الباب الأول

ضـــــمانات أهليـــــة الفـــــرد للعقوبـــــة وشخصيها ومُسقطاتها

ويشتمل على ثلاثةِ فصول :-

الفصل الأول :-ضمانات أهلية الفرد للعقوبة .

الفصل الثاني: ضمانات شخصية العقوبة .

الفصل الثالث: ضمانات مُسقطات العقوبة .

obeikandl.com

الفصل الأول
ضمانات أهلية الفرد للعقوبة

المبحث الأول :ضمانات أهلية الفرد للعقوبة وشروطها:

المطلب الأول تعريف الأهلية وأقسامها:

أولا تعريف الأهلية: في اللغة :الصلاحية ،وأهلية الإنسان للشيء صلاحيتُه لصدور ذلك الشيء وطلبه منه ويقال أَهَّلَه لذلك الأمر تَأهيلاً وآهلَهُ: أي رآه لَهُ أَهْلاً [١] .

واصطلاحا :عبارة عن صلاحيةِ الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه [٢] وهى الأمانة التى أُخبر الله- عز وجل - بحمل الإنسان إياها في قوله تعالي : {إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السماوات وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبِينَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإنسانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا}[٣] .

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٦٤/١ .

(٢) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوى:لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ٢٣٧/٤
دار الكتاب العربي –بيروت – لبنان ،ط ١٣٩٤هـ- ١٩٧٤م .
أصول السرخسي للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ٣٣٢/٢،دار المعرفة –بيروت –لبنان ط ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م .

(٣) سورة الأحزاب :الآية ٧٢.

ثانيا : أقسام الأهلية

تنقسم الأهلية إلي قسمين هما :-

أ- أهلية الوجوب .

ب- أهلية الأداء .

فأما أهلية الوجوب فهي"صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه "[١] .

ومناط هذه الأهلية عند الفقهاء هو الذّمة وأن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه .

وهي قسمان: هما كاملة وناقصة .

فأما الناقصة : هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له فقط . [٢]

وأما الكاملة : هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، وهي تثبت للإنسان من ولادته إلي موته [٣] .

---

(١) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٣٧/٤ .

أصول السرخسي ٣٣٢/٢ .

التبيين لأمير كاتب بن أمير عمر بن أمير غازي الفارابي الحنفي ٢/ ٢٠٢ ، تحقيق د/ صابر نصر مصطفي ،ط الأولى ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م .

- فَتْحُ الغفار بشرح المَنار – المعروف بمِشكاة الأنوار في أصول المنار – للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم الحنفي ص ٤٤٨ ، دار الكتب العلمية – بيروت- لبنان- ط الأولى ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م .

(٢) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٣٧/٤ وما بعدها .

(٣) فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ٤٤٨ .

كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري٤/٢٣٧ وما بعدها.

ب- أهلية الأداء :- هي"صلاحية الإنسان لأن تُصدرَ منه أفعال يُعتد بها شرعاً"، وهي قسمان – أيضا – ناقصة وكاملة [١] .

فأهلية الأداء الناقصة أو القاصرة : هي صلاحيتُه لصدور بعض الأفعال دون بعض أو لصدور أفعال يتوقف الاعتداد بها على رأي من هو اكمل منه عقلا ، وأعلم بوجوه النفع والضرر كحال الصبي المميز في العقود المالية[٢] .

وأما أهلية الأداء الكاملة : هي صلاحيتُه لصدور الأفعال منه مع الاعتداد بها شرعا ، وعدم توقفها على رأي غيره ، وهي الثابتة للبالغ الرشيد ، وهي مناط التكاليف الشرعية[٣] .

فالأهلية الكاملة بنوعيها هي أهلية الشخص للعقوبة ومناطها العقل وهي:" صلاحية الإنسان للتكليف الجنائي والتزام عقوبته[٤]" فمن أتي فعلا محرما وهو يريده ولكن لا يدرك معناه
كالصبي أو المجنون لا يسأل عن فعله جنائيا ،لإنعدام الأهلية.

---

(١) أصول السرخسي ٣٣٣/٢ .
- كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٤٨/٤ .
- التبيين للفارابي ٢١٣/٢ .
(٢) المراجع السابقة .
(٣) [illegible]
- المستصفي في علم الأصول للامام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ص٦٧ ، طبعه وصححه محمد عبد السلام عبد الشافي،دار الكتب العلمية-بيروت لبنان ط ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م .
(٤) أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي د/ حسين توفيق رضا ص ٣ دار مطابع الشعب ط ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

ثالثا : مراحل الإنسان بالنسبه للأهلية:

فالإنسان يمر من كونه جنينا في بطن أمه حتى بلوغه بأربعة مراحل هي :-

١- **المرحلة الأولى : -** مرحلة الجنين في بطن أمه، وقد نظر الشارع إلي أن الجنين كقطعة من أمه ، ووجوده مرتبط بوجودها ، ولكنه يوشك أن ينفصل عنها ، ويستقل بوجوده ، فأثبت له أهلية وجوب ناقصة لم يجعله صالحا للوجوب عليه لاتصاله ، وجعله صالحا للوجوب له لقرب انفصاله واستقلاله ، وبهذا اثبت له ما ينفعه ولا يضره ، رحمةً به وحرصًا علي نفعه بشرط أن يولد حياً إذ يجوز أن يرثَ ، وأن يُوصَي لَهُ وأن يُوقَفَ عليه[١] .

---

(١) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٣٧/٤
-أصول السرخسي ٣٣٢/٢ .

٢- المرحلة الثانية : انعدام الإدراك :

تبدأ هذه المرحلة بالولادة إلي سن التمييز وهي بلوغه سن السابعة ،وفي هذه المرحلة له أهلية وجوب كاملة ، ولكن لا تثبت له أهلية أداء لقصور عقله،لأنه يأخذ حكم المجنون ويكون صبياً غير مميز فإذا ارتكب الصبي غير المميز أية جريمة قبل بلوغه سن التمييز فلا يعاقب عليها جنائيا فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه، ولكن تجب الدية في ماله ويضمن في ماله ما يتلفه [١] .

