



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم
جامعة الأميرة نورة بنت عبدالكريم
الجمعية العالمية للقضاة السعوديين



مبدأ الشرعية في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام

د. إيمان بنت محمد عزام

بحث علمي محكم منشور

في العدد الخامس من مجلة قضاء

اضغط هنا



لتصفح العدد كاملا

مبدأ الشريعة في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام تأصيلاً وتطبيقاً دراسة نقدية

إعداد

د. إيمان بنت محمد علي عادل عزام

كلية الآداب والعلوم الإنسانية

جامعة طيبة - المدينة المنورة



مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام تأصيلاً
وتطبيقاً .. دراسة نقدية



المقدمة

إنَّ الحمد لله أحمده وأستعينه وأستغفره وأتوب إليه، وأعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله، أرسله شاهداً ومبشراً ونذيراً، وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً منيراً، صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَمَنْ تَبِعَهُمْ بِإِحْسَانٍ وَسَلِّمْ تَسْلِيماً كَثِيراً. وبعد:

(أ) مشكلة البحث:

لقد وقفت على بعض الدراسات القانونية والمقارنة لعلماء اهتموا بالشريعة ولهم غيرة عليها، ظهرت فيها تأويلات مستساغة لبعض أحكام الشريعة لتبين اتساق الشريعة الإسلامية مع القانون، بل وتظهر تفوقها عنه، وذلك رداً على استشكال بعض القانونيين لبعض الأحكام في الإسلام بزعم أنها طبقت العقوبة فيها بغير سابق قانون ناص عليها، وأنها بذلك تخالف ما يعرف بمبدأ الشريعة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في القانون الوضعي الجنائي، وتخالف أيضاً ظاهرياً قاعدة (أنه ليس للقانون أثر رجعي)، وما قدّمته تلك الدراسات من تأصيل شرعي لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وكذا من محاولات للتوفيق بين مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وبين بعض



التطبيقات الإسلامية التي وقعت في العهد النبوي في حكم الظهار واللعان والحراية والقذف فيه كثير صحيح؛ لكن ظهر لي - والله أعلم - أن الخلفية القانونية لمعظم أصحاب الدراسات المقارنة أو ضغوط البيئة المحيطة بهم جعلتهم يخضعون بشكل ما لما استقر في معلومهم من قواعد القانون العامة وبنوده التفسيرية، فدرسوا الشريعة من خلاله، وتجردوا قدر المستطاع في دراستها إلا أن الانفكاك الكلي لم يحصل بدليل ما سيأتي واضحاً في هذا البحث بإذن الله - تعالى -.

ومعلوم أن القانون الوضعي بقواعده ومواده نتاج فكر إنساني حاول في صراعه الاجتماعي أن يضع حدوداً ملزمة تؤمّن له حياة سالمة في إطار مجموعة من الالتزامات تشكّل قيوداً جزئية على حرية الفرد تمنحه في مقابلها الأمان والاستقرار والحقوق، واتفاق المجتمعات على صياغة هذه الالتزامات في صورة نصوص أو مواد قانونية ترتبط بجزاءات أكسبها صفة إلزامية وقوة حاکمة، والقانون الوضعي مع ذلك اجتهاد بشري، والناس في اجتهادهم يصيبون ويخطئون، أما ما ثبت بالشريعة أصولاً وتطبيقات في عهد النبوة فهو معصوم بالوحي، فإذا ما بدا تعارض، فلا بد من التدبر والتأمل بعيداً عن التأثير بالقوانين الوضعية أو الخضوع لها جس الرهبة من مخالفتها.

وفائدة هذا المنهج الذي يتجرد كلياً في فهم الشريعة ويستنطقها، ويغوص في مجورها مستطلعاً دررها المكنونة لا تنحصر في إذكاء الجانب العاطفي نحو الشريعة وتنمية الثقة بها، بل تفوق ذلك، فإنّ الانطلاق في

بسط قواعدها يمكن المشرعين في القانون الوضعي من الاستفادة منها لتكون مصدراً أساسياً للقواعد القانونية، يستلهمون من تطبيقاتها تفصيلات القواعد المجملّة.

وإذا استثنينا المملكة العربية السعودية التي تبني جميع أنظمة الدولة على الشريعة الإسلامية، وتحتكم إلى الكتاب والسنة كمصدرين أساسيين للتشريع، فإننا نجد الرجوع إلى الشريعة وتطبيقاتها كمصدر للمبادئ القانونية كلاً وجزءاً غير متحقق في العالم الإسلامي بالصورة المنشودة رغم كل الكتابات الصادقة لنصرة الشريعة وإظهار توافقها مع القانون منذ بدايات القرن الماضي، فلا داعي إذاً للاستماتة في محاولة إثبات التوافق بين المبادئ القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية أو سبقها له إلا بالقدر الذي يثبت الدليل بدون تكلف.

من هنا كان لابد من إعادة قراءة المبادئ القانونية ومعرفة رأي الشريعة فيها، قراءة متجردة، تبدأ من الشريعة ونصوصها، وعلى خلفية أن الشريعة متبوعة وليست تابعة، فلسنا نفترض صحة المبادئ والقواعد القانونية بإطلاق مهما بدت منطقيتها حتى تقاس على مبادئ الشريعة وقواعدها، فإذا ثبتت صحتها، ثم وجد في الشريعة تطبيق تظهر مخالفته للقاعدة القانونية العامة يقدم النظر في هذا التطبيق بتجرد لا على أنه استثناء نبحت له عن تبرير، بل بفهم مطلق قد يخرج برؤية تثبت أن هذا التطبيق قاعدة بعينها، تصوّب القاعدة القانونية تبعاً لها.



وليس في تلك الإعادة غضٍ ولا تنقيص للدراسات القانونية المقارنة بالشريعة، فإننا نحفظ لأصحابها قصب السبق في نصرة الشريعة في وقت تكاثرت عليها طعون المستشرقين ومن تأثر بهم، فحموا حماها، ودافعوا عنها، وأعادوا ثقة المتذبذبين فيها، وقطعوا الطريق على المشككين، وبفضل كتاباتهم استطعنا أن نفهم ميزات الشريعة، وتفوقها على القانون، وسبقها له، وقد كتبوا كتاباتهم في وقت تعالت الأصوات فيه نحو الاحتكام للقانون الوضعي، واتهام التشريع الإسلامي بالجمود وعدم الصلاحية، فجهدهم مسلم لهم لا تنكره عين منصف، فجزاهم الله عن الإسلام وأهله خير الجزاء.

وأتوق إلى أن يوفقني الله - تعالى - لكتابة سلسلة من الدراسات المقارنة التي تنبني على خلفية تبدأ بالشريعة، وتدرس القانون من خلالها، وتتطرق إلى المبادئ القانونية العامة، وتقدم الحكم الشرعي لها مرفقاً بالتطبيق الفقهي، ليكون مادة مبسطة قد يصحح المبدأ القانوني نفسه وفقاً لها.

وهذا البحث باكورة لهذه الأبحاث التي أنوي كتابتها بإذن الله - تعالى -، أسأل الله أن يلهمني الصواب والرشد، ويغنيني الخطأ والسهو، وما التوفيق إلا من عند الله، عليه توكلت وإليه أنيب.

(ب) خطة البحث:

ينقسم البحث بعد هذه المقدمة إلى مبحثين، وثمانية مطالب، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام تأصيلاً وتطبيقاً في ضوء الدراسات القانونية المقارنة. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بمبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون: (تعريفه - عناصره - أهميته - أثره القانوني - مجال تطبيقه - الاستثناء الوارد على المبدأ - النقد الذي وجه إليه).

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المطلب الثالث: خصائص التطبيق الإسلامي لمبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المطلب الرابع: تفسير وقائع العهد النبوي التي تخالف ظاهرياً مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المبحث الثاني: دراسة نقدية لرؤية الدراسات المقارنة حول التأصيل والتطبيق الإسلامي لمبدأ الشَّرْعِيَّة. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: نقد الإطلاق أثناء التأصيل الشرعي لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المطلب الثاني: نقد اعتبار الحدود والتعازير تطبيقاً ضيقاً وموسعاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المطلب الثالث: نقد إلزام الشريعة بالتحديد المسبق للعقوبة نوعاً وقدرًا، والإعلان عنه.



المطلب الرابع: عدم التزام الشريعة بتحديد العقوبة نوعاً وقدرًا والإعلان عنها مع التزامها بإعلان حكم التحريم - لا يعتبر مأخذاً عليها.

الخاتمة: وفيها نتائج الدراسة.

(ج) منهج الدراسة:

من حيث الإجمال، عُنيت في المبحث الأوَّل بالتعريف بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وتأصيله، وتوضيح تطبيقاته في الشريعة الإسلامية بحسب ما ذكره أصحاب الدراسات القانونية المقارنة بالشريعة في كتبهم.

باستثناء أنني حرصت على الرجوع إلى المصادر الأصلية نقلاً وتوثيقاً لما ذكرته تلك الدراسات من أدلة، مصحوبة بشرح علماء المسلمين التي تؤكد صحة فهمها وتبين وجه الدلالة منها على موضوع البحث، وهذا النقل للنصوص بحروفها من كتب الشريعة ليس شائعاً بين الدراسات المقارنة، فتقريبه بحروفه إلى تناول القانونيين يمكن اعتباره من الجديد الذي أطمح أن يضيفه هذا البحث.

وفي المبحث الثاني، قرأت تفسير الدراسات المقارنة لنصوص الشريعة فيما يخصّ دلالتها على مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) قراءة واعية، ثم قمت بتسجيل بعض الملاحظات أو المؤاخذات على هذا التفسير استناداً إلى نصوص الشريعة نفسها، والأحكام الفقهية المذكورة في أبواب الحدود من كتاب الجنايات في الفقه الإسلامي على

اعتبار أن باب الحدود هو المجال التطبيقي الأول لمبدأ الشريعة في الإسلام كما قرّرت الدراسات المقارنة، وبدراسته نبيّن مدى وجهة النتائج التي وصلت إليها الدراسات المقارنة، فيكون المنهج المعتمد في المبحث الثاني هو منهج: الاستقراء والتحليل والاستنباط.

وأما تفصيل المنهج الذي اتبعته أثناء معالجة كل فكرة، فكما يلي:
لقد حرصت على ذكر النقول من نصوص الشريعة أو كتابات الفقهاء المؤيدة للفكرة التي أذكرها، فإذا كان الدليل من القرآن الكريم، فإني أعزو الآية بذكر اسم السورة ورقم الآية، ثم أذكر ما يؤكّد وجه الدلالة منها من شروح المفسّرين، وإذا وقع الاستدلال بالأحاديث النبوية، فإني أخرجها في الحاشية ذاكراً حكمها إذا وقفت عليه في كلام أهل العلم بالحديث ما لم تكن في الصحيحين أو أحدهما، ثم أذكر وجه الدلالة من الحديث الشريف.

وأما الاستدلال بالأحكام الفقهية فأذكر القدر الذي يتم به الاستدلال في الجزئية التي أناقشها، ولا أحرص على تتبع الحكم عند كل المذاهب في كل مسألة، ولا ذكر ما استدل به الفقهاء على ما ذهبوا إليه، والترجيح بين أقوالهم؛ لأن القصد ليس تحرير الرأي الفقهي في مسألة بذاتها، حيث توجد بحوث كثيرة مفصلة ومؤلفات جامعة في أحكام العقوبات في الإسلام، وإنما القصد بيان الرأي الفقهي كدليل على إثبات أو نفي ما ذكرته الدراسات المقارنة بالنسبة لموضوع المبحث.

وقد عنيت بتفسير الغريب من مصادره، ولم أعن بالترجمة للأعلام الذين أتى ذكرهم في البحث؛ لأنه من اليسير الوقوف على تراجمهم في مظانها، وقد آثرت توفير مساحة الحواشي لخدمة موضوع البحث الرئيسي، فضلاً عن أن معظم الأعلام في البحث من مشهوري الصحابة - رضي الله عنهم - أو المفسرين والمحدثين والفقهاء - رحمهم الله -، وتراجمهم معروفة للمتخصصين.

وانتهجت توثيق كل ما أنقله في حاشية البحث بذكر مصدره وفق المنهج المعروف لدى الباحثين.
وأخيراً، فقد حوى البحث فهرسين أحدهما للمراجع والآخر للمحتوى.

وبعد، فقد أوليت البحث جل عنايتي وكبير اهتمامي، فما كان فيه حسن فالفضل لله وحده، له الحمد والله الشكر، وما كان فيه من خطأ فمني ومن الشيطان، وأستغفر الله العظيم. أسأل الله التوفيق والسداد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين..

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المبحث الأول

مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام تأصيلاً وتطبيقاً في ضوء الدراسات القانونية المقارنة

المطلب الأول

التعريف بمبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون:

(تعريفه - عناصره - أهميته - أثره القانوني - مجال تطبيقه -

الاستثناء الوارد على المبدأ - النقد الذي وجه إليه)

أولاً: التعريف بـ (مبدأ الشرعية - لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص -):

مبدأ الشَّرْعِيَّة، أو (قانون الجرائم والجزاءات)، معناه: (أنه لا جريمة ولا جزاء إلا بنصّ في القانون، فتحديد الأفعال التي تعدّ جرائم وبيان أركانها، وتحديد الجزاءات المقرّرة لها من حيث نوعها، كل ذلك يجب أن يرد صراحة في نص قانوني مكتوب يضعه المشرّع سلفاً)^(١).
فلا جريمة ولا عقوبة إذاً دون نص تشريعي صادر عن السلطة التشريعية، فدور العرف منعدم في القانون الجنائي سواء من حيث تجريم الأفعال، أو من حيث العقاب عليها^(٢).

(١) د. سمير عاليه - قانون العقوبات ص ٤٥، وانظر: عبد الفتاح الصيفي - الأحكام العامة للنظام الجزائي ص ٧٠، د. الحسيني جاد - العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي ص ١٨، د. العوجي - القانون الجنائي العام ص ٢٨٢.

(٢) سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، ص ٦٢.

وهذا المبدأ جاء ذكره في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر عام ١٤١٢ هـ (المادة ٣٨) ونصّها: "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو نص نظامي، ولا عقاب إلا على الأعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي"^(١).

ثانياً: عناصر مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في القانون الجنائي:

يتحقق مبدأ الشَّرْعِيَّة بوجود أربعة عناصر:

- ١ - تحديد الأفعال التي تعدّ جرائم، وبيان أركانها.
- ٢ - تحديد الجزاءات المقرّرة لها من حيث نوعها أو مقدارها.
- ٣ - أن يرد ذلك التحديد في نص قانوني صريح مكتوب.
- ٤ - أن يضع المشرّع هذا النصّ سلفاً^(٢).

ثالثاً: أهمية مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص):

مبدأ الشَّرْعِيَّة: "يعتبر في معظم بلدان العالم مبدأ دستورياً يتّص عليه في دستور البلاد، هذا بالإضافة إلى النصّ عليه في مجموعات القانون"^(٣).

(١) موقع مجلس الشورى المملكة العربية السعودية

<http://www.shura.gov.sa/wps/wcm/connect/ShuraArabic/internet/Laws+and+Regulations/The+Basic+Law+Of+Government/The+Basic+Law+Of+Government/>

(٢) د. شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص ١٣.

(٣) المصدر نفسه، ص ١٥٩.

ومن أبرز المزايا الناشئة عن تطبيق مبدأ الشَّرعية في القانون الجنائي، والتي تظهر أهمية هذا المبدأ:

١ - الاستقرار القانوني والقبول المجتمعي:

"يعتبر هذا المبدأ من أهم ضمانات الحرية الفردية، ومن أكبر دواعي الاستقرار القانوني في المجتمع. وهو الذي يعطي للعقوبة أساساً قانونياً يجعلها مقبولة من الكافة، باعتبارها توقع باسم القانون في سبيل تحقيق مصلحة عامة".

فمقتضي هذا المبدأ أن يحدد القانون مقدماً الأفعال التي تعتبر جرائم، والعقوبات المقررة لهذه الجرائم، فيعلم كل فرد الحدود التي يجب أن يلتزمها في أفعاله وتصرفاته، ويعلم مقدماً ما يمكن أن يناله من عقاب إذا اقترف أحد الأفعال المعاقب عليها، فلا يفاجأ بإدانته لارتكابه فعلاً لم يجرمه القانون، ولا يتعرض لتوقيع عقوبة لم ترد في القانون، وهذا ما يحقق للمواطنين الاستقرار والأمان^(١).

٢ - العدالة في توحيد الأحكام:

"هذا المبدأ يحقق مصلحة هامة، وهي توحيد الأحكام بالنسبة للكافة، فلا يترك للقضاة أمر التجريم والعقاب، فتتضارب أحكامهم نتيجة اختلاف تقييمهم ونظرتهم إلي صور السلوك المتنوعة، وإلى

(١) د. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦١-١٦٢، وانظر في أهمية مبدأ الشرعية: د. الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٧٢-٧٥، د. سمير عليه، قانون العقوبات، ص ٤٩، د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص ٣٢٧-٣٢٨.

العقوبات التي توقع على المذنبين.

إن ما يحققه هذا المبدأ من فصل بين السلطة التي تقوم بتحديد الجرائم والعقوبات، والسلطة التي تطبق القانون على الأفراد، هو فصل يؤدي إلى تحقيق العدالة والمساواة بين الناس^(١).

رابعاً: الأثر القانوني لمبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص):

١ - آثار مبدأ الشَّرْعِيَّة بالنسبة للسلطة التشريعية:

أ - " كأثر لمبدأ الشرعية، تلتزم كذلك السلطة التشريعية بأن يكون تحديدها للجرائم تحديداً واضحاً صريحاً لا لبس فيه ولا غموض، فالسلوك الإجرامي محل التجريم يجب أن يكون محدداً تحديداً دقيقاً، فلا يترك تحديده للقضاة بناء على معايير غامضة مطاطة، كالتص على تجريم السلوك الذي يخالف "واجب التضامن الاجتماعي" أو الذي " يهدد بخطر اجتماعي"، فهذه المعايير الغامضة تهدم مبدأ الشَّرْعِيَّة من أساسه، وتفتح المجال واسعاً لتحكم للقضاة واختلافهم فيما يعدّ سلوكاً مجرمًا.

كذلك الأمر بالنسبة للعقوبة، فيجب أن تكون محددة تحديداً دقيقاً من حيث نوعها ومدتها أو مقدارها، أو أن يكون التحديد بين حدّ أقصى وحدّ أدنى لها، حيث يكون للقاضي حرية تقدير العقوبة بين

(١) د. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦١-١٦٢، وانظر: د.الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٧٢-٧٥، د. سمير عليه، قانون العقوبات، ص ٤٩، د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص ٣٢٧-٣٢٨.

الحدّين مراعاة لظروف الجاني وشخصيته (١).

ب - وأثر آخر من آثار مبدأ الشَّرْعِيَّة هو التزام السلطة التشريعية بمراعاة عدم انسحاب القوانين الجنائية على الماضي، أي أن النشاط التشريعي في التجريم والعقاب يجب أن يتجنّب تجريم وقائع حدثت في الماضي؛ بل يجب أن يتجه إلى المستقبل وحده، وذلك حتى لا يفاجأ الناس بتجريم أفعال حدثت في الماضي، وكانت مشروعة عندما قدموا على ارتكابها، مما يبلبل الأفكار، ويزرع الشعور بعدم الطمأنينة والاستقرار بين الأفراد، ويطلق على ذلك مبدأ (عدم رجعية القوانين الجنائية) (٢).

٢- آثار مبدأ الشَّرْعِيَّة بالنسبة للسلطة القضائية:

أ- امتناع القياس في النصوص الجنائية:

قانون العقوبات يمتاز عن بقية القوانين في عدم جواز القياس في قواعد التجريم والعقاب؛ لأن ذلك يخالف مبدأ الشَّرْعِيَّة، وهذا ما أكّده المؤتمر الدولي الرابع لقانون العقوبات الذي عقد في باريس عام ١٩٣٧م، إن مبدأ الشَّرْعِيَّة ينتج عنه حتماً استبعاد القياس في تفسير

(١) سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦٢ - ١٦٣، وانظر: د. سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، ص ٦٤ - ٦٦، د. نجم، قانون العقوبات ص ١٢٩.

(٢) سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦٢ - ١٦٣، وانظر: د. سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، ص ٦٤ - ٦٦، د. نجم، قانون العقوبات ص ١٢٩.

النصوص الجنائية^(١).

فلا يجوز للقاضي أن يطبق على قضية معروضة أمامه سكت
المشروع عن بيان حكمها (سواء فيما يتعلق بشق التكليف أو بشق
الجزاء) حكم نص آخر بزعم اتحادهما في العلة، فلئن كان التفسير
بطريق القياس جائزاً في فروع قانونية أخرى، فإن الأخذ به محظور في
مجال القانون الجنائي^(٢).

ويترتب على ذلك: أن يلتزم القاضي التزاماً تاماً بنصوص التجريم
والعقاب، فلا يملك تجريم فعل لم يرد به نص يجرّمه مهما كان يبدو في
نظره مخالفاً للأخلاق أو العدالة أو ضاراً بالمجتمع، ولا يجوز للقاضي
الجنائي أن يلجأ إلى القياس في تجريم الأفعال؛ لأن هذا سيؤدي به إلى
خلق جرائم جديدة لم ينص القانون عليها، وفي هذا خرق لمبدأ
الشَّرْعِيَّة...^(٣).

ب - يلتزم القاضي الجنائي بمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي، فلا
يجوز تطبيق أحكام القانون على وقائع حدثت سابقة على صدور
القانون، وذلك فيما عدا الحالات التي يكون فيها القانون الجديد أصح
للمتهم من القانون الذي وقعت في ظله الجريمة، فينطبق القانون الجديد

(١) د. نجم، قانون العقوبات، ص ٤٦ - ٤٧.

(٢) سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، ص ٦٥.

وأشير إلى أنه أخذت بعض القوانين بمبدأ القياس كالقانون الدائم ١٩٣٠م، ولم يعدل.
راجع: د. العواجي، القانون الجنائي العام، ص ٢٨٩.

(٣) انظر: سمير الجزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦٤، د. نجم، قانون
العقوبات القسم العام، ص ٥١، د. سمير عاليه، قانون العقوبات، ص ٨٩.

على الوقائع السابقة^(١).

خامساً: مجال تطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في القانون
الوضعي هو (القانون الجنائي):

إن مجال تطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) هو القانون
الجنائي، إذ "ليس كل جريمة يلزم القانون بتطبيق مبدأ الشريعة فيها،
وإنما تطبق الشريعة في جرائم محددة، ف" الجرائم التي تخضع لقاعدة
الشريعة في القانون الوضعي "الجرائم الجنائية لا التأديبية"، ف"هناك
أفعال أو محظورات يقضى القانون بعقوبة على مقترفيها ولكنها، رغم
ذلك لا تكون "جريمة" بالمعنى الذي نتكلم عنه، كإهمال الموظف عمله،
أو ارتكابه فعلاً مخالفاً بكرامة الوظيفة التي يشغلها مما يعرضه لعقوبات
مسلكية يفرضها عليه رئيسه أو مجلس التأديب، وأية هيئة مختصة،
فجميع هذه الأفعال التي يقرر القانون لها أو على مقترفيها عقوبات
مسلكية معينة تسمى: "جرائم"، ويميزها الشراح عن الجرائم العادية
بوصفها: "جرائم تأديبية".

