذه العقوبة الخفيفة تأخيرها في الزواج (٤١ - التشريع الجنائي الإسلامي)

الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لا يقع في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة في يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغبية والمرض والضرر والإعسار ، وأباحت للزوج الطلاق في كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهما ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلاً وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع ، أن تنقطع المعاذير التي تدعو إلى تخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

ولو أن هؤلاء الذين يحزعون من القتل الزاني رجعوا إلى الواقع لاستقام لهم الأمر ولعلموا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزاني المحصن لم تأت بشيء يخالف ما ألوف الناس ، فنحن الآن تحت حكم القانون . وهو يعاقب على الزنا بالحبس إذا كان أحد الزانين محصناً ، فإذا لم يكن أحدهما محصناً فلا عقاب ما لم يكن إكراه ، هذا هو حكم القانون فهل رضى الناس حكم القانون ؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغمين أقبلوا على عقوبة الشريعة المعطلة مختارين ، فهم يقتصون من الزاني محصناً وغير محصن بالقتل وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصحبها من العذاب ، فهم يفرقون الزاني ويحرقونه ويقطعون أوصاله ويهشمون عظامه ويمثلون به أشنع تمثيل وأقلمهم جرأة على القتل يكفى بالسلم يده لمن أوجب عليه الموت زناه ، ولو أحصينا جرائم القتل التي تقع بسبب الزنا لبلغت نصف جرائم القتل جميعاً ، فإذا كان هذا هو الواقع فما الذى نحشاه من عقوبة الرجم ؟ إن الأخذ بها لن يكون إلا اعترافاً بالواقع . والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة ، ولا أظننا بالرغم مما وصلنا إليه من تدهور نكره الإقرار بالحق

أو نخشى الاعتراف بالواقع المحسوس .

وينحشى 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 شتقاً أو ضرباً بالفأس أو تسميماً بالغاز أو صعقاً بالكهرباء أو رجماً بالحجارة أو رمياً بالرصاص ، فكل هؤلاء يقتل ولكن وسائل القتل هي التي فيها الاختلاف ، ولا فرق في النتيجة بين الرمي بالحجارة والرمي بالرصاص ، ومن كان يظن أن الموت يسرع إلى المقتول بالرصاص في كل حال ويبطئ عن المرجوم بالحجارة في كل الأحوال فهو في ظنه على خطأ مبين ؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلاً من القتل فيتأخر موته ؛ ولأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص ، فرماة الرصاص عددهم محدود وطلقاتهم معدودة أما رماة الأحجار فعددهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزاني حتى يموت ، ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئتين يذفون شخصاً في مقاتله بالأحجار استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيلاً بالرصاص . ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يزهق الروح في بعض الأحوال وأنه لا يزهقها بالسرعة اللازمة في كثير من الأحوال ، كما دلت التجارب على أن ضرب الفأس الواحدة قد لا يكفي لقطع الرقبة وأن قطع الرقبة ليس هو أسهل الطرق للموت ، كذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء ويبطئ 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 أتفه العقوبات ، وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب فهم لا يخافون الموت في ذاته وإنما يخافون العذاب الذي يصحب الموت ، وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت فإن قيمته يجب أن تظل محفوظة

للزجر والتخويف ، وليس من مصلحة المجتمع في شيء أن يفهم أفرادُه أن العقوبة هيئة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف ، وقد بلغت آية الزنا الغاية في إبراز هذا المعنى حيث جاء بها : ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ وحيث جاء بها : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ذلك أن الرأفة بالجرمين تشجع على الإجرام ، والعذاب الذي يصحب العقوبة هو الذي يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم .

٤٥٤ - تعليق على عقوبات الزنا : هذه هي عقوبات الزنا في الشريعة الإسلامية لم تجيء ارتجالاً ولم توضع اعتباطاً وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته ، وتقدير دقيق لفرائزهِ وميوله وعواطفهِ ، ووضعت لتحفظ 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 لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا تكاد هذه الميزة توجد في عقوبة من العقوبات التي تطبقها القوانين الوضعية .

ولا ريب في أن العقوبة التي تقوم على فهم نفسية المجرم هي العقوبة التي يكتب لها النجاح ؛ لأنها تحارب الإجرام في نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة ثم هي بعد ذلك أعدل العقوبات ؛ لأنها لا تظلم المجرم ولا تهضمه ولا تحمله مالا 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 لمجموعهم ، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحي به في سبيل الأفراد والعقوبة التي تحاسب الأفراد على حساب الجماعة إنما تضيع مصلحة الفرد والجماعة معاً ؛ لأنها تؤدي إلى ازدياد الجرائم واختلال الأمن ثم توهين النظام وانحلال المجتمع ، وإذا دب الانحلال في مجتمع فقل على الأفراد وعلى المجتمع العفاء .

ولقد كان لعقوبات الزنا التي جاءت بها الشريعة أثرها في محاربة الجريمة في كل زمان ومكان ، ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوي في أى بلد يأخذ بأحكام الشريعة ، ونستطيع أن نلمسه في الفرق بين ما كنا عليه من خمسين أو أربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك وبين ما نحن عليه الآن ، ولم تكن الشريعة تطبق قبل خمسين سنة ولكن أثرها القوي كان لا يزال باقياً متمثلاً في أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدينا ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام .

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحاً في الفرق بين الشرق الإسلامى عامة وبين بلاد الغرب بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريباً قد أخذت بقوانين الغرب ونظمه ودرجت على أثره وراحت تتشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق ، فلا يزال الشرق ينفر من جريمة الزنا ويستفظعها ويحقر مرتكبيها ويستقل كل عقوبة مهما عظمت عليها ، بينما الغرب لا يحفل بهذه الجريمة ولا يهتم بالأخلاق والأعراض على العموم ، والفرق بين الشرق والغرب هو الفرق بين الشريعة والقانون ، كل قد ترك طابعه في الجماعة التي حكمها طويلاً ، فعقوبة الشريعة العادلة الرادعة قد خلفت وراءها مجتمعاً صالحاً يقوم على الأخلاق الفاضلة وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيعة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعاً فاسداً منحللاً تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات .

المبحث الثاني

في عقوبة القذف

٤٥٥ - المجلد وعمرم الأهلية للشهادة : للقذف في الشريعة عقوبتان :

إحداها : أصلية وهى الجلد ، والثانية : تبعية وهى عدم قبول شهادة القاذف .
وعقوبة الجلد ولو أنها بطبيعتها ذات حدين إلا أن عقوبة الجلد للقاذف ذات حد واحد ؛ لأن عدد الجلدات محدد وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .

والأصل في عقوبتي القذف قول الله جل شأنه : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور : ٤] .

ولا تعاقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذباً واختلاقاً ، فإن كان تقريراً للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التي تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة منها : الحسد والمنافسة والانتقام ، ولكنها جميعاً تنتهى إلى غرض واحد يرمى إليه كل قاذف هو إيلاام المقذوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف في الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض ، فالقاذف يرمى إلى إيلاام المقذوف إيلااماً نفسياً فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلااماً بدنياً ؛ لأن الإيلاام البدنى هو الذى يقابل الإيلاام النفسى ؛ ولأنه أشد منه وقعا على النفس والحس معا إذ أن الإيلاام النفسى هو بعض ما ينطوى عليه الإيلاام البدنى . والقاذف يرمى من وراء قذفه إلى تحقير المقذوف وهذا التحقير فردى ، لأن مصدره فرد واحد هو القاذف فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون هذا التحقير العام بعض العقوبة التي تصيبه فتسقط عدالته ولا تقبل له شهادة أبداً ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين .

وهكذا حاربت الشريعة الإسلامية الدوافع النفسية الداعية إلى الجريمة بالعوامل النفسية المضادة التي تستطيع وحدها التغلب على الدوافع الداعية للجريمة . وصرف الإنسان عن الجريمة ، فإذا فكر شخص أن يقذف آخر ليؤلم نفسه ويحقر شخصه ذكر العقوبة التي تؤلم النفس والبدن ، وذكر التحقير الذى تفرضه عليه الجماعة فصرفه ذلك عن الجريمة ، وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل الصارفة عنها ، فارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحقير الجماعة ما يصرفه نهائياً عن العودة لارتكاب الجريمة بل ما يصرفه نهائياً عن التفكير فيها .

عقوبة القذف في القوانين : وتعاقب القوانين على القذف بالحبس أو بالفرامة أو بهما معاً ، وهي عقوبات غير رادعة ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة ، وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتبادلون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء ، كل يحاول تحقير الآخر وتشويهه بالحق أو بالباطل ، وكل يريد أن يهدم أخاه ليخلوله الجو ينطلق فيه ، وسيظلون كذلك حتى يمزقوا أعراضهم ويقطعوا أرحامهم ويهدموا أنفسهم بأيديهم ولكنهم سيعتبرون أسوأ مثل يحتذى لمن بعدهم .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبقت على هؤلاء بدلاً من القانون لما جرؤ أحد على أن يكذب على أخيه كذبة واحدة ؛ لأنها تؤدي به إلى الجلد وتنتهي بإبعاده عن الحياة العامة ، فلا قيادة ولا رئاسة ولا أمر ولا نهى ، ذلك أن من كذب سقطت شهادته ، ومن سقطت شهادته سقطت عدالته ، ومن سقطت عدالته سقطت عنه قيادته ورئاسته ؛ ولأن الأمر والنهي من حق المتقين ولا يكون أبداً للفاسقين .

وما تشكوا منه مصر وتأنم له تشكوا منه كل البلاد الديمقراطية ، ورى بعض المفكرين في هذا عارضاً محتملاً تقتضيه حياة الشورى ؛ لأنها تقوم على اختلاف وجهات النظر وتعدد الأحزاب واختلاف البرامج ، ويراه البعض شراً مستطيراً ومرضاً خطيراً من أمراض الديمقراطية لا ينقضى إلا بالقضاء عليها ، وأصحاب الرأيين على خطأ فيما ذهبوا إليه ؛ لأن الشورى لا تقتضى بطبيعتها خلق الجرائم ولا التشجيع على ارتكابها ، ولو هدوا إلى الطيب من القول لقالوا إن هذا العارض المحتمل وهذا الشر المستطير كلاهما ناشئ عن انعدام العقوبة الرادعة التي تصد الناس عن اقتراف الجريمة .

إن العالم كله يقوم على فكرة الثواب والعقاب ، ولقد كان يسير على هذه الفكرة في روحانيته القديمة الباقية ، وهو يسير عليها الآن في ماديته الحديثة

العاتية ، فقد كان عمر بن الخطاب يحكم بالعدل لا يبنى عرض الدنيا وإنما يبنى ثواب الآخرة ، وكان يبتعد عن الظلم ؛ لأنه يخشى اليوم الآخر ، أماحكام اليوم فإنما يحكمون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير ويبتعدون عن الظلم ؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم . وكان العالم الورع قديماً يكتب ما يكتب لوجه الله وطمعاً فيما عنده ويدع ما يدع خشية من الله وخوفاً من غضبه ، أما العالم المطلع اليوم فيكتب ما يكتب لتزوج كتاباته لدى الجماهير ؛ ويدع ما يدع خوفاً من إغراض الجماهير وما يتبع الإغراض من السكساد والبوار . وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدي ما عليه من حق لرب العمل إرضاء لله 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 طبيعتهم إذا تقدموا وطبيعتهم إذا تأخروا يرجون الثواب ويحرصون على الوصول إليه ، ويخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم ، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر في سياستهم وتوجيههم ، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما في خلافتهم الأصلية من رجاء وخوف ، ومن قوة وضعف ، فجاءت أحكاماً صالحة لكل مكان وزمان ؛ لأن طبائع البشر واحدة في كل مكان ؛ ولأنها لا تتغير بتغيير الأزمان ، ذلك هو السر في صلاحية الشريعة للقديم والحديث ، وهو السر في صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد .

المبحث الثالث

في عقوبة الشرب

٤٥٧ - عقوبة الخمر : تعاقب الشريعة على شرب الخمر بالجلد ثمانين جلدة

وهى عقوبة ذات حد واحد ؛ لأن القاضى لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعى أن حد الخمر أربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة و حجته أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب فى الخمر أكثر من أربعين ، أما الأربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعى وإنما هى تعزير .

ومصدر العقوبة التشريعى هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه » أما تحريم الخمر فمصدره القرآن ، والرأى الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها بثمانين جلدة إلا فى عهد عمر بن الخطاب حيث استشار أصحاب الرسول فى حد شارب الخمر ، فأفتى على بن أبى طالب بأن يحد ثمانين جلدة ؛ لأنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المفترى أى القاذف ثمانون جلدة ، ووافق أصحاب الرسول على هذا الرأى ، وإذن فتحريم الخمر مصدره القرآن ، والعقاب مصدره السنة ، ومقدار الحد مصدره الإجماع . والدافع الذى يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته فى أن ينسى آلامه النفسية ، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التى تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد فهو يريد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجمع له بين ألم النفس وألم البدن ، وهو يريد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذى هرب منه وتجمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر ، قد وضعتها على أساس متين من علم النفس ، وحاربت الدوافع النفسية التى تدعو للجريمة بالدوافع النفسية المضادة التى تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتى لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها ، فإذا ما فكر الشخص فى شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع

الخمر العقوبة التي تزد به إلى آلام النفس والبدن ، وإذا ما فكر في شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يرد إلى عذاب الحقائق وعذاب العقوبة ، وفي هذا ما يصرف الشخص غالباً عن ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يصرف عنها وارتكبها مرة كان فيما يصيبه من العقوبة هذه المرة ما يغلب العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا ما فكر في الجريمة مرة أخرى .

٤٥٨ - الخمر طيباً وجماعياً : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية في عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها وأن أضرارها لا تحصى ، فهي تفسد العقل ، وتفسد الصحة ، وتؤدي إلى العقم أحياناً ، وإلى ضعف النسل غالباً ، كما تؤدي إلى ضياع المال ، وضياع الكرامة ، فكان المعقول 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 تنتج عن شرب الخمر ، ولكن مصر لم تفعل شيئاً من هذا وأباح قانونها الوضعي الخمر إباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرازها أو بيعها ، وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر وتواجد في محل عام فالعقاب في هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على التواجد في محل عام بحالة سكر بين ، ولم يتشدد القانون في عقاب هذه الحالة الوحيدة فجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الغرامة التي لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذي لا يتجاوز أسبوعاً^(١) . والعيب في هذا ليس على واضع القانون فهو رجل أوروبي غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسي ، ولكن النيب عيب الذين أقروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه وهو باطل بطلاناً مطلقاً في كل ما يخالف الشريعة الإسلامية ، والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرقى الإسلامى مقاطعة

فرنسية ناسين أو متناسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متجاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩ - العالم وتحريم الخمر : ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها من ثلاثة عشر قرناً ، وانفرد بتحريمها والعقاب عليها طيلة هذه المدة ، حتى جاء العالم في القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق في موقفه من الخمر وبأن غيره كان يعمه في الضلال ، وقد حمل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام ، وأنها مفسدة للعقل والصحة والمال ، وها هو العالم غير الإسلامي لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر ولهذه الجماعات مجلات ورسائل ومؤتمرات ، ولقد كان أثر دعاية هذه الجماعات قوياً في الولايات المتحدة بأمريكا وفي الهند وكان الرأي العام أسرع استجابة في هاتين الدولتين فسنت فيهما القوانين لتحريم الخمر تحريماً تاماً . وفي كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريماً جزئياً 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 عقوبات رادعة .

وإذا كان الناس جميعاً قد آمنوا بأحقية الإسلام في تحريم الخمر فقد بقي عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التي فرضها الإسلام على شارب الخمر ، ويوم يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التي تسن لتحريم الخمر وتؤدي مهمتها خير أداء .

البوت الرابع

في عقوبة السرقة

٤٦٠ - عقوبة القطع : تعاقب الشريعة على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ [المائدة : ٣٨] .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل تحته اليد والرجل ، فإذا سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى ، فإذا عاد للسرقة ثانية قطعت رجله اليسرى ، وتقطع اليد من مفصل الكف ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب وكان على رضى الله عنه يقطعها من نصف القدم من معقد الشراك ليدع للسارق عقبا يمشى عليه^(١) .

وعلة فرض عقوبة القطع للسرقة أن السارق حينما يفكر فى السرقة إنما يفكر فى أن يزيد كسبه بكسب غيره ، فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال ويريد أن ينمي من طريق الحرام ، وهو لا يكتفى بشمرة عمله فيطمع فى ثمرة عمل غيره ، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أو الظهور أو ليرتاح من عناء الكد والعمل أو ليأمن على مستقبله ، فالدافع الذى يدفع إلى السرقة ويرجع إلى هذه الاعتبارات وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء ، وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع ؛ لأن قطع اليد أو الرجل يؤدي إلى نقص الكسب إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أيا كان ، ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الثراء ، وهذا يؤدي إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل .

فالشرعية الإسلامية بتقريرها عقوبة القطع دفعت العوامل النفسية التى تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة ، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية وارتكب الإنسان الجريمة مرة كان فى العقوبة والمرارة التى تصيبه منها ما يغلب العوامل النفسية الصارفة فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذى قامت عليه عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية ، وإنه لعمري خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن ، وإنه السر فى نجاح عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية قديما ، وهو

السر الذي جعلها تنجح 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 وماله 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 خير بلاد العالم كله أمناً ، يأمن فيه المسافر والمقيم ، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا تجدد من يسرقها أو يزيلها من مكانها على الطريق حتى يأتي الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها .

٤٦١ - عقوبة السرقة في القانون : وتجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة وهي عقوبة قد أخفقت في محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص ، والعلة في هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلق في نفس السارق العوامل النفسية التي تصرفه عن جريمة السرقة ؛ لأن عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس ، وما حاجته إلى الكسب في الحبس وهو موفر الطلبات مكفي الحاجات ؟ فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمي ثروته من طريق الحلال والحرام على السواء ، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأمنوا جانبه ويتعاونوا معه ، فإن وصل في الخاتمة إلى ما يبغي فذلك هو الذي أراد ، وإن لم يصل إلى بغيته فإنه لم يخسر شيئاً ولم تفته منفعة ذات يال .

أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل ، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصاً كبيراً ، وفرصة زيادة الكسب مقطوع بضياها 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 معه

رجل يحمل أثر الجريمة 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 وأن لا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة .

٤٦٢ - اعتراضات مردودة : وأعجب بعد ذلك ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية في عصرنا الحاضر ، كأن الإنسانية والمدنية أن تقابل السارق بالمكافأة على جريمته ، وأن نشجعه على السير في غوايته ، وأن نعيس في خوف واضطراب ، وأن نكسده ونشقى ليستولى على ثمار عملنا العاطلون واللصوص .

ثم أعجب بعد ذلك مرة ثانية ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية ، كأن الإنسانية والمدنية أن تنكر العلم الحديث والمنطق الدقيق ، وأن ننسى طبائع البشر ، ونتجاهل تجارب الأمم ، وأن نلغى عقولنا ونهمل النتائج التي وصل إليها تفكيرنا لناخذ بما يقوله قائله فلا يجد عليه دليلا إلا التهويل والتضليل .

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقا هي التي تتفق مع المدنية والإنسانية ، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء ؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتجارب الأمم ومنطق العقول والأشياء ، وهي نفس الأسس التي تقوم عليها المدنية والإنسانية ، أما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم ولا التجربة ولا تتفق مع منطق العقول ولا طبائع الأشياء .

إن أساس عقوبة القطع هو دراسة نفسية الإنسان وعقليته ، فهي إذن عقوبة ملائمة للأفراد ، وهي في الوقت ذاته صالحة للجاعة ؛ لأنها تؤدي إلى

تقليل الجرائم وتأمين المجتمع ، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للجماعة فهي أفضل العقوبات وأعدلها .

ولكن ذلك كله لا يكفي عند بعض الناس لتبرير عقوبة القطع ؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة ، وتلك هي خبثتهم الأولى والأخيرة وهي حجة داحضة ، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقابا إذا كان موسوما بالرخاوة والضعف ، بل يكون لعبا أو عبثا أو شيئا قريبا من هذا ، فالقسوة لا بد أن تتمثل في العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم .

وبعد ذلك فإن القانون أيها السادة الرحماء يوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة في بعض جرائم السرقة ، ويوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة في بعض آخر ، فكيف ترضى قلوبكم الرحيمة أن يوضع المحكوم عليه في السجن كما يوضع الحيوان في قفصه أو الميت في قبره طول هذه المدة محروما من حريته بعيداً عن أهله وذويه ، وأيهما أفسى قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريته ويعيش بين أهله وولده أم حبسه على هذا الوجه الذي يسلبه حريته وكرامته وإنسانيته ورجولته ؟

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 وأتم بها راضون وجب أن يرضى بعقوبة القطع ؛ لأنها جزء من كل ، ومن لم يستفزع عقوبة الإعدام فليس له أن يستفزع عقوبة القطع بأي حال .

إن الشريعة الإسلامية حين قررت عقوبة القطع لم تكن قاسية ، وهي الشريعة الوحيدة في العالم التي لا تعرف القسوة ، وما يراه البعض قسوة إنما هو القوة والحسم اللذان تمتاز بهما الشريعة يتمثلان في العقوبة كما يتمثلان في العقيدة وفي العبادات وفي الحقوق وفي الواجبات ، ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر

الألفاظ ورودا في القرآن ، وإن الشريعة لتلزم المسلم أن لا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتعبد ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها في قوله وفعله ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « الراحمون يرحمهم الرحمن » ويقول : « ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء » فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية ، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلا .

المبحث الخامس

في عقوبة الحرابة

٤٦٣ - عقوبة المحارب : - فرضت الشريعة لجريمة الحرابة أربع عقوبات

هي : ١ - القتل - ٢ - القتل مع الصلب - ٣ - القطع - ٤ - النفي - ومصدر هذه العقوبات التشريعي هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ [المائدة : ٣٣] .

٤٦٤ - القتل : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل ، وهي حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي المجنى عليه . وقد وضعت العقوبة على أساس من العلم بطبيعة الإنسان البشرية ، فالقاتل تدفعه إلى القتل غريزة تنازع البقاء بقتل غيره ليبقى هو فإذا علم أنه حين يقتل غيره إنما يقتل نفسه أيضاً امتنع في الغالب عن القتل ، فالشريعة بتقريرها عقوبة القتل دفعت العوامل النفسية الداعية للقتل بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي يمكن أن تمنع من ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر الإنسان في قتل غيره ذكر أنه سيعاقب على فعله بالقتل فكان في ذلك ما يصرفه غالبا عن الجريمة .

٤٦٥ - القتل مع الصلب : - تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا

قتل وأخذ المال فهي عقوبة على القتل والسرقة معاً أو هي عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى أو ارتكبت إحداها وهي القتل لتسهيل الأخرى ، وهي أخذ المال .

والعقوبة حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولي المجنى عليه .

وقد وضعت العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة القتل لكن لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتكاب الجريمة وجب أن تغلظ العقوبة بحيث إذا فكر الجانى فى الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصلب الجانى حياً ثم يقتل وهو مصلوب ، وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة وإنما يعاقب الحى لا الميت . ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولاً ثم يصلب ، وجبتهم أن النص قدم القتل على الصلب فى اللفظ فوجب أن يتقدمه فى الفعل ، وأن الصلب قبل القتل تعذيب للمحكوم عليه والشرعية تنهى عن التعذيب ، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع لجبه القتل طبقاً لقواعد الشريعة ، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيردع بذلك غيره ^(١) ، والرأى الأول لملك وأبى حنيفة ، والرأى الثانى للشافعى وأحمد .

والصلب مع القتل يقابل فى عصرنا الحاضر القتل رمياً بالرصاص حيث يشد المحكوم عليه إلى خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص .

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصلوب مدة طويلة ، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام ، ويحددها بعضهم ببدء تعفن الجثة فإذا بدى التعفن أنزلت الجثة ، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم

(١) المفتى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

الصلب . ويرى البعض أن يصاب بقدر ما يشهر أمره على أن تنزل الجثة قبل بدء التعفن^(١) .

وقد أحسنت الشريعة في التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقتن بأخذ المال ؛ لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لا تساوى الأخرى فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداها عن الأخرى

وقد يقال : إن لا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصاً وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوباً بالتهويل 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 صحت عقوبة القتل ، والصلب حقيقة لا يؤثر على المحكوم عليه خصوصاً إذا كان الصلب بعد الموت ولكن أثر الصلب على الجمهور شديد بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذى يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة ، فالصلب له أثره الذى لا ينكر في زجر الغير وكفه عن الجريمة .

٤٦٦ - **القطع** : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل^(٢) . والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة أى قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة السرقة . إلا أنه لما كانت الجريمة ترتكب عادة في الطرق وبعيداً عن العمران كان قاطع الطريق في أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفي أمن من المطاردة ، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجعها على العوامل الصارفة

(١) المفتى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

(٢) راجع الفقرة ٣٧٩ .

التي تبعثها في النفس عقوبة السرقة العادية ، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التي تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التي تدعو إليها .

وعقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين وهى عقوبة لا شك عادلة ، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادى ، ولأن فرصة قاطع الطريق فى النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادى .

وإذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العادية وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق فإن القانون المصرى يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العادية على الأقل ؛ لأنه يعاقب على السرفة المصحوبة بظروف بسيطة بالحبس لمدة ثلاث سنوات ويعاقب على السرقة التي تقع فى الطرقات العمومية بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، وعقوبة الأشغال المؤقتة حدها خمسة عشر عاماً فهى خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات ، وسنرى فيما بعد أن حوالى نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم فى ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم ، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلاً للإجرام وأكثر حذقاً له ، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطراً يهدد الأمن والنظام ، ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به ، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلاً مقطوع اليد والرجل يصاح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئاً حذقه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطراً على الأمن والنظام ؟ .

٤٦٧ - عقوبة النفى: تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف

الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعالميل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذى يخيف الناس ولا يأخذ منهم

مالا ولا يقتل منهم أحداً إنما يقصد الشهرة وبعد الصيت فعوقب بالنفي وهو يؤدي إلى الخمول وانقطاع الذكر ، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس بنفي الأمن عن الطريق وهو بعض الأرض فعوقب بنفي الأمن عنه في كل الأرض . وسواء صحت هذه العلة أو تلك فالعوامل النفسية التي تدعو للجريمة في كل حال قد دفعها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التي تصرف عن الجريمة ، فهو إذا فكر في الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فلم أنها تجر عليه الخمول ، وهو إذا فكر في الجريمة ليخيف الناس وينفي الأمن عنهم في بعض الأرض ذكر العقوبة فلم أنه سينفي عنه الأمن في كل الأرض ، وحينئذ ترجح في أغلب الأحوال العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها فأساس العقوبة هو العلم بطبيعة النفس البشرية .

والرأى الراجح أن النفي يكون من بلد إلى بلد داخل حدود دار الإسلام^(١) على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر^(٢) ، وعلى أن يحبس الجاني في البلد الذي ينفي إليه ، وليس للحبس أمد معين بل هو متوقف على ظهور توبة المحكوم عليه وصلاحه فإن ظهرت أطلق سراحه . وخجته في حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى ؛ لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقي مطلق السراح ، ولا يمنعه أن يفعل ما فعله من قبل ، فليكون للنفي معناه يجب أن يحبس^(٣) .

وعقوبة النفي بالمعنى السابق تقابل عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية التي عرفتها أخيراً القوانين الوضعية ، تلك العقوبة التي تقوم على حبس المحكوم

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفي هو إخراج المنفي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب وهو رأى مهمل .

(٢) مسافة القصر هي مسيرة يوم بالسير الوسط كما يرى مالك والشافعي وأحمد ، وهي مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة ، وهي سبعة عشر ميلاً كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المغني ج ١٠ ص ٣١٣ .

عليه في مكان خاص مدة غير محدودة بشرط أن لا يحبس أكثر من مدة معينة، وهذه العقوبة تطبق لنظرية العقوبة غير المحدودة وهي من أحدث نظريات العقاب في القوانين الوضعية .

وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية العقوبة غير المحدودة إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وطبقها 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 فليعلم أن يستبين مما تقدم ومما سيحيى أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هي ألزم الأشياء لهذا العصر الحديث .

المبحث السادس

في عقوبة الردة والبعث

٦٦٨ - عقوبة الردة : للردة عقوبتان عقوبة أصلية وهي القتل ، وعقوبة تبعية هي المصادرة .

١ - القتل : تعاقب الشريعة المرتد بالقتل ، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢١٧] وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامي والخروج عليه بعد اعتناقه فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل ؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامي وعليه

يقوم النظام الاجتماعى للججاعة ، فالتساحل فى هذه الجريمة يؤدى إلى زعزعة هذا النظام ومن ثم عوقب عليها بأشد العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعى من ناحية ومنعاً للجريمة وزجراً عنها من ناحية أخرى ، ولا شك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة ، ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة فإن عقوبة القتل تولد غالباً فى نفس الإنسان من العوامل الصارفة عن الجريمة ما يكبت العوامل الدافعة إليها ويمنع من ارتكاب الجريمة فى أغلب الأحوال .

وأكثر الدول اليوم تحمى نظامها الاجتماعى بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه ، وأول العقوبات التى تفرضها القوانين الموضوعية لحماية النظام الاجتماعى ، وهى عقوبة الإعدام أى القتل فالقوانين الموضوعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعى بنفس العقوبة التى وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعى الإسلامى .

ب - المصادر : عقوبة الردة التبعية هى مصادرة مال المرتد ، ويختلف الفقهاء فى مدى المصادرة فمذهب مالك والشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن المصادرة تشمل كل مال المرتد ، ومذهب أبى حنيفة ويؤيده بعض الفقهاء فى مذهب أحمد على أن مال المرتد الذى اكتسبه بعد الردة هو الذى يصادر ، أما ماله الذى اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته المسلمين ، وهناك رواية عن أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان للمرتد من يرثه من أهل دينه الذى اختاره وهى رواية غير مشهورة ^(١) .

٤٦٩ - عقوبة البغى : - تعاقب الشريعة على البغى بالقتل والأصل فى ذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْحَبُوا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغَى حَتَّى تَفِىءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴾ [الحجرات : ٩]

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعمه ما استطاع فإن جاء آخر ينافعه فاضر بوا عنق الآخر » وقوله: « ستكون هنات وهنات ، ألا ومن خرج على أمتي وهم جميع فاضر بوا بالسيف عنقه كأننا من كان » .

