

بحث محكم

**سريان مبدأ «لا جريمة
ولا عقوبة إلا بنص» على
باب التعزير
(دراسة مقارنة)**

د . إيمان بنت محمد علي عادل عزّام

أستاذ مساعد في الفقه (كلية الآداب والعلوم الإنسانية)

ملخص البحث

هذا البحث يعدّ امتداداً لعدّة أبحاث تعتني بمراجعة الدراسات القانونية المقارنة في تفسيرها لأحكام الشريعة الإسلامية، بهدف تخلص الدراسات القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية من استصحاب التأثير والإعجاب بالمبادئ القانونية الدافع إلى الاستماتة في إثبات اشتمال الشريعة على تلك المبادئ وسبقها إليها، والتأكيد على ضرورة النظرة الموضوعية المتجرّدة كلياً أثناء إجراء المقارنة بين الشريعة والقانون للوصول إلى نتائج صحيحة لا تحرّكها أو تؤثر عليها الرغبة في إثبات كمال الشريعة الإسلامية لكل من تشكّك فيها.

وغرض هذا البحث بالتحديد هو التنبيه على ما وقفت عليه من ملاحظات أثناء مراجعتي للدراسات المقارنة التي تثبت سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على باب التعزير في الفقه الإسلامي في مواجهة من نفى دخول التعزير تحت أحكام هذا المبدأ.

وقد ختمت البحث بتحرير عدد من النتائج، أهمها:

– العقوبة في التعزير منها ما سببه معصية، ومنها ما يكون سياسة حيث لا تكون معصية أو جريمة، والنوعان يتفقان في أمور، ويختلفان في أخرى، وفي كلام الفقهاء استعمال التعزير والسياسة معطوفين تارة، واستعمال أحدهما محلّ الآخر تارة، فمن رأى ترادفهما، فسّر العطف فيهما بأنه عطف تفسير، لكن لا تخلو عبارات الفقهاء من الإشارة إلى

بعض الفروق .

كما ذكرت عددا من التوصيات من أهمها:

- توجيه الباحثين والباحثات في التخصصات الفقهية نحو الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون وتناولها بفكر متأمل ناقد متجرد من التأثير بالقانون الوضعي وصولاً إلى رصد دقيق لمواطن الاتفاق ومواطن الاختلاف بين الشريعة والقانون ، ودراسة أسباب ذلك وآثاره .

- الدعوة إلى تقنين العقوبة التعزيرية في صورة مواد قانونية تستوعب الجرائم التعزيرية والعقوبات ، وتضع مجموعة عقوبات متدرجة لكل جريمة ، ويكون رجوع القاضي إليها استرشاداً واستثناساً ، لا إجباراً وإلزاماً لئلا نسلب نظام التعزير في الإسلام روحه المبنية على اجتهاد القاضي .

المقدمة

إنَّ الحمد لله أحمدُه وأستعينه وأستغفره وأتوب إليه، وأعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضلَّ 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 عليه وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان وسلم تسليماً كثيراً.

أولاً : مشكلة البحث وأهمية موضوعه:

هذا البحث يعدّ امتداداً لعدّة أبحاث تعتني بمراجعة الدراسات القانونية المقارنة في تفسيرها لأحكام الشريعة الإسلامية، بهدف تخليص الدراسات القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية من استصحاب التأثير والإعجاب بالمبادئ القانونية الدافع إلى الاستماتة في إثبات اشتمال الشريعة على تلك المبادئ وسبقها إليها، والتأكيد على ضرورة النظرة الموضوعية المتجرّدة كلياً أثناء إجراء المقارنة بين الشريعة والقانون للوصول إلى نتائج صحيحة لا تحرّكها أو تؤثر عليها الرغبة في إثبات كمال الشريعة الإسلامية لكل من تشكك فيها.

ففي أوائل القرن الماضي ؛ انبرى كثير من المهتمين بالشريعة والقانون بدراسة موضوعات الشريعة الإسلامية المتصلة بالقانون، والرّد على الاتهامات التي وجّهت

إليها ذابن عنها مبينين تفوقها على القانون الوضعي وتحقيقها الكامل للعدل والحق . وكان جهد الذابن عنها محموداً، ورأيهم متّبعاً - جزاهم الله خيراً - لكن الخلفية القانونية لديهم، وضغوط البيئة المؤيّدّة للاحتكام إلى القوانين الوضعية كانت ذات تأثير على دفاعهم، وهذا شأن كل جهد بشري، يؤخذ منه ويردّ عليه .

وغيرض هذا البحث بالتحديد هو التنبيه على ما وقفت عليه من ملاحظات أثناء مراجعتي للدراسات المقارنة التي تثبت سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على باب التعزير في الفقه الإسلامي في مواجهة من نفى دخول التعزير تحت أحكام هذا المبدأ .

فقد قال د . المحجوب عن علاقة التعزير بمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»: «التعزير نظام انفردت به الشريعة الإسلامية، وهو يخالف قاعدة أساسية من قواعد التشريع الحديث، وهي القاعدة التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فقد نصّ فقهاء الشريعة الإسلامية على أن للقاضي أن يعزّر كل من يرتكب معصية ليس لها حدّ مقدّر في الشرع»^(١) .

وفي المقابل، أثبت بعض الفقهاء سريان مبدأ النصّ على العقوبة والجريمة على باب التعزير في الإسلام، قال عبد القادر عودة - رحمه الله - : « ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعيّن جرائم التعزير، وأنها تركت للقاضي تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخاطيء أن سلطة القاضي في التعزير سلطة تحكّمية، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها، وأنها متروكة لتقدير القاضي، فإن رأى العقاب على الفعل عاقب، ولو أنه لم يحرم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه، ومنطق هؤلاء باطل،

(١) الأحكام الجنائية والمدنية في التشريع الإسلامي ص ١٦٧

لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع»^(٢).
وأثناء قراءة الكتابات حول هذا الموضوع، تبين لي أنّ معنى التعزير واستعمالاته في الشريعة ما زال يحتاج إلى مزيد بسط و توضيح، وأن التناول المطلق لباب التعزير الذي قامت به الدراسات المقارنة أثناء إسقاطها مبدأ النص على العقوبة والجريمة على التعزير يحتاج إلى إعادة نظر، وأنه ينبغي التفريق بين التعزير الذي هو مرادف للسياسة الشرعية، والذي يهدف إلى تحقيق مصلحة أو دفع مضرّة، وبين التعزير الذي هو عقوبة للردع والزجر، ثم تكون دراسة العلاقة بين مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» والتعزير مقصورة على النوع الذي هو عقوبة، لأن ما هو سياسة شرعية لا يدخل في مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» ، فمثلاً: حبس المجنون للضرر، وإزالة السكن لتوسيع طريق عام، وحبس المتهم للتحقيق، هذا كله ليس عقوبة، وإن كان فيه نوع من الضرر يصيب الشخص أو يقيد حرّيته، وإنما هي أفعال تابعة للسياسة الشرعية.
فمشكلة البحث : مراجعة ما قدّمته الدراسات المقارنة حول العلاقة بين مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» والتعزير، وهو موضوع مهم لحدائته من حيث إنني لم أقف على من تعرّض له بنظرة مدققة ناقدة فيما أعلم.

ثانياً : حدود البحث :

مراجعة ما حوته الدراسات القانونية المقارنة بخصوص العلاقة بين التعزير وبين مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، وإبداء الملاحظات التي تخص هذه الجزئية تحديداً، حيث إنني كتبت بحثاً آخر سبق هذا البحث بعنوان: (مبدأ الشريعة في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام تأصيلاً وتطبيقاً - دراسة نقدية)، تناولت فيه مبدأ:

(٢) التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٥٣ - ١٥٤) .

«لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» ومناقشة ما ذكره القانونيون حول التأسيس الشرعي لهذا المبدأ، وعرضت إلى المقارنة بينه وبين نظام الحدود في الإسلام، ولم يتطرق البحث لنظام التعزير وما قاله القانونيون حوله، فجاء هذا البحث إتماماً واستكمالاً لرؤية القانونيين للعلاقة بين نظام العقوبات في الإسلام، ومبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» في القانون الجنائي الحديث.

ثالثاً : الدراسات السابقة :

اطلعت على دراسات شرعية عديدة في موضوع التعزير بسطت أحكام التعزير، ولكنها لم تتطرق إلى المبدأ القانوني «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» وعلاقته بنظام التعزير في الإسلام، ومن ذلك على سبيل المثال: البحث الموسوم «ضوابط تقدير العقوبة التعزيرية في الشريعة الإسلامية» أسامة الفقيه الرابعة الذي نشر في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ودراسة سليم محمد إبراهيم النجار بعنوان: «سلطة القاضي في تقدير العقوبة التعزيرية»، وهي رسالة ماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، وغيرهما من الدراسات الشرعية التي تناولت موضوع التعزير، ولكنها لم تعرّج على كتب القانون، وتناقش ما قاله القانونيون عن التعزير من حيث اتصاله بمبدأ النص على الجريمة والعقوبة.

كما أنني اطلعت على دراسات مقارنة عديدة قدّمت فهما قانونياً لباب التعزير وعلاقته بالمبدأ القانوني «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، وأوسعها: دراسة عبد القادر عودة - رحمه الله - بعنوان: «التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي»، وهي مرجع لمعظم القانونيين الذين كتبوا حول العلاقة بين مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» وبين التعزير.

ومن الدراسات التي اطلعت عليها أيضاً: دراسة د. شريف فوزي محمد فوزي بعنوان: «مبادئ التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة بالاتجاهات الجنائية المعاصرة»، ودراسة د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي بعنوان «الأحكام العامة للنظام الجزائي»، ودراسة د. سمير الجنزوري بعنوان: «الأسس العامة لقانون العقوبات مقارنةً بأحكام الشريعة الإسلامية» وغيرها كثير مذكور في فهرس البحث، وتأتي الإحالة إليه عند النقل منه في الحاشية.

وقراءة الدراسات السابقة أثارَت بعض الملاحظات التي عقدت هذا البحث لدراستها، وأرجو أن يوفقني الله - تعالى - لتقديم فهم شرعي موضوعي متجرد لفكرة سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على نظام التعزير في الفقه الإسلامي.

رابعاً : خطة البحث:

يتكوّن البحث من مبحثين وأربعة مطالب، وخاتمة :

المبحث الأوّل: التعريف بالمبدأ القانوني «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» ونظام التعزير في الإسلام، وفيه مطلبان :

المطلب الأوّل: التعريف بالمبدأ القانوني «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص».

المطلب الثاني: التعريف بنظام التعزير في الإسلام.

المبحث الثاني: رأي الدراسات المقارنة حول سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على باب التعزير في الشريعة الإسلامية ومناقشته، وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: رأي الدراسات المقارنة حول سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا

بنص» على باب التعزير.

المطلب الثاني: نقد رأي الدراسات المقارنة حول سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة

إلا بنصّ» على باب التعزير.

الخاتمة، وفيها نتائج الدراسة، وأهم التوصيات.

خامساً: منهج الدراسة :

في المبحث الأوّل: قدّمت تصوّراً كلياً لمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، ونظام التعزير في الفقه الإسلامي.

فعرضت إلى التعريف بمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على نحو من الإيجاز، وأشرت إلى أهم أحكامه، دون توسّع في الشرح والتوضيح، ودون تعرّض لما ذكرته الدراسات المقارنة حول تأصيله الشرعي، والصلة بينه وبين نظام الحدود في الإسلام، حيث كتبت بحثاً آخر تناول ذلك أشرت إليه فيما سبق، وهذا البحث معقود لدراسة العلاقة بين مبدأ النصّ على الجريمة والعقوبة ونظام التعزير خاصّة.

وفيما يتصل بنظام التعزير في الشريعة، فقد تناولت تعريفه، وذكر أهم أحكامه، لتكون حاضرة في الذهن أثناء ذكر رأي الدراسات المقارنة حول العلاقة بينه وبين مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، ولم أعنّ بمناقشة الآراء فيما ذكرت من أحكام، ولا بسرد الأدلة، وتعيين الراجح منها في كل مسألة، لأن هذا ليس مقصوداً للبحث، وذكره يطول بما لا تحتمله صفحات هذا البحث المرجو نشره في مجلة علمية محكمة، بالإضافة إلى أن ذلك مستوف في الأبحاث الشرعية المعاصرة، والمقصود: تيسير الربط بين رأي القانونيين الذي يأتي ذكره في المبحث الثاني، وبين أحكام التعزير بحسب الفقه الإسلامي.

ورغم الميل إلى الإجمال بعامة، فقد اعتنيت بذكر ضوابط الاجتهاد في العقوبة التعزيرية استنباطاً من كلام الفقهاء، وتحرير بعض المعاني والأحكام، كالفرق بين

التعزير والسياسة الشرعية، والتكليف الفقهي لعقوبة القتل في التعزير، وغير ذلك مما يقف عليه القارئ تبعاً في البحث بإذن الله تعالى، وأسأل الله فيه التوفيق والسداد. وفي المبحث الثاني، ذكرت رأي الدراسات القانونية المقارنة حول علاقة مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بالتعزير في الإسلام، ورجعت إلى عدد من الدراسات المقارنة، أشرت إلى بعضها فيما سبق، واعتمدت بشكل كبير على كتاب عبد القادر عودة - رحمه الله - باعتباره مرجعاً لكل من كتب في الموضوع بعده كما يعرف المهتمون بالموضوع، ثم ناقشت ذلك من خلال إيراد عدّة حقائق مستندة إلى أحكام التعزير في الفقه الإسلامي، وهذا الجزء هو الإضافة الجديدة في البحث، وقد اجتهدت فيه، وأسأل الله التوفيق.

وقد اعتمدت في هذا الجزء على استقراء نصوص الفقهاء، وتحليل معانيها، والربط بين المذكور في كتب الفقه حول التعزير، وبين المذكور في كتب القانون حول مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، فكان منهجي بذلك استقراءياً تحليلاً استنباطياً. وقد التزمت عزو الآيات، وتخريج الأحاديث، وذكر حكمها عند المحدثين إن كانت في غير الصحيحين، وشرح الغريب، ولم أعن بالترجمة للأعلام، لسهولة الوقوف عليها في مظانها، مع الرغبة في الإبقاء على مساحة الحاشية لحاجة البحث الأساسية. وأخيراً، فقد استفرغت الوسع في محاولة الفهم والاستنباط والوصول إلى نتائج صحيحة، والأمر في نهاية المطاف جهد بشري يحتمل الصواب والخطأ، فما كان فيه من صواب فمن الله تعالى وحده، وأحمده وأشكره عليه، وما كان فيه من خطأ فمني ومن الشيطان، أسأل الله العفو والمغفرة، وما توفيقي إلا بالله، عليه توكلت وإليه أنيب.

