جامعة المنصورة
كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم الشريعة الإسلامية

موضوع البحث

سلطة إقامة العقوبات التعزيزية

الباحث

أيمن محمد يوسف مصطفى

تحت اشراف

الأستاذ الدكتور / الهادي السعيد عرفة

أستاذ الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

إن في طيات هذا البحث بيان لهذا التشريع الإسلامي الحكيم الذي تتجلى عظمته في دقة الإحكام لشرائعه و روعة و جمال أحكامه فجمع بين الحكمة و الجمال و هو مركب كل جميل بديع في هذا الكون و لم لا يكون هذا ديدن التشريع الإسلامي و هو من لدن الرب العلي القائل في محكم التنزيل ((تنزيل الكتاب من الله العزيز الحكيم))(١).

و إن للشريعة الإسلامية في تقسيم الجرائم و العقوبات مسلك فريد فقد نص فيها على عدد محدد من العقوبات و سميت هذه العقوبات في بعض منها بالحدود و سميت في البعض الآخر بالقصاص أما باقي الجرائم فلم تفرض لها عقوبات محددة بل ترك شأنها لولي و هي الجرائم التي تستوجب التعزير .

و التعزير في الشريعة الإسلامية هو عقوبة غير مقدرة شرعا ،تجب حقا لله تعالى أو لآدمي في كل معصية حد و لا كفارة غالبا (٢).

و المقصود بولي الأمر المنوط به تطبيق العقوبات التعزيرية هو الحاكم المسلم الشرعي الذي يحكم بالشريعة الإسلامية و يعاونه القضاة الشرعيون في تحديد ما يناسب الجرائم من عقوبات تعزيرية و فيما يلي بيان لما سلف على وجه من التفصيل المناسب .

١- الآية رقم(٢) سورة الأحقاف

٢- المبسوط للسرخسي ٣٦/٩ و فتح القدير ١١٩/٧ ط الميمنية و كتاب القناع ٧٢/٤ط المطبعة الشرقية بالقاهرة ،و الأحكام السلطانية للماوردي ص٢٢٤ مطبعة السعادة ،و نهاية المحتاج ٧٢/٧ ،و قليوبي ٢٠٥/٤ قال القليوبي:هذا الضابط للغالب فقد يشرع التعزير و لامعصية ،كتأديب طفل و كافر ،و كمن يكتسب بآلة لهو لا معصية فيها.

خطة الدراسة

الفصل الأول: إعمال العقوبات التعزيرية

- المبحث الأول: التعزير من سلطة الحاكم.

المطلب الأول: المقصود بالحاكم و حقه في إعمال العقوبات التعزيرية.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعمال العقوبات التعزيرية.

- المبحث الثاني: العقوبات الشرعية و تحقيق المصلحة العامة.

المطلب الأول: أدلة الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة.

المطلب الثاني: العلة في مشروعية التعزير للمصلحة العامة.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية

المبحث الرابع: العقوبات التعزيرية المقررة للمصلحة العامة و قاعدة لاجريمة و لاعقوبة إلا بنص

الفصل الثاني: المشروعية في عقوبات التعازير.

- المبحث الأول: قاعدة لا جريمة و لا عقوبة بلا نص بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية.

المطلب الأول: علاقة الأحكام الشرعية بالقوانين الوضعية المعاصرة.

المطلب الثاني: نظرية البطلان لمخالفة الشريعة.

- المبحث الثاني: العفو في جرائم التعازير.

المطلب الأول: حق ولي الأمر في العفو عن العقوبات التعزيرية.

المطلب الثاني: التقادم في العقوبات التعزيرية.

- الخاتمة: وتشمل أهم نتائج البحث.
- المراجع.

موضوع البحث :

مما لا شك فيه أن أمن و استقرار الأمم وثيق الصلة بالعقوبة و تطبيقها و هو الأمر الذي يتطلب الدقة و الإحكام و من هنا ثارت مشكلة البحث التي تتمحور في إعمال السلطة في إقامة العقوبات التعزيرية في المجتمع المعاصر من عدة نواحي و هي سلطة الحاكم في إقامة التعزير و سلطة القاضي في إعمال تلك العقوبات و عرجت في هذا البحث على دور العقوبات الشرعية و منها التعزير في تحقيق المصلحة العامة كما بينت مبدأ المشروعية في إقامة العقوبات في الشريعة الإسلامية و علاقة الأحكام الشرعية في بالقوانين الوضعية المعاصرة و أخيرا حق ولي الأمر في العفو عن العقوبات التعزيرية و التقادم في تلك العقوبات .

الفصل الأول : إعمال العقوبات التعزيرية

تمهيد: الأصل في الشريعة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود و جرائم القصاص و الدية و جرائم التعازير و ان من نسب إليه أية جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها و إن لم يثبت عليه إتيانها حكم ببراءته مما نسب إليه فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولي الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للمجني عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توفرت شروط معينة و فيما يلي تفصيل ذلك كله.[1]

المبحث الأول: التعزير من سلطة الحاكم :

المطلب الأول: المقصود بالحاكم و حقه في إعمال العقوبات التعزيرية : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أي :العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى و مشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة و هو الإمام و لأن الحد يفتقر إلى الإجتهاد و لا يؤمن في استيفائه من الحيف و الزيادة على الواجب فوجب تركه لولي الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .و حضور الإمام ليس شرطا في إقامة الحد لأن النبي صلّ الله عليه و سلم لم ير حضوره لازما: (و اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها[2] و أمر عليه الصلاة والسلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم ، فإذن الإمام لإقامة الحد واجب فما أقيم حد في عهد رسول الله صلّ الله عليه و سلم إلا بإذنه و ما أقيم حد في عهد الخلفاء إلا بإذنهم.

و إذاكانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لايسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفا للنفس أو للطرف[3] ،أي إذا كان الحد قتلا أو قطعاً . و إنما يسأل بإعتباره مفتأتا على السلطات العامة أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد في الزنا و القذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أي : أنه يسأل على الضرب و الجرح و ما يتخلف عنهما و الفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس و عصمة الطرف و زوال العصمة عن النفس يبيح القتل و زوال العصمة على الطرف يبيح القطع فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحا و لا جريمة فيما هو مباح أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة

---

(١) المرجع السابق.

(٢)عن أبي هريرة رضي الله عنه في قصة العسيف، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (واغد - يا أنيس - على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) الحديث متفق عليه .

(٣) الإقناع لشرف الدين موسى الحجاوي (ج٤) ص ٢٤٥.

النفس و لا عصمة الطرف فيبقى معصوما من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف و تعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة.[1]

استيفاء العقوبة في جرائم التعازير: و استيفاء العقوبات المحكوم بها في جرائم التعازير من حق ولي الأمر أو نائبه أيضا لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهي من حقها فيترك استيفائها لنائب الجماعة و لأن التعزير كالحد يفتقر إلى الإجتهاد و لا يؤمن فيه الحيف .و ليس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير و لو كانت متلفة للنفس فإن قتل أحد الأفراد شخصا محكوما عليه بالقتل تعزيرا فهو قاتل له و لو أن عقوبة القتل متلفة للنفس... و الفرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس و عقوبة التعزير المتلفة للنفس أن عقوبة الحد لا يجوز العفو عنها و لا إسقاطها و لا تأخير تنفيذها و هي عقوبة محتمة لا بد منها أما عقوبة التعزير المتلفة فلولي الأمر العفو عنها و لهذا فهي عقوبة غير لا زمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو في اللحظة الأخيرة .

