BALAGH
Journal of Islamic and Humanities Studies
Vol 1 / No 1 – Jun 1442 / 2021
ISSN: 2791-6561
Received: 11.04.2021 | **Accepted:** 08.06.2021 | **DOI:** 10.5281/zenodo.5069073

ضوابط التجريم في الفقه الجنائي الإسلامي

Criminalization controls in Islamic criminal jurisprudence

يونس سعيد حسين * **&** **خالد زين العابدين ديرشوي** **

Younus Saeed Hussein **&** **Khaled zin Alabdin Dershwi**

ملخص البحث: إن الأحكام في الفقه الجنائي الإسلامي تنقسم إلى قسمين: القسم الأول هو أحكام ثابتة منصوص عليها في الكتاب والسنة وهذه الأحكام غير قابلة للتغيير ولا يملك أحد أن يعدلها مهما كانت سلطته كما هو الحال عليه في جرائم الحدود والقصاص. والقسم الآخر هو أحكام غير منصوص عليها في الكتاب والسنة مبنية على المصلحة والعرف وهي مرنة قابلة للتغير وفقاً لتغير الأزمان والمصالح والأماكن ونظراً إلى أن مبنى الشريعة على مراعاة مصالح الناس فإن هذه الأحكام أوكلت إلى ولاة المسلمين أو القضاة الذين لهم باع في معرفة الأحكام الشرعية، لذا فإن من واجبهم تحري وجوه المصلحة فيما يقررونه من أحكام ولهم أن يصدروا ما يشاؤون من أحكام بناء على المصلحة التي يرتؤونها وهذا ما يسمى بالتعزير وهو السلطة التي يمتلكها ولي الأمر أو القاضي والتي تخوّله زجر كل من تسول له نفسه في التعدي على أمن الناس والمجتمعات ولكن هذه السلطة ليست مطلقة حتى لا تتمكن الأهواء من نفوس الحكام والقضاة فيسخروا الشريعة لخدمة مصالحهم وإنما هي مضبوطة بضوابط وقواعد وضعها الفقهاء – رحمهم الله – حاولنا في هذا البحث تسليط الضوء على أهمها، وهي: عدم مخالفة نصوص الشريعة وقواعدها العامة، ومراعاة المصلحة العامة، ووجود النص التجريمي وضمان علم كافة الناس به (الإنذار قبل العقاب)، والملائمة بين التجريم والعقاب ومراعاة التدرج في العقوبة التعزيرية، ومراعاة حال الجاني لدى تقرير العقوبة، والاعتدال في تقرير العقوبات وتجنب إهانة الكرامة الإنسانية.

الكلمات الدالة: التجريم، العقاب، العقوبة التعزيرية، الضابط.

* أستاذ مساعد بكلية القلعة الجامعة للدراسات الدينية-أربيل younos.s.h@gmail.com

** أستاذ مساعد بكلية الإلهيات- جامعة كارابوك- تركيا khaleddershwi@karabuk.edu.tr

Abstract: The rulings in Islamic criminal jurisprudence are divided into two parts: The first section is fixed rulings stipulated in the Qur'an and Sunnah, and these rulings are not subject to change, and no one has the right to amend them regardless of his authority, as is the case regarding crimes of hudud and retribution. The other part is rulings that are not stipulated in the Qur'an and Sunnah and are flexible and subject to change according to changing times, interests, and places. Given that the Shari'a is based on considering the interests of people, these rulings have been entrusted to Muslim rulers or judges who have a good knowledge of legal rulings. The interest in the judgments they decide, and they have the right to issue whatever rulings they want based on the interest they see. This is called discretionary authority, and it is the authority that the guardian or judge possesses, and which authorizes him to rebuke everyone who is begging him to violate the security of people and societies, but this power is not absolute until it is not the passions of rulers and judges enable them to harness Sharia to serve their interests, which is: Not to violate the provisions of Sharia law and its general rules, taking into consideration the public interest, Presence of the criminal text and ensuring that all people are aware of it (warning before punishment), Compatibility between criminalization, punishment and considering gradual discretionary punishment, considering the condition of the perpetrator when deciding on the punishment. And Moderation in deciding on sanctions and avoiding insulting human dignity.
Key words: criminalization, punishment, discretionary punishment, jurisprudence.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله صحبه، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

من المقرر أن التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية لا يكتسبان الشرعية الجنائية إلا بواسطة المصادر الأصلية في الشريعة الإسلامية، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، والسؤال الذي يرد بعد ذلك: هل ما قيل عن مصادر التجريم والعقاب يسري على كافة أنواع الجرائم وعقوباتها، أم يقتصر على طائفة منها؟

يمكن الإجابة هنا بناء على آراء الفقهاء: أن ما سبق قوله في مصادر التجريم والعقاب يسري بشكل رئيسي على جرائم القصاص والحدود المقدرة من قبل الشارع الحكيم، فلا يسوغ لأي شخص أو أية جهة مهما تكن صفتها أن تتدخل في تلك الجرائم وعقوباتها بالزيادة أو النقصان أو التغيير بأي شكل، وإنما مرد تلك الجرائم وعقوباتها كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم بالدرجة الأولى، ثم الإجماع والقياس استناداً إليهما.

مشكلة البحث:

ثمة طائفة من الجرائم لم يعمد الشارع الحكيم إلى تحديدها بالدقة التي حدد بها الجرائم المقدرة، وإنما رسم لها الأطر العامة والمبادئ الرئيسية التي تكفل إرساء جذور الأمن في المجتمع المسلم، وتعرف هذه الطائفة من الجرائم بجرائم التعزير.

فهل يمكن لولي الأمر أو القاضي تجريم الأفعال المنافية لذلك، وتحديد العقوبة الملائمة لها؟

فبناءً على هذا الكلام هل يعد ولي الأمر مصدراً للتجريم والعقاب في مجال التعزير؟

أو بمعنى آخر، ما مدى سلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب في الفقه الجنائي الإسلامي؟ وما ضوابط هذه السلطة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه – بإذن الله تعالى - من خلال هذا البحث.

مخطط البحث:

قد اقتضت ضرورات البحث إلى تقسيمه إلى تمهيد موجز للتعريف بمفردات البحث (الضوابط – الجريمة)، إضافةً إلى مبحثين أساسيين.

تضمن المبحث الأول أساس التجريم في الفقه الجنائي الإسلامي وأقسامه، بينما تضمن المبحث الثاني الجهة المختصة بالتجريم وضوابط هذا التجريم في الفقه الجنائي الإسلامي، ثم ختمت بذكر أهم النتائج التي خرج بها البحث.

تمهيد: التعريف بمفردات البحث:

أولاً: تعريف الضابط لغةً واسطلاحاً.

تعريف الضابط لغةً:

تعريف الضابط: اسم فاعلٍ من ضَبَطَ يَضْبِط ضَبْطاً فهو ضَابط، والضَبْط: لُزوم شيء لا يفارقه في كل شيء، ورجل ضابط: شديد البطش والقوة والجسم، والأضبط: الذي يعمل بيديه جميعا.[1]

تعريف الضابط اصطلاحا: أمر كُلِّي يختص بباب واحد، ويقُصد به نظم صور متشابهة.[2]

ومن العلماء من أتجاه إلى أن الضابط والقاعدة بمعنى واحد؛ فهما مترادفان وإن كان الضابط أخصُّ من القاعدة، ومنهم من فرق بين الضابط والقاعدة وأوضح الفرق بينهم، فنجد الإمام السيوطي -رحمه الله- بيَّن هذا الفرق في الفن الثاني من كتابه "الأشباه والنظائر في النحو" حيث قال: (... وهذا

[1] مقاييس اللغة: باب الضاد والباء وما يثلثهما، مادة (ضبط) (3/ 387).

