مجـلـة الحـق
تصدر عن كلية القانون – جامعة بني وليد – ليبيا
Website: https://www.al-haqjournal.ly/index.php/alhaq/index
العدد السابع الجزء الثاني ، يناير 2019

ماهية التشريع الجنائي الإسلامي

أ. رمضان معتوق المريمي
قسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة بني وليد، ليبيا.
ramadanaboalgasim@bwu.edu.ly

The nature of Islamic criminal legislation

Ramadan Matouk Al-Marimi
Department of Islamic Sharia, Faculty of Law, Bani Waleed University, Libya

تاريخ الاستلام: 06-12-2018 تاريخ القبول: 28-12-2018 تاريخ النشر: 07-01-2019

الملخص

هذه الدراسة ترد على أدعياء التحضر أن التشريع الإسلامي لا يواكب الحضارة البشرية في عصرها الحديث، وهم واهمون في هذا فقد جانبهم الصواب فيما ذهبوا إليه، ودعواهم هذه وإن كانت تستهدف أبعاد التقنيات الإسلامية عن مجال التطبيق فإنها توجب أيضاً على المشتغلين بالفكر الإسلامي أن يشحذوا هممهم لكشف كنوز تراثهم وتشريعاتهم؛ وبهذا يمكنهم أن يدحضوا كل هذه الافتراءات بالحجة والدليل.

وهذا ما حدا بالباحث إلى دراسة هذا الجانب الهام من جوانب التشريع الجنائي الإسلامي، إذ أنه في تقديري من أهم ما يجب دراسته، لإبانة ما فيه من فكر إسلامي عادل وقويم إذا ما قيس وقورن بالفكر الوضعي في هذا المجال؛ مغتنماً الصحوة الدينية الموجودة في المجتمع الإسلامي، والتي كثيراً ما يسمع صوتها وهي تنادى بتطبيق الشريعة الإسلامية، وإحلالها بدلاً من التقنيات الوضعية، وعلى الأخص في مجال التجريم والعقاب، ذلكم الجانب التشريعي الذي عطل في أكثر بلاد العالم الإسلامي.

الكلمات الدالة: التشريع ، الجنائي ، الإسلامي ، مصادر التشريع ، الصحوة الدينية.

Abstract

This study responds to the claimants of civilization that Islamic legislation does not keep pace with human civilization in its modern era, and they are delusional in this, for they are wrong in what they have argued. Although their claim aims to remove Islamic techniques from the field of application, it also requires those working with Islamic thought to sharpen their resolve to uncover The treasures of their heritage and legislation; Thus, they can refute all these slanders with argument and evidence.

This is what led the researcher to study this important aspect of Islamic criminal legislation, as it is, in my opinion, one of the most important things that must be studied, in order to demonstrate what it contains of just and upright Islamic thought when measured and compared to positive thought in this

field. Taking advantage of the religious awakening existing in Islamic society, whose voice is often heard calling for the application of Islamic law, and replacing it with man-made techniques, especially in the field of criminalization and punishment, that is the legislative aspect that has been disrupted in most countries of the Islamic world.

Keywords: Legislation, criminal, Islamic, sources of legislation, religious awakening.

المقدمة:

الحمد لله الذي يهدى إلى الحق وإلى الطريق السوى المستقيم، ذلك هدى الله يهدى به من يشاء من عباده، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد بعث الله – تبارك وتعالى – رسوله محمداً – صلى الله عليه وسلم – للناس بما يحييهم، وأمرهم بالاستجابة له، فقال – عز من قائل – : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اسْتَجِيبُواْ لِلّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُم لِمَا يُحْيِيكُمْ ﴾[1].

وأنزل – سبحانه وتعالى – عليه شريعة بينة وواضحة ومحكمة تهدف إلى خير الناس، ونفعهم، ودفع الحرج عنهم، وهذه الشريعة ربطت الدنيا بالآخرة، فعاش المسلم في ظلها ينعم بطاعة الله وثوابه في كل ما يأتيه من عمل صالح، ويراقب الله ويخشى عقابه على كل ما ارتكبه من شر أو ضرر، وقد ظهر ذلك واضحاً في نتاج الفكر الإسلامي الذي سير أغوار الحياة، وتشمل جميع جوانبها، فلم نرى فيها صحيحاً واضحاً قويماً إلا ما شرعه الله – سبحانه وتعالى – لخلقه وما ذلك إلا تصديقاً لما أخبر عنه به الصادق المصدوق – صلى الله عليه وسلم – عن أبى هريرة[2] – رضي الله عنه أن رسول الله قال –:" إنى قد تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما: كتاب الله وسنتي، ولن يتفرقا حتى يردا على الحوض"[3] .

المبحث الأول

التشريع الجنائي الإسلامي وبيان خصائصه

لا ريب أن المدينة الحديثة ثبت عجزها في إقرار السلام والطمأنينة في عالم مفعم بالاضطرابات والصراعات فلا زالت الحروب والثورات تهدد حضارة الإنسان ولنا فقد آن الأوان لإعادة النظر في جميع التشريعات الوضعية للدول العربية

([1]) سورة الأنفال، من الآية 24.

([2]) أبو هريرة، هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي، الملقب بأبي هريرة، (21ق هـ – 59 هـ)، كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث ورواية له، نشأ يتيماً ضعيفاً في الجاهلية، وقدم المدينة ورسول الله – صلى الله عليه وسلم – بخيبر، أسلم سنة 7 هـ ، روى 5374 حديثاً، وكان أكثر مقامه بالمدينة وتوفى بها، الأعلام، خير الدين الزركلي، (308/3).

([3]) المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدوية النيسابوري، المتوفى (405)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ – 1990م)، (172/1)، رقم (319)، كتاب العلم، قال عنه الألبانى في صحيح الجامع الصغير وزيادته: صحيح، رقم (2937)، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ طبعة.

بصفة خاصة– لتضع حداً لألمها بحيث يصبح السلام بطاقته الجبارة مصدراً لإنهاء تلك الاضطرابات وانتشال تلك الدول من الهاوية التي تتجه نحوها بخطى سريعة جداً[4].

إن الشريعة الإسلامية هي السابقة على استحداث أرقى النظم وأعدلها وأعم المبادئ وأشملها، ومن هذه النظم والمبادئ استمد القانون الوضعي، جميع أنظمته ولذلك لابد من بيان مفهوم التشريع الجنائي من وجهة نظر الشريعة الإسلامية وبيان خصائصه .

المطلب الاول

التعريف بالتشريع الجنائي الإسلامي

يعرف التشريع الجنائي الإسلامي بأنه: مجموعة الأحكام التي شرعها الله تعالى، أو شرع أصوله والتي تختص بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وتبين عقوباتها.

فموضوع هذا هو التشريع الجنائي الإسلامي، والذي يتضمن بيان ماهية الجنايات وبيان عقوباتها؛ ذلك أن الجنايات والعقوبات فكرتان متلازمتان فلا عقوبة في المعنى الجنائي إلا إذا كانت هناك جريمة[5].

والتشريع الجنائي الإسلامي نشأته شأن سائر أحكام الفقه الإسلامي تمتاز أحكامه بالسمو والكمال والتفوق وفي الأخذ بمبادئه العامة ما يساعد على حل كثير من المسائل المتعلقة بالسياسة الجنائية التى يلزم العودة إليها في كافة الأمصار الإسلامية.

والحقيقة أنه لا ينبغي أن تكون هناك مماثلة بين الشريعة الإسلامية وغيرها من التشريعات الوضعية فهي من عند الله بينما التشريع الوضعي من عند البشر وكل منهما يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه.

ولا شك أن الشريعة الإسلامية في سياستها الجنائية هدفت إلى تحقيق مصلحة المجتمع بغية الوصول به إلى مجتمع مثالي بعيد عن الإجرام كما أنه جاءت مسايرة للأوضاع الاجتماعية المتغيرة في الزمان والمكان مما يؤكد خلوها أبد الدهر عن طريق اشتمالها على قواعد عامة وأخرى تفصيلية.

ولقد نظم القرآن الكريم أمور الدين وشؤون الدنيا فأثبت بحق أن الإسلام عقيدة وشريعة يجب الإيمان بها إيماناً لا يرقى إليه شك، وشريعة وضعت أصولاً لا يأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه وعلاقته بأخيه المسلم الإنسان بغض النظر عن ديانته وعلاقته بالكون وعلاقته بالحياة وليست العقيدة منفصلة عن الشريعة بل الصلة بينها وثيقة إذا تدفع العقيدة إلى احترام الشريعة والتزام أحكامها كما أن الشريعة تعتبر تلبية لانغفال القلب بالعقيدة.

وقد أرست الشريعة الإسلامية في مجال التحريم والعقاب كافة المبادئ التي تكفل العدالة الجنائية عميداً شخصية العقوبة مصداقاً لقوله تعالى:﴿**أَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**﴾[6] . وعن عبد الله بن عمر[7]– رضي الله عنهما – قال: قال

([4]) د. محمد نعيم فرحات، التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى1991م، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر...ص "5" وما بعدها...

([5]) د. إبراهيم حامد طنطاوي، التعازيز الشرعية في الفقه الإسلامي والعقوبات في القانون الجنائي المصري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى 2008م، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، ص "6" وما بعدها...

([6]) سورة النجم الآية رقم "38".

رسول الله – صلى الله عليه وسلم –:" **لا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض، ولا يؤخذ الرجل بجريدة أبيه، ولا بجريدة أخيه**"[8] .

إلى غير ذلك من المبادئ التي نصت عليها الدساتير، والمدونات العقابية الحديثة.

المطلب الثاني

خصائص التشريع الجنائي الإسلامي

نظراً لأن التشريع الجنائي الإسلامي يعد تشريعاً سماوياً جاء ليطبق في كل زمان ومكان فإنه يتميز بالسمات الآتية:

1- ربانية التشريع:

يتميز التشريع الجنائي الإسلامي بأن أحكامه من عند الله- سبحانه وتعالى -أنزلها من سمائه على قلب – صلى الله عليه وسلم – رحمة للعالمين وهذه الأحكام تتميز بالشمول فلا نقص أو قصور فيها[9] .

وبما أن التشريع الجنائي الإسلامي مصدره المولى- عزّ وجلّ- فإن أحكامه صالحة لكل زمان ومكان للتطبيق على كافة الناس وهو ما يعني عالمية أحكامه وآية ذلك قوله تعالى لرسوله – صلى الله عليه وسلم – ﴿ **قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ لا إِلَهَ إِلاَّ هُوَ يُحْيِي وَيُمِيتُ فَآمِنُواْ بِاللهِ وَرَسُولِهِ النَّبِيِّ الأُمِّيِّ الَّذِي يُؤْمِنُ بِاللهِ وَكَلِمَاتِهِ وَاتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ**﴾ [10] ، وقوله تعالى: ﴿ **لِيُنذِرَ مَن كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ**﴾ [11] . أي لينذر هذا القرآن كل حي على وجه الأرض ولفظ "من" من صيغ العموم.

إن التشريع الجنائي الإسلامي صالح للتطبيق في كل زمان ومكان وبذلك يتميز التشريع الجنائي الإسلامي عن التشريعات الوضعية التي لا تصلح للتطبيق إلا في نطاق الإقليم الذي نشأت فيه وعلى من يقيمون على هذا الإقليم فقط، ولا يمكن تطبيقها خارج إقليمها لاختلاف البيئات والعادات والتقاليد، وكذلك الطباع.

وبجانب ما سبق تتميز أحكام التشريع الجنائي الإسلامي بالثبات والاستمرار في قواعدها العامة خلاف القوانين الجنائية الوضعية والتي تعد بطبيعة مؤقتة تستوجب التعديل والتغيير كلما تغيرت الظروف.

2- تعدد مصادر التشريع الجنائي الإسلامي:

إن من أهم سمات التشريع الجنائي الإسلامي تعدد وتنوع مصادره التي يستقي فيها أحكامه، فأحكامه الجنائية تؤخذ من الأدلة المتفق عليها وهي القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

([7]) عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوى، (10 ق هـ ، 73هـ) من أعز بيوتات قريش في الجاهلية، كان جرئياً جهيراً، نشأ في الإسلام، وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، ومولده ووفاته بها، أفتى الناس في الإسلام ستين سنة، وهو آخر من توفى بمكة من الصحابة، روى (2630) حديثاً، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (108/4).