أما عن الإستيفاء في جرائم القصاص: فالأصل أن عقوبات جرائم القصاص كغيرها من العقوبات متروك إقامتها لأولي الأمر و لكن أجيز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولي الدم أو المجني عليه و الأصل في ذلك قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ﴾.[2]

و من المتفق عليه أن لولي المجني عليه حق استيفاء القصاص في القتل بشرط أن يكون الإستيفاء تحت إشراف السلطان لأنه أمر يفتقر إلى الإجتهاد و يحرم فيه الحيف و لأنه لا يؤمن الحيف من المقتص مع قصد التشفي لكن إذا استوفاه في غير حضور السلطان وقع الموقع أي وقع الفعل قصاصا و عذر المستوفي لإفتآته على السلطان و فعله ما منع من فعله .

و ينظر السلطان في الولي فإن كان يحسن الإستيفاء و يقدر عليه بالقوة و المعرفة اللازمة مكنه منه وإن كان لا يحسن الإستيفاء أمره أن يوكل غيره لأنه عاجز عن استيفاء حقه .

و ليس ثمة ما يمنع أن يعين خبير لإستيفاء الحدود و القصاص يأخذ أجره من بيت المال لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولي لا يحسن القصاص وكّل هذا الخبير .

فإذا كان القصاص فيما دون النفس أي فيما ليس قتلا فيرى أبو حنيفة أن للمجني عليه الحق في استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيرا يحسن الإستيفاء فإن لم يكن يحسنه وكّل عنه من يحسنه و ما يراه أبو حنيفة هو وجه في مذهب أحمد[3] و يرى مالك و الشافعي و رأيهما وجه في مذهب أحمد أن المجني عليه ليس له أن يستوفي

---

(١) كتاب التشريع الجنائي الإسلامي ص٧٥٦.

(٢) الآية ٣٣ سورة الإسراء .

(٣) بدائع الصنائع (ج ٧) ص ٢٤٦ -الشرح الكبير(ج٩) ص ٣٩٨ - ٣٩٩ .

عقوبة القصاص فيما دون النفس بأي حال سواءا كان يحسن القصاص أو لا يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يحيف على المجني عليه أو يجني عليه بما لا يمكن تلافيه و إنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء و على هذا يصح ان يكون المستوفي موظفا مخصصا لهذا الغرض.[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعمال العقوبات التعزيرية:

و من الجدير بالذكر في هذا المقام أن القاضي ينوب عن السلطان أو الحاكم في الحكم بالجزاء المناسب على المتهم أو البراءة أو خلاف ذلك من العقوبات التعزيرية المناسبة لكل حالة على حده.[2]

المبحث الثاني: العقوبات الشرعية و تحقيق المصلحة العامة:

القاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية أي في فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه و لكن الشريعة تجيز استثناءا من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير في غير معصية أي فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير.[3]

و الأفعال و الحالات التي تدخل تحت هذا الإستثناء لا يمكن تعيينها و لا حصرها مقدما لأنها ليست محرمة لذاتها و إنما تحرم لوصفها فإن توفر فيها الوصف فهي محرمة و إن تخلف عنها الوصف فهي مباحة و الوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام فإذا توفر هذا الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب و إذا تخلف الوصف فلا عقاب و على هذا يشترط في التعزير للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجاني أحد أمرين: -(١) أنه ارتكب فعلا يمس المصلحة العامة او النظام العام. (٢) أنه أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام. فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام أو أصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام و ثبت لدى المحكمة صحة ما نسب إلى المتهم لم يكن للقاضي أن يبرئه إنما عليه أن يعاقب على مانسب إليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير و لو كان ما نسب للجاني غير محرم في الأصل و لا عقاب عليه لذاته .[4]

---

(١) مواهب الجليل (ج٦) ص ٢٥٣-٢٥٤ - المهذب (ج٢) ص١٩٧ - الشرح الكبير (ج٩) ص٣٩٩ .

(٢) تعليق الكاتب .

(٣) نهاية المحتاج (ج ٨) ص ١٨- ١٩ - الإقناع (ج٤) ص ٢٦٩ - ابن عابدين (ج٣) ص٢٥١ و ص٢٥٩ - تبصرة الحكام (ج٢) ص٢٦ .

(٤) كتاب التشريع الجنائي الإسلامي (ج١) القسم العام ص ١٥٠.

و يستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله صلّ الله عليه و سلم حبس رجلا اتهم بسرقة بعير و لما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى الرسول صلّ الله عليه و سلم سبيله. [1]

ووجه الإستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية و العقوبة لا تكون إلا عن جريمة و بعد ثبوتها فإذا كان الرسول صلّ الله عليه و سلم قد حبس الرجل لمجرد الإتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة و أنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف في حالة اتهام و لو لم يأتي فعلا محرما و هذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة و يبرره الحرص على النظام العام لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدي إلى هربه و قد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه أو يؤدي إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة و صيانة النظام العام . [2]

المطلب الأول: أدلة الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة :

يستدل الفقهاء أيضا على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضي الله عنه بنصر ابن حجاج فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول هل من سبيل إلى خمر فأشربها -أم من سبيل إلى نصر ابن حجاج :فدعا عمر نصر ابن حجاج فوجده شابا حسن الصورة فحلق رأسه فازداد جمالا فنفاه إلى البصرة خشية أن يفتتن النساء بجماله مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلا محرما .ووجه الإستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية و قعها عمر على نصر ابن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضار بصالح الجماعة مع ان أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة و مع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام. [3]

و من امثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة و الطهارة و تأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم في حق الصبيان غير المميزين لأنهم ليسوا أهلا للتكليف فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصيانا و لا تعتبر أفعالهم معاصي [4] و من ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها -و لكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة .

و من أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الإتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم .

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي - المؤلف : عبد القادر عودة المتوفى : ١٣٧٣هـ - حدثنا علي بن سعيد الكندي حدثنا ابن المبارك عن معمر عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه قال وفي الباب عن أبي هريرة قال أبو عيسى حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن وقد روى إسمعيل بن إبراهيم عن بهز بن حكيم

(٢) كتاب التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة (ج١) القسم العام ص١٥١ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥١ .

(٤) (ج٨) ص١٨ - الإقناع (ج٤) ص ٢٦٩ و ٢٧٣ - بدائع الصنائع للكاساني (ج٧) ص ٦٤ .

و نظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح بإتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة و صيانة نظامها من الأشخاص الخطرين و المشبوهين و معتادي الإجرام و دعاة الإنقلابات و الفتن و النظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام و ان الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .[1]

المطلب الثاني :العلة في مشروعية التعزير للمصلحة العامة: و الضرورات الإجتماعية هي المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير –فحماية نظام الجماعة و صوالحها العامة تقتضي نصوصا مرنة تلائم كل وقت و آن – و كل ظرف و حالة – و ليس أكثر مرونة و أكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذي جاءت به الشريعة – فإنه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة.[2]

المبحث الثالث: سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية :

قلنا إن الحالات التي يعزر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها – و إن القاضي ليس له أن يحكم بالعقوبة في الحالة التي تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة – فإن لم تكن كذلك قضى بالبراءة – و إذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير – فسلطة القاضي إذا ليست مطلقة و لا تحكمية – و إنما هي مقيدة بقيود بينتها الشريعة و أوجبت توفرها ٠ و سلطة القاضي هنا لا تزيد شيئا عن سلطته في جرائم التعزير المنصوص على تحريمها – و كل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها أُعطيت للقاضي ليحسن اختيار العقوبة و تقدير ظروف الجريمة و المجرم –و لم تعط إليه ليخلق الجرائم و ينشئ العقوبات – و مهما وسعت الشريعة من سلطة القاضي فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التي تقضي بأن لا جريمة و لا عقوبة بلا نص – بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة – و إن طبقتها على وجه خاص في حالة التعزير للمصلحة العامة.

و يخطئ خطأ جسيما من يظن أن القاضي له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماسا بالنظام العام أو صالح الجماعة –لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة أو الفعل ماسا بالصالح العام أو النظام العام – و هذا في ذاته تحديد للجريمة – و نص صريح على أن كل إنسان أتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة – أو وجد في حالة تؤذي المصلحة أو النظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصي – والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه.[3]

---

(١) كتاب التشريع الجنائي الإسلامي (ج١) القسم العام ص ١٥٢ .

