

الفصل الثاني

أصول ومصادر التشريعات العقابية

المبحث الأول

لا جريمة ولا عقوبة الا بنص
(مبدأ الشرعية)

● معنى هذا المبدأ وتطوره التاريخي :

يعنى هذا المبدأ أن يوصف الفعل أو السلوك بكونه جريمة الا اذا دل على ذلك نص تشريعى سابق من السلطة المختصة فى الدولة وكذلك الفعل أو السلوك الاجرامى .

ويرجع هذا المبدأ فى أصله التاريخى الى العصر الجمهورى للقانون الرومانى^(١) ثم صدر بها اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ عن الثورة الفرنسية ، ثم فى الدستور الفرنسى سنة ١٧٩٣ ثم فى قانون نابليون سنة ١٨١٠ ثم صدر به الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٤٨ ثم تغلغل المبدأ فى كثير من قوانين العقوبات فى الدول المختلفة ومنها القوانين العربية .

● المبدأ فى شريعة بريطانيا :

يرجع فى تحديد الجرائم والعقوبات فى معظم دول العالم الى القانون الجنائى ولكن القانون الجنائى فى بريطانيا ذو طبيعة خاصة اذ يعتمد على السوابق القضائية والأعراف المستقرة لدى القضاء ، ومن هذين المصدرين تكون ما يعرف بالشريعة العامة فى بريطانيا وما تقوم

(١) د. محمد سليم العوا - أصول النظام الجنائى الاسلامى ص ٥٠ -
- قارن محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ١٨٢ ، وعبد القادر عودة -
المرجع السابق ج ١ ص ١١٨

عليه من قواعد مستقرة وإن كان تدخل المشرع البريطاني في تزايد بالنسبة لبعض الجرائم (١) .

ومبدأ الشرعية مستقر في قوانين البلاد العربية وإن قد تعرض للنقد الشديد إذ لا يتصور عملاً أن يتسع النص القانوني لكل أعمال الانحراف والاجرام مما قد يؤدي إلى الإفلات من العقاب وانتشار الفساد ، فاتجه الفقه إلى التخفيف من هذا المبدأ بالنص على الجرائم بنص عام وكذلك بالنسبة للعقوبة اتجه الفقه إلى النص على الحد الأعلى للعقوبة دون الأدنى لاعطاء القاضي سلطة الاعفاء من العقوبة والتقدير وذلك كله بقصد تحقيق العدالة (٢) .

* * *

● موقف التشريع الجنائي الاسلامي من قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الابنص :

إن للشرعية الاسلامية منهجا خاصا في تناول الموضوعات لا شك انه مختلف عن القوانين الوضعية وذلك من ناحيتين أساسيتين هما :

المصادر والمقاصد وقد سبق لنا بيان ذلك .
وفيما بين المصادر والمقاصد قد تتفق الوسائل والأساليب والأدوات وهي ما تسمى في المنهج الاسلامي بالأحكام الشرعية وبخاصة في اصطلاح الفقهاء وما تقوم عليه من نسبة أمر لأمر أو نفيه عنه وذلك على وجه الاجمال ومن هنا فإن استنباط ما يؤيد قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الابنص أمر وارد في التشريع الجنائي الاسلامي ولكن وفقا لمصادره وتحقيقا لمقاصده ، فقاعدة « لا تكليف قبل ورود الشرع » مستمدة من القرآن والسنة فيقول الله تعالى :

﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ (الاسراء : ١٥)

(١) انظر د. محمد سليم العوا - أصول النظام الجنائي الاسلامي

ص ٥٢

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين محمد كمال مرسى والسعيد مصطفى العبد ص ١٠٤ الأحكام العامة في القانون الجنائي د. علي بدوي ص ١٠٢ - مشار إليه في محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ١٨٢

وفي اطار هذه القاعدة يذهب البعض^(١) الى أن الشريعة الاسلامية احاطت نصوصها المساوية بكل معالم نظرية المسؤولية الجنائية البنينة على أساس أخلاقي فقد ورد مبدأ الاختيار والذنب كأساس للمسئولية الجنائية والعقاب في قوله تبارك وتعالى :

« ألا تزر وازرة وزر اخرى . وأن ليس للانسان الا ما سعى . وأن

سعيه سوف يرى . ثم يجزاه الجزاء الأوفى » . (النجم : ٣٨ - ٤٠)

فالوزر مرادف الذنب والسعى مرادف الاختيار والجزاء مرادف العقاب ثم ان الشريعة الاسلامية هي أسبق الشرائع على الاطلاق وفي كل العصور الى تسجيل « مبدأ الشرعية الجنائية » في معنى ضرورة الانذار قبل العقاب لقوله تعالى :

« وما كنا معذنين حتى نبعث رسولا » (الاسراء : ١٥)

وهذا المبدأ تسجيل دستوري صريح لفكرة الاختيار « كأساس للمسئولية العقابية من حيث أن الانذار بالعقاب مقدما يعنى الزام كل امرىء تبة ما يختاره من التصرفات المخالفة لمضمون هذا الانذار » .. ومن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التي تقرر القاعدة الشرعية السابقة ما جاء في حجة الوداع « ألا ان دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث بن عبد المطلب وأن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب » ..

وتأسيسا على ذلك فإن الانذار بالذنب أو الجرم قبل اتيانه أمر مقرر في التشريع الاسلامى وبصفة خاصة التشريع الجنائى ، ويتجلى هذا المسلك الشرعى فى جرائم الحدود والقصاص اذ بين الجرائم وعقوباتها وهى تعرف بالجرائم التى لها عقوبات مقدرة فى الشرع الاسلامى .

الحدود والقصاص فالحدود قد حد الله عقوبتها بالنص فى القرآن

(١) انظر د. على راشد - المرجع السابق ص ٣٦

الكريم أو السنة النبوية الشريفة وكذلك جرائم القصاص قدرت فيها العقوبات بقرآن أو سنة وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم ديات الجراح اذا لم يكن فيها القصاص أو كان الاعتداء خطأ فذكر أن أرش الموضحة وهى التى تكشف العظم خسا من الابل وأن أرش الهاشمة وهى التى تهشم العظم عشر ابل وأن أرش الأمة وهى التى تصل الى غشاء المخ ثلث الدية ومثلها أرش الدافعة وهى التى تصل الى المخ باعتبارها أصل الدماغ^(١) .

وعلى هذا النحو فلا يستطيع القاضى أن يزيد أو ينقص فى العقوبة المقدرة فى الحدود والقصاص والديات ومن ثم يبين أن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تجدد تطبيقا دقيقا فى جرائم الحدود والقصاص والديات .

هذا ويجب ونحن بصدد تقرير قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص أن تأخذ فى اعتبارنا ثلاثة أمور هى :

- ١ - انه اذا تعذر القصاص صورة ومعنى والاكتفاء بالقصاص معنى فقط أى العدول عنه الى الدية يجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم مع الدية بعقوبة تعزيرية اذا اقتضت ظروف المجرم أو الجريمة ذلك .
- ٢ - انه لا أثر للتقادم فى جرائم القصاص والاعتداء على الأطراف على حين أن للتقادم أثره فى جرائم الحدود^(٢) .
- ٣ - أن الحدود غير قابلة للعفو بعد ثبوتها بخلاف عقوبات القصاص فانها قابلة للعفو^(٣) .

أما فى جرائم التعزير وهى التى ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها بنص قرآنى أو سنة نبوية مع ثبوت النهى عنها لأنها فساد فى

(١) انظر محمد ابو زهرة - المرجع السابق ص ١٨٩

(٢) انظر فتح القدير ج ٤ ص ١٦٤ و ١١٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٧

وما بعدها . تبين الحقائق ج ٣ ص ١٨٧ وما بعدها .