([8]) سنن النسائى الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ – 1991م) تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البندارى، سيد كسروى حسن، (317/2)، رقم (3592)، (27)، كتاب: المحاربة، (29) باب: تحريم القتل، قال عنه الألبانى في صحيحه وضعيف سنن النسائى، صحيح، رقم (4127).

([9]) الصلة بين التعازير الشرعية في الفقه الإسلامي والعقوبات في القانون الجنائي المصري، ص8 د. إبراهيم حامد طنطاوي – الطبعة الأولى 2008. دار النهضة العربية – القاهرة – مصر.

([10]) سورة الأعراف الآية 158.

([11]) سورة يس الآية 69-70.

والكتاب والسنة هما المصدران الرئيسيان اللذان اتفق عليهما جمهور الأمة سلفاً وخلفاً، وهناك مصادر أخرى فرعية كالقياس والإجماع، فكل ما أجمع عليه فقهاء الأمة في أى عصر من العصور، واستنبطوه عن طريق القياس فهو واجب الإتباع، يقول الله – تبارك وتعالى –: ﴿ **يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً**﴾[12].

وهناك مصادر فرعية أخرى غير الإجماع والقياس، وهى: والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع والاستصحاب والعرف حسب اختلاف الفقهاء في الأخذ بأحد الأدلة المختلف عليه، وسيأتي تفصل هذه المصادر في الفرع الأول من المبحث الثالث.

إن تنوع مصادر التشريع الجنائي الإسلامي، واختلاف طرق البحث والاجتهاد والاستنباط ساعد على ربط أحكام هذا التشريع بتطور المجتمع مما جعله قادراً على تلبية حاجات الأمة وحفظ الأمن. فما من نازلة تحدث في عالمنا اليوم إلا وأمكننا استخراج حكم شرعي لها مما يعطي لأحكام هذا التشريع طابع الشمولية والصلاحية للتطبيق في مختلف الأزمنة والأمكنة.

3– بروز الجانب الأخلاقي في التشريع الجنائي الإسلامي: تتميز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بمراعاة القيم والأخلاق في كل مجالاتها وجوانبها، وهذه ثمرة لصفتها الربانية، وصبغتها الدينية، ولا عجب فقد قال مبلغ هذه الشريعة – صلى الله عليه وسلم –:" **إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق**"[13].

أما القانون الوضعى فغايته نفعية محددة وهي استقرار المجتمع وانتظام معاملاته خاصة المادية منها، وإقامة النظام فيه، وهذا ما يحرص عليه واضع القانون حتى ولو اقتضاه ذلك أن يحيد أحياناً عن مقتضى قواعد الأخلاق والدين، أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت غايتها ليس فقط استقرار المجتمع وانتظام علاقاته، بل أيضاً تحقق المثل الأعلى في حياة الناس، والسمو بهم إلى آفاق الإنسانية الراقية.

4– قدسية النص العقابى وفنيته التشريعية:

يتميز النص الذي ينص على عقوبة محددة لجريمة معينة بأنه نص قدسي، وهذه النصوص لا تستمد قدسيتها من ذاتها، وإنما تستمد قدسيتها من الله – عز وجل– أو من رسوله – صلى الله عليه وسلم –؛ لأن النصوص العقابية إما أن تكون من القرآن الكريم كلام الله – عز وجل – الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، أو من السنة النبوية الصحيحة.

ويظهر تأثير الأخلاق على الأحكام الجنائية في مجال التجريم وفي مجال إثبات الجرائم، وفي مجال تنفيذ العقوبات، وذلك على النحو التالى:

أولاً: في مجال التجريم: في مجال التجريم تتسع الدائرة في الشريعة لتشمل كل مخالفة لقاعدة أخلاقية فالشريعة توجب التعاون بين الناس وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى**﴾[14] .

([12]) سورة النساء الآية "59".

([13]) صحيح البخاري حديث رقم "3861".

([14]) سورة المائدة الآية "2".

وهذا النص يفرض على المكلفين واجبات متعددة يتعين أداؤها حتى يتحقق الغرض منها، ومن صور التعاون أن من كان في استطاعته تخليص شخص من هلاك محقق وامتنع فقد أثم، ووجب عليه الضمان[15] .

أما في مجال القانون الوضعي فإن القواعد القانونية لا تشمل على كل ما توجبه الأخلاق فالمشرع الوضعي يختار منها ما يراه ضرورياً لحماية المجتمع، بل إن القاعدة القانونية قد تتعارض أحياناً مع القواعد الأخلاقية كإباحة التعامل مع الخمر وشربه. فدائرة القوانين الوضعية أضيق بكثير من دائرة القواعد الأخلاقية بمعنى أن التكيف القانوني للفعل قد لا يتلاقى مع التكيف الأخلاقي له[16] .

ومن الأدلة على أن القوانين الوضعية لا تهتم بالجوانب الأخلاقية عند التشريع أنه لا تقع مسئولية جنائية، ولا قانونية على شخص آخر يشرف على الغرق، ولم يعمل على إنقاذه، لأن القانون لا يفرض عليه التزاما قانونياً بإنقاذه، أما في الشريعة فإن الممتنع يعد في هذه الحالة آثماً، ومستحقاً العقاب التعزيرى على الجملة، وإن رأى بعض أهل العلم مثل الإمام ابن حزم التعود منه لامتناعه عن إنقاذ نفس أدى إلى هلاكها، لأن الشريعة الإسلامية تفرض على المسلم أن يدفع الضرر عن أخيه، وعلى ذلك الأجر، أما إذا قصر فعليه الوزر والإثم، وهذا يظهر في جلاء تأثر الأحكام الشرعية الجنائية بالأخلاق والقيم.

ثانياً: عند إثبات الجرائم:

عند استخدام وسائل وطرق إثبات الجريمة تراعى الشريعة الإسلامية مبادئ الأخلاق، فعند استقصاء البينة تحرم مثلاً اللجوء إلى التجسس باعتباره منافياً للقيم الأخلاقية، وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ**﴾[17] .

ثالثاً: في تنفيذ العقوبات:

وفي مجال تنفيذ العقوبات برزت الجوانب الأخلاقية التي قررتها الشريعة الإسلامية فنهت عن تعذيب القاتل عند تنفيذ القصاص فيه، فعن شداد بن أوس – رضي الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال:" **إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإن قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته**"[18] وهذا الحديث الشريف يدل على "أن من له القصاص على غيره أن يقتله بأحسن وجوه القتل وأيسرها، حتى لا يعذب المحكوم عليه بالقود، ولا يمثل به، ودون أن يترتب عليه مضاعفة تعذيبه"[19] .

كذلك كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يحث أصحابه على عدم تعيير المجرم بجريمته أو سبه حتى لا يستمر في طريق الجريمة لو شعر بنفور الناس منه، وقد روى أن بعض الحاضرين سبوا أحد الأشخاص بعد إقامة حد

([15])أبو البركات أحمد بن محمد الدردير الشرح الكبير مطبعة مصطفى البابلي الحلبي ، بدون تاريخ نشر 111/2.

([16])إبراهيم حامد الطنطاوي، الصلة بين التعازير والشريعة في الفقه الإسلامي ص12.

([17])سورة الحجرات الآية"12".

([18])صحيح مسلم للنووى، كتاب الصيد والذبائح وكل ما يؤكل من الحيوان، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، 1955، دار التحرير للطباعة والنشر 1972م.

([19])د. شحاته عبد المطلب حسن، معوقات تنفيذ العقوبات البدنية في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005م، ص64، د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، (56/2) وما بعدها.

الشرب عليه وقالوا له أخزاك الله فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – "**لا تقولوا هكذا. لا تعينوا عليه الشيطان**"[20] .

المبحث الثاني

إطار التشريع الجنائي الإسلامي وحمايته الضروريات الخمس

المطلب الأول

إطار التشريع الجنائي الإسلامي

طبقت الشريعة مبدأ شرعية الجرائم والجنايات والعقوبات على المستويات الثلاثة لمقاصدها تطبيقاً دقيقاً عميقاً كافياً مؤثراً[21] .

ففي المقاصد الضرورية طبقت هذا المبدأ في جرائم الحدود وعقوباتها، وفي المقاصد الحاجية[22] طبقت هذا المبدأ في جرائم القصاص والدية والتعازير وعقوباتها.

– **المبدأ في المقاصد الضرورية**[23]:

طبقت الشريعة مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود السبع وعقوباتها وهي:–

1- جناية حد الردة.
2- جناية حد البغي.
3- جناية حد الحرابة.
4- جناية حد السرقة.
5- جناية حد الزنا.
6- جناية حد القذف.
7- جناية حد شرب الخمر.

وسوف يأتي الحديث عنها بشيء من التفصيل – إن شاء الله في الباب القاد من هذه الدراسة.

المبدأ في المقاصد الحاجية:

طبقت الشريعة الإسلامية بطريقتها الفذة هذا المبدأ في الشق السلبي من المقاصد الحاجية وهو المتعلق بالجنايات وعقوباتها كل من القصاص والدية والتعزير، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

([20])البخارى، (3488/6)، رقم (6395)، (89) كتاب: الحدود، (4) باب: الضرب بالجريد والنعال، دار الشعب 1378هـ للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر.

([21])محمد عطية الفيتوري، فقه العقوبات الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي، ط الأولى 1998م، جامعة قاريونس بنغازي– ليبيا، ص 238 وما بعدها.

([22])الحاجية: ما يحتاج إليه الناس لليسر والسعة، واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم، ولا تعمم فيهم الفوضى، ولكن ينالهم الحرج والضيق، وهذا راجع إلى رفع الحرج عنهم والتخفيف عليهم وليتحملوا مشاق التكليف، وتيسر لهم طرق التعامل والتبادل وسبل العيش، على أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة، ط8، دار القلم.

([23])الضرورى: هو ما تقوم عليه حياة الناس، ولابد منه لاستقامة مصالحهم، وإذا فقد اختل نظام حياتهم، ولم تستقم مصالحهم، وعمت فيهم الفوضى والمفاسد، وهذا راجع إلى حفظ الضروريات الخمس (الدين، النفس، العقل، العرض، المال) فحفظ كل واحد منهما ضرورى للناس.

أولاً: جنايات القصاص والدية وعقوباتها:

إن الجنايات التى يعاقب عليها بالقصاص هي الجنايات العمدية، والمتمثلة في القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمداً، والجرح العمد.

أما الجنايات المعاقب عليها بالدية فتتمثل في جرائم القصاص التي تعذر إقامة عقوباتها لسبب شرعي، والقتل شبه العمد[24]، والقتل الخطأ وإتلاف الأطراف خطأ والجرح خطأ[25] .

ومن هنا يتبين أن الشريعة قد حددت العقوبات في جرائم القصاص والدية تحديداً دقيقاً لا يعطي للقاضي مجالاً لأن يزيد أو ينقص في العقوبة وهي تشابه مع الجرائم الحدية من هذه الناحية ولكنها تختلف عنها في أن القاضي في الجنايات الحدية لا يملك النكول عن تطبيق العقوبة لأي سبب من الأسباب لأنها حق خالص لله تعالى إذا عفا المجني عليه أو وليه في جرائم القصاص والدية فإن القاضي ملزم بعدم تطبيق العقوبة لأنها من حقوق العباد التي تقبل الإسقاط بالعفو.

ثانياً: جنايات التعزير وعقوباتها:

أن التعزير هو عبارة عن عقوبة تأديبية[26] عن معصية لا كفارة فيها ولا حد وقد ذهب في ذلك مذهب من يحصر التعزير في المعاصي ولا يدخل تحته المندوب والمكروه والمباح[27] ومعلوم أن الشريعة لم تحصر وقائع التعزير كافة ولم تحددها من ثم في أنواع معينة، ذلك لأن النصوص مهما كثرت فإنها تنتهي، بينما الذنوب لا تتناهى، بل تتجدد وقائع الحياة وتتعقد، وهذا ما يفسح المجال لتعدد الجنايات، وتنوع أساليب الاعتداء، ومن هنا فلا يمكن حصر وقائع التعزير لأنها متجددة وغير متناهية، ولأن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، والمتناهى لا يحكم ما لا يتناهى.