(٢) المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥٢- ١٥٣ .

المبحث الرابع: العقوبات التعزيرية المقررة للمصلحة العامة و قاعدة لاجريمة و لاعقوبة إلا بنص:

لم تخرج الشريعة على القاعدة القائلة بأن لا جريمة و لا عقوبة بلا نص و إنما تساهلت في تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت في تطبيقها على جرائم التعزير العادية .فبدلا من أن تنص على الفعل المكون للجريمة و تحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت بجرائم الحدود أو جرائم القصاص أو الدية – و بدلا من أن تنص على الفعل المحرم و تعينه ثم تترك القاضي أن يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير – جاءت بدلا من هذا كله تقرر :أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التي يراها القاضي ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير .

و نستطيع أن نتبين فيما يلي الطرائق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق قاعدة أن لا عقوبة و لاجريمة بلا نص و مدى الفرق بين هذه الطرائق :أولا: من حيث النص على الجريمة :حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة –وعينته تعيينا لا شك فيه في جرائم الحدود و في جرائم القصاص و الدية و في جرائم التعازير العادية - فهو جريمة في أي وقت - و في أي ظرف - أما في التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه – و إنما حدد بوصفه – و لما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل فيترتب على هذا أن يكون فعل ما في بعض الظروف ماسا بصالح الجماعة أو نظامها – و في ظروف أخرى غير ماس بهما . ثانيا : من حيث النص على العقوبة :نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال و لكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة – و جعلتها لازمة في جرائم الحدود و جرائم القصاص و الدية – أما في جرائم التعازير جميعا سواء كانت عادية أو مقررة لحماية المصلحة العامة و النظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم و تركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة .

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة و لا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة .فالقاعدة مطبقة و لكن في حدود واسعة – و [illegible] من ثم فلا يمكن القول بأن الجاني يعاقب على فعل لم يحرم - أو لم يعلم بسبق تحريمه - لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماسا بالنظام العام أو المصلحة العامة –و على كل حال يوجد فيها الجاني إذا مست بنظام الجماعة و صالحها فعلى كل إنسان إذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام و النظام العام – و عليه أن يراعي الظروف و يحسب حسابها و يقدرها في كل وقت و آن.[1]

(1) المرجع السابق ص ١٥٣ – ١٥٤ .

الفصل الثاني: المشروعية في العقوبات التعزيرية

المبحث الأول: قاعدة لا جريمة و لا عقوبة بلا نص بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية: لم تعرف القوانين قاعدة (لاجريمة و لاعقوبة بلانص) إلا في أواخر القرن الثامن عشر -لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون في تحديد الجرائم و تعيين عقوباتها فيعتبرون الفعل جريمة و لو لم يكن قد نص على تحريمه و يعاقبون عليه بأية عقوبة شاءوا و لو لم يكن منصوصا عليها –و قد كانت هذه السلطة التحكمية هي الدافع الأول هو الذي دفع إلى تقرير القاعدة و العمل بها.(1)

والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذي سبق أن طبقتها به يوم عرفتها – فقد كان القانون الفرنسي أول قانون طبقها – و عنه أخذت أكثر القوانين – و كان القانون الفرنسي يتشدد أول الأمر في تطبيقها تشددا عظيما – فعين الجرائم تعيينا دقيقا و جعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضي أن يزيد فيها أو ينقص منها – فكانت مهمة القاضي منحصرة في أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان - و أن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة – و لم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو و لا تخفيض العقوبة فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان .

وقد اضطر التشريع الفرنسي إلى العدول عن هذا النظام لا لأنه غير صالح – و لكن لعدم صلاحية الآداة التي وكل إليها تطبيقه – فالتشريع الفرنسي يأخذ بنظام المحلفين و هم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقاضون لعقولهم – فكانوا يقررون في كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين –لا لأن المتهمين برءاء و لكن تحرجا من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضي أن يتصرف في تطبيقها او يخفف من شدتها -و لا تملك السلطة التنفيذية أن تخفضها أو تتساهل في تنفيذها و من ثم عدلت نصوص القانون الفرنسي لمعالجة هذه الحالة فجعل التشريع لكل عقوبة حدين : حدا ادنى و حدا أعلى و ترك للقاضي أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين - كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين – و ترك للقاضي أن يحكم بهما أو يختار إحداهما فقط.(2)

وقد انتقلت قاعدة (لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص) من القانون الفرنسي إلى القوانين الوضعية الأخرى و لكنها اخذت تتطور تحت تأثير التجربة و الإختبار و حاجات الجماعة –فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة - وأعطيت السلطة التنفيذية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيضها – و حق الإفراج تحت شرط - واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة .

---

(1) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي و السعيد مصطفى ص ١٠١ – القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٢ – القانون الجنائي لأحمد صفوت ص ٧٧ .

(2) المرجع السابق ص ١٠٢ و ما بعدها .

و مع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير فإن شراح القانون الوضعي يرون أن القاعدة ظلت محترمة – و أن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة ما دام أن هذا التوسع جاء طبقا لنصوص القانون – و ما دام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع إياها مقدماً.[1]

و يتجه العلماء و الشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين :فمن ناحية الجريمة يرون الإكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعيينا عاما – بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة و بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من مثل هذا النص العام المرن ٠ و من ناحية العقوبة يرون الإكتفاء بتحديد الحد الأقصى من العقوبة دون الحد الأدنى – ليكون للقاضي سلطة واسعة في تطبيق العقوبة بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة نوعا و مقدارا – إلى اختيار القاضي و تقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها.[2]

ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة و القوانين الوضعية توجب ألا تكون جريمة و لا عقوبة بلا نص – ولكن الشريعة تختلف عن القوانين في تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه: -

أولاً: من حيث تاريخ تطبيق القاعدة:طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية و تطبقها بإثنى عشر قرنا على الأقل – فالقوانين الوضعية لم تأت بشئ جديد – و إنما أخذت النظرية التي ابتكرتها الشريعة .

ثانياً: من حيث التطبيق بصفة عامة :يختلف تطبيق القاعدة في الشريعة بإختلاف نوع الجرائم التي تطبق عليها – ففي الجرائم الخطيرة التي يتأثربها أمن الجماعة و نظامها تأثرا شديدا تتشدد الشريعة في تطبيق القاعدة تشددا تاما - فتدقق في تحديد الجريمة و تعيين العقوبة – و هذا هو المتبع في جرائم الحدود - و في جرائم القصاص و الدية .و في الجرائم الأقل خطورة – و هي جرائم التعازير بصفة عامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات و تترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة . و في جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة في تطبيق القاعدة من ناحية الجريمة – و تكتفي بوضع نصوص عامة جدا يدخل تحتها أي فعل يمس المصلحة العامة و النظام العام .فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق - لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه و تلائم مصلحة الجماعة و الأفراد.

---

(١) كتاب التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة (ج١) القسم العام ص ١٥٨.

(٢) الموسوعة الجنائية (ج ٥) ص٥٥٢و ما بعدها – القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٣-شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي والسعيد مصطفى ص ١٠٢- ١٠٤.

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم – و لعل هذا هو علة النتائج السيئة التي ترتبت على تطبيق القاعدة – ففي أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى – التي خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة – على كل الجرائم التي يعاقب عليها القانون – فكان التعميم في التطبيق سببا في تحرج المحلفين و القضاة من الحكم بعقوبة شديدة في جريمة غير خطيرة و في تبرئة كثير من القضايا – ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة – وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضي في اختيار العقوبة و تحديدها – و لكنها طبقت هذه الطريقة أيضا بصفة عامة – فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة – و صارت تزيد عاما بعد عام ؛لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة – مستعملين سلطتهم في اختيار العقوبة و تقديرها – و هذه الطريقة هي المتبعة الآن في معظم القوانين الوضعية إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني و الدنماركي أخذت أيضا بطريقة الشريعة الثالثة في بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية و الثالثة .

ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية في تطبيق القاعدة أكثر دقة و مرونة و أقرب إلى .حاجات الجماعة – و أكفل لحماية الأمن و النظام – كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب في تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم.

ثالثاً: من حيث الجريمة :تراعي الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة – أن يكون النص عاما . و مرنا إلى حد كبير – بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات .و لا يخرج عن حكمه أية حالة – والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم.[1] إلى حد ما في جرائم الحدود وجرائم القصاص و الدية – أما فيما عداها فالتعميم في النص يأخذ حده كما هو الحال في المعاصي التي يعزر فيها قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾[2] تحريماً لجريمة التجسس -وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾[3] وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ أَوْفُوا۟ ٱلْكَيْلَ ﴾[4] وقَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَخُونُوا۟ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓا۟ أَمَٰنَٰتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾[5] وفي التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم و المرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته – بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل

---

(١) إذا لم يكن التضييق ظاهرا في النصوص المحرمة للجريمة فإنه ظاهر في بقية النصوص الأخرى التي تحكم الجريمة - فالسرقة جاء نصها عاما و لكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضع من قيود كإشتراط الحرز .

(٢) الحجرات: ١٢.

(٣) البقرة: ٢٧٥.

(٤) الشعراء: ١٨١.

(٥) سورة الأنفال: ٢٧.

جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع .و قد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان و مكان – و استغنائها عن التعديل و التبديل.[1]

أما القوانين الوضعية فالأصل فيها أن تحدد الجريمة – و تعينها تعيينا دقيقا – و تبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها – و من ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة – و كانت كل حالة جديدة تقتضي تغييرا في النصوص – و كان من السهل التحايل على النصوص و التهرب من أحكام قانون العقوبات و لعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في ان تكون النصوص عامة و مرنة بالدرجة تسمح لأن تحكم كل الحالات – و هذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية .

رابعاً: من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعيينا لا شك فيه – بحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده - و قد فرقت الشريعة بين الجرائم – التي تمس أمن الجماعة و نظامها مساسا شديدا – و بين غيرها من الجرائم - والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص و الدية -و القسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة – لا خيار للقاضي في توقيعها – و هوملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة .

أما في القسم الثاني فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها – و تركت القاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى و الحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين – و أن يوقف تنفيذ العقوبة أويمضيها طبقا لما يراه ملائما لحال المجرم ولظروف الجريمة .

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين – و تترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة – و أن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى و الأعلى للعقوبة – و له أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة و له أن يمضيها – و في كثير من الجرائم تشترط القوانين الوضعية ألا تنزل العقوبة عن حد معين كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة – و الغالب أن يكون ذلك في الجرائم الخطيرة .

و ظاهر من هذا أن سلطة القاضي في القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضي في الشريعة – فالقاضي الذي يطبق القانون الوضعي مقيد بتطبيق العقوبة التي حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة و لا

---

(1) التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة ص ١٦١ (ج١) القس.

يستطيع أن يختار إلا بين عقوبتين إذا أعطى حق الإختيار –و ليس له في كثير من الأحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين و ليس له أن يوقف التنفيذ في كثير من الجرائم – و هو بالتالي لا يملك السلطان الكافي الذي يساعده على معالجة المجرم و الإجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة . و قد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضي من اختيار العقوبة نوعا و مقدارا – و هذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات – فإذا أخذ بهذا الرأي الذي ينادي به كبار العلماء اليوم فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير و عقوباتها.

وظاهر كذلك من منع القاضي من إيقاف التنفيذ في الجرائم الخطيرة – و من عدم السماح له من أن ينزل بالعقوبة إلى حد معين – و من تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة – ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة في جرائم الحدود و القصاص و لكن بحد محدود .

وليس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن في بعض الحالات – فقد كانت تخالفها في كل شئ حتى أواخر القرن الثامن عشر و إنما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعي بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة – و يأخذ بمبادئها – و يطبق نظرياتها – و أن ما يطلبه علماء القانون أن يتحقق في القانون – هو نفس ما تأخذ به الشريعة و ما تقوم عليه - وإن في ذلك لذكرى للذاكرين .[1]

مما سبق يظر لنا جليا أن الشريعة الإسلامية هي أساس العدالة العقابية و هي المنبع الثري لإقامة الحياة الرشيدة في المجتمعات و هي صالحة لكل زمان و مكان فهي تشريع من لدن حكيم خبير و من المؤسف أن تتخلى بلدان العالم الإسلامي عن تطبيقها في شئون الحياة سيما في الجانب التشريعي و العقابي و تستبدلها بقوانين وضعية تعج بالخلل و القصور ثم نسمع بعد ذلك بتلك المجتمعات و قد أنّت من انتشار الجريمة و المجرمين و تدهور الحالة الأمنية لها بل و غياب الرؤية الواضحة لمنظومة العدالة مما يلقي بظلال من الخوف بين أفراد المجتمع و هو ما ينعكس أثره على جميع الأنشطة الإقتصادية و العلمية و كافة أنشطة الحياة في تلك المجتمعات و هو ما يضعف الدول و يجعلها فريسة للأعداء من كل حدب و صوب و لما كانت تنحية الشريعة الشريعة عن شئون الحياة سيما في جانب التشريع الجنائي و ما ينطوي تحت لوائه من مجال العقوبات سيما العقوبات التعزيرية من الأمور الخطيرة التي أصابت المجتمعات الصلة و عمت بها البلوى فكان لزاما إفراد المبحث التالي للحديث عن علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين الوضعية والأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية و ما يجب على القائمين على أمور المسلمين المختصين بذلك من واجبات لمواجهة هذا الخلل الجسيم الناجم عن استبدال الأحكام الشرعية على نحو ما سبق والطريق الصحيح للعبور بالمجتمعات الإسلامية إلى بر الأمان.[2]

---

(1) المرجع السابق ص ١٦٠-١٦٢.

(2) [illegible].

المطلب الأول :علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين الوضعية المعاصرة : حكم القوانين و اللوائح المخالفة للقرآن و السنة :

من المتفق عليه شرعا أن طاعة ولي الأمر الشرعي فيما وافق الشريعة الإسلامية حال تحكيم الشريعة في البلاد من الأمور الواجبة شرعا و تكون القوانين و اللوائح المتفقة مع نصوص القرآن و السنة – أو متمشية مع مبادئ الشريعة العامة و روحها التشريعية واجبة الإتباع.[1]

أما إذا جاءت القوانين و اللوائح خارجة على نصوص القرآن و السنة – أو خارجة على مبادئ الشريعة العامة و روحها التشريعية – فهي قوانين و لوائح باطلة بطلانا مطلقا – و ليس لأحد أن يطيعها – بل على كل مسلم أن يحاربها . و سنبين فيما يلي أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها.[2]

المطلب الثاني: نظرية البطلان لمخالفة الشريعة: أساس نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر و النواهي لم تجئ عبثا - و أن الله أنزل كتابه و أرسل رسوله للناس ؛ليطيعوه و يعملوا بما جاء به فمن عمل بما جاء به الرسول صلّ الله عليه و سلم فعمله صحيح؛ لأنه وافق أمر الشارع – و من خالف فقد بطل عمله ؛ لمخالفته أمر الشارع – وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا لِيُطَاعَ بِإِذۡنِ ٱللَّهِۚ ﴾ [3] وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ ﴾ [4] وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ ﴾.[5]

و تنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد و الجماعات – و الحكام و المحكومين و تصرفات هؤلاء و هؤلاء – فكل عمل أو تصرف جاء موافقا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة و روحها فهو صحيح – و ما جاء مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية فهو باطل بطلانا أصليا - و لا يترتب عليه أي أثر – و من ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا – و كل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة – و كل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلانا مطلقا. فالعمل إما أن يكون موافقا للشريعة فهو صحيح – و إما أن يكون مخالفا لها فهو باطل – و هذا هو رأي جمهور الفقهاء.