---

(١) كشف الأسرار شرح المصنف علي المنار ،للإمام أبي البركات عبد الله ا بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي ٤٧٧/٢ ، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ط الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

- حاشية نسمات الأسحار للعالم الشيخ محمد أمين بن عمرا بن عابدين ص ٢٥٢ ، مطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ط الثانية ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

- غمز عيون البصائر للحموي ٣١٠/٣ .

-الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢١٩ .

-التبيين للفارابي ٢٣٨/٢ وما بعدها .

- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية لأبي الحسن علاء الدين ابن اللحّام ص ١٥ ، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان- ط الأولي ١٤٠٣هـ هـ-١٩٨٣ م.

٣- المرحلة الثالثة : الإدراك الضعيف:

تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي السابعة من عمره وتنتهي بالبلوغ ، وفي هذه المرحلة يكون له أهلية أداء ناقصة،لأنه له عقل يدرك ولكنه ناقص ويكون صبيا مميزا .فإذا ارتكب الصبي المميز أية جريمة قبل البلوغ ، لا يعاقب عليها جنائيا ، فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ، ولا يقتص منه إذا قتل غيره ، ولكن تجب الدية في ماله ويضمن في ماله ما يتلفه .

فعقوبة الصبي عقوبة تأديبية وليست عقوبة جنائية لأن الصبي ليس من أهل العقوبة[١] .

واعتبار العقوبة تأديبية لا جنائية يؤدي إلي عدم اعتبار الصبي بعد بلوغه عائدا بما عوقب به من قبل البلوغ وهذا مما يساعده علي سلوك الطريق السوي ، ويمهد لنسيان الماضي [٢].

---

(١) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٧١/٤ .
- رَوْضَة النَّاظِر وجَنَّة المُنَاظِر في أصول الفقه علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن قدامه ١٣٩/١ ، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة ط ١٣٤١ هـ .
- الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢١٩ .
- حاشية نسمات الأسحار لمحمد أمين ابن عابدين ص ٢٥٠ .
- أصول السرخسي ٣٤٠/٢ .
- الوصول إلي قواعد الأصول لمحمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد الخطيب التمرتاشي ص ٢٩٥ ، دراسة وتحقيق د/ محمد شرف مصطفي دار الكتب العلمية بيروت –لبنان ط الأولى ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠ م .
-الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي ابن محمد الآمدي ١٣٩/١ ، مؤسسة الحلبي وشركاه بمصر ،ط ١٣٨٧هـ -١٩٦٧ م .

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ٦٠٤/١ .

٤- المرحلة الرابعة :- الإدراك التام :-

وتبدأ بالبلوغ وفيه تثبت للإنسان الأهلية الكاملة بنوعيها أي أهلية الوجوب والأداء ففي هذه المرحلة يكون الإنسان مسئولاً جنائيا عن جرائمه فيحد إذا ارتكب جريمة من جرائم الحدود، ويُقتصُ منه إذا قتل أو جرح، ويعزر بكل أنواع التعازير، وتوقع عليه كل العقوبات الشرعية إذا ارتكب ما يوجبها [١].

---

(١) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري ٢٤٨/٤ .
- التبيين للفارابي ٢ /٢١٤ .
- أصول السرخسي ٣٣٣/٢ .
-تحفة المودود لشمس الدين محمد بن أبي بكربن قيم الجوزية ص ٢٣٥ مطبعة المدني القاهرة ط ١٣٩٧ هـ .
رسائل ابن نجيم وهو زين العابدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري ص ٣١٩ وحققه الشيخ خليل الميس دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ط الأولى ١٤٠٠هـ ١٩٨٠ م .
- الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ١٢/ ١٣ ، تحقيق محمد بو خبزة ، دار الغرب الإسلامي بيروت – لبنان ط الأولى ١٩٩٤ م .

رابعا: أهلية الفرد للعقوبة في القانون الوضعي :-

كانت أهلية العقوبة في القوانين الوضعية قبل الثورة الفرنسية لها معني آخر : وهو أن يتحمل الفاعل أياً كان بنتيجةِ فعله سواء كان إنسان أو غير إنسان مختاراً أو غير مختار مميزاً أو غير مميز .

أما معني أهلية العقوبة في القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معني أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية [١].

---

[١] التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ٢٩٢/١ .

- شرح قانون العقوبات لمحمود نجيب حسني ص ٥٣١

دار النهضة العربية ٣٢ شارع عبد الخالق ثروت القاهرة ط الرابعة ١٩٧٧ م .

obeikandi.com

المطلب الثاني
شروط أهلية الفرد للعقوبة :

أولا :شروط أهلية الفرد للعقوبة في الشريعة الإسلامية :-

١- كمال الأهلية (الإدراك)

تعتبر الأهلية من أهم شروط التكليف بمعنى إذا فقد الإنسان أهليته فلا عقاب عليه ولا تكليف بأي أمر من أمور الشريعة [١] .

والدليل على ذلك ما روى عن النبي -ﷺ-أنه قال: "رُفِعَ القلمُ عن ثلاثة: عِن الصبي حتى يحتلم،وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق [٢]" .

وجه الدلالة: الحديث يدل علي رفع الإثم لا يدل علي رفع الحد [٣].

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحّام ص ١٥ .
- المستصفي للغزالى ص ٦٧ .
الموافقات للشاطبى ١٤٩/١ وما بعدها .

(٢) أخرجه أبو داود ١٤١/٤ كتابُ الحدودِ ،باب في المجنون يَسرق أو يُصيبُ حدًّا ، - والترمذى ٢٤/٤ كتابُ الحدودِ باب ما جاء فيمَنْ لا يجب عليه الحد، وقال الترمذى:حديث حسن غريب ،والنسائي في الكبرى ٣٢٣/٤
أبواب التعزيرات – المجنونة تصيب الحد، وابن ماجه ٣/ ٤٤٢ كتاب الطلاق والدارمي ١٧١/٢ كتاب الحدود ، باب رفع القلم عن ثلاثة ، والدار قُطْني ٣/ ١٣٩ كتاب الحدود والديات وغيره ، والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٨٩ وقال حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . تقي الدين أحمد بن تيمية

(٣) منهاج السنة النبوية لابن تيميه ١٤٠/٣ ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط ١٣٢٢ هـ .