وهذا هو السبب الكامن وراء عدم حصر الشريعة للجنايات في أنواع معينة وهي لو فعلت ذلك، ويستحيل في حقها أن تفعل ذلك، لأصاب الناس المشقة الكبرى ولضاقت عليهم الأرض بما رحبت بفعل الجريمة والمجرمين.

ولكن الشريعة الحق البينة وإن فوضت أمر تقدير عقوبات الجنايات، والتعازير ليصيره الحاكم المسلم على ألا تتجاوز حدوداً معينة، لم تترك له حرية مطلقة في تقديرها[28]، بل قيدته بسياستها العامة في التجريم والعقاب التي هي جزء من مقاصدها، وأخضعته في ذلك لنصوص الوحيين ولروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها التشريعية فلا يجوز له أن يحرم أي نشاط يشأ بل هو مقيد بأن يدخل الفعل في دائرة المعاصي التي لم تحدد لها الشريعة عقوبة مقدماً[29] .

([24])القتل شبه العمد: هو أن يقصد المكلف قتل إنسان معصوم الدم بما لا يقتل عادة، كأن يضربه بعصا خفيفة، أو حجر صغيراً، او لكزه بيده، أو سوط، ونحو ذلك، فقه السنة، السيد سابق، (518/2)، بدون بيانات.

([25])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1،ص121-122.

([26])التعزيز في الشريعة الإسلامية د. عبد العزيز عامر، دار الفكر العربي، سنة الطبع 2007ف ص48 وما بعدها

([27])لأنها شريعة اليسر ورفع الحرج ﴿ **هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾ سورة الحج ، الآية "78".

([28])محمد سعيد رمضان البوطي، دعوى التعارض بين التشريعات الحدود ومفاهيم العصر، مجلة دراسات قانونية، المجلد الثامن: العدد السابع"بنغازي – ليبيا، كلية القانون بجامعة قاريونس 1978" ص 197.

([29])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي،ج1 ص 127-128.

ولم تترك الشريعة الإسلامية الحاكم أو القاضى عرضة للهوى في حكمه، بل زودته بعلم أصول الفقه، وهو علم شرعي يبحث القواعد التي ترسم مناهج استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية[30]، وعلم أصول الفقه بهذا الاعتبار هو السبيل الأمل المؤدي إلى سلامة الأحكام الشرعية، ودقة استنباطها من الأدلة.

المطلب الثاني

حماية التشريع الجنائي الإسلامي الضروريات الخمس

أولاً: تحديد الضروريات الخمس:

الضروريات الخمس هي أمور لابد من المحافظة عليها حتى يتحقق للفرد مصالح الدين والدنيا، وهذه الضروريات هي حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، فكل ما يحيط هذه الأصول مصلحة وكل ما يفوتها مفسدة[31] .

والسنة النبوية تشير إلى هذه المبادئ والقيم، فعن جابر بن عبد الله – رضي الله عنهما – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال:" **إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**"[32] .

وهذه الضروريات تقوم عليها مصالح الناس فلا تتوافر الحياة الكريمة إلا إذا حفظت هذه الضروريات من أي اعتداء عليها. وهي تكريم من الله للإنسان، وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلا**﴾[33] .

وتفصيل الحديث عن الضروريات الخمس يتبلور على النحو التالى:

أولاً: حفظ الدين:

من محاسن الشريعة الإسلامية أنها قررت حرية الاعتقاد، فللإنسان أن يختار دينه بحرية، وليس من حق أحد أن يكرهه على ترك دينه، أو على اعتناق دين معين، يقول الله – تبارك وتعالى –: ﴿ **لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ**﴾[34] .

وإذا كان الشخص لا يجبر على الدخول في الدين، إلا أنه يتعين ردع المعتدين على الدعوة بقتالهم ومحاربتهم مصداقاً لقوله تعالى : ﴿**وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لاَ تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلّهِ فَإِنِ انتَهَوْاْ فَإِنَّ اللّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾[35] .

وإن الإنسان يتميز عن سائر المخلوقات بالتدين، ومن ثم فإن الاعتداء على الدين فيه اعتداء على أهم مظهر من مظاهر تكريم الله للإنسان، لذلك أقرت الشريعة الإسلامية عقوبة الردة وفعل المرتد الذي يترك دينه خشية أن يكون

([30])محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1987م ، الزرقاء مكتبة المنار ص"7".

([31])أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية، الطبعة الأولى (1/286–287)، وينظر كذلك: محمد عطية الفيتورى، فقه العقوبة الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازى، ليبيا، ط1، 1998م، (1/153).

([32])جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الخزرجى، (16 ق هـ – 78 هـ)، من المكثرين في الرواية عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، غزا تسع عشرة غزوة، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (2/104).

([33])سورة الإسراء الآية 70.

([34])سورة البقرة الآية "256".

([35])سورة الأنفال الآية "39".

سلوكه فتنة لامثاله فعن عبد الله بن مسعود[36] – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –:" **لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة**"[37] .

إن الدين هو أغلى ما يملك الإنسان، إذ كيف يعيش الإنسان بلا دين أو عقيدة، ومن هنا فإن الإسلام يحرص كل الحرص على الذود عن حياض الدين، والدفاع عنه، ويأمر بقتال من اعتدى عليه، لأن الدين هو لحم الإنسان ودمه.

الإسلام هو دين الحرية، لا يجبر أحداً على فعل شيء، وأكبر دليل على هذا أنه ترك حرية العقيدة – والدين أغلى ما يملك – للفرد نفسه يختارها بمحض إرادته، فمن أراد أن يكون مسلماً فليكن، ومن أراد أن يكون يهودياً فليكن، ومن أراد أن يكون نصرانياً فليكن، ومن أراد أن يكون ملحداً بلا دين فليكن، والقرآن الكريم يقرر هذه الحقيقة في قول الله – عز وجل – : ﴿ **فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ**﴾، ولكن إذا كان الإسلام ترك للفرد حرية الدخول فيه من عدمها، فإنه لا يترك له العنان ليكون مصدر فتنة في المجتمع بخروجه من الإسلام وإعلانه ذلك على الناس، ومن هنا فلا تعارض بين حرية الدخول وبين عدم الإساءة إلى سمعة الإسلام وأنه لا يصلح كدين.

ثانياً: حفظ النفس:

أهتمت الشريعة الإسلامية بحقن الدماء، فقررت القصاص في النفس وهو عقوبة توقع على الجاني تساوي ما أوقعه بالمجني عليه، فالقاتل يعتدي بفعله على المجتمع ولا ينصرف عدوانه إلى المجني عليه فقط وآية ذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا** ﴾[38]

إن القصاص من الشخص فيه حياة له ولغيره لأنه إذا علم أنه سيقتص منه أبتعد عن القتل كما أن إيقاع القصاص على القاتل يردع غيره عن محاكاته خشية أن يلحقه مصير القاتل، وقد وردت هذه الحكمة في قوله تعالى: ﴿**وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**﴾ [39] . لم تقف الشريعة الإسلامية عند النهي عند قتل الغير بل نهت عن قتل النفس لقوله تعالى: ﴿ **وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا**﴾[40] كما نهت أيضاً عن تعريض النفس للمهالك لقوله تعالى: ﴿**وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ**﴾ [41] .

وإن المحافظة على النفس هي المحافظة على حق الحياة الكريمة للإنسان، ويدخل عمومها المحافظة على كل أجزاء الجسم، كما يدخل فيها الأمور المعنوية كالمحافظة على الكرامة، ومنع الاعتداء على أي أمر يمس بها أو يهينها،

([36])عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، من أكابر الصحابة فضلاً وعقلاً، وقرباً من رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، من أهل مكة ومن السابقين في الإسلام، أول من جهر بقراءة القرآن، توفى سنة 32 هـ، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (137/4).

([37])البخارى، (2521/6)، رقم (6484)، (91) كتاب: الديات، (5) باب: قول الله تعالى:"**إن النفس بالنفس والعين بالعين**".

([38])سورة المائدة الآية "32".

([39])سورة البقرة الآية "176".

([40])سورة النساء الآية"29".

([41])سورة البقرة الآية "195".

ومن ذلك حرية العمل والفكر والإقامة، وغير ذلك مما تعد الحرية فيه من مقومات الحياة الإنسانية الحرة التي تزاول نشاطها في دائرة المجتمع من غير اعتداء على أحد[42].

ثالثاً: حفظ النسل:

يتحقق حفظ النسل من خلال حفظ الأعراض، لذلك حرمت الشريعة الإسلامية الزنا لما فيه من اختلاط للأنساب وأحلت الزواج[43].

إن الإسلام يحث على الزواج باعتباره وسيلة للمحافظة على النسل، ووسيلة لتصريف غريزة الإنسان، وضع التشريع الإسلامي قواعد لحمايته، فحرم أثارة الغرائز بأي وسيلة، فنهى عن الخلوة بالمرأة الأجنبية سداً للذرائع فعن عمر بن الخطاب– رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – :"**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلو بامرأة ليس معها محرم فإن ثالثهما الشيطان**"[44] .

كما حرم الإسلام كل ما من شأنه أن يثير الغرائز ويفتح منافذ الفتنة على الرجل والمرأة فنهى عن النظرة المريبة وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ** ﴾[45] .

كذلك نهى الإسلام عن القذف وقرر عقوبة الجلد لمن يقترفه ونهى عن قبول شهادته أبداً وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ۞ إِلا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾ [46] .

رابعاً: حفظ المال:

عُنى التشريع الإسلامي بحفظ حقوق الغير ومنع الاعتداء عليها فالمال زينة الحياة الدنيا وآية ذلك قوله تعالى:﴿**الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**﴾[47] .

لذلك قررت الشريعة الإسلامية عقوبة القطع لمن لم تمنعه نفسه ولم تزجره ديانة عن الاعتداء على مال الغير، وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ * فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾[48] .

وبجانب ذلك السرقة العادية التي تسمى بالصغرى نهى التشريع عن قطع الطريق وهو ما اصطلح على تسميته بالسرقة الكبرى، وعلة تلك التسمية إن ضررها يقع على أصحاب الأموال وعامة الناس أو غيرهم باقتطاع الطريق لهذا غلظ فيها الحد، بخلاف السرقة الصغرى[49] وآية ذلك قوله تعالى: ﴿ **إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ**

([42])د. إبراهيم حامد طنطاوي، الصلة في التعازير الشرعية في الفقه الإسلامي في القانون الجنائي المصري، ص 14 وما بعدها سبق ذكره.

([43])د. حسني الجندي، رسالة دكتوراه ، المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، الطبعة الأولى 2005ف دار النهضة العربية القاهرة –مصر.

([44])محمد إسماعيل البخاري صحيح البخاري رقم الحديث 4817 ، سبق ذكره.

([45])سورة النور الآية "30".

([46])سورة النور الآية "4".

([47])سورة الكهف الآية "46".

([48])سورة المائدة الآية "38".

([49])أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة 1991 ج166/2.

فِي الأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ *إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ وَأَصْلَحُواْ وَبَيَّنُواْ فَأُوْلَئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيم﴾ [50] .

ولا يقتصر حد الحرابة على من يقطعون الطريق بغية الاعتداء على أموال المسلمين أو غيرهم بل يوقع أيضاً على من يقطعون الطريق لأي غرض منهي عنه كالاعتداء على الأغراض ونشر الخوف والفزع، ويعتبر من المحاربين الذين يقومون بجلب المخدرات والمسكرات وبيعها للناس وكذلك أيضاً من يتسببون في المساس بأرزاق الناس بإنقاصها أو إفسادها أو القيام بأي عمل من شأنه الأضرار بأرزاقهم[51]، وإحلال الإرهاب والفزع محل الأمن والأمان.