والمخالفون و هم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة – فعندهم أن القوانين و اللوائح و الأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلانا مطلقا و لكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد - أي في العقود

(1)كتاب التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة ص ٣٢٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة النساء الآية ٦٤.

(٤) سورة الحشر الآية ٧.

(٥) سورة النساء الآية ٥٩.

و التصرفات – فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة – فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلانا مطلقا إذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف – أي: في ركن من أركانه – أما إذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف – أي : في شرط خارج عن ماهيته و أركانه – فالعقد أو التصرف يكون فاسدا لا باطلا و الفرق بين الفاسد و الباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقا و أن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره.[1]

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين و اللوائح و القرارات و الأوامر ٠ أمكننا أن نقول على وجه القطع إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها تكون باطلة بطلانا مطلقا كما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية أو خارجة على مبادئها العامة – أو مباينة لروح التشريع الإسلامي – و أساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقا لرأي جمهور الفقهاء - و أساسه طبقا لرأي أبي حنيفة و أصحابه أن القوانين و اللوائح و الأوامر مما يمس صالح الجماعة و نظامها العام - أو يمس حقوق الله طبقا لتعبيرهم – و كل ما يتصل بصالح الجماعة و نظامها باطل بطلانا مطلقا إذا جاء مخالفا للشريعة الإسلامية – فأساس البطلان إذا بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين و اللوائح و القرارات و الأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية.[2]

الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة: -

بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان في الشريعة يقتضي إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية و سنبين الآن أن هذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن ، و نصوص السنة ، و إلى الإجماع ، و هي مصادر القانون الجنائي في الشريعة الإسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن و السنة صريحة في إبطال كل ما يخالف الشريعة ، و من ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة و إبطال كل ما يخالفها ، و سنقدم فيما يلي الأدلة على ذلك: -

١. إن الله أمر بإتباع الشريعة و نهى عن اتباع ما يخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا و جعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة؛ أو روحها التشريعية ، محرما تحريماً قاطعاً على المسلمين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما :إما الإستجابة لله و للرسول صلّ الله عليه و سلم و اتباع ما جاء به الرسول ، و إما اتباع الهوى، فكل ما لم

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (ج١) ص ١٨٦- ١٨٧ المستصفى للغزالي (ج١) ص ٩٤ – أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ – ١٠١.

(٢) كتاب التشريع الجنائي الإسلامي ص ٢٢٥.

يأت به الرسول فهو من الهوى ، وذلك قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِّنَ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾. (١)

كذلك قسم الله تعالى طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لا ثالث لهما : أولهما : الحق ، و هو الوحي الذي أنزل على رسله ، و ثانيهما : الهوى ، و هو كل ما خالف الوحي ، فقال جل شأنه : ﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾. (٢)

وقال تعالى موجها الخطاب لرسوله صلّ الله عليه و سلم : ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾ إِنَّهُمْ لَن يُغْنُوا عَنكَ مِنَ اللَّهِ شَيْئًا ۚ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۖ وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُتَّقِينَ ﴾. (٣)

فقسم الأمر بين الشريعة التي جعل رسوله عليها ، و أوحى إليه العمل بها و أمر الأمة الإسلامية بإتباعها ، و بين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، و أمر بالأول و نهى عن الثاني .

وقال جل شأنه : ﴿ اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِن دُونِهِ أَوْلِيَاءَ ۗ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ ﴾.(٤) فأمر بإتباع ما أنزل منه خاصة ، و نهى عن اتباع ما يخالفه ، و بين أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله. (٥)

و هكذا قطعت نصوص القرآن في تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمنا و كل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ،و نهت نهيا جازما عن العمل بغير الشريعة ، و اعتبرت العامل بغير الشريعة متبعا هواه منقادا إلى الضلال ، مضلا لغيره ،ظالما لنفسه و لغيره، كافرا بما أنزل الله متخذا لنفسه أولياء من دون الله .

٢. إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله ، أو يتحاكم إلى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله أن يُكفر بكل حكم غير حكمه . و اعتبر الرضاء بغير حكمه ضلالا بعيدا ، و اتباعا للشيطان ، و ذلك قَالَ تَعَالَى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِن قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَن يَتَحَاكَمُوا إِلَى

(١ سورة القصص الآية ٥٠.

(٢) سورة ص الآية ٢٧.

(٣) سورة الجاثية الآيات ١٨- ١٩.

(٤)سورة الأعراف الآية ٣.

(٥) أعلام الموقعين (ج١) ص ٥٣.

ٱلطَّٰغُوتِ وَقَدۡ أُمِرُوٓاْ أَن يَكۡفُرُواْ بِهِۦ وَيُرِيدُ ٱلشَّيۡطَٰنُ أَن يُضِلَّهُمۡ ضَلَٰلَۢا بَعِيدٗا ﴾.[1] فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله و ما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت و تحاكم إليه. و الطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله و رسوله ، أو يعبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ، و لا أن يقبل حكما غير حكمه.[2]

٣. إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله و رسوله ، و من تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا ، وذلك قوله تعالى:﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٖ وَلَا مُؤۡمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمۡرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلۡخِيَرَةُ مِنۡ أَمۡرِهِمۡۗ ﴾ [3] فإذا أمر الله بإتباع ما أنزل على رسوله و نهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فإن رضيه و اختاره لنفسه فهو غير مؤمن.[4]

٤. إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو بفعل أو أمر أو رأي ، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُقَدِّمُواْ بَيۡنَ يَدَيِ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٞ ﴾.[5]

﴾.[5]

أي لا تقولوا حتى يقول ، و لا تأمروا حتى يأمر ، و تفتوا حتى يفتي ، و لا تعطوا أمرا حتى يكون هو الذي يحكم فيه. وقَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَرۡفَعُوٓاْ أَصۡوَٰتَكُمۡ فَوۡقَ صَوۡتِ ٱلنَّبِيِّ وَلَا تَجۡهَرُواْ لَهُۥ بِٱلۡقَوۡلِ كَجَهۡرِ بَعۡضِكُمۡ لِبَعۡضٍ أَن تَحۡبَطَ أَعۡمَٰلُكُمۡ وَأَنتُمۡ لَا تَشۡعُرُونَ ﴾.[6] فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سببا لحبوط أعمالهم فكيف بتقديم آرائهم و عقولهم و أذواقهم و سياستهم و معارفهم على ما جاء به و رفعها عليه ، ألي هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟

وقال جل شأنه : ﴿ إِنَّمَا ٱلۡمُؤۡمِنُونَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِذَا كَانُواْ مَعَهُۥ عَلَىٰٓ أَمۡرٖ جَامِعٖ لَّمۡ يَذۡهَبُواْ حَتَّىٰ يَسۡتَـٔۡذِنُوهُ ﴾.[7] فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه ، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان أن لا يذهبوا إلى قول أو فعل و لا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه ، و إذنه يعرف بعد وفاته بموافقة

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٦٠

(٢) المرجع السابق -أعلام الموقعين ص٥٦.

(٣) سورة النساء الآية رقم ٦٠.

(٤) المرجع السابق - أعلام الموقعين ص٥٦

(٥) سورة الحجرات الآية ١.

(٦)سورة الحجرات الآية ٢.