(٣) انظر : محمد ابو زهرة - المرجع السابق ص ١٩٠

الأرض أو تؤدي إليه ومن ثم فهي معاصي لا حد فيها ولا كفارة والأصل فيها أن ينص على الجريمة دون العقوبة التي يترك أمرها على الحاكم ، وساق شيخ الاسلام ابن تيمية الأمثال على جرائم التعزير^(١) كالذي يقبل الصبيان بشهوة ويقبل المرأة الأجنبية أو يباشر بلا جماع أو يسرق من غير حزر أو شيئا يسيرا...••

فهؤلاء يعاقبون تعزيرا أو تنكيلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالي على حسب كثرة الذنب في الناس وقلته وعلى حسب حال المذنب فاذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل من ذلك وعلى حسب كثرة الذنب وصغره...••

فجرائم التعزير معاصي منهي عنها في الدين والأخلاق ويترتب عليها الفساد في ذاتها أو تؤدي إليه ومن ثم فهي جرائم غير محصورة •

وعدم النص على عقوبة الجرائم التعزيرية يتلاءم مع منهج التشريع الاسلامي في وسائل استنباط الأحكام أو أدلة الأحكام ومنها القياس فالعقوبات المقدرة سبيل للتعرف على غير المقدرة مع توافر العلة فالعقوبة في الاسلام مائعة للاجرام داعية الى الازجار باعثة على الاعتبار وأن يكون هناك تناسب بين العقوبة والجريمة ومن هنا كانت سلطة الحاكم في تقريره عقوبات الجرائم التعزيرية مقيدة بضوابط العدالة والقسط بين الجريمة والعقوبة والزجر أيضا •

كما يتجلى تلاؤم عدم النص على عقوبات الجرائم التعزيرية مع منهج التشريع الاسلامي في صلاحية هذا التشريع لكل زمان ومكان فالجرائم لا تنتهي ومن ثم لا تحصى عددا أو نوعا فالناس يجد لهم من الأفضية ما يجد لهم من الأحداث ولولى الأمر أن يواجه ذلك مواجهة حاسمة ومن ثم فهذا الإطار المرن في جرائم التعزير يعطى لولى الأمر المكنة في تقدير العقاب

(١) ابن تيمية - السياسة الشرعية ص ١٢٠

مراعيًا في ذلك كل الظروف والملابسة ولكن دون أن يزيد على ما قدره الشارع في جرائم الحدود والتصاص لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » وهذا ما يذهب إليه جمهور الفقهاء فالاحتياط في العقوبة بالنسبة للمتهم حتى لا يكون قد عوقب بأكثر مما يعاقب به مثله في الشرع فلو خفف العقاب للاحتياط. لكان أولى من التشدد مع الاحتمال^(١) .

وعلى ضوء ما تقدم في التعزيرات فانه لا يستقيم ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور على راشد^(٢) : « من أن التعزيرات نظام لا ينطوي بحسب أصل تشريعه في السنة الشريفة على معنى العقاب وإنما الحاكم الدنيوي هو الذي استند الى هذه السنة ليقيم التعزير نظاما للعقاب التهديدى النفعى الصرف لدواعى المصلحة الاجتماعية ومقتضيات السياسة الشرعية » ، ومرة أخرى يقول :

« ونظام التعزير بما ينضنه من جرائم وعقوبات أو تدابير بناء أتامه الحاكم بوصفه مشرعا خلال القرون الأولى التالية لعهد الرسالة عملا بنظرية السياسة الشرعية المبنية على مبدأ المصلحة أو المصالح المرسلة هذا وان كان البناء كله قد أسس على مبدأ مستمد من السنة النبوية الشريفة ثم انتهى الأمر في القرون الحديثة وبخاصة في عهد الخلافة العثمانية الى تدوين التعزيرات فيما يشبه المدونات الحالية وعند هذا الحد وقف عمل الفقهاء في شأنها وكان قبل ذلك مقصورا على مجرد احصائها ورصدها مع شرح بسيط لحالات انطباقها » .

ومرة ثالثة يقول « والتعزير في الأصل ليس عقابا لأن العقاب شرعا هو العذاب سواء في الدنيا أو في الآخرة لقوله سبحانه وتعالى في سورة النجم : ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ ..

(١) محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة ص ١٩٤

(٢) مذكراته في الفقه العقابى في إطار النيوكلاسية العلمية - لطلبة

الدكتوراه ص ٤١ ، ٧٠

والسنة النبوية فى التعزير لم تبلغ أبدا فى أية واقعة من وقائعها درجة العذاب ولو فى أهون صورة وانما بلغ التعزير حد الإعدام سياسة بما أخرجه عن أصل حكمة تشريعية فى العهود التالية لعهد الرسالة وكان الحاكم يهتدى فى عمله التشريعى فى مجال التعزير بالعرف فلما تزايدت السوابق التشريعية العرفية وتنوعت التعزيرات وانفصلت سلطة القضاء عن سلطة التشريع لم يكن بد من وضع التعزيرات التى استقر عليها العرف التشريعى على يد الحكام فى تناول القضاة فشأت عن هذا الموقف ضرورة تدوين تلك التعزيرات» (١) .

وهذا الذى ذهب اليه الأستاذ الدكتور على راشد يناقض ما سبق أن ذكرناه فى معنى التعزيرات من أنها خلو فقط من تقدير العقوبة وعن أن الأصل فى تقدير العقوبة فيها ما نص على العقوبة به على ألا تزيد عن مقدار العقوبة المقدرة وأن ذلك ينسجم مع منهج التشريع الجنائى الاسلامى وبالإضافة الى ذلك فإن ما ذهب اليه الأستاذ الكبير من أن الأصل فى نظام التعزيرات أنه لا ينطوى على معنى العقاب بل انه ليس فى الأصل عقابا يناقض معنى التعزير على ما ذكره الفقهاء من أنه « تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود» (٢) فالتعزير عقوبة على جرائم لم تحددها الشريعة ولم تحدد مقدار عقوبتها وان هناك من العقوبات ما يبدأ بأخذها من النصح والتوجيه وينتهى بالجلد أو الحبس وقد تصل الى القتل فى الجرائم الخطيرة ويترك للقاضى سلطة تقدير اختيار العقوبة بحسب الظروف والملابسات الخاصة بالفعل وبالجانى والمجنى عليه والمجتمع والقاضى أن يعفو أو يبرىء اذا اقتضت المصلحة ذلك .

* * *

(١) المرجع السابق ص ١٠٦ وما بعدها .
(٢) انظر الاحكام السلطانية للماوردى ص ٢٠٤ - بدائع الصنائع للكاسانى ج ٧ ص ٦٤ - المطالب للشيخ زكريا الانصارى ج ٩ ص ١٦٠

مدخل للمبحث الثانى

مصادر التشريع الجنائى

فى شريعة الناس (القوانين الوضعية)

لم تعرف القوانين الوضعية قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص الا فى أواخر القرن ١٨ عندما أقرت فى اعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر غداة الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ وقبل ذلك كانت سلطة القاضى تحكمية فى تحديد الأفعال التى تعتبر جريمة وكذلك فى تقدير العقوبات التى يراها^(١) .

وكان القانون الفرنسى يطبق القاعدة على نحو جامد اذ حصر الجرائم حصرا ونص على عقوباتها من حد واحد فليس للقاضى أن يزيد أو ينقص دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة ثمة أثر على العقوبة ثم جعل القانون الفرنسى بعد ذلك للعقوبة حدين حدا أعلى وحدا أدنى والقاضى يقدر العقوبة بين هذين الحدين وكذلك جعل لكثير من الجرائم عقوبتين يختار القاضى بينهما أو يحكم بهما .

ثم انتقلت القاعدة من القانون الفرنسى الى القوانين الوضعية الأخرى ولكنها أصبحت تحت تأثير حاجات الجماعة والمصلحة الاجتماعية تخضع لكثير من المرونة من ناحيتى الجريمة والعقوبة فمن ناحية الجريمة يتجه شراح القانون الجنائى الى الاكتفاء بالنص على الأفعال المحرمة نصا .

(١) شرح قانون العقوبات كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ -
القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ٧٨

المبحث الثاني

مصادر التشريع الجنائي
في شريعة الناس (القوانين الوضعية)

● المطلب الأول - القانون :

لا يكفي أن يرتكب الشخص فعلا ماديا ضارا بالمجتمع ولا أن يكون الفعل مدونا بالقانون ومنصوصا على عقوبته وهو ما يسمى بالركن الشرعي للجريمة .