إلى جانب الجريمة التأديبية توجد "جريمة مدنية" يعتبرها القانون
مصدراً من مصادر "الالتزامات"، ويطلق عليها لفظة "خطأ"، وهي
عبارة عن تعبير يشمل كل عمل أو تصرف يعتبره القانون غير مشروع،
وينشأ عنه ضرر للغير، ومثل هذا العمل أو التصرف صور كثيرة، لا

(١) انظر: سمير الجزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦٤، د. نجم، قانون
العقوبات القسم العام، ص ٥١، د. سمير عاليه، قانون العقوبات، ص ٨٩.

سبيل إلى حصرها بنصوص خاصة بكل منها، كما في الجرائم الجزائية، وأقصى ما يستطيعه المشرع هو تخصيص نص عام يشمل تلك الصور بأجمعها، وهذا ما فعله المشرع في القانون المدني إذ نصّ في المادة ١٦٣ / مصري، و ١٦٤ / سوري، و ١٦٦ / ليبي، على أن " كل خطأ سبّب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".
والجريمة المدنية تستتبع إصلاح الضرر، تحقيقاً لمصلحة المتضرر الفردية، وهذا المعنى بعيد كل البعد عن فكرة العقوبة الجزائية^(١).

والخلاصة:

- ١ - " لا يقضي القاضي بالعقوبات إلا بما يقضي النص الصريح بتوقيعه.
- ٢ - لا يقضي القاضي بعقوبة جريمة في جريمة أخرى مهما كانت ملائمة العقوبة لتلك الجريمة.
- ٣ - إن على المشرع أن يعين العقوبة الخاصة بكل جريمة ويبين أساليب تنفيذها.
- ٤ - لا يستطيع القاضي الجنائي أن يتوسع في تفسير النصوص الجنائية"^(٢).

(١) راجع: عدنان الخطيب، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، ص ١٦ - ١٧، وانظر: د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ٢٦٧ - ٢٦٨، د. عبد الفتاح خضر، الجريمة، ص ١٣.

ولمزيد تفصيل في أنواع الجرائم، انظر: د. عدنان الخطيب، محاضرات في النظرية العامة للجريمة، ص ٢١ - ٢٤.

(٢) د. بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي ص ٣٢.

سادساً: الاستثناء الوارد على مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص):

تذكر كتب القانون استثناء ورد على مبدأ الشَّرْعِيَّة الذي يستلزم عدم رجعية النصوص الجنائية، وتطبيقها بأثر رجعي.

قال د. شريف فوزي: تعد قاعدة رجعية النصوص التي تتضمن الأصلح للمتهم هي الاستثناء الوحيد الذي يرد على قاعدة عدم رجعية النصوص^(١). ويشترط في تطبيقها أن يكون النص الأصلح للمتهم قد صدر قبل صدور الحكم النهائي على الجاني^(٢).

والنص الأصلح للمتهم يراد به في كتب القانون وفقاً للنظرية التقليدية في القانون الجنائي: " أنه إذا كان القانون العقابي الجديد أصلح للمتهم، فيجري تطبيقه بأثر رجعي على الجرائم التي ارتكبت قبل صدوره"^(٣).

سابعاً: أوجه النقد الموجهة إلى مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص):

١- مبدأ الشَّرْعِيَّة يصيب القانون بالجمود والعجز عن حماية الجماعة:

يتحصّل هذا النقد في أن من شأن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) أن يؤدي إلى جمود القانون، لأن القاضي لا يستطيع أن يتوسّع في

(١) مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص ٣٦ - ٣٧.

(٢) د. شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص ٣٦ - ٣٧.

(٣) المدخل إلى علم القانون / أ.د. عباس الصراف، أ.د. جورج حزبون ص ١٢٢.

تفسيره ليواجه به ما يستجد من أفعال ضارة بالمجتمع، بل إن القاضي لا يستطيع أن يتوسَّع في تفسيره ليتناول بالعقاب أفعالاً سها المقتن وقت وقوع النص عن أن يجرّمها، وهذا كله من شأنه أن يصل بمبدأ الشَّرْعِيَّة إلى العجز عن حماية الجماعة من الأفعال الضارة بها^(١).

قال د. عبد الفتاح الصيفي: الواقع من الأمر أن لهذا النقد وجهته، إذ أن مما لا شك فيه - كما أعلن بعض الفقهاء المصريين - أن مبدأ الشَّرْعِيَّة من هذه الناحية ليس خيراً محضاً؛ لأنه يحيل القانون الجنائي إلى نصوص جامدة تجرّده من المرونة اللازمة لمواجهة الإجرام في تطوره تبعاً لتقدّم الحضارة، وارتباط المصالح بين الناس، وتعدّد الحياة الاجتماعية، مع ما يبيده المجرمون من التفنّن في أساليب الإجرام بما يجعلهم في كثير من الحالات بمنجاة من سلطان القانون^(٢).

ولكن خلص د. سليمان عبد المنعم إلى أن (هذا النقد لا يصل لحد تبريرهم مبدأ الشَّرْعِيَّة والخروج عليها)^(٣).

وقد يؤيّد ذلك أن السلطة التشريعية في بعض البلدان - خاصة الغربية - سلطة نشطة جداً، وتسعى إلى تطوير تشريعاتها باستمرار عبر البرلمانات الفاعلة، فتعدّل وتضيف وتحذف حسب التغيرات في النمو أو الانخفاض في معدلات الظاهرة الإجرامية.

(١) انظر: عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٧٧.

(٢) انظر: عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٧٧.

(٣) النظرية العامة لقانون العقوبات، ص ٣٢٨.

٢- مخاطر ظاهرة التضخم التشريعي الجنائي:

"يأت مبدأ الشريعة مهدداً في ضمانته الحقيقة للحقوق والحريات الفردية إزاء ظاهرة التضخم التشريعي الجنائي، وهكذا يمكننا التساؤل حول ما إذا كانت الخشية من تحكّم القضاء قد حلت محلها خشية من تحكّم المشرع هذه المرة؟! فقد تكاثرت وتضخمت التشريعات الجنائية المجرّمة، ليس فقط من جانب الرجل العادي، بل من جانب المتخصص على حد سواء، فقد تغلغل التشريع الجنائي في كافة مجالات النشاط الإنساني، وبلغ عدد الأفعال المعتبرة جرائم حدّاً هائلاً يصعب الإمام به، وقد أدى ذلك إلى ضرورة مبدأ افتراض العلم بالقانون الجنائي مجرد حيلة قانونية لاصطناع المسؤولية الجنائية، وهو الأمر الذي ينتقص مما يجب توافره في النصوص الجنائية من قيمة إقناعيه (١).

(١) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص ٣٣٠ - ٣٣١.



المطلب الثاني

التأصيل الشرعي لمبدأ

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)^(١)

إن فقهاء القانون الذين اهتموا بالدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون اهتموا بجمع الأدلة من النصوص والقواعد الأصولية على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ونصّوا على جملة من الآيات التي موضوعها بعثة الرسل للتبليغ، والأحاديث التي تفيد العفو عن أفعال الجاهلية، وعدم المؤاخذة بعد الإسلام على ما كان في الكفر، و القواعد الأصولية نحو قاعدة: لا حكم لأفعال المكلفين إلا بالسمع، وقاعدة: الأصل في الأشياء الإباحة، وجاء ذكر الدراسات المقارنة لذلك كلّ على نحو من الإجمال.

وفي هذا المطلب أذكر ما ذكرته الدراسات المقارنة، وأزيد عليه من الأدلة ما هو في معناه، مع التنبيه إلى أنني ألتزم نقل النصوص وتفسيرها من مصادر الشريعة الأصلية كما سبقت الإشارة إليه في مقدّمة البحث:

(١) انظر: د. سمير عاليه، قانون العقوبات، ص ٨٩، الحسيني جاد، العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي، سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، ص ٦٦، د. شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص (٣٤ - ٣٥).

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

أ- (الآيات التي فيها أن التبليغ شرط لإقامة الحجة على الناس):

١- قال تعالى: ﴿لَيْلًا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾

[النساء: ١٦٥]:

قال الرازي - رحمه الله - : "احتج أصحابنا بهذه الآية على أن وجوب معرفة الله - تعالى - لا يثبت إلا بالسمع؛ قالوا: لأن قوله: ﴿لَيْلًا يَكُونُ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ يدل على أن قبل البعثة يكون للناس حجة في ترك الطاعات والعبادات" (١).

٢- قال تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء:

[١٥]:

قال المفسرون: "أي: أن الله لا يهلك أمة بعذاب إلا بعد الرسالة إليهم والإنذار" (٢).

٣- قال تعالى: ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ يَقُصُّونَ عَلَيْكُمْ آيَاتِي

وَيُنذِرُونَكُمْ لِقَاءَ يَوْمِكُمْ هَذَا﴾ [الأنعام: ١٣٠]:

قال الرازي - رحمه الله - : "اعلم أن أصحابنا يتمسكون بقوله

تعالى: ﴿أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ يَقُصُّونَ عَلَيْكُمْ آيَاتِي وَيُنذِرُونَكُمْ لِقَاءَ

يَوْمِكُمْ هَذَا﴾ على أنه لا يحصل الوجوب البتة قبل ورود الشرع، فإنه

لو حصل الوجوب واستحقاق العقاب قبل ورود الشرع؛ لم يكن لهذا

(١) التفسير الكبير (١١ / ٨٧).

(٢) تفسير القرطبي (١٠ / ٢٣١).

التعليل والذكر فائدة" (١).

٤ - قال تعالى: ﴿ ذَلِكْ أَنْ لَمْ يَكُنْ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا غَافِلُونَ ﴾ [الأنعام: ١٣١].

قال الرازي - رحمه الله - : " اعلم أنه - تعالى - لما بين أنه ما عذب الكفار إلا بعد أن بعث إليهم الأنبياء والرسول، بين بهذه الآية أن هذا هو العدل والحق والواجب.

واعلم أن أصحابنا يتمسكون بهذه الآية في إثبات أنه لا يحصل الوجوب قبل الشرع، وأن العقل المحض لا يدل على الوجوب البتة. قالوا: لأنها تدلّ على أنه - تعالى - لا يعذب أحداً على أمر من الأمور إلا بعد البعثة للرسول" (٢).

٥ - قال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَلْتَمُوا عَلَيْهِمْ ءَايَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴾ [القصص: ٥٩].

قال الرازي - رحمه الله - في تفسير الآية: " أنه - تعالى - قدّم بيان أن عدم البعثة يجري مجرى العذر للقوم، فوجب أن لا يجوز إهلاكهم إلا بعد البعثة" (٣).

وقال القرطبي - رحمه الله - : " أي: لم أهلكهم إلا وقد استحقوا الإهلاك لإصرارهم على الكفر بعد الإعذار إليهم، وفي هذا بيان لعدله

(١) التفسير الكبير (١٣/١٦١).

(٢) التفسير الكبير (١٣/١٦١ - ١٦٢).

(٣) التفسير الكبير (١٣/١٦١ - ١٦٢).

وتقدّسه عن الظلم، أخبر - تعالى - أنه لا يهلكهم إلا إذا استحقوا الإهلاك بظلمهم، ولا يهلكهم مع كونهم ظالمين إلا بعد تأكيد الحجة والإلزام ببعثة الرسل" (١).

٦ - قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا أَهْلَكْنَاهُمْ بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِن قَبْلِ أَنْ نُنزِلَ وَنَخْرَجَ ﴿١٣٤﴾﴾ [طه: ١٣٤].

قال القرطبي - رحمه الله -: "وفي هذا كله دليل واضح أنه لا يجب شيء من ناحية العقل" (٢).

٧ - قال تعالى: ﴿وَلَن رَّضَىٰ عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصْرَىٰ حَتَّىٰ تَبِيعَ مِلَّتَهُمْ قُلْ إِنَّ هُدَىٰ اللَّهِ هُوَ الْهُدَىٰ وَلَئِنِ اتَّبَعْتَ أَهْوَاءَهُمْ بَعْدَ الَّذِي جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَكَ مِنَ اللَّهِ مِن وَّلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ ﴿١٣٠﴾﴾ [البقرة: ١٢٠].

قال الرازي - رحمه الله -: "قوله ﴿بَعْدَ الَّذِي جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ﴾ يدل على أنه لا يجوز الوعيد إلا بعد نصب الأدلة" (٣).

ب- (الآيات التي فيها عدم المؤاخذه على الفعل قبل التقدم بالنهي عنه):

جاء في كلام بعض العلماء قولهم: "والنهي المتأخر لا يؤثر في الفعل المتقدم" (٤)، ومن الآيات التي تدلّ على عدم المؤاخذه على الفعل قبل

(١) تفسير القرطبي (٣٠٢/١٣).

(٢) تفسير القرطبي (١٨ / ٦).

(٣) التفسير الكبير (٢٩ / ٤).

(٤) الرازي، التفسير الكبير (٨٢ / ٧).

التقدم بالنهي عنه:

٨- قوله تعالى: ﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الأنفال: ٦٨].

قال القرطبي - رحمه الله -: "﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ﴾ في أنه لا يعذب قوماً حتى يبين لهم ما يتقون" (١).

قال ابن العربي - رحمه الله -: "اختلف الناس في كتاب الله السابق على ثلاثة أقوال:

الأول: سبق من الله ألا يعذب قوماً حتى يتقدم إليهم" (٢).

٩ - ١٠ قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢]، وقال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَالَاتُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ٢٣].

(١) تفسير القرطبي (٨ / ٥٠).

(٢) أحكام القرآن (٢ / ٤٣٥).

قال أبو بكر الجصاص - رحمه الله - في تفسير قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ في نكاح الرجل زوجة أبيه: "المراد بقوله ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فإنكم غير مؤاخذين به، وذلك لأنهم قبل ورود الشرع بخلاف ما هم عليه كانوا مقرّين على أحكامهم، فأعلمهم الله - تعالى - أنهم غير مؤاخذين فيما لم تقم عندهم حجة السمع بتركه" (١).

١١-١٢ قال تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ [المائدة: ٩٥].

وقال تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُعَفَّرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنتُ الْأَوَّلِينَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

قال ابن العربي - رحمه الله - في أحكام القرآن: "قوله سبحانه ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾ يعني في الجاهلية لا الإسلام، أو عما قبل بيان الحكم، فإن الواقع قبله عفو" (٢).

وقال: "قال علماءنا: هذه لطيفة من الله - سبحانه - من بها على الخليقة، وذلك أن الكفار يقتحمون الكفر والجرائم، ويرتكبون المعاصي، ويرتكبون المآثم، فلو كان ذلك يوجب مؤاخذتهم لما استدركوا أبداً توبة، ولا نالتهم مغفرة، فيسر الله عليهم قبول التوبة عند الإنابة، وبذل المغفرة بالإسلام، وهدم جميع ما تقدّم؛ ليكون ذلك أقرب إلى دخولهم في الدين، وأدعى إلى قبولهم كلمة الإسلام، وتأليفها على

(١) أحكام القرآن (٣ / ٦٣).

(٢) أحكام القرآن (٢ / ١٩٤).

الملة، وترغيباً في الشريعة، فإنهم لو علموا أنهم يؤخذون لما أنابوا، ولا أسلموا" (١).

الخلاصة في الاستدلال بالقرآن الكريم على مبدأ الشَّرْعِيَّة:

قال عبد القادر عودة - رحمه الله - : "هذه النصوص قاطعة في أن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسوله..." (٢).

وقال د. فوزي: "فهذه الآيات الكريمة وغيرها تدلّ على أن الله - عزّ وجلّ - لا يفرض العقاب إلا بعد التبليغ وعلم الناس بأن فعلاً معيناً محرّم" (٣).

ثانياً: الأدلة من السنة المطهرة:

١ - روى الحاكم - رحمه الله - في المستدرک عن " عمرو بن دينار قال: قلت لجابر بن عبد الله: إنهم يزعمون أن رسول الله ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر! قال: قد كان يقول ذلك الحكم بن عمرو عن رسول الله ﷺ ولكن أبا ذلك البحر، يعني: ابن عباس - رضي الله عنهما -، وقرأ: ﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا ﴾ الآية [الأنعام: ١٤٥]، وقد كان أهل الجاهلية يتركون أشياء تقدّرا، فأنزل الله - عزّ وجلّ - في كتابه، وبينّ حلاله وحرامه، فما أحلّ فهو حلال، وما حرّم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، ثم تلا هذه الآية: ﴿ قُلْ لَا

(١) ابن العربي، أحكام القرآن (٢ / ٣٩٨)

(٢) التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٢٤)

(٣) مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي ص ٣٤ - ٣٥.

أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِزِيرٍ ﴿ [الأنعام: ١٤٥]. هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه بهذه السياقة" (١).

وجه الدلالة من الحديث النبوي الشريف:

أن المسكوت عنه عفو لا يؤخذ أحد عليه حتى يرد نصّ بتحريمه.
٢- روى أبو داود - رحمه الله - في السنن: "عن سليمان بن عمرو عن أبيه، قال: سمعت رسول الله ﷺ في حجة الوداع يقول: " ألا إن كل ربا من ربا الجاهلية موضوع. لكم رؤوس أموالكم، لا تظلمون ولا تُظلمون. ألا وإن كل دم من دم الجاهلية موضوع، وأول دم أضع منها دم الحارث بن عبد المطلب، كان مسترضعاً في بني ليث، فقتلته هذيل، قال: اللهم، هل بلغت! قالوا: نعم. ثلاث مرات. قال: اللهم اشهد. ثلاث مرّات" (٢).

وجه الدلالة من الحديث النبوي الشريف:

قال شريف فوزي: "لم يعاقب الرسول - عليه السلام - على الدماء في الجاهلية، ولا على الربا في الجاهلية، فما كان قد قبض في الجاهلية لا يرد، وما يستحق في الإسلام لا يدفع، كذلك لم يعاقب الرسول - عليه السلام - على شرب الخمر ولعب الميسر إلا بعد نزول الآية الكريمة المحرمة لها" (٣).

(١) المستدرک علی الصحیحین (٢ / ٣٤٧)، ح (٣٢٣٦).

(٢) سنن أبي داود (٣ / ٢٤٤)، باب في وضع الرّبا، ح (٣٣٣٤).

(٣) مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص ٣٤ - ٣٥.

٣- روى مسلم - رحمه الله - في الصحيح حديثاً طويلاً عن عَمْرُو بن الْعَاصِ وهو في سِيَاقَةِ الْمَوْتِ، وفيه قوله: "فلما جَعَلَ اللهُ الْإِسْلَامَ في قَلْبِي أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فقلت: ابْسُطْ يَمِينَكَ فَلَأَبَايَعَكَ، فَبَسَطَ يَمِينَهُ. قال: فَقَبَضْتُ يَدِي. قال: مالك يا عَمْرُو! قال قلت: أَرَدْتُ أَنْ أَشْتَرِطَ. قال: تَشْتَرِطُ بِمَاذَا؟ قلت: أَنْ يُعْفَرَ لِي. قال: أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْإِسْلَامَ يَهْدِمُ ما كان قَبْلَهُ، وَأَنَّ الْهَجْرَةَ تَهْدِمُ ما كان قَبْلَهَا، وَأَنَّ الْحَجَّ يَهْدِمُ ما كان قَبْلَهُ!... الحديث " (١).

وجه الدلالة من الحديث النبوي الشريف:

قال الشافعي - رحمه الله - في الحربي إذا أسلم، وكان قد نال مسلماً، أو معاهداً، أو مستأمناً بقتل أو جرح أو مال؛ لم يضمن منه شيئاً؛ إلا أن يوجد عنده مال رجل بعينه، واحتج بقول الله - عز وجل - ﴿ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُعْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [الأنفال: ٣٨] قال الشافعي: وما سلف: ما تقضى وذهب، وقال: ﴿ اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ﴾ [البقرة: ٢٧٨] ولم يأمرهم برد ما مضى منه، وبسط الكلام فيه.

قال الشافعي - رحمه الله - في موضع آخر بهذا الإسناد في هذه الآية: ووضع رسول الله ﷺ بحكم الله كل ربا أدركه الإسلام ولم يُقبض، ولم يأمر أحداً قبض ربا في الجاهلية أن يردّه " (٢).

(١) صحيح مسلم (١/ ١١٢)، باب: كون الإسلام يهدم ما قبله وكذلك الهجرة والحج، ح (١٢١).

(٢) انظر: أحكام القرآن للشافعي (٢/ ٤٥-٤٦).

ثالثاً: القواعد الأصولية:

ذكرت الدراسات المقارنة ثلاث قواعد أصولية استدلوها بها على مبدأ الشَّرْعِيَّة، و"أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، وهي:

أ- القاعدة الأولى:

لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص^(١).

لدى من يقول بهذه القاعدة من الفقهاء أن الأفعال في الأصل لا محظورة ولا مباحة، لهذا فلا حرج في إتيانها أو تركها حتى يرد نص على حظرها أو إباحتها، لأن الإباحة تستدعي مبيحاً، والمبيح هو الله - تعالى - إذا خيّر المكلف بين الفعل وتركه^(٢).

" قال ابن السمعاني في " القواطع ": الذي ذهب إليه أكثر أصحاب الشافعي أن التكليف مختص بالسمع دون العقل، وأن العقل بذاته ليس بدليل على تحسين شيء ولا تقبيحه، ولا حظر ولا إباحة، ولا يعرف شيء من ذلك حتى يرد السمع فيه، وإنما العقل آلة تدرك بها الأشياء، فيدرك به حسن وقبح بعد أن ثبت ذلك بالسمع، وقد ذهب إلى هذا المذهب جماعة كثيرة، وهم الذين امتازوا عن متكلمي المعتزلة، وذهب إليه جماعة من الحنيفة^(٣).

وذكر الزركشي - رحمه الله - أن الراجح لدى فريق من علماء

(١) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٢٢).

(٢) عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٨٠، وانظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ص ١١٦ - ١١٧.

(٣) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه (١ / ١٠٥).

أهل السنّة أن المقصود بقاعدة (لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع) هو الحكم المستوجب للثواب والعقاب لا مطلق الوصف بالحسن والقبح لأفعال العقلاء.

قال - رحمه الله - : " نقول: بين الحسن والقبح وبين الثواب والعقاب تلازم ما، واتفق المعتزلي مع السنّي على أن العقل يدرك حسن الأشياء وقبحها قبل ورود الشرع، وافتراقاً في أن المعتزلي يرى أن الثواب والعقاب ملازم لها، فحكم بثبوت الثواب والعقاب قبل الشرع، لثبوت الحسن والقبح قبله، فإذا جاء الشرع بعد ذلك كان مؤكّداً لحكم العقل، وأما السنّي فإنه يرى أن الثواب والعقاب لا يعلمان إلا من جهة الشرع..."

وبهذا التحرير يخرج لنا في المسألة ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن حسن الأشياء وقبحها، والثواب والعقاب عليها شرعيان، وهو قول الأشعرية.

والثاني: عقليان، وهو قول المعتزلة.

والثالث: أن حسنها وقبحها ثابت بالعقل، والثواب والعقاب يتوقف على الشرع، فنسميه قبل الشرع حسناً وقبيحاً، ولا يترتب عليه الثواب والعقاب إلا بعد ورود الشرع، وهو الذي ذكره أسعد بن علي الزنجاني من أصحابنا، وأبو الخطاب من الحنابلة، وذكره الحنفية، وحكوه عن أبي حنيفة نصاً.

وهو المنصور لقوّته من حيث النظر وآيات القرآن المجيد، وسلامته من التناقض، وإليه إشارات محققي متأخري الأصوليين والكلاميين، فليتفطن له. فهاهنا أمران:

أحدهما: إدراك العقل حسن الأشياء وقبحها.