(٧) سورة النور الآية ٦٢.

ما يذهبون إليه لما جاء به ، فإن وافقه فقد أذن ، و إن لم يوافقه – ثم ذهبوا إلى هذا المخالف - فقد انتفى عنهم الإيمان و حبطت أعمالهم ، و خسروا دنياهم و آخرتهم).[1]

إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقا لما أنزل ، و جعل من لم يحكم بما انزل الله كافرا ، وظالما ، وفاسقا فقال جل شأنه ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ [2] وقَالَ تَعَالَىٰ:: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [3] وقَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾.[4]

ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع و قوانين ، و تركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا كفارا و ظلمة و فاسقين .

ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله ، و يترك الحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ما قاله الله تعالى كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر فهو كافر قطعا ، و من لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود و النكران فهو ظالم إن كان في حكمه مضيعا لحق، أو تاركا لعدل أو مساواة ، و إلا فهو فاسق.[5]

١. وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله أو يقبل حكما غير حكمه فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله و بين ما يخالفه و أن يجمع بين حكم الله و حكم الطاغوت أو حكم الهوى فإن ذلك هو الكفر المبرقع و النفاق السافر و على كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق و أن يعرض عن الداعين لأن الإيمان بالله و بما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ما جاء به الرسول صلّ الله عليه وسلم و بين ما يخالفه بل الإيمان المحض يقتضي إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة و حقيقة و عقيدة و سياسة و رأي حتى يكون الحكم خالصا لما جاء من عند الله وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله هي السفلى و كلمة الله هي العليا.[6]

إن الله تعالى نفى الإيمان عن العباد و أقسم بنفسه على ذلك حتى يحكموا الرسول صلّ الله عليه و سلم في الدقيق و الجليل و الخطير و الحقير و لم يكتف في إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد بل اشترط لإعتبارهم مؤمنين أن ينتفي عن صدورهم الحرج و الضيق من قضاء الرسول و حكمه و أن يسلموا تسليما و

---

(١) إعلام الموقعين ص ٥٨ .

(٢) سورة المائدة الآية رقم ٤٤.

(٣) سورة المائدة الآية رقم ٤٥.

(٤) سورة المائدة الآية رقم ٤٧.

(٥) تفسير المنار (ج٦) ص ٤٠٥ – روح المعاني للألوسي (ج٦) ص ١٤٥ – تفسير الطبري (ج ٦) ص ١١٩ – تفسير القرطبي (ج٦) ص ٦ ، ص ١٥٠.

(٦) إعلام الموقعين (ج١) .

ينقادوا للرسول انقيادا و الرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله و بما أراه إياه فالمؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله ،و أن يؤمن بأنه أصلح الأحكام و أفضلها ،و لو قال الناس إن غيره أصلح منه ؛ لأنه لا يكون مؤمنا إلا إذا أطاع طاعة تامة، و انقاد انقيادا كاملا لما أمر به الله و رسوله، و ذلك قوله تعالى:﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾.[1]

ويستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئا من أوامر الله او أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام ،سواءا رده من جهة الشك فيه ، او من جهة ترك القبول ،أو الإمتناع عن التسليم ، فلقد حكم الصحابة بإرتداد مانعي الزكاة ؛ لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ،و لم يسلم بقضائه و حكمه فليس من أهل الإيمان.[2]

٢. إن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، و لو أمرت به أو اباحته السلطة الحاكمة أيا كانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقا لنصوص الشريعة ،متفقا مع مبادئها العامة و روحها التشريعية فإن استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، و ان تصدر قوانين لا تتفق مع الشريعة و تضعها موضع التنفيذ ،فإن عملها لا يحل هذه القوانين المحرمة ، و لا يبيح لمسلم أن يتبعها او يطبقها ،أو يحكم بها ، أو ينفذها ؛بل تظل محرمة تحريما قاطعا على كل مسلم و مسلمة ،و من واجب الافراد لا من حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ،و من واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها ، لأن طاعة أولي الأمر لا تجب لهم استقلالا ، و إنما تجب ضمن طاعة الرسول و لا تجب لهم مطلقه ،و إنما تجب في حدود ما أمر به الله و الرسول ، و ذلك قال تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ ۖ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾.[3] فأمر الله بطاعته و طاعة رسوله ،و إعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتي الكتاب و مثله معه ، و حذف فعل الطاعة عند ذكر أولي الأمر دليل على أن طاعة أولي الأمر لا تجب لهم استقلالا و إنما هي في ضمن طاعة الرسول كذلك فإن تقدم طاعة الله و و طاعة الرسول يقتضي ألا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله و الرسول في كل ما يصدر عن ولي الأمر ،فأولو الأمر يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة

---

(١) سورة النساء الآية ٥٩.

(٢) أحكام القرآن للجصاص (ج٢) ص ٢١٤ -أعلام الموقعين (ج١) ص ٥٧-٥.

(٣) أعلام الموقعين (ج ١) ص ٥١ – تفسير المنار (ج٥) ص ١٨٠ و ما بعدها.

الرسول ، و بعد توفر الطاعة لله و رسوله ،فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ،و من أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له و لا طاعة.[1]

٣. إن السنة بينت حدود الطاعة لأولي الأمر و نهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله فصح عن رسول الله صلّ الله عليه و سلم أنه قال (لا طاعة لبشر في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف)[2] و في عهد رسول الله صلّ الله عليه و سلم أمر أحد الأمراء جنوده أمرا فتقاعسوا عن تنفيذه ،فجمع حطبا و أشعل نارا ،ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لي و تطيعوا ؟ قالوا : بلى : فإني آمركم أن تدخلوا هذه النار فهموا أن يدخلوها فلما بلغ ذلك الرسول قال : (لو دخلوها لما خرجوا منها) أي لخلدوا في النار في الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم و ظنا منهم أن ذلك واجب عليهم ، و لكن لما قصروا في الإجتهاد و بادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها و إذا كان هذا حال من قصر في الإجتهاد و اشتبه عليه الأمر فلم يتثبت منه ، فكيف يكون حال من أطاع أمرا مخالفا مخالفة صريحة لما أنزل.[3]

٤. إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلّ الله عليه و سلم على أنه لا طاعة لأولي الأمر إلا في حدود ما أنزل الله ، فهذا أبو بكر خليفة رسول الله يقول مخاطبا المسلمين بعد مبايعته :أطيعوني ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم . فجعل رضي الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فإن عمل في حدود ما أنزله الله وجبت طاعته و إن خرج عن هذه الحدود فلا سمع و لا طاعة ، و هؤلاء فقهاء هذه الأمة و مجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولي الأمر لا تجب إلا فيما أمر الله ، و أن لا طاعة له.[4]

ولاخلاف بينهم قولا أو اعتقادا في أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، و أن إباحة المجمع على تحريمه كالزنا و السكر – و استباحة إبطال الحدود و تعطيل أحكام الشريعة – و شرع ما لم يأذن به الله إنما هو كفر و رده – و أن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين – وأقل درجات الخروج على أولي الأمر عصيان أوامره و نواهيه المخالفة للشريعة .[5]

---

(١) المرجع السابق (ج١) ص ٥٤.

(٢) رواه البخاري ومسلم من حديث علي رضي الله عنه.

(٣) و من المعلوم كما هي عقيدة أهل السنة و الجماعة أن من مات على الإسلام فإنه لا يخلد في النار بل يكون مآله الأخير إلى الجنة فمن هنا يلزم التنويه على أن المقصود في الحديث بعدم الخروج من النار طبقا لتلك القاعدة هو طول المكث في النار كما هو الأمر في تفسير قوله تعالى (و من يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ....الآيات) فهنا الخلود كما فسره بعض العلماء هو طول المكث في جهنم و ليس كخلود الكفار) و الله تعالى أعلم الشرح الكبير (ج ٩) ص ٢.