[2] **مختصر التحرير شرح الكوكب المنير**، 30/1.

هو أحد الفروق بين الضابط والقاعدة؛ لأن القاعدة تجمع فروعًا من أبواب شتى، والضابط يجمع فروع باب واحد). [3]

ثانياً: الجريمة لغةً واصطلاحاً.

الجريمة لغةً: جرم الشيء؛ أي قطع الشئ، ويقال الجريم: التمر اليابس، والجريمة: النواة للتمر، ويقال: جرم جريمة وإجرام إليه أو عليه بمعنى أذنب، والجرم هو الخطأ. [4]

الجريمة اصطلاحاً: محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير. [5] فالجريمة إذن هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه.

وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة، فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها: إما عمل يحرمه القانون، وإما امتناع عن عمل يقضي به القانون[6].

المبحث الأول: أساس التجريم في الفقه الجنائي الإسلامي وأقسامه.

المطلب الأول: أساس التجريم في الفقه الجنائي الإسلامي.

إن السبب الرئيسي الكامن وراء التجريم في الشريعة الإسلامية، هو ارتكاب ما نهى عنه الشرع، وإن من الصعوبة بمكان حصر كل الأفعال التي نهى الشرع عنها بالنص على تجريم كل فعل بعينه؛ لأن الأفعال لا تتناهى، وقدرة الإنسان على استحداث أنماط جديدة من الجرائم بتغير الزمان وتطوره، وبما أن الله تعالى قد اختار هذه الشريعة السمحة الغراء لتكون خاتمة الرسالات، فكان أن ألبسها لباس الثبات والكمال؛ فهي ثابتة من حيث عدم تأثرها بالأحوال والظروف القابلة للتغير بتبدل الأزمان، وكاملة من حيث شمولها لأمرين:

الأمر الأول: الأمور القطعية التي لا تختلف حولها الأنظار مهما اختلفت الأزمان وتعددت الأقطار، كجرائم الحدود.

---

[3] **الأشباه والنظائر في النحو**، 1/ 71.

[4] المعجم الوسيط-مجمع اللغة العربية بالقاهرة-صدر: 1379هـ/1960م.

[5] الأحكام السلطانية للماوردي ص 192.

[6] الأحكام العامة في القانون الجنائي لعلي بك بدوي ج1 ص39، الموسوعة الجنائية ج3 ص6.

الأمر الثاني: المرونة التي يمكن من خلالها الحكم على كل المستجدات خارج الأمور القطعية بواسطة مبادئها الأساسية، وقواعدها العامة، كالتعزير.

وقد يكون من الصعب تحديد الأفعال المستحقة للتعزير بدقة؛ إذ قد تختلف الأنظار حول بعض منها (فلا بد إذن أن يكون ثمة أساس ضابط لما يعتبر جريمة وما لا يعتبر، وذلك الأساس لا بد أن يكون مشتقاً من مصادر الشريعة وموارادها وغاياتها ومراميها واتجاهاتها)[7]. ومن خلال استقراء ما ورد في فقهنا الإسلامي وأصوله نجد فقهاءنا الأجلاء قد توصلوا إلى الأساس الذي بنى عليه الشارع الحكيم نظام التجريم والعقاب، وهو المحافظة على مصلحة المجتمع ومصالح العباد. ولقد قسم الفقهاء المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها إلى ثلاثة أقسام، وهي الضرورات والحاجات والتحسينات8، وبحسب درجة قوة كل قسم من أقسام المصلحة تم تجريم ما يشكل خطراً عليها.

فالضرورات تأتي في المرتبة الأولى من حيث القوة، فهي تشكل الدعامة الرئيسية لأمن الأفراد والمجتمعات؛ فكان لابد من النص على كل فعل يشكل خطراً عليها وتحديده تحديداً دقيقاً بعينه.

أما الطائفة الأكبر من الجرائم التي من الممكن أن تظهر في المجتمعات البشرية، فلم تنص الشريعة الإسلامية على حدود لها، ولم تضع بإزائها عقوبات محددة، وأساس تجريمها هو المصلحة أيضاً، إلا أن جسامة الاعتداء فيها على الضرورات الخمس أضعف من الطائفة الأولى، فالزنا مثلاً يعد اعتداء جسيماً على النسل والعرض، فنصت الشريعة الإسلامية على تجريم، وتحديد عقوبته بشكل صارم، أما مقدماته: كمباشرة أجنبية في غير الفرج فلا تستوجب الحد؛ لأنها أخف وطأة من الزنا، وإنما تستوجب التعزير من القاضي بما يراه مناسباً. كما تشمل هذه الطائفة الأفعال التي تمثل اعتداء على الأمور الحاجيه والتحسينية، كالضرب الذي لا يفضي إلى الموت مثلاً، فإن فيه اعتداء على أمور حاجية؛ لأنه وإن أمكنت الحياة معه إلا أنها حياة ناقصة؛ لما يسببه هذا العدوان من الأذى. فإن كان

---

[7] الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة: 1998م، ص (28).

[8] الضرورات: هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم.

الحاجات: هي التي يفتقر إليها من حيث التوسع ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة.

التحسينات: هي المحاسن الزائدة على أصل المصالح الضرورية وإلحاجيه؛ إذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضروري ولا حاجي، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين (الموافقات لإبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م، ج 2/ص 324-327).

في الفعل اعتداء يتسبب بضيق أقل أعتبر اعتداء على الأمور المكملة لسعادة الإنسان وهي الأمور التحسينية، ومن هذا القبيل السب، والإهانة، ونحو ذلك من منغصات الحياة[9].

وخلاصة القول في هذا المطلب، أن الأساس الذي بني عليه نظام التجريم والعقاب هو المصلحة بمختلف أقسامها، فبقدر ما تحدثه الأفعال من اعتداء على المصالح بقدر ما تكون الصرامة في العقاب؛ إذ إن تفاوت الجنايات من حيث الجسامة يستلزم ضرورة تفاوت العقوبات من حيث الشدة حسب الأمر المعتدى عليه، وما يسببه من فوات أمر ضروري أو حاجي أو تحسيني.

المطلب الثاني: صلاحية ولي الأمر في الجريمة العقاب.

تتشعب صلاحية ولي الأمر في التجريم والعقاب عن أقسام التصرفات (القولية والفعلية) القابلة للتجريم في الفقه الجنائي الإسلامي، وهي على ثلاثة أقسام بحسب دلالة نصوص الشريعة وأقوال الفقهاء:

القسم الأول: تصرفات مجرّمة شرعاً ومنصوص على عقوباتها:

وهي جرائم القصاص والدية وجرائم الحدود؛ إذ إن نصوص الشريعة الإسلامية –كما مر معنا- قد تكفلت بالبيان التفصيلي لها بما لا يدع مجالاً للاجتهاد فيها البتة تجريماً أو عقاباً.