وهذا المبدأ تقتضيه العدالة اذ لا يصح مؤاخذة انسان بجريمة الا بعد تحريمها وانذاره بعدم ارتكابها والا لو كان العكس جائزا لما آمن انسان على نفسه ولكان مهددا على الدوام بالاضطهاد والاستبداد .

وعلى هذا الأساس فتطبيق المحاكم للقانون الجنائي لا يخرج من ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يوجد للواقعة المطروحة أمام المحكمة نص صريح في القانون وفي هذه الحالة يتعين على القاضى العمل بهذا النص والحكم .

الثانية : أن لا تجد المحكمة الواقعة التي لديها نصا في القانون وهنا يتعين عليها أن تقضى ببراءة المتهم عملا بقاعدة لا عقوبة بلا نص وليس للقاضى أن يرجع الى القواعد المعمول بها في المواد المدنية فيحكم بطريقة القياس أو الاستنتاج أو حتى اتباع قواعد المدل اذ لا يصلح شئ من ذلك في المواد الجنائية .

الثالثة : أن يجد القاضى نصا غامضا في القانون وهنا يتعين عليه بذل وسعه وافراغ جهده في فهم النص وتوضيح معناه والقصد منه ، والا وجب عليه أن يفسر النص الغامض لمصلحة المتهم .

وكما يجب النص على الجريمة فى القانون يجب أن تكون العقوبة أيضا مقدره فى القانون وأن القاضى يحكم بها بمقتضى نص فى القانون فلا تتصف العقوبات بالاستبداد ، هذا وتنقسم العقوبات الى عقوبات جنائيات وعقوبات جنح وعقوبات مخالفات وكذلك الى عقوبات أصلية وتابعة وتكميلية كما تنقسم الى عقوبات بدنية وعقوبات سالبة للحرية والى عقوبات مقيدة للحرية وعقوبات سالبة للحقوق وسالبة للمال .
وتأسيسا على ما تقدم نخلص الى ما يأتى :

١ - ان الأوامر والنواهى الجنائية وجزائها ترجع الى القانون المكتوب .

٢ - أن القاضى لا يملك التجريم ولا المعاقبة دون نص قانونى .

ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون أو مبدأ الشرعية يزدهر فى أوقات ازدهار الحريات الفردية ويعبر عن مدى بعيد فى احترامها وهو فى نفس هذا الوقت قيد على تحكم السلطان فى حريات الأفراد ومن هنا يقال (١) أن هذا المبدأ لم يكن معروفا قبل العهد الأعظم ماجاناكارنا الذى منحه الملك جون فى بريطانيا لرعاياه سنة ١٢١٥ ولم يكن هذا المبدأ معروفا فى مصر قبل سنة ١٨٨٣ اذ نص عليه ضمنا فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وفى المادة ١٩ من قانون العقوبات الصادر فى سنة ١٨٨٣ ثم نص عليه صراحة فى دستور سنة ١٩٢٣

ومن هذا المبدأ وبالبناء عليه لا يكون للقانون الجنائى الا مصدر واحد هو القانون المكتوب وفى هذا يختلف عن القانون المدنى ومن ثم يختلف دور كل من القاضى الجنائى عن القاضى المدنى فالأول يجب عليه الحكم بالبراءة مهما كان الفعل فى نظره خطيرا يستأهل التجريم اذا لم يكن ثمة نص يبين الجريمة ويحدد عقوبتها (٢) على حين أن القاضى

(١) انظر د. محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام

ص ٢٧ طبعة ١٩٥٥

(٢) يخول القانون الجنائى الروسى القاضى سلطة التجريم فيما يعده

خطرا على النظام السوفيتى .

المدنى يجب عليه أن يفصل فى النزاع المطروح عليه حتى ولو له
يوجد تشريع فله أن يلجأ الى العرف أو مبادئ الشريعة الاسلامية
أو مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة •

● تفسير القانون الجنائى :

النص القانونى المنشئ للجريمة والعقوبة قد يكون غامضاً فيحتاج
الى تفسير ويقوم بذلك المشرع نفسه أو القاضى أو الفقيه ، والتفسير
الفقهى والقضائى ليس لأيهما قوة ملزمة •

وقد يكون التفسير بطريق القياس وهو أقصى ما يصل اليه التفسير
اذ يستنبط المفسر من النظام القانونى قواعد قانونية يطبقها على حالات
مسئلة لما عرض له الشارع^(١) ومن أمثلة ذلك أن المادة ٦٣ من
قانون العقوبات المصرى تبيح الجريمة التى يرتكبها الموظف العمومى
اذا كان حسن النية وتبين المادة المقصود بحسن النية فتسوى بين
العمل المشروع والاعتقاد بمشروعيته مع التثبت والتحرى وهذه القاعدة
عامة تسرى فى كل أسباب الاباحة فلا يعد القذف فى حق ذوى الصفة
العامة جريمة سواء كانت الواقعة المسندة صحيحة أو كان القاذف
يعتقد بصحتها ولا يعد التبليغ جريمة ولو كانت الواقعة مكذوبة متى كان
المبلغ يعتقد بصدقها •

ولكن الاحتراز فى وجوب ألا يصل القياس الى حد خلق جرائم
وعقوبات فالنصوص لا يصح أن يستنتج منها قواعد تؤدى الى تجريم
أفعال غير محرمة ولذلك يفرق الفقه الايطالى والفقه الألماني بين قياس
لصالح المتهم وقياس لغير صالحه والأول مقبول والآخر مرفوض فيكون
القياس وسيلة تفسير بالنسبة للنصوص التى تتحدث عن أسباب
الاباحة أو موانع المسئولية بحيث تشمل وقائع لم ينص عليها القانون
صراحة لأنه لو عرض لها لقرر بشأنها ما قرره فيما عرض له •

(١) انظر د. محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٢٧ وما بعدها .

المطلب الثاني

العرف والسوابق القضائية

هناك تلازم بين العرف والسوابق القضائية من ناحية استقرار أحكام المحاكم على الأخذ بأمور استقرت عرفيا كأساس لها في قضائها .

كما أن هناك فرق بين العادة والعرف فالعادة كما يذهب البعض^(١) لا تنشئ حقا ولا تبرر بالتالي جريمة فاذا جرت العادة أحيانا باعطاء « بقشيش أو فححة » مستخدم عمومي بقصد قضاء حاجة فإن هذه العادة لا تكون عرفا ولا تبرر جريمة الرشوة وإذا جرت العادة في بعض الأفراح باحداث نعط أو غانية أثناء الليل مما يكدر راحة السكان فإن ذلك لا يكون عرفا يبرر المخالفتين المنصوص عليهما في المادة ٣٨٠ عقوبات مصرى .

ويشترط في العرف العمومية والاستقرار والاطراد والعمل به بانتظام وأن يكون الالتزام بتطبيقه والعمل به على أساس أنه ضرورة من قواعد السلوك وعلى الرغم من ذلك فإن العرف لا يثنى قاعدة قانونية الا اذا كانت هذه القاعدة متفقة مع الغاية النهائية للقانون وإن كانت مخالفة في الظاهر لقاعدة في القانون المكتوب فعندئذ تكون الغاية النهائية أولى بالتغليب والفقهاء الجنائي في كثير من الدول مستقر على أن العرف لا يكون مصدرا لقاعدة من قواعد التجريم ويرى البعض أيضا أن العرف لا يكون أيضا مصدرا لقاعدة من قواعد الاباحة فمصدر جميع أحكام قانون العقوبات هو القانون المكتوب ومن ثم فأحكام القانون لا يعطها الا قانون ولكن الاتجاه الحديث في الفقه يميل الى التوسع في تفسير قواعد الاباحة فيذهب الى اباحة الفعل متى كان استعمالا لحق أيا كان مصدر هذا الحق . وشتان بين قاعدة

(١) د. محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٨٥

تجريم وقاعدة اباحة فالأولى قيد يرد على الأصل وهو الحرية التي هي أساس كيان الانسان وكرامته والثانية تفك هذا القيد وتحد من غلوائه وبديهي أن يكون القيد بقانون أو قاعدة قانونية وألا يكون التحلل منه بنفس الأداة .