والثاني: أن ذلك كاف في الثواب والعقاب وإن لم يرد شرع^(١).

ب- القاعدة الثانية:

أن "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة"، فما لم يرد نص بتحريمه، فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه، إذ لا حرج قبل ورود النص في إتيان الفعل أو تركه^(٢).

قال الزركشي - رحمه الله - : " زعم قوم من الفقهاء أن الشرع قد قرر الأصل في الأشياء على أنها على الإباحة إلا ما استثناه الدليل، وفائدة ذلك: أنه إذا وقع الخلاف في حكم شيء في الشرع: هل هو على الإباحة أو المنع؟ حُكِمَ بأنه على الإباحة، لأن الشرع قد قرّر ذلك، فصار كالعقل عند القائلين بالإباحة.

وقد حكى ذلك عن بعض متأخري أصحابنا، وأشار إليه محمد بن عبد الله بن عبد الحكم.

قال: والباقون على أن الأصل في أنه لا يعلم حكم كل شيء إلا بقيام دليل يختصّه أو يختصّ نوعه.

(١) انظر: البحر المحيط في أصول الفقه (١ / ١١٣ - ١١٤).

(٢) عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٨٠، وانظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي (١ / ١٢٤).

ومن ذهب إلى القول الأول احتج بقوله تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ ﴾ [الأعراف: ٣٢] وقوله ﴿ قُلْ لَا آجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً ﴾ [الأنعام: ١٤٥] فجعل الأصل الإباحة، والتحریم مستثنى^(١).

ج - القاعدة الثالثة:

قال عودة - رحمه الله - : " وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضي 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)، فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توفرها في المكلف؛ أي الشخص المسؤول، والشروط الواجب توفرها في الفعل المكلف به^(٢).

ثم ذكر في شروط المكلف به: " ثالثاً: أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف علماً تاماً يحمله على الامتثال، والعلم التام الذي يحمله على الامتثال يقتضي:

(أ) العلم بالأحكام التكليفية، ولا تكون معلومة إلا إذا نُصَّ عليها ونشر نصّها على الكافة، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لا يمكن أن يأتمر به أو يتنهي عنه. وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعني: أن لا جريمة بلا نص ينشر على الناس.

(١) البحر المحيط في أصول الفقه (٤/٣٢٢).

(٢) التشريع الجنائي في الإسلام (١/١٢٣).

(ب) أن يكون في الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفّه عن العصيان، وهذا يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة، وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه: أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة.

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعني - كالقاعدتين السابقتين - أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص^(١).

والمسألة التي ذكرها عبد القادر عودة - رحمه الله - بحثها الأصوليون في كلامهم على شروط التكليف^(٢).

ونبه بعضهم إلى أن معنى قولهم: (معلوم للمكلف) أي: يمكن علمه؛ لئلا يلزم تكليف الغافل، وهو من ليس له صلاحية العلم، لا من ليس عالماً^(٣).

الخلاصة:

إن معظم الدراسات المقارنة ذهبت إلى أن "إعلان المخاطبين بالقاعدة القانونية قبل تطبيقها ثابت في الفقه الإسلامي، فلا عقاب على من أتى فعلاً لا يعلم تجريمه"^(٤).

(١) التشريع الجنائي في الإسلام (١/١٢٣ - ١٢٤).

(٢) انظر: البعلي، المختصر في أصول الفقه، ص ٦٩، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير (٣/٩٨).

(٣) انظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير (٣/٩٨).

(٤) د. سمير عاليه، قانون العقوبات، ص ٨٩.

المطلب الثالث

خصائص التطبيق الإسلامي لمبدأ الشَّرْعِيَّة

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)

اتفقت معظم الدراسات المقارنة على ذكر خصائص التطبيق الإسلامي لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) كما يلي:

١- أنماط التطبيق الإسلامي لمبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة

إلا بنص):

ذكرت الدراسات المقارنة أنّ التطبيق الإسلامي لمبدأ الشرعية جاء على نمطين واضحين، نمط تمثله جرائم الحدود، ونمط تمثله جرائم التعزير.

النمط الأوّل: جرائم الحدود:

قالت الدراسات المقارنة: " جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نصّ على تحريمها، ونصّ على عقوبتها، بل لقد عيّنت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمّها، حتى يمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حدّ واحد حكماً، وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدّين.

فلا تسمح الشريعة للقاضي أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها، ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أي أثر على عقوبات جرائم الحدود، كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق

العفو عن هذه العقوبات.

ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله - تعالى -، إشارة إلى أنها محدّدة النوع والمقدار، وأنها لازمة، فلا يمكن المساس بها " (١).

النمط الثاني: جرائم التعزير:

قالت الدراسات المقارنة: " لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان، كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وإنما نصّت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام، وتركت لأولي الأمر في الأمة أن يجرّموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها، ويعاقبوا على مخالفتها.

والقسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصّت عليه الشريعة وحدّته، ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يجلّون أو يجرّمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية" (٢).

ومن حيث النص على العقوبة: " في جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام، فقد عيّنت

(١) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام (١/ ١٢٨).

(٢) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام (١/ ١٣٤).

الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة" (١).

الأثر الذي يترتب على النمطين الذي جاء عليهما التطبيق الإسلامي لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص):

"إنه ليس للظروف أي تأثير على الجرائم المقدّرة للعقوبة، فالقاضي متى ثبت لديه ارتكاب جريمة من جرائم الحدود أو القصاص، أو الدية، فعليه أن يقضي بالعقوبة المنصوص عليها لهذه الجريمة، فهو لا يستطيع أن يخفف من هذه العقوبة أو يشدّد؛ لأي ظرف من الظروف سواء منها ما تعلق بالجريمة، أو تعلق بالمجرم" (٢).

أما الجرائم غير المقدّرة، وهي جرائم التعزير، فإن للقاضي حرية اختيار العقوبة الملائمة، وفقاً للظروف التي صاحبت ارتكاب الجريمة سواء منها ما تعلق بشخص الجاني أو شخص من وقعت عليه الجريمة" (٣).

٢- مِيزة التطبيق الإسلامي:

بهذين النمطين لتطبيق مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الإسلامي سلمت الشريعة من كل نقد ونقص: فحيث سجّلت عدة انتقادات على تطبيق

(١) التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٦٥).

(٢) أتبّه هنا إلى أنّ القول بأن الظروف ليس لها تأثير على العقوبة المقدّرة يرد عليه الاستثناء، فلا شك أن مرض الجاني يؤثر في تخفيف العقوبة على الجاني سواء بتأجيلها حتى يبرأ، أو في طريقة تنفيذها إذا لم يبرأ، ما لم يكن المقصود إتلاف النفس، وفي هذا تفصيل في كتب الفقه يراجع من شاء في مظانه.

(٣) د. شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي ص ٥٨ - ٥٩.

مبدأ الشريعة في القوانين الوضعية، جاء تطبيق الفقه الجنائي الإسلامي لمبدأ الشريعة بشكل متفرد لم تعرف له البشرية مثيل، إذ حصر شقّ التجريم للجرائم الخطيرة في نصوص محددة محكمة قاطعة، وأشار إلى ما دونها في نصوص عامة مجملة، حتى إنه ليصحّ أن نقول: إنه ليست جريمة إلا وقد أشار إليها الإسلام مهما تفتّن المجرمون واخترعوا، وفي شقّ العقوبة ذكر الفقه الجنائي الإسلامي للجرائم الجسيمة عقوبات محدّدة النوع والقدر لا يصح الخروج عنها، وفيما دون ذلك من الجرائم أو المخالفات نصّ على أجناس العقوبات ومقاديرها، وترك للقاضي أن يختار العقوبة المناسبة حسب حال الجاني وطبيعة الجرم دون أن يتجاوز ما شرعه من نوع للعقوبة أو ما قدره من حدّ أعلى، فكان النظام الجنائي الإسلامي بذلك صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان مصداق قوله - عزّ وجلّ - ﴿ صَبَغَةَ اللَّهُ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ صَبَغَةً وَنَحْنُ لَهُ عَبِيدُونَ ﴾ [البقرة، آية: ١٣٨].

قال عودة - رحمه الله - : " ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة، وأكفل بحماية الأمن والنظام، كما أن فيه العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم " (١).

(١) التشريع الجنائي في الإسلام (١/ ١٧٣).

المطلب الرابع

تفسير وقائع العهد النبوي التي تخالف ظاهرياً مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)

اعتنت الدراسات المقارنة بتفسير بعض الوقائع التي طبقت فيها العقوبة بأثر رجعي في العهد النبوي في ظاهر الأمر، منها:

أولاً: حدّ الحرابة:

أثارت بعض الدراسات المقارنة استشكالات حول حكم الحرابة من حيث إنه خالف مبدأ الشَّرْعِيَّة، حيث طبقت فيه العقوبة بأثر رجعي، ثم شرعت في تقديم تفسير الواقعة بما يثبت أن الاستشكال المذكور متوهم وليس حقيقياً.

وبيان ذلك:

قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ [المائدة: ٣٣].

قال المفسرون في سبب نزول الآية: " اختلف الناس في سبب نزول هذه الآية، فالذي عليه الجمهور أنها نزلت في العرنيين، روى الأئمة واللفظ لأبي داود - رحمه الله - عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أن قوماً من

عكل أو قال: من عرينة قدموا على رسول الله ﷺ فاجتوا المدينة (١)، فأمر لهم رسول الله ﷺ بلقاح (٢)، وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها فانطلقوا، فلما صحوا؛ قتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا التعم، فبلغ النبي ﷺ خبرهم من أول النهار، فأرسل في آثارهم، فما ارتفع النهار حتى جيء بهم، فأمر بهم، فقطعت أيديهم وأرجلهم، وسمر أعينهم، وألقوا في الحرة يستسقون فلا يسقون. قال أبو قلابة: فهؤلاء قوم سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله، وفي رواية: فأمر بمسامير فأحميت فكحلهم، وقطع أيديهم وأرجلهم وما حسمهم.

وفي رواية: فبعث رسول الله ﷺ في طلبهم كافة، فأتي به، قال: فأنزل الله تبارك وتعالى في ذلك: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ الآية....

وروى محمد بن سيرين قال: كان هذا قبل أن تنزل الحدود. يعني: حديث أنس، ذكره أبو داود (٣).

(١) اجتوا المدينة أي: معناه: كرهوها لمرض لحقهم بها ونحوه. انظر: عياض، مشارق الأنوار (١/١٦٥).

(٢) "اللقحة واللقاح: الناقة التي لها لبن، والجمع: لقاح، ويقال: الملاقيح واللقائح أيضا: التي في بطونها أولادها" الحميدي، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم ص ٣٤٢.

(٣) انظر: تفسير القرطبي (٦/١٤٨، ١٥٠) وسيأتي تخريج حديث أبي داود - رحمه الله - ص ٢٤.

تفسير الدراسات القانونية للواقعة:

تعددت اتجاهات القانونيين في إثبات عدم تعارض عقوبة الحرابة مع مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) على النحو التالي:

١ - اتجاه يشير إلى التشكيك في ثبوت الواقعة:

يقول د. الدميني: " لم يرد أنه - رسول الله ﷺ - عاقب أحداً بفعل لم يرد تحريمه إلا ما ورد من قصة العرنين وحادث الإفك، وفي كل من الخبرين خلاف بين العلماء ^(١) .

٢ - اتجاه يذهب إلى القول بأن عقوبة الحرابة طبقت بأثر مباشر (مصاحب لحدوث الجريمة):

بمعنى أن نزول العقوبة كان مصاحباً لحدوث الجريمة، وليس بعد انتهائها، فليس تنفيذ الحكم من باب تطبيق القانون بأثر رجعي، قال شريف فوزي: "هذا الرأي قد تعرّض للتنفيذ من جانب البعض حيث أثبتوا استناداً إلى مراجع التفسير أن عقوبة الحرابة والذف كانت تطبق بأثر مباشر" ^(٢) .

(١) الجنابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ٥٥.

(٢) مبادئ الإسلام ص ٣٥، وانظر: د. أحمد بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص ٣٥٧.

والفرق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر يتلخّص في: أن الأثر الرجعي هو تطبيق القانون على الماضي والوقائع التامة التي سبق اكتمالها من الأسباب المنشئة أو المنهية والآثار قبل صدور القانون الجديد، وهذه يمنعها القانون، أما الأثر المباشر فهو تطبيق القانون على الحاضر والمراكز القانونية التي في طور التكوين، والمراكز القانونية تنقسم من الناحية الزمنية إلى مرحلتين: المرحلة الأولى: نشطة، وهي مرحلة إنشاء المركز أو انقضائه، أما

٣- الجواب الثالث هو : أن عقوبة النبي ﷺ للعربيين كانت قصاصاً، وأن الآية في حدّ الحراة نزلت بعد عقابهم.

قالوا: "الصحيح في حكم هذه الآية أنه وإن نزلت في هؤلاء القوم من عكل وعرينة، فإنها نزلت بعد عقابهم. وأنها إنما نزلت تبين عقاب مرتكبي جريمة الحراة. وتنتهي عن المثلة التي وردت في بعض الروايات أنها ارتكبت في حق هؤلاء بسمل أعينهم^(١) ومنعهم الماء، وقد ورد التصريح بذلك في صحيح البخاري، ومسند أحمد، وسنن أبي داود عن ابن سيرين "أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود"^(٢) وفي صحيح مسلم، وسنن النسائي، وجامع الترمذي أن الرسول ﷺ "إنما سمل أعينهم؛

المرحلة الثانية: فهي ساكنة، وهي المرحلة التي ينتج فيها المركز آثاره، ولكل حكم من حيث سريان القانون عليه.

راجع: د. سمير عبد السيد تناغو / النظرية العامة للقانون ص ٦٧١ - ٦٧٦، د. حسن كيره ص ٣٥٨ - ٣٦١

(١) " سملت عينه تسمل: إذا فقتت بمجددة حماة " الحميدي، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم ص ٢٤٩

(٢) في البخاري: " عن أنس ﷺ أن ناساً اجتمعوا في المدينة فأمرهم النبي ﷺ أن يلحقوا براعييه يعني الإبل، فيشربوا من اللبنها وأبوالها، فلحقوا براعييه، فشرّبوا من اللبنها وأبوالها حتى صلحت أبدانهم، فقتلوا الراعي، وساقوا الإبل، فبلغ النبي ﷺ فبعث في طلبهم، فجيء بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمر أعينهم. قال قتادة: فحدثني محمد بن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود " صحيح البخاري (٥/٢١٥٣)، باب الدوائ بأبوال الإبل، ح (٥٣٦٢).

وانظر: مسند أحمد بن حنبل (٣/٢٩٠)، ح (١٤١١٨)، سنن أبي داود (٤/١٣٢) باب: ما جاء في المحاربة، ح (٤٣٧١).

لأنهم سملوا أعين الرعاة^(١) " (٢).

وعلى ذلك، يكون عقابهم إذاً ليس انتهاكاً لرجعية العقوبة، وإنما تحقيقاً لقوله تعالى ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كِتَابٌ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي أَقْنَئِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨].

المناقشة والترجيح:

أما الرد الأول المقتضي تضعيف الروايات في حدّ الحرابة: " لأنّ فيهما خلافاً بين العلماء " فليس بقويّ، وللخصم أن يتبنّى رأي من أثبت الحادثة، ويطالب بردّ.

وأما الجواب الثاني الذي يرى أن الشارع قد طبّق فيهم العقوبة بأثر مباشر، فمرجوح بالروايات التي تثبت أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود، حيث إنّ مع المثبت زيادة علم، فيقدّم قوله بحسب أصول الفقه. وعلى ذلك، يكون الرأي الأخير، وهو أنّ فعل النبي ﷺ كان قصاصاً قبل أن ينزل حدّ الحرابة، وليس من قبيل تنفيذ العقوبة بأثر رجعي هو الراجح، و تشهد له الأحاديث التي سبق ذكرها، وتشهد له

(١) روى مسلم في الصحيح عن أنس قال: " إنما سَمَلَ النبي ﷺ أَعْيُنَ أَوْلِيكَ ؛ لِأَنَّهُمْ سَمَلُوا أَعْيُنَ الرُّعَاةِ ". صحيح مسلم (٣/١٢٩٨)، باب حُكْمِ الْمُحَارِبِينَ وَالْمُرْتَدِينَ، ح (١٦٧١)، وانظر: سنن النسائي (٧/١٠٠)، باب: ذِكْرُ اخْتِلَافِ طَلْحَةَ بْنِ مُصَرِّفٍ وَمُعَاوِيَةَ بْنِ صَالِحٍ عَلَى يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ فِي هَذَا الْحَدِيثِ، ح (٤٠٤٣)، سنن الترمذي (١/١٠٧)، باب ما جاء في بول ما يؤكل لحمه، ح (٧٣).

(٢) د. محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص ٥٩، وانظر: د. مسفر الدميني، الجناية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ٥٦.

أيضاً التفاسير، قال القرطبي: "وقد حكى أهل التواريخ والسير: أنهم قطعوا يدي الراعي ورجليه، وغرزوا الشوك في عينيه حتى مات، وأدخل المدينة ميتاً، وكان اسمه يسار، وكان نوبياً، وكان هذا الفعل من المرتدين سنة ست من الهجرة.

قال القرطبي: وحكى الطبري عن بعض أهل العلم: أن هذه الآية نسخت فعل النبي ﷺ في العرنيين، فوقف الأمر على هذه الحدود....
وحكى عن جماعة أن هذه الآية ليست بناسخة لذلك الفعل؛ لأن ذلك وقع في مرتدين، لاسيما وقد ثبت في صحيح مسلم وكتاب النسائي وغيرهما قال: إنما سمل النبي ﷺ أعين أولئك؛ لأنهم سملوا أعين الرعاة، فكان هذا قصاصاً، وهذه الآية في المحارب المؤمن. قلت: وهذا قول حسن...^(١).

ثانياً: حدّ القذف:

حادثة الإفك واقعة مشهورة، قذف فيها جماعة من المنافقين أم المؤمنين السيّدة عائشة - رضي الله عنها - زوج الرسول ﷺ، وخاضوا في عرضها، وآذوا الرسول ﷺ، وشاع ذلك بين المؤمنين، فمنهم من عصمه الله، ومنهم من خاض في الأمر، ونزل على إثر ذلك الوحي بحدّ القذف، قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَنِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٥﴾ [النور: ٤-٥].

(١) انظر: تفسير القرطبي (٦/ ١٤٨ - ١٥٠)، والحديث تقدّم تحريجه.

وروى أحمد في المسند: " عن عَمْرَةَ عن عَائِشَةَ قالت: لَمَّا نَزَلَ عذري، قام رسول الله ﷺ على الْمُنْبَرِ، فذكر ذلك وَتَلَا الْقُرْآنَ، فلما نَزَلَ، أَمَرَ بِرَجُلَيْنِ وَامْرَأَةٍ، فَضْرِبُوا حَدَّهُمْ " (١).

قال ابن حجر: " فلما نزل عليه الوحي ببراءتها؛ أقام حدَّ القذف على من وقع منه (٢).

قال مسفر الدميني: ".... وعلى القول الأول الصحيح؛ يكون الرسول قد طبّق ذلك الحكم على فعل لم يجرّم من قبل - أي: كان للنّص أثر جنائي رجعي - ويكون ذلك خروجاً على القاعدة التي سبق تقريرها (٣)، يعني قاعدة الشَّرْعِيَّة، وأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ.

تفسير الدراسات المقارنة للواقعة:

التفسير الأوّل: أنه يجوز الاستثناء من القاعدة الأصلية إذا كانت هناك جريمة عظيمة لها أثرها في المجتمع.

قال مسفر الدميني: " للرد على هذا؛ يجب أن نعرف أن المنافقين هم الذين قاموا بتلك الحملة الممثلة في قذف زوج رسول الله ﷺ يريدون من وراء ذلك التشكيك في طهارة المجتمع الإسلامي، وفي نزاهته - وأرادوا أن يضربوه في تلك الصفة التي تميّزه عن المجتمعات الجاهلية، وهي العفة والطهارة. لذلك كان من الواجب أن ينفذ فيهم حكم القذف حتى يمنع المنافقين من العودة إلى مثلها.

(١) مسند أحمد بن حنبل (٦ / ٣٥)، ح (٢٤١١٢).

(٢) فتح الباري (١٣ / ٣٤٣).

(٣) الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ٥.

ومن هنا نعرف أنه يجوز الاستثناء من القاعدة الأصلية إذا كانت هناك جريمة عظيمة لها أثرها في المجتمع، وفي هذا توافق أكثر القوانين الوضعية الشريعة الإسلامية، كما في القانون الوضعي الألماني عام ١٩٣٥ م^(١).

وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بأنه استثناء في حالة الجرائم الخطرة التي تمس الأمن العام والنظام العام^(٢).

التفسير الثاني: أن تنفيذ العقوبة كان بأثر مباشر، لأن جريمة القذف كانت متكررة.

قال د. أحمد بهنسي: "يرى بعض الباحثين أن جريمة القذف التي ارتكبت في حق السيدة عائشة - رضي الله عنها - كانت متكررة يتقوّل بها المتهمون إلى أن نزل النص، فهي أشبه بالجريمة المستمرة التي يلحقها القانون الجديد حالة الاستمرار، فإذا كان النبي ﷺ على أحد القولين طبق الحدّ على القذفة بالرغم من أن النص لم يكن قد وجد بعد، فإن ذلك لم يكن استثناء؛ إذ أن القذفة كانوا يتقوّلون حتى نزول النص، وأشاعوا إشاعتهم حتى نزل بالمسلمين كرب شديد، وكادوا يتلاقون في قتال، فجريمته تكررّت منهم، فكانت العقوبة على الجريمة الأخيرة^(٣).

(١) الجنائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص ٥.

(٢) انظر: مبادئ لتشريع الجنائي الإسلامي، ص ٣٥.

(٣) د. أحمد بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص ٣٥٨ - ٣٥٩، العقوبة، ص

المناقشة والترحيح:

القول بالاستثناء، وجواز الخروج عن مبدأ الشَّرْعِيَّة في حالة الجرائم الخطرة التي تمسّ الأمن العام والنظام العام، فتفرض عقوبتها وتطبّق بأثر رجعي، يفتقر إلى دليل من الشريعة الإسلامية يفيد، وإن كانت القوانين الوضعية تجيزه، والكلام في الشريعة لا يكون إلا عن دليل.

وأما القول بأن الجريمة كانت متكرّرة، وأن تطبيق القانون في حدّ القذف كان بأثر مباشر على جريمة قائمة وقت مجيء النصّ - وهو جائز في القانون - فهو يفتقر إلى دليل من الشريعة يفيد جواز المؤاخذه على الجرائم التي وقعت قبل إعلان التحريم، ولو كان وقوعها مستمراً لحين نزول الحكم، لأنه يناقض قاعدة " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع"، وقاعدة "الأصل في الأشياء الإباحة"، والنصوص التي تستند إليها القاعدتان لا تشير إلى استثناء التطبيق المباشر الذي تذهب إليه القوانين الحديثة.

والذي أراه - والله أعلم - أنّ الباطل والخوض في الأعراض بغير حق جريمة معلومة ومعروفة وثابتة شرعاً بالأحاديث العامة الناهية عن شتم المسلمين وإيذائهم، واتباع عوراتهم، وعن القيل والقال، والأحاديث الآمرة بقول الخير أو الصمت، وهي كثيرة^(١).

