

بحث محكم

اشتراط الإجماع بين قضاة المحكمة العليا في عقوبات القتل تعزيراً

إعداد

د. عبد الله بن برجس الدوسري

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فقد كنت ممن أيد قرار لجنة الشؤون الإسلامية والقضائية بمجلس الشورى بشأن عدم اشتراط الإجماع بين قضاة المحكمة العليا في عقوبات القتل تعزيراً، والذي خالفت اللجنة فيه ما جاء في مشروع الحكومة من اشتراط الإجماع بين قضاة المحكمة العليا في هذه القضية. وهي المادة العاشرة في مشروع نظام الإجراءات الجزائية.

ولأن هذا الموضوع نوقش في مجلس الشورى، وانقسم الأعضاء إزاءه بين مؤيد لرأي لجنة الشؤون الإسلامية وبين معارض، حيث يرى المعارضون في جملة حججهم أن مثل هذا القضايا تتعلق بالأنفس كلياً أو جزئياً، وحفظ النفس مطلب شرعي، اعتبرته الشريعة إحدى الضرورات الخمس وهي: (حفظ الدين، والنفس، والمال، والعقل، والنسل).

قالوا: ثم إن الحدود تدرأ بالشبهات كما روي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "ادرؤوا الحدود بالشبهات" وفي لفظ: "ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"^(١) روي مرفوعاً وموقوفاً والموقوف أصح^(٢).

(١) أخرجه الترمذي في كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود ٣٣/٤، رقم ١٤٢٤، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٢٣٨/٨، رقم ١٦٨٤١، وابن أبي شيبة في مصنفه، في درء الحدود بالشبهات ٥٦٧/٩، رقم ٢٩٠٨٨ كلهم من طريق الزهري عن عروة عن عائشة. والحديث فيه يزيد بن زياد شامي متروك، فالحديث ضعيف جداً. أنظر التلخيص الحبير ١٦٠/٤، إرواء الغليل ٣٤٣/٧، السلسلة الضعيفة ١٩٩/٥.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٨/٨ عن ابن مسعود، وأخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات ٨٤/٣. قال الذهبي: هذا موصول جيد، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير: وهذا موقوف حسن الإسناد ١٦١/٤.

قالوا: والخلاف في الحكم شبهة يضعف جانب العزيمة، ويقوي جانب العفو والصفح.

وبخاصة أن الحكم الشرعي في بعض هذه القضايا قائم على الاجتهاد في فهم النصوص، والتي يكون للاجتهاد مجال فيها.. هذا ملخص ما تقدم به المعارضون لرأي اللجنة.

ولأنني داخل على هذا الموضوع في حينه وأيدت توجه اللجنة الموقرة؛ فقد ناقشني بعض الإخوة الفضلاء حيال وجهة نظري المؤيدة للجنة، ووعدهم بأن أبحث المسألة وأقدم فيها ما يمكن أن يجلي الغمّة، ويرفع الشبهة بإذن الله. فبحثت المسألة وما يتعلق بها في كتب الفقه المقارن، والحديث، والأحكام السلطانية، والتشريع الجنائي، والأنظمة، غيرها كما سيأتي بيانه. وقد جعلت البحث في مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة.

الفصل الأول

تعريف التعزير وبيان بعض أحكامه

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التعزير لغة واصطلاحاً

التعزير لغة:

قال ابن فارس: "العين والزاي والراء كلمتان: إحداهما: التَّعْظِيمُ والنَّصْرُ، والكلمة الأخرى جنسٌ من الضَّرْبِ؛ فالأولى: النَّصْرُ والتَّوْقِيرُ؛ كقوله تعالى: ﴿وَتَعَزَّوْهُ وَتَوْقَرُوهُ﴾ (سورة الفتح، الآية: ٩)، والأخرى، وهو الضَّرْبُ دون

الحدّ، والتأديب. قال الشاعر:

وَلَيْسَ بِتَعْزِيرِ الْأَمِيرِ خِزَايَةٌ عَلَيَّ إِذَا مَا كُنْتُ غَيْرَ مُرِيبٍ^(٣).

فهو من أسماء الأضداد.

التعزير اصطلاحاً:

يقول ابن الهمام: "التّعزيرُ: تأديبٌ دونَ الحدِّ"^(٤).

وقال الماوردي: التعزير: هو التأديب على ذنوب لم تُشرع فيها الحدود^(٥).

وقال الرملي: هو التأديب في كلِّ معصيةٍ لله أو لآدمي، لا حدَّ لها، ولا كفارة^(٦).

والذي يظهر لي أن أقرب التعريفات هو ما جاء في (الموسوعة الفقهية) ونصه:

التعزير: هو عقوبة غير مقدرة شرعاً، تجب حقاً لله تعالى أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة غالباً^(٧).

وَلَدَلِكَ قَالَ ابْنُ الْقَيِّمِ: التَّعْزِيرُ لَا يَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَعْلُومٍ، بَلْ هُوَ بِحَسَبِ الْجُرْمِ فِي جَنْسِهَا وَصِفَتِهَا وَكِبَرِهَا وَصِغَرِهَا^(٨).

المبحث الثاني: حكم التعزير والحكمة منه، وهل هو حق لله أو حق للغير؟

الحكم التكليفي:

جُمهُورُ الْفُقَهَاءِ عَلَيَّ أَنَّ الْأَصْلَ فِي التَّعْزِيرِ أَنَّهُ مَشْرُوعٌ فِي كُلِّ مَعْصِيَةٍ لَا حَدَّ فِيهَا، وَلَا كَفَّارَةَ.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٣١١، تهذيب اللغة للأزهري ٣/١٢٩.

(٤) فتح القدير ٧/١١٩.

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٢٤.

(٦) نهاية المحتاج ٧/٧٢.

(٧) الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٥٤.

(٨) إعلام الموقعين ٢/٤٨.

وَيَخْتَلَفُ حُكْمُهُ بِاخْتِلَافِ حَالِهِ وَحَالِ فَاعِلِهِ كَمَا سَيَأْتِي تَفْصِيلُهُ^(٩).

حُكْمَةُ التَّشْرِيعِ:

التَّعْزِيرُ مَشْرُوعٌ لِرَدِّعِ الْجَانِيِ وَزَجْرِهِ، وَإِصْلَاحِهِ وَتَهْذِيبِهِ. قَالَ الزَّيْلَعِيُّ: إِنَّ الْغَرَضَ مِنَ التَّعْزِيرِ الزَّجْرُ. وَسَمَّيْتُ التَّعْزِيرَاتِ: بِالزَّوَاجِرِ غَيْرِ الْمَقْدَرَةِ. أَمَّا الْإِصْلَاحُ وَالتَّهْذِيبُ فَهُمَا مِنْ مَقَاصِدِ التَّعْزِيرِ، قَالَ الْفُقَهَاءُ: إِنَّ الْحَبْسَ غَيْرَ الْمُحَدَّدِ الْمُدَّةَ حُدُّهُ التَّوْبَةُ وَصَلَاحُ حَالِ الْجَانِيِ.

وَقَالُوا: الزَّوَاجِرُ غَيْرُ الْمَقْدَرَةِ مُحْتَاجٌ إِلَيْهَا، لِذَفْعِ الْفَسَادِ كَالْحُدُودِ^(١٠).

وَلَيْسَ التَّعْزِيرُ لِلتَّعْذِيبِ، أَوْ إِهْدَارِ الْأَدْمِيَّةِ، أَوْ الْإِتْلَافِ، وَفِي ذَلِكَ يَقُولُ الْبُهَوِيُّ: لَا يَجُوزُ قَطْعُ شَيْءٍ مِّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ، وَلَا جَرْحُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، عَنْ أَحَدٍ يُقْتَدَى بِهِ؛ وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ أَدَبٌ، وَالْأَدَبُ لَا يَكُونُ بِالْإِتْلَافِ^(١١).

وَعَلَى هَذَا الْأَسَاسِ الْمُتَقَدِّمِ مَنَعَ جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ فِي التَّعْزِيرِ: الصَّفْعَ، وَحَلْقَ اللَّحْيَةِ، وَتَسْوِيدَ الْوَجْهِ، وَإِنْ كَانَ الْبَعْضُ قَالَ بِهِ فِي شَهَادَةِ الزُّورِ^(١٢).

التَّعْزِيرُ حَقٌّ لِلَّهِ وَحَقٌّ لِلْعَبْدِ:

الحقوق متمايزة، تارة تكون من حق الله تعالى، وقد يسمى حقَّ السلطان، كما أطلق عليه ابن رشد الحفيد، فلا يمكن عفوهِ إذا كان حدًّا^(١٣)، وتارة تكون حقًّا لآدمي

(٩) انظر: البحر الرائق ٤/١٢٦، الحاوي ٧/١٠٧٥، المغني ١٠/٣٢٤، الشرح الكبير ١٠/٣٦٢، التشريع الجنائي في الإسلام ١٢٦/٢.