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه

قال: "أتى رسولَ الله (ﷺ) رجلٌ مِن الناسِ وهو في المسجدِ فناداه

يا رسولَ اللهِ إنّي زنيتُ فأعرَضَ عنه النبي (ﷺ) فتنحي لشقِ وجههِ الذي أعرضَ قِبَلَهُ، فقال : يا رسول الله إنّي زنيتُ فأعرضَ عنه فجاء لشق وجه النبي (ﷺ) الذي أعرضَ عنه فَلَمّا شَهِدَ علي نَفسهِ أربعَ مراتٍ دعاه النبي (ﷺ)فقال أبِكَ جنون ؟

قال: لا يا رسول الله، فقال :أحصنتَ؟ قال : نعم يا رسول الله، قال :إذهبوا فارجموه [(١)]"

وجه الدلالة: قوله:(ﷺ)"أبك جنون" فلو قال: له الرجل نعم لتركه وشأنه، ولكن لمّا أقرَّ علي نفسهِ بعدم الجنون أقام عليه الحد[(٢)].

---

(١) أخرجه البخاري ٢٤/٨ كتاب الحدود ،باب سؤال الإمام المقر هل أحصنت ؟ومسلم ٥ /١١٨ كتاب الحدود باب من اعترف علي نفسه بالزنا، والبيهقي ٨/ ٣٧٢ كتاب الحدود باب من أجاز أن لا يحضر الإمام .

(٢) إحكامُ الأحكام لابن دقيق العيد ٩١/٤ وما بعدها ، وعلق عليه محمد منير عبدة دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان ط الأولى ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠ م .

٢- **الاختيار :-**

لا خلاف بين الفقهاء في أن مرتكبي الجرائم برغبته واختياره رجل كان أو أمرأه فإن العقوبات تقام عليه حيث أن الطواعيه في ارتكاب الجرائم توجب العقوبات .

فإذا انعدم الاختيار فلا عقاب علي الفاعل،لأن الإكراه مُسقط للعقوبة، والدليل علي ذلك ما روي عن ابن عباس- رضي الله عنهما- عن النبي -ﷺ- قال: "إنَّ اللهَ تجاوزَ لي عَنْ أمتي الخطأ والنسيانَ وما استُكرِهوا عليه [١]" .

وفي رواية "إن الله وَضَعَ عَنْ أمتي الخطأَ والنسيانَ وما استُكرهوا عليه [٢]" .

فدلَّ هذا الحديث بعمومه علي أن ما اسُتكرِهَ عليه الإنسان لا يحاسب عليه [٣] .

ومن ثم فإن مناط وجوب العقوبة هو الإنسانية البالغة العاقلة المختارة إذْ ينتَفِي وجوب العقوبة علي الصبي والمجنون والمُكرَه[٤].

---

(١) أخرجه ابن ماجه ٤٤٤/٣ كتاب الطلاق باب طلاق المُكرَه ،والناسي، والحاكم في المستدرَك ١٩٨/٢ كتاب الطلاق،
والبيهقي ٤١٠/٨ كتاب الحدود ، باب من زني بامرأة مَستكرَهة والهندي في كنز العمال ١٥٥/١٢، والهيثمي في مَجْمَع الزوائد ٣٧٩/٦ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ٣ / ٤٤٥ والهندي في كنز العمال ١٥٥/١٢ ،والهيثمي في مجمع الزوائد ٣٧٩/٦ .

(٣) الموافقات للشاطبي ١٤٩/١ .

(٤) القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ١٥.
الموافقات للشاطبي ١٤٩/١ وما بعدها .

ثانيا :-شروط أهلية الفرد للعقوبة في القانون الوضعي :-

شروط أهلية الفرد للعقوبة في القوانين الوضعية الحديثة هو نفس الشروط التى تقوم عليها أهلية الفرد للعقوبة في الشريعة الإسلامية إلا القوانين التى تُقيم نظرية أهلية العقوبة على فلسفة الجبر وعدد هذه القوانين محدود [١].

فكأن أغلب القوانين الوضعية تسير- الآن -في نفس الطريق الذي سلكته الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشرَ قرنًا [٢].

---

(١) الوجيز في القانون الدولي د/ عوض الله شيبة ص ٤١٢ دار النهضة العربية – القاهرة ،ط الثانية ١٩٩٩ م.
- قانون العقوبات القسم العام د/ مأمون محمد سلامة ص ٢٨٥ دار الفكر العربي ، ط ١٩٩٠ م.
- -القانون الجنائي د. عبد الرحيم صدقي ١١٢/٢ وما بعدها دار المعارف بمصر –ط الأولى ١٩٨٦ م.
- التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة ٢٩٢/١.

(٢) المرجع السابق.

obeikandl.com

المبحث الثاني :
خصائص ومميزات العقوبة

المطلب الأول: خصائص ومميزات العقوبة في الشريعة الإسلامية:

١-العقوبة أذى ومصلحة ورحمة :

العقوبة في ذاتها أذى ينزل بالجاني ،لزجره وزجر غيره عن ارتكاب الجريمة ،وإذا كانت أذى في ظاهرها فهي مصلحة في باطنها باعتبار ما تُؤدِى إليه ،فإنها شُرِعَت لدرء الخطر والفساد ودرء الخطر والفساد مصلحة للأُمة ،وكل ما يؤدى إلي المصلحة فهو مصلحة .