خامساً: حفظ العقل:

عنى التشريع الإسلامي بحفظ العقل باعتبار أن الله تعالى كرم الإنسان بعقله وفضله به على سائر المخلوقات، وجعل مناط التكاليف الشرعية العقل، فإذا اعتدى على العقل بسكر بغيبة أصبح كالعدم لا لزوم له، وأصبح مقترف السكر على استعداد لارتكاب ما تسول له نفسه من الجرائم فقط العاقل لشعوره يفقده آدميته ويفسد صحته ويضيع ماله ويضعف نسله فكان لا بد من تحريمه[52] .

لذلك نهى الله عن كل ما يذهب بالعقل وآية ذلك قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾[53] كما قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –:"**كل مسكر خمر وكل مسكر حرام**"[54].

مظهر حماية الشريعة الإسلامية للضروريات:

إن اعتبارات صيانة الضروريات الخمس اقتضت من المولى – عز وجل– تقرير إجراءات على من تسول له نفسه الاعتداء عليها، فهذه الضروريات تمثل حدوداً لأنها موانع قبل الفعل زواجر بعده، لذلك قيل بأن الحدود زواجر وضعها الله – تعالى – للردع عن ارتكاب ما حظر، وترك ما أمر، لما في الطبع من فعالية الشهوات الملهية عنه وعن الآخرة بعاجل اللذة، فعجل الله – تعالى – من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة، وخيفة من أن تكال الفضيحة ليكون ما حضر من محارمه ممنوعاً، وما أمر به من فروضه متبوعاً، فتكون المصلحة أعم، والتكليف أتم، كذلك التعزير فإنه تأديب، واستصلاح وزجر[55] .

([50]) سورة المائدة الآية "33".

([51])عرفه السبكي في الأشباه والنظائر بأنه: ملكة يتأتى بها درك المعلومات، (17/2)، دار الكتب العلمية، ط1، (1411هـ – 1991م)، وجاء في قواطع الأدلة في الأصول للسمعاني: واختلفوا في حقيقته على أقاويل شتى، وقد روى عن الشافعي – رحمه الله – أنه قال: آلة التمييز، وقال بعضهم: العقل بصر القلب، وهو بمنزلة البصر من العين ندرك به المعلومات كإدراك البصر المشاهدات، وقال بعضهم: هو قوة يفصل بها بين حقائق المعلومات، وقال بعضهم: هو العلم لا فرق عند أهل اللغة وأرباب اللسان بين قولهم علمت وعقلت، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، دراسة وتحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، (1418هـ – 1999م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

([52]) أحمد توفيق الأحول، عقوبة السارق بين القطع والضمان المسروق في الفقه الإسلامي، دار الهدى للنشر والتوزيع 1995م ص28.

([53])سورة المائدة الآية "90".

([54])مسلم، (100/6)، رقم (5266)، (22) كتاب: الأشربة، (8) باب: كل مسكر حرام.

([55])أبو الحسن علي بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة الحلبي الطبعة الثانية 1960م ص 221.

والعقاب على الاعتداء على هذه الحدود شرع من المولى– عز وجل– ؛ لتحقيق الزجر والمنع، لأن إقامة الحدود وشهادة الناس لها عند تطبيقها من شأنه أن يزجر المخالفين عن معاودة المعصية والجرأة على المخالفة، كما يوقع في نفوس المشاهدين الخوف من هذا المصير والتعرض لمثل هذا الجزاء فبزجرهم ذلك عن مجرد التفكير في هذه المعصية وبهذا يتحقق الأمن والأمان وتسود الفضيلة والعفة أرجاء المجتمع[56] ، فالألم في العقوبة يكون في مقابلة اللذة في الجريمة.

ومن هنا تتجلى حكمة المشرع – سبحانه وتعالى – في تشريعاته؛ لأنه– سبحانه – الخالق، وهو الأعلم بما ينفع خلقه، وما شرع أى أمر عبثاً، وإنما لحكمة لا يعقلها إلا العالمون، إن في ذلك ذكرى لأولى الألباب والنهى.

المبحث الثالث

مصادر التشريع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الأول

مصادر التشريع الجنائي الإسلامي

يرى جمهور الفقهاء أن مصادر الفقه الإسلامي أي أدلته الإجمالية هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعُرف والاستصحاب، وقالوا إن المصدر الحقيقي هو الوحي كتاباً كان أو سنة أما بقية المصادر فمردها إليه وذلك لأن المجتمعين لا يضعون أحكاماً من عند أنفسهم ولا يكون إجماعهم إلا مستنداً لأحد هذين المصدرين، وقد اعتاد الكثير من الأصوليين ذكر مصادر أخرى وكلها قواعد فقهية وليست دليلاً يستند إليه في استنباط حكم شرعي[57] .

ونشير إلى كل مصدر من هذه المصادر بكلمة موجزة، لأن موضع دراستها بالتفصيل في علم الأصول، وذلك على النحو التالى:

المصدر الأول: القرآن الكريم:

هو كتاب الله تعالى الذي أنزله على رسوله – صلى الله عليه وسلم –، المنقول عنه نقلاً متواتراً، وجميعه قطعي الثبوت، وهو مصدر الشريعة الأول، ولم يختلف الفقهاء في حجيته وإنما اختلفوا في مسائل تتعلق بالنسخ والعموم والخصوص ومقتضى الأمر والنهي، وغير ذلك مما يرجع إلى طرق استفادة الأحكام منه.

ويعرفه الإمام عبد الوهاب خلاف[58] بأنه: هو كلام الله الذي نزل به الروح الأمين على قلب رسول الله محمد بن عبد الله بألفاظه العربية ومعانية الحقة ليكون حجة للرسول على أنه رسول الله ودستور الناس يهتدون بهداه، وقربة يتعبدون بتلاوته، وهو المدون بين دُفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة، والمختوم بسورة الناس، المنقول إلينا بالتواتر كتابة، ومشافهة جيلاً عن جيل محفوظاً من غير تغيير، أو تبديل[59] .

([56])محمد نبيل غنايم، فقه السنة في الحدود، دار النصر للتوزيع والنشر 1992م ص 18.

([57]) موسوعة جمال عبد الناصر: الفقه الإسلامي، الجزاء الأول ص17–20، يراجع أصول الفقه للشيخ حمد أبو زهرة من ص 76.

([58]) عبد الوهاب بن عبد الواحد خلاف، (1305 – 1375 هـ – 1888 – 1956م)، فقيه مصرى، كان أستاذ الشريعة والإسلامية بكلية الحقوق، ومفتشاً في المحاكم الشرعية، واحد أعضاء مجمع اللغة العربية، ولد بكفر الزيات، وتوفى بالقاهرة، راجع: خير الدين الزركلى، (184/4).

([59])عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، دار الحديث الطبعة الأولى 2003ف ص 19.

وقد بين القرآن الشريعة بنوعين من البيان:

الأول: أن يكون نص القرآن الكريم مجملاً والسنة تبينه فقد قال تعالى: ﴿ **وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ** ﴾ [60] .

الثاني: أن يكون مفصلاً، ومن ذلك نصوص القرآن في أحكام المواريث، والطلاق، وكذلك أحكام الحدود، والقصاص، كما ذكر القرآن أكثر المعاصي، ونهى عنها[61] .

المصدر الثاني: السنة النبوية:

السنة النبوية هي الأصل الثاني من مصادر الشريعة، وهي أقوال النبي – صلى الله عليه وسلم – ، وأفعاله وتقريراته وهي شارحة للقرآن وبها كانت تبلغ الرسالة المحمدية، وهي ثلاثة أقسام:–

القسم الأول: تقرير لأحكام القرآن، وليس فيه جديد عليه، ولا تقيد لنص مطلق، ولا توضيح لنص غامض.

القسم الثاني: سنة تبين المراد من القرآن الكريم، وتفيد مطلقة وتفصل مجمله، ومن ذلك بيان حد النصاب في السرقة فقد قال الله تعالى: ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللهِ** ﴾ [62] .

فإن هذا النص مجمل في النصاب الذي يقطع به وشروط النصاب وشروط القطع مما بينته السنة النبوية.

القسم الثالث:سنة متضمنة لحكم سكت عنه القرآن، مثل: دية الجنين، وتوريث زوجة المقتول من ديته[63] .

المصدر الثالث: الإجماع:

الإجماع لغة يطلق على الاتفاق وعلى العزم والصميم يقال أجمع القوم على كذا إذا اتفقوا عليه، ويقال أجمع فلان على كذا إذا عزم عليه. ومن هذا قول الله تعالى: ﴿ **فَأَجْمِعُواْ أَمْرَكُمْ** ﴾[64] أي اعزموا عليه، وعن حفصة[65] – رضي الله عنها – عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –:"**من لم يجمع الصيام فلا صيام له**"[66] أي لم يعزم عليه.

والعزم يرجع إلى الاتفاق لأن من أتفق على شيء عزم عليه، في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو اتفاق المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة النبي – صلى الله عليه وسلم – على حكم شرعي.

([60])سورة النحل الآية "44"

([61])المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص40.

([62])سورة المائدة الآية "38".

([63])عبد الوهاب خلاف علم أصول الفقه ص 35.

([64]) سورة يونس الآية "71".

([65])حفصة بنت عمر بن المؤمنين.الخطاب، (18 ق هـ – 45 هـ)، زوجة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، وأم المؤمنين.

([66]) السنن الكبرى للبيهقي، (221/4)، رقم (7826)، (19) كتاب: الصيام، (29) باب: من رأى إعادة صومه وإن لم يأكل ولم يشرب، قال عنه الألباني في صحيح الجامع الصغير: صحيح موقوف، وهو في حكم المرفوع، (6538) تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.

وقد قال جمهور الفقهاء: أن الإجماع حجة شرعية يجب العمل به ولا يجوز مخالفته. [67] وقد ثبتت بعض العقوبات بإجماع الصحابة، وقد ثبتت أصل حد الشرب بإجماعهم وإن كانوا قد اختلفوا في مقدار العقوبة، وما إذا كانت تقدر بأربعين جلدة أو ثمانين جلدة[68] .

المصدر الرابع: القياس:

القياس لغة يقال: قاس الأرض بالمتر إذا قدرها به، ويطلق ويراد به التسوية: يقال فلان لا يقاس بفلان فضلاً أو علماً: أي لا يساويه.

والقياس عند علماء الأصول هو إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعي المنصوص عليه بالكتاب والسنة لاشتراكها في علة الحكم.

ويعمل بالقياس في عقوبات جرائم التعزير لأنها جميعاً مبنية على تقدير ولي الأمر، أو تقدير القاضي الذي يفوض إليه ذلك[69] .

وأما بالنسبة لثبوت الحدود والقصاص بالقياس، فقد اختلف الرأي بين الفقهاء في جواز ذلك على النحو التالى:

فقال الشافعية إنها ثبتت بالقياس، وذلك لأن القياس طريق من طرق الاستنباط الصحيح ومن أدلة الشرع فيجوز أن تثبت به الحدود كما ثبت بالكتاب والسنة والإجماع، وقد قاس الشافعية اللواطة على الزنا، وقروا لها عقوبة مثل عقوبته.

وذهب الحنفية إلى أن الحدود والقصاص لا تثبت في جرائم بالقياس بل هي ثابتة في جرائم معينة، لا يجوز القياس عليها، وحجتهم في ذلك أن الأمور المقدرة لا يدخل فيها القياس، والعقوبات في الحدود والقصاص مقدرة، والمقدرات لا تعرف عللها فلا يقاس عليها، وهي حق الله تعالى [70] .

المصدر الخامس: الاستحسان:

الاستحسان: لغة الشيء الحسن.

وعند الأصوليين هو أن يحكم المجتهد في المسألة بغير ما حكم به في نظائرها بسبب أقتضى العدول.

والاستحسان لا يكون إلا حيث لا يوجد نص فلا استحسان في موضع النص وإنما يكون الاستحسان عندما يكون القياس؛ فإذا كان القياس مناف للمصلحة فيكون الاستحسان، مثال ذلك: إذا ضرب شخص آخر فشلت يده من الضربة فالقصاص في هذه الحالة غير ممكن فتكون الدية في هذه الحالة استحساناً لتعذر القصاص[71].

المصدر السادس: المصلحة المرسلة:

([67])د. سعيد محمد الجليدي المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الجامعة المفتوحة ص 275.

([68])المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص43.

([69])المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص42.