وجريمة البغي موجهة إلى نظام الحكم والقائمين بأمره ، وقد تشددت فيها الشريعة ؛ لأن التساهل فيها يؤدي إلى الفتن والاضطرابات وعدم الاستقرار وهذا بدوره يؤدي إلى تأخر الجماعة وانحلالها . ولاشك 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 .

الفصل الثاني

في العقوبات المقررة

لجرائم القصاص والدية

٤٧٠ - عقوبات متعردة : - جرائم القصاص والدية هي كما ذكرنا قبلا :
 (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 . وسنتكلم فيما يلي عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى .

٤٧١ - (أولا) القصاص : - جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويحرق كما جرح .

ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة فالله جل شأنه يقول : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبْ عَلَيْكُمْ الْقَصَاصَ فِي الْقَتْلِ ، الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ ، وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ ، وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى ، فَمَنْ عَنَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءًا فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّاءَ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ، ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِكُمْ ذَلِكَ ، فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ . وَلَكُمْ فِي الْقَصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩] ويقول جل شأنه ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ، وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ، وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ ، وَالْأُذْنَ بِالْأُذُنِ ، وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ، وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ، فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ، وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [المائدة : ٤٥] وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « مَنْ اعْتَبَطَ مُؤْمِنًا بِقَتْلِهِ فَهُوَ قُودٌ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى وَلِيُّ الْمَقْتُولِ » ، ويقول : « مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ، إِنْ أَحْبَبُوا فَالْقُودُ ، وَإِنْ أَحْبَبُوا فَالْعَقْلُ - أَى الدِّية - » .

وليس في العالم كله قديمه 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 غالبا . والذي يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء ، فإذا علم المجرم أنه لن يبق بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته ، وإذا علم أنه إذا تغلب على الجنى عليه اليوم فهو متغلب عليه غدا لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة ، وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية نراها كل يوم ، فالرجل العصبي المزاج السريع إلى الشر تراه أهدأ ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصمه أقوى منه أو قدر أنه سيرد على الاعتداء بمثله ، والرجل المسلح قد لا يثنيه شيء عن الاعتداء ولكنه يتراجع ويتردد إذا رأى خصمه مسلحا مثله ويستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء ؛ والمصارع والملاكم لا يتعدى أيهما شخصا يعلم أنه أكثر منه قوة أو مرانا أو جلدا ولكنه

يتحدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلدًا .

تلك هى طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص ، فكل دافع نفسى يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عن الجريمة ، وذلك مايتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث .

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط ، فتعاقب بالإعدام على القتل ولكنها لاتعاقب بالقصاص على الجراح ، وتكتفى فى عقاب الجراح بالفرامة والحبس أو بأحدهما .

ولاشك فى أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح فى نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية . أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت فى نوع العقوبة بين هاتين الجريمةتين ، ذلك أن جرمي القتل والجرح من نوع واحد وينبعثان عن دافع واحد ، ولا يكون القتل قتلاً قبل أن يكون ضرباً أو جرحاً فى أغلب الأحوال ، وإنما ينتهى بعض الجروح أو الضربات بالوفاة ، وينتهى البعض بالشفاء فتسمى هذه جراحاً كما تسمى تلك قتلاً ، ومادام الجريمةتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد ، وإذا كانت النتيجة فى كل من الجريمةتين تخالف الأخرى ، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضاً بنفس المقدار لاتزيد ولا تنقص ، فالجريمتان نوعهما واحد وأصلهما الجرح ، وعقوبتهما من نوع واحد وهو القصاص ، وإحدى الجريمةتين تنتهى بقتل الجنى عليه وعقوبتها قتل المجرم ، والجريمة الثانية تنتهى بجرح الجنى عليه وعقوبتها جرح المجرم ، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق وفنها العميق الذى لم يصل إليه القانون بعد والذى قد يصل إليه بعد حين طويل أو قصير ولكنه سيصل إليه دون شك ؛ لأن الأساس الأول فى الشرائع على العموم هو المنطق ، وما دامت القوانين تعترف بعقوبة القصاص وتطبقها على جريمة القتل ، ومادام المنطق يقضى بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضاً ، فلا بد من أن

تخضع القوانين لهذا المنطق الذى أخذت بأسبابه واعترفت بمقدماته .
 والمجنى عليه ولوليه حق العفو عن عقوبة القصاص ، فإذا عفا سقطت العقوبة .
 والعفو قد يكون مجانا وقد يكون مقابل الدية ، ولكن سقوط عقوبة القصاص
 بالعفو لا يمنع ولى الأمر من أن يعاقب الجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة .
 والأصل فى الشريعة أن المجنى عليه ليس له فى الجرائم عامة حق العفو عن
 العقوبة ، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمجنى عليه أو وليه فى جرائم القصاص
 والدية دون غيرها من الجرائم ؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالا وثيقا بشخص
 المجنى عليه ، ولأنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها ، ولم
 تحس الشريعة أن تمس حق المجنى عليه فى العفو الأمن العام والنظام ؛ لأن جريمة
 القتل والجرح إذا كانت اعتداء خطيرا على أمن الفرد ، فإنها ليست فى هدم
 الخطورة بالنسبة لأمن الجماعة ، فكل إنسان لا يخاف قاتل غيره أو ضاربه
 ولا يخشى أن يعتدى عليه ؛ لأنه يعرف أن القتل أو الجرح أو الضرب لا يكون
 إلا عن دافع شخصي ، أما السارق مثلا فيخافه كل فرد ويخشاه ؛ لأنه يعلم أن
 السارق يطلب المال أنى وجده ولا يطلب مال شخص بعينه .
 وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمجنى عليه أو وليه يؤثر على الأمن العام ،
 فإن هذا التأثير لا يكون إلا إذا أسرف المجنى عليه فى استعمال هذا الحق ،
 والإسراف بعيد الاحتمال ؛ لأن اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه مما يدعوه
 للتشدد فى استعمال حق العفو إذ فى طبيعة الإنسان أن يميل إلى الإنتقام ممن اعتدى
 عليه أكثر مما يميل إلى العفو عنه ، وإذن فى اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه
 ضمان لعدم الإسراف فى استعمال حق العفو وبالتالي ضمان لعدم المساس بأمن الجماعة .
 ولقد كانت الشريعة عملية ومنطقية فى منح حق العفو للمجنى عليه أو وليه ؛
 لأن العقوبة فرضت أصلا لمحاربة الجريمة ولـكنها لاتمتع وقوع الجريمة فى أغلب
 الأحوال ، أما العفو فيؤدى إلى منع الجريمة فى أغلب الأحوال ، لأنه لا يكون إلا

بعد الصلح والتراضى وصفاء النفوس وخلوها من كل ما يدعو إلى الجريمة والإجرام فالعفو هنا يؤدي وظيفة العقوبة وينتهي إلى نهاية تعجز العقوبة عن الوصول إليها ، وهذا هو الوجه العملي لتقرير حق العفو . أما من ناحية المنطق فقد قلنا إن جرائم القتل والجرح جرائم شخصية فهي تصدر عن دوافع شخصية في نفس المجرم سببها شخصية المجنى عليه ، وهي تمس المجنى عليه في حياته وبدنه أكثر مما تمس المجتمع في أمنه ، فمن حق المجنى عليه أن يكون لشخصيته اعتبار في توقيع العقوبة ما دامت الجريمة متصلة بشخصه هذا الاتصال .

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 أن من القوانين الوضعية ما يعترف بحق الزوج وهو المجنى عليه في جريمة الزنا في أن يعفو عن عقوبة زوجته الزانية . فالشريعة إذن لم تأت بشيء غريب حين اعترفت للمجنى عليه بحق العفو وإنما جاءت بمبدأ تعترف به اليوم أحدث 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 يؤدي إلى الوفاق والوئام ، ويقضي على دواعي النفور وبواعث الانتقام ، فقتل بذلك الجرائم وتخف حدة الإجرام ، أما القانون فقد أساء اختيار المنطقة التي يطبق فيها المبدأ ، لأن تقرير حق العفو في جريمة الزنا يؤدي إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق ، ويهدم نظام الأسرة وإن أريد به الوفاق الوقتي بين الزوجين ، وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركن الركين الذي يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون لهدم الجماعة وإنما وجد للمحافظة عليها .

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه وتوفر شروطه ، فإذا لم يكن ممكناً ولم تتوفر شروطه امتنع الحكم

به ووجب الحكم بالدية ولولم يطلب الجنى 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 عامة . ومذهب مالك على إيجاب عقوبة التعزير كلما سقط القصاص أو امتنع الحكم به في حالة القتل والجرح^(١) .

والقصاص هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح في حالة العمد ، أما الدية أو التعزير فكلاهما عقوبة بدلية تحل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو .

٤٧٢ — (ثانياً) الدية : — جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ ، ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول فالله جل شأنه يقول : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ [النساء : ٩٢] والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ألا إن في قتل عمد خطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

والدية مقدار معين من المال وهي وإن كانت عقوبة إلا أنها تدخل في مال الجنى عليه ولا تدخل خزانة الدولة ، وهي من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصاً وأن مقدارها يختلف تبعاً لجسامة الإصابات ويختلف بحسب تعمد الجاني للجريمة وعدم تعمده لها .

ومن الخطأ اعتبار الدية تعويضاً لهذا التشابه القوي بينها وبين التعويض إذ الدية عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد ، وكذلك من

التجاوز اعتبارها عقوبة خالصة وهى مال خالص للمجنى عليه ، وأفضل ما يقال فى الدية أنها عقوبة وتعويض معاً ، فهى عقوبة لأنها مقررة جزاء للجريمة ، وإذا عفا المجنى عليه عنها جاز تعزير الجانى بعقوبة تعزيرية ملائمة ، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه ، ولما جاز عند العفو عنها أن تحمل محلها عقوبة تعزيرية ، وهى تعويض لأنها مال خالص للمجنى عليه ولأنه لا يجوز الحكم بها إذا تنازل المجنى عليه عنها .

وعقوبة الدية ذات حد واحد فليس للقاضى أن ينقص منها شيئاً أو يزيد فى مقدارها ، وهى إن اختلفت فى شبه العمد عنها فى الخطأ واختلفت فى الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته فإن مقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة ، فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى ، ودية الوضع كدية الشريف ، ودية المحكوم كدية الحاكم ، ومن المتفق عليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فى القتل ، أما فى الجراح فأبو حنيفة والشافعى ^(١) يريان أن ما يجب للمرأة هو نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة ، بينما يرى مالك وأحمد ^(٢) أن المرأة تساوى الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد الواجب على ثلث الدية فالمرأة نصف ما يجب للرجل ^(٣) . وهناك خلاف على دية غير المسلمين فالبعض يسوى بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما ^(٤) .

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد ، فجعلتها فى الأول القصاص وفى الثانى الدية المغلظة ؛ لأن الجرم فى القتل العمد يقصد قتل

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٣ .

(٣) هذه القاعدة مطلقة عند أحمد أما مالك فيقيدها باتحاد الفعل واتحاد المحل . راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٧ المذهب ج ٢ ص ٢١١ .

الجنى عليه أما في شبه العمد فالجرم لا يقصد قتل الجنى عليه ، ووجود هذا الفرق بينهما في الفعل يمنع من التسوية بينهما في العقوبة ، فضلا عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد ؛ لأن القصاص يقتضى التماثل بين ما يفعله الجانى وما يفعل به ، والجانى لم يقصد قتل الجنى عليه ، فإذا قتل الجانى بالجنى عليه فإن قاتل الجانى لا بد أن يقصد قتله ، وهنا ينعدم التماثل ، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد .

وفرت الشريعة بين عقوبة العمد الخالص والخطأ ، فجعلتها في حالة العمد القصاص وفي حالة الخطأ الدية الخفيفة ، ناظرة في ذلك إلى أن الجانى في جرائم العمد يتعمد الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بمختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية ، أما الجانى في جرائم الخطأ فإنه لا يتعمد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها ، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياظه يؤدي إلى وقوع الفعل المكون للجريمة دون أن يتجه ذهن الجانى إلى هذا الفعل بالذات ، فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوى هو اتجاه الجرم النفسى للجريمة ، وعنصر مادى هو الفعل المكون للجريمة أما جريمة الخطأ فيتوفر فيها العنصر المادى فقط وينقصها العنصر المعنوى لتساوى الجريمة العمدية ، والفرق بين نفسية الجانى المتعمد وبين نفسية الجانى الخطىء هو علة التفرقة في عقوبة الجريمتين ، والفرق بين النفسيتين يساوى تماماً الفرق بين العقوبتين ؛ لأن الجرم المتعمد إذا تجرد من العوامل النفسية التى دعت له لارتكاب الجريمة أصبح مساوياً للجرم الخطىء ولم يبق إلا العنصر المادى للجريمة ، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد في حالة العفو وبين عقوبة الخطأ وجعلتها الدية في الحالين ، فكأن العفو ينصرف إلى العنصر المعنوى في الجريمة العمدية . فإذا كان العفو عن الدية انصرف إلى العنصر المادى في الجريمتين . ولم تعاقب الشريعة في حالة الخطأ بالقصاص ؛ لانعدام الدوافع النفسية لدى

الجاني ، ولأنه لم يعتمد الجريمة ولم يفكر فيها ، ولكن لما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص ، ولما كان يتسبب عنها في الغالب أضرار مالية للجاني عليه أو لورثته ، فقد رأت الشريعة لهذين السببين أن تكون العقوبة في أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال ، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذي يتعب الناس أنفسهم في الحرص عليه ، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بالمال ، ولا شك أن هذه العقوبة كافية لحمل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة .

ويتضح مما سبق أن الدية عقوبة مشتركة بين العمد الذي لا قصاص فيه وبين شبه العمد وبين الخطأ ، ولكن مقدار الدية ليس واحداً في هذه الحالات الثلاث فدية العمد وشبه العمد واحدة وهى الدية المغلظة ، ودية الخطأ هى الدية الخفيفة . والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل ، والتغليظ والتخفيف لا دخل لهما في العدد وإنما يكون في أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهى مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أماما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

والأرش على نوعين : أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول : هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثانى هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضي تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الدية : والقاعدة العامة أن دية العمد تجب في مال الجاني عليه دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو مادون النفس ، إلا أن مالكا يستثنى من هذه القاعدة أرش الجراح التى يتمتع القصاص فيها خوف تلف الجاني ككسر الفخذ والجائفة ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجاني ما بلغ ثلث دية الجاني أو

المجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجريمة قد ثبتت على الجاني بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً^(١).

ولكن الفقهاء اختلفوا فيمن يحمل الدية إذا كان الجاني صغيراً أو مجنوناً ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعدد الفعل ؛ لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمد ، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ^(٢) وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما وهو المرجوح يتفق مع الرأي السابق ، والثاني هو الراجح^(٣) يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد ؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما ، فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما .

ويختلف الفقهاء في حكم شبه العمد^(٤) والخطأ ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل ما يبلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجاني ، فما كان دون الثلث فهو على الجاني وحده^(٥) ويرى أحمد أن الجاني يحمل ما دون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه حملته ماقلة^(٦) . ويرى أبو حنيفة أن الجاني يحمل ما دون نصف عشر الدية الكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة^(٧) . ويرى الشافعي أن العاقلة تحمل الجميع مائل أو كثر ؛ لأن من أزم بالكثير أزم بالقليل من باب أولى^(٨).

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ — بدائع ج ٧ ص ٢٥٥ — المغني ج ٩ ص ٤٨٨ المذهب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٠ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ — المغني ج ٩ ص ٥٠٤ .

(٣) المذهب ج ٢ ص ٢١٠ .

(٤) يلاحظ أن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل طبقاً لمشهور مذهبه إما أن يكون عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

(٦) المغني ج ٩ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ .

(٨) المذهب ج ٢ ص ٢٢٧ .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجاني من الدية ما يحمله أحد أفراد العاقلة ، أما الشافعي وأحمد فيريان أن لا يحمل الجاني شيئاً مع العاقلة .

العاقلة : هي من يحمل العقل . والعقل هو الدية وسميت عقلاً ؛ لأنها تعقل لسان ولي المقتول ، وقيل : إنها سميت العاقلة ؛ لأنهم يمنعون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع .

وعاقلة القاتل هم عصباته ، فلا يدخل في العاقلة الإخوة لأُم ولا الزوج ولا سائر ذوى الأرحام .

ويدخل في العصابة سائر العصابات مهما بعدوا ؛ لأنهم عصابة 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 يحجب بها ويشق عليها ؛ لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجاني والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجاني بما يشق على غيره ويحجب به ، ولو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به ؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإن لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى .

واختلف الفقهاء في مقدار ما يحمله كل فرد ، فقال مالك وأحمد بترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه . وفي مذهب مالك رأى بفرض دينار على كل شخص ، وفي مذهب أحمد رأى آخر بفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعي . ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة كما يرى التسوية بين الغني ومتوسط الحال^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ المذهب ج ٢ ص ٢٣٠ ،

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على زائل العقل شيء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به ؛ ولأن المرأة والصبي والمجننون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن مؤلأء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجاني عاقلة أصلاً أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم تكن عاقلة أو كانت عاقلة ولكنها فقيرة أخذت الدية كلها من بيت المال وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال . وهذا الرأي هو مذهب مالك والشافعي وظاهر مذهب أبي حنيفة ومذهب أحمد . الثاني : ويرى أصحابه أن الدية تجب في مال القاتل ؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسئول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأي رواية عن أبي حنيفة لحمد ويقول به بعض الحنابلة^(١) .

علة تحميل العاقلة الدية : وتحميل الدية للعاقلة معناه أن آخرين غير الجاني يحملون وزر جريمته ، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة : ﴿ لا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ إلا أن ظروف الجناة والمجنني عليهم هي التي سوغت هذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازماً لتحقيق العدالة والمساواة ، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبررات الآتية : -

١ - لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخطيء وزر عمله لسكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ، ولا تمنع تنفيذها على الفقراء . وهم الكثرة ويتبع هذا أن يحصل المجنى عليه أو وليه على الدية كاملة إن كان الجاني غنياً ، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال ، أما إذا كان الجاني فقيراً وهو كذلك في أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شيء ، وهكذا تنعدم العدالة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - المغني ج ٩

ص ٥٢٤ المذهب ج ٢ ص ٢٢٨ .

والمساواة بين الجناة. كما تنعدم بين المجنى عليهم ، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجبا لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ - إن الدية وإن كانت عقوبة إلا أنها حق مالى المجنى عليه أو وليه وقد روعى في تقديرها أن تكون تمويضا عادلا عن الجريمة ، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل المتهم وحده بالدية لما أمكن أن يصل معظم المجنى عليهم إلى الدية التي يحكم بها ؛ لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد ، إذ الدية الكاملة مائة من الإبل تقدر بألف دينار ، ولا شك أن ثروة الفرد الواحد في أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار لدية الواحدة ، فلو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجاني وحده وزر عمله لكان ذلك مانعا من حصول المجنى عليهم على حقوقهم ، فكان ترك القاعدة إلى هذا الاستثناء هو الضمان الوحيد الذى يضمن وصول الحقوق المقررة إلى أربابها .

ويلاحظ أن المجنى عليهم في جرائم العمد لا يتعرضون لمثل هذه الحالة ؛ لأن العقوبة الأصلية هى القصاص ولا تستبدل بها الدية إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه عن القصاص ، ولن يعفو أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامنا الحصول على الدية ، فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجاني كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار المجنى عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذى وضع فيه نفسه .

٣ - إن العقاب تحمّل الدية في جرائم الخطأ أو في شبه العمد وهو ملحق بالخطأ وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط ، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً ، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم ، كما أن الفرد ينقل دائماً عن أسرته ويتشبه بأقاربه ، فكان الإهمال وعدم الاحتياط هو فى الغالب ميراث الأسرة، ولما كانت الأسرة تأخذ عن البيئة والجماعة فيكون الإهمال وعدم الاحتياط فى النهاية ميراث الجماعة ، فوجب لهذا

أن تتحمل أولاً عاقلة الجاني نتيجة خطئه ، وأن تتحمل الجماعة أخيراً هذا الخطأ كلما عجزت العاقلة عن حمله .

ويمكننا أن نقول أيضاً : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعزة والقوة ، وإن هذا الشعور يتولد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة ، فالمشاهد أن من لا أسرة له يكون أكثر احتياطاً ويقظة عن له أسرة ، وأن المنتمين للأقليات يكونون أكثر حرصاً من المنتمين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ مادام أنهما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤ - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التضامن والتعاون ومن واجب الفرد في كل أسرة أن يناصر باقي أفراد الأسرة ويتعاون معهم . وكذلك واجب الفرد في كل جماعة . وتحمل العاقلة أولاً والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجاني يحقق التضامن والتضامن تحقيقاً تاماً بل إنه يحدده ويؤكده في كل وقت . فكلما وقعت جريمة من جرائم الخطأ اتصل الجاني بعاقلته واتصلت العاقلة بعضها ببعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم . ولما كانت جرائم الخطأ تقع كل يوم فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتضامن بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجدداً مستمراً .

٥ - إن الحكم بالدية على الجاني وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم ؛ لأن الجاني الذي تحمل عنه العاقلة اليوم دية جرمته ملزم بأن يتحمل غداً بنصيب من الدية المقررة لجريمة 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 - إن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حيطة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ، والدية مقررة بدلاً من الدم وصيانة له عن الإهدار ، فلو تحمل كل

نجان وحده بالدية التي تجب بجريمته وكان عاجزاً عن أدائها ، لأهدر بذلك دم الجنى عليه ، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجباً حتى لاتذهب الدماء هدرًا دون مقابل .

هذه هي أهم المبررات التي دعت إلى الخروج على القاعدة العامة ، ولعل هذا الاستثناء هو في الشريعة الإسلامية الاستثناء الوحيد لقاعدة ألا تزر وازرة وزر أخرى أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميها النظريات القانونية الحديثة ، وقد أخذت الشريعة بهذا الاستثناء ؛ لأنه يحقق الرحمة والمساواة والعدالة ويمنع إهدار الدماء ويضمن الحصول على الحقوق ^(١) .

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم ؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة وتسوية بين الجناة والجنى عليهم لا يمكن أن يقوم في عهدنا الحاضر ، لأن أساسه وجود العاقلة ، ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود اليوم إلا في النادر الذي لا حكم له ، وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا يتحمل أن تفرض عليه كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتعوا إلى قبائهم وأصولهم ، أما الآن فلا شيء من هذا في أغلب البلاد والأقطار ، وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، فإما الرجوع على الجاني بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال .

والرجوع على الجاني يؤدي إلى إهدار دماء أكثر الجنى عليهم ؛ لأن أكثر الجناة فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء وحياطتها ، كما أن الرجوع على الجاني يؤدي إلى انعدام العدالة والمساواة .

والرجوع على بيت المال يرهق الخزانة العامة ، ولكنه يحقق العدالة والمساواة ويصون الدماء ، ويحقق أغراض الشريعة ، وإذن فيجب أن لا يكون الخوف من إرهاب الخزانة مانعاً من العدالة والمساواة ، وحاتلاً دون تحقيق أغراض

الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تفرض ضريبة عامة تخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تخصص الغرامات التي يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض ، وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين .

ولقد أخذت بعض الدول الأوروبية بهذه الفكرة كالألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التي تحكم بها المحاكم ، وخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض المجنى عليهم في الجرائم بشرط أن تكون أموال الجاني لا تكفي للتعويض (١) .

وهذا الذي أخذت به بعض البلاد الأوروبية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقيق بعض الأغراض التي ترمى الشريعة لتحقيقها ، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه في البلاد الأوروبية فأولى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه بيننا على الوجه الذي يحقق أغراض الشريعة ويلائم ظروفنا .

٤٧٣ — (ثالثاً) — الكفارة: — الأصل في الكفارة قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ [النساء : ٩٢] .

والكفارة عقوبة أصلية وهي عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ، ومن المتفق عليه أنها واجبة

فى القتل الخطأ وكذلك القتل شبه العمد ؛ لأنه يشبه الخطأ من وجه إذا الجانى لا يقصد قتل المجنى عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى وجوب الكفارة فى القتل العمد ، فىرى الشافعى أنها تجب فى القتل العمد ؛ لأنها إذا وجبت فى القتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب فى العمد وقد تغلظ بالإثم أولى ^(١) ، ولأحد رأى يتفق مع رأى الشافعى ولكن المشهور فى المذهب أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن نص القتل العمد ؛ جاء خلواً من الكفارة ^(٢) . ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن الكفارة من القموهات للمقدرة فلا بد من النص عليها ^(٣) . ولا يوجب مالك الكفارة فى القتل العمد ولكنه يراها مندوباً إليها فى العمد الذى لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لما منع شرعى أو للعفو ^(٤)

ولا يفرق مالك والشافعى وأحد فى القتل الذى تجب فيه الكفارة بين أن يكون القتل مباشراً أو بالتسبب ، ولكن أبا حنيفة يرى أن لا كفارة فى القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى : ولو كان خطأ ^(٥) .

على من تجب الكفارة ؟ - تجب الكفارة عند الشافعى وأحد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ ، عاقلاً أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم ^(٦) . ويرى مالك أنها تجب على الصبى والبالغ والعائل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم ؛ لأنها تعبدية ^(٧) . ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم ؛ لأن الصبى والمجنون

(١) المذهب ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ - المغنى ج ١٠

ص ٣٧ المذهب ج ٢ ص ٢٣٤

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٧) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٦ .

لا يخاطب كلاهما بالشرائع أصلاً ؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها في نفس الوقت عبادة ^(١)

وحجة الشافعي وأحمد بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألأ عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما غير المسلم فهو ملزم بالكفارة لمعوم النص .

الصيام : والصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهي العتق ، ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته ، فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه .

٤٧٤ - رابعاً : الحرمان من الميراث : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية تصيب القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل ، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « ليس للقاتل شيء من الميراث » وقوله « ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة »

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق مذهبان في هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان القتل مباشرة أو تسبياً ، وسواء اقتص من القاتل أو درى عنه القصاص لسبب ما . أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الدية التي وجبت بالقتل ^(٢) . والرأى الراجح في المذهب يقضي بحرمان الصغير والمجنون من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أياً كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرة لا تسبياً ، وأن يكون عدواناً ، وأن لا يكون من صغير ولا مجنون ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ ، ٥٠٠ .

واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا ؛ لأنه قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث ؛ لأنه قتل بحق . ومنهم من قال إن كانت متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث ، كما فى القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم على مورثه فى جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم ؛ لأنه متهم فى قتله باستعجال الميراث وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان كما لو حكم عليه فى الزنا بإقراره .

والرأى الراجح فى المذهب غير هذين وهو أن القاتل يحرم الإرث فى كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسبياً وسواء كان القتل بحق أو بغير حق ، وسواء كان القاتل بالغاً عاقلاً أو صغيراً أو مجنوناً وأصحاب هذا رأى يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعجال الميراث^(١) .

ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث ، أما غير المضمون فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصاً . ويعلمون حرمان الصبي والمجنون من الميراث فى مذهب أحمد ؛ بأن مافعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه بمقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الجانى من الميراث بل إن الاحتياط يقتضى المنع من الميراث صونا للدماء^(٢) .

٤٧٥ - الحرمان من الوصية : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية ، والأصل

فيها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » وقوله : « ليس لقاتل شيء » .
 وذكر الشئ نكرة فى محل النفى يعم الميراث والوصية جميعاً .

(١) المذهب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ - مجلة القانون والاقتصاد ص ٦ ص ٥٨٦ .

٤. اختلف الفقهاء في تفسير هذين النصين وتطبيقاتهما :-

ففي مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ ، ويتفقون على أنه القتل الخطأ لا يصلح سببا للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له في المال ولو لم يكن المقتول عالما بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحته الوصية في المال وفي الدية . ولكنهم اختلفوا في القتل العمد ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم أنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح في المال ولا تصح في الدية ؛ لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت ، وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمدا سواء علم الموصى بأنه قاتله أو لم يعلم ، ويستوى عند أصحاب هذا الرأي أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهي صحيحة في الحالين ^(١) .

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرا ، وأن يكون عدوانا وأن يكون من بالغ عاقل . ويرى أبو حنيفة أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة ^(٢) .

وفي مذهبي الشافعي وأحمد نظريتان :-

الأولى : ويرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل ، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين : فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغي أن تتوافر فيها شروط الهبة . وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ - شرح الدردير ج ٤ ص ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

الثانية : — يرى أصحابها أن الوصية للقاتل صحيحة في كل حال دون حاجة لإجازة الورثة ^(١)

الفصل الثالث

في عقوبات الكفارات

٤٧٦ - الكفارة : — هي العقوبة المقررة على المعصية بقصد التكفير عن إتيانها . والكفارة في الأصل نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو إطعام مساكين أو صوم ، فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهي عبادة خالصة كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على ما يعتبر معصية فهي عقوبة جنائية خالصة كالكفارة في القتل الخطأ ؛ ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها ومن أجل هذا فهي لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح .

والجرائم التي يحكم فيها بالكفارة محدودة وهي : (١) إفساد الصيام . (٢) إفساد الإحرام (٣) الحنث في اليمين (٤) الوطء في الحيض (٥) الوطء في الظهار (٦) القتل .

والكفارة الواجبة في كل هذه الجرائم ليست واحدة وهي تختلف في نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة .

وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبة مقدرة أخرى كما هو الحال في القتل الخطأ فعقوبته الدية والكفارة معا وكلاهما عقوبة مقدرة ، وقد تصحب الكفارة

عقوبة غير مقدرة أى عقوبة تعزيرية كما هو الحال فى الظهار ^(١) .
والكفارات التى فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هى : العتق ، والإطعام ،
والكسوة ، والصيام .

أولاً - العتق : - المقصود عتق رقبة أى تحرير أحد الأرقام ، ويشترط فى
الريق المعتق شروطاً خاصة لا محل لذكرها هنا ، كما يشترط لعتق الرقبة أن
تكون فاضلة عن حاجة المعتق ، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته
تصدق بقيمتها .