(٤) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨ المهذب (ج ٢) ص ١٨٩ – حاشية ابن عابدين (ج ٣) ص٤٢٩.

(٥) تفسير المنار (ج ٦)ص ٣٦٧ – أحكام القرآن للجصاص (ج٢) ص ٢١٤ – روح المعاني للألوسي (ج ٥) ص ٦٦ و ما بعدها.

٥. إن أولي الأمر بحسب نصوص الشريعة ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التي بيناها وأن دورهم في إدارة شئون المسلمين في إصدار القرارت التي تكفل تطبيق الشريعة الإسلامية في ضوء متغيرات الحياة و ما يستجد من أحداث و نوازل و يكون ذلك بأن يفتي أهل العلم و أهل التخصص المعتمدين الثقات في كل المجالات ويقوم و لي الأمر بتنفيذ ما يقوم بتسيير شئون الأفراد و المؤسسات بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية عملا بقول الله تعالى في كتابه العزيز ﴿ فَسْئَلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾.[1]

٦. الخلاصة .. أن الشريعة الإسلامية هي الدستور الأساسي للمسلمين كما تبين مما سبق.

٧. إن نظرية الشريعة الإسلامية في بطلان كل ما يخالف القرآن و السنة أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الأساسية هي نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية – ولكنها تختلف في تطبيقها – فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون أو لائحة أو قرار جاء مخالفا للدستور – بإعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسي لهذه البلاد – و يجب ألا يصدر قانون أو لائحة او قرار على خلافه – ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة – و بأغلبية خاصة - لا تشترط في أي قانون فالهيئة التي شرعت الدستور أعلى من الهيئات التي تشرع القوانين و غيرها .أما أقلية البلاد المتمدينة فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها و تفرق بين القوانين و ما دونها من القرارات و اللوائح و الأوامر –فإذا جاء القانون مستوفيا شكله القانوني اعتبر صحيحا و لو كان مخالفا للدستور – أما اللوائح و القرارات والأوامر فتعتبر باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين و لو استوفت شكلها القانوني – و سند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم في درجة الدستور - لأن الهيئة التشريعية التي تصدر الدستور و القوانين واحدة و سلطانها واحد – أما الهيئة التي تصدر اللوائح و الأوامر و القرارات فهي أقل درجة من الهيئة التي وضعت الدستور و القوانين و سلطانها أقل.[2]

هذه هي نظرية البطلان في القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها و من يقيدونها – فإذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ؛ لأن الشريعة هي التشريع الأساسي للمسلمين؛ و لأن شارعها هو الله تعالى أجل من أن يقارن بعباده المشترعين.[3]

٨. إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانوني لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلانا مطلقا من ناحية الموضوع و صحة الشكل لا يمكن أن تؤثر على بطلان الموضوع ؛لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام

---

(١)سورة النحل الآية ٤٣.

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسي و السعيد مصطفى ص ١٠٩ و ما بعدها – الموسوعة الجنائية (ج٥) ص ٥٥٨ و ما بعدها – القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١٠٥.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي (ج١) للأستاذ عبد القادر عودة ص ٤٣٦.

حلالاً ،و الباطل صحيحاً ،و من ثم يجب على القاضي ألا يطبق التشريعات المخالفة للشريعة و لو استوفت شكلها القانوني.

المبحث الثاني : العفو في جرائم التعازير: -

العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة و هو إما أن يكون من المجني عليه أو وليه،و إما أن يكون من ولي الأمر ،و لكن العفو ليس على أي حال سببا عاما لإسقاط العقوبة و إنما هو سبب خاص يسقط العقوبة في بعض الجرائم دون البعض الآخر ،و القاعدة التي تحكم العفو أنه لا أثر له في جرائم الحدود و أن له أثره فيما عدا ذلك على التفصيل الآتي : -

أولاً: جرائم الحدود و العفو: ليس للعفو أي أثر على الجرائم التي تجب فيها عقوبات الحدود ، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان العفو من المجني عليه أو من ولي الأمر . فالعقوبة في هذه الجرائم لازمة محتمة و يعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى ؛لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه أو إسقاطه.(١)

ثانياً: العفو في جرائم التعازير: من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولي الأمر حق العفو كاملا في جرائم التعازير،فله أن يعفو عن الجريمة و له أن يعفوا عن العقوبة كلها أو بعضها،و لكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولي الأمر حق العفو في كل جرائم التعازير أو في بعضها دون البعض الآخر .

فرأى البعض أن ليس لولي الأمر حق العفو في جرائم القصاص و الحدود التامة التي امتنع فيها القصاص و الحد ، و أن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة و لا عفو فيها لا عن الجريمة و لا عن العقوبة .أما ما عداها من الجرائم فلولي الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة و أن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة في ذلك بعد مجانبة هوى نفسه.(٢)

و رأى البعض أن لولي الأمر في كل الجرائم المعاقب عليها بالتعزير أن يعفو عن الجريمة و أن يعفو عن العقوبة إذا كان في ذلك مصلحة.(٣)

ورأي الفريق الأول أقرب لمنطق الشريعة في جرائم الحدود و جرائم القصاص.

---

(١) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد جاز لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها ،و إذا امتنع الحد في جريمة من جرائم الحدود و عوقب عليها بالتعزير فليس لولي الأمر العفو عن العقوبة على الرأي الراجح ..كتاب التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضع ..الأستاذ عبد القادر عودة (ج١) ص ٧٧٤.

(٢) شرح فتح القدير (ج).

(٣) ص٢١٢و٢١٣ – المغني (ج١٠)ص ٣٤٩ – الأحكام السلطانية ص٢٠٧- الإقناع (ج٤) ص٢٧٠ –مواهب الجليل (ج٦) ص٣٢٠.

وللمجني عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما في الضرب و الشتم، و لكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني و تقويمه ،فإذا عفا المجني عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية.[1]

و إذا عفا ولي الأمر في جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة فإن عفوه لا يؤثر بأي حال على حقوق المجني عليه.[2]

المطلب الأول:حق ولي الأمر في العفو عن العقوبات التعزيرية: وحق ولي الأمر في العفو مقيد بألا يكون مخالفا لنصوص الشريعة ،أو مبادئها العامة و روحها التشريعية ،كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة و إذا كان من حق ولي الأمر أن يعفو عن الجريمة ،و أن يعفو عن العقوبة فإن حقه في العفو لا يتولد إلا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ،و لا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة . فليس لولي الأمر إذن أن يعفو مقدما عن الجرائم قبل وقوعها ،أو عن العقوبات قبل الحكم بها ؛ لأن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لا عفوا عن الجريمة أو العقوبة.

ولا شك أن لولي الأمر أن يبيح الأفعال التي حرمها ابتداء إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، و علة في ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، و إعطاء حق التحريم يقتضي إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضا ، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ،ما دامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو الإباحة .

أما الأفعال التي حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولي الأمر أن يبيحها إطلاقا ؛لأنه ليس هو الذي حرمها حتى يكون له أن يبيحها ؛و لأن الشريعة لم تجعل له في هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ، فقد نصت الشريعة على المعاصي التي رأت تحريمها بصفة دائمة و حددتها و أمرت بالعقاب عليها ، و لكنها تركت لولي الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيرا من العقوبة ،و أن يعاقب إذا رأى العقوبة خيرا من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ،و أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ،فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة و كانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ،أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها و ليس عفوا عنها ، و لا يملك ولي الأمر أن يحل ما حرمه الله ،و أن يبيح ما لم يبحه الله ، فإذا فعل فعمله باطل و لا أثر له.

وعلى هذا لا يصح القول بأن الجرائم التي نصت عليها الشريعة و لم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ؛لأن ولي الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة و لا يصح هذا القول فيما يختص بالجرائم التي نص عليها القانون مخالفا الشريعة ،كذلك ليس لأولي الأمر إباحة الجرائم التي نصت عليها الشريعة و نص عليها القانون ،و لكن لأولي الأمر أن يبيحوا ما حرموه هم و لم تحرمه الشريعة .