([70])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي،ج1 ص 159 وما بعدها.

– أنظر الآمدي في أصول الأحكام ج89/4 وما بعدها.

– أنظر الحسين سليمان جاد الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، تاريخ النشر 2012 ص 205 وما بعدها.

– انظر د. عمر مولود عبد الحميد حجة القياس في أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة بنغازي ص 401 وما بعدها.

([71])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي،ج1 / 159 وما بعدها.

ويعرف المالكية المصلحة بأنها: "كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها، وفي اعتبارها مع هذا جلب نفع أو دفع ضرر.

وعند المالكية والحنابلة: تعتبر المصلحة وحدها دليلاً مستقلاً لا تلحق تغيرها من الأدلة، وعندهم أن الشارع ما جاء إلا لمصالح العباد، فحيثما كانت المصلحة لأحكام الشرع فثم حكم الله تعالى.

وقد أشترط الفقهاء لاعتبار المصلحة دليلاً الشروط الثلاثة الآتية:-

أولاً: أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع في الجملة بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون متفقة مع المصالح التي قصد الشارع إلى تحقيقيها.

ثانياً: أن تكون المصلحة مصقولة في ذاتها.

ثالثاً: أن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم في الدين.

إن المصلحة المرسلة لها أحكام عدة في الجرائم، وهى مبنية على وقائع، ومنها ما يلى:

1- أجاز الصحابة ومن بعدهم التابعون نفي أهل الدعارة والفساد اتقاء شرهم.

2- كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يعاقب على جريمة غش اللبن بإراقة اللبن المغشوش تأديباً للغاش، وليفوت عليه مقصده[72] .

3- روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أعفى من القصاص رجلاً قتل آخر كان يفسق بامرأته وقد شرط الفقهاء لهذا الإعفاء أي يشهد أربعة شهود بالواقعة لأن إجازة القتل مبني على الزنا وهو لا يثبت إلا بأربعة شهود.

4- قرر الصحابة قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله لأن المصلحة تقتضي ذلك، ذلك أن القتيل معصوم الدم وقد قتل عمداً، وإذا قيل أن الجماعة لا تقتل بالواحد لأدى ذلك إلى الإشراك اثنين في القتل للنجاة من القصاص، لذلك تقتضي المصلحة قتل الجماعة بالواحد.

المصدر السابع: سد الذرائع:

وهو رفع الوسائل التي تؤدي إلى المفاسد والأخذ بالوسائل التي تؤدي إلى المصالح ومؤدي ذلك أن وسيلة المحرم تكون حراماً، ووسيلة الواجب تكون واجبة، فالفاحشة حرام والنظر إلى عورة الأجنبية حرام، لأنه يؤدي إلى الفاحشة ومن ذلك النهي عن إقامة حد السرقة في الغزو حتى لا يلحق الجناة بالمشركين وتوريث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت، حتى لا يكون طلاقاً ذريعة للحرمان من الميراث.

والقصد من تقرير هذا الأصل هو دفع المفاسد يدفع وسائلها، وجلب المصالح بالأخذ بوسائلها[73].

المصدر الثامن: العرف:

([72])حمادة عبد المعز حمدان، عقوبة النفى وأثرها في ضمان سلامة المجتمع في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2014م، ص87 وما بعدها، وأنظر: جلال الدين عبد الرحمن – المصالح المرسلة ومكانتها في التشريع – دار الكتاب الجامعى، القاهرة، الطبعة الأولى، ص120.

وانظر كذلك: د. أمجد رشيد – المصلحة وعلاقاتها بالنصوص والأدلة الشرعية عند الأصوليين ومقابلتها عند نجم الدين الطوفى، مجلة التشريعات والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 95 لسنة 2013م، ص410.

([73])عبد الله القاضى، السياسة الشرعية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 1989، ص150؛ مسند أحمد، (379/1)، رقم (3600)، مسند عبد الله بن مسعود – رضي الله عنهما –، قال عنه الهيثمى في مجمع الزوائد: رواه أحمد والبزار، والطبرانى، ورجاله موثقون، رقم (832)، دار الفكر، بيروت، 1412هـ ، 1992م.

العرف ما اعتاده الناس من معاملات واستقامت عليه أمورهم والأصل في ذلك قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: " **فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء**"[74] ،

والعرف بالنسبة لأوامر القرآن والسنة النبوية المطهرة ينقسم إلى ثلاثة أقسام، وهى:

الأول: عرف يكون الأخذ به استجابة لأمر من الأمور الشرعية كالعرف الذي يسوغ للمرأة أن تأخذ من مال زوجها بغير أذن ما يكفيها وولدها بالمعروف، والعرف الذي يجيز للوالد أن يأخذ من مال ولده ما يكفيه. والعرف في تأجيل بعض الصداق إلى أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة، وهذه الأعراف لها أصل من النصوص الدينية.

الثاني: العرف الذي يكون فيه أخذ بأمر حرمة الشارع بنص قاطع، أو يكون فيه إهمال لواجب، وهذا العرف لا يؤخذ به لما يترتب عليه من إبطال الأحكام الشرعية.

الثالث: العرف الذي لم يثبت نهى عنه، يأخذ به الحنفية، والعرف العام عندهم يخصص النصوص إذا كانت ظنية ويقيد المطلق، ويأخذ المالكية بالعرف باعتباره ضرباً من ضروب المصلحة.

المصدر التاسع: الاستصحاب

في اللغة يقال: استصحب الشيء لازمه ولاءمه واستصحب فلان فلاناً إذا لامعه فلازمه، واستصحب الشيء طلبه.

ويعرف الأصوليون الاستصحاب بأنه استدامة إثبات ما يكون ثابت أو نفي ما يكون ضعيفاً أي بقاء الحكم الثابت نفياً وإثباتاً حتى بقة الدليل على تغيير الحال.

وهذا الأصل يتفق مع المبادئ الحديثة في الفقه الجنائي من أن الإباحة ثابتة لا تحرم فيها حتى يصدر النص القانوني الذي يحرم الفعل وينص على العقاب، وبتطبيق ذلك على الأحكام الجنائية يتحقق أمران[75] :-

الأول أن البراءة تكون ثابتة حتى يقوم دليل يغير هذه البراءة.

الثاني أنه لا يجوز العقاب على أفعال ارتكبت قبل تأثيم هذه الأفعال من ولي الأمر، وإلا يكون قد خالف أصلاً شرعياً مقرراً[76] .

المطلب الثاني

مصادر التشريع العقابي الوضعي

أولا: مصادر التشريع العقابي الوضعي:

يمكن تلخيصُها في النقاطِ الآتية:

المصادرُ الرسميّة:

وهي المصادرُ التي تَستمِدُّ منها القاعدةُ القانونيّة قوّتَها المُلزِمة وتصبحُ واجبةَ التطبيقِ، كما أنَّها تحملُ صفةَ الإلزامِ في تنظيمِها لسلوكِ الأفرادِ.

والمصادرُ الرسميّةُ مُتنوِّعةٌ والنّظر إليها باعتبارِها رسميّةً أو غيرَ رسميّةٍ يختلفُ باختلافِ البلادِ والعصورِ.

وتنقسمُ المصادرُ الرسميّةُ إلى[77] : تشريع أساسي، وتشريع فرعي.

([74])المستشار محمد بهجت عتبة: محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص48.

([75])عبد الوهاب خلاف أصول الفقه ص79 وأنظر محمد أبو زهر أصول الفقه.

([76])المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص48.

يُعَدُّ التّشريعُ المصدرَ الرئيس، مع أنَّه لم يكن مُستخدَماً قديماً بشكلٍ كبيرٍ، فقد اعتمدَت الشعوبُ على الأعرافِ، وتبنّوها كقواعدَ قانونيّة تُنظِّم كافّةَ الأمورِ في حياتِهم، وظلَّ الحالُ هكذا حتى جاءَ التّشريع، والذي ساهمَ في تغييرِ العديدِ من المفاهيمِ القانونيّة السّائدة، ويُعرَّفُ التّشريع: بأنّه قواعد القانون التي تصدر من قبل السلطات المشرّعة لها، ولكلِّ قانونٍ تشريعيٍّ سلطةٌ خاصّةٌ به، وأحكام قانونيّة لا يُطبَّق إلاّ بالاعتماد عليها.

ويُعَدُّ التّشريع أهمَّ مصادرِ القانون؛ لأنّه يحتوي على الميّزات الآتية:

- يتوفّرُ مكتوباً بطريقةٍ مُحكَمةٍ وواضحة، ويقومُ بذلك أشخاصٌ مختصُّون؛ بحيث لا تثيرُ القوانينُ أيّ نزاعاتٍ؛ ممّا يُؤدّي إلى سيادة الأمن بين الناس.
- يُطبَّقُ القانون على جميع أفرادِ المجتمعِ دون تفريق؛ ممّا يُحقِّق وحدةَ القانونِ في الدّولة.
- يستغرقُ إعدادُ قواعد التّشريع أو تعديلِها وقتاً قصيراً، وبما يتناسبُ مع احتياجاتِ المجتمعِ؛ ولذلك فإنَّ التشريع يُعَدُّ مصدراً سريعاً للقانون.

وللتّشريع أنواعٌ مختلفةٌ في درجتِها وقوَّتِها، فيَحتلُّ التّشريعُ الأساسيُّ، أو ما يُسمَّى الدّستور المرتبةَ الأولى، يليه التّشريعُ العاديُّ، ثمَّ التّشريعُ الفرعيُّ.

والتّشريعُ الأساسيُّ: هو عبارةٌ عن مجموعةٍ من القواعد القانونيّة التي تُبيِّن نظامَ الحكمِ في الدّولة، ويتناولُ حقوقَ الأفرادِ وحريّاتِهم، وتُحدِّد علاقةَ السلطةِ التّشريعيّةِ بغيرها من السُّلُطات، أمّا التّشريعُ العاديُّ فهو عبارةٌ عن مجموعةٍ من القواعد القانونيّة التي تَضعُها السلطةُ التشريعيّة في حدودِ اختصاصِها المُبَيَّنِ في الدّستور، ويشملُ جميع المُدوَّناتِ التي تتعلَّقُ بفرعٍ مُعَيَّنٍ من القانون، مثل قانونِ المحاماةِ وغيرِها من القوانينِ الأُخرى، ويُطلَقُ على التّشريعِ العاديِّ لفظَ القانونِ، ويأتي بالمرتبة الثانية بعد الدستور[78] .

أما التّشريع الفرعيّ: فهو التّشريع الذي تُصدِرُهُ السلطةُ التنفيذيّة في ظروفٍ مُعَيَّنةٍ، من أجلِ تنظيمِ تطبيقِ التّشريع العاديّ للمحافظةِ على المصلحةِ العامّة، عن طريق إصدار لوائحَ أو قراراتٍ على شكل لوائحَ تنفيذيّة، ولوائحَ تنظيميّة، ولوائحَ ضبط، والجدير بالذّكر أنَّ إصدار السُّلطةِ التنفيذيّةِ لهذه اللّوائحِ لا يعني أن تَحلَّ مَحلَّ السُّلطةِ التشريعيّةِ الأصليّةِ، بل إنَّها تكون مُختَصَّة في إصدارِ القراراتِ بصفةٍ استثنائيّةٍ مع بقاءِ السُّلطةِ التشريعيّةِ الأصليّةِ؛ ولهذا سُمِّيَت السُّلطةُ التنفيذيّةُ في هذه الحالة بالسُّلطةِ التشريعيّة الفرعيّة؛ للتّمييز بينَها وبينَ السُّلطة التشريعيّة الأصليّة، ويَمُرُّ التّشريع بمراحلَ حتى يُصبحَ نافذاً، أوّلُها إصدار التّشريع، بمعنى سَنِّ السُّلطة التشريعيّة القوانين وإثبات وجودها، باعتبار أنَّها أصبحت من تشريعات الدّولة، ومن ثمَّ تأتي مرحلة النَّشْر في الجريدة الرسميّة، خلال مُدَّة أسبوعين من يومِ إصدارِ التّشريع، ويُعمَلُ به بعد مُضيِّ شهرٍ من اليوم التالي لتاريخِ نشرِه[79] .