واليوم وقد بطل الرق فى العالم كله تقريباً يجب على من وجب عليه عتق
رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

ثانياً - الإطعام : - المقصود بالإطعام إطعام المساكين ، وكفارة الإطعام
تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما فى كفارة
اليمين ، وقد تكون إطعام ستين مسكيناً كما هو الحال فى إفساد الصوم .
ويجزىء فى الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله وأن يكون
مرة واحدة .

ثالثاً - الكسوة : الكسوة لا تدخل فى غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها
إلا فى كفارة اليمين ، ولا يجزىء فى الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله
تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ﴾ .
رابعاً - الصيام : والمقصود صيام الجانى ، والصوم لا يكون عادة إلا فى
حالة العجز عن الكفارات الأخرى ، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة
التي يكفر عنها ، فقد يكون ثلاثة أيام كما فى كفارة اليمين أو صوم شهرين كما فى
القتل الخطأ .

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ - المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ - أسنى
المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

ومن المسلم به أن الصيام لا يجوز إلا في حق المسلم ، أما غير المسلم فلا يطلب منه التكفير بالصيام ؛ لأن الصوم عبادة لا يلزم بها غير المسلم .

الفصل الرابع

في عقوبات التعازير

٤٧٧ - ماهية التعازير : - التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود أى : هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأىها عقوبة مقدرة .
والتعازير هى مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهى بأشد العقوبات كالحبس والجلد ، بل قد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة وحال الجرم ونفسيته وسوابقه .

ويعاقب بالتعزير على كل الجرائم فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة ، ولا يعاقب عليها بالتعزير باعتبار التعزير عقوبة أصلية وإنما باعتباره عقوبة بدلية تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توفر شروط الحد ، أو باعتباره عقوبة إضافية تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتعزير فى الزنا عند أبى حنيفة ، وإضافة التعزير للقصاص فى الجراح عند مالك ، وإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعى .

وقد جرى التشريع الجنائى الإسلامى على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن تقييد القاضى بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدى وظيفتها ، ويجعل العقوبة غير غادلة فى كثير من الأحوال ؛ لأن ظروف الجرائم والجرمين تختلف اختلافاً بينا ، وما قد يصلح مجرماً بعينه قد يفسد مجرماً آخر ، وما يردع شخصاً عن جريمة قد لا يردع غيره

ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وحماية الجماعة من الإجرام ، وللقاضي أن يعاقب بمقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها إن كانت العقوبة ذات حدين ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما 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 الجرائم الخطيرة وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فقد وضعت لها الشريعة عقوبات مقدرة ، ولم تترك للقاضي أي 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 تنسج لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه وتحمي الجماعة من الإجرام ، والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٤٧٨ - الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات : هناك فروق ظاهرة

تميز التعازير عن 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 بطبيعتها ذات حدين كالجلد؛ لأن تقديرها وتعيينها يجعلها في حكم العقوبة ذات الحد الواحد .

أما التعازير فهي عقوبات غير مقدرة ، فللقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة ، وهى فى الغالب ذات حدين وللقاضى أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، على أن من عقوبات التعازير ما هو ذو حد واحد كالتبويب والنصح ، ولكن القاضى مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هى بالذات الملائمة للجريمة والمجرم .

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولى الأمر ، أما التعازير فتقبل العفو من ولى الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم ، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً .

٤٧٩ - أنواع التعازير : التعازير على أنواع فى الشريعة ، وسنذكر فيما يلى أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلاً موضع العمل ، وعليها أن لا ننسى أن مبادئ الشريعة لا تمنع من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

٤٨٠ - عقوبة القتل : الأصل فى الشريعة أن التعزير للتأديب ، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً^(١) فينبغى أن لا تكون عقوبة التعزير مهلكة ، ومن ثم فلا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع^(٢) .

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٤٤ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ - أسنى الطالب

ج ٤ ص ١٦١ ما بعدها .

(٢) المراجع السابقة وتبصرة الأحكام ج ٢ ص ٢٦٤ والإقناع ج ٤ ص ٢٦٩ .

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا استثناء من هذه القاعدة العامة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله ، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة^(١) .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء استثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية ، بل يجب أن يعين ولى الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدتها ، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه ، أو كان استئصال المجرم ضرورياً لدفع فساده وحماية الجماعة منه .

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمون القتل سياسة ، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، يأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية^(٢) ولكن أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل خدأً أو قصاصاً في المذاهب الأخرى ، فما يظن توسعاً في مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسع ظاهرى في أكثر الحالات ، فمثلاً يبيح الحنفية القتل تعزيراً في جريمة القتل بالمثل وفي جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصاً في الحالة الأولى أو خدأً في الحالة الثانية ، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد قتل القاتل بالمثل قصاصاً وقتل اللاتط والموط به خدأً ، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيراً بينما يراه غيرهم مرتداً بدعوته للبدعة فيقتل خدأً .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ - الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٦ - الاختيارات لابن تيمية ص ١٧٨ ، ١٧٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٧ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٨ .

(٢) لا يبيح الشافعيون ومعظم المالكيين القتل تعزيراً ويفضلون أن يحبس الجاني المفسد الذي يستنصر بجرائمه إلى غير أمد لكشف شره عن الجماعة ، ويؤيدهم في هذا الاتجاه بعض الحنابلة .

والقتل تعزيراً بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا في جرائم تعزيرية محدودة العدد ، وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جعلت القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم الحدود هي : الزنا ، والحاربة ، والردة ، والبنى . وجعلته عقوبة في جريمة واحدة من القصاص هي القتل العمد ، فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يحيزون القتل تعزيراً ، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يبيحون القتل تعزيراً ، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها ، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض ، ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة في هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف في عقوبة القتل إلى حد بعيد بحيث كان القانون الإنجليزي مثلاً يعاقب على مائتي جريمة بالإعدام ، والقانون الفرنسي يعاقب على مائة وخمس عشرة جريمة بالإعدام .

ولقد حاولت بعض البلاد الأوربية في العهد الأخير أن تُلغى عقوبة القتل ولكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التي ترى في عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين ، بل إن بعض البلاد التي ألغت عقوبة القتل فعلاً كإيطاليا والروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة في قوانينها .

وعقوبة القتل مقررة في كل الدول الكبرى كإنجلترا وألمانيا وفرنسا وأمريكا وأهم ما يبرر به شراح القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستئصال المجرمين الخطرين على الجماعة ، وهذه هي نفس المبررات التي قاله بها فقهاء الشريعة .

٤٨١ - عقوبة الجلد : تعتبر عقوبة الجلد من العقوبات الأساسية في

الشريعة ، فهي عقوبة من العقوبات المقررة للحدود ، وهي من العقوبات المقررة

فى جرائم التعازير ، بل هى العقوبة المفضلة فى جرائم التعازير الخطيرة . ولعل وجه تفضيلها على غيرها أنها أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين الخطيرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه ، وأنها ذات حدين فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذى يلائم جريمته ويلائم شخصيته فى آن واحد .

وتتمتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذها لا يتقل كاهل الدولة ، ولا يعطل المحكوم عليه عن الإنتاج ، ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أو الحرمان كما هو الحال فى الحبس مثلاً ، فالعقوبة تنفذ فى الحال ، والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله ، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بعقابه أهله .

وأهم ميزة عقوبة الجلد أنها تحمى المحكوم عليه من شر الحابس وما تجرعه على الحبوسين من إفساد الأخلاق والصحة ، واعتياد التعطل والنفور من العمل .

الحد الأعلى للجلد : اختلف فى الحد الأعلى للجلد ، فمشهور مذهب مالك أن تعيين الحد الأعلى متروك لولى الأمر ؛ لأن التعزير يكون بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولى الأمر ، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب فى جرائم الحدود لا يزيد على مائة جلدة (١)

ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الحد الأعلى للجلد فى التعزير تسعة وثلاثون سوطاً ، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطاً . وأساس هذا التحديد ما صح عندهم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين » ويرجع الخلاف بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف إلى أن أبى حنيفة وسعد رأيا أن لفظ الحدود ورد فى الحديث منكراً ، فقالا : إن المقصود به حد ما ، والأربعون حد كامل الرقيق ، فإذا نقصت سوطاً أصبح الحد

الأعلى للتعزير تسعة وثلاثين ، أما أبو يوسف فصرف لفظ الحد إلى حد الأحرار وأقله ثمانون ، وكان القياس أن يجعل الحد الأعلى تسعة وستين سوطاً ولكنه اقتنى أثر على بن أبي طالب حيث جعل الحد الأعلى للتعزير خمسة وسبعين سوطاً ينقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار^(١) .

وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأى أبي حنيفة ومحمد ، والثاني يتفق مع رأى أبي يوسف ، والثالث يرى أصحابه أن يزيد الحد عن خمسة وسبعين^(٢) ولا يصل إلى مائة^(٣) بشرط أن تقاس كل جريمة بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف ، وينقص تعزير السب عن حد القذف ، أى : أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية قدر الحد فيها ، فلا يبلغ التعزير على النظر والمباشرة حد الزنا ، ولا بالتعزير على الشتم دون قذف حد القذف .

وفي مذهب أحمد آراء متعددة، منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التي ذكرناها في مذهب الشافعي، وهناك رأيان مختلفان : أولهما : أن الجلد لا يصح أن يبلغ في كل جنابة حداً مشروعاً في جنسها ، ولكنه يصح أن يزيد على الحد في جنابة من غير جنس الجنابة المشروع فيها الحد ، فمثلاً حد الزاني غير المحصن الجلد مائة جلدة وحد الزاني المحصن الرجم ، فلا يصح أن يعاقب على الخلوة أو المباشرة أو التقبيل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلدة إذا كان الفاعل غير محصن حتى لا يبلغ العقاب حداً في غير حد ، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محصناً أن يجلد مائة جلدة فأكثر ؛ لأن حد الزاني المحصن هو الرجم والجلد أيأ كان عدد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٥١ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠١ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

(٣) يرى فريق من الشافعية أن يزيد الجلد على مائة بشرط أن تكون الجريمة مما لم يرد في نوعها حد مقدر . راجع مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسية ، ص ٥٧ والطرق الحسكية ص ١٠٦ . ولم أجد لهذا الرأي أثراً فيما لدى من كتب الشافعية .

الجلدات لا يبلغ حد الرجم ، وثانيهما : أنه لا يصح أن يزداد في التعزير على عشرة أسواط بأى حال ، وحجة القائلين بهذا رأى الأخير مارواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى »^(١) وينسب بعض الفقهاء هذا رأى للشافعية ، ولكنى لم أجده أثرا فيما لدى من كتب الشافعية ، وحجة من نسبوه للشافعية أن الشافعى قال : إذا صح الحديث فهو مذهبي والحديث الذى بنى عليه هذا رأى صحيح^(٢) .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحد إلى حديثي الرسول اللذين ذكرناهما وهما قوله : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » وقوله : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » فأما الحديث الأول فلا يرد من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك بحجة أنه منسوخ ، وعندهم أنه لا حد لأكثر التعزير ، وأن للامام أن يزيد في التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك مجانباً لهوى النفس ، وأما الحديث الثانى فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء في مذهب أحمد ، ومن رده يرده ؛ لأنه منسوخ ، أو لأنه مقصور على زمن الرسول^(٣) .

ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا في تفسيره ، ففسره البعض بأنه يمنع من أن تصل العقوبة في التعزير إلى العقوبة في أدنى الحدود ، ونظر فريق منهم إلى العبيد فقال : إن الحد ينصف لهم ، فأدنى الحدود حدودهم ، وأدنى حد لهم هو أربعون جلدة ، وقال الفريق الثانى : بل ننظر إلى حدود الأحرار وأدنى حد

(١) فتاوى ابن تيمية المجلد الرابع . الاختيارات ، ١٧٨ - المغنى ج ١٥ ص ٣٤٧ ، الطرق الحكمية ص ١٠٦ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - الطرق الحكمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦٣ .

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 مائل الشرب والقذف في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين ، وما مائل الزنا في موضوعه أو في خطورته لم يصل فيه التعزير إلى مائة جلدة . وفسر البعض الآخر الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية على جريمة في جنسها الحد إلى عقوبة الحد فإن لم يكن في جنسها حد جاز أن تصل إلى عقوبة الحد وإلى أكثر منها ، فمثلا لا يجوز عقاب من وجد في فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا مادام لم يوطأها ؛ لأن حد الزاني غير المحصن هو الجلد مائة جلدة ، ولكن يجوز جلده مائة جلدة إذا كان محصنا ويجوز جلده أكثر من مائة ؛ لأن حد الزاني المحصن الرجم ، ويجوز جلد السارق أكثر من مائة جلدة ؛ لأن حد السرقة هو القطع وهكذا ، وإذا لم يكن في جنس الجريمة حد مقرر جاز الوصول بالتعزير إلى الحد الذي يراه ولي الأمر^(١) . فكأن الغرض من الحديث أن لا يعاقب على جريمة شرع في جنسها الحد بعقوبة الحد مادامت شروط عقوبة الحد لم تتوفر حتى لا يسوى في العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة ، وبين الفعل الذي توفرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذي لم تتوفر فيه هذه الشروط . ولعل هذا الرأي الأخير هو أحسن الآراء من الوجهة العملية وأفضلها من الوجهة المنطقية .

ويرى بعض الفقهاء أن يكون أقل الجلد ثلاث جلدات ؛ لأن هذا القدر أقل ما يزجر ، ولكن البعض لا يرى جعل حد أدنى للجلد ؛ لأن أثر الزجر يختلف باختلاف الناس^(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٧ - الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٤ .

وليس في الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأية جريمة من جرائم التعزير، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود، فيعاقب بالجلد على السرقات التي لأحد فيها، وعلى الزنا الذي لأحد فيه، وعلى القذف الذي لأحد فيه وهكذا^(١)، ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعاقب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التي ليس في جنسها ما يوجب الحد، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأديباً وأكثر ردعاً عن ارتكاب الجرائم الخطيرة، والمفروض أن الجرائم التي شرعت في جنسها الحدود هي أخطر الجرائم^(٢).

٤٨٢ - الحبس : الحبس في الشريعة على نوعين ، حبس محدد المدة، وحبس غير محدد المدة .

٤٨٣ - الحبس المحدد المدة : تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين . ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرهما من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان المجرمون خطرهم أو ممن لا يردعهم إلا الجلد .

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد ، أما حده الأعلى فغير متفق عليه ، فيرى البعض أن لا يزيد عن ستة أشهر ، ويرى البعض أن لا يصل إلى سنة كاملة ، والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولى الأمر^(٣) .

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون ، ويشترطون أن لا يصل إلى سنة ؛ لأنهم يقيسونه على التغريب في حد الزنا ، والتغريب لا يزيد على عام فوجب

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ .

(٣) تبصرة المحكام ج ٢ ص ٢٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ - الأحكام

السلطانية ص ٢٠٦ - المغني ج ١٠ ص ٣٤٨ .

أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعاقب بحد في غير حد وظاهر المذاهب الأخرى .
أما لا تقيس الحبس على التعريب .

ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رؤي أن إحدى العقوبتين لا تكفي وحدها ، ولكن الشافعيين يشترطون في هذه الحالة أن لا يقع من إحدى العقوبتين إلا ما يعتبر مكلا لما نقص من العقوبة الثانية ، فإذا ضرب الجاني نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس ، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاثة أرباع مدة الحبس وهكذا . ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط فيجوز عندهم أن يضرب الجاني كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التي تكفي لتأديبه وزجر غيره ^(١) .

ويشترط في الحبس كما يشترط في غيره من عقوبات أن يؤدي غالبا إلى إصلاح الجاني وتأديبه ، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجاني أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى .

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف 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 الحبوسين في البلاد التي تطبق الشريعة الإسلامية ، وأن يزيد عددهم إلى غير حد في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية .

(١) نبصرة الحكم ج ٢ ص ٢٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ - الأحكام السلطانية ص ٢٥٦ - المفتى ج ١٠ ص ٣٤٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٩٢ .

والواقع أن مشكلة السجن والمسجونين هي أول المشاكل التي تبرز أمام شراح القوانين الوضعية ، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية في كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد المحكوم عليهم بالحبس وامتلات بهم المحابس حتى ضاقت بهم على سعتها ، وأدى ذلك إلى أن السجن أصبحت مباءة للتأمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام ؛ لأن اجتماع المسجونين يسمح لهم بالتعارف والتآمر على ارتكاب الجرائم وتبادل المعلومات والاختبارات كذلك ثبت من التجارب أن عقوبة السجن لا تردع من هم في حاجة إلى الردع ، بينما تفسد الصالحين من المسجونين وتنزل بهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصلحين تخفيف عيوب عقوبة الحبس فوضعوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جميعا لها عيوبها ومفاسدها ، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية ، من ذلك نظام الفصل بين المسجونين ليلا وجمعهم نهارا مع إلزامهم بالصمت المطلق ، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة ويقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على المسجونين لمنعهم من الاتصال والكلام . ومن ذلك نظام الانفراد نهارا وليلا وهو نظام كثير النفقة قليل الإنتاج يؤدي بالمسجونين إلى البله والجنون ويؤدي ببعضهم إلى الانتحار . ومن ذلك النظام التدريجي أو النظام الأرنلدى وهو يبدأ بالحبس الانفرادى ثم يحبس المسجون بعد مدة منفردا ليلا وفي النهار يجتمع مع باقي المسجونين على أن لا يتكلم معهم ، وهذا النظام يجمع بين عيوب النظامين السابقين .

أما عقوبة الحبس في الشريعة فإنها لا تؤدي إلى مثل النتائج السابقة ؛ لأنها لا توقع إلا في بعض الجرائم البسيطة وعلى المجرمين المبتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضى أنها تردع الجانى ، ومن ثم يكون عدد المسجونين قليلا ، ومدة بقائهم في السجن قصيرة ، وأخلاقهم غير فاسدة ، وليس فيهم من مرن على الإجرام أو اعتاده ، وهكذا تنتفى أسباب عيوب عقوبة الحبس القائمة في

القوانين الوضعية بتطبيق نصوص الشريعة الإسلامية .

٤٨٤ - الحبس غير المحدد المرة : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد

المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادوا الإجرام ، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة ، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة ، ومن لا تردعهم العقوبات العادية ، ويظل المجرم محبوسا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وإلا بقي محبوسا مكفوفا شره عن الجماعة حتى يموت ^(١) .

ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدد مقدما ؛ لأنه حبس لأمدة له ، بل هو حبس حتى الموت ينتهى بموت المحكوم عليه أو توبته قبل ذلك وانصلاح حاله .

والحبس غير المحدد المدة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة التي عرفتها القوانين الوضعية في أواخر القرن التاسع عشر ، فكأن الشريعة سبقت القوانين الوضعية لهذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريبا ، وأول من قال من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة ، إذ للعقاب في رأيهم وظيفتان : الاستئصال والإصلاح ، فمن كان قابلا من المجرمين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة ، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤبد عقوبته .

وتعتبر العقوبة غير المحددة المدة في عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية في تدابير الأمن mesures de sureté ومن أحدث العقوبات التي يعالج بها الإجرام على أساس من علم النفس والاجتماع .

وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة في عدم تعيين المدة ، فبعضها يجعل عدم التعيين مطلقا فيصدر القاضى الحكم بالعقوبة دون أن يعين المدة ، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هى التى تحدد مدة العقوبة طبقا لما يتبين لها من حال المحكوم

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٠ - تبصرة المحكام ج ٢ ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٢ .

عليه ، فقد تقصر المدة إن رأت انصلاح حاله ، وقد تبقية في سجنه حتى الموت إذا لم يكن يرجى صلاحه ، وقد أخذ القانون الفرنسى الصادر في ٢٧-٢-١٨٨٥ بهذه الطريقة حيث نص على عقوبة النفي كمقوبة مؤبدة وخول السلطة الإدارية أن تخفضها إن رأت أن المحكوم عليه يستحق تخفيض العقوبة .

وبعض القوانين يجعل عدم التعيين نسبياً فيصدر القاضى الحكم محددًا مدة العقوبة مبينًا حداها الأدنى الذى لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذى لا يصح أن تزيد عنه ، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تحلى سبيل المحكوم عليه إذا رأت أنه انصلاح حاله بعد أن يستوفى الحد الأدنى من العقوبة ، فإن لم ينصلح حاله بقى حتى يستوفى الحد الأعلى .

وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد الأقصى . كالقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ ، وبعضها يحدد الحد الأقصى دون الأدنى كالقانون المصرى بالنسبة للمجرمين المعتادين على الإجرام وبالنسبة للمجرمين الأحداث .

وقد أخذ القانون المصرى بعد التعيين المطلق بالنسبة للمتهمين المعتوهين إذ أجاز للنياية العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه فى أحد محلات المجازيب - م ٢٤٩ من قانون تحقيق الجنايات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكي والقانون الإيطالى تقضى بوضع المتهمين المصابين بالنورستانيا أو المدمنين على تعاطى المسكرات فى محلات خاصة لمدة غير معينة .

ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة غير المعينة المدة، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة ، وأن بعض القوانين يقيّد 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 .

٤٨٥ - التغريب أو الإبعاد : تكلمنا عن التغريب بمناسبة الكلام على

عقوبات الزنا ، وقلنا إن أبا حنيفة يراه تعزيرا وبقية الأئمة يرونه حدا ، وفيما عدا جريمة الزنا فالتغريب يعتبر تعزيرا باتفاق .

ويلجأ لعقوبة التغريب إذا تعدت أفعال المجرم إلى اجتذاب غيره إليها أو استضراره بها .

ويرى بعض الفقهاء في مذهبي الشافعي وأحمد أن لا تصل مدة الإبعاد إلى سنة كاملة ؛ لأن التغريب شرع في الزنا حدا ومدته عام فيجب أن لا تصل مدته في التعزير عاما تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » .

ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة ؛ لأنه لا يعتبر التغريب حدا وإنما يعتبره تعزيرا ، ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب عن سنة مع تسليمه بأن التغريب حد ؛ لأنه يرى الحديث منسوخا ، ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض فقهاء مذهبي الشافعي وأحمد .

والقائلون بأن مدة التغريب يصح أن تزيد عن سنة لا يحددون مدة التغريب بل يرون التغريب عقوبة غير محدودة ، ويتروكون لولي الأمر أن يأذن للمغرب في العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته .

والمحكوم عليه بالتغريب لا يحبس في مكان معين ، ولكن يصح على رأي البعض أن يوضع تحت المراقبة وأن تقيد حريته ببعض القيود ، ولكن ليس

له اتفاقاً أن يعود إلى الحل الذى 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 المخنثين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده ، من ذلك أن عمر رضى الله عنه عاقب ضبيعا بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلد إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه . وكذلك نفى عمر نصر بن حجاج من المدينة .

ويدعو كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التغريب ؛ لأنهم يؤمنون بأن الحبس لا يحدى فى إصلاح المحكوم عليهم وإعدادهم لتبوء المركز الذى كان لهم فى الجماعة قبل الجريمة ، إذ يستحيل على المحكوم عليه بالحبس مهما تاب وأناب أن يستعيد مركزه فى المكان الذى ارتكب فيه جريمته ، ومن ثم يظل منبوذاً من الجمهور ويضطر اضطراراً إلى أن يسلك نفسه فى زمرة المجرمين والمفسدين ، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفئة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى أن يستعيد مركزه فى الهيئة الجديدة التى ينضم إليها .

وقد أخذت الدول الأوروبية بنظرية التغريب وطبقته فى قوانينها ، فأنجلترا مثلاً كانت تبعد المحكوم عليهم إلى أمريكا وإلى استراليا ثم اضطرت إلى العدول عن الإبعاد بعد اعتراض سكان المستعمرات ، والقانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تساعد على التخلص من السياسيين المناوئين للنظام القائم ، كذلك جعل القانون الفرنسى من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة فى المستعمرات وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين العائدين . والقانون الإيطالى يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة . أو السجن فى إحدى المستعمرات .

٤٨٦ - الصلب : تكلمنا عن الصلب باعتباره حداً يعاقب به على جريمة

الخراطة ، وقلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب المحكوم عليه بعد قتله ، وإن البعض الآخر يرى صلبه حياً ثم قتله وهو مصلوب . وقد كان تقرير الصلب حداً لجريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تعزيرية . والصلب للتعزير لا يصحبه القتل طبعاً ولا يسبقه ، وإنما يصلب الإنسان حياً ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه ، ولا يمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلى إيماء ، ويشترط الفقهاء في الصلب أن لا تزيد مدته على ثلاثة أيام .

ومما يحتج به لمشروعية عقوبة الصلب التعزيرية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عذر رجلاً بالصلب وصلبه على جبل يقال له أبو ناب .

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التعازير ، ولكن الحنفية والحنابلة لا يصرحون بذكره ، على أن هذا لا يعنى أنهم لا يرون الصلب ؛ لأن القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدي إلى إصلاح الجاني وتأديبه وحماية الجماعة من شره تعتبر عقوبة مشروعة^(١) .

وعقوبة الصلب على الوجه السابق هي عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير معاً ، وهي أشبه ما تكون بعقوبة التلاميذ حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى أعلى زمناً ما ، أو حين يؤمرون بأن يجثوا على ركبهم زمناً طويلاً أو قصيراً .

ويجب أن لا يفوتنا أن عقوبات التعازير عقوبات غير لازمة كمعقوبات الحدود أو القصاص ، وعلى هذا فالأمر في جعل الصلب عقوبة أو إهالها متروك للهيئة التشريعية ، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لكلام أقرتها وإن رأت أنها لا تصلح تركتها .

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦٦ .

٤٨٧ - عقوبة الوعظ وما دونها : يعتبر الوعظ عقوبة تعزيرية في الشريعة الإسلامية ، ويجوز للقاضي أن يكتفي في عقاب الجاني بوعظه إذا رأى أن في الوعظ ما يكفي لإصلاحه وردعه .

وقد نص القرآن صراحة على عقوبة الوعظ في قوله تعالى : ﴿ واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن ﴾ [النساء : ٣٤] .

وفي الشريعة من العقوبات التعزيرية ما هو دون الوعظ فالفقهاء يعتبرون مجرد إعلان الجاني بجريمته عقوبة تعزيرية ، وفي إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تعزيرية .

ويجب أن لا ننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه .

٤٨٨ - عقوبة الهجر : ومن العقوبات التعزيرية في الشريعة الهجر ، وقد ورد به القرآن تعزيراً للمرأة في قوله تعالى ﴿ فعظوهن واهجروهن في المضاجع ﴾ . وقد عاقب الرسول صلى الله عليه وسلم بالهجر ، فأمر بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه في غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك ، ومرارة بن ربيعة العامري ، وهلال ابن أمية ، فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى : ﴿ وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم ﴾ [التوبة : ١١٨] .

وعاقب عمر رضي الله عنه ضبيعاً بالهجر مع الجلد والتغريب ، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب ، وكتب عامل البلد الذي غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس في كلامه .

٤٨٩ - عقوبة التوبيخ : ومن العقوبات التعزيرية في الشريعة عقوبة

التوبيخ ، فإذا رأى القاضى أن التوبيخ يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه اكتفى بتوبيخه .

ولقد عزر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبيخ ، ومن ذلك ما رواه أبو ذر - رضى الله عنه - قال : سأيت رجلا فغيرته بأمه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أباذر أعيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية » .

وخاصم عبد الرحمن بن عوف عبد من عامة الناس إلى رسول الله ، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ورفع يده قائلا : « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق » فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد : طأعليه حتى ترضى .

٤٩٠ - عقوبة التهريب : والتهديد عقوبة تعزيرية فى الشريعة بشرط أن لا يكون تهديداً كاذباً ، وبشرط أن يرى القاضى أنه منتج وأنه يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه ، ومن التهديد أن ينذره القاضى بأنه إذا عاد فسيعاقبه بالجلد أو بالحبس أو سيعاقبه بأقصى العقوبة ، ومن التهديد أن يحكم القاضى بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة .

وقد عرفت القوانين الوضعية عقوبتى التوبيخ والتهديد ، وأخذت بالتوبيخ القضائى كعقوبة للجرائم البسيطة والمجرمين المبتدئين ، وأخذت بالتهديد القضائى عقوبة لمن يرى القاضى أن التهديد كاف لزجرهم وإصلاحهم .

وقد طبق القوانين الوضعية عقوبة التهديد بطرق مختلفة ، فبعضها يرى أن يحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة فإن عاد الجرم أمكن تنفيذ العقوبة الموقوفة ، وبعضها يرى أن لا يصدر القاضى حكماً بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين ، وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجانى أن لا يعود للجريمتة .

وهذه الوسائل المختلفة التي تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقاتاً للتهديد بالعقوبة ، ويكفى أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبيخ والتهديد بالعقاب إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرهما من ثلاثة عشر قرناً وأكثر .

٤٩١ - التشهير : ومن عقوبات الشريعة التعزيرية التشهير ، ويقصد بالتشهير : الإعلان عن جريمة المحكوم عليه ، ويكون التشهير في الجرائم التي يعتمد فيها الجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش .

وكان التشهير يحدث قديماً بالمناداة على الجرم بذنبه في الأسواق والحلات العامة حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى ، أما في عصرنا الحاضر فالتشهير ممكن بإعلان الحكم في الصحف أو لصقه في الحلات العامة .

والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة التشهير وقد أخذ بها القانون المصري في بعض الجرائم كالغش والبيع بأكثر من السعر الجبرى .

٤٩٢ - عقوبات أخرى : وليست العقوبات السابقة هي كل عقوبات التعزير في الشريعة الإسلامية ؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها الأولى الأمر أى الهيئة التشريعية ، يختارون منها ما يرونه صالحاً لمحاربة الإجرام وإصلاح الجرمين وتأديبهم ، ويتركون ما يرونه 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 تنطبق على كل الجرائم وأهمها :

١ - العزل من الوظيفة : وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء

كان أداء الوظيفة بمقابل أو مجاناً .

٢ - الحرمان : ومعناه حرمان الجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً ، كالحرمان من تولى الوظائف ، ومن أداء الشهادة وكالحرمان من سلب القتل ، والحرمان من سهم الغنيمة ، وكإسقاط النفقة للنشوز .

٣ - المصادرة : ويدخل تحتها مصادرة أدوات الجريمة ومصادرة ما حرمت حيازته .

٤ - الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم ، كهدم البناء المقام في الشارع العام وإعدام أواني الخمر واللبن المشوش .

وهذه العقوبات جميعاً تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها .

٤٩٣ - عقوبة الغرامة : من المسلم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة ، من ذلك أنها تعاقب على سرقة الثمر المعلق بغرامة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التي تلائم السرقة وذلك قول الرسول : «ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة» ومن ذلك عقوبة قاتم الضالة فإن عليه غرامتها ومثلها معها ، ومن ذلك تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله^(١) .

ولكن الفقهاء بالرغم من هذا اختلفوا فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها في كل جريمة، فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة ، ورأى البعض أنه لا يصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة^(٢) .

والذين يعترضون على الغرامة المالية يحتجون بأنها كانت مقررة في عهد

(١) غانة اللهفان ج ١ ص ٣٣١ - أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة والمفتى ج ١٠ ص ٣٤٨ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ - تبصرة المحاكم ج ٢ ص ٢٦١ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٦ - مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٩ .

الرسول ونسخت ، وأنها غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام ، وأنه يخشى أن يكون في إباحة الغرامة المالية ما يفرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل .

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة ، فاشتروا أن تكون الغرامة عقوبة تهديدية بحيث يحصل المال ويحبس عن المحكوم عليه حتى ينصلح حاله فإن صلح حاله رد إليه ماله ، وإن لم ينصلح حاله أنفق المال على جهة من جهات البر . ويمكن أن يؤيد الرأي المعارض في الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدي إلى تمييز الأغنياء على الفقهاء ؛ لأن الغنى يستطيع أن يدفع دائماً أما الفقير فلا يستطيع ذلك ، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهي أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى .

وفي عصرنا الحاضر حيث نظمت شئون الدولة وروقت أموالها ، وحيث تقر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة ، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم ، لم يعد هناك محل للخوف من مصادرة أموال الناس بالباطل وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التي اعترض بها على الغرامة . كذلك وجدت جرائم بسيطة يعاقب عليها بعقوبات مالية تافهة كالحلقات 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 يضموا للغرامة حداً أدنى أو حداً أعلى تاركين ذلك لولى الأمر .

والقوانين الوضعية تجعل الغرامة عقوبة أساسية في معظم الجرائم ، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسيلتين : الأولى : هي التنفيذ الجبري على أموال المحكوم عليه ، فإن لم يكن له مال فالثانية وهي : الإكراه البدني ، وهو يكون بتشغيل

المحكوم عليه في عمل حكومي إذا وجد هذا العمل أو بحبس المحكوم عليه مدة معينة ، ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهى بالحبس إذا كان المحكوم عليه فقيراً مع أن القوانين الوضعية تعتبر عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة .

وشراح القوانين الوضعية يترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها ، ويرون في عقوبة الغرامة بالرغم من عيوبها وسيلة من الوسائل الحسنة للتخفيف أو الحد من مساوئ عقوبة الحبس ، فهم يقبلون عقوبة الغرامة لا لمزاياها ولا كمن ؛ لأن مساوئها أقل من مساوئ عقوبة الحبس ، وإذن فهم لا يحرصون على الإصلاح وإنما يحرصون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس المحكوم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان المطالب بالمال قادراً عليه وممتنعاً عن دفعه كما هو الحال في دين النفقة . أما إذا كان المطالب بالمال عاجزاً عنه فلا يجوز حبسه مقابل المبلغ المحكوم به ؛ لأن الحبس في الدين لم يشرع إلا للحمل المدين على الدفع فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه . لكن ليس في الشريعة ما يمنع من تشغيل المحكوم عليه في عمل حكومي لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره ، ونظرية الشريعة في هذا سليمة من الوجهتين التشريعية والمنطقية ؛ لأن التنفيذ على المحكوم عليه 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 المحكوم عليه مقابل الغرامة في حالة العجز عن الدفع فمعناه أن المحكوم عليه يحبس لفقره لا للحكم عليه بالحبس ، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالة محل الغرامة عقوبة خاصة بالفقراء ، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غيره مشروعة .

وليس في الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتعميمها في كل الجرائم التعزيرية أو معظمها ؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية ولأن العقوبة الأساسية في معظم الجرائم هي الجلد ، فأنعدمت بذلك مساوئ

عقوبة الحبس تلك المساوىء التي وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها في القوانين الوضعية .

والأصل في الشريعة أن الجرائم التعزير مجموعة من العقوبات تختلف في بساطتها وشدتها ، وللقاضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو المقررات التي يراها ملائمة للجريمة وللجاني ، فإذا حرص بعض الفقهاء على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة في مجموعة عقوبات التعزير فيكون للقاضى أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة وللمجرم . فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها في أى حال .

الفصل الخامس

مدى صلاحية العقوبات الشرعية

٤٩٤ - العقوبات الشرعية والإحصائيات : بينا 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 ، وإنها نظرت في تقرير هذه العقوبات إلى الجريمة دون المجرم ، وإنها حدثت من سلطة القاضى تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيراً لا مخيراً ، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها ، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغلظها ؛ لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة . وكما حدثت الشريعة من سلطان القاضى حدثت من سلطان المشرع ، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها وإن كان له أن يغلظ العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى ، فليس له مثلاً أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة للقذف عقوبة الغرامة أو الحبس ، وأن يزيد عقوبة الجلد عن ثمانين جلدة

فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية ، وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى ، أو ينقص الدية ، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الدية عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية^(١) .

والجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجاني هي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهي : (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحراية (٦) البنى (٧) الردة (٨) القتل العمد (٩) القتل شبه العمد (١٠) القتل الخطأ (١١) الجرح العمد (١٢) الجرح الخطأ . مجموع الجرائم التي اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجاني هو اثنتا عشرة جريمة ، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر فيها إلى الجريمة وإلى الجرم معاً .

وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشدها في هذه الجرائم الاثنتي عشرة وتساهلها في بقية الجرائم وهي تعد بالمثلثات ، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعاً إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الاثنتي عشرة ويقارنه بعدد الجرائم الباقية وهي مئات ، والواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين عدد الجرائم الأخرى هي نسبة ضئيلة جداً ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقريب لو عددنا نصوص قانون العقوبات التي تسكمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وقارناها بعدد النصوص التي تسكمت عن الجرائم الأخرى .

وظاهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصري أن المواد التي تسكلم عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تصل إلى خمسين مادة ، بينما النصوص التي تسكلم على الجنايات والجناح تبلغ ثلاث مائة مادة ، وهناك قوانين خاصة تعاقب على جناح كثيرة ، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاث مائة مادة أيضاً وهي في الواقع أكثر من ذلك بكثير كان عدد الجنايات والجناح داخلا

تحت ستائة مادة ، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين بقية الجرائم الأخرى ٨/١. وهى نسبة لاشك فى ضآلتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع فى يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة فى تشددتها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة، وأن أكثر الجرائم وقوعاً وتكراراً هى جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية، وأن معظم الجرائم الباقية نادر الوقوع وأقلها هو الذى يتكرر ويكثر وقوعه، ولكنه على كل حال لا يصل إلى الدرجة التى تتكرر بها جرائم الحدود والقصاص . ونستطيع أن ندرك حكمة الشريعة على حقيقتها إذا رجعنا إلى الإحصائيات الجنائية ، فإن هذه الإحصائيات تدل دلالة قاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هى أكثر الجرائم وقوعاً فى الحياة اليومية ، وأن هذه الجرائم الإثنى عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم ، ونستطيع أن نتخذ الإحصائيات الجنائية المصرية دليلاً على ذلك فقد بلغ عدد الجنايات ٨١٧٥ جناية فى سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ - منها ١٧٥٢ جناية قتل عمد، ١١١٩ جناية شروع فى قتل، ٩٨٩ جناية سرقة بإكراه وشروع فيها، ٢٤٣ جناية هتك عرض وفسق، ٣٢٦ جناية ضرب أفضى للموت، ١١٩٦ 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 فى الجنايات تقع بنسبة ٦ و ٧٦٪ من مجموع الجنايات .

وبلغ عدد الجنح ٢٩٧٥٥٧ جنحة فى سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ منها ٩٧٣٢٠ جنحة سرقة، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب، ٤٦٩٥ جنحة تعد

ومقاومة وهذه كلها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ١٨١٧٦٢ جنحة ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص في الجنب تقع بنسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنب تقريبا .

ولورحمننا إلى ما قبل ذلك بعشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنائيات بلغ ٦٩٥٧ جنابة في سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ ، منها ٥٤٩٦ جنابة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكان نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنائيات في هذه السنة ٧٩ ٪ . أما عدد الجنب فقد بلغ ١٥٥٧٥٢ جنحة في سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ من هذا العدد ٩٢٢٥٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكان نسبة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بالنسبة لمجموع الجنب ٥٩ ٪ .

وفي سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ كان عدد الجنائيات ٧٨٣١ جنابة منها ٤٧٨٢ جنابة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنائيات ، وفي هذه السنة بلغت الجنب ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فتكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠ ٪ من مجموع جرائم الجنب .

هذا هو منطق الإحصائيات الجنائية التي لا تكذب يقول في صراحة إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها في عشرين سنة ٧٢ ٪ من مجموع الجنائيات و ٦٣ ٪ من مجموع جرائم الجنب .

وهكذا تبين لنا الإحصائيات بصفة قاطعة أن الشريعة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هذه الجرائم إنما قصدت أن تنص على أكثر الجرائم تكراراً وأشدّها هولاً ، أو قصدت أن تقضي على الإجرام قضاء مبرماً ، والواقع أننا لو رفعنا من الإحصائيات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى في الإحصائيات إلا الجنائيات والجنب التافهة

أو الاعتبارية التي لا تخل بالأمن ولا تزعزع النظام ولا تؤذى الأخلاق والتي يمكن في ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصائيات تؤكد ما قلناه من قبل ، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة : هي : حفظ الأمن ، وتثبيت النظام ، وصيانة الأخلاق ، ولا شك أنه إذا سلم للأمة أمنها ونظامها وأخلاقيها فقد سلم لها كل شيء ، ولم يقف في طريق تقدمها ورفيها أى شيء .

٤٩٥ - العقوبات الشرعية والتجارب : وإذا كانت الشريعة الإسلامية

قد وضعت عقوباتها لمحاربة الجريمة والإجرام فإن هذا وحده لا يكفي لإثبات صلاحية الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية ، وإنما يجب أن يثبت بعد ذلك أن هذه العقوبات كافية للقضاء على الإجرام ، إذ العبرة في هذا الأمر ليست بالوسائل أو الغايات ، وإنما العبرة بكفاية الوسائل لإدراك ما وضعت له من غايات ، والقوانين الوضعية نفسها قد قصدت محاربة الإجرام والجريمة ووضعت عقوبات معينة لهذا الغرض ولكنها فشلت في القضاء على الإجرام .

والتجربة وحدها هي التي تبين قيمة الأنظمة الجنائية ، ولا عبرة بالمنطق المألوف الذي يصح مرة ويخيب أخرى ولست آتى بمجديد حين أقول هذا ، وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين في اتحاد القانون الدولي ، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائي هو الذي يؤدي عملاً إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة ، وأن التجارب هي وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية ، وتبين أن هذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية ، وكانت التجارب التي امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين : كلية ، وجزئية .

فأما التجربة الكلية فقد بدى بها في مملكة الحجاز من حوالى عشرين عاماً

حيث طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقاً تاماً ، ونجحت نجاحاً منقطع النظير في القضاء على الإجرام وحفظ الأمن والنظام ، ولا يزال الناس يذكرون كيف كان الأمن مختلفاً في الحجاز بل كيف كان الحجاز مضرب الأمثال في كثرة الجرائم وشناعة الإجرام . فقد كان المسافر فيه كالقائم لا يأمن على ماله ولا على نفسه في بدو أو حضر في نهار أو ليل ، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عنهم ، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقادرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومنعها من سلب الحجاج أو الرعايا الحجازيين وخطفهم والتمثيل بهم ، وظل حماة الأمن في الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقت 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 أو يشهدها ، وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتباب الأمن والنظام ، فهذا يفقد كيس نقوده في الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معروضا للتعرف عليه ، وهذا يترك عصاه في الطريق فتقطع حركة المرور حتى تأتي الشرطة لرفع العصا من مكانها ، وهذا يفقد أمتعته ويأس من ردها ولا يبلغ عنها ولكنه يجد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه ، وبعد أن كان الأمن يمجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج أصبح الأمن محفوظاً بحفنة من الشرطة المحليين .

تلك هي التجربة الكلية وكفى بها دليلاً على أن النظام الجنائي في الشريعة الإسلامية يؤدي عملاً إلى قطع دابر الجريمة ، وإنه النظام الذي يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولي .

اما التجربة الجزئية فقد قامت بها أولا انجلترا وأمريكا ومصر وبعض الدول الأخرى ، ثم قامت بها أخيرا كل دول العالم تقريبا . وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضاً نجاحاً منقطع النظير . وقد سمينا هذه التجربة بالتجربة الجزئية ؛ لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعة وهى عقوبة الجلد ، فأنجلترا تعترف بالجلد عقوبة أساسية فى قوانينها الجنائية والعسكرية ، ومصر تعترف بها فى قوانينها العسكرية ، وأمريكا وبعض الدول تجعل الجلد عقوبة أساسية فى الجرائم التى يرتكبها المسجون ، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريباً عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسعير وبعض الجرائم الأخرى الماسة بالنظام أو الأمن العام ، وهذا اعتراف عام عالمى بأن عقوبة الجلد أفضل من أية عقوبة أخرى ، وأنها الوحيدة التى تسكفل حمل الجماهير على طاعة القانون وحفظ النظام ، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تغنى عن عقوبة الجلد شيئاً فى هذا الباب ، وهذا الاعتراف العالمى هو فى الوقت نفسه اعتراف بنجاح الشريعة الإسلامية فى محاربة الجريمة ؛ لأن عقوبة الجلد هى إحدى العقوبات الأساسية فى الشريعة .

٤٩٦ - العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان :- هذه هى التجارب قاطعة فى أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدى عملاً إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة وأن أى نظام جنائى وضعى يعجز عن الوصول إلى بعض النتائج التى يصل إليها نظام الشريعة الجنائى ، ولعل السرفى نجاح الشريعة أن عقوباتها وضعت على أساس طبيعة الإنسان ، ففى طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو ، وهو لا يأتى أى عمل إلا بقدر ما ينتظر من منافعه ، ولا ينتهى عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره ، فالإنسان لا يلقى بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة فى ذلك مادام يخشى أن يموت ولكنه لا يمتنع عن إلقاء نفسه من الترام أو من على ظهر دابته إذا كان له فى 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 الجموح ، ولكنه يسعى إلى امتطاء المطية الذلول والإنسان في هذا كله
يقدر المنفعة والضرر ويوازن بينهما ، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليها
وإن رجحت كفة الضرر فهو محجم عنه ، وطبيعة الإنسان تلازمه في الخير والشر ،
في الأعمال المباحة والأعمال المحرمة ، فلا يرتكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من
منفعة ، ولا ينتهي عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها ، فكلما اشتدت العقوبة
كلما ابتعد الناس عن الجريمة ، وكلما خفت العقوبة كلما ازداد إقبالهم على الجريمة ،
وكلما نظرنا إلى الجريمة 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 والتقصاص
خاصة . ونظرت في الجرائم الأخيرة إلى الجريمة دون الجرم ؛ لأن هذه الجرائم
من الخطورة بمكان ، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها ، فالتساهل فيها يؤدي إلى
أسوأ النتائج ، والتشدد فيها يؤدي إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة في القانون المصري تثبت أن إهمال شخصية المجرم في الجرائم
الخطيرة يؤدي إلى أفضل النتائج ، فقد رأى الشارع المصري أخيراً أن يهمل شخصية
الجاني إلى حد ما في جرائم المخدرات فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨ وهو
قانون يشدد عقوبة إحراز المخدرات ويضع حداً أدنى للعقوبة كما يقضى بأن لا تقل
العقوبة عن ضعف الحد الأدنى في حالة العود ويمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد
ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة وصارت تقل
سنة بعد أخرى ، فقد كان عدد جرائم المخدرات ٢١١١٣ جريمة في سنة ١٩٢٦ -
١٩٢٧ أى في السنة السابقة على صدور القانون ، فأصبحت ١١٤٠٤ جريمة في
سنة ١٩٢٨ - ١٩٢٩ ، وأصبحت ٨٥٩٩ جريمة في سنة ١٩٢٩ - ١٩٣٠ ونزلت
إلى ١٩٢٢ جريمة في ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة في سنة ١٩٤٢ -

١٩٤٣ وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة هو العامل الأول فى محاربة الجريمة ، وأن نظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة هى النظرية المثلى ، بل إن هذا الإحصاء فى ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة فى العقوبة .

الفصل السادس

العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها

٤٩٧ - أنواع العقوبات : تختلف أنواع العقوبات فى القانون المصرى باختلاف الجرائم ، وقد قسم القانون المصرى الجرائم ثلاثة أقسام ، وجعل جسامه الجريمة أساساً لهذا التقسيم ، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنائيات ، وأقلها جسامه تدخل تحت القسم الثانى وتسمى جنحا ، والجرائم التافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات . وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة ، فعقوبات الجنائيات هى الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن . وعقوبات الجنح هى الحبس والمراقبة والغرامة وعقوبات المخالفات هى الحبس والغرامة ، والفرق بين الحبس فى الجنح وبينه فى المخالفات أنه لا يزيد فى المخالفات عن سبعة أيام وقد يصل فى الجنح إلى ثلاث سنوات ، والفرق بين الغرامة فى الجنح وبينها فى المخالفات أنها لا تزيد فى المخالفات عن مائة قرش وتزيد عن ذلك فى الجنح .

وعقوبة الإعدام هى إزهاق روح المحكوم عليه ، وتختلف قوانين البلاد المتمدينة فى كيفية تنفيذ العقوبة ، وفى بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال فى مصر ، وفى بعضها تنفذ بقطع الرقبة بآلة حادة كما فى فرنسا وبعضها ينفذ العقوبة بصعق المحكوم عليه بتيار كهربائى كما فى الولايات المتحدة الأمريكية .
وعقوبة الأشغال الشاقة سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هى وضع المحكوم

عليه و محبس مع تشفيه فى أشق الأشغال التى تعينها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات) . وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلا جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة فى أحد السجون العمومية (المادة ١٥ عقوبات) والسجن العمومى هو السجن الذى يقع فى دائرة المديرية .

أما عقوبة السجن فهى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية . بتشفيه داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات) .

ولا يجوز أن تنقص عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد عن خمس عشرة سنة إلا بنص (م ١٤ ، ١٦ عقوبات) . وعقوبة الحبس هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية ولا تنقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص ، والحبس إما أن يكون مع الشغل أو بسيطاً ، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة . ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هى كلها فى جوهرها عقوبات حبس يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه ، أما اختلاف العمل الذى يزاوله المحكوم عليه من حيث مكان العمل أو قسوته فلا يغير من طبيعة الحبس شيئاً ، وعلى هذا الأساس تكون العقوبات الجنائية التى يعترف بها القانون المصرى هى الإعدام والحبس والمراقبة والغرامة .

وكان القانون المصرى يعترف بعقوبة الجلد ويخصصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧ م فلما عدل القانون فى هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبيخ . كذلك كان القانون المصرى يعترف وقت وضعه بعقوبة النفى مؤبدة ومؤقتة ، فلما عدل فى سنة ١٩٠٤ ألغيت هذه العقوبة بحجة أن سهولة المواصلات

أضعفت من أثر العقوبة الملقاة ولكن رأى يتجه أخيراً إلى إعادة عقوبة النفي بل لقد اضطرت الحكومة إلى فرض عقوبة النفي الإدارى إلى الطور في بدء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٠ . كما فرضت الجلد عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتموين والتسكير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب .

ومن العقوبات الأساسية في القانون المصرى عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية ، وهى خاصة بمعتادى الإجرام وبالأحداث ، وهذه العقوبة فى جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون .

٤٩٨٠ - سلطة القاضى فى تطبيق هذه العقوبات : وقد نص القانون على

كل جريمة وعلى العقوبة المقررة لها ، وحين اختيرت العقوبة لكل جريمة روى فيها أن تكون مناسبة للجريمة ، وجعل الشارع لكل عقوبة عدا الإعدام والتوبيخ حدين : أحدها يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها ، والثانى : ينزل بها إلى أدنى هذه الدرجات ، وفى أغلب الأحوال جعل الشارع لكل جريمة عقوبتين إحداها أخف من الأخرى .

وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبات التى قررت للجرائم فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة ، وأن يختار من بين حديها الكمية التى يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك للقاضى الحق فى أن يستبدل بالعقوبة أو بالعقوبتين المقررتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منهما إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة ، وقصر استعمال هذا الحق على جرائم الجنايات دون غيرها ، فللقاضى أن يستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس ، وله أن يستبدل بعقوبة السجن عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيراً لقاضى الإحالة الحق فى أن يحيل بعض الجنايات على محكمة الجنح لتحكم فيها لا بالعقوبات المقررة للجنايات وإنما بمقوبة الحبس فقط المقررة للجنح ، وليس على قاضى الإحالة قيد فى تجنيح الجنايات ما دامت مقترنة بعذر قانونى معين أو بطروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة ، وما دامت عقوبة الفعل الأصلية ليست الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة ، والنتيجة العملية للسلطة المعلقة لقاضى الإحالة هى استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن فى كل جناية تحال إلى محكمة الجنح وهى نتيجة تتفق مع النتيجة التى تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

وللقاضى بعد هذا كله أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا كانت بالحبس لمدة لا تزيد على سنة إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون (المادة ٥٥ عقوبات) .

٤٩٩ - المدة فى منح القاضى هذا السلطان : وقد اضطر واضعو القانون اضطراراً إلى إعطاء القاضى هذا السلطان الواسع ؛ لأنهم رأوا العلماء يחקقون فى وضع نظرية علمية للعقوبة ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادئ التى يراد أن تقوم عليها هذه النظرية ، فأثروا أن يحلوا هذه المشكلة المعقدة حلاً عملياً وتركوا للقاضى من بعد التسليم بهذه المبادئ وإقرار نصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادئ المتعارضة ، وأن يراعى مختلف الاعتبارات ، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية ، وظروفه التى أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة ، وصلحه مع الجنى عليه وصلته به ، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضى إهمال شخصية الجانى أهمها وشدد العقوبة . وإن رأى أن ظروف الجانى تقتضى الرأفة أخذ الجانى بالرأفة ما دامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء ؛ لأن القاضي يراى منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثر إلا بظروف هذه الحالة وحدها ، أما العلماء فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتحكمها جميعاً . كان هذا هو المفروض المقدور ، فهل صح الفرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء ؟ إن مقياس النجاح فى هذا الباب هو أثر العقوبة فى علاج الجريمة وكبح جماح المجرمين ، ونظرة واحدة إلى إحصائيات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقاً لا يساويه إلا إخفاق من سبقهم من العلماء فى معالجة نظرية العقوبة .

٥٠٠ - لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة ؟ والواقع أن الذين قدروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح ، ولو أنهم أحسنوا تقدير الأمور بمعض الشئ لماوقعوا فى هذا الخطأ الشنيع ، لقد عرفوا أن العلماء عجزوا عن تكوين نظرية سليمة للعقوبة ؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادئ متعارضة ويجمعونها ماثلة فى كل العقوبات ، فكيف يتوقعون نجاح القضاة وهم يجبرونهم على أن يسلكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادئ فى كل جريمة دون استثناء ؟ وهل يستطيع القاضي أن يوفق فى أى جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجانى المخففة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التى تقتضيها خطورة الجريمة ليحكم بعقوبة تتلاءم مع ظروف الجانى بقدر الإمكان ، وهذا الحكم الذى ينقذ الجانى من العقوبة المغلظة يضحى فى الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظامها ، ويؤدى إلى نتيجة لا يحصى عنها هى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالكهم على الجريمة فتزداد الجرائم ويختل الأمن ، فالعقوبة التى وضعت لصالح المجتمع تؤدى إلى إفساده إذا ما أسئ استعمالها ، ولا بد للقاضى أن يسئ استعمالها على الوجه الذى بينا نحكم الظروف القاهرة التى أحاطه بها القانون الوضعى .

لقد رتب القانون تخفيف العقوبة على ظروف الجاني ، فهل يصعب في أية جريمة مهما كانت خطورتها أن لا تجد لجان 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 جعبة الجناة والمدافعين عنهم ، وهل يستطيع القاضي أن يصم أذنيه فلا يسمع دفاعاً . ويفلق قلبه فلا يرحم ضعيفاً ، ويوقف عقله فلا يفكر في ظروف المتهم ، ولا يقدرها خصوصاً إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرصها ؟ صحيح إن القانون أجاز للقاضي أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمه بها ، 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 ينكر على الجاني حقه ، أو يستطيع أن لا يرتب على دفاعه إذا صح أثره ؟ .

وإذا كان واضعو القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة ؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الظن المجرد ، وإن الظن لا يغني من الحق شيئاً ، فالقاضي يعالج حقيقة الحالات فرادى ، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذي كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة ، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى الجرم معاً ، والقاضي ينظر إلى الجريمة والجرم معاً ، والعلماء لا يريدون أن يضحوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً في سبيل الاحتفاظ بالآخر ، والقاضي يفعل مثاهم ولا يستطيع أن يضحى بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر ، فيؤدى به موقفه إلى أن يضحى بهما معاً وبمصلحة الجماعة وأمنها في أغلب الأحوال .

ولقد نسى من وضع هذا السلطان العظيم في يد القضاة أنهم بشر ، وأن في طبيعة البشر التهرب من حمل المسؤولية ، وأن الإنسان إذا خير بين مسئوليات (٤٦ - التشريع الجنائي الإسلامي)

سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها ، ولا يتعرض لحمل المسؤوليات الثقيلة إلا كارهاً أو مضطراً حين لا يجد بداً من حملها أو لا يجد مخرجاً لتركها ، فالقاضي يشعر عادة بثقل مسؤوليته حين يفكر في الحكم بالإعدام وتنفر نفسه غالباً من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه مادام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة ، وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بثقله على نفسه طالما كان في استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس ، وقد يضايق القاضي أن يحكم على شخص ما نظروفه بالحبس مع النفاذ ، ولكنه لا يرى غضاضة في الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذ العقوبة ، كذلك لا ينفر القاضي ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أيا كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها ، وليس للقاضي بدعاً في هذا ، وإنما هي طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه ، فمن طلب منه أن يأتي بما ليس في طبيعته فقد طلب الحمال وباء بالخسران والخيال .

٥٠٦ - فصل واضعى القانون في علاج مشكلة العقاب ومظاهره :

ونستطيع أن نبين مما سبق أن واضعى القانون قد أخفقوا إخفاقاً ذريعاً حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجاً عملياً عن طريق القضاء ، ويتمثل هذا الإخفاق في مظهرين لكل منهما أهميته وأثره وهما :

أولاً : تعطيل العقوبات الأصلية : ترتب على إعطاء القضاة السلطان التام في اختيار العقوبة ، واستبدال غيرها بها أن تعطلت العقوبات التي وضعت أصلاً للجرائم بحيث أصبحت في حكم الملقاة ؛ لأن القاضي كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه باب التخفيف ، ويندر أن يفاق دونه هذا الباب ، ولا يطبق القاضي العقوبة الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك في كل الأحوال .

فمقوبة الإعدام وهى مقررة لحوالى عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن مع أن جريمة القتل وهى إحدى الجرائم العشرين التى يعاقب عليها بالإعدام تقع بمعدل

تسع جرائم يوميا خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع . وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهي على خطورتها تزداد عاما بعد عام ، وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد في تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة في ذاتها أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب . ولكن الإحصائيات وآسفاه ترينا ما لا يراه العقل وتنتهى بنا إلى غير ما ينتهى إليه منطق الأشياء ، ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار ، والأحكام المرادعة تقل باستمرار ففي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧^(١) فصلت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ٢٢٢ شخصا ، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصا فقط واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٧/٦٠ . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٨١ شخصا حكم على ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٨/٨٠ . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٥٠ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ٢٠٦ شخصا حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقيين عقوبات مخففة بعقوبة الإعدام ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٤/٤٣ . وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ قضت محاكم الجنايات

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء القضائي السنوي لوزارة العدل وليس لنا فيه إلا استخراج النسب المئوية .

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 للباقيين ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٣١ ٪ .

فمتوسط نسبة الأحكام التي قضت بعقوبة الإعدام في هذه السنوات الأربع المتتالية هي ٥٩ ٪ . وضالة هذه النسبة وتفاوتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لافئ جرائم القتل بصفة عامة ، ولكن في الجرائم التي يوجب فيها القانون الحكم بعقوبة الإعدام دون غيرها .

ولا يظن أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة في القديم فإن الإحصائيات تدل على أن هذه النسبة كانت ٥٧ ٪ في سنة ١٩٢٦-١٩٢٧ ، وأنها كانت في السنة التالية لها ٢٩ ٪ . ويالها من نسبة قينة بأن تحمّل النظام فسادا والأمن خوفا ولعل واضع 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 الكافي على أن عقوبة الإعدام منعدمة ، 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 لا تكاد تطبق كعقوبة أصلية ، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام . وإذا راجعنا إحصائية العقوبات الصادرة من محاكم الجنايات في سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ نجد أن مجموع المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء تسعة عشر شخصا حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أما الباقيون فعقوباتهم مستبدلة بعقوبة الإعدام . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصا من هؤلاء ٤٨ شخصا عقوباتهم أصلية والباقيون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩

كان عدد المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصا عقوبتهم أصلية والباقيون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصا عقوبتهم أصلية والباقيون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنايات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية إلا في القتل الذي لم يقترن بظروف ، وإلا في بعض جرائم الشروع في القتل المعاقب عليه بالإعدام ، أما بقية الجنايات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فمثلا تدل الإحصائيات على أنه لم يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فيما بين ١٩٣٦ - ١٩٣٧ وبين ١٩٣٩ - ١٩٤٠ إلا من أجل القتل والشروع فيه فيما عدا خمسة أشخاص حكم عليهم في كل هذه المدة لسرقات .

ومن السهل أن نبين نسبة تطبيق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية في جرائم القتل الذي لم يقترن بظروف في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ . كانت ٧٨ .٪ وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كانت ١٥٧ .٪ وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت ٨٩ .٪ وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت ١٢٩ .٪ ومتوسط النسبة في السنوات الأربع هو ١١٣ .٪ .