المبحث الأوّل

التعريف بالمبدأ القانوني: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» ونظام التعزير في الإسلام

المطلب الأوّل

التعريف بالمبدأ القانوني «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»

أولاً : تعريف مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» :
هذا المبدأ بهذه الصيغة مبدأ قانوني، يطلق عليه القانونيون مبدأ (الشَّرْعِيَّة)، وآثرت التعبير عنه في هذا البحث بعبارة: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» التي يطلقها عليه القانونيون أيضاً؛ احتياطاً لدفع أي وهم قد يسببه تشابه لفظي الشريعة والشريعة. وفي التعريف المسهب لمبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، والكلام على تأصيله الشرعي بحث آخر للباحثة^(٣) ويكفي هنا أن نعرف ما يلي:

- إن معنى مبدأ: «لا جريمة ولا جزاء إلا بنص» في القانون هو أن: «تحدد الأفعال التي تعدّ جرائم وبيان أركانها، وتحديد الجزاءات المقررة لها من حيث نوعها، كل ذلك يجب أن يرد صراحة في نص قانوني مكتوب يضعه المشرع سلفاً^(٤)» فلا جريمة ولا عقوبة إذن دون نصّ تشريعي صادر عن السلطة التشريعية، فدور العرف منعدم في القانون الجنائي سواء من حيث تجريم الأفعال، أو من حيث العقاب عليها^(٥).
- إن مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» يتحقق بوجود أربعة عناصر :

(٣) عنوانه : مبدأ الشَّرْعِيَّة في القانون الجنائي وعلاقته بنظام العقوبات في الإسلام تأصيلاً وتطبيقاً (دراسة نقدية).

(٤) 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 .

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

- 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 المشرع هذا النصّ سلفاً^(٦) .

ثانياً : أهم أحكام مبدأ : «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» :

- إن مبدأ : «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» هو أحد المبادئ التي تحكم قانون العقوبات خاصة^(٧) ، فمجال تطبيقه في القانون الوضعي هو الجرائم الجنائية .
- إن القصد من مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» هو: تحقيق الاستقرار القانوني والقبول المجتمعي وتوحيد الأحكام بالنسبة للكافة، حيث يحدد القانون مقدماً الأفعال التي تعتبر جرائم، والعقوبات المقرّرة 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 يحقّق للمواطنين الاستقرار والأمان، ولا يترك للقضاة أمر التجريم والعقاب، فتضارب أحكامهم نتيجة اختلاف تقييمهم ونظرتهم إلى صور السلوك المتنوعة، وإلى العقوبات التي توقع على المذنبين، وبالتالي تتحقق العدالة والمساواة بين الناس^(٨) .

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

(٧) 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 .

(٨) د. سمير الجنزوري، الأسس العامة لقانون العقوبات، ص ١٦١-١٦٢، وانظر: د. الصيبي، 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.

المطلب الثاني

التعريف بنظام التعزير في الإسلام

أولاً: تعريف التعزير:

١ - تعريف التعزير لغة واصطلاحاً :

أ- التعزير في اللغة :

في لسان العرب لابن منظور - رحمه الله - : «العزّر: اللوم . وعزّره يعزّره عزراً، وعزّره: ردّه . والعزّر والتعزير: ضرب دون الحدّ لمنعه الجاني من المعاودة، وردعه عن المعصية»^(٩)، وما ذكره ابن منظور - رحمه الله - في آخر عبارته يشير به إلى المعنى الاصطلاحي الذي سيأتي، ويظهر الصلة بين المعنيين اللغوي والشرعي، فالتعزير لوم الفاعل وردّه عن معاودة الفعل .

ب - التعزير في الاصطلاح :

مجموع ما ذكره الفقهاء في تعريف التعزير، وما مثلوا به عليه يشير إلى اتفاقهم على أن التعزير: تأديب وزجر بعقوبة غير مقدّرة شرعاً .

وبعد هذا القدر من الاتفاق، نجد تفاوتاً في اتساع مدلول لفظ التعزير ليشمل كل تأديب بغض النظر عن القائم به، أو ليشمل كل أسباب التأديب بغض النظر عن كونها معاصي أو لا .

فقد أشارت التعريفات الفقهية إلى أن الإطلاق الفقهي يتناول نوعين عريضين من

(٩) لسان العرب (٤ / ٥٦١) .

التأديب، وهما :

-تعزير الإمام أو نائبه.

-وتعزير غير الإمام نحو : الأب، والمعلم، والزوج.

واعتنى الشافعية - تحديداً - بذكر ذلك عند كلامهم على تعريف التعزير، واختلفوا فيما بينهم في دخول الثاني تحت الاصطلاح الفقهي، في حين أن المالكية أشاروا إلى شمول الإطلاق الفقهي للنوعين.

وأتى في كلام الشافعية وغيرهم أيضاً تفريق بين نظر الحاكم والقضاة، وبين نظر الأمراء، وهو بعبارة أخرى تفريق بين التعزير الذي هو عقوبة على معصية، وبين التعزير الذي هو سياسة لتحقيق مصلحة، أو دفع مضرة.

ويظهر من تعريف التعزير أنه اسم عام يشمل أنواعاً تنقسم باعتبار القائم به إلى قسمين:

١- التعزير بالولاية العامة.

٢- والتعزير بالولاية الخاصة، نحو تعزير الزوج والمعلم والسيد.

والتعزير بالولاية العامة ينقسم باعتبار سببه إلى نوعين:

٣- التعزير على المعاصي.

٤- التعزير الذي هو سياسة.

والفقهاء في باب التعزير يعنون على الأغلب بالتعزير الذي هو من فعل الإمام بالولاية العامة، ويهتمون بالنوع الذي سببه المعصية وما يشبهها نحو فعل المكروه أو ترك السنة.

وفيما يلي ذكر عبارات الفقهاء في تعريف التعزير التي تشهد لما تقدم :

المذهب الحنفي:

قال النسفي - رحمه الله - : «التعزير: الضرب على وجه التأديب»^(١٠).

وقال القونوي - رحمه الله - : «هو التأديب دون الحدّ»^(١١).

وقال ابن عابدين - رحمه الله - : «الظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان، ولذا عطفوا أحدهما على الآخر لبيان التفسير كما وقع في الهداية والزيلعي وغيرهما، بل اقتصر في الجوهرة على تسميته تعزيراً، وسيأتي أن التعزير تأديب دون الحدّ»^(١٢)، وقال أيضاً: «ولا يلزم أن يكون بمقابلة معصية، ولذا يضرب ابن عشر سنين على الصلاة»^(١٣).

المذهب المالكي:

قال ابن فرحون المالكي - رحمه الله - : «التعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات»^(١٤).

وقال القرافي - رحمه الله - : «وأما المستوفي للتعزير، فهو الإمام والأب والسيد، ويؤدّب الصغير دون الكبير، ويؤدّب معلمه وصاحبه، ويعزّر السيد في حقّه وحقّ الله - تعالى -، والزنج^(١٥) في النشوز، ومما يشبهه مما يتعلق بمنع حقه ؛ لأنّ التعزير لو جعل لعامة الناس لأدى لتواثب السفهاء للأذية، وكثرة الهرج والفتن»^(١٦).

(١٠) طلبية الطلبة ص ١٣٣.

(١١) أنيس الفقهاء ص ١٧٤.

(١٢) حاشية ابن عابدين (٤ / ١٥).

(١٣) حاشية ابن عابدين (٤ / ١٥).

(١٤) تبصرة الحكام (٢ / ٢١٧) وانظر: الطرابلسي - معين الحكام (٢ / ٤٤٦).

(١٥) الزنج: جيل من السودان وهم الزوج، واحدهم زنجي. انظر: ابن منظور - لسان العرب (٢ / ٢٩٠).

(١٦) الذخيرة (١٢ / ١١٩).

المذهب الشافعي :

قال الماوردي - رحمه الله - : «تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود»^(١٧).
وقال النووي - رحمه الله - : «من الأصحاب من يخصّ لفظ التعزير بضرب الإمام أو نائبه للتأديب في غير حدّ، ويسمّي ضرب الزوج زوجته، والمعلم الصبي، والأب ولده تأديباً لا تعزيراً. ومنهم من يطلق التعزير على النوعين، وهو الأشهر، فعلى هذا، يستوفي التعزير الإمام والزوج والأب والمعلم والسيد.
أما الإمام، فيتولى بالولاية العامة إقامة العقوبات حدّاً وتعزيراً»^(١٨).

المذهب الحنبلي :

قال ابن قدامة - رحمه الله - : «التعزير : هو العقوبة المشروعة على جناية لا حدّ فيها، كوطء الشريك الجارية المشتركة، أو أمته المزوجة، أو جارية ابنه، أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها، أو وطء أجنبية دون الفرج، أو سرقة ما دون النصاب، أو من غير حرز....»^(١٩).

ج - تعريف السياسة الشرعية :

أما السياسة الشرعية، فإذا قلنا: إنها مرادف للتعزير، فيشتركان في التعريفات السابقة، وتقدّم نقله عن الحنفية.
وإذا قلنا: إنها قسم من التعزير، فهي في الأصل: من فعل السلطان إرادة التخليط للمصلحة.

(١٧) الأحكام السلطانية ص ٢٦٦

(١٨) روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤ - ١٧٥)

(١٩) المغني (٩ / ١٤٨)، وانظر: شرح الزركشي (٣ / ١٥٤) .

«قال ابن عقيل - رحمه الله - : للسلطان سلوك السياسة، وهو الحزم عندنا، ولا تقف السياسة على ما نطبق به الشرع» (٢٠).

وقال ابن عابدين ناقلاً عن الحموي - رحمهما الله - : «السياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلّظ» (٢١).

ثانياً : أهم أحكام نظام التعزير في الإسلام :

٢- مشروعية التعزير ودليله :

التعزير مشروع في كلّ معصية ليس فيها حدّ ولا كفّارة (٢٢).

أ - الدليل على مشروعية التعزير على المعصية :

التعزير ثابت بالأدلة من الكتاب والسنة والإجماع، والمعقول.

الكتاب : قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ تَخَافُونَ ذُنُوبَهُمْ فَذَعُوهُمْ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُمْ فَإِنَّ أَعْيُنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ﴾ (٣٤) النساء .

قال القرطبي : «أمر الله أن يبدأ النساء بالموعة أولاً، ثم بالهجران، فإن لم ينجعا، فالضرب، فإنه هو الذي يصلحها له، ويحملها على توفية حقه، والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب بغير المبرح، وهو الذي لا يكسر عظماً، ولا يشين جارحة، كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منها الإصلاح لا غير» (٢٣).

(٢٠) الإنصاف (١٠ / ٢٥٠).

(٢١) حاشية ابن عابدين (١٠٣ / ٤).

(٢٢) انظر : النووي - روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤)، ابن المنذر - الإجماع ص ١١٥

(٢٣) تفسير القرطبي (٥ / ١٧٢)

السنة :

روى البخاري ومسلم - رحمهما الله - في الصحيح، واللفظ للبخاري، عن أبي بردة - رضي الله عنه - قال : « كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : « لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله »^(٢٤).

الإجماع : قال ابن المنذر - رحمه الله - : « وأجمعوا على أن للإمام أن يعزّر في بعض الأشياء »^(٢٥)

المعقول :

قال ابن فرحون - رحمه الله - : « ولما كان الناس لا يرتدعون عن ارتكاب المحرمات والمنهيات إلا بالحدود والعقوبة والزواجر ؛ شرع ذلك على طبقات مختلفة، فالعقوبة تكون على فعل محرم، أو ترك واجب أو سنة، أو فعل مكروه، ومنها : ما هو مقدّر، ومنها ما هو غير مقدّر، وتختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف الجرائم وكبرها وصغرها، وبحسب حال المجرم في نفسه، وبحسب حال القائل، والمقول فيه، والقول »^(٢٦).

أ-الدليل على مشروعية التعزير سياسةً :

من السنة: روى أبو داود - رحمه الله - وغيره : « عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه

(٢٤) صحيح البخاري (٦ / ٢٥١٢)، باب: كم التعزير والأدب، ح (٦٤٥٦)، وانظر: صحيح مسلم (٣ / ١٣٢٨)، باب: قدر أسواط التعزير، ح (١٧٠٨) .

(٢٥) الإجماع ص ١١٥

(٢٦) تبصرة الحكام (٢ / ٢١٧ - ٢١٨) .

أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حبس رجلاً في تهمة^(٢٧) .

ومن الأثر: يستدلّ الكثيرون على مشروعية التعزير سياسة بفعل الصحابة - رضي الله عنهم - في قصة نصر بن الحجاج، وهي مروية باختصار وإسهاب، وجملتها: ما روى ابن هبة الله الشافعي - رحمه الله - بإسناده قال: «بينما عمر بن الخطاب بذات ليلة يعسّ بالمدينة إذ سمع صوت امرأة في بيت وهي تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أم من سبيل إلى نصر بن حجاج!
إلى فتى ماجد الأعراق مقتبَل^(٢٨) سهل المحيا كريم غير ملجج^(٢٩)
تمسّه أعراق صدق حين تنسبه فرّاج غمّ من المكروب فرّاج

قال: فقال عمر - رضي الله عنه - : ألا أرى معي في مصر رجلاً تهتف به الهواتف

(٢٧) سنن أبي داوود (٣ / ٣١٤)، باب الحبس في الدين وغيره، (٣٦٣٠)، وقد نقل في التلخيص عن الحاكم تصحيحه .
انظر: تلخيص الحبير (٤ / ٧٨ - ٧٩) .

قال الزيلعي - رحمه الله - : « قال ابن القطان في كتابه الوهم والإيهام » : اختلف الناس في بهز بن حكيم، فحكى ابن أبي حاتم عن أبيه أنه شيخ يكتب حديثه، ولا يحتج به، وعن أبي زرعة أنه قال فيه: صالح، ولكن ليس بالمشهور، وجعله الحاكم في أقسام الصحيح المختلف فيه، وقول أبي حاتم « لا يحتج به » لا ينبغي أن يقبل منه إلا بحجة، وبهز ثقة عند من علمه، وقد وثقه ابن الجارود، والنسائي، وصحح الترمذي روايته عن أبيه عن جده، وقال ابن عدي: روى عنه ثقات الناس: كالزهري، وروى عنه حديثين، ثم ذكرهما، ثم قال: ولم أر له حديثاً منكراً، وأرجو أنه إذا حدث عنه ثقة، فلا بأس بحديثه .

وقال أبو جعفر السبتي: إسناده بهز عن أبيه عن جده صحيح . وقال محمد بن الحسين: سألت ابن معين: هل روى شعبة عن بهز؟ قال: نعم، روى عنه حديث: أترعون عن ذكر الفاجر، وقد كان شعبة متوقفاً عنه، فلما روى هذا الحديث كتبه، وأبرأه مما اتهمه به . قلت: فكم له عن أبيه عن جده؟ قال: أحاديث، قلت لأحمد بن حنبل: ما تقول في بهز؟ قال: سألت غندراً عنه، فقال: كان شعبة مسه، ولم يبين معناه، فكتبت عنه . انتهى كلامه . وذكر الزيلعي شواهد للحديث . انظر: الزيلعي - نصاب الراية (٣ / ٣١٠) .

وجمع ابن الملقن أقوال أهل العلم في رواية بهز عن أبيه عن جده، وحاصلها اختلافهم فيه، وقد ذكرت من وثقه في كلام ابن القطان أعلاه .

انظر: البدر المنير (٥ / ٤٨٢) .

(٢٨) رجل مُقتبَل الشباب - بفتح الباء - لم يظهر فيه أثر كبير، كأنه يستأنف الشباب كل ساعة . انظر: الزبيدي، تاج العروس (٢٠٠ / ٢٢٠) .