أما العرف والعادة وقواعد العدالة، وما إلى ذلك مما قد يلجأ إليه القاضي المدني عندما لا يجد النص التشريعي الذي يستند إليه في الفصل في النزاع المعروض عليه؛ فإنها جميعا لا تصلح مصادر مباشرة للجريم والعقاب؛ بل لا تصلح

([77])انظر: بتصرف. رمسيس بهنام، النظرية العامة، ص 189.

([78])د عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي– أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الاسلامي، معهد الادراة العامة، 1/ 53.

([79])انظر: بتصرف. رمسيس بهنام، النظرية العامة، ص 189.

كذلك كمصادر غير مباشرة إلا في نطاق محدود خارج نطاق التجريم والعقاب[80]؛ كما في حالات الاباحة وتخفيف الجزاء الجنائي، عندما ينعدم النص الجنائي[81].

ثانيا: إلغاء التشريع العقابي الوضعي:

يلغى التشريع العقابي بصدور تشريع آخر يلغيه، ويلغى التشريع الأقوى التشريع الأقل درجة لا العكس فالدستور وهو أسمى القوانين قد يلغي نصاً وارداً في قانون. وقد يلغي القانون نصاً وارداً في لائحة، ولكن القانون لا يلغي الدستور، واللائحة لا تلغي القانون[82].

ثالثا: علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين:

إذا جاءت أحكام التشريع العقابي الوضعي متفقة مع القرآن الكريم، والسنة النبوية، 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.

فأساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو: أن الأوامر والظواهر لم تأتي عبثاً، وأن الله أنزل كتابه، وأرسل رسول للناس ليطيعوه ويعملوا بما جاء به، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح لأنه وافق أمر الشارع، ومن خالف فقد بطل عمله لمخالفته أمر الشارع الحكيم، وتطبيق نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية 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[83] .

المبحث الرابع

سريان التشريع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي

من حيث الزمان والمكان والأشخاص

سنتناول فى هذا المبحث سريان التشريع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعى كالتالى

المطلب الأول

سريان التشريع الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي من حيث الزمان

أولا: سريان التشريع الجنائي الإسلامي من حيث الزمان:

عدم سريان التشريع العقابي على الماضي:

الأصل في الشريعة الإسلامية أن التشريع العقابي لا يسري إلا بعد صدوره، فلا يطبق هذا التشريع على الماضي، ولا يسري على فعل كان مباحاً قبل صدوره ثم حرمه الشرع وفرض له عقوبة.

([80])د عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي 1/ 52

([81])د عبد الفتاح خضر ، النظام الجنائي 1/ 53.

([82])المستشار محمد بهجت عتبة، محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص50.

([83])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي المقارن1 / 195 وما بعدها.

وتدل النصوص القرآنية على أن التشريع الجنائي الإسلامي لا يطبق على الماضي ذلك أن هذه النصوص كانت تقرر التجريم الذي يرد على أمر كان شائعاً قبل الإسلام باستثناء ما وقع قبل الإسلام[84] ، ومن الأدلة على ذلك قول الله – تبارك وتعالى –: ﴿ **وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلا مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾ [85]، وقوله تعالى: ﴿ **وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ** ﴾[86] .

ولكن يسري التشريع الجنائي الإسلامي على الماضي استثناءً إذا كان في صالح المتهم، كما في اللعان الذي بتشريعه دفع عقوبة جريمة القذف التي حدثت قبل نزول الوحي به يقول تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ* وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ*عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ**﴾[87] .

وكذلك الحال بالنسبة للظهار الذي كان طلاقاً في الجاهلية والإسلام فيه نزل الوحي بتحريمه وعدم الاعتداد به في الطلاق، ولا يترتب عليه آثاره على من وقع منه بعد نزول الآيات بتحريمه وذلك في قصة امرأة أوس بن ثابت – رضي الله عنهما–، التي ظاهر فيها زوجها وجاءت، عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: تبارك الله وسع سمعه كل شيء، إنى لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهى تشتكى إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – زوجها، وهى تقول: يا رسول الله أكل شبابي، ونثرت له بطني، حتى إذا كبرت سني، وانقطع له ولدي ظاهر مني، اللهم إنى أشكو إليك، قالت عائشة – رضي الله عنها – فما برحت حتى نزل جبريل – عليه السلام – بهؤلاء الآيات: ﴿ **قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ** [1] **الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ** [2] **وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ** [3] **فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾[88] .

ويترتب على هذا الاستثناء العمل بالتشريع الأصلح للمتهم سواء كان ذلك بإلغاء العقوبة كلياً أو بالتخفيف فيها:

1– فإذا صدر تشريع جديد بتشديد العقوبة على جريمة وقعت قبل صدوره طبقت العقوبة الأخف.

2– إذا صدر تشريع أصلح للمتهم على جريمة وقعت قبل صدوره طبقت العقوبة الأصلح للمتهم وهي الأخف.

([84])المستشار محمد بهجت عتبة، محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص51، وانظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، وانظر: شوقى علام، مفتي الديار المصرية، الموسوعة السياسية الشرعية، 115/2، مطبعة دار الكتب العلمية والوثائق القومية بالقاهرة، 2018م.

([85])سورة النساء، من الآية 22.

([86])سورة النساء، من الآية 23.

([87])سورة النور الآية "6–9".

([88])سورة المجادلة الآية "1–4".

3- إذا صدر قانون أو تشريع يجعل الفعل الذي وقع قبل صدوره غيره مجرم وصدر به حكم على المتهم، ولكنه لم ينفذ فلا تنفذ هذه العقوبة ويجب وقفها، وانتهاء آثارها الجنائية عن المتهم[89].

هذا هو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية ولا خلاف عليه، ولكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعاً للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائي على المكان، وهى:-

النظرية الأولى: وصاحبها أبو حنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتكب في الإسلام، أي مكان داخل حدود الدولة الإسلامية، أياً كانت الجريمة وسواءً كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً، لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة ولا يجوز له أن يرضي لنفسه قانوناً غيرها، وكذلك على الذمي الالتزام بأحكام الإسلام التزاما دائماً، وذلك بمقتضى قبوله عقد الذمة الدائم.

أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حق الله، أي تمس حق للجماعة، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا أرتكب جريمة تمس حقاً للأفراد[90] .

- **النظرية الثانية:** وهي نظرية أبي يوسف[91] من فقهاء المذهب الحنفي، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسري على كل المقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمي، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن، وحجته في ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالالتزام أحكام الإسلام والذمي ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم.

أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام، وبقبوله دخول دار الإسلام لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته، ولأنه لما منح إذن إقامته منحه هذا الشرط، فصار حكمه حكم الذمي، ولا فرق بينهما إلا أن الذمي أمانه مؤبد، والمستأمن أمانه مؤقت، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد[92] .

ومن خلال هذا العرض تبين لنا الخلاف القائم بين نظرية أبي يوسف ونظرية أبي حنيفة، وهو ينحصر في تطبيق الشريعة الإسلامية على المستأمن، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الأحوال، وأبو حنيفة لا يطبق على المستأمن إلا في الجرائم التي تمس حقوق الأفراد، وغيرها من الجرائم.

([89])نصر فريد محمد واصل. محاضرات فقه الجنايات والحدود والجهاد في الإسلام، منشورات المعهد العالي للدراسات الإسلامية القاهرة –ص16 وما بعدها.

([90])الكسائي بدائع الصنائع 252/7، الطبعة الأولى، طبعة الجمالية سنة 1995، وأنظر د. عبد الحكيم أحمد عثمان عقوبة غير المسلمين على جرائم العرض في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون جامعة الأزهر، العدد 3 لسنة 2003، ص301.

([91])يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى الكوفى البغدادى، (113- 182هـ)، صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، وهو أول من نشر مذهبه، ولد بالكوفة، وغلب عليه الرأى، وولى القضاء ببغداد أيام المهدى والهادى والرشيد، ومات في خلافته ببغداد، وهو أول من دعى بقاضى القضاة، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (193/8).

([92])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 1 /248.

– **النظرية الثالثة:** وهي نظرية مالك[93] والشافعي[94] وأحمد[95]، وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل حدود دار الإسلام، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً، أو ذمياً، أو مستأمناً، لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة، والذمي ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذي يلزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاماً دائماً في مقابل الأمان الدائم، والعصمة الدائمة لنفسه وماله.

ولا فرق بين الذمي والمستأمن، فالذمي إقامته مؤبدة والمستأمن إقامته مؤقتة، فلا تسقط العقوبة بهروب المستأمن، أو خروجه من دار الإسلام، بل تطبق عليه العقوبة حين القدرة عليه.

ثانياً: سريان التشريع العقابي من حيث الزمان في التشريع الوضعي:

من المبادئ الأساسية في الشرائع الوضعية الحديثة أن التشريع العقابي النافذ وقت ارتكاب الجريمة هو التشريع الواجب التطبيق، وأن التشريع العقابي لا يسري على الماضي، وعلى هذا تنص المادة 66 من دستور جمهورية مصر العربية، فلا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون، وقد نظمت المادة (5)من قانون العقوبات المصري ضوابط سريان التشريع الجنائي من حيث الزمان، فنصت على أن يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل، ولم يصدر الحكم فيه نهائياً، قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره، وإذا صدر قانون يعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه، ويوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية.

1– عدم رجعية التشريعات العقابية الأسواء للمتهم.

2– رجعية التشريعات العقابية الأصلح للمتهم على التفصيل الوارد به.

وبالتالي نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة: إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضي بالأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في الأثر الرجعي للتشريع الجنائي الإسلامي، وأن تعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات الوضعية ليس إلا تطبيقاً دقيقاً للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية منذ ثلاثة عشر قرناً[96] .

المطلب الثاني

سريان التشريع العقابي الإسلامي والوضعي من حيث المكان

أولاً: سريان التشريع العقابي الإسلامي من حيث المكان:

الأصل في الشريعة الإسلامية نزلت لتطبق على الناس كافة في أي مكان فهي شريعة عالمية لا مكانية إلا أن تطبق أحكام الشريعة مرتبط بسلطان المسلمين فكلما امتد هذا السلطان اتسع نطاق تطبيق هذه الشريعة، فالشريعة من

([93])الحطاب مواهب الجليل 355/3، مكتبة النجاح – طرابلس – ليبيا.

([94])أبو اسحاق الشيرازى – المهذب في فقه الإمام الشافعى – مطبعة الحلبى – الطبعة 1976، 2/358.

([95])ابن قدامة المغني 439/10.

([96])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 1 /273 وما بعدها، وأنظر المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص54.

الناحية النظرية شريعة عالمية ومن ناحية الواقع شريعة إقليمية يتحدد نطاقها بدار الإسلام، وقد اختلف الفقهاء في نطاق تطبيق التشريع العقابي الإسلامي[97] .

ولهذا نستطيع أن نقول إن الشريعة الإسلامية في أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها في تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لا ثالث لهما، وهما:

القسم الأول: دار الإسلام:

تشمل دار الإسلام البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام فيدخل في دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يحكمه المسلمون، ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين[98]. ويدخل في دار الإسلام كل بلد بحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين ما دام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام[99] .

القسم الثاني: دار الحرب:

وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التي تدخل تحت سلطان المسلمين، أو لا تظهر فيها أحكام الإسلام، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة، ويستوي في ذلك أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون، ما دام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام، وسكان دار الحرب على نوعين فهم حربيون وأما مسلمون:

فالحربيون: هم سكان دار الحرب الذين لا يثبتون بالإسلام فدماؤهم وأموالهم غير معصومة مباحة ما لم يكن بينهم وبين دار الإسلام عهد أو هدنة لأن العصمة في الشريعة الإسلامية لا تكون إلا بأحد شيئين بالإيمان أو الأمان.

والمسلم: الذي يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلاً فهو عند مالك[100] والشافعي[101] وأحمد[102] كأي مسلم من أهل دار الإسلام يعصمهم بإسلامه دمه وماله، وعرضه. ويرى أبو حنيفة[103] أن المسلم المقيم في دار

([97])المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص56.