(١) من ذلك قول النبي ﷺ: "كفى بالمرء كذباً أن يُحدّث بكل ما سمع" صحيح مسلم (١٠/١)، رقم (٥)، وقوله ﷺ: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليقل خيراً أو ليصمت" صحيح البخاري (٥/٢٢٤٠)، (٥٦٧٢)، وقول النبي ﷺ: "المسلم

ويدلّ على علم التحريم قول أم مسطح - رضي الله عنها - في رواية البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - : (تَعَسَ مِسْطَحٌ)، وذلك في الحديث الذي جاء فيه: " فَأَقْبَلْتُ أَنَا وَأُمُّ مِسْطَحٍ بِنْتُ أَبِي رَهْمٍ نَمَشِي، فَعَثَرْتُ فِي مِرْطِهَا، فَقَالَتْ: تَعَسَ مِسْطَحٌ. فَقُلْتُ لَهَا: بِئْسَ مَا قُلْتَ. أَتَسْبِيْنَ رَجُلًا شَهِدَ بَدْرًا ! فَقَالَتْ: يَا هَيْتَاهُ، أَلَمْ تَسْمَعِي مَا قَالُوا؟ فَأَخْبَرْتَنِي بِقَوْلِ أَهْلِ الْإِفْكِ، فَازْدَدْتُ مَرَضًا إِلَى مَرَضِي "(١).

ويدلّ على العلم بقبح القذف وأنه جريمة معلوم تحريمها في المجتمع ما ورد في الصحيح عَنْ عُرْوَةَ رضي الله عنها: " وَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ: سُبْحَانَكَ، مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا، سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ "(٢)، فإنكار أم مسطح، والأنصاري واستشناعهم التهمة دال على قبح الفعل، وكونه مذمومًا معلوم التحريم.

وعلى هذا التفسير؛ يكون نص تشريع حدّ القذف لا ينشئ جريمة جديدة ويحاسب على فعل كان مباحاً وقت ارتكابه وفقاً للقانون والعرف السائد، وإنما هو يحدد العقوبة على فعل مجرم معلوم التحريم - والله أعلم، والمؤاخذه في الشريعة تترتب على العلم

من سَلِمَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ لِسَانِهِ وَيَدِيهِ، وَالْمُهَاجِرُ مِنْ هَجْرٍ مَا نَهَى اللَّهُ عَنْهُ "صحيح البخاري (٢٣٧٩/٥)، (٦١١٩)، وقوله رضي الله عنه: " يَا مَعْشَرَ مَنْ أَسْلَمَ بِلِسَانِهِ وَلَمْ يُفِضْ الْإِيمَانَ إِلَى قَلْبِهِ، لَا تَوَدُّوا الْمُسْلِمِينَ، وَلَا تَعَيِّرُوهُمْ، وَلَا تَتَّبِعُوا عَوْرَاتِهِمْ، فَإِنَّهُ مَنْ يَتَّبِعْ عَوْرَةَ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ تَتَّبِعْ اللَّهُ عَوْرَتَهُ، وَمَنْ يَتَّبِعْ اللَّهُ عَوْرَتَهُ يَفْضَحْهُ وَلَوْ فِي جَوْفِ رَحْلِهِ " (سنن الترمذي (٤ / ٣٧٨)، (٢٠٣٢).

(١) صحيح البخاري (٩٤٣/٢)، باب تعديل النساء بعضهن بعضاً، رقم (٢٥١٨).

(٢) صحيح البخاري (١٧٧٣/٦)، رقم (٦٩٣٦).

بالتحريم لا العلم بالعقوبة، فالجهل بالعقوبة بعد العلم بالتحريم لا يؤثر على شرعية العقوبة في الشريعة الإسلامية، كما سيأتي توضيحه في المبحث الثاني بإذن الله -تعالى-.

ثالثاً: حكم اللعان:

قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾ [النور: ٦-٩].

روى البخاري في الصحيح: "أَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَدَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ بِشَرِيكَ بْنِ سَحْمَاءَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ. فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِذَا رَأَى أَحَدُنَا عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلًا يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ الْبَيِّنَةَ! فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ: الْبَيِّنَةُ وَإِلَّا حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ. فَقَالَ هِلَالٌ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ إِنِّي لَصَادِقٌ، فَلَيُنزِلَنَّ اللَّهُ مَا يُبْرِئُ ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ، فَتَزَلَ جِبْرِيْلُ، وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾، فَقَرَأَ حَتَّى بَلَغَ ﴿ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾، فَأَنْصَرَفَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا، فَجَاءَ هِلَالٌ فَشَهِدَ، وَالنَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ: إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمَا تَائِبٌ؟ ثُمَّ قَامَتْ فَشَهِدَتْ، فَلَمَّا كَانَتْ عِنْدَ الْخَامِسَةِ، وَقَفُوها، وَقَالُوا: إِنَّهَا مُوجِبَةٌ. قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: فَتَلَكَّاتٌ وَتَكَصَّتْ حَتَّى ظَنَّنَا أَنَّهَا تَرْجِعُ، ثُمَّ قَالَتْ: لَا أَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ الْيَوْمِ، فَمَضَتْ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: أَبْصِرُوهَا،

فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلُ الْعَيْنَيْنِ، سَابِغُ الْإِلَيْتَيْنِ، خَدَلَجُ السَّاقَيْنِ، فَهُوَ لِشَرِيكَ بْنِ سَحْمَاءَ، فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ؛ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ" (١).

تفسير الدراسات المقارنة للواقعة :

قال د. محمد العوا: "يكاد الفقهاء والمفسرين أن يكونوا مجمعين على أن حكم اللعان إنما نزل تخفيفاً عن الأزواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنا، إذ الحكم الأصلي أن يجلد الزوج ثمانين جلدة شأنه شأن أي قاذف. ثم خفف ذلك في حق الزوج بشرع أيمان اللعان، وإذا كان ذلك، فإن تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل نزول الآيات المقررة له، يكون من باب تطبيق الحكم الأخف، ولو كان تشريعه لاحقاً للواقعة التي يطبق في شأنها.

وذلك هو ما يعرف في الفقه الجنائي الحديث برجعية القانون الأصلح للمتهم (٢). وهذه القاعدة استثناء - مقرر في الكثير النظم الجنائية الحديثة - من قاعدة عدم الرجعية في التشريع الجنائي.

ومن ثم، فإنه لا يمكن الاستناد إلى تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل تشريعه، للقول بأن ثمة استثناء عرفته الشريعة الإسلامية يجيز تطبيق النص المجرم أو المقرر للعقوبة بأثر رجعي، وإنما يصح الاستدلال بتطبيقه على هذه الواقعة على جواز رجعية القانون الأصلح

(١) صحيح البخاري (٤ / ١٧٧٢)، باب (وَيَذْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ)، ح (٤٤٧٠).

(٢) تقدم التعريف به.

سواء كان مخففاً للعقوبة أو ملغياً لوصف التجريم" (١).

المناقشة والترحيح:

القول بأن حكم اللعان من قبيل النص الأصلح للمتهم، فهو استثناءً من مبدأ الشَّرْعِيَّة غير دقيق، والله أعلم، لأن الحكم في حدّ القذف جاء في عموم القاذفين إذا انطبقت عليهم الشروط، ثم نزلت الآيات بتخصيص الأزواج بحكم يخصهم، وهو اللعان، فهو ليس حكم أصلح للمتهم بالمعنى العام، لأن تعلقه ليس بمرتكي القذف كلهم، فيكون تخفيفاً أو قانوناً أصلح للمتهم، ولو جاء قاذف غير زوج بعد نزول آيات اللعان؛ لأقام عليه الشارع حدّ القذف، فتكليف الواقعة بأنها من باب النص الأصلح للمتهم محلّ نظر .

والراجع أن اللعان كمعظم أحكام الشريعة نزل إثر واقعة حدثت ليبين حكم الله - تعالى - فيها.

والسؤال المطروح هنا: هل أيمان اللعان تعتبر عقوبةً أو مخلصاً من

العقوبة؟!؟

(١) في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ٥٦ - ٥٩.

تبييه: الفرق بين التطبيق بأثر مباشر، وبين النص الأصلح كما قال بعض القانونيين: " أن تطبيق القانون الجنائي الأصلح للمتهم على الدعاوى التي لم يصدر فيها حكم نهائي هو تطبيق للأثر المباشر لهذا القانون. أما تطبيق القانون الجنائي الأصلح للمحكوم ضده بما يؤدي إلى وقف تنفيذ الحكم النهائي، وانتهاء آثاره الجنائية، واعتباره كأن لم يكن هو استثناء من مبدأ عدم رجعية القانون الجديد " د. سمير عبد السيد تناغو / النظرية العامة للقانون ص ٦٨٧.

وأياً كان الجواب، فإن فعل القذف نفسه معلوم التحريم، وهو ما يتعلق به التكليف في الشرع، كما يثبتته هذا البحث تبعاً بإذن الله.

رابعاً: حكم الظهار:

"الظهار والمظاهرة مصدران لقولك: ظاهر الرجل من امرأته، أي قال لها: أنت علي كظهر أمي" (١).

قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴿٢﴾ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَ تَوَعُّظٌ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴿٤﴾ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٥﴾﴾ [المجادلة: ٢ - ٤].

روى أبو داود - رحمه الله - عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة (٢) "قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فحجنت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: اتقي الله، فإنه ابن عمك، فما برحت حتى نزل القرآن ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي

(١) نجم الدين النسفي، طلبة الطلبة ص ١٠٥.

(٢) هكذا في السنن، وفي بعض كتب الحديث: خولة، وقال الأصهباني: "خولة الأنصارية المظاهر منها، تختلف في اسمها ونسبها، فقيل: خولة، وقيل: خويلة بنت خويلد، وقيل: بنت مالك بن ثعلبة، وقيل: بنت ثعلبة بن مالك بن الدخشم، وقيل: بنت الصامت".
معرفة الصحابة (٦/٣٣١٠)، (٣٨٤٩).

رَوَّجَهَا [المجادلة: ١] إلى الفَرْضِ، فقال: يُعْتَقُ رَقَبَةً. قالت: لَأَ يَجِدُ.
قال: فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ. قالت: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ
مِنْ صِيَامٍ. قال: فَلْيُطْعِمِ سِتِّينَ مِسْكِينًا. قالت: مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ
بِهِ. قالت: فَأَتَى سَاعَتَيْدٍ يَعْرَقُ مِنْ ثَمَرٍ. قلت: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَإِنِّي أُعِينُهُ
بِعَرَقٍ آخَرَ. قال: قَدْ أَحْسَنْتِ، اذْهَبِي فَاطْعِمِي بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا،
وَأَرْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكَ... " (١).

قال د. محمد العوا: "وقد كانت العرب في الجاهلية تجعل المرأة التي
يظهر منها زوجها محرمة عليه إلى الأبد، فلا تعود إليه أبداً. ومحرمة على
غيره من الأزواج كذلك، فلا يجوز لأحد غيره أن يتزوجها، فتبقى المرأة
المظاهر منها معلقة لا هي لزوجها، ولا يجل لها أن تتزوج سواه، وقد
أبطل الله - سبحانه وتعالى - هذا الحكم الذي درجت عليه العرب في
الجاهلية، وجعل حكم الظهار أن يمتنع الرجل عن قربان امرأته حتى
يكفر عن ظهاره بواحدة من ثلاث خصال: تحرير رقبة، أو صيام شهرين
متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً، فإن لم يفعل ذلك، وشكت الزوجة
أمرها إلى القاضي ألزمه الكفارة، أو طلق امرأته عليه... وظاهر من ذلك
أن الحكم الذي شرعه القرآن الكريم في الظهار أخف من حكم الجاهلية
فيه.... ولا يمكن - من ثم - أن يستدل بالظهار وما نزل فيه من قرآن
على رجعية التشريع إلى الماضي بإطلاق، وإنما يصح الاستدلال به على
تطبيق الحكم الأخف باعتباره ملغياً أو ناسخاً للحكم الأشد.

(١) سنن أبي داود (٢ / ٢٦٦)، باب في الظهار، ح (٢٢١٤).

على أنه يبدو أن الاستدلال بحكم الظهار على رجعية التشريع الجنائي إلى الماضي مما لا يمكن التسليم به، ذلك أن الظهار من مسائل الأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة،... ومن ثم، فحكم الظهار - أيضاً ما كان الشأن في كيفية تطبيقه - خارج في الحقيقة عن نطاق البحث في قواعد التشريع الجنائي الإسلامي^(١).

المناقشة والترحيح:

القول بأن الظهار من مسائل الأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة، فهو خارج عن نطاق البحث في قواعد التشريع الجنائي الإسلامي؛ صحيح ومستقيم على مذهب من يرون أن الغالب في الكفارة التَّعبُد^(٢). وعلى مذهب من يميل إلى أن الكفارة عقوبة يكون الحكم تخفيفاً من قبيل الحكم الأصح للمتهم، والله تعالى أعلم.

هذا ما يتعلّق بكلام الدراسات المقارنة عن مبدأ الشَّرعية تأصيلاً وتطبيقاً في الفقه الإسلامي مصحوباً بالاستدلال والتوثيق لنصوص الشريعة من المراجع الأصيلة كما تقدّم بيانه أثناء ذكر المنهج في مقدّمة البحث.

(١) انظر: د. محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ٥٦ - ٥٩، د. شريف فوزي، مبادئ الإسلام، ص ٣٥، د. أحمد بهنسي، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ص ٣٥٧، ٣٥٩.

(٢) انظر: البزدوي، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام (٤ / ٢١٨-٢١٩).

المبحث الثاني

دراسة نقدية لرؤية الدراسات المقارنة حول التأصيل والتطبيق الإسلامي لمبدأ الشَّرْعِيَّة

تمهيد:

تقدّمت الإشادة في مقدمة البحث بجهود أصحاب الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون في نصره الشريعة وإثبات سبقها لإقرار معظم المبادئ والقواعد القانونية التي تسعى لتحقيق العدل والاستقرار للمجتمع الإنساني.

فجزاهم الله خير الجزاء.

وأثناء قراءة كتابات الدراسات المقارنة حول مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي، وعلاقته بالشريعة الإسلامية في جانبي التأصيل والتطبيق، وقفت على بعض الملاحظات؛ عقدت هذا المبحث لذكرها مدعّمة ما أذكره بالدليل، ليكون ذلك مجالاً لإعادة النظر وتقليبه من قبل المهتمين بهذا الموضوع، وكلّ يؤخذ منه ويردّ عليه، أسأل الله التوفيق والسداد.

أ- تحرير محل الخلاف:

بإجمال، أنفق مع الدراسات المقارنة فيما قدّمته من فهم عميق لنظام العقوبات في الإسلام بشقيّه: الحدود والتعازير، وأختلف معهم في ربط هذا النظام بمبدأ الشَّرْعِيَّة بمعناه الخاص في القانون الجنائي الحديث.

وفيما يلي تفصيل لنقاط الاتفاق والاختلاف:

الذي أتفق فيه مع الدراسات المقارنة حول موضوع البحث هو:

- ١- أن الشريعة الإسلامية مبنية على إقامة الحجة على الناس بالبلاغ، وأنه لا مؤاخذة بثواب ولا عقاب قبل ورود الشرع.
- ٢- أن الأدلة من النصوص والإجماع والقواعد الأصولية تشهد لأصل مبدأ الشَّرْعِيَّة وفكرته الكلِّيَّة، أو للمبدأ بمعناه العام إن صحَّ التعبير.
- ٣- أن الأدلة الشرعية تفيد النص على الحرام والحلال، وأن الحرام يقتضي استحقاق العقاب بفعله، ولا استحقاق للعقاب قبل ورود نص التحريم.
- ٤- أن التطبيق الإسلامي في نظام العقوبات بلغ الكمال، وسلم من كل نقد.

والذي اختلف فيه مع الدراسات المقارنة - وأسأل الله الصواب:

- ١- أن الأدلة في الشريعة الإسلامية تدلّ على مبدأ الشَّرْعِيَّة (لاجرمية ولا عقوبة إلا بنص) بمعناه الخاص الذي جاء في القانون الجنائي.
- والذي أراه - والله أعلم - أن أدلة الشريعة لا تدلّ على جميع عناصر المبدأ في القانون الجنائي.
- ٢- أنّ تعيين العقوبة نوعاً وقدرًا المترتبة على المعصية وإعلانها للمخاطبين قبل مؤاخذتهم واجباً في الشريعة الإسلامية،

سواء كان تحديداً دقيقاً بحدّ واحد في الحدود، أو مجديّن في التعازير.

والذي أراه - والله أعلم - أن تعيين العقوبة وإعلانها غير واجب على سبيل الإلزام، وأن الواجب هو التحديد والإعلان المسبق للجريمة فقط.

٣- وأرى - والله أعلم - أن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) المعروف في القانون الوضعي الجنائي بمبدأ الشَّرْعِيَّة لا يخالف الشريعة الإسلامية، بمعنى أنه لا يوجد نصّ شرعي - فيما أعلم - يمنع من العمل به إذا كانت المصلحة تقتضيه؛ لكنه غير ملزم لها بحسب معناه القانوني المستغرق لجميع عناصره، وبون كبير بين القول بجواز العمل به وبين القول بوجود ذلك .

ب- أثر الخلاف:

١- القول بأن الشريعة الإسلامية توجب العمل بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بمعناه الخاص في القانون الجنائي، وأنها تلزم بالتعيين المسبق للعقوبة، سواء بصورة ضيقة أو واسعة؛ يترتب عليه:

- إلزام الشريعة بهذا المبدأ، ومحاکمتها إذا ظهرت المخالفة، ولو جاء ذلك في صورة التفسير والتبرير والإعذار.

٢- أما القول بأن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لا يمتنع

العمل به إذا كانت المصلحة تقتضيه؛ لكنه غير ملزم للشريعة الإسلامية بحسب معناه القانوني المستغرق لجميع عناصره، فيرتب عليه:

- ألا نتكلف في تفسير بعض العقوبات التي طبقت في عهد النبوة.
- ألا نتكلف في إثبات أن التعزير تطبيقاً موسعاً لمبدأ الشريعة.
- لا يكون تقنين التعزير - إن ذهبنا إليه للمصلحة - ملزماً، بحيث يأثم الحاكم إن لم يأمر به.

وتوضيح ذلك في المطالب التالية:



المطلب الأول

نقد الإطلاق أثناء التأصيل الشرعي لمبدأ

(لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)

نتفق - بادئ ذي بدء - على أن الفكرة الكلية الأساسية لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) موجودة في الشريعة الإسلامية، بمعنى: أن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) له أصل في الشريعة، وتشهد له نصوصها الكلية، فهو ليس مخالفاً لها، والشريعة ليست تمنعه.

ففي الشريعة نصوص عامة كثيرة تفيد ضرورة إعلام المرء بما يحرم عليه أو يطلب منه قبل مؤاخذته على الفعل أو الترك، ويعبر عن ذلك بالبلاغ، وهذا الذي أفادته الأدلة التي استدلت بها الدراسات المقارنة أثناء التأصيل الشرعي لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وقد بينته بوضوح في المبحث الأول من مصادره الأصيلة من القرآن الكريم والسنة المطهرة، وكتب التفسير وشروح الأحاديث.

وبعد هذا الموضع - الذي هو محل اتفاق - لم أقف في نصوص الشريعة على نصّ عام بمثابة قانون ملزم يفيد وجوب تعيين العقوبة جنساً وقدرًا لعموم المخاطبين قبل مؤاخذتهم على المخالفة، وفقاً لقول القانونيين في العنصر الثاني من مكوّنات المبدأ: "تحديد الجزاءات المقررة لها من حيث نوعها أو مقدارها"^(١).

(١) د. شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص ١٣.

ولم أفق على نصّ عام يفيد ضرورة ربط كل جريمة بعقوبة محدّدة ربطاً ملزماً، و عدم وجود النصّ العام الملزم لا يمنع أنّ التطبيق الإسلامي في باب الحدود جاء بغاية التحديد من حيث عنصري: تعيين الجريمة، وتحديد العقوبة وبيان أركانها ومقدار العقوبة ونوعها، كما سنرى ذلك بإذن الله، وثبت ذلك بدليل السنة الفعلية التي فعلها النبي ﷺ ورواها عنه المحدثون، واستنبط الفقهاء منها الأحكام.

ووجود هذا التحديد الدقيق في قسم الحدود من نظام العقوبات لا يدلّ على اضطراده أو إلزامه في نظام العقوبات في الإسلام ككل. وأيضاً فيما عدا تحديد الجريمة والعقوبة المستحقة لها تحديداً دقيقاً في قسم الحدود من النظام الجنائي في الإسلام، فلا تدلّ الأدلة على وجوب الإعلان المسبق عن نوع العقوبة ومقدارها، والتي عبّر عنها بعضهم بقوله: (أن يضع المشرّع هذا النصّ سلفاً)^(١)، وهو العنصر الرابع من عناصر مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ولزوم النصّ على التحريم، وترتب المؤاخذه عليه لا يستلزم النصّ على العقوبة جنساً وقدرًا.

والكلام في شرع الله -تعالى- لا يكون بغير دليل، فإذا لم نقف على نص صريح أو نقل عن علماء الشريعة يفيد ضرورة إعلام عموم المخاطبين بالعقوبة المعيّنة المقدّرة نوعاً وقدرًا المترتبة على الجريمة المعيّنة والإعلان عن ذلك قبل إيقاع العقوبة، فمن أين لنا أن ننسبه للشريعة

(١) د. شريف فوزي، مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، ص ١٣.

حتى لو وافق عقولنا!

نصل إلى أن الأدلة الشرعية التي أتت بها الدراسات المقارنة للتدليل على عمل الشريعة الإسلامية بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) تصلح دليلاً على الفكرة الكلية لمبدأ الشَّرْعِيَّة، وهي الإنذار والإبلاغ، و البلاغ في الشريعة يتعلّق بالحكم الشرعي: التكليفي و الوضعي، واستحقاق الثواب والعقاب بإطلاق، ولا يتعلّق بالتعيين المحدّد للعقوبة المترتبة على كل معصية بذاتها.

وبذلك تكون الأدلة الشرعية قد دلّت على بعض عناصر هذا المبدأ وليس كلّها، وكان الأولى التنبيه لذلك، ولا يضير الشريعة ذلك، بل الشريعة سابقة متبوعة، والكمال عندها دون سواها.

فإن قيل: يكفي في التأصيل الشرعي الاستدلال على أصل المسألة لا تفصيلاتها، وبالتالي فهذا النقد غير مسلم.

أقول: صحيح، إلا في حالتين:

الأولى: في حال إلزام الشريعة بالتفصيلات التي لا تدلّ عليها نصوصها - وهذا ما حصل - ففي هذه الحال يستقيم هذا النقد، وسيأتي توضيح ذلك تباعاً.

الثانية: حين تكون التفصيلات التي لا تدلّ عليها نصوص الشريعة من مكونات المبدأ الرئيسة التي يتوقف على وجودها وجوده، ويلزم من عدمها عدمه.