وقد اعتمد القضاء على العرف كمصدر للإباحة في كثير من الأحكام وإن لم يصرح باعتباره كذلك فجرى قضاء النقض^(١) المصري على أن للمصحافة الحق في نشر الحوادث والنهي على التصرفات وقدها ومن ثم فلا تسند للناسر جريمة القذف متى كان النشر في حدود الحق المقرر للنشر ولا يوجد قانون يبيح ذلك ولكن جرى به العرف واعتبره القضاء لأن الغاية المقصودة بالإباحة تعلق على الغاية المقصودة بالتجريم ولكن الأمر جد دقيق ومسئولية القضاء به ليست يسيرة فتقدير الغاية والعمل بها ليس بالأمر الهين .

وقد يحظر المشرع بنص صريح حقا جرى به العرف ومن ثم لا يجوز الدفع بما اكتسب عرفا مع وجود النص الصريح .

ويشذ عما تقدم في قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات ، القانون الانجليزي وهو ما يعرف بالشريعة العامة في بريطانيا ، حيث نشأ وتطور اعتمادا على السوابق القضائية والأشرف التي حظيت بتأييد القضاء وإن كان الاتجاه الى اعتبار قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات في بريطانيا^(٢) .

* * *

(١) نقض ١٩٠٥/٨/٢١ - الشرائع س ٣ ص ٥٩ - مشار اليه في د. محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٨٥ هامش ٢ .
(٢) انظر محمد سليم العوا - المرجع السابق ص ٥١

المبحث الثالث

مصادر التشريع الجنائي

في الاسلام

● تمهيد :

ان أوامر الشرع الاسلامي ونواهيه هي التي تدل على المطلوب شرعا والمنهى عنه ومن ثم بيان الجرائم والعقوبات وأوامر الشرع ونواهيه جاءت بها النصوص الشرعية في قرآن أو سنة أو دل عليها الاجماع أو الاستنباط الفقهي في اطار النصوص الشرعية والقياس على الأحكام ومقاصد الشرع الاسلامي .

وعلى هذا الأساس فمصادر التشريع الجنائي المقرر لجرائم والعقوبات هي :

• الأول : القرآن والسنة والاجماع .

والثاني : مختلف فيه وهو القياس

وليس معنى القسم الثاني أن مصادره تأتي بأسس شرعية جديدة بل هي طرق للاستدلال على الأحكام الجزئية من نصوص القرآن والسنة ولا يمكن أن تسفر عن أحكام تخالفهما .

ومن ثم يمكن تقسيم المصادر الأساسية لأحكام التشريع الجنائي الى مصادر نصية أي مردها الى النص وتشتمل على القرآن والسنة . ومصادر اجتهادية وتشتمل اجبالا على الاجماع والقياس ...

* * *

المطلب الأول

القرآن

● منهج القرآن في بيان الجرائم والمعوقات :

القرآن حجة قاطعة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة التسليم والاتباع ونصوصه قطعية الثبوت ودلالاتها على المعاني قد تكون قطعية وقد تكون ظنية وبيانه للأحكام الشرعية قد يكون بيانا كلياً وقد يكون بيانا تفصيلياً ومن ذلك أحكام الحدود والقصاص فقد بين القرآن حد الزنا والسرقه وقطع الطريق والقذف وأشار الى حد الشرب وقد استنبط على بن أبي طالب رضى الله عنه مقدار الحد فيه من القرآن بقياسه على حد القذف وكذلك بين القرآن الكريم القصاص فى قتل النفس وقطع الأطراف وجريمة القتل الخطأ .

والقرآن الكريم فى بيانه للجرائم بيانا كلياً أورد أكثر المعاصى فى مواضع النهى عنها فقال تعالى :

﴿ ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ .

(الانعام : ١٥١)

وقال :

﴿ الذين ياكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا ، واحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

(البقرة : ٢٧٥)

وقال :

﴿ ويل للمطففين . الذين اذا اكلوا على الناس يستوفون . واذا كالوهم او وزنوهم يخسرون ﴾ .

(المطففين : ١ - ٣)

وبذلك نهى عن جريمة تطفيف الكيل والميزان واعتبرها من المعاصى . ونهى عن أكل أموال الناس بالباطل وعن الرشوة واعتبرهما جريمة فقال تعالى :

﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا
فريقا من أموال الناس بالآثم وأنتم تعلمون ﴾ . (البقرة : ١٨٨)

ونهى عن الخيانة فقال تعالى :

﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا اماناتكم
وانتم تعلمون ﴾ . (الانفال : ٢٧)

ونهى عن جرائم السب والتنازع بالألقاب والأسماء والتجسس والغيبة
والظن فقال تعالى :

﴿ يا ايها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم
ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ، ولا تنابزوا
بالألقاب ، بنس الاسم الفسوق بعد الايمان ، ومن لم يتب فأولئك هم
الظالمون . يا ايها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ، ان بعض الظن اثم ،
ولا تجسسوا ، ولا يغتب بعضكم بعضا ، ايحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه
ميتا فكرهتموه ، وانفقوا الله ، ان الله تواب رحيم ﴾ .

(الحجرات : ١١ - ١٢)

ونهى القرآن الكريم عن الفحشاء والمنكر والبغى فقال تعالى :

﴿ ان الله يأمر بالعدل والاحسان وابتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء
والمنكر والبغى ، يعظكم لعلكم تذكرون ﴾ . (النحل : ٩٠)

* * *

● القسم العام والخاص في التشريع الجنائي الاسلامى :

وعلى هذا النحو من البيان التفصيلى فى جرائم الحدود والقصاص
والاجمال أو الكل تحت اسم المعاصى أو الفواحش أو المنكر والبغى
يكون القرآن الكريم قد اشتمل على ما يسمى فى علم القانون الجنائى
بالقسم العام المشتمل على الجريمة وأركانها وأسباب الاباحة وما يلحق
بها من الشروع والاشتراك والاتفاق الجنائى والعقوبة وأنواعها
وما يلحق بها وكذلك على ما يسمى بالقسم الخاص المبين لأنواع الجرائم

وتفاصيلها وعقوباتها على نحو يعكس اختلاف جوهرى بين المنهج الإسلامى فى التشريع الجنائى الإسلامى والقوانين الجنائية الوضعية وذلك فى النواحي الأساسية الآتية :

١ - أحكام القرآن تشمل الدنيا والآخرة :

وهذا مسلك دينى تفرد به الشرائع السماوية وبالأخص المنهج الإسلامى فلكل فعل أو عمل وجه دنيوى وأثر أخروى وذلك تحقيق مصالح العباد فى الدنيا والآخرة ومن هنا كان الجزاء فى التشريع الإسلامى جزاء دنيوى وجزاء أخروى فللقتل مثلا جزاءان أحدهما دنيوى وهو القصاص والآخر أخروى وهو العذاب الأليم لقوله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحرب بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ .

(البقرة : ١٧٨)

وقوله تعالى :

﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

(النساء : ٩٣)

وكذلك فى جزاء السرقة وقطع الطريق أو الحراية .

٢ - الطبيعة المتميزة للجرائم فى التشريع الجنائى الإسلامى أو ما يسمى فى القانون الجنائى الوضعى بالقسم الخاص :

فاشاعة الفاحشة والفسق والعصيان فهذه المصطلحات جريمة فى التشريع الجنائى الإسلامى لقوله تعالى :

﴿ وأما الذين فسقوا فمأواهم النار ، كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذى كنتم به تكدبون ﴾ .

(السجدة : ٢٠)

وقوله تعالى :

﴿ ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة ﴾ .

(النور : ١٩)

وقوله تعالى :

﴿ ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها
وله عذاب مهين ﴾ . (النساء : ١٤)

وكذلك أكل أموال اليتامى لقوله تعالى :

﴿ ان الذين ياكلون أموال اليتامى ظلماً انما ياكلون فى بطونهم ناراً ،
وسيلون سعيراً ﴾ . (النساء : ١٠)

وأكل الربا لقوله تعالى :

﴿ واحل الله البيع وحرم الربا ﴾ . (البقرة : ٢٧٥)
وتعطيل المساجد لقوله تعالى :

﴿ ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وسعى فى
خرابها ، اولئك ما كان لهم ان يدخلوها الا خائفين ، لهم فى الدنيا خزى ،
ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ . (البقرة : ١١٤)

والتولى عند الزحف والردة وغيرها من أنواع الجرائم التى يعد
ارتكابها اعتداء على المصالح كما رسمها المنهج الإسلامى .