(١٠) تبصرة الحكام ٢/٣٦٩، كشاف القناع ٦/١٢٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٥٦.

(١١) كشاف القناع ٦/١٢٤.

(١٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٨١٢، تبصرة الحكام ٢/٣٦٦، نهاية المحتاج ٧/١٧٤، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٤، المغني ١٠/٣٢٤، كشاف القناع ٤/٧٢، الحسبة لابن تيمية ص ٣٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٥٥-٢٥٧.

(١٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٣/٢٧٣.

يجوز عفو، وتارة تكون مترددة بين الحقيين، فيختلف فيها، وقد يجتمع الحقان في قضية واحدة ذات وجهين، كالمحارب يأخذ مال الغير.

وقد درجت القوانين الوضعية على التمييز بين الجهتين؛ جهة الحق العام وجهة الحق الشخصي، ورتبوا على ذلك الدعوى المدنية التي يقوم بها المتضرر مطالباً بجبر ضرره، ودعوى الحق العام التي يرفعها المدعي العام لحماية المجتمع.

لكن الشريعة المطهرة بتفصيلها لأنواع الجرائم وأصناف العقوبات أكدت على عنصر الثبات والاستقرار التشريعي، ممثلاً ذلك في الحدود الشرعية التي تحمي الكليات حماية سمرمدية تتلاءم مع الضرورة للإنسان. كما أكدت على جانب المرونة والتطور والتكيف مع مختلف البيئات، مبرزة ذلك في التعزيرات، وهو أمر لا يقتصر على عدم تحديد سقف العقوبة ولا عتبتها الدنيا فحسب، ولكنه يتمثل في إشراك الجهات القائمة على أمور المجتمعات في إثبات العقوبة أو نفيها، توجيهاً للمصلحة، وليس تشهياً بالهوى.

ولعل بعض القانونيين المنصفين في الغرب لاحظوا عنصر الثبات والديمومة وعنصر المرونة والتطور في هذه الشريعة فأشادوا بها، كما فعل رجل القانون الإيطالي د. أنزيكوانز إباتو في كتابه (الإسلام وسياسة الحلفاء في النصف الأول من القرن العشرين، إذ يقول: "إن الشريعة الإسلامية دقيقة وثابتة من حيث صياغتها، لكنها مع ذلك تتلاءم مع الواقع، وإن تطورها لا يقلل من قيمتها وفعاليتها، لقد بقيت قروناً طويلة محتفظة تماماً بحيويتها ومرونتها"^(١٤).

وَقَدْ حَصَلَ الْخِلَافُ فِي التَّعْزِيرِ: هَلْ هُوَ وَاجِبٌ عَلَيَّ وَلِيَّ الْأَمْرِ أَوْ لَا؟، فَمَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَأَحْمَدُ قَالُوا بِوُجُوبِ التَّعْزِيرِ فِيمَا شَرَعَ فِيهِ.

(١٤) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢٧٤/١٣.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، اسْتِنَادًا إِلَى أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلرَّسُولِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-: "إِنِّي لَقَيْتُ امْرَأَةً فَأَصَبْتُ مِنْهَا دُونَ أَنْ أَطَاهَا". فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- أَصَلَّيْتُ مَعَنَا؟ قَالَ نَعَمْ: فَتَلَا عَلَيْهِ آيَةَ: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفِي النَّهَارِ وَرُفَاً مِنَ اللَّيْلِ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ذَلِكَ ذِكْرَى لِلذَّاكِرِينَ﴾ ﴿١١٤﴾ ﴿١٥﴾ (سورة هود، الآية: ١١٤). وَإِلَى قَوْلِهِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فِي الْأَنْصَارِ: "اقْبَلُوا مِنْ مُحْسِنِهِمْ، وَتَجَاوَزُوا عَنْ مُسِيئِهِمْ" ﴿١٦﴾. وَإِلَى أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلرَّسُولِ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ- فِي حُكْمِ حَكَمَ بِهِ لِلزُّبَيْرِ لَمْ يَرْقُهِ: أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ، فَغَضِبَ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ عَزَّرَهُ" ﴿١٧﴾.

المبحث الثالث: الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات

هناك فروق ظاهرة تميز التعازير عن العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وأهم هذه الفروق ما يأتي:

١- العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي عقوبات مقدرة معينة، فهي عقوبات لازمة ليس للقاضي أن يستبدل بها غيرها، وليس له أن ينقص منها أو يزيد فيها. أما التعازير فهي عقوبات غير مقدرة، فللقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة.

٢- العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولي الأمر، أما التعازير فتقبل العفو من ولي الأمر، سواء كانت الجريمة

(١٥) أخرجه أحمد في مسنده ٤٤٥/١ رقم (٤٢٥٠)، وابن خزيمة في باب فضائل الصلوات الخمس ١/١٦٢ ٣١٣. قال الأعظمي: إسناده صحيح. وقال شعيب الأرنؤوط: وهذا إسناده حسن، وصححه الألباني. مختصر إرواء الغليل ١/٤٧٦.

(١٦) أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي، باب قول: اقبلوا من محسنهم ٤٣/٥ من حديث أنس.

(١٧) أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي ١٤٦/٣ رقم (٢٣٥٩)، ومسلم في باب وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم (٩٠/٧) رقم (٦٢٥٨).

ماسة بالجماعة أو بالأفراد- على خلاف في ذلك.

٣- عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة، ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً^(١٨).

٤- إثبات الحدود والقصاص عند الجمهور لا يثبت إلا بالبينة أو الاعتراف، بشروط خاصة. بخلاف التعزير فيثبت بذلك وبغيره.

٥- أنه لا خلاف بين الفقهاء أن من حده الإمام فمات من ذلك قدمه هدر؛ لأن الإمام مأمور بإقامة الحد، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة. أما التعزير فقد اختلفوا فيه، فعند الحنفية والمالكية والحنابلة: الحكم كذلك في التعزير. أما عند الشافعية: فالتعزير موجب للضمنان.

٦- أن الحدود تدرأ بالشبهات، بخلاف التعزير، فإنه يثبت بالشبهة - وسيأتي

بسط الخلاف في الفصل الثالث.

٧- أنه يجوز الرجوع في الحدود إن ثبت بالإقرار، أما التعزير فلا يؤثر فيه الرجوع.

٨- أن الحد لا يجب على الصغير، ويجوز تعزيره.

٩- أن الحد قد يسقط بالتقادم عند بعض الفقهاء، بخلاف التعزير^(١٩).

المبحث الرابع: أنواع التعازير:

من المعلوم أن مبادئ الشريعة لا تمنع من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب، وأن الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب، وأنه يجوز من

(١٨) انظر: بدائع الصنائع ٤٢٠١/٩، حاشية ابن عابدين ٥٣/٤-٥٤، مواهب الجليل ٣٢٠/٦، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٧، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢١٦، التشريع الجنائي في الإسلام ٢٤٨/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٨٥، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة ٢٦٢/١.

(١٩) المرجع السابقة.

التعزير ما أمنت عاقبته غالباً، فينبغي أن لا تكون عقوبة التعزير مُهلكة، ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع .

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا -استثناءً من هذه القاعدة العامة- أن يعاقب بالقتل تعزيراً، إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء استثناء من القاعدة، فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية، بل يجب أن يعين ولي الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل، وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدتها، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك، وكان جنس الجريمة يوجب القتل، كما في حال تكرار الجريمة، أو إدمان المخدرات، واعتياد الإجرام^(٢٠) - كما سيأتي تفصيله .

ويُبيح الحنفية عامة القتل تعزيراً ويسمونه القتل سياسة، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي، وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وهو رأي الإمام مالك^(٢١) .
والقتل تعزيراً بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا في جرائم تعزيرية محدودة العدد، وقد جعلت الشريعة القتل عقوبة في أربع جرائم من جرائم الحدود هي: الزنا، والحراية، والردة، والبغي، وجعلته عقوبة في جريمة واحدة من القصاص هي القتل العمد، فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التي يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً، كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل في الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يجيزون القتل تعزيراً، وكان عددها لا يزيد على خمس

(٢٠) الفروق للقرافي ١٧٧/٤، القواعد لابن رجب ص ٣١١، نيل الأوطار ١١٨/٧، التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٨:٦٨٩.

(٢١) حاشية ابن عابدين ١٩٦/٣ الشرح الكبير للماوردي ٣٥٥/٤، السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١١٤، الحسبة لابن تيمية ص ٤٨.