وعليه فلا سلطة لولي الأمر في هذا القسم من التصرفات لا من حيث التجريم، ولا من حيث العقاب، بل يتحتم عليه التقيد بتنفيذ ما قررته الشريعة الإسلامية في هذا الجانب، قال تعالى (**وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**) سورة الطلاق: الآية {1}، وقال أيضاً:(**تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا**) البقرة: {187}. وهذا محل اتفاق بين العلماء ونصوصهم مستفيضة في التأكيد على هذا الكلام لا مجال ذكرها هنا [10].

القسم الثاني: تصرفات مجرّمة شرعاً وغير منصوص على عقوباتها.

---

[9] الوجيز في الفقه الإسلامي، تأليف: نعيم ياسين، دار الفرقان، عمان، الأردن، الطبعة الأولى: 1404هـ 1983 م (16-17).

[10] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، اسم المؤلف: علاء الدين الكاساني الوفاة: 587، دار النشر: دار الكتاب العربي - بيروت - 1982، الطبعة: الثانية، (488/5) ، مغني المحتاج (203/4) ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الوفاة: 1051 ، دار الفكر - بيروت – 1402ه ،(65/5).

وهي مختلف أنواع المعاصي التي حرمتها نصوص الشريعة والمعاصي: هي إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات[11] ولقد بحث الفقهاء –رحمهم الله – هذا القسم بمسمى التعزير؛ إذ نصوا على أن التعزير هو التأديب على ذنب أو معصية لم يرد بشأنها حد مقدر من قبل الشرع وزاد بعضهم: أو كفارة[12]، فتختصر سلطة ولي الأمر في هذا النوع في الجانب العقابي فحسب، فله أن يعاقب كل شخص بما يراه الأنسب في حقه، كما له العفو عن العقوبة في حالات والتشديد فيها في حالات أخرى بحسب ما تقتضيه المصلحة ،أما الجانب التجريمي (من حيث تجريم تلك التصرفات أو إباحتها) فلا سلطة لولي الأمر فيه ؛إذ إنها محرمة وحياً .

القسم الثالث: تصرفات مباحة غير مجرّمة – بالأصل – ويحرمها ولي الأمر بناء على المصلحة.

هنا يرد السؤال: هل لولي الأمر أو القاضي في الشريعة الإسلامية أن يجرم أمراً لم يكن مجرّما من قبل؟ بمعنى هل لولي الأمر سلطة بتقييد بعض المباحات بتجريمها ووضع عقوبة تعزيرية بإزائها؟

أجاب الفقهاء –رحمهم الله – عن هذا السؤال، ولأهمية هذه المسألة سأسرد فيما يأتي نصوص من المذاهب الأربعة، ففي مذهب السادة الحنفية، علق الشيخ ابن عابدين – رحمه الله – في حاشيته على ما جاء في المتن من أن التعزير يكون على المعصية فقال: (هذا هو الأصل في وجوب التعزير ... وظاهره أن المراد حصر أسباب التعزير فيما ذكر مع أنه قد يكون بدون معصية، كتعزير الصبي والمتهم، وكنفي من خيف منه الفتنة بجماله مثلاً، كما مر في نفي عمر –رضي الله تعالى عنه– نصر بن حجاج) [13] .

وفي مذهب السادة المالكية، جاء في كتاب الفروق: (من الفروق أن التعزير يتبع المفاسد، وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور، كتأديب الصبيان والبهائم والمجانين استصلاحاً لهم مع عدم المعصية)[14].

---

[11] التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، للدكتور عبد القادر عودة (113/1).

[12] بدائع الصنائع (534/5)، كشاف القناع (103/5)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، دار الفكر =للطباعة – بيروت – 1404هـ – 1984م،(19/8)، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، لمحمد بن عبداه الخرشي ، دار الفكر للطباعة – بيروت(110/8)

[13] حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تأليف: ابن عابدين، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر. – بيروت. – 1421هـ – 2000م ، (234/4-235).

[14] الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش) ، اسم المؤلف: أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي الوفاة: 684هـ ، دار النشر : دار الكتب العلمية – بيروت – 1418هـ – 1998م ، الطبعة : الأولى ، (180/4).

وفي مذهب السادة الشافعية جاء في مغني المحتاج: (لا يعزر في غير معصية، ويستثنى منه مسائل، الأولى: الصبي والمجنون يعزران إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ، وإن لم يكن فعلهما معصية ...الثانية: قال الماوردي في الأحكام السلطانية: يمنع المحتسب من يكتسب باللهو، ويؤدب عليه الآخذ والمعطي، وظاهره تناول اللهو المباح. ثالثها: نفي المخنث، نص عليه الشافعي مع أنه ليس بمعصية، وإنما فعل للمصلحة)[15]، وفي مذهب السادة الحنابلة، حيث نصوا على منع سكنى المرأة بين الرجال، وسكنى الرجل بين النساء لحق الله تعالى، كمنع عمر –رضي الله عنه – العزب أن يسكن بين المتأهلين، والمتأهل أن يسكن بين العزاب دفعاً للمفسدة، كنفي المخنثين من البيوت[16].

فمن خلال النصوص السابقة من مختلف المذاهب الفقهية المعتمدة يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية قد خولت ولي الأمر سلطة تجريم بعض الأفعال المباحة في أصلها بناءً على ضرورة ملحة أو مصلحة عامة.

المبحث الثاني: الجهة المختصة بالتجريم في الفقه الجنائي الإسلامي وضوابطها.

ويتضمن هذا المبحث عدة مطالب:

المطلب الأول: الجهة المختصة بالتجريم سابقاً وفي الوقت الحاضر.

يجدر بنا في بداية الحديث عن الجهة المختصة بالتجريم أن نبين بإيجاز مقصود الفقهاء – رحمهم الله- بولي الأمر، وصفاته المعتبرة كونه الجهة المختصة بالتجريم سابقاً، فقد ذكر الفقهاء- رحمهم الله – عدداً من الصفات المعتبرة شرعاً في ولي أمر المسلمين، أقتصر منها في الذكر على ما يهمنا في هذا السياق وهي: العدالة على شروطها الجامعة، والعلم المؤدي إلى الاجتهاد؛ ليعرف النوازل والأحكام ويعلم الناس ولا يحتاج إلى استفتاء غيره في الحوادث، وأن يكون ذا رأي مفض إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح [17]. بيد أن تلك الصفات قد تعذر وجودها في ولاة الأمر بعد الرعيل الأول من أمة الإسلام إلا ما ندر، واقتضت المصلحة حينها بانعقاد ولايتهم، لأنه كما قال الإمام ابن عابدين – رحمه الله – (لو تعذر وجود العلم والعدالة فيمن تصدى للإمامة، وكان في صرفه عنها إثارة

---

[15] مغني المحتاج: (253/4).

[16] الفروع وتصحيح الفروع، تأليف: محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418، الطبعة: الأولى، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي ، (115/6)، كشاف القناع (109/5).

[17] الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي الوفاة: 450هـ ، دار النشر : دار الكتب العلمية - بيروت - 1405هـ- 1985م،(6) ،وينظر حاشية ابن عابدين (450/4) ،و مغني المحتاج(168/4).