ولكن من الصعب أن نبين النسبة في جرائم الشروع ؛ لأن الإحصائيات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما تجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة وما لا تجب فيه . ولا نعتقد أنها تزيد عن النسبة في جرائم القتل بل إنها قد تقل عنها 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 أى : بنسبة ١.٦ ٪ ، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى بنسبة ٢. ٪ وفي سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . وإذن فالإحصائيات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق في جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطة ٩.٠ ٪ فقط .

وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كلتاهما معطلة لاتطبق على الجرائم التي فرضها لها القانون ، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كلتاهما مثل هذا المصير ؛ ذلك أن الجنايات المعاقب عليها بعقوبتي الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال على محكمة الجنح للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة إذا كان المتهم أعذار معينة أو ظروف مخففة ، وهذه الجنايات التي تحال على محكمة الجنح قد تبلغ أحيانا نصف ما يحال على محاكم الجنايات ، ومعنى هذا أن ثلث مجموع الجنايات تقريبا يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض في القضايا التي تحال على محاكم الجنايات أنها نوعان : نوع عقوبته الأعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وقد تدعو ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعو لذلك ، ونوع عقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضى الإحالة لا تدعو لاستعمال الرأفة ، فكان المنطق يقضى بأن هذا النوع الثانى يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية ، ولكن الواقع لا يتفق دائماً مع المنطق ، فإن كثيرا من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس ، وتدلل الإحصائيات على أن هذه القضايا يحكم فى ٣٨.٦ ٪ منها

بالحبس بدلا من العقوبات الأصلية ^(١) ؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائما أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر في كل أدوار التحقيق ، ولأن المتهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم في مظهر المستحق للرأفة .

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة في كل الجنايات إذا راجعنا العقوبات التي تصدر فيها سواء من محاكم الجنايات أو محاكم الجench ، ففي سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة في ٢١٨٢ جناية على ٣٠٦٣ شخصا من هؤلاء ٩٤١ شخصا حكم عليهم بعقوبة الجench ، وفي نفس العام حكمت محاكم الجench في ١١٥٤ جناية على ١٤١٦ شخصا بعقوبة الجench ، فأصبح عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٢٢ شخصا ، والمحكوم عليهم بعقوبة الجench ٢٣٧٥ شخصا ، أي أن ٥٢٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجench بدلا من عوباتها الأصلية . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة في ٢٤٠٨ جناية على ٢٩٥ شخصا منهم ٨٣٢ حكم عليهم بعقوبة الجench وفي نفس العام حكمت محاكم الجench في ١٠٤٥ جناية على ١٣٦٢ شخصا ، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجench ٢١٩٤ شخصا ، أي : أن ٥١٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجench بدلا من العقوبات الأصلية . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩٪ ، وفي سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت النسبة ٤٩٪ ، فتوسط ما يحكم فيه سنويا من الجنايات بعقوبة الجench هو ٥٠٪ من مجموع كل الجنايات .

وهكذا تنتهي عقوبات الجنايات هذه النهاية السيئة ، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦٪ من الجرائم التي جمعت عقوبة لها ، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق في بعض الجرائم كعقوبة أصلية ، فإذا طبقت في البعض

(١) أخذت هذه النسبة من كشف العقوبات التي حكمت بها محاكم الجنايات في سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والسجن بعدد المحكوم عليهم بالحبس في كل الجنايات عدا جنابات القتل .

الباقى تراوحت نسبتها المئوية بين ١ و ١١ ./. وعقوبة الأشغال المؤقتة والسجن لا تطبق إحداها إلا على ٣٥ ./. من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم بجنح وأن ٣٠ ./. من الباقى يحكم فيه بعقوبة الجنحة .

ومعنى ما سبق أن تطبيق العقوبات على الجرائم نزل بها درجة أو أكثر، فنزل بالإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة ، ونزل بهذه إلى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، ونزل بكل من هاتين إلى عقوبة الحبس . ولعلنا بهذا الاستدلال قد أدرکنا إلى أى حد تعطلت العقوبات الأصلية وأحطنا جيداً بمعنى هذا التعطيل .

ثانياً : الميل إلى تخفيف العقوبات : قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدین يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التغليظ ، وينزل بها الثانى إلى نهاية التخفيف ، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين ، ولكنهم يميلون غالباً إلى التخفيف وينزلون فى كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدها الأدنى متأثرين فى ذلك بمختلف العوامل التى سبق شرحها .

ولست أسوق دليلاً على هذا القول إلا الإحصاءات الرسمية^(١) فى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ حكم على ١١٦٥ شخصاً بالأشغال الشاقة المؤقتة فكانت نسبة المحكوم عليهم من هؤلاء بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٣٣ر٢ ./. ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥ر٤ ./. وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١ر٤ ./. وفى نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصاً فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٥٨ ./. ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٨ر١ ./. ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠ر٢ ./. وفى نفس السنة حكم على ٤٠٠٩٠ شخصاً بالحبس مع الشغل

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة السجون السنوية واستخرجت النسبة المئوية بمعرفتنا .

فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٥٦٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة ٣٢٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بسنة فأكثر ١١٣٪. وفي نفس السنة حكم بالحبس البسيط على ٢٣٩٢٥ شخصاً فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٩٩٦٪ ونسبة المحكوم عليهم بأكثر من تسعين يوماً ٠٤٪.

وفي سنة ١٩٣٨-١٩٣٩- كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة إلى مجموع المحكوم عليهم ٤٨٩٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٣٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٣٧٧٪. وفي نفس السنة كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة السجن ٦٩٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٦٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٢٩١٪. وفي نفس السنة كانت النسب بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تكاد تعادل النسب التي بينهاها عن سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ هذا هولسان الإحصاء الذي لا يكذب، وإنه لقاطع في أن الحاكم تنفر من التشديد، وأنها تميل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تميل بها إلى الاعتدال.

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن العقوبة خففت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى، ومعنى ذلك أن الحاكم تخفف العقوبة مرتين : مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة، ومرة عند تقديرها والنطق بها.

٥٠٢ - **علة تعطيل العقوبات وتخفيفها :** رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه الحاكم إلى تخفيف العقوبة بقدر الإمكان، ولهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هي أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأديب، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثر على العقوبة، والقاضي ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين المبدأين معاً في الجرائم الخطيرة والبسيطة

على السواء ؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم في الجرائم الخطيرة الماسة
بكيان الجماعة كما فعلت الشريعة ، وكلا المبدأين مناقض للآخر فتحقيق الزجر
والتأديب يقتضى تشديد العقوبة ، ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تخفيف العقوبة ،
ولا يستطيع القاضى أن يفعل شيئاً لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدأين
بقدر الإمكان ، ولكنه حين يفعل يتجه دائماً ناحية المتهم ؛ لأنه هو الذى يكون
ماثلاً أمامه بمادته ومعناه يسترحمه ويستعطفه ويفرض ظروفه ويبرر موقفه ،
أما مصلحة الجماعة فلا تكون وقت الحاجة ممتلئة فى ذم القاضى بالقوة
التي تتمثل بها مصلحة المتهم ، ولذلك لا تراعى بالقدر الذى يراعى به المتهم ،
وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتخفيفها .

٥٠٣ - هل نجحت العقوبات القانونية فى محاربة الإجرام ؟

شرعت العقوبات ولا تزال لمحاربة المجرمين والإجرام ، وحين يراد تحريم فعل
معين تقدر له العقوبات التي يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل
الحرم ، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت
العقوبة وأدت الغرض منها ، وإن لم يزدجر الناس عن الفعل المحرم حاول أولو الأمر
أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردة من العقوبة السابقة .

فالمقياس الصحيح لنجاح عقوبة ما هو أثرها على المجرمين والجريمة فإن
نقص عدد المجرمين وقلت الجرائم فقد نجحت العقوبة ، وإن زاد عدد المجرمين
والجرائم فقد فشلت العقوبة ووجب أن تستبدل بها عقوبة أخرى قيمة بأن
تردع المجرمين وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة
المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية ، ونحب أن نعرف إلى
أى حد نجحت هذه العقوبات ، وكيف كان أثرها على المجرمين والجريمة ؟
وهذه العقوبات على تعددها هي عقوبتان : الإعدام ، والحبس بوجه عام .

٥٠٤ - **الدعوى** : فأما الإعدام فلا شك في أنه عقوبة رادعة، وقد قررت لأقل ما يمكن من الجرائم ، ولا تكاد تقع في حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل ، وقد بينا مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام في الجرائم التي يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هي في المتوسط أقل من ٦٪ ، وهى نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه ، والذين يتصلون بدور القضاء 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 يتمناه

ولست أدري كيف نقبل أعداء القتل والسفاكين وهم لا يقبلون عذرا من ضحاياهم ؟ وكيف نرحمهم وهم لا يرحون فرائسهم ؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفي قلبه ذرة من الرحمة ، ولا يقتل إلا بعد تفكير وتدبير وإصرار على القتل وترصد للمقتول ، فليت شعري أية ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة ؟ وإذا كان القانون نفسه قد فرق بين القتل بالتسميم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقتن بجريمة أخرى أو المقصود به تسهيل ارتكاب الجرائم ، إذا كان القانون قد فرق بين هذه الأنواع وبين القتل الذى يقع دون ترتيب لوسائله أو تفكير سابق فيه ، وجعل عقوبة الأنواع الأولى الإعدام وعقوبة النوع الثانى الأشغال الشاقة ، فكيف سويننا بين المختلفين ، ولم نفرق في العقوبة بين النوعين ؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام في حدود هذه النسبة الضيقة بحجة استعمال الرأفة ؟ وهل أصبح المجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة ١٩٤١٪ في الجرائم التي لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة ؟ .

إن جرائم القتل التي تقع كل عام تعادل ٣٥٪ من مجموع الجنايات كلها، وهى 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

جنايات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ بينما كان مجموع الجنايات كلها ٨٦١٨ . وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جناية وكان مجموع الجنايات كلها ٩٢٣٢ . ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شيء إلى استعمال الرأفة .

فعب 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 يستبدلوا بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى لكان لعقوبة الإعدام أثرها الذي لا بد منه في تقليل جرائم القتل ، ولحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

٥٠٥ - عقوبات الحبس وعيوبها :- أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيتها والسجن والحبس فهي كما قلنا من قبل ليست في جوهرها إلا عقوبة الحبس الذي يتفاوت في مدته أكثر مما يتفاوت في نوعه ، وعقوبة الحبس هذه هي العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم ، يجازى بها المجرم الذي ارتكب جريمته لأول مرة ويجازى بها المجرم العاقي الذي تخصص في الإجرام ، ويجازى بها الرجال والنساء والشبان والشيب ، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة ومن ارتكب جريمة تافهة ، وتنفذ العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريبا ، وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشاكل دقيقة نبسطها فيما يلي :-

١ - إرهاق خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج :- يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها في محابس يقيمون بها حتى تنتهي مدة العقوبة ولهذا المحابس أسماء مختلفة ، وأقلها درجة : السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل ، ويليهما في الدرجة السجون العمومية

ويوضع فيها المحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر والمحكوم عليهم بالسجن والمحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من النساء أو الرجال المتقدمين في السن ، وعلى السجون العمومية اللينانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وهناك إصلاحات الرجال ويوضع بها معتادو الإجرام : أما إصلاحات الأحداث فهي للأطفال الذين تزيد أعمارهم على سبع سنوات .

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس بمختلف أنواعه ١٢٧٠٩٠ شخصا في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ ولا يدخل في هذا العدد من حكم عليهم بالحبس من المحاكم المركزية وبتزايد عدد المحكوم عليهم باستمرار سنة بعد أخرى وقد بلغ متوسط المسجونين يوميا ٢٥٥١٥ في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم يكونون في الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل ، فوضعهم في السجن هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لمجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفي لتأديبهم وردع غيرهم .

ولا شك أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدي وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره في محاربة الجريمة دون أن يؤدي إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه ، كالجلد مثلا فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر في الغالب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومي .

ولقد حاولت مصلحة السجون أن تستغل قدرة المسجونين على العمل ، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملا إلا لعدد قليل من المسجونين ، أما الباقون 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 ١٥٠٠٠٠ ج أثمان الخدمات التي يقوم بها المسجونون ، فكان ميزانية الدولة تتحمل ٥٣٢١٢٥ ج تنفق سنويا على المسجونين ، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم ما يخسره المجتمع كل عام من تعطل هؤلاء المسجونين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنويا ما يساوي أربعة وعشرين جنيتها لبلغت خسارة الأمة في سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ ج سنويا .

٢ — إفساد المسجونين : وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنويا لو كانت عقوبة الحبس تؤدي إلى إصلاح المسجونين ، ولكنها في الواقع تؤدي بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فساداً على فساده ، فالسجن يجمع بين الجرم الذي ألف الإجرام وتمرس بأساليبه ، وبين الجرم التخصص في نوع من الإجرام وبين الجرم العادي ، كما يضم السجن أشخاصا ليسوا بجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتبارا كالمحكوم عليهم في حمل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير والمحكوم عليهم في جرائم الخطأ الإهمال ، واجتماع هؤلاء جميعا في صعيد واحد يؤدي إلى تفشي عدوى الإجرام بينهم ، فالجرم الخبير بأساليب الإجرام يلقي ما يعلمه لمن هم أقل منه خبرة ، وللتخصص في نوع من الجرائم لا يبخل بما يعلم عن زملائه ، ويجد المجرمون الحقيقيون في نفوس زملائهم السذج أرضا خصبة يحسنون استغلالها دائما فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراما .

ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يعتبره العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره المجرمين ويأنف أن يكون منهم ، فإذا خرج من السجن حبيب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهى به ، وكان هذا مما أدى بالقضاة إلى أن صاروا يشفقون من الحكم بالحبس في الجرائم الاعتبارية التي لا يتمثل فيها روح الإجرام الحقيقي ، كما أنهم يوقفون تنفيذ العقوبة في الجرائم الحقيقية إذا كان المجرم مبتدئا ؛ لأنهم يخشون

أن يدخل الجاني السجن بريثاً من الإجرام أو مبتدئاً فيه فيخرج من السجن ملوثاً بالإجرام متفقهاً في أساليبه .

فالسجن الذى يقال عنه إنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك فى 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 ناجعاً ، إذ أنها تريد أن تقسم السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان المحكوم عليهم ، وهذا التقسيم سيبقى الحالة على ما هى عليه ؛ لأنه يجمع بين ذوى العقوبة الواحدة فى محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين ، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذى يراد علاجه ، أما جمع الشبان فى محبس واحد والكهول فى محبس واحد فلن يكون علاجاً ؛ لأن الإحصائيات تدل على أن أكثر المجرمين من الشبان ، ففي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧ ، أى 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 المجرمين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والمسنين ، ووجود الشبان المحكوم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوى السوابق كفيفل 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 فى نفوس المجرمين ، 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 .

وتدل الإحصائية رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ حلى أن ٤٥ ٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم

بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة ، بل إن هذه الإحصائية تدل على أن ٤٣ ٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ما كادوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها ، وأنهم ارتكبوا جرائمهم في مدة تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية ، والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردعاً وأن المجرم لا يخرج منها إلا بعد أن تتوافر الأدلة على تركه الإجرام وميله إلى الاستقامة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٧ من تقرير مصلحة السجون المشار إليه سابقاً على أن حوالي ثلث الموجودين في إصلاحية الرجال دخلوها للمرة الثانية والثالثة والرابعة .

ومما يدل على أثر السجن بصفة عامة في نفوس المجرمين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ فهي تشير إلى أن نصف من في الإصلاحية تقريباً لهم سوابق في الإجرام من خمس مرات إلى عشر ، وأن حوالي الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة ، وأن أكثر الباقيين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة ، فلو أن السجن يردع المجرمين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٣ من التقرير المشار إليه سابقاً على أن الذين يعودون لإصلاحية الرجال بعد خروجهم منها يزداد عددهم باستمرار ففي سنة ١٩١٦ كانت نسبة العائدين إلى مجموع من في الإصلاحية ١٠ ٪ وفي سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٢٠ ٪ وفي سنة ١٩٣٦ بلغت ٣٨ ٪ .

ومما يدل أيضاً على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على المجرمين ازدياد جرائم الدود سنة بعد أخرى فقد وصلت هذه الجرائم إلى ٨٧٢ جنائية في سنة ١٩٣٥ - ١٩٣٦ ثم ارتفعت إلى ٩٣٩ جنائية في سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ ثم بلغت ١٠٢٣ جنائية في السنة

التي تليها ، وجنایات العود هذه لا تقع إلا من المجرمين أرباب السوابق المتعددة .
 ٤ — قتل الشعوب بالمسئولية : وعقوبة الحبس فوق أنها غير رادعة تؤدي إلى قتل الشعوب بالمسئولية في نفس المجرمين وتحجب إليهم التعطل ، فالكثير من المسجونين يقضون في السجن مدداً طويلة نوعاً ما ينعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج ، والمشهد أن هؤلاء يكرهون أن يلقى بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والسكد من جديد ، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسئولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لاحقاً في الجريمة ولا حرصاً عليها وإنما حباً في العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة .

٥ — ازدياد سلطان المجرمين : ومن المجرمين من يفادر السجن ليعيش عائلة على الجماعة يستغل جريمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم ، ويعيش على هذا السلطان الموهوم وهذا المال المحرم دون أن يفكر في حياة العمل الشريف والكسب الحلال .

ولقد أصبح سلطان هؤلاء المجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات بل أصبح المجرمون في الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع ومن الوقائع التي أعرفها ويعرفها غيري أن رجال الإدارة يستعينون بالمجرمين أيام الانتخابات العامة ليوجهوا الناخبين المتمسكين بحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه .

وقد أدى هذا المركز الخطير الذي يحتله المجرمون إلى زيادة المجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز ، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع ، فبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلة في القديم أصبحت اليوم مدعاة للتباهى والتفاخر ، وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلاً مهاناً أصبح اليوم عزيز الجانب مسموع الكلمة نافذ السلطان .

٦ — انخفاض المستوى الصحى والأخلاق : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء فى مكان واحد لمدد مختلفة يتمتعون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم ، ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاماً بعد عام ، والمحابس لا تزيد فقد اضطر ولاية الأمور إلى حشرهم حشراً فى غرف السجون كما يحشر السردى فى علبته ، بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عدداً يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من الناحية الصحية^(١) . أما السجون المركزية فهى عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضمنه فى المتوسط عن ستين شخصاً ، وبينما تتوفر الوسائل الصحية نوعاً ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماماً فى السجون المركزية فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للمساجين الذين يقضون مدة حبسهم جالساً أو نياماً على الأسفلت ، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدهار السجون وعدم توفر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجونين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدفية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين ، وتدل إحصائيات سنة ١٩٣٩^(٢) وهى خاصة بالسجون العمومية والليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجوناً أصيبوا بنزلات شعبية ، ٣٦٩ بالتدرن الرئوى وأدران أخرى ، ٤٢٢ بالسيلان ، ١١٦٠ بالزهرى و ٤١٢٨ بالجرب ، ١٥٣٤ بالقراع ، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى ، ٢١٩ بقمل العانة ، ٨٦١٨ بمخراجات ودمل ، ٩٢٦ بالروماتزم ، بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجونين ٧٤٠٠٠ حالة فى سنة ١٩٣٩ وفى عدد هذه الحالات الضخم وفى أنواع الأمراض التى بينها ما يقطع بانخفاض المستوى الصحى والأخلاقى بين المسجونين .

(١) الإحصائية رقم ١ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ .

فالسجون إذن أداة لفشر الأمراض بين المسجونين ولإفساد أخلاقهم وتضييع رجولتهم، ولا يقتصر شر السجون على هذا، بل إنها تؤدي إلى فساد الأخلاق و خارجها؛ لأن وضع الرجال في السجون معناه تعريض زوجات هؤلاء الرجال وبناتهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهن وجها لوجه أمام الشيطان .

٧ - ازدياد الجرائم :- وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لمحاربة الجريمة ، ولكن الإحصائيات التي لا تكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل ، فقد كان عدد الجنائيات في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جنابة فإذا به في سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جنابة ثم يصل في سنة ١٩١٨ - ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جنابة وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جنابة . وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جنابة . أما الجنح فكان عددها في سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفي سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفي سنة ١٩٢٦ - ١٩٢٧ بلغ عددها ١٦٧٦٧٧ جنحة وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغ عدد الجنح ٣٨٢٨٢٨، وهكذا في ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنائيات ثلاثة أمثال ما كان عليه وبلغ عدد الجنح أكثر من أحد عشر مثالا .

وقد يقال : إن عدد الجنح لا يمثل الزيادة الحقيقية ؛ لأن الجنح المعاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تبعاً لذلك في مجموعها ، وهو قول صحيح إلى حد ما ، فخللترك العدد العام للجنح ولناخذ جريمة السرقة مقياسا فهي أخرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة، وفي سنة ١٨٩١ كان عدد جنح السرقة ٩٣٥٦ وفي سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنح ١٥٩٩٣ جنحة وفي سنة ١٩١٢ بلغ ٢٣٨٣٤ جنحة وفي سنة ١٩١٦ كان ٤٤١١٠ جنحة وفي سنة ١٩٢٦ بلغ ٥٤٣٢٦ جنحة وفي سنة ١٩٣٩ بلغ ٦٥٥٨٧ جنحة ومعنى هذا أن عدد جنح السرقة زاد في ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه ، وهي نسبة لا نبررها زيادة السكان ولا يقوم لها أي عذر مهما اختلفت للمعاذير ، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة

فكيف تتضاعف الجنيح سبع مرات والجنايات ثلاث مرات؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لاتسكون سبباً في ازدياد الجرائم مادامت العقوبة رادعة ، وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة في المملكة الحجازية ، فلا شك أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية في مصر أفضل منها في الحجاز ، ومع ذلك فقد قلت الجرائم في الحجاز وازدادت في مصر وانتشر الأمن هناك واختل هنا . ولقد كان الحجاز في يوم ما مضرب الأمثال في اختلال الأمن والنظام والجراة على ارتكاب الجرائم وترويج الأمن والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لنهب ما لهم ومتاعهم ، ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية في الحجاز الآن ليست خيراً منها يوم كان الفساد مستشرياً في الحجاز ، والفرق بين الحجاز قديماً وحديثاً هو نفس الفرق بين مصر والحجاز اليوم ، هو وجود العقوبة الرادعة في الحجاز الآن وانعدامها قديماً وهو انعدام هذه العقوبة في مصر اليوم ، فهذه العقوبة الرادعة هي التي وطدت الأمن في الحجاز وقضت على السلب والنهب وقطع الطريق وجعلت الأمن فيه مضرب الأمثال ، فلا يسهط من مسافر شيء إلا وجده في دار الشرطة ولا يضع لأحد شيء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يبايع بضياعه مادام مع المال ما يدل على اسم صاحبه .

فمن الخطأ إذن بعد قيام هذا المثل العملي أن نحتج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بازدياد السكان ؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولوا الأمر في وصف العلاج الذي يوافق المرض انتهى المرض أو سكنت حدته على أقل الفروض ، وإن لم يوفق أولو الأمر في وصف العلاج الناجع طال المرض وأعضل وعانى منه المجتمع أشد المعاناة .

٥٠٦ - كيف تتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية : - تبيننا فيما سبق.

النتائج السيئة للعقوبات التي فرضتها علينا الأنظمة الوضعية ، فإذا هي تضيق للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة ، وليس بعد ذلك

إلا ازدياد الجرائم وجراً المجرمين ، والإخلال بالأمن وتوهين النظام ، وذهاب هيبة الحكومة وسطوتها وفرض سلطان الأشقياء والمجرمين على السكان الآمنين ولا خلاص من هذه النتائج الحزنة إلا بالتخلص من النظام كله ، وإن في بعض هذه النتائج ما يكفي وحده لإلغاء هذا النظام . وإذا كان الناس لا يلفون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيراً منها ، فإن لدينا نظاماً هو خير الأنظمة التي عرفها البشر وأقدرها على حماية الجماعة ومكافحة الجريمة وإصلاح المجرم ، ذلك هو النظام الإسلامي الذي أثبتت التجربة نجاحه في كفاح الجريمة والقضاء على الإجرام .

وليست ميزة النظام الإسلامي الوحيدة في أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته ، ولكنه يمتاز أيضاً بأن الأسس التي يقوم عليها كفيلة بأن تقضى على العيوب التي تصحب العقوبات الوضعية ، كما هي كفيلة بأن توفر على العالم الجهود العظيمة التي تبذل لتخفيف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التي تنفق في سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعي أنه يؤدي إلى تعطيل العقوبات الأصلية وتخفيفها ، وفي الشريعة ما يحول دون ذلك في الجرائم الخطيرة التي تمس كيان الجماعة ، حيث تفرض الشريعة لهذه الجرائم عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضي أن ينقص منها شيئاً أو يستبدل بها غيرها مهما كانت ظروف الجاني ؛ لأن مصلحة الجماعة في هذه الجرائم الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتتغلب على كل اعتبار ، أما الجرائم التي لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضي فيها أن ينظر إلى شخصية الجاني ولو أدى ذلك لتخفيف العقاب مادام يؤدي إلى إصلاح الجاني في الوقت نفسه ^(١) .

والعيب الثاني للنظام الوضعي أنه يفرض في معظم الجرائم عقوبات لا تتنوع هي الحبس الذي يختلف شدة وضعفاً بحسب نوع الحبس ، والذي يؤدي تنفيذه

إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل في الحبس والإنفاق عليهم دون أن يؤديوا عملاً مجدياً فتخسر الأمة من وجهين : تخسر المال الذي تنفقه على المحبوسين ، وتخسر ما كان يمكن أن ينتجه هؤلاء لو لم يوضعوا في الحبس ، ولكن هذه الخسائر تنتفي لو نفذ النظام الإسلامي ؛ لأن الشريعة لا تعرف الحبس في جرائم الحدود والقصاص ، وهي كما بينا تبلغ ثلثي^(١) الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل في التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس ، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان حبساً غير محدود المدة حيث يبقى المجرم بعيداً عن الجماعة مكفوفاً شره وأذاه حتى يموت ، ولا يحكم بهذا النوع من الحبس إلا في الجرائم الخطيرة أو على المجرمين العائدين . وإذا فرض أن عقوبة الجلد تطبق في نصف الجرائم الباقية كان الباقي الأخير من الجرائم حوالي ١٥ ٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتغريب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والفروض أن الجرائم التي يجلد فيها هي جرائم الخطيرة فالجرائم التي تبقى أخيراً ليعاقب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هي جرائم تافهة في الغالب يكفي في عقابها النصح والتوبيخ والغرامة ، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة أن لا يحبس فعلاً إلا في حوالي ٥ ٪ من مجموع الجرائم وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها إلا بتطبيق نظرية الشريعة الإسلامية في العقاب .

وإذا قلت الجرائم التي يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحد فقد أصبح عدد المحبوسين قليلاً جداً ، وبذلك تنحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام ، كما تقل جرائم العود التي لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس .

وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التي يحكم فيها بالحبس حبساً محدد المدة هي

جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكد لدينا أن الحبس في هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة ولن يؤدي إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق ، وحتى إذا وجدت هذه المساوىء فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلة عدد المسجونين وقلة خطورتهم ؛ ولأن المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس . أما المجرمون الخطرون فهؤلاء تقضى عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم ؛ لأن ارتكاب الجاني لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للاجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه .

ومن عيوب عقوبة الحبس في القوانين الوضعية أنها تقتل الشعور بالمسئولية في نفس المجرم وتحجب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس ستزأموالم بالتهديد والتخويف . وفي عقوبات الشريعة علاج هذا كله ، بل إن علاجه في عقوبة الجلد وحدها إذ الجلد يحط من قدر المجرم في عين نفسه فلا يعود لجريمته ، كما يحط من قدره في عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه ولا يكبر المجرم في عيونهم حتى يزاحم بسلطانه سلطان الحكومات .

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعية عيباً عيباً لوجدنا لكل عيب علاجه الناجع في تطبيق عقوبات الشريعة الإسلامية وتطبيق نظريتها في العقاب .

هذه هي العقوبات الوضعية وهذا هو أثرها في إفساد الأخلاق والأمن والنظام ، وتلك هي عقوبات الشريعة الإسلامية وذلك هو أثرها في إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعية ، ولن تجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعي على الشريعة الإسلامية ؛ فإن وجدته فاذا ذكر قوله تعالى : ﴿ فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التي في الصدور ﴾ .

الباب الثالث

تعدد العقوبات

٥٠٧ — تعدد العقوبات وتعدد الجرائم: تتعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتتعدد الجرائم كلما ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه نهائياً في واحدة منها وهذا هو المعنى الفنى للتعدد .

وتعدد الجرائم إما صورى وإما حقيقى ، فهو صورى إذا ارتكب الجانى فعلاً واحداً يدخل تحته صور شرعية مختلفة ، ويحدث ذلك كلما انطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الموظف أثناء تأدية وظيفته فالفعل يمكن أن يكون ضرباً ويمكن أن يكون مقاومة وتعدياً . أما التعدد الحقيقى فيوجد كلما تعددت أفعال الجانى بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة .

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود ففى تعدد العقوبات يرتكب الجانى عدة جرائم قبل أن يحكم عليه فى إحداها . أما فى العود فيرتكب الجانى جريمته الثانية بعد أن يعاقب على جريمته الأولى . ويقضى المنطق بأن لا يعاقب المجرم فى حالة تعدد الجرائم على كل جرائمه ولو أن ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية ؛ لأنه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن عوقب على أية جريمة سابقة وأخذ درساً عنها ، فهو يختلف من هذه الوجهة عن العائد الذى سبق عقابه وأُنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكاً مستقيماً .

٥٠٨ — القوانين الوضعية والتمرد : عرفت القوانين الوضعية ثلاث

طرق مختلفة فى حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع - ويأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزى ومقتضاها أن يوقع على الجانى مجموع العقوبات المقررة لكل الجرائم التى ارتكبها .
وعيب هذه الطريقة الإفراط فى العقاب ؛ لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدى إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً فى الشدة ، فالجس وهو عقوبة مؤقتة إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة ، والغرامات إذا تعددت قد تؤدى إلى مصادرة تامة لأموال المحكوم عليه .