جرائم عند من لا يبيحون القتل تعزيراً، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها، فهي لا تسرف في عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض (٢٢).
وتأسيساً على ما سبق يجوز إيقاع عقوباتٍ مختلفةٍ، يختارُ منها الحاكمُ في كلِّ حالةٍ ما يراه مناسباً محققاً لأغراض التعزير.
وهذه العقوباتُ قد تنصبُّ على البدن، وقد تكونُ مقيدةً للحرية، وقد تُصيبُ المال، وقد تكونُ غيرَ ذلك. وفيما يلي بيانُ هذا الإجمال:

العُقوباتُ البدنيةُ:

أ - التعزيرُ بالقتل:

الأصل: أنه لا يُبلِّغُ بالتعزيرِ القتل، وذلك لقولِ الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (٣٣) ﴿سورة الإسراء، الآية: ٣٤﴾، وقولِ النبيِّ -صلى الله عليه وسلم-: "لا يحل دم امرئٍ مسلمٍ إلا بإحدى ثلاث: الثيبُ الزاني، والنفسُ بالنفس، والتاركُ لدينه المُفارقُ للجماعة" (٢٣).

وقد ذهبَ بعضُ الفقهاءِ إلى جوازِ القتلِ تعزيراً في جرائمٍ معينةٍ بشروطٍ مخصوصةٍ، ومن ذلك: قتلُ الجاسوسِ المسلمِ إذا تجسَّسَ على المسلمين، وذهبَ إلى جوازِ تعزيره بالقتلِ مالكٌ وبعضُ أصحابِ أحمد، ومنعه أبو حنيفة، والشافعي، وأبو يعلى من الحنابلة، وتوقفَ فيه أحمد.

ومن ذلك: قتلُ الداعيةِ إلى البدعِ المخالفةِ للكتابِ والسنةِ كالجهمية. ذهبَ إلى ذلك كثيرٌ من أصحابِ مالك، وطائفةٌ من أصحابِ أحمد. وأجازَ أبو حنيفةَ التعزيرَ بالقتلِ فيما تكررَ من الجرائمِ، إذا كانَ جنسهُ يوجبُ القتلَ، كما يقتلُ من تكررَ منه

(٢٢) التشريع الجنائي الإسلامي ١/٦٨٥.

(٢٣) أخرجه مسلم في باب ما يباح به دم المسلم ١٠٦/٥ رقم (٤٤٦٨) من حديث عبد الله بن مسعود.

اللُّوَاطُ أَوْ الْقَتْلُ بِالْمَثَلِ^(٢٤).

يقول ابن تيمية: (وَقَدْ يُسْتَدَلُّ عَلَى أَنَّ الْمَفْسَدَ إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ شَرُّهُ إِلَّا بِقَتْلِهِ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ^(٢٥))، لِمَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ عَنْ عَرْفَجَةَ الْأَشْجَعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: "مَنْ آتَاكُمْ وَأَمْرُكُمْ جَمِيعٌ عَلَى رَجُلٍ وَاحِدٍ يُرِيدُ أَنْ يَشُقَّ عَصَاكُمْ، أَوْ يُفَرِّقَ جَمَاعَتَكُمْ فَاقْتُلُوهُ"^(٢٦).

ب - التَّعْزِيرُ بِالْجُلْدِ :

الْجُلْدُ فِي التَّعْزِيرِ مَشْرُوعٌ، وَدَلِيلُهُ قَوْلُ الرَّسُولِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: "لَا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ، إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى"^(٢٧).
وَفِي الْحَرِيسَةِ^(٢٨) الَّتِي تُؤْخَذُ مِنْ مَرَاتِعِهَا غُرْمٌ ثَمَنُهَا مَرَّتَيْنِ، وَضَرْبُ نَكَالٍ. وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ فِي سَرَقَةِ الثَّمْرِ يُؤْخَذُ مِنْ أَكْمَامِهِ، لِحَدِيثِ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: "عَنِ الثَّمْرِ الْمُعَلَّقِ، فَقَالَ: مَنْ أَصَابَ مِنْهُ بِفِيهِ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرِ مَتَّخِذِ حُبْنَةٍ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ خَرَجَ بِشَيْءٍ مِنْهُ فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيهِ وَالْعُقُوبَةُ، وَمَنْ سَرَقَ مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَ أَنْ يُؤْوِيَهُ الْجَرِينُ فَبَلَغَ ثَمَنُ الْمَجْنُ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ"^(٢٩).

وَقَدْ سَارَ عَلَى هَذِهِ الْعُقُوبَةِ فِي التَّعْزِيرِ الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ مِنْ

(٢٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٦١/١، حاشية ابن عابدين ٣/١٨٤-١٨٥، الجامع لأحكام القرآن ٦/١٥١-١٥٢، تبصرة الأحكام ص ١٩٣، ٢٠٦، المذهب ٢/٢٦٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١، ٢١٣، كشاف القناع ٤/٧٤-٧٦.

(٢٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٩٩.

(٢٦) أخرجه مسلم، باب حكم من فرق أمر المسلمين ٣٣/٦ رقم (٤٩٠٤).

(٢٧) أخرجه البخاري في كتاب بدء الوحي ٨/٢١٦ رقم (٦٨٤٩)، ومسلم، في باب قدر أسواط التعزير ٥/١٢٦ رقم (٦٨٥٠) من حديث أبي بردة الأنصاري.

(٢٨) الحريسة: فُعَيْلَة، ويطلق على الشاة التي يدرکها الليل قبل أن تصل إلى مراحها، انظر: لسان العرب ٨/٤٨.

(٢٩) أخرجه أبو داود، باب ما لا قطع فيه ٤/٢٣٨ رقم (٤٣٩٢)، والنسائي، باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين ٨/٨٥ رقم (٤٩٥٨) وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير ٢/١٠٤٣ رقم (٦٠٣٨)، وفي إرواء الغليل ١/٤٨٠.

الحكام، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ^(٣٠).

مِقْدَارُ الْجُلْدِ فِي التَّعْزِيرِ:

لَا خِلَافَ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ: أَنَّ التَّعْزِيرَ لَا يَبْلُغُ الْحَدَّ، لِحَدِيثِ: "مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ"^(٣١) وَاخْتَلَفُوا فِي أَقْصَى الْجُلْدِ فِي التَّعْزِيرِ:

فَيْرَى أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَنْ تِسْعَةٍ وَثَلَاثِينَ سَوْطًا بِالْقَذْفِ وَالشُّرْبِ، أَخَذًا عَنِ الشَّعْبِيِّ، إِذْ صَرَفَ كَلِمَةَ (الْحَدِّ) فِي الْحَدِيثِ إِلَى حَدِّ الْأَرْقَاءِ وَهُوَ أَرْبَعُونَ.

وَفِي عَدَدِ الْجُلْدَاتِ رَوَاتَانِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّ التَّعْزِيرَ يَصِلُ إِلَى تِسْعَةٍ وَسَبْعِينَ سَوْطًا، وَالثَّانِيَّةُ: وَهِيَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ التَّعْزِيرَ لَا يَزِيدُ عَلَى خَمْسَةِ وَسَبْعِينَ سَوْطًا^(٣٢).

وَعِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ قَالَ الْمَازَرِيُّ: إِنَّ تَحْدِيدَ الْعُقُوبَةِ لَا سَبِيلَ إِلَيْهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَذْهَبِ، وَقَالَ: إِنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ يُجِيزُ فِي الْعُقُوبَاتِ فَوْقَ الْحَدِّ. وَحُكِيَ عَنْ أَشْهَبَ: أَنَّ الْمَشْهُورَ أَنَّهُ قَدْ يَزَادُ عَلَى الْحَدِّ. وَعَلَى ذَلِكَ فَالرَّاجِحُ لَدَى الْمَالِكِيَّةِ: أَنَّ الْإِمَامَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ التَّعْزِيرَ عَنِ الْحَدِّ، مَعَ مُرَاعَاةِ الْمَصْلَحَةِ الَّتِي لَا يَشُوبُهَا الْهَوَى^(٣٣).

وَقَالُوا فِي حَدِيثِ أَبِي بُرْدَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ^(٣٤): إِنَّهُ مَقْصُورٌ عَلَى زَمَنِ الرَّسُولِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -؛ لِأَنَّهُ كَانَ يَكْفِي الْجَانِي مِنْهُمْ هَذَا الْقَدْرُ، وَتَأَوَّلُوهُ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ: (فِي حَدٍّ)، أَيُّ فِي حَقٍّ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْمَعَاصِي الْمَقْدَرِ حُدُودَهَا؛ لِأَنَّ

(٣٠) انظر: المغني ٣٤٨/١٠، تبصرة الحكام ٢٠٠/٢، الحسبة ٣٩.