فالعضو الفاسد في جسم الإنسان قد يرى الطبيب بَتْره حفظاً لباقي الجسم ،فان البتر- هنا- مصلحة للجسم لذا وجب الأخذ به، وفى هذا المعنى يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام :" ربما كانت أسباب المصالح مفاسد فيأمر بها أو تباح لا لكونها مفاسد بل لكونها مؤدية إلى المصالح "(١) .

ولهذا كانت العقوبة رحمة ،ولا يقصد بالرحمة تلك الرحمة الخاصة بفرد من الأفراد ،بل تلك الرحمة العامة التى تشمل كل المجتمع قال الله تعالى مخاطبا نبيه الكريم :" وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إلا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ" (٢) .

وليس من الرحمة الشفقة على المجرمين أو الرفق بالأشرار، وكيف يكون ذلك رحمة وهم قد استباحوا لأنفسهم دماء الناس ، وقد نقضوا مضاجعهم (٣) .

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ،للإمام عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام ١٤/١ ،

(٢) سورة الأنبياء: الآية ١٠٧.

(٣) الأحكام السلطانية للما وردى ص ٢٢١ ط الثالثة ١٣٩٣هـ ١٩٧٣ م .

- العقوبة للشيخ محمد أبو زهرة ص ١١.

- الفقه الإسلامي وأدلته. وهبه الزحيلي ٥١٣٥/٧ دار الفكر –بيروت –لبنان ،ط الثالثة ١٤٠٩هـ١٩٨٩ م .

وكرسوا أنفسهم لهدم المجتمع وبنيانه ،بل إن الرحمة واللين والشفقة مع هؤلاء هو عين القسوة ،ويؤيد وجهة النظر هذه قوله تعالى:" الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِد مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيوم الآخر وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ" [١]فواضح من الآية أنه من علامات الإيمان بالله واليوم الآخر عدم الرافة مع أهل الفواحش [٢].

وليس معنى عدم استعمال الرأفة مع هؤلاء أن تُهدَر آدميتهم أو تُهان إنسانيتهم أو نستأصلهم من المجتمع مطلقاً بلا حدود أو قيود أو نجعلهم منبوذين في المجتمع ، بل المراد هو تطبيق شرع الله وحدوده وأحكامه على هؤلاء دون إفراط أو تفريط ولا زيادة ولا نقصان[٣] وفى ذلك يقول ابن تيمية"إقامة الحدود رحمة من الله بعباده ،فيكون الوالى شديدا في إقامته الحد ولا تأخذه رأفة في دين الله فيعطله ،ويكون قصده رحمة الخلق بكف الناس عن المنكرات لا شفاء غيظه وإرادة العلو على الخلق "[٤] .

---

(١) سورة النور: الآية ٢ .

(٢) التفسير الكبير لابن تيمية ٢٤٢/٥ –تحقيق د. عبد الرحمن عميرة –دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان ط الأولى ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م .

-أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ١٣٢٦/٣ ،تحقيق على محمد البجاوى

دار المعرفة للطباعة والنشر –بيروت –لبنان ،ط ١٣٩٢هـ ١٩٧٢ م .

- تفسير الطبري ١٠/ ٦٦ ، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري

دار الفكر –بيروت –لبنان ط ١٤٠٥ هـ ١٩٨٤ م .

(٣) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ،للشيخ ابن تيمية ص ٥٣ نشرها قصي محب الدين الخطيب ،المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة ط ١٣٨٧ هـ .

(٤) المرجع السابق .

٢-شرعية العقوبات :

يقول تعالى :" مَّنِ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً"[١]ويقول عز وجل " وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آياتنا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إلا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ"[٢] وغيرها من الآيات الكريمة ،فهذه النصوص في جملتها قاطعة في أنه لا جريمة إلا بعد بيان ولا عقوبة إلا بعد إنذار ،وان الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله ،وأنه ما كان ليكلف نفسا إلا بما تطيقه [٣]

بل إن الإسلام لا يعاقب على ذنوب ارتكبها الإنسان قبل دخوله في الإسلام ،قال تعالى:" قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوا إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّةُ الأولين"[٤]

٣- عموم العقوبة :

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية بالنسبة لتطبيق العقوبات على المجرمين ، هى المساواة العامة بين جميع المجرمين ،ولا فرق بين فرد وفرد، وليس هناك فرد لا يخضع تحت طائلة القانون مهما كان مكانه فلا امتياز لأحد والكل سواء أمام القاضي [٥] .

---

(١) سورة الإسراء :الآية١٥.
(٢) سورة القصص :الآية ٥٩ .
(٣) الإحكام في أصول الأحكام للآمدى ٨٦/١ وما بعدها .
(٤) سورة الأنفال :الآية ٣٨ .
(٥) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٢ وما بعدها .
نيل الأوطار للشوكاني ١٢/٧-.

ولم يترك النبي -ﷺ- المجال لقائل ،وضرب أروع الأمثلة في المساواة ،عندما ضرب المثل بابنته فاطمة- رضى الله عنها - حيث قال :" إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ،وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها "(١) .

ولم يكن ذلك كلاما نظريا ،بل طبقه رسول الله- ﷺ – على نفسه ،وسار صحابته –رضوان الله عليهم – على منواله، فقد روى عن عمر بن الخطاب –رضى الله عنه -أنه قال :" رأيت رسول الله- ﷺ– يقص من نفسه ".(٢)

---

(١) أخرجه البخاري ١٦/٨ كتاب الحدود ،باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلي السلطان ،
ومسلم ١١٤/٥ كتاب الحدود ،باب قطع السارق الشريف وغيره والنهى عن الشفاعة.
و أبو داود ١٣٢/٤ ، كتاب الحدود باب في الحد يُشفع فيه .
والترمذى (٢٩/٤) كتاب الحدود : باب ما جاء فى كراهية أن يشفع في الحدود
والنسائي (٧٤/٨) كتاب قطع السارق : باب ما يكون حرزا وما لا يكون ،
وابن ماجه (١٦٢/٤)
كتاب الحدود باب الشفاعة في الحدود ،والدارمى ١٧٣/٢ كتاب الحدود باب الشفاعة في الحدود دون السلطان . وأحمد في مسنده
١٦٢/٦ وابن حبان في الإحسان ٢٩٢/٦ كتاب الحدود .
(٢) أخرجه النسائي ٣٤/٨ ، كتاب القسامة باب القصاص من السلاطين . والبيهقى في السنن الكبرى
١١١/٨ كتاب الجراح باب القصاص فيما دون النفس .