(٢٩) من اللجاج، وهو التماذي في الأمر ولو تبين الخطأ . انظر: الزبيدي، تاج العروس (٦ / ١٧٩) .

في خدورها، علي بنصر بن الحجاج. فأتي به، فإذا أحسن الناس وجهاً، وأحسن الناس شعراً أو عيناً، فأمر بشعره فجزّ، فبدت له وجنتان كأنهما شقي تمر، وأمره فاعتم، فافتتن النساء، فقال عمر - رضي الله عنه - : لا تساكني ببلدة أنا بها، فسيّره إلى البصرة، وذكر الحديث. (٢٠)

وقواعد الشريعة تدلّ على جواز التعزير سياسةً للمصلحة : ذكر عبد القادر عودة أن نظرية التعزير للمصلحة العامة «تقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بأن الضرر الخاص يُتحمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخر» (٢١).

١- حكم التعزير :

للفقهاء في حكم التعزير ثلاثة مذاهب :

(المذهب الأول) وجوب التعزير : وهو مذهب الحنفية والمالكية .

قال ابن فرحون - رحمه الله - : «واختلفوا في التعزير، فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله : إن كان لحقّ الله - تعالى - وجب كالحود؛ إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام» (٢٢).

(المذهب الثاني) : عدم وجوب التعزير : وهو مذهب الشافعية .

حيث نصّوا على أنّ التعزير غير واجب، وإنما هو إلى اختيار الإمام فيما لا يتعلّق بحق لأدمي، قال الماوردي : «فإن تفرّد التعزير بحق السلطنة وحكم التقويم ولم يتعلّق

(٢٠) تاريخ مدينة دمشق (٦٢ / ٢٢) .

والقصة صحّح إسنادها الحافظ ابن حجر من طريق عبد الله بن بريدة التي أخرجها ابن سعد والخرائطي أطول من هذا .

انظر : الإصابة في تمييز الصحابة (٦ / ٤٨٥) .

(٢١) راجع : التشريع الجنائي الإسلامي (١ / ١٥٢) .

(٢٢) تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٣) .

به حق لأدمي ؛ جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو أو التعزير، وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن الذنب، روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : «اشفعوا إليّ، ويقضي الله على لسان نبيه ما يشاء»^(٣٣).

ثم هو إلى اختيار صاحب الحق، فيما يتعلّق بحق للأدمي، قال الماوردي - رحمه الله - : «ولو تعلّق بالتعزير حق لأدمي كالتعزير في الشتم والمواثبة، ففيه حق للمشتوم والمضروب، وحق السلطنة للتقويم والتهديب، فلا يجوز لولي الأمر أن يسقط بعفوه حق المشتوم والمضروب، وعليه أن يستوفي له حقه من تعزير الشاتم والضارب، فإن عفا المضروب والمشتوم ؛ كان ولي الأمر بعد عفوهما على خياره في فعل الأصلح من التعزير تقويماً، والصفح عنه عفواً»^(٣٤).

المذهب الثالث : وجوب التعزير في المواضع التي ورد الخبر بالتعزير فيها، وهو مذهب الحنابلة :

قال ابن قدامة - رحمه الله - : «ويجب التعزير في الموضعين اللذين ورد الخبر فيهما، وما عداهما يفوض إلى اجتهاد الإمام... فإن جاء تائباً معترفاً يظهر منه الندم والإقلاع ؛ جاز ترك تعزيره، وإن لم يكن كذلك ؛ وجب تعزيره ؛ لأنه أدب مشروع لحق الله - تعالى - فوجب كالحل»^(٣٥).
ولكل مذهب أدلته.

(٣٣) حديث مرفوع، رواه البخاري في الصحيح من حديث أبي بُرْدَةَ بن أبي مُوسَى عن أبيه - رضي الله عنه - قال: كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا جاءه السائل أو طلبت إليه حاجة، قال: اشفعوا تؤجروا، ويقضي الله على لسان نبيه - صلى الله عليه وسلم - ما شاء «صحيح البخاري» (٢ / ٥٢٠)، باب التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، ح (١٣٦٥).

(٣٤) الأحكام السلطانية ص ٢٦٧ - ٢٦٨، ونقله عنه ابن فرحون من المالكية في تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٤)، وانظر: النووي، روضة الطالبين (١٠ / ١٧٦).

(٣٥) المغني (٩ / ١٤٩).

والحق أن المتأمل في عبارات الفقهاء ؛ يجد أن خلافهم خلاف لفظي يؤول إلى اتفاق، لأن من أوجبه علّق وجوبه على رأي الإمام، وهذا يؤول إلى عدم الوجوب، ودليل ذلك :

أن من أوجبه - وهم الحنفية والمالكية - نصّ على تقييده برأي الإمام، واستثنى من وجوبه ما لو رأى الإمام أن الملامة والكلام يغنيان، وتقدّم قول ابن فرحون - رحمه الله - : «واختلفوا في التعزير، فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله : إن كان لحقّ الله - تعالى - وجب كالحدود؛ إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام»^(٣٦).

وفي التبصرة : «قال مالك - رحمه الله - : وقد يتجافى السلطان عن الفلته من ذوي المروءة»^(٣٧).

ب - سقوط العقوبة بالتوبة في التعزير :

جميع المذاهب الفقهية مجمعة على سقوط التعزير بالتوبة، وهذا في ذاته دليل على عدم وجوب التعزير بإطلاق.

«قال القرافي - رحمه الله - : التعزير يسقط بالتوبة، ما علمت في ذلك خلافاً»^(٣٨).

ج - سقوط العقوبة بالعتف والشفاعة :

الحنفية الذين قالوا بالوجوب ؛ ذهبوا إلى جواز الصلح عن التعزير، قال الكاساني - رحمه الله - : «ويجوز الصلح عن التعزير؛ لأنه حق العبد»^(٣٩).

(٣٦) تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٣) .

(٣٧) انظر : الذخيرة (١٢ / ١١٨) ، تبصرة الحكام (٢ / ٢١٨ - ٢١٩) .

(٣٨) ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٥) .

(٣٩) بدائع الصنائع (٦ / ٤٨) .

وكذلك قال المالكية بجواز العفو والشفاعة في التعزير، وإسناد الاختيار في العفو والإذن بالشفاعة فيه إلى الإمام، وفي هذا دليل على عدم الوجوب، فإن الوجوب إلزام، والاختيار والإذن ضده .

قال ابن فرحون - رحمه الله - : « ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيه إذا كان لحقّ الله، فإن تجرّد عن حقّ آدمي، وانفرد به حق السلطنة؛ كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح بالعفو أو التعزير... »^(٤٠).

وجاء في الأحكام السلطانية لأبي يعلى - رحمه الله - : « فهل يجوز في التعزير العفو، وتسوغ الشفاعة فيه ؟ نظرت: فإن تعلق بحقّ آدمي وعفا عن حقّه، جاز عفوّه »^(٤١).

وأما الشافعية، فقد تقدّم أنهم نصّوا صراحة على أنّ التعزير غير واجب، وإنما هو إلى اختيار الإمام، وتقدّم نقل قول الماوردي - رحمه الله - : « فإن تفرّد التعزير بحق السلطنة وحكم التقويم ولم يتعلّق به حقّ لآدمي؛ جاز لولي الأمر أن يراعي الأصلح في العفو أو التعزير، وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن الذنب... ولو تعلّق بالتعزير حقّ لآدمي كالتعزير في الشتم والمواثبة،... فإن عفا المضروب والمشتوم؛ كان ولي الأمر بعد عفوهما على خياره في فعل الأصلح من التعزير تقويماً، والصفح عنه عفواً »^(٤٢).

٢- أقسام التعزير بالنظر إلى موجباته :

ذكر الفقهاء موجبات للتعزير، ينقسم تبعاً لها التعزير إلى ثلاثة أقسام :

(٤٠) تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٤) .

(٤١) الأحكام السلطانية ص ٢٨١ ..

(٤٢) انظر البحث ص ١٠ مع حاشية (٤) .

القسم الأول : التعزير على المعصية التي لا حدّ فيها ولا كفارة :
اتفق الفقهاء على أن المعصية التي ليس فيها حدّ مقدّر موجبة للتعزير، وسواء كان
العصيان بفعل محرّم أو ترك واجب .

قال الكاساني من الحنفية - رحمه الله - : «أما سبب وجوبه : فارتكاب جنائية ليس لها
حدّ مقدّر في الشرع ، سواء كانت الجنائية على حق الله ، كترك الصلاة والصوم ونحو
ذلك ، أو على حق العبد»^(٤٣)

وقال القرافي من المالكية - رحمه الله - : «أما وجوبه : فهو معصية الله - تعالى - في
حقّه أو حقّ آدمي»^(٤٤) .

وقال النووي الشافعي - رحمه الله - : «سواء كانت من مقدّمات ما فيه حدّ :
كمباشرة أجنبية بغير الوطاء ، وسرقة ما لا قطع فيه ، والسب والإيذاء بغير قذف ، أو لم
يكن : كشهادة الزور ، والضرب بغير حق ، والتزوير ، وسائر المعاصي ، وسواء تعلّقت
المعصية بحق الله - تعالى - ، أم بحق آدمي»^(٤٥) .

وقال المقدسي من الحنابلة - رحمه الله - : «وهو واجب في كل معصية لا حدّ فيها
ولا كفارة»^(٤٦) .

وقد اهتمت بعض الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون بتصنيف المعاصي التي
يقع بها التعزير ، وكلامهم مستنبط من تصنيف الأمثلة التي مثل بها الفقهاء :
قال عبد القادر عودة - رحمه الله - : «والمعاصي التي لا حدّ فيها ولا كفارة متنوعة ،

(٤٣) بدائع الصنائع (٦٣ / ٧) .

(٤٤) الذخيرة (١١٨ / ١٢) .

(٤٥) روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤) .

(٤٦) زاد المستقنع ص ٢٣١ .

ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة :

(أ) نوع شرع في جنسه الحدّ، ولكن لا حدّ فيه: كالسرقة من غير حرز، وسرقة ما دون النصاب، والسرقة غير التامة ومثل ذلك : الشروع في الزنا، ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق، وهكذا، كل ما شرع فيه الحد، ولم تتوفر فيه شروط الحدّ فلا حدّ فيه، وإنما فيه تعزير.

(ب) نوع شرع فيه الحدّ، ولكن امتنع الحدّ فيه: إما لشبهة درأت الحدّ؛ كوطء الزوجة في دبرها، وسرقة المال المشترك، وإما لسبب خاص بالجاني؛ كقتل الأب ولده، فإنه لا قصاص فيه، وسرقة الفروع من الأصول، فإنها لا قطع فيها، ويحلّ محلّ القطع التعزير.

(ج) نوع لم يشرع فيه ولا في جنسه الحدّ: ومن هذا النوع أكثر المعاصي مثل: أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وخيانة الأمانة ممن ائتمن عليها؛ كأمين بيت المال، وناظر الوقف، والوصي، والوكيل، ومثل: تطفيف المكيال والميزان، وشهادة الزور، وأكل الربا، والسّب، والرشوة، وغير ذلك»^(٤٧).

القسم الثاني: التعزير على فعل المكروه، وترك المندوب:

وإليه ذهب طائفة من الفقهاء. قال ابن فرحون - رحمه الله - : «... وأما ترك السنن، فمثاله : ترك الوتر. قال أصبغ بتأديب تارك الوتر... وأما فعل المكروه، مثاله : حلق الشارب. وفي كلام ابن رشد أنه يؤدّب^(٤٨).

وهذا النوع أيضاً اعتنت الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون ببيان وجهه:

(٤٧) انظر: التشريع الجنائي في الإسلام (١٣٩/١ - ١٤٠) .

(٤٨) تبصرة الحكام (٢ / ٢١٩) .

قال عبد القادر عودة - رحمه الله - : « الأصل في التعزير أنه على فعل المحرّمات ، وترك الواجبات ، وهذا متفق عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير في إتيان المكروه وترك المندوب ، ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه ، أو ترك مندوب ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب .

وأساس اختلافهم في هذا الحكم هو اختلافهم في تعريف المكروه والمندوب ، فمن رأى أن المكروه نهي بتخيير في الفعل ، وأن المندوب أمر بتخيير في الفعل ، أو أن المكروه ليس نهياً ، والمندوب ليس أمراً ، من رأى هذا ؛ قال بعدم جواز العقاب ؛ لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف .

ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه ، وأن المكروه نهي لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على فعل المنهي عنه ، وترك المندوب إليه ، والقائلون بهذا الرأي مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية ، ولا يسمون الجاني عاصياً ، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة ، والجاني مخالفاً ، ويعلّلون ذلك بأن العصيان اسم ذم ، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب .

ويحتج بعض القائلين بالعقاب بفعل عمر - رضي الله عنه - حيث مرّ على شخص أضجع شاة يذبحها ، وجعل يحدّ الشفرة ، فعلاه بالدرّة ، وقال له : هلا حددتها
أولاً؟^(٤٩)

(٤٩) التشريع الجنائي في الإسلام (١٦٧/١) .

والحديث أخرجه الحاكم - رحمه الله - في المستدرک وصححه ، انظر : المستدرک على الصحيحين (٤ / ٢٥٧) ، ح (٧٥٦٣) .

القسم الثالث : التعزير للتأديب والاستصلاح ودفع المضرة في غير معصية : وهو يكون لمن وقعت منه جناية، وهو ليس من أهل التكليف، فيعزّر تأديباً، ومثله من لم تقع منه جناية؛ لكنه تقع بسببه مفسدة.

قال الكاساني - رحمه الله - في التعزير: «وأما شرط وجوبه، فالعقل فقط، فيعزّر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حدّ مقدّر سواء كان حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، بالغاً أو صبيّاً بعد أن يكون عاقلاً؛ لأن هؤلاء من أهل العقوبة إلا الصبي العاقل، فإنه يعزّر تأديباً لا عقوبة، لأنه من أهل التأديب»^(٥٠).

قال القرافي - رحمه الله - : «التعزير تأديب يتبع المفاسد، وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور، كتأديب الصبيان والبهائم والمجانين استصلاحاً لهم مع عدم المعصية»^(٥١).

وقال ابن فرحون - رحمه الله - : «قال ابن مزين: قلت لأصبغ: يؤدب الصبيان في تعديهم وشتمهم وقذفهم وجراحاتهم العمد وقتلهم؟ قال: نعم يؤدبون إذا كانوا قد عقلوا أو راهقوا»^(٥٢).

قال الخطيب الشربيني من الشافعية - رحمه الله - : «الصبي والمجنون يعزّران إذا فعلا ما يعزّر عليه البالغ العاقل، وإن لم يكن فعلهما معصية»^(٥٣).

وقال المرداوي من الحنابلة - رحمه الله - : «قال في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير: وما أوجب حدّاً على مكلف؛ عزّر به المميز كالقذف. قال في الواضح: من

(٥٠) بدائع الصنائع (٧ / ٦٣ - ٦٤) .

(٥١) الفروق مع هوامشه (٤ / ٣٢١) .

(٥٢) تبصرة الحكام (٢ / ١٨٨) .

(٥٣) الإقناع (٢ / ٥٢٦) .