الثانية : طريقة الجب - ومعنى الجب أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات ، فقتضى هذه الطريقة أن لا يوقع على الجانى سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط ، فالشخص الذى يرتكب عشر جرائم مثلاً يعاقب بعقوبة الجريمة الأشد فقط دون غيرها من العقوبات ، ومعنى هذا أن من يرتكب جريمة خطيرة يعاقب عليها بعقوبة شديدة يكون فى حل من ارتكاب الجرائم الأبسط طالما أنه لم يعاقب على جرمته الخطيرة .

الثالثة : الطريقة المختلطة - وقد عولجت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة وتدعى بالمختلطة أو المتوسطة . ونعنى بالجمع بين الطريقتين الأولتين أو بتقييد إطلاقهما . فهى تجيز الجمع بين العقوبات على أن لا يتجاوز مجموعها حداً معيناً ، وتعين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط فى العقاب ، وهى تعالج طريقة الجب بتشديد العقوبة الواحدة التى يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التعمد والجب مع تقييدهما .

٥٠٩ - 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 و ٣٦ . والأولى منهما تنص على أن عقوبة

الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها للجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منهما 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 ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد ولكنه يقيد بها من ثلاثة وجوه :
الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها للجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، فمن كان محكوماً عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات نفذت عليه عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجب ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثانى : أن لا يزيد الحد الأعلى مهما تعددت العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس على ست سنوات ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .
الثالث : فى حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد ، وفى حالة التعدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضاً بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لغرض واحد ، وأن تكون مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة كما تنص على ذلك المادة ٣٢ عقوبات ، وهذا قيد على طريقة الجمع .

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تقيد نظرية تعدد العقوبات على الوجه السابق إلا فى القرن الماضى ، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أى قيد .

٥١٠ - الشريعة والتعدد : - عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية

تعدد العقوبات ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها ، وإنما قيدتها بنظريتين أخريين الأولى : هي نظرية التداخل ، والثانية : هي نظرية الجب .

نظرية التداخل* : معنى التداخل هو أن الجرائم في حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها في بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ، ولا ينفذ على الجاني إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة^(١) . وتقوم نظرية التداخل على مبدئين : -

أولهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد فإن العقوبات تتداخل ويجزى عنها جميعاً عقوبة واحدة ، فإذا ارتكب الجاني جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت عليه عقوبة أخرى .

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها . فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها بعد .

وتعتبر الجرائم على الرأى الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحداً ولو اختلفت أركانها وعقوباتها . كالسرقة العادية والحراقة فكلاهما سرقة وإن اختلفت أركانها وعقوباتها ، وكالزنا من محصن والزنا من غير محصن فكلاهما زنا ، وفي مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هي الواجبة .

تعليل هذا المبدأ : وأساس هذا المبدأ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر ، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنيين فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفى لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى ، وإذا كان من المحتمل عقلاً أن يعود المجرم

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ - أسنى المطالب

ج ٤ ص ١٥٧ - المنى ج ١٠ ص ١٩٧ .

لارتكاب الجريمة فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفي مادام لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تردعه ، فإذا ثبت هذا بأن ارتكب جريمة فعوقب عليها ثم عاد لها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة ؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تكن زاجزة ولا رادعة للجاني .

ثانيهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويمزجىء عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى : لتحقيق غرض واحد فن أهان موظفاً وقاومه وتمدى عليه عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التى وضعت عقوباتها لفرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة ، ومن تناول ميتة ودما ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة؛ لأن عقوباتها جميعاً وضعت لفرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة .

والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها .

ويرون فى مذهب مالک أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف يتداخلان فلا يعاقب على الجريمتين عند التمدد إلا بعقوبة واحدة ، وحجتهم فى ذلك أن الغرض من العقوبتين واحد ؛ لأن من شرب هدى ومن هدى افترى فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتراء ، ولكن المذاهب الأخرى تخالف مذهب مالک فى هذا المثل بالذات ؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول فكلاهما وضعت لفرض يخالف الغرض الذى وضعت له الأخرى . 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 رأى صدق فى المذاهب الأخرى^(١) .

أما إذا كانت الجرائم للمتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد كأن ارتكب الجاني سرقة في المرة الأولى ثم زنا في الثانية وقذف في الثالثة فإن العقوبات لا تتداخل في هذه الحالة وإنما تتعدد بتعدد الجرائم المختلفة .

نظرية الجب : معنى الجب في الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التي يتمتع مع تنفيذها بتنفيذ العقوبات الأخرى ، ولا يطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ، ومن ثم فهي العقوبة الوحيدة التي تجب ما عداها .

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظرية الجب ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها ، ولكن الشافعي ينكرها ، والذين اعترفوا بها يختلفون في مدى تطبيقها . فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل ، والقتل يجب جميع ذلك إلا الفرية (أى القذف) فإن حد الفرية يقام عليه ثم يقتل ، ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لثلاثي قال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية^(١) .

ويرى أحمد أنه إذا اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محصن وشرب وقتل في الحاربة استوفى القتل وسقط سائرهما . فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الأدميين وفيها قتل استوفى حق الأدمى ودخلت حدود الله في القتل سواء كان القتل حدا أو قصاصا ، فمن قطع إصبع شخص وقذفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصا ثم يحذف للقذف ثم يقتل ويسقط ما عدا ذلك^(٢) .

والأصل عند أبي حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة لحاجة العبد إلا الانتفاع بحقه ، فإذا

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٢ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة ، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام ذلك المسقط درءاً للبواقي لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادروا الحدود ما استطعتم » فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محصن وشرب خمرأ قتل قصاصاً وسقط حد الزنا والشرب ؛ وإن زنا وهو محصن وقذف وسرق وشرب يبدأ بحد القذف ؛ لأنه متعلق بحق آدمي ثم يرجم ويسقط ما عدا ذلك من الحدود ، وإذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص في النفس بدىء بالقذف ثم قتل قصاصاً ويدراً ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن في ماله السرقة في الحالين^(١) ، ورأى أبي حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد .

أما الشافعي فلا يعترف كما قلنا بنظرية الحب ، ويرى أن تنفذ العقوبات كلها واحدة بعد أخرى مالم يتداخل بعضها في الآخر ، على أن يبدأ أولاً بحق الآدميين فيما ليس فيه قتل ، ثم بحق الله أي بحق الجماعة فيما لا نفس فيه أي لا قتل فيه ثم يحجى القتل من بعد ذلك ، فإذا اجتمعت مثلاً على رجل حدود : حد بكر في الزنا ، وحد في القذف ، وحد في سرقة ، وحد في قطع طريق يقطع فيه أو يقتل ، وقصاص في قتل رجل ، فيحد أولاً في القذف ، ثم يحبس حتى يبرأ فيحد في الزنا ، ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى للسرقة وقطع الطريق ، ثم يقتل بعد ذلك ، فإذا مات في أحد الحدود سقطت بموته الحدود التي لله عز وجل وبقيت في ماله حقوق الآدميين كالدية والمال المسروق وهكذا يؤخر الشافعي القتل لأنه لا يسلم بنظرية الحب^(٢) .

ويرى بعض الشافعية أن الجاني لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٠٥ .

للسرقة العادية وقتل لقطع الطريق ، وأنه إذا زنا قبل أن يحصن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغرب كفاه تغريب واحد ، وأنه إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصائه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد في الرجم ، وأساس امتناع القطع والتغريب والجلد ليس الجلب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل ، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسمى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى ، والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ في الزنا الأول أجزأ تغريب واحد عن الزنا مرتين ، والجلد عقوبة الزانى غير المحصن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزأه عقاب واحد هو عقاب الزانى المحصن ^(١) .

٥١١ — مقارنة بين الشريعة والقانون :- أساس القيود الموضوعة لنظرية

التعدد في الشريعة هو نفس الأساس الذى تقوم عليه هذه القيود في القوانين الوضعية ، فكلاهما يرى أن الجانى كان معذورا عندما ارتكب جريمة الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى ، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيد يودى إلى نتائج يابأها العقل ومنطق التشريع .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون فإن الشريعة جاءت أدق منطقاً من القوانين الوضعية في تطبيق نظرية التعدد وتقييد هذه النظرية ، ونجد هذه الدقة متمثلة في تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها بل طبقها فقط في حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها ، وفي الجرائم المختلفة التى يجمع بين عقوباتها غرض واحد ، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم ، وعلّة هذا أن لكل جريمة عقوبتها فإذا ارتكب الجانى جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقاً فن المعقول أن يعتذر للجانى بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتعدد العقوبة ، أما إذا ارتكب الجانى جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرا في ارتكاب الجريمة الثانية ؛ لأن

(١) أسنى للمطالب ج ٤ ص ١٥٧ .

كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة ، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجاني عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات ، وقد روعي في وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا تتوفر في غيرها ، فروعى مثلاً في تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجاني من السرقة ، وروعى في عقوبتي الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجاني من مقارفة الزنا وهكذا ، ومن ثم كانت عقوبة القذف لا تصلح عقوبة للسرقة ولا تجدى في الردع عنها ، وكانت عقوبة السرقة لا تصلح عقوبة للقتل ولا تنفيذ في منع هذه الجريمة وكان الواجب نتيجة لهذا المنطق أن تتعدد العقوبة في الجرائم المختلفة وأن يعاقب الجاني على كل نوع منها بعقوبته الخاصة . أما القوانين الوضعية فتخالف الشريعة في هذه النقطة وتجعل عدم العقاب في جريمة ما عذراً للجاني في ارتكاب أية جريمة أخرى سواء كانت الجريمةتان 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 يصفون هذه الحالة بأنها جب على أساس أن العقوبة الأشد هي التي توقع ، ولكن الوصف الصحيح لها أنها تداخل ؛ لأن كل الجرائم يعاقب عليها بعقوبة واحدة ، والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة ، أما التداخل فيكون قبل الحكم بها وبعده ، وحالة التداخل التي يسلم بها القانون تشبه إلى حد كبير المبدأ الثاني للتداخل في الشريعة .

وإذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظرية التداخل على الوجه السابق فإنها تخالف الشريعة في الأساس الذي بنى عليه التداخل ، فالقانون الوضعي يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجاني جرائم لغرض واحد ، وأن تكون الجرائم مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، أما الشريعة فتجعل أساس التداخل في هذه الحالة

أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لغرض واحد ، وهذا الفرق يمثل الروح التي تسيطر على كل تشريع ، فالقانون يحمل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذي يتوخاه 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 سليمة المنطق موحدة الاتجاهات .

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذا الباب أن القوانين جعلت حداً أعلى للعقوبات لا يصح أن تتعداه بحال مهما تعددت ، ولم تضع الشريعة مثل هذه القاعدة ، والضرورة وحدها هي التي أوجدت هذا القيد في القوانين الوضعية ؛ لأن العقوبة الأساسية في القوانين هي الحبس بأنواعه المختلفة من حبس بسيط إلى حبس مع الشغل إلى سجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة ، فلو لم يوضع حد أعلى لمدة العقوبة في حالة التعدد لاستحالت العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهى عمر المحكوم عليه قبل أن تنتهي العقوبة ، أما في الشريعة الإسلامية فالعقوبات الأساسية هي القطع والجلد وهي عقوبات مؤقتة بطبيعتها ومهما تعددت فلن تستحيل إلى عقوبات أبدية ، ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لوضع حد أعلى للعقوبات عند التعدد .

وإذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت في بعض الجرائم باعتبارها عقوبة تعزيرية فإنها مع هذا لم تكن في حاجة لوضع حد أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل ، إذ المجرم يتخصص عادة في ارتكاب جرائم فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة ؛ فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا بعقوبة واحدة طبقاً لنظرية التداخل ، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاث أو أربع فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعاً الحبس ، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى (٤٨) التشريع الجنائي الإسلامي

حد غير معقول خصوصا إذا راعينا أن بعض الفقهاء يرون أن لا يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يجعلون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالبا ، فضلا عن هذا فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالبا في هذه الحالة فتنزل بالعقوبة ؛ لأن الجرائم المتماثلة توضع عقوباتها غالبا لحماية هدف واحد ، وإذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة .

وإذا كانت الشريعة تتفق مع القانون في تقرير نظرية الجب فإنهما 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 مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية ، ولم تكن الشريعة في حاجة لتقرير هذه الحالة الأخيرة ؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية في الشريعة من ناحية ، ولأن مددها قصيرة من ناحية أخرى ، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التي بسطناها سابقا ، ولأن الشريعة فضلا عن ذلك كله لم تنوع الحبس أنواعا متعددة مختلفة فالحبس فيها كله من نوع واحد ودرجة واحدة مادام محدد المدة .

وإذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنها قد أخذت بها على إطلاقها وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على انصلاح حاله وتوبته توبة نصوحا ، فلم يكن هناك داع لتحديد مدة قصوى للحبس ؛ لأن الإفراج يتم بالتوبة وصلاح حال المحكوم عليه لا بمضي مدة معينة عليه في الحبس ، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخل سبيله أو يظل في محبسه حتى يموت ؛ لأن الغرض من حبسه هو كف شره عن الجماعة فإذا انكف شره بالتوبة أحلى سبيله ، وإذا لم يتوب فالحبس يكف شره حتى يأتيه الموت .

الباب الرابع

استيفاء العقوبات

٥١٢ - 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 أية جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها ، فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها ، وإن لم يثبت عليه إتيانها حكم ببراءته مما نسب إليه ، فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولى الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير ، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للمجنى عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توفرت شروط معينة وفيما يلي تفصيل ذلك كله .

٥١٣ - الاستيفاء في جرائم الحدود : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أى : العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه ؛ لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب ، فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً في إقامة الحد ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحضره لازماً فقال : « أغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم ، وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه »^(١).

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم ، ومما يروى عن رسول الله في هذا قوله : « أربع إلى الولاية : الحدود ، والصدقات ، والجمعات ، والنفى » ^(١) .

وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف ^(٢) أى : إذا كان الحد قتلاً أو قطعاً ، وإنما يسأل باعتباره مفتاتحاً على السلطات العامة أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى : أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف ، وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل ، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع ، فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

٥١٤ - الاستيفاء في جرائم التعازير : واستيفاء العقوبات المحكوم بها في جرائم التعازير من حق ولى الأمر أو نائبه أيضاً ؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهي من حقها فيترك استيفائها لنائب الجماعة ، ولأن التعزير كالحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الخيف .

وإس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت متلفة للنفس فإن قتل أحد الأفراد شخصاً محكوماً عليه بالقتل تعزيراً ، فهو قاتل له ولو أن عقوبة القتل متلفة للنفس ، والعرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس وعقوبة التعزير المتلفة للنفس أن

(١) للمذهب ج ٢ ص ٢٨٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٥ .

عقوبة الحد لا يجوز العفو عنها ولا إسقاطها ولا تأخير تنفيذها فهي عقوبة محتمة لا بد منها، أما عقوبة التعزير المتلفة فلولى الأمر العفو عنها ولهذا فهي عقوبة غير لازمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو في اللحظة الأخيرة .

٥١٥ - الاستيفاء في جرائم القصاص : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كغيرها من العقوبات متروكة لإقامتها لأولى الأمر ، لكن أجاز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم أو المجنى عليه ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل ﴾ [الإسراء: ٣٣]

ومن المتفق عليه أن لولى المجنى عليه حق استيفاء القصاص في القتل بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان ؛ لأنه أمر يقتصر إلى الاجتهاد ويحرم فيه الحيف ، ولأنه لا يؤمن الحيف من المقتص مع قصد التشفى ، لكن إذا استوفاه في غير حضور السلطان وقع الموقع أى : وقع الفعل قصاصاً ، وعزز المستوفى لافتياته على السلطان وفعله ما منع من فعله .

وينظر السلطان في الولى فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة اللازمة مكنه منه ، وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمره أن يوكل غيره ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه .

وليس ثمة ما يمنع أن يعين خبير لاستيفاء الحدود والقصاص يأخذ أجره من بيت المال ؛ لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولى لا يحسن القصاص وكل هذا الخبير .

فإذا كان القصاص فيما دون النفس أى : فيما ليس قتلاً فيرى أبو حنيفة أن المجنى عليه الحق في استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه ، وكل عنه من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه في مذهب أحمد^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

ويرى مالك والشافعي ورأيهما وجه في مذهب أحمد أن الجنى عليه ليس له أن يستوفي عقوبة القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجنى عليه أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء ، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفاً مخصصاً لهذا الغرض^(١) .

٥١٦ - كيفية استيفاء القصاص في الناس : لا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف عند أبي حنيفة ورواية عن أحمد سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جرح أو نتيجة الخنق أو التفريق أو التحريق أو غير ذلك ، وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص فعنى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية فالقود بالسيف ؛ لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلاً من وقت وجوده فلا يقتص منه إلا بالقتل ؛ لأنه لو قطع عضواً من الجاني ليحقق التماثل ثم عاد لحز الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ، ولا يعتبر حز الرقبة متمماً للقطع ؛ لأن التمس للشيء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص في النفس مقصود منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ؛ لأن إتلافها يعتبر تعذيباً وليس استيفاءً .

وإذا أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزز

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - الترحم الكبير ج ٣ ص ٣٩٩ .

لافتياته إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه في القصاص بأي طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو ردها في بئر ونحو ذلك ؛ لأن القتل حقه فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف ؛ لأنه يستوفيه بطريق غير مشروع فيعزز على هذا الافتيات^(١)

وعند مالك والشافعي وهو رواية عن أحمد^(٢) أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

فإن حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشبة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فمات فللولي أن يقتص منه بمثل ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ولأن القصاص قائم على المائلة والمائلة ممكنة فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولي أن يقتص بالسيف في هذه الأحوال ؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر فالرأي الراجح أن يكون القصاص بالسيف .

٥١٧ - ما بشرط في آت القصاص : وإذا أراد الولي أن يستوفى بنفسه فلا يسكني أن يكون خبيرا بالقصاص ، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له لا كالة مثلا ولا مسممة لئلا يعذب المقتص منه ، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير ؛ لأن من شروط القصاص أن لا يعذب الجاني وأن تزهر روحه بأيسر ما يمكن^(٣) . تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ - المهذب ج ٢ ص ١٩٩ - الشرح الكبير ج ٩

ص ٤٠٠

(٣) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧

على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليجد أحداً منكم
شفرته وليرجم ذبيحته » .

٥١٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع منه السيف ؟ : والأصل في
اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع في القتل وأنه يزهد روح الجاني بأيسر
ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل
إيلاماً فلا مانع شرعاً من استعمالها « فلا مانع شرعاً من استيفاء القصاص بالمقصلة
والكرسي الكهربائي وغيرها مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يتخلف
الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالمقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة
فلا لأنها من قبيل السلاح الحدد وأما الكرسي الكهربائي ؛ فلا أنه لا يتخلف
الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالمقاتل دون أن يترتب عليه
مضاعفة التعذيب ^(١) » .

٥١٩ - هل يجوز للسلطان أن يستأجر اليوم باستيفاء القصاص : الرأي
الراجح عند الفقهاء هو أن لا يترك للمجنى عليه أو وليه أن يستوفى حق القصاص
فيما دون النفس ؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضى خبرة ودقة في المقتص
ولا يؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك للمجنى عليه أو وليه ^(٢) أما القصاص في
النفس فقد ترك للولى استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بألة صالحة فإذا
لم يكن يحسنه وكل في الاستيفاء من يحسنه ، فحق الولى في الاستيفاء مقيد بإحسان
الاستيفاء وباستعمال الآلة الصالحة .

واقدر كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً أما اليوم
فقل فيهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقل من يوجد لديه سيف
صالح للاستعمال .

(١) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر . راجع القصاص ص ٢٠٨

(٢) المفتى ج ٩ ص ٤١٢ - المذهب ج ٢ ص ١٩٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣

وإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكبرى الكهربي أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المشنقة والمقصلة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنها في حيازه الدولة ، إذا روعى هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى الجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا القصاص وأن لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

٥٢٠ - استيفاء العقوبات عند التعدد : تخالف الشريعة القوانين الوضعية في طريقة استيفاء العقوبات عند التعدد ، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شيء إلى طبيعة العقوبات في كل .

وإذا أخذنا القانون المصرى مثلاً على القوانين الوضعية الحديثة فإنه يقضى 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 إنسان بالأشغال الشاقة أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أوقف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدىء في تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

وتنفذ العقوبات فى القانون المصرى على التوالى فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى ، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالحكم عليه ، فتنفذ سواء كان المحكوم عليه مريضاً أو صحيحاً سقيماً أو قوياً .

وقد أوحى طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام ، فهى 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 أثناء التنفيذ .

أما النظام المتبع 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 في التنفيذ بما هو لله أى : بما يس حقوق الجماعة ، ثم يقام بعد ذلك ما هو للناس أى : ما يس حقوق الأفراد ، وحجة مالك في هذا أن ما لله لا عفو فيه وما للآدميين قد يعفى عنه فمن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يس حقوق الأفراد .

ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يترك لولى الأمر البدء بأيهما .

ويرى أبو حنيفة وأحمد تقديم ما يس حقوق الأفراد على ما يس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيما يس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف ثم ينفذ بعد ذلك ما يس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره .

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها ، فيقدم الأخف على الخفيف ، ويقدم ما يس حقوق الآدميين على ما يس حقوق الجماعة ، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها ؛ لأنه لا يعترف بالجب

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 فاستيفائها 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 .

٥٢١ - التنفيذ على المريض والضعيف والمكره : وقتها الشريعة متفقون على وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التعازير إذا كان المحكوم عليه مريضاً ، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة كأن كان برداً شديداً أو حرّاً شديداً ، ولا يستثنون من ذلك إلا عقوبة القتل ؛ لأنها عقوبة مهلكة أى : أن المقصود منها إهلاك المحكوم عليه ، أما العقوبات الأخرى التي لا يقصد منها إهلاك المحكوم عليه فلا يصح أن تنفذ في ظروف تؤدي إلى الهلكة .

ويرى بعض الفقهاء أن يؤخر تنفيذ الحد على الضعيف حتى يقوى ، ولكن البعض الآخر لا يرى تأخير التنفيذ ويفضل أن ينفذ الحد بقدر الإمكان بحيث لا يضار المحكوم عليه بضعفه ، فإن كانت العقوبة الجلد مثلاً جلد مرة أو مرتين بصوت متعدد الفروع أو بمشكال له ستمارح بعدد الأسواط أو نصفها .

ويرى الفقهاء أن لا تنفذ العقوبة على السكران حتى يصحو من سكره^(١) .

٥٥٢ - التنفيذ على الحامل : عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم

التنفيذ على الحامل ، وحديث الغامدية قاطع في ذلك فقد جاءت الرسول تعترف بالزنا وهي حامل قال لها عليه الصلاة والسلام : « اذهبي حتى تضعي حملك » ومثله حديث معاذ : « إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على مافي بطنها » والتنفيذ الممنوع على الحامل هو الذي يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرجم والجلد .

والفقهاء مجمعون على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون بعض الشيء في مدى تطبيقه . فيرى الشافعي أن لا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملاً أو ربية من حمل حتى تضع حملها أو يتبين أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بعد الوضع ، وإن لم يكن لولدها

موضع ويفضل الشافعي تركها أياً ما حتى تجد لولدها مرضعاً في حالة القتل .
ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق أن لا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس
ولو كانت العقوبة جلدًا .

ويرى، مالك أن لا ينفذ على الحامل حتى تضع ، ويعتبر النفاس مرضاً
يوجب تأخير الجلد حتى ينتهي ، وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل .
وإن لم يصيبوا لطفلها من يرضعه لم يعجل عليها بالقتل .

ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه
لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللبن ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة فتنت ، ويستحب
لولى القتل تأخيرها للقطام ، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين
ثم تفتطمه ، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل .

٥٢٣ - التنفيذ على المجنونة : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بمناسبة
الكلام على مسئولية المجنون فليس ما يدعوا لإعادة الكلام عن هذا الموضوع
ويكفي فيه مراجعة ما سبق (١)

٥٢٤ - علانية التنفيذ : الأصل في الشريعة أن يكون التنفيذ علنياً لقوله
تعالى : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ولأن السنة جرت بهذا ، ويستوى
في ذلك القتل وغير القتل ، وتتفق الشريعة في هذا مع كثير من القوانين الوضعية .
ولقد كان القانون المصري يوجب العلانية في تنفيذ عقوبه الإعدام أخذاً
عن القوانين الأوروبية ، ثم عدل عن اشتراط العلانية ، ولكن فرنسا لا تزال
متمسكة بالعلانية .

وتنفذ عقوبة القتل في الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن وتنفذ
بقطع الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا على الرأي الراجح بين الفقهاء .

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل ، فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة ، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله ، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس 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 يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة ، فقاتل والده مثلاً كانت تقطع يده قبل القتل ، وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص ، فالشريف يعدم بقطع رقبة بالسيف ، والعامى يعدم شنقاً . ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع وصدر قانون في فرنسا يسوى بين المحكوم عليهم في التنفيذ ويجعل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط ، وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد . ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لإزهاق الروح دون تعذيب . فالمرشع الفرنسي اهتمدى إلى طريقة قطع الرأس ، والمصرى والإنجليزى إلى طريقة الشنق ، وفى إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل ، وفى بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق المحكوم عليه بالكهرباء .

وتقضى الشريعة أن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفنوه كما يشاءون لقوله عليه الصلاة والسلام : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » فيصح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره ، ولكن لولى الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدى إلى المساس بالأمن والنظام .

والقانون المصرى يقضى بتسليم الجثة لورثة القتيل على أن يكون الدفن بغير احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنايات) كذلك يوجب القانون المصرى إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلى ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٣٦٣ من قانون تحقيق الجنايات المصرى)

الباب الخامس

المود

٥٢٥ - ماهية المود : يطلق المود اليوم في اصطلاحنا القانوني على حالة الشخص الذي يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً ، أى : أن المود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائياً عليه في إحداها أو بعضها .

ويتميز المود عن تعدد الجرائم بأن المجرم في حالة التعدد يرتكب جريمة الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم في جريمة سابقة عليها ، أما في المود فيكون المجرم حين ارتكب جريمته الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر .

وعود المجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن المجرم يصبر على الإجرام ، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردعه ، ومن ثم فقد كان من المعقول أن ينتج التكسير إلى تشديد العقوبة على العائد ولقد كانت فكرة التشديد تلقى فيما مضى مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية ، أما اليوم فليس ثمة من ينازع في مشروعية العقاب على المود .

وشراح القوانين وإن كانوا يسلّمون بالعقوبة على المود ، إلا أنهم اختلفوا في تقرير المبادئ التي يقوم عليها المود ، فالبعض يرى أن يكون المود خاصاً بمعنى أن لا يعتبر المجرم عائداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الأولى أو مماثلة لها ، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يعتبر المجرم عائداً .

ويرى البعض أن يكون المود عاماً بحيث يعتبر المجرم عائداً إذا ارتكب جريمته الثانية سواء كانت من نوع الأولى أو من نوع آخر مماثلة لها أو غير مماثلة . كذلك اختلف الشراح في مدة المود ، فرأى البعض أن يكون المود مؤبداً

بحيث يعتبر المجرم عائدًا مهما مضى من الزمن على جريمته الأولى ، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتًا بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يعتبر المجرم عائد إذا ارتكب جريمته الثانية .

وقد أخذ قانون العقوبات المصرى بهذه المبادئ جميعاً فأخذ بمبدأ العود العام في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات ، وأخذ بمبدأ العود الخاص في الفقرة الثالثة من هذه المادة ، وأخذ بنظام العود المؤبد في الفقرة الأولى من نفس المادة ، وبنظام العود المؤقت في الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيًا في كل ذلك نوع العقوبة ومدتها ونوع الجريمة .

وإذا تكرّر من المجرم ارتكاب الجرائم فلا يعتبره شراح القوانين الوضعية مجرد عائد بل يعتبرونه مجرمًا معتادًا على الإجرام وعدوا خطرًا للجماعة يجب استئصاله منها أو إبعاده عنها ، وقد طبق القانون المصرى هذه النظرية تطبيقًا محدودًا فجعل عقوبة معتاد الإجرام الإرسال لمحل تعينه الحكومة « إصلاحية الرجال » إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط أن لا تزيد مدة بقاء المجرم في المحل الخاص عن ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال « المادتان ٥٢ ، ٥٣ عقوبات » .

وفي إيطاليا يقضى قانون العقوبات الصادر في سنة ١٩٣٠ بوضع معتادى الإجرام ومحترفيه في محل زراعى أو صناعى لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفي فرنسا ينص القانون الصادر في ١٨٨٥/٥/٢٧ على نقي معتادى الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقًا محدودًا ولم تأخذ بها على إطلاقها .

هذه هى القواعد العامة التى يقوم عليها العود فى القوانين الوضعية الحديثة

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تعرف قواعد العود إلا أخيراً ، وأن المبادئ التي وضعتها للعود والاعتیاد على الإجرام تعتبر من أحدث المبادئ في هذه القوانين .

٥٢٦ - الشريعة والعود: - وقد يدهش القارئ أن يعلم أن هذه المبادئ

المستحدثة في القوانين الوضعية هي نفس المبادئ التي وضعتها الشريعة الإسلامية للعود ولعتادی الإجرام من ثلاثة عشر قرناً ، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حداتها لم تطبق بعد المبادئ الشرعية على إطلاقها .

ومن المتفق عليه في الشريعة أن يعاقب 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 لولى الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة ، ومن الأمثلة على ذلك اللواط لغير الحصن فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة ، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشناعة جريمته ولما تؤدي إليه من التقليد وإفساد الأخلاق والتخلف . والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتیاد بتخليده في الحبس حتى يموت أو تظهر توبته .

وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقه ، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص ، كما أنهم لم يفرقوا بين العود الأبدي والعود المؤقت ، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاماً وخاصاً وأبدياً ومؤقتاً ، والأمر في ذلك متروك لولى الأمر يضع من القواعد ما يراه محققاً 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 فجعل الناس كل شيء عنها أما القوانين الوضعية فطبق باستمرار ويعرفها أكثر الناس معرفة جيدة . وقد يكفي الشريعة امتيازاً أن قواعد التي وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر

قرناً تنفى تمام الاتفاق مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية ، ولكن الشريعة فى الواقع تمتاز على القوانين الوضعية بأنها تعاقب معتادى الإجرام ومخترفيه فيه بالقتل وبالتخليد فى السجن ، وهما العقوبتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة نفوس شراح القوانين الوضعية وعلى الأخص أصحاب نظريتي تدابير الأمن *procédé d'élimination* و *mesure de sûreté* وغرق الاستئصال فهو لاء يرون أن يستأصل معتاد الإجرام من الجماعة ، أو أن يحبس حبساً غير محدد المدة بحيث يكف 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 فى النهاية حبساً محدد لمدة كما بينا فى الأمثلة التى ذكرناها عن القوانين المصرى والإيطالى والفرنسى . وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية فى تنظيم العودة وتقرير قواعده ، ولا تزال سابقة لهذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذى ينادى به شراح القوانين أنفسهم .

الباب السادس

سقوط العقوبة

٥٢٧ - أسباب سقوط العقوبة : تسقط العقوبات في الشريعة بأسباب مختلفة ، ولكن ليس في هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة إنما تتفاوت الأسباب في أثرها على العقوبات ، فبعضها يسقط معظم العقوبات وبعضها مسقط لأقلها ، وبعضها خاص بعقوبات دون أخرى .

والأسباب المسقطة للعقوبات هي (١) موت الجاني (٢) فوات محل القصاص (٣) توبة الجاني (٤) الصلح (٥) العفو (٦) إرث القصاص (٧) التقادم .

٥٢٨ - موت الجاني : تسقط العقوبات بموت الجاني إذا كانت بدنية أو متعلقة بشخص الجاني ؛ لأن محل العقوبة هو الجاني ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محليها .

أما إذا كانت العقوبة مالية كالدية والغرامة والمصادرة فلا تسقط بموت الجاني ؛ لأن محل العقوبة مال الجاني لا شخصه ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجاني بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط عقوبة القصاص بموت الجاني يوجب الدية في ماله أو لا يوجبها ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الدية في مال القاتل ؛ لأن القصاص عندهما واجب عينا والدية في رأيهما لا تجب بدلا من القصاص إلا برضاء الجاني ، فإذا مات الجاني سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية ؛ لأن الجاني لم يوجبها على نفسه ويستوى أن يكون الموت بآفة

سماوية أو بيد شخص آخر ما دام الموت بحق ، فإذا مات الجاني بمرض أو قتل في قصاص لشخص آخر أو قتل زنا أو ردة ففي كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الدية بدلا منها .

أما إذا قتل الجاني ظلماً فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول فن قتل رجلاً فمدا عليه أجنبي فقتله عمداً فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثاني ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلي وليكم في القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلا أولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها وإن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول^(١).

ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ولا يوجب الدية في مال الجاني ولا في مال غيره إذا جنى عليه^(٢).

ويرى الشافعي وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص في كل الأحوال سواء كان الموت بحق أو بغير حق ولكنه يؤدي إلى وجوب الدية في مال الجاني ؛ لأن الواجب بالقتل عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر ؛ ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البذل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر^(٣).

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء في المنزل الآتي : إذا قتل زيد علياً فإن لأولياء علي حق القصاص على زيد ، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقاً لرأي مالك وأبي حنيفة ، ولأوليائه الدية في مال زيد طبقاً لرأي الشافعي وأحمد . فإذا كان موت زيد راجعاً إلى أن خالدًا

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

قتله عمداً أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء
على في رأى أبي حنيفة ، أما طبقاً لرأى مالك فحق القصاص ينتقل إلى خاله
ولأولياء على أن يقتصوا منه في حالة العمد ، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من
خاله إلا إذا أرضوا أولياء على ، وفي حالة الخطأ يدفع خالدية زيد لأولياء على . وطبقاً
لرأى الشافعي وأحمد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء على الدية في مال زيد .

٢٥٩ - فوات محل القصاص : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون

النفس ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجاني
حيّاً ، ففوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط .
والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المائل للمحل الجنائية ،
فإذا فات محل القصاص سقط القصاص ؛ لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء
مع انعدام محله .

وإذا 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 وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً يفرق
بين ما إذا فات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظمناً ، وبين فواته بحق كتبفيذ
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 الدية
بدلاً من القصاص ؛ لأن الجاني قضى بالطرف أو الجارحة التي فاتت حقاً
مستحقاً عليه^(٢) .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢١٣ - شرح الدردير ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٩٨ .

ويرى الشافعى وأحمد أن المجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص ، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا .

٥٣٠ - توبة الجاني : - من المتفق عليه في الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحراية المقررة جزاء على الأفعال التي تمس حقوق الجماعة وذلك لقوله جل شأنه : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ فالخارب 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 قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحراية إذا حدثت التوبة قبل القدرة على الخارب فإنهم قد اختلفوا في أثر التوبة على ماعدا هذه الجريمة ، ولهم في ذلك ثلاث نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على المدول عن الجريمة فلا داعى لتكرارها هنا^(١) .

٥٣١ - الصلح : - الصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها . ولا خلاف بين الفقهاء في أن القصاص يسقط بالصلح ، ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها .

والأصل في الصلح السنة والإجماع . فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عمدا دفع إلى أولياء

للمقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ، وما صولحوا عليه فهو لهم » ،
وفي عهد معاوية قتل هذبة بن خشرم قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن
والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله ^(١) .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان
لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن يكون بدل
الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا .
أما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على
أكثر مما تجب فيه الدية ؛ لأن ذلك يعتبر ربا ، فمثلا لا يصلح الصلح على الدية مقابل
مائة وعشرين من الإبل ؛ لأن الدية مائة من الإبل فقط ؛ ولأن الزيادة ربا .

٥٣٢ - العفو : - العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة وهو إما أن يكون
من المجنى عليه أو وليه ، وإما أن يكون من ولي الأمر ، ولكن العفو ليس على
أى حال سببا عاما لإسقاط العقوبة ، وإنما هو سبب خاص 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 :-

٥٣٣ - جرائم الحدود والعفو : ليس للعفو أى أثر على الجرائم التي
تجب فيها عقوبات الحدود ، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان
العفو من المجنى عليه أو من ولي الأمر . فالعقوبة في هذه الجرائم لازمة محتمة
ويعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى ؛ لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه
أو إسقاطه ^(٢) .

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٧٧ .

(٢) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد جاز لولى
الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها ، وإذا امتنعت الحد في جريمة من جرائم الحدود
وعوقب عليها بالتعزير فليس لولى الأمر العفو عن العقوبة على الراى الراجح .

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهدرا فيما وجب فيه الحد ، فإن وجب الحد في نفسه أهدرت نفسه ، وإن وجب في طرفه أهدر طرفه ^(١) .

٥٣٤ - العفو في جرائم القصاص والدية : تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولي دمه أن يعفو عن عقوبتي القصاص والدية ^(٢) دون غيرها من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة ، ولا يؤثر عفو على حق ولي الأمر في تعزير الجاني بعد العفو عنه .

وليس لولي الأمر أن يعفو في جرائم القصاص والدية عن العقوبات المقدرة كالقصاص والكفارة ، ولكن له أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجاني وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه في العفو مقصور كحق ولي الأمر على العفو عن العقوبة فقط ، وليس لأيهما العفو عن الجريمة ، فإذا عفا أحدهما عن الجريمة انصرف عفو إلى العقوبة في الحدود التي بينها ، والعلة في منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح للمجنى عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجاني ، وفي هذا خطر شديد على الجماعة ؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مماسا بالمجنى عليه ، ولو سمح لولي الأمر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجنى عليه في القصاص والدية .

والأصل في حق المجنى عليه أو وليه في العفو الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق في سياق قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ حيث قال : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفي سياق قوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ حيث

(١) راجع الفقرة ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) المقصود من الدية معانها الأعم فتشمل الدية والأرض والحكومة .

قال: ﴿من تصدق به فهو كفارة له﴾ وأما السنة فإن أنس بن مالك قال: «مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو» .

والعفو عن القصاص عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف^(١) .

والعفو عند مالك وأبي حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا وإنما هو صلح ؛ لأن الجاني لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها^(٢) .

ويعتبر مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صلحا لا عفوا ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا ؛ ولأن الدية لا تجب عندهما إلا برضاء الجاني ، وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضا الطرفين فهو صلح لا عفوا . أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو عن القصاص على الدية عفواً لاصحاً ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، والخيار للرجعي عليه أو وليه دون حاجة لرضا الجاني ، ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطاً محضاً لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل ، فهو عفوا ؛ لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر .

وكما يجوز العفو عن القصاص يجوز أيضا العفو عن الدية سواء كانت الدية هي العقوبة الأصلية كما في القتل الخطأ أو كانت حالة محل القصاص .

٥٣٥ - العفو في جرائم التعازير : من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ - الزيلعي ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ - البحر

الرائق ج ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

الأمر حق العفو كاملا في جرائم التعازير ، فله أن يعفو عن الجريمة وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولسكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولى الأمر حق العفو في كل جرائم التعازير أو في بعضها دون البعض الآخر .

فرأى البعض أن ليس لولى الأمر حق العفو في جرائم القصاص والحدود التامة التي امتنع فيها القصاص والحد ، وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها لا عن الجريمة ولا عن العقوبة . أما ما عداها من الجرائم فلولى الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة في ذلك بعد مجانبة هوى نفسه^(١) .

ورأى البعض أن لولى الأمر في كل الجرائم المعاقب عليها 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 .

ولمجنى عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما في الضرب والشتم ، ولكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني وتقويمه ، فإذا عفا المجنى عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية^(٣)

وإذا عفا ولى 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 بمناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا^(٥) .

٥٣٦ - إرث القصاص : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ - المفتي ج ١٠ ص ٣٤٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . (٥) راجع الفقرة ٢٠٣ .

ليس له أن يقتص من الجاني ، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجاني نفسه كل القصاص أو بعضه ، فمثلا إذا كان في ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل ؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقي . وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فيسقط القصاص ، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولمن بقي من المستحقين نصيبهم من الدية^(١) .

٥٣٧ - التقادم : - التقادم المقصود هو مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيمتنع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة . والتقادم المسقط للعقوبة يختلف عليه فأكثر الفقهاء لا يسلّمون به ، ومن يرونه مسقطا للعقوبة لا يجعلونه سببا عاما مسقطا لكل عقوبة ، وآراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين :

النظرية الأولى : وهي تقوم على مذهب مالك والشافعي وأحمد ، وتلخص في أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ ، وأن الجريمة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة ، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير وما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير ، فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقا لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية أن قواعد الشريعة ونصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية تسقط بمضي مدة معينة ، كذلك فإن ولي الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأي

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ - المذهب ج ٢ ص ١٨٦ ج ٩ ص ٣٦٢ .

حال ، وإذا لم يكن هناك نص يميز إسقاط العقوبة ولم يكن لولى الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم .

أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولى الأمر ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة ؛ لأن لولى الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة فى جرائم التعازير وإذا كان لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعلق سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن فى ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضره .

النظرية الثانية : وقوامها مذهب أبى حنيفة ، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى فى القول بالتقادم فى العقوبات التعزيرية وفى امتناع التقادم فى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفى جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود ، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم . وأبو حنيفة وأصحابه على هذا رأى عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار ، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم^(١) .

والأصل فى هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة فى جرائم الحدود أن لا تكون الجريمة قد تقادمت ، ولا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف ؛ لأن شكوى المجنى عليه شرط لتحريك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى ، أما ما عدا القذف من الجرائم فلاكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها ولا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ المجنى عليه .

ويستند الحنفية فى قولهم بتقادم الجريمة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة

(١) يروى البعض سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

بين أن يؤدي الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [سورة الطلاق : ٢] وبين أن يستتر على الحادث لقوله عليه السلام: « من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فإذا سكّت الشاهد عن الجريمة حتى قدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضعفه ما هي التي حملته على الشهادة ، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته . ويؤيد الحنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته - أي عند وقوعه - فإنما شهدوا عن ضعف 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 ثورت التهمة ولا شهادة لمتهم على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يقول : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » - أي متهم - .

وإذا كانت الشهادة ترد أصلاً للتهمة فالمنطق أن لا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو لمرض ، ولكن لما كانت التهمة أمراً خفياً غير متضبط ومن الصعب التحقق منه في كل الأحوال فقد أقيم التقادم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدمها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على الشاهد .

وبعد أن قال الحنفية بالتقادم في الجريمة كان من السهل أن يقولوا به في العقوبة ؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أي : أن التنفيذ متمم للقضاء فوجب أن يتوفر عند التنفيذ ما يتوفر عند الحكم ، وإذا وجب عند الحكم أن لا تتقادم الجريمة فقد وجب أن لا يكون التقادم عند التنفيذ ^(١) .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً وفوض الأمر فيه للقاضي يقدره طبقاً لظروف كل حالة ؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً ، وقدره محمد بستة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٨ .

أشهر وذكر عنه أنه قدره بشهر وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف .
ويترتب على هذا أن لولى الأمر أن يضع حداً للتقادم وأن يمنع قبول الدعوى بعد
مضى مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة .

وخلاصة رأى الحنفيين فى سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير
تسقط بالتقادم أيا كان الدليل الذى بنى عليه الحكم ، وأن عقوبات الحدود
فما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة ، فإذا
كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأى أبى حنيفة
وأبى يوسف ^(١) .

تم الجزء الأول بعون الله

مراجع الكتاب

في التفسير :

جامع البيان في تفسير القرآن	لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري
الجامع لأحكام القرآن	لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي
مفاتيح الغيب	لمحمد الرازي نخر الدين
الكشاف عن حقائق التنزيل	للزمخشري
الشهاب على البضاوي	لشهاب الدين الحفاجي
روح المعاني	للسيد محمد الألوسي
تفسير المنار	للسيد محمد رشيد رضا

في الحديث :

صحيح البخاري	الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية
التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول	الطبعة الأولى بمطبعة البابي الحلبي
نيل الأوطار من أسرار متني الأخبار	لمحمد علي الشوكاني مطبعة بولاق
عون الباري لحل أدلة البخاري	لابي صديق بن حسن بن علي الحسيني
	مطبوع مع الكتاب السابق
زاد المعاد في هدي خير العباد	لابن القيم الجوزية الطبعة الأولى بمطبعة صبيح
سبل السلام وهو شرح العلامة الصنعاني على متن بلوغ المرام للحافظ بن حجر العسقلاني	

في الأصول :

أصول الفقه	للشيخ محمد الحضري	الطبعة الثانية
علم أصول الفقه	للشيخ عبد الوهاب خلاف	الطبعة الثانية
الإحكام في أصول الأحكام	لابن حزم الأندلسي	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
الإحكام في أصول الأحكام	لسيف الدين أبي الحسن الآمدي	طبعة دار الكتب

الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية
لحب الله بن عبد الشكور
مطبوع مع الكتاب السابق
الطبعة الأولى طبعة القباني

للمستصفي
فوائح الرحموت في شرح مسلم الثبوت
رسالة الشافعي في علم أصول الفقه

في مذهب مالك :

الدونة الكبرى	رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك
أحكام القرآن لأبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي	الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
مواهب الجليل شرح مختصر خليل للعطاب	الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
التاج والأكليل لمختصر خليل للمواق	مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الزرقاني على مختصر خليل	مطبعة محمد أفندي مصطفى
حاشية البناني	مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الحرشي على مختصر خليل	الطبعة الثانية بمطبعة بولاق
حاشية العدوي	مطبوع مع الكتاب السابق
المقدمات لابن رشد	الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد	الطبعة الأولى بالمطبعة الجمالية
الشرح الكبير للدردير	المطبعة الأميرية
حاشية الدسوقي	مطبوع مع الكتاب السابق
فتح العلي المالك	للشيخ عlish
تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام	لابن فرجون
	مطبوع مع الكتاب السابق

في مذهب أبي حنيفة :

المبسوط لشمس الدين السرخسي	مطبعة السعادة بمصر
كتاب الحراج	لأبي يوسف
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	لعلاء الدين الكاساني
	الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية

شرح فتح القدير لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية

الطبعة الأولى المطبعة الأميرية

شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البairني مطبوع مع الكتاب السابق

مطبوع مع الكتاب السابق

الطبعة الثالثة

الطبعة الأميرية

الطبعة الأولى المطبعة الأميرية

مطبوع مع الكتاب السابق

لبرهان الدين أبي بكر المرغنياني

الطبعة الأولى المطبعة الخيرية

الطبعة الأولى

مطبوع مع الكتاب السابق

مطبعة وادي النيل

طبعة ١٢٨٩ هـ

الطبعة الأولى

الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية

لأبي بكر الرازي الجصاص

الطبعة الأولى بمطبعة الأوقاف الإسلامية

لابن عابدين

للزيلعي

لابن نجيم

لابن عابدين

لشيخ زاده

لابن نجيم

محمد أبو الفتح

لابن عيسى الدبوسي

لابن قاضي سماوه

حاشية الطهطاوي على الدر المختار

حاشية رد المحتار على الدر المختار

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

حاشية شهاب الدين الشلبي

لهداية شرح بداية المبتدى

البحر الرائق شرح كنز الدقائق

منحة الخالق على البحر الرائق

مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر

الأشباه والنظائر

إتحاف الإبصار والبصائر

تأسيس النظر

جامع الفصولين

أحكام القرآن

في مذهب الشافعي :

الطبعة الأولى مطبعة بولاق

مطبوع مع الكتاب السابق

لأبي يحيى زكريا الأنصاري

الطبعة الأولى بالمطبعة الميمنية

للإمام الشافعي

الأم

مختصر المزي

أسنى المطالب شرح روض الطالب

مجموعة الرسائل لابن تيمية

الطبعة الأولى مطبعة التقدم

كتب أخرى :

الكامل	لابن الأثير (تاريخ)	مطبعة بولاق
سيرة عمر بن الخطاب	لابن الجوزي	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
القصاص	لأحمد محمد إبراهيم	طبعة ١٣٦٣ — ١٩٤٤
الجنائيات المتحدة	لرضوان شافعي المتعافي	المطبعة السلفية
فقه القرآن والسنة	لمحمود شلتوت	الجزء الأول مطبعة العلوم
مجلة القانون والاقتصاد		
طرق القضاة في الشريعة الإسلامية	لأحمد إبراهيم بك	الطبعة الأولى المطبعة السلفية
طرق الإثبات الشرعية	» » » » »	مطبعة العلوم
القضاء في الإسلام	لعطية مشرفة	» » » » »
الدية في الشريعة الإسلامية	لعلي صادق أبو سيف	مطبعة علي عنان

فهرست

تفصيل

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣	كلمة المؤلف	
	تقديم وتوجيه	
٤	موضوع البحث	١
	محتويات الجزء الأول	٢
	مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي	٣
٦	المذاهب الشرعية المقارن بها	٤
	علة الاختصار على المذاهب الأربعة	٥
٧	لغة البحث	٦
	الفقهاء والسراخ	٧
٨	لماذا بدأت بالقسم الجنائي	٨
٩	كيف دفعت لدراسة الشريعة	٩
١٠	حاجة الكتب الشرعية للتهذيب	١٠
١١	طريقة التأليف	١١
١٢	كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية	١٢
١٣	وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون	١٣
	لا قياس بين مختلفين	١٤
١٤	نشأة القانون	١٥
١٥	نشأة الشريعة	١٦
١٧	لاممثلة بين الشريعة والقانون	١٧
١٧	الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون	١٨
٢٤	المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون	١٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الميزة الأولى : الكمال	
	الميزة الثانية : السمو	
	الميزة الثالثة : الدوام	
٢٥	الأدلة على توفر هذه الميزات في الشريعة	٢٠
	نظرية المساواة	٢١
٢٧	نظرية مساواة المرأة بالرجل	٢٢
٢٩	نظرية الحرية	٢٣
	حرية التفكير	٢٤
	حرية الاعتقاد	٢٥
	حرية القول	٢٦
٣٧	نظرية الشورى	٢٧
٤١	نظرية تقييد سلطة الحاكم	٢٨
	وضع حدود لسلطة الحاكم	
	مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه	
	تحويل الأمة حق عزل الحاكم	
٤٦	نظرية الطلاق	٢٩
	الطلاق قبل الدخول وفرض المهر	
	الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر	
	الطلاق بعد الدخول	
٤٩	نظرية تحريم الخمر	٣٠
٥٢	نظرية تعدد الزوجات	٣١
٥٥	نظريات في الإثبات والتعاقد	٣٢
٥٦	نظرية الإثبات بالكتابة	٣٣
٥٨	نظرية إثبات الدين التجارى	
٥٩	نظرية حق الملتزم في إملاء العقد	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٦٠	نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة	٣٦
٦١	أحكام أخرى في آية الدين	٣٧
٦٢	تذكير	٣٨

* * *

٦٤	منهج البحث	٣٩
----	------------	----

الكتاب الأول

في الجريمة

٦٦	القسم الأول من الكتاب الأول	٤٠
----	-----------------------------	----

الباب الأول - في ماهية الجريمة

٦٦	تعريف الجريمة	٤١
٦٧	الجريمة والجناية	٤٢
٦٨	علة التحريم والعقاب	٤٣
٧٠	الشريعة والقانون	٤٤
	الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون	٤٥
٧١	الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون	٤٦
٧٢	ما يترب على كون الشريعة من عند الله	٤٧
	النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها	
	النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية	
٧٤	الجرائم التأديبية والأخطاء الإدارية	٤٨
٧٦	الجريمة المدنية	٤٩

الباب الثاني - في أنواع الجريمة

٧٨	تقسيم الجرائم	٥٠
----	---------------	----

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفصل الأول	

٧٨	التقسيم المبني على جسامة العقوبة	٥١
	جرائم الحدود	

	جرائم القصاص والدية	
	جرائم التعازير	

٨١	أهمية هذا التقسيم	٥٢
	من حيث العفو	

	من حيث سلطة القاضي	
	من حيث قبول الظروف الخفيفة	
	من حيث إثبات الجريمة	

الفصل الثاني

٨٣	تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني	٥٣
	أ — الجرائم المقصودة	

	ب — الجرائم غير المقصودة	
٨٤	أهمية هذا التقسيم	٥٤

الفصل الثالث

٨٥	تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها	٥٥
	الجريمة المتلبس بها	

	الجريمة التي لا تلبس فيها	
٨٦	أهمية هذا التقسيم	٥٦

من حيث الإثبات

من حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفصل الرابع — في تقسيم الجرائم بحسب طريقة وكيفية ارتكابها ووقوعها	
	المبحث الأول — تقسيم الجرائم بحسب طريقة ارتكابها	
٥٧	تقسيم الجرائم إلى إيجابية وسلبية	١٦
٥٨	الجريمة الإيجابية تقع بطريق السلب	١٧
٥٩	مق يعتبر الممتنع مسئولاً	١٨
٦٠	الشريعة والقوانين الوضعية	
٦١	الفرق بين الشريعة والقانون	١٩
	المبحث الثاني — في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها	
٦٢	تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد	٩٠
٦٣	أهمية هذا التقسيم	٩١
	من حيث مبدأ سريان التقادم	
	من حيث الاختصاص	
	من حيث تطبيق قواعد التداخل	
٦٤	الشريعة والقوانين الوضعية	٩٢
٦٥	الجرائم التي تتكون من أفعال متلاحقة	
٦٦	الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة	٩٣
	والجريمة غير المؤقتة	
٦٧	العلة في اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة	
	المبحث الثالث — في تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة	
٦٨	سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم	٩٤
٦٩	جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة	
٧٠	مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة	٩٥
٧١	تقسيم الجرائم غير المؤقتة	٩٦
	الجرائم المتجددة	
	الجرائم المستمرة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٩٦	أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة من حيث الاختصاص من حيث التقادم من حيث قوة الشيء المقضى به	٧٢
٩٨	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٧٣
	الفصل الخامس — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها المبحث الأول — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة تقسيم الجرائم إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد	٧٤
٩٨	المبحث الثاني — في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة	
١٠٠	التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية	٧٥
١٠١	مقى توجد الجريمة السياسية المجرمون السياسيون أو البغاة	٧٦ ٧٧
١٠٢	الشروط التي يجب توفرها في البغاة أولاً — العرض من الجريمة ثانياً — التأول ثالثاً — الشوكة رابعاً — الثورة أو الحرب	٧٨
١٠٤	حقوق البغاة ومسئوليتهم قبل الثورة	٧٩
	حقوق البغاة ومسئوليتهم أثناء الثورة وبعدها	٨٠
١٠٦	عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة	٨١
١٠٧	بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية	٨٢

القسم الثاني — من الكتاب الأول

١١٠	أركان الجريمة	٨٣
-----	---------------	----

الباب الأول

١١٢	الركن الشرعى للجريمة	٨٤
-----	----------------------	----

الفصل الأول

١١٢	النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية	٧٥
	المبحث الأول — فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة	

١١٣	تمهيد	٨٦
-----	-------	----

١١٥	قواعد أصولية فى الشريعة	٨٧
-----	-------------------------	----

١١٧	مصدر هذه القواعد الأصولية	٨٨
-----	---------------------------	----

١١٨	مقى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص	٨٩
-----	--	----

	كيف طبقت الشريعة قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص	٩٠
--	--	----

الفرع الأول — لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود

١١٨	أثر القاعدة فى جرائم الحدود	٩١
-----	-----------------------------	----

الفرع الثانى — لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم القصاص والدية

١٢١	أثر القاعدة فى جرائم القصاص والدية	٩٢
-----	------------------------------------	----

الفرع الثالث — لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير

١٢٦	أثر القاعدة فى جرائم التعازير	٩٣
-----	-------------------------------	----

	ما هو التعزير	٩٤
--	---------------	----

	الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير	٩٥
--	--------------------------------------	----

١٢٨	أقسام التعزير	٩٦
-----	---------------	----

القسم الأول

١٢٨	التعزير على المعاصى	٩٧
-----	---------------------	----

١٣٠	أنواع المعاصى	٩٨
-----	---------------	----

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	١ -- بما فيه الحد وقد تضاف إليه الكفارة	
	٢ -- ما فيه الكفارة ولا حد فيه	
	٣ -- ما لا حد فيه ولا كفارة	
١٣٣	ما هو السبيل إلى معرفة المعاصي	٩٩
١٣٤	المعاصي التي فيها الكفارة ولا حد فيها	١٠٠
١٣٨	المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة	١٠١
١٤٢	ظنون لا أساس لها من الحق	١٠٢
١٤٣	نماذج مما كتبه الفقهاء في التعزير	١٠٣
١٤٥	كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير	١٠٤
١٤٨	لا جريمة ولا عقوبة في التعزير بغير نص	١٠٥

القسم الثاني

١٤٩	التعزير للمصلحة العامة	١٠٦
١٥٢	سلطة القاضي في التعزير للمصلحة ليست تحكيمية	١٠٧
١٥٣	لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في هذا النوع من التعزير	١٠٨
١٥٤	العلة في إجازة التعزير للمصلحة العامة	١٠٩

القسم الثالث

١٥٥	التعزير على المخالفات	١١٠
	الفرع الرابع -- كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة	
١٥٦	القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة	١١١
١٥٧	كيف طبقت القوانين القاعدة	١١٢
١٥٩	بين الشريعة والقوانين	١١٣

أولاً -- من حيث تاريخ تطبيق القاعدة

ثانياً -- من حيث التطبيق بصفة عامة

ثالثاً -- من حيث الجريمة

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	رابعاً — من حيث العقوبة	
	المبحث الثانى — فى أدلة الأحكام الشرعية أو مصادر التشريع الجنائى	
١٦٤	مصادر التشريع الإسلامى بصفة عامة	١١٤
	مصادر التشريع الجنائى الإسلامى	١١٥
	الفرع الأول — فى القرآن	
١٦٥	القرآن	١١٦
	نصوص القرآن قطعية	١١٧
١٦٦	دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية	١١٨
	حجية أحكام القرآن	١١٩
	أحكام القرآن شرعت للدين والآخرة	١٢٠
١٧٠	أحكام الشريعة لا تتجزأ	١٢١
١٧٢	مميزات الشريعة	١٢٢
	الفرع الثانى — فى السنة	
١٧٣	تعريف السنة	١٢٣
١٧٤	مركز السنة من القرآن	١٢٤
١٧٥	أنواع السنة بحسب روايتها	١٢٥
	(أ) السنة المتواترة	
	(ب) السنة المشهورة	
	(ج) سنة الآحاد	
١٧٦	هل السنن قطعية أم ظنية	١٢٦
	حجية السنة	١٢٧
١٧٧	هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعاً	١٢٨
	الفرع الثالث — فى الإجماع	
١٧٥	تعريف الإجماع	١٢٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	حجية الإجماع	١٣٠
	الأساس التشريعي للإجماع :	١٣١
	القرآن — السنة	
١٨٠	الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات	١٣٢
	مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامي	١٣٣
١٨١	الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا	١٣٤
	الفرع الرابع — القياس	
١٨٢	تعريف القياس	١٣٥
	هل القياس ممكن في جميع الأحكام	١٣٦
١٨٣	القياس في الجرائم والعقوبات	١٣٧
١٨٥	القياس في الإجراءات	١٣٨
	المبحث الثالث — في تفسير الأحكام الجنائية	
١٨٥	سلطة القاضي في تفسير النصوص	١٣٩
	الفرع الأول — في القواعد اللغوية الموضوعية للتفسير	
١٨٦	كيف استنبطت هذه القواعد	١٤٠
	أولا - دلالات العبارات والألفاظ أو مفوماتها	١٤١
	مفهوم العبارة	
	مفهوم الإشارة	
	مفهوم الدلالة	
	مفهوم الاقتضاء	
	مفهوم المخالفة	
١٨٨	تعارض المفومات	١٤٢
١٨٩	ثانيا - وضوح الدلالات وغموضها	١٤٣
	أقسام الواضح الدلالة	١٤٤
	الظاهر	١٤٥