٤- شخصية العقوبة :-

من الأصول المسلم بها في الشريعة الإسلامية
أن الإنسان محاسب على فعله ، و يتحمل إثمه وعقابه ولا يتحمله غيره وبهذا وردت النصوص العامة في الكتاب والسنة
فأما الكتاب فقوله تعالى "وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ" (١).
وقوله تعالى "وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ"(٢).
وقوله تعالى " لَّيْسَ بِأَمَانِيِّكُمْ وَلَا أَمَانِيِّ أَهْلِ الْكِتَابِ مَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ "(٣).

وأما السنة جاءت أحاديث الرسول –ﷺ– تؤكد هذا المبدأ حيث يقول لأبى رَمْثَة وابنه: " أَمَّا إِنَّه لا يَجْنِى عليكَ ولا تَجْنى عليه "(٤).

٥- العقوبة تناسب الجريمة :-

الغاية من العقوبات هو الزجر والردع وليس الانتقام وحماية المجتمع ،ومن ثم فكل عقوبة في الشريعة الإسلامية مناسبة لجريمتها وأنها علاج حاسم لها (٥)
قال تعالى "وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا "(٦).

---

(١) سورة فاطر:من الآية ١٨.
(٢) سورة النجم : الآية ٣٩ .
(٣) سورة النساء : من الآية ١٢٣ .
(٤)أخرجه أبو داود ١٦٨/٤ ،كتاب الديات ،باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه والنسائي ٥٣/٨ كتاب
القِسَامة باب هل يؤخذ أحد بجريرة غيره ؟ ، وابن ماجه ٢٤٩/٤
كتاب الديات ،لايجى أحد على أحد .
(٥) الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٢١
-الأحكام السلطانية للقاضي أبي يَعْلَى الكبير ص ٢٤٤ ،مطبعة أولاد السيد مصطفي الحلبي ط ١٣٥٧ هـ
- تبصرة الحكام لابن فرحون ١١٥/٢
- نفائس الأصول في شرح المحصول :لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المعروف بالقرافى ٣٨٠٥/٨ المكتبة العصرية –بيروت –لبنان ط الثالثة ١٤٢٠هـ ١٩٩٩ م
(٦) سورة الشورى: من الآية ٤٠.

فلقد جاءت العقوبات الشرعية من لدن عليم بخاطرة الأنفس خبير بما تُخْفِي الصدور ،لتطهر الإجرام القتل للقاتل بسرعة الإعدام ، والرجم للزاني المُحصَن مدفونا بالرغام ،والجلد للسكير بقسوة الآلام ،والقطع للسارق عدالة وانتقام ، والقتل في الحرابة ليظل الأمن في دوام ،وكذا في البغي إرساءً للنظام [١] .

أما عفو صاحب الحق عمَّن أساء إليه أكرم عند الله ،قال تعالى " يَا أيهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيهِ بِإِحْسَانٍ"[٢] وقوله عز وجل "وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالإذنَ بِالإذنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ"[٣] .

والجزاء من جنس العمل لا زيادة ولا نقصان ، فقتل النفس ظلما يقابله القتل وبتر أحد الأطراف يقابله بتر طرف مشابه ، والجرح جزاؤه جرح مثله [٤] .

فمثلا نظام القصاص في ذاته ليس قائما على فكرة الإنتقام بل يقوم على فكرة الحق ، حق الفرد المضرور وحق المجتمع المهدد، ولهذا قال تعالى "وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ"[٥] .

لأن القاتل إذا اقتص منه امتنع على الآخرين ارتكاب القتل ، واستشعر الناس الأمن في الحياة [٦] .

---

(١) الإنسانية والعدالة في الإسلام لمحمود عبد الحميد السيد ص ١٥٨ – دار الزيني للطباعة ط ١٩٧٩ م .

(٢) سورة البقرة :الآية ١٧٨.

(٣) سورة المائدة: من الآية ٤٥ .

(٤) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٨٢ وما بعدها - نيل الأوطار للشوكاني ١٢/٧ .

(٥) سورة البقرة: الآية ١٧٩.

(٦) التفسير الكبير لابن تيميه ٤٥/٣ .

-- التفسير القيم لابن القيم ص ١٤٣ دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ط ١٣٦٧هـ تفسير ابن كثير ٣٠١/١ مطابع الشعب – القاهرة –ط ١٣٦٤هـ - ١٩٤٥ م .

٦-شمول العقوبة للأخلاق :

فالشريعة شملت العقاب على معصية أو ذنب ،وأساس الإباحة أو التحريم في الشريعة هو المحافظة على كيان المجتمع وحفظ بنيانه عن طريق نشر الفضيلة وتحريم الرذيلة، ولذا كانت العقوبة في الشريعة شاملة للأخلاق ، تعاقب على كل ما يَمَسّ الأخلاق ، لأن في هذا حفظاً للكيان في المجتمع ، وتوطيدا لأركانه ودعما لبنيانه [١] والشريعة تضمن حرية المتهمين والمتخاصمين ،وحقهم في دعواهم أو في الدفاع عن أنفسهم وأن تصون أقدارهم و كرامتهم .

فلا يجوز في الشريعة تعذيب المتهم لحمله على الإعتراف ولابد من التأكد من صدق اعترافه من إدراكه مضمون هذا الاعتراف ،ومن عدم وقوعه تحت أي ضغط مؤثر على الاعتراف [٢].