شرع في عشر صلح تأديبه في تعزير على طهارة وصلاة، فكذا مثله زنا^(٥٤).
وقد اهتمت الدراسات المقارنة بالتعزير للمصلحة العامة، وذكروا فيه توضيحاً لطيفاً
لحيثيات الحكم فيه.

قالوا: «لا يكون التعزير إلا في معصية، أي في فعل محرّم لذاته منصوص على
تحريمه، ولكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير في غير
معصية، أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير.

والأفعال والحالات التي تدخل تحت هذا الاستثناء لا يمكن تعيينها ولا حصرها
مقدّمًا، لأنها ليست محرّمة لذاتها، وإنما تحرّم لوصفها، فإن توفر فيها الوصف فهي
محرّمة، وإن تخلف عنها الوصف فهي مباحة، والوصف الذي جعل علّة العقاب هو
الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توفّر هذا الوصف في فعل أو حالة؛
استحق الجاني العقاب، وإذا تخلف الوصف؛ فلا عقاب^(٥٥).

وقال صيفي: «من أمثلة التعزيرات للمصلحة العامة التي يسوقها بعض الفقهاء:
تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها
الشريعة جرائم، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين؛
لأنهم ليسوا أهلاً لتكليف، فلا تعتبر أفعالهم معاصي، كذلك منع المجنون مع الاتصال
بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم، وحبس من شهر بإيذاء الناس، ولو لم يقم
عليه دليل أنه أتى فعلاً معيناً^(٥٦).

(٥٤) الإنصاف (١٠ / ٢٤٢).

(٥٥) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ص ١٥٠.

(٥٦) الأحكام العامة للنظام الجزائي، ص ٩٢ - ٩٣.

٢- أهم أنواع العقوبات التعزيرية :

أ، ب، ج: الضرب والحبس والتوبيخ :

اتفق الفقهاء على ذكر بعض العقوبات التعزيرية التي أشهرها: الضرب والحبس والتوبيخ أو الوعظ.

قال ابن نجيم الحنفي - رحمه الله - في كلام له : «... فإن عاد عزّره حينئذ بالضرب... وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس إن كان ذا مروءة؛ وُعظ، وإن كان دون ذلك؛ حُبس، وإن كان سباباً؛ ضُرب وحُبس، يعني الذي دون ذلك، والمروءة عندي في الدين والصلاح»^(٥٧).

وعند المالكية: «فإن كان من ذوي الهيئة؛ عوقب القائل عقوبة خفيفة يهان بها ولا يبلغ به السجن، وإن كان من غير ذوي الهيئة؛ عوقب القائل أشد من عقوبة الأول، ويبلغ به فيها السجن، وإن كان القائل من ذوي الهيئة والمقول لهم من غير ذوي الهيئة؛ عوقب بالتوبيخ، ولا يبلغ به الإهانة والسجن، وإن كان القائل من غير ذوي الهيئة والمقول لهم من ذوي الهيئة؛ عوقب بالضرب...»^(٥٨).

وقال الشيرازي من الشافعية - رحمه الله -: «... ورأى الإمام تعزيره بالضرب أو الحبس أو الزجر؛ فعل»^(٥٩).

وقال ابن قدامة الحنبلي - رحمه الله -: «التعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ...»^(٦٠).

(٥٧) انظر: البحر الرائق (٥ / ٤٩) .

(٥٨) منح الجليل (٩ / ٣٥٦ - ٣٥٧) .

(٥٩) المهذب (٢ / ٣٢٩) .

(٦٠) المغني (٩ / ١٤٩) .

د- التشهير :

اتفقت المذاهب الفقهية على توقيع عقوبة التشهير بشاهد الزور^(٦١) .
وعبارة فقهاء الشافعية : « وإن رأى أن يشهر أمره في سوقه ومصلاّه هو وقبيلته،
وينادى عليه أنه شاهد زور فاعرفوه ؛ فعل »^(٦٢) .

هـ- الصلب حياً :

ذكر الشافعية في عقوبات التعزير الصلب حياً، قال الماوردي - رحمه الله - : «يجوز
أن يصلب في التعزير حياً، قد صلب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رجلاً
على جبل يقال له أبو ناب^(٦٣) ، ولا يمنع إذا صلب أداء طعام ولا شراب، ولا يمنع من
الوضوء للصلاة، ويصلي مومياً، ويعيد إذا أرسل^(٦٤) ، ونقله متأخروا المالكية عن
الماوردي - رحمهم الله جميعاً -^(٦٥) .

و- القتل :

أشار ابن فرحون - رحمه الله - إلى خلاف في التعزير بالقتل، فقال : «... هل
يجوز أن يبلغ بالتعزير القتل أو لا ؟ فيه خلاف»^(٦٦) .

وبرغم نقل الخلاف في التعزير بالقتل حسب ما قال ابن فرحون - رحمه الله - ؛

(٦١) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير (٧ / ٤٧٥ - ٤٧٦) ، الدردير والدسوقي ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤ / ١٤١) ، النووي، روضة الطالبين (١١ / ١٤٤ - ١٤٥) ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٦١١) .

(٦٢) الشيرازي، المهذب (٢ / ٣٢٩) .

(٦٣) لعنه يريد ما رواه ابن أبي شيبة - رحمه الله - في المصنف عن الحسن - رضي الله عنه - قال : جعل لرجل أواقي
على أن يقتل النبي - صلى الله عليه وسلم - فأطعاه الله على ذلك فأمر به ، فصلب ، وكان أول من صلب في الإسلام
« مصنف ابن أبي شيبة (٧ / ٢٤٩ - ٢٥٠) ، ح (٣٥٧٦٦) .

(٦٤) الماوردي ، الحاوي الكبير (١٣ / ٤٢٦) .

(٦٥) انظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٤) .

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

لكن التطبيقات الفقهية تشهد لجوازه ، وليس مذهب من المذاهب الأربعة ، إلا وقد عمل به في صورة من الصور .

فقد صرّح الحنفية بقتل من لا يزول فساده إلا بالقتل ، قال الجويني - رحمه الله - :
«ويسوغ للوالي أن يقتل في التعزير»^(٦٧) وذكر الحنفية في اللوطي إذا كثر ذلك منه أنه يقتل تعزيراً^(٦٨) ، وعند الحنابلة قتل اللوطي أيضاً^(٦٩) .

وذهب المالكية والحنابلة إلى قتل الجاسوس في بعض الحالات^(٧٠) وذهب الحنابلة - وقيل : وجهاً عندهم - إلى قتل الداعية إلى بدعة^(٧١) ، وحكاها ابن فرحون - رحمه الله - عن الشافعية أيضاً ، قال : «وعندنا : يجوز قتل الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس بالعدو ، وإليه ذهب بعض الحنابلة .

وأما الداعية إلى البدعة المفرّقة لجماعة المسلمين ، فإنه يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل ، وقال بذلك بعض الشافعية في قتل الداعية ، كالجهمية والروافض والقدرية^(٧٢) .

والملاحظ مما سبق نقله أن المذاهب الفقهية سواء الحنفية أو المالكية أو الشافعية أو الحنابلة ذهبت إلى القتل تعزيراً في حكم بعض الجرائم .

والضابط الذي نستقرؤه مما ذكره الفقهاء في تمثيلهم لأسباب التعزير

بالقتل :

هو ألا يزول فساده إلا بالقتل مع عظمه أو خشية تعدي ضرره للغير بتفشيهِ وانتشاره ،

(٦٧) غياث الأمم (١ / ١٦٣) .

(٦٨) انظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٣) ، ابن الهمام ، شرح فتح القدير (٥ / ٢٦٢٩) .

(٦٩) انظر : المرادوي ، الإنصاف (١٠ / ١٧٦) .

(٧٠) انظر : ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٣) ، وانظر : المرادوي ، الإنصاف (١٠ / ٢٤٩ - ٢٥٠) .

(٧١) انظر : المرادوي ، الإنصاف (١٠ / ٢٤٩) .

(٧٢) تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٣) .

فضرره يمس الجماعة مع خطره، ومثاله: الداعية إلى بدعته المفرق للجماعة إذا استتيب ولم يتب، واللوطي المكثّر، حيث يلاحظ أن الدعوة إلى البدعة، واللواط جرمان يمسّان حقّ الجماعة بالدرجة الأولى، وهما سبب لاستشراء الضرر والفساد، وقطع سببهما واجب، وحيث يتعيّن القتل لقطع سببهما؛ وجب.

وقال بعض الباحثين: «الحالات التي قيل فيها بجواز القتل تعزيراً تظهر أن المجرم قد وصل إلى مرحلة في الإجرام لا ينفع فيها أي شكل من أشكال التعزير غير القتل، وهي حالات قليلة، لكنها خطيرة خطر القتل نفسه.

ومن أهم الحالات التي قال فيها الفقهاء بجواز القتل تعزيراً: «جرائم التجسس، والزندقة، وسبّ الأنبياء - عليهم الصلاة والسلام - وكذا من سبّ الملائكة، وأهل الفساد الذين تعدّى ضررهم إلى الناس، والسحرة، والمبتدع الداعي إلى بدعته المخالف لصريح الكتاب والسنة، واللواط...»^(٧٣).

رأي البحث حول التعزير بالقتل:

تشير بعض الكتابات الفقهية عند الحنفية أن العقوبات المغلظة يتداخل فيها التعزير والسياسة، وكون التخليط فيها سياسة أقرب.

قال ابن عابدين في السياسة: «عرفها بعضهم بأنها: تخليط جناية لها حكم شرعي حسماً لمادة الفساد... وفي حاشية مسكين عن الحموي: السياسة شرع مغلّظ»^(٧٤).

والذي أراه - والله أعلم - أنّ القتل في التعزير من قبيل السياسة الشرعية للمصلحة وقطع الضرر بقطع سببه الذي يخشى عموم استشرائه، لا لمجرد العقوبة والزجر الذي يستحقهما الفاعل بالنظر إلى الذنب المعين، والله أعلم.

(٧٣) سليم محمد النجار / سلطة القاضي في تقدير العقوبات التعزيرية ص ٥٩

(٧٤) حاشية ابن عابدين (٤ / ١٥).

ويؤيّد هذا الفهم عبارة ابن الهمام - رحمه الله - قال فيمن عمل عمل قوم لوط: «لاحدّ عليه عند أبي حنيفة، ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب، ولو اعتاد اللوطة؛ قتله الإمام محصناً كان أو غير محصن سياسة»^(٧٥).

ويؤيّد أيضاً أن الفقهاء ذكروا أن العقوبات التعزيرية على مراتب متدرجة، أدناها: الإعراض، ثم التعنيف والزجر بالكلام، ثم الحبس، ثم النفي، ثم الضرب -^(٧٦)، ولم يذكر الفقهاء الصلب والقتل أثناء كلامهم على مراتب التعزير، وإن ذكروه في أنواع العقوبات، ولعلّ في ذلك إشارة إلى أن تغليظ العقوبة في التعزير إنما يحصل سياسة للمصلحة - كما تقدّمت الإشارة إليه - والله تعالى أعلم.

ز- تسويد الوجه :

اختلف الفقهاء في أنواع من العقوبات التعزيرية، وهي : تسويد الوجه، وإتلاف المال.

ففي تسويد الوجه مذهبان :

المذهب الأول: الجواز، وهو مذهب الشافعية والحنابلة^(٧٧).

المذهب الثاني: المنع : وإليه ذهب الحنفية والمالكية^(٧٨).

ح- إتلاف المال :

أما التعزير بإتلاف المال : ففيه مذهبان أيضاً:

المذهب الأوّل: الجواز، وهو مذهب الحنفية^(٧٩)، وقيل : مذهب أبي يوسف - رحمه

(٧٥) شرح فتح القدير (٥ / ٢٦٢).

(٧٦) سيأتي الكلام على ذلك في البحث ص ٢٨

(٧٧) انظر: الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٢٦٩، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٦٦).

(٧٨) شرح فتح القدير (٧ / ٤٧٧)، بلغة السالك (٤ / ١٤١).

(٧٩) انظر: الزيّلعي، تبين الحقائق (٣ / ٢٠٨)، ابن نجيم، البحر الرائق (٥ / ٤٥).

الله - منهم خاصة^(٨٠) وإليه ذهب الشافعي في القديم^(٨١) والمالكية بضوابط وقيود^(٨٢).
وقد أكد المالكية على أن الجائر هو إتلاف اليسير من المال دون أخذه، جاء في حاشية
الدسوقي: «وقد يكون أي التعزير قوله: (بالإخراج من الحارة) أي: وبيع ملكه عليه،
قوله: (وقد يكون بغير ذلك)، أي: كإتلافه ما ما يملكه كإراقة اللبن على من غشه حيث
كان يسيراً»^(٨٣).

المذهب الثاني: المنع.

وإليه ذهب الشافعي - رحمه الله - في الجديد، والحنابلة.
«قال الشافعي: إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال»^(٨٤).
وقال البهوتي - رحمه الله - : «ويحرم تعزير بأخذ مال أو إتلافه؛ لأن الشرع لم
يرد بشيء من ذلك عمن يقتد به»^(٨٥).

ويرى بعض الفقهاء أن منع أخذ المال محلّ إجماع، وأن المقصود عند من جوّز
إتلاف المال، ليس حقيقة الإتلاف أو الأخذ، وإنما إمساك المال.

قال الدسوقي - رحمه الله - : «ولا يجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً، وما روي عن
الإمام أبي يوسف صاحب أبي حنيفة من أنه جوّز للسلطان التعزير بأخذ المال، فمعناه
كما قال البرزالي من أئمة الحنفية: أن يمسك المال عنده مدة لينزجر، ثم يعيده إليه لا
أن يأخذه لنفسه وليت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز أخذ مال المسلم إلا بسبب

(٨٠) قال ابن الهمام في فتح القدير (٣٤٥/٥): (وعن أبي يوسف: يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال، وعندهما وباقي
الأئمة الثلاثة لا يجوز).

(٨١) انظر: محمد بن الأخوة، معالم القرية في طلب الحسبة (ص/١٩٤ - ١٩٥).

(٨٢) انظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢/٢٩١، ٢٩٤).

(٨٣) حاشية الدسوقي (٤ / ٣٥٥).

(٨٤) البيهقي، السنن الكبرى (٨/٢٧٩).

(٨٥) شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٦٦).

شرعي . أي : كشراء أو هبة ^(٨٦) .

وفي مقابل ما سبق ذكره من أنواع العقوبات التعزيرية، فقد اتفق الفقهاء على منع التعزير بإتلاف الأعضاء بالقطع والجراح، وحلق اللحية :
جاء في الأحكام السلطانية للماوردي - رحمه الله - : «يجوز في نكال التعزير أن يجرد من ثيابه إلا قدر ما يستر عورته، ويشهر في الناس، وينادى عليه بذنبه إذا تكرّر منه، ولم يتب، ويجوز أن يحلق شعره، ولا يجوز أن تحلق لحيته» ^(٨٧)
ونقله متاخروا المالكية عن الماوردي ^(٨٨) .

وفي كتب المالكية : «يكره حلق رأس شاهد الزور ؛ إن كان من العرب الذين حلق الرأس عندهم نكال وتمثيل، وأما بالنسبة لغيرهم ؛ فلا كراهة، ويحرم حلق اللحية» ^(٨٩) .
وقال ابن قدامة - رحمه الله - : «ولا يجوز قطع شيء منه، ولا جرحه، ولا أخذ ماله ؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يُقتدى به.» ^(٩٠) ، وقال البهوتي - رحمه الله - :
«ويحرم تعزير بحلق لحية، وقطع طرف وجرح» ^(٩١) .