فتنة لا تطاق، حكمنا بانعقاد إمامته؛ كي لا تكون كمن بنى قصراً ويهدم مصراً...)[18]. لكن المصلحة اقتضت أيضاً بأن يسلبوا سلطة التجريم والعقاب في المجال الجنائي الاجتهادي؛ لعدم أهليتهم لذلك، فأوكلت هذه السلطة في تلك الحقبة من الزمان إلى القضاة المجتهدين؛ لئلا يستبد بها من ليس أهلا للاجتهاد من الولاة.

وإذا أسقطنا الكلام السابق على واقعنا المعاصر، فإننا نجد الاجتهاد بالمعنى الذي عناه الفقهاء نادراً أو غير متحصّل في هذا الزمان يستوي في ذلك ولاة الأمر والقضاة، فهل هذا يعني إلغاء سلطة التجريم والعقاب في المجال الاجتهادي في العصر الراهن بحجة فقدان أهل الاجتهاد من الولاة والقضاة؟

إجابة على هذا السؤال، نادى عدد من علماء الشريعة المعاصرين بتنظيم اجتهاد جماعي – مادام الفردي غير متحصّل- من خلال عقد مجالس أو مجامع فقهية تضم عدداً كبيراً من العلماء وأهل الذكر للتشاور وتبادل الآراء بشأن المسائل المستجدة في كافة مجالات الشريعة الواسعة ومنها المسائل الجنائية القابلة للاجتهاد، ويكون رأيهم اجتهاداً يكمل ما قدمه المجتهدون من قبل ،ويتولون بذلك تزويد الفقه الإسلامي بما يحتاج إليه من أحكام مستجدة تستجيب لمطالب الشعوب الإسلامية في هذا العصر وما يليه من عصور ، ويصوغون ما يصدر عن هذا المجلس بأنه اجتهاد جماعي أو شوري[19] شريطة أن تكون المجالس أو المجامع الفقهية عالمية مستقلة بعيدة عن سلطة أية حكومة وتأثيرها ،فلا يبعد عنها عالم كفء لاعتبار سياسي أو موقف له، كما لا يدخل فيها مدعي علم أو منافق لذات الاعتبار[20].

ويرى الباحث أن هذه الفكرة هي الأنسب في ظل غياب الاجتهاد المعتبر في هذا العصر، فالمأمول حدوث أمر كهذا فيما لو تسنى تطبيق شرع الله تعالى في بلادنا الإسلامية، وما ذلك على الله

---

[18] حاشية ابن عابدين (450/4).

[19] الموسوعة العصرية في الفقه الإسلامي، لتوفيق الشاوي وعدد من المشاركين –دار الشروق- القاهرة –الطبعة: الأولى -1421-2001م- الجزء الثاني – من الجلد الأول (ص185)

وقد نقل في نفس الصفحة الدكتور توفيق الشاوي ما كتبه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في كتابه مقاصد الشريعة (وإن أقل ما يجب على العلماء في هذا العصر أن يبدؤا به من هذا الغرض العلمي، هو أن يسعوا إلى جمع مجمع علمي يحضره أكابر العلماء بالعلوم الشرعية في كل قطر إسلامي على اختلاف مذاهب المسلمين في الأقطار، ويبسطوا بينهم حاجات الأمة ويصدروا فيها عن وفاق فيما يتعين عمل الأمة عليه، ويعلموا به أقطار الإسلام) من كتاب مقاصد الشريعة (141).

[20] شريعة الإسلام للدكتور يوسف القرضاوي (156).

بعزيز، فتوكل سلطة التجريم والعقاب إلى ذلك الجمع من العلماء، ويكون ما يصدر عنهم بمثابة ما كان يصدره ولاة الأمر والقضاة المجتهدون في العصور السابقة.

المطلب الثاني: ضوابط سلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب في الفقه الجنائي الإسلامي.

فيما يلي نعرض لأهم الضوابط الشرعية لسلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب بحسب ما تدل عليها النصوص في المذاهب الفقهية المعتمدة.

الضابط الأول: عدم مخالفة نصوص الشريعة وقواعدها العامة.

يمثل هذا الضابط الركيزة الأساسية التي يستند إليها ولي الأمر في التجريم والعقاب؛ إذ خولت الشريعة الإسلامية ولي الأمر سلطة التجريم فيما يراه منافياً لمصلحة المجتمع والمعاقبة عليه، حيث إنه مفوض من قبل الشارع الحكيم في ذلك فلم يكن له بد من التقيد بنصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، وهذا هو مقتضى كلام الفقهاء -رحمهم الله- وبيان ذلك كما يلي: فقد نص الشافعية على أن ولي الأمر مفوض من قبل الشرع للاجتهاد في العقوبات التعزيرية جنساً و قدراً؛ لأنها غير مقدرة شرعاً جاء في المنهاج للإمام النووي وشرحه النهاية (ويجتهد الإمام في جنسه وقدره لانتفاء تقديره شرعاً ففوض لرأيه واجتهاده ...)[21].

وجدت قاعدة فقهية جليلة " "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص". أي لا يصح اجتهاد في حكم مسألة، ورد بشأنها نص صريح من الكتاب، أو السنة الصحيحة، أو الإجماع الثابت. أي: لا اجتهاد في المحكمات، والنصوص القطعية، كمسائل العقيدة من توحيد الله، والشهادتين، وكذلك أركان الإسلام، ومعاقد الإيمان، وأصول الشريعة، وقواعدها الكلية. ومثلها: الحدود، والكفارات، وأمهات الأخلاق، وأمهات الرذائل، -إضافة- إلى الضروريات الخمس، التي تدور على المحافظة عليها أحكام الشريعة. فهذه المسائل أجمعت عليها الأمة، وتلقتها بالقبول جيلا بعد جيل. وعلى سبيل المثال، فإن قول الله -تبارك تعالى-: "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةً"، يدل على عقوبة مطبقة لجريمة الزنا، فلا مجال للاجتهاد؛ لتخفيف، أو تشديد هذه العقوبة.

وهنا يأتي التعزير الذي يخول به ولي الأمر أو القاضي والذي يلتزم فيه بعدم مخالفة نصوص الشريعة وقواعدها العامة المقررة؛ لأن كل ولي الأمر أو القاضي هو موكل من قبل الشرع ويتصرف بالنيابة عنه، فلا بد من الالتزام بما يقرره موكله، وقد جاء هذا التوسع في عقوبة جرائم التعزير نتيجة لعدم تحديد الشرع لكل جريمة عقوبة معينة يلتزم القاضي بإيقاعها على المجرم كما هو الحل عليه

[21] نهاية المحتاج للرملي (22/8).

في جرائم الحدود والقصاص وإنما له الاختيار لكل مجرم ولكل جريمة اختيار العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات التي شرعت للجرائم التعزيرية وللقاضي أن يخفف العقوبة أو يغلظها[22]. أما بالنسبة للشق التجريمي، فقد نص السادة الشافعية –كما مر معنا [23]– على أن لولي الأمر التعزير في غير المعصية إذا اقتضت المصلحة ذلك [24].

ومفهوم هذا الكلام أن لولي الأمر تجريم ما يراه من الأفعال المباحة في الأصل إذا أدت إلى مفسدة راجحة تحقيقاً للمصلحة؛ لأنه لا تعزير إلا بناءً على تجريم سابق. فإذا ثبت هذا فإن الضابط الأول يدل عليه قيد (المصلحة) لزاماً؛ لأن المصلحة يستحيل عليها أن تتحقق إلا بالتقييد بنصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة. وما قيل عن استنتاج الضابط الأول من مذهب الشافعية يقال عنه من بقية المذاهب (الحنفية والمالكية والحنابلة) إذ نصوا جميعاً على أن ولي الأمر مفوض من قبل الشرع للاجتهاد في مسائل التعزير[25]، وذلك يستلزم ضرورة تقيده بنصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة في شقي التجريم والعقاب التعزيريين.