٣ - اذا كانت الجرائم فى المنهج الإسلامى اعتداء على المصالح
كما رسمها ذلك المنهج فقد قسمها فقهاء الاسلام الى مصالح حفظ الدين
والنفس والعقل والنسل والمال وهذه الأحوال الخمسة حفظها واقم
فى رتبة الضرورات فهى أقوى المراتب فى المصالح ومثاله قضاء الشرع بقتل
الكافر المضل وعقوبة المبتدع الداعى الى بدعته فان هذا يفوت على
الخلق دينهم وقضاؤه بايجاب القصاص اذ به حفظ النفوس وايجاب
حد الشرب اذ به حفظ العقول التى هى مناط التكليف وايجاب حد
الزنا اذ به حفظ النسب والأنسب وايجاب زجر الفصاحب والسراق اذ
به يحصل حفظ الأموال التى هى معاش وهم مضطرون بها وتحريم
تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل الا تشتمل عليه ملة
من الملل وشريعة من الشرائع التى أريد بها اصلاح الخلق ولذا لم تختلف
الشرائع فى تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقه وشرب المسكر (١) .

وفى الإسلام تتفاوت الجرائم بتفاوت ما فيها من مفسد وقد قسم عز الدين بن عبد السلام^(١) المفسد على أساس قوة المنع أو النهى الى ضربين :

(أ) ضرب حرم الله تعالى قربانه وضرب كره الله اتيانه والمفسد ما حرم الله قربانه وهى رتبتان :

احدهما : رتبة الكبائر وهى منقسمة الى الكبير والأكبر والمتوسط بينهما ، فالأكبر أعظم الكبائر مفسدة وكذلك الأنقص فالأفقص ولا تزال مفسد الكبائر تتناقص الى أن تنتهى الى مفسدة لو نقصت لوقعت فى أعظم رتب الصغائر وهى الرتبة الثانية من المفسد ثم لا تزال مفسد الصغائر تتناقص الى أن تنتهى الى مفسدة لو كانت لا تنتهى الى أعلى مفسد المكروهات وهى الضرب الثانى من رتب المفسد ولا تزال تتناقص مفسد المكروهات حتى تنتهى الى حد لو زال لوقعت فى المباح .

وعلى هذا النحو يرتبط تقسيم الجرائم فى التشريع الجنائى الاسلامى بأصل عقائدى ، هو الحلال والحرام بما يؤدى الى عدم الفصل بين الشريعة والعقيدة ويؤدى الى حثية القول بأن الاسلام شريعة وعقيدة فى ذات الوقت ولا شك ان هذا المسلك يختلف جذريا فى تقسيم الجرائم عن مسلك القوانين الجنائية الوضعية التى قسمت الجرائم الى أقسام أخرى هى :

١ - بالنسبة لأهميتها ودرجة جسامة العقوبة تنقسم الى جنايات وجنح ومخالفات .

٢ - ومن الوجهة المادية تنقسم الى جرائم وقتية ومستمرة وإلى جرائم بسيطة وجرائم مركبة وإلى جرائم متلبس بها وغير متلبس بها .

٣ - ومن الوجهة المعنوية تنقسم الى جرائم مقصودة ، غير مقصودة .

* * *

(١) قواعد الاحكام فى مصالح الأنام ص .

المطلب الثاني

السنة

السنة هي ما أثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير .

والسنة كيمصدر من مصادر التشريع الجنائي الاسلامي منها ما جاء مقررا لأحكام القرآن الكريم مثال ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في القصاص :

« من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا العقل » وفي رواية أخرى « وان أحبوا عفوا » .

ومن السنة ما جاء مبينا للسراد من القرآن الكريم مثل حد النصاب في السرقة كحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فان آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » .

ومثل بيان حد الشرب لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

« من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه » .

كما بينت السنة الدية بيانا كاملا ومن تجب عليه سواء لما ورد في القرآن في القتل الخطأ بقوله تعالى :

« ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله » .

(النساء : ٩٢)

أو كانت السنة متضمنة لحكم سكت عنه القرآن مثل دية الجنين فيما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال للصحابة :

« اذكر الله امرأ سمع من النبي في الجنين شيئا فقام حمل به مالك النابغة فقال : كنت بين جاريتين لى يعنى ضربت احدهما الأخرى

بسطح فألقت جنيينا ميتا ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة :
(عشر من الابل أو عبد أو أمة ، وقال كثير من الفقهاء انها عشر الدية)
فقال عمر : لو لم أسمع فيه لقضينا بغيره (١) .

ومن السنة الفعلية قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بالمعقوبة
فى الزنا بعد الاقرار وقطعه اليد اليسرى فى السرقة من الكوع واختياره
سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين عندما أراد اقامة الحد .

والسنة بينت طرائق اثبات جريمة الفصاح ، فالقصاص يثبت بالاقرار
ويثبت بشهادة رجلين ، فقد روى مسلم والنسائي أن رجلا جاء الى
النبي صلى الله عليه وسلم بجيشى فقال له : ان هذا قتل أخى ، قال كيف
قتلته ؟ قال : ضربت رأسه بالفأس ولم أرد قتله . قال : هل لك مال تؤدى
ديته ؟ قال : لا ، قال : أفرأيت ابن أرسلتك تسأل الناس تجع ديته قال : لا ،
قال : فمواليك يعطونه ديته ، قال : لا . قال للرجل خذ ، فخرج به
ليقتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما انه قتله كان مثله
فبلغ به الرجل حيث سمع قول النبي صلى الله عليه وسلم فقال له هو
ذا فمر فيه ما شئت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسوء
بأثم صاحبه واثمه فيكون من أصحاب النار .

كما بينت السنة القسامة كطريقة من طرق الاثبات روى عمر بن
شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على من ادعى
واليمين على من أنكر الا فى القسامة » .

وحمله فقد بينت السنة طريقة اثبات الحدود ودرئها بالشبهة —
وما لم يذكر حكمه فى القرآن أو السنة صراحة فقد ورد حكمه ضمن
قواعد الاسلام الكلية التى تعرف بالقياس .

* * *

(١) انظر محمد أبو زهرة — المرجع السابق ص ٢١٩

المطلب الثالث

القياس

القياس الحاق ما لا نص فيه بما فيه نص في الحكم الشرعي المنصوص عليه لاشتراكهما في علة الحكم .

وفي القياس قال المزي : « الفقهاء من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا استعملوا المقاييس في جميع الأحكام في أمر دينهم وأجمعوا على أن نظير الحق حق ونظير الباطل باطل فلا يجوز لأحد انكار القياس لأنه التشبيه بالأمر والتمثيل عليها » (١) .

* * *

● القياس في الجرائم والعقوبات :

كيف يمكن الجمع بين قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص وجواز القياس في الجرائم والعقوبات عند من يقولون بذلك ؟

المعنى للنظر يستبين أن القائلين بجواز القياس في الجرائم لا يعنى قولهم الاتيان بأحكام جديدة أو ابتداء جرائم جديدة وانما هو فى الحقيقة نوع من التوسع فى نطاق تطبيق النصوص ومن ثم فليس القياس مصدرا تشريعيا دائما هو فى الحقيقة مصدر تفسيرى للأفعال التى تدخل فى نطاق النص كالحاق اللواط بالزنا والحاق القتل بالمشغل بالقتل بالمحدد والحاق القبر بالمسكن والحاق المسكر بالخمير عند البعض (٢) .

والقياس يعمل به فى عقوبات جرائم التعزير لأنها مبنية على تقدير القاضى أو ولى الأمر وقد وضح الحد الأعلى للعقاب فى الحدود والقصاص فيسهل عليه القياس (٣) .