(٣١) رواد البيهقي باب ما جاء في التعزير ٣٢٧/٨ عن النعمان بن بشير، وقال: المحفوظ: المرسل، والوليد بن عثمان خال مسعر، ولم أعرفهما وبقيتا فضات. انظر: نصب الراية ٣٥٤/٣.

(٣٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦٤/٧.

(٣٣) تبصرة الحكام ٢٠٤/٢.

(٣٤) سبق تخريجه.

المعاصي كلها من حدود الله تعالى" (٣٥).

وعند الشافعية: أن التعزير إن كان بالجلد فإنه يجب أن ينقص عن أقل حدود من يقع عليه التعزير، فينقص في العبد عن عشرين، وفي الحر عن أربعين، وهو حد الحمر عندهم. وقيل بقياس كل جريمة بما يليق بها مما فيه أو في جنسه حد، فينقص على سبيل المثال تعزير مقدمه الزنى عن حده، وإن زاد على حد القذف، وتعزير السب عن حد القذف، وإن زاد على حد الشرب (٣٦).

وعند الحنابلة: اختلفت الرواية عن أحمد في قدر جلد التعزير، فروي أنه لا يبلغ الحد. وقد ذكر الخري هذه الرواية، والمقصود بمقتضاها: أنه لا يبلغ بالتعزير أدنى حد مشروع.

ونص مذهب أحمد: أن لا يزداد على عشر جلدات في التعزير، للحديث: "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله" (٣٧)، إلا ما ورد من الآثار مخصصاً لهذا الحديث، كوطء جارية امرأته بإذنها. (٣٨)

قال ابن قدامة: ويحتمل كلام أحمد والخري: أنه لا يبلغ التعزير في كل جريمة حداً مشروعاً في جنسها، ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها، وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا.

واستدل بما روي عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما فيمن وطئ جارية امرأته بإذنها: أنه يجلد مائة جلدة، وهذا تعزير؛ لأن عقاب هذه الجريمة للمحصن الرجم، وبما روي عن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه في الرجل الذي وطئ أمة

(٣٥) انظر: حاشية الدوسقي ٣٥٥/٤، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٥٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢/٢٦٧.

(٣٦) انظر: المهذب ٢/٢٢٨، نهاية المحتاج ٧/١٧٥، مغني المحتاج ٤/١٩٣. الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٦٧.

(٣٧) سبق تخريجه.

(٣٨) انظر: المغني ١٠/٣٣٤، المبدع ٩٩٩، الشرح الكبير ١٠/٣٥٤، التشريع الجنائي في الإسلام ٢/٢٥٤.

مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ آخَرَ: أَنَّهُ يُجَلَّدُ الْحَدَّ إِلَّا سَوْطًا وَاحِدًا، وَقَدْ اِحْتَجَّ بِهَذَا الْحَدِيثِ أَحْمَدُ (٣٩).

وَقَدْ زَادَ ابْنُ تَيْمِيَّةَ وَابْنُ الْقَيِّمِ رَأْيًا رَابِعًا: هُوَ أَنَّ التَّعْزِيرَ يَكُونُ بِحَسَبِ الْمَصْلَحَةِ، وَعَلَى قَدْرِ الْجُرْمِ، فَيَجْتَهِدُ فِيهِ وَلِيُّ الْأَمْرِ عَلَى أَنْ لَا يَبْلُغَ التَّعْزِيرُ فِيمَا فِيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ ذَلِكَ الْمُقَدَّرَ، فَالتَّعْزِيرُ عَلَى سَرَقَةِ مَا دُونَ النَّصَابِ - مَثَالًا - لَا يَبْلُغُ بِهِ الْقَطْعَ، وَقَالَا: إِنَّ هَذَا هُوَ أَعْدَلُ الْأَقْوَالِ، وَإِنَّ السُّنَّةَ دَلَّتْ عَلَيْهِ، كَمَا مَرَّ فِي ضَرْبِ الَّذِي أَحَلَّتْ لَهُ أَمْرَاتُهُ جَارِيَتَهَا مِائَةً لَا الْحَدَّ وَهُوَ الرَّجْمُ، كَمَا أَنَّ عَلِيًّا وَعُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - ضَرَبَا رَجُلًا وَأَمْرًا وَجَدَا فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ مِائَةً مِائَةً، وَحَكَمَ عُمَرُ فِيمَنْ قَلَّدَ خَاتِمَ بَيْتِ الْمَالِ بِضَرْبِهِ ثَلَاثِمِائَةً عَلَى مَرَّاتٍ، وَضَرَبَ صَبِيغُ بْنُ عَسَلٍ لِلْبُدْعَةِ ضَرْبًا كَثِيرًا لَمْ يَعُدَّهُ (٤٠).

وَمَا ذَكَرَ إِنَّمَا هُوَ عَنِ الْحَدِّ الْأَعْلَى، أَمَّا الْحَدُّ الْأَدْنَى فَقَدْ قَالَ فِيهِ الْقُدُورِيُّ: إِنَّهُ ثَلَاثُ جَلَدَاتٍ؛ لِأَنَّ هَذَا الْعُدَدَ أَقَلُّ مَا يَقَعُ بِهِ الزَّجْرُ. وَلَكِنَّ غَالِبِيَّةَ الْحَنْفِيَّةِ عَلَى أَنَّ الْأَمْرَ فِي أَقَلِّ جَلْدٍ التَّعْزِيرِ مَرْجِعُهُ الْحَاكِمِ، بِقَدْرِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ يَكْفِي لِلزَّجْرِ (٤١).

الفصل الثاني: في نقض الحكم ودرجات التقاضي والظن في الأحكام

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: نقض الحكم وقواعده

إذا أصدر القاضي حكمًا في قضية، ثم ظهر له أن هذا الحكم خطأ يتعين نقضه قام هو بنقضه، وكما أن للقاضي الذي أصدر الحكم أن ينقض حكم نفسه، فإن غيره من

(٣٩) المراجع السابقة.

(٤٠) انظر: المغني ٣٢٤/١٠، الشرح الكبير ٣٥٤/١٠، المبدع ٩٩/٩ الحسبية في الإسلام ص ٣٩، السياسة الشرعية ص ٥٤، الطرق الحكمية ص ١٠٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٢/٢٦٧.

(٤١) المراجع السابقة.

القضاة أن ينقضوا أحكام غيرهم إذا رفعت إليهم هذه الأحكام أو نظروها من تلقاء أنفسهم، كما لو نظر القاضي الجديد أحكام سلفه. إلا أن نقض الحكم القضائي له جملة من الضوابط والقواعد التي تنظمه، حتى لا يكون مسرحاً للفوضى فتنتقض الأحكام دون مبرر يقضى بذلك^(٤٢)، وأهم هذه القواعد:

أولاً: أن الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد: سواء كان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أو كان غيره، وذلك بهدف استقرار الأحكام ووثوق الناس بها وإنهاء الخصومات وقطع الطريق على حكام السوء الذين قد يتذرعون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم لأغراض غير مشروعة^(٤٣).

ثانياً: أن السوابق القضائية لا تُقيد القاضي ولا تُلتزم: فإذا قضى القاضي في مسألة اجتهادية بحكم معين فإنه لا يتقيد به في القضايا المماثلة للقضية الأولى، فله أن يحكم فيها بحكم جديد إذا تغير اجتهاده في هذه القضايا، وتبعاً لذلك لا يجوز له أن ينقض حكمه القديم بحجة حكمه الجديد.

ثالثاً: أن الحكم المخالف للنص أو الإجماع يُنقض: فإذا حكم القاضي بحكم يخالف نص القرآن أو السنة أو الإجماع فإن هذا الحكم يستحق النقض. وقد أضاف القرافي كذلك: مخالفة القياس الخالي عن المعارض أو القاعدة الشرعية العامة السالمة من المعارض^(٤٤).

وقال ابن القيم: (ولم يوجب أحد من الأئمة نقض حكم الحاكم، ولا إبطال فتوى المفتي بكونه خلاف قول زيد أو عمرو، ولا يعلم أحد سوغ النقض بذلك من الأئمة والمتقدمين من أتباعهم، وإنما قالوا: يُنقض من حكم الحاكم ما خالف نص كتاب أو

(٤٢) النظام القضائي ٥٨/١.

(٤٣) المجموع ٤٥/١، مغني المحتاج ٣٩٦/١٣، الأشباه والنظائر ص ١٠١، دُرر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣٠٩/٣، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٧٤٧/٩.

(٤٤) المراجع السابقة.

سنة أو إجماع الأمة^(٤٥).