وفيما يلي توضيح ما تقدّم ذكره من أن النصوص الشَّرْعِيَّة لا تدلّ

على جميع عناصر مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص):

الأدلة التي استدلّت بها الدراسات المقارنة تدلّ على أصل مبدأ الشريعة بمعناه العام لا بمعناه القانوني:

إنّ ما ذكرته الدراسات المقارنة من أدلّة من النصوص والإجماع والقواعد الأصولية تفيد أنّ مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص معمول به في الإسلام، وأنّ أصله موجود في النصوص، وفي كلام الفقهاء؛ لكن المنصف يلحظ أنّ غاية ما دلّت عليه الأدلّة أنه لا عقاب قبل الإنذار، ولا مؤاخذة قبل التبليغ، وأنّ الحجة لا تقوم قبل الإعلام، وبذلك تتحقق العدالة، وكلّ ذلك متعلّق بكسب العبد وحكمه، أي متصل بشقّ التجريم.

ولم أفق على نص عام يرتب المؤاخذة على العلم بالعقوبة لا الجريمة، والإنذار وإن كان معناه: التخويف من العقاب، لكن ضرورة تحديد العقاب مفصلاً، سواء مجدّ واحد، أو مجدّين أقصى وأدنى ليس في شيء من النصوص العامة كما تقدّم ذكره، وبيان ذلك:

أ - الاستدلال بالقرآن الكريم:

إنّ آيات القرآن الكريم جاءت في موضوع بعثة الرسل للتبليغ والإنذار لتقوم الحجة الموجبة لاستحقاق العذاب، والمفسّرون والفقهاء استنبطوا منها عدم وجوب الأحكام قبل نزول الشرع، وأنّ الوجوب يتعلّق بالسمع لا بالعقل، والوجوب المقصود هو الذي يترتب عليه الثواب والعقاب كما تبيّن من قبل.

فإنزال الآيات الكريمة للاستدلال بها على مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ممكن بصورته العامة، وما يفيد من فكر العدالة المتمثل في عدم المؤاخذه قبل البلاغ والإنذار بالعقوبة للعاصي، وبعبارة أخرى: الإبلاغ بأن هذا الفعل محرّم، فهو جريمة يستحق عليها العاصي العقوبة، وليس في الآيات ما يفيد اشتراط تعيين العقوبة جنسها وقدرها، ولا الإعلان عنها بنصّ محدّد سواء كان نصّاً مسموعاً أو مقروءاً.

ب- الاستدلال بالأحاديث النبوية الشريفة:

إن استدلال الدراسات المقارنة بالسنة النبوية على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) مقبول للدلالة على أصل فكرة المبدأ، وليس على عناصره المحدّدة له في القانون، والتي تحكم تطبيقه، فالتأمّل يجد أن:

- حديث (الإسلام يهدم ما قبله) قضيته: عفو وإكرام لمن دخل في الإسلام بعدم محاسبة الله - تعالى - له على ما كان منه قبل إسلامه - ومثله أن الحجّ يهدم ما قبله، من حيث المغفرة الإلهية - فكون الإسلام يهدم ما قبله، لا يدلّ على عدم المؤاخذه مطلقاً، إنّما العفو عن المؤاخذه إذا أسلم الكافر، فلو بلغته الدعوة ولم يسلم، ومات على كفره، فهو محاسب.
- حديث النبي في خطبة الوداع (ربا الجاهلية موضوع..)، وورد على حقوق بدأت في الجاهلية ولم تتم، فلحقها حكم القانون الجديد، وهو الإسلام.

■ حديث ابن عباس عندما قال: "وقد كان أهل الجاهلية يتركون أشياء تقدّرا، فأنزل الله - عز وجل - في كتابه، وبين حلاله وحرامه، فما أحلّ فهو حلال، وما حرّم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو..." وما في معناه من أحاديث ليس فيه دليل إلا على أن التحريم والتحليل طريقه الشرع لا غير، وهذا تعلّقه بفعل المكلف الذي يتصل بشقّ التجريم.

ج- الاستدلال بالقواعد الأصولية:

فيما يخصّ الاستدلال بالقواعد الأصولية المستندة إلى الآيات القرآنية، فإنها تدلّ على أصل مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وفكرته العامة، فقاعدة " لا حكم للعقلاء قبل ورود النصّ وقاعدة " الأصل في الأشياء الإباحة " - يعمّان جميع أفعال المكلفين، ودخول الجرائم فيها، من قبيل دخول الجزء في الكلّ.

والقاعدتان، وإن دلّتا على أصل مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)؛ لكنهما لا تدلّان على تفصيلاته، خاصة من حيث النصّ على مقادير العقوبات تفصيلاً، وربط كل جريمة بعقوبة محدّدة معلومة معلنة بذكرها في نص مكتوب أو متلوّ، كنظام عقابي عام في الإسلام.

فقاعدة " لا حكم للعقلاء قبل ورود النصّ " تدلّ على أن أفعال المكلف لا توصف بشيء من الأحكام التكليفية الخمسة، ولا يتعلّق بها ثواب أو عقاب ما دام لم يرد نصّ بذلك، ويترتّب عليه: أنه لا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينصّ على تحريمها.

وقول عودة - رحمه الله - : "ولما كانت الأفعال المحرّمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها، وإنما بتقرير عقوبة عليها، سواء كانت العقوبة حدّاً أو تعزيراً" ^(١)، يُتَعَبَّبُ بأنَّ العقوبة في الشريعة قد تكون أخروية، وقد تكون دنيوية، ومنها ما هو حدّ مقدّر، ومنها ما هو تعزير غير مقدّر، ولذا قال بعض فقهاء الشريعة في كلام لهم في مسألة التكليف بالسمع: "يجوز أن يحرّم الله تعالى ويوجب، ولا يعجّل ذمّاً، بل يحصل الوعيد من غير ذمّ، ويجوز أن يكلف ولا يوجد عقاباً، بل يعجّله عقب الذنب، وإنما النزاع في كون الفعل متعلّقاً بالمؤاخذه الشرعية، كيف كانت ذمّاً أو غيره، عاجلة أو آجلة، هل يستقل العقل بذلك أم لا؟" ^(٢).

والصحيح - والله أعلم - أن الأفعال المحرّمة تعتبر محرّمة بطرق عديدة مذكورة في كتب أصول الفقه، ومنها: استعمال صيغة التحريم ومشتقاتها، أو نفي الحلّ، أو لعن الفاعل، أو اقتران الوعيد، وقد يكون أخروبياً، وقد يكون بترتيب عقوبة على الفعل، فليس من لوازم التحريم في كل الصور ذكر العقوبة سواء كانت حدّاً أو تعزيراً.

وأما القاعدة الثالثة: وهي: أنه لا يكلف شرعاً إلا بفعل معلوم علماً يحمل على الامتثال، وأن معنى العلم الذي يحمل على الامتثال: أن يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة، والقول بأن

(١) التشريع الجنائي في الإسلام (١/١٢٣).

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه (١/١١١).

تطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه: أن النص على الجريمة يقتضي النص على العقوبة^(١)؛ فمحلّ نظر من جانبيين:

الأول: إن علم المكلف أنه سيعاقب على عدم الطاعة لا يفيد أن العقوبة محدّدة نوعاً وقدرًا معلناً عنها بصورة مسبقة.

الثاني: إنّ كلام الأصوليين في شرط المكلف به وكونه معلوماً علماً يحمل على الامتثال لا يشهد لما ذكرته الدراسات المقارنة من أن العلم الذي يحمل على الامتثال هو الذي يقتضي علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة.

قال الأصوليون: "شرط المكلف به أن يكون معلوم الحقيقة للمكلف، معلوماً كونه مأموراً به.." ^(٢)، فكلامهم لا يقتضي أكثر من تعلق التكليف بعلم المأمور به أو المنهي عنه بما يمكن من الفعل أو الترك.

ونصل من ذلك إلى أن قوله (قواعد الشريعة الإسلامية تقتضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ) مقبول بالمعنى الكلي الذي يفهمه العامي، وليس بالمعنى الخاصّ الذي يفهمه القانوني من مبدأ الشريعة ومكوّناته الأربعة.

(١) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٢٣ - ١٢٤).

(٢) انظر: البعلي، المختصر في أصول الفقه، ص ٦٩.



المطلب الثاني

نقد اعتبار الحدود والتعازير تطبيقاً ضيقاً وموسعاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)

فكرة التطبيق الضيق والتطبيق الموسع هي فكرة متفق على ذكرها بين الدراسات المقارنة التي تناولت مبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وتطبيقاته في الإسلام.

ومفادها أنه يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها، ففي الجرائم الخطيرة تدقق في تحديد الجريمة وتعين 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^(١).

ومع التسليم بوجود نظامين للعقوبة في الإسلام، أحدهما مبني على التوقيف، والآخر مسموح بالاجتهاد فيه وفق قواعد وضوابط، لكن ربط النظامين بمبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في القانون الوضعي الجنائي، وجعلهما تطبيقين له أو نمطين من أنماط

(١) انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي في الإسلام (١/١٧٢ - ١٧٣).

تطبيقه يظل محلاً للنظر.

والذي أراه - والله أعلم - أن قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا
بنص) بعناصرها المحددة التي ذكرها القانونيون لا تحتل التطبيق الموسع
التي ذكرته الدراسات المقارنة كوصف لعلاقة باب التعزير في الإسلام
بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وعبارة التطبيق الموسع لا
تنسجم مع عناصر مبدأ الشَّرْعِيَّة القائمة على التقدير الدقيق والمسبق
والمعلن - كما تقدّم - ويكفي دليلاً على ذلك قول الفقهاء في تعريف
التعزير: (عقوبة غير مقدرة)^(١)، وبسط الكلام عن سريان مبدأ
الشَّرْعِيَّة على نظام التعزير في الإسلام فيه بحث آخر للباحثة^(٢).

(١) انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ١٠٠).

(٢) عنوان البحث: سريان مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) على باب التعزير (دراسة
مقارنة).



المطلب الثالث

نقد إلزام الشريعة بالتحديد المسبق للعقوبة نوعاً وقدرًا، والإعلان عنه

أشارت الدراسات المقارنة إلى فكرة التطبيق الضيق والموسّع، وظهر تبعاً لذلك ما يشير إلى إلزامهم نظام الحدود في الإسلام بتطبيق مبدأ الشَّرعية بعناصره ومكوناته التي ذكرها القانونيون، حيث اعتنوا بتقديم التفسير والتبرير لما بدا مخالفاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) من تطبيقات في عهد النبوة، واجتهدوا في إثبات أن تطبيق عقوبة الحرابة والقذف واللعان والظهار لم يكن بأثر رجعي، كما تقدّم نقله عنهم في المبحث الأوّل.

وهذا التوجّه التبريري لما يظهر خروجه عن مبدأ الشَّرعية من تطبيقات في عهد النبوة منشؤه سحب الاستدلال لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) كفكرة تؤيّدتها نصوص الشريعة العامة على المبدأ بمعناه الخاص، وعناصره المحدّدة التي ذكرها القانونيون، بما يجعله مبدأ ملزماً للشريعة، وهذا كله أوقع الدراسات القانونية في مأزق أثناء إسقاط قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) على التطبيقات الإسلامية، وجرّهم إلى محاولة تفسير بعض التطبيقات في العهد النبوي التي وصفوها بأنها خلاف الأصل، في محاولة لإيجاد جواب مقنع ينفي التهمة عن الشريعة الغراء.

ورغم أنني أتفق مع البعض فيما ذكروه من أجوبة استنبطوها من دراسة النصوص في الوقائع - كما سبق ذكره أثناء المناقشة والترحيح - لكن مع التأكيد على أن الأدلة الشرعية من الآيات القرآنية والأحاديث التي استدلت بها الدراسات المقارنة على مبدأ الشريعة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) تدلّ على تحديد المحرمات، وهو شقّ الجريمة، والتحرّيم يقترن بعلم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة، وهذا أيضاً معنى التجريم، لكن من غير أن يتجاوز هذا المعنى العام لما هو أكثر منه من إلزام الشريعة بتحديد نوع أو مقدار العقوبة، وإعلام عموم المخاطبين بها قبل تطبيقها.

ولا يضرّ الشريعة وجود تطبيقات ليس فيها العناصر التي لم تدلّ عليها نصوصها، ويكون إلزام الشريعة حينها من قبيل إلزامها ما لا يلزم، ومن ذلك: ضرورة التحديد المسبق للعقوبة ومقدارها وإعلام الجاني أو مجموع المخاطبين بها، الذي لم أقف عليه في نصوص الشريعة الإسلامية بشكل واضح صريح يسمح بنسبة مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بعناصره وتفصيلاته القانونية إلى الشريعة الإسلامية بشكل مطلق وبغير تحفظات.

وبناء عليه، يكون تفسير وشرح الوقائع التي حدثت في العهد النبوي بدافع التبرير لما قد يظن مخالفته لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) غير مستساغ، والله أعلم.

وفيما يلي إثبات أن الإلزام بتحديد العقوبة نوعاً وقدرًا بشكل مسبق لا تدلّ عليه نصوص الشريعة:

الأدلة على أن تحديد العقوبة نوعها ومقدارها وإعلانها للمخاطبين في زمن يسبق التطبيق ليس على سبيل الإلزام في نصوص الشريعة وتطبيقاتها:

الأحاديث النبوية، والقواعد الأصولية، والأحكام الفقهية التي ذكرها الفقهاء، تشهد بطريق المفهوم وقياس العكس على أن التحديد الدقيق للعقوبة وإعلام المخاطبين بذلك ليس على سبيل الإلزام، وبيان ذلك:

١ - الأحاديث النبوية التي بيّنت ما يجب على الإمام فعله لم تنصّ على ضرورة التأكّد من علم الجاني المعين، أو جماعة المخاطبين بالعقوبة المقدّرة:

إنّ القرآن الكريم جاء مجملًا في الغالب، والسنة النبوية - على صاحبها أفضل الصلاة وأتمّ التسليم - جاءت مفصّلة ومبيّنة للقرآن الكريم.

والذي يتتبع الأحاديث النبوية في أبواب الحدود يقف على عناية الشارع بالتقدير، ويقف على مجالات متعددة لهذا لتقدير منها: تقدير العقوبة، وأحوالها بالنسبة لوصف فاعلها، وشروط الفاعل، وطريقة الإثبات، والإجراءات التي على القاضي فعلها، ووقت إقامة الحدّ، ومع ذلك التدقيق والتقدير الذي بلغ الغاية؛ يعسر الوقوف على نص واضح

صريح ثابت يفيد ضرورة إعلان العقوبة المقدرة نوعاً وكماً للجريمة المحددة في وقت يسبق وقوع الجريمة أو إقامة الحد، أو حتى نص يفيد ضرورة التأكد من علم الجاني بالعقوبة المقدرة بعد ثبوت علمه بجريمة الفعل، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز؛ كما هو مذهب فريق من الأصوليين^(١).

ولنأخذ مثلاً على ذلك بذكر بعض الأحاديث التي وردت عن رسول الله ﷺ تبين ما يفعله الإمام، وما يسأل عنه الجاني، وليس فيها ما يشير إلى التأكد من العلم بالعقوبة المقدرة مع أنّ الزمن زمن تشريع، والناس فيه حدثاء عهد بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ذلك:

روى مسلم - رحمه الله - : "جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، طهرني. فقال: ويحك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه. قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال: يا رسول الله، طهرني. فقال رسول الله ﷺ ويحك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه. قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء. فقال: يا رسول الله طهرني، فقال النبي ﷺ مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة؛ قال له رسول الله ﷺ: فيما أطهرك؟ فقال: من الزنى. فسأل رسول الله ﷺ: أیه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: أشرب خمراً؟ فقام رجل، فاستنكهه، فلم يجد منه ريح خمر، قال: فقال رسول الله ﷺ أرتيت؟ فقال: نعم، فأمر به فرجم، فكان الناس فيه فرقتين: قائل يقول: لقد هلك لقد أحاطت به خطيئته. وقائل

(١) انظر: أبو الحسين البصري، المعتمد (١/ ٣١٥).

يقول: ما تَوْبَةٌ أَفْضَلُ مِنْ تَوْبَةِ مَاعِزٍ أَنَّهُ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ وَوَضَعَ يَدَهُ فِي يَدِهِ، ثُمَّ قَالَ: افْتَلْنِي بِالْحِجَارَةِ. قَالَ: فَلْيُثْبِتُوا بِذَلِكَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً، ثُمَّ جَاءَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُمْ جُلُوسٌ، فَسَلَّمَ، ثُمَّ جَلَسَ فَقَالَ: اسْتَغْفِرُوا لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ. قَالَ: فَقَالُوا: غَفَرَ اللَّهُ لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ. قَالَ، فَقَالَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ قُسِمَتْ بَيْنَ أُمَّةٍ لَوْ سَعَتْهُمْ.

قال: ثُمَّ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ مِنْ غَامِدٍ مِنَ الْأَزْدِ. فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، طَهَّرْنِي. فَقَالَ: وَيْحَكَ، ارْجِعِي فَاسْتَغْفِرِي اللَّهَ وَتُوبِي إِلَيْهِ. فَقَالَتْ: أَرَأَيْكَ تُرِيدُ أَنْ تُرَدِّدَنِي كَمَا رَدَّدْتَ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ. قَالَ: وَمَا ذَاكَ؟ قَالَتْ: إِنَّهَا حُبْلَى مِنَ الزَّيْنِيِّ. فَقَالَ: أَنْتِ؟ قَالَتْ: نَعَمْ. فَقَالَ لَهَا: حَتَّى تَضَعِي مَا فِي بَطْنِكَ. قَالَ: فَكَفَلَهَا رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ حَتَّى وَضَعَتْ. قَالَ: فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: قَدْ وَضَعْتُ الْعَامِدِيَّةَ. فَقَالَ: إِذَا لَأَ نُرْجِمُهَا وَنَدَعُ وَلَدَهَا صَغِيرًا لَيْسَ لَهُ مِنْ يُرْضِعُهُ. فَقَامَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ: إِلَيَّ رَضَاعُهُ يَا نَبِيَّ اللَّهِ. قَالَ: فَارْجَمُهَا^(١).

و عقد البخاري - رحمه الله - "باب: هل يقول الإمام للمقر: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ غَمَزْتَ؟"^(٢) روى فيه: "عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: لَمَّا أَتَى مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: لَعَلَّكَ قَبَلْتَ أَوْ غَمَزْتَ أَوْ نَظَرْتَ؟ قَالَ: لَأَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: أَنْكُتَهَا. لَأَ يَكْنِي. قَالَ: فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ"^(٣).

(١) صحيح مسلم (٣/١٣٢١ - ١٣٢٢)، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، ح (١٦٩٥).

(٢) صحيح البخاري (٦/٢٥٠٢).

(٣) صحيح البخاري (٦/٢٥٠٢)، ح (٦٤٣٨).

و " بَابِ سُؤَالِ الْإِمَامِ الْمُقَرَّرِ: هَلْ أَحْصَنْتَ؟ " ^(١) روى فيه: " أَنْ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ: أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجُلٌ مِنَ النَّاسِ وَهُوَ فِي الْمَسْجِدِ، فَنَادَاهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي زَنَيْتُ - يُرِيدُ نَفْسَهُ - ... الْحَدِيثُ، وَفِيهِ: فَلَمَّا شَهِدَ عَلَى نَفْسِهِ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ؛ دَعَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ: أَيْكَ جُنُونٌ؟ قَالَ: لَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: أَحْصَنْتَ؟! قَالَ: نَعَمْ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: اذْهَبُوا بِهِ، فَارْجُمُوهُ ^(٢) .

وعقد البخاري باباً ترجم له: " بَابُ إِذَا أقرَّ بِالْحَدِّ وَلَمْ يُبَيِّنْ، هَلْ لِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَرْ عَلَيْهِ " ^(٣) روى فيه " عن أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَجَاءَهُ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ حَدًّا، فَأَقِمَهُ عَلَيَّ. قَالَ: وَلَمْ يَسْأَلْهُ عَنْهُ. قَالَ: وَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ، فَصَلَّى مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فَلَمَّا قَضَى النَّبِيُّ ﷺ الصَّلَاةَ؛ قَامَ إِلَيْهِ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ حَدًّا، فَأَقِمْ فِيَّ كِتَابَ اللَّهِ. قَالَ: أَلَيْسَ قَدْ صَلَّيْتَ مَعَنَا؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ غَفَرَ لَكَ ذُنُوبَكَ، أَوْ قَالَ: حَدَّكَ " ^(٤) .

فلاحظ في كل ما سبق أنه لم يرد حديث سأل فيه النبي ﷺ الزاني المقر، هل كان يعلم عقوبة الزنا؟ مع أن العهد عهد تشريع الناس فيه حدثاء عهد بالإسلام، ولو كان اطمئنان القاضي لعلم الجاني بالعقوبة لازماً لبينه النبي ﷺ، ولذكره الفقهاء في الأحكام الفقهية المستنبطة من

(١) صحيح البخاري (٦/ ٢٥٠٢).

(٢) صحيح البخاري (٦/ ٢٥٠٢)، ح (٦٤٣٩).

(٣) صحيح البخاري (٦/ ٢٥٠١).

(٤) صحيح البخاري (٦/ ٢٥٠١)، ح (٦٤٣٧).

النصوص.

ولا يعكّر على ذلك أن اعتراف الزاني، ومجيئه ابتداءً، وقوله "ظَهْرَنِي" دالٌّ على علمه بالعقوبة، لأن النبي ﷺ في مقام المشرِّع والمبيِّن للأحكام، والاستفصال لو كان لازماً، لفعله النبي ﷺ ليعلم الأمة والقضاة الواجب عليهم فعله والاستيثاق منه في مثل هذه المواطن.

٢ - القياس يجري في العقوبات والحدود على مذهب جمهور

الفقهاء :

القياس عبارة عن اجتهاد في إلحاق حكم الفرع بالأصل لعلّة جامعة، وإذا لحق القياس باب العقوبات، فمعناه أنّ التحديد المسبق لعقوبة كل جريمة بعينها ليس على سبيل اللزوم في الشريعة بإطلاق، وقد يرتكب مجرم فعلاً ليس منصوصاً على عقوبته، فيحكم القاضي فيه بعقوبة منصوصة على فعل آخر لعلّة جامعة، وجواز الاجتهاد ينفي لزوم التحديد المسبق والمعلن للعقوبة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل القياس جائز في باب العقوبات، ومنها الحدود ؟

لقد اختلف الفقهاء حول جواز القياس وعدم جوازه في باب الحدود من العقوبات خاصّة.

وقد تطرقت الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون كلام الفقهاء حول العمل بدليل القياس في باب الحدود، وتناولوه بالشرح والتعليق، ووصلوا إلى القول بـ: " أن القياس الذي ينشئ جريمة لم يرد بشأنها نص

أو ينشئ عقوبة لم يرد بشأنها نص قياس غير جائز في ظل الفقه الجنائي الإسلامي لدى جانب ملحوظ من الفقهاء^(١)، وأكثر فقهاء القانون الذين وقفت على كتاباتهم بهذا الخصوص ذهبوا إلى ترجيح عدم جواز القياس في شقي التجريم والعقاب^(٢).

ولكن الذي مال إلى ترجيحه القانونيون ليس هو ما عليه جمهور الفقهاء، فإن "مذهب الشافعي وأحمد بن حنبل وأكثر الناس جواز إثبات الحدود والكفارات بالقياس، ولهم أدلة على ذلك، ومن أظهر أدلتهم: إجماع الصحابة، لأن الصحابة لما تشاوروا فيما بينهم في حدّ شارب الخمر، قاس عليّ ﷺ حدّ الشرب على حدّ القذف، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة.

وذهبت الحنفية إلى عدم إثبات الحدود والكفارات بالقياس، فالطريق إلى معرفتها التوقيف.

قال الكاساني -رحمه الله-: "لا مجال للاجتهاد في الحدّ، بل لا يعرف إلا بالتوقيف، وللاجتهاد مجال في التعزير"^(٣).