([98])عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 1 /240.

([99])المرجع السابق:242/1

([100]) مالك بن أنس بن مالك الأصبحى الحميرى، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب المالكية، مولده ووفاته في المدينة المنورة، له مصنفات أشهرها الموطأ، راجع: الأعلام، (257/5).

([101]) محمد بن أدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي، أبو عبد الله، (150 – 204هـ)، أحد الأئمة الأربعة، وإليه نسبة الشافعية كافة، ولد في غزة بفلسطين، وحمل منها إلى مكة، وزار بغداد مرتين، وقصد مصر سنة 199هـ ، وتوفى بها، وقبره معروف في القاهرة، ومن أشهر مؤلفاته الأم، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (203/1).

([102]) أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، (164 – 241هـ)، إمام المذهب الحنبلى، وأحد الأئمة الأربعة، أصله من مرو، وولد ببغداد، سافر إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن والشام وغيرها في طلب العلم، سجنه المعتصم لامتناعه عن القول بخلق القرآن، ثم أطلق سراحه بعد وفاته، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (203/1).

([103]) أبو حنيفة النعمان بن ثابت، (80 – 150هـ)، إمام الحنفية، الفقيه المجتهد المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، ولد ونشأ بالكوفة، وله مسند في الحديث، أراده المنصور العباسي على قضاء بغداد فأبى فحلف عليه ليفعلن، فحلف أنه لا يفعل، فحبسه إلى أن مات، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (36/8).

الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه، لأن العصمة عند أبي حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعه الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم والمسلم في دار الحرب لا منعة له ولا قوة له فلا عصمة له، ولكن له أن يدخل دار الإسلام في أي وقت فإذا دخلها استفاد العصمة[104].

والباحث: يميل إلى رأى الجمهور في هذه المسألة، ولا يتفق مع الإمام أبي حنيفة في رأيه؛ لأن المسلم بمجرد إسلامه وإعلانه الشهادة أصبح دمه معصوماً في أى مكان وجد به.

ثانيا: سريان التشريع الجنائي العقابي من حيث المكان في القانون الوضعي:

التشريع العقابي من القوانين المتعلقة بسيادة الدولة على إقليمها، فمن مظاهر هذه السيادة حق الدولة في معاقبة كل من يرتكب جريمة في إقليمها أياً كانت جنسيته، وبهذا تقضي المادة الأولى من قانون العقوبات المصري فتنص على أن " تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه"[105].

ومبدأ إقليمية قانون العقوبات يتضمن قاعدتين:-

الأولى: جميع الجرائم التي تقع على إقليم الدولة بحكمها التشريع العقابي النافذ في إقليم الدولة، بغض النظر عن جنسية مرتكبها.

الثانية: أن الجرائم التي ترتكب خارج إقليم الدولة لا يحكمها التشريع العقابي النافذ في إقليم الدولة يصرف النظر عن جنسية مرتكبها.

وهناك استثناءات في التشريع العقابي المصري، ترد على هاتين القاعدتين:-

الاستثناء الأول: لا يسري التشريع العقابي المصري على جرائم تقع في مصر إذا كان ارتكبها أشخاص يتمتعون بحصانات معينة وهذه الحصانات هى:-

1- الحصانة السياسية:

يجري العرف الدولي على عدم سريان التشريع الدولي الجنائي على رؤساء الدول الأجنبية، وأفراد أسرهم، ورجال السلك السياسي الأجنبي.

2- الحصانة الدستورية:

ومقتضاها عدم مؤاخذة أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو لجانه وذلك على ما تقضي به المادة 98 من الدستور لتوفير الحرية لممثلي الشعب في أداء أعمالهم.

3- الحصانة القضائية:

تقرر هذه الحصانة المادة 309 من قانون العقوبات المصري وذلك ينص على عدم سريان الأحكام الخاصة بالسب، والقذف، والبلاغ الكاذب على ما يشده أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوي، أو الكتابي أما المحاكم، وذلك لكفالة حق الدفاع للمتقاضين.

([104]) المستشار محمد بهجت عتبة : محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص57.

([105]) المستشار محمد بهجت عتبة، محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص60، وأنظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 1 /251، وأنظر: د. نصر فريد واصل: محاضرات في فقه الجنايات ص 20.

الاستثناء الثاني: وهو امتداد التشريع العقابي المصري إلى جرائم تقع في إقليم أجنبي استثناء من قاعدة إقليمية القوانين العقابية.

وقد حدد قانون العقوبات المصري هذه الجرائم، وبين شروط امتداد التشريع العقابي المصري إلى هذه الجرائم، والمحاكمة عنها، وذلك في المواد 2، 3، 4[106].

وبين مما أوردناه من أحكام سريان التشريع العقابي في الشريعة الإسلامية من حيث المكان وأحكام القانون المصري في هذا الخصوص[107].

ثالثا: أوجه الاتفاق والاختلاف في سريان التشريع العقابي الإسلامي والوضعي من حيث المكان:

أولا: أوجه الاتفاق:

إن قانون العقوبات المصري يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يلي:-

1- ما تنص عليه المادة الأولى من قانون العقوبات المصري من تطبيق أحكامه على كل من يرتكب في مصر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه سواء كانوا مصريين أو أجانب يتفق مع رأي الجمهور في مسألة المسلمين والذميين والمستأمنين عن كل جريمة يرتكبونها في دار الإسلام.

2- تقضي المادة الثانية والثالثة من قانون العقوبات بمساءلة المصريين عن الجرائم المنصوص عليها فيهما التي يرتكبونها في الخارج وهذا يتفق من رأي الجمهور من أن ولاية الدولة الإسلامية بالنسبة للمسلمين تمتد إلى الجرائم التي يرتكبونها في الخارج[108] .

ثانياً: أوجه الاختلاف:

1- إن القانون المصري يعتبر الفعل المعاقب عليه في الخارج، وفي مصر يعاقب عليه، بينما في الشريعة عند الجمهور لا يشترط أن يكون الفعل المعاقب عليه في الخارج، بل الشرط أن يكون معاقباً عليه في دار الإسلام.

2- لا تمتد الولاية الإسلامية على ما يرتكبه الحربي من جرائم في دار الحرب، بينما يعاقب القانون المصري على ذلك بالنسبة لما تقتضيه المادة الثانية من القانون، والمشار إليهما من قبل، وهي المتعلقة بأمن الدولة، أو التزييف، والتزوير في الأوراق النقدية[109].

المطلب الثالث

سريان التشريع الجنائي الإسلامي

والقانون الوضعي من حيث الأشخاص

أولاً: سريان التشريع الجنائي الإسلامي من حيث الأشخاص في الجرائم والعقوبات:

إن ذلك الأمر يخضع لمبدأين أو قاعدتين وهما: مبدأ شخصية العقوبة، ومبدأ عمومية العقوبة.

([106]) يراجع نصوص قانون العقوبات المصري في الماد 1،2،3،4.

([107]) المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص62.

([108]) مرجع سبق ذكره ص 62.

([109]) د. نصر فريد واصل: محاضرات في فقه الجنايات والحدود والجهاد في الإسلام ص 21 وما بعدها.

– **مبدأ شخصية العقوبة:** إنه لا توقع العقوبة على غير الجاني مطلقاً وذلك لقوله تعالى: ﴿ **كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ**﴾[110] وقوله تعالى: ﴿ **وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**﴾[111].

– **مبدأ عمومية العقوبة:** وهو وجوب الالتزام بعمومية التشريع الإسلامي على جميع المكلفين من العباد فيما بينهم وبين أنفسهم، وفيما بينهم وبين الله – سبحانه وتعالى– بالنسبة للحقوق والواجبات والالتزامات الشرعية، وذلك معتبر شرعاً، وليس هناك استثناء في هذا الأمر، فعن عائشة – رضي الله عنها –: أن قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التى سرقت، فقالوا: ومن يكلم رسول الله – صلى الله عليه وسلم –؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد[112] حب رسول الله – صلى الله عليه وسلم– ، فكلمه أسامة، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –:" **أتشفع في حد من حدود الله، ثم قام فاختطب ثم قال: إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإن سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد والله أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع يدها**"[113].

وبناءً على ذلك عند جمهور الفقهاء تسري أحكام الجرائم والعقوبات كلها بما في ذلك الحدود على جميع المكلفين بما في ذلك الحاكم والمحكوم [114] .

وقال أبو حنيفة: لا تطبق الحدود على الإمام؛ لأن الحدود لا يطبقها إلا الإمام الحكم، وهي لا يطبقها على نفسه وله فوقه حاكم غيره وذلك شبهة في رفع الحد عنه ولكن الجمهور يقولون بعزله شرعاً بارتكابه ما يوجب الحد لأن ذلك يخل بعدالته والعدالة ودوامها معه شرط في صحة ولايته وحكمه فإذا أنعزل وجب على القاضي تطبيق الحكم عليه كبقية المكلفين من العباد وهذا هو الرأي الراجح الذي يجب العمل والحكم به [115].

ثانيا: سريان التشريع العقابي الوضعي من حيث الأشخاص:

الأصل أن النصوص الجنائية في دولة ما، تسري علي كل من يوجد علي إقليم تلك الدولة، وينعقد الاختصاص بشأن ما يقع منهم من جرائم للقضاء الوطني.

ومع ذلك فقد كانت التشريعات الوضعية حتى آخر القرن الثامن عشر تميز بين الأفراد في هذا الصدد، ولا تعترف بالمساواة بين الحكومتين؛ فكان يميز بينهم في التحقيق وفي المحاكمة، وفي تطبيق العقوبات وفي تنفيذها؛ بل تنوعت المحاكم تبعا لتنوع الطوائف في الأمة الواحدة، فكان هناك تفريد بالنظر إلي شخصية الجاني، ولكنه ليس بمعني التفريد العلمي الذي نقصد من ورائه القضاء علي الخطورة الإجرامية؛ وإنما بمعني التميز في المعاملة بين شريف وضعيف، وأسود وأبيض..إلخ.

([110]) سورة المدثر الآية "38".

([111]) سورة الأنعام الآية "164".

([112]) أسامة بن زيد بن حارثة، من كنانة عوف، ولد (7 ق هـ – 54 هـ)، ولد بمكة ونشأ على الإسلام، كان الرسول – صلى الله عليه وسلم – يحبه حباً جماً، فأمره قبل أن يبلغ العشرين، وله في كتب الحديث (128) حديثاً، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (291/1).

([113]) البخارى 1282/3 رقم 3288 كتاب الأنبياء، باب قول الله تعالى:" أم حسبت أن أصحاب الكهف والرقيم...".

([114]) د. نصر فريد واصل: محاضرات في فقه الجنايات والحدود والجهاد في الإسلام ص 22، وأنظر :أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن د. حسين توفيق رضا ص 39، وأنظر: د. أحمد فتحي بهنسي العقوبة في الفقه الإسلامي، ص 14.

([115]) د. نصر فريد واصل: محاضرات في فقه الجنايات والحدود والجهاد في الإسلام ص 24، محمد أبو زهرة الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ص 355.

واستمر الحال علي هذا النحو حتى جاءت الثورة الفرنسية، وظهرت الحركات الفكرية الإصلاحية، التي جعلت المساواة أساسا من الأسس الأولية في القانون. بيد أنها لم تكن مساواة المعني الدقيق؛ حيث ورد عليها بعض الاستثناءات، المتمثلة في تميز بعض الحالات.

وقد تناول بعض الكتاب هذه الحالات الاستثنائية بالدفاع عنها،ومحاولة إيجاد المبررات والمعاذير لها، بينما انبرى البعض الآخر للهجوم عليها والمطالبة بإلغائها، وكان لهذا الاتجاه الأخير أثره في تقليصها والتقليل منها[116].

لذلك غالبية التشريعات اللأن تطبق حق المساواة دون تميز طرف عن الأخر لذلك نجد مثلا في القانون المصري الوضعي من ضمن خصائص قانون العقوبات

1. مبدأ المساواة في العقوبة:

وهذا ينص علي ان تكون العقوبة واحدة لجميع الناس بغير تفريق لمكانتهم في المجتمع، فالجميع أمام العقوبة سواء ولا تعني المساواة هنا أن يوقع علي من يرتكب جريمة من نوع معين عقوبة بعينها، لا تختلف في نوعها أو مقدارها. وإنما سريان النص القانوني علي جميع الأفراد، وبعد هذا يترك تقدير العقوبة للقاضي في حدود سلطته التقديرية تقدير العقوبة من حيث قدرها ونوعها.