رابعاً: التهمة تؤثر في حكم القاضي وتعرضه للنقض : لأن القاعدة- كما يقول القرافي -: (أن التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة^(٤٦)). وهي- أي التهمة- مختلفة المراتب، فأعلى رتب التهمة معتبر إجماعاً، مثل حكم القاضي لنفسه، فإن هذا الحكم ينقض بلا خلاف بين الفقهاء، وأدنى رتب التهم مردود إجماعاً إذ لا تأثير له في سلامة الحكم، كحكمه لجيرانه وأهل بلده مثلاً. والوسط من التهم مختلف فيه: هل يلحق بالأول فينقض الحكم به، أم يلحق بالثاني فلا يؤثر في الحكم ولا ينقض به؟ وأصلها قوله -صلى الله عليه وسلم-: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"^(٤٧) "أي متهم"^(٤٨).

خامساً: أن أحكام قليل الفقه ومن لا يستشير لا بد أن تدقق، فيبرم منها الصحيح ويُنقض منها ما كان خطأً بيناً، حفاظاً على حقوق الناس وتحقيقاً للعدل.
سادساً: أنه إذا كان الحكم المنقوض صحيحاً فإن الحكم الناقض يُنقض ويبرم الحكم المنقوض^(٤٩).

المبحث الثاني: درجات التقاضي - درجات المحاكم - والظعن في الأحكام

الأصل في القضاء أن يكون على درجة واحدة حسماً للنزاع في أسرع وقت،

(٤٥) إعلام الموقعين ٤/١٩٧.

(٤٦) الضروق ٤/١٠٣.

(٤٧) أخرجه مالك في الموطأ. انظر: شرح الزرقاني على الموطأ/٣/٤٩٠ موقوفاً على عمر، وهو منقطع، ورواه أبو داود في المراسيل عن طلحة بن عبدالله بن عوف. ورواه أيضاً البيهقي في السنن الكبرى ١٠/٢٠١، من طريق الأعرج مرسلًا. ورواه الحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً، وفي إسناده نظر. انظر: المنتقى ٤/٤٩٠، نيل الأوطار ٨/٢٩١.

(٤٨) انظر: بدائع الصنائع ١٤/٣٣٦ فتح القدير ٥/٢٧٩، مواهب الجليل ٨/١٨٢، بداية المجتهد ٢/٤٦٤، الحاوي ٧/٣٢٧، المجموع ٢٠/٢٣٤، شرح منتهى الإرادات ١٢/٤٠٢، الفقه الإسلامي ٨/١٧٩، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة ١/٧٥٢.

(٤٩) المرجع السابقة.

ولكن ضماناً لسير العدالة وإحقاق الحق، وبسبب قلة الورع، ونقص العلم، جرى العمل حديثاً على تعدد المحاكم.

ولا مانع في الفقه الإسلامي من مبدأ التعدد، بدليل أن علياً — رضي الله عنه — قضى بين خصمين في اليمن، وأجاز لهما إذا لم يرضيا أن يأتيا رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فأتياه فأقر قضاء علي.

وقال عمر لأبي موسى الأشعري — رضي الله عنهما — في رسالته المشهورة: "ولا يمنعنك قضاء قضيتته بالأمس، ثم راجعت فيه نفسك، وهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق؛ فإن الحق قديم، والرجوع إلى الحق خير من التماذي في الباطل"^(٥٠).

أما القضاء في العصر الحاضر في البلاد العربية والإسلامية فيمكن تقسيمه إلى صنفين: صنف التزم بالمنهج السابق، وبقي القضاء الشرعي فيه على درجة واحدة ابتدائية، وترفع أحكامه إلى المحكمة العليا لمراقبته فقط أمام محكمة التمييز، كما في المملكة العربية السعودية ودبي، ومحكمة النقض كما في سوريا ومحكمة الاستئناف في الأردن.

وصار قضاة الشرع في هذه الأنظمة قسمين:

القسم الأول: قضاة الشرع للحكم في الموضوع في المحكمة الشرعية الابتدائية مع تعدد أسمائها.

القسم الثاني: قضاة للمراقبة والمتابعة والتدقيق في الدائرة الشرعية في المحكمة العليا^(٥١).

(٥٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١١٩/١٠ باب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصاً أو إجماعاً، والدارقطني في سننه ٣٦٨/٥ رقم (٤٤٧١)، قال الحافظ ابن حجر: وساقه ابن حزم من طريقين، وأعلمهما بالانقطاع، لكن اختلاف المخرج فيهما مما يقوي أصل الرسالة، ولا سيما أن في بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة مكتوبة، انظر: التلخيص الجبير ٤٧٣/٤.

(٥١) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ١٧٥٤/٦٤ العقد المنظم للحكام ١٩٢/٢، التنظيم القضائي في المملكة ص ٤١، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية ٦٣/١، إجراءات الدعوى القضائية أمام المحاكم الشرعية ص ٣٠.

واتجهت بعض البلاد العربية والإسلامية إلى تبني درجات التقاضي في المحاكم الشرعية، وأن الدعوى تنظر في المحكمة الشرعية الابتدائية التي تصدر حكماً في الدعوى، ويحق للأطراف استئنافه، لتنظر الدعوى مجدداً و كلياً في محكمة الاستئناف، وكأن الحكم السابق لم يكن، لتصدر محكمة الاستئناف حكماً جديداً ومستقلاً ونهائياً في الدعوى.

وبعد أن يصبح الحكم نهائياً - إما بمضي المدة بعد صدوره من المحكمة الابتدائية بدون استئناف، أو بقناعة الأطراف بالحكم، وإما بصدوره من محكمة الاستئناف - تتولى الدائرة الشرعية في المحكمة العليا تدقيق الحكم ومراقبته للتصديق عليه، أو نقضه وإعادة الدعوى للمحكمة التي أصدرته، ولا تنظر في الدعوى وإصدار الحكم إلا في حالات استثنائية محدودة، وهذا هو المعمول به في الإمارات العربية، والعراق، ومصر، والمملكة العربية السعودية في نظام القضاء الأخير^(٥٢).

ويكون قضاة الشرع في هذا القسم ثلاث درجات:

- ١ - قضاة المحكمة الشرعية الابتدائية، وتتكون المحكمة عادة من قاض واحد.
- ٢ - قضاة محكمة الاستئناف الشرعية، وتتكون المحكمة من ثلاثة قضاة، أو من رئيس محكمة ومستشارين.
- ٣ - مستشارون في الدائرة الشرعية في المحكمة العليا، وتُنظر الأحكام من ثلاث قضاة على الأقل.

وأخذ نظام القضاء في المملكة العربية السعودية بقضاء الفرد في المحاكم الجزئية، وبقضاء الجماعة في المحكمة العامة، في قضايا القتل والرجم والقطع وما يحدده النظام، فتصدر الأحكام من ثلاثة قضاة، وكذا في محكمة الاستئناف، ما

(٥٢) المراجع السابقة، القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٧٨/م في ١٩/٩/١٤٢٨هـ.

عدا قضايا القتل والرجم والقطع فتصدر الأحكام من خمسة قضاة^(٥٣). ويلاحظ في أسلوب تعدد المحاكم أن الخصمين يعلمان سلفاً أن الحكم لم يكتسب الدرجة القطعية، وإنما يجوز استئنافه ونقضه، فلم تعد هناك خشية من اضطراب الأحكام؛ لأن الحكم لم يكتمل بعد. ويمكن تأييد ما ذكره الفقهاء من جواز نقض الحكم إذا صدر سهواً، أو ظهر فيه خطأ. فإن اكتسب الحكم الدرجة القطعية من محكمة النقض، فلا ينقض الحكم السابق في حادثة مشابهة، عملاً بقاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بمثله"^(٥٤) وأصلها قول عمر: "تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي"^(٥٥).

الفصل الثالث: اشتراط الإجماع بين قضاة المحكمة العليا

في عقوبات القتل تعزيراً

حين نرجع إلى نظام القضاء الجديد والذي صدر عن مجلس الشورى، وتوج بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٧٨ / م في ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ نلاحظ أن (قضايا القتل، والرجم، والقطع والقصاص في النفس وما دونها تنظر في المحاكم العامة من خلال ثلاثة من القضاة.

فقد نصت المادة العشرون من نظام القضاء على أن: "تؤلف المحكمة الجزائية من دوائر متخصصة هي:

أ - دوائر قضايا القصاص والحدود.

ب - دوائر القضايا التعزيرية.

(٥٣) المراجع السابقة، نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٧٨ / م في ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ المواد ١٠، ١٥، ٢٥.

(٥٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٠٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٢٠١، المنتور في القواعد ١/٩٣.

(٥٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٥٧ رقم (١٢٨٤٦)، والدارقطني في سننه ٩/٤٤٢ رقم (٤١٧٠)، وعبد الرزاق في مصنفه ١٠/٢٤٩ رقم (١٩٠٠٥) والدارمي في سننه ٢/٢٢٦.

ج- دوائر قضايا الأحداث.