بناءً على ما مضى نقول: لقد اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على أن ولي الأمر ملزم بالتقيد بنصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة في التجريم والعقاب بالنسبة لمسائل التعزير الاجتهادية؛ امتثالاً لقول الله تعالى:(**يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ**) (ص: 26).

الضابط الثاني: مراعاة المصلحة العامة.

هذا الضابط يتبع الذي قبله؛ لأن المصلحة العامة للتجريم والعقاب لا يمكن أن تتحقق إلا باتباع نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، وروحها التشريعية السمحة، فعلى ولي الأمر أن يتحرى وجوه المصلحة العامة في تجريمه وعقابه، وأن ينظر إلى مدى تحققها بمنظار الشرع من خلال قواعده والشروط التي وضعها للمصلحة المعتبرة فما وافقها اعتد به، وما خالفها اجتنبه، إذ أن الأحكام الشرعية عامة بنيت على مراعاة مصالح العباد في جميع الجوانب فالمصلحة في الشريعة الإسلامية

---

[22] التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة ، 1/133.

[23] في الصفحة (6) من هذا البحث .

[24] فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، اسم المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى الوفاة: 926، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418 ، الطبعة : الأولى،(236/4)، و مغني المحتاج (253/4).

[25] تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، اسم المؤلف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. الوفاة: 743، دار النشر: دار الكتب الإسلامي. - القاهرة. - 1313هـ. (208/3)، الذخيرة، اسم المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الوفاة: 684، دار النشر: دار الغرب - بيروت - 1994م ،(400/9)، كشاف القناع(106/5).

تقابلها المنفعة في المذاهب الوضعية وهكذا نرى الإجماع على ضرورة مراعاة المصالح في الشريعة والقانون على حد سواء ومن بديهيات الشريعة الإسلامية المصالح الخمس الرئيسية التي بنيت عليها كل الأحكام الشرعية ألا وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال [26]وحيثما تعرضت إحدى هذه المصالح لخطر محدق فثمت حد مقدر أو عقوبة رادعة (تعزير) من قبل ولي الأمر تردع الناس للابتعاد عنه وتوخي الحذر منه وهذا ما اتفق عليه فقهاء المذاهب[27] – رحمهم الله -.

وجدت في هذا المجال قاعدة ذهبية "**لا ضرر ولا ضرار**"، فإن الأمة مجمعة على معناه المستفاد من أدلة كثيرة، فإذا نفى الشرع الضرر، لزم منه إثبات المصلحة؛ لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما. فمن مقاصد الشريعة تحقيق المصلحة للمكلف، فمبنى الشريعة على تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، يقول العز بن عبد السلام: "من مارس الشريعة وفهم مقاصد الكتاب والسنة عَلِم أن جميع ما أمر به لجلب مصلحة، أو مصالح، أو لدرء مفسدة، أو مفاسد، أو للأمرين، وأن جميع ما نهي عنه إنما نهي عنه لدفع مفسدة أو مفاسد، أو جلب مصلحة أو مصالح، أو للأمرين، والشريعة طافحة بذلك." [28]

إذن فالتعزير لا يختص بالمعاصي فحسب، بل يتبع كل فعل من شأنه أن ينجم عنه مفسدة راجحة من المفاسد وإن لم يكن بحد ذاته معصية تحقيقاً لمصلحة المجتمع وأمنه واطمئنانه، ولقد ذكر الفقهاء – رحمهم الله – وجوها لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع:

فمن وجوه تحقيق المصلحة في جانب التجريم، مراعاة أوضاع البلدان وعاداتها؛ إذ هي عرضة للاختلاف باختلاف الزمان والمكان، فينبغي على ولي الأمر أن يضع هذا الاعتبار نصب عينيه لدى تجريمه أمراً ما، يقول الإمام القرافي – رحمه الله – في هذا الصدد (التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار؛ فرب تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر...)[29].

ومن وجوه تحقيق المصلحة في التجريم أيضاً، أن على ولي الأمر رفع صفة التجريم عن الفعل الذي جرمه بناءً على المصلحة، إذا زالت المفاسد التي كانت تنجم عنه بتغير الزمان أو تطور فيه. يقول ابن القيم –رحمه الله – (وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سعر عليهم

---

[26] الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة ، ص26.

[27] حاشية ابن عابدين (235/4)، الفروق للقرافي(180/4)، مغني المحتاج(253/4)، الفروع لابن مفلح (115/6).

[28] الفوائد في اختصار المقاصد، للعز بن عبدالسلام، ص53.

[29] الفروق للقرافي (183/4)

تسعير عدل لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل)[30]. ومن وجوه تحقيق المصلحة في جانب العقاب؛ أن يعاقب ولي الأمر على الفعل بقدر ما يرى المصلحة في العقاب، قال الإمام ابن عابدين –رحمه الله– (...فلا معنى لتقديره –أي التعزير– مع حصول المقصود بدونه، فيكون مفوضاً إلى رأي القاضي بقدر ما يرى المصلحة فيه)[31]. وقد تقتضي المصلحة أحياناً بأن يترك ولي الأمر التعزير مطلقاً، قال الشيخ على الشَّبْرامَلِّسِيّ في حاشيته على نهاية المحتاج (وينبغي أن من المصلحة ترك التعزير على وجه يترتب على فعله تسلط أعوان الولاة على المعزر، فيجب على المعزر اجتناب ما يؤدي إلى ذلك ويعزر بغيره، بل إن رأى تركه مصلحة مطلقاً تركه وجوباً)[32]. وضابط التفرقة بين المصلحة العامة للأمة والمصلحة الخاصة لولي الأمر (هو مقدار الضرر فما يدفع أكبر ضرر وما يجلب أكبر نفع للناس يكون من المصلحة العامة، فإن لم يكن كذلك فهو من قبيل الهوى) يقول الإمام الشاطبي– رحمه الله – (المصالح المجتلبة شرعاً، والمفاسد المستدفعة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية، أو درء مفاسدها العادية)[33]. إذن إن على ولي الأمر التقيد بضابط المصلحة العامة، أي مصلحة الجماعة في سلطة التجريم والعقاب التي أعطيها، وأن يتحرى الدقة في نسبة المصلحة إلى الشرع من خلال المعرفة التامة بالمصالح المعتبرة والمصالح الملغاة في نظر الشرع، وأن يضع مصالحه الشخصية وميوله الذاتية جانباً؛ حمايةً للمجتمع، وحفظاً للأمانة التي اؤتمن عليها.

الضابط الثالث: وجود النص التجريمي وضمان علم كافة الناس به (الإنذار قبل العقاب).