٥ - ضوابط اجتهاد الإمام في تحديد العقوبة التعزيرية :

رغم أنّ تحديد العقوبة جنساً وقدرًا متروك إلى اجتهاد الإمام إلا أن هناك شروطاً وضعتها الفقهاء بمثابة ضوابط وأصول تحكم اجتهاد الإمام، فهو يجتهد في إطارها ولا يخرج عنها.

(٨٦) حاشية الدسوقي (٤ / ٣٥٥) .

(٨٧) الأحكام السلطانية ص ٢٦٩

(٨٨) انظر : ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٤) .

(٨٩) الصاوي، بلغة السالك (٤ / ١٤١) .

(٩٠) المغني (٩ / ١٤٩) .

(٩١) شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٦٦) .

وهذه الشروط والضوابط مستنبطة من مجموعة نقول متفرقة ذكرها الفقهاء في باب التعزير، وليست مجموعة في موضع واحد تحت عنوان واحد، وقد اجتهدت في استنباطها وجمعها، وأسأل الله التوفيق والسداد.

الضابط الأول: أن يكون المقصد من العقوبة شرعياً، وهو الانزجار والتأديب، ويتفرّع عليه: ألا تزيد العقوبة على ما به يحصل الانزجار:

هذا الضابط يكاد يتفق عليه الفقهاء، فبحسب مجموع القراءات في باب التعزير، فإن المقصد الشرعي لا يخرج عن التأديب والإصلاح للجاني، والزجر له ولغيره، وتحصيل الحقوق، وحماية الجماعة في حال الجرائم الخطيرة، وعلى القاضي أن لا يخرج عن هذه الأغراض.

وهذا الضابط مستنبط من تعريفات الفقهاء للتعزير - وقد تقدّمت - وأنه تأديب وإصلاح وزجر، وعبارة ابن فرحون - رحمه الله - : «والتعزير تأديب استصلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود ولا كفارات»^(٩٢).

«قال الجويني - رحمه الله - : فإن مجرم انكف بالقليل، فالكثير محرّم، فلا أدب في تعذيب مسلم، وإن أبي؛ عدنا له»^(٩٣).

وقال القرافي - رحمه الله - أيضاً ناقلاً عن إمام الحرمين: «متى كان الجاني ينزجر بالكلمة أو بالضربة الواحدة؛ لم تجز الزيادة؛ لأن الأذية مفسدة يقتصر منها على ما يدرأ المفاسد»^(٩٤).

وقال ابن فرحون - رحمه الله - : «وينبغي أن يقتصر على القدر الذي يظنّ انزجار

(٩٢) تبصرة الحكام (٢ / ٢١٧) وانظر: الطرابلسي - معين الحكام (٢ / ٤٤٦)

(٩٣) غياث الأمم (١ / ١٧٠).

(٩٤) الذخيرة (١٢ / ١١٩ - ١٢٠).

الجاني به ولا يزيد عليه .

وقال ابن عبدالسلام - رحمه الله - : وإذا كانت العقوبة التعزير والزجر ، فإن علم أن الزجر لا ينفع ، فلا يفعل التعزير ؛ لكن يسجن الكبير حتى يتحقق توبته ، ولا يعرض للصغير^(٩٥) .

وهذا وإن صرّح به بعض الفقهاء كما في النصوص السابقة ، فهو مفهوم نصوص المذاهب التي ذكرت مراتب التعزير ، وأنه يكون وفقاً لحال الجاني ، وقد تقدّم قول الكاساني - رحمه الله - بعد ذكره مراتب الجناة : «لأن المقصود من التعزير هو الزجر ، وأحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب»^(٩٦) .

وعليه فإن ، العقوبة التعزيرية ليس الغرض منها التشفّي والانتقام ، بل غرضها هو التأديب والإصلاح والزجر ، فشرطها أن تحقق مصلحة انزجار الجاني بدون زيادة .

الضابط الثاني : أن تكون العقوبة من جنس قد ثبت شرعاً : بمعنى أن الشرع أتى على مثاله .

هذا الضابط مستنبط من مفهوم قول ابن قدامة - رحمه الله تعالى - : «التعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ ، ولا يجوز قطع شيء منه ، ولا جرحه ، ولا أخذ ماله ؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يُقتدى به»^(٩٧) ، فعبارة الأخيرة تقتضي أن التعزير بما لم يرد الشرع بجنسه لا يجوز .

وتتبع العقوبات التعزيرية في كتابات الفقهاء على جميع المذاهب يؤكد ذلك ، فلم نر في عقوبات التعزير عقوبة ليس في نحوها مثال متّبع من فعل النبي - صلى الله عليه

(٩٥) تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٢) .

(٩٦) بدائع الصنائع (٧ / ٦٤) .

(٩٧) المغني (٩ / ١٤٩) .

وسلم - أو الآثار المنقولة عن الصحابة - رضوان الله عليهم - .

الضابط الثالث: يشترط في العقوبة أن تكون بما يظنّ معه السلامة ابتداءً :
وعبارات المالكية والشافعية والحنابلة تفيده، قال ابن فرحون - رحمه الله - :
«التعزير إنما يجوز منه ما أمنت عاقبته غالباً، وإلا لم يجز»^(٩٨)، وقال القرافي - رحمه
الله - : «والتعزير جائز، بشرط سلامة العاقبة... فلو لم تترك المرأة النشوز إلا بضرب
مخوف ؛ لم يجز تعزيرها أصلاً»^(٩٩) .

و« قال إمام الحرمين: وإن كان لا ينزجر بالعقوبة اللاتمة بتلك الجناية بل بالمخوفة ؛
حرم تأديبه مطلقاً»^(١٠٠) .

وقال ابن قدامة - رحمه الله - : «... الواجب أدب، والتأديب لا يكون بالإتلاف»^(١٠١) .
والحنفية لم ينصّوا عليه في تعزير الوالي فيما وقفت، ومذهبهم ألا يزيد التعزير على
الحدّ، وفي قواعدهم: أن فعل المأمور لا يقيّد بشرط السلامة، قال ابن الهمام - رحمه
الله - في الفتح: «ومن حدّه الإمام أو عزّره، فمات، فدمه هدر، لأنه فعل ما فعل بأمر
الشرع، وفعل المأمور لا يقيّد بشرط السلامة»^(١٠٢) واستثنى الحنفية من عدم الاشتراط:
تعزير الزوج لزوجته احتياطاً لما قد يغلبه من حظّ نفسه في ذلك^(١٠٣)

الضابط الرابع: أن يُراعى التدرّج في العقوبة:

ذكر الشافعية هذا الضابط، فقال النووي - رحمه الله - : إنّ على القاضي: «أن

(٩٨) انظر: تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٢) .

(٩٩) الذخيرة (١٢ / ١١٩ - ١٢٠) .

(١٠٠) القرافي، الذخيرة (١٢ / ١١٩ - ١٢٠) .

(١٠١) المغني (٩ / ١٤٩) .

(١٠٢) شرح فتح القدير (٤ / ٢١٧) .

(١٠٣) انظر: السرخسي، المبسوط (٢٦ / ١٤٨) .

يراعي الترتيب والتدرّيج، كما يراعيه دافع الصائل، فلا يرقى إلى مرتبة وهو يرى ما دونها مؤثراً كافياً»^(١٠٤).

الضابط الخامس: أن يكون قدر العقوبة متناسباً مع قدر الجناية، وحال الجاني، وحال المجني عليه:

إن العقوبات التعزيرية على مراتب بحسب حال الجاني، وكونه جليلاً أو ذنباً. والمقصود بمن جَلَّ قدره في الشرع: هو العالم الصالح الواقف عند حدود الله. قال في التبصرة: «المراد بالرفيع: مَنْ كان من أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية لا المال والجاه، والمعتبر في الدنيا: الجهل والجفاء والحماقة»^(١٠٥)، فإذا حصلت الزلّة والهفوة من الرفيع، فلا يعاقب بما يعاقب به من هو دونه^(١٠٦).

وقال الماوردي - رحمه الله - : «يكون تعزير من جَلَّ قدره بالإعراض عنه، وتعزير من دونه بالتعنيف له، وتعزير من دونه بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سبّ، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس... ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعدّت ذنوبه إلى اجتذاب غيره إليها، واستضراره بها... ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الضرب، ينزلون فيه على حسب الهفوة في مقدار الضرب، وبحسب الرتبة في الامتهان والصيانة»^(١٠٧).

(١٠٤) روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤).

(١٠٥) ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٥).

(١٠٦) انظر: القرائي، الذخيرة (١٢ / ١١٨)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢١٨ - ٢١٩)، (ص ٢٢٥).
مثلاً، قالوا: «لو قال لمن لا يتهم بالسرقة: أنت سرق متاعي؛ نكل وعوقب بقدر اجتهاد الحاكم، وإن كان المقول فيه ذلك ممن يتهم؛ فلا عقوبة. ولو قال رجل لرجل: يا سارق ضرب خمسة عشر سوطاً أو نحوه. قاله في العتبية. قال ابن رشد: والتحديد في هذا ليس له أصل في الكتاب ولا في السنة، وإنما فيه الاجتهاد بحسب القائل والمقول له...»
تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٥ - ٢٢٦).

(١٠٧) انظر: الأحكام السلطانية ص ٢٦٦

الضابط السادس : أن يكون اختيار العقوبة أو العفو منوطاً بالمصلحة :
عرفنا أن التعزير من اختصاص الوالي ومن ينيبه، والقاعدة عند الفقهاء: أن (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة).

قال ابن نجيم الحنفي - رحمه الله - : « تصرف القاضي فيما له فعله في أموال اليتامى ،
والتركات ، والأوقاف مقيد بالمصلحة ، فإن لم يكن مبنياً عليها ؛ لم يصح »^(١٠٨) .

وقال القرافي المالكي - رحمه الله - : « اعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها
إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة ، أو درء مفسدة لقوله تعالى :
﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ الأنعام : ١٥٢ »^(١٠٩) .

وقال ابن عبد السلام - رحمه الله - : « ولا تخير الولاية فيما يصنعون إلا نادراً ، وهو
إذا تساوى تحصيل المصلحتين أو دفع المفسدتين من كل وجه ، فإن كانت المصلحة في
التعزير وجب ، وإن كانت في العفو والإغضاء وجب »^(١١٠) .

ونصّ على ذلك الشافعي - رحمه الله - ، فقال « منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي
من اليتيم »^(١١١) .

وقال الزركش الحنبلي - رحمه الله - : « تصرف الولي - الأب وغيره - منوط
بالمصلحة »^(١١٢) .

(١٠٨) الأشباه والنظائر ص ١٣٩

(١٠٩) الفروق (٧٦/٤) .

(١١٠) قواعد الأحكام في مصالح الأنام (٦٩/ ١) .

(١١١) الأم (٣٥١ / ٥) .

(١١٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢ / ٩٤ ، ٣٤٨) .

(المبحث الثاني)

رأي الدراسات المقارنة حول سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على باب التعزير

في الشريعة الإسلامية، ومناقشته

عرفنا في المبحث الأول أن مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» يستلزم تحديد الأفعال التي تعدّ جرائم وبيان أركانها، وتحديد الجزاءات المقرّرة لها من حيث نوعها ومقدارها، والربط بين العقوبة والجريمة في نص قانوني مكتوب يضعه المشرّع سلفاً. وعرفنا في المبحث الأول أيضاً معنى التعزير، وأنه تأديب على معصية لا حدّ فيها ولا كفّارة، وعبارة الطرسوسي - رحمه الله - : «التعزير: هو العقوبة التي لم يحدد الشرع مقدارها، وترك للقاضي أمر التقدير بما يمنع الجاني من المعاودة، ويردعه عن المعصية»^(١١٣).

الأمر الذي قد يبدو معه وجود اختلاف بين نظام التعزير في الشريعة وبين مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» في القانون.

وفيما يلي نتعرف على وجه نظر القانونيين في هذه المسألة، ثم نعرض لمناقشة ذلك في ضوء المذكور في كتب الفقه الإسلامي كي نصل إلى رأي نظمئن إليه، وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

رأي الدراسات المقارنة حول سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على باب التعزير

ترى معظم الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون أن التشريع الإسلامي في

(١١٣) تحفة التارك فيما يجب أن يعمل في الملك (٨١) .

التطبيق لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) له منهج ضيق أثناء التطبيق، وذلك في نظام الحدود، ومنهج موسّع، وذلك في نظام التعزير:

حيث يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة باختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها، ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثراً شديداً تتشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشدداً تاماً، فتدقق في تحديد الجريمة وتعيين العقوبة، وهذا هو المتبع في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص والدية.

وفي الجرائم الأقل خطورة - وهي جرائم التعازير بصفة عامة - تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة، فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات، وتترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة.

وفي جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة، وتكتفي بوضع نصوص عامة جداً، يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام.

فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاثة طرق؛ لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلاءمه، وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد.

أما القوانين الوضعية، فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة^(١١٤).

وقد أشادت الدراسات القانونية المقارنة بالتطبيق الإسلامي، وأشارت إلى أنه هو التطبيق المثالي لمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، حيث إنه بمجيئ القرن العشرين أخذت القاعدة كلها تصبح محلاً للانتقاد، وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا

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

تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية،... وقد كان لهذا الانتقاد أثره العلمي، فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً، كالتشريع الألماني الصادر في سنة ١٩٣٥، حيث خوّل للقاضي إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألماني دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائي خاص أن يعتبر هذا الفعل جريمة، ويوقع على مرتكبه عقوبة (المادة الثانية من القانون الألماني)، وكالقانون الإيطالي، فإنه ترك للقاضي في بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها، وكالقانون السوفياتي الذي خرج على القاعدة من سنة ١٩٢٦، وكالقانون الدانمركي الذي أباح العقاب على أي فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم، ولا نذكر القانون الإنجليزي الذي يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير في الشريعة^(١١٥).

وقد اعتنت الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون بإثبات خضوع التعزير بأقسامه الثلاثة لقانون «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» في شقيّ الجريمة والعقوبة بدرجات متفاوتة على النحو التالي :

أ- إثبات أن جرائم التعزير للمعصية والمخالفات هي جرائم محدّدة بعينها: قال عبد القادر عودة - رحمه الله - : «...ومن يراجع نصوص الشريعة ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصاً صريحاً حرّمها، ونصاً صريحاً يعاقب عليها؛ إن كانت المعصية معاقباً عليها بالحدّ أو الكفارة، أما إن كانت معاقباً عليها بالتعزير فإنه يجد النصّ الذي حرّمها، والنصوص التي فرضت عقوبات التعزير عليها، وعلى غيرها^(١١٦). ومعنى كلامه الأخير: أن الشريعة أتت بنصوص ناهية عن أفعال، ولم تذكر عقوبة

(١١٥) انظر : عودة ، التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٧٠ - ١٧١) .

(١١٦) المرجع السابق (١ / ١٤٠) .

محددة لكل منها، بل ذكرت جملة من العقوبات تشملها جميعاً.