٧- العقوبة دنيوية وأخروية :

الجاني في الشريعة قد تثبت إدانته ، بوسائل الإثبات المختلفة ، وهذا تطبق عليه العقوبة المقررة سواء كانت مقدرة أم غير مقدرة ، أي أن الجريمة يعاقب عليها في الدنيا بعقوبتها المقررة لها إذا ظهرت في حيز الوجود و أمكن إثباتها [٣] أما إذا استترت أو ظهرت في حيز الوجود ولم يمكن إثباتها فهنا لا تطبق العقوبة [٤]

---

(١) الذخيرة للقرافي ٤٧/١٢
السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٧٨

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤٢١٢/٩ وما بعدها
-الدفاع الاجتماعي د.محمد نيازى حتاته ص ٢٢٤ ، مكتبة وهبه ط الثانية ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م

(٣) الوسيط في المذهب للغزالي ٦/ ٤٤٩ .

(٤) المرجع السابق .

علي المجرم في الدنيا ،بل يكون العقاب عليها في الآخرة إلا إذا عفا الله تعالي عنه ، قال تعالي :"وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا" (١) .

وقال عز وجل " وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاما* يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا"(٢) .

هذا هو موقف الشريعة من عقاب الدنيا وعقاب الآخرة ومنه يعلم انه إذا استطاع المجرم أن يفلت من عقوبة الدنيا فإنه لا يستطيع أن يفلت من عقوبة الآخرة ، لأن الله بصير بكل شيء يعلم خائنة الأعين وما تُخفي الصدور (٣).

إن الإنسان إذا افلت من العقوبة في الدنيا، وعلم أن العقاب لاحقه -لا محالة- في الآخرة ، ربما يكون ذلك دافعا إلي أن يقدم نفسه إلي القضاء كي ينال جزاءَه في الدنيا ، لأن عقاب الدنيا أهون من عقاب الآخرةً ، أو علي الأقل يكون علمه هذا ، داعيا إلي أن يتوب وهو في ستر الله ومن تاب يتوب الله عليه، ولاشك أن هذا يعتبر دعوه إلي المجرم كي يعود إلي المجتمع ويصلح من شأنه (٤).

---

(١) سورة النساء : الآية ٩٣ .
(٢) سورة الفرقان :الآيتان ٦٨ ،٦٩ .
(٣) تفسير الطبري ١١ /٤٠ .
(٤) المرجع السابق .
الإسلام عقيدة وشريعة للإمام محمود شلتوت ص ٢٧٩
دار الشروق القاهرة ط الثانية عشر ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م .

٨- العقوبة جوابر :-

العقوبة مكفرة للذنب علي الراجح من الآراء والدليل علي ذلك ما روي عن النبي – ﷺ-أنه قال :" وَمَنْ أصابَ شيئًا منْ ذلك فَعُوقِبَ بهِ فهو كفارةٌ له ومَنْ أصاب شيئاً منْ ذلكَ فستره اللهُ عليه فأمرُه إلي الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عذبه" (١).

وفي روايةٍ أخرى :"ومَنْ أتي مِنكمُ حداً فأقيم عَليه فهُوَ كفارتُه ومَنْ سترَه اللهُ عليه فأمره إلي الله إن شاء عذبَه وإن شاءَ غفرَ له "(٢).

فإن الله اكرم من أن يعاقب علي الذنب مرتين ، مِمَّا يَخلُقُ أملاً في نفس المخطئ أن تكون العقوبة بداية حياه شريفة وسط أهله ومجتمعه (٣).

---

(1) أخرجه البخاري ٨/ ١٥ كتاب الحدود ، باب الحدود كفارة ،
ومسلم ١٢٧/٥ كتاب الحدود ، باب الحدود كفارات لأهلها
والترمذي ٣٦/٤ كتاب الحدود ، باب ما جاء أن الحدودَ كفارةٌ لأهلها
وابن ماجه ٢٠٢/٤ كتاب الحدود باب الحد كفارة .

(٢) أخرجه مسلم ١٢٧/٥ كتاب الحدود باب الحدود كفارات لأهلها
وابن ماجه ٢٠١/٤ كتاب الحدود ، باب الحد كفارة ، وأحمد في مسنده ٣١٣/٥

(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١١٥/١٢ دار التراث القاهرة ط الثانية ١٤٠٧هـ ١٩٨٧ م.
- السراج الوهاج للقنوجي ٣٩٨/٦.
- فيض القدير لعبد الرؤف المناوي ٦/ ٦٤ وما بعدها المكتبة التجارية الكبرى بمصر ط - الأولى ١٣٥٧هـ ١٩٣٨ م.

٩- الاحتياط في العقوبة : لترك المجال للإنسان لإصلاح عيوب نفسه وأخطائه بنفسه،لذا أمر الشارع بالستر على المخطئ غَيْرِ المُجاهِرِ، وكذا تجوز الشفاعة في الحدود قبل بلوغها إلي الحاكم ترغيباً في الستر ومنع إشاعة الفاحشة وتُحَرَّمُ الشفاعةُ وقبولُها للحاكم في حدود الله بعد أن تبلغ الحاكم [١].

ولا توقع العقوبة أو يحكم بها إلا بعد انتفاء الشبهات المقررة فقها وشرعا [٢].

ولصاحب الحق الخاص العفو عن القاتل أو المخطئ لقوله تعالي "وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ"[٣].

وقوله سبحانه في القصاص "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيهِ بِإِحْسَانٍ "[٤].

وقد وضعت الشريعة الضمانات الكافية قبل توقيع العقوبة ، حتى لا توقع العقوبة علي الإنسان خطأ ،

---

(1) السياسة الشرعية لابن تيميه ص٣٥

- زاد المعاد في هدي خير العباد للإمام الحافظ أبي عبد الله ابن القيم الجوزية ٢١٢/٣ دار الكتاب العربي بيروت لبنان

(٢) الأحكام السلطانية لأبى يعلي ص ٢٤٩

- شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد ٣٢/٥ دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ط ١٣١٩ هـ

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٠

(٤) سورة البقرة: من الآية ١٨٧

obeikandl.com

وفوق هذا كله نجد الشريعة قد حذرت وتوعدت من يوقع العقوبة علي الإنسان ظلما وعدوانا وغدرا .