بما أننا بصدد الحديث عن مبدأ الشرعية الجنائية، وأن الشريعة الإسلامية لا تعاقب على أمر ما لم تجرمه ابتداءً، ولقد رأينا فيما مضى كيف نصت الشريعة الإسلامية على جرائم القصاص والحدود قبل تقرير عقوباتها، ونصت على مختلف أنواع المحظورات التي يعد إتيانها معصية في نظر الشرع، ثم فوضت إلى ولي الأمر أو القاضي سلطة المعاقبة عليها بحسب اجتهادهما ضمن الإطار الشرعي المرسوم وهذا يخضع لمبدأ "الشرعية الجنائية" المعروفة في نطاق التشريع الجنائي بـ (**لا جريمة ولا**

[30] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لمحمد بن أبي بكر أيوب ابن القيم الجوزية، مطبعة المدني – القاهرة تحقيق: د. محمد جميل غازي، (ص222).

[31] حاشية ابن عابدين(4/ 60) .

[32] نهاية المحتاج (23/8)

[33] الموافقات في أصول الفقه، اسم المؤلف: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الوفاة: 790، دار النشر: دار المعرفة – بيروت، (351/2).

عقوبة إلا بنص)[34] إذ إن لولي الأمر أو القاضي أن يتناول بالتجريم التعزيري كل ما يعد معصية أو مخالفة من منظور الشرع وأن يضع لها ما يناسبها من عقوبة زاجرة كفيلة بضمان عدم العودة إليها.

ونستنتج من ذلك، أنه ما من تصرف تدعو المصلحة العامة لتجريمه مما لم تجرمه الشريعة الإسلامية وحياً إلا ويستدعي أن يحاط بالإطار الذي يضفي عليه الصفة الجرمية وأن يكسى بطابع الشرعية المتمثل بتهديد أو إنذار سابق من قبل ولي الأمر يخوله معاقبة كل من أقدم على ذلك التصرف؛ امتثالاً لمضمون الآية التي نصت بشكل عام على هذا الأمر، وهي قول الله تعالى :(**وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً**) (الإسراء: 15). هذا هو مقتضى ما نص عليه الفقهاء من مشروعية أن يعاقب ولي الأمر على الأمور المنافية للمصلحة العامة؛ لأن الفعل المباح في أصله والضار بالمصلحة العامة لا يعلم ضره إلا ببيان ولي الأمر ذلك، وإعلام الخلق بالتبعات المترتبة على إتيانه.

وكما هو مقرر أن الحكم الشرعي يقوم على أربعة أركان هي الحاكم والمحكوم عليه والمحكوم فيه ونفس الحكم، فالحاكم هنا هو ولي الأمر مجازاً؛ لأن الحاكمية المطلقة لله تعالى وحده، وولي الأمر إذا أمر وأوجب لم يجب شيء بإيجابه، بل بإيجاب الله تعالى طاعته[35].

والمحكوم عليه: الخلق الذي هم تحت إمرته وولايته، وأهم شرط فيهم، هو التكليف حتى يغدوا محلاً لتحمل تبعات أفعالهم.

أما المحكوم فيه أي الفعل: فالمقصود به هنا: الفعل الذي جرمه ولي الأمر بناءً على المصلحة العامة، ولقد ذكر الأصوليون للمحكوم فيه شروطاً من أهمها: هذا الضابط الذي بين أيدينا، فقد قال الإمام الغزالي (المحكوم فيه وهو الفعل؛ إذ لا يدخل تحت التكليف إلا الأفعال الاختيارية، وللداخل تحت التكليف شروط ...ومنها: كونه معلوماً للمأمور معلوم التمييز عن غيره حتى يتصور قصده إليه، وأن يكون معلوماً كونه مأموراً به من جهة الله تعالى حتى يتصور منه قصد الامتثال)[36]. فهذا كلام واضح لإمام كبير ينص على ضرورة مراعاة هذا الضابط.

كما أكد الإمام الماوردي على هذا الضابط في الأحكام السلطانية بقوله: (وأما ما تعلق بالمحظورات فهو أن يمنع الناس من مواقف الريب و مظان التهمة، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم

---

[34] التعزير ضوابطه العامة وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، للدكتور عبد الفتاح خضر، ص 15.

[35] المستصفى في علم الأصول، تأليف: محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت- 1413، الطبعة: الأولى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، (222/1).

[36] المرجع السابق.

" **دَعْ ما يَريبُك إلى ما لا يَريبُك** "[37] فيقدم الإنكار ولا يعجل بالتأديب قبل الإنكار)[38] ثم ساق – رحمه الله – أثراً يدلل على هذا الضابط، أختم به حديثي عنه فقال: (حكى إبراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهى الرجال أن يطوفوا مع النساء، فرأى رجلاً يصلي مع النساء فضربه بالدرة 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 الدرة، وقال له: اقتص، فقال: لا أقتص اليوم، قال: فاعف عني، قال: لا أعفو، فافترقا على ذلك، ثم لقيه من الغد فتغير لون عمر، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين كأني أرى ما كان مني قد أسرع فيك، قال: أجل، قال: فأشهد الله أني قد عفوت عنك)[39].

الضابط الرابع: الملائمة بين التجريم والعقاب ومراعاة التدرج في العقوبة التعزيرية.

هذا الضابط يعني أن على ولي الأمر مراعاة التناسب بين الأفعال التي يجرمها سواء أكانت بالأصل من المعاصي أم لم تكن وبين العقوبات التي يضعها بإزائها، فيقسم كل جريمة من حيث المفاسد الناجمة عنها ، ويبني سياسته العقابية على ذلك، وبمعنى آخر: يحاول جاهداً إقامة التوازن بين الأضرار الناجمة عن الأفعال المجرمة وبين الآثار التي تخلفها العقوبة على الجاني ، ويسلك في ذلك سياسة الردع والتدرج في العقوبة، فيجابه كل مستحق للعقاب بما يناسب حاله وحال جنايته من الردع، فلا يسلك سبيلاً في العقاب ويعلم أن ما دونه كاف في الردع، أي: لا تهاون إلى حد يحقر العقوبة في نظر الجناة، كما لا شطط إلى حد مبالغ في إيذائهم؛ بل المأمول توخي أوجه العدالة ما أمكن وهذا يعكس مدى المرونة التي يتمتع بها النظام الجنائي الإسلامي بوجه عام حيث إن للظروف المحيطة بالجاني بالغ الأثر في تحديد نوع وكمّ العقوبات التي توقع عليه في جريمته التعزيرية.[40]

هذه المعاني جميعاً نجدها في نصوص الفقهاء: جاء في مذهب السادة الحنفية (وليس فيه شيء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام على ما تقتضي جنايتهم، فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية، فينبغي أن تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرم سوى الجماع... وكذا ينظر في أحوالهم، فإن من الناس من ينزجر باليسير، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير)[41].

---

[37] أخرجه النسائي في سننه، كتاب الاشربة، باب: الحث على ترك الشبهات، رقم الحديث :5711-سنن التيهقي، كتاب: البيوع، باب :كراهية من أكثر ماله من الربا أو ثمن محرم ،رقم الحديث :10601.

[38] الأحكام السلطانية للماوردي (310-311).

[39] الأحكام السلطانية للماوردي (310-311).

[40] التعزير ضوابطه العامة وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، عبد الفتاح خضر، ص 38-39.

[41] تبين الحقائق للزيلعي (208/3).

وفي مذهب السادة المالكية :(وأما جنسه – أي التعزير – فلا يختص بسوط، أو حد، أو حبس، أو غيره، بل اجتهاد الإمام، وكان الخلفاء المتقدمون يعاملون بقدر الجاني والجناية)[42].