ويقول د. الصيفي: «إذا كان لا بد من التعزير على المخالفات، فلا بأس على ولي الأمر أن يبين سلفاً ما سيجرمه منها إذا اعتاد المخالف إتيانها حتى يتحقق لمبدأ الشرعية أن « لا جريمة إلا بنص »^(١١٧).

ومعنى كلامه: أن على القاضي أن يقوم بتحديد ما يعتبره جريمة من المخالفات. ويشهد لما دعا إليه الفقهاء القانونيون ما حكاه الماوردي، قال: «حكى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء، فرأى رجلاً يصلي مع النساء، فضربه بالدرّة، فقال الرجل: والله إن كنت أحسنت؛ لقد ظلمتني، وإن كنت أسأت؛ فما علمتني. فقال عمر: أما شهدت عزمتي؟ فقال: ما شهدت لك عزمة، فألقى إليه الدرّة، وقال له: اقتص. قال: لا أقتص اليوم. قال: فاعف عني. قال: لا أعفو عنك، فافترقا على ذلك، ثم لقيه من الغد، فتغيّر لون عمر، فقال له الرجل: يا أمير المؤمنين، كأي أرى ما كان مني قد أسرع فيك. فقال: أجل. قال: فأشهد الله أنني قد عفوت عنك»^(١١٨).

ب - إثبات أن الجريمة في التعزير للمصلحة العامة محدّدة بوصفها بأنها تضرّ بمصلحة الجماعة :

قال عودة - رحمه الله - : «لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير، ولم تحدّها

(١١٧) الأحكام العامة للنظام الجزائي ص ٦٤ .

(١١٨) الأحكام السلطانية ص ٢٨٠ - ٢٨١

والخبر، رواه الفاكهي بإسناده «عن زائدة عن مغيرة عن إبراهيم قال: نهى عمر- رضي الله عنه - أن يطوف الرجال مع النساء، قال: فرأى رجلاً معه فضربه بالدرّة، فقال الرجل: والله لئن كنت أحسنت لقد ظلمتني، ولئن كنت أسأت ما علمتني، فأعطاه عمر- رضي الله عنه - الدرّة، وقال: امتثل. قال: فعفى الرجل عن عمر- رضي الله عنه - .»

أخبار مكة للفاكهي (١ / ٢٥٢- ٢٥٣) ، باب : ذكر أو لئن فرق بين الرجال والنساء في الطواف، (٤٨٤) .

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 يحرموا 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 وحددته، ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يحلّون أو يحرمون، بل أوجبت أن يكون ذلك متفقاً مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة...»^(١١٩).
ثم قال - رحمه الله - : «الشريعة إذاً لم تخرج على القاعدة القائلة بأن (لا جريمة ولا عقوبة بلا نص)، وإنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادية.

فبدلاً من أن تنص على الفعل المكون للجريمة، وتحدد له عقوبة مقدّرة، كما فعلت في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية وبدلاً من أن تنص على الفعل المحرّم وتعيّنه، ثم تترك القاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير، جاءت بدلاً من هذا كله تقرّر: أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير^(١٢٠).

(١١٩) التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٣٤) .

(١٢٠) التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٦٤) .

ج- إثبات أن العقوبة في التعزير بكل أقسامه محدّدة بجنس ومقدار ذي حدّين: العقوبة محدّدة في الإسلام، وسلطة القاضي مقيدة بالاختيار من بين قائمة من عقوبات التعزير، يقول عبد القادر عودة: «في التعزير، فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والحبس، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه، وللقاضي أن يوقع أكثر من عقوبة، وله أن يخفف العقوبة أو يشدّها، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى في ذلك ما يكفي لردع الجاني وتأديبه»^(١٢١).

وقال الجنزوري: «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 الحدّين مراعاة لظروف الجاني وشخصيته»^(١٢٢).

المطلب الثاني

نقد رأي الدراسات المقارنة حول سريان مبدأ

«لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على باب التعزير

فيما سبق ذكرت الدراسات المقارنة ما خلاصته أن التعزير تطبيق موسّع لمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، وأن الشريعة الغراء سبقت إلى ضرورة النصّ على الجريمة والعقوبة، وطبقته بطريقة مرنة وبدرجات متفاوتة في نظام التعزير في الإسلام، وأنها

(١٢١) التشريع الجنائي في الإسلام (١ / ١٢٥).

(١٢٢) 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.

بهذا التطبيق سلمت من كل نقد، ومن الجمود الذي يمكن أن يصيب التمسك الدقيق بالمبدأ .

وأتفق مع الدراسات المقارنة في مرونة نظام التعزير وعدالته وسلامته من النقد، وأتفق معها أيضاً في تفسيرها الكيفية التي يصدر عنها حكم التجريم والعقاب في نظام التعزير، وأن لكل ذلك مستند شرعي وضوابط أصولية وفقهية تحكم اجتهاد القاضي سواء في جانب التجريم أو العقاب .

ولكنني أتوقف عند الربط بين نظام التعزير وبين مبدأ النص على الجريمة والعقوبة، الذي يجعل التعزير أحد آثاره الصادرة عنه، أو تطبيقاته الموسّعة كما وصفوا، وأدوّن بعض الملاحظات على ما ذكرته الدراسات المقارنة حول علاقة التعزير بمبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، أطررها فيما يلي لتتوارد عليها الرؤى ووجهات النظر بالتدقيق والتمحيص .

وأنبّه إلى أنه ليس ثمة تعرّض لمسألة تقنين التعزير، فالتقنين في ذاته ممكن سياسة للمصلحة ؛ لكن لا ينسب الإلزام في تقنين التعزير إلى أحكام الشريعة باعتبار أنه تطبيق موسّع لمبدأ من مبادئها، وهو مبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بحيث لو لم يفعله الإمام كان مخالفاً أثماً .

وفيما يلي عرض ما سجّلته من ملاحظات - والله ولي التوفيق - :

١ - فكرة التطبيق الموسّع لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) تناقض المبدأ نفسه :

مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بصيغته القانونية مبدأ حديث من نتاج القانون

الوضعي، والشريعة أقرت أصله، فالنصوص في الشريعة متضافرة على أنه لا مؤاخذه قبل التبليغ الذي به تقوم الحجة على الناس، وإثبات ذلك وبسط أدلته في بحث آخر للباحثة تقدّمت الإشارة إليه في مقدّمة البحث.

والتطبيق الكامل الصحيح لمبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» - كما عرفنا فيما سبق - يكون بأن تعيّن الجرائم، وتعيّن العقوبات، وتخصّص لكل جريمة عقوبة محددة، وينصّ على ذلك في دستور مكتوب، ويحكم به القاضي دوغماً اجتهاداً، ولا عفو، ولا تخفيف.

وعند التأمل في مبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بعناصره المحدّدة التي ذكرها القانونيون؛ نجد صعوبة في فهم فكرة التطبيق الموسّع الذي ذكرته الدراسات المقارنة حول تطبيق المبدأ على جرائم التعزير، فالقاعدة مع تحديدها الدقيق لا تحتمل التطبيق الموسّع.

وليس الاعتراض على وجود النظام العقابي المرن في الإسلام، وإنما الاعتراض على جعله أمودجاً يوسم بأنه تطبيق موسّع لمبدأ قانوني في غاية التحديد، والتطبيق الموسّع للمبدأ يخرج به عن معناه القانوني الموضّح في عناصره، وعن غرضه الذي وضع لأجله من حيث: تقليص سلطة القاضي بتحديد الجريمة والعقوبة معاً، ومن حيث: توحيد الأحكام في الإعلان المسبق عن الجريمة والعقوبة، وبالتالي تحصيل القبول المجتمعي لتلك الأحكام.

وعوضاً عن أن نثبت سريان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» - الذي يقتضي التعيين الدقيق للجريمة والعقوبة - على نظام التعزير في الإسلام بطريقة موسّعة، ونثبت أن هذا التطبيق الموسّع هو الأصلح، والذي تحاول القوانين الحديثة مؤخراً

الاقتراب منه لمواجهة النقد الذي أثاره تطبيق مبدأ الشرعية بصورته المعروفة، فالأقرب لما في كتب الفقه أن نوضح: أن الشريعة أتت بنظام عقابي قسّمت فيه الجرائم إلى قسمين :

جرائم الحدود: وقد قنّنت فيها سلطة القضاء، وقدّرت الجريمة والعقوبة بصورة دقيقة جداً تفوّقت على القانون الحديث^(١٢٣).

جرائم التعزير: ولا تخضع لمبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بحسب عناصره المذكورة، بل لها قواعد أخرى تحكمها.

وكلا القسمين يتفقان مع مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» في المقصد الكليّ منه، وهو تحقيق العدالة، وإن اختلفا معه في طريقة تحقيقها.

وهذا القدر أقرّت به الدراسات المقارنة، لكن طوّعت هذا الإقرار ليندرج تحت مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بوصفه تطبيقاً موسّعاً له.

وإذا كان مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» لم يسلم من نقد، وتعرّض للتطوير، ولا يزال، فما الداعي إذاً لبذل الجهد لإثبات انسحابه على نظام التعزير في الفقه الإسلامي، ولو تحت اسم التطبيق الموسّع !!!

٢- للقاضي الاجتهاد في تحديد نوع العقوبة التعزيرية بعد أن يكون جنسها مشروعاً :

العقوبات التعزيرية متنوّعة باعتبار ما شهد الشرع بجواز جنسه من العقوبات، واتفق الفقهاء على معظمه، وهو الحبس والضرب والنفي والصلب والتشهير، واختلفوا في التعزير بإتلاف المال، وفي الإهانة بتسويد الوجه، وتقدّمت الإشارة لذلك.

(١٢٣) وضّحت ذلك في البحث الذي تقدّمت الإشارة إليه في مقدّمة البحث.

قال القرافي - رحمه الله - : «وأما جنسه، فلا يختص بسوط أو حدّ أو حبس أو غيره، بل اجتهاد الإمام، وكان الخلفاء المتقدمون يعاملون بقدر الجاني والجنائية، فمنهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام على قدميه في تلك المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحلّ إزاره،... ويزجر بالقول إن كان القاتل ممن له قدر معروف بالخير، والمقول له على غير ذلك، زجر بالقول. قال مالك : وقد يتجافى السلطان عن الفتنة من ذوي المروءة» (١٢٤).

وقال ابن فرحون - رحمه الله - : «التعزير لا يختص بفعل معين، ولا قول معين، فقد عزّر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالهجر، وذلك في حقّ الثلاثة الذين ذكّروهم الله - تعالى - في القرآن الكريم (١٢٥)، فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد، وقضيتهم مشهورة في الصحاح (١٢٦)، وعزّر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالنفي، فأمر بإخراج المخنثين من المدينة ونفيهم (١٢٧)» (١٢٨).

وقال النووي - رحمه الله - : «جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلدًا أو صفعًا إلى رأي الإمام، فيجتهد ويعمل ما يراه من الجمع بينهما، والاقتصار على أحدهما، وله

(١٢٤) انظر: الذخيرة (١٢ / ١١٨)، تبصرة الحكام (٢ / ٢١٨ - ٢١٩).

(١٢٥) يريد قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا حَتَّىٰ إِذَا صَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَصَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَن لَّا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ تُرْآبَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾ (التوبة: ١١٨).

(١٢٦) جاء ذلك في حديث طويل في الصحيح، وفيه: «ونهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المسلمين عن كلامنا، أيها الثلاثة من بين من تخلف عنه، فاجتنبنا الناس، وتغيروا لنا؛ حتى تنكرت في نفسى الأرض، فما هي التي أعرف، فلبننا على ذلك خمسين ليلة.....» الحديث صحيح البخاري (٤ / ١٦٠٣ وما بعدها)، باب حديث كعب بن مالك، وقول الله عز وجل: ﴿وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا﴾ (التوبة: ١١٨) «وعلى الثلاثة الذين خلفوا» ح (٤١٥٦).

(١٢٧) في الصحيح «عن ابن عباس قال: لعن النبي - صلى الله عليه وسلم - المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء، وقال: أخرجوهم من بيوتكم، قال: فأخرج النبي - صلى الله عليه وسلم - فلانا، وأخرج عمر فلانا» صحيح البخاري (٥ / ٢٢٠٧) باب إخراج المشبهين بالنساء من البيوت، ح (٥٥٤٧).

(١٢٨) انظر: تبصرة الحكام (٢ / ٢١٩).

الاقتصار على التويخ باللسان .. (١٢٩) .

وقد أقرّت الدراسات المقارنة بحق القاضي في الإسلام في الاجتهاد في العقوبة، وأنه لا يخالف «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» إذ هو لا يخرج عن جنس العقوبات المسموح بها، ولكن ربط هذا الإقرار بمبدأ النص على الجريمة والعقوبة محلّ تعقّب، إذ أن الاجتهاد في تحديد جنس العقوبة، أو الجمع بين عقوبتين إذا رأى القاضي بحسب المصلحة، بعيد عن النصّ المسبق والتحديد الدقيق الذي يستلزمه مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بمعناه في القانون الجنائي الحديث، فثمة تناقض ملحوظ بين التنظير ومتطلبات التطبيق .

٣- للقاضي الاجتهاد في تحديد قدر العقوبة التعزيرية :

الأصل في العقوبة التعزيرية أنها بحسب اجتهاد الإمام، فهو صاحب حق التقدير فيها جنساً وقدرًا، إذ ليس فيها عدد محدّد شرعاً يتعينّ عليه المصير إليه والتقيّد به، ومن هنا سمّي التعزير عقوبة غير مقدرة .

ولكن اجتهاد الإمام محكوم عند بعض المذاهب بما لا يجاوز العقوبة الحدّية، وبعضهم اعتبر في تقدير الأعلى والأدنى عموم الحدود، وبعضهم اعتبر الحدّ الذي وقعت الجناية في جنسه .

وللفقهاء في المسألة كلام عام، وكلام خاص .

فأما العام، فتكلموا في الحدّ الأعلى للعقوبة التعزيرية عموماً، بحيث لا يتجاوزه القاضي، ولهم في ذلك مذاهب :

(١٢٩) روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤) .

المذهب الأول : أنه لا حدّ لأكثر التعزير :

وإليه ذهب المالكية : «قال المازري في المعلم : «ومذهب مالك - رحمه الله - أنه يجيز في العقوبات فوق الحدّ...»^(١٣٠).

المذهب الثاني : الاقتصار على ما دون الحدود إذا كانت الجنائية من جنس الجنايات الحديثة :

وإليه ذهب الحنفية والشافعية، والإمام أحمد - رحمه الله - في رواية، حيث رأوا أن الاقتصار على ما دون الحدود مخصوص في الحال التي تكون الجنائية في جنسها حدّ يمكن تقليده، وإلا فالإمام يجتهد بما يراه مناسباً.

قال الحنفية : «وأما قدر التعزير، فإنه إن وجب بجنائية ليس في جنسها ما يوجب الحدّ كما إذا قال لغيره : يا فاسق، يا خبيث، يا سارق، ونحو ذلك، فالإمام فيه بالخيار، إن شاء عزّره بالضرب، وإن شاء بالحبس، وإن شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام... وإن وجب بجنائية في جنسها الحدّ ؛ لكنه لم يجب لفقد شرطه، كما إذا قال لصبي أو مجنون: يا زاني، أو لذمية، أو أم ولد: يا زانية، فالتعزير فيه بالضرب، ويبلغ أقصى غاياته، والحاصل : أنه لا خلاف بين أصحابنا - رضي الله عنهم - أنه لا يبلغ التعزير الحدّ^(١٣١).