ومن أظهر أدلتهم: أن الحدود والكفارات من الأمور المقدّرة التي لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها، والقياس فرع تعقل علة حكم الأصل، فما لا يعقل له من الأحكام علة، فالقياس فيه متعذر كما في

(١) د. الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ١١٥.

(٢) راجع: المصدر السابق، ص ١١٦، د. الجزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٩٣ - ١٩٤.

(٣) بدائع الصنائع (٧ / ٣٤).

أعداد الركعات، وأنصبة الزكاة ونحوها.

وأن الحدود عقوبات وكذلك الكفَّارات فيها شائبة العقوبة، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ، وذلك شبيهة، والعقوبات تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام: (ادرأوا الحدود بالشبهات)^(١).

ومهما يكن الراجح من القولين، فإن الموضوعية والإنصاف تحتم اعتبار الرأي القائل بجواز القياس في الحدود والكفَّارات وعدم تجاهله، كونه مذهباً لأئمة معتبرة أقوالهم.

فضلاً عن أنَّ اجتهاد القاضي في عقوبة التعزير محلَّ إجماع من الفقهاء^(٢)، وإذا كان للقاضي في الإسلام الاجتهاد في شقِّ العقوبة وفق ضوابط وضعتها الشريعة، أصبح هذا أيضاً ناقضاً للآثار القضائية لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) التي تؤكد على أنه: لا يقضي القاضي بالعقوبات إلا بما يقضي النصّ الصريح بتوقيعه، وأنه لا يقضي بعقوبة

(١) انظر: مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص ٥٠٧-٥٠٨.

والحديث أخرجه الترمذي، ولفظه: " عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: " اذرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العقوبة خير من أن يخطئ في العقوبة "

سنن الترمذي (٣٣/٤)، باب ما جاء في درء الحدود، رقم (١٤٢٤).

قال ابن الملتن: " هو في الترمذي والحاكم من حديث عائشة مرفوعاً بلفظ: " ادرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم "، وضعف الترمذي رفعه. وأما الحاكم فصححه. تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج ص ٨٥٨٥.

(٢) انظر: مصطفى الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص ٥٠٧-٥٠٨.

جريمة في جريمة أخرى مهما كانت ملائمة العقوبة لتلك الجريمة، كما تقدم بيانه^(١).

٣- العلم بالمكلف به الذي يحمل على الامتثال معناه: علم حقيقة المطلوب فعله أو تركه، لا علم ما يترتب عليه:

لما تكلم الأصوليون عن شروط التكليف، ذكروا شروط المكلف به، وفريق ذهب إلى أن من شرطه أن يكون معلوماً للمكلف، والمكلف بالغ عاقل فاهم، وبعلمه حقيقة المطلوب فعلاً أو تركاً لا يسعه إلا الطاعة والانقياد، وليس في عباراتهم أن يعرف المكلف نوع العقوبة التي تلحقه إن لم يطع، بل في نصوصهم تعرض لعلمه بشروط الفعل ونحوه. وعبارة بعض الأصوليين: "شرط المكلف به أن يكون معلوم الحقيقة للمكلف، معلوماً كونه مأموراً به"^(٢).

وسبق التنبيه إلى أن المقصود بالعلم هو إمكان العلم^(٣).

٤- التقدير الفائق في "الحدود" خلا عن الإشارة إلى الإعلام المسبق بنوع العقوبة وقدرها:

في مقابل نصوص الشريعة العامة التي ترتب المؤاخذه على التبليغ والإعلام العام؛ ننف على نصوص خاصة في موضوع العقوبات تحدّد جرائم معينة، هي جرائم الحدود، وتحدّد العقوبة فيها، وتشير إلى طريقة الإثبات، وكيفية تنفيذها، والقواعد المنظمة لإقامتها.

(١) انظر: البحث (المبحث الأول).

(٢) انظر: البعلي، المختصر في أصول الفقه، ص ٦٩.

(٣) راجع: البحث (المبحث الأول).

ومن هذه النصوص استنبط الفقهاء أحكاماً تحدّد بدقة الركن المادي في جرائم الحدود، وتحدّد بدقة العقوبة فيها، وتشير إلى علم الجاني بعينه بالتحريم كشرط من شروط إقامة الحدّ، وليس مجرد الإعلان العام، وتسقط الحدّ بشبهة الجهل فيما هو غالب الجهل فيه، وكذا فيمن يغلب منه الجهل، وتشكّل مجموعة النصوص والأحكام نظام الحدود في الإسلام.

وفيما يلي استعراض أهمّ أحكام الحدود باعتبارها المجال الأوّل لتطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في نظر الدراسات المقارنة، فإذا ثبت خلوّ الأحكام في الحدود عن الإشارة لضرورة إعلام المخاطبين المسبق بالعقوبة المقدّرة، فيكون انسحاب ذلك على التعزير بطريق الأوّل:

جملة من أحكام الحدود في النظام العقابي في الشريعة الإسلامية:

الحدود نوع من العقوبات في الإسلام ، والمقصود بالحدّ في الشريعة: "هو العقوبة المقدّرة حقاً لله - تعالى -؛ حتى لا يسمّى القصاص حدّاً؛ لأنه حق العبد، ولا التعزير لعدم التقدير"^(١).
وإقامة الحدود واجبة على الأئمة^(٢)، فهي نوع من العقوبات ليس للإمام فيها خيار العفو، ولا تسقط بالتوبة. قال القرافي - رحمه الله -:
"الحدود لا تسقط بالتوبة إلا الحراة لكون الحد فيه تنكيلاً، ولا تنكيل

(١) المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢/٩٤).

(٢) انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢/٢٢٣).

مع التوبة، وهو في غيرها إن وقع قبل التوبة هو تنكيل، أو بعدها فتطهير^(١).

وثبت تشريع العقوبات الحديثة بالنصوص، والإجماع:

قال تعالى في حد الزنا: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾

[النور: ٢].

وقال تعالى في حد القذف: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾

[النور: ٤].

وقال تعالى في حد السرقة: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾

[المائدة: ٣٨].

وقال تعالى في حد الحرابة: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾

[المائدة: ٣٣].

وهكذا في كل حد من حدود الله نجد تشريعاً قرآنياً.

وفي السنة النبوية، في حد الشرب:

ما روي في الصحيح: "عن أنسٍ أنَّ النبي ﷺ كان يضربُ في الخمرِ بالنُّعَالِ وَالْجَرِيدِ أَرْبَعِينَ"^(٢).

(١) الذخيرة (١٠/٢١٨).

(٢) صحيح مسلم (٣/١٣٣١)، باب: حد الخمر، (١٧٠٦).

وأجمع العلماء على مشروعية إقامة الحدود، وحصر ابن المنذر مسائل الإجماع في الحدود في كتاب الإجماع له^(١).
ولقد جاء التقدير في تشريع الحدود في الفقه الإسلامي مستوعباً مستغرقاً كل ما يتصل بإقامة الحدّ.

فلما بدأ الكاساني - رحمه الله - من الحنفية كتاب الحدود قال:
"الكلام في الحدود يقع في مواضع، في بيان معنى الحدّ لغة وشرعاً، وفي بيان أسباب وجوب الحدود، وشرائط وجوبها، وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضي، وفي بيان صفاتها، وفي بيان مقدار الواجب منها، وفي بيان شرائط جواز إقامتها، وفي بيان كيفية إقامتها، وموضع الإقامة، وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب، وفي بيان حكمها إذا اجتمعت، وفي بيان حكم الحدود"^(٢).

وأستعرض - فيما يلي - مجالات التقدير في تشريع الحدود كما ذكرها الفقه الإسلامي، وهي تشهد بطريق الاستقراء على أنّ الإلزام بالنصّ المسبق المحدّد لنوع ومقدار العقوبة لم يرد في كلام الفقهاء - والله أعلم -.

وأشير إلى أنني أفرد الكلام على شروط وجوب الحدّ بعنوان خاص يعقب العنوان التالي؛ وذلك لأهميته بالنسبة لموضوع البحث.

(١) راجع: الإجماع ص ١١٢ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع (٧ / ٣٣).

مجالات التقدير في باب الحدود:

أ - شق الجريمة:

في تشريع الحدود تحديد دقيق للجريمة يستوعب كيفيات الأفعال والأقوال التي يتحقق بها وصف سلوك ما بأنه جريمة، وطرائق الإثبات في كل جريمة، ومن ذلك:

١ - تحديد الفعل المجرم:

إن المتأمل في أبواب الحدود في الفقه الإسلامي يرى من تحقيق مبدأ الشرعية في شقّ (لا جريمة إلا بنصّ) ما لا يراه في أي قانون وضعي من حيث دقة التحديد، وحصر الكيفيات المجرمة الموجبة لإقامة الحدّ، سواء كانت قولاً أو فعلاً.

جاء في القذف في تحديد الجريمة قول الشافعية: " القذف أن يقول: يا زاني، أو قد زנית، أو رأيتك تزني، أو زنا بك زان، فإن قال: زنأت في الجبل يريد به الترتي في الجبل فليس بقذف، ولو قال للرجل: يا زانية، أو قال للمرأة: يا زان؛ كان قذفا لهما " (١).

وفي الشرب، قالوا: "ومن شرب خمراً أو نبيذاً مسكراً؛ حدّ أربعين بالثياب والأيدي... " (٢).

ولهم في تعريف الخمر كلام يعرفه المتخصصون.

وفي السرقة، حدّد الفقهاء نوع المسروق وكمّته ومكان وجوده،

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٦٩.

(٢) الماوردي، الإقناع ص ١٧٠.

ومالكه، ونوع الصلة بين السارق والمسروق منه.

قال الحنفية في تحديد جنس المسروق وقدره في جريمة السرقة الموجبة للقطع: "باب ما يقطع فيه وما لا يقطع": ولا قطع فيما يوجد تافها مباحاً في دار الإسلام، كالخشب والحشيش، والقصب، والسّمك، والطيور.... والأصل فيه حديث عائشة - رضي الله عنها - قالت: كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله - عليه الصلاة والسلام - في الشيء التافه^(١) أي: الحقير، وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقلّ الرغبات فيه، والطباع لا تضمن به، فقلما يوجد أخذه على كره من الملك، فلا حاجة إلى شرع الزاجر، ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب، ولأن الحرز فيها ناقص، ألا يرى أن الخشب يلقي على الأبواب، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز، والطيور يطير، والصيد يفر... " (٢).

وقال الشافعية: "ومن سرق ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار من غالب النقود الجيدة من حرز مثله، ولم يكن له شبهة في الحرز ولا في المال ولا في المالك؛ قُطِعَتْ يده اليمنى من الزند، وحُسِمَت بالدهن

(١) المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ١١٧).

والحديث أخرجه ابن أبي شيبة - رحمه الله - في مصنفه.

انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥ / ٤٧٧)، باب من قال: لا تقطع في أقل من عشرة دراهم، (٢٨١١٤).

وجمع الزيلعي - رحمه الله - طرقه، مشيراً إلى اختلاف في وصله وإرساله عند المحدثين.

انظر: نصب الرأية (٣ / ٣٦٠).

(٢) انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ١١٧).

الحرار^(١).

وقالوا في تحديد كيفية السرقة والعلاقة بين السارق والمال المسروق:
"ولا قطع على غاصب، ولا مختلس، ولا خائن، ولا على والد سرق
من مال ولده، ولا على ولد سرق من مال والده، ولا على زوج سرق
من مال زوجته، ولا على زوجة سرقت من مال زوجها، ولا على عبد
سرق من مال سيده"^(٢).

وقال الفقهاء في تحديد الركن المادي للجريمة في الحرابة الذي به
يتحقق المناط في وصف فعل ما بأنه حرابة: "وقطاع الطريق هم الذين
يعترضون الناس بسلاحهم جهراً، ويأخذون أموالهم عنوة وقهراً في
مصر وغيره، فهم المحاربون لله ورسوله"^(٣).

وقالوا: "الحرابة: كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه يتعدّر معه
الاستغاثة عادة، كإشهار السلاح والخنق وسقي السكران لأخذ المال،
وإن قتل عبداً أو ذمياً على ما معه وإن قلّ، فهو محارب.
وفي المنتقى: قال القاضي أبو أحمد المحارب هو: القاطع للطريق،
المخيف للسبيل، الشاهر السلاح لطلب، فإن أعطي وإلا قاتل عليه، كان
في الحضرة أو خارج المصر"^(٤).

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٧١.

(٢) الماوردي، الإقناع ص ١٧٢.

(٣) الماوردي، الإقناع ص ١٧٣.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢/ ٢٠٣ - ٢٠٤).

وفي شرط المحارب: قال القرطبي - رحمه الله - : " اختلف العلماء
فيمن يستحق اسم المحاربة:

فقال مالك: المحارب عندنا من حمل على الناس في مصر أو في برية،
وكابرههم عن أنفسهم وأموالهم، دون نائرة ولا ذحل ولا عداوة...
وقالت طائفة: حكم ذلك في مصر، أو في المنازل والطرق، وديار
أهل البادية والقرى سواء، وحدودهم واحدة، وهذا قول الشافعي وأبي
ثور..

وقالت طائفة: لا تكون المحاربة في مصر إنما تكون خارجاً عن
المصر، هذا قول سفيان الثوري وإسحاق والنعمان ^(١).

هذا كله يعطينا تحديد جريمة الحاربة، وما يشترط فيها من: المكابرة
أو المغالبة، وهو الركن الذي اتفق عليه الجميع، وإن اختلفوا في مصر
وغيره، وسواء على مال أو غيره.

ويفيض الفقهاء عادة في ذكر أمثلة عديدة لما يكون حاربة، وما لا
يكون، مثل قولهم: "مسألة ولو دخل داراً بالليل، وأخذ مالاً مكابرة،
ومنع من الاستغاثة، فهو محارب.

(مسألة): ولو دخل على رجل في داره، فضربه، وكابره حتى ضربه
أو جرحه أو قتله، ثم خرج ، ولم ينهب متاعاً، وكان ذلك لعداوة، فليس
بمحارب، وفيه القصاص، وليس كل غاصب محارباً ^(٢).

(١) الجامع لأحكام القرآن (٦ / ١٥١).

(٢) انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢٠٤)، وانظر: كلام الخطّاب حول قتل الغيلة
وأشباهه ودخول ذلك أو خروجه من فعل المحاربة. مواهب الجليل (٦ / ٢٣٣).

وفي كل ذلك تحديد دقيق للأفعال المجرّمة، كيفاً ووصفاً.

٢- تحديد القصد من الفعل:

إن الفعل الواحد قد يكون جريمة وقد لا يكون، بحسب قصد الفاعل.

مثلاً: قال الفقهاء: "ومن دفع عن نفسه أو ماله أو حريمه فهو بريء إن قتل، وكان مضموناً إن قُتل" (١).

٣- تحديد طريق الإثبات في كل جريمة:

حدّدت الشريعة طريق الإثبات في كل جريمة بحسبها.

ولنأخذ مثلاً لذلك جريمة الزنا:

قال الحنفية: "الزنا يثبت بالبينة والإقرار، والمراد ثبوته عند الإمام ...".

فالبينة: أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا لقوله تعالى: ﴿فَأَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، وقال الله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]. وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته: "أئت بأربعة يشهدون على صدق مقاتلك" (٢)، ولأن

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٧٣.

(٢) قال ابن حجر - رحمه الله -: "لم أجد هكذا، وفي البخاري في حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية: البينة وإلا حد في ظهرك" ورواه أبو يعلى من حديث أنس، فقال فيه: "أربعة شهود وإلا فحد في ظهرك".

الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢ / ٩٤)، وانظر: صحيح البخاري (٢ / ٩٤٩)، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، رقم (٢٥٢٦)، مسند أبي يعلى (٥ / ٢٠٧)، (٢٨٢٤).

في اشتراط الأربعة يتحقق معنى الستر، وهو مندوب إليه، والإشاعة ضده.

وإذا شهدوا؛ يسألهم الإمام عن الزنا، ما هو؟ وكيف هو؟ وأين زنى؟ ومتى زنى؟ وبمن زنى؟، ولأن النبي - عليه الصلاة والسلام - استفسر ماعزاً عن الكيفية^(١)، وعن المزنية، ولأن الاحتياط في ذلك واجب؛ لأنه عساه غير الفعل في الفرج عناه، أو زنا في دار الحرب، أو في المتقادم من الزمان، أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود، كوطء جارية الابن، فيستقصى في ذلك احتيالياً للدرء.

فإذا بينوا ذلك، وقالوا: رأيناها وطئها في فرجها كالميل في المكحلة، وسأل القاضي عنهم، فعدّلوا في السرّ والعلانية حكم بشهادتهم، ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالياً للدرء. قال عليه الصلاة والسلام: " ادرءوا الحدود ما استطعتم " ^(٢)، بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة - رحمه الله - ... " ^(٣) .

هذا التفصيل كلّه في ثبوت الزنا بالبينة.

فإذا كان طريق الثبوت هو الإقرار، فقد بين الفقهاء أيضاً تفصيله، فذكروا: كيف يكون الإقرار؟ وعن ماذا يسأله القاضي؟ وما الحكم إن رجع المقرّ عن إقراره؟ وذكروا ذلك معلقاً بوقت رجوعه، وهل هو قبل

(١) حديث ماعز ﷺ تقدّم، انظر: ص ٣٨، ٣٩.

(٢) تقدّم تخرجه.

(٣) انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ٩٤ - ٩٥)، وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٧ / ٤٩).

إقامة الحدّ أو في وسطه؟^(١) .

وذكر الفقهاء ما يجب على القاضي فعله، وما يستحبّ له فعله، ومن ذلك قولهم: "ويستحبّ للإمام أن يلحق المقرّ الرجوع، فيقول له: لعلك لمست أو قبلت لقوله - عليه الصلاة والسلام - لما عزّ ﷺ لعلك لمستها أو قبلتها. قال في الأصل: وينبغي أن يقول له الإمام: لعلك تزوجتها، أو وطئتها بشبهة... " ^(٢) .

ب - شق العقوبة:

في نظام الحدود تقدير للعقوبة نوعاً وكماً مع تحديد شروط إقامتها، وكيفية إيقاع العقوبة بما يحكم اختلاف طبائع القائمين على التنفيذ أو مراداتهم، وتحديد مسقطاتها.

فقد ذكرت الشريعة في جرائم الحدود كافة التفاصيل المتعلقة بالعقوبة، فقدرتها كمّاً وكيفاً وبيّنت شروط تنفيذها وكيفية تنفيذها، ومسقطات تنفيذها، وقدرتها في حال تكرارها، وقدرتها في حال اشتراك الجماعة فيها، وقدرتها بحسب قوّة طريق الإثبات.

فلاحظ أن التحديد بلغ غايته في شق العقوبة أيضاً، بحيث لم يترك مجالاً للاجتهاد في التقدير بعد انقضاء عهد التشريع والخلفاء الراشدين، ولذلك سمّيت (عقوبة مقدّرة)، أو (حدود) وهذا التقدير بهذه الدقة لا نجد في مواد القانون الوضعي.

(١) راجع: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢/٩٥).

(٢) راجع: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢/٩٦)، وحديث ماعز رضي الله عنه تقدّم.

وفيما يلي أحكام متفرقة منتقاة من كتب الفقه، توضح مجالات التقدير في شقّ العقوبة، وكيف جاء تحديد العقوبة في الفقه بشكل دقيق، وعلى نحو فريد.

١ - مقدار العقوبة:

قال الشافعية في حدّ القذف: "وإذا قذف الحرّ البالغ العاقل حرّاً بالغاً عاقلاً عفيفاً مسلماً حدّ القاذف ثمانين سوطاً" (١).

وقالوا في حدّ الشرب: "ومن شرب خمراً أو نبيذاً مسكراً؛ حدّ أربعين بالثياب والأيدي..." (٢).

٢ - تحديد العقوبة عند تكرار الجريمة:

مثلاً: حدّد الفقهاء العقوبة عند تكرار الجريمة التي في عقوبتها إتلاف عضو، قالوا في السرقة: "ومن سرق ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار من غالب النقود الجيدة من حرز مثله، ولم يكن له شبهة في الحرز ولا في المال ولا في المالك؛ قُطِعَتْ يده اليمنى من الزّند، وحُسِمَتْ بالدهن الحار، فإن سرق ثانية؛ قُطِعَتْ رجله اليسرى من الكعب، وحُسِمَتْ، فإن سرق الثالثة؛ قُطِعَتْ يده اليسرى، فإن سرق رابعة؛ قُطِعَتْ رجله اليمنى، فإن سرق بعد الرابعة؛ عزّر ولم يقتل، ولو لم يُقَطَّع في الأولى حتى سرق مراراً؛ قُطِعَتْ يده اليمنى بجمعها..." (٣).

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٦٩.

(٢) الماوردي، الإقناع ص ١٧٠.

(٣) الماوردي، الإقناع ص ١٧١.

٣- تحديد العقوبة إذا كان الفاعل جماعة مشتركين:

حدّد الفقهاء عقوبة كل فرد إذا اشترك في الجريمة جماعة، وسواء اتحد جنس فعلهم أو اختلف: "وإذا اشترك الجماعة في سرقة؛ لم يقطعوا حتى تبلغ حصة كل واحد منهم ربع دينار فصاعداً. وإذا نَقَبَ أحدهم ودخل آخر، فأخرج السرقة؛ لم يقطع واحد منهما... " (١).

٤- تحديد العقوبة بالنظر إلى درجة الجرم في الجرائم المركبة إذا زاد الجرم أو نقص:

مثلاً: قال الشافعية في الحراية في تحديد العقوبة المترتبة على درجة الجرم: "فمن قتل منهم، ولم يعف عنه بعفو الولي؛ قتل ولم يصلب. ومن قتل وأخذ المال؛ قتل وصلب ثلاثاً، ثم دفن بعدها، وجاز للإمام وغيره أن يصلّي عليه. ومن أخذ المال ولم يقتل؛ قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى. ومن جرح ولم يقتل ولم يأخذ المال، فللمجروح أن يقتص منه إن شاء.

ومن لم يفعل شيئاً من ذلك، فلا حدّ عليه، وإن كثر وهيب؛ لكن يعزّر تأديباً " (٢).

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٧٢.

(٢) الماوردي، الإقناع ص ١٧٣.

وحدّدوا المقصود بالنفي في عقوبة الحرابة بقولهم: "ونفيهم هو: أن يطلبوا لإقامة الحدّ عليهم، فيبعدوا" (١).

وللمذاهب الأخرى أقوال ذكروها (٢) والمقصود وجود التقدير الدقيق المفسّر للنصوص المستند على الأدلة في الباب.

٥ - تقدير العقوبة بحسب قوّة طريق الإثبات:

قال الفقهاء: "وإذا شهد بالسرقة عدلان؛ ثبت الغرم والقطع، فإن شهد بها رجل وامرأتان؛ ثبت الغرم دون القطع" (٣).

٦ - تحديد صفة تنفيذ العقوبة:

قال الحنفية في صفة إقامة الرجم على الزاني المحصن: "ويخرجه إلى أرض فضاء، ويبتدئ الشهود برجمه، ثم الإمام، ثم الناس، كذا روي عن علي عليه السلام (٤)، ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ثم يستعظم المباشرة، فيرجع، فكان في بداءته احتيال للدرء... قال: فإن امتنع الشهود من

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٧٣.

(٢) انظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٦ / ١٥٢).

(٣) الماوردي، الإقناع ص ١٧٢.