وتُشكل كل دائرة من ثلاثة قضاة، باستثناء القضايا التي يحددها المجلس الأعلى للقضاء، فينظرها قاضٍ فرد^(٥٦).

فلاحظ أن القضايا التعزيرية تنظر من قبل ثلاثة من القضاة، ثم إنه يُستأنف الحكم عليها، وينظرها خمسة من القضاة. فقد جاء في المادة الخامسة عشرة:
١- يكون في كل منطقة محكمة استئناف أو أكثر، وتباشر أعمالها من خلال دوائر متخصصة، تؤلف كل دائرة منها من ثلاثة قضاة، باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في قضايا القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس أو فيما دونها فتؤلف من خمسة قضاة.

وفي المادة العاشرة من نظام القضاء والتي تتحدث عن المحكمة العليا جاء ما نصه: (... باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في الحكم الصادر بالقتل أو القطع أو الرجم أو القصاص في النفس أو فيما دونها، فإنها تؤلف من خمسة قضاة...)^(٥٧).
فمعنى هذا أن هذه القضايا ينظرها: ثلاثة عشر قاضياً.

وهذا مما يبعث الاطمئنان في النفس، حين صدور حكم نهائي في هذه القضايا. فهل يسوغ إذا صدر حكم بالإجماع من خلال المحكمة الابتدائية، ثم الاستئناف ثم حاز على الأغلبية في المحكمة العليا، ولم يعترض عليه - فرضاً - سوى عضو واحد من ثلاثة عشر قاضياً، أن يُنقض الحكم ويعاد النظر فيه مرة أخرى؟! وماذا لو تكرر الأمر مرة أخرى كما حصل في المرة السابقة!؟

وعليه: فدعوى أن بقاء عبارة (ولا يكون تأييدها لعقوبة القتل تعزيراً إلا بالإجماع أنها تُعد حماية إجرائية) غير مُسَلَّم به، بل ربما يكون العكس، فتكون وسيلة لتعطيل

(٥٦) نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم ٧٨/م في ١٩/٩/١٤٢٨ هـ.

(٥٧) المرجع السابق.

كثير من الأحكام التعزيرية المبنية على نصوص شرعية صريحة وصحيحة).
يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: وأما مالك فَحَكِي عنه: أن من الجرائم ما يُبلغ به القتل، ووافقه بعض أصحاب أحمد، في مثل الجاسوس المسلم، إذا تجسس على المسلمين، فإن أحمد توقف في قتله، وجوّز مالك وبعض الحنابلة كابن عقيل قتله... ثم قال: وكذلك قيل في قتل الساحر، فإن أكثر الفقهاء على أنه يُقتل، وقد روي عن جندب مرفوعاً وموقوفاً: (حد الساحر ضربة بالسيف)^(٥٨).

وبه قال جمع من الصحابة رضي الله عنهم واختلف العلماء فيه، فقال بعضهم: لأجل الكُفر، وقال بعضهم: لأجل الفساد في الأرض. وكذلك أبو حنيفة يُعزّر بالقتل فيما تكرر من الجرائم.

ثم قال ابن تيمية رحمه الله: (وقد يُستدل على أن المفسد متى لم ينقطع شره إلا بالقتل فإنه يُقتل، بما رواه مسلم في صحيحه عن عرفجة الأشجعي رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: "من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه" وفي رواية: "ستكون هنات وهنات، فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف كائناً من كان"^{(٥٩) (٦٠)}.

ثم إنه سواء صدر الحكم بالإجماع من قبل قضاة المحكمة العليا أو بالأكثرية، فهو متوقف على موافقة ولي الأمر عليه، فإما أن يعفو وإما أن يستوفي حسب

(٥٨) رواه الترمذي في سننه باب حد الساحر ٦٠/٤ رقم (١٤٦٠)، والبيهقي في السنن الكبرى باب تكفير الساحر وقتله ١٣٦/٨ رقم (١٦٢٧٧)، والحاكم في مستدركه ٣٦٠/٤ رقم (٨٧٣) وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وإسماعيل بن مسلم المكي يضعف في الحديث، والصحيح عن جندب موقوفاً، وأما الحاكم فقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة والموضوعة ٦٤١/٣.

(٥٩) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٥/٢٨.

(٦٠) رواه مسلم في باب حكم من فرق أمر المسلمين ٤٩٠٢٢٢/٦.

المصلحة^(٦١).

وعفو الإمام بلا شك منوط بالمصلحة، وليس للهوى، كما أن عفو الإمام عن الجريمة أو العقوبة لا يؤثر بأي حال في حقوق المجني عليه^(٦٢).
ثم إن اشتراط الإجماع متعسر جداً، ذلك أن التعازير خاضعة لاجتهاد العلماء، ومنها ما هو صادر عن توجيهات سامية أو أوامر ملكية مبنية على قرارات صادرة من هيئات شرعية أو مجامع فقهية، كقتل مهربي المخدرات، أو مروجيها إذا تكرر منهم الترويج، وكذا من يعبث بأمن الدولة، أو مصالحها العامة أو يقع في الخيانة العظمى ونحوها. واشتراط الإجماع بين أصحاب الفضيلة قضاة المحكمة العليا في ذلك، ربما يجبر على البلاد شروراً عظيمة لا تحمد عواقبها.

وبخاصة أن من العلماء من يعتبر أن رأي الأكثرية قوة ملزمة، ويصفه بالإجماع الناقص، وفي هذا يقول عبدالقادر عودة-رحمه الله- تحت عنوان: (الشرعية لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعاً): (وقد يظن البعض أن الشرعية انفردت باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع، وهو ظن خاطئ، فالقوانين الوضعية في غير البلاد الإسلامية أساسها رأي الجماعة، سواء في التشريع أو التطبيق، فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية، والنظريات القانونية التي يُجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دُون تشريع قوة ملزمة، مصدرها هذا الإجماع الناقص. وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأي غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم ما يراه اثنان منهم، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادئ القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين. ومعنى هذا كله

(٦١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٨٢.

(٦٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام ٢١٢/٤، المغني ٥٢٦/١٢، ٥٢٧.

أن القوانين الوضعية تُسلم بالإجماع، وتجعل الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق؛ لأنه يمثل رأي الأكثرين^(٦٣).

أما إن قيل: إن القتل تعزيراً فيه مفسدة وهي إزهاق النفس.

فيجاب عن ذلك: بأن هذا صحيح، والإسلام جاء بحقن الدماء، ولكن حفظ مصلحة الجماعة أولى من حفظ مصلحة الفرد، فالعرب تقول: القتل أنفى للقتل. ومن هنا جاءت الحكمة من تشريع القصاص في قوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ (سورة البقرة، الآية: ١٧٩).

يقول الإمام ابن عاشور - رحمه الله -: (المصلحة العامة: هي ما فيه صلاح عموم الأمة أو الجمهور، ولا التفات معه إلى أحوال الأفراد، حيث إنهم أجزاء من مجموع الأمة...) ^(٦٤).

وأما درء الحدود بالشبهات، فالفقهاء - ما عدا الظاهرية - متفقون على درء الحد بها، مع اختلافهم فيما يعتبر شبهة وما لا يعتبر^(٦٥)، ذلك استدلالاً بالأدلة الآتية:

عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أدرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً، فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة"^(٦٦). وقد روى هذا الحديث الترمذي وقال عنه: إن الموقوف أصح من المرفوع.

وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أدرؤوا الحدود بالشبهات"^(٦٧).

(٦٣) التشريع الجنائي الإسلامي ١/١٥٧.

(٦٤) مقاصد الشريعة الإسلامية بتصرف ص ٢٧٩.

(٦٥) بدائع الصنائع ٣٦/٧، فتح القدير لابن الهمام ٢١٢/٤، أسنى المطالب ١٠٦/٤، المغني ١٠/١٥٤.

(٦٦) سبق تخريجه.

(٦٧) سبق تخريجه.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبدالله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة بن عامر الجهني قالوا: "إذا اشتبه عليك الحد فادرأه ما استطعت"^(٦٨).

وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: "ادرؤوا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم"^(٦٩).

فإن قيل: إن الشبهة لا أثر لها في إيجاب الحد ولا في إسقاطه، وقد بالغ ابن حزم رحمه الله في رد النصوص الواردة في الأمر بدرء الحدود بالشبهات وأنكر حجيتها. حيث يقول: (لم يصح فيها عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولا كلمة، وإنما قد وردت عن بعض الصحابة من طرق كلها لا خير فيها)^(٧٠).