قال النووي - رحمه الله - : «وأما قدر التعزير، فإن كان من غير جنس الحدّ، كالحبس تعلقّ باجتهاد الإمام»^(١٣٢).

وقال ابن قدامة - رحمه الله - في حكاية مذهب أحمد : «والرواية الثانية : لا يبلغ به

(١٣٠) انظر : ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢١ - ٢٢٢)

(١٣١) انظر : الكاساني، بدائع الصنائع (٦٤ / ٧) .

(١٣٢) انظر : روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤) .

الحدّ، وقيل : يحتمل أنه لا يبلغ به أدنى حدّ مشروع^(١٣٣) .

المذهب الثالث : ألا يزيد على عشر جلدات :

وهو المنصوص عليه من مذهب الإمام أحمد - رحمه الله - : «فروي عنه أنه لا يزداد عن عشر جلدات، نص عليه...»^(١٣٤) .

هذا من حيث كلام الفقهاء العام في المسألة.

أما كلامهم الخاص، فقد تكلم الفقهاء حول مقادير العقوبات التعزيرية مفصلة بحسب نوع العقوبة التعزيرية من ضرب أو حبس، وذكروا الحدّ الأدنى والأعلى في كل^(١٣٥) .

واختلفوا في غاية النفي والإبعاد، وهل تقدّر بما دون الحول، أو يزداد فيها على الحول بحسب اجتهاد القاضي؟^(١٣٦) .

وذكر الشافعية في الصلب ألا يتجاوز به ثلاثة أيام^(١٣٧) والمتأخرون في بعض المذاهب نقلوه عن الشافعية مرتضيين له^(١٣٨) ولم أقف فيه عند الحنفية على شيء .

هذا بالنسبة للمذاهب الثلاثة، ومالك على أصله في عدم التقدير في العقوبة

(١٣٣) انظر : الشرح الكبير (١٠ / ٣٥٣) .

(١٣٤) انظر : ابن قدامة ، الشرح الكبير (١٠ / ٣٥٣) .

(١٣٥) انظر في الحد الأعلى والأدنى في عدد الضرب : المرغيناني ، الهداية شرح البداية (٢ / ١١٧) ، الزيّلعي ، تبیین الحقائق (٩ / ١٠٦) .

النووي ، روضة الطالبين (١٠ / ١٧٤ - ١٧٥) ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٦٦ - ٢٦٧ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٤١) ، ابن قدامة ، المغني (٩ / ١٤٨) .

وانظر في أمد الحبس وغايته : ابن نجيم ، البحر الرائق (٦ / ٣١١) ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٤١) ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٦٦ ، الموسوعة الفقهية الكويتية (٢ / ٥٧٥) .

(١٣٦) انظر : الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٦٦ .

(١٣٧) انظر : الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٦٩ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام (٢ / ٢٢٤) ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٦٥) .

(١٣٨) انظر : الماوردي ، الأحكام السلطانية ص ٢٦٩ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (٣ / ٣٦٥) .

التعزيرية، وسواء في الضرب أو الحبس^(١٣٩).

والتوسّع في ذكر مذاهبهم وأدلتهم والترجيح بين الأقوال ليس مقصوداً في هذا البحث كما أشرت في المقدمة.

والحاصل: أن من المذاهب المعتمدة من لا يرى حدّاً لأكثر التعزير، وهذا لا يوافق مبدأ النص على العقوبة، ولو باسم التطبيق الموسّع.

٤- اجتهاد القاضي في اختيار جنس العقوبة وقدرها يرتبط بحال الجاني وجرمه والظروف المحيطة، وهذا مما لا ينضبط غالباً، وأحوال الناس فيه متفاوتة:

المتأمل في كلام الفقهاء يجد أن العقوبات التعزيرية على مراتب متدرجة، أدناها: الإعراض، ثم التعنيف والزجر بالكلام، ثم الحبس، ثم النفي، ثم الضرب.

والحنفية يقسمون الجناة بحسب حالهم إلى أربعة مراتب، لكل منها نوع تعزير يليق بحالها، قال الكاساني - رحمه الله - : «من مشايخنا من رتب التعزير على مراتب

الناس، فقال: التعازير على أربعة مراتب: تعزير الأشراف: وهم الدهاقون^(١٤٠)

والقواد^(١٤١)، وتعزير أشراف الأشراف: وهم العلوية والفقهاء، وتعزير الأوساط: وهم

السوقة، وتعزير الأخساء: وهم السفلة.

فتعزير أشراف الأشراف بالإعلام المجرد، وهو أن يبعث القاضي أمينه إليه، فيقول له: بلغني أنك تفعل كذا وكذا.

(١٣٩) انظر: الماوردي، الأحكام السلطانية ص (٢٦٦ - ٢٦٧)، القراي، الذخيرة (١٢ / ١١٨)، ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢ / ٢٤١).

(١٤٠) الدهقان: التاجر، فارسي معرّب. انظر: لسان العرب (١٠ / ١٠٧).

(١٤١) القواد: لعله من القيادة. وفي اللسان: رجل قائد: من قوم قود وقواد. انظر: لسان العرب (٣ / ٣٧٠).

وتعزير الأشراف بالإعلام والجرّ إلى باب القاضي، والخطاب بالمواجهة.
وتعزير الأوساط بالإعلام والجرّ والحبس.
وتعزير السفلة بالإعلام والجرّ والضرب والحبس، لأن المقصود من التعزير هو الزجر، وأحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب «^(١٤٢).
وفي معين الحكّام: «وأما العقوبات والتعزيرات، فما عظم منها، فهو كما تقدّم في الحدود، وما خفّ منها عوقب صاحبه على شأنه، وربما كان بحبس دون ضرب»^(١٤٣).
وقال الماوردي - رحمه الله -: «يكون تعزير من جلّ قدره بالإعراض عنه، وتعزير من دونه بالتعنيف له، وتعزير من دونه بزواجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سبّ، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الحبس الذي يحبس فيه على حسب ذنوبهم، وبحسب هفواتهم... وذكر النفي، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى الضرب، ينزلون فيه على حسب الهفوة في مقدار الضرب، وبحسب الرتبة في الامتهان والصيانة»^(١٤٤).
ومع تفاوت الأحوال الذي يتبعه حكم القاضي، تكون دعوى النصّ على العقوبة في جرائم التعزير أقرب إلى النظرية منها إلى التطبيق.

٥- استصحاب حكم أحد الأنواع في التعزير لباقي أفراد الاسم العام إذا ظهر التخصيص غير صحيح :

إن تحرير الاصطلاحات قضية مهمة في الدراسات والأبحاث العلمية.
وإن كثيراً من الخلافات تنشأ عن غياب التحرير الدقيق للمعاني في التعاريف أو مواطن الخلاف.

(١٤٢) بدائع الصنائع (٧ / ٦٤) .

(١٤٣) معين الحكام (٤٠٦/٢) .

(١٤٤) انظر: الأحكام السلطانية ص ٢٦٦.

وإلى جانب تحرير المعاني يكون تحري الدقة في إسناد الحكم الشرعي للاسم العام متى تعددت أنواع يشملها اسم واحد لكل نوع منها حكم يخصه.

وقد رأينا في كلام الفقهاء أن التعزير اسم عام، فمن التعزير: ما هو تأديب محض، ومن أنواعه: تأديب الوالد والمعلم والزوج والسيّد، وهو مخصوص بالصغير دون الكبير في الأوليين، وليس هذا النوع من اختصاص الإمام بالولاية العامة، ولا يدخل تحت أحكام القانون الجنائي، ولم يقصده الفقهاء بالتناول عند ذكرهم معظم أحكام التعزير التي ذكرناها (نحو: حكم التعزير، موجباته، أنواع العقوبات التعزيرية، مراتب التعزير، مقادير التعزير، شروطه وضوابطه)، وصرّحوا بتسميته تأديباً، وميّزوا بين التأديب والعقوبة في بعض عباراتهم نحو قول الكاساني - رحمه الله - : «... فيعزّر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حدّ مقدّر سواء كان حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، بالغاً أو صبيّاً بعد أن يكون عاقلاً؛ لأن هؤلاء من أهل العقوبة إلا الصبي العاقل، فإنه يعزّر تأديباً لا عقوبة، لأنه من أهل التأديب»^(١٤٥).

وهذا النوع لا ينتمي إطلاقاً إلى قانون العقوبات، لأن التعزير فيه تأديب، وليس عقوبة كما تقدّم ذكره.

ومن التعزير نوع تتحقّق به المصلحة العامة، ويسمّيه الفقهاء سياسة، يقصد بها الإمام حفظ النظام العام، وتحقيق المصالح العامة، وهو ليس عقوبة، وإن كان فيه صورة الإيلام بالنفي أو الإبعاد أو الحبس للتهمة أو الضرر، أو غير ذلك.

وهذا النوع من اختصاص الإمام بالولاية العامة، ولا يدخل تحت أحكام قانون العقوبات، والفقهاء قد ذكروه عند ذكرهم أحكام التعزير إما من قبيل أنه أحد أفراد

(١٤٥) بدائع الصنائع (٧ / ٦٣ - ٦٤).

الاسم العام، وأنّ الإمام يستعمل أنواعاً من العقوبات التعزيرية للإلزام بسياسته، أو من قبيل أن التعزير والسياسة مترادفان، ويطلق أحدهما على الآخر عند بعض الفقهاء مثل : الحنفية، كما تقدّم بيانه^(١٤٦).

وسواء كان التعزير للمصلحة العامة ابتداءً كتدبير وقائي سياسة من قبيل الحزم بفرض جزاءات على مخالفات معيّنة يلزم بها الحاكم الناس لصالح الجماعة، أو كان لدفع ضرر أكبر للغير مقابل فعل مباح أو مصلحة أقل لصاحبه، فإنه ليس ثمة جريمة في الحالين .

فهذا النوع لا ينتمي إطلاقاً إلى القانون الجنائي بالاصطلاح الحديث . كيف؟ ولم تسبق جريمة!

وقد أشارت بعض الدراسات المقارنة إلى قريب من هذا المعنى، قال د. صيفي: «ينبغي التفرقة بين (العقوبة) التي يقرّها ولي الأمر لمرتكب جريمة يرجع تعزير مرتكبيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وبين (التدبير) الذي يقي به ولي الأمر المصلحة العامة من أن تمسّ، رغم أن السلوك الموجب للتدبير لا يشكل جريمة، لهذا فإننا لا نعتبر ما فعل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لنصر بن الحجاج تعزيراً، وإنما هو من قبيل التدابير الواقية من الفتنة والفساد»^(١٤٧).

وعليه، فإن الخوض في إثبات سريان مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ) الخاص بالقانون الجنائي على التعزير للمصلحة العامة يخالف مجال تطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ) نفسه، وهو القانون الجنائي كما سبق ذكره^(١٤٨).

(١٤٦) راجع : البحث ص ٧ ، ٨

(١٤٧) الأحكام العامة للنظام الجزائي ص ٩٣ .

(١٤٨) انظر : البحث ص ٥ .

فما يكون للمصلحة العامة من التعزير قسيم للعقوبة على المعصية، لا قسم منها، فلا مدخل له هنا في الفقه الجنائي أو قانون العقوبات، وإن بدت صورة العقوبة فيه. وبشكل عام، حيث لم تثبت جريمة فيها اعتداء صريح على أحد الكليات الخمس التي تكفل الشارع بحفظها - مع اختلاف جسامته ودرجة الاعتداء - لا تتصور عقوبة، وبالتالي لا ينبغي للدراسات المقارنة بحثها ضمن مبادئ قانون العقوبات. ومن ذلك أيضاً: التعزير على المخالفات، فالأقرب للنظر الفقهي أنه من قبيل السياسة أيضاً، إذ أن مقصده أن يحمل الإمام به الناس على فعل السنن وترك المكروهات، لمصلحة الحفاظ على شرائع الإسلام الظاهرة، وصونها عن الاستهانة بها، بالاعتقاد أو المجاهرة، ولكن الأصل أن المكروه لا يعاقب فاعله وإنما يؤجر تاركه، وعكسه في السنن والمستحبات.

فهذا النوع أيضاً لا ينتمي إطلاقاً إلى قانون العقوبات، فإن المخالفة لا تسمى جريمة بحال، والطلب والنهي في المستحبات والمسنونات ليس جازماً عند جانب ملحوظ من الفقهاء.

ومع ذلك، فقد رأينا القانونيين يفيضون في تبين خضوع التعزير على المخالفات لمبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» خضوعاً موسعاً - على حدّ وصفهم - . وإذا أخذنا باختصاص مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» في القانون الحديث، فالزام الشريعة بذلك غير مسلم، ولا يفترض أن يخضع لقاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» إلا النوع الجنائي فقط من الجرائم كما هو في القانون الوضعي، ويستغني بذلك فقهاء القانون المهتمون بالقانون الجنائي الإسلامي عن الخوض في ذكر مبررات للتعزير من أجل المصلحة العامة، أو التعزير على ترك المندوب وفعل المكروه.

٦- عدم تحقق العدالة بتطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) على نظام التعزير :

تقول القاعدة الفقهية: «كل تصرّف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»^(١٤٩). والمقصود الأوّل من إقرار مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» هو تحقيق العدالة في صورة المساواة في الأحكام، وذلك حين تحدّد الجرائم تحديداً دقيقاً، وتحدّد العقوبة المترتبة عليها تحديداً دقيقاً، ولا يبقى أمام القاضي مجال للاجتهاد في ذلك، فمتى ثبت الركن المادي للجريمة، حكم بتوقيع العقوبة المحددة، فيتساوى المجرمون في العقوبات. يقول د. سمير الجنزوري: «هذا المبدأ يحقق مصلحة هامة، وهي توحيد الأحكام بالنسبة للكافة، فلا يترك للقضاة أمر التجريم والعقاب، فتضارب أحكامهم نتيجة اختلاف تقييمهم ونظرتهم إلى صور السلوك المتنوعة، وإلى 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»^(١٥٠).

فإذا تبيّن لنا أن الالتزام بأحكام هذا المبدأ، وأنّ توحيد الأحكام والمساواة فيها في جرائم التعزير لا يحقق القصد منه وهو العدالة؛ كان على المشرّع ببساطة شديدة استبعاد هذا المبدأ عن نظام التعزير، عوضاً عن إثبات خضوع قانون التعزير في الإسلام لأحكام مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» بوصفه تطبيقاً موسّعاً، في حال أنّ التطبيق لا يحقق العدالة في جرائم التعزير.

(١٤٩) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٩ .

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

أما كيف يكون تطبيق مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على جرائم التعزير لا يحقق العدالة؟

فلأن العدالة قد تتحقق بالمساواة التامة في الأحكام.

وقد تتحقق برعاية الظروف والملابسات والأحوال.

والذي يحدّد أي المنهجين يحقق العدالة هو القصد من العقوبة.