(٤) الماوردي، الإقناع ص ١٧٢، والأثر عن سيدنا علي عليه السلام جمع طرقه وألفاظه الزيلعي - رحمه الله - في نصب الراية، وفي رواية البيهقي عن علي عليه السلام قوله: "ثم قال: أيها الناس، أيما امرأة جيء بها وبها حبل أو اعترفت، فالإمام أول من يرحم، ثم الناس وأيما امرأة جيء بها أو رجل زان، فشهد عليه أربعة بالزنا، فالشهود أول من يرحم، ثم الناس... الحديث" انظر: نصب الراية (٣ / ٣١٩).

وانظر: سنن البيهقي الكبرى (٨ / ٢٢٠) باب من اعتبر حضور الإمام والشهود وبداية الإمام بالرجم إذا ثبت الزنا باعتراف المرجوم وبداية الشهود به إذا ثبت بشهادتهم، (١٦٧٣٩).

الابتداء سقط الحد؛ لأنه دلالة الرجوع، وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط.

وإن كان مقراً؛ ابتداء الإمام، ثم الناس... " (١).

وفي حدّ الجلد في الزنا يقول الحنفية: "يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً... والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم... وتنزع عنه ثيابه - معناه: دون الإزار-... ويفرّق الضرب على أعضائه... إلا رأسه ووجهه وفرجه" (٢)، ولهم على كل وصف ذكره دليل من السنة وعمل الصحابة - رضي الله عنهم - (٣).

وقال المالكية: "وينبغي للقاضي إذا أحلف الناس أن يجلفهم قياماً، وإذا ضربهم في الحدود كلها أن يضربهم قعوداً. ويأمر الجلاد أن لا يرفع يده بالسوط جداً، ولا يخففها جداً، لكن وسطاً من ذلك، وضرب الشيخ والشاب في الحدود كلها سواء في الإجماع" (٤).

وقال الطرابلسي في معين الحكام: "ولا يعتمد بضربة مكان ضربة قبلها، بل يفرّق عليه الضرب؛ إذ فيه راحة له، ولا يُشَطّط بالأيدي والأرجل، ولا يُمدّ بحال، ولا تُربط يده، بل تترك له يدفع بها عن نفسه" (٥).

(١) راجع: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ٩٦).

(٢) راجع: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ٩٧).

(٣) راجع: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ٩٧).

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٣).

(٥) معين الحكام (٢ / ٤٠٥ - ٤٠٦).

٧- تقدير صفة تنفيذ الحدّ في الضرب بالنظر إلى سببه:

ذكر فقهاء الحنفية أشدّ الضرب في الحدود مرتباً، فبدأوا بحدّ الزنا، وقالوا: " لأنه ثابت بالكتاب، وحدّ الشرب ثبت بقول الصحابة - رضي الله عنهم -، ولأنه أعظم جناية حتى شرع فيه الرّجم، ثم حدّ الشرب؛ لأن سببه متيقّن به، ثم حدّ القذف؛ لأن سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا، ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث ردّ الشهادة، فلا يغلظ من حيث الوصف" (١).

٨- تحديد صفة الآلة المستعملة في تنفيذ العقوبة:

قال الطرابلسي في معين الحكام: " ولا تقام الحدود إلا بالسوط ولا تكون بالدرّة. وقال بعضهم: وإنما كانت درّة عمر ﷺ للأدب، فإذا حضرت الحدود؛ قرّب السوط، ولا يعاد الحد بالسوط إذا أقيم بالدرّة، فقد يكون من الدرّة ما هو أوجع من كثير من السياط، فلا يجمع عليه حدّان إلا أن تكون الدرّة لطيفة لا تؤلم ولا توجع، فيعاد الحدّ بالسوط" (٢).

وفي حدّ الجلد في الزنا، يقول الحنفية: " يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له" (٣).

وقال الشافعية: "وإذا قذف الحر البالغ العاقل حراً بالغاً عاقلاً عفيفاً مسلماً حدّ القاذف ثمانين سوطاً بسوط لا حديد ولا خلق إذا

(١) المرغيناني، الهداية شرح البداية (١١٧/٢).

(٢) معين الحكام (٢/ ٤٠٥ - ٤٠٦).

(٣) راجع: المرغيناني، الهداية شرح البداية (٩٧/٢).

طلب المقذوف ذلك، فإن عفا عنه سقط " (١).

٩- تحديد صفة القائم على تنفيذ العقوبة:

قال الطرابلسي في معين الحكام: "ويستحب للسلطان أن يختار رجلاً عدلاً لإقامة الحدود على أهلها عارفاً بوجوه ذلك، لما له في ذلك من الحق، فقد كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقيم الحد لأبي بكر وعمر في خلافتهما" (٢).

١٠- تحديد وقت تنفيذ العقوبة بحسب نوعها، وحال الجاني:

عند الحنفية في التغريب في الزنا كلام ذكروه، ثم قالوا: "وإذا زنى المريض وحدّه الرّجم؛ رجم؛ لأن الإلتلاف مستحق، فلا يمتنع بسبب المرض، وإن كان حدّه الجلد؛ لم يجلد حتى يبرأ؛ كيلا يفضي إلى الهلاك، ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد.

وإذا زنت الحامل لم تحدّ حتى تضع حملها؛ كيلا يؤدي إلى هلاك الولد، وهو نفس محترمة، وإذا كان حدّها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها، أي: ترتفع يريد به تخرج منه؛ لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرّجم؛ لأن الأخير لأجل الولد وقد انفصل، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته... " (٣).

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٦٩.

(٢) معين الحكام (٢ / ٤٠٥ - ٤٠٦).

(٣) المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢ / ٩٧).

١١- تحديد مسقطات العقوبة:

أ- التوبة، وهي في حدّ الحُرابة خاصّة:

قال الفقهاء في الحُرابة: "ومن تاب منهم قبل القدرة عليه؛ سقطت عنه الحدود، وأخذ بالحقوق" (١).

ب- تحديد الشبهة المسقطه للعقوبة:

قال الحنفية في فقه قوله - عليه الصلاة والسلام -: "ادرءوا الحدود بالشبهات" (٢): "ثم الشبهة نوعان: شبهة في الفعل، وتسمى شبهة اشتباه، وشبهة في المحلّ، وتسمى شبهة حكمية.

فالأولى: تتحقق في حقّ من اشتبه عليه؛ لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً، ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه.

والثانية: تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده...

ثم قالوا: فشبهة الفعل في ثمانية مواضع: جارية أبيه وأمه وزوجته، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة، وبائناً بالطلاق على مال وهي في العدة، وأم ولد أعتقها مولها وهي في العدة، وجارية المولى في حق العبد، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود، ففي هذه المواضع لا حدّ عليه إذا قال: ظننت أنها محلّ لي، ولو قال: علمت أنها علي حرام؛ وجب الحدّ.

(١) الماوردي، الإقناع ص ١٧٣.

(٢) تقدّم تخرجه.

والشبهة في المحلّ في ستة مواضع: جارية ابنه، والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنيات، والجارية المبعة في حق البائع قبل التسليم، والممهوره في حق الزوج قبل القبض، والمشاركة بينه وبين غيره، والمرهونه في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن، ففي هذه المواضع لا يجب الحدّ، وإن قال: علمت أنها عليّ حرام.

ثم الشبهة عند أبي حنيفة - رحمه الله - تثبت بالعقد، وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقيين لا تثبت إذا علم بتحريمه... (١).

الخلاصة:

من التأمّل في مجالات التقدير في تشريع الحدود في الإسلام نجد أن عقوبة الحدود قدّرت نوعاً، وكماً، وكيفاً، آلة وزماناً، ومكاناً، مجرداً، ثم في الإنزال على الواقعة المعيّنة في طرق الإثبات وأنواع المسقطات. ويبقى نظر القاضي وفق ضوابط وقواعد موضوعة له يجتهد في إسقاط القضية عليها، وليس هو اجتهاد مطلق، و الناتج عن هذا الاجتهاد محصور في الإسقاط للشبهة، أو تأجيل التنفيذ، وفي هذا حظ للجاني.

هذا التحديد الدقيق وجدناه في العقوبة الأكثر شدة في الشريعة من حيث النوع، إذ يترتب على بعضها إتلاف النفس أو العضو، وهي عقوبة تقام حقاً لله - تعالى -، فلا تسقط، ولا عفو فيها، ولا شفاعة؛

(١) انظر: المرغيناني، الهداية شرح البداية (١٠٠/٢).

لأنّ القصد فيها مصلحة العالم، ولذا حدّدها الشرع وقيدّها.
ومع تتبع نصوص وأحكام التقدير فيها قدر الوسع والطاقة؛ لم
أقف على حكم صريح يحتم الإعلان عن نوع العقوبة ومقدارها
للمخاطبين قبل مؤاخذتهم.

٥- اشتراط العلم بالعقوبة المحدّدة لكل جريمة ليس ضمن شروط
وجوب الحدّ أو إقامته التي ذكرها الفقهاء:

إن استقراء شروط وجوب الحدّ، وشروط إقامته بعد وجوبه في
كتب الفقه يثبت بمفهوم المخالفة، وقياس العكس أنّ الإعلان المسبق
عن العقوبة المحددة لكل جريمة ليس ملزماً في الشريعة، ولا تدلّ عليه
نصوصها، ولو ذهبنا إلى العمل بمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)
فيكون ذلك سياسة، ودليله: المصلحة لا غير، ولا ينبغي أن نرجع
بسبب مبدأ النصّ على الجريمة والعقوبة على شيء من قواعد الشريعة
أو تطبيقاتها بالبطلان.

وفيما يلي أمثلة لما ذكرته المذاهب الفقهية من شروط وجوب الحدّ
أو إقامته تؤكد ما ذكرت:

أ- مذهب الحنفية:

شرط إقام الحدّ في الزنا:

ذهب الحنفية في حدّ الرجم - وهو حدّ الزاني المحصن - إلى
اشتراط سبعة شروط: ليس فيها إشارة إلى علمه بالعقوبة، قالوا: "
إحصان الرجم: فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع

لوجوب الرجم، وهي سبعة: العقل، و البلوغ، و الحرية، والإسلام، والنكاح الصحيح، وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات... والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها، فإن تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعده " (١).

شرط إقامة الحد في القذف:

قال الحنفية: "وأما شرائط وجوبه فأنواع: بعضها يرجع إلى القاذف، وبعضها يرجع إلى المذدوف، وبعضها يرجع إليهما جميعاً، وبعضها يرجع إلى المذدوف به، وبعضها يرجع إلى المذدوف فيه، وبعضها يرجع إلى نفس القذف.

أما الذي يرجع إلى القاذف، فأنواع ثلاثة: أحدها: العقل، و الثاني: البلوغ، حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حدّ عليه؛ لأن الحد عقوبة، فيستدعي كون القذف جنائية، وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جنائية، والثالث: عدم إثباته بأربعة شهداء، فإن أتى بهم لا حدّ عليه" (٢).

شرط إقام الحد في الشرب:

قال الأحناف: "وأما شرائط وجوبها، فمنها: العقل، ومنها: البلوغ، فلا حدّ على المجنون والصبي الذي لا يعقل، ومنها: الإسلام،... ومنها: عدم الضرورة في شرب الخمر، فلا حدّ على من أكره على شرب خمر

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٧/٧)، وانظر: الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء (٢٧٩/٣).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٤٠/٧).

ولا على من أصابته خمصة، ومنها: بقاء اسم الخمر للمشروب وقت
الشرب في حدّ الشرب " (١).

ب- مذهب المالكية:

شرط إقامة الحدّ في الزنا:

قال المالكية في شروط حد الزنا: "ولا حدّ على الزاني والزانية إلا
بشروط، منها متفق عليه، ومنها يختلف فيه، وهي عشرة: الأول: أن
يكون بالغاً. الثاني: أن يكون عاقلاً... الثالث: أن يكون مسلماً...
الرابع: أن يكون طائعاً... الخامس: أن يزنى بآدمية، فإن أتى بهيمة فلا
حدّ عليه... السادس: أن تكون ممن يوطأ مثلها... السابع: أن لا يفعل
ذلك بشبهة... الثامن: أن يكون عالماً بتحريم الزنا، فإن ادعى الجهل به
وهو ممن يظن به ذلك، ففيه قولان لابن القاسم وأصبخ... التاسع: أن
تكون المرأة غير حربية... العاشر: أن تكون المرأة حيّة (٢).

شرط إقامة الحدّ في القذف:

قال المالكية: "هي ثمانية، منها ستة في المقذوف... واثنان في
القاذف، وهما: العقل والبلوغ، سواء كان حراً أو عبداً، مسلماً أو
كافراً... (٣).

شرط إقامة الحدّ في السرقة:

قال المالكية: "في شروط القطع، وهي أحد عشر: الأول: العقل،

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٧ / ٣٩ - ٤٠).

(٢) انظر باختصار: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٣٢.

(٣) انظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٣٤.

الثاني: البلوغ ... الثالث: أن لا يكون عبداً للمسروق منه... الرابع: أن لا يكون له على المسروق ولادة... الخامس: أن لا يضطر إلى السرقة من جوع. السادس: أن يكون الشيء المسروق مما يتموّل ويجوز بيعه على اختلاف أصناف الأموال. السابع: أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا شبه ملك قبل القسمة إذا كان له فيها نصيب. الثامن: أن يكون المسروق نصاباً فأكثر... التاسع: أن يكون من حرز... العاشر: أن يخرج الشيء المسروق من الحرز... الحادي عشر: أن يأخذه على وجه السرقة، وهي الأخذ الخفي لا على وجه الانتهاب والاختلاس، وهو الاقتطاف من غير حرز^(١).

شرط إقامة الحد في الشرب:

قال المالكية في شروط الحد: "وهي ثمانية، الأول: أن يكون الشارب عاقلاً. الثاني: أن يكون بالغاً. الثالث: أن يكون مسلماً... الرابع: أن يكون غير مكره.. الخامس: أن لا يضطر إلى شربه بغضة. السادس: أن يعلم أنه خمر، فإن شربه وهو يظنه شراباً آخر، فلا حدّ عليه. السابع: أن يكون يعلم أن الخمر محرّمة، فإن ادّعى أنه لا يعلم

(١) انظر: ابن جزري، القوانين الفقهية ص ٢٣٥ - ٢٣٦.

" قال القاضي عياض رحمته: "صان الله تعالى الأموال بإيجاب القطع على السارق، ولم يجعل ذلك في غير السرقة، كالاختلاس والانتهاب والغضب، لأن ذلك قليل بالنسبة إلى السرقة، ولأنه يمكن استرجاع هذا النوع بالاستدعاء إلى ولاة الأمور، وتسهل إقامة البينة عليه بخلاف السرقة، فإنه تندر إقامة البينة عليها، فعظم أمرها، واشتدت عقوبتها ليكون أبلغ في الزجر عنها".

شرح النووي على صحيح مسلم (١١/١٨٠ - ١٨١).

ذلك، فاختلف، هل يقبل قوله أم لا؟ الثامن: أن يكون مذهبه تحريم ما شرب، فإن شرب النبيذ من يرى أنه حلال، فاختلف: هل عليه حدّ أم لا؟^(١).

ج- مذهب الشافعية:

شرط إقامة الحدّ في الزنا:

قالوا: "إذا زنا البالغ العاقل المختار، وهو مسلم أو ذمي أو مرتد؛ وجب عليه الحدّ؛ فإن كان محصناً، فحدّه الرجم، والمحصن: من وطئ في نكاح صحيح، وهو حر بالغ عاقل"^(٢).

شرط إقامة الحدّ في القذف:

قال الشافعية: "إذا اقذف بالغ عاقل مختار، وهو مسلم أو ذمي أو مستأمن أو مرتد محصناً، ليس بمولود له وجب عليه الحد"^(٣).

شرط إقامة الحد في السرقة:

قال الشافعية في شروط السارق: "وشروط السارق: تكليف واختيار والتزام، وعلم بتحريم السرقة..."^(٤).

شرط إقامة الحدّ في الشرب:

قال الشافعية في شرط إقامة الحدّ في الشرب: "... أن لا يكون له عذر في الشرب، فلو شرب قريب عهد بالاسلام وادّعى جهل التحريم

(١) انظر: ابن جزوي، القوانين الفقهية، ص ٢٣٧.

(٢) الشيرازي، التنبيه، ص ٢٤١.

(٣) الشيرازي، التنبيه، ص ٢٤٣.

(٤) الخطيب، مغني المحتاج (٤/١٧٤).

لم يحد، فلو قال: علمت التحريم وجهلت الحد؛ وجب الحد" (١).

د- مذهب الحنابلة:

قال الحنابلة في الشروط العامة لوجوب الحد: "لا يجب الحد إلا على بالغ عاقل، ملتزم، عالم بالتحريم" (٢).

شروط إقامة الحد في الشرب:

قال الحنابلة في حد الشرب: "ولا يحد ولا يعزر شارب خمر جهل التحريم، أي: تحريم الخمر، لقول عمر وعثمان - رضي الله عنهما -: "لا حد إلا على من علم التحريم" (٣)، ولأنه يشبهه من شربها غير عالم

(١) النووي، روضة الطالبين (١٧٠/١٠).

(٢) المقدسي، زاد المستقنع ص ٢٢٨

(٣) حديث سيدنا عمر رضي الله عنه رواه عبد الرزاق بإسناده عن ابن المسيب أن عاملاً لعمر - قال معمر: وسمعت غير عمرو يزعم أن أبا عبيدة بن الجراح كتب إلى عمر أن رجلاً اعترف عبده بالزنا، فكتب إليه أن يسأله: هل كان يعلم أنه حرام؟ فإن قال نعم، فأقم عليه حد الله، وإن قال: لا، فأعلمه أنه حرام، فإن عاد فاحدهه".

مصنف عبد الرزاق (٧ / ٤٠٢)، باب: لا حد إلا على من علمه، رقم (١٣٦٤٢).
وحديث سيدنا عثمان رضي الله عنه رواه عبد الرزاق بإسناده أن يحيى بن عبدالرحمن بن حاطب حدته قال: "توفي عبدالرحمن بن حاطب، وأعتق من صلي من رقيقه وصام، وكانت له نوبية قد صلت وصامت، وهي أعجمية لم تفقه، فلم يبرح إلا حبسها، وكانت ثيباً، فذهب إلى عمر فزاعاً، فحدته، فقال له عمر: لأنت الرجل لا يأتي بخير، فأفرعه ذلك، فأرسل إليها، فسألها، فقال: حبلت؟ قالت: نعم من مرغوش بدرهمين، وإذا هي تستهل بذلك لا تكتمه، فصادف عنده علياً وعثمان وعبدالرحمن بن عوف، فقال: أشيروا علي، وكان عثمان جالساً، فاضطجع، فقال علي وعبدالرحمن: قد وقع عليها الحد، فقال: أشر علي يا عثمان. فقال: قد أشار عليك أخواك. قال: أشر علي أنت. قال عثمان: أراها تستهل به كأنها لا تعلمه، وليس الحد إلا على من علمه، فأمر بها فجلدت مئة، ثم غربها، ثم قال: صدقت، والذي نفسي بيده ما الحد إلا على من علم" مصنف عبد الرزاق (٧/٤٠٣) - (٤٠٤)، (١٣٦٤٤)، وانظر رقم: (١٣٦٤٥).

أنها خمر، ولا تقبل دعوى الجهل بالتحريم ممن نشأ بين المسلمين؛ لأنه لا يكاد يخفى، بخلاف حديث عهد بإسلام، وناشئ ببادية بعيدة عن الإسلام، فيقبل منه ذلك لاحتمال صدقه " (١).

شروط إقامة الحد في الزنا:

قال الحنابلة في شروط إقامة حدّ الزنا: "الثالث: أن يكون عالماً بالتحريم، ولا حدّاً على من جهل التحريم؛ لما روي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: لا حدّ إلا على من علمه، وروى سعيد بن المسيب قال: ذكر الزنا بالشام، فقال رجل: زنت البارحة. قالوا: ما تقول؟ قال: ما علمت أن الله حرّمه. فكتب بها إلى عمر، فكتب: إن كان يعلم أن الله حرّمه فحدّوه، وإن لم يكن علم؛ فأعلموه، فإن عاد فارجموه" (٢).

فمما سبق نرى أنّ كلام الصحابة - رضي الله عنهم - والفقهاء صريح في اشتراط علم الجاني بجرمة فعله، وليس فيه إشارة إلى وجوب علمه بنوع العقوبة وقدرها.

وبناء عليه، يكون الإعذار والإسقاط للحدّ إذا ثبت الجهل بالتحريم، وقد قنن الفقهاء قبول دعوى الجهل بما ينضبط حتى يستقيم تنفيذ حدود الله، ولا تضيع أحكام الشريعة، ويتلاعب الناس بها، فقالوا: "ومن ادّعى الجهل بتحريم الزنى ممن نشأ بين المسلمين لم

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٦٢).

(٢) ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل (٤/٢٠٠-٢٠١)، والأثر تقدّم تخريجه. انظر:

تعليق ١.

يُصدِّق؛ لأننا نعلم كذبه، وإن كان حديث عهد بالإسلام، أو بإفاقة من جنون، أو ناشئاً ببادية بعيدة عن المسلمين؛ صدِّق؛ لأنه يحتمل الصدق، فلم يجب الحدّ مع الشك في الشرط" (١).

قال البعلبي - رحمه الله - في شرحه قاعدة: " يشترط لصحة التكليف أن يكون المكلف عالماً بما كُلف به "

"مسائل تتعلق بجاهل الحكم، هل هو معذور أم لا ؟، قال: "فإذا قلنا يعذر، فإنما محله إذا لم يقصر ويفرط في تعلم الحكم، أما إذا قصر أو فرط فلا يعذر جزماً" (٢).

٦- التحديد في نصّ مُعلن موضوع سلفاً الذي يقيم الحجة على الجاني يُختصّ في الشريعة بالعلم بالتحريم (وهو شق التجريم):

الذي يطالع كتب الفقهاء؛ يعلم أن الشريعة فرقت بين العلم بحكم التحريم (وهو شق التجريم)، وبين العلم بما يترتب على التحريم من عقوبة (وهو شق العقوبة في مبدأ الشَّرْعِيَّة)، ففي حين ألزمت بإعلان التحريم لعموم المخاطبين، واشترطت علم الجاني المعين بالتحريم كشرط لإيقاع العقوبة في كثير من الجرائم إلا أنها لم تعذر أحداً بالجهل بما يترتب على التحريم من عقوبة أو أثر، وهذا منصوص عليه في جزئيات الفقه المستنبطة من الأدلة الشرعية كما هو معلوم، وهو لا يناقض تعلّق التكليف بالبلاغ.

(١) الكافي في فقه ابن حنبل (٤/٢٠١).

(٢) القواعد والفوائد الأصولية ص ٥٧-٥٨.

ولنتنبه إلى أن الجهل بحكم التحريم ليس عذراً للأفراد بعد التبليغ العام^(١)؛ إلا في حالات معيّنة حددتها الشريعة، وأظهرها: فيما يغلب جهله على العامة من أحكام تفصيلية لا يكثر وقوعها بحيث تنتشر انتشاراً يعرفه العام والخاص، أو بحيث يغلب إمكان علمه، أو في حال حداثة العهد بالإسلام، أو الإقامة ببادية نائية، وفيما عدا ذلك لا يعذر أحد بالجهل غالباً^(٢).