2. شخصية العقوبة:

ويقصد بها أن العقوبة لا تصيب الا شخص من أرتكب الجريمة أو أسهم فيها سواء في حياته أو ماله.فهي تلحق به وحده ولا توقع علي غيره .

لكن ترد علي هذه المبادئ بعض الأستثناءات في القانون المصري والقانون الليبي كما في غالبية الدول فمبدأ الأستثناء من مبدأ المساواة كالأتي:

الاستثناء من مبدأ المساواة:

فقد رجعت غالبية التشريعات الوضعية . تبعا للتطور المشار إليه . علي إيراد نصوص باستثناء بعض الأشخاص من مبدأ المساواة في الخضوع للتشريع الوطني، ومن هؤلاء الأشخاص رؤساء الدول، وأعضاء البعثات الدبلوماسية والقناصل، وأعضاء الهيئات النيابية، وأفراد القوات المسلحة الأجنبية، وقوات الطوارئ الدولية.

وقديما حاول جروتيوس أن يبرز الحصانة الدبلوماسية، فنادي بنظرية امتداد الإقليم؛ وهي نظرية تقوم علي فكرة الافتراض القانوني، التي لا تتفق مع أحكام القانون الجنائي التي يتعين أن تبني علي الواقع ، وكان مقتضي هذه النظرية أنه عندما يرتكب أحد السفراء، أو من يتمتعون بالحصانة جريمة؛ يفترض أنه يرتكبها فوق إقليم دولته، وبالتالي يفترض أن الجريمة وقعت في الخارج، ويطبق بشأنها ما يطبق في شأن الجرائم المقترفة خارج حدود الدولة.

وقد ترتب علي نظرية جروتيوس هذه عدم إمكان مساءلة الشركاء في الجريمة، تبعا لعدم إمكان مساءلة الفاعل الأصلي صاحب الحصانة، وهي نتيجة غير مقبولة[117] .

فكان مضمون الاستثناء وفقا لنظرية جروتيوس الإعفاء تماما من الخضوع للتشريع الجنائي الوطني والقضاء الوطني والقضاء الوطني معا.

([116]) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 1/ 310.

([117]) محمود مصطفى ، القسم العام ص 106 ، سبق ذكره.

والصواب في شأن مضمون الاستثناء من مبدأ المساواة في الخضوع للتشريع الجنائي؛ هو وجوب التفرقة بين سلطة الدولة في العقاب، وولاية القضاء.

أما عن سلطة الدولة في العقاب؛ فينبغي التسليم بخضوع كل من تتوافر فيه شروط المساءلة الجنائية الموضوعية لسلطان التشريع الجنائي للدولة التي اقترفت الجريمة علي إقليمها، أما ما قيل عن الاستثناء علي النحو السابق؛ فينبغي أن يفهم علي أنه استثناء من الخضوع للقضاء الوطني؛ حيث تتنازل الدولة عن حقها في ولاية القضاء دون سلطتها في العقاب، ليحاكم أمام قضاء[118] . أو أمام قضاء خاص.

ثالثا: أوجه الاتفاق والاختلاف:

يتفق القانون الوضعي مع التشريع العقابي الإسلامي من حيث شخصية العقوبة وعمومها، وذلك من حيث الأصل ما عدا الاستثناءات الواردة فيه وهو في هذه الاستثناءات يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقر هذه الاستثناءات وترفضها في جميع الحالات، لأن جميع الناس التي تخضع لحكمه في نظره سواء، وهم جميعاً أمامه كأسنان المشط، فعن ابن عباس[119] [120] – رضي الله عنهما – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – خطب الناس يوم النحر فقال:" **يا أيها الناس أي يوم هذا؟ قالوا: يوم حرام، قال: فأى بلد هذا؟ قالوا: بلد حرام، قال: فأى شهر هذا؟ قالوا: شهر حرام، قال: فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا، فأعادها مراراً، ثم رفع رأسه فقال: اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت، قال ابن عباس: فوالذي نفسي بيده إنها لوصيته لأمته**"[121].

الخاتمة

أحمدك اللهم أن أتممت النعمة وأكملت العطية وشملتني بالرعاية وأعطيتني بالتوفيق والهداية، حتى أتيت الشاطئ الذى أبغى، وألقيت الهدف الذى أقصد... وأصلى وأسلم على نبيك ومصطفاك وحبيبك ومجتباك وعلى إخوانه الانبياء وأصحابه الاصفياء.

النتائج:-

- إن العقوبات الشرعية بجميع أنواعها شرعت لتحقيق مصلح الناس جميعاً على وقف ضوابط تنظيم الحقوق والواجبات المشروعة.
- إن تأديب الجناة فى الشرع ليس معناه الإنتقام منهم أو التشفى منهم وإنما استصلاحهم وتطهيرهم من إثم الجريمة فى نظر الناس وعند الله فالعقوبات رحمة من الله سبحانه وتعالى.
- إن التشريع الجنائي الإسلامي يبني سياسته العقابية في الحدود على مبدأ درئها بالشبهات، ومن هنا فلا

([118]) محمود مصطفى ، القسم العام ص 106، سبق ذكره.

119عبد الله بن عبد المطلب القرشى الهاشمى، (3 ق هـ – 68 هـ)، حبر الأمة، ولد بمكة، ونشأ في بدء عصر النبوة، فلازم الرسول – صلى الله عليه وسلم – وروى عنه الأحاديث الصحيحة، شهد مع على الجمل وصفين، وكف بصره في آخر عمره، سكن الطائف وتوفى بها، راجع: الأعلام، خير الدين الزركلى، (95/4).

(120 البخارى، (619/2)، رقم (1652)، (32) كتاب: الحج، (131) باب: الخطبة أيام منى.

يتصوّر أنه إذا طبّق حد السرقة ،سيوجد أيدي كثيرة، مقطوعة، فعندما طبّق في عهد الصحابة، لم يُقطع إلا أيدي محدودة.

التوصيات:

- ضرورة اهتمام الأسرة المسلمة بتربية أبناءها تربية سوية تمنعهم عن كل المحرمات والمنكرات حتى يكونوا صالحين في أسرهم ومجتمعاتهم.
- قيام حكومات الدول الإسلامية بواجباتها تجاه مواطنيها وشعوبها وذلك بإشاعة روح التدين والقضاء على أسباب الرزيلة ومتابعتها والاهتمام بشريحة الشباب وانتشالها من براثن الضياع والعطالة إلى فضاءات العلم والعمل به.

المراجع:

1. **القرآن الكريم**
2. إبراهيم حامد طنطاوي، التعازيز الشرعية في الفقه الإسلامي والعقوبات في القانون الجنائي المصري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى 2008م، دار النهضة العربية القاهرة، مصر
3. ابن قدامة المغني 439/10.
4. أبو اسحاق الشيرازى – المهذب في فقه الإمام الشافعى – مطبعة الحلبى – الطبعة 1976،
5. أبو البركات أحمد بن محمد الدردير الشرح الكبير مطبعة مصطفى البابلي الحلبي ، بدون تاريخ نشر 111/2.
6. أبو الحسن علي بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الأحكام السلطانية، مطبعة الحلبي الطبعة الثانية 1960م.
7. أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، المطبعة الأميرية، الطبعة الأولى (286/1–287)، وينظر كذلك: محمد عطية الفيتورى، فقه العقوبة الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازى، ليبيا، ط1، 1998م.
8. أحمد توفيق الأحول، عقوبة السارق بين القطع والضمان المسروق في الفقه الإسلامي، دار الهدى للنشر والتوزيع 1995م.
9. أحمد فتحي بهنسي العقوبة في الفقه الإسلامي
10. أحمد فتحي بهنسي، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، دار النهضة 1991 ج166/2.
11. الأعلام، خير الدين الزركلي، (308/3).
12. أمجد رشيد – المصلحة وعلاقاتها بالنصوص والأدلة الشرعية عند الأصوليين ومقابلتها عند نجم الدين الطوفى، مجلة التشريعات والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد 95 لسنة 2013م.
13. الآمدي في أصول الأحكام ج89/4.

14. عبد العزيز عامر، التعزيز في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، سنة الطبع 2007ف
15. جلال الدين عبد الرحمن – المصالح المرسلة ومكانتها في التشريع – دار الكتاب الجامعي، القاهرة، الطبعة الأولى.
16. حسني الجندي، رسالة دكتوراه ، المقاصد الشرعية للعقوبات في الإسلام، الطبعة الأولى 2005ف دار النهضة العربية القاهرة –مصر.
17. الحسين سليمان جاد الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، تاريخ النشر 2012 ص 205.
18. الحطاب مواهب الجليل 355/3، مكتبة النجاح – طرابلس – ليبيا.
19. حمادة عبد المعز حمدان، عقوبة النفي وأثرها في ضمان سلامة المجتمع في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2014م
20. رمسيس بهنام، النظرية العامة.
21. سعيد محمد الجليدي المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، الجامعة المفتوحة.
22. سنن النسائى الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ - 1991م)
23. عبد الغفار سليمان البندارى، سيد كسروى حسن، (317/2)، رقم (3592)، (27)
24. شحاته عبد المطلب حسن، معوقات تنفيذ العقوبات البدنية في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005م،
25. شوقي علام، مفتي الديار المصرية، الموسوعة السياسية الشرعية، 115/2، مطبعة دار الكتب العلمية والوثائق القومية بالقاهرة، 2018م.
26. صحيح البخاري حديث رقم "3861".
27. صحيح مسلم للنووى، كتاب الصيد والذبائح وكل ما يؤكل من الحيوان، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، 1955، دار التحرير للطباعة والنشر 1972م.
28. الصلة بين التعازير الشرعية في الفقه الإسلامي والعقوبات في القانون الجنائي المصري، ص8 د. إبراهيم حامد طنطاوي – الطبعة الأولى 2008. دار النهضة العربية – القاهرة – مصر.
29. عبد الحكيم أحمد عثمان عقوبة غير المسلمين على جرائم العرض في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون جامعة الأزهر، العدد 3 لسنة 2003.
30. عبد الفتاح خضر، النظام الجنائي– أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الاسلامي، معهد الإدارة العامة.
31. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1.

32. عبد الله القاضي، السياسة الشرعية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 1989،
33. عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، دار الحديث الطبعة الأولى 2003ف.
34. عمر مولود عبد الحميد حجة القياس في أصول الفقه الإسلامي، منشورات جامعة بنغازي.
35. قانون العقوبات المصري
36. الكسائي بدائع الصنائع 252/7، الطبعة الأولى، طبعة الجمالية سنة 1995،
37. محمد أبو حسان، أحكام الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1987م ، الزرقاء مكتبة المنار
38. محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، (1418هـ – 1999م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
39. محمد سعيد رمضان البوطي، دعوى التعارض بين التشريعات الحدود ومفاهيم العصر، مجلة دراسات قانونية، المجلد الثامن: العدد السابع"بنغازي – ليبيا، كلية القانون بجامعة قاريونس 1978".
40. محمد عطية الفيتوري، فقه العقوبات الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي، ط الأولى 1998م، جامعة قاريونس بنغازي– ليبيا.
41. محمد نبيل غنايم، فقه السنة في الحدود، دار النصر للتوزيع والنشر 1992م.
42. محمد نعيم فرحات، التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى1991م، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر
43. محمود مصطفى ، القسم العام.
44. المستشار محمد بهجت عتبة :محاضرات في الفقه الجنائي الإسلامي.
45. مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية.
46. موسوعة جمال عبد الناصر: الفقه الإسلامي، الجزء الأول
47. نصر فريد محمد واصل. محاضرات فقه الجنايات والحدود والجهاد في الإسلام، منشورات المعهد العالي للدراسات الإسلامية القاهرة .
48. محمد أبو زهرة الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي.
49. يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى الكوفى البغدادى،