---

(1) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧.

(2) المراجع السابقة و مواهب الجليل (ج٦) ص٣٢٠.

المطلب الثاني:التقادم في العقوبات التعزيرية: [1] والتقادم المسقط للعقوبة مختلف عليه فأكثر الفقهاء لا يسلمون به و من يرونه مسقطا للعقوبة لا يجعلونه سببا عاما مسقطا لكل عقوبة و آراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين :

النظرية الأولى: و هي تقوم على مذهب مالك و الشافعي و أحمد و تلخص في أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ و أن الجريمة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون محاكمة ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير و ما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقا لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية أن قواعد الشريعة و نصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود و جرائم القصاص و الدية تسقط بمضي مدة معينة كذلك فإن ولي الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأي حال وإذا لم يكن هناك نص يجيز إسقاط العقوبة و لم يكن لولي الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم .و أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضي القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولي الأمر ذلك تحقيقا لمصلحة عامة لأن لولي الأمر حق العفو عن الجريمة و حق العفو عن العقوبة في جرائم التعازير و إذا كان لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فورا فإن له أن يعلق سقوطها على مدة معينة إن رأى أن في ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضرة .

النظرية الثانية: و قوامها مذهب أبي حنيفة ،و أصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى في القول بالتقادم في العقوبات التعزيرية و في امتناع التقادم في العقوبات المقررة لجرائم القصاص و الدية و في جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود ، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم .و أبو حنيفة و أصحابه على هذا الرأي عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم.

على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار ، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم و إن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم.[2]

والأصل في هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة في جرائم الحدود أن لا تكون الجريمة قد تقادمت ،و لا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف ؛ لان شكوى المجني عليه شرط لتحرك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى ،أما ما عدا القذف من الجرائم فلكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها و لا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ المجني عليه .

---

(1)من كتاب التشريع الجنائي الإسلامي (ج1) القسم العام ص ٧٧٩ .

(٢) التقادم المقصود هو مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيمتنع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة.

ويستند الحنفية في قولهم بتقادم الجريمة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة بين أن يؤدي الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾.[1] وبين أن يتستر على الحادث لقوله عليه السلام (من ستر مسلما ستره الله في الدنيا و الآخرة).[2]

فإذا سكت الشاهد على الجريمة حتى قدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هي التي حملته على الشهادة ، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته .و يؤيد الحنفية رأيهم هذا بما روي عن عمر رضي الله عنه من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته –أي عند وقوعه – فإنما شهدوا عن ضغن و لا شهادة لهم.[3] و يقولون إنه لم ينقل أن أحدا من الصحابة أنكر على عمر هذا القول فيكون إجماعا .

وإذا كانت الشهادة ترد أصلا للتهمة فالمنطق ألا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد قد تأخر لطول الطريق أو لمرض ، و لكن لما كانت التهمة أمرا خفيا غير منضبط و من الصعب التحقق منه في كل الأحوال فقد أقيم التقادم مكانها و أهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها و عدمها ،و على هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على الشاهد .

وبعد أن قال الحنفية بالتقادم في الجريمة كان من السهل أن يقولوا به في العقوبة ؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أي: أن التنفيذ متمم للقضاء فوجب أن يتوفر عند التنفيذ ما يتوفر عند الحكم ، و إذا وجب عند الحكم ألا تتقادم الجريمة فقد وجب ألا يكون التقادم عند التنفيذ.[4]

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حدا و فوض الأمر فيه للقاضي يقدره طبقا لظروف كل حالة ؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذرا ، وقدره محمد (الحنفي) بستة أشهر و ذكر عنه أنه قدره بشهر و هو رواية عن أبي حنيفة و أبي يوسف . و يترتب على هذا أن لولي الأمر أن يضع حدا للتقادم و أن يمنع قبول الدعوى بعد مضي مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة .و خلاصة رأي الحنفيين في سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم أيا كان الدليل الذي بني عليه الحكم و أن عقوبات الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة ،فإذا كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأي أبي حنيفة و أبي يوسف.[5]

---

(1) الآية ٢سورة الطلاق.

(٢) رواه الإمام مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه.

(٣) ورد في كتاب فتح القدير لابن همام مكتبة المعارف، الرياض، ط ٢، ٢٠٠٠، (ج ٥) ص ٧٥.

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص١٦١ و ما بعدها –حاشية ابن عابدين (ج٣) ص ٢١٨.

(٥) المرجع السابق (ج ٤) ص ١٦٢.

الخاتمة : و تشمل أهم النتائج المستخلصة من البحث

أولاً: العقوبات التعزيرية هي عقوبات غير مقدرة تكون في الجرائم التي لم ينزل بشأنها حد من الحدود الشرعية المقدرة .

ثانياً: الحاكم الشرعي و من ينوب عنه من القضاة هم المنوط بهم إعمال العقوبات التعزيرية و توقيعها على من تجب في حقه .

ثالثاً: العقوبات التعزيرية مفوض تقديرها لمن يتولى أمر إقامتها بما يتفق و أحكام الشريعة الإسلامية.

رابعاً: حق العفو عن إقامة العقوبات التعزيرية موكول لمن يناط به إعمالها في ضوء مراعاة المصالح الشرعية و تقديرها .

خامساً: كل ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية من لوائح أو قوانين يعتبر باطلا لا يجوز إعماله .

سادساً: التقادم في العقوبات: هو مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيمتنع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة و أحكامه محل تفصيل بين أهل العلم .

مصادر و مراجع البحث:

١. القرآن الكريم.

٢. الإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم.

٣. الإمام شمس الدين بن القيم: الطرق الحكمية للسياسة الشرعية.

٤. الأستاذ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي.

٥. أبو محمد بن قدامة المقدسي: المغني.

٦. العلامة الآمدي: الأحكام في أصول الأحكام.

٧. الدكتور عبد الوهاب خلاف: شرح أصول الفقه.

٨. الدكتور كامل مرسي: شرح قانون العقوبات.

٩. الدكتور السعيد مصطفى: شرح قانون العقوبات.

١٠. الدكتور علي بدوي: القانون الجنائي.

فهرس البحث	رقم الصفحة
خطة الدراسة	١
تمهيد	٢
موضوع البحث	٣
الفصل الأول: إعمال العقوبات التعزيرية	٤
المبحث الأول: التعزير من سلطة الحاكم.	٤
المطلب الأول: المقصود بالحاكم وحقه فى إعمال العقوبات التعزيرية.	٤
المطلب الثاني: سلطة القاضي في إعمال العقوبات التعزيرية.	٦
المبحث الثاني: العقوبات الشرعية وتحقيق المصلحة العامة.	٦
المطلب الأول: العلة فى مشروعية التعزير للمصلحة العامة.	٧
المطلب الثاني: العلة فى مشروعبة التعزير للمصلحة العامة.	٨
المبحث الثالث: سلطة القاضي في التعزير للمصلحة العامة ليست تحكيمية.	٨
المبحث الرابع: العقوبات التعزيرية المقررة للمصلحة العامة وقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.	٩
الفصل الثاني: المشروعية فى عقوبات التعازير.	١٠
المبحث الأول: قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلانص بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.	١٠

المطلب الأول: علاقة الأحكام الشرعية بالقوانين الوضعية المعاصرة. ١٥

المطلب الثاني: نظرية البطلان لمخالفة الشريعة. ١٥

المبحث الثاني: العفو في جرائم التعازير ٢٣

المطلب الأول: حق ولي الأمر في العفو عن العقوبات التعزيرية. ٢٤

المطلب الثاني: التقادم في العقوبات التعزيرية. ٢٥

الخاتمة: وتشمل أم نتائج البحث. ٢٧

المراجع. ٢٨