(١) ونظير ذلك في القانون الوضعي قاعدة (عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون)، وهي قاعدة تسري في حق المخاطبين بأحكام القانون دون استثناء، فلا يقبل من أي كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت من انطباقها عليه وسريانها في حقه، فهي تسري في حق جميع المخاطبين بأحكامها، من علم بها ومن جهلها على السواء. ولذا اشترط نشر التشريع في الجريدة الرسمية بضوابط محددة، راجع: ص ٣١٦، ص ٢٤٤. ولهذه القاعدة استثناءات ذكرها القانونيون، وهي: جواز الاعتذار بالجهل بالقانون عند استحالة العلم به نحو عدم نشر التشريع مثلاً، أو استحالة وصول الجريدة الرسمية لبعض المناطق بسبب الحرب مثلاً. وفي القانون الوضعي أيضاً ما يفيد أن الأسباب الخاصة للجهل بالقانون يجوز أيضاً الاحتجاج بها في جميع الأحوال، خاصة عندما تقترن بظروف مساعدة كظرف حسن النية، أو ظرف العيب في الإرادة...

لكن ذلك مقصور في كثير من التشريعات الوضعية على ما عدا المسؤولية الجنائية، فالجهل بالقوانين الجنائية لا يؤدي إلى إعفاء مرتكب الجريمة من مسؤوليته الكاملة عن ارتكابها. راجع: د. سمير عبد السيد تناغو / النظرية العامة للقانون ص ٦٠٩ - ٦١١، ٦٢٥-٦٢٦.

(٢) انظر: قاعدة: (الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس بعذر، وأما الجهل في دار الكفر يصلح عذراً، كجهل مسلم في دار الحرب لم يهاجر إلينا" د. خالد الشعيب / معجم القواعد والضوابط الفقهية، ص ١٦٢.

في حاشية الدسوقي: "إن من ادعى الجهل فيما الغالب أن يجهله، فإنه يصدّق" حاشية الدسوقي (٣/٣٢٠).

ومن فروع ذلك في الفقه: ما ذكره الخطيب الشربيني في وطء الجارية المرهونة بالإذن، قال: "وإن وطئ بإذن الراهن المالك لها؛ قبل دعواه جهل التحريم للوطء مطلقاً في الأصح؛

جاء في قواعد الفقه: (الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم في الظاهر لمن يخفى عليه)، قال الزركشي: "لقرب عهده بالإسلام ونحوه، فإن علمه وجهل المرتب عليه لم يعذر، ولذا لو جهل تحريم الكلام في الصلاة عذر، ولو علم التحريم، وجهل الإبطال؛ بطلت، وأيضاً لو جهل تحريم الخمر عذر ولم يحد، فلو قال: علمت التحريم وجهلت الحد؛ حد" (١).

وفي عقوبة من عقد على أم وابنتها قال الدسوقي: "قوله (وتآبد تحريمهما)، أي: أنه إذا عقد على أم وابنتها، ووطئهما، فإنهما يجرمان عليه أبداً، يريد إذا كان جاهلاً بالتحريم، بأن كان حديث عهد بالإسلام يعتقد حلّ نكاح الأمّ وابنتها... " (٢).

وكلّ ما ذكره الفقهاء من اشتراط العلم كشرط يتعلّق به إقامة الحدّ على الجاني إنما هو علم التحريم لا العلم بالعقوبة، الأمر الذي يدلّ على أن إعلان العقوبة في نصّ مكتوب سلفاً ليس ضرورياً في النظام العقابي الإسلامي.

لأن التحريم بعد الإذن لما خفي على عطاء ﷺ مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاؤه على العوام. والثاني: لا يقبل لبعده ما يدعيه إلا أن يقرب عهده بالإسلام أو ينشأ بعيداً عن العلماء، وإذا قبل قوله في ذلك (فلا حد) عليه، وأفهم كلامهم أنه لو لم يدع الجهل أنه يحدّ، وهو كذلك " مغني المحتاج (٢ / ١٣٨).

وقال المرادوي فيمن وطئ في نكاح مجمع على بطلانه: "إذا كان جاهلاً بتحريم ذلك، فقال جماعة من الأصحاب: إن كان يجهله مثله، فلا حدّ عليه، وأطلق جماعة. يعني: أنه حيث ادّعى الجهل بتحريم ذلك، فلا حدّ عليه " الإنصاف (١٠ / ١٨٥).

(١) د. خالد الشعيب / معجم القواعد والضوابط الفقهية، ص ١٦٠ - ١٦١.

(٢) حاشية الدسوقي (٢ / ٢٥٣).

المطلب الرابع

**عدم التزام الشريعة بتحديد العقوبة نوعاً وقدرًا والإعلان عنها
مع التزامها بإعلان حكم التحريم - لا يعتبر مأخذاً عليها**

رأينا فيما سبق كيف أنّ النصوص المؤصلة لباب الحدود والأحكام
الفقهية المستنبطة منها تدلّ على تقدير للجريمة والعقوبة، الأمر الذي
يحقّق العدالة، وهو المغزى من مبدأ الشَّرْعِيَّة.

والذي ينبغي التأكيد عليه هو أن معاقبة الجاني على جريمته بعد
إعلامه بالتحريم - سواء كان ضمن عموم المخاطبين، أو إعلامه معيّنًا
إذا كان حديث عهد بالإسلام أو في بادية نائية ونحوه - وقبل سابق
إعلام بنوع العقوبة وقدرها لا يمسّ الشريعة، ولا ينقصها، وذلك للفرق
الكبير بين التشريع الإلهي والتشريع الوضعي، وتوضيح ذلك بمعرفة
عدّة الأمور:

الأمر الأوّل: أنّ القيمة الحقيقية لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا
بنص) هي في تحقيقه للعدالة، ولا شكّ في عدالة الله - سبحانه
وتعالى - ورسوله ﷺ:

إن مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) يدور حول فكرة
التحديد الدقيق للجريمة والعقوبة، والإعلام المسبق بهما؛ وصولاً إلى
تحقيق العدالة للجاني وحمائته من ظلم القضاء إما بتجريمه أفعالاً
جديدة، أو اختراعه عقوبات جديدة يفرض فيها القضاء، أو بمؤاخذته

الجانبي مجرمة لا يعلم أنها جريمة.

فالحق أن هذا المبدأ وسيلة لتحقيق العدالة، وأن العدالة والحماية من الظلم هي غاية وجوده.

ولذا لما تكلم القانونيون حول أهمية هذا المبدأ، قالوا: "يعتبر هذا المبدأ من أهم ضمانات الحرية الفردية، ومن أكبر دواعي الاستقرار القانوني في المجتمع، وهو الذي يعطي للعقوبة أساساً قانونياً يجعلها مقبولة من الكافة باعتبارها توقع باسم القانون في سبيل تحقيق مصلحة عامة^(١).

فقيمة تطبيق هذا المبدأ تتحقق في ظل نظام للحكم قد يعتره ظلم، في نحو حكم البشر على البشر، الذي يلخصه تسمية (القانون الوضعي).

فإذا كان الحكم هو الله - تعالى - وكان القاضي هو رسول الله ﷺ وكانت العقوبة وحي من الله - عز وجل - ينطق بحكمه العدل المطلق، وكان المجتمع مجتمعاً يحتكم إلى الله - تعالى - ورسوله ﷺ ويرضى بحكمهما مع التسليم الكامل ودون حرج؛ صارت الغاية من قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) - وهي ضمان العدالة والقبول المجتمعي - قائمة بل محققة، وصار من التعسف محاولة إثبات عدم مساس

(١) د. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦١-١٦٢، وانظر في أهمية مبدأ الشريعة: د. الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٧٢-٧٥، د. سمير عليه، قانون العقوبات، ص ٤٩، د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص ٣٢٧-٣٢٨.

التطبيقات النبوية لهذا المبدأ الذي وضع في الأساس لمقاومة الظلم وتحقيق العدل، وتبعاً لذلك يصبح من التعسّف أيضاً محاولة تخريج أحكام عقوبة اللعان والظهار والحراة والقذف على وجه يظهر عدم خروجها عن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ) الذي لم يسلم من نقد وجه إليه، ومن محاولات لتطويره وتعديله كما سبق بيانه في نهاية المبحث الأوّل.

الأمر الثاني: إن طبيعة نزول القرآن الكريم أنه نزل متدرجاً حسب الوقائع والأحداث، وكان لذلك حكمٌ عديدة، وفوائد جمّة تحدّث عنها علماء الشريعة، ومن ضمن الوقائع والأحداث ما يكون سبباً للعقوبة مثل القذف الذي حصل في حادثة الإفك، والخوف من الظلم الذي وضع مبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ) لمقاومته منفي تماماً في زمن التشريع في العهد النبوي، وإلزام الشريعة بتوضيح أجناس ومقادير العقوبات في وقت يسبق ارتكاب المحرمّ ينافي طبيعة نزول القرآن الكريم، وطبيعة التشريع الإسلامي.

ومع الثقة في العدل الإلهي والنبوي، لا يبقى دافع لمحاولة ليّ عنق الأحداث التي وقعت في عهد النبوة لجعلها موافقة للعناصر الأربعة المكوّنة لمبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي، والله أعلم.

الأمر الثالث: الإلزام للشريعة إنما يكون من الشريعة نفسها لا من خارجها، وقد تقدّم أنه لا يوجد نصّ عام ملزم يفيد العناصر التفصيلية المكوّنة لمبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ) في قانون

العقوبات الإسلامي، وأنه لا يوجد نصّ ولا حكم فقهي يلزم بعلم المجرم بالعقوبة تفصيلاً بعد علمه بالتحريم المقتضي للعقوبة. إلى هنا ينتهي ما أردت ذكره من ملاحظات على رأي الدراسات المقارنة حول العلاقة بين مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) والشريعة الإسلامية من جانبي: التأصيل والتطبيق، وتعرّضت بشيء من التفصيل لأحكام الحدود في الشريعة التي تتصل بمبدأ الشَّرْعِيَّة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لبيان التقدير فيها، باعتبار أنها المجال التطبيقي الأوّل أو الضيق لهذا المبدأ بحسب رأي الدراسات المقارنة مع التذكير بأن البحث قد أثبت أن شرط إقامتها في الشريعة هو العلم بالتحريم، وليس العلم بالعقوبة.



الخاتمة

بصورة عامة، إنّ هذا البحث لا يعترض على مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بعناصره التي تحققه، بل متى كانت المصلحة في تطبيقه، فالحكمة ضالة المؤمن، ولا ضرر من تطبيقه سياسة للمصلحة.

وليس البحث يعترض على تأييد الشريعة الإسلامية لفكرة المبدأ كذلك، وأنّ في نصوصها ما يدلّ على أصله، وإنما الذي ينتقده هذا البحث هو إلزام الشريعة بتفصيلات المبدأ المذكور؛ حتى إذا وجدت تطبيقات تخالفه؛ شرَعْنَا في التبرير والتفسير والنظر بغية الخروج من مأزق المخالفة، والأصل أنه لا إلزام ولا مأزق.

وفيما يلي تفصيل أهر ما وصل إليه هذا البحث من نتائج:

- ١- إن الأدلة الشرعية تدلّ على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) من حيث أصله العام وفكرته الكلية، ولكن لا تدلّ على عناصره وجزئياته التي حدّدها القانون الوضعي، وألزم بها السلطات التشريعية والقضائية.
- ٢- الأدلة الشرعية لا تدلّ في نصوصها العامة على ضرورة الإعلام المسبق بالعقوبة، فالإعلام يتعلّق في الشريعة بالتجريم، والعقوبة منها المقدّرة، ومنها غير المقدّرة، وللقاضي الاجتهاد في العقوبة غير المقدّرة، وله القياس بحسب جمهور الفقهاء،

وكل ما ذكره الفقهاء من اشتراط العلم في الحدود كشرط يتعلق به إقامة الحدّ إنما هو العلم بالتحريم المقتضي للعقوبة لا العلم بتفصيلات العقوبة.

٣- إن النصوص المؤصّلة لباب الحدود وأحكامها الفقهية تحقّق العدالة المطلقة، وفيها تحديد دقيق للجرائم والعقوبات بلغ من التحديد والدقّة ما لا مزيد عليه، ومع ذلك، فإنّ القياس يجري في الحدود والكفّارات على مذهب الأكثر من الفقهاء.

٤- الحدود جزء من نظام العقوبات في الإسلام، وليست كلّه.
٥- إنه لا يصحّ إلزام الشريعة بما لم تلتزم به، والتوجّه التبريري لما يظهر خروجه عن مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) من التطبيقات في عهد النبوة غير مقبول.

٦- إن فكرة التطبيق الضيق والتطبيق الموسّع لمبدأ الشَّرْعِيَّة في نظام العقوبات في الإسلام تهدم مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بعناصره المحدّدة في القانون الجنائي الحديث، ولا داعي لها.

٧- إن قيمة مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) تكمن في تحقيقه العدالة، ولا شكّ في عدالة الله - سبحانه وتعالى - ورسوله ﷺ سواء في تشريعات نظام الحدود والتعزير جميعاً، أو في التطبيقات في عصر النبوة، وما أجمع عليه العلماء بعده، فالأمة لا تجتمع على ضلالة.



٨- إن طبيعة نزول القرآن الكريم أنه نزل متدرجاً حسب الوقائع والأحداث، فلا يستغرب تحديد العقوبة عقب ارتكاب محرّم معلوم التحريم، والخوف من القبول المجتمعي غير موجود في مجتمع المسلمين في عهد النبوة الذين تحكّمهم الآية الكريمة ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥]، ومجتمع المنافقين يلحق بهم ظاهراً.

٩- تتحقق العدالة بالتزام القضاء بما أقرته نصوص الشريعة الإسلامية من أحكام وضوابط، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ [الكهف: ٤٩]، وفي حال وقوع ظلم بسبب ممارسات خاطئة من قبل بعض القضاة - وهم بشر يصيبون ويخطئون-، فيكون علاجه ضمن الإطار العام الذي وضعته الشريعة والتضييق في الاجتهاد في باب التعزير - إن صار- يكون من قبيل السياسة الشَّرْعِيَّة، والمصلحة، كما تقدّم، والله أعلم.

١٠- الاستدلال الصحيح على مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في القانون الجنائي بعناصره المحددة يكون بدليل المصلحة، فاستعماله جائز لما فيه من مصلحة لا يشهد لها الشارع بالبطلان، ولما فيه من موافقة لنصوص الشريعة الكلية التي بيّنتها الدراسات المقارنة أثناء الاستدلال لمبدأ الشَّرْعِيَّة

القانوني، لكن ليس معنى إثبات جوازه والاستدلال له أن
ندعي أنه واجب أو ملزم للشريعة.
وصل الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً..
وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



قائمة المصادر والمراجع

- الإجماع/ محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر (٣١٨) / تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد / دار الدعوة - الإسكندرية - ١٤٠٢، الطبعة: الثالثة.
- الأحكام العامة للنظام الجزائي، د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي.
- أحكام القرآن / أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠) / تحقيق: محمد الصادق قمحاوي / دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٤٠٥.
- أحكام القرآن / محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤) / تحقيق: عبدالغني عبد الخالق / دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٠.
- أحكام القرآن/ أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (٥٤٣هـ) / تحقيق: محمد عبد القادر عطا / دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان.
- الأسس العامة لقانون العقوبات، مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية، د. سمير الجنزوري، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- أصول علم الجزاء الجنائي، (نظرية الجزاء الجنائي، فلسفة الجزاء الجنائي، أصول المعاملة العقابية)، د. سليمان عبد المنعم، دار الجامعة الجديدة للنشر.
- الإقناع في الفقه الشافعي/ الماوردی (٤٥٠ هـ).

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل / علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن (٨٨٥) ، / تحقيق: محمد حامد الفقي / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- البحر المحيظ في أصول الفقه / بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي (٧٩٤هـ) / تحقيق: د. محمد محمد تامر / دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، الطبعة: الأولى.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / علاء الدين الكاساني (٥٨٧) / دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢، الطبعة: الثانية.
- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام / برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون اليعمري (٧٩٩) / تحقيق: الشيخ جمال مرعشلي / دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤٢٢هـ / ٢٠٠١م.
- تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج / ابن الملقن (٨٤٠) / تحقيق: حمدي عبدالمجيد السلفي / المكتب الإسلامي - بيروت - ١٩٩٤، الطبعة: الأولى.
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، د. عبد القادر عودة، دار التراث للطبع والنشر.
- التشريع الجنائي الإسلامي، دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي المقارن بالقوانين الوضعية، د. عبدالله بن سالم الحميد، الطبعة



الثانية، ١٤٠٠هـ - ١٤٠١هـ.

□ التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب / فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي (٦٠٤) / دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، الطبعة: الأولى.

□ تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم / محمد بن أبي نصر فتوح بن عبدالله الأزدي الحميدي (٤٨٨هـ) / تحقيق: الدكتورة: زبيدة محمد سعيد عبدالعزيز / مكتبة السنة - القاهرة - مصر - ١٤١٥ - ١٩٩٥، الطبعة: الأولى.

□ التقرير والتحرير في علم الأصول / ابن أمير الحاج (٨٧٩هـ) دار الفكر - بيروت - ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

□ التنبية في الفقه الشافعي / إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي (٤٧٦) / تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر / عالم الكتب - بيروت - ١٤٠٣، الطبعة: الأولى.

□ الجامع الصحيح (سنن الترمذي) / محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي (٢٧٩) / ق: أحمد محمد شاكر وآخرون / دار إحياء التراث العربي - بيروت - .

□ الجامع الصحيح المختصر / محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (٢٥٦) / تحقيق: د. مصطفى ديب البغا / دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت - ١٤٠٧ - ١٩٨٧، الطبعة: الثالثة.

- الجامع لأحكام القرآن/ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (٦٧١) / دار الشعب - القاهرة.
- الجريمة، أحكامها العامة في الاتجاهات المعاصر والفقهاء الإسلام، د. عبد الفتاح خضر، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الجناية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مسفر غرم الله الدميني / دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / محمد عرفه الدسوقي (١٢٣٠) / دار الفكر - بيروت.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية / أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢) / دار المعرفة - بيروت.
- الذخيرة / شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (٦٨٤) / تحقيق: محمد حجي / دار الغرب - بيروت - ١٩٩٤م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين / النووي (٦٧٦) / المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الثانية.
- زاد المستقنع/ موسى بن أحمد بن سالم المقدسي (٦٩٠) / تحقيق: علي محمد عبدالعزيز الهندي/ مكتبة النهضة الحديثة - مكة المكرمة.
- سنن أبي داود / سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني (٢٧٥) / تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد/ دار الفكر.
- سنن البيهقي الكبرى/ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر

- البيهقي (٤٥٨) / تحقيق: محمد عبد القادر عطا/ مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤.
- سنن النسائي (المجتبى) / أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (ت ٣٠٣) / تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة / مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦ / الطبعة: الثانية.
- السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فتحي بهنسي، دار الشروق للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقى / أبي عبدالله محمد بن عبدالله الزركشي المصري الحنبلي (٧٧٢هـ) / تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم / دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، الطبعة: الأولى.
- شرح منتهى الإرادات / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١) / عالم الكتب - بيروت - ١٩٩٦، الطبعة: الثانية.
- صحيح مسلم / مسلم بن الحجاج النيسابوري (٢٦١) / تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي / دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- صحيح مسلم بشرح النووي / أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي (٦٧٦) / دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٣٩٢، الطبعة: الطبعة الثانية.

- طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية / نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد النسفي (٥٣٧هـ) / تحقيق: خالد عبدالرحمن العك / دار النفائس - عمان - ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي / د. الحسيني سليمان جاد / دار الشروق / الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- العقوبة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية متحررة، د. أحمد فتحي بهنسي، دار الرائد العربي.
- في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة، د. محمد سليم العوا، دار المعارف.
- القانون الجنائي العام، مصطفى العوجي / مؤسسة نوفل، لبنان. ط ١.
- قانون العقوبات، القسم العام ﴿ النظرية العامة للجريمة ﴾ ، د. محمد صبحي نجم، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ١٩٩٦م.
- قانون العقوبات، القسم العام، د. سمير عاليه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام / علي بن عباس البعلي الحنبلي (٨٠٣) / تحقيق: محمد حامد الفقي / مطبعة السنة المحمدية - القاهرة - ١٣٧٥ - ١٩٥٦.

- القوانين الفقهية / محمد بن أحمد بن جزى الكلي الغرناطي (٧٤١) / دار القلم.
- الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل / عبدالله بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠) / المكتب الاسلامي - بيروت.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار / أبو بكر عبدالله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (٢٣٥) / تحقيق: كمال يوسف الحوت / مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٩، الطبعة: الأولى.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي / عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (ت ٧٣٠هـ) / تحقيق: عبدالله محمود محمد عمر / دار الكتب العلمية - بيروت / الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م.
- لسان العرب / محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت ٧١١) / دار صادر - بيروت، الطبعة: الأولى.
- مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة بالاتجاهات الجنائية المعاصرة / د. شريف فوزي محمد فوزي.
- محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، د. عدنان الخطيب، ١٩٥٧م.
- مختصر اختلاف العلماء / أحمد بن محمد بن سلامة الجصاص (٣٢١) / تحقيق: د. عبدالله نذير أحمد / دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧، الطبعة: الثانية.

- المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل /
علي بن محمد بن علي البعلي (٨٠٣) / تحقيق: د. محمد مظهر بقا
جامعة الملك عبد العزيز - مكة المكرمة.
- المستدرک على الصحيحين / أبو عبد الله الحاكم النيسابوري
(٤٠٥ هـ) / تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا / دار الكتب العلمية،
بيروت (١٤١١ هـ / ١٩٩٠ م)، الطبعة: الأولى.
- مسند أبي يعلى / أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى (٣٠٧) /
تحقيق: حسين سليم أسد / دار المأمون للتراث - دمشق - ١٤٠٤
- ١٩٨٤، الطبعة: الأولى.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل / أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني
(٢٤١) / مؤسسة قرطبة - مصر.
- مشارق الأنوار على صحاح الآثار / القاضي عياض بن
موسى اليحصبي السبتي (٥٤٤ هـ) / المكتبة العتيقة ودار
التراث.
- المصنف / أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (٢١١) /
تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي / المكتب الإسلامي - بيروت -
١٤٠٣ / الطبعة: الثانية.
- المعتمد في أصول الفقه / محمد بن علي بن الطيب البصري (ت
٤٣٦) / تحقيق: خليل الميس / دار الكتب العلمية - بيروت -
١٤٠٣، الطبعة: الأولى.



- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد وعبد الباقي، دار الفكر، ١٤٠٧هـ.
- معرفة الصحابة / لأبي نعيم الأصبهاني / ت ٤٣٠. بدون ذكر الطبعة.
- معين الحكام / علي بن خليل الطرابلسي، أبو الحسن، علاء الدين (٨٤٤هـ) / دار الفكر.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج / محمد الخطيب الشربيني (٩٧٧) / دار الفكر - بيروت.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل / محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله (٩٥٤) / دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨.
- نصب الراية لأحاديث الهداية / عبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي (٧٦٢) / تحقيق: محمد يوسف البنوري / دار الحديث - مصر - ١٣٥٧.
- النظرية العامة لقانون العقوبات / د. سليمان عبد المنعم / دار الجامعة الجديدة للنشر.
- النظرية العامة للقانون / د. سمير عبد السيد تناغو / منشأة المعارف بالاسكندرية.
- الهداية شرح بداية المبتدي / أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغياني (٥٩٣هـ) / المكتبة الإسلامية.