وفي مذهب السادة الشافعية (ويتعين على الإمام أن يفعل بكل معزر ما يليق به من هذه الأنواع وبجنايته، وأن يراعي في الترتيب والتدرج ما مر في دفع الصائل، فلا يرقى المرتبة، وهو يرى ما دونها كافياً)[43].

كما نص السادة الحنابلة أيضاً على أن العقوبة ينبغي أن تكون على قدر الإحرام والمعصية، فلا يسوغ لولي الأمر أن يتعدى في إنزال العقوبات التعزيرية[44].

فهذه النصوص واضحة من مختلف المذاهب الفقهية المعتمدة تؤكد على هذا الضابط الضروري الذي يتحقق بمراعاة نقطتين أساسيتين هما: نوع الجناية، وحال الجاني.

الضابط الخامس: مراعاة حال الجاني لدى تقرير العقوبة.

هذا الضابط يتبع الذي قبله؛ إذ يعد وجهاً من وجوه الملائمة بين الجريمة والعقوبة، حيث نلاحظ أن نصوص الفقهاء في الضابط السابق شددت على أن العقوبة مع ضرورة ملاءمتها للجريمة ينبغي أن تلائم كذلك حال الجاني.

وأضيف هنا على ما سبق بناءً على ما نص عليه الفقهاء: إن على ولي الأمر أن ينظر في حال الجاني وسيرته بين أهل مجتمعه، وما إذا كان من أهل السوابق في ارتكاب المحظورات، أم إن ما ارتكبه تعد أول زلة تصدر منه، وأن يراعي مكانته بين أقرانه من حيث المروءة والأخلاق، وهنا ترد مسألة مراعاة ذوي الهيئات وهم أصحاب المروءة التي يوفر فيهم الصلاح والدين التي قد تصدر منهم بعض الصغائر فتجب مراعاة حالهم وتخفيف التعزير في حقهم فيما لو صدرت عنهم بعض الصغائر[45] ولنا في عرض نصوص الفقهاء فيما يلي ما يغنينا عن مزيد الشرح والتوضيح :

جاء في حاشية ابن عابدين (ولا يخفى أن الفاعل إذا كان ذا مروءة في الدين والصلاح يعلم من حاله الانزجار من أول الأمر؛ لأن ما وقع منه لا يكون عادة إلا عن سهو وغفلة؛ ولذا لم يعزر في أول مرة ما لم يعد ، بل يوعظ ليتذكر إن كان ساهياً، وليتعلم إن كان جاهلاً بدون جر إلى باب

---

[42] الذخيرة (400/9).

[43] نهاية المحتاج (21/8-22).

[44] المغني لابن قدامة المقدسي (405/12).

[45] الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية - الكويت، عدد الأجزاء 45 جزءاً، الطبعة من (1404 – 1427)، 42/326-325.

القاضي... بناءً على استثناء ذوي الهيئات من وجوب التعزير)[46] فهذا كلام جميل لفقيه حنفي محقق ينص على أن التعزير بتكرر الزلات، وبنفس المعنى نقل الإمام القرافي عن إمام مذهبه ما يلي (قال مالك: إذا انتهى للإمام والجاني من أهل العفاف والمروءة، ووقع ذلك منه فلتةً تجافى الإمام عنه، أو من أهل الأذية فلا يقله ولينكله)[47].

وجاء في المذهب السادة الشافعية (إذا صدر من ولي الله تعالى صغيرة فإنه لا يعزر ... ويشهد لذلك حديث " **أقيلوا ذَوي الهيئاتِ عثَراتِهم إلا الحدودَ**."[48] قال الإمام الشافعي المراد بذوي الهيئات الذين لا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة...فإن قيل: قد عزر عمر غير واحد من مشاهير الصحابة – رضوان الله عليهم – وهم رؤوس الأولياء وسادة الأمة ولم ينكره أحد، أجيب بأن ذلك تكرر منه، والكلام هنا في أول زلة زلها مطيع)[49]. فهذا نص واضح في مذهب الشافعية يقضي بالتفرقة بين من صدرت منه أول زلة، وبين من تكررت منه الزلات، وغدا من المحظورات، وأن هذا الضابط روعي حتى في حق الصحابة – رضوان الله عليهم.

ومما ورد في مذهب السادة الحنابلة (إن تأديب ذوي الهيئة من أهل الصيانة أخف من تأديب أهل الدناءة والسفاهة؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم " **أقيلوا ذَوي الهيئاتِ عثَراتِهم إلا الحدودَ**. "[50] فيكون تعزير من جل قدره بالإعراض عنه، وتعزير من دونه بزاجر الكلام وغاية الاستخفاف الذي لا قذف فيه ولا سب، ثم يعدل عن دون ذلك إلى الحبس الذي ينزلون فيه على حسب رتبهم وبحسب هفوتهم، فمنهم من يحبس يوماً، ومنهم من يحبس أكثر من ذلك إلى غير غاية مقدرة، ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعددت ذنوبه إلى اجتلاب غيره إليها واستضراره بها)[51] . وهكذا تجلى لنا من نصوص الفقهاء ما يبين بوضوح مراعاة حال الجناة فيما إذا كانوا من أهل السوابق أو هم

---

[46] حاشية ابن عابدين (244/4).

[47] الذخيرة (400/9).

[48] أخرجه النسائي في كتاب: الرجم، باب: التجاوز عن زلة ذي الهيئة، رقم الحديث :7293، سنن أبي داود في كتاب: الحدود، باب: الحد يشفع فيه ،رقم الحديث :4375،سنن البيهقي في كتاب :السرقة ،باب :السارق توهب له السرقة ،رقم الحديث:17006.

[49] مغني المحتاج (252/4)

[50] سبق تخريج هذا الحديث في نفس هذه الصفحة.

[51] الأحكام السلطانية (312).

من أهل المروءة (ذوي الهيئات): فهم أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية، لا أهل المال والسلطة، كما إن المعتبر عندهم في أهل الدناءة هو الجهل والجفاء والحماقة[52].

الضابط السادس: الاعتدال في تقرير العقوبات وتجنب إهانة الكرامة الإنسانية.

لقد وردت في كتاب الله تعالى وسنة نبيه محمد صلى الله عليه وسلم أمثلة شتى للعقوبات التعزيرية تدور بين التشديد والتخفيف، ومن ثم أنيطت بولي الأمر أو القاضي مهمة الانتقال بين تلك العقوبات بالنظر لمدى جسامة الجريمة وخطورة المجرم، وأهم تلك العقوبات: التوبيخ والهجر، والتشهير، والتغريم، والضرب أو الجلد ، والنفي والإبعاد، والحبس أو السجن، والقتل، ولقد نص الفقهاء على تلك العقوبات وعلى غيرها على خلاف بينهم في بعض منها – لا مجال هنا لعرضه- ؛لأن ما يهمنا في المقام الأول هنا، أن يتوخى ولي الأمر أو القاضي مقاصد الشريعة الإسلامية من فرض العقوبات فلا مغالاة في تنفيذها، ولا هدر لكرامة الإنسان في تقريرها [53]. وهذه الأمثلة الآنفة التي ساقتها الشريعة الإسلامية للعقوبات التعزيرية ليست على سبيل الحصر، حيث إن الفقهاء نصوا على أن التعزير لا يختص بفعل معين ولا بقول معين[54] (بل إن لولي الأمر أن يحدث أنواع من التعزير بما يراه صالحاً لردع المجرمين وقطاعاً لدبر الإجرام)[55].