فحيث كان القصد هو صيانة نظام وأمن الجماعة، فلا بد من المساواة في الأحكام القضائية على جميع المرتكبين للجريمة أيّاً كانت ملابسات الجريمة ودوافعها، وحال الجاني وحال المجني عليه، بدون تفریق، لأننا هنا لا ننظر إلى المجرم وحاله، وإنما ننظر إلى تأثير جريمته على الجماعة أيّاً كانت ظروف المجرم وملابسات الجريمة، وهذا يتحقق في الإسلام في تشريع الحدود التي هي اعتداء صريح على أصول الضروريات الخمس التي ينبغي حفظها، فالقتل اعتداء على النفس، والزنا اعتداء على النسل، والقذف اعتداء على العرض، والخمر اعتداء على العقل، والسرقة اعتداء على المال، ومن ثمّ جعل الشارع عقوباتها مقدّرة تقديراً متناهيّاً جريمة وعقوبة، ولا يسع القاضي سوى التنفيذ بعد تأكده من الثبوت، ولا تسقط العقوبة فيه توبة، ولا عفو ولا شفاعة؛ لأنه حق عام للجماعة، أو حق الله - تعالى - كما هو إطلاق فقهاء الشريعة.

وحيث كان القصد من العقوبة هو الردع والتأديب والإصلاح والزرع للجاني نفسه، وتحصيل الحقوق لأصحابها، فلو كان الجاني يتأدّب بالعقوبة البسيطة، كان لا بد أن تناسب العقوبة ذلك، ولو عفا صاحب الحق عن حقه؛ أمكن للقاضي أن يعفو عنه كذلك، والأمر في نهايته يعود إلى ما يحقق المصلحة، ولذلك ليس في

التعزير إتلاف عضو، وليس فيه أخذ مال، وليس فيه جلد يصل إلى حدّ عند معظم الفقهاء.

ولذلك، لا بد للقاضي أن يقف على الأسباب، والدوافع، والأحوال، والظروف والملابسات، ثم يكون الحكم وفقاً لذلك حتى يحقق العدالة إذا كان الحكم ردعاً وزجراً وتأديب للشخص، وإلا ينظر إليها القاضي يكون ظلماً بيناً.

وهذا يتحقق في الإسلام في ظل نظام التعزير الذي لا يرسى المساواة في الأحكام في هذا النوع من المعاصي، لكن يضع الضوابط للاجتهاد، ولكل قضية حكمها الذي يناسبها.

والتغليظ إن وجد بالقتل على جرائم التعزير، فهو سياسة للمصلحة العامة عندما يخشى من عظم الضرر، فيرجع إلى المقصود الأول، وهو مصلحة الجماعة وأمنها ونظامها. فعند المطالبة بتطبيق مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» على جميع الجرائم سواء كانت مما يمس النظام العام للجماعة، أو مما يكون ضرره مقصوراً على الأفراد لا الجماعة، فإننا بذلك نطالب بنقيض العدالة، وهو يناقض المقصد الذي لأجله وضع مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» نفسه.

والخلاصة: أن استقرار الأحكام بتوحيدها، ليس هدفاً في ذاته، وإنما هو طريق لتحقيق العدالة، فإذا عرفنا أن المساواة وتوحيد الأحكام لا يحقق العدالة في جرائم التعزير التي تغلب فيها مصلحة الفرد، فإن المطالبة بتطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) على جرائم التعزير لا يكون منطقياً. يبقى نوع من جرائم التعزير الغالب فيه أنه حق الله أو حق للجماعة - بالتسمية الحديثة

- لكنه ألحق بنظام التعزير في التطبيق الإسلامي، فصار يراعى فيه حال الجاني وظروفه، وهو: التعزير في الجرائم التي تمس النظام العام، ولا تتحقق الشروط لتنفيذ الحدّ فيها: فأقول - وأسأل الله التوفيق - : إن الجرائم التي تمس النظام العام، ولا تتحقق شروط تنفيذ عقوباتها المذكورة في التحديد الدقيق للجريمة وشروطها - إما من حيث توافر صفة الفعل المجرّم نفسه، أو شروط الفاعل، أو طريق الثبوت - لها تعلق بجرائم الحدود من وجه، وبجرائم التعزير من وجه، فكان على المشرّع إلحاقها بأحد الصنفين، ومن ثمّ تطبيق أحكام أحد النظامين عليها: نظام الحدود، أو التعزير.

وبالتأمل؛ نجد أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد ألحقتها بجرائم التعزير لمرجّحات: ماروى الترمذي: «عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»^(١٥١)، وإلحاقها بالعقوبة التعزيرية تخفيف، لأن الأصل في التعزير أنه أخفّ من الحدود، والتخفيف في التعزير يظهر في عدّة مظاهر، منها:

- أنه يجوز إسقاط العقوبة بالعفو والشفاعة والتوبة.
- أن العقوبة فيه تراعي كل الظروف والملابسات، وحال الجاني والمجني عليه، ودرجة الجرم.

- أن العقوبة فيه محكومة بما يحصل به الانزجار والتأديب، ولا تزيد.
- أن مقدار العقوبة عدداً وجساماً أخفّ من عقوبة الحدّ، فليس في التعزير إتلاف، ولا تصل عقوبته إلى أكثر الحدود عند الجمهور.

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

«قال البيهقي - رحمه الله - : هذا حديث مشهور بين العلماء، وإسناده ضعيف». انظر: البدر المنير (٨ / ٦١٢).

- أن احتمال ألا يوافق اختيار القاضي الحد الأعلى من العقوبة - عند من لا يرى التحديد من الفقهاء، وهم المالكية - احتمال غالب .
مما سبق نصل إلى أنه كان الأولى بالدراسات المقارنة أن تبين أن إخضاع نظام التعزير لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لا يحقق العدالة عوضاً عن الانسياق في طريق إثبات التوافق بين نظام التعزير ومبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بشروطه القانونية، ولو كان ذلك تحت وصف التطبيق الموسع .

٧- مطالبة الوالي بوجوب الإعلام المسبق بالعقوبة التعزيرية لا تشهد له نصوص الفقهاء :

إنّ النصوص والأحكام الفقهية العامة في باب التعزير التي تقدّم ذكر معظمها في المبحث الأوّل لا تشهد لإلزام الوالي بالإعلام المسبق عن العقوبة التعزيرية المعيّنة لكل جرم، خاصّة مع ما عرفناه من أن العقوبة تختلف باختلاف أحوال الجناة وظروف الجناية، التي يعسر ضبطها، فالإعلان عنها بصورة مسبقة - المستلزم للتحديد الدقيق للعقوبة - يخالف طبيعتها.

وقد دعت بعض الدراسات المقارنة إلى ضرورة الإعلان عن العقوبة التعزيرية التي يقررها الإمام تحقيقاً لمصلحة الجماعة قبل البدء في تطبيقها، ونسبت ذلك إلى الفقه الإسلامي، وفكرة تقنين التعزير في صورة مجموعة عقوبات لها حدّ أدنى وأعلى ممكنة التطبيق، والإعلان عنها ممكن سياسة للمصلحة، لكن جعل ذلك منسوباً إلى الفقه الإسلامي على سبيل الوجوب محلّ نظر، والنقول عن الفقهاء - التي تقدّم ذكر الكثير منها - لا تشهد له .
يقول د. شريف فوزي: « فيجب على ولي الأمر إذا دعت المصلحة العامة فرض

عقوبة تعزيرية أن يعلم الناس بها قبل سريانها، فنطاق التطبيق يبدأ منذ لحظة نشوء النص وإعلام الناس به بالطرق المقررة وينتهي بلحظة انقضائه، وتأكيداً لذلك يقرر القاضي أبو يعلى - رحمه الله - : أنه عند تقرير عقوبة تعزيرية، فيتعين على الحاكم أن يقدم الإنكار، ولا يجعل التأديب قبل الإنذار^(١٥٢).

والحق أن النص المنقول عن القاضي أبي يعلى الحنبلي - رحمه الله - ليس في باب التعزير، وإنما في وظيفة المحتسب فيما يتعلق بتصرفه عند ضبط المنكرات، فعليه - كما قال أبو يعلى - أن يمنح الناس من مواقف الريب ومظان التهمة، وأن يقدم الإنكار، ولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار. ونصُّ أبي يعلى - رحمه الله - : «وإذا رأى وقوف رجل وامرأة في طريق سابل لم تظهر منهما أمارات الريبة؛ لم يعترض عليهما بزجر ولا إنكار، فما يجد الناس بدءاً من هذا، وإن كان الوقوف في طريق خالية، فخلو المكان ريبة، فينكرها، ولا يعجل في التأديب عليهما حذراً من أن تكون ذات محرم»^(١٥٣)، وجاء ذلك في كتاب الماوردي - رحمه الله - أيضاً^(١٥٤).

فسياق العبارة لا يفيد وجوب الإعلام بالعقوبة التعزيرية قبل فرضها، وإنما الكلام في تربيته المحتسب قبل استعجاله بالتأديب.

وإذا كان الإلزام بإعلان العقوبة بصورة مسبقة في باب التعزير ليس في كلام الفقهاء المنصوص والمفهوم، وتصرف الشريعة هو ترتيب المؤاخذة على نص التحريم أو تحديد الجريمة كما يسمّى في القانون، فينبغي أن نفرّق بين الإيجاب، وبين الجواز. فإنّ القول بعدم وجوب تحديد العقوبة نوعاً وقدرًا، وإعلانها لعموم المخاطبين قبل

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

(١٥٣) الأحكام السلطانية ص (٢٩٣ - ٢٩٤).

(١٥٤) انظر: الأحكام السلطانية ص (٢٨٠ - ٢٨١).

إيقاعها لا يعني عدم الجواز، وللإمام إن رأى مصلحة في التحديد المسبق للعقوبة في جرائم التعزير أن يبادر إليه، لكن يكون فعله من قبيل السياسة الشرعية، تحقيقاً للمصلحة، وليس فرضاً متعيّناً ملزماً له بنصوص الشريعة، بحيث لو لم يفعله الإمام كان مخالفاً تماماً. ورغم أن العقوبة جاءت في الحدود مقدّرة بوحى القرآن والسنة، إلا أنه ليس فيما تتبعته من نصوص وأحكام فقهية ما يوجب على القاضي أو الإمام إعلان العقوبة الخاصة بكل جريمة في نص واضح مكتوب (قبل وقوع الجريمة)، جاء في قواعد الفقه في قاعدة: (الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم في الظاهر لمن يخفى عليه)، قال الزركشي: «فإن علّمه وجهل المرتّب عليه لم يعذر،... وأيضاً لو جهل تحريم الخمر عذر ولم يحدّ، فلو قال: علمت التحريم وجهلت الحدّ؛ حدّ»^(١٥٥)، وهذا معناه أن الملتزم في الإسلام هو إعلان الجريمة، وليس العقوبة، وأن الجهل بتفصيلات العقوبة بعد العلم بالتحريم المستلزم للعقوبة لا يضرّ.

وهذا في جرائم الحدود، فما بالنا بجرائم التعزير التي هي أخفّ درجة!.

الخاتمة

يمكن إيجاز نتائج الدراسة فيما يلي:

- التعزير نظام في الإسلام شقيق لنظام الحدود، ولكل نظام قواعد تحكمه ذكرها الفقهاء، يتفقان في بعضها، ويختلفان في بعضها، ويجمع النظامين القصد منهما، وهو: تحقيق العدالة والأمن وحفظ مصالح الفرد والمجتمع.
- العقوبة في التعزير منها ما سببه معصية، ومنها ما يكون سياسة حيث لا تكون

(١٥٥) انظر: معجم القواعد والضوابط الفقهية / د. خالد الشعيب ص ١٦٠ - ١٦١

معصية أو جريمة، والنوعان يتفقان في أمور، ويختلفان في أخرى، وفي كلام الفقهاء استعمال التعزير والسياسة معطوفين تارة، واستعمال أحدهما محلّ الآخر تارة، فمن رأى ترادفهما، فسّر العطف فيهما بأنه عطف تفسير، لكن لا تخلو عبارات الفقهاء من الإشارة إلى بعض الفروق.

- ما هو ليس جريمة من أسباب التعازير لا يدخل في قانون العقوبات، وبالتالي ليس الأصل أن تسري عليه أحكام مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) الذي هو من اختصاص القانون الجنائي في القانون الوضعي.

- مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) القانوني بحسب عناصره المذكورة في كتب القانون مبدأ محدّد جدّاً، والسعي لإثبات أن التعزير نموذج تطبيقي موسّع له محلّ تعقّب ونظر في رأي هذا البحث - والله أعلم -.

- الإلزام بإعلان العقوبة بصورة محدّدة مسبقاً ليس في أحكام التعزير المذكورة في الفقه الإسلامي، وإن كان لا ممتنع.

- حيث كان القصد من العقوبة هو حفظ مصالح الجماعة، فلا اعتبار للظروف والأحوال، وخضوع الجميع لحكم واحد يستوجهه كلّ من يضرّ بالجماعة؛ يحقق العدالة، وهذا يتحقق في نظام الحدود في الإسلام.

- حيث كان القصد من العقوبة هو إصلاح الجاني وتأديبه، فالعدالة تتحقق برعاية الظروف والأحوال والملاسات، وتوحيد الأحكام في هذه الحال لا يحققها.

- القصد الغالب من التعزير على الجرائم هو التأديب والإصلاح والزجر، فيجب رعايته بما يطمئن القاضي إلى تحقّقه مع رعاية الضوابط التي تضبط اجتهاد القاضي في

تقدير العقوبة، و يمنع التجاوز سلبياً أو إيجاباً لتشفي أو أثرة .

-وأخيراً، ليس الاعتراض في هذا البحث على تقنين التعزير، فإنه يمكن تقنينه سياسة للمصلحة مع رعاية ألا يخرج به عن إطاره العام الذي رسمه الإسلام له والذي يحقق العدالة للفرد وللجماعة جميعاً، لكن الاعتراض على محاولات إثبات خضوع التعزير لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) القانوني بشكل ملزم للإمام أو القاضي، بحيث لو لم يفعله القاضي كان مخالفاً أثماً .

التوصيات:

- توجيه الباحثين والباحثات في التخصصات الفقهيّة نحو الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون وتناولها بفكر متأمل ناقد متجرد من التأثير بالقانون الوضعي وصولاً إلى رصد دقيق لمواطن الاتفاق ومواطن الاختلاف بين الشريعة والقانون، ودراسة أسباب ذلك وآثاره .

-الدعوة إلى تقنين العقوبة التعزيرية في صورة مواد قانونية تستوعب الجرائم التعزيرية والعقوبات، وتضع مجموعة عقوبات متدرجة لكل جريمة، ويكون رجوع القاضي إليها استرشاداً واستثناساً، لا إجباراً وإلزاماً لئلا نسلب نظام التعزير في الإسلام روحه المبنية على اجتهاد القاضي في ضوء الضوابط، وحال الجاني، والظروف المحيطة .

- أن يكون تقنين التعزير - لو أخذ به - من قبيل السياسة الشرعية، وبابها واسع، ودون تغيير لهيكل نظام العقوبات في الإسلام أو غيره من النظم، وذلك عند الاستدلال للتقنين من النصوص على سبيل الإلزام، وهو في الأصل غير لازم .

- أن تعامل الأحكام القضائية التي تخالف المقبول شرعاً و عرفاً - إن وجدت - على أنها خلل في التطبيق، وتوضع لها الحلول المناسبة، ولا تعود التطبيقات المخالفة على أصل نظام التعزير بالبطلان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.