(١) مشار اليه فى محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ١٨٣

(٢) انظر عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٣) انظر محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة ص ١٢٧

وقد اختلف القائلون بعدم جواز القياس في كل الأحكام في جواز القياس في الجرائم والعقوبات على رأيين :

* * *

● الرأي الأول :

عدم جواز القياس في الجرائم والعقوبات لما يأتي :

١ - أن الحدود والقصاص والكفارات لا تثبت في جرائم بالقياس بل هي ثابتة في جرائم معينة لا يجوز القياس عليها فحد السرقة مثلا لا يثبت الا في السرقة دون الغصب أو نبش القبور أو الأموال غير المحرزة وكذلك حد الزنا لا تقاس عليه أحوال الشذوذ الجنسي والقذف وهو الرمي بالزنا لا يقاس عليه الرمي بالعلاقات الشاذة لأن العقوبات المقدرة في تلك الجرائم والحدود وردت مقدرة فيها ولم ترد في غيرها فلا يقاس عليها والمقدرات لا تعرف عللها أو لا يمكن أن يعقل المعنى الموجب للتقدير في العقوبة ومن ثم فالقياس على ما لا يمكن معرفة المعنى الموجب للتقدير أمر يتعذر ولا يقاس أيضا على موضوعها مادام أصل القياس في أصل التقدير لا يمكن تعقل معناه فالقياس أيضا في موضوعه كذلك .

٢ - أن الحدود والقصاص عقوبات تدرأ بالشبهات ولا يصح أن تثبت بدليل فيه شبهة والقياس دليل غير قطعي ومن ثم مما يدخله احتمال الخطأ وهذا في حد ذاته شبهة وعليه فلا يثبت به حد في موضوع حد من الحدود .

٣ - أن الحدود مقدرة لنوع معين من الجرائم وهي حق الله تعالى ومن ثم لا يصح أن تفرض حقوق لله لم يبينها الله سبحانه وتعالى فالشارع قد أوجب حد القطع للسرقة ولم يوجبه بمكاتبه الكفار مع أنه أولى بالقطع وأوجب الكفارة للظهار لكونه منكرا وزورا ولم يوجبها في الردة مع أنها أشد في المنكر وقول الزور وهذا دليل على امتناع جريان القياس فيه (١) .

* * *

(١) الاحكام في اصول الاحكام للامدى ج ٤ ص ٨٣ وما بعدها .

جواز القياس فى الجرائم والعقوبات

ان ثبوت التعزير أمر لا مجال للنزاع فيه^(١) لأنه مبنى على التقدير وقد وضع الحد الأعلى للعقاب فى الحدود والقصاص فيسهل من بعده القياس ، وان بعض عقوبات جرائم التعزير قد عرفت من الأحكام القرآنية والنبوية وورد كذلك عن الصحابة وبخاصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه عقوبات مختلفة فى أبواب من الجرائم غير الثابتة بالنصوص القرآنية والأحاديث الشريفة وأن الأخذ بهدى الصحابة رضوان الله عليهم حجة عند الأئمة الأربعة ومن ثم يصح القياس عليهما ما دام الأصل فيها حفظ المصالح العامة والقيام على شئون الناس اما ثبوت الحدود والقصاص بالقياس فقال به البعض تأسيسا على أن القياس طريق من طرق الاستنباط الصحيح واتقضاء العادل والدليل على ذلك :

١ - أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز لمعاذ بن جبل أن يقضى برأيه كما قال الامام عمر فى كتاب القضاء لأبى موسى الأشعري عندما ولى البصرة « قس الأشباه بالأشباه » .

٢ - أن الصحابة أثبتوا اجماعا مقدار الحد فى الشرب بالقياس وقد قرر وجه الرأى على بن أبى طالب رضى الله عنه عندما قال « اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى فحدوه حد المفترى »
فقال حد الشارب على حد المفترى .

وهناك من يؤيد هذا الرأى^(٢) ويضيف الى حججه حجة أخرى مؤداها أن الحد حكم معلل وليس حكما تعبديا فيصح أن يتعدى موضوعه الى ما يشبهه فى معناه وكون الحدود حقا لله تعالى لا يقتضى أن تكون فى أصل شرعيتها تعبدية بل انها كانت لتطهير المجتمع من الرجس

(١) انظر محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة ص ٢٢٧

(٢) محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٢١٠

وما كانت تسميتها حدودا الا لكونها حقا المجتمع يجعلها معقولة المعنى
أكثر من غيرها •

وهناك من يُريد الرأي الأول^(١) القائل بعدم جواز القياس في
الجرائم والعقوبات لقوة حججه وفي نفس الوقت يسمح بالقياس على
أساس أنه مصدر تفسيري على تعيين الأفعال التي تدخل تحت النص
فاذا حرم النص صورة معينة لعل ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة
التي تتوفر فيها علة التحريم كالحاق اللواط بالزنا والحاق القتل بالثقل
بالقتل بالمحدد والحاق المسكر بالضرر عند البعض •

وعلى هذا النحو يكون هذا الرأي رأى وسط بين القائلين بالجواز
مطلقا والقائلين بالمنع مطلقا ولا شك عندي أنه رأى الأولي والأصوب
حتى لا يساء استخدام هذا المصدر في التجريم والعقاب ويكون بابا
للهموى والجنوح والجنوح في تشريع الجرائم والعقوبات استنادا الى
حفظ المصالح العامة والقيام على شئون الناس كما أتى أبه الى أن
ظروف الزمان والمكان وأحوال الناس حاكمة في هذا الخصوص •

* * *

(١) عبد القادر عودة - المرجع السابق ج ١ ص ١٨٤

المطلب الرابع

الاجماع

الاجماع هو اتفاق المجتهدين من الأمة الاسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم من الأحكام الشرعية الاجتهادية^(١) .

وبعض العقوبات ثبت باجماع الصحابة ، فحد الشرب أجمعوا عليه وأصل الحد موضع اجماع وإن كانوا قد اختلفوا هل هو أربعون جلدة أم ثمانون جلدة ؟

وقتل المرتدين ثبت بالاجماع ، وأجمع الصحابة على أن القتل بالسوط أو ما يشبهه مسا لا قتل به عادة لا قصاص فيه .

وإذا كنا فيما سبق بينا قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص فان الأوامر والنواهي الشرعية هي الأمر المعرف للجرائم وأوامر الشرع ونواهيها ثابتة لا مجال للشك فيها ولكن بعضها معلوم بالنص الصريح من قرآن وسنة أو اجماع السلف الصالح عليه وإن لم يكن نص ولا اجماع فان تلك الأوامر والنواهي التي اعتبرت أساسا للتجريم تعرف بالاستنباط الفقهي والقياس ومن هنا لا بد من معرفة طرائق الاستنباط التي تعرف بها الأوامر والنواهي ومعرفة مراتب الأوامر والنواهي لتعرف مراتب الجريمة قوة وضعفا وتعرف مراتب العقوبة العادلة قوة وضعفا^(٢) .

وطريق استنباط الأحكام من النصوص وقواعد الاسلام هو الاجتهاد ومن ثم يتعين علينا أن نشير أيضا الى المصادر الشرعية الأخرى التي تعرف بها الأحكام الشرعية في أوامر الشرع ونواهيها .

* * *

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبي - أصول الفقه ص ١٥١ - دار النهضة العربية .

(٢) انظر محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة ص ٢٠٠

المطلب الخامس

الاستحسان

● تمهيد :

الأدلة الأربعة السابقة هي التي اتفق عليها الفقهاء كلهم أو جمهورهم وهي أصول الأدلة ولكن هذه الأدلة غير كافية في تفصيل أحكام كل ما يجد من وقائع لأن النصوص محدودة ومواضع الاجماع قليلة والقياس يقوم على وجود النظر من نص عليه أو أجمع عليه وقد لا يوجد النظر فيها فكان لا بد من وجود مصادر أخرى تبعية دلت عليها النصوص في جملتها والاجماع في بعض صورته (١) .

● تعريف :

الاستحسان هو أن يحكم المجتهد في المسألة بغير ما حكم به في نظائرها لسبب اقتضى العدول أو هو عدول بالمسألة عن حكم نظائرها الى حكم آخر لوجه يقتضى ذلك ويكون الدليل المقتضى للعدول أو الترك هو وجه الاستحسان .