فيقال: إن ما ذكره ابن حزم غير مُسلم به، فقد تلتقت الأمة هذه النصوص بالقبول، وعمل بها جماهير العلماء في مختلف الأمكنة والأزمنة، وكون بعضها موقوفاً فإن هذا لا يعد قادحاً في حجيتها، لأن الموقوف في مثل هذا له حكم الرفع، فمن غير المتصور أن يقول أحد من الصحابة في قضية بهذه الخطورة بمجرد رأيه، لو لم يكن علمه من رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

وهذه النصوص وإن كان في إسنادها مقال، إلا أن بعضها يشد بعضاً، فيحصل الاطمئنان إلى صحة ما تضمنته^(٧١).

يقول ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الحدود تدرأ بالشبهات"^(٧٢).

(٦٨) أخرجه الدار قطني ٦٣/٤ رقم (٣٠٩٩) والبيهقي في الخلافيات وقال فيه: إنه منقطع. انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٠١/٢.

(٦٩) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى باب ما جاء في درء الحدود ٢٣٨/٨ رقم (١٧٥٢٠)، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ٢٦/٨.

(٧٠) المحلى ١٥٣/١١.

(٧١) درر الحكام شرح غرر الحكام ٢٩٦/٥، الحاوي ٤٤٦/١٧، المجموع ٦٩/٢٠، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ٦٢/١.

(٧٢) الإجماع رقم ٧٠٢ ص ١٦٢.

وما ينبغي أن يُعلم أن الفقهاء ذكروا تقسيمات عديدة وصوراً للشبهة، ومع ذلك لم يعدوا اختلاف القضاة شبهة توجب درء الحد أو التعزير!

فقد قسمها أكثر الحنفية إلى قسمين:

أحدهما: شبهة في الفعل، وتسمى شبهة اشتباه، وهي ثابتة في حق من اشتبه عليه الحكم، وذلك إذا ظن الحل، لأن الظن هو الشبهة، لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة. ومن أمثله: وطاء معتدة الثلاث، ووطء المختلعة على مال. ويشترط لتحقيق شبهة الفعل، أن لا يكون هناك دليل يدل على التحريم، وأن يعتقد الجاني حل ما يفعله، فإذا انتفى هذان الشرطان أو أحدهما لم تعتبر الشبهة قائمة^(٧٣).

الثاني: شبهة في المحل، وتشمل شبهة حكمية، وشبهة ملك، وسميت حكمية لأن حل المحل ثبت بحكم الشرع. وهي تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، سواء ظن الفاعل حل ما يُقدّم عليه أو اعتقد حرّمته.

ومن شبهة الملك ما إذا أخذ المحارب المُستحق جزءاً من الغنيمة خفية، بحيث تتحقق جريمة السرقة صورة. وكذلك سرقة الأب من مال ولده، وسرقة أحد الزوجين من الآخر.

ويضيف أبو حنيفة - رحمه الله - إلى القسمين السابقين قسماً ثالثاً: وهو شبهة العقد: أي شبهة النكاح^(٧٤).

وأما الشافعية فيقسمون الشبهة إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: شبهة في المحل، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة، وما أشبهها؛ لأن التحريم ليس لعينه بل لأمر عارض كالإيذاء وإفساد العبادة.

(٧٣) العناية شرح الهداية ١٧٦/٧، فتح القدير ١٤١/٤، حاشية ابن عابدين ١٥١/٣، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي لأبي زهرة، ص ١٩٠.

(٧٤) فتح القدير ١٤٣/٤، الهداية ١٤٠/٤، تبين الحقائق ١٧٥/٣ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٠، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٠٠/٦-٣٠٠/٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٤٠/٢٥، النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ٦٣/١٦٥، العقوبة والجريمة في الفقه الإسلامي لأبي زهرة ص ١٩٠-١٩٥.

ثانياً: شبهة في الفاعل، وهي أن يُقَدِّم الفاعل على الفعل معتقداً بإباحته، كمن وطئ امرأة زُفَّت إليه على اعتبار أنها زوجته.

ثالثاً: شبهة في الطريق (في الجهة): وتتحقق هذه الشبهة في كل أمر اختلف العلماء في حلّه وتحريمه، كالنكاح بلا ولي أو بلا شهود، ولا حد على الواطئ في هذين النكاحين، لأن بعض العلماء ذهب إلى الحكم بصحتهما، ويُدرأ باعتقاد الفاعل صحة العقد أو عدم صحته.

هذه أقسام الشبهة عند الحنفية والشافعية، وأما سائر الفقهاء فلم يُعْنُوا بتقسيم الشبهة، واكتفوا بإيراد الصور التي يعتبرون تحقق الشبهة فيها.

على أن بعض المعاصرين وهو الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله توسع في تفصيل أقسام الشبهة ومثّل لكل قسم منها فقال: والشبهات التي تؤثر في لزوم العقوبات المقدرة قصاصاً أو حداً يمكن ضبطها في أقسام أصلية أربعة:

أولها: ما يتعلق بركن الجريمة، والثاني ما يتعلق بالجهل النافي للقصد الجنائي في الارتكاب، والثالث: ما يتعلق بالإثبات، والرابع: ما يتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات والخفاء في التطبيق في بعضها^(٧٥). كما قسم ما يتعلق بركن الجريمة إلى أربعة أقسام: "شبهة الملك، وشبهة الدليل، وشبهة الحق، وشبهة الصورة"^(٧٦).

والفقهاء -رحمهم الله - قرروا قاعدة فقهية وهي: أن كل فعل يختلف فيه الفقهاء حلاً وحُرمة فإن ذلك الاختلاف يكون شبهة تمنع إقامة الحد، وفي ذلك يقول ابن قدامة رحمه الله: "ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل، والنكاح بلا ولي ولا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها من طلائق بائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن، ونكاح المجوسية، وهذا قول

(٧٥) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي له، ص ١٨٩.

(٧٦) المرجع السابق.

أكثر أهل العلم... " (٧٧).

ومع ما سبق فإن الخلاف الذي يكون شبهه هو الخلاف في أصل الحل أو التحريم، أما الخلاف في أن هذ شبهة أو ليس بشبهة، فإن هذا لا يمنع إقامة الحد عند من يقرر انتفاء الشبهة.

ومن ذلك العقد على امرأة مُحَرَّمَة عليه، فإن أبا حنيفة يعتبر صورة العقد شبهة، وغيره لا يعتبر صورة العقدة شبهة، فالذين نفوا الشبهة، لا يلتزمون قول أبي حنيفة في إسقاط الحد، يقول ابن قدامة: " وإن تزوج ذات محرم، فالنكاح باطل بالإجماع، فإن وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة والثوري: لا حد عليه " (٧٨).

ومما وقع الخلاف فيه كذلك: ما إذا استأجر امرأة لعمل فوطئها، فعامة أهل العلم على وجوب الحد عليهما، سواء استأجرها لعمل شيء فزنى بها، أو استأجرها ليزني بها، وقال أبو حنيفة: لا حد عليهما في هذه المواضع (٧٩).

أقول: ومع ضعف رأي المخالف في هذه المسائل، وغيرها كثير، بل شذوذه أحياناً، فلن تُعدم مؤيداً وناصراً لها.

وأنقل كلاماً نفيساً للشيخ محمد المختار الشنقيطي يقول: (ولذلك فإن أوسع باب في مسائل القتل عند الحنفية رحمهم الله حتى إنه في أيام الدولة العثمانية كان المذهب الحنفي هو المطبق، فكان إذا استعصى عليهم إقليم بكثرة القتل بحثوا عن قاضٍ مالكي؛ لأن المالكية على العكس تماماً، وهذا كله له أصول شرعية، وليس من باب العبث... فالمالكية يقولون: هذا الدم الذي أزهق لا يذهب هدرًا؛ لأن الله

(٧٧) المغني ١٠/١٥١.

(٧٨) المغني ١٠/١٤٨.

(٧٩) وليس معنى سقوط الحد أنه لا يعاقب بها عندهم، بل يوجبون بدلاً عنه التعزير. انظر: المغني ١٠/١٨٧، الشرح

الكبير ١٠/١٨٨.

سبحانه وتعالى جعل شريعته حياة للناس، وجعل لمن قُتل مظلوماً لوليه سلطاناً. فالشبهات عندهم ضعيفة ولا تؤثر أمام أصول عامة وشرعية، ولا يسقطون الحد إلا بشبهة قوية جداً توجب التأثير في الحيلولة دون القتل... ومن حيث الأصل فإن الشبهة قد تكون شبهة ظاهرة واضحة مؤثرة، وقد تكون أحياناً شبهة ضعيفة... ولو فتح باب الشبهات لسقطت كثير من الحدود والزواجر الشرعية باسم الشبهة، ولذلك لا يفتح هذا الباب على مصراعيه دون ضوابط شرعية، ولا يمكن أن يحكم بكل شبهة أنها مؤثرة...^(٨٠).