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
١٩٠	النص	١٤٦
	المفسر	١٤٧
١٩١	الحكم	١٤٨
	حكم التعارض	١٤٩
	أقسام الغامض الدلالة	١٥٠
	الحقي	١٥١
١٩٢	المشكل	١٥٢
١٩٣	المجمل	١٥٣
	المتشابه	١٥٤
١٩٤	ثالثاً : اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها	١٥٥
	اللفظ المشترك	١٥٦
١٩٥	اللفظ العام	١٥٧
١٩٦	دلالة العام قطعية	١٥٨
١٩٧	ما يترتب على قطعية دلالة العام	١٥٩
١٩٨	تخصيص العام	١٦٠
	الدليل غير المستقل	١٦١
	الدليل المستقل	١٦٢
١٩٩	المقصود من التخصيص	١٦٣
	اللفظ الخاص	١٦٤
	حكم اللفظ الخاص	١٦٥
٢٠٠	حالات اللفظ الخاص	١٦٦
	المطلق والمقيد	١٦٧
٢٠١	صيغة الأمر	١٦٨
	صيغة النهي	٢١٦٨

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفرع الثانى — فى القواعد التشريعية التى تراعى فى التفسير .	
٢٠٢	ماهية القواعد التشريعية	١٦٩
	مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى	١٧٠
	المقصد الأول	١٧١
٣٠٢	المقصد الثانى	١٧٢
	المقصد الثالث	١٧٣
	ترتيب المقاصد العامة من التشريع	١٧٤
٢٠٤	حقوق الجماعة وحقوق الأفراد	١٧٥
٢٠٦	الاجتهاد	١٧٦
٢٠٧	كلمة ختامية عن قواعد التفسير	١٧٧
	المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات	١٧٨
٢٠٩	تعريف الشبهة	١٧٩
	أنواع الشبهة	١٨٠
٢١٢	تقسيم الشافعية للشبهة	
	تقسيم الحنفية	
٢١٤	ما يترتب على درء الحدود بالشبهات	١٨١
٢١٦	هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير	١٨٢
٢١٧	المبدأ الثانى : تفضيل الخطأ فى العفو	١٨٣
	القانون والشريعة	١٨٤
	المبحث الرابع — فى تعارض الأحكام ونسخها	
٢١٨	التعارض	١٨٥
٢١٩	النسخ	١٨٦
٢٢٠	محل النسخ	١٨٧
٢٢١	مق كان النسخ	١٨٨
	أى النصوص تنسخ الأخرى	١٨٩
٢٢٢	حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة	١٩٠

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الخامس — في علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين	
٢٢٣	حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة	١٩١
	نظرية البطلان في الشريعة	١٩٢
٢٢٥	الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة	١٩٣
٢٣٧	مدى بطلان ما يخالف الشريعة	١٩٤
٢٣٩	ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة	١٩٥
	أولاً — من وجهة تطبيق النصوص الباطلة	
	ثانياً — من وجهة الاختصاص	
	ثالثاً — من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة	
	رابعاً — من وجهة تطبيق الشريعة	
٢٤٢	مدى التغيرات التي تترتب على الأخذ بنظرية البطلان	١٩٦
٢٤٢	أولاً — في جرائم الحدود	١٩٧
٢٤٤	ثانياً — في جرائم القصاص والدية	١٩٨
	القتل العمد	
	الشروع في القتل	
	القتل شبه العمد	
	الجراح في العمد والخطأ	
٢٤٨	ثالثاً — في جرائم التعازير	١٩٩
٢٥٢	مدى حقوق أولى الأمر في التحريم والعقاب	٢٠٠
٢٥٢	حق التحريم والإيجاب	٢٠١
٢٥٣	حق تخصيص القضاء	٢٠٢
٢٥٦	حق العفو	٢٠٣
	الفصل الثاني — في سريان النصوص الجنائية على الزمان	
٢٦١	قاعدة أصولية	٢٠٤
٢٦٢	القاعدة العامة : لارجعية في التشريع الجنائي	٢٠٥
٢٦٦	الاستثاف الأول : جواز الرجعية في الجرائم الخطيرة	٢٠٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٢٧٠	الاستثناء الثاني: وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصح للجاني	٢٠٧
٢٧٣	الشريعة والقانون	٢٠٨

الفصل الثالث — في سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٧٤	هل الشريعة عالمية أو إقليمية	٢٠٩
٢٧٥	تقسيم العالم	٢١٠
	دار الإسلام	٢١١
٢٧٧	دار الحرب	٢١٢
٢٧٨	مدى إقليمية الشريعة	٢١٣
٢٨٠	النظرية الأولى	٢١٤
٢٨٥	النظرية الثانية	٢١٥
٢٨٧	النظرية الثالثة	٢١٦
٢٨٩	بين الشريعة والقانون	٢١٧
٢٩٠	كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام	٢١٨
٢٩٤	نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية	٢١٩
٢٩٥	ما يدخل في دار الإسلام	٢٢٠
٢٩٦	الشريعة والقانون	٢٢١
٢٩٧	تسليم المجرمين وإبعادهم	٢٢٢
	أولاً : تسليم المجرمين	٢٢٣
٢٩٨	التسليم لدولة إسلامية	٢٢٤
٢٩٩	التسليم لدولة غير إسلامية	٢٢٥
٣٠١	تسليم الأرقاء	٢٢٦
٣٠٢	تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين	٢٢٧
	هل يمكن معاقبة المجرمين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام	٢٢٨
٣٠٣	ثانياً : إبعاد المجرمين	٢٢٩
٣٠٥	إبعاد المجرمين	٢٣٠
٣٠٦	الشريعة والقانون	٢٣١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣٠٧	الجنسية في الشريعة	٢٣٢
	المفصل الرابع -- في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص	
٣١٠	تمهيد تاريخي	٢٣٣
٣١١	أمثلة على عدم المساواة في القوانين الوضعية	٢٣٤
	١ — تمييز رئيس الدولة	
	ب — تمييز رؤساء الدول الأجنبية	
	ج — تمييز رجال السلك السياسي	
	د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية	
	هـ — تمييز الأغنياء	
	و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة	
٣١٥	بين القانون والشريعة	٢٣٥
٣١٦	نظرية المساواة في الشريعة	٢٣٦
٣١٧	المساواة بين رؤساء الدول والرعايا	٢٣٧
٣٢٣	رؤساء الدول الأجنبية	٢٣٨
٣٢٤	رجال السلك السياسي	٢٣٩
٣٢٥	أعضاء الهيئة التشريعية	٢٤٠
٣٢٩	الأغنياء والفقراء	٢٤١
٢٣٥	الظاهرون في الجماعة	٢٤٢
٣٣٢	المسلمون والذميون	٢٤٣
٣٣٤	ميزة الشريعة	٢٤٤
٣٣٨	هل تفرق الشريعة في العقوبة بين المسلم وغير المسلم	٢٤٥
٣٤٠	مبدأ الشريعة في سريان النصوص الجنائية على الأشخاص	٢٤٦

الباب الثاني

الركن المادي للجريمة

٢٤٧	منهاج البحث	٣٤٢
	الفصل الأول — الشروع في الجريمة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٣٤٣	الفقهاء والشروع في الجريمة	٢٤٨
٣٤٦	المراحل التي تمر بها الجريمة	٢٤٩
	أولاً : مرحلة التفكير والتصميم	
	ثانياً : مرحلة التحضير	
	ثالثاً : مرحلة التنفيذ	
٣٤٩	الشريعة والقانون	٢٥٠
٣٥٠	العقاب على الشروع	٢٥١
٣٥١	أثر عدول الجاني عن الفعل	٢٥٢
٣٥٢	العدول للتوبة	٢٥٣
	النظرية الأولى	
	النظرية الثانية	
	النظرية الثالثة	
٣٥٥	الشروع في الجريمة المستحيلة	٢٥٤
	الفصل الثاني — الاشتراك في الجريمة	
٣٥٧	صور الاشتراك	٢٥٥
٣٥٨	اهتمام وإهمال	٢٥٦
٣٥٩	شروط الاشتراك العامة	٢٥٧
	المبحث الأول — في الاشتراك	
٣٦٠	اشتراك المباشرين	٢٥٨
٣٦٣	عقوبة المباشرين	٢٥٩
	أثر ظروف المباشر على العقوبة	٢٦٠
	هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟	٢٦١
٣٦٥	الشركاء المتسببون	٢٦٢
٣٦٦	شروط الاشتراك بالتسبب	٢٦٣
٣٧١	علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة	٢٦٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	هل يكون الاشتراك بعمل سلبى ؟	٢٦٥
٣٧٢	عدول الشريك وأثره	٢٦٦
	عقوبة الشريك المتسبب	٢٦٧
٣٧٤	أخذ الشريك بقصده الاحتمالى	٢٦٨
٣٧٥	أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب	٢٦٩
٣٧٦	ظروف الشريك الخاصة	٢٧٠
	بين الشريعة والقانون	٢٧١
٣٧٧	العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة	٢٧٢
الباب الثالث		
الركن الأدبى		
٣٨٠	موضوع البحث	٢٧٣
	الفصل الأول — فى المسئولية الجنائية	
٣٨٠	موضوع البحث	٢٧٤
	المبحث الأول — فى أساس المسئولية الجنائية	
٣٨٠	عرض تاريخى للمسئولية الجنائية	٢٧٥
	أولاً — فى القوانين الوضعية	
	ثانياً — فى الشريعة الإسلامية	
٣٨٣	نظرية المسئولية الجنائية فى الشريعة	٢٧٦
٣٨٦	نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية	٢٧٧
٣٩٢	معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة	٢٧٨
	معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية	٢٧٩
	المبحث الثانى — فى محل المسئولية الجنائية	
٣٩٣	الإنسان محل المسئولية	٢٨٠
	الشخصيات المعنوية	
٣٩٤	شخصية المسئولية الجنائية	٢٨١
٣٩٧	المجنى عليه	٢٨٢
	الاعتداء على رفات الأموات	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	قذف الأموال	
٤٠٠	الشريعة والقانون	٢٨٣
	المبحث الثالث - في سبب المسؤولية ودرجاتها	
٤٠٢	سبب المسؤولية الجنائية وشروطها	٢٨٤
٤٠٣	درجات المسؤولية	٢٨٥
	العمد	
	شبه العمد	
	الخطأ	
	ما جرى مجرى الخطأ	
٤٠٨	الشريعة والقانون	٢٨٦
	المبحث الرابع - قصد العصيان أو القصد الجنائي	
٤٠٩	قصد العصيان	٢٨٧
٤١١	الفرق بين القصد والباعث	٢٨٨
٤١٣	صور القصد	٢٨٩
	القصد العام والقصد الخاص	٢٩٠
٤١٤	القصد المعين والقصد غير المعين	٢٩١
٤١٨	القصد المباشر والقصد غير المباشر	٢٩٢
٤١٩	الرأى الأول وهو رأى مالك	٢٩٣
٤٢٠	الرأى الثانى وهو رأى أبى حنيفة	٢٩٤
٤٢٢	الرأى الثالث وهو رأى الشافعى وأحمد	٢٩٥
٤٢٤	مقارنة بين الآراء الثلاثة	٢٩٦
	بين الشريعة والقانون	٢٩٧
	المبحث الخامس - أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسؤولية	
٤٣٠	أثر الجهل على المسؤولية الجنائية	٢٩٨
٤٣٢	أثر الخطأ على المسؤولية الجنائية	٢٩٩
	المسؤولية عن الخطأ استثناء	٣٠٠
٤٣٥	أنواع الخطأ	٣٠١

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	أساس الخطأ	٣٠٢
٤٣٦	نوع من الخطأ عند مالك	٣٠٣
	الخطأ في الشخص والخطأ في الشخصية	٣٠٤
٤٣٨	أثر النسيان على المسؤولية	٣٠٥
	البحث السادس — أثر الرضاء بالجريمة على المسؤولية الجنائية	
٤٤٠	أثر الرضاء على المسؤولية	٣٠٦
٤٤١	الرضاء بالقتل	٣٠٧
٤٤٢	الرضاء بالجرح والقطع	٣٠٨
٤٤٣	أسباب الخلاف بين الفقهاء في الإذن بالقتل والجرح	٣٠٩
٤٤٤	بين الشريعة والقانون	٣١٠
٤٤٦	الانتحار والمسؤولية الجنائية	٣١١
٤٤٧	إصابة الشخص نفسه	٣١٢
٤٤٨	المبارزة والمسؤولية الجنائية	٣١٣
	البحث السابع — في الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية	
٤٥٠	الأفعال المتصلة بالجريمة	٣١٤
	المباشرة	
	السبب	
	الشرط	
٤٥٣	حكم المباشرة والسبب والشرط	٣١٥
٤٥٥	الفرق بين مسئولية المباشرة ومسئولية المتسبب	٣١٦
٤٥٦	مدى مسئولية المباشرة والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة	٣١٧
٤٥٨	رابطة السببية والمسؤولية	٣١٨
٤٥٩	تعدد العلل المسببة للنتيجة	٣١٩
٤٦٠	انقطاع فعل الجاني	٢٢٠
	توالد العلل والمسببات	٢٢١
٤٦٣	نظرية السببية في الشريعة	٣٢٢

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٤٦٤	بين الشريعة والقوانين	٣٢٣
	الفصل الثاني - في ارتفاع المسؤولية الجنائية	
٤٦٧	علة ارتفاع المسؤولية الجنائية	٣٢٤
	أسباب الإباحة	٣٢٥
٤٦٨	أسباب رفع العقوبة	٣٢٦
	الإعفاء من العقاب	٣٢٧
	بين الشريعة والقانون	٣٢٨
	المبحث الأول - في أسباب الإباحة - استعمال الحقوق وأداء الواجبات	
٤٦٩	العلة في إباحة الأفعال المحرمة	٣٢٩
٤٧٠	الحق والواجب	٣٣٠
	الفرع الأول - في الدفاع الشرعى	
٤٧٢	أنواع الدفاع الشرعى	٣٣١
	المطلب الأول - الدفاع الشرعى الخاص أو دفع الصائل	
٤٧٣	معنى الدفاع الشرعى الخاص	٣٣٢
٤٧٤	التكليف الشرعى لدفع الصائل	٣٣٣
٤٧٧	بين الشريعة والقانون	٣٣٤
٤٧٨	شروط دفع الصائل	٣٣٥
	الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء	
	الشرط الثانى : أن يكون حالا	
	الشرط الثالث : ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر	
	الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه	
٤٨٦	تجاوز حد الدفاع	٣٣٦
٤٨٨	أىكون للصائل حق الدفاع ؟	٣٣٧
	حكم دفع الصائل	٣٣٨
٤٨٩	بين الشريعة والقانون	٣٣٩

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	المطلب الثاني - في الدفاع الشرعى العام أو الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	
٣٤٠	مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٨٩
٣٤١	ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٩٢
٣٤٢	التكليف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٤٩٣
	الاختلاف فى صفة الواجب	
	الاختلاف فىمن يلزمهم الواجب	
٣٤٣	الشروط الواجب توفرها فى الأمر بالمعروف والنهى	
	عن المنكر	٤٩٥
	الشرط الأول : التكليف	
	الشرط الثانى : الإيمان	
	الشرط الثالث : القدرة	
	الشرط الرابع : العدالة	
	الشرط الخامس : الإذن	
٣٤٤	شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	٥٠١
	الشرط الأول : وجود منكر	
	الشرط الثانى : أن يكون موجوداً فى الحال	
	الشرط الثالث : أن يكون ظاهراً دون تجسس	
	الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به	
٣٤٥	وسائل دفع المنكر	٥٠٥
	التعريف	
	النهى بالوعظ والنصح	
	التعنيف	
	التغير باليد	
	التهديد بالضرب والقتل	
	الضرب والقتل	
	الاستعانة بالغير	
٣٤٦	هل يجوز استعمال الوسائل السابقة فى حق الكافة ؟	٥٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٥١٠	حكم التجاوز في دفع المنكر	٣٤٧
٥١١	هل لفاعل المنكر حق الدفاع ؟	٣٤٨
	الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص	٣٤٩
٥١٢	بين الشريعة والقانون	٣٥٠
	الفرع الثانى — فى التأديب	
٥١٢	أولاً : تأديب الزوجة	٣٥١
	ما يؤذّب فيه	٣٥٢
٥١٤	هل يجوز التأديب لأول معصية ؟	٣٥٣
٥١٥	هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟	٣٥٤
	حد الضرب	٣٥٥
٥١٧	حكم السراية	٣٥٦
	المسئولية على التأديب	٣٥٧
٥١٨	ثانياً : تأديب الصغار	٣٥٨
	شروط تأديب الصغار	٣٥٩
	حكم السراية	٣٦٠
٥٢٠	الفروق بين المذاهب	٣٦١
	الفرع الثالث — فى التطبيب	
٥٢٠	إباحة التطبيب	٣٦٢
٥٢٢	حسن النية	٣٦٣
	خطأ الطبيب	٣٦٤
	إذن المريض	٣٦٥
٥٢٣	إذن ولى الأمر	٣٦٦
	شروط عدم المسئولية	٣٦٧
	الملحقون بالأطباء	٣٦٨
٥٢٤	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٦٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	الفرع الرابع — في ألعاب الفروسية	
٥٢٥	الشريعة وألعاب الفروسية	٣٧٠
٥٢٧	حكم إصابات اللعب	٣٧١
٥٢٨	بين الشريعة والقانون	٣٧٢
	الفرع الخامس — في إهدار الأشخاص	
٥٢٩	معنى الإهدار	٣٧٣
	علة الإهدار	٣٧٤
	زوال العصمة بزوال سببها	
	زوال العصمة بارتكاب الجرائم	
٥٣٣	المهدرون	٣٧٥
	أولاً : الحربي	٣٧٦
٥٣٤	ثانياً : المرتد	٣٧٧
٥٣٨	ثالثاً : الزاني المحصن	٣٧٨
٥٤٢	رابعاً : المحارب	٣٧٩
٥٤٥	خامساً : الباغي	٣٨٠
٥٤٦	سادساً : من عليه القصاص	٣٨١
٥٥١	(١) حكم القتل	٣٨٢
	أ - القتل قبل الحكم أو قبل موعده التنفيذ	
	ب - القتل بعد العقوبة	
	ج - القتل قبل استئذان باقي الأولياء	
	د - القتل من العافى	
٥٥٥	(٢) حكم مادون القتل	٣٨٣
٥٥٦	سابعاً : السارق	٣٨٤
	الفرع السادس — في حقوق الحكم وواجباتهم	
٥٥٧	واجبات الحكم	٣٨٥
٥٦٠	حقوق الحكم	٣٨٦
٥٦٢	بين الشريعة والقانون	٣٨٧

المبحث الثاني — في أسباب رفع العقوبة

٥٦٢	ما يرفع العقوبة	٣٨٨
	الفرع الأول — في الإكراه	
٥٦٣	تعريف الإكراه	٣٨٩
	أنواع الإكراه	٣٩٠
٥٦٥	شروط الإكراه	٣٩١
٥٦٨	حكم الإكراه	٣٩٢
	الجرائم التي لا يؤثر عليها الإكراه	٣٩٣
٥٧٠	الجرائم التي يباح فيها الفعل	٣٩٤
	مسئولية المكره المدنية عن هذه الجرائم	
٥٧١	بين الشريعة والقانون	٣٩٥
٥٧٢	الجرائم التي ترتفع فيها العقوبة	٣٩٦
	حكم المسؤولية المدنية	
٥٧٤	أساس نظرية الإكراه في الشريعة	٣٩٧
٥٧٦	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٣٩٨
	الإكراه والضرورة	٣٩٩
٥٧٧	شروط حالة الضرورة	٤٠٠
٥٧٨	حكم حالة الضرورة	٤٠١
	الجرائم التي تؤثر عليها الضرورة	٤٠٢
٥٧٩	الجرائم التي تبيحها الضرورة	٤٠٣
٥٨٠	الجرائم التي ترفع الضرورة عقوبتها	٤٠٤
٥٨١	حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة	٤٠٥
	الأساس الشرعي لحالة الضرورة	٤٠٦
	الفرع الثاني — في السكر	
٥٨١	الشرب والسكر	٤٠٧
٥٨٢	السكر والمسئولية الجنائية	٤٠٨
٥٨٣	السكر والمسئولية المدنية	٤٠٩

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٥٨٤	الشريعة والقوانين	٤١٠
	الفرع الثالث — في الجنون	
٥٨٤	تمهيد	٤١١
٥٨٥	تعريف الجنون	٤١٢
	الجنون المطبق	٤١٣
٥٨٦	الجنون المتقطع	٤١٤
	الجنون الجزئي	٤١٥
٥٨٧	العتة	٤١٦
	الصرع والهستيريا وما أشبه	٤١٧
٥٨٨	تسلط الأفكار الخبيثة	٤١٨
	ازدواج الشخصية	٤١٩
٥٨٩	ضعف التمييز	٤٢٠
	الصم البكم	٤٢١
٥٩٠	الحركة النومية	٤٢٢
٥٩١	التنويم المغناطيسى	٤٢٣
٥٩٢	هياج العواطف	٤٢٤
٥٩٣	حكم الجنون	٤٢٥
	حكم الجنون المعاصر للجريمة	٤٢٦
	مسئولية الجنون المدنية	
	مدى مسؤولية الجنون المدنية	
٥٩٥	مقارنة بين الشريعة والقانون	٤٢٧
٥٩٦	حكم الجنون اللاحق للجريمة	٤٢٨
	الجنون قبل الحكم	
	الجنون الطارئ بعد الحكم	
	الفرع الرابع — صغر السن	
٥٩٩	تمهيد	٤٢٩
٦٠٠	الصغر والمسئولية الجنائية	٤٣٠

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
٤٣١	المرحلة الأولى : انعدام الإدراك	٦٠١
٤٣٢	المرحلة الثانية : الإدراك الضعيف	٦٠٢
٤٣٣	المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك التام	
٤٣٤	علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ	
٤٣٥	عقوبة الصبي غير المميز	٦٠٤
٤٣٦	القوانين الوضعية والصينيان	٦٠٥

الكتاب الثاني

في العقوبة

٤٣٧	منهج البحث	٦٠٨
-----	------------	-----

الباب الأول

في العقوبة — مبادئ عامة

٤٣٨	العقوبة والغرض منها	
٤٣٩	الأصول التي تقوم عليها العقوبة	
٤٤٠	نظرية الشريعة في العقاب	٦١١
	تقسيم الجرائم إلى قسمين	
	١ — الجرائم الماسة بكيان المجتمع	
	٢ — الجرائم الأخرى	
	علة في اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع	
	علة التفرقة في العقاب بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية	
٤٤١	نظرية العقاب في القوانين الوضعية	٦٢١
٤٤٢	بين الشريعة والقانون	٦٢٦
٤٤٣	شروط العقوبة	٦٢٩

الباب الثاني

أقسام العقوبة

٤٤٤	تقسيم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها	٦٣٢
	١ — العقوبات الأصلية	
	٢ — العقوبات البديلة	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	٣ - العقوبات التبعية	
	٤ - العقوبات التكميلية	
٦٣٣	تقسيم العقوبات من حيث سلطة القاضي في تقديرها	٤٤٥
	١ - عقوبات ذات حد واحد	
	٢ - عقوبات ذات حدين	
	تقسيم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها	٤٤٦
	١ - عقوبات مقدرة أو لازمة	
	٢ - عقوبات غير مقدرة أو مخيرة	
	تقسيم العقوبات من حيث محلها	٤٤٧
	١ - عقوبات بدنية	
	٢ - عقوبات نفسية	
	٣ - عقوبات مالية	
٦٣٤	تقسيم العقوبات بحسب الجرائم التي فرضت عليها	٤٤٨
	١ - عقوبات الحدود	
	٢ - عقوبات القصاص والدية	
	٣ - عقوبات الكفارات	
	٤ - عقوبات التعازير	
	الفصل الأول - في العقوبات المقررة لجرائم الحدود	
٦٣٤	الحدود	٤٤٩
	المبحث الأول - في عقوبات الزنا	
٦٣٥	عقاب الزاني	٤٥٠
٦٣٦	عقوبة الجسد	٤٥١
	المجلد في القوانين الوضعية	
	عقوبة الزنا في القوانين الوضعية	
٦٣٩	عقوبة التغريب	٤٥٢
٦٤٠	عقوبة الرجم	٤٥٣
٦٤٤	تعليق على عقوبات الزنا	٤٥٤

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	المبحث الثاني — في عقوبة القذف	
٦٤٥	الجلد وعدم الأهلية للشهادة	٤٥٥
٦٤٧	عقوبة القذف في القوانين	٤٥٦
	المبحث الثالث — في عقوبة الشرب	
٦٤٨	عقوبة الجلد	٤٥٧
٦٥٠	الخمر طيبا واجتماعيا	٤٥٨
٦٥١	العالم وتحريم الخمر	٤٥٩
	المبحث الرابع — في عقوبة السرقة	
٦٥١	عقوبة القطع	٤٦٠
٦٥٣	عقوبة السرقة في القانون	٤٦١
٦٥٤	اعتراضات مردودة	٤٦٢
	المبحث الخامس — في عقوبة الحرابة	
٦٥٦	عقوبات المحارب	٤٦٣
	القتل	٤٦٤
	القتل مع الصلب	٤٦٥
٦٥٨	القطع	٤٦٦
٦٥٩	النفي	٤٦٧
	المبحث السادس — في عقوبة الردة والبلغى	
٦٦١	عقوبة الردة	٤٦٨
	أ - القتل	
	ب - المصادرة	
٦٦٢	عقوبة البغى	٤٦٩
	المفصل الثاني — في العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية	
٦٦٣	عقوبات متعددة	٤٧٠
	أولا : القصاص	
٦٦٨	ثانيا : الدية	
	من يحمل الدية	

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	العا	
	علة تحميل العاقلة الدية	
	هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم	
٦٧٨	ثالثا : الكفارة	٤٧٣
	على من تجب الكفارة	
	الصيام	
٦٨٠	رابعا : الحرمان من الميراث	٤٧٤
٦٨١	خامسا : الحرمان من الوصية	٤٧٥
	الفصل الثالث — في عقوبات الكفارات	
٦٨٣	الكفارة	٤٧٦
	العتق	
	الإطعام	
	الكسوة	
	الصيام	
	الفصل الرابع — في عقوبات التعازير	
٦٨٥	ماهية التعزير	٤٧٧
٦٨٦	الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات	٤٧٨
٦٨٧	أنواع التعازير	٤٧٩
	عقوبة القتل	٤٨٠
٦٨٩	عقوبة الجلد	٤٨١
	الحد الأعلى للجلد	
٦٩٤	الحبس	٤٨٢
	الحبس المحدد المدة	٤٨٣
٦٩٧	الحبس غير المحدد المدة	٤٨٤
٦٩٩	التغريب أو الإبعاد	٤٨٥

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٧٠١	الصلب	٤٨٦
٧٠٢	عقوبة الوعظ وما دونها	٤٨٧
	عقوبة الهجر	٤٨٨
	عقوبة التوبيخ	٤٨٩
٧٠٣	عقوبة التهديد	٤٩٠
٧٠٤	عقوبة التشهير	٤٩١
	عقوبات أخرى	٤٩٢
٧٠٥	عقوبة الغرامة	٤٩٣
	الفصل الخامس — مدى صلاحية العقوبات الشرعية	
٧٠٨	العقوبات الشرعية والإحصائيات	٤٩٤
٧١٢	العقوبات الشرعية والتجارب	٤٩٥
٧١٤	العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان	٤٩٦
	الفصل السادس — العقوبات في القانون المصرى ومدى صلاحيتها	
٧١٦	أنواع العقوبات	٤٩٧
٧١٨	سلطة القاضى فى تطبيق العقوبات	٤٩٨
٧١٩	العلة فى منح القاضى هذا السلطان	٤٩٩
٧٢٠	لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة	٥٠٠
٧٢٢	فشل واضعى القانون فى علاج مشكلة العقاب	٥٠١
	أولاً — تعطيل العقوبات الأصلية	
	ثانياً — الميل إلى تخفيف العقوبات	
٧٢٩	علة تعطيل العقوبات وتخفيفها	٥٠٢
٧٣٠	هل نجحت العقوبات القانونية فى محاربة الإجرام	٥٠٣
	الإعدام	٥٠٤
٧٣٢	عقوبات الحبس وعيوبها	٥٠٥

١ — إرهاب خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج

٢ — إفساد المسجونين

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
	٣ - انعدام قوة الردع	
	٤ - قتل الشعور بالمسئولية	
	٥ - ازدياد سلطان المجرمين	
	٦ - انخفاض المستوى الصحى والأخلاقى	
	٧ - ازدياد الجرائم	
٧٤٠	كيف تتخاص من عيوب الأنظمة الوضعية	٥٠٦
	الباب الثالث	
	تعدد العقوبات	
٧٤٤	تعدد العقوبات وتعدد الجرائم	٥٠٧
	القوانين الوضعية والتعدد	٥٠٨
	طريقة الجمع	
	طريقة الحب	
	الطريقة المختلطة	
٧٤٥	قانون العقوبات المصرى	٥٠٩
٧٤٧	الشريعة والتعدد	٥١٠
	نظرية التداخل	
	نظرية الحب	
٧٥١	مقارنة بين الشريعة والقانون	٥١١
	الباب الرابع	
	فى استيفاء العقوبات	
٧٥٥	من له حق الاستيفاء	٥١٢
	الاستيفاء فى جرائم الحدود	٥١٣
٧٥٦	الاستيفاء فى جرائم التعازير	٥١٤
٧٥٧	الاستيفاء فى جرائم القصاص	٥١٥
٧٥٨	كيفية استيفاء القصاص فى النفس	٥١٦

رقم الصفحة	الموضوع	رقم الفقرة
٧٥٩	ما يشترط في آلة القصاص	٥١٧
٧٦٠	هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف	٥١٨
	هل يجوز للسفطان أن يستأثر باستيفاء القصاص	٥١٩
٧٦١	استيفاء العقوبات عند التعدد	٥٢٠
٧٦٢	التنفيذ على المريض والضعيف والسكران	٥٢١
	التنفيذ على الحامل	٥٢٢
٧٦٤	التنفيذ على المجنون	٥٢٣
	علنية التنفيذ	٥٢٤

الباب الخامس

في العود

٧٦٦	ماهية العود	٥٢٥
٧٦٨	الشريعة والعود	٥٢٦

الباب السادس

في سقوط العقوبة

٧٧٠	أسباب سقوط العقوبة	٥٢٧
	موت الجاني	٥٢٨
٧٧٢	فوات محل القصاص	٥٢٩
٧٧٣	توبة الجاني	٥٣٠
	الصلح	٥٣١
٧٧٤	العفو	٥٣٢
	جرائم الحدود والعفو	٥٣٣
٧٧٥	العفو في جرائم القصاص والدية	٥٣٤
٧٧٦	العفو في جرائم التعازير	٥٣٥
٧٧٧	إرث القصاص	٥٣٦
٧٧٨	التقادم	٥٣٧