مثال : (٢) اذا جرح شخص شخصا آخر جرحا فان مقتضى القواعد أن تكون العقوبة هي القصاص صورة ومعنى ولكن القصاص غير ممكن لعدم امكان التساؤل تماما فيعدل عنه الى الدية استحسانا ويصح أن يكون بجوار ذلك تعزير .

وكذلك اذا ضرب شخص شخصا آخر فشلت يده من الضربة وتعذر القصاص فيعدل عنه الى الدية استحسانا .

والاستحسان ليس دليلا مستقلا وانما يكشف عن طريقه بعض الأئمة في تطبيق أدلة الشريعة وقواعدها في واقع الناس في بعض الجزئيات بقصد رفع الضيق ودفع الضرر مما يقطع بواقعية الفقه الاسلامي ومن هنا يتنوع الاستحسان تبعا لتنوع الدليل المثبت له على النحو التالي :

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق ص ٢٥٦

(٢) محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ٢٢٧

النوع الأول : الاستحسان بالقياس الخفى الذى لا يتبادر الى الفهم الا بعد التأمل فى مقابلة القياس الجلى الذى يتبادر الى الفهم من أول الأمر ، وفيه يكون الشيء مترددا بين أصليه فى كل منهما حكم ثابت شرعا وقد أخذ شيئا من كل منهما فيلحق بأقواها شيئا (١) .

مثال : اذا قال الرجل لامرأته اذا حضت فأنت طالق ، فقالت حضت وكذبها الزوج فالقياس لا تصدق حتى يعلم وجود الحيض منها أو يصدقها الزوج قياسا على أمثاله من قوله لها ، أن دخلت الدار فأنت طالق أو كلت فلانا فأنت كذا ، فقالت دخلت أو كلت وكذبها الزوج . والاستحسان أنها تصدق قياسا على قولها انقضت عدتى وكانت بالحيض أو قالت انى حامل لأنها أمينة على ما فى رحمتها بدلالة قوله تعالى:

﴿ ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله فى ارحامهن ﴾

(البقرة : ٢٢٨)

وقياسا على التعليق على كل ما لا يعلم الا من جهتها كالمجبة أو البغض .

فالتعارض هنا بين قياسين أحدهما ظاهر متبادر وهو الأول وثانيها خفى وهو الثانى فرجح الثانى لقوته .

النوع الثانى : الاستحسان بالنص وهو العدول عن حكم الى حكم آخر بنص يقتضى العدول .

مثال : قول أبى حنيفة انما أثبتنا الرجم بالاستحسان على خلاف القياس فالآية التى وردت فى حد الزنا عامة بلفظها فيدخل تحتها الزانى المحصن وغير المحصن وهذا هو القياس « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ولما ثبت فعل الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه اذ كانوا يرجمون الزانى المحصن استثناء وأخرجه من عموم الآية وحكم فيه بالرجم وسماه استحسانا على خلاف القياس .

(١) انظر محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق ص ٢٧٠ وما بعدها.

النوع الثالث : الاستحسان بالاجماع .

مشأله : الاستصناع فالتعاقد عليه معدوم وقت التعاقد وهى منهى عن بيعه ولكنه استحسن اجباعا لحاجة الناس اليه فصار يستثنى من القاعدة العامة .

النوع الرابع : الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج .

مشأله : جواز الشهادة على الشهادة فى كل حق لا يسقط بالشبهة وقبولها اذا مات الشهود الأصليون أو غابوا فى مكان لا يصل اليه الا بعد ثلاثة أيام أو أكثر أو مرضوا مرضا يمنعهم من حضور مجلس القضاء مع أن الأصل فى الشهادة المعاينة وهؤلاء لم يعاينوا فاستثنى ذلك لأجل الضرورة وهى خشية ضياع الحقوق .

النوع الخامس : الاستحسان بالمصلحة التى لم تبلغ حد الضرورة .

مثل ما أفتى به أبو يوسف بتضمين الصناع ما بأيديهم من أموال الناس الا اذا كان الهلاك من شىء لا يمكن الاحتراز منه كالحريق الشامل أو النهب العام فذلك استحسان على خلاف القياس وهو القاعدة المقررة فى الضمان من أن الأمن لا يضمن الأمانة الا بالتعمدى عليها أو بتقصير فى حفظها .

ووجه الاستحسان هو المحافظة على أموال الناس من الضياع لكثرة

الجنايات وضعف الوازع الدينى .

النوع السادس : الاستحسان بالعرف .

مشأله : أن فقهاء الحنفية صححوا الشرط الذى جرى به

العرف استحسانا على خلاف الأصل المقرر الثابت بحديث « نهى رسول

الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط » .

وقد ذكرنا هذه الأنواع للاستحسان عند الحنفية كضوابط لعمل

الفقيه فى الاستثناء بناء على مقتضيات المصلحة الواقعية .

المطلب السادس

المصالح المرسلّة

● تعريف :

- وهى المصلحة التى لم يشهد لها دليل خاص باللقاء ولا بالاعتبار .
- ولا تعتمد المصلحة الا على كونها مصلحة فى ذاتها وحينما كانت المصلحة المناسبة لأحكام الشرع فثم حكم الله تعالى .

* * *

● شروط العمل بالمصلحة :

ويشترط للعمل بها^(١) :

١ - أن تكون ملائمة لمقاصد الشرع فى الجبلة ومتفقة مع المصالح الشرعية .

٢ - أن تكون معقولة فى ذاتها .

٣ - أن يكون فى الأخذ بها رفع حرج لازم فى الدين .

وعلى ضوء المصالح المرسلّة يستطيع ونى الأمر أن يصدر من التشريعات ما لا نص فيه ولا اجناع ولا قياس صحيح فيفرض عقوبات رادعة لكل جديد من الجرائم كتعاطى المخدرات والاتجار فيها والحقن بالمخدر أو شمه .

ولقد كان عمر رضى الله عنه يرى أن عقوبة اللبن المغشوش أن يراق تأديبا للغاش وفوات مقصده عليه وجوز البعض نفى أهل الدعارة والفساد .

وإذا كان الاستحسان فى غالب صورته استثناء من القواعد والنصوص العامة حيث يكون فى الوقائع التى فيها دليل يعدل عنه المجتهد الى حكم آخر لدليل أقوى فأما المصلحة فلا استثناء فيها بل يعمل بها فيما ليس فيه دليل . ومن ثم فما ييس المصلحة يعتبر جريمة وتؤثر أيضا فى العقوبة باعتبارها دافعة للضرر .

* * *

(١) انظر محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة ص ٢٣٩

المطلب السابع

سد الذرائع

أى دفع الوسائل التى تؤدى الى المفساد والأخذ بالوسائل التى تؤدى الى المصالح ، وقد وردت الآثار بتحريم أمور لأنها تؤدى فى كثير من الأحوال الى مفساد وان لم تكن مقطوعا بها ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخلوة بالأجنبية وأن تسافر المرأة من غير ذى رحم محرم لخشية المفساد التى تترتب على هذه الأمور وإن لم يكن الترتيب يغلبه الظن أو العلم القاطع فالشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا لمفسدة (١) .

والعكس أيضا فان فقهاء المسلمين أجازوا بعض المحرمات لجلب مصلحة أكبر مما فيها من ضرر ولكن هذه المحرمات التى أبيضت للذرائع لم تكن فى أصلها محرمة لذاتها بل محرمة لغيرها وغير محرمة بنص قاطع لذاتها حتى لا تستباح المحارم باسم المصلحة أو دفع الضرر الموهوم (٢) ، من ذلك ما قرره الشاطبى بقوله (٣) :

« ومن ذلك الرشوة على دفع الظلم اذا لم يقدر على دفعه الا بدفعها وعلى هذا النحو فالشريعة لم تقف بالذرائع عند وسائل الفساد فسدتها بل جاوزت ذلك الى وسائل المصالح ففتحتها فقد تبيح المنوع لما يترتب عليه من مصلحة أرجح من مفسدته وفى اعتبار الشريعة لكل ذلك دليل على مرونتها ومدى قدرتها على مواجهة الواقع أصلا وتيسيرا .