وفي حكم ذلك من يتسبب أو يساعد أو يُعِين علي توقيع العقوبة دون وجه حق ، قال تعالي: "وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"(١).

وهكذا راعى الإسلام أَلاَّ تنزل العقوبة إلا بمستحِقها ولا تصيبُ إلا فاعِلَها الحقيقي .

١٠- الجانب الخُلُقي والإنساني في تنفيذ العقوبة

إن تنفيذ العقوبة منوط بالإمام أو نائبه ضماناً لعدم الحيف أو التجاوز في التنفيذ (٢).

ولا تنفذ العقوبة علي الحامل حتى تضع ، سواء كان العمل من زنا أو غيره وترضع ولدها (٣).

وكذا لا تنفذ عقوبة الجلد بسبب المرض الذي يرجي زواله فتؤخر إلي أن يبرأ ،أما إذا كان المرض مما لا يرجي زواله فتخفف العقوبة (٤) .

---

(1) سورة النساء :الآية ٩٣

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد ١٣٣/٦ دار الكتب العلمية بيروت-لبنان ط الأولى ١٤١٦هـ -١٩٩٦ م .
- الوسيط في المذهب للغزالي ٤٤٩/٦ .
- بدائع الصنائع للكاساني ٤٢٠٣/٩ .

(٣) المغني لابن قدامه ١٠/ ١٣٥ وما بعدها.
- البناية في شرح الهداية لأبى محمد محمود بن أحمد العيني ٥ /٣٨٨ تصحيح محمد عمر الشهير بناصر الإسلام ، دار الفكر ط أولى ١٤٠٠هـ ١٩٨٠ م.
- جواهر الكلام للنحفي ٤١ / ٣٣٧ دار إحياء التراث العربي -بيروت- لبنان ط السابعة ١٩٨١ م .

(٤)تبيين الحقائق للزيلعي ٣ /١٧٤.
- مجمع الأنهر لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان ١ /٥٩١ دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان- ط الأولى ١٣٢٨ هـ .

المطلب الثاني
خصائص العقوبة بين الشريعة والقانون

١- جمود التشريع وتخلفه في القانون الوضعي

فالقانون الوضعي يحصر الجرائم بالنص علي كتابتها مع تحديد عناصرها وأركانها وما لم يرد تجريمه في النصوص لا يمكن أبداً اعتباره جريمة مَهْمَا كان مستهجناً أو قبيحاً [١].

أما في الشريعة الإسلامية فإن لكل فعل حكمه فالشرع أوسع من القانون نطاقا ، فهو يضم في دائرته كل الأفعال الآثمة سواء ورد بها نص أو لم يرد بها نص [٢] وقد بدأ رجال القانون أنفسهم يَنْعُونَ علي حصرِ الجرائم علي الصورة التي عرفتها القوانين بأنها تنتهي إلي جمود التشريع وتخلفه عن مجاراة التطور ، لأن المُشْرِّع الوضعي لا يمكنه الإحاطة مقدماً بكل ما تتمخض عنه ظروف الحياة المتجددة فتتهيأ للأشرار فرص ارتكاب كل الأفعال الضارة التي لم يُجرِّمُهَا القانون، وتظل هذه الأفعال مباحة حتى ينتبه المشرع ويتدخل فينص علي تجريمها [٣].

---

(١) النظرية العامة للجريمة د/ أحمد عوض بلال ص ٢٢٤ ،٢٢٥ دار النهضة العربية ط ١٩٩٨ م .
- شرح قانون العقوبات د/ يُسر أنور علي ص ٨١ و٨٢ ط ١٩٩٢ م .

(٢) من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون لأحمد موافي ص ٣٢ ط دار مطابع الشعب ط ١٣٨٤ هـ ١٩٦٤ م.

(٣) شرح قانون العقوبات د/ يسر أنور علي ص ٨٤ .
- من الفقه الجنائي المقارن لأحمد موافي ص ٣٢ .

٢- عدم المساواة عند تطبيق العقوبة في القانون الوضعي:

فأما الشريعة الإسلامية تطبق العقوبة المقررة للجريمة علي من ارتكبها فلا يُعفَي منها أحد لمركزهِ أو شخصه أو لغير ذلك من الإعتبارات [١] .

وأما في القانون الوضعي فهناك إستثناءات كثيرة من هؤلاء علي سبيل المثال لا الحصر ما يأتي:-

أ- رئيس الدولة: تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى ملكا كان أو رئيس جمهورية وبين باقي الأفراد، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون وأنه السلطة العليا فلا يصح أن يخضع لسلطه هي أدني منه وهو مصدرها[٢].

وفي البلاد ذات الطابع الملكي تعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة أما البلاد ذات الطابع الجمهوري تجعل الدساتير رئيس الجمهورية مسئولا في حالات محدده ومنصوص عليها[٣].

---

(1) السياسة الشرعية لابن تيميه ص٨٢ وما بعدها.
نيل الأوطار للشوكاني ٧ /١٢.
- الإنسانية والعدالة في الإسلام لمحمود عبد الحميد السيد ص٢٢.
- التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ١/ ٣٨٥.
- في أصول النظام الجنائي الإسلامي د/ محمد سليم العوا ص ٦٣ دار المعارف القاهرة ط ١٩٧٩ م.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ١/ ٣١١ .

(٣) المرجع السابق
شرح قانون العقوبات د/ يُسر أنور علي ص ١٩٢.

ب- رؤساء الدول الأجنبية : من المعروف دوليا أن رئيس أي دولة أجنبية سواء كان ملكا أو رئيس جمهورية فإنه لا يخضع لقضاء الدولة التي يمربهاأو يكون ضيفا عليها أو في مهمة رسميه علي أى جريمة يرتكبها داخل هذه الدولة .

بل ويمتد هذا الإعفاء من المسئولية إلي أسرته وخدمه وموظفيه وحُجتهم في ذلك أن إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لا تتفق مع ما يجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام وهي حجه لا تستقيم مع المنطق، لأن رئيس الدولة الذي ينزل بنفسه إلي حد ارتكاب الجرائم يخرج علي قواعد الضيافة ولا يستحق شيء من التوقير والاحترام ومثل هذا يقال في أفراد الحاشية [١].