هذا: وقد استطردت في ذكر تقسيمات أهل العلم في الشبهة، وذكر أمثلة عليها، لأين لطالب الحق أن أهل العلم مع كل ذلك لم يذكروا أن مخالفة أحد القضاة لرأي البقية تُعد شبهة، تُرد الحكم أو تنقضه بعد ثبوته. فإن قيل: إن درجات التقاضي لم تكن معروفة عندهم، وإن ذلك حادث في العصور المتأخرة.

فيجاب: بأن مخالفة القاضي لرأي الأكثرية هو كمخالفة عالم لرأي الجماهير من أهل العلم، وقد رأينا كيف أنهم يقصرون الاعتبار بالشبهة في حالة دون أخرى، وهي الاختلاف في الحل والتحريم دون الخلاف في أن هذا شبهة أو ليس بشبهة، فالأول مانع من إقامة الحد، والثاني ليس كذلك، وإن لا للزم منه تعطيل الأحكام أو تأخيرها، وهذا خلاف مقصود الشارع الحكيم.

- وأما وجه الدلالة الآخر من الأحاديث والآثار السابقة فهو قولهم: إن الخطأ في العفو أولى من الخطأ في العقوبة، وهذا يستلزم درء الحد عنه، لأنه يعني أن الشريعة تشترط الإثبات القاطع في كل ما يتعلق بالجريمة، وهذا يعني أنها حريصة

(٨٠) زاد المستقنع ٣٤٩/١١.

على عدم ثبوت الحدود، ولذا تشددت في إثباتها أكثر من غيرها^(٨١).
ويجاب عنه: بأن ما ذكرتموه حق لا ريب فيه، ونحن نسلم به ونقول به، لكنه
ليس محل النزاع.

فالخطأ في العفو - بلا شك - خير من الخطأ في العقوبة، والحدود يشترط لها
القطعية أو ما يقاربها لإثباتها، ولكن ليس هذا محل النزاع.
إذ واقع المسألة أنه ليس ثمة خطأ أو نقص في التطبيق، وإنما هو مجرد اختلاف
على وجهة نظر، والخلاف بين أهل العلم في مسائل الفروع لا حصر له، ولا تكاد
تخلو منه مسألة، وهذا من شأنه:

أولاً: أنه قد يؤدي إلى تعطيل الحدود والتعازير بالكلية، والتماس ما هو أشبه
ببيوت العنكبوت لإلغائها أو تعطيلها - كما سبق تفصيله -
ثانياً: أن الجاني في كلتا الحالتين مثاب عند الله، وما أصابه إنما هو مَطهرة عند ربه
لذنبه - إذا صدقت توبته - كما جاء بيان ذلك في جملة من الأحاديث عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ومنها:

حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال: "... ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له، ومن أصاب
من ذلك شيئاً ثم ستره الله فهو إلى الله، إن شاء عفا عنه وإن شاء عذبه"^(٨٢).
وحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال: "من أصاب حداً فعُجِّل عقوبته في الدنيا فالله أعدل من أن يثني على عبده
العقوبة في الآخرة..."^(٨٣).

(٨١) النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود ١/٦٢، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٦.

(٨٢) رواه البخاري في بدء الوحي ٥/٧٠ رقم (٣٨٩٢).

(٨٣) أخرجه الترمذي في الإيمان رقم ٢٦٨٢ وفي سننه الحجاج بن محمد الأعور، وهو ثقة، لكنه اختلط في آخر عمره،
وأبو إسحاق السبيعي وهو ثقة اختلط بآخره، ولكن للحديث شواهد بمعناه، ولذلك قال الترمذي: هذا حديث
حسن غريب، وأخرجه الحاكم وصححه ووافقه الذهبي، وقال ابن حجر في الفتح: إسناده حسن.

والسؤال الذي ينبغي أن يتأمل: هل مخالفة عضو واحد من أعضاء المحكمة العليا لرأي الأكثرية يعد شبهة تدرأ العقوبة؟
وإذا كانت الإجابة بـ (نعم). فلماذا لا يقال باشتراط إجماع أعضاء المحكمة المذكورة في قضايا الحدود؟ أستم تقولون: إن مخالفة الأكثرية شبهة؟!
وعليه فلا ينبغي أن نحتج بالحديث في غير محل النزاع، ونتجاهله فيما هو صريح فيه.

وبهذا يظهر أن القول الراجح هو: عدم اشتراط الإجماع بين قضاة المحكمة العليا في قضايا القتل تعزيراً، وإنما يُكتفى بالأغلبية.
وسبب الترجيح:

إضافة إلى ما ذكر - فإن القضايا التي يحكم فيها أصحاب الفضيلة القضاة بالقتل تعزيراً هي قضايا محدودة، وصور محصورة، يعزز بها الأمن، وتؤمن بها السبل، ويقطع دابر الإجرام، ويُرهب بها كل من تسول له نفسه المساس بالدماء المعصومة، والأموال والأعراض المصونة، ممن تأصل الإجرام في نفسه، وأشرب حُب العدوان في قلبه، فلم يعد يُجدي معه استصلاح، بل أصبح كالعضو الفاسد لا بد له من اجتذاذ، وآخر العلاج الكي.

وفي مثل هؤلاء جاء التشريع السماوي: ﴿لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ﴾ (سورة الأنفال، الآية: ٤٢).

هذا ما ظهر لي في هذه المسألة بعد بحث وتأمل، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الخاتمة

هذه أهم التوصيات والنتائج التي توصلت إليها في هذا البحث:
أولاً: أن التعزير مشروع لردع الجناة وزجرهم وإصلاحهم، وليس له تقدير معين، فللقاضي أن يختار منه العقوبة الملائمة.

ثانياً: أن عقوبة التعزير تقبل العفو من ولي الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد-على خلاف بين العلماء في ذلك- إلا أنه عفو منوط بالمصلحة. وهذا بخلاف الحدود التي لا تقبل العفو من ولي الأمر.

ثالثاً: أن عقوبة التعزير يُنظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً، بخلاف الحدود فلا اعتبار فيها لشيء من ذلك.

رابعاً: أنه يجوز في حالات استثنائية أن يُعاقب بالقتل تعزيراً- إذا اقتضت المصلحة تقرير عقوبة القتل أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله- وهو ما يُعرف عند بعض الفقهاء بالقتل سياسة، كما في حال تكرار الجريمة أو إدمان المخدرات أو تهريبها أو اعتياد الإجرام.

خامساً: أن التعزير بالجلد لا حد له، فيكون حسب المصلحة وعلى قدر الجريمة، فيجتهد فيه القاضي - شريطة أن لا يبلغ التعزير في كل جريمة حداً مشروعاً في جنسها.

سادساً: أن الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد، سواء أكان مصدر الاجتهاد الثاني هو نفس القاضي الأول أم كان غيره، أما إذا ظهر خطأ في ذلك الحكم فيتعين نقضه من قبله أو من قبل غيره - كما لو ظهر مخالفته للنص أو الإجماع.

سابعاً: أنه لا مانع في الفقه الإسلامي من مبدأ تعدد المحاكم - درجات التقاضي - فلا يكتسب الحكم القطعية حتى يتم استئنافه، وهذا أكد لضمان سير العدالة

وإحقاق الحق، وهو ما جرى عليه العمل حديثاً في البلاد العربية والإسلامية. ثامناً: أن مخالفة القاضي لرأي الأكثرية هو كمخالفة عالم لرأي الجماهير من أهل العلم، والعلماء يقصرون الاعتبار بالشبهة في حالة دون أخرى، وهي الاختلاف في الحل والتحريم دون الخلاف في أن هذا شبهة أو ليس بشبهة. تاسعاً: أن مخالفة قاض واحد لرأي الأكثرية في قضايا التعزير ليس شبهة على إطلاقه تدرأ العقوبة، وإلا للزم منه أن يشترط من يقول بهذا الرأي إجماع أعضاء المحكمة العليا في قضايا الحدود، وهم لا يشترطون إجماعهم. عاشراً: أن الإجماع كما هو مصدر من مصادر التشريع في الشريعة، فإن رأي الأكثرية يُعد عند بعض العلماء قوة مُلزِمة، ويصفه بالإجماع الناقص. وهكذا فالقوانين الوضعية تجعل الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتطبيق والتفسير، لأنه يمثل رأي الأكثرين. أحد عشر: أن الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة. وكما أن الحدود يشترط لها القطع أو ما يقارب القطعية لإثباتها؛ فالتعازير من باب أولى. ولكن ذلك لا ينبغي أن ينسحب في التطبيق على مجرد الاختلاف في وجهات النظر بين القضاة، لأن هذا من شأنه أن يعطل الأحكام - وبخاصة أن الخلاف في مسائل الفروع لا حصر له، ولا تكاد تخلو منه مسألة. والله أجل وأعلم.