(١) الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٢٥٢

(٢) محمد أبو زهرة - المرجع السابق ص ٢٤٤

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٢٤٤

المطلب الثامن

العرف

● المقصود به :

هو الأمر الذى تتفق عليه الجماعة قولاً كان أو فعلاً فى حياتها حتى استقر فى نفوس الناس وتعودوه .

والعرف الذى يكون مناقضاً لأمر نص الشارع على تحريمه أو فيه إهمال لواجب شرعى ثبت بنص قطعى لا يقبل التخصيص لا يلتفت إليه ويكون فاسداً بل هو فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه ومحاربته ويكون ذلك من قبيل التعاون على البر والتقوى والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والرضا به تعاون على الإثم والعدوان^(١) وذلك كتعارف الناس على التعامل بالربا والاتجار بالخمر وشربها وغيرها من المسكرات أو المهلكات وخروج النساء على نحو يثير الفتنة .



● العرف كمصدر للتحريم :

والعرف له أثره فى تحريم الأقوال والأفعال إذا لم يكن فيها نص بالتحريم أو الإباحة فلفظ من الألفاظ قد يكون سبباً أو قدفاً فى بعض الأحوال والأعراف ولا يكون كذلك فى عرف آخر وعصراً آخر .

وكذلك من الأفعال ما لا يعتبر اعتداء بسبب العرف والمصلحة كمن يرى شاة لغيره توشك أن تنفق فذبجها فلا يعتبر فعله اعتداء على مال غيره لثبوت الأذن بالعرف وهو معتبر .

وعلى هذا النحو فليس العرف كمصدر من مصادر التحريم قولاً كان أو فعلاً يجرى التعويل عليه باطلاق كما هو الحال فى القوانين الوضعية وبخاصة المدنية والتجارية ، بل يجب دائماً مراعاة عدم مناقضته

(١) انظر هذا التشخيص القيم فى الجريمة والعقوبة - محمد

ابو زهرة ص ٢٤٥

لقواعد الشريعة وأحكامها الثابتة فانتشريع الاسلامى لم يهدم كل ما تعوده العرب فى جاهليتهم بل أقر الصالح وأبطل الفاسد وعدل ما احتاج الى تعديل فأبقى نظام القصاص فى القتل العمد بعد أن خلصه من عنت الجاهلية وأقر وجوب الدية فى القتل الخطأ ونظام القسامة وبذلك يكون التشريع الاسلامى قد أقر ما فيه مصلحة راجحة للناس .

* * *

● مكانة العرف :

المالكية والحنفية يأخذون العرف الذى لم يثبت نهى عنه ولا ارشاد اليه ولا ايساء بالعمل بنص ، والعرف العام عندهم يخصص عام النصوص اذا كانت ظنية ويقىد المطلق وعند الحنفية يقدم العرف الخاص على القياس (١) .

يقول السرخسى (٢) : « إن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى لأن فى النزاع عن العادة الظاهرة حرجا بينا » .

يقول ابن العربى فى تفسيره (٣) : « ان العادة دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام » .

وجاء فى قواعد الكرخى : « العادة محكمة والمعروف عرفا كالمشروط شرطا والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص والأصل أن جواب السؤال يجرى على حسب ما تعارف كل قوم فى مكانهم » .

* * *

● امثلة لدور العرف فى المجال الجنائى :

نضيف الى ما سبق ذكره من أمثلة للعرف ودوره فى المجال الجنائى ما يأتى :

ان الله أوجب العدالة فى الشهود وتسقط العدالة بما يخل بالمروءة

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبى - أصول الفقه ص ٣٢١ - محمد ابو زهرة - المرجع السابق ص ٢٤٥
 (٢) المسوط ج ١٣ ص ١٥
 (٣) تفسير آيات الأحكام ج ٢ ص ٢٧١

عند أهل الفضل من الناس وهذا أمر يختلف باختلاف البيئات والأزمنة
ومن ثم فرد الأمر فيه الى العرف .

وحد الحرز في سرقة المال بينه العرف فكل مال له حرز وهذا
يختلف باختلاف البيئات والأزمنة .

وعلى هذا النحو يعتبر العرف دليلا تبنى عليه الأحكام ومن ثم
تتغير تلك الأحكام بتغير العرف ومن ذلك قول صاحبين :

انه لا يكتفى بظاهر العدالة في تعديل الشهود بل لابد من تركيتهم
وما ذلك الا لظهور الفساد في زمانها يعد ان كان الامام أبو حنيفة
يكتفى بظاهر عدالتهم فيما عدا الحدود والقصاص لغلبة الصلاح
في زمنه^(١) .

يقول القرافي : « كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم
فيه عند تغير العادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس تجديدا للاجتهاد
من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهاد
فيها العلماء وأجسعوا عليها فنحن تبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد » .

هذا على حين اننا نجد أن دور العرف ومكائنه في القانون الجنائي
الوضعي تكاد تكون في أضيق نطاق اذ لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون
وفقط بل يكاد يقتصر دور العرف في القانون الجنائي الوضعي على
تفسير ما غمض من نصوصه دون أن يكون بحال مصدرا منشئا لتجريم
قول أو فعل .

وعلى هذا النحو يكون التشريع الجنائي الاسلامي أكثر مرونة
وأقوى حركة وفعالية في مواجهة الفساد في المجتمع واستتصال شأفته .

(١) انظر د. محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق ص ٢٢

المطلب التاسع

الاستصحاب

● المقصود به :

هو استدامة اثبات ما يكون ثابتاً أو نفى ما يكون منفيًا حتى يقوم دليل على تغيير الحال أو هو الحكم ببقاء أمر في الزمن الحاضر بناء على ثبوته من الزمن الماضى ولم يظن عدمه حتى يقوم الدليل على تغييره .

● أنواعه :

١ - استصحاب البراءة والاباحة .

واستصحاب البراءة الأصلية بقاء الذمة على ما كانت عليه حتى يقوم الدليل المثبت كالحكم ببراءة الذمة من الحقوق والتكاليف حتى يقوم الدليل على شغلها بالتكاليف أو ثبوت الحق .

وكذلك استصحاب الحكم الأسمى للأشياء فى الشرع وهو الاباحة عند عدم الدليل على خلافه فيما لا يوجب العقل لأنه ضرورى ولا ينعى لما فيه من الضرر لأن الأصل فى الأشياء الاباحة على الراجح عند العلماء فاذا لم يقد دليل على اثبات أن الفعل جريمة بأى نوع من أنواع التجريم كان على الاباحة الأصلية ومن ثم يحكم الفقيه بحل كل ما لم يرد دليل من الشرع بتحريمه أو يحكم العقل بضرورة البرين .

ولا شك أن ما تقرره القوانين الجنائية الوضعية من أن المتهم برىء حتى تثبت ادانته تطبيق لمبدأ استصحاب البراءة الأصلية وطالما أن الأصل هو البراءة فلا يسوغ فى نظرنا أن يسمى الشخص متهما أو ينعى بذلك الوصف وهو لم تثبت قبله تهمة ما بعد حتى يكون متهما أو يصير متهما فوجب الاتباه والتحرز كما أن أصل الأشياء على الاباحة ينبى عليه قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص المعمول بها فى التشريع الجنائى الوضعى وفى هذا وذلك يلتقيان النظام القانونى الجنائى الوضعى

والتشريع الجنائي الاسلامى وان اختلف المصدر والمسلك والنطاق
والمقصد العام فى كل منهما •

٢ - استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يوجد دليل على خلافه
كالمفقود فانه كان على وصف الحياة وقت غيابه فيستمر ذلك الوصف
قائما ويأخذ أحكامه حتى يقوم الدليل على خلافه فتستمر زوجته فى
عصته وماله فى ملكه وغيرها حتى يقوم الدليل على وفاته أو يحكم
بها القاضى •

والاستصحاب بأنواعه السابقة يفتح المجال أمام الفقهاء لمواجهة
ما يستجد من واقعات لا يجدون لها دليلا من الأدلة السابقة ويقطع
فى نفس الوقت بسرونة الشريعة وقابليتها للتطبيق فى كل زمان ومكان
فإن كان نقص أو قصور فهو فى المجتهدين إذ تركوا مصالح العباد
بلا رعاية شرعية •