إذن إن على ولي الأمر أو القاضي إذا قرر عقوبة تعزيرية ما سواء أكانت من بين التي جاء الشرع بها، أم من غيرها مما قد يراها ملائمة للجريمة المرتكبة، أن يحقق المقصد الأسمى من وراء ذلك، وهو ردع المجرم بما يناسب جريمته وحالته، وزجر غيره عن إتيان مثل ذلك، وألا يشكل تقريره للعقوبة أدنى خروج عن نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها في النهي عن المثلة بالجاني، أو الإضرار البليغ به، أو هدر كرامته ومعاني أدميته؛ فقد " نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة "[56].

---

[52] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1422هـ - 2001م ،(225/2).

[53] الموسوعة الفقهية الكويتية، 30/271.

[54] حاشية ابن عابدين (229/4)، وتبصرة الحكام (219/2)، مغني المحتاج (253/4)، كشاف القناع (106/5).

[55] سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، تأليف: محمد عبد الله المرزوقي –مكتبة العبيكان –الرياض –الطبعة الأولى –(319).

[56] أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب: الذبائح والصيد، باب: ما يكره من المثلة والمصبورة والمجثمة، رقم الحديث :5197.

قال الإمام ابن فرحون المالكي رحمه الله في التبصرة (فالتعزيرات والعقوبات المقصود بها الزجر، فيرى الإمام فيها رأيه، والتعزير إنما يجوز منه ما أمنت عاقبته غالباً، وإلا لم يجز)[57]. وجاء في متن الإقناع وشرحه كشاف القناع (ولا يجوز قطع شيء منه –أي ممن وجب عليه التعزير ولا جرحه ولا أخذ شيء من ماله؛ لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به، ولأن الواجب أدب، والأدب لا يكون بالإتلاف)[58].

وبختام الحديث عن هذا الضابط، أحسب أننا قد عرضنا أهم الضوابط التي ينبغي على ولي الأمر التقيد بها في سلطته التعزيرية بشقيها التجريمي والعقابي، ولقد استخلصت الضوابط كلها من نصوص المذاهب الفقهية المعتمدة. ولله تعالى أعلم.

الخاتمة والنتائج:

بفضل الله وتوفيقه أنهينا كتابة هذا البحث الذي نرجو من الله أن أكون قد وفقت فيه، ويمكن إجمال النتائج التي خرجنا بها بما يلي:

من خلال استقراء ما ورد في فقهنا الإسلامي وأصوله نجد فقهاءنا الأجلاء قد توصلوا إلى الأساس الذي بنى عليه الشارع الحكيم نظام التجريم والعقاب، وهو المحافظة على مصلحة البلاد، ومصالح العباد.

من خلال النصوص التي تم عرضها من مختلف المذاهب الفقهية المعتمدة يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية قد خولت ولي الأمر سلطة تجرم بعض الأفعال المباحة في أصلها بناءً على ضرورة ملحة أو مصلحة عامة؛ ارتقاءً بالأمة الإسلامية إلى أعلى درجات الرخاء والاستقرار.

إن الشريعة الإسلامية تركت أمر تحديد الطائفة الأكبر من الجرائم لولاة الأمر، ضمن الإطار الشرعي الذي رسمته لهم؛ لهدف رئيسي واحد: هو التأكيد على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان؛ إذ هي شريعة الله تعالى الخالدة منذ أن بعث رسوله محمد صلى الله عليه وسلم وحتى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

إن أهم الضوابط الشرعية لسلطة ولي الأمر في التجريم والعقاب، بحسب ما ورد في أمهات كتب الفقه المعتمدة:

الضابط الأول: عدم مخالفة نصوص الشريعة وقواعدها العامة.

---

[57] تبصرة الحكام (222/2).

[58] كشاف القناع عن متن الإقناع (106/5).

الضابط الثاني: مراعاة المصلحة العامة.

الضابط الثالث: وجود النص التجريمي وضمان علم كافة الناس به.

الضابط الرابع: الملائمة بين التجريم والعقاب ومراعاة التدرج في العقوبة التعزيرية.

الضابط الخامس: مراعاة حال الجاني لدى تقرير العقوبة.

الضابط السادس: الاعتدال في تقرير العقوبات وتجنب إهانة الكرامة الإنسانية.

التوصيات:

نوصي الباحثين في الشريعة الإسلامية أن يوجهوا أبحاثهم صوب مسائل الجنايات وأحكامها في الفقه الإسلامي لعل هذه الأبحاث تكون نواة لقانون جنائي إسلامي، مصدره الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

نوصي واضعي القانون ومن ورائهم القضاة بمراعات هذه الضوابط في تجريمهم للأفعال والجرائم المحدثة.

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي الوفاة: 450هـ، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1405هـ- 1985م.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، اسم المؤلف: علاء الدين الكاساني الوفاة: 587، دار النشر: دار الكتاب العربي - بيروت - 1982، الطبعة: الثانية.

تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1422هـ - 2001م.

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، اسم المؤلف: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي. الوفاة: 743، دار النشر: دار الكتب الإسلامي. - القاهرة. - 1313هـ.

التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، للدكتور عبد القادر عودة.

التعزير ضوابطه العامة وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، للدكتور عبد الفتاح خضر.

الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة: 1998م.

حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تأليف: ابن عابدين، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر. - بيروت. - 1421هـ - 2000م.

الخرشي على مختصر سيدي خليل، لمحمد بن عبداه الخرشي، دار الفكر للطباعة – بيروت.

الذخيرة، اسم المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الوفاة: 684، دار النشر: دار الغرب - بيروت - 1994م.

سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، تأليف: محمد عبد الله المرزوقي –مكتبة العبيكان –الرياض –الطبعة الأولى.

شريعة الإسلام للدكتور يوسف القرضاوي.

الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لمحمد بن أبي بكر أيوب ابن القيم الجوزية، مطبعة المدني - القاهرة

فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، اسم المؤلف: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى الوفاة: 926، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418، الطبعة: الأولى.

الفروع وتصحيح الفروع، تأليف: محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418، الطبعة: الأولى، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي.

الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)، اسم المؤلف: أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي الوفاة: 684هـ، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418هـ - 1998م، الطبعة: الأولى.

كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي الوفاة: 1051، دار الفكر - بيروت – 1402هـ.

المستصفى في علم الأصول، تأليف: محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت- 1413، الطبعة: الأولى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.

الموافقات في أصول الفقه، اسم المؤلف: إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الوفاة: 790، دار النشر: دار المعرفة – بيروت.

الموافقات لإبراهيم بن موسى الشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.

الموسوعة العصرية في الفقه الإسلامي، لتوفيق الشاوي وعدد من المشاركين –دار الشروق- القاهرة –الطبعة: الأولى -1421-2001م.

الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية – الكويت: من الطبعة 1404-1427.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، دار الفكر =للطباعة - بيروت - 1404هـ - 1984م.

الوجيز في الفقه الإسلامي، تأليف: نعيم ياسين، دار الفرقان، عمان، الأردن، الطبعة الأولى: 1404هـ 1983 م.