ج- أعضاء البعثات الدبلوماسية: تعفي القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يَسرَي عليهم قانون الدولة التي يعملون فيها ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم [٢] وحجة شرَّاح القوانين في هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلوا دولهم أمام الدولة التي يعملون في أرضها وليس لدوله علي أخري حق العقاب وأن الإعفاء ضروري لتمكينهم من أداء وظائفهم وحتى لا تتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة [٣].

ويمكن الرد علي هاتين الحجتين بأن الممثل السياسي ليس إلا فردا من رعايا دوله أجنبية وأن للدولة حق العقاب [٤]علي رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة في أرضها .

---

(1) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ٣١٢/١ .

(٢) شرح قانون العقوبات د/ يُسر أنور علي ص ١٩٣.
النظرية العامة لجريمة د/ أحمد عوض بلال ص ٣١٧.
أصول علم العقاب د/ محمد أبو العلا ص ١٥٢ ط السابعة ٢٠٠٠ م.

(٣) النظرية العامة للجريمة د/ أحمد عوض ص ٣١٨، ٣١٩.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ٣١٣/١.
أصول علم العقاب د/ محمد أبو العلا ص ١٥٣ .

د- القوات العسكرية الأجنبية : التي توجد فوق إقليم الدولة بموافقة منها تعفيهم الدولة من العقاب أثناء أداء أعمالهم في المناطق المحددة لذلك والعلة في ذلك أن أفراد تلك القوات يمثلون سيادة دولهم التي أوفدتهم[١] .
والرد علي ذلك أن للدولة حق العقاب علي أفراد القوات العسكرية الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة في أرضها [٢].
هـ - تمييز الأغنياء : وتميز القوانين الوضعية الأغنياء علي الفقراء في كثيرا من الحالات ومن الأمثلة علي ذلك في القانون المصري أن قانون تحقيق الجنايات يوجب علي القاضي أن يحكم بالحبس في كثير من الجرائم علي أن يقدر للمحكوم عليه كفالة ماليه إذا دفعها:أي لتنفيذ الحكم عليه حتى يفصل في الاستئناف وإن لم يدفعها حبس دون انتظار نتيجة الاستئناف وفي هذا خروج ظاهر علي مبدأ المساواة إذ يستطيع الغني دائما أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم،بينما يعجز الفقير عن دفعها في أغلب الأحوال فينفذ عليه الحكم في الحال [٣].

---

(1) شرح قانون العقوبات د/ يُسر أنور علي ص ١٩٣.
النظرية العامة للجريمة د/ أحمد عوض بلال ص ٣١٨ .
(٢) التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عوده ٣١٣/١ .
(٣) المرجع السابق ٣١٤/١ .

و- أعضاء الهيئة التشريعية : و تعفي القوانين الوضعية ممثلي الشعب في البلاد النيابية من العقاب علي ما يبدونه من أفكار و آراء أثناء أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه (مادة ٩٨ من دستور مصر ١٩٧١م)وتعطي تلك القوانين امتيازات خاصة لهم بخصوص إجراءات محاكمتهم كما في القانون الوضعي المصري في المادة ٩٩ من الدستور [١] .

وحجتهم في هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدر من الحرية يساعدهم علي أداء وظائفهم حق الأداء [٢].

ومهما قيل من حجج وتبريرات من أجل تلك الإستثناءات فإن هذا أمر لا تقره الشريعة الإسلامية وترفضه التي لا تعرف التفرقة في العقوبات وتنفيذها أو في إجراءات المحاكمات وقد علمنا أن سيد هذه الأمة رسول الله -ﷺ- كان يتبع في شأن نفسه ما يتبع في شأن أفراد الرعية وسار الخلفاء الراشدين من بعده علي منواله [٣]

---

[1] شرح قانون العقوبات د/ يسر أنور علي ص ١٩٢
النظرية العامة للجريمة د/أحمد عوض بلال ص ٣١٦

(٢) المرجع السابق ص٣١٩

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي عبد القادر عوده ٣١٣/١، ٣١٥ .

ز- تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة: وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة علي غيرهم ومن الأمثلة علي ذلك في القانون المصري أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية علي المتهم في جنحة دون استئذان جهة ما ،ولكن إذا كان المتهم موظفا أو محاميا أو طبيبا أو عضواً في البرلمان أو شخصيه ظاهره فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إداري يوقع علي الموظف أو الطبيب أو المحامي وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ومثل هذا الحفظ غير ممكن لأفراد الشعب العاديين [1].

أما في الشريعة الإسلامية فقد حرص الرسول – ﷺ-علي تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد عندما ضرب المثل بابنته فاطمة - رضي الله عنها- [2] حيث قال: "إنما أهلك من كان قبلكم إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها" [3].

---

[1] التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية "دراسة مقارنه د/ رمضان علي الشرنباص "مج ١٨٨/٣ :١٩٠ إشراف مركز تبادل القيم الثقافية بالشعبة القومية لليونسكو الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨م .
- التشريع الجنائي لعبد القادر عوده ٣١٤/١.

[2] السياسة الشرعية لابن تيميه ص٣٥ .

[3] الحديث سبق تخريجه ص٤٠.

٣- عدم كفاية القانون الوضعي : إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله لأنها تقوم علي الدين والدين من عند الله.

أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين لحماية أنفسهم أولاً ثم لحماية الأوضاع الاجتماعية أيا كانت عادله أو غير عادله فاضلة أو غير فاضلة.

ومن ثم نجد من يقيد الدعوى ضد مجهول وإهدار دم المجني عليه في جريمة القتل [١].

---

[1] العقوبة للشيخ محمد أبو زهره ص ١٧
- التشريع الإسلامي الجنائي لعبد القادر عوده ٧٢/١

